

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

SES MARKALARI

Yüksek Lisans Tezi

DENİS KILIÇ

İstanbul - 2019

T.C.

MARMARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

HUKUK ANABİLİM DALI

ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

SES MARKALARI

Yüksek Lisans Tezi

DENİS KILIÇ

Danışmanı Dr.Öğretim Üyesi Kadir BAŞ

İstanbul - 2019



T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ

TEZ ONAY BELGESİ

ÖZEL HUKUK Anabilim Dalı ÖZEL HUKUK Bilim Dalı TEZLİ YÜKSEK LİSANS öğrencisi DENİS KILIÇ'ın SES MARKALARI adlı tez çalışması, Enstitümüz Yönetim Kurulunun 8.08.2019 tarih ve 2019-25/6 sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından oy birliği ~~ve~~ ~~çokluğu~~ ile Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Tez Savunma Tarihi 27 / 11 / 2019

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

İmzası

1.	Tez Danışmanı	Dr. Öğr. Üyesi KADİR BAŞ	
2.	Jüri Üyesi	Dr. Öğr. Üyesi RABİA EDA GİRAY	
3.	Jüri Üyesi	Dr. Öğr. Üyesi ÇİÇEK ERSOY	

ÖZET

Günümüzde teknoloji ve reklam stratejilerinin değişim ve gelişimine paralel olarak, işletmeler tarafından mal ve hizmetlerin reklamı amacıyla kullanılan marka çeşitleri de değişmiş ve gelişmiştir. İşletmeler son zamanlarda sözcük, şekil, harf gibi geleneksel markaların yanı sıra ses, üç boyutlu biçim ve renk gibi yeni ve geleneksel olmayan marka çeşitlerini de yoğunlukla kullanmaya başlamışlardır.

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun (SMK) yürürlüğe girmesi ile birlikte markaların tescili için çizimle görüntülenebilme şartı yerine, yeni marka türlerinin tesciline de imkan verilecek şekilde işaretin konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olma şartı getirilmiş ve bu değişiklikle birlikte pek çok ülkede tescili kabil görülen ses markaları, hareketli markalar gibi geleneksel olmayan markaların tescili açısından zorluk yaratan çizimle görüntülenme şartı kaldırılmıştır. Ayrıca, mülga 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (Mülga MarKHK) döneminde seslerin marka olabileceği belirtilmemesine rağmen, Kanun hükmünde açıkça seslerin marka olabilecek işaretler arasında sayılması sonucunda seslerin marka olarak tescili de hukuki bir zemine kavuşmuş ve uluslararası anlaşmalarla uyumlu hale getirilmiştir.

Çalışmamızın amacı, SMK ile açıkça marka olabilecek işaretler arasında sayılan ses işaretlerinin hangi şartlarla marka olarak tescil edilebileceğini ve tescil edildikten sonra nasıl bir hukuki koruma sağlanacağını açıklamak olacaktır.

ABSTRACT

Today, parallel to the change and development of technology and advertising strategies, the types of brands used by companies for advertising goods and services have also changed and developed. Businesses have recently begun to use new and non-traditional brands such as sound, three-dimensional form, and color as well as classical brands such as words, shapes, and letters.

To register the brand, some of the rules have been changed with the entry into force of the new Industrial Property Law. Before the enforcement of the new law to get registered, the brand was must be shown by drawing. However, with the new regulations, it is not necessary to indicate any drawings for the mark, only subject of the mark should be indicated clearly and precisely with any kind of material. Thereby, the requirement of demonstrating the brand mark by drawing had created some difficulties with the registration of non-traditional brands such as audio brands and moving brands have been abrogated. Although it was not stated by any provision that the voices could be as a trademark in the Decree - Law No. 556, becoming of the voices as a trademark sign with the new Industrial Property Law has assured the legal grounds and internationally compatibility.

The aim of our study will be to explain the conditions under which the sound marks, which are considered to be clearly trademarks, can be registered as a trademark and how to provide legal protection after registration.

İÇİNDEKİLER

ÖZET	I
ABSTRACT	II
İÇİNDEKİLER	III
KISALTMALAR	VII
GİRİŞ	I

BİRİNCİ BÖLÜM

SES KAVRAMI VE KORUNMASI

I. SES KAVRAMI	2
A. SES TANIMI	2
B. SES TÜRLERİ	3
1. İnsan Sesi	4
2. Hayvan Sesi	5
3. Cansız Varlıklara Ait Sesler	5
II. SES KAVRAMI ÜZERİNDEKİ HAKLARIN KORUNMASI	6
A. SESİN EŞYA OLARAK KORUNMASI	6
B. SESİN KİŞİLİK HAKKI OLARAK KORUNMASI	7
C. SESİN ESER OLARAK KORUNMASI	10
1. Eser Kavramı	10
2. Ses Eserleri Üzerinde Hak Sahipliği	11
D. SESİN MARKA OLARAK KORUNMASI	14
1. Marka Kavramı	14
2. Sesin Marka Niteliği ve Ses Markası Tanımı	17
3. Ses Markasının Önemi ve Tüketiciler Üzerindeki Etkileri	18

E. SESİN ÇOKLU (KÜMÜLATİF) KORUMA İLKESİNE GÖRE KORUNMASI--	19
---	----

İKİNCİ BÖLÜM

SESLERİN MARKA OLARAK TESCİLİ

I. MARKA OLARAK TESCİL EDİLEBİLECEK SESLER-----	21
A. MARKANIN UNSURLARI -----	21
1. İşaret Unsuru -----	21
2. Ayırt Edicilik Unsuru -----	23
3. Açıklık ve Kesinlik Unsuru -----	26
B. SES MARKASI ÇEŞİTLERİ -----	29
1. Notalardan Oluşan Ses Markaları -----	29
2. Temalardan Oluşan Ses Markaları -----	30
3. Notaya Dökülemeyen Ses Markaları -----	30
a. Cansız Varlıkların Seslerinden Oluşan Ses Markaları -----	31
b. Canlı Varlıkların Seslerinden Oluşan Ses Markaları -----	31
II. SES MARKALARINDA TESCİL ENGELLERİ -----	32
A. Mutlak Tescil Engelleri -----	32
1. SMK 4. Maddesine Girmeyen İşaretler -----	32
2. SMK 5/1-b-c-d Hükümlerinde Düzenlenen Mutlak Ret Nedenleri -----	34
a. Genel Olarak -----	34
b. Kullanım Sonucu Ayırt Edici Nitelik Kazanmaları Hali-----	37
3. Aynı veya Ayırt Edilemeyecek Kadar Benzer İşaretler-----	40
a. Genel Olarak -----	40
b. Muvafakatname İstisnası -----	44
4. Malın Yapısından Kaynaklanan İşaretler -----	45
5. Halkı Yanıltacak İşaretler -----	46
6. Bayrak, Arma, ve Diğer Egemenlik Belirtilerini İçeren İşaretler -----	47
7. Dini Değerleri veya Sembolleri İçeren İşaretler -----	48
8. Kamu Düzenine veya Genel Ahlaka Aykırı İşaretler -----	49

B. Nispi Tescil Engelleri-----	50
1. Aynı veya Benzer ya da Karıştırılma İhtimali Bulunan Marka-----	50
2. Tescilsiz Bir Markanın ya da İşaretin Gerçek Hak Sahibinin İzni Dışında Tescil Ettirilmesi -----	58
3. Tanınmış Markalar -----	60
4. Markanın Başkasına Ait Telif Hakkına İlişkin Olması -----	64
5. Ortak ve Garanti Markasının Aynısının veya Benzerinin Tescilinin İstenmesi-- -----	66
III. TÜRK HUKUKUNDA SES MARKALARININ TESCİLİ-----	67
A. GENEL OLARAK MARKANIN TESCİLİ -----	67
B. SES MARKALARININ TESCİLİ -----	70
1. Ses Markalarının Kapsamı -----	70
2. Ses Markalarının TÜRK PATENT'e Sunulması -----	75
IV. ULUSLARARASI ALANDA VE ANLAŞMALARDA SES MARKALARININ TESCİLİ -----	76
A. Madrid Anlaşması'na İlişkin Protokol -----	77
B. Marka Kanunları Hakkında Singapur Anlaşması-----	77

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SES MARKALARININ TECAVÜZE KARŞI KORUNMASI

I. SES MARKALARINA TECAVÜZ -----	79
A. GENEL OLARAK -----	79
B. SES MARKALARINDA AYNI VEYA BENZER KULLANIM -----	81
1. Ses Markalarında Ayniyet-----	81
2. Ses Markalarında Karıştırılma İhtimali -----	83
II. SES MARKALARINDA MARKA HAKKININ SINIRLARI -----	89
A. Marka Hakkının Tükenmesi -----	89
B. Dürüstçe Kullanım -----	91
C. Markayı Kullanma Zorunluluğu -----	93

SONUÇ-----95

KAYNAKÇA-----97



KISALTMALAR

ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABFMO	: Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi
ABADGM	: Avrupa Birliği Adalet Divanı Genel Mahkemesi
age.	: Adı Geçen Eser
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bknz.	: Bakınız
C:	: Cilt
E.	: Esas Sayısı
E.T:	: Erişim Tarihi
FMR	: Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi
FSEK	: 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
H.D.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
Hz	: Hertz
K.	: Karar Sayısı
m.	: Madde
M.İ.K.	: TÜRKPATENT Marka İnceleme Kılavuzu
Mülga MarKHK	: 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname

S:	: Sayı
s.	: Sayfa
SMK	: 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu
SMKY	: 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’nun Uygulanması Dair Yönetmelik
T.	: Tarih
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TCK	: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
TÜRKPATENT	: Türk Patent ve Marka Kurumu
Yuk.	: Yukarıda

GİRİŞ

Ses markaları başlığını taşıyan çalışmamızda ilk bölümde ses kavramı ve korunması başlığı altında, ses kavramının ne olduğu, sesin nasıl oluştuğu, ses türlerinin neler olduğu ve sesin tanımından bahsedilmiş olup bu kapsamda sesin hukuki olarak korunma yolları açıklandıktan sonra ses markasının tanımı yapılmış ve önemi açıklanmaya çalışılmıştır.

İkinci bölümde seslerin marka olarak tescili başlığı altında, öncelikle marka olabilecek seslerin hangi şartları taşıması gerektiğinden bahsedilmiş ve bu kapsamda markanın işaret, ayırt edicilik ve açıklık ve kesinlik unsurları sesler özelinde açıklanmıştır. Sonrasında ses markası çeşitleri belirtildikten sonra, ses markalarında tescil engelleri işlenmiştir. Bu kapsamda ses markaları özelinde gerçekleşen mutlak ve nispi ret sebeplerine yer verilmiş olup, son olarak da TÜRKPATENT nezdinde ses markası tescilinin nasıl gerçekleşeceği açıklanmaya çalışılmıştır.

Üçüncü bölümde, ses markalarının tecavüze karşı korunması başlığı altında, öncelikle genel olarak marka haklarına tecavüz ve sonrasında ses markalarına tecavüz konusu işlenmiş olup son olarak marka hakkının sınırlarından bahsedilmiştir.

Çalışmamızda bu sorulara cevap aramakla birlikte, öncelikle ses kavramı ve ses türleri açıklanmış olup ardından sesin hukuki olarak nasıl korunabileceği belirtilmiştir. Sonrasında ses markalarının nasıl tescil edilebileceği ve tescil sonrasında markayı koruma yollarının neler olabileceğinden bahsedilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

SES KAVRAMI VE KORUNMASI

I. SES KAVRAMI

A. SES TANIMI

Ses, kulağın duyabildiği titreşim olarak tanımlanabilir¹. Ses, bilimde birden farklı şekilde tanımlanmıştır. İlk olarak, insan vücudunun algılayabileceği ani basınç değişimleri, maddi ortamlarda ses olarak tanımlanabilir². Diğer yandan, ses, havada serbest olarak bulunan dalgaların duyu organları tarafından algılanabilen titreşimleri olarak da tanımlanabilir³. Bir başka tanıma göre ise ses, zamana bağlı basınç değişiklikleri, şeklinde de ifade edilebilir⁴. Ayrıca ses, moleküllerin titreşmesi ve yayılmasına bağlı olarak oluşan hareket enerjisi şeklinde tanımlanabilir⁵.

Genel bilimsel tanımlamaları yaptıktan sonra ses, insan için fiziksel bir olay olmakla birlikte kulağın beyine uyarıcı etkiyi iletmesiyle gerçekleşen bir olaydır. Sesin varlığı üç şarta bağlıdır; bunlardan ilki, ses etkisini yaratan oluşturan kaynak, ikincisi, ilk etkinin duyma organına ulaşması için ortam, üçüncü ve son olarak da tüm bunları algılayabilecek insan kulağı ve duyduğunu algılayabilmesi için beyninin bulunması gerekir. Ses ancak bu üç şart sayesinde var olabilir ve bunlardan birinin olmaması sesin oluşumunu engeller⁶.

¹ TDK Büyük Sözlük Ses Tanımı: “Kulağın duyabildiği titreşim” “Akciğerlerden gelen havanın ses yolunda oluşturduğu titreşim” <http://sozluk.gov.tr/> (E.T:02.11.2019)

² Niyazi Ege GÜRAL, Bant Tetkiki, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Fen Bilimleri Ana bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, s.2.

³ Bilim ve Teknik Dergisi; Ses Nedir?, S: 472, Ankara, 2007/Mart, s.89.

⁴ Mustafa YÜKSEL, Türkçe’nin Uzun Dönem Spektral Özelliklerinin Değerlendirilmesi ve Normal İşiten ve Postlingual Koklear İmplant Kullanıcısı Yetişkinlerin Türkçe’nin Spektral Özellikler Açısından Karşılaştırılması, Yüksek Lisans Tezi, s.3

⁵ Seda ERDOĞAN, Ses Eğitimi’nde Terminoloji ve Temel Kavramlar Bazında Öğrenci Yeterliliklerinin İncelenmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Eğitim Bilimleri Enstitüsü Güzel Sanatlar Eğitimi Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, s. 13.

⁶ Erdoğan S., age., s. 13.

Sesin meydana gelmesi, ortamda bulunan maddelerin titreşimi ve bu titreşimlerin diğer maddelere iletilmesi şeklinde olur. Ortamda sesi oluşturan titreşimler ile meydana gelen dalgalanmalar da havada meydana gelen basınç değişikliklerini oluşturur. İşte bu oluşan hava basıncının değişme oranına “*ses basıncı*” denir⁷. Frekans ise bir saniyede oluşan sesin titreşim yoluyla ortamda yarattığı dalgalanmanın titreşim sayısına denmektedir. Frekans birimi ise “Hertz” (Hz) ile ifade edilir. Bunun anlamı, saniyede 1 titreşim, 1 hertzlik ses dalgası ile ifade edilmektedir⁸.

İnsan vücudu doğası gereği doğadaki tüm sesleri duyamaz. İnsan vücudunun duyma yetisini sağlayan organı kulak, ancak 20 Hertz ile 16.000 Hertz arasındaki titreşimleri duyabilir ve ses olarak algılayabilir. İnsan kulağının duyamadığı yani 20 Hz’den alçak frekanslı seslere “ses altı titreşimler” ve 16.000 Hz’den yüksek sesleri ise “ses üstü titreşimler”⁹ olarak adlandırılır. Bu ses titreşim aralıklarının insan üzerinde farklı etkiler yaratabilmektedir. Örneğin, 100-700 Hz frekanslı sesler, insan hareketleri üzerinde sadece fiziksel olarak etkili olabilirken, 700-4.000 Hz frekansa sahip sesler, organlar ve duyguları harekete geçirdiği, bunun yanı sıra 4.000-9.000 Hz ve yukarıdaki frekansa sahip sesler ise beyin üzerinde etkili olduğu bilinmektedir. Daha açık ifade edersek, yüksek frekansa sahip ince sesler insanda rahatsızlık hissi uyandırırken, daha düşük frekansa sahip kalın sesler fiziksel olarak insan hareketlerini etkilemektedir. Örneğin, sürekli devam eden kalın bir ses insanın halsiz hissetmesine neden olurken, kalın ama hızlı bir sürekli ses ise, dikkatli olamama ve sakin kalamamaya neden olmaktadır¹⁰.

B. SES TÜRLERİ

Sesler oluştukları kaynağa göre 3 grupta incelenebilirler. Bunlar; insan sesleri, hayvan sesleri ve cansız varlıklara ait sesler. Kaynağına göre ses türleri belirlenirken

⁷ Halil İbrahim Paşa ÖZDEMİR, İçten Yanmalı Motorların Çevreye Etkilerinin Araştırılması. Doktora Tezi. Çukurova Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, 2002, s.68.

⁸ Özdemir, H.İ.P., age., s.68.

⁹ Rauf KARASU, Ses Markaları, Ankara Barosu Dergisi 2007/2. C.7, s.31.

¹⁰ Cemalettin BAYDAĞ, İnsan Ses Renklerinin Duygudurum Üzerine Etkileri, Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi Eğitim Bilimleri Enstitüsü Güzel Sanatlar Eğitimi Ana Bilim Dalı, Doktora Tezi, s.15.

hukuki koruma kapsamına göre ayırım yapılabilir. Zira sesin sınıflandırmalara ayrılması hukuki anlamda koruma kapsamı açısından önem arz etmektedir.

1. İnsan Sesi

İnsan, toplumsal bir varlık olduğundan, diğer insanlarla iletişim kurarken konuşma yetisinden faydalanmaktadır. Bu kapsamda konuşma yetisine bağlı olarak insanlar, sesi bir iletişim aracı olarak kullanmaktadır. İnsan vücudunda sesin oluşumu hava ve ses tellerine bağlıdır. İnsan sesi, sırasıyla akciğerler, solunum yolu, burun, sinüsler ve ağız içi yapıların birlikte çalışmasıyla üretilir¹¹. Tüm bu sürecin birlikte çalışması sonucu insan sesi meydana gelmektedir¹². İnsan sesine örnek olarak, konuşma, bağırma, çağırma, şarkı söyleme, gülme, ağlama sesleri gösterilebilir¹³.

Normal bir insan sesinin meydana gelebilmesi için bazı unsurların bir araya gelmesi gerekir. Bu unsurlar, vücudun dengede durması, sesin meydana gelmesinde görev alan organlar ve kasların sağlıklı olmasıdır. Bu unsurlar dışında ayrıca, sesin ayarlamasını yapan gırtlak bölgesinin tüm bölümleri ve sesin rengine dair düzenlemeleri yapan rezonans boşluklarının da sağlıklı olması gerekmektedir¹⁴.

İnsan sesi, kişiye özel olması ile parmak ve göz izi gibi fiziksel veya davranış karakterlerindendir. İnsanın ses karakterine sahip olması onun bir özelliği, işareti, göstergesi, tanımlayıcısı şeklindeki terimlerle isimlendirilmektedir. Bu durumun hukuki olarak anlamı ise insan sesinin şahsiliğinden dolayı kişisel veri olarak korunabilmesidir¹⁵.

¹¹ Yüksel M., age., s. 6.

¹² Ahmet SAY, Müziğin Kitabı, Ankara, Müzik Ansiklopedisi Yayınları, 2012, s. 168.

¹³ Batuhan AKKAYA, Kentsel Ses Peyzajları: Kadıköy Tarihi Çarşı ve Çevresinde İşitsel Katmanların Değerlendirilmesi, İstanbul Teknik Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, s. 60.

¹⁴ Erdoğan S., age. s. 14.

¹⁵ Aydın AKGÜL, Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması, Beta Yayınları, İstanbul 2014, s.7-9.

2. Hayvan Sesi

Hayvan sesleri, insan sesinin oluşuma benzer bir şekilde meydana gelmektedir. Nitekim insanlar gibi hayvanlar da toplumsal varlıklardır ve bu toplumsal hayatlarını sürdürebilmelerini sağlayan özel konuşma iletişim biçimleri vardır. Bu bakımdan da ses hayvanlar arasında da bir iletişim aracı olarak kullanılmaktadır. Sesi iletişim aracı olarak kullanan hayvanlar, birbirlerine bilgi aktarabilmektedirler¹⁶. Hayvan seslerine, örnek olarak kuşların ötme sesi, atların kişneme sesi, koyunların meleme sesleri, kedilerin miyavlamaları gösterilebilir.

Yapılan bir araştırmaya göre, araştırmacılar 6 yıl boyunca Karayiplier'de yaşayan ispermeçet balinalarını dinlemişler ve grup içi özel bir koda sahip olduklarını ve koda adını veren klik sesiyle iletişim kurduklarını ortaya çıkarmışlardır. Araştırmada ayrıca bu seslerin, insanlardaki gibi aileyi, sosyal çevreyi ya da bireyleri tanımlıyor olabileceği belirtilmiştir¹⁷. Hayvanlar, iletişim konusunda insanlardan farklı olarak, kendi istek ve ihtiyaçlarını gösterecek bir iletişim diline sahip olabilirler fakat bir başka hayvana ait bilgi veya istekleri aktaramazlar ya da doğada bulunan birden fazla farklı nesneleri karşılaştırıp sonuç çıkaramazlar¹⁸.

3. Cansız Varlıklara Ait Sesler

İnsan ve hayvan sesi olarak tanımlanamayan cansız varlıklara ve nesnelere ait seslerin tümü bu grup seslere girmektedir. Bu gruba insan eliyle bir alet kullanılmak suretiyle çıkartılan sesler ile insan eliyle ya da doğa olayları ile diğer nesnelerin çıkardığı sesler girebilirler. İnsan eliyle bir alet kullanılmak suretiyle çıkartılan seslerin başında müzik aletlerinin sesleri gelir. Doğa seslerine örnek olarak ise rüzgar, gök gürültüsü, deprem, su ve sel gibi sesler verilebilir. Bu grubu hayvan sesleri ile birlikte insan sesinden ayıran en önemli özellik, insan sesinin kişilik hakkı ya da marka hakkı olarak

¹⁶ İclal ERGENÇ, Dilin Beyindeki Gerçekleşimi ve Konuşma Eylemi, s.11.

¹⁷ <http://www.nationalgeographic.com.tr/makale/kesfet/hayvanlarin-da-lehceleri-olur-mu/2752>:

Araştırmacılarından biriai, klik seslerinden bir grubun “Ben Karayiplierim, ya sen?” şeklinde tercüme edilebilecek bir ses çıkardığını söylüyor.

¹⁸ İclal Ergenç, age., s.11.

korunabildiği halde, hayvan seslerinin ya da cansız varlıklara ait seslerin fikri hak ya da marka olarak korunabilmesidir.

II. SES KAVRAMI ÜZERİNDEKİ HAKLARIN KORUNMASI

A. SESİN EŞYA OLARAK KORUNMASI

Eşya kavramı tanımlanırken eşyanın fizik kuralları çerçevesinde tanımı ile hukuk kuralları çerçevesinde tanımı birbirine uymamakta ve bu durum çeşitli hukuk düzenlerinde başka şekillerde ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle çalışmamızda öncelikle 4271 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) anlamında eşya kavramı incelenerek, sesin hukuki anlamda eşya olarak korunup korunamayacağı üzerinde durulacaktır.

Ayni hakların konusunu oluşturma bakımından, maddi bir varlığı olan her eşya, hukuki anlamda mal olarak kabul edilmemektedir. Fiziki anlamda eşya ile, özel hukuk anlamında eşya-mal farklı değerlendirilmektedir¹⁹. Ayni haklara konu olabilecek eşyanın tanımı TMK’da yapılmamıştır²⁰. Eşya, kişi tarafından üzerinde hakimiyet kurulabilecek yapıda olan, ekonomik bir değeri bulunan, iktisadi ihtiyaçlara cevap veren, kişi dışı cismani varlık şeklinde tanımlanabilir²¹.

Buradan yola çıkarak hukuki anlamda bir şeyin eşya olarak nitelendirilebilmesi için dört unsurun birlikte var olması gerektiği belirtilebilir. Bu unsurlar cismanilik, sınırlarının belirli olması, üzerinde hakimiyet kurulmaya elverişli olma ve kişi/şahıs dışılık unsuru olarak belirlenebilir²². Bu tanım ve unsurlardan yola çıkılarak bir varlığın eşya sayılabilmesi için mutlaka maddi bir varlığının da bulunması gerekli ve zorunludur. Hukuki anlamda eşyanın, cismani olması unsuru dışında, sınırlarının belirlenmiş olması da gerekir.

¹⁹ **Safa REİSOĞLU**, Eşya Hukuku, Ankara, 1980, s.7.

²⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz; **Sanem AKSOY DURSUN**, Eşya Kavramı, 2012.

²¹ **Kemal OĞUZMAN/Özer SELİÇİ**, Eşya Hukuku, İstanbul, 1997, s.6; **Jale AKİPEK**, Türk Eşya Hukuku, 1972, s.33.

²² **Aksoy S.**, age. s.24 vd.

Sesin hukuki anlamda eşya olarak nitelendirilebilmesi için, hukuki anlamda eşyanın sahip olması gereken cismanilik, sınırlarının belli olması, hakimiyete elverişli olma ve şahıs dışılık unsurlarını birlikte taşıması gerekmektedir. Ses bu unsurlardan, cismanilik, sınırların belirlenebilir olması ve üzerinde hakimiyet kurma unsurlarını taşımadığından eşya olarak nitelendirilemez. Gerçekten de sesin elle tutulabilir maddi bir varlığından söz edilemeyeceğinden ve üzerinde herhangi bir madde olmadan hakimiyet kurulamayacağından hukuki anlamda eşya olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

Taşınır mülkiyeti TMK m. 762.'e göre, taşınabilen maddi şeyler ile üzerinde hakimiyet kurulabilen ve taşınmaz mülkiyeti dışında kalan doğal güçler oluşturmaktadır. Bu nedenle taşınır mülkiyetinin konusuna girmeyen maddi olmayan mallar ile maddi bir varlığı bulunmayan doğal güçler, ses, enerji ve renk dalgaları eşya sayılmamaktadır²³.

Ses ve renk gibi doğal güçler tek başına maddi bir varlığı oluşturmadiğından, TMK anlamında eşya değildirler. Zira, enerji, ses ve renk dalgaları, maddi dünyada kendilerini ancak bir başka madde altında hissettirebilirler. Örneğin elektrik enerjisiyle çalışan bir makinanın, ses dalgasının tesiriyle çalan bir radyonun durumu gibi. Bu özellikleri nedeniyle, bu tip doğal güçler üzerinde doğrudan hüküm tesis etmek, bunları kontrol altında bulundurup hakimiyet sağlamak mümkün değildir. Ancak bu sesi meydana getiren, bunları nakleden ya da bunların tesiri altında bulunan cisimlerin üzerinde hakimiyet kurarak mülkiyet ve zilyetlik gibi haklarla eşya olarak korunması mümkün olabilir. Örneğin sesin kaydedildiğı bir plak üzerinde pek tabii olarak hakimiyet kurulabilir.

B. SESİN KİŞİLİK HAKKI OLARAK KORUNMASI

Kişilik hakkının tanımı ve bu tanım içerisinde ses kavramının girip girmeyeceğı, hukukumuzda kanunlar ile belirlenmemiştir. Bu nedenle, çalışmamızda öncelikle kişilik hakkı kavramı üzerinde durulacak, sonrasında ses kavramının, kişilik hakkı çerçevesinde korunup korunmayacağı incelenecektir.

²³ **Kemal OĞUZMAN/Özer SELİÇİ/Saibe OKTAY-ÖZDEMİR**, Eşya Hukuku, 2018, s.8-9; **Jale AKİPEK/Turgut AKINTÜRK**, Eşya Hukuku, 2009. s.580-581; **Aksoy S.**, age., s.24.

Kişilik hakkı, kişilerden bağımsız olarak varlıklarına tanınan ve kişiye devredilemeyecek biçimde bağlı olan, hukuk düzeni tarafından koruma altına alınan, başta yaşam olmak üzere vücut bütünlüğü, onur ve kişisel hayat gibi kişilik haklarıdır²⁴. Yargıtay tarafından da kişilik hakkı, kişinin, yalnızca kişi olmasından dolayı sahip olduğu, hak ve fiil ehliyeti ile başlamak üzere hukuk düzeninin korunmaya değer bulduğu maddi ve manevi kişisel değerlerini kapsayan mutlak ve vazgeçilemez hak şeklinde tanımlanmıştır²⁵.

Hukukumuzda kişilik hakkı, Anayasa'nın 20. maddesi ve TMK m. 23 vd. hükümleri başta olmak üzere, farklı kanunlarda kişilik hakkı ve özel hayatın gizliliği şeklinde koruma altına alınmıştır. Anayasa'nın 20. maddesinin ilk fıkrasında, kişinin, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu belirtilmiş ve bu kapsamda da kişinin özel hayatına ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı belirtilerek kişilik hakkı özel hayat çerçevesinde koruma altına alınmıştır.

Bu hükmün yanı sıra, Anayasa'nın, kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına ilişkin 17. maddesi, düşünce özgürlüğüne ilişkin 25. maddesi ve temel hak ve özgürlüklerde milletlerarası antlaşmalara öncelik taşıyan 90. maddesi, kişilik hakkının korunmasında yer verilen diğer hükümlerdir.

Kişilik hakkının korunması, ses türleri açısından insan sesi ile ilgilidir. Zira kişilik hakkının tanımından da anlaşılacağı üzere kişi olarak ele alınan kavram insandır. Ses de

²⁴ **Ahmet KILIÇOĞLU**, Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk, 2008 ,s.3; **Ergun ÖZSUNAY**, Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, 1982, s. 97; **Aydın ZEVLİLER/ Mehmet Beşir ATABEY/ K.Emre GÖKYAYLA**, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Medeni Hukuk 2000, s. 445; **Serap HELVACI**, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, 2001, s. 42; **Kemal OĞUZMAN/Özer SELİÇİ/Saibe OKTAY**, Kişiler Hukuku Dersleri, 1993, s.115; **Haluk TANDOĞAN**, “Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması”, AÜHF, C:20, 1963 S. 1,s.12; **Hasan İŞGÜZAR**, “Kişilik Hakkının İhlali Nedeniyle Manevi Tazminat Davasının Şartları”, ANBD, Yıl: 47, Sayı: 1990/6,s.857; **Bilge ÖZTAN**, Şahsın Hukuku, Hakiki Şahıslar, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2000, s.107; **Kemal OĞUZMAN /Turgut ÖZ**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler,11. Baskı, 2013,C:II, s.243 vd.

²⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2018/19-374 E., 2018/943 K. (www.kazanci.com) E.T: 02.11.2019)

insanın, kişinin kişilik değerlerindendir. Kişi sesinin isteği ve izni olmaksızın kayda alınması, bu kayıtların yayınlanması, değiştirilmesi, yok edilmesi kişilik hakkı ihlalidir²⁶. Ses üzerindeki kişilik hakkı, bir kişisel veri olarak kabul edilmektedir²⁷.

Kişinin sesine yönelik kişilik hakkı saldırısı, Anayasa 20 kapsamında kişinin özel hayatına saldırı kapsamında değerlendirilmektedir. Bu nedenle kişinin canlı sesinin veya ses kaydedicisi üzerine kaydedilmiş sesinin izinsiz olarak kullanımı halinde özel hayatın gizliliğini ihlalden bahsedilebilir²⁸.

Sesin, kişilik hakkı olarak korunmasında, TMK m.25'e göre kişilik hakkına saldırı halinde, öncelikle saldırının durdurulması, devam eden veya tehlikesi bulunan saldırının önlenmesi veya saldırının tespiti davaları açılabilmesi öngörülmüştür. Ayrıca, TMK m.25/3 uyarınca kişilik hakkının ihlali sonucu saldırıda bulunan tarafından bu ses hakkı üzerinden elde edilmiş bir kazanç varsa bu durumda Borçlar Kanunu vekaletsiz iş görme hükümlerine dayanılarak kazancın iadesi²⁹ dava konusu yapılabilecektir.

Ses üzerindeki kişilik hakkının ihlali aynı zamanda bir haksız fiil oluşturmaktadır. Bu durumda kişinin ihlale dayalı olarak manevi tazminat davası açması halinde TBK m. 58. dikkate alınmalıdır. Kişinin sesi üzerindeki kişilik hakkının ihlal edildiğini düşünmesi durumunda, a) bu saldırının hukuka aykırı olduğunu, b) kendi sesine ait bir saldırıdan dolayı zarar gördüğünü, c) manevi bir zararı bulunduğunu, d) saldırıyı gerçekleştirenin

²⁶ **Mine KAYA**, Telekomünikasyon Alanında Kişilik Haklarının Korunması, Ankara Barosu Dergisi, S.2010/4., s.284.

²⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 17.06.2015 T. 2014/4-56 E., 2015/1679 K. (www.kazanci.com E.T: 02.11.2019)

²⁸ **Mustafa DURAL/ Tufan ÖĞÜZ**, Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku, C:II, 2014, s. 140, **Serap HELVACI**, Gerçek Kişiler, 2013, s. 96.

²⁹ **Kemal OĞUZMAN**, İsviçre ve Türkiye'de Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı Korunması ve Özellikle Manevi Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, 1990, s. 30; **Fikret EREN**, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, 2014, s. 605-606, **Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman**, age., s. 413.

kusurunun bulunduğunu ya da kusursuz sorumluluğa ilişkin bir durum olduğunu³⁰ ve son olarak e) saldırı ile zarar arasında uygun illiyet bağı bulunduğunu ispat etmesi gerekir³¹.

