

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK PROGRAMI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

MARKANIN DEVRİ

Zerrin ASLANTAŞ

Danışman
Doç Dr. Sevilay UZUNALLI

2011

YÜKSEK LİSANS
TEZ/ PROJE ONAY SAYFASI

2006800453

Üniversite : Dokuz Eylül Üniversitesi
Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü
Adı ve Soyadı : Zerrin ASLANTAŞ
Tez Başlığı : Markanın Devri

Savunma Tarihi : 02.12.2010
Danışmanı : Doç.Dr. Sevilay UZUNALLI

JÜRİ ÜYELERİ

<u>Ünvanı, Adı, Soyadı</u>	<u>Üniversitesi</u>	<u>imza</u>
Doç.Dr. Sevilay UZUNALLI	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	
Doç.Dr.Hacı CAN	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	
Doç.Dr.Oğuz ŞİMŞEK	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	

Oybirliği

Oy Çokluğu ()

Zerrin ASLANTAŞ tarafından hazırlanmış ve sunulmuş "Markanın Devri" başlıklı Tezi () / Projesi () kabul edilmiştir.

Prof.Dr. Utku UTKULU
Enstitü Müdürü

YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “**Markanın Devri**” adlı çalışmanın, tarafımdan, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

...../.....2011

Zerrin ASLANTAŞ

ÖZET

Markanın Devri
Zerrin ASLANTAŞ

Dokuz Eylül Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı
Özel Hukuk Programı

Gayri maddi ve mutlak haklardan olan marka, bir işletmenin mal ve hizmetlerini diğer işletmelerin mal ve hizmetlerinden ayırt etme aracı olması nedeniyle günümüzde ticari işletmenin en önemli unsurlarından biri haline gelmiştir. Fikri ve sınaî haklardan olan marka aynı zamanda ekonominin temel taşlarından biri haline gelmiştir. Markanın taşıdığı önem nedeniyle bu konuda ulusal ve uluslar arası düzenlemeler yapılmış ve marka hakkı koruma altına alınmıştır. Fakat marka hakkı bakımından sağlanan koruma tescilli markalar bakımından söz konusu olup, tescilsiz markalar bakımından ise genel hükümler uygulama alanı bulmaktadır. Bu nedenle çalışmada özellikle tescilli marka üzerinde durulmuştur.

Markanın sahip olduğu ekonomik değer nedeniyle, hukuki işlemlere konu olabileceği kabul edilmiş olup, markanın devri sözleşmesi de bu hukuki işlemlerden bir tanesidir. Fakat devir sözleşmesinin yapılması için bir takım kurallara uyulması gerekmektedir.

Bu çalışmada 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname uyarınca tescilli bir markanın sözleşmeyle devri incelenmiştir. Bu bağlamda marka hakkının niteliği, işlevleri, özellikleri ve markanın devre konu olması, devir sözleşmesinin özellikleri, işletme ile birlikte ve işletmeden bağımsız olarak devri, sözleşmenin tarafları, sözleşme yapılırken uyulması gereken şartlar, satım, bağış, trampa ve alacağın temliki gibi sözleşmelere ilişkin nitelikleri, devir sözleşmesinin tescili, hüküm ve sonuçları ile tescilin etkisi ele alınmıştır. Çalışmada Markalar

Kanunu Tasarısı'nın hükümleri de mümkün olduğu ölçüde incelenmiştir. Çalışmanın asıl amacı, marka hakkının devri sözleşmesi ve uygulamada devir sözleşmesi nedeniyle karşılaşılabilecek sorunların incelenmesidir.

**Anahtar Kelimeler: 1) Markanın Devri, 2) Marka,
3) Markanın Devri Sözleşmesi.**

ABSTRACT
Master Thesis
Transfer of A Registered Trademark
Zerrin ASLANTAŞ

Dokuz Eylül University
Institute of Social Sciences
Department of Private Law
Program of Private Law

One of the incorporeal and absolute rights is trademark, being a tool for differentiation of one business enterprise's goods and services from others; trademark has become one of the most important components for business concerns nowadays. Being one of intellectual and industrial property rights, trademark also has become one of the keystones of economy. Because of the reason that trademark is critically important, there has been made national and international arrangements to take cover trademark rights. But provided cover for trademark rights is point at issue of registered trademarks, besides for unregistered trademarks general provisions are applied. That is why in this study, especially registered trademarks are discussed.

Because of the reason that trademark carries economic importance, it is accepted that trademark can be a subject for legal affairs, transfer of trademark agreement is also one of these legal affairs. But to make a transfer agreement, you must comply with some rules.

In this study, it is discussed that transfer of a registered trademark with agreement, in accordance with executive Decree Law No. 556. In this context, trademark rights; properties, functions, being subjected to transfer, transfer agreement's properties, transfer with or independent from enterprise, sides of the agreement, the rules that must be obeyed while agreement is made, sale, donation, change of goods and properties regarding to agreements like

assignment of claims, transfer agreement's registration, effects, results and the effects of registration are dealt with. In study, time to time it is also mentioned Trademarks Law Bill. The main purpose of the study is to investigate the problems that can be seen because of the transfer agreement of trademarks and application of transfer agreement.

**Keywords: 1) Transfer of the brand, 2) Brand,
3) Transfer Agreement of the brand.**

İÇİNDEKİLER

MARKANIN DEVRİ

YEMİN METNİ.....	II
ÖZET	III
ABSTRACT.....	V
İÇİNDEKİLER	VII
KISALTMALAR.....	XII
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

MARKA VE MARKA HAKKI KAVRAMLARI VE MARKA HAKKININ DEVRE KONU OLMASI

A. TARİHSEL GELİŞİM	2
B. Türkiye'nin Markalarla İlgili Olarak Taraf Olduğu Uluslararası Anlaşmalar	3
1- 20.03.1883 Tarihli Sınâî Mülkiyetin Korunmasıyla İlgili Paris Anlaşması.....	4
2- Markaların Uluslar arası Tescili ile İlgili Madrid Anlaşması'na İlişkin Protokol.....	5
3- Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması ve TRIPS	6
4- Marka Kanunu Anlaşması	7
C. Türk Hukuku'ndaki Gelişmeler	10
1- 551 Sayılı Markalar Kanunu.....	10
2- 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname	11
3- Markalar Kanunu Tasarısı	13
D. Değerlendirme.....	13
II- MARKANIN TANIMI, ÖZELLİKLERİ, BENZER İŞARETLERDEN FARKI, İŞLEVİ VE TÜRLERİ.....	14
A. Markanın Tanımı.....	14
B. Markanın Özellikleri	19

1- Ayırt edici Nitelikte Olma	19
2- Mutlak Hakka Konu Olma	21
3- Gayri Maddi Mal Olma	22
4- Bağımsız Olma	23
5- Hukuki İşlemlere Konu olma	24
C. Markanın Benzer İşaretlerden Farkı.....	25
1- Markaların Coğrafi İşaretler ile Karşılaştırılması.....	25
2- Markaların İşletme Adı ve Ticaret Unvanı ile Karşılaştırılması	26
3- Markanın Garanti Markası ile Karşılaştırılması	28
D. Markanın İşlevleri	29
1- Markanın Köken Ayırt Etme İşlevi	29
2- Markanın Garanti İşlevi.....	32
3- Markanın Reklam İşlevi	34
4- Markanın Himaye Fonksiyonu	35
E. Markanın Türleri	36
1- Markanın Amacına Göre	36
2- Markanın Sahipliğine Göre	38
3- Markanın Tanınmışlığına Göre	41
4- Markanın Tescil Edilmiş Olup Olmamasına Göre	42
F. Değerlendirme.....	43
III-MARKA HAKKININ KAZANILMASI VE TESCİL İLKESİ	44
A. Genel olarak	44
B. Tescil İlkesi	46
C. Başvuru Yapabilecek Kişiler.....	47
D. Tescil Başvurusu, Şekli ve İçeriği.....	48
E. Tescilin Hukuki Sonuçları	50
F. Değerlendirme.....	51
IV-MARKANIN DEVRE KONU OLMASI	53
A. Genel Olarak	53
B. Devrin Usulü	54
1. Markanın İşletmeyle Birlikte veya İşletmeden Bağımsız Olarak Devri.....	54
2. Markanın Kısmi veya Tam Devri.....	55

3. Markanın Ortaklıkların Birleşmesi Yoluyla Devri.....	56
a) Yeni Kuruluş Yoluyla Birleşme.....	57
b) Devralma Yoluyla Birleşme.....	58
4. Markanın Ortaklığa Sermaye Olarak Getirilmesi.....	59
5. Ticari Vekil veya Temsilci Adına Devri	60
6. Markanın Miras Yolu ile İntikali.....	63
7. Markanın Teminat Amacıyla Devri.....	64
8. Markanın Mahkeme Kararıyla Devri	65
C. Değerlendirme.....	66

İKİNCİ BÖLÜM

MARKANIN 556 SAYILI KHK UYARINCA SÖZLEŞMEYLE DEVİRİ

I. GENEL OLARAK.....	68
II. GENEL HÜKÜMLERE GÖRE MARKA HAKKININ DEVİRİ	69
A. Bir Taahhüt İşlemi Olarak Borçlandırıcı İşlem.....	71
B. Tasarruf İşlemi	71
III. MARKA DEVİR SÖZLEŞMESİNİN KONUSU.....	72
A. Tescilli Marka	72
B. Tescilsiz Marka	73
IV. DEVİR SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI	74
A. Genel Olarak	74
B. Tarafların Anlaşması.....	75
V. DEVİR SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ.....	75
A. Markanın Ticari İşletmeden Bağımsız Devrine İlişkin Devir Sözleşmesi.....	75
1- Devir Sözleşmesinde İmza	78
2- Devir Sözleşmesinin Tarafları	79
a) Devreden	79
(1) Fiil Ehliyeti.....	80
(2) Tasarruf Ehliyeti.....	82
b) Devralan	84
B. Markanın İşletme İle Birlikte Devrine İlişkin Devir Sözleşmesi.....	85

C. Marka Hakkını Devretme Taahhüdü.....	88
1- Marka Devir Taahhüdünün Satım Sözleşmesi ile Karşılaştırılması.....	90
2- Marka Devir Taahhüdünün Bağışlama Sözleşmesi ile karşılaştırılması	92
3- Marka Devir Taahhüdünün Trampa Sözleşmesi İle Karşılaştırılması.....	93
VI. MARKA HAKKININ DEVRİ SÖZLEŞMESİNİN KHK'DA DÜZENLENEN DİĞER HUKUKİ İŞLEMLERLE KARŞILAŞTIRILMASI	94
A. Markanın Devrinin, Markanın Lisansı ile Karşılaştırılması	94
B. Markanın Devrinin, Markanın Rehni ile Karşılaştırılması	96
C. Markanın Devrinin, Markanın Haczi ile Karşılaştırılması.....	98
VII. MARKA HAKKININ DEVRİ SÖZLEŞMESİNİN BİR TASARRUF İŞLEMİ OLAN ALACAĞIN TEMLİKİ SÖZLEŞMESİ İLE BENZER NİTELİKLERİ....	100
A. Genel Olarak	100
B. Marka Hakkının Devri Hukuki Bir İşlemdir	101
1- İrade Açıklaması.....	102
2- Kazandırıcı Hukuki Sonuç.....	102
C. Marka Hakkının Devri Tasarruf İşlemidir	102
D. Markanın Devri Akdi Bir Muameledir.	103
E. Marka Hakkının Devrinin Sebebe Bağlı Olup Olmadığı.....	104
VIII. DEĞERLENDİRME.....	107

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MARKA DEVRİNİN TESCİLİ, HÜKÜM VE SONUÇLARI

I. MARKA DEVRİNİN TESCİLİ VE ETKİLERİ	109
A. Genel olarak	109
B. Marka Hakkının Tescili ve Yayınlanması.....	109
C. Tescilin Etkisi	113
D. Markanın Tesciline Konu Olan Mal ve Hizmetleri Sınıflarına Göre Korumanın Kapsamı	117
E. Devredenin Garanti Yükümü	118
F. Marka Hakkının Devrine İlişkin Tescil Engelleri.....	121
II. DEVRİN HÜKÜM VE SONUÇLARI	125

A. Genel Olarak	125
B. Markanın Devrinin Hükümsüzlük Davalarına Etkisi.....	126
1- 556 sayılı KHK madde 42/I-a Uyarınca Markanın Devri ile Bağlantılı Olarak Markanın Hükümsüzlüğü.....	127
2- 556 sayılı KHK madde 42/I-e Uyarınca Markanın Devri ile Bağlantılı Olarak Markanın Hükümsüzlüğü.....	131
C. Devrin Marka Hakkına İlişkin Davalara Etkisi.....	132
D. Marka Hakkının Devrinin Diğer Hukuki İşlemlere Etkisi.....	134
SONUÇ	136
KAYNAKLAR	143

KISALTMALAR

Batider	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz	: Bakınız
C	: Cilt
E	: Esas
GSÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
İİK	: İcra İflas Kanunu
K	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
M	: Madde
MÖ	: Milattan önce
RG	: Resmi Gazete
s	: sayfa
S	: Sayı
Tic. D.	: Ticaret Dergisi
TPE	: Türk Patent Entitüsü
TRIPS	: Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
Vd.	: Ve devamı
WIPO	: World Intellectual Property Organization
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
Yy	: Yüzyıl
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

GİRİŞ

Ticari hayatta en sık karşılaşılan fikri ve sınaî haklardan olan marka, aynı zamanda ekonominin temel taşlarından biri haline gelmiştir. Günümüzde özellikle şirketler, mal veya hizmetlerini, diğer şirketlerin mal veya hizmetlerinden ayırmak, yeni müşteriler kazanmak ve mevcut müşteri topluluğunu korumak amacıyla ürettikleri ya da piyasaya sundukları mal veya hizmetin üzerinde özel ve ayırt edici bir işaret olan markayı kullanmaktadır. Markanın taşıdığı ekonomik değer nedeniyle marka hakkının korunması için gerek uluslar arası gerekse ulusal düzenlemeler yapılmış ve markanın hukuki işlemlere konu olabileceği kabul edilmiştir.

Günümüzde ticari işletmenin en önemli unsurlarından biri haline gelen markanın gerek işletme ile gerekse işletmeden bağımsız olarak devredilebileceği kabul edilmiştir. Markanın kazandığı ekonomik değer birçok işlevi de içinde barındırmaktadır. Bu bağlamda özellikle markanın köken ayırt etme işlevi, hem markanın ekonomik değeri hem de marka hakkının devri bakımından büyük önem taşımaktadır. Çalışmamda markanın taşıdığı bu önem nedeniyle markanın hak sahibinin malvarlığından çıkararak başkasının malvarlığına geçiren marka devir sözleşmesi, devir sözleşmesinin köken ayırt etme işlevi olan bağlantısı ve uygulamada doğabilecek sıkıntılar incelenmeye çalışılacaktır.

Çalışma üç bölümden oluşmaktadır. Markanın devrinin incelenmesi için öncelikle marka kavramının, özellikleri ve işlevlerinin ortaya konulması gerekmektedir. Bu nedenle birinci bölümde öncelikle marka kavramı üzerinde durulacak, markanın özellikleri, işlevleri, türleri, marka hakkının kazanılması ve tescil ilkesi ile markanın devre konu olması incelenecektir.

Marka kavramının ortaya konulmasından sonra ikinci bölümde çalışmanın asıl konusu olan markanın devri sözleşmesi üzerinde durulacaktır. Buna göre 556 sayılı KHK uyarınca markanın devri sözleşmesi, genel hükümler uyarınca borçlandırıci işlem ve tasarruf işlemi kavramı, marka devir sözleşmesinin konusu, kurulması, tarafları, sözleşmenin şekli, marka hakkını devretme taahhüdü, marka

devir taahhüdünün satım, bağış ve trampa sözleşmeleri ile karşılaştırılması, marka devir sözleşmesinin benzer sözleşmelerle kıyaslanması, marka devir sözleşmesinin alacağın temlikine ilişkin nitelikleri incelenecektir. Ekonomik bir değeri olan marka hakkının günümüzde kazandığı önem nedeniyle marka hakkının devir yoluyla kazanılması ve devir sözleşmesinin niteliğinin ortaya konulması uygulamada çıkabilecek birçok sorunun tespiti açısından da önem taşımaktadır.

Markanın devir sözleşmesine konu olması beraberinde birçok hukuksal problemi de getirmektedir. 556 sayılı KHK'nin devir sözleşmesinin kurulmasından sonra uygulamada ortaya çıkabilecek birçok sorunu engellemede yetersiz olması, Markalar Kanunu Tasarısı ile de söz konusu eksikliklerin giderilememiş olması nedeniyle markanın devri sözleşmesinin hüküm ve sonuçları ile devir sözleşmesinin uygulamada yaratabileceği sıkıntıların tespiti gerekmektedir. Bu nedenle üçüncü bölümde marka hakkının devrinin sicile tescili, tescilin etkisi, tescil engelleri, tescilin hüküm ve sonuçları, marka hakkının devrinin davalara etkisi, hükümsüzlük sebepleri üzerinde durulacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

MARKA VE MARKA HAKKI KAVRAMLARI VE MARKA HAKKININ DEVRE KONU OLMASI

I. MARKAYA İLİŞKİN HUKUKSAL KORUMA

A. TARİHSEL GELİŞİM

Önceleri sınırlı olanaklarla ürettiklerini sınırlı alanlarda satışa sunan işletme sahipleri, sermaye birikimi ve sanayi devrimi sonucu dev üretim ve dağıtım tesisleri kurdular. Üretim ve dağıtım tesislerinin artması, tek malı alan tüketiciye aynı ihtiyacı karşılayan fakat farklı işletmelerce üretilmiş mallar arasında seçim yapma ve beğendiğini alma imkânını kazandırdı¹. Bu durum işletmeler arasındaki rekabet ortamının oluşmasına sebep olmuş, işletmelerin kendi mal ve hizmetlerini diğerlerinininkinden ayırmak, kendi alıcı kitlesini yaratmak ve bunu korumak amacıyla malların özel ve ayırt edici işaretlerle piyasaya sunulmasına yol açmıştır. Bu ise marka kavramı ile mümkün olmuştur.

Markanın tarihsel kökeni Ortaçağ'a hatta eski çağlara dayanmaktadır. Tarihin ilk çağlarında marka insanların bir şeylere sahip olduğunu veya üreticisini göstermek için kullanılmaktadır. MÖ 5000 yıllarına kadar mağara duvarlarında ve çömlekçilik alanında görülen çizimler markanın başlangıcı olarak kabul edilmektedir. Yine 3500 yıllarında Mezopotamya malları, üzerinde bulunan silindir yapıdaki mühürlere bakılarak ayırt edilmektedir².

Kişisel eşyalara marka vurdurmak âdeti ortaçağın ilk yıllarından kalma olup, örneğin Fransa krallarının çamaşırlarına marka olarak zambak işlenmektedir³. Ortaçağın başlarında Fransız krallarının iç çamaşırlarına konan motiflerin herhangi

¹ KARAHAN, Sami, Ticari İşletme Hukuku, Konya 1998, s.139-140.

² <http://209.85.129.132/search?q=cache:eHTPWclTErgJ:www.marka-turk.com/tarihce.html+marka+tarihsel&hl=tr&ct=clnk&cd=12&gl=tr> (11.12.2008).

³ SAĞLAM Mehmet Adil, Türk Markalar Kanunu Şerhi ve Tatbikatı, Ankara, 1973, s.2; TEKİNALP, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul. 2005, s. 337 (Fikri Mülkiyet).

bir işletmenin veya loncanın mallarını diğerlerinden ayırt etmek için mi yoksa malın bir aileye veya kişiye ait bulunduğunu belirten sembolleri mi ifade ettiği belirsizdir⁴. Bu dönemde bir malı diğerlerinden ayırt etmekten çok malın aidiyetini belirttiği söylenebilir.

Markanın konumuz açısından değerlendirilebilmesi için markanın ticari açıdan ele alınması gerekmektedir. Markanın ticaretle bağlarının güçlenmesi, köken gösterme işlevi ile birlikte ayırt edicilik unsurunun ön plana çıkması ise Kıta Avrupa'sı ülkelerindeki loncalar sayesinde olmuş ve aynı loncaya ait esnafların mallarının diğer loncalardan ayrılması için kullanılan semboller markanın ticari yaşam içinde yer almasına sebep olmuştur⁵. Ortaçağda kullanılan bu markalar bir imalatçı ya da tacirden önce mensup olduğu mesleğin işareti olmaları nedeniyle kolektif markalar olarak da kabul edilmektedir⁶. Osmanlı İmparatorluğunda 13. yy.dan itibaren loncaların bulunmasına rağmen, bu loncalar markaların kullanılması ve gelişmesi konusunda herhangi bir role sahip değildir⁷.

B. Türkiye'nin Markalarla İlgili Olarak Taraf Olduğu Uluslararası Anlaşmalar

1982 tarihli Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası uyarınca⁸; usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslar arası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda anlaşma hükümlerinin esas alınacağı düzenlenmiştir. Anayasa madde 35 ile güvence altına alınan ve temel haklardan biri olan mülkiyet hakkının kapsamında gayri maddi mal olarak kabul edilen fikri haklar da yer almakta olup, 556 sayılı KHK'den daha elverişli hükümler içeren uluslar arası anlaşma hükümlerinin öncelikle uygulanmasının anayasal olarak da güvence altına alınması

⁴ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.337.

⁵ERGÜN, Şeyda, Marka Hukuku, Tanımı, Türleri, Tescil Engelleri, http://www.upb.org.tr/index.php?option=com_content&task=view&id=59&Itemid=9 (25 OCAK 2007); TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.337; ÜLGEN, Hüseyin ve diğerleri, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul. 2006, s.342; YASAMAN Hamdi/ POROY Reha, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2001, s.304(Ticari İşletme); ÜLGEN ve diğerleri, , s.342.

⁶ POROY/YASAMAN, Ticari İşletme, 303-304 vd.

⁷ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.337.

⁸ RG. 22.05.2004, S.25592.

nedeniyle⁹ uluslar arası anlaşmalar markanın devri bakımından da uygulama alanı bulacaktır.

Ayrıca gerek 556 sayılı KHK'nin 4. maddesinde gerekse Tasarı'nın 4. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre yürürlüğe konulmuş uluslar arası anlaşma hükümlerinin yürürlükteki düzenlemelerden daha elverişli olması halinde korunmadan yararlanacak kişilerin elverişli olan hükümlerin uygulanmasını talep etme hakkı olduğu düzenlenmiştir.

1- 20.03.1883 Tarihli Sınâî Mülkiyetin Korunmasıyla İlgili Paris Anlaşması

Uluslar arası alanda düzenlenen en eski ve önemli uluslar arası anlaşma 20.03.1883 tarihli Paris Anlaşması olarak kabul edilebilir. Paris Anlaşması sınâî mülkiyetin korunması amacıyla kabul edilmiştir.

Anlaşma 20.03.1888 yılında imzalanmış, 14.12.1900 tarihinde Brüksel'de, 1911 yılında Washington'da, 1925 yılında La Haye'de, 1934 yılında Londra'da, 1958 yılında Lisbon'da, 1967 yılında Stockholm'de gözden geçirilmiş ve değişiklikler yapılmıştır. Türkiye Lozan Barış Antlaşmasının eki olan Ticaret Mukavelesi'nin 14. maddesiyle Paris Anlaşması'na katılmayı kabul etmiş ve 1925 yılında Ticaret Mukavelesini 342 sayılı kanunla¹⁰ onayarak yerine getirmiştir. Paris Anlaşması'nın La Haye metnini 1619 sayılı kanunla benimsemiş¹¹, 6894 sayılı kanun ile Paris Anlaşması'nın 1934 tarihli Londra metnini¹² onaylamış, 1967 tarihli Stockholm metnine 1 ile 12. maddelerine çekince koyarak iştirak etmiş¹³ ve çekinceyi 1994 yılında kaldırmıştır¹⁴.

⁹ PINAR, Hamdi, Uluslar arası Rekabette Fikri Mülkiyet Haklarının Önemi ve Türkiye, İstanbul, 2004, s.18; UZUNALLI, Sevilay, Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Markanın Köken Ayırt Etme İşlevi ile Bağlantılı Kavramların Yorumu, İzmir, 2008, s. 29.

¹⁰ III Düstur, C5, 6.

¹¹ R.G. 29.05.1930, S.1506.

¹² R.G. 07.02.1957, S.9529.

¹³ R.G. 20.11.1975, Bakanlar Kurulu'nun 7/10464 s. Kararı.

¹⁴ R.G. 23.09.1994, S.12206.

Anlaşmada sınai mülkiyetin korunmasının konusunu ihtira beratları, faydalı modeller, sınai resim veya modeller, fabrika veya ticaret markaları, hizmet markaları, ticaret unvanı ve orjin işaretleri veya menşe adlandırmaları ve haksız rekabetin önlenmesi oluşturmaktadır¹⁵.

Anlaşmanın uygulandığı ülkeler sınai mülkiyetin korunması için “Birlik” haline gelmişlerdir¹⁶. Bu nedenle Paris Anlaşması üye ülkeler arasında sadece bir anlaşma ilişkisi kurmamakta aynı zamanda tüzel kişiliği olan bir “Birlik” oluşturmaktadır¹⁷. Anlaşmaya 31 Aralık 2002 tarihi itibarıyla 164 üye ülke bulunmaktadır¹⁸.

Anlaşmanın altıncı (üçüncü mükerrer) maddesinde markanın devir ve temlik hükümlerine yer verilmiş olup, buna göre “bir birlik memleketinin kanuni mevzuatına tevfikân bir markanın devir ve temlik ancak markanın ait olduğu müessesenin veya ticarethanenin aynı zamanda devrile muteber olması halinde bu muteberliğin kabul edilmesi için bu memlekette bulunan müessese veya ticarethane kısmının temlik edilen markayı taşıyan mamullerin münhasıran imali veya satışı hakkı ile beraber devredilmesi kafidir” hükmüne yer verilmiştir. Görüldüğü üzere üye devletlerin markanın devredilebilmesi için işletmenin de devredilmesi şartını getirebileceklerine yer verilmiştir.

2- Markaların Uluslar arası Tescili ile İlgili Madrid Anlaşması’na İlişkin Protokol

Ulusal düzeyde tescil edilmiş bir markanın uluslararası merkezi bir büroya (WIPO) bildirilerek, tescil edilmesi ve bu yolla markanın, diğer üye devletlerde de aynı statüye sahip olmasını sağlamak amacıyla 1891 tarihinde Madrid Anlaşması imzalanmıştır. 1989 yılında da, Madrid Anlaşması ile ilgili bir protokol imzalanmıştır.

¹⁵ Paris Sözleşmesi md.1 b.2.

¹⁶ Paris Anlaşması, m.1 b.1.

¹⁷ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.71-72.

¹⁸ <http://www.rasyonelpatent.com/tr/hizmetler.html#paris> (22.07.2009).

Madrid Anlaşması'na İlişkin Protokol'e 72 üye ülke bulunmaktadır¹⁹. Türkiye Bakanlar Kurulu'nun 05.08.1997 tarihli ve 97/9731 sayılı kararıyla Madrid Anlaşması ile ilgili Protokole katılmıştır²⁰.

Madrid Protokolü ile markanın öncelikle ulusal makam nezdinde tescil edilmesi koşulundan vazgeçilerek markanın yetkili ulusal makama başvuruda bulunulması uluslar arası tescil için yeterli sayılmıştır (m.2). Madrid Protokolü kapsamında yapılan bir Uluslararası marka müracaatıyla, protokole üye ülkelerin belirlenen birkaçında veya tamamında marka tescili mümkün olmaktadır. Bu Protokolün amacı, markaların tek bir başvuru yapılarak ve tek bir dil kullanarak birden fazla ülkede (Protokole taraf ülkelerde) uluslararası tescilini ve marka tescil edildikten sonra yapılacak olan (unvan veya adres değişikliği, devir, mal ve hizmet listelerindeki sınırlamalar gibi) değişikliklerin tek bir işlem aracılığıyla Uluslararası Sicile kaydedilmesini sağlamaktadır²¹. Geçerli bir devrin bulunmadığı durumlarda, milletlerarası sicilin ıslah edici etkisi bulunmaması nedeniyle uluslar arası tescil devri geçerli hale getirmeyecektir²². Bu nedenle devralanın geçersiz devir nedeniyle uluslar arası sicile kaydedilmesi halinde dahi devralanın, hak sahibi haline geldiğini söylemek mümkün değildir.

3- Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması ve TRIPS

Uluslar arası ticari faaliyetlerin serbestleştirilmesi hususunda yapılan müzakereler ile çok taraflı ticari anlaşmaların uygulanmasını, işlemlerini kolaylaştırmak için Dünya Ticaret Örgütü'nün kurulması hususunda uluslararası bir anlaşma yapılmıştır. Bu anlaşmanın "çok taraflı ticari anlaşmaları" olarak anılan ve

¹⁹ <http://www.rasyonelpatent.com/tr/hizmetler.html#madrid> (22.07.2009).

²⁰ RG. 22.08.1997, S.23088.

²¹ KIRCA, malik değişikliğinin/markanın devrinin geçerliliği ve bunun için hangi şartların arandığı hususu, devrin gerçekleştiği akit tarafın milli hukukuna göre tayin edilecek olduğunu, geçersiz bir malik tarafından devrin sicile tescili onu geçerli hale getirmeyeceğini belirtmiştir. (İsmail, Markaların Milletlerarası Tescili, Madrid Sistemi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2005, s. 135).

²² KIRCA, s.134.

asıl anlaşmanın mütemmim cüzünü teşkil ederek tüm üyeleri bağlayan bazı ekleri de vardır. Bu eklerden biri de Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması'dır.

Bütün fikri mülkiyet hukukunu kapsayan bu anlaşmayı Türkiye 26.01.1995 tarihinde 467 sayılı kanunla kabul etmiştir. Böylece bu anlaşmanın eki olan TRIPS de²³ (Ticaret Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması) ülkemiz bakımından bağlayıcı hale gelmiştir.

Markaların²⁴ serbest devrini düzenleyen TRIPS madde 21 uyarınca markanın devri ve lisans verilmesi konusunda üye ülkelere düzenleme serbestisi tanınmıştır²⁵. Böylelikle TRIPS ile getirilen düzenleme serbestisi ile 556 sayılı KHK uyarınca markanın hukuki işlemlere konu olabileceği ve işletmeden bağımsız olarak devredilebileceğinin kabul edildiği söylenebilecektir.

4- Marka Kanunu Anlaşması

Türkiye tarafından 07.04.2004 tarihli, 5118 sayılı uygun bulma kanunu ile Cenevre'de yapılan diplomatik konferans ile kabul edilen Marka Kanunu Anlaşması'na katılmıştır. Yine Anlaşma'nın uygulanmasını gösteren "Marka Kanunu Uygulama Anlaşmasını Gösteren Yönetmeliği" çıkarılmıştır²⁶. Marka Kanunu Anlaşması ile üye ülkelerin marka başvuru ve tescil prosedürünün uyumlaştırılması amaçlanmış olup, Nitekim Markalar Kanunu Tasarı'sı hazırlanırken Marka Kanunu Anlaşması da göz önünde bulundurulmuştur.

Anlaşmanın 11. maddesinde markanın mülkiyet değişikliğine ilişkin hükümlere yer verilmiş olup, markanın devri sözleşmesi ile de marka hakkının mülkiyetinin değişmesi nedeniyle bu madde içinde değerlendirmek mümkündür. Anlaşma ile mülkiyet değişikliğinin de yazılı şekilde yapılması öngörülmüştür. Fakat

²³ Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights

²⁴ TRIPS madde 15 ile bir işletmenin mal ve hizmetlerini diğer işletmelerin mal ve hizmetlerinden ayıran herhangi bir işaret veya işaret kombinasyonunun marka oluşturabileceği öngörülmüştür.

²⁵ ÖZEL, Çağlar, Marka Lisansı Sözleşmesi, Ankara, 2002, s.37.

²⁶ R.G. 23.09.2004, S.25592.

Antlaşma ile mülkiyet değişikliği bakımından kanundan farklı bir takım hükümler yer almaktadır.

Buna göre; bir marka sahibi olan kişinin değişmesi durumunda, değişikliğin Ofis tarafından marka siciline kaydının yapılması için marka sahibi veya vekili tarafından veya mülkiyeti alan kişi tarafından imzalanmış ve ilgili tescilin tescil numarasını ve yapılacak değişikliği belirtir bir bildirimle yapılacak talebi her Akit tarafın kabul edeceği düzenlenmiştir.

Anlaşmanın 11/b bendi uyarınca, mülkiyet değişikliğinin bir sözleşmeden kaynaklandığı durumlarda, Akit tarafın bu hususun talepte belirtilmesini ve taleple birlikte talep sahibinin tercihine bağlı olarak sözleşmenin bir kopyasının, sözleşmenin mülkiyet değişikliğini gösterir kısmının suretinin, taraflarca imzalanan ve Yönetmelikte belirlenen içeriğe uygun olarak hazırlanmış tasdikli devir belgesinin veya taraflarca imzalanan ve Yönetmelikte belirlenen içeriğe uygun olarak hazırlanmış tasdikli devir senedinin verilmesini isteyebilecektir. Görüldüğü üzere burada mülkiyet değişikliğinin sözleşmeden kaynaklandığı durumlarda Akit devlet tarafından talebe eklenebilecek belgelerin kapsamı genişletilmiştir. Buna ek olarak Akit tarafın, sözleşmenin ve sözleşmenin mülkiyet değişikliği gösterir kısmının suretinin noter veya diğer bir yetkili mercii tarafından aslına uygunluğunun onanmasını isteyebileceği düzenlenmiştir.

5- 89/104 Sayılı Avrupa Birliği Marka Yönergesi

Avrupa Birliği Marka Hukukunun temelini Avrupa Konseyi'nin 21 Aralık 1988 tarihli ve 89/104/EEC sayılı Üye Devletlerdeki Markalara İlişkin Yasal Düzenlemelerin Uyumlaştırılmasına İlişkin Yönerge ile Avrupa Konseyi'nin 20 Aralık 1993 tarihli ve 40/94 sayılı Topluluk Marka Tüzüğü oluşturmaktadır²⁷. 89/104 sayılı Yönerge 22.11.2008 tarihinde değiştirilmiş, 2008/95 EC numarası ile

²⁷ 40/94 sayılı Topluluk Marka Tüzüğü'nün hükümleri büyük ölçüde değiştirilerek 26.02.2009 tarihinde 207/2009 tarihli Topluluk Marka Tüzüğü kabul edilmiş ve 207/2009 sayılı Topluluk Marka Tüzüğü 13.04.2009 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:078:0001:0042:EN:PDF> .

28.11.2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir²⁸. 2008/95 sayılı Yönerge ile Yönerge'ye yenilik getirilememiş olup, nitekim tarafımızca da 89/104 sayılı Yönerge'den faydalanılmıştır.

Avrupa Birliği bir taraftan 89/104 sayılı Yönerge ile üye devletlerin ulusal hukuk düzenlerinin uyumlaştırılması, diğer taraftan da 40/94 sayılı Marka Tüzüğü ile bağımsız nitelikteki bir Topluluk Marka Hukuku oluşturmayı amaçlamıştır. Topluluk Markası, sahibine tek bir tescil işlemi ile bütün Avrupa Birliği üyesi devletlerde eş değer nitelikte koruma sağlamayı hedeflemektedir.

89/104 sayılı Yönerge üye ülkelerin marka konusunda oluşturulan mevzuatı ortadan kaldırmayı değil markaların iktisabı ve korunması bakımından benzer koşulların yaratılması için üye devletlerdeki marka kanunları uyumlaştırılması amaçlanmıştır. Yönerge markanın devrine ilişkin hükümler içermemekte olup, marka hakkı sahibinin bu hak üzerinde serbestçe tasarruf edebileceğinden hareket eder.

Türkiye ile Avrupa Birliği arasındaki Ortaklık Konseyi'nin 06.03.1995 tarih ve 1/95 sayılı Kararı ile ticaret ve hizmet markaları ile ilgili mevzuatını Avrupa Birliği Hukuku'na uygun hale getirmeyi üstlenmiştir. Söz konusu karar ile fikri ve sınai mülkiyet haklarının etkin bir biçimde korunması için uygulanmasının önemi belirlenmiş ve 8 numaralı Ek ile Türkiye, bu kararın yürürlüğe girmesinden itibaren en geç üç yıl içinde TRIPs Anlaşmasını uygulamayı ve fikri, sınai mülkiyet haklarının Avrupa Birliği'nde geçerli olan koruma düzeyine denk biçimde korunmasını sağlayacak tedbirleri almayı taahhüt etmiştir. 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'ndan sonra çalışmalar hızlanmış ve Bakanlar Kurulu'na KHK çıkarma yetkisi veren 08.06.1995 tarih ve 4113 sayılı Kanun ile 556 sayılı KHK kabul edilmiştir²⁹

²⁸ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:312:0003:0003:EN:PDF>
(22.12.2010)

²⁹ R.G. 27.06.1995 S. 22326.

C. Türk Hukuku'ndaki Gelişmeler

1- 551 Sayılı Markalar Kanunu

Markaların hukuksal korumaya kavuşmasına yönelik düzenlemeler 19. yüzyılda Kara Avrupa'sı, İngiltere ve ABD'de başlamıştır. Türkiye'de bu alanda yapılan ilk düzenleme ise 1872 (1288) tarihli Nizamnamedir. Bu nizamname markanın devri konusunda herhangi bir düzenleme içermemekte olup, 1888 (1304) tarihli "Fabrikalar Mamulâtı ile Eşyayı Ticariyeye Mahsus Alameti Farikalara Dair Nizamname"³⁰ ile yürürlükten kaldırılmıştır.³¹ 1888 tarihli Nizamnamenin 4. maddesinde markanın işletmeden bağımsız olarak devredilebileceği hükme bağlanmıştır.

Her iki Nizamname'nin kaynağı da Fransız Kanunu'dur. 1888 tarihli Nizamname'de 1955 yılında 6591 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle markaların tescil olunmadan önce İktisat ve Ticaret Bakanlığınca incelemeye tabi tutulması düzenlenmiştir³². 03.03.1965 gün ve 551 sayılı Markalar Kanunu'nun kabul edilmesi ile 28.04.1304 tarihli Alameti Farika Nizamnamesi yürürlükten kalkmıştır³³.

03.03.1965 tarihinde 551 sayılı Markalar Kanunu³⁴ kabul edilmiş ve Türk Marka Hukuku'nda önemli bir adım atılmıştır. 551 sayılı Markalar Kanunu madde 1 uyarınca; "Sanayide, küçük sanatlarda, tarımda, imal, ihzar istihsal olunan veya ticarete satışa çıkarılan her nevi emtiayı başkalarından ayırt etmek için bu emtia ve ambalajı üzerine konulan, emtia üzerine konulmadığı takdirde ambalajlarına konan ve bu maksada elverişli bulunan işaretler marka sayılır." Hükümüne yer verilmiş olup, 34 vd. maddelerinde markanın işletmeden bağımsız olarak devredilebileceği, lisans haciz gibi hukuki işlemlere konu olabileceği düzenlenmiştir.

³⁰ 29 Şaban 1305 - 28 Nisan 1304 (11 Mayıs 1888, Nizamnamenin ilk hazırlanış tarihi 20 Eylül 1871) .

³¹ ARSEVEN, Haydar, Nazari ve Tatbiki Alameti Farika Hukuku, İstanbul 1951, s.4.

³² RG. 27.05.1955, S.9013.

³³ RG. 12.03.1965, S.11951.

³⁴ RG. 12.03.1965, S.11951.

2- 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname

Türkiye ile Avrupa Birliği arasındaki Ortaklık Konseyi'nin 06.03.1995 tarih ve 1/95 sayılı Kararı ile fikri ve sınai mülkiyet haklarının, Avrupa Birliği'nde geçerli olan koruma düzeyine denk biçimde korunmasını sağlayacak tedbirleri alan Türkiye, 08.06.1995 tarihinde 4113 sayılı Yetki Kanunu'yla Bakanlar Kurulu'na diğer bazı kanunlarda değişiklik yapılmasının yanında, patent, faydalı model, endüstriyel tasarım, markalar ve coğrafi işaretlerin korunmasını sağlamak amacıyla Kanun Hükmünde Kararname çıkarma yetkisi verilmiştir³⁵. Bakanlar Kurulu bu yetkiye dayanarak Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameyi kabul etmiş ve bu kararname 551 sayılı Markalar Kanunu'nun yerini almıştır³⁶.

Yayınlandığı 27.06.1995'de yürürlüğe giren 556 sayılı KHK ile ceza hükümlerinin getirilmesi mümkün olmadığından, 551 sayılı Markalar Kanunu'nun 51,52 ve 53. maddeleri dışındaki maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır. 03.11.1995 tarihli 4128 sayılı Kanun³⁷ ile 556 sayılı KHK'ye ilave ve değişiklikler yapılmıştır. Böylece 551 Sayılı Markalar Kanunu'nun ceza hükümleri de yürürlükten kaldırılmıştır. 556 sayılı KHK'de da 03.11.1995 tarih ve 4128 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikte marka hakkına tecavüz sayılan hallerde uygulanacak yaptırımlar eklenmiş ve 26.06.2004 tarihli 5194 sayılı Kanun³⁸ ile de uygulanacak yaptırımlara ilişkin bazı değişiklikler yapılmıştır. Fakat Anayasa Mahkemesi'nin 03.01.2008 tarihli 2005/15 E, 2008/2 K, ve 26.06.2004 tarihli kararı uyarınca, 556 sayılı KHK'nin 9/1-b, 9/2-b, 61/a maddesinin 9/1-2 fıkralarının b bentleri ile 61/c bendinin "Kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesi gereğince Anayasa'nın 38 ve 91. maddelerin aykırı olduğu kabul edilerek iptaline karar verilmiştir³⁹. Söz konusu iptal kararları nedeniyle doğmuş ve doğacak olan hukuki boşluğun giderilmesi amacıyla 02.01.2009 tarihinde kararlaştırılan "Markaların Korunması Hakkında Kanun

³⁵ RG. 24.06.1995, S.22323.

³⁶ RG. 27.06.1995, S. 22326.

³⁷ RG. 07.11.1995, S.22456.

³⁸ RG. 26.06.2004, S. 25504.

³⁹ RG. 05.07.2008, S.26927.

Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı” hazırlanmış olup, Tasarı TBMM’ye gönderilmiştir⁴⁰.

Önce 556 sayılı KHK’nin Uygulama Şeklini Gösterir Yönetmelik çıkartılmıştır⁴¹. Yönetmelikte zaman içinde birtakım değişiklikler yapılmıştır⁴². Yönetmeliğin amacı 1. maddesinde belirtilmiş olup, buna göre, 556 sayılı KHK’de belirtilen marka tescil başvurusunun yeri ve zamanı ile başvuru evrakının düzenlenmesi ve markalarla ilgili diğer işlemlerde uygulanacak usul ve esasları belirlemek olarak ortaya konulmuştur. En son 2005 yılında 556 sayılı Markaların Korunması hakkında Kanun Hükmündeki Kararnamenin Uygulanmasına Dair Yönetmelik yürürlüğe girmiştir⁴³.

556 sayılı KHK’nin çıkarılmasına kadar marka ve diğer sınaî haklarla ilgili işlemler Sanayi ve Ticaret Bakanlığınca yürütülmekteydi. Ancak 24.06.1994 tarihli 544 sayılı Kanun Hükmünde Kararname⁴⁴ ile Türk Patent Enstitüsü (TPE)⁴⁵ kurularak, patent, marka ve sair sınaî mülkiyet haklarının kurulması ve korunması ile ilgili işlemleri yapma görevi Sanayi ve Ticaret Bakanlığı’ndan alınarak, TPE’ye verilmiştir.

Markayla ilgili hukuki işlemlerin konusu, büyük ölçüde 551 sayılı Markalar Kanunu’ndaki düzenlemeye benzer şekilde hükme bağlanmış ve marka hakkının işletmeden bağımsız olarak devrine, lisans sözleşmelerine konu olmasına izin verilmiştir. 551 Sayılı Markalar Kanunu’ndan farklı olarak devir ve lisans sözleşmelerinin noterlikçe düzenlenmesi şartından vazgeçilerek yazılı şekil yeterli kabul edilmiştir. Ayrıca 556 sayılı KHK madde 16/5 uyarınca markanın devri sırasında aynı markanın veya benzerinin, aynı ya da benzeri mal ve hizmetler için başka tescillerinin bulunması halinde, bu markaların da devredilmesi zorunluluğu getirilmiştir.

⁴⁰ www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss319.pdf (22.09.2010).

⁴¹ RG. 05.11.1995, S. 22454.

⁴² 23.04.1999-23672, 02.10.2002-24894, RG. 09.04.2005, S.25781 gün ve sayılı Resmi Gazeteler.

⁴³ RG. 09.04.2005, S.25781.

⁴⁴ RG. 24.06.1994, S. 21970.

⁴⁵ RG. 24.06.1994 21970 mükerrer; Türk Patent Enstitüsü (TPE) Sanayi ve Ticaret Bakanlığı’na bağlı, tüzel kişiliğe sahip özel bütçeli bir kamu kuruluşudur.

Bugün halen yürürlükte olan 556 sayılı Markaların Korunması Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararname'nin 15. maddesinde markaların hukuki işlemlere konu olacağı düzenlenmiştir.

3- Markalar Kanunu Tasarısı

Sanayi ve Ticaret Bakanlığınca hazırlanan ve Bakanlar Kurulu'nca 05.01.2009 tarihinde kararlaştırılan Markalar Kanunu Tasarısı ile 556 sayılı KHK'nin modern mevzuatlarla uyumu dikkate alınmış ve KHK'nin özünün zedelenmemesine dikkat edilmiştir. Bunun yanı sıra, Tasarının bir yandan Türkiye'nin gerçeklerine ve ihtiyaçlarına uygun ve daha iyi işleyebilecek bir sistemin oluşturulmasına hizmet etmesi, diğer taraftan, taraf olduğumuz uluslar arası anlaşmalara uyumu amaçlanmıştır. Özellikle ülkemizde uygulanmaya başlanan Marka Kanunu Anlaşması'na katılımımız ile 556 sayılı KHK'nin bazı hükümlerinin değiştirilmesi ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bu anlamda tasarıda yapılan en önemli düzenlemelerden biri Markalar Kanunu Anlaşması'na uyum çalışmaları çerçevesinde hazırlanan marka tescil başvurusunun bölünmesi prosedürünün düzenlenmiş olmasıdır.

D. Değerlendirme

Ülkemizde gerek 1888 (1304) tarihli Fabrikalar Mamulâtı ile Eşyayı Ticariyeye Mahsus Alameti Farikalara Dair Nizamname, gerek 551 sayılı Markalar Kanunu, gerek 556 sayılı KHK, gerekse Markalar Kanunu Tasarısı ile markanın hukuki işlemlere konu olabileceği ve işletmeden ayrı olarak devredilebileceği düzenlenmiştir. Yine Paris Anlaşmasının altıncı (üçüncü mükerrer) maddesinde markanın devir ve temlik hükümlerine yer verilmiş olup, üye devletlerin markanın devredilebilmesi için işletmenin de devredilmesi şartını getirebilecekleri düzenlenmiştir.

Görüldüğü üzere gerek iç hukuktaki düzenlemeler gerekse Anayasa madde 90 ve 556 sayılı KHK madde 4 uyarınca uygulama alanı bulan uluslar arası sözleşmeler

ile markaların hukuki işlemlere konu olabileceği garanti altına alınmıştır. Böylece tescilli markanın başkasına devir edilebileceği, miras yolu ile intikal edebileceği, kullanma hakkının lisans konusu olabileceği ve rehnedilebileceği kabul edilmiştir. Fakat her ne kadar markanın hukuki işlemlere konu olabileceği kabul edilmiş ise de, Markalar Kanunu Tasarısı hazırlanırken markanın devri bakımından doktrinde yer alan eleştirilerin dikkate alındığını ve Tasarı'nın bu eleştiriler dikkate alınarak hazırlandığını söylemek mümkün değildir. Bu nedenle Tasarı'nın bu haliyle yasalaşmasından sonra da markanın hukuki işlemlere konu olmasını düzenleyen hükümlerin doktrindeki tartışmaları sonlandırmayacağı ortadadır.

II- MARKANIN TANIMI, ÖZELLİKLERİ, BENZER İŞARETLERDEN FARKI, İŞLEVİ VE TÜRLERİ

A. Markanın Tanımı

Marka, bilgisayar programları ile veri tabanlarını da içeren fikir ve sanat eserlerini, patentleri, faydalı modelleri, tasarımları, coğrafi adlar ile işaretleri, yarı iletkenlerin topografyası veya entegre devrelerin yerleşim düzeni olarak bilinen çipleri ve dijital iletişimlerini içeren, fikri mülkiyet olarak adlandırılan bir bütünün parçasını oluşturmaktadır. Fikri mülkiyete verilen geniş anlam nedeniyle fikri mülkiyetin kapsadığı hukuklar da kendi içlerinde çeşitli açılardan sınıflandırılabilir. Fikri ürün ve onun sahibinin korunmasını düzenleyen hukuk dallarıyla, bir işletmenin sahibini, işletmenin mal ve hizmetlerini, diğer işletmelerin mal ve hizmetlerinden ayıran ad ve işaretler ve bunların sahiplerinin haklarını düzenleyen hükümlere yer veren hukuk dalları birbirinden farklıdır⁴⁶. Fikri ürünlerden olmayan marka ayırt edici niteliği ile fikri mülkiyet hukukunun ikinci grubuna girmektedir.

Fikri mülkiyet haklarından olan markanın 551 sayılı Markalar Kanunu'nda tanımına yer verilmişken, 556 sayılı KHK'de markanın tanımı yapılmamıştır⁴⁷.

⁴⁶ TEKİNALP, s.44.

⁴⁷ 556 sayılı KHK'nin "Tanımlar" başlıklı 2. maddesinin (a) bendinde markanın, ortak markalar ve garanti markaları dahil ticaret markaları veya hizmet markalarını ifade ettiği gösterilmiştir. Görüldüğü üzere bu maddede de gerçek anlamda bir tanım verilmemiştir. Garanti markası ve ortak marka kavramları, KHK'nin 54 ve 55. maddelerinde tanımlanmıştır. Ticaret ve hizmet markaları ise 556

Ancak KHK'nin "markanın içereceği işaretler" başlıklı 5/1. maddesinde dolaylı olarak marka tanımlanmıştır. 556 sayılı KHK madde 5'te bir yandan dolaylı olarak marka tanımlanmakta, bir yandan da marka olabilecek işaretler düzenlenmektedir.

Buna göre; "marka, bir teşebbüsün⁴⁸ mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla, kişi adları dâhil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar malların biçimi veya ambalajlarının gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaretleri içerir" hükmüne yer verilmiştir⁴⁹.

556 sayılı KHK'nin 5. maddesi ile marka olarak tescil edilebilecek işaret kavramı geniş tutulmuş, grafikler, tasarımlar, kişi adları⁵⁰, sözcükler, harfler, logolar, sayılar, malların ve ambalajların biçimi, birkaç sözcükten oluşan sloganlar, sözcük-şekil bileşimleri, üç boyutlu biçimler, sesler, melodiler, renklerin de marka olabileceğini kabul etmiştir⁵¹. Ayrıca 551 sayılı Markalar Kanunu'nda bir işletmenin hizmetlerini diğer işletmelerin hizmetlerinden ayırt etmek için kullanılan işaretler marka olarak tescil edilemezken, bu eksiklik 556 sayılı KHK ile giderilmiştir⁵².

sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK'nin Uygulama Şekli Gösterir Yönetmeliğin 4. maddesinde tanımlanmıştır. Bu eksiklik tasarı ile giderilmiş ve Tasarı'nın 2. maddesinde markanın tanımına yer verilmiştir.

⁴⁸ Teşebbüs yerine işletme teriminin kullanılması gerektiği yönünde bkz. ARKAN, C.I, s.36; Teşebbüs kelimesinin marka sahibi olabilecek kişilerin çevresini genişlettiği yönünde bkz. POROY/YASAMAN, Ticari İşletme, s.303; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.350.

⁴⁹ Yürürlükten kaldırılan 551 sayılı Markalar Kanunu'nda markanın tanımına açıkça yer verilmiştir. Buna göre; "Sanayide, küçük sanatlarda, tarımda yapılan, hazırlanan ve üretilen veya ticarete satışı çıkarılan her çeşit malı, başkalarına ait mallardan ayırt etmek için bu mal veya ambalaj üzerine konulan ve bu maksada elverişli bulunan işaretler marka sayılır" şeklinde tanımlanmıştır.

⁵⁰ Kişi adları konumuz açısından özel bir önem arz etmektedir. Kişi adlarının tek başına veya başka ibarelerle marka olarak tescil edilmesi ve devredilmesi mümkündür. Fakat tescilli markanın kullanılması ile üçüncü kişinin kişilik haklarının zedelenmemesi veya üçüncü kişilerin haklarının ihlal edilmemesi gerekmektedir. Aksi halde bu halleri markanın hükümsüzlüğü sebepleri içerisinde değerlendirmek gerekmektedir.

⁵¹ 551 sayılı Markalar Kanunu döneminde "ayırt edici işaretlerin ancak göze hitap ettiği takdirde marka olarak korunabileceği, koku, tat ve ses işaretlerinin marka olarak tescilinin mümkün olmadığı" kabul edilmekteydi. KARAYALÇIN, Yaşar, Ticaret Hukuku, Ankara 1968, s.412; SAĞLAM Mehmet Adil, Türk Markalar Kanunu Şerhi ve Tatbikatı, Ankara, 1973.

