

Kokuların Marka Olarak Tescil Edilebilirliği

Nisa Sunca

Lisansüstü Eğitim, Öğretim ve Araştırma Enstitüsüne Hukuk Yüksek
Lisans Tezi olarak sunulmuştur.

Doğu Akdeniz Üniversitesi
Haziran 2023
Gazimağusa, Kuzey Kıbrıs

Lisansüstü Eğitim, Öğretim ve Araştırma Enstitüsü onayı

Prof. Dr. Ali Hakan Ulusoy
L.E.Ö.A. Enstitüsü Müdürü

Bu tezin Hukuk Yüksek Lisans derecesinin gerekleri doğrultusunda hazırlandığını onaylarım.

Prof. Dr. Murat Turgut Turhan
Hukuk Fakültesi Dekanı

Bu tezi okuyup değerlendirdiğimizi, tezin nitelik bakımından Hukuk Yüksek Lisans derecesinin gerekleri doğrultusunda hazırlandığını onaylarız.

Doç. Dr. Hakan Bilgeç
Tez Danışmanı

Değerlendirme Komitesi

1. Prof. Dr. Celal Göle

2. Doç. Dr. Hakan Bilgeç

3. Yrd. Doç. Dr. Gökhan Aydoğan

ÖZ

Çalışmamız kapsamında; birinci bölümde marka ve koku kavramları ele alınmış, ikinci bölümde kokuların marka olarak tesciline ilişkin olarak Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletleri uygulamalarına ilişkin değerlendirmeler eşliğinde tescilli koku markaları örnekleri irdelenmiş ve bu bağlamda Türkiye’de kokuların marka olarak tescili açısından mevcut yasal düzenlemeler ve uygulamalar incelenmiştir. Üçüncü bölümde ise marka hukuku dışında, hangi hukuki yollarla kokuların korunabileceği tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Koku, Marka, Marka Hukuku, Sınai Mülkiyet Hukuku, Fikri ve Sınai Haklar, Koku Markaları.

ABSTRACT

Within our work, in the first part, the concepts of trademark and scent were discussed, in the second part, the examples of registered scent trademarks were examined in the context of the evaluations of the European Union and the United States of America regarding the registration of scents as a trademark, and in this context, the current legal regulations and practices in terms of the registration of scents as trademarks in Turkey were examined. In the third part, it is discussed which legal means other than trademark law can protect scents.

Keywords: Scent, Trademark, Trademark Law, Industrial Property Law, Intellectual and Industrial Property Rights, Scent Trademark.

TEŞEKKÜR

Öncelikle tez konusu seçerken ve bu çalışma gerçekleştirilene kadar geçen bütün süreçte, benden hiçbir yardımını esirgemeyen, bilgileri ve fikirleri ile yol gösteren, desteğini ve ilgisini daima hissettiğim değerli tez danışmanım ve hocam Doç. Dr. Hakan Bilgeç ile, öğrencisi ve asistanı olmaktan her zaman onur duyduğum kıymetli hocam Prof. Dr. Celal Göle'ye teşekkür ve saygılarımı sunarım.

Çalışma boyunca, sevgileri ve destekleriyle her zaman yanımda olan, başta canım babam Cemil Sunca'ya, biricik kardeşim Beyza Sunca'ya ve bütün sıkıntılarımı ve sevinçlerimi benimle paylaşan Kazim Bakıcı'ya, ne kadar teşekkür etsem az kalacaktır.

Lisans ve yüksek lisans eğitimim boyunca kendisinden çok şey öğrendiğim, desteğini daima hissettiren değerli hocam Yrd. Doç. Dr. Nazime Nazlı Beysan'a ve hiçbir yardımını eksik etmeden her daim yanımda olan meslektaşım Arş. Gör. Tuğçe Sır Yavaş'a çok teşekkür ederim.

İÇİNDEKİLER

ÖZ	iii
ABSTRACT	iv
TEŞEKKÜR.....	v
KISALTMALAR	x
ŞEKİL LİSTESİ.....	xii
GİRİŞ	1
1 BİR İŞARETİN MARKA OLARAK TESCİL EDİLEBİLMESİ VE KOKUNUN İNCELENMESİ	2
1.1 Marka Kavramı	2
1.1.1 Markanın Tarihçesi.....	3
1.1.2 Markanın Hukuki Niteliği	6
1.1.3 Marka Olabilecek İşaretler	7
1.1.4 Bir İşaretin Marka Olabilmesi İçin Gereken Koşullar.....	9
1.1.4.1 Ayırt Edicilik.....	9
1.1.4.2 Sicilde Gösterilebilirlik	11
1.1.5 Markanın Mutlak ve Nispi Ret Nedenleri	13
1.1.5.1 Mutlak Ret Nedenleri.....	13
1.1.5.2 Nispi Ret Nedenleri.....	19
1.1.6 Markanın Tescil Süreci.....	23
1.1.7 Marka Hakkının Sağladığı Hukuki Koruma.....	25
1.2 Koku Kavramı.....	28
1.2.1 Koku Çeşitleri.....	30
1.2.1.1 Doğal Kokular	30

1.2.1.2 Sentetik Kokular.....	31
1.2.2 Kokunun Hukuki Niteliği	33
2 KOKUNUN MARKA HUKUKU İLE KORUNABİLİRLİĞİ.....	34
2.1 Avrupa Birliği Uygulaması	34
2.1.1 89/104 Sayılı Yönerge'ye Göre Kokuların Marka Olarak Tescili	34
2.1.2 İngiltere Uygulaması.....	37
2.1.3 Sieckmann Kararı ve Ardından Kokuların Marka Olarak Tesciline İlişkin Gelişen Uygulama	38
2.1.4 2015/2436 Sayılı Üye Devletlerin Markalara İlişkin Mevzuatlarının Uyumlaştırılması Hakkında Avrupa Birliği Direktifi ile Kokuların Avrupa Birliği Nezdinde Marka Olarak Tescili.....	42
2.2 Amerika Birleşik Devletleri Uygulaması.....	44
2.2.1 Amerika Birleşik Devletleri'nde Kokuların Marka Olabilmesi İçin Gereken Koşullar	45
2.2.2 Amerika Birleşik Devletleri'nde Tescilli Koku Markası Örnekleri	49
2.2.2.1 Plumeria Kokulu Dikiş Nakış İplikleri	49
2.2.2.2 Play-Doh Oyun Hamuru Kokusu	51
2.2.2.3 Diğer Tescilli Koku Markası Örnekleri	53
2.3 Türk Hukuku'nda Kokunun Marka Olarak Korunabilirliği.....	54
2.3.1 Kokunun Ayırt Ediciliği	55
2.3.1.1 Soyut Ayırt Edicilik	57
2.3.1.2 Somut Ayırt Edicilik	58
2.3.1.3 Soyut ve Somut Ayırt Ediciliğin Tespitinin Kullanım Yoluyla Ayırt Edicilik Kazanılması Halinde Önemi.....	59
2.3.2 Kokunun Sicilde Gösterilebilirliği.....	61

3 KOKUNUN MARKA HUKUKU DIŞINDA KALAN HUKUKİ KURUMLARLA KORUNABİLİRLİĞİ	67
3.1 Kokunun Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku'yla Korunması	67
3.1.1 Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun Sağladığı Korumanın Kapsamı	67
3.1.2 Kokunun Fikri Eser Olarak Değerlendirilmesi.....	68
3.1.2.1 Hususiyet Barındırma.....	70
3.1.2.2 Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Sayılan Eser Gruplarından Birine Dahil Olma	72
3.1.2.3 Objektif Olarak Algılanabilirlik	74
3.2 Kokunun Patentle Korunması	76
3.2.1 Patentın Sağladığı Korumanın Kapsamı.....	76
3.2.2 Kokunun Buluş Olarak Değerlendirilmesi	77
3.2.2.1 Teknik Alanla İlgili Olma	78
3.2.2.2 Yenilik.....	79
3.2.2.3 Buluş Basamağını İçerme	80
3.2.2.4 Sanayiye Uygulanabilirlik.....	80
3.3 Kokunun Haksız Rekabetle Korunması	81
3.4 Kokunun Rekabet Yasağıyla Korunması	85
3.4.1 İŞçi AçıŐından.....	86
3.4.2 Tacir Yardımcıları AçıŐından	88
3.4.2.1 Bağlı Tacir Yardımcıları	89
3.4.2.2 Acenteler	91
3.4.3 Şirketler AçıŐından	94
3.4.3.1 Şahıs Şirketleri	94
3.4.3.2 Sermaye Şirketleri.....	95

SONUÇ	99
KAYNAKLAR	104

KISALTMALAR

ABD	Amerika Birleşik Devletleri
BATİDER	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bkz.	Bakınız
C.	Cilt
dn.	Dipnot
E.	Esas No
E.T.	Erişim Tarihi
EUIPO	European Union Intellectual Property Office
FMR Dergisi	Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi
HD.	Hukuk Dairesi
HGK.	Hukuk Genel Kurulu
hk.	Hakkında
K.	Karar No
m.	Madde
OHIM	Office for Harmonization in the Internal Market
RKHK	Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
S.	Sayı
s.	Sayfa
SMK	Sınai Mülkiyet Kanunu
TBB Dergisi	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TTK	Türk Ticaret Kanunu
TÜRKPATENT	Türk Patent ve Marka Kurumu
USPTO	United States Patent and Trademark Office

vb.	Ve benzeri
vd.	Ve devamı
WIPO	World Intellectual Property Organization

ŞEKİL LİSTESİ

Şekil 1: Piesse'in Odophome isimli koku-nota eşleştirmesi..... 63

GİRİŞ

Koku alma duyusu, diğer duyularımız arasında özel bir yere sahiptir. Hafıza ile koku arasında var olan doğrudan ilişkiden ticari hayatta oldukça yararlanılmaktadır. Teknolojinin gelişmesi ve küreselleşmenin artması çeşitliliği de beraberinde getirmiş, özgünlük peşindeki üreticiler ise farklılaşmayı sağlayacak yeni yollar arayışına girmiştir. Koku ise tam da bu noktada, günden güne önemini arttıran bir pozisyonudadır.

Kokunun, özellikle sentetik kokunun kullanılması yeni bir gelişme değildir. Zira kozmetik amaçlı üretilen parfümlerin tarihi, bir asırdan da önceye dayanmaktadır. Oysa üreticinin kokuyu kullanması, parfüm üretiminden ibaret değildir. Rekabetin hızla arttığı ticari hayatta hem farklılık yaratmak hem de özgün bir şekilde hatırlara gelmek isteyen üretici, doğal veya sentetik bir kokuyu gerek ürünleri ile bütünleştirerek gerekse duyuşal markalama amacıyla verdiği hizmetlerde, mağazalarının içinde veya promosyonlarda kullanmaktadır.

Biz de çalışma kapsamında, hem kokunun ticari hayatta kullanımının artmasına, hem geleneksel olmayan markalara bakış açısının değişmesine ve gelişmesine binaen; birinci bölümde koku ve marka kavramlarını irdelleyecek, ikinci bölümde Avrupa Birliği, Amerika Birleşik Devletleri ve Türkiye'nin kokuların marka olarak tesciline ilişkin tutumunu ve mevzuatlarını ele alacak, üçüncü bölümde ise kokunun marka hukuku dışında hangi hukuki kurumlarla nasıl korunabileceğini inceleyeceğiz.

Bölüm 1

BİR İŞARETİN MARKA OLARAK TESCİL EDİLEBİLMESİ VE KOKUNUN İNCELENMESİ

1.1 Marka Kavramı

Markanın sözlük anlamı “bir ticari malı, herhangi bir nesneyi tanıtmaya, benzerinden ayırmaya yarayan özel ad veya işaret” şeklindedir¹. Markalara ilişkin temel düzenleme olan Sınai Mülkiyet Kanunu’nda açık bir tanımı bulunmamakla birlikte, marka olabilecek işaretlerin açıklandığı 4. madde ışığında markanın en basit ifadeyle bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini, diğer teşebbüsün mal veya hizmetlerinden farklı kılan ve ayırt edilmesini sağlayan işaret olduğu söylenebilir.

İlgili hükme göre marka, sözlükteki anlamının aksine sadece ticari bir malı ya da nesneyi benzerlerinden ayırt etmeye yarayan işarettir ibaret değildir. Marka, sadece mal için değil hizmet için de söz konusu olabilmektedir. Belirtmekte fayda vardır ki, bir malın satışı veya piyasaya sürülmesi marka olarak tescil edilebilecek bir hizmet değildir². Markanın varlığından söz edebilmek için, malın veya hizmetin kesinlikle ticari mal ya da hizmet niteliğini haiz olması da gerekmez; bir teşebbüsün³ malı ya da hizmeti olması da söz konusu hüküm kapsamında yeterlidir. Hükümde işletme terimi yerine teşebbüs kavramının kullanılması öğretilerde eleştirilse de⁴, marka esasında malı

¹ Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük (www.sozluk.gov.tr E.T. 04/06/2023).

² Ayhan, R./Çağlar, H./Yıldız, B./İmirlioğlu, D.: Sınai Mülkiyet Hukuku, Ankara 2021, s. 28.

³ SMK ve TTK içerisinde teşebbüs kavramının açık bir tanımı bulunmamakla birlikte, RKHK’nın 4. maddesine göre teşebbüs “Piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler” şeklinde tanımlanmıştır.

⁴ Arkan, S.: Marka Hukuku, C. 1, Ankara 1997, s. 36.

ya da hizmeti üreten kişileri değil, malı ya da hizmeti benzerlerinden ayırt etmeye yaradığı için işletme teriminin yerine daha kapsayıcı bir terim olan teşebbüsün tercih edilmesinin yerinde olduğu kanaatindeyiz. Zira bu sayede tüzel kişilikleri bulunmasa dahi, örneğin bir donatma iştirakinin müşterek donatanlarından biri ya da adi şirket, bir ortağı aracılığıyla ürettiği mal veya hizmet için markalaşma yoluna gidebilecektir.

Sınai Mülkiyet Kanunu'nda nelerin marka olabileceği sınırlı olarak belirtilmemiş, bir malın veya hizmetin benzerleri içerisinde ayırt edilmesini sağlayacak her türlü işaretin marka olabileceğine hükmedilmiştir. İşaretin kapsamının ne olduğu veya ayırt ediciliğinin nasıl sağlanacağı gibi hususlara değinmeden önce, marka kavramının tarihsel gelişimini ele almamız gerekecektir.

1.1.1 Markanın Tarihçesi

Günümüzdeki kullanım amacıyla aynı doğrultuda tercih edilmiş olmasa bile, markanın antik çağda dahi var olduğu, bulunan vazo veya çömlek gibi eski kalıntıların üzerindeki sembolere dayanılarak ileri sürülmektedir⁵. Ayırt edicilik sağlamak amacıyla birtakım sembol ya da motiflerin ilk kez Eski Mısır'da çanaklar üzerinde kullanıldığı; Roma İmparatorluğu'nda ise sadece çanak üzerindeki motiflerle sınırlı kalmayarak cam eşya ve hatta şarap ile peynir gibi tüketim eşyasının tacirin ismi, üretildiği yerin ismi ile anılarak veya aynı semboller kullanılarak işaretlendiği düşünülmektedir⁶. Tunç Çağı'nda, günümüz Hindistan toprakları üzerinde varlık sürdürmüş bir uygarlık olan Harappa'ların, ürettikleri çömleklerin üzerine aynı figür ve motifleri işledikleri görülmüş ve bu işaretlemeyi ticari ilişki içerisinde oldukları Mezopotamya Havzası ve Mısır'da bilinirlik sağlamak, aynı zamanda da gönderim

⁵ Tekinalp, Ü.: Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2012, s. 353.

⁶ Arseven, H.: "Alameti Farika Hakkının Mahiyeti, Gayrı Kanuni Rekabetle Münasebeti ve Doğumu", İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası 1950, C. 16, S. 3-4, s. 823.

sürecini kolaylaştırmak amacıyla yaptıkları iddia edilmiştir⁷. Belirtmekte fayda var ki, antik çağda kullanılan bu işaretlerin marka amacıyla, bir başka deyişle bir ürün ya da hizmeti diğerlerinden ayırt etmek amacıyla kullanılmasından ziyade, o mal veya hizmetin kime ait olduğunu belirtmek için kullanıldığı düşünülmektedir. Zira modern anlamda markanın gelişimi ve hukuken korunması hukuk tarihi açısından oldukça geç sayılabilecek bir zamanda, Sanayi Devrimi'nden sonra gündeme gelmiştir⁸.

Orta çağa gelindiğinde, feodal yapı içerisinde faaliyet gösteren loncaların yukarıda değindiğimiz işaretleri ticari amaçlarla kullanmaya başladıkları görülmüştür. Zamanla bir loncada bulunan zanaatkarlara ve tacirlere malları üzerinde aynı işaretleri kullanma zorunluluğu getirilmiş ve buna bağlı olarak altın, gümüş ve yünlü kumaşlar ilk markalanan mallar olmuştur⁹. Loncalar ile kullanımı yaygınlaşmaya başlayan marka, varlığını uzun süre koruyamamıştır. Zira Fransız İhtilali ile loncalara tanınan imtiyazlar dahil tüm imtiyazlar kaldırılmış, bu sayede lonca mensuplarının marka kullanma zorunluluğu da ortadan kalkmıştır¹⁰. İmtiyazların kalkması ile doğan boşluğu gidermek adına önce 1857 tarihli Fransız Markalar Kanunu yürürlüğe girmiş, ardından 1883 yılında marka hukuku açısından oldukça önemli yeri bulunan Paris Anlaşması akdedilmiştir.

Türk Hukuku açısından, loncalar Osmanlı İmparatorluğu içerisinde yaklaşık 13. yüzyıldan beri faaliyet gösterebilir de marka korumasına ilişkin ilk talep ve uygulamalara 19. yüzyılın erken yıllarında rastlanmıştır¹¹. Marka konusunda ilk yasal düzenlemeler, aynı yüzyılın son yıllarında marka tescilini düzenleyen Eşya-yı

⁷ Moore, K./Reid, S.: "The Birth Of Brand: 400 Years Branding History", Business History 2008, C. 50, S. 4, s. 7-9.

⁸ Suluk, C./Karasu, R./Nal, T.: Fikri Mülkiyet Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2022, s. 28.

⁹ Tekinalp, s. 353.

¹⁰ Öztan, F.: Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara 2008, s. 30; Tekinalp, s. 354.

¹¹ Akay, T.: "Osmanlı Devletinde Marka Hukukunun Gelişimi", TBB Dergisi 2016, C. 29, S. 126, s. 369.

Ticariyyeye Mahsus Alamet-i Farikalara Dair Nizamname ve bu Nizamname'nin eksiklerini gidermek amacıyla on yedi yıl sonra yürürlüğe giren Fabrikalar Mamulâtıyla Eşya-yı Ticariyyeye Mahsus Alamet-i Farikalara Dair Nizamnamesi'dir (1881 Nizamnamesi). Her iki nizamname de Fransız İhtilali'nin ardından imtiyazların kaldırılması ile doğan boşluğu doldurmak amacıyla düzenlenen 1857 tarihli Fransız Kanunu'nun ufak değişikliklerle iktibas edilmesinden ibarettir¹².

Cumhuriyetin ilanının ardından da 1881 Nizamnamesi uzun süre varlığını korumuş ve Alamet-i Farika Defteri aynı usul ile 1931 yılına kadar tutulmaya devam edilmiştir¹³. Türkiye, Lozan Antlaşması'nın kabulü ile 1925 yılında Paris Sözleşmesi'ne taraf haline gelmiş; 1930 yılında ise Paris Sözleşmesi'nin La Haye metnine ve Madrid Anlaşması'na katılmıştır¹⁴. 1965 yılında 551 sayılı Markalar Kanunu kabul edilmiş ve 1881 Nizamnamesi yürürlükten kaldırılmıştır.

1995 yılı genelde fikri haklar, özelde ise marka hukuku açısından öğretilde milat, hatta devrim olarak nitelendirilmektedir¹⁵. Avrupa Topluluğu Uyum Yasaları ile Türkiye, Topluluk Direktifleri'ne uyum sağlama taahhüdünde bulunmuş ve bu kapsamda 1995 yılında çıkarılan bir dizi kanun hükmünde kararname aracılığıyla marka, patent, endüstriyel tasarım, coğrafi işaretler, entegre devre topoğrafyaları ve yeni bitki çeşitleri ıslahçı haklarında düzenlemeler yapılmıştır. 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 1965 tarihli 556 sayılı Markalar Kanunu'nu yürürlükten kaldırmış, sınai mülkiyet haklarının kanun hükmünde kararname yerine kanunla düzenlenme ihtiyacı sebebiyle¹⁶ 2017 yılında hazırlanan

¹² Arseven, s. 825.

¹³ Kıranlar, S.: "Cumhuriyet Döneminde Markalaşma Sürecinin Analizi (1923-1931)", Uluslararası Tarih Araştırmaları Dergisi 2019, C. 4, S. 2, s. 646.

¹⁴ Markaların Uluslararası Tesciline İlişkin Madrid Anlaşması hakkında detaylı bilgi için bkz. Kırca, İ: Markaların Milletlerarası Tescili (Madrid Sistemi), Ankara 2005, s. 5. vd.

¹⁵ Kılıçoğlu, A.: Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, 7. Baskı, Ankara 2021, s. 27; Suluk (Karasu/Nal), s. 30.

¹⁶ Bozer, A./Göle, C.: Ticari İşletme Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2021, s. 267; Arkan, S.: Ticari İşletme Hukuku, 26. Baskı, Ankara 2020, s. 296. Anayasa'nın 13. maddesi, temel hak ve hürriyetlerin

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu yürürlüğe girene dek marka konusunda Türk Marka Hukuku'nun temel kaynağı olarak varlığını sürdürmüştür.

1.1.2 Markanın Hukuki Niteliği

Marka soyut bir kavramdır, bu nedenle gayrimaddi bir mal olarak nitelendirilir¹⁷. Soyut olması nedeniyle tıpkı diğer fikri ürünler gibi marka da somut bir mal ya da hizmet üzerinden görünürlük kazanır¹⁸. Markanın görünürlüğünü sağlayan mal veya hizmet somut bir varlık olduğundan; eşya hukuku kurallarına tabiidir, aynı hakların konusunu oluşturur¹⁹. Oysa marka ise gayrimaddi özelliği haiz olduğundan eşya hukukundan ayrı bir kanun ile düzenlenmiş olup; hukukumuzda Sınai Mülkiyet Kanunu ile koruma altına alınmıştır.

Maddi mallar üzerindeki hak süresiz bir kullanım için öngörülmüştür ve bu nedenle mal üzerindeki mülkiyet hakkı da sınırsızdır²⁰. Fikri ürünler ise toplum nezdinde toplumun malı olarak kabul gördüğünden, sınırlı süre ile koruma altına alınmışlardır²¹. Bu bağlamda marka ve coğrafi işaret, diğer fikri ürünlere göre önemli bir istisna oluşturur. Zira ülkemizde telif hakkı eser sahibinin yaşamı boyunca ve ölümünden sonra yetmiş yıl, patentler yirmi yıl, faydalı modeller on yıl ve tasarımlar ise tescilli olup olmamasına göre değişkenlik göstererek en fazla yirmi beş yıl korunurken; coğrafi işaretler tescilden itibaren süresiz olarak, marka ise on yılda bir yenilenmek kaydıyla hak sahibine süresiz koruma sağlamaktadır²².

Marka hakkı, her şeyden önce mutlak bir haktır. Marka yukarıda da belirttiğimiz üzere somut bir görünüm sergilemediğinden, malik ya da zilyetten söz edilemez.

ancak kanun ile sınırlanabileceğini düzenlemektedir. Nitekim, 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin marka hakkını sınırlandıran bazı hükümleri, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Örnek için bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 2015/49, K. 2015/46, T. 13/05/2015.

¹⁷ Öztan, s. 9; Uzunallı, S.: Marka Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2021, s. 30.

¹⁸ Öztan, s. 9.

¹⁹ Suluk (Karasu/Nal), s. 2; Uzunallı, Marka, s. 30.

²⁰ Öztan, s. 4.

²¹ Öztan, s. 4.

²² Suluk (Karasu/Nal), s. 2.

Marka hakkını elinde bulunduran kişiye marka sahibi denilmektedir²³. Marka hakkı, marka sahibine doğrudan hakimiyet sağlar ve bu hak herkese karşı ileri sürülebilir. Marka, hak sahibine ekonomik olarak değerlendirme olanağı tanıdığından aynı zamanda marka hakkı, inhisari hak niteliğini taşır²⁴.

Hukukumuzda kural olarak marka sahibinin tekliği ilkesi benimsenmiştir. Bu ilkenin bazı istisnaları mevcuttur. Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 5. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen hal, marka sahibinin tekliği ilkesinin istisnalarından ilkidir. Bir diğer istisna ortak markalarken, son istisna ise Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 25. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili hükme göre, marka sahibi, sonraki tarihli bir markanın kullanıldığını bildiği veya bilmesi gerektiği hallerde beş yıl boyunca sessiz kalırsa, sonraki tarihli markanın hükümsüzlüğünü kural olarak talep edemez. Bu hallerde, bir markanın birden fazla sahibinin olması durumu gündeme gelebilecektir.

1.1.3 Marka Olabilecek İşaretler

Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 4. maddesine göre, ayırt edici niteliği haiz, marka sahibine açık ve kesin koruma sağladığı sicilde gösterilebilen her türlü işaret marka olabilir. Bu bağlamda işaretin ne olduğunu irdelemekte yarar vardır. Sözlük anlamı²⁵ “belirti, gösterge, alamet” olan işaret, marka hukuku açısından bir teşebbüsü çağrıştıran, bilgi veya mesaj ileten ve beş duyumuzdan biri aracılığıyla algılanabilen her şeyi kapsayan bir ifadedir²⁶. İşaretin tanımından da anlaşılacağı üzere her marka bir işareten oluşurken, tescili gerçekleşmemişse her işaret bir markaya vücut vermez²⁷.

²³ Tekinalp, s. 381; Bozer/Göle, s. 296; Arkan, Ticari İşletme, s. 318.

²⁴ Tekinalp, s. 382; Uzunallı, Marka, s. 30.

²⁵ Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük (www.wwww.sozluk.gov.tr E.T. 04/06/2023).

²⁶ Karasu (Suluk/Nal), s. 160.

²⁷ Tekinalp, s. 360 vd.

Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 4. maddesinde marka olabilecek işaretler “*kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi*” şeklinde sayılmıştır; fakat marka olabilecek işaretler bunlarla sınırlı değildir. Zira aynı hüküm “*...her tür işareten oluşabilir.*” şeklinde sona ermektedir ve her tür işaret ile sayılanların sınırlı sayı ilkesine tabi olarak değil; örnek niteliğinde verildikleri anlaşılmaktadır. Bu nedenle, ayırt edici niteliği bulunup sahibine açık ve kesin koruma sağlayan her türlü işaret -sicilde gösterilebilmek kaydıyla- marka olabilir.

Mevcut Sınai Mülkiyet Kanunu yürürlüğe girmeden önce yürürlükte olan 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 5. maddesinin 1. fıkrasına göre, Sınai Mülkiyet Kanunu'ndan farklı olarak, bir işaretin marka olarak tescil edilebilmesi için o işaretin kesinlikle çizimle görüntülenebilmesi ya da benzer biçimde ifade edilebilmesi, baskı yoluyla yayınlanıp çoğaltılabilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla söz konusu Kanun Hükmünde Kararname'nin yürürlükte olduğu dönemde sadece iki boyutlu işaretlerin marka olabileceği yanılığısı gündemdeydi. Öğretideki bir görüşe göre; ses, melodi veya üç boyutlu bir işaretin iki boyutlu çiziminin, çizimle gösterilme koşulunu karşılayacağı, bu nedenle marka olarak tescil edilmelerinin mümkün olduğu öne sürülmekteydi²⁸. Diğer bir görüş ise saymış bulunduğumuz işaretlerin anılan Kanun Hükmünde Kararname'nin kapsamında çizimle gösterilebilme koşulunu karşılamadığı gerekçesiyle tescil edilemeyeceklerini fakat güncel teknolojik gelişmeler ile bu işaretlerin çizimle gösterilebilme koşulu olmadan da sicilde gösterilebilmelerinin mümkün olduğunu, dolayısıyla mevzuat değişikliğine gidilerek çizimle gösterilebilme koşulunun kaldırılması gerektiğini savunmaktaydı²⁹.

²⁸ Arkan, Marka, s. 37.

²⁹ Karasu, R.: “Ses Markaları”, FMR Dergisi 2007, C. 7, S. 2, s. 38.

Sınai Mülkiyet Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle, 4. maddesinde çizimle gösterilebilme koşuluna yer verilmeyerek, sahibine açık ve kesin şekilde koruma sağladığı sicilde gösterilebilen her türlü işaretin marka olarak tescil edilebileceği düzenlenmiştir. Böylelikle, öğretilerdeki tartışma sona ermiş ve geleneksel olmayan markaların da yasal olarak tescili mümkün hale gelmiştir. Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 4. maddesinde örnek niteliğinde gösterilen sayılar, sözcükler, şekiller vb. geleneksel marka türlerinden kabul edilirken, aynı hüküm içerisinde sayılmamakla birlikte ayırt edici niteliği bulunan ve sahibine açık ve kesin koruma sağladığı sicilde gösterilebilen işaretler, örneğin sesler, üç boyutlu şekiller, hareketler vb. işaretler geleneksel olmayan markalar olarak nitelendirilmektedir³⁰.

1.1.4 Bir İşaretin Marka Olabilmesi İçin Gereken Koşullar

Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 4. maddesinden hareketle, bir işaretin marka olabilmesi için iki koşulu barındırması gerekmektedir: Ayırt edicilik ve sicilde gösterilebilirlik. Marka olabilecek işaretler kanun koyucu tarafından sınırlı sayı ile belirtilmediğinden, bu iki koşula sahip tüm işaretler, mutlak veya nispi ret nedenleri var olmadığı müddetçe marka olarak tescil edilebilirler.

1.1.4.1 Ayırt Edicilik

Türk Hukuku'nda marka kavramı yerine uzun yıllar alamet-i farika terimi kullanılmıştır. Alamet-i farika, ayırt edici niteliği olan anlamına gelmektedir³¹. Ayırt edicilik en basit haliyle bir işaretin herhangi bir nedenle diğerinden farklı olmasını sağlayan özelliktir³². Marka kavramından önce alamet-i farika teriminin kullanılması kanımızca markanın en önemli unsurunun ayırt edicilik olduğunu gözler önüne sermektedir. Sınai Mülkiyet Kanunu ise marka olabilmek için ayırt edici niteliği haiz

³⁰ Türk Patent ve Marka Kurumu, Marka İnceleme Kılavuzu 2021, s. 6.

³¹ Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük (www.wwww.sozluk.gov.tr E.T. 04/06/2023).

³² Tekinalp, s. 365.

olmayı yeterli görmeyerek, bu koşulu ayrıca sahibine açık ve kesin olarak koruma sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilmesine bağlamıştır. Fakat Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 5. maddesinin 2. fıkrasında, aynı maddenin (b), (c) ve (d) bentlerindeki koşulları karşılamasa dahi, bir işaret tescil talebinden önce kullanım yoluyla ayırt edicilik kazanmışsa, o işaretin marka olarak tescil edilebileceği düzenlenmektedir. Dolayısıyla bir işaretin marka olabilmesi için olmazsa olmazı ayırt edici niteliğidir demek yanlış olmayacaktır. Zira sahibine açık ve kesin koruma sağladığı tescil anında gösterilemese bile ayırt edici bir işaret, kullanım yoluyla bilinirlik kazanırsa sicilde gösterilebilme koşulunu karşılamasa dahi tescil edilebilecektir.

Marka olabilecek işaret için aranan ayırt ediciliğin, diğer fikri ürünler ile endüstriyel tasarımlar açısından aranan ayırt edicilik koşulundan farklı olduğunu söylemek mümkündür³³. Zira, fikir ve sanat eserleri ya da endüstriyel tasarımların ayırt ediciliği incelenirken hususiyet ya da orijinallik gibi kavramlardan yararlanılır³⁴. Oysa marka olabilecek işaretin ayırt ediciliğinde bu kriterler aranmamaktadır çünkü marka hakkı yaratıcılık sonucunda doğar³⁵.

Bir işaretin ayırt edici olup olmadığının tespitinde aşağıdaki hususlar dikkate alınmalıdır:

Bir işaret, birden fazla unsurdan meydana geliyorsa, ayırt edici niteliği incelenirken tek bir unsurun ayırt edici olup olmadığı değil, işaretin bütününe ayırt edici olup olmadığı incelenmelidir³⁶.

Bir işaretin kavram adına yakın olması onun ayırt ediciliğini azaltırken, kavram adından uzaklaşması o işaretin ayırt ediciliğini güçlendirecektir³⁷. Örnek vermek

³³ İmirlioğlu, D.: Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Markanın Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi, 2. Baskı, Ankara 2018, s. 15.

³⁴ Nal/Suluk (Karasu), s. 43; İmirlioğlu, s. 15.

³⁵ İmirlioğlu, s. 15.

³⁶ Arkan, Marka, s. 73; Çağlar (Ayhan/Yıldız/İmirlioğlu), s. 28; İmirlioğlu, s. 16.

³⁷ Tekinalp, s. 367.

gerekirse, “çikolata” kelimesi benzer gıda ürünlerinin içerisinde ayırt edilmesini sağlayacak nitelikte değilken, bir ayakkabı markası olarak seçilen “çikolata” kelimesi, marka hakkı ile koruma sağlanan mal ile oldukça uzak ilişki içerisinde bulunduğundan ayırt edici nitelikte olacaktır. Bu noktada ayırt edicilik tespit edilirken dikkat edilmesi gereken bir diğer konunun da marka olarak tescil edilmesi istenen işaretin o mal veya hizmet ile bağlantısı ve hedef kitlenin işareti algılayışı olduğu söylenebilir³⁸.

Öğretide ayırt ediciliğin, soyut ayırt edicilik ve somut ayırt edicilik olmak üzere iki ayrı başlık altında ele alındığını görülmektedir. Bu ayrımın Sınai Mülkiyet Kanunu’nun 5. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde yer alan “*herhangi bir ayırt edici niteliğe sahip olmayan işaretler*” ifadesinden hareketle yapıldığı söylenebilir³⁹. Daha açık bir ifadeyle, soyut ayırt edicilik ile kastedilen Sınai Mülkiyet Kanunu’nun 4. maddesi kapsamında varlığı aranan ve tescil başvurusu yapılmış işaretin ayırt edici olup olmadığına ilişkin, somut ayırt edicilik ise mutlak ret nedenlerinin düzenlendiği aynı kanunun 5. maddesinin (b) bendine göre, tescil başvurusu esnasında tescili istenen işaretin benzeri diğer mal veya hizmetler içinden ayırt edici nitelikte olup olmadığına ilişkindir. Özetle, soyut ayırt ediciliğin marka olabilme koşulu, somut ayırt ediciliğin ise tescil edilebilme koşulu olduğu söylenebilir⁴⁰.

