

ÜÇ BOYUTLU MARKALARIN AYIRT EDİCİLİK DEĞERLENDİRMESİNDE DEZAVANTAJLI KONUMU^(*)

DISADVANTAGEOUS POSITION OF THREE-DIMENSIONAL TRADEMARK IN DISTINCTIVENESS ASSESSMENT

Dr. Öğr. Üyesi Betül AKTAŞ ERTAN^(**)

Öz

Hukukumuzda üç boyutlu işaretlerin marka olarak tescilli SMK m. 4 hükmünde şekillerin ve ambalaj biçimi gibi her türlü işaretin marka olarak tescilinin mümkün olduğu belirtilmek suretiyle öngörülmüştür. Gelişen teknolojiyle ve özellikle 3D teknolojisinin gelişmesiyle birlikte üç boyutlu markaların günümüzde yoğun şekilde kullanıldıkları görülmektedir. Bununla birlikte, üç boyutlu markalarının tescilinin uygulamada oldukça sorun teşkil ettiği tespit edilmektedir. Bunun temel gerekçeleri incelendiğinde, üç boyutlu markalar bakımından ayırt edicilik tespitinde özel bir düzenleme veya uygulama bulunmamakla birlikte, özellikle ortalama tüketici nezdinde köken gösterme işlevinin sağlanmasının oldukça zor olduğu, SMK m. 5/1-e hükmünün önemli bir sınırlama oluşturduğu ve son olarak da rekabet endişelerinin böyle bir sonuca yol açtığı anlaşılmaktadır. Bu sebeple çalışmamızda belirtilen sorunlar ayrı başlıklar altında incelenecek ve söz konusu sorunların üç boyutlu markaların tescili sürecine etkileri değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler

Üç Boyutlu Marka, Ayırt Edicilik, Ortalama Tüketici, İşlevsellik, Rekabet.

Abstract

In our law, the registration of three-dimensional signs as trademarks is foreseen in Article 4 of the Industrial Property Act, stating that it is possible to register all kinds of signs such as shapes and packaging forms as trademarks. With the developing technology and especially the development of 3D technology, it is seen that three-dimensional trademarks are used intensively today. However, it is determined that the registration of three-dimensional trademarks poses quite a problem in practice. When the basic reasons for this are examined, it is understood that although there is no special regulation or practice in determining distinctiveness in terms of three-dimensional trademarks, it is quite difficult to provide the function of showing origin especially for the average consumer, the provision of Article 5/1-e of the Industrial Property Act constitutes a significant limitation and finally, competition concerns lead to such a result. For this reason, the problems mentioned in our study will be examined under separate headings and the effects of these problems on the registration process of three-dimensional trademarks will be evaluated.

Keywords

Three-Dimensional Brand, Distinctiveness, Average Consumer, Functionality, Competition.

^(*) (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 24.03.2025 / Kabul Tarihi: 15.06.2025).

^(**) Maltepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye, (E-posta: betulaktas@maltepe.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-8486-9771).

Atıf/Citation: Aktaş Ertan, Betül (2025), "Üç Boyutlu Markaların Ayırt Edicilik Değerlendirmesinde Dezavantajlı Konumu", TFM, C: 11, S: 1, s. 111-125.

I. GİRİŞ

Geleneksel olmayan marka türleri içerisinde kabul edilen üç boyutlu markaların, mal veya ambalajın biçimi olarak veya tamamen bağımsız bir biçimin marka şeklinde tescilinin talep edilmesi mümkündür. Üç boyutlu markaların tescilinde SMK m. 4'te yer alan ayırt edicilik değerlendirmesinin yanında genellikle SMK m. 5/1-e hükmünün de incelenmesi gerekmektedir. Zira üç boyutlu şekiller genellikle işlevsel maksatlı kullanılmaktadır. İşlevsel niteliği olan bir işaret ayırt ediciliği olsa dahi tescil edilemeyecektir. Söz konusu markalara ilişkin genel ayırt edicilik değerlendirmesi yapılırken özel bir düzenleme bulunmamakla birlikte, ortalama tüketicinin tescil edilmek istenen şekli ürünün bir özelliği olarak algılayabilme riski göz önünde bulundurulmalıdır. Bu doğrultuda üç boyutlu markaların geleneksel markalara göre daha dezavantajlı bir konuma sahip oldukları anlaşılmaktadır.

Üç boyutlu markalarda sektördeki normlardan önemli ölçüde ayrılan ve menşei gösterme işlevini sağlayan işaretler ayırt edici olarak kabul edilmektedir. Piyasada ilgili alanda tasarlanmış ambalajlardan farklılaşmayan, tüketiciler nezdinde menşei gösterme özelliğinin olmadığı, alışılgağımış unsurları içeren bir şeklin marka olarak tescili mümkün değildir.

Üç boyutlu markaların tescil bakımından dezavantajlı konumda olmasının bir diğer sebebi de rekabete ilişkin endişelerin bulunmasıdır. Özellikle uygulamada tasarım, patent veya faydalı model başvurularının yanında süresiz bir tekel hakkının elde edilmesi maksadıyla üç boyutlu marka tescil başvurularında bulunulduğu ve böylece kanuna karşı hilenin gündeme geldiği görülmektedir. Bu sebeple çalışmamızda belirtilen hususlar çerçevesinde bir değerlendirme yapılmıştır.

II. ÜÇ BOYUTLU MARKALARIN AYIRT EDİCİLİK BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. GENEL OLARAK ÜÇ BOYUTLU MARKALAR

SMK m. 4'te şekillerin ve ambalaj biçimi gibi her türlü işaretin marka olarak tescil edilebilecekleri açıkça düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme incelendiğinde oldukça geniş bir kapsama yer verildiği, bu doğrultuda bina, mağaza gibi yerlerin iç veya

dış dekorlarının, mimari eserlerin veya farklılık arz eden satış usullerinin koruma kapsamında olduğu anlaşılmaktadır¹.

Üç boyutlu markalar geleneksel olmayan marka türleri içerisinde kabul edilmektedir². Bu markaların, üç boyutlu işaretin yanı sıra sözcükler, renkler, iki boyutlu şekiller gibi başka öğeleri de içermesi mümkündür. Üç boyutlu markaların tescil edilebilmesi bakımından malın doğal şeklini ifade etmemeleri ve bağımsız nitelikte olmaları önem arz etmektedir³. Üç boyutlu markalarda tescili talep edilen mal veya ambalajın biçimi veya bunlardan tamamen bağımsız bir biçimin marka olarak tescili talep edilebilmektedir⁴. Örnek olarak, çeşitli malzemelerden yapılan ürün ambalajları, şişe, konserve kutusu gibi dış ambalajlar, mimari yapılar, binaların dekorasyonları, Mercedes markasının yıldız işaretli amblemi, Coca-cola şişesi gösterilebilir⁵.

Ambalajların üç boyutlu marka olarak değerlendirilmesinde, malların ambalajının şekli malların şekliyle aynı şekilde ele alınmalıdır⁶. SMK m. 4'te ambalajların tescili konusuna özel olarak yer verilmiştir. 556 sayılı KHK 7/1-e düzenlenmesinde yalnızca malın biçimine yer verilmekte, ambalajlardan söz edilmemektedir. Bununla birlikte öğretide, ambalajların sıradan bir biçime sahip olmaları halinde

¹ Kutlu Oytaç, *Ticari Form Olarak Üç Boyutlu Markalar ve Korunması* (Vedat Kitapçılık 2021) 168. Bu doğrultuda mağaza planlarının üç boyutlu marka olarak tesciline de bir engel bulunmamaktadır. Bkz. Yasaman/Yasaman, *SMK Şerhi* (Seçkin Yayıncılık 2021) 154. AB düzenlemeleri incelendiğinde de benzer şekilde 2015/2436 sayılı Marka Direktifi m. 3 ve 2017/1001 sayılı AB Marka Tüzüğü m. 4 hükümlerinde de marka olabilecek işaretler sınırlı olarak düzenlenmemiştir.

² Milica Z. Petrovic, "Legal Conditions for the Protection of Three Dimensional Signs in Trademark Law", *LAW Theory and Practice* (2021) 38 56; Alptekin Köksal, "The Approach of the Court of Justice of the European Union Towards the Protection of Three-Dimensional Marks" *İstanbul Hukuk Mecmuası* (2022) 4 (80) 1302.

³ Arslan Kaya, *Marka Hukuku* (2. Baskı, Vedat Kitapçılık 2024) 92; A. Lerzan Yılmaz, "Üç Boyutlu Markalar", *İstanbul Barosu Dergisi* (2018) 1(92) 23.

⁴ Sevilay Eroğlu, "Soyut Renk, Ses ve Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescili", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (2003) 1 (5) 115.

⁵ İlayda Atay, *Üç Boyutlu Markaların Hukuki Korunması*, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (2014), 43; Oytaç (n1) 136.

⁶ Erbs/Kohlhaas/Kaiser (n6) Rn. 46a.

tescil edilmemeleri gerektiği, kendine özgü nitelikte olan ambalajların tescilinde ise hukuki bir engel bulunmadığı kabul edilmektedir⁷.

Üç boyutlu şekillerin tescil başvurularında üç boyutlu şekli gösteren çizim, resim, fotoğraf gibi gösterimlerin sunulması gerekmektedir. Bu hususta SMK Uygulanmasına Dair Yönetmelik⁸ m. 7/3 hükmü esas alınmalıdır. İlgili hüküm “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 gösterimlerinin Kuruma sunulması gerekir. Bu gösterimler, en fazla altı farklı açıdan görünümü içerecek ve markanın bütünlüğünü bozmayacak şekilde olmalıdır” şeklindedir⁹.

