

GELENEKSEL OLMAYAN MARKA KAVRAMI ve SINAÎ MÜLKİYET KANUNU İLE GETİRİLEN YENİLİKLER

Av. Mutlu YILDIRIM KÖSE, LL.M*
Marka Vekili Canan TINAZ**

I. Giriş

SMK Madde 4 kapsamında belirtildiği üzere 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 işareten oluşabilir.*”

Geleneksel markalar çoğunlukla *sözcükler, şekiller* veya *sözcük ve şekillerin birleşimi* ile oluşturulmakla birlikte, “Geleneksel olmayan marka” daha geniş bir şekilde *sözcükler, şekiller* veya *sözcük ve şekillerin birleşimi* ile oluşturulmuş ve klasik anlamdaki “marka” kavramının dışında kalan; renk, ses, koku, hareket, tat, pozisyon, ürünlerin üç boyutlu görünümleri gibi unsurları ifade eden bir kavramdır. 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’de (“556 sayılı KHK”) veya Avrupa Birliği’nin 2008/95/EC sayılı Üye Devletlerin Markalara İlişkin Mevzuatlarının Yaklaştırılması Hakkındaki Direktif’te (“Direktif”) bu unsurlar net bir şekilde tanımlanmamış olmakla birlikte, 6769 sayılı SMK’nın yürürlüğe girmesiyle marka kavramı dar bir kapsamdan çıkarılarak mehzaz 2015/2436 sayılı Avrupa Birliği

* Avukat - İstanbul Barosu

** Marka vekili

Marka Direktifi³⁰⁴ ve 2015/2424 sayılı Avrupa Birliği Marka Tüzüğüne³⁰⁵ uygun olarak yeniden düzenlenmiştir. Bu kapsamda, SMK ile birlikte geleneksel olmayan markaların tesciline dair hususlar, aşağıda her bir geleneksel olmayan marka türü için detaylı olarak inceleneceği üzere, daha net bir şekilde belirtilmiş ve geleneksel olmayan marka tescillerinin önü açılmıştır.

Çalışmamızda öncelikle genel olarak geleneksel olmayan markalara ilişkin tescil başvurularında dikkate alınan kriterlere değinilmekte, sonrasında ise TÜRK PATENT, Mahkemeler ve Yargıtay'ın geçmiş ve güncel dönem kararları ışığında Türkiye'de geleneksel olmayan markalara yaklaşım değerlendirilmektedir.

II. GELENEKSEL OLMAYAN MARKALARIN TESCİLİ:

556 sayılı KHK'da geleneksel olmayan markaların tesciline ilişkin özel düzenlemeler bulunmadığı için, diğer işaretler ile aynı şekilde, 556 sayılı KHK md.7'de sayılmış olan mutlak ret sebepleri geleneksel olmayan markalar bakımından da aynen geçerli olmaktadır.

Bu çerçevede, türüne bakılmaksızın üzerinde koruma talep edilecek olan markanın öncelikle 556 Sayılı KHK m. 7/1(a) uyarınca "KHK Madde 5 kapsamında belirtilen" işaretlerden olması ve 556 sayılı KHK m. 7'de sayılan, marka olarak tescil edilemeyecek olan işaretler arasında yer almaması kriteri geçerliydi.

Daha önce KHK Madde 5 kapsamında belirtilen işaretler SMK'da madde 4 kapsamında "*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 işareten oluşabilir*" şeklinde düzenlenmiş ve 556 sayılı KHK'dan farklı

³⁰⁴ 2015/2436 sayılı AB Direktifi 16.12.2015 tarihinde kabul edilmiş ve 23.12.2015 tarihli Avrupa Birliği Resmi Gazetesinde yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

³⁰⁵ 207/2009 sayılı Topluluk Marka Tüzüğü'nde değişiklikler öngören 2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğü 16.12.2015 tarihinde kabul edilmiş ve 24.12.2015 tarihli Avrupa Birliği Resmi Gazetesinde yayınlanmıştır.

olarak marka olarak tescil edilebilecek işaretler arasında sesler ve renkler net bir şekilde belirtilmiştir.

Bununla birlikte, SMK kapsamında yine geleneksel olmayan markaların tesciline ilişkin özel düzenlemeler bulunmamakta olup, türüne bakılmaksızın üzerinde koruma talep edilecek olan markanın bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması koşuluyla öncelikle SMK m. 5(a) uyarınca “*SMK madde 4 kapsamında belirtilen*” işaretlerden olması ve aşağıda her bir geleneksel olmayan marka türü ile ilgili olarak ayrıntılı şekilde açıklanacağı üzere, SMK m. 5’de sayılan, *marka olarak tescil edilemeyecek olan işaretler* arasında yer almaması gerekmektedir.