1.1.4.2 Sicilde Gösterilebilirlik

Bir işaretin marka olabilmesi için hukukumuzda ayırt edici olmasının yanı sıra sahibine açık ve kesin koruma sağladığının sicilde gösterilebilir olması gerekmektedir. Mülga Kanun Hükmünde Kararname döneminde sicilde gösterilebilme; çizimle gösterilebilme veya benzer şekilde ifade edilebilme koşuluna bağlıyken, Sınai

³⁸ Aytemiz Özünel, A.: Marka Hukukunda Kullanım Sonucu Ayırt Edicilik Kazanılması ve Ayırt Ediciliğin Kaybedilmesi, Uzmanlık Tezi, Ankara 2010, s. 19.

³⁹ Yasaman, H./Ayoğlu, T./Yusufoğlu Bilgin, F./Kartal Memiş, P./Yüksel, S./Yasaman, Z.: Sınai Mülkiyet Hukuku Şerhi, C. 1, Ankara 2021, s. 108.

⁴⁰ Karasu (Suluk/Nal), s. 28.

Mülkiyet Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile bu koşul kaldırılmış ve sahibine açık ve kesin şekilde koruma sağladığının sicilde gösterilebilmesi, bir işaretin marka olarak tescil edilmesinde yeterli kabul edilmiştir. Böylelikle geleneksel olmayan markaların da tescili mümkün hale gelmiştir. TÜRKPATENT bu tür markaların tescilinde çizimle gösterilebilme koşulunu aramamakla birlikte, çizimle gösterilemese dahi bir işaretin sahibine açık ve kesin koruma sağladığının sicilde gösterilebilmesi için, "işaretin; markayı açıklayabilecek ve sağlanan korumanın kapsamını belirleyebilecek kadar kesin, yetkili makamların ve kamunun anlayacağı şekilde açık, kolayca erişilebilir ve anlaşılır, tescil boyunca sabit (bozulmayan) ve işaretin tespitinde kuşkuya sebep olmayacak şekilde objektif" olma koşullarını sağlaması gerektiğini belirtmektedir⁴¹. Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 4. maddesinin gerekçesinde de aynı husus, bu hüküm sayesinde geleneksel olmayan markaların erişilebilir, kalıcı, somut olması ve korumanın yetkililer ile halk tarafından açık ve kesin olarak anlaşılmasının sağlanması halinde tescil edilebileceği şeklinde dile getirilmiştir⁴². Sınai Mülkiyet Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik ise, geleneksel olmayan markaların sicilde gösterilebilmesi için gereken ek hususları 7. maddesinde tescil edilecek markanın ses, üç boyutlu işaret, renk veya hareket markası olmasına göre ayrı ayrı düzenlemiştir.

Marka sahibinin markadan doğan hakkının sınırları, tescil ile çizilir. Markadan doğan hakla ilgili bir ihtilaf gündeme geldiğinde; korumanın kapsamı, marka olarak korunan işaretin ne olduğu gibi hususların tespiti için Marka Sicili incelenecektir. Bu nedenle sahibine açık ve kesin bir koruma sağladığının sicilde gösterilebilmesi marka olma koşullarından biri haline gelmiştir. Marka hakkının gerektiği gibi tesis edilip korunabilmesi için işaretin kapsamının kesin olması, sahibine sağladığı korumanın açıkça belli olması önem arz etmektedir.

⁴¹ TÜRKPATENT, Marka İnceleme Kılavuzu 2021, s. 6.

⁴² SMK m. 4 gerekçesi (www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss341.pdf E.T. 04/6/2023).

1.1.5 Markanın Mutlak ve Nispi Ret Nedenleri

Ayırt edici niteliği haiz, sahibine tanıdığı koruma açık ve kesin şekilde gösterilebilen her işaret, mutlak ret nedenleri var olmadığı ve nispi ret itirazı kabul edilmediği müddetçe marka olarak tescil edilebilir. Mutlak ret nedenleri Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 5. maddesinde, nispi ret nedenleri ise aynı Kanun'un 6. maddesinde düzenlenmiştir. Mutlak ret nedenleri kamu yararı ile ilgili olduğu için TÜRKPATENT tarafından resen incelenmektedir⁴³. Bu nedenle, tescil sürecinde mutlak ret nedenlerine ilişkin bir uyuşmazlığın yargıya taşınması halinde mahkeme de mutlak ret nedenlerini resen incelemelidir⁴⁴. Mutlak ret nedenlerinin aksine nispi ret nedenleri resen dikkate alınmaz, ancak ilgililerin TÜRKPATENT'e itirazı halinde inceleme alanı bulurlar.

1.1.5.1 Mutlak Ret Nedenleri

Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 5. maddesinde on iki adet mutlak ret nedeni sıralanmıştır.

Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 5. maddesinin (a) bendine göre, Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 4. maddesinde sayılan koşulları taşımayan işaret, daha açık bir ifadeyle ayırt edici niteliği bulunmayan veya sahibine açık ve kesin koruma sağladığı sicilde gösterilemeyen işaret, mutlak ret nedeninin varlığı sebebiyle tescil edilemeyecektir. Aynı hükmün devamı (b) bendinde herhangi bir ayırt ediciliği bulunmayan işaretin mutlak ret nedeni olması sebebiyle tescil edilemeyeceği düzenlenmiştir. İlk bakışta (b) bendinde düzenlenen ayırt edici olmama durumunun, (a) bendinde sayılan koşullardan biri olduğu, bu nedenle (b) bendinin aslında (a) bendinin tekrarı olduğu düşünülebilir. Yukarıda da değindiğimiz üzere; bir işaretin marka olabilmesi için ayırt edici niteliği

⁴³ Arkan, Ticari İşletme, s. 302.

⁴⁴ Tekinalp, s. 400; Yasaman, Yasaman Şerhi, s. 309.

incelenirken, Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 4. maddesinde aranan ayırt edicilik koşulu, işaretin soyut ayırt ediciliğine ilişkindir. Bu inceleme işaretin bulunduğu mal veya hizmet özelinde gerçekleştirilirken, Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 5. maddesinin (b) bendinde bahsi geçen ayırt edicilik, somut ayırt ediciliğe yöneliktir⁴⁵. Daha açık bir anlatımla işaretin kendi içerisinde incelenmesi değil, benzer mal ve hizmetler arasında ayırt edici olup olmadığının incelenmesi söz konusudur. İlgili iki hükümle kanun koyucu, hem işaretin soyut ayırt ediciliğinin olmamasını (SMK m. 5-a), hem de somut ayırt ediciliğinin bulunmamasını (SMK m. 5-b) ayrı ayrı düzenleyerek iki hali de ayrı ayrı mutlak ret nedeni saymıştır⁴⁶. Öğretide söz konusu iki hükmün uygulamada tereddüte yol açmasını önlemek adına soyut ve somut ayırt edicilik vurgusunun daha açık yapılmasının gerektiği, en azından ilgili hükmün (b) bendinin “tescil ettirilmek istenen mal veya hizmet için herhangi bir ayırt edici niteliği bulunmayan işaret” şeklinde düzenlenmesinin daha uygun olacağı ifade edilmiştir⁴⁷.

Mutlak ret nedenlerinden üçüncüsü, mal veya hizmeti tanımlayan işaretlere ilişkindir. Tanımlayıcı işaret ile ifade edilmek istenen bir mal veya hizmetin özü ile bağlantılı olup, o mal veya hizmetin tasvir edilebilmesi için gerekli olan işaretlerdir. Nitekim bu durum Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 5. maddesinin (c) bendinde bir mal veya hizmet için tanımlayıcı nitelikte bulunan işaretin tescil talebinin mutlak ret nedeni sebebiyle gerçekleştirilemeyeceği düzenlenmiştir⁴⁸. Benzer bir diğer husus da aynı

⁴⁵ Bkz. Bölüm 1, 1.1.4.1.

⁴⁶ “... “DEMLİK+Demlik Şekli” ibaresinden müteşekkil işaretin başvuru kapsamında yer alan çaylar ve buzlu çaylar için soyut ve somut olarak ayırt edicilik vasfı bulunmadığından... davanın esastan reddine karar verilmiştir.” Bkz. Yargıtay 11. HD. E. 2015/12400, K. 2017/95, T. 09/01/2017 (www.karararama.yargitay.gov.tr E.T. 04/06/2023).

⁴⁷ İmirlioğlu, s. 109; Karasu (Suluk/Nal), s. 174.

⁴⁸ Yargıtay 11. HD., “TEK TELEFON” ibareli markanın, tanımlayıcı ve vasıf bildirici olması sebebiyle hükümsüzlüğüne ilişkin verilen kararı yasaya uygun bulmuştur, Bkz. E. 2020/101, K. 2020/4648, T. 02/11/2020, (www.karararama.yargitay.gov.tr E.T. 04/06/2023).

hükümün (d) bendinde karşımıza çıkmaktadır⁴⁹. İlgili bende göre, herkes tarafından kullanılan ya da belirli bir meslek veya ticaret grubuna dahil kişileri ayırt etmeye yarayan işaret ve adlandırmaların, marka olarak tescil edilemeyeceği düzenlenmiştir. Her iki hükümün de herkesin kullanımına açık tutulması gereken işaretlerin kimsenin tekeline verilmeyerek ticaret hayatının zarar görmesini önlemek amacıyla getirildiğini söylemek mümkündür⁵⁰.

İtibasa, bir başka ifadeyle karıştırılmaya yol açan işaretlerin marka olarak tescil edilemeyecekleri Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 5. maddesinin (ç) bendinde düzenlenmekle birlikte, anılan Kanun içerisinde bahse konu işaretlerin itiraz halinde markanın tesciline karşı nispi ret nedeni olarak da öne sürülebileceği görülmektedir (SMK m. 6/1). Söz konusu hükümde öngörülen mutlak ret nedeni; aynı veya aynı türdeki mal ve hizmetler için, tescil edilmiş bir marka veya tescil başvurusu daha önceki tarihte yapılmış bir işaretle aynı olan veya o işaretle ayırt edilemeyecek kadar benzer olan işaretleri kapsamaktadır⁵¹. Marka sahibinin teklifi ilkesine istinaden kural olarak aynı işaretin birden fazla kişi tarafından kullanımını önlemek amacıyla getirilen bu hüküm, öğretilerde bazı yazarlarca mutlak ret nedeni olarak düzenlenmesi nedeniyle eleştirilmektedir. Mutlak ret nedenlerinin kamu menfaati ve toplumun çıkarlarını korumaya yönelik olması gerekirken, (ç) bendinde düzenlenen durumun kamu menfaatinden ziyade marka sahiplerinin kişisel haklarının korunmasına yönelik

⁴⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, “Eczacı” şeklinde tescil edilmiş kelime markasının belli bir meslek grubuna ait olması sebebiyle markanın hükümsüzlüğüne ilişkin verilen kararı onamıştır, Bkz. E. 2019/371, K. 2022/70, T. 27/01/2022 (www.karararama.yargitay.gov.tr E.T. 04/06/2023).

⁵⁰ SMK 5. madde gerekçesi (www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss341.pdf E.T. 04/06/2023).

⁵¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, geçici konaklama hizmetlerinde kullanılmak üzere tescil edilen “SH...HOTEL+ŞEKİL” ibareli markanın tescilinin hükümsüzlüğüne ilişkin verilen direnme kararını bozmuştur. Kararda, anılan markanın, “S Sheraton+ Şekil” ibaresiyle tescil edilmiş tanınmış markayla hem aynı sınıfta yer alan hizmetleri kapsadığı, hem iki markanın da içerdiği şeklin defne yapraklarından oluştuğu hem de “SH” ibaresinin “Sheraton” kelimesinin ilk iki harfinden oluşmasının tüketici yanıltacağına değinerek, “SH HOTEL+ŞEKİL” markasının daha önce tescil edilmiş olan “S Sheraton+Şekil” markasıyla aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olduğuna dikkat çekilmiştir, Bkz. E. 2018/36, K. 2021/1400, T. 11/11/2021 (www.karararama.yargitay.gov.tr E.T. 04/06/2023).

olduğu ve bu nedenle mutlak ret nedenleri içerisinde yer almaması gerektiği ileri sürülmektedir⁵². Bu görüşe karşı görüş ise düzenlemenin yerinde olduğunu, hak sahibinin aynı ya da benzer işaretin kullanılması durumunda nispi ret nedeni olarak halihazırda itiraz hakkı bulunurken, aynı veya benzer işaretin birden fazla sahibi olmasının marka düzenine aykırı olması nedeniyle TÜRKPATENT'in de resen inceleme yaparak mutlak ret nedeni açısından değerlendirmesinde kamu yararı olduğunu belirtmektedir⁵³.

Malın doğal şeklinden veya teknik zorunluluk sebebiyle olması gereken işaretlerin marka olarak tescil edilemeyeceği, bahse konu hükmün (e) bendinde mutlak ret nedenleri arasında sayılmıştır. Örneğin, kaşık doğası ve işlevi gereği ortası çukur, sıvıları ağza götürmeye yarayan bir formda olmalıdır. Bu nedenle kaşığın şekli, özgün bir şekle bürünmediği müddetçe marka olarak tescil edilemeyecektir.

Hükmün (f) bendinde halkı mal veya hizmetin niteliği, kalitesi veya coğrafi kaynağı gibi konularda yanıltacak işaretler mutlak ret nedeni olarak sayılmıştır⁵⁴. Nelerin yanıltıcı işaret olabileceğinin tespitinde ortalama algılama düzeyine sahip tüketici esas alınmalıdır⁵⁵. Bu noktada, mal veya hizmetin hitap ettiği tüketici kitlesi de önem taşır⁵⁶. Bir işaretin yanıltıcı olup olmayacağı değerlendirilirken halkın genelinin ortalama algılama düzeyi değil, mal veya hizmetin hitap ettiği tüketici kitlesinin işareti nasıl algılayacağına göre karar verilmesi gerekir. Örneğin marka olarak tescil ettirilmek istenen işaret, bir oyuncuğa ilişkinse hitap edilen tüketici kitlesinin yetişkinlerden ziyade çocuklar olduğu, işaretin yanıltıcı olup olmadığı tespit

⁵² Arkan, S.: "Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 5.3. Maddesiyle İlgili Bazı Düşünceler", BATİDER 2017, C. 33, S. 3, s. 9.

⁵³ Yasaman, Yasaman Şerhi, s. 432.

⁵⁴ Üretilen ürün Madran yöresinden temin edilmediği halde "Pınar Madran SU" şeklinde tescil edilmiş marka, tüketiciyi coğrafi kaynak yönünden yanılttığı gerekçesiyle hükümsüz kılınmıştır. Bkz. Yargıtay 11. HD, E. 2018/2795, K. 2019/5044, T. 08/07/2019 (www.lexpera.com E.T. 04/06/2023).

⁵⁵ Arkan, Marka, s. 103; Bozer/Göle, s. 280; Karasu (Suluk/Nal), s. 179.

⁵⁶ İstanbul 1. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, E. 2017/415 K. 2019/236, T. 21.5.2019 (www.lexpera.com.tr E.T. 04/06/2023).

edilirken dikkate alınmalıdır. “Şimşek hızında araba” ya da “uçan araba” şeklinde piyasaya sürülen bir oyuncağın yetişkin ve ortalama algılama düzeyine sahip birey tarafından aslında şimşek hızında olamayacağını ya da uçamayacağını bilindiği, bu ibarelerin mübalağa olduğunun anlaşılması muhtemeldir; fakat bu durum çocuklar için geçerli olmayabilir. Söz konusu hükmün (f) bendi uyarınca fabrikada üretilen yoğurdun “Ahmet’in Köy Yoğurtları” şeklinde marka olarak tescil edilmesi de mümkün olmayacaktır. Zira, marka içerisinde geçen köy yoğurdu ifadesi tüketiciyi fabrikada üretilmediği şeklinde yanıltabilir. Benzer şekilde, Kanada’dan ithal edilen mercimeğin “Tahıl Ambarı Anadolu’dan” işaretiyle piyasaya sürülmesi, tüketiciyi mercimeğin Türkiye üretimi olduğu şeklinde yanıltabileceği için marka olarak tescil edilemeyecektir.

Paris Sözleşmesinin 2. mükerrer 6. maddesi, Birliğe üye ülkelere ait arma ve bayrak gibi hükümlerliklerini gösteren işaretlerin, Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü’ne üye ülkelerin kabul ettiği resmi kontrol ve garanti işaretleri ile damgalarının ve bunların armacılık sanatı ile yapılacak her çeşit taklitlerinin, örgüte üye ülkelere en az birinin üye olduğu uluslararası organizasyonlara, kurum ile kuruluşlara ait ad veya kısaltmaların marka olarak tescil edilemeyeceğini düzenlemektedir. Mutlak ret nedenleri içerisinde yer alan (g) ve (ğ) bentleri açısından yukarıda değinilen sözleşme hükmü önem arz etmektedir. Zira, sözleşmenin ilgili hükmünde sayılan işaretler, (g) bendi kapsamında mutlak ret nedenidir. Bununla birlikte (ğ) bendi ise yukarıda değindiğimiz kapsamda olmasa dahi kamuyu ilgilendiren, tarihsel ve kültürel değerler açısından halka mal olmuş işaretlerin ve yetkili merciler tarafından izin alınmaksızın o merciyeye ait armaların, nişanların veya adlandırılmalarının marka olarak tescil edilemeyeceğini düzenlemektedir⁵⁷.

⁵⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Nis Sınıflandırma Listesi’nin on ikinci sınıfına giren motorlu kara taşıtları vb. emtialar için “Devrim” ibaresinin kamuyu ilgilendiren, tarihi, kültürel değerler

Dini semboller ve dini değerleri içeren işaretler, ilgili hükmün (h) bendinde mutlak ret nedeni olarak sayılmıştır. Bu nedenle peygamber isimlerinin, ibadethanelere ilişkin sembollerin, ibadet için kullanılan tespih gibi araçların isminin ya da şeklinin vb. marka olarak tescil edilmesi mümkün olmayacaktır. Hükümde kastedilen dinin, toplumun büyük çoğunluğunda kabul gören dinler ile sınırlı olmayarak, toplumda yer edinmiş azınlıkların dinlerini de o dinle bağlantılı bariz işaretler açısından kapsamaması gerektiği kanaatindeyiz. Benzer yönde İsviçre Federal Mahkemesi, “Madonna” kelimesinin İtalyanca Bakire Meryem anlamına gelmesi ve toplumun büyük çoğunluğunda Madonna kelimesinin dini bir çağrışım yapmamasına karşın, İsviçre’de Roma Katolik Kilise’ne bağlı Hristiyanları rahatsız edebileceği gerekçesiyle marka olarak korunmasını reddetmiştir⁵⁸.

Kamu düzenine veya genel ahlaka aykırılık teşkil eden işaretler, hükmün (i) bendinde mutlak ret nedenleri arasında sayılmıştır. Kamu düzeni ve genel ahlak kavramları, yoruma açık ve zamanla değişebilir kavramlar olduğundan bu değerlendirme her somut duruma göre ayrı ayrı gerçekleştirilmelidir⁵⁹. Kamu düzenine aykırılık teşkil eden işarete terör örgütüne ait bayrak veya isim örnek verilebilir⁶⁰.

Mutlak ret nedeni olarak düzenlenen son durum ise tescilli coğrafi işaretlere ilişkindir. Söz konusu hükmün (i) bendine göre tescilli coğrafi işareten oluşan ya da tescilli coğrafi işareti de barındıran işaretler marka olarak tescil edilemezler⁶¹. Bu

bakımından halka mal olmuş bir ifade olduğu gerekçesiyle marka olarak tescil edilemeyeceğine ilişkin kararı onamıştır, Bkz. E. 2017/118, K. 2019/146, T. 14/02/2019 (www.karararama.yargitay.gov.tr E.T. 04/06/2023).

⁵⁸ İlgili kararın detaylı incelemesi için bkz. Arslan, M.: “İsviçre Federal Mahkemesinin “Madonna” Kararı: Dini Sembol ve Kelimelerin Marka Olarak Tescil Edilebilirliği Üzerine”, Türk-Alman Hukuk Fakültesi Dergisi 2020, C. 2, S. 1, s. 281 vd.

⁵⁹ “Kurtlar Vadisi Darbe” ibaresinin marka olarak tescili için açılan davada, “Darbe” kelimesinin karar tarihinden bu yana geçen süre içinde kamuoyunu sıklıkla meşgul ettiği ve kamuoyunda doğrudan 15 Temmuz Darbe Kalkışmasını çağrıştırdığı, bu nedenle söz konusu ibarenin kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle dava reddedilmiştir. Bkz. Yargıtay 11. HD, E. 2021/279, K. 2022/4027, T. 25/05/2022, (www.lexpera.com E.T. 04/06/2023).

⁶⁰ Uzunallı, Marka, s. 65; Çağlar (Ayhan/Yıldız/İmirlioğlu), s. 62.

⁶¹ C2009/007 sayılı tescilli coğrafi işaret belgesine göre; "Rakı" emtiyasının Türkiye Cumhuriyeti üretim alanı içinde tescilli olduğu, markanın içerdiği “35” ibaresinin tüketici tarafından hacim ile değil,

nedenle “Ezine peyniri⁶²” ya da “Eskişehir lüle taşı⁶³” ifadeleri marka olarak tescil edilemeyecektir.

Son olarak eklemek gerekir ki, söz konusu hükmün 2. fıkrasına göre, kullanım yoluyla ayırt edici nitelik kazanan işaret, aynı hükmün (b), (c) ve (d) bentlerine göre mutlak ret nedeni sayılmaksızın tescil edilebilirler. İşaretin kullanım yoluyla ayırt edicilik kazanarak marka olarak tescili aşağıda detaylı olarak ele alınacaktır⁶⁴.

1.1.5.2 Nispi Ret Nedenleri

Marka başvurusunun nispi ret nedenleri Sınai Mülkiyet Kanunu’nun 6. maddesinde düzenlenmiştir. Daha önce değindiğimiz üzere bir işaretin karıştırılmaya neden olabilecek kadar başka bir marka ile aynı ya da benzer olması halinde marka olarak tescil edilmesi mümkün değildir. Bu durum hem mutlak ret nedenleri içerisinde hem de nispi ret nedenleri içerisinde sayılmıştır. Anılan hükmün 1. fıkrası, bir işaretin tescilli bir marka ya da tescil başvurusu daha önce gerçekleştirilmiş bir işaret ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzeri olması ve kapsadığı mal veya hizmetlerin de aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olması halinde halk nezdinde birbirleri ile ilişkilendirilme veya karıştırılma ihtimali varsa, itiraz üzerine başvurunun reddedileceğini düzenlemektedir⁶⁵. Aralarında aynılık veya benzerlik bulunan mal veya hizmetlerin kapsamının tespitinde Türkiye’nin de tarafı olduğu Nis Anlaşması uyarınca ulusal ve uluslararası sınıflandırmaya ilişkin düzenlemeler değerlendirme

İzmir ili ile bağdaştırılmasının muhtemel olduğu ve tüketici nezdinde “İzmir iline ait farklı özelliklerdeki rakı” şeklinde bir algı oluşacağı gerekçesiyle söz konusu işaretin marka olarak tescil edilemeyeceğine karar verilmiştir. Bkz. Ankara 5. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, E. 2020/220, K. 2021/98, T. 3.3.2021 (www.lexpera.com E.T. 04/06/2023).

⁶² Dosya no. C2006/004 (ci.turkpatent.gov.tr E.T. 04/06/2023).

⁶³ Dosya no. C1997/002 (ci.turkpatent.gov.tr E.T. 04/06/2023).

⁶⁴ Bkz. Bölüm 2, 2.3.1 vd.

⁶⁵ “...Davacının “LUK” ve “LUKOİL” unsurlu çok sayıda markası ile davalının “luk lubricants” başvuru markası arasında görsel ve işitsel benzerlik bulundu, aynı veya ilişkilendirilecek türden mal/hizmet yönünden markaların karıştırılma ihtimalinin varlığının kabulü sebebiyle davacı yararına bozulmasına...”, Bkz. Yargıtay 11. HD, E. 2020/7285, K. 2022/1942, T. 15/03/2022 (www.lexpera.com E.T. 04/06/2023).

yapabilmek için kolaylık sağlasa da bu sınıflandırma listeleri bağlayıcı kurallar değildir⁶⁶. Dolayısıyla bir işaretin, başka bir marka hakkının sağladığı koruma kapsamına girip girmediği tespit edilirken somut uyuşmazlığa göre değerlendirilmelidir. Bir işaretin başka marka ile karıştırılma ihtimalinin olup olmadığı değerlendirilirken markanın hitap ettiği tüketici çevresinin dikkate alınması da önem arz etmektedir⁶⁷.

Marka sahibi, ticari vekili veya temsilcisi aracılığıyla markasını Türkiye’de tescil ettirme şansına sahiptir. Ticari vekil veya temsilci, markayı kendi adına marka sahibinin izni olmaksızın tescil ettirmek amacıyla veya markanın aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kendi adına tescil ettirmek amacıyla başvuruda bulunursa, bu durumda marka sahibinin nispi ret nedeninin varlığı sebebiyle itiraz hakkı gündeme gelecektir. Marka sahibine tanınan itiraz hakkı, nispi ret nedeni olarak ilgili hükmün 2. fıkrasında düzenlenmiştir.

Kural olarak, tescil edilmemiş fakat marka gibi kullanılan işaret, haksız rekabet hükümlerine göre korunur. Sınai Mülkiyet Kanunu, 6. maddesinin 3. fıkrasında bu duruma bir istisna getirilerek, tescil edilmeden marka gibi kullanılan işareti veya ticaret esnasında bir işareti kullanarak hak elde eden kişiye, kendisinden sonra söz konusu işaret için marka başvurusu yapıldığı takdirde itiraz hakkı tanımıştır⁶⁸. Böylece bir işareti ilk kez kullanan ve o işareti piyasada bilinir hale getiren kişi⁶⁹, haksız rekabet hükümlerine başvurmaksızın ilgili hükümde tanınan hak aracılığıyla kendisinden

⁶⁶ Uzunallı, S.: “Marka Hukukunda Malların ve/veya Hizmetlerin Benzerliğinin Tespiti Sorunu”, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, İstanbul 2017, s. 682.

⁶⁷ Bkz. Bölüm 1, 1.1.5.1.

⁶⁸ “Dosya kapsamında toplanan deliller ve bilirkişi raporu dikkate alındığında; davacının ilk olarak bu işareti kurduğu işletmede kullandığı, 2017 yılında düzenlenen fatura ve reklam formlarında "...” ibaresini kullandığı, ... kanallarında belli bir tanıtımın yaptığı, davalının tescilinden çok daha önce davacının işaretinin tanıtımı ve ayırt edici nitelik kazanması için emek ve para harcadığı, bunun sonucunda yerelden çok geniş coğrafyada belirli bir ölçüde ayırt edicilik kazandırdığı anlaşılma davacının davasını SMK.m.6/3 uyarınca kabulüne karar vermiştir.” Bkz. İzmir 1. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, E. 2019/157, K. 2021/106, T. 30.6.2021 (www.lexpera.com E.T. 04/06/2023).

⁶⁹ Uzunallı, Marka, s. 100.

sonra yapılan marka başvurusuna itiraz edebilecektir. Hükümde bahsi geçen “ticaret sırasında kullanılan bir başka işaret” ifadesi ile, haksız rekabet dışında özel olarak korunmayan tescilsiz işletme adı ya da tescilsiz ticaret unvanı gibi işaretler de söz konusu korumadan yararlanabilecektir⁷⁰.

Paris Sözleşmesi'nin 1. mükerrer 6. maddesi herkes tarafından bilindiği düşünülen markaları, bir başka ifadeyle tanınmış markaları düzenlemektedir. Tanınmış markanın tanımı ne Paris Sözleşmesi'nde ne de Sınai Mülkiyet Kanunu'nda yapılmıştır. Bununla birlikte, öğretide yapılan tanımlamalar ışığında; sadece ilgililer tarafından değil, ilgisi olmayanlar tarafından da bilinen, dünya çapında olmasa da yurt içi ve yurt dışı çevrelerde bilinirliği bulunan, aynı çevredeki kişilerde refleks şeklinde bir çağrışım oluşturan markalara tanınmış markalar denilebilir⁷¹. Sınai Mülkiyet Kanunu da, Paris Sözleşmesi ile paralel olarak 6. maddesinin 4. fıkrasında tanınmış marka sahibine, kendi markası ile aynı veya benzer marka başvuruları için, aynı veya benzer mal veya hizmetler bakımından itiraz hakkı tanımıştır⁷².

Benzer bir durum, Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 6. maddesinin 5. fıkrasında düzenlenmiştir. İlgili hükmün 1. fıkrasının karşıt yorumundan anlaşılacağı üzere tescil edilmiş veya tescil başvurusu daha önce gerçekleşmiş bir markanın, farklı mal veya hizmetler için kullanılmasına bir engel yoktur. Kanun koyucu 5. fıkra söz konusu duruma tanınmış markalar için bir istisna getirerek, tüm Türkiye'de tanınmış

⁷⁰ Arkan, Marka, s. 109, dn. 172.

⁷¹ Tekinalp, s. 411; Arkan, Ticari İşletme, s. 310; Kayıhan, Ş.: “Yargıtay Kararları Işığında Tanınmış Marka”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 2003, C. 7, S. 1-2, s. 426. Tanınmış marka konusunda detaylı bilgi için bkz. Dirikkan, H.: Tanınmış Markanın Korunması, Ankara 2003, s. 85 vd.

⁷² “"Crocodile" sözcüğünün, ülkemizde ortalama bir tüketici tarafından İngilizce “timsah” anlamına geldiğinin bilinmesi şüphesiz olup, “Timsah Şekli” markasının giyim sektörü veya bu sektörün dışında kalan farklı mal ve hizmetler açısından “CROCODILE” ibareli işaretin marka olarak tescil edilmesi halinde davacının markasının itibarının zedelenebileceği, davacı aleyhine haksız bir yarar sağlanacağı ve davacının markasının ayırt edici niteliğinin zedelenebileceğinin kabulü gerekir.” Bkz. Yargıtay HGK, E. 2013/1885, K. 2015/1161, T. 08/04/2015 (www.karararama.yargitay.gov.tr E.T. 04/06/2023).

olmamakla birlikte Türkiye'nin önemli bir kısmında tanınan tescil edilmiş veya tescil başvurusu daha önce yapılmış marka/başvuru sahibinin, "tanınmışlık düzeyi" sebebiyle haksız bir yarar sağlanacağı, markanın itibarının zarar görebileceği veya ayırt ediciliğinin zedelenebileceği hallerde aynı, benzer veya farklı mal ve hizmetler için yapılan marka başvurularına itiraz hakkı bulunmaktadır⁷³.

Bir başkasına ait kişi ismini, ticaret unvanını, fotoğrafını, telif hakkını veya herhangi bir fikri mülkiyet hakkını içeren marka başvurusu için, hak sahibine ilgili hükmün 6. fıkrasında itiraz hakkı tanınmıştır⁷⁴.

Yenilememe sebebiyle marka koruması sona eren önceki marka sahiplerinin de nispi ret nedenleri arasında itiraz hakkı mevcuttur. Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 6. maddesinin 8. fıkrasına göre yenilememe sebebiyle sona eren önceki marka sahibi, korumanın sona ermesinden itibaren iki yıl içinde ve markanın bu iki yıl içerisinde kullanılmış olması kaydıyla, söz konusu marka ile aynı veya benzer işaretin, markayı içeren aynı veya benzer mal ile hizmetler için tesciline itiraz hakkına sahiptir. Bu itiraz, ortak marka veya garanti markası açısından korumanın sona ermesinden itibaren üç yıl içinde ortak marka veya garanti markası ile aynı veya benzer olan işaretlerin, aynı veya benzer hizmetler için tescil edilmek istendiği takdirde söz konusu olacaktır (SMK m. 6/7).

İlgili hükümde düzenlenen son nispi ret nedeni ise kötüniyete ilişkindir. Bahsi geçen hükmün 9. fıkrasına göre kötüniyetle yapılan marka başvuruları itiraz üzerine reddedilir⁷⁵. Esasında, bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeninin

⁷³ Arkan, Ticari İşletme, s. 312.

⁷⁴ Davacı, davalının kendisinden izinsiz olarak murisinin oluşturduğu on kitaplık serinin ismini marka olarak tescil ettirdiği gerekçesiyle hükümsüzlüğünü talep etmiştir. Davalının hükümsüzlük kararına ilişkin talebi Yargıtay tarafından reddedilmiştir. Bkz. Yargıtay 11. HD., E. 2016/850, K. 2017/4011, T. 22/06/2017 (www.karararama.yargitay.gov.tr E.T. 04/06/2023).

⁷⁵ "VOUGE ART" şeklinde tescil edilen markanın hükümsüzlüğüne ilişkin olarak, davacının "VOUGE" markasının tanınmışlığından yararlanarak kötüniyetle tescil ettirildiğine ilişkin iddialar haklı bulunmuş ve "VOUGE ART" markasının hükümsüzlüğüne karar verilmiştir. Bkz. Yargıtay 11. HD., E. 2020/2150, K. 2021/2710, T. 22/03/2021 (www.karararama.yargitay.gov.tr E.T. 04/06/2023).

korumayacağı Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla kötünîyetle yapılan marka başvuruları, söz konusu hüküm olmasa dahi Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi kapsamında değerlendirilebilecektir.

Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 6. maddesinin 9. fıkrasının ilgililere itiraz hakkı tanınması açısından nispi ret nedenleri arasında sayılmasının kötünîyetin hiçbir şekilde korunmayacağını vurguladığını düşünmekle beraber, kötünîyetin kamu düzeni ile de ilgili olması sebebiyle tıpkı karıştırılmaya neden olabilecek işaretlerde olduğu gibi, bu konunun mutlak ret nedenleri arasında da sayılarak TÜRKPATENT'in de resen incelemesinin daha yerinde olacağı kanaatindeyiz⁷⁶.

1.1.6 Markanın Tescil Süreci

Markanın tescili için başvuru TÜRKPATENT'e yapılır. Başvuru için gerekli belgeler Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 11. maddesinde sayılmıştır. Anılan Kanun'un 3. maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları, Türkiye sınırları içinde yerleşim yeri olan veya sınai ya da ticari faaliyet gösteren gerçek veya tüzel kişiler, Paris Sözleşmesi veya Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşmasına göre başvuru hakkı bulunan kişiler ve karşılıklık ilkesi uyarınca Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarına sınai mülkiyet hakkı koruması sağlayan devletlerin vatandaşları başvuru hakkına sahiptir. Yerleşim yeri Türkiye'de bulunmayanların başvuruyu marka veya patent vekili aracılığıyla yapması gerekmektedir.