Üç boyutlu şekillerin genellikle tasarım olarak korunması söz konusu olmaktadır. SMK hükümleri çerçevesinde korunan tasarımlar, SMK m. 56’ya göre, yeni ve ayırt edici nitelikte ise tasarım korumasından yararlanabilmektedir. Üç boyutlu şekillerin tasarım veya marka olarak korunmaları arasında önemli farklar bulunmaktadır. Tasarımlar azami olarak yirmi beş yıl korunabilirken¹⁰, marka olması halinde ise onar yıllık yenileme sürelerine uyularak sınırsız bir koruma sağlanması mümkündür. Tasarım ve marka korumasından gerekli şartların sağlanması halinde eş zamanlı olarak yararlanılabilir¹¹. Ancak bu durumda da sınırlı bir koruma süresine sahip olan tasarımların, marka olarak tescil edilerek sınırsız bir koruma elde etmesi sebebiyle beraberinde getirdiği tekelleşme sorunu gibi riskler bulunmaktadır.

B. AYIRT EDİCİLİK BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

SMK m. 4 hükmü, “Marka, bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işaretten oluşabilir” şeklindedir. Bir işaretin ayırt edici niteliği, diğerlerinden farklı olmasını sağlayan özellikleridir¹². Bu özellikler değerlendirilirken münferit unsurların değil, işaretin bütününe esas alınması gerekmektedir. Zira münferit bir unsurun onu olağan biçimden ayırdığının tespit edilmesi halinde dahi, bu ilgili işaretin ayırt edici olduğu anlamına gelmemektedir¹³.

1. Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescil Edilebilirliği

Üç boyutlu işaretlerin marka olarak tescil edilebilirliğine ilişkin özel bir düzenleme bulunmaması sebebiyle ayırt ediciliğe ilişkin SMK 4 çerçevesinde değerlendirme yapılmaktadır. Bu şekiller ayırt edici bir nitelik taşııyorsa, ilgili şekil malın işlevinin sonucunda ortaya çıkmışsa veya herkes tarafından bilinen bir şekil ise marka koruması kapsamına girmemektedir¹⁴.

Üç boyutlu şekillerin incelendiği Philips v Remington davasında, ABAD tarafından ayırt edici karakter yönüyle incelendiğinde özel olarak ele alınması gereken bir marka kategorisi bulunmadığı, üç boyutlu markaların bu yönüyle diğer markalardan farklı olmadığı, ortalama tüketicinin algısının önem arz ettiği belirtilmiştir¹⁵. Ancak üç boyutlu markaların doğası gereği hem Avrupa Birliği sisteminde hem de ülkemizde geleneksel markalara kıyasla daha dezavantajlı bir konuma sahip olduğu vurgulanma-

⁷ Rauf Karasu, “Üç Boyutlu Biçim ve Hareket Markaları”, BATİDER (2008) 3 (XXIV) 338.

⁸ 24.04.2017 tarihli RG., S. 30047.

⁹ Üç boyutlu şekil başvurusu olduğu açıkça belirtilmeyen şekiller TÜRKPATENT tarafından iki boyutlu şekil başvurusu olarak değerlendirilmektedir. Bkz. Yasaman/Yasaman (n1) 147.

¹⁰ SMK m. 69 hükmüne göre, tescilli tasarımlar başvuru tarihinden itibaren beş yıllık süreyle korunmaktadır. Söz konusu süre, beşer yıllık dönemlerle uzatılarak yirmi beş yıla kadar koruma sağlanabilmektedir. Öte yandan, tescilsiz tasarımlar kamuya sunulduğu ilk tarihten itibaren üç yıllık bir koruma sağlamaktadır.

¹¹ Cahit Suluk/Rauf Karasu/Temel Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (8. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2024) 195; Mehmet Çelebi Can, “Üç Boyutlu Şekillerin Marka Olarak Görünümü”, TAAD (2020) 41 (1) 548.

¹² Eroğlu (n4) 132.

¹³ Erbs/Kohlhaas/Kaiser (n6) Rn. 46.

¹⁴ Savaş Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık 2015) 354; Uğur Çolak, *Türk Marka Hukuku* (4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2018) 91.

¹⁵ Karar için bkz. Philips Electronics NV v Remington Consumer Products, C-299/99 sayılı karar, 18.06.2002. Aynı yönde değerlendirme için bkz. Suluk/ Karasu/Nal (n11) 195.

lıdır¹⁶. Zira bu markalar ortalama tüketici nezdinde ürün veya ambalaj şeklinin ürünün kaynağını belirten bir unsur olarak değil, ürünün bir özelliği olarak algılanabilmektedir¹⁷. Her ne kadar yapılan ayırt edicilik değerlendirmesi tüm marka türleri bakımından aynı olsa da üç boyutlu markalar bakımından ortalama tüketici, malın şeklinden yola çıkarak malın kaynağını algılama alışkanlığını haiz değildir¹⁸. Ayırt edicilik kriterinin sağlanabilmesi için de köken gösterme temel işlevinin yerine getirilmesi gerekir¹⁹. Bu husus üç boyutlu markaların geleneksel markalardan farkını da oluşturmaktadır. Nitekim belirtilen sorun bu konu üzerinde çeşitli düzenlemeler yapılması gerekliliğini ortaya koymuş ve Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ağı (ABFMA) tarafından 2020 yılında hazırlanmış olan “Kendisi Ayırt Edici Olmayan Üç Boyutlu Markaların (Şekil Markaları) Sözel ve/veya Şekli Unsurlar İçermesi Halinde Ayırt Ediciliğine İlişkin Ortak Uygulama Metni (CP 9²⁰)” kabul edilmiştir. Söz konusu metin, üç boyutlu marka tescil başvurusuna konu olan şeklin ayırt edicilik taşımadığı hallerde, üç boyutlu markada kullanılan sözel veya şekli unsurların ayırt ediciliği sağlayıp sağlama-

dığının değerlendirilmesinde bir takım standartlar oluşturmayı hedeflemektedir²¹.

Üç boyutlu markaların ayırt edicilik niteliğini taşıyıp taşımadığının tespit edilmesinin zorluğunun bir diğer sebebini ise haksız bir tekel hakkı sağlama ihtimalinin bulunması oluşturmaktadır²².

Üç boyutlu işaretlerin ayırt edicilik kriterini sağlayabilmesi için her ne kadar öğretilerde mutlaka orjinal nitelikte olmaları gerekmediği, karakteristik bir özelliğinin bulunmasının yeterli olacağı belirtilse de²³ uygulamadaki kararlar incelendiğinde özgün nitelikte farklılar içermesi gerektiği yönünde bir yaklaşımın benimsendiği görülmektedir²⁴.

2. Ayırt Ediciliğin Belirlenmesinde Dikkate Alınması Gereken Kriterler

Üç boyutlu markaların, malın kendisinden oluşan üç boyutlu şekiller, üç boyutlu şeklin farklı unsurlarla beraber kullanılmak suretiyle meydana gelen kompozisyon, malın ambalajından oluşan şekiller şeklinde farklı görünümeleri bulunmaktadır. Ayırt edicilik değerlendirmesinde bunların ayrı ayrı ele alınması faydalı olur.

Ayırım gücü bulunmayan renkler, harfler, rakamlar, çizgiler, geometrik şekiller marka olarak kabul edilemez²⁵. Dolayısıyla bu tarz markaların belirtilen haliyle tescil edilmemesi gerekir. Bu şekilde ayırt edici niteliği bulunmayan şeklin tescil edilebilmesi ancak ayırt edici bir işaretle birlikte kullanılmasına bağlıdır. Ancak vurgulamak gerekir ki burada markaya ayırt ediciliği katan unsur ilgili şekil üzerinde yer alan ayırt edici niteliği bulunan sözcük, logo gibi eklenen işaretlerdir²⁶.

¹⁶ Ekkehard Stolz, “Relationship between Design Protection and Three Dimensional Trademarks,” Romanian Journal of Intellectual Property Law (2008) (2) 55 -56; Simone Brauchbar Birkhäuser/Sophie Brettschneider, “Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_587/2021 vom 30. August 2022, Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli AG gegen Lidl Schweiz AG und Lidl Schweiz DL AG, Markenrecht, unlauterer Wettbewerb,” AJP (2023) 240.

Başak Karmutoğlu, *Geleneksel Olmayan Markaların Tescili* (On İki Levha Yayıncılık 2023) 378.

¹⁷ Bu hususu Yasaman, “Bu hükme göre, markaya tanınan koruma, markanın kullanıldığı mal veya ambalaja sirayet etmez. Bundan dolayı, marka sahibi mal veya malın ambalajı üzerinde bir hak kazanmaz. Markanın kendisi koruma altında olup, markanın bulunduğu mal veya ambalajı üzerinde marka sahibinin bir hakkı yoktur. Bu mal türü veya ambalajı genel nitelikte olup, herkes tarafından kullanılabilir. Ancak, malın türünün veya ambalajının ayırt edici nitelik taşıması halinde, üç boyutlu marka olarak tescil edilebilir” şeklinde açıklamaktadır. Bkz. Hamdi Yasaman, *Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi*, C-1, (Vedat Kitapçılık 2004) 79.

¹⁸ Çolak (n14) 92-93; Köksal (n2) 1304.

¹⁹ Erbs/Kohlhaas/Kaiser (n6) Rn. 46; Köksal (n2) 1304.

²⁰ Metin için bkz. https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/News/cp9/CP9_en.pdf. Metnin Türkçe incelemesi için bkz. Ufuk Tekin, “Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ağı’nın (Abfma) Bazı Üç Boyutlu Markalara (Şekil Markaları) İlişkin Nisan 2020 Tarihli Ortak Uygulama Metni (Cp 9) Hakkında” İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2020) 2 (11) 455-467.

²¹ Tekin (n20) 456.

²² Petrovic (n2) 64-65.

²³ Karasu (n7) 335; Eroğlu (n4) 138.

²⁴ Sami Özgür Memişoğlu, *Marka Hukukunda Mutlak Ret Sebepleri* (Seçkin Yayıncılık 2019) 267; Karmutoğlu (n16) 398.

²⁵ Bu hususta Yargıtay’ın bir kararında “davaya konu üç boyutlu şekil markasının piyasada pouch olarak bilinen bir tekniğe işaret ettiği, bu tekniğe bağlı 32. sınıfta birçok ürün örneğinin bulunduğu, davaya konu üç boyutlu şekil markasının sahip olduğu ön yüze baskılı mavi tonlamanın markayı benzer ambalaj şekillerinden önemli ölçüde farklılaştırmadığı” gerekçesiyle marka olarak algılanamayacağı belirtilen İlk Derece Mahkemesi kararı onanmıştır. Bkz. Yargıtay 11. HD, 7.10.2024, 4766/7156K. (Hukuktürk).

