

# SOYUT RENK MARKALARINDA TEK RENK MARKA TESCİLİNİN RENK KOMBİNASYONLARINA GÖRE DAHA ELVERİŞLİ OLMASI: MAHKEME KARARLARI ÇERÇEVESİNDE BİR DEĞERLENDİRME<sup>(\*)</sup>

## REGISTRATION OF SINGLE COLOUR TRADEMARKS IS MORE CONVENIENT THAN COLOUR COMBINATIONS IN ABSTRACT COLOUR TRADEMARKS: AN EVALUATION WITHIN THE FRAMEWORK OF COURT DECISIONS

Muhammet Burak ÖZÇELİK<sup>(\*\*)</sup>

### Öz

Renk markalarının bir türü olarak tasnif edilen soyut renk markalarının, teknolojik gelişmelerle birlikte ticari hayatta önemli bir yere sahip olduğunu söylemek mümkündür. Özellikle insan beyninin nörolojik yapısının bir sonucu olarak renklerin tüketicileri yönlendirici etkisini dikkate alan teşebbüsler, ticari işleriyle özdeşleştiğini düşündükleri renkleri marka başvuru konusu yapmaktadırlar. İlgili fikri mülkiyet otoriteleri ile Mahkemeler ise huzurlarına gelen soyut renk markalarına ilişkin olarak; renklerin tüketici nezdinde algılanma kapasitesinin sınırlı olduğu dikkate alınmakta ve soyut renklerin fikri mülkiyet hukukunun doğal bir sonucu olan bir kişinin tekeline bırakılması hususunda imtina edilmektedir. Bu durumun üstesinden gelmek arzusu içinde bulunan teşebbüsler ise soyut tek bir rengi değil birden fazla rengi bir araya getirerek renk

kombinasyonlarını marka konusu yapmakta ve işaretlerini marka olarak güvence altına almak istemektedir.

Çalışmanın konusunu oluşturan Red Bull ve Alken-Maes kararları doğrultusunda soyut renk markası konusu işaret değerlendirilirken ayırt edicilik unsuru ile açıklık ve kesinlik unsurlarının tek renk markaları ile renk kombinasyonlarında, işaretin taşınması gereken asli unsurlara farklı bir yaklaşımın benimsendiğini söylemek yerindedir. Dolayısıyla gerek otoritelerce yapılan incelemelerde gerekse mahkemeler nezdinde getirilen yorumda soyut renk markalarında tek renk markalarının tescilinin renk kombinasyonlarına kıyasla daha elverişli ve kolay olduğu hususunu açık şekilde ortaya koymaktadır.

### Anahtar Kelimeler

Renk Markası, Soyut Renk, Ayırt Edicilik, Red Bull, Alken-Maes.

<sup>(\*)</sup> (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 24.07.2022 / Kabul Tarihi: 10.10.2022).

<sup>(\*\*)</sup> Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, İnternet Daire Başkanlığı, Avukat, LLM, (ozcelikburakk@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-8430-3361).

*Atıf/Citation:* **Özçelik**, Muhammet Burak (2022) "Soyut Renk Markalarında Tek Renk Marka Tescilinin Renk Kombinasyonlarına Göre Daha Elverişli Olması: Mahkeme Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme", TFM, C: 8, S: 2, s. 471-490.

### Abstract

It is noteworthy that abstract colour trademarks, which are classified as colour trademarks, play a significant role in commercial life because of technological advancements. The attractive effects of colour on consumers, particularly as a result of the neurological structure of the brain, have led businesses to file trademark applications for colours that are like the colours of businesses. Considering the limited perception capacity of colours by consumers, the relevant intellectual property authorities and courts refrain from leaving abstract colours to the monopoly of one individual concerning the abstract colour trademarks that come before them. This is a natural consequence of intellectual property law. Businesses seek to overcome this issue by combining over one colour, but not a single

abstract colour, to create the subject of the trademark and want to secure their signs as trademarks.

Based on Red Bull and Alken-Maes case laws, which constitute the subjects of this study, courts take a different approach regarding the distinctiveness, precision, and durability elements in single colour trademarks and colour combinations. Based on this framework, both the examinations conducted by the authorities and the interpretations made by the courts clearly disclose that the registration of single-colour trademarks is more convenient and basic than the registration of colour combinations in abstract colour trademarks.

### Keywords

Colour Trademark, Abstract Colour, Distinctiveness, Red Bull, Alken-Maes.

## I. GİRİŞ

İnsanın nörolojik yapısı gereği renkler birtakım duyu ve düşüncüleri insan hareketleri içine aşılayabilir. Bu hâl göz önüne alındığında, teşebbüsler, ticari hayatta artık gelenekselden uzaklaşmakta, renklerin insan üzerindeki etkisinden faydalanmak maksadıyla renklerin farklı şekilde kullanımını barındıran markaları tescil konusu yapmaktadır. Çalışmamızın konusunu oluşturan Red Bull ve Alken-Maes kararları, tek renk ve renk kombinasyonu şeklinde tescil edilmek istenen iki farklı marka konusu işaretin gerek ilgili marka otoritelerince yapılan incelemede gerekse mahkemeler nezdinde yapılan değerlendirmede soyut tek tek renk markalarının tescilinin renk kombinasyonlarına kıyasla daha kolay olduğu hususunu açık şekilde ortaya koyan emsal niteliğini haiz iki karardır.

Kararlar doğrultusunda soyut renk markası kapsamında işaretler değerlendirilirken mahkemelerce farklı bir tutum benimsendiğini söylemek yerindedir. Zira ayırt edicilik unsuru ile açıklık ve kesinlik unsurlarının tek renk markaları ile renk kombinasyonlarında işaretin taşınması gereken asli unsurlar açısından farklı testlere tabi tutulmaktadır.

## II. ABAD T-101/15 VE T-102/15 SAYILI BİRLEŞTİRİLEN RED BULL KARARI

### A. Olay

T - 101/15 sayılı dosyaya ilişkin olarak;

Red Bull GmbH, Avrupa merkezli enerji içeceği üreticisi bir şirkettir. 15 Ocak 2002 tarihinde Red

Bull GmbH, Avrupa Birliği sınırları içinde aşağıdaki görselin marka olarak tescil edilebilmesi için Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi'ne (ABFMO) başvuru yapmıştır. Söz konusu marka iki rengin “*per se*” kombinasyonu olarak tescil edilmiştir.



Söz konusu marka Nice Sınıflandırmasına göre 32. Sınıfta enerji içecekleri altında tescil edilmiştir. Marka tescilinden sonra 11 Ekim 2004 tarihinde korumanın RAL kodlama sistemine göre 5002 kodunda gösterilen mavi rengi ile RAL kodlama sistemine göre 9006 kodunda gösterilen gümüş renginden ibaret olduğu ve renklerin oranının yaklaşık olarak %50 - %50 olarak bir araya geldiğini belirtir açıklamalar tarifnameye eklenmiştir.

20 Eylül 2013 tarihinde Optimum Mark bahse konu marka hakkında, aşağıda sayılan gerekçelerle Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi önünde hükümsüzlük talebinde bulunmuştur:

<sup>1</sup> İşaret aynı zamanda TÜRKPATENT nezdinde tescilli 2014/03556 başvuru numaralı ve 2013/90293 başvuru numaralı Red Bull'a ait renk kombinasyonu markasıdır.

- a) Grafikselsel olarak bir markanın gösterimi; net, kesin, bağımsız, kolay erişilebilir, anlaşılabilir, sürekli ve objektif olmalı ve renkler önceden belirlenmiş ve tekdüze bir şekilde birleştirilerek sistematik olarak düzenlenmelidir.
- b) Tescil konusu işaretin açıklamasında yer alan iki rengin yaklaşık olarak %50- %50 bir araya gelmesi, çok sayıda farklı kombinasyonun korunmasına neden olmakta ve tüketiciler nezdinde de her bir alışverişte ürün üzerindeki işaretlerin aynı marka olduğuna dair kesinlik ortadan kalkmaktadır.

T - 102/15 sayılı dosyaya ilişkin olarak;

Tescil konusu marka da yukarıda bahsedilen marka ile aynı olup Nice Sınıflandırmasında 32. Sınıf Enerji İçecekleri altındadır. Farklılık ise marka tarifnamesinde iki rengin eşit oranda ve birbirine bitişik şekilde, yan yana (*mere juxtaposition*) uygulandığı yazmaktadır.

### B. Süreç

Söz konusu iki markaya ilişkin olarak Avrupa Fikri Mülkiyet Ofisi İptal Dairesi iddiaları inceleyerek bahse konu markaların hükümsüzlüğüne karar vermiştir. Dairece, soyut veya sınırlar olmadan belirtilen iki veya daha fazla rengin yan yana yerleştirilmesi ABAD'ın Heidelberg kararında öngörüldüğü üzere 207/2009 sayılı AB Marka Tüzüğü m.4 (Yürürlük 2017/1001 sayılı Birlik Marka Tüzüğü m.4) çerçevesinde açıklık ve kesinlik unsurlarını sağlamamaktadır. Zira bir satın alma işleminde, tüketici nezdinde belirli bir renk kombinasyonunun algılanmasına veya hatırlanmasına izin vermeyen, çok sayıda farklı kombinasyon ile markayı oluşturmaya imkân tanıyan bir tescil söz konusudur. Bunlara ek olarak, yetkili makamların ve rakiplerin, itiraz edilen markaların sahibine sağlanan korumanın kapsamını bilme imkanları da bulunmamaktadır. Dairenin bu değerlendirmelerinden sonra Red Bull, ofis nezdinde kararlara itiraz etmiş ve her iki itiraz da söz konusu markaların;

- a) Kullanıma dayalı tanınırlık kazanmasının AB Marka Tüzüğü'nde sayılan şartlardan muaf tutulacağı anlamına gelmediği, markanın kesin, tutarlı ve anlaşılabilir olması gerektiği,

- b) Soyut renk markalarının tescil edilmesi mümkün olmakla birlikte gereklilikleri yerine getirmek adına tarifnamedeki açıklamanın zorunlu olabileceği,
- c) Heidelberg kararında olduğu gibi AB Marka Tüzüğü'nde yer alan şartların sağlanabilmesi için renk kombinasyonlarının, ilgili renklerin önceden belirlenmiş, sistematik bir düzen içinde olması gerektiği, gerekçeleriyle reddedilmiştir. Ofis tarafından itirazların reddedilmesi sonrası, Red Bull söz konusu kararların iptali için iptal davası ikame etmiş ve uyuşmazlık ABAD huzuruna gelmiştir.

### C. ABAD'ın Değerlendirmesi

Avrupa Birliği Adalet Divanı uyuşmazlık konusu olayı incelerken ilk olarak, AB marka hukukunu düzenleyen uyuşmazlık tarihinde yürürlükteki 207/2009 sayılı AB Marka Tüzüğü (*Tüzük*) ve ilgili içtihatlar kapsamında bir renk veya renk kombinasyonunun marka olabilmesi için 3 şartın sağlanması gerektiğine işaret etmiştir. İlk şart olarak marka konusunun bir işaret olması gerekir. İkinci şart işaretin grafiksel olarak sicilde açık ve kesin olarak gösterilebilir olması gerekliliğidir. Son şart ise işaretin, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini diğer teşebbüslerin mal veya hizmetlerinden ayırt edici niteliği haiz olması gerekir. Kararda bir işaretin marka olabilmesi için aranan şartların renk veya renk kombinasyonları için de aranması gerektiği hususu da tekrar vurgulanmıştır.

