

## SESLER, RENKLER VE KOKULAR MARKA OLARAK TESCİL EDİLEBİLİR Mİ?

### - AVRUPA TOPLULUKLARI MAHKEMESİNİN ÜÇ KARARI-

Yard. Doç. Dr. Gül OKUTAN NILSSON\*

*İyi bir bilim insanı, iyi bir anne ve iyi bir eş olmak gibi üç zorlu görevin bir arada hakkıyla yerine getirilebileceği konusunda bizlere cesaret veren gülüyüzlü, sevgi dolu Gülören Tekinalp hocama, en içten saygılarımla...*

### I. Giriş

Avrupa Topluluğunun temel ilkelerinden olan malların ve hizmetlerin serbest dolaşımı ve serbest rekabetin korunması, marka hukuku ile yakından ilgilidir. Üye ülkelerin marka hukukları arasındaki farklılıkların malların ve hizmetlerin serbest dolaşımına engel oluşturabileceği ve ortak pazar içerisindeki serbest rekabet düzenini bozabileceği görülerek 1989 yılında, üye ülkelerin marka hukuklarını uyumlaştıran 89/104 sayılı yönerge<sup>1</sup> ("Yönerge") kabul edilmiştir. Türk hukukundaki 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükümünde Kararnamenin de temelini oluşturan anılan Yönerge, marka olarak alınabilecek işaretleri, bir işaretin marka olarak tesciline engel oluşturan nedenleri, markanın sağladığı hakları, bu hakların tü-

\* İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. Yazar, müzik terimleri ile ilgili yardımlarından ötürü, dostu ve meslektaşı Av. Feyzi Erçin'e teşekkür eder. Ancak, tüm hatalar yazara aittir.

<sup>1</sup> ATRG [1989] L 40/1.

kenmesini ve markanın hükümsüz sayılabileceği halleri düzenlemiştir.

Yönergenin “Marka oluşturabilecek işaretler” kenar başlıklı ikinci maddesi şöyledir<sup>2</sup>:

*“Bir marka, bir işletmenin ürün veya hizmetlerini diğer işletmelerinden ayırdedebilmesi koşuluyla, kişi adları da dahil olmak üzere özellikle kelimeler, tasarımlar, harfler, rakamlar, ürünlerin veya ambalajlarının biçimi gibi grafik olarak temsil edilebilen<sup>3</sup> her hangi bir işareten oluşabilir.”*

Bu hükümde sıralanan örnekler ile işaretin “grafik” olarak, yani çizgilerle veya harflerle temsil veya tasvir edilebilmesi koşulu, marka olabilecek işaretlerin yalnızca görsel olarak algılanabilen iki veya üç boyutlu işaretlerle sınırlı olup olmadığı sorusunu doğurmuştur. Konu, Avrupa Toplulukları Mahkemesi (“ATM”) nin verdiği yakın tarihli üç kararda ele alınmıştır. Bunlar, koku markaları ile ilgili C-273/00 sayılı ve 12 Aralık 2002 tarihli “*Ralf Sieckmann / Deutsches Patent- und Markenamt*” kararı<sup>4</sup>, renk markaları ile ilgili C-104/01 sayılı ve 6 Mayıs 2003 tarihli “*Libertel Group B.V. / Benelux Markenbureau*” kararı<sup>5</sup> ve ses markaları ile ilgili C-283/01 sayılı ve 27 Kasım 2003 tarihli “*Shield Mark BV / Joost Kist h.o.d.n. Memex*” kararıdır<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> Yazarın serbest çevirisi.

<sup>3</sup> Bu ifade Yönergenin İngilizce, Almanca ve Fransızca metinlerinde sırasıyla şu şekilde yer almaktadır: “*any sign capable of being represented graphically*”; “*alle Zeichen, die sich graphisch darstellen lassen*”, “*tous les signes susceptibles d’une représentation graphique*”. 556 sayılı KHK, “*çizimle görümlenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaret*” ifadesine yer vermiştir. Buradaki “temsil”den maksat, sicili inceleyenlerin tescil edilmiş markanın ne olduğunu görebilecekleri şekilde işaretin marka siciline aynen yansıtılmasıdır.

<sup>4</sup> ATKD [2002] I - 11737.

<sup>5</sup> Karar henüz ATKD’de yayınlanmamıştır, internet üzerinden [europa.eu.int/eur-lex](http://europa.eu.int/eur-lex) sayfasından temin edilebilir.

<sup>6</sup> Karar henüz ATKD’de yayınlanmamıştır, internet üzerinden [europa.eu.int/eur-lex](http://europa.eu.int/eur-lex) sayfasından temin edilebilir.

Anılan kararlar, ATM'nin, önkarar usulü<sup>7</sup> ile incelemesine sunulmuş olan sorulara dair yorumlarından oluşmaktadır. Yönergenin uygulanması ile ilgili olarak bireyler veya bireylerle devlet kurumları arasında hukuki ihtilafların çıkması halinde, Avrupa Topluluğu yargılama hukuku ilkelerine göre bireylerin diğer bireyleri veya kendi devletlerini Avrupa Toplulukları Mahkemesi ("ATM") önünde dava etmeleri mümkün olmadığı için<sup>8</sup> önce ihtilaf bir üye ülke mahkemesine götürülmekte, davaya bakan mahkeme gerekli görürse ihtilafın Avrupa hukukunu ilgilendiren kısmı ile ilgili olarak görüş almak için meseleyi önkarar usulü ile ATM'ye danışmaktadır.

## II. Koku Markaları İle İlgili "Sieckmann" Kararı

### A. Davanın Konusu

Almanya'da faaliyet gösteren bir marka ve patent vekili olan Ralf Sieckmann, Alman Patent ve Marka Ofisi nezdinde bazı koku markalarını<sup>9</sup> çeşitli hizmet sınıfları<sup>10</sup> için tescil ettirmek istemiştir. Alman Marka hukukuna göre, bir işaretin marka olarak tescil edilebilmesi için işaretin marka olarak alınabilecek bir işaret olması<sup>11</sup>, işaretin ayırdedici olması<sup>12</sup> ve grafik olarak temsil edilebilmesi<sup>13</sup> gerekir. So-

<sup>7</sup> Önkarar usulü için bkz. TEKİNALP/TEKİNALP, *Avrupa Birliği Hukuku*, Güncelleştirilmiş 2. bası, İstanbul 2000, §12 N. 94.

<sup>8</sup> Doğrudan doğruya Avrupa Toplulukları Mahkemesi önünde açılacak dava tipleri için bkz. TEKİNALP/TEKİNALP, § 12.

<sup>9</sup> İngilizce: "olfactory mark".