⁵² 556 sayılı KHK ile hizmet markalarının, sadece korunması değil aynı zamanda tescil edilmesi de kabul edilmiş olmaktadır. Bu yönüyle KHK, hizmet markalarını tescil etme yükümlülüğünü getirmeden bunların sadece korunmalarını öngören Paris Konvansiyonu'nun (5. mükerrer) 6. maddesinden daha ileri bir düzenleme getirmektedir. (C.I, s.36).

Marka olarak düzenlenebilecek işaretlerin kavramı Markalar Kanunu Tasarısı'nın "markanın içereceği işaretler" başlıklı 5. maddesi ile de geniş tutulmuştur.

556 sayılı KHK'nin 5. maddesinin 1. fıkrasındaki, "çizimle görüntülenebilme, baskı yoluyla yayınlanabilme ve çoğaltılabilme veya benzer biçimde ifade edilebilme" koşulu nedeniyle, işaretin görsel algılanabilirliği koşulundan vazgeçildiği sonucuna ulaşmak mümkün değildir. KHK madde 5/1 TRIPS'in 15/1 son cümlesine uygun olup, TRIPS'in bu hükmü ile çizimsel ifade edilebilirlik ihtiyari olarak düzenlenmekle birlikte görsel algılanabilirliği zorunlu koşul olarak görmektedir⁵³.

Benzer biçimde ifade edilebilme koşulu görsel algılanabilirlik koşulundan vazgeçmeye olanak vermemektedir. Bu koşul ile işaretin dolaylı olarak örneğin formül ya da nota ile ifadesinin gerektiği anlaşılmalıdır⁵⁴. Nitekim ses veya melodinin notaya dökülmüş şeklinin⁵⁵, üç boyutlu işaretin iki boyutlu resminin "çizimle görüntülenebilme, baskı yoluyla yayınlanabilme ve çoğaltılabilme veya benzer biçimde ifade edilebilme" kapsamında yer almaktadır⁵⁶. Bir silginin üzerindeki çilek ya da karpuz kokusunun da marka olarak tescil edilmesi mümkündür⁵⁷. Fakat koku⁵⁸, ses ve renk⁵⁹ bakımından "çizimle görüntülenebilme,

⁵³ UZUNALLI, 556 sayılı KHK ile markanın çizimsel ifade edilebilirliği koşulunun zorunlu şart olduğu söylenebileceğini belirtmiştir. Buna göre Yönetmeliğin 8. maddesinde başvuru dilekçesine eklenmesi gerekli belgeler arasında tescili istenilen markanın yayına ve baskı yoluyla çoğaltmaya elverişli en az 5x5 en fazla 7x7 ebadında 5 adet marka örneği sayılmıştır. (s.89).

⁵⁴ UZUNALLI, s.84.

⁵⁵ Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, melodilerin olağan ifade biçimi olan notalara ilişkin olarak, başka bir açıklama yapılmaksızın sadece nota dizisinin verilmesinin de, melodi dizisini oluşturan notaların tizliğinin ve süresinin belirlenmesini mümkün kılmaması nedeniyle Yönerge'nin 2. maddesi anlamında çizimsel ifade niteliğini taşımayacağını ifade etmiştir. Buna karşılık, bir nota anahtarına göre yazılmış olan tam, yarım, çeyrek ve 1/8'lik değerlerde nota ve eslerden oluşan ölçülere ayrılmış olan, notaların bağıl değerlerinin yanında tizliklerini ve uzunluklarını gösteren nota dizisinin, bu özellikleriyle melodiye oluşturan ses dizisinin aslına uygun ifadesini yansıtabileceğini, melodilerin bu şekilde anlatımının, açık, net, kendi içinde bütün kolayca ulaşılabilir, anlaşılabilir, kalıcı ve objektif nitelikte olması nedeniyle, çizimsel anlatımın tüm koşullarına sahip olduğunu belirtmiştir, EuGH-Shield Mark BV/Joost Kist h.o.d.m. Memex, 27.11.2003, C-283/01, Rdnr.62, GRUR 2004, s.54, (Karar için bkz. UZUNALLI, s.86).

⁵⁶ ARKAN, C.I, s.37.

⁵⁷ MERAN, s. 26.

⁵⁸ Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'na göre, koku örneğinin sunulması 89/104 sayılı Marka Yönergesi'nin 2. maddesi anlamında çizimsel ifade değildir. Ayrıca koku yeterince dayanıklı değildir. bu ifadeden Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın açıklık ve kesinlik ölçütlerini sağlayan bir unsur olarak çizimsel ifade edilebilirlik koşuluna verdiği önem açıkça anlaşılmalıdır. UZUNALLI, s.85; KAYA ve diğerlerine göre, Koku ya da ses veya melodi türü markalarda tescil şartlarının, özellikle

baskı yoluyla yayınlanabilme ve çoğaltılabilme veya benzer biçimde ifade edilebilme” koşulun yerine getirilmesi sıkıntı yaratmaktadır.

Bir işaretin marka olabilmesi için öncelikle “ayırt edici olması” gerekmektedir. Bu nedenle örneğin çikolata paketi üzerinde yazan çikolata kelimesi marka olarak kabul edilemeyecektir. Maddede yer alan “gibi” “benzer biçimde” ve “her türlü” ifadeleri marka olabilecek işaretlerin sınırlı olmadığını göstermektedir.

Gerek 556 sayılı KHK’de gerekse Markalar Kanunu Tasarısı’nda, marka olarak tescil edilemeyecek işaretler 7. ve 8. maddelerde mutlak ve nispi red başlığı altında toplanmıştır. Bu nedenle bir işaretin marka olarak tescil edilebilmesi bu maddelerde sayılan engellerin bulunmamasına bağlıdır⁶⁰. Ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla her türlü işaretin marka olarak tescil edilebileceğini, sınırlayıcı yaklaşımların KHK ve Tasarı’nın “Uluslar arası Anlaşmaların Öncelikle Uygulanması” başlıklı 4. maddesi karşısında bir anlam ifade etmeyeceğini kabul etmek gerekmektedir⁶¹. Örneğin ülkemizde ses ya da kokunun marka olarak tescil

tescil başvurusunda istenen ve bilahare de marka tescilli olduğu sürede kalıcılığı ve ulaşılabilirliği de aranan şekli unsurların sağlanması ve devamlılığının temininde güçlükler bulunmakta olup, ses veya melodi ya da markalarda tartışma konusu yapılan koşullar aslında markanın muayyenliği ve sicile tesciline yöneliktir. (s.352); YASAMAN, C.I, s.88.

⁵⁹ Yargıtay’ın 09.10.2006 tarihli 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, iş bu 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 gerekçesiyle, davanın kabulüne karar verilmiştir.” (Yargıtay 11. H.D. 09.10.2006 tarihli, 2005/9360 E, 2006/9986 K, Kazancı Veri Tabanı); Öğretide de rengin değişik kombinasyonlarda kullanılmak suretiyle ayırt edicilik kazanması durumunda marka olarak tescil edilebileceği kabul edilmektedir. Farklı yorumlar için bkz. ARKAN, C.I, s.73; ÇAMLİBEL TAYLAN Esin, Marka Hakkının kullanımıyla paralel ithalatının önlenmesi, Ankara 2001, s.33; KARAHAN, s.28; SERT, Selin, Markanın Kullanılması Yükümlülüğü, Ankara 2007, s.29; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.347; UZUNALLI, s.91 vd.

⁶⁰ Danıştay 28.05.1971 tarihli kararında, “...KHK’nin 7/I fıkrasının f bendinde mal veya hizmetin niteliği, kalitesi veya üretim yeri veya coğrafi kaynağı gibi konularda halkı yanıltacak markaların tescil edilemeyeceği düzenlenmiştir. Bu hükmün uygulanabilmesi için markanın öncelikli işlevi olan köken ayırt etme işlevinin bulunması gerekmektedir. “... tescili istenilen markanın ana unsuru olan “Bürograf” kelimesinin Türkçe’de kullanılmayan bir kelime olması nedeniyle üzerine konulacağı Türkiye’de mamul eşyanın menşei bakımından halkı aldatıcı bir tesir icra edeceği açıktır.” (Danıştay 12. Dairesi’nin 1970/5239 E, 1971/1388 K sayılı ilamı) MOROĞLU, Erdoğan /KENDİGELEN, Abuzer, Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, İstanbul, 2004, s.1308.

⁶¹ 556 sayılı KHK madde 4 - Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşma hükümlerinin bu Kanun Hükümünde Kararname hükümlerinden daha elverişli olması halinde, üçüncü maddede belirtilen kişiler, elverişli hükümlerin uygulanmasını talep etme hakkına sahiptir.

edilemeyeceğini kabul etsek dahi, Paris Anlaşması'na taraf olan bir ülkede tescil edilen koku ya da sesin Paris Anlaşması'nın 6. (4. mükerrer) maddesine dayanılarak 'ülkemizde de tescili istenilebilecektir. Bu nedenle KHK madde 3 kapsamındaki bir kişinin de kendi koku ya da ses markasını tescil ettirmesi mümkün olacaktır⁶². Dolayısıyla Türkiye'nin markalar konusunda benimsenen çağdaş yaklaşımlardan uzakta kalması mümkün değildir⁶³.

556 sayılı KHK'nin 5. maddesi ile 551 sayılı Markalar Kanunu'nun 1. maddesinden farklı olarak işaretin mal ya da ambalaj üzerine konulmasından vazgeçilmiştir. Bu anlayış değişikliği, hizmet markalarının, KHK'nin kapsamına alınmasından kaynaklanmış olup, 556 sayılı KHK açısından işaretin, piyasaya sunulan belli bir mal ya da hizmetle ilgili olarak kullanılma yeteneğine sahip olması önem kazanmıştır⁶⁴. 556 sayılı KHK madde 5/2 uyarınca; markanın mal veya ambalajı ile birlikte de tescil edilebileceği düzenlenmiş olmasına rağmen, Tasarıda kullanılacak işaretin "mal ya da ambalaj üzerine herhangi bir şekilde konulmasından" hiç söz edilmemiştir.

Görüleceği üzere 556 sayılı KHK'de markanın tanımına yer verilmemekle birlikte marka olabilecek işaretler tanımlanmak suretiyle dolaylı olarak markanın tanımı yapılmıştır. Markadan söz edebilmek için, öncelikle bir işletmenin mal veya hizmetlerini diğer işletmenin mal ve hizmetlerinden ayırt edebilme yeteneğine sahip olması gerekir. Bu özellikleri taşıyan bir işaret tescil edilmişse tescilli marka, aksi halde tescilsiz markadan söz edilir. Markanın KHK'de tanımının bulunmaması nedeniyle doktrinde birçok yazarın markayı farklı tanımlamalarına yol açmıştır⁶⁵.

⁶²Markalar Kanunu Tasarısı'nın 3. maddesinde korumadan yararlanacak kişiler düzenlenmiştir.

⁶³ ARKAN, C.I, s.42-43.

⁶⁴ ARKAN, C.I, s.36.

⁶⁵ Marka, bir nesnenin ve özellikle ticari malların, tanıtılmasına, benzerlerinden ayırt edilmesine yarayan işaretlerdir. DÖNMEZ, İrfan. Markalar ve Haksız Rekabet Davaları, İstanbul 1992, s2; "Marka, teşebbüslerin mal veya hizmetleri arasındaki farkı gösteren işaretlerdir. Teşebbüs, markanın bir unsuru değildir ama marka için etkili bir kavramdır." ÖÇAL; Marka bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini diğer bir teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan işaretlerdir. (Akar, Türk Hukukunda Markaların Himayesi, 1967, Ankara, s.7); YASAMAN, Hamdi ve Diğerleri, Marka Hukuku 556 sayılı KHK Şerhi, İstanbul 2004, C.I, s.60.

556 sayılı KHK madde 5/1'e tanımından hareketle "Bir işletmenin mal ve hizmetlerini bir başka işletmenin mal ve hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan işaretler" markanın tanımı olarak ortaya çıkmaktadır⁶⁶. Tanımda iki unsur ön plana çıkmakta olup, bunlar, işaret ve işaretin ayırt edici niteliğinin bulunmasıdır⁶⁷.

Markanın hukuksal olarak tanımının dışında aynı zamanda tanınmış, ünlü, kaliteli anlamında da kullanılmakta ise de, hukuksal anlamdaki marka 556 sayılı KHK'de düzenlendiği bir işletmenin mal ve hizmetlerini bir başka işletmenin mal ve hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan işaretler şekliyle tanımlanmaktadır. Markanın tanımından da açıkça görüleceği üzere ayırt edicilik mal veya hizmetin hitap ettiği müşteri bakımından önem taşımaktadır. Söz konusu müşteri markanın hedef kitlesini oluşturmaktadır. Hedef kitle en genel anlamı ile markanın tanıtılmak istendiği müşteri çevresi olarak tanımlanabilir. Örneğin bir kadın pedi olarak piyasada marka haline gelmek isteyen kişinin hedef kitlesini bayanlar oluşturacaktır.

Markalar Kanunu Tasarısı'nın "Tanımlar" başlıklı 2/ğ maddesi ile 556 sayılı KHK'deki eksiklik giderilmiştir. Buna göre; "Bir teşebbüsün üretimini veya ticaretini yaptığı malları ya da sunduğu hizmetleri, başka teşebbüslerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan işaret" marka olarak tanımlanmıştır.

B. Markanın Özellikleri

1- Ayırt edici Nitelikte Olma

Marka Hukuku'nun kaynaklarından biri olan Avrupa Topluluğu'nun 20 Aralık 1993 tarihli ve 40/94 sayılı "Topluluk Markası Hakkında Konsey Tarafından Çıkarılan Topluluk Tüzüğü"nin 4. maddesinde "bir teşebbüsün mal ya da

⁶⁶ ARKAN, Sabih, Ticari İşletme, Ankara 2010, s.265; KARAHAN, s.131; ÖZEL, s.28; TEKİL, Fahiman, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 1997 s.25; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.339.

⁶⁷ MERAN, Necati, Marka Hakları ve Korunması, Ankara, 2008, s.26; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.25; DERYAL, Yahya, Ticaret Hukuku, Trabzon 2002, s.109; POROY/YASAMAN, Ticari İşletme, s.302; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.348; ÜLGEN ve diğerleri, s.347.

hizmetlerinin öteki teşebbüslerden ayırt edici olması” şartı aranmaktadır⁶⁸. Fakat kanunda ayırt edicilik unsurunun tanımı yapılmamaktadır. 556 sayılı KHK madde 5 uyarınca, bir işaret, bir işletmenin mal ve hizmetlerini diğer bir işletmenin mal ve hizmetlerinden ayırmayı sağlıyorsa o işaret ayırt ettirici niteliğe sahip olduğu söylenebilecektir⁶⁹. Markanın ayırt edici özelliği, köken ayırt etme işlevine sıkı bir biçimde bağlı olup, markanın tanımından da açıkça anlaşılacağı üzere bir işleten mal veya hizmetlerinin diğer bir işletmenin mal veya hizmetlerinden ayırt edilmesi gerekmektedir.

Markanın ayırt edici niteliği, bir işaretin herhangi bir sebeple diğerlerinden farklı olmasını sağlayan özellikleri ve öğeleri ifade etmektedir⁷⁰. Fakat bir işaretin marka olarak değerlendirilebilmesi için bu unsurlar yeterli olmayıp, işaretin işletme kökenini de ifade etmeye elverişli olması gerekmektedir⁷¹. Buna göre her ne kadar müşteri işletmeyi bilmese ve tanımasa da, malı veya hizmeti bir işletmeye bağlamakta, malın veya hizmetin bilmediği fakat güvendiği işletmeye ait olduğunu marka sayesinde anlayabilmektedir⁷².

Bir işaret başlangıçtan itibaren ayırt edici niteliğe sahip olabileceği gibi, kullanma ile sonradan da ayırt edici nitelik kazanabilir. Ayırt edicilik unsurunda aranan özellik işaretin yaratıcı olması, yepyeni değerlerden oluşması ya da ticaret hayatında ilk kez kullanılıyor olması değildir. İşaretin özgün ve karakteristik olması

⁶⁸ Yargıtay 15.01.2004 tarihli kararında ayırt edici niteliğe değinmiştir: “Bizim toptancı sözcüklerinin marka olarak tescili başvurusunun reddi üzerine açılan davada Mahkemece, 556 sayılı KHK’nin 5. maddesi lafzından hareketle, davacının tescilini istediği iki sözcükten oluşan markanın bir bütün olarak başkalarının mal ve hizmetlerini ayırt edici orijinal nitelik taşımadığı, markanın kullanılacağı mal ve hizmetlerin karakteristik özelliklerini yansıtmadığı sonucuna varılmıştır. Her şeyden markanın orijinal sözcük veya işareti içermesi ve kullanıldığı mal ve hizmetlerin karakteristik özelliklerini taşıması gerektiği yönünde 556 sayılı KHK’nin 5. maddesinde bulunmayan bir koşulun varlığından söz edilerek davacı markasının tescil edilemezliği sonucuna varılması doğru değildir. Bunun yanında somut olarak davacı markasının, içerdiği 29, 30 ve 32. sınıf eşya ve emtianın bir başkasının mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlayıcı nitelikte olmadığı tartışılmamış, marka tesciline engel oluşturuca nedenler ve olgular gösterilmemiştir.” (Yargıtay 11. HD’nin 2003/6068 E, 2004/229 K sayılı kararı.), NOYAN, Erdal, Marka Hukuku, Ankara 2009; s.86.

⁶⁹ Yargıtay 09.11.2000 tarihli kararında: “Multicanal” sözcüğü, bir markada bulunması gereken ve onun diğer markalardan farklılığını sağlayacak "ayırdedicilik" unsurunu taşımadığı gibi, sadece cins, çeşit ve miktar belirlemeye yönelik bu sözcüğün, marka olarak tesciline 556 sayılı KHK.nin 7/c maddesi de engel teşkil ettiğine” karar vermiştir. (Yargıtay 11. H.D’nin 2000/6135 E, 2000/8767 K sayılı ilamı. Kazancı Veri Tabanı).

⁷⁰ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.348.

⁷¹ UZUNALLI, s.76.

⁷² TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.348; UZUNALLI, s.76.

yeterlidir⁷³. Markanın bu özelliği, bir kimsenin, istediği bir işareti marka olarak serbestçe seçme özgürlüğüne engel olmaktadır⁷⁴. Bu nedenle ayırt edici nitelikte olmayan işaretlerin marka olarak tescil edilmesi mümkün değildir⁷⁵.

2- Mutlak Hakka Konu Olma

Hak, hukuken korunan menfaatlerin gerçekleştirilmesi amacıyla bireye hukuk düzeni tarafından sağlanan ve kullanılması bireyin iradesine bırakılan hukuki bir yetkidir⁷⁶. Mutlak hak, sahibine hakkın konusu üzerinde doğrudan bir egemenlik sağlayan ve bu niteliği itibarıyla de herkese karşı ileri sürülebilen haklardır⁷⁷. Bu bağlamda konumuz açısından gidecek olursak, marka, sahibine markayı başkasına kullandırma, devretme, değiştirme veya terk etme gibi haklar vermektedir. Diğer yandan bu hakkı oluşturan yetkiler her türlü tecavüze karşı hukuken korunmuştur. Bu nedenle marka sahibine tanınan ve marka sahibi tarafından onun isteği doğrultusunda kullanılan bu yetkiler marka hakkını oluşturmaktadır.

Marka hakkı, marka sahibinin izni olmadan kullanılamamakta, bir başkasına devredilememektedir. Yine marka hakkına tecavüz halinde marka sahibi, bu hakkını herkese karşı ileri sürebilmektedir. Bu nedenle marka hakkı herkese karşı ileri sürülebilen ve herkes tarafından ihlal edilebilen mutlak bir haktır⁷⁸. Marka hakkının mutlak niteliği markanın devri sözleşmesi açısından da önem arz etmektedir.

⁷³ KARAHAN, Sami, Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları, Konya 2002, s. 17; YASAMAN'a göre, endüstriyel tasarımlar ve sanat eserlerinde aranan yaratanın hususiyetini taşıma ve yenilik kriteri markalarda geçerli değildir. Marka hakkı yaratıcı bir faaliyet sonucunda ortaya çıkan bir hak değildir. ayırt edici bir işareti bir süre kullanım hakkıdır. (C.I, s.62); ÖZDAL, Şule, 556 sayılı KHK'nın 5. maddesi çerçevesinde marka olarak tescil edilebilecek işaretler, İst. 2005, s.37.

⁷⁴ ŞANAL Osman, Markalarda Hükümsüzlük Davaları, Ankara 2006, s.3.

⁷⁵ ARKAN, C1 s 36; HİRŞ; Bir kimsenin, müessesesi tarafından imal, ihzar ve satışı arz edilen emtia üzerine bir alameti farika koymakla bu emtianın diğer müesseseler tarafından yapılan aynı cins emtiaya nazaran hususi vasıflara haiz bulunduğunu görmek istediğini belirtmiştir. (Ernest, Ticaret Hukuku Dergisi, İstanbul 1948, s.154); KARAHAN, Hükümsüzlük, s.16; ÖZDAL s. 37; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.348; ÜNAL, s.18; YASAMAN, C.I, s.60-61 vd.

⁷⁶ ÖZSUNAY, Ergun. Medeni Hukuka Giriş, İstanbul, 1986, s.236.

⁷⁷ KÖPRÜLÜ, Bülent, Medeni Hukuk, Genel Prensipler, Kişinin Hukuku, İstanbul, 1984, s.60; OĞUZMAN, Kemal /BARLAS, Nami, Medeni Hukuk, İstanbul 2007, s.142.ÖZSUNAY, s.246.

⁷⁸ ARKAN, Sabih, Marka Hukuku, C.II, Ankara 1997, s 175; ARKAN, Sabih, Marka Hakkına Tecavüz- İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu, Batıder, 2000, C.XX, s. 7; ARSEVEN, s.15; ÖZARMAĞAN Müge, Marka Hakkının Kullanmama Nedeniyle Sona Ermesi, s.10; ÖZSUNAY, s.250; POROY/TEKİNALP, Marka Hakkına İlişkin Bazı Sorunlar, s.336; ŞANAL, s.28; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.358; ÜNAL, s.18; YASAMAN, C.I, s.176.

3- Gayri Maddi Mal Olma

Eşya Hukuku'nun konusunu aynı haklar oluşturmakta olup, bir şey üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet sağlayan ve herkese karşı ileri sürülebilen haklara aynı hak denilmektedir⁷⁹. Oysaki marka hakkının maddi bir malvarlığına sahip olduğunu söylemek mümkün değildir.

Gayri maddi mallar ise, maddi olmayan, genellikle kişinin fikri çalışmasının ürünü olan ve üzerinde somutlaştığı maddi mallardan ayrı ve hukuki varlığa sahip olan, asıllarında herhangi bir değişikliğe uğramaksızın her zaman ve her yerde varlıklarını sürdürebilme ve algılanabilme özelliğine sahip olan ekonomik bir fayda sağlayan mallardır⁸⁰. Her ne kadar marka olarak tescil edilen işaretler bir kâğıda, reklam panosuna yazılsa da veya bir mal üzerine konulsa da, marka üzerinde somutlaştığı eşyadan bağımsız ve soyuttur. Bu yüzden marka hakkının gayri maddi mal niteliğinde olduğu kabul edilmektedir⁸¹.

Gayri maddi mal unsurunun marka hakkı açısından kabul edilebilmesi için marka hakkının ekonomik bir değere sahip olması ve el değiştirebilir nitelikte olması gerekir. Nitekim TTK⁸² madde 11/II uyarınca işletme malvarlığına dâhil bir unsur olan marka hakkı, ekonomik bir değere sahip olup, hukuki işlemlere konu olabilmekte ve devredilebilmektedir.

Maddî olmayan mallar ve başta alacak hakları olmak üzere genel olarak haklar, para ile ölçülebilen bir değer arz etseler ve devredilebilseler dahi "mal" kavramına girmemekte olup, aynı haklara konu teşkil etmemektedirler⁸³. Bu bağlamda marka hakkının da eşya hukuku anlamında aynı bir hak olduğunu söylemek mümkün değildir. O halde marka hakkının, eşya hukukunun konusu olan

⁷⁹ REİSOĞLU, Safa, Türk Eşya Hukuku, Ankara, 1980, s.4, (Eşya).

⁸⁰ ARSEVEN, 38; ÜNAL, s.22.

⁸¹ ARKAN, C.II s.175; ARSEVEN s.15; ÖZSUNAY, s.250; ÜNAL, s.22; YASAMAN, C.I, s.174.

⁸² R.G. 09.07.1956 S.9353.

⁸³ REİSOĞLU, Eşya, s.7.

aynı haklardan olmamakla birlikte, gayri maddi mal üzerindeki mutlak bir hak olduğunu söylemek mümkündür⁸⁴.

4- Bağımsız Olma

Konumuz açısından önem arz eden bir diğer özellik ise markanın bağımsız olmasıdır. Buna göre her ne kadar marka TTK madde 11/II uyarınca ticari işletmenin bir unsuru olsa da⁸⁵, işletmenin ayrılmaz bir parçası değildir. Marka tek başına ekonomik bir değere sahip olup, bu nedenle ticari işletmeden ayrı ve bağımsız bir varlığa sahiptir. Markanın işletme malvarlığına dâhil olmasına rağmen onun ayrılmaz bir parçası olmayıp kendisine ait bağımsız bir malvarlığına sahip olmasına “ayrılık ilkesi” denilmektedir.⁸⁶ Ayrılık ilkesi 556 sayılı KHK’nin 16/2, 18/1 ve 19/1 maddelerinde öngörülmüş olup, bu hükümlerde markanın işletmeden ayrı olarak “başkasına devir edilebileceği, miras yolu ile intikal edebileceği, kullanma hakkının lisans konusu olabileceği ve rehin edilebileceği” kabul edilmiş, marka işletmeden bağımsız bir varlık olarak ele alınmıştır. İşletmenin ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilmemesi ve ayrılık ilkesinin kabul edilmesiyle birlikte, marka hukuki bir varlık olarak sözü edilen işlemlere konu olabilecektir. 556 sayılı KHK ve Markalar Kanunu Tasarısı uyarınca da ayrılık ilkesi benimsenmiştir. Yalnız 556 sayılı KHK, ayrılık ilkesinin uygulanmasını salt olarak kabul etmemiştir⁸⁷. Örneğin markanın işletmeden bağımsız olarak devrinin halkı yanılgıya düşürecek olması durumunda, TPE tarafından markanın tescil işlemi TPE tarafından yapılmayacaktır (Bkz. KHK m. 16/IV)⁸⁸.

⁸⁴ Yargıtay’ın 09.04.2001 tarihli kararında: “...Gayri maddi mallar üzerindeki marka hakkı mutlak haklardan olup, taşıdığı ekonomik değerden ötürü şirket malvarlığına dahildir...” (Yargıtay 11. H.D. 09.04.2001 tarihli, 2001/844 E, 200173429 K. Kazancı İçtihat Bankası); ARKAN, C.II s 175; ARSEVEN, s.15; ÖZSUNAY, s.250; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s358; ÜNAL, s.23; YASAMAN, C.I, s.176.

⁸⁵ Yargıtay’ın 29.03.1974 tarihli kararına göre: “... Marka, ticaret kanunu hükümlerine göre, ticari işletmenin unsurlarından ve para ile değerlendirilmesi mümkün haklarından. Bu nedenle markanın satımı ve ortaklığın giderimi davasına konu olması mümkündür.” Yargıtay 6. HD’nin 29.03.1974 tarihli 1974/1271 E, 1974/1486 E sayılı ilamı. Kazancı Veri Tabanı).

⁸⁶ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.430.

⁸⁷ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.430.

⁸⁸ ÜNAL, Markalar Kanunu Tasarısı’nın 39. maddesi uyarınca da ayrılık ilkesi benimsenmiş olup, tescilli bir markanın, teşebbüsten bağımsız olarak, tescil edildiği mal veya hizmetlerin tümü ya da bir kısmı için devredilebileceği” düzenlenmiştir. (s.25).

5- Hukuki İşlemlere Konu olma

551 sayılı Markalar Kanunu'nun 34 vd. maddelerinde iktisadi bir değer ifade eden markanın işletmeden bağımsız olarak devredilebileceği, lisans haciz gibi hukuki işlemlere konu olabileceği düzenlenmiştir. Nitekim markayla ilgili hukuki işlemlerin konusu büyük ölçüde 551 sayılı Kanun'daki düzenlemeye benzer şekilde hükme bağlanmış ve 556 sayılı KHK ile de markanın hukuki işlemlere konu olabileceği kabul edilmiştir. Fakat 551 sayılı Markalar Kanunu'ndan farklı olarak devir ve lisans sözleşmelerinin noterlikçe düzenlenmesi koşulundan vazgeçilmiştir. 556 sayılı KHK madde 15 uyarınca; tescilli bir markanın, başkasına devir edilebileceği, miras yolu ile intikal edebileceği, kullanma hakkının lisans konusu olabileceği ve rehin edilebileceği düzenlenmiştir. 556 sayılı KHK madde 22 ve Marka Yönetmeliği'nin 23. maddelerinde devir, lisans, intikal, haciz, rehin ve marka sahibi hakkındaki değişiklikler ile ilgili hukuki işlemlerin marka başvurularına da uygulanacağı düzenlenmiştir. Görüleceği üzere marka hakkının hukuki işlemlere konu olması, bu bağlamda marka hakkının devri mümkündür.

556 sayılı KHK'de marka hakkının konu olabileceği hukuki işlemlerin sınırlayıcı olup olmadığı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Fakat doktrinde bu marka hakkının konu olabileceği hukuki işlemlerin sınırlayıcı olmadığı ve markanın hasılat kirasına ve franchise gibi sözleşmelere de konu olabileceği kabul edilmektedir. Kanımca bu sonuca 556 sayılı KHK madde 22 ve Marka Yönetmeliği'nin 23. maddelerinde geçen "... ve marka sahibi hakkındaki değişiklikler ile ilgili hukuki işlemlerin" cümlesi ile de ulaşmak mümkün olacaktır. Nitekim KHK madde 15'te markanın haciz, lisans, devir ve rehin dışındaki diğer hukuki işlemlere de konu olabileceğine ilişkin bir açıklık bulunmamakla birlikte 556 sayılı KHK'nin marka başvurularının hukuki işlemlere konu olmasını düzenleyen 22. maddesi ile markanın haciz, lisans, devir ve rehin dışındaki hukuki işlemlere konu olabileceği sonucuna ulaşılabilir. KHK'de yapılan sayımın sınırlayıcı olmadığı ve tescilli markanın diğer hukuki işlemlere de konu olabileceği öğretisi

tarafından da kabul edilmektedir⁸⁹. Bu sayımın sınırlayıcı olmadığına ilişkin 556 sayılı KHK'deki açıklık Markalar Kanunu Tasarısı ile getirilmiştir.

Markalar Kanunu Tasarısı'nın 38. maddesi ile tescilli bir markanın devredilebileceği, diğer şekillerde mülkiyet değişikliğine konu olabileceği, miras yolu ile intikal edebileceği, lisansa konu olabileceği, rehnedilebileceği ve haczedilebileceği düzenlenmiştir. Madde metninden de açıkça görüleceği gibi “diğer şekillerde mülkiyet değişikliğine konu olabilir” demek suretiyle kanunda yapılan sayımın sınırlayıcı olmadığı hususuna açıklık getirilmiştir.

Her ne kadar markanın haciz, lisans, devir ve rehin dışındaki hukuki işlemlere konu olabileceği kabul edilmekte ise de, Finansal Kiralama Kanunu'nun⁹⁰ 5. maddesi uyarınca markanın, finansal kiralamaya konu olması mümkün değildir⁹¹. 556 sayılı KHK'deki açık düzenleme nedeniyle marka hakkının finansal kiralamaya konu olamaz.

C. Markanın Benzer İşaretlerden Farkı

1- Markaların Coğrafi İşaretler ile Karşılaştırılması

Coğrafi işaretler de birer ayırt edici işaret ve tanıtım vasıtasıdır. Fakat ayrılan coğrafi işaretlerde mal veya hizmetin nerede ve hangi bölgenin özellikleri ile üretildiği veya hizmetin nereden verildiği belirlenirken, markada bir işletme tarafından üretilen malın veya hizmetin diğerinden ayrılması amaçlanmaktadır⁹².

Coğrafi işaretler belirli bir coğrafi alandan gelen malın kökenini belirtirken, marka belirli bir işletmeden gelen mal veya hizmetin kökenini göstermektedir⁹³. Markalar işletme ile bağlantılı olmaları sebebiyle, ferdi mülkiyete konu olup, ferdi

⁸⁹ ARKAN, C.II s.175; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.430; YASAMAN, C.II, s.731.

⁹⁰ RG. 28.06.1985 S.18795.

⁹¹ FKK m5; “Sözleşmeye taşınır ve taşınmaz mallar konu olabilir. Patent gibi fikri ve sınaî haklar bu sözleşmeye konu olamazlar”.

⁹² KARAHAN, s.142-143; ÜLGEN ve Diğerleri, s.350; TEKİL, s.253.

⁹³ DERYAL, s.109; UZUNALLI, s.137.

bir tanıtım aracı iken coğrafi işaretler belirli bir bölge veya alandaki ilgililere yarar sağlaması nedeniyle mülkiyet hakkı söz konusu olmayıp, toplu bir tanıtım aracıdır⁹⁴.

Marka sahibi onu başkasına devredebileceği gibi sadece kullanma veya işletme haklarını da devredebilir. Fakat coğrafi işaretlerin devri söz konusu olmayıp, yalnızca kullanılması mümkündür⁹⁵. Mahalli örf ve adetleri bilen ve bunları kullanarak istihsalde bulunan kişiler coğrafi işaretleri kullanabilirler fakat devretme hakları yoktur. Bu örfelere ve usullere göre imalatta bulunan şahsın coğrafi işaretleri kullanabilmesi için de başkalarının iznine ihtiyacı yoktur⁹⁶.

2- Markaların İşletme Adı ve Ticaret Unvanı ile Karşılaştırılması

Ticaret hayatında markadan başka işaretler de mevcuttur. Bunlar ticaret unvanı, işletme adı, mahreç ve menşe işaretleri, alan adı⁹⁷, gibi işaretlerdir. Buna göre ticaret unvanı, tacirin ticari işletmesine⁹⁸ ilişkin işlemleri yaparken kullandığı isimdir⁹⁹. Ticaret unvanı taciri diğer tacirlerden, işletme adı işletmeyi diğer işletmelerden ayırt etmeye, marka ise bir işletmenin mal ve hizmetlerini diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye yaramaktadır¹⁰⁰. Tacirin ticaret unvanı bir tane iken, markasının birden fazla olması mümkündür¹⁰¹. Bununla beraber ticaret unvanları ve işletme adları da marka olarak tescil ettirilebilir¹⁰². Markaların, halk tarafından tanınmaları sebebiyle yalnız mallar arasında ayırım yapmaktan öte, malın veya hizmetin kökenini de belirleyebilirler¹⁰³.

⁹⁴ ÖÇAL, s.13.

⁹⁵ ARKAN, Ticari İşletme, s.269; KARAHAN, s.143; UZUNALLI, s.137.

⁹⁶ ÖÇAL, s.14; TEKİL, s.253.

⁹⁷ EROĞLU, Alan adının internette bir objeyi yani ağa bağlı işlemciyi kişiselleştirme ve tespit etme işlevine sahip bulunması nedeniyle ticaret ünvanı, işletme adı ve markayla benzerlikleri mevcut ise de, alan adı ne bir şahsı veya bilginin göndericisini ve ne de bir mal veya hizmeti nitelememekte, yalnızca aracı olmaktadır. (s.464).

⁹⁸ Ticarethane veya fabrika yahut ticari şekilde işletilen diğer müesseseler, ticari işletme sayılır. Tesisat, kiracılık hakkı, ticaret unvanı ve diğer adlar, ihtira beratları ve markalar, bir sanata müteallik veya bir şahsa ait model ve resimler gibi bir müessesenin işletilmesi için daimî bir tarzda tahsis olunan unsurlar, mukavelede aksine hüküm bulunmadıkça, ticari işletmeye dâhil sayılır.

⁹⁹ HİRŞ, s.144.

¹⁰⁰ DÖNMEZ, s.2; BAŞTUĞ, İrfan/ ERDEM, Ercüment, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 1993, s.115.

¹⁰¹ DERYAL, s. 112.

¹⁰² ÖÇAL, s.15.

¹⁰³ YASAMAN, C.I, s.16.

Ticaret unvanını tacir olmayan kişinin kullanması mümkün değildir¹⁰⁴. Oysaki markayı kullanan kişinin ticaretle uğraşmasına gerek yoktur. Bu anlamda bağımsız hareket eden her dernek, birim, şahıs ya da tüzel kişi marka sahibi olabilecektir. Her ne kadar marka ve ticaret unvanının amacı birbirinden farklı ise de marka sahibinin markanın 3. kişiler tarafından işletme adı olarak kullanımını önleyebileceği Yargıtay’ca da kabul edilmektedir¹⁰⁵.

Aşağıda ayrıntıları ile görüleceği üzere 556 sayılı KHK madde 16 uyarınca markanın gerek ticari işletme ile gerekse ticari işletmeden ayrı olarak devredilmesi mümkündür. Oysaki TTK madde 51/I uyarınca ticaret unvanının ticari işletmeden ayrı olarak devredilmesi mümkün olmayıp¹⁰⁶, aksi halde TTK madde 53/II uyarınca cezai müeyyideye tabi tutulmuştur. TTK madde 51/II uyarınca ticari işletmenin devrinde devir sözleşmesinde aksine bir hüküm bulunmaması durumunda unvanın da devrini kapsadığı kabul edilmiştir.

¹⁰⁴ ARKAN, Ticari İşletme, s.251; YHGK, 12.12.2007 tarihli, sayılı kararı ticaret unvanının marka hakkına tecavüzü bakımından özellik arz etmektedir. Söz konusu kararda: “...Davacı üniversite tarafından, davalı dershanenin ticaret unvanının davacının tescilli markasına tecavüz ettiği gerekçesiyle, davalı dershane aleyhine tazminat, haksız ve ticaret unvanının terkinin için dava açılmıştır. Yerel mahkeme, davalının ticaret sicil kaydının, Üniversite adının kabulü ve kurulduğu tarih olan 1997 yılından sonraki bir tarihte 1998 yılında yapıldığını, üniversitenin “Atılım” markasını 2001 yılında tescil ettirmesine rağmen kullanımının önce olması nedeniyle tescilli markasına tecavüz ve haksız rekabet oluşturacağına karar vermiştir. Yargıtay ise markaya tecavüz oluşturacağını kabul etmiş fakat “Atılım” markasının ticaret unvanından terkinin talebi ile ilgili olarak TTK 54. maddesi uyarınca terkin talebinin yalnızca tacirler tarafından talep edilebileceğini fakat üniversitenin TTK madde 41 uyarınca tacir sıfatının bulunmadığından bahisle yerel mahkeme kararını bozmuştur. Yerel mahkemenin kararında direnmesi üzerine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nca somut durumda markanın tescilsiz kullanımını dikkate almakta ve marka hakkına dayanarak ticaret unvanının terkinin talep edilip edilemeyeceği üzerinde durulmamaktadır. Dava konusu olay haksız rekabet hükümleri bakımından incelenmiş ve haksız rekabetin mevcudiyeti tespit edilerek, “Atılım” ibaresinin davalının ticari unvanından terkinin koşullarının gerçekleştiğine hükmedilmiştir.” (Kararın tam metni için bkz. YHGK, 12.12.2007 tarihli, 2007/11-965 E, 2007,7961 K sayılı ilamı, İstanbul Barosu Dergisi C.82, S.2008/3; kararın değerlendirmesi için bkz. KORKUT, Ömer, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Haziran 2008, S.3, ss.389-398) Benim de katıldığım görüşe göre; her ne kadar ticaret unvanının terkinin talebinde bulunabilmek için tacir sıfatına sahip bulunmak gereklirse de, bir işletmenin ticaret unvanının bir başkasının tescilli markasına tecavüz etmesinin mümkün olması nedeniyle bu tür kullanımların haksız rekabet hükümleri yanında marka hakkını koruyan hükümler ile de korunabileceğinin kabulü gerekmektedir. (YHGK’nun 2007/11-965 E, 2007/96 K sayılı ilamı, Kazancı Veri Tabanı).

¹⁰⁵Yargıtay 11. H.D.’nin 12.04.2001 tarihli, 2001/2189 E, 2001/3079 K sayılı ilamı, ÖZARMAĞAN, s. 20.

¹⁰⁶ Y.Tic.D.16.04.1973 tarihli, 1973/1714 E, 1973/1714 K sayılı ilamı, DÖNMEZ, s.96.

3- Markanın Garanti Markası ile Karşılaştırılması

Markanın devri sözleşmesi bakımından incelememizin konusunu ferdi markalar oluşturmaktadır. Ferdi marka kavramına 556 sayılı KHK’de yer verilmemiştir. Fakat 551 sayılı Markalar Kanunu madde 2/a’da ferdi marka, gerçek veya tüzel kişiler tarafından münferiden ve müteselsilen kullanılan marka olarak tanımlanmıştır. Bu bağlamda ferdi markanın ayırt edici özelliği marka üzerinde mutlak bir hak olması ve bu hakkın, hakka sahip olan bir veya birkaç kişi tarafından sahip oldukları ferdi mülkiyet, iştirak halinde veya müşterek mülkiyet esaslarına göre kullanılmasıdır¹⁰⁷.

Garanti Markası ise 556 sayılı KHK’nin 54. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre; “marka sahibinin kontrolü altında birçok işletme tarafından o işletmelerin ortak özelliklerini, üretim usullerini, coğrafi menşelerini ve kalitesini garanti etmeye yarayan işaret” olarak tanımlanmıştır¹⁰⁸.

Garanti markaları farklı işletmelerce üretilen mal ve hizmetleri birbirinden ayırt etme işlevi görmezler. Bunlar işletmelerin garanti markası çerçevesinde ortak özelliklerini, üretim biçimlerini ve kalitelerini garanti ederler. Garanti markalarının söz konusu markayı kullanma hakkına sahip işletmelerin ürettikleri mal veya hizmetleri değil, üretilen mal veya hizmetlerin anılan özelliklerini garanti etmeleri nedeniyle¹⁰⁹ doktrinde kimi yazarlar garanti markalarını klasik anlamda marka olarak kabul etmemektedirler¹¹⁰.

Garanti markalarının da devri mümkün ise de, ferdi markanın aksine adi yazılı şekil yeterli olmayıp, devrin geçerli olabilmesi için sicile kaydı gerekmektedir.

¹⁰⁷ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.343.

¹⁰⁸ Garanti Markasının 556 sayılı KHK’nin 54. maddesinde yer alan bu tanımları Markalar Kanunu Tasarısı’nın “Tanımlar” başlıklı 2. maddesinde düzenlenmiştir.

¹⁰⁹ POROY/YASAMAN, Ticari İşletme, s.307.

¹¹⁰ ÖÇAL, s.14-15.

D. Markanın İşlevleri

Markanın tarihsel bakımdan öncelikle ve en önemli işlevinin malın kökenini ayırt etme işlevi olduğu söylenebilir¹¹¹. Nitekim tarihi süreçte hukuki koruma da esas itibariyle köken ayırt etme işlevi etrafında gelişmiştir. Fakat ticari ve sosyal hayattaki gelişmeler neticesinde markaya ekonomik işlevler de yüklenmiş, zamanla markanın reklam, garanti ve himaye işlevleri de öne çıkmıştır. Bazı yazarlarca markanın işlevleri incelenirken ayırt etme işlevi ayrı bir başlık altında incelenmekte ise de¹¹²; ayırt edicilik işlevinin köken ayırt etme işlevinin bir parçası olması nedeniyle, köken ayırt etme işlevi ile birlikte değerlendirilmiştir.

1- Markanın Köken Ayırt Etme İşlevi

Markanın öncelikli işlevi bir mal veya hizmetin hangi teşebbüs tarafından imal edildiğini, piyasaya sürüldüğünü ya da hizmetin hangi teşebbüs tarafından sunulduğunu göstermektedir¹¹³. Nitekim Avrupa Toplulukları Adalet Divanı kararlarında 89/104 sayılı Marka Yönergesi'nin 10. Gerekçesi'nde marka korumasındaki amacın köken ayırt etme işlevini sağlamak olduğu belirtilmiştir¹¹⁴.

¹¹¹ ARKAN, Marka Hakkına Tecavüz, s.5; ARSEVEN, s.7; DOĞAN, Beşir Fatih, Marka Hukukunda Kullanım Sonucu Ayırt Edici Güç Kazanma, Batıder, Haziran 2007, S.1, s.225-226; SAĞLAM'a göre, "İşareti taşıyan mal ve hizmetlerin köken itibariyle diğer mal/hizmetlerden ayırt edilmesini sağlamaya yönelik olduğunun alıcılar tarafından anlaşılmasını mümkün kılacak şekilde kullanılması markasal kullanma olarak ifade edilmektedir. (s.6).

¹¹² ÖZDAL, 48; ÖZEL, ss.30-31; ŞANAL, s.3; ÜLGEN ve diğerleri, s.364; YASAMAN, C.I, s.18; ARKAN; Alman uygulamasında, markanın hukuken korunan yegane işlevinin malların kökenini gösterme işlevi olduğu, Almanya dışında satılan malların, Almanya içinde satışa sunulan ve aynı markayı taşıyan mallardan farklı özelliklere sahip olmasının da bu sonucu değiştirmeyeceği kabul edilmiştir. (Marka Hakkının Tüketilmesi, Prof Dr. Ali Bozer'e Armağan, s.198-199).

¹¹³ ÜLGEN ve diğerleri, s.363.

¹¹⁴ 89/104 sayılı Marka Yönergesi'nin 10. Gerekçesi'nde de markanın köken ayırt etme işlevi diğer işlevler arasında bir işlev olarak anılmaktadır. Ancak Gerekçe marka ile sağlanan korumanın amacı olarak özellikle markanın köken ayırt etme işlevinin korunmasından söz etmektedir. EuGH-Frits Loendersloot, handelnd unter der Firma F. Loendersloot Internationale Expeditie/George Ballantine & Son Ltd., 11.11.1997, C-349/95, Rdnr, 22, GRUR Int. 1998, s.146 (Karar için bkz. UZUNALLI, s.72.); "İngiliz Yüksek Mahkemesi'nin 1.8.1995 tarihli kararında Yönerge'nin 5.1.b maddesi doğrultusunda hazırlanan 1994 tarihli Trade Marks Act'ın 10(2). Maddesinde öngörülen korumanın çevresinin geçerli bir ekonomik gerekçe gösterilmeden genişletilmesine izin verilmeyerek markanın menşe gösterme fonksiyonuna bağlı kalınmıştır. Mahkeme'ye göre markanın koruma çevresinin genişletilmesi ancak bu hususun açıkça belirtilmesi ile mümkün olurdu. Fakat Yönerge'de böyle açık bir ifadeye yer verilmemiştir. Yönerge'nin başında yer alan gerekçede korumanın özellikle markanın menşe gösterme fonksiyonuna yönelik olduğu ifade edilmiştir. (Karar için bkz. ARKAN, Bağlantı

Marka, müşteri ile ticari işletme arasında bir köprü görevi yaparak, mal ile işletme arasındaki ilişkiyi yani malın kökenini, hangi işletmenin ürünü olduğunu göstermektedir¹¹⁵. Markanın tüm malların aynı işletmeden geldiğini garanti etmesi gerekmekte olup, bir işletmenin üretimde tek başına kontrole sahip olduğunu ve bu işletmenin ürünlerin kalitesi için sorumlu tutulabileceğini garanti etmesi yeterlidir¹¹⁶.

Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'na göre markanın temel işlevi köken ayırt etme işlevi olup, korunan diğer marka işlevleri köken ayırt etme işlevinin sonucu olarak değerlendirilmektedir¹¹⁷. Bu bağlamda diğer işlevlerin markanın köken ayırt etme işlevinin üzerine kurulacağı söylenebilir. Örneğin müşterinin aynı marka altındaki mal veya hizmetlerin her zaman aynı kalitede olacağına yönelik garanti işlevi de köken ayırt etme işlevinin bir sonucudur.

Markanın köken ayırt etme işlevi ile malın hangi işletme tarafından üretildiği ya da piyasaya sürüldüğü üzerinde durulmaktadır. Burada amaç mal ile malı üreten, piyasaya arz eden veya hizmeti sunan teşebbüs arasındaki bağın tüketiciler nezdinde kurulmasıdır¹¹⁸. Marka bu suretle alıcıya piyasada kendine sunulmuş çeşitli mal ve hizmetlerden dilediğini ayırt etmeye yarayan bir araç temin etmiş, mal ve hizmetleri kişiselleştirerek binlerce mal ve hizmet arasında onları tanıtmış olur¹¹⁹. Örneğin bir işaretin kullanım sonucu ayırt edicilik kazanmasında da durum böyledir. Bir işaretin

İhtimali, s.9) Aksi yönde bkz. "Kraft: Notwendigkeit und Chancen eines verstaerkten Schutzes bekannter Marken im neuen WZG, GRUR, 1991, s.340; . ARKAN, Marka Hakkına Tecavüz, s.9).

¹¹⁵ BAŞTUĞ/ERDEM, s. 115.

¹¹⁶ EuGH – Canon Kabushiki Kaisha/Metro – Goldwyn – Mayer Inc., 29.09.1998, C – 39/97, Rdnr. 28 GRUR 1998, s.922 (Karar için bkz. UZUNALLI, s.75-76); Markanın malların menşeyini göstermek suretiyle benzerlerinden ayırt edilmesini sağlama fonksiyonu, aynı zamanda markayı taşıyan malların onların kalitesinden sorumlu tutulabilecek tek bir işletme tarafından üretildiğini ve orijinal niteliklerinin hiçbir aşamada marka sahibinin izni olmadan değiştirilmemiş bulunduğunu da garanti eder. BGH (16.05.1952), GRUR, 1952, s.522; BGHZ 82, s.156; BGH (14.12.1995), GRUR Int, 1996, s.727; Avrupa Toplulukları Mahkemesi (11.07.1996, Bristol-Myers Squibb Kararı), GRUR Int, 1996, s.1148; Fezer: &24, Anm.46, 36 (Karar için Bkz. ARKAN, C.II, s.138; ARKAN, s.9).

¹¹⁷ UZUNALLI, s.74.; Aksi yönde bkz. ARKAN, Yönerge'nin 4.4.a ve 5.2 maddeleri ile, üye devletlere, tanınmış markaların ayırım gücüne, itibarına zarar verici bir işareti farklı mal veya hizmetler için kullanılmasını yasaklama hususunda düzenleme yapma yetkisi de verilmiştir. Bu hükümler markanın köken gösterme fonksiyonundan bağımsız biçimde reklam fonksiyonunun da koruma altına alınmasının öngörüldüğünü göstermektedir. (Marka Hakkına Tecavüz, s.9; ARKAN, Sabih, Batıder, Aralık 2999 C.XX S.2 İşaret ile Marka Arasında Bağlantı İhtimali ve İltibas (Karıştırma) Tehlikesi, s.8).

¹¹⁸ ŞANAL, s.4.

¹¹⁹ ÖÇAL, s.16.

kullanım sonucu ayırt edicilik kazanması için, bu işareti taşıyan mal veya hizmetin işletmesel kökeni itibariyle diğerlerinden ayırt edilmesine yönelik olarak kullanılması gerekmekte olup, buna markasal kullanım denilmektedir¹²⁰. Görüleceği üzere bir markanın kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanması için, o markanın işletmesel kökeni itibariyle ayırt edici nitelik kazanması gerekmektedir.

Bazı yazarlarca üretim tekniklerinin gelişmesi, seri üretimin ortaya çıkması ve lisans yoluyla aynı markalı malların farklı işletmelerce üretilmesi sonucu markanın menşei gösterme işlevi yerini malları diğer mallardan ayırt etme ve bireyselleştirme işlevine bıraktığı¹²¹, köken ayırt etme işlevinin zamanla önemini kaybettiği savunulmaktadır¹²². Günümüzde tüketici malın kimin tarafından üretildiğini veya hizmetin kimin tarafından yürütüldüğünü araştırmadan alışveriş yapmakta ve sadece aynı marka altında aynı kalitenin korunup korunmadığı hususu üzerinde durmaktaysa da¹²³, tüketici işletmeyi bilmemesine ve tanımamasına rağmen malı veya hizmeti bir işletmeye bağlamakta, malın veya hizmetin bilmediği fakat güvendiği işletmeye ait olduğunu marka sayesinde anlayabilmektedir. Bu husus dahi köken ayırt etme işlevinin önemini ortaya çıkartmaktadır. Bu nedenle köken ayırt etme işlevinin markanın esaslı unsuru olduğu, dolayısıyla markanın mal ve hizmetleri ayırt etme özelliğini ifade eden ayırt etme işlevinin de köken ayırt etme işlevinin varlığına bağlı olduğu söylenebilir¹²⁴.

¹²⁰ ARKAN, C.I, s.83; DOĞAN, s.23; ÖZDAL, s.42.

¹²¹ ARKAN, C.I, s.38; ÖZDAL, s.48; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.356.

¹²² ARKAN, Marka, C.I, s.38; ARSEVEN, s.7; KARAHAN, s.141; ÖÇAL; s.17; ÖZDAL, Şule, 556 Sayılı KHK 5. Maddesi Çerçevesinde Marka Olarak Tescil Edilebilecek İşaretler, İst. 2005, s.48; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.356; ÜLGEN ve diğerleri, s.364; YASAMAN'a göre, Markanın ayırt etme işlevi marka sahibinin seçeceği işaretler yelpazesini kısıtlamaktadır. Buna göre bir markanın, bir kişi tarafından seçilmesi durumunda, bu kişi markanın ilgili mal veya hizmette kullanılması konusunda bir inhisari hakka sahip olmaktadır. Bu durumda bir mal veya hizmet üzerinde kullanılmak üzere seçilecek markanın, o mal ve hizmetlere kullanılmak üzere seçilen diğer markalardan farklı olması gerekmektedir." (C.I, s.18); Öçal'da 551 sayılı Markalar Kanunu döneminde her ne kadar köken ayırt etme işlevinin önemini kaybettiğini belirtmekteyse de, tanınmış markalar bakımından köken ayırt etme işlevinin halen önemini koruduğunu, bizzat işletmeyi belli etmesinden dolayı alıcıların köken ile alakadar olmadıklarını ifade etmeyeceğini, esasen kaliteye itimat da tanınmış markaya ve onun belirttiği teşebbüse güvenden geleceğini belirtmiştir. (s.17); ÖZDAL, s.48.