²⁶ Yargıtay’ın bir kararında; “ürünün ambalajının üç boyutlu şeklinin marka olarak tescili olanaklıdır. Ancak bu şeklin kullanıldığı ürü-

Öte yandan, piyasada yaygın olarak kullanımı söz konusu olmayan ürün veya ambalajın şeklinin de özgün nitelikte olması halinde üzerindeki logo veya yazılardan ayrı olarak ayırt ediciliğe sahip olabilmesi mümkündür. Bunun yanında ambalajın tamamen veya kısmen de korunması mümkündür. Örneğin, şişenin şekli veya etiketin korunması söz konusu olabilir²⁷.

Üç boyutlu şekillerin ayırt ediciliğinin kabul edilebilmesi için öğretilerde tercih edilen şekillerin özgün olması gerektiği, klasik şekilleriyle hiçbir karışıklığa yol açmaması gerektiği haklı olarak belirtilmektedir²⁸. Bu sebeple sıradan bir küp, silindir, piramit veya prizma şeklinin marka korumasından yararlanamaması gerekir²⁹. Benzer nitelikteki mallardan farklı ve özgün olmayan üç boyutlu markaların tescil edilmemesi gerekir³⁰. Mal veya ambalajların tescil edilmesi halinde bunların sahiplerine inhisari hak sağlamadığı unutulmamalıdır. Bu şekilde inhisari hak sağlamayan unsurların da tescil belgesinde açık bir şekilde belirtilmesi gerekmektedir³¹.

nün normal ve bilinen şekli olması halinde, söz gelimi; satılan ürün çikolata olup da üç boyutlu şekil markası bu çikolatanın bizzat kendisi ise veya şekil hiçbir özelliği olmayan sıradan bir biçim ya da kullanıldığı ürünün işlevi ve teknik zorunluluk sebebiyle aldığı bir şekil ise, böyle durumlarda modelin (üç boyutlu şeklin) tescilli olanaklı olmayacaktır” sonucuna haklı olarak varılmıştır. Karar için bkz. Yargıtay 11. HD, 13.11.2006, 10856/11671 K. Ayrıca bkz. Yargıtay’ın, Davidoff Classic kararı, Yargıtay 11 HD, 12.11.1999, 6866E/9075K. (Hukuktürk).

²⁷ Ingerl/Rohnke/Nordemann/Nordemann-Schiffel, *MarkenG* § 3 (4. Aufl. 2023) Rn. 29.

²⁸ Karasu (n7) 337. Bu konuda öğretilerde bir görüş tarafından, üç boyutlu şekillerin ayırt ediciliğinin tespitinde ilgili şeklin karartılmış halinin esas alınarak gölgesine göre bir değerlendirme yapılabileceği ileri sürülmüştür. Bkz. Amir H. Khoury, “Three Dimensional Objects as Marks: Does a “Dark Shadow” Loom Over Trademark Theory?” *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* (2008) 26 (2) 366. Ancak bu yaklaşımın her üç boyutlu şekil için uygulanması mümkün gözükmemektedir. Örneğin, kabartma içeren üç boyutlu şekillerde bu yöntemle bir tespit yapılması uygun değildir. Bkz. Danny Friedmann, “The Bottle is the Message: Only the Distinctive Survive as 3-D Community Mark” *Oxford Journal of Intellectual Property Law & Practice* (2015) 10 (1) 37 vd.

²⁹ Karasu (n7) 335. Basit nitelikte geometrik şekillerin çoğunlukla dekoratif maksatla kullanıldıkları, bu sebeple köken ayırt etme işlevini taşımadıkları, tek bir üreticiye bu şekilleri kullanma yetkisinin verilmesinin rekabet bakımından da olumsuz etkileri olacağı hususunda bkz. G. Peter Albert/Whitesell Laff/Saret Laff, *Intellectual Property Law in Cyberspace*, (Bureau of National Affairs, 1999) 37.

³⁰ Çolak (n14) 90.

³¹ Bozbel (n14) 355.

Bu konuda İsviçre Federal Mahkemesi’ne konu olan bir uyuşmazlıkta, markanın özelliklerinin tek tek değil, genel izlenim olarak değerlendirilmesi gerektiği; üç boyutlu bir işaretin ticari menşe göstergesi olarak kabul edilebilmesi için tescile ilişkin kararında ilgili alandaki olağan ve beklenen mal şekillerinden açıkça ayırt edilebilir olması gerektiği; markanın orijinallikten yoksun olduğu, sıvı gıda maddeleri ve içecekler durumunda, bir kapağın varlığının teknik bir zorunluluğu karşıladığı, aynı şekilde kapatma sekmeleri (katların) da teknik zorunluluğa ilişkin olduğu; dava konusu markanın kendi başına sıradan olduğu, şeklinin sıvı gıda ve içecekler için diğer ambalaj şekillerinden neredeyse ayırt edilemez olduğu, tescilin ve temyiz iddialarının reddi yönünde karar verildiği görülmektedir³².

CP 9 Ortak Uygulama kurallarında ise üç boyutlu şekillerin ayırt ediciliği değerlendirilirken iki aşamalı bir inceleme yapılması gerektiği, öncelikle işaretin unsurlarının değerlendirilerek, bunların ayırt ediciliklerinin incelenmesi; sonrasında ise işaretin bütün olarak ayırt ediciliğinin ele alınması gerektiği öngörülmüştür³³. Bu kapsamda bir işaretin bütün olarak ayırt ediciliğini etkileyen çeşitli unsurlar olduğu kabul edilmiştir. Sözel veya şekli unsurların üç boyutlu şekildeki oranları, kontrastlığı ayırt edicilik bakımından etkili olabilir. Ancak üç boyutlu şekil üzerinde yer alan bir unsur oldukça büyük olmasına rağmen ayırt ediciliği haiz olmayabilir³⁴.

Üç boyutlu şekillerin kullanım sonucu ayırt edicilik kazanmaları da mümkündür. Bu ayırt ediciliğin tescil başvurusundan evvel kazanılması gerekmektedir (SMK 5/2). Ancak işlevsellik özelliği bulunan üç boyutlu şekillerin kullanım sonucu ayırt edicilik kazanmaları halinde dahi tescil edilmeleri mümkün değildir. Bu çerçevede işlevsellik ile kastedilen ise SMK m. 5/1-e kapsamında yer alan işaretler olup, bu işaretlerin tescili mümkün değildir ve bu hükme

³² Bu kararın incelenmesi için bkz. Attempt to Register (Non-) Conventional Packaging as a Three-Dimensional Trademark, GRUR International (2024) 73(5) 452-458.

³³ Tekin (n20) 457-458.

³⁴ CP 9 Ortak Uygulama kurallarında buna örnek olarak bir güneş kreminin üzerinde yer alan SPF 50+ yazısı gösterilmiştir. Bkz. Ortak Uygulama Metni, s. 10 (https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/News/cp9/CP9_en.pdf).

SMK m. 5/2 kapsamında istisna öngörülmemiştir³⁵. Dolayısıyla ayırt edicilik kazanan üç boyutlu bir şekil işlevsel nitelikteyse, bu durum tescil engelini ortadan kaldırmamaktadır. Bunun yanında tescil esnasında sunulan üç boyutlu şekil ile kullanılan şeklin birebir örtüşmesi gerekmektedir. Aksi durumda tescil talebi reddedilmelidir³⁶.

Üç boyutlu şekillerin ayırt ediciliği değerlendirilirken sektördeki normlardan önemli ölçüde farklılaşmanın sağlanıp sağlanmadığı ve ortalama tüketici nezdinde ayırt ediciliğin olup olmadığı özel olarak değerlendirilmelidir.

a. Sektördeki Normlardan Önemli Ölçüde Farklılaşma

Üç boyutlu markaların niteliği gereği, yalnızca sektördeki normlardan önemli ölçüde ayrılan ve menşei gösterme işlevini sağlayan işaretlerin ayırt edici olduklarının kabul edilmesi gerekir³⁷. Ortalama tüketici kitlesinin üç boyutlu markaları ürünün kaynağını belirten bir unsurdan öte, ürünün bir özelliği şeklinde algılayabilmesi gerekçesiyle, üç boyutlu markalar bakımından sektördeki normlardan önemli ölçüde farklılaşma kriteri de bir şart olarak aranmaktadır³⁸.

Kullanım neticesinde piyasada standartlaşmış nitelikte olan ve ilgili piyasada yaygın şekilde kullanılan üç boyutlu şekillerin ayırt ediciliği bulunmamaktadır. Ancak örneğin bir şişe şekli, çarpıcı ve kolay şekilde akılda kalıcı tasarımı dolayısıyla ilgili pazarın normlarından önemli ölçüde farklılaşıyorsa

ve bu sebeple köken gösterme olarak algılanma ihtimali varsa üç boyutlu marka olarak korunmaya hak kazanabilir³⁹.

Tescil talebinde bulunulan üç boyutlu şekil, kendi emtiasındaki ürünlere ilişkin standart şekillerden uzaklaştığı ölçüde ayırt edicilik niteliği artmakta; standart şekillere yaklaştığı ölçüde ise ayırt ediciliği azalmaktadır. İlgili sektörde mevcut olan şekillere ufak eklemeler yapılması önemli ölçüde farklılaşmayı sağlama bakımından yeterli değildir. Önemli ölçüde farklılaşmanın sağlanabilmesi için ilgili tüketici kesimi nezdinde köken gösteren bir işaret şeklinde algılanması gerekmektedir⁴⁰. Bunun için de söz konusu üç boyutlu marka farklılık teşkil eden, alışılmamış unsurları içermelidir⁴¹. Markanın sadece bir özelliğinin dikkat çekmesi tek başına sektördeki normlardan önemli ölçüde farklılaşma şartını sağlamaya yeterli olamayabilir. Bu bakımdan bir markanın özel tasarımının yarattığı nesnel ve alışılmadık görsel etki, sektördeki normlardan önemli ölçüde farklılaşmayı tespit etmek bakımından bir kriter olarak kullanılabilir⁴².