Mahkeme marka konusu işaretlerin nasıl değerlendirilmesi gerektiğini belirttiikten sonra renk markalarına ilişkin olarak birtakım tespitlerde bulunmuştur. Mahkemeye göre renkler esas itibarıyla nesnelere basit birer özelliğidir. Ticaretin ilgili alanlarında da renkler ve renk kombinasyonları, genellikle çekici oldukları için veya dekoratif yönlerinden ötürü kullanılır ve başka türlü bir anlam ifade etmezler. Ancak, bir ürün veya hizmetle ilişkili olarak kullanıldığında, renklerin veya renk kombinasyonlarının bir işaret olabilmesi mümkündür. Dolayısıyla tescil edilmek istenen renklerin veya renk kombinasyonlarının ticari hayatta rekabeti haksız şekilde engellemek maksadıyla kötüye kullanılmaması için bir işaret haline gelmeleri gerekir. Bu etkinin gös-

terilebilmesi için, sicilde gösterilen işaretin, açık ve kesin, bağımsız, kolay erişilebilir, anlaşılır, süreklilik arz eden ve objektif bir işaret olması gerekir.

Mahkeme, Tüzükten ve yerleşik içtihatlardan hareketle bir soyut renk markasının hangi nitelikleri haiz olması gerektiğinden bahsettikten sonra önündeki uyuşmazlıkta konunun nasıl ele alınması gerektiğini izah etmiştir. Bu kapsamda dava konusu markalar mavi ve gümüş renklerinin %50-%50 oranıyla dikey olarak bir araya getirilmesinden oluşmaktadır. Markaların açıklamasında ise renklerin birbirine bitişik şekilde, yan yana uygulandığı belirtilmiştir. Dava konusu markaların, söz konusu iki rengin çok sayıda farklı kombinasyonunu da koruma altına alıp almadığı sorusu gündeme gelmiştir. Mahkemeye göre, iki rengin bitişik şekilde yan yana bir araya getirilme ifadesi, iki veya daha fazla rengin doğrudan yan yana gelmesine işaret etse dahi, mutlaka renklerin sistematik bir düzen teşkil edeceği anlamına gelmemektedir. Zira renkler “yaklaşık %50-%50” veya “eşit oran” içinde kalsa ve renkler “yan yana” dizilse bile, “bir araya getirme” farklı biçimlerde olabilir ve renklerin çeşitli sayıda farklı dizilişine yol açabilir. Dolayısıyla, aşağıda daha ayrıntılı inceleneceği üzere, mehz AB hukukunda özellikle de Heidelberg kararında öngörülen “sistematik veya yeknesak düzen/dizilim” şartının sağlandığına dair yeterli görüş ABAD nezdinde oluşmamıştır.

ABAD’ın kararında kısaca şu tespitler yapılmıştır:

- Teşebbüsler, idari otoriteler ve kamu nezdinde 3. kişinin tescil ile kazanmaya çalıştığı hakkın sınırlarının öngörülebilir olması gerekir. Dolayısıyla işaretin açık, kesin ve devamlı olarak aynı algıyı koruması gerekir.
- Renkler, tüketicilerin belirli bir renk kombinasyonunu veya renk düzenini algılamasına veya anımsamasına izin verecek şekilde önceden belirli ve yeknesak bir biçimde tescil edilebilir.
- Dava konusu olayda olduğu üzere, yalnızca iki rengin yan yana kullanılmasının belirtilmesi yeterince kesinlik doğurmamaktadır. Zira bu gösterim çok sayıda farklı kombinasyon kullanımına izin verir.

- Genellikle, marka açıklamaları marka tescili için zorunlu unsur olmasa da eğer bir açıklama eklenmişse, açıklama artık markanın tescil edilen görselinin bir parçası haline gelir. Dolayısıyla Red Bull’un açıklamasında bulunan eşit oranda ve yaklaşık olarak ibareleri de uyuşmazlık konusu markanın bir parçasıdır.
- İki rengin bir araya gelmesi hususunda sistematik olma ile açıklık ve kesinlik unsurlarına aykırılık, yalnızca renklerin birbirine olan oranlarının belirtilmemesinden değil aynı zamanda düzlemde duruşlarının farklı şekilde olabileceğinden de kaynaklanabilir. Renklerin sistematik özel düzenlemesi bunu gerektirir. Zira olay özelinde söz konusu renkleri dikey olarak birbirlerine eşit oranda ve bitişik şekilde tescil edilmekte birlikte Red Bull, işaret konusu renkleri ürünlerinde tescil edildiği şekliyle dikey pozisyonda hiç kullanmamıştır.

Netice itibarıyla ABAD yukarıda sayılan gerekçelerle Heidelberg kararında öngörülen “sistematik veya yeknesak düzen/dizilim” şartının sağlandığına dair iddiayı kabul etmemiş ve Red Bull’un taleplerini reddetmiştir.

### III. BELÇİKA YÜKSEK MAHKEMESİ’NİN ALKEN-MAES MAVİ BİRA KARARI

#### A. Olay

Alken-Maes,<sup>2</sup> Heineken grubuna ait Belçika merkezli 1960’lı yıllardan beri bira üretimi yapan bir şirkettir. 1960’lı yılların başından itibaren ürünlerini koyu mavinin farklı bir tonunu kullanarak pazarlamaya başlamıştır. Alken-Maes’in ürünlerini pazara servis ediş şekli aşağıdaki şekildedir:



<sup>2</sup> Brüksel Temyiz Mahkemesi, T: 21.10.2013, 2012/AR/1999 (Belçika Yüksek Mahkemesi Veri Tabanı, <http://jure.juridat.just.fgov.be>); Kararın İngilizce değerlendirilmesine ilişkin olarak ayrıca bkz.: **Muyldermans**, Jeroen (2014), ‘The Belgian Beer Battle: The Scope of Protection Afforded to Colour Marks’ *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, S: 4, C: 9, s. 265-267.

Alken-Maes 2006 yılında, Pantone renk paletinde 2478C ile gösterilen koyu mavi rengini, Nice Sınıflandırması 32. sınıfta yer alan biralar için tescil ettirmiştir. Tescil konusu soyut renk markası aşağıdaki şekildedir.



InBev Belgium adlı şirket ise dünyanın en büyük bira üreticilerinden olan Anheuser-Bush InBev'in bir iştiraki olarak Belçika'da faaliyetlerini yürütmektedir. 2012 yılında düşük alkol oranına sahip ürünlerinin tasarımı ile birlikte "JUPILER BLUE" olan adını "BLUE BY JUPILER" olarak değiştirmiştir. InBev Belgium'un biralar üzerindeki tasarım değişikliği sonucu ürünler pazarda aşağıdaki şekilde yer almıştır:



Gelişmeler üzerine Alken-Maes tanınmış ve tescilli bir Benelüks markasına sahip olduğu, InBev Belgium'un pazara sürdüğü yukarıda görseli bulunan biraların tescilli marka hakkını ihlal ettiği iddiasıyla InBev Belgium aleyhine dava ikame etmiştir. Brüksel Mahkemesi Alken-Maes'in iddialarını yerinde bulmuş ve BLUE BY JUPILER biralarının reklamcılık ve pazarlama hususlarında marka hakkını ihlâl ettiğine hükmetmiştir. InBev Belgium ise esas itibarıyla Alken-Maes adına tescilli markanın ayırt edicilikten yoksun olduğu gibi Benelüks ülkeleri çevresinde de kullanım yoluyla ayırt edici niteliği kazanmadığı dolayısıyla hükümsüz kılınması gerektiği savunmasıyla karara itiraz etmiştir.

## B. Süreç

İlk derece mahkemesi olarak Brüksel Ticaret Mahkemesi, Alken-Maes'in marka hakkına tecavüze ilişkin iddialarına karşılık, InBev Belgium'un dava konusu markanın hükümsüz olduğu iddialarını incelerken, renklerin kendi başına ayırt edici niteliğe sahip olmadığını ancak kullanım yolu ile ayırt edicilik kazanabileceğini ifade etmiştir. Mahkeme ilk olarak Alken-Maes'in tescilli markasının, marka hakkının unsurlarını taşıyıp taşımadığına ilişkin inceleme yapmıştır. Tescil konusuna benzer renkler tüketici ile iletişime geçmek için özünde az bir etkiye sahip olduğu hâlde, bazı durumlarda renklerin, bir mal veya hizmetin menşeinin "alameti farikası" olabileceği olasılığının göz ardı edilmemesi gerektiğini belirtmiştir.

Değerlendirmelerden sonra Mahkeme, dava konusu olaya ilişkin olarak sunulan delilleri incelemiş ve markanın Belçika'da ikamet eden tüketiciler arasında %60 gibi bir tanınırlığa sahip olduğunu ve dolayısıyla kullanım yoluyla ayırt edicilik kazandığını kabul etmiştir. Bu kapsamda Mahkeme ayrıca oldukça tartışmalı bir mesele olmakla birlikte makalede incelenmeyecek bir husus olan, markalarda kullanım yolu ile ayırt ediciliğin kazanılmasında coğrafi sınırlara ilişkin olarak Alken-Maes biraları için kullanılan soyut renk markasının yalnızca Belçika sınırları içinde tanınır olmasına rağmen, markanın Benelüks çerçevesinde kullanım yoluyla ayırt ediciliğe sahip olduğuna hükmetmiştir.

Yukarıdaki yapılan değerlendirmeler doğrultusunda Belçika Ticaret Mahkemesi, Fikri Mülkiyet Hakkında Benelüks Anlaşması<sup>3</sup> (FMBA), Korumanın Kapsamı başlıklı;

- FMBA m.2.20.1.a.: Markanın tescil edildiği mal veya hizmetler için marka ile aynı olan bir işaretin kullanılması.
- FMBA m.2.20.1.c.: Benelüks bölgesinde bir itibara sahip olan markanın, tescil edildiği mal veya

<sup>3</sup> FMBA, Belçika, Lüksemburg ve Hollanda Devletleri arasında hem marka hukukunu hem de tasarım hukukunu sistematik ve şeffaf bir şekilde yöneten ve tek bir sözleşme yeknesak hale getirmeyi amaçlamayan bir anlaşmadır. Anlaşma metni için bkz.: Benelux Office for Intellectual Property, Benelux Convention on Intellectual Property, <https://www.boip.int/uploads/inline/BOIP%20BCIP%20EN.pdf>, s.e.t. 14.07.2022.

*hizmetlere benzemeyen mallar veya hizmetler için markayla aynı veya benzer bir işaret kullanmaktan gerekli neden olmaksızın, markanın ayırt edici niteliğinden veya itibarından haksız yarar elde edecek veya zarar verecek şekilde kullanılması.*

şeklinde ifade edilen hükümleri çerçevesinde, kullanımı engellemeye ilişkin hükümleri esas alarak InBev aleyhine karar tesis etmiştir. Kararda Mahkeme, soyut renk markasına ilişkin inceleme yaparken açıklık ve kesinlik unsuru hakkında detaylı bir değerlendirme yapmamış; esas itibarıyla kullanım yoluyla ayırt edicilik hususunu incelemiştir. Karar neticesinde InBev konuyu yüksek mahkemeye taşımıştır.

### **C. Belçika Yüksek Mahkemesinin Değerlendirmesi**

Brüksel Temyiz Mahkemesi, FMBA m.2.1. ve devam hükümleri ile Benelüks Fikri Mülkiyet Ofisinin Redde İlişkin Kılavuzu<sup>4</sup> çerçevesinde marka konusu işaret olan mavi rengin ayırt ediciliğine ilişkin değerlendirmenin ilk tescil anında incelendiği ve gereken ölçüde ayırt edici niteliğe sahip olduğuna karar verildiği ve dolayısıyla tescil edilebildiği sonucuna varmıştır.

