

ÜÇ BOYUTLU ŞEKİLLERİN MARKA OLARAK GÖRÜNÜMÜ

Three-dimensional Shapes as a Trademark

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Çelebi CAN*

Geliş Tarihi: 02.01.2020 Kabul Tarihi: 28.01.2020

ÖZET

Yeni marka çeşitleri arasında sayılan ve çoğu zaman tasarım olarak da korunan üç boyutlu şekillerin ayırt edici karakterinin tüketiciler nezdinde algılanmasının güç olduğuna yönelik klasik bir anlayış vardır. Bu nedenle de geçmişte tescil başvuruları arasında, üç boyutlu şekillere nadiren rastlanıldığı da söylenmektedir. Yakın geçmişte ve günümüzde bu anlayışın ve söylemin bir gerçekliği kalmamıştır. Zira son yıllarda üretim teknolojisindeki gelişmelere paralel olarak farklı endüstrilerde ortaya çıkan ürün çeşitliliği ve üretim miktarındaki artış, pazarlama faaliyetlerinde ürünün şeklini ön plana çıkarmıştır. 3D teknolojisinin ve özellikle üç boyutlu yazıcıların geldiği seviye ile ürünün salt üç boyutlu şekli, ambalaja ve bir konumlandırmaya ihtiyaç duymaksızın ayırt edici karakteriyle bir bütün olarak tüketiciler nezdinde marka olarak algılanabilmektedir. AB Marka Tüzüğü ve AB Marka Yönergesi ile bunların hükümlerinden müphem Sınai Mülkiyet Kanunu ve Sınai Mülkiyet Kanunun Uygulanmasına Dair Yönetmelik, salt üç boyutlu şekillere de şartların varlığı halinde, 556 sayılı KHK döneminde olduğu gibi marka olarak görünüm imkânı sunmaktadır. Ancak, salt üç boyutlu şekle marka himayesi tanınmasına neden olan ayırt edicilikten kaynaklanan doğal sınırlamanın dışına çıkarak, ilgili piyasadaki mutad mallar üzerinde marka sahibinin tekelleşmesine neden olacak bir yorumdan da, SMK'da kamu menfaati amacıyla düzenlenen mutlak red sebepleri ile düzenlenen bariyerlere riayet edilmek suretiyle, kaçınılmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Üç boyutlu şekil, tasarım, marka, sicilde gösterilebilir olma, ayırt edicilik kriteri, teknik fonksiyon

ABSTRACT

There is a traditional perception regarding three-dimensional shapes as a new type of trademarks, which are also at times protected as a design, that they are difficult to be comprehended by consumers. For this reason, we did not see many applications to register three-dimensional shapes as trademarks in the past. Recently, however, and certainly at the current state of the debate, this perception has lost its weight. Indeed, technological developments have led to a significant increase in the number and variety of products, which has shifted the focus of marketing strategies towards the shape of products. Given the current development level of the 3D technology and three-dimensional printers, the three-dimensional shape of a product alone has become distinctive in the eyes of consumers as a whole, without the need for a specific packaging or placement. The European Union Trademark Directive and Trademark Regulation, as well as the Industrial Property Law and the Regulation on the Application of the Industrial Property Law which are derived from the European Union law, provides a legal basis for three-dimensional shapes to be registered as a trademark, subject to meeting the relevant criteria. That said, an interpretation of this legal protection in a way to result in the trademark owner's monopoly in the relevant market should be avoided, in particular by compliance with the legal barriers defined via absolute grounds of refusal in the Industrial Property Law.

Keywords: Three-dimensional shape, design, trademark, ability to appear at the registry, distinctiveness criterion, technical function

* Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Öğr. Üyesi, e-posta:celebican001@gmail.com, ORCID ID: 0000-0001-7177-6998

GİRİŞ

3D ya da *Stereoskopi*, “birbirine benzer, üst üste bindirilmiş iki görüntüden üç farklı boyutu algılamak” olarak tanımlanabilir. İnsan, iki gözü ile aldığı görüntüyü beyinde birleştirerek ideal görüntüyü algılayacak mükemmellikte yaratılmıştır. 3D teknolojisi ile bir ekran/yüzey üzerinden iki boyutuyla bakılan objelerin derinlik hisleri de algılanabilmektedir.

Bir işletmenin ürettiği ve çoğu zaman tasarım olarak da himaye gören bir ürünü, mevcut piyasasında var olan yeknesaklıktan ve diğerlerinden farklılaştıran bir ayırt edici niteliğinin bulunması halinde, marka mevzuatı kapsamında da himaye etmek mümkündür. Tam da bu noktada, üç boyutlu yazıcı teknolojisinin geldiği seviye ile görüntüleme imkânı, marka konusu işaretin bütünlüğünü bozmadan ve koruma konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayacak şekilde tek bir yönden veya farklı açılardan görünümünü içeren gösterimi sunarak, ayırt edici karakteri bulunan ve çoğu zaman tasarım olarak da kabul edilebilen üç boyutlu şekillerin marka olarak tescilini kolaylaştırdığı tarafımızca değerlendirilmektedir.

İki boyuttan üç boyuta adeta evrilen günümüz emtia piyasası gerçekliği bakımından, markanın da üç boyutlu şekil biçimindeki işaret olarak tescil edilmesi bir hayli yaygınlaşmış, hatta mutata hale gelme yolunda hız kazanmıştır. Son yıllarda üretim teknolojisindeki gelişmelere paralel olarak farklı endüstrilerde ortaya çıkan ürün çeşitliliği ve üretim miktarındaki artış, pazarlama faaliyetlerinde ürünün şeklinin ve ambalajının daha da önem kazanmasını sağlamıştır. Öyle ki sözü edilen husus, özellikle hızlı tüketim malları sektöründe rekabetin yoğunluğunu arttırarak ürünün görünümüne ve ambalajına yapılan yatırımın üretim maliyetlerinin önemli bir kalemini oluşturmaları sonucunu doğurmuştur.

İşaret edilen gelişmeler ışığında, üç boyutlu şekillerin gerek ürünün şekli gerek de ambalajı olarak korunması ihtiyacı, marka hukuku alanında mevcut düzenlemelerin yeniden yorumlanmasını ve/veya yeni bir düzenleme alanını gündeme getirmiştir. Her geçen yıl sayısı azalmakla birlikte, bazı ülkelerde üç boyutlu şekiller yasal engeller nedeniyle henüz marka olarak tescil edilemezken, yasal engellemelerin bulunmadığı diğer tarafta Avrupa Birliği Marka Yönergesi ve Avrupa Birliği Marka Tüzüğü ve güncellemeleri¹ ile getirilen düzenlemeler

¹ Konu hakkında Avrupa Birliği mevzuatına bakıldığında marka ile ilgili sürece ilişkin “Üye Ülkelerin Markalara İlişkin Mevzuatının Uyumlaştırılması Hakkında Yönerge (2008/95/AT)”, 16.12.2015 tarihinde kabul edilmiş ve 23.12.2015 tarihli Avrupa Birliği Resmi Gazetesinde yayınlanarak yürürlüğe girerek bunu güncelleyen ve AB Marka Yönergesi olarak da burada anılacak olan “2015/2436/AB sayılı Yönerge (15 Ocak 2019)” önem arz etmektedir. Bunun yanı sıra, “AB Marka Tüzüğü (207/2009/AT)”, “AB Marka Tüzüğü’nün Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik (2868/95/AT)” ve bunu güncelleyen “AB Marka Tüzüğü’nü Tadil Eden Tüzük (2015/2424/AB)” ile son güncelleme olup 14.06.2017 tarihinde kabul edilmiş ve

ve yargı kararları aracılığıyla söz konusu alandaki marka tescil uygulamalarının yeknesak hale getirilmesi hedefine her geçen gün yaklaşılmaktadır. Türk hukuku düzenlemelerinin Avrupa Birliği ile uyumlaştırılması kapsamında ise, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ve mezkûr kanun hükmünde kararnamenin uygulanmasına dair Yönetmeliği yürürlükten kaldıran 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ve Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik ile birlikte, üç boyutlu şekillerin marka olarak tescil edilmesi Türk hukuku bakımından daha da önem arz eden bir konu olarak karşımıza çıkmıştır. Böylece, konu ile ilgili eski mevzuat dönemine ait yargı kararlarının gerekçelerinin de gözden geçirilmesi kaçınılmazdır. Aslında bu noktada içtihat gerekçelerindeki olası değişikliğin nedeni, mevzuat değişikliğinden ziyade, teknolojik gelişmeler ve üç boyutlu şeklin anlamlandırılması hususundaki anlayışla ilgilidir. 3D teknolojisinin ve özellikle üç boyutlu yazıcıların geldiği seviye ile görüntülemenin iki boyuttan üç boyuta evrildiği günümüz gerçekliği bakımından, markanın da üç boyutlu şekil biçimindeki işaret olarak tescil edilmesi noktasında, marka tescil başvurularında mevzuata uyumluluk tartışmalarının kaçınılmaz olarak süreceği aşikârdır.

Konunun güncelliği ve haiz olduğu önem itibarıyla gerçekleştirilen işbu çalışmada, öncelikle üç boyutlu şekillerin tanımı ve fikri mülkiyet hukuku kapsamında hangi hukuki araçlar yolu ile korunabileceği klasik şekilde tartışılacak, ardından üç boyutlu markaların pozitif hukuktaki görünümü incelenecektir. Bu kapsamda ilk olarak Türk hukukundaki düzenlemeler ve yargı kararları üzerinde durulacak, ardından Avrupa Birliği mevzuatı ve konunun içtihatındaki görünümüne sınırlı örneklerle işaret edilecektir. Çalışmanın sonunda ise mevzuat ve uygulamaların genel bir değerlendirmesi yapılarak ulaşılan sonuca değinilecektir. Çalışma kapsamında marka tescilinin sağlamış olduğu himaye kapsamına ilişkin geleneksel içeriğe yer verilmeyecektir. Burada cevap aranan soru salt üç boyutlu şekle münhasıran tanınan marka himayesidir. Ayrıca markaya tecavüz halleri de iş bu çalışmanın kapsamı dışındadır.

I. ÜÇ BOYUTLU ŞEKİLLER VE HUKUKİ KORUMA YÖNTEMLERİ

A. Tanım

Üç boyutlu şekil kavramı, bu çalışmada marka olarak tescil edilebilecek bir işaret bağlamında ele alınmaktadır. Bu nedenle de, üç boyutlu şekillerin aşağıda açıklanan marka kurumunun tanımında yer alan işaret kavramının kapsamına ne şekilde gireceği sorusu bizim için önem arz etmektedir. Marka

16.06.2017 tarihli Avrupa Birliği Resmi Gazetesinde yayınlanarak yürürlüğe giren ve *AB Marka Tüzüğü* olarak da burada anılacak olan “2017/1001/AB sayılı Tüzük” diğer önemli mevzuat güncellemesi olarak sayılabilir.

tanımında yer alan işaret kavramının kapsamını soyut bir şekilde belirlemek ise hem gerekli değildir hem de son derece güçtür. Zira kapsama ilişkin çizilen her çerçeve, kendi içinde söz konusu alanı bugün için sınırlamasına karşın marka kurumunun gelişimine bakıldığında yarın bu sınırların aşılmasının kuvvetle muhtemel olması ile anlamsız kalacaktır.

Üç boyutlu şekil ile üç boyutlu şekillerin marka olarak görünüm halleri birbirinden farklı hususlardır. Bununla birlikte, üç boyutlu şeklin marka olarak tescili için muhakkak suretle malın ambalajı olarak kullanılması ya da mal üzerinde konum markası olarak yer alması zarureti² mer'î mevzuata göre bulunmamaktadır. Marka hukuku bakımından üç boyutlu şekiller günümüzde marka başvurusu sırasında diğer şartları taşıması kaydıyla ilgili malın bizzat kendi görünümü olarak sıklıkla yer alabilmektedir. O halde işbu çalışma bakımından üç boyutlu şekilden kasıt, malın bizzat kendi şekli³, yani “*eninden ve boyundan başka derinliği de olan*” şekilde görünümüdür. Bu görünümün markanın amacı doğrultusunda, tüketicilerin edinmeyi düşündükleri mal ve hizmetler yerine başka mal ve hizmetlerin alımını engelleyici fonksiyon görmesi halinde marka tescili mümkün olabilmektedir. İşte bu nevi markaya ayırt edicilik katan unsura sahip olarak bizzat üç boyutlu şekil çalışma konumuzu oluşturmaktadır. Üç boyutlu şekil böylece, mal ve hizmetleri ferdileştirerek, bunları tüketiciler nezdinde piyasada teşhis edilebilir hale getirebilmesi⁴ yönünden marka vasfını kazanmış olacaktır.

Günümüzde geleneksel nokta dikkate alındığında, ticari bir markanın ürünün yahut ürünün muhafazasının üzerine eklenebilecek nitelikte bir işaret olduğu yönündeki eski anlayışın terk edildiği görülmektedir. Zira bir işaretin marka olarak korunabilmesi için temel ölçüt, değerlendirmeye tabi tutulan işaretin talep sahibine ait bir malı diğer mallardan ayırt etme kabiliyetinin bulunup bulunmadığıdır. Modern teknolojinin *per se* ayırt edici niteliği haiz ve bu itibarla ürünlerin teşhisi ve ayırt edilmesine hizmet edecek nitelikte pek çok ürün ve ambalaj şekli sunduğu dikkate alınarak, üç boyutlu şekillerin marka

² 551 sayılı Marka Kanunu m. 4, şekil itibarıyla marka olarak tescil edilemeyecek işaretlerle ilgili bir çerçeve belirlemişti. Bu madde hükmünden hareketle, mal ve ambalaj üzerine konulamayacak işaretlerin ve bizzat malın kendi şeklinin marka olarak tescil edilemeyeceği ifade edilmekteydi. Bkz. EROĞLU, S., Soyut Renk, Ses ve Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescili, DEÜHFD, Y. 2003, C. V, S. 1, s. 114 dn. 84.

³ 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulanmasına Dair Yönetmelik m. 4'te yer alan “Şekil” tanımında, marka niteliği taşıyan malın kendisini göstermeyen, Kanun Hükmünde Kararnamenin diğer hükümlerine uygun üç boyutlu şekillerin tescil edilebileceği düzenlenmişti. Bu nedenle markanın kendi özgün şeklinin tek başına tescil edilip edilemeyeceği tereddüt oluşturabiliyordu. *Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik*'te böyle bir kısıtlama barındıran lafz bulunmamaktadır.

⁴ Soyut ve somut ayırt edicilik kavramları için bkz. DOĞAN, B.F., “Türk, Alman ve Avrupa Birliği Hukukuna Göre Marka Olamayacak İşaretlerin Kullanım Sonucu Ayırt Edici Nitelik Kazanarak Tescil Edilebilirliği Sorunu”, FMR, Y. 6, C. 6, S. 2006/3, s. 17-42.

olarak tescil edilebilmesi yaklaşımı, hâlihazırda giderek azalan istisnalar dışında pek çok hukuk düzeni tarafından kabul edilmektedir⁵.

Esasında tescil edilmek istendiği mal ve hizmetlerden farklılaşamayacağı sanısıyla üç boyutlu şekillerin ayırt ediciliğinin düşük olacağı ve dolayısıyla da marka başvurularında da nadiren tercih edileceği düşüncesi, üç boyutlu yazıcı teknolojinin gelişimi ile tersi ivme kazanmıştır. Zira üç boyutlu yazıcı teknolojisi sayesinde işletmenin piyasaya sunduğu malın kendine özgün karakteristik yapısı görünüm olarak bihakkın sunulabildiği için, üç boyutlu şekil marka başvurularındaki artışta tetiklenmiştir. Bu teknolojinin ortaya koyduğu bizatihi işletmenin piyasaya sunduğu ürünün kendisi olduğu için, ortada ne bir ambalaj ne de bir ürün üzerinde üç boyutlu şeklin konumlandırılması ile birlikte değerlendirilmesi gereken sorunlar vardır.