Başvuru, önce şekil ardından esas bakımından incelenir. Şekli incelemede başvuran kişinin Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 3. maddesinde sayılan kişilerden olup olmadığı ve aynı Kanun'un 11. maddesinde sayılan belgelerin varlığı ile uygunluğu ele alınır. Marka başvuru anı, sahibine öncelik tanınması açısından önemlidir. Zira marka sahipliğinde önceliğin kimde olduğu tespit edilirken tescil değil, başvuru tarihi

⁷⁶ Benzer yönde bkz. Arkan, Ticari İşletme, s. 313, dn. (2).

esas alınır. Dolayısıyla şekli inceleme esnasında eksiklik tespit edilirse, eksikliklerin giderildiği tarih marka önceliğinin tespitinde esas alınacaktır. Şekli eksiklik iki ay içerisinde giderilmezse başvuru işleminden kaldırılır.

Türkiye, Madrid Protokolü'nün tarafı olduğu için, Protokol kapsamında gerçekleştirilen bir uluslararası başvuru TÜRKPATENT'e doğrudan yapılan bir başvuru ile aynı sonuçları doğuracaktır⁷⁷. Bu husus, Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 14. maddesinde ele alınmış, 12. maddesinde ise yabancı bir ülkede yapılan marka tescil başvurusu sahibine Türkiye'de rüçhan hakkı tanınmıştır. Rüçhan hakkı, bir markanın ilk kez tescil edilip, başka ülkelerde de korunması istenirken; başka ülkelerde de koruma için başvurana kadar geçecek sürede bir başkası tarafından tescil edilmesinin veya kullanılmasının engellenmesi amacıyla getirilmiştir⁷⁸. Rüçhan hakkı sahibi, markası için başvuru yaptığı tarihten itibaren altı ay boyunca Türkiye'de yapacağı başvurularda önceliğe sahip olacaktır⁷⁹. Aynı hüküm markanın kullanılacağı mal veya hizmetlerin resmi açılış tarihinden önce markayla birlikte sergide teşhir edilmesi halinde de rüçhan hakkı öngörmektedir. Rüçhan hakkı ilk başvurunun gerçekleştirildiği devletin yetkili makamından alınan belge ile ileri sürülür.

Marka başvurusu, şekli incelemeyen geçmesi halinde esastan incelemeye tabi tutulur ve bu aşamada önce mutlak ret nedenlerinin var olup olmadığı TÜRKPATENT tarafından değerlendirmeye alınır. Mutlak ret nedenlerinden birinin veya birkaçının tespiti halinde başvuru reddedilir; herhangi bir mutlak ret nedeni söz konusu değilse

⁷⁷ Kırca, s. 31 vd.

⁷⁸ Kırca, s. 53; Uzunallı, Marka, s. 51.

⁷⁹ "... Davacının "LEADER" ibareli işaretin tescili için WIPO nezdinde 24/03/2005 tarihinde başvurduğu, davalının ise "LİDER" ibareli işaretin tescili için WIPO nezdinde 13/06/2005 tarihinde başvurduğu dosya kapsamı ile kesindir. Bu nedenle davacının başvuruda öncelik hakkına sahip olduğu ve marka korumasının, WIPO nezdinde başvuru tarihi olan 24/03/2005 tarihinden itibaren başladığı kabul edilmelidir." Yargıtay HGK, E. 2017/139, K. 2020/765, T. 14/10/2020 (www.karararama.yargitay.gov.tr E.T. 04/06/2023).

nispi ret nedenlerine ilişkin itirazların yapılabilmesi adına başvuru, marka bülteninde yayımlanır.

Başvurunun mutlak ret nedeni sebebiyle reddedilmesi halinde başvuru sahibi kararın bildiriminden itibaren iki ay içinde TÜRKPATENT'e itirazda bulunabilir. Nispi ret nedeniyle itiraz hakkına sahip kişiler de başvurunun marka bülteninde yayımlanmasından itibaren iki ay içinde başvuruya itiraz etmelidir. TÜRKPATENT'in itiraz sonucuna ilişkin aldığı karara karşı aleyhine karar verilen başvuru sahibi veya itiraz sahibinin tekrar itiraz hakkı mevcuttur. İkinci itirazın incelemesini Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu gerçekleştirir ve alacağı karar nihaidir⁸⁰.

Esastan yapılan incelemenin ardından herhangi bir ret nedeninin bulunmaması veya bir itiraz bulunmaması ya da yapılan itirazların değerlendirilip nihai olarak reddedilmesi hallerinde tescil süreci tamamlanır. Bu durumda marka, Marka Sicili'ne kaydedilerek Marka Bülteni'nde ilan edilir. Tescil, başvuru tarihinden itibaren geçerli olacak şekilde hüküm ve sonuç doğurur.

1.1.7 Marka Hakkının Sağladığı Hukuki Koruma

Marka, tescil ile koruma sağlar. Bu kapsamda nelerin korunmadan yararlanacağı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 7. maddesinde düzenlenmiştir. Tescilli marka hakkını kullanma yetkisi münhasıran marka sahibine tanınmıştır. Dolayısıyla marka sahibi, izinsiz olarak yapılan bazı fiillerin önlenmesini talep edebilir. Marka sahibinin önlenmesini talep edebileceği fiiller Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 7. maddesinin 2. fıkrasında sırasıyla şu şekilde sayılmıştır:

“a) Tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin, tescil kapsamına giren mal veya hizmetlerde kullanılması.

⁸⁰ Çağlar (Ayhan/Yıldız/İmirlioğlu), s. 51.

b) Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerle aynı veya benzer mal veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk tarafından tescilli marka ile ilişkilendirilme ihtimali de dâhil karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılması.

c) Aynı, benzer veya farklı mal veya hizmetlerde olmasına bakılmaksızın, tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve Türkiye’de ulaştığı tanınırlık düzeyi nedeniyle markanın itibarından haksız bir yarar elde edecek veya itibarına zarar verecek veya ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikteki herhangi bir işaretin haklı bir sebep olmaksızın kullanılması.”

Sayılan ilk iki hal, aynı veya benzer mal ve hizmetler için geçerlidir. Üçüncü halde ise tanınmış markalara özel olarak kapsam geniş tutulmuş; aynı ya da benzerliğin bulunduğu mal veya hizmetin ne olduğuna bakılmaksızın marka sahibine itiraz hakkı tanınmıştır.

Marka sahibinin marka hakkının zedelenmesine neden olan işaretin ticaret alanında kullanılması halinde söz konusu hükmün 2. fıkrasına dayanarak, aynı hükmün 3. fıkrasında sayılan yasaklamalar getirilebilir. Anılan düzenlemelere göre, işaretin mal veya ambalaj üzerine konulması, işareti taşıyan malların piyasaya sürülmesi, teslim edilebileceğinin teklif edilmesi, bu amaçlarla stoklanması veya işaret altında hizmetlerin sunulması ya da sunulabileceğinin teklif edilmesi, işareti taşıyan malın ithal ya da ihraç edilmesi, işaretin teşebbüsün iş evrakı ve reklamlarında kullanılması, işareti kullanan kişinin işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bağlantısı olmaması kaydıyla işaretin aynı veya benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük veya benzeri biçimlerde kullanılması, işaretin ticaret unvanı veya işletme adı olarak kullanılması ve

son olarak işaretin hukuka uygun olmayan şekilde karşılaştırılmalı reklamlarda kullanılması yasaklanabilir.

Marka sahibinin, markadan doğan hakkı sınırsız değildir. Kanun koyucu bu hakka birtakım sınırlamalar da getirmiştir. Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 7. maddesinin 5. fıkrasında düzenlenen sınırlamalar:

“(5) Marka sahibi, üçüncü kişiler tarafından dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içinde, markasının aşağıda belirtilen biçimlerde kullanılmasını engelleyemez:

a) Gerçek kişilerin kendi ad veya adresini belirtmesi.

b) Malların veya hizmetlerin türüne, kalitesine, miktarına, kullanım amacına, değerine, coğrafi kaynağına, üretim veya sunulmuş zamanına ya da diğer niteliklerine ilişkin açıklamalarda bulunulması.

c) Özellikle aksesuar, yedek parça veya eşdeğer parça ürünlerinde, malın ya da hizmetin kullanım amacının belirtilmesinin gerekli olduğu hâllerde kullanılması.” şeklindedir.

Fikri haklara konu olan ürünler hak sahibi tarafından satıldıktan sonra, sonraki satışlara hak sahibi tarafından müdahale edilemez⁸¹. Bu durum, hakkın tüketilmesi olarak adlandırılmaktadır. Hakkın tüketilmesi hem fikri hem de sınai haklar için geçerli olan ve serbest rekabet ortamının sağlanabilmesi için getirilmiş bir ilkedir⁸². Örneğin bir fikri eser, sahibi tarafından ya da sahibinin izni ile piyasaya sürüldüğünde eser sahibinin yayma hakkı tükenmiş olur⁸³. Bu doğrultuda, markanın da esasında bir fikri ürün olmasının doğal sonucu olarak marka sahibi marka hakkının tüketilmesi ihtimalini gözetmeli, üçüncü kişilere markasını kullanma izni verdiği takdirde (lisans

⁸¹ Suluk (Karasu/Nal), s. 11.

⁸² Küçükali, C.: Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Fikri Mülkiyet Hakkı Sahibinin Yayma Hakkının Tükenmesi, İstanbul 2020, s. 2.

⁸³ Örnek için bkz. Küçükali, s. 2.

vb.) veya markalı mal veya hizmetini piyasaya sürmeye izin verdiği bir durumda markalı malların piyasada el değiştirebileceğini kabul ederek hareket etmelidir. Zira mallar piyasaya sürüldükten sonra marka sahibi marka hakkına dayanarak malların piyasada dolaşımını önleyemeyecektir⁸⁴.

Marka hakkının sağladığı hukuki koruma, başvuru tarihinden itibaren on yıldır, bu koruma marka sahibinin talebi üzerine onar yıllık dönemlerle yenilenebilir (SMK m. 23). TÜRKPATENT'e yapılacak yenileme talebi, marka hakkının sağladığı korumanın sona ereceği tarihten altı ay önce, yenileme ücretinin ödendiğine ilişkin bilgi ile gerçekleştirilir. Hak sahibi bu talebi, korumanın sona ermesinin ardından altı ay içinde ek ücret ödeme kaydıyla da gerçekleştirebilir. Yenileme süresinin kaçırılmasının ardından markanın yeniden tescil edilebilmesi önünde bir engel yoktur⁸⁵.

1.2 Koku Kavramı

Koku, isim olarak “nesnelere yayılan küçücük zerrelerin burun zarı üzerindeki özel sinirlerde uyandırdığı duygu” şeklinde tanımlanırken, dilimizde mecazen “belirti, işaret” anlamında da kullanılmaktadır⁸⁶. Koku doğada kendiliğinden bulunabilir (doğal koku) veya insan eli ile üretilebilir (sentetik koku). Yukarıda ayrıntılı olarak ele aldığımız marka kavramı ve marka hukukunun kokular açısından uygulanabilirliğini irdelemeden önce, koku kavramını, koku çeşitlerini ve kokunun hukuki niteliğini incelememiz isabetli olacaktır.

Beş duyumuz arasından koku alma duyusu ile algılanan, havada veya bazen suda çözülmüş halde bulunan moleküllere koku denmektedir⁸⁷. 2002 yılında Millward

⁸⁴ Arkan, Ticari İşletme, s. 322; Bozer/Göle, s. 302.

⁸⁵ Çağlar (Ayhan/Yıldız/İmirlioğlu), s. 115.

⁸⁶ Türk Dil Kurumu (www.sozluk.gov.tr E.T. 04/06/2023).

⁸⁷ Kandemir, S./Bayar Muluk, N.: “Koku Fizyolojisi ve Koku Testleri: Derleme”, Türk Klinik ve Laboratuvar Dergisi 2016, C. 7, S. 2, s. 49.

Brown'ın gerçekleştirdiği araştırmaya göre koku, beş duyu arasında görmeden sonra en önemli duyu olarak belirlenmiştir⁸⁸.

Koku hariç diğer temel duyularımız, önce limbik sistem içerisindeki talamusa⁸⁹ ulaşarak filtrelenip, daha önce depolanmış bilgiler ile ilişkilendirilerek algıya dönüşür. Koku ise, diğer duyularımızdan farklı olarak; havada veya suda çözülmüş bulunan molekül sayısı ve yoğunluğuna göre, talamusa uğramadan, beyinde bulunan olfaktör sinir sayesinde tüm duyulardan daha hızlı şekilde algılanır⁹⁰. Bir başka ifadeyle, diğer duyularımızın aksine koku alma duyusu, beyin duyguları kontrol eden bölümüne direkt ve ayrıcalıklı şekilde erişebilen tek duyumuzdur⁹¹. Latince koku manasına gelen “olfactus” ve Yunanca ölçüm anlamına gelen “metron” kelimelerinden türetilmiş olan olfaktometre, kokuyu ölçmeye yarayan yöntemdir⁹². Parfüm üreticileri söz konusu yöntem ile elde edilen ölçüyü olfaktör değer olarak adlandırmışlardır⁹³.

Kokuyu diğer temel duyularımızdan ayıran en önemli özelliği kokunun hızlıca ve direkt algılanışından ibaret değildir. Koku alma duyusunu diğer duyulardan ayıran bir diğer önemli fark ise duyularımızın algılanma sürecinin gerçekleştiği limbik sistemin içerisinde hatırlama eyleminin de gerçekleşmesi ve koku hariç diğer duyularımızın limbik sisteme dolaylı yoldan ulaşırken, kokunun doğrudan limbik sisteme ulaşması sebebiyle ilgili sistemde hafıza ile güçlü bir bağlantı sağlamasıdır⁹⁴. Koku hafızası olarak adlandırılan bu durum, kokunun ticaret hayatında halihazırda etkin olarak kullanılmasının yanında, 2000'li yıllardan itibaren işletmelerin ve üreticilerin sıkça

⁸⁸ Lindstrom, M.: Duyular ve Marka: 5 Duyuyla Güçlü Markalar Yaratmak, İstanbul 2005, s. 80 vd.

⁸⁹ Talamus, koku hariç, diğer duyular ile algılanan sinyalleri beyne ileten ara beyin bir parçasıdır. Detaylı bilgi için bkz. Türkel, T./Terzi, M.: “Talamus'un Anatomik ve Fonksiyonel Önemi”, On Dokuz Mayıs Üniversitesi Tıp Dergisi 2007, C. 24, S. 4, s. 144 vd.

⁹⁰ Özgür, E.: “Olfaktör Sinir Rejenerasyonu”, Koku ve Tat Algısı, 2. Baskı, Ankara 2019, Editör: Yalçınkaya, E., s. 35.

⁹¹ Ozan, V: Kokular Kitabı I, İstanbul 2021, 9. Baskı, s. 33.

⁹² Ozan, Kokular, s. 325.

⁹³ Yarsuvat, İ.: Kokunun Hukuken Korunması, İstanbul 2022, s. 21.

⁹⁴ Ozan, Kokular, s. 30.

uygulamaya başladığı duyusal markalama modelinin en önemli unsurlarından biri haline gelmesine de neden olmuştur⁹⁵. Koku ile duyusal markalama modelinin kullanması oldukça yaygınlaşmış, hatta markalara özel kokular tasarlayan ve üreten ayrı bir sektör doğmuştur. Ülkemizden bir örnek vermek gerekirse, 2008 yılında İstanbul'da kurulan Scentlinq şirketi; ürettiği yüz yirmiden fazla koku seçeneği ile, kırktan fazla ülkeye hizmet verdiğini; Calvin Klein, Nike, Tommy Hilfiger, Vakko gibi tanınmış markaların duyusal markalama amacıyla Scentlinq'in hizmetlerinden yararlandığını belirtmektedir⁹⁶.

1.2.1 Koku Çeşitleri

Kokuyu, doğal koku ve sentetik (doğal olmayan) koku olarak sınıflandırmak mümkündür.

1.2.1.1 Doğal Kokular

Doğal kokular, doğada kendiliğinden bulunan; insan eli ile üretilmemiş kokulardır. Denizden gelen iyot kokusunu, çam ağacından gelen çam kokusunu, yasemin kokusunu doğal kokulara örnek olarak verebiliriz. Bazen doğal koku, insanın ya da bir başka canlının müdahalesi ile açığa çıkabilir. Örneğin, yapısında koku veren yağlar barındıran ağaçlar, ahşaba dönüştürmek için mekanik ve kimyasal işlemlerden geçerken içerdiği yağların ortaya çıkması sonucu genellikle ahşap kokusu olarak bilinen hoş bir koku salgırlar⁹⁷. Bu durum, ahşap kokusunun doğal bir koku olmadığı şeklinde yorumlanmamalıdır. İnsan müdahalesi sonucu ortaya çıkan bu koku, esasında

⁹⁵ Duyusal markalama, tüketici ile üretici arasında daha güçlü ve duygusal bağlar elde etmek, markaların tercih ve algılama sürecinde daha öncelikli bir hale gelmesini sağlamak amacıyla; geleneksel markalama yöntemleri olan işitsel veya görsel işaretlere ilave olarak, koku ve doku gibi unsurların da üretim ve pazarlama sürecinde kullanılmasıdır. Detaylı bilgi için bkz. Pekar, E.: Duyusal Markalama ve Tüketicilerin Marka Algısında Duyusal Markalamanın (Beş Duyununun) Rolü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bursa 2017, s. 55 vd.

⁹⁶ Bkz. (www.scentlinqpro.com E.T. 04/06/2023).

⁹⁷ Topay, M./Şirin, G.: "Koku İhtiva Eden Ağaç Oduklarının Peyzaj Mimarlığında Uygulamalarında Kullanımına İlişkin Genel Bir Değerlendirme", Mimarlık Bilimleri ve Uygulama Dergisi 2019, C. 4, S. 1, s. 92.

ahşabın yapıldığı ağacın doğal özelliklerinden ötürü meydana gelmektedir. Aynı şekilde taze sıkılmış portakalın kokusu ya da çimleri yeni biçilmiş bahçeden gelen çim kokusu da doğal kokulardır. Bu kokular insan müdahalesi sonucu ortaya çıkmış olsa bile, insan eliyle üretilmemiştir. Buradaki müdahale; olmayan bir kokuyu yaratmak değil, halihazırda maddenin içerisinde var olan kokuyu ortaya çıkaracak ya da daha iyi algılanmasını sağlayacak bir hareketten ibarettir. Zira, bir atın çimler üzerinde koşması da biçilmiş çim gibi bir koku çıkmasına neden olabilecektir. Eklemek gerekir ki, doğal kokuların kesin olarak her koşulda ayırt edici olduğunu söylemek güçtür.

1.2.1.2 Sentetik Kokular

Doğada kendiliğinden var olmayıp, insani bir çabanın sonucunda elde edilen kokular, sentetik kokulardır. Bu kokular; kimyasal bazı çalışmalarla üretilebileceği gibi, genellikle parfümlerde olduğu üzere doğal kokuya sahip bitki ve çiçeklerden elde edilen esans eşliğinde, insan eliyle üretilmiş sentetik koku moleküllerinin birleştirilmesiyle de meydana gelebilir⁹⁸.

Günümüzde sentetik koku denince akla ilk başta parfümler gelmektedir. Parfümlerin üretimi ve kullanımı, ateşin keşfine kadar uzanmaktadır. Zira parfüm kelimesinin kökeni, Latince “duman vasıtasıyla koku” olarak çevirebileceğimiz “per fumum” ifadesinden gelmektedir ve ateşin keşfinin ardından, ateş sayesinde çıkan kokuların da keşfedilmesiyle, parfümün ilk ve ilkel örneklerinin kullanılmaya başlandığı düşünülmektedir⁹⁹. Başlarda ibadet etmek amacıyla kullanılan bu parfümler, zamanla güzellik aracı olarak kullanılmaya devam etmiş; kimya biliminde

⁹⁸ Ozan, V.: Kokular Kitabı II- Parfümler, 6. Baskı, İstanbul 2021, s. 151.

⁹⁹ Demir, B./Timur, S./Gürsoy, N.: “Parfümler: Formülasyonları, Dünü, Bugünü ve Yarını”, Hacettepe Üniversitesi Eczacılık Fakültesi Dergisi 2020, C. 40, S. 1, s. 22.

yaşanan gelişmeler ışığında ve sanayi devriminin gerçekleşmesi ile de günümüz anlamındaki parfüm üretim ve tüketim süreci başlamıştır¹⁰⁰.

Eklemek isteriz ki, tamamen doğal kokulardan oluşan parfümler elbette mevcuttur lakin hem çok maliyetli olduğu hem de süreklilik sağlanamadığı için tercih edilmemektedir¹⁰¹. Parfüm denildiğinde aklımızda canlanan, mağazalarda satılan, günlük hayatta kullandığımız kokuları içeren ürünlerin esasında doğala çok yakın olsalar bile gerek maliyetleri gerek süreklilik sağlanması gerekse raf ömrü gibi nedenlerle tamamen doğal olarak üretilmeleri güçtür¹⁰². Bu nedenle parfümler çoğunlukla doğal kokuyu oluşturan kimyasal formülün laboratuvar ortamında birebir simüle edilmesiyle üretilmekte veya doğal kokunun kendi esansı olabildiğince korunarak, mevcut teknoloji sayesinde doğal kokuyu meydana getiren moleküllerden sadece tüketiciye zarar verenlerin esansın içinden ayrıştırılmasıyla elde edilmektedir¹⁰³. Dolayısıyla parfüm denildiğinde aklımızda canlanan ürün, çok büyük ihtimalle sentetik kokuları içermektedir. Bu sentetik koku tamamen insan eli ile üretilbileceği gibi, doğal kokular ile sentetik kokuların karışımından oluşabilir veya doğal kokulara yapılan teknolojik bir müdahale sonucu sentetik koku haline getirilmiş olabilir. Bu nedenle parfümleri de sentetik kokular içerisinde ele almamız yanlış olmayacaktır.

Sentetik kokular, sadece kozmetik amaçlı kullanılan parfümlerde değil; deterjanlarda, kırtasiye ürünlerinde, cilt bakım ürünleri içerisinde, oyuncaklarda,

¹⁰⁰ Bilgeç, H./Sunca, N.: “Bir Sanat Formu Olarak Kokunun Markalaşma Süreci İçin Verilen Mücadele: Chanel No. 5 Örneği ve Parfümlerin Marka Olarak Tesciline İlişkin Düşündükleri”, *Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk Cilt 3*, İstanbul 2022, Editörler: Üskül Engin, Z./Kara, D./Kuğuoğlu Altınışık, D., s. 143 vd.

¹⁰¹ Ozan, Parfümler, s. 546.

¹⁰² Ozan, Parfümler, s. 546.

¹⁰³ Ozan, Parfümler, s. 547.

makyaj malzemelerinde ve hatta sigara gibi çeşitli ürünlerde kullanılmaktadır¹⁰⁴.

1.2.2 Kokunun Hukuki Niteliği

Hukuki anlamda eşya; maddi varlığı bulunan, sınırları belli olan, üzerinde fiili ve hukuki hakimiyet kurulabilen şeylerdir¹⁰⁵. Her maddi varlığı bulunan ya da sınırları belli olan şeyler hukuki anlamda eşya olmamakla birlikte, bu şeyleri eşya olarak nitelendirebilmemiz için yukarıda saydığımız üç unsuru da içermesi gerekir. Eşya, aynı hakların konusunu oluşturur¹⁰⁶. Dolayısıyla malikten ya da zilyetlikten bahsedilebilmesi için eşyanın varlığı gerekecektir.

Katı maddelerin eşya niteliğini tespit etmek nispeten daha kolaydır zira sınırları bellidir. Sıvılar ve gazlar için ise durum biraz daha karmaşıktır. Öğretide bir görüş, eşya olmak için gereken koşullardan birinin maddi bir mal olması gerektiği; maddi malın ise cismani bir varlığı bulunan, hissedilen veya mekanda sınırlı bir yer kaplayan şeyler olduğu, sıvılar ile gazların da mekanda sınırlı bir yer kaplaması sebebiyle eşya olabileceği yönündedir¹⁰⁷. Diğer bir görüş ise, sıvıların ve gazların ancak buldukları kabın biçimini almak suretiyle, daha açık bir ifade ile bir kabın içine sıkıştırılmaları halinde eşya olarak nitelendirilebilecekleri şeklindedir¹⁰⁸. Bu görüş doğrultusunda, kanımızca da havada serbest biçimde dolaşan bir kokunun eşya olmadığını söylemek mümkünken; sprey kutusu, parfüm şişesi gibi bir objenin içine hapsedilmeleri halinde eşya olarak nitelendirilmesi söz konusu olabilecektir.

¹⁰⁴ Ozan, Kokular, s. 255.

¹⁰⁵ Sirmen, L.: Eşya Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2022, s. 4.

¹⁰⁶ Akipek, J./ Akıntürk, T.: Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 26.

¹⁰⁷ Akipek/Akıntürk, s. 25.

¹⁰⁸ Oğuzman, K./Seliçi, Ö./Oktay Özdemir, S.: Eşya Hukuku, 17. Baskı, İstanbul 2014, s. 7; Sirmen, s. 6.

Bölüm 2

KOKUNUN MARKA HUKUKU İLE KORUNABİLİRLİĞİ

2.1 Avrupa Birliği Uygulaması

Avrupa Birliği'nin güncel mevzuatı ve uygulamasına göre kokuların marka olarak tescili bugün için olanaklı gözükmemektedir. Bununla birlikte, bugünkü Avrupa Birliği uygulamasına şekil veren Sieckmann Kararı'ndan¹⁰⁹ önce, Avrupa Birliği nezdinde ve üye ülkeler içerisinde tescil edilmiş koku markalarından söz etmek mümkündür. Dolayısıyla, Avrupa Birliği'nin kokuların marka olarak tesciline ilişkin yaklaşımının; Sieckmann Kriterleri belirlenmeden önce 89/104 sayılı Yönerge'ye ilişkin uygulama, Sieckmann Kararı ile gelişen uygulama ve mevcut mevzuat bakımından ayrı ayrı incelenmesinde yarar vardır.

2.1.1 89/104 Sayılı Yönerge'ye Göre Kokuların Marka Olarak Tescili

Avrupa Birliği nezdinde tescilli ilk koku markası örneği, Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi'nin 1999 yılında marka olarak tescil ettiği, tenis topları için taze biçilmiş çim kokusu başvurusudur¹¹⁰. 89/104 sayılı Yönerge'nin 2. maddesi, "bir mal ve hizmeti, diğer mal ve hizmetlerden ayırmaya yarayan ve grafik olarak gösterilebilen kelimeler, kişi adları, tasarımlar, harfler, rakamlar, ürünlerin veya ambalajların biçimi

¹⁰⁹ Dava no. C-273/00, T. 12/12/2002
(eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62000CJ0273&from=DE E.T.
04/06/2023).

¹¹⁰ Yasaman, Yasaman Şerhi, s. 170; Çağlar (Ayhan/Yıldız/İmirlioğlu), s. 35, dn. 83; Bilgeç/Sunca, s. 152.

gibi herhangi bir işaret markayı oluşturabilir” şeklindeydi. Hükümden de anlaşılacağı üzere bir işaretin marka olarak tescil edilebilmesi için hem ayırt edici olması hem de grafik olarak gösterilebilmesi gerekmekteydi¹¹¹. Grafik olarak gösterilme koşulu, hukukumuzda, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükümünde Kararname’nin 5. maddesinde “çizimle görüntülenebilme veya benzer biçimde ifade edilebilme” şeklinde karşımıza çıkmaktaydı. Grafik olarak gösterilebilme ile ifade edilmek istenen, işaretin çizgilerle veya harflerle temsil ya da tarif edilebilmesi olarak açıklanmaktaydı¹¹². Bu koşul, marka olabilecek işaretlerin sadece görsel olarak algılanabilen işaretlerle sınırlı olup olmadığı tartışmasını da beraberinde getirmişti¹¹³.

Avrupa Birliği nezdinde tescil edilen ilk koku markası başvurusu, tam da bu tartışmalar yaşanırken gerçekleştirilmiştir. Hollanda merkezli Senta Aromatic Marketing isimli şirket, ürettiği taze biçilmiş çim kokulu tenis topları için 1996 yılında marka başvurusunda bulunmuştur¹¹⁴. Başvuru sahibi, başvurusunu Nis Sınıflandırma Listesi’nin yirmi sekizinci sınıfı içerisinde yer alan tenis topları için yapmış ve grafik olarak gösterimini “taze biçilmiş çim kokusu” kelimeleriyle ifade etmiştir. Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi, başvuruyu ilk incelemede grafik olarak gösterilme koşulunu karşılamadığı gerekçesiyle reddetmiştir¹¹⁵.

Yapılan itiraz sonrasında, Temyiz Kurulu kokuların marka olarak tescil edilebilmesi için umut vadeden bir karar vermiştir¹¹⁶. Kararda her şeyden önce, taze biçilmiş çim kokusunun ayırt edici niteliği haiz olduğunun; tartışılması gereken

¹¹¹ Ayırt edicilik hk. bkz. Bölüm 1, 1.1.4.1.

¹¹² Okutan Nilsson, G.: “Sesler, Renkler ve Kokular Marka Olarak Tescil Edilebilir Mi? Avrupa Toplulukları Mahkemesinin Üç Kararı”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 2003, C. 23, S. 1-2, s. 580.

¹¹³ Arkan, Marka, s. 37; Okutan Nilsson, s. 580.

¹¹⁴ Koskela, A.: The Evolution of the Definition of Trade Mark From Directive 2008/95/EC to Current Day, Tallinn 2017, s. 26.

¹¹⁵ Yasaman, Yasaman Şerhi, s. 169.

¹¹⁶ Karapapa, S.: “Registering Scents as a Community Trade Marks”, The Trademark Reporter, C. 100, S. 6, s. 1337.

konunun grafik olarak gösterim koşulunu sağlayıp sağlamadığının tespiti olduğu belirtilmiştir¹¹⁷. Kurul, taze biçilmiş çim kokusunun herkes tarafından kişinin kendi deneyimlerine göre anında algılanabildiğini hatta bu deneyimlere göre kişide bahar, yaz ya da oyun sahası gibi çağrışımlar yapabileceğini ifade etmiştir¹¹⁸. Grafik olarak gösterim koşulunun sağlanması için, üçüncü kişilerin söz konusu gösterim ile işaretin kapsamını ve neyi ifade ettiğini kolayca anlayabiliyor olması gerektiği eklenmiş¹¹⁹ ve sonuç olarak “taze biçilmiş çim kokusu” kelimelerinin bu koşulu sağladığı gerekçesiyle başvurunun marka olarak tescil edilmesine karar vermiştir.

Eklemek isteriz ki, bahse konu kararda dikkat edilmesi gereken husus, taze biçilmiş çim kokusunun tek başına değil, normal koşullarda bu kokuyu içermeyen bir nesne ile birleştirilmesiyle beraber marka olarak tescil edilmiş olmasıdır. Taze biçilmiş çim kokusunun doğada var olan bir koku olduğu ve tek başına ayırt edici olmadığı düşünülebilir. Elbette çimin türüne, nerede yetiştiğine, ne zaman biçildiğine göre bile bu koku değişkenlik gösterebilmektedir. Dolayısıyla “taze biçilmiş çim kokusu” kelimeleri herkesin zihninde birebir aynı kokuyu canlandırmayabilir. Söz konusu Karar’da ise taze biçilmiş çim kokusu, sıradan tenis topları arasında bu kokuyu içeren tenis topunun diğerlerinden ayırt edilmesini sağladığı vurgulanmıştır. Başka bir anlatımla örneklersek, “kahve kokusu” denildiğinde kimilerinin aklında tatlı, sütlü bir kahvenin kokusu canlanırken, kimilerinin aklında ise daha acı, taze çekilmiş kahvenin kokusu canlanabilir. Kahve kokusu kişiden kişiye farklı tanımlanabilirken, normalde o şekilde kokmayan bir nesne ile, örneğin defterle bütünleştirilirse, sıradan defterler arasında o defterin kahve koktuğunu herkes ayırt edebilecektir.

¹¹⁷ Dava No. 156/1998-2, T. 11.02.1999 (copat.de/download/R0156_1998-2.pdf E.T. 04/06/2023).

¹¹⁸ Taze Biçilmiş Çim Kokusu Kararı, p. 14 (copat.de/download/R0156_1998-2.pdf E.T. 04/06/2023).

¹¹⁹ Taze Biçilmiş Çim Kokusu Kararı, p. 15 (copat.de/download/R0156_1998-2.pdf E.T. 04/06/2023).

Avrupa Birliği nezdinde ilk tescilli koku markası “taze biçilmiş çim kokulu” tenis topları olsa da söz konusu karardan önce, İngiltere’de de kokuların marka olarak tescilli gündeme gelmiş, bu kokulardan iki tanesi ulusal marka olarak tescil edilebilmiştir.

2.1.2 İngiltere Uygulaması

İngiltere’de bir kokunun marka olarak tesciline ilişkin ilk girişim, Chanel tarafından gerçekleştirilmiştir¹²⁰. Chanel, ünlü parfümü No. 5’in kokusunun marka olarak tescil edilmesi için İngiliz Fikri Mülkiyet Ofisi’ne başvurmuş ve parfümünün kokusunu “aldehit kokulu; bergamot, limon ve neroli içeren aldehit üst notalı, yasemin, gül, vadi zambağı, süsen ve ylang-ylang kokulu çiçeksi orta notalı ve sandal, sedir, vanilya, amber içeren miskli kadınsı koku” şeklinde tanımlamıştır¹²¹. Bununla birlikte, parfümün doğası gereği asli işlevinin kokmak olması gerektiği sebebiyle bu koku marka olarak tescil edilmemiştir¹²².

İngiltere’de ilk koku markası tescili ise 1995 yılında, “gül kokulu” araç lastikleri için gerçekleşmiştir. Sumitomo Rubber Co. başvurusunu Nis Sınıflandırma Listesi’nin on ikinci sınıfında yer alan tekerlekli araçlar için araç lastiği sınıflandırmasına giren mallar için gerçekleştirmiş ve marka olarak tescil etmek istediği işareti “gülü anımsatan çiçeksi koku” şeklinde tanımlamıştır. Söz konusu marka başvurusu, 1995 yılında UK00002001416 sicil numarası ile tescil edilmiş ve marka 2014 yılına kadar varlığını sürdürmüş, 2015 yılında ise marka koruma süresi içinde yenilenmediği için sona ermiştir¹²³.