Yüksek Mahkeme FMBA m.2.20.1.a kapsamında yaptığı değerlendirmede, ilk derece mahkemesinin aksine ihlâl bulunmadığına hükmetmiştir. Zira InBev'in kullanmış olduğu işaret içinde kullanılan rengin, ihlâl konusu markada yer alan renge nazaran önemli ölçüde daha açık bir mavi tonu olup birkaç mavi tonunun bir arada kullanılmasıyla oluştuğunu değerlendirmiştir.

Yüksek Mahkeme FMBA m.2.20.1.c. hükmü kapsamında yaptığı değerlendirmede ise Alken-Maes'e ait olan mavi renkli bira markasının kullanımının yoğunluğu, coğrafi erişimi ve kullanım süresi gibi hususların yanı sıra, Alken-Maes'in markasını tanıtmak için yaptığı tanıtım harcamalarının kapsamı ile tüketici nezdinde ürün ile marka arasında kurulan ilişkiyi değerlendirmiş ve markanın Benelüks

bölgesinde bir itibara sahip olduğunu tespit etmiştir. Tespit sonrasında InBev'in kullanımının "markanın ayırt edici niteliğinden veya itibarından haksız yarar elde edecek veya zarar verecek" kullanım olup olmadığını incelemiş ve InBev tarafından mavi renk kullanımının markanın ayırt edici niteliğini azalttığı zira zamanla, mavi rengin ortalama bira tüketicileri tarafından, Alken-Maes'in ürettiği belirli bir biranın aksine, genel olarak biraya atıfta bulunacak şekilde anlaşılacağına kanaat getirmiştir.

Sonuç itibarıyla, yukarıda bahsedilenler çerçevesinde Yüksek Mahkeme, Alken-Maes'e ait geçerli bir markanın varlığına ve bu kapsamda marka hakkının ihlâl edildiğine hükmetmiştir. Yüksek Mahkeme ayırt ediciliğin yoksunluğunun ispat yükünün InBev üzerinde bulunduğunu, ancak InBev'in iddia ve beyanlarının gerekli ispat standardını karşılamadığını dolayısıyla markanın geçerli şekilde tescil edildiğini kabul etmiştir. Ayrıca Yüksek Mahkeme, kullanım yolu ile ayırt edicilik kazanılmadığı iddiasını da ilk derece mahkemesi kararını gerekçe göstererek değerlendirmeye gerek görmemiştir.

## **IV. DEĞERLENDİRME**

Yukarıda incelenen yargı kararlarından da anlaşılacağı üzere soyut renk markalarında tek renk markaların tescilinin renk kombinasyonlarına göre daha kolay olduğunu söylemek mümkündür. Zira tek renk markalarının özellikle düzlemde yer alacağı biçimin sicilde gösteriminde renk kombinasyonlarına nazaran daha farklı bir yaklaşım benimsenmiştir. Makalenin esas itibarıyla amaçladığı husus da soyut renk markalarının tescilinde tek renk markalar ile çeşitli renk kombinasyonlarından oluşan markalar için ortaya çıkan bu yaklaşımdır. Konunun değerlendirilmesi için özellikle soyut tek renk ve renk kombinasyonları markalarında açıklık ve kesinlik unsuru ile ayırt edicilik unsurları incelenmesi yerindedir.

### **A. Marka Hakkı**

Sınai mülkiyet hakları arasında yer alan marka hakkı, diğer sınai mülkiyet hakları gibi sahibine mutlak ve tekelci bir yetki verir. Tekelci yetki sayesinde marka konusu işaretin üçüncü kişilerce izinsiz kullanımı engellenmiş olacaktır. Bir başka deyişle, marka hakkının sağladığı tekelci yetki, esasen sahibinin izni olmadan markanın kullanılmasının ön-

<sup>4</sup> Benelux, Office for International Property, Guidelines on Examination of Absolute Grounds, <https://www.boip.int/en/ip-professionals/regulations-policy/refusals/guidelines>, s.e.t. 15.07.2022.

lenmesine yarayan ve aynı etkileri olan mutlak bir haktır.<sup>5</sup> Mutlak haklar, herkes tarafından ihlâl edilmeye müsait olmaları sebebiyle hak sahibinin, ihlâl eden herkese karşı ileri sürebileceği, hakkına saygı gösterilmesini isteyebileceği haklardandır.<sup>6</sup>

Gayri maddi olan ve herkesin kullanımına açık olan bir işaretin, sicile tescil talebinde bulunan kişiye mutlak ve tekeli bir koruma sağlaması, marka hakkının esaslı kullanım nedenlerinden biridir.<sup>7</sup> Dolayısıyla mutlak ve tekeli korumanın kapsamının belirlenmesi büyük önem arz etmektedir. Bu doğrultuda marka olabilecek işaretlerin belirli nitelikleri haiz olması gerekir. Niteliklerin sınırını aşar şekilde bir yorum getirilmesi, özellikle soyut renk markalarında belirli bir renk veya renk kombinasyonunun haksız yere bir kişinin tekeline bırakılması anlamına gelir ve şüphesiz ticari hayatta ağır sonuçlara yol açar.<sup>8</sup> Ortaya çıkabilecek ağır sonuçların önüne geçebilmek için SMK, marka hakkı kapsamında nelerin işaret olabileceği düzenlemiştir.

Tescile konu işaretler SMK m.4'te;

*“Marka, bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işaretten oluşabilir.”*

şeklinde düzenlenmiştir. Hükümden anlaşıldığı üzere markalar bir sözcükten veya şekilden oluşabileceği gibi sadece bir ses veya renkten de meydana ge-

lebilir. Marka hakkı kapsamında işaret, tüketici nezdinde marka hakkı sahibi kişiyi anımsatan bir araçtır. Söz konusu işaretin beş duyudan herhangi biriyle algılanabilmesi yeterlidir.<sup>9</sup> Örneğin Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik m.7'ye göre bir sesin marka hukuku kapsamında işaret olarak değerlendirilmesi mümkün olup sicilde notaların dizilimi veya elektronik bir kayıt ile gösterilebilir.

Elbette marka olacak işaretler sınırsız değildir. Sınai Mülkiyet Kanunu m.4'te marka olabilecek işaretlerin sınırları, öncelikle söz konusu işaretin sicilde gösterilebilir olması, daha sonra işaretin diğer mal veya hizmetlerden ayırt edici olması ve nihayetinde açık ve kesin olarak anlaşılması şartlarıyla belirlenmiştir. SMK m.5 kapsamında ise tüketiciler ile diğer teşebbüslerin dolayısıyla toplumun menfaati gözetilerek mutlak ret nedenleri düzenlenmiştir.<sup>10</sup> Mutlak ret nedenleri çerçevesinde TÜRK PATENT, herhangi bir itiraz veya talebe bağlı kalmaksızın işareti inceleyecek ve hükümde sayılan mutlak ret nedenlerinin varlığına kanaat getirdiği halde işaretin tescil talebini reddedecektir. Dolayısıyla SMK m.5 b) bendi yine ayırt ediciliğe ilişkin olarak herhangi bir ayırt edici niteliğe sahip olmayan işaretlerin tescil talebinin reddedilmesi gerektiğini düzenlemiştir.

## B. Renk Markaları

Renkler, SMK m.4 kapsamında marka olarak tescil edilebilecek işaretler arasındadır. Renklerin tescil edilmesinde kanunen bir engel bulunmadığı gibi herhangi bir sınıflandırma da öngörülmemiştir. Öğretide ise renk markalarında işaret değerlendirilirken ikili bir ayrıma gidilmiştir:<sup>11</sup>

- Somut renk markalarında renk, tescil konusu işaretle birlikte bir sınıra kavuşur. Bir şekil, amblem veya logonun üzerinde kullanılan renk, o işaret üzerinde somutlaşır. İki boyutlu markaların yanı sıra üç boyutlu markalar için de üç boyutlu şekil üzerinde renk somutlaşabilir. Benzer hallerde renkler, üç boyutlu şekiller ile

<sup>5</sup> Çolak, Uğur (2018) Türk Marka Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, Oniki-levha, s. 11.

<sup>6</sup> “... dar kapsamda ise marka hakkının, gayrimaddi mallar üzerindeki mutlak haklardan biri olduğu söylenebilir. Zira markanın maddi bir varlığı yoktur; marka üzerine konulduğu eşyadan farklı olarak soyut bir varlıktır ve ticari işletmenin gayrimaddi malvarlığı içinde yer almaktadır... Marka hakkı, sahibine inhisari yetkiler veren ve gayrimaddi bir nitelik arz eden sinai mülkiyet hakkıdır.” Karar için bkz.: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T: 11.05.2016, E: 2014/697, K: 2016/607 (Kazancı Veri Tabanı).

<sup>7</sup> Karan, Hakan & Kılıç, Mehmet (2004) Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, 1. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 30.

<sup>8</sup> Yasaman s. 378-380.

<sup>9</sup> Çolak, s. 24; Karasu, Rauf & Suluk, Cahit & Nal, Temel (2018) Fikri Mülkiyet Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 30.

<sup>10</sup> Karasu & Suluk & Nal, s. 161.

<sup>11</sup> Uzunalli, Sevilay (2019) Marka Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Adalet, s. 44-46.

birlikte, logo, amblem, ürün paketleri gibi diğer işaretlerle sınırlandırılarak karşımıza çıkar.



12



13

- b) Soyut renk markalarında ise renk bir işaret içinde veya üç boyutlu bir tasarım üzerinde somutlaşmış değildir.<sup>14</sup> Genellikle tescil konusu rengi, marka hakkı sahibinin ürün paketlerinde, işletme ve tesislerinde veya araçlarında kendisini hatırlatacak ve ürün veya hizmetlerin aidiyetini vurgulayacak şekildeki kullanımına rastlarız. Bu halde işaret, tek renk veya çeşitli renklerin kombinasyonu olarak belirli bir şekil veya işaret içinde sınırlandırılmadan kullanılmaktadır.<sup>15</sup> Soyut renkler ancak bir rengin kendisi ya da başka renklerle bir kombinasyonu oluşturmak suretiyle veya diğer işaretlerle bir araya gelerek marka konusu işareti oluşturabilir.<sup>16</sup> Bir başka deyişle, tek renk veya renk kombinasyonları belirli bir konuya bağlanmış olarak marka hukuku kapsamında işaret sayılabilir.<sup>17</sup>

### C. Soyut Renk Markaları

Türk hukukunda, kullanım yoluyla ayırt edicilik kazanma bir tarafa bırakıldığında soyut renklerin tek başına marka olarak tescil edilemeyeceği görüşünün hâkim olduğunu söylemekte yarar vardır. Zira renkler tek başlarına marka konusu olabilecek işaretlerin sahip olması gereken ayırt edici niteliği haiz değildir.<sup>18</sup> Bizim de katıldığımız görüşe göre bir şekil üzerinde somutlaşmamış renkler, bir mal veya hizmet ile özdeşleştikleri veya o mal veya hizmeti anımsattıkları halde, ayırt edici nitelik kazandığı için marka olarak tescil edilebilir.<sup>19</sup> Bir mal veya hizmet ile özdeşleşmeden anlaşılan husus ise marka konusu işaret ile söz konusu mal veya hizmet kapsamında marka sahibinin özdeşleşmedir. Zira bu husus ancak kullanım yolu ile ayırt edicilik neticesinde gerçekleşecektir.