B. Hukukî Koruma Yöntemleri

Üç boyutlu şekillerin korunması, özellikle bir ürünün veya ambalajının tasarımı olarak değerlendirildiğinde pek çok açıdan önem kazanmaktadır. Öncelikle, ürünün veya muhafazasının şekli, ilk bakışta ürünün tüketicilerin gözünde cazip nitelik kazanması ve dikkat çekmesi bakımından kayda değer bir öneme sahiptir. Benzer şekilde ürünün satışa sunulduğu ortamlarda tüketiciler tarafından tanınması hususunda da ürünün ya da ambalajın şekli etkin rol oynamaktadır. Öte yandan bir ürünün şekli, peştemaliyenin⁶ taşıyıcısı fonksiyonu görebileceği gibi, bir mal şekli itibarıyla dikkat çekici ve tanınmış hale geldiği ölçüde, kopyalanması ve taklit edilmesi sıklıkla rastlanan bir ürün niteliği kazandırma olumsuz işlevini de görmektedir.

Üç boyutlu şekiller, esas itibarıyla tasarım⁷, telif hakları, markalar ve haksız rekabet hükümlerine göre çeşitli yollar ile hukukî koruma temin edebilmektedir.

⁵ LADAS, S. P., "Patents, Trademarks and Related Rights: National and International Protection", Cilt 2, Cambridge 1975, §583, s. 1024, <http://books.google.com.tr/> (erişim tarihi: 02.10.2019).

⁶ "Goodwill" teriminin karşılığı olarak kullanılan peştemaliye, işletmeyi devir alanın, bu işletme hakkının maddi değeri yanında işletmenin ünü ve manevi değerleri için ödemesi lazım gelen bedel olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Y. 4. HD. T. 03.06.1985, E. 1985/2315, K. 1985/5606 (www.kazanci.com).

⁷ Tasarımların son derece grift yapıda bulunmaları nedeniyle tasarım mevzuatının yanı sıra haksız rekabet hükümleri, patent, faydalı model ve özellikle marka olmak üzere diğer himaye modelleri ile de korunmaları, şayet ilgili himaye kurumunun yasal şartlarını taşıyorlarsa *kümülatif koruma ilkesi* bağlamında mümkündür. Zira o tasarıma vücut veren ayırt edici işaret aynı zamanda mevzuat gereği marka vasfını da taşıyorsa, burada her iki kurumun koruyucu hükümleri adeta kümelenme/yığılma içinde fonksiyon görebilecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ŞEHİRALİ ÇELİK, F. H., Tasarımların Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunması, Ankara 2014, s. 133 vd. Fikri mülkiyet rejimleri bakımından kümülatif korumanın temin edilebilirliği tespiti için ayrıca bkz. CAN, B., Motorlu Taşıt Sektöründe Fikri Mülkiyet Hukuku ve Rekabet Hukuku İlişkisi, Ankara 2013, s. 80 (yayımlanmamış yüksek lisans tezi).

Elde edilmek istenen korumanın niteliği ve her bir hukukî araç bakımından öngörülen şartların mevcut olup olmadığı hususları dikkate alınmak suretiyle talep sahibi, sayılan başvuru yollarından birini tercih edebilecektir.

1. Üç Boyutlu Şekillerin Tasarım Olarak Korunması

Üç boyutlu şekillerin sıklıkla rastlanan görünümü, tasarımlardır⁸. Tasarımlar ise hukukumuzda 1995 yılında yürürlüğe giren 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK'nın düzenleme alanını da kapsayacak şekilde yürürlüğe giren Sınai Mülkiyet Kanununun "Tasarım" başlıklı üçüncü kitabı kapsamında korunmaktadır. SMK m. 56 uyarınca bir tasarım⁹ yeni¹⁰ ve ayırt edici niteliği haiz ise, mezkûr düzenleme kapsamında korunabilecektir.

Bir şeklin tasarım veya marka olarak korunması arasındaki fark, ilk olarak her iki fikri mülkiyet türünün sağladığı korumanın süresi bakımından ortaya çıkmaktadır. Nitekim bir tasarım, azami toplam yirmi beş yıl korunurken, markalar, her on yılda bir yenilenmek suretiyle ilelebet korunabilmektedir. Öte yandan başvuru veya rüçhan tarihinden önce kamuya sunulmuş bir tasarım, sadece üç yıl tescilsiz tasarım olarak himaye edilebilirken, ayırt edici niteliği haiz ise marka olarak tescil edilebilecektir¹¹.

Tasarım olarak korunma koşullarını bulunduran bir şekil, aynı zamanda tasarım konusu ürünler için marka mevzuatının aradığı ölçütte ayırt edici nitelikte ise marka olarak da tescili mümkündür. Başkasına ait bir tasarımın marka olarak tescil edilmesi ise, söz konusu tasarımın sahibinin iznine tabidir¹². Öyle ki markanın tasarım sahibinin izni olmaksızın tescil ettirilmek istenmesi durumunda, tasarım sahibinin SMK m. 6/6 uyarınca tescili önleme hakkı mevcuttur. Söz konusu tasarımın izinsiz şekilde marka olarak tescil edilmiş

⁸ YASAMAN, H., Marka Hukuku 556 sayılı KHK Şerhi, Cilt 1, İstanbul 2004, s. 74; Ayrıca bkz. SULUK, C., Tasarım Hukuku, Ankara 2003, s. 74 vd.

⁹ 554 sayılı KHK'nın 3. maddesinde tasarım; *"bir ürünün tümü veya bir parçası veya üzerindeki süslemenin, çizgi, şekil, biçim, renk, doku, malzeme veya esneklik gibi insan duyları ile algılanan çeşitli unsur veya özelliklerinin oluşturduğu bütünü"* olarak tanımlanmıştır.

¹⁰ Yargıtay bir kararında, 554 sayılı KHK'nın 6. maddesi uyarınca bir tasarımın tescil edilebilmesi için tasarımın aynısının başvuru veya rüçhan tarihinden önce dünyanın herhangi bir yerinde kamuya sunulmamış olması, başka bir deyişle mutlak yenilik koşulunun kabul edildiğini belirterek, mutlak yenilikten söz edilebilmesini, tasarım tescil başvurusu yapılan ürünün görünümünün dünyanın herhangi bir yerinde kamuya sunulan tasarımlardan yararlanma ve benzetme ilkesi sınırları içinde kalmak kaydıyla küçük ayrıntıların ötesinde farklı özelliklere sahip olmasına bağlamıştır. Bkz. 11 HD, E. 2007/8398, K. 2009/2987, T.17.03.2009 (yayımlanmamış Yargıtay kararı).

¹¹ Tescilli tasarımların koruma süresi başvuru tarihinden itibaren beş yıldır. Bu süre beşer yıllık dönemler hâlinde yenilenmek suretiyle toplam yirmi beş yıla kadar uzatılabilir (SMK m. 69/1). Buna karşın, tescilsiz tasarımların koruma süresi, koruma talep edilen tasarımın kamuya ilk sunulduğu tarihten itibaren üç yıldır (SMK m. 69/2).

¹² YASAMAN, s. 75.

olması durumunda ise terkin için tescilin hükümsüzlüğü mahkemeden talep edilebilecektir¹³.

2. Üç Boyutlu Şekillerin Telif Hakları Kapsamında Korunması

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu “Tanımlar” başlığı altında 1/B maddesi uyarınca “sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulü” eser kabul edilmektedir. Bu itibarla üç boyutlu şekillerin, mezkûr Kanunda düzenlenen “eser”e ilişkin nitelikleri taşıması halinde, bu kapsamda koruma alanı da bulması mümkündür.

Üç boyutlu şekillerin FSEK kapsamında korunması, eserin aleni hale geldiği andan itibaren kendiliğinden başlamaktadır; bu itibarla herhangi bir tescil yahut kayıt yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ayrıca söz konusu korumanın süresi, eserin aleni hale geldiği andan itibaren eser sahibi yaşadığı müddetçe ve eser sahibinin ölümünden başlayarak yetmiş yıl olarak belirlenmiştir¹⁴. Dolayısıyla telif hakkı kapsamında sağlanacak koruma, kazanılmasındaki kolaylık ve koruma süresinin uzunluğu itibarıyla avantajlı olmaktadır. Öte yandan, tescil zorunluluğunun bulunmaması nedeniyle de, uygulamada ispat bakımından güçlükler yaşanmaktadır.

3. Üç Boyutlu Şekillerin Haksız Rekabet Kapsamında Korunması

Türk Ticaret Kanunu m. 54’te, bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması amacıyla, rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırı olarak nitelendirilmiş ve uygulamada sıklıkla görülen haksız rekabet halleri, aynı Kanun’un 55. maddesinde, tahdidi olmamakla birlikte, gösterilmiştir. TTK m. 55/1 (a) 4 uyarınca, “başkasının malları, iş ürünleri,

¹³ SMK m. 26 ile TÜRKPATENT nezdinde markanın iptali farklı bir hukuki kurum olarak düzenlenmiştir. Burada sadece, a) Markanın, tescil tarihinden itibaren beş yıl süreyle kullanılmaması, b) Markanın jenerik hale gelmesi, c) Markanın halkı yanıltır hale gelmesi, d) Garanti ve ortak markaların teknik yönetmeliğe aykırı kullanılması halleri ile sınırlı olarak TÜRKPATENT nezdinde kullanılacak bir prosedürü içermektedir. SMK m. 192 uyarınca bu prosedürün uygulanması yedi yıl ertelenerek 2024 yılına bırakılmıştır. Bununla birlikte SMK Geçici m. 4/1 gereğince, 26 ncı madde hükmü yürürlüğe girene kadar, iptal yetkisi, anılan maddedeki usul ve esaslara göre mahkemeler tarafından kullanılır.

¹⁴ 5846 sayılı Kanun’un 27. maddesi şu şekildedir: “Koruma süresi eser sahibinin yaşadığı müddetçe ve ölümünden itibaren 70 yıl devam eder. Bu süre, eser sahibinin birden fazla olması durumunda, hayatta kalan son eser sahibinin ölümünden itibaren yetmiş yıl geçmekle son bulur. Sahibinin ölümünden sonra alenileşen eserlerde koruma süresi ölüm tarihinden sonra 70 yıldır. 12 nci maddenin birinci fıkrasındaki hallerde koruma süresi, eserin aleniyet tarihinden sonra 70 yıldır; meğerki eser sahibi bu sürenin bitmesinden önce adını açıklamış bulunsun. İlk eser sahibi tüzelkişi ise, koruma süresi aleniyet tarihinden itibaren 70 yıldır”.

faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almak” haksız rekabete yol açacaktır¹⁵. Ancak söz konusu koruma, markanın tescil edilmemiş olduğu durumlar bakımından işlev görecektir. Böylelikle üç boyutlu şekiller marka olarak tescil edilebildiği durumlarda SMK hükümleri, tescil edilmemiş olduğu hallerde ise¹⁶ TTK’nin haksız rekabete ilişkin genel hükümleri uyarınca koruma sağlayabilecektir.

4. Üç Boyutlu Şekillerin Marka Olarak Korunması

Üç boyutlu şekiller bakımından başvurulabilecek bir diğer hukuki koruma vasıtası, işbu çalışmanın konusunu oluşturduğu üzere, marka olarak tescildir. Söz konusu şekillere ilişkin marka hukuku kapsamındaki düzenlemeler ve ilgili yargı kararları aşağıda ele alınacaktır.

Üç boyutlu şekillerin marka olarak tescil edilebilmesi sorununun önem arz etme nedeni ve bu çalışmayı hazırlamamızı tetikleyen sebep, “malın bizatihi kendisini/özgün yapısını gösteren şekillere” fikri mülkiyet hakları bağlamında herhangi bir suretle süresiz koruma sağlanmaması amacının yansıması olan tasarım hukukundan kaynaklı azami yirmi beş yıllık koruma süresinin, marka üzerinden dolanılarak¹⁷ ihlali teşebbüslerinin yaygınlaşmasıdır¹⁸. Burada önemle belirtelim ki, her iki kurumun şartlarını da karşılaması halinde, üç boyutlu şekiller bakımından, hem tasarım hem de marka korumasına ilişkin mevzuat hükümlerinden yararlanılabilir¹⁹.

¹⁵ Söz konusu hukuki korumanın Anglo-Sakson hukukundaki benzer görünümü “*passing off*” olarak tabir edilen kötüye kullanma halidir. Bir mal veya hizmetin bir başkasına ait olduğu izlenimini verecek şekilde yanıltıcı eylemlerde bulunulmasına işaret eden *passing off* prensibi, esas itibarıyla bir haksız fiil hali olarak uygulama alanı bulmaktadır. Mezkûr prensibin unsurları şunlardır: 1) Korumanın esas konusu markanın kendisi değil, tacirin itibarındaki mülkiyettir. 2) Söz konusu itibara ilişkin yanıltıcı beyanlarda bulunulması yasaklanmıştır. 3) Davalının fiillerinin davalının peştemaliyesinde bir zarara yol açmış olması gerekmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. COLSTON, C., “Principles of Intellectual Property Law”, 1999, s. 310, <http://books.google.com.tr/> (erişim tarihi: 02.10.2019).

¹⁶ Bu noktada, SMK m. 6/6’daki “Tescil başvurusu yapılan markanın başkasına ait kişi ismini, ticaret unvanını, fotoğrafını, telif hakkını veya herhangi bir fikri mülkiyet hakkını içermesi hâlinde hak sahibinin itirazı üzerine başvuru reddedilir” hükmüyle, SMK m. 6/9’daki “kötüniyetle yapılan marka başvuruları itiraz üzerine reddedilir” hükmünün şartların varlığı halinde somut olayda uygulama imkânının olduğunu hatırlatmakta fayda görüyoruz.

¹⁷ Yeni ve ayırt edici kıstaslarını taşıması kaydıyla üç boyutlu şekiller özellikle 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK döneminde beri marka korumasının yanı sıra bu kapsamda da korunma imkânına ayrıca sahiptir.

¹⁸ Bu teşebbüslerin önüne geçmeye yönelik örnek için, herkesin kullanımına açık üç boyutlu işaretin kullanım tekelinin sonsuz süre ile kazanılması, ayırt ediciliği bulunmayan işaretlerin marka olarak tescil edilemeyeceğine ilişkin genel kurala aykırılık teşkil edeceğine ilişkin bidayet mahkemesinin kararını onayan Yargıtay ilamına bkz. 11 HD, E. 2012/5925, K. 2013/8519 T.29.04.2013 (yayımlanmamış Yargıtay kararı).

¹⁹ Her iki kuruma ilişkin mevzuat hükümlerini karşılaması kaydıyla yeterli özgünlükteki üç boyutlu şekil, marka olarak tescil edilebileceği gibi aynı zamanda tasarım olarak da himaye

II. ÜÇ BOYUTLU MARKALARIN POZİTİF HUKUKTAKİ GÖRÜNÜMÜ

A. Türk Hukukunda Üç Boyutlu Marka

1. Üç Boyutlu Markalara İlişkin Türk Hukukundaki Düzenlemeler

Üç boyutlu şekillerin marka kavramının tanımında yer alan işaret kavramının kapsamına, Türk pozitif hukuku bağlamında girip girmediği sorusunun cevabı Türk marka mevzuatının değişim süreci ile yakından ilgilidir.

551 sayılı Markalar Kanunu döneminde bu soru üç boyutlu şekillerin marka olamayacağı kanaatiyle olumsuz cevaplandırılmaktaydı²⁰. Hatta takip eden düzenleme olarak 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’de de üç boyutlu şekillerin marka tanımında yer alan işaret kapsamına dâhil olduğuna dair açık bir düzenleme bulunmamaktaydı²¹. Ancak bu dönemde, ikincil düzenlemelerden MarkaKHK Yön. m. 4 hükmünde, sınırlı bir çerçeve çizerek de olsa *“marka niteliği taşıyan malın kendisini göstermeyen, Kanun Hükmünde Kararnamenin diğer hükümlerine uygun üç boyutlu şekilleri”* ifadesi yer almaktaydı. Aynı yönetmeliğin değişiklik²² öncesi ilk halinde, 8/a hükmüne bakıldığında ise, *“tescili istenen markanın yayına ve baskı yoluyla çoğaltmaya elverişli en az 5x5 ve en fazla 7x7 cm. ebadında 5 adet örneği”* istenilmesinden, söz konusu işaretin iki boyutlu çiziminin hazırlanarak KHK m. 5/1’deki markanın çizimle görüntülenebilme şartının karşılanması halinde tescilin mümkün görüldüğü anlaşılmaktaydı²³. Söz konusu kısıtlı hükümlerden dahi, Türk hukuku bakımından üç boyutlu şekillerin marka olarak tescil edilebileceği ve korunabileceği kabul edilmiş bulunmaktaydı²⁴.

altına alınabilecektir. Bkz. TEKİNALP, Ü., Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2012, B.5, s. 363. Diğer bir yazar tarafından, bir şeklin fikri hak konusu olarak korunmasının yanı sıra, tasarım ve ayırt ediciliği bulunması kaydıyla marka korumalarından birlikte yararlanabileceği ifade edilmiştir. Burada ürün ambalajının marka olarak tescil edilebileceğine vurgu yapılarak üç boyutlu şekillere bu yönüyle çağrışım yapmıştır. Bkz. GÜNEŞ, İ., Ayırt Edici İşaretler ve Marka Hukuku’nda Önceye Dayalı Haklar, Ankara 2013, s. 37. Benzer görüş için bkz. SULUK, s. 569.

²⁰ ARKAN, S., Marka Hukuku, C. I, Ankara 1997, s. 42 dn. 32.

²¹ ÇAĞLAR, H., Marka Hukuku, B. 2, Ankara 2015, s. 18.

²² 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulamasına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik için bkz. 30.03.2013 tarihli RG, S. 28603.

²³ Yönetmelikteki bu ifade nedeniyle, üç boyutlu şekillerin tek bir çizimle yeterince ifade edilemediğine ve farklı görünümün sunulabilme imkânı tanınmasına ilişkin daha o zamanki eleştiri için bkz. EROĞLU, s. 159; Ayrıca bkz. günümüzdeki durum için Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik m.7/3 ve yabancı mevzuat bakımından özellikle bkz. MarkenG 3.1 ve MSchG 1.2.

²⁴ Bkz. ARKAN, s. 37. Ayrıca söz konusu düzenlemeden anlaşılacağı üzere, yalnızca malın ambalajı değil, bizatihi malın şeklinin veya maldan bağımsız olarak ayırt etmeyi sağlamak koşulu ile (her işaretin ve) üç boyutlu şeklin de marka olarak tescili mümkün olmalıdır. Bu konuda yargı kararı için bkz. “... üç boyutlu şekil markası 556 sayılı KHK’nin 5/1 inci maddesi

Sınai Mülkiyet Kanunu döneminde ise, SMK m. 4 bağlamında esas olan, bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması yani “*ayırt edicilik koşulunu sağlaması*” ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması²⁵ koşullarıyla her türlü işaretin²⁶ ve tabi ki çalışma konumuz bakımından malın bizzat kendi özgün şeklinin marka olarak tescil edilmesi mümkündür. Hemen burada belirtmek gerekir ki; söz konusu marka başvurusuna konu işarete karşılık gelen malın özgün üç boyutlu şeklinin SMK m. 5’te sayılan mutlak ret nedenleri kapsamına girmemesi izahtan varestedir.

Yabancı hukuk düzenlemelerine bakıldığında, İsviçre hukukundaki markanın tanımının ve başlıca örneklerinin yer aldığı Markenschutzgesetz (MSchG) Art 1’de²⁷, marka olabilecek işaretler arasında üç boyutlu şekiller ve bunların kelime, harf, rakam, resim vb. diğer işaretlerle olan kombinasyonlarının sıralandığı görülmektedir. Buna karşın ne 556 sayılı KHK ne de 6769 sayılı SMK bu açıklıkta bir ifadeye yer vermiştir. SMK m. 4’te yer alan “...malların ve ambalajların biçimi” lafzından üç boyutlu şekillerin marka olabilmesinin kanunen kabul edildiği belirtilmektedir²⁸. Hatta 556 sayılı KHK’de yer alan çizimle görüntülenebilme şartının SMK’da yer almaması da bunun başka bir dayanağı olarak gösterilmektedir²⁹.

anlamında renkler ve işaretler kombinasyonu bakımından ayırt edicilik niteliği taşımakta, üç boyutlu şeklin mutlaka malın ambalajı olarak kullanılması gerekmemektedir.”. 11.HD.; 07.03.2002, E.2001/10235, K.2002/1984; KAYA, A., Marka Hukuku, 2006, s. 25 dn. 26. Bununla birlikte 556 sayılı KHK’nin 5.maddesinin ikinci fıkrası uyarınca marka, mal veya ambalajı ile birlikte tescil ettirilebilecektir. Bu durumda mal veya ambalajın tescili, marka sahibine mal yahut ambalaj için tek hak sağlamayacaktır. Bu hükümden anlaşılan, ayırt edici niteliği bulunmayıp da, tek başına tescili de mümkün olmayan mal ve ambalaj şekilleri üzerinde marka sahibine inhisar hakkı sağlanmayacağıdır. Bkz. BİLGE, M. E., Ticari Ad ve İşaretler Arasında Karıştırılma Tehlikesi, Ankara 2014, s. 204.

²⁵ Sicilde gösterilebilir olmanın kapsamını belirleyen düzenleme Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik’in 7/3 hükmünde de yer almaktadır.

²⁶ “...kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işareten oluşabilir” (SMK m. 4).

²⁷ Alman mevzuatında aynı şekilde MarkenG § 3.1. Malın kendi şekli veya ambalajı dâhil olmak üzere üç boyutlu şekiller bu kapsamda değerlendirilmektedir. BGH- *Palmolive kararında açıklandığı üzere*, sabun ambalajına marka himayesi sağlanması, bir ambalajın resminin markanın ayırt edici karakterini haiz olmaması gerekçesiyle eskiden mümkün değildi. MarkenG § 3.1 göre, önemli arz eden husus olarak, tescil başvurusu yapanın mallarını piyasadaki diğer teşebbüslerin mallarından ayırt etme fonksiyonu gördüğü takdirde ambalajın, marka olarak korunmasında bir problem bulunmamaktadır. Bkz. BERLIT, W., Das neue Markenrecht, 5. Aufl., München 2003, s. 10. Üç boyutlu şekillerin, malın şekli, ambalaj ve reklam figürü/emblemler olarak marka görünümünün bulunabileceğine ilişkin bkz. GIEFERS, H. W., Marken- und Firmenschutz, Planegg 1995, s. 17-18.

²⁸ AYHAN, R./ÇAĞLAR, H./ÖZDAMAR, M., Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2019, B. 12, s. 312.

²⁹ YILMAZ, A. L., Marka Olabilecek İşaretler ve Mutlak Tescil Engelleri, İstanbul 2017, s. 202.

Sinai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik'in m.7/3 hükmünde ise, “ *Başvurunun üç boyutlu marka olarak tescilinin talep edildiği hallerde bunun başvuru formunda açıkça belirtilmesi, ayrıca koruma konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayacak şekilde işaretin tek bir yönden veya farklı açılardan görünümünü içeren gösterimlerinin³⁰ Kuruma sunulması gerekir. Bu gösterimler, en fazla altı farklı açıdan görünümü içerecek ve markanın bütünlüğünü bozmayacak şekilde olmalıdır*” düzenlemesi yer almaktadır³¹. Sicilde gösterimin çerçevesini belirleyen bu yönetmelik hükmü, hem tescili istenen koruma konusunu ve dolayısıyla da üç boyutlu şeklin ayırt edicilik niteliğini tespit açısından hem de tescilden sonra markanın himaye kapsamının belirlenmesi açısından önemlidir. Hakikaten, başvuru esnasında yer alan sicildeki gösterimdeki varsa başvurunun eki mahiyetindeki başvuru sahibinin markasını ifade edişiyile ilgili tarifnamedeki ifadelerin kesin olmayışı ve grafik görünümünün çok farklı kombinasyonlara kapı aralaması başvurunun reddedilmesini gerektirir.

Gerek SMK gerek yönetmeliğin bu hükmünden anlaşılacağı üzere çizimle görüntülemeye dair eski mevzuat hükmü ve buna dayalı iki boyutlu çizilebilmesi şartı ile ayırt edici gücü olan üç boyutlu şekillerin marka olarak tescil edilebileceğine dair Yargıtay kararlarının gerekçeleri bu yönüyle yeniden yorumlanmaya muhtaçtır³². Ancak, bu ifade ile de, malın doğası gereği ortaya çıkan -geleneksel- şeklini ya da başka bir özelliğini veya teknik bir sonucu elde etmek için zorunlu olan veya mala asli değerini veren şekli ya da başka bir özelliğini münhasıran içeren işaretlerin marka olarak tescil edilebileceği anlamı SMK m. 5/1 (e) gereği çıkarılmamalı, bilakis mezkur yönetmelik hükmünü karşılar nitelikte³³ üç boyutlu şekil başvurularının tescil edilebileceği bir düzenlemenin getirildiği anlaşılmalıdır. Yönetmeliğin bu hükmünden anlaşılması gereken diğer bir husus ise, üç boyutlu şekil ile ilgili başvurusu

³⁰ 2017/1001/AB sayılı Tüzükte, önceki tüzükte yer alan ve daha soyut ve esnek olan “*grafik gösterim*” şartından vazgeçmek suretiyle, “*marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin şekilde anlaşılmasını sağlayacak şekilde sicilde gösterimi*” şartı getirilmiştir.

³¹ Bu düzenleme, çok daha ayrıntılı olan “Verordnung zur Ausführung des Markengesetzes (Markenverordnung - MarkenV)” ile kısmen benzerlik taşımaktadır. Şöyle ki, burada da üç boyutlu şeklin grafik gösteriminin tescili söz konusu ise, sunum altı farklı görünüm içerebilir.

³² Hakikaten SMK öncesi dönemde dahil; ARKAN, 556 sayılı KHK'nın Uygulama Şekli Gösterir Yönetmelik m. 4/g hükmünde yer alan üç boyutlu şeklin mutlaka malın ambalajı olarak kullanılması kaydı şartıyla marka olabileceğine dair düzenlemenin isabetli olmadığını belirtmiştir. Bkz. ARKAN, s. 42.

³³ SMK m. 7/9 gereği, sunulan gösterimlerin bu maddede belirtilen şartları taşımaması veya başvuruya ilişkin olarak Kuruma sunulan bilgi, gösterim ve açıklamalar arasında bir uyumsuzluk olduğunun tespit edilmesi halinde başvuru sahibine eksiklikleri gidermesi için iki aylık süre verilir. Bu durumda başvuru tarihi, eksiklikleri gideren bilgi veya belgelerin Kurumca alındığı tarih, saat ve dakika itibarıyla kesinleşir. Bu süre içinde eksikliklerin giderilmemesi halinde başvuru işleminden kaldırılır.

sırasında sunulan tek tarafa ait iki boyutlu gösterimin, tescili istenen malın bihakkın açık bir şekilde tanımlanmasını yani markanın koruma kapsamını gösterebilmeyi sağlayacak kalitede olmasının sağlanmasıdır.

Öte yandan, üç boyutlu markalara ilişkin olarak, SMK'nın mutlak red sebeplerini düzenleyen 5. maddesinin 1. fıkrası kapsamında birtakım düzenleme ve istisnalar getirilmiş bulunmaktadır. Nitekim Kanunun 5/1. maddesinin (a) bendinde tüm işaretler ve bununla birlikte üç boyutlu şekiller bakımından "4. madde kapsamına girmeyen işaretlerin marka olarak tescil edilemeyeceği" ifade edilmiş, aynı fıkranın (e) bendinde ise daha ziyade üç boyutlu markalar için öngörüldüğü kabul edilen³⁴, "Malın doğası gereği ortaya çıkan şeklini ya da başka bir özelliğini veya teknik bir sonucu elde etmek için zorunlu olan veya mala asli değerini veren şekli ya da başka bir özelliğini münhasıran içeren işaretlerin marka olarak tescilinin mümkün olmadığı" kuralı hüküm altına alınmıştır.

Yukarıda belirtilen hükümlerden hareketle, üç boyutlu bir şeklin marka olarak tescil edilebilmesi için, diğer bütün işaretler için de geçerli olan genel koşullarla birlikte, 5/1(e) hükmü ile düzenlenmiş bazı özel koşulların öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Bu itibarla, üç boyutlu bir şeklin marka hukuku kapsamında korunabilmesi için haiz olması gereken nitelikler şu şekilde sıralanabilir:

- a) Ayırt edicilik,
- b) Marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması,
- c) Malın doğası gereği ortaya çıkan şeklini ya da başka bir özelliğini içerir nitelikte olmaması
- d) Teknik bir sonucu elde etmek için zorunlu olmaması,
- e) Mala asli değerini verecek ya da başka bir özelliğini münhasıran içerir nitelikte olmaması.

Üç boyutlu şekiller bakımından hususi olarak getirilen koşullar incelendiğinde, malın kendisinden beklenen işlevi yerine getirebilmesi için zorunlu olarak belirli bir biçimde üretilmesi gerekmekte ise, bu biçimin tescil edilmek suretiyle yalnızca belirli bir işletenin veya üreticinin kullanımına hasredilmesinin önüne geçilmek istendiği anlaşılmaktadır. Zira bir şeklin marka olarak tescili, marka sahibine adeta bir tekel hakkı vereceğinden, söz

³⁴ Üç boyutlu şeklin marka olarak tescilinde özellikle SMK m. 5/1 (e)'ye yer veren için bkz. AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 313. KHK döneminde de, bu hükmün karşılığının mutlak red nedeni olarak özel önemi haiz olduğu ve bu hükümle olası marka hakkı sahibine, tescil edildiği mal ve hizmet sınıfındaki rakip mallarını bu sınıfta olmalarının doğal ve/veya teknik gerekliliği ve/veya sonucu için tekel hakkı verilmesinin önüne geçilmesinin amaçlandığı belirtilmekteydi. Bkz. EROĞLU, s. 159.

konusu istisnanın öngörülmesi zorunluluğu doğmuştur³⁵. Bu itibarla, örneğin, futbol topu, çamaşır mandalı, otomobil lastiği, tıraş bıçağı gibi şekillerin marka olarak tescili mümkün olamayacaktır³⁶. Aynı şekilde çorap, zarf, uçak ya da yarış otomobilinin biçimi, elektrik prizi, eldiven, yüzük, bilezik gibi şekiller, malın işlevinin zorunlu kıldığı şekiller olmaları itibarıyla tescile istisna tutulacaktır³⁷. Marka olarak tescil edilen üç boyutlu şeklin de, bağlamından kopararak söz konusu mutlak red nedenlerinde marka sahibine münhasır himaye sağlamasının da mümkün olmadığı izahtan varestedir.

Öte yandan, malın işlevinin, teknik zorunluluğun gerektirmediği ve doğal olan biçimini aşan şekillerin marka olarak tescil edilmesi mümkün olacaktır. Söz konusu uygulamanın en belirgin örneği, Coca Cola şişesinin³⁸ şeklinin tescil edilmesidir³⁹. Bununla birlikte, m. 5/1(e) bendinde istisna tutulan şekillerin, kullanım sonucu ayırt edicilik kazanması ve tescil edilebilir hale gelmesi mümkün olmayacaktır. Zira 5. maddenin 2. fıkrasında tescil tarihinden önce kullanılmış ve böylelikle ayırt ediciliği haiz duruma gelmiş şekillere mutlak red sebebinin uygulanmayacağı hükmü, yalnızca 1. fıkranın (b), (c) ve (d) bentleri için geçerli olup, (e) bendi kapsamında uygulama alanı bulamayacaktır.

2. Üç Boyutlu Markalara İlişkin Türk Hukukunda Yargı Kararları

Üçboyutlu şekillerin marka olarak tescili, 556 sayılı KHK ile hukukumuz ağırmış bir uygulama olmakla birlikte, söz konusu hukuki kurumun varlığı ve kapsamı hakkında bu süreçte ortaya çıkan Yargıtay kararlarının incelenmesi gereklidir. Sınai Mülkiyet Kanunu döneminde ise Yargıtay kararlarının geleneksel içtihadı takip etme alışkanlığının büyük ölçüde sürdüğü görülmektedir. Nitekim bunun en bariz örneği, malın ambalajı olarak kullanılmasına⁴⁰ ya da mal üzerinde

³⁵ ARKAN, s. 85.

³⁶ TEKİNALP, s. 407.

³⁷ ANNAUD, Ruth/NORMAN, Helen, "Trade Marks Act 1994", 1994, s.87 (TEKİNALP s. 408, dn.21'den naklen).

³⁸ Üç boyutlu şekillere marka himayesi sağlanması ile ilgili klasik örnekler, *Coca-Cola şişesi*, Almanya'da benzer şekilde *likör şişesi* ve *pralin* olarak sıralanmaktadır. Bkz. ÇAĞLAR, s. 18.

³⁹ TEKİNALP, s. 408.

⁴⁰ Yargıtay, 556 sayılı KHK m. 8/1(b) maddesine ilişkin bir uyuşmazlıkta, iltibasın oluştuğu yönünde yerel mahkeme ve BAM kararları doğrultusunda onama kararı verirken, **obiter dictum** olarak iş bu çalışmanın konusu ile ilgili şu hususları yinelemiştir: "...556 sayılı KHK'nın 5/2 maddesi uyarınca mal ve ambalajla birlikte tescil ettirildiğinde, tescil olunan markada yer alan ürün veya ambalaj görselleri yönünden marka sahibine inhisarı hak sağlamayacağından, şeffaf kutular içerisinde jelatin ambalajlı yiyecek ürünü satılması, davalı markaları ileri sürülerek engellenemeyecek ise de, davacı tarafça tescil ettirilmek istenen şeffaf kutu içerisinde yer alan ambalajlı ürünlerin, yine davalı şirket adına tescilli 2005/17042 sayılı üç boyutlu şekil markasındaki şekil ve ibarelerin yerleşim konsepti ve kompozisyonu itibarıyla yüksek benzerlik oluşturması ve karıştırılmaya yol açabilecek nitelikte olması..." Bkz. 11 HD, E. 2018/1605, K. 2019/3245, T.29.04.2019 (yayımlanmamış Yargıtay kararı).

konum işareti olarak hasredilmiş üç boyutlu şekillerin marka olarak kabulü ile ilgili süregelen açıklamalarda kendini göstermektedir.

Huzurdaki makalede konu edilen husus tek başına mal üzerine konulan üç boyutlu şekiller ya da malın ambalajı ya da mal üzerinde konum olarak kullanılmasına hasredilmiş üç boyutlu şekiller değil, bilakis salt üç boyutlu şeklin yani malın geleneksel olmayan⁴¹ ama özgün⁴² şeklinin marka olarak kullanılmasıdır. Söz konusu hususa vurgu yapılma sebebi, üç boyutlu şeklin marka olarak kabulü için muhakkak suretle malın ambalajı olarak kullanılması ya da mal üzerinde konum markası olarak yer alması zaruretinin mer'i mevzuata göre bulunmamasıdır. Burada üç boyutlu şeklin, malın kendi özgün şekli olması ya da ambalajı olması arasında bir ayrım da yapmadığımızı aynı zamanda bir çelişki yaratmamak adına belirtmekte fayda görüyoruz.

Salt üç boyutlu şeklin yani malın geleneksel olmayan ama özgün şeklinin marka olarak kullanılmasına yapmış olduğumuz vurgu ve çalışma konumuzu bununla sınırlamamızın sebebi şudur: Malın geleneksel şeklinden ibaret olan işaretin, ayırt edicilikten yoksun olma niteliğinin birtakım ayırt edici kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve ambalajlarının biçimi ile birlikte kullanılmak veyahut mal üzerinde konumlamalar eklenmek suretiyle bertaraf edilmesi her zaman mümkündür. Böylece üç boyutlu şekli de barındıran bu yeni kompozit işaret ayırt edicilik kazanmakta ve marka olarak tescil edilebilir hale gelmektedir. İşbu çalışmayı hazırlamamızı tetikleyen “tasarım hukukundan kaynaklı azami yirmi beş yıllık koruma süresinin, marka üzerinden dolanılarak ihlali teşebbüslerinin yaygınlaşması” olgusunun ise bu durumla doğrudan bir ilgisi bulunmamaktadır. Hemen burada belirtelim ki, böyle kompozit bir işaretin marka olarak tescili, içinde barındırdığı üç boyutlu şekle de salt olarak marka tescilinden doğan hakları bahşetmeyecektir. Pek tabii söz konusu kompozit işaret bir bütün olarak taşıdığı ayırt edicilik ile sınırlı olarak marka tescilinden doğan hakları sahibine sunacaktır. Zira SMK tarafından sağlanan himaye, tescil edilen markanın tüketici nezdinde oluşturduğu algıyla sınırlıdır. Bunun ayrıştırılarak himaye kapsamının genişletilmeye çalışılmasına yönelik hiçbir uygulama SMK bağlamında korunmayacaktır. Aksi kanaat, SMK m. 5/1 (a), (b), (c), (d) ve (e) olarak birbirinden farklı kamu yararı için öngörülen ve bu nedenle her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmesi gereken bariyerlerin⁴³ işlevsiz hale gelmesine neden olacak ve birçok hukuki ihtilafa

⁴¹ Bu hususta kullanılan bir başka kavram ise “ilgili sektörün adetlerinden uzaklaşma” ifadesidir.

⁴² SMK m. 5/1(e)’de ifadesini bulan “malın doğası gereği ortaya çıkan şeklini ya da başka bir özelliğini veya teknik bir sonucu elde etmek için zorunlu olan veya mala asli değerini veren şekli ya da başka bir özelliğini münhasıran içeren işaretler” özgün kabul edilmeyecektir.

⁴³ Üç boyutlu şekillerin marka olarak tescili için söz konusu olan SMK m. 5/1 (a), (b), (c), (d)

da zemin oluşturacaktır. Unutulmamalıdır ki, marka başvurusuna konu üç boyutlu şekilden müteşekkil işaret bu bariyerlere ne kadar yaklaşırsa o kadar da ayırt edicilik vasfından uzaklaşmış demektir. Yukarıda zikredilen mutlak red sebeplerinin hilafına olacak şekilde sırf tescil edilen bir markayı oluşturan unsur olması hasebiyle üç boyutlu bir şeklin, tescil edilen kompozit işaretin ayırt edici karakteri ve/veya esaslı unsuru olarak yorumlanması tarafımızca mümkün görülmemektedir. Aynı zamanda aksi yorum üç boyutlu

ve (e) bentlerine karşılık gelen hükümlerin 556 sayılı KHK döneminde de arandığına ilişkin BEAUTE PRESTİGE INTERNATIONAL içtihadında, “önce Fransa’da, sonra Wipo nezdinde 3, 21 ve 33 üncü sınıflarda tescil ettirilen üç boyutlu iki şekil markasının Madrid Protokolü gereğince 3 ve 21 nci sınıflar için Türkiye’de tescili için yapılan başvuruların KHK’nın 7/a, c, d, e bent hükümlerine göre tescil engelinin bulunmadığı, Paris Sözleşmesinin 4. Mükerrer 6 ncı maddesi ile TRIPS’in 15 nci madde hükümleri nazara alınarak davanın kabulü gerektiği sonucu ile YİDK kararının iptaline karar verilmiştir”. Bkz. 11 HD, E. 2007/3292, K. 2008/4888, T.14.04.2008 (yayımlanmamış Yargıtay kararı). Benzer şekilde Yargıtay adı geçen mevzuat hükümlerinin üç boyutlu şekillerle ilgili marka tescil başvurularında incelenmesi gerekliliğini yinelediği pek çok kararı bulunmaktadır. Örneğin 30. sınıf için “DUPLO” markalı ambalaj üzerinde yeşil yapraklı kabuklu fındık figürü ile oluşturulan ambalaj kompozisyonunun, 556 sayılı KHK 7/1-a, c, d ve e bentleri kapsamında değerlendirilmeye tutulması gerektiği yönündeki kararında, *Yargıtay ihtisas dairesi, üç boyutlu şekil markasının bir bütün olarak dikkate alınması gerekliliğini, özgün bir tasarım ve kompozisyonla bir araya getirilmiş olmanın işareti, tescili istenen emtiadan uzaklaştırıp ayırt edicilik niteliği kazandırdığına gerekçesinde yer vermiştir*. Bkz. 11 HD, E. 2010/2634, K. 2012/2099, T.16.02.2012 (yayımlanmamış Yargıtay kararı). Benzer bir başka kararda ise, *“parfüm şişesinin üç boyutlu şeklinin, daha önceden bilinip kullanılmayan, özgün biçimde yaratılmış bir şekli ihtiva ettiği, alışılışın dışında, özgün ve orijinal biçimlerden meydana getirildiği, sektörde genel kullanımı bulunan biçimlerden olmadığı, başka işletmelerin piyasaya süreceği ürünlerden ayırmaya yeterli olduğu, tescil olduğu 3. Sınıf emtiayı akla getirmede, ürünün özelliklerini ön plana çıkarmadığı yahut çağrıştırmadığı gibi ürünlerin cinsine uzak olarak anlamlarından arındırılmış biçimde yaratıldığı”* hususlarını sıralayıp prosedürün tamamlanması ile tescili olanaklı gören bidayet mahkemesi gerekçesi onanmıştır. Bkz. 11 HD, E. 2012/4578, K. 2013/3976, T.04.03.2013 (yayımlanmamış Yargıtay kararı). Şampuan ürünlerinin pazarlanmasında kullanılan üç boyutlu şişe ile ilgili olarak verilen Yargıtay kararında, *“birçok ülkede bu haliyle tescilin gerçekleştiği, tescil başvurusuna konu işaretin, ürünlerin tanım ve vasıflarına uzak, ayırt edici nitelikte, anılan biçimi taşıyan ürünün daha önce davacı dışında piyasaya arz edenin bulunmaması, marka olabilmek için yenilik unsurunun aranmamasına karşısında davacının daha önceki tarihlerdeki piyasa sunumlarının sonuca olumsuz etkisinin olmaması ve esasen bir işaretin marka olabilmesi için yaratıcılık gibi bir kriterin de aranması karşısında, ilk defa davacı tarafından vücuda getirilip yaratılmış bu işaretin 556 sayılı KHK 7A, c, d ve e bentleri anlamında bir aykırılık taşımadığı”* gerekçeleriyle tescile imkan veren bidayet mahkemesi kararı onanmıştır. Bkz. 11 HD, E. 2014/3354, K. 2014/10927, T.09.06.2014 (yayımlanmamış Yargıtay kararı). Buna karşın Absolut Şisesi ile ilgili başka bir kararda, yaygın olarak kullanılan sıradan bir şişe şekli olduğu, ayırt edici vasfı taşımadığı, bir marka olarak algılanamayacağı, fiziki üretimi engelleme saikiyle bir tasarım görseli niteliği taşıdığı, KHK 7/son hükmü ile de kullanımla ayırt edicilik koşullarının gerçekleşmediği gerekçeleriyle tescile izin verilmeme hükmü onanmıştır. Bkz. 11 HD, E. 2014/11244, K. 2014/18200, T.24.11.2014 (yayımlanmamış Yargıtay kararı).

şekilleri barındıran kompozit işaretlerin marka olarak tescilini engelleyici bir işlev de göreceğinden marka hukuku bakımından bu yönden de sakıncalar taşımaktadır.

Yargıtay'ın 1999 tarihli sigara ambalajı kararı⁴⁴, üç boyutlu bir şeklin ayırt edici niteliği haiz olduğunun tespiti ve bu itibarla 556 sayılı KHK'nin 7/1(a) maddesindeki mutlak red sebebinin mevcut bulunmadığının belirtilmesi bakımından dikkat çekicidir.

Aygaz-Likitgaz⁴⁵ kararında ise Yargıtay, davalının küresel (tombul) tüp kullanmasının standardizasyon ve teknik zorunluluktan kaynaklandığı ve davacının küresel tipi tescil ettirmesinin inhisarî bir hak sağlamayacağı gerekçesi ile davanın reddine karar vermiştir.

11. Hukuk Dairesinin 2002 tarihli üç boyutlu şekil kararında⁴⁶ ise, ilk derece mahkemesi; marka başvurusuna konu olan şeklin ambalaj olması, ambalajın marka olarak tescilinin esas unsur olarak yer alan bir ibarenin varlığı ile mümkün olduğunun belirtilmesi göz önüne alınarak, davacının TPE Başkanlığının 556 sayılı KHK m.7/1(a) hükmü uyarınca verdiği ret kararını kaldırılması talebinin reddine karar vermesi üzerine, Yargıtay, dava konusu biçimin ayırt edicilik vasfının bulunup bulunmadığının, marka uzmanı ve üç boyutlu şekiller alanında uzman bilirkişilerden oluşturulacak yeni bir kurula incelettilerile hüküm kurulması gerektiği gerekçesi ile kararı bozmuştur.

Görüldüğü üzere hukukumuzda geleneksel marka türlerine⁴⁷ nispetle az gözükse de her geçen gün artan şekilde ve kayda değer sayıda⁴⁸, üç boyutlu şekil markalarının tescili uygulamaları yargı kararlarına konu olmaktadır. Aynı zamanda söz konusu kararlarda uyumsuzluk, üç boyutlu şekillere ilişkin doktrinde en fazla tartışılan “*ayırt edicilik kriteri*” ve “*teknik fonksiyon*” unsurları üzerinde gerçekleşmektedir. Hakikaten esas olan SMK m.4 anlamında marka başvurusu yapılan işaret ister üç boyutlu şekil olsun ister olmasın öncelikle “*marka olabilecek işaret*” vasfının tartışılmasıdır. Dolayısıyla bu yönüyle, bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini ve marka sahibine sağlanan

⁴⁴ “Ünlü bir yabancı sigara mamulünün ambalajında kullanılan, dikdörtgen biçiminde üst yarından sonra kapaklı, kızıl-kahverengi karışımı olan bu şekil ve özel rengin, bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlayan niteliği taşıdığının kabulü gerekir.” 11. HD., E.1999/6866, K.1999/9075, T.12.11.1999 (www.kazanci.com).

⁴⁵ 11. HD., E.1997/9672, K.1998/2127, T.24.03.1998; YASAMAN, s. 95.

⁴⁶ 11. HD., E.2002/9255, K.2003/1710, T.25.02.2003; YASAMAN, s. 100.

⁴⁷ Geleneksel olmayan markalar (*non-traditional trademarks*) başlığı altında en yaygın olanının üç boyutlu markalar olduğu belirtilmiştir. Bkz. KÖSE, Y./TINAZ, C./ATLI, T., “Geleneksel Olmayan Markalar”, FMR, Y. 15, C.16, S. 2014/2, s. 78. Biz çalışmamızda geleneksel olmayan markalar ifadesini değil “*yeni marka çeşitleri*” terimini kullanmayı tercih etmekteyiz.

⁴⁸ KARASU, R., “Üç Boyutlu Biçim ve Hareket Markaları”, BATİDER 2008, C. XXIV, S. 3, s. 331-354.

korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olma şartlarını taşımayan bir üç boyutlu şeklin marka başvurusuna konu işaret olması bakımından tescili, SMK m. 5/1 (a) ve tabii ki m. 5/1 (b) bentleri uyarınca mümkün olmayacaktır.

Sonraki aşamada ise şekil, SMK m. 5/1 (c), (d) ve (e) bentlerine göre, kamu yararı için öngörülen bariyerler yönünden incelemeye tâbi tutulacaktır. Bu son hususta dikkat edilmesi gereken, SMK m. 5/2 anlamında, bir marka, başvuru tarihinden önce kullanılmış ve başvuruya konu mal veya hizmetler bakımından bu kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanmışsa⁴⁹ bu markanın tescilinin birinci fıkranın (b), (c) ve (d) bentlerine göre reddedilemeyecek olmasıdır. Kanun koyucu, üç boyutlu markalar için önem arz eden (e) bendini bu istisnadan hariç tutmuştur.

Söz konusu mevzuat hükümlerinin değerlendirildiği pek çok Yargıtay kararından sadece seçme usulü ile yukarıdakilerle birlikte bir kaçına yer vermekte yarar görmekteyiz. Zira Türk yargı içtihatlarında da, konu Avrupa Birliği uygulamasını izleyen bir seyir almıştır.

İlk olarak “Kit Kat⁵⁰” kararında Yargıtay, bidayet mahkemesinin kararını “davaya konu işaretin başvuru kapsamındaki 30 ncu sınıf emtiaları zorunlu olarak akla getirmediği, alışagelmış bir biçim olmadığı, davacıya ait teşebbüsün mal ve hizmetlerini başka işletmelerin mal ve hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlamaya olanak verecek nitelikte olduğu sonucuna varmasına rağmen; bilirkşi raporlarında⁵¹, davaya konu şekilden ibaret marka başvurusunun tescilinin istendiği mallar için ayırt ediciliğinin bulunmadığı, söz konusu şeklin çikolata sektöründe herkes tarafından kullanıldığı, alelade bir çikolata barının üç boyutlu görüntüsünden ibaret bulunduğu, 556 sayılı KHK m. 5 anlamında ayırt edici niteliğinin olmadığı cins, vasıf bildirdiği, bu nedenlerle tescil edilebilir bir işaret olmadığına vurgulandığı ve 556 sayılı KHK m. //1-a atfı ile 5 nci maddesi

⁴⁹ 556 sayılı KHK m. 7/son hükmünün gerekçede kullanıldığı karara örnek olarak iPod kararı verilebilir. Burada, iPod üç boyutlu şeklinin, “ilgili emtialarında cins/vasıf bildirmediği, ayırt edici bir niteliği bulunduğu, tüketicinin davacıya ait iPod markası ile eşleştireceği, 556 sayılı KHK m.7/1-a maddesi kapsamında söz konusu işaretin tescil edilebilir nitelikte bir işaret olduğu, MP3 çalar ürünlerinin tasarım olarak birbirlerinden oldukça farklılaşabildiği, üç boyutlu eklin bütünsel olarak bağımsız ayırt ediciliğe sahip olduğu, şeklin ilgili tüketici kitlesi nezdinde tanınmış olduğu, şeklin elektronik cihazlar dışında bir üre üzerinde kullanılsa dahi tüketicinin bu işareti davacıya ait bir marka olarak algılayacağı, bu şekilde kullanılan şekil markasının 556 sayılı 7/son maddesi anlamında ayırt edicilik kazandığı” gerekçeleri ile üç boyutlu şekle tescil yolunu açan bidayet mahkemesi kararı onanmıştır. Bkz. 11 HD, E. 2013/580, K. 2013/17787, T. 07.10.2013 (yayımlanmamış Yargıtay kararı).

⁵⁰ Bkz. 11 HD, E. 2009/2554, K. 2010/8426, T. 15.07.2010 (yayımlanmamış Yargıtay kararı).

⁵¹ Bu konuda Yargıtay bozma kararının gerekçesinde yer alan bilirkşi raporlarını hazırlayan kurul üyeleri arasında huzurdaki çalışmanın yazarının da bulunduğunu naçizane olarak belirtmekte fayda görmekteyiz.

uyarınca tescil isteminde bulunan işletmeyi ve bu işletmenin mallarını diğer işletmelerden ve mallardan ayırt edici nitelikte olarak algılanmayacağı, tescili istenen mallar için genel bir şekil olduğunun anlaşıldığı, dava konusu işaretin OHIM nezdinde tescilli ise de, bu tescilin ilişkin olduğu malların davaya konu başvurusundaki mallarla aynı olmadığından esas alınmasının yerinde olmadığı, tescili istenen mallar yönünden ayırt edici olmadığı, cins, vasıf bildirdiği” gerekçeleri ile bozma kararı vermiştir.

Hakikaten N.V. Duracell Batteries S.A.⁵² kararında ise Yargıtay, “davacının üç boyutlu şekil markası ile pil emtiasının biçimini koruma altına almadığı, aksine anılan pil ürününün üzerinde yer alan renk kompozisyonunu koruma altına aldirmek istediği, tescili istenen şeklin renk kompozisyonu ile birlikte 9 uncu sınıf emtialarla ilgili sektörde genel kullanımı olan bir biçimi ihtiva etmediğini, söz konusu işaretin içerdiği renklerle birlikte daha önce bilinip kullanılmayan, özgün biçimde yaratılmış bir kompozisyonu ihtiva eden, alışılmışın dışında, özgün ve orijinal biçimlerden meydana getirildiği, oluşan yeni şekillerin tescil olunmak istenen ürünlerin tasviri vasıflarından uzak bulunduğu, gerçek anlamda yanıltıcılık taşıyan bir işaret olmadığı gerekçesiyle davanın kabulüne” ifadelerine yer vermiştir. Yargıtay tarafından onanan bidayet mahkemesi kararının gerekçesinde, o dönem yürürlükte olan KHK hükümlerinin yukarıda zikrettiğimiz bugün SMK’deki karşılıklarına yer verildiği görülmektedir⁵³.

B. Avrupa Birliği Hukukunda Üç Boyutlu Marka

1. Üç Boyutlu Markalara İlişkin Avrupa Birliği Hukukundaki Düzenlemeler

Avrupa’da marka hukukunun standardizasyonu ve marka tescili ile sağlanacak korumanın teminini kolay ve maddi açıdan daha az külfetli hale getirme çabaları; esas itibarıyla Avrupa Birliği Komisyonu ve Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO) olmak üzere iki uluslararası kuruluş odağında gerçekleşmektedir. Söz konusu çalışmalar başlangıçta sonuçsuz kalmışken,

⁵² Bkz. 11 HD, E. 2008/654, K. 2009/5085, T. 30.04.2009 (yayımlanmamış Yargıtay kararı).

⁵³ Benzer bir Yargıtay kararında, bidayet mahkemesi “Gucci” markası ile özdeşleştirmek için tasarlanan “horse bit-marine ghain/at gemi-deniz zinciri” olarak adlandırılan üç boyutlu şeklin çizimle tekrarlanabilir ve baskı yoluyla çoğaltılabilir olduğu, şeklin marka olarak kullanılacağı emtialar yönünden 556 sayılı KHK’nin 5. maddesi anlamında soyut ayırt ediciliği haiz olduğu, bu nedenlerle KHK m. 7/1-a anlamında tescil engelinin bulunmadığı, tescili istenen üç boyutlu şeklin tescili istenen malların görünümü ile ilişkilendirilemeyeceği, üç boyutlu şeklin farklı bir kombinasyon içerisinde bulunduğu, tescili talep edilen mallar yönünden malın özgün doğal yapısından ortaya çıkan, teknik bir sonucu elde etmek için zorunluluk arz eden veya mala asli değerini veren şeklini içermediği, ticaret alanında herkes tarafından kullanılan bu nedenle kamuya açık bırakılması gereken veya halkı yanıltacak bir işaret olarak kabul edilemeyeceği, 556 sayılı KHK m. 7/1-c maddesi anlamında tescil engelinin bulunmadığı gerekçeleri ile verilen hükmü onamıştır. Bkz. 11 HD, E. 2009/179, K. 2009/6085, T. 31.05.2010 (yayımlanmamış Yargıtay kararı).

1990'lı yıllardan itibaren gerek Avrupa Birliği düzenlemeleri gerek de uluslararası antlaşmalar aracılığıyla belirtilen amaca yönelik önemli adımlar atılmıştır.

Avrupa Birliği hukukunda üç boyutlu markaların tanınması, Birlik düzeyinde ilk kez 1988 tarih ve 89/104 sayılı Markalara İlişkin Yönerge ile gerçekleşmiştir. Üç boyutlu markalara ilişkin çalışmalar, uluslararası alanda “*yeni marka çeşitleri*” (non-traditional trademarks) olarak ifade edilen ve esas itibarıyla son yirmi yıllık süreçte yeknesak bir uygulama arayışlarının gündemde olduğu markalar kapsamında yürütülmektedir. Daha geleneksel nitelikteki markalar ile kıyaslandığında, üç boyutlu markalar ticari hayatta düşük oranda kullanılmakta ve söz konusu markaların tescili için yapılan başvuru sayısı, görece sınırlı seviyede kalmaktadır⁵⁴. Öte yandan, yeni marka çeşitleri arasında en yaygın kullanım alanı bulan ve en fazla tescil başvurusunda bulunulan marka türünün üç boyutlu şekil markaları olduğunu belirtmek mümkündür⁵⁵.

Yukarıda belirtildiği üzere, Avrupa Birliği hukukunda üç boyutlu markalara ilişkin temel düzenleme, “*Üye Ülkelerin Markalara İlişkin Mevzuatının Uyumlaştırılması Hakkında Yönerge (2008/95/AT) (eski 89/104)*” ve bunu güncelleyen “*2015/2436/AB sayılı Yönerge (kısaca AB Marka Yönergesi)*” olarak anılır. Mezkûr Yönergenin 3. maddesi, bir ticari markanın “marka sahibine tanınan korumanın konusunu yetkili makamların ve kamunun açık ve kesin olarak belirlemesine olanak sağlayacak şekilde sicilde göstermesi⁵⁶” ve “*bir teşebbüsün mal veya hizmetinin diğer teşebbüslerinkinden ayırt edilmesi*” niteliklerini haiz işaretleri içerebileceğini hüküm altına almakta ve aynı hüküm kapsamında, tahdidi olmamakla birlikte⁵⁷, söz konusu işaretlerin türleri⁵⁸ düzenlenmektedir. Belirtilen hüküm çerçevesinde “*malların veya ambalajlarının şekli*” ifadesiyle üç boyutlu şekillerin de marka olarak tescilinin mümkün olduğunun kabulü, daha önceden olduğu gibi yapılabilmektedir.

Marka hukukunun Avrupa Birliği düzeyindeki bir diğer dayanağı olarak, “AT Marka Tüzüğü (207/2009/AT) (eski 1993 tarih ve 40/94 sayılı Tüzük)”, “AT

⁵⁴ SOUTOUL, F./BRESON, J. P., “3D Trademarks under French and Community Practice”, WIPO Magazine, Şubat 2009, Sayı 1, s. 7 https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2009/01/article_0004.html (erişim tarihi: 02.10.2019).

⁵⁵ Öyle ki 1996–2001 yılları arasında Avrupa Birliği düzeyinde 2169 adet üç boyutlu marka tescil başvurusu yapılmış ve söz konusu başvuruların 648'i tescil ile sonuçlanmıştır. Bkz. BİLGİLİ, F., “Avrupa Topluluğu Uygulamasında Yeni Marka Çeşitlerinin Hukukî Koruma Şartları”, para. 6, www.e-akademi.org, Aralık 2003, Sayı 22 (erişim tarihi: 01.11.2019).

⁵⁶ Bu ifade, eski “*çizimle görüntülenebilme*” ifadesinden daha dar kapsamdadır.

⁵⁷ ABAD, Nichols, C- 404/02, T. 16.09.2004, para.22, <http://oami.europa.eu> (erişim tarihi: 21.11.2019).

⁵⁸ *Bir ticari marka, özellikle kişi adları dahil sözcükler veya şekiller, harfler, sayılar, renkler, malların şekli veya malların ambalajı veya sesler dahil olmak üzere herhangi bir işaretten oluşabilir*, şeklinde sayılmıştır.

Marka Tüzüğü'nün Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik (2868/95/AT)" ve bunu güncelleyen "AB Marka Tüzüğü'nü Tadil Eden Tüzük (2015/2424/AB)" ile son güncelleme olan "2017/1001/AB sayılı Tüzük" anılır. Adı geçen AB Marka Tüzüğü'nün 4. maddesi, AB Marka Yönergesinin 3. maddesi ile lafız itibariyle neredeyse aynı olması hasebiyle, genel kabul gören anlayışa göre Yönergenin ilgili maddesiyle aynı doğrultuda yorumlanması gereken bir hükümdür⁵⁹. Her iki düzenleme birlikte değerlendirildiğinde, gerek geleneksel markaların gerek üç boyutlu şekilleri içeren yeni marka çeşitlerinin içerebileceği işaretler bakımından üç temel koşul öngörülmüş olmaktadır:

1. Bir "işaret"in mevcudiyeti,
2. Marka sahibine tanınan korumanın konusunu açık ve kesin olarak belirlemesine olanak sağlayacak şekilde sicilde gösterilmesi,
3. Ayırt edicilik.

Görüldüğü üzere, mehzaz düzenleme olan Avrupa Birliği mevzuatı ile SMK hükümleri, esas itibariyle paralellik arz etmektedir. Bu itibarla söz konusu düzenlemelerin Türk hukuku bakımından yorumu ve uygulanması aşamasında, Avrupa Birliği içtihadının rehberlik edebileceğini ifade etmek yanlış olmayacaktır.

Bu noktada önemle işaret edilmesi gereken husus, AB Marka Yönergesinin 3. maddesinin marka sınıflandırmaları arasında herhangi bir farklılık gözetmediğidir. Dolayısıyla üç boyutlu markaların ayırt edici niteliğinin değerlendirilmesi, diğer marka türleri bakımından yürütülecek değerlendirmeden farklı olmayacaktır⁶⁰. AB Marka Yönergesinde tescil edilecek işarete ilişkin hususi bir şart öngörülmediği gibi, yalnızca söz konusu şeklin marka sahibine ait ürünü diğer teşebbüsler tarafından üretilen ürünlerden ayırt etme fonksiyonunu icra etmesi, bu itibarla da markanın "ürünün orijinini garanti etme" şeklindeki esas amacına hizmet etmesi zorunluluğu getirilmiştir⁶¹.

SMK 5/1. maddesinin Birlik Hukuku'ndaki karşılığı, AB Marka Yönergesinin 4. maddesi ile AB Marka Tüzüğü'nün 7. maddesidir. AB Marka Yönergesinin 4. maddesinde mutlak red sebepleri düzenlenmiş olup, söz konusu maddenin 1. fıkrasının (a), (b) ve (e) bentleri üç boyutlu markalar bakımından önem taşımaktadır. Nitekim (a) bendi uyarınca marka oluşturmamamak nitelikteki işaretler, (b) bendine göre ayırt edici nitelikten yoksun markalar ve (e) bendi kapsamında;

⁵⁹ ABAD, *Dyson*, C-321/03, T. 12.10.2004, para.14, <http://oami.europa.eu> (erişim tarihi: 21.11.2019).

⁶⁰ ABAD, *Philips*, C- 299/99, T. 18.06.2002, para. 48, <http://oami.europa.eu> (erişim tarihi: 22.11.2019).

⁶¹ ABAD, *Philips*, para.49.

- Malların doğasından kaynaklanan şekiller veya başka bir karakteristik;
- Teknik bir sonuca ulaşabilmek için zorunlu olan şekiller veya başka bir özellik;
- Mallara asli değerini veren şekil veya başka bir karakteristik, marka olarak tescil edilemeyecektir.

Öte yandan, AB Marka Tüzüğü'nün 7. maddesi genel itibariyle gerek AB Marka Yönergesinin 4. maddesiyle paralel hükümler içermekle birlikte, söz konusu fıkranın (a) bendi; Yönergenin 4/1. maddesinin (a) bendinden farklı ve SMK 5/1.maddesinin (a) bendi ile benzer şekilde, AB markasının içerebileceği işaretleri düzenleyen AB Marka Tüzüğü'nün 4. maddesindeki şartları sağlamayan işaretlerin marka olarak tescil edilemeyeceğini hüküm altına almaktadır. Gerçi AB Marka Yönergesi 4/1. maddesinin (a) bendinin, ticari marka oluşturmamaya işaretler lafzı ile yine aynı yönergenin 3. maddesine örtülü atıf yaptığı aşikârdır.

Yukarıda dikkat çekildiği üzere; Yönergenin 4/1. maddesinin (b) bendi, ayırt edici niteliğin tespiti bakımından marka türleri arasında herhangi bir ayırım gözetmemektedir. Bununla birlikte, söz konusu değerlendirme kapsamında “ilgili tüketici çevresinin algılaması” her bir marka kategorisi bakımından aynı olmayabileceği gibi; kimi marka türlerinde ayırt edicilik unsurunun tespiti diğer markalara göre daha fazla güçlük arz edebilecektir⁶².

Yönergenin 4. maddesinin 4. fıkrası hükmüne göre; tescil başvurusunun tarihinden önce tescile konu mal ve hizmetlere ilişkin olarak kullanılmış ve bu suretle ayırt edici nitelik kazanmış işaretler bakımından, aynı maddenin 1. fıkrasının (b), (c) ve (d) bentlerindeki red sebeplerine istisna getirilmiştir. Öte yandan üye devletler, 5. fıkra göre, işbu hükmün tescil başvurusu tarihinden sonra ama tescil tarihinden önce ayırt ediciliğin kazanıldığı hallerde de uygulanabileceği yönünde düzenleme getirebilecektir. Ancak kullanım suretiyle edinilen ayırt ediciliğe ilişkin istisna, 1. fıkranın (e) bendi bakımından geçerli olmayacak; diğer bir ifadeyle söz konusu bentte sayılan şekiller bakımından ayırt ediciliğin kullanım sonucu kazanılması mümkün olamayacaktır⁶³.

2. Üç Boyutlu Markalara İlişkin Avrupa Birliği Hukukunda Yargı Kararları

Üç boyutlu şekillerin marka olarak tescilinin Avrupa Birliği hukukundaki gelişiminde, OHIM, İlk Derece Mahkemesi ve ABAD'ın kararlarının önemli ölçüde etkisi olmuştur. Özellikle ayırt edicilik değerlendirilmesinde esas alınacak kriterlerin tespiti ve tescili talep edilen şeklin teknik bir fonksiyon icra edip etmediğinin belirlenmesi hususunda söz konusu mercilerin yorumu belirleyici olmaktadır.

⁶² ABAD, *Linde, Winward, Rado (Linde and others)*, C-53/01, C-54/01, C-55/01, T.08.04.2003, para.48, <http://oami.europa.eu> (erişim tarihi: 22.11.2019).

⁶³ ABAD, *Philips*, para 81.

Avrupa Birliği hukukuna göre gerek ürünün şekli gerek de ambalajı üç boyutlu marka olarak tescil edilebilmektedir. Birlik hukuku belirtilen şekilleri marka niteliği kazanabilecek figüratif şekiller kapsamında değerlendirmekle birlikte, üç boyutlu şekiller geleneksel işaretlerin tabi olduğu koşullara ek olarak birtakım hukuki gereklilikleri de taşımak durumundadır. Söz konusu şartlar arasında ayırt edicilik ve teknik fonksiyon değerlendirmeleri, Avrupa Birliği içtihadı bakımından tescil başvurularının reddinde en sık rastlanan gerekçe olma özelliğini haizdir⁶⁴. Üç boyutlu markalara ilişkin uygulamayı şekillendiren başlıca kararlar aşağıda değerlendirilmektedir⁶⁵.

a. Philips⁶⁶ Kararı

Adı geçen karar, Philips firmasının 1966 yılında üretmiş olduğu ve 1985 yılında üç boyutlu marka olarak tescil ettirdiği üç oynar başlıklı tıraş makinelerinin oldukça benzerinin Remington firması tarafından 1995 yılında üretilerek Birleşik Krallık'ta satışa sunulmaya başlaması üzerine Philips tarafından marka hakkının ihlali gerekçesiyle başlatılan hukuki süreci konu edinmektedir. Genel Mahkeme, Philips tarafından marka olarak tescil ettirilen şeklin ayırt edici nitelikten yoksun olduğuna, aynı zamanda davacının tescil edilen markası hukuken geçerli olsa dahi, söz konusu şekil belirli bir teknik sonucu elde etmek için zorunlu olduğundan, marka hakkının ihlalinin gerçekleşmediğine hükmetmiştir. Philips'in temyiz yoluna başvurması üzerine uyuşmazlığa ilişkin olarak ABAD⁶⁷'a ön karar (preliminary ruling) yolu ile başvurulmuştur⁶⁸. ABAD'ın yöneltilen sorulara vermiş olduğu yanıtlar özetle şu şekildedir:

- Yönerge'nin⁶⁹ 2. maddesi hükmüne uygun şekilde bir şeklin ilgili ürünün diğerlerinden ayırt edilmesi yönünde işlev görebilmesi için, tescil edilecek şeklin, herhangi bir keyfi ve değişken ilave (örneğin hiçbir teknik fonksiyonu bulunmayan bir süsleme gibi) içermesine ihtiyaç bulunmamaktadır.

⁶⁴ SOUTOUL/BRESSON, s. 7.

⁶⁵ Üç boyutlu şekillerin marka himayesine yönelik yolcuğu ile ilgili pek çok yargı kararı bulunmaktadır. Bunlardan sadece altısını dönemsel olarak belirlemek suretiyle incelemeye çalıştık. Bu çalışmada incelenmeyen, ancak gerekçeleri ile çok önem atfedilen kararların varlığı göz ardı edilemez. Şöyle ki; ABAD'ın Apple'ın mağaza dizaynını üç boyutlu marka olarak tescil edilebilir bulduğu (bkz. ECLI:EU:C:2014:2070, CURIA-Documents) ya da bir ürünün tüketici gözünde elzem olan jenerik fonksiyonuna ilişkin şekillerin marka olarak tescil edilemeyeceği gerekçesiyle, Stokke'nin sandalye seklinin tescilini hukuka aykırı bulduğu (bkz. ECLI:EU:C:2014:2233, CURIA-Documents) kararların en azından burada zikredilmesini önemli bulmaktayız.

⁶⁶ Bkz. ABAD, *Philips*, para. 48.

⁶⁷ Karar tarihinde geçerli olan adı ATAD olarak ifade edilmesine karşın, büyük bir çelişki yaratmadığından güncel kısaltma kullanılmıştır.

⁶⁸ ABAD, *Philips*, para. 11–14.

⁶⁹ Karar tarihinde yürürlükte olan Yönerge hükümlerine yapılan atıflar korunmuştur.

- Bir tacirin, belirli nitelikteki ürünlerin piyasadaki tek sağlayıcısı olduğu durumlarda, söz konusu ürünleri içeren bir işaretin yaygın kullanımı; belirtilen kullanım sonucunda ilgili tüketici grubunun önemli bir bölümünün işareti başka bir üretici ile değil fakat işbu tacir ile ilişkilendirmesi veya ürünlerin adı geçen tacirden gelmekte olduğu inancını taşıması,⁷⁰ işaretin 89/104 sayılı Yönergenin 3. maddesinin 3. fıkrası hükmü uyarınca ayırt edici nitelik kazanması için yeterli kabul edilebilecektir⁷¹.
- 89/104 sayılı Yönergenin 3/1(e) maddesinin ikinci cümlesinin, “münhasıran bir ürünün şeklini içeren işaretlerin, ancak söz konusu şeklin esaslı fonksiyonel özelliklerinin belirtilen teknik sonuca atfedilebildiği durumlarda marka olarak tescil edilemeyeceği” şeklinde yorumlanması gerekmektedir. Ayrıca, söz konusu düzenlemenin öngördüğü tescil engeli veya tescilin geçersizliği hükmünün, aynı teknik sonucun başka şekiller yolu ile elde edilebileceği iddia edilmek suretiyle bertaraf edilmesi mümkün değildir⁷².

ABAD’ın yukarıda yer verilen kararda ulaştığı sonuç, yasal düzenlemenin amacının, normal şartlarda tasarım hukuku kapsamında yalnızca süre sınırlı bir korumanın temin edilebileceği üç boyutlu ürünler bakımından marka hukuku aracılığıyla daimi bir tekelin oluşumunu engellemek olduğudur. Söz konusu karar, Avrupa ülkelerinin daha önce vermiş olduğu,⁷³ ürünlerin şeklinin veya ambalajının, ayırt edicilik testini geçtikten sonra, ancak ürünün çiziminde görünen teknik özelliklerin kullanımını engellememesi durumunda korunacağı yönündeki kararlar ile de uyum göstermektedir⁷⁴.

b. Procter & Gamble⁷⁵ Kararı

Karara konu tescil başvurusu, Procter&Gamble tarafından 1998 yılında diktörtgen ve yuvarlak köşeli deterjan tabletlerinin şekline ilişkin olarak OHİM’e

⁷⁰ Hızlı tüketim malları üreticilerinin yeni bir ürünü piyasaya sunmadan önce ilgili ürünü koruma altına almak istemeleri sebebiyle marka tescili ve bu konuda yargı mercilerinin yaklaşımı söz konusu sektörler bakımından önem kazanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. BERGQUIST, J.-CURLEY, D., “Shape Trademarks and Fast-Moving Consumer Goods”, *European Intellectual Property Review*, 2008, 30(1), s. 17-24.

⁷¹ ABAD, *Philips*, para. 65.

⁷² ABAD, *Philips*, para.81.

⁷³ Almanya Federal Mahkemesi, ayırt edicilik kriterini oldukça katı yorumlamakta ve “*ortalama bir ayırt ediciliğin bulunması*”nı marka olarak tescilde yeterli görmemektedir. Mahkemenin bu konuda vermiş olduğu kararlar ve kararlara yönelik eleştiriler için bkz. HAGER, J., “Infringement of Shape Trademarks” , *International Review of Intellectual Property and Competition Law* (IIC), 2003, 34 (4), s. 403-418.

⁷⁴ CORNISH & LLEWEYN, “Intellectual Property”, s.17-40; PAGENBERG, Jochen, “Trade Dress and the Three Dimensional Mark-the Neglected Children of Trade Mark Law?”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law* (IIC), 2004, 35(7), dn. 6’dan naklen.

⁷⁵ ABAD, *Procter & Gamble*, C- 468/01 P – C-457/01 P, T.29.04.2004.

yapılan birlik markası başvurusudur. OHIM, söz konusu üç boyutlu şeklin ayırt edici nitelik taşımadığı gerekçesiyle başvuruyu reddetmiş, Temyiz Mahkemesi ve Genel Mahkeme'nin de aynı yönde vermiş oldukları kararlar üzerine söz konusu şirket son olarak ABAD'a temyiz başvurusunda bulunmuştur. ABAD, Genel Mahkeme'nin kararının onanması ve temyiz başvurusunun reddine karar verirken, aşağıda yer verilen hususlara işaret etmiştir:

- Tescili için başvuruda bulunulan markanın ayırt edici niteliği haiz olup olmadığının tespitinde, söz konusu markanın yarattığı genel intiba dikkate alınmalıdır⁷⁶.
- Ancak belirtilen husus, yetkili merciin öncelikle markayı oluşturan unsurları ayrı ayrı değerlendiremeyeceği anlamına gelmemektedir⁷⁷. Nitekim ilgili otoritenin genel değerlendirmesi esnasında söz konusu markanın unsurlarının münferit olarak incelemeye tabi tutulması yararlı olabilecektir⁷⁸.

c. Linde, Winward, Rado (Linde and others⁷⁹) Kararı

Söz konusu kararda üç olay birlikte değerlendirilmektedir. İlk olarak Linde, forklift tipi kamyonların şeklini üç boyutlu marka olarak tescil ettirmek istemiş, ancak başvurusu Almanya Marka ve Patent Otoritesi tarafından ayırt edici nitelikten yoksun olduğu gerekçesi ile reddedilmiştir. Aynı şekilde Fikri Mülkiyet Davaları Federal Mahkemesi de Linde'nin itirazını reddetmiştir⁸⁰. İkinci olayda Winward bir el fenerini üç boyutlu marka olarak tescil ettirmek istemiş ve yine başvuru Almanya Marka ve Patent Kurumu tarafından aynı gerekçe ile reddedilmiştir. Federal Mahkeme'de açılan dava, söz konusu ürünün şeklinin tipik bir el feneri şekli olduğu, tüketicinin gözünde ilgili ürünün belirli bir üreticiden geldiği imajını yaratma kabiliyetinin bulunmadığı, rakip ürünlerle olan minimal farklılıkların ise çok dikkatli bir tüketicinin dahi üretici firmayı ayırt etmesi hususunda yeterli olamayacağı gerekçesi ile reddedilmiştir⁸¹.

⁷⁶ ABAD, *Procter & Gamble*, para. 44.

⁷⁷ ABAD'ın işbu karara atfı yaptığı ve başvuru konusu markanın unsurlarının ne şekilde değerlendirilmesi gerektiği hususunda tespitlerde bulunduğu bir başka kararı, sarı ve yeşil renkli, üzerinde limon dilimi şekli bulunan içecek şişesine ilişkin üç boyutlu şekil markasını konu alan *Eurocermex SA* kararıdır. Söz konusu kararda ABAD, Genel Mahkeme'nin, markayı oluşturan unsurları münferit olarak değerlendirirken, markanın genel görünümünün de dikkate alması gerektiğini, ancak Mahkemenin bu değerlendirmeyi ikincil olarak yaptığını belirtmiş, buna karşın yapılan değerlendirmede eksiklik görmeyerek temyiz başvurusunu reddetmiştir. Kararın analizi için bkz. MANIATIS, M. S., "Trademarks in Europe: A Practical Jurisprudence", Second Edition, London 2006, s. 166 vd.

⁷⁸ ABAD, *Procter & Gamble*, para. 45.

⁷⁹ Bkz. dn. 62.

⁸⁰ ABAD, *Linde and others*, para.11,12.

⁸¹ ABAD, *Linde and others*, para 13,14.

Üçüncü olayda ise Rado tarafından bir kol saatinin yüzeyine ilişkin şeklin üç boyutlu marka olarak tescili başvurusu, şeklin ayırt edicilikten yoksun olduğu, ürüne ilişkin temel şeklin rakipler bakımından yararlanılabilirliğinin korunması gerektiği, ürünün orijinine işaret eden orijinal bir tasarımın, ancak yararlanılabilirliğin korunması ihtiyacının ve ayırt edicilikten yoksunluğun bertaraf edilebildiği durumda korunabileceği gerekçesiyle reddedilmiştir⁸². İlgili kararların temyizi aşamasında ABAD'ın görüşüne başvurulmuştur. ABAD'ın değerlendirmesi ise şu şekildedir:

- 89/104 sayılı Yönergenin 3/1(b) hükmü uyarınca üç boyutlu şekillerin ayırt ediciliğinin tespitinde, diğer işaretlere uygulanan değerlendirmeden daha katı bir analiz yapılmamalıdır⁸³.
- 89/104 sayılı Yönergenin 3/1(e) hükmünden bağımsız olarak 3/1(c) hükmü de üç boyutlu markalar bakımından önem arz etmektedir⁸⁴.

Somut olayda Yönergenin 3/1(c) bendi kapsamında bir tescil başvurusu reddedilirken hükmün temelinde yatan, ilgili hüküm anlamında münhasıran mal veya hizmetlerin karakteristik özelliklerinin tasarlanmasına hizmet eden tüm üç boyutlu şekillerin herkese serbest ve açık olması yönündeki kamu yararına işaret edilmesi gerekmektedir. Ayrıca daima Yönergenin 3. maddesinin 3. fıkrasına tabi olması hasebiyle, söz konusu şekiller marka olarak tescil edilmemelidir⁸⁵.

d. Henkel⁸⁶ Kararı

Uyuşmazlığa konu olayda Henkel, üç boyutlu şekil renk kombinasyonundan oluşan sıvı yün deterjanının şişesi için tescil başvurusunda bulunmuş, ancak Almanya Marka ve Patent Kurumu söz konusu şişenin ilgili ürün için olağan ambalaj formu olduğu, ürünün orijinine işaret edemeyeceği ve bu itibarla ayırt edici nitelikten yoksun olduğu gerekçesi ile başvuruyu reddetmiştir. Öte yandan Federal Mahkeme kararında, başvuru konusu işaretin Yönergenin 2. maddesi kapsamında marka olarak tescil edilebilir nitelikte olduğu, üç boyutlu şekillerin marka olarak tescilinde Yönergenin 3/1(e) hükmünün de dikkate alınması gerektiği, olayda ise uyuşmazlığa konu olan şeklin ürünün doğasından kaynaklanma, teknik sonuca ulaşmak için zorunlu olma yahut mala esaslı niteliğini verme hallerinden hiçbirinin bulunmadığı belirtilmiştir. Uyuşmazlığa ilişkin olarak ABAD'ın görüşüne başvurulmuş ve Divan, aşağıdaki hususları hükme bağlamıştır:

⁸² ABAD, *Linde and others*, para. 15,16.

⁸³ ABAD, *Linde and others*, para. 66.

⁸⁴ ABAD, *Linde and others*, para. 70.

⁸⁵ ABAD, *Linde and others*, para.74, 77.

⁸⁶ ABAD, *Henkel*, C- 218/01, T.12.02.2004, <http://web2.westlaw.com> (erişim tarihi: 27.11.2019).

- Ürünün özgün doğal yapısından kaynaklanan sebeplerle piyasaya sunumu sırasında paketlenmiş ürünlerin ambalajlarını içeren üç boyutlu markalar bakımından söz konusu ambalajın Yönergenin 3/1(e) hükmü uyarınca ürünlerin şekline uydurulmuş olması gerekmektedir. Ayrıca, uygun koşulların varlığı halinde ilgili ambalaj, Yönergenin 3/1(c) hükmü kapsamında ambalajlanmış ürünlerin karakteristiklerinin tasarlanmasına hizmet edebilecektir.
- Ürünün özgün doğal yapısından kaynaklanan sebeplerle piyasaya sunumu sırasında paketlenmiş ürünlerin ambalajlarını içeren üç boyutlu markalar için, Yönergenin 3/1(b) hükmü kapsamında ayırt ediciliğin değerlendirilmesinde söz konusu ürünlerin ortalama düzeydeki ve yeterli seviyede bilgilendirilmiş, makul ölçülerde gözlemci ve basiretli tüketiciler tarafından nasıl algılanacağı dikkate alınmalıdır. Belirtilen nitelikleri haiz bir marka söz konusu tüketicinin ilgili ürünü diğer ürünlerden, herhangi bir analitik veya karşılaştırmalı değerlendirme yapmaksızın ve belirli düzeyde dikkat göstermeksizin, ayırt etmesine elverişli olmalıdır.
- Bir markanın ayırt edici niteliği, benzer markaların tescil edilip edilmediği veya hangi kapsamda tescilinin gerçekleştiğinin tespiti için başkaca herhangi bir idari incelemeye gerek olmaksızın, münferiden ulusal ticari kullanıma dayanılarak değerlendirilebilecektir.

e. KitKat⁸⁷ Kararı

ABAD'ın yukarıda özetlenen ve üç boyutlu markaların korunmasına ilişkin unsurların temel çerçevesini oluşturan kararlara ek olarak, mahkeme yakın tarihte bu hususta oldukça ses getiren kararlara da imza atmıştır. Bu kararların başında, Nestlé'nin KitKat ürününe ilişkin "dört parmak" şeklini 2006 yılında bir AB markası olarak Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi (FMO) tarafından tescil ettirmesi ile başlayan uyuşmazlığa dayanmaktadır.

2007 yılında Mondelez (eski adıyla Cadbury Schweppes), ilgili markanın geçersiz kılınması için FMO'ya başvurmuş ve başvurusu 2011 yılında kabul edilerek söz konusu marka geçersiz kılınmıştır. Nestlé'nin itirazı üzerine FMO 2. Temyiz Kurulu, "ilgili markanın gerçekten de doğası gereği herhangi bir ayırt edici nitelik taşımamasına karşın, Nestlé'nin 207/2009 sayılı Tüzüğü'nün 7(3). maddesi uyarınca ilgili markanın kullanım suretiyle bu niteliği kazanmış olduğunu ortaya koyduğu" gerekçesiyle geçersizlik kararını iptal etmiştir⁸⁸.

Mondelez'in ilgili kararı temyiz etmesi üzerine Genel Mahkeme, 2016 yılında FMO 2. Temyiz Kurulu kararını hukuka aykırı bularak iptal etmiştir. Genel

⁸⁷ ABAD, *KitKat*, C-84/17 P, C-85/17 P ve C-95/17 P ortak kararları, T. 25.07.2018, <http://curia.europa.eu/> (erişim tarihi: 02.10.2019).

⁸⁸ ABAD, *KitKat*, para. 6-9

Mahkeme, her ne kadar AB üyesi on devlette ilgili şekil ayırt edici nitelikte ise de, Temyiz Kurulu'nun her bir AB üye devletinde tek tek değerlendirme yapmak yerine AB'nin önemli bir bölümünde ayırt ediciliğin ispat edilmesini yeterli bulan kararında hukuka uyarlık görmemiştir. Genel Mahkeme, FMO'nun yalnızca belirli AB ülkelerindeki değil, başta Belçika, İrlanda, Yunanistan ve Portekiz olmak üzere diğer AB ülkelerindeki ilgili kamuoyu algısını da dikkate almış olması gerektiğine hükmetmiştir⁸⁹.

Nestlé ve FMO Genel Mahkeme'nin kararını ABAD nezdinde temyiz etmiştir. Ancak ABAD, ayırt edici niteliğin yalnızca AB'nin belirli bir bölümünde değil genelinde mevcut olduğunun gösterilmesi gerektiğini belirterek temyiz talebini 2018 tarihli kararı ile reddetmiştir. Yapmış olduğu değerlendirmede ABAD aşağıdaki hususların altını çizmiştir:

- AB üye devletlerinin hiçbirinde ayırt edici niteliği bulunmayan bir işaretin marka olarak tescili için, AB genelinde kullanım suretiyle ayırt edicilik kazandığının ispat edilmesi gerekir⁹⁰.
- Bununla birlikte, ABAD'ın 2012 tarihli *Lindt & Sprüngli v OHIM*⁹¹ kararında belirttiği üzere, bahse konu ayırt ediciliğin kazanılmış olduğunu ispat etmek için her bir üye devlete ilişkin ayrı ayrı delil sunulmasını beklemek makul olmayacaktır. Nitekim belirli hallerde sunulan delilin birden fazla üye devleti ve hatta tüm AB bakımından ayırt ediciliği göstermede kullanılması mümkündür. Bu durum özellikle sağlayıcıların pazarlama stratejileri gereği belirli üye devletleri tek bir pazar gibi değerlendirdiği yahut birden fazla üye devlet arasındaki coğrafi, kültürel ve lengüistik yakınlık sebebiyle bir ülkedeki ürün ve hizmetlere ilişkin olarak diğer ülkelerdeki ilgili kamuoyunun bilgisinin bulunduğu hallerde söz konusu olabilecektir⁹².
- Öte yandan, sunulan delilin yalnızca AB'nin tamamı değil yalnızca belirli bir bölümü için kullanım suretiyle ayırt ediciliğin kazanıldığını ispat ettiği hallerde, belirtilen delil ilgili işaretin AB markası olarak tescili için yeterli olmayacaktır⁹³.

f. Rubik Küpü⁹⁴ Kararı

Avrupa Birliği'nde üç boyutlu şekil markalarına ilişkin yoğun tartışmalara yol açan bir başka karar, Genel Mahkeme'nin Ekim 2019 tarihinde Rubik

⁸⁹ ABAD, *KitKat*, para. 6-9

⁹⁰ ABAD, *KitKat*, para. 76.

⁹¹ ABAD, *Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli v OHIM*, C-98/11 P, EU:C:2012:307.

⁹² ABAD, *KitKat*, para. 77, 81, 82.

⁹³ ABAD, *KitKat*, para. 88.

⁹⁴ Genel Mahkeme, T-601/17, *Rubik's Brand*, T. 24.10.2019, <http://curia.europa.eu/> (erişim tarihi: 02.12.2019).

Küpü'ne ilişkin vermiş olduğu marka tescilinin iptalinin onanmasına yönelik karardır.

Rubik Küpü, İngiliz bir firma olan Seven Towns tarafından ilk kez 1999 yılında FMO tarafından üç boyutlu bir AB markası olarak tescil edilmiş ve bu tescil 2006 yılında yenilenmiştir. 2006 yılında bir Alman oyuncak firması olan Simba Toys, söz konusu üç boyutlu şeklin rotasyon kabiliyetinden oluşan bir teknik çözüm içerdiğini, belirtilen çözümün ise bir marka değil ancak patent olarak tescil edilebileceğini iddia ederek marka tescilinin iptali istemiyle FMO'ya başvurmuştur. FMO'nun başvuruyu reddetmesi üzerine Simba Toys, ilgili kararı Genel Mahkeme'ye taşımıştır.

2014 yılındaki ilk kararında⁹⁵ Genel Mahkeme, Rubik Küpü'nün Simba Toys'un iddia ettiği gibi marka tescilini engelleyen bir teknik fonksiyon içermediği gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Genel Mahkeme kararının gerekçesinde, Rubik Küpü'nü karakterize eden teknik çözümün şeklin özelliklerinden değil, en fazla, küpün içerisinde yer alan görünmez bir mekanizmadan kaynaklanabileceğini belirtmiştir⁹⁶.

Simba Toys'un temyiz talebi üzerine bu kez ABAD uyuşmazlığı mercək altına almıştır. 2016 yılındaki kararında mahkeme temyiz talebini haklı bularak FMO'nun kararını iptal ederken, Genel Mahkeme ve FMO'un küp şeklinin bir teknik fonksiyon içerip içermediğine ilişkin değerlendirmelerinde, ürünün bahse konu şekil ile sunulmuş olan ve gözle görülmeyen fonksiyonel unsurlarını da, örneğin rotasyon kabiliyeti gibi, dikkate almaları gerektiğini belirtmiştir⁹⁷.

ABAD'ın iptal kararı üzerine dosya tekrar FMO'nun önüne gelmiştir. 2017 yılında verdiği ikinci kararda FMO, bu kez küpün üç boyutlu şeklinin arz ettiği üç temel karakteristik özelliğin rotasyon fonksiyonunu yerine getirmekten ibaret olan teknik sonuca ulaşmak için gerekli olduğuna, bu sebeple marka olarak tescil edilemeyeceğine kanaat getirerek ilgili markanın tescilini iptal etmiştir.

FMO'nun ikinci ve menfi yöndeki kararı üzerine hâlihazırda ilgili markayı elinde bulunduran Rubik's Brand Ltd., kararı Genel Mahkeme'ye taşımış ve iptalini talep etmiştir. Söz konusu uyuşmazlığa ilişkin ikinci ve en son kararında Genel Mahkeme, Rubik Küpünün marka olarak tescili talebini reddetmiş ve aşağıdaki tespitlerde bulunmuştur:

- FMO'nun yapmış olduğu, Rubik Küpü'nün altı yüzeyindeki renk farklarının ilgili markanın esaslı bir unsuru olduğu tespiti hatalıdır. Nitekim marka başvurusu sahibi hiçbir zaman küpün her yüzeyinde farklı bir rengin görülebilir olmasını ilgili şeklin marka olarak tescili için önem arz ettiğini ileri sürmemiştir. Ayrıca ilgili markanın grafik temsiliinin

⁹⁵ Genel Mahkeme, T-450/09 *Simba Toys*, T. 25.11.2014.

⁹⁶ Genel Mahkeme, *Simba Toys*, para. 58.

⁹⁷ ABAD, *Simba Toys*, C-30/15 P, T. 10.11.2016, para. 47.

basit bir görsel analizi suretiyle küpün altı yüzeyinde de farklı renklerin görülebileceğinin kesin olarak tespit edilmesi mümkün değildir⁹⁸.

- Öte yandan, FMO'nun kararında yer verilen teknik sonuç tanımını yerinde bulunmuştur. Bu çerçevede küpün her yüzeyinde yatay ve dikey olarak yer alan ve her bir yüzeyi üçer küçük küpe bölen siyah çizgiler, bu şekil ile amaçlanan teknik sonuca ulaşılması için zorunludur. Nitekim esasında bir puzzle olan küp ile amaçlanan sonuca ulaşılması için gereken rotasyon, bu çizgilerin küçük küpleri ayırması sayesinde mümkün olmaktadır⁹⁹.
- Küpün genel şekline ilişkin esaslı unsur ise, FMO'nun da tespit ettiği gibi, küpün bir taraftan ızgara gibi oluşturulmuş olan (3x3 şeklinde bölünmüş küpler şeklindeki) yapıdan, diğer taraftan da ürünün kendisinin, küçük küplerin yatay ve dikey olarak rotasyonundan ibaret olan fonksiyonundan ayıramaz nitelikte olduğudur. Dolayısıyla belirtilen şekil, ilgili ürün için zorunludur¹⁰⁰.
- Dolayısıyla her ne kadar FMO'nun küpün renklerine ilişkin karakteristik özellik tespiti hatalı ise de, diğer iki karakteristik özellikler gereği ilgili işaretin üründen beklenen sonuca ulaşılması için gerekli olduğu ve bu sebeple AB markası olarak tescil edilemeyeceği yönündeki FMO kararı yerinde görülmüştür¹⁰¹.

3. Avrupa Birliği Hukukundaki Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi

AB'nin tamamı için kullanım suretiyle ayırt ediciliğin kazanılmasına ilişkin ispat şartı ile ilgili KitKat kararı ve Yönerge m.4/1 (e)'de düzenlenen mutlak red sebebi ile ilgili bariyere çarpmaya ilişkin Rubik Küpü kararlarının yanı sıra, yukarıda belirtilen kararlar ışığında, üç boyutlu markalara ilişkin uygulama sürecinin seyri incelendiğinde, ABAD'ın yaklaşımı şu şekilde özetlenebilmektedir:

i. Üç boyutlu markaların ayırt edici niteliğine ilişkin olarak katı kriterler uygulanmamalıdır (2002, Philips).

ii. Her ne kadar üç boyutlu markaların ayırt ediciliğine yönelik katı kriterler uygulanmamalı ise de, uygulamada bir şeklin ayırt edici niteliğinin tespiti daha fazla güçlük arz edebilecektir (2003, Linde and others).

iii. Ortalama düzeydeki tüketicinin bir ürünün orijinini ürünün şeklinden algılamaya alışık olmaması sebebiyle üç boyutlu markaların ürünleri ayırt etme kabiliyeti, örneğin sözcük markalarına göre daha sınırlıdır (2004, Henkel).

⁹⁸ Genel Mahkeme, *Rubik's Brand*, para. 65-70, 92.

⁹⁹ Genel Mahkeme, *Rubik's Brand*, para. 81-88.

¹⁰⁰ Genel Mahkeme, *Rubik's Brand*, para. 88-90.

¹⁰¹ Genel Mahkeme, *Rubik's Brand*, para. 98.

iv. Yalnızca “ilgili sektördeki norm ve teamüllerden belirgin şekilde ayrılan” markalar ayırt edici niteliği haizdir (2004, Henkel).

v. Belirgin farklılık tüketicilerin ürünü derhal tanıması ve ayırt etmesine elverişli olmalıdır (2006, Werther’s¹⁰²).

Üç boyutlu markaların tescili hususunda OHIM’in yaklaşımı ise çok daha katı olmaktadır. Özellikle “yalın (naked)” olarak ifade edilen ve kelime yahut çizim içermeyen şekil veya ambalajlar bakımından ayırt edicilik başlıca red sebebi olarak uygulanmaktadır¹⁰³. OHIM’in yorumuna göre, ABAD’ın benimsediği görüşle paralel olarak, ortalama düzeydeki tüketiciler ürünleri veya üreticileri yalnızca ürünün şekli veya muhafazasından yola çıkarak tanımlamamaktadır. Tescili talep edilen şeklin, ilgili ürün grubu için kullanılan tipik veya doğal şekil ile olan benzerliği arttıkça¹⁰⁴, OHIM nazarında söz konusu şeklin ayırt edici nitelikten yoksunluğu aynı oranda artmaktadır.

Sözü edilen katı yorum sebebiyle ancak sınırlı sayıda üç boyutlu marka başvurusu birlik markası olarak tescil edilebilmiştir. Tescil ile sonuçlanan başvurularda ise çoğunlukla başvuru konusu şekil önemli ölçüde ayırt edici nitelik taşıyan ve/veya uzun süreli ve yaygın olarak kullanıldığı açık şekilde ispat edilebilen ve böylelikle piyasada ayırt edici hale gelmiş şekiller olmaktadır. Bu husustaki tipik örneklerden biri Nestle firmasının Contrex markalı kaynak suları için kullandığı ve kümülatif pek çok faktöre bağlı olarak ayırt edicilik kazanmış şeffaf şişeye ilişkin T-305/02 sayılı İlk Derece Mahkemesi kararıdır¹⁰⁵. Karara konu su şişesinin şeklinin genel ve estetik görünümünün dikkat çekici olduğu ve tüketicilerin ürünü diğer benzer ürünlerden kolaylıkla ayırt edebildiği, bu itibarla da şeklin gerçek anlamda spesifik olduğuna hükmedilmiştir.

Genel Mahkemenin OHIM’in red kararının iptali yönünde verdiği bir başka karar T-460/05 sayılı Bang&Olufsen kararıdır¹⁰⁶. Karara konu hoparlör, alışılmışın dışındaki şekli, dikkat çekici tasarım kalitesi ve tüketicilerin kolaylıkla

¹⁰² ABAD, Werther’s, C-24/05 P & C-25/05 P, T.27.03.2006, http://www.solicitorsjournal.com/erişim_tarihi:25.11.2019).

¹⁰³ SOUTOUL/BRESSON, s. 7.

¹⁰⁴ “Kırmızı renkli Lego tuğla parçasının üç boyutlu şekil markası olarak tesciline ABAD tarafından, lego şeklinin tescil ettirmek istenen ürünün şekliyle aynı olduğu ve bunun da teknik sonucu elde etmek için başka bir seçeneğin bulunmadığı gerekçeleri ile geçit vermemesine ilişkin tespit için bkz. ÇAĞLAR, s. 19. Bu karardan sonra 16 Haziran 2015’te aynı firmanın “küçük adamcığı” şeklinden oluşan üç boyutlu marka başvurusunda ise, teknik sonuç içermediği ve kırmızı renkli Lego tuğlasına ilişkin verilen kararın bunu etkilemeyeceği gerekçeleri ile geçit vermiştir (Bkz. ECLI:EU:T:2015:379, CURIA-Documents).

¹⁰⁵ CHAUMIER, Cristina Bercsal & LECOMTE, Karine Dimidjian, “EU-Spain”, World Trademark Review, Mayıs 2005, s. 99.

¹⁰⁶ Official Journal of the European Union, C 283/26, T. 24.11.2007, http://eur-lex.europa.eu/erişim_tarihi:17.11.2019

tanınmasına elverişli oluşu ve şeklin mevcut normlardan önemli ölçüde farklılaşması gerekçesiyle marka olarak tescile uygun görülmüştür¹⁰⁷.

Görüldüğü üzere, tarihsel süreç içerisinde üç boyutlu markaların Avrupa Birliği içtihadındaki gelişimi, üç boyutlu şekillerin ayırt ediciliği eşliğinin giderek yükseltilmesi yönünde gerçekleşmiştir¹⁰⁸. Bununla birlikte yukarıda dikkat çekilen kararlar başta olmak üzere yargı mercilerinin somut olaylara ilişkin yapmış oldukları tespit ve yorumlar, üç boyutlu markaların haiz olması zorunlu unsurlarının değerlendirilmesinde ilgili otoriteler ve hak sahipleri bakımından yol gösterici niteliktedir.

SONUÇ

Üç boyutlu markalar, görece yeni bir marka türü olmakla birlikte ulusal ve uluslararası hukuk çevrelerinde oldukça ilgi gören ve tartışılan bir konsept haline almıştır. Gerek Türk hukuku gerekse de Avrupa Birliği mevzuatında yapılan değişiklikler sonucunda üç boyutlu şekillerin, öngörülen şartların varlığı halinde, marka hukuku kapsamında korunabileceği hususunda fikir birliği söz konusu olup, bunu pekiştirme yönünde düzenlemeler getirildiği görülmektedir. Bununla birlikte, üç boyutlu markalara özgü mutlak sınırlamalar getirilmesi şeklinde kısıtlayıcı düzenlemeler bulunmamaktadır. Buradaki tek güçlük ürün şekli olan üç boyutlu şeklin ayırt ediciliğinin görsel olarak ortaya konulması ve tüketiciler nezdinde mal ve hizmetleri birbirinden ayırt etmeye yarayan fonksiyonu gösterebilecek bir tasarıma sahip olması noktasında kendini göstermektedir. Tescil edilmek istediği üründen farklılaştığı derecede ayırt ediciliği de artacağı aşikârdır. Bu çalışma kapsamında ürünün ambalajı ya da üç boyutlu şeklin ürün üzerinde konumlandırılmasıyla yaratılan ayırt edicilik hususlarına değinilmemiştir.

Esasında tescil edilmek istendiği mal ve hizmetlerden farklılaşamayacağı sanısıyla üç boyutlu şekillerin ayırt ediciliğinin düşük olacağı ve dolayısıyla da marka başvurularında da nadiren tercih edileceği düşüncesi, üç boyutlu şekillerin marka olarak görünümüne günümüzde de her geçen gün azalsa da ihtiyatla bakılmasına neden olmaktadır. Ancak farklı endüstrilerde ortaya çıkan

¹⁰⁷ OHIM'in yalın üç boyutlu işaretlere yönelik katı yaklaşımı, şekle çizim yahut kelime unsurları eklenerek aşılabilmektedir. Ancak bazı ülkelerin yaklaşımı OHIM'in kriterlerinden çok daha tutucu olabilmektedir. Nitekim Japonya üç boyutlu markaların tesciline ilişkin düzenlemeyi 1997 yılında kabul ettiği halde, Coca-Cola şirketi, ürünün şişesinin marka olarak tescil hakkını Japonya Patent Ofisi ile 2003 yılından itibaren gerçekleştirilen uzun hukuki mücadelelerden sonra ancak 2008 yılında başarabilmiştir. Bkz. TESSENHORN, J. A./YAMAMOTO, S., "Three-dimensional Cola Bottle Shape Distinctive on the Evidence", Oxford Journal of Intellectual Property Law & Practice, Kasım 2008, <http://jiplp.oxfordjournals.org/cgi/doi:10.1093/jiplp/jpn198> (erişim tarihi: 25.11.2019).

¹⁰⁸ PAGENBERG, Jochen, para. 831.

ürün çeşitliliği ve üretim miktarındaki artış, pazarlama faaliyetlerinde ürünün şeklinin ön plana çıkmasına sebebiyet vermiş, böylece ürün şekilleri kendine has bir tasarımla sürekli farklılaştırılmaya başlandığı günümüzde, ürünün görüntülenmesi noktasında üç boyutlu yazıcı teknolojisi benzeri gelişimlerin de, devriye girmesiyle birlikte bu ihtiyatlı yaklaşım kademeli de olsa tersine dönecektir. Zira, işletmenin piyasaya sunduğu malın, tescil edilmek istenen rakip malların bulunduğu ortak potada, kendine özgün tasarımı ile ayırt edici olarak farklılaştığı görünüm, üç boyutlu yazıcı teknolojisi sayesinde bihakkın görsel biçimde sunulabilmektedir. Artık tüketiciler bir ürünün menşei, sunulan özgün tasarım görseli sebebiyle, salt ürünün üç boyutlu şeklinden algılama yönünde eğilim içine girmişlerdir. Bu da, üç boyutlu şekil marka başvurularındaki artış tetikleyen hususlardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu teknolojinin ortaya koyduğu görsel, bizatihi işletmenin piyasaya sunduğu ürünün kendisi olarak algılandığı için, ortada ne bir ambalaj ne de bir ürün üzerinde üç boyutlu şeklin konumlandırılması söz konusu olmaktadır.

Ürünün bizatihi kendisi olan üç boyutlu şekli, tüketiciler tarafından marka konusu bir işaret olarak algılanmıyorsa ve tescili istenen sınıftaki mallardan bir bütün olarak verdiği algı ile ayırt edilemiyorsa, marka tesciline konu bir işaret sayılmayacak ve marka mevzuatı kapsamındaki himayeden de yararlanamayacaktır. Ancak, salt kendi görünümü ile tüketici nezdinde ilgili sektördeki norm ve teamüllerden belirgin şekilde ayrılan ürünün üç boyutlu şekli, bu farklılığın tüketicilerin ürünü derhal tanıması ve ayırt etmesine elverişli olması halinde marka konusu bir işaret olarak karşımıza çıkabilecektir. Bu eşiği geçen üç boyutlu şeklin, mutlak red sebepleri ve özellikle SMK m. 5/1(e) ile öngörülen bariyerlerden uzak kaldığı müddetçe, tescil ile birlikte marka olarak görünümü himaye edilebilecektir. Bu himaye hiçbir şekilde mutlak red sebepleri ile öngörülen bariyerleri aşp, tescil edildiği mallarla ilgili bir tekelleşmeye neden olacak şekilde genişletilmemeli, mutlak red sebeplerinin amacı olan kamu menfaatine riayet edilmelidir. Ezcümle, salt üç boyutlu şekle marka himayesi tanınmasına neden olan ayırt edicilikten kaynaklanan doğal sınırlamanın dışına çıkarak, ilgili piyasadaki mutad mallar üzerinde marka sahibinin tekelleşmesine neden olacak bir yorumdan da, SMK'da kamu menfaati amacıyla düzenlenen mutlak red sebepleri ile düzenlenen bariyerlere riayet edilmek suretiyle kaçınılmalıdır.

Diğer taraftan söz konusu kaygılar, yargı mercilerinin üç boyutlu şekil markalarını geleneksel markalarla eşdeğer düzeyde bir tanımlama aracı olarak kabul etmede güçlük yaşamasına sebebiyet vermekte ve bu güçlükler yalnızca tescil başvurusu aşamasında değil, aynı zamanda ihlal iddialarının değerlendirilmesi aşamalarında da karşılaşılan bir sorun olmaktadır. Bu itibarla bir üç boyutlu şekil mutlak sınırlamaların kapsamına girmekten kaçınılabilir dahi, ayırt edicilik kriterinin, değerlendirmenin tescil ile sonuçlanmasını hayli

zorlaştıracığı açıktır. Yargı içtihatları ele alındığında yabancı kararlar da dâhil olmak üzere bu güçlüğü görmemek mümkün değildir.

Uygulayıcıların ayırt edicilik hususunu katı yorumlama eğilimi, tescil başvurusunun menfi sonuçlanması olasılığını arttırdığından; başvurunun reddi halinde açılacak dava ve devamındaki temyiz aşamaları da dikkate alındığında, üç boyutlu şekillerin marka hukuku kapsamında korunması yolunun tercih edilmesi, başvuru sahibi için finansal yönden külfet yaratabilecek bir süreç niteliği taşımaktadır. Bu itibarla, sağlayacağı süresiz koruma imkânına karşın üç boyutlu bir şeklin marka olarak tescil edilmesinin, uygulamada her zaman için en işlevsel ve en uygun hukuki araç olmayabileceğinin kabulünün ve işbu şekiller için gerekli şartların varlığı halinde diğer hukuki yöntemlere başvurulma olasılığı her zaman mümkündür.

KAYNAKÇA

- ARKAN, S.: Marka Hukuku, C. I, Ankara 1997.
- AYHAN, R./ÇAĞLAR, H./ÖZDAMAR, M.: Ticari İşletme Hukuku, B. 12, Ankara 2019.
- BERLIT, W.: Das neue Markenrecht, 5. Aufl., München 2003.
- BERGQUIST, J./CURLEY, D.: "Shape Trademarks and Fast-Moving Consumer Goods", European Intellectual Property Review, 2008, 30(1), s. 17-24.
- BİLGE, M. E.: Ticari Ad ve İşaretler Arasında Karıştırılma Tehlikesi, Ankara 2014.
- BİLGİLİ, F.: "Avrupa Topluluğu Uygulamasında Yeni Marka Çeşitlerinin Hukukî Koruma Şartları", www.e-akademi.org , Aralık 2003, Sayı 22 (erişim tarihi: 01.11.2019).
- CAN, B.: Motorlu Taşıt Sektöründe Fikri Mülkiyet Hukuku ve Rekabet Hukuku İlişkisi, Ankara 2013, (yayımlanmamış yüksek lisans tezi).
- CHAUMIER, C. B./LECOMTE, K. D.: "EU-Spain", World Trademark Review, Mayıs 2005.
- COLSTON, C.: "Principles of Intellectual Property Law", 1999, <http://books.google.com.tr/> (erişim tarihi: 02.10.2019)
- ÇAĞLAR, H.: Marka Hukuku, B. 2, Ankara 2015.
- DOĞAN, B. F.: "Türkler, Alman ve Avrupa Birliği Hukukuna Göre Marka Olamayacak İşaretlerin Kullanım Sonucu Ayırt Edici Nitelik Kazanarak Tescil Edilebilirliği Sorunu", FMR, Y. 6, C. 6, S. 2006/3, s. 17-42.
- EROĞLU, S.: Soyut Renk, Ses ve Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescili, DEÜHFD, Y. 2003, C. V, S. 1, s. 95-165.

- GIEFERS, H. W.: Marken- und Firmenschutz, Planegg 1995.
- GÜNEŞ, İ.: Ayırt Edici İşaretler ve Marka Hukuku'nda Önceye Dayalı Haklar, Ankara 2013.
- HAGER, J.: "Infringement of Shape Trademarks", International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC), 2003, 34(4), s. 403-418.
- KARASU, R.: "Üç Boyutlu Biçim ve Hareket Markaları", BATİDER 2008, C. XXIV, S. 3, s. 331-354.
- KAYA, A.: Marka Hukuku, İstanbul 2006.
- KÖSE, Y./TINAZ, C./ATLI, T.: "Geleneksel Olmayan Markalar", FMR, Y. 15, C.16, S. 2014/2, s. 73-96.
- LADAS, S. P., "Patents, Trademarks and Related Rights: National and International Protection", Cilt 2, Cambridge 1975, <http://books.google.com.tr/> (erişim tarihi: 02.10.2019)
- MANIATIS, M. S.: "Trademarks in Europe: A Practical Jurisprudence", Second Edition, London 2006.
- PAGENBERG, Jochen, "Trade Dress and the Three Dimensional Mark-the Neglected Children of Trade Mark Law?", International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC), 2004, 35(7).
- SOUTOUL, F./BRESSION, J. P.: "3D Trademarks under French and Community Practice", WIPO Magazine, Şubat 2009, Sayı 1. https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2009/01/article_0004.html (erişim tarihi: 02.10.2019).
- SULUK, C.: Tasarım Hukuku, Ankara 2003.
- ŞEHİRALİ ÇELİK, F. H.: Tasarımların Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunması, Ankara 2014.
- TEKİNALP, Ü.: Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2012, B.5.
- TESSENSOHN, J. A./YAMAMOTO, S.: "Three-dimensional Cola Bottle Shape Distinctive on the Evidence", Oxford Journal of Intellectual Property Law & Practice, Kasım 2008, <http://jiplp.oxfordjournals.org/cgi/doi:10.1093/jiplp/jpn198> (erişim tarihi: 25.11.2019).
- YASAMAN, H.: Marka Hukuku 556 sayılı KHK Şerhi, Cilt 1, İstanbul 2004.
- YILMAZ, A. L.: Marka Olabilecek İşaretler ve Mutlak Tescil Engelleri, İstanbul 2017.