Üç boyutlu şeklin farklı unsurlarla beraber kullanılmak suretiyle meydana gelen kompozisyonlarda kimi zaman üç boyutlu şekil ile birlikte kullanılan unsurun da standart bir nitelik taşıması halinde sektördeki normlardan önemli ölçüde farklılaşma kriterini sağlamadığı kabul edilmektedir⁴³. AB Adalet Divanı'nın da üç boyutlu şekillerde kullanılan renklerin, ender veya sıra dışı bir özellikte olmadıkları sürece, söz konusu kombinasyonun, ilgili pazardaki normlardan önemli ölçüde farklılaşmayı sağlamayaacağı yönünde kararları bulunmaktadır⁴⁴.

³⁵ İşlevsellik kavramı, kullanıldığı mal veya hizmetlere farklı yönlerden fayda sağlayan işaretlerin tescil edilmek suretiyle tek bir kişinin tekeline bırakılmasını önlemek amacıyla öncelikle ABD hukukunda işlevsellik doktrini olarak ortaya çıkmış, hukukumuzda ise SMK m. 5/1-e kapsamında ele alınmıştır. İşlevsellik doktrinine ilişkin açıklamalar için bkz. Karmutoğlu (n16) 173 vd. Konu, öğretide teknik işlevsellik ve estetik işlevsellik olmak üzere ikiye ayrılarak ele alınmaktadır. Hukukumuzda ise SMK m. 5/1-e hükmünde yer alan *teknik bir sonucu elde etmek için zorunlu olan işaretler* için teknik işlevsellik; *mala aslı değerini veren şekli içeren* işaretler için estetik işlevsellik kavramı kullanılmaktadır. Bu hususta detaylı açıklamalar için bkz. Memişoğlu (n24) 275. Çalışmamızda işlevsellik kavramı SMK M. 5/1-e hükmünde yer alan işaretlere ilişkin teknik ve estetik işlevselliği kapsayıcı şekilde kullanılmıştır.

³⁶ Karmutoğlu (n16) 418.

³⁷ Hanf in *BeckOK MarkenR*, (40. Ed, UMV 2017) Art. 7 Rn. 67.

³⁸ Karmutoğlu (n16) 381 vd.

³⁹ Voegeli-Wenzl, Julia, "Unterscheidungskraft einer Flaschenform als 3D-Marke" GRUR-Prax (2020) 61.

⁴⁰ Yargıtay'ın bir kararında solunum cihazı şeklinde sunulan bir üç boyutlu şeklin ortalama düzeydeki tüketici üzerinde bırakmış olduğu izlenim çerçevesinde piyasada yaygın şekilde kullanılan solunum cihazlarından önemli ölçüde farklılaşmayı sağlamadığı, bu sebeple de ayırt ediciliğinin bulunmadığı belirtilmiştir. Bkz. Yargıtay 11. HD, 22.5.2019, 2298E/4029K. (Hukuktürk).

⁴¹ Karmutoğlu (n16) 382.

⁴² Erbs/Kohlhaas/Kaiser (n6) Rn. 46; Hanf (n 36) Art. 7 Rn. 68.

⁴³ Karmutoğlu (n16) 390.

⁴⁴ T-399/02 sayılı, "Eurocermex Corona beer bottle" kararı için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62002TJ0399>. Benzer olarak Henkel kararında da tablet

O halde piyasada ilgili alanda tasarlanmış ambalajlardan farklılaşmayan, tipik bir şekil olan, tüketiciler nezdinde menşei gösterme özelliğinin olmadığı, herhangi bir renk vs. içermeyerek tek başına ayırt edici olduğunun kabul edilemeyeceği, bu alanda piyasada sıklıkla kullanılan alışlagelmiş unsurları içeren bir şeklin marka olarak tescili kabul edilmemelidir. Bu hususta kimi zaman üç boyutlu markalara ilişkin belirtilen sınırlamaların çok katı olduğu ve bu yaklaşım sebebiyle üç boyutlu marka şeklinde bir kavramın var olamayacağı ileri sürülebilir. Ancak belirtmeliyiz ki bu yorum ve yaklaşım yerinde değildir. Zira üç boyutlu markaların yukarıda açıkladığımız şartlarda tescili her zaman mümkündür.

b. Ortalama Tüketici Bakımından Değerlendirme

Üç boyutlu markaların ayırt ediciliğinin değerlendirilmesinde ortalama tüketicinin algısı özel önem taşımaktadır. Zira ortalama tüketiciler üç boyutlu markaları köken gösteren işaret şeklinde algılama alışkanlığını haiz değillerdir⁴⁵. Bir işaretin söz konusu malların ortalama tüketicisinin, bir inceleme yapmadan veya özel olarak dikkat göstermeksizin, bu malları diğer işletmelerin mallarından ayırt etmesini sağlayıp sağlamadığı her zaman incelenmelidir⁴⁶.

Bir şeklin, piyasada bilinen yaygın şeklinin sadece farklı bir türünün kullanılması markayı ayırt edici hale getirmez. Burada önemli olan ortalama tüketicinin söz konusu markayı nasıl algıladığıdır. Bu çerçevede makul ölçüde bilgili ve dikkatli olan tüketicinin özel bir dikkat göstermeksizin ürünün kökenini başka markalardan ayırt etmesi önemlidir. Dolayısıyla, standart bir ürün şeklinden farklılaşmanın ayırt edici niteliği sağladığı sonucuna ulaşılamaz. Bu bakımdan örnek vermek gerekirse, ilgili sektörde pek çok farklı boyutta ambalaj malzemesi üreti-

lebildiği ileri sürülerek kare şeklindeki bir ambalaj malzemesine ayırt edici nitelikte başka bir ekleme yapmaksızın tescil edilmesi mümkün olmamalıdır⁴⁷.

Ortalama tüketicinin özen ve dikkatinin üç boyutlu markanın türüne göre farklılık gösterdiği kabul edilmektedir. Bu hususta AB Adalet Divanı çeşitli

⁴⁷ Bu hususta Yargıtay'ın bir kararında, "başvuru konusu ortası çikolata dolgulu, alt kısmı çikolata kaplamalı ve üst kısmı çikolatadan çizgilerle kaplı bir kek biçiminden oluşan üç boyutlu işaretin çizimle görüntülenebilen ve benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen mahiyette olduğu, ancak münferit unsurlardan ziyade işaretin bütün olarak normal düzeyde bilgilendirilmiş, makul ölçüde dikkatli ve düşünceli marka ve kapsamındaki ürünleri bütün olarak algılama olanağı bulunan ortalama tüketici düzeyindeki tüketici kitlesi üzerinde bıraktığı izlenimin, işaretin daha önce piyasada de bulunan kek ürünlerinden ayırt edilebilir olmasına olanak sağlamadığı, ortalama tüketicilerin tamamına yakınının hiçbir özel zihni çabaya mahal kalmadan ve doğrudan doğruya bu işareti gördüklerinde, davacının kek ürünlerini piyasadaki diğer ürünlerden ayırt edebilmeleri ve menşei olarak işareti davacı işletme ile ilişkilendirmeleri olanağının bulunmadığı, zira başvuru konusu ortası çikolata dolgulu, alt kısmı çikolata kaplamalı ve üst kısmı çikolatadan çizgilerle kaplı bir kek biçiminden oluşan üç boyutlu işaretin, anılan ticaret dalında öteden beri kullanılan çikolatalı kek ürünlerinden önemli ölçüde farklılaşmadığı, öncekilerde olmayan ve var olduğu iddia edilen küçük farklılıklarının veya değişik biçiminin anılan çevrede özel bir dikkat sarf edilmeksizin derhâl ve ilk bakışta algılanabilecek nitelikte bulunduğu, çikolatalı kek ürünleriyle ilgili sektörde yer alan ortalama tüketici algısına göre üç boyutlu markalar bakımından diğer ürün biçimlerine göre önemli ölçüde farklılaşmadığı, çünkü herhangi bir malın kendisinin biçiminin ortalama tüketici tarafından işletmesel kökene ilişkin bir işaret olarak değil, sadece işleve yönelik ve estetik bir biçim olarak değerlendirileceği, zaten farklılık olduğu iddia edilen unsurların özel bir dikkat gösterilmeksizin farkedilmesinin de mümkün bulunmadığı, oysa davacının tescil ettirmek istediği üç boyutlu çikolatalı kek biçiminden oluşan işaretin, teknik işlev olarak 30. sınıftaki kek ürünleri için genel olarak belirtilen biçimde üretilmekte bulunduğu, üzerinde yer alan farkedilmesi zor biçimlerin ortalama tüketiciler tarafından estetik bir biçim olarak algılanabileceği, bu farklılığın, herşeyden öte piyasadaki diğer çikolatalı kek biçimlerinden önemli ölçüde farklılaşmaya olanak sağlamadığı, dolayısıyla başvuru konusu işaretin, teknik işlev ve estetik biçim itibarıyla piyasada yaygın olarak kullanılan çikolatalı kek ürünlerinin biçiminden önemli ölçüde farklılaşmadığı, bu sebeple başvuru konusu işaretin ayırt edici gücünün bulunmadığı, anılan ürün ve hizmetlerin ortalama düzeydeki yararlanıcı kitlesi nazarında başvuru konusu işaretin önceki ürünlerden teknik işlev ve estetik biçim itibarıyla önemli ölçüde farklılaşmadığından tescili hâlinde ilgili piyasadaki rekabeti haksız biçimde sınırlandıracağı, hâlinde kendilerine ait anılan ürünlerle ilgili anılan biçime yakın işaretleri kullanma ve ticaretini yapma olanaklarının kalmayacağı, işaretin daha önce zaten dava dışı başka bir marka ile piyasaya sunulduğu, ortalama tüketicilerin anılan marka dışında bu ürünün biçimine markasal bir değer atfetmeyecekleri, bu sebeple kullanımla ayırt edicilik kazanma olgusunun da gerçekleşmeyeceği gerekçesiyle davanın reddine" şeklinde açıklanan İlk Derece Mahkemesi kararı onanmıştır. Karar için bkz. Yargıtay 11. HD, 26.5.2022, 166/4126K. (Hukuktürk).