C. SESİN ESER OLARAK KORUNMASI

Sesin eser olarak korunup korunamayacağı ile ilgili olarak öncelikle 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK)'te yer alan eser kavramının incelenmesi ve bu sesin eser olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği belirlenmelidir. Daha sonra, ses eser olarak kabul edilecek ise nasıl korunacağı tespit edilmelidir.

1. Eser Kavramı

FSEK m. 1/B'de eser, sahibinin özelliğini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her türden fikir ve sanat ürünleri şeklinde tanımlanmıştır. Kanunda yapılan düzenlemeye göre eser olarak sayılabilecek ürünler, kişinin fikri çabasının ürünü olmalı, bunun yanı sıra sahibinden özellikler taşınmalı ve kanunda tahdidi olarak sayılmış kategorilere girmelidir.

Ses ve eserin birleştiği konu ise musiki eserlerdir. FSEK m.3'e göre musiki eserler, her türden sözlü veya sözsüz eserler şeklinde tanımlanmıştır. İnsan, ruhunun yaratıcı yeteneğini sesler vasıtasıyla musiki eserlerde ortaya çıkarmaktadır³². Musiki eserler bir ses sanatı niteliğinde olup, malzemesini ses oluşturur. Müzikte kullanılan sesler, insan sesi veya müzikal aletlerden çıkan seslerin bir süre titremesi sonucunda oluşan sesler olup, bu sesler düzenli titreşimlerden oluşurlar ve insan kulağının duyabileceği belirli ses yüksekliğine sahiptirler³³.

³⁰ Eren F., age., s. 795; Oğuzman K., Şahsiyetin Korunması, s. 42. Ahmet KILIÇOĞLU, Medeni Kanun'da Manevi Tazminatta Ağır Kusur Konusunda Yapılan Değişiklik, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, 1990, s. 109; Akipek/ Akıntürk/ Ateş Karaman, age., s. 411.; Hüseyin HATEMİ/Emre GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Bası, 2015, s.168.

³¹ Akipek/ Akıntürk/ Ateş Karaman, age., s. 410-411.

³² Fırat ÖZTAN, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, 2008, s.128.

³³ Kemal ŞENOCAK/Refik Cemal HANEDAN, Telefon Zil Seslerinin Fikri ve Marka Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, DEUHFİD, 2005, C.7, s.283-306.

Müzik eserlerinde, sesler yaratıcı insanın fikri emeğinin ürünü olması şartıyla, korunan seslerin insan sesinden, herhangi bir müzik aletinden veya elektronik araçtan çıkması önem taşımazlar. Diğer yandan, seslerin eser niteliğine sahip olması için eşya hukukunda olduğu gibi nota ile veya ses kaydeden herhangi bir cihazla tespiti de şart değildir³⁴.

Buna karşılık, insan tarafından üretilmeyen bir fikir harcanmayan, örneğin yapay zeka ile üretilen bir müzik, hukuken eser olarak kabul edilemez³⁵. Zira, FSEK’te açıkça insanın fikri ürünü olması şartıyla musiki eserlerin eser olarak kabul edileceği belirtilmiştir. Bu nedenle, insanın fikri çabası sonucu sestten oluşan musiki eserler, FSEK kapsamında eser sayılmaktadır ve bu kanun kapsamında korunabileceklerdir.

2. Ses Eserleri Üzerinde Hak Sahipliği

Eserler üzerindeki hak sahipliği genel olarak hak sahibi olan kişilerin sayısına göre bir kişi ve birden çok kişinin hak sahipliği şeklinde ayrıma tabi tutulabilir. Birden çok kişinin hak sahibi olduğu eserlerde ise bu ayrım, ortak eser sahipliği ve iştirak halinde eser sahipliği şeklinde yapılabilir.

Bir kişinin eser sahipliğinden, eserin tümünün sahibinin bir kişi olması anlaşılmalıdır. Örneğin bir müzik eserinin tek bir kişi tarafından sözlerinin yazılması ve bestelenmesi durumu buna örnektir³⁶. Ortak eser sahipliği ise birden fazla kimsenin bir araya gelerek bir müzik eseri oluşturmakta fakat bu müzik eserinin kısımlara ayrılması mümkün olmaktadır. Bu tür durumlarda eseri meydana getirenlerden her biri kendi ayrılabilir kısmı üzerinde hak sahibi olmaktadır³⁷. Örneğin üç kısımdan oluşan bir müzik

³⁴ **Şafak N. EREL**, Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 2009, s.63.

³⁵ **Ünal TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2012, s.124.

³⁶ **Mustafa ATEŞ**, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2002, s.62.

³⁷ **Mustafa ATEŞ**, Fikri Hukukta Eser Sahipliği, 2012, s. 190 vd; **Nuşin AYİTER**, Hukukta Fikir ve Sanat Eserleri, 1981, s. 98 vd; **Erel Ş.**, age., s. 93-94; **İlhan ÖZTRAK**, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar, 1971, s. 48-49; **Cahit SULUK/Alı ORHAN**, Uygulamalı Fikrî Mülkiyet Hukuku, C.II, Genel Esaslar, Fikir ve Sanat Eserleri, İstanbul 2005, s. 285.

eserinin her bir kısmının ayrı müzisyence bestelenmesi gibi³⁸. İştirak halinde eser sahipliği ise iki veya daha fazla kişinin beraber çalışmasıyla bir bütün olarak müzik eserinin ortaya çıkarılması halinde meydana gelir. Bu durumda eserin sahibi ise elbirliği mülkiyetinde olduğu gibi o eseri meydana getirenlerin birliğidir. Örneğin iki müzisyenin bir müzik eserini beraber yazması ve bestelemesi gibi.

Musiki eserlerde sadece eserin bestesi koruma altına alınır. Bunun yanı sıra müzik eserinin sadece söz unsurunun bir edebiyat eseri niteliği ile bağımsız olarak korunabilir³⁹. Kaldı ki müzik eserlerinde edebiyat eseri niteliği taşıyan şiirlerin bestelendiği de sık rastlanan bir durumdur. Bu nedenle, bir kimsenin fikri ürün sonucu oluşturduğu sözleri, kendi rızası olmaksızın müzik eserinde kullanılması halinde, kişinin edebiyat eserinin ihlali söz konusu olmakta, buna karşılık bestesinin rızası olmaksızın kullanılması halinde müzik eserinin ihlali anlamına gelmektedir.⁴⁰

Bağlantılı hak sahiplerinden bahsedebilmek için öncelikle bir eserin meydana gelmesi veya meydana geliş sürecinin başlamış olması gerekmektedir. Bağlantılı hak sahipleri, bu eserin meydana geliş sürecinde eser sahibine yardım eden, meydana geldikten sonra bu eseri topluma tanıtan, ortaya çıkan eseri kendince yorumlaya veya halka ulaştırılmasına yardım eden kişiler şeklinde tanımlanabilir⁴¹. Bağlantılı hak sahipleri, FSEK m.80'e göre iki grup olarak belirlenmiştir. Birinci grup bağlantılı hak sahipleri, eserin komşu hak sahipleri, ikinci grup bağlantılı hak sahipleri ise film yapımcılarıdır. Bu ayırımdan sonra komşu hak sahipleri ise üç grup altında toplanmıştır. Bunlardan ilki icracı sanatçılar, ikincisi icrayı ya da sesleri ilk defa tespit eden fonogram yani ses taşıyıcısı yapımcıları ve radyo televizyon kuruluşlarıdır. Çalışmamızla ilgili olması nedeniyle burada sadece icracı sanatçılar ve fonogram yapımcılarının hak sahipliği incelenecektir.

³⁸ Savaş BOZBEL, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2015. s.66.

³⁹ Akın BEŞİROĞLU, Fikir Hukuku Dersleri İlkeler Kurallar, 2006, s. 105

⁴⁰ Kılıçoğlu A., age., s.130.

⁴¹ Ayrıntılı bilgi için bknz; Azra ARKAN, Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar, 2005.

İcracı sanatçılar, kelime anlamından da anlaşılacağı üzere bir eseri icra eden yani bir eseri kendine özgü şekilde yorumlayan, tanıtan veya anlatan sanatçılar olarak tanımlanabilir⁴². Eser Sahibinin Haklarına Komşu Haklar Yönetmeliği'ne⁴³ göre icracı sanatçılar, sanat veya folklor eserlerini yorumlayan, tanıtan, söyleyen ve farklı şekillerde icra eden dansçılar, oyuncular, ses sanatçıları ve müzisyenler şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımlardan da görüleceği üzere, icracı sanatçılar, icralarına kendi yorumlarını yansıtmaktadırlar. Bu nedenle, icracı sanatçıya tanınan haklardan faydalanabilmek için icranın şahsa özgü olması şartı aranır⁴⁴. Bu özgünlük şartı ancak ve ancak icracıyı meydana getiren sanatçının gerçek kişi olması ile sağlanabilir. Ayrıca, tabii olarak icracı sanatçı bir eseri icra etmek istiyorsa öncelikle o eser sahibinden izin alması gerekmektedir⁴⁵.

İcracı sanatçıların, ortaya koyduğu icra üzerindeki hakları, FSEK m.80/I/A-2'de sayılmıştır. Madde hükmüne göre icracı sanatçı icrasını tespit ettirebilir, bu tespite ilişkin çoğaltma, satılma, dağıtılma ve umuma iletilme gibi işlemlerine izin verebilir veya bunların tümünü yasaklayabilir.

Fonogram, sesi yada bu sesin yazılı biçimde tespit edildiği ses taşıyıcısını ifade eder. Fakat görsel ve işitsel eserler içindeki ses tespitleri bu hüküm kapsamında fonogram kabul edilmemektedir. Fonogram yapımcıları ise, fonogramın organizasyonunu yapan ve bunun için yatırım yapan kimseleri ifade etmek için kullanılır.

Fonogram yapımcıları, eser veya icra sahibinden izin almak koşuluyla, insan emeği ile icra edilen eserlerin veya ilk defa tespit etmesi koşuluyla diğer tüm seslerin mali haklarına sahip olabilir. Fonogram yapımcısı tarafından izin alındıktan sonra iznin kapsamına giren icra üzerinde mutlak nitelikte kullanma haklarına sahip olunabilir.

⁴² FSEK m. 80/I, **Dilek SALMANLI**, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile Korunan Haklar, Bu Hakların İhlâli Halinde Açılacak Hukuk Davaları ve Yargılama Usûl, Başkent Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, s. 33.

⁴³ Resmî Gazete Tarihi: 16.11.1997 Resmî Gazete Sayısı: 23172

⁴⁴ **Tekinalp Ü.**, Fikri Mülkiyet, s. 273. **Bozbel S.**, age., s.162. **Erel Ş.** age., s.209; İcracı sanatçının fikir ve emeğindeki orijinallik ölçüsünün, asıl eser ve sahibinde aranandan daha ileri düzeyde olması gerektiğini savunmaktadır.

⁴⁵ FSEK 80/b.1, **Tekinalp Ü.**, age., s. 276. **Bozbel S.**, age., s.163.

Fonogram yapımcıları FSEK kapsamında sadece mali haklara sahip olmakla birlikte kanunda manevi hakka sahip olabilecekleri belirtilmemiştir⁴⁶.

Fonogram yapımcıları bu kapsamda, icranın tespiti, çoğaltılması, dağıtılması, satılması gibi umuma iletimi konularında tek yetkili kişidir. Ayrıca fonogram yapımcısı, tüm bu haklarını başkalarına da devredebilir.

D. SESİN MARKA OLARAK KORUNMASI

1. Marka Kavramı

Sözcük olarak marka, bir ticari malı diğerlerinden ayırmaya yarayan işaret olarak tanımlanabilir⁴⁷. SMK'da markanın açık olarak tanımı yapılmamakla birlikte, hangi işaretlerin marka olabileceğini düzenleyen madde 4/1'de markanın dolaylı bir tanımı yapılmıştır. Bu madde hükmüne göre marka, bir teşebbüse ait malların ve/veya hizmetlerin, diğer teşebbüsün mal ve/veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlayan ve korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olan, kişi adları dâhil olmak üzere sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işareten oluşabilir⁴⁸.

Bilimsel öğretilerde ise marka farklı şekillerde tanımlanmaya çalışılmıştır. **Yasaman/Yusufoğlu'na**⁴⁹ göre marka, ayırt edici işlevi ile tanımlanmış ve teşebbüslerin mal ve hizmetleri birbirinden ayırmaya yarayan işaret olarak betimlenmiştir. **Karasu'ya**⁵⁰ göre ise marka, mal ve hizmetleri anonim olmaktan çıkararak kişiselleştirmekte ve bunun sonucunda tüketiciler de mal ve hizmetleri diğerlerinden ayırt edebilmektedir. **Arslan'a**⁵¹ göre ise marka bir işarettir ve bu işaret teşebbüsün mal ve hizmetlerini diğerlerinden ayırt

⁴⁶ Bozbel S., age., s.167.

⁴⁷ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlüğü, "<http://sozluk.gov.tr/>" (E.T:02.11.2019)

⁴⁸ 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu 10.01.2017 tarihli Resmi Gazete.

⁴⁹ Hamdi YASAMAN, Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, 2004, s. 16.

⁵⁰ Cahit SULUK/Rauf KARASU/Temal NAL, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2017, s.159.

⁵¹ Arslan KAYA, Marka Hukuku, 2006, s.14.

etmeyi sağlar. **Karan/Kılıç'a**⁵² göre marka, mal veya hizmete kimlik kazandıran bir işarettir. **Yılmaz'a**⁵³ göre marka, ticarete her türlü malı diğerlerinden ayırmak için mal üstüne veya ambalajlarına konulan ve bu amaca hizmet eden işaretlerdir.

Ticari hayatta süregelen markalar dışında yeni gelişen markalara isim verme ihtiyacı ortaya çıkmış ve İngilizcede “non-conventional trademarks” veya “non-traditional trademarks” olarak kullanılmaya başlayan terim, dilimize “geleneksel olmayan markalar” şeklinde çevrilmiştir. Tersini tanımlamadan gidecek olursak geleneksel markalar eskiden beri kullanılan kelime, sayı, logo, kişi adları, desenler, amblemler gibi işaretleri ifade etmektedir. Geleneksel olmayan marka kavramı ise bunların dışında kalan renk, ses, koku, tat, üç boyutlu şekil, olay, hareket, hashtag gibi işaretleri ifade eden geniş bir kavramdır.

Günümüz buluş çağı göz önüne alındığında her gün yeni bir gelişme ortaya çıkmakta ve gelişmeler de marka hukukunu etkilemektedir. Bu gelişmeler karşısında çağın gereklerine ayak uydurabilmek amacıyla, markanın tanımı kanun koyucu tarafından sınırlayıcı ve katı bir şekilde yapılamaz hale gelmiştir. Zira, sınırlayıcı bir tanımla tanımlanırsa, zamanın ihtiyaçlarına cevap veremeyen ve yaşanan her gelişme ile geride kalması olası olan marka sürekli yenilenme ihtiyacıyla karşı karşıya kalacaktır. Bu tehlike göz önüne alınarak, kanun koyucu tarafından markanın sınırlayıcı şekilde tanımlanması yerine markanın çerçeve ve geniş bir şekilde tanımlanması amaçlanmış ve gelişen marka kullanımlarının önüne geçilmesi engellenmek istenmiştir⁵⁴. Gerçekten de SMK m.2’de yer alan “tanımlar” başlığı altında kanunda geçen terimler tanımlanırken marka kavramına yer verilmemesi, kanun koyucunun bu kavramı bilinçli bir şekilde tanımlamadığını ve bilinçli bir boşluk yaratarak kısıtlı bir tanımdan kaçındığını göstermektedir. Tüm bu tanımlamalardan yola çıkarak kanımızca markanın en geniş ve

⁵² **Hakan KARAN/ Mehmet KILIÇ**, Markaların Korunması 556 sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, 2004, s.33.

⁵³ **Ejder YILMAZ**, Hukuk Sözlüğü, 2002, s.519.

⁵⁴ Bu yönde Bkz. **Çağlar ÖZEL**, Marka Lisansı Sözleşmesi, 2002, s. 29; **Sabih ARKAN**, Marka Hukuku, 1997, C. I, s. 35; **Sami KARAHAN**, Ticari İşletme Hukuku, 2012, s. 175.

kapsayıcı tanımı, teşebbüslerin mal ve hizmetleri arasındaki ayırt edici işaretler, şeklindedir.

SMK ile Mülga MarKHK’da yapılan dolaylı marka tanımında değişiklik yapılmış ve madde metninde örneksene yoluyla sayılan marka olabilecek işaretlere yenileri eklenmiş uluslararası hukuk ile mevzuatımız uyumlu hale getirilmeye çalışılmıştır⁵⁵.

Mülga MarKHK’da markalar için zorunlu unsur olarak kabul edilen çizimle görüntülenebilme unsuru kaldırılmış ve bunun yerine SMK’da markanın gelişim ihtiyaçlarına ve geleneksel olmayan marka tesciline de imkan verilebilecek şekilde işaretin, konusunun açık ve kesin olması şartıyla sicilde gösterilebilir olması şartı eklenmiştir. Bunun yanında, Mülga MarKHK’da marka olabilecek işaretler belirtilirken kullanılan “özellikle” ibaresi SMK’da kullanılmamıştır. Bu sayede uluslararası alanda tescili mümkün olan ve işbu çalışmanın konusunu oluşturan ses markaları gibi markaların tescili açısından sorun çıkaran çizimle görüntülenme şartı kaldırılmıştır. Marka olabilecek işaretler SMK’da sayılırken, Mülga MarKHK 5. maddesinde olduğu gibi sınırlayıcı bir tanım kullanılmamış, kapsayıcı bir tanım kullanılarak madde metninde yer alan örnekler haricinde de işaretlerin marka olabileceği açık bir şekilde ifade edilmiştir⁵⁶.

Hukukumuzda yapılan değişiklik paralel olmak üzere aynı değişiklik AB Marka Tüzüğü’nde de yapılmıştır. Nitekim, 207/2009 sayılı Marka Tüzüğü’nün 4. maddesinde, grafikte (çizimle) temsil şartı bulunmakta iken, 2015/2024 sayılı Marka Tüzüğü’nün 3. maddesinde grafikte (çizimle) temsil şartına yer verilmemiş, SMK’daki gibi açık şekilde anlaşılabilir olması unsuru getirilmiştir⁵⁷.

⁵⁵ **Tamer PEKDİNÇER/Eda GİRAY/Kadir BAŞ**, Gerekçeli, Notlu, İçtihatlı 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ve İlgili Ulusal-Uluslararası Mevzuat, 2. Baskı, Eylül 2019, s. 39 SMK 4. madde Gerekçesi.

⁵⁶ **Fatma ÖZER**, Sınai Mülkiyet Kanunu Ne Getirdi?, 2017, s. 34.

⁵⁷ **Hamdi YASAMAN**, 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu (9-10 Mart 2017), 2017, s.130.

2. Sesin Marka Niteliği ve Ses Markası Tanımı

Ses işaretlerinin marka olarak kabulü için yukarıda ayrıntılı olarak açıkladığımız işaret, ayırt edicilik, açıklık ve kesinlik unsurlarını birlikte taşıması gerekmektedir. Nitekim SMK m.4'te marka olabilecek işaretler örneksime yolu ile sayılırken seslerin de marka olabilecek işaretlerden olduğu açıkça belirtilmiştir. Bu nedenle seslerin markanın işaret unsurunu taşıdığı konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Diğer yandan sesler, somut ve soyut ayırt edici olmasının yanında açıklık ve kesinlik unsurlarını da barındırıyorsa marka niteliğine haiz olabilirler.

Sesin ayırt edicilik unsuruna sahip olması, seslerin tüketicilerde bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini benzerlerinden ayırt etmesini sağlaması anlamına gelmektedir. Tüketiciler bir sesi duyduklarında bir teşebbüsün mal veya hizmetleri akıllarına geliyorsa bu durumda ayırt edicilik unsurunun var olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir. Burada ayırt edicilik bakımından önemli olan husus Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi (ABFMO) 06.10.2014 tarihli R 1338/2014-4 sayılı kararında belirtildiği gibi sesin karmaşıklığı ve hatırlanabilirliğidir.

Sesin türünün veya nasıl üretildiğinin herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Fakat sıradan her yerde duyabileceğimiz bir kuş sesi bir teşebbüsün malını veya hizmetlerini diğerlerinden ayıramayacağından ayırt edici niteliğe haiz değildir. Bu tür sesler ancak zamanla mal veya hizmetlerle özdeşleşmeleri ve diğer mal veya hizmetlerden ayırt edilebilmeleri halinde ayırt edicilik kazanabilirler.

Sesler ayırt etme niteliğinin tespiti açısından diğer marka türleri gibi SMK m.4 kapsamında değerlendirilmelidir. Bu bakımdan bir sesin marka olabilmesi için, öncelikle tüketiciler tarafından algılanabilir olması gerekir. Algılanabilme açısından ise insan kulağı ancak ses dalgalarının küçük bir bölümünü duyabilmekte ve algıya dönüştürebilmektedir. Bu eşiğin altında kalan ve insan kulağının duyamadığı sesler ise

gürültülerin grafik olarak gösterimi olarak tanımlanabilecek⁵⁸ sonogram aracılığı ile grafikte gösterilebilir. Bu durumda, insanlar sesi değil, grafikte gösterilen halini görmüş olurlar ki, bu işaret bir sestən çok görsel işaret olarak kabul edilebilir. Bu nedenle, insan kulağının duyamadığı seslerin markalar açısından işaret niteliği olmadığı sonucuna varılabilir.

Sesin açıklık ve kesinlik unsurunu taşıması, sesin açık ve kesin bir şekilde belirlenmesi ve sicilde gösterilebilir olması anlamına gelmektedir. SMK ile birlikte sesler açısından bu şartın sağlanması nota ile gösterilebilir ve kâğıda dökülebilir olmanın yanında kâğıda dökülemeyecek şekilde olan sesler açısından elektronik kaydının sunulması şeklinde sağlanabilir. Bu şart, sesin marka olarak tescil edilebilmesine yönelik bir şart olup açıklık ve kesinliğin sicil nezdinde sağlandığı her durumda bu şartın varlığı kabul edilmelidir.

Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) Shield Mark kararında⁵⁹ seslerin de marka olarak tescil edilebileceği ile ilgili olarak ilke sayılabilecek bir karar vermiştir. Bu karara göre marka olabilecek işaretler arasında sesler sayılmamış olsa da melodik ve amelik seslerin marka olarak tescil genel marka olma şartlarını yerine getirmesi halinde mümkün kabul edilmiştir. Bu açıklamalar ışığında ses markası, insanın işitme duyusu ile algılayabildiği, ayırt edici niteliği haiz işaretler olarak tanımlanabilir⁶⁰.

3. Ses Markasının Önemi ve Tüketiciler Üzerindeki Etkileri

Günümüzde teknoloji ve reklam stratejilerinin değişim ve gelişimine paralel olarak, işletmeler tarafından mal ve hizmetlerin reklamı amacıyla kullanılan marka çeşitleri de değişmiş ve gelişmiştir. İşletmeler son zamanlarda sözcük, şekil, harf gibi klasik markaların yanı sıra ses, üç boyutlu biçim ve renk gibi yeni ve geleneksel olmayan marka çeşitlerini de yoğunlukla kullanmaya başlamışlardır.

⁵⁸ Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi (ABFMO) 25.08.2003 tarih R0781/1999-4 sayılı karar.

⁵⁹ Karasu, age., s. 41; ABAD 27.11.2003 tarihli Shield Mark C-283/01 sayılı Kararı.

⁶⁰ Eldeniz GÜLPERİ, Ses ve Koku Markaları, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009, s.18.

Ses markalarının diğer görsel markalara göre en önemli avantajı, hızlı ve aktif bir eylem gerektirmeden algılanmalarıdır. Nitekim, bir görsel markanın tüketicileri etkilemesi için, markanın onların görüş alanlarında bulunan gözüne hitap etmesi gerekir. Tüketiciler markaya aktif olarak bakmadıklarında veya gözlerini kapattıklarında markadan da etkilenmemiş olurlar. Özellikle son zamanlarda sosyal mecralarda görsel reklamların artması nedeniyle izleyiciler reklam zamanında hemen kapatmaya çalışmaktadırlar. Bu da görsel markaların önemini azaltırken ses markalarının önemini artırmaktadır. Zira insan kulağı her zaman açık ve her yönden gelen bilgiyi almaya hazırdır. Tüketici herhangi bir sestten bilinçli etkilendiği gibi bilinçsiz olarak da etkilenmektedir⁶¹. İnsan belli bir sesi duymak istemese de duyu organı onu algılamaktadır.

Diğer yandan, radyo ve podcast gibi programlar sadece dinlenebildiğinden bu programlarda sunulan bir reklam ancak ses ile tanınabilir. Ses markaları ile tanıtılan mal ve hizmetler dilleri farklı olsa da bütün insanlar tarafından her yerde aynı şekilde tanınırlar. Dünya çağında tanınan işletmeler ses markalarını kendi ürünleri için kullandıklarında, insanlar ürünün pazarlandığı ülkenin dilini bilmeseler de ürünü tanıyabilirler. Örneğin Apple firmasına ait Iphone marka telefonların çalış müziği tüm dünyada dil fark etmeksizin tanınan bir ses markasına dönüşmüştür.

E. SESİN ÇOKLU (KÜMÜLATİF) KORUMA İLKESİNE GÖRE KORUNMASI

Çoklu koruma ilkesi, bir hukuk kuralın diğerini dışlaması ya da kurallarının birbiriyle yarışması olmadan, aralarında genel hüküm-özel hüküm ilişkisi bulunmadan hukuki sebepler arasındaki yığılmayı ifade etmektedir⁶². Bunun anlamı, korumaya ilişkin şartların taşınması şartıyla hak sahibi haksız rekabet veya fikri mülkiyet haklarından birine veya tamamına dayanarak koruma taleplerini istediği gibi seçebilir⁶³.

⁶¹ Karasu, Ses Markaları, s.32.

⁶² Cahit SULUK, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Tasarımların Kümülatif Olarak Korunması (Çoklu Koruma), FMR, C.1, S.3, 1/2001, s.45.

⁶³ Cahit SULUK/Alı ORHAN, Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku, Tasarımlar, 2008, s. 117.

İlke olarak, aynı eylem sonucu bir kişinin birden fazla fikri ve sınai mülkiyet haklarına tecavüz edilmesi halinde, hak sahibi çoklu koruma ilkesine göre ihlal olunan her hakkı için ayrı ayrı talepte bulunabilir ise de, aynı eylemden dolayı ihlal olunan her hak için ayrı ayrı tazminata hükmedilemez⁶⁴. Bu durumda hak sahibinin ihlal edilen hakları yarışabilir ancak buna dayalı talepleri yığlamaz. Aksi bir kabul halinde bir eylemden dolayı birden fazla zarar ödenmesi sonucu doğar ki bu durum zarar ve tazminat ilkelerine de aykırılık teşkil etmektedir. Bu nedenle, hak sahibinin belirlenecek tazminat için hakları arasında bir seçimlik hakkı olduğunun kabulü gerekir.

Sesler açısından çoklu koruma prensibi, ses markası sahibinin, marka hükümlerinin yanında ayrıca şartları varsa diğer sınai mülkiyet hakları, eser sahipliği hakları veya haksız rekabet hükümlerinden bir veya birkaçı yahut tamamına birlikte başvurabilecek olmasını ifade etmektedir. Yukarıda ayrıntılarıyla izah ettiğimiz üzere sesler birden fazla şekilde hukuki koruma yoluna sahiptirler. Sesler üzerinde fikri hakka sahip olan kişiler bu haklarını korumak için her birinin şartını ayrı ayrı taşımak şartıyla, dilerlerse kişilik hakkına, dilerlerse eser üzerindeki haklara ve dilerlerse marka hakkına birlikte veya ayrı ayrı başvurabilirler.

Burada önemli olan husus sesin her bir koruma yolu açısından şartları taşıyıp taşımadığının incelenmesi ve koruma yolu sonucunda oluşan tazminin bir defa giderilmesidir. Örneğin bir ses, marka olarak tescil edilse bile FSEK anlamında eser mahiyetini taşıyorsa, FSEK kapsamında da korunması talep edilebilir. Bu kapsamda sesin manevi haklar açısından ilk defa piyasaya arzının sahibinin izniyle gerçekleşmesi gerektiği FSEK kapsamında korunması mahkemeden talep edilebilir.

⁶⁴ Yargıtay 11. HD. 17.01.2017 T., 2015/12281 E., 2017/295 K. (www.kazanci.com) E.T: 02.11.2019)

İKİNCİ BÖLÜM

SESLERİN MARKA OLARAK TESCİLİ

I.MARKA OLARAK TESCİL EDİLEBİLECEK SESLER

Sınai mülkiyet hakları ve marka hakları ile ilgili olarak uluslararası alanda birden fazla anlaşma imzalanmıştır. Bu anlaşmalardaki temel amaç ülkelerin sınai mülkiyet ve marka uygulamaları arasında birlik oluşturmak ve bu sayede birlikte hareket etmelerini sağlamaktır. Günümüzde bu antlaşmaların çoğalmasıyla beraber sınai mülkiyet ve marka hukukunun temel prensipleri de bu antlaşmalara göre şekillenmiştir. Ses markaları da bu antlaşmalar çerçevesinde şekillenip hukukumuzda sonradan dahil edilen bir marka çeşididir.

Seslerin marka niteliğine haiz olabilmeleri için öncelikle markanın zorunlu unsurlarını taşımaları gerekmektedir. Bu nedenle çalışmamızda öncelikle markanın unsurları incelenecek olup sonrasında seslerin bu niteliklere haiz olup olamayacakları değerlendirilecektir.

A. MARKANIN UNSURLARI

SMK'nın 4/1 maddesinde yapılan markaya ilişkin dolaylı tanımdan hareketle, markanın “işaret”, “ayırt edicilik” ve “açıklık ve kesinlik” olmak üzere üç unsuru bulunmaktadır⁶⁵.

1. İşaret Unsuru

Bir markanın oluşabilmesi için her şeyden önce ortada bir işaret bulunmalıdır⁶⁶. Bu unsura bir işaretin mevcut olması koşulu da denebilir⁶⁷. Marka hukuku anlamında

⁶⁵ Suluk/Karasu/Nal, age. s.160.

⁶⁶ ABAD, Dyson Kararı C-321/03; Heidelberger Kararı C-49/02; SMK m.5/1-a; 2015/2436 sayılı AB Marka Direktifi m.3/1-a.

⁶⁷ Uğur Çolak, Türk Marka Hukuku, 4. Baskı, 2018, s.24.

işaret, hedef kitle nezdinde bir teşebbüsü çağrıştıran, bu hedef kitleyi teşebbüse bağlayan, onu temsil eden ve kısa bir şekilde ifade eden simgeler olarak tanımlanabilir⁶⁸. Tanımdan yola çıkarak işaret, teşebbüs hakkında bilgi ve mesaj ileten ve insan tarafından beş duyudan birisiyle algılanabilen her şeyi kapsamaktadır⁶⁹. SMK’da yapılan dolaylı tanım uyarınca marka her şeyden önce bir işarettir. Nitekim, dolaylı tanımın yapıldığı 4. maddenin başlığı da hangi işaretlerin marka olabileceğini göstermektedir. Bu nedenle, her markanın aynı zamanda bir işaret olduğu da söylenebilir. Ancak bunun tam tersi yani her işaretin aynı zamanda bir marka olduğu söylenemez⁷⁰. Bir işaretin marka olabilmesi için, işaret unsurunu barındırmasının yanı sıra “*ayırt edicilik*” ve “*marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebiliyor*” koşullarını da taşıması gerekmektedir⁷¹.

Kanuna göre markalar, ayırt edici nitelik taşıması, açık ve kesin olarak anlaşılması ve sicilde gösterilebilir olması şartıyla her türlü işareten oluşabilir. Kanunda yapılan bu dolaylı tanımla, sayılan işaret örneklerinin (sözcükler, şekiller, renkler, sayılar, sesler gibi) sınırlı sayıda (numerus clausus) olmadığı açıkça ifade edilmiştir⁷². Bu kapsamda marka, tek bir işareten veya birden fazla işareten oluşabilir. Bunun yanı sıra marka, birden fazla sözcük ve şekilden oluşabileceği gibi (karma marka) sadece sözcükten de oluşabilir.

ABAD Dyson Kararı’nda⁷³, şirketin, elektrikli süpürge ürünlerinde şeffaf toz toplama haznesine ilişkin marka başvurusunu işaret koşulunu taşımadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Kararda, şeffaf toz toplama haznesinin bir konsept olduğu, beş duyuya hitap etmediği ve tüketici nezdinde görsel olarak algılanamadığı gerekçeleriyle işaret olmadığına hükmedilmiştir⁷⁴.

⁶⁸ Tekinalp Ü., Fikri Mülkiyet. s.360.

⁶⁹ Suluk/Karasu/Nal, age. s.160.

⁷⁰ Çolak, age., s.24; Tekinalp Ü., Fikri Mülkiyet. s.361.