<sup>10</sup> Olaydaki başvurunun konusunu oluşturan sınıflar şunlardır: reklam, iş yönetimi (35. sınıf), eğitim, eğlence spor ve kültürel aktivite organizasyonları (41. sınıf), yiyecek içecek, barınma hizmetleri, sağlık ve güzellik hizmetleri, veterinerlik ve tarım hizmetleri, hukuki danışmanlık, bilimsel ve sınai araştırma, bilgisayar programcılığı ve başka sınıflara girmeyen diğer hizmetler (42. sınıf).

<sup>11</sup> Bunlara örnek olarak verilenler, kişi adları da dahil kelimeler, tasarımlar, harfler, akustik işaretler ve ürünlerin veya ambalajlarının biçimi ve renkler ve renk kombinasyonları dahil bunların sunumu gibi üç boyutlu şekillerdir: Alman Marka Kanunu m. 3 (1).

<sup>12</sup> Alman Marka Kanunu m. 8 (2) (1).

<sup>13</sup> Alman Marka Kanunu m. 8 (1).

nuncu şartla ilgili olarak marka tescil başvuru formları "Markanın Temsili" başlığını taşıyan ve marka başvurusunda bulunanların markayı grafik olarak gösterecekleri bir kısım içermektedir. Ralf Sieckmann, kendi başvurusunda bu bölüme "Aşağıda yapısal formülü verilmiş olan saf kimyevi "methyl cinnamate" maddesinden oluşan koku markası için marka koruması talep edilmektedir. Bu koku markasının örnekleri, Alman Telekomünikasyon kurumunun çıkardığı telefon rehberinde kayıtlı yerel laboratuvarlardan, örneğin Darmstadt'daki E. Merck firmasından elde edilebilir.  $C_6H_5-CH = CHOOCH_3$ "<sup>14</sup> tarifini yazmıştır. Ayrıca Sieckmann başvurusu ile birlikte bir saklama kabı içerisinde kokunun bir örneğini de vermiş ve bu kokunun genellikle "hafifçe tarçını andıran yumuşak meyveli koku" olarak nitelendirildiğini de başvuru belgesine yazmıştır.

Alman Marka ve Patent Ofisi, tescili istenen markanın, Alman marka hukukuna göre tescil edilebilecek işaretlerden olup olmadığı ve grafik tasvir koşulunu yerine getirip getirmediği noktalarında tereddüde düşmüş ve her halükarda bu işaretin ayırdedicilik unsuruna sahip olmaması nedeniyle ilk iki koşulu yerine getirip getirmediğinin tespitine de mahal bulunmadığı gerekçesiyle başvuruyu reddetmiştir.

Sieckmann, Marka ve Patent Ofisinin red kararını Alman Federal Patent Mahkemesinde temyiz etmiştir. Bu mahkeme, teorik olarak kokuların marka olarak alınabileceğini ve ayırdedici niteliğe sahip olabileceklerini kabul etmekle beraber, grafik tasvir koşulu bakımından konuyu önkarar usulü ile Avrupa Toplulukları Mahkemesine danışmak yoluna gitmiştir.

## B. Önkarar İçin ATM'ye Yöneltilen Sorular ve ATM'nin Yorumu

Federal Mahkeme, ATM'ye, Yönergenin ikinci maddesindeki grafik olarak temsil edilebilme koşulu karşısında yalnızca görsel olarak algılanabilen işaretlerin mi marka olarak tescil edilebileceğini, yoksa bazı yardımcı unsurlar kullanılarak dolaylı yoldan tekrarı (tıpkıbasımı, tasviri, temsili) sağlanabilen ses ve koku gibi işaretlerin de marka olabilmelerinin mümkün olup olmadığını sormuş, eğer bu mümkünse, kokular bakımından;

<sup>14</sup> Yazarın serbest çevirisidir.

- kimyasal bir formül,
- bir tarif (anlatım),
- bir koku örneği, veya
- bunların bileşiminin

verilmesi yoluyla grafik tasvir koşulunun yerine getirilip getirilmeyeceği konusuna cevap aramıştır.

Görsel olarak algılanamayan ses ve koku gibi işaretlerin marka olarak alınıp alınamayacağı sorusuna Mahkeme, bunların da ayırdedici olmaları ve grafik olarak temsil edilebilmeleri koşuluyla olumlu yanıt vermiştir. Mahkemeye göre, Yönergenin ikinci maddesinde sayılan, tamamı görsel nitelikteki işaretler, sınırlı sayıda verilmemiştir; bunlar yalnızca marka olarak alınabilecek işaretlere verilen örneklerdir<sup>15</sup>. Bu nedenle görsel nitelikte olmasa da başka işaretlerin de marka olabilmesi mümkün olmalıdır<sup>16</sup>. Ancak bunun için grafik temsil şartı da yerine getirilmelidir.

Mahkemeye göre, markanın grafik olarak temsili koşulu, markanın sağladığı münhasır koruma alanının üçüncü kişiler tarafından kesin çizgilerle bilinebilmesi için getirilmiş bir koşuldur. Üçüncü kişiler, sicile baktıkları zaman marka olarak tescil edilen işaretin ne olduğunu açık, kesin, net ve objektif bir şekilde anlayabilmelidirler. Ayrıca tescil makamları da marka başvuruları ile ilgili olarak yapacakları incelemelerde işaretin ne olduğunu açık ve kesin bir şekilde anlayabilecek durumda olmalıdırlar. Sicile bakan kişilerin işaretin ne olduğunu açık ve kesin bir şekilde anlayabilmeleri için, sicilde yer alan grafik temsil, bütünlük içermeli, kolayca ulaşılabilir<sup>17</sup> ve anlaşılabilir olmalıdır<sup>18</sup>. Ayrıca işaretin ne olduğu konusunda tereddüt olmamalı, marka

<sup>15</sup> Mahkemenin bu konudaki dayanağı Yönerge'nin giriş kısmının yedinci paragrafıdır. Burada, sayılan işaretlerin "örnek" olduğu belirtilmiştir.

<sup>16</sup> *Sieckmann* kararı, par. 44, 45.

<sup>17</sup> Örneğin olaydaki marka başvurusunda telefon rehberinde kayıtlı laboratuvarlardan örnek alınabileceği belirtilmiştir. Kanaatimizce, üçüncü kişiler için bu zahmetli ve masraflı bir yoldur ve kolay ulaşılabilirlik şartına aykırıdır.

<sup>18</sup> *Sieckmann* kararı, par. 52.

sicilindeki örneği zaman içinde değişikliğe uğramamalı (solmamalı, uçmamalı, bozulmamalı) ve daima aynı şekilde algılanmalıdır. Marka tescilinin süresi ve yenilenebilir olduğu gözönüne alındığında markanın sicildeki görünüşünün (temsilinin) de bozulmadan, değişmeden kalması gereği ortaya çıkar<sup>19</sup>. Son olarak, markanın sicildeki görünüşünün nesnel, kişiden kişiye değişmeyen tek bir algılanış biçimi olmasıdır<sup>20</sup>.