şeklindeki çamaşır deterjanlarına ilişkin üç boyutlu marka tescil başvurusunda, ortada yer alan mavi renkte yuvarlak kısmın ortalama tüketiciler bakımından ayırt ediciliği sağlamaya yeterli olmayacağına karar verilmiştir. Bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62006CJ0144>.

⁴⁵ Karmutoğlu (n16) 410; Yasaman/Yasaman (n1) 148. Markanın köken gösterme işlevi, mal veya hizmetin kim tarafından üretildiği veya piyasaya sunulduğunu göstermektedir.

⁴⁶ Fezer/Fesenmair, *MarkenG* § 8 (5. Aufl. 2023) Rn. 209; Yasaman/Yasaman (n1) 354.

kararlarında gündelik tüketim ürünleri bakımından dikkat seviyesinin daha düşük seviyede olduğunu kabul etmektedir⁴⁸. Ayrıca belirtmek gerekir ki ortalama tüketiciler genellikle grafik veya kelime unsurlarının olmadığı hallerde, malların kökenini şekilden veya ambalajdan çıkaramamaktadırlar⁴⁹. Öte yandan, orta veya daha yüksek seviyede dikkate sahip olan tüketicilerin tescil konusu edilen şekle şaşırmaması, bu şekli sektör standartlarından ayırt edebilmesi halinde, diğer şartlar da sağlanıyorsa ilgili üç boyutlu şeklin ayırt edici olduğunun kabul edilmesi gerekir.

AB Adalet Divanı kararları incelendiğinde, üç boyutlu markalar bakımından yapılan değerlendirmelerde ortalama tüketicinin özellikle kelime veya logo gibi unsurlarının bulunmadığı ürünler için kökene dair varsayımda bulunma alışkanlıklarının olmadığı gerekçesiyle geleneksel markalara göre ayırt ediciliğinin tespit edilmesinin çok daha zor olduğu yönünde olduğu şeklinde pek çok karar bulunduğu görülmektedir. Örnek vermek gerekirse, AB Adalet Divanı Genel Mahkemesi, çikolata şekilleri ve ambalajlarının incelendiği bir uyuşmazlıkta, ortalama tüketicilerin, şekil veya kelime unsurlarının bulunmadığı hallerde, ürünlerin veya ambalajların şekillerine bakarak malların kökeni hakkında varsayımda bulunma alışkanlığına sahip olmadıkları ve bu nedenle, üç boyutlu bir markanın ayırt edici olup olmadığını ortaya koymanın oldukça zor olduğu, dava konusu çikolata şekilleri olan üç boyutlu işaretin, kaynak gösterme işlevine sahip olmayan ve ayırt ediciliği bulunmayan bir işaret niteliğinde olduğu şeklinde sonuca vardığı görülmektedir⁵⁰.

III. ÜÇ BOYUTLU MARKALARIN SMK 5/1-e HÜKMÜ ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

SMK m. 5/1-e hükmünde, “*Malın doğası gereği ortaya çıkan şeklini ya da başka bir özelliğini veya teknik bir sonucu elde etmek için zorunlu olan veya mala aslı değerini veren şekli ya da başka bir özelliğini mün-*

hasıran içeren işaretler” in marka olarak tescil edilemeyeceği öngörülmüştür. Hükümde belirtilen hallerden herhangi birinin gündeme gelmesi halinde ilgili işaret marka olarak tescil edilemeyecektir. Bu düzenlemenin getirilmesinin temel amaçlarından biri, özellikle sınırlı bir koruma süresine tabi olan patent ve tasarım haklarının, bu sınırlamaya tabi olmayan marka koruması ile dolandırılmasının önüne geçmektir⁵¹. Ayrıca bu düzenlemenin rekabet yönüyle de önemli etkileri bulunmaktadır. Zira malın doğası gereği veya teknik gereklilik dolayısıyla haiz olduğu şekilden ibaret bir işaretin bir kimsenin tekeline verilmesi diğer işletmelerin ticari faaliyetlerini olumsuz etkileyecektir⁵².

İlgili düzenlemenin üç boyutlu markalar bakımından sıklıkla ileri sürülen bir itiraz sebebi olması yönüyle özel önemi bulunmaktadır. Zira üç boyutlu şekiller genellikle işlevsel maksatlı kullanılmaktadır. Üç boyutlu şekillerin ayırt edici nitelikte olup olmadıkları değerlendirilmeden önce SMK m. 5/1-e kapsamında işlevsel niteliğinin bulunup bulunmadığı incelenmelidir. İşlevsel niteliği olan bir işaretin ayırt ediciliği olsa dahi tescil edilmesi mümkün değildir⁵³.

A. MALIN DOĞASI GEREĞİ ORTAYA ÇIKAN ŞEKİL

Malın doğası gereği ortaya çıkan şekil, herhangi bir hususiyet içermeksizin malın cinsine ilişkin özellikleri gösteren şekillerdir⁵⁴. Dolayısıyla bu şekiller ayırt edici niteliği haiz değildir. Bu doğrultuda malın kendiliğinden sahip olduğu özellikleri içeren bir işaretin tescil edilmemesi gerekir. Bir işaretin malın doğası gereği ortaya çıkan şekil olup olmadığı her bir somut olay özelinde değerlendirilmelidir. Bu

⁵¹ Çolak (n14) 164; Erman Vatansever, “6769 s. SMK’nın 5/1(e) Uyarınca Teknik Bir Sonucu Elde Etmek İçin Zorunlu Olan veya Mala Asli Değerini Veren Şekli ya da Başka Bir Özelliğini Münhasıran İçeren İşaretlerin İncelenmesi ve Karşılaşılan Sorunlar” Terazi Hukuk Dergisi (2019)14 (152) 844; Kaya (n3) 219; Karmutoğlu (n16) 421-422; Yasaman/Yasaman (n1) 450.

⁵² Kaya (n 3) 215; Karmutoğlu (n16) 204; Suluk/ Karasu/Nal (n11) 208; Yasaman/Yasaman (n1) 450.

⁵³ Karmutoğlu (n16) 421.

⁵⁴ Memişoğlu (n24) 563; Kaya (n 3) 217; Karasu (n7) 336. Malın doğası gereği ortaya çıkan şekiller için TÜRK PATENT Marka İnceleme Kılavuzunda, “*Malın doğası gereği ortaya çıkan, akla geldiği zaman tüketici tarafından herhangi bir başka biçimde düşünülmeleri mümkün olmayan şekiller ya da başka bir özelliğinden oluşan marka başvuruları bu kapsamda değerlendirilir*” ifadelerine yer verilmiştir (Marka İnceleme Kılavuzu, 2021, s. 299).

⁴⁸ T-305/02 sayılı “Nestlé Waters France bottle shape”; T393/02 sayılı “Henkel white and transparent bottle”; T-402/02 sayılı “August Storck sweet wrapper”; T-398/04 sayılı “Henkel rectangular tablet” kararları. <https://curia.europa.eu/>.

⁴⁹ Hanf (n 36) Art. 7 Rn. 66.

⁵⁰ T-440/13 sayılı, 11 Aralık 2014 tarihli karar incelemesi için bkz. Önder Erol Ünsal, <https://iprgezini.org/2014/12/14/cikolata-sekillerinin-veya-ambalajlarinin-ayirt-edici-niteligi-adalet-divani-genel-mahkemesinin-t-44013-sayili-karari/>.

yönde tespit yapılırken tescili talep edilen şekil ilgili mal bakımından olmazsa olmaz nitelikte ise malın doğası gereği ortaya çıkan bir şekil olduğu kabul edilmelidir⁵⁵. Söz konusu ürünün her zaman bire bir aynı şekilde olması mümkün değildir. Bu bakımdan temel yapıyı etkilemeyen farklılıklar malın doğası gereği ortaya çıkan bir şekil olduğu hususunu değiştirmemektedir. Örneğin, iki elmanın kıyaslanmasında şekiller arasında ufak farklılıkların olması bunların malın doğası gereği ortaya çıkan şekil olmalarını değiştirmemektedir. Belirtilen işaretler ayrıca ayırt edicilik kriterini de sağlamaktan yoksundur⁵⁶.

Malın doğası gereği ortaya çıkan şekle örnek olarak muz ürünü için muz şekli gösterilebilir. Bu kapsamda koruma konusu olan husus asgari zorunlu şekillerdir. Bu şekiller esas alınarak gerçekleştirilen özgün dizaynlar üç boyutlu marka olarak tescil edilebilir. Belirtilen işaretler bir markada yardımcı unsur olarak da yer alabilir. Ancak asgari şeklin ana unsuru üzerinden hak talep edilmesi mümkün değildir⁵⁷. Bunun yanında bir şeklin sektörde yaygın şekilde kullanılması, malın doğası gereği ortaya çıkan bir şekil olduğu anlamına gelmemektedir⁵⁸.

Yargıtay'ın bir işaretin malın doğası gereği ortaya çıkan bir şekil olup olmadığı hususunu incelediği bir kararında, çikolata kaplı gofret emtiası bakımından markanın üzerinde yer alan süt, fındık ve çikolata resimlerinin ilgili emtianın vasfını işaret ettiği, ancak resimlerin özgün bir şekilde yerleştirildiği, çikolata resminin yanında fındık, yaprak, süt, bakraç gibi unsurların olduğu, bu nedenle ilgili emtia bakımından malın doğal yapısı gereği ortaya çıkan bir şekil olmadığına hükmedilmiştir⁵⁹.

B. TEKNİK BİR SONUCU ELDE ETMEK İÇİN ZORUNLU OLAN ŞEKİL

Teknik bir sorunu çözme özelliği olan işaretler, başka bir nesneye uyumlu olma, en az malzeme kullanılan, en fazla sağlamlığı sağlayan, kolay depolama veya taşımaya olanak tanıyan şekiller olarak kabul edil-

mektedir⁶⁰. Teknik bir sonucu elde etmek için zorunlu olan şekle örnek olarak otomobil lastiği gösterilebilir.