¹²³ KARAHAN, s.141.

¹²⁴ ÇAMLİBEL, s.35; PINAR, Markanın temel işlevinin malın menşei gösterme işlevi olduğunu, böylece alıcının ayırt etme işlevi ile aldığı ürün veya hizmetin diğerlerinden ayrılmasına ve kimden geldiğini anlamasına imkan verdiğini belirtilmiştir. (s.41); UZUNALLI, s.75.

Markanın temel işlevi olarak “ürünü ayırt etme” işlevinin markanın esaslı işlevi olarak kabul edilmesi durumunda bu işlev ürünün pazarlamaya ilişkin başarısı açısından önem taşımaktadır. Ayırt etme işlevi tanımlanırken, bir işaretin diğer işaretlerden farklı olmasını sağlayan özellikleri üzerinde durulmakta ise de bu özellikler tek başına yeterli olmayıp, markanın köken ayırt etme işlevinin bulunması da şarttır¹²⁵. Köken ayırt etme işlevi hukuki korumadaki önemini ve yansımalarını “bir teşebbüsün diğer teşebbüsün” ve yine madde 9 hükmünde “bağlantı olduğu ihtimali” düzenlenmesinde görmek mümkündür¹²⁶.

Nitekim Yargıtay’ca da markanın köken ayırt etme işlevi özellikle haksız rekabet davaları bakımından önem kazanmaktadır. Ticari kökene ait haksız rekabet, marka ve coğrafi işaret ihlal edilerek yapılabileceği gibi unvan, işletme adı, rakibin ticarete kullandığı işaret, ambalaj gibi unsurların taklidi suretiyle de yapılabilecektir. Önceleri haksız rekabetin değerlendirilmesinde dava sebebi olarak mülkiyet hakkı üzerinde durulurken, günümüzde artık yanıltmaya konu eylemin hedef aldığı davacı işletmesinin şöhreti ve müşteri çevresi esas alınmıştır¹²⁷. Nitekim bu bağlamda Yargıtay’ca ambalaj benzerliğinin de, tüketicilerin ürünlerin kökeni yönünden yanıltılmasına yol açtığı kabul edilmektedir¹²⁸. Görüleceği üzere Yargıtay’ca marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet davaları yönünden markanın köken ayırt etme işlevinin korunduğunu söylemek mümkündür.

2- Markanın Garanti İşlevi

Marka, bir ürünü yalnızca diğer işletmelerin ürünlerinden ayırt etmeye yaramaz. Aynı zamanda marka, üzerinde bulunduğu malı kalite sembolü haline getirerek, tüketicinin bu markalı mallardan olan beklentilerini belirler¹²⁹. Borçlar Kanunu¹³⁰ madde 194/1’de düzenlenen satıcının ayıba karşı tekeffülü büyük miktarda

¹²⁵ UZUNALLI, s.76.

¹²⁶ ÜLGEN ve diğerleri, s.364.

¹²⁷ GÜNEŞ, İlhami, Uygulamada Fikri Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları, Ankara 2009, s.105.

¹²⁸ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 19.03.2001 tarihli 2001/44 E, 2**1/2072 K sayılı ilamı için bkz. GÜNEŞ, s.117.

¹²⁹ YASAMAN, C.I, s.19.

¹³⁰ RG 29.04.1926, S.359.

ve hacimli alışverişlerde önemli bir işleve sahip olup, perakende satışlar açısından pratikte çok faydalı değildir. Ayıplı mal karşısında dava yoluna gitmenin külfetli ve uzun sürmesi nedeniyle tüketicilerin birçoğu bu yola başvuramaz¹³¹.

Bu esnada tüketici bakımından markanın garanti etme fonksiyonu ön plana çıkmaktadır. Tüketici mal veya hizmeti memnun kaldığı ve güvendiği kuruluş ya da üreticiden almayı tercih edecektir¹³². Çünkü markalı ürün veya hizmetler alıcıya bu ürün veya hizmetin kalitesi konusunda bir güvence vermektedir¹³³. Bu güven duygusu tüketicinin mal veya hizmeti memnun kaldığı ve güvendiği kuruluş ya da üreticiden almayı tercih etmesine sebep olmaktadır. Görüldüğü üzere garanti işlevi ile birlikte malın kökenini ayırt etme işlevi kendini göstermektedir. Çünkü bir mal veya hizmeti bir kere satın alan tüketici, bundan sonra da aynı marka altında üretilen markaların aynı kalitede olacağını ve bu kalitenin bozulmayacağını varsayar¹³⁴. Bu işleve malın kalitesini garanti etme işlevi de denilebilir¹³⁵. Üretici veya satıcı da markasına olan güven ve rağbeti devam ettirmek için malın kalitesini korumaya çalışır¹³⁶. Ancak hukuki açıdan markanın belirli niteliklere sahip olduğunu ve daima aynı kaliteyi koruyacak şekilde üretildiğini garanti etme işlevi yoktur. Alıcı bu kalitenin devamını sağlayacak bir hakka sahip olmayıp, yalnızca başka bir müesseseye geçebilecektir. Bu nedenle markanın, malın kalitesini garanti etme fonksiyonunun ekonomik açıdan önemi büyük olup¹³⁷, köken gösterme işlevi olan bağı ortadadır.

Markanın garanti işlevi markanın köken ayırt etme işlevi ile sıkı bir biçimde bağlantılı olup, tüketici bakımından markanın garantisini, işletme oluşturmaktadır. Bir markaya duyulan güven zaman içinde marka ile işletme arasında müşteri nezdinde bağlantı kurulması sonucu da doğurur. Bu bağlantı zaman içinde diğer

¹³¹ KARAYALÇIN, s. 403; ŞANAL, s.4.

¹³² ŞANAL, s.5.

¹³³“Almanya dışında satılan malların, Almanya içinde satışa sunulan mallardan farklı özelliklere sahip olabileceğini, bunun markanın köken ayırt etme işlevini zedelemeyeceğini, kaldı ki markanın, malların hep aynı kaliteyi koruyacak şekilde üretildiğini garanti etme fonksiyonunun bulunmadığı yönünde bkz. ARKAN, Marka Hakkının Tüketilmesi, s.199.

¹³⁴ ARKAN, Marka Hakkına Tecavüz, s.9; ÖZDAL, s.48.

¹³⁵ BAŞTUĞ/ERDEM, s.115; SAĞLAM, s.6.

¹³⁶ ARSEVEN, s.9; KARAHAN’a göre, bu durum işletme sahibi bakımından da malın kalitesini koruduğu sürece müşteri çevresini kaybetmeyeceği hususunda garanti oluşturur. (s.142).

¹³⁷ ARKAN, C.I, s.38.-39; ÖÇAL, s.17,18; TEKİL. s.255; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.356.

işletmenin ürettiği, ticaretini yaptığı malların veya hizmetlerin tercihinde de önemli rol oynar¹³⁸. Bu nedenle müşterinin aynı marka altındaki mal veya hizmetlerin her zaman aynı kalitede olacağına yönelik garanti işlevinin köken ayırt etme işlevinin bir sonucu olduğu söylenebilir.

3- Markanın Reklam İşlevi

Ticari hayatın hızla geliştiği günümüzde markanın ekonomik açıdan bir diğer önemli işlevi de reklam olup¹³⁹, bu işlev markalı mal ve hizmetlerin, reklam aracılığıyla üretildikleri yerlerden çok uzak yerlerde bile tanınmasına, müşteri çevresinin artmasına yardımcı olur¹⁴⁰.

Üretici ve tüketici arasındaki yüz yüze ilişkinin sona ermesi, taraflar arasında iletişim sorununa neden olmuştur. Taraflar arasında yaşanan bu iletişim sorunu reklamlarla giderilmeye çalışılmaktadır. Marka, söz konusu mal ya da hizmetin reklamında en dikkat çeken unsur olup¹⁴¹, günümüzde markanın tanınması ve en uzak yerlerde duyurulmasında reklamın etkisi çok büyüktür.

Gerek Markalar Kanunu Tasarısı madde 8/IV'de gerekse 556 sayılı KHK 8/IV'de tanınmışlık düzeyi yüksek bir markanın sahip olduğu reklam işlevini koruyucu düzenlemelere yer verilmiş, marka sahibine tanınmışlık düzeyi yüksek markasının itibarının zarara uğramasının söz konusu olabileceği durumlarda farklı mal ve hizmetler için dahi tesciline itiraz edebileceği hüküm altına alınmıştır.

Markanın reklam ve garanti işlevine bağlı olarak markanın tanınmışlık düzeyi yükselir. Marka bu süreçte reklam yapar, hatta reklam sayesinde işletme ile söz konusu marka ve diğer markalar arasında bağlantı kurulur hale gelir¹⁴². Reklam işlevi piyasada sunulmuş mal ve hizmetlerin tanınmasını ve işletme ile marka arasındaki bağın kurulmasını sağlar. Böylelikle tüketici, güvendiği işletmenin mal veya

¹³⁸ KAYA ve diğerleri, s.364.

¹³⁹ SAĞLAM, s.6.

¹⁴⁰ ARSEVEN, s.8; ŞANAL, s.6.

¹⁴¹ ÖZDAL, s.50.

¹⁴² ÜLGEN ve diğerleri, s.364.

hizmetlerine reklam işlevi sayesinde tanıma ve ulaşma imkânına ulaşmaktadır. Görüleceği üzere markanın reklam işlevi de köken ayırt etme işlevi ile sıkı bir şekilde bağlantılıdır. Bu bağlamda örneğin markanın üçüncü bir kişi tarafından izinsiz kullanılması yolu ile köken ayırt etme işlevine zarar verilmemişse, reklam değerine de zarar verilmeyecektir¹⁴³.

Bazı yazarlarca Yönerge ile markanın sadece köken gösterme fonksiyonunun değil, diğer fonksiyonlarının da, bu arada reklam fonksiyonunun da koruma altına alındığını belirtilmiştir¹⁴⁴. Bu durumda markanın reklam işlevi ve köken ayırt etme işlevi birbirinden ayrılmakta, Avrupa Birliği Hukuku'nda markanın iltibasa karşı korunmasının sadece mal ve hizmetlerin köken itibariyle karıştırılması halinde söz konusu olmayacağı, köken itibariyle karıştırılmadan bağımsız bir iltibas tehlikesinin de kabul edilmiş olduğu, markanın çekici gücünün reklam değerinin korunmasının da, iltibasa karşı korumanın içinde yer aldığını gösterdiği kabul edilmektedir¹⁴⁵. Kanımızca markanın diğer işlevleri markanın köken ayırt etme işlevine sıkı bir biçimde bağlı olup, markanın köken ayırt etme işlevine zarar verilmeden reklam işlevine de zarar verilmeyecektir.

4- Markanın Himaye Fonksiyonu

Markanın himaye fonksiyonu sayesinde mal veya hizmetini belli bir kalitede üreten veya piyasaya arz eden müteşebbis, markalı mal veya hizmetinin diğer mal veya hizmetlerle karışması gibi tehlikelere karşı mal veya hizmetini korumuş olacaktır. İşletmeci mal ve hizmetin üzerine koyduğu marka sayesinde halkın itibarını kazanmaya ve faaliyetine devam etmeye çalışır. Marka bir anlamda temin etmiş olduğu mal ve hizmetin münhasıran o işletmeye ait olduğunu garanti etmiş olur.

Markanın himaye fonksiyonunun mal ve hizmetin münhasıran bir işletmeye ait olduğunu göstermesi, markanın köken ayırt etme işlevini işaret etmektedir.

¹⁴³ UZUNALLI, s.74.

¹⁴⁴ ARKAN, Bağlantı İhtimali, s.8; ARKAN, Marka Hakkına Tecavüz, s.9.

¹⁴⁵ FEZER'e Atfen Bkz. ARKAN, Bağlantı İhtimali, s.10.

Markanın himaye fonksiyonu ile seçili markanın işletme ile olan bağıını göstermesi, işletmecinin de marka ile halkın itibarını kazanmaya çalışması nedeniyle himaye fonksiyonunun köken ayırt etme işlevinin bir sonucu olduğu söylenebilecektir. Markanın himaye fonksiyonu aynı zamanda, işletmecinin haksız rekabet karşısında himayesini de temin etmektedir¹⁴⁶.

E. Markanın Türleri

1- Markanın Amacına Göre

556 sayılı KHK uyarınca markalar belirli bir hizmet ya da mal ile ilgili olarak kullanılabilir. Markanın amacına yapılan bu ayırmada markayı ticaret markaları ile hizmet markaları olmak üzere ikiye ayırabiliriz¹⁴⁷.

Ticaret markası Marka Yönetmeliği madde 4’de “Bir işletmenin imalâtını ve/veya ticaretini yaptığı malları ve/veya sunduğu hizmetleri, başka işletmelerin mal ve/veya hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan işaret” ticaret markası olarak tanımlanmıştır. Tanımdan da anlaşılacağı üzere ticaret markası hem üretici hem de ticaretini yapan kişi tarafından kullanılabilir. Para, kıymetli evrak gibi bazı istisnalar bir yana bırakılacak olursa taşınır malla ilgili olan ve üstüne ambalaj konan marka ticaret markası olarak kabul edilebilir¹⁴⁸.

Hizmet markaları ise malla ilişkili olmayıp sadece bir işletmenin hizmetlerini diğer işletmelerinkinden ayırmaya yarayan işaretlerdir¹⁴⁹. Taşıma, temizleme,

¹⁴⁶ SAĞLAM, s.7.

¹⁴⁷ ÖÇAL, imal eden olmasa dahi, dağıtımını üzerine aldığı istihsal üzerine tüccar tarafından konulmuş olan markalardır. Ticaret ve fabrika markaları ayrı ayrı iki türde marka olmalarına rağmen birbirlerini tamamladığını, bu iki çeşit markanın ihtiyaçları karşılamaktan uzak olması, örneğin tarım alanında da markanın kullanılmasının mümkün olmasına rağmen bu iki markanın bu nevi markaları kapsamadığını ortaya koymuştur. Bu nedenle 551 sayılı Markalar Kanunu’nda bu ayırım kaldırılmış ve marka terimi benimsenmiştir (s.8 vd.).

¹⁴⁸ MERAN, s.29.

¹⁴⁹ ARKAN, C.1, s.43; KARAYALÇIN, s.408; POROY/YASAMAN, Ticari İşletme, s.307; TEKİL, s.256, TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.351-352; ÖÇAL, Hizmet markasını, bir hizmet teşebbüsünün hizmetini diğer bir teşebbüsün hizmetinden ayırt etmek için kullanılan işaret olarak tanımlamıştır. (s.11).

sigorta, ilancılık, bankacılık, sağlık, turizm gibi maddi malların üretimi ya da ticareti ile ilgili bulunmayan işletmelerin verdikleri hizmetleri, diğer işletmelerden ayırmak için marka kullanma zorunluluğunun ortaya çıkması hizmet markalarının korunmasını zorunlu kılmıştır. Bu ihtiyaç nedeniyle öncelikle 1958 yılında Lisbon’da yapılan değişiklikle Paris Sözleşmesi madde 6 (5. mükerrer) kapsamında Birliğe dahil devletler hizmet markalarını korumayı, bu tür markaları tescil etme zorunluluğunu üstlenmeden kabul etmişlerdir. Ülkemizde 551 sayılı Markalar Kanunu hizmet markalarını düzenlememiş ve kanunun 46. maddesi ile de hizmet markalarının kanun kapsamına girmediği açıkça belirtilmiştir. Bu nedenle hizmet markalarının hukuki güvenceye kavuşması 556 sayılı KHK ile mümkün olmuştur¹⁵⁰. Ancak mali bir amacı olmayan bir hayır kurumunun sportif, kültürel organizasyonları hizmet olarak kabul edilemeyeceği gibi, yine avukatlık, mimarlık ve doktorluk gibi meslek gruplarının faaliyetlerinin de kabul edilmemesi gerekmektedir¹⁵¹. Hizmet markalarının 551 sayılı Markalar Kanunu ile korunmamasına karşılık, 556 sayılı KHK ve Tasarı ile markanın malın veya ambalajının üzerinde bulundurulması zorunluluğu bulunmamakta olup, işletmenin iş evrakında ve reklamlarında kullanılması yeterli görülmektedir¹⁵².

¹⁵⁰ 556 sayılı KHK’den önceki döneme ilişkin olarak hizmet markaları ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. YASAMAN Hamdi, Hizmet Markaları, BATIDER, 1975, C.VIII, s.73 vd.

¹⁵¹ YASAMAN, Hizmet Markaları, s.75; MERAN, s.30.

¹⁵² ARKAN, C.1, s.146-147; MERAN, s.30; Danıştay 23.10.1986 kararında, “Olayda matbu, matbu neşriyat ve matbu kitaplar üzerine yapılan marka tescil başvurularının hizmet markası olduğu gerekçesi ile reddedilmesi üzerine açılan davada Danıştay, hizmet markasının bir işletmenin sembolü olduğunu ve garantisini için kullanılacağı ve bir emtada kullanılmayacağını, son aşamada emtia haline gelen kitap üzerinde kurulacak işaretin veya ibarenin marka olarak tescil edilmesi gerektiğine” karar verilmiştir.” (Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararı, 23.10.1986 tarihli, T. 1-I DÖNMEZ, s.284); Aksi yönde bkz. “Markanın kırtasiyede, rehberlerde veya ilanlarda yer alması marka hukukuna özgü kullanma değildir. kullanma, emtia ile markayı bağlayıcı tarzda olmalıdır.” POROY/TEKİNALP, Marka Hakkına İlişkin Bazı Sorunlar, s.334; DOĞAN’a göre, İşaretin iş evraklarında, reklamlarda, promosyon ürünlerinde kullanılması ise markasal kullanım değildir. (s.237); SERT, Marka sahibinin markasını internetteki sayfası için alan adı olarak kullanması kullanma şartının yerine getirilmesi bakımından yeterli olmadığını belirtmiştir. (s.81); EROĞLU da, Arz edenin internet adresi altında mal veya hizmet sunup sunmadığı ya da yalnızca bir düşüncesini paylaşmak isteyip istemediği internet adresinden anlaşılamayacak olup, bu nedenle markanın alan adı olarak kullanılması marka hakkını koruyucu yararlanma olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. (Sevilay, “Marka Hakkını Kurucu ve Koruyucu Olarak İnternette İşaretten Yararlanma”, Prof.Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ocak 2002, s.481); Her ne kadar markanın alan adı olarak kullanılması marka hakkını koruyucu yararlanma olarak kabul edilmeyecekse de, Yargıtay’ca başkasının ticaret ünvanı veya markasının internet ortamında alan adı olarak kullanımı markaya tecavüz ve haksız rekabet olarak nitelendirilmektedir. Yargıtay 11. H.D.’nin 07.07.2008 tarihli, 2007/7270 E, 2008/9135 K sayılı ilamı, GÜNEŞ, s.125-126; Yargıtay’ca, Davacı vekili, müvekkilinin “Dalga Şekli”nin münferiden ve aynı zamanda “kinder surprise + yumurta şekli + dalga şekli” markasının bir unsuru olarak tescilli olduğundan markanın beyaz zemin, altında turuncu renk ve bu

2- Markanın Sahipliğine Göre

Markalar bakımından yapılabilecek bir diğer ayırım markanın sahibine ilişkin olarak yapılabilecektir. Markanın sahipliğine göre yapılan ayırmda markayı bireysel marka, ortak marka veya garanti markası olarak üçe ayırabiliriz.

Bireysel marka, gerçek ve tüzel kişiler tarafından tek başına ve bağımsız olarak kullanılan ve marka üzerindeki hakkın sadece bu kişilere ait olduğu markalara denilir. Bireysel markayı belirleyici unsur marka üzerindeki hakkın bir veya daha fazla kişiye ait olması ve bu kişilerin iştirak veya müşterek mülkiyet hükümlerine göre marka hakkını kullanmalarıdır. Marka üzerindeki hakkın iştirak halinde veya müşterek olması markanın bireysel olmadığını göstermez¹⁵³. Örneğin adi şirketler marka sahibi olamaz. Şirket ortakları marka üzerinde iştirak halinde maliktedirler¹⁵⁴. Bireysel markalar devredilebilir, lisans anlaşmasına konu olabilir.

556 sayılı KHK madde 55’de ve Marka Yönetmeliği madde 4’te¹⁵⁵ ortak markanın tanımı verilmiştir. Ortak marka, 556 sayılı KHK m 55/I’e göre, “üretim veya ticaret işletmelerinden oluşan bir grup tarafından kullanılan işaret” olarak düzenlenmiştir¹⁵⁶. Ortak marka birden çok işletme adına tescilli olup, ortak markanın

rengi zeminden ayıran dalga şeklinden oluştuğunu ve dünyaca tanınmış “kinder surprise ve kinder serisine dahil markalı ürünlerin ambalaj ve displayları üzerinde ayrılmaz bir unsur olarak uzun yıllar kullanıldığını, dalga şeklinin bu kullanım sonucu davacının ürünlerini belirleyici hale geldiğini, davalı şirketin iki ayrı tip ambalajında “açık turunca dalga şekli” “ozmo” yumurta ürününe ilişkin ürünler üzerinde aynen ve çok benzer şekilde kullanılarak davacı markasına tecavüzde bulunduğunu iddia etmiştir. Yerel Mahkemece davalının iki ayrı ambalajda kullanıldığı dalga şekli formunun davacının markasına tecavüz ve haksız rekabet oluşturduğuna karar verilmiş olup, Yargıtay’ca yerel mahkeme kararı onanmıştır. (11. H.D.’nin 22.01.2009 tarihli, 2007/6037 E, 2009/519 K sayılı ilamı, GÜNEŞ, s.288.

¹⁵³ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.352.

¹⁵⁴ ARKAN, C.I, s.45.

¹⁵⁵ Marka Yönetmeliği madde 4’te ortak marka, “üretim veya ticaret veya hizmet işletmelerinden oluşan, bir grubun mal veya hizmetlerini diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan işaret” olarak tanımlanmıştır.

¹⁵⁶ Markalar Kanunu Tasarısı madde 2/1 uyarınca ortak marka; “Bir sözleşme çerçevesinde, tüzel kişilik meydana getirmeksizin bir araya gelen gerçek veya tüzel kişilerin oluşturduğu topluluğa dahil teşebbüslerce üretilen mal ya da hizmetleri, diğer teşebbüslerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan ve bu teşebbüslerce ayrı ayrı kullanılabilen işaret” olarak tanımlanmıştır. Görüldüğü üzere tasarı ile ortak marka kullanan topluluğun “tüzel kişiliğinin bulunmadığı” hususu açıklığa kavuşturulmuştur.

her bir sahibi, markanın diğer sahiplerinin aynı nitelikteki hakları ile sınırlı olarak ve fakat onlardan bağımsız olarak markanın tümü üzerinde hak sahibidir¹⁵⁷.

Ortak marka, tüzel kişiliği olmayan bir gruba dâhil her türlü işletme tarafından tek başına kullanılabilir. Bu topluluğu oluşturan her işletme adına ayrı ayrı tescilli olan ortak markada her bir işletmenin hakkı diğerininki ile sınırlı olmak üzere bağımsızdır¹⁵⁸. Ortak markanın sahibi grup değil, bu grubu oluşturan işletmelerdir. Ortak marka, gruba dahil olan işletmelerin mal veya hizmetlerini diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye yarar¹⁵⁹. Tarım satış Kooperatiflerini tek çatı altında toplayan “Tariş” örnek olarak verilebilir. Aksi halde ortak markanın bireysel markadan farkı kalmayacaktır¹⁶⁰. Holding markaları, ortak marka niteliğinde değildir. Zira bu halde marka sahibi olan holding şirketin kendisidir. Bu nedenle holding markaları da ferdi marka niteliğindedir¹⁶¹.

Ortak markanın en temel fonksiyonu, belirli bir gruba üye olduğunu göstermek ise de bu grubun tüzel kişiliği olmayıp, ferdi markanın aksine marka üzerinde iştirak ya da müşterek halinde mülkiyet bulunmamaktadır. Ortak markanın sahipleri birbirinden tamamen bağımsız işletmeler veya kişiler adına tescillidir. Ortak markanın işletmeden bağımsız ekonomik bir varlığa sahip olması nedeniyle işletmeden bağımsız olarak devredilebilir¹⁶².

Ortak markanın devri bakımından da sicile kayıt bir geçerlilik koşulu olarak öngörülmüştür. Ortak markanın tescili için ortak marka sahiplerinin birlikte hareket etmeleri zorunlu olduğundan, ortak markanın devri bakımından da garanti markası için belirtilen kuralın geçerli olduğunu kabul etmek gerekmektedir¹⁶³. Tescilin gerekli olmasının nedeni bu markaların fonksiyonları gereği daha fazla aleniyet

¹⁵⁷ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, 352, ARKAN, C.I, s.45, POROY/YASAMAN, Ticari İşletme, s.309, ÜNAL, s.34.

¹⁵⁸ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.353; ÇAMLİBEL, s.38; MERAN, s.31.

¹⁵⁹ KARAHAN, s.145; ÇAMLİBEL, s.37; ÖZDAL, s.55; POROY/YASAMAN, Ticari İşletme, s.309.

¹⁶⁰ ARKAN, C.1, s.45; MERAN, s.31; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.353.

¹⁶¹ ARKAN, C.1, s.46.

¹⁶² KHK madde 60 uyarınca “Garanti markasının veya ortak markanın devri veya bir ortak markada lisans verilmesinin Marka Siciline kayıt halinde geçerli olduğu” düzenlenmiştir.

¹⁶³ ARKAN, C.II, s.181; YASAMAN, C.II, s.685.

gerektirmeleri ve her zaman sicilden sahiplerinin tespit edilmesinin gerekli olmasıdır¹⁶⁴.

Garanti Markası, markanın sahipliğine göre yapılacak son ayırım olup, KHK madde 54/1 ve Yönetmeliğin 4. maddesinde tanımlanmıştır¹⁶⁵. Garanti markası diğer marka türlerinden farklı olup, marka sahibi tarafından kullanılmaz¹⁶⁶. Garanti markası, marka sahibinin belirlediği malın kalitesine ilişkin bulunan şartları gerçekleştiren her işletme tarafından kullanılabilen, malın kalitesini garantileyen markadır¹⁶⁷. Garanti markasının özelliği, ortak markadan farklı olarak bir mal veya hizmetin belli bir gruba dâhil kişilerce üretilmiş olduğunu değil, üretilen mal veya hizmetin belli özellik ve niteliklere sahip olduğunu gösterir¹⁶⁸.

Garanti markasının adından da açıkça anlaşılacağı üzere onu kullananların mal ve hizmetlerini ayırt etmede değil, üretilen mal ve hizmetlerin marka sahibince belirlenen özellik ve niteliklere uygun olduğunu açıklamada ve bu şekilde diğer mal ve hizmetlerden ayırt etmede kullanılır. Garanti markası diğer markalar gibi sahibi tarafından kullanılmaz, sahibinin belirlediği ölçütleri karşılayan ve kullanılmasına izin verilen işletmelerce kullanılır¹⁶⁹. Bunun amacı kontrol ve denetim olan bir kişinin kendi kendini kontrol etmesinin doğuracağı sıkıntılar olarak gösterilmiştir¹⁷⁰.

¹⁶⁴ ARKAN, C.II, s.185; YASAMAN, C.II, s. 689.

¹⁶⁵ KHK madde 54 uyarınca garanti markası, marka sahibinin kontrolü altında birçok işletme tarafından o işletmelerin ortak özelliklerini, üretim usullerini, coğrafi menşelerini ve kalitesini garanti etmeye yarayan işarettir. Markalar Yönetmeliği madde 4 uyarınca: garanti markası, marka sahibinin kontrolü altında, bu markayı kullanmaya yetkili kılınmış bir çok işletme tarafından üretilen mal ve/veya hizmetlerin ortak özelliklerini, üretim usullerini, coğrafi kaynaklarını ve kalitesini garanti etmeye yarayan işareti ifade eder.

¹⁶⁶ ARKAN, C.I, s.47.

¹⁶⁷ POROY/YASAMAN, Ticari İşletme, s.307-308; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 352; ÜNAL, s.35.

¹⁶⁸ ARKAN, C.I, s.46.

¹⁶⁹ Uygulamada TSE'nin garanti markası olup olmadığı tartışmalıdır. ARKAN, TSE işaretinin malın hangi piyasada sunulduğunu göstermediği, işaretin olsa olsa malın belirlenen standartlara uygun şekilde üretilip üretilmediği denetlemesi nedeniyle hizmet markası olarak nitelendirilebileceğini ileri sürmüştür. (Ticari İşletme, s.270); ÖÇAL; TSE işaretinin marka olarak kabul edilemeyeceğini savunmuştur. (s.14); POROY/YASAMAN ise: TSE markasının garanti markası olarak nitellemenin mümkün olduğunu, bu markanın 556 sayılı KHK madde 54'te tanımlanan garanti markasının tanımına uygun olduğunu savunmuştur.(Ticari İşletme, s.308) Kanımca TSE markasının garanti markası olarak nitelendirilmesi gerekmektedir. Nitekim Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir. (Yargıtay 11. H.D.'nin 03.06.1983 tarihli, 1983/2578 E, 1983/2907 K; Yargıtay 11. H.D.'nin 27.12.1982 tarihli, 1982/5594 E, 1982/5674 K sayılı kararları, DÖNMEZ, s.152-161).

¹⁷⁰ ARKAN, C. I, s.47; POROY/YASAMAN, Ticari İşletme, s.307.

Garanti markaları ve ortak markalar hukuki işlemlere konu olabilir, devredilebilir. Fakat garanti markaları lisans sözleşmelerine konu olamaz¹⁷¹.

556 sayılı KHK madde 54/2 uyarınca garanti markasının, marka sahibine ait olan veya ekonomik olarak marka sahibine bağlı bir işletme tarafından kullanılması yasaklanmıştır. Fakat 556 sayılı KHK madde 60 uyarınca garanti markasının devri mümkündür. Garanti markasının kullanımını düzenleyen teknik yönetmeliğin öngördüğü koşulları sağlayan her işletmenin garanti markasını kullanma hakkını kazandığı göz önüne alındığında, garanti markasının devri, bireysel markaların devrine göre üçüncü kişilerin menfaatlerini daha yakından ilgilendirmektedir. Bu nedenle garanti markasının sahibi tarafından devri ancak sicile kayıt halinde geçerlidir. Burada önemle belirtmekte fayda var ki, garanti markasını marka sahibi devredebilecek olup, markayı kullanan kişilerin garanti markasını devretmeleri söz konusu değildir. Çünkü bu kişilerin garanti markası üzerinde tasarruf yetkileri bulunmamaktadır.

Her ne kadar garanti markaları bir işletmenin mallarını diğer işletmelerden ayırt etmeye yarayan klasik anlamda marka olmasa da, 556 sayılı KHK'nin klasik markaların tabi olduğu bazı hükümlere ek olarak, 556 sayılı KHK madde 54-60. maddelerinde de kendine özel hükümlere tabi tutulmuştur¹⁷².

3- Markanın Tanınmışlığına Göre

Tescil edilmiş markalarda marka hakkı, bir markanın seçilip marka siciline tescil edilmesiyle doğar. Bu temel kuralın hukukumuzdaki tek istisnası ise “tanınmış markalar”dır¹⁷³. Tescilli bir marka,556 sayılı KHK 9/1 uyarınca marka sahibine sağladığı, tescil kapsamına giren aynı veya benzer mal ya da hizmetle ilgili olarak korumaya rağmen, tescilli bir marka ile aynı veya benzer olan işaretin, bir başka kişi tarafından farklı mal veya hizmetlerde kullanılması halinde KHK'nin 8/4. maddesi

¹⁷¹ ARKAN, C.I, s.48; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.352.

¹⁷² Maddenin Tasarıdaki karşılığı için bkz. Markalar Kanunu Tasarısı madde 52-56.

¹⁷³ ÖÇAL'a göre tanınmış marka; kuvvetli bir reklam, garanti, bir şahsa veya teşebbüse sıkı bir şekilde bağlı marufiyet ve iyi bir dağıtım sistemi içindeki marka” olarak tanımlanabilir. (s.52); ŞANAL, s.21.

nedeniyle marka sahibine bir koruma sağlamamaktadır. Fakat tescil edilmiş veya tescili için daha önce başvuruda bulunmuş markanın, toplumda ulaştığı tanınırlık düzeyi nedeniyle haksız bir yararın sağlanabileceği, markanın itibarına zarar verilebileceği ya da ayırt edici karakterini zedeleyici sonuçlar doğurabileceği durumlarda, 556 sayılı KHK madde 8/IV uyarınca ikinci tescil talebi farklı mal ve hizmetler için yapılmış olsa dahi, marka sahibinin itirazı üzerine reddedilir. Görüldüğü üzere tanınmış marka sahibine daha geniş bir koruma sağlanmıştır¹⁷⁴.

Ayrıca Paris Sözleşmesi'nin 6 (1. mükerrer) maddesi anlamında, başka bir kişiye ait olduğu ve benzeri ürünlerde kullanıldığı herkesçe bilindiği kabul edilen markanın veya benzerinin marka sahibinin izni olmadan başkası adına tescili KHK madde 7/1 bendi ile yasaklanmıştır.

4- Markanın Tescil Edilmiş Olup Olmamasına Göre

556 sayılı KHK ve Tasarı'nın 6. maddesi uyarınca marka korumasının olabilmesi için markanın tescil edilmiş olması gerekli olup, üçüncü kişilere karşı tescilin yayını tarihinden itibaren hüküm ifade etmektedir¹⁷⁵. Tescilsiz markaların 556 sayılı KHK'den yararlanması mümkün değilse de, gerek KHK'de gerekse de Tasarı'da tescilsiz bir markanın hukuki durumunu düzenleyen hükümler bulunmaktadır. Buna göre 556 sayılı KHK madde 8/4 ve Tasarı'nın 8/4. maddesinde markanın tescil edilmemesine rağmen piyasada ilk defa kullanan kişinin markanın başkası adına tesciline itiraz edebileceği düzenlenmiştir. Bu nedenle tescilsiz bir markayı piyasada ilk kez kullanan kişi, marka üzerinde korunan ekonomik menfaatlerinin zarar görme tehlikesinin bulunması durumunda TTK madde 57/5'e dayanmak suretiyle haksız rekabet hükümlerine göre dava açabilecektir¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Aynı düzenleme için bkz. Markalar Kanunu Tasarısı.

¹⁷⁵ EROĞLU, Tescil bakımından ilk kullanım ve devir arasındaki tescilin niteliği bakımından yaratılan uygunsuzluğa dikkat çekmektedir: 556 sayılı KHK madde 16/IV ve 21/X uyarınca; "Markanın sağladığı hakların, üçüncü kişilere karşı marka tescilinin yayını tarihi itibarıyla hüküm ifade edeceğinin kabul edilmesine rağmen, markanın devri, lisansa bağlanması gibi işlemlerin iyiniyetli üçüncü kişilere karşı sicile kayıtlı hüküm ifade edeceği gösterilmiştir." (s.466).

¹⁷⁶ ARKAN'a göre, TTK madde 57/5 markanın tescilli olmadığı hallerde önem kazanacaktır. Bu maddenin uygulanabilmesi için kullanılan markanın, bir başka kişinin haklı olarak kullandığı marka ile iltibas vermesi gerekmektedir. (Ticari İşletme, s.292); Haksız rekabetten söz edebilmek için aldatici veya herhangi bir şekilde objektif iyi niyet kurallarına aykırı hareketlerin bulunması gerekir.

Kanun koyucu kullanma ile ayırt edicilik kazanan marka hakkı sahibine aynı markanın üçüncü kişi tarafından tescilinin talep edilmesi durumunda tescilsiz marka sahibine itiraz hakkı tanıyarak marka hakkının kullanım yoluyla da elde edildiğini kabul etmektedir. Fakat marka hakkının kullanma ile doğacağını kabul etmek mümkün olmayıp, 556 sayılı KHK uyarınca marka hakkı tescil ile kazanılır. Markanın 556 sayılı KHK çerçevesinde korunması için tescil edilmesi gerekmekte olup, tescilsiz marka bakımından genel hükümler uygulama alanı bulmaktadır¹⁷⁷.

F. Değerlendirme

Gayri maddi ve mutlak haklardan olan markanın 556 sayılı KHK’de tanımına yer verilmemiş olup, bu eksiklik Tasarı ile giderilmektedir. Buna göre Tasarı’nın “Tanımlar” başlıklı 2. maddesinde “Bir teşebbüsün üretimini veya ticaretini yaptığı malları ya da sunduğu hizmetleri, başka teşebbüslerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan işaret” olarak tanımlanmaktadır.

Gerek Tasarı’nın 2. maddesi gerekse 556 sayılı KHK’nin 5.maddesinde markanın işlevinin farklı işletmelerin ürünlerini ayırt etmek olduğu belirtilmiştir. Dikkat edilecek olursa ayırt etmenin konusu farklı işletmelerin mal veya hizmetleridir. Markanın ayırt etme işlevinin, mal veya hizmetlerin birbirinden ayrılmasını değil, bir işletmelerin mal veya hizmetlerinin diğer bir işletmenin mal veya hizmetlerinden ayrılmasını temin etmesi gerekmektedir. Madde metninden de açıkça görüleceği üzere işletmelerin mal veya hizmetlerinin diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayrılması bizi köken ayırt etme işlevine götürmektedir. Ayırt etme işlevinin köken ayırt etme işlevi ile olan bağlantısı, köken ayırt etme işlevinin bulunmaması durumunda ayırt etme işlevinden de bahsedilememesi bu işlev köken ayırt etme işlevinin bir unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır.

Haksız rekabetten söz edebilmek için diğer bir unsur ise bu kötüye kullanma sonucunda bir kimsenin ticari işletmesinin yahut diğer iktisadi menfaatlerinin zarar görmesi veya zarar görme tehlikesine maruz bulunmasıdır. Bu zarar veya tehlike TK madde 58’de belirtildiği üzere bir kimsenin müşterileri, kredisi, mesleki itibarı yahut diğer herhangi bir iktisadi çıkarı bakımından olabilir. Aynı zamanda haksız fiil ile zarar arasında illiyet bağı bulunması gerekmektedir., DOMANIÇ, Hayri/ ULUSOY, Erol, Ticaret Hukukunun Genel Esasları, İstanbul 2007, s.272.

¹⁷⁷ YASAMAN, C.I, s.4.

Doktrinde markanın köken ayırt etme işlevinin günümüzde önemi kaybettiği ve bunun yerine ayırt edicilik işlevinin önem kazandığı üzerinde durulmaktadır. Oysaki bir markanın köken ayırt etme işlevi, ayırt edicilik niteliğinin temelinde yer almaktadır¹⁷⁸.

Bağımsız bir hak olan marka hakkının hukuki işlemlere konu olması, başkasına devri, miras yolu ile intikali, kullanma hakkının lisans konusu olması, rehin edilmesi mümkündür. Her ne kadar markanın işletmeyle olan sıkı bağılılığı ortadan kalkmış ise de, markayı tescil ettiren kişinin işletmesini devretmesi halinde dahi, bu işletmenin çevre tarafından tanınmışlığından bağımsız olarak marka yine mal veya hizmetleri işletme kökenine göre ayırt etmeye devam edecektir¹⁷⁹.

III- MARKA HAKKININ KAZANILMASI VE TESCİL İLKESİ

A. Genel olarak

Marka üzerindeki hakkın kazanılması bakımından ilk kullanma¹⁸⁰ ve tescil sistemi olmak üzere iki sistem mevcuttur. İlk kullanma sisteminde marka üzerindeki hak, markanın ticaret hayatında ilk kez kullanılması ile doğar. Bir kimse markayı tescil ettirmiş olsa da tescil keyfiyeti hak sahipliğine bir karine olup esas olan ilk kullanma ile doğan haktır. Bu sistemin sakıncası tescilin daima muallâkta kalma neticesini doğurmasıdır¹⁸¹. Tescilin esas alındığı sistemde ise, marka üzerindeki hak, marka sicili denilen bir sicile tescil ile doğar. Tescilin amacı bir markanın mülkiyetini aleni kılmaktır. Marka sahibi bir marka seçmekle o zamana kadar herkesin kullanmakta serbest olduğu ismin, işaretin mülkiyetini kazanmış olur.

¹⁷⁸ Aynı yönde bkz. UZUNALLI, s.70 vd.

¹⁷⁹ UZUNALLI, s.76.

¹⁸⁰ SAĞLAM, s.89; POROY/TEKİNALP, Kanun markayı seçen ve onu marka hukukuna özgü bir tarzda kullanan kişinin hakkını, o markayı aynı emtia için ilk defa tescil ettiren kişinin hakkının önüne geçirmiştir. Kanunu temellendiren bu kuralı, ilk kullananın hakkı tescil ettirenden üstündür şeklinde ifade edebiliriz. İlk kullananın, ilk tescil ettirene karşı davasında başarılı olabilmesi için, markayı seçtiğini, kullandığını ve piyasada maruf hale getirdiğini ispat etmesi gerekmektedir. Bu dava tescilin terkinin davası değildir. (Marka Hakkına İlişkin Bazı Sorunlar, s.335).

¹⁸¹ SAĞLAM, s.89.

1965 tarihli Markalar Kanunu'nda gerçek sahiplik ilkesi mevcut olup, markayı fiilen ihdas ve istimal eden ve piyasada maruf hale getiren kişi marka hakkı sahibi olarak kabul edilmiştir¹⁸². Fakat sahiplik ilkesinin kabulü halinde, markasını tescil ettiren kişi hiçbir zaman tam anlamıyla hak sahibi olamayacak ve her zaman üçüncü bir kişinin ortaya çıkararak marka üzerinde üstün hak iddia etmesi söz konusu olabilecektir. 556 sayılı KHK'nin 6. maddesi ile markaların korunması tescil yolu ile sağlanmaktadır¹⁸³. Her ne kadar 556 sayılı KHK bakımından tescil sistemi kabul edilmekteyse de, bu konuda tam olarak görüş birliğine varıldığını söylemek mümkün değildir. Nitekim Yargıtay'ca da marka tescilinin kurucu ve açıklayıcı etkilerine dikkat çekilerek, bir markayı ihdas ve istimal etmeksizin seçerek tescil ettiren marka sahibi için tescilin kurucu nitelik taşıdığını, buna karşın marka sahibinin önceden kullanmak suretiyle işarete ayırt edici nitelik kazandırarak tescil ettirmesi halinde tescilin açıklayıcı olduğuna karar vermiştir¹⁸⁴. Fakat ilk kullanma tek başına marka hakkını kurmaz. Kaldı ki bu şekilde kazanılan sadece öncelik hakkı ve tescili talep hakkıdır. Tescilden önce 556 sayılı KHK'den doğan hakları ileri süremez. Bu nedenle tescilin bu durumda açıklayıcı olduğundan söz etmek güçtür.

Tescil talebinde bulunulmuş olan markanın, uzun zamandan beri kullanılmakta olmasına rağmen, bu müddet zarfında tescilinin yapılmamış olması sebebiyle, sonradan tescil edilmiş benzer ve hatta aynı marka ile karşılaşması durumunda TPE'nin kullanmadaki önceliği araştırma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu durumda kullanmada öncelik hakkına sahip olduğunu iddia eden kişinin bu iddiasını kanıtlaması gerekecektir¹⁸⁵.

¹⁸² BERZEK Ayşe Nur, Tescilli Markanın Korunmasına İlişkin Sorunlar, Tandoğan'a Armağan, Ank. 1990, s.49 vd.

¹⁸³ Maddenin Tasarıdaki karşılığı için bkz. Markalar Kanunu Tasarısı madde 6.

¹⁸⁴ Yargıtay 11. H.D.'nin 19.04.2002 tarihli 2001/9903 E, 2002/3699 K sayılı, kararı, YASAMAN Hamdi, "Marka Hakkının Niteliği ve Tanınmış Markalar Hakkında", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, GÜHFD 2002, s.151-158; Yargıtay 22.11.2002 tarihli kararında: "Türkçe'de "çiçekçi" anlamına gelen "Florist" yabancı sözcüğünün marka olarak tescili istemi, bu kelimenin hizmetin cinsini ve hizmete ait bir meslek grubunun adını içermesi nedeni ile 556 sayılı KHK'nin 7/I-c ve d. maddelerine aykırıdır. Ancak aynı KHK'nin 7/II. maddesinin "bir marka tescil tarihinden önce kullanılmış ve tescile konu mallar veya hizmetlerle ilgili olarak bu kullanım sonucu ayırt edici bir nitelik kazanmış ise (b), (c), (d) bentlerine göre tescil reddedilemez" hükmü gereği o mal veya hizmetle ilgili alıcı-satıcı (hizmet alıp-veren) çevrelerden oluşturulacak bilirkişilerden alınacak rapora göre karar verilmesi gerektiğine karar vermiştir (11. HD'nin 2002/5352 E, 2002/10729 K sayılı ilamı. Kazancı Veri Tabanı).

¹⁸⁵ ÖÇAL, s.73.

Marka üzerindeki tescil ile kazanılan hak mutlak bir hak olup, bu hak olumsuz yasaklama yetkileri ile olumlu kullanma haklarını içerir¹⁸⁶. Marka sahibi markasını kullanarak ya da bir başkasının kullanmasına izin vererek ekonomik menfaat elde eder. Bunun yanında marka hakkı koruyucu yetkileri de barındırır. Marka hakkı aslen yani tescille ya da devren yani mirasın geçmesi ya da hukuki bir işlemle kazanılabilecektir.

B. Tescil İlkesi

556 sayılı KHK madde 6'ya göre, KHK'nin marka sahibine sağladığı haklar tescil ile oluşur¹⁸⁷. Buna marka hakkının kazanılmasında "tescil ilkesi" denilmektedir¹⁸⁸. Tescil kurucu etkiye sahiptir¹⁸⁹. Böylece marka bu andan itibaren özel mülkiyetin konusunu oluşturduğu gibi, aynı zamanda, marka sahibi lehine mülkiyet karinesi oluşturacaktır¹⁹⁰. Ayrıca tescil mülkiyetin kazanılması hakkında kesin bir ispat vasıtası sağlayıp, markalara sağlanan özel himayeden yararlanma imkânı verir¹⁹¹.

Markanın tescil ile birlikte özel himayeden yararlanması ve marka sahibinin üçüncü kişilere karşı ileri sürebileceği hakları kazanmasının yanı sıra, malvarlığına dâhil olan bu mutlak hakkın ekonomik ve ticari açıdan değerlendirilmesine yönelik yapılan devir, lisans, rehin gibi hukuki işlemlerin üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi bakımından da önem taşır. Bir markanın yasal koruma altında bulunabilmesi usulünce tescil edilmesine bağlı olup, tescil edilmemiş markalar ancak genel hükümlere göre himaye görecektir¹⁹².

¹⁸⁶ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.358.

¹⁸⁷ Yargıtay 24.09.1985 tarihli kararında: "...Bir markayı ilk defa tescil ettiren, söz konusu markanın gerçek sahibi sayılır." (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 24.09.1985 tarihli, 1985/4593 E, 1985/4761 K sayılı ilamı. Kazancı Veri Tabancı).

¹⁸⁸ DÖNMEZ, s.29; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.359.

¹⁸⁹ ARKAN, C.II, s.124; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.359. Ancak KHK madde 42/1 uyarınca ilk kullanma sistemine göre tescilsiz bir markayı kullanan kişiye de bir markanın başka bir kişi adına tescil için yapılan başvuruya itiraz hakkı tanınmıştır.

¹⁹⁰ BAŞTUĞ/ERDEM, s.120.

¹⁹¹ ÖÇAL, s.56.

¹⁹² DÖNMEZ, s.29.

C. Başvuru Yapabilecek Kişiler

Marka tescil başvurusunda bulunacak kişiler¹⁹³ 556 sayılı KHK'nin 31. maddesinin 3. maddeye yaptığı yollama ile düzenlenmiştir¹⁹⁴. KHK madde 3/1 uyarınca "Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde ikametgâhı olan veya sınaî veya ticari faaliyette bulunan gerçek veya tüzel kişilerce veya Paris Sözleşmesi¹⁹⁵ yahut Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması hükümleri dâhilinde başvuru hakkına sahip kişiler" markanın tescili için TPE'ye başvurabilecektir¹⁹⁶.

556 sayılı KHK ile 551 sayılı Markalar Kanunu madde 12/a'dan farklı olarak tescil başvurusunda bulunacak kişilerin "imal, ihzar ya da istihali" ile uğraşma koşulu kaldırılmıştır. Bu nedenle herhangi bir işletmesi olmasa da KHK madde 3/1 şartlarını taşıyan kişiler de bir marka yaratarak bu markayı ilgi duyan kişilere devredebilecek veyahut lisans verebilecektir. Fakat KHK'nin açık hükmü karşısında KHK madde 23/I-h uyarınca başvuru evraklarına "Başvuru sahibinin ticaretle imalatla veya hizmetle uğraştığını gösterir belge"nin eklenmesi hükmünün isabetli olup olmadığı tartışma yaratmaktadır¹⁹⁷. Fakat söz konusu belgenin yalnızca ticaretle, imalatla veya hizmetle uğraşanlar bakımından hazır edilmesi gerekmekte

¹⁹³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 27.02.2002 tarihli kararında: "...556 sayılı Markaların Korunması Hakkındaki KHK'nin marka hakkını düzenleyen 6. maddesinde ilke olarak bu düzenlemenin getirdiği marka korumasının ancak tescille elde edilebileceği ve ülkesellik kuralının geçerli olduğu öngörülmüş bulunmaktadır. Aynı düzenlemenin 3. maddesinde marka korumasının sadece Türkiye'de yerleşik ticari faaliyette bulunan gerçek ve tüzel kişilere özgü olmadığı, Paris Sözleşmesi yahut Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması hükümleri çerçevesinde başvuru hakkına sahip kişilere de tanıdığı açık bir şekilde hükme bağlanmış bulunmaktadır. (YHGK'nun 2002/11-62-115 sayılı kararı. NOYAN, s.43).

¹⁹⁴ Maddenin Tasarıdaki karşılığı için bkz. Markalar Kanunu Tasarısı madde 24.

¹⁹⁵ "Konvansiyon'a taraf devletlerin tebaasından olan kişiler, Türkiye'de ikametgah veya işletmeye sahip olmasalar dahi, markalarının tescili için başvuruda bulunma hakkına sahiptirler (m. 3.1 ve 2). Konvansiyon'a dahil olmayan devlet vatandaşları da, Konvansiyon'a dahil devletlerden birinde ikamet etme veya gerçek ve işler durumda bir sınaî veya ticari işletmeye sahip bulunma koşuluyla, tescil başvurusunda bulunabilirler (m. 3).

¹⁹⁶ Yargıtay'ın 29.01.1999 tarihli kararı uyarınca: "556 sayılı KHK'nin marka hakkının elde edilmesini düzenleyen 6. maddesinde ilke olarak bu düzenlemenin getirdiği marka korumasının ancak tescille elde edilebileceği öngörülmüş bulunmaktadır. Ne var ki yine aynı KHK'nin 3. maddesinde marka korumasının sadece Türkiye'de yerleşik ticari faaliyette bulunan gerçek ve tüzel kişilere özgü olmadığı Paris Sözleşmesi yahut Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması hükümleri çerçevesinde başvuru hakkına sahip kişilere de tanıdığı açık bir şekilde hükme bağlanmış bulunmaktadır." (Yargıtay 11. H.D.'nin, 1998/5372 E, 1999/256 K sayılı ilamı. MOROĞLU / KENDİGELEN, s.1302.)

¹⁹⁷ Başvuru sahibinin ticaretle, imalatla veya hizmetle uğraştığını gösterir belgenin talep edilmesine ilişkin maddenin isabetli olmadığı yönünde bkz. ARKAN, C.I, s.56; Aksi yönde bkz. EROĞLU, s.465; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.363.

olup, ticaret uğraşmayanlar bakımından bu belgenin hazırlanmasına gerek bulunmamaktadır. Markalar Kanunu Tasarısı'nın "Başvuru Şartlarını" düzenleyen 16. maddesinde ise "Başvuru sahibinin ticaretle uğraştığını gösterir belge"ye yer verilmemiştir. Marka tescil başvurusunun bizzat¹⁹⁸ veya marka vekili¹⁹⁹ aracılığıyla yapılması mümkündür.

556 sayılı KHK madde 56/III uyarınca, ortak markanın tescil edilebilmesi için ortak marka sahiplerinin birlikte başvuru yapması gerekmektedir²⁰⁰. Yine adi şirket ortaklarının da markaya iştirak halinde malik olmamaları nedeniyle birlikte başvuru yapması gerekmektedir.

D. Tescil Başvurusu, Şekli ve İçeriği

556 sayılı KHK'nin 23. maddesi ile Marka Yönetmeliğinin 6. ve devamı maddelerinde marka tescili başvurusu ve buna ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Buna göre Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'na bağlı Türk Patent Enstitüsüne (TPE) veya onun yetkili kıldığı kuruma şekil ve kapsamı yönetmeliğe ekli 1 numaralı dilekçe ile başvurulur. Marka başvurusunun ardından TPE tarafından şekil, başvuru yapma hakkı, mutlak red nedenleri²⁰¹ ve rüçhan hakları yönlerinden başvuru incelenir. Nispi red nedenlerine ilişkin inceleme ilgilinin talebi üzerine yapılır. KHK madde 23/III uyarınca her marka için ayrı başvuruda bulunulması gerekir.