Öte yandan, Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik’in (“Yönetmelik”) 7. Maddesinde ses, renk, üç boyutlu markalar ve hareket markalarının tescili için aranan kriterler net bir şekilde belirtilmekle birlikte, bu madde hükümlerinin sayılanlar dışında kalan bir işaretin gösterimi hakkında da uygulanabilir olduğu ve başvuru sahibinin özellikle görüntüler, şekiller, çizgiler veya karakterler yoluyla görsel olarak gösterim, elektronik kayıt, yazılı açıklama veya uygun gördüğü başka bir gösterimi TÜRKPATENT’e sunabileceği belirtilmektedir.

Belirtilenler doğrultusunda başvurusu yapılan markanın öncelikle “*sicilde gösterilebilir*” olması gerektiği ve markanın temel fonksiyonunun “*Bir teşebbüse ait mal veya hizmeti, diğer teşebbüslere ait mal veya hizmetten ayırt etmek*” olduğu ve de belirlenen şartlara uygun olması koşuluyla, kelime ve şekil markaları gibi geleneksel markaların yanı sıra, “*sicilde gösterilmesi mümkün olan*” ve “*ayırt edici nitelik taşıyan*” benzer unsurların da marka olarak tescil edilmesi için hukuksal bir engel bulunmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır.

Bu noktada geleneksel olmayan marka türlerinin tescilinde önem arz eden kullanım yolu ile ayırt edicilik kavramına da kısaca değinmek gerekmektedir. Nitekim SMK m. 5/2 hükmü; “*Bir marka, başvuru tarihinden önce kullanılmış ve başvuruya konu mal veya hizmetler bakımından bu kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanmışsa bu markanın tescili birinci fıkranın (b), (c) ve (d)*

bentlerine göre reddedilemez” hükmünü içermek sureti ile “kullanım yoluyla ayırt edicilik” kavramını düzenlemektedir.

Bu düzenleme çerçevesinde; başlangıçta ayırt edici niteliği bulunmayan bir işaretin, ticaret hayatında kullanılması sonucu, ortalama tüketicinin bu işaretin ilişkin olduğu mal/hizmetin diğerlerinden farklı olduğunu ayırt edebilmesi halinde, marka olarak tescili mümkün hale gelmektedir.

SMK m. 5/2 hükmü uyarınca atıf yapılan maddeler, yalnızca SMK’nın 5/1 (b), (c) ve (d) bentleridir. SMK’nın 5/1 (e) bendi burada sayılmamıştır. Buna göre bir işaret, malın doğal yapısından kaynaklanmakta veya mala asli değerini vermekte veya teknik bir sonucu elde etmek için zorunlu ise, bu durumda bu işaretin, ticaret hayatında yoğun kullanım sonucunda dahi, ayırt edici nitelik kazanması ve marka olarak tescil edilmesi mümkün olmayacaktır.

Geleneksel olmayan markaların doğuştan ayırt edici niteliğe sahip olmaları konusunda tereddütlerin bulunduğu durumlarda, bu markaların kullanım yoluyla ayırt edicilik kazanmış olduklarının ispatlanması aranmaktadır.

Yukarıda bahsedilenler doğrultusunda geleneksel olmayan marka türlerine dair detaylı incelemelerimiz aşağıda yer almaktadır.

A. Üç boyutlu markalar:

Geleneksel olmayan markalar arasında en yaygın olan “üç boyutlu” markalardır. SMK m.4 “ayırt edici olmak” koşuluyla, her türlü işaretin marka olarak tescil edilebileceğini düzenlemekte ve burada ürün veya ürün ambalajlarının üç boyutlu görünümü için de bir ayırım yapmamakta, hatta “malların biçimi” veya “ambalajlarının” da marka olarak tescil edilebileceğini açıkça hüküm altına almaktadır.

Yönetmelik m.7/3 uyarınca “*başvurunun üç boyutlu marka olarak tescilinin talep edildiği hallerde bunun başvuru formunda açıkça belirtilmesi, ayrıca koruma konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayacak şekilde işaretin tek bir yönden veya farklı açılardan görünümünü içeren gösterimlerinin Kuruma sunulması gerekir.*” Yönetmelik m.7/3’te ayrıca söz konusu gösterimlerin en fazla altı farklı açıdan görünümü içerecek ve markanın bütünlüğünü

bozmayacak şekilde olması gerektiğini de belirtmiştir. Koruma konusu üç boyutlu işaretin kuşkuyla mahal vermeyecek ölçüde açık ve anlaşılır olması halinde, birden fazla gösterime gerek olmayıp tek bir gösterim de yeterli olarak görülebilecektir³⁰⁶.

Üç boyutlu markaların tescil edilebilirliği TÜRKPATENT tarafından kabul edilmekle birlikte, bu tür markaların incelenmesi sırasında SMK m. 5/1(b), (c), (d) ve (e) bentleri önem arz etmektedir. SMK 5/1(e) maddesi “*Malın doğası gereği ortaya çıkan şeklini ya da başka bir özelliğini veya teknik bir sonucu elde etmek için zorunlu olan veya mala asli değerini veren şekli ya da başka bir özelliğini münhasıran içeren işaretler*” hükmünü içermekle, bu suretle üç boyutlu şekillerin tesciline kısıtlama getirmektedir.