Öğretide, teknik bir sonuç kavramının patent koruması çerçevesinde değerlendirilebileceği ve ilgili ürünün sanayi alanında teknik araçlar kullanılmak suretiyle teknik bir sorunu çözmesi halinde teknik sonuç olarak kabul edileceği belirtilmektedir⁶¹. Bu konuya ilişkin bir ABAD kararında, söz konusu düzenlemeyle yalnızca patentlenebilir nitelikteki yenilikçi teknik çözümler sunan şekillerin değil, teknik çözüm oluşturan bütün şekillerin korunmasının amaçlandığı açıklanmıştır⁶². Kanaatimizce bu konuda yapılan tespitlerde SMK m. 5/1-e hükmünde yalnızca teknik bir sonucu elde etmek için zorunlu olan şekil lafzı karşısında patent korumasında olduğu gibi yenilikçi çözümler sunulup sunulmadığının araştırılmasına gerek bulunmamaktadır. İlgili şeklin daha öncesinde patent korumasından yararlanmış olması ancak güçlü bir karine teşkil edebilir⁶³.

Teknik sonucu elde etmek bakımından zorunlu olan işaretler tespit edilirken öncelikle ilgili işaretin temel özellikleri belirlenmelidir. Sonrasında ise bu özelliklerin teknik bir fonksiyonu olup olmadığı araştırılmalıdır⁶⁴. Bir işaretin teknik bir sorunu çözme özelliği olup olmadığı değerlendirilirken geniş bir yorum yapılması isabetli olur⁶⁵. Bu doğrultuda teknik bir amaca hizmet eden tescil başvuruları reddedilmelidir⁶⁶.

⁶⁰ Vatansever (n50) 845.

⁶¹ Vatansever (n50) 845.

⁶² Karar için bkz. Yoshida Metal Industry Co. Ltd v OHIM, Pi-Design, T-331/10 RENV, T-416/10, 21.5.2015.

⁶³ Karmutoğlu (n16) 223.

⁶⁴ Kaya (n3) 219. Vatansever, bu kapsamda değerlendirme yapılırken grafik gösterimler ile sınırlı kalınmaması gerektiğini, ürünün kendisine ilişkin bilgilerin de esas alınması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Vatansever (n50) 847-848.

⁶⁵ Karasu (n7) 337. Bu hususta Eroğlu, hükmün çok geniş yorumlanmasının üç boyutlu markaların tescilini zorlaştıracak, dar yorumlanmasının ise malların gereğinden fazla şekilde sonsuz süreli olarak korunmasına yol açacağını belirtmiştir. Bkz. Eroğlu (n4) 149. Aynı yönde bkz. Vatansever (n50) 845.

⁶⁶ EUIPO Temyiz Kurulu bu konuda vermiş olduğu bir kararında, şeklin veya başka bir özelliğinin tanımlanması, ürünün işlevinin tanımlanması, uyumsuzluk konusu markadaki işaretlerin temel karakteristik özelliklerinin tanımlanması, temel karakteristik özelliklerinin tabiatı gereği işlevsel olup olmadıklarının değerlendirilmesi şeklinde sıralamayla bir değerlendirme yapmıştır. Bkz. Vatansever (n50) 845.

⁵⁵ Kaya (n3) 218.

⁵⁶ Karmutoğlu (n16) 209-210.

⁵⁷ Kaya (n3) 216.

⁵⁸ Yasaman/Yasaman (n1) 454.

⁵⁹ Karar için bkz. Yargıtay 11. HD, 9.2.2012, 9517E/1550K. (karararama.yargitay.gov.tr).

Özellikle uygulamada teknik amacın gerçekleştirilmesi bakımından başka alternatiflerin bulunduğu ileri sürülerek bu hükmün aşılmasının amaçlandığı görülmektedir⁶⁷. Kanaatimizce bu yaklaşımın kabul edilmemesi gerekir. Zira teknik sonucu elde etmek bakımından zorunlu olma şeklindeki ifadede bu sonucun elde edilebilmesi için başka bir alternatifin bulunmaması şeklinde bir şartın arandığı sonucuna ulaşılamaz. Ayrıca böyle bir yaklaşımın benimsenmesi halinde ilgili teknik alanın kontrol altına alınması ve rekabet dengesinin bozulması söz konusu olabilir.

Bir şeklin teknik çözüm içerip içermediğine ilişkin “üç boyutlu bulmaca” olarak tescil edilen rubik küp oyuncakların değerlendirildiği bir uyumsuzlukta, EUIPO İptal Birimi ve EUIPO Temyiz Kurulu tarafından oyuncağın dönme kabiliyetinin olmasını ürünün işlevine bir etkisi olmaması dolayısıyla teknik çözüm sağlamadığına karar verilmiştir. ABAD ise kararında “üç boyutlu bulmaca” olarak yapılan bir tescilin dönme kabiliyeti olup olmadığı fark etmek sizin pek çok diğer tescili engelleyeceği ve bu şeklin teknik sonucu elde etmek için zorunlu olduğu gerekçesiyle şeklin hükümsüz olduğuna karar vermiştir⁶⁸. Benzer olarak İsviçre Federal Mahkemesi’nin bir kararında, sıvı gıda maddeleri ve içecekler için, bir kapağın varlığının teknik bir zorunluluğu karşıladığı, aynı şekilde kapatma sekmeleri (katların) da teknik zorunluluğa ilişkin olduğu belirtilmiştir⁶⁹.

Teknik bir sorunu çözme özelliği olan işaretlerle ilişkin bir Yargıtay kararında, kelime markası ile gümüş tüp şekillerini içeren bir marka tescil başvurusunda, tescilin marka sahibine yalnızca kelime markası üzerinde markasal hak tanıyabileceği, üç

boyutlu şekil unsurunun teknik zorunluluktan kaynaklı olması sebebi ile marka olarak korunamayacağı, tekelleşmeye ilişkin endişe vurgusu yapılarak açıklanmış; ayırt edici ve tescili mümkün bulunan kelime markasının ise tescil edilebileceğine isabetli olarak hükmedilmiştir⁷⁰.

C. MALA ASLİ DEĞERİNİ VEREN ŞEKLİ YA DA BAŞKA BİR ÖZELLİĞİNİ MÜNHASIRAN İÇEREN İŞARETLER

Mala asli değerini veren şekli ifadesinden anlaşılması gereken malın kendi şekli dolayısıyla tüketicilerin dikkatini çekmesidir. Söz konusu kavrama mala yalnızca ekonomik değer katan unsurlar değil, malın kullanımını kolaylaştıran, malın değerini artıran tüm unsurlar dahildir⁷¹. Bu bakımdan değer kavramına yalnızca estetik unsurların değil, güvenlik, konfor sağlayan unsurların da dahil edilmesi uygun olur⁷². Ancak mala asli değerini veren şeklin teknik boyutta olması gibi bir şart bulunmamaktadır. Sahip olduğu şekil sebebiyle tercih edilen bir işaretin tescil edilmemesi gerekir⁷³. Malın ambalajı malın ayrılmaz parçası olarak bu kapsamda değerlendirilirken, dış yüzeyinde bulunan desenler, mala asli değerini veren şekiller değildir⁷⁴.

Malın ayrılmaz parçası olan ambalajların sıradan bir biçime sahip olmaları halinde tescil edilmeleri gerekir. Malın dış yüzeyini oluşturan ve malın biçiminden ayrı tutulamayan ambalajlar, herkesin kullanımına açık tutulmalıdır. Buna örnek olarak, pompalı sprey kutularının sprey ürünlerinin ayrılmaz bir parçası haline gelmesi verilmektedir⁷⁵. Öte yandan, kendine özgü üç boyutlu ambalaj markaları elbette tescil edilebilir. Nitekim ördek başı şeklini kullanan “Toilet Duck” markası buna örnek olarak gösterilebilir.

Bu düzenlemeye ilişkin AB hukukunda verilmiş olan bir kararda, çocuklara özel olarak tasarlanmış

⁶⁷ Philips Electronics NV v Remington Consumer Products davasında da bu iddia ileri sürülmüş, ancak ABAD aynı teknik sonucu elde edebilecek başka şekillerin olduğu yönündeki iddianın ileri sürülerek bu sınırın aşılamayacağını, bir işaretin temel özelliklerinin teknik sonucu elde etmek için gerekli olması halinde tescil edilemeyeceğini belirtmiştir. Bkz. Eugene C. Lim, “How Chocolate Wars Shape the Law: KitKat, Three-Dimensional Trade Marks and the Enigma of Technical Function” HONG KONG L.J. (2018) 48 (533) 537.

⁶⁸ Karmutoğlu (n16) 225-226. Karar için bkz. Simba Toys GmbH & Co. KG v. EUIPO, C-30/15 P, 10.11.2016.

⁶⁹ Attempt to Register (Non-) Conventional Packaging as a Three-Dimensional Trademark, GRUR International (2024) 73(5) 452-458.

⁷⁰ Karar için bkz. Yargıtay 11. HD, 24.03.1998, 9672/2127K. (Hukuk-türk).

⁷¹ Memişoğlu (n24) 595; Karasu (n7) 338; Karmutoğlu (n16) 233-234.

⁷² Yasaman/Yasaman (n1) 466.

⁷³ Kaya (n3) 221; Vatansever (n50) 851.

⁷⁴ Karasu (n7) 338; Karmutoğlu (n16) 234.

⁷⁵ Karasu (n7) 338.

ve boyu ayarlanabilen Tripp Trapp sandalyelerinin şeklinin en önemli özelliğinin boyunun ayarlanabilir olması sebebiyle bu yasak kapsamında kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir⁷⁶. İlgili kararın en dikkat çekici noktası ise ilgili uyumsuzluğun mala asli değerini veren şekil kapsamında değerlendirilip, bu şeklin güvenli ve konforlu olması sebebiyle tercih edildiği, bunun mala asli değer kattığına hükmedilmiş olmasıdır. İlgili kararda ayrıca mala asli değerini veren şekil kavramının yalnızca estetiksel işlevsellik ile sınırlanmaması gerektiği vurgulanmış ve mala farklı şekillerde değer katan tüm özellikler kapsam çerçevesinde değerlendirilmiştir⁷⁷.