Başvuru sahibinin kimliğine ilişkin bilgileri de içeren başvuru dilekçesine eklenmesi gereken belgeler KHK madde 23, 25, 26, 56/1 ve Yönetmeliğin 8.

¹⁹⁸ 556 sayılı KHK m.80/I-a: Tüzel kişiler yetkili organları tarafından tayin edilen kişi veya kişilerce temsil olunur.

¹⁹⁹ KHK m.2/d uyarınca marka vekili; "haklarla ilgili konularda, ilgili kişileri Enstitü nezdinde temsil eden, danışmanlık yapan ve haklarının korunması için Enstitü nezdinde gerekli girişimlerde bulunan ve işlemleri yürüten kişileri" temsil etmektedir. Maddenin Tasarıdaki karşılığı için bkz. Markalar Kanunu Tasarısı madde 2/n.

²⁰⁰ Maddenin Tasarıdaki karşılığı için bkz. Markalar Kanunu Tasarısı madde 52/4.

²⁰¹ BERZEK Ayşe Nur, Prof. Dr. Oğuzman'a Armağan, 556 Sayılı KHK'de Markaların Düzenlenmesi, s.82; Yargıtay'ın 09.10.1984 tarihli ilamında; "Hatay iline bağlı Altınözü ilçesinin zeytinyağı markası olarak tescil edilmesi ile ortaya çıkan ihtilaf nedeniyle, Altınözü her ne kadar bir ilçe adı ise de, halkı aldatmak kastı ile bu ismin marka olarak alındığının anlaşılacağı, esasen bu ilçenin Ayvalık, Gemlik gibi bu konuda şöhret sahibi yerlerden olmadığı ve markanın iptali gerekmediği neticesine hükmedilmiştir. (11. HD'nin 1984/4499 E, 1984/4560 K sayılı DÖNMEZ, s.70).

maddesinde gösterilmiştir²⁰². 556 sayılı KHK madde 23/d uyarınca tescil başvurusunun geçerli olması başvuru ücretinin başvuru ile birlikte ödenmesine bağlıdır²⁰³. Başvuru ile marka hukuku anlamında öncelik hakkı elde edilecektir. Bu hak, üçüncü bir kişinin aynı mal ve hizmet için marka olarak tescil edilmesine engel olduğu gibi, başvuru sahibine mirasla geçen, devir, haciz, rehin ve lisans konusu yapılabilen, tescile yönelik bir bekleme durumu oluşmasına sebep olur²⁰⁴.

Yapılan başvurunun 556 sayılı KHK madde 23'e uygun olup olmadığı, başvuru sahibinin KHK madde 80'de sayılan kişilerden olup olmadığı, TPE tarafından incelenir. Başvurunun gerekli şartları taşımaması durumunda marka başvurusu TPE'ye verildiği tarih saat ve dakika itibariyle kesinleşir. Bu durumda marka tescil istemi kabul edilerek Resmi Sınâî Mülkiyet Gazetesi'nde ilan olunur. Markanın tescil ilanı ile yasal koruma başlar²⁰⁵.

Markalar Kanunu Tasarısı'nın "Tescili" düzenleyen 35. maddesine 556 sayılı KHK'den farklı olarak bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre Tasarı'nın 35/5 maddesi uyarınca "Devir, intikal, unvan veya nev'i değişiklikleri, marka tescil belgesinin kaybı gibi benzeri hallere ilişkin olarak, talep üzerine tescil belgesinin yeniden düzenlenerek marka sahibine gönderilebilmesi için tescil belgesi düzenleme ücretinin ödendiğini gösterir belgenin teslim edilmesi gerekir" şeklinde düzenlenmiştir. 556 sayılı KHK'den farklı bir uygulama gerektirmese de Tasarı ile tescil belgesinin yeniden düzenlenmesini gerektirir durumların varlığı halinde tescil belgesi ücretinin ödendiğini gösterir belgenin teslimi konusunda açıklık getirilmiştir.

Markalar Kanunu Tasarısı'nın 15 vd. maddeleri uyarınca markanın tesciline ilişkin hükümlere yer verilmiş olup, Tasarı ile önemli bir yenilik getirilmiştir. Buna göre; Tasarı'nın 18. maddesi uyarınca "Bir marka tescil başvurusunun, tescil edilene kadar, sadece mal veya hizmetler bakımından, başvuru sahibinin yazılı talebi üzerine ve bölünme ücretinin ödenmesi koşuluyla, iki ya da daha fazla sayıda başvuruya

²⁰² Maddenin Tasarıdaki karşılığı için bkz. Markalar Kanunu Tasarısı madde 16, 20, 21 ve 52/1.

²⁰³ Maddenin Tasarıdaki karşılığı için bkz. Markalar Kanunu Tasarısı madde 16/h.

²⁰⁴ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.363.

²⁰⁵ DÖNMEZ, s.15.

bölünebileceği ve ilk başvurunun kapsamındaki mal veya hizmetlerin bölünmüş başvurular arasında dağıtılabileceği” düzenlenmiştir. Bu durumda bölünmüş başvurular ilk başvurunun başvuru tarihini ve varsa rüçhan hakkını korumaya devam etmekte olup, bölünmüş başvurular tekrar birleştirilemeyecektir.

Yine Tasarı'nın 19. maddesi uyarınca, marka tescil başvurusunun, başvuru sahibi tarafından, markanın tescil edilmesinden önce ve yönetmelikte belirtilen esaslara uyulması durumunda geri çekilebileceği düzenlenmiştir.

E. Tescilin Hukuki Sonuçları

556 sayılı KHK ve Markalar Kanunu Tasarı madde 6 ile marka korumasının tescil ile elde edileceği açıkça ifade edilmiştir. Markanın tescili, markanın 556 sayılı KHK ile korunması açısından kurucu etkiye sahiptir. Ancak markanın üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi 556 sayılı KHK ve Tasarı'nın 9/III maddesi uyarınca tescilin yayınlanmasına bağlıdır²⁰⁶.

Marka başvurusu sahibi, başvurunun kesinleşmesi ile hem TPE'ye karşı tescilin yapılması hususunda bir talep hakkına hem de aynı veya ayırt edilemeyecek kadar aynı olan bir markanın başka bir kişi adına tescili için yapılacak başvurular karşısında öncelik hakkına sahip olurlar²⁰⁷. Her marka için ayrı tescil başvurusunda bulunulması gerekmektedir.

Her ne kadar marka başvurusu kesinleşmiş ise de, tescilin yapıp yapılmayacağı henüz kesinleşmediğinden, marka sahibinin markayı devir hakkı olup olmadığı konusu tartışılabilir. Ancak başvurunun kesinleşmesi ile kazanılan bu hak işletmeden bağımsız bir ekonomik değere sahip olup, devre konu olabilir. Nitekim başvurunun kesinleşmesi ile kazanılan ve başlı başına ekonomik bir değere sahip olan marka başvurusunun, başvurunun sağladığı öncelik ile birlikte hukuki işlemlere konu oluşturabilmesi gerekir²⁰⁸. 556 sayılı KHK m 22 uyarınca devir, lisans, haciz

²⁰⁶ ARKAN, C.I, s.124; MERAN, s.223.

²⁰⁷ ARKAN, C.1, s.67; ÜNAL, s.38.

²⁰⁸ ARKAN, C.1, s.67; ÜNAL, s.39.

gibi hukuki işlemlerin marka başvurularına da uygulanacağı açıkça düzenlenmiştir. Marka başvurusunun devriyle birlikte devredene ait öncelik hakkı da devralana geçer²⁰⁹.

556 sayılı KHK ve yönetmelik hükümlerine göre, başvurusu eksiksiz yapılmış yahut eksiklikleri süresinde giderilmiş ve itiraz kesin olarak reddedilmiş ise, işaret marka siciline tescil edilir ve marka sahibine “Marka Tescil Belgesi” verilir. Marka tescili kurucu etki gösterir. Marka üzerindeki mutlak hak tescil ile şartsız ve tam olarak kullanılır hale gelir ve sahibi tarafından aslen iktisap olunur.

Tescil ile korumanın sınırları da belirlenir. Ancak korumanın sınırı markanın tescil edildiği mal ve hizmetler için kesin, benzer mal ve hizmetler yönünden somut olayın özelliklerine göre belirlenir²¹⁰. Tescil edilen bir marka üzerinde, lehine tescil yapılan kişi hak sahibi olur²¹¹. Tescilli marka sahibi bu markayı kullanabileceği gibi, üzerinde tasarrufta bulunabilir, başkalarının tecavüzlerine karşı hukuki yollara başvurabilir.

Tescil ile marka sahibinin, üçüncü kişilerin fiillerine karşı bir takım haklara sahip olmakla birlikte aynı zamanda marka hakkının kullanılması bakımından da bir takım yükümlülükleri yerine getirmesi gerekmektedir. Buna göre marka hakkı sahibinin markayı tescil ettirdiği şekilde kullanması, marka üzerindeki değişiklikleri sicile bildirmesi, markayı aralıksız kullanması ve hak sahibinin markayı bizzat kullanması gerekmektedir.²¹²

F. Değerlendirme

556 sayılı KHK madde 6'ya göre, KHK'nin marka sahibine sağladığı haklar tescil ile oluşmaktadır. Tescil edilmemiş markalar bakımından ise genel hükümler

²⁰⁹ Maddenin Tasarıdaki karşılığı için bkz. Markalar Kanunu Tasarısı madde 46.

²¹⁰ TEKİNALP, s.374.

²¹¹ Yargıtay'ın 05.02.2002 tarihli kararında: “...556 sayılı KHK'nin 6. maddesi uyarınca tescilli bir markanın tescilli olduğu süre içinde marka mevzuatının koruması altında bulunduğu açıktır. (11. HD'nin, 2001/9120, 2002/896 sayılı kararı. Kazancı Veri Tabanı); NOYAN, s.73.

²¹² BAŞTUĞ/ERDEM, s.122;SERT, ss. 40-48.

uygulama alanı bulmaktadır²¹³. Nitekim markanın hukuki işlemlere konu olmasını düzenleyen 556 sayılı KHK madde 15’te de tescilli markanın hukuki işlemlere konu olabileceği bu bağlamda devredilebileceği düzenlenmiştir. 556 sayılı KHK’nin tescilli markalar bakımından uygulama alanı bulması nedeniyle, tescilsiz markaların devredilip devredilemeyeceği sorunu karşımıza çıkmaktadır. Bu durumda genel hükümlere gitmek gerekecektir. Tescil edilmemiş bir markanın da hukuki işlemlere konu olabileceği, devir edilebileceği, lisans işlemlerine konu olabileceği kabul edilmektedir. Tescilsiz bir markanın hukuki işlemlere konu olması durumunda, hukuki işlemin niteliği değişmemekte yalnızca işlemin tabi olduğu maddi ve şekli şartlar değişmektedir²¹⁴.

TTK madde 11/2 uyarınca ticari işletmenin bir unsuru olan markadan bahsedilmiş ise de, bu markanın tescilli olmasından bahsedilmemiştir. Bu nedenle TTK bakımından tescil edilmiş olsun olmasın markanın ticari işletmenin bir unsuru olduğunun kabulü gerekmektedir. 556 sayılı KHK uyarınca tescilli markanın koruma altına alınması nedeniyle tescilsiz markanın devre konu olup olamayacağına ilişkin olarak da genel hükümlere gidilmesi gerekmektedir. Markanın tescilli olsun olmasın iktisadi bir değere sahip olması nedeniyle markanın devri için BK’ da düzenlenen genel hükümler uyarınca markanın devredilebileceğinin kabulü gerekir. Bu durumda tescilsiz markanın devrinde uygun olduğu ölçüde, satış, bağışlama, trampa ve alacağın temlikine ilişkin hükümlerin uygulanma alanı bulacaktır.

²¹³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 14.05.1982 tarihli kararında: “Davacı, “Asya” markasını meyve suyu üretimi konusunda, davalı firmadan önce kullanıp tanıttığını, piyasada maruf hale getirdiğini ileri sürerek, bu markanın kendisine ait olduğunun tespiti ile murazanın önlenmesini istemiştir. Davalı şirketin, “Asya” markasının tescili için Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı’na 10.11.1976 tarihinde başvurduğu ancak aynı konuda davalı firmanın da 29.03.1976 günlü başvurusu bulunması nedeniyle isteminin kabul edilmediği ve henüz ne davacı, ne davalı şirket lehine bir tescil işleminin mevcut olmadığı anlaşılmıştır. 551 sayılı Markalar Yasası’nın 3. maddesine göre bu kanundaki haklardan yararlanabilmek için markanın Sanayi Bakanlığı’nda tescil edilmiş olması şarttır. Davalı şirket, davacıdan önce tescil istemi ile Bakanlığa başvurmuş ise de, tescil işlemi henüz yapılmamış olduğuna göre, 551 sayılı yasanın hükümlerinden yararlanma olanağı yoktur...” (1979/11-874 E, 1982/507 K., DÖNMEZ, s.80-81).

²¹⁴ Aynı yönde bkz. ÜLGEN ve diğerleri, s.407.

IV- MARKANIN DEVRE KONU OLMASI

A. Genel Olarak

Marka hakkı mutlak bir hak olup, hakkın kazanılması, aslen, devren veya tesisen kazanma şeklinde gerçekleşebilir²¹⁵. Aslen kazanma, önceden kimseye ait olmayan bir hakkın, herhangi bir hak sahibine dayanmaksızın doğrudan doğruya kazanılmasıdır²¹⁶. Devren kazanma, hakkın sahibinden devir yolu ile kazanılmasıdır²¹⁷. Tesisen kazanma ise hak içinde yer alan yetkilerden birinin veya birkaçının sahibinden kazanılmasıdır²¹⁸.

556 sayılı KHK’de markanın hukuki işlemlere konu olabileceği düzenlenmiştir. Bu bağlamda hukuki işlemlerden biri olan markanın devri, marka sahibinin marka üzerindeki mutlak hakkını devralana geçirmesini konu edinir. Markanın devri diğer hukuki işlemler göz önüne alındığında marka üzerindeki hakkı doğrudan etkileyen hukuki bir işlemdir. Marka hakkı sahibi, devir ile birlikte mutlak nitelikteki hakkını tümüyle devralana geçirmekte ve marka üzerindeki tasarruf yetkisini kaybetmektedir. Bu nedenle marka hakkının devri diğer hukuki işlemler arasında en kapsamlı olanıdır²¹⁹. Markanın devri, miras yoluyla, mahkeme kararıyla, teminat amacıyla gibi birçok şekilde gerçekleşebilmekte ise de, konumuz açısından markanın sözleşme ile devri üzerinde durulacaktır.

Yine 556 sayılı KHK’nin 16. ve Tasarı’nın 39. maddesi uyarınca markanın tescil edildiği mal veya hizmetlerin tümü ya da bir kısmı için devredilmesi mümkündür. Markanın devri ile markanın sahibinin malvarlığından çıkarak bir diğer kişinin malvarlığına dahil olması sebebiyle, KHK’de hüküm bulunmayan hallerde devre satım, bağışlama, trampa ile alacağın temlik hükümleri de uygulanmaktadır.

²¹⁵ ÖZSUNAY, s.284; KÖPRÜLÜ, s.68.

²¹⁶ ÖZSUNAY, s.284; KÖPRÜLÜ, s.68.

²¹⁷ ÖZSUNAY, s.284; KÖPRÜLÜ, s.69.

²¹⁸ ÖZSUNAY, s.285; KÖPRÜLÜ, s.70.

²¹⁹ YASAMAN, C.II, s.680; ÜNAL, s.31.

B. Devrin Usulü

1. Markanın İşletmeyle Birlikte veya İşletmeden Bağımsız Olarak Devri

TTK madde 11/2 uyarınca ticari işletmeye dâhil unsurlar sayılmış olup, bu bağlamda marka hakkının da ticari işletmeye dâhil unsurlardan biri olduğu kabul edilmiştir. Ticari işletmenin rehin, devir gibi birçok hukuki işleme konu olması nedeniyle ticari işletmenin bir unsuru olan marka hakkının da ticari işletme ile birlikte hukuki işlemlere konu olabileceği kabul edilmektedir. BK madde 179 ile ticari işletmenin unsurlarının bir bütün halinde hukuki işlemlere konu olabileceği kabul edilmiştir. Fakat ticari işletmenin münferit unsurlarının devri de mümkündür. Nitekim 556 sayılı KHK madde 16 uyarınca markanın işletme devrinin dışında tutulması mümkün olup, işletme devredilmeyip tek başına markanın devri mümkündür.

Türk hukuk sisteminde, markayla ilgili olarak 1304 tarihli Alamenti Farika Nizamnamesi'nde markanın işletmeden bağımsız olarak devredilebileceği kabul edilmiştir²²⁰. Yine 1965 tarihli Markalar Kanunu madde 34'te de markanın işletmeden bağımsız olarak devredilebileceği düzenlenmiştir. Halen yürürlükte olan 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname madde 16/2 uyarınca da markanın işletmeden bağımsız olarak devredilebileceği kabul edilmektedir.

556 sayılı KHK madde 16/2'de "Bir işletmenin aktif ve pasifleri ile birlikte devri, aksi kararlaştırılmamışsa, işletmeye ait markaların da devrini kapsar." Hükmüne yer verilmiştir. Görüldüğü üzere bir işletmenin devri kural olarak markanın da devrini kapsamaktadır. Fakat taraflar sözleşme ile markanın işletmeden ayrı olarak devredilebileceğini ya da markanın devrinin işletmenin devrinin kapsamı dışında bırakılabileceğini kararlaştırabileceklerdir.

²²⁰ 1304 tarihli Alamenti Farika Nizamnamesi madde 4 uyarınca "Hakkı inhisarın mutasarrıfları tarafından, hükümetin müsaadeyi resmîyesi ile ahare ferağ olunabileceği..." düzenlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ARSEVEN, s.122.

2. Markanın Kısmi veya Tam Devri

556 sayılı KHK madde 16/1 ve Markalar Kanunu Tasarısı madde 39/1 ile tescilli bir markanın tescil edildiği mal veya hizmetlerin tümü veya bir kısmı için devredilebileceği düzenlenmiştir. Kural olarak marka hakkı, hak sahibine marka üzerinde tek ve mutlak bir hak sağlamakta ise de, 556 sayılı KHK ve Tasarı'da kısmi devrin düzenlenmiş olması nedeniyle markanın kısmen devredilmesi de mümkündür.

Markanın tescil edildiği mal veya hizmetlerin tümü için devredilmesi durumunda tam devirden, bir kısmı için devredilmesi durumunda ise kısmi devirden bahsedilecektir. Markanın kısmi devri için öncelikle markanın birden fazla mal veya hizmet için tescil edilmesi gerekmektedir. Örneğin bir markanın hem elbise hem ayakkabı için tescil edilmesi durumunda, markanın sadece ayakkabı açısından devredilmesi mümkün olabilecektir. Kısmi devrin olabilmesi için markanın bu örnekteki gibi birden fazla mal ve hizmeti kapsamaması gerekmekte olup, yoksa kısmi devrin olması mümkün değildir.

Kısmi devirde marka bölünmekte ve farklı kişiler adına tescilli birden fazla marka haline gelmesine yol açacaktır²²¹. Bu durumda markayı kısmen devreden ve devralan kişi aynı markayı farklı mal ve hizmetler için kullanma hakkına sahip olacaklardır. Böylelikle devreden marka tescili düzeltilerek devredilen mal veya hizmetler tescil kapsamından çıkartılır. Devralan için ise devredilen mal ve hizmetler için yeni bir marka tescil belgesi düzenlenir²²². Markayı kısmen devralan yeni tescil belgesini, kısmen devraldığı tarihten değil, markayı devreden ilk tescil tarihinden itibaren marka korumasından yararlanacaktır.

Markanın tescil edildiği mal ve hizmetlerin bir kısmı için devredilmesi mümkün iken, tescil edildiği ülkenin bir kısmı için devredilmesi mümkün değildir²²³.

²²¹ ARKAN, C.II, s.178; ÜNAL, s.47; YASAMAN, C.II, s.681.

²²² ÜNAL, s.47; YASAMAN, C.II, s.681.

²²³ Markalar açısından yapılan bu sınırlamanın aksine; 554 sayılı Endüstriyel Tasarıların Korunması Hakkında KHK m. 41/1 ve 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK m. 88/1'de lisansın ülkenin tümü veya bir kısmı için verilebileceği kabul edilmiştir. 556 sayılı KHK'nin

Marka tescil edildiği ülke sınırları içinde bölünmeden, tek bir hak sağlamaktadır²²⁴. Fakat markanın birden fazla ülkede tescil edilmiş olması durumunda markanın tescil edildiği ülkelerden biriyle sınırlı olarak devredilmesi mümkündür²²⁵. Nitekim markanın birden fazla ülkede tescil edilmesi durumunda marka sahibi her ülkede ayrı marka hakkına sahiptir²²⁶. Marka hakkının ülkeselliği ve marka tesciline dair sicil merkezinin bulunması marka hakkının bölgesel olarak devredilemeyeceğinin kanıtıdır. Ayrıca markanın uluslar arası tescili, ülkesellik ilkesinin bir sonucu olarak markanın tescil edildiği her ülkede ayrı bir marka hakkı doğmasını engellemez.

3. Markanın Ortaklıkların Birleşmesi Yoluyla Devri

Markanın ortaklıkların birleşmesi yolu ile de devri mümkün olup, TTK'nun 146 ve 151. maddeleri arasında ortakların birleşmesine ilişkin olarak genel hükümlere yer verilmiştir. Ayrıca anonim ortaklıkların birleşmelerine TTK'nun madde 451 ve 454. maddelerinin uygulanması öngörülmüştür. Ancak TTK madde 415-454'te hüküm bulunmayana hallerde TTK madde 146-151. maddeleri anonim ortaklıklara da uygulanacaktır.

TTK madde 146 uyarınca şirket birleşmesi “iki veya daha fazla ticaret şirketinin birbiri ile birleşerek yeni bir ticaret şirketi kurmalarından veya bir yahut daha fazla ticaret şirketlerinin mevcut diğer bir ticaret şirketine iltihak etmesinden ibarettir. Buna göre iki tür birleşme mevcut olup, ilk birleşmede; iki veya daha fazla ticaret şirketinin birbiri ile birleşerek yeni bir ticaret şirketi kurmaları yoluyla gerçekleşen yeni kuruluş yoluyla birleşmeden bahsedilirken, ikinci tarz birleşmede; bir veya daha fazla ticaret şirketinin mevcut diğer bir ticaret şirketine katılmasıyla gerçekleşen devralma yoluyla birleşmeden söz edilecektir²²⁷. Her iki ortaklık birleşmesinde de markanın ticari işletmenin bir unsuru olması nedeniyle devri mümkündür. TTK madde 151 ile bütün hak ve borçların, kalan veya kurulan şirkete

kaynağını oluşturan 89/104 sayılı Yönergenin 8/1 maddesinde ve 40/94 sayılı Tüzüğü'nün 22.I maddesinde lisansın üye devletin tamamı veya bir bölümü için verilebileceği kabul edilmiştir.

²²⁴ ARKAN, C.II, s.178; MERAN, s.278.

²²⁵ ARKAN, C.II, s.179; ÜNAL, s.48; YASAMAN, C.II, s.683.

²²⁶ YASAMAN, C. II, s.683.

²²⁷ PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku, Adana 2008, s.68.

intikal edeceği düzenlenmiştir. Burada külli halefiyet söz konusu olup, bir malvarlığını meydana getiren bütün hak ve borçların bir kül halinde bir başkasına intikal etmesine külli halefiyet denilmektedir. TTK madde 146 vd maddelerinde düzenlenen şirket birleşmelerinde külli halefiyetin söz konusu olması nedeniyle intikal kendiliğinden oluşur ve mülkiyetin geçirilmesi için zilyetliği nakletmeye veya tapuda tescil v.b.işlemlere gerek bulunmamaktadır. Nitekim BK madde 180 uyarınca; bir işletmenin diğer bir işletme ile aktif veya pasiflerin karşılıklı olarak devralınması suretiyle birleştirilmesi halinde, her iki işletmenin alacaklılarının bir mamelekin devralınmasından doğan hakları haiz olacağı ve bütün alacaklarını yeni işletmeden alabilecekleri düzenlenmiştir. Bu nedenle 556 sayılı KHK madde 16 ile işletmenin aktif ve pasifleri ile devri halinde, devrin markayı da kapsayacağı öngörülmüş olup, yalnızca bu husus dahi ile markanın gerek yeni kuruluş yoluyla birleşmede gerekse devralma yoluyla birleşmede ayrıca yazılı bir devir sözleşmesi yapılmaksızın şirketin malvarlığı ile birlikte birleşmeye dâhil olduğunu göstermektedir.

Fakat BK madde 179'da tam bir külli intikal öngörülmemiş, sadece işletmenin pasifi bakımından külli intikal kabul edilmiştir. İşletmenin devrinde aktiflerin devralana geçişi için her bir aktifin kendine özgü tasarruf işlemlerinin gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle her ne kadar 556 sayılı KHK madde 16/2'de işletmenin devrinin aksi kararlaştırılmamış ise markanın devrini de kapsayacağı belirtilmiş ise de, marka devir sözleşmesinin yazılı yapılmasının geçerlilik koşulu olması nedeniyle ticari işletmenin devri sözleşmesinin, markanın devrini kapsadığı durumlarda yazılı olarak yapılması gerekmektedir.

a) Yeni Kuruluş Yoluyla Birleşme

Ortaklık birleşmesinin söz konusu olabilmesi için öncelikle birleşen ortakların bütün malvarlıklarının aktif ve pasifleriyle birlikte külli halefiyet ilkesine göre yeni ortaklığa aktarılması gerekmektedir²²⁸.

²²⁸ POROY Reha/TEKİNALP Ünal /ÇAMOĞLU Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, İstanbul 2007 s.124; YASAMAN, Şirketlerin Birleşmeleri ve Bölünmeleri, Ünal Tekinalp'e Armağan, C.I İstanbul 2003, s.701.

Yeni kuruluş yoluyla birleşmede tüm ortaklıkların tasfiyesiz infisahı gerekir²²⁹. Birleşme sonucunda infisah eden ortaklığın pay sahiplerine, ortaklıktaki paylarına karşılık yeni kurulan ortaklıkta pay verilmesi, yani malvarlığın yanında şahıs malvarlığının da devredilmesi gerekir²³⁰.

Malvarlığının külli halefiyet yoluyla tasfiyesiz infisah hükümlerine uyarınca kendiliğinden yeni kurulan ortaklığa intikal etmesi nedeniyle malvarlığına dâhil olan unsurların devri için ayrı bir sözleşme yapmaya gerek bulunmamaktadır. Bu nedenle ortaklık malvarlığına dâhil bir unsur olan markanın da yazılı şekle gerek olmadan devredildiğinin kabulü gerekir²³¹.

b) Devralma Yoluyla Birleşme

Devralma yoluyla birleşmede devralınan ortaklıkların tasfiyesiz infisahı gerekir²³². Birleşmede devrolunanın bütün malvarlığının bir bütün olarak deralana geçmesi nedeniyle, marka bu işlemde ayrı tutulmayacaktır²³³. Birleşme sonucunda infisah eden ortaklığın pay sahiplerine, ortaklıktaki paylarına karşılık devralan ortaklıkta pay verilmesi, yani malvarlığın yanında şahıs malvarlığının da devredilmesi gerekir.

Malvarlığının külli halefiyet yoluyla tasfiyesiz infisah hükümlerine uyarınca kendiliğinden devralan ortaklığa intikal etmesi nedeniyle malvarlığına dâhil olan markanın da yazılı şekle gerek olmadan devredildiğinin kabulü gerekir.

²²⁹ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, S.122 vd; YASAMAN, Şirketlerin Birleşmeleri ve Bölünmeleri, s.702.

²³⁰ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, S.122; YASAMAN, Şirketlerin Birleşmeleri ve Bölünmeleri, s.701.

²³¹ YASAMAN, C.II, s.698; YASAMAN, Şirketlerin Birleşmeleri ve Bölünmeleri, s.701.

²³² POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.122; YASAMAN, Şirketlerin Birleşmeleri ve Bölünmeleri, s.702.

²³³ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.431.

4.Markanın Ortaklığa Sermaye Olarak Getirilmesi

Markanın devri konusunda karşılaşılabilecek hallerden biri de markanın ticaret şirketlerine sermaye olarak getirilmesidir. TTK madde 139 uyarınca “Kanunda aksine hüküm olmadıkça ticaret şirketlerine sermaye olarak, para, alacak, kıymetli evrak ve menkul şeyler, imtiyaz ve ihtira beratları ve alâmeti farika ruhsatnameleri gibi sınai haklar, her nevi gayrimenkuller, menkul ve gayrimenkullerin faydalanma ve kullanma hakları, şahsi emek, ticari itibar, ticari işletmeler, telif hakları, maden ruhsatnameleri gibi iktisadi değeri olan sair haklar” konulabilecektir. Görüldüğü üzere sermaye olarak konulabilecek değerler tahdidi olarak sayılmamış, aksine “iktisadi değeri olan sair haklar” denilmek suretiyle iktisadi değeri olan ve devredilebilen tüm mal ve hakların sermaye olarak getirilebileceği kabul edilmiştir.

Marka TTK madde 139’a göre “alâmetifarika ruhsatnameleri gibi sınai haklar”dan olup, bu nedenle bir ortaklığa sermaye olarak getirilmesi mümkündür. Kaldı ki TTK madde 139’da “alâmetifarika ruhsatnameleri gibi sınai haklar”dan bahsedilmeseydi dahi markanın sermaye niteliğinde maddi bir değerinin olması ve devredilebilmesi nedeniyle bir ticari ortaklığa sermaye olarak getirilmesi mümkün olacaktı.

TTK madde 140/III uyarınca markanın yeni maliki olabilmek için ortaklık devir keyfiyetinin sicile kaydını tek taraflı olarak talep edebilir. Bu durumda tescil ile markanın devri sağlanacağı için sorun kalmamaktadır. Her ne kadar şirket ana sözleşmesi marka devrine ilişkin senet yerine geçse de tescil başvurusu yoksa marka sahibi markayı sermaye olarak koymayı taahhüt eden kişi olacaktır. Bu durumda da şirketin markayı kullanması; marka sahibinin izniyle kullanımdır²³⁴. Markanın ortaklığa sermaye olarak getirilmesi durumunda, bu sermaye aynı sermaye niteliğinde olup, bu durumda markanın değerinin mahkemece tayini yapılabilecektir²³⁵.

²³⁴ YASAMAN, C.I, s.641.

²³⁵ YASAMAN, C.II, s.686.

Markalar Kanunu Tasarısı'nın 39/3 maddesi uyarınca, markanın bir ticaret şirketine sermaye olarak konması düzenlenmiştir. Tasarı'ya göre markanın bir ticaret şirketine sermaye olarak konması durumu hariç devir sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması ve taraflarca imzalanması geçerlilik şartı olarak belirlenmiştir.

5.Ticari Vekil veya Temsilci Adına Devri

556 sayılı KHK madde 17'de marka sahibinin izni olmadan onun ticari vekil veya temsilcisi adına marka tescil edilmesi halinde ticari vekil veya temsilci adına marka tescil edilmesi halinde ticari vekil veya temsilcinin haklı bir gerekçesi yoksa, marka sahibinin söz konusu tescilin kendi lehine devredilmesini isteme yetkisinin olduğu düzenlenmiştir. Söz konusu madde ile düzenlenen bu devir diğer devir usulleri gibi iradi olmayıp, zorunlu bir devirdir²³⁶.

556 sayılı KHK madde 17'de²³⁷, ticari vekil veya temsilci adına tescilli markanın devrine ilişkin hükümlere yer verilmiş olması nedeniyle öncelikle 556 sayılı KHK madde 17 bakımından ticari vekil veya temsilci kavramlarının tespiti gereklidir. Çünkü 556 sayılı KHK'de tacir yardımcılarında yalnızca ticari vekil ve ticari mümessil terimleri geçmektedir. Fakat bu iki kavramın dar yorumlanmaması gerekmekte olup, diğer tacir yardımcılarının da kastedildiği sonucuna ulaşmak mümkündür. 556 sayılı KHK madde 17'de düzenlenen vekil, çok geniş olarak anlaşılması gereken bir temsilcidir. Bu anlamda isterse BK madde 32 ve BK madde 386 ve devamı hükümlerine göre temsil veya vekâlet ilişkisi bulunmasın, bir iş veya benzer ilişkinin varlığı halinde de anılan hükümler uygulanır. Tek satıcı, acente, komisyoncu, franchise alan da vekil sayılmalıdır²³⁸.

Marka sahibi tarafından markanın kendi adına devrinin istenebilmesi için öncelikle, ticari vekil veya temsilci tarafından marka sahibinin izni olmaksızın markanın kendi adına tescil edilmiş olması gerekir. İkinci olarak ticari veya

²³⁶ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, 432, ÜNAL, s.58.

²³⁷ Maddenin Tasarı'daki karşılığı için bkz. Markalar Kanunu Tasarısı madde 43.

²³⁸ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.354; ARKAN, Bu ilişki, vekalet sözleşmesinden kaynaklanabileceği gibi, yerine göre tek satıcılık ya da hizmet sözleşmesine de dayanabilir. Bu itibarla düzenlemede yer alan 'ticari vekil veya temsilci' ibaresinin, geniş biçimde anlaşılması gerekmektedir (C. 1, s.112).

temsilcinin bu tescil için haklı bir gerekçesinin olmaması gerekmektedir²³⁹. Bu durumda marka sahibinin söz konusu tescilin kendi lehine devredilmesini isteme yetkisi bulunmaktadır. Fakat ticari vekil veya temsilcinin haklı bir gerekçesi varsa, gerçek marka sahibi, ticari vekil veya temsilci adına tescilli markanın kendisine tescilini isteyemeyecektir. Bu nedenle 556 sayılı KHK uyarınca geçerli sebebin tespiti gerekmektedir. Bu bağlamda geçerli sebebin yalnızca bir sözleşmeden doğması mümkündür. Acentenin veya dağıtıcının yatırımının korunması ihtiyacının geçerli bir sebep olarak kabul edilmesi mümkün değildir²⁴⁰.

556 sayılı KHK madde 22’de devir ile ilgili işlemlerin marka başvurularına da uygulanacağını düzenlenmesi nedeniyle gerçek marka sahibinin izni olmaksızın ticari vekil veya temsilcisinin markanın kendi adlarına tescili konusunda yaptığı başvurunun da kendisine devrini isteyebilecektir²⁴¹. KHK madde 17’de açık bir hüküm bulunmasaydı da markanın gerçek sahibinin markanın kendine devredilmesini dava yoluyla talep edebileceğinin kabulü gerekmektedir²⁴².

Ticari vekil veya temsilci adına tescil olunan markanın iyi niyetli üçüncü kişiye devredilmesi durumunda ne olacaktır? Bu durum, asıl marka sahibinin hükümsüzlük davası açmasına engel olmayacaktır²⁴³. Marka hukukunda hak sahibi olmayan bir kişiden hak iktisap eden iyi niyetli üçüncü kişinin korunması kabul edilmemiş olup, bu nedenle geçerli bir devir sözleşmesinden bahsetmek mümkün olmayacaktır²⁴⁴. Bu durumda MK madde 3 anlamında iyi niyetin korunması da

²³⁹ TEKİNALP, vekilin veya temsilcinin marka adının kendi adına tescil talebine itirazın kimin tarafından yapılacağına ilişkin hususa açıklık getirmiştir: 556 sayılı KHK m. 8/2, marka sahibinin izni olmadan ve geçerli bir gerekçe göstermeden vekilin veya temsilcinin markayı kendi adlarına tescil ettirmek amacıyla yaptıkları başvurunun reddedileceğini belirtmiştir.” Fakat bu ret marka sahibinin itirazı üzerine yapılabilecektir. Her ne kadar bu cümle; Enstitü’nün ticari vekilin başvurusunu herhangi bir itiraz olmadan dahi kendiliğinden red edebileceğini düşündürmekte ise de 556 sayılı KHK m. 8/b-2’de “marka sahibinin itirazı üzerine reddedilir” denilerek, bu reddin ancak marka sahibinin itirazı üzerine yapılacağını belirtmiştir. (s. 432).

²⁴⁰ TEKİNALP, s.354-355; YASAMAN, Yabancı markalı bir ürünün Türkiye’de markasını taşıyan ürünleri pazarlayan ticari vekil veya temsilci lehine, marka hakkını tescil ettirmekten feragat etmesi halinde haklı bir gerekçenin varlığı kabul edilir. (C.II, s.696).

²⁴¹ ARKAN, C.I, s.68.

²⁴² TEKİNALP, 432; ÜNAL,s.58; YASAMAN, C.II, s.686-687.

²⁴³ ARKAN, Yabancı Marka, s.13.

²⁴⁴ 556 sayılı KHK 61/A-IV maddesi uyarınca bir kimsenin üzerinde tasarruf yetkisi bulunmadığı halde marka korunmasına ilişkin mevzuatın devir ve intikal, rehin ve haciz ile ilgili maddelerinde yazılı haklardan birini veya bu hakla ilgili lisansı başkasına devreden veya rehnedenden, bu haklar

mümkün değildir. MK madde 3 uyarınca, kanunun iyi niyete hukuki bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olanın iyi niyetin varlığı olduğu kabul edilmiştir. Fakat iyi niyetin korunması için ilgili kanun maddeleri uyarınca iyi niyetin korunması gerekmektedir. Oysaki 556 sayılı KHK uyarınca yalnızca markanın devrinin, sicile kayıt edilmediği sürece, tarafların markanın tescilinden doğan yetkileri iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri süremeyeceği düzenlenmiştir. Hak sahibi olmayan bir kişiden iyi niyetli olarak marka devralan kişinin iyi niyetinin korunacağına ilişkin bir hükmün 556 sayılı KHK’de yer almaması nedeniyle, üçüncü kişinin iyi niyetinin korunacağını söylemek mümkün değildir.

556 sayılı KHK madde 8/2 uyarınca, Marka sahibinin ticari vekili veya temsilcisi tarafından markanın kendi adına tescili için, marka sahibinin izni olmadan ve geçerli bir gerekçe gösterilmeden yapılan başvuru, marka sahibinin itirazı üzerine red edileceği düzenlenmiştir²⁴⁵. Fakat söz konusu düzenlemenin henüz tescilin kesinleşmemesi halinde söz konusu olup, ticari vekil veya temsilci tarafından markanın devrinin kendi adına tescil edilmesi durumunda, marka sahibinin artık TPE’ye itiraz hakkı bulunmamakta olup, söz konusu itirazı ile markanın kendi adına devrini 556 sayılı KHK madde 17 uyarınca dava yoluyla ileri sürmesi gerekmektedir. Markalar Kanunu Tasarı madde 43 uyarınca, “marka sahibinin izni olmadan, ticari vekili veya temsilci adına marka tescilinin yapılması halinde, ticari vekil veya temsilcinin haklı bir gerekçesi yoksa marka sahibinin söz konusu tescilin kendisine devredilmesini yetkili mahkemeden talep edebileceği kabul edilmiştir. Tasarı’nın 43. maddesi ile yalnızca marka sahibinin başvurabileceği hukuk yollarına ilişkin olarak

üzerinde tasarrufta bulunan kişinin cezalandırılacağı öngörülmüştür.” Söz konusu hukuka aykırı sözleşmelerin Özel Hukuk’a ilişkin olduğu ve 556 sayılı KHK’da düzenlenen cezai hükmün abartılı ve orantısız olduğu yönünde bkz. KESKİN Serap, Patent ve Markanın Ceza Normları ile Korunması, Ank. 2003, s. 123-124.

²⁴⁵ AB Marka Tüzüğü madde 8.3 ile, marka sahibinin itirazı üzerine, vekil veya temsilci davranışının haklılığını ortaya koymadıkça, marka sahibinin izni olmaksızın marka sahibinin vekili veya temsilcisinin kendi adına yaptığı başvuru tescil edilmeyecektir denilmektedir. Paris konvansiyonu’nun 6. maddesinin 6. mükerrer şekline göre “Birliğe dâhil bir ülkede bir marka sahibi olan kimsenin acentesi veya mümessili, marka sahibinin izni olmaksızın, bu markanın kendi namına tescilini bu ülkelerden birinde veya bir çoğunda talep ederse, bu acente veya mümessil hareketinin haklı olduğunu ispat etmedikçe, marka sahibi talep edilen tescile itiraz etmek veya bu tescilin terkinini yahut, ülke mevzuatı müsaitse, zikredilen tescilin kendi lehine devir ve naklini istemek hakkına haiz olacaktır.” denilmektedir.

yapılan bu düzenleme ile KHK'deki düzenlemeye açıklık getirilmiş ise de 556 sayılı KHK'den farklı bir düzenleme öngördüğünü söylemek mümkün değildir.

Paris Konvansiyonunun 6. maddesinin 6. mükerrer şekli uyarınca; “Birliğe dahil bir ülkede bir marka sahibi olan kimsenin acentesi veya mümessili, marka sahibinin izni olmaksızın, bu markanın kendi namına tescilini bu ülkelerden birinde veya çoğunda talep ederse, bu acente veya mümessil hareketinin haklı olduğunu ispat etmedikçe, marka sahibi talep edilen tescile itiraz etmek veya bu tescilin kendi lehine devir ve naklini istemek hakkına haiz olacaktır.” Paris Konvansiyonu hükümlerinden yararlanan bir yabancı marka sahibinin itiraz ileri sürmemesi nedeniyle marka, ticari vekil veya temsilci adına tescil edilirse, marka sahibinin sonradan KHK madde 42/I,b uyarınca tescilin hükümsüzlüğünü de isteyebilecektir²⁴⁶.

6.Markanın Miras Yolu ile İntikali

556 sayılı KHK madde 15 uyarınca²⁴⁷ “tescilli bir markanın miras yolu ile intikal edebileceği” düzenlenmiştir. Madde metninde, markanın miras yolu ile başkasının malvarlığına geçmesinde tarafların kendi iradelerine dayanarak yaptıkları bir devir sözleşmesi olmadığı için klasik anlamda bir devir değil, intikal söz konusudur.

Medeni Kanun²⁴⁸ madde 599 uyarınca miras bırakanın ölmesiyle malvarlığına dâhil ve intikale elverişli hak ve borçlar bir bütün halinde kendiliğinden mirasçılara geçecektir. Bu intikal herhangi bir şekle veya işleme tabi değildir. Bu durumda malvarlığına dâhil bir unsur olan markanın da herhangi bir şekle tabi olmadan mirasçılara intikal ettiğinin ve birden fazla mirasçı olması durumunda, taksim yapıncaya kadar markanın üzerinde mirasçıların iştirak halinde mülkiyetinin olduğunun kabulü gerekir²⁴⁹. Fakat bu durumda ferdi marka, ortak marka haline dönüşmez²⁵⁰.

²⁴⁶ ARKAN, Yabancı Marka, s. 11-12.

²⁴⁷ Maddenin Tasarı'daki karşılığı için bkz. Markalar Kanunu Tasarısı madde 38.

²⁴⁸ R.G. 22.11.2001, S. 4721

²⁴⁹ ARKAN, C.II, s.180; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 432.

²⁵⁰ DÖNMEZ, s.90.

Kural olarak marka sahibinin ölümüyle marka hakkı mirasçılara intikal eder. Bu bağlamda, intikalın üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için 556 sayılı KHK m.16/son uyarınca markanın sicile tescil edilmesine gerek bulunmamaktadır. MK madde 599 uyarınca, mirasçılar miras bırakanın ölümü ile mirası bir bütün olarak, kanun gereğince kazanmaktadırlar. Ölümle açılan mirasın herhangi bir işleme gerek olmadan mirasçılara intikal etmesi nedeniyle markanın miras yolu ile intikali halinde ayrıca sicile tescil edilmesine gerek bulunmamakta olup, marka kanunen mirasçılara intikal etmektedir. Bu nedenle markanın miras yolu intikalinin tescile bildirilmese de üçüncü kişiye karşı ileri sürülebileceğinin kabulü gerekir.

Medeni Kanun madde 600 uyarınca, miras bırakan tarafından marka belirli bir kişiye bırakılmışsa, lehine mal bırakılan mirasçı markanın kendisine devrini isteyebileceği gibi, devredilmezse mahkemeye başvurarak devrin yapılmasını talep edebilir. 556 sayılı KHK madde 22’de devir ile ilgili işlemlerin marka başvurularına da uygulanacağına düzenlenmesi nedeniyle, marka başvurusunun da miras yolu intikal edeceğinin kabulü gerekir²⁵¹.

7.Markanın Teminat Amacıyla Devri

Marka işletmeden bağımsız olarak rehnedilebileceği gibi, markanın teminat amacıyla devredilmesi de mümkündür. Bu durumda rehinden farklı olarak, marka bir alacağa teminat teşkil etmesi amacıyla temin edilecek alacak sahibine inançlı olarak devredilir²⁵².

Devirle birlikte devralan kişi, 556 sayılı KHK’de düzenlenen tüm hak ve yükümlülükler sahip olacağı gibi aynı zamanda markayla ilgili tüm işlemleri yapabilecektir. Ancak devir inançlı olduğu için bu devir bir inanç anlaşması ile tamamlanır²⁵³ ve devreden de temin edilen alacağın sona ermesinden sonra markasını

²⁵¹ ARKAN, C.II, s.175.

²⁵² ARKAN, C.II, s.179; MERAN, s.278-279.

²⁵³ OĞUZMAN/ÖZ inançlı temliği tanımlamış olup, buna göre:, Bir hakkı bir şahıstan devralan kimsenin, bu hakkı devredenle aralarında kararlaştırılan amaca göre kullanmayı ve gerektiğinde bu hakkı kendisine devretmiş olan veya kararlaştırılan üçüncü bir kişiye nakletmeyi taahhüt etmesi ve

geri alma konusunda nispi bir hakkı olur. Fakat markayı devralanın 556 sayılı KHK'den doğan bütün işlemleri yapabilmesi nedeniyle, markayı devredebilir, rehnedebilir veya lisans sözleşmesi ile kullandırabilir. Markayı devreden kişi bu işlemlere itiraz edemez ise de, inanç sözleşmesine dayanarak genel hükümlere göre sorumluluğuna gidebilir.

Her ne kadar markanın devri kural olarak marka hakkının devralanın malvarlığına geçirilmesi amacıyla yapılsa da bazı durumlarda devir teminat amacıyla da yapılabilmektedir²⁵⁴. Markanın teminat amacıyla devredilmesi durumunda marka bir alacağa teminat teşkil etmek amacıyla bu alacağın sahibine inançlı olarak devredilir. Bu durumda bir inanç sözleşmesinin yapılması gerekir. Bu sözleşmede marka hakkının kullanılmasına ilişkin şartlar, teminat altına alınan alacağın ödenmesinden sonra markanın gerçek sahibine devredilmesi gibi hususların yer alması gerekir²⁵⁵. Markanın inançlı olarak devrinde, teminat olarak yapılan rehin sözleşmesinden farklı olarak, sınırlı bir hak kazanmaz, markanın sahibi haline gelir. İnançlı olarak devirde, devralanın, gerçek marka sahibin tüm yetkilerini kullanmaya yetkili hale gelmesi nedeniyle, gerçek marka sahibinin haklarını zedeleyebileceği hususuna dikkat edilmesi gerekir.

8. Markanın Mahkeme Kararıyla Devri

556 sayılı KHK madde 16/3 uyarınca²⁵⁶ “mahkeme kararının sonucu olan devir hariç, devrin yazılı olarak yapılacağı” hükmüne yer verilerek markanın mahkeme kararı ile devredilebileceği öngörülmüştür. Madde metninden de açıkça anlaşıldığı üzere markanın mahkeme kararı ile devrinde yazılılık şartı aranmamaktadır. Bu durumda markayı devralan kişinin mahkeme kararı ile sicile başvurabileceğini kabul etmek gerekecektir.

hak sahibinin de bu taahhüde güvenerek hakkı devretmiş olması durumunda “inançlı temlik”ten söz edebiliriz. (s.112).

²⁵⁴ ARKAN, C.II, s.179; MERAN, s.171; ÇAMLİBEL, s.247.

²⁵⁵ ARKAN, C.II, s.179; ÇAMLİBEL, s.247.

²⁵⁶ Maddenin Tasarı'daki karşılığı için bkz. Markalar Kanunu Tasarısı madde 39/3.

556 sayılı KHK madde 16/5 uyarınca tescilli bir markanın devriyle birlikte devredenin, aynı markanın veya ayırt edilemeyecek derecede benzerinin aynı veya halkı yanılgıya düşürecek derecede benzer mal veya hizmetler için de tescil edilmiş markaların devrini kabul etmemesi durumunda, devralanın bu markaların da devrini isteyebilecektir. Yine markanın ticari vekil veya temsilci tarafından kendi adına tescil edilmesi durumunda, marka sahibinin markanın kendisine devrini mahkeme kararı ile talep edebilecektir.

556 sayılı KHK madde 19 uyarınca tescilli bir markanın haczedilebileceği belirtilmiştir. Buna göre marka işletmeden bağımsız olarak haczedilebilecek ve cebri icranın hacizden sonraki aşaması olan satış işlemi ile devredilebilecektir. Cebri icra yoluyla yapılan satışta mahkeme kararıyla yapılan intikallerde olduğu gibi yazılı şekle tabi değildir.

C. Değerlendirme

Marka iktisadi değeri olan malvarlığı haklarından olup, bu nedenle markanın gerek işletme ile gerekse işletmeden bağımsız olarak tam veya kısmi devri, miras yolu ile intikali, ortaklıkların birleşmesi ile devri veyahut ortaklığa sermaye olarak getirilmesi mümkündür. Bu bağlamda markanın işletme ile birlikte devredildiği durumlarda herhangi bir tartışma yoktur. Fakat markanın işletmeden bağımsız devrinde markanın garanti ve köken ayırt etme işlevi bakımından tartışmalar ortaya çıkacaktır.

Markanın bir işletmenin mal ve hizmetlerini diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye yaraması nedeniyle, işletmeden bağımsız olarak devrine izin verilmesi durumunda tüketicilerin yanıltılacağı ileri sürülmüştür. Fakat marka her zaman aynı işletme kökenini garanti etmesini sağlamamaktadır. Markanın bir işletmenin üretimde tek başına sahip olduğunu ve bu işletmenin ürünlerinin kalitesi için sorumlu tutulabileceğini garanti etmesi yeterlidir.

Markanın işletmeden bağımsız devri markanın garanti işlevi bakımından da sıkıntı yaratmaktadır. Markanın kullanıldığı mal ve hizmetlerin süregelen nitelikleri konusunda hukuki bir garanti oluşturduğu kabul edilmektedir. Markanın bağlı olduğu işletmeden ayrı olarak devredilmesi durumunda ise farklı bir işletme aynı markalı mal ve hizmetleri farklı bir biçimde üretmesi durumunda bu mal ve hizmetleri kullanan tüketici yanıltılmış olacaktır. Çünkü bir mal veya hizmeti bir kere satın alan tüketici, bundan sonra da aynı marka altında üretilen markaların aynı kalitede olacağını ve bu kalitenin bozulmayacağını varsayar. Fakat üretici veya satıcının markasına olan güven ve rağbeti devam ettirmek için devraldığı marka ile üretilen malın veya hizmetin kalitesini korumaya çalışacaktır. Bu nedenle markanın işletmeden bağımsız devrinde garanti ve köken ayırt etme işlevi bakımından bir sıkıntının doğduğundan bahsedilemeyecektir. Fakat yine de 556 sayılı KHK ile TPE'ye marka devrinin işletme kökeni bakımından halkın yanılgıya düşmesini önleme görevi verilmiştir²⁵⁷.

²⁵⁷ UZUNALLI: 556 sayılı KHK'nin 16/IV ve V. fıkraları da markanın kökenini ayırt etme işlevinin korunmasına yönelik olduğunu belirtmiştir (s.77).

İKİNCİ BÖLÜM

MARKANIN 556 SAYILI KHK UYARINCA SÖZLEŞMEYLE DEVRİ

I. GENEL OLARAK

551 sayılı Markalar Kanunu madde 34'te markanın hukuki işlemlere konu olabileceği kabul edilmiştir. Bu düzenleme gerek 556 sayılı KHK döneminde gerekse Markalar Kanunu Tasarısı ile de geçerliliğini korumaya devam etmekte ve gayri maddi mallar üzerindeki mutlak haklardan olan tescilli bir markanın, 556 sayılı KHK madde 15 ve Markalar Kanunu Tasarısı madde 38 uyarınca başkasına devredilebileceği, miras yolu ile intikal edebileceği, kullanma hakkının lisans konusu olabileceği ve rehin edilebileceği kabul edilmektedir.

Borçlar Kanunu madde 1'e göre, iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile oluşan hukuki muamelelere sözleşme denilmektedir. Hukuki işlemin bir çeşidi olan sözleşmeler, genel olarak hukuk düzenince korunan bir sonucu doğurmaya yönelik karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklaması olarak tanımlanabilir²⁵⁸. Bu bağlamda gayri maddi ve mutlak haklardan olan marka hakkının 556 sayılı KHK'nin 15. maddesi uyarınca hukuki bir işlem olan devir sözleşmesine konu olabileceğinin kabulü gerekir. Fakat 556 sayılı KHK'nin korumasından tescilli markalar yararlanmakta olup, tescilli marka hakkı tescil edildiği mal veya hizmetlerin tümü veya bir kısmı için işletmeden bağımsız olarak devredilebilecektir. Tescilsiz markalar bakımından ise, tescilsiz markanın da devre konu olabileceği kabul edilmekle birlikte, bu durumda 556 sayılı KHK yerine genel hükümler uygulama alanı bulacaktır.