Buna göre, üç boyutlu bir markanın tescil edilebilmesi için öncelikle şeklin *ayırt edici olması* ve *malın doğal yapısından ve teknik zorunluluktan kaynaklanmıyıp olması* gerekmektedir.

Bunlardan başka, “*Ticaret alanında cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten veya malların üretildiği, hizmetlerin sunulduğu zamanı gösteren veya malların ya da hizmetlerin diğer özelliklerini belirten işaret veya adlandırmaları münhasıran ya da esas unsur olarak içeren işaretler*” ile “*Ticaret alanında herkes tarafından kullanılan veya belirli bir meslek, sanat veya ticaret grubuna mensup olanları ayırt etmeye yarayan işaret veya adlandırmaları münhasıran ya da esas unsur olarak içeren işaretler*”in tescil edilemeyeceği hükmünü içeren SMK m. 5/1(c) ve (d) bentleri de üç boyutlu markaların tescil edilebilirliklerinin incelenmesi açısından önem arz etmektedir.

TÜRKPATENT ve marka başvurularının reddi halinde Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemeleri, üç boyutlu markaların tescil şartlarını yerine getirip getirmediğini incelerken, SMK m. 5/1(b) ve 5/1(c) maddeleri kapsamında detaylı bir inceleme yapmakta ve genellikle her ne kadar 5/1(e) maddesine doğrudan atıf yapmasa da, tescili istenen şeklin, ürünün teknik zorunluluğundan kaynaklanıp kaynaklanmadığı konusunu araştırmaktadır.

Üç boyutlu markaların tesciline ilişkin TÜRKPATENT ve Fikri

³⁰⁶ Marka İnceleme Kılavuzu, 2019, sayfa 7.

ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemeleri uygulamalarına baktığımızda, 556 sayılı KHK'nın yürürlüğe girmesine kadar olan dönemde pek çok üç boyutlu şeklin marka olarak tescil edilmiş olduğu görülmektedir³⁰⁷.



86/093541 sayılı marka 32 ve 87/101240 sayılı marka 30. 33. Sınıflarda yer alan mallar Sınıfta yer alan mallar için tescil için tescil edilmiştir. edilmiştir
(*halihazırda yenilenmemiş olması nedeni ile marka koruması sona ermiştir.*)

TÜRKPATENT'in kurulmasından sonra ise özellikle ilk yıllarda, üç boyutlu şekillere ilişkin başvuruların çoğunlukla 556 sayılı KHK m.7/1(a) ve (c) maddeleri çerçevesinde reddedildikleri görülmektedir³⁰⁸. Ancak, TÜRKPATENT tarafından reddedilen birçok üç boyutlu şekil markasının daha sonra Mahkeme ve Yargıtay kararları ile tesciline karar verilmiştir.



Nitekim, 2014/29944 sayılı marka başvurusu TÜRKPATENT tarafından ayırt edici olmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Başvurunun reddi kararına karşı yapılan itirazların Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu ("YİDK") tarafından da reddedilmesi üzerine bu karara karşı açılan dava

³⁰⁷ 556 sayılı KHK, 27 Haziran 1995 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanması ile yürürlüğe girmiştir.

³⁰⁸ Türk Patent ve Marka Kurumu, Türk Patent Enstitüsü adı altında 24 Haziran 1994 tarih ve 544 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile kurulmuştur.

sonucunda Ankara 4. Fikri Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi 01.02.2017 tarih, 2015/431 E. ve 2017/30 K. sayılı kararı ile söz konusu şeklin 556 sayılı KHK M.7/1 (c) maddesine aykırı olmadığına hükmedilmiştir. Söz konusu karar Yargıtay 11. HD'nin 14.01.2019 tarih ve 2017/2986 E. ve 2019/297 K. sayılı kararı ile onanmış ve marka tesciline dair işlemlerin devamına karar verilmiştir.



Benzer şekilde, 2005/06593 sayılı marka başvurusu da TÜRKPATENT tarafından 556 sayılı KHK m. 7/1(a) ve 7/1(c) kapsamında reddedilmiştir. TÜRKPATENT'nin ret kararına karşı açılan dava ise Ankara 1. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'nin 16.11.2007 tarih, 2007/33E., 2007/262K. sayılı kararı ile kabul edilmiş ve kararda söz konusu şeklin 556 sayılı KHK m. 7/1(a) ve (c) kapsamında tescil edilemeyecek işaretlerden olmadığı ifade edilmiştir. Karar Yargıtay 11. HD'nin 08.06.2009 tarih ve 2008/2673E. ve 2009/6936K. sayılı kararı ile onanmış ve marka tescil edilmiştir.

