

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

MARKA DEVİR SÖZLEŞMESİ



Doktora Tezi

Büşra ŞAHİN AYDIN

Ankara,2023

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

MARKA DEVİR SÖZLEŞMESİ

Doktora Tezi

Büşra ŞAHİN AYDIN

Tez Danışmanı

Doç. Dr. Ömer ARBEK

Ankara,2023

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

Büşra ŞAHİN AYDIN

MARKA DEVİR SÖZLEŞMESİ

Doktora Tezi

Tez Danışmanı

Doç. Dr. Ömer ARBEK

TEZ JÜRİSİ ÜYELERİ

Adı ve Soyadı

1. Doç. Dr. Ömer ARBEK
2. Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR
3. Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN
4. Prof. Dr. Süleyman YILMAZ
5. Doç. Dr. Yıldız ABİK

Tez Savunma Tarihi: 24.10.2023

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne

Doç. Dr. Ömer ARBEK danışmanlığında hazırladığım “Marka Devir Sözleşmesi (Ankara.2023)” adlı doktora tezindeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim.

24.10.2023

Büşra ŞAHİN AYDIN

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	i
KISALTMALAR CETVELİ.....	vi
GİRİŞ.....	1
BİRİNCİ BÖLÜM.....	3
MARKA KAVRAMI VE MARKANIN HUKUKİ İŞLEMLERİN KONUSUNU TEŞKİL ETMESİ	3
§ 1. MARKA KAVRAMI	3
I. MARKANIN TANIMI.....	3
II. MARKANIN UNSURLARI	7
III. MARKA HAKKININ DOĞUMU	11
IV. MARKA HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ	15
V. MARKA FORMLARI.....	17
A. Genel Olarak	17
B. Kişi Adları	18
C. Sözcükler.....	19
D. Üç Boyutlu Tasarımlar.....	19
E. Harfler ve Sayılar.....	20
F. Sesler.....	20
G. Renkler	21
H. Kokular ve Tatlar.....	24
I. Hareketler.....	26
VI. MARKANIN FONKSİYONLARI	27
A. Ayırt Etme Fonksiyonu	27
B. Kaynak Gösterme Fonksiyonu.....	28
C. Reklam Fonksiyonu	29
D. Güven, Garanti ve Kalite Fonksiyonu	30
VII. MARKANIN BENZER İŞARETLERDEN FARKI	31
VIII. MARKA TÜRLERİ	33
A. Bireysel Markalar.....	33
B. Ortak Markalar	33
C. Garanti Markaları	35
§ 2. TERMİNOLOJİ VE MEVZUAT	36
I. TERMİNOLOJİ SORUNU.....	36
II. MARKA HUKUKUNA İLİŞKİN ULUSAL VE ULUSLARARASI MEVZUAT	38
A. Genel Olarak	38

<i>B. Türk Marka Hukukunun Başlıca Ulusal Kaynakları</i>	38
1. 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu	38
2. 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik	39
3. 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname	39
4. Marka Tescil Başvurularına Ait Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğ	40
<i>C. Türk Marka Hukukunun Başlıca Uluslararası Kaynakları</i>	40
1. Marka Kanunu Anlaşması (Trademark Law Treaty/TLT)	40
2. Markaların Uluslararası Tesciline Dair Madrid Anlaşması ve Markaların Uluslararası Tesciline Dair Madrid Anlaşmasına İlişkin Protokol (Madrid Agreement Concerning The International Registration of Marks and Protocol Relating to the Madrid Agreement Concerning The International Registration of Marks)	41
3. Sınai Hakların Korunmasına İlişkin Paris Sözleşmesi (Paris Convention for the Protection of Industrial Property)	41
4. Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights/TRIPS)	42
5. Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına Dair Nice Anlaşması (Nice Agreement Concerning the International Classification of Goods and Services for the Purposes of the Registration of Marks)	42
6. Markaların Figüratif Elemanlarının Uluslararası Sınıflandırılmasına Dair Viyana Anlaşması (Vienna Agreement Establishing an International Classification of the Figurative Elements of Marks)	43
§ 3. MARKANIN HUKUKİ İŞLEMLERE KONU OLMASI	43
I. GENEL OLARAK	43
II. MARKA LİSANSI	46
III. MARKANIN REHNİ	49
IV. MARKANIN HACZİ	51
V. MARKANIN DEVRİ	55
A. Genel Olarak	55
B. Markanın Sözleşmeyle Devri	59
1. Borçlandırıcı İşlem-Markanın Devri Taahhüdü	59
2. Tasarruf İşlemi-Marka Devir Sözleşmesi	62
C. Markanın Ticari İşletmenin Devri ile İntikali	65
1. Genel Olarak	65
2. Markanın Ticari İşletme ile Birlikte Devrinde Şekil Sorunu	68
D. Markanın Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi veya Bölünmesi Suretiyle İntikali	75
E. Markanın Ticaret Şirketlerine Sermaye Olarak Taahhüt Edilmesi	77
F. Markanın Mahkeme Kararı ile Devri	79
G. Markanın Kanun Gücüyle İntikali	83
İKİNCİ BÖLÜM	84
MARKA DEVİR SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, KONUSU, COĞRAFİ KAPSAMI, HUKUKİ NİTELİĞİ, BENZER HUKUKİ İŞLEMLERLE KARŞILAŞTIRILMASI	84

§ 3. MARKA DEVİR SÖZLEŞMESİNİN TANIMI	84
§ 4. MARKA DEVİR SÖZLEŞMESİNİN KONUSU	85
I. GENEL OLARAK	85
II. MARKANIN KISMİ DEVRİ	86
III. TESCİLSİZ MARKALARIN DEVRİ	92
IV. MARKA TESCİL BAŞVURULARININ DEVRİ	95
V. KİŞİ ADLARINDAN MÜTEŞEKKİL MARKALARIN DEVRİ	96
VI. MARKA HAKKININ KAPSAMI VE İSTİSNALARI	99
A. <i>Hakkın Kapsamı</i>	99
B. <i>Hakkın Kapsamının İstisnaları</i>	114
§ 5. MARKA DEVİR SÖZLEŞMESİNİN COĞRAFİ KAPSAMI	120
I. ULUSAL (YEREL) MARKALAR BAKIMINDAN	120
II. ULUSLARARASI TESCİLLİ MARKALAR BAKIMINDAN	122
III. BİRLİK MARKALARI BAKIMINDAN	123
§ 6. MARKA DEVİR SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ	124
I. BİREYSEL MARKALAR BAKIMINDAN	124
A. <i>Rızai Bir Sözleşmedir</i>	124
B. <i>Tasarruf İşlemi Niteliğindedir</i>	124
C. <i>Sebebe Bağlı (İlli) Bir Hukuki İşlemdir</i>	128
D. <i>Kendine Özgü (Sui Generis) Yapısı Olan İsimsiz (Atipik) Bir Sözleşmedir</i>	130
E. <i>Ani Edimli Bir Sözleşmedir</i>	133
II. ORTAK MARKA VE GARANTİ MARKALARI BAKIMINDAN	133
§ 7. MARKA DEVİR SÖZLEŞMESİNİN BENZER HUKUKİ İŞLEMLERLE KARŞILAŞTIRILMASI	134
I. MARKA LİSANSI SÖZLEŞMESİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI	134
II. ALACAĞIN DEVRİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI	138
III. MARKA REHNİ SÖZLEŞMESİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI	142
IV. DİĞER BAZI İSİMSİZ SÖZLEŞMELERLE KARŞILAŞTIRILMASI	144
A. <i>Franchise Sözleşmesi ile Karşılaştırılması</i>	144
B. <i>Leasing Sözleşmesi ile Karşılaştırılması</i>	149
§ 8. MARKANIN SERBESTÇE DEVREDİLEBİLİRLİĞİNİN SINIRLARI	153
I. GENEL OLARAK	153
II. MARKA HUKUKUNDAN DOĞAN SINIRLAR	154
III. İCRA VE İFLAS HUKUKUNDAN DOĞAN SINIRLAR	159
IV. TİCARET HUKUKUNDAN DOĞAN SINIRLAR	161
V. REKABET HUKUKUNDAN DOĞAN SINIRLAR	164

VI. HAKSIZ REKABET HUKUKUNDAN DOĞAN SINIRLAR.....	167
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	170
MARKA DEVİR SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI, TESCİLİ VE HÜKÜMLERİ	170
§ 9. MARKA DEVİR SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI	170
I. GENEL OLARAK	170
II. SÖZLEŞMENİN KURUCU UNSURLARI.....	173
A. <i>Sözleşmenin Tarafları</i>	173
1. Genel Olarak.....	173
2. Devreden.....	173
3. Devralan	179
B. <i>Tarafların Ehliyeti</i>	181
1. Fiil Ehliyeti	181
2. Tasarruf Ehliyeti	181
C. <i>Tarafların Karşılıklı İrade Beyanlarının Uygunluğu</i>	182
1. Genel Olarak.....	182
2. Esaslı Noktalar	184
a. Genel Olarak	184
b. Sözleşmenin Objektif Esaslı Noktaları	185
c. Sözleşmenin Sübjektif Esaslı Noktaları	187
3. Yan Noktalar	189
a. Genel Olarak	189
b. Sözleşmenin Objektif Yan Noktaları.....	190
c. Sözleşmenin Sübjektif Yan Noktaları	190
III. SÖZLEŞMENİN ŞEKLİ VE ŞEKLE AYKIRILIĞIN SONUÇLARI	192
A. <i>Sözleşmenin Şekli</i>	192
B. <i>Şekle Aykırılığın Hukuki Sonuçları</i>	197
§ 10. MARKA DEVİR SÖZLEŞMESİNİN SİCİLE TESCİLİ	200
I. TESCİLİN ETKİSİ	200
II. ŞEKLİ VE MADDİ ANLAMDA MARKA HAKKI, İYİNİYETLE KAZANIM VE KULLANIM YETKİSİ	203
A. <i>Genel Olarak</i>	203
B. <i>Maddi (Gerçek/Asli) ve Şekli (Resmi) Anlamda Marka Hakkı Sahipliği</i>	204
C. <i>Markanın Gerçekte Hak Sahibi Olmayan Kişiden İyiniyetle Kazanımı Mümkün Müdür?... 206</i>	
D. <i>Markanın Devri ile Devrin Tescili Arasındaki Süreçte Marka Sahipliğinden Doğan Hakları</i>	
<i>Kullanım Yetkisi Kime Aittir?.....</i>	<i>211</i>
III. MARKA SİCİLİNE TESCİL EDİLECEK DEVİRLER.....	215
IV. MARKA BAŞVURULARININ DEVİRİNİN TESCİLİ	216
§ 11. MARKA DEVİR SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMLERİ	216

I. DEVRİN HUKUKİ SONUÇLARI.....	216
A. Hak ve Yükümlülüklerin Devri.....	216
B. Hükümsüzlük ve İptal Kararı.....	222
C. Devredenin Garanti Sorumluluğu	228
D. Sınırlandırma (Birlikte Var Olma) Anlaşmaları (Abgrenzungs- oder Koexistenzvereinbarungen)	233
II. YASAL ÖNALIM HAKKI	239
A. Hakkın Doğumu	239
B. Hakkın Kullanılması ve Hükümleri.....	245
SONUÇ	248
KAYNAKÇA.....	268
ÖZET	280
ABSTRACT	281