556 sayılı KHK ile işletmenin devrinde aksinin kararlaştırılması durumunda markanın, işletme ile birlikte devredileceği düzenlenmiş olup, 556 sayılı KHK'de

²⁵⁸ EREN, s.153; ZEVKLİLER, Aydın, Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2008, s.29; TEKİNAY, Sözleşmeyi, genellikle birbirinden farklı menfaat ve amaçlarla hareket eden kişiler arasında hukuki bir sonuç doğurmak ve özellikle bir borç ilişkisi kurmak, mevcut borçta değişiklik yapmak, ya da onu büsbütün ortadan kaldırmak için yapılan anlaşma, olarak tanımlanmaktadır. (s.65); SEROZAN, sözleşmeyi, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla oluşan çok yanlı bir hukuki işlem olarak tanımlamıştır (s.9).

açıkça işletmeden bağımsız olarak devredilebileceğinden bahsedilmemiştir. Nitekim Tasarı ile bu eksiklik giderilmiş ve madde 38/1’de “Tescilli markanın, teşebbüsten bağımsız olarak, tescil edildiği mal veya hizmetlerin tümü ya da bir kısmı için devredilebileceği” düzenlenmiştir. 556 sayılı KHK’de markanın işletmeden bağımsız olarak devredilebileceği madde 16/2’den anlaşılabilmeekteyse de Markalar Kanunu Tasarısı’nda markanın bağımsız olarak devredilebileceğinin açıkça düzenlenmesi yerinde bir düzenleme olmuştur.

556 sayılı KHK’de marka hakkının devri ile devri sağlayan sözleşmeye ilişkin hükümler düzenlendiği halde, sözleşmenin tanımı yapılmamıştır²⁵⁹. 556 sayılı KHK madde 16 ve Tasarı’nın 39. maddesi uyarınca bir tanım yapılacak olursa, markanın devri sözleşmesi; marka üzerindeki mutlak ve tekelci hakkı kısmen veya tamamen marka sahibinin malvarlığından çıkararak temelli olarak devralanın malvarlığına geçiren ve marka üzerindeki hak sahipliğini değiştiren sözleşme olarak tanımlanabilecektir²⁶⁰.

Marka hakkının devrinin temelini devir sözleşmesi oluşturmakta olup, bu sözleşmenin yapılmaması durumunda geçerli bir marka devrinden söz etmek mümkün değildir. Devir sözleşmesi marka hakkına doğrudan etki eden bir sözleşmedir. Yani marka hakkının devri sözleşmesi ile lisans sözleşmelerinden farklı olarak, hakkın yer ve süre koşulu ile kullanımı değil hakkın kendisi devredilmektedir. Bu bakımdan devir sözleşmesinin temeli aşağıda açıklanacağı üzere borç doğurucu sözleşme olan, satım, trampa ve bağışlamaya dayanır²⁶¹. Fakat bu sözleşmelerden de farklıdır.

II. GENEL HÜKÜMLERE GÖRE MARKA HAKKININ DEVRİ

Bir hakkın, hak sahibinin malvarlığından çıkıp bu hakkı devralmak isteyen kişinin malvarlığına geçebilmesi için borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi olmak üzere iki aşamalı işlem bulunmaktadır. Borçlandırıcı işlem ile sadece hakkın devri

²⁵⁹ Bu eksiklik Markalar Kanunu Tasarısı ile de giderilmemiştir.

²⁶⁰ ARKAN, C.II, s.179.

²⁶¹ ÜLGEN ve Diğerleri, s.408.

konusunda bir taahhütte bulunulur fakat hak devredilmiş olmaz. Bu taahhüt ise borçlar hukuku alanındaki temlik borcu doğuran sözleşmeler olan ve bir şeyin mülkiyetinin devralana geçirilmesini hedefleyen satım trampa ve bağışlama gibi sözleşmelerle somutlaşır²⁶². Tandoğan'ın da belirttiği gibi, BK'nun özel hükümlerde düzenlenen temlik borcu doğuran sözleşmelerden başka, genel hükümlerde düzenlenen alacağın temlik vaadi ve diğer kanunlarda yer alan, fikri sınai haklar yahut maddi olmayan mallar, bu anlamda marka üzerindeki hakkın devri taahhütleri de temlik borcu doğuran sözleşmeler içerisinde değerlendirilmektedir²⁶³. Bu bağlamda açıkça görüleceği üzere markanın devri taahhüdü temlik borcu doğuran bir işlemdir.

Borçlandırıcı işlem bir satım sözleşmesindeki satım konusu malı yalnızca karşı tarafa devretme borcu yükler. Satıcının bu borcu nasıl yerine getireceği sözleşmenin konusuna göre değişiklik gösterecektir. Örneğin satım sözleşmesinin konusu taşınır veya taşınmaz mal ise bu durumda eşya hukukuna ilişkin aynı tasarruf işleminin, sözleşme konusunun alacak olması durumunda ise alacağın temlikine ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir.

Tasarruf işlemi bir hakka doğrudan doğruya etkileyen, yapıldığı anda sözleşmeyi yapanın malvarlığında doğrudan doğruya bir azalma gösteren hukuki muamelelerdir²⁶⁴. Sözleşmenin kurulduğu anda marka hakkının devralana geçmesi nedeniyle markanın devri tasarruf işlemi niteliğindedir. Nitekim markanın devri sözleşmesinin bir tasarruf işlemi olması nedeniyle satım, trampa ve bağışlama sözleşmelerinden ayrılmaktadır. Markanın devri sözleşmesi tasarrufi bir işlem iken, markanın devri taahhüdü borçlandırıcı bir işlemdir. Devir taahhüdünde markasını devretme taahhüdünde bulunan kişi, markayı devralacak olan kişiye karşı devir borcu altına girmektedir. Bu durumda marka sahibinin marka hakkının devri taahhüdünde belirtilen koşullar çerçevesinde marka hakkını devralana geçirmesi gerekmektedir.

²⁶² AYİTER, Taahhüt muameleleri tasarruf muamelelerini hazırlamakta olup, taahhütler tasarrufların ön muamelesidir (s.87).

²⁶³ TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Kanunu, Özel Borç İlişkileri, C.I/1,4 B. Ankara 1985, s.3.

²⁶⁴ AYİTER, Kudret, Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri, Ankara 1953, s.13.

Aralarındaki açık nitelik farkına rağmen borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi arasında yakın bir ilişki mevcut olup, borçlandırıcı işlem ile birlikte aynı anda tasarruf işleminin yani sözleşmenin ifasının da gerçekleştirilmesi mümkündür. Bu olasılıkta tarafların bir araya gelerek çeşitli görüşmeler sonucu edim yükümlülüklerini doğuran bir sözleşme kurup daha sonraki bir zaman diliminde bu sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmeleri söz konusu olmayıp, tüm bu aşamalardaki işlemler aynı anda gerçekleşmektedir²⁶⁵.

A. Bir Taahhüt İşlemi Olarak Borçlandırıcı İşlem

Marka hakkının devri sözleşmesinin bir tasarruf işlemi olması nedeniyle, borçlandırıcı işlem marka hakkının devri taahhüdü olarak karşımıza çıkar. Böyle bir anlaşmaya bir ivaz karşılığı olmaksızın varılmışsa bir bağışlama, devir taahhüdünün ivazlı olması halinde ise karşı edimin niteliğine göre satım ya da trampa sözleşmesi söz konusu olacaktır. Marka devir taahhüdünde bulunan devir borçlusunun hukuki durumu, bir hakkın devri borcu altında olan herhangi bir kişinin durumundan farklı değildir. Satım ve trampa sözleşmelerine ilişkin BK madde 182/I hükmüne göre satıcı, satım konusu malı alıcıya teslim etmek ve mülkiyeti geçirmekle yükümlüdür. Malın teslimi ve mülkiyetin geçirilmesi maddi varlığı olan mallarda söz konusu olup, maddi varlığı olmayan mallar bakımından malın teslimi mümkün değildir. Bu bağlamda maddi varlığı olmayan marka hakkı, devir sözleşmesinin yapılması ile devralana geçmektedir. Bu nedenle marka hakkının devri sözleşmesi bir tasarruf işlemi olup, borçlandırıcı bir işlem olan satım sözleşmesinden bu yönüyle ayrılmaktadır.

B. Tasarruf İşlemi

Marka hakkının devri sözleşmesinin, bu işlemin dayanağı olan temel hukuki ilişkiden açık bir biçimde ayırt edilmesi gerekmektedir. Devir sözleşmesinin, devir taahhüdü doğuran sözleşmelerle karıştırılmaması gerekmektedir. Buna göre marka hakkının devri taahhüdü borçlandırıcı bir hukuki işlem olup, marka hakkının devrini

²⁶⁵ OĞUZMAN/ÖZ, s.45.

taahhüt edene, devir konusu marka hakkını devretme borcu yükler. Borçlu, bu borcunu bir marka hakkının devri sözleşmesi yapmak suretiyle yerine getirir. Fakat devir sözleşmesinin yapılması tasarruf işlemidir²⁶⁶.

Burada borçlandırıcı işlem ve tasarruf işleminin tespiti, taraf iradeleri ile ortaya çıkacaktır. Buna göre, taraflar ayrıca bir sözleşme yapılmasına gerek kalmadan, marka hakkının devrini amaçlıyorlar ise burada tasarruf işleminden, bunun için ayrı bir irade beyanının varlığını arıyorlarsa borçlandırıcı işlem den söz etmek gerekecektir.

III. MARKA DEVİR SÖZLEŞMESİNİN KONUSU

A. Tescilli Marka

556 sayılı KHK madde 6 uyarınca KHK ile sağlanan koruma tescilli markaları kapsamakta olup, bu bağlamda devrin konusunu da tescilli marka oluşturmaktadır. Gerek 556 sayılı KHK gerekse Tasarı ile “markanın tescil edildiği mal veya hizmetlerin tümü veya bir kısmı için devredilebileceği” öngörülmüştür.

556 sayılı KHK’ den önce devrin konusunu yalnızca ferdi markalar oluşturmaktaydı²⁶⁷. Ferdi markanın ayırt edici özelliği marka üzerinde mutlak bir hak olması ve bu hakkın, hakka sahip olan bir veya birkaç kişi tarafından sahip oldukları ferdi mülkiyet, iştirak halinde veya müşterek mülkiyet esaslarına göre kullanılmasıdır. 556 sayılı KHK’ de her ne kadar ferdi markanın tanımı yapılmamış ise de, açıkça ortak marka ve garanti markasına ilişkin olduğu belirtilen hükümler dışındaki tüm hükümler ferdi markalar hakkında uygulanacaktır.

556 sayılı KHK madde 60 uyarınca, sadece ferdi markaların değil, ferdi marka dışında kalan marka türlerinin de yani ortak marka ve garanti markasının da

²⁶⁶ Aynı yönde bkz. ARKAN, C.II, s.180-181.

²⁶⁷ “Ferdi marka, bir üretim, ticaret veya hizmet işletmesi tarafından kullanılan iştirak veya müşterek mülkiyet bulunan işarettir.” ARKAN, CII, s.178; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.352, ÜNAL, s.33.

devredilebileceği ve bazı hukuki işlemlere konu olabileceği kabul edilmiştir²⁶⁸. Bu değişiklikle birlikte devrin konusu yalnızca ferdi marka olmaktan çıkmış, ortak marka ve garanti markası da devrin konusunu oluşturur hale gelmiştir.

Buna karşın birlik markalar ve müşterek markalar devir ve temlik olunamayacağı gibi, hacizleri de mümkün değildir²⁶⁹. Yalnızca müşterek marka kullanma hakkı, sözleşmede aksine hüküm bulunmadığı durumlarda, mirasçıya geçecektir. Müşterek markalar da bir ortak yalnızca yazılı olarak markayı kullanma hakkından feragat etmesi durumunda bu feragat geçerli olacaktır. Birlik markalarının ise sadece kurum ve kuruluşlarla ilgili olması nedeniyle devir, temlik veya miras yoluyla intikali mümkün değildir²⁷⁰.

B. Tescilsiz Marka

556 sayılı KHK madde 6 uyarınca KHK'nin korumasından tescilli markalar yararlanmaktadır. Bu nedenle 556 sayılı KHK'de düzenlenen markanın hukuki işlemlere konu olmasına ilişkin hükümlerde tescilli markalar bakımından uygulama alanı bulmaktadır. Tescilsiz markalar da tescilli markalar gibi bir işletmenin mal veya hizmetlerini diğer işletmelerin mal ve hizmetlerinden ayırt etmek için kullanılır. Tescilsiz markanın tescilli markadan tek farkı, tescilli markalar 556 sayılı KHK'nin korumasından yararlanırken, tescilsiz markalar kural olarak genel hükümlere göre korumadan yararlanmaktadır²⁷¹.

Tescilsiz markalar da tescilli markalar gibi işletmeden bağımsız ekonomik bir değere sahip olup²⁷², bu nedenle devredilmeleri mümkündür²⁷³. Marka devir

²⁶⁸ 551 sayılı KHK madde 36'da yalnızca ferdi markalar hukuki işlemlere konu olmaktadır.

²⁶⁹ Yargıtay 03.10.1986 tarihli kararı uyarınca: "...Dosyadaki marka, tescil belgesinde belirtildiği gibi davacı ve davalılar adına müşterek marka olarak tescil edilmiş bulunmaktadır. Markalar Kanunu'nun 17. maddesi adına tescil yapılan kimselerin, markadan faydalanma hakları olduğu açıklamaktadır. Aynı kanunun 36. maddesinde (müşterek markaların) devir ve temlik edilemeyeceği, lisans mevzu olamayacağı, müşterek markayı kullanma hakkının miras yolu ile intikal edeceği, 38. maddesinde ise, marka sahibinin markasını kullanmaktan feragat ettiğini yazı ile bildirim halinde sicilden terkin olunacağı belirtilmiştir. (11. H.D.'nin 1986/4473 E, 19864948 K sayılı ilamı, DÖNMEZ, s.89).

²⁷⁰ DÖNMEZ, s.4; SAĞLAM, s.127.

²⁷¹ ARKAN, C.I, s.53; KARAHAN, s.175; ÜNAL, s.37.

²⁷² ARSEVEN, ss.130-131.

²⁷³ Aynı yönde bkz. ARKAN, CI, s.175, YASAMAN, C.II, s.680.

sözleşmesinin konusunu 556 sayılı KHK uyarınca tescil edilmiş markalar oluşturmaktadır. Nitekim KHK madde 16 ve Markalar Kanunu Tasarısı madde 39 uyarınca; tescilli markanın tescil edildiği mal veya hizmetlerin tümü veya bir kısmı için devredilebileceği öngörülmüş olup, devrin konusu olarak tescilli marka esas alınmıştır. Marka üzerindeki bu hak, sahibine, marka hakkını kullanma, başkalarının izinsiz kullanmasını yasaklama, devretme, rehin verme, lisans verme, marka hakkına tecavüz halinde tecavüzün önlenmesi ve maddi ve manevi zararının giderilmesini isteme hakkı sağlar.

Tescil edilmemiş markalar açısından ise durum farklı olup, tescilsiz markanın hukuki işlemlere konu olması BK'daki genel hükümlere göre olacaktır.

IV.DEVİR SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI

A. Genel Olarak

Karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarından oluşan bir hukuki işlem olan sözleşmeyle bir hakkın doğması, devri veya ortadan kaldırılması amaçlanabileceği gibi, bir borç ilişkisinin kurulması sona erdirilmesi, aktif ve pasif süjelerinin değiştirilmesi de söz konusu olabilir. Marka hakkının devri sözleşmesiyle bir malvarlığı değeri olan markanın bir kişiden diğer bir kişiye geçirilmesi yani bir hakkın süjesinin değiştirilmesi hedeflenir. Bu nedenle 556 sayılı KHK'de hüküm bulunmayan durumlarda sözleşmelere ilişkin ilkeleri düzenleyen Borçlar Kanunu hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Borçlar Kanunu madde 1 uyarınca; “iki taraf karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını beyan ettikleri takdirde, akit tamam olur” demek suretiyle sözleşmenin kurulmasına ilişkin hükümlere yer verilmiştir. İki tarafın hukuki sonuç meydana getirmek için karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile sözleşmenin kurulması, bir tarafın teklifini diğer tarafın kabul etmesi ile olur²⁷⁴. Nitekim marka

²⁷⁴ OĞUZMAN /ÖZ, s. 44.

hakkının devri sözleşmesinde de bir tarafın icabı ve diğer tarafın kabulü ile devir sözleşmesi kurulacaktır.

B. Tarafların Anlaşması

Markayı devreden ve devralanın görüşü aynı yönde ise irade beyanları arasında bir uyumsuzluk bulunmadığı kabul edilecek ve marka devir sözleşmesi tarafların birbirine uygun irade beyanları ile kurulacaktır. Fakat devreden ile devralanın irade beyanları birbirine uygun değil ise bu durumda irade beyanlarının yorumu ile bir sonuca ulaşmak gerekecektir. Örneğin taraflar markanın kısmi devrini öngördükleri halde, devir sözleşmesinde devrin kısmi olduğu belirtilmesine rağmen, hangi mallar açısından devredildiği belirtilmemiş ise bu durumda devir sözleşmesinin kapsamı nasıl belirlenecektir. Bu durumda yorumun güven teorisi çerçevesinde yapılacağı, doktrinde ve mahkeme içtihatlarında genellikle kabul edilmektedir²⁷⁵.

V. DEVİR SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ

A. Markanın Ticari İşletmeden Bağımsız Devrine İlişkin Devir Sözleşmesi

Borçlar Kanunu madde 11/1 uyarınca kural olarak sözleşmeler herhangi bir şekle bağlı değildir. Fakat sözleşme serbestisinin BK madde 11/2 uyarınca istisnası belirlenmiştir. Buna göre bir sözleşmenin şekle bağlı olarak yapılabileceği kanunda belirtilmiş ise bu durumda bu şekle uymadan yapılan sözleşme geçersiz olmaktadır.

Nitekim KHK madde 15/2 uyarınca tescilli bir marka üzerindeki sağlar arası işlemlerin yazılı olarak yapılması gerektiği belirtilmiş olup, yazılılık şartı geçerlilik şartıdır. 556 sayılı KHK madde 16/3 uyarınca devir sözleşmesinin yazılı olarak yapılması ve taraflarca imzalanması gerektiği düzenlenmiştir. Aksi takdirde sözleşme taraflar arasında dahi hüküm ifade etmeyecektir. Sözleşmenin geçerliliği için alelade yazılı şekil yeterlidir. Devir sözleşmesinin illaki el yazısıyla yapılması zorunda

²⁷⁵ EREN, s.139-140; OĞUZMAN /ÖZ, s. 61.

değildir. Devir sözleşmesi daktilo veya matbaada da yazılabilir²⁷⁶. Yazılı şekil şartına uyulmaması durumunda devralan iyi niyetli dahi olsa sözleşme geçerli olmayacaktır.

Kural olarak BK madde 12’de yer alan adi yazılı şekil yeterli olup, noterce tanzim veya imzaların onaylanması ile ayrıca sicile tescil ve ilana gerek yoktur²⁷⁷. Taraflar devrin geçerli olması için kanunda öngörülen şartlardan daha ağır şekil şartları kararlaştırabilirler. Bu durumda tarafların kararlaştırdıkları şekil şartı geçerlilik şartıdır. Fakat taraflar marka hakkının devri için öngörülen şekil şartlarını ortadan kaldıramazlar. Tarafların marka hakkının devri sözleşmesinde objektif ve sübjektif esaslı noktalar üzerinde anlaşmaları, devreden devretme ve devralanın da devralma iradesinin devir sözleşmesinde yer alması gerekmektedir.

551 sayılı Markalar Kanunu’nun yürürlükte bulunduğu dönemde Kanunu’nun 34/2. maddesinde devir ve lisans sözleşmesinin noterlikçe tanzim edilmiş olması geçerlilik şartı olarak kabul edilmiştir. Bu şart Markalar Kanunu’nun emredici hükmü olup, noterlikçe tanzim edilmemiş bir sözleşmeye istinaden devir ve lisans sözleşmesinin sicile geçirilmesi mümkün değildir²⁷⁸. Fakat 556 sayılı KHK ve Markalar Kanunu Tasarısı’nda devrin noterlikçe düzenleme şartına yer verilmemiş, adi yazılı şekil marka devri için yeterli görülmüştür.

556 sayılı KHK ve Marka Yönetmeliği’nde sözleşmede bulunması gereken kayıtlara ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Marka hakkının devri sözleşmesinde her şeyden önce devir konusu marka açıkça ve ferden belirlenmelidir. Devir sözleşmesinde devredilen markanın hangi mal veya hizmetler için tescilli olduğu, hangi mal veya hizmetler için devredileceği yer almalı, devir kısmi devir ise bu mal veya hizmetlerin ve tescil numaralarının açıkça belirtilmesi gerekmektedir²⁷⁹. Bu durumda markanın kısmi devri söz konusu olup, markanın bölünmesine yol açar.

²⁷⁶ DAYINLARLI, Kemal, Borçlar Kanunu’na Göre Alacağın Temliki, Ankara 2008, s.74.

²⁷⁷ ARKAN, C.II, s.179; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.431; YASAMAN, C.II, s.685.

²⁷⁸ SAĞLAM, s.124.

²⁷⁹ ARKAN, C.II, s179.

Markanın bölünmesi, bir markanın birden çok mal veya hizmeti temsil etmesi halinde tek bir marka hakkının marka sahibi tarafından birden çok marka hakkına dönüştürülmesi ve meydana gelen her bir marka hakkının birbirinden farklı mal veya hizmetleri temsil etmesi olarak tanımlanmaktadır. Kısmen devir durumunda hem devreden hem de devralan farklı mal ve hizmetler bakımından aynı markaya sahip olmaktadır.

Ayrıca markanın türünün, tescil numarasının, markayla ilgili rehin haciz, lisans gibi hukuki işlemler veya açılmış davalar varsa bunların, devir bedelinin, devredilen markanın tescil tarihinden itibaren kullanılıp kullanılmadığının ve devreden sorumluğunu sınırlandırmak için “devralan, marka sicilini incelemiş ve devir sicildeki kayıtlara göre yapılmıştır” ibaresinin devir sözleşmesinde yer alması uygun olacaktır²⁸⁰.

Markanın devrinde devredilmek istenen markanın varsa lisans sözleşmelerinin, tür ve sayısının, marka üzerinde rehin, haciz olup olmadığının, markanın intifa hakkıyla kullanılmakta ise bundan doğan yükümlülükle mi devredildiğinin gösterilmesi gerekmektedir. Devredilmek istenen markanın iptali için dava açılmışsa bu hususun da belirtilmesi gerekir²⁸¹. Bu unsurların sözleşmede yer alması sözleşmenin zorunlu unsurlarından olmamakla birlikte markanın devriyle ilgili doğması muhtemel birçok sorunu önlemek bakımından faydalı olabilecektir.

Uygulamada ortaya çıkan sorunlardan biri aynı veya benzer ürünlerin her ikisinin de tescilli olması halidir. Bu durumda her iki markanın da KHK koruması altında olduğu kabul edilebileceği öne sürülmüştür²⁸². Tekinalp ise, bir markanın yalnızca bir sahibi olduğunu, bu nedenle bir markanın veya benzerinin ilk tescil ettiren kişiden sonra bir başka kişi tarafından tescil ettirilmesi halinde, markayı sonradan tescil ettiren kişinin de kanunun himayesi altında olduğunu söylemeye ve

²⁸⁰ ARKAN, C.II, s.179; ÜNAL, s.45.

²⁸¹ ARKAN, C.II, s179.

²⁸² BERZEK, Markaların Düzenlenmesi, s.80-81; Aksi yönde bkz. POROY/TEKİNALP, Marka Hakkına İlişkin Bazı Sorunlar, s.336-342.

gereçlendirmeye imkân bulunmadığını savunmaktadır²⁸³. Fakat Tekinalp'in görüşüne katılmak mümkün olmayıp, 556 sayılı KHK madde 42 uyarınca hükümsüzlük davası ile terkine kadar her iki marka da korunacaktır.

Marka Yönetmeliği'nin değiştirilmesinden önce devri düzenleyen 22/III. Maddesinde "devir için verilmesi gereken belgeler" hükmüne yer verilmiştir. Fakat bu belgeler devir için değil devirden sonra sicile kayıt için gerekli belgeler olup, nitekim bu yanlışlık, "devir veya kısmi devrin sicile kaydı için gerekli belgeler" şeklinde düzeltilmiştir²⁸⁴.

Marka Yönetmeliği'nin 19/3 maddesi uyarınca "noter tasdikli" devir senedinden söz edilerek daha ağır şekil şartı öngörülmüş ise de, 556 sayılı KHK madde 16 karşısında bu hükmün dayanağı ve geçerliliği bulunmamaktadır²⁸⁵.

1- Devir Sözleşmesinde İmza

556 sayılı KHK madde 16/3 uyarınca marka devir sözleşmesinde tarafların sözleşmeyi imzalaması gerekmektedir. BK madde 13/1 uyarınca kanunun yazılı şekle tabi tuttuğu sözleşmelerin borç altına giren taraflarca imzalanması zorunluluğu getirilmiştir. BK madde 14'de imzanın üzerine borç alan kişinin el yazısı ile olması gerektiği düzenlenmiştir. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borç altına giren iki tarafın da sözleşmeyi imzalaması gerekmektedir²⁸⁶. Dayınlarlı, bir tasarruf işlemi olan alacağın temlik sözleşmesinde temlik edenin imzasının yeterli olduğu görüşündedir²⁸⁷. Marka devrinin bir tasarruf işlemi olması nedeniyle alacağın temlik

²⁸³ POROY/TEKİNALP, Marka Hakkına İlişkin Bazı Sorunlar, s.339; DÖNMEZ ise, her iki markanın tescilli olması halinde gerçek hak sahibinin diğeri aleyhine dava açabileceğini kabul etmiştir. Fakat Dönmez'e göre, gerçek hak sahibinin tespiti önemli olup, her şekilde markayı ilk tescil ettiren kişinin gerçek hak sahibi olduğunun kabulü mümkün değildir, (s.36).

²⁸⁴ R.G. 20.04.1999 S. 23672; Yönetmeliğin 19. maddesinde devir için gerekli belgeler düzenlenmiştir. Buna göre; 1) Talep dilekçesi, 2) Ücretin ödendiğini gösterir belge,3) Devre konu marka tescil numarası ile marka adının yer aldığı, kısmi devirler için devredilen mal veya hizmetlerin belirttiği devir sözleşmesi ya da bu sözleşmenin veya mülkiyet değişikliğini gösteren kısmının aslına uygunluğunun noter tarafından tasdikli örneği, 4) Talep vekil aracılığıyla yapılmışsa vekaletname veya vekilin talep sahibi kişiden önceden alıp Enstitüye vermiş olduğu vekaletnameye atfin ibrazı gerekmektedir.

²⁸⁵ SAKA, Zafer, s.218; TEKİNALP, s.431.

²⁸⁶ REİSOĞLU, Safa, Borçlar Hukuku, İstanbul 2008, s.73.

²⁸⁷ DAYINLARLI, s.76.

hükümlerinin kıyasen marka devir sözleşmesinde de uygulanması mümkün olacak mıdır? 556 sayılı KHK madde 16/3 hükmünde geçen “tarafarca imzalanır” denilmek suretiyle gerek devreden gerekse devralanın marka devir sözleşmesini imzalaması gerektiği kabul edilmiş olup, yalnızca devredenın sözleşmeyi imzalaması yeterli görülmemiştir.

İmza, ilke olarak metnin sonuna atılmak suretiyle bütün metnin, taraflarca benimsendiğini gösterir²⁸⁸. Sözleşmenin birden fazla sayfadan oluşması halinde her sayfanın altına imzalanması gerekmektedir. Elektronik imza ile marka devir sözleşmesinin imzalanması durumunda geçerli bir devir sözleşmesinden bahsetmek mümkün müdür? Elektronik imzaya ilişkin sorunlar Elektronik İmza Kanunu²⁸⁹ ile yasal düzenlemeye bağlanmıştır. Elektronik İmza Kanunu madde 5’te güvenli elektronik imzanın elle atılan imza ile aynı hukuki sonucu doğuracağı fakat kanunların resmi şekle veya özel merasime tabi tuttuğu hukuki işlemler ile teminat sözleşmelerinin güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Görüleceği üzere adi yazılı şeklin yeterli olduğu marka devir sözleşmesinin elektronik imza ile yapılmasının mümkün olduğunun kabulü gerekir. Kaldı ki farklı şehirlerde bulunan iki kişinin marka devir sözleşmesi imzalaması bakımından da işlem kolaylığı sağlayacaktır.

2- Devir Sözleşmesinin Tarafları

a) Devreden

Marka hakkının devri sözleşmesinde iki taraf bulunmaktadır. Buna göre marka hakkının devri sözleşmesi marka hakkının, devreden tarafından, devralan kişiye devri, devralanın da kabulü ile meydana gelen karşılıklı bir hukuki işlemidir. Bu nedenle öncelikle devreden ve devralan kavramlarının tespiti gerekmektedir.

Bir hakkı devredebilecek kişinin öncelikle o hakkın sahibi gerçek veya tüzel kişi olduğunun kabulü gerekir. Bu nedenle 556 sayılı KHK korumasından yararlanan

²⁸⁸ REİSOĞLU, s.74.

²⁸⁹ R.G. 23.01.2004, S. 25355.

markasını tescil ettiren ya da tescil başvurusunda bulunan kişi devir sözleşmesinde devredeni oluşturacaktır. KHK'nin 3. maddesi uyarınca “gerçek ve tüzel kişilerin” KHK'nin korumasından yararlanacağı belirtilmekle, devreden gerçek veya tüzel kişi olabileceği kabul edilmiştir.

Devreden, marka hakkını tescil ettiren veya tescil için başvuran, marka hakkını devretme hakkına sahip olan kişidir. Bu nedenle 556 sayılı KHK'nin ve Tasarı'nın 3. maddesinde korumadan yararlanan kişilerin, marka hakkını devredebileceğinin kabulü gerekir. Buna göre, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde ikametgâhı olan veya sınaî veya ticari faaliyette bulunan gerçek veya tüzel kişilerce veya Paris Sözleşmesi yahut Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması hükümleri dâhilinde başvuru hakkına sahip kişilerce elde edilecektir. KHK kapsamına girmemekle beraber, Türkiye Cumhuriyeti uyuğundaki kişilere kanunen veya fiilen marka koruması tanımış yabancı devletlerin gerçek veya tüzel kişileri de karşılıklılık ilkesi uyarınca Türkiye'de marka korunmasından aynı şekilde yararlanacaktır.

Devir sözleşmesinde devreden ve devralan olmak üzere iki taraf bulunmakta ise de, taraflar birden fazla kişiden oluşabilmektedir. Örneğin adi şirkete ait mal ve hizmetleri ayırt etmekte kullanılan marka ortakların adına tescil edilebilir²⁹⁰. Adi ortaklığa ait bir markanın devrinde, tüm ortaklar birlikte devreden sıfatına sahip olur. 556 sayılı KHK madde 56/III ve Markalar Kanunu Tasarısı madde 52/4 uyarınca ortak markanın tescili için ortak markayı kullanacak gruba dâhil ortakların birlikte hareket etmelerinin gerekmesi nedeniyle devreden sıfatını da birlikte kazanırlar.

(1) Fiil Ehliyeti

Marka devir sözleşmesi iki taraflı hukuki bir işlem olup, bu işlemin geçerli olarak kurulabilmesi için tarafların o sözleşmeyi yapmaya ehil olmaları gerekmektedir. Medeni Kanun madde 9 uyarınca; “fiil ehliyetine sahip olan kimsenin kendi fiilleriyle hak edinebileceği ve borç altına girebileceği düzenlenmiş olup, bu

²⁹⁰ ARKAN, C.I, s.45.

durumda kişinin tescilli markasını devredebileceği ve bir başkasını ait marka hakkını, devir sözleşmesi ile devralabileceğinin kabulü gerekir.

MK²⁹¹ madde 10 uyarınca; “ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyetine sahip olduğu” kabul edilmiştir. Bu tanıma göre marka devir sözleşmesinin geçerli olması için öncelikle gerçek kişiler yönünden irade beyanında yani marka hakkını devreden kişinin “temyiz kudretine” sahip olması gerekmektedir. Temyiz kudretine sahip olan kimse, reşitse ve kısıtlı değilse akit yapma konusunda tam ehliyetlidir²⁹².

Temyiz kudretine sahip olan kimsenin reşit olmaması veya kısıtlı bulunması halinde, kendisini borç altına sokmak üzere yaptığı akdin hüküm ifade etmesi, kanuni mümessilinin (veli veya vasisinin) bu akde önceden muvafakat etmesine veya yapılan akdi sonradan tasvip etmesine bağlıdır²⁹³.

Gerçek kişilerin fiil ehliyetinde ayırt etme, erginlik ve kısıtlı olmamak şartları aranırken, tüzel kişiler yönünden durum farklıdır. MK madde 48’de tüzel kişilerin insana özgü nitelikler olan cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehil olduğu düzenlenmiştir. MK madde 49 uyarınca; “kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip tüzel kişilerin fiil ehliyetine sahip olduğu” kabul edilmiştir.

Oğuzman’a göre hukuk sisteminde sadece kamu kurumlarının veya özel olarak belirlenmiş niteliklere sahip gerçek ve tüzel kişilerin yapmasına izin verilen işlemler bakımından da, diğer gerçek ve tüzel kişilerin ehliyetsiz sayılması gerektiği, bir hukuki işlemi yasanın kişiliğinin yetersiz gördüğü için hiçbir surette yapamayanların durumu, ehliyetsizlik olarak nitelendirilmesi gerekmektedir. Örneğin özel güvenlik şirketleri mevzuatının çerçevesi dışında silahlı kuvvetler oluşturmaya veya elektrik üretim, işletim ve dağıtım faaliyetlerine ilişkin mevzuatın çerçevesi

²⁹¹ RG. 08.12.2001, S.24607.

²⁹² OĞUZMAN/ÖZ, s.71.

²⁹³ REİSOĞLU, s.51.

dışında bu alanlarda faaliyet göstermeye yönelik sözleşmeler, ehliyetsizlik sebebi ile batıl sayılmalıdır.

(2) Tasarruf Ehliyeti

Devredenin, marka üzerindeki hakkı devredebilmesi için fiil ehliyetinin yanında marka hakkı üzerinde tasarruf yetkisinin de bulunması gerekmektedir²⁹⁴. Devredenin tasarruf yetkisi, devir sözleşmesinin yapıldığı sırada mevcut olmalıdır. Fiil ehliyeti kişinin kendisine özgü bir nitelik olmasına rağmen tasarruf yetkisi devreden ile marka hakkı arasında varlığı gerekli bir dış niteliktir²⁹⁵. Tasarruf yetkisinin bulunmaması durumunda marka devir sözleşmesi hüküm ve tasarruf doğurmaz.

Marka sahibi adına iradi veya yasal temsilcinin de marka devir sözleşmesiyle markayı devretmesi mümkündür. Temsil yoluyla yapılan hukuki sonuçları temsil olunana ait olduğu için temsilcinin yaptığı tasarruf işlemleri, temsilci tasarruf yetkisine sahip ise hüküm ifade eder. Borçlar Kanunu madde 38 uyarınca yetkisiz temsilcinin yaptığı devir ise ancak marka sahibinin sonradan vereceği icazet ile geçerli olacaktır. Marka hakkı sahibinin iflas etmesi halinde, marka sahibinin marka üzerinde tasarruf yetkisi kalmayacaktır. Bu durumda marka hakkı İİK madde 184 uyarınca iflas masasına dâhil olacaktır.

556 sayılı KHK’de markanın devri sözleşmesi için temsilciye özel yetki verilmesine gerek bulunup bulunmadığı hususunda bir düzenleme mevcut değildir. BK madde 449 uyarınca, bir ticari işletmeye veya diğer müessesenin sahibi tarafından kendisine işleri idare ve bil vekale imza koyarak o müesseseyi temsil yetkisi verilen kişiye ticari mümessil denmektedir. Bu bağlamda ticari mümessilin yetkisinin sınırları çok geniş olup, davalarda aktif ve pasif dava ehliyetini de haizdir. Bu nedenle ticari mümessilin marka hakkını devretmek için özel yetkiye ihtiyacı bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Fakat BK madde 453 uyarınca ticari vekilin yetkilerinin ticari mümessil kadar geniş olmayıp, davalarda aktif ve pasif

²⁹⁴ AYİTER, s.117.

²⁹⁵ DAYINLARLI, s.68.

dava ehliyeti bulunmamaktadır. Ticari vekillerin mutad işlemler dışında yetkileri yokken, mümessiller bilumum muamelelerde bulunabilir. Ticari vekiller işletme adına borçlanamaz, özel olarak yetkilendirilmedikçe kambiyo taahhüdünde bulunamaz. Bu nedenle markayı devredemeyeceğinin kabulü gerekir.

Kaldı ki 556 sayılı KHK’de özel yetkiye ilişkin bir düzenleme bulunmaması nedeniyle şirkete ait bir markanın şirketi temsil yetkisine sahip temsilci tarafından üçüncü bir kişiye devredilmesi durumunda geçerli bir devir sözleşmesinden bahsetmek gerekmektedir²⁹⁶. Fakat Yargıtay’ca markanın, şirketin sahip olduğu tek malvarlığı olduğunun veya şirketin malvarlığını sürdürebilmesi için hayati önemi haiz bulunduğunun belirlenmesi halinde bu kez, anılan marka devri yönündeki taahhüdün geçerli olabilmesi için limited şirketlerde de uygulama alanı bulan TTK'nın 443/2. maddesi uyarınca ortaklar kurulunun bu konuda anılan maddede açıklanan çoğunlukla karar alması gerektiği, ortaklar kurulu kararı ile özel bir yetki verilmeden devredilemeyeceği kabul edilmiştir²⁹⁷. 556 sayılı KHK’de özel yetkiye ilişkin olarak bir düzenleme mevcut olmayıp, bu nedenle Yargıtay’ın görüşüne katılmak mümkün değildir. Her ne kadar temsilcinin şirketten geçerli bir yetkisi bulunmasa da şirketin markanın devri sözleşmesi ile bağlı olduğunun kabulü gerekir.

Yetkisiz temsilcinin markayı üçüncü bir kişiye devretmesi durumunda söz konusu devir geçerli olacak mıdır? Bu durumda Borçlar Kanunu madde 38 temsil

²⁹⁶ YASAMAN’ın da aralarında bulunduğu bilirkişi heyeti tarafından hazırlanan Bilirkişi Raporunda: “Şirketi temsil ve ilzam etme yetkisini haiz kişinin imzaladığı sözleşmenin, imzanın altında şirket kaşesinin bulunmaması halinde dahi, şirket yetkilisi tarafından yaratılmış güven dolayısıyla geçerli olduğu, markanın devredilmiş olduğunun kabulünün gerekeceği, hukuka uygun bir şekilde tescil edilen markanın hükümsüzlüğünün talep edilemeyeceği” belirtilmiştir. (YASAMAN, Hamdi, Marka Hukuku İle İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları, İst. 2008, ss. 395-399).

²⁹⁷ Yargıtay’ın 13.02.2006 tarihli kararında şirketin tek sermayesinin marka olması durumunda özel yetki aranacağına karar vermiştir. Yargıtay’ın bu kararı şöyledir: “...Limited şirket müdürlerinin temsil yetkisinin kapsamının, TTK'nun 542. maddesi yollaması ile aynı Kanunun 321. maddesinde belirlenmiştir. Bu maddede, temsile yetkili olanların şirketin maksat ve konusuna dahil olan her nevi işleri ve hukuki muameleleri şirket adına yapmak ve şirket unvanını kullanmak hakkını haiz oldukları belirtilmiştir. Ana sözleşme ve açıklanan kanun hükümlerine göre, kural olarak şirketi temsile yetkili müdürün, şirkete ait bir malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunabileceğinin kabulü gerekir. Ancak bu malvarlığının, şirketin sahip olduğu tek malvarlığı olduğunun veya şirketin malvarlığını sürdürebilmesi için hayati önemi haiz bulunduğunun belirlenmesi halinde bu kez, anılan marka devri yönündeki taahhüdün geçerli olabilmesi için TTK'nun 443/2. maddesi uyarınca, ortaklar kurulunun bu konuda çoğunlukla karar alması gerekmektedir. Dava konusu markanın devri işleminin esaslı işlerden olduğu ve yukarıda belirtilen yasal düzenlemeler ile somut olayın özellikleri dikkate alındığında, ortaklar kurulu kararı ile özel bir yetki verilmeden marka hakkının devredilemeyeceği kabul edilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir.” Şeklinde karar verilmiş ise de, bu karara katılmak mümkün değildir. (Yargıtay’ın 2005/1362 E, 2006/1253 K sayılı ilamı, Kazancı Veri Tabanı).

yetkisi olmayan bir kimsenin yaptığı sözleşmeye icazet verilmesi ile ilgili olarak “bir kimse salahiyeti olmadığı halde, diğer bir şahıs bu akde icazet vermedikçe alacaklı veya borçlu olmaz” hükmünü içermektedir. Bu hüküm uyarınca marka sahibinin icazet vermesi durumunda devir yetkisi bulunmayan devredenın yaptığı devir sözleşmesine de kıyasen uygulanabilecektir. Bu nedenle ancak marka sahibinin sonradan vereceği icazet ile devrin geçerli olacağıın kabulü gerekmektedir.

b) Devralan

556 sayılı KHK madde 3 uyarınca ve Markalar Kanunu Tasarısı madde 3 uyarınca, kanunun koruma kapsamından devreden ile birlikte gerçek veya tüzel kişi devralan da yararlanmaktadır.

556 sayılı KHK madde 3 uyarınca; marka sahibi olabilmek için ticaretle, imalatla veya hizmetle uğraşma şartı bulunmamaktadır. Fakat değişiklikten önceki Marka Yönetmeliği madde 22/III uyarınca devrin sicile kaydedilmesi için “devir alanın ticaretle, imalatla veya hizmetle uğraştığını gösterir belge” gerekli olup, bu çelişki Marka Yönetmeliği’nde yapılan değişiklikle bu belgeye yer verilmeyerek giderilmiştir. Nitekim 09/04/2005 tarihli 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulamasına Dair Yönetmelik madde 19’da “devrin sicile kaydedilmesi için gerekli belgeler arasında “ticaret, imalat veya hizmetle uğraştığını gösterir belge yer almamaktadır.

Devralan bakımından kural olarak fiil ehliyetinin varlığı aranmakla birlikte devrin ivazsız olması durumunda fiil ehliyetinin bulunmasına ilişkin istisnadan bahsedilecektir. Buna göre, marka hakkının devri satım trampa gibi borçlandırıcı bir işlem ise devralanın borç altına girmesi nedeniyle fiil ehliyetinin bulunması gerekmektedir. Fakat devrin ivazsız olması durumunda MK madde 16 ve BK madde 236/I uyarınca reşit olmayan veya kısıtlı bulunan fakat ayırtım gücüne sahip devralanın kendisine yapılan devri kabul edebilir. Ancak BK madde 236/II uyarınca yasal temsilci devrin kabul edilmesini yasaklayabilir²⁹⁸.

²⁹⁸ DAYINLARLI, s.73.

B. Markanın İşletme İle Birlikte Devrine İlişkin Devir Sözleşmesi

TTK madde 11/2 uyarınca marka ticari işletmeye dâhil unsurlardan biri olarak kabul edilmiştir. Öğretide ticari işletmeyi oluşturan unsurlar maddi ve gayri maddi unsurlar olarak ayrılmakta ve markanın gayri maddi unsurlar içinde kabul edildiği görülmektedir²⁹⁹. Ticari işletme rehin, devir gibi birçok hukuki işleme konu olabilecektir.

Borçlar Kanunu madde 179, bir malvarlığının veya işletmenin aktif ve pasifi ile devrini düzenlemiştir. Ticari işletmenin kendisini oluşturan ve her biri ayrı hukuki varlığa sahip unsurların bir bütünü olduğu için devrin taahhüdü aşamasında bütün halinde bir sözleşmenin konusunu oluşturabilir. Ticari işletmeyi devredenle devralan devir sözleşmesinin kapsamını ayrıntılı bir şekilde düzenleyebilirler. Fakat bu konuda ayrıntılı bir düzenleme yapılmamış ise, işletme devrinin markayı da kapsadığı kabul edilmektedir.

556 sayılı KHK madde 16/2'deki düzenlemede yer alan “işletme” kavramının geniş olarak esnaf işletmelerini de kapsadığının kabulü gerekir. Taciri ve işletmeyi değil ama işletmenin mal ve hizmetlerini ayırt eden markayı esnaflar da kullanabilecektir³⁰⁰. BK madde 179 ve 180, ticari işletmeler dâhil olmak üzere her türlü işletmenin devrini düzenlemektedir.

Marka sahibinin, marka hakkını ticari işletmesinden bağımsız olarak tek başına devredebileceği gibi, marka hakkını kapsayacak şekilde işletmesini bir bütün olarak devretmesi de mümkündür. 556 sayılı KHK madde 16/2 uyarınca bir işletmenin aktif ve pasifleri ile devri³⁰¹, aksi kararlaştırılmamışsa markanın devrini de kapsayacaktır³⁰². Ancak işletmenin devrine ilişkin sözleşmede markanın devir kapsamının dışında bırakılacağı kararlaştırılabilir.

²⁹⁹ ARKAN, C.I, s.30; HİRŞ, Alamenti Farika, ticaret unvanı gibi, paraya çevrilebilen gayri maddi bir mevzudur. (s.154); KARAYALÇIN, s.182.

³⁰⁰ ARKAN, C.II, s.254.

³⁰¹ BK. m. 179 uyarınca: Bir mameleki veya bir işletmeyi aktif ve pasifleriyle birlikte devralan kimse, bunu alacaklılara ihbar veya gazetelerde ilan ettiği tarihten itibaren onlara karşı mamelekin veya işletmenin borçlarından mesul olacağı düzenlenmiştir.

³⁰² Yargıtay'ın 25.11.2002 tarihli kararında: “...Davacı vekili, devir yolu ile sahibi bulunduğu markaya tecavüzün önlenmesini talep etmiştir. Davalı vekili, müvekkilinin “Yeşil Nalın” ünvanı ile

Borçlar Kanunu madde 179 ve 180 uyarınca işletmenin devri veya işletmelerin birleşmesi için işletmeye dâhil unsurlar için yapılacak sözleşme kural olarak herhangi bir şekle bağlı tutulmamıştır. Fakat devir sözleşmesinin niteliğinden ayrı olarak, devir konuları arasında özel bir şekle uyulmasını gerektiren unsurların bulunması halinde, örneğin bir taşınmaz varsa, taşınmaza ilişkin sözleşmenin resmi şekilde yapılması gerekmektedir.

Ticari işletmenin devrinde, devir sözleşmesine 556 sayılı KHK madde 16 uyarınca, ticari işletmeye dâhil bir unsur olan markanın da dâhil olduğunun kabulü karşısında marka hakkının devri için ayrı bir devir sözleşmesinin yapılmasına gerek olup olmadığı sorunu ortaya çıkmaktadır. 556 sayılı KHK madde 16/3 uyarınca, işletmenin aktif ve pasifleri ile devredilmesi durumu hariç olmak üzere, bir markanın devri yazılı olarak yapılacağı ve taraflarca imzalanacağı kabul edilmiştir. Dolayısıyla bir markanın devrinin işletme devri ile birlikte yapılması durumunda yazılılık şartının aranmayacağı gerek Yargıtay kararlarında³⁰³ gerekse doktrinde kabul edilmektedir³⁰⁴. Tekinalp, BK madde 179'da düzenlenen işletmenin devri ve işletmenin birleşmesi sözleşmesi yazılı şekil koşuluna bağlı olduğundan, bu sözleşmelerin yapılması halinde markanın devri yönünden yazılı şekil koşulu yerine getirilmiş sayılacağını belirtmiştir³⁰⁵. Fakat Tekinalp'in bu görüşüne katılmak

birlikte işyerini davadışı Abdullah'tan devraldığını, Abdullah'ın da işyeri ile markayı Dilber ve Özlem'den devraldığını, dolayısıyla markanın işletme ile birlikte el değiştirdiğini ve en son müvekkiline geçtiğini, davacının, Abdullah'a yapılan devirden sonra aynı markayı, Dilber ve Özlem'den devraldığını, Dilber ve Özlem'in Abdullah'a devir yapmaları nedeniyle haklarının kalmadığı halde mükerrer olarak devretmelerinin müvekkilini etkilemeyeceğini savunarak davanın reddini istemiştir. Mahkemece, iddia, savunma, toplanan deliller ve benimsenen bilirkişi raporu doğrultusunda, Dilber ve Özlem'in işletmeye ait markayı değil, sadece işletmeyi aktifyle birlikte Abdullah'a devrettiği, 556 sayılı KHK'nın 16/2. madde koşullarının oluşmaması nedeniyle markanın işletme ile birlikte davalının selefi Abdullah'a geçmediği, markanın aynı kişiler tarafından davacıya devredilmesi nedeniyle davacının markanın sahibi olduğu, Abdullah'ın işletme devrine rağmen marka başvurusunda bulunmamasının da bu yorumu güçlendirdiği gerekçesiyle davanın kabulüne karar vermiştir. Karar davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Yargıtay'ca davalı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile yerel mahkeme kararının onanmasına karar verilmiştir." (11. H.D, 2002/6575 E, 2002/10964 K. , MERAN, s.279-280).

³⁰³ Yargıtay'ın 14.09.1999 tarihli kararında ticari işletmenin devrinin markanın devrini de kapsayacağına karar verilmiştir: "...İlke olarak marka devir sözleşmesinin yazılı yapılması sözleşmenin geçerliliği için şart ise de, marka sahibinin içinde bu hakkın da yer aldığı işletmesini bir bütün olarak devretmesi de mümkündür. Kanun Hükmünde Kararname uyarınca bir işletmenin aktif ve pasifleri ile birlikte devrolunması, aksi kararlaştırılmadıkça işletmeye dahil bir unsur olan markanın da devrini kapsar." (11. H.D.'nin, 1999/1896 E, 1999/6784 K sayılı ilamı, Kazancı Veri Tabanı).

³⁰⁴ ARKAN, CII, s.180; ARKAN, Ticari İşletme, s.285; DERYAL, s.113.

³⁰⁵ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.432.

mümkün değildir. Öncelikle BK madde 11 açısından ticari işletmenin devri kural olarak herhangi bir şekilde bağlı değildir. Nitekim Ticari işletmenin devrinin düzenlendiği BK madde 179'da özel bir şekil şartı öngörülmemiştir. Ticari işletmenin devri bakımından yalnızca devri kanunen özel bir şekilde bağlanmış unsurlar var ise, bunların devri için özel şekilde uyulması gerektiği belirlenmiştir. Bu nedenle ticari işletmenin devri ile yazılılık şartının yerine getirildiğinden bahsetmek mümkün olmayıp, aksine TTK madde 179, bizi markanın devri sözleşmesinin yazılı yapılacağı sonucuna götürmektedir.

İşletmenin devri sözleşmesi borçlandırıcı nitelikte olup, devir ile işletmenin küll halinde devralana geçmesi için işletmeye dâhil unsurların her birinin kendine özgü tasarruf işlemlerinin yerine getirilmesi gerekmektedir³⁰⁶. Taşınırlarda teslim, taşınmazlarda tescil ve alacaklarda temlik işlemlerinin tamamlanması gerekmektedir. BK madde 179'da tam bir külli intikal öngörülmemiş, sadece işletmenin pasifi bakımından külli intikal kabul edilmiştir. İşletmenin devrinde aktiflerin devralana geçişi için her bir aktifin kendine özgü tasarruf işlemlerinin gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle her ne kadar 556 sayılı KHK madde 16/2'de işletmenin devrinin aksi kararlaştırılmamış ise markanın devrini de kapsayacağı belirtilmiş ise de, marka devir sözleşmesinin yazılı yapılmasının geçerlilik koşulu olması nedeniyle ticari işletmenin devri sözleşmesinin, markanın devrini kapsadığı durumlarda yazılı olarak yapılması gerekmektedir³⁰⁷.

Ticari işletmenin yalnızca aktiflerin ve işletmenin aktiflerine dâhil markanın devredilmesi durumunda devir sözleşmesinin geçerliliği sorunu ortaya çıkacaktır. Bu durumda işletmenin aktifleri, pasiflerin güvencesini oluşturduğu için, alacaklıların korunması bakımından, aktiflerin tümünün pasiflerden bağımsız olarak devrinin BK madde 179 uyarınca geçersiz olacaktır³⁰⁸. Bu durumda markanın devri de geçersiz olacaktır. Fakat bu kural markanın işletmeden bağımsız olarak devrine engel olmayıp, devreden marka hakkını işletmeden bağımsız olarak devredebilecektir.

³⁰⁶ POROY/YASAMAN, Ticari İşletme, s.348; ARKAN, Ticari İşletme, s.42-43.

³⁰⁷ Aynı yönde bkz. ÖZEL, s.39; POROY/YASAMAN, Ticari İşletme, s.348; ÜLGEN ve diğerleri, s.409.

³⁰⁸ ACEMOĞLU, Kevork, Borçlar Kanunu'nun 179. Maddesine göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, İstanbul 1971, s.41; ARKAN, C.I, s.40; ARKAN, Ticari İşletme, s.42.

Devredenin, alacaklılardan mal kaçırma kastı ile muvazaalı olarak ticari işletmesini devretmesi durumunda ticari işletmeye dâhil marka hakkının da ticari işletme ile birlikte devredilmesi nedeniyle, alacaklılar tarafından tasarrufun iptali davası açılırsa ne olacaktır? Yargıtay’ca da kabul edildiği üzere bu durumda ticari işletmenin devrine ilişkin sözleşmenin batıl olarak kabul edilmesi nedeniyle geçerli bir marka devrinden bahsetmek mümkün olmayacaktır³⁰⁹. Söz konusu marka devrinin sicile kaydedilmesi durumunda ise devrin sicilden terkinin gerekecektir.

C. Marka Hakkını Devretme Taahhüdü

Marka hakkını devri taahhüdü, inşai bir akittir. Öyle ki marka sahibi, marka hakkını üçüncü bir kişiye devretmeyi taahhüt eder. Marka hakkını devir sözleşmesi tasarruf işlemi olup, devrin temelinde satım, trampa yahut bağışlama sözleşmesi olabilir. Marka hakkını devir taahhüdü ise bir tasarruf işlemi olmayıp, borçlandırıcı bir işlemdir. Devir taahhüdünün tasarruf işlemi olmaması nedeniyle markanın üçüncü bir kişiye devrini sağlamamaktadır. Fakat devir taahhüdünde bulunan marka sahibi markayı devretme yükümlülüğü altına girmektedir. Bu itibarla marka hakkının devri taahhüt edilen kişi de, devir sözleşmesinin yapılmasını isteme hakkını elde edecektir.

BK madde 16 uyarınca taşınır satımına ilişkin sözleşmenin geçerliliği kural olarak herhangi bir şekle bağlı değildir. Fakat özel kanun hükümleriyle bir sözleşmenin geçerliliği belirli bir şekle bağlı tutulması durumunda, kanunda belirlenen geçerlilik şartına uygun yapılmayan sözleşmenin geçerli olduğundan bahsedilemeyecektir³¹⁰. BK madde 22’de bir sözleşmenin geçerliliğinin hususi bir

³⁰⁹ Yargıtay 17. Hukuk Dairesi’nin 09.07.2007 tarihli, 2007/2474 E, 2007/2410 K sayılı ilamı (Kazancı Veri Tabanı).

³¹⁰ Markanın devri sözleşmesinin satım sözleşmesi içinde değerlendirilmesine ilişkin olarak bkz. TANDOĞAN, s.103; YAVUZ, Cevdet Borçlar Hukuku Dersleri, İst. 2007 S.34; ZEVKLİLER, Marka hakkının satışına da taşınır satışına ait kuralların uygulanacağına öğretide kabul edilmektedir. (s.63); Görüleceği üzere taşınır satımına ilişkin sözleşmenin şekline değinilirken, “markaların satışının yazılı şekilde yapılması gerektiğinin” belirtilmesi markanın devri sözleşmesinin bir tasarruf işlemi olması nedeniyle hatalı bir değerlendirmedir. Şöyle ki, borçlandırıcı bir işlem olan satım sözleşmesine ilişkin hükümler, bir tasarruf işlemi olan markanın devri bakımından değil, borçlandırıcı bir işlem olan markanın devri taahhüdü bakımından uygun olduğu ölçüde uygulama alanı bulacaktır.

şekle bağlandığı durumlarda bu sözleşmenin taahhüdünün de aynı şekilde yapılması gerektiği düzenlenmiştir.

BK madde 22/1'deki sözleşme yapma vaadi, vaat edenle karşı taraf arasında bir sözleşme öngörür. Vaat eden karşı tarafla borç doğuran bir akit yapmayı öngörmektedir. Bu sözleşmelere satım, trampa, bağışlama, kira gibi akitler örnek olarak gösterilebilir. Satım akdinin konusu, satıcı tarafından satılan şeyin teslimi ve alıcı tarafından bedelin ödenmesi oluşturmaktadır. Satım sözleşmesi borçlandırıcı bir işlem olup, sözleşmenin ifası tasarruf işlemidir. Bu nedenle satım sözleşmesi yapma taahhüdünde ifa sözleşmenin üçüncü safhasını oluşturmaktadır. Birinci safhada satış sözleşmesi yapma taahhüdü, ikinci safhada borçlandırıcı işlem olan satış sözleşmesi ve son safhada da tasarruf işlemi olan satılan malın teslimi işleminden oluşmaktadır³¹¹. Oysaki markanın devri sözleşmesinin tasarruf işlemi olması nedeniyle devir sözleşmesi ikinci safha olup, markanın devri taahhüdü tasarruf işlem olan devir sözleşmesinin yapılmasını taahhüt etmektedir. Bu nedenle BK madde 22'nin aksine burada iki safha bulunmaktadır. Bunlardan ilki borçlandırıcı işlem olan marka devri taahhüdü ve ikincisi ise tasarruf işlemi olan markanın devri sözleşmesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle BK madde 22 hükümlerinin markanın devri taahhüdüne uygulanıp uygulanmayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır.

Benzer hükümlere tabi bir tasarruf işlemi olan alacağın temlik taahhüdünün BK madde 163/2'de herhangi bir şekle tabi olmadığı düzenlenmiştir. Markanın devri taahhüdünde alacağın temlik taahhüdüne ilişkin hükümlerin uygulanacağını kabulü halinde markanın devri taahhüdünün de BK madde 163/2 uyarınca özel bir şekil şartı öngörülmediği kabul edilecektir. Arkan markanın devri taahhüdünün hiçbir şekle bağlı olmadığını ve BK madde 163 hükümlerinin uygulanacağını belirtmiştir³¹².

Kanımca 556 sayılı KHK madde 16 uyarınca markanın devrinin yazılı şekle tabi olması ve BK madde 22/2 hükmü uyarınca şekle bağlı bir sözleşmenin, vaaadinin

³¹¹ AYİTER, Akit yapma vaadi ve müteakiben yapılan asıl akit ve nihayet en son olarak yapılabilen tasarruf muamelesinin, tasarruf-taahhüt ayırt edilmesi gerekmektedir. Akit yapma vaaidine ileride yapılacak bir borç akdi mevzubahistir. (s.89).

³¹² ARKAN, C.II, s.179.

de şekle bağlı olduğu düzenlenmiş ise de, markanın devri sözleşmesinin tasarrufi nitelikte olması ve markanın devri taahhüdünün ise asıl borçlandırıcı sözleşme olması nedeniyle BK madde 22'nin markanın devri taahhüdü bakımından uygulama alanı bulması mümkün değildir. Bu anlamda markanın devri taahhüdünün asıl borçlandırıcı sözleşme olması nedeniyle alacağın temlik bakımından BK madde 163/2'de düzenlenen özel hükmün markanın devri taahhüdü bakımından da uygulanması mümkün değildir. 556 sayılı KHK madde 15/II gereğince tescilli bir marka üzerindeki sağlar arası işlemlerin yazılı şekilde yapılmasının öngörülmesi nedeniyle markanın devri taahhüdünü konu alan sözleşmenin de yazılı şekilde yapılması gerekmektedir.

1- Marka Devir Taahhüdünün Satım Sözleşmesi ile Karşılaştırılması

BK madde 182'de satım sözleşmesinin tanımı yapılmıştır. Bu tanım uyarınca satım sözleşmesi, alıcının vermeyi yükümlendiği bir miktar para karşılığı, satıcı tarafından satım konusu malı alıcıya teslim ederek mülkiyeti ona geçirme borcunu doğuran bir sözleşmedir³¹³. Satım sözleşmesinin yalnızca temlik borcu doğuran bir sözleşme olması nedeniyle, sözleşmenin kurulması ile sözleşme tamamlanmış olmaz. Bunun için taşınır satımı söz konusu ise zilyetliğin devri gerekli olup, markanın devri taahhüdü bakımından ise marka devir sözleşmesinin yapılması gerekmektedir³¹⁴.

Doktrinde markanın devrine kıyasen ve mahiyetine uygun olduğu oranda satım sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiş ise de³¹⁵, bu konuda ayrıntılı düzenlemenin yer almaması nedeniyle markanın devrine mi yoksa devri taahhüdüne mi satım sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulacağı konusunda açıklık bulunmayışı karışıklığa yol açmaktadır. Buna göre ekonomik değeri olan fakat maddi bir malvarlığı olmayan markanın devrinde alacağın temlikine ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulması mümkün olup, markanın devri

³¹³ TANDOĞAN, s. 78; ÜNAL, s.42; YAVUZ, 2007, s.23; ZEVKLİLER, s.47.

³¹⁴ TANDOĞAN, s.94.

³¹⁵ ÖZEL, s.38; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 431; ÜNAL,s.42; YASAMAN, C.II, s.684; YAVUZ, s.34.

taahhüdünde satım sözleşmesine ilişkin BK. m. 182 vd. maddeleri kıyasen ve mahiyetine uygun olduğu ölçüde uygulama alanı bulacaktır.

Tarafların edimleri birbiri ile örtüşüyorsa bu sözleşmeye tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme denmektedir. Satım sözleşmesi de tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir³¹⁶. Markanın devri taahhüdünde de devreden ve devralan olmak üzere iki taraf bulunmakta olup, bir taraf marka hakkını devretme edimi yükümlülüğü altına girerken diğer tarafta bu hak karşılığında bedel ödemeyi kabul etmektedir. Bu nedenle marka devir taahhüdü kural olarak tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olarak kabul edilecektir.

Gerek markanın devri taahhüdü gerekse satım sözleşmesinde, sözleşmeye konu bir mal ile bu mal karşılığında bir miktar para ve bunların karşılıklı olarak değiştirileceğine ilişkin bir anlaşmanın varlığı gereklidir³¹⁷. Her şeyden önce marka devir taahhüdünün konusunu oluşturan marka hakkı da gayri maddi mallardan olup, devir sözleşmesinin konusu olabilecektir. BK madde 182'de, alıcının kendisine teslim edilmesi yükümlenilen mal karşılığında satıcıya bir semen vereceği belirtilmektedir.

Devir taahhüdünde de devralanın ödemeyi yükümlendiği bedel, devredenim teslim edeceği marka hakkının karşılığını oluşturmaktadır. Satım sözleşmesinin tamamlanabilmesi için alıcıyla satıcının karşılıklı olarak malla paranın değiştirileceği konusunda anlaşmaları ile satım sözleşmesi kurulmuş olur. Marka hakkının devri taahhüdünde de devreden ve devralanın devir sözleşmesi yapması ile tasarruf işlemi gerçekleşmiş olacaktır. Sözleşmeler hukukumuzda egemen genel kural olan "sözleşme özgürlüğü ilkesi" gereğince satım sözleşmesi yazılı olarak yapılabilmeyle birlikte, herhangi bir şekle bağlı değildir. 556 sayılı KHK madde 16'da markanın devri taahhüdünün şekline ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Fakat markanın devrinin yazılı şekle tabi olması ve BK madde 22/2 hükmü uyarınca şekle bağlı bir sözleşmenin, vadinin de şekle bağlı olduğu düzenlenmiş ise de, markanın devri

³¹⁶ ARAL, Fahrettin, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ank. 2003, s.62.; TEKİNAY, Selahattin, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.68; YAVUZ, s.23; ZEVKLİLER, s. 48.

³¹⁷ ZEVKLİLER, s. 48.

sözleşmesinin tasarrufi nitelikte olması ve markanın devri taahhüdünün ise asıl borçlandırıcı sözleşme olması nedeniyle BK madde 22'nin markanın devri taahhüdü bakımından uygulama alanı bulması mümkün değildir. Bu durumda 556 sayılı KHK madde 15/II gereğince markanın devri taahhüdünü konu alan sözleşmenin de yazılı şekilde yapılması gerektiği söylenebilir.

2- Marka Devir Taahhüdünün Bağışlama Sözleşmesi ile karşılaştırılması

Bağışlama BK madde 234 uyarınca³¹⁸, bağışlayanın bir karşılık almaksızın bağışlananın malvarlığında bir artış sağlamak amacıyla, malvarlığına dâhil bir unsurun bağışlanana vermeyi üstlenmesi veya vermesi yoluyla yapılan bir sözleşmedir³¹⁹. Bağışlama da satım sözleşmesine benzemekte ise de, satımdan farklı olarak devredilen mal karşılığında bağışlayanın herhangi bir karşılık almamasıdır³²⁰. Bağışlamaya ilişkin hükümler de kıyasen ve mahiyetine uygun olduğu oranda markanın devri taahhüdüne uygulanacaktır³²¹.

Bağışlamanın tanımından bağışlamanın 3 unsuru çıkartılabilir. Buna göre bağışlama; sağlar arasında yapılan, ivazsız ve kazandırıcı bir hukuki işlemdir. Marka devir taahhüdü de sağlar arasında yapılan, ivazlı ya da ivazsız, kazandırıcı bir hukuki işlemdir. Marka devir taahhüdünün ivazsız yapılması durumunda uygun olduğu ölçüde bağışlamaya ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır.

Marka hakkının ivazsız devri taahhüdünde özellikle tarafların fiil ehliyeti bakımından 556 sayılı KHK'de hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu'nun bağışlamaya ilişkin hükümlerine bakmak gerekecektir. Buna göre BK madde 235/I uyarınca bağışlayanın tam ehliyetli olması gerekmektedir. BK madde 235/II uyarınca fiil ehliyeti olmayan birinin ve sınırlı ehliyetsizlerin yaptığı bağışlama, ancak yasal

³¹⁸ ARAL, Bağışlama sözleşmesiyle yapılan kazandırmanın 2 şekilde yapılabileceğini belirtmiştir. Buna göre: Doğrudan doğruya (mesela alacağın temliki) veya dolaylı (borç üstlenme, başkasının borcunu ödeme gibi) olarak yapılabilir." (s.197).

³¹⁹ TANDOĞAN, s.337; ÜNAL, s.43; YAVUZ, s.222; ZEVKLİLER, s.143.

³²⁰ ARAL, Bağışlamanın konusunu da taşınır, taşınmaz eşya, alacaklar, marka, patent hakları, irtifak veya intifa tesisi gibi her türlü mamelek oluşturabilecektir. (s.197).

³²¹ YASAMAN, C.II, s.684.

temsilcinin mesuliyeti saklı kalmak kaydıyla üzere ve vasilik hukuku kuralları göz önüne alınarak yapılabilecektir.

BK madde 236/I uyarınca ayırtım gücü olan kimse bağışlamayı kabul edebilecektir. Öyle ki, MK madde 26'daki hüküm gereğince sınırlı yeteneksizlerin karşılıksız bir kazandırmayı kabul etmeleri, yasal temsilcilerinin rızasına bağlanmış değildir. Bu nedenle de mümeyyiz küçük ya da kısıtlı, veli ya da vasinin katılması gerekmeksizin, bağışlama sözleşmesinde bağışlanan niteliğini taşıyabilir³²². Ne var ki BK madde 236/II uyarınca veli ya da vasi, bağışlamanın kabulünü yasaklayabileceği gibi, bağışlama yerine getirilmiş ise bağışlanan markanın geri verilmesi için, sınırlı ehliyetsizi zorlayabilecektir³²³.

Çok defa tasarruf ve taahhüt muameleleri birbirinden ayırt edilemeyecek şekilde iç içe geçmiş olup, bunlara en iyi örnek elden bağışlama ve hükmen teslim gösterilebilir. Elden bağışlama doktrinde tasarruf işlemi olarak kabul edilmektedir³²⁴. Bu durumda markanın ivazsız devrinden bahsetmek mümkün olacaktır. BK madde 237/1 uyarınca elden bağışlamada bağışlayandan bağışlanana geçmesi için gerekli tasarruf muamelesinin yapılması ile elden bağışlama gerçekleşmiş olmaktadır. Bu nedenle bir tasarruf işlemi olan markanın devri sözleşmesinin yapılması ile bağışlamanın da gerçekleşeceği ileri sürülebilecektir. Fakat her ne kadar eylemde birlik ve özdeşlik söz konusu olsa da, kuramda ayrılık ve ikilik mevcut olduğundan³²⁵, borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi her ne kadar iç içe geçmiş gibi gözükse de elden bağışlamada bu iki işlemin de mevcut olduğu söylenebilir.

3- Marka Devir Taahhüdünün Trampa Sözleşmesi İle Karşılaştırılması

BK madde 232 uyarınca, tarafların karşılıklı olarak malları, hakları ya da hak niteliği kazanmamış ekonomik değerleri başka bir mal, hak ya da hak niteliği

³²² KARAHASAN, Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.1, İstanbul 2002, s.648.

³²³ ARAL, s.196.

³²⁴ YAVUZ, s.141.

³²⁵ SEROZAN, Rona, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 2002, s.95; Aynı yönde bkz. AYİTER, s.81.

kazanmamış ekonomik değerle değiştirerek mülkiyetini karşı tarafa geçirmeyi üstlendikleri sözleşmeye trampa sözleşmesi denilmektedir³²⁶. Trampa satım sözleşmesinin bir türü olup, BK madde 232 uyarınca “satım kuralları trampada örneksime yoluyla uygulanacaktır. Trampada, satımdan farkı olarak mal veya hak karşılığında bir miktar para yerine başka bir mal veya hak elde edilmektedir³²⁷. Bu durumda taraflardan her biri kendisine verilmesi vaat edilen nesne yönünden alıcı sayılacaktır³²⁸. Marka devri bakımından ise devre konu marka karşılığında devreden, yine bir marka hakkı devralıyorsa bu durumda gerek KHK gerekse BK bakımından hem devreden hem de devralan sıfatına sahip olacaktır. Fakat markasını devreden kişi, marka hakkını devrederken karşılığında marka hakkı dışında bir başka mal devralıyorsa bu durumda niteliğine göre BK uyarınca trampaya ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaksa da, markasını devreden kişinin KHK kapsamında devralan sıfatını alması mümkün değildir.

Trampanın konusunu satım sözleşmesinin konusunu oluşturan her şeyin oluşturabileceği göz önünde bulundurulduğunda markanın devri taahhüdünde, markasını devretmeyi taahhüt eden kişi, devir karşılığında bir miktar para yerine mal ya da hak devralıyorsa bu durumda hem trampa sözleşmesine ilişkin hükümler hem de satıma ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır.

VI. MARKA HAKKININ DEVRİ SÖZLEŞMESİNİN KHK’DA DÜZENLENEN DİĞER HUKUKİ İŞLEMLERLE KARŞILAŞTIRILMASI

A. Markanın Devrinin, Markanın Lisansı ile Karşılaştırılması

Lisans sözleşmesi, marka, patent, sınai resim ve model gibi bir fikri mülkiyet hakkı sahibinin, bu hakkın kullanılmasını ücret karşılığı ve belli bir süre için bir başkasına bıraktığı sözleşmedir. Marka kullanımını düzenlemeyi amaçlayan marka lisans sözleşmesi de, markanın sahibinin malvarlığı içinde kalıp, kullanım hakkının

³²⁶ TANDOĞAN, s.331; YAVUZ, s.133; ZEVKLİLER, s.139.

³²⁷ ÜNAL, s.42; TANDOĞAN, s.331; YAVUZ, s.133; ZEVKLİLER, s.139.

³²⁸ ZEVKLİLER, s.143; KARAHASAN, s.639.

başkasına devredildiği bir sözleşmedir³²⁹. Burada markanın devrinden farklı olarak marka hakkı bir başkasına devredilmemekte, aksine lisans veren marka sahibinde kalmaktadır. Yine bu sözleşme belirli bir süre ile sınırlı olup, markanın devrinde ise marka sahibi marka hakkını devir ile kaybetmektedir³³⁰.

556 sayılı KHK madde 20 uyarınca³³¹; tescilli bir markanın kullanım hakkının tescil edildiği mal ve hizmetlerin bir kısmı veya tamamı için lisans sözleşmesine konu olabileceği düzenlenmiştir. Markanın devrinde de markanın bir kısmı veya tamamı için devredilebileceği kabul edilmiştir.

Markanın lisans sözleşmesi konusu olması 556 sayılı KHK madde 21'de³³², inhisari ve inhisari olmayan lisans olmak üzere 2 şekilde düzenlenmiştir. İnhisari lisansta, lisans sahibi lisans konusu coğrafi bölgede veya lisans konusu mal ve hizmetlerde markayı tek başına kullanabilir. İnhisari olmayan marka lisansında lisans

³²⁹ ARKAN, C.II, s.190-191; ÖZEL, s. 45; TEKİNALP, s 435.

³³⁰ Yargıtay'ın 03.04.2001 tarihli kararında: "...Davacı şirket 18.02.1999 tarihinde noterlikçe düzenlenen muvafakatname ile tek taraflı olarak tescilli "Uzungil" markasının davalı şirkete kullanılmasına rıza göstermiş; 18.01.2000 tarihli ihtarname ile ise verdiği bu izinden feragat edip izni geri aldığını bildirmiştir. İhtarname de feragat sebebi olarak (bu markayı kullanma hakkı bulunan) (İ)'nin davalı şirketten ayrılması gösterilmiştir. Davacı şirket dava dilekçesinde, davalı şirketin kötü imalatla Uzungil markasına zarar verdiği hususunu da iddiasına gerekçe yapmıştır. Mahkemece, davacı şirketin marka kullanımı için verdiği muvafakatin süresiz ve koşulsuz olduğundan davalının markaya tecavüz ve haksız rekabetinin olmadığı, davalı şirketin "Uzungil" unvanı ile davacı şirketten daha önce kurulup unvanda öncelik hakkı kazandığı gerekçeleri ile davanın reddine karar verilmiştir. 556 sayılı KHK'de, markanın veya kullanım hakkının ne şekilde devredileceği düzenlenmiş olup, tek taraflı bir muvafakat ile marka kullanımına müsaade edilip edilemeyeceği hususundan bahsedilmemiştir. Anılan Kararname'nin 16. maddesinde marka korumasının tescil yolu ile elde edileceği, 16. maddesinde tescilli bir markanın başkasına yazılı bir devir sözleşmesi ile devir edilebileceği ve bunun koşulları, 20. maddesinde ise, marka kullanım hakkının lisans sözleşmesi konusu yapılabileceği ve bu sözleşmenin asli ve şekli şartları belirtilmiştir. Somut olayda, anılan KHK'nin 16. maddesine uygun biçimde karşılıklı olarak yazılıp imzalanmış bir sözleşmeye dayalı marka devri bahis konusu değildir. Keza taraflar arasında KHK'nin 20. ve müteakip maddelerinde yazılı şekilde marka kullanım hakkının devrini içeren bir lisans sözleşmesi de yapılmamıştır. Bu bakımdan ihtilafın aynı zamanda genel hükümler çerçevesinde değerlendirilip, çözülmesi gereklidir. Kural olarak, bir hak devredilmeyip yalnızca kullanımı için başkasına koşullu veya koşulsuz izin verilmişse şartları oluştuğunda asıl hak sahibinin bu müsaadeyi geri almak hak ve yetkisi de vardır. Zira, hakkın özü kendisine aittir. Nitekim, 556 sayılı KHK'nin konuya en yakın düzenlemesi olan lisans sözleşmesi de, her sözleşme gibi feshedilebilir. Ancak, fesih için haklı nedenlerin, verilecek uygun mehillerin ve gerektiğinde karşılanması icap eden zararların nazara alınacağı tabiidir. Bu bakımdan mahkemece gerekli araştırma ve uygun değerlendirme yapılmadan, sırf marka kullanma hakkının süresiz ve koşulsuz devredildiği, davalı şirketin önce kurulup unvanı kullandığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmesi doğru bulunmamıştır." (Yargıtay 11. H.D'nin 2001/752 E, 2001/3930 k sayılı ilamı, MOROĞLU/KENDİGELEN, s.1330-1331).

³³¹ Maddenin Tasarı'daki karşılığı için bkz. Markalar Kanunu Tasarısı madde 42.

³³² Maddenin Tasarı'daki karşılığı için bkz. Markalar Kanunu Tasarısı madde 42/2.

veren markayı kullanmaya devam edebilir. Oysa markanın devrinde markayı devreden kişi, markanın devri ile markayı kullanma hakkını kaybetmektedir.

Marka lisans sözleşmelerini düzenleyen 556 sayılı KHK'nin 20 ve 21. maddelerinde lisans sözleşmelerinin şekline ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Fakat KHK'nin 15. maddesinde tescilli bir marka üzerindeki sağlar arası işlemlerin yazılı şekilde yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Bu nedenle lisans sözleşmelerine ilişkin olarak herhangi bir şekli koşul bulunmamasına rağmen, marka lisans sözleşmesinin de yazılı yapılması gerekmektedir. Markanın devrinde sözleşmenin yazılı olması geçerlilik şartıdır. Marka lisansının sicile kaydı açıklayıcı nitelikte olup, markanın devrinde olduğu gibi üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi ise sicile tescil edilmesine bağlıdır.

B. Markanın Devrinin, Markanın Rehni ile Karşılaştırılması

Bir hakkın rehin konusu olabilmesi için devredilebilir nitelikte olması gerekmektedir. Devredilemeyen haklar rehin sözleşmesine konu olamazlar. Marka da taşıdığı ekonomik değer nedeniyle işletme malvarlığı içerisinde yer almakla birlikte ondan ayrı ve bağımsız bir malvarlığına sahip olup, devir konusu olmaktadır. Nitekim 556 sayılı KHK madde 15/1 uyarınca “Markanın işletmeden bağımsız olarak rehnedilebileceği” düzenlenmiş olup, markanın rehin konusu olabileceği açıkça düzenlenmiştir. 556 sayılı KHK’de açık hüküm olmasaydı dahi Medeni Kanun madde 954’te “Başkasına devredilebilen alacaklar ve diğer haklar rehnedilebilir.” hükmüne yer verilmesi nedeniyle marka üzerindeki hak da işletmeden bağımsız olarak devredilebilen bir hak olduğundan, markanın Medeni Kanun uyarınca rehnedilebileceğini kabul etmek gerekirdi. Nitekim 556 sayılı KHK madde 15’de “Rehin hakkı bakımından Medeni Kanunun rehin hakkına ilişkin hükümlerinin uygulanacağı” düzenlenmiştir.

Markanın rehni, markanın devri gibi yazılı şekle tabi olup, markayı rehmeden kişinin markanın devrinde olduğu gibi marka üzerinde tasarruf yetkisinin bulunması gerekir. Tasarruf yetkisinin varlığı tescilli markalarda tescilden anlaşılır. Bu nedenle

tasarruf yetkisi olmayan kişinin yaptığı rehin sözleşmesi geçerli olmayacaktır. Markanın devri konusunda görüleceği gibi, markanın devri tasarruf işlemi olduğu için yani marka hakkı devir sözleşmesinin yapılmasıyla geçtiği için artık devirden sonra devreden rehin işlemi yapamayacaktır. Burada devrin sicile işlenmemiş olmasının herhangi bir etkisi yoktur³³³.

1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu madde 3/1-C uyarınca bir ticari işletme üzerinde rehin kurulması aksi sözleşmede belirtilmedikçe markanın rehnini de kapsamaktadır. 1447 sayılı Kanunu'nun 5/I. Maddesi gereğince buradaki rehin hakkı noterlikçe düzenlenen rehin sözleşmesinin ticaret veya esnaf siciline kaydıyla birlikte doğmaktadır. Kural olarak marka da ticari işletme rehni kapsamındadır. Fakat sözleşme ile marka ticari işletme rehni dışında bırakılabilecektir. Ticari işletmenin devrinde de marka devir kapsamı içerisinde olup, aksinin kararlaştırılabileceği kabul edilmiştir.

556 sayılı KHK madde 18/II uyarınca marka rehninin taraflardan birinin talebi üzerine sicile kaydedileceği ve ilan edileceği belirtilmiş ise de bu kaydın kurucu mu yoksa bildirici mi olduğu açık değildir. Fakat bu kaydın bildirici olduğunu kabul etmek gerekir³³⁴.

Marka hakkı, rehinle kayıtlanınca sahip değiştirmemekte, rehin hakkı sahibine intikal etmemektedir. Marka hakkı rehinli de olsa marka sahibinde kaldığına göre rehin hakkı sahibinin rehinli marka üzerinde tasarruf etmesi mümkün değildir. Dolayısıyla rehin hakkın sahibi, rehinli markayı kullanamayacağı gibi, devir ve temlik de edemeyecektir³³⁵. Taraflardan biri isterse marka rehni, marka siciline de kaydolabilir ve yayımlanabilir. Bu kayıt açıklayıcıdır.

Medeni Kanun madde 941 uyarınca rehnedilen taşınır malikinin, rehinli mal üzerinde art rehin kurabileceği kabul edilmiştir. 556 sayılı KHK'nın 15. maddesi uyarınca markanın rehni bakımından Medeni Kanun'un rehne ilişkin hükümlerinin

³³³ ARKAN, C.II, s.202.

³³⁴ ARKAN, C.II, s.273.

³³⁵ TÜZÜNER, Özlem, Marka Rehni Sözleşmesi ve Uygulanacak Hukuk, İst. 2007, s. 73.

uygulanacağı belirtilmesi nedeniyle, rehinli markanın da alt rehne kayıtlanması mümkün görülebilir³³⁶. Fakat marka hakkının bir kez devredilmesi ile birlikte, devreden marka üzerindeki tasarruf yetkisinin sona ermesi nedeniyle bir kez devredilen marka hakkının tekrar devredilmesi mümkün değildir.

C. Markanın Devrinin, Markanın Haczi ile Karşılaştırılması

556 sayılı KHK madde 19/I uyarınca³³⁷, markanın işletmeden bağımsız olarak haczedilebileceği düzenlenmiştir. 556 sayılı KHK madde 19/I'da haczin sicile kaydedilip yayınlanacağı düzenlenmiş, haczin yapılması konusunda başka bir kural öngörülmemiştir³³⁸. İİK madde 86'nın menkul mallar için uygulanması ve markalar bakımından uygulama alanının bulunmaması nedeniyle 556 sayılı KHK uygulanacaktır. Fakat haczedilen markanın paraya çevrilmesinde kanunda başkaca bir hüküm bulunmaması nedeniyle İİK madde 121'in kıyasen uygulanacağını kabul etmek gerekir³³⁹. Markanın, devir gibi işletmeden bağımsız olarak haczedilmesi mümkündür.

Markanın haczedilmeden önce devredildiği yönündeki iddiası ancak sicil kaydı ile ispat edilmeli, tescilin yayınlanmış olması koşulu aranmamalıdır. Taraflarca imzalanmış bir devir sözleşmesinin istihkak iddiasına dayanak oluşturacağını kabul etmek kötüniyetli marka devrine sebep olabileceği için, devir sözleşmesinin resmi olması durumunda istihkak iddiasına dayanak oluşturabileceğinin kabulü gerekir³⁴⁰. Yine hacizli markanın haczin sicile şerh edildiği durumlarda devredilmesi mümkün olup, haciz devralan kişiyi bağlayacak ve haciz prosedürü işlemeye devam edecektir³⁴¹.

³³⁶ Medeni Kanun'da hakların alt rehnine cevaz veren bir hükmün bulunmaması ve Kararname'de de markanın alt rehnine cevaz veren bir hükmün bulunmaması nedeniyle markanın alt rehne konu olamayacağına ilişkin olarak bkz. TÜZÜNER, s.74.

³³⁷ Maddenin Tasarı'daki karşılığı için bkz. Markalar Kanunu Tasarısı madde 41.

³³⁸ Menkul malların haczine ilişkin İİK m. 84'ün, bir eşya niteğini taşımadıkları için markaların haczinde uygulanamayacağı, sadece 556 sayılı KHK m.19 hükmüyle yetinilmesi" gerektiği yönünde bkz. Yargıtay 11.HD, 09.03.2000, 1999/8623 E, 2000/2332 K, YKD 2000/11, s.1702.

³³⁹ ARKAN, C.II, s.207; ÖZEL, s.41

³⁴⁰ TEKİNALP, s.434.

³⁴¹ TEKİNALP, s.434; Yargıtay 09.03.2000 tarihli kararında: "...Dosya kapsamından, dava dışı M. A.Ş. tarafından dava konusu markaların noter tasdikli sözleşme ile davacıya devir edildiği, bu devir sözleşmesine dayanılarak davacı tarafından bu markaların adlarına tescili için davalı TPE'ye

Haciz yapıldıktan sonra TPE'ye bildirilerek sicile işlenir ve yayınlanır. Markanın haczi, markayı haczedene alacaklıya markayı kullanım hakkı vermeyecektir. Fakat markanın devrinde, devir işlemi ile birlikte markayı kullanma hakkı devralana geçecektir. 556 sayılı KHK ve Yönetmelik'te haczin üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için tescilin zorunlu olup olmadığı düzenlenmemiştir. Bu konuda bir düzenleme bulunmaması nedeniyle markanın devir ve lisanstaki kuralın, markanın haczinde de geçerli olduğu ve markanın haczinin iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için sicile tescilin zorunlu olduğu söylenebilir.

Garanti markası ve ortak markanın haczi konusunda kanunda açık bir hüküm bulunmamasına rağmen, bu markaların da devre konu olması ve ayrı bir malvarlığı değeri olmaları nedeniyle haczedilebileceklerini kabul etmek gerekir³⁴².

başvurulduğu, davalı tarafından marka sicilleri üzerinde çeşitli icra daireleri aracılığı ile haciz şerhi koydurulduğu bu durumda İİK.nun 86. maddesi hükmü uyarınca alacaklının muvafakati ve icra müdürlerinin müsadesi olmadan marka devrinin yapılamayacağı gerekçesiyle davacı talebinin reddine karar verildiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda uyuşmazlığın çözümü İİK.'nin 86. maddesinin markalar hakkında da uygulanıp, uygulanmayacağı noktasında toplanmaktadır. Öncelikle, belirtmek gerekir ki, marka ve ayırt edici ad ve işaretler maddi bir varlığa sahip bulunmamaktadır. Bu nedenle yani bir eşya niteliğini haiz olmadığından zilyetliğe de konu olamazlar. (Bkz. Prof. Dr. Ü. Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, İst. 1999 s. 68., Prof. Dr. S. Arkan, Marka Hukuku, Ank.1997 sh. 1 vd.) Bunun sonucu olarak da üzerinde zilyetlik oluşturabilen menkullerden sayılması da mümkün değildir. O halde, ilk bakışta belirlenebileceği gibi menkul mallarla sınırlı İİK.nun 86. maddesi markalar bakımından uygulama alanı bulamaz. Nitekim, kanun koyucu da bu amaçla 556 sayılı KHK.nin 19. maddesinde markaların haczini özel olarak düzenlemiş ve İİK.nun haciz yolu ile takipteki 86. maddesine yollama yapmadan, markaların işletmeden bağımsız olarak haczedilebileceği ve haczin sicile kayıt ve keyfiyetin yayınlanacağını öngörmüştür. Yasa koyucunun bu düzenleme ile yetinmesi çok doğaldır. Zira, menkul mallarla ilgili İİK.nun 86/1. maddesinin getirdiği tasarruf yetkisini sınırlama, o menkul malın zilyet değiştirmesi halinde alacaklının bundan zarar görmesini önlemeye yöneliktir. Sicile kayıtlı ve devir işlemleri de ancak sicil üzerinden oluşabilecek marka hakkı bakımından bu sınırlandırmaya gerek yoktur. Haczin sicile şerhi ile o markayı devir alacak kişilerin bu yükümlülükle marka hakkını üzerlerine aldıklarının kabulü gerekir. Bu durumda da haciz alacakların devir işleminden, devir alan kimse bakımından da onu bağlayacak diğer bir deyişle haciz prosedürü işlemeye devam edecektir.

556 sayılı KHK.nin tescil red sebeplerini sayan 7 ve 8. maddelerinde de bu yönde bir hüküm bulunmadığına göre, mahkemece davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, yukarıda değinilen hususları dikkate almayan gerekçelerle davanın reddine karar verilmiş olması isabetsiz görülmüş ve kararın davacı yararına bozulması gerekmiştir.” (Yargıtay 11.H.D. 1999/8623 E, 2000/2232 K sayılı ilamı, Kazancı Veri Tabanı); Danıştay'ın 28.01.1997 tarihli aksi yöndeki kararı: “Sınai mülkiyet hukukuna göre haczedilebilecek olan marka üzerinde haciz uygulanması halinde marka devredilemez.” (Danıştay 10. Dairesi, 1996/8828 E, 1997/24 K sayılı ilamı, Kazancı Veri Tabanı).

³⁴² ARKAN, C.II.,s.207; ÖZEL, S.41; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.434; Aksi yönde bkz. KARAHAN, s.46.

VII. MARKA HAKKININ DEVRİ SÖZLEŞMESİNİN BİR TASARRUF İŞLEMİ OLAN ALACAĞIN TEMLİKİ SÖZLEŞMESİ İLE BENZER NİTELİKLERİ

A. Genel Olarak

BK madde 162’de alacaklının, alacağını üçüncü bir şahsa temlik edebileceği düzenlenmiştir. Kural olarak hangi kaynaktan doğarsa doğsun bütün alacakların temlike konu olabileceği kabul edilmektedir³⁴³. 556 sayılı KHK m. 15 ve m.16/1’de ve Markalar Yönetmeliği m. 19’da marka hakkının devrine ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Fikri Mülkiyet haklarının ve gayri maddi mallar üzerindeki hakların devri, temlik borcu doğuran sözleşmeler grubuna dâhil olup, bu sözleşmeler bir hakkın kesin olarak başkasına devrine yönelik sözleşmelerdir³⁴⁴. Markanın hem fikri mülkiyet hakkı hem de gayri maddi mal üzerinde mutlak bir hak olması, markanın kesin olarak başkasına devrini amaçlaması nedeniyle, markanın devri taahhüdü temlik borcu doğuran bir sözleşme niteliğindedir³⁴⁵. Bu nedenle 556 sayılı KHK’de hüküm bulunmaması halinde, temlik borcu doğuran sözleşmelere ilişkin hükümler kıyasen ve mahiyetine uygun olduğu oranda uygulanacaktır³⁴⁶.

Alacağın temliki, dar anlamda bir borç ilişkisinde alacağın, alacaklı tarafından bir başka şahsa devredilmesi olup, bu nedenle kural olarak BK madde 162-172. maddelerinde alacağın temlikine ilişkin hükümleri sadece alacakların devri halinde uygulanır. Alacakların devrinde, markanın devrinde olduğu gibi bir hakkın başkasına devri söz konusu olması ve tasarruf işlemi olması³⁴⁷ nedeniyle, markanın devri sözleşmesi kurulurken alacağın temlikine ilişkin hükümler kıyasen ve mahiyetine uygun olduğu oranda uygulama alanı bulacaktır³⁴⁸. Yine marka sahibinin

³⁴³ DAYINLARLI, s.57.

³⁴⁴ TANDOĞAN, s.2-3; YAVUZ, s.23; ZEVKLİLER, Temlik borcu doğuran sözleşmelerde, borç doğurucu işlem niteliği taşırlar. Ancak hakkı doğrudan doğruya nakletmezler, hakkın nakli için ayrıca bir tasarruf işlemine gerek vardır. (s.47)

³⁴⁵ TANDOĞAN, s.3; ÜNAL, s.41.

³⁴⁶ ARKAN, CII, s.180; YASAMAN, CII, s.684; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 431.

³⁴⁷ YASAMAN, KHK Şerhi, s.685, ARKAN, CII, s.180; TEKİNALP, s. 431; ÖZEL, s.38; MERAN, s.177; ÜNAL, s.43.

³⁴⁸ ARKAN, CII, s.180; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 431; Aksi yönde bkz. YASAMAN, C.II, s.685, ÖZEL, s.38; ÜNAL, s.43.

lisans alandan olan lisans alacağı, garanti markası sahibinin markasını kullandıktan sonra alacağı veya markanın devrinden dolayı marka sahibinin alacağı gibi markayla ilgili alacakların devri halinde de devrin konusunun alacak hakkı olması nedeniyle BK madde 162 vd. uygulama alanı bulacaktır.

Alacağın temlik, niteliği itibarıyla temlik eden ve temlik alan arasında yapılmakta olup, taraflar arasında yapılan sözleşmede BK. madde 163 uyarınca alelade yazılı şekil yeterlidir. Kanuna göre yazılı şekil ispat şartı değil, geçerlilik şartı olup, gerek alacağın temlikinde gerekse markanın devrinde yazılı şekil geçerlilik şartına uyulmadan yapılan sözleşmeler mutlak butlanla batıldır³⁴⁹.

Hakların devrinin özel düzenleme olmadıkça alacağın temlikine ilişkin hükümlerin uygulanacağı (BK m.172) ve alacağın temlik taahhüdünün BK madde 163/2 uyarınca şekle tabi olmadığından yola çıkılarak marka hakkının devrinin de özel şekle tabi olmadığı ileri sürülmüştür³⁵⁰.

B. Marka Hakkının Devri Hukuki Bir İşlemdir

Hukuki işlem, bir veya birden fazla kişinin hukuki bir sonuca yönelik, özellikle bir hakkı veya hukuki ilişkiyi kurmaya, değiştirmeye veya ortadan kaldırmaya yönelik irade açıklaması olarak kabul edilir³⁵¹. Hukuki işlem ile kişiler, menfaat ilişkilerinde kendi aralarında ve kanunun çizdiği sınırlar içinde kalmak kaydıyla doğrudan doğruya ve serbestçe bir hukuki ilişki kurmaktadır³⁵². Marka hakkının devri de hukuki bir işlemdir. Hukuki işlem irade açıklaması ve kazandırıcı hukuki sonuç olmak üzere iki kısımdan oluşur. Buna göre bir hukuki işlemin ilk kısmı ve kurucu unsuru “irade açıklaması”, ikinci kısmı kazandırıcı hukuki sonuçtur.

³⁴⁹ DAYINLARLI, s.74-75; OĞUZMAN/ÖZ, s.927.

³⁵⁰ ARKAN, II, s.179; YASAMAN, KHK Şerhi, s.685.

³⁵¹ OĞUZMAN/ÖZ, s.33; EREN, S.111.

³⁵² DAYINLARLI, s.80.

1- İrade Açıklaması

İrade açıklaması bir kişinin bir hakkı veya hukuki ilişkiyi kurma, değiştirme ya da ortadan kaldırma iradesini dış dünyaya yansıtması, açıklaması veya bildirmesi ya da doğrudan yürürlüğe koyması şeklinde tanımlanabilir³⁵³. İradenin dış dünyaya yansıtılması, irade sahibinin yazılı, sözlü ya da bazen belli işaretlerle kendini gösterir. Marka hakkının sözleşmeyle devri, devreden ve devralanın irade beyanlarının karşılıklı ve birbirine uygun olmasıyla gerçekleşir. Fakat 556 sayılı KHK ve Markalar Kanunu Tasarısı uyarınca devre ilişkin irade beyanının yazılı olması geçerlilik şartıdır³⁵⁴.

2- Kazandırıcı Hukuki Sonuç

Tarafların irade açıklaması, ulaşmak istedikleri hukuki sonuca yöneliktir. Markanın devri de hukuki bir muamele olup, burada tarafların iradesi, marka hakkının devredenden devralana geçmesidir³⁵⁵.

Tarafların irade beyanı ile marka hakkı devralana geçmektedir. Devirden önce marka sahibine ait olan malvarlığı değeri devir sözleşmesinin yapılmasıyla devralanın malvarlığına geçerek onu zenginleştirmektedir. Tüm kazandırıcı işlemlerde olduğu gibi markanın devrinin de, belli bir sebebin olması gerekli olup, devrin sebebi satım trampa veya bağışlama sözleşmesinden doğabilir.

C. Marka Hakkının Devri Tasarruf İşlemidir

Markanın devri, yeni bir marka doğurmayı, mevcut olan bir hakkı, hak sahibinin yerine devralana geçirir³⁵⁶. Bir hakkı veya hukuki ilişkiyi doğrudan doğruya etkileyen, onu diğer tarafa geçiren, muhtevasını sınırlayan, değiştiren veya

³⁵³ EREN, s. 118; DAYINLARLI, s.80.

³⁵⁴ BK. madde 163/1'de temlike ilişkin irade beyanı da yazılı şekle tabi tutulmuştur. DAYINLARLI, s.81.

³⁵⁵ DAYINLARLI, s.82.

³⁵⁶ DAYINLARLI, s.82.

ortadan kaldıran muameleye tasarruf işlemi denir³⁵⁷. Tasarruf işleminin konusu sadece eşya üzerindeki mülkiyet hakkı ve bundan doğan sınırlı ayni haklar değil, aynı zamanda borçlar hukukuna ilişkin talepler, haklar ve hukuki ilişkilerdir. Hak sahibinin iradesi ile değiştirilebilen tüm haklar veya hukuki ilişkiler tasarruf işleminin konusunu oluşturabilir. Malvarlığı değeri olmayan, kişiye bağlı haklar üzerinde tasarruf işlemi yapılamaz.

Marka hakkının devri, yazılı sözleşmenin yapılmasıyla taraflar arasında etkisini gösterir. Dolayısıyla markanın devri konusundaki sözleşme, bir tasarruf işlemidir. Çünkü devir işlemi ile marka üzerindeki hak devralana geçmekte yani hakkın sahibi değişmektedir. Marka hakkının devredilmesiyle hak üzerinde bir tasarruf işlemi gerçekleştirilmektedir. Tasarruf işlemi ile devreden, bir hakkı kesin olarak devralana devretmesi ve bu sözleşmelerin borç doğurucu bir yönünün bulunmaması nedeniyle tasarruf işlemi hukuki niteliği itibariyle borçlandırıcı işlemden ayrılır. Tasarruf işlemin tasarrufta bulunanın malvarlığı, tasarruf işleminin yapılmasıyla azalır. Oysaki borçlandırıcı işlemde borçlu tarafından girilen taahhüt, taahhüt edenin aktifinde doğrudan doğruya bir azalma meydana getirmez, sadece onun pasifinde bir artma meydana getirir. Borçlandırıcı muamele alacaklı ve borçlu arasında bir borç ilişkisi kurmaktadır. Bu ilişkinin sonunda, borçlu malvarlığı ile bu taahhüdünü yerine getirmek durumundadır.

Tasarruf sözleşmeleri ile taraflardan biri, bir hakkı kesin olarak karşı tarafa devreder. Bu sözleşmelerin borç doğurucu bir yönü yoktur. Marka hakkının devri sözleşmesi de bu bakımdan bir tasarruf işlemidir. Çünkü bu işlem ile marka üzerindeki hak bir başkasınca devralınmakta, yani hakkın sahibi değişmektedir.

D. Markanın Devri Akdi Bir Muameledir.

Markanın devri 556 sayılı KHK madde 15 başlığından da açıkça görüleceği üzere niteliği itibariyle hukuki bir işlemidir. Bu işlem ile devreden ile devralan arasında sözleşmeye dayalı olarak marka hakkı devredenden devralana geçer.

³⁵⁷ DAYINLARLI, s.82; EREN, s.231.

Markanın devri, görüleceği üzere devredenin tek taraflı bir işlemi olmayıp, devreden ile devralan arasında kurulan bir sözleşmedir. Alacağın temlik de hukuki bir işlem olan bir temlik sözleşmesine dayanmaktadır. Bu bakımdan alacağın temlik bir taraftan tasarruf işlemi diğer yandan bir sözleşme olup, markanın devri sözleşmesi ile alacağın temlikinin hukuki nitelikleri bakımından tasarruf işlemi doğuran sözleşmeler olduğu söylenebilir.

E. Marka Hakkının Devrinin Sebebe Bağlı Olup Olmadığı

Hukuki işlemler sebebe bağlı olup olmadıklarına göre, “sebebe bağlı” ve “soyut” hukuki işlemler olarak ikiye ayrılırlar. İşlemin sebebe bağlı olup olmadığı sorunu özellikle kazandırmalarda söz konusu olacaktır. Tarafların üzerinde anlaştığı hukuki sebep, kazandırmayı içeren hukuki işlemin bir parçası haline getirilmiş ise kazandırma sebebe bağlıdır. Bu durumda kazandırmanın geçerli olması ve hüküm doğurması geçerli bir hukuki sebebin varlığına bağlıdır³⁵⁸. Fakat hukuki sebep, kazandırmayı içeren hukuki işlemin olgusundan çıkarılmış ise, yani kazandırma hukuki sebebinden soyutlanmış ise “soyut hukuki işlem” söz konusudur. Bu durumda kazandırma geçerli sebebe dayanmasa da geçerli olur ve hüküm doğurur³⁵⁹.

Fiil ehliyetinin bulunmaması durumunda, soyutluk ve sebebe bağlılık ilkelerinin farkı ortaya çıkacaktır. Şöyle ki, sebebe bağlılık ilkesine göre devrin temelindeki hukuki muamele, devralanın fiil ehliyetine sahip olmaması sebebiyle batıl ise, aynı şekilde devir işlemi de batıldır³⁶⁰. Sebebe bağlılıkta borçlandırıcı

³⁵⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. EREN: Kıymetli evrak hukuku bir tarafa bırakılırsa, TMK ve BK yönünden tasarruf işlemleriyle borçlandırıcı işlemlerin sebebe bağlı olduğunu kabul ediyoruz. (s.172-176.); ÖZSUNAY: Nesnel haklara ilişkin tasarruf muameleleri nedene bağlıdır. Bu bakımdan, borçlandırıcı muamele geçerli olmadığı takdirde tasarruf muamelesi etki doğurmaz. (s.267).

³⁵⁹ EREN, s.174.

³⁶⁰ Yargıtay 01.11.2002 tarihli ilamı: “...Oysa davaya konu alacağın kaynağı olan taşıma sözleşmesinin 8. maddesinde temlik yasağına ilişkin bir hüküm bulunduğu gibi, alacağı temellük eden avukatın görülmekte olan bu davada davacı tarafın vekili olarak görev yaptığından, bu konuda Avukatlık Kanunu’nun 47 ve 164. maddesinin uygulanmasının mümkün olup olmadığı konusunda mahkemece herhangi bir değerlendirme yapılmamıştır. Davacı ile avukat arasındaki temlik sözleşmesinin geçerli olup olmadığı aktif dava ehliyetinin belirlenmesi bakımından önem taşıdığından bu konunun taşıma sözleşmesi ve Avukatlık Kanunu’nun hükümleri de göz önünde tutularak yapılan temlikin geçerli olup olmadığı yönünden değerlendirme yapılması gereğine değinilerek kararın bozulması gerektiği halde, hüküm Dairemizce sadece avukatlık ücreti bakımından düzeltilerek onandığından, davalı vekilinin karar düzeltme isteminin kabulü ile Dairemizin 08.07.2002 gün ve

işlemdaki sakatlık tasarruf işlemine de yansır ve onu da sakatlar, geçersiz kılar³⁶¹. Marka devrinin soyutluğu kabul edilirse, durum tam aksi yönde oluşur. Bu takdirde, devredenin temelindeki hukuki muamelenin yapılması anında fiil ehliyetinden yoksun bulunması hali, devredenin, devir zamanında fiil ehliyetine kavuşmuş ve istenen diğer koşulların da yerine getirilmiş olması kaydıyla devir sözleşmesinin geçerliliğini etkilemez. Temel işlemdeki sakatlık ve geçersizlik, devir işlemi geçerli olarak yapılmışsa onu etkilemez, sakatlayıp geçersiz kılmaz³⁶².

Kanunda marka devir sözleşmesinin sebebe bağlı veya sebepten bağımsız olduğuna dair herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Bu nedenle marka devir sözleşmesinin sebebe bağlı olup olmadığı hususunda görüş birliği bulunmamaktadır. Fakat bir tasarruf sözleşmesi olması nedeniyle marka hakkının devriyle benzer nitelik taşıyan alacağın temlikinin bazı yazarlarca soyut olduğu savunulmakta ise de³⁶³, hâkim görüş alacağın temlikinin sebebe bağlı olduğu yönündedir³⁶⁴. Marka devir sözleşmesinin sebebe bağlı olduğunun kabul edilmesi durumunda devralanın durumu ağırlaşacaktır. Zira borçlu, yapılan devrin geçerli olup olmadığını araştırmak zorundadır. Aksi takdirde borçlu bunun sonucuna katlanmak zorunda bırakılmaktadır.

Marka hakkının devri sözleşmesinin soyut bir tasarruf işlemi olduğunun kabul edilmesi durumunda ise devir sözleşmesinde devrin dayandığı hukuki sebebin gösterilmesi zorunlu olmamakla birlikte, devir geçerli bir sebebe dayanmasa da marka hakkı devralana geçer ve devreden BK madde 61 vd. hükümleri uyarınca sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak zenginleşmenin iadesini talep edebilecektir³⁶⁵. Bu varsayımına göre herhangi bir sebeple devrin temelindeki muamele geçersiz olsa bile bizzat devrin geçerli olması halinde borçlu tarafından

2002/3391 E, 2002/7186 K sayılı kararının kaldırılarak yerel mahkeme hükmünün açıklanan bu gerekçeyle bozulmasına karar verilmesi gerekmiştir.”(Yargıtay 11. H.D.’nin ve 2000/10007 E, 2002/9843 K sayılı ilamı, Kazancı Veri Tabanı).

³⁶¹ DAYINLARLI, s.67; Mülkiyeti nakleden tasarruf işleminin sebebe bağlı olması gerektiği yönünde bkz. TANDOĞAN, s.96.

³⁶² DAYINLARLI, s.68.

³⁶³ ARAL, s.63; ARSEBÜK, s.2; SEROZAN, ss. 94-96; OĞUZMAN /BARLAS, s.142; OĞUZMAN/ÖZ, s.923; ARAL, s.63.

³⁶⁴ AYİTER, ss.90-91; DAYINLARLI, s. 99; EREN, ss.1181-1182; TANDOĞAN, s.96.

³⁶⁵ Sebepsiz zenginleşme davalarını gerekçe göstermenin soyutluk ilkesi bakımından yerinde olmadığı yönünde bkz. TANDOĞAN, s.96.

ödeme yapılmış ise borçlu borcundan kurtulur. Bu nedenle marka devrinin soyut olduğunu kabul edenler, soyutluk ilkesinin pratik ihtiyaçlara cevap vermesi, istikrar ve güven sağlaması bakımından kabul etmektedirler.

Marka devir sözleşmesi soyut hukuki işlem olarak kabul edilmektedir³⁶⁶. Buna göre devir sözleşmesinde devrin dayandığı hukuki sebebin gösterilmesi zorunlu olmamakla birlikte, devir geçerli bir sebebe dayanmasa da marka hakkı devralana geçer. Devreden marka hakkını ancak BK madde 61'e göre devrettiği kişiden sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak talep edebilecektir. Fakat markanın devrinin sebebe bağlı olduğu kabul edilecek olursa, devirde sebep gösterilmemiş ve sebep geçersiz ise marka hakkı devralana geçmeyecektir. Bir hakkı devralan kişinin bu hakkı devraldığı kişinin geçerli bir hukuki sebebe dayanıp dayanmadığını araştırmak zorunda değildir. Soyutluk ilkesi hukuki istikrar ve işlem güvenliğini sağlaması nedeniyle savunulmaktadır. Fakat bir tasarruf işlemi olması nedeniyle marka hakkının devriyle benzer nitelik taşıyan alacağın temlikinin sebebe bağlı olduğu savunulmaktadır³⁶⁷.

Marka devir sözleşmesinin bir tasarruf işlemi olması nedeniyle, sözleşmenin kurulduğu anda marka hakkı devralana geçmekte ve sözleşmenin kurulduğu anda sözleşmeyi sakatlayan herhangi bir sebebin bulunmaması halinde markanın devri sözleşmesi geçerli olarak kurulmaktadır. Bu nedenle borçlandırıcı bir işlem olan markanın devri taahhüdü esnasında mevcut bulunan sakatlık hallerinin markanın devrini geçersiz hale getirmeyecektir. Kaldı ki markanın devri taahhüdü markanın devri sözleşmesinin bir ön koşulu olmayıp, taraflar dilerlerse markanın devri taahhüdü yapabilecekleri gibi, yalnızca tasarruf işlemi ile de marka hakkını devredebileceklerdir. Bu nedenle markanın devri bakımından soyutluk ilkesinin benimsendiği kabul edilebilir.

³⁶⁶ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.432; YASAMAN, C.II, s.685.

³⁶⁷ EREN, ss.1181-1182.

VIII. DEĞERLENDİRME

Borçlar Kanunu madde 11 uyarınca sözleşmelerin kurulması kural olarak herhangi bir şekle bağlı değilse de sözleşmenin şekle bağlı olarak yapılması gerektiği kanunda belirtilmiş ise bu durumda belirtilen şekle uyulmadan yapılan sözleşme geçersiz olmaktadır. Nitekim 556 sayılı KHK uyarınca markanın devri sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi için yazılı olarak yapılmasının gerektiği düzenlenmiştir. Aksi takdirde sözleşme geçersiz olacaktır. Her ne kadar KHK’de ticari işletmenin devrinin aksi kararlaştırılmadıkça markanın devrini de kapsayacağı düzenlenmiş ise de kanımca marka hakkının ticari işletme ile birlikte devredildiğinin devir sözleşmesinde açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Nitekim Yargıtay’ın görüşü de bu yöndedir.

Devir sözleşmesinin yazılı yapılmasının gerekmesinin geçerlilik koşulu olmasına rağmen devir taahhüdünün yazılı yapıp yapılmayacağı konusunda kanunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bir tasarruf işlemi olan alacağın temlik hükümlerinin markanın devrinde uygulama alanı bulması nedeniyle, markanın devri taahhüdünde de alacağın temlik taahhüdüne ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulacağı söylenebilir. Alacağın temlik taahhüdünün devrinde BK madde 163/2’de özel bir şekil şartı öngörülmemiş olup, bu nedenle alacağın temlik taahhüdünün yazılı yapılması gerekmemektedir. Markanın devri taahhüdünde alacağın temlik taahhüdüne ilişkin hükümlerin uygulanacağını kabulü halinde markanın devri taahhüdünün de BK madde 163/2 uyarınca özel bir şekil şartı öngörülmediği kabul edilecektir.

Markanın devri taahhüdünün borçlandırıcı bir işlem olması nedeniyle devir taahhüdüne satım sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulması da mümkündür. Nitekim satım sözleşmesi de herhangi bir şekle bağlı değildir. Bu nedenle satım sözleşmesine ilişkin hükümlerin, marka devir taahhüdü bakımından uygulama alanı bulması durumunda marka devir taahhüdünün de herhangi bir şekle tabi olmadığını söylemek mümkündür.

BK madde 22/2 hükmü uyarınca şekle bağlı bir sözleşmenin, vaadinin de şekle bağlı olduğu hüküm altına alınmıştır. Bu durumda devir sözleşmesinin yazılı yapılmasının gerektiğinin kabulü karşısında devir taahhüdünün de yazılı yapılması gerektiği savunulabilir.

Kanımca 556 sayılı KHK madde 16 uyarınca markanın devrinin yazılı şekle tabi olması ve BK madde 22/2 hükmü uyarınca şekle bağlı bir sözleşmenin, vaadinin de şekle bağlı olduğu düzenlenmiş ise de, markanın devri sözleşmesinin tasarrufi nitelikte olması ve markanın devri taahhüdünün ise asıl borçlandırıcı sözleşme olması nedeniyle BK madde 22'nin markanın devri taahhüdü bakımından uygulama alanı bulması mümkün değildir. Bu anlamda markanın devri taahhüdünün asıl borçlandırıcı sözleşme olması nedeniyle alacağın temliki bakımından BK madde 163/2'de düzenlenen özel hükmün markanın devri taahhüdü bakımından da uygulanması mümkün değildir. 556 sayılı KHK madde 15/II gereğince tescilli bir marka üzerindeki sağlar arası işlemlerin yazılı şekilde yapılmasının öngörülmesi nedeniyle markanın devri taahhüdünü konu alan sözleşmenin de yazılı şekilde yapılması gerektiği söylenebilir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MARKA DEVRİNİN TESCİLİ, HÜKÜM VE SONUÇLARI

I. MARKA DEVRİNİN TESCİLİ VE ETKİLERİ

A. Genel olarak

Taraflar arasında marka devir sözleşmesinin kurulması ile tasarruf işlemi gerçekleşmiş olup, bu nedenle devrin sicile kaydı kurucu değil bildirici bir etkiye sahip olacaktır. Her ne kadar tescilin etkisinin bildirici olmasına rağmen gerek 556 sayılı KHK ile gerekse Tasarı ile markanın devrinin tescili talebinde Enstitü'ye bir takım haklar ve yetkiler verilmiştir. Örneğin markanın devri, mal veya hizmetlerin coğrafi kaynağı, kalitesi veya markanın kendisi ile ilgili olarak halkı yanılgıya düşürebilecek nitelikte ise, yeni marka sahibi halkı yanılgıya düşürmeyecek şekilde mal veya hizmetlerde marka tescilinin sınırlı bir hale getirilmesini kabul etmediği takdirde, devir işleminin Enstitü tarafından yapılamayacağı kabul edilmiştir. Yine tescilli bir markanın devri sırasında aynı markanın veya ayırt edilemeyecek derecede benzerinin, aynı veya halkı yanılgıya düşürecek derecede benzeri mallar veya hizmetler için başka marka tescillerinin bulunması halinde, bu markaların da devredilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Aynı zamanda devrin sicile tescili ve yayınlanmasından sonra da markanın hükümsüzlüğünü doğuran sebepler ortaya çıkabilecektir. Bu ve benzer durumlarda markayı devralan kişinin hangi şartlar altında devredene ve Enstitü'ye başvurabileceğinin tespiti gerekmektedir.

B. Marka Hakkının Tescili ve Yayınlanması

KHK madde 16/6 uyarınca; “Devir, taraflardan birinin talebi üzerine, sicile kayıt edilir ve yayınlanır.” hükmüne yer verilmiştir. Marka metninden de açıkça anlaşılacağı üzere marka devrinin tescilini, markayı devreden ya da devralan kişinin yapabileceği hüküm altına alınmıştır. Markalar Kanunu Tasarısı madde 39/6 ile devrin, taraflardan birinin markanın tescil numarası ile yapılacak değişikliği belirtir

imzalı talebi, yönetmelikte belirtilen belgelerin teslim edilmesi ve ücretinin ödenmesi ile Sicile kaydedileceği ve gazetede yayımlanacağı hüküm altına alınmıştır. Tasarı ile KHK'nin 16/6 maddesinde belirtilen, devir taraflardan birinin talebi üzerine sicile kaydedilir ve yayınlanır hükmüne açıklık getirilmiş ve devrin sicile kaydı için imzalı talep, ücretinin ödendiğine dair makbuz ve yönetmelikte belirtilen belgeler ile başvurulması gerektiği, bu şekilde Sicile kaydedilerek yayımlanacağı düzenlenmiştir.

Devir sözleşmesinin geçerliliği için yalnızca yazılı şeklin yeterli olması nedeniyle, devralanın devir sözleşmesi ile TPE'ye başvurması durumunda, TPE'nin işbu sözleşmenin doğruluğunu araştırma yükümlülüğü var mıdır? Buna ilişkin olarak 556 sayılı KHK'de herhangi bir hüküm bulunmamakta olup Yönetmeliğin 19/3-son paragrafında Enstitü'nün makul nedenlerle şüpheye düşmesi durumunda mülkiyet değişikliği talebine ilişkin olarak talep sahibinden gerektiğinde noter tasdikli olması da dâhil her türlü delilin ibrazını isteyebileceği düzenlenmiştir. Öncelikle söz konusu düzenlemenin Yönetmelik ile değil kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Nitekim Markalar Kanunu Tasarısı'nın 39/8. maddesi ile devrin Sicile kaydı talebi ile ilgili olarak herhangi bir belgenin doğruluğundan şüpheye düşülmesi halinde Enstitü'nün delil sunulmasını isteyebileceği düzenlenmiştir. Tasarı ile getirilen bu düzenleme yerinde bir düzenleme olup, Tasarı'da söz konusu madde yer almasa da yorum yoluyla TPE'nin devre ilişkin bir hususta şüpheye düşmesi durumunda, böyle bir talep hakkının var olduğunu kabul etmek gerekmektedir. TPE'ye söz konusu araştırma yetkisinin verilmemesi durumunda devralanın sahte imzalı bir devir sözleşmesi ile markanın kendine devrini sağlayabileceği ve hak kayıplarına yol açabileceği ortadadır. Fakat söz konusu düzenlemenin Enstitü tarafından bir araştırma yükümlülüğü doğurduğunu söylemek mümkün değildir.

Dikkati çeken bir diğer husus Yönetmelikte bahsedilen “noter tasdikli olması da dahil her türlü delil” ibaresidir. Bu durumda 556 sayılı KHK ile markanın devri sözleşmesinde noter onayı kaldırılırken Yönetmelik ile söz konusu yetki Enstitü'ye verilmektedir. Böylece bazı durumlarda devreden ve devralan bakımından adi yazılı şekil ile yapılan markanın devri sözleşmesi, Enstitü tarafından kabul edilmemesi halinde bu kez noter onaylı yapılmak zorunda kalacaktır. Bu durum taraflar

açısından aynı devir sözleşmesinin 2 kez yapılması suretiyle külfetli bir hale gelecektir. Bu nedenle söz konusu hükme Yönetmelikte yer verilmesi yerinde bir düzenleme olmamıştır.

Tasarı'nın 38/3. maddesi ile mülkiyet değişikliği sonucunu doğuran hukuki muamelelerin sicile bildirilmediği sürece Enstitü tarafından hak sahibine yapılacak bildirimlerde mevcut sicil kaydının esas alınacağı düzenlenmiştir. 556 sayılı KHK'de düzenlenmeyen bu hüküm ile Enstitü tarafından sicil kayıtlarının esas alınacağı, bu nedenle tarafların sicile mülkiyet değişikliğini bildirmelerinin gerektiği sonucu çıkartılabilir ise de, sicil kayıtlarının kurucu etkisinin bulunmaması nedeniyle sicile güven ilkesinden bahsetmek mümkün gözükmemektedir. Enstitü tarafından sicil kayıtlarına olan güvenin ve sicil kayıtlarından beklenen etkinin sağlanabilmesi için sicil kayıtlarının kurucu etkiye sahip olması gerekmektedir.

556 sayılı KHK madde 23/II'nin göndermesi ile Marka Yönetmeliği'nin 19. maddesinde, marka devrinin sicile tescil edilebilmesi için TPE'ye verilmesi gereken belgeler sayılmıştır. Yönetmeliğin 19/3. maddesinde devrin sicile tescil edilebilmesi için devir sözleşmesi ya da bu sözleşmenin veya mülkiyet değişikliğini gösteren kısmının aslına uygunluğunun noter tarafından tasdikli örneğinin olması gerektiği düzenlenmiş olup, 556 sayılı KHK madde 16 ile bir uyumsuzluk söz konusudur. Arkan bu durumda noter onayının markanın devri ile ilgili olmadığını, 556 sayılı KHK madde 30/III'e göre tescil başvurusunun asgari içeriği dışında kalan ve daha sonra verilebileceği belirtilen belgeleri kapsadığını belirtmektedir³⁶⁸. Fakat Yönetmeliğin KHK'ye aykırı olması durumunda normlar hiyerarşisi yönünden kendinden üstte yer alan bir düzenlemeye aykırı olamayacağının kabulü karşısında, yönetmelik hükmünün geçersiz olduğunun kabulü gerekir. Bu nedenle 556 sayılı KHK'den daha ağır şartlar öngören Marka Yönetmeliği'nin 19/3. maddesinde yer alan "noter tasdiki" ibaresinin değiştirilerek KHK ile uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir.

³⁶⁸ ARKAN, C.II, s.181.

Devir tescil edildikten sonra 556 sayılı KHK madde 16/VI uyarınca yayınlanır. Yönetmeliğin 18/4. fıkrasında tescilli marka ile yayınlanan marka başvurularına ilişkin değişikliklerin gazete veya bültende yayınlanacağı düzenlenmiştir. 556 sayılı KHK uyarınca markanın tescilinden doğan yetkilerin iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için devrin sicile tescil edilmesi gerektiği düzenlenmiş ise de, yayınlanmasına gerek olup olmadığı konusunda bir açıklık bulunmaması nedeniyle sicile tescil yeterli olup ayrıca yayınlanmasına gerek yoktur³⁶⁹. Nitekim Tasarı'nın 39/7 uyarınca devralanın, devir sicile kaydedilmediği sürece üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceği düzenlenmiş olup, Tasarı bakımından da sicile kaydın yeterli olduğu ve ayrıca yayımın gerekmediği sonucuna ulaşılabilecektir. Fakat markanın tescilinde, markanın sağladığı haklar, üçüncü kişilere karşı kural olarak tescilin yayım tarihinden itibaren hüküm ifade etmektedir.

Marka hakkının ticari işletme ile birlikte devredilmesi durumunda, devrin marka tesciline zorunlu olup olmadığına ilişkin bir açıklama 556 sayılı KHK'de yer almamaktadır. Fakat ticari işletmenin devrinin aksi kararlaştırılmadıkça marka hakkını da kapsamaması nedeniyle ticari işletmenin devri ile marka hakkının da devredildiği kabul edilmektedir. Ticari işletmenin devri neticesinde, devrin marka hakkını da kapsamaması, ticari işletmenin devri neticesinde, devrin sicile kaydına ilişkin olarak 556 sayılı KHK'de bir düzenlemenin yer almayışı ve tescilin bildirici etkisi nedeniyle, ticari işletmenin devri neticesinde yapılan marka devrinin sicile kaydının da zorunlu bir unsur olmadığı ortaya çıkmaktadır. Fakat Enstitü tarafından ticari işletmenin devrinde markanın devrinin açıkça belirtilmemesi nedeniyle, markanın devrine ilişkin ek delillerin talep edilmesi sorunu ortaya çıkacaktır. Ticari işletmenin devri sözleşmesinde, markanın devredildiğinin açıkça anlaşılabilmesi durumunda, Enstitü'nün markanın devrine ilişkin ek deliller talep etmesi mümkündür. Bu durumda taraflar marka devrine ilişkin yeni bir devir sözleşmesi yapabilecekleri gibi, ticari işletmenin devri sözleşmesine, markanın da devredildiğine ilişkin bir ibare eklemek suretiyle markanın da devrin kapsamında olduğunu belirtebilecektir.

³⁶⁹ Aynı yönde bkz. ARKAN, C.II, s.187; YASAMAN, C.II, s.686.

C. Tescilin Etkisi

556 sayılı KHK madde 16/3'te markanın devri sözleşmesinin yazılı olarak yapılması gerektiği öngörülmüş olup, sözleşmenin yazılı yapılması, geçerlilik şartıdır. Görüleceği üzere KHK'de adi yazılı şekil yeterli olup, markanın devri için tescilden bahsedilmemiştir. Bu nedenle 556 sayılı KHK madde 16/7 ile tescilin kurucu niteliğe sahip olduğu sonucuna varmak mümkün olmayıp, tescil bildirici niteliktedir³⁷⁰. Fakat Yargıtay'ca marka devrinden sonra henüz tescilin gerçekleşmemesi nedeniyle 556 sayılı KHK'nin 16. maddesine göre devir işleminin tescil edilmeden sonuç doğurmayacağı ve halen marka sahibinin davalı olduğu şeklinde hatalı bir değerlendirme ile tescile kurucu etki kazandırılmıştır. Oysaki 556 sayılı KHK uyarınca markanın devri için yazılı sözleşme yeterli olup, markanın devrinden doğan yetkiler, tescil edilmedikçe yalnızca iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez. 556 sayılı KHK madde 16/3 uyarınca tescil zorunluluğundan bahsedilmemiş olup, bu nedenle Yargıtay'ın kararına katılmak mümkün değildir³⁷¹.

556 sayılı KHK madde 16/7 uyarınca; "Devir, sicile kayıt edilmediği sürece, tarafların markanın tescilinden doğan yetkileri iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri süremeyeceği" hüküm altına alınmıştır³⁷². Bu durumda sicil kayıtlarına güvenerek işlem yapan 3. kişinin korunacağı sonucuna varmak devir sözleşmesinin tasarruf işlemi olması ve tescilin bildirici etkisi nedeniyle mümkün değildir. Çünkü ilk devreden kişi, devir ile marka hakkını kaybettiği için, devredebileceği bir markanın kalmadığını kabul etmek gerekir³⁷³. Bu nedenle hak sahibi olmayan bir kişiden iyi

³⁷⁰ ARKAN, C.II s.185; POROY/YASAMAN, Ticari İşletme, s.348; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 432; YASAMAN, C.II, s.686.

³⁷¹ Yargıtay'ın 01.11.2000 tarihli kararında: "...Mahkemece davacının tescil başvurusu reddedildiğinden zarar gören durumunda olduğu, davalının markasını devrettiği şirket adına bir tescilin henüz gerçekleşmediği, ihtiyati tedbir kararının Enstitü tarafından kayıtlara geçirilmesi nedeniyle de zaten devrin tescil edilmediği, dolayısıyla KHK'nin 16. maddesine göre devir işlemi, tescil edilmeden sonuç doğurmayacağı ve sonuçta halen marka sahibinin davalı olduğu gerekçeleriyle davanın kabulüne karar verilmiştir." (Yargıtay 11. H.D'nin 2000/7005 E, 2000/7974 K, sayılı ilamı, ÖZEL, s.39).

³⁷² Topluluk markasıyla ilgili 40/94 sayılı Tüzüğün 17.6. maddesinden alınmıştır. Ancak Tüzüğün bu hükmünde devrin, tescilden önce "iyiniyetli" üçüncü kişiye değil, devralan tarafından üçüncü kişiye karşı ileri sürülemeyeceği kabul edilmiştir.

³⁷³ ARKAN'a göre, burada marka sicilinin tapu sicilinde tapu kayıtlarına güvenerek işlem yapan iyiniyetli üçüncü kişilerin iyiniyetinin korunmasındaki gibi bir işlevinin olmadığı kabul edilmektedir. (C.II, s. 184); ARSEBÜK, Temellük eden kimsenin hüsnüniyeti temellük eden kimsenin tasarruf

niyetli olsa dahi markayı devralan kişinin korunması mümkün değildir³⁷⁴. Diğer yandan salt hukuki açıdan değerlendirildiğinde iyi niyetli iktisap eden kişinin iyi niyetinin korunmaması durumunda, sicile güvenerek markayı devralan üçüncü kişinin, TPE tarafından tutulan resmi bir sicil olan marka sicili dışında başvurabileceği daha güvenilir bir kaydın mevcut olmaması nedeniyle, bu durum iyi niyetli üçüncü kişinin mağduriyetine sebep olacaktır.

556 sayılı KHK madde 16/7’de devrin, taraflardan birinin talebi üzerine, sicile kaydedilip yayınlanacağı ve sicile kaydedilmediği sürece, tarafların markanın tescilinden doğan yetkileri iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri süremeyeceği düzenlenmiştir. Örneğin devralan, devirden haberdar olmayan lisans alandan, lisans ücretinin kendisine ödenmesini talep edemeyecek, devrin siciline kaydına kadar lisans alan tarafından devreden yapılan ödemelerle, lisans alan borcundan kurtulacaktır³⁷⁵. Görüldüğü üzere devrin sicile kaydı geçerlilik unsuru olmayıp bildirici niteliktedir.

Marka siciline tescilin açıklayıcı olması beraberinde şöyle bir soruyu akla getirmektedir. Marka hakkının devrinden sonra ancak sicile tescilinden önce marka hakkına bir tecavüz gerçekleşirse, sicilde hak sahibi gözükmeyle birlikte maddi anlamda hak sahibi olmayan devreden kişi, şekli bakımından henüz hak sahibi olmaması nedeniyle de devralan kişinin dava açamayacak olması nedeniyle bu durumda ne olacaktır? Arkan’a göre markanın böyle bir durumda korumasız kalması düşünülemeyeceğinden devreden kişinin sicildeki kayda, devralan kişinin de devir sözleşmesine dayanarak dava açma hakkı olmalıdır³⁷⁶. Fakat belirtilen çözümün kabulü mümkün olmayıp, tescilin kurucu etkisinin bulunmaması nedeniyle şekli

salahiyetindeki sakatlığı ortadan kaldırmaz. (Alacağın Temliki ve Borcun Nakli, Merhum Ord. Profesör Esat Arsebük’ün Son Dersi, s.2),dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/326/3249.pdf (06.07.2010)

³⁷⁴ ARKAN, Üçüncü kişinin iyiniyetli olmasının sonucu değiştirmeyeceğini, devreden tasarruf eksikliğindeki salahiyeti gidermeyeceği belirtmiştir. (C.II, s.184).

³⁷⁵ ARKAN, C.II, s.184.

³⁷⁶ ARKAN, C.II, s.185 vd; Aynı yönde bkz. Yargıtay’ın 24.06.2004 tarihli kararında: “...Dosya içerisindeki belgelerden markanın dava tarihinden önce davacı Yıldız Holding A.Ş’ye devredildiği anlaşılıyor ise de, marka henüz anılan davacı adına tescil edilmediği belirlenmiştir. 556 sayılı KHK’nin 16/son maddesi hükmü uyarınca devrin tescil edilmediği sürece üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceği öngörülmüştür. Bu durumda dava tarihinde davacı Ülker Gıda A.Ş’nin dava üzerindeki menfaatinin devam ettiğinin kabulü gerekir.” (Yargıtay 11. HD’nin 24.06.2004 gün ve 2003/11150, 2004/7035 sayılı kararı, NOYAN, s.584).

anlamda sicilde hak sahibi gözükten devredenin, devir sözleşmesi ile marka hakkı sona ereceğinden dava açma hakkının bulunmaması gerekmektedir. Yine 556 sayılı KHK madde 16/7 uyarınca devralanın, devri sicile bildirmedeği sürece devir sözleşmesine ilişkin haklarını iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürmesi mümkün olmayacaktır. Bu nedenle devralanın, devir sözleşmesine dayanarak devri sicile bildirmesi ve bildirimden sonra sicile ve devir sözleşmesine dayanarak, marka hakkına tecavüz nedeniyle dava açabileceğinin kabulü gerekmektedir. Kaldı ki markayı devralan kişi marka hakkından doğan haklarını yalnızca iyiniyetli 3. kişilere karşı ileri süremeyecek olup, marka hakkına tecavüz eden kişinin iyiniyetinden bahsetmenin mümkün olmaması nedeniyle, devralanın devri sicile bildirmese dahi geçerli devir sözleşmesi nedeniyle dava açabileceğinin kabulü gerekir. Arkan, marka hakkını devreden kişiden, marka devrinin sicile kaydından önce iyi niyetli olarak markayı devralan üçüncü bir kişinin marka hakkını kazanamayacağını, çünkü devreden marka üzerinde tasarruf yetkisinin bulunmadığını ve devir sözleşmesi ile marka hakkının devralana geçtiğini savunurken, diğer taraftan dava hakkının sicile bildirilmediği sürece devreden tarafından kullanılabilmesine ilişkin yaklaşımına katılmak mümkün değildir. Çünkü devreden kişi, devir sözleşmesi ile birlikte marka hakkını kaybettiği için, devreden marka üzerinde herhangi bir hakkı bulunmamaktadır. Bahsedilen bu sakınca da tescilin kurucu etkisinin kabul edilmesi ile giderilebilecektir.

Tasarı'nın 39/7. maddesi uyarınca, Topluluk Markasıyla ilgili 40/94 sayılı Tüzüğün 17/6. maddesi ile uyum sağlanmış ve madde metninden iyi niyet kavramı çıkartılmıştır. Böylece Tasarı'nın 39/7. maddesi ile devralan kişinin devir sicile kaydedilmediği sürece marka tescilinden doğan hakları üçüncü kişilere karşı ileri süremeyeceği düzenlenmiştir.

Tasarı'nın 39/7-son cümlesi ile devir sözleşmesinin yapıldığı tarihten sonra marka üzerinde hak iktisap eden üçüncü kişinin, hakkı iktisap ettiği tarihte devir sözleşmesinin yapılmış olduğunu biliyorsa, devir sicile kaydedilmeden de marka tescilinden doğan hakları üçüncü kişilere karşı ileri sürebileceği kabul edilmiştir. Maddenin devamı bizi yine iyi niyet kavramına götürmektedir. Marka devrini sicile

tescil ettirmeyen devralanın, devre ilişkin haklarını, marka üzerinde hak iktisap eden kişinin önceki devir sözleşmesini bilmesi durumunda, devir sicile kaydedilmeden de ileri sürebileceği kabul edilmiştir.

Tasarı'nın 39/7. maddesi akla şu soruları getirmektedir. Öncelikle marka üzerinde devir sözleşmesinin kurulmasından fakat tescilinden önce hak iktisap eden kişinin devir sözleşmesini bilmemesi nedeniyle kazandığı haklar korunacak mıdır? Ayrıca devir sözleşmesinin kurulmasından sonra üçüncü kişinin iktisap edebileceği haklar nelerdir?

Öncelikle, devir sözleşmesinin kurulmasından sonra hak iktisap eden kişinin, iktisap ettiği hakkın korunacağı kabulü halinde hakkaniyete aykırı sonuçlar ortaya çıkabilecektir. Örneğin marka devir sözleşmesinin yapılmasından sonra bir kişinin marka hakkına haciz koyması durumunda devralan kişi yalnızca açıklayıcı etkiye haiz olan sicile bildirim yapmadığı için çok büyük bir yaptırımla karşılaşacaktır. Bu durumda devralan kişinin istirdat davası açması söz konusu olabilecektir. Fakat aksinin kabulü halinde de kötü niyetli marka devirleri gerçekleşebilecektir. Marka devir sözleşmesinin geçerliliği için adi yazılı şeklin yeterli olması nedeniyle marka hakkını haczedenden alacaklının, alacağını almasını önlemek için marka sahibi ile devralan muvazaalı olarak eski tarihli bir sözleşme düzenlemek suretiyle, alacaklının alacağını almasını önleyebilecektir.

Bir diğer sorun ise devir sözleşmesinin yapılmasından sonra marka üzerinde hak iktisap eden üçüncü kişi ile iktisap edilen hakkın niteliği üzerinde durulması gerekmektedir. Söz konusu hakkın markanın devrine ilişkin bir hak olabileceğinin kabulü halinde marka devir sözleşmesinin niteliği tartışmalı hale gelecektir. Marka devir sözleşmesinin tasarruf işlemi olması nedeniyle, sözleşme kurulduğu anda sonuçlarını doğurmaktadır. Sözleşmenin kurulması ile birlikte devreden kişi marka hakkını kaybetmekte ve marka hakkı devralana geçmektedir. Bu nedenle tasarruf yetkisi olmayan devreden tarafından devir sözleşmesinin kurulması tarihinden sonraki bir tarihte üçüncü bir kişiye yapılan devir, lisans gibi kazandırmaların geçerli olması hukukun genel ilkelerine aykırılık oluşturacaktır. Görüleceği üzere markanın

devri için adi yazılı şeklin yeterli olması birçok soruyu beraberinde getirmektedir. Tescilin kurucu etkisinin kabulü halinde ise uygulamada yaşanan ve Tasarı ile ortaya çıkabilecek sıkıntılar önlenmiş olacaktır. Açıklanan nedenle tescilin bildirici etkisi doktrinde ve uygulamada farklı görüşlerin ortaya çıkmasına sebebiyet vermekte olup, tescilin kurucu değil, bildirici etkisi günümüz ihtiyaçlarını karşılamamaktadır.

Markalar Kanunu Tasarısı'nın hukuki işlemlere ilişkin olarak 38/3. maddesi uyarınca, markaya ilişkin mülkiyet değişikliği sonucunu doğuran hukuki işlemler, Sicile kaydedilmediği sürece, Enstitü tarafından hak sahibine yapılacak bildirimlerde mevcut Sicil Kaydının esas alınacağı düzenlenmiştir. Kaldı ki bu düzenleme olmasaydı dahi, yorum yolu ile de bu sonuca ulaşmak mümkün olurdu. Nitekim devralanın bu devri sicile bildirmemesi durumunda, devirden haberdar olmayan ve sicilde halen devreden hak sahibi olarak gözükmeye sebebiyle Sicil tarafından yapılacak bildirimler sicil kayıtlarında hak sahibi gözüken kişiye yapılacaktır. Örneğin bu durumda, tescilli markanın, tescil süresinin dolduğuna ilişkin bildirimde sicil kayıtlarında hak sahibi gözüken kişiye yapılması yeterli olacaktır. Kanun koyucu tarafından söz konusu hükümlerle sicile kayıt özendirilmeye çalışılmakta ise de, tarafların devir sözleşmesinin sicile kaydının, dolaylı yollardan sağlanması yerine, sicile kaydın geçerlilik şartı olarak kabul edilmek suretiyle sonuca daha kolay ulaşabileceğinin kabulü karşısında, kanun koyucunun sicile kaydı özendirmek amacıyla kabul ettiği her hükmün uygulamada daha çok sıkıntı yaratacağı ve doktrinde farklı görüşlerin ortaya çıkmasına sebep olacağı ortadadır.

D. Markanın Tesciline Konu Olan Mal ve Hizmetleri Sınıflarına Göre Korumanın Kapsamı

556 sayılı KHK madde 24 ve Markalar Kanunu Tasarısı madde 17 uyarınca, mal ve hizmetlere ilişkin korumanın sınırları hususunda sınıf sistemini benimsemiş ve mal veya hizmetlerin Nis Anlaşması hükümlerine göre sınıflandırılacağını düzenlemiştir³⁷⁷.

³⁷⁷ 551 sayılı Markalar Kanunu emtia sistemini benimsemiştir. Buna göre bir marka sadece belirli mal veya hizmetler için tescil edilebiliyor ve bu koruma da sadece tescilin yapıldığı mal veya mallarla sınırlı olarak sağlanıyordu.

Bir marka tescil edilirken bu markanın hangi mal veya hizmet sınıfı içerisinde kullanılacağı ve korunacağı marka başvurusunda belirtilmekte ve tescil de sadece bu sınıfa ilişkin olarak yapılmaktadır. Marka Tescil Başvurularına Ait Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğ³⁷⁸ ile mal ve hizmet sınıfları düzenlenmiştir. Tebliğe göre, mallar 34, hizmetler 11 sınıf altında toplanmıştır. Her sınıf kendi içerisinde aynı ya da benzer mal veya hizmetleri kapsayacak şekilde alt gruplardan oluşmaktadır. Bu durumda aynı alt grup içerisinde yer alan birden fazla mal veya hizmet için tescil edilmiş olan markanın bu mal veya hizmetlerden sadece bir kısmı için devredilmesi mümkün olmayıp, aynı alt grup içerisinde tescil edildiği tüm mal ve hizmetler için devri gerekmektedir. Örneğin vcd ve dvd player için tescil edilen bir markanın vcd player açısından devrinin geçerli olabilmesi için, dvd player için de devredilmesi gerekmektedir. Ayrıca aynı alt grup içerisinde yer alması bile markanın kısmen devri halkı yanılgıya düşürebilecek nitelikte ise devrin geçerli olabilmesi için markanın, devralanda kalan ve halkın yanılgıya düşebileceği mal veya hizmetler için de devredilmesi gerekir.

Bir markanın tescil edilirken bu markanın hangi mal veya hizmet sınıfı içerisinde kullanılacağı ve korunacağı marka başvurusunda belirtilmesi nedeniyle, devir sözleşmesi de marka başvurusunda yer alan mal ve hizmet sınıfı bakımından geçerli olacak ve korumanın sınırı marka başvurusundaki şekliyle belirlenecektir. Markanın kısmi devrinde ise devralan bakımından korumanın sınırının belirlenebilmesi için markanın devredildiği mal veya hizmetlerin belirtilmesi gerekmekte olup, kısmi devrin hangi mal veya hizmetleri kapsadığının belirtilmemesi durumunda kısmi devirden bahsetmek mümkün olmayacaktır.

E. Devredenin Garanti Yükümü

Markanın devri sözleşmesinin kurulmasından sonra üçüncü bir kişinin markada üstün bir hak ileri sürerek markayı devralanın elinden alması ya da onun kullanılmasına engel olması veya marka hakkının belirtilen vasıflarda bulunmaması

³⁷⁸ RG. 31.12.2001, S.24627.

gibi durumlarda devralan kişi hangi hükümler uyarınca devredene başvurabilecektir. 556 sayılı KHK madde 44 uyarınca yalnızca markanın hükümsüzlüğüne ilişkin devredenin sorumluluğu düzenlenmiş olup, diğer durumlarda devralanın başvurabileceği hukuki yollara ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle BK madde 169 uyarınca alacağın temlikinde garanti yükümlülüğüne ilişkin hükümler mi yoksa taşınır satımına ilişkin hükümlerin mi uygulama alanı bulacağını tespiti gerekmektedir.

BK madde 189'a zapta karşı sağlanan güvence, üçüncü bir kişinin iddia ettiği üstün bir hak yüzünden malın alıcının elinden alınmasından veya iddia olunan hak nedeniyle alıcının mülkiyet hakkını gereği gibi kullanamamasından dolayı satıcının sorumlu olmasına ilişkindir³⁷⁹. BK madde 194 hükmünün içerdiği garanti ise satılan şeyin ayıplı olmasına karşı verilen garantidir. BK madde 169/I'de düzenlenen garanti alacağın tamamen veya kısmen elde edilmesini engelleyen bütün def'i ve itirazları kapsamaktadır³⁸⁰. Aral, alacak satımında ayıba ve zapta karşı tekeffül bakımından BK madde 169/I ve II ile 171 hükümlerinin uygulanacağını, diğer maddi olmayan mallar üzerindeki hakların satımında ise BK madde 184-212'deki hükümler maddi malları şart kılmadığı ölçüde uygulanacağını kabul etmektedir³⁸¹.

BK madde 169'da düzenlenen alacağın temlikinin garanti yükümü temlik edene yüklenen hukuki sorumluluğun kapsamını düzenlemektedir. Zira BK madde 169 hükmünün içerdiği garanti, satım akdine ilişkin garantiden farklıdır. Alacağın temlikinde garanti, temlik eden tarafından temellük edene karşı temlik edilen alacağın hukuki varlığını ve borçlunun ödeme gücünün bulunduğunu gösteren bir sorumluluktur.

Öncelikle marka devrinin konusunu, gayri maddi mallardan olan marka oluşturmakta iken, menkul satımı konusunu menkul mallar oluşturmaktadır. Menkul

³⁷⁹ KARAHASAN, s.133.

³⁸⁰ REİSOĞLU, s.424.

³⁸¹ ARAL, s.72; ZEVKLİLER ise, Alacak Haklarına da ayıbı ve zaptı üstlenme borcu bakımından BK madde 169/I-II ve 171 hükümleri gibi özel hükümlerin dışında taşınır satımına ilişkin hükümlerin de uygulama alanı bulacağını belirtmekte, marka hakkı gibi maddi olmayan malvarlığını da alacak hakları içerisinde değerlendirmektedir. (s.64).

satımında satıcı satılan şeyi teslim ve mülkiyeti geçirme borcu altındadır. Oysaki markanın devri sözleşmesinin bir tasarruf işlemi olması nedeniyle, sözleşmenin kurulduğu anda marka hakkı devredilmiş olacaktır. Menkul satımında alıcı, teslim zamanında satılan şeyi kontrol ve deneme hakkına sahipken, markanın devrinde, markanın maddi varlığının olmaması sebebiyle kontrolü fiilen kolay değildir³⁸². Bu nedenle alacağın temlik kapsamında düzenlenen garanti yükümlülüğünün markanın devri sözleşmesine niteliği gereği daha uygun olması nedeniyle markanın devri sözleşmesi bakımından da uygulama alanı bulacaktır³⁸³. Markanın devri sözleşmesinde de devredenın garanti sorumluluğu bakımından BK madde 169 ve 171’de düzenlenen temlik edenin sorumluluğunu düzenleyen garanti yükümlülüğünün ile hüküm bulunmayan hallerde ve mahiyetine uygun olduğu ölçüde taşınır satışına ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulacağıın kabulü gerekmektedir³⁸⁴.

Devreden ve devralan arasında marka devir sözleşmesinin yapılması ile marka hakkı devralana geçmektedir. Fakat devralanın, devraldığı markanın tescili için TPE’ye yaptığı başvuru neticesinde markanın devrinin, mal veya hizmetlerin coğrafi kaynağı, kalitesi veya markanın kendisi ile ilgili olarak halkı yanılgıya düşürebilecek nitelikte olması nedeniyle marka tescilinin sınırlı hale getirilmesi durumunda marka hakkını devralan kişinin tescil edilmeyen mallar bakımından Enstitü aleyhine dava açma hakkı bulunmaktadır. Fakat Enstitü tarafından sicile kayıt yapılmaması ve Enstitü aleyhine açılan davanın kaybedilmesi durumunda devralanın sözleşmenin kısmi fesih ile bedelin indirilmesini talep hakkının ya da markanın bu şekilde devrinin, devralanın markadan faydalanmasını imkânsız hale getiriyorsa sözleşmeyi tamamen fesih hakkının bulunduğunu kabul etmek gerekmektedir. Aksi takdirde devralan kişi sicile tescil ettiremediği bir markayı devralmış olacak fakat 556 sayılı KHK korumasından yararlanamayacaktır.

³⁸² SEROZAN, BK madde 169’un geniş kapsamlı özel garanti sorumluluğunun temelinde, alacak satın alan alıcının, gözle görülüp elle tutulamayan ve geçmişinin soruşturulup öğrenilememesi yatmaktadır. (s.99).

³⁸³ Aynı yönde bkz. SEROZAN, “...BK madde 169’un fikri hakların ve bilgisayar programlarının satımına da örnekseme yoluyla uygulanması önerilir.” (s.99).

³⁸⁴ Aynı yönde bkz. TANDOĞAN, s.97; ZEVKLİLER, s.64.

Devreden, markanın ünü konusunda devralanı yanıltmış ise, devralan kişinin devraldığı markaya güvenerek işyeri açması veya yatırım yapması durumunda devreden devralana karşı sorumlu olduğunun kabulü gerekecektir. Fakat devreden sorumlu olabilmesi için, söz konusu sebep devir sözleşmesinin kurulmasından önce ve en geç sözleşmenin yapılmadığı esnada mevcut olmalıdır. Örneğin devralan markanın garanti yükümlülüğüne aykırı olarak kullanılması neticesinde markanın ününü kötü bir hale getirmiş ise, bu durumda devralan garanti kapsamında devredene başvuramayacaktır.

Devir sözleşmesinin kurulmasından önce devreden, üçüncü bir kişiye markayı devretmesi durumunda, ilk devir sözleşmesi geçerli olacaktır. Bu durumda devreden markayı sonraki devir sözleşmesi ile devralana karşı sorumlu olacaktır. Böyle bir durumda BK madde 171 uyarınca devreden devralana, marka bedelini faiziyle birlikte geri vermesi gerekmektedir. Markayı devralan kişinin markayı tanıtmak için reklam vermesi ya da bir işletme açması durumunda devreden devralanın bu gibi zararlarını karşılamayıp karşılamayacağına ilişkin bir açıklık bulunmamakla birlikte, devreden geçersiz devir sözleşmesi nedeniyle zarar gören ikinci devralanın BK madde 192 zapta karşı tekeffül hükümleri uyarınca diğer zararlarını da karşılaması gerektiğinin kabulü gerekir³⁸⁵.

F. Marka Hakkının Devrine İlişkin Tescil Engelleri

Marka kural olarak tarafların serbest iradesiyle üzerinde anlaştığı mal veya hizmetler için kısmen veya tamamen devredilebilir. Fakat 556 sayılı KHK’de devre bir takım istisnalar getirilmiştir. Buna göre 556 sayılı KHK 16/4 ve Tasarı’nın 39/4. maddesinde; markanın devrinin, mal veya hizmetlerin coğrafi kaynağı, kalitesi veya markanın kendisi ile ilgili olarak halkı yanılgıya düşürebilecek nitelikte olması durumunda, yeni marka sahibi halkı yanılgıya düşürmeyecek şekilde mal veya hizmetlerde marka tescilinin sınırlı hale getirilmesini kabul etmediği takdirde, devir işleminin TPE tarafından yapılmayacağı düzenlenmiştir³⁸⁶. Görüleceği üzere marka

³⁸⁵ Dava dışı zapt halinde BK madde 96’nın uygulanması gerektiği yönünde bkz. ZEVKLİLER, s.126.

³⁸⁶ KHK madde 47 uyarınca:“Enstitü kararlarına karşı itiraz edilebileceği kabul edilmiştir. KHK madde 53 uyarınca da: “Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulunun, 47 ila 52. maddelerde

devrinin halkı yanılgıya düşürmesi durumunda, TPE'ye marka devrinin sınırlı hale getirilmesini yeni marka sahibinden talep etme hakkı tanınmaktadır. Örneğin yabancı bir şirkete ait bir markanın Türk bir firmaya devredilmesi ve üretiminin de Türkiye'de yapılacak olması halinde, tüketicinin markanın coğrafi kaynağı konusunda yanılgısı söz konusu olabilecektir. Yine markayı taşıyan malları üreten kişinin, marka üzerindeki doğrudan etkisinin, tüketicinin söz konusu markayı almasında belirleyici unsur olması durumunda da markanın kalitesi bakımından marka devrinin halkı yanılgıya düşüreceği kabul edilebilecektir. Bu durumlarda TPE'ye devri sınırlandırma yetki verilmiştir.

Devir işleminin sınırlandırılması nedeniyle hak kaybına uğrayan devralanın devir sözleşmenin feshini yahut ödediği bedelin düşürülmesini talep hakkının bulunup bulunmadığına ilişkin 556 sayılı KHK'de bir düzenleme bulunmaması nedeniyle BK madde 169/I-II ve 171 ile taşınır satımına ilişkin hükümlerin uygun olduğu ölçüde markanın devri sözleşmesine de uygulanacağından bahsettik. Bu nedenle devir sözleşmesinin sınırlandırılması halinde devralanın devirden beklediği faydayı sağlamasının mümkün olmaması veya sınırlandırılan mal veya hizmetlerin devralan bakımından devrin esaslı unsuru olması durumunda, TPE tarafından getirilen sınırlamayı kabul etmeyen yeni marka sahibinin marka devrinin halkı yanılgıya düşürmediğine ilişkin olarak gerek TPE aleyhine gerekse de garanti yükümü nedeniyle devredene karşı dava açma hakkının olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Fakat devralanın dava açmak için öncelikle 556 sayılı KHK madde 47 ve devamında düzenlenen itiraz yolunu tüketmesi gerekmektedir. 556 sayılı KHK madde 47 ve devamı uyarınca TPE'nin kararı nedeniyle zarar gören kişilerin TPE kararına itiraz edebileceği kabul edilmiştir. Tescil talebi kabul edilmeyen devralanın da TPE kararına itiraz edebileceğinin kabulü gerekir. İtirazı kabul edilmeyen devralanın, 556 sayılı KHK madde 53 uyarınca, Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulunun, 47 ila 52 nci maddelerde belirtilen itiraz işlemleri ile ilgili kesinleşen kararlarına karşı, kesinleşen kararın bildirim tarihinden itibaren iki ay içinde dava açma hakkı bulunduğu düzenlenmiştir. Bu nedenle 556 sayılı KHK madde 47 ve devamı

belirtilen itiraz işlemleri ile ilgili kesinleşen kararlarına karşı, kesinleşen kararın bildirim tarihinden itibaren iki ay içinde, yetkili mahkemede dava açılacağı" kabul edilmiştir. Maddenin Tasarı ile karşılaştırılması için bkz. Markalar Kanunu Tasarısı madde 30 vd.

maddelerinde düzenlenen itiraz yollarını tüketen devralanın, TPE kararının iptali ile markanın sicile tescili için TPE aleyhine dava açılabilceğinin kabulü gerekir.

556 sayılı KHK 16/5. ve Tasarı'nın 39/5. fıkrasında, tescilli bir markanın devri sırasında aynı markanın veya ayırt edilemeyecek derecede benzerinin, aynı veya halkı yanılgıya düşürecek derecede benzeri mallar veya hizmetler için başka marka tescillerinin bulunması halinde, bu markaların da devredilmesinin şart olduğu belirtilmiştir³⁸⁷. Bu hükümle birlikte markanın farklı kişilerce aynı veya benzer mal veya hizmetler için kullanımının yaygınlaşması ve markanın ayırt edici olmaktan uzaklaşıp cins isim haline dönüşmesinin önlenmesi nedeniyle söz konusu düzenlemelerin getirildiği ileri sürülmektedir³⁸⁸.

Örneğin aynı sınıfta bulunan keman ve gitar için tescil edilmiş bir markanın yalnızca keman için devri mümkün olmayacak ve gitar bakımından da devredilmesi gerekecektir. Aksi takdirde aynı veya benzer mal veya hizmetler için markanın iki farklı işletme tarafından kullanılması söz konusu olacaktır. Bu durum hem halkın yanılgıya düşürülmesine, hem ticari işletmelerden birinin diğerinin itibarından haksız çıkar sağlamasına yahut itibarının zedelenmesine yol açabilecektir.

Ancak bu durumda devrin TPE tarafından resen yapılması mümkün olmayıp, devralanın aynı ya da benzer mal veya hizmetlerin tamamının kendi adına tescili için devreden onayını alması gerekmektedir. Devreden devre yanaşmaması ya da devir bedelini iki katına çıkartması durumunda ne olacaktır? Bu durumda devralan kişinin devreden kişiye karşı, aynı ya da benzer mal veya hizmetlerin de kendisine devri için dava açabileceğinin ya da devrin mevcut şekli ile sicile tescili için Enstitü

³⁸⁷ “Bu hükümle birlikte markanın farklı kişiler tarafından aynı veya benzer mal ve hizmetler için yaygın biçimde kullanılması ve markanın cins isim haline dönüşmesi önlenmeye çalışılmıştır .” ARKAN, C.II, s.178; Markalar Kanunu Tasarısı'nın 39/5 maddesine 556 sayılı KHK'nın 16/5 maddesinden farklı olarak, tescilli bir markanın devri sırasında, devreden adına kayıtlı bulunan devredilen marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzer olan ve aynı veya aynı türdeki malları veya hizmetleri kapsayan tüm markaların devredilmesinin gerektiğine, aksi takdirde Enstitü tarafından devrin sicile kaydedilmeyeceği, ancak devrin Sicile kayıt talebinin Enstitü kayıtlarına girmesinden sonra devreden tarafından yapılan ve devredilen marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzer olan ve aynı veya aynı türdeki malları veya hizmetleri kapsayan marka tescil başvurularının devir şartı aranmayacağı, bu başvuruların devrin Sicile kaydedilmesinden veya Sicile kayıt talebinin nihai olarak reddedilmesinden sonra inceleneceği düzenlenmiştir.

³⁸⁸ ARKAN, C.II, s.178.

aleyhine dava açabileceğinin kabulü gerekir. Devredenin, aynı ya da benzer mal veya hizmetleri devralana devretmeyi kabul etmemesi halinde, devralanın marka devrini sicile tescil ettirememesi nedeniyle sözleşmenin feshini talep etme hakkının olduğunun kabulü gerekir.

Markanın devir sözleşmesine konu olması ile birlikte doktrinde markanın köken ayırt etme işlevinin azaldığı savunulmakta ise de, 556 sayılı KHK ile getirilen bu sınırlamalar markanın köken ayırt işlevini korumaya yöneliktir. Söz konusu hükümlerle markanın üçüncü bir kişiye devredildikten sonra, aynı markanın aynı veya benzer mal veya hizmetler için aynı işletme tarafından aynı kalitede üretildiğinin veya piyasaya sürüldüğünün düşünülerek halkın yanılgıya düşmesinin önlenmesi amaçlanmıştır³⁸⁹.

556 sayılı KHK madde 16/4'te TPE'nin markanın devrini tescil etmeyeceğine ilişkin sayımın sınırlayıcı olup olmadığı hakkında herhangi bir ifadeye yer verilmemiştir. KHK madde 7/I-f'de mutlak red nedenlerinden olan "mal veya hizmeti niteliği, kalitesi veya üretim yeri, coğrafi kaynağı gibi konularda halkı yanıltacak markalar" denilerek red nedenleri örnekleyici olarak sayılmıştır. KHK madde 16/4' ün metninden de açıkça anlaşılacakla birlikte KHK madde 7/I-f uyarınca madde 16/4'teki sayımın sınırlı olmadığı kabulü gerekir. Kaldı ki 556 sayılı KHK madde 7/I-f ile her ne sebeple olursa olsun halkı yanılgıya düşüren markaları tescil etmeme görevi TPE'ye verilmiştir. Bu nedenle KHK madde 16/4'te yapılan sayımın sınırlayıcı olmadığı kabulü gerekir.

Markanın devrinde yeni bir markanın tescili söz konusu olmamakla birlikte markayı devralan adına yeni bir tescil yapıldığı için TPE her ne sebeple olursa olsun halkı yanılgıya düşürebilecek nitelikteki marka devrini tescil etmeyecektir. TPE, marka devrinin tescili istemiyle yapılan bir başvuru üzerine devrin halkı yanılgıya düşüreceği kanaatinde ise durumu ve markayla ilgili yapılması gereken değişikliği markayı devralana bildirir. Devralan değişikliği kabul ettiği takdirde devrin tescili yapılır.

³⁸⁹ YASAMAN, C.II, s.662; UZUNALLI, s.77.

Markanın devri sözleşmesi bir tasarruf işlemi olup, devir sözleşmesinin kurulduğu anda marka hakkı devralana geçmektedir. Devrin TPE'ye tescilinin kurucu olmayıp, bildirici olması nedeniyle TPE'nin devrin sınırlandırılmasını yönündeki talep hakkı, üçüncü kişilerin hak kaybına uğramasına sebep olabilecek niteliktedir.

II. DEVRİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

A. Genel Olarak

Markanın devri, yazılı devir sözleşmesinin yapılması ile taraflar arasında etkisini göstermektedir. Markanın devrinde, devreden marka hakkını kaybederken, marka hakkı devralana geçmektedir. Devir ile birlikte markanın koruma süresi baştan başlamaz. Devralan on yıllık tescil süresinin, markanın devri sözleşmesinin yapılmasından sonraki kalan kısmından faydalanacaktır. Marka başvurunun devri halinde ise devralan başvuru sahibine sağlanan öncelik hakkından faydalanacaktır.

Marka hakkı sözleşmede yer alan mal ve hizmetleri kapsamakta olup, devralan açısından marka hakkı sözleşmede yazılı mal ve hizmetler ile sınırlıdır. Devir sözleşmesinde markanın devrinin kısmen ya da tamamen devredildiğine ilişkin açıklık bulunmaması durumunda markanın tamamının devredildiğinin kabulü gerekir³⁹⁰.

Her ne kadar markayı devralan kişinin, hukuki açıdan markanın belirli niteliklere sahip olduğunu ve daima aynı kaliteyi koruyacak şekilde üretildiğini garanti etme yükümlülüğü bulunmamakta ise de, devralan markasına olan güven ve rağbeti devam ettirmek için malın kalitesini korumaya çalışacaktır. Fakat devralanın malın kalitesini ya da vasıfları değiştirmesi durumunda, söz konusu kalite ya da vasıflarda olduğunu düşündüğü için bir markaya yönelen tüketicinin, bu nedenle zarar görmesi durumunda markanın hükümsüzlüğünü isteyebileceğinin kabulü gerekir.

³⁹⁰ YASAMAN, C.II, s.683.

B. Markanın Devrinin Hükümsüzlük Davalarına Etkisi

556 sayılı KHK'nin 42. maddesi ile markanın hükümsüzlüğü sebepleri düzenlenmiştir. Markanın hükümsüzlüğüne sebep olan haller incelendiğinde, hükümsüzlük sebeplerinin 2 başlık altında incelenebileceği ortaya çıkmaktadır. Bunlardan bir kısmı markanın tesciline engel olan mutlak ve nispi red nedenleridir. Marka bu engellerin varlığına rağmen tescil edilmiş ise, söz konusu hükümsüzlük meydana gelmektedir. Diğer hükümsüzlük sebepleri ise markanın tescili esnasında mevcut olmamakla birlikte, hükümsüzlük sebebinin sonradan ortaya çıkması halinde uygulama alanı bulacaktır. Bu ayırım markanın hükümsüzlüğünün mü yoksa iptalinin mi talep edileceğinin tespiti hususunda önem taşımaktadır³⁹¹. Markanın hükümsüzlüğü talep etme hakkı 556 sayılı KHK madde 43 uyarınca zarar gören kişilere, Cumhuriyet Savcılarına ve ilgili resmi makamlara tanınmıştır. Hükümsüzlük davasında davalı ise sicilde marka sahibi olarak gözüken kişi olup, Enstitü hükümsüzlük davasında taraf değildir. Hükümsüzlük ancak bunu ileri sürme hakkı olanların talebi üzerine ve mahkemece tespit edilecek olup, Enstitü tarafından tescil edilen bir markanın, tescilden re'sen iptal ve terkin edilemeyecektir³⁹².

Hükümsüzlük kararı geçmişe etkili olup, bu etkinin iki istisnası bulunmaktadır. Bunlardan ilki markaya tecavüz nedeniyle açılmış bir dava ve bu dava sonunda verilecek karar kesinleştikten sonra uygulanmışsa, bu durum sonradan verilen markanın hükümsüzlüğü kararından etkilenmeyecektir. Diğer bir istisna ise markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesinden önce yapılmış ve uygulanmış sözleşmeler de sonraki bir hükümsüzlük kararından etkilenmeyecektir. Fakat

³⁹¹ ARKAN, Başlangıçtan itibaren mevcut olan hükümsüzlük sebeplerine rağmen tescil edilen bir markanın hükümsüzlüğü, fakat devirden sonra ortaya çıkan hükümsüzlük sebepleri nedeni ile markanın iptali talep edilebilecektir. (C.II, s.155).

³⁹² Yargıtay'ın 10.02.2000 tarihli kararına göre: "Davalı TPE de davacıya istemi kabul ettiğini belirterek 30.07.1997 tarihinde marka tescil belgelerini vermiş olmakla, 556 sayılı KHK 29 ila 39. maddelerinde öngörülen tescil işlemleri davacıların istemi doğrultusunda sona erdirmiştir. TPE bundan sonra tescil edilmiş bir marka statüsünü kazanmış olan markalar üzerinde yeniden inceleme yaparak, o markanın hukukunu ihlal edecek şekilde karar akamaz. Dairemizin konuya ilişkin 3.6.1999 tarih ve 2118-4802 sayılı kararında da değinildiği gibi; bu şekilde kesinleşmiş ve tescili yapılmış bir markanın her ne sebeple olursa olsun mevcut yasal düzenlemeye göre, tescili yağan kuruluşça re'sen iptali ve terkinini mümkün olmaz." (Yargıtay 11. H.D'nin 2000/226 E, 2000/1196 K sayılı ilamı.) MOROĞLU/KENDİGELEN, s.1343-1344; Nitekim doktrinde de bu görüş benimsenmiştir. ARKAN, C.II, s.166 vd; ÜLGEN ve diğerleri, s.444.

markanın hükümsüzlüğüne dair verilen kararın kesinleşmesinden sonra bu karar herkese karşı hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Bu nedenle kesinleşen hükümsüzlük kararı, markayı hükümsüzlük davasının açılmasından önce veya sonra devralan kişiye karşı da hüküm ifade edecektir³⁹³. Marka hakkındaki hükümsüzlük davası devam ederken marka hakkının devredilmesi durumunda devir sözleşmesi hükümsüzlük kararından etkilenecek midir? 556 sayılı KHK madde 44/II-b maddesi uyarınca, markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesinden önce yapılmış ve uygulanmış sözleşmelerin hükümsüzlük kararından etkilenmeyeceği belirtilmiştir. Bu durumda her ne kadar hükümsüzlük davası devam etmekte ise de, marka hakkında henüz kesinleşmiş bir hükümsüzlük kararı bulunmaması nedeniyle devir sözleşmesi hükümsüzlük kararından etkilenmeyecektir.³⁹⁴

1- 556 sayılı KHK madde 42/I-a Uyarınca Markanın Devri ile Bağlantılı Olarak Markanın Hükümsüzlüğü

556 sayılı KHK'nin 5/1. maddesinde ayırt etmesi koşuluyla kişi adlarının da marka olarak seçilebileceği kabul edilmiştir. Bir kişinin kendi ad ve soyadını marka olarak seçebileceğinin kabulü karşısında bu marka, marka sahibi tarafından üçüncü bir şahsa devredilebilecektir. Fakat devredenin, kendi ad ve soyadını taşıyan ve bu toplumda belirli bir tanınırlık düzeyi kazanan markasını devretmesi durumunda, bu devir 556 sayılı KHK'nin 7/f bendi ile bağlantılı olarak 42/I. Maddenin a bendi gereğince halkı yanıltıcı nitelikte olabilecek ve hükümsüzlük sebebi olarak karşımıza çıkabilecektir.

Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın 30.03.2006 tarihli "Elizabeth Emanuel" kararı, bu bakımdan özellik arz etmektedir. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'na ön karar için başvuruya neden olan uyuşmazlıkta, Lady Diana için gelinlik tasarlamış olan ve bu alanda ünlü "Elizabeth Emanuel" 1990 yılında "Elizabeth Emanuel" adında bir işletme açmış, 1996 yılında Hamlet International Plc ile

³⁹³ ARKAN, C.II, s.170.

³⁹⁴ ARKAN, Markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesinden önce yapılmış ve uygulanmış sözleşmeler de, yerine getirilmiş oldukları ölçüde, hükümsüzlüğün geçmişe dönük etkisine tabi olmazlar. (Ticari İşletme, s.290).

Elizabeth Emanuel Plc’yi kurmuştur. Elbise Tasarımı ve satışı konusunda faaliyet gösteren tüm işletme malvarlığını goodwill ve sonradan 1997 yılında tescil edilen “Elizabeth Emanuel” markası da dâhil olmak üzere bu firmaya devretmiştir. Eylül 1997 yılında Elizabeth Emanuel Plc. İşletmesini goodwill’ini ve tescilli markayı aynı anda adını Elizabeth Emanuel International Ltd. olarak değiştiren Frostprint Ltd.’ye devretmiştir. Bayan Emanuel, Elizabeth Emanuel International tarafından sözleşmeli olarak görevlendirilmiş, fakat bir ay sonra görevinden ayrılmıştır. Kasım 1997’de Elizabeth Emanuel International tescilli markayı Oakridge Trading Ltd adlı diğer bir şirkete devretmiştir. 18.03.1998 tarihinde bu şirket Elizabeth Emanuel markasının tescili için başvuruda bulunmuştur. 07.01.1999 tarihinde tescilli marka Elizabeth Emanuel’in hükümsüzlüğü talep edilmiştir. Bu dava çerçevesinde Avrupa Toplulukları Adalet Divanı’na, “Elizabeth Emanuel” markasının, devirden önceki gibi bu marka altında satılan ürünlerin tasarımına “Elizabeth Emanuel”in katkısının bulunduğu izlenimi yaratıp yaratmayacağı hususu tartışılmıştır³⁹⁵.

Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, her ne kadar ortalama bir tüketicinin devreden kreasyona iştirak ettiği düşüncesinden etkilenebileceğini kabul etse de, devralan kişinin de markanın kalitesini koruyacağını kabul edilmiştir. Bu nedenle Avrupa Toplulukları Adalet Divanı “Elizabeth Emanuel” markasının değiştirilmeden kullanımının halkta yanlış anlamaya yol açmayacağı sonucuna varmıştır³⁹⁶. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı’nca malların ilk üreticisi ve tasarım sahibinin adından oluşan markanın tescili talebinin 89/104 sayılı Yönerge’nin 3/1-g maddesinin halkı yanıltacağı gerekçesiyle reddedilmemesi gerektiği belirtilmiştir³⁹⁷.

Alman Hukuk doktrinde, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı Kararı’nın gerekçesi eleştirilmiştir. Buna göre doktrinde devralan kişinin markanın özelliklerini dilediği gibi değiştirmekte serbest olduğu, ürünlerin özelliklerini değiştirip değiştirmemenin sadece ticari bir karar olduğunu fakat marka sahibinin marka ile

³⁹⁵ Kararın yorumu için bkz. UZUNALLI, s.132.

³⁹⁶ EuGH – Elizabeth Florence Emanuel ./ Continental Shelf 128 Ltd. (ELİZABETH EMANUEL), 30.03.2006, C-259/04, GRUR Int. 2006, s.594. (Akt. UZUNALLI, s.133).

³⁹⁷ EuGH – Elizabeth Florence Emanuel ./ Continental Shelf 128 Ltd. (ELİZABETH EMANUEL), 30.03.2006, C-259/04, GRUR Int. 2006, s.594. (Akt. UZUNALLI, s.134).

oluşturulan ticari itibarı zedelemeyeceği, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı Kararı'nın markanın bağımsız karakterini zedeleyeceği belirtilmiştir³⁹⁸.

Kişinin ad ve soyadının marka olarak tescili ile bu markanın üçüncü bir kişiye devredilmesi durumunda, ortalama bir tüketicinin, söz konusu markayı devreden kişinin markayı tasarladığı inancı ile ürünü satın alması durumunda halkın yanılgıya düşürüldüğünün kabulü ile markanın hükümsüzlüğüne karar verilebilecektir. Fakat marka devrinin hangi hallerde halkta yanlış anlamaya yol açacağı ve markanın hükümsüzlüğü incelenirken hangi hususların göz önünde bulundurulacağı hususunun değerlendirilmesi gerekmektedir³⁹⁹. Öncelikle Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın gerekçesinin kabul edilmesi halinde başlangıçtan itibaren mevcut olmayan hükümsüzlük sebebinin yani devralan bakımından garanti yükümüne aykırı kullanılması ve markanın vasıflarında meydana gelen değişiklik nedeniyle markanın hükümsüzlüğü talep edilebilecek olup, bu hükümsüzlük sebebi 42/e'de vücut bulmaktadır. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın gerekçesinin kabul edilmesi halinde, markanın devrinden sonra devralan tarafından markanın vasıflarının değiştirilmediği durumlarda hükümsüzlük istenemeyecektir. Oysaki hükümsüzlük sebebi markanın devrinden sonra, devralan tarafından markanın önemli vasıflarında değişiklik yapılmasından değil, devirden önceki gibi, bu marka altında satılan ürünlerin tasarımına "Elizabeth Emanuel"ın katkısının bulunduğu izleniminin yaratılması sebebiyle düzenlenen sorumluluk halidir. Bu nedenle Avrupa Topluluk Adalet Divanı'nın gerekçesine katılmak mümkün değildir.

Bir kimsenin kendi adını taşıyan markasını devretmesi durumunda, söz konusu markanın halka yanlış anlamaya yol açıp açmayacağıının tespitinde bir takım kıstasların göz önünde bulundurulması gerekmektedir⁴⁰⁰. 556 sayılı KHK madde 12'de tescilli bir markanın üçüncü kişiler tarafından kullanılmasına imkân veren istisnalar düzenlenmiştir. Tescilli bir markanın üçüncü bir kişinin ad ve adresi olması

³⁹⁸ UZUNALLI, s134.

³⁹⁹ "Markanın hükümsüzlüğü değerlendirilirken markayı devreden ve devralanın hukuki durumu, tüketici korumasının etkili olması ve iç pazarın işleyişine ilişkin menfaatlerin dikkate alınması gerekmektedir. (UZUNALLI, s.134).

⁴⁰⁰ UZUNALLI'ya göre, Markayı devreden kişinin hukuki konumu, markayı devreden hukuki konumu, tüketici korumasının etkili olması ve iç pazarın işleyişi markanın hükümsüzlüğü incelenirken göz önünde bulundurulması gereken menfaatlerdir. (s.134).

durumunda doğrudan doğruya marka olarak kullanılması mümkün olup, bir şahsın kendi adını ticari ve sınai faaliyetlerinde kullanması, kişilik hakkından doğan, sınırlanamayan ve bertaraf edilemeyen bir haktır⁴⁰¹. Fakat bir kimsenin marka üzerindeki kişilik hakkına sahip olmasına rağmen markasını devretmesi durumunda kendi iradesi ile kişilik alanından çıkartmaktadır. Kaldı ki 556 sayılı KHK uyarınca kişi adlarının da devrinin mümkün olması ve markayı devralan kişinin markanın mevcudiyeti ve markadan yararlanmaya yönelik menfaati dikkate alındığında, söz konusu hükümsüzlük sebebi nedeniyle değerli bir malvarlığının zarar görmesi söz konusu olacaktır.

Ayrıca 89/104 sayılı Marka Yönergesi'nin halkı aldatma yasağının bireylerin değil umumun korunmasına yönelik olduğu ve genel menfaatin korunması gerektiği kabul edilmektedir⁴⁰². Burada dikkat edilmesi gereken en önemli husus ortalama bir tüketicinin söz konusu markaya yönelirken, markanın "Elizabeth Emanuel" tarafından üretildiği düşüncesiyle hareket edip etmediği hususunun tespitidir. Ortalama bir tüketicinin, markayı taşıyan ürünün "Elizabeth Emanuel" tarafından üretildiğini düşünmesi nedeniyle, markaya yöneliyorsa bu durumda markanın halkta yanlış anlamaya yol açacağı kabulü gerekmektedir. Fakat bir kişinin adını içeren markanın, yalnızca bu şahsın üretim sürecine dâhil olduğu izlenimi yaratması nedeniyle hükümsüzlüğüne karar verilmesi yönündeki beklenti bağımsız olarak devredilebilen bir hak olan şahıs adı içeren marka fikri ile bağdaşır olmadığı gibi, bu beklentinin korunması, halkın korunması veya iç pazarın işleyişi için gerekli olmaksızın markayı devralan marka sahibinin fikri haklarının zayıflatılması anlamına gelecektir⁴⁰³. Bu nedenle hükümsüzlük sebebinin tespiti önem taşımakta olup, hükümsüzlük sebepleri değerlendirilirken yukarıdaki menfaatlerin göz önünde tutulması, değişen tüketici beklentisinin dikkate alınması gerekmektedir. Aksi takdirde bu hükümsüzlük sebebi, şahıs adı içeren markanın devrini imkânsız hale getirebilecektir.

⁴⁰¹ SERT, Marka hakkının sağladığı kişilik haklarının marka sahibinin ünü ve itibarı ve bunlardan doğan hakları da ifade ettiğini belirtmektedir. (s.15);TEKİNALP, Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Kullanılması, s. 633-643.

⁴⁰² UZUNALLI, s.135.

⁴⁰³ Brömmelmeyer, s.1282, (Akt. UZUNALLI, s.136)

2- 556 sayılı KHK madde 42/I-e Uyarınca Markanın Devri ile Bağlantılı Olarak Markanın Hükümsüzlüğü

Markayı devralan kişinin, markanın ait olduğu mal ve hizmetlerin kalitesini garanti etme fonksiyonunun bulunmaması nedeniyle, bu kalitenin değiştirebileceği kabul edilir⁴⁰⁴. Dolayısıyla marka sahibi zaman içinde mal veya hizmetlerin kalitesinde değişiklik yapabilir⁴⁰⁵. Bu nedenle marka hakkının kapsadığı mal veya hizmetlerin kalitesinin değişmesi tescile engel değildir. Fakat mal veya hizmetin kalitesinin değişmesinin halkta yanlış anlamaya yol açması durumunda, başlangıçta var olmayan bu hükümsüzlük sebebinin marka hakkının devri ile ortaya çıkması mümkündür.

Devralan, devraldığı markanın belirli bir kaliteye sahip olduğu hususundaki umumun bilgisi nedeniyle markanın değerini tehlikeye sokmamak için ürün kalitesini sağlamak ve garanti etmek isteyecektir⁴⁰⁶. Fakat markanın bağımsız karakteri göz önünde bulundurulduğunda devralanın markayı taşıyan ürünün kalitesini değiştirmesine hukuki bir engel bulunmamaktadır. 556 sayılı KHK madde 41/I-e uyarınca, hak sahibinin veya yetkili kıldığı kişi tarafından kullanımı sonucunda markanın, tescil edildiği mal veya hizmetlerin niteliği, kalitesi, üretim yeri ve coğrafi kaynağı konusunda halkta yanlış anlama ihtimalini doğurması halinde markanın hükümsüzlüğüne karar verileceği kabul edilmiştir. Burada dikkat edilecek husus söz konusu hükümsüzlük sebebinin başlangıçtan itibaren var olmaması, markanın kullanımının sonucu ortaya çıkmasıdır. Örneğin markanın devri ile devralan kişinin markanın coğrafi kaynağı konusunda halkı yanılgıya düşürmesi halinde bu hüküm uygulama alanı bulacaktır. Fakat KHK madde 41/I-a uyarınca markanın hükümsüzlük sebepleri bakımından dikkate alınması gereken menfaatlerin 556 sayılı KHK'nın 41/I-e uyarınca da dikkate alınması gerekmektedir.

⁴⁰⁴ ARSEVEN, s.121.

⁴⁰⁵ ARKAN, C.II, s.182; ARSEVEN, s.121 vd; ÇAMLİBEL, s.249; MERAN, s.178.

⁴⁰⁶ UZUNALLI, s.136.

C. Devrin Marka Hakkına İlişkin Davalara Etkisi

556 sayılı KHK madde 42 ve Markalar Kanunu Tasarısı madde 47 uyarınca açılacak hükümsüzlük davaları devirden sonra marka sicilinde kayıtlı olan devralana karşı açılabilir. Devirden sonra markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesi durumunda hükümsüzlük kararının geçmişe etkili olması nedeniyle sözleşmenin BK madde 20/1 uyarınca imkânsızlık sebebiyle batıl sayılması gerekecektir. Örneğin KHK madde 14 uyarınca devredilen markanın tescil tarihinden itibaren⁴⁰⁷ beş yıl içinde, haklı bir neden olmadan kullanılmamış veya markanın kullanımına beş yıllık bir süre kesintisiz ara verilmiş olabilir. Bu beş yıllık sürenin devreden veya devralanın marka sahibi olduğu dönemde geçirilmesi önemli değildir. Bu durumda devralanın hükümsüzlük davasına muhatap olması ve devraldığı markasının hükümsüzlüğüne karar verilmesi mümkündür⁴⁰⁸.

Markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesi nedeniyle devir sırasında hükümsüzlük nedeninden haberdar olmayan devralan, Borçlar Kanunu madde 61 ve 556 sayılı KHK madde 44/b uyarınca ödediği bedeli devredenden kısmen veya tamamen isteyebilecektir.

Markanın devrinden hemen sonra hükümsüzlük kararı verilmişse devralanın markadan faydalanması mümkün olmayacağı için ödediği bedelin tamamını isteyebileceğinin kabulü gerekir. Fakat devralanın marka hakkından bir süre faydalanması durumunda devir bedelinden uygun bir indirim yapılması gerekmektedir. Nitekim 556 sayılı KHK'nin 44/b maddesinde, markanın hükümsüzlüğüne karar verilmeden önce yapılmış ve uygulanmış sözleşmelerin, hal ve şartlara göre haklı sebepler ve hakkaniyet düşüncesi ile sözleşme uyarınca ödenmiş bedelin kısmen veya tamamen iadesinin mümkün olduğu düzenlenmiştir⁴⁰⁹.

⁴⁰⁷ Markalar Kanunu Tasarısı'nın 14. maddesi uyarınca beş yıllık koruma süresi "tescilin gazete yayımlandığı tarihten itibaren" olarak hesaplanmaktadır.

⁴⁰⁸ ARKAN, C.II, s.188; MERAN, s.285.

⁴⁰⁹ Maddenin Tasarıdaki karşılığı için bkz. Markalar Kanunu Tasarısı madde 49/4.

Markanın devri sırasında devreden kişi, hükümsüzlük nedenlerinden birinin mevcut olduğunu bilmesine rağmen devralan kişiye bu nedenleri söyleyerek markayı devretmişse, markanın devirden sonra hükümsüzlüğüne karar verilmesi durumunda devralanın 556 sayılı KHK madde 44/II ve Markalar Kanunu Tasarısı madde 49/3 uyarınca zararının giderilmesine ilişkin tazminat talebinin olduğunu kabul edilmiştir.

İzin alınmadan ve geçerli bir gerekçe mevcut olmadan markayı kendi adına tescil ettiren ticari vekilin bu markayı iyiniyetli üçüncü bir kişiye devretmesi durumunda, bu devir marka sahibinin, KHK madde 42/I, b uyarınca yapılmış tescilin hükümsüz sayılması için dava açmasına engel olmayacaktır⁴¹⁰. Zira marka hukukunda, hak sahibi olmayandan bir hak iktisap eden iyiniyetli kişinin korunması kabul edilmemiştir⁴¹¹.

Tescil edilmiş veya tescil için daha önce başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya benzeri ve tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış bir markanın kapsadığı mal veya hizmetlerle aynı veya benzer bir marka için üçüncü bir kişinin marka tescil başvurusunda bulunması durumunda, marka sahibi, başvuru sahibi aleyhine 556 sayılı KHK madde 8/1-b uyarınca tescil talebine itiraz edebilecektir. Yargılama esnasında taraflardan birinin marka hakkını devretmesi durumunda husumet kimde olacaktır. Bu durumda Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nce dava açıldıktan sonra iki taraftan birinin müddeabihisi 3. kişiyi temlik etmesi durumunda, diğer tarafın seçimlik hakkı olduğuna, dilerse temlik eden taraf ile olan davasından vazgeçip, müddeabihisi temlik alan kimseye karşı davaya devam edebileceğine, dilerse de davanın müddeabihisi 3. kişiye temlik eden taraf hakkında zarar ve ziyan davasına dönüşürebileceğine karar verilmiştir⁴¹². Nitekim bu husus HUMK madde 186'da da düzenlenmiştir.

⁴¹⁰ ARKAN, Yabancı Marka, s.13.

⁴¹¹ ARKAN, C.II, s.183-184.

⁴¹² Yargıtay 11. H.D. 13.02.2007 tarihli, 2005/11480 E, 2007/2321 K sayılı ilamı (Kazancı Veri Tabanı).

Aksi durumda yani markanın devredilmesi nedeniyle devredenın açtığı marka hakkına tecavüz davasına, devreden mi yoksa devralan tarafından mı devam edilecektir? Yargıtay, devrin sicile tescil edilmesi, devredenın lisans sözleşmesi ile markayı süresiz olarak kullanım hakkının devam etmesi ve sözleşme ile dava hak ve yetkisinin devredene verilmesi durumunda devredenın de davaya devam edebileceğine ve devreden lehine hüküm kurulabileceğine karar vermiştir⁴¹³.

D. Marka Hakkının Devrinin Diğer Hukuki İşlemlere Etkisi

556 sayılı KHK madde 21 uyarınca, “lisansın sicile kaydedilmediği sürece iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceği” düzenlenmiştir. Bu nedenle lisans sicile kaydedilmiş ise, markayı sonradan devralan kişi de bu lisans sözleşmesi ile bağlı kalacaktır. Lisans sözleşmesinin yapılmasından fakat sicile kaydedilmesinden önce marka hakkının devredilmesi durumda ise devralan kişinin ancak kötüniyetli olması durumunda lisans sahibi lisans hakkını kötüniyetli devralana karşı ileri sürebilecektir⁴¹⁴.

Markayı devralan kişi devir ile birlikte sicilde kayıtlı olan lisans sözleşmesinin tarafı haline gelmeyecektir. Devralanın lisans sözleşmesine taraf olabilmesi için, devralan ve lisans sözleşmesinin tarafları birlikte sözleşmenin yüklenilmesi işlemini yapmalıdır. Sözleşmenin yüklenilmesi ile devreden lisans sözleşmesinin tarafı olmaktan çıkmakta ve yerine devralan geçmektedir⁴¹⁵.

⁴¹³ Yargıtay’ın 16.09.2004 tarihli kararında: “...Dava, marka sahibi tarafından açılmış ancak yargılama sırasında davacı markalarını başka bir şirkete devretmiştir. Devir keyfiyeti marka siciline şerh edilmiş, marka kullanım hakkı sözleşmesi ile de lisans veren sıfatıyla devralan şirket lisans konusu markaların kullanım hakkını süresiz olarak ilk davacıya bırakmıştır. Anılan sözleşmede dava hak ve yetkisi ilk davacıya verildiğine göre davacının bu davayı açma/takip etme yetkisinin bulunmadığı söylenemeyecektir. O halde mahkemenin markayı devralan şirket vekiline vekaletnamesini sunması için davacı vekiline süre verilmesi ve ibraz edilen vekaletnameye dayanarak da davacı yerinde devralanın gösterilmesi doğru görülmemiştir. Mahkemece, yargılamanın başında marka sahibi ve yargılama aşamasında ise yetki belgesine dayalı olarak dava hakkı sahibi olan ilk davacı açısından hüküm kurulması gerekirken, devralan şirket ile ilgili karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.” (11.H.D’nin, 2003/11661 E, 2004/8376 K sayılı ilamı, Kazancı Veri Tabanı).

⁴¹⁴ ARKAN, C.II, s.198.

⁴¹⁵ EREN, s.1206 vd.

Markanın işletmeden bağımsız olarak rehinde yazılı devir sözleşmesi yeterli olup, ayrıca sicile kaydedilmesine gerek yoktur. 556 sayılı KHK ve Marka Yönetmeliği rehlin üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için tescilin zorunlu olup olmadığını da düzenlememiştir. Bu durumda kural olarak markanın konu olabileceği hukuki işlemler, üçüncü kişilere ileri sürülebilmeleri açısından aynı nitelikte olup devir ve lisans için benimsenen kuralın rehin içinde geçerli olması gerekir. Fakat marka devrinin ticari işletme ile birlikte yapılması durumunda rehinin geçerli olması için tescil gerekli olup, bu durumda iyi niyetli üçüncü kişiden bahsetmek mümkün değildir.

Markanın haczedilmesi durumunda ise haczin tescil edilip yayımlanacağından bahsedilmiş ise de, KHK’de haczin tescilinin ve yayınlanmasının hukuki etkisi düzenlenmemiştir. Markanın haczinin İİK madde 94 veya İİK madde 79/II’ye göre yapılması gerekmekte olup, haczin icra memuru tarafından yapılmakta olup, tescil bildirici niteliktedir. Bu durumda kural olarak markanın konu olabileceği hukuki işlemler, üçüncü kişilere ileri sürülebilmeleri açısından aynı nitelikte olması nedeniyle yukarıda yapılan açıklamaların haciz işlemi açısından da geçerli olması gerekmektedir.

556 sayılı KHK’nin 44. maddesine göre devralan tarafından ileri sürülecek talepler hakkında zamanaşımının ne zaman işlemeye başlayacağı ve ne kadar olacağı hakkında, KHK’de özel bir süre gösterilmemiş olması nedeniyle Borçlar Kanunu madde 125’de öngörülen on yıllık zamanaşımının uygulanacağının kabulü gerekir.

SONUÇ

Marka devir sözleşmesinin konusu olan marka hakkı, 556 sayılı KHK madde 5/1 tanımından hareketle bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan işaretler olarak tanımlanmaktadır. Marka TTK madde 11/II uyarınca ticari işletmenin bir unsuru olsa da, işletmenin ayrılmaz bir parçası değildir. Marka tek başına ekonomik bir değere sahip olup, ticari işletmeden ayrı ve bağımsız bir varlığa sahiptir. Bu nedenle gerek iç hukuktaki düzenlemeler gerekse Anayasa madde 90 ve 556 sayılı KHK madde 4 uyarınca uygulama alanı bulan uluslar arası sözleşmeler ile markanın hukuki işlemlere konu olabileceği garanti altına alınmıştır. Böylece tescilli markanın başkasına devir edilebileceği, miras yolu ile intikal edebileceği, kullanma hakkının lisans konusu olabileceği ve rehnedilebileceği kabul edilmiştir.

Gerek Tasarı'nın 2. maddesi gerekse 556 sayılı KHK'nin 5.maddesinde markanın tanımı yapılırken, bir işletmenin mal veya hizmetlerini diğer bir işletmenin mal veya hizmetlerinden ayırt etmek olduğu belirtilmiştir. Dikkat edilecek olursa ayırt etmenin konusu farklı işletmelerin mal veya hizmetleridir. Markanın ayırt etme işlevinin, mal veya hizmetlerin birbirinden ayırt etmesi değil, bir işletmenin mal veya hizmetlerinin diğer bir işletmenin mal veya hizmetlerinden ayırt etmesini temin etmesi gerekmekte olup, bu da bizi köken ayırt etme işlevine götürmektedir. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı kararlarında 89/104 sayılı Marka Yönergesi'nin 10. Gerekçesi'nde marka korumasındaki amacın köken ayırt etme işlevini sağlamak olduğu belirtilmiştir. Bu nedenle markanın işletmeden bağımsız devrine ilişkin marka devir sözleşmesi incelenirken markanın köken ayırt etme işlevi özel bir önem taşımaktadır. Çünkü yakın geçmişe kadar bazı ülkelerde köken ayırt etme işlevi nedeniyle markanın işletmeden bağımsız olarak devrine izin verilmemiştir. Fakat markanın tüm malların aynı işletmeden geldiğini garanti etmesi gerekmekte olup, bir işletmenin üretimde tek başına kontrole sahip olduğunu ve bu işletmenin ürünlerin kalitesi için sorumlu tutulabileceğini garanti etmesi yeterlidir.

Markanın öncelikli işlevinin köken ayırt etme işlevi olması ve korunan diğer marka işlevlerinin köken ayırt etme işlevinin sonucu olarak değerlendirilmesi nedeni ile 556 sayılı KHK ile bazı hallerde markanın devrine ilişkin olarak bir takım sınırlamalar getirilmiştir. Buna göre 556 sayılı KHK 16/4 ve Tasarı'nın 39/4. maddesinde; markanın devrinin, mal veya hizmetlerin coğrafi kaynağı, kalitesi veya markanın kendisi ile ilgili olarak halkı yanılgıya düşürebilecek nitelikte olması durumunda, yeni marka sahibi halkı yanılgıya düşürmeyecek şekilde mal veya hizmetlerde marka tescilinin sınırlı hale getirilmesini kabul etmediği takdirde, devir işleminin TPE tarafından yapılmayacağı düzenlenmiştir. Yine 556 sayılı KHK 16/5. ve Tasarı'nın 39/5. fıkrasında, tescilli bir markanın devri sırasında aynı markanın veya ayırt edilemeyecek derecede benzerinin, aynı veya halkı yanılgıya düşürecek derecede benzeri mallar veya hizmetler için başka marka tescillerinin bulunması halinde, bu markaların da devredilmesinin şart olduğu belirtilmiştir. Söz konusu sınırlamalar ile kanun koyucu markanın köken ayırt etme işlevini korumaktadır.

556 sayılı KHK madde 6'ya göre, KHK'nin marka sahibine sağladığı haklar tescil ile oluşur. Böylece markanın tescil ile birlikte özel himayeden yararlanması ve marka sahibinin üçüncü kişilere karşı ileri sürebileceği hakları kazanmasının yanı sıra, malvarlığına dâhil olan bu mutlak hakkın ekonomik ve ticari açıdan değerlendirilmesine yönelik yapılan devir, lisans, rehin gibi hukuki işlemlerin üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi bakımından da önem taşımaktadır. Nitekim incelememizin konusunu da 556 sayılı KHK uyarınca tescilli markalar oluşturmakta olup, tescil edilmemiş markalar bakımından genel hükümler uygulanma alanı bulunmaktadır. Tescilli bir markanın, işletmeyle birlikte veya işletmeden bağımsız olarak, ortaklıkların birleşmesi veya ortaklığa sermaye olarak getirilmesi yoluyla, ivazlı veya ivazsız, miras yolu ile veya mahkeme kararıyla devredilmesi mümkün olup, konumuz açısından ise tescilli bir markanın 556 sayılı KHK uyarınca sözleşme ile devri incelenmiştir.

Karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarından oluşan bir hukuki işlem olan sözleşmeyle bir hakkın doğması, devri veya ortadan kaldırılması amaçlanabileceği gibi, bir borç ilişkisinin kurulması, sona erdirilmesi, aktif ve pasif süjelerinin

değiştirilmesi de söz konusu olabilir. 556 sayılı KHK ile markanın devre konu olabileceği kabul edilmekle birlikte devir sözleşmesinin tanımı yapılmamıştır. 556 sayılı KHK madde 16 uyarınca markanın devri sözleşmesinin bir tanımı yapılacak olursa; marka üzerindeki mutlak ve tekeli hakkı kısmen veya tamamen marka sahibinin malvarlığından çıkararak temelli olarak devralanın malvarlığına geçiren ve marka üzerindeki hak sahipliğini değiştiren sözleşme olarak tanımlanabilir. Marka hakkının devrinin temelini devir sözleşmesi oluşturmakta olup, bu sözleşmenin yapılmaması durumunda geçerli bir marka devrinden söz etmek mümkün değildir. Devir sözleşmesi marka hakkına doğrudan etki eden bir sözleşmedir. Yani marka hakkının devri sözleşmesi ile lisans sözleşmelerinden farklı olarak, hakkın yer ve süre koşulu ile kullanımından değil hakkın kendisi devredilmektedir.

Borçlar Kanunu madde 11/1 uyarınca kural olarak sözleşmeler herhangi bir şekle bağlı değildir. Fakat BK madde 11/2 uyarınca bir sözleşmenin şekle bağlı olarak yapılabileceği kanunda belirtilmiş ise bu durumda bu şekle uymadan yapılan sözleşme geçersiz olmaktadır. Nitekim KHK madde 15/2 uyarınca tescilli bir marka üzerindeki sağılar arası işlemlerin yazılı olarak yapılması gerektiği belirtilmiş olup, yazılılık şartı geçerlilik şartıdır. 556 sayılı KHK madde 16/3 uyarınca devir sözleşmesinin yazılı olarak yapılması ve taraflarca imzalanması gerektiği düzenlenmiştir. Aksi takdirde sözleşme taraflar arasında dahi hüküm ifade etmeyecektir. Taraflar arasında marka devir sözleşmesinin kurulması yeterli olup, bu nedenle devrin sicile kaydı kurucu değil bildirici bir etkiye sahip olacaktır.

556 sayılı KHK ile işletmenin devrinde aksinin kararlaştırılması durumunda markanın, işletme ile birlikte devredileceği düzenlenmiş olup, 556 sayılı KHK’de açıkça işletmeden bağımsız olarak devredilebileceğinden bahsedilmemiştir. Nitekim Tasarı ile bu eksiklik giderilmiş ve madde 38/1’de “Tescilli markanın, teşebbüsten bağımsız olarak, tescil edildiği mal veya hizmetlerin tümü ya da bir kısmı için devredilebileceği” düzenlenmiştir. 556 sayılı KHK’de markanın işletmeden bağımsız olarak devredilebileceği madde 16/2’den anlaşılabilenmekteyse de Markalar Kanunu Tasarısı’nda markanın bağımsız olarak devredilebileceğinin açıkça düzenlenmesi yerinde bir düzenleme olmuştur.

Marka sahibinin, marka hakkını ticari işletmesinden bağımsız olarak tek başına devredebileceği gibi, marka hakkını kapsayacak şekilde işletmesini bir bütün olarak devretmesi de mümkündür. Markanın devrinin işletme devri ile birlikte yapılması durumunda yazılılık şartının aranmayacağı kabul edilmektedir. Fakat işletmenin devri sözleşmesi borçlandırıcı nitelikte olup, devir ile işletmenin kül halinde devralana geçmesi için işletmeye dâhil unsurların her birinin kendine özgü tasarruf işlemlerinin yerine getirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle her ne kadar 556 sayılı KHK madde 16/2’de işletmenin devrinin aksi kararlaştırılmamış ise markanın devrini de kapsayacağı belirtilmiş ise de, marka devir sözleşmesinin yazılı yapılmasının geçerlilik koşulu olması nedeniyle ayrı bir devir sözleşmesi yapılmasına gerek olmamakla birlikte devredilecek markanın, devir sözleşmesinde açıkça belirtilmesi gerekmektedir.

Marka hakkının, devir sözleşmesinin yapıldığı anda devralana geçmesi nedeniyle devir sözleşmesi bir tasarruf işlemidir. Tasarruf işlemi bir hakkı doğrudan doğruya etkileyen, yapıldığı anda sözleşmeyi yapanın malvarlığında doğrudan doğruya bir azalma meydana getiren hukuki muamelelerdir. Marka devir sözleşmesinin bir tasarruf işlemi olması nedeniyle, 556 sayılı KHK’de hüküm bulunmayan hallerde alacağın temlikine ilişkin hükümler niteliğine uygun olduğu ölçüde uygulama alanı bulacaktır. Marka hakkının devri sözleşmesinin, bu işlemin dayanağı olan temel hukuki ilişkiden açık bir biçimde ayırt edilmesi gerekmektedir. Buna göre marka hakkının devri taahhüdü borçlandırıcı bir hukuki işlem olup, marka hakkının devrini taahhüt edene, devir konusu marka hakkını devretme borcu yükler. Borçlu, bu borcunu, marka hakkının devri sözleşmesi yapmak suretiyle yerine getirir. Marka hakkının devri taahhüdüne bir ivaz karşılığı olmaksızın varılmışsa bir bağışlama, devir taahhüdünün ivazlı olması halinde ise karşı edimin niteliğine göre satım ya da trampa sözleşmesi söz konusu olacaktır.

556 sayılı KHK madde 16 uyarınca markanın devrinin yazılı şekle tabi olması ve BK madde 22/2 hükmü uyarınca şekle bağlı bir sözleşmenin, vaaadinin de şekle bağlı olduğu düzenlenmiş ise de, markanın devri sözleşmesinin tasarrufi nitelikte

olması ve markanın devri taahhüdünün ise asıl borçlandırıcı sözleşme olması nedeniyle BK madde 22'nin markanın devri taahhüdü bakımından uygulama alanı bulması mümkün değildir. Bu anlamda markanın devri taahhüdünün asıl borçlandırıcı sözleşme olması nedeniyle alacağın temliki bakımından BK madde 163/2'de düzenlenen özel hükmün markanın devri taahhüdü bakımından da uygulanması mümkün değildir. 556 sayılı KHK madde 15/II gereğince tescilli bir marka üzerindeki sağlar arası işlemlerin yazılı şekilde yapılmasının öngörülmesi nedeniyle markanın devri taahhüdünü konu alan sözleşmenin de yazılı şekilde yapılması gerekmektedir.

556 sayılı KHK'de devir sözleşmesinin geçerliliği için yalnızca yazılı şeklin yeterli olması nedeniyle, devralanın devir sözleşmesi ile TPE'ye başvurusu durumunda, TPE'nin işbu sözleşmenin doğruluğunu araştırma yükümlülüğüne ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamakta olup Yönetmeliğin 19/3-son paragrafında Enstitü'nün makul nedenlerle şüpheye düşmesi durumunda mülkiyet değişikliği talebine ilişkin olarak talep sahibinden gerektiğinde noter tasdikli olması da dâhil her türlü delilin ibrazını isteyebileceği düzenlenmiştir. Öncelikle söz konusu düzenlemenin Yönetmelik ile değil kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Nitekim Markalar Kanunu Tasarısı'nın 39/8. maddesi ile devrin Sicile kaydı talebi ile ilgili olarak herhangi bir belgenin doğruluğundan şüpheye düşülmesi halinde Enstitü'nün delil sunulmasını isteyebileceği düzenlenmiştir. Tasarı ile getirilen bu düzenleme yerinde bir düzenleme olup, Tasarı'da söz konusu madde yer almasa da yorum yoluyla TPE'nin devre ilişkin bir hususta şüpheye düşmesi durumunda, böyle bir talep hakkının var olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Yönetmelikte bahsedilen "noter tasdikli olması da dahil her türlü delil" ibaresi 556 sayılı KHK ile çelişki yaratmaktadır. Buna göre 556 sayılı KHK ile markanın devri sözleşmesinde noter onayı kaldırılırken Yönetmelik ile söz konusu yetki Enstitü'ye verilmektedir. Böylece bazı durumlarda devreden ve devralan bakımından adi yazılı şekil ile yapılan markanın devri sözleşmesi, Enstitü tarafından kabul edilmemesi halinde bu kez noter onaylı yapılmak zorunda kalınacaktır. Bu durum taraflar açısından aynı devir sözleşmesinin 2 kez yapılması suretiyle külfetli bir hale gelecektir. Bu nedenle söz konusu hükme Yönetmelikte yer verilmesi yerinde bir düzenleme olmamıştır.

556 sayılı KHK madde 16/3'te markanın devri sözleşmesinin yazılı olarak yapılması yeterli olup, tescil kurucu değil, bildirici niteliktedir. Fakat devir, sicile kayıt edilmediği sürece, tarafların markanın tescilinden doğan yetkileri iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri süremeyeceği kabul edilmiştir. Bu durumda sicil kayıtlarına güvenerek işlem yapan 3. kişinin korunacağı sonucuna varmak devir sözleşmesinin tasarruf işlemi olması ve tescilin bildirici etkisi nedeniyle mümkün değildir. Tasarı'nın 39/7. maddesi uyarınca, Topluluk Markasıyla ilgili 40/94 sayılı Tüzüğün 17/6. maddesi ile uyum sağlanmış ve madde metninden iyi niyet kavramı çıkartılmıştır. Böylece Tasarı'nın 39/7. maddesi ile devralan kişinin devir sicile kaydedilmediği sürece marka tescilinden doğan hakları üçüncü kişilere karşı ileri süremeyeceği düzenlenmiştir.

Fakat tescilin bildirici etkisi birçok sıkıntıyı beraberinde getirmektedir. Bu nedenle tescilin bildirici etkisi doktrinde ve uygulamada farklı görüşlerin ortaya çıkmasına sebebiyet vermekte olup, tescilin kurucu etkisinin kabulü halinde uygulamada yaşanan ve Tasarı ile ortaya çıkabilecek sıkıntılar önlenmiş olacaktır.

Markanın devri sözleşmesinin kurulmasından sonra üçüncü bir kişinin markada üstün bir hak ileri sürerek markayı devralanın elinden alması ya da onun kullanılmasına engel olması veya marka hakkının belirtilen vasıflarda bulunmaması, gibi devredenin garanti sorumluluğunu gerektiren durumlar bakımından BK madde 169 ve 171'de düzenlenen temlik edenin sorumluluğunu düzenleyen garanti yükümlülüğünün ile hüküm bulunmayan hallerde ve mahiyetine uygun olduğu ölçüde taşınır satışına ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulacağıın kabulü gerekmektedir.

Markanın hükümsüzlüğü bakımından ise 556 sayılı KHK madde 42'de özel hüküm bulunmakta olup, markada hükümsüzlük sebeplerinden birinin bulunması, markanın devri ile KHK madde 7/f bendi ile bağlantılı olarak 42/I. Maddenin a bendi gereğince halkı yanıltıcı nitelikte olması veya markanın 556 sayılı KHK madde 41/I-e uyarınca, hak sahibinin veya yetkili kıldığı kişi tarafından kullanımı sonucunda, tescil edildiği mal veya hizmetlerin niteliği, kalitesi, üretim yeri ve coğrafi kaynağı

konusunda halkta yanlış anlama ihtimalini doğurması halinde markanın hükümsüzlüğüne karar verilebileceği kabul edilmiştir. Markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesi nedeniyle devir sırasında hükümsüzlük nedeninden haberdar olmayan devralan, Borçlar Kanunu madde 61 ve 556 sayılı KHK madde 44/b uyarınca ödediği bedeli devredenden kısmen veya tamamen isteyebilecektir. Markanın devrinden hemen sonra hükümsüzlük kararı verilmişse devralanın markadan faydalanması mümkün olmayacağı için ödediği bedelin tamamını isteyebilecektir. Fakat devralanın marka hakkından bir süre faydalanması durumunda devir bedelinden uygun bir indirimin yapılması gerekir. Nitekim 556 sayılı KHK'nin 44/b maddesinde, markanın hükümsüzlüğüne karar verilmeden önce yapılmış ve uygulanmış sözleşmelerin, hal ve şartlara göre haklı sebepler ve hakkaniyet düşüncesi ile sözleşme uyarınca ödenmiş bedelin kısmen veya tamamen iadesinin mümkün olduğu düzenlenmiştir. Markanın devri sırasında devreden kişi, hükümsüzlük nedenlerinden birinin mevcut olduğunu bilmesine rağmen devralan kişiye bu nedenleri söyleyerek markayı devretmişse, markanın devirden sonra hükümsüzlüğüne karar verilmesi durumunda devralanın 556 sayılı KHK madde 44/II ve Markalar Kanunu Tasarısı madde 49/3 uyarınca zararının giderilmesine ilişkin tazminat talebinin olduğunu kabul edilmiştir. Burada devralanın garanti yükümü nedeniyle de devredene başvurabileceğinin kabulü gerekir.

556 sayılı KHK madde 21 uyarınca, "lisansın sicile kaydedilmediği sürece iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceği" düzenlenmiş olup, bu nedenle lisans sözleşmesinin yapılmasından fakat sicile kaydedilmesinden önce marka hakkının devredilmesi durumunda ise devralan kişinin ancak kötüniyetli olması durumunda lisans sahibi lisans hakkını kötüniyetli devralana karşı ileri sürebilecektir.

Görüleceği üzere markanın devri sözleşmesi nedeniyle garanti yükümlülüğünü, tescil engellerini ve hükümsüzlüğü doğuran hallerin en büyük nedeni, devir sözleşmesinin Sicile tescilinin kurucu değil, bildirici etkisinden kaynaklanmakta olup, markanın devri sözleşmesinin Sicile bildirimini zorunlu hale getirilmesi ve sicil kayıtlarının kurucu etkisinin kabul edilmesi halinde, sicil kayıtlarına olan güvenin ve sicil kayıtlarından beklenen etkinin sağlanması mümkün olacaktır.

KAYNAKLAR

ACEMOĞLU, Kevork: **Borçlar Kanunu'nun 179. Maddesine göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri**, İstanbul 1971.

ARKAN, Sabih: **Marka Hukuku**, C.I, Ankara 1997.

ARKAN, Sabih: **Marka Hukuku**, C.II, Ankara 1998.

ARKAN, Sabih: **Marka Hakkına Tecavüz- İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu**, Batıder, 2000, C.XX, ss.5-13.

ARKAN, Sabih: **Marka Hakkının Tüketilmesi**, Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, ss.197-268.

ARKAN, Sabih: **Ticari İşletme Hukuku**, Ankara 2010.

ARKAN, Sabih: **Yabancı Markaların Türkiye'de Korunması**, Batıder, Haziran 1999 C.XX, ss.5-17.

ARKAN, Sabih: Batıder, Aralık 1999 C.XX S.2 **İşaret ile Marka Arasında Bağlantı İhtimali ve İltibas (Karıştırma) Tehlikesi**, ss.5-11.

ARAL, Fahrettin: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara, 2003.

ARSEBÜK, Esat: **Alacağın Temliki ve Borcun Nakli**, Merhum Ord. Profesör Esat Arsebük'ün Son Dersi, dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/326/3249.pdf (06.07.2010)

ARSEVEN, Haydar, **Nazari ve Tatbiki Alameti Farika Hukuku**, İstanbul 1951.

BAŞTUĞ, İrfan ve Ercüment ERDEM: **Ticari İşletme Hukuku**, Ankara, 1993.

BERZEK, Ayşe Nur: **Tescilli Markanın Korunmasına İlişkin Sorunlar**, Tandoğan'a Armağan, Ankara, 1990.

BERZEK Ayşe Nur: **556 Sayılı KHK'de Markaların Düzenlenmesi**, Prof. Dr. Oğuzman'a Armağan, İstanbul 1998, ss.77-88

ÇAMLIBEL TAYLAN, Esin: **Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi**, Ankara 2001.

DAYINLARLI, Kemal: **Borçlar Kanunu'na Göre Alacağın Temliki**, Ankara 2008.

ERYAL, Yahya: **Ticaret Hukuku**, Trabzon 2002.

DOĞAN, Beşir Fatih: **Marka Hukukunda Kullanım Sonucu Ayırt Edici Güç Kazanma**, Batıder, Haziran 2007, S.1 , ss.219-238.

DOMANİÇ, Hayri ve Erol ULUSOY: **Ticaret Hukukunun Genel Esasları**, İstanbul 2007.

DÖNMEZ, İrfan: **Markalar ve Haksız Rekabet Davaları**, İstanbul 1992.

EREN, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2008.

ERGÜN, Şeyda: **Marka Hukuku, Tanımı, Türleri, Tescil Engelleri**, http://www.upb.org.tr/index.php?option=com_content&task=view&id=59&Itemid=9 (25 OCAK 2007).

EROĞLU, Sevilay: **Marka Hakkını Kurucu ve Koruyucu Olarak İnternette İşaretten Yararlanma**, Prof.Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ocak 2002, ss-461-483.

GÜNEŞ, İlhami: **Uygulamada Fikri Mülkiyet Hakları ve Haksız ve Rekabet Davaları**, Ankara 2009.

HİRŞ, Ernest: **Ticaret Hukuku Dergisi**, İstanbul 1948.

KARAHAN, Sami: **Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları**, Konya 2002.

KARAHAN, Sami: **Ticari İşletme Hukuku**, Konya 1998.

KARAYALÇIN, Yaşar: **Ticaret Hukuku**, Ankara 1968.

KARAHASAN, Mustafa Reşit: **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.1**, İstanbul 2002.

KESKİN, Serap: **Patent ve Markanın Ceza Normları ile Korunması**, Ankara 2003.

KIRCA, İsmail: **Markaların Milletlerarası Tescili, Madrid Sistemi**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2005.

KORKUT, Ömer: **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Haziran 2008, S.3, C.XXIV ss.389-399.

KÖPRÜLÜ, Bülent: **Medeni Hukuk, Genel Prensipler, Kişinin Hukuku**, İstanbul 1984.

MERAN, Necati: **Marka Hakları ve Korunması**, Ankara 2008.

MOROĞLU, Erdoğan ve Abuzer KENDİGELEN: **Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat**, İstanbul 2004.

NOYAN Erdal: **Marka Hukuku**, Ankara 2009.

OĞUZMAN, Kemal ve Nami BARLAS: **Medeni Hukuk**, İstanbul 2007.

ÖÇAL, Akar: **Türk Hukukunda Markaların Himayesi**, Ankara 1967.

OĞUZMAN Kemal ve Turgut ÖZ: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2009.

ÖZDAL, Şule: **556 Sayılı KHK'nin 5. Maddesi Çerçevesinde Marka Olarak Tescil Edilebilecek İşaretler**, İstanbul 2005.

ÖZEL, Çağlar: **Marka Lisansı Sözleşmesi**, Ankara 2002.

ÖZSUNAY, Ergun: **Medeni Hukuka Giriş**, İstanbul 1986.

ÖZARMAĞAN, Müge: **Marka Hakkının Kullanmama Nedeniyle Sona Ermesi**, İstanbul 2008.

PINAR, Hamdi: **Uluslar arası Rekabette Fikri Mülkiyet Haklarının Önemi ve Türkiye**, İstanbul 2004.

POROY Reha ve Ünal TEKİNALP: **Marka Hakkına İlişkin Bazı Sorunlar**, Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, ss.333-345.

POROY Reha, Ünal TEKİNALP ve Ersin ÇAMOĞLU: **Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku**, İstanbul 2007 .

REİSOĞLU, Safa: **Borçlar Hukuku**, İstanbul 2008.

REİSOĞLU, Safa: **Türk Eşya Hukuku, C.I**, Ankara 1980.

SAKA, Zafer: **Ticaret Hukuku**, İstanbul 1998.

SAĞLAM Mehmet Adil: **Türk Markalar Kanunu Şerhi ve Tatbikatı**, Ankara 1973.

SEROZAN, Rona: **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul 2002.

SERT, Selin: **Markanın Kullanılması Yükümlülüğü**, Ankara 2007.

ŞANAL Osman: **Markalarda Hükümsüzlük Davaları**, Ankara 2006.

TANDOĞAN, Haluk: **Borçlar Kanunu, Özel Borç İlişkileri**, C.I/1,4 B. Ankara 1985.

TEKİL, Fahiman: **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul 1997.

TEKİNALP, Ünal: **Fikri Mülkiyet Hukuku**, İstanbul 2005.

TEKİNAY, Selahattin: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 1985.

TÜZÜNER, Özlem: **Marka Rehni Sözleşmesi ve Uygulanacak Hukuk**, İstanbul 2007.

UZUNALLI, Sevilay: **Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Markanın Köken Ayırt Etme İşlevi ile Bağlantılı Kavramların Yorumu**, İzmir 2008.

ÜLGEN, Hüseyin, Ömer Teoman, Mehmet Helvacı, Abuzer Kendigelen, Arslan Kaya, N. Füsun Nomer Ertan: **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul 2006.

ÜNAL, Mücahit: **Marka Tescilinden Doğan Haklarla İlgili Hukuki İşlemler**, Ankara 2007.

YASAMAN, Hamdi: **Marka Hakkının Niteliği ve Tanınmış Markalar Hakkında**, GSÜHFD, 2/2002, s.151-158.

YASAMAN, Hamdi: **Şirketlerin Birleşmeleri ve Bölünmeleri**, Ünal Tekinalp'e Armağan, C.I İstanbul 2003.

YASAMAN, Hamdi: **Marka Hukuku İle İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları**, İstanbul 2008, s. 395-399.

YAVUZ, Cevdet: **Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler**, İstanbul 2007.

YASAMAN, Hamdi: **Reha Poroy. Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul 2001.

YASAMAN, Hamdi, Sıtkı Anlam Altay, Tolga Ayoğlu, Fülürya Yusufoglu, Sinan Yüksel: **Marka Hukuku 556 sayılı KHK Şerhi**, İstanbul 2004, C.I.

YASAMAN, Hamdi: **Hizmet Markaları**, BATİDER, 1975, C.VIII, ss.73-93.

ZEVKLİLER, Aydın: **Özel Borç İlişkileri**, Ankara, 2008.