Böylece mahkeme, *görsel olmayan işaretlerin de marka olarak alınabileceğini*, ancak bunun için *işaretin grafik olarak, özellikle görüntüler, çizgiler veya harflerle temsil edilebilmesi gerektiğini* ve bu grafik temsilin *açık, kesin, kendi içinde bir bütün oluşturan, kolay ulaşılabılır, anlaşılır, zamanla bozulmaz ve nesnel* nitelik taşıması gerektiği kuralını koymuştur.

Bir kokunun grafik olarak temsiline mümkün olup olmadığı sorunu ise bu kural ışığında olumlu şekilde çözümlenememektedir. Mahkemeye göre kokunun kimyasal formülü, kokunun kendisini anlatmaktadır. Formülü okuyan kişiler, o formülün ifade ettiği kokunun ne olduğunu çıkaramamaktadırlar. Diğer bir deyişle, formül kokunun kendisini temsil etmek konusunda yeterince anlaşılır, açık, kesin ve nesnel nitelik taşımamaktadır<sup>21</sup>. Diğer yandan kokunun bir örneğinin tescil makamına depo edilmesi de sorunu çözmemektedir, zira koku örneği grafik bir temsil olmadığı gibi, zaman içerisinde uçması, bozulması da mümkündür. Bu anlamda zamanla bozulmazlık şartı da yerine gelmemektedir<sup>22</sup>. Kokunun olayda olduğu gibi "hafifçe tarçını andıran yumuşak meyveli koku" benzeri kelimelerle tarifi de açıklık, kesinlik ve nesnellik şartlarını yerine getirmemektedir<sup>23</sup>. Bu tarifin birden fazla koku bakımından yapılması mümkün olabileceği gibi, aynı kokuyu herkes başka şekilde algılayıp tarif de edebilir.

Böylece koku markaları ile ilgili *Sieckmann* kararında mahkeme, görsel olmayan işaretlerin de marka olarak alınabileceğini temelde kabul

19 *Sieckmann* kararı, par. 53.

20 *Sieckmann* kararı, par. 54.

21 *Sieckmann* kararı, par. 69.

22 *Sieckmann* kararı, par. 71.

23 *Sieckmann* kararı, par. 70.

etmekle beraber, bunların marka olarak tescil edilebilmeleri için marka sicilinde grafik temsillerinin yer alması gerektiğini vurgulamıştır. Sicile bakan üçüncü kişilerin markanın ne olduğunu, diğer markalardan nasıl ayrıldığını tam olarak anlayabilmeleri için marka olarak alınan işaretin sicile aynen aksettirilmesi gerekmektedir. Üstelik markanın sicildeki bu yansıması, herkes tarafından kolayca ve tereddüte yer vermeyecek şekilde yeknesak bir biçimde anlaşılır olmalı ve bu algılanış zaman içerisinde de değişmemelidir. *Sieckman* kararı, markanın grafik temsili koşulunun yerine gelmesi için mahkemenin aradığı şartlar konusunda bir ilke kararı oluşturmaktadır. Mahkeme görsel olmayan markalarla ilgili sonraki kararlarında *Sieckmann* kararında koyduğu ilkeleri uygulamıştır. Buna göre, bir markanın grafik olarak temsil edilebildiğinin kabulü için, markanın görüntü, çizgi veya harflerle ifade ediliş biçiminin *açık, kesin, kendi içinde bir bütün oluşturan, kolay ulaşılabilir, anlaşılır, zamanla bozulmaz ve nesnel nitelik taşıması* gerekir.

### III. Renklerle İlgili '*Libertel*' ("*Colour Orange*") Kararı

#### A. Davanın Konusu

Libertel Hollanda'da kurulu, mobil telekomünikasyon hizmetleri veren bir şirkettir. Şirket, Ağustos 1996'da, Belçika, Hollanda ve Lüksemburg için marka başvurularını kabule yetkili olan Benelüks Marka Ofisine yaptığı bir başvuru ile, 9, 35 ve 38. sınıflarda yer alan telekomünikasyonla ilgili bazı ürün ve hizmetler için "turuncu" rengin kendi adına marka olarak tescilini talep etmiştir. Marka başvurusunda markanın temsili ile ilgili kısımda turuncu bir dikdörtgen basılmış, markanın tarifi kısmında ise herhangi bir renk koduna yer vermeksizin "turuncu" kelimesi yer almıştır.

Benelüks Marka Ofisi, münhasıran turuncu renkten oluşan bu işaretin ayırdedici niteliği haiz olmaması sebebiyle Libertel'in başvurusunun geçici olarak reddedildiğini, turuncu rengin kullanım yoluyla ayırdedici nitelik kazandığı ispat edilemediği takdirde de reddin kesinleşeceğini bildirmiştir. Libertel geçici başvuruya itiraz etmişse de, Benelüks Marka Ofisi Eylül 1997'de başvurunun kesin olarak reddedildiğini bildiren bir yazıyı Libertel'e göndermiştir.

Libertel Marka Ofisinin red kararına karşı bölgesel temyiz mahkemesine başvurmuş, buradaki başvurusu da reddedilince Hollanda Yüksek Mahkemesine gitmiştir. Sonuncu mahkeme, konuyu ATM'nin önüne getirmiştir.

### B. Önkarar İçin ATM'ye Yöneltilen Sorular ve ATM'nin Yorumu

Hollanda Yüksek Mahkemesi, ATM'ye şu soruları yöneltmiştir: Tek başına bir renk ayırdedici niteliğe sahip olabilir mi? Eğer olabilirse bunun için hangi koşulların varlığı gerekir? Tescili istenen ürün ve/veya hizmetlerin sayısı/çokluğu önem taşır mı? O rengin kamunun kullanımına açık olması konusunda kamunun bir menfaati olup olmadığı dikkate alınmalı mıdır? Ayırdedicilik araştırılırken renk kendi başına mı, yoksa kullanılış biçimi ile birlikte mi değerlendirilmelidir?

Mahkeme, öncelikle bir rengin kendi başına (*per se*) işaret olamayacağını, renklerin sadece eşyanın bir niteliği olduğunu, ancak bir rengin belli bir ürün veya hizmetle ilgili olarak işaret olma özelliği kazanabileceğini belirtmiştir<sup>24</sup>. Bunun yanı sıra Mahkeme, *Sieckmann* kararına da atıfta bulunarak, marka olacak her işaretin görsel olarak, özellikle görüntüler, çizgiler veya harfler yardımıyla temsil edilebilmesi gerektiğini, bu grafik temsilin de açık, kesin, kendi içinde bütünlüğe sahip, kolay ulaşılabilir, anlaşılır, zamanla bozulmaz ve nesnel nitelik taşıması gerektiğini ifade etmiştir.