⁷¹ Çolak, age., s.24.

⁷² Tekinalp Ü., Fikri Mülkiyet. s.361; Kaya A., age. s.17.

⁷³ ABAD, Dyson, C-321/03.

⁷⁴ Çolak, age., s.24.

Seslerin işaret niteliği açısından, SMK ile birlikte Mülga MarKHK'dan farklı olarak 4. maddede açıkça seslerin de işaret niteliği taşıdığı belirtilmiştir. Marka olabilecek işaretlerin örnekseme yoluyla sayıldığı madde hükmünde seslerin işaret olabileceğinin belirtilmesi ile birlikte seslerin işaret niteliği ile ilgili herhangi bir tartışma kalmamıştır.

Sesler işaret niteliğine sahip olmakla birlikte, insan kulağının 20 Hertz ile 16.000 Hertz arasındaki titreşimleri duyabilmesi ve ses olarak algılayabilmesi, duyulamayan sesler için sorun yaratmaktadır. Zira, insan kulağının duyamadığı yani 20 Hz'den alçak ve 16.000 Hz'den yüksek sesler işaret unsuruna sahip olmamaktadır. Doktrinde **KARASU**⁷⁵, bizim katılmadığımız görüşüne göre, insan kulağının duyamadığı seslerin soyut ayırt edici niteliğe sahip olmadığını belirtmiştir. Fakat, yukarıda belirttiğimiz ABAD Dyson Kararı'nda ve doktrinde⁷⁶ belirtildiği üzere işaret niteliğine haiz olunabilmesi için beş duyudan birine hitap edilmesi şarttır. İnsan kulağının algılayamadığı seslerde ise bu sesler insan tarafından algılanamadığından herhangi bir şekilde beş duyudan birine hitap edemez ve işaret niteliğine de sahip olamazlar. Bu nedenle ses markaları açısından öncelikle, insan kulağının duyabileceği aralıktaki ses işaretlerinin mevcut olması ve kanunda dayılı diğer şartları taşıması gerekmektedir.

2. Ayırt Edicilik Unsuru

Ayırt edicilik, bir işaretin, diğerlerinden farklı olmasını ya da öyle algılanmasını sağlayan unsur ve özelliklerin bütünü olarak tanımlanabilir⁷⁷. Ayırt edicilik unsuru işaretler bakımından genel ve temel özellik niteliği taşımaktadır⁷⁸. İşaretlerin markaya dönüşebilmesi ve marka niteliğini taşıyabilmeleri için öncelikle ayırt edici niteliğe sahip olmaları gerekmektedir. Markanın ayırt etme unsuruna sahip olduğunun anlaşılabilmesi

⁷⁵ **Karasu**, Ses Markaları, s.36

⁷⁶ **Çolak**, age., s.24.

⁷⁷ **Çolak**, age., s.25; **Tekinalp'e** göre ayırt edicilik, bir işaretin bir teşebbüs tarafından uzun süreli kullanılması veya gazete, TV, sosyal mecra gibi reklam mekanlarında hitap edilen kitleye sunulması suretiyle hitap edilen belleklerde yer etmesidir Fikri Mülkiyet, s.365; Bu tanım doktrinde bizim de katıldığımız görüşüne göre **Çolak** tarafından eleştirilmiş ve tanımda belirtilen unsurların markanın tanınırlığı ile ilgili olduğu belirtilmiştir. **Çolak**, s.25.

⁷⁸ **Beşir Fatih DOĞAN**, Soyut Renklerin Marka Olarak Tescil Edilebilirliği, FMR, 2005/4, s.41 vd.

için işaretin, mal veya hizmetle ilgili hukuki işlem yapılmasından önce hedef kitle tüketiciler tarafından algılanabilir nitelikte olmasına bağlıdır⁷⁹.

Ayırt edicilik kavramı bakımından doktrinde soyut ve somut ayırt edicilik olarak ikili bir ayrım yapılmıştır. Burada öncelikle işaret, ayırt edici niteliğe haiz olup olmadığı açısından soyut olarak incelenmektedir. Soyut ayırt edicilik, işaretin bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini diğer teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayırt etmeye elverişli olması halidir⁸⁰. Bunun anlamı, bir işaretin soyut olarak bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini diğer teşebbüslerden ayırabilme kabiliyetidir. Somut ayırt edicilik ise işaretin tescili talep edilen mal ve hizmetler açısından diğer teşebbüslerin mal ve hizmetlerinden ayırt edebilme kabiliyetidir⁸¹. Bir işaret soyut ayırt edici niteliğe haiz değilse marka olamaz ve doğal bir sonucu olarak da somut ayırt edici nitelik incelemesi yapılamaz.

Soyut ve somut ayırt edicilik arasındaki en önemli fark, somut ayırt edici niteliğe haiz olmayan bir işaret kullanım yoluyla ayırt edici nitelik kazanabilirken, soyut ayırt ediciliği bulunmayan bir işaretin kullanım yoluyla dahi ayırt edici nitelik kazanamamasıdır⁸². Soyut ayırt edici niteliğe sahip olma, marka olabilmenin bir koşulu iken, somut ayırt edici nitelik marka tesciline engel bir durumdur. Bu nedenle, markanın unsurlarında bahsedilen ve SMK m.4'te düzenlenen ayırt edici nitelik ile kastedilen, işaretin soyut ayırt edici niteliğe haiz olmasıdır. İşaretin ayırt etme gücü değerlendirilirken işaretin ayrı unsurları değil, bütünü yani genel görünümü dikkate alınmalıdır⁸³.

⁷⁹ Türk Patent ve Marka Kurumu (TÜRKPATENT) Marka İnceleme Kılavuzu, 2019, s.44; **Çolak**, age., s.25.

⁸⁰ **Beşir Fatih DOĞAN**, Türk, Alman ve Avrupa Birliği Hukukuna Göre Marka Olamayacak İşaretlerin Kullanım Sonucu Ayırt Edicilik Kazanarak Tescil Edilebilirliği Sorunu, FMR, Cilt:6, S: 2006/3, s. 19 vd.

⁸¹ **Çolak**, age., s.26.

⁸² **Beşir Fatih DOĞAN**, Üç Boyutlu Biçim ve Hareket Markaları, BATİDER, C.XXV, s.342.

⁸³ Aynı yönde bkz: Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 16.05.2018 T., 2016/11838 E., 2018/3625 K. (www.kazanci.com E.T: 02.11.2019)

Yargıtay bir kararında⁸⁴ “fiyatları geri aldık” işaretinin bir işletmeyi hatırlatma veya garanti etme özelliğinden ziyade yapılan iş, eylem veya sezonluk bir faaliyeti olan indirim faaliyetlerini hatırlattığını, soyut ayırt edici niteliğinin bulunmadığından böylesi bir işaretin ilgili tüketici nezdinde marka algısı yaratmasının mümkün olmadığı, kaynak gösterme ve ayırt edilme fonksiyonunun bulunmadığını belirtmiştir.

Ayırt edicilik bakımından uygulanacak değerlendirme kriterleri bütün marka türleri bakımından aynı olmasına rağmen, halkın ilgili kesiminin her markayı algılaması aynı olmayacağından bu hususa dikkat edilmesi gerekmektedir. Bunun sonucu olarak da renk, ses, slogan ve üç boyutlu marka gibi geleneksel olmayan marka türlerinde ayırt ediciliğin ispatı, geleneksel (konvansiyonel) markalara oranla daha güçtür⁸⁵.

Sesler açısından, marka olabilmesi için öncelikle ayırt edici nitelik değerlendirmesi yapılırken bir sesin soyut ayırt edici niteliğe sahip olup olmadığı incelenecek, sonrasında sesin tescil edilmek istenen mal ve hizmetler açısından somut ayırt ediciliğe sahip olup olmadığı değerlendirilecektir. Seslerin soyut ayırt ediciliğe sahip olmamasına örnek olarak bir müzik eserinin çok uzun ya da çok kısa sıradan akılda kalmayacak şekilde olması örnek gösterilebilir. Bu durumda bu ses işareti soyut ayırt edici niteliğe sahip olmadığından hiçbir mal ve hizmet türleri açısından marka olarak tescil edilemez.

Ses markalarının ayırt edici niteliği ile ilgili olarak ABAD “Globo” kararında⁸⁶ ilke olabilecek nitelikte bir karar vermiştir. Davaya konu olayda Brezilya menşeli bir firma, Fransa ve ABD’de tescil ettirdiği ses markasını ABFMO’ne tescil ettirmek üzere başvurur ve başvurusu ses markasının, basit bir zil sesinden oluşması ve hedef kitle tarafından ayırt edilemeyecek ve fark edilemeyecek nitelikte olması nedeniyle reddedilir. Başvurucu bunun üzerine ABAD’da başvurusunun tescili için dava açar.

⁸⁴ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 08.03.2017 T., 2015/13569 E., 2017/1391 K. (www.kazanci.com E.T: 02.11.2019)

⁸⁵ **Çolak**, age., s.27. ABAD, Henkel- Euipo birleşen davalar C-456/01, I-5121.

⁸⁶ ABAD, 13.09.2016 tarih T-408/15 sayılı “Globo” kararı.

ABAD kararında, halkın, kelime ve şekilleri marka olarak algılamasının alışlageldik bir durum olduğunu fakat ses markaları açısından bu durumun her zaman geçerli olmayacağını belirtmiştir. Divan kararında, iletişim araçları, TV, radyo ve medya gibi sektörlerde, tüketicinin duyduğu sesleri esas alarak mal ve hizmetlerin bir teşebbüsten geldiğini algılamasının yaygın bir durum olduğunu belirtmiştir. Kararda, ses işaretinin tüketicilerce marka olarak algılanabilecek ve düşünülebilecek belirli bir rezonansa sahip olması gerektiği vurgulanmış bunun yanı sıra hiçbir özelliği olmayan bir işaretin de ses markası olarak algılanmaması gerektiği belirtilmiştir. Belirtilen özelliklere sahip ses işaretlerinin ayırt edici niteliğinin bulunduğu ve marka işlevine sahip olduğunun kabul edileceği belirtilmiştir.

Kararda özellikle, ses markasının duyulduğunda ortalama tüketici tarafından mal ve hizmetlerin tanınmasını sağlaması gerektiği ve bu kapsamda notaların sıradan biçimde bir araya getirilmesi ile oluşan ve başka bir anlamı bulunmayan ses işaretlerinin marka olarak tespit edilemeyeceği belirtilmiştir. Divan bu kararı ile ses markası olarak tescil ettirmek istenen basit vurgulu seslerin, başka ses markaları ile ayrışmasını ve karıştırılmasını önleyecek unsurlara sahip olmadıkları sürece, ayırt edici niteliğe sahip olamayacağını buna karşılık, sesin benzersiz orijinal veya kişi tarafından meydana getirilmiş olması şartının da bulunmadığı belirtmiştir.

Bu açıklamalardan sonra soyut ayırt edici niteliğe sahip olmayan seslere örnek olarak sadece bir veya iki notadan oluşan çok basit müzik parçaları, ortak alanda bulunan sesler ve kaynak gösterme işlevi olarak değerlendirilemeyecek kadar uzun olan sesler gösterilebilir.

3. Açıklık ve Kesinlik Unsuru

Yürürlükten kaldırılan Mülga MarKHK madde 5 uyarınca markaların, çizimle görüntülenebilmesi, baskı yoluyla yayınlanabilmesi ve çoğaltılabilmesi bir zorunlu unsur olarak tespit edilmişti. SMK ile birlikte işarete çizimle görüntülenebilme şartı kaldırılmış

ve markanın gelişimine imkan verilecek şekilde açık ve kesin olarak anlaşılma şartı eklenmiştir.

Bu değişiklikle birlikte uluslararası alanda tescil edilebilen ses markaları gibi markaların tescili açısından sıkıntı çıkaran çizimle görüntülenme zorunluluğu kaldırılmıştır. Bu hükümle birlikte artık işaretin baskı yoluyla çoğaltılabilmesi gerekliliği kaldırılmıştır. Madde metni ile birlikte işaretlerin zamanla bozulmadan, değişmeden muhafaza edilebilir olması ve marka başvurusunda bulunacak olanların yapacakları araştırmada tescilli markayı kolayca belirleyebilir, sınırlarını tespit edebilir ve anlayabilir olmasını ifade etmektedir⁸⁷. Buradaki “anlaşılabilir olma” koşulunun hem tescil talep edilen yetkili makamlar hem de halk olarak anlaşılması gerekmektedir⁸⁸.

Geleneksel markalardan şekil, sözcük, harf veya sayılar bakımından bu tür işaretlerin sicilde açık ve kesin anlaşılabilir olma koşulunu baştan sağladığı söylenebilir. Ancak geleneksel olmayan marka türlerinden ses veya koku markaları açısından bu durum çok kolay değildir. Ses markaları açısından notalarla veya sonogramlarla ifade edilmenin açıklık ve kesinlik şartını sağlayabileceği düşünülse bile, her ses markasının nota veya sonogramla ifade edilemeyeceği gerçeği karşısında yeni bir çözüm sağlanması gerektiği açıktır. Nitekim kanun koyucu bu çözüm arayışını giderebilmek adına çizimle görüntülenebilme şartı yerine açık ve kesin olarak anlaşılabilme şartını yeterli görmüştür.

Bu kapsamda da 24.04.2017 tarihinde yürürlüğe giren Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik (SMKY) madde 7’de ses markası gibi bazı yeni marka türlerinin tescil başvurusunda, işaretin grafikte gösterilmesi zorunluluğundan vazgeçilerek, marka sahibine sağlanan korumanın açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlamaya yönelik elektronik bir kaydının sunulması yeterli görülmüştür⁸⁹. Bu durumda

⁸⁷ Çolak, age., s.61.

⁸⁸ Tamer PEKDİNÇER/Eda GİRAY/Kadir BAŞ, Gerekeçeli, Notlu ve İçtihatlı Sınai Mülkiyet Kanunu ve İlgili Mevzuat, 2017, s.5.; AB Tüzüğü m.4/b; AB Direktifi m.3/b; Çolak, age., s.62.

⁸⁹ 24.04.2017 tarihli Resmi Gazete, SMKY m.7/2’de ses markasının tescil edilmesinin istenildiği hallerde bu durumun başvuru formunda açıkça belirtilmesi ve işaretin elektronik ortamda dinlemeye ve saklamaya elverişli kaydının TÜRKPATENT’e sunulması bir şart olarak belirlenmiştir.

ABAD, çizimle görüntülenebilme şartının bulunduğu zaman verdiği Shield Mark kararında⁹¹, ses işaretiyle yönelik olarak çizimle görüntülenebilme şartında; işaretin, müzik eseri oluşturacak notalardan oluşan işaretler veya bir hayvanın çığlığı gibi yazılı olarak tarif edilmesi veya sadece onomotofeya ya da müzikal notalar dizisi yoluyla çizimle görüntülenebilmesi halinde karşılanmayacağını belirtmiştir. Bu kararda, marka açıklamasında horoz ötüşünün teleffuzunu gösteren sözcük açıklaması ve horoz ötüşünün sesi olduğunu belirten açıklamayı markanın belirlilik ve kesinlik ilkesine uymadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Tescili istenen diğer işarete ise Beethoven tarafından bestelenen “Für Elise” isimli ünlü müzik eserinin ilk dokuz notasının tescil edilmek istenirken açıklamaya sadece “Für Elise müzik eserinin ilk dokuz notası” şeklinde bir açıklama getirilmesini yetersiz bularak tescili reddetmiştir.

⁹⁰ Çolak, age., s.62; ABAD Sieckman Kararı C-273-00.

⁹² ABADGM, 30.11.2017 T., T-101/15 ve T-102/15 Birleşen Kararları Paragraf 118.

Kanımızca, günümüzde her gün yeni bir buluş, yeni bir kavram ortaya çıkması göz önüne alındığında, marka olarak tescil edilecek işaretlerde çizimle görüntülenebilme şartından vazgeçilmesi yerinde olmuştur. Zira başta geleneksel olmayan markalar olmak üzere her markanın çizimle görüntülenebilmesi mümkün de değildir. Söz konusu düzenleme ile taraf olunan TRIPS 15 ile yeni AB Marka Yönergesi ve AB Marka Tüzüğü'ne de uyum sağlanmıştır⁹³.

B. SES MARKASI ÇEŞİTLERİ

Ayırt edici niteliğe sahip olmaları şartıyla ses markalarının belirli bir tür kapsamında değerlendirilmesi zorunlu değildir. Zira, herhangi bir ses veya seslendirilmiş bir slogan da marka olabilir⁹⁴. Doğada meydana gelen hayvan sesleri gibi sesler veya aletler yoluyla hazırlanabilen sesler de, ayırt edicilik şartını sağlarlarsa marka olabilirler. Bu bakımdan çalışmamızda ses markaları, markayı oluşturan işaretin niteliğine göre üç ana grup altında incelenecektir.

1. Notalardan Oluşan Ses Markaları

Bazı tür ses markaları notalar ile gösterilebilirler. Bu tür ses markaları, seri halinde olan notalardan ya da “jingle” ya da “cingıl” dediğimiz tanıtıcı, özel ve kısa müzik parçalarından oluşabilmektedir. Bu tür jingle ses markalarının kısa ve vurucu olması akılda tutulması ve hatırlanması yani ayırt edici nitelik taşıması açısından önemlidir. Bu tür ses markalarına cep telefonlarının çalış melodileri örnek gösterilebilir. Bu akımın öncüsünü ise dünyada ilk seri telefon üreticilerinden Nokia teşebbüsü olduğunu ifade edebiliriz. “*Nokia Tune*” adı verilen ve Nokia marka cep telefonu modellerinin klasikleşmiş melodisi olan zil sesi, Francisco Tárrega isimli ünlü bir İspanyol klasik gitar virtüözünün 1902 yılında bestelediği Gran Vals eserinin kısa bir bölümünün kesilmesi yoluyla oluşturulmuştur. Nokia'nın notalardan oluşan bu ses markası, alıcının sadece sesi

⁹³ Aynı yönde görüş için bkz: **Suluk/Karasu/Nal**, age. s.162.

⁹⁴ **Sevilay EROĞLU**, Soyut Renk, Ses ve Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescili, DEUHFİD, 2003, C.5., S.1. s.113.

duyması yani işitme duyusuna hitap edilmesi ile melodiyi Nokia teşebbüsü ile ilişkilendirebilmesini sağlamaktadır⁹⁵.

2. Temalardan Oluşan Ses Markaları

Bu ses markası çeşidinde bahsedilen, şarkıların, film ve dizi müziklerinin ve TV yayınlarının temalarıdır. Bu tür ses markalarında bir tema olarak bahsedilen husus film, dizi müzikleri veya şarkıların bir ürün için belirlenmesidir. Bu tür ses markaları reklamcılık sektöründe de etkilidir. Zira bir reklam strateji olarak belirli bir ürün için bestelenen temalar, ses markası olarak tescil edilebilirler. Bu kapsamda film ve dizi fragmanlarında kullanılan müziği işiten kişiler, kolaylıkla o müziğin hangi filmi ve yapımcıyı çağrıştırdığını anlayabilirler. Bu çeşit markalara örnek verilecek olursa, The Lone Ranger isimli filmin müziği ABD’de ses markası olarak tescil edilmesi ve “Star Wars” adlı filmin müziğinin, Star Wars bilinen serinin tamamında ve çekilmeye devam eden serilerinde kullanılması gösterilebilir⁹⁶.

3. Notaya Dökülemeyen Ses Markaları

Bütün seslerin ve ses markalarının notayla tanımlanabilmesi mümkün olmamaktadır. Zira müzikal sesler ve melodiler notayla gösterilebilirken, gürültü veya patlama sesi içeren akustik işaretlerin tonlarının belirlenmesinde zorluklar yaşanmakta, dolayısıyla nota ile gösterilememektedir. Örneğin bir düzensiz bir rüzgarın sesi, köpeğin havlaması, kedinin miyavlaması veya bir içecek şişesinin kapak açılma sesinin yeterli açıklıkta notaya dökülmesi söz konusu olamaz⁹⁷. Ayrıca bazı elektronik müzik enstrümanları ile çalınan müziklerin notayla ifadesi de kolay değildir. Bu nedenle bu seslerin nota sistemiyle grafiksel olarak gösterilmesi mümkün değildir.

Bu konuya örnek olarak, Harley-Davidson motorsiklet şirketine ait motorların egzoz sesinden meydana gelen ve motorunun çalışması esnasında çıkardığı sesi ses

⁹⁵ Gülperi E., age, s.20.

⁹⁶ Gülperi E., age, s.27.

⁹⁷ Karasu R., Ses Markaları, s.44.

markası olarak tescil ettirmek istemesi gösterilebilir. Bu başvuruya, teşebbüsün ilgili rakip firmalarının yaptığı itirazlar sonucu Harley-Davidson firması sesin marka olarak tescil edilmesi için yaptığı başvurudan vazgeçmiştir. Zira, rakip firmalar, kendi ürünleri motosikletlerinde de aynı motoru kullanıldığını, bu tip motor ve egzoz sesi kullanımının tek markanın tekeline bırakılmasının sakıncalı bir durum arz edebileceğini, bu tarz bir yaklaşımın haksız rekabet kurallarını ihlal edebileceğini ifade etmişlerdir⁹⁸. Notaya dökülemeyen ses markalarını canlı ve cansız varlıklara ait seslerden oluşmalarına göre iki sınıf halinde inceleyebiliriz.

a. Cansız Varlıkların Seslerinden Oluşan Ses Markaları

Cansız varlıkların seslerinden oluşan markalar, belirli bir ses kaynağını nitelendiren ve hareket halindeki bir nesneden ya da bir makineden çıkartılabilen canlı dışında kalan tüm varlıkların seslerinden oluşan markalardır. Bu çeşide örnek vermek gerekirse, sert bir yüzey üzerinde dönerek yuvarlanan madeni para sesinin marka olarak tescil edilmesi bu grup ses markalarına girer⁹⁹.

b. Canlı Varlıkların Seslerinden Oluşan Ses Markaları

Ayırt edici unsur niteliğini barındıran, canlı yani insan ve hayvan sesleri bu gruba girerler. Bitki türleri normal şartlar altında sesin oluşumunu sağlayan organlara sahip olmamalarına rağmen bitkilerin büyüme sürecinde meydana getirdikleri kas kırılmalarının enerji açığa çıkardığı ve ses meydana getirdiği tespit edilmiştir. Fakat, bu seslerin insan tarafından algılanabilecek seviyede olmamasından dolayı marka olarak tescil edilemezler. Canlı varlıkların seslerinden oluşan ses markalarına örnek olarak, aslan kükremesi sesinin bir film yapımcısı tarafından marka olarak tescil edilmesi gösterilebilir.

⁹⁸ Gülperi E., age, s.27.

⁹⁹ Gülperi E., age, s.28.

II. SES MARKALARINDA TESCİL ENGELLERİ

Markada olabilecek işaretler belirlenirken, marka sahipleri SMK'da belirtilen sınırlamalara uymak zorundadırlar. Bu sınırlamalar olarak SMK'nın 5-6. maddelerinde mutlak ve nispi ret nedenleri olarak düzenlenmiştir. Mutlak ret nedenleri SMK 5. maddesinde düzenlenmiştir ve bu mutlak ret nedenleri TÜRKPATENT tarafından resen dikkate alınır. Mutlak ret nedenlerinde belirtilen işaretler, yapıları gereğince marka olarak tescil edilemeyecek ve herkese kapalı konumda bulunan işaretlerdir¹⁰⁰. Nispi ret nedenleri ise, mutlak ret nedenlerinden farklı olarak kamu düzenini ilgilendirmeyen sadece markanın ilgilileri tarafından ileri sürülebilen ret nedenlerini taşımaktadır¹⁰¹. Nispi ret nedenlerinin amacı, marka sahiplerini ve önceden marka üzerinde hak sahibi olan kişileri korumaktır.

A. MUTLAK TESCİL ENGELLERİ

Mutlak ret nedenleri SMK 5/1. maddesinde düzenlenmiştir. Mutlak ret nedenlerinin amacı kamunun genel menfaatlerini marka hukuku üzerinde korumaktır. Kurum, marka hakkında herhangi bir görüş veya itiraz olmasa bile, kendiliğinden mutlak ret nedenleri konusunda resen incelemek yapmak zorundadır¹⁰².

1. SMK 4. Maddesine Girmeyen İşaretler

SMK 5/1-a hükmüne göre 4. madde kapsamına giren marka olamayacak işaretler marka olarak tescil edilemez. Hüküm, soyut ayırt edici nitelik taşımayan işaretler ile SMK 4. maddenin yasakladığı işaretleri kapsar¹⁰³. Bu düzenleme hukukumuzda AB Marka

¹⁰⁰ Tekinalp Ü., Fikri Mülkiyet, s. 401.

¹⁰¹ Yasaman H., Marka Hukuku, s.224.

¹⁰² Suluk/Karasu/Nal, age., s. 172.

¹⁰³ Tekinalp Ü., Fikri Mülkiyet, s. 401.

Tüzüğü ve AB Marka Yönergesinden alınmıştır¹⁰⁴. Hükümde iki ayrı red nedeni bir arada düzenlenmiştir. Bunlardan ilki işaretin soyut ayırt edici niteliğe sahip olmaması, ikincisi ise konusunun açık ve kesin anlaşılabilir şekilde sicilde gösterilebilir olmasıdır¹⁰⁵.

Soyut ayırt ediciliğe ve açık ve kesin olarak sicilde gösterilebilir olma koşuluna ilişkin açıklamalara yukarıda yer verildiğinden tekrara düşmeden kısaca değinilecektir¹⁰⁶. Bir işaretin SMK m.4 anlamında soyut ayırt edici niteliğinin bulunup bulunmadığına ancak markanın kısım kısım değil bütün olarak ele alınarak değerlendirmesi sonucu ortaya çıkabilir. Bütün olarak değerlendirildiğinde işaretin kaynak gösterme konusunda hiçbir yeteneği bulunmuyorsa SMK m.4 anlamında soyut ayırt edici niteliğe sahip bulunmadığından marka tescili reddedilecektir¹⁰⁷.

SMK m.4 anlamında soyut ayırt edici niteliğe sahip olmayan işaretler, SMK m.5/2 hükmünde SMK m.5/1-b-c-d hallerinde kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanılabileceği hüküm altına alındığından, kullanım yoluyla bile olsa ayırt edici nitelik kazanamazlar ve tescil edilemezler¹⁰⁸.

Soyut ayırt edici niteliği bulunmayan işaretlerin tescilinin mutlak olarak engellenmesinin amacı, ticari rekabeti canlı tutma ve tüketicilerin korunması düşüncesi altında yatan kamusal yarar olarak gösterilebilir¹⁰⁹.

¹⁰⁴ 2015/2424 s. AB Marka Tüzüğü m.7/1-b; 2015/2436 s. AB Marka Yönergesi m. 4/1-b.

¹⁰⁵ Çolak, age., s.130.

¹⁰⁶ Bknz., Yuk., Marka Olarak Tescil Edilebilecek İşaretler, II-A.1-b,c.

¹⁰⁷ Çolak, age., s.131.

¹⁰⁸ Çolak, age., s.130.

¹⁰⁹ Çolak, age., s.131; CJEU, SAT 2 Kararı, C-329/02.

2. SMK 5/1-b-c-d Hükümlerinde Düzenlenen Mutlak Ret Nedenleri

a. Genel Olarak

SMK m.5/1-b hükmüne göre, herhangi bir ayırt edici niteliğe sahip olmayan işaretler marka olarak tescil edilemezler. Kanun hükmünde geçen ayırt edici nitelik, markanın somut ayırt edici niteliğe sahip olmaması durumudur¹¹⁰. Somut ayırt edici nitelik değerlendirmesi yapılırken, işaretin tescil ettirilmek istendiği mal ve hizmetler bakımından bir değerlendirme yapılması zorunludur.

Kanun hükmünde bahsedilen herhangi bir ayırt edici niteliğe sahip olmama durumu SMK m.4'te düzenlenen ayırt edici niteliğe sahip olmama durumundan farklıdır. Zira SMK m.4'te düzenlenen soyut ayırt edici niteliğe sahip olmama durumunda işaretler hiçbir şekilde marka vasfına haiz olmadıklarından tescil edilemezler. Oysa, SMK m.5/1-b anlamında “herhangi bir ayırt edici” niteliğe sahip olunmaması durumunda, işaret marka niteliğine haiz olmakla beraber tescil edilmek istenilen mal ve hizmetler bakımından somut ayırt edici niteliğe sahip olmadıklarından tescil engelleri bulunmaktadır. Somut ayırt edici niteliğe sahip olmayan işaretlerin kullanım yoluyla ayırt edici nitelik kazanma şansları ve buna bağlı tescil edilebilme varken, soyut ayırt edici niteliği bulunmayan işaretlerde bu durum söz konusu değildir.

SMK m.5/1-c hükmüne göre, malı tasvir eden yani çeşidini, kalitesini veya vasfını belirten işaretler marka olarak tescil edilemezler. Kanunda tasviri işaretlerden ne kastedilmek istenildiği sayılmış ve malın coğrafi kaynağı da dahil olmak üzere miktarını, amacını veya değerini belirten işaretlerinde tescil edilemeyeceği belirtilmiştir¹¹¹. Bu mutlak ret hükmünün amacı cins, çeşit, vasıf belirten işaretler gibi herkesin kullanımına açık olan işaretlerin bir kimsenin tekeline bırakılmasının önüne geçilmek

¹¹⁰ Çolak, age., s.132.

¹¹¹ Tekinalp Ü., Fikri Mülkiyet, s. 403.

istenilmesidir¹¹². ABAD Trustlink kararında¹¹³ tanımlayıcılığın doğrudan, somut ve başka bir çağrışım yapmadan söz konusu olması gerektiğini ifade etmiştir.

Söz konusu tasviri işaretlerin mutlak ret nedeni olarak sayılmaları ancak tek başlarına kullanıldığında geçerlidir. Yoksa tasviri işaretler bir başka ayırt edici niteliği bulunan işaret ile birlikte marka olarak tescil edilebilirler¹¹⁴. Bir işaretin tasviri işaret olup olmadığı tescil istenen tarihe göre değerlendirilmelidir. Zira, zamanla ayırt edici niteliği bulunan işaretler tasviri işaretlere dönüşebilmektedir¹¹⁵. Örneğin zamanla “I” harfi internet, “E” harfi elektronik, “M” harfi de mobil sözcüğü yerine tasvir eden işaret niteliği kazanmıştır¹¹⁶.

Ses markaları açısından geleneksel markalardan farklı bir durum bulunmamaktadır. Ses markalarının tasviri işaret belirttiği durumlarda marka olarak tescil edilmeleri istenemez. Herhangi bir ses işaretinin, malın cinsini, vasfını ya da miktarını belirtmesi durumunda tasviri işaret olduğu kabul edilebilecektir. Örneğin parfüm sıkma sesi bir parfüm için malın cinsini belirttiğinden ses markası olarak tescil edilemez. Diğer yandan parfüm sıkma sesinin bir müzikle birleşimi parfüm için ses markası olarak tescil edilebilir. Bu kapsamda uçağın motor takımının çıkardığı ses, gezi düzenleme hizmetleri için, koyun melemesi sesi ise koyun sütü için tür ve nitelik belirttiğinden ses markası olarak tescil edilemezler¹¹⁷. Aynı şekilde, hizmetin sunulduğu yer belirtildiği için otoyol ya da normal bir yol gürültüsünün benzin istasyonları hizmeti için ses markası olarak tescil edilemezler¹¹⁸. Sıradan bir bebek ağlama veya gülme sesi bebek hizmetleri açısından tanımlayıcı nitelikte olduğundan tescil edilemezler¹¹⁹.

¹¹² M.İ.K., s.92.

¹¹³ Çolak, age., s.149; ABAD, Trustlink, c-53/01, paragraf 40 ve 41.

¹¹⁴ Yasaman H., Marka Hukuku, s. 230; Suluk/Karasu/ Nal, age., s. 175.

¹¹⁵ Çolak, age., s.151.

¹¹⁶ Çolak, age., s.151.

¹¹⁷ Karasu R., Ses Markaları, s.47.

¹¹⁸ Karasu R., Ses Markaları, s.48.

¹¹⁹ M.İ.K., s.74.

SMK m.5/1-d hükmüne göre, ticari alanda kimseye özgü olmayan ve herkes tarafından kullanılabilir veya meslek, sanat ya da ticaret grubunu betimleyen ve onları diğerlerinden ayırmaya yarayan işaretler, tek başına ya da esas unsur kullanıldığı takdirde bu işaretler marka olarak tescil edilemezler. Ticari alana özgü takas, para, altın, piyasa, market gibi kelimelerin marka olarak tescili mümkün değildir¹²⁰. Ancak bu ibarelerin önüne veya arkasına ayırt edici bir işaret esas unsur olarak konulduğunda marka olarak tescili mümkündür. Meslekler açısından anlamı olan ve görüldüğünde o mesleği çağrıştıran logolar da ticaret alanında herkes tarafından kullanıldığı için marka olarak tescil edilemezler. Örneğin hukuk alanında Themis figürü gibi¹²¹.