Bu düzenlemede yer alan “başka bir özelliğini münhasıran içeren işaret” kavramı ise ciddi bir belirsizliğe yol açabilecek nitelikte geniş bir anlam içermektedir. Buna örnek olarak, teknik bir sonucu elde etme bakımından zorunlu olan sesler verilebilir⁷⁸.

D. HÜKMÜN UYGULANMASININ SINIRLARI

SMK m. 5/1-e çerçevesinde öngörülen yasakların uygulanması için ilgili şekil ya da özelliğin tescili talep edilen markada “münhasıran” yer alması gerekmektedir. Ufak değişiklik veya düzeltmeler yapılarak söz konusu yasağın engellenmesi mümkün değildir⁷⁹.

SMK 5/1-e düzenlemesi bakımından dikkat edilmesi gereken bir diğer husus yoğun kullanım veya bilinirliğe dayanılarak bu hükmün aşılmasının mümkün olmamasıdır⁸⁰. SMK m. 5/2 kapsamında kullanım sonucu ayırt edicilik kazanma imkanından SMK m. 5/1-e hükmünün yararlanamayacağı SMK m. 5/2 düzenlemesinden açık şekilde anlaşılmaktadır. Bunun yanı sıra, ortalama tüketici değerlendirmesi bakımından da bu hükmün özellik arz ettiğini ve ortalama tüketici kitlesinin, şeklin asli özelliklerinin teknik işlevsel nitelik taşıyıp taşımadığını tespit

edecek düzeyde bir teknik bilgiye sahip olmayabileceğini belirtmek gerekir. Bu hükme tabi bir işaretin kullanım yolu ile ayırt edicilik kazanması da mümkün olmayacağından ilgi alıcı çevresinin algısı belirleyici bir kriter teşkil etmeyebilir⁸¹.

SMK m. 5/1-e hükmünün uygulanabilmesi için değerlendirme yaparken teknik bir işlev görme şartı yeterli olup, teknik işlevi sağlayan tek şekil olması şartı aranmamaktadır⁸². Nitekim benzer bir uyumsuzlukta bu husus AB Adalet Divanı tarafından da incelenerek aynı sonuca ulaşılmıştır. Hatta bu uyumsuzlukta dava konusu işarete dekoratif veya hayal ürünü yönler bulunmasına rağmen bunların ilgili hükmün uygulanmasına engel olmayacağı, bunların temel karakteristik özellik olmadığı vurgulanmıştır⁸³. Benzer olarak oldukça popüler olan “Lego” kararında da oyun bloklarının başka şekillerle elde edilseler dahi marka olarak tescil edilemeyecekleri, teknik işlevi olan şekillerin marka koruması dışında bırakılmasının kamu yararı amacı taşıdığı açıklanmıştır⁸⁴. Bu karar, aynı teknik sonucu elde etmek için başka şekillerin var olmasının, bu şeklin teknik bir işlevi olmadığı sonucuna varmak bakımından yeterli olmadığını göstermesi yönüyle önem taşımaktadır.

IV. ÜÇ BOYUTLU MARKALARIN REKABET HUKUKU YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ

Marka hakkının tescil edilmesi ile beraber marka sahibinin marka üzerinde tek hak gündeme gelmektedir. Söz konusu tek hak marka sahibinin rekabete getirmiş olduğu emeğe dayalı değeri kişiselleştirmesine bağlı olarak ortaya çıkmaktadır⁸⁵. Bu yönüyle marka tescili, piyasadaki rakiplerin arasında serbest piyasa düzenine önemli sınırlamalar getirmektedir. Adil ve bozulmamış rekabetin sağlanması amacıyla marka sahibi menfaati ve piyasa rekabeti

⁷⁶ Karar için bkz. Tripp Trapp kararı (18.09.2014, C-205/13 sayılı karar). Benzer bir karar için bkz. Gömböc kararı, (23.04.2020, C-237/19 sayılı karar).

⁷⁷ Öğretide bu yaklaşımın isabetli olmadığı, rahatlık, konfor sağlama gibi işlevsel özelliklerin teknik açıdan zorunlu şekiller içerisinde değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Vatansever (n50) 852; Karmutoğlu (n16) 437.

⁷⁸ Karmutoğlu (n16) 220.

⁷⁹ Memişoğlu (n24) 549; Karmutoğlu (n16) 200.

⁸⁰ Vatansever (n50) 844; Memişoğlu (n24) 250.

⁸¹ Memişoğlu (n24) 94-95.

⁸² Karasu (n7) 337.

⁸³ Avrupa Birliği Adalet Divanı, 11.05.2017 tarihli C-421/15P sayılı kararı.

⁸⁴ Avrupa Birliği Adalet Divanı, 14.09.2010 tarihli C-48/09 P sayılı kararı. Bu kararda ayrıca şekilde yer verilen kırmızı rengin önemli rol oynayan temel bir öge olarak kabul edilemeyeceği belirtilmiştir.

⁸⁵ Sevilay Uzunallı, *Marka Hakkının Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi* (Adalet Yayınları 2012) 7.

arasındaki dengenin gözetilmesi önem arz etmektedir. Bu sebeple özellikle üç boyutlu markaların tescili konusu mahkemeler tarafından kamu menfaati doğrultusunda titizlikle inceleme konusu yapılmalıdır.

Üç boyutlu markaların tescilinde sıklıkla beraber değerlendirilmesi gereken SMK m. 5/1-e düzenlemesinin rekabet hukuku bakımından da büyük önemi bulunmaktadır. Zira bu hükmün temel amaçlarından biri, marka sahiplerine tekeli haklarının tanınmasının önüne geçmektir. Bu kapsamda örneğin, malın ambalajının marka olarak seçilmesi, ürün biçiminin tekel altına alınması tehlikesini doğurmaktadır⁸⁶. Örneğin, Henkel bulaşık yıkama tabletleri davasında, teknik gerekçelerle bulaşık tabletlerin farklı şekilde dizayn edilememesi ve piyasadaki tablet şekillerine benzer nitelikte tablet şekillerinin marka olarak tescili tekelleşmeye ilişkin endişe dolaşısıyla kabul edilmemiştir⁸⁷.

Üç boyutlu markaların tescili bakımından en önemli tartışma konularından biri, başvurunun tasarıma, patent veya faydalı model ile koruma yerine veya aynı anda marka korumasına konu edilerek süresiz bir tekel hakkının elde edilmesi ve böylece kanuna karşı hilenin gündeme gelmesidir⁸⁸. Elbette her iki korumanın bir arada bulunmasına engel yoktur, ancak bu durumda daha titiz bir incelemenin yapılması gerekmektedir. Özellikle uygulamada işletme sahipleri tarafından bu yöneme sıklıkla başvurulduğu ve tasarım tescili yoluyla 25 yıl koruma süresinin yanında süresiz bir korumaya sahip olmak maksadıyla marka olarak da tescil talebinde bulunulduğu görülmektedir⁸⁹.

Bu bakımdan ABAD'ın yaklaşımı, ünlü Nespresso kahve kapsülleri ve LEGO kararlarında da değerlendirildiği üzere, üç boyutlu markaların tescillerinin yenilenerek süresiz şekilde marka koruması sağlanması yoluyla kanun koyucunun iradesi

dışına çıkılamayacağı ve bunun hukuken korunmaya değer olmadığı şeklindedir⁹⁰. Bu husus özellikle LEGO kararında, üreticilerin fikri mülkiyet bakımından yalnızca sınırlı bir süreyle korunma imkanı olan bir teknik çözümün, münhasır haklar elde edilmesi amacıyla marka hukuku düzenlemelerinin kullanılmasının önlenmesi gerektiği şeklinde açıklanmıştır⁹¹. Bunun gibi ABAD'ın pek çok kararında pazarda sağlıklı rekabeti teşvik etmenin öneminin vurgulandığı görülmektedir⁹².

Üç boyutlu markalar yönünden daha adil bir rekabetin sağlanma hedefi güncel çalışmalarda da kendini göstermektedir. 2020 yılında ABFMA tarafından kabul edilen Ortak Uygulama Metni incelendiğinde giriş kısmında bu düzenlemeyle rekabetin daha adil bir hale getirilmesinin hedeflendiği belirtilmiştir⁹³.

Geleneksel olmayan üç boyutlu markaların tescil değerlendirmelerinde, ayırt ediciliğin tespiti aşamasında rekabete dair endişelerin ortaya çıkması olağan bir durumdur. Yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar ile beraber değerlendirildiğinde, üç boyutlu markaların tescilinin rekabete etkisinin de göz önünde bulundurulması gerekir. Rekabet yönüyle de üç boyutlu markalarının tescilinin diğer markalara kıyasla daha dezavantajlı bir konumda olduğu söylenebilir.

O halde piyasada ilgili alanda tasarlanmış ambalajlardan farklılaşmayan, tipik bir şekil olan, tüketiciler nezdinde menşei gösterme özelliğinin olmadığı, herhangi bir renk vs. içermeyerek tek başına ayırt edici olduğunun kabul edilemeyeceği, bu alanda piyasada sıklıkla kullanılan alışılmış unsurları içeren bir şeklin marka olarak tescili kabul edilmemelidir. Bu hususta kimi zaman üç boyutlu markalara ilişkin belirtilen sınırlamaların çok katı olduğu ve bu yaklaşım sebebiyle üç boyutlu marka şeklinde

⁸⁶ Eroğlu (n4) 148.

⁸⁷ Avrupa Birliği Adalet Divanı, 04.10.2007 tarihli C-144/06 sayılı kararı.

⁸⁸ Memişoğlu (n24) 221. Markanın yenilendiği sürece sınırsız şekilde korunmasının markanın tedavülünü artırma amacıyla bağdaştığı ve bunun rekabet hukuku ile çelişmediği hususunda bkz. Arslan Kaya/Koray Demir, *Rekabet ve Haksız Rekabet Hukukunun Esasları* (Vedat Kitapçılık 2024) 12.