İngiltere’de marka olarak tescil edilen bir diğer başvuru ise Unicorn Products Limited isimli şirketin dart okları için “güçlü, keskin bira kokusu” dur. Dart oklarına

¹²⁰ Detaylı bilgi için bkz. Bilgeç/Sunca, s. 147 vd.

¹²¹ “Smell, Sound and Taste – Getting a Sense of Non-Traditional Marks”, WIPOMAGAZINE 2009 (www.wipo.int E.T. 04/06/2023).

¹²² İmirlioğlu, s. 99.

¹²³ Tescil belgesi için bkz. (trademarks.ipo.gov.uk/ipo-tmcase/page/Results/1/UK00002001416 E.T. 04/06/2023)

enjekte edilen koku kapsülleri ile, dart oku uçtuğu ve yere düştüğü anda bulunduğu çevreye keskin bira kokusu yayacak şekilde tasarlanan ürünün başvurusu, Nis Sınıflandırma Listesi'nin yirmi sekizinci sınıfında yer alan dart okları için gerçekleştirilmiş ve 1996 yılında UK00002000234 sicil numarası ile tescil edilmiştir¹²⁴. Söz konusu marka, 1996 yılından itibaren her on yılda bir yenilenmiş olup günümüzde hala varlığını sürdürmektedir.

Araç lastikleri için “gül kokusu” ve dart okları için “güçlü, keskin bira kokusu” markaları İngiltere’de ulusal düzeyde marka olarak tescil edilmiş olsalar da Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi nezdinde “taze biçilmiş çim kokusu” markasının aksine Birlik Markası olarak tescil edilmemişlerdir. Dolayısıyla her ne kadar “taze biçilmiş çim kokusu” kararından önce tescillerini tamamlamış olsalar da Avrupa Birliği uygulaması için güçlü bir dayanak oluşturmamaktadırlar.

2.1.3 Sieckmann Kararı ve Ardından Kokuların Marka Olarak Tesciline İlişkin Gelişen Uygulama

Taze biçilmiş çim kokulu tenis topu başvurusunun marka olarak tescil edilmesi, kokuların Birlik nezdinde marka olarak tescil edilebileceği konusunda umut olsa da Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın verdiği Sieckmann Kararı¹²⁵ ile anılan kararın aslında kokuların marka olarak tesciline ilişkin bir istisna teşkil ettiği anlaşılmıştır. 89/104 sayılı Yönerge'nin yürürlükte olduğu ve dolayısıyla grafik olarak gösterim koşulunun da marka olmak için gereken koşullardan sayıldığı 2002 yılında, Avrupa Birliği Adalet Divanı kokuların marka olarak tescili konusunda önemli bir karar vermiştir.

¹²⁴ Tescil belgesi için bkz. (trademarks.ipo.gov.uk/ipo-tmcase/page/Results/1/UK00002000234 E.T. 04/06/2023).

¹²⁵ Dava no. C-273/00, E.T. 12/12/2002 (eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62000CJ0273&from=DE E.T. 04/06/2023).

Almanya’da marka ve patent vekili Ralf Sieckmann, Nis Sınıflandırma Listesinin otuz beşinci, kırk birinci ve kırk ikinci sınıfına giren bazı hizmetler için, saf kimyasal madde olan metil sinamat kokusunu marka olarak tescil ettirmek amacıyla Alman Marka ve Patent Ofisi’ne başvurmuştur¹²⁶. Sieckmann başvurusunda söz konusu kokuyu “hafifçe tarçın andıran balzamik meyvemsi koku” kelimeleri ile nitelemiş, ayrıca başvurusuna kokunun kimyasal formülünü (C₆H₅CH=CHCOOCH₃) ve kokunun örneğinin içinde olduğu bir numune kabını eklemiştir¹²⁷. Alman Marka ve Patent Ofisi’nin başvuruyu reddetmesi üzerine, Sieckmann konuyu yargıya taşımış, yerel mahkeme ise kokuların marka olup olamayacağını, olabilir ise grafik olarak gösterim koşulunun nasıl karşılanacağını tespiti için Avrupa Birliği Adalat Divanı’na ön yorum talebinde bulunmuştur¹²⁸.

Avrupa Birliği Adalet Divanı Sieckmann Kararı olarak anılan Karar’da, 89/104 sayılı Yönerge’nin 2. maddesinde sayılanların örnek niteliğinde olduğunu ve sınırlı sayı ile belirtilemeksizin mal ile hizmetleri birbirinden ayırt etmeye yarayan ve grafik olarak gösterilebilen her türlü işaretin marka olabileceğini, dolayısıyla bu iki koşulu sağlaması halinde kokuların da marka olabileceğini belirtmiştir¹²⁹. Bununla birlikte, grafik olarak gösterim koşulunun üçüncü kişilerin sicile baktıklarında tescil edilen işaretin ne olduğunu açık, kesin ve şüpheye mahal vermeyecek şekilde anlamaları için getirildiğini ifade eden Mahkeme, bu koşulunun amacına hizmet edebilmesi için grafik olarak gösterimin açık, kesin, kolaylıkla erişilebilir ve sabit (zaman içinde değişmeyen, bozulmayan) olması gerektiğine de vurgu yapmıştır¹³⁰.

¹²⁶ Okutan Nilsson, s. 582; Yasaman, Yasaman Şerhi, s. 168.

¹²⁷ Sieckmann Kararı p. 12-13
(eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62000CJ0273&from=DE E.T.
04/06/2023).

¹²⁸ Okutan Nilsson, s. 14; Yasaman, Yasaman Şerhi, s. 168.

¹²⁹ Sieckmann Kararı, p. 44
(eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62000CJ0273&from=DE E.T.
04/06/2023).

¹³⁰ Sieckmann Kararı, p. 52

Karara göre, söz konusu başvuruda tescil edilmek istenen kokunun kelimelerle tasviri, kokunun kimyasal formülü ve kokunun numunesi yukarıda sayılan kriterleri sağlamadığı için grafik olarak gösterim koşulu yerine getirilememiştir. Zira, alanında uzman olmayan kişiler ilgili formülü gördüklerinde kokuyu kesin bir şekilde algılayamayabilirler; kelimelerle tasvir edilen ifade herkes tarafından aynı kokuyu çağdırtmayabilir ve bir kap içerisindeki koku numunesi zamanla deęişebilir¹³¹ . Sonuç olarak Avrupa Birliği Adalet Divanı, kokuların marka olabileceği ön kabulüyle beraber; grafik olarak gösterim koşulunu sağlamadığı gerekçesiyle ilgili başvurunun marka olarak tescil edilemeyeceğine hükmetmiştir.

Sieckmann Kararı'nın ardından, kokuların marka olarak tesciline ilişkin verilmiş diğer bir önemli karar ise, Olgun Çilek Kokusu Kararı olarak anılan Karar'dır¹³². Söz konusu Karar'a konu olan başvuruda, marka olarak tescili istenen işaret "olgun çilek kokusu" şeklinde tanımlanmış ve bir olgun çilek görseli de başvuruya dahil edilmiştir. Fransa'da Nis Sınıflandırma Listesi'nin üç, on altı, on sekiz ve yirmi beşinci sınıflarına giren birçok mal ve hizmet için yapılan başvuru, kokuların grafik olarak gösteriminin mümkün olmadığı ve işaretin ayırt edici olmaması sebebiyle reddedilmiştir. Başvuru sahibi tescil talebinin reddi üzerine yargıya başvurmuş ve olay Avrupa Birliği Adalet Divanı'na taşınmıştır.

Davada başvuru sahibi Sieckmann Kararı'na atıf yaparak; kokuların açık, kesin, kolaylıkla erişilebilir ve sabit bir şekilde grafik olarak gösterilebilmeleri halinde marka olabileceğine dikkat çekmiş; aynı zamanda ilgili kararın kokunun grafik olarak

(eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62000CJ0273&from=DE E.T. 04/06/2023).

¹³¹ Sieckmann Kararı, p. 60-71

(eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62000CJ0273&from=DE E.T. 04/06/2023).

¹³² Dava no. C-T-305/04, T. 27/10/2005

(curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=58068&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=17812356 E.T. 04/06/2023).

gösterilebilmesi için kimyasal formülünün, kelimelerle tasvirinin, kokunun numunesinin ve bunların kombinasyonunun kullanılmasının yeterli olmayacağına ilişkin ifadelerini hatırlatmıştır¹³³. Kendilerinin ise, Sieckmann Kararı'ndan farklı olarak tescil etmek istedikleri kokunun numunesini ya da kimyasal formülünü başvuruya dahil etmediklerini, grafik olarak gösterimini Sieckmann Kriterleri'ne uygun şekilde renkli, olgun bir çilek görseliyle kokunun kelimelerle tasvirinin kombinasyonunu başvuruya sunduklarını belirtmiştir¹³⁴. Başvuru sahibi firma ayrıca, kendilerinin ayırt edilemeyecek herhangi bir çilek kokusunu değil, olgun çilek kokusunu marka olarak tescil etmek istediklerini, bu kokunun insanlar tarafından algılanıp, onların çocukluk zamanlarından bu kokuyu anımsayacaklarını eklemiştir¹³⁵.

Mahkeme öncelikle kelimelerle tasvir edilen “olgun çilek kokusu” ifadesinin subjektif olduğunu, bu tasvirde tarif edilmek istenen kokunun açık ve kesin olarak ne olduğunun anlaşılmasının güç olduğunu zira çileğin çeşidine göre kokusunun değişiklik gösterebileceğini ve başvuruda çeşidi belirtilmeden, olgun çilek kokusu olarak ifade edildiği, bu nedenle tasvir edilen kokuyla olgun çileğin kokusu arasında tutarsızlık olacağını belirtmiştir¹³⁶. İlgili kararda, kokuların sicilde gösterilebilme sorununa ilişkin olarak; kokuların, renklerin ya da seslerin aksine uluslararası sınıflandıracak bir kodlamanın ya da notaların olmadığına dikkat çekilmiştir¹³⁷.

¹³³ Olgun Çilek Kokusu Kararı, p. 11

(curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=58068&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=17812356, E.T. 04/06/2023).

¹³⁴ Olgun Çilek Kokusu Kararı, p. 13

(curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=58068&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=17812356, E.T. 04/06/2023).

¹³⁵ Olgun Çilek Kokusu Kararı, p. 18

(curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=58068&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=17812356 E.T. 04/06/2023).

¹³⁶ Olgun Çilek Kokusu Kararı, p. 27

(curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=58068&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=17812356 E.T. 04/06/2023).

¹³⁷ Olgun Çilek Kokusu Kararı, p. 34

(curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=58068&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=17812356 E.T. 04/06/2023).

Mahkeme, başvuruya sunulan görselin tescil edilmek istenen kokunun değil; o kokuyu içeren bir meyvenin görseli olduğunu bu nedenle de grafik olarak gösterim koşulunu sağlamadığını ifade etmiştir¹³⁸. Ayrıca, görsele ilişkin olarak hangi çeşit çileğe ait olduğu belli olmaması sebebiyle açık ve kesin olarak tescil edilmek istenen kokunun anlaşılamayacağı da eklenerek, söz konusu başvurunun marka olarak tescil edilemeyeceğine hükmedilmiştir¹³⁹.

2.1.4 2015/2436 Sayılı Üye Devletlerin Markalara İlişkin Mevzuatlarının Uyumlaştırılması Hakkında Avrupa Birliği Direktifi ile Kokuların Avrupa Birliği Nezdinde Marka Olarak Tescili

Yukarıda ele aldığımız kararların üzerinde durduğu grafik olarak gösterim koşulu, güncel Avrupa Birliği mevzuatında yer almamaktadır. Bu koşulun yerini, 2015/2436 sayılı Avrupa Birliği Direktifi’nde sicilde gösterilebilir olma koşulu almıştır. Aynı koşul, Sınai Mülkiyet Kanunu kapsamında da yer almaktadır. Zira, Sınai Mülkiyet Kanunu’nun birçok maddesi, uluslararası sözleşmeler ve Avrupa Birliği mevzuatı ile uyumun artırılması amacıyla Avrupa Birliği Marka Direktifi ve Avrupa Birliği Marka Tüzüğü doğrultusunda düzenlenmiştir¹⁴⁰.

Yeni Direktif ile grafik olarak gösterim koşulunun kalkarak yerini sicilde gösterilebilir olma koşulunun alması, kimi yazarlarca kokuların marka olarak tescili önünde bir engel kalmadığı şeklinde yorumlanmıştır¹⁴¹. Bu görüşe katılmak olanaklı değildir. Zira, her ne kadar Direktif grafik olarak gösterim koşulunu aramasa bile, Giriş

¹³⁸ Olgun Çilek Kokusu Kararı, p. 40

(curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=58068&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=17812356 E.T. 04/06/2023).

¹³⁹ Olgun Çilek Kokusu Kararı, p. 41

(curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=58068&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=17812356 E.T. 04/06/2023).

¹⁴⁰ Uzunallı, Marka, s. 48.

¹⁴¹ La Diega, G.: “Scents and Trade Marks- The EU Reform of Olfactory Marks and Advances in Odour Recognition Techniques” (ipkitten.blogspot.com/2018/01/scents-and-trade-marks-eu-reform-of.html E.T. 04/06/2023).

bölümünün 13. maddesinde sicilde gösterilebilir olma koşulunun sağlanması için işaretin açık, kesin, kolaylıkla erişilebilir ve sabit olması gerektiği belirtilerek Sieckmann kriterlerine hala atıfta bulunmaktadır¹⁴².

Direktif'in artık grafik olarak gösterim yerine sicilde gösterilebilme koşulunun aramasını, kokuların marka olarak tescil edilmesi önündeki engellerin kalktığı şeklinde yorumlayan bazı görüşler, sicilde gösterilebilme koşulunun gerçekleştirilmesi için birtakım çözümler öne sürmektedir. Hem Direktif'in Giriş Bölümü'nün 13. maddesinde hem de 2017/1001 sayılı Avrupa Birliği Markalar Hakkında Tüzüğü'nün Giriş Bölümü'nün 10. maddesinde "mevcut teknoloji kullanılarak" uygun olacak şekilde sicilde gösterilebilme koşulunun yerine getirilebileceği ifade edilmektedir. Mevcut teknolojiden yararlanma önerilerinden biri, "elektronik burunların" kullanılmasıdır¹⁴³. Elektronik burun cihazı; içindeki kimyasal sensörler aracılığıyla kokuyu ölçüp, bu kokuyu meydana getiren bileşenleri, oranlarını, kalitesini analiz ederek veriler elde eder ve örüntü tanıma yöntemleri ile kokuyu tanımlar¹⁴⁴. Elde edilen veriler grafik forma dönüştürülerek, kokunun "olfaktör resmi" oluşturulur.

Önerilerden bir diğeri ise herkes tarafından kolaylıkla erişilebilir olmadığı ve maliyetli olduğunun bilincinde olmakla birlikte, gaz kromatografisi ile kokunun kimyasal analizinin sağlanmasının, koku yazıcılarının ya da kokunun içine hapsedildiği mikrokapsüllerin kullanılmasının mevcut teknoloji ile mümkün olduğu, bu yöntemler kullanılarak sicilde gösterilebilme koşulunun yerine getirilebileceği şeklindedir¹⁴⁵.

¹⁴² Fütman, Ö./Ünsal, E.: "Koku Markalarının Tescil Edilebilirliğine İlişkin Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletleri Uygulamalarına Dair Bir İnceleme", FMR Dergisi 2020, C. 22, S. 1, s. 6.

¹⁴³ Karapapa, s. 21.

¹⁴⁴ Lundström, I.: "Picture the Smell", Nature 2000, C. 406, s. 682.

¹⁴⁵ Geiregat, S.: "Trade Mark Protection for Smells, Tastes and Feels- Critical Analysis of Three Non-Visual Signs in the EU", The International Review of Intellectual Property and Competition Law 2020, C. 53, s. 228.

Günümüz teknolojisinin ve yapay zekanın geldiği noktayı göz önünde bulundurduğumuzda, önerilen yöntemlerin kullanılmasıyla gerçekten de kokuların açık ve kesin şekilde anlaşılmasının mümkün olduğu söylenebilir. Ancak bahsi geçen yöntemler hem maliyetli hem de istenildiği anda hızlıca temin edilebilecek yöntemler değildir. Bu nedenle sicilde gösterilebilme koşulunun varlığı için aranan kolayca erişilebilirliğin mevcut durum dahilinde henüz sağlanamadığı kanaatindeyiz.

Tüm bu açıklamalar ışığında, öğretilerde aksine görüşler olsa da Avrupa Birliği nezdinde günümüz koşullarında kokuların marka olarak tescili kolay gözükmemektedir. Zira Avrupa Birliği Marka Direktifi ve Avrupa Marka Tüzüğü bir işletmenin mal veya hizmetlerinin diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan ve sicilde gösterilebilen her türlü işaretin marka olarak tescil edilebileceğini düzenlense de sicilde gösterilebilme koşulunun sağlanması için hala Sieckmann kriterlerinin göz önünde bulundurulması kokuların marka olarak tescilini oldukça güçleştirmektedir. Ayrıca, Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi'nin hazırladığı Marka İnceleme Kılavuzu'nda¹⁴⁶ kokuların mevcut koşullar içerisinde sicilde gösterilemeyeceği; kimyasal formüllerin, kelimelerle tasvirinin ve bunların beraber kullanılmasının sicilde gösterilebilme koşulunu sağlamayacağı belirtilmiştir.

2.2 Amerika Birleşik Devletleri Uygulaması

İngiliz Hukuk Sistemi'nin etkisi altında gelişen Amerika Birleşik Devletleri'nin hukuk sistemi, hukukumuzdan farklı olarak federal hukuk ve eyalet hukuku olmak üzere ikili bir ayrıma dayanır¹⁴⁷. Bu hukuk kuralları arasında federal hukuk, eyalet hukukuna göre öncelikli olarak uygulanır¹⁴⁸. Marka konusunda da federal düzeyde

¹⁴⁶ EUIPO Trade Mark Guidelines, s. 360 (www.guidelines.euipo.europa.eu E.T 04/06/2023).

¹⁴⁷ Gül, İ.: "ABD Hukukunun Genel Özellikleri ve Türk Hukukundan Başlıca Farkları", Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2015, C. 5, S. 10, s. 9.

¹⁴⁸ Gül, s. 13.

Lanham Act olarak anılan, Amerika Birleşik Devletleri Federal Marka Kanunu yürürlüktedir. Anılan Kanun'un 45. bölümünün 15 U.S.C. § 1127 maddesinde marka, "bir kişinin mal ve hizmetlerini, diğerlerinin mal ve hizmetlerinden ayırmaya yarayan ve ticari kaynağını gösterebilen kelime, isim, sembol, şekil veya bunların kombinasyonu gibi her türlü işaret" şeklinde tanımlanmıştır.

2.2.1 Amerika Birleşik Devletleri'nde Kokuların Marka Olabilmesi İçin

Gereken Koşullar

Türk Hukuku ve Avrupa Birliği Hukuku'nun aksine, sicilde gösterilebilir olma koşulu, Amerika Birleşik Devletleri Hukuku'nda marka olmak için gereken koşullar arasında sayılmamıştır. Lanham Act'a göre, bir işaretin marka olabilmesi için ayırt edici olması gerekmekte ve bu ayırt ediciliğin, mal veya hizmetin kaynağını göstermeye de uygun olması beklenmektedir. Kaynak gösterme fonksiyonu, esasında markanın temel özelliklerinden birisidir¹⁴⁹. Ayırt edicilik koşulunun sağlanabilmesi için, işaretin kaynak gösterme fonksiyonunu da haiz olması gerekmektedir. Kaynak gösterme fonksiyonu, bir malın veya hizmetin kime ait olduğunu belli etmeye yarar ve bu sayede tüketicinin o malı veya hizmeti alıp almama yönünde iradesini etkileyebilir¹⁵⁰. Bu fonksiyon her türlü mal ve hizmet için aynı önemi taşımayabilir. Örneğin, ortalama kalitede bir tekstil ürününün hangi ülkede üretildiği tüketici için büyük önem arz etmez. Oysa bir otomobil söz konusu olduğunda, üreticisinin Almanya olduğunu bilmek tüketicinin kararını etkileyebilecek önemdedir¹⁵¹. Sicilde gösterilebilir olma koşulunun aranmaması ve kaynak gösterme fonksiyonuna dikkat edilmesi göz önüne alındığında, Amerika Birleşik Devletleri uygulamasında ayırt

¹⁴⁹ Çağlar (Ayhan/Yıldız/İmirlioğlu), s. 45; Karasu (Suluk/Nal), s. 154; İmirlioğlu, s. 7.

¹⁵⁰ Çağlar (Ayhan/Yıldız/İmirlioğlu), s. 45; Karasu (Suluk/Nal), s. 154; İmirlioğlu, s. 7.

¹⁵¹ Örnek için bkz. İmirlioğlu, s. 8.

edicilik koşulunun, bir işaretin marka olarak tescil edilmesinde aranan en önemli koşul olduğu söylenebilir.

Amerika Birleşik Devletleri nezdinde tescil edilmiş koku markaları ile karşılaşılacaktır. Lanham Act içerisinde bulunan marka tanımında kokulardan açıkça bahsedilmese de “...gibi her türlü” ifadesinden; tanımda geçen kelime, isim, sembol, şekil gibi geleneksel markaların örnek olarak verildiği anlaşılmaktadır. Nitekim, Amerika Birleşik Devletleri Federal Temyiz Mahkemesi, 1985 yılında renk markalarına ilişkin olarak verdiği Owens-Corning Kararı’nda, Lanham Act’ın 1946 yılında yürürlüğe girdiğini, o dönemin gereklerini barındırsa da Lanham Act’ın amacının “marka hukukunu çağdaşlaştırmak, ticareti kolaylaştırmak ve müşteriye korumak” olduğunu belirtmiştir¹⁵². Bu nedenle Lanham Act içerisindeki tanımda renklerden açıkça bahsetmese de tanımın geleneksel olmayan markaların da tesciline olanak sağlayacak şekilde geniş yorumlanmasının Kanun’un amacına uygun olacağına karar vermiştir. Aynı şekilde, 1987 yılında Amerika Birleşik Devletleri Marka Birliği bünyesinde bulunan Yeniden İnceleme Komitesi de ilgili tanım içerisindeki “sembol veya şekillerin” sözlük anlamıyla değil, daha geniş yorumlanarak kokuları, renkleri vb. kapsamı gerektiğini ifade etmiştir¹⁵³. Bununla birlikte, sırf sicilde gösterilebilme koşulu aranmadığı için kokuların Türkiye ve Avrupa Birliği’ne kıyasla çok kolay bir şekilde marka olarak tescil edilebileceği düşünülmemelidir. Bir kokunun Amerika Birleşik Devletleri’nde marka olarak tescil edilebilmesi için hem ayırt edici niteliği haiz olması hem de fonksiyonel olmaması koşulları aranmaktadır.

¹⁵² United States Court of Appeals, Federal Circuit, 54 USLW 2232, 227 U.S.P.Q. 417 (ttabvue.uspto.gov/ttabvue/ttabvue-85007428-EXA-11.pdf E.T. 04/06/2023).

¹⁵³ Churovich, D.: “Scents, Sence or Cents? Something Stinks in Lanham Act”, Saint Louis University Public Law Review 2001, C. 20, S. 2, s. 296.

Lanham Act, fonksiyonel işaretlerin ayırt edici olsalar bile marka olarak tescil edilemeyeceğini düzenlemektedir¹⁵⁴. Daha açık bir ifadeyle, malın veya hizmetin doğasından kaynaklanan, amacını yerine getirmek için kendisinde barındırması gereken özellikleri marka olarak tescil edilemeyecektir¹⁵⁵. Amerika Birleşik Devletleri Patent ve Marka Ofisi'nin hazırladığı Marka İnceleme Kılavuzunun 1202.3 sayılı bölümünde bir ürünün kokusunun fonksiyonel olmadıkça marka olarak tescil edilebileceği ifade edilmiştir¹⁵⁶. Aynı kılavuz, fonksiyonel olması sebebiyle marka olarak tescil edilemeyecek kokulara örnek olarak, hava temizleyicileri ve parfümleri göstermiştir. Tüketicinin parfümden beklentisi, güzel kokmasıdır. Bu nedenle parfüm şişesi içerisindeki koku, fonksiyonel olarak değerlendirilmektedir. Asli amacı kokmak olmadığı halde, içerisinde ayırt edici bir koku barındıran mal veya hizmetin varlığı halinde, o kokunun fonksiyonel olmamasından bahsedilebilecektir.

Amerika Birleşik Devletleri'nde mevcut uygulamaya göre, Temyiz Kurulu verdiği kararlarda tatların, kokuların ve renklerin özünde ürünlerin bir özelliği olduğunu ve hiçbir zaman kendiliğinden ayırt edici olamayacaklarını ifade etmektedir¹⁵⁷. Bu içtihadın gerekçesi ise Bahçe Nanesi Kokusu Kararı olarak anılan Karar'da detaylıca açıklanmıştır¹⁵⁸. Kararın konusunu bahçe nanesi kokusu içeren, hastanın diline uygulanan tıbbi bir ürün oluşturmaktadır. Kurul, tüketicinin çoğu zaman ürünlerin birçok özelliğini kaynak gösterme fonksiyonu amacıyla değil, ürünün daha kullanışlı ve çekici hale getirilmesi için var olduğunu düşündüğünü belirterek, dava konusu olayda önemli olanın tüketicinin bahçe nanesi kokusunu ürünün bir özelliği olarak mı

¹⁵⁴ Lanham Act, 15. U.S.C. §1052(f).

¹⁵⁵ Benzer yönde bkz. Bölüm 1, 1.1.5.1, SMK m. 5/e ilişkin açıklama.

¹⁵⁶ USPTO Trademark Examination Guides (www.uspto.gov/trademarks/guides-and-manuals E.T. 04/06/2023).

¹⁵⁷ Fütman/Ünsal, s. 13.

¹⁵⁸ In re Pohl-Boskamp GmbH & Co. KG, Serial No. 85007428 and 85008626, Trademark Trian and Appeal Board 2013 (ttabvue.uspto.gov/ttabvue/ttabvue-85007428-EXA-11.pdf E.T. 04/06/2023).

yoksa o ürünü diğerlerinden ayırmaya yarayan ve üreticisini gösteren bir işaret olarak mı algılayacaklarının olduğunu belirtmiştir. Tüketicinin bahçe nanesi kokusunu ürünün bir özelliği olarak algılaması halinde, söz konusu koku kaynak gösterme fonksiyonunu yerine getirmeyecek ve ayırt edicilik koşulunun sağlanmadığı kabul edilecektir. Dolayısıyla başvuru sahibinin, işaret olarak kullandığı kokuyu marka olarak tescil edilebilmesi için, ürününün kokusunun tüketici tarafından kaynak gösterir biçimde algılandığını güçlü bir şekilde başvurusunda göstermesi beklenmektedir¹⁵⁹.

Ayırt edicilik koşulu ile ilgili önemli bir diğer konu ise kullanım yolu ile ayırt ediciliğin sağlanmasıdır. Lanham Act'ın 15 U.S.C. § 1052 sayılı bölümünün 2-f maddesine göre, ayırt edici niteliği haiz olmayan işaretlerin, kullanım yolu ile ayırt edicilik kazanabilmesi için en az beş yıl boyunca ticarete aktif olarak kullanıldığının kanıtlanması gerekmektedir.

Mevcut uygulamada kokuların kural olarak ayırt edici bir işaret değil, ürünün özelliği olarak kabul edilmesi koku markalarının tescilini oldukça güçleştirmektedir. Zira, başvuru sahibinin, Amerika Birleşik Devletleri Patent ve Marka Ofisi'ni başvurusuna konu kokunun kaynak gösterme fonksiyonunu yerine getirdiğine ve ayırt edici olduğuna ikna etmesi gerekmektedir. Kokuların ayırt edici olmadığı ön kabulü mevcut olduğundan, ancak kullanım yolu ile ayırt edicilik kazanmaları söz konusu olmaktadır. Başvuru sahibi başvurusunda mal veya hizmetinin kokusunun kullanım yoluyla ayırt edicilik kazandığını kanıtlamak için hem beş yıldan fazla süredir piyasada olduğunu hem de mal veya hizmetin nasıl reklamlarla pazarlandığını, satışlarının nasıl gittiği gibi verileri kullanmak zorundadır.

¹⁵⁹ Fütman/Ünsal, s. 14.

2.2.2 Amerika Birleşik Devletleri’nde Tescilli Koku Markası Örnekleri

2.2.2.1 Plumeria Kokulu Dikiş Nakış İplikleri

Amerika Birleşik Devletleri’nde ilk koku markası tescili, hint mabet ağacı çiçeği ya da frangipani olarak da bilinen “plumeria çiçeği kokulu” dikiş nakış iplikleri için gerçekleştirilmiştir. Celia Clarke, OSEWEZ (oh, sew easy/ kolayca dikiş-nakış yap) isimli nakış kiti üretmekteydi. Kitin içerisinde bulunan iplikler plumeria çiçeğinin kokusunu içermekteydi. 1990 yılında Clarke, plumeria çiçeği kokusunu, Nis Sınıflandırma Listesi’nin yirmi üçüncü sınıfında bulunan dikiş, nakış ve örgü iplikleri için marka olarak tescili amacıyla Amerika Birleşik Devletleri Patent ve Marka Ofisi’ne başvurmuştur¹⁶⁰.

Clarke, başvurusunda ipliklerin kokusunu “yüksek etkili, ferah, plumeriayı anımsatan çiçeksi koku” şeklinde tanımlamıştır. İlk incelemede, bahse konu koku hem fonksiyonel olarak değerlendirilmiş hem de benzer mal ve hizmetler arasından ayırt edici olmadığı ve ürünlerin kaynağının üretici olduğunun anlaşılmadığı gerekçesiyle başvuru reddedilmiştir. Clarke’ın itirazı üzerine konu Amerika Birleşik Devletleri Patent ve Marka Ofisi’nin Temyiz Kurulu’nda tartışılmıştır.

Temyiz kurulu, ilk inceleme esnasında verilen nakış ipliklerinin içerdiği plumeria kokusunun fonksiyonel olduğu görüşünden vazgeçmiş, bir başka ifadeyle fonksiyonel olmadığını kabul etmiş; söz konusu kokunun ayırt edicilik koşulunu ve kaynak gösterme fonksiyonunu yerine getirip getirmediğini incelemiştir. Clarke, Temyiz Kurulu’na yaptığı başvuruda kendisinden başka kokulu iplik üreten birisinin bilgisi dahilinde olmadığını, ürününün oldukça talep gördüğünü, plumeria kokulu iplikleri sayesinde satışlarının oldukça arttığını ve Amerika Birleşik Devletleri’ne ürün tedarik

¹⁶⁰ In re Clarke, 17 USPQ2d 1238, Trademark Trial and Appeal Board 1990 (ipmall.law.unh.edu/content/ttab-trademark-trial-and-appeal-board-1-re-celia-clarke-dba-clarkes-osewez-serial-no-758429 E.T. 04/06/2023).

eden büyük bir üretici haline geldiğini belirtmiştir¹⁶¹. Clarke ayrıca, bu başvuruyu gerçekleştirirken kokulu iplik üretimi konusunda bir tekel oluşturma amacıyla olmadığını, sadece plumeria çiçeği kokusunu tescil ettirmek istediğini ve başkalarının da dilerse vadi zambağı, karanfil ya da gül gibi kokuları kullanabileceklerini ifade etmiştir¹⁶².

Temyiz Kurulu, Clarke'ın itiraz başvurusunu kabul etmiş ve plumeria çiçeği kokulu ipliklerin marka olarak tesciline izin vermiştir. Bununla birlikte Kurul, birkaç önemli noktanın altını çizmiştir. Kurul'a göre, söz konusu başvuru normalde koku içermeyen bir ürün için gerçekleşmiştir. Clarke'dan başkasının kokulu iplik üretmediğine ya da satmadığına dikkat çekerek, Clarke'ın satışlarının artmasını üreticinin kaynağının kim olduğunun bilindiği ve diğer iplikler arasında ayırt edici olduğu şeklinde yorumlayarak kaynak gösterme fonksiyonunun ve ayırt edicilik koşulunun sağlandığını ifade etmiştir¹⁶³. Amerika Birleşik Devletleri nezdinde bir ilk olan bu marka, ne yazık ki 1997 yılında sürekli olarak kullanımı sağlanmadığı gerekçesiyle iptal edilmiştir¹⁶⁴.

Clarke kararından sonra koku markalarının tescil edilebilirliği gözler önüne serilse de Amerika Birleşik Devletleri içerisinde tescil edilmiş çok fazla koku markasından söz etmek mümkün değildir. Türkiye ve Avrupa Birliği'nden farklı olarak, Amerika Birleşik Devletleri'nde kokuların marka olarak tescil edilmesi önündeki engel ayırt edicilik koşulunun sağlanıp sağlanmadığı noktasında karşımıza çıkmaktadır. Uygulamada kokuların tek başına ayırt edici olamayacakları, ancak kullanım sonucu

¹⁶¹ Bkz. (ipmall.law.unh.edu/content/ttab-trademark-trial-and-appeal-board-1-re-celia-clarke-dba-clarkes-osewez-serial-no-758429 E.T. 04/06/2023).

¹⁶² Bkz. (ipmall.law.unh.edu/content/ttab-trademark-trial-and-appeal-board-1-re-celia-clarke-dba-clarkes-osewez-serial-no-758429 E.T. 04/06/2023).

¹⁶³ Bkz. (ipmall.law.unh.edu/content/ttab-trademark-trial-and-appeal-board-1-re-celia-clarke-dba-clarkes-osewez-serial-no-758429 E.T. 04/06/2023).

¹⁶⁴ Port, K.: "On Nontraditional Trademarks", Northern Kentucky Law Review 2011, C. 38, S. 1, s. 24.

bu ayırt edici niteliği kazanabilecekleri kabul edilmektedir¹⁶⁵. Bu uygulamaya kaynak teşkil eden Bahçe Nanesi Kokusu Kararı, Clarke kararından yıllar sonra verilse de, Amerika Birleşik Devletleri Patent ve Marka Ofisi'nin en başından beri kokuların ayırt ediciliklerinin ispatlanması konusundaki katı tutumu, başvuranların marka olarak tescil etmek istedikleri kokunun ayırt edici olduğu ve tüketici nezdinde ayırt edicilik kazandıklarını güçlü kanıtlarla birlikte başvurularında sunma zorunluluğuna itmiştir. Bu nedenle yukarıda ele aldığımız üzere Clarke Kararı'nda da Celia Clarke, plumeria kokulu ipliklerinin marka olarak tescil edilebilmesi için Temyiz Kurulu'na yaptığı başvuruda uzun süredir kokulu iplikleri üreten tek kişi olduğunu, ipliklerinin koku içerdiğini reklam ve promosyonlarında duyurduğunu, tüketicinin ipliklerini satın alırken kokusu sayesinde Clarke OSEWEZ olduğunu anladıklarını belgelerle desteklemiştir.

2.2.2.2 Play-Doh Oyun Hamuru Kokusu

Kokuların tek başına ayırt edici olmadıklarının ön kabulü ve kullanım yoluyla ayırt edicilik kazandıklarının kanıtlanması için aranan sıkı koşullar, ünlü oyuncak şirketi Hasbro'nun Play-Doh isimli oyun hamurlarının kokusunu marka olarak tescil etmek üzere yaptığı başvuruda bir kez daha gözler önüne serilmiştir.

Hasbro, ürettiği oyun hamurlarının kokusunu, Nis Sınıflandırma Listesi'nin yirmi sekizinci sınıfında yer alan oyuncak modelleme bileşenleri (oyun hamurları) için marka olarak tescil ettirmek üzere 2017 yılında Amerika Birleşik Devletleri Patent ve Marka Ofisi'ne başvurmuştur¹⁶⁶. Marka olarak tescil edilmek istenen koku başvuruda "hafif miskimsi tatlı koku ile vanilyamsı bir kokunun, biraz kirazı anımsatan ve tuzlu

¹⁶⁵ Bkz. Bahçe Nanesi Kokusu Kararı (ttabvue.uspto.gov/ttabvue/ttabvue-85007428-EXA-11.pdf E.T. 04/06/2023).

¹⁶⁶ Case no. 87335817 (tsdr.uspto.gov/#caseNumber=87335817&caseType=SERIAL_NO&searchType=statusSearch E.T. 04/06/2023).

buğday hamuru kokusunun kombinasyonundan oluşan özgün koku” şeklinde tanımlanmıştır. Ayrıca, ilgili kokuyu içeren oyun hamurunun uzun süredir üretildiği ve satıldığına ilişkin belgeler ve bir adet söz konusu kokuyu içeren oyun hamuru da başvuru ile sunulmuştur. Amerika Birleşik Devletleri Patent ve Marka Ofisi ise, tıpkı Clarke kararında olduğu gibi, kokunun tüketicinin nezdinde ayırt edici olduğunu ve kaynak gösterme fonksiyonunu yerine getirdiğini daha güçlü delillerle Hasbro’dan kanıtlamasını istemiştir¹⁶⁷.

Bunun üzerine Hasbro, Play-Doh oyun hamurunun kokusunun ayırt edici olduğunu kanıtlamak üzere; yakın zamanda yürüttükleri “Stop and Smell Play-Doh” reklam kampanyasını, oyun hamurunun kokusunun fonksiyonel olmadığını zira kokmadan da bir oyun hamurunun üretilebileceğini fakat söz konusu koku ile bu oyun hamuruna ayırt edici bir özellik katıldığını, Play-Doh oyun hamurlarının seksenden fazla ülkeye satıldığı vb. hususlara ilişkin belgeleri Amerika Birleşik Devletleri Patent ve Marka Ofisi’ne sunmuştur¹⁶⁸. Hasbro ayrıca, farklı üreticilerin oyun hamurlarını da sunarak, koku içerseler de içermeseler de kendi ürettiği Play-Doh oyun hamurlarının sundukları hamurlardan farklı koktuğunu kanıtlamayı amaçlamıştır. Bu belgelerin ardından Ofis, kokunun ayırt edici nitelik kazandığına karar vermiş ve ilgili kokuyu 87335817 seri numarası ile görsel olmayan Play-Doh Koku Markası başlığıyla tescil etmiştir¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Fütman/Ünsal, s. 15.

¹⁶⁸ Amerika Patent ve Marka Ofisi’ne sunulan belgeler için bkz. (tsdr.uspto.gov/documentviewer?caseId=sn87335817&docId=ROA20171128174227#docIndex=11&page=1 E.T. 04/06/2023).

¹⁶⁹ Tescil belgesi için bkz. (tsdrsec.uspto.gov/ts/cd/casedocs/webcontent/proxy?url=/casedoc/cms/case/87335817/updated-registration-certificate/5467089_87335817_070919_URC.pdf/webcontent E.T 04/06/2023).

2.2.2.3 Diğer Tescilli Koku Markası Örnekleri

Amerika Birleşik Devletleri uygulamasında kokuların tek başına ayırt edici olamayacaklarına ilişkin var olan yaklaşım sebebiyle, kokuların ayırt edici olduğunun kanıtlanması için oldukça uğraş, zaman ve hatta masraf gerekmektedir. Bununla birlikte, bir kokunun ayırt edici olduğunun kanıtlanması için fırsat tanınması, Amerika Birleşik Devletleri’nde kokuların marka olarak tescilini olanaklı kılmakta ve bu sayede birden çok koku markasından söz edilebilmektedir. Örneğin, sandaletler için sakız kokusu¹⁷⁰, ağrı kesmeye yarayan bantlar için nane kokusu¹⁷¹, diş fırçaları için çilek kokusu¹⁷² Amerika Birleşik Devletleri’nde tescil edilmiş koku markalarıdır.

2010 yılında ise, kokuların marka olarak tescili için alışıl gelmişin dışında bir tescil gerçekleştirilmiştir. Bulgaristan asıllı Kalin Manchev, gül yağı kokusunu tek bir mal için değil; ürünlerini pazarlamak üzere kullandığı sabunlar, ıslak mendiller, ambalajlar gibi birçok promosyon ürünü ve mağazalarında kullandığı hizmetleri için koku markası olarak tescil etmiştir¹⁷³. İlgili başvuruda, tescil edilmek istenen işaret “gül yağı kokusu veya sardunya kokusu¹⁷⁴” şeklinde, İngilizce’de hem hoş hem de nahoş kokuları tanımlamaya yarayan “odor” kelimesi ile tanımlanmıştır. Amerika Birleşik Devletleri Patent ve Marka Ofisi ise, gül yağı kokusunun ayırt edici olmayıp, kaynak gösterme fonksiyonunu yerine getiremeyeceği endişesini belirterek, başvuruda geçen tanımın İngilizce’de hoş kokuları tanımlamak için kullanılan “scent” kelimesi

¹⁷⁰ Sicil No. 4754435

(tsdr.uspto.gov/#caseNumber=4754435&caseSearchType=US_APPLICATION&caseType=SERIAL_NO&searchType=statusSearch E.T. 04/06/2023).

¹⁷¹ Sicil No. 3589348

(tsdr.uspto.gov/#caseNumber=+3589348&caseSearchType=US_APPLICATION&caseType=SERIAL_NO&searchType=statusSearch E.T. 04/06/2023).

¹⁷² Sicil No. 3332910

(tsdr.uspto.gov/#caseNumber=3332910&caseSearchType=US_APPLICATION&caseType=SERIAL_NO&searchType=statusSearch E.T. 04/06/2023).

¹⁷³ Sicil no. 77871535 (www. tsdr.uspto.gov E.T. 04/06/2023).

¹⁷⁴ “The mark consists of the odor of rose oil, or geraniol”

(https://tsdr.uspto.gov/documentviewer?caseId=sn77871535&docId=FTK20091116090548#docIndex=42&page=1 E.T. 04/06/2023).

eşliğinde tanımın “gül yağı kokusu” şeklinde değiştirilmesini tavsiye etmiştir¹⁷⁵. Tavsiye üzerine başvuruda kullanılan tanımları güncelleyen başvuru sahibi, söz konusu kokuyu içeren ürünlerinin numunelerini başvurusuna eklemiştir; sabunların ya da ıslak mendillerin aslı işlevinin kokmak olmadığı, bu nedenle kokunun fonksiyonel olmadığını belirtmiştir. Gül yağı kokusunun tüketici nezdinde çok ayırt edilebilen bir koku olduğuna ilişkin internet kaynaklarını başvurusuna ekleyen başvuru sahibi, marka olarak tescil ettirilmek istenen kokunun özellikle promosyon ürünlerinde kullanıldığını ve bu sayede tüketicinin o ürünü kendisinin ürettiğini anladığına ilişkin belgeleri de sunmuştur¹⁷⁶. Tüm bu sürecin ardından pazarlama ürünleri için “gül yağı kokusu” işareti, marka olarak tescil edilmiştir.

2.3 Türk Hukuku’nda Kokunun Marka Olarak Korunabilirliği

Hukumumuzda hangi işaretlerin marka olarak tescil edilebileceği sınırlı sayı ilkesi ile belirtilmemiştir. Sınai Mülkiyet Kanunu’nun 4. maddesinde marka olabilecek işaretlere örnek olarak kelimeler, harfler, sayılar gibi geleneksel markalar gösterilmiş, hükmün devamında ise marka olabilecek işaretlerin belirtilenlerle sınırlı olmayıp her türlü işareten oluşabileceğine dikkat çekilmiştir. Dolayısıyla ayırt edici niteliği haiz olan ve sicilde gösterilebilen her türlü işaret, mutlak ret nedenlerini barındırmadığı ve nispi ret nedenleri kapsamında itiraz yapıp kabul edilmediği müddetçe marka olarak tescil edilebilecektir. Sınai Mülkiyet Kanunu içerisinde kokuların marka olarak tescilini doğrudan engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Kokunun da ayırt edici bir işaret olarak var olduğu ve sicilde gösterilebildiği bir durumda, marka olarak tescili

¹⁷⁵ “The mark consists of a rose oil scent or fragrance”
(<https://tsdr.uspto.gov/documentviewer?caseId=sn77871535&docId=OOA20100305104716#docIndex=38&page=1> E.T. 04/06/2023).

¹⁷⁶ Amerika Patent ve Marka Ofisi’ne sunulan belgeler için bkz.
(tsdr.uspto.gov/documentviewer?caseId=sn77871535&docId=IPC20100331071450#docIndex=33&page=1 E.T. 04/06/2023).

kanunen mümkün gözükmetedir. Bununla birlikte, TÜRK PATENT nezdinde henüz tescilli koku markası bulunmadığını belirtmek isteriz.

Bir kokunun Sınai Mülkiyet Kanunu kapsamında marka olarak korunabilmesi için, ayırt edicilik ve sicilde gösterilebilirlik koşullarını sağlayıp sağlamadığının ayrı ayrı irdelenmesi gerekmektedir. Zira öğretilerde bir görüş kokuların ayırt edici niteliğinin olmamasını ya da bu niteliğin zayıf olmasını eleştirirken¹⁷⁷, diğer bir görüş ise kokuların ayırt edici niteliği haiz olmalarının mümkün olmasıyla birlikte mevcut koşullarda sicilde gösterilebilmelerinin olanaklı olmadığını öne sürmektedir¹⁷⁸.

2.3.1 Kokunun Ayırt Ediciliği

Sınai Mülkiyet Kanunu, ayırt edicilik koşulunun sağlanması için nelerin varlığının aranması gerektiğini açıkça belirtmemiş, bir mal veya hizmeti diğer mal veya hizmetlerden farklı kılmaya yarayan işaretlerin ayırt edici olacağına hükmetmiştir. Kanun koyucu tarafından ayırt ediciliğin hangi koşullarda sağlanmış olacağı açıkça düzenlenmediğinden, her somut olayın koşullarına göre değerlendirmede bulunulmasında yarar vardır.

Öğretilerde kokuların ayırt edici olup olamayacağına ilişkin eleştiriler mevcuttur. Kişilerin koku alma duyuları birbirlerinden farklı olabileceği için algıladıkları kokuların subjektif olduğu ve bu nedenle kokunun objektif olarak belirlenemeyeceği öğretilerde bu konuya ilişkin getirilen eleştirilerden ilkidir¹⁷⁹. Benzer yönde, kokunun bulunduğu ortamın sıcaklığının, neminin ya da rüzgar durumunun kokuyu etkilediği, koku alma duyusunun ise kişisel olup; yaş, cinsiyet, sağlık gibi etkenlerle kişiden kişiye farklılık gösterdiği bu yüzden kokuların ayırt ediciliği olsa dahi bu ayırt ediciliğin zayıf olacağı ifade edilmektedir¹⁸⁰.

¹⁷⁷ İmirlioğlu, s. 90; Yarsuvat, s. 80.

¹⁷⁸ Çağlar (Ayhan/Yıldız/İmirlioğlu), s. 36; Uzunallı, Marka, s. 36.

¹⁷⁹ Yasaman, Yasaman Şerhi, s. 391.

¹⁸⁰ İmirlioğlu, s. 90.

Koku gözle görülemediği, elle tutulamadığı için soyut bir kavram olarak akıllara gelebilse de aslında oldukça somuttur ve bazı manyetik tanımlama aygıtları ile görüntülenebilmektedir¹⁸¹. Bir işaretin ayırt ediciliği tespit edilirken, o işaretin hitap ettiği ortalama tüketici kitlesi göz önünde bulundurulmalıdır¹⁸². Koku duyusu çok gelişmiş olan tüketiciler olduğu gibi, çok az koku alan ya da hiç koku alamayan tüketicilerin de varlığından söz edilebilir. Kokunun ayırt ediciliği için ortalama bir tüketici göz önünde bulundurulacağından, çok iyi koku duyusuna sahip olan ya da koku duyusu hiç çalışmayan tüketiciler değil, ortalama sağlıklı ve algılamada tüketiciler tarafından o kokunun ayırt edici olması yeterli olacaktır. Nitekim tıpkı koku duyumuz gibi, diğer duyularımızın çalışma şekli ve nasıl algılandıkları da kişiden kişiye değişebilmektedir. Örneğin, görme duyusunun herkes için aynı işlemesi ve herkesin bir rengi objektif olarak birebir aynı şekilde algıladığını söylemek mümkün olamayacaktır. Renk körü bazı kişiler kırmızı rengini, bazıları sadece koyu kırmızı tonunu, bazıları ise yeşil rengini ya da maviyi ayırt edememektedir¹⁸³. Oysa kırmızı rengi ayırt edemeyen kişiler olsa da Coca Cola'nın kırmızısının ayırt edici olmadığı söylenemeyecektir. Zira bu rengin ayırt ediciliği belirlenirken, ortalama sağlıklı tüketici göz önünde bulundurulacaktır. Nitekim Cola Cola'nın kırmızısı olarak anılan renk, R:224, G:0, B:9 kodlarıyla marka olarak tescil edilmiştir¹⁸⁴.

Öğretide ayırt edicilik soyut ve somut olmak üzere iki ayrı biçimde incelenmektedir. Her ne kadar Sınai Mülkiyet Kanunu'nda açıkça soyut ve somut ayırt edicilik ayrımı belirtilmemişse de Kanun'un 4. maddesinde bahsi geçen ayırt edicilik, marka olmanın ön koşulu olan soyut ayırt ediciliğe ilişkindir. Her şeyden önce markanın, ayırt edici bir işareten meydana gelmesi gerekir. Dolayısıyla soyut ayırt

¹⁸¹ Ozan, Kokular, s. 31.

¹⁸² Bkz. Bölüm 1, 1.1.5.1.

¹⁸³ Aras, Z.: "Renk Körlüğü", Bilim ve Teknik Dergisi 1995, S. 327, s. 105.

¹⁸⁴ Bkz. (www.coca-cola.com.tr, E.T. 04/06/2023).

edicilik, işaretin kendisinin ayırt edici olmasına ilişkindir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, mal veya hizmetten bağımsız olarak o işaretin ayırt edici olup olmadığıdır. Oysa aynı Kanun'un 5. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde söz edilen ayırt edicilik, somut ayırt ediciliğe yöneliktir. Somut ayırt edicilik, söz konusu işaretin bulunduğu mal veya hizmetin diğer mal veya hizmetlerden ayırt edilmesini sağlar.

2.3.1.1 Soyut Ayırt Edicilik

Koku, duyularımız sayesinde elbette algılanabilmekte ve ayırt edilebilmektedir. Soyut ayırt edicilik açısından ise kokudan beklenen, sadece algılanmak değil kokudan meydana gelen işaretin farklı olduğunun anlaşılabilmesidir. Doğada kendiliğinden var olan çim kokusu, herhangi bir başka kokudan farklıdır denilmesine neden olmayabilir; fakat bir işaret olarak bu kokunun seçilmesinin, ayırt edilebilir olacağı kanaatindeyiz. Nitekim, Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi Temyiz Kurulu'nun verdiği Taze Biçilmiş Çim Kokusu Kararı'nda da, karara konu olan bu kokunun insanlar tarafından tek başına algılandığında da kişide çağrışımlar yaptığı, ilkbahar ya da yaz gibi mevsimleri veya anılarını hatırlattığı bu nedenle ayırt edici olduğu ifade edilmiştir¹⁸⁵. Soyut renk markalarından da örnek vermek gerekirse lila renginin, onu diğer tüm renkler içerisinde farklı kılacak bir özelliğinin olmadığı düşünülebilir. Oysa soyut renkler, bir mal veya hizmeti diğer mal ve hizmetlerden ayırt etmek için uygundur¹⁸⁶. Hiçbir şekil ile özdeşleşmeden, Türkiye'de de tek soyut renk markası olan Milka'nın lilası¹⁸⁷, tek başına bir ambalaj ya da reklam tabelası üzerinde karşımıza çıktığında, bu rengin bir farklılık yaratmak amacıyla kullanıldığı tüketici tarafından anlaşılabilir¹⁸⁸. Mevcut koşullara göre bir işaret olarak

¹⁸⁵ Dava no. 156/1998-2 T. 11.02.1999 (www.copat.de/download/R0156_1998-2.pdf E.T. 04/06/2023).

¹⁸⁶ Eroğlu, S.: "Soyut Renk, Ses ve Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescili", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2003, C. 5, S. 1, s. 133 vd.

¹⁸⁷ Çağlar (Ayhan/Yıldız/İmirlioğlu), s. 33.

¹⁸⁸ Tekinalp, s. 364; Eroğlu, s. 134.

değerlendirilen kokunun, soyut ayırt edici niteliği de haiz olması halinde marka olarak tescilinde incelenmesi gereken konu, kokunun bulunduğu mal veya hizmeti diğer mal veya hizmetlerden ayırt etmeye yarayıp yaramadığı ve sicilde nasıl gösterilebileceği olacaktır. Fakat söz konusu koku soyut ayırt edicilikten yoksunsa, kullanım yoluyla dahi ayırt edici niteliği kazanamaması gündeme gelebilir.

2.3.1.2 Somut Ayırt Edicilik

Kokuyu somut ayırt edicilik yönünden ele aldığımızda, o kokunun bulunduğu mal veya hizmeti, diğer mal veya hizmetlerden farklı kılmaya yarayıp yaramadığı değerlendirilmelidir. Bir ürünün doğal kokusunun, o ürünü diğerleri arasından ayırt edilmesini sağlaması güçtür. Örneğin ahşap kokan bir mobilya, tüketici nezdinde diğer mobilyalardan farklı olarak algılanmayacaktır. Oysa normal şartlar altında o kokuyu barındırmayan bir ürüne, benzerlerinden farklı bir kokunun o ürüne özgülmesi halinde somut ayırt edicilik koşulunun gerçekleştiğini söylemek mümkün olabilir. Dolayısıyla bir kokunun somut ayırt ediciliği incelenirken iki noktaya dikkat edilmesinde yarar vardır. Bunlardan ilki, söz konusu kokunun malın veya hizmetin doğası gereği var olup olmadığı, başka bir ifadeyle fonksiyonel olup olmadığı, diğeri ise o kokunun bulunduğu mal ve hizmeti diğerlerinden ayırt etmeye yarayıp yaramadığıdır.

Bir malın veya hizmetin kokusunun doğasından mı kaynaklandığının incelenmesi konusunda parfümlere ayrıca değinmemiz gerekecektir. Yukarıda ele aldığımız tescilli koku markalarının tümü, normal şartlarda o kokuyu içermeyen bir mal ile, o maldan bağımsız bir kokunun bir araya getirilerek söz konusu malı benzerlerinden ayırt ettiği gerekçesiyle marka olarak tescil edilmiştir. Amerika Birleşik Devletleri uygulamasında kabul edilen parfümlerin kokusunun fonksiyonel olduğu görüşü, öğretimizde de yer almakta; bir parfümün kokusunun mala asli değerini veren özelliği

olduğu için ayırt edici olmayacağı ifade edilmektedir¹⁸⁹. Bir işaret ayırt edici olsa dahi, mala asli değerini veriyorsa Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 5. maddesinin (e) bendine göre mutlak ret sebebinin varlığı nedeniyle marka olarak tescil edilemeyecektir. Parfümün asli işlevinin koku içermek olduğunu kabul etmekle beraber, tüketicinin bir parfümü satın alırken sadece koktuğu için değil, güzel koktuğu ya da farklı koktuğu veya sevdiği bir kokuyu barındırdığı gibi saiklerle satın aldığına da göz önünde bulundurulması gerektiğini düşünmekteyiz. Zira, tüketicinin bir limon kolonyası satın aldığına beklentisi diğer tüm limon kolonyalarından farklı kokması değil, limon kokusunu içermesidir. Aynı durumun, parfümler için her zaman geçerli olduğunu söylemek güçtür. Dünyaca ünlü parfümlerin kokusu, örneğin yüz yılı aşkın süredir üretilen ve kullanılan Chanel No. 5'in kokusu¹⁹⁰, tüketicinin önemli bir kısmı tarafından algılandığında tanınmakta ve diğer parfümlerden ayırt edilebilmektedir. Bu noktada söz konusu tanınmışlığa ulaşmış parfüm kokularının sahip olduğu ekonomik değer ve bu değerın korunmasının gerekliliği göz ardı edilmemelidir¹⁹¹.

2.3.1.3 Soyut ve Somut Ayırt Ediciliğin Tespitinin Kullanım Yoluyla Ayırt Edicilik Kazanılması Halinde Önemi

Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 5. maddesinin 2. fıkrasına göre, başvuru tarihinden önce kullanılarak ilgili mal veya hizmetler arasında ayırt edicilik kazanan işaretin tescili, aynı hükmün (b), (c) ve (d) bentlerine göre reddedilememektedir. Kullanım yoluyla ayırt ediciliğin kazanılması konusunda da işaretin soyut ve somut ayırt ediciliğinin tespiti önem arz etmektedir. İlgili hükmün (b) bendi, işaretin somut ayırt ediciliğinin bulunmamasına ilişkindir. Bu hüküm ile, somut ayırt ediciliği bulunmayan bir işaretin kullanım sonucunda ayırt edicilik kazanması söz konusu olabilmektedir.

¹⁸⁹ Arkan, Marka, s, 86, dn. 70; Yasaman, Yasaman Şerhi, s. 468.

¹⁹⁰ Detaylı bilgi için bkz. Bilgeç/Sunca, s. 144 vd.

¹⁹¹ Taylan Çamlıbel, E.: Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, Ankara 2001, İmirlioğlu, s. 99'dan naklen.

Kullanım sonucunda ayırt edicilik kazanılması konusunda, Mülga 556 Sayılı Markanın Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 7. maddesine de değinmemizde yarar vardır. Anılan Kararname'nin 7. maddesine göre, tescil edilmeden önce kullanılan ve kullanım yoluyla ayırt edicilik kazanan işaretlerin, ilgili hükmün (a), (c) ve (d) bentlerine göre tescilinin reddedilemeyeceği düzenlenmişti. Hükmün (a) bendi, marka olarak tescil edilmek istenen işaretin soyut ayırt edici olması gerektiğine ilişkindi. Bu durumda başlangıçta soyut ayırt ediciliği bulunmasa dahi bir işaretin kullanım yoluyla ayırt edicilik kazanabilmesi mümkün gözükmekte, ilgili Kararname'nin hazırlanmasına kaynak olan Avrupa Birliği Marka Direktifi ve Avrupa Birliği Marka Tüzüğü'nden farklı bir sonuç doğurmaktaydı.

Bu durum, kullanım yoluyla ayırt ediciliğin kazanılmasına ilişkin tartışmalara neden olmuştu. Bir görüş, soyut ayırt ediciliği bulunmayan işaretin kullanım yoluyla da ayırt edici nitelik kazanmasının mümkün olmadığını savunurken¹⁹², diğer bir görüş ise başta tek başına hiçbir ayırt ediciliği bulunmayan, daha açık bir ifade ile soyut ayırt edici niteliği haiz olmayan işaretin kullanım yoluyla belli bir işletmenin malı veya hizmeti olarak algılanmaya başlanması halinde ayırt edici nitelik kazanacağı ve marka olarak tescil edilebileceğini ifade etmekteydi¹⁹³.

Sınai Mülkiyet Kanunu'nda ise, soyut ayırt edici işaretlerin kullanım yoluyla ayırt edicilik kazanabileceği, 5. maddesinin 2. fıkrasına dahil edilmemiş, Avrupa Birliği düzenlemeleri ile uyum yakalanmıştır¹⁹⁴. Bu nedenle soyut ayırt ediciliği bulunmayan bir işaretin, kullanım yoluyla da ayırt edici niteliği kazanamayacağı kabul edilmekte, bir işaretin soyut ayırt edici niteliği haiz ancak somut ayırt edicilikten yoksun olması

¹⁹² Doğan, B.: "Türk, Alman ve Avrupa Birliği Hukukuna Göre Marka Olamayacak İşaretlerin Kullanım Sonucu Ayırt Edici Nitelik Kazanarak Tescil Edilebilirliği Sorunu", FMR Dergisi 2006, C. 3, s. 17 vd; İmirlioğlu, s. 23; Uzunallı, Marka, s. 71; Karasu (Suluk/Nal), s. 174.

¹⁹³ Tekinalp, s. 402; Arkan, Marka, s. 83; Dirikkan, s. 35.

¹⁹⁴ İmirlioğlu, s. 25.

halinde kullanım yoluyla ayırt edicilik kazanabileceği ifade edilmektedir¹⁹⁵. Dolayısıyla marka olarak tescil edilmesi istenen bir kokunun hem soyut hem de somut ayırt edicilik açısından ele almakta yarar vardır. Zira, soyut ayırt edici niteliği bulunmayan bir kokunun kullanım yoluyla ayırt edicilik kazanmasından bahsedilemezken, soyut ayırt ediciliği olduğu halde somut ayırt edici özelliği bulunmayan bir koku, kullanım yolu ile söz konusu niteliği kazanabilecektir.

2.3.2 Kokunun Sicilde Gösterilebilirliği

Marka olarak tescil edilmek istenen bir kokunun ayırt edici niteliği haiz olması halinde tescili önündeki asıl engel, sicilde nasıl gösterileceği konusunda karşımıza çıkmaktadır. Sınai Mülkiyet Kanunu'na göre, marka olabilecek işaretin, marka sahibine sağladığı korumanın açık ve kesin bir biçimde sicilde gösterilebilir olması gerekmektedir. Sınai Mülkiyet Kanunu yürürlüğe girmeden önce, yürürlükte olan Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile aranan çizimle görüntülenebilme koşulu, akıllara sadece iki boyutlu işaretlerin mi tescil edilebileceği sorusunu getirmişti¹⁹⁶. Bu koşulun, yürürlükteki mevzuat ile sicilde gösterilebilir olma şeklinde değiştirilmesi, iki boyuttan meydana gelmeyen ve geleneksel olmayan markaların da tescili konusuna netlik kazandırmıştır.

Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 4. maddesinde örnek olarak gösterilen kelime ya da sayı gibi geleneksel marka olabilecek işaretlerin, sicilde açık ve kesin olarak gösterilmesi geleneksel olmayan markalara göre oldukça kolaydır. Söz konusu işaretlerin bir örneği başvuru formuna dahil edilerek sicilde açık ve kesin olarak gösterimi sağlanmaktadır. Nitekim Sınai Mülkiyet Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik'in 7. maddesinde sicilde gösterilebilirliğin sağlanması için kelimeler, şekiller, harfler, sayılar gibi geleneksel markaların örneğinin başvuru formuyla birlikte

¹⁹⁵ Yasaman, Yasaman Şerhi, s.109.

¹⁹⁶ Arkan, Marka, s. 37; Yasaman, Yasaman Şerhi, s. 111.

TÜRKPATENT'e sunulması yeterli kabul edilirken, aynı maddenin 2. ve 5. fıkraları arasında geleneksel olmayan ses, üç boyutlu şekil, renk ve hareket markalarının sicilde gösterilebilirlik koşulunu sağlamaları için gereken kriterler ayrıca düzenlenmiştir. Örneğin, renk markası için TÜRKPATENT'e yapılacak başvuruda renk örneğinin yanı sıra, o rengin TÜRKPATENT tarafından kabul edilen renk kodunun da başvuruda sunulması gerekmektedir. TÜRKPATENT Marka İnceleme Kılavuzu, açık ve kesin olarak sicilde gösterilebilirliğin sağlanması için gereken koşulların, Sieckmann Kriterleri ile aynı olduğunu ifade etmektedir¹⁹⁷. Buna göre, Avrupa Birliği uygulamasında olduğu gibi, Türk Hukuku'nda da sicilde gösterilebilirlik koşulunun sağlanması için işaretin açık, kesin, kolaylıkla erişilebilir ve sabit (zaman içinde değişmeyen, bozulmayan) şekilde sicilde gösterilebilmesi gerekmektedir.

Koku markalarının sicilde nasıl gösterileceği Sınai Mülkiyet Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik'te düzenlenmemiş; TÜRKPATENT'in Marka İnceleme Kılavuzu'nda ise, kokuların açık ve kesin olarak sicilde gösterilebilmesinin mevcut teknolojik koşullarda mümkün olmadığı belirtilmiştir¹⁹⁸. Mevcut teknoloji dahilinde neler yapılabileceğine ilişkin bazı örnekler yukarıda ele alınmıştır¹⁹⁹. Mevcut teknoloji aslında kokuların objektif bir şekilde sicilde gösterilebilmesini sağlayabilir fakat açıklık, kesinlik ve kolayca erişilebilirlik koşullarının bu teknolojilerin kullanılması halinde sağlanacağını bugün için söylemek pek mümkün değildir. Zira, gaz krematoryumu ya da elektronik burun cihazı gibi teknolojik aletler kolaylıkla erişilebilen ve maliyeti düşük araçlar değildirler. Kılavuz aynı zamanda; Sieckmann Kararı'nda olduğu gibi, kokunun kimyasal formülünün, kelimelerle yapılan tarifinin veya ikisinin kombinasyonunun ve kokunun numunesinin başvuruya

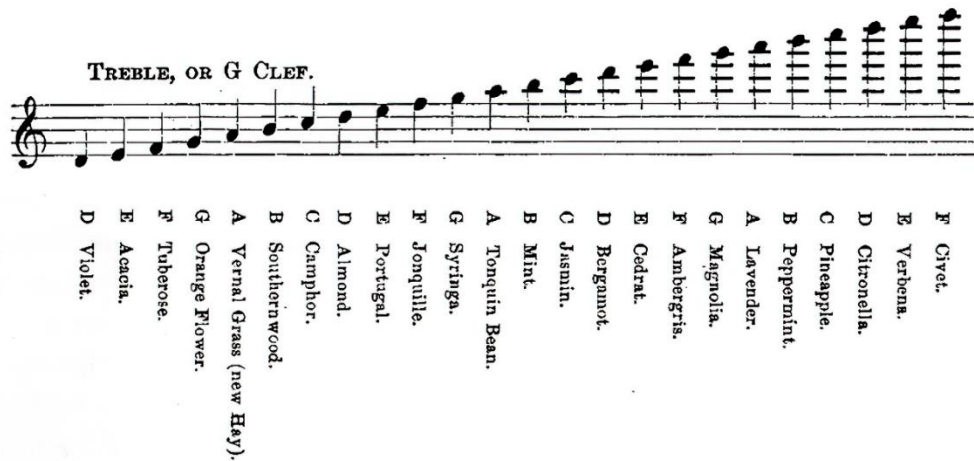
¹⁹⁷ Türk Patent ve Marka Kurumu, Marka İnceleme Kılavuzu 2021, s. 6. Sieckmann Kriterleri hk. ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm 2, 2.1.2.

¹⁹⁸ Türk Patent ve Marka Kurumu, Marka İnceleme Kılavuzu 2021, s. 18.

¹⁹⁹ Bkz. Bölüm 2, 2.1.2.

dahil edilmesinin sicilde gösterilebilirlik koşulunu sağlamayacağını da ifade etmiştir²⁰⁰.

Avrupa Birliği Adalet Divanı, vermiş olduğu Olgun Çilek Kokusu Kararı'nda ise, kokuların renklerin ya da seslerin aksine uluslararası bir kodlamaya veya nota sistemine sahip olmaması sebebiyle kokuların objektif olarak sicilde gösterilemeyeceğini ifade etmiştir²⁰¹. TÜRKPATENT'de benzer bir yaklaşımla, kokuların sicilde gösterilebilmesini sağlayacak bir modelin olmayışını, kokuların marka olarak tescil edilmesi önünde bir engel olarak değerlendirmektedir²⁰² Oysa kokular için de benzer bir kodlama ya da notalama sisteminin geliştirilmesi imkansız değildir. Nitekim 1800'lü yıllarda İngiliz kimyager ve parfümör George William Septimus Piesse, parfümlerin yapısına göre barındırdığı kokuları, müzik notaları ile göstermeye yarayan bir sistem oluşturmuştur²⁰³.



Şekil 1: Piesse'in Odophome isimli koku-nota eşleştirmesi

²⁰⁰ Türk Patent ve Marka Kurumu, Marka İnceleme Kılavuzu 2021, s. 18.

²⁰¹ Bkz. Bölüm 2, 2.1.2.

²⁰² Türk Patent ve Marka Kurumu, Marka İnceleme Kılavuzu 2021, s. 19.

²⁰³ Ozan, Parfümler, s. 352.

Piesse'in oluşturduğu sisteme göre, parfümlerin ilk on beş dakika içerisinde algılanan kokusunu üst nota, takip eden iki saat içerisinde duyulan kokulara kalp nota, kalp notanın etkisinin geçtiği yedi veya daha fazla saatten sonra algılanmaya devam eden kokulara ise dip nota isimleri verilmiş ve bu notalar, müzik notalarına göre eşleştirilmiştir²⁰⁴. Böyle bir sistemde, hangi kokunun hangi notaya denk geldiğini herkesin bilemeyeceği ve bu nedenle anlaşılır olmayıp açıklık ve kesinliğin sağlanamayacağı düşünülebilir. Oysa ses markaları için zorunlu olmasa da nota ile gösterim de kabul edilmektedir²⁰⁵. Benzer bir sistemin kokular için uluslararası düzeyde ve bağlayıcı olarak belirlenmesi halinde, sicilde gösterilebilirliğin Sieckmann Kriterleri'ne uygun olarak gerçekleşeceği düşüncesindeyiz. Zira kokunun uluslararası geçerliliği olan bir kod ya da nota aracılığıyla sınıflandırılması, o kokunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlamakla birlikte, mevcut teknolojik gelişmelere yöneltilen görüşlerin aksine maliyetsiz ve oldukça erişilebilir olacaktır.

Tüm bu sonuçlar ışığında, kokunun mevcut şartlar içinde sicilde gösterilebilirlik koşulunu açık ve kesin olarak sağlaması Türk Hukuku'nun aradığı koşullar bakımından günümüz şartlarında güç gözükmemektedir. Kokunun ayırt edici niteliği haiz olması, sicilde gösterilebilirliğine göre hem daha tartışmasız hem de daha olanaklıdır. Oysa hukukumuzda marka olarak tescil edilebilmek için gereken sicilde gösterilebilirlik koşulu TÜRKPATENT'in Marka İnceleme Kılavuzu'nda öngördüğü şekilde sağlanmadıkça, kokuların marka olarak tescili mevcut uygulama dahilinde olanaklı gözükmemektedir.

Sınai Mülkiyet Kanunu, hangi kriterlerin varlığı halinde sicilde gösterilebilirlik koşulunun gerçekleşeceğini belirtmeyip, marka sahibine sağladığı korumanın açık ve kesin olarak sicilde gösterilmesi halinde bu koşulun sağlanmış olacağını düzenlese de,

²⁰⁴ Ozan, Parfümler, s. 352.

²⁰⁵ Türk Patent ve Marka Kurumu, Marka İnceleme Kılavuzu 2021, s. 14.

Sınai Mülkiyet Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik'te tescili mevcut teknolojik koşullarda tescili mümkün gözüken geleneksel olmayan markaların sicilde nasıl gösterilebileceğini ayrı ayrı ele alınmış ve kokular bu düzenleme içerisine dahil edilmemiştir. TÜRKPATENT'in Marka İnceleme Kılavuzu'nda ise, kokuların mevcut teknoloji ile sicilde gösterilemeyeceği kesin bir dille ifade edilmiştir. Mevcut teknoloji ile sicilde gösterilebilirlik koşulunun sağlanabilmesi adına öğretilen yöntemler, Sieckmann Kriterleri'ni sağlayamadığı için kabul görmemektedir. Sieckmann Kriterleri ise hem Avrupa Birliği uygulamasında hem de Türk Hukuku'nda hala geçerliliğini korumaktadır. Bu noktada, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Olgun Çilek Kokusu Kararı'nda da belirttiği üzere²⁰⁶, kokuları sınıflandıran ya da niteleyen uluslararası bir sistemin var olmayışı, kokuların Sieckmann Kriterleri'ne uygun olarak gösterilmesini oldukça güçleştirmektedir.

Ekleme isteriz ki hem Avrupa Birliği'nde hem de Türkiye'de kokuların marka olarak tesciline yönelik yaklaşıma şekil veren Sieckmann Kriterleri, günümüz koşullarında değil, yirmi sene kadar öncesinin hukuki ve teknolojik gelişmeleri ışığında şekillenmiştir²⁰⁷. Sınai Mülkiyet Kanunu içerisinde kokuların marka olarak tescilini engelleyen açık bir hüküm bulunmadığı ve ayırt edici niteliği haiz olan ve açık ve kesin olarak sicilde gösterilebilen her türlü işaretlerin marka olarak tescil edilebileceği düzenlendiği halde, günümüzde var olan teknolojik gelişmelerin ve geleneksel olmayan işaretlerin tesciline ilişkin olumlu yaklaşımın kokular açısından TÜRKPATENT nezdinde göz ardı edilmesinin, kokuların marka olarak tesciline ilişkin talihsiz bir uygulama olduğu kanaatindeyiz.

Teknolojinin günden güne gelişimi, 2002 yılında erişilmesi imkansız ya da oldukça güç gözüken teknolojik cihazlara veya uygulamalara ulaşımı kolaylaştırmaktadır.

²⁰⁶ Bkz. Bölüm 2, 2.1.2.

²⁰⁷ Benzer yönde bkz. Bilgeç/Sunca, s. 154.

Bahse konu yıllarda bu denli gelişim göstermemiş yapay zekadan ise, günümüzde pek fazla alanda yararlanılmakta ve birçok soruna yapay zeka ile çözüm üretilmektedir. Mevcut teknolojik gelişmelerden ve yapay zekadan yararlanarak kokuların sicilde gösterilebilmesine olanak sağlayan bir uygulamanın benimsenmesi halinde Türk Hukuku'nda kokuların marka olarak tescil edilebileceği kanaatindeyiz. Benzer şekilde, yukarıda değindiğimiz örnekte olduğu gibi²⁰⁸, kokular için nota ya da kod gibi uluslararası bir sistemin düzenlenip benimsenmesi de kokuların marka olarak tescilini daha olanaklı kılacaktır. Sınai Mülkiyet Kanunu'nun amacı, marka ve diğer sınai hakların korunarak; teknolojik, ekonomik ve sosyal ilerlemenin gerçekleştirilmesine katkı sağlamaktır (SMK m. 1/1). İlgili Kanun'da kokuların marka olarak tesciline ilişkin bir engel olmadığı halde uygulamadaki yaklaşımın, Kanun'un amacı ile örtüşmediği kanaatindeyiz. Dolayısıyla bu tutarsızlığın giderilmesi hem marka hukuku açısından hem de üretici ve tüketici açısından olumlu bir gelişme olacaktır.

²⁰⁸ Bkz. Şekil 1, Bölüm 2, 2.3.2.

Bölüm 3

KOKUNUN MARKA HUKUKU DIŞINDA KALAN HUKUKİ KURUMLARLA KORUNABİLİRLİĞİ

3.1 Kokunun Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku'yla Korunması

Eser sahibi, yaratıcı bir faaliyet ile eserini ortaya koyduğunda; bu çabasının bir sonucu olarak belli süreliğine bazı haklar elde eder. Öğretide, fikir ve sanat eserlerinin; sadece eser sahibinin çabası ile değil, bu çaba ile içinde bulunduğu toplumun bilgi birikiminin, sahip olduğu değerlerin, o toplumun tecrübelerinin birleşmesi ile doğduğu görüşü hakimdir²⁰⁹. Dolayısıyla, fikri haklar belirli bir süre için korunurlar. Fikri hakların amacı, yaratıcılık ile üretimi teşvik ederek, toplumun gelişmesine katkı sağlamaktır²¹⁰. Hukukumuzda bu koruma Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile sağlanmaktadır. Fikir ve sanat eserleri, anılan Kanun'un 2. maddesi ve devamında dört grup halinde düzenlenmiştir. Sınırlı sayı ilkesi ile sayılan bu eser grupları sırasıyla; ilim ve edebiyat eserleri, musiki eserler, güzel sanat eserleri ve sinema eserleridir.

3.1.1 Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun Sağladığı Korumanın Kapsamı

Eser sahibinin eserden doğan manevi ve mali haklarının koruma altına alındığı, ilgili Kanun'un 13. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; sınırlı sayı ile sayılmış eser gruplarından birine dahil olan, sahibinin hususiyetini taşıyan ve fikri bir çabanın sonucu olarak doğan eserin sahibi, eserden doğan manevi ve mali haklarını herkese

²⁰⁹ Öztan, s. 3.

²¹⁰ Suluk (Karasu/Nal), s. 35.

karşı ileri sürebilir. Eser sahibi, manevi haklar kapsamında; eserini umuma sunma, adının belirtilmesi, eserde değişiklik yapılmasının önlenmesi, eserin aslına ulaşma, teşhir ve eserin tahrip edilmesini önleme haklarına sahiptir.

Kanun koyucu, eser sahibinin mali haklarını düzenlerken ise ikili bir ayrıma gitmiştir. Kanun'un 20. maddesine göre, alenileşmemiş bir eserden her ne şekilde olursa olsun faydalanma hakkı münhasıran eser sahibine aitken, alenileşmiş eserler için eser sahibine münhasıran tanınan faydalanma hakkı, sınırlı sayı ilkesi ile belirtilmiştir. Eser sahibinin kanundan doğan mali hakları; işleme hakkı, çoğaltma hakkı, yayma hakkı, temsil hakkı ve yayın ile umuma iletim hakkı şeklinde sıralanabilir. Kokunun fikri eser olarak söz konusu haklarla korunabilmesi için, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nu kapsamında fikri eser olarak değerlendirilebilmesi gerekmektedir.

3.1.2 Kokunun Fikri Eser Olarak Değerlendirilmesi

Eser, sözlükte “emek sonucu ortaya konan ürün” şeklinde tanımlanmıştır²¹¹. Fakat her emek sonucu ortaya çıkan ürünü, fikri mülkiyet hakları çerçevesinde korumak mümkün değildir. Fikri mülkiyet hakları çerçevesinde korunan ürünler, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na göre fikri eser niteliğini sahip olanlardır.

Bir ürünün fikri eser olabilmesi ve bu bağlamda fikri haklardan yararlanabilmesi için, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 1/B maddesinin (a) bendinde sayılan koşulları sağlaması gerekir. Bu koşullar; sahibinin hususiyetini taşıma, Kanun'da sınırlı sayı ile (*numerus clausus*) belirtilmiş olan ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar ve sinema eserleri gruplarından birine dahil olma, fikri çabanın bir sonucu olma şeklinde sıralanabilir. Öğretide, bir ürünün fikri eser sayılabilmesi için; tasarrufa elverişli olması ve üçüncü kişilerce objektif olarak algılanabilir olması da, ürünün barındırması

²¹¹ Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük (www.sozluk.gov.tr E.T. 04/06/2023).

gereken koşullardan sayılmaktadır²¹². Mahkeme, uyuşmazlık halinde ihtilafa konu ürünün fikri eser olup olmadığını resen inceler²¹³.

Aynı haklardan yararlanabilmek için, bir eşyanın varlığının gerektiğine yukarıda değinmiřtik²¹⁴. Fikri eserin de içinde olduğu fikri ürünler, maddi varlıkları olmadığından, aynı hakkın konusunu oluşturamazlar. Öğretide gayrimaddi mallar olarak tanımlanan fikri eserler²¹⁵, hukukumuzda Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile Sınai Mülkiyet Kanunu içerisinde düzenlenmiş hükümlere tabidirler. Ancak, fikri eserin görünürlük sağladığı maddi ürünler, örneğin bir musiki eserin kaydedildiği CD veya heykeltıraşın fikri eserini işlediği mermer, eşya niteliğini taşıyabilirler²¹⁶.

Kokuların, eser olup olmadığını tartışırken; doğal kokular ile sentetik kokuları ayrı ayrı ele almakta yarar vardır. Zira doğal kokular, daha önce de belirttiğimiz üzere doğada kendiliğinden var olan, insani bir çaba ile var olmamış kokulardır. Bu nedenle doğal kokuların eser olamayacağı aşikardır. Doğal bir kokunun, insani bir çaba sonucunda bir kaba hapsedilmesinin de, eser olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Her ne kadar doğal kokunun içinde hapsedildiği bir ürün mevcut olsa da, sahibinin hususiyetini taşıyan bir kokudan söz etmek mümkün değildir. Kabin içerisindeki koku, halihazırda doğada mevcuttur ve fikri bir çabanın sonucunda üretilmemiştir.

Sentetik kokuların ise eser olup olmadığını değerlendirirken, eser olabilmesi için gereken koşulları, özellikle sahibinin hususiyetini barındırması ve Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda sayılan gruplardan birine dahil olup olmaması açısından detaylıca ele almamız gerekecektir.

²¹² Nal/Suluk (Karasu), s. 38.

²¹³ Tekinalp, s. 97.

²¹⁴ Bkz. Bölüm 1, 1.2.2.

²¹⁵ Sirmen, s. 5.

²¹⁶ Sirmen, s. 5.

3.1.2.1 Hususiyet Barındırma

Hususiyet kavramı öğretilerde tartışmalı olup, farklı şekillerde tanımlanmaktadır. Her şeyden önce, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 1/B maddesinin (a) bendinde “sahibinin hususiyetini” taşıma koşulunu aradığından, bahsi geçen sahibin ürünü yaratan insan olduğunu, insan dışında kalan canlıların veya makine ve cihazların mevcut teknoloji ile fikri eser yaratamayacağını belirtmemiz gerekir²¹⁷.

Öğretilerde hususiyetin çokça tanımı yapılmaya çalışılmış, hususiyetin varlığı için farklı koşullar aranmıştır. Bir görüş hususiyetin mutlaka “yaratıcı bir faaliyet” gerektiren ve herkes tarafından o eserin meydana getirilemeyecek olmasını sağlayan koşul olduğu yönündedir²¹⁸. Benzer yönde başka bir görüş, hususiyetin eser sahibinin “yaratıcı ruhunun bir yansıması” olduğu şeklindedir²¹⁹. Başka bir görüş ise, hususiyetin anlatım/üslup sayesinde eser sahibinin sanatsal ve yaratıcı kişiliğinin görünümü olduğunu ifade etmektedir²²⁰. Bu fikre karşı olarak diğer bir görüş, anlatım/üslubun hususiyeti belirlemede yeterli olmayıp; hususiyet belirlenirken anlatım/üslubun yanı sıra, eser sahibinin eserini meydana getirirken serbest biçimlendirme alanının olması, başka bir deyişle herkesin o ürünü meydana getirirken ürünün doğası gereği aynı şekilde biçimlendirme zorunluluğunun bulunmaması, eserin ortalamanın üstünde bir özelliğe sahip olması ve eserin amaca uygun olanın üzerinde bir özelliğin varlığının aranması gerektiğini ileri sürmektedir²²¹. Görüldüğü üzere hususiyet kavramı çokça tartışmalı olup, bir eserin hususiyet barındırıp

²¹⁷ Öztan, s. 83.

²¹⁸ Hirsch, E.: Hukuki Bakımdan Fikri Say, Cilt II: Fikri Haklar, İstanbul 1943, s. 12, Bozgeyik, H.: “Fikir ve Sanat Eserlerinde Hususiyet Kavramı”, BATİDER 2009, C. 25, S. 3, s. 171'den naklen.

²¹⁹ Öztan, s. 92.

²²⁰ Tekinalp, s. 99.

²²¹ Nal/Suluk (Karasu), s. 41. Hususiyet kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Bozgeyik, s. 171 vd.

barındırmadığının tespit etmek oldukça güçtür ve her somut olayda bilirkişilerce ayrı ayrı değerlendirilmelidir²²².

Sentetik kokular için hususiyetin var olup olmadığını değerlendirirken, her halükârda hususiyet barındırmadığını söylemek doğru olmayacaktır. Sentetik koku olan parfüm örneğini ele aldığımızda; fikri bir çabanın, hatta öğretide varlığı aranan yaratıcılığın parfümün üretilişi esnasında mevcut olduğu açıktır. Her ne kadar, birçok parfüm içerisinde yasemin, gül, nergis, sedir ağacı, vanilya gibi ortak kokuları içerse de, parfümler her bir maddenin yanına başka maddeler de eklenmesi sonucu oluşmakta ve bu süreç, parfümü yaratan parfümörün yeteneği, bilgi birikimi gibi etmenler doğrultusunda gelişmektedir. Birden fazla limon kolonyasının limon koktuğunu tespit etmek oldukça kolaydır. Oysa içeriğinde yasemin bulunan birden fazla parfümün, aynı şekilde kokmayacakları açıktır. Parfümü yaratan parfümör, var olan kokuyu başka maddeler ile yorumlayarak, yeni bir ürün ortaya koymaktadır. Bu nedenle, parfümlerin hususiyet taşıdığına söylenebileceği kanaatindeyiz. Zira bir heykeltıraş, elinde varolan ahşap, mermer, kil gibi bir hammaddeyi kullanarak, fikri çabasını bu hammaddeye yansıtır ve eseri olan heykel meydana gelir. Aynı şekilde, yukarıda saydığımız parfümlerin çoğunda bulunan kokuları heykeltıraşın hammaddesi gibi düşünürsek, parfümörün de elindeki hammaddeyi kullanarak eseri olan parfümü yarattığını söyleyebiliriz.

Sentetik kokunun, hususiyet barındırmayan hallerinden de söz etmek mümkündür. Örnek vermek gerekirse, limon kolonyası üreten bir kişinin, ürettiği kolonya kokusunun hususiyet taşıdığını; diğer tüm limon kolonyalarından farklı koktuğunu iddia etmesi güçtür. Zira, her ne kadar formülasyonu, hammaddesinin kökeni, kalitesi farklı olsa da ürün limon kokusunu içermektedir ve bazı farklılıkları içermesine

²²² Nal/Suluk (Karasu), s. 39.

rağmen eser olması için gereken hususiyeti barındırmamaktadır. Limon kolonyası örneğinin aksine, parfümlerde limon kokusu gibi halihazırda var olan bir fikir üzerinden ürün elde edilmemektedir. Ayrıca, genellikle tüketicinin parfümden beklentisinin farklı ve güzel kokmasıyken, kolonyadan beklentisinin benzerlerinden farklı kokması olmadığını da göz önünde bulundurmakta yarar vardır.

3.1.2.2 Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Sayılan Eser Gruplarından Birine Dahil Olma

Sentetik kokunun eser olup olmayacağını tespitinde ele almamız gereken bir diğer önemli ve tartışmalı unsur ise, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda sayılan gruplardan hangisine dahil edilebileceğidir. Anılan Kanun'un 1/B maddesinde bu gruplar; ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanat ve sinema olmak üzere sınırlı sayı ile belirtilmiştir. Bu gruplardan birine dahil olmayan ürün, eser sayılmayacaktır.

İlk bakışta, sentetik kokunun kimyasal bir çalışma sonucu ortaya çıkması sebebiyle ilim ve edebiyat eserleri grubuna dahil edilebileceği düşünülebilir. İlim ve edebiyat eserlerinin, dil ile ifade edilebilmeleri gerekir ve bilim eserleri için rakam, şekil ve formül de dil ile ifade kapsamına girmektedir²²³. Nitekim dil ve yazı ile ifade edilme koşulu, söz konusu Kanun'un 2. maddesinde de ifade edilmiştir. Fakat sentetik kokunun kimyasal formülünün ilim ve edebiyat eserleri grubuna dahil olduğunu söylemek isabetli olmayacaktır. Zira bu noktada tartışılan eser, duyu organlarımız ile algıladığımız kokudur. Dolayısıyla koşulları sağlaması halinde eser olarak nitelendirilecek ürün, kağıt üzerine yazılmış formül değil, üretilen kokunun kendisidir.

Sentetik kokunun, musiki veya sinema eseri gruplarına dahil olması mümkün olmadığından; doğrudan güzel sanat eserleri grubuna dahil edilip edilemeyeceğinin incelenmesi gerekir. Kanun koyucu, güzel sanat eserlerinde estetik değere sahip olma

²²³ Tekinalp, s. 107.

özelliği aramıştır (FSEK m. 4). Kanun'un değiştirilmeden önceki halinde, estetik değer yerine "bedii vasıf" kavramı kullanılmaktaydı. Öğretide bedii vasıf; güzel, latif, nadide güzellik ölçülerine uyan, örneği olmayan ve gözü gönlü okşayan şekilde açıklanmaktaydı²²⁴. Bizim de katıldığımız görüşe göre, bir eserin güzel sanat eseri olup olmadığını değerlendirirken bakılması gereken bedii vasfin veya Kanun'un güncel ifadesi ile estetik değerin güzellik, göze hitap eden, hoş gibi kişiden kişiye değişecek değerlendirmelere tabii tutulması yerinde olmayacaktır²²⁵. Örneğin, İspanyol ressam Goya'nın Prado Müzesi'nde sergilenen "Çocuklarını Yiyen Satürn" tablosu, öğretide tanımlanan bedii vasıf/estetik değere göre değerlendirildiğinde muhtemelen estetik değer taşımadığına karar verilerek, güzel sanat eseri sayılamayacaktır. Dolayısıyla söz konusu hükümde geçen estetik değerin, kişide herhangi bir estetik duygu uyandırma şeklinde yorumlanmasının daha yerinde olacağı kanaatindeyiz²²⁶.

İlgili hükümde ayrıca kanun koyucu nelerin güzel sanat eserleri grubuna gireceğini sekiz bent halinde sıralamıştır. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 4. maddesine göre güzel sanat eserleri:

1. Yağlı ve suluboya tablolar; her türlü resimler, desenler, pasteller, gravürler, güzel yazılar ve tezhipler, kazıma, oyma, kakma veya benzeri usullerle maden, taş, ağaç veya diğer maddelerle çizilen veya tespit edilen eserler, kaligrafi, serigrafi,

2. Heykeller, kabartmalar ve oymalar,

3. Mimarlık eserleri,

4. El işleri ve küçük sanat eserleri, minyatürler ve süsleme sanatı ürünleri ile tekstil, moda tasarımları,

5. Fotoğrafik eserler ve slaytlar,

²²⁴ Tekinalp, s. 118.

²²⁵ Nal/Suluk (Karasu), s. 63.

²²⁶ Bu yönde bkz. Nal/Suluk (Karasu), s. 63.

6. *Grafik eserler,*

7. *Karikatür eserleri,*

8. *Her türlü tiplerdir.*

Yaptığımız tüm açıklamalar ışığında, sentetik kokunun güzel sanat eseri grubuna dahil olabilmesi için hem estetik değeri haiz olması hem de sayılan alt gruplardan birine dahil olması gerekmektedir. Yukarıda da değindiğimiz üzere, estetik değerin var olup olmadığına karar verilirken, eserin kişide gerek beğeni gerek komik bulma gerekse sevimsiz bulma gibi her halükarda estetik bir tepki yaratıp yaratmadığı esas alınmalıdır²²⁷. Bu bağlamda, fikri bir çaba ile üretilecek olan sentetik koku, muhtemelen estetik değeri de barındıracaktır. Bununla birlikte, mevcut düzenlemelere göre sentetik kokuların, güzel sanat eseri olarak değerlendirilmesi mümkün gözükmemektedir.

Her ne kadar, hükmün sekizinci bendinde “her türlü tipler” ifadesi yer alsada bu ifadenin hüküm içerisinde sıralanan eser türlerinin kapsamını genişletmeyeceği kanaatindeyiz. Zira “her türlü” ibaresi, tiplerin önüne getirilmiştir ve tipler; bir insanın ya da hayvanın belirli bazı temel özellikleridir²²⁸. Dolayısıyla, “her türlü” ifadesi tiplerin kapsamını genişletse de sentetik kokular tiplerin kapsamına girememektedir ve sentetik kokuları yukarıda belirtilen diğer alt başlıklardan birine de dahil etmek olanaklı değildir.

3.1.2.3 Objektif Olarak Algılanabilirlik

Son olarak, sentetik kokuların üçüncü kişilerce objektif olarak algılanabilir nitelikte ve tasarrufa elverişli olup olmadığı değerlendirilmelidir. Burada önemli olan,

²²⁷ Nal/Suluk (Karasu), s. 63.

²²⁸ Nal/ Suluk (Karasu), s. 65. Yargıtay kararında, bir televizyon dizisinde yer alan Havuç karakterini tipler olarak kabul ederek, bu karaktere benzeyen oyuncağın üretilmesini telif ihlali olarak değerlendirmiştir. Bkz. Yargıtay 11. HD., E. 2019/285, K. 2019/7339, T. 20/11/2019 (www.fikrimulkiyet.com.tr E.T. 04/06/2023).

eserin maddi bir mal üzerinde görünürlük sağlamış olması değil, eser sahibinin fikrinin, fikir aşamasından çıkarak tasarrufa elverişli bir hal alıp, üçüncü kişilerce algılanabilir olmasıdır²²⁹. Fikir aşamasından çıkıp, üretimine başlanmış parfüm şişesi içerisinde ambalajlanmış bir sentetik koku örneğinde, parfümörün fikri ürününün üretim esnasında çıkan kokunun algılanması aşamasında bile tasarrufa elverişli ve algılanabilir olma koşulunu sağladığı söylenebilir.

Mevcut Kanun hükümleri kapsamında sentetik kokuların eser niteliğinde sayılması mümkün gözükmemektedir. Her ne kadar fikri bir çabanın ürünü olup, sahibinin hususiyetini taşıyıp, tasarrufa elverişli ve üçüncü kişilerce algılanabilir olması ihtimal dahilinde olsa da ilgili Kanun'da sınırlı sayı ile sayılan eser gruplarına dahil edilemediği için, eser niteliğini haiz olmadığı kabulü uygun olur.

Kokunun ve o kokuyu üreten kişinin yukarıda sayılan haklardan yararlanabilmesi için, kokunun Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında eser olarak nitelendirilmesi gerekir. Yukarıda detaylıca ele aldığımız üzere kokunun, güncel mevzuat kapsamında eser olarak nitelendirilmesi mümkün gözükmemektedir. Zira, koku sınırlı sayı ile sayılan eser gruplarından birine dahil edilemediği için, Kanun kapsamında aranan eser olma koşullarını sağlamamaktadır. Dolayısıyla kokunun Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında korunması olanaklı değildir. Mevcut Kanun'un, eser olma koşullarından biri olarak kabul ettiği Kanun'da sınırlı sayı ile sayılmış eser gruplarından birine dahil olmaya ilişkin hükmünün değiştirilerek, sınırlı sayı ilkesinden vazgeçilmesi halinde; sahibinin hususiyetini taşıyan ve fikri bir çabanın sonucu ile doğmuş kokunun eser olabilmesi mümkün olacak, dolayısıyla Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda sayılan haklardan yararlanması ancak bu şekilde gündeme gelebilecektir.

²²⁹ Nal/Suluk (Karasu), s. 43.

3.2 Kokunun Patentle Korunması

Sözlükte patentin kelime anlamı “buluş belgesi” olarak tanımlanmıştır²³⁰. Patent, buluş üzerindeki mutlak hakkı tanımlar ve resmi makamlarca belirli süreliğine verilir²³¹. Patentten bahsedebilmek için, bir buluşun varlığı gerekmektedir. Her buluşa değil; teknolojik alanda, yeni olan, buluş basamağı içeren ve sanayiye uygulanabilen buluşlara patent verilir. Böylece buluş sahibi, hem buluşun kendisine ait olduğunu gösteren bir belgeye hem de patentin kendisine sağladığı, buluşunun başkalarına kullanılmasını belirli bir süre ile engelleyen tekel hakkına sahip olur²³².

3.2.1 Patentın Sağladığı Korumanın Kapsamı

Patentin sağladığı korumanın buluş açısından kapsamı ve sınırı, Sınai Mülkiyet Kanunu’nun 85. maddesinde belirtilmiştir. Hükme göre, patent sahibi, patentli ürünü ya da usulü için birtakım önleme haklarına sahiptir. Sınai Mülkiyet Kanunu’nun 85. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendine göre; patent sahibinin izni olmadıkça, patentli ürün başkası tarafından üretilmeyecek, satılamayacak, kullanılamayacak, ithal edilemeyecek veya kişisel amaçlar hariç olmak üzere herhangi bir nedenle başkasının elinde bulundurulamayacaktır.

Benzer bir düzenleme patente konu olan usul için de öngörülmüştür. Sınai Mülkiyet Kanunu’nun 85. maddesinin 2. fıkrasının (b), (c) ve (ç) bentlerinde ele alınan bu durum, “patent sahibinin izni olmadıkça patente konu olan bir usul kullanılmasını, kullanılmasının yasak olduğu bilinen yahut bilinmesi gereken patentli usulün kullanılması başkalarına teklif edilmesini, patentli usulün doğrudan doğruya kullanımı ile elde edilen ürünler kullanılmasını, satılmasını, ithal edilmesini ve kişisel kullanım

²³⁰ Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük (www.sozluk.gov.tr E.T. 04/06/2023).

²³¹ Yusufoglu, F.: Patent Verilebilirlik Şartları, İstanbul 2014, s. 33.

²³² Şehirali, F.: Patent Hakkının Korunması, Ankara 1998, s. 7; Suluk (Karasu/Nal), s. 235.

haricinde elde bulundurulmasını” engellemektedir. Ayrıca ilgili Kanun’un 86. maddesinde, patentin dolaylı yoldan kullanımının da önlenmesini düzenlemektedir.

Söz konusu hükümden hareketle patentin, sahibine tekel niteliğinde bir hak tanıdığı ve izni olmaksızın birtakım eylemlerin gerçekleştirilemeyeceği anlaşılmaktadır. Bu nedenle, patent hakkını ihlal etmeyecek haller, Sınai Mülkiyet Kanunu’nun 85. maddesinin 3. fıkrası ve devamında düzenlenmiştir.

Sınai Mülkiyet Kanunu’nun ortak hükümlerinin içerisinde yer alan 148. maddesine göre, sınai mülkiyet hakları kural olarak devredilebilen, miras yolu ile intikal edebilen, lisansa konu olabilen, rehin verilebilen, teminat olarak gösterilebilen, haczedilebilen ve diğer hukuki işlemlere konu olabilen haklar olarak düzenlenmiştir²³³. Dolayısıyla patent sahibi de patentin sınai bir hak olmasının sonucu olarak, sayılan bu mali haklardan yararlanabilecektir.

3.2.2 Kokunun Buluş Olarak Değerlendirilmesi

Hukukumuzda patent ve faydalı model hükümlerinden ancak buluşlar yararlanırlar²³⁴. Patent ve faydalı model haklarının düzenlendiği Sınai Mülkiyet Kanunu’nda buluşun tanımlaması yapılmamıştır. Bununla birlikte buluş, sözlükte “ilk defa yeni bir şey yaratma, icat” ve “bilinen bilgilerden yararlanarak daha önce bilinmeyen yeni bir bulguya ulaşma veya yöntem geliştirme, icat” şeklinde tanımlanmıştır²³⁵. Sınai Mülkiyet Kanunu’nun 82. maddesinde ise, patentin her buluşa verilemeyeceği; patent verilebilmesi için buluşun teknik alanla ilgili olması, yeni olması (tekniki bilinen bir duruma dahil olmaması), buluş basamağı içermesi ve sanayiye uygulanabilir olması koşulları aranmaktadır. Buluş basamağı koşulunu

²³³ Coğrafi işaretler ve geleneksel ürün adları lisans, devir, intikal, haciz vb. hukuki işlemlere konu olamaz ve teminat olarak gösterilemezler (SMK m. 148/1).

²³⁴ Ayhan (Çağlar/Yıldız/İmirlioğlu), s. 210.

²³⁵ Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük (www.sozluk.gov.tr E.T. 04/06/2023).

karşılamaayan buluşlar, koşullarını taşıması halinde anılan Kanun'un faydalı modele ilişkin hükümlerinden yararlanabilirler.

Kokunun buluş olup olamayacağı konusunda, tekrardan doğal koku ve sentetik koku ayırımına temas etmek gerekecektir. Zira doğal koku, halihazırda doğada mevcuttur; insan eli ile ancak keşfinden söz edilebilir. Keşif, var olduğu bilinmeyen bir şeyin ortaya çıkarılmasıdır²³⁶ ve ilgili Kanun'un 82. maddesinin 2. fıkrasında keşiflerin buluş olmadığı düzenlenmiştir. Sentetik kokuların, buluş sayılması için gereken koşulların var olup olmadığı ayrı ayrı incelenmelidir.

3.2.2.1 Teknik Alanla İlgili Olma

Buluş olma koşullarından biri olan "teknik alanla ilgili olma" kısmındaki tekniğin çalışma konusu doğadır (tabiattır)²³⁷. Tekniğin uygulama alanı esasen maden, toprak, su gibi cansız doğaya ilişkin; insan, hayvan, bitki ve mikroorganizma gibi canlı doğa da tekniğin uygulama alanı bulduğu diğer kısmını oluşturur²³⁸. Bununla birlikte, ahlaki nedenler ve insana duyulan saygı gibi gerekçelerle, insan vücuduna yönelik teknik çalışmalar, buluşa konu olamamaktadır²³⁹. Sonuç olarak buluş, doğal maddeleri ve doğa kuvvetini kullanarak teknik bir soruna çözüm üreten icatlardır²⁴⁰.

Sentetik kokunun teknik bir icat olması iddia edilebilse de her koşulda teknik bir soruna yönelik olduğunu söylemek güçtür. Örneğin, sentetik kokudan elde edilmiş parfüm, teknik bir çalışmanın sonucu olsa da teknik bir soruna çözüm getirmemektedir. Kokunun teknik alanla ilgili olma koşulunu sağlaması, teknik bir soruna, teknik bir çözüm getirmesi halinde söz konusu olacaktır. Haşereleri uzaklaştırmak amacıyla üretilen bir kokunun, bu koşulu sağlayacağı söylenebilir.

²³⁶ Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük (www.sozluk.gov.tr E.T. 04/06/2023).

²³⁷ Ayhan (Çağlar/Yıldız/İmirlioğlu), s. 211.

²³⁸ Ayhan (Çağlar/Yıldız/İmirlioğlu), s. 212.

²³⁹ Tekinalp, s. 494.

²⁴⁰ Suluk (Karasu/Nal), s. 227.

3.2.2.2 Yenilik

Buluşun yeni olması, ilgili hükümde tekniği bilinen bir duruma dahil olmama şeklinde ifade edilmiştir. Yeni olma kıstası, esasında subjektif ve tespiti kolay olmayan bir konudur. Anılan Kanun'un 83. maddesinin 2. fıkrası, tekniğin bilinen kısmını başvuru tarihinden önce dünyanın herhangi bir yerinde yazılı veya sözlü olarak ortaya konulmuş veya kullanım ya da başkaca herhangi bir şekilde açıklanmış olan toplumca erişilebilir her şey olarak açıklamıştır. Dolayısıyla yenilikten bahsedebilmek için, buluşun, sahibinin gizlilik alanından çıkarak kamuya sunulmuş olmaması gerekir²⁴¹. Esasında yeniliği ortadan kaldıracak nitelikteki bazı açıklamalar için, kanun koyucu on iki aylık hoşgörü süresi tanıyarak, bu süre içerisinde yapılan bazı açıklamaların yenilik koşulunun sağlanmasına engel teşkil etmeyeceğini düzenlemiştir. Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 84. maddesine göre;

a) Açıklamanın buluşu yapan tarafından yapılmış olması,

b) Açıklamanın patent başvurusu yapılan bir merci tarafından yapılmış olması ve bu merci tarafından açıklanan bilginin;

1) Buluşu yapanın başka bir başvurusunda yer alması ve söz konusu başvurunun ilgili merci tarafından açıklanmaması gerektiği hâlde açıklanması.

2) Buluşu yapandan doğrudan doğruya veya dolaylı olarak bilgiyi edinmiş olan üçüncü bir kişi tarafından, buluşu yapanın bilgisi veya izni olmadan yapılan başvuruda yer alması.

c) Açıklamanın buluşu yapandan doğrudan doğruya veya dolaylı olarak bilgi elde eden üçüncü kişi tarafından yapılmış olması

durumlarında, yapılan açıklamaların hoşgörü süresi boyunca yenilik koşulunu ortadan kaldırmayacağına hükmedilmiştir.

²⁴¹ Suluk (Karasu/Nal), s. 239.

3.2.2.3 Buluş Basamağını İçerme

Başvurunun, ilgili olduğu teknik alanın uzmanı tarafından tekniğin bilinen durumunun aşıldığına kanaat getirilmesi halinde buluş basamağını içerdiği kabul edilir (SMK m. 83/4). Hükümde tekniği bilinen durum ile kastedilen, yukarıda değindiğimiz yeni olmama kriterlerini içeren bilgilerdir. Daha açık bir ifadeyle, başvurunun yapıldığı tarihten önce, dünyanın herhangi bir yerinde yazılı ya da sözlü şekilde açıklanan veya kullanılan teknik, tekniğin bilinen durumudur. Buluş, ilgili olduğu teknik alandaki uzmanın bilgisini aşacak düzeyde ise, buluş basamağını içeriyor kabul edilmelidir. Bu noktada uzmanın düzeyi hükümde tanımlanmamakla birlikte, öğretide uzman kişinin, ilgili teknik alanda ortalamanın üstünde bilgiye sahip kişiler olarak anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir²⁴².

Sentetik kokuların üretiliş şekli, muhtemelen uzman kişilerin bilgi düzeyi dahilinde olacağından, buluş basamağı koşulunu sağlaması güç gözükmemekte; ancak daha önce kullanılmamış bir yöntem geliştirilerek kokunun elde edilebilmesi ya da kokunun daha önce hiç kullanılmadığı bir şekilde kullanılarak teknik bir soruna teknik bir çözüm üretmesi halinde buluş basamağından söz edilebilecektir. Sentetik kokulardan elde edilmiş bir parfüm örneğinde, bilinen teknik durumun aşıldığını söylemek mümkün gözükmemektedir.

3.2.2.4 Sanayiye Uygulanabilirlik

Buluşun, patent veya faydalı modelden doğan haklardan yararlanabilmesi için son koşul, sanayiye uygulanabilirliktir. Bir buluş, tarif edildiği üzere sanayide üretilebiliyor; bu üretim tekrar edildiğinde de aynı sonuca ulaşıyorsa ve kullanıma uygunsa, sanayiye uygulanabilir olduğu kabul edilir²⁴³. Sentetik kokunun sanayiye

²⁴² Tekinalp, s. 503.

²⁴³ Ayhan (Çağlar/Yıldız/İmirlioğlu), s. 217.

uygulanabilmesi mümkündür. Zira sentetik kokuyu oluşturan aynı maddelerin, aynı koşullarda kullanılması halinde aynı sonuç elde edilmeye devam edilebilecektir.

Doğal kokuların buluş niteliğinde olamayacağı açıktır. Sentetik kokular ise, ancak teknolojik alandaki bir soruna çözüm getiren, yeni olan ve buluş basamağı içeren bir durumda olması halinde buluş sayılacak ve patentin sağladığı haklardan yararlanabilecektir. Sentetik koku denilince akla gelen ilk örneklerden olan parfümlerin, teknolojik bir soruna çözüm üretmediği açık olduğundan patentle korunabilmesinden bahsedilemeyecektir. Bununla birlikte, bir parfümün ilgili koşulları sağlayarak patent alması halinde de etkin bir korumdan söz etmek güç olacaktır. Zira, patent süreli bir koruma sağlar. Oysa bir parfümün ticari ömrü bu süreden çok daha uzun olabileceğinden patentle istenen seviyede bir koruma sağlanamayacaktır.

3.3 Kokunun Haksız Rekabetle Korunması

Rekabet kelimesinin sözlük anlamı “aynı amacı güden kimseler arasında çekişme” şeklindedir²⁴⁴. Anayasa’nın 48. maddesi Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti başlığı altında herkesin dilediği alanda çalışabilmesini güvence altına almıştır. Söz konusu hükümden de anlaşılacağı üzere aslında rekabet, Anayasa tarafından da korunan temel bir haktır. Dolayısıyla, Anayasa’nın 13. maddesine göre bu hakkın ancak kanun ile sınırlanması gerekmektedir. Hak ve özgürlükleri kısıtlayan hükümlerin dar yorumlanması ilkesinden hareketle, temel bir hak olan rekabeti kısıtlayacak hükümlerin de bu ilke çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir²⁴⁵.

²⁴⁴ Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük (www.sozluk.gov.tr E.T. 04/06/2023).

²⁴⁵ Kırcı, İ./Şehirali Çelik, F./Manavgat, Ç.: Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 2013, C. 1, s. 689. Dar yorum ilkesine ilişkin detaylı bilgi için bkz. Yongalık, A.: “İstisnalar Dar Yorumlanır Kuralı ve Değerlendirmesi”, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi 2011, C. 60, S. 1, s. 9 vd.

Rekabet, ticaret hayatının gelişmesine ve teknik alanın ilerlemesine katkı koyması sebebiyle; toplumun da hayat seviyesinin yükselmesine yardımcı olur²⁴⁶. Haksız rekabete ilişkin hükümler de bütün katılanların yararına dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasına hizmet eder²⁴⁷. Bu nedenle, adil bir rekabet ortamının kanun eli ile güvence altına alınmasında yarar vardır. Nitekim, Anayasa'nın 167. maddesi Devlet'in, piyasaların düzenli çalışmalarını ve gelişmelerini sağlayıcı tedbirleri alma yükümlülüğünü belirterek, piyasada fiili ya da anlaşma ile meydana gelebilecek tekelleşme ve kartelleşmenin önlenmesi gerektiğine hükmetmiştir. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesi ise, piyasada rekabeti bozan, engelleyen, kısıtlayan veya bu amacı taşıyan teşebbüsler arasındaki anlaşmaları ve uyumlu eylemleri hukuka aykırı kabul ederek yasaklamıştır.

Rekabetin, topluma yarar sağlayan bir olgu olarak kalması için, dürüstlük kurallarına uygun olarak gerçekleşmesi ve kötüniyetle kullanılmaması gerekir²⁴⁸. Haksız rekabete ilişkin hükümler, rekabetin dürüstlük kurallarına uygun olarak gerçekleşmesi ve kötüniyetle kullanılmasının önlenmesi için getirilmiştir. Zira liberal ve karma ekonomiler, ticari rekabet esasına dayanır ve belirli bir seviyeye kadar rekabet ekonominin gelişimine katkı sağlarken, diğerlerine üstünlük sağlamak amacıyla adil olmayan şartlarda rekabet edilmesi hem rakiplere hem de toplumun ekonomik düzenine zarar verir²⁴⁹.

Türk Borçlar Kanunu'nun 57. maddesi haksız rekabeti düzenleyerek, ticari işlerdeki haksız rekabete ilişkin Türk Ticaret Kanunu hükümlerini saklı tutmak kaydıyla; gerçek olmayan haberlerin yayılması veya dürüstlük kurallarına aykırı davranışlarda bulunulması sebebiyle müşterisi azalan ya da müşterisini kaybetme

²⁴⁶ Arkan, Ticari İşletme, s. 345; Nomer Ertan, F.: Haksız Rekabet Hukuku, İstanbul 2016, s. 2.

²⁴⁷ Poroy, R./Yasaman, H.: Ticari İşletme Hukuku, 19. Baskı, Ankara 2022, s. 363.

²⁴⁸ Arkan, Ticari İşletme, s. 345.

²⁴⁹ Poroy/Yasaman, s. 360.

tehlikesiyle karşı karşıya kalan kişiye, bu davranışların durdurulması ve kusur söz konusu ise zararının giderilmesini isteme hakkını tanımıştır.

Türk Ticaret Kanunu ise, haksız rekabetin amacının, dürüst ve bozulmamış bir rekabetin tesisi olduğunu belirterek, 54. maddesi ve devamında haksız rekabeti düzenlemiştir. Anılan Kanun'a göre haksız rekabet, rakipler veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkiyi etkileyen, aldatıcı ya da dürüstlük kurallarına aykırı davranışlar ve ticari uygulamalardır.

Türk Ticaret Kanunu'nun 3. maddesine göre, anılan Kanun'da düzenlenen tüm hususlar, ticari iş niteliğindedir. Aynı Kanun'un, haksız rekabete ilişkin 55. maddesi ise, yalnız ticari işlere mahsus olan haksız rekabet hallerini değil, dürüstlük kuralına aykırı ve haksız rekabet teşkil eden birçok davranışı örnek niteliğinde düzenlemiştir. Ayrıca, Türk Ticaret Kanunu'nun 54. maddesinde de haksız rekabet ile menfaati korunanların "bütün katılanlar" olduğu belirtilmiştir²⁵⁰. Bütün katılanların ise ekonomi, tüketici ve kamu olduğu hükmün madde gerekçesinde ifade edilmiştir²⁵¹. Dolayısıyla, Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen haksız rekabet hükümlerinin, adi iş-ticari iş ayrımı gözetmeksizin rakipler arasında veya müşteriler ile tedarikçiler arasında uygulanması mümkündür²⁵². Anılan hükümde örnek niteliğinde bir sayma mevcut olduğundan, bu hüküm içerisinde sayılmasa bile dürüstlük kurallarına aykırı olan ve rakipler arasında veya tedarikçilerle müşteri arasındaki ilişkileri olumsuz etkileyen davranışlar da hiç şüphesiz haksız rekabet sayılacaktır²⁵³.

²⁵⁰ Poroy/Yasaman, s. 359; Yasaman, H.: Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Kapsamı, Ankara 2020, s. 14.

²⁵¹ TTK 54. madde gerekçesi (www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-1138.pdf E.T. 04/06/2023).

²⁵² Bozer/Göle, s. 225, Arkan, Ticari İşletme, s. 349-350,

²⁵³ Yargıtay'ın ticari faaliyete zarar veren eylemleri gerçekleştiren kişinin tacir olmamasının, söz konusu eylemin haksız rekabet sayılmasını engellemeyeceğine ilişkin görüşü için bkz. Yargıtay 11. HD. E. 2008/9072, K. 2010/591, 21.2.2010 (www.lexpera.com E.T. 04/06/2023).

Türk Borçlar Kanunu 57. maddesinde haksız rekabeti, haksız fiiller içerisinde ele alarak sadece tanımlamış; haksız rekabetin varlığı halinde başvurulabilecek yasal yollar ise Türk Ticaret Kanunu içerisinde düzenleme alanı bulmaktadır²⁵⁴. Türk Borçlar Kanunu'nun haksız rekabete ilişkin genel hükmünün yanında, adi iş-ticari iş ayrımı gözetmeksizin daha kapsayıcı özel haksız rekabet hükümlerinin Türk Ticaret Kanunu'nda bulunması, genel hüküm olan Türk Borçlar Kanunu'nun 57. maddesinin uygulama alanını oldukça daraltmaktadır²⁵⁵.

Söz konusu Türk Ticaret Kanunu hükmü kapsamında, bazı fikri mülkiyet haklarının da haksız rekabet yoluyla korunması mümkündür. Hangi davranışların haksız rekabete sebebiyet vereceğini düzenleyen Türk Ticaret Kanunu'nun 55. maddesinin I-a-4. bendine göre; “başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almak” da sayılmıştır. Anılan hükümden hareketle, ilgili olduğu sicile tescil edilemediği için özel olarak korunamayan fikri mülkiyet hakları, haksız rekabet ile korunabilirler²⁵⁶.

Kokunun, fikri eser niteliğini haiz olmaması sebebiyle Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında tanınan haklardan yararlanamayacağı yukarıda detaylıca ele alınmıştır. Bu nedenle, fikri bir ürün olarak kokunun haksız rekabet hükümleri ile korunmasının mümkün olup olmadığını incelemekte yarar vardır.

Türk Ticaret Kanunu'nun 54. maddesinin 2. fıkrasından hareketle, haksız rekabetten bahsedebilmek için; mevcut bir ticari uygulama olmalı, söz konusu uygulama aldatici veya dürüstlük kurallarına aykırı olmalı, bu uygulama sebebiyle

²⁵⁴ Kılıçoğlu, A.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Baskı, Ankara 2022, s. 363.

²⁵⁵ Nomer Ertan, s. 31; Poroy/Yasaman, s. 367.

²⁵⁶ Şehirli Çelik, F.: Tasarımların Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunması, Ankara 2014, s. 168.

rakipler arasındaki veya tedarikçilerle müşteri arasındaki ilişki olumsuz etkilenmelidir. Taraflar arasındaki ilişkide ise rekabetin varlığı zorunlu değildir²⁵⁷.

Yukarıda saydığımız koşullar ve anılan Kanun'un 55. maddesinin I-a-4. bendinde sayılan hal göz önünde bulundurulduğunda, kokunun haksız rekabete konu olabilmesi için bir ticari uygulama içerisinde, kişinin malı, iş ürünü veya faaliyeti şeklinde varlık göstermesi gerekir. Daha açık bir ifadeyle, her koku değil; insan eli ile üretilmiş ya da bir şekilde ürün içerisinde hapsedilmiş veya bütünleşmiş kokular haksız rekabete konu olabilir. Örnek vermek gerekirse, marka veya eser olarak tescil edilmemiş bir kokulu top üreten kişi veya parfüm üreticisi yukarıda saymış olduğumuz diğer koşulları da sağlaması halinde haksız rekabet hükümlerinden yararlanabilecektir. Bununla birlikte, unutulmamalıdır ki Türk Ticaret Kanunu içerisinde sayılan haksız rekabet halleri, örnek niteliğindedir. Dolayısıyla sentetik olarak tasarlanmış bir kokunun ya da bir ürün ile özdeşleştirilmiş kokunun haksız rekabete sebebiyet verecek davranışa konu olması halinde, sadece anılan hükümden değil, uygun düştüğü ölçüde örnek gösterilen diğer haksız rekabet halleri de gündeme gelebilecektir.

3.4 Kokunun Rekabet Yasağıyla Korunması

Rekabet yasağının tanımı hukukumuzda açıkça yapılmamıştır. Bununla birlikte, rekabet yasağı aralarında ticari ilişki ya da iş ilişkisi bulunan bazı kişilere getirilen faaliyet yasağı şeklinde açıklanabilir²⁵⁸.

Öğretide bir görüşe göre rekabet yasağı, haksız rekabetin karşıtı olarak değerlendirilmektedir²⁵⁹. Bunun sebebi olarak, haksız rekabetin dürüstlük kurallarına aykırı şekilde rekabetin yürütülmesini yasaklarken; rekabet yasağının haklı ve hukuka

²⁵⁷ Nomer Ertan, s. 99.

²⁵⁸ Nomer Ertan, s. 7.

²⁵⁹ Nomer Ertan, s. 7; Karakılıç, H.: Limited Ortaklıkta Rekabet Yasağı, İstanbul 2019, s. 18.

uygun olarak yürütülen rekabeti yasaklaması gösterilmiştir²⁶⁰. Gerçekten de rekabet yasağı, aralarında ilişki bulunan ve bu ilişki sayesinde bir tarafın edindiği bilgi ve birikimi, diğer tarafın aleyhine olacak şekilde kullanılmasını yasaklamaktadır²⁶¹.

Rekabet yasağı, kişinin çalışma ya da sözleşme akdetme gibi temel haklarını sınırlayıcı nitelikte olduğundan, tıpkı haksız rekabette olduğu gibi, rekabet yasağına ilişkin hükümlerin de dar yorumlanması gerekmektedir²⁶². Hukukumuzda rekabet yasağının kanun ile öngörüldüğü haller mevcutken, sözleşme ile de rekabet yasağı kararlaştırılabilir. Kanuni rekabet yasaklarına örnek olarak, Türk Borçlar Kanunu içerisinde düzenlenen işçinin rekabet yasağı, adi şirket ortaklarının rekabet yasağı ve bağlı tacir yardımcılarının rekabet yasağı, Türk Ticaret Kanunu içerisinde düzenlenen acentelerin rekabet yasağı ve ticaret şirketlerinin ortakları ve/veya yöneticileri için öngörülen ticaret yasakları gösterilebilir.

3.4.1 İşçi Açısından

İşçinin, iş sözleşmesinden doğan birtakım borçları vardır. İşçinin sadakat borcu ve rekabet etmeme borcu da bunlardandır (TBK m. 396). İş sözleşmesi diğer sözleşmelerden farklı olarak, işçi ile işveren arasında kişisel ilişki kuran niteliği haiz olduğu için taraflar arasında karşılıklı sadakatin varlığı önemlidir. Sadakat borcu, esasında sözleşme ile güdülen amacı tehlikeye sokacak, özellikle karşılıklı duyulan güveni sarsacak her türlü davranıştan kaçınma borcudur²⁶³.

İşçinin sadakat borcunun bir uzantısı da “rekabet etmeme” şeklinde karşımıza çıkar²⁶⁴. Türk Borçlar Kanunu’nun 396. maddesinin 4. fıkrasında da belirtildiği üzere işçinin sadakat borcu, işverenin haklı bir menfaati söz konusuysa iş sözleşmesi

²⁶⁰ Yasan, M.: “Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Rekabet Yasağı (TTK m. 335)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2005, C. 7, Özel Sayı, s. 439.

²⁶¹ Kaplan, E.: Bağlı Tacir Yardımcılarının Rekabet Yasağı, İstanbul 2017, s. 8.

²⁶² Kaplan, s. 9.

²⁶³ Süzek, S.: İş Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2018, s. 336.

²⁶⁴ Sümer, H.: İş Hukuku, 24. Baskı, Ankara 2019, s. 75.

sonrasında da aralarında ayrı bir sır saklama ya da rekabet yasağı sözleşmesi bulunmaksızın devam etmektedir²⁶⁵.

İşçinin sadakat borcu, iş sözleşmesinde yazmasa dahi sözleşme boyunca devam eder. İş sözleşmesinin sona ermesinden sonra ise kural olarak işçinin sadakat borcu sona erer. Taraflar isterlerse, iş sözleşmesi sona erdikten sonra uygulanacak rekabet yasağı sözleşmesi akdedebilirler. Türk Borçlar Kanunu'nun 444. maddesine göre bu sözleşme, yazılı olarak düzenlenebilir. İşçi ve işveren, iş sözleşmesinin bitiminden sonra tarafların rekabet etmeyeceğine ilişkin bir hükmü iş sözleşmesinin içerisine dahil edebilecekleri gibi, ayrı bir şekilde rekabet yasağı sözleşmesi de düzenleyebilirler.

İşçinin çalışma esnasında elde ettiği bilgileri iş sözleşmesinin sona ermesinin ardından kullanması işverenin haklı menfaatini zedeleyebilecekken, çok sıkı şekilde bir rekabet yasağının kararlaştırılması da işçinin çalışma özgürlüğünü sınırlandırabilir²⁶⁶. Dolayısıyla kurulacak rekabet yasağı sözleşmesinde işverenin haklı menfaati ile işçinin Anayasa'nın 48. maddesinde güvence altına alınan çalışma özgürlüğü dengelenmelidir.

Kokuların ise, iş sözleşmesi devam ederken sadakat borcunun bir gereği olarak, iş sözleşmesi sona erdikten sonra da rekabet yasağı sözleşmesine dayanarak korunması mümkündür. Bu noktada, doğal koku-sentetik koku ayırımını göz önünde bulundurmak gerekecektir. Yukarıda detaylıca ele aldığımız üzere doğal kokular insan eli ile üretilmemiş, kendiliğinden doğada varlık gösteren kokulardır. Oysa sentetik kokular hem fikri bir çaba hem de ticari bir bilgi birikiminin bir araya gelmesi ile üretilir. Zira üretilen kokunun formülasyonu kadar; hangi teknikle üretildiği, hangi hammaddelerin kullanıldığı gibi hususların da korunmasında yarar vardır²⁶⁷.

²⁶⁵ Süzek, s. 337.

²⁶⁶ Süzek, s. 338.

²⁶⁷ Yarsuvat, s. 112.

Bir parfüm üretim tesisinde çalışan işçiyi örnek aldığımızda; çalıştığı birime göre bu işçi üretilen parfümün formülasyonuna, hangi tekniklerle üretildiğine, hammaddesinin nereden elde edildiğine ilişkin bilgilere sahip olabilir. Esasında işçinin sahip olduğu bu bilgiler, ticari sır olarak nitelendirilebilir²⁶⁸. Ticari sır; maddi değeri olan, açıklanmamış veya kısmen açıklanmış, üretime veya ticarete dair bilgidir²⁶⁹. Dolayısıyla işçinin işi sebebiyle edindiği bu bilgileri, hukuka aykırı biçimde paylaşması işverenin menfaatini olumsuz etkileyebilir. Bu nedenle işçinin sadakat borcu sona erdikten sonra da edindiği bu bilgileri korumak adına, sözleşme yapılmasında yarar vardır. Böylelikle sentetik koku, kısmen de olsa korunabilir. Bu koruma kısmi olacaktır çünkü, koku alma duyusu doğuştan gelişmiş kişiler, o kokunun nasıl üretildiğine şahit olmasalar bile neleri içerdiğini algılayabilirler. Bu nedenle, kokunun rekabet yasağı sözleşmesi ile korunması mümkündür; fakat tam anlamıyla bir gizliliğin sağlanması ya da koku için tam anlamıyla hukuki koruma tesis etmesi açısından yeterli değildir.

Son olarak belirtmek isteriz ki, işçinin sadakat borcu sona ermişse ya da işçi ile işveren arasında sadakat borcunun sona ermesinden sonra yürürlüğe girecek bir rekabet yasağı sözleşmesi yoksa bile, işçinin üretim veya iş sırlarına ilişkin edindiği bilgileri hukuka aykırı biçimde ifşa etmesi halinde, haksız rekabet hükümlerine de başvurulabilecektir (TTK m. 55/1-d).

3.4.2 Tacir Yardımcıları Açısından

Bir kokunun üretim sürecinde, o kokunun nasıl üretildiği, hangi hammaddelerden yararlandığı ya da içerdiği maddelerin hangi oranlarda kullanıldığı gibi bilgilere sadece işçilerin erişebileceği düşünülemez. Zira birebir üretim aşamasında görevli

²⁶⁸ Ticari sır hakkında detaylı bilgi için bkz. Bilge, M.: Ticari Sırların Korunması, 2. Baskı, Ankara 2005, s. 48 vd.

²⁶⁹ Güneş, İ.: “Ticari Sırların Haksız Rekabete Karşı Korunmasında Son Gelişmeler”, Terazi Hukuk Dergisi 2016, C. 11, S. 120, s. 79.

olmasa dahi bir tacir yardımcısının, ya da şirket yöneticisinin bu bilgilere erişebilmesi muhtemeldir. Dolayısıyla, bu bilgilere erişebilen kişiler için de rekabet yasağının gerekliliği gündeme gelecektir. Nitekim, rekabet yasağı sadece işçi işveren ilişkisi için değil, kanunen bağımlı tacir yardımcıları, bağımsız tacir yardımcısı olan acenteler, şahıs şirketi ortakları ve sermaye şirketleri yöneticileri için de öngörülmüştür.

3.4.2.1 Bağılı Tacir Yardımcıları

Türk Borçlar Kanunu'nun 553. maddesinde ticari temsilci, ticari vekil ve diğer tacir yardımcıları için rekabet yasağı öngörülmüştür. Hükme göre, bahsi geçen tacir yardımcıları işletme sahibinin izni olmadıkça, doğrudan veya dolaylı olarak kendi hesaplarına ya da üçüncü kişilerin hesabına ticari işletmenin yaptığı türden iş yapamayacakları gibi kendi hesapları adına bu işleri üçüncü kişilere de yaptıramayacaklardır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 548. maddesine göre ticari temsilci, ticari işletmenin amacına giren her türlü işi yapmaya yetkilidir. Öğretide ticari temsilci, sahip olduğu yetkiler sebebiyle tacirin²⁷⁰ tıpkı bir diğer kendisi, daha açık bir anlatımla işletme sahibinin “alter ego”su şeklinde nitelendirilmektedir²⁷¹. Eklemek gerekir ki, ticari temsilcinin sahip olduğu bu geniş yetkiler ancak şube işlemleri ile veya birlikte temsil kaydıyla sınırlandırılabilir (TBK m. 549). Bu denli geniş yetkilere sahip bir tacir yardımcısının, sentetik koku üreten bir işletmede görev alması halinde, o kokuya ilişkin önem arz eden bilgilere erişebilmesi ihtimal dahilinde olacak, bu bilgileri rekabete neden olacak şekilde kullanmasının ise rekabet yasağıyla önüne geçilebilecektir.

²⁷⁰ TBK'nın 547, 551, ve 448. maddelerinde kullanılan “ticari işletme sahibi” ifadesinin, “ticari işletme işleten kişi”, daha açık bir anlatımla “tacir” şeklinde yorumlanması gerekir. Detaylı bilgi için bkz. Bozer/Göle, s. 132 vd; Arkan, s. 187.

²⁷¹ Poroy/Yasaman, s. 281.

Ticari vekilin yetkisi, ticari temsilcinin aksine işletmenin olağan işleri ile sınırlıdır (TBK m. 551/2). Ticari vekilin de işletme sahibinin izni olmadıkça, doğrudan veya dolaylı olarak kendi hesaplarına ya da üçüncü kişilerin hesabına ticari işletmenin yaptığı türden iş yapamayacakları, bununla birlikte kendi hesapları adına bu işleri üçüncü kişilere de yaptıramayacakları Türk Borçlar Kanunu'nun 553. maddesinde düzenlenmiştir. Her ne kadar ticari vekilin yetkisi ticari temsilcinin sahip olduğu yetkiye göre daha dar olsa da²⁷², söz konusu bilgilere erişimi mümkün gözükmekte, bu nedenle ticari vekil için de öngörülen rekabet yasağı, kokunun korunmasına kısmen de olsa katkı sağlayabilecek niteliktedir.

Pazarlamacılık sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu'nun 448-460. maddeleri arasında esasında hizmet sözleşmesinin bir türü olarak düzenlenmiştir. Söz konusu hükümlerden de anlaşılacağı üzere pazarlamacı, tacirin ticari işletmesinin bulunduğu yerin dışında kalan yerlerde, tacir hesabına aracılık yapar, yetki verilmesi halinde de işlemler yapabilir.

Tıpkı ticari temsilci ve ticari vekilde olduğu gibi, pazarlamacı da Türk Borçlar Kanunu'nun 553. maddesinde öngörülen rekabet yasağına tabidir. Bu noktada, dikkat edilmesi gereken bir konu vardır. Türk Borçlar Kanunu'nun 450. maddesinde pazarlamacıların, işverenin izni olmaksızın kendisi veya üçüncü kişiler adına işlem yapamayacağı ve aracılık edemeyeceği düzenlenmiştir. Bununla birlikte, anılan Kanun'un 457. maddesinden, pazarlamacının birden fazla işveren hesabına faaliyet gerçekleştirebileceği anlaşılmaktadır. Zira ilgili hüküm; pazarlamacının birden fazla işveren hesabına faaliyette bulunması durumunda, aksi yazılı şekilde kararlaştırılmadıkça her işverenin pazarlamacının harcamalarına eşit olarak katılma yükümlülüğünü düzenlemektedir. Bu durumda, pazarlamacının başkası adına işlem

²⁷² Bozer/Göle, s. 138; Arkan, Ticari İşletme, s. 200.

yapabilmesi için işverenin izninin gerektiği ve ilgili hükmün (TBK m. 457) bu izin çerçevesinde değerlendirileceği göz önünde bulundurularak, rekabet yasağı çerçevesinde değerlendirilmemelidir²⁷³.

Ekleme isteriz ki, tacir ile bağı tacir yardımcısı arasındaki ilişki sona erdikten sonrası için de rekabet yasağı sözleşmesi akdedilebilir. Bu durumda, tacir ile bağı tacir yardımcısı arasında sonlanan ilişki bir hizmet sözleşmesinden kaynaklanıyorsa, Türk Borçlar Kanunu'nun işçinin iş ilişkisinin sona ermesinin ardından uygulanacak rekabet yasağı sözleşmesini düzenleyen 444-447. maddeleri uygulanabilecektir. Aksi halde düzenlenecek sözleşme, genel hükümlere tabi olacaktır.

3.4.2.2 Acenteler

Acente, Türk Ticaret Kanunu'nun 102. maddesinde “bağımlı tacir yardımcısı ya da işletmenin çalışanı gibi işletmeye bağı bir konumda olmaksızın, bir sözleşmeye dayanarak belirli bir yer ya da bölgede ticari işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde sürekli olarak aracılık eden veya bu sözleşmeyi tacir adına akdetmeyi meslek edinen kimse” şeklinde tanımlanmıştır.

Acentelik sözleşmesi kapsamında açıkça kanuni bir rekabet yasağı düzenlenmemekle birlikte hem acenteye hem de müvekkile inhisar hakkı tanınmıştır. Anılan Kanun'un 104. maddesine göre aksi yazılı olarak kararlaştırılmadıkça müvekkilin aynı yer ya da bölgede birden fazla acente ile çalışamayacağı, acentenin de aynı yer veya bölgede rekabet halinde bulunan birden fazla ticari işletme hesabına çalışamayacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla taraflar arasında aksi kararlaştırılmadığı müddetçe acente, müvekkili ile rekabet içinde olamayacaktır.

²⁷³ Aydın, S./Kaplan, H.: “Bağı Tacir Yardımcılarının Rekabet Yasağı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2014, C. 18, S. 3-4, s. 180.

Belirtmek isteriz ki, acenteler için öngörülen inhisar hakkı; bağlı tacir yardımcılarını için öngörülen yasaklardan farklı kaleme alınmıştır. Öncelikle, tacir yardımcılarını için öngörülen rekabet yasağının aksine acenteler için öngörülen inhisar hakkı esasında iki taraflıdır ve hem acenteye hem de müvekkiline belirli bir yer ve belirli bir konu bakımından rekabet etmeme borcu yüklemektedir. Ayrıca, bağlı tacir yardımcılarının, rekabeti oluşturacak faaliyeti hem kendi adlarına veya üçüncü kişiler adına yapamayacakları hem de bu faaliyeti kendi adlarına başkalarına yaptıramayacakları düzenlenmişken, acenteler için böyle bir uygulama öngörülmemiştir. Kanımızca bu durum, acentenin rekabet oluşturacak faaliyeti acentelik sıfatı dışında başka bir sıfatla kendi adına gerçekleştirebileceği şeklinde yorumlanmamalıdır²⁷⁴. Zira acente aynı zamanda, Türk Ticaret Kanunu'nun 109. maddesine göre, müvekkilinin menfaatlerini koruma borcu altındadır. Kanunen öngörülen bir inhisar hakkı mevcutken ve aksi taraflarca kararlaştırılmamışken; acentenin rekabete neden olacak fiili kendi adına veya komisyoncu gibi başka bir sıfatla gerçekleştirmesi dolaylı yoldan müvekkili ile rekabet etmesine neden olacak ve müvekkilinin menfaatini zedeleyecektir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 109. maddesinden hareketle yöneltile bir diğer eleştiri de aksi yazılı olarak kararlaştırılsa dahi acentenin başka müvekkillerin de acenteliklerini yapamayacağı, zira acenteliğin bir yükümlülüğü olarak müvekkilinin menfaatlerini koruması gerektiği ve başkaları ile de acentelik ilişkisi yürütmesi halinde bu menfaatin zedeleneceği şeklindedir²⁷⁵.

Acenteler için öngörülen inhisar hakkının yanı sıra, acente ile müvekkili arasında akdedilecek rekabet yasağı sözleşmesi, Türk Ticaret Kanunu'nun 123. maddesinde

²⁷⁴ Benzer yönde bkz. Sorkun, A.: Tacir Yardımcıları ile Akdedilen Rekabet Yasağı Anlaşmaları, İstanbul 2020, s. 68.

²⁷⁵ Saraç, T.: "6102 Sayılı Ticaret Kanununun Acentelik İlişkisinde İnhisar Hakkı ve Rekabet Yasağı Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi 2012, C. 61, S. 2, s. 716.

ayrıca düzenlenmiştir. Acente, aracılık yaptığı ya da müvekkili adına akdettiği sözleşmeler için müvekkili adına ihbar, ihtar ve protesto çekebilmesi veya bunları kabul edebilmesi ya da sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklarda müvekkili adına dava açabilmesi gibi geniş yetkilere sahiptir (TTK m. 105 vd.).

Acentelik ilişkisinin sona ermesinin ardından bu ilişki içerisinde edindiği ticari bilgileri müvekkilinin menfaatini zedeleyecek şekilde belli bir süre kullanamaması için acente ve müvekkili arasında akdedilecek rekabet yasağı sözleşmesi, Türk Ticaret Kanunu'nun 123. maddesinde detaylı olarak düzenlenmiştir²⁷⁶. Hükme göre, rekabet yasağı sözleşmesi acentelik ilişkisinin bitiminden en fazla iki yıl geçerli olarak düzenlenebilecek, acente aynı yer veya bölgede ve daha önce sözleşmeye aracılık ettiği ya da müvekkili adına sözleşme akdettiği konularla sınırlı olmak kaydıyla acentelik yapamayacak ve müvekkil de karşılığında acenteye belli bir miktar tazminat ödeyecektir. İlgili hükümde bahse konu sözleşmenin yazılı olarak yapılması gerektiği düzenlenmektedir. Türk Borçlar Kanunu'nun 12. maddesine göre, “kanunda sözleşme için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir”. Nitekim bu koşulun geçerlilik şartı olduğu hükmün gerekçesinde de ifade edilmiştir²⁷⁷. Dolayısıyla acente ile müvekkili arasında akdedilecek rekabet yasağı anlaşmasının geçerli olması için yazılı olarak düzenlenmesi gerekmektedir.

Acenteler için öngörülen bu düzenlemeyi koku açısından ele alırsak, sentetik koku üreten bir işletme örneğinden hareketle acente de bu kokuya ilişkin önemli bilgilere ulaşabiliyorsa; sözleşme süresince rekabet yasağıyla, acentelik ilişkisinin sona ermesinden itibaren ise rekabet yasağı sözleşmesi ile iki yıllığına da olsa kısmi bir

²⁷⁶ Evliyaoğlu, S.: Acentenin Rekabet Yasağı Anlaşması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Erzurum 2016, s. 42.

²⁷⁷ TTK m. 123 gerekçesi (www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-1138.pdf E.T. 04/06/2023).

korumadan söz edilebilecektir. Bununla birlikte, acentenin kokunun korunması için önem arz eden bu bilgilere erişebilmesi zor gözükmemektedir.

3.4.3 Şirketler Açısından

Adi şirket ortakları ve ticaret şirketleri ortak ve/veya yöneticileri için de kanuni rekabet yasağı öngörülmüştür. Bu yasak, şahıs şirketleri bakımından ortaklar için (adi şirket ortakları için TBK m. 626, kollektif şirket ortakları için TTK m. 230, adi komandit şirket ortakları için TTK m. 311), sermaye şirketlerinde ise yönetim yetkisini haiz kişiler için²⁷⁸ (anonim şirket yönetim kurulu üyeleri için TTK m. 396, limited şirket müdürleri için TTK m. 626) karşımıza çıkmaktadır.

3.4.3.1 Şahıs Şirketleri

Türk Borçlar Kanunu'nun 626. maddesine göre, adi şirket ortakları kendilerinin veya üçüncü kişilerin menfaatlerine yönelik olarak ortaklığın amacını engelleyici veya ortaklığa zarar verici işlemlerde bulunamazlar. Esasında bu hüküm, ortakların sahip olduğu geniş bilgi edinme hakkının doğal bir uzantısı olan şirkete karşı var olan sadakat yükümlülüğünün ve affectio societatis ilkesinin bir yansıması olarak karşımıza çıkmaktadır²⁷⁹. Dolayısıyla bu yasak, yönetim ya da temsil yetkisi olup olmadığına bakılmaksızın tüm ortakları kapsamaktadır.

Kollektif şirkette de her ortak, tıpkı adi şirkette olduğu gibi yönetim ve temsil yetkisine bakılmaksızın rekabet yasağına tabidir. Kollektif şirketi diğer ticaret şirketlerinden ayıran en temel özelliği, ortakların tümünün şirket borçlarından dolayı sınırsız sorumlu olmalarıdır²⁸⁰. Dolayısıyla kollektif şirkette yapısı gereği her ortak

²⁷⁸ Bu durumun bir istisnası, sermayesi paylara bölünmüş şirketin komandite ortakları için öngörülen rekabet yasağına karşımıza çıkmaktadır (TTK m. 572).

²⁷⁹ Poroy, R./Tekinalp, Ü./Çamoğlu, E.: Ortaklıklar Hukuku I, 13.Baskı, İstanbul 2014, p. 95-95b; Göksoy, Y.: "Ortaklıklar Hukukunda Rekabet Yasaklarının Kapsamı", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2007, C. 9, Özel Sayı, s. 634.

²⁸⁰ Bilgeç, H.: Kollektif Şirket m. 211-231, Şirketler Hukuku Şerhi Cilt I, Ankara 2023, E.: Şenocak, K., s. 210.

hem şirkete hem de birbirlerine karşı sadakat yükümlülüğü altındadır²⁸¹. Bu yükümlülüğün bir sonucu olarak, Türk Ticaret Kanunu'nun 230. maddesinde bir kollektif şirket ortağının, diğer ortakların izni olmadıkça şirketin yaptığı türden işleri kendisi veya başkası hesabına yapamayacağı gibi, aynı tür işlerle uğraşan bir şirkete sorumluluğu sınırlandırılmamış ortak olarak giremeyeceği düzenlenmiştir. Hükümden de anlaşılacağı üzere bu rekabet yasağının aksi ortaklarca kararlaştırılabilir, ayrıca kollektif şirket ortağı sorumluluğu sınırlandırılmış ortak olarak örneğin bir komandit şirkete komanditer ortak olarak girebilir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 311. maddesinin karşıt yorumundan, kollektif şirket ortaklarının tabi olduğu rekabet yasağına komandit şirketin komandite ortaklarının da tabi olacağı çıkarımı yapılabilir. Zira hükümde komanditer ortaklara kollektif şirket ortaklarının tabi olduğu rekabet yasağının uygulanmayacağı ve komanditer ortağın ancak şirketin işletme konusuna giren işlerle uğraşmak üzere bir ticari işletme açması ya da böyle bir ticari işletme açan kişiyle ortak olması halinde, ortağı bulunduğu komandit şirketteki denetim yetkisini kaybedeceği düzenlenmiştir.

3.4.3.2 Sermaye Şirketleri

Anonim şirket açısından rekabet yasağı, yönetim kurulu üyelerinin kendi menfaatleri uğruna şirketin aleyhine bir işlemde bulunmalarını önlemek amacıyla, yönetim kurulu üyeleri için öngörülmüştür²⁸². Yukarıda ele aldığımız gibi, anonim şirketlerin yönetim kurulu üyelerinin de rekabet yasağına tabi olmalarının nedeni sahip oldukları bilgi edinme hakkı ve sadakat yükümlülüğüdür. Bu yasağın uygulanması için kişinin yönetim kurulu üyesi olması yeterlidir²⁸³. Türk Ticaret Kanunu'nun 396. maddesinde yönetim kurulu üyeleri için de şirketin işletme konusuna giren işler

²⁸¹ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), p. 265.

²⁸² Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 687; Ayhan, R./Çağlar, H./Özdamar, M.: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 4. Baskı, Ankara 2022, s. 286.

²⁸³ Kırca, (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 688.

bakımından rekabet yasağı öngörölmüş, genel kurulun izni olmaksızın yönetim kurulu üyelerinin şirketin işletme konusuna giren işleri kendisinin veya başkasının hesabına yapamayacağı ve aynı tür ticari işlerle uğraşan bir şirkete sorumluluğu sınırsız ortak olarak giremeyeceği düzenlenmiştir.

Benzer şekilde, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketin komandite ortakları da diğer komandite ortakların ve genel kurulun izni olmadan şirketin işletme konusuna giren bir iş yapamayacak olup, bu tür işlerle uğraşan bir şirkete sorumluluğu sınırlandırılmamış ortak olarak giremeyecektir (TTK m. 572). Öğretide, izni alınacak genel kurulun sadece komanditer ortaklardan oluşması gerektiği, zira hüküm içerisinde komandite ortakların her birinden izin alınması gerektiğinin ayrıca düzenlendiği ifade edilmektedir²⁸⁴.

Limited şirket müdürleri ise aksi şirket sözleşmesinde öngörölmedikçe veya diğer tüm ortakların yazılı izni alınmadıkça şirketle rekabete sebebiyet verecek faaliyetlerde bulunamazlar (TTK m. 626). Öğretide, kollektif şirket ortaklarına ve anonim şirket yönetim kurulu üyelerine yönelik rekabet yasağının kapsamına ilişkin hükümlerin mevcut olup, limited şirket açısından ise, şirketle rekabet ile nelerin kastedildiğinin belirtilmemesi eleştirilmektedir²⁸⁵. Şirketle rekabete sebebiyet verecek faaliyetlerin neler olduğunun tespiti için, kollektif şirket ortakları için öngörölen rekabet yasağı (TTK m. 230) ile anonim şirket yönetim kurulu üyeleri için öngörölen rekabet yasağı (TTK m. 396) hükümlerinin kıyasen uygulanması önerilmektedir²⁸⁶

Ticaret şirketleri için uygulanacak kanuni rekabet yasaklarında dikkat edilmesi gereken konu, rekabet yasaklarının şirketin yaptığı türden işlerle sınırlandırılmış olmasıdır. Ultra vires ilkesi, şirketlerin şirket sözleşmesinde belirtilen konular

²⁸⁴ Kendigelen, A./Kırca, İ.: Şirketler Hukuku Cilt III – Sermayesi Paylara Bölünmüş (Paylı) Komandit Şirket ve Limited Şirket, İstanbul 2022, p. 14.

²⁸⁵ Kendigelen/Kırca, p. 591.

²⁸⁶ Kendigelen/Kırca, p. 591; Karakılıç, s. 255.

haricinde hukuki işlem gerçekleştiremeyeceklerine ilişkin bir ilkedir²⁸⁷ ve Türk Ticaret Kanunu açısından bu ilkenin geçerli olmadığı anılan Kanun'un 125. maddesinin 2. fıkrasından anlaşılmaktadır²⁸⁸.

Hukumumuzda ticaret şirketlerinin sözleşmelerinde, esaslı noktaları belirtilmiş ve tanımlanmış şekilde şirketin işletme konusunun belirtilmesi gerektiği düzenlenmiştir (TTK m. 211, 305, 339, 567, 576). Ultra vires ilkesinin terk edilmiş olmasına karşın, Türk Ticaret Kanunu içerisinde işletme konusuna ilişkin önem arz eden hükümlerin varlığı sebebiyle, şirketlerin kuruluş aşamasında sözleşmelerinde yaptıkları veya yapmaları muhtemel işleri işletme konusu olarak belirlediği görülmüştür²⁸⁹. Örneğin, Türk Ticaret Kanunu'nun 210. maddesine göre, Ticaret Bakanlığı, işletme konusuna aykırı eylemlerde bulunan veya bu eylemler için hazırlık yapan ticaret şirketleri için fesih davası açabilecektir. Bu hüküm öğretide sorgulanmakla birlikte, ultra vires ilkesinin olmaması ve şirketlerin sözleşmelerinde işletme konusu olarak yazmayan işlerle de uğraşabilmesi sebebiyle, fesih davası açısından şirketin fiili işletme konusunun da dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir²⁹⁰. Benzer bir durum, tacir yardımcıları, şahıs şirketi ortakları ile sermaye şirketi yöneticileri hakkında öngörülen rekabet yasağında da karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle, rekabet yasağının kapsamı belirlenirken; şirketin sözleşmesinde yazan işletme konularının tümünün değil, şirketin fiilen uğraştıkları işletme konusunun dikkate alınması gerektiği öne sürülmektedir²⁹¹.

²⁸⁷ Özkan, A.: Genel Hükümler m. 124-133, Şirketler Hukuku Şerhi Cilt I, Ankara 2023, Editör: Şenocak, K., s. 126.

²⁸⁸ Yıldız, B.: "Ultra Vires İlkesinin Kaldırılmasının Ardından İşletme Konusu Unsuru ve Ticaret Şirketlerinin İşletme Konusu Dışındaki İşlemlerinin Hukuki Niteliği", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 2011, C. 27, S. 3, s. 116.

²⁸⁹ Narlı, U.: Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyeleri İçin Öngörülen Rekabet Yasağı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Dalı, Mersin 2021, s. 44.

²⁹⁰ Bilgeç, H.: Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Anonim Şirketlerin Kuruluş İşlemlerinde Devletin İlgilenmesi İlkesi, Ankara 2022, s. 350-351.

²⁹¹ Kırcı (Şehirli Çelik/Manavgat), s. 690.

Yukarıda da değindiğimiz üzere, sentetik koku üretimi hem fikri bir çaba gerektirdiği gibi hem de ticari bilgi birikimi ile bir araya gelerek gerçekleştirilmektedir. Dolayısıyla sadece kokunun içerdiği maddelerin bilinmesi, o kokuyu meydana getirmeye elverişli olmayabilir. Örneğin, Chanel'in ünlü erkek parfümü No. 19'un içerisinde sadece Fransa'ya özgü mayıs gülü kullanılmakta, dolayısıyla gül kokusunu vermek için Isparta ya da Bulgar Gülü'nün kullanılması, No. 19 içerisindeki gül kokusunu sağlamamaktadır²⁹². Sentetik koku ile uğraşan şirket ortaklarının ya da yöneticilerinin, hammaddenin nereden temin edileceği, nasıl muhafaza edilmesi gerektiği gibi önemli bilgilere erişmesi muhtemeldir ve şirket aracılığıyla edinilen bu bilgilerin, şirketin ve ortakların menfaatini zedeleyecek şekilde kullanılmaması gerekir. Bu noktada, ele aldığımız rekabet yasağı halleri söz konusu sentetik kokunun üretimi için önem arz eden bilgilerin korunmasına olanak sağlasa da tek başına rekabet yasağı ile kokuların etkin bir şekilde korunmasından bahsetmek mümkün olmayacaktır. Ayrıca, rekabet yasağı ile kısmi bir koruma mümkün gözükse de söz konusu yasakların emredici olmadığı ve aksinin kararlaştırılabileceği de unutulmamalıdır.

²⁹² Ozan, Parfümler, s. 539-540.

SONUÇ

Kokuların marka olarak tescili, uzun yıllardır öğretilen ve uygulamada tartışılan bir konudur. Geleneksel olmayan markaların tesciline yönelik yaklaşım, günden güne değişerek ses, soyut renk, hareket ya da üç boyutlu işaretlerin marka olarak tescilini olanaklı kılsa da, aynı yaklaşımın kokular açısından da geliştiğini söylemek doğru olmayacaktır.

Ticari hayatta koku gerek doğal gerekse sentetik şekilde karşımıza çıkmaktadır. Özellikle sentetik kokunun yaratılma süreci yoğun bir fikri çaba, yetenek ve teknik gerektirmektedir. Parfümü üreten parfümör; bir ressamın elindeki renklerle tablosunu yaratması gibi, var olan kokuları veya kimyasal maddeleri özgün bir şekilde birleştirerek adeta eserini yaratmaktadır. Benzer şekilde, ürününü diğerlerinden farklı kılmak amacıyla hareket eden üretici, alışlagelmiş yollar dışında yeni bir yol arayarak, ürününü koku ile bağdaştırmakta, fakat farklılık yaratan bu ürünlerin veya fikrin korunması ve sürdürülebilmesi noktasında bazı sorunlarla karşılaşmaktadır. Zira kokuların marka olarak tescili halinde, marka sahibi işareti olan koku üzerinde mutlak hakka sahip olabileceken, kokuların marka olarak tescil edilmesine yönelik tartışmalar ve uygulamalar sebebiyle bu haktan mahrum kalmaktadır.

Avrupa Birliği'nde, Amerika Birleşik Devletleri'nde ve Türkiye'de kokuların marka olarak tescili önünde kanuni bir engel gözükmemektedir. Bununla birlikte, marka olarak tescil için aranan ayırt edicilik veya sicilde gösterilebilirlik koşullarının koku açısından nasıl sağlanacağı sorusu, kokuların marka olarak tesciline ilişkin tartışmaları da beraberinde getirmektedir.

Çalışmamız kapsamında kokuların ayırt edici olup olamayacağı ve sicilde nasıl gösterilebileceği sorunları kapsamlı bir şekilde ele alınmıştır. Amerika Birleşik

Devletleri'nde kokuların marka olarak tescili önündeki en büyük engel, söz konusu kokunun ayırt edici olup olmadığının tespitidir. Tescili gerçekleşen koku markalarına ilişkin kararlarda da görüldüğü üzere, kokuların belli durumlarda ayırt edici niteliği haiz olduğu görülmektedir. Bir koku, o kokuyu içermeyen ürünle birleştiğinde o ürünü benzerlerinden ayırt etmeye elverişli hale getirebilir.

Koku duyusunun diğer duyularımızdan farklı olarak hafıza ile olan güçlü ilişkisi, kanımızca kokunun ayırt edici niteliğini de oldukça etkilemektedir. Ortalama bir tüketici ele alınarak yapılacak bir değerlendirmede, o tüketicinin çam kokusu, deniz kokusu ya da bir yakınının kullandığı parfümün kokusu gibi kokuları ayırt edebileceği ve hatta geçmiş anıları ile ilişkilendirerek o tüketicinin zihninde çeşitli çağrışımlar yapacağını söylemek yanlış olmayacaktır. Buna rağmen, her koşulda ayırt ediciliğin sağlanması için söz konusu kokuyu daha önceden tanımamız gerektiği yanılığısına düşülmemelidir. Örneğin, tüketicinin daha önce rastlamadığı bir kokunun, normalde koku içermeyen bir ürünle bütünleştirilmesi halinde koku içeren ürün tüketici tarafından diğer benzer ürünler içerisinde muhtemelen ayırt edilebilecektir.

Nitekim Amerika Birleşik Devletleri uygulamasında, kokuların tek başına ayırt edici olamayacakları ön kabulü mevcut olsa da kullanım yoluyla ayırt edicilik kazandıklarının ispatlanmasına olanak tanınmıştır. Açıkça Lanham Act içerisinde düzenlenmese bile geleneksel olmayan işaretlerin de korunması gerektiği, Kanun'un amacının marka hukukunu çağdaşlaştırmak, ticareti kolaylaştırmak ve müşteriye korumak olduğu düşüncesiyle hareket eden bu yaklaşım, kokuların marka olarak tescilini zor fakat mümkün kılmaktadır.

Avrupa Birliği ve Türkiye'de ise kokuların marka olarak tescilini güçleştiren konunun, kokuların sicilde gösterilebilirlik koşulunu sağlaması olduğu görülmektedir. Sicilde gösterilebilirliğin sağlanmasında Avrupa Birliği Hukuku'nda da Türk

Hukuku'nda da Sieckmann Kriterleri gündeme gelmekte, kokunun marka olarak tescil edilebilmesi için açık, kesin, kolaylıkla erişilebilir ve sabit bir şekilde sicilde gösterilebilmesi gerekmektedir. Kokuları açık ve kesin olarak göstermeye yarayan teknolojik aletlerin masraflı ve temin edilmesinin zor olması, kolayca erişilebilirlik koşulunu sağlanmasını engellemektedir. Kokuları sınıflandıracak uluslararası bir sistemin eksikliği ise, renklerin veya seslerin aksine kokuların Sieckmann Kriterleri'ne uygun şekilde sicilde gösterilebilmesini daha da zorlaştırmaktadır.

Rekabetin günden güne arttığı ticari hayatta, adil rekabet ortamının sağlanabilmesi adına kokuların da tıpkı isimler, harfler, hareketler ya da sesler gibi korunabilmesi gerekmektedir. Marka hakkı, marka sahibine on yılda bir yenilemek suretiyle süresiz bir mutlak hak sağlamaktadır. Bir kokuyu, ürünü ya da hizmeti ile bütünleştiren veya var olmayan bir kokuyu meydana getiren kişiler ise, kokuların marka olarak tescil edilmesi önündeki yukarıda da değindiğimiz engelleri çoğu zaman aşamayıp, marka hukukunun sağladığı haklardan yararlanamamaktadır. Bununla birlikte, kokuların korunabilmesi adına marka hakkının sağlayacağı ölçüde bir hakkın, başka hukuki kurumlarla tesis edilmesi de güç gözükmemektedir.

Sentetik kokuların Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda sınırlı sayı ile belirtilen eser gruplarından birine dahil edilemeyeşi, söz konusu kokunun fikri eser olarak korunmasını olanaksızlaştırmaktadır. Keza patent yoluyla kokunun korunması da oldukça zordur. Rekabet yasağı ile kokunun kısmen korunması mümkün gözükmemle birlikte; özellikle kokunun taklitlerinin önlenmesi açısından yetersiz kalmaktadır. Rekabet yasağı ile işçinin, tacir yardımcısının, şahıs şirket ortağının ya da sermaye şirketi yöneticisinin, korunmak istenen koku için önem arz eden bilgileri haksız şekilde kullanmasının önüne geçilse de, koku alma duyusu gelişmiş kişilerce veya bazı kimyasal testlerle de bu bilgilerin elde edilmesi mümkündür. Oysa kokunun marka ile

korunması halinde daha etkin bir koruma sağlanmış olacak, ayrıca sadece o kokunun aynısı için değil, ayırt edilemeyecek kadar benzerlerinden de korunması gündeme gelecektir.

Mevcut koşullar dahilinde, kokuyu işaret olarak kullanan ya da yeni bir sentetik koku tasarlayan kişilerin başvurabileceği en ulaşılabilir yolun, haksız rekabet hükümleri olduğu söylenebilir. Ancak, unutulmamalıdır ki, haksız rekabet bir işaretin ya da eserin korunmasına değil, adil rekabet ortamının tesisine hizmet etmektedir. Dolayısıyla söz konusu kişilerin haksız rekabet hükümlerine dayanarak işaretini ya da ürününü koruyabilmesi için, mevcut bir ticari uygulamanın olduğunun, bu uygulamanın aldatıcı veya dürüstlük kurallarına aykırı olduğunun ve bu uygulama sebebiyle rakipler arasında veya tedarikçilerle müşteri arasındaki ilişkinin olumsuz etkilendiğinin tespiti gerekmektedir. Oysa markanın sağladığı inhisari hak sayesinde marka sahibi, tescile dayanarak başkaca hiçbir şeyi ispat etmeye gerek kalmaksızın, markasını koruyabilmektedir.

Teknolojinin her gün bir adım daha ileriye gittiği, bununla paralel olarak ticari ilişkilerin ve rekabetin de arttığı günümüzde, yeniliklere teşvik etmek ve gelişime özendirme adına kokuların marka olarak tesciline ilişkin tartışmaların çözüme kavuşturulması gerekmektedir. Zira bu gelişim tüketicinin yönelimlerine de yansımakta, koku endüstrisinin mahsüllerine olan talep ve buna bağlı olarak üretim ve çeşitlilik her geçen gün artmaktadır.

Geleneksel olmayan işaretlerin marka olarak tescilinin günden güne yaygınlaşması, çeşitliliğin ve yaratıcılığın artmasına olanak sağlamakta ve yeni marka çeşitlerinin yaygınlaşmasıyla hem topluma hem de olması gereken hukuka katkı sağlamaktadır. Kokuların marka olarak tescilini zorlaştıran koşulların ise, mevcut teknolojiden yararlanarak aşılamayacak kadar güç olmadığı kanaatindeyiz. Sicilde

gösterilebilirlik koşulunun sağlanması için Avrupa Birliği ve Türkiye’de gözetilen Sieckmann Kriterleri’nin, günümüzden yaklaşık yirmi yıl kadar önce kararlaştırıldığı ve o günlerin şartlarında şekillendiğinin unutulmaması gerekir. Oysa her geçen gün, teknoloji ve yapay zekanın gelişmesi ile kokuların açık ve kesin olarak sicilde gösterilebilmesine olanak sağlayacak yeni yöntemler gündeme gelmektedir. Hal böyleyken gerek ulusal gerek uluslararası marka mevzuatlarının ve uygulamalarının, söz konusu gelişmelere paralel olarak güncellenmesinde yarar vardır.

Bir zamanlar seslerin de marka olarak tescil edilip edilemeyeceği tartışılırken, bugün geleneksel olmayan markalara örnek olarak akıllara ilk gelenlerden biri, ses markalarıdır. Aynı olumlu gelişimin, koku markaları açısından da yaşanacağını umut etmekteyiz. Bu durumda, kokuların marka olarak tescilini olanaklı hale getirecek en önemli adımın, tıpkı renklere ilişkin uluslararası kod sistemi gibi kokuları da kategorize edecek bir sistemin geliştirilmesi olacağı düşüncesindeyiz. Temennimiz, kokuların marka olarak tescili önünde yasal bir engel olmamasına karşın, kokuların marka olarak tescilini engelleyen mevcut uygulamaların değişmesi ve geleneksel olmayan markalara ilişkin gelişen olumlu tutumun, kokular açısından da bir yansımasının olmasıdır.

KAYNAKLAR

Akay, T. (2016), *Osmanlı Devletinde Marka Hukukunun Gelişimi*, TBB Dergisi, 29(126), 363-392.

Akipek, J. ve Akıntürk, T. (2009), *Eşya Hukuku*, İstanbul: Beta Yayıncılık.

Alışkan, M. (2012), *İşletme Konusu ve 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti ve Temsili*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 18(2), 207-220.

Arkan, S. (2017), *Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 5.3. Maddesiyle İlgili Bazı Düşünceler*, BATİDER, 33(3), 5-11, (SMK m. 5.3).

Arkan, S. (1997), *Marka Hukuku C. 1*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, (Marka).

Arkan, S. (2020), *Ticari İşletme Hukuku*, 26. Baskı, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, (Ticari İşletme).

Arseven, H. (1950), *Alameti Farika Hakkının Mahiyeti, Gayri Kanuni Rekabetle Münasebeti ve Doğumu*, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 16(3-4), 823-893.

Arslan, M. (2020), *İsviçre Federal Mahkemesinin “Madonna” Kararı: Dini Sembol ve Kelimelerin Marka Olarak Tescil Edilebilirliği Üzerine*, Türk-Alman Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(1), 277-286.

Aydın, S. ve Kaplan, H. (2014), *Bağlı Tacir Yardımcılarının Rekabet Yasağı*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 18(3-4), 165-203.

Ayhan, R. ve Çağlar, H. ve Özdamar, M. (2022), *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 4. Baskı, Ankara: Yetkin Yayıncılık.

Ayhan, R. ve Çağlar, H. ve Yıldız, B. ve İmirlioğlu, D. (2021), *Sınai Mülkiyet Hukuku*, Ankara: Adalet Yayıncılık.

Aytemiz Özünel, A. (2010), *Marka Hukukunda Kullanım Sonucu Ayırt Edicilik Kazanılması ve Ayırt Ediciliğin Kaybedilmesi*, Uzmanlık Tezi, Türk Patent Enstitüsü Markalar Dairesi Başkanlığı.

Bilgeç, H. (2023), *Kollektif Şirket m. 211-231*, *Şirketler Hukuku Şerhi Cilt I*, Editör: Şenocak, K., Ankara: Seçkin Yayıncılık, (Kollektif Şirket).

Bilgeç, H. (2022), *Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Anonim Şirketlerin Kuruluş İşlemlerinde Devletin İlgilenmesi İlkesi*, Ankara: Turhan Yayıncılık, (Devletin İlgilenmesi İlkesi).

Bilgeç, H. ve Sunca, N. (2022), *Bir Sanat Formu Olarak Kokunun Markalaşma Süreci İçin Verilen Mücadele: Chanel No. 5 Örneği ve Parfümlerin Marka Olarak Tesciline İlişkin Düşündürdükleri, Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk Cilt 3*, Editörler: Üskül Engin, Z. ve Kara, D. ve Kuğuoğlu Altınışik, D., İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Bozer, A. ve Göle, C. (2021), *Ticari İşletme Hukuku*, 7. Baskı, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları.

Bozgeyik, H. (2009), *Fikir ve Sanat Eserlerinde Hususiyet Kavramı*, BATİDER, 25(3), 167-222.

Churovich, D. (2001), *Scents, Sence or Cents? Something Stinks in Lanham Act*, Saint Louis University Public Law Review, 20(2), 293-318.

Demir, B. ve Timur, S. ve Gürsoy, N. (2020), *Parfümler: Formülasyonları, Dünyü, Bugünü ve Yarını*, Hacettepe Üniversitesi Eczacılık Fakültesi Dergisi, 40(1), 20-33.

Dirikkan, H. (2003), *Tanınmış Markanın Korunması*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Doğan, B. (2006), *Türk, Alman ve Avrupa Birliği Hukukuna Göre Marka Olamayacak İşaretlerin Kullanım Sonucu Ayırt Edici Nitelik Kazanarak Tescil Edilebilirliği Sorunu*, FMR Dergisi, 3, 17-42.

- Eroğlu, S. (2003), *Soyut Renk, Ses ve Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescili*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5(1), 95-165.
- Evliyaoğlu, S. (2016), *Acentenin Rekabet Yasağı Anlaşması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Fütman, Ö. ve Ünsal, E. (2020), *Koku Markalarının Tescil Edilebilirliğine İlişkin Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletleri Uygulamalarına Dair Bir İnceleme*, FMR Dergisi, 22(1), 1-18.
- Geiregat, S. (2020), *Trade Mark Protection for Smells, Tastes and Feels- Critical Analysis of Three Non-Visual Signs in the EU*, The International Review of Intellectual Property and Competition Law, 53, 219-245.
- Gül, İ. (2015), *ABD Hukukunun Genel Özellikleri ve Türk Hukukundan Başlıca Farkları*, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5(10), 9-27.
- Güneş, İ. (2016), *Ticari Sırların Haksız Rekabete Karşı Korunmasında Son Gelişmeler*, Terazi Hukuk Dergisi, 11(120), 79-82.
- Hirsch, E. (1943), *Hukuki Bakımdan Fikri Say, Cilt II: Fikri Haklar*, İstanbul: İktisadi Yürüyüş Matbaası ve Neşriyat Yurdu.
- İmirlioğlu, D. (2018), *Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Markanın Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi*, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayıncılık.

Kandemir, S. ve Bayar Muluk, N. (2016), *Koku Fizyolojisi ve Koku Testleri: Derleme*,
Türk Klinik ve Laboratuvar Dergisi, 7(2), 2-48.

Karakılıç, H. (2019), *Limited Ortaklıkta Rekabet Yasağı*, İstanbul: On İki Levha
Yayıncılık.

Karapapa, S. (2010), *Registering Scents as a Community Trade Marks*, The Trademark
Reporter, 100(6), 1335-1359.

Karasu, R. (2007), *Ses Markaları*, FMR Dergisi, 7(2), 29-59.

Kayıhan, Ş. (2003), *Yargıtay Kararları Işığında Tanınmış Marka*, Atatürk Üniversitesi
Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, 7(1-2), 423-448.

Kendigelen, A. ve Kırca, İ. (2022), *Şirketler Hukuku Cilt III – Sermayesi Paylara
Bölünmüş (Paylı) Komandit Şirket ve Limited Şirket*, İstanbul: On İki Levha
Yayıncılık.

Kılıçoğlu, A. (2021), *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar*, 7. Baskı, Ankara:
Turhan Yayıncılık.

Kıranlar, S. (2019), *Cumhuriyet Döneminde Markalaşma Sürecinin Analizi (1923-
1931)*, Uluslararası Tarih Araştırmaları Dergisi, 4(2), 642-664.

Kırca, İ. ve Şehirli Çelik, F. ve Manavgat, Ç. (2013), *Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları.

Kırca, İ. (2005), *Markaların Milletlerarası Tescili (Madrid Sistemi)*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları.

Koskela, A. (2017), *The Evolution of the Definition of Trade Mark From Directive 2008/95/EC to Current Day*, Tallinn University of Technology.

Küçükali, C. (2020), *Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Fikri Mülkiyet Hakkı Sahibinin Yayıma Hakkının Tükenmesi*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

La Diega, G. (2018), *Scents and Trade Marks- The EU Reform of Olfactory Marks and Advances in Odour Recognition Techniques*, Erişim Adresi: <https://ipkitten.blogspot.com/2018/01/scents-and-trade-marks-eu-reform-of.html>

Lindstrom, M. (2005), *Duyular ve Marka: 5 Duyuyla Güçlü Markalar Yaratmak*, İstanbul: Optimist Yayıncılık.

Lundström, I. (2000), *Picture the Smell*, Nature, 406, 682-683.

Moore, K. ve Reid, S. (2008), *The Birth Of Brand: 400 Years Branding History*, Business History, 50(4), 419-432.

Narlı, U. (2021), *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyeleri İçin Öngörülen Rekabet Yasağı*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Nomer Ertan, F. (2016), *Haksız Rekabet Hukuku*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Oğuzman, K. ve Seliçi, Ö. ve Oktay Özdemir, S. (2014), *Eşya Hukuku*, 17. Baskı, İstanbul: Filiz Yayıncılık.

Okutan Nilsson, G. (2003), *Sesler, Renkler ve Kokular Marka Olarak Tescil Edilebilir Mi? Avrupa Toplulukları Mahkemesinin Üç Kararı*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Hukuk Özel Bülteni, 23(1-2), 579-598.

Ozan, V. (2021), *Kokular Kitabı*, 9. Baskı, İstanbul: Everest Yayıncılık, (Kokular).

Ozan, V. (2021), *Kokular Kitabı II- Parfümler*, 6. Baskı, İstanbul: Everest Yayıncılık, (Parfümler).

Özgür, E. (2019), *Olfaktör Sinir Rejenerasyonu, Koku ve Tat Algısı*, Editör: Yalçinkaya, E., 2. Baskı, Ankara: US Akademi Yayıncılık.

Özkan, A. (2023), *Genel Hükümler m. 124-133, Şirketler Hukuku Şerhi Cilt I*, Editör: Şenocak, K., Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Öztan, F. (2008), *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, Ankara: Turhan Yayıncılık.

Pekar, E. (2017), *Duyusal Markalama ve Tüketicilerin Marka Algısında Duyusal Markalamanın (Beş Duyunun) Rolü*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Poroy, R. ve Tekinalp, Ü. ve Çamoğlu, E. (2014), *Ortaklıklar Hukuku I*, 13.Baskı, İstanbul: Vedat Yayıncılık.

Poroy, R. ve Yasaman, H. (2022), *Ticari İşletme Hukuku*, 19. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Port, K. (2011), *On Nontraditional Trademarks*, Northern Kentucky Law Review, 38(1), 1-60.

Saraç, T. (2012), *6102 Sayılı Ticaret Kanununun Acentelik İlişkisinde İnhisar Hakkı ve Rekabet Yasağı Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, 61(2), 711-748.

Sirmen, L. (2022), *Eşya Hukuku*, 10. Baskı, Ankara: Yetkin Yayıncılık.

Suluk, C. ve Karasu, R. ve Nal, T. (2022), *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 6. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Sümer, H. (2019), *İş Hukuku*, 24. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Süzek, S. (2018), *İş Hukuku*, 18. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık.

Şehirali Çelik, F. (2014), *Tasarımların Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunması*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları.

Şehirali, F. (1998), *Patent Hakkının Korunması*, Ankara: Turhan Yayıncılık.

Taylan Çamlıbel, E. (2001), *Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Tekinalp, Ü. (2012), *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 5. Baskı, İstanbul: Vedat Yayıncılık.

Topay, M. ve Şirin, G. (2019), *Koku İhtiva Eden Ağaç Odunlarının Peyzaj Mimarlığı Uygulamalarında Kullanımına İlişkin Genel Bir Değerlendirme*, Mimarlık Bilimleri ve Uygulama Dergisi, 4(1), 90-96.

Türkel, T. ve Terzi, M. (2007), *Talamus'un Anatomik ve Fonksiyonel Önemi*, On Dokuz Mayıs Üniversitesi Tıp Dergisi, 24(4), 144-154.

Uzunallı, S. (2017), *Marka Hukukunda Malların ve/veya Hizmetlerin Benzerliğinin Tespiti Sorunu, Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, (Benzerlik).

Uzunallı, S. (2021), *Marka Hukuku*, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayıncılık, (Marka).

Yarsuvat, İ. (2022), *Kokunun Hukukten Korunması*, İstanbul: Platon Yayıncılık.

Yasaman, H. (2020), *Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Kapsamı*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Yasaman, H. ve Ayoğlu, T. ve Yusufoglu Bilgin, F. ve Kartal Memiş, P. ve Yüksel, S. ve Yasaman, Z. (2021), *Sınai Mülkiyet Hukuku Şerhi, C. 1*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Yasan, M. (2005), *Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Rekabet Yasağı (TTK m. 335)*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7(Özel Sayı), 409-446.

Yongalık, A. (2011), *İstisnalar Dar Yorumlanır Kuralı ve Değerlendirmesi*, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, 60(1), 1-13.

Yusufoglu, F. (2014), *Patent Verilebilirlik Şartları*, İstanbul: Vedat Yayıncılık.