Daha sonra önüne gelen olayı bu ilkeler ışığında inceleyen ATM, olaydaki marka başvurusunda olduğu şekilde rengin kağıda basılarak başvuruya eklenmesini yukarıda sayılan koşullar bakımından yetersiz bulmuştur<sup>25</sup>. Mahkemeye göre rengin bozulmadan kalmasını sağlayabilecek ortamlar olabilir, ancak alelade kağıt üzerine basılı renk örneği zaman içerisinde solabilir, bozulabilir. Bu nedenle kağıt üzerindeki bir renk örneği grafik temsil koşulunu yerine getirmez.

Bunun dışında mahkeme, işaretin kelimelerle tarif edilmesinin yeterli açıklık ve kesinliği sağlayıp sağlamadığının her seferinde incelen-

<sup>24</sup> *Libertel* kararı, par. 27.

<sup>25</sup> *Libertel* kararı, par. 31-33.



mesi gerektiğini belirtmiştir<sup>26</sup>. Öte yandan markanın uluslararası tanınırlığı olan bir renk kodu ile tarif edilmesi mahkemeye göre grafik temsil koşulunu yerine getirir, zira bu kodların kesin ve kalıcı olduğu kabul edilmektedir. Böylece bir renk örneği ile birlikte kelimelerle yapılan tasvirin kesinlik ve kalıcılık (zamanla bozulmazlık) koşullarını yerine getirmediği hallerde bu eksiklik, uluslararası tanınırlığı olan bir renk koduna yapılacak atıfla giderilebilir<sup>27</sup>.

Münhasıran bir rengin ürün ve hizmetleri benzerlerinden ayırdetme gücüne sahip olup olmadığı konusunda mahkeme olumlu cevap vermiştir. Mahkemeye göre, her ne kadar renkler yaygın olarak kullanıldıkları için bireylere ürünün kaynağı konusunda özel bir mesaj vermeseler de, böyle bir kaynak gösterme imkanı yok sayılmamalıdır<sup>28</sup>. Ancak mahkeme, bu konuda bazı koşullar da koymuştur.

Mahkemeye sunulan görüşlerde, mevcut teknolojinin birbirinden farklı çok sayıda renk tonunun elde edilmesine olanak verdiği belirtilmiştir. Ancak mahkeme, markaların genel olarak tüketiciye hitap ettiğini belirterek ortalama tüketicinin algılayışını esas almış ve tüketicilerin nadiren renk tonlarını karşılaştırma fırsatı bulacaklarından farklı renk tonlarını algılayamayacakları, bu nedenle de marka olarak kullanılabilecek farklı renklerin sayısının sınırlı olduğu sonucuna varmıştır<sup>29</sup>. Sayının sınırlı olması, renklerin tek başına marka olarak alınabilmesi halinde az sayıda kişinin tüm renkler üzerinde tekel hakkını ele geçirmesi sonucunu doğurabilir, bu da hem rekabeti bozucu bir etki yaratır, hem de kamunun renkleri serbestçe kullanabilme konusundaki menfaatinin zedeler<sup>30</sup>. Tescili talep edilen ürün veya hizmetin sayısı arttıkça, bu olumsuz etki de artacaktır. Böylece mahkeme, kamunun menfaatinin dikkate alınması gerektiğini vurgulamıştır.

<sup>26</sup> *Libertel* kararı, par. 34-35. Mahkemenin bu yorumu yadırganmalıdır, zira bir rengin kelimelerle tarifi, bir kokunun kelimelerle tarifinden farklı olamaz, herkes rengin ne olduğu konusunda yapılan tariften farklı bir çıkarım yapabilir.

<sup>27</sup> *Libertel* kararı, par. 38.

<sup>28</sup> *Libertel* kararı, par. 39-41.

<sup>29</sup> *Libertel* kararı, par. 47.

<sup>30</sup> *Libertel* kararı, par. 50-55.

Diğer yandan mahkemenin görüşüne göre, ortalama tüketici, renkleri ürünlerin kaynağını belirten bir işaret olarak algılamamaktadır. Mevcut ticari teamüle göre, ilave bir işaretin yokluğunda tek başına renk, kaynak belirten bir işaret sayılmamaktadır. Tüketiciler bir ürünün sırf rengine bakarak onun hangi işletme tarafından üretilmiş olabileceği konusunda bir tahmin yürütmemektedirler. Bu nedenle kural olarak yalnız başına renk, ürün veya hizmetin kaynağını belirtmez, yani ayırdedici değildir. Ancak mahkeme, bu ayırdediciliğin, kullanım yoluyla kazanılabileceğini, bu nedenle üye ülke mahkemelerinin, her olayda bu hususu incelemeleri gerektiğini ve incelemeyi yaparken marka başvurusunu soyut olarak değil, olayla ilgili tüm somut olguları dikkate alarak değerlendirmeleri gerektiğini de ifade etmiştir<sup>31</sup>.

#### IV. Ses Markaları İle İlgili “Shield Mark” Kararı

##### A. Davanın Konusu

Dava, Shield Mark B.V. adına Benelüks Marka Ofisinde ses markası olarak tescil ettirilen bazı melodilerin, Hollanda’da Memex unvanı ile ticari faaliyet yürüten Joost Kist adlı kişi tarafından kullanılmasını ilgilendirmektedir.

Shield Mark B.V., 1992 ile 1999 yılları arasında, Markaların Uluslararası Sınıflandırılması Hakkında Nis Anlaşmasının sınıflandırmasına göre 9, 16, 35, 41 ve 42 numaralı sınıflar bakımından<sup>32</sup> Benelüks Marka Ofisinde çeşitli ses markaları tescil ettirmiştir. Markalarından bazıları, Ludwig van Beethoven’ın “Für Elise” adlı bestesinin ilk dokuz notasından oluşmaktadır. Bu melodi, hem bir porte üzerine işaretlenmiş notalar şeklinde, hem piyanoda çalındığı şekliyle hem de

<sup>31</sup> Kararın 74. maddesinde de atıfta bulunulduğu gibi bu sonuncu husus, Sınai Mülkiyetin Korunmasıyla İlgili Paris Sözleşmesinin dördüncü mükerrer altıncı maddesinin C1 bendinde düzenlenmiştir. Buna göre, markanın korunabilir olup olmadığı incelenirken, tüm fiili durum ve koşullar ve özellikle markanın kullanıldığı süre dikkate alınmalıdır.

<sup>32</sup> Anılan sınıflar sırasıyla bilgisayar yazılımları, dergi ve gazeteler, pazarlama ve iş yönetimi, eğitim ve seminer düzenleme, ve hukuki danışmanlık alanlarını içermektedir.