Yargıtay güncel tarihli bir kararında¹²², “elektronik para” ibaresinin 36. Sınıftaki finansal para ve hizmetler ile 42. sınıftaki bilgisayar hizmetleri bakımından belirli bir meslek veya ticaret grubunu ayırt etmeye yarayan bir işaret olarak değerlendirmiş ve somut ayırt edici niteliğe haiz olmadığından bahisle tescilinin reddi hukuka uygun bulunmuştur. Yargıtay başka bir kararında¹²³ “işhukuku.org” işaretinin bir hukuk anabilim dalı türü olduğu, tüm sektörlerde iş hukukunu ilgilendiren konular olduğu, dolayısıyla, 41 ve 45. sınıf hizmetlerde başvuru markasını gören ortalama tüketici kitlesinde bu işaretin “marka algısı” oluşturmayaacağı, ibarenin somut ayırt edicilik gücünden yoksun olduğunu belirtmiştir.

Ses markaları açısından, bir ses markasının belirli bir meslek grubunu nitelemesi veya ticari alanda herkes tarafından kullanılması durumunda ses markası olarak tescil edilemez. Örneğin otel veya restoranlarda resepsiyonu çağırmak veya siparişin hazır olduğunu belirtmek için kullanılan zil sesi, o mal ve hizmetler bakımından herkes tarafından kullanılan bir işaret olduğundan marka olarak tescil edilemez. Yine aynı şekilde vapurların kıyıya yanaşırken düdüklерinden çıkardıkları melodi mesleki olarak bir gruba özgü anlam taşıdığından, o mal ve hizmetler açısından marka olarak tescil

¹²⁰ Yasaman H., Marka Hukuku, s.239.

¹²¹ Çolak, age., s.172.

¹²² Yargıtay 11. HD. 21.01.2019 T., 2017/3671 E., 2019/559 K. (www.kazanci.com E.T: 02.11.2019)

¹²³ Yargıtay 11. HD. 05.06.2015 T., 2015/2854 E., 2015/7855K. (www.kazanci.com E.T: 02.11.2019)

edilemez. Aynı şekilde, ambulans hizmetleri açısından siren sesi sektörde herkesçe kullanılan serbest bir ses olduğundan, ses markası olarak tescil edilemezler¹²⁴.

b. Kullanım Sonucu Ayırt Edici Nitelik Kazanmaları Hali

Bir işaretin soyut ayırt edici niteliği bulunmakta fakat tescil edilmek istenilen mal ve hizmetler açısından başlangıçta somut ayırt edici niteliği yoksa marka olarak tescil edilebilmesi ancak SMK m. 5/2 hükmüne göre kullanım sonucu zamanla ayırt edici nitelik kazanmasına bağlıdır¹²⁵. Somut ayırt edici niteliği bulunmadığından bir işaretin tescilinin reddedilmemesi için bir işaretin tescilinden önce ayırt edici nitelik kazanacak kadar kullanılması ve bu işaretin işletmeyi çağrıştıran bir işaret bir marka olarak algılanması gerekmektedir. Bu durumda ancak yukarıda incelenen mutlak ret nedenlerinden SMK m.5/1-b-c-d hükümleri açısından mümkündür. Bir işaretin kullanım yoluyla ayırt edici hale gelmesi hakim tarafından re'sen dikkate alınmaz. Bu durumun, öncelikle iddia edilmesi ve iddia eden tarafça kanıtlanması gerekmektedir¹²⁶.

Bir işaretin kullanım yoluyla ayırt edici nitelik kazanıp kazanmadığı tespit edilirken, ABAD kararlarında belirtildiği gibi işaretin tescilinin istendiği mal ve hizmetler açısından, dikkatli, gözlemci ve tedbirli tüketicinin ortalama beklentisi dikkate alınmalıdır¹²⁷.

Kullanım yoluyla ayırt edici nitelik sağlanması için, somut ayırt edici niteliği bulunmayan işaretin uzun süre kullanımı ve bu kullanım sonucunda yapılan reklam ve tanıtım faaliyetleri ile birlikte belirli bir işletmeyi göstermesi yani markanın kaynak gösterme işlevini sağlaması gerekir. Bu kullanım sonucunda işaretin tasviri niteliği adeta

¹²⁴ M.İ.K., s.74.

¹²⁵ **Yasaman H.**, Marka Hukuku, s.277. Ayrıntılı bilgi için bkz; Beşir Fatih Doğan, Marka Hukukunda Kullanım Sonucu Ayırt Edici Güç Kazanma, BATİDER, 2007, C. XXIV, s.221 vd.

¹²⁶ **Çolak**, age.,s.35; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 29.04.2011 T, 2011/11-9 E., 2011/249 K. (www.kazanci.com E.T: 02.11.2019)

¹²⁷ **Çolak**, age., s.35; ABAD LLOYD kararı, C-342/97.

unutulmakta ve adeta anlam değiştirerek artık o işaret bir işletmenin mal veya hizmetlerini gösterir hale gelmektedir¹²⁸.

Kullanım yoluyla ayırt edici nitelik sağlanması için ne kadar zaman geçmesi ve ne şekilde kullanım sağlanması gerektiği SMK’da belirtilmemiştir. Her olayın somut özelliklerine göre, işaretin kullanım yoluyla ayırt edici nitelik kazanıp kazanmadığı deęerlendirilmelidir¹²⁹. Aynı şekilde kullanım yoluyla ayırt edici nitelik kazanmanın nerede gerçekleşeceği konusuna da kanunda yer verilmemiştir. Kanaatimize göre kullanım yoluyla ayırt edici nitelik kazanma belirli bir bölge açısından gerekleşmemeli tüm ülke genelinde bu işaret artık teşebbüse zglenmelidir¹³⁰.

Yargıtay güncel tarihli bir kararında¹³¹ kullanım yoluyla ayırt edicilik ve üç boyutlu markalar ile ilgili olarak, bir ürüne ait üç boyutlu şeklin, kararda olduğu gibi peynir ürünlerinin, ilişkili olmayan mal ve hizmetler yönünden ayırt ediciliğe haiz ve tanımlayıcı olmayan bir işaret olduğu ve marka olabileceği hususunda bir tereddüt bulunmamakla birlikte, bizzat tescil edilmek istenen ürünün görselini içeren üç boyutlu şekillerin, daha ziyade kullanım ve kuvvetli tanıtım ile ayırt edicilik kazanacağı ve tescil engelini aşabileceğinin kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Yine Yargıtay tarafından verilen güncel tarihli kararda¹³² “evimi çok seviyorum!” sloganının marka olarak tescilinin reddedilmesi üzerine açılan davada bu sloganın, 19, 20 ve 35. sınıftaki mal veya hizmetler bakımından soyut ayırt edici niteliğinin bulunduğunu, davacı tarafın yoğun reklam çalışmaları ile slogan hale getirdiği ibaresinin de kullanım sonucu ayırt edicilik kazandı belirtilerek YİDK kararının iptaline karar vererek markanın tescil edilmesi gerektiğini belirtmiştir.

¹²⁸ olak, age., s.36.

¹²⁹ Arkan S., Marka Hukuku, s. 83; olak, age., s.37.

¹³⁰ olak, age., s.36; ABAD, Chocoladefabriken kararı, C-98/11.

¹³¹ Yargıtay 11. HD. 11.02.2019 T., 2017/3614 E., 2019/1049 K. (www.kazanci.com E.T: 02.11.2019)

¹³² Yargıtay 11. HD. 06.12.2018 T., 2017/2145 E., 2018/7706 K. (www.kazanci.com E.T: 02.11.2019)

Ses markaları açısından herhangi bir ayırım bulunmamakla birlikte ses işaretinin SMK 5/1-b-c-d hükümleri kapsamında somut ayırt edici nitelik taşımadığı hallerde eğer marka sahibi bu işarete kullanım yoluyla ayırt edicilik kazandırmış yani uzun süredir kullanıyor ve ortalama tüketici nezdinde de o ses duyulduğunda tasviri işaret değil, ses markası akla geliyorsa artık bu başvuru ayırt edici nitelik taşımadığından bahisle reddedilemez. Örneğin, normal bir futbol topunun yere düşme sesi futbol mal ve hizmetleri açısından herkes tarafından kullanılabilen bir işaret olduğundan SMK m.5/1-d anlamında mutlak olarak tescil engeli bulunur. Fakat bir teşebbüs tarafından bu ses işareti uzun süre kullanır ve tüketiciler nezdinde o bu ses teşebbüsün mal veya hizmetine özgülürse artık somut ayırt edici niteliği bulunmadığından tescili engellenemez.

Markanın kullanım yoluyla ayırt edici niteliğe haiz olduğu iddiasının hangi tarih itibariyle inceleneceği hususu, SMK'da Mülga MarKHK'dan farklı düzenlenmiştir. Mülga MarKHK'da bir markanın “tescil tarihinden önce” kullanım yoluyla ayırt edici nitelik kazanması gerektiği belirtilmişti. Görüldüğü gibi Mülga MarKHK döneminde bu iddianın tescil aşamasında mı yoksa hükümsüzlük davasında mı ileri sürüldüğü ayırımı yapılmamış ve bu uygulamada çok ciddi sorunlara yol açmıştı¹³³.

SMK'da ise bu tartışmaların önüne geçilmiş ve tescil aşaması ve hükümsüzlük talebi olarak iki dönem belirlenmiş ve bu iki döneme ilişkin farklı tarihler belirlenmiştir. SMK m. 5/2 hükmüne göre tescil aşamasında kullanım yoluyla ayırt edici nitelik kazanıldığına ilişkin bir iddia mevcut ise bakılacak tarih “başvuru tarihi”dir. Bunun anlamı, SMK m.5/1-b-c-d'ye göre tescil edilemeyecek bir işaretin kullanım yoluyla ayırt edici nitelik kazandığı iddia ediliyor ve marka olarak tescil ettirilmesi talep ediliyor ise TÜRKPATENT tarafından bu işaretin kullanım yoluyla ayırt edici nitelik kazanıp kazanmadığı “başvuru tarihi”ne göre değerlendirilir. YİDK incelemelerinde de bu tarih esas alınır.

¹³³ Mülga MarKHK dönemi ve öncesindeki kanuni düzenlemeler ile Yargıtay tarafından uygulanan tarihleri ve uygulamada yaşanan sorunların ayrıntıları için bkz; Çolak, age., s.52. vd.

SMK m.25/4 hükmüne göre ise, tescilli bir markanın 5/1-b-c-d bentlerine aykırı olarak tescil edildiği hükümsüzlük davasıyla ileri sürülüyorsa, artık bu durumda “hükümsüzlük talebinden önce” kullanım yoluyla ayırt edici nitelik kazanıp kazanmadığına bakılmalıdır. Görüldüğü gibi bu iki madde arasında markanın tescil edilip edilmemesi farkı bulunmaktadır. Burada kanun koyucu tescil edilmiş markaların, marka başvurusu ile hükümsüzlük talebi arasındaki zamanda kullanım yoluyla ayırt edici nitelik kazanmaları ihtimalini korumuştur.

3. Aynı veya Ayırt Edilemeyecek Kadar Benzer İşaretler

a. Genel Olarak

SMK m.5/1-ç hükmüne göre, tescil edilmek istenen marka ile aynı veya benzer mal ve hizmetlerde daha önceden tescil edilmiş veya başvurusu yapılmış aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzer marka varsa tescil başvurusu reddedilir. Kurum, marka başvurusunda bulunulan işareti daha önce aynı veya benzer mal ve hizmetlerde tescil edilmiş bir marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzer görürse marka başvurusunu SMK m.5/1-ç hükmüne göre resen reddeder¹³⁴. Kanun koyucu bu hükümle daha önce yapılmış bulunan tescilin veya tescil başvurusunun korunmasını amaçlamıştır. Bu hükümle korumanın kapsamı genişletilmiş ve tescil başvurusu yapılan ancak henüz tescil edilmemiş markalar da koruma altına alınmıştır¹³⁵.

Marka Hukuku’nda teklik ilkesine göre bir markanın ancak bir sahibi bulunmalıdır. Bir markanın birden fazla kişi tarafından farklı tescilli olarak kullanılması markanın sahibi konusunda halk nezdinde yanılsamaya neden olur. Bu sebeple, teklik ilkesiyle birlikte öncelik ilkesi de göz önüne alınarak markayı ilk önce tescil ettirenin o

¹³⁴ Yasaman H., Marka Hukuku, s. 227.

¹³⁵ Alper Çağrı YILMAZ, Türk Marka Hukuku ve Avrupa Birliği Hukukunda Mutlak Tescil Engelleri., 2008, s. 41.

markanın sahibi olacağı kabul edilmiş ve bu doğrultuda bir markanın aynısının veya benzerinin ikinci kez tescili engellenmeye çalışılmıştır¹³⁶.

Markalar arasındaki aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzerlik durumunun, Kanun'da mutlak ve nispi ret nedenlerinde aynı anda düzenlenmesi doktrinde tartışılmıştır. **TEKİNALP**'e göre kurumun gözünden kaçan veya kurum tarafından yanlış değerlendirilen olaylara hak sahiplerince müdahale edilmesi olanağı sağlanması olumlu bir düzenleme olmuştur. **ARKAN**'a hem mutlak hem de nispi ret nedenleri arasında yer verilmesi isabetsiz bir düzenleme olmuştur. Bu kapsamda, Kurum tarafından resen incelenecek mutlak ret nedenleri ancak benzerlik hallerinin çok açık hallerinde uygulanması gerektiğini, bunun yanı sıra nispi ret nedeni oluşturan benzerlik hallerinin, inceleme ve değerlendirme gerektiren daha geniş kapsamlı halleri de kapsadığını savunmaktadır¹³⁷.

Markanın TÜRPAENT tarafından aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzer olduğunun tespit edilmesinde markanın bıraktığı izlenim bir bütün olarak ele alınır¹³⁸. Markayı oluşturan unsurların bölünerek teker teker benzerlik değerlendirmesi ve incelemesi yapılması mümkün değildir. Markaların ayniyet tespitinde kıstas olarak ortalama tüketici tarafından çok dikkatli bir şekilde bakılmadıkça ayırt edilemeyecek kadar küçük değişiklikler yapılmış marka, aynı marka olarak kabul edilir¹³⁹.

Kurum tarafından iki markanın dahil olduğu mal veya hizmetler bakımından yapılacak olan ayniyet değerlendirilmesinde, mal veya hizmetin türünde aynı veya aynı türde olup olmadığına bakılmalıdır. Yapılacak bu ayniyet değerlendirmesinde, Nice Anlaşmasına göre markanın bulunduğu sınıfın tespit edilmesinin sadece Kurum tarafından bir anlamı bulunduğu, yani tescilin amacına uygun yorumlanması gerekliliği

¹³⁶ **Hamdi YASAMAN**, Marka Hukuku ile İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları, C:3,2008, 159

¹³⁷ **Arkan S.**, Marka Hukuku, s. 97.; **Tekinalp Ü.**, Fikri Mülkiyet, s. 370- 371.

¹³⁸ Çolak, age., s.136; ABAD, Portakabin kararı, C-558/08 paragraf 47.

¹³⁹ **Engin ERDİL**, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2016, s.130; ABAD, Diffusion kararı, C-291/00 paragraf 50-54.

göz önünde bulundurulmalı ve aynı sınıftaki markaların mutlaka mal veya hizmet bakımından benzer olduğu sonucuna varılmamalıdır. Dolayısıyla, Yargıtay Kararları¹⁴⁰ ile aynı doğrultuda olmak üzere, kanaatimizce aynı Nice sınıflandırmasına dahil mal veya hizmetlerin benzer olduğunun kabul edilebileceği, ancak karinenin aksi ispat edilebilir bir karine olduğunu kabul etmek gereklidir.

Ayniyet değerlendirmesinde markaların aynı olması için markaları oluşturan unsurların tamamen birebir aynı olması gerekir. Bu kapsama markaya dahil olan kelime unsurları, markanın şekli unsurları, markayı oluşturan tali unsurlar ve bunların marka üzerindeki yerlerinin genel görünümleri itibarıyla aynı olması unsurları girmektedir¹⁴¹. Markaları oluşturan unsurların farklı boyutta olması ya da renklerinin farklı olması gibi hususlar markaların aynı olma durumunu değiştirmez. Ayırt edilemeyecek kadar benzer olma değerlendirmesinde ise, ayniyetten farklı olarak marka ile başvuru arasında az veya çok bir farklılık mevcuttur¹⁴². Fakat bu farklılıklar ortalama tüketici nezdinde markaların ayrışmasını sağlayacak kadar büyük farklılıklar değildir. Burada önemli olan husus ayırt edilemeyecek kadar benzer olma durumunu karıştırılma hallerinden ayırmaktır.

“Aynı”, “ayırt edilemeyecek kadar benzer olma” ve “benzer olma” durumları, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu¹⁴³ tarafından verilen bir kararla açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır. Bu karara göre, aynı olma durumu, karşılaştırılan işaretlerin birbirinden farksız, özdeş, birebir aynı ve taklit olmalarıdır. Aynı olma durumu işaretlerin renk, büyüklük, yazı karakteri ya da tipinin farklılaştırılması gibi değişikliklerden etkilenmez. Ayırt edilemeyecek kadar benzer olma durumu ise, karşılaştırılan işaretler arasındaki farklılıkların markanın kapsadığı mal ve hizmetin orta düzeydeki alıcı kitlesi üzerinde bıraktığı genel izlenim itibarıyla önemsiz olma derecede düşük olması nedeniyle aynı işaret gibi algılanmasını ifade eder. Ayırt edilemeyecek derecede benzer olma durumuna

¹⁴⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 29.01.2016 T., 2015/11-312 E., 2016/114 K. (www.kazanci.com E.T: 02.11.2019)

¹⁴¹ Türk Patent ve Marka Kurumu (TÜRKPATENT) Marka İnceleme Kılavuzu (M.İ.K), 2019, s.188.

¹⁴² M.İ.K. s.192.

¹⁴³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 05.10.2012 T., 2012/11-154 E., 2012/659 K. (www.kazanci.com E.T: 02.11.2019)

örnek olarak, “Pril- Pril”, “Martini Dry-Artini Dry”¹⁴⁴, “FRUZZİ-FRUZZY”¹⁴⁵, “ENCOTHERM-ECOTHERM”¹⁴⁶ gösterilebilir. Benzerlik durumu ise, işaretler arasında bağlantı olduğu ihtimali de dahil halk tarafından karıştırılma ihtimaline neden olacak derecede benzerlik bulunması durumudur.

Ses markaları açısından yapılacak olan aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olma değerlendirilmesinde, markanın tüm ses unsurlarının aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olması aranır. Bir markanın gözde bırakılan izlenimin farklı, fakat kulakta bırakılan izleniminin aynı olduğu durumlarda ise ayırt edilemeyecek kadar benzerliğin varlığı kabul edilir¹⁴⁷. Örneğin Anjelica-Angelica Flexycare- Flexicare gibi¹⁴⁸. Bu nedenle, Kurum tarafından yapılan ayniyet veya ayırt edilemeyecek kadar benzerlik değerlendirmesinde işitsel izlenimin (fonetik) aynı olması halinde ses markalarının mutlak tescil engelinden bahsetmek mümkündür. Teknolojik gelişme ile birlikte marka olarak Kuruma sunulan ses dosyası, özel programlar sayesinde iki marka arasındaki nota, şiddet veya frekans histogramı çözümlenebilecek ve markalar arasında ayniyet ve ayırt edilemeyecek kadar benzerlik bulunup bulunmadığına dair tespit yapılabilecektir. Burada önemli olan husus ses markalarında, ayniyet veya ayırt edilemeyecek benzerlik tespiti yapılırken Kurum tarafından herhangi bir yoruma mahal verilmeden objektif unsurlar üzerinden işlem yapılmasıdır. Zira bu madde hükmü gereğince ancak ve ancak ayniyet veya ayırt edilemeyecek kadar benzer markaların tescili Kurum tarafından reddedilebilir.

Bu noktada sesin çeşitlerinden insan sesinin değişmesi fakat ses markasının içeriğinin değişmemesi halinde markanın tescilinin reddi gerekip gerekmeyeceği konusu da tartışmaya yol açacaktır. Örneğin x kişinin “çok al az öde” sloganını nağmeli bir şekilde okuduğu sesinin marka olarak tescil edildiği bir durumda aynı sloganı aynı nağme ile y kişinin okuması ve marka olarak tescil edilmesini istediği durumda markanın

¹⁴⁴ Ayşe Nur BERZEK, 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname’de Markaların Düzenlenmesi, Oğuz İmregün’e Armağan, 1998, s.81.

¹⁴⁵ Yargıtay 11. HD., 07.01.2019 T., 2017/2807 E., 2019/17 K. (www.kazanci.com E.T: 02.11.2019)

¹⁴⁶ Yargıtay 11. HD., 13.02.2019 T., 2017/3983 E., 2019/1145 K. (www.kazanci.com E.T: 02.11.2019)

¹⁴⁷ Yasaman H., Marka Hukuku, s.228.

¹⁴⁸ TÜRKPATENT M.İ.K., s.221.

aynıyet nedeniyle reddi gerekmektedir. Zira ses tonları farklı olsa bile ortalama tüketici, algı olarak ses markasının içerisinde yer alan sloganı ön planda tutacağından markaların farklı olduğunu anlayamayacaktır.

Diğer yandan, sırf ses markalarının içerisinde aynı kelimeleri barındırdığı gerekçesiyle başvurunun reddine karar verilmemesi durumun somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira, herkes tarafından kullanılması serbest olan kelimelerin ses markası olarak birçok şekilde oluşturulabileceği aşıkardır. Bu nedenle, kanaatimizce bu madde kapsamında Kurum tarafından yapılacak değerlendirmelerde, her başvurunun somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi ve yoruma açık olmayacak derecede aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer marka başvurularının reddedilmesi gerekmektedir.

b. Muvafakatname İstisnası

SMK m.5/1-ç hükmünde düzenlenen mutlak ret nedenine aynı maddenin 3. bendi ile bir istisna getirilmiştir. Bu hükme göre, marka başvurusu yapan kişi önceki marka sahibinin başvurunun tesciline muvafakat ettiğini gösteren noter onaylı belge sunması durumunda başvuru SMK m.5/1-ç hükmüne göre reddedilemez¹⁴⁹. Muvafakatnamede yer alacak hususlar SMKY'nin 10. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükümlere göre muvafakatnamenin kayıtsız şartsız olması ve her marka için ayrı muvafakatname verilmesi şarttır. Ayrıca SMKY m.10/4 hükmüne göre marka üzerinde önceden inhisari lisans varsa, bu lisans sahibinin de izninin alınması gereklidir.

¹⁴⁹ Çolak, age., s.148; Suluk/Karasu/Nal, age. s.177.

Muvafatnamenin anlamı, başkası tarafından tesciline izin verilen marka ile ticaret hayatında “birlikte var olma anlaşması”dır¹⁵⁰. Bu muvafakatname ile birlikte markasının aynısının tescil edilmesine izin veren kişi dava hakkından da peşinen vazgeçmiş sayılır¹⁵¹.

4. Malın Yapısından Kaynaklanan İşaretler

SMK m. 5/e hükmüne göre, bir malın doğasından kaynaklanan şeklini, teknik olarak bir sonucu elde etmek için mecbur olan şeklini veya malın asli şeklini veya özelliğini tek başına içeren işaretler marka olarak tescil edilemezler. Bu hüküm kapsamında bir mutlak ret nedeninden bahsedebilmek için, söz konusu şekil veya özelliğin tescil edilmek istenen işaretle tek başına asli unsur olarak yer alması gerekir¹⁵². Bu madde hükmüne göre tescil edilemeyecek işaretler, kullanım yoluyla dahi ayırt edici nitelik kazanamazlar.

Bu hüküm daha çok üç boyutlu markalar için geçerlidir¹⁵³. Zira bu hükmün amacı madde hükmünde belirtilen ve malın doğal sonucu ortaya çıkan şekillerin bir kişinin tekeline verilmesini önlemektir¹⁵⁴. Zira bu tür markaların tescili kabul edildiğinde diğer kişilerin ürünlerine biçim verme özgürlüğü önemli ölçüde azalmış olacaktır. Örneğin sıradan bir bardak şeklinin üç boyutlu şekilde marka olarak tescil edildiği hallerde rakipler bu marka hakkına tecavüz oluşturmaması amacıyla malın özgü doğasından kopmak zorunda kalabilirlerdi. Fakat bu hüküm uyarınca sıradan bir bardak marka olarak tescil edilemeyecektir.

Ses markaları açısından ise bir malın doğası gereği ses çıkarması teknik olarak bir zorunluluksa ve bu malın asli değeriye bu sesin marka olarak tescili mümkün değildir. Örneğin bir klima doğası gereği hava üflediğinden çalıştığında az da olsa rüzgâra benzer bir ses çıkarmak zorundadır. Bu durumda klima ve benzeri mal ve hizmetler bakımından

¹⁵⁰ Çolak, age., s.148; Ahmet Hasan Kılıç, Markaların Birlikte Var Olma Sözleşmesi, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, C:3, S.2017/2.

¹⁵¹ Çolak, age., s.148.

¹⁵² Suluk/Karasu/Nal, age. s.178.

¹⁵³ Çolak, age., s.174.

¹⁵⁴ Suluk/Karasu/Nal, age. s.178.

bu sesin marka olarak tescil edilmesi mümkün değildir. Aynı şekilde bir aracın vites değişme sesinin hiçbir ayırt edici yan unsur olmadan tescil edilmek istenilmesi halinde malın doğasından kaynaklı bir sestten oluştuğu için tescil edilmez. Aynı yönde olmak üzere elektrikli süpürge'nin çalışması esnasında zorunlu olarak çıkardığı ses ürünün doğal çalışması sonucu ortaya çıktığından bu mal ve hizmetler bakımından somut ayırt edici niteliğe sahip değildir¹⁵⁵.

Bu konuya ilişkin olarak ABFMO “Jaguar Land Rover”¹⁵⁶ kararında başvuru tarafından tescil edilmek istenen 2 saniyelik kalp atışı ve 2 saniyelik kedi mırlama seslerinin hem ayırt edici niteliğe sahip olmadığından hem de doğal olarak oluşan ses olduğundan tescil edilemeyeceğine hükmedilmiştir.

Amerika Birleşik Devletleri Patent ve Marka Ofisi (USPTO) tarafından verilen 18.06.2013 tarih ve 77418246 sayılı kararında ses markalarında, malın doğasına özgü sesin olup olmadığı ile ilgili ilke olabilecek bir karar vermiştir. Tescile konu olayda bir gözlük üreticisi, gözlüklerin menteşelerinin kapanırken çıkardığı 3 klik sesini tescil ettirmek ister fakat başvurusu USPTO tarafından sesin, gözlüklerin fonksiyonelliğinden kaynaklanan doğal durum sonucu ortaya çıkan bir ses olmasından dolayı reddedilir. İtiraz sonucu Yeniden İnceleme Kurulu ise verdiği kararda gözlükleri oluşturan menteşelerin başvuru'nun sesinin aksine ses çıkarmayacak şekilde tasarlanmasının da mümkün olduğu yani 3 klik sesi olmadan da gözlüğün menteşelerinin tüm işlevlerini yerine getirebileceği ve çalışabileceği görüşüne varmıştır. Sonuç olarak Kurul, başvuru'nun itirazını kabul ederek gözlük menteşelerinin hareket sesinin malın doğasından kaynaklı zorunlu bir sonuç olmadığına karar vermiş ve malın tesciline hükmetmiştir.

5. Halkı Yanıltacak İşaretler

SMK m. 5/f hükmüne göre, halkın işaret ile malın coğrafi kaynağı, niteliği veya kalitesi konusunda yanıltılması durumunda bu işaretler marka olarak tescil edilemez. Bir

¹⁵⁵ M.İ.K., s.73.

¹⁵⁶ ABFMO, 06.10.2014 tarih R 1338/2014-4 ve R1337/2014-4 sayılı “Jaguar Land Rover” kararı,

işaretin bu kapsamda değerlendirilebilmesi için ortalama tüketici seviyesindeki tüketiciyi aldatıcı nitelikte olması yeterli olup, marka sahibinin bu saikle hareket etmiş olması şart değildir¹⁵⁷. Halkın yanılmasındaki ölçü ortalama seviyedeki tüketicinin yanılmasıdır. Bir işaretin halkı yanıltıcı olduğu gerekçesiyle Kurum tarafından reddedilebilmesi için yanılmanın açık şekilde olması gerekir¹⁵⁸.

Halkın yanılması için zayıf ihtimal yeterli görülmemektedir. ABAD, Elizabeth Emanuel kararında¹⁵⁹ belirtildiği üzere, hitap edilen halk kesiminin yanılacağı konusunda güncel ve ciddi bir tehlike bulunması gereklidir. Bu husus değerlendirilirken nitelik, kalite ve coğrafi kaynak arasında belirgin bir zıtlık bulunmalıdır¹⁶⁰.

Ses markaları açısından bir ses markasının yanıltıcı olduğunun tespit edilmesi geleneksel markalara göre daha zordur. Örneğin çay ürünleri açısından tescil edilen bir ses markası Rize yöresine özgü yöresel müzikleri kemençe ile çalıyorsa tüketiciler nezdinde bu çay ürünlerinin o yörede -en azından ülke içerisinde- üretilen çaylardan üretildiği algısı oluşacaktır. Fakat bu çay ürünleri ithal olarak Çin'den getirilmiş ise burada artık halkın güncel ve ciddi bir şekilde yanıltılması söz konusu olacaktır.

6. Bayrak, Arma, ve Diğer Egemenlik Belirtilerini İçeren İşaretler

SMK m. 5/1-g/ğ hükümlerine göre, devlet armaları ve bayrakları gibi egemenlik belirtileri içeren işaretler ve halka mal olmuş işaretler marka olarak tescil edilemezler. Bu madde kapsamında Paris sözleşmesine dahil ülkeler, diğer üye ülkelere ait bayrak, amblem ve diğer egemenlik belirten işaretler konusunda marka tescilini önlemek ve iptal etmekle yükümlüdürler¹⁶¹. Bu hükmün amacı, topluma mal olmuş işaretlerin kullanım hakkının kimsenin tekeline bırakılmak istenilmemesidir. Örneğin, Mustafa Kemal

¹⁵⁷ Çolak, age., s.181; Suluk/Karasu/Nal, age. s.179.

¹⁵⁸ TÜRKPATENT M.İ.K s.305; Yasaman H., Marka Hukuku, s.240.

¹⁵⁹ ABAD, Elizabeth Emanuel kararı, C-259/04 paragraf 47.

¹⁶⁰ TÜRKPATENT M.İ.K s.307.

¹⁶¹ Yasaman H., Marka Hukuku, s.243.

Atatürk¹⁶² ve Türkiye Cumhuriyeti Bayrağı gibi halka mal olmuş toplumsal ve kültürel değerlerin marka olarak tescili mümkün değildir.

Ses markaları açısından ise bu madde hükmü gereğince Paris sözleşmesinin 2. mükerrer 6. maddesi kapsamında hükümlerlik belirtisi kapsamında yer alan üye ülke milli marşları ses markası olarak tescil edilemezler. Diğer yandan kamuyu ilgilendiren ve halka mal olmuş anonim halk türküleri, marşlar veya Türk Milli Marşı da ses markası olarak SMK m.5/1-ğ maddesi kapsamında marka olarak tescil edilemezler.

7. Dini Değerleri veya Sembolleri İçeren İşaretler

SMK m. 5/1-h hükmüne göre, insanların dini değerlerini ve sembollerini taşıyan işaretler marka olarak tescil edilemezler. Bu hüküm ile, dini sembollerin hem birinin tekeline verilmesinin hem de ticaret alanında kullanılmasının önlenmesi amaçlanmıştır. Dini sembol ve değerlerinin kapsamına mezhep, tarikat gibi dini kuruluşlara ait işaretler de girmektedir¹⁶³. Ayrıca toplum açısından yüksek değere sahip ifade ve ibarelerin de uygun bulunmayan mal ve hizmetler açısından marka olarak tescili mümkün değildir. Nitekim, Danıştay bir kararında, millet ve mebusan kelimelerinin halkın bir değeri olduğu kabul edilmiş ve şarap mal ve hizmetlerinde marka olarak tescil edilmesine izin vermemiştir¹⁶⁴. Bu madde kapsamında söz konusu dini değer ve semboller, işarete esas unsur olmasa yani yardımcı unsur konumunda olsa bile kanunun bu açık hükmü karşısında tescil edilmemelidir¹⁶⁵.

Ses markaları açısından, dini değer veya sembol kapsamında değerlendirilen ezan, ilahi, deyiş gibi sesler ve bunların bir bölümleri de SMK m.5/1-h hükmü gereğince ses

¹⁶² Çolak, age., s.190; İngiliz vatandaşı tarafından Atatürk isminin tescili için ABFMO'ya yapılan başvuru ilk aşamada kabul edilmiş, fakat Türkiye Cumhuriyeti'nin yaptığı başvuru üzerine ABFMO itiraz inceleme kurulu bu tescili Atatürk'ün Türkler açısından sembol olmasından dolayı iptal etmiştir. OHİM, İtirazları İnceleme Kurulu R 2613/2011-2 sayılı karar.; Hamdi YASAMAN, "Atatürk" Markasının Hükümsüzlüğü ile İlgili AB Adalat Divanı Kararı Üzerine Düşünceler, TBB Dergisi, Ekim 2014, S:115, s.342 vd.