Aynı şekilde 2006/54990 sayılı marka başvurusu da TÜRKPATENT tarafından 556 sayılı KHK m. 7/1(a) ve 7/1(c) kapsamında reddedilmiş olmasına rağmen, Ankara Fikri ve Sınai



Haklar Hukuk Mahkemesi'nin 20.01.2009 tarih ve 2008/96 E. ve 2009/12 K. sayılı kararı ile "556 sayılı KHK m. 7/1(a) ve 7/1(c) maddeleri anlamında tescile engel bir durumun bulunmadığına" hükmedilmiş ve karar Yargıtay 11. HD'nin 07.03.2013 tarih ve 2009/9549E. ve 2011/2860K. sayılı kararı ile onanmıştır.

Mahkemelerin, üç boyutlu şekil markalarının ayırt edicilik vasfına sahip olup olmadığını belirlerken, esas olarak o şeklin ürünün doğal yapısından, teknik zorunluluktan kaynaklanıp kaynaklanmadığını ve ürün sahibinin bu şekli pazardaki diğer şekillerden yeterince farklılaştırıp farklılaştrmadığını incelediğini söylemek mümkündür.

TÜRKPATENT'in üç boyutlu şekil markalarına olan bakış açısının zaman içerisinde yukarıda örneklerine yer verilen Mahkeme kararlarının, TÜRKPATENT'nin 2009 yılında başlayan ve yaklaşık 2 yıl süren, "Avrupa Birliği Eşleştirme Projesi"³⁰⁹ nin ve son olarak 2017 yılında yürürlüğe giren 6769 sayılı SMK'nın etkisi ile genişlediği ve kararlarının son yıllarda Yargıtay ve Fikri ve Sınai Haklar Mahkemeleri'nin uygulaması ile paralel hale gelmiş olduğu görülmektedir. Nitekim aşağıda örneklerine yer verilen markalar TÜRKPATENT tarafından herhangi bir ret kararına konu olmadan tescil edilmiştir.



2017 17539 sayılı marka 16, 35 ve 41. sınıftaki mal ve hizmetler için tescil edilmiştir.

2016 95283 sayılı marka 03. sınıftaki mallar için tescil edilmiştir.

2014 86588 sayılı marka 30. sınıftaki mallar için tescil edilmiştir.

³⁰⁹ Türk Patent Enstitüsü ve Alman Uluslararası Hukuki İşbirliği Vakfı (IRZ) ile birlikte yürütülen "Sınai Mülkiyet Haklarının Yürütme ve Uygulamasının Güçlendirilmesi için Türkiye'nin Desteklenmesi" Avrupa Birliği Eşleştirme Projesi.

B. Renk markaları:

Başvurusu yapılan markanın öncelikle “*sicilde gösterilebilir*” olması gerekmektedir. “*Sicilde gösterilebilir*” olma kriterinin açıklaması SMK’da ve mehzaz düzenlemelerde yer almamaktadır. AAD tarafından verilen Sieckmann kararında “*sicilde gösterilebilir olma*” kriterine açıklık getirilmektedir. Buna göre grafik gösterim; açık, kesin, müstakil, kolay erişilir, anlaşılır, kalıcı (zamanla bozulur nitelikte olmayan, dayanıklı) ve objektif olmalıdır³¹⁰.

Bu açıdan bakıldığında renk, zaman içinde çeşitli etkenlerle bozulmaya ve değişime uğrayabilecek nitelikte bir unsurdur. Dolayısı ile markanın “renk markası” olarak kabul edilmesi için SMK uyarınca, diğer birçok ülkede olduğu gibi, kuruma yapılacak başvurularda da grafik gösterimin veya marka örneğinin sunulması tek başına yeterli olmayıp, TÜRKPATENT tarafından geçerliliği kabul edilen bir renk kodunun mutlaka belirtilmesi gerekmektedir.

Yönetmelik m.7/4 uyarınca “*Başvurunun renk markası olarak tescilinin talep edildiği hallerde bunun başvuru formunda açıkça belirtilmesi, işareti oluşturan renk görselinin sunulması ve Kurum tarafından geçerliliği kabul edilen renk kodunun belirtilmesi gerekir.*” hükmüyle renk markası için yapılan başvuru sırasında TÜRKPATENT tarafından zorunlu görülen hususlar belirtilmiştir. Renk markaları için TÜRKPATENT tarafından geçerliliği kabul edilen tek renk kodlama sistemi Pantone kodlama sistemidir³¹¹.

Yine aynı madde uyarınca “*Renk veya renklerin somutlaşmış, sınırları belli bir şekil, figür, resim veya kelime gibi unsurlar dâhilinde kullanılması durumunda işaret renk markası olarak değerlendirilmez ve birinci fıkra hükmü uygulanır.*”

Renk markaları için yapılacak başvurular ve bu tür markaların ayırt ediciliğine dair değerlendirmenin “Tek renkten oluşan markalar” ve “Renk kombinasyonlarından oluşan markalar” için iki farklı şekilde yapılması uygun olacaktır.

³¹⁰ AAD, 12.12.2002 tarihli ve C-273/00 sayılı karar.