Yargıtay'ın eski tarihli kararlarını incelediğimizde de soyut renklerin, kullanım yolu ile ayırt edicilik hususu da dahil olmak üzere, tek başına tescil edilemeyeceği kabul edilmektedir. Renklerin bağımsız olarak marka niteliğini haiz olmayıp bir kişinin tekeline bırakılamayacak kadar kıymetli olduğu görüşü hakimdir. Örneğin bir kararında;<sup>20</sup> "... renklerin ancak özel bir şekil vermek, kombinasyon yaratmak, çizgi yahut resimle birleştirilmek kaydıyla tescili söz konusu olabilir" demektedir. Güncel tarihli kararlarında ise bu katı yaklaşımını esnetmiştir. Örneğin bir kararında;<sup>21</sup> "Dairemizin yerleşik kararlarında ve soyut renk marka olarak soyut ayırt edicilik vasfına sahip olmaması (11.H.D.07.01.2021 tarih ve 2010/7855-2012/273) nedeniyle kullanım yoluyla ayırt edicilik kazanması hali saklı kalmak kaydıyla,

<sup>12</sup> Tanınmış marka olarak kabul edilen Avrupa Fikri Mülkiyet Ofisi T/03119 başvuru numaralı renk ve logonun kombinasyonundan oluşan Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi nezdinde tescilli "ebay" markası.

<sup>13</sup> TÜRK PATENT nezdinde Kuru Kahveci Mehmet Efendi ibareli 2008/03631 başvuru numaralı üç boyutlu marka.

<sup>14</sup> Eroğlu, Sevilay (2003), 'Soyut Renk Ses ve Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescili' Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 1, C: 5, s. 110-112.

<sup>15</sup> Doğan, Beşir Fatih (2005), 'Soyut Renklerin Marka Olarak Tescil Edilebilirliği (Soyut Renkler)' Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Dergisi, S: 4, C: 5, s. 39-41.

<sup>16</sup> Kaya, Arslan (2006) Marka Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, Arıkan, s. 30-31.

<sup>17</sup> Kudrjavceva, Jekaterina (2012), 'Issues Surrounding Registration of Colour Trade Marks' RGSL Research Papers, S: 1, C: 9, s. 14-30.

<sup>18</sup> Çolak, Uğur, s. 78.; Karan & Kılıç, s. 37.

<sup>19</sup> Tekinalp, Ünal (2013) Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, Vedat, s. 334.

<sup>20</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 10.03.1997, E: 1996/8650, K: 1997/1586 (Kazancı Veri Tabanı).

<sup>21</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 01.10.2018, E: 2016/14700, K: 2018/5881 (Kazancı Veri Tabanı); Yargıtay güncel tarihli bir kararında da eski katı görüşünü devam ettirmiş ve kullanım yoluyla ayırt edicilik kazanılması halinden bahsetmeden, "... yerleşik uygulamalarına göre, kural olarak tabiatın sınırlı sayıda bulunan soyut renklerin veya renk adlarının tek başına marka olarak tescilleri mümkün değildir. Bununla birlikte, renk adlarının başka unsurlarla birlikte marka olarak tescil edilmeleri ise mümkündür. Bu gibi durumlarda ise markalarda yer alan renk adları yönünden markaların ayırt edicilik özelliklerinin düşük olduğu kabul edilmelidir." şeklinde hüküm tesis etmiştir. Karar için bkz.: Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 02.01.2019, E: 2017/2151, K: 2019/3 (Kazancı Veri Tabanı).



*marka olarak tescili mümkün değildir.*” Şeklinde hüküm tesis edilmiştir. Görüldüğü üzere kullanım yoluyla ayırt edicilik kazanıldığı halde, soyut renklerin marka olarak tescil edilebileceği kabul edilmiştir.

Nitekim mehz Avrupa Birliği hukukunda da soyut renk markaları, Türk hukukuna benzer şekilde ele alınmıştır. ABAD nezdinde yerleşik hale gelen içtihatlar göre, soyut renk markaları, üç boyutlu markalar, pozisyon markaları gibi markaların tescil talebinin reddedilme gerekçeleri kamu yararı kapsamında değerlendirilmektedir.<sup>22</sup> Kamu yararına ilişkin değerlendirme AB mevzuatında açıkça düzenlenmiş değilse de amacı, tescil konusu işaretin tekelleşme potansiyelini sınırlamaktır.<sup>23</sup> Elbette marka hakkı doğasında mutlak ve tekeli bir hak sağlamak amacındadır. Ancak tekelleşme, pazarda hizmet veren diğer kişilerin faaliyetlerini engelleyecek veya gelişimin ve yenilikçiliğin önünü kesecek nitelikte olmamalıdır. Dolayısıyla renklerin sınırlı mevcudiyeti, “*belirli hizmetler veya mallar için az sayıda ticari marka tescilinin mevcut tüm renk yelpazesini tüketebileceği*” sebebiyle renk markalarında ayırt edicilik kriteri büyük önem arz etmektedir.<sup>24</sup>

#### D. Soyut Renk Markalarında Tescil Konusu İşaretlerin Sınırları

Marka kapsamında işaret ile soyut renk markalarının işaret kapsamında değerlendirilmesi yapıldıktan sonra soyut renk markalarında işaretlerin sınırları çerçevesinde ayırt edicilik ile açıklık ve kesinlik unsurlarının incelenmesi gerekir.

##### 1. Ayırt Edicilik Unsuru

Bir işaretin marka olarak tescil edilebilmesi için sahip olması gereken en önemli unsurlardan biri ayırt edicilik unsurudur.<sup>25</sup> Zira marka, bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini başka bir teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayırt etmeye yaraması sebebiyle, işaretin ayırt edici olma niteliğini haiz olması onun

asli unsurlarındandır.<sup>26</sup> Dolayısıyla markanın ayırt edicilik işlevini yerine getirebilmesi için tescil konusu işaretin ayırt edicilik unsurunu sağlaması gerekir.

Ayırt edicilik unsurunu soyut veya somut olmak üzere iki şekilde ele almak mümkündür. Soyut ayırt edici nitelik SMK m.4’te “*bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması*” şeklinde düzenlenmiş ve SMK m.5/1/a kapsamında da mutlak ret nedeni olarak sayılmıştır. Somut ayırt edici nitelik ise SMK m.5/1/b’de “*herhangi bir ayırt edici niteliğe sahip olmayan işaretler*” şeklinde mutlak ret nedenleri arasında sayılmıştır.<sup>27</sup>

Soyut ayırt edicilik esas itibarıyla bir işaretin tescil konusu mal veya hizmeti diğer mal veya hizmetlerden ayırabilecek kapasiteyi haiz olması demektir.<sup>28</sup> Dolayısıyla bahsi geçen işaretin tescil edilebilmesi için genel anlayışta işaretin bir ürün veya hizmeti temsil kabiliyetinin varlığı gerekir.<sup>29</sup> Soyut renklerin de diğer işaretlerde olduğu gibi mal ve hizmetlerin temsili, tanıtımı gibi hususlar açısından soyut ayırt edicilik niteliğini haiz olduğu kabul edilmektedir.<sup>30</sup>

Somut ayırt edicilik ise, tescil konusu işaretin, tescil edilmek istendiği mal veya hizmetlerdeki diğer mal veya hizmetler ile arasındaki ayırt ediciliktir. Bu doğrultuda söz konusu işaret, tescile konu mal veya hizmetler için ayırt edici bir nitelik ifade etmiyorsa veya söz konusu mal veya hizmetlerin kullanım amacını belirtiyorsa ya da mal veya hizmet hakkında bilgi verici

<sup>22</sup> Meyveli içeceklerin yerleştirileceği bez poşetlere ilişkin olarak bkz.: Avrupa Birliği Adalet Divanı, 12.01.2006, C-173/04, Si-Si-Werke/OHIM Kararı (CURIA Veri Tabanı).

<sup>23</sup> **Fhima**, Ilinah (2017), ‘The Public Interest in European Trade Mark Law’ Intellectual Property Law Quarterly, S: 4, s. 318.

<sup>24</sup> **Ramírez-Montes**, César (2020), ‘The Elusive Distinctiveness of Trade Dress in EU Trademark Law’ Emory International Law Review, S: 1, C: 34, s. 277-365.

<sup>25</sup> **Uzunalli**, s. 47.

<sup>26</sup> **Doğan**, Beşir Fatih (2006), ‘Türk Alman ve Avrupa Birliği Hukukuna Göre Marka Olamayacak İşaretlerin Kullanımı Sonucu Ayırt Edici Nitelik Kazanarak Tescil Edilebilirliği Sorunu (Ayırt Edicilik Sorunu)’ Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Dergisi, S: 3, C: 6, s. 40.

<sup>27</sup> **Abacıoğlu Viskuşenko**, Melis (2018), ‘Markalar ile İlgili Sınai Mülkiyet Kanunu’nda Yer Alan Değişiklikler’ Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Dergisi, S: 1, C: 20, s. 55-86.

<sup>28</sup> **Doğan**, Ayırt Edicilik Sorunu, s. 18-20.

<sup>29</sup> Örneğin, ABAD nezdinde görülen bir uyuşmazlıkta “Create Delightful Human Environments” ifadeli sloganın İngilizce’de günlük dilde, dilbilgisi kurallarıyla çelişmeyen sıradan bir anlam taşıması ve esas itibarıyla tüketicilerin söz konusu mal veya hizmeti satın aldıktan sonra mutlu şekilde yaşayacaklarına ilişkin genel bir mesaj verdiği gerekçesiyle ayırt edici niteliği bulunmadığından bahisle marka başvurusunun reddine ilişkin karara itirazı reddedilmiştir. Karar için bkz.: Avrupa Birliği Adalet Divanı, 13.05.2020, T-49/19, View Inc Kararı (CURIA Veri Tabanı).

<sup>30</sup> **Doğan**, Soyut Renkler, s. 41-42; **Şenocak**, Kemal (2003) Soyut Renk Markaları, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, 1. Baskı, Ankara, Turhan, s. 90-92; **Abacıoğlu Viskuşenko**, s. 61-63.

nitelikteyse somut ayırt ediciliğe sahip olmadığı kabul edilir.<sup>31</sup> Dolayısıyla özellikle bir malın özgün yapısından kaynaklı şekilleri içeren markalar tescil edilemez. Örneğin kural olarak, standart bir kapı kolu şeklinin Nice Sınıflandırması 6. Sınıf çerçevesinde kapılar ve pencereler sınıfı için ayırt ediciliğinin bulunmadığı kabul edilir. Soyut renk markalarına ilişkin olarak ise mal veya hizmetin doğal renginin o mal veya hizmet için ayırt edici niteliği haiz olmadığı kabul edilmelidir. Örneğin su ile özleşmiş mavi rengin, su ürünleri için tescili talebinde, somut ayırt edicilikten söz edilemeyecektir. Zira bu durumun doğal sonucu, marka olarak kullanılacak işaretin ayırt edici gücü zayıflığıdır.

Soyut renklerin marka kapsamında işaret olarak ayırt edicilik unsuru değerlendirilmesi yapılırken mehaz hukukta kılavuz niteliğini haiz iki karara değinmekte fayda vardır. Bu kararlar ilk olarak Libertel<sup>32</sup> ve onu takiben Farbe Orange<sup>33</sup> kararlarıdır.

2003 tarihli Libertel kararı ABAD'ın soyut renk markalarının per se ayırt ediciliğinin bulunmadığına ilişkin bir kabulün yapılamayacağını ortaya koymuştur. Karar kapsamında ABAD soyut renklerin marka olarak tescil edilebilmesi için somut ayırt ediciliği haiz olmaları gerektiğini ve ayırt ediciliğin de genellikle kullanım yoluyla gerçekleştiğini ifade etmiştir.

Adalet Divanı, Libertel kararını takiben Farbe Orange kararı ile soyut renk markalarının tescilinin diğer işaretlere göre daha zor olmasına ilişkin ortaya çıkan soru işaretlerini gidermiştir. Farbe Orange kararında taraf olan KWS Saat, tek renk markaları çerçevesinde ayırt edici karakter değerlendirmesi yapılırken, mahkemelerce, diğer işaretlerde aranan ilkelerin uygulanması gerektiği ve renk markalarına sözcük veya işaret markalarında aranan ölçüden daha katı ölçüler getirilmemesi gerektiğini savunmuştur. ABAD iddiayı değerlendirirken, mülga 207/2009 sayılı AB Marka Tüzüğü m.7/1/b hükmünün (Yürürlük 2017/1001 sayılı Tüzük m.7/1/b) ayırt edicilik unsurunu düzenlerken işaretler arasında herhangi bir ayırım gözetmediğini ancak markanın hitap ettiği kitlenin markayı algılama

şeklinin, soyut tek renk markalarında, sözcük veya işaret markaları ile aynı olmadığına hükmetmiştir. Hedef kitle, kelime veya işaretleri, ürünlerin ticari menşei tanımlayan işaretler olarak algılamaya alışmış olsa da işaretin, ürünlerin dış görünümünün bir parçasını oluşturduğu durumlarda aynı şey mutlaka geçerli değildir. Dolayısıyla ABAD, renk eşyanın dış görünümünün bir parçası olarak kullanıldığında, rengin kendi başına kullanım yoluyla ayırt edicilik kazanabileceğini değerlendirmiştir. Bununla birlikte, soyut renk markaları söz konusu olduğunda, istisnai durumlar hariç olmak üzere (özellikle markanın talep edildiği mal veya hizmetlerin sayısının çok sınırlı olduğu durumlar) önceden herhangi bir kullanım olmaksızın ayırt ediciliğinin bulunmayacağına karar vermiştir.

#### a. Ayırt Ediciliğin Tespit Edilmesi

İşaretin ayırt edici niteliği tespit edilirken ölçünün ne olacağına ilişkin olarak, işaretin kullanılmak istendiği çevrede ayırt edici olması gerekir.<sup>34</sup> Nitekim Yargıtay'ın bir kararında;<sup>35</sup>

“... markalar arasında karıştırılma ihtimalinin varlığı tespit edilirken, markaların görsel, işitsel ve kavramsal unsurları, tescil kapsamındaki mal ve hizmetlerin yönelik olduğu ortalama tüketici kitlesinin genel bakış açısına göre ve bir bütün olarak karşılaştırmaya tabi tutulmalı, ayrıca her bir somut olayın özellikleri dikkate alınmalıdır.”

şeklinde hüküm tesis edilerek, ortalama tüketici kitlesinin genel bakış açısının esas alınması gerektiği belirtilmiştir. Ancak şüphesiz söz konusu tüketici kitlesi son tüketici olarak algılanmamalı ve o ürün pazarında üretici, dağıtıcı veya satıcı olarak farklı kanal veya seviyelerde rol alan kişileri de kapsamalıdır. Mehaz hukuk çerçevesinde de ABAD, hedef kitleyi “ilgili toplum düzeyi” olarak belirlemekte ve ürünün hitap ettiği toplumu dikkate almaktadır.<sup>36</sup> Dolayısıyla ayırt ediciliğin varlığının olup olmadığı değerlendirilirken esas alınacak ölçüt, hitap edilen ortalama tüketici kitlesinin genel bakış açısidir. Bir başka deyişle, bu çevrenin önemli bir bölümünün söz konusu işareti ayırt edici kabul etmesi

<sup>31</sup> Karasu, Rauf (2007), ‘Ses Markaları’ Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Dergisi, S: 2, C: 7, s. 29-59.

<sup>32</sup> Avrupa Birliği Adalet Divanı, 06.05.2003, C-104/01, Libertel Kararı (CURIA Veri Tabanı).

<sup>33</sup> Avrupa Birliği Adalet Divanı, 21.10.2004, C-447/02, Farbe Orange Kararı (CURIA Veri Tabanı).

<sup>34</sup> Eroğlu, s. 98.

<sup>35</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 02.01.2019, E: 2017/2151, K: 2019/3 (Kazancı Veri Tabanı).

<sup>36</sup> Avrupa Birliği Adalet Divanı, 03.12.2003, T-16/02, TDI Kararı (CURIA Veri Tabanı).

gerekir.<sup>37</sup> Hitap edilen çevrenin “önemli bir bölümü” ise hitap edilen çevrenin yalnızca nicelik bir başka deyişle sayı itibarıyla çokluğu değil aynı zamanda nitelik itibarıyla da değerlendirilmesidir. İlaç sektörü örnek olarak verilecek olursa, tüketici kitlesine oranla eczacı ve doktor sayısı nicelik olarak daha az olmasına rağmen meslekleri itibarıyla “önemli ölçü” değerlendirilmesi yapılırken dikkate alınması gerekir.<sup>38</sup>

### b. Kullanım Yoluyla Ayırt Edicilik

Ayırt edicilik meselesinde değinilmesi gereken bir diğer husus ise ayırt ediciliği bulunmayan bir işaretin yoğun kullanımı neticesinde toplum nezdinde bir itibara sahip olması ve mal veya hizmet ile o işaret arasında ayırt edici nitelikte bir bağ kurulması durumudur. Öyle ki SMK m.5/2 kapsamında bir marka, başvuru tarihinden önce kullanılmış ve başvuruya konu mal veya hizmetler bakımından kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanmışsa, markanın tescili ayırt edicilik kapsamında mümkün hale gelmektedir. Nitekim AB hukuku çerçevesinde de Max-Planck Enstitüsü'nün AB Marka Sisteminin İşleyişine ilişkin çalışmasında kullanım yoluyla ayırt ediciliğin özellikle soyut renk markaları kapsamında değerlendirilirken kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiş; değerlendirme yapılırken ise markanın hitap ettiği pazarda, çoğunluk nezdinde ayırt edilebilirlik ispat edildiği halde ayırt ediciliğin kullanım yoluyla kazanıldığına işaret edilmiştir.<sup>39</sup>

Hem Türk hem de mehz AB marka hukukunda, kullanım yolu ile ayırt edicilik değerlendirilmesi yapılırken ayırt ediciliğin kazanılıp kazanılmadığına dair izlenecek yola ilişkin bir yöntem düzenlenmemiştir. Ancak öğretisi ve yargı içtihatları doğrultusunda birtakım şartlar öngörülmüştür. Bu şartlar kısaca, işaretin belirli bir süre ve yoğun şekilde kullanılmış olması, tanıtım ve reklam faaliyetlerinin yürütülmesi ve esas itibarıyla kullanım neticesinde ilgili pazarda işaret ile o mal veya hizmetin özdeşleşmiş olması şeklindedir.<sup>40</sup> Dolayısıyla tescil konusu işaretin genel

anlayıştan ayrılarak artık işletmenin bir parçası dolaşısıyla markası halini alması gerekir.<sup>41</sup>

Mehaz AB hukukunda da soyut renk markalarında ayırt edicilik konusuna ilişkin önemli bir karar olan Louboutin kararında<sup>42</sup> ABAD, ayakkabı tabanına uygulanan kırmızı rengin önceleri estetik kaygıyla yapıldığını söylemiş, daha sonra ise marka konusu işaretin, özellikle kadın tüketiciler arasında tercihlerini önemli derecede etkiler hâle geldiğini, Louboutin tarafından pazara sürülen ayakkabılara asli bir değer kattığını, zira taban renginin, müşterilerin ürünü satın alıp almama kararını büyük ölçüde etkilediğine karar vermiştir. Dolayısıyla markanın mal üzerinde kullanılacağı yer, dolayısıyla pozisyonun gösterilmesi, soyut renk markalarında kullanım yoluyla ayırt edicilik kazanılmasına yeni bir yaklaşım getirmiştir.<sup>43</sup>

### 2. Açıklık ve Kesinlik Unsuru

Açıklık ve kesinlik ölçüsü, SMK m.4'te bir işaretin marka olarak tescil edilebilmesi için öngörülen bir diğer şarttır.<sup>44</sup> Madde metninde, “*marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olma*” şeklinde yer alan bu unsurda esas itibarıyla amaç, tescil konusu işaretin zaman içinde bozulmadan değişmeden muhafaza edilebilir olmasını ve marka tescil başvurusu yapacak olan diğer kişilerin sicilde yapacakları araştırmada neyin tescilli olduğunu kolaylıkla anlayabilecek durumda olmasını ifade eder.<sup>45</sup> Dolayısıyla üçüncü kişiler, işaretin sicilde gösterildiği hali ile markanın sınırlarını anlayabileceği gibi uyumsuzluk halinde de mahkeme, markanın koruma kapsamını belirleyebilecektir. Bu unsur, mehz AB hukukunda da yetkili makamların ve kamunun

<sup>37</sup> Fhima, Ilinah (2014), 'Introducing Reality into Trade Mark Law' Journal of Intellectual Property Law & Practice, S: 8, C: 9, s. 689-690.

<sup>38</sup> Eroğlu, Sevilay, s. 97-99.

<sup>39</sup> Max-Planck Institut, Study on the Overall Functioning of the European Trademark System, s. 147, [https://www.ip.mpg.de/fileadmin/IP/pdf2/mpi\\_final\\_report\\_with\\_synopsis.pdf](https://www.ip.mpg.de/fileadmin/IP/pdf2/mpi_final_report_with_synopsis.pdf), s.e.t. 18.07.2022.

<sup>40</sup> Çolak, s. 35.

<sup>41</sup> Arkan, Sabih (1997) Marka Hukuku Cilt 1, 1. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 520, s. 83.

<sup>42</sup> Avrupa Birliği Adalet Divanı, 12.06.2018, C-163/16, Christian Louboutin/Van Haren Kararı (CURIA Veri Tabanı).

<sup>43</sup> Aynı yönde bkz. Pınar, Hamdi, Kırmızı Taban: Rengin Mallarda Kullanıldığı Yüzey ve Soyut Rengin Tescili Tartışmasına İlişkin ABAD Louboutin Kararı ve Karar Şerhi, [www.hamdipinar.blogspot.com](http://www.hamdipinar.blogspot.com), s.e.t. 23.04.2020.

<sup>44</sup> Ayhan, Rıza & Çağlar, Hayrettin & Yıldız, Burçak & İmirlioğlu, Dilek (2021) Sınai Mülkiyet Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Adalet, s. 26-27.

<sup>45</sup> Yasaman, Hamdi & Kartal, Pınar Memiş & Ayoğlu, Tolga & Yusufoglu, Fülürya & Yüksel, Sinan H. & Yasaman, Zeynep (2021) Yasaman Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi Cilt 1, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 111-119.

anlayacağı ölçüde açıklık ve kesinlik olarak hüküm altına alınmıştır.<sup>46</sup> Nitekim ABFMO tarafından yayınlanmış olan kılavuzda<sup>47</sup> işaretlerin yetkili makamların ve halkın, açık ve kesin, koruma konusunu belirlemesine izin verecek şekilde tescilde gösterilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Açıklık ve kesinlik ölçüsünün daha net incelenbilmesi için ABAD tarafından verilen Shield Mark kararına<sup>48</sup> değinmekte fayda vardır. Söz konusu kararda bir ses markası olarak müzik notalarının “E, D#, E, D#, E” şeklinde sıralı biçimde tescil edilmesi talep edilmiştir. ABAD ise böyle bir gösterimin açık ve kesinlik unsurunu sağlamadığını, zira melodinin esasını oluşturan notaların, hangi perde, vurgu veya ne kadar süre ile çalındığının marka tescil talebinde gösterilmediğini tespit etmiş ve melodinin anlaşılması ve buna bağlı olarak markanın kendisini tanımlamasının mümkün olmadığına hükmetmiştir. Esas itibarıyla bu konudaki temel yaklaşım, marka hakkının, sahibine tanıdığı mutlak ve tekeli yetkinin ticari hayatta teşebbüsler aleyhine ağır sonuçlar doğurabilecek olması sebebiyle önem arz etmektedir. Zira marka sahibine sağlanan korumanın açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilmesi üçüncü kişilerin de ticari faaliyetlerini sağlıklı şekilde yürütebilmesini sağlayacaktır.

Soyut renk markaları konusunda da benzer bir yaklaşım benimsenmiştir. Tescil konusu renk veya renk kombinasyonlarının sınırlarının açık ve kesin şekilde belirlenmesi gerekir. Geline aşamada, ABAD kararları doğrultusunda açıklık ve kesinlik ile ayırt edicilik unsurları değerlendirilirken, tek renk markalarının tescilinin renk kombinasyonlarına kıyasla daha elverişli hale geldiğini belirtmek gerekir. Bu yoruma nasıl erişildiği konusuna gelmek için öncelikle ABAD nezdinde soyut renk markalarında açıklık ve kesinlik unsuruna ilişkin olarak bir rehber

niteliğini haiz olan Heidelberger kararına<sup>49</sup> değinmekte fayda vardır.

Heidelberger kararı, tartışmanın tescil konusu işaret olarak soyut renk kombinasyonları çerçevesinde yapılması nedeniyle dikkat çekicidir. Almanya merkezli bir şirket olan Heidelberger, özellikle ürün ve hizmetlerinin ambalaj ve etiketlerinde kullandığı kurumsal renkleri olan mavi ve sarı renklerini marka olarak tescil etmek amacıyla Alman Patent ve Marka Ofisi'ne başvuruda bulunmuştur. Başvuru konusunu ise yapıştırıcılar, çözücüler, vernikler, boyalar gibi bir dizi inşaat malzemesi için yapmış ve kabul gören tüm renk paletlerine göre de renk kodlarını belirtmiştir. Söz konusu marka açıklaması ise “başvurulan marka, başvuru sahibinin akla gelebilecek her biçimde, özellikle ambalaj ve etiketlerde kullanılan kurumsal renklerinden oluşur.” şeklindedir. Tescil konusu işaretin grafiksel gösterimi şu şekildedir:



Başvuru, Alman Patent ve Marka Ofisi tarafından ayırt edicilik unsurunun yokluğu gerekçesiyle reddedilmiştir. Heidelberger, bu red kararının iptali amacıyla dava ikame etmiş ve netice itibarıyla temyiz aşamasına kadar gelen uyuşmazlıkta, Alman Federal Patent Mahkemesi ABAD'a;

- Renk kombinasyonlarının per se marka olarak tescil edilip edilemeyeceği ve;
- tescil edildiğinin kabulü halinde koşulların ne olduğu,

<sup>46</sup> 2017/1001 sayılı AB Marka Tüzüğü m.4 kapsamında bahse konu husus işaretin “Avrupa Birliği Marka Sicilinde, yetkili makamların ve kamunun, marka sahibine sağlanan korumanın konusunu açık ve kesin bir şekilde belirlemesini sağlayacak şekilde temsil edilmesi” şeklinde açık bir biçimde düzenlenmiştir.

<sup>47</sup> Marka Rehberi, Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi, <https://guidelines.euipo.europa.eu/1935303/1789896/trade-mark-guidelines/chapter-3-non-distinctive-trade-marks--article-7-1--b--eutmr-,s.e.t.18.07.2022>.

<sup>48</sup> Avrupa Birliği Adalet Divanı, 27.11.2003, C-283/01, Shield Mark BV/Joost Kist Kararı (CURIA Veri Tabanı).

<sup>49</sup> Avrupa Birliği Adalet Divanı, 24.06.2004, C-49/02, Heidelberger Bauchemie Kararı (CURIA Veri Tabanı).

sorularını ön karar başvurusu yapmıştır. Divan ilk soruya, renk kombinasyonlarının, direktif ve tüzükte öngörülen işaret olma şartını sağladığı halde marka olarak tescil edilebileceğini belirtmiş ve söz konusu işaretin aynı zamanda ayırt edici niteliği haiz, sicilde açık ve kesin şekilde gösterilebilir olması gerektiğine işaret etmiştir. Açıklık ve kesinlik unsuru değerlendirilirken marka açıklamasında yer alan “*akla gelebilecek her biçimde*” ibaresini de dikkate almış ve pazarda hizmet veren diğer teşebbüslerin, markanın sınırlarını bilemeyeceğini belirtmiştir. Zira yetkili makam değerlendirme yaparken, sistematik olarak bir araya getirilmiş ve yeknesak bir işareti gözetmelidir. Öyle ki, inceleme yapılırken marka konusu işaretin herhangi bir şekilde kullanılması dahil, davanın tüm ilgili koşulları dikkate alınarak yapılmalı, tescil talep edilen konularla aynı türden mal veya hizmetleri pazarlayan diğer tacirler için renklerin bulunabilirliğini gereksiz şekilde kısıtlamamaya yönelik kamu yararı da dikkate alınmalıdır. Dava konusu marka tescil işleminde, şekil veya görsel bir sınır olmaksızın iki veya daha fazla rengin yan yana gelmesi veya iki veya daha fazla rengin “*akla gelebilecek her biçimde*” kullanılabilmesine dair açıklama yapılmasının, söz konusu renklere ilişkin amacı aşan genişlikte bir kullanım alanını hak sahibine tanıdığı olacağı mahkemece hüküm altına alınmıştır.

Karar kapsamında renk kombinasyonlarının marka tescil işleminde işaret olarak değerlendirilmesi yapılırken, marka tescil başvurusu sahibinin tescil istemi konusu işaretin sınırlarının, kullanım şekli, çerçevesi ve boyutlarının belirli, açık ve kesin şekilde gösterilmesi gerekir. Bu doğrultuda marka açıklamaları da büyük önem arz etmektedir. Netice itibarıyla renk kombinasyonlarının marka korumasından yararlanabilmesi için özellikle üçüncü kişilere karşı hak iddiaları da dikkate alınarak tescil konusu işaretin tescil edildiği şekliyle kullanılıyorsa gerekir.

#### **E. Red Bull ve Alken-Maes Kararlarının Değerlendirilmesi**

Çalışmanın hareket noktasını oluşturan Alken-Maes ve Red Bull kararları, teşebbüslerin geleneksel marka türlerinden uzaklaştıkları gerçeği göz önüne alındığında, soyut renk markalarının sınırları açısından yol gösterici niteliktedir. Bahsi geçen kararlar ile birlikte temel tartışılması gereken husus

soyut renk markalarının içecek pazarında uygulanış şeklindeki sınırlar ve bu sınırlamaların ele alınış şeklidir. Marka konusu işaretlerin tescil talebi her iki olayda da Nice Sınıflandırması 32. Sınıfa göre yapılmıştır. Bunun yanı sıra, her ne kadar soyut renk markasına ilişkin davalar farklı mahkemeler huzurunda yürütülmüş olsa da kararın tesis edildiği kaynak hükümler yeknesak haldedir. Dolayısıyla soyut renk markalarında tek renk markalarının tescilinin renk kombinasyonlarının tesciline kıyasla daha kolay olduğuna ilişkin iddiamızı incelenirken, sorunun kaynağının mahkemece getirilen yorum mu yoksa kararlara dayanak teşkil eden düzenlemeler mi olduğu müşahhas şekilde incelenmiş olacaktır.

Red Bull kararlarında kısaca soyut iki rengin bir kombinasyon şeklinde tescili istenmiş ancak renklerin yaklaşık olarak %50-%50 olarak yan yana kullanımı açıklık ve kesinlik unsuru için yeterli görülmemiştir. Kararda önem arz eden bir diğer husus ise, işaret için kullanım yoluyla ayırt ediciliğin kazanılması tek başına yeterli değildir. Zira mahkeme, gümüş ve mavi renklerinin Red Bull nezdinde söz konusu ürün ve hizmet pazarında ayırt edicilik kazandığını kabul etmiş ancak buna rağmen tescili istenen şeklin açık ve kesin olmadığını dolayısıyla marka kapsamında bir işaret olamayacağına karar vermiştir. Burada mahkemenin yaptığı incelemede, tescil konusunda %50-%50 yan yana ifadesi incelenmiş ve tescil konusu renk kombinasyonunun ürünler üzerinde farklı şekillerde yan yana gelebileceği değerlendirilmiştir. Mahkeme inceleme yaparken Red Bull’un dava zamanı ürün ve hizmetlerini de dikkate almış ve mevcut durumda dahi tescil edildiği şekliyle kullanılmadığını tespit etmiştir. Dolayısıyla marka korumasının sınırlarının açık ve kesin olmadığına kanaat getirmiştir.



Karardan anlaşıldığı üzere Divan, Red Bull ürünlerindeki renklerin birbirine bitişik ve dikey şekilde tescil edildiği haliyle kullanımını aramıştır.

Alken-Maes kararında da durum benzer şekilde ilerlemiş ancak Belçika Yüksek Mahkemesi, tescil konusu soyut renk markasının tek renk olması sebebiyle Red Bull kararında yer alan değerlendirmeyi yapma gereği görmemiştir. Bu kararda tek renk olarak mavi renginin soyut olarak tescili istenmiş ve değerlendirilmede yalnızca tescil konusu renk için ayırt edicilik unsurunun incelenmesi yeterli görülmüştür. Soyut tek renk markalarına ilişkin uyuşmazlıklara ilişkin mahkeme kararları incelendiğinde bu yaklaşımın içtihat halini aldığı söylenebilir. Şöyle ki soyut renk kombinasyonlarına ilişkin uyuşmazlıklar değerlendirilirken, renklerin ürünler üzerinde kullanımı ayrıntılı şekilde incelenmekte ve Red Bull kararında olduğu gibi sicilde gösterilen renk ile ürün üzerinde farklılık olduğu durumda açıklık ve kesinlik unsurunun ihlâl edildiği kabul edilmektedir. Halbuki tek renk markalarına ilişkin uyuşmazlıklarda, soyut tek rengin ürün üzerindeki kullanım şekli incelenirken sicilde gösterilen hali ile kıyas edilememektedir. Burada açıklık ve kesinlik unsuru kapsamında yapılan değerlendirmede esas incelenen hususlardan biri, işaretin kullanıldığı nesne veya obje üzerinde örneğin ürün ambalaj veya broşürleri üzerinde ağırlıklı unsurun tescil konusu soyut tek rengin olması gerektiğidir.<sup>50</sup> Bir diğer unsur ise, ürünler üzerinde kullanılan renk tonlarının farklı ancak birbirine yakın olduğu hallerde açıklık ve kesinliğe menfi bir etkisi olduğu şeklinde değerlendirilmemektedir.<sup>51</sup> Zira birbirine yakın tonlar ortam ışığı ile dahi aynı renge işaret edebilecektir. Dolayısıyla birbirine yakın renk tonlarının Alken-Maes kararında incelendiği gibi, ürünler üzerinde ağırlıklı olarak kullanılması halinde bir sorun bulunmamaktadır.



Yukarıda tek renk markalarına ilişkin açıklamalarla aynı doğrultuda olacak şekilde, Alken-Maes kararında da mahkeme, tescil konusu soyut rengin bira ürünleri içinde ayırt edicilik kazandığını kabul etmiş ancak sicilde gösterilen şekilde açıklık ve kesinlik unsurunun sağlanıp sağlanmadığını yalnızca tescil konusu soyut rengin ürün üzerinde ağırlıklı kullanılıp kullanılmadığıyla sınırlı tutmuştur. Bu kapsamda mavi renginin ağırlıklı olduğu herhangi bir kullanımın açıklık ve kesinlik unsuruna aykırı düşmeyeceği anlaşılmaktadır. Benzer şekilde ABAD'ın Sparkassen Rot kararında<sup>52</sup> da yapılan incelemede soyut kırmızı renginin finansal işlerde tescili söz konusu olmuştur. Kararda açıklık ve kesinlik unsuru, rengin ağırlıklı kullanımı kapsamında bir değerlendirmeye sınırlı tutularak ayırt edicilik unsurunun tüketici nezdindeki karşılığına dair inceleme yapılmıştır.

Bilindiği üzere farklı sembol, yazı veya şekiller ile birlikte ağırlıklı olarak bir rengin kullanıldığı hallerde de ABAD söz konusu rengin soyut tek renk olarak ayırt edicilik kazanabileceğini kabul etmiştir.<sup>53</sup> Örneğin *Specsavers'a karşı ASDA* kararında<sup>54</sup> ABAD, dava konusu topluluk markasının renkli olarak tescil edilmediği ancak sahibinin onu belirli bir renkte yaygın olarak kullandığı öyle ki toplumun önemli bir bölümü nezdinde söz konusu renk ile marka sahibinin özdeşleştiği dolayısıyla kullanım yolu ile ayırt ediciliğin bu kapsamda da değerlendirilebileceğine hükmetmiştir. Dolayısıyla soyut tek rengin diğer işaretlerle kullanımı halinde soyut tek rengin, marka hukuku kapsamında işaret vasfını yitirmediği gibi aksine rengin diğer işaretler ile birlikte baskın kullanımı halinde kullanım yolu ile ayırt edicilik kazanabileceği kabul edilmektedir.

<sup>50</sup> Marka konusu işaretin doğrudan ürün ambalaj veya paketleri üzerinde kullanılması esas itibarıyla müşterilerin ürünü diğer ürünlerden ayırt etmeye hizmet etmektedir. **Bozgeyik**, Hayri (2019), 'Marka Hakkının Korunması' 2. Baskı, İstanbul, Onikilevha s. 96.

<sup>51</sup> **Okutan Nilsson**, Gül (2003), 'Sesler, Renkler ve Kokular Marka Olarak Tescil Edilebilir mi? Avrupa Toplulukları Mahkemesinin Üç Kararı' Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, S: 1-2, C: 23, s. 579-598.

<sup>52</sup> Avrupa Birliği Adalet Divanı, 19.06.2014, Birleştirilen Dosyalar C-217/13 ve C-218/13, Sparkassen Rot Kararı (CURIA Veri Tabanı).

<sup>53</sup> Avrupa Birliği Adalet Divanı, 18.04.2013, C-12/12, Colloseum/Levy Strauss Kararı (CURIA Veri Tabanı).

<sup>54</sup> Avrupa Birliği Adalet Divanı, 18.07.2013, C-252/12, Specsavers/Asda Kararı, (CURIA Veri Tabanı).

SMK m.4 çerçevesinde bir işaretin marka olabilmesi için, sicile bakıldığında açık ve kesin olarak markanın sınırlarının anlaşılması gerekmektedir. Dolayısıyla kanun, marka konusu işaretin tescil edilebilmesi için sicildeki gösterimini esas almıştır. Elbette sicildeki gösterim üzerinden yapılan incelemede, soyut tek rengin, dikey veya yatay yönelimleri, kapladığı alan gibi hususların incelenme imkânı yoktur. Zira tek bir rengin dikey veya yatay yöneliminin olma imkânı bulunmamakta, kapladığı alan sicilde gösterebilme açısından her şekilde %100 oranına sahip olmaktadır.<sup>55</sup> Soyut tek renk marka başvuru sahibinin, marka konusu işaretin açık ve kesinliği ile ayırt edici niteliğini artırıcı açıklamalar eklemesi halinde ise, yukarıda yer alan mahkeme kararları doğrultusunda soyut tek rengin kullanımı incelenecek ve sicilde tescil edildiği açıklamalara uygun şekilde kullanılmadığı halde açıklık ve kesinlik unsuru yerine getirilmediğinden bahisle marka başvurusu reddedilecektir. Bu yönde bir yaklaşımda, renk kombinasyonlarının marka olarak kabulünün, tek rengin kabulüne nazaran daha zor olduğu ortadadır.

İnsan gözüyle algılanabilecek renklerin sınırlı sayıda olduğu ve dolayısıyla renklerin, kişilerin tek eline haksız yere bırakılmasının ticari hayatta olumsuz sonuçlara yol açacağı göz önüne alındığında, soyut tek renk markalarının tescilinin renk kombinasyonlarının tesciline nazaran daha zor olması beklenirken pratik anlamda kolaylaşmış bulunmaktadır. Zira her ne kadar teoride renk kombinasyonlarının ayırt ediciliğinin tek renk markalara nazaran daha fazla olacağı ve renklerin sınırlı sayıda olduğu düşünülürken birden fazla rengin bir araya gelerek bir işaretin oluşturulmasının ticari hayat için daha uygun düşeceği düşünülse de renk kombinasyonları için tek başına ayırt edicilik unsuru yeterli görülme-yecek aynı zamanda açık ve kesin olarak sicilde gösterildiği şekliyle ürünlerde kullanılması gerekecektir.

Buradan çıkarılacak bir diğer sonuç ise renk kombinasyonları ile ayırt edicilik ne kadar arttırılırsa, marka korumasının sağlanması o kadar zorlaşmakta veya zorluğun giderilmesi adına marka kapsamı oldukça özele indirgenerek kapsamın da-

raltılması gerekmektedir. Red Bull kararındaki yaklaşım benimsendiğinde, örneğin üç rengin soyut olarak tescil talebi incelendiğinde her rengin marka konusu işarete; kapladığı alanın boyutları, şekilleri, dikey veya yatay yönelimleri gibi hususlar incelenecek ve tek renkte olduğu gibi bir koruma elde etmek isteyen kişi bu üç renkte gerçekleştirilecek her bir kombinasyon için ayrı ayrı tescil talep edecek ve her bir tescil talebi nezdinde ayırt edicilik unsurunun da sağlanabilmesi için ürün, paket, ambalaj, tanıtım gibi hususlarda her bir kombinasyon için tüketici nezdinde tanıtım ve farkındalığa ilişkin harcamalar yapmak durumunda olacaktır. Bu durumun nasıl aşılacağı ise belirsizdir. Zira yukarıda bahsedildiği üzere Heidelberger kararında da marka başvurusuna konu açıklamada "... başvuru sahibinin akla gelebilecek her biçimde..." ibaresi ile kombinasyonların ürün veya hizmet üzerinde gösteriminin önüne geçmeye çalışılmış ancak ABAD açıklık ve kesinlik unsuru sağlanmadığı gibi soyut renk kombinasyonlarının önceden belirlenmiş, sistematik bir şekilde bir araya gelmesi gerektiği ve ürünlerde de bu şekilde kullanılabileceğinden hareketle açıklık ve kesinlik unsurunun sağlanmadığını hüküm altına almıştır. Ancak Heidelberger kararı ve ardından Red Bull kararı incelendiğinde, Alken-Maes kararında bahsi geçen soyut renk markalarına ilişkin yukarıda tespit ettiğimiz hususlar geçerliliğini korur şekilde devam etmektedir.

Birleşik Krallık ve Galler Yüksek Mahkemesi'nin 5 Temmuz 2022 tarihli güncel Cadbury / Nestle 2<sup>56</sup> kararı da bu konuda önemli tespitlere yer vermiştir. Cadbury 15 Ekim 2004 tarihinde Pantone renk paletinde 2685C rengine karşılık gelen mor rengi soyut renk markası olarak tescil başvurusunda bulunmuştur.

<sup>55</sup> Rengin uygulanacağı yere ilişkin bir sınırlama getirildiğinde dahi, uygulandığı yer bakımından yerin tamamına uygulanacağı anlaşılmaktadır.

<sup>56</sup> İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemesi, 05.07.2022, [2022] EWCA Civ 1174, Cadbury/Nestle İki Kararı, (Bailli Veri Tabanı).



Yukarıda yer alan marka başvurusuna konu işaretin tarifnamesinde açıklama olarak “*Malların ambalajının tüm görünen yüzeyine uygulanan veya tüm görünen yüzeyine baskın renk (predominant colour) olarak uygulanan, başvuru formunda gösterildiği gibi omr renk (Pantone 2685C)*” ifadelerine yer verilmiştir. Hukuki uyumsuzluk neticesinde huzuruna gelen başvuruyu değerlendiren İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemesi, kararında, “baskın” ifadesinin markanın sadece mor renkten değil mor rengin diğer renklere veya diğer unsurlara nazaran daha baskın olduğu işaretleri de içerek şekilde tanımlanmasına imkân verdiği dolayısıyla marka hukuku kapsamında işaret olarak nitelendirilemeyeceğine karar vermiştir.<sup>57</sup> Bu kararın takiben Cadbury aynı renk kodu ile aynı işarete ilişkin olarak 3 farklı başvuruda bulunmuş ancak her bir başvurunun tarifnamesinde farklı açıklamalara yer vermiştir.

- 3019361 numaralı başvuruya ilişkin tarifnamede “*ürün ambalajına uygulanan başvuru formunda gösterildiği gibi mor renk (Pantone 2685C)*” (361 numaralı başvuru);
- 3019362 numaralı başvuruya ilişkin tarifnamede “*ürün ambalajının tüm görünür yüzeyine uygulanan başvuru formunda gösterildiği gibi mor renk (Pantone 2685C)*” (362 numaralı başvuru);
- 3025822 numaralı başvuruya ilişkin tarifnamede ise “*başvuru formunda gösterilen mor renk (Pantone 2685C)*” (822 numaralı başvuru) ifadelerine yer vermiştir.

Yukarıda özetlenen başvurular sonrasında Nestle itirazlarını sunmuş ve uyumsuzluk nihayetinin

de tekrar İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemesi huzuruna gelmiştir.

- 361 numaralı başvuru için Mahkeme detaylı bir değerlendirme yapmamakla birlikte Birleşik Krallık Fikri Mülkiyet Ofisi (BKMO) tarafından verilen tarifnamede yer alan ifadenin marka konusu işaretin kullanım alanını sınırlamadığı gerekçesiyle itirazın kabulüne ilişkin kararını doğru bulduğunu ifade etmiştir. Zira marka tarifnamesinde yer alan ifade, ambalajın görünür yüzeyinin ne kadarına mor uygulanmış olması gerektiği konusunda herhangi bir açıklama içermemektedir.
- 362 numaralı başvuru için ise Mahkeme, BKMO’nun, itirazın reddine ve marka başvurusunun tesciline ilişkin olarak verdiği kararı hukuka uygun bulmuştur. Mahkeme yapmış olduğu değerlendirmede “tüm görünür yüzeye” uygulanan soyut rengin sakıncalı bir sonuca varmadığına kanaat getirmiştir.
- Son olarak 822 numaralı başvuru için ise BKMO’nun, itirazın kabulü ile tescil başvurusunun reddine ilişkin kararını hukuka aykırı bulmuştur. Mahkeme yapmış olduğu değerlendirmede Libertel kararı doğrultusunda, soyut renklerin herhangi bir sınır gösterilmeden per se işaret olarak tescil edilebileceğine karar vermiştir.

Cadbury / Nestle 2 kararı kapsamında özellikle “baskın” gibi ifadelerin belirsizliğe neden olacağı; ancak soyut renklerin tek başına tescilinin mümkün olduğu sonucuna varıldığı görülmektedir. Dolayısıyla soyut renk tek başına tescil edilebilirken soyut rengin herhangi bir şekilde sınırlandırılması söz konusuysa bunun açık ve kesin olarak, başkaca bir ihtimale vücut vermeyecek şekilde yapılması gerekir. Dolayısıyla renk kombinasyonları kapsamında yapılacak tescil başvurularının da tek bir kullanım şekli dikkate alınarak yapılması gerekir.

Son olarak soyut renk markalarına ilişkin olarak, yukarıda bahsi geçen ABAD kararları göz önüne alındığında, çeşitli renk kombinasyonları kullanılarak ayırt ediciliğin arttırıldığı soyut renk kombinasyonlarında tescilin, soyut tek renk markalarına göre daha zor olduğu değerlendirilmektedir. Bu durumun bertaraf edilebilmesi için ise soyut tek renk marka-

<sup>57</sup> İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemesi, 04.10.2022, [2013] EWHC 1671 (Ch), Cadbury/Nestle Bir Kararı, (Bailli Veri Tabanı).



larının ürün veya hizmet kapsamında kullanımları için daha sıkı bir değerlendirme yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

## V. SONUÇ

Çalışmanın konusunu oluşturan Alken-Maes ve Red Bull kararları, teşebbüslerin geleneksel marka türlerinden uzaklaştıkları gerçeği göz önüne alındığında, soyut renk markalarının ayırt edicilik ile açıklık ve kesinlik unsurları açısından yol gösterici niteliktedir. Bu kararlar esas itibarıyla soyut tek renk markalarının tescilinin renk kombinasyonlarına kıyasla daha elverişli ve kolay olduğunu açık bir şekilde ortaya koymaktadır. Kararlar çerçevesinde yapılacak bir değerlendirmede, sanılanın aksine, soyut renklerin tek renk olarak tescili talebi halinde bir kişinin tekeline bırakılması hususunun, renk kombinasyonlarında açıklık ve kesinlik unsurunun sağlanamaması sebebiyle daha kolay olduğu görülmektedir. Zira renk kombinasyonlarına ilişkin sicilde bir gösterim yapılıyorsa, teşebbüslerin ayırt ediciliğin ispatı hususunda tıpkı sicilde gösterdikleri şekliyle işareti kullanmaları gerekmektedir. Aksi halde renk kombinasyonunun başvurusu somut başvuru kapsamında ayırt edicilik kazanılmadığı gerekçesiyle veya uygulama ile başvuru konusu işaretin birbiriyle uyumlu olmaması halinde açıklık ve kesinlik unsurlarının sağlanmadığı gerekçesiyle reddedilecektir. Tek renk markalarında ise ürün üzerinde ağırlıklı kullanımın yeterli görülmesi sebebiyle rengin ayırt edicilik unsurunu sağlaması yeterli görülmektedir.

Bahse konu içtihatlar kapsamında soyut tek renk markalarının tescilinin renk kombinasyonlarına nazaran daha elverişli ve kolay olduğunu söylemek mümkündür.

## KAYNAKÇA

- Abacıoğlu Viskuşenko**, Melis (2018), 'Markalar ile İlgili Sınai Mülkiyet Kanunu'nda Yer Alan Değişiklikler' Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Dergisi, S: 1, C: 20, s. 55-86.
- Arkan**, Sabih (1997) Marka Hukuku Cilt 1, 1. Baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 520.
- Avrupa Birliği Adalet Divanı, 03.12.2003, T-16/02, TDI Kararı (CURIA Veri Tabanı).
- Avrupa Birliği Adalet Divanı, 06.05.2003, C-104/01, Libertel Kararı (CURIA Veri Tabanı).
- Avrupa Birliği Adalet Divanı, 12.01.2006, C-173/04, Sisi-Werke/OHIM Kararı (CURIA Veri Tabanı).
- Avrupa Birliği Adalet Divanı, 12.06.2018, C-163/16, Christian Louboutin/Van Haren Kararı (CURIA Veri Tabanı).
- Avrupa Birliği Adalet Divanı, 13.05.2020, T-49/19, View Inc Kararı (CURIA Veri Tabanı).
- Avrupa Birliği Adalet Divanı, 18.07.2013, C-252/12, Specsavers/Asda Kararı, (CURIA Veri Tabanı).
- Avrupa Birliği Adalet Divanı, 18.04.2013, C-12/12, Coliseum/Levy Strauss Kararı (CURIA Veri Tabanı).
- Avrupa Birliği Adalet Divanı, 19.06.2014, Birleştirilen Dosyalar C-217/13 ve C-218/13, Sparkassen Rot Kararı (CURIA Veri Tabanı).
- Avrupa Birliği Adalet Divanı, 21.10.2004, C-447/02, Farbe Orange Kararı (CURIA Veri Tabanı).
- Avrupa Birliği Adalet Divanı, 24.06.2004, C-49/02, Heidelberger Bauchemie Kararı (CURIA Veri Tabanı).
- Avrupa Birliği Adalet Divanı, 27.11.2003, C-283/01, Shield Mark BV/Joost Kist Kararı (CURIA Veri Tabanı).
- Ayhan**, Rıza & **Çağlar**, Hayrettin & **Yıldız**, Burçak & **İmirlioğlu**, Dilek (2021) Sınai Mülkiyet Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Adalet.
- Benelux Office for Intellectual Property, Benelux Convention on Intellectual Property, <https://www.boip.int/uploads/inline/BOIP%20BCIP%20EN.pdf>, s.e.t. 14.07.2022.
- Benelux, Office for International Property, Guidelines on Examination of Absolute Grounds, <https://www.boip.int/en/ip-professionals/regulations-policy/refusals/guidelines>, s.e.t. 15.07.2022.
- Bozgeyik**, Hayri (2019), 'Marka Hakkının Korunması' 2. Baskı, İstanbul, Onikilevha.
- Brüksel Temyiz Mahkemesi, 21.10.2013, 2012/AR/1999 (JUPORTAL Veri Tabanı, <http://juportal.be>, s.e.t. 15.07.2022.
- Çolak**, Uğur (2018) Türk Marka Hukuku, 4. Baskı, İstanbul, Onikilevha.
- Doğan**, Beşir Fatih (2005), 'Soyut Renklerin Marka Olarak Tescil Edilebilirliği (Soyut Renkler)' Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Dergisi, S: 4, C: 5, s. 37-64.
- Doğan**, Beşir Fatih (2006), 'Türk Alman ve Avrupa Birliği Hukukuna Göre Marka Olamayacak İşaretlerin Kullanımı Sonucu Ayırt Edici Nitelik Kazanarak Tescil Edilebilirliği Sorunu (Ayırt Edicilik Sorunu)' Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Dergisi, S: 3, C: 6, s. 18-42.
- Eroğlu**, Sevilay (2003), 'Soyut Renk Ses ve Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescili' Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 1, C: 5, s. 95-166.
- Fhima**, Ilinah (2014), 'Introducing Reality into Trade Mark Law' Journal of Intellectual Property Law & Practice, S: 8, C: 9, s. 684-691.
- Fhima**, Ilinah (2017), 'The Public Interest in European Trade Mark Law' Intellectual Property Law Quarterly, S: 4, s. 311-329.
- İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemesi, 05.07.2022, [2022] EWCA Civ 1174, Cadbury/Nestle İki Kararı, (Bailii Veri Tabanı).
- İngiltere ve Galler Yüksek Mahkemesi, 04.10.2022, [2013] EWHC 1671 (Ch), Cadbury/Nestle Bir Kararı, (Bailii Veri Tabanı).
- Karan**, Hakan & **Kılıç**, Mehmet (2004) Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, 1. Baskı, Ankara, Yetkin.
- Karasu**, Rauf & **Suluk**, Cahit & **Nal**, Temel (2018) Fikri Mülkiyet Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Karasu**, Rauf (2007), 'Ses Markaları' Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Dergisi, S: 2, C: 7, s. 29-59.
- Kaya**, Arslan (2006) Marka Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, Arıkan.
- Kudrjavceva**, Jekaterina (2012), 'Issues Surrounding Registration of Colour Trade Marks' RGSL Research Papers, S: 1, C: 9, s. 1-65.
- Marka Rehberi, Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi, <https://guidelines.euipo.europa.eu/1935303/1789896/trade-mark-guidelines/chapter-3-non-distinctive-trade-marks--article-7-1--b--eutmr->, s.e.t. 18.07.2022.
- Max-Planck Institut, Study on the Overall Functioning of the European Trademark System, s. 147, [https://www.ip.mpg.de/fileadmin/IP/pdf2/mpi\\_final\\_report\\_with\\_synopsis.pdf](https://www.ip.mpg.de/fileadmin/IP/pdf2/mpi_final_report_with_synopsis.pdf), s.e.t. 18.07.2022.

- Muyldermans**, Jeroen (2014), ‘The Belgian Beer Battle: The Scope of Protection Afforded to Colour Marks’ *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, S: 4, C: 9, s. 265-267.
- Okutan Nilsson**, Gül (2003), ‘Sesler, Renkler ve Kokular Marka Olarak Tescil Edilebilir mi? Avrupa Toplulukları Mahkemesinin Üç Kararı’ *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, S: 1-2, C: 23, s. 579-598.
- Pınar**, Hamdi, *Kırmızı Taban: Rengin Mallarda Kullanıldığı Yüzey ve Soyut Rengin Tescili Tartışmasına İlişkin ABAD Louboutin Kararı ve Karar Şerhi*, www.hamdi-pinar.blogspot.com, s.e.t. 23.04.2020.
- Ramírez-Montes**, César (2020), ‘The Elusive Distinctiveness of Trade Dress in EU Trademark Law’ *Emory International Law Review*, S: 1, C: 34, s. 277-365.
- Şenocak**, Kemal (2003) *Soyut Renk Markaları*, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, 1. Baskı, Ankara, Turhan.
- Tekinalp**, Ünal (2013) *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 5. Baskı, İstanbul, Vedat.
- Uzunallı**, Sevilay (2019) *Marka Hukuku*, 1. Baskı, Ankara, Adalet.
- Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 01.10.2018, E: 2016/14700, K. 2018/5881 (Kazancı Veri Tabanı).
- Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 02.01.2019, E: 2017/2151, K. 2019/3 (Kazancı Veri Tabanı).
- Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 10.03.1997, E: 1996/8650, K. 1997/1586 (Kazancı Veri Tabanı).
- Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 17.01.2012, E: 2010/7855, K. 2012/273 (Lexpera Veri Tabanı).
- Yasaman**, Hamdi & **Kartal**, Pınar Memiş & **Ayoğlu**, Tolga & **Yusufoğlu**, Fülürya & **Yüksel**, Sinan H. & **Yasaman**, Zeynep (2021) *Yasaman Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi Cilt I*, 1. Baskı, Ankara, Seçkin.

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

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

**Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı:** Yoktur.

**Çatışma Beyanı:** Yoktur.

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

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

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

**Statement for Conflict of Interest:** *None.*