⁸⁹ Çolak (n14) 88.

⁹⁰ Karar incelemesi için bkz. Sergül Balsever, <https://iprgezgini.org/tag/nexpresso-kahve-kapsulleri-karari/>. Bu hususta ayrıca bkz. 14 Eylül 2010 tarihli Lego Juris v OHIM, C-48/09 P, EU:C:2010:516, paragraf 43; Simba Toys GmbH & Co. KG v. EUIPO, C-30/15 P, 10.11.2016.

⁹¹ Avrupa Birliği Adalet Divanı, 14.09.2010 tarihli C-48/09 P sayılı kararı.

⁹² Lim (n66) 536.

⁹³ Tekin (n20) 456.

bir kavramın var olamayacağı ileri sürülebilir. Ancak belirtmeliyiz ki bu yorum ve yaklaşım yerinde değildir. Zira üç boyutlu markaların yukarıda açıkladığı-mız şartlarda tescili her zaman mümkündür.

V. SONUÇ

Geleneksel olmayan marka türleri içerisinde kabul edilen üç boyutlu markaların tescil edilebilmesi için malın doğal şeklini ifade etmemeleri ve bağımsız nitelikte olmaları gerekir. Bu markaların tescili hususunda özel bir düzenleme bulunmaması sebebiyle ayırt ediciliğe ilişkin SMK m. 4 çerçevesinde değerlendirme yapılmalıdır. Bununla birlikte üç boyutlu markaların tescilinin geleneksel markalara kıyasla oldukça zor olduğu çalışmamızda incelenen kararlardan anlaşılmaktadır. Söz konusu markalar ortalama tüketici nezdinde ürün veya ambalaj şeklinin ürünün kaynağını belirten bir unsur olarak değil, ürünün bir özelliği olarak algılanabilmektedir. Bu durum ise köken gösterme temel işlevinin sağlanamamasına yol açmaktadır.

Ayırt etme gücü bulunmayan renkler, harfler, rakamlar, çizgiler, geometrik şekiller marka olarak kabul edilemez. Bu şekilde ayırt edici niteliği bulunmayan şeklin tescil edilebilmesi ancak ayırt edici bir işaretle birlikte kullanılmasına bağlıdır. Sözel veya şekli unsurların üç boyutlu şekildeki oranları, kontrastlığı ayırt edicilik bakımından etkili olabilir. Ancak üç boyutlu şekil üzerinde yer alan bir unsur oldukça büyük olmasına rağmen ayırt ediciliği haiz olmayabilir. Tüm bu hususların sektördeki normlardan önemli ölçüde ayrılma ve ortalama tüketici kriterleriyle beraber ele alınması gerekir.

Üç boyutlu markaların tescilinde önem arz eden bir diğer düzenleme ise SMK m. 5/1-e hükmüdür. Hükümde belirtilen hallerden herhangi birinin gündeme gelmesi halinde ilgili işaret marka olarak

tescil edilemeyecektir. Bu düzenlemenin getirilmesinin temel amaçlarından biri, özellikle sınırlı bir koruma süresine tabi olan patent ve tasarım haklarının, bu sınırlamaya tabi olmayan marka koruması ile dolandırılmasının önüne geçmektir. SMK m. 5/1-e hükmünün üç boyutlu markalar bakımından sıklıkla ileri sürülen bir itiraz sebebi olması yönüyle özel önemi bulunmaktadır. Zira üç boyutlu şekiller genellikle işlevsel maksatlı kullanılmaktadır. Üç boyutlu şekillerin ayırt edici nitelikte olup olmadıkları değerlendirilmeden önce SMK m. 5/1-e kapsamında işlevsel niteliğinin bulunup bulunmadığı incelenmelidir. İşlevsel niteliği olan bir işaretin ayırt ediciliği olsa dahi tescil edilmesi mümkün değildir.

Üç boyutlu markaların tescilinin önündeki bir diğer sınırlandırmayı ise tekelleşmeye ilişkin endişeler oluşturmaktadır. Bir başvurunun tasarım, patent veya faydalı model ile koruma yerine veya aynı anda marka korumasına konu edilerek süresiz bir tekelleşmenin elde edilmesi rekabet yönünden titizlikle incelenmelidir. Ayrıca SMK m. 5/1-e hükmünün temel amaçlarından biri de marka sahibine tekelleşme haklarının sağlanmasının önlenmesidir. Bu çerçevede üç boyutlu markaların tesciline ilişkin mevcut kararlarda da söz konusu markaların tescilinin önündeki en büyük engellerden biri olarak rekabet endişesinin olduğu söylenebilir.

Piyasada ilgili alanda mevcut olan şekillerden farklılaşmayan, tipiklik arz eden üç boyutlu şekillerin marka olarak tescili elbette kabul edilmemelidir. Bu hususta üç boyutlu markalara ilişkin belirtilen sınırlamalar öğreti ve kararlar çerçevesinde değerlendirildiğinde, üç boyutlu markaların tescili bakımından diğer markalara kıyasla dezavantajlı bir konuma sahip olduğu ve bu sebeple yapılan başvurularda tüm kriterlerin titizlikle irdelenmesi gerektiği belirtilmelidir.

KAYNAKÇA

- Albert GP, Laff W, Laff S, *Intellectual Property Law in Cyberspace* (Bureau of National Affairs 1999).
- Atay İ, *Üç Boyutlu Markaların Hukuki Korunması* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2014).
- Bozbel S, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık 2015).
- Brauchbar Birkhäuser S, Brettschneider S, “Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_587/2021 vom 30. August 2022, Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli AG gegen Lidl Schweiz AG und Lidl Schweiz DL AG, Markenrecht, unlauterer Wettbewerb” (2023) AJP 228-242.
- Can M Ç, “Üç Boyutlu Şekillerin Marka Olarak Görünümü” (2020) 41 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 543-576.
- Çolak U, *Türk Marka Hukuku* (4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2018).
- Erbs, Kohlhaas, Kaiser, *MarkenG* § 8 (2024) Rn. 45-46b.
- Eroğlu S, “Soyut Renk, Ses ve Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescili” (2003) 5 (1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 95-166.
- Fezer, Fesenmair, *MarkenG* § 8 (5. Aufl. 2023) Rn. 208-213.
- Friedmann D, “The Bottle is the Message: Only the Distinctive Survive as 3-D Community Mark” (2015) 10 (1) Journal of Intellectual Property Law and Practice 35-42.
- Hanf in *BeckOK MarkenR Art. 7* (40. Ed. 2017) Rn. 65-73.
- Ingerl, Rohnke, Nordemann, Nordemann-Schiffel, *MarkenG* § 3 (4. Aufl. 2023) Rn. 27-29.
- Karasu R, “Üç Boyutlu Biçim ve Hareket Markaları” (2008) XXIV (3) BATİDER 331-354.
- Karmutoğlu B, *Geleneksel Olmayan Markaların Tescili* (On İki Levha Yayıncılık 2023).
- Kaya A, *Marka Hukuku* (2. Baskı Vedat Kitapçılık 2024).
- Kaya A, Demir K, *Rekabet ve Haksız Rekabet Hukukunun Esasları* (Vedat Kitapçılık 2024).
- Khoury AH, “Three-Dimensional Objects as Marks: Does a Dark Shadow Loom Over Trademark Theory” (2008) 26 (2) Cardozo Arts & Entertainment Law Journal 335-367.
- Köksal A, “The Approach of the Court of Justice of the European Union Towards the Protection of Three-Dimensional Marks” (2022) 80 (4) İstanbul Hukuk Mecmuası 1299-1330.
- Lim EC, “How Chocolate Wars Shape the Law: KitKat, Three-Dimensional Trade Marks and the Enigma of Technical Function” (2018) 48 (533) HONG KONG L.J. 533-554.
- Memişoğlu SÖ, *Marka Hukukunda Mutlak Ret Sebepleri* (Seçkin Yayıncılık 2019).
- Oytaç K, *Ticari Form Olarak Üç Boyutlu Markalar ve Korunması* (Vedat Yayınevi 2021).
- Petrovic MZ, “Legal Conditions for the Protection of Three Dimensional Signs in Trademark Law” (2021) 38 (2) Law - Theory and Practice 54-67.
- Stolz E, “Relationship between Design Protection and Three Dimensional Trademarks” (2008) 2 Romanian Journal of Intellectual Property Law 41-56.
- Suluk C, Karasu R, Nal T, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (8. Baskı Seçkin Yayıncılık 2024).
- Tekin U, “Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ağı'nın (Abfma) Bazı Üç Boyutlu Markalara (Şekil Markaları) İlişkin Nisan 2020 Tarihli Ortak Uygulama Metni (Cp 9) Hakkında” (2020) 11 (2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 455-467.
- Uzunallı S, *Marka Hakkının Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi* (Adalet Yayınları 2012).
- Voegeli-Wenzl J, “Unterscheidungskraft einer Flaschenform als 3D-Marke” (2020) GRUR-Prax, 61.
- Yasaman H, *Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, C-1* (Vedat Kitapçılık 2004).
- Yasaman, Yasaman, *SMK Şerhi* (Seçkin Yayıncılık 2021).
- Yılmaz AL, “Üç Boyutlu Markalar” (2018) 92 (1) İstanbul Barosu Dergisi 15-24.

Etik Beyanı: Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde etik kurallara uyulduğunu yazar beyan etmektedir. Aksi bir durumun tespiti halinde Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM) hiçbir sorumluluğu kabul etmemektedir. Sorumluluk, çalışmanın yazarına aittir.

Katkı Oranı Beyanı: Söz konusu çalışmanın hazırlanması ve yazımı aşamasında yazarın katkı oranı %100'dür.

Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı: Yoktur.

Çatışma Beyanı: Yoktur.

Ethics Statement: *The author declares that ethical rules are followed in all preparation processes of this study. In case of detection of a contrary situation, TFM does not have any responsibility and all responsibility belongs to the author of the study.*

Contributions Statement: *Author has contributed %100 into preparing and writing this study.*

Statement for Support and Appreciation If Any: *None.*

Statement for Conflict of Interest: *None.*