“mi, re diyez, mi, re diyez, si, re, do, la” şeklinde notaların tarif edilmesi yoluyla ayrı ayrı tescil edilmiş ve markanın yanına “ses markası” olduğu ibaresi düşülmüştür. Anılan şirket ayrıca, Hollanda dilinde bir horozun ötüş sesini ifade eden “Kukelekuuuuu” kelimesini de bir ses markası olarak tescil ettirmiştir. Bunun yanı sıra “bir horozun ötüş sesini taklit eden onomatope<sup>33</sup>” ifadesi de marka olarak tescil ettirilmiştir.

Shield Mark şirketi, tescil ettirdiği bu ses markalarını, 1992 yılından itibaren çeşitli yollarla kullanıma sokmuştur: Bunlar, Für Elise’in ilk dokuz notasının, şirketin radyolarda yürüttüğü bir reklam kampanyasında her bir reklamın başında çalınması; şirketin gazete bayilerinde ve kitapçılarda sergilediği broşürlerinden her biri yerinden kaldırıldığı takdirde Für Elise’in ilk dokuz notasının duyulması; şirketin pazarladığı ürünlerden biri olan hukukçular için hazırlanmış bilgisayar yazılımlarının her çalıştırılışında bir horoz ötüşünün duyulması gibi yollardır.

Joost Kist ise, özellikle reklam ve marka hukuku konusunda iletişim danışmanlığı yapan, fikri mülkiyet ve pazarlama konularında seminerler düzenleyen ve bu konuları işleyen bir süreli yayın çıkartan bir kişidir. Kist, 1995 yılında başlattığı bir reklam kampanyasında Für Elise’in ilk dokuz notasını içeren bir melodi kullanmış ve ayrıca çalıştırıldığında bir horoz ötüşü sesi çıkaran bir bilgisayar yazılımı da satmıştır.

Bunun üzerine Shield Mark, Hollanda mahkemelerinde Kist’e karşı marka ve haksız rekabete dayanan bir dava açmıştır. Bölgesel temyiz mahkemesi özel hukuka dayalı sorumluluk talebi açısından davayı kabul etmiş, ancak Benelüks hükümetlerinin ses markalarının tesciline izin vermemeyi amaçladıkları gerekçesiyle markaya dayanan talepler bakımından davayı reddetmiştir<sup>34</sup>. Shield Mark anılan kararı

33 Onomatope, latin kökenli bir sözcük olup, doğal seslere ve gürültülere benzetilerek oluşturulan kelimelere verilen addır. Örneğin su sesi için şırıltı, yanmakta olan bir odunun çıkardığı ses için çatırtı, köpek sesi için havlama, gibi.

34 Karar metni, Benelüks hükümetlerinin seslerin marka olarak tescil edilmesini kabul etmeme nedenlerini açıklayacak herhangi bir dayanak veya izah içermemektedir. Özellikle ses markaları daha önce Benelüks ortak marka

Hollanda Yüksek Mahkemesi önünde temyiz etmiş, Yüksek Mahkeme de ATM'ye önkarar için iki soru yöneltmiştir.

### B. Önkarar İçin ATM'ye Yöneltilen Sorular ve ATM'nin Yorumu

ATM'ye yöneltilen sorular, 89/104 sayılı Yönergenin ikinci maddesinin seslerin veya gürültülerin marka olarak tescilini engelleyip engellemediği, eğer engellemiyorsa, markaların ne şekilde tescil edilebileceği ile ilgilidir. Hollanda Yüksek Mahkemesi, Yönergenin ikinci maddesinde yer alan grafik temsil koşulu bakımından bir sesin veya gürültünün marka olarak tescil edilebilmesi için nasıl ifade edilmesi gerektiğini, özellikle

- müzik notaları;
- onomatope<sup>35</sup> şeklinde yazılı bir tasvir;
- başka şekilde yazılı bir tasvir;
- sonogram<sup>36</sup> gibi bir şekilde grafik tasvir;
- tescil başvurusuna eklenen bir ses kaydı;
- internet yoluyla ulaşılabilen bir dijital kayıt;
- veya anılan yöntemlerin bileşimi

gibi yöntemlerin geçerli olup olmayacağını veya başka nasıl bir yöntem kullanılması gerektiğini sormuştur.

Davacı Shield Mark B.V ile davada görüş bildiren Avrupa Toplulukları Komisyonu ve çeşitli üye ülkeler, 89/104 sayılı Yönergede marka

---

tescil ofisi tarafından kabul edilmişken mahkemenin nasıl olup da ses markalarının reddedilmesi gerektiği şeklinde karar verdiği açıklanmamıştır. Ancak karar metninde, Benelüks ülkelerinin ortak bir marka hukukuna sahip oldukları ve bu hukuka göre marka olabilecek işaretler arasında "sesler" in sayılmadığı belirtilmiştir. Mahkemenin marka hukukuna dayalı talepleri red gerekçesi bu noktaya dayanmış olabilir.

<sup>35</sup> Bkz. (dn. 33).

<sup>36</sup> Sonogram, ultrasonografi (yüksek frekanslı ses dalgalarının oluşturduğu yansımalar) yoluyla oluşturulan görüntüdür.

olabilecek işaretlerin sınırlı olarak sayılmadığını, bunların örnekleme amacıyla verildiğini, asıl olanın işaretin bir işletmenin ürün veya hizmetlerini diğer işletmelerin ürün veya hizmetlerinden ayırma işlevini görebilmesi olduğunu savunmuşlardır.

ATM, Yönergenin ikinci maddesinde “kişi adları, harfler, rakamlar, ürünlerin veya ambalajlarının biçimi” olarak sayılan marka oluşturabilecek işaretlerin yalnızca görsel olarak algılanabilen ve harfler veya rakamlarla veya resimlerle temsil edilebilen iki veya üç boyutlu işaretler olduğunu belirtmiş, ancak *Sieckmann* kararına atıfta bulunarak, sayılanların sınırlayıcı olmadığını ifade etmiştir<sup>37</sup>. Mahkemeye göre, bu maddede anılmamakla birlikte, görsel olmayan işaretlerin de, ürün ve hizmetleri ayırdedebilme gücü olduğu müddetçe marka olarak tescil edilebilmeleri mümkün olmalıdır. Ayrıca, görsel nitelikte olmasa da, marka olarak tescil edilecek her türlü işaretin “grafik” olarak ifade edilebilmesi gerekmektedir<sup>38</sup>.