¹⁶³ Yasaman H., Marka Hukuku, s.275.

¹⁶⁴ Danıştay 12. Dairesi 21.04.1969 T., 1969/730 E. sayılı kararı; Tekinalp Ü., Fikri Mülkiyet, s. 415.

¹⁶⁵ Suluk/Karasu/Nal, age., s.181.

markası olarak tescil edilemezler. Örneğin sordum sarı çiçeğe ilahisinin bir kısmının marka olarak tescil edilmek istenmesi halinde bu mutlak ret sebebi ile karşılaşır ve marka olarak tescil edilemez. Diğer yandan, ezan, ilahi gibi ses işaretlerinin sözlerinin alınıp başka bir melodi ile tescil edilmek istenilmesi halinde de ses markası bir bütün olarak değerlendirileceğinden ve dini değer ve sembol içerme unsurları halen devam edeceğinden tescillerine izin verilmez. Burada kelimelerin makamdan ayrılıp başka bir makamda söylenmesi ses markasını dini değer ifade etme niteliğinden çıkarmaz.

8. Kamu Düzenine veya Genel Ahlaka Aykırı İşaretler

SMK m. 5/1-ı hükmüne göre, kamu düzenine aykırı ve gayri ahlaki işaretler marka olarak tescil edilemezler. Bu hükümle sağlanmak istenen amaç halkın toplumsal değerlerinin marka yoluyla küçük düşürülmemesi ve marka olarak tescil edilmek istenen işaretin insanlarda nefret uyandırmasının önüne geçilmek istenilmesidir. Toplumun yerleşik aile düzenine, örf ve adetlere aykırı markaların değerlendirilmesi de bu madde kapsamında yapılır. Bu kapsamda aynı şekilde uyuşturucu ve uyarıcı maddeleri hatırlatmaya yarayan işaretlerin de marka olarak tescil edilmesi mümkün değildir¹⁶⁶. Bu hüküm kişinin amacını değil işaretin kendisinin kamu düzenine ve ahlakına aykırı olmasını yasaklamaktadır¹⁶⁷.

Bu hükümle ilgili olarak Yargıtay bir kararında "Kamasutra" kelimesinin Uzakdoğu ülkelerinde seks tekniği anlamında olduğunu ve ürünün de prezervatif ürünü olduğu göz önüne alındığında cinsellikle ilişkilendirilebileceğini bu nedenle kelimenin marka olarak tescil edilebileceğine hükmetmiştir¹⁶⁸.

Ses markaları açısından ise, kamu düzenine ve genel ahlaka aykırı olarak kabul edilebilecek cinsel ilişki seslerinin yanı sıra küfür, cinsiyetçi söylem, ırkçı ifadeler anlamına gelebilecek sloganlı seslerin bu madde kapsamında marka olarak tescili

¹⁶⁶ Yasaman H., Marka Hukuku, s.275.

¹⁶⁷ Suluk/Karasu/Nal, age., s.181.

¹⁶⁸ Yargıtay 11. HD. 13.05.2002 T., 2002/868 E., 2002/4651 K. Sayılı Kararı (www.kazanci.com E.T: 02.11.2019)

mümkün değildir. Örneğin uyuşturucunun çekilme sesi genel ahlaka aykırı ve suça teşvik edici olarak kabul edilebileceğinden marka olarak tescili mümkün değildir. Ayrıca ırkçı olarak kabul edilen ve yasaklanan Nazi Marşı veya bir bölümü gibi ses ve işaretlerin de marka olarak tescili mümkün değildir.

B. NİSPİ TESCİL ENGELLERİ

Nispi ret nedenleri SMK 6. maddesinde bentler halinde düzenlenmiştir. Nispi ret nedenlerinde bir işaret üzerinde başka bir kimsenin önceki hakkı vardır ve bu durumdan dolayı da aynı işaretin tescil edilmesi o kişinin haklarına zarar vermektedir. Görüldüğü gibi nispi ret nedenlerinde bir kişinin hakkı bulunması nedeniyle tescil engellenirken mutlak ret nedenlerinde işaretin niteliği dolayısıyla tescile izin verilmez¹⁶⁹. İşaret üzerinde hakkı olduğunu iddia eden marka sahibinin itirazı üzerine SMK m.6'da yer alan nedenlerden biri bulunuyorsa marka başvurusu Kurum tarafından reddedilir¹⁷⁰. Nispi ret nedenleri mutlak ret nedenlerinden farklı olarak resen dikkate alınamaz, bu nedenler ancak işaret üzerinde hak sahibi olduğunu iddia eden 3. kişi veya kişiler tarafından ileri sürülebilir¹⁷¹. Aşağıda sadece ses markası bakımından özellik arz eden nispi tescil engelleri incelenecektir.

1. Aynı veya Benzer ya da Karıştırılma İhtimali Bulunan Marka

SMK m.6/1 hükmüne göre, tescil edilmek istenen işaret, tescilli veya başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya benzer ise ve tescil edilmek istenilen mal ve hizmetler de aynı veya benzerse, markalar arasında karıştırılma ihtimali de varsa ilgilinin itirazı üzerine başvuru reddedilir. Bu madde hükmüne göre işaretler arasındaki karıştırılma ihtimali bir taraftan işaretlerin kendilerinin karıştırılmasını, bir taraftan da işaretlerin tescil kapsamındaki aynı veya benzer mal ve hizmetlerde bulunmasını ifade eder¹⁷².

¹⁶⁹ Tekinalp Ü., Fikri Mülkiyet, s.419.

¹⁷⁰ Erdal NOYAN, Marka Hukuku, 2006, s.229.

¹⁷¹ Tekinalp Ü., Fikri Mülkiyet, s.419; Suluk/Karasu/Nal, age., s.184.

¹⁷² Yasaman H., Marka Hukuku, s. 396.

Markalar arasında karıştırılma tehlikesi marka hukukunun en önemli hak ihlallerinden biri olduğundan kanun koyucu bu ret nedenini aynı anda mutlak ve nispi ret nedenlerinde düzenleme gereği duymuştur. Böylece Kurum tarafından yapılan ilk inceleme sonucunda mutlak ret nedenlerine ilişkin gözden kaçmış olabilecek bir karıştırılma olması halinde, ilgilinin itirazı üzerine Kuruma karıştırılmayı inceleme ve başvuruyu değerlendirme görevi yüklenmiştir. Kanundaki “ihtimal” kelimesi özenle ve özellikle kullanılmış bir kelime olup, malın yapısal özellikleri de dahil olmak üzere sessel özellikleri ile bir takip içinde bulunma izlenimi bu kapsamda değerlendirilmektedir¹⁷³.

Bu düzenleme uyarınca iki koşulun bir arada bulunması halinde marka tescilinin önüne geçileceği düzenlenmiş olup, bunlardan ilki tescili istenen işaretin daha önceden tescilli ya da başvuru yapılmış marka ile aynı ya da benzer olması, ikincisi ise; her iki markanın da aynı veya benzer tür mal ve hizmetlerde karıştırılma ihtimali barındırılarak kullanılmasıdır. Yukarıda¹⁷⁴ markaların aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olma durumlarını ayrıntılı olarak incelediğimizden tekrara düşmemek adına tekrar değinilmeyecektir.

Karıştırılma ihtimali kavramı, ortalama bir tüketicinin güvendiği ve almayı düşündüğü mal veya hizmeti aldığı düşüncesiyle hareket etmesi fakat başka bir teşebbüse ait bir malı alması veya alma tehlikesiyle karşı karşıya kalması olarak tanımlanabilir¹⁷⁵. ABAD Canon kararında¹⁷⁶ karıştırılma ihtimalini, halkın, söz konusu mal veya hizmetlerin aynı ya da bağlantılı işletmelerden geldiğini düşünme tehlikesi olarak tanımlamıştır.

Karıştırılma ihtimali markanın köken gösterme fonksiyonu ile doğrudan ilgilidir. Zira tüketiciler, iki ayrı işletmeye ait mal veya hizmetin aynı işletmeden kaynaklandığını

¹⁷³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 20.12.2018 T., 2017/11-114 E., 2018/1995 K. (www.kazanci.com E.T: 02.11.2019)

¹⁷⁴ Bknz. Yuk. s.47.

¹⁷⁵ Çolak, age., s.199.

¹⁷⁶ ABAD, Canon kararı, C-39/97 paragraf 29; Çolak, age., s.198.

ya da farklı işletmelere ait olsalar bile markalar ya da işletmeler arasında bir bağlantı bulunduğu yönünde bir algıya sahip olmaktadır¹⁷⁷.

Karıştırılma ihtimali açısından bir değerlendirilme yapılırken, her somut olayda bilimsel ve objektif kriterlerden hareketle denetlenebilir bir analiz yapılmasını gerektirmektedir¹⁷⁸. Karıştırılma ihtimali incelenirken öncelikle, işaretlerin tescil edilmek istenildiği mal veya hizmetlerin karşılaştırılmasından başlanılmalıdır. Zira, tescil edilmek istenilen mal veya hizmetler açısından ayniyet veya benzerlik varsa markaların aynı veya benzer olup olmadıklarının değerlendirilmesine geçilecektir. Karıştırılma tehlikesi olduğu iddia edilen markalar arasında, mal ve hizmetlerin birbirine yakın olması durumunda, karıştırılma tehlikesine yol açmamak için tescili istenen işaretin, diğer markadan daha farklı olması gerekmektedir¹⁷⁹.

Markaların aynı veya benzer mal ve hizmetler için tescil edildiği tespit edildikten sonra markalar arasında karıştırılma ihtimali bulunup bulunmadığı incelenmesine geçilir. Markalar incelenirken öncelikle unsurlara göre değil bütünsellik ilkesi gereğince bir bütün olarak bıraktığı etkiye göre değerlendirme yapılır¹⁸⁰.

Markalar arasında ilk bakışta ortaya çıkan genel görünümün bıraktığı benzerlik dikkate alınır¹⁸¹. Karşılaştırılan markalar arasında bütünsel benzerlik etkisini ortaya çıkaran husus, markanın ayırt edici esaslı unsurlarıdır. Karşılaştırma değerlendirmesinde markanın bütünü itibariyle bıraktığı etkinin değerlendirilmesi esas olduğundan, işareti

¹⁷⁷ Çolak, age., s.199.

¹⁷⁸ Çolak, age., s.201.

¹⁷⁹ Hayrettin ÇAĞLAR, Marka Hukuku Temel Esaslar, 2013, s.71.; Arkan S., age., s.97-98; Remzi Tamer PEKDİNÇER/Hakan ERTEM, Fikri Mülkiyet Hukuku Alanı İçinde Ambalaj Tasarımlarda İltibasın Değerlendirilebilmesine Yönelik Yöntem ve Kriterlerin Saptanması İçin Öneriler, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi., 2014, S:20(3), s. 310.; Canan KÜÇÜKALİ, Marka Hukukunda Karıştırma Tehlikesi, 2009, s.70.

¹⁸⁰ Çolak, age., s.201; Yargıtay 11. HD. 11.01.2016 T., 2015/6266 E., 2016/81 K: “...Karıştırılma tehlikesi bulunup bulunmadığının tespiti gereklidir. Bunun için de markalarda ayırt edici ve baskın unsurlar dikkate alınmak suretiyle markanın bütünü itibariyle bıraktığı izlenimin değerlendirilmesi gerekmektedir.”

¹⁸¹ Sami KARAHAN; Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları, 2002, s.93. (Hükümsüzlük): Yazar bu eserinde, dikkatle bakılmakla farkına varılabilecek bir benzerliğin gerekli olmadığını, ilk bakışta ayırt etmeyi sağlayıp sağlamadığının önemli olduğunu belirtmektedir.

parçalara bölerek üzerinde inceleme yapılmaması ve özellikle markaların tek başlarına ayırım gücü bulunmayan işaretlerinden oluşan kısımlarının karıştırılma ihtimalleri üzerinde durulmaması gerekmektedir¹⁸². Bu tür yardımcı işaretlerin değerlendirmesi, ancak markanın bıraktığı genel görünümde rol oynadıkları takdirde değerlendirilmeye tabi tutulmalıdırlar.

Karıştırılma ihtimali incelemesinde markaların içerdikleri asli ve yardımcı ibareler belirlenmeli ve bu ibarelerin marka açısından ayırt edici niteliklerinin ne olduğunun tespiti yapılması gerekir. Tescili istenen işaret ve marka arasında benzerlik değerlendirmesi yapılırken işaretlerin asli ve ayırt edici ibarelerinin esas alınması gerekir. Bu sebeple işareti ve markayı oluşturan ibarelerin tanımlayıcı olup olmadığı tespit edilmeden yapılan incelemeler sonucunda varılan sonuçların hukuka uygun olması beklenemez¹⁸³. Karıştırılma ihtimali bulunduğu iddia edilen işaret, tescil konusu mal veya hizmeti tanımlıyorsa karıştırılma ihtimalinden bahsedilemeyecektir¹⁸⁴.

Tanınmış markalar istisna olmak üzere, aynı işaretler farklı mal ve hizmetlerde birden fazla kişi tarafından marka olarak tescil edilebilirler. Ancak aynı veya benzer işaretin aynı veya benzer mal ve hizmetlerde marka olarak tescil edilmek istenirse, bu durumda karıştırılma ihtimali de ortaya çıkıyorsa nispi ret nedeni söz konusu olur¹⁸⁵.

Halk tarafından karıştırılma ihtimalinde dikkate alınacak ölçü, uzman bir kişinin karıştırma ihtimali değil o mal veya hizmeti kullanan ortalama bir tüketicinin karıştırma ihtimalidir. Bu kapsamda karıştırma ihtimali değerlendirilirken somut olaya göre bir değerlendirme yapılmalı ve mal ve hizmete ilişkin tüm unsurlar dikkate alınmalıdır. İşaretin kullanılacağı mal veya hizmet sıradan halka göre daha farklı bir kesim tarafından kullanılıyor ve sadece bu kesim tarafından alınıyorsa markaların karıştırılma ihtimali

¹⁸² Arkan S., age., s.99.

¹⁸³ Uğur AKTEKİN/Güldeniz DOĞAN ALKAN/ Zeynep Çağla ÖZCEBE, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 02.10.2013 Tarihli 2013/11-52E. ve 2013/1416K. Sayılı Kararı (Diamond Kararı) ve Tanımlayıcı İbareler İçeren Markaların Karıştırılma İhtimali Değerlendirilmesi., Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, 17(2015/2), s.19.

¹⁸⁴ Yasaman H., Mütalaa, s. 59.

¹⁸⁵ Yasaman H., Marka Hukuku, s.397.

değerlendirilirken ortalama tüketici olarak alınması gereken kesimin bu farklı kesin olduğu ve dikkat değerlerinin bu kesime göre belirleneceği dikkate alınmalıdır. Bu durumda da eğer malın ortalama alıcısı o konuda uzmanlığı bulunan bir kişi ise karıştırılma ihtimali bulunan markalar arasında karıştırılma ihtimali oldukça düşük olacaktır. Örneğin sadece el yapımı üretilen ve fiyat yüksekliği nedeniyle sadece belirli bir kesim tarafından alınabilen bir otomobil ürününde değerlendirme yapılırken o ürünün alıcılarının dikkat değerinin de karıştırılma ihtimalinde göz önünde bulundurulması gerekmektedir¹⁸⁶.

Tescilli marka ile kullanılan işaret arasında bağlantı kurma ihtimali geniş algılanmalıdır. Zira marka ve kullanılan işaret arasında görsel, sessel ve genel görünüm itibarıyla ayniyet ve benzerlik bulunmasa dahi bağlantı kurulma ihtimali varsa karıştırılma ihtimalinden bahsedilebilir¹⁸⁷. Bu kapsamda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı¹⁸⁸,’nda belirtildiği gibi, ortalama tüketicilerin, karıştırma tehlikesine konu işaretler arasında herhangi bir şekilde bağlantı olduğunu düşünmesi de benzerlik bulunduğunu kabul etmek için yeterli olmaktadır.

Tüketiciden karıştırılma ihtimali bulunan markaları aynı anda görüp detaylarını karşılaştırmasını beklemek hayatın olağan akışına aykırıdır¹⁸⁹. Bunun yanı sıra ortalama tüketicinin markada yer alan asıl ve yardımcı unsurları her zaman aklında tutabileceği de düşünülemez. Tüketicinin bir malı veya hizmeti alırken gösterdiği en doğal yaklaşım, daha önce aldığı, yararlandığı ve memnun kaldığı bir malı veya hizmeti hatırladığı kadarıyla hatırında kalanlara dayanarak aynı mal veya hizmetten yararlanmak istemesidir.

¹⁸⁶ **Arkan S.**, age., s. 103; **Yasaman H.**, Marka Hukuku, s. 399; **Çağlar**, age., s. 68; **Küçükali**, age., s.117-118.

¹⁸⁷ **Tekinalp Ü.**, Fikri Mülkiyet, s.443.

¹⁸⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 20.12.2018 T., 2017/11-114 E., 2018/1995 K. (www.kazanci.com E.T: 02.11.2019)

¹⁸⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 07.06.2006 T., 2006/11-338 E., 2006/338 K. (www.kazanci.com E.T: 02.11.2019)

Bu açıklamalardan sonra genel olarak karıştırılma ihtimalinde aşağıdaki kriterler dikkate alınır¹⁹⁰;

- İncelemeye konu markaların kapsadığı mal ve hizmetlerin benzerlik derecesi
- İncelemeye konu markaların benzerlik derecesi
- İncelemeye konu markalardan tescil edilen veya başvurusu yapılmış markanın ayırt ediciliğinin derecesi
- İncelemeye konu mal ve hizmetlerde ortalama tüketicilerin bilinç ve dikkat düzeyi
- Tescil edilen veya başvurusu daha önce yapılan markanın görsel, sessel ve anlamsal olarak bıraktığı bütünsel etki

Ses markaları açısından, karıştırılma ihtimalinde genel markalar açısından bahsettiğimiz tüm unsurlar geçerli olmakla birlikte yapısal özellikler nedeniyle karıştırılma ihtimalinin değerlendirilmesi daha zor olacaktır. Zira geleneksel markalar göz önüne alındığında karıştırılma ihtimali bütünsel yaklaşıma ulaştıran verilerin incelenmesi suretiyle oluşurken ses markalarında unsurlarına ayırma çok daha zor olacaktır. Öncelikle yapılması gereken iş, ses markalarının hangi mal ve hizmetler konusunda tescil edildiğini belirlemek ve karıştırılma ihtimali olan ses markalarını aynı veya benzer mal ve hizmetlerde tescil edilip edilmediğini tespit etmek olacaktır. Tanınmış ses markaları hariç olmak üzere, aynı veya benzer mal ve hizmetlerde tescil edilmiş ses markaları mevcut ise karıştırılma ihtimali incelemesine geçilebilecektir.

Ses markaları yapıları gereği sadece nota veya sonogram ile gösterildiği takdirde, bu markalara dair karakteristik ve akustik özellikler tam olarak anlaşılamaz. İki markanın notalarının ve sonogramının karşılaştırılması benzerlik tespitinde ancak fikir verebilir. Nota ile ifade edilebilen melodi markalarında kullanılan melodi, markanın genel görünümünün büyük kısmını oluşturduğundan bu tür ses markalarında, notaların karşılaştırılması benzerlik tespitinde yeterli görülebilir. Buna karşılık tam olarak notalarla ifade edilemeyen ses markalarda kullanılan enstrüman ve bu enstrümanların çalınış şekli,

¹⁹⁰ Erdil E., age., s.139.

genel görünümü etkileyebilir. Bu nedenle, sadece notaların değil enstrüman ve çalınış şekli gibi özelliklerin de benzerlik incelemesinde dikkate alınması gerekir. Karıştırılma ihtimali değerlendirilmesinde markanın notalar itibariyle karşılaştırılmasının yanı sıra markaların sessel ifadesinin karşılaştırılmasıyla mümkün olabilir¹⁹¹.

Karşılaştırılan ses markalarının sonogramların karşılaştırılması da benzerlik tespiti açısından her zaman doğru bir fikir vermeyebilir. Sonogramları benzer olan markaların sessel halleri farklı olabilirken, sessel ifadesi benzer olan iki markanın da sonogramları farklı olabilir. Bu nedenle, markaların karşılaştırılmasında sadece biçimsel ifadelerinin esas alınması yanlış sonuçlara neden olabilecektir. Zira, tüketiciler bir malı veya hizmeti tercih ederken ses markasının biçimsel ifadesi ile değil sessel ifadesi ile muhatap olmaktadır. Dolayısıyla biçimsel ifadenin karıştırılma ihtimali incelemesinde dikkate alınması halinde, tüketicilerin ses markası açısından hiç görmediği ve muhatap olmadığı bir unsurun dikkate alınması durumu ortaya çıkar. Bu nedenle, ses markaları açısından karıştırılma ihtimali incelenirken sessel ifadenin dikkate alınması gerekli ve zorunludur.

Geleneksel markalarda, benzerlik incelemesi yapılırken markalar genellikle biçimsel, işitsel ve anlamsal açıdan karşılaştırılır. Ses markaları da bu yönden karşılaştırılabilir. Ancak, ses markalarının karakteristik özelliğini sessel ifadeler oluşturduğundan, karıştırılma ihtimali incelemesinde sessel ifade, biçimsel ve anlamsal ifadeye göre daha fazla dikkate alınmalıdır. Sessel ifadeleri benzer olmayan iki markanın anlam veya içerik olarak karıştırılması istisnai de olsa mümkündür. Bu durum daha çok gürültülü ses markalarında ortaya çıkabilir. Karşılaştırılan markalar sessel olarak farklıysa markaların görünüş benzerliğine rağmen farklı olduğu kabul edilmelidir.

Ses markalarında asıl korunmak istenen, bu markaların sessel halidir. Marka sahibi karıştırılma ihtimaline karşı ses markasını görünüş olarak korumak istiyorsa, markasını ses markasının yanı sıra şekil markası olarak da tescil etmelidir.

¹⁹¹ **Karasu R.**, Ses Markaları, s.49.

Ses markalarının hatırlanması, diğer markalara kıyasla daha güç olduğundan, karıştırılma incelemesinde karşılaştırılan markaların farklı yönleri değil, ortak özelliklerinin değerlendirilmesine ağırlık verilmelidir. Ancak bütünsellik ilkesi gereğince markaların genel görünümü esas alınmalıdır. Bu nedenle, örneğin genel görünüm itibarıyla benzer olan iki ses markasında kullanılan sesin rengi, enstrüman çeşidi veya uygulanan ritim farklı olsa bile bu ses markaları benzer kabul edilebilir. Ancak bahsedilen farklılıklar kulak ve zihinde bıraktığı etki bakımından önemli ise, bu farklılıkların markaların benzerliğini ortadan kaldırdığı söylenebilir. Bu nedenle, doktrinde **KARASU'nun**¹⁹² bizim de katıldığımız görüşüne göre, nispi ret nedenlerine dayanılarak yapılacak itiraz incelemesinde, müzik bilimcileri ve müzik psikologlarının tecrübelerinden yararlanmak gerekir.

Ses markalarının karıştırılma ihtimali incelenirken hitap edilen ortalama tüketicilerin en fazla ses markalarının melodisinden etkileneceği açıktır. Bu nedenle müziksel bir ses markasında, markanın bütününe etkileyen ve incelenmesi gereken en önemli unsurun, melodi unsuru olduğunu kabul edebiliriz. Bunun yanı sıra bir ses markasını oluşturan ritim, vuruş hızı ve kullanılan enstrüman, duyulan melodiye oranla ses markasının bütününe daha az etkiler.

Geleneksel markalarda olduğu gibi ses markalarında da markanın tüketiciyi etkilediği ilk kısım yani ses markasının başlangıcı ortalama tüketicinin ilk duyması nedeniyle daha fazla dikkatini çektiğinden, karşılaştırılan ses markaların başlangıç kısmındaki benzerlik ve farklılıklar, karıştırılma ihtimali incelemesinde özellikle dikkate alınmalıdır¹⁹³. Nitekim insanların ses markalarında baş kısmı dinleyemeden orta ve son kısımlara geçmeleri de mümkün değildir. Ortalama tüketici bir ses markasını dinlerken, markanın başlangıç kısmını dinlediğinde, orta ve son kısımlarını dinlemeden iki marka

¹⁹² Karasu R., Ses Markaları, s.50.

¹⁹³ Çolak, age., s.230.

arasında bir bağlantı olduğu düşüncesi içine girer ve orta ve son kısımların farklı olması karıştırılma ihtimalini ortadan kaldırmaz.

Nitekim ilk hecedeki sessel benzeşmenin karıştırılma ihtimaline yol açacağı ile ilgili olarak ABFMO bir kararında¹⁹⁴ EUCERIN ve EUDERMIN markaları arasında ilk hecelerinin sessel olarak benzemesi nedeniyle karıştırılma ihtimalinin bulunduğuna karar vermiştir.

Hem ses hem de sözcükten oluşan ses markalarında, geleneksel markalarda¹⁹⁵ olduğu gibi sözcük kısmının önceliğinin olduğu her zaman kabul edilemez. Somut marka incelemesine göre markanın akustik hali sözcüğün önüne geçebilir. Özellikle ayırt edici niteliği zayıf olan metinler ile ayırt edici niteliği güçlü olan bir sestten oluşan markalarda genel görünümü etkileyen unsur ses olacaktır¹⁹⁶. Buna karşılık tam tersi bir durumda sözcüğün etkileyen unsur olduğunu kabul etmek gerekir.

Son olarak ses markalarının geleneksel markalarla doğrudan karıştırılma ihtimali zayıftır. Fakat ortalama tüketiciler iki farklı markanın olduğunu düşünmelerine rağmen marka sahipleri arasında ekonomik bir bağlantı kurabilirler. Örneğin ses markası olarak kullanılan bir müzik eserinin adı sözcük markası olarak tescil edilmişse karıştırılma ihtimalinden bahsedilebilir.

2. Tescilsiz Bir Markanın ya da İşaretin Gerçek Hak Sahibinin İzni Dışında Tescil Ettirilmesi

SMK m.6/3 hükmüne göre, tescil yapılmamış bir marka veya işaret hakkında bir kimse tarafından önceden bir hak elde edilmişse, sahibinin itirazı üzerine marka tescili engellenebilir. Bu hükümde bahsedilen unsur bir kişinin tescil olmaksızın kullanmaya başladığı bir markası veya mal ve hizmetlerinde kullandığı bir işarettir¹⁹⁷. Kanun,

¹⁹⁴ ABFMO, Eudermine Kararı, Karar No: 108/1999.

¹⁹⁵ Yasaman H., Mütalaalar, s.57.

¹⁹⁶ Karasu R., Ses Markaları, s.51.

¹⁹⁷ Yasaman H., Marka Hukuku, 405.

markayı tescilsiz olarak kullanan veya işareti ilk kullanan kişinin elde ettiği hakkı haksız rekabet hükümlerine göre öncelik tanınmış ve nispi ret nedeni tanıyarak itiraz etme hakkı tanınmıştır¹⁹⁸. Hükümle birlikte markanın eskiye dayalı kullanan gerçek sahibi, tescilden üstün tutularak gerçek hak sahibi korunmaya çalışılmıştır¹⁹⁹.

Bu hükme göre eskiye dayalı kullanım nedeniyle gerçek hak sahibi hakkı hangi sınıf mal ve hizmetler için elde edilmişse, markanın tescili ancak aynı ve benzer mal ve hizmetler yönünden engellenebilir²⁰⁰. Bu hükme göre koruma sağlanabilmesi için gerçek hak sahibinin mutlaka tacir olması şartı da aranmamaktadır²⁰¹.

Doktrinde²⁰² itiraz hakkı bakımından aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer durumları da kapsadığı savunulmaktadır. Kanundaki ticaret sırasında kullanılan işaret ifadesi ile ticaret unvanları, işletme adı, tescilsiz marka, alan adı gibi işaretler kastedilmektedir²⁰³.

Ses markaları açısından, bu madde hükmü kapsamında tescilsiz olarak kullanılan ses markalarının başvurdan önce kullanıldığının ve ilk sahibi olduğunun kanıtlanması halinde marka tesciline engel olunabilecektir. Özellikle Mülga MarKHK döneminde çizimle görüntülenebilme şartı nedeniyle tescil edilemeyen markalar bakımından, yeni kanun SMK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte marka olarak tescil edilmek istenen ses markalarında, bu itiraz hakları kapsamında ilk hak sahipleri öncelik hakkına sahip olacaklardır.

¹⁹⁸ Arkan S., age., s.109; Suluk/Karasu/Nal., age., s. 196.

¹⁹⁹ Çolak, age., s.333.

²⁰⁰ Çolak, age., s.334.

²⁰¹ Yargıtay 11. HD. 19.02.2008 T., 2006/10328 E., 2008/1851 K.; Bir kamu kuruluşu olan Gençlik ve Spor Bakanlığı'nın düzenlediği Boğaziçi Kupası Yat Yarışlarının başka bir teşebbüs tarafından tescil edilmek istenilmesi üzerine Mahkemece idarenin kullanımının önceye dayalı olduğu ve bu anlamda gerçek hak sahibi niteliği taşıdığı belirtmiş ve tescilin reddi hukuka uygun bulunmuştur.

²⁰² Arkan S., age., s.109.

²⁰³ Suluk/Karasu/Nal, age., s. 197.

3. Tanınmış Markalar

Tanınmış markalar SMK'nın m. 6/4, 6/5 ve 7/2-c maddelerinde düzenlenmekte ve SMK m.25'te ise hükümsüzlük sebepleri arasında sayılmaktadır. Bu maddelerde ve doktrinde tanınmış marka kavramı konusunda farklı terimler kullanılmıştır. Sektörde tanınmışlık, SMK. m.6/4 anlamında tanınmışlık, SMK m.6/5 maddesi anlamında tanınmışlık ve toplumsal tanınmışlık gibi kavram karmaşasının yanı sıra marka hukukunda üst kavram olarak tanınmışlık tektir²⁰⁴. Farklı şekillerde ifade edilmeye çalışılan fakat hepsinin tanınmışlık temeline dayandığı bu kavramlarda sadece sahip oldukları tanınmışlık düzeyi bakımından farklılıklar bulunmaktadır²⁰⁵.

Tanınmış marka hem Yargıtay tarafından hem de doktrinde farklı şekillerde tanımlanmıştır. Tanınmış markalar bir teşebbüse sıkı şekilde bağlı olarak herhangi bir ayırım yapmadan aynı çevrede yer alan insanlar tarafından tanınan markalar şeklinde tanımlanabilir²⁰⁶. Tanınmış markalar yurtiçinde tanınırlık düzeyi yüksek olan, yurtdışında ise ilgili çevrelerce bilinen ticari işletmeye ait markalardır²⁰⁷.

SMK m.6/4'e göre bir markanın nispi tescil engeli oluşturması için sadece ilgili mal ve hizmetler açısından tanınmışlık düzeyinin bulunması şart iken, SMK m.6/5 anlamında farklı mal ve hizmetler bakımından nispi tescil engelinin bulunması için daha yüksek bir tanınmışlık düzeyi ve sulandırma, haksız yararlanma hallerinden birisinin gerçekleşme ihtimali şartı aranmaktadır²⁰⁸. Görüldüğü gibi her iki madde açısından da tanınmışlık kavramı tek iken, sadece maddelerin uygulanabilmesi açısından tanınırlık düzeyleri değişmektedir²⁰⁹.

²⁰⁴ Çolak, age., s.343.

²⁰⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz: Gül BÜYÜKKILIÇ, Marka Hukukunda Tanınmış Markanın Sulandırmaya Karşı Korunması, 1. Baskı, Mart 2019, s. 186.

²⁰⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 21.09.2015 T., 2015/11-476 E., 2015/483 K. (www.kazanci.com E.T: 02.11.2019)

²⁰⁷ Tekinalp Ü., Fikri Mülkiyet, s.411.

²⁰⁸ Çolak, age., s.346.

²⁰⁹ Çolak, age., s.345.

SMK m.6/4 hükmüne göre, Paris Sözleşmesine üye devletlerde tescil edilmiş tanınmış markalar ile aynı veya benzer işaretlerin Türkiye’de farklı kişiler tarafından aynı veya benzer mal ve hizmetler bakımından tescil edilmek istenilmesi halinde ilgilinin itirazı üzerine tescil başvurusu reddedilir. Paris Sözleşmesine göre, taraf ülkelerin birinde tescil edilmiş olan marka, sözleşmeye taraf diğer ülkelerde aynen kabul edilecek ve korunacaktır²¹⁰. Bu hükme göre aranacak tanınmışlık düzeyi “toplumun ilgili kesimindeki bilinirlik”tir. Bu ifade markanın tescil edildiği ülkedeki fiilen kullanıldığı sektörü ifade etmektedir²¹¹.

SMK m.6/5 hükmüne göre, bir marka Türkiye’de tanınmışlık düzeyine ulaşmışsa, markasının aynısının veya benzerinin farklı mal ve hizmetler bakımından tescil edilmesinin engellenmesi için maddede sayılan sulandırılma hallerinden birisinin somut olayda gerçekleşme ihtimali bulunmalıdır²¹². Görüldüğü gibi, bu madde kapsamında belirlenen tanınmışlık düzeyi SMK m.6/4’ten farklı düzenlenmiş ve markanın “Türkiye’de tanınmışlık düzeyine” ulaşması gerektiği belirtilerek daha yüksek bir tanınmışlık düzeyi şartı aranmıştır. Nitekim SMK m.7/2-c’de aranan tanınmışlık da budur. ABAD, General Motors Chevy kararında²¹³ belirtildiği üzere önceki markanın SMK m.6/5 anlamında sulandırılmaya karşı korunabilmesi için, bu markanın yöneldiği tüketici kitlesinin önemli bir kısmı tarafından bilinebilir olması gerekmektedir.

SMK m.6/5’te tanınmış markaların farklı mal ve hizmetlerde tescil edilmesine karşı korunmasının amacı, bir tecavüz eylemi de teşkil eden, tanınmış markaların şöhretinin sömürülmesini, itibarının yitirilmesini ve markanın itibarının sulandırılmasının tescil aşamasında önüne geçilmek istenilmesidir²¹⁴.

²¹⁰ Arkan S., age., s.109.; Yasaman H., Marka Hukuku, age., s.246.

²¹¹ Çolak, age., s.345.

²¹² Çolak, age., s.345; Madde metninde yer alan haklı bir neden olmaksızın ifadesi Mülga MarkHK’den farklı olarak SMK’da düzenleme altına alınmıştır.

²¹³ ABAD, General Motors Chevy kararı, C-375/97, paragraf 31.

²¹⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 02.04.2014 T., 2013/11-656 E., 2014/427 K. (www.kazanci.com E.T: 02.11.2019)

Tanınmış marka sahibi, SMK m.6/5 kapsamında markasının farklı mal ve hizmetlerde kullanılması engellenmek için, sulandırma teşkil eden hallerden birinin varlığını veya ileride ortaya çıkabileceğine yönelik ciddi bir ihtimali, ortaya koyması gerekmektedir²¹⁵. Sulandırma halleri SMK m.6/5'e göre, markanın tanınmışlık düzeyi nedeniyle, *“haksız bir yarar sağlanması”*, *“ayırt edici karakterinin zedelenmesi”* ve *“itibarının zarar görmesi”* durumlarıdır²¹⁶. Sulandırmanın mevcudiyeti için, sonraki marka sahibinin kusuru önem taşımamakta, eylemin sulandırma teşkil etmesi yeterli kabul edilmektedir²¹⁷. Ayrıca sulandırma hallerinin tümünün aynı anda bulunması da şart değildir. Bu hallerden herhangi birinin gerçekleşmesi ya da gerçekleşeceğine dair ihtimalin bulunması yeterlidir²¹⁸.

Sulandırma bir markanın ayırt edici niteliğini zayıflatmakta, erozyona uğratmakta ve marka ile iletilen psikolojik mesaj bozularak değiştirilmektedir²¹⁹. Nitekim Yargıtay bir kararında²²⁰ belirtildiği üzere, tanınmış markanın farklı mal ve hizmetlerde sulandırılarak, daha düşük kalitede kullanılması hallerinde marka itibarını yitirebilir veya en azından itibarı erozyona uğrar. ABAD, Intel kararında²²¹ sulandırma hususu açıklanmış ve kriterleri belirlenmiştir. Bu karara göre, sulandırmanın mevcut olabilmesi için bir şekilde iki marka arasında tüketicilerin bağlantı (link) kurması gereklidir. İki marka mal ve hizmetler bakımından bağlantı kurulamayacak derecede farklı kesimlere hitap ediyorsa sonraki marka önceki markayı akla getirmeyebilir. Bu durumda sulandırmadan bahsetmek mümkün değildir.

²¹⁵ Büyükkılıç G., age., s.355.

²¹⁶ Çolak, age., s.345: Yazar gerçek sulandırma halini sadece markanın ayırt edici karakterine zarar verilmesi olarak görmektedir; Büyükkılıç G., age., s.355: Yazar, tanınmış markanın ayırt edici karakterinin ve itibarının zarar görmesi durumlarının sulandırma teşkil ettiğini düşünürken, tanınmış markanın ayırt ediciliğinden ya da itibarından haksız yarar sağlanmasını sulandırma olarak görmemektedir.

²¹⁷ Büyükkılıç G., age., s.356.

²¹⁸ Çolak, age., s.367.

²¹⁹ Çolak, age., s.367.

²²⁰ Yargıtay 11. HD. 01.11.2011 T., 2009/12973 E., 2011/14792 K. (www.kazanci.com E.T: 02.11.2019)

²²¹ ABAD, Intel kararı, C-252/07; Ayrıntılı bilgi için bkz; Çolak, age., s.369 vd.

Nitekim Yargıtay güncel tarihli verdiği “Jelibon” kararında²²², tanınmış Jelibon markasının itirazı üzerine “Nako Jelibon” markasının tekstil ve iplik mal ve hizmetlerinde tescil edilmesinde hukuka aykırı bir durum bulunmamış ve kendi onama kararını kaldırarak, kararın bozulmasına ve “Nako Jelibon” markasının tekstil ve iplik ürünlerinde tesciline karar vermiştir. Yargıtay gerekçe olarak “Nako Jelibon” markasının tamamen farklı bir sektöre yönelik olması ve hedef tüketici kitlesinin de tamamen farklı olması nedeniyle sulandırma hallerinin gerçekleşmediğine vurgu yapmıştır. Kanaatimizce Yargıtay’ın bu kararı yerinde ve ABAD Intel kararında belirtilen kriterlere de uygundur.

Önceki markanın tanınmışlık iddiasının inceleneceği tarih, sonraki markanın tescil edildiği tarih olmalıdır²²³. Zira nispi ret nedeni olarak düzenlenen tanınmışlık iddiasında bulunan taraf, sonraki markanın tesciline itiraz ettiği anda kendi markasının tanınmışlık şartlarını taşıdığını ileri sürmektedir.

Ses markaları açısından, eğer bir ses markası toplumda herhangi bir sınırlamaya tabi kalmaksızın aynı çevredeki insanlar tarafından refleks halinde tanınıyorsa tanınmış ses markası olarak kabul edilebilir. Ses markalarının tanınırlığının düzeyi ise SMK m.6/4 ya da m.6/5 açısından farklılık arz edebilir. Nitekim, SMK m.6/4 kapsamında Paris Sözleşmesine üye devletlerde tescil edilmiş ve o ülkedeki ilgili kesim tarafından tanınmış ses markalarının, Türkiye’de aynı mal ve hizmetlerde tescil edilmek istenilmesi halinde, marka sahibi tarafından Kurum’a yapılacak itirazla tescil engellenebilir. Burada önemli olan husus, önceki markanın tescil edildiği ülkedeki mal ve hizmetler açısından ses markasının ilgili tüketici kesimi tarafından tanınır olması durumudur. Örneğin Paris Sözleşmesine üye devletlerde tescilli, konsol oyun mal ve hizmetlerinde kullanılan ve ilgili kesimce tanınan ses markasının, Türkiye’de konsol oyun mal ve hizmetlerinde tescil ettirilmek istenilmesi halinde, önceki marka sahibinin itirazı üzerine tescil engellenir.

²²² Yargıtay 11. HD. 26.06.2019 T., 2018/340 E., 2019/4843 K. (www.kazanci.com E.T: 02.11.2019)

²²³ Çolak, age., s.361.

SMK m.6/5 bakımından ise tanınmış ses markasının Türkiye’de tanınırlık seviyesine ulaşması ve sulandırma hallerinden birinin gerçekleşmesi veya gerçekleşeceğine dair ihtimal bulunması gerekmektedir. Burada önemli olan husus ise ses markasının Türkiye’de tanınırlık seviyesine ulaşmasının ön koşul olarak gerçekleşme zorunluluğudur. Örneğin, gaz sektöründe faaliyet gösteren Aygaz markasının tüplerini pazarlamada kullandığı melodisi Türkiye’de tanınmış bir ses markası olup, ortalama bir tüketicide o ses duyulduğunda, farklı mal veya hizmette üretilen bir mal veya hizmet bile olsa Aygaz markası ile ilintili olduğunu düşünülmektedir. Burada eğer, sonraki tescili istenen ses markası örneğin temizlik sınıfında bu markayı kullanıyorsa ve Aygaz’ın ses markasından haksız bir yarar sağlıyorsa veya Aygaz’ın ses markasının ayırt edici niteliğine zarar veriyorsa veya Aygaz’ın ses markasının itibarını zedeliyorsa tescili itiraz üzerine reddedilir.

4. Markanın Başkasına Ait Telif Hakkına İlişkin Olması

SMK m.6/6 hükmüne göre tescil başvurusu yapılan işaretin, bir başkasına ait isim, ticaret unvanı, fotoğrafı, telif hakkını veya fikri mülkiyet hakkını içermesi durumunda ilgilinin itirazı üzerine başvuru reddedilir. Çalışmamızda sadece ses markaları ile ilgili nispi ret nedenlerini incelediğimizden, başkasına ait telif hakkı incelenecektir.

SMK m.6/6 kapsamında kullanılan telif hakkı terimi geniş anlamda kullanılmakta olup hem eser sahipliğinden hem de bağlantılı hak sahipliğinden doğan hakları kapsamaktadır²²⁴.

Ses markaları açısından, telif hakkı kapsamında ses eserlerinin bir bölümünün veya tamamının marka olarak tescil edilmek istenilmesi durumunda, eser sahibinin veya bağlantılı hak sahibinin itirazı üzerine marka başvurusu reddedilir. Bu durumda ancak eser sahibinin veya bağlantılı hak sahibinin izni ile marka tescil edilebilir. Zira, eser sahibinin ve bağlantılı hak sahibinin eseri üzerinde FSEK m. 14 anlamında mutlak manevi hakları mevcut olup bir eserin umuma arz edilip edilmemesini, yayımlanma

²²⁴ Çolak, age., s.407.

zamanını ve tarzını eser sahibi tayin eder. Bu fikri mülkiyet hakkının bölünmesi yoluyla marka olarak tescil edilmesi mümkün değildir.

Bir ses eserinden bir parça marka olarak seçilmek isteniyorsa mutlaka eser sahibinin izni gerekir. Zira eser sahibinin, eseri üzerinde fikir ve sanat eseri olarak sınai mülkiyet hakkı mevcuttur. Bu durumda, eğer eser sahibinin izni olmadan bir kullanım mevcut olursa, eser sahibinin itirazı üzerine marka başvurusu kurum tarafından reddedilir.

Eser sahibinin, eserin kullanımına yazılı izin gösterdiği durumlarda bu yazılı iznin marka olarak tescil edilebilmeyi de kapsamaması gerekmektedir. Zira, FSEK m.16/1'e göre eser sahibinin yazılı izni olmadıkça eserde kısaltmalar veya değişiklikler yapılamaz ve marka olarak tescil de özünde bir kısaltma işlemi gerektirmektedir. Eser sahibi, eserinin marka olarak kullanılması iznini kayıtsız şartsız vermiş olsa bile FSEK m.14'e göre şeref ve haysiyetini zedeleyen bir durum olması durumunda iznini geri alabilir. Örneğin, Türk Halk Müziğine sahip bir eser sahibi, eserinin bir bölümünün marka olarak tesciline izin vermesi halinde, izin sahibi eseri mahiyetine uygun olmayarak prezervatif ürünlerinde marka olarak tescil ettirmek istemesi durumunda eser sahibi iznini bu mal ve hizmetlerin şahsiyetine zarar vereceğini düşünmesi durumunda bu izni geri alabilir.

Bu durumun tam tersi bir durumda bir ses markasının, bir eserin içerisinde kullanılması halinde marka hakkına tecavüz durumu oluşacak mıdır sorusu akla gelmektedir. Eğer bir ses markasının, aynısı veya benzeri başka bir kişi tarafından eser haline getirilip kullanıyorsa marka sahibi, hem SMK m.7 kapsamında marka hakkına dayanarak tecavüzün önlenmesini talep edebilir hem de FSEK anlamında eser sayılan ses markasını m.13 vd. hükümlerine göre koruyabilir.

Başkasına ait telif hakkının, telif eser sahibinin mali hakları boyunca nispi ret nedeni sayılacağı kabul edilmektedir²²⁵. Bu süre, FSEK m.27 kapsamında telif eser

²²⁵ Çolak, age., s.407.

sahibinin ölümünden itibaren 70 yıl olarak belirlenmiştir. Yaşarken eser sahibi, öldükten sonra da mirasçıları bu haklarını öne sürebilirler.

5. Ortak ve Garanti Markasının Aynıısının veya Benzerinin Tescilinin İstenmesi

SMK m.6/7 hükmüne göre, ortak veya garanti markalarında kullanım süresi dolmasına rağmen yenilenmemiş ve bu kullanım süresinin dolmasından itibaren 3 yıl geçmemişse, aynı veya benzer markaya ilişkin aynı veya benzer konularda yapılacak olan marka başvuruları itiraz üzerine reddedilir. Kanun hükmündeki üç yıllık sürenin geçmesinden sonra aynı veya benzer marka için başvuruda bulunulabilir²²⁶. Bu hükümle birlikte, yenileme süresi dolmuş fakat yenilenmeyen ortak ve garanti marka sahibine tescile itiraz hakkı tanınmıştır.

Ses markaları açısından henüz hiçbir ortak veya garanti markası tescil edilmemiştir. Fakat bu durum tescil edilemeyeceği anlamına gelmemelidir. Ses markaları da ortak veya garanti markası olabilirler. Zira ortak veya garanti markaların amacı çeşitli mal veya hizmetlerin belirli standartlara uygunluğunu gösteren bir işaret yaratmaktır. Bu işarete sahip mal ve hizmetler o ortak veya garanti markasının standartlarına uygun kabul edilir. Bu bakımdan da ortak veya garanti markasının ses markası olarak seçildiği durumlarda bu ortak veya garanti markasının kullanılması halinde mal ve hizmetlerin belirli standartların uygunluğu kabul edilebilir.

Örneğin, tavuk sesleriyle donatılmış bir klasik müzik eserinin bir bölümünü oluşturan seslerin yumurta sektöründe doğal gezen tavuk yumurtaları için garanti markası olarak tescil edilmesi halinde ses markasına sahip yumurta üreticileri bu notaları ses markalarının sonunda veya münhasıran kullanarak yumurtalarının doğal gezen tavuk yumurtası olduğunu garanti edebilirler. Bu durumda, bu ses markasının süresinin dolması halinde 3 yıl içerisinde aynı veya benzer mal ve hizmetlerle ilgili başvuru yapılmak istenirse sahibinin itirazı üzerine başvuru reddedilir.

²²⁶ Noyan, age., s.234; Tekinalp Ü., Fikri Mülkiyet, s.427.

III.TÜRK HUKUKUNDA SES MARKALARININ TESCİLİ

A. GENEL OLARAK MARKANIN TESCİLİ

SMK kapsamında markaya sağlanan haklar ve korumalar tescille elde edilir. Kanunda belirtilen bu ilkeye tescil ilkesi denilmektedir²²⁷. Tescil ilkesine göre, marka sahibine herkese karşı ileri sürülebileceği mutlak bir hak sağlayan marka hakkı, kural olarak ancak ve ancak tescil yolu ile doğmaktadır. Tescil ilkesi kapsamında hukukumuzda marka, Türk Patent ve Marka Kurumu (TÜRKPATENT) nezdinde tescil edilir.

Markasını tescil ettiren marka sahibinin üçüncü kişilere karşı hakları markanın tescilinden sonra yayım tarihi itibarıyla hüküm ifade eder. Bu kapsamda da marka ile ilgili üçüncü kişiler tarafından markaya karşı yöneltilen iddiaların değerlendirilmesine tescilin yayımlanmasından önce karar verilemez. Tescil ilkesinin doğal bir sonucu da marka sahibinin tescil ile kullanmak zorunda olduğu markasını kullanma yükümlülüğüne ilişkin süresi, markasını tescil ettirmesi ile başlamaktadır. Gerçek hak sahipliği ilkesi, tescil ilkesinin istisnasını oluşturmaktadır. Buna göre, bir kişinin tescil ettirmeksizin kullandığı ve üzerinde gerçek hak sahibi olduğu markayı kendi adına tescil ettiren kişi, SMK'nın tanıdığı tüm hukuki korumalardan yararlanamaz. Fakat, gerçek hak sahibinin itirazına kadar, marka tescil belgesine sahip olan kişi, kanunun tanıdığı korumalardan yararlanır²²⁸. Gerçek hak sahipliğinin kazanım yolu kullanım sonucu oluşmasıdır. Marka gerçek hak sahibi tarafından tescil edilmeksizin kullanılmış ve daha sonra tescil yapılmışsa, artık bu tescil marka açısından kurucu olmayıp açıklayıcı nitelik taşımaktadır²²⁹.

Marka başvurusu, TÜRKPATENT tarafından öncelikle şekli açıdan incelenir. Kurum tarafından, başvurunun şekli açıdan eksikliğinin bulunmadığına karar verilirse, başvuru, SMKY m.8/2 gereğince başvurunun alındığı tarih, saat ve dakika itibarıyla kesinleşir. Şekli eksikliğin olduğuna karar verildiği durumlarda ise eksikliğin giderilmesi

²²⁷ Çolak, age., s.329.

²²⁸ Karahan/Suluk/Saraç/Nal, Fikri Mülkiyet Hukuku'nun Esasları, 2013, s.7.

²²⁹ Karahan/Suluk/Saraç/Nal, age. s.7.

için SMKY m.8/3 gereğince iki aylık süre verilir. Bu süre içerisinde eksiklik giderilmezse SMK m.15 gereğince başvuru işleminden kaldırılır.

Kurum tarafından başvurunun şekli yönünden eksikliği bulunmadığına dair karar verilmesi halinde başvurunun esasına ilişkin incelemeye geçilir. Bu kapsamda kurumca başvurunun SMK m.5’de öngörülen mutlak red nedenlerinden birini taşıyıp taşımadığı resen denetlenir. Bu inceleme sonucunda, başvurunun, sadece belirli bir mal veya hizmet ya da tüm mal ve hizmetler yönünden tescil edilemeyeceği belirlenirse, başvuru ya tam olarak ya da belirli hizmetler yönünden SMK m.16/1 gereğince reddedilir.

Şekil ve esas yönünden yapılan inceleme sonucunda markanın bütün şartları sağlaması halinde başvuru, Resmi Marka Bülteni’nde SMK m.16/2 ve SMKY m.11/1 hükümleri kapsamında yayımlanır. Fakat markanın yayımlanması tescil edildiği anlamına gelmemektedir. Zira, başvurunun yayımlanmasından sonra, üçüncü kişiler mutlak red nedenleri konusunda görüş bildirebilir, ilgili kişiler de mutlak ve nispi red nedenlerinden bir veya birkaçı bulunduğu gerekçesiyle başvuruya itiraz edebilirler. Burada önemli olan husus üçüncü kişilerin görüş bildirme hakkı bulunurken, ilgililerin başvuruya itiraz hakkı bulunmasıdır.

Marka başvurusunun Kurum tarafından yayımlanmasından sonra herkes, gerekçesini de belirtmek koşuluyla marka başvurusuna neden itiraz ettiklerini belirten yazılı görüşlerini süresi içerisinde markanın tescil edilmesi süresine kadar TÜRKPATENT’e sunabilir. Üçüncü kişilerin görüş belirtme nedenleri arasında, aynı veya benzer markaların tescillerinin mutlak red nedeni olduğuna dair hüküm kapsam dışındadır. Üçüncü kişilerin kuruma ilettiği görüşler, kurum tarafından değerlendirildikten sonra görüşler uygun bulunursa marka başvurusu belirli mal ve hizmetler yönünden veya tamamen reddedilir. Görüldüğü gibi burada üçüncü kişilerin marka hakkında sadece mutlak red nedenleri konusunda Kurum’a görüş bildirme hakları bulunmaktadır.

İlgili kişiler yayımlanan markanın mutlak veya nispi ret nedenlerinden birini taşıdığını düşünüyorsa, yayım tarihinden itibaren iki ay içinde TÜRKPATENT'e itirazlarını yapabilirler. İlgililer, belirtilen bu iki aylık süre içerisinde itiraz gerekçelerinde gerekçe belirtmez veya itiraza dair ücretlerini ödemezlerse bu itirazları yapılmamış sayılır.

İtirazlarla ilgili yapılan inceleme konusunda SMK'da Mülga MarkHK'de yer almayan markanın kullanılmasıyla ilgili çok önemli bir düzenleme yapılmıştır²³⁰. Bu düzenlemeye göre, SMK m.19/2 gereğince, tescilli markasının süresi 5 yıldan fazla olan itiraz sahipleri, itirazlarını yaparken bu markalarını kullandıklarını da ispat edeceklerdir. Bu kullanım itiraz sahibinin, itirazına gerekçe gösterdiği mal veya hizmetler bakımından, ülke içerisinde ciddi biçimde kullandığına veya kullanmamasının haklı nedene bağlı olduğuna dair delil sunması talep edilir²³¹. İtiraz sahibinin bu kullanma durumunu ispatlayamaması durumunda itirazı reddedilir. İtiraz sahibi, mal veya hizmetlerin sadece bir kısmı için kullanıldığını ispatlarsa itiraz, sadece kullanımı ispatlanan mal veya hizmetler esas alınarak incelenir.

Kurum tarafından yapılan inceleme neticesinde itirazlar yerinde bulunursa markanın belirli mal ve hizmetler ya da tüm mal ve hizmetler yönünden tescil edilememesine karar verir. Aksi durumda, ilgilinin itirazının reddine karar verilir.

Kurum tarafından itirazı reddedilen veya kısmen kabul ilgililer, bu karara karşı, kararın kendilerine bildirim tarihinden itibaren iki ay içerisinde yazılı ve gerekçeli olarak tekrar kuruma itiraz edebilirler. Bu yöntem Kurum'un iç denetimi şeklinde gerçekleşir. İtiraza ilişkin itirazlar yine Kurum bünyesinde tekrar başka bir Kurul olan, Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu (YİDK) tarafından incelenir. Bu Kurul hem marka sahibinden hem de başvuruyu reddeden kuruldan, itirazlara ilişkin görüşlerini

²³⁰ **Suluk/Karasu/Nal**, age. s.206.

²³¹ Ses markalarında kullanma zorunluluğu ile ilgili bkz; Aşağıda 3. Bölüm, C, 3, c.

bildirmelerini ister. Yapılan değerlendirme sonucunda YİDK, TÜRKPATENT'in bu itiraza ilişkin nihai kararını verir.

YİDK tarafından itiraza ilişkin verilen bu kararlar Kurumun nihai kararını oluşturmakta olup, bu kararlara karşı, itiraz sahibi tarafından veya marka sahibi tarafından Kurum nezdinde tekrar itiraz edilemez. YİDK kararlarına karşı, ilgililer kararın bildiriminden itibaren iki ay içinde, Kurum'un bulunduğu yer mahkemesi olan Ankara Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesinde dava aılabilir²³².

B. SES MARKALARININ TESCİLİ

1. Ses Markalarının Kapsamı

Ses markaların kapsamı belirlenirken, geleneksel markalarda olduğu gibi kanunun marka kapsamını düzenleyen hükümlere bakılmalıdır. Bu kapsamda, Mülga MarKHK 5. Maddenin başlığı olan "Markanın İereceği İşaretler", SMK'nın 4. maddesinde "Marka Olabilecek İşaretler" şeklinde değiştirilmiştir. İki madde karşılaştırıldığında, ayırt edici olma unsuru dışında farklı şekilde düzenlendiği görülecektir.

Mülga MarKHK'da, markaların tescili için çizimle görüntülenebilme oğaltılabilme yani grafikte gsterilebilme şartına yer verilmiştir. SMK'da ise, eski KHK'dan farklı olarak marka olabilecek işaretin grafiksel olarak temsil edilebilme koşulu hükümden çıkarılmış, açık ve kesin olarak anlaşılabilmesi koşuluyla sicilde gösterilebilir olan her tür işaretin marka olabileceği kabul edilmiştir. Ayrıca, Kanun hükmünde seslerin ve renklerin marka olabilecek işaretler arasında sayılması yeni marka türlerine de yer verildiğini göstermektedir.

Her ne kadar Mülga MarKHK döneminde sesler marka olabilecek işaretler arasında sayılmamış ve çizimle görüntülenebilir olma şartı getirilmiş olsa da seslerin

²³² 12.05.2017 tarihli 30064 sayılı Resmi Gazete, Türk Patent ve Marka Kurumu Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Dairesi Kurulları Yönetmeliği m.8/3.

marka olarak tescili yapılmaktaydı²³³. Bu kanunun yürürlükte olduğu dönemde seslerin marka olabilmesi için bu işaretlerin notaya dökülebilmesi veya çizimle gösterilebilir olması gerekmektedir²³⁴. Bu kapsamda Siemens'in notalarla ifade edilen ses markası TPE tarafından tescil edilen ilk ses markası olma özelliğini taşımaktadır. Söz konusu başvuru 12.11.2007 tarihli Resmi Marka Bülteninde yayınlanmıştır.

TÜRKPATENT'in SMK'dan önce Mülga MarKHK'ya göre belirlediği ses markaları inceleme kıstaslarına bulunmaktadır²³⁵. Bu inceleme kıstaslarına göre ses markasına ilişkin başvuru yapıldığında, ses işaretinin uzunluğu ya da kısalığı sınır konulmamıştır. Bunun yanı sıra, ses kaydının ayırt edici niteliği bakımından, ses markasının bir müzik eserinin tamamı veya çok uzun bir bölümü olduğu durumlarda başvuru ses markasının ayırt edici niteliği bulunmadığı gerekçesiyle, Mülga MarKHK'nın m.7/1-a bendi uyarınca reddedilecektir.

Sesin, SMK bakımından marka niteliği taşıyabilmesi için kanunda marka için aranan zorunlu şartlardan işaret, ayırt edicilik, açıklık ve kesinlik unsurlarını birlikte taşıması gerektiğini yukarıda ayrıntıları ile açıkladığımızdan burada tekrar açıklanmayacaktır.

Bu kapsamda sesin marka olarak TÜRKPATENT nezdinde tescil edilebilmesi için öncelikle soyut ayırt edicilik unsurunu taşıması gerekmektedir. Sonrasında yapılacak somut ayırt edicilik değerlendirilmesinde, ses markaları açısından, her mal ve hizmetin bulunduğu grupta ayırt edicilik değerlendirmesinin ayrı ayrı yapılması gerekecektir.

Somit ayırt edicilik değerlendirmesinde ses eğer mal ve hizmetin doğal ve zorunlu sonucu olarak ortaya çıkıyorsa, tescili istenen sesin o mal ve hizmetler açısından ayırt edici niteliğinden söz edilemez. Örneğin, kapının kapanması sırasında oluşan ses, kapı kapanması olayının doğal ve zorunlu bir sonucu olduğu için herkes tarafından

²³³ **Suluk/Karasu/Nal**, age., s.168, dpn.35

²³⁴ **Yasaman H.**, Marka Hukuku, C.1, s.86.

²³⁵ TPE Ses Markaları İnceleme Kriterleri, 2007, s.2.

serbestçe kullanılması gereken bir sestir. Bu duruma benzer olarak bilgisayar farelerinin klik sesi, klavyelerin tuş sesi gibi sesler de bu anlamda ilgili mal ve hizmetler açısından somut ayırt edici kabul edilmez.

Sesler açısından uzunluk kısalık değerlendirmesi yapılırken sesin soyut ayırt edici niteliğini kaybedip kaybetmediğine dikkat edilmelidir. Zira uzun bir şarkının veya müzik eserinin tümünün marka olarak tescil edilmek istenilmesi sırasında bu markanın soyut ayırt edici niteliği olmadığı kabul edilebilir. Bu konuda ABFMO “Jaguar Land Rover”²³⁶ kararında 2 saniyelik kalp atışının ve 2 saniyelik kedi mırılaması seslerinin otomobil sınıfında ses markası olarak tescil edilmek istenilmesi üzerine, işaretin kolayca unutulabilecek kadar kısa olduğunu ve aynı zamanda ezberlemek için çok basit olduğunu belirtmiştir.

Seslerin marka olarak tescilinin talep edilmesi sırasında, süresi konusunda genel bir sınırlama getirmek SMK’nın özüne ve çağın gereklerine de aykırı olur. Zira, ortalama bir sınırlama getirilmesi halinde bazı durumlarda bu süreden uzun olsa bile ses markasının soyut ayırt edici niteliğe sahip olduğu söylenebilecekken, bazen de bu süreden kısa olsa bile marka soyut veya somut ayırt edici niteliğe sahip olamayacaktır. Bu nedenle ses markası da dahil olmak üzere işaretlerin soyut ayırt edici niteliğinin olup olmadığının tespiti, tescile konu mal veya hizmetlerden bağımsız olarak yapılmaktadır ve ayırt edici niteliği olmayan sesler de bu kapsamda marka olarak tescil edilemezler.

Örnek olarak, bir ses markası süre olarak uzun olmasına rağmen basit ritimde ve az sayıda tınıdan oluştuğu için ortalama tüketicisi tarafından kolayca algılanabilir ve hatırlanabilirken, çok kısa süren ancak karmaşık ve çok sesli yapıda olan ve ortalama tüketiciler için alışılmamış bir ritimde ve ahenkte olan sesler daha zor hatırlanabilir. Yine bazı uzun ve karışık sesler müzisyenlerden oluşan bir tüketici çevresinde çok rahat algılanabilir ve hatırlanabilirken, çok kısa süreli bir ses, müzikle iştegal etmeyen bir çevrede tam olarak algılanamayabilir veya daha sonra hatırlanamayabilir. Bu nedenle, bir

²³⁶ ABFMO, 06.10.2014 tarih R 1338/2014-4 ve R1337/2014-4 sayılı “Jaguar Land Rover” kararı,

sesin uzun veya karmaşık olduğundan dolayı, en baştan marka olamayacağını kabul etmek yerine, işaretin ve somut olayın özelliklerine, tescile konu mal veya hizmetler ve ilgili ortalama tüketici çevresi açısından tescil edilip edilemeyeceğine bakmak doğru ve yerinde olacaktır²³⁷.

Ses markaları, melodi ve kelimenin seslendirilmesi şeklinde oluşturulabilir. Bu durumda ses markalarının içerdikleri kelimelerin ses markasının korumasından yararlanıp yararlanamayacağı hususu ise kesin bir sonuca varmanın zor olduğu bir alandır. Zira ses markası olarak tescil edilen bir melodili sloganın hem melodisinin hem de sloganının ses markası kapsamında olduğunun kabul edilmesi halinde hem karıştırılma değerlendirmesinde hem de mutlak ve nispi ret nedenleri değerlendirmesinde kelime ve melodi unsurlarının ayrı ayrı ve bir bütün olarak değerlendirilmesi çok zor olacaktır.

Öncelikle insanın kelimeleri söyleme eylemi yani konuşma ya da şarkı söyleme gibi eylemler veya kelimelerin bir cansız varlık tarafından seslendirilmesi eylemi, anlamlı veya anlamsız kelimeleri bir ses unsuruna dönüştürmektedir. Nitekim bu eylemin adı “ses”lendirmedir. Ses unsuruna dönüşen kelimelerin anlamlarından bağımsız olarak bir ses markası olarak tescil edilebilmesi soyut ayırt edici niteliğe sahip olmaları durumunda mümkündür. Örneğin bir kişinin veya aletin “a” harfini hiçbir ayırt edici nitelik bulunmadan söylemesi ses markasını oluşturmazken “a” harfinin uzun hava biçiminde nağmeli söylemesi halinde soyut ayırt edici nitelik kazanacağından ses markası olarak tescil edilebilir.

Peki ses markası içerisindeki kelimelerin anlamları ses markasının korumasından yararlanabilecek midir? Öncelikle bu soruya kesin bir cevap vermek mümkün değildir. Zira, somut olayın özelliklerine göre bir ses markası içerisinde yer alan kelimeler anlamları ile birlikte değerlendirilerek ses markasına dahil olup koruma altına alınabilirken bazen de ses markasının korumasından yararlanamayabilirler. Bu durumu belirleyen unsur ses markası içerisindeki kelimelerin ortalama tüketici tarafından nasıl

²³⁷ Karasu R., Ses Markaları, s.37.

algılanacağı ile ilgilidir. Melodi ve kelime unsuru birlikte değerlendirildiğinde, kelime unsuru tüketiciler nezdinde markanın algılanmasında önemli bir yer teşkil ediyorsa bu unsurun farklı bir melodi kullanılarak aynı mal ve hizmetler açısından tescil edilmek istenilmesinin önüne geçilebilir. Zira karıştırılma değerlendirmesinde bağlantı kurma ihtimali de bir karıştırılma hali sayıldığından ortalama tüketici ayırt edici niteliğe sahip bir kelimeyi başka bir melodi ile duyduğunda bu markanın diğer marka ile aynı veya bağlantılı olduğunu düşünecektir.

Mutlak ret nedenleri açısından konunun bu kadar kesin olarak değerlendirilmesi ise mümkün değildir. Zira, Kurum tarafından ses markasının kaydedilmek istenildiği sırada tüm ses markalarının melodi, kelime, anlam, soyut ayırt edicilik gibi unsurlara dayanılarak incelenmesi ve markanın aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olduğuna karar verilmesi mümkün değildir. Nitekim TÜRKPATENT tarafından ses markası olarak gösterilen tescil sayısı 13 gözükmesine rağmen 5 ses markasının son bültende tescil edilmesi ses markasına ilginin arttığının ve artmaya da devam edeceğinin göstergesidir²³⁸. Bu nedenle Kurum tarafından mutlak ret nedenlerinin incelenmesi giderek daha da zorlaşacaktır.

Mutlak ret nedenlerinden aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer markalar açısından, iki ses markasının aynı kelime öğelerini içermesi fakat farklı melodilerde yer alması durumunda sonraki markayı tescil ettirmek isteyen kişinin başvurusu Kurum tarafından reddedilecek midir? Bu soruya somut olayın özelliklerine göre ve markaların ortalama tüketici nezdinde yarattığı etkiye göre cevap verilebilir. Kelimeleri barındıran ses markaları değerlendirilirken markanın sadece ses unsurunun ya da sadece kelime unsurunun değerlendirmeye alınması yanlış sonuçlara yol açacaktır. Bu nedenle ses markalarında melodi gibi esas ve kelime gibi yardımcı unsurlar bir bütün olarak değerlendirmeli ve markaların aynı mal ve hizmetlerde yer alması halinde aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olup olmadığına ortalama tüketici açısından karar verilmelidir.

²³⁸ www.turkpatent.gov.tr (E.T: 02.11.2019)

2. Ses Markalarının TÜRKPATENT'e Sunulması

Marka başvurularında tescilin nasıl yapılacağını belirlemek amacıyla SMK'nın uygulanmasına dair yönetmelik²³⁹ TÜRKPATENT tarafından yayımlanmış ve ses markaları da dahil olmak üzere, marka tescilinin nasıl yapılacağı 4 vd. maddelerinde düzenlenmiştir.

SMYK m. 7 hükmüne göre, ses markalarının da dahil olduğu geleneksel olmayan marka türünün, markaya ilişkin başvuru formunda ses markası olduğunun açıkça belirtilmesi ve bu açık beyana ek olarak ses markasının elektronik ortamda dinlemeye ve saklamaya elverişli ses kaydının Kuruma sunulması gerekir. Tescil başvurusuna ilişkin başvuru sahibi ses markasının nota ile gösterimin mümkün olduğu hallerde bu gösterimini de başvuruyla birlikte Kuruma sunabilir.

Ayrıca TÜRKPATENT tarafından yayınlanan Marka İnceleme Kılavuzu'nda (2019) da ses markalarının Kurum'a sunulması sırasında nelere dikkat edilmesi gerektiği Yönetmelik hükümlerine göre belirtilmiştir. Kılavuza göre bir ses markası tescil edilmek istenildiğinde, ses markası olunduğunun açıkça başvuru formunda belirtilmesi ve işaretin elektronik ortamda dinlenilmeye ve saklanmaya uygun kaydının Kurum'a sunulması gerekmektedir. Nota ile gösterilebilir ses markaları açısından, ses markasının nota gösterim şekli başvuruda sunulabilir olmasına rağmen bunun sunulması zorunlu değildir²⁴⁰.

Ses markası sunulurken nota gösterimi ile sunulan elektronik kaydın çelişmesi durumunda ses markasına ait elektronik kayıt esas alınır²⁴¹. Karışıklığa sebebiyet vermemek adına bir ses markasına ilişkin Kurum'a ancak bir ses markası kaydı sunulabilir. Kurum ses kaydına ilişkin kaydı açık bulmaması durumunda başvuru

²³⁹ 30047 sayılı ve 24 Nisan 2017 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

²⁴⁰ M.İ.K., s.14.

²⁴¹ M.İ.K., s.14.

sahibinden yeni bir ses kaydı veya bu ses kaydına ait gösterim veya yazılı açıklama talep edebilir.

ABAD Sieckmann kararında²⁴² bir markanın tescilinin talep edildiği durumlarda markanın açık, tamamlanmış, erişilebilir, başkaları tarafından anlaşılır, geçici olmayan ve objektif olması gerektiği belirtilmiştir. Bu karar sonucunda, ses markalarına ilişkin tescil sırasında markanın sadece sonogram yoluyla sunulmasında bu sonogramların sadece teknik ekipmanlar ile oynatılmasının mümkün olduğu ve bu tescilin 3. kişiler tarafından açık ve net biçimde anlaşılmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir. Bu nedenle ses işaretinin marka olarak tescilinde, ses işaretinin sadece sonogram ya da sadece nota ile kaydedilmesi tescil için gerekli koşulları sağlamaya yeterli değildir. Bu nedenle sesin tescili için başvurulurken, sese ilişkin örneğin bilgisayar ortamında kayıtlı ve dinlemeye elverişli olarak Kurum'a verilmesi gerekmektedir.

IV. ULUSLARARASI ALANDA VE ANLAŞMALARDA SES MARKALARININ TESCİLİ

Bilinen ilk ses markasının tescili ABD'de gerçekleştirilmiştir²⁴³. Bu marka tescilinden sonra ses markalarının ayırt ediciliğine ilişkin verilen ilk karar 1978 yılında yine ABD'de verilmiş ve her yarım saatte artarak çalan çan sesinin ayırt edici olmadığına dair verilmiştir. ABD Marka Kurumu, ses markalarının değerlendirilmesinin sözcük markaları gibi yapılması gerektiğini, bu kapsamda da yaygın ve bilindik seslerin tescilinin tıpkı sözcük markalarındaki gibi mümkün olmadığını belirtmiştir. Buna göre, başvurusu yapılan sesin yaygın ve bilindik olması nedeniyle hizmet-üretici kaynağı arasında nasıl bir bağlantı sağladığını ispatlaması gerektiği belirtilmiştir²⁴⁴.

²⁴² ABAD, Sieckman Kararı C-273-00.

²⁴³ Amerika Birleşik Devletleri Patent ve Marka Ofisi (USPTO), Marka Arama Sistemi, 0523616 tescil numaralı marka,

²⁴⁴ **Karadenizli B.**, age., s.67.

A. MADRID ANLAŞMASI'NA İLİŞKİN PROTOKOL

Türk Hukukunda 01.01.1999 tarihinden itibaren uygulamaya girmiş olan ve markaların uluslararası alanda tescilini düzenleyen Madrid Anlaşmasına İlişkin Protokolde özellikle ses markası ifadesinin geçtiği bir madde düzenlenmemiştir. Fakat Madrid Anlaşması ve Madrid Protokolüne göre yapılacak başvurularda kullanılması gereken başvuru formlarında markanın çeşidi belirtilirken ses markası ifadesine de yer verilmiştir. Bu ifadeye göre sadece Madrid Anlaşması'na göre yapılacak başvurularda kullanılan başvurunun doldurması gerekli MM1 formunda ve sadece Madrid Protokolü'ne göre yapılacak başvurularda kullanılan başvurunun doldurması gerekli MM2 formunda²⁴⁵ ve hem Madrid Anlaşması'na hem Madrid Protokolü'ne göre yapılacak başvurularda kullanılan başvurunun doldurması gerekli MM3 formunda marka çeşidi olarak ses markası için birer kutucuğa yer verilerek bir anlamda ses markalarının varlığı tanınmış ve ses markalarının tescil edilebileceği zımni olarak kabul edilmiştir.

B. MARKA KANUNLARI HAKKINDA SİNGAPUR ANLAŞMASI

Cenevre'de 1994 yılında kabul edilen Marka Kanunu Anlaşması zamanla çağın gereklerine karşılık verememiş ve yeniden gözden geçirilip günümüz koşullarına uyarlanması için Revize Edilmiş Marka Kanunu Antlaşması Diplomatik Konferansı toplanmıştır. Bu toplantı sonucunda Türkiye'nin de içinde bulunduğu 41 ülke tarafından Singapur Antlaşması imzalanmıştır. Ülkemiz tarafından bu anlaşma imzalanmış olmasına rağmen henüz antlaşmanın yürürlüğe girmesini sağlayacak koşullar yerine getirilmemiştir. Diğer ülkeler için 2009 Mart ayında antlaşma yürürlüğe girmiştir.

Bu antlaşma ile ses markası da dahil olmak üzere geleneksel olmayan markalara da yer verilmiştir. Anlaşma çerçevesinde ses markalarına da anlaşmanın hükümlerinin uygulanması kabul edilmiştir. Anlaşmanın eki olan Yönetmelikte markalara ilişkin

²⁴⁵MM2(E) formunun 3. sayfasında 9 numaralı muhtelif ifadeler kısmında (d) fıkrasında “sound mark” olarak yer verilmiştir.

başvurunun ne şekilde yapılacağı belirtilmiştir. Bu hükme göre, ses markalarının da dahil olduğu görsel olmayan markalar için yapılacak başvurularda, antlaşmayı imzalayan ülkenin kendi mevzuatına uygun olarak, markanın grafiksel gösteriminin yanında markanın çeşidini belirten bir beyan ve markaya ilişkin detayların belirtilmesi gerektiği ifade edilmiştir.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SES MARKALARININ TECAVÜZE KARŞI KORUNMASI

I.SES MARKALARINA TECAVÜZ

A. GENEL OLARAK

Marka hakkına tecavüz durumları 6769 sayılı SMK m.29’da bentler halinde düzenlenmiştir. Tecavüz etmek, başkasının malına veya hakkına el uzatmak şeklinde tanımlanabilir²⁴⁶. Marka haklarına tecavüz kavramı ise markaya sahip olan kişinin izni veya haberi olmaksızın, markanın kanunda yasaklanan şekillerde bir başkası tarafından kullanılması olarak tanımlanabilir²⁴⁷.

Anayasa Mahkemesi²⁴⁸, SMK m. 29. ile tecavüze ilişkin cezai hükümleri içeren maddelerin iptali istemiyle açılan davada, marka hakkının nasıl korunacağı belirleme yetkisinin kanun koyucuya ait olduğu, bu nedenle marka hakkına tecavüz teşkil eden fiillerin haksız rekabet veya suç olarak tespit edilmesinde Anayasayı ihlal edici durum bulunmadığını ve madde hükmünde herhangi bir hukuki bir belirsizlik bulunmadığı gerekçeleriyle reddetmiştir.

SMK m.29’da sayılan marka hakkına tecavüz fiilleri sınırlı sayıda sayılmış olup aşağıda açıklayacağımız fiillerden birinin gerçekleşmesi halinde marka hakkına tecavüz gerçekleştiği kabul edilecektir. Markanın, SMK m.7’de belirtilen “tescilden doğan hakların kapsamı” şeklinde, marka sahibinin izni olmaksızın kullanılması halinde marka haklarına tecavüz gerçekleştiği kabul edilecektir.

²⁴⁶ “<http://sozluk.gov.tr/>” (E.T:02.11.2019)

²⁴⁷ Tekinalp Ü., Fikri Mülkiyet. s. 491.

²⁴⁸ Anayasa Mahkemesi, 20 Nisan 2018 T., 2017/172 E., 2018/32 K., 30397 sayılı Resmi Gazete

SMK m.7/2-a hükmüne göre, tescilli markanın aynısının, aynı mal veya hizmetlerde kullanılması, SMK m.7/2-b hükmüne göre, tescilli markanın aynısı veya benzeri olan ve benzer mal veya hizmetleri kapsayan, karıştırılma ihtimali bulunan bir işaretin kullanılması durumları tecavüz olarak kabul edilmiştir. SMK m.7/2-c ve m.6/5 kapsamında kalan tanınmış markalar açısından ise sulandırılma durumunun olması halinde herhangi bir mal ve hizmet ayrımı yapmaksızın, tanınmış marka ile aynı veya benzer olan ve haklı bir sebep olmaksızın kullanılan bir işaretin bulunması halinde de tecavüz edildiği kabul edilmektedir.

SMK m.29/1-b, izin olmaksızın markayı taklit etmek; Kanun hükmünde, tescilli markanın hiçbir değişiklik yapılmadan aynısının kullanılması veya tescilli markanın ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kullanılması tecavüz durumu olarak kabul edilmiştir. SMK m.29/1-c, taklit olduğunu bildiği halde veya bilmesi gerektiği halde işlem yapanlar; Kanun hükmünde, tescilli bir markanın taklit edildiğini bilen veya bilmesi gereken kişilerin, bu ürünleri ticaret alanında hukuki işlemlere konu yapma ya da önerisinde bulunma gibi eylemleri marka hakkına tecavüz olarak belirlemiştir. Bu hükümle birlikte, marka sahipleri geniş bir koruma altına alınmış ve sözleşme yapmak için öneride bulunmak durumu dahil olmak üzere taklit ürünün dağıtımında rol alan kişilerin de marka hakkına tecavüz ettiği kabul edilmiştir.

Türk Ticaret Kanunu m.18/2 hükmü gereğince tacirler, ticari faaliyetlerine ait bütün işlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi zorunludur. Bu nedenle, tacirlerin ticari faaliyetlerinde sıradan normal insanlara göre daha fazla tedbirli ve dikkatli davranmaları yasa gereği zorunludur²⁴⁹. Marka hakkına tecavüz oluşturan taklit malları satan kişinin tacir olması halinde, TTK m. 18/2 hükmü gereğince basiretli bir iş adamı gibi davranması, öngörülü bir tacirden beklenen dikkat ve özeni göstermesi gerekir.

²⁴⁹ İsmail KAYAR, Ticaret Hukuku, 2015, s.127-128

Nitekim Yargıtay Kararları'nda²⁵⁰ da malları hukuki işleme konu eden kişilerin tacir olmaları durumunda basiretli iş adamı gibi davranmalarının kendilerinden beklendiği ve ürünlerin taklit olduğunu bilmeme gibi bir savunmanın dinlenemeyeceği belirtilmiştir.

Marka hukukunda tecavüz oluşturan fiiller açısından özellikle tacirler için özen yükümlülüğü normale göre oldukça yüksek olduğundan, bir markayı kullanmak isteyen kişinin ilk olarak marka ile ilgili araştırma yapması beklenir. Araştırma yükümlülüğü SMK m. 7/4 uyarınca markanın, marka bülteninde yayımlanmasından sonra başlar.

SMK m.29/1-ç, lisansın kötüye kullanılması, kanun hükmünde, marka sahibi tarafından, markaya ilişkin hakların lisans yoluyla devredilmesi halinde lisans alan kişi bu hakkı aşarsa veya hakkını izinsiz olarak 3. kişilere devrederse marka hakkına tecavüz ettiği kabul edilir.

Ses markaları açısından, tecavüz halleri özel bir nitelik arz etmemekte olup, tecavüz konusunda, öncelikle ayniyet ve karıştırılma kavramları açıklanacak ve bu kavramların ses markaları açısından değerlendirilmesi yapılmaya çalışılacaktır.

B. SES MARKALARINDA AYNI VEYA BENZER KULLANIM

1. Ses Markalarında Ayniyet

Marka hakkına tecavüz açısından ayniyet durumu, markanın aynısının veya ayırt edilemeyecek şekilde benzerinin kullanılması halinde oluşan duruma denilebilir. SMK'da ayniyetin tanımı yapılmamıştır. Ancak Mülga 551 sayılı Markalar Kanunu'nda markanın aynen kullanmasının tanımı yapılmıştır²⁵¹.

²⁵⁰ Y. 11. HD. 22.05.2015 T. 2014/16190 E. 2015/2521 K.; Y.11.HD, E.2015/13415, K. 2015/13108,T. 7.12.2015; Y.11.HD, E.2014/3391, K.2014/9751, T.27.5.2014; Y.11.HD, E. 2010/785, K. 2011/8627, T. 11.7.2011.

²⁵¹ 551 Markalar Kanunu m. 47/2'e göre aynen kullanım biçim, anlam veya bunlardan birisi itibarıyla eşini kullanma durumu veya tüm bunlar aynı kalmak koşuluyla boyutunu veya rengini veyahut dikkatle bakılmadıkça farkına varılmayacak kadar cüzi surette değiştirilmiş şeklini kullanmayı ifade eder.

Markanın ayniyet teşkil edecek şekilde kullanıldığının tespit edilebilmesi için markanın aynısının veya ayırt edilemeyecek kadar benzerinin aynı mal ve hizmetlerde kullanılması gerekmektedir. Aynılıktan kastedilen unsur, markayı oluşturan iki işaretin birebir aynı olmasıdır. Mal veya hizmet, ortalama tüketici açısından ilk bakışta açıkça ayırt edilebiliyorsa, ayniyet anlamında marka hakkına tecavüz söz konusu olmayacaktır²⁵². Ayniyete örnek olarak, aynı markanın sadece boyutlarının değiştirilerek kullanılması veya renginin değiştirilerek kullanılması verilebilir²⁵³. Ses markaları açısından ayniyete örnek olarak daha uzun bir ses markasının bir kısmının aynen alınarak marka olarak tescil edilmek istenilmesi gösterilebilir.

Ayırt edilemeyecek kadar benzer olma durumunda ise iki marka arasında aynı durumu ayırık olmak üzere en güçlü benzerlik olarak ifade edilmektedir²⁵⁴. Ayırt edilemeyecek kadar benzer olma durumu, markanın aynısının kullanılması ile benzerinin kullanılması durumu arasında, aynısının kullanılması durumuna daha yakındır. Ayırt edilemeyecek şekilde benzerlik durumu, ortalama bir tüketicinin hayatın olağan akışı çerçevesinde dikkat etmese fark edemeyeceği kadar küçük değişikliklerin olması durumunda kabul edilmektedir²⁵⁵. Ayırt edilemeyecek kadar benzer olma durumuna “ANJELICA-ANGELIKA” “POLİMER-POLYMER” örnek gösterilebilir²⁵⁶.

Ses markaları açısından, somut olayda ayniyetin tespit edilmesi karıştırılma ihtimalinin tespit edilmesine göre çok daha kolaydır. Geleneksel markalar açısından, markayı oluşturan görsel unsurlar arasında ayırt edilemeyecek derecede benzerlik bulunmadığı durumlarda, tek başına sessel benzerliğin, ayniyet için yeterli bir kıstas olmadığı kabul edilmiştir²⁵⁷. Fakat ses markaları açısından sadece sessel nitelik itibarıyla

²⁵² İrfan DÖNMEZ, Markalar ve Haksız Rekabet Davaları, 1992, s.52.

²⁵³ Dilek CENGİZ, Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz, 1995, s. 8.

²⁵⁴ Tekinalp Ü., Fikri Mülkiyet. s. 408.

²⁵⁵ İsa BAŞBÜYÜK, Marka Hakkının İhlalinden Doğan Cezai Sorumluluk, Ankara, 2018. s. 101.

²⁵⁶ TÜRKPATENT M.İ.K., s.222.

²⁵⁷ TÜRKPATENT M.İ.K., s.222.

ortalama tüketici nezdinde intiba bırakılacağından ayniyet tespiti açısından da geleneksel markalardan farklı olarak sessel benzerliğe dikkat edilir.

Yapılması gereken iş öncelikle karşılaştırılan markaların mal ve hizmetlerinin aynı veya benzer olup olmadığının tespit edilmesidir. Sonrasında markaların sessel ifadelerinin karşılaştırılarak, markaların aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Markaların sessel ifadelerinin karşılaştırılmasında, markaları oluşturan notalar veya sonogram şekilleri yardımcı unsur olarak kullanılabilirler. Fakat ses markalarının sadece notalarına veya sonogramlarına bakılarak ayniyet tespiti yapılması mümkün değildir. Bu nedenle markaların bütün olarak değerlendirilmesi ve ayniyet teşkil edip etmediğinin tespit edilmesi gerekmektedir.

2. Ses Markalarında Karıştırılma İhtimali

Karıştırılma ihtimali kavramı, ortalama bir tüketicinin güvendiği ve almayı düşündüğü mal veya hizmeti aldığı düşüncesiyle hareket etmesi fakat başka bir teşebbüse ait bir malı alması veya alma tehlikesiyle karşı karşıya kalması olarak tanımlanabilir²⁵⁸. Karıştırılma tehlikesi durumunda tescil edilmiş bir marka ile görsel, biçimsel, anlamsal ve genel izlenim gibi sebeplerle, aynı ya da benzer olduğu için, ortalama tüketici nezdinde, sandığı marka olduğu hissini uyandırma tehlikesi olarak tanımlanmıştır²⁵⁹. Karıştırılma ihtimali durumunda, ortalama tüketici gözünde sanılan marka, karıştırılma yaratan marka nedeniyle ayırt edici işlevlerini tam olarak yerine getiremeyebilir²⁶⁰.

Karıştırılmadan bahsedilebilmesi için markaların mal ve hizmetlerinin aynı ya da benzer olması gerekmektedir. Tanınmış markalar istisna olmak üzere, farklı mal ve hizmetlerde yer alan markaların karıştırılma yaratma ihtimalinden bahsetmek mümkün olmayacaktır²⁶¹.

²⁵⁸ TÜRKPATENT M.İ.K., s.104.

²⁵⁹ Tekinalp Ü., Fikri Mülkiyet. s. 436.

²⁶⁰ Mehmet Emin BİLGE, Marka ve Ticaret Unvanı Arasında İltibas, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, 2015, C: 1, S: 2, s. 9.

²⁶¹ Tekinalp Ü., Fikri Mülkiyet. s. 441.

SMK m.6/1 ve m.7/2-b hükümlerine göre, kullanılan bir işaretin tescilli marka ile bağlantılı olduğunun düşünülmesi durumu da dahil olmak üzere, markalar arasında karıştırılma ihtimali bulunuyorsa karıştırılma olduğu kabul edilmiştir. Benzerliğin tespitinde esas olan kanun hükmünde belirtilen karıştırılma tehlikesi unsurdur. Zira bu durumda, işaretler arasında benzerlik bulunmasa bile ortalama tüketici düşüncesinde bu iki işaret arasında bir şekilde bağlantı olduğunun düşünülmesi ihtimali dahi karıştırılmaya dahil olacaktır ve dolayısıyla karıştırılma durumundan bahsedilebilecektir²⁶². Markalar arasındaki benzerlik, yapısı itibariyle göreceli bir kavramdır. Bu göreceli unsura bağlı olarak karıştırılma sonucu markaya tecavüzü oluşturan unsur, o mal ve hizmetin ortalama tüketicilerinin iki benzer markayı karıştırmaları ihtimalidir. Marka hakkının ihlalinden söz edebilmek için, karıştırılmanın fiilen gerçekleşmesi yani tüketicilerin malları karıştırması aranmamakta olup bu karıştırılma tehlikesinin gerçekleşmesi gerekli ve yeterlidir²⁶³. Benzerliğin tespitinde, görsel, biçimsel, anlamsal benzerliklere bağlı olarak markanın genel itibariyle²⁶⁴ ortalama tüketicinin marka üzerindeki bakış açısı dikkate alınmakta olup, başvuruyu yapan kişinin iyi niyetli veya kötü niyetli olması durumları dikkate alınmamaktadır²⁶⁵.

Benzerliğin tespitinde markaların esas ve yardımcı unsurlarını tespit etmek ve bunlara göre değerlendirme yapmak gerekli ve zorunludur. Zira bazı markalarda esas unsurlardan şekil, söyleniş ve anlam gibi unsurlar tek başına belirgin ve ortalama tüketici tarafında fark edilebilir ve kararı etkileyebilir olurken bazı markalarda ise bu unsurların ikisi veya üçünün birlikte benzerliğin saptanması önem taşır²⁶⁶. Markalarda esas unsurlar, markanın diğer markalardan ayrılmasını sağlayan, ortalama tüketicinin markada ilk fark ettikleri, ayırt edici, özgün ve markaya karakteristik öge veren unsurlardır. Markanın tamamlayıcı/yardımcı unsurları ise markada tek başına ayırt edici nitelik taşımayan, her

²⁶² Tekinalp Ü., Fikri Mülkiyet. s. 441.

²⁶³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 09.03.2016 T., 2014/11-842 E., 2016/288 K. . (www.kazanci.com E.T: 02.11.2019)

²⁶⁴ Ömer TEOMAN, Yaşayan Ticaret Hukuku, C:1, Hukuki Mütalaalar, İstanbul, 1992, s.34; Yargıtay 11. HD. 11.03.2019 T., 2017/5131 E., 2019/1959 K. Sayılı kararında karıştırılma tehlikesinin tespitinde genel izlenimin dikkate alınacağı ifade edilmiştir.

²⁶⁵ TÜRKPATENT Kullanım İspat Kılavuzu, s.109.

²⁶⁶ Dilek C., age., s.12.

markada kullanılabilen ve ancak belirli koşullara bağlı olarak esas unsurlarının yanında tamamlayıcı unsur olarak tescil edilebilen unsurlardır. Benzerliğin tespitinde esas ve tamamlayıcı unsurlar tespit edilerek buna göre karıştırılma değerlendirmesi yapılması gerekmektedir.

Karıştırılma ihtimalinde, sadece benzerlik tespitinin yapılması yeterli olmayıp, ortalama tüketici nezdinde bu benzerliğin karıştırılmaya veya karıştırılma tehlikesine neden olması, yani tüketicinin karıştırılma sebebiyle tercihinin etkilenmesi veya etkilenme tehlikesinin bulunması gerekmektedir. SMK m.7/2-b hükmünde, karıştırılma ihtimalinde dikkate alınacak kesim olarak ortalama tüketici terimi yerine halk terimi kullanılmış olsa da gerek Yargı Kararları ve gerekse öğretide, iki kelime arasında kullanım olarak hukuken bir farkın olmadığı kabul edilmektedir²⁶⁷. Ayrıca, karıştırılma değerlendirmesi yapılırken, ortalama tüketicinin tamamının karıştırılma ihtimaline uğraması beklenilmemekte, tüketicilerin bir kısmının bile tehlikeyle karşı karşıya olması karıştırılmanın varlığı için yeterli kabul edilmiştir²⁶⁸.

Ses markaları açısından, karıştırılma değerlendirmesinde genel markalar açısından bahsettiğimiz tüm unsurlar geçerli olmakla birlikte karıştırılmanın tespiti daha zor olacaktır. Zira geleneksel markalar göz önüne alındığında karıştırılma ihtimali bütünsel yaklaşıma ulaştıran verilerin incelenmesi suretiyle oluşurken ses markalarında unsurlarına ayırma daha zor olacaktır. Öncelikle yapılması gereken iş, ses markalarının hangi mal ve hizmetler konusunda tescil edildiğini belirlemek ve aynı veya benzer mal ve hizmetlerde tescil edilip edilmediğini tespit etmek olacaktır. Ses markası tanınmış markalar hariç olmak üzere ancak aynı veya benzer mal ve hizmetlerde tescil edilmiş ise karıştırılma incelemesine geçilebilecektir.

Karıştırılma ihtimali kısmında ayrıntılarıyla açıkladığımız üzere²⁶⁹, ses markalarının gösterilebiliyorsa nota veya sonogram ile gösterilmesinden, markanın esas

²⁶⁷ **Yasaman H.**, Marka Hukuku, C.1, s.399; **Küçükali**, age., s.118.

²⁶⁸ **Bilge M.**, age., s.74.

²⁶⁹ Bknz: Yuk., İkinci Bölüm, III-C-2-a.

unsurları olan karakteristik ve akustik özellikleri karıştırılma değerlendirmesi için tam olarak anlaşılamaz. İki markanın bu özelliklerinin karşılaştırılması benzerlik tespitinde ancak fikir verebilir. Özellikle nota ile ifade edilebilen melodi markalarında kullanılan notalar, markanın genel görünümünü etkilediği için bu markalarda, notaların karşılaştırılması benzerlik tespitinde yeterli görülebilir. Buna karşılık nota ile gösterilemeyen markalarda kullanılan enstrümanlar ve çalma şekli, markanın genel görünümünü etkileyeceğinden sadece sonogramların karşılaştırması yeterli olmayacaktır. Bu şekilde bir değerlendirme de markanın sonogram veya notalar itibarıyla karşılaştırılması değil ancak sessel ifadesinin karşılaştırılmasıyla mümkün olabilir²⁷⁰.

Sonogramlar açısından, ses markalarının sonogramlarının karşılaştırılması da benzerlik tespiti açısından her zaman doğru bir fikir vermeyebilir. Bazı durumlarda sonogram görüntüleri benzerlik taşıyan markaların sessel duyuları farklı algılanabilirken, sessel duyuları benzerlik taşıyan iki ses markasının sonogram gösterimleri farklı olabilir. Bu nedenle, markaların sadece biçimsel ifadeleri esas alındığında yanlış sonuçlara ulaşılması kaçınılmaz olacaktır. Tüketiciler marka ile muhatap olurken ses markasının biçimsel ifadesi ile değil sessel ifadesi ile muhatap olduklarından, biçimsel ifadenin karıştırılma ihtimali incelemesinde dikkate alınması halinde, tüketicilerin hiç görmediği bir unsurun dikkate alınması durumu ortaya çıkar²⁷¹. Bu nedenle, karıştırılma değerlendirmesi yapılırken sessel ifadenin dikkate alınması gerekli ve zorunludur.

Geleneksel markalarda, benzerlik incelemesi yapılırken markalar öncelikle biçimsel, işitsel ve anlamsal açıdan bir bütün olarak karşılaştırılır. Ses markaları da bu unsurların bulunması halinde bu yönlerden karşılaştırılabilir. Ancak, ses markalarında esas unsuru sessel ifadeler olduğundan, karıştırılma incelemesinde öncelikle ses markasının sessel ifadesine bakılır. Daha sonra ses markasının biçimsel ve anlamsal ifadeye göre karşılaştırması yapılabilir²⁷². Sessel ifadeleri benzer olmayan iki markanın

²⁷⁰ Karasu R., Ses Markaları, s.49.

²⁷¹ Karasu R., Ses Markaları, s.49.

²⁷² Karasu R., Ses Markaları, s.50.

anlam veya içerik olarak karıştırılması istisnai de olsa mümkündür. Bu durum daha çok gürültülü ses markalarında ortaya çıkabilir. Karşılaştırılan markalar sessel olarak farklıysa markaların görünüş benzerliğine rağmen farklı olduğu kabul edilmelidir.

Ortalama tüketici bakımından ses markalarının hatırlanması, diğer markalara kıyasla daha güç olduğundan, karıştırılma incelemesinde karşılaştırılan markaların farklı yönleri değil, ortak özelliklerinin değerlendirilmesine ağırlık verilmelidir. Ancak bütünsellik ilkesi göz ardı edilmeden karşılaştırılan markaların genel görünümü esas alınmalıdır. Bu nedenle, örneğin genel sessel ifade itibarıyla benzer olan iki ses markasında kullanılan enstrümanlar veya ritim farklı olsa bile bu ses markaları benzer kabul edilebilir. Ancak bahsedilen farklılıklar ortalama tüketici nezdinde kulak ve zihinde bıraktığı etki bakımından önemli ise, bu farklılıkların markaların benzerliğini ortadan kaldırdığı söylenebilir. Bu nedenle, doktrinde **KARASU'nun**²⁷³ bizim de katıldığımız görüşüne göre, nispi ret nedenlerine dayanılarak yapılacak itiraz incelemesinde, müzik bilimcileri ve müzik psikologlarının tecrübelerinden yararlanmak gerekir.

Ses markaları incelenirken hitap edilen kesim olan ortalama tüketiciler ses markasının muhatap oldukları en önemli kısmı melodileri olacaktır. Zira genellikle dinlediğimiz bir müzikte öncelikle melodi aklımızda kalır sonrasında melodi ile uyumlu biçimde şarkının sözlerini hatırlarız. Bu nedenle ses markasında, karıştırılma değerlendirmesine esas alınacak markanın genel görünümünü etkileyen en önemli esas unsur, markayı oluşturan melodidir.²⁷⁴ Bunun yanı sıra ses markasını oluşturan ve ona yön veren çalınan enstrümanlar, markanın tonu ve ahengi karıştırılma incelemesinde ortalama tüketici üzerinde daha az etki bırakır. Örneğin bir ses markasının gitarla çalınması ile flütle çalınması farklı gibi gözükse de aynı melodiye sahip olacakları için kullanılan enstrümanlar ancak yardımcı unsur olarak kabul edilir ve markaların aynı veya benzer olduğu kabul edilebilir.

²⁷³ Karasu R., Ses Markaları, s.50.

²⁷⁴ Karasu R., Ses Markaları, s.50.

Geleneksel markalarda olduğu gibi ses markalarında da markanın tüketicii etkilediği ilk kısım yani ses markasının başlangıcı ortalama tüketicinin ilk duyması nedeniyle daha fazla dikkatini çektiğinden, karşılaştırılan ses markaların başlangıç kısmındaki benzerlik ve farklılıklar, karıştırılma ihtimali incelemesinde özellikle dikkate alınmalıdır²⁷⁵. Nitekim insanların ses markalarında baş kısmı dinleyemeden orta ve son kısımlara geçmeleri de mümkün değildir. Ortalama tüketici bir ses markasını dinlerken, markanın başlangıç kısmını dinlediğinde, orta ve son kısımlarını dinlemeden iki marka arasında bir bağlantı olduğu düşüncesi içine girer ve orta ve son kısımların farklı olması karıştırılma ihtimalini ortadan kaldırmaz.

Ses markalarının hem ses hem de kelime unsurlarını bir arada barındırması halinde karıştırılma değerlendirmesinin nasıl yapılacağı ise çözümü daha zor bir problemdir. Zira, öncelikle ses markasının kelime unsurlarının ortalama tüketici tarafından nasıl algılanacağı ve melodi unsurunun mu yoksa kelime unsurunun mu öncelik arz edeceği tespit edilmelidir. Melodi ve kelime unsuru birlikte değerlendirildiğinde, kelime unsuru tüketiciler nezdinde markanın algılanmasında önemli bir yer teşkil ediyorsa bu unsurun farklı bir melodi kullanılarak aynı mal ve hizmetler açısından tescil edilmek istenilmesinin önüne geçilebilir. Zira karıştırılma değerlendirmesinde bağlantı kurma ihtimali de bir karıştırılma hali sayıldığından ortalama tüketici ayırt edici niteliğe sahip bir kelimeyi başka bir melodi ile duyduğunda bu markanın diğerk marka ile aynı veya bağlantılı olduğunu düşünecektir.

Son olarak ses markalarının geleneksel markalarla doğrudan karıştırılma ihtimali zayıftır. Fakat ortalama tüketiciler iki farklı markanın olduğunu düşünmelerine rağmen marka sahipleri arasında ekonomik bir bağlantı kurabilirler. Örneğin ses markası olarak kullanılan bir müzik eserinin adı sözcük markası olarak tescil edilmişse karıştırılmadan bahsedilebilir.

²⁷⁵ Karasu R., Ses Markaları, s.51.

II.SES MARKALARINDA MARKA HAKKININ SINIRLARI

A. MARKA HAKKININ TÜKENMESİ

Marka sahibinin markası üzerinde mutlak hakkı bulunmakla beraber ticari hayatın korunması açısından kanun koyucu o mal üzerinde bazı sınırlamalar getirmiştir. Bu sınırlamalardan marka hakkının tükenmesi, bir malın piyasaya sürüldükten sonra başkaları tarafından ticarete konu edilmesi, alınıp satılması ve tedavülünün engellenememesi anlamına gelmektedir²⁷⁶. Buna marka hakkının tükenmesi denilmektedir. Burada tüketilen şey markanın ilk satış hakkıdır²⁷⁷. Marka sahibinin markasına dair izinsiz üretim yapılması, lisans verilmesi gibi tüm hakları devam etmektedir. Marka hakkının tüketilmesi ilkesi uygulandığı alan bakımından üçe ayrılmaktadır. Bunlar ülkesel, bölgesel ve uluslararası tükenmelerdir. Tükenme ilkesi sadece bir ülke açısından kabul edilmişse ülkesel, sadece belirli bir bölge örneğin Avrupa Birliği için kabul edilmişse bölgesel, tüm dünya çapında kabul edilmişse uluslararası tükenme mevcuttur.

Üzerinde marka bulunan malların sahibi tarafından piyasaya sunulmasından sonra yapılacak tüm işlemlerin marka sahibinin kontrolüne bırakılması, ticaret hayatında mal alım satımı ile uğraşan tacirlerin faaliyetlerini gerçekleştirememesine yol açacaktır. İşte bu hükmün mamacı da marka sahibinin menfaatleri ile ticari hayatta yer alan kişilerin markalı malların piyasada dolaşmasının önündeki çıkarlarını dengelemeye çalışmasıdır. Marka hakkının tükenmesi ilkesi sınır belirleyici bir role sahiptir²⁷⁸.

Bu ilkeye SMK m.152 olarak, ortak hükümlerinin düzenlendiği kısımda yer verilmiştir. Mülga MarkHKH'da tükenmenin Türkiye'de piyasaya sunulmasından sonra gerçekleşeceği düzenlenmişken, SMK ile birlikte Türkiye ibaresi kaldırılarak kanun

²⁷⁶ Çolak, age., s.609; Kaya A., age., s.251; Arkan S., age., 134.

²⁷⁷ Çolak, age., s.609.

²⁷⁸ Hamdi PINAR, Marka Hukukunda Tükenme İlkesi, Prof. Dr. M. Kemal OĞUZMAN'ın Anısına Armağan, 2000, s.855.

gerekçesinde de belirtildiği gibi uluslararası tükenme ilkesi benimsenmiştir²⁷⁹. Bu kapsamda marka sahibi kendisi veya izniyle malının piyasaya sürülmesinden sonra artık bunun tekrar alınıp satılmasına engel olamayacaktır. Aynı şekilde yurtdışına ihraç ettiği mallarının tekrar ülkeye ithal edilip piyasaya sunulmasına da engel olamayacaktır. Bu hükümde bahsedilen markalı malların piyasaya sunulması ibaresinden kasıt ürünün ya hak sahibi tarafından bizzat piyasaya sunulmasıdır ya da hak sahibinin izniyle üçüncü bir kişi tarafından piyasaya sunulmasıdır. Yoksa hak sahibinin izni olmadan üçüncü bir kişi tarafından piyasaya sunulan mallar bakımından tükenme ilkesi uygulanamaz. Diğer yandan tükenme ilkesinin uygulanabilmesi için tescilli bir markanın bir mal üzerinde satışa sunulması da gereklidir²⁸⁰. Bu nedenle tescilli olmayan bir markaya ilişkin tükenme ilkesinden bahsedilmesi mümkün olmayacaktır.

Yargıtay güncel tarihli bir kararında²⁸¹, marka sahibi olmayan kişi tarafından ürünlerin internet sitesinde açık bir şekilde defolu ibaresi ile satışa sunulması durumunun marka hakkının tüketilmesi kapsamında olduğu, markanın son kullanma tarihine yakın olan ürünlerin satışının yapılması ve bunun belirgin bir şekilde ortaya konularak tüketiciye sunulmasının, markanın değiştirme ve kötüleştirme eylemi niteliğinde olmadığına hükmetmiştir.

Ses markaları açısından, ses markasının bir ürün üzerinde kullanılması halinde marka hakkının tüketilmesi ilkesinden bahsedilebilecektir. Zira markanın sadece reklamlarda kullanılması halinde ortada bir ürün olamayacağından marka hakkının tükenmesi ilkesinden bahsedilemeyecektir. Bu durumda ses markasını bir ürün üzerinde kullanan marka sahibi, ürünün ilk satışını gerçekleştirdikten sonra artık bu ürünün başka kişiler tarafından ticarete konu edilmesini engelleyemeyecektir. Örneğin, bilgisayar ürünlerinin açılış sesi olarak kullanılan bir ses markası, bu ürünün marka sahibinin izniyle piyasaya sürülmesinden sonra artık o ürün üzerinde alınıp satılabilecek ve marka sahibi

²⁷⁹ **Tamer PEKDİNÇER/ Eda GİRAY/ Kadir BAŞ**, Gerekçeli Notlu ve İçtihatlı 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ve İlgili Ulusal- Uluslararası Mevzuat, 2. Baskı, Eylül 2019, s.392.

²⁸⁰ **Çolak**, age., s.612.

²⁸¹ Yargıtay 11. HD. 26.02.2019 T., 2017/4617 E., 2019/1562 K. (www.kazanci.com E.T: 02.11.2019)

bu duruma engel olamayacaktır. Burada ürün üzerindeki ses markasının tükenmesi söz konusu olacaktır. Aynı şekilde, bir ses markasının örneğin bir buzdolabı ürünü üzerinde kullanılması halinde, ses markası sahibi bu buzdolabını ilk kez piyasaya sürdükten sonra artık bu ürünün ticaretini engelleyemeyecektir.

B. DÜRÜSTÇE KULLANIM

SMK m.7/5'te marka sahibinin haklarının sınırlarından birisi olan dürüstçe kullanım ilkesi düzenlenmiştir. Bu ilkeye göre marka sahibi, markasının üçüncü kişiler tarafından dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı çerçevesinde kullanılmasını kanunda belirtilen hallerde engelleyemez. Buna göre bir markanın, başka bir tarafından gerçekten dürüst şekilde kullanımı mümkündür. TMK m.2'de düzenlenen dürüstlük kuralı bir kimsenin haklarını kullanmada veya borçlarını ifa etmede dürüst davranması gerektiğini düzenlemektedir. SMK'da düzenlenen dürüstçe kullanım ilkesinin TMK m.2'yi mi yoksa ticari teamülü mü ifade ettiği doktrinde tartışmalıdır²⁸². Kanaatimizce burada bahsedilen dürüstçe kullanım ilkesi ile ticari teamüllere uygun olarak kullanım kastedilmektedir.

Dürüstçe kullanım ilkesinin amacı, tescilli marka sahibinin markasının sahip olduğu hakların sınırını aşarak bu marka üzerinde tekelleşme sağlamanın önüne geçilmesidir²⁸³. Marka sahibinin haklarına getirilen sınırlama ile marka sahibi olmayan kişilerin ticari kullanımlarında zarar görmemesi amaçlanmıştır.

Kanunda dürüst kullanım teşkil edebilecek haller tahdidi olarak sayılmıştır. Bu haller, üçüncü kişilerin kendi ad veya adreslerini belirtmesi, mal veya hizmetlerin tür, kalite gibi niteliklerine ilişkin açıklamalarda bulunması ve aksesuar, yedek parça gibi ürünlerde kullanım amacının belirtilmesinin gerekli olduğu hallerdir. ABAD Anheuser-Busch Kararı'nda²⁸⁴ dürüstçe kullanım istisnasının, marka sahibinin haklarının dikkate alınarak yorumlanması gerektiğini ve kullanımının dürüstçe olduğunu savunan kimsenin iyi niyetli olması gerektiğini ifade etmiştir. Örnek olarak, bir kimsenin adresinin Pınar

²⁸² Tekinalp, s.452.; Çolak, s.633.

²⁸³ Tekinalp, s.636.

²⁸⁴ ABAD, Anheuser-Busch Kararı, C-245/02, paragraf 76.

Caddesinde yer alması durumunda başka bir kişinin adına tescilli Pınar markasını adresini belirtmek için kullanabilir²⁸⁵.

ABAD GILETTE kararında²⁸⁶, değiştirilebilen başlıklı traş bıçağı üreten GILETTE firmasına uygun bıçak üreten firmanın GILETTE adını kullanmasını dürüstçe kullanım saymıştır. Divan kararında, firmanın GILETTE ile arasında bağlantı varmış izlenimi vermediğini, markanın değerine yönelik bir etki yapmadığını, tanınımlılığından yararlanmaya çalışmadığını belirterek bunun bir dürüst kullanım olduğuna hükmetmiştir. Burada, dürüstçe kullanım hallerinden malın kullanım amacını göstermeye yönelik bir kullanım mevcuttur.

Yargıtay bu konuya ilişkin bir kararında²⁸⁷, davacının tescilli “Hortum Market” markasına tecavüz iddiasıyla açmış olduğu davada davalının hortum sattığını belirtmek amacıyla kullandığı “Hortum Marketi” ibarelerinin "dürüst ticari kullanım" olarak yorumlanması gerektiği, davalının bu ibareleri işyerinde satılan malları tanımlamak amacıyla kullandığı, internet kullanımlarının da bu mahiyette olduğunu belirterek davanın reddine karar vermiştir.

Ses markaları açısından dürüstçe kullanım ilkesinin genel ilkelere bağlı bulunmakla beraber ses markaları açısından dürüstçe kullanımının gerçekleşebileceği haller, ses markasının mal ve hizmetin aksesuar, yedek parça veya eşdeğer parça ürünlerinde kullanılması halinde ortaya çıkacaktır. Bu hallerde ses markasının dürüstçe kullanıldığının ispat edilmesi halinde artık marka sahibi, marka hakkına dayanarak bu kullanımı engelleyemeyecektir. Ses markalarında dürüstçe kullanımın gerçekleşebilmesi için, kullanımın ticari teamüllere uygun olarak, kanunda sayılan tahdidi hallerden biri kapsamında gerçekleşmesi gerekecektir. Örneğin cep telefonu firmalarından Apple Iphone marka ürünleri tamir eden veya yedek parça sağlayan bir işletme Apple Iphone’un ses markası niteliğinde olan zil sesini kullanarak bu markayı tamir ettiğini belirtebilir.

²⁸⁵ Çolak, s.633.

²⁸⁶ ABAD, GILETTE Kararı, C-228/03.

²⁸⁷ Yargıtay 11. HD. 12.01.2015 T., 2014/15522 E., 2015/123 K. (www.kazanci.com E.T: 02.11.2019)

Ancak söz konusu bu kullanım, üretilen parçanın veya tamir edilen ürünün yetkili servis olduğu izlemini uyandırmamalıdır. Aksi halde bu durum dürüst kullanım teşkil etmez²⁸⁸.

C. MARKAYI KULLANMA ZORUNLULUĞU

SMK m.9'a göre marka sahiplerinin tescil ettirdikleri markaları ciddi biçimde kullanma zorunluluğu bulunmaktadır²⁸⁹. Bu hüküm kapsamında marka sahipleri, markalarını tescil tarihinden başlamak üzere 5 yıl içerisinde kullanmazlar veya kullandıktan sonra yine 5 yıl ara verirlerse markaları iptal tehlikesi ile karşılaşabilir. Eğer marka sahibi 5 yıllık kullanmama süresinden sonra markasını tekrar ciddi biçimde kullanmaya başlamışsa artık bu 5 yıllık kullanmamaya dayalı olarak iptal talep edilemez. Fakat bu kullanım sırf markanın iptalini engellemeye yönelikse, iptal talebinden 3 ay önceki kullanımlar dikkate alınmaz. Ayrıca SMK m.9 kapsamında markanın ayırt edici karakteri değiştirilmeden farklı unsurlarla birlikte kullanılması da bir markasal kullanım olarak kabul edildiğinden bu şekilde kullanımlar da kullanım ispatında dikkate alınır.

Diğer yandan markanın kullanılmaması def'i olarak da ileri sürülebilir. Mülga MarKHK döneminde, tecavüz iddiasıyla açılan davalarda davacının markayı kullanmadığını def'i olarak öne sürmek mümkün değildi. Bu durumda markanın kullanılmadığı iddia ediliyorsa ayrı bir dava yoluyla ileri sürülmesi ve bu davanın sonucuna göre tecavüz davasının görülmesi gerekmekte idi. SMK'da ise m.29/2 ve m.19/2 maddelerinde markanın kullanılmamasının def'i olarak öne sürülebileceği düzenleme altına alınarak davalı taraf ayrı bir dava açma külfetinden kurtarılmıştır²⁹⁰. SMK m.19/2'ye göre SMK m.6/1 kapsamında yapılacak tescile itirazlarda marka sahibi talep ederse, itiraz sahibi markasını kullandığına dair delilleri sunmakla yükümlüdür.

Markanın kullanılma zorunluluğu ile birlikte tescili yapılmış markaların piyasada etkin şekilde kullanılmasının sağlanması amaçlanmaktadır. Diğer yandan, kullanılmama

²⁸⁸ Aynı yönde **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, age. s.7.

²⁸⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz; TÜRKPATENT Kullanım İspat Kılavuzu 2017.

²⁹⁰ **Çolak**, age., s.685.

def'i ile birlikte kullanılmayan marka sahiplerinin yaptığı itirazlar sonucu yeni teşebbüslerin ticaret hayatına başlangıçta engel ile karşılaşmamaları amaçlanmıştır²⁹¹.

Markanın kullanımının ispatı için sunulacak deliller açık, anlaşılır, güvenilir ve tescilli olduğu mal veya hizmetler bakımından kullanımın niteliği, yeri, zamanı, kapsamı ve markanın kullanım şekli hususlarına dair yeterli bilgiyi içermesi gerekir. Bu kapsamda marka sahibi kullanımın ispatı için fatura, katalog, ürün fiyat listesi, ambalaj, tabela örnekleri, reklam, tanıtım, anket ve bağımsız araştırma şirketlerinin araştırmaları gibi delilleri kullanabilir²⁹².

Ses markaları açısından kullanımın tespiti geleneksel markalara göre daha zordur. Zira ses markaları mal ve hizmetler açısından görsel olarak üzerine konulamayacağından bu kullanımın tespiti ve belgelendirilmesi, marka sahibi açısından daha sorunlu olacaktır. Burada ses markalarının kullanılması ile bahsedilen durum, ses markalarının nota ile veya sonogram ile gösterimi değil ses markası olarak duyuşal olarak kullanımıdır. Bu nedenle bir ses markasının, kayıt cihazlarına kaydedilmesi bu markanın kullanıldığının ispatı açısından yeterli olmayacaktır. Zira ses markalarının tüketici nezdinde anlaşılabilirlikleri de kullanımları da duyuşal yol ile olmaktadır.

Marka sahibi tarafından ses markasının kullanıldığının ispat edilmek istenmesi durumunda markanın kullanıldığı mal veya hizmet açısından ayırım yapılması gerekmektedir. Örneğin marka zil sesi veya açılış müziği gibi bir işaretse, bu işaretin telefon veya bilgisayara gibi ürünlerde kullanıldığını ispatlamak marka sahibi açısından daha kolay olacaktır. Çünkü burada üretilmiş bir ürün bulunmaktadır ve marka da bu ürünün içerisinde yer almaktadır. Diğer yandan, reklam gibi unsurlarda mal veya hizmeti tanıtmak için kullanılan bir ses markası mevcutsa, burada reklamın yayım tarihi ile marka sahibi tarafından kayıt altına alınması markanın kullanımının belgelenmesi açısından yerinde olacaktır.

²⁹¹ TÜRKPATENT Kullanım İspat Kılavuzu, s.3.

²⁹² TÜRKPATENT Kullanım İspat Kılavuzu, s.9-12.

SONUÇ

Çalışmamızda ses markası tüm unsurlarıyla birlikte işlenmeye çalışılmış olup tartışmalı konular bakımından vardığımız sonuçlar kısaca aşağıdaki gibidir;

- Ses markalarının diğer görsel markalara göre en önemli avantajı, hızlı ve aktif bir eylem gerektirmeden algılanmalarıdır. Kurum internet sitesinde ses markası bülteninde yer alan tescil sayısı 13 gözükmesine rağmen 5 ses markasının son bültende tescil edilmesi ses markasına ilginin arttığının ve artmaya da devam edeceğinin göstergesidir.
- Seslerin marka olabilmesi için işaret, ayırt edicilik ve açık ve kesin olarak sicilde gösterilebilir olma koşullarını sağlamaları gerekmektedir.
- İşaret unsuru bakımından; SMK m.4'te madde hükmünde seslerin işaret olabileceğinin belirtilmesi ile birlikte seslerin işaret niteliği ile ilgili herhangi bir tartışma kalmamıştır. Fakat insan kulağının algılayamadığı seslerde, bu sesler insan tarafından algılanamadığından herhangi bir şekilde beş duyudan birine hitap edemez ve markanın işaret niteliğine haiz değildir.
- Ayırt edicilik unsuru bakımından; Ses işaretlerinin soyut ayırt edici niteliğe sahip olabilmeleri için ses işaretinin tüketicilerce marka olarak algılanabilecek ve düşünülebilecek belirli bir rezonansa sahip olması gerekir ve hiçbir özelliği olmayan bir işareti ses markası olarak algılanamaz.
- Açık ve kesinlik unsuru bakımından; Ses markalarında açık ve kesin olarak sicilde gösterilebilir olma koşulu elektronik bir kaydının Kuruma sunulması yoluyla sağlanacak olup, bu kayıt “açık”, “kesin”, “kolay anlaşılır”, “müstakil ve kolay erişilebilir” ve “dayanıklı (zamanla bozulmayan)” niteliklerini taşıması gerekmektedir.
- Ses markaları tescil engellerine sahip olmamaları durumunda sicile tescil edilebilirler. Mutlak ve nispi tescil engelleri bakımından ses markaları da geleneksel

markalar gibi incelenir fakat bazı durumlarda ses markalarının yapısından kaynaklı zorluklar görülebilir.

- Ses markalarının tescilinde uzunluk-kısalık gibi baştan kanun yoluyla sınırlamalar getirmek hem marka hukukunun özüne hem de gelişen ve değişen ticari hayatın gereklerine uygun olmayacaktır.

- Ses markalarının tescilinde kapsam belirlenirken içerdikleri kelime unsurlarının ses markası korumasından yararlanıp yararlanamayacağı konusunda her iki görüşün baştan kabulü halinde yanlış sonuçlara ulaşılması kaçınılmaz olacaktır. Bu nedenle, somut olayın özelliklerine göre ses markası melodisi ve içerdği kelime unsurları ile bütünsellik ilkesine uygun olarak bir bütün olarak değerlendirilmeli ve ortalama tüketici nezdinde bıraktığı etkiye göre ses uzmanları tarafından karar verilmelidir.

- Ses markalarına tecavüz durumu belirlenirken, karıştırılma değerlendirmesinde geleneksel markalarda uygulanan tüm unsurlar geçerli olmakla birlikte karıştırılmanın tespiti daha zor olacaktır. Bu bakımdan ortalama tüketici bakımından ses markalarının hatırlanması, diğer markalara kıyasla daha güç olduğundan, karıştırılma incelemesinde karşılaştırılan markaların farklı yönleri değil, ortak özelliklerinin değerlendirilmesine ağırlık verilmelidir.

- Ayrıca ses markalarında markanın tüketiciyi etkilediği ilk kısım yani ses markasının başlangıcı ortalama tüketicinin ilk duyması nedeniyle daha fazla dikkatini çektiğinden, karşılaştırılan ses markaların başlangıç kısmındaki benzerlik ve farklılıklar, karıştırılma ihtimali incelemesinde özellikle dikkate alınmalıdır.

- Son olarak ses markalarında markayı kullanım zorunluluğunu ispat konusunda geleneksel markalara göre daha zor ispat koşulları oluşacaktır. Bu nedenle, ses markası kullanıcılarının ses markalarını kayıt altına almaları ispat açısından yeterli olmayacaktır. Reklam gibi unsurlarda mal veya hizmeti tanıtmak için kullanılan bir ses markası mevcutsa, burada reklamın yayım tarihi ile marka sahibi tarafından kayıt altına alınması markanın kullanımının belgelenmesi yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

- Ahmet M. KILIÇOĞLU: Eser Sayılmayan Fikri Ürünler ve Eserin Adı ve Alametleri Üzerindeki Haklar, Prof. Dr. Aydın ZEVKLİLER'e Armağan, 2013.
- Ahmet M. KILIÇOĞLU: Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk, 2008.
- Ahmet M. KILIÇOĞLU: Medeni Kanunda Manevi Tazminatta Ağır Kusur Konusunda Yapılan Değişiklik, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1990.
- Ahmet SAY: Müziğin Kitabı, Ankara, Müzik Ansiklopedisi Yayınları, 2012.
- Akın BEŞİROĞLU: Fikir Hukuku Dersleri İlkeler Kurallar, 2006.
- Alper Çağrı YILMAZ: Türk Marka Hukuku ve Avrupa Birliği Hukukunda Mutlak Tescil Engelleri., 2008.
- Arslan KAYA: Marka Hukuku, 2006.
- Aydın AKGÜL: Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması, Beta Yayınları, İstanbul 2014.

Aydın ZEVLİLER/

Mehmet Beşir ATABEY/

K.Emre GÖKYAYLA:

Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Medeni Hukuk 2000.

Ayşe Nur BERZEK:

556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname’de Markaların Düzenlenmesi, Oğuz İmregün’e Armağan, 1998.

Azra ARKAN:

Başak KARADENİZLİ:

Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar, 2005.

Marka Tescilinde Ayırt Edicilik, Tanımlayıcılık ve Yanıltıcılık Değerlendirmelerinin Türkiye ve Yurt Dışındaki Uygulamaları ile Bunların Karşılaştırılması, Uzmanlık Tezi, 2008.

Batuhan AKKAYA:

Kentsel Ses Peyzajları: Kadıköy Tarihi Çarşı ve Çevresinde İşitsel Katmanların Değerlendirilmesi, İstanbul Teknik Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi.

Bilge ÖZTAN:

Şahsın Hukuku, Hakiki Şahıslar, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2000.

Cahit SULUK:

Cahit SULUK, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Tasarımların Kümülatif Olarak Korunması (Çoklu Koruma), FMR, C.1, S.3, 1/2001, s.43 vd.

Cahit SULUK:

6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununun Getirdiği Yenilikler, TFM 2018; 4(1).

Cahit SULUK/

- Ali ORHAN: Uygulamalı Fikrî Mülkiyet Hukuku, C.II, Genel Esaslar, Fikir ve Sanat Eserleri, 2005.
- Cahit SULUK/
Ali ORHAN: Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku, Tasarımlar, 2008.
- Cahit SULUK/
Rauf KARASU/
Temal NAL: Fikri Mülkiyet Hukuku, 2017.
Canan KÜÇÜKALİ: Marka Hukukunda Karıştırma Tehlikesi, 2009.
- Cemalettin BAYDAĞ: İnsan Ses Renklerinin Duygudurum Üzerine Etkileri, Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi Eğitim Bilimleri Enstitüsü Güzel Sanatlar Eğitimi Ana Bilim Dalı, Doktora Tezi.
- Çağlar ÖZEL: Marka Lisansı Sözleşmesi, 2002.
- Dilek CENGİZ: Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz, 1995.
- Dilek SALMANLI: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile Korunan Haklar, Bu Hakların İhlâli Halinde Açılacak Hukuk Davaları ve Yargılama Usûl, Başkent Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi.
- Ejder YILMAZ: Hukuk Sözlüğü, 2002.
- Eldeniz GÜLPERİ: Ses ve Koku Markaları, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009.

Engin ERDİL:	Fikri Mülkiyet Hukuku, 2016.
Erdal NOYAN:	Marka Hukuku, 2006.
Ergun ÖZSUNAY:	Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, 1982.
Fatih AYDIN:	Sınai Mülkiyet Kanunu ve Yargıtay Uygulamasında Marka Hukukunda Tazminat, TBB Dergisi, 2017 (133).
Fatma ÖZER:	Sınai Mülkiyet Kanunu Ne Getirdi?, 2017.
Fırat ÖZTAN:	Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, 2008.
Fikret EREN:	6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
Gül BÜYÜKKILIÇ:	Marka Hukukunda Tanınmış Markanın Sulandırmaya Karşı Korunması, 1. Baskı, Mart 2019.
Hakan KARAN/ Mehmet KILIÇ:	Markaların Korunması 556 sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, 2004.
Halil İbrahim Paşa ÖZDEMİR:	İçten Yanmalı Motorların Çevreye Etkilerinin Araştırılması. Doktora Tezi. Çukurova Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, 2002.

- Haluk TANDOĞAN: “Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması”, AÜHF, C:20, 1963, S.1.
- Hamdi PINAR: Marka Hukukunda Tükenme İlkesi, Prof. Dr. M. Kemal OĞUZMAN’ın Anısına Armağan, 2000.
- Hamdi YASAMAN: 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu (9-10 Mart 2017), 2017.
- Hamdi YASAMAN: Marka Hukuku ile İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları, C:3,2008.
- Hamdi YASAMAN: Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, 2004.
- Hasan İŞGÜZAR: Kişilik Hakkının İhlali Nedeniyle Manevi Tazminat Davasının Şartları, ANBD, Yıl: 47, Sayı: 1990/6.
- Hayrettin ÇAĞLAR: Marka Hukuku Temel Esaslar, 2013.
- Hüseyin HATEMİ/
Emre GÖKYAYLA: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.
- İclal ERGENÇ: Dilin Beyindeki Gerçekleşimi ve Konuşma Eylemi.
- İlhami GÜNEŞ: Uygulamada Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları Haksız Rekabet Davaları, Seçkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara, 2018.
- İlhan ÖZTRAK: Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar, 1971.

- İrfan DÖNMEZ: Markalar ve Haksız Rekabet Davaları, 1992.
- İsa BAŞBÜYÜK: Marka Hakkının İhlalinden Doğan Cezai Sorumluluk, Ankara, 2018.
- İsmail KAYAR: Ticaret Hukuku, 2015.
- Jale AKİPEK: Türk Eşya Hukuku, 1972.
- Jale AKİPEK/
Turgut AKINTÜRK: Eşya Hukuku, 2009.
- Kemal OĞUZMAN: İsviçre ve Türkiye’de Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı Korunması ve Özellikle Manevi Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler, Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1990.
- Kemal OĞUZMAN/
Özer SELİÇİ: Eşya Hukuku, İstanbul, 1997.
- Kemal OĞUZMAN/
Özer SELİÇİ/
Saibe OKTAY-ÖZDEMİR: Eşya Hukuku, 2018.
- Kemal OĞUZMAN/
Özer SELİÇİ/
Saibe OKTAY: Kişiler Hukuku Dersleri, 1993.

Kemal OĞUZMAN /

Turgut ÖZ:

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, 2013.

Kemal ŞENOCAK, /

Refik Cemal HANEDAN:

Telefon Zil Seslerinin Fikri ve Marka Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (DEÜHFD), 2005, C.7.

Mehmet Emin BİLGE:

Marka ve Ticaret Unvanı Arasında İltibas, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, 2015, C: 1, S: 2.

Mehmet ÖZDAMAR /

İbrahim ERMENEK:

Haksız Rekabet Davaları ve Korunan Menfaat, FMR, C: 7, S:2007/3.

Mine KAYA:

Telekomünikasyon Alanında Kişilik Haklarının Korunması, Ankara Barosu Dergisi, S.2010/4.

Murat ORUÇ:

Haksız Rekabette Maddi Tazminat Davası, İstanbul, 2009.

Mustafa ATEŞ:

Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2002.

Mustafa DURAL /

Tufan ÖĞÜZ:

Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku, C.II, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014.

- Mustafa YÜKSEL: Türkçe'nin Uzun Dönem Spektral Özelliklerinin Değerlendirilmesi ve Normal İşiten ve Postlingual Koklear İmplant Kullanıcısı Yetişkinlerin Türkçe'nin Spektral Özellikler Açısından Karşılaştırılması, Yüksek Lisans Tezi.
- Niyazi Ege GÜRAL: Bant Tetkiki, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Fen Bilimleri Ana bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi.
- Nuşin AYİTER: Hukukta Fikir ve Sanat Eserleri, 1981.
- Ömer TEOMAN: Yaşayan Ticaret Hukuku, C:1, Hukuki Mütalaalar, İstanbul, 1992.
- Rauf KARASU: Ses Markaları, Ankara Barosu Dergisi 2007/2. C.7.
- Remzi Tamer PEKDİNÇER/
Hakan ERTEM: Fikri Mülkiyet Hukuku Alanı İçinde Ambalaj Tasarımlarda İltibasın Değerlendirilebilmesine Yönelik Yöntem ve Kriterlerin Saptanması İçin Öneriler, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi., 2014, S:20(3).
- Remzi Tamer PEKDİNÇER/
Eda GİRAY
Kadir BAŞ: Gerekçeli Notlu ve İçtihatlı 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ve İlgili Ulusal- Uluslararası Mevzuat, 2. Baskı, Eylül 2019.
- Rıza AYHAN/

- Hayrettin ÇAĞLAR: Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, Yetkin Yayınları, 10. Bası, Ankara, 2017.
- Sabih ARKAN: Marka Hukuku, 1997.
- Safa REİSOĞLU: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2013.
- Safa REİSOĞLU: Eşya Hukuku, Ankara, 1980.
- Sami KARAHAN: Ticari İşletme Hukuku, 2012.
- Sami KARAHAN: Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları, 2002.
- Sanem AKSOY DURSUN: Eşya Kavramı, 2012.
- Savaş BOZBEL: Fikri Mülkiyet Hukuku, 2015.
- Seda ERDOĞAN: Ses Eğitimi'nde Terminoloji ve Temel Kavramlar Bazında Öğrenci Yeterliliklerinin İncelenmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Eğitim Bilimleri Enstitüsü Güzel Sanatlar Eğitimi Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi.
- Serap HELVACI: Gerçek Kişiler, Legal Yayınevi, İstanbul 2013.
- Serap HELVACI: Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, 2001.
- Serhan DİNÇ: Haksız Rekabet Halleri ve Buna İlişkin Davalar, Seçkin Yayınları, Eylül 2017.

- Sevilay EROĞLU: Soyut Renk, Ses ve Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescili, DEUHFD, 2003, C.5.
- Sevilay UZUNALLI: Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Markanın Köken Ayırt Etme İşlevi ile Bağlantılı Kavramların Yorumu, 2008.
- Şafak N. EREL: Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 2009.
- Şemsettin SAMİ: Kamus-ı Türki, Kapı Yayınları, İstanbul 2011.
- Tamer PEKDİNÇER/
Eda GİRAY/
Kadir BAŞ: Gereçeli, Notlu ve İçtihatlı Sınai Mülkiyet Kanunu ve İlgili Mevzuat
- Uğur AKTEKİN/
Güldeniz DOĞAN ALKAN/
Zeynep Çağla ÖZCEBE: Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 02.10.2013 Tarihli 2013/11-52E. ve 2013/1416K. Sayılı Kararı (Diamond Kararı) ve Tanımlayıcı İbareler İçeren Markaların Karıştırılma İhtimali Değerlendirilmesi., Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, 17(2015/2).
- Uğur ÇOLAK: Türk Marka Hukuku, 4. Baskı, 2018.
- Ünal TEKİNALP: Fikri Mülkiyet Hukuku, 2012.