KISALTMALAR CETVELİ

AB	: Avrupa Birliği
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
Abs.	: Absatz
Art.	: Artikel
b.	: Bent
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	: Bundesgerichtshof
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Diss.	: Dissertation
DPMA	: Deutsches Patent- und Markenamt
E.	: Esas
E.T.	: Erişim Tarihi
EuGH	: Europäischer Gerichtshof
EUIPO	: European Union Intellectual Property Office
f.	: Fıkra
FMR	: Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi
GWB	: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen/Alman Rekabet Yasası
HD.	: Hukuk Dairesi

HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
HMK.	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İ.Ü.	: İstanbul Üniversitesi
İİK.	: İcra İflas Kanunu
İÜHFİM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
m.	: Madde
MarkenG.	: Markengesetz-Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen
MSchG.	: Bundesgesetz über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben
Nr.	: Nummer
RKHK.	: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
Rn.	: Randnummer
s.	: Sayfa
S.	: Sayfa Aralığı
SMK.	: 6769 s. Sınai Mülkiyet Kanunu
SMKUDY.	: Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik
T.	: Tarih
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TBK.	: 6098 s. Türk Borçlar Kanunu

TİTRK	: Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu
TLT	: Trademark Law Treaty
TMK.	: Türk Medeni Kanunu
TPE	: Türk Patent Enstitüsü
TRIPS	: Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
TSY	: Ticaret Sicili Yönetmeliği
TTK.	: 6102 s. Türk Ticaret Kanunu
UMV	: Unionsmarkenverordnung
Univ.	: Universität
vd.	: Ve devamı
WIPO	: World Intellectual Property Organization
WTO	: World Trade Organization

GİRİŞ

Günümüz dünyasında markalar, bir yönüyle ticari hayatta hatırı sayılır düzeyde bir prestiji diğer yönüyle, olağanüstü düzeyde bir iktisadi varlığı temsil eder. Marka, yalnızca iktisadi literatürde değil, aynı zamanda yasal literatürde de, marka sahibinin ticaret konsepti içinde yeri doldurulamaz bir pazarlama aracı ve potansiyel alıcıların öncelikle ürünün kalitesi ve diğer özellikleri hakkında bir dizi mesaj aldığı bir iletişim aracı olarak nitelendirilir. Ticari işletmelerin hedeflerine ulaşma yolunda seçtikleri markasal işaret, marka sahibinin önemli gelir elde edebileceği büyük bir iktisadi değeri bünyesinde barındırır. Bu ticari önemi son zamanlarda markanın ticari kullanımının geleneksel tezahürlerinin önüne geçen marka devrinin ve marka lisanslarının popülaritesini açıklar.

Ticari markaların yasal olarak pazarlanabilirliği, yani mal veya hizmetleri bireyselleştirici etkisiyle markadan yasal zeminde yararlanma ihtiyacı, bu noktada bizi markanın devri yahut lisanslanması gibi hukuki kavramlarla karşı karşıya getirir. Geçmişte markanın devir ya da lisanslama yoluyla ekonomik olarak değerlendirilebilirliğine ilişkin tartışmalar bir yana bırakılacak olursa, bugün itibariyle markalar, ülkemiz ve dünyadaki mevcut marka hukuku sistemi çerçevesinde, bağımsız ve serbestçe transfer edilebilir nitelikte varlıklar olarak tasarlanmıştır. İşbu çalışmanın konusu da, markanın sahip olduğu bu iktisadi değerden faydalanmanın en önemli hukuki araçlarından biri olarak görülen markanın devridir.

Çalışma ana inceleme alanı itibariyle marka devir sözleşmesini konu edinmektedir. Bu bağlamda çalışmanın ilk kısmında, marka kavramı üzerinde durulmakta, ardından markanın genel manada hukuki işlemlere konu olması ve özel anlamda markanın devrini konu edinen çeşitli hukuki işlemler ele alınmaktadır.

Çalışmanın ikinci kısmı itibariyle, markanın taraf iradeleri ile devredilmesini konu edinen marka devir sözleşmelerinin ayrıntılı olarak incelenmesine başlanmakta ve bu

kapsamda marka devir sözleşmesinin tanımı, konusu, coğrafi kapsamı, hukuki niteliği ele alınmakta, ardından marka devir sözleşmesinin benzer hukuki işlemlerle karşılaştırılması yapılmaktadır.

Çalışmanın üçüncü ve son kısmında ise, marka devir sözleşmesinin kurulması, tescili ve hükümleri üzerinde durulmaktadır. Bu kapsamda marka devir sözleşmesinin kurucu unsurları, şekli, sözleşmenin marka siciline tescili ve tescilin etkisi incelenmekte ve nihai olarak devir sözleşmesinin hukuki sonuçları ele alınmaktadır.

Çalışmanın genelinde, marka devir sözleşmesi Türk marka hukuku mevzuatı ekseninde ele alınmakta, mevzuattaki eksiklik ve aksaklıklar ile uygulamada ortaya çıkan ve çıkabilecek sorunların çözümü adına uluslararası hukuk örnekleri, özellikle Avrupa Birliği, Alman ve İsviçre marka hukukları bağlamında kıyasa tabi tutulmaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

MARKA KAVRAMI VE MARKANIN HUKUKİ İŞLEMLERİN KONUSUNU TEŞKİL ETMESİ

§ 1. MARKA KAVRAMI

I. MARKANIN TANIMI

Marka, ticari işletmelerin, kendi emek ve çalışmaları sonucunda meydana getirdikleri ürünlerin, diğer işletmelerin meydana getirdikleri aynı tür ürünlerden ayrılması amacıyla kullanılan işaretlerdir¹. Marka, üzerinde kullanıldığı mal veya hizmetin, belirli bir müessese tarafından ve belirli vasıfları haiz bir biçimde üretildiğini veya sunulduğunu gösterir. Yani markalar esas itibarıyla, mal veya hizmetleri bireyselleştirir ve onların menşei hakkında bilgi verirler².

Marka kavramı; 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu³'nun marka olabilecek işaretleri düzenleyen 4. maddesinde dolaylı olarak tanımlanmıştır. SMK. m. 4/f. 1'e göre; "*Marka, bir*

¹ **Götting, Horst-Peter**, Gewerblicher Rechtsschutz Patent-, Gebrauchsmuster-, Design- und Markenrecht, C. H. Beck, 11. Auflage, München 2020, s. 362; **Böhm, Andreas**, Markenverträge, Berlin, November 2018, s. 10.

² **Lewalter, Ivo**, Die Markenübertragung-die Verfügung über Markenrechte und ihr gutgläubiger Erwerb, JWV, Jenaer Wiss. Verl.-Ges., Jena 2009, s. 2; **Jehle, Felix**, Marken- und Patentrechte in Unternehmen, Nomos Verlagsgesellschaft, 1. Auflage, Frankfurt am Main, Univ., Diss., 2019, s. 40.

³ 22.12.2016 tarihinde kabul edilen ve 10.01.2017 tarihinde 29944 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu, 24.06.1995 tarihli ve 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'yi yürürlükten

teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işareten oluşabilir.” Yine Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması (TRIPS)’nın 15. maddesinde; *“Bir işletmenin mal ve hizmetlerini diğer işletmelerin mal ve hizmetlerinden ayıran herhangi bir işaret veya işaret kombinasyonu bir marka oluşturabilecektir. Bu tür işaretler, özellikle kişisel adları, harfleri, sayıları, mecazi unsurları içeren sözcükler, renk kombinasyonları ve bu tür işaret kombinasyonları, marka olarak tescil edilmek için uygun addedilecektir...”* ifadelerine yer verilmiştir.

Avrupa Birliği Marka Tüzüğü’nde (Unionsmarkenverordnung/UMV) birlik markasının; kişisel isimler dahil olmak üzere özellikle sözcükler, resimler, harfler, sayılar, renkler, malların şekli veya ambalajı ile seslerden oluşabileceği ifade edilmiştir. Birlik markası; bir teşebbüse ait mal veya hizmetleri başka teşebbüslerin mal veya hizmetlerinden ayıran ve resmi makamlar ve kamuoyunun markanın sahibine sağladığı korumanın konusunu açık ve net bir biçimde belirleyebileceği şekilde Avrupa Birliği Marka Sicili’nde gösterilebilen işaretler şeklinde tarif edilmektedir (UMV §4). Yine Alman Marka Kanunu (Markengesetz/MarkenG)’nda; kişi adları da dahil olmak üzere, özellikle sözcükler, resimler, harfler, sayılar, sesler, bir ürünün veya ambalajının şeklini içeren üç boyutlu tasarımlar ile renk ya da renk kombinasyonları gibi sair biçimlerin, bir şirketin mal veya hizmetlerini, diğer şirketlerin mal veya hizmetlerinden ayırmaya uygun olmaları koşuluyla marka olarak kabul

kaldırmıştır. Sınai Mülkiyet Kanunu Geçici m.1/f.1’e göre; *“Bu Kanunun yayımı tarihinden önce Enstitüye yapılmış olan ulusal ve uluslararası marka ve tasarım başvuruları ile coğrafi işaret başvuruları, başvuru tarihinde yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre sonuçlandırılır.”*

edilebileceği ifade edilmiştir (MarkenG §3). İsviçre Federal Marka Yasası (Bundesgesetz über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben/MSchG) kapsamında; marka, bir şirketin mal veya hizmetlerini diğer şirketlerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye uygun bir işaret olarak tanımlanırken; sözcükler, harfler, sayılar, resimli temsiller, üç boyutlu tasarımlar veya bu tür unsurların birbirleriyle veya renklerle kombinasyonlarının marka olarak kabul edilebileceği öngörülmektedir (MSchG. Art. 1).

Yukarıda ifade edilen mevcut düzenlemelerden hareketle marka kısaca, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini, diğer teşebbüslerin mal veya hizmetlerinden ayırmaya yarayan ve markanın sahibine sağladığı korumanın konusunu anlaşılabilir kılacak şekilde sicilde gösterilebilir nitelikteki işaret olarak tanımlanabilir.

SMK’da marka olabilecek işaretlere ilişkin düzenleme, mülga 556 sayılı KHK’deki düzenlemeden farklılık arz etmektedir. Mülga 556 s. KHK m. 5’te marka; “...çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaret” olarak tarif edilmişti. Yeni düzenleme ile marka tanımındaki ‘çizimle görüntülenebilme ve baskı yoluyla yayınlanabilme’ şeklindeki sınırlamanın kaldırılması ve daha kapsayıcı bir marka tarifinin getirilmesi suretiyle marka olabilecek işaretlerin genişletilmesi amaçlanmıştır⁴. Bu bakımdan mülga 556 s. KHK m. 5’te bulunan

⁴ Bu husus 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’nun 5. maddesinin gerekçesinde şu şekilde ifade edilmektedir: “Ticarette Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması (TRIPS)’nın 15 inci maddesi ile yeni 2015/2436 sayılı Avrupa Birliği (AB) Marka Direktifi ve 2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğüne uygun olarak madde metni düzenlenmiştir. 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede yer alan çizimle görüntülenebilme şartı yerine yeni marka türlerinin tesciline de imkân verebilecek şekilde işaretin, marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde

marka tarifindeki “...çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaret” ifadesi yerine; SMK. m. 4’te; markanın, “sicilde gösterilebilir olması şartıyla kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işareten oluşabileceği” düzenlemesi getirilmiştir.

Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması (TRIPS) m. 15’te yer alan korunabilir marka konusuna ilişkin düzenlemede, marka olabilecek işaretler konusunda geniş bir yelpaze öngörüldüğü görülmektedir. Yine Avrupa Birliği Marka Tüzüğü’nde yapılan değişikliklerle “çizimle görüntülenebilme şartı”nın kaldırılarak⁵ renkler ve sesler gibi işaretlerin marka olabilecek işaretler arasında sayıldığı, Alman marka mevzuatında yapılan değişiklikler ile

gösterilebilir olması şartı eklenmiştir. Böylelikle pek çok ülkede tescili kabil görülen ses markalan, hareketli markalar gibi geleneksel olmayan marka çeşitlerinin tescili açısından zorluk yaratan çizimle görüntülenebilme şartı yerine, mehz AB düzenlemesindeki esnek yaklaşım benimsenmiştir. Bu kapsamda markanın sicilde gösteriminin erişilebilir, kalıcı, somut olması ve korumanın konusunun yetkili makamlar ve halk tarafından açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayacak biçimde olması gerekmektedir. Marka olabilecek işaretlerin markanın asli işlevi olan ayırt etme şartını da yerine getirmesi gerekmektedir. Marka olabilecek işaretler sayılırken, 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 5 inci maddesine benzer şekilde sınırlı bir sayma yöntemi benimsenmemiş, "her tür işaret" ibaresi kullanılmak suretiyle marka olabilecek işaretlerin madde hükmünde sayılanlarla sınırlı olmadığı ifade edilmiştir.”

⁵ 14 Haziran 2017 tarihli Avrupa Birliği 2017/1001 sayılı Marka Tüzüğü için bkz. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?qid=1506417891296&uri=CELEX:32017R1001#ntr2-L_2017154DE.01000101-E0002 (E.T. 17.02.2022).

marka olabilecek işaretlerde sınırlayıcı ifadelerin kaldırılarak örnekleyici (tadadi) bir sayım⁶ yönteminin tercih edildiği⁷ göz önünde bulundurulacak olursa⁸, iç hukukumuzda uluslararası mevzuata uygun olarak daha esnek bir marka tanımının kabul edilmiş olması yerinde bir tercih olmuştur.

II. MARKANIN UNSURLARI

SMK. m. 4'te, markaya ilişkin olarak dolaylı yoldan yapılan tanımdan hareketle, bir markadan bahsedebilmek için üç temel unsurun bulunması gerektiği söylenebilir. İlk unsur, bir '*işaret*'in bulunması; ikincisi, bu işaretin '*ayırt edici nitelik*' taşıması ve üçüncüsü, işaretin marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde '*sicilde gösterilebilir olma*'sıdır.

İşaret, markayı da bünyesinde barındıran; belirti, gösterge, alamet gibi anlamları ihtiva eden geniş bir kavramdır. Bir işaretin marka olarak nitelendirilebilmesi, ancak bu işaretin ayırt edici karaktere sahip olmasına bağlıdır. SMK. m. 5/f. 1-a gereğince; 4. madde çerçevesinde marka olarak kabul edilemeyecek işaretlerin tescil edilemeyeceği ifade edilmiştir. SMK. m. 4'te yer alan marka tanımında da belirtildiği üzere, ancak bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini diğer teşebbüslerin mal veya hizmetlerinden ayırt edecek nitelikteki işaretler marka olarak kullanılabilir. Burada bahsi geçen ayırt edicilik, '*soyut ayırt edicilik*'

⁶ **Böhm, Andreas**, Markenverträge Teil 1: Einführung, MarkenR-Zeitschrift für deutsches, europäisches und internationales Kennzeichenrecht, 23. Jahrgang, Nr. 3, Carl Heymanns Verlag, März 2021, s. 98.

⁷ Alman marka mevzuatında marka tanımında yapılan değişiklikler için bkz. **Ströbele/Hacker/Thiering**, §3 Rn. 3.

⁸ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. **Yapar, Fulya**, Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Marka Olabilecek İşaretler, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2018, s. 81 vd.

olarak ifade edilebilecek olup, soyut ayırt edicilikte, bir işaretin, kullanıldığı mal veya hizmetlerden bağımsız olarak, temelde markasal olarak kullanılmaya elverişli olup olmadığı hususu dikkate alınmaktadır. Yani bir işaret, niteliği itibarıyla ayırt edici karakter barındırmaktaysa markasal olarak kullanılmaya da elverişlidir.

Soyut ayırt edicilik, somut ayırt edicilikten farklı olarak, söz konusu işaretin somut yani belirli bir mal veya hizmet türü bakımından ayırt edicilik karakterine, yani ilgili mal veya hizmetin kökenini gösterme fonksiyonuna hizmet etmez. Buradaki değerlendirme, işaretin genel anlamda bir işletmenin tüm mal veya hizmetlerini, diğer işletmelerden ayırt etme gücünü haiz olup olmadığı noktasındadır⁹. Soyut anlamda marka olabilme kabiliyeti, herhangi bir somut mal veya hizmetle ilişkilendirilmeksizin işaretin genel anlamda ayırt edici karakteri ile ilgilidir¹⁰.

SMK. m. 5/f. 1-b gereğince ise, herhangi bir şekilde ayırt edicilik niteliğini haiz bulunmayan işaretlerin marka olarak tescil edilmesi önlenmektedir. Madde gerekçesinde; *“Maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde, sicilde gösterilebilir olmasına rağmen ilgili mal veya hizmetler için ayırt ediciliğe sahip olmayan, dolayısıyla tüketiciler tarafından marka olarak algılanmayacak işaretlerin tescil edilemeyeceği düzenlenmiştir. 2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğü’nün 7 nci maddesinde marka olarak tescil edilemeyecek herhangi bir ayırt edici niteliğe sahip olmayan işaretler benzer şekilde düzenlenmiştir.”* ifadelerine yer verilmiştir. Burada işaretin sicilde gösterilebilir olmasına rağmen söz konusu mal veya hizmet bağlamında ayırt ediciliğe sahip olmaması, dolayısıyla tüketiciler nezdinde marka olarak algılanamayacak durumda olması söz konusudur. Bir işaretin soyut ayırt ediciliğe sahip olduğu sonucuna erişildikten sonra, markanın belirli bir mal veya hizmet türü bakımından

⁹ Ströbele/Hacker/Thiering, §3 Rn. 11.

¹⁰ Engels, s. 309.

ayırt edici nitelikte olup olmadığı hususu dikkate alınır. Artık burada, temelde işletmeler arası ayırt edici karaktere sahip işaretin, söz konusu mal veya hizmet bakımından ayırt edicilik unsurunu barındırıp barındırmadığı incelenir ki bu da ‘*somut ayırt edicilik*’ olarak ifade edilir. Bu bakımdan ancak soyut ve somut ayırt edicilik niteliğini haiz işaretlerin marka olarak kullanılabileceği kabul edilir¹¹.

¹¹ Somut ve soyut ayırt edicilik kavramları ile somut ayırt ediciliğe sahip olmayan işaretlerin marka olarak tescil edilmesinin olanaklı olmadığına ilişkin değerlendirmeleri içeren 2021 tarihli Ankara Bölge Adliye Mahkemesi kararı bu hususta incelenmeye değerdir. Söz konusu karar: “...Davacının istinaf itirazlarının incelenmesine gelince; taraflar arasındaki uyuşmazlık “... ..” ibaresinin tescili talep edilen 9.35,36.38 ve 42. Sınıf mal ve hizmetler yönünden 6769 Sayılı SMK’nın 5/1-a-b-c-d maddeleri uyarınca **tescil engeli bulunup bulunmadığı noktasındadır**. Dava konusu uyuşmazlığa uygulanması gereken 6769 Sayılı SMK’nın 5/1-a maddesinde, 4. madde kapsamında marka olamayacak işaretlerin marka olarak tescil edilemeyeceği düzenlenmiştir. Aynı Kanun’un 4. maddesinde ise “Marka, bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işareten oluşabilir.” düzenlemesine yer verilmiştir. O halde, teşebbüslerin mal veya hizmetlerini diğer teşebbüslerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmesi ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla her türlü işaretin marka olarak tescili mümkündür. Bu madde kapsamında tanımlanan ayırt edicilik, **soyut ayırt edicilik** olarak kabul edilmektedir. Bir işaretin soyut ayırt ediciliğinin varlığının kabul edilebilmesi için işaretin belli bir bütünlük arz etmesi gerekmektedir. Bütünlük arz etmek,

işaretin fark edilebilir, bir bütün olarak tanınabilir, sınırlarının tespit edilebilir olması anlamına gelmektedir. Bu nedenle, işaretin tüketici tarafından uzun incelemeler sonucu anlaşılabilirdiği hallerde işaretin bütünselliğinden söz edilemez. Örneğin onlarca meyve sebzededen oluşan bir kompozisyon ya da birçok cümleden oluşan bir paragraf bütünlük şartını sağlamadığından soyut anlamda ayırt edici değildir. İşaret birçok unsurdan oluşsa da, bu unsurların kendi içinde bir bütünlük oluşturması halinde bütünlük şartının sağlandığının kabulü gerekir. 6769 Sayılı SMK'nın, 5/1-b maddesinde ise herhangi bir ayırt edici niteliğe sahip olmayan işaretlerin tescil edilemeyeceği düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde de açıklandığı üzere sicilde gösterilebilir olmasına rağmen ilgili mal veya hizmet için ayırt ediciliğe sahip olmayan, dolayısıyla tüketiciler tarafından marka olarak algılanmayacak işaretlerin tescil edilemeyecektir. Bir işaretin belli mal veya hizmetler açısından ayırt edici olup olmadığı ise **"somut ayırt edicilik"** olarak adlandırılmaktadır. Bu hüküm ile sicilde gösterilebilir olması ve soyut ayırt ediciliğe sahip olmasına karşılık, tescilinin talep edildiği mal ve hizmetler bakımından ayırt ediciliği olmayan işaretlerin tesciline engel olunması amaçlanmıştır. Yapılan açıklamalar çerçevesinde somut olaya dönüldüğünde; dava ve başvuru konusu "... .." ibaresi, ilişkin olduğu mal ve hizmetlerden bağımsız olarak değerlendirildiğinde, 6769 Sayılı SMK'nın 5/1-a maddesinde açıklandığı gibi, çizimle görüntülenebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen, soyut anlamda ayırt ediciliği bulunan bir ibaredir. Dava konusu başvuru, "... .." ibarelerinin düz yazı ile yazılmasından ibaret olup başkaca bir ek kelime ya da şekil içermemektedir. "... .." kelimesi gerçeği iyi gören ve ona göre davranan, akil anlamlarına gelmekte olup "... .." ise bir şeyin yıkılmaması için konulan eğik veya düz dayak, payanda, yardım anlamındadır. ... kelimesinin tüketici nezdindeki yardım daha baskın olduğu ve "... .." ibaresinin de bilişim sektöründeki yaygın kullanımı dikkate alındığında dava konusu "... .." ibaresi ilk kez duyulduğunda ya da görüldüğünde **ortalama tüketiciler nezdinde bilişim yoluyla verilen hizmeti çağrıştıracak,**

Bir işaretin marka olarak kabul edilebilirliğinin bir diğer şartı; ilgili işaretin, marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde *sicilde gösterilebilir olmasıdır*. Mülga 556 s. KHK’da kabul edilen, “*çizimle görüntülenebilme ve benzer biçimde ifade edilebilme, baskı yoluyla yayınlanabilme ve çoğaltılabılme*” şartlarının kaldırılmasıyla artık marka olabilecek işaretlerde, *grafiksel gösterimin mümkün olması aranmamakta*, herhangi bir şekilde *sicilde gösterilebilir olması* şartıyla her işaretin marka olabileceği kabul edilmektedir¹².