Mahkeme, bir sesin “grafik” olarak nasıl ifade edilebileceği ve Hollanda Yüksek Mahkemesi tarafından önerilen ifade biçimlerinin hangilerinin kabul görebileceği sorularına yanıt vermeden önce, önkarar usulü ile ilgili bir açıklama yapmıştır. Önkarar usulü, ulusal mahkemelerin inceledikleri ihtilaflarda Avrupa hukukunun uygulanmasında tereddüt duydukları noktalarda ATM’ye soru sorabilmeleri imkânını getirmektedir. Ancak Avrupa Toplulukları Antlaşmasınının 234. maddesi uyarınca bu imkan sadece, ATM’nin yorumunun *davanın çözümü için gerekli* olduğu hallerde kullanılabilir. ATM, üye ülke mahkemelerinin yalnızca hukuki merak saikiyle varsayımsal sorular sormalarını kabul etmemektedir<sup>39</sup>. *Shield Mark* olayında da, Hollanda Yüksek Mahkemesinin ikinci sorusunda bir sesin tasvir edilebileceği biçimlere örnek olarak sayılan hallerden, sesin bir sonogram şeklinde, ses kaydı veya dijital kayıt şeklinde veya bu yöntemlerin bileşiminden oluşan bir yöntemle tescili konusunda bir başvuru yer almadığı, dolayısı ile bunlar varsayımsal haller olduğu için ATM bu tasvir biçimleri konusunda görüş bildirmeyi reddetmiştir.

37 *Shield Mark* kararı par. 35.

38 *Shield Mark* kararı par. 37.

39 Bu hususla ilgili olarak şu karara atıfta bulunulmuştur: C-415/93 *Bosman* kararı ATRG [1995] I – 4921, par. 59.

Bu açıklamanın ardından Mahkeme, görsel olarak algılanamayan işaretlerin de grafik olarak tasvir edilebilmesi gerektiği konusunda *Si-eckmann* kararına atıf yaparak, grafik tasvirin açık, kesin, bütünlüğe sahip, kolaylıkla ulaşılabilir, anlaşılabilir, dayanıklı (zamanla bozulmaz) ve nesnel (objektif) olması gerektiğini tekrarlamış ve bu şartların, yalnızca seslerden oluşan işaretler bakımından da geçerliliğini koruduğunu söylemiştir.

Mahkemenin kararda koyduğu ilkelere göre, bir işaretin ses markası olarak tescil edilebilmesi için öncelikle başvuruda işaretin “ses markası” olduğu konusunda açıklık bulunmalıdır<sup>40</sup>. Aksi takdirde, markanın grafik olarak ifade edildiği biçimin bir görsel marka olduğu kanısı uyanabilir.

Öte yandan, marka olarak tescil edilmek istenen sesin kabul edilebilir tasvir ediliş biçimleri arasında sesin kelimelerle tarif edilmesi şeklinde bir tasvir baştan reddedilemese de, olaydaki gibi “Für Elise’nin ilk dokuz notası” veya “bir horozun ötüşü” şeklindeki tasvirler Mahkeme’nin kanaatine göre en azından kesinlik ve açıklık içermemektedir ve istenen korumanın kapsamının belirlenmesi açısından yetersizdir<sup>41</sup>.

Sesin bir onomatope yoluyla tarif edilmesi de mahkemece grafik tasvir koşulu açısından yetersiz bulunmuştur. Mahkemeye göre, onomatopenin, yani doğal seslere benzetme yoluyla oluşturulan kelimelerin söyleniş biçimi ile doğal sesin kendisi arasında fark vardır<sup>42</sup>. Bu nedenle bir onomatopenin marka olarak tescil edilmesi halinde, yetkili makamlar ve kamu, onomatopenin telaffuz ediliş biçiminin mi, yoksa benzetmeye esas teşkil eden doğal sesin mi koruma altına alındığı konusunda tereddüte düşeceklerdir. Ayrıca onomatope, her dilde farklı olabilir. Örneğin bir horozun ötüşü, her dilde farklı bir benzetmeyle ifade edilebilir. Mahkeme, bu gerekçelerle, doğal seslerin taklidi yoluyla oluşturulan onomatopik kelimelerin, seslerin marka olarak tescilinde aranan grafik tasvir koşulunu yerine getirmediğine karar ver-

40 *Shield Mark* kararı par. 58.

41 *Shield Mark* kararı par. 59.

42 Örneğin Türkçe’de “miyavlama” şeklinde söylenen onomatope, bir kedinin çıkardığı sesi andırmakla beraber, gerçek kedi sesinden farklıdır.

miştir<sup>43</sup>.

Mahkeme son olarak seslerin notalarla ifade edilmesi halini incelemiştir. Seslerin notalarla ifade edilmesi, notaların olaydaki gibi “mi, re diyez, mi, re diyez, si, re, do, la” şeklinde birbiri ardına sıralanarak harflerle yazıya dökülmesinden oluşabilir. Ancak bu tip bir yazım, melodinin anlaşılabilmesi, dolayısıyla da markanın tanımlanabilmesi için gerekli olan önemli bazı ayrıntıları içermemektedir. Örnek olarak müzikteki vurgu, duruşlar, seslerin vuruş süresi, notaların böyle basitçe sıralanmasından anlaşılamayacaktır. Bu nedenle mahkeme, seslerin bu şekilde ifade edilmesinin, yeterli açıklık ve kesinliği içermediği sonucuna varmıştır.

Bununla birlikte, ses yüksekliğinin ve seslerin süresinin belirlenmesini mümkün kılan, do, sol, fa gibi bir anahtar içeren, dörtlük, sekizlik, onaltılık gibi değerleri ile notaları ve esleri ve uygun olan yerlerde diyez, bemol, natürel gibi nota arızalarını belirten, ölçülere bölünmüş bir porte üzerindeki nota yazılımı, tescili istenen melodiyi oluşturan seslerin sıralamasının aslına uygun bir sunumunu sağlayabilir. Seslerin bu tarz bir grafik sunumu, Mahkemenin grafik tasvir konusunda aradığı açıklık, kesinlik, bütünlüğe sahip olma, kolayca ulaşılabilir, anlaşılabilir, dayanıklı ve nesnel olma şartlarını yerine getirir<sup>44</sup>.

## V. Sonuç ve Kişisel Görüş

ATM, yukarıda açıklanan üç kararla, kokuların, tek başlarına renklerin ve seslerin marka olarak tescilinin mümkün olup olmadığını incelemiştir. İnceleme, bir işaretin marka olabilmesi için gereken ayırdecilik ve işaretin kamuoyunun anlayabileceği bir şekilde marka siciline aynen aksettirilmesi (grafik olarak temsili) açılarından yapılmıştır. Gözönünde tutulması gereken ilk husus, marka olarak alınan işaretin, ürünün veya hizmetin kaynağını belirtme ve ürün veya hizmeti benzerlerinden ayırdecibilme gücüne sahip olmasıdır. İkinci olarak, tescil edilen marka o işaret üzerinde tekel hakkı verdiği için, üçüncü kişilerin markanın koruma sınırlarını kesin olarak bilebilme-

<sup>43</sup> *Shield Mark* kararı par. 60.

<sup>44</sup> *Shield Mark* kararı par. 62.

leri için markanın sicilde aynen temsil edilmesi gerekmektedir. Bu temsil grafik olarak, yani çizimle, harflerle ve görüntülerle yapılmalıdır. Temsilin grafik nitelik taşıması şartı, görsel nitelik taşımayan ses, koku gibi işaretler bakımından da aranmaktadır. Mahkeme, anılan kararlarda, markanın sicildeki örneğinin, *açık, kesin, kendi içinde bir bütün oluşturan, kolay ulaşılabilir, anlaşılır, zamanla bozulmaz ve nesnel nitelik taşıması gerektiğini* vurgulamıştır.

Bu ilkeler ışığında, mahkeme *kokuların* ayırdedici nitelik taşıyabileceğini, ancak ne kokuların kimyasal formüllerle anlatımının, ne de koku örneklerinin depo edilmesinin grafik temsil şartını yerine getireceğini belirtmiştir. Dolayısıyla kokuların marka olarak tescil edilmesi mümkün gözükmemektedir.

*Renklerin* tek başlarına marka olabilmesi bakımından ise mahkeme daha esnek bir yoruma gitmiştir. Renkler yalnız başlarına ayırdedici nitelik taşımamakla beraber, mahkeme renklerin zaman içerisinde kullanımla ayırdedicilik kazanabileceklerini söylemiştir. Ancak ilgili kararda da işaret edildiği gibi, ortalama tüketicinin renkler arasındaki ton farkını ayırt etmeleri güçtür. Birden fazla renk tonu olsa da birbirine benzeyen çok sayıda renk tonu tek bir renk gibi düşünülmelidir. Bu, ancak sınırlı sayıda rengin marka olarak tescil edilebilmesi ve az sayıdaki temel renk üzerinde, çok geniş bir kullanıcı kitlesi aleyhine, az sayıda kişinin renkler üzerinde tekel sahibi olabilmesi anlamına gelir. Mahkeme bu durumun haksız rekabete yol açabileceğine ve renklerin kamunun serbest kullanımını açısından önemine isabetle işaret etmiş, ancak buna rağmen renklerin marka olarak tescili konusunda açık bir kapı bırakmıştır. Kanaatimizce kırmızı, mavi, yeşil, sarı, turuncu, mor gibi bilinen temel renklerin tek başlarına marka olarak tesciline izin verilmesi halinde, bu renkleri ürünlerin kendisinde veya ambalajında kullanmak isteyen diğer işletme sahipleri aşırı derecede sınırlanmış olacak ve bu durum renklerin yaygın kullanımını karşısında bir çok ihtilafa gebe olacaktır. Ayrıca tescil edilmeleri kabul edildiği takdirde renklerin de tüm işaretler gibi belli ürün veya hizmet sınıfları için tescil edilecek olmalarına rağmen, tanınmış markalarda bu koruma sınıflardan bağımsız olarak da genişleyebilecektir. Bu durum, kamunun renkleri kullanma serbestisi üzerinde gereksiz bir kısıtlama oluşturur<sup>45</sup>. Bu nedenle renklerin yalnız başlarına değil,

<sup>45</sup> Aksi görüş: *KWS Saat AG / OHIM* – 9 Ekim 2002 tarihli, T-173/00 sayılı ka-



renk kombinasyonları halinde veya başka işaretlerle birlikte marka tesciline konu olmalarına izin vermek kanaatimizce daha uygun düşer. Ayrıca renk kombinasyonunun tüketicinin zihninde yer edecek, devamlı şekilde kullanılan belirli bir biçimi de olmalıdır<sup>46</sup>. Hiç kuşkusuz aynı ürün veya hizmet için benzer renklerin kullanılması iltibasa yol açabilir. Ancak bu durum, bir rengin tek başına marka olarak tes-

---

rar, ATKD (2002) II – 03843. ATM ilk derece mahkemesinin, Topluluk markası bakımından, 40/94 sayılı Topluluk Markası Tüzüğü uyarınca verdiği anılan kararda zırai ürünler, tohumların işlenmesinde kullanılan aletler ve bitki yetiştirme alanında danışmanlık hizmetleri için tescil edilmek istenen turuncu renk, anılan alanlardan sadece danışmanlık hizmetleri için uygun bulunmuştur. Zırai ürünler, özellikle tohumlar ve bunların işlenmesinde kullanılan aletler bakımından turuncunun sektörde yaygın kullanılan ve tohumların doğal rengi olan bir renk olması nedeniyle ayırdediciliğin bulunmadığı söylenmiştir. Ancak danışmanlık hizmetleri bakımından, hizmetin rengi olamayacağı için mahkeme turuncu rengin ayırdedici olabileceğini, bu rengin bu firma bakımından tescilinin o sektörde hizmet veren rakipler için haksız rekabet oluşturmayacağını, onların da başka renkleri tescil ettirebileceğini söylemiştir (par. 41-46).

- 46 Topluluk markası bakımından tescil makamı olan İç Pazar Uyumlaştırma Dairesi (Office for the Harmonization of the Internal Market – OHIM) de çeşitli kararlarında renklerin veya renk kombinasyonlarının marka olarak tescil edilebileceğini kabul etmiş, ancak burada renklerin tescil edilmek istenen sektördeki kullanımına bakmıştır. Örneğin çim biçme ve bahçe aletleri bakımından tescil edilmek istenen yeşil ve gri renk kombinasyonu, sektörde çok kullanıldığı ve ayırdedici olmadığı için reddedilmiştir. OHIM'in bu kararı, ATM ilk derece mahkemesinin verdiği 25 Eylül 2002 tarihli T – 316/00 sayılı *Viking-Umwelttechnik GmbH / OHIM* kararı ile uygun bulunmuştur. Yine çim biçme ve bahçe aletleri için tescil ettirilmek istenen turuncu ve gri renk kombinasyonu da gri rengin metal rengi olduğu, turuncu rengin de delici, kesici aletlerde aletin tehlikeli kısımlarına dikkat çekmek için kullanılan bir renk olduğu ve bu nedenle ayırdedici olmadığı, ayrıca bu iki rengin hep aynı şekilde kullanılan belirli bir biçimde de sunulmadığı gerekçeleriyle reddedilmiştir. Olayda davacı firma turuncu ve gri rengi üst tarafı turuncu alt tarafı gri olan ikiye bölünmüş bir dikdörtgen olarak tescil ettirmek istemiş, ancak işaretin iliştilereceği bahçe aletlerinin renklerin bu şekilde kullanılmasına müsaade etmediği anlaşılmıştır. Dolayısıyla belirli bir biçimi olmayan, soyut turuncu ve gri rengin bu aletler için marka olarak tescil edilemeyeceğine karar verilmiştir. OHIM'in bu red kararı, ATM ilk derece mahkemesinin 9 Temmuz 2003 tarihli, T-234/01 sayılı *Andreas Stihl AG & Co. KG / OHIM* kararıyla uygun bulunmuştur.

ciline izin verilmesi için yeterli gerekçe değildir. İltibas iddiası halinde yalnız renk değil, renk ile birlikte kullanılan diğer işaretler, ambalaj biçimi, tüketicide bırakılan toplu izlenim, o belirli renge verilen ağırlık gibi unsurların birlikte değerlendirilerek sonuca varılması mümkündür.

Ayrıca mahkeme, renklerin grafik temsili konusunda da solmayacak bir renk örneği ile birlikte bir renk koduna atıf yapılmasını yeterli görmüştür. Her ne kadar bu yolla markanın grafik temsili sağlansa da, tüketici açısından ele alındığında renk tonlarının birbirine benzer olması karşısında uluslararası tanınır bir renk kodu skalasında yer alan tüm renklerin tescili mümkün olmayacaktır. Ayrıca tescil için sunulan renk örneğinin üzerinde sabitlendiği ortam ile rengin marka olarak kullanıldığı ortamın (antetli kağıt, ambalaj kağıdı vs. gibi) birbirinden farklı olması, dolayısı ile tescil edilmiş renk ile kullanılan renk arasında tutarsızlık olması ihtimal dahilindedir. Bu da markanın sağladığı korumanın uygulamada genişletilmesi sonucunu beraberinde getirir. Bunun yanı sıra hangi renk kodunun / tonunun diğer hangi renk tonlarını kapsadığı konusunda şüpheler doğabilir. Sonuçta birbirinden farklı da olsa, yüzlerce renk tonu, neticede tek bir renk gibi algılanabilir ve bu tek renk üzerinde tek bir firmaya tekel hakkı tanınması sonucu doğabilir. Kanaatimizce her ne kadar kullanımla ayırt edicilik kazanabilse de, tek başlarına renkler üzerinde kişilere tekel tanınması kamu menfaati karşısında uygun düşmemektedir.

*Seslerin* marka olup olamayacakları sorusunu da mahkeme aynı ilkelere ışığında olumlu cevaplamıştır. Seslerin ayırt edici nitelik kazanmaları mümkündür. Grafik temsil bakımından ise mahkeme seslerde (renklere kıyasla) daha sıkı bir denetim getirmiştir. Mahkeme, melodiler bakımından vuruş süreleri, derinliği belli notaların ölçülere bölünmüş, anahtarı belli bir porte üzerine işaretlenmesiyle yani usulüne uygun nota yazılımı ile grafik tescil şartının yerine gelebileceğini söylemiştir. Buna karşılık doğal seslerin tescilini, örneğin bir hayvan sesini, sesin derinliğini, tonunu, ses dalgalanmalarının biçimini kesin olarak tarif etme imkanı olmadığı için kabul etmemiştir. Bu durumda örneğin Metro Goldwyn Mayer film yapım şirketinin her filmin başlangıcında sunduğu kükreyen aslan sesi marka olarak tescil edilemeyecektir<sup>47</sup>. Oysa sesin frekansını, derinliğini gösteren sonogramlar yo-

<sup>47</sup> Metro Goldwyn Mayer ("MGM") 1928 yılından beri filmlerin başında kullan-

luyla doğal seslerin de grafik temsilinin mümkün olduğu kabul edilmektedir<sup>48</sup>. Ayrıca seslerin bozulmayacak şekilde dijital ortamda kaydedilmeleri de imkan dahilindedir. Mahkemenin önüne gelen olayda böyle bir yol seçilmediği için mahkeme bu imkanı incelememiştir; ancak bu yolun kapalı olduğu kabul edilemez. Üstelik sesler, ticari teatürde renkler kadar yaygın kullanımı olan işaretler değildir. Bu nedenle ayırt edicilik kazanmaları daha kolaydır ve tescil edilmeleri halinde kamu menfaatinin zarar görmesi ihtimali düşüktür. Dolayısıyla hayvan sesi gibi doğal seslerin de kanaatimizce tescil edilebilmesi gerekir.

Öte yandan tescil edilecek melodinin, *Shield Mark* olayında marka olarak seçilen Beethoven'in çok meşhur bestesi bakımından olduğu gibi kültürel hayatta önemli bir yeri olan ve fikir ve sanat eserleri hukuku açısından kamuya mal olmuş bir eser olması da kanaatimizce kabul edilmemelidir. Bu yolla, fikir ve sanat eserleri hukuku açısından koruma süresi biterek kamuya mal olmuş bir eser üzerinde, belli bir ürün veya hizmet ile sınırlı da olsa, dolaylı olarak sınırsız süreli koruma sağlanması mümkün olacak ve bu fikir ve sanat eseri üzerinde belli bir kişiye tekel hakkı tanınmış olacaktır. Kanaatimizce bu da kamunun menfaatini zedeler.

Marka hukuku hakkında Mahkemenin koyduğu bu temel ilkeler, Türk hukuku açısından da yol göstericidir ve dikkate alınmalıdır. Çalışmanın başında da belirtildiği gibi, Mahkemenin bu üç kararda incelediği Yönerge, 556 sayılı Markalar hakkında KHK'nın da temelini

---

dığı aslan sesini bir Topluluk Markası olarak tescil ettirmek için İç Pazar Uyumlaştırma Dairesi (Office for the Harmonization of the Internal Market – OHIM) ne başvurmuş, ancak OHIM (MGM'nin başvurusunda verdiği aslan kükreyişini gösteren sonogramın grafik temsil koşulu bakımından yetersizliği nedeniyle başvuruyu reddetmiştir. Bunun üzerine MGM) OHIM bünyesinde kararı temyiz etmişse de temyiz başvurusu da kabul görmemiştir. Ancak temyiz dairesinin red sebebi, hayvan sesinin marka olamayacağı değil, yalnızca olayda verilmiş olan sonogramın, sesi zaman ve frekans açısından göstermemesidir. Diğer bir deyişle sesi zaman ve frekans açılarından da gösteren bir sonogram doğal seslerin grafik temsili bakımından yeterli olacaktır. R 781/1999-4 [http://oami.eu.int/LegalDocs/BoA/1999/EN/R0781\\_1999-4.pdf](http://oami.eu.int/LegalDocs/BoA/1999/EN/R0781_1999-4.pdf)

48 Bkz. (dn. 47).

oluşturmaktadır. Yalnız 556 sayılı KHK, 89/104 sayılı Yönergenin grafik temsil konusundaki şartını, “çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaret” olarak almış ve “baskı yoluyla yayınlanabilme” şartı ile grafik temsile adeta ilave bir koşul eklemiştir. Bu şart, seslerin üzerine kaydedildiği bir kompakt diskin depo edilmesi imkanını ortadan kaldırır gözükmemektedir. Sesler bakımından da ancak kağıt üzerine basılabilen grafik çizimlerin kabulü imkanı olacaktır.