³¹¹ “Pantone Renk Kodu” Erişim Tarihi: 22.01.2020 <https://www.pantone.com/color-finder>.

1. Tek renkten oluşan markalar

Tek renkten oluşan marka başvurularında başvuru sırasında başvurunun renk markası için yapılmış olduğunun açıkça belirtilmesi, marka örneği kısmında tescili istenen rengin gösterilmesi ve marka adı kısmında ise TÜRKPATENT tarafından kabul edilen Pantone kodunun belirtilmesi zorunludur.

Tek renkten oluşan markaların renk kombinasyonlarından oluşan markalara göre ayırt ediciliğinin düşük olduğu kabul edilmektedir. Dolayısı ile çoğunlukla bu tür markaların kullanım yolu ile ayırt edicilik kazanmış olduğunun yeterli delille ispatlanması gerekmektedir.

Diğer yandan, tek renkten oluşan markalarla ilgili olarak yine geleneksel markalara benzer şekilde, ilgili sektörde doğası gereği herkes tarafından yaygın olarak kullanılan, kullanıldığı mal/hizmet üzerinde tanımlayıcı bir özelliği bulunan renkler, örneğin "sarı rengin" limon aromalı ürünleri; "yeşil rengin" ise nane aromalı ürünleri çağrıştırması gibi, belirtilen mal/hizmet için tanımlayıcı kabul edilebilmektedir.

Türkiye’de tescilli tek renkten oluşan markalara örnek olarak tarafımızca bilinen tek marka 556 Sayılı KHK döneminde TÜRKPATENT tarafından 30. sınıfta "çikolata ve çikolata içeren ürünler” için tescil edilmiş 2005 47462 sayılı (IR 644464) markasıdır.

Belirtilen marka öncelikle mutlak red nedenleri incelemesi sırasında TÜRKPATENT tarafından re'sen reddedilmiş, fakat



başvuru sahibi tarafından YİDK nezdinde yapılan itiraz sonucunda, red kararından dönülerek markanın tescil edilmesine karar verilmiştir.

TÜRKPATENT nezdinde renk markalarına ilişkin olarak bir inceleme yapıldığında, SMK ile birlikte geleneksel olmayan markalara dair yapılan düzenlemeler neticesinde renk markaları için yapılan başvuruların sayısının arttığı gözlemlenmekle birlikte, tek

renk için yapılan başvuruların, önceki uygulama ile benzer şekilde, genel olarak mutlak red nedenleri incelemesi sırasında reddedildiği görülmektedir.

Örnek olarak, 2017/46274 numaralı marka başvurusu başvuruya konu olan renk unsurunun ürünler/hizmetler üzerinde sürekli ve uzun süreli kullanım sonucu ilgili ürün/hizmetle ilgili olarak marka işlevi görecektir şekilde kelime unsurundan bağımsız ayırt edici nitelik kazanmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir.



Renk Markalarına ilişkin olarak mahkeme kararları incelendiğinde, önceki yıllarda, kimseye tek renk ile ilgili koruma ve tekel hakkı verilemeyeceği, renklerin herkesin kullanımına açık olduğu ve bir rengin bir kişinin kullanımına bırakılmasının hakkaniyete uygun düşmeyeceği görüşünü benimsenmiş olduğu görülmektedir. Örneğin Yargıtay, futbol kulübü renklerinin üçüncü kişiler tarafından bazı mal ve hizmetler üzerinde kullanılmasının, futbol kulübü aleyhine marka tecavüzü oluşturmadığını belirten kararında, renklerin kendi başlarına tescil edilemeyeceğini belirtmiştir³¹².

Benzer şekilde, Avrupa Birliği ülkelerinde de tek renk markalarının bazı şartları karşılması durumunda tescil edildiği görülmektedir. Bu şartların neler olduğu, AAD'ın Libertel kararında detaylı olarak açıklanmıştır³¹³.

Burada AAD, tek bir rengin tescil edilebilmesi için, grafikte gösterilebilme koşulunun gerçekleşmiş olmasını, tescil edilmek istenen rengin ilgili mal ve hizmetler üzerine ayırt edici olmasını aramakta ve renk sayısının sınırlı olmasından dolayı kamu menfaatinin dikkate alınarak her somut olaya göre ayrı bir değerlendirme yapılması gerektiği sonucuna ulaşmıştır.

AAD, grafikte gösterilme koşulunu açıklarken, uluslararası

³¹² Yargıtay 11. HD. 13.06.2011, 2009/14949 E.

³¹³ AAD, 06.05.2003 tarihli ve C-104/01 sayılı karar.

alanda kullanılan RAL, Pantone, CMYK Renk Uzayı, HSV Renk Uzayı, RGB Renk Uzayı kodlarının belirtilmesi ile yapılan marka başvurusunun grafikte gösterilme koşulunu yerine getireceğini belirtmiştir. Çünkü mahkemeye göre bu kodlar kalıcı, nesnel ve kesindir ve marka başvurusundan sonra zaman içinde değişme, solma veya bozulma gibi bir tehlike bulunmamaktadır.

Tek rengin ayırt edici olup olmadığının tespitinde ise AAD, her somut olayın tüm özelliklerinin dikkate alınması gerektiğini ve tescili istenen rengin, üzerinde kullanıldığı mal ve hizmetler bakımından kullanım sonucunda ayırt edicilik kazanıp kazanmadığının tespit edilmesinin önemli olduğunu belirtmiştir.

2. Renk kombinasyonlarından oluşan markalar;

Renk kombinasyonlarından oluşan marka başvurularında yine tek renk markaları için yapılan başvurular ile benzer olarak başvuru sırasında başvurunun renk markası için yapılmış olduğunun açıkça belirtilmesi, marka örneği kısmında tescili istenen renk görselinin sunulması ve marka adı kısmında ise TÜRKPATENT tarafından kabul edilen Pantone kodlarının belirtilmesi zorunludur. Bunlara ek olarak zorunlu olmamakla birlikte renk kombinasyonunu oluşturan renklerin konumu ve dağılım oranlarının da belirtilmesi tavsiye edilmektedir. Marka örneği kısmında hiçbir şekilde beyaz boşluklar bırakılmaması, herhangi bir çerçeve olmaması ve marka örneğinin tam olarak doldurulması bu tarz başvurularda dikkat edilmesi gereken diğer önemli hususlardır.

Renk kombinasyonlarının ayırt ediciliğinin tek renkten oluşan markalara göre daha yüksek olduğu kabul edilmekte olup, renk kombinasyonunun ilgili mal ya da hizmetler için ilgili sektörde yaygın kullanımının bulunup bulunmadığı, ilgili mal ya da hizmetler için işlevsel bir niteliğinin bulunup bulunmadığı, renklerin sadece dekoratif birer unsur olarak algılanıp algılanmadığı ürünün kaynağını gösterme niteliği açısından ilgili tüketici kitlesi üzerinde ilk bakışta bıraktığı etki ve izlenim ayırt edicilik niteliğini belirleyici kriterlerdir³¹⁴.

TÜRKPATENT nezdinde iki ya da daha fazla rengin bir araya

³¹⁴ Marka İnceleme Kılavuzu, 2019, sayfa 72.

gelmesi ile oluşturulmuş birçok marka tescili bulunmaktadır. Bunlardan bir kısmı aşağıdaki şekildedir;



09, 35, 36, 38 ve 45. sınıflardaki mal ve hizmetler için 2017 114342 numarası ile tescil edilmiştir.



05 ve 21. sınıflardaki mallar için 2018 19744 numarası ile tescil edilmiştir.



07, 12 ve 42. sınıflardaki mal ve hizmetler için 2018 62129 numarası ile tescil edilmiştir.

Bu tarz markalar daha önce 556 sayılı KHK döneminde başvuru sırasında renk kodu belirtilmiş olsa da TÜRKPATENT nezdinde “renk markası”ndan ziyade “şekil markası” olarak tanımlanmakla birlikte, SMK’nın yürürlüğe girmesinden itibaren yukarıda belirtilen kriterlere uygun olarak yapılmış olan başvuruların, renk markası için yapıldığı ve de ilgili pantone kodları kayıtlarda net bir şekilde görüntülenmekte ve marka başvurusunun/tescilinin renk markası için yapılmış olduğu açıkça anlaşılmaktadır.

Yargıtay da birden fazla rengin bir araya getirilmesi ile oluşan renk kombinasyonlarının marka olarak tescil edilebileceği görüşündedir. Yargıtay 11. HD, üçlü renk kombinasyonundan



oluşan 2002/10137 numaralı marka başvurusuna ilişkin verdiği 2005/9360 E. ve 2006/9986 K. sayılı kararında “*Kural olarak tek bir renkten oluşan işaretlerin, tek rengin kendi başına ayırt edici özelliğinin olmaması ve bunun herkes tarafından kullanılmasının hakkaniyet gereği bulunması nedeni ile marka olarak tescilinin mümkün olmadığı, işbu davada ise tescili istenen işaretin üçlü bir renk kombinasyonundan ibaret bulunduğu, özel olarak tasarlanıp üç rengin bir araya gelmesi sonucunda bir renk kompozisyonu şeklinde tescil ettirilmek istendiği, 556 sayılı KHK’nın 5 ve 7/1-a maddesi anlamında ayırt edici niteliğinin bulunduğu ve tescil edilebilirlik koşullarını kapsadığı*” gerekçesi ile renk kombinasyonlarının mal ve hizmetler üzerinde ayırt edici özelliğinin bulunduğunu ve marka olarak tescil edilebileceğine karar vermiştir.

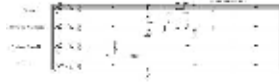
C. Ses Markaları:

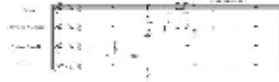
SMK m. 4 kapsamında belirtilen marka olma kriterlerini karşıladığı ve ayırt edici karaktere vakıf olduğu sürece sesler marka olarak tescil edilmektedir. Yönetmelik m. 7/2, bir başvurunun şekli inceleme sırasında “ses markası” olarak değerlendirilmesi için, öncelikle markanın ses markası olduğunun başvuru formunda mutlaka belirtilmesi gerektiğini, bununla birlikte, tescili talep edilen sesin bir elektronik ortamda dinlemeye ve saklamaya elverişli bir kaydının başvuru formuna eklenmesi gerektiğini düzenlemiştir. Ayrıca nota ile gösterim zorunlu olmamakla birlikte nota ile gösterim sunulmuşsa ses kaydının, başvuru dilekçesinde sunulan nota gösterimiyle uygun olması gerekmektedir.

Ayırt edicilik açısından ise değerlendirme yine geleneksel markalar ile benzer doğrultuda yapılmakta olup, başvurusu yapılan sesin başvuru kapsamındaki mal ve hizmetler yönünden ayırt edici niteliğe sahip olup olmadığı değerlendirilmektedir. Diğer yandan, ses markalarının uzunluğu da dikkat edilecek diğer bir husus olup, Marka İnceleme Kılavuzunda belirtildiği üzere “*Bir müzik eserinin*


bütününü veya marka olarak algılanamayacak derecede uzun bir bölümünü içeren başvuruların marka olarak “ayırt edici niteliğe sahip olmadığı” kabul edilir”³¹⁵. Örneğin TÜRKPATENT, bir dakika otuz yedi saniyeden oluşan 2019/83367 başvuru numaralı “ses markası” başvurusunu, marka olarak algılanamayacak kadar uzun olması nedeniyle ayırt ediciliğe sahip olmadığı gerekçesiyle SMK 5/1 (b) maddesi uyarınca reddetmiştir.

Diğer yandan, Windows’un açılış sesi, Nokia’nın açılış tonu, Harley Davidson motorlarının sesi gibi daha birçok ses dünyaca tanınmakta olup, ülkemizde de TÜRKPATENT nezdinde tescilli birçok ses markası bulunmaktadır. TÜRKPATENT nezdinde tescilli ses markalarının bir kısmı aşağıda listelenmektedir;




- 2019 03223 sayılı  markası herhangi bir red kararına konu olmaksızın tescil edilmiştir.

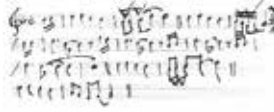


- 2017 118934 sayılı  markası herhangi bir red kararına konu olmaksızın tescil edilmiştir.



- 2016 66803 sayılı  markası herhangi bir red kararına konu olmaksızın tescil edilmiştir.

³¹⁵ Marka İnceleme Kılavuzu, 2019, sayfa 73.



- 2014 93307 sayılı marka herhangi bir red kararına konu olmaksızın tescil edilmiştir.

D. Hareket markaları:

Yönetmelik m. 7/5, bir başvurunun “hareket markası” olarak değerlendirilmesi için, öncelikle markanın hareket markası olduğunun başvuru formunda mutlaka belirtilmesi gerektiğini belirtmektedir. Aksi takdirde marka başvurusu sıradan bir “şekil” markası olarak ele alınmaktadır. Bununla birlikte, işareti oluşturan hareketi tasvir eden bir görüntünün veya hareketsiz ya da hareketli görüntü dizisinin TÜRKPATENT’e sunulması ve gösterimlerin markanın bütünlüğünü bozmayacak nitelikte olması gerektiği belirtilmektedir.

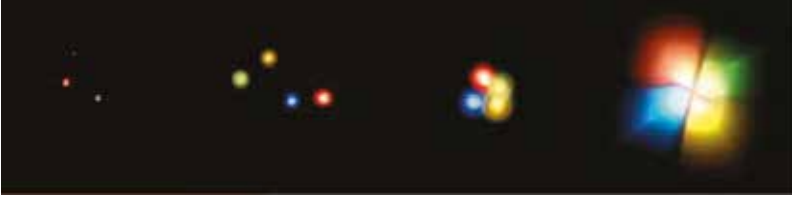
Diğer yandan, geleneksel marka başvurularından farklı olarak, TÜRKPATENT nezdinde koruma talep edilen hareketli görüntüyü açıklayan yazılı bir tarifname de marka başvurusuna eklenebilir. Hareket markalarına ait gösterim için hareketi gösteren bir elektronik kayıt ve numaralandırılmış veya sıralamayı açıklayan bir anlatımın eklendiğini gösteren bir görüntü dizisinden her ikisi veya herhangi biri başvuru tarafından seçilebilir³¹⁶. Bu noktada TÜRKPATENT, re’sen inceleme sırasında marka örneği ve harekete ilişkin sunulan elektronik kaydın, marka başvurusunun SMK m. 4’te yer alan “*sicilde gösterilebilir olma*” kriterini karşılaması için, birebir uyumlu olması şartını aramaktadır.

Ayırt edicilik bakımından yapılacak değerlendirmede ise, bu tarzmarkalarda ayırt edicilik değerlendirmesi her bir olay için özel şartlar göz önünde bulundurularak yapılmaktadır.

Windows açılışında kullanılan ve Microsoft’un dört renkli kare şeklindeki markasını oluşturan **EUIPO** nezdinde tescilli hareket markası Dünya çapında tescil edilen en bilinen hareket markaları

³¹⁶ Marka İnceleme Kılavuzu, 2019, sayfa 15.

arasında bulunmaktadır.



TÜRKPATENT nezdinde ise özellikle SMK'nın yürürlüğe girmesinin ardından hareket markalarına dair yapılan başvuru ve tescillerin sayısının artmış olduğu görülmekle birlikte bunun öncesinde de özellikle hareket markası olarak kayıt edilmemiş olması nedeni ile araştırma sonucunda ulaşılabilecek mümkün olmayan fakat bu amaçla başvurusu yapılmış olan başvuruların olduğu bilinmektedir.

Aşağıda görseline yer verilen ve tuz serpmeye hareketi olarak genel bir bilinirliğe ulaşmış, "saltbae" için yapılmış olan 2017 08618 sayılı marka başvurusu TÜRKPATENT tarafından kabul edilerek 25, 30 ve 43. Sınıflarda yer alan mal ve hizmetler için tescil edilmiştir.



TÜRKPATENT tarafından tescil edilen diğer hareket markalarına örnek olarak aşağıda yer alan 5. sınıfta tek kullanımlık bebek bezi ürünü için yapılmış olan 2016 93209 sayılı marka ve de 35 ve 36. sınıflarda yer alan hizmetler için yapılmış olan 2016 79291 sayılı markalar verilebilir.



E. Koku markaları:

SMK “kokuların” marka olarak tescil edilebileceğine veya edilmeyeceğine yönelik açık bir hüküm içermemektedir. Ancak, TÜRKPATENT Marka İnceleme Kılavuzunda açıkça “*bir koku numunesi için markanın dayanıklı ve değişmez bir şekilde gösterimi şartı sağlanmayacaktır. Bu nedenle böyle bir gösterim açık ve kesin olma şartını sağlamamaktadır*³¹⁷.” ifadesi yer almaktadır. Yönetmelikte de koku markaları ile ilgili açık bir hüküm bulunmamaktadır.

Bilindiği kadarı ile henüz TÜRKPATENT nezdinde tescilli ya da başvurusu yapılmış bir koku markası bulunmamakla birlikte EUIPO nezdinde koku markalarına dair örneklere rastlamak mümkündür.

F. Diğer Geleneksel Olmayan Markalar:

Listelenmiş olan geleneksel olmayan markalara ek olarak tat, doku (touch), pozisyon, hologram markası gibi çeşitli geleneksel

³¹⁷ Marka İnceleme Kılavuzu, 2019, sayfa 5.

olmayan marka türleri bulunmaktadır.

Yönetmelik m. 7/6 uyarınca, Yönetmelik m.7 hükümleri “niteliğine uygun düştüğü ölçüde, yukarıda sayılanlar dışında kalan bir işaretin gösterimi hakkında da uygulanır.” Bu kapsamda Yönetmelik m.7 kapsamında ayrı bir şekilde açıklanmayan tat, koku, doku, pozisyon, hologram markası gibi geleneksel olmayan marka türlerinin de yukarıda belirtilen şartları sağlamaları halinde tescili mümkün olabilecektir.

SONUÇ

Günümüz ticari koşullarında geleneksel kelime ve şekil markalarının yanı sıra üç boyutlu şekil, renk, ses, koku gibi unsurların da marka olarak tescil edilmesi bir gereklilik haline gelmiştir. Bu unsurların “*sicilde gösterilebilme*” ve “*bir işletmeye ait mal veya hizmeti, diğer işletmelere ait mal veya hizmetten ayırt etme*” fonksiyonlarına sahip olması halinde marka olarak tescil edilebileceği gerek yurtdışında gerekse ülkemizde kabul edilmektedir. TÜRKPATENT’in de özellikle SMK’nın yürürlüğe girmesinin ardından geleneksel olmayan markaların tesciline ilişkin bakış açısını genişletmekte olduğu gözlemlenmektedir.

KISALTMALAR CETVELİ

SMK	:	6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu
TÜRK PATENT	:	Türk Patent ve Marka Kurumu
EUIPO	:	Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi
AAD	:	Avrupa Adalet Divanı
556 Sayılı KHK	:	556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
Direktif	:	Avrupa Birliği 2008/95/EC sayılı Direktifi
Yönetmelik	:	Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik
YİDK	:	Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu
USPTO	:	Amerika Birleşik Devletleri Patent ve Marka Ofisi