III. MARKA HAKKININ DOĞUMU

Sınai Mülkiyet Kanunu’nun 7. maddesinin 1. fıkrası gereğince; “*Bu Kanunla sağlanan marka koruması tescil yoluyla elde edilir.*” Buna göre, Türk Hukuku’nda bir markanın Sınai Mülkiyet Kanunu’ndan doğan hukuki korumaya muktedir olabilmesi için tescil edilmesi

marka algısı yaratmayacaktır. Zira mahkemece görüşüne bilirkişi raporunda da anılan ibarenin, başvuru tarihinden önce, teknoloji tabanlı cihaz ve uygulamalarda yaşanan sorunların çözümünde kullanılan hizmetin ve/veya yazılımın, programın kendisi olarak kullanıldığı belirtilmiştir. Bu itibarla mahkemece; dava konusu "... .." ibaresinin başvuru kapsamında bulunan tüm mal ve hizmetler yönünden 6769 Sayılı SMK'nın 5/1-b maddesi gereğince somut ayırt ediciliği bulunmadığından marka olarak tescil edilemeyeceği gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın kısmen kabulüne karar verilmesi yerinde görülmemiş...” Anılan karar için bkz. Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 20.HD., E.2019/1447, K.2021/742, T.20.5.2021, <https://lib.kazanci.com.tr> (E.T. 3.4.2022).

¹² Alman Marka hukukunda da, aynı şekilde, 14 Ocak 2019’dan itibaren grafiksel olarak gösterim şartı kaldırılarak yalnızca gösterilebilirlik öngörülmüş bulunmaktadır. Bu konuda bilgi için bkz. **Ströbele/Hacker/Thiering**, §3 Rn. 22.

gerekir. Tescil, marka hakkının doğumu bakımından kurucu etkiye sahiptir. Markanın tesciline yönelik başvuru TürkPatent'e yapılır. Kurum'a yapılan ve tüm aşamaları tamamlanmış bir başvuru tescil edilerek sicile kaydedilir ve Resmi Marka Bülteni'nde yayımlanır. Tescil ile birlikte, markadan kaynaklanan haklar, münhasıran marka sahibine ait olur ve marka sahibi, bunların üçüncü kişiler tarafından kullanılmasını önleyebilir (SMK m.7/f.2). Markadan kaynaklanan hakların, üçüncü kişilere karşı hüküm ifade edebilmesi ancak marka tescilinin yayımı tarihinden itibaren söz konusu olur (SMK m.7/f.4).

Marka hakkının Sınai Mülkiyet Kanunu'ndan doğan hukuki korumadan yararlanabilmesi için kural olarak tescilli olması gerekmektedir birlikte marka hakkının doğumu bakımından tek yol tescil değildir. Bazı istisnai hallerde marka hakkının tescilsiz olarak kazanılması da mümkündür. Yani Türk hukukunda marka hakkının tescilsiz olarak kazanılması da olanaklıdır; tescil, markanın, SMK'dan doğan temel hukuki korumaya muktedir olabilmesi için zorunluluk teşkil etmektedir.

Henüz tescil edilmemiş bir ayırt edici işaretin markasal olarak kullanılmasıyla marka hakkı kazanılabilir. Kullanım yoluyla kazanılan marka hakkı, Türk hukukunda kural olarak tescilli bir markanın sağladığı haktan farklı niteliktedir. Nitekim tescilli bir marka Sınai Mülkiyet Kanunu kapsamında hukuki himayeden faydalanırken, tescilsiz markalar Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabete ilişkin hükümleri kapsamında hukuki himaye görebilir. Ayrıca Sınai Mülkiyet Kanunu'nda kullanım yoluyla elde edilen marka hakkı, nispi ret nedenleri arasında düzenlenmiştir. Nitekim SMK. m. 6/f. 3 gereğince bir markanın tesciline yönelik, *"Başvuru tarihinden veya varsa rüçhan tarihinden önce tescilsiz bir marka veya ticaret sırasında kullanılan bir başka işaret için hak elde edilmişse, bu işaret sahibinin itirazı üzerine, marka başvurusu reddedilir."* Aynı şekilde kullanım yoluyla elde edilen marka hakkı, Kanun'da, hükümsüzlük davası açma nedenleri arasında sayılmaktadır (SMK. m. 25). Görüldüğü üzere Kanun'da esas olarak kabul edilen tescil sistemi, kullanım yoluyla elde

edilen marka hakkının nispi ret ve hükümsüzlük davası açma nedenleri arasında sayılması suretiyle yumuşatılmış bulunmaktadır¹³.

Marka hakkının bu yolla kazanılması için, söz konusu ayırt edici işaretin belirli mal veya hizmetler bakımından ticari dolaşımda somut bir biçimde kullanılması ve söz konusu işaretin markasal olarak kullanıldığına ilişkin ilgili ticari çevrelerde genel bir kabulün varlığı gerekir¹⁴. Nitekim Alman Federal Adalet Divanı (Bundesgerichtshof/BGH) tarafından verilen ‘UHU’ kararında; bir işaretin kullanım yoluyla markasal korumaya erişebilmesi için, işareti oluşturan parçaların somutlaştırılması gerektiği, ancak somutlaşmış, sınırları ve konumu belirlenmiş işaretlerin, karara konu UHU örneğinde sarı ve siyah renklerin, bu kapsamda korunabileceği, sadece soyut nitelikteki işaretlerin, kullanım suretiyle marka hakkının kazanılmasına olanak tanımayacağı ifade edilmiştir¹⁵.

Marka hakkının tescilsiz kazanılması hallerinden bir başkası ise, Paris Sözleşmesi’nin 1. mükerrer 6. maddesinde yer almakta olan tanınmış markalara ilişkin istisnadır¹⁶. Bu durum

¹³ **Arkan, Sabih**, Marka Hukuku C.I, Ankara 1997, s. 129.

¹⁴ **Kur/v.Bomhard/Albrecht**, §4 Rn. 19.

¹⁵ Anılan karar için bkz. BGH, Urteil vom 19.2.2009–I ZR 195/06–UHU; OLG Köln, (lexetius.com/2009,1419), (E.T. 6.4.2022).

¹⁶ Madde 6 Birinci Mükerrer/Markalar: Tanınmış Markalar “(1) *The countries of the Union undertake, ex officio if their legislation so permits, or at the request of an interested party, to refuse or to cancel the registration, and to prohibit the use, of a trademark which constitutes a reproduction, an imitation, or a translation, liable to create confusion, of a mark considered by the competent authority of the country of registration or use to be well known in that country as being already the mark of a person entitled to the benefits of this Convention and used for identical or similar goods. These provisions shall also apply when the essential part*

da Kanun'da nispi ret ve hükümsüzlük davası açma nedenleri arasında sayılmaktadır. SMK. m. 6/f. 4'te yer alan ilgili hükme göre; *"Paris Sözleşmesinin 1 inci mükerrer 6 ncı maddesi bağlamındaki tanınmış markalar ile aynı veya benzer nitelikteki marka başvuruları, aynı veya benzer mal veya hizmetler bakımından itiraz üzerine reddedilir."* Söz konusu tanınmış markalar, aynı zamanda ülke içerisinde kullanılıyor ise, bu durumda hem SMK. m. 6/f. 3'e göre kullanım suretiyle elde edilen marka hakkı kapsamında hem de burada yer alan tanınmış

of the mark constitutes a reproduction of any such well-known mark or an imitation liable to create confusion therewith. (2) A period of at least five years from the date of registration shall be allowed for requesting the cancellation of such a mark. The countries of the Union may provide for a period within which the prohibition of use must be requested. (3) No time limit shall be fixed for requesting the cancellation or the prohibition of the use of marks registered or used in bad faith."; *"(1) Birlik ülkeleri, tescilin yapıldığı ülkenin yetkili makamınca söz konusu ülkede bu sözleşmeden yararlanacağı kabul olunan bir kişiye ait olduğu, aynı veya benzeri mallar için kullanıldığı iyi bilinen tanınmış bir markanın herhangi bir karışıklığa yol açabilecek bir şekilde yeniden reproduksiyonunu, taklit edilmesini veya aslına yakın bir şekilde değiştirilmesini içeren bir markanın kullanılmasını gerek mevzuat izin verdiği takdirde re'sen gerekse ilgilinin isteği üzerine yasaklamayı ve tescilini reddetmeyi veya iptal etmeyi taahhüt ederler. Markanın elzem bir bölümünün tanınmış bir markanın reproduksiyonundan oluşması veya bu tanınmış markayla karıştırılabilecek bir taklitten ibaret olması durumunda da, bu hükümler geçerli olacaktır. (2) Böyle bir markanın iptalinin istenmesi için tescil tarihinden itibaren en az beş yıllık bir sürenin tanınması gerekecektir. Birlik ülkeleri, kullanmanın yasaklanması talebinin yapılması için gerekli süreyi tanıyabilirler. (3) Kötü niyetli tescil edilen veya kullanılan markaların kullanımının yasaklanmasını veya iptalini istemek için süre tespit edilmeyecektir."* Bkz. <https://wipolex.wipo.int/en/text/288514> (E.T. 30.11.2021).

markalara ilişkin düzenleme kapsamında hukuki korumadan yararlanır. Bu maddenin esas önemi ise, ülke içerisinde kullanılmayan ve aynı zamanda tescilli olmayan tanınmış markaların korunmasında ortaya çıkmaktadır. Tanınmışlığın ise, ülke içerisinde gerçekleşmesi beklenmelidir. Avrupa Birliği Adalet Divanı, markanın tescilli üye devletin topraklarında veya bu devletin önemli bir bölümünde kullanıldığının herkesçe bilinmesi gerektiğini, yalnızca bir kasaba ya da çevresinde gerçekleşen kısmi tanınmışlığın bunun için yeterli olmadığını ifade etmektedir¹⁷.

Karşılaştırmalı hukuka bakılacak olursa; birlik markaları bakımından da marka korumasının ancak tescil ile kazanılabileceği (UMV §6); İsviçre hukukunda da, marka hakkının esas itibarıyla tescil ile doğacağı (Markenschutzgesetz, MSchG. Art. 5) öngörülürken; Alman hukukunda, marka hakkının Alman Marka Kanunu kapsamında korunması için tescilli olması zorunluluk teşkil etmemektedir. Burada, marka hakkı tescil ile kazanılabileceği gibi, kullanım yoluyla da kazanılabilir ve gerek tescille gerek kullanım suretiyle kazanılan marka hakkının Alman Marka Kanunu (MarkenG) kapsamında korunması olanaklıdır. Yine Paris Sözleşmesi kapsamındaki tanınmış markalar da Alman Marka Kanunu'ndan doğan hukuki korumaya muktedirdir (MarkenG §4).

IV. MARKA HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Bilindiği üzere haklar, ileri sürülebilecekleri çevre bakımından mutlak haklar ve nisbi haklar olarak ikiye ayrılmaktadır. Mutlak haklar, niteliği itibarıyla, sahibine geniş yetkiler tanıyan, herkese karşı ileri sürülebilen ve herkes tarafından ihlal edilebilen haklardır. Marka

¹⁷ Anılan değerlendirmeleri içeren Avrupa Birliği Adalet Divanı kararı için bkz. EuGH C-328/06, Urteil des Gerichtshof Nuño/Franquet, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=70040&pageIndex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1> (E.T. 6.4.2022).

hakkı da niteliği itibariyle, herkese karşı ileri sürülebilen ve herkesçe ihlal edilebilen haklardandır. Bu bakımdan marka hakkı, mutlak haklardandır, fakat mutlak hakların diğer şubelerini oluşturan mülkiyet ve şahsiyet haklarından farklılık arz etmektedir.

Marka üzerindeki hak sahipliğine ilişkin mülkiyet hakkı anlayışı, 18. yüzyılda sanayi devrimi ile başlamıştır. Bu bağlamda marka, Orta Çağ ve modern zamanların imtiyazlar sisteminin aksine, bir "mülkiyet hakkı" olarak gelişmiştir. Zamanla marka hakkı, işaretlerin korunması için bir araca dönüşmüş ve 19. yüzyılın sonunda ise, marka ile mülkiyet hakkının kapsadığı maddi varlığı haiz nesneler arasındaki farklılıklar, yeni bir hak kategorisini gerekli kılmıştır¹⁸.

Mülkiyet hakkı, hak sahibine şey üzerinde kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkileri tanır. Yani mülkiyet hakkı ancak, cismani nitelik taşıyan yani maddi varlığı olan eşya üzerinde kurulabilir. Marka ise, soyut yani eşya niteliği taşımayan, gayri maddi nitelikte bir varlıktır ve üzerinde tecessüm ettiği eşyadan farklı bir hukuki rejime tabidir. İşte marka hakkı, bu gayri maddi nitelikteki şey üzerinde tanınan bir haktır¹⁹. Marka hakkı, taşıdığı iktisadi değer ve belirli bir süre ile sınırlı olarak korunması itibariyle şahsiyet haklarından da farklılık arz etmektedir. Bu nedenle marka hakkının da içerisinde bulunduğu fikri ya da sınai nitelikteki haklar, mutlak haklardan olmakla birlikte, mülkiyet ve şahsiyet

¹⁸ **Curto Polo, Mercedes**, Der Kauf der Marke nach spanischem Recht, GRURInt Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil, C.H.BECK, 52. Jahrgang, München und Frankfurt a.M. 2003, s. 391.

¹⁹ **Uzunalli, Sevilay**, Marka Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 22; **Karaca, Eyüp Can**, Hukuki Açıdan Marka ve Marka Hakkı, The Journal Of Europe - Middle East Social Science Studies, July, 2015, Volume: 1, Issue: 1, S. 39-48, s. 43.

haklarından farklı olarak, gayri maddi şeyler üzerindeki haklar (Immaterialgüterrechte²⁰) şeklinde yeni bir hak şubesine vücut verir.

Marka hakkı niteliği itibarıyla bir fikri-sınai haktır ve sahibine markanın bahsettiği yetkileri kullanma, bu yetkilerden yararlanma ve bunlar üzerinde tasarrufta bulunma hususlarında münhasır bir yetki sağlar. Aynı zamanda marka hakkına üçüncü kişiler tarafından yönelebilecek tecavüzlere karşı önleme yetkisi tanır (SMK m. 7). Bu hak, ekonomik olarak değerlendirilebilir niteliktedir; nitekim devredilebilen, miras yoluyla intikal edebilen, lisansın konusunu teşkil edebilen, rehin verilebilen, teminat olarak gösterilebilen, haczedilebilen veya farklı türden hukuki işlemlere konu olabilen bir haktır.

V. MARKA FORMLARI

A. Genel Olarak

Marka olabilecek işaretler çok çeşitli biçimlerde karşımıza çıkabilir. Nitekim sözcükler, kişi adları, sayı ya da harf kombinasyonları veya ambalaj biçimleri marka olarak kabul edilebileceği gibi, sadece bir harf, ses, renk veya koku gibi çeşitli formlarda markalar da karşımıza çıkabilir.

6769 sayılı Kanunu'nda da, ayırt edici nitelik taşıyan ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılabilir şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla, kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işaretin marka olabileceği kabul edilmiştir. Bu bakımdan Türk hukukunda, marka formlarına ilişkin çok geniş bir yelpazenin öngörüldüğü söylenebilir. Zira Kanun'da marka formlarına ilişkin olarak yapılan bu sayma işlemi örnekleyici nitelikte olup, marka olabilecek işaretler hususunda sınırlayıcı bir düzenleme

²⁰ **Curto Polo**, s. 391.

getirilmesinden özellikle kaçınılmıştır. Bu bakımdan aşağıda gerek SMK’da sayılan gerek Kanun’da sayılmamakla birlikte marka olabilecek niteliği haiz bulunan çeşitli işaretler incelenecektir.

B. Kişi Adları

Sınai Mülkiyet Kanunu m. 4’te sayılan marka olabilecek işaretler arasında, ilk olarak kişi adları yer almıştır. Bu düzenlemeye göre, bir kimsenin adı, marka olarak kullanılabilir. Bu kimse; bir gerçek kişi olabileceği gibi bir tüzel kişi ya da adlandırılabilir bir kişi topluluğu olabilir. Bu anlamda bir gerçek kişinin adı, soyadı, takma adı yahut bir şirketin ya da herhangi başka bir topluluğun adı, adının kısaltması, birden fazla ad kombinasyonu bu kapsamda değerlendirilebilir²¹. Ülkemizde kullanılan, Koç, Sabancı, Eczacıbaşı, Saran, Eyüp Sabri Tuncer; uluslararası alanda kullanılan Shell, Dr. Oetker, Philip Morris gibi markalar bunlara örnek olarak gösterilebilir.

Kullanılacak kişi adının marka sahibine ait olması zorunluluk teşkil etmemektedir. Ancak farklı bir gerçek ya da tüzel kişiye yahut kişi topluluğuna ait bir ismin marka olarak kullanılabilmesi için bu kişinin izni gerekmektedir. Nitekim SMK. m. 6/f. 6’da; “*Tescil başvurusu yapılan markanın başkasına ait kişi ismini, ticaret unvanını, fotoğrafını, telif hakkını veya herhangi bir fikri mülkiyet hakkını içermesi hâlinde hak sahibinin itirazı üzerine başvuru reddedilir.*” hükmüne yer verilmek suretiyle bu durum, nisbi ret nedenleri arasında sayılmıştır. Bu bakımdan başkasına ait kişi adlarının izinsiz olarak kullanımı halinde, ilgilinin itirazı üzerine marka başvurusu reddedilir.

²¹ **Ensthaler, Jürgen**, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Springer-Verlag, Dritte, überarbeitete und erweiterte Auflage, Berlin Heidelberg 2009, s. 322; **Lettl, Tobias**, Gewerblicher Rechtsschutz, Verlag C.H.Beck, München 2019, s. 195.

C. Sözcükler

Sözcükler, Sınai Mülkiyet Kanunu'nda marka olabilecek formlar arasında sayılmıştır. Sözcükler tek başlarına marka olarak kullanılabilecekleri gibi, çeşitli sözcük kombinasyonları şeklinde de, anlamlı ya da anlamsız olmalarına bakılmaksızın marka olarak kullanılabilir. Örneğin; Adidas, Samsung, Nike, Amazon, Pınar, Arçelik tek sözcükten oluşan markalara örnek teşkil ederken; PayPal, Yemek Sepeti, BiTaksi, Sanal Pazar, gittigidiyor gibi markalar ise, birden fazla sözcük ya da sözcük kombinasyonundan oluşan markalara örnek teşkil eder.

D. Üç Boyutlu Tasarımlar

Üç boyutlu tasarımlar, nesneleri fiziksel olarak tüm açılardan gösteren, yani en, boy ve derinlik algısı oluşturan şekillerdir. Marka hukuku bağlamında, özellikle ticari malların veya ambalajların biçimleri, yani malların ya da ambalajların eni ve boyundan başka derinliği de olan bizatihi kendi özgün görünümleri²² bu kapsamda değerlendirilebilir. Üç boyutlu tasarımların marka olarak kullanılabilmeleri, çok çeşitli malların tescil edilmesine olanak sağlamıştır. Örneğin; şişeler, kalemler, bardaklar, kasalar, tasarım mobilyalar, pipetler veya sprey kapları gibi üç boyutlu birçok ürün şeklinin marka olarak tescili olanaklı olmuştur.

Üç boyutlu tasarımlar, ancak ayırt edici nitelik taşımaları şartıyla, marka olarak kullanılabilirler. Bu bakımdan sadece daire ya da küp şeklinde herhangi bir ayırt edici unsuru barındırmayan geometrik bir şeklin marka olarak tescil edilmesi olanaklı değildir. Yine SMK. m. 5/f. 1-e gereğince; *“Malın doğası gereği ortaya çıkan şeklini ya da başka bir özelliğini veya teknik bir sonucu elde etmek için zorunlu olan veya mala asli değerini veren şekli ya da*

²² **Can, Mehmet Çelebi**, Üç Boyutlu Şekillerin Marka Olarak Görünümü, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Yargıtay Başkanı İsmail Rüştü Cirit'e Armağan, Yıl: 11, Sayı: 41, Ocak 2020, s. 546.

başka bir özelliğini münhasıran içeren işaretler.” marka olarak tescil edilemez. Bu anlamda örneğin bir tenis ya da voleybol topu şeklinin marka olarak tescil edilmesi mümkün değildir.

Sınai Mülkiyet Kanunun Uygulanmasına Dair Yönetmelik m. 7/f. 3 gereğince marka başvurularında, *“Başvurunun üç boyutlu marka olarak tescilinin talep edildiği hallerde bunun başvuru formunda açıkça belirtilmesi, ayrıca koruma konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayacak şekilde işaretin tek bir yönden veya farklı açılardan görünümünü içeren gösterimlerinin Kuruma sunulması gerekir. Bu gösterimler, en fazla altı farklı açıdan görünümü içerecek ve markanın bütünlüğünü bozmayacak şekilde olmalıdır.”*

E. Harfler ve Sayılar

Tek basamaklı ya da çok basamaklı sayılar, harfler ya da harf ve sayı kombinasyonları, ayırt edici karakter taşımaları koşuluyla, Sınai Mülkiyet Kanunu kapsamında korunabilecek marka formlarındandır. Ticari hayatta sıkça karşılaşılan harf ve sayı markalarına; 502, 404, AEG, LG, SEG, CAT, BMW, N11, HP gibi markalar örnek olarak gösterilebilir.

F. Sesler

Kanun’da sayılan marka formlarından biri olarak ses markaları, işitme duyusuna hitap eden işaretlerdir. Ses dalgalarından meydana gelen işitsel işaretler, kulağa hitap eder ve ancak kulak aracılığıyla algılanabilirler²³. Akustik veya işitsel bir biçimde mevcut olan ses markaları; seslerden, ses dizilerinden, melodilerden veya diğer bazı tınılardan meydana gelirler²⁴.

²³ **Karasu, Rauf**, Ses Markaları, Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi (FMR), Cilt: 7, Sayı: 2, Yıl: 2007, s. 31.

²⁴ **Ensthaler**, s. 323.

Ayırt edici nitelik taşımaları koşuluyla sesler de marka olarak kullanılabilirler. Sınai Mülkiyet Kanunu’nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik m. 7/f. 2 gereğince; *“Başvurunun ses markası olarak tescilinin talep edildiği hallerde bunun başvuru formunda açıkça belirtilmesi ve işaretin elektronik ortamda dinlemeye ve saklamaya elverişli kaydının Kuruma sunulması gerekir. Başvuru sahibi nota ile gösterimin mümkün olduğu hallerde bu gösterimi de başvuruyla birlikte sunabilir.”*

İşitsel işaretlerin, marka karakterini taşıyabilmesi için belirli bir uzunluğu geçmemesi gerekir. Zira bir işaretin markasal güce ulaşabilmesi ancak belirli bir bütünlüğü gerektirir. Nasıl bir roman ya da hikâye, bir sözcük markası olarak kabul edilemezse; bir operanın da ses markası olarak kabulü olanaklı değildir²⁵. Uzun bir ses dizisinin tamamının marka olarak korunabilmesi mümkün olsa da, bu ancak bu ses dizisinin belirli bir ürün için bestelenmiş olmasına ve pazarlama stratejisi olarak o ürüne entegre edilmiş ve bu entegrasyon sonucunda da söz konusu işitsel işaret ile ürün arasında tüketiciler tarafından bir bağlantının kurulabilmesine imkan tanınmış olmasına bağlıdır²⁶.

G. Renkler

SMK. m. 4’te düzenlenen marka formları arasında renkler de sayılmış bulunmaktadır. Renklerin marka olarak kullanılıp kullanılamayacağı hususu, hukuk doktrinde geçmişten günümüze tartışmalı olan bir konudur. Renkler bazen şekil, sözcük, harf ya da sayı markaları gibi diğer markalarda ayırt edici karakteri güçlendirmek adına kullanılabilir. Bu tür markalar,

²⁵ **Fezer**, §3 Rn. 594.

²⁶ **Ensthaler**, s. 323; **Fezer**, §3 Rn. 594.

renkli ticari markalar olarak adlandırılır²⁷. Burada bahsi geçen renk markaları, bu tip renkli markalardan farklılık arz etmektedir.

Renk markaları, başka tür markalarda ayırt edici karakteri güçlendirmek üzere kullanılan markalar değil, bizatihi renklerin kendisinin vücut verdiği marka tipleridir²⁸. Yani renkli ticari markalardan farklı olarak renk markaları, renklerden veya çeşitli renk kombinasyonlarından oluşan markalardır. Doktrinde tartışmalı olan konu da, bu tür kontursuz ve soyut nitelikteki renklerin marka olarak kullanılıp kullanılamayacağına ilişkindir²⁹.

²⁷ **Marz, Martin**, Inovative Markenformen-Die aktuellen Entwicklungen des Markenrechts in Bezug auf die Eintragungsfähigkeit von neuen Markenformen, HNU Working Paper Nr. 10, Hochschule für angewandte Wissenschaften, 2010, s. 14.

²⁸ Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik m.7/f.4: *“Başvurunun renk markası olarak tescilinin talep edildiği hallerde bunun başvuru formunda açıkça belirtilmesi, işareti oluşturan renk görselinin sunulması ve Kurum tarafından geçerliliği kabul edilen renk kodunun belirtilmesi gerekir. Renk veya renklerin somutlaşmış, sınırları belli bir şekil, figür, resim veya kelime gibi unsurlar dâhilinde kullanılması durumunda işaret renk markası olarak değerlendirilmez ve birinci fıkra hükmü uygulanır.”* Yönetmelik m.7/f.1’deki düzenleme ise; sözcükler, şekiller, harfler, sayılar, malların veya ambalajlarının biçimi gibi görme duyusu ile algılanabilen işaretler veya bunların kombinasyonundan oluşan işaretlerin marka başvurusuna konu edilmesine ilişkindir.

²⁹ Renk markalarına dair teorik tartışmalar hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Fezer**, §3 Rn. 539 vd.; **Bölling, Markus**, Formeller Markenschutz für Farben?, Hannoversches Forum der Rechtswissenschaften Band 29, Nomos, Hannover, Univ., Diss., 2006, s. 77 vd.; **Karimov, Elnur**, Türk Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukukta Renk Markaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 40 vd.; **Eroğlu, Sevilay**, Soyut Renk, Ses ve Üç Boyutlu

Renklerin marka olarak kullanılmasının renk tekelleşmesine yol açacağı ve tipik bir reklam ve pazarlama aracı olarak renklerin herkes tarafından kullanılabilmesi gerektiği, yine renklerin tek başlarına ayırt edici karakteri sağlayamayacağı düşüncesiyle renklerin marka olarak kullanılmasına karşı çıkmaktadır. Bunun karşısında renk markalarını destekleyen görüş tarafından, belirli renk ya da renk kombinasyonlarının yoğun bir biçimde kullanılmasıyla menşe gösterici işaretlerin elde edilebileceği, bu sebeple marka başvurusunda bulunan kişilere renkleri kullanabilme imkanının verilmesi ve bu işaretlerin hukuki korumaya kavuşturulması gerektiği ifade edilmektedir³⁰.

Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından verilen iki temel kararda (Liebertel ve Heidelberger Bauchchemie kararları³¹), kontursuz renklerin marka olarak kullanılabileceği kabul edilmiştir. Liebertel kararında³² Mahkeme, turuncu rengin, mekânsal ya da hacimsel bir sınırlama olmaksızın belirli mal veya hizmetler bağlamında ayırt edici güce ulaşabileceği ve telekomünikasyon alanındaki mal veya hizmetler bakımından markasal olarak kullanılabileceği görüşünü bildirir. Zira bir markanın ayırt edici niteliği, hem tescili talep edilen mal veya hizmetlerle ilgili olarak hem de ilgili toplum nezdinde nasıl algılandığı

İşaretlerin Marka Olarak Tescili, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2003, Cilt: 5, Sayı: 1, S. 95-166, s. 106 vd.; **İmirlioğlu, Dilek**, Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Markanın Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2018, s. 70 vd.

³⁰ **Marz**, s. 14.

³¹ Söz konusu kararlara ilişkin eleştirel bir bakış açısı için bkz. **Bölling**, s. 382 vd.

³² Söz konusu karar için bkz. Urteil des Gerichtshofes vom 6. Mai 2003, Libertel Groep BV gegen Benelux-Merkenbureau, Rechtssache C-104/01, <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=de&jur=C,T,F&num=C-104/01> (E.T. 7.4.2022).

açısından değerlendirilir. Burada soyut bir rengin değil, somut bir renk tonunun markasal güce ulaşması söz konusudur³³.

Türk hukukunda renklerin marka olarak kullanılabileceği yukarıda ifade edilmişti. Kanun'da marka olabilecek işaretler arasında renklerin açıkça sayılmış olması ve Kanun'un Uygulanmasına Dair Yönetmelik'te renk markalarının tesciline ilişkin ayrıntıların düzenlenmiş olması hukukumuzda soyut renklerin gerekli şartları taşıması halinde marka olarak tescilinin mümkün olduğunu göstermektedir. Bu bakımdan ayırt edici karakteri haiz, görselleri TürkPatent'e sunulmuş ve Kurum tarafından geçerliliği kabul edilen renk kodlarının belirtilmiş olması şartıyla renk ya da renk kombinasyonları marka olarak kullanılabilecektir.

H. Kokular ve Tatlar

Kokular ve tatlar, Sınai Mülkiyet Kanunu m. 4'te düzenlenen marka formları arasında sayılmamıştır. Fakat daha önce ifade edildiği üzere, Kanun'da yapılan bu sayma işleminde numerus clausus (sınırlı sayıda olma) prensibine bağlı kalınmadığından yani ismen zikredilen marka formları sadece örnek kabilinden sayıldığından, gerekli şartları taşıyan farklı işaretler de marka olarak kullanılabilecektir.

Koku, şeylerden yayılan küçük zerreciklerin burun zarı üzerinde bulunan özel sinirlerde uyandırdığı duygu; tat ise, canlıların besinlerinde bulunan ve uçucu olmayan bileşikler damak, boğaz ve dil yüzeyindeki mukoza noktaları aracılığıyla algıladığı duyum şeklinde tanımlanabilir³⁴. Ayırt edicilik niteliğini haiz olması koşuluyla kokular ve tatlar, kural olarak marka şeklinde tescil edilebilecek işaretlerden biri olarak değerlendirilebilir³⁵. Fakat bu noktada, Kanun'da marka olarak tescil edilebilecek formlarda ayırt edicilik

³³ **Fezer**, §3 Rn. 546.

³⁴ Tanım için bkz. Türk Dil Kurumu Sözlükleri, sozluk.gov.tr (E.T. 26.10.2021).

³⁵ **Fezer**, §3 Rn. 606; **Marz**, s. 21; **İmirlioğlu**, s. 91 vd.

unsurunun yanı sıra aranan “*marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması*” şartı, koku ve tat markaları bakımından sağlanabilecek midir sorusu akla gelmektedir.

Koku markalarının klasik örneği, Avrupa’da eski bir topluluk markası olarak Alicante (İspanya)’deki Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi (EUIPO-European Union Intellectual Property Office/Amt der Europäischen Union für Geistiges Eigentum)’ne kayıtlı, bir tenis topu üreticisinin ‘*taze kesilmiş çimen kokusu (frisch geschnittenem Gras)*’ na ilişkin markasıdır³⁶. Amerikan marka hukukunda da, belirli bir kokunun marka olarak kullanılmasına imkan tanınmaktadır³⁷.

Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD-EuGH-Europäischer Gerichtshof) ise, “Sieckmann” temel kararında³⁸, bu marka biçiminin korunabilirliğini reddetmiştir. Bu kararın temelinde ise, bir marka tescilinde bulunması gereken kesinlik beklentisinin kokular bakımından somut olarak karşılanamaması yer almaktadır. Buna göre, görsel olarak algılanamayan bir işaret; ancak açık, net, müstakil, anlaşılabilir, kolayca ulaşılabilir, kalıcı ve nesnel olması şartlarıyla marka olarak kullanılabilir. Koku şeklinde bir işaret söz konusu olduğunda ise, grafik olarak temsil edilebilme şartının ortadan kalkmasıyla bile ne kimyasal bir formül ne de sözcüklerle ifade edilebilme, kokunun bir unsurunun bırakılması veya bu elementlerin kombinasyonları, bu beklentiye sağlayacak nitelikte değildir³⁹.

³⁶ **Götting**, s. 372; **Marz**, s. 22.

³⁷ **Fezer**, §3 Rn. 608.

³⁸ Karara ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Fütman, Özlem/Ünsal Önder Erol**, Koku Markalarının Tescil Edilebilirliğine İlişkin Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletleri Uygulamalarına Dair Bir İnceleme, Fikri Mülkiyet ve Rekabet Dergisi, 2020, Sayı: 1, s. 5 vd.

³⁹ **Marz**, s. 21; **Ströbele/Hacker/Thiering**, §3 Rn. 76.

Yukarıda koku markalarına ilişkin yer verilen düşünce ve açıklamalar tat markaları bakımından da geçerlidir⁴⁰.

Sonuç olarak Sınai Mülkiyet Kanunu'nda yapılan marka tanımından hareketle, Türk hukuku bakımından koku veya tat şeklindeki işaretlerin marka olarak tescilinin önünde herhangi bir engelin bulunmadığı, fakat hem kokular hem tatlar bakımından *“marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olma”* şartının karşılanmasının oldukça güç olduğu, bu nedenle koku ve tat şeklindeki işaretlerin marka olarak tescil edilebilme olasılığının çok düşük olduğu ifade edilebilir⁴¹.

I. Hareketler

Marka olarak kullanılabilecek işaretler arasında hareketler de bulunmaktadır. Bir marka formu olarak hareketlerin tescil edilebilmesi için, Kanun'da belirtilen ayırt edicilik ve sicilde gösterilebilirlik şartlarının yerine getirilmesi gerekir. Ayrıca Kanun'un Uygulanmasına Dair Yönetmelik m. 7/f. 5 gereğince; *“Başvurunun hareket markası olarak tescilinin talep edildiği hallerde bunun başvuru formunda açıkça belirtilmesi ve işareti oluşturan hareketi tasvir eden bir görüntünün veya hareketsiz ya da hareketli görüntü dizisinin Kuruma sunulması gerekir. Gösterimler, markanın bütünlüğünü bozmayacak nitelikte olmalıdır.”*

Cep telefonu üreticisi Nokia'nın birbirine kenetlenen elleri, Microsoft'un dört farklı renkten parçanın giderek birbirine yaklaşması ile oluşan kare şekli, hareket markalarına örnek olarak gösterilebilir. Nokia'nın birbirine kenetlenen elleri, Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi tarafından tutulan sicilde tarif edilirken; marka, soldan sağa ve yukarıdan aşağıya ellerin

⁴⁰ **Götting**, s. 372-373; **Lettl**, s. 209.

⁴¹ Aynı yönde bkz. **Uzunallı**, s. 27; **İmirlioğlu**, s. 91 vd.; **Çolak, Uğur**, Türk Marka Hukuku, On İki Levha Yayınları, 4. Baskı, İstanbul, Eylül 2018, s. 86 vd.

birbiri ardına buluştuğu dört görüntüden oluşan bir animasyondur açıklaması da eklenmiştir⁴². Bu anlamda hareket markasını açık ve kesin bir biçimde sicilde algılanabilir kılmak için, hareketi tasvir eden görüntünün veya görüntü dizisinin de bulunması gerekir. Nitekim bir video kaydı aracılığıyla, hareket markalarının açık, belirgin, anlaşılır ve objektif olarak sicilde gösterilebilme imkânı söz konusudur⁴³.

VI. MARKANIN FONKSİYONLARI

A. Ayırt Etme Fonksiyonu

Markanın temel işlevi, bir müesseseye ait mal veya hizmetlerin, başka müesseselere ait benzer mal veya hizmetlerden ayırt edilmesini (*Kennzeichnungs- und Unterscheidungsfunktion*) sağlamaktır⁴⁴. Bu bakımdan bir işaretin marka olarak kabul edilebilmesi için, bu işaretin ayırt edici niteliği haiz bulunması olmazsa olmaz unsurlardan birisidir. Nitekim SMK. m. 4'te marka olabilecek işaretler sayılırken, ayırt edicilik, markanın temel fonksiyonu olarak zikredilmiş bulunmaktadır.

Belirli bir mal veya hizmete ilişkin olarak kullanılacak işaret, halihazırda aynı veya benzer mal veya hizmetlere ilişkin olarak kullanılan işaretlerden farklı olmalı, mevcut markanın karakteristik özelliklerini münhasıran ya da esas unsur olarak içermemelidir⁴⁵. Aynı şekilde bir mal veya hizmete ilişkin kullanılacak işaretin, o mal veya hizmet sınıfı bakımından ayırt edici nitelik taşıması da önem arz etmektedir. Bu nedenle, malların ya da hizmetlerin cins, vasıf, kalite gibi birtakım özelliklerini belirten işaret veya adlandırmaları münhasıran ya da esas unsur olarak içeren işaretlerin de, ayırt edicilik fonksiyonundan yoksun oldukları

⁴² **Marz**, s. 20.

⁴³ **Ströbele/Hacker/Thiering**, §3 Rn. 85.

⁴⁴ **Fezer**, Einleitung D, 1; **Götting**, s. 362.

⁴⁵ **İmirlioğlu**, s. 6.

kabul edilir. Ayırt edici nitelikten yoksun bir işaretin, söz konusu mal veya hizmeti ferdileştirmesi mümkün olmadığı gibi, bu mal veya hizmetin tüketiciler bakımından piyasada teşhis edilebilmesine olanak sağlaması da imkansızdır⁴⁶. Bu bakımdan ayırt etme fonksiyonu, bazen daha somut bir biçimde bireyselleştirme fonksiyonu (*Individualisierungsfunktion*) ya da tanıtm/teşhis fonksiyonu (*Identifizierungsfunktion*) olarak da nitelendirilir⁴⁷.

B. Kaynak Gösterme Fonksiyonu

Marka, üzerinde kullanıldığı mal veya hizmetin belirli bir müessese tarafından üretildiğine ya da sunulduğuna dalalet eder. Kaynak gösterme fonksiyonu (*Herkunftsfunktion*) sayesinde, tüketiciler, belirli bir mal veya hizmetin hangi müessese tarafından üretildiğini ya da piyasaya sunulduğunu, yani söz konusu mal veya hizmetin kökenini tespit edebilir.

Geçmişte kaynak gösterme fonksiyonu, markanın temel fonksiyonu olarak görülüyordu⁴⁸. Fakat günümüzde markanın kaynak gösterme fonksiyonunun geçmişe oranla önemini kaybettiği söylenebilir. Zira günümüzde ortak markalar gibi birçok müessese tarafından birlikte kullanılabilen markalar, yine lisans yoluyla farklı müesseseler tarafından ortak olarak kullanılacak nitelikte markaların yaygın bir biçimde bulunduğu düşünülecek olursa, markanın kaynak gösterme fonksiyonunun giderek zayıfladığını söylemek yanlış

⁴⁶ **Suluk, Cahit/Karasu, Rauf/Nal, Temel**, Fikri Mülkiyet Hukuku, Seçkin Yayınevi, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara 2021, s. 154.

⁴⁷ **Fezer**, Einleitung D, 1; **Kappes, Alexander**, Verwechslungsgafahr nach dem Kauf („Post-sale-confusion“) im Marken- und Wettbewerbsrecht, Nomos, Schriften zum geistigen Eigentum und zum Wettbewerbsrecht Band 46, Tübingen 2011, s. 41-42.

⁴⁸ **Gouga, Aphroditi**, Die Übertragung und Lizenzierung der Marke nach griechischem und deutschem Recht unter Berücksichtigung des europäischen Markenrechts, Verlag V. Florentz (VVF), München 1996, s. 67; **Götting**, s. 363; **Lewalter**, s. 18; **Brämer**, 71; **Kappes**, s. 45.

olmayacaktır. Bu bakımdan günümüzde markanın kökene işaret etmekten ziyade belirli mal veya hizmetleri diğer mal veya hizmetlerden ayırt etme fonksiyonunun ön planda olduğu söylenebilir. Bu ayırt etme işlevi, bir işletmenin mal veya hizmetlerini diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt etme yani mal veya hizmetlerin kökenine işaret etmeye yönelebileceği gibi, marka sahibinin çeşitli mal veya hizmetlerini birbirinden ayırmaya da yönelebilir⁴⁹. Yani marka sadece bazı durumlarda mal veya hizmetlerin kökenine yönelik bir işaret taşıırken; daima mal veya hizmetin bireyselleştirilmesi görevini üstlenir.

C. Reklam Fonksiyonu

Markanın iktisadi önemini ön plana çıkaran bir diğer önemli fonksiyon, reklam fonksiyonu (*Werbefunktion*)’dur. Reklam fonksiyonundan markanın telkin edici ve cezbedici gücü anlaşılır⁵⁰. Marka sahibi, bu gücü tüketicilerin dikkatini çekmek ve hatırlanmak için kullanır⁵¹. Marka, bir mal veya hizmetin pazarlanmasında temel araçtır. Tüketicilerin dikkatinin sunulan mal veya hizmetin üzerinde toplanması ve markanın tanıtıcı işleviyle sürekli olarak hatırlatılması markayı, işletme imajının taşıyıcısı ve sembolü haline getirir⁵². Yani markanın reklam fonksiyonu sayesinde, tüketicilerin ilgisi söz konusu mal veya hizmetin üzerinde yoğunlaşır, böylece markanın tanıtımını gerçekleştirdiği mal veya hizmete yönelik ilginin artması sağlanır⁵³.

Bir mal veya hizmetin, geniş bir tüketici kitlesi tarafından tanınabilmesi ve bunların piyasadaki diğer mal veya hizmetlerle rekabet edebilecek düzeye ulaşabilmesi için reklam ve

⁴⁹ Fezer, Einl. D, 3; Kappes, s. 45.

⁵⁰ Lewalter, s. 20; Kappes, s. 57.

⁵¹ Kappes, s. 57.

⁵² Götting, s. 363.

⁵³ Çolak, s.17.

tanıtım çalışmalarının yapılması gerekir. Markanın reklamlarda kullanılmasıyla, tüketici ile söz konusu mal veya hizmet arasında bir bağ kurulur. Yani markanın reklam fonksiyonu, söz konusu mal veya hizmetle tüketici arasındaki iletişim kanalıdır. Tüketicilerin söz konusu hizmetten yararlanma ya da söz konusu ürünü satın alma konusundaki motivasyonu reklamın etkisine ve yoğunluğuna göre şekillenir⁵⁴. Tüketiciler artık mal veya hizmetleri, markalarıyla tanımakta, markalar kendi kendisinin reklamını yapar duruma gelmekte, bu bakımdan markaların tanınmışlık düzeyinin artması büyük önem arz etmektedir⁵⁵.

D. Güven, Garanti ve Kalite Fonksiyonu

Tüketicilerin belirli mal veya hizmetleri tercih etmelerinin temelinde yatan en önemli düşüncelerden birisi, o mal veya hizmetin kalitesine olan güvendir. Bir mal veya hizmetin kalitesinin göstergesi ise, çoğu zaman onun markasıdır. Markaya güven, mal veya hizmetin tercih edilmesi sonucunu doğurur. Tüketici, bir ürünü kullandığında veya bir hizmetten yararlandığında, o marka adı altında yinelenen kullanım ve yararlanmaların tümünde, aynı ya da daha yüksek düzeyde bir kalitenin bulunacağına güvenir⁵⁶; zira marka, o mal veya hizmete ilişkin her kullanımda belirli bir kalitenin korunacağını garanti eder.

Markanın garanti fonksiyonu (*Vertrauens-, Garantie- und Qualitätsfunktion*), bir malın belirli bir kalitede üretildiğini veya bir hizmetin belirli standartlara sahip olduğunu ifade eder. Bu sayede tüketiciler belirli markaları tercih ederek, beklenmedik durumlarla karşılaşmaktan kaçınırlar⁵⁷.

⁵⁴ **Götting**, s. 363.

⁵⁵ **Özel, Çağlar**, Marka Lisansı Sözleşmesi, Seçkin Yayınları, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2015, s. 31.

⁵⁶ **Brämer**, s. 72; **Götting**, s. 363; **Lewalter**, s. 19; **Kappes**, s. 54.

⁵⁷ **Suluk/Karasu/Nal**, s. 155.

VII. MARKANIN BENZER İŞARETLERDEN FARKI

İktisadi yaşamda, çeşitli fonksiyonları yerine getiren birçok işaret kullanılmaktadır. Özellikle ticaret alanında ticaret unvanı, işletme adı ve marka olarak kullanılan işaretler bunlar arasında yer almaktadır. Temelde tanıtım ve ayırt etme işlevini yerine getiren bu işaretler, zaman zaman birbirleriyle karıştırılabilse de, her biri kullanım alanları bakımından birbirinden ayrılmaktadır.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun ticaret unvanını düzenleyen 39 vd. maddelerine göre; her tacirin, ticari işletmesine ilişkin işlemleri yapmak ve işletmesiyle ilgili senetlerle diğer belgeleri bu unvan altında imzalamak ve tescil ve ilan ettirmek zorunda olduğu ad, ticaret unvanı olarak tarif edilmektedir. Yani ticaret unvanı; tacir tarafından, ticari işler yapılırken kullanılan ve taciri diğer tacirlerden ayırt etmeye yarayan bir işarettir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun işletme adını düzenleyen 53. maddesine göre; işletme sahibi ile ilgili olmaksızın doğrudan doğruya işletmeyi tanıtmak ve benzer işletmelerden ayırt etmek için kullanılan ad, işletme adı olarak nitelendirilmektedir. Yine aynı düzenleme gereğince, işletme adının da tescil edilmesi gerekir. Görüldüğü üzere işletme adı, işletme sahibinden bağımsız olarak sadece söz konusu işletmeyi tanıtmak, onu diğer işletmelerden ayırt etmek için kullanılan bir işarettir.

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu m. 4'te ise marka, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini, diğer teşebbüslerin mal veya hizmetlerinden ayırmaya yarayan işaret olarak tanımlanmıştır. Yani markalar ne işletmeyi ne de taciri tanıtmaya amacı güder. Markanın temel amacı, bir teşebbüse ait mal veya hizmetleri tanıtmak ve bunların, benzer mal veya hizmetlerden ayırt edilmesini sağlamaktır. Markanın ayırt edicilik işlevi, farklı teşebbüsler tarafından piyasaya sunulan mal veya hizmetler bakımından söz konusu olduğu gibi, aynı teşebbüs tarafından piyasaya sunulan farklı nitelikteki mal veya hizmetler bakımından da söz

konusu olabilmektedir. Zira marka taciri hedef almadığı gibi işletmeyi de hedef almaz, markanın hedefi söz konusu mal veya hizmetin kendisidir.

Ticaret unvanını ancak bir tacir kullanabilirken; markanın kullanılabilmesi için ne tacir olmaya ne de bir ticari işletme sahibi olmaya gerek yoktur. İşletme adının kullanılabilmesi için de tacir olma zorunluluğu bulunmamaktadır, zira işletme adı hem ticari işletmeler hem de esnaf işletmelerince kullanılabilir⁵⁸.

TTK. m. 49 gereğince; *“Ticaret unvanı işletmeden ayrı olarak başkasına devredilemez. Bir işletmenin devri, aksi açıkça kabul edilmiş olmadıkça, unvanın da devri sonucunu doğurur.”* Görüldüğü üzere taciri tanıtmaya yarayan ticaret unvanının, işletmeden bağımsız olarak, yani tek başına devri olanaklı değildir. Markanın ise gerek işletme ile birlikte gerek işletmeden bağımsız olarak devri olanaklıdır (TTK. m. 11/f. 2, SMK. m. 148/f. 1-2). Yine işletme adı da, işletmeden bağımsız olarak devredilebileceği gibi işletme ile birlikte de devre konu olabilir⁵⁹.

Ticaret unvanının kullanılması zorunluluk arz ederken, bir işletme adının seçilmesi ve bu adın kullanılması ise zorunlu değildir. Aynı şekilde bir markanın kullanılması hususunda da zorunluluk bulunmamaktadır. Ancak belirli mal veya hizmetlerin, diğerlerinden ayrılması

⁵⁸ **Kayhan, Şaban**, Ticari İşletme Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 7. Baskı, Ankara 2021, s. 168; **Yasan, Mustafa**, Ticari İşletme Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara 2021, s. 197; **Çetiner, Selma/Bozkurt Yüksel, Armağan Ebru**, Ticari İşletme ve Şirketler Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Ankara 2021, s. 117.

⁵⁹ **Kayar, İsmail**, Ticari İşletme Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 11. Baskı, Ankara, Eylül 2018, s. 233; **Kayhan**, s. 168-169; **Yasan**, s. 197; **Bilgili, Fatih/Demirkapı, Ertan**, Ticari İşletme Hukuku, Dora Yayıncılık, 6. Baskı, Bursa 2016, s. 183.

ve ön plana çıkması ve markaya tanınan özel hukuki korumadan faydalanabilmesi bakımından ticari hayatta markalaşmak önem arz etmektedir.

VIII. MARKA TÜRLERİ

A. Bireysel Markalar

Bireysel markalar, gerçek ya da tüzel kişilerin tek başlarına sahip olduğu markalardır. Bireysel markalar temel işlev olarak, kullanıldıkları mal veya hizmetlerin işletmesel menşeyini gösterme vazifesini üstlenir. Tüketiciler ve son kullanıcılar bakımından mal veya hizmetlerin kaynağının, diğer işletmelerden ayırt edilmesine hizmet ederler. Yani bu markalar, kullanıldıkları mal veya hizmetlerin, tek bir işletme kontrolünde üretildiğini veya sağlandığını gösterir ve bu mal veya hizmetlerin kalitesinden de bu işletmenin sorumlu tutulacağını garantisini sağlar⁶⁰.

B. Ortak Markalar

SMK. m. 31/f. 3 gereğince; “*Ortak marka, üretim veya ticaret ya da hizmet işletmelerinden oluşan bir grup tarafından kullanılan işarettir.*” Ortak markalar, bireysel markalardan farklı olarak, tek bir işletme tarafından değil, bir işletme grubu tarafından kullanılan ve bu grupta yer alan işletmelerin mal veya hizmetlerini, diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan markalardır (SMK. m. 31/f. 4). Ortak markayı tercih eden bir tüketici veya kullanıcı, mal üreticisinin veya hizmet sağlayıcısının belli bir birliğe bağlı olduğu sonucunu çıkarır. Ülkemizde kullanılan ortak markalara TARIŞ ve MARMARABİRLİK örnek olarak verilebilir.

⁶⁰ **Engels, Rainer**, Patent-, Marken- und Urheberrecht, Vahlen Jura Lehrbuch, 11. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 2020, s. 301.

Ortak markalar, bazen belirli bir ürün veya hizmet üzerinde tek marka olarak kullanılabilirken; bazen de söz konusu mal veya hizmetin asıl markasına ek olarak ikinci bir marka olarak da kullanılabilirler⁶¹.

Ortak markanın tescili için markanın kullanımına ilişkin usul ve esasları gösteren teknik şartnamenin başvuruyla birlikte sunulması zorunludur (SMK. m. 32/f. 1). Ortak marka teknik şartnamesi, ortak markayı kullanmaya yetkili işletmeler ile bu işletmelerin oluşturdukları topluluğa üyelik şartlarını, markanın kullanım şartları ve varsa müeyyideleri belirler. Ortak markanın tescili ve ortak marka hakkından vazgeçilmesi için gruba dâhil işletmelerin tümü birlikte hareket eder (SMK. m. 32/f. 3). Ortak markayı kullanmaya yetkili olan gruba dâhil işletmeler tek başına dava açmaya yetkilidir (SMK. m. 32/f. 4).

Kanun'da ortak markanın devri ya da buna ilişkin lisans verilmesi, ancak söz konusu işlemin sicile kaydedilmesine bağlı tutulmuştur (SMK. m. 148/f. 7). Markaya ilişkin devir sözleşmesinin noter tarafından onaylama şeklinde; lisans sözleşmesinin ise, yazılı şekilde yapılması gerekir. Devir ya da lisans sözleşmesinin geçerliliği bakımından tescil, kural olarak zorunlu bir unsur değildir, bildirici niteliktedir. Fakat ortak markalara ilişkin söz konusu kanuni düzenleme gereğince, tescil kurucu bir unsur olarak kabul edilmiştir.

Ortak markanın yenilenmeme sebebiyle koruma süresinin sona ermesinden itibaren üç yıl içinde yapılan, ortak markayla aynı veya benzer olan ve aynı veya benzer mal veya hizmetleri içeren marka başvurusu, önceki hak sahibinin itirazı üzerine reddedilir (SMK. m. 6/f. 7).

⁶¹ **Bozgeyik, Hayri**, Garanti Markasının Marka Hukukundaki Yeri ve Benzer Kavramlarla İlişkisi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: LXXI, Sayı: 2, S. 91-102, 2013, s. 96

C. Garanti Markaları

SMK. m. 31/f. 1 gereğince; *“Garanti markası, marka sahibinin kontrolü altında birçok işletme tarafından o işletmelerin ortak özelliklerini, üretim usullerini, coğrafi menşelerini ve kalitesini garanti etmeye yarayan işarettir.”* Garanti markasında, üretilen malın ya da sağlanan hizmetin belirli nitelikleri haiz yani belirli bir kalitede olduğu garanti edilir. Bu markayı kullanan işletmeler, marka sahibinin belirlediği ürün ya da hizmet standartını sağlamakla yükümlüdür, bir diğer deyişle; garanti markası, ancak marka sahibinin belirlediği nitelikleri taşıyan işletmeler tarafından ve marka sahibinin kontrolüyle kullanılabilir. Örneğin; TSE, CE, ISO 9001 gibi markalar, garanti markaları arasında yer alır.

Garanti markasında ayırt edicilik niteliği, bireysel ya da ortak markalarda olduğu gibi belirli bir işletme ya da birliğe ait mal veya hizmetlerin menşesine göre bireyselleştirilmesine değil, markayı taşıyan mal veya hizmetlerin belirli niteliklerinin garanti edilmesine hizmet eder. Bu nitelikler; kullanılan malzeme, malların üretim şekli, sağlanan hizmetler veya bunların kalitesiyle ilgili olabilir. Bir garanti markası ile karşılaşıldığında, bundan, mal veya hizmetin kökenine dair bir çıkarsamada bulunulamaz; tüketici bunu sadece söz konusu markayı kullanan mal veya hizmetin garanti edilen belirli özelliklerinin bir göstergesi olarak görür⁶².

SMK. m. 31/f. 2’ye göre; *“Garanti markasının, marka sahibinin veya marka sahibine iktisaden bağlı olan işletmenin mal veya hizmetlerinde kullanılması yasaktır.”* Bu bakımdan garanti markaları ancak üçüncü kişiler tarafından kullanılabilir, marka sahibi tarafından kullanması olanaklı değildir.

Ortak markada olduğu gibi garanti markasının tescili için de markanın kullanımına ilişkin usul ve esasları gösteren teknik şartnamenin başvuruyla birlikte sunulması zorunludur

⁶² Engels, s. 304.

(SMK. m. 32/f. 1). Garanti markası teknik şartnamesi; markanın garanti ettiği mal veya hizmetlerin ortak özelliklerini, markanın kullanılma usullerini, markayı kullanım hakkının verilmesinden sonra denetimlerin nasıl ve hangi sıklıkta yapılacağı ile teknik şartnameye aykırı kullanma hâlinde uygulanacak müeyyideleri belirler (SMK. m. 32/f. 2). Yine ortak markada olduğu gibi, Kanun'da garanti markasının devri ya da buna ilişkin lisans verilmesi, ancak söz konusu işlemin sicile kaydedilmesine bağlı tutulmuştur (SMK. m. 148/f. 7). Burada da söz konusu kanuni düzenleme gereğince, tescil kurucu bir unsur olarak kabul edilmiştir. Garanti markasının yenilenmeme sebebiyle koruma süresinin sona ermesinden itibaren üç yıl içinde yapılan, garanti markasıyla aynı veya benzer olan ve aynı veya benzer mal veya hizmetleri içeren marka başvurusu, önceki hak sahibinin itirazı üzerine reddedilir (SMK. m. 6/f. 7).

§ 2. TERMİNOLOJİ VE MEVZUAT

I. TERMİNOLOJİ SORUNU

Fikri hukuk alanında, özellