

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (TİCARET HUKUKU)
ANABİLİM DALI

SES VE KOKU MARKALARI

Yüksek Lisans Tezi

Gülperi ELDENİZ

Ankara-2009

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (TİCARET HUKUKU)
ANABİLİM DALI

SES VE KOKU MARKALARI

Yüksek Lisans Tezi

Gülperi ELDENİZ

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Asuman TURANBOY

Ankara-2009

İÇİNDEKİLER

| | |
|------------------|---|
| İÇİNDEKİLER..... | i |
| KISALTMALAR..... | v |
| GİRİŞ | |

BİRİNCİ BÖLÜM

SES VE KOKU KAVRAMLARI

Ş1. SES VE KOKU KAVRAMLARI İLE BU KAVRAMLAR ÜZERİNDEKİ HAKLARIN KORUNMASI.....1

| | |
|--|---|
| I. Ses ve Koku Kavramları ile İlgili Genel Bilgiler..... | 1 |
| A. Tanım..... | 1 |
| 1. Sesin Tanımı..... | 1 |
| 2. Kokunun Tanımı..... | 1 |
| B. Ses ve Koku Kavramlarının Türleri..... | 2 |
| 1. Sesin Türleri..... | 2 |
| a.Canlı Varlıklara Ait Sesler..... | 2 |
| aa.İnsan Sesi..... | 2 |
| bb. Hayvan Sesi..... | 3 |
| b.Doğa Sesleri..... | 3 |
| c.Cansız Varlıklara Ait Sesler..... | 3 |
| 2.Kokunun Türleri..... | 4 |
| a.Doğal Koku..... | 4 |
| b.Yapma Koku (İmal Edilen Koku)..... | 4 |
| Ş2. SES VE KOKU KAVRAMLARI ÜZERİNDEKİ HAKLARIN KORUNMASI.4 | |
| A.Ses ve Koku Kavramlarının Eşya Olarak Niteliği..... | 4 |
| 1.Tabi Eşya Olarak..... | 4 |
| 2.Hukuki Anlamda Eşya Olarak..... | 5 |
| B. Ses ve Koku Kavramlarının Korunması ve Hukuki Koruma Yolları..... | 5 |
| 1.Sesin Hukuki Koruma Yolları..... | 5 |
| a.Kişilik Hakkı Olarak..... | 5 |
| b.Haksız Rekabet Hükümlerine Göre..... | 7 |
| c. Marka Olarak..... | 9 |
| 2. Kokunun Hukuki Koruma Yolları..... | 9 |
| a.Haksız Rekabet Hukuku Hükümlerine Göre | 9 |
| b.Marka Olarak..... | 9 |

İKİNCİ BÖLÜM

SES VE KOKU MARKALARI

| | |
|---|----|
| Ş1. MARKA İLE İLGİLİ GENEL BİLGİLER..... | 10 |
| I.Markanın Hukuki Tanımı..... | 10 |
| II. Marka Olarak Tescil Edilebilecek İşaretler..... | 11 |
| A.Adlar..... | 12 |
| B.Sözcükler..... | 13 |
| C. Şekiller, Harfler ve Sayılar..... | 14 |
| D.Malların Biçimi ve Ambalajları..... | 15 |
| III. Markanın Görevleri..... | 17 |
| A.Ayırt Edicilik Görevi..... | 17 |
| B.Menşe Belirtme Görevi..... | 17 |

| | |
|--|----|
| C.Garanti Etme Görevi..... | 17 |
| D.Reklam Yapma Görevi..... | 17 |
| §2. SES MARKALARI..... | 18 |
| I.Genel Olarak..... | 18 |
| A.Tanım..... | 18 |
| B.Ses Markasının Çeşitleri..... | 19 |
| 1.Notalardan Oluşan Ses Markaları..... | 19 |
| 2.Temalardan Oluşan Ses Markaları..... | 20 |
| 3. Notalara Dökülemeyen Kendine Özgü Ses Markaları..... | 20 |
| a.Cansız Varlıkların Seslerinden Oluşan Markalar..... | 21 |
| b.Canlı Varlıkların Seslerinden Oluşan Markalar..... | 21 |
| II.Sesin Marka Olarak Tescil Edilmesi..... | 22 |
| A.Sesin Marka Olarak Tescil Edilmesini Kabul Eden Sistemler..... | 22 |
| 1. Ses Markasının Sınai Mülkiyet Haklarına Dair Uluslararası Anlaşmalar Açısından İncelenmesi..... | 22 |
| a.Markaların Uluslararası Tescili ile İlgili Madrid Anlaşması'na İlişkin Protokol..... | 23 |
| b. Marka Kanunları Hakkında Singapur Anlaşması..... | 23 |
| 2.Ses Markasının Karşılaştırmalı Hukuk Açısından İncelenmesi..... | 24 |
| a.ABD Sınai Mülkiyet Sistemi'ne Göre Ses Markası..... | 24 |
| b.Avrupa Birliği Sınai Mülkiyet Sistemi'ne Göre Ses Markası..... | 26 |
| c. Türk Sınai Mülkiyet Sistemi'ne Göre Ses Markası..... | 29 |
| B.Sesin Marka Olarak Tescil Edilmesinin Koşulları..... | 32 |
| 1.Ayırt Edicilik Koşulu..... | 32 |
| 2.Görsel Olarak İfade Edilme Koşulu..... | 32 |
| §3. KOKU MARKALARI..... | 34 |
| I.Genel Olarak..... | 34 |
| A.Tanım..... | 35 |
| II.Kokunun Marka Olarak Tescil Edilmesi..... | 35 |
| A. Kokunun Marka Olarak Tescil Edilmesini Kabul Eden Sistemler..... | 35 |
| 1. Koku Markasının Sınai Mülkiyet Haklarına Dair Uluslar arası Anlaşmalar Açısından İncelenmesi..... | 35 |
| 2. Koku Markasının Karşılaştırmalı Hukuk Açısından İncelenmesi..... | 36 |
| a.ABD Sınai Mülkiyet Sistemine göre Koku Markası..... | 36 |
| b.Avrupa Birliği Sınai Mülkiyet Sistemine Göre Koku Markaları..... | 37 |
| c. Türk Sınai Mülkiyet Sistemine Göre Koku Markası..... | 39 |
| B. Kokunun Marka Olarak Tescil Edilmesinin Koşulları..... | 39 |
| 1.Ayırt Edicilik Koşulu..... | 39 |
| 2.Görsel Olarak İfade Edilme Koşulu..... | 40 |

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SES VE KOKU MARKALARINDA HUKUKSAL KORUMA ARAÇLARI

| | |
|---|----|
| §1. SES VE KOKU MARKALARININ KORUNMASI..... | 42 |
| I.Ses ve Koku Markalarına Tecavüz..... | 42 |
| A.Sözleşmeye Aykırılık..... | 42 |
| B.Haksız Fiil..... | 42 |

| | |
|--|-----------|
| II.Ses ve Koku Markalarına Tecavüzün Koşulları..... | 43 |
| A.Eylem..... | 43 |
| B.Hukuka Aykırılık..... | 48 |
| C.Zarar..... | 49 |
| D.İllyet Bağı..... | 51 |
| E.Kusur..... | 52 |
| §2. SES VE KOKU MARKALARINA TECAVÜZ NEDENİYLE HUKUKSAL | |
| KORUMA ARAÇLARI..... | 52 |
| I.Kusur ve Zarar Koşulunu Gerektirmeyen Davalar..... | 52 |
| A.Genel Olarak..... | 52 |
| B.Dava Çeşitleri..... | 53 |
| 1.Tespit Davası..... | 53 |
| 2. Durdurma Davası (Tecavüzün Ref'i Davası) (Beseitigungsklage)..... | 53 |
| a.Genel Koşulları..... | 53 |
| aa. Ses ve Koku Markalarından Doğan Hakların Saldırıya Uğraması..... | 53 |
| bb.Saldırının ya da Etkilerinin Devam Etmesi..... | 53 |
| cc. Saldırıda Bulunanın Kusurunun ve Marka Sahibinin Zararının | |
| Aranmaması..... | 54 |
| 3.Saldırının Önlenmesi (Tecavüzün Men'i Davası)..... | 54 |
| a.Genel Olarak..... | 54 |
| b.Durdurma Davasından Farkı..... | 54 |
| c.Koşulları..... | 55 |
| d.Sonuçları..... | 56 |
| 4. Kazancın İadesi Davası (Klage zur Herausgabe des Gewinns)..... | 56 |
| II.Kusur ve Zarar Koşulunu Gerektiren Davalar..... | 57 |
| A.Maddi Tazminat Davası..... | 58 |
| 1.Fiili Zarar..... | 58 |
| 2.Yoksun Kalınan Kazanç..... | 58 |
| B.Manevi Tazminat Davası..... | 59 |
| C.İtibar Kaydı Tazminatı..... | 60 |
| III.Hükmün İlanı..... | 63 |
| A.Koşulları..... | 63 |
| 1. Davada Haklı Çıkmış Olmak..... | 63 |
| 2. Hükmün İlan Edilmiş Olmasının Talep Edilmiş Olması..... | 64 |
| 3. Hükmün İlanında Haklı Bir Sebepin ve Menfaatin Bulunması..... | 65 |
| 4. Kararın Kesinleşmiş Olması..... | 65 |
| 5.Hükmün İlan Edilmesi için Üç Ay İçinde Başvurulması..... | 65 |
| B.Hüküm ve Sonuçları..... | 66 |

SONUÇ
KAYNAKÇA

KISALTMALAR

| | |
|-------|--|
| AB | Avrupa Birliği |
| ABD | Amerika Birleşik Devletleri |
| ATAD | Avrupa Topluluğu Adalet Divanı |
| Aufl | Auflage |
| BK | Borçlar Kanunu |
| CD | Compact Disc |
| FSEK | Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu |
| HUMK | Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu |
| KHK | Kanun Hükümünde Kararname |
| m | Madde |
| OHIM | Office for Harmonization in the Internal Market(İç Pazarda Uyumlaştırma Ofisi) |
| Rdn | Randnummer |
| s | Sayfa |
| TMK | Türk Medeni Kanunu |
| TPE | Türk Patent Enstitüsü |
| TRIPS | Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights(Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması) |
| TTK | Türk Ticaret Kanunu |
| USPTO | United States Patent and Trademark Office (ABD Patent ve Marka Ofisi) |
| vd | Ve devamı |

GİRİŞ

Gittikçe acımasız bir hal alan rekabet ortamında, özgün olabilen ve farklılık yaratabilen teşebbüsler hayatta kalacaklardır. Bu teşebbüslerin mallarını ve hizmetlerini piyasaya arz ederken seçecekleri tanıtım yolu onların kaderini belirleyecektir. Bu cümleden olmak üzere, geleneksel kalıpların dışına çıkan yeni marka çeşitleri ile teşebbüsler satışlarını arttırabilecektir.

Marka Hukukuna taze bir soluk getiren yeni markaların tescil edilebilirlikleri hususu son derece tartışmalıdır. Bununla birlikte dünya üzerinde güç timsali olan birçok ülkede bu markaların tescili yaygınlaşmıştır. Marka Hukuku alanında imzalanmış uluslararası anlaşmaların çoğuna taraf ülkemiz açısından, bugün olduğu kadar gelecekte de yeni marka çeşitleri daha çok özen gösterilmeyi ve anlaşılmayı bekleyecektir. Zira, yurtdışında tescil edilen bu tip markaların ülkemizde de tescil yoluyla korunması hususu bugün sadece bir ihtimal dahilinde olsa da, gün gelecek kanıksanmış ve yaygın bir uygulama haline dönüşecektir. Hal böyle olunca, huzurdaki çalışmamızda, bu yeni marka çeşitlerinden ses ve koku markaları üzerinde durmayı ve bu iki marka türünü daha spesifik olarak incelemeyi uygun bulduk.

Çalışmamızın birinci bölümünde ses ve koku kavramları ve onların tanımları ile tanışıp ikinci bölümde bu kavramların hangi koşullarda ve ne şekilde marka olarak tescil edilebileceğini göreceğiz. Bunu yaparken de hem uluslararası uygulamaları hem ülkemizdeki mevcut durumu mukayeseli olarak ele alacağız. Son bölümde ise, ses ve koku markalarında geçerli hukuksal koruma araçlarına değineceğiz.

BİRİNCİ BÖLÜM

SES VE KOKU KAVRAMLARI

Ş1. SES VE KOKU KAVRAMLARI İLE BU KAVRAMLAR ÜZERİNDEKİ HAKLARIN KORUNMASI

I. Ses ve Koku Kavramları ile İlgili Genel Bilgiler

A. Tanım

1. Sesin Tanımı

Ses, havadaki yayılan dalgalarla duyu organları tarafından algılanan titreşimlerdir.¹ Bunlardan birçoğu bir iletişim aracıdır. Duyu organlarına sahip canlılar arasında iletişim ses sayesinde sağlanır. Buna karşılık doğa olaylarından ortaya çıkan seslerin böyle bir işlevi yoktur.

2. Kokunun Tanımı

Koku, beş duyumuzdan birisi olan koku duyumuz ile algıladığımız havada uçuşan moleküller topluluğudur. Yaşamımızı idame ettirmek için soluk almamız esnasında havada asılı halde duran bu moleküller, burun yoluyla vücudumuza girerler. Burun kökünün arkasında yer alan reseptörler ile koku sinirlerine bağlanan bu moleküller, sinirler vasıtasıyla beyne iletilirler. Sinirlerden gelen bu uyarı beynimizin limbik bölgesine ulaşır. Bilindiği üzere limbik bölgesi, duyguların ve hafızanın merkezidir.²

¹ Bilim ve Teknik Dergisi; “Ses Nedir?” Sayı: 472, Ankara, Mart 2007, s.89.

² Bilim ve Teknik Dergisi; “Koku Alma Duyumuz Nasıl İşler?” Sayı: 218, Ankara, Ocak 1986, s.30.

B. Ses ve Koku Kavramlarının Türleri

1. Sesin Türleri

a.Canlı Varlıklara Ait Sesler

Bu gruba insan ve hayvan dediğimiz canlı varlıkların sesleri girer. Bunların çıkardıkları sesler çoğu zaman bilinçli bir iradenin ürünüdür. Bu nedenle canlı seslerinin büyük çoğunluğu iletişim aracıdır. Buna karşılık bu amaca hizmet etmeyen canlı sesleri de olabilir. Hayvanların çıkardıkları anlamsız sesler; şuursuz bir insan tarafından çıkartılan sesler buna örnek gösterilebilir.

Canlı sesleri insan ve hayvan sesleri olabilir. Bitki sesleri bilinçli bir irade ürünü değildir. Bitkiler ancak diğer doğa olayları ile birlikte ses çıkartabilirler. Örneğin, ormanda rüzgârın etkisiyle yaprak ve dalların sürtünmesi sonucu çıkan sesler gibi.

aa.İnsan Sesi

İnsan sesi, genellikle bilinçli bir irade ürünü olan sestir. Ancak irade dışı olan çıkartılan sesler de vardır. Örneğin, uyku halinde, sara nöbeti sırasında, panik ya da şok içinde çıkartılan sesler gibi. Konuşma ve duyma özürülülerin çıkardıkları sesler bilinçli bir irade ürünü olan fakat anlamsız seslerdir. Zira bunlar duyma özürülü oldukları için sesleri algılama yeteneklerine sahip değildirler, sesi tanımazlar. İnsan sesi insanlar arasında iletişim aracı olan konuşma ve duyu organlarının kullanılması ile çıkartılan seslerdir. Doğuştan konuşma ve duyma özürülü kişiler bu nedenle bu sesi çıkartamazlar. İnsan sesini, insanın aletleri ve nesnelere kullanarak çıkardığı seslerden ayırmak gerekir. İnsanın aletleri ve nesnelere kullanarak çıkardığı sesler insan sesi değil “alet ve nesne sesleri” grubuna girerler.

bb. Hayvan Sesi

İnsan sesi için söylediklerimiz hayvan sesleri için de geçerlidir. Ses hayvanlarda da bir iletişim aracıdır. Ancak hayvanlar da iletişim aracı olmayan anlamsız sesler çıkartabilirler. Günlük yaşantımızda her gün duyduğumuz hayvan sesleri yanında, ancak özel bir gayretle ya da ses veya görüntü nakline yarayan araçlar vasıtasıyla duyabildiğimiz hayvan sesleri olabilir. Birinci gruba kuş, kedi, köpek sesleri; ikinci gruba vahşi ya da yırtıcı hayvanların sesleri girer.

b. Doğa Sesleri

Bu gruba cansız varlıkların sesleri girer. Rüzgâr, gök gürültüsü, deprem, su, sel gibi sesler buraya girer.

c. Cansız Varlıklara Ait Sesler

Bu gruba insan eliyle bir alet kullanılmak suretiyle çıkartılan sesler ile insan eliyle ya da doğa olayları ile diğer nesnelere (tencere, teneke gibi) çıkardığı sesler girerler. İnsan eliyle bir alet kullanılmak suretiyle çıkartılan seslerin başında müzik aletlerinin sesleri gelir. Bu ayrım insan sesi ile musiki nitelikteki sesler üzerindeki haklar ve bunların nitelikleri açısından önem taşımaktadır. Aşağıda geniş olarak ele alacağımız gibi insan sesi kişilik hakkı ya da marka olarak koruma bulabildiği halde, musiki sesler fikri hak ya da marka olarak koruma bulabilir.

2. Kokunun Türleri

a. Doğal Koku

Doğada kendiliğinden bulunan, hiçbir işlemde geçmemiş saf kokulara doğal koku denir. Doğal kokular canlı ve cansız varlıklara ait olabilirler. Örneğin, katran kokusu, reçine kokusu, süt kokusu gibi.

b. Yapma Koku (İmal Edilen Koku)

Doğada kendiliğinden var olmayan, insan elinin ürünü olan işlenmiş kokulara yapma (imal edilen) kokular diyoruz. Bu kokuların en yaygın türü parfümlerdir. Parfüm, Latince bir deyiş olan “per fumum” kelimesinden gelmektedir. Anlamı, duman içinde olan demektir. Antik Mısır’da tütsü yakılması esnasında hoş bir koku eşliğinde etrafa yayılan dumandan esinlenerek bu deyişin ortaya atıldığı düşünülmektedir. Tarihte bilinen en eski parfüm imalatçısı aynı zamanda bir kimyager olan Mezopotamyalı Tapputi’dir.³

§2. SES VE KOKU KAVRAMLARI ÜZERİNDEKİ HAKLARIN KORUNMASI

A. Ses ve Koku Kavramlarının Eşya Olarak Niteliği

1. Tabi Eşya Olarak

Eşya, kelime anlamı itibariyle şeyler anlamına gelen çoğul bir isimdir. Yani nesne, madde gibi kavramları ima etmek için kullanılan bir kelimedir. Ses ve koku kavramları, yukarıda tanımlar kısmında yaptığımız açıklamalarımız karşısında tabi olarak eşyadır.

³ www.heavenlyesentials.com

2. Hukuki Anlamda Eşya Olarak

Hukuki anlamda eşya ise, çeşitli hukuk düzenlerinde farklı anlamlarda kullanılmaktadır. Hukukumuzda hukuki anlamda eşya; ekonomik değer taşıyan, hukuki hâkimiyete elverişli, kişisel olmayan maddi varlıklardır. Ses ve koku kavramlarının cismani varlıkları olmaması gerçeği karşısında sesi ve kokuyu hukuki anlamda eşya olarak kabul etmemiz mümkün değildir. Hemen belirtelim ki, sesin kaydedildiği bir CD veya kaset ekonomik değer taşıyorsa hukuki anlamda eşya olarak nitelendirilebilir. Aynı şekilde, şişelenmiş ve ekonomik değer taşıyan imal edilmiş bir koku da hukuki anlamda eşyadır.

B. Ses ve Koku Kavramlarının Korunması ve Hukuki Koruma Yolları

Sesin ve kokunun her türü hukuksal olarak korunma altında değildir. Başka bir deyişle, sesin ve kokunun türüne ve niteliğine göre hukuksal koruma altında olup olmayacağı belirlenir. Bu nedenle aşağıda, her iki kavramın hangi hallerde ve ne şekilde hukuksal korumadan yararlanacağını anlatacağız.

1. Sesin Hukuki Koruma Yolları

a. Kişilik Hakkı Olarak

Sesin, kişilik hakkı olarak korunması hususuna geçmeden önce burada kişilik hakkının ne olduğunu ifade etmek istiyoruz. Kişilik hakkı, kişisel değerlerden (kişisel varlıklardan) (persönnliche Interesse; interets personnels) oluşan şahsa bağlı bir mutlak haktır. O halde burada önemli olan kişilik hakkını oluşturan kişisel değerlerin neler olduğunun saptanmasıdır. Kişilik hakkını oluşturan değerler maddi değerler ve manevi

değerlerden oluşur.⁴ Bu ayırım bu kişisel varlıkların ihlali halinde uygulanacak yasa hükmü bakımından önem taşır. Kişilik hakkını oluşturan maddi kişisel değerler vücut bütünlüğü ve organlardan; manevi değerler ise şeref, haysiyet, özel yaşam, isim, resim, özgürlükler, ses gibi maddi olmayan unsurlardan oluşur. Kişilik hakkını oluşturan kişisel değerler arasında saydığımız ses, insan sesidir. Buna göre, insan sesi kişilik hakkını oluşturan bir kişisel değerdir. O halde insan sesi öncelikle bir kişisel değer olarak kişilik hakkı kapsamında yer alır ve bu kapsamda koruma bulur. İnsan sesi kişilik hakkını oluşturan bir kişisel değer olduğuna göre, bu değere yönelik ihlallere karşı insan sesi, kişilik hakkını koruyan hukuksal olanaklardan yararlanır. Kişilik hakkının ihlali halinde başvurulacak genel hükümler TMK. m.25 ve BK. m.41-49 hükümleridir. Bu hükümlere göre, kişinin sesi rızası dışında kullanılır ise halin icabına göre ya TMK.m.25’de zikredilen davalar ya da BK. m.41-44 gereğince maddi tazminat davası ve /veya BK. m.49 gereğince manevi tazminat davası yoluyla sesin, kişilik hakkı olarak korunması sağlanabilir. TMK.m.25’de kusur ve zarar koşulunu gerektirmeyen davalara yer verilmiştir. Başka bir deyişle, TMK.m.25 gereğince, kişinin sesini rızası dışında kullananın kusurlu olması ve sesi kullanılan kişinin bu yüzden bir zarara uğramış olması koşulları aranmaz. TMK.m.25’de zikredilen davalar şunlardır:

- Tespit davası: Sesi rızası dışında kullanılan kişinin bu eylemin hukuka aykırılığının tespitini talep etmesine ilişkin davadır.

- Saldırının önlenmesi (Tecavüzün men’i) davası: Sesi rızası dışında kullanılan kişinin, sesine yönelik saldırının önlenmesini talep etmesi davasıdır. Örneğin, kişinin sesi rızası dışında kayıt altına alınmış ve yakında reklamlarda kullanılacak ise ya da daha

⁴ Kılıçoğlu,A.; “Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk”, Ankara, 2008, s.3.

önceden reklamlarda kullanılmış olup da bu fiilin tekrar edilmesi tehlikesi var ise, bunun önlenmesi için açılan dava, saldırının önlenmesi davasıdır.

- Saldırının durdurulması (Tecavüzün ref'i) davası: Sesi rızası dışında kullanılan kişinin sesine yönelik devam eden saldırının durdurulmasını talep ettiği davadır. Yukarıdaki örnekten hareketle, kişinin sesi, rızası dışında kayda alınmış, reklamlarda kullanılmaya başlanmış ve kullanılmaya devam etmekte ise saldırının durdurulması davası açılabilir.

- Elde Edilen Kazancın İadesi Davası: Bu dava türü, TMK.m. 25 f.III' de düzenlenmiştir ve yasa metnine eski 743 sayılı Türk Kanun-u Medenisi yürürlükte iken, 1988' de yapılan bir değişiklik ile girmiştir.

BK. m.41-44'deki maddi tazminat ve BK. m.49'daki manevi tazminat davaları ise kusur ve zarar koşulunu gerektiren davalardır. Bu genel ayrıma ilişkin açıklamalarımıza çalışmamızın üçüncü bölümünde ayrıntılı olarak yer vereceğimiz için burada konuya genel hatlarıyla temas etmeyi uygun buluyoruz.

b. Haksız Rekabet Hükümlerine Göre

Kanun koyucu, 5846 sayılı FSEK'in 84. maddesinde “ Bir işareti, resim veya sesi, bunları nakle yarayan bir alet üzerine tespit eden veya ticari maksatla haklı olarak çoğaltan yahut yayan kimse, aynı işaretin, resmin veya sesin üçüncü bir kişi tarafından aynı vasıttan faydalanılmak suretiyle çoğaltılmasını veya yayımlanmasını men edebilir.

Tecavüz eden tacir olmasa bile birinci fıkra hükmüne aykırı hareket edenler hakkında haksız rekabete müteallik hükümler uygulanır.

Eser mahiyetinde olmayan her nevi fotoğraflar benzer usullerle tespit edilen resimler ve sinema mahsulleri hakkında da bu madde hükmü uygulanır” demek suretiyle haksız rekabet müessesesine gönderme yapmıştır. Yasanın bu maddesi ile haksız rekabet hükümlerine göre korunması gereken iki grup fikir ve sanat ürününe yer verilmiştir. Bunlar; işaret, resim ve ses üzerindeki haklar ve eser niteliğinde olmayan fotoğraflar ile resimler ve sinema eserleridir. Bu gruplar içinde konumuz itibariyle bizi bir alet üzerine tespit edilmiş olan sesler ilgilendirmektedir. Bundan dolayı açıklamalarımızı bu minvalde yapacağız.

Yasa burada bir alet üzerine tespit edilen ya da ticari amaçla çoğaltılan, yayılan seslerin başkaları tarafından bu tespiti yapanın rızası dışında kullanılmasını haksız rekabet saymıştır. Bir sesin bir alet üzerine tespiti ya da çoğaltılmasında sahibinin fikri çabası birinci değil ikinci planda kalmaktadır. Başka bir deyişle, bunların tespiti ve çoğaltılmasında fikri çabadan çok başka teknikler ön planda yer almaktadır. Bu nedenle burada bir fikri yaratımdan çok, bir tekniğin kullanılması suretiyle yapılan bir tespit ve çoğaltma söz konusudur.

Canlıların çıkardığı seslerin ses kaydeden bir alet ile tespit edilmesinde, bunu tespit eden kişinin bir fikri çabasından çok tespit eden aletin yeteneği ön plandadır. Kişinin buradaki yeteneği sadece tespitten ibarettir. Hayvanların, gök gürültüsünün, rüzgârın, kasırganın, suyun, depremin çıkardığı seslerin bir alet üzerine tespit edilmesi halinde, eser sahipliğinden doğan koruma değil haksız rekabet hükümlerine göre koruma söz konusu olacaktır. Böyle bir tespit ve çoğaltma yapıldığında, bunu tespit eden ya da çoğaltan kişinin rızası dışında üçüncü kişilerin sesi kopya etmeleri, çoğaltmaları, yaymaları halinde haksız rekabet hükümleri uygulanacaktır. Buna göre, bu durumda TTK.m.56 vd. hükümlerine başvurulacaktır.

c. Marka Olarak

Sesin, 556 Sayılı KHK'daki koşulların mevcudiyeti halinde marka olarak tescil edilmesi ve korunması mümkündür. Çalışmamızın temelini teşkil eden bu konuyu çalışmamızın üçüncü bölümünde ayrıntılı olarak ele alacağız.

2. Kokunun Hukuki Koruma Yolları

a. Haksız Rekabet Hükümlerine Göre

Doğal kokuların, tabii halleriyle hukuki korumadan yararlanmaları söz konusu değildir. Zira doğal kokular, hukuki anlamda eşya değildir. Buna karşılık, yapay kokular (imal edilen kokular) ekonomik değer taşıyorlarsa hukuki anlamda eşya olarak nitelendirileceklerinden bunların koşulları var ise TTK. m.56 vd. hükümlerine göre haksız rekabet hükümleri çerçevesinde korunmaları mümkündür.

b. Marka Olarak

Kokunun, marka olarak tescil edilmesi günümüzde olanaklı hale gelmiştir. Hal böyle olunca, kokunun marka olarak marka mevzuatına göre hukuki korumadan yararlanması söz konusu olacaktır. Aşağıda bu hususa ayrıntılı olarak değineceğiz.

İKİNCİ BÖLÜM

SES VE KOKU MARKALARI

Ş1. MARKA İLE İLGİLİ GENEL BİLGİLER

I.Markanın Hukuki Tanımı

Markanın hukuki tanımına, ulusal ve uluslararası mevzuatlarda kimi zaman direkt kimi zaman dolaylı olarak yer verilmiştir. Bu cümleden olmak üzere, TRIPS m.15/1 hükmüne göre, bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayırt etmeye elverişli olan tüm işaret ve işaret kombinasyonlarına marka denir. Alman Markalar Kanunu m.3/1 hükmüne göre, bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini başka bir teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayırt etmeye elverişli olan tüm işaretler markadır. 89/104 no.lu Avrupa Birliği'nin Marka Hukuku Yönergesi'nin 2.maddesi ile bu maddenin aynen aktarıldığı 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname m.5/1'de "Marka, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlama koşuluyla, kişi adları dahil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar "malların biçimi veya ambalajları" gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaretleri içerir." denilmek suretiyle markanın dolaylı olarak tanımı yapılmıştır.

Görüldüğü üzere, tüm sistemlerin markayı tanımlayışlarının özü, ayırt edicilik unsurudur. Bu itibarla, marka, en genel anlamda, bir teşebbüsün ürününü veya hizmetini benzerlerinden farklı kılan ayırt edici niteliği haiz her türlü işarettir.

II. Marka Olarak Tescil Edilebilecek İşaretler

Markanın, 556 sayılı KHK'nın 5.maddesinde yapılan tanımından hareketle, aşağıda marka olarak tescil edilebilecek işaretlerin neler olduğunu ifade etmeden önce bir markanın olmazsa olmazlarından (sine qua non) olan "ayırt edicilik" ve "çizimle görüntülenebilme veya benzer bir biçimde ifade edilebilme" unsurlarına haiz oldukları önem nedeniyle vurgu yaparak değinmek istiyoruz.

Ayırt edicilik unsuru, bir teşebbüsün ürettiği malını ve hizmetini, başka bir teşebbüsün ürününden farklı kılmaya yarar yani benzerler arasında fark yaratan unsur budur.⁵ Hal böyle olunca, malda veya hizmette kendine has bir hava, özgün bir ifade olması gerekir. Hemen belirtelim ki, markanın ayırt edici niteliği haiz olduğu hususu tayin edilirken hem tescili istenen markanın ait olduğu mal ve hizmetlerin sınıfını hem markanın arz olunduğu kitleyi nazarı itibara almak gerekir. Çünkü markanın temsil ettiği mal veya hizmet arz edildiği piyasada ne kadar talep görür ve yerini ne kadar sağlamlaştırırsa markanın değeri doğru orantılı olarak artar. Bu şekilde, ayırt edicilik optimal düzeye ulaşır. İfade edelim ki, ayırt ediciliğin incelenmesinde 556 sayılı KHK m.7/2 istisnai bir düzenleme teşkil etmektedir. Anılan maddede haklı olarak ifade edildiği gibi bir marka tescil tarihinden önce kullanımla beraber ayırt edicilik vasfını haiz olmuş ise, ayırt edicilik unsuru bulunmadığından hareketle tescil başvurusu reddedilemez.

Çizimle görüntülenebilme veya benzer bir biçimde ifade edilebilme unsuru, markayı oluşturan işaretin belirlenmesi açısından önemlidir. 556 sayılı KHK'nın 5. Maddesinde belirtilen çizimle görüntülenebilme unsuru, 89/104 no.lu Avrupa Birliği'nin Marka Hukuku Yönergesi'nin 2. maddesi ve 40/94 sayılı Topluluk Marka Tüzüğü'nün 4.maddesinden alınmıştır. Belirtmek gerekir ki, 89/104 no.lu Yönerge'den ve 40/94 sayılı Tüzük'ten farklı

⁵ Fezer, Karl-Heinz: "Markenrecht",2.Aufl, München 1999,§ 3, Rdn 204.

olarak 556 sayılı KHK’de “baskı yoluyla yayınlanabilme ve çoğaltılabilme” koşulları da öngörülmüştür. TRIPS m.15/1’de zikredilen görsel olarak algılanabilme koşulu ise 556 sayılı KHK’da yer almamıştır. Hal böyle olunca, marka olarak tescil edilebilecek işaretler sınırlanmamıştır yani daha geniş bir perspektif ile yorum yapılabilmesinin önü açılmıştır. İfade edelim ki doktrinde ARKAN⁶, çizimle görüntülenebilme, baskı yoluyla yayınlanabilme ve çoğaltılabilme unsurunun sicil hukuku anlayışının bir ürünü olduğunu, bu sayede markaya ait numunelerin sicil dairesi nezdinde saklanabileceğini savunmuştur. ŞENOCAK ve HANEDAN ise, markanın tescilinde işaretin dolaylı olarak çizimle görüntülenebilir olmasının dahi bu unsurun varlığı için yeterli olabileceğini, işaretin muhakkak doğrudan doğruya belirli olmasının gerekmediğini savunmuştur.⁷

Bu açıklamalarımızın ışığında aşağıda marka olarak tescil edilebilecek işaretleri 556 sayılı KHK m.5/1’de zikredilen sırasıyla anlatacağız. Buna göre;

A.Adlar:

556 sayılı KHK m.5/1’de marka olarak tescil edilebilecek işaretler anlamında olmak üzere kişi adları ifadesi kullanılmıştır. Maddenin lafzında geçen “Kişi adları” ifadesinin anlamının havada asılı kalmış olması gerçeği karşısında bu ifadenin kapsamına nelerin gireceği hususunun aydınlatılması görevini doktrin üstlenmiştir.

TEKİNALP, kişi adları ifadesinden anlaşılması gerekenin özd ve soyadın ayrı ayrı kullanılabilmesi gibi tercih edilmesi halinde her ikisinin bir arada kullanılabilmesi olduğunu savunmuştur.⁸

⁶ Arkan,S., “**Marka Hukuku**”, Cilt I, Ankara, 1997, s.37.

⁷ Şenocak,K./Hanedan, R.C.; “Telefon Zil Seslerinin Fikri ve Marka Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan, Ankara,2006, s.498.

⁸ Tekinalp, Ü., “**Fikri Mülkiyet Hukuku**”, İstanbul, 2004, s.341.

Ad, bir kişisel değer olarak kişilik hakkı kapsamında yer alır. Hal böyle olunca, kişiler, adlarını marka olarak kullanabilirler. Kanımızca, ayırt edicilik anlayışına hizmet etmek anlamında, kişinin adı halin icabına göre sadece özd ve özd ve soyad bir arada olarak kullanılabilir. Belirtmek gerekir ki, kişiyle özdeşleşmiş olan müstear adlar ve lakaplar da özgünlük taşımaları nedeniyle ayırt edici unsuru haiz oldukları müddetçe marka olarak tescil edilebilirler.

B.Sözcükler:

Sözcükler, belli bir anlamı ihtiva eden ses birliklerinden oluşmuş anlatım araçlarıdır. Bu cümleden olmak üzere, bir markanın imajını oluşturmada, markanın hitap ettiği kesimde, markalı malın ve/veya hizmetin arz edildiği piyasada sözcükler ve onların zihinde uyandıracakları intiba çok önemlidir. Marka olarak kullanılan bir sözcüğün, temsil ettiği mal ve/veya hizmet ile ilgili olmadığı oranda ayırt edici niteliği artar. Örneğin BEKO markası tescil edildiği sınıftaki mallarla ilgili bir anlam ihtiva etmektedir.



Bunun yanı sıra, kısa sözcüklerden oluşan markalar, orta ve makul seviyedeki alıcılar nezdinde daha çabuk ve çarpıcı şekilde algılandıkları için akılda kalmaları kolaydır. Bu tip markaların ayırt ediciliği de sıradan sözcüklere göre daha yüksektir. Örneğin UHU markası sadece üç harften oluşmaktadır.



C.Şekiller, Harfler ve Sayılar

Şekiller, harfler ve sayılar tek başlarına kullanılarak marka oluşturabilecekleri gibi bunların değişik kombinasyonları da marka olarak tescil edilebilir. Örneğin Vakko markasının klasik ürünler segmentinde kullandığı W harfi tek başına kullanılan bir harftir.



Tek başına kullanılan harflerin ayırt ediciliğini arttırmak için çoğu kez şekillerle kombine edildikleri de görülmektedir. Örneğin Chanel markasında iç içe geçmiş C harfleri bir daire içine konularak kombinasyon oluşturulmuştur.



Harflerin ve rakamların kombine edilmesi suretiyle ayırt edicilik unsuru taşıyan markalar elde edilebilir. Örneğin Chanel'in ünlü bir parfümünde harf ve sayı bir arada kullanılmıştır.



Benzer şekilde 3M Markasında da harf ve sayı kombinasyonu yapılmıştır.



Harflerin ve şekillerin bir arada kullanıldığı markalar da vardır. Örneğin ETİ markasında Hitit Güneş Kursu ile harfler kombine edilmiştir.



D. Malların Biçimi ve Ambalajları

Malın biçimi ya da ambalajı ayırt edici niteliğe sahipse marka olarak tescil edilebilir. 556 sayılı KHK m.5/1’de ifade edilmek istenen, malın genel, herkesçe bilinen biçiminden ziyade kendine has, özgün bir biçime sahip olmasıdır. Malın hitap ettiği alıcı kitlesini cezbetmenin ve malın birlikte sergilendiği reyondaki rakip mallardan onu farklı kılmamanın yolu, ambalajın çarpıcı ve özgün biçimde tasarlanmasıyla mümkündür.⁹ Hal böyle olunca, kendisine has dizaynı olan bir ambalaj marka olarak tescil edilmelidir. Örneğin Ülker Markasının sahibi olan Yıldız Holding’in çikolata ürünleri grubunda yer alan Ülker Metro Ambalaj Şekli marka olarak tescil edilmiştir.

⁹ Özdal, Ş., “556 Sayılı KHK’nın 5. Maddesi Çerçevesi’nde Marka Olarak Tescil Edilebilecek İşaretler”, Beta, İstanbul, 2005, s.109., Ar,A.; “Marka ve Marka Stratejileri”, Ankara,2004, s.80.



556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükümünde Kararnamenin Uygulanmasına Dair Yönetmeliğin 4. maddesinde, üç boyutlu şekillerin marka olarak tescil edilebileceği ifade edilmiştir. Üç boyutlu şekiller, bir nesnenin enini, boyunu ve derinliğini görsel olarak ortaya koyan şekillerdir.

Örneğin Coca-Cola'nın şişesi üç boyutlu markadır.



MICHELIN lastiklerinin logosu olan Bibendum da üç boyutlu markaya örnek teşkil eder.



III. Markanın Görevleri

Marka, teŖebbüslerin malları ve hizmetleri arasındaki farkı ortaya koymaya yaradığı için markaya yüklenmiş birtakım görevler vardır. Bu cümleden olmak üzere, markanın görevlerini aşağıda yer aldığı şekliyle inceleyeceğiz.

A. Ayırt Edicilik Görevi

Markanın olmazsa olmaz unsurlarından olan ayırt edicilik unsurunun doğal sonucu olarak markaya yüklenen en temel görev budur. Ayırt edicilik görevi ile marka, hitap ettiği alıcı kitlesinin zihninde yerleşecek bir imaj yaratır.

B. Menşe Belirtme Görevi

Markanın menşe belirtme görevi, onun temsil ettiği malın ve hizmetin hangi teŖebbüsten sadır olduğunu göstermesi anlamına gelir. Bu sayede tüketici alışageldiği markanın, sadık alıcısı olduğu malın ve hizmetin menşesini öğrenebilir.

C. Garanti Etme Görevi

Markanın garanti etme görevi ile markalı malın veya hizmetin her yerde ve her durumda aynı kalitede üretildiğinin güvencesi verilmiş olur. Garanti etme görevi sayesinde markanın sadık bir alıcı kitlesinin oluşması kolaylaşır. Çünkü alıcılar, güvendikleri, inandıkları markayı tercih etme eğilimi taşırlar.

D. Reklamını Yapma Görevi

Marka, temsil ettiği malın veya hizmetin, halka tanıtılmasını, ünlenmesini sağlar. Piyasaya mal ve hizmet arz eden bir teŖebbüsün ana gayesi talep yaratmaktır. Marka için belirlenecek güçlü bir imaj, markanın reklam yapma görevine hizmet ederek, malın ve hizmetin kolayca satılmasını sağlar.

§2. SES MARKALARI

I. Genel Olarak

Bir yandan dünyanın hızla globalleşmesi, diğer yandan teknolojinin gelişmesiyle birlikte teşebbüslerin yer aldığı pazarda, rekabet koşulları ağırlaşmıştır. Hal böyle olunca, pazardaki aktörlerin yerlerini koruyabilmeleri için alıcı kitlesinin ilgisini çekebilecek her aracı iletim ve tanıtım amacıyla kullanmaları gerekmektedir. Teşebbüslerin, pazarda farklılık yaratmaları için kullanabilecekleri araçlardan birisi de ses markalarıdır. Ses markaları, geleneksel marka anlayışının dışına çıkan ve içinde bulunduğumuz çağın gereklerini yansıtan yeni marka çeşitleri grubunda yer alırlar. Kanımızca, sesin, insanın beş duyusundan birisi olan işitme duyusuna hitap etmesi nedeniyle marka olarak tescil edilebileceğinin kabulü gerekir. Mademki, sözcükler, şekiller, harfler ve sayılar markanın ayırt etme görevini, görme duyusuna hitap ederek yerine getirmektedirler; o halde ses de bir titreşim birliği olarak işitme duyusuna hitap ettiği için marka olarak tescil edilebilmelidir.

A.Tanım

Ses markaları, insanın işitme duyusu ile algılayabildiği, ayırt edici niteliği haiz işaretlerdir.¹⁰ Ses markalarının diğer markalarla kıyaslandıklarında kendilerine özgü benzersiz avantajlarının olduğu görülecektir. Bu avantajların neler olduğu aşağıdaki biçimde saptanabilir:

- Ses markaları, hitap ettikleri alıcı kitlesinde yer alması muhtemel görme engelli kişiler açısından temsil ettikleri malın veya hizmetin tanıtılmasını, teşebbüsün mesajının alıcılara iletilmesini sağlar.

- Görme engeli bulunmayıp okuma yazma bilmeyen alıcılar açısından da ses markası kolaylık sağlar.

¹⁰ Becker, Roman A.;"Kennzeichenschutz der Hörmarke", WRP, 1/2000,s.64.

- Ses markaları, uluslararası platformda dil handikabını aşır geniş sayıda farklı dilden, milliyetten alıcı kitlesine ulaşabilirler.

İnternetin ve uydu alıcılarının kullanılmasının yaygınlaşması gerçeği karşısında, ses markalarının kendilerini kabul ettirmeleri kolaylaşmıştır. Bu nedenle, teşebbüslerin pazarlama ve reklam stratejisi olarak ses markalarını kullanmaları onlara çok sayıda fayda sağlayacaktır. Günümüzde birçok teşebbüs, ses markalarının uhdelerinde bulundurdukları bu gücün ve etkililiğin farkına varmaya başlamışlardır.

B.Ses Markasının Çeşitleri

Ses markaları, markayı oluşturan işaretin niteliğine göre belli başlı üç ana grup altında incelenebilir.¹¹Buna göre,

1. Notalardan Oluşan Ses Markaları

Bu ses markası, seri halinde olan notalardan ya da cingıl dediğimiz tanıtıcı özel müzik parçalarından oluşmaktadır. Genellikle, herkesin, müziğe kabiliyeti olsun ya da olmasın kolayca mırıldanabileceği melodilerden oluşurlar. Bu markaların, sloganlar gibi akılda tutulması ve hatırlanması basittir. Örneğın, cep telefonları üreticileri kendilerine özgü melodileri, markalarının hemen ayırt edilmesi için ses markası olarak tescil ettirmektedirler. Bu cümleden olmak üzere, cep telefonlarında melodinin ses markası olarak kullanımının öncüsünün Nokia® markası olduğunu ifade edebiliriz. Nokia tune adı verilen ve Nokia® marka cep telefonlarının artık klasikleşmiş melodisi olan zil sesi, Francisco Tárrega isimli ünlü bir İspanyol klasik gitar virtüözünün 1902 yılında bestelediği Gran Vals eserinin kısa bir

¹¹Kobialka, L., “**Soundmarks and the registration Process**”, Intellectual Property Law Bulletin, Vol.3 No.1&2, Spring&Fall 1998,s.15.

bölümünden alınmıştır. Nokia'nın klasik hale gelmiş bu melodisi, alıcının sadece sesi duyması yani işitme duyusuna hitap edilmesi ile melodiyi Nokia® markası ile ilişkilendirebilmesini sağlamaktadır. Nokia tune adlı melodinin notalar ile ifade edilen görsel formu şudur:



2. Temalardan Oluşan Ses Markaları

Bu ses markası çeşidi, şarkıların, film müziklerinin, TV yayınlarının temalarından oluşmaktadır. Örneğin the Lone Ranger isimli filmin müziği ABD'de ses markası olarak tescil edilmiştir. Sinema filmlerinin ve TV yayınlarının temalarının, reklamcılık sektöründe güçlü silahlar olduğu bilinmektedir. Bir başka deyişle, bir reklam stratejisi oluşturmak için, belirli bir ürün için bestelenen temalar, ses markası olarak tescil edilebilirler.¹² Özellikle film fragmanlarında kullanılan müziği işiten kişiler, kolaylıkla o müziğin hangi filmi çağrıştırdığını anlayabilirler. Örneğin, herkesçe bilinen “Star Wars” adlı filmin müziği, Star Wars üçlemesi olarak bilinen serinin tamamında kullanılmıştır.

3. Notaya Dökülemeyen Kendine Özgü Ses Markaları

Ayırt edici niteliği olan, malın veya hizmetin kimliğini bildiren fakat notalarla ifade edilemeyen kendilerine has frekanslardan oluşan markalardır. Örneğin, Harley-Davidson motosikletlerinin çıkardığı sesleri bu grupta değerlendirebiliriz. Harley-Davidson firması, USPTO'ya yaptığı başvuruya ilişkin tarifnamede, motosikletlerinin sesini, “Başvuru sahibinin motorlarına ait egsoz sesinden meydana gelen, V-Twin krank motorunun çalışması

¹² Fezer, Markenrecht, § 3, Rdn 272.

esnasında çıkardığı ses” şeklinde ifade etmiştir.¹³ Ne var ki, pazardaki rakip firmaların yoğun itirazları sonucu Harley-Davidson firması sesin marka olarak tescil edilmesi için yaptığı başvurudan caymıştır. Rakip firmalar itirazlarında özetle, kendilerinin motosikletlerinde de V-Twin krank motoru kullanıldığını, işlevsellik doktrini gereği bu tip motor kullanımının tek markanın tekeline bırakılmasının sakıncalı bir durum arz ettiğini, bu tarz bir yaklaşımın haksız rekabet yaratacağını ifade etmişlerdir.

Notaya dökülemeyen kendilerine özgü ses markalarını iki alt grup halinde inceleyebiliriz. Buna göre;

a.Cansız Varlıkların Seslerinden Oluşan Markalar

Belirli bir kaynağı nitelendiren ve hareket halindeki bir nesne ya da bir makine tarafından çıkartılan seslerden oluşan markalardır. Örneğin, Northwestern Bank of Commerce’in reklamında kullandığı sert bir yüzey üzerinde dönerek yuvarlanan madeni para sesi bu gruba girer.¹⁴

b. Canlı Varlıkların Seslerinden Oluşan Markalar

Ayırt edici unsurlu hayvan sesleri bu gruba girerler. Örneğin, Metro Goldwyn Mayer kısaca MGM® olarak bilinen Amerikalı film yapım şirketi ile özdeşleşmiş aslan kükremesi sesi de sesin marka olarak kullanılabilereğini göstermektedir.



¹³ Sapherstein, M.B.; “The Trademark Registrability of the Harley-Davidson Roar:A Mltimedia Analysis”, B.C.Intell.Prop.& Tech.F.101101, 1998, s.2

¹⁴ Kobiałka, L.,1998,s.15

Notaya dökülemeyen bir ses olan aslan kükremesinden oluşan bu markanın, MGM Şirketi tarafından OHIM nezdinde 1996 yılında yapılan tescil başvurusu sonrası yaşanan gelişmeler, bu şekildeki markaların ancak grafiksel gösterim şartının yerin getirilmesi ile tescil edilebileceği gerçeğini ortaya koymuştur. MGM Şirketi tarafından yapılan başvuru, markanın grafiksel gösterimi ile tarifname arasında ilişkilendirilme yapılamadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. MGM Şirketi, karara itiraz etmiştir. Bunun üzerine olay OHIM 4.Temyiz Kurulu'na intikal etmiştir.¹⁵ Kurul, ATAD'ın belirlediği kriterlere gönderme yaparak, grafiksel gösterimin açık, kesin, müstakil, kolay erişilebilir, anlaşılabilir, sürekli ve nesnel bir nitelik taşıması gerektiğini ifade etmiştir. Kurul, grafiksel gösterim için en uygun yöntemin ses spektrogramı olduğunu belirtmiştir. Buna göre, Kurul, grafiksel gösterimde aslan kükremesini oluşturan sesin tonunun, frekans şiddetinin ve zamana göre ilerleyiş biçiminin bulunması gerektiğini saptamıştır. MGM Şirketi, bu karardan 3 yıl sonra, belirlenen grafiksel gösterime uygun olarak hazırlanan ses spektrogramı ile OHIM'e tekrar başvurmuştur. 2008 yılında notalarla ifade edilemeyen bir ses markası olan bu ses, Avrupa Topluluğu Markası olarak tescil edilmiştir.

II. Sesin Marka Olarak Tescil Edilmesi

A. Sesin Marka Olarak Tescil Edilmesini Kabul Eden Sistemler

2.Ses Markasının Sınâî Mülkiyet Haklarına Dair Uluslararası Anlaşmalar Açısından İncelenmesi

19.yy'ın sonlarından başlayarak günümüze değin uzanan zaman aralığında uluslararası platformda sınâî mülkiyet haklarına dair pek çok anlaşma imzalanmıştır. Bu anlaşmaların imzalanmasındaki ana gaye ülkelerin uygulamaları arasında birlik oluşturmak,

¹⁵ OHIM Dördüncü Temyiz Kurulu, R 781/1999-4, 29 Eylül 2003

onların birlikte hareket etmelerini sağlamaktır. İfade edelim ki, bu anlaşmalar sayesinde sınaî mülkiyetin temel prensipleri de şekillenmiştir. İncelemekte olduğumuz ses markası, geleneksel olmayan yeni bir marka çeşidi olduğu için burada ses markasına değinen anlaşmaları ele alacağız.

a. Markaların Uluslararası Tescili ile İlgili Madrid Anlaşması'na İlişkin Protokol

Ülkemizin de taraf olduğu bu protokolde özellikle ses markası ifadesinin geçtiği bir madde düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, Madrid sistemine göre (Madrid Anlaşması ve Madrid Protokolü) yapılacak başvurularda kullanılması gereken başvuru formlarında ses markası ifadesine yer verilmiştir. Buna göre;

Sadece Madrid Anlaşması'na göre yapılacak başvurularda kullanılan MM1 formunda, sadece Madrid Protokolü'ne göre yapılacak başvurularda kullanılan MM2 formunda ve hem Madrid Anlaşması'na hem Madrid Protokolü'ne göre yapılacak başvurularda kullanılan MM3 formunda 9 numaralı muhtelif ifadeler kısmında (d) fıkrasında ses markası için birer kutucuğa yer verilmiştir.

b. Marka Kanunları Hakkında Singapur Anlaşması

1994 yılında Cenevre'de kabul edilen Marka Kanunu Anlaşması'nın çağın gereklerine göre yeniden gözden geçirilip adapte edilmesi amacıyla 13-28 Mart 2006 tarihleri arasında Singapur'da bir diplomatik konferans düzenlenmiştir. Bu diplomatik konferansın neticesinde Marka Kanunları Hakkında Singapur Anlaşması imzalanmıştır. Ülkemiz bu anlaşmayı imzalamış olmakla beraber henüz anlaşmaya taraf olması için gereken vecibeleri tamamlamamıştır. Bugün itibarıyla 17 ülke, resmi katılım belgelerini sunmuştur. Anlaşmanın

28.2 maddesinde yer alan en az 10 devletin ya da hükümetler arası örgütün resmi katılım belgelerini sunmuş olmaları şartı gerçekleştiği için anlaşma yürürlüktedir.¹⁶

Marka Kanunları Hakkında Singapur Anlaşması ile birlikte geleneksel olmayan markalara yer verilmiştir. Bu cümleden olmak üzere, görsel olmayan markalar sınıfında ele alınan ses markalarına da anlaşmanın uygulanması kabul edilmiştir. Anlaşmanın eki olan Yönetmelikte 3. madde tahtında ele alınan “Başvuruya İlişkin Detaylar” başlıklı bölümde 6.fıkarda görsel olmayan markalara ilişkin başvurunun ne şekilde yapılacağına dair açıklamalar yapılmıştır. Anılan fıkarda, görsel olmayan marka için yapılacak başvurularda, akit tarafın kendi mevzuatına uygun olarak, markanın grafiksel gösterimi, markanın çeşidini belirten bir beyan ve markaya ilişkin detayları talep edebileceği ifade edilmiştir.

3.Ses Markasının Karşılaştırmalı Hukuk Açısından İncelenmesi

a.ABD Sınai Mülkiyet Sistemine Göre Ses Markası

ABD, sınaî mülkiyet sisteminde ses markaları 4 Nisan 1950 tarihinden bu yana tescil edilmektedir. ABD Federal Marka Hukukunu şekillendiren ve 1946 yılında kabul edilen Lanham Marka Kanunu (the Lanham Trademark Act) §2.52’de markaya ait çizim şekilleri ve türlerinin nasıl olması gerektiği hususu düzenlenmiştir.¹⁷ Anılan maddede markanın tarifine ilişkin 5. fıkarda (e) bendinde ses markalarının tescilinde çizimle görüntülenebilme şartının aranmayacağı, bununla birlikte başvuranın markayı anlatan detaylı bir tarifname hazırlamak zorunda olduğu belirtilmiştir. Lanham Marka Kanunu’na göre ses markaları tescil edilmektedir.

¹⁶ http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=30

¹⁷ <http://www.uspto.gov/web/offices/tac/tmlaw2.pdf>.

Amerika Birleşik Devletleri Patent ve Marka Ofisi (United States Patent and Trademark Office)(kısaca USPTO) bünyesinde yer alan Marka Muhakeme ve Temyiz Kurulu (kısaca TTAB) kararlarında, ses markalarını tartışan ilk karar 1978 yılında verilen In re General Electric Broadcasting Co. Kararı'dır. ¹⁸Radyo yayını yapan General Electric Broadcasting Şirketi, radyo yayını hizmetleri için kampana sesini marka olarak tescil ettirmek istemiştir. Şirketin hareket noktası, radyo istasyonunu belirten harfler olan WJIB harflerinin denizcilik terminolojisinde kullanılan JIB harflerini ¹⁹ çağrıştırmasıdır. Başvuruda ses markası "Dört saatlik bir zaman dilimi içinde, ilk yarım saat sonunda tek çalış ve sonraki her yarım saatte, bir önceki çalış sayısından bir fazla olarak çalınan çan sesi" şeklinde tarif edilmiştir. USPTO, bu başvuruyu, denizcilikte zamanı bildirmek için geleneksel olarak kullanılan sıralı çan seslerinin, radyoda kullanılmasıyla bir hizmet markası olarak tescil edilmesini bağdaştıramamıştır. Olay, TTAB'ye intikal etmiştir. TTAB, bu işaretin, hizmet sağlayıcısının hizmetlerini belirtmediği ve ayırt edici niteliği bulunmadığı için marka olarak tescil edilemeyeceğini ifade etmiştir. Hakim Lefkowitz gerekçeli kararında, ses markasının işitsel algılanmasının geçici olduğunu, ancak niteliği gereği ayırt edici olup işitildiğinde dinleyicinin bilinçaltını uyaran ve belirli bir menşe ile ilişkilendirilebilen seslerin marka olarak tescil edilebileceğini ifade etmiştir.²⁰ ABD Federal Marka Hukuku'nda bu karar belirleyici olmuştur. Bu karardan sonra, ses markasının tescili için başvuruda bulunacak kişiler, ses markasının ayırt edici niteliği haiz olduğunu ispat etmekle yükümlü kılınmışlardır. Bu karardan sonra ilk olarak 4 Nisan 1950 yılında NBC Şirketi, radyo programı yayınları için seri

¹⁸ <http://www.uspto.gov/web/offices/com/sol/foia/ttab/other/2001/75064130.pdf>

¹⁹ JIB terimi İngiliz Deniz Hukuku Terminoloji'sinde folk yelkeni anlamına gelmektedir. Folk,yelkenli teknelerdeki ana yelkenin yanında yer alan küçük bir yelkendir.

²⁰ Kobiałka, L.,1998,s.2

halindeki üç çan sesini tescil ettirmiştir. Takip eden yıllarda farklı sesler marka olarak tescil edilmiştir. Örneğin, J.R.Freeman & Son Şirketi, Johann Sebastian Bach'ın "Air on a G String" adlı keman ve piyano konçertosunun içinden alınmış bir melodiyi tütünleri için tescil ettirmiştir. Northwestern Bank of Commerce, sert bir yüzey üzerinde yuvarlanarak hareket eden madeni paranın dönerken çıkardığı sesi, paranın dönüşü esnasındaki görüntüsü ile birlikte marka olarak tescil ettirmiştir. Coca-Cola'nın bilinen birkaç tane reklam müziğinden (cingıl) birisi olan "Her Zaman Coca Cola" ReReReSolMiDo notaları ile oluşturulmuş bir ses markasıdır.

b.Avrupa Birliği Sınâî Mülkiyet Sistemine Göre Ses Markası

Avrupa Birliği Mevzuatında, 89/104 no.lu Avrupa Birliği'nin Marka Hukuku Yönergesi'nin 2. maddesi ve 40/94 sayılı Topluluk Marka Tüzüğü'nün 4.maddesi tahtında markanın tanımı yapılırken ses kavramı maddenin lafzında açıkça yer almamaktadır. Bununla birlikte gerek Yönerge'de gerek Tüzük'te sesin marka olarak tescil edilmesi hali de hiçbir madde ile yasaklanmamıştır. Hatta Marka Direktifleri Protokolü'nde Konsey'in ve Komisyon'un ayırt edicilik unsuru olan seslerin marka olarak tescilinde Yönerge'nin 2. maddesini yumuşak yorumladıkları ve seslerin Avrupa Topluluğu Markası olarak tescil edilebileceği hususunda anılan maddenin engel oluşturmayacağı kanaatini taşıdıkları görülmektedir.²¹

Avrupa Topluluğu bünyesindeki uyuşmazlıklar, bilindiği üzere Avrupa Topluluğu Adalet Divanı tarafından, çözümlenmektedir.²² ATAD'ın, seslerin marka olarak tesciline ilişkin birtakım kriterleri belirlediği "Shield Mark BV v.Joost Kist (Memex) Davası"

²¹ Karasu, R.; "Ses Markaları", Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi (FMR), Yıl:7, Cilt:7, Sayı:2007/2, 2007, s.40

²² Özcan, M.; "Avrupa Birliği'nde Fikri ve Sınai Haklar", Ankara, 1999, s.38.

²³ses markalarına bakış açısını şekillendiren bir davadır. Zira bu dava sonucunda ATAD, 89/104 sayılı Yönerge'nin 2.maddesinin yorumundan anlaşılması gerekenin ne olduğunu ortaya koymuştur. Anılan davanın konusunu teşkil eden olay şu şekilde cereyan etmiştir:

Davacı Shield Mark Şirketi, 1993-1999 yılları arasında Benelüks Marka Ofisi'nde 14 adet ses markası tescil ettirmiştir. Bu ses markaları arasında, Ludwig van Beethoven'ın "Für Elise" adlı bestesinin ilk dokuz notasının alınması suretiyle yapılan uyarlama, Hollanda'da horoz sesi olarak bilinen Kukelekuuuuu sesi yer almaktadır. Shield Mark Şirketi, Für Elise bestesinin ilk dokuz notasından oluşturulan ses markasını, 1992'de radyolarda jingle olarak kullanmıştır. Horoz sesinden oluşan ses markasını da bir bilgisayar yazılımının sesi olarak kullanmıştır. Davalı Joost Kist, reklam kampanyasında Für Elise bestesinin ilk dokuz notasından oluşan melodiyi tanıtım faaliyetlerinde 1995'te kullanmıştır. Kist, bununla kalmayarak, tıpkı Shield Mark'ın yaptığı gibi, bir bilgisayar yazılımı için de horoz sesini kullanmıştır. Bunun üzerine Hollanda'da bir dava ikame edilmiştir. Dava, ilk derece mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Shield Mark, temyiz yoluna giderek Hollanda Yüksek Mahkemesi'ne başvurmuştur. Hollanda Yüksek Mahkemesi, huzurdaki davanın aydınlatılması için ATAD'dan ona yönelteceği soruları cevaplayarak görüş bildirmesini talep etmiştir. Hollanda Yüksek Mahkemesi'nin sorusunun özü, 89/104 sayılı Direktif'in marka olarak tescil edilebilecek işaretlerle ilgili 2.maddesinin seslerin marka olarak tescilinde engel nitelikli bir hüküm gibi yorumlanıp yorumlanamayacağıdır. Bunun üzerine ATAD, hayvan sesleri gibi doğal seslerin (Örneğin horoz sesi olarak ifade edilen sesin) ve nota uyarlamalarının (Örneğin Beethoven'ın piyano için bestelediği Für Elise bestesinin ilk dokuz notasının alınması suretiyle yapılan uyarlama) da marka olarak tescil edilemeyeceği yönünde

²³ European Intellectual Law Review, London Index, 2002, N-7

karar vermiştir. ATAD, görsel olarak algılanamayan işaretlerin ancak çizimle görüntülenebildikleri müddetçe tescil edilebileceğini belirtmiştir. Bununla birlikte, çizimle görüntülenebilme kriterinin ise, özellikle şekil, çizgi ya da karakterlere dayanması ve açık, kesin, müstakil, kolay erişilebilir, anlaşılabilir, sürekli ve nesnel bir nitelik taşıması gerektiğini de vurgulamıştır. Bundan hareketle ATAD, seslerin yazıya dökülmüş biçiminin çizimle görüntülenebilme koşulunu yerine getiremeyeceğini ifade etmiştir. ATAD, anılan kararında, seslerin marka olarak tescil edilebilmesi için birtakım kıstaslarla ilgili önemli ipuçları da vermiştir. Buna göre, marka olarak tescil edilebilecek bir ses, çizgilere bölünmüş bir portrede bir sol anahtar (bas, alto ya da tenor), müzik notaları (semibreve, iki dörtlük nota, crotchet, quaver, semiquaver vs.) ve esler (semibreve, mini, crotchet, quaver vs.) ile gerektiğinde (tiz, bemol ve naturel gibi) müzikal terimlerin oluşturduğu görsel ve grafiksel bir ifade arz etmelidir.

ATAD'ın anılan kararında saptadığı unsurlar ve yaptığı çıkarımlardan anlaşılacağı üzere Avrupa Birliği Sınai Mülkiyet sisteminde, sesler marka olarak tescil edilmektedir. İç Pazarda Uyumlaştırma Ofisi (OHIM) nezdinde Avrupa Topluluk Markası olarak ses markalarının tescili yapılmaktadır. OHIM nezdinde yapılan başvurulara ait istatistiki bilgileri içeren aşağıdaki tablo, ses markaları için yapılan tescil başvuruları hususunda net bilgiler vermektedir. Buna göre, 1996-2008 yılları arasında 103 adet, 2009 yılında ise 19 adet ses markası başvurusu yapılmıştır.²⁴

²⁴ <http://oami.europa.eu/pdf/office/SSC009-Statics>

| Tipo de marca Art der Marke Type of mark Type de marques Tipo de marchio | 1996 - 2008 Solicitudes Anmeldungen Applications Demandes Domande | % Mundo Welt World Monde Mondo | 2009 Solicitudes Anmeldungen Applications Demandes Domande | % Mundo Welt World Monde Mondo | Total Ingesamt Total Total Totale | % Mundo Welt World Monde Mondo |
|--|--|---|---|---|---|---|
| Word Mark | 457,775 | 62.17 | 45,566 | 58.14 | 503,341 | 61.78 |
| Figurative | 266,677 | 36.21 | 31,998 | 40.83 | 298,675 | 36.66 |
| Colour | 5,976 | 0.81 | 283 | 0.36 | 6,259 | 0.77 |
| 3D | 5,200 | 0.71 | 416 | 0.53 | 5,616 | 0.69 |
| Other | 604 | 0.08 | 89 | 0.11 | 693 | 0.09 |
| Sound | 103 | 0.01 | 19 | 0.02 | 122 | 0.01 |
| | 34 | 0.00 | | | 34 | 0.00 |
| Hologram | 9 | 0.00 | | | 9 | 0.00 |
| Olfactory | 7 | 0.00 | | | 7 | 0.00 |
| Total Ingesamt Total Total Totale | 736,385 | 100.00 | 78,371 | 100.00 | 814,756 | 100.00 |

Başvurusu yapılan ses markaları arasından tescil edilenlere ilişkin istatistikî bilgi ise aşağıdaki tabloda yer almaktadır. Buna göre 1997-2008 yılları arasında 69 adet, 2009 yılında ise 15 adet ses markası tescil edilmiştir.

| Tipo de marca Art der Marke Type of mark Type de marques Tipo de marchio | 1997 - 2008 Marcas Registradas Gezeichnete Registered Trade Marks Marchés Registrés Marchi Registrati | % Mundo Welt World Monde Mondo | 2009 Marcas Registradas Gezeichnete Registered Trade Marks Marchés Registrés Marchi Registrati | % Mundo Welt World Monde Mondo | Total Ingesamt Total Total Totale | % Mundo Welt World Monde Mondo |
|--|--|---|---|---|---|---|
| Word Mark | 313,520 | 61.76 | 47,421 | 58.46 | 360,941 | 61.31 |
| Figurative | 187,854 | 37.01 | 31,592 | 38.95 | 219,446 | 37.27 |
| Colour | 3,383 | 0.67 | 1,767 | 2.18 | 5,150 | 0.87 |
| 3D | 2,552 | 0.50 | 278 | 0.34 | 2,830 | 0.48 |
| Other | 234 | 0.05 | 45 | 0.06 | 279 | 0.05 |
| Sound | 69 | 0.01 | 15 | 0.02 | 84 | 0.01 |
| Hologram | 3 | 0.00 | | | 3 | 0.00 |
| Olfactory | 1 | 0.00 | | | 1 | 0.00 |
| Total Ingesamt Total Total Totale | 607,818 | 100.00 | 81,118 | 100.00 | 688,936 | 100.00 |

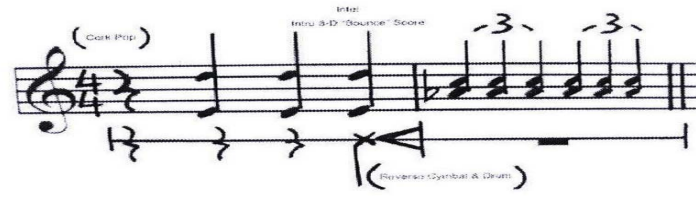
c. Türk Sınai Mülkiyet Sistemine Göre Ses Markası

Marka Hukuku Mevzuatımızın bel kemiği olan 556 sayılı KHK'nın marka olarak tescil edilebilecek işaretlere ilişkin 5.maddesinin lafzında açık ve seçik bir biçimde ses kavramına yer verilmemektedir. Hemen belirtelim ki, Markalar Kanunu Tasarısı Taslağı'nda Markanın İçereceği İşaretler başlıklı 5.maddede de açık ve net bir şekilde sesin marka olarak tescil edilebileceği ifadesine yer verilmemiştir. Buna karşın hem KHK'da hem Tasarı

Taslağı'nda yer alan "...gibi..", "...her türlü işaretler.." şeklindeki ifadeler, marka olarak tescil edilmesine cevaz verilen işaretlerin numerus clausus olmadıklarını ispatlamaktadır. Buna göre, ülkemizde sesler, bir markanın olmazsa olmazlarından (sine qua non) olan "ayırt edicilik" ve "çizimle görüntülenebilme veya benzer bir biçimde ifade edilebilme" unsurlarını haiz oldukları takdirde Türk Patent Enstitüsü tarafından marka olarak tescil edilebilecektir. TPE, başvuru esnasında sese ilişkin kaydı mp3 formatında istemektedir. Ses markası yukarıda yaptığımız sınıflandırmaya göre notalarla ifade edilebilen bir ses markası ise, sesi tarif etmeye yarayan tüm müzik terimleri (sol anahtarı, notalar, esler vs.) bir portre üzerinde gösterilmelidir. Bu portre de jpeg formatında hazırlanmış olarak teslim edilmelidir. Şayet, notalarla ifade edilemeyen ses markası başvurusu yapılacaksa, bu durumda, sesin tonunun, frekans şiddetinin ve zamana göre ilerleyiş biçiminin grafiksel olarak gösterildiği bir ses spektrogramı hazırlanmalıdır. Bununla birlikte, ses markası hakkında detaylı açıklamaların bulunduğu bir tarifname de TPE'ye teslim edilmelidir. Halihazırda TPE'nin web sayfası üzerinden tescil başvurusu yapılmış ses markalarının elektronik ses kayıtlarına erişilebilmektedir. Kamuya sunulan bu ses örnekleri ile ses markasının tescilinde aranan kolay erişilebilirlik, müstakil olma, açıklık gibi kriterlere de ulaşılmaktadır.

12.10.2009 tarih ve 170 sayılı Resmi Marka Bülteni'nde 2 adet ses markası başvurusu ilan edilmiştir.²⁵ Bunlardan birisi intel bilgisayar sesidir. Bu markanın portre üzerindeki gösterimi şu şekildedir:

²⁵ <http://www.turkpatent.gov.tr/portal/default2.jsp?sayfa=295>



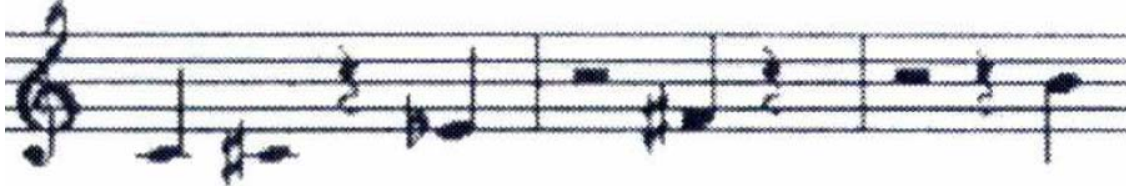
Diğer marka ise, “Önce güneş hava su sonra bol gıda gelir akşama babacığım unutma ülker getir “ sözcüklerinin yer aldığı melodidir. Bu markanın portre üzerindeki gösterimi şu şekildedir:



Türkiye’de ilk defa Destek Patent A.Ş. tarafından bir Türk Markası’nın tescili başvurusu yapılmıştır. Şirket için özel olarak bestelenen melodi, TPE tarafından tescil edilen ilk Türk Ses Markası olarak kayıtlara geçmiştir. Bu ses markasına ilişkin portre aşağıdaki gibidir:



Türkiye’de tescile konu edilen ilk ses markası, 12.11.2007 tarihli marka bülteninde yayımlanan, Siemens AG tarafından başvurusu yapılan 5 tondan oluşan siemens motifi ses markasıdır. Bu markanın grafiksel ifadesi şudur:



B. Sesin Marka Olarak Tescil Edilmesinin Koşulları

Her marka gibi ses markalarının da ayırt edicilik ve çizimle görüntülenebilme veya benzer bir biçimde ifade edilebilme olarak ifade edilen iki ana kriteri karşılaması gerekir.

1. Ayırt Edicilik Koşulu

Tescil başvurusu yapılan ses markasını oluşturan işaretin, tescile konu edilen mal ya da hizmetleri, başka teşebbüslerin mal ya da hizmetlerinden ayırt etmesi gerekir. 556 sayılı KHK kapsamında tescil başvurusu incelenirken m.7’de belirtilen mutlak red nedenlerinin olup olmadığına bakılır.²⁶ Örneğin, m.7/1-c gereğince, süt ürünleri için inek sesi olan Möööööö sesi; m.7/1-j gereğince, ezan sesinden alınmış sesler marka olarak tescil edilemezler. 556 sayılı KHK m.7/1-a’da “5.madde kapsamına girmeyen işaretlerin” marka olarak tescil edilemeyeceği belirtilmiştir. Bu cümleden olmak üzere, sesin, ayırt etmeye ve çizimle

²⁶ Yasaman, “**Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi**”, Cilt I, İstanbul, 2004, s.223.; Noyan, E.; “**Marka Hukuku**”, Ankara, 2009, s.84.

görüntülenebilme veya benzer bir biçimde ifade edilebilmeye elverişli olması gerekir. Sesin, ayırt edici niteliği olmadığından bahisle başvurunun reddedilmesi, 556 sayılı KHK m.7/2 tahtında sesin marka olarak tesciline engel teşkil etmeyecektir. Çünkü anılan maddede, kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanan seslerin marka olarak tescil edilebileceği hükme bağlanmıştır.

2. Görsel Olarak İfade Edilme Koşulu

Yukarda ATAD'ın emsal kararına ilişkin yaptığımız açıklamalarda olduğu gibi ses markasının notalarla ifade edilen portre üzerindeki görsel sunumu ile notalarla ifade edilemeyen ses spektrogramlarının açık, kesin, müstakil, kolay erişilebilir, anlaşılabilir, sürekli ve nesnel bir nitelik taşıması gerekmektedir. Portre üzerinde detayları (vurum, ritm, notalar, esler) gösterilmiş olan ses markalarının 556 sayılı KHK m.5'e göre grafiksel gösterim koşulunu yerine getirdikleri TPE nezdinde yer alan YİDK tarafından tespit edilmiştir. Kurul'un 2007-M-5778 sayılı kararında bu husus şu şekilde ifade edilmiştir:

“.....başvuru numaralı nota anahtarı üzerinde yer alan notalar ve müziksel işaretlerden oluşturulmuş başvurunun 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 7/1-(a) bendi kapsamında reddedilmesi kararına karşı yapılan itiraz incelenmiştir. İnceleme sonucunda Kurul aşağıdaki yargılara varmıştır:

- 1- Başvuru dilekçesinde belirtildiği üzere, başvuru bir ses markasıdır.
- 2- Ses markaları çizimle görüntülenebilme (grafik gösterim) şartını yerine getirebilirler. İncelenen başvurunun grafik gösterimi nota anahtarı üzerinde belirtilmiş notalar ve işaretlerdir.
- 3- Başvuru sahibi itiraz aşamasında tescili talep edilen sesi içeren elektronik kaydı ve marka tarifnamesini Enstitü'ye iletmiştir.

4- Grafik gösterim, ses kaydı ve tarifnamenin birlikte değerlendirilmesi sonucu Kurul, başvurunun 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 5.maddesinde belirtilen marka olabilme ve ayırt edicilik sağlama koşullarını yerine getirdiği kanaatine varmıştır.

5- Bu bağlamda, ret kararından dönülmesi gerekmiştir.”

Sonuç olarak, TPE nezdinde ses markası başvurusu yapılırken yukarıdaki koşulları taşıyan işaretin tarifini içeren tarifnamenin, mp3 formatında ses kaydının, JPEG formatında ses kaydını oluşturan marka örneğinin ibraz edilmesi gerekmektedir.

§3. KOKU MARKALARI

I. Genel Olarak

Koku markaları da tıpkı ses markaları gibi geleneksel olmayan ses markaları grubunda yer alırlar. Koku markaları, beş duyumuzdan biri olan koklama duyumuza hitap ederler. Kokuların, zihinde birtakım imajları çağrıştırmaları, benliğimizin derinliklerindeki hassas noktalara daha kolay temas etmeleri, bizi içinde bulunduğumuz zamandan alıp geçmişteki bir anıyı canlandırma kabiliyetleri, onların reklam ve pazarlama alanında etkin aktörler olmalarını sağlamıştır.²⁷ Kokular, ticaret hayatında satışları arttırmak için de kullanılmaktadır. Örneğin ünlü İngiliz gömlek markası Thomas Pink, mağazalarında taze yıkanmış pamuk kokusu püskürten bir sistem kullanmaktadır. Bu uygulamayı dünyanın neresinde olursa olsun her mağazasında yapan Thomas Pink, bu sayede gömlek sektöründe bir özgünlük, ayırt edici bir nitelik yaratmaya çalışmaktadır. Bununla birlikte, tüketicilerin markayla duygusal bir bağ kurması ve marka sadakatine sahip bir alıcı kitlesi oluşturulması da hedeflenmektedir.²⁸

²⁷ Lindstrom, M.; **“Duyular ve Marka”**, Birinci Basım, Optimist Yayınları, İstanbul 2006,s.26.

²⁸ Hudson, A.; **“Firm wins wacky scent market with T-Rex breath”**, Nampa Reuters, 2004(<http://www.nambian.com>)

A.Tanım

Belli bir kimyasal formülle ifade edilebilen, ayırt edici niteliği haiz kokulardan oluşan markaya koku markası denir. Koku markasının en önemli avantajı evrensel bir dil kullanması ve dünyanın her tarafındaki insanları ortak bir algısal zeminde toplayabilmesidir. Mal ve hizmetlerinde kokuyu marka olarak kullanan teşebbüslerin hitap ettikleri alıcı kitlesini yani algılanma ağını genişletme hususunda rakiplerine fark atabilmeleri de koku markasının bir başka avantajıdır.

II. Kokunun Marka Olarak Tescil Edilmesi

A. Kokunun Marka Olarak Tescil Edilmesini Kabul Eden Sistemler

1. Koku Markasının Sınâî Mülkiyet Haklarına Dair Uluslar arası Anlaşmalar Açısından İncelenmesi

Koku markalarına değinen tek anlaşma Marka Kanunları Hakkında Singapur Anlaşması'dır. Yukarıda belirttiğimiz gibi 13-28 Mart 2006 tarihleri arasında Singapur'da düzenlenen diplomatik konferans neticesinde imzalanan bu anlaşma ile geleneksel olmayan marka türlerine var olma hakkı tanınmıştır. Bu cümleden hareketle, görsel olmayan markalar sınıfında ele alınan koku markalarına da anlaşmanın uygulanması kabul edilmiştir. Anlaşmanın eki olan Yönetmelik'te 3. madde tahtında ele alınan "Başvuruya İlişkin Detaylar" başlıklı bölümde 6.fıkroda görsel olmayan markalara ilişkin başvurunun ne şekilde yapılacağına dair açıklamalar yapılmıştır. Anılan fıkroda, görsel olmayan marka için yapılacak başvurularda, akit tarafın kendi mevzuatına uygun olarak, markanın grafiksel gösterimi, markanın çeşidini belirten bir beyan ve markaya ilişkin detayları talep edebileceği ifade edilmiştir. Demek ki, marka örneği, markanın grafiksel olarak ifadesi ve markayı

oluşturan kokuyu anlatan bir tarifname ile yapılacak başvurular ile koşulları var ise koku, marka olarak tescil edilebilecektir.

2. Koku Markasının Karşılaştırmalı Hukuk Açısından İncelenmesi

a.ABD Sınai Mülkiyet Sistemine göre Koku Markası

ABD, sınaî mülkiyet sisteminde koku markaları 1990 yılından bu yana tescil edilmektedir. 1990 yılında, ABD’de tek kokulu iplik üreticisi olan Celia Clark d/b/a Clarke’s OSEWEZ, “Plumeria çiçeği kokusunu andıran yüksek etkili, taze, çiçeksi koku” olarak tarif ettiği kokuyu tescil ettirmek istemiştir. ²⁹USPTO, halkın, koku ile ürünü ilişkilendiremeyeceği gerekçesiyle başvuruyu reddetmiştir. Başvuru sahibinin itirazı üzerine TTAB, başvuruyu, kokunun, ürünün doğal bir özelliği olup olmadığı, kokunun ikincil anlamının oluşup oluşmadığı yani başvuru sahibinin, müşteriler tarafından adı geçen ürünün ticari kaynağı olarak bilinip bilinmediği noktalarından ele almıştır. Bu değerlendirme neticesinde TTAB, kokunun ayırt edici niteliği olduğundan bahisle kokunun marka olarak tescil edilebileceği yönünde karar vermiştir. In re Clarke davası olarak bilinen bu dava ile ilk koku markasının tescili yapılmıştır. Bu karardan sonra birkaç tane koku markasının tescili yapılmıştır. Örneğin, yakıt katkı maddesi için çilek kokusu, bilgisayar toner kartuşları için limon kokusu koku markası olarak tescil edilmiştir. Hemen belirtelim ki, koku markalarının Lanham Act hükümleri dairesinde tescil edilmesi de söz konusudur. Lanham Marka Kanunu (the Lanham Trademark Act) §2.52 maddesinin 5. fıkrasında (e) bendinde koku markalarının tescilinde çizimle görüntülenebilme şartının aranmayacağı, bununla birlikte başvuranın markayı anlatan detaylı bir tarifname hazırlamak zorunda olduğu belirtilmiştir.

²⁹ Hammersley, F.;”**The Smell of Success:Trade Dress Protection For Scent Marks**”, Marq.Int.Prop.Law Review, Volume 2, s.105., Churovich, D.;”**Scientific ObstaclesTo Scent Marks**”, Saint Louis University Public Law Review, Volume:20, s.293.

b. Avrupa Birliği Sınai Mülkiyet Sistemine Göre Koku Markaları

Avrupa Birliği Mevzuatında, 89/104 no.lu Avrupa Birliği'nin Marka Hukuku Yönergesi'nin 2. maddesi ve 40/94 sayılı Topluluk Marka Tüzüğü'nün 4.maddesi tahtında markanın tanımı yapılırken koku kavramı maddenin lafzında açıkça yer almamaktadır. Bununla birlikte gerek Yönerge'de gerek Tüzük'te kokunun marka olarak tescil edilmesi hali de hiçbir madde ile yasaklanmamıştır. Bu anlamda olmak üzere, örneğin, yün, ayakkabı bağı, tuvalet kağıdı, cep mendili gibi nesnelere için koku marka olarak tescil edilebilir.³⁰

Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, kokuların marka olarak tesciline ilişkin bir kararı ile geleneksel olmayan marka çeşitleri için mihenk taşı olan Sieckman kriterlerini belirlemiştir.³¹ Olay şu şekilde cereyan etmiştir:

Ralf Sieckmann adlı Alman Patent vekili, Alman Marka Ofisi nezdinde reklam, iş idaresi ve büro hizmetleri, eğitim, eğlence ve spor gibi çeşitli hizmetler için marka tescil başvurusu yapmıştır. Sieckmann'ın yaptığı başvuruda kullandığı tarifnamede, markaya ilişkin olarak $C_6H_5-CH=CHCOOCH_3$ kimyasal formülünün yanısıra “hafif tarçınımsı, yumuşak meyveli koku” şeklinde bir tarif de yer almaktadır. Bununla birlikte, kokuya ait numune de saklama kabı içerisinde başvuruya eklenmiştir. Alman Patent ve Marka Ofisi, Alman Markalar Kanunu m.3 ve m.8/1 ışığında olayı irdelemiş ve bu maddelerin ruhu ile tescilin bağdaşmadığından bahisle başvuruyu reddetmiştir. Sieckmann, derhal buna itiraz etmiştir. Bunun üzerine olay, Federal Patent Mahkemesi'ne intikal etmiştir. Federal Mahkeme, Alman Markalar Kanunu m.3 anlamında kokunun marka olarak tescil edilebileceğine karar vermiştir.

³⁰ Fezer, Markenrecht, § 3, Rdn 282.

³¹ ECJ:Ralf Sieckmann v. Deutsches Patent und Markenamt, C 273/00, 12 Aralık 2002.

Ne var ki, m8/1'de yer alan grafiksel ifade hususu müphem kaldığı için mahkeme, olaya ilişkin görüş bildirmesi için ATAD'a başvurmuştur. Burada, ATAD'dan beklenen 89/104 sayılı Direktif'in 2.maddesinin görsel olarak ifade edilemeyen koku kavramına uygulanıp uygulanmayacağı ile kokunun acaba bir kimyasal formül ile, kokuya ait numunenin teslimi ile başvurunun yapılıp yapılamayacağı hususlarını aydınlatması olmuştur. ATAD, görsel olarak algılanmasa da grafiksel ifade koşulunu yerine getiren işaretlerin marka olarak tescil edilebileceğine, bu grafiksel olarak ifade edilme koşulunun, sicil hukuka egemen olan ilkeler nedeniyle gerekli olduğuna, grafiksel gösterim ile nesnel bir ifade yakalanabileceğine karar vermiştir. ATAD, bir koku işaretini belirtmek için kimyasal formül, tarifname ve kokunun numunesinin sunulmasının, işaretin, grafiksel olarak ifade edilmesi koşulunu yerine getirmeyeceğini de belirtmiştir. Devamla, grafiksel gösterim için; açık, kesin, müstakil, kolay erişilen, kalıcı ve nesnel olma kriterlerini belirlemiştir. İşte bu kriterler, Sieckmann kriterleri olarak tarihe geçmiştir. Bu kriterlerin ATAD tarafından saptanması sonrasında, Avrupa Birliği üyesi çoğu devlette kokunun marka olarak tescili zorlaşmıştır. Hemen belirtelim ki, bu karar alınmadan evvel, OHIM'in Topluluk Markası olarak tescil ettiği ve tarifnamede "taze kesilmiş çim kokusu" olarak tarif edilen bir koku tenis topları için tescil edilmiştir. Ne var ki, u koku işareti marka olarak başvurusu alınır alınmaz kolayca tescil edilmemiştir. Başvuruya yapılan itirazın OHIM İkinci Temyiz Kurulu'na intikal etmesi ve Kurul'un, "Taze kesilmiş çim kokusu, herkesin anında tanıyabileceği ayırt edici bir kokudur. Birçok insan için taze kesilmiş çim kokusu; baharı, yazı, oyun sahalarını ve buna benzer deneyimleri çağırır" şeklindeki gerekçeli kararından sonra tescil edilebilmiştir. Halihazırda, OHIM tarafından 1997-2008 yılları arasında tescil edilmiş sadece 1 adet koku markası mevcuttur. Oysa ki, 1996-2008 yılları arasında, 7 adet koku markası için tescil başvurusu yapılmıştır.

c. Türk Sınâî Mülkiyet Sistemine Göre Koku Markası

556 sayılı KHK'nın marka olarak tescil edilebilecek işaretlere ilişkin 5.maddesinin lafzında açık ve seçik bir biçimde koku kavramına yer verilmemektedir. Hemen belirtelim ki, Markalar Kanunu Tasarısı Taslağı'nda Markanın İçereceği İşaretler başlıklı 5.maddede de açık ve net bir şekilde kokunun marka olarak tescil edilebileceği ifadesine yer verilmemiştir. Buna karşın, maddede sayılan çizimle görüntülenebilme veya benzer şekilde ifade edilebilme koşulunun yerine getirilmesi hayli zor bir hadisedir. 89/104 sayılı Yönerge'nin 2.maddesini olduğu gibi 556 sayılı KHK'nın 5.maddesine taşıyan ülkemizin, Sieckmann kriterlerini dikkate alacağı kanaatindeyiz. Hal böyle olunca, kokunun kimyasal formülünün başvuruda belirtilmesinin ve kokuya ilişkin sunulan numunenin de buna eklenmesinin, grafiksel bir ifade olmaksızın Sieckmann kriterlerine uygun olmayacağı kanaatindeyiz. Unutulmamalıdır ki, numune olarak sunulan kokuyu oluşturan kimyasal bileşenler, uygun koşulda saklanmadıkları takdirde bozulabilirler. Salt bu durum dahi, kalıcılık kriterini karşılayamamaya yol açabilir. İfade etmek gerekir ki, henüz TPE tarafından ülkemizde tescil edilmiş bir koku markası yoktur.

B. Kokunun Marka Olarak Tescil Edilmesinin Koşulları

Her marka gibi koku markalarının da ayırt edicilik ve çizimle görüntülenebilme veya benzer bir biçimde ifade edilebilme olarak ifade edilen iki ana kriteri karşılaması gerekir.

1. Ayırt Edicilik Koşulu

Tescil başvurusu yapılan koku markasını oluşturan işaretin, tescile konu edilen mal ya da hizmetleri, başka teşebbüslerin mal ya da hizmetlerinden ayırt etmesi gerekir. Bugün halen koku işaretinin tam bir ayırt ediciliğe sahip olduğu hususu netleşmemiştir. Kanaatimizce, bunda yukarıda izah ettiğimiz gibi, kokuyu temsil eden kimyasal bileşenin dış

etkenlerle reaksiyona geçerek zaman içinde yapısının değişmesi tehlikesi etkilidir. Bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini, diğerlerinin mal ve hizmetlerinden ayıran bir koku markasının, temsil ettiği ürünün imalathaneden çıkıp alıcı kitlesine ulaşması süresince, maruz kalabileceği etkenler sonucu değişime uğraması muhtemeldir. Koku kavramına ilişkin ayrıntılı incelemeyi yaptığımız birinci bölümde koku çeşitlerini doğal koku ve yapma (imal edilen) koku olarak iki başlık altında incelemiştik. Doğal kokuların ayırt ediciliği tek başlarına yoktur. O nedenle doğal kokuların marka olarak tescil edilmeleri pek mümkün değildir. Ancak, koku ile doğal olarak, kendiliğinden bağlantılı olamayan mal ve hizmetler için doğal koku ayırt edici olabilir. Örneğin, bilgisayar toner kartuşları için limon kokusunun ABD’de marka olarak tescil edilmesi bu açıklamalarımızı tevsik eder niteliktedir. Yapma kokular ise doğal kokuların sınırlı olması gerçeği karşısında algıyı genişleten bir yelpaze sunarlar. Kanaatimizce yapma kokular grubunda bulunan parfümlerin zaten temel amacı koku vermek olduğu için marka olarak tescil edilmemelidirler. ARKAN’a göre de, parfümlerde kullanılan koku, mala asli, temel değerini vermektedir.³² Bu nedenle marka olarak kullanılmamalıdır. Kokuların tescili için getirilen grafiksel biçimde ifade edilebilme koşulunu yerine getirmek mecburiyetinde kalan parfüm üreticilerinin, kokunun formülüne ilişkin sırrı kamu ile paylaşması gerekecektir. Günümüzde, parfüm üreticileri, bunu bir ticari sır olarak kendilerine saklamayı yeğlemektedirler.

2.Görsel Olarak İfade Edilme Koşulu

Yukarıdaki açıklamalarımızda belirttiğimiz gibi, koku işaretini belirtmek için kimyasal formül, tarifname ve kokunun numunesinin tek başlarına başvuru esnasında sunulmaları, işaretin, grafiksel olarak ifade edilmesi koşulunu yerine getirmeyecektir. Sieckmann kriterlerinde yer verildiği üzere, grafiksel gösterim için açık, kesin, müstakil,

³² Arkan, S.; 1997, s.86.

kolay erişilen, kalıcı ve nesnel olma vasıflarının kokuda bulunması gerekecektir. İşte bu kriterler nedeniyle, koku markası olarak tescil ettirilmek istenen işaretin tescili günümüz koşullarında, eldeki mevcut teknoloji ile zor görünmektedir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SES VE KOKU MARKALARINDA HUKUKSAL KORUMA ARAÇLARI

Ş1. SES VE KOKU MARKALARININ KORUNMASI

Çalışmamızın birinci bölümünde, sesin, kişilik hakkı olarak korunmasının nasıl olacağı hususunu aydınlatırken bu konuya değinmiştik. Aşağıda, ses ve koku markalarında hukuksal koruma araçlarını daha geniş bir açıdan ele alacağız.

I. Ses ve Koku Markalarına Tecavüz

A. Sözleşmeye Aykırılık

Gerek ses gerekse koku markalarının hukuksal koruması bu markaların ihlal edilmesi halinde gündeme gelir. Bu ihlal taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi mevcut ise sözleşmeye aykırılık olarak karşımıza çıkabilir. Örneğin, ses veya koku markasına ilişkin lisansın devrine ilişkin akdedilen sözleşmede, lisans alan kişi,başkalarına alt lisans verme yetkisine sahip olmadığı halde,başkalarına markanın alt lisansını verirse sözleşmeye aykırılık yoluyla markaya tecavüz söz konusu olur. Bu durumda taraflar arasında akdedilen sözleşme hükümleri yanında, BK m.96 vd. yer alan hükümlere dayanan sözleşmeye aykırılık ile ilgili hükümler uygulanacak; gerek kusurun ispatı (BK m.98 f.I) gerek zamanaşımı (BK m.125) gibi konularda sözleşmelere ilişkin kurallar gündeme gelecektir.

B. Haksız Fiil

Taraflar arasında ses veya koku markası ile ilgili bir sözleşme ilişkisi bulunmadığı halde, marka sahibinin rızası dışında markanın kullanılması bir haksız fiil teşkil eder.Bu durumda BK m.41 vd yer alan hükümlerin koşulları ve sonuçlarına bakılacaktır.

II. Ses ve Koku Markalarına Tecavüzün Koşulları

Gerek sözleşmeye aykırılık halinde (BK m.96) gerekse haksız fiil halinde (BK m.41) markaya tecavüz nedeniyle hukuksal korumanın gündeme gelebilmesi için aşağıdaki koşulların gerçekleşmesi gerekir.

A. Eylem

Ses veya koku markasına bir tecavüz eyleminin bulunması gerekir. Burada eylem unsurunun genel kurallardan ayrılan bir özelliği yoktur. Eylem ile ilgili genel kurallar burada aynen geçerlidir. Bu anlamda olmak üzere markaya tecavüz bir icra eylemi (olumlu ; pozitif davranış) şeklinde gerçekleşebileceği gibi, bir pasif eylem (olumsuz, ihmali, negatif davranış; kaçınma) şeklinde de gerçekleşebilir. Aşağıda ele alacağımız gibi 556 sayılı KHK'nın 61. maddesinin f bendinde pasif eylem (kaçınma) türünde bir haksız eylem örneği verilmiştir.

556 sayılı KHK markaya tecavüz fiillerini 61. maddesinde tek tek saymış bulunmaktadır. Bu eylemlerden birinin bulunması tecavüz için yeterlidir. Yasa koyucu markaya tecavüz eylemlerini bu şekilde sayma yoluna gitmesinin isabeti tartışılabilir. Zira her sayma daima bir eksiklik içerir. Yasa koyucunun tecavüz eylemi olarak saymadığı bir eylemin zaman içinde bir tecavüze dönüşmesi mümkündür. Bununla birlikte yasa koyucu markalarda etkin bir korumayı sağlamak ve bu konuda duraksamaları gidermek amacıyla 61. maddedeki düzenlemeyi getirmiştir. Ancak maddede sayılan halleri markalara tecavüz eylemlerini sınırlandırmadığını, burada sayılmayan tecavüz eylemlerin de diğer koşulların varlığı halinde markaya tecavüz teşkil edeceğini kabul etmek gerekir. Şimdi aşağıda 61. maddede sayılan tecavüz eylemlerini ele alalım. KHK'nın 61. maddesine göre aşağıda yazılı fiiller marka hakkına tecavüz sayılır. Buna göre,

“..... a) 9 uncu maddenin ihlali,

b) Marka sahibinin izni olmaksızın markayı veya ayır edilmeyecek benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek,

c)Markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmak veya bu amaçlar için ithal etmek veya ticari amaçla elde bulundurmak,

d) Mark sahibi tarafından sözleşmeye dayalı lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devir etmek,

e) (a) ile (c) bentlerinde yazılı fiillere iştirak veya yardım veya bunları teşvik etmek veya hangi şekil ve şartlarda olursu olsun bu fiillerin yapılmasını kolaylaştırmak,

f) Kendisinde bulunan ve başkası adına tescilli bir markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzeri taşıyan ürünün ticaret alanına çıkarılan malın nereden alındığını veya nasıl sağlandığını bildirmekten kaçınmak.”

Şimdi bu maddede sayılan tecavüz fiillerini yani eylemleri tek tek ele alalım:

a) 9 uncu maddenin ihlali

556 sayılı KHK nin 9. maddesi “Marka tescilinden doğan hakların kapsamı” kenar başlığını taşımaktadır. Maddenin 1. fıkrasına göre “Aşağıda belirtilen hallerde, marka sahibinin izni alınmadan markasının kullanılmasının önlenmesini talep etme yetkisi vardır”

aa)Maddenin 1. bendinde “ tescilli bir marka ile aynı olan işaretin aynı mal veya hizmetlerde kullanılması; **(aynı işaretin aynı mal veya hizmetlerde kullanılması)** söz konusudur.

Aynı maddenin 2. Fıkrası, tescilli bir marka ile ilgili aynı olan işaretin aynı mal veya hizmetlerde kullanılmasına örnek niteliğinde olan eylemleri belirlemiştir. Maddenin 2. fıkrasının a bendinde “işaretin mal veya ambalajı üzerine konulması”; b bendinde “işareti taşıyan malın piyasaya sürülmesi veya bu amaçla stoklanması, teslim edilebileceğinin teklif edilmesi veya işaret altında hizmetlerin sunulması veya sağlanması; c bendinde “işareti taşıyan malın ithali veya ihracı”; d bendi ise “işaretin, teşebbüsün iş evrakı ve reklamlarda kullanılması” eylemleri yasaklanmaktadır.

bb) Maddenin 2.bendinde “tescilli bir marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerin aynı veya benzeri mal veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle iki marka arasında bağlantı bulunduğu ihtimali de dahil olmak üzere **KARIŞTIRILMA** ihtimali bulunan bir işaretin kullanılması”;**(farklı işaretin tescilli marka ile karıştırılmaya yol açacak kullanımı)**

cc) Maddenin 3. bendinde ise “tescilli bir marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsamına giren mal veya hizmetlerle benzer olmayan mal veya hizmetler kullanılması halinde, tescilli markanın itibarından haksız yarar elde etmek veya tescilli markanın ayırt edici karakterine zarar veren herhangi bir işaretin”kullanılması **(tanınmış markanın itibarından yararlanma veya karakterine zarar verici şekilde kullanılması)** eylemleri ifade edilmiştir.

b) Marka sahibinin izni olmaksızın markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek,

Burada marka taklit eylemleri söz konusudur. Tescilli markanın aynısını ya da benzerini gerek şekil gerek içerik olarak bazı değişiklikler yapmak suretiyle taklit edilmesi eylemi haksız bir eylem teşkil eder. Taklidin mevcut olup olmadığı, ortalama düzeydeki tüketici ya da kullanıcıların üzerinde bıraktığı intiba, algılama ve etkilenme esas alınmak suretiyle belirlenmelidir.

c) Markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmak veya bu amaçlar için ithal etmek veya ticari amaçla elde bulundurmak

Buraya taklit edilen ve tecavüze uğrayan marka ile üretilmiş olan ürünleri satma, dağıtma, ticaret alanına çıkarma, ithal etme, ticari amaçla elde bulundurma eylemleri girer..

d) Marka sahibi tarafından sözleşmeye dayalı lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devir etmek,

Burada “marka üzerinde lisans hakkına sahip olan kişinin bu hakkın sınırlarını aşarak kullanması ve bu hakları üçüncü kişilere devir etmesi” yasaklanmaktadır. Maddenin bu bendi aslında bir haksız fiil sorumluluğu ve haksız eylemi düzenlememektedir. Burada lisans alan kişinin sözleşmeye aykırı davranışı söz konusudur. Bu nedenle aslında bu bentte haksız fiil sorumluluğu değil, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk söz konusudur. Lisans alan kişinin bu hakkını “izinsiz olarak genişletmesi” kendisine verilen lisansın gerek süre gerek mal veya hizmet sınıfı gerek coğrafi alan gibi sınırlı kullanım hakkını, bunları aşarak

kullanması markaya tecavüz teşkil etmektedir. Lisans alan kişinin bu haklarını üçüncü kişilere devir etmesi yetkisi olmadığı halde, markayı kullanma hakkını başkalarına kullandırması ifade edilmektedir. Maddenin bu bent hükmünü lisans ile ilgili KHK m.21 ile birlikte değerlendirmek gerekir.

556 sayılı KHK'nın 21. maddesine göre sözleşme ile aksi kararlaştırmadığı sürece lisans inhisari lisans değildir. Bunun anlamı şudur; Lisans veren marka sahibi, başkalarına da lisans verebilir. Lisans alan kişi lisanstan doğan haklarını başkalarına devredemez veya alt lisans veremez. Bir başka ifadeyle lisans alan kişinin marka üzerindeki kullanım hakkını başkasına devir edemez (LİSANSI DEVİR YASAĞI) ve marka üzerindeki kullanım hakkını başkasına bırakamaz (ALT LİSANS YASAĞI).

556 sayılı KHK'nın 61. maddesinin d bendi, 21. maddenin 3. fıkrasındaki yasağı tekrar etmekte ve bu yasağa aykırılığı tecavüz eylemi olarak değerlendirmektedir.

e) (a) ile (c) bendlerinde yazılı fiillere iştirak veya yardım veya bunları teşvik etmek veya hangi şekil ve şartlarda olursa olsun bu fiillerin yapılmasını kolaylaştırmak

Bu bent hükmü bir tecavüz eylemi öngörmemekte, maddenin a ve c bentlerindeki tecavüz eylemlerine iştirak edenleri saymakta, bunların eylemlerinin de asıl failin eylemi gibi yasak olduğunu hükme bağlamaktadır. Aslında böyle bir hükme ihtiyaç olmadığı kanısındayım. Zira madde, markaya tecavüz eylemlerini saymaktadır. Bu eylemler ister tek kişi tarafından işlensin ister birden fazla kişi tarafından işlensin tecavüz eylemi oluşturacağı açıktır. Böyle bir eylemin asıl faili ile bu eyleme iştirak edenlerin eylemleri arasında eylemin yasak eylem olması açısından fark yoktur. BK m.41 haksız fiil sorumluluğunun koşullarını belirlemiştir. Bu koşullar mevcut ise, ister asıl fail isterse iştirak edenler haksız fiil faili olarak

sorumludur. BK m.50 haksız fiilin birden fazla kişi tarafından ortak kusurlarıyla işlenmesi halinde bu sorumluluğun müteselsil sorumluluk olduğunu düzenlemektedir.

Aynı durum markaya tecavüz eylemleri için de söz konusudur. Bu nedenle yasa koyucunun 21. maddede e bendinde markaya tecavüz eylemlerine iştirak edenlerin eylemlerini ayrı bir tecavüz eylemi gibi düzenlemesi isabetli değildir.

Maddede a ve c bentlerindeki yasak eylemlere iştirak edenler, yardım edenler, bu eylemleri teşvik edenler veya bu eylemlerin işlenmesini kolaylaştıranların eylemleri de yasak eylemler olarak değerlendirilmiştir. Maddede sayılan “eylemlere iştirak edenleri, yardım edenleri ve eylemleri teşvik edenleri açıklamak mümkündür. Ancak maddede “yardım edenler” sayıldığı halde ayrıca “eylemlerin işlenmesini kolaylaştıranları” açıklamak zordur. Zira yardım edenler kavramına “eylemlerin işlenmesini kolaylaştıranlar” da girmektedir.

f) “Kendisinde bulunan ve başkası adına tescilli bir markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini taşıyan ürünün veya ticaret alanına çıkarılan malın nereden alındığı veya nasıl sağlandığını bildirmekten kaçınmak”

Burada kaçınma türünden bir eylem ile markaya tecavüz söz konusudur. Yasa burada failin kaçınma türündeki eylemini, yasak eylem saymıştır. Bu cümleden olmak üzere, başkasına ait markayı kullanarak üretilen ürünlerin veya malın kaynağını bildirmemeyi markaya tecavüz eylemi olarak kabul etmiştir.

B. Hukuka Aykırılık

Eylem hukuka aykırı olmalıdır. 556 sayılı KHK’ nın 61. maddesinde sayılan eylemlerin tamamında hukuka aykırılık unsuru mevcuttur. Markaya tecavüz eyleminin

sorumluluğa yol açabilmesi için bir hukuka uygunluk sebebi bulunmamalıdır. Marka sahibinin rızasına dayanan kullanımlarda hukuka aykırılık unsuru yoktur. Rızanın bulunduğu hallerde taraflar arasında marka hakkının ya da lisansının devri söz konusudur. Bu durumda markanın kullanılması taraflar arasındaki sözleşmeye dayanmakta olup kullanım, hukuka uygundur. Bunun dışında, marka sahibinin markasının koruma süresi dolmuş ise, marka sahibi adına olan tescilin hükümsüzlüğüne karar verilmesi talep edilebilir ve markanın başkaları tarafından kullanılması hukuka aykırılık teşkil etmez.

C. Zarar

Markaya tecavüz eylemi sonucu bir zarar doğmalıdır. Zarar ile ilgili yapılan ayrımlar burada aynen geçerlidir. Bu bağlamda, buraya maddi ve manevi zararlar girebileceği gibi doğrudan doğruya ve dolaylı zararlar da girebilir. Zararın değişik bu ayrımları arasında markalar hukuku açısından önemli olan bir ayrım da “fiili zarar ve kazanç kaybı zararı” ayrımıdır. Fiili zarar, haksız eylem sonucu zarar gören kişinin fiilen uğradığı zarardır. Örneğin, tescilli bir marka sahibinin ürettiği malların, bu markayı taklit ederek adına tescil edenin tescilli marka sahibi aleyhine aldığı haksız bir tedbir kararı ile mallarını toplattırması nedeniyle tescilli marka sahibinin toplattırılan malların artık satışa sunulamaması nedeniyle uğradığı zarar fiili zarardır.

Kazanç kaybı ya kar mahrumiyeti ise haksız eylem olmasaydı, zarar gören kişinin elde etmesi muhtemel kazançtan mahrum kalmasından doğan zarardır. Örneğin, tescilli bir markanın taklit edilmesi sonucu, bu marka için yapılan siparişlerin iptal edilip daha ucuz üretim yapan taklit marka malların satın alınmasında tescilli marka sahibinin kazanç kaybı zararı söz konusudur.

Haksız filler hukukunda kazanç kaybı, ayrı bir zarar türü olarak değil, maddi zararın hesaplanmasında ele alınan kalemlerden birisidir. 556 sayılı KHK'nın yaklaşımı ise farklıdır. KHK, fiili zarar ile yoksun kalınan kazancı iki farklı zarar ve tazminat türü olarak hükme bağlamıştır. KHK'nın 64. maddesi "Tazminat" kenar başlı altında bir zararı hükme bağlarken, 66. maddesi ise "Yoksun kalınan kazanç" kenar başlığı altında bir başka zararı hükme bağlamaktadır. Bu ayırım karşısında 64. maddedeki zarar "fiili zarar", 66. maddedeki zarar ise maddede açıkça ifade edildiği gibi "kazanç kaybı" zararıdır. Nitekim 66. maddenin 1. fıkrasında kullanılan "Marka sahibinin uğradığı zarar "sadece FİİLİ KAYBIN DEĞERİNİ değil, ayrıca marka hakkına tecavüz dolayısıyla yoksun kalınan kazancı da kapsar" ifadesi bu maddenin yoksun kalınan kazançla, 66. maddenin ise fiili zararlarla ilgili olduğunu ortaya koymaktadır.

KHK'nın 66. maddesi yoksun kalınan kazancın ne olduğu ve bu zarar kapsamına nelerin girdiği konusunda ortaya çıkacak duraksamaları gidermek ve markalar hukukunda etkin bir koruma sağlamak amacıyla, zarar görene yoksun kaldığı kazancın tespitinde maddede belirtilen zararın belirlenmesi usullerinden birini seçme olanağını tanımıştır.

Maddede "marka sahibinin seçimine göre" ifadesi kullanılmak suretiyle, burada sayılan usullerden birini seçme konusunda bir tercih hakkına yer verildiği anlaşılmaktadır. Buna göre, burada marka hakkı tecavüze uğrayan kişiye tanınan bu seçim hakkını yenilik doğurucu bir hak olarak kabul etmek gerekir.³³ Bu nedenle burada yenilik doğurucu haklara ilişkin nitelikler aranacaktır. Maddede marka sahibine tanınmış olan zarar hesabı yöntemleri üç bent halinde sayılmıştır.

³³ Kılıçoğlu, A.; "Borçlar Hukuku Genel Hükümler", 12.Bası, Ankara, 2009, s.19.

a) Tecavüz edenin rekabeti olmasaydı marka sahibinin elde edebileceği muhtemel gelire göre hesaplama

b) Markaya tecavüz edenin markayı kullanmak suretiyle elde ettiği kazançta göre hesaplama

c) Tecavüz edenin markayı bir lisans anlaşması ile hukuka uygun şekilde kullanmış olması halinde ödemesi gereken lisans bedeline göre hesaplama

Yasa koyucunun bu son bent ile getirdiği zarar hesaplama yöntemi “farazi sözleşme ilkesine” dayanan bir hesaplama yöntemidir. Buna göre, tecavüz eden ile marka sahibi arasında bir lisans sözleşmesi akdedilmiş olsaydı, alınması muhtemel lisans bedeli, marka sahibine ödenecek olan yoksun kalınan kazanç tazminatı olarak kabul edilecektir.

Maddenin bu bent hükmünde getirdiği çözüm tarzı 5846 sayılı FSEK.muzun 68. maddesinde tecavüzün durdurulması davasının bir türü olan telif tazminatı hesabındaki “farazi sözleşme ilkesi” ile paralellik göstermektedir.

D. İlliyet Bağı

Eylem ile zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır. Markaya tecavüze rağmen sahibinin uğradığını iddia ettiği zarar bu eylemden değil başka nedenlerden kaynaklanıyorsa illiyet bağı yoktur. Örneğin, A’ya ait marka rızası dışında B tarafından kullanılmıştır. A bu süre içinde bu marka ile yapılan üretimler kadar maddi zarara uğradığını iddia etmektedir. Ancak toplanan kanıtlar, A’ya ait markanın, B tarafından kullanılmasından önce C tarafından açılan “markanın hükümsüzlüğü” kararı nedeniyle A’nın kullanmasının yasaklandığını ortaya koymaktadır. Bu durumda B bu markayı kullanmamış olsaydı bile,

A'nın bu zararının doğacağını yani illiyet bağının bulunmadığını kanıtlayabilir.

E. Kusur

Markaya tecavüz nedeniyle sorumluluk davasının en önemli koşullarından bir diğeri kusurdur. Markaya tecavüzde bulunan kişinin herhangi bir kusurunun gerçekleşmesi yeterlidir. Bu cümleden olmak üzere, tecavüz eden kişi kasıtlı olarak hareket etmiş olabileceği gibi tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu da hareket etmiş olabilir.

Ş2. SES VE KOKU MARKALARINA TECAVÜZ NEDENİYLE HUKUKSAL KORUMA ARAÇLARI

Haksız fiil nedeniyle hakları ihlal edilen kişi için hukuksal koruma olanakları iki grup altında toplanabilir. Birinci grupta, kusur ve zarar koşulunu gerektirmeyen davalar yer alır. İkinci grupta ise, kusur ve zarar koşulunu gerektiren davalar yer alır. Bu davaların açılabilmesi için failin kusurlu olması ve ayrıca hak sahibinin bu yüzden zarara uğraması gerekir. Bu durumda haksız fiil BK.md.41 anlamında bir borç kaynağı oluşturur.

I. Kusur ve Zarar Koşulunu Gerektirmeyen Davalar

A. Genel Olarak

Bu davaların açılabilmesi için ses ve koku markasını ihlal eden kişinin ne kusuru ne de marka sahibinin bir zarara uğraması koşulu aranmaz.³⁴ Bunun sonucu olarak haksız fiil

³⁴ Ergün,Mevci.: “Türkiye’deki Marka Hakkına Tecavüz Davaları, Marka Koruması Uluslararası Sempozyumu,24-25 Haziran 1998”, Türk Patent Enstitüsü, s.145-188.

faili, olayda kusuru olmadığı ya da hak sahibinin bir zararının bulunmadığı gerekçeleriyle davanın açılmayacağını savunamaz.

B. Dava Çeşitleri

1. Tespit Davası

Türk Hukukunda tespit davası hakkında özel bir yasal düzenleme bulunmamasına rağmen, hakkı ihlal edilen kişinin hukuksal yararının bulunduğu hallerde tespit davası da açabileceği kabul edilmektedir. Ancak bu konuda “eda davası açma olanağı varken, tespit davasının açılmayacağı” sınırlandırmasına yer verilmektedir. Buna göre, 556 sayılı yasada açıkça öngörülmemesine rağmen marka sahibinin genel hükümlere dayanarak koşulları varsa markasına tecavüzün hukuka aykırılığının tespitini talep etmesi mümkündür.

2. Durdurma Davası (Tecavüzün Ref'i Davası) (Beseitigungsklage)

a. Genel Koşulları

aa. Ses ve Koku Markalarından Doğan Hakların Saldırıya Uğraması

Durdurma davası, markaya tecavüz fiilinin başlaması ve devam etmesi halinde söz konusu olur. Tecavüz eylemi tamamlanmış ve son bulmuş fakat tekrar edilmesi tehlikesi varsa açılacak dava durdurma değil, önleme davası (tecavüzün giderilmesi) olacaktır.

bb. Saldırının ya da Etkilerinin Devam Etmesi

Saldırının durdurulması davasında, devam eden ya da etkilerini sürdüren bir haksız fiil söz konusudur. Hak sahibi, haksız fiile son verilmesini ya etkilerinin ortadan kaldırılmasını talep etmektedir. Bu dava sayesinde hak sahibinin daha fazla zarara uğramasının önüne geçilmektedir. Örneğin, A'ya ait marka ile üretim yapılmış piyasaya

sürülmeye başlanmışsa marka sahibi bu yüzden zarara uğramıştır. Bu zararın giderilmesi tazminat davasına konu olacaktır. Ancak marka sahibi tazminat davasından önce ya da zararı olmasa bile öncelikle bu haksız fiile son verilmesini, markasının üretimde kullanılmasına, ürünlerin piyasaya sürülmesine son verilmesini talep etmekte yarar sahibidir. Bu açıklamalarımız karşısında marka sahipliğinden doğan hakka yönelik saldırı gerçekleşmiş ve artık son bulmuşsa durdurma davası açılmayacaktır. Zira saldırı ya da etkisi son bulmuşsa artık bunun durdurulmasından söz edilemeyecektir.

cc. Saldırıda Bulunanın Kusurunun ve Marka Sahibinin Zararının Aranmaması

Bu unsuru yukarda açıklamış bulunmaktayız.

3. Saldırının Önlenmesi (Tecavüzün Men'i Davası)

a. Genel Olarak

556 sayılı KHK'nın 62. maddesinin b bendi bunu "tecavüzün giderilmesi" davası olarak adlandırılmıştır. Saldırının önlenmesi davası, henüz doğmamış ya da tekrar edilme tehlikesi bulunan saldırıya yönelik bir davadır. Dava, marka sahipliğinden doğan haklara yönelik saldırının gerçekleşmesini önlemeyi amaçlar. Saldırının doğması ve etkilerini göstermesi önleyerek, marka sahipliğinden doğan hakların zarara uğramasına engel olur.

b. Durdurma Davasından Farkı

Saldırının durdurulması davası, saldırı doğmuş ve etkilerini göstermiş olması halinde açılır. Bu davanın amacı, doğmuş saldırının ya da etkilerinin ortadan kaldırılması, marka sahibinin daha fazla zarara uğramasını önlemek olduğu halde, saldırının önlenmesi davasının amacı, saldırıyı henüz doğmadan ya da tekrar edilme tehlikesi varsa tekrar

edilmeden zarar kaynağını yok etmektir. Başka bir deyişle, durdurma davasında saldırı doğmuştur. Dava saldırının sonuçlarına yönelik olup amaç daha fazla zararı önlemektir. Önleme davasında saldırı doğmamıştır ya da tekrar edilmemiştir. Amaç saldırıyı ya da tekrarını kaynağında kurutarak zararı önlemektir. Örneğin, bir marka ile üretilen ürünlerin, reklamlar verilmek suretiyle piyasaya sürülmek üzere olduğu yayınlanmıştır. Önleme davası ile markanın piyasaya sürülmesi engellenir. Bu marka ile üretilen ürünler piyasaya sunulmuşsa artık önleme davası açılmaz. Zira “saldırı tehlikesi” doğmuş, amaç gerçekleşmiştir. Bu durumda 62. maddenin a bendi gereğince tecavüz fiillerinin durdurulması davası açılacaktır. Zira saldırı son bulduğu halde, marka sahibinin marka hakları ihlal edilmek suretiyle saldırının etkileri devam etmektedir. Bu açıklamalarımıza göre durdurma davasının saldırı fiiline değil sonuçlarına yönelik olduğu, önleme davasının ise saldırı fiiline yönelik olduğu söylenebilir.

c. Koşulları

aa) Marka sahipliğinden doğan hakka saldırı ya da saldırı tehlikesinin bulunması koşulu aranmaktadır. Önleme davası için marka sahipliğinden doğan hakka ya da saldırı tehlikesinin ya da saldırının tekrarı tehlikesinin bulunması gerekir. Her iki halde de davanın amacı saldırı eylemini kaynaқта kurutmaktır. Zira gerek saldırı tehlikesinde gerekse saldırının tekrarı tehlikesinde önleme davası ile saldırının doğması ya da tekrarı önlenerek marka sahipliğinden doğan hakların zarar görmesi önlenmektedir. Örneğin, bir marka sahibinin rızası dışında kullanılmak suretiyle üretim yapılmış ve marka sahibinin rızası dışında piyasaya sunulacağı duyurulmuşsa, önleme davası ile piyasaya sunulması engellenecektir. Söz konusu marka ile üretilen ürünler piyasaya sunulmuş, yoğun istek üzerine yeniden gösterime sunulacağı bildirilmişse, önleme davası ile saldırının tekrarı tehlikesi engellenmiş olacaktır.

bb) Hukuka Aykırılık koşulu

Marka sahipliğinden doğan hakların kullanılması hukuka aykırı olmalıdır. Yasa 62. maddesinde bunu “tecavüz” sözcüğü ile ifade etmiştir. Marka sahipliğinden doğan hakların kullanılması rızaya ya da yasada öngörülen “marka sahipliğinden doğan haklarla ilgili bir sınırlandırmaya” dayanmakta ise önleme davası açılmayacaktır.

cc) Kusur ve zarar koşulunun aranmaması

Bu hususu yukarıda açıklamış bulunuyoruz.

d.Sonuçları

Önleme davası ile verilen karar marka sahibinin markasına tecavüz tehlikesini ortadan kaldırılmaktadır. Ancak uzun süren bir yargılamada bu amacın gerçekleşmesi mümkün olmayabilir. Bu nedenle 62. maddenin e bendinde HUMK m.101 vd. da yer alan genel ihtiyati tedbir hükümlerden farklı olarak özel bir ihtiyati tedbir hükmü getirilmiştir. Bu hükme göre “Mark hakkına tecavüzün devamını önlemek üzere tedbirlerin alınması, özellikle bu maddenin c bendine göre el koyulan ürünlerin ve araçların üzerlerinden markaların silinmesi veya marka hakkına tecavüzün önlenmesi gerekir. Yasa koyucu bu özel tedbir hükmü ile önleme davasına işlerlik ve anlam kazandırmak istemiştir. Böyle bir tedbir hükmü olmadan uzun süren önleme davasından beklenen amaç gerçekleşmemiş olacak, markalar etkin bir korumadan ve böyle bir davadan beklenen amaçtan yoksun kalacaktır.

4. Kazancın İadesi Davası (Klage zur Herausgabe des Gewinns)

556 sayılı KHK, böyle özel bir dava çeşidini hususi olarak düzenlememiştir. Bu dava çeşidi, FSEK m.70/3’de düzenlenmiştir. Bununla birlikte, 556 sayılı KHK’da

66.maddede yoksun kalınan kazanç lafzi olarak hükümde yer almıştır. Sınai haklarda “davalının elde ettiği kazancın iadesi” talebinin yoksun kalınan kazanç kapsamında ayrı bir dava türü olmadığı, maddi zararın bir türü olduğu anlaşılmaktadır. Başka bir deyişle, sınai hakların ihlal edilmesi nedeniyle yoksun kalınan kazanç da maddi zarar davası içinde yer alan bir zarar türüdür. Hakkın sahibi sınaî hakkının ihlali nedeniyle sadece doğan fiili zararını değil, bu yüzden yoksun kaldığı kazancın da tazmin edilmesini maddi tazminat davası olarak talep edebilmektedir. Hak sahibi, hakkın ihlali nedeniyle bir kazançtan yoksun kaldığını kanıtlarsa bunun tazmin edilmesine karar verilebilecektir.

II. Kusur ve Zarar Koşulunu Gerektiren Davalar

Bu gruba giren davalarda sorumluluğa karar verebilmek için haksız eylem failinin kusuru arandığı gibi, hak sahibinin bu yüzden bir zarara uğramış olması koşulu da aranacaktır. Her iki hususun kanıtlanması da BK m.42 gereğince hakkı ihlal edilen kişiye aittir. Haksız eylem failinin kusuru her türlü delille kanıtlanabilir. Burada sorumluluğun doğumu açısından kusurun türü ve derecesi önem taşımaz. Buna göre, haksız eylem failinin kusuru kast ya da ihmal şeklinde ortaya çıkabilir. Ancak kusurun derecesi hükmedilecek tazminat miktarı bakımından önem taşır (BK m.43f/I).

Kusur ve zarar koşulunu gerektiren tazminat davası yasanın 64. maddesinde düzenlenmiştir. Maddede sadece “zararı tazmin etmekle yükümlüdür” ifadesi kullanılmıştır. Buradaki zarar hem maddi hem de manevi zararları kapsar.

A. Maddi Tazminat Davası

1. Fiili Zarar

556 sayılı KHK'nın 64. maddesi fiili zararlarla ilgilidir. Zira yukarıda açıklamış olduğumuz gibi KHK'nın 66. maddesi açık bir biçimde yoksun kalınan kazanç zararını hükme bağlamış ve bu maddenin 1. fıkrasında burada "fiili zarar" dışında kalan zararın söz konusu olduğu ifade edilmiştir. KHK'nın 64. maddesinin 1. fıkrası "...Markanın taklit edilmesi sonucu malı üreten, dağıtan, ticaret alanına çıkararak veya bu amaçlar için ithal eden veya ticari amaçla elde bulunduran kişiler marka sahibinin bu yüzden uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlüdür" demektedir. Zararı ispat etme yükümlüğüne ilişkin BK m.42 hükmü burada da uygulama bulur. Buna göre zararı ispat etmek marka hakkı sahibine aittir.

2. Yoksun Kalınan Kazanç

Maddi tazminatın yoksun kalınan kazanç kalemi, KHK'nın 66. maddesinde hükme bağlanmıştır. Maddede yukarıda açıklamış olduğumuz gibi marka sahibine bu zararın tazmin edilmesinde zararın hesaplama usulünü belirleme konusunda bir seçim hakkı tanınmıştır. Marka sahibinin seçimine göre maddede öngörülen üç bentten birine göre hesaplama yapılacaktır. Buna göre yoksun kalınan kazancın belirlenmesinde marka sahibinin seçimine göre aşağıdaki üç benden birinin uygulanması söz konusu olacaktır:

a) Tecavüz edenin rekabeti olmasaydı marka sahibinin elde edebileceği muhtemel gelire göre hesaplama

b) Markaya tecavüz edenin markayı kullanmak suretiyle elde ettiği kazançta göre

c) Tecavüz edenin markayı bir lisans anlaşması ile hukuka uygun şekilde kullanmış olması halinde ödemesi gereken lisans bedeline göre hesaplama.

Yasa koyucunun bu son bent ile getirdiği zarar hesaplama yöntemi “farazi sözleşme ilkesine” dayanan bir hesaplama yöntemidir. Buna göre tecavüz eden ile marka sahibi arasında bir lisans sözleşmesi akdedilmiş olsaydı, alınması muhtemel lisans bedeli, marka sahibine ödenecek olan yoksun kalınan kazanç tazminatı olarak kabul edilecektir.³⁵ Maddenin bu bent hükmünde getirdiği çözüm tarzı 5846 sayılı FSEK.’in 68. maddesinde tecavüzün durdurulması davasının bir türü olan telif tazminatı hesabındaki “farazi sözleşme ilkesi” ile paralellik göstermektedir.

B. Manevi Tazminat Davası

556 sayılı KHK’da manevi tazminat ile ilgili özel bir hüküm yer almamıştır. KHK’nın 64. maddesi “Tazminat” kenar başlığını taşımaktadır. Maddeye göre, **“Marka sahibinin izni olmaksızın, marka taklit edilerek üretilen ürünü satan.....ticari amaçla elde bulunduran kişi, hukuka aykırılığı gidermek ve sebep olduğu zararı tazmin etmekle yükümlüdür.”** Dikkat edilecek olursa maddede “zararı tazmin etmekle” ifadesi kullanılmıştır. Bu nedenle buradaki “zarar” kavramına maddi zarar girdiği gibi manevi zararlar da girer. Bu cümleden olmak üzere, manevi zararların da tazmin edilmesi kabul edilmiş fakat bunun koşulları özel olarak hükme bağlanmamıştır. Bu nedenle manevi zararların tazmini konusunda BK m.49’ daki genel hükümde yer alan koşullara bakılmalıdır. Buna göre, manevi tazminata hükmedebilmek için marka sahipliğinden doğan manevi bir

³⁵ Ayiter, Nuşin.:”**Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri**”, Ankara 1981,s.263.

hakkın ihlal edilmiş olması, ihlalin hukuka aykırı olması, hak sahibinin manevi zarara uğramış olması, tecavüz edenin kusurlu olması, markaya tecavüz eylemi ile doğan manevi zarar arasında illiyet bağının bulunması koşullarının bir arada gerçekleşmesi gerekecektir.

C. İtibar Kaybı Tazminatı

Yasa koyucu, 556 sayılı KHK'da m.68 tahtında, "Marka hakkına tecavüz eden tarafından markanın kötü veya uygun olmayan bir şekilde kullanılması sonucunda, markanın itibarı zarara uğrarsa, marka sahibi, bu nedenle, ayrıca tazminat isteyebilir" demek suretiyle hak sahibinin uğradığı itibar kaybının da ayrı bir tazminat davasına konu olabileceğini öngörmüştür. Bir haksız eylem nedeniyle ticari itibarın sarsılması aslında maddi ve manevi tazminat davası içinde değerlendirilebilir. Tekinalp de "itibar tazminatının ilk yaklaşımda, maddi tazminatın bir türü olduğu sonucuna varılabilir"; itibar tazminatında, manevi tazminata özgü özelliklerin de var olduğu düşüncesini dikkatlere getirmektedir" ifadeleriyle aynı kaniya sahip olduğunu dolaylı olarak ortaya koymuştur.³⁶ Bu nedenle Kılıçoğlu'nun³⁷ da isabetle belirttiği gibi "itibar tazminatı" adı altında ayrı bir dava türü yaratmaya gerek olmadığı kanısındayım. Zira haksız eylem sonucu itibarı zedelenen kişi, bu yüzden uğradığı manevi zararının tazmin edilmesini talep edebilir. Örneğin, ünlü ve tanınmış bir gıda ürününe ilişkin marka, cinsel gücü arttıran bir mal üretiminde kullanılabilir. Ünlü ve tanınmış bir turizm hizmetleri markası, evlilik dışı yaşamak isteyenlere aracılık hizmetleri için kullanılabilir.

³⁶ Tekinalp, Ü.; "İtibar tazminatı ve Bazı Sorunlar", Prof.Dr.Selahattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan, İstanbul, 1999, s.592-593.

³⁷ Kılıçoğlu, A.: "Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar", Ankara 2006,s.418-419

Yine haksız eylem sonucu ticari itibarı zedelenen kişi bu yüzden maddi zararlara (fiili zarar ya da kazanç kaybına) uğramış olabilir. Bunun da maddi tazminat olarak hüküm altına alınması mümkündür. Yukarıdaki örneklerde itibarı zedelenen marka sahibinin mal ve hizmetlerine olan talebin azalması, siparişlerin iptal edilmesi buna örnek gösterilebilir.

Hal böyle iken yasa koyucu sınai haklar alanında “itibar kaybı tazminatını” ayrı bir dava türü olarak hükme bağlamıştır. İtibar kaybı tazminatı da kusur ve zarar koşulunu gerektiren dava türlerindedir. 556 sayılı KHK’nın 68. maddesi gereğince itibar tazminatına karar verebilmek için aşağıdaki koşulların bulunması gerekir.³⁸

a. Marka hakkına tecavüzün bulunması

İtibar tazminatına karar verebilmek için öncelikle ses veya koku markasına bir tecavüzün bulunması gerekir. Markanın kullanılması marka sahibinin rızasına dayanmakta yani taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmakta ise ya da markanın kullanılması bir haksız fiil teşkil etmiyor, haksız fiilin koşulları bulunmuyorsa tecavüzden söz edilemez.

b. Markanın kötü veya uygun olmayan bir şekilde kullanılması

Ses veya koku markasının kullanılması marka sahibinin rızasına dayanmaması ya da marka sahibinin rızası bulunmasına rağmen kullanım kötü veya uygun olmayan bir şekil gösteriyorsa itibar tazminatı gündeme gelebilir. O halde itibar tazminatından söz edebilmek için kötü veya uygun olmayan bir kullanım şarttır. Markanın kullanımı marka sahibinin rızasına dayansa bile kötü veya uygun olmayan kullanım söz konusu olduğunda itibar tazminatına karar verilebilecektir. Kötü veya uygun olmayan kullanım her somut olaya göre

³⁸ KARAN, H.-KILIÇ, M.: “Markaların Korunması 556 sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat”, Ankara 2004, s.533.

değerlendirilecektir. Kötü kullanım markanın kötü şöhret ve isim yapmasına yol açabilecek her türlü kullanımı ifade eder. Örneğin kozmetikte kullanılan bir koku markasının, haşarılarla mücadele ilaçlarında kullanılması kötü bir kullanımdır. Aynı şekilde dinsel yayınlar yapan bir firmanın bu yayınların reklamlarında kullandığı ses markasının, cinsel gücü arttıran ilaçların reklamında kullanılmasında kötü kullanım söz konusu olacaktır. Uygun olmayan kullanım da, markanın kötü şöhret ve isim yapmasına yol açabilecek kullanımları kapsar. Burada markanın şekil, kapsam, ifade biçimi bakımından yerinde olmayan kullanımlar söz konusudur. Örneğin, ses markasının ton itibariyle, koku markasının takdim şekli itibariyle yerinde olmayan kullanımları bu markanın kötü şöhret ya da isim yapmasına yol açmakta ise uygun olmayan kullanım söz konusu olabilecektir.

c.Markanın İtibarının Zarara Uğraması

Ses veya koku markasının kötü veya uygun olmayan kullanımı sonucu markanın itibarı zarara uğramış olmalıdır. Burada öncelikle itibar kavramı üzerinde durmak gerekir. İtibar kavramının şeref ve haysiyet kavramı ile yakından ilgisi vardır. Şeref ve haysiyet kişilik hakkı ile ilgili olarak kullanılan bir kavram olup kişilik hakkını oluşturan kişisel değerlerin başında gelir. Şeref ve haysiyet, bir kimseye toplum tarafından verilen manevi değerlerin toplamı olarak tanımlanmaktadır. Başka bir deyişle, şeref ve haysiyet bir kişiye gerek doğuştan itibaren sahip olduğu gerekse daha sonradan toplum tarafından verilen iyi ve güzel değerleri ifade eder. Buna göre kişilerin şeref ve haysiyet değerleri toplumda elde ettikleri saygınlık ve itibardır. İşte bu noktada itibar sadece kişiler için değil kişilerin sahip oldukları değerler için de gündeme gelebilir. Başka bir deyişle, kişilerin sahip oldukları markaların da itibarları vardır. Bunu markaların şeref ve haysiyeti olarak da adlandırmak mümkündür. Bir

markanın sahip olduğu itibarı düşüren ya azaltan eylemler markaya zarar verirler. Bu durumda marka sahibi uğradığı maddi ve manevi zarar dışında ya da maddi veya manevi zarara uğramasa bile markanın itibarına verilen zararlar nedeniyle itibar tazminatı talep edebilecektir. KHK, 68. maddesinde açık bir biçimde “bu nedenle ayrıca tazminat isteyebilir” ifadesiyle marka sahibine maddi ve manevi tazminat talebi dışında “ayrıca” markanın itibarının uğradığı zarar nedeniyle tazminat talep edilebileceğini öngörmüştür. O halde markaya yönelik tecavüz nedeniyle marka sahibi genel maddi ve manevi tazminat alacakları dışında, ayrıca yukarıdaki koşulların gerçekleşmesi halinde markanın itibarının uğradığı zarar nedeniyle tazminat talep edebilecektir.

III. Hükümün İlanı

556 sayılı KHK’da m.72’de “Dava sonucunda haklı çıkan taraf, haklı bir sebebin veya menfaatinin bulunması halinde masrafları karşı tarafa ait olmak üzere kesinleşmiş kararın günlük gazete veya benzeri vasıtalarla tamamen veya özet olarak ilan edilmesini talep etmek hakkına sahiptir. İlanın şekli ve kapsamı kararda tesbit edilir. İlan hakkı, kararın kesinleşmesinden sonra üç ay içinde talep edilmezse düşer.” demek suretiyle hükümün ilanını etkili bir hukuksal yol olarak düzenlemiştir.

A. Koşulları

1. Davada haklı çıkmış olmak

Burada açılan davanın türü bakımından bir ayırım yapılmamıştır. Buna göre ses ve koku markasına tecavüz nedeniyle açılabilen her davanın buraya girdiğini kabul etmek gerekir. Bu cümleden olmak üzere, ses ve koku markasına tecavüz nedeniyle kusur ve zarar koşulunu gerektirmeyen davalar buraya girdiği gibi, kusur ve zarar koşulunu gerektiren davalar da bu koruma aracına konu olabilir.

Örneğin, ses ve koku markasına tecavüz nedeniyle kusur ve zarar koşulunu gerektirmeyen saldırının önlenmesi davası ile birlikte hükmün ilan edilmesi talep edilebilir.

Davacının davada haklı çıkması koşulundan söz edilmektedir. Buna göre davacı davasında haklı çıkmamış ise hükmün ilan edilmesi talebi de reddedilecektir. Davacı davasında kısmen haklı çıkabilir. Bu durumda da maddedeki “davada haklı çıkma” koşulu gerçekleşmiştir. Örneğin, davacı saldırının önlenmesi ve doğan maddi ve manevi zararlarının tazmin edilmesini talep etmiş; mahkeme saldırının önlenmesi talebini reddedip sadece maddi ve manevi tazminatı kabul etmişse yine hükmün ilan edilmesine karar verilebilecektir. Hükmün ilan edilmesi talebi asıl davada haklı çıkma koşuluna bağlı olarak karar altına alınabilen bir talep olduğundan, asıl davaya bağlı fer’i nitelikteki bir taleptir. Yani hükmün ilanı asıl talebe bağlı bir talep hakkı temin eder. Bundan çıkan sonuç şudur. Hükmün ilanı tek başına bir talep ve dava konusu olamaz.

2. Hükmün ilan edilmesinin talep edilmiş olması

Davacı taraf, asıl davası ile birlikte hükmün de ilan edilmesini talep etmiş olmalıdır. KHK’nın 72. maddesinde bu husus “kararın.....ilan edilmesini talep etmek hakkına sahiptir” cümlesiyle ifade edilmiştir. Hükmün ilanı davacı tarafından asıl davada talep edilmiş olmalıdır. HUMK m.74 hükmü hukuk davalarında taleple bağlılık ilkesini getirmiştir. Bunun sonucu olarak yargıç, davacı tarafından talep edilmeyen bir hususta karar veremez. Hükmün ilan edilmesi de 556 sayılı KHK da marka hakkına tecavüz nedeniyle marka hakkı sahibine tanınmış olan talep haklarından birisi olduğundan, HUMK.m.74 gereğince davacı taraf, asıl dava ile birlikte hükmün ilanını talep etmiş olmalıdır.

Böyle bir talep olmadığı takdirde hükmün ilanına karar verilemez.

3.Hükmün ilanında haklı bir sebebin ve menfaatin bulunması

KHK, hükmün ilanını, asıl talep hakkından farklı olarak ayrıca “haklı bir sebebin ve menfaatin bulunması” koşuluna bağlamıştır. Davacı taraf asıl talebinde haklı bulursa bile hükmün ilanına da karar verilebilmesi için ayrıca bu konuda haklı bir sebep ve menfaat bulunmalıdır. Hükmün ilanı bazen davacının lehine olmayabilir ya da davalı için asıl talebin ifası yanında daha ağır mali külfetler getirebilir. Örneğin, ses veya koku markasına tecavüzün üzerinden uzun bir süre geçtikten sonra dava açılmış ya da yargılama uzun sürmüş ise hükmün ilan edilmesinde “geçmişte kalmış ve unutulmuş bir marka tecavüzüne kamuoyunun yeniden dikkatinin çekilmesi” nedeniyle haklı bir sebebin bulunmadığı gerekçesiyle karar verilemez. Aynı şekilde bir ses veya koku markasına tecavüz nedeniyle hükmün ilan edilmesi, karar altına alınan tazminat miktarının birkaç katı masrafı gerektirdiğinde davalı için ağır mali yük getireceği gerekçesiyle reddedilmelidir.

4. Kararın kesinleşmiş olması

Hükmün ilan edilebilmesi için ilan edilecek mahkeme kararının yani hükmün kesinleşmiş olması gerekir. Hüküm ya kanun yollarına süresinde başvurulmaması ya da başvurulmasına rağmen hükmün onanmış olması halinde kesinleşir.

5. Hükmün ilan edilmesi için üç ay içinde başvurulması

KHK, hükmün ilan edilmesi için “kararın kesinleşmesinden itibaren üç aylık bir süre” öngörmüştür. Bu sürenin niteliği belirtilmemesine rağmen bunu bir hak

düşürücü süre olarak kabul etmek gerekir. Maddede kullanılan “...üç ay içinde talep edilmezse düşer” ifadesinde “düşer” sözcüğü bu sürenin bir hak düşürücü süre olduğunu ortaya koymaktadır. Bunun sonucu olarak bu süre için zamanaşımını kesen ve durduran sebepler (BK m.132-133) gündeme gelemez. Ayrıca bu sürenin geçtiği yargıç tarafından re’sen nazara alınır.

B. Hüküm ve Sonuçları

Hükümün ilan edilmesinin koşulları gerçekleştiğinde hüküm ilan edilebilecektir. Ses veya koku markasına tecavüz edilen marka sahibi, hükümün kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde hükmü ilan ettirebilir. KHK, hükümün “masrafları karşı tarafa ait olmak üzere” ilan edileceğinden söz etmektedir. Buna göre, hükümün ilan giderleri davalıya aittir. Davacı taraf, hükmü ilan ettirdiğinde yaptığı masrafları, karşı taraftan talep edebilecektir.

Hüküm “gazete veya benzeri vasıtalarla” ilan edilecektir. KHK’da sözü edilen “benzeri vasıtalar” gazete dışında kalan diğer kitle iletişim araçlarını ifade eder. Bu cümleden olmak üzere, ses veya koku markasına tecavüz gazete yoluyla olmuşsa hükümün gazetede ilan edilmesine, televizyon radyo gibi kitle iletişim araçları ile olmuşsa televizyon ya da radyo gibi kitle iletişim araçları ile ilan edilmesine karar verilecektir. KHK, hükümün “tamamen veya özet olarak ilan edilmesine” karar verilebilmesinden söz etmektedir. Buna göre, mahkeme ilanın davalıya getireceği mali yükü ve hükümün ilanındaki amacı göz önünde tutarak hükümün tamamının ya da hüküm fıkrasının ilan edilmesine karar verebilecektir. Mahkeme kararında ilan edilecek hükümün açıkça gösterilmesi gerekir.

SONUÇ

Bir yandan teknoloji alanındaki gelişmeler, diğer yandan içinde bulunduğumuz çağın gerekleri neticesinde duyularımıza direkt hitap eden yeni marka çeşitlerinden olan ses ve koku markalarının tescil başvurularının ve tescillerinin yaygınlaşması gerekir. Özgün ve farklı olmak isteyen teşebbüslerin, ses ve koku markalarını tanıtım aracı olarak kullanmalarının, rekabetin canlanmasına katkıda bulunacağı kanaatindeyiz. Teşebbüsleri özendirmek ve yeni marka çeşitlerinden olan ses ve koku markalarının önünü açmak adına ülkemizde kanun koyucuya da önemli bir görevin yüklendiği kanaatindeyiz. Zira olması gereken hukuk anlamında (lege feranda) ses ve koku markalarının tescillerinde aranan koşulların kolaylaştırılması gerekmektedir. Bu nedenle, yapılacak düzenlemeler ile, 556 sayılı KHK'da aranan baskı yoluyla yayınlanma ve çizimle görüntülenme koşullarının KHK'nın metninden çıkartılmasının faydalı olacağı kanaatindeyiz. Marka Hukukunda gün gelip belki de en fazla tercih edilecek ses ve koku markalarını peşin hükümden arınmış yenilikçi gözlerle görmenin, adaptasyon sürecini hızlandıracağını aklımızda tutmalıyız. Nasıl ki, bir tırtılın içinde bulunduğu kozayı yırtıp çıkması zor ise, yeniye adapte olmak da toplumlar için zordur. Ne var ki, koza yırtıldıktan sonra ortaya çıkan sonuç görülmeye değerdir.

KAYNAKÇA

- Ar,A.; “**Marka ve Marka Stratejileri**”, Ankara,2004
- Arkan,S.; “**Marka Hukuku**”, Cilt I, Ankara, 1997
- Ayiter, N.;”**Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri**”, Ankara 1981
- Becker, Roman A.”**Kennzeichenschutz der Hörmarke**”, WRP, 1/2000
- Bilim ve Teknik Dergisi; “**Ses Nedir?**” Sayı: 472, Ankara, Mart 2007, s.89
- Bilim ve Teknik Dergisi; “**Koku Alma Duyumuz Nasıl İşler?**” Sayı: 218, Ankara, Ocak 1986, s.30
- Churovich, D.”**Scientific Obstacles To Scent Marks**”, Saint Louis University Public Law Review, Volume:20
- ECJ:Ralf Sieckmann v. Deutsches Patent und Markenamt, C 273/00, 12 Aralık 2002.
- Ergün, M.: “**Türkiye’deki Marka Hakkına Tecavüz Davaları, Marka Koruması Uluslararası Sempozyumu,24-25 Haziran 1998**”, Türk Patent Enstitüsü
- European Intellectual Law Review, London Index, 2002, N-7
- Fezer, Karl-Heinz: “**Markenrecht**”, 2.Aufl, München, 1999
- Hammersley, F.”**The Smell of Success:Trade Dress Protection For Scent Marks**”, Marq.Int.Prop.Law Review, Volume 2
- Hudson, A.; “**Firm wins wacky scent market with T-Rex breath**”, Nampa Reuters, 2004(<http://www.nambian.com>)
- http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=30,
- <http://oami.europa.eu/pdf/office/SSC009-Statics>
- <http://www.turkpatent.gov.tr/portal/default2.jsp?sayfa=295>
- <http://www.uspto.gov/web/offices/tac/tmlaw2.pdf>
- <http://www.uspto.gov/web/offices/com/sol/foia/ttab/other/2001/75064130.pdf>
- Karan, H.-Kılıç, M.; “**Markaların Korunması 556 sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat**”, Ankara 2004
- Karasu, R.; “**Ses Markaları**”, Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi (FMR), Yıl:7, Cilt:7, Sayı:2007/2, 2007
- Kılıçoğlu, A.; “**Borçlar Hukuku Genel Hükümler**”, 12.Bası, Ankara, 2009
- Kılıçoğlu, A.”**Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar**”, Ankara 2006
- Kılıçoğlu,A.; “**Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk**”, Ankara 2008

Kobialka, L., “**Soundmarks and the registration Process**”, Intellectual Property Law Bulletin, Vol.3 No.1&2, Spring&Fall 1998

Lindstrom, M.; “**Duyular ve Marka**”, Birinci Basım, Optimist Yayınları, İstanbul 2006.

Noyan, E.; “**Marka Hukuku**”, Ankara, 2009

Özcan, M.; “**Avrupa Birliği’nde Fikri ve Sınai Haklar**”, Ankara, 1999, s.38

Özdal, Ş., “**556 Sayılı KHK’nın 5. Maddesi Çerçevesi’nde Marka Olarak Tescil Edilebilecek İşaretler**”, Beta, İstanbul, 2005

Sapherstein, M.B.; “**The Trademark Registrability of the Harley-Davidson Roar:A Multimedia Analysis**”, B.C.Intell.Prop.& Tech.F.101101, 1998

Şenocak,K./Hanedan, R.C.; “**Telefon Zil Seslerinin Fikri ve Marka Hukuku Açısından Değerlendirilmesi**”, Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan, Ankara,2006

Tekinalp, Ü.; “**İtibar tazminatı ve Bazı Sorunlar**”, Prof.Dr.Selahattin Sulhi Tekinay’ın Hatırasına Armağan, İstanbul, 1999

Tekinalp, Ü., “**Fikri Mülkiyet Hukuku**”, İstanbul, 2004

Yasaman, “**Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi**”,Cilt I, İstanbul, 2004

ÖZET

Gelişen teknolojinin sonucu olarak, adeta bünyemizin ayrılmaz bütünleyici parçasıymışçasına hayatımıza her geçen gün daha da nüfuz eden birtakım aygıtların kullanımlarının yaygınlaşmasıyla birlikte teşebbüslerin geleneksel olamayan marka türlerine yönelme eğilimleri artmıştır. Bu marka çeşitleri güncel olarak tartışılmalıdır.

556 sayılı KHK'nın 5. maddesine göre, bir teşebbüse ait mal ve hizmetleri, başka teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayırt etmesi koşuluyla, çizimle görüntülenme koşuluna göre ifade edilen her çeşit işaret marka olabilecektir. Buna göre iç hukukumuzda ses ve koku gibi duyularımıza hitap eden işaretlerin marka olarak tescil edilmesinde bir sakınca yoktur.

İlerleyen yıllarda, özgün olmak isteyen reklam ve pazarlama sektörlerinin daha çok sayıda ses ve koku markasına ihtiyaç duyacağı beklenmektedir. Çalışmamızda, ses ve koku markaları çeşitleri, avantajları ve tescil edilebilirlikleri yönünden incelenmiştir. Bu yapılırken de karşılaştırmalı hukuktan örneklere ve doktrin görüşlerine yer verilmiştir.

ÖZET

As a result of technological developments, besides the wide spread of usage of different items, the companies begin to realize the importance of non-traditional trademarks. As of today, these new trademarks are debated.

According to Article 5 of the Trademark Decree Law No.556, any sign capable of being represented graphically, provided that they are able to be distinctive can be registered as trademarks. In other words, sound and scent can be registered as trademarks under this Law.

In the future, the advertisement companies who are willing to be unique will need these new kinds of trademarks. In this study, sound and scent trademarks which are assumed as new and different are examined in light of judicial decisions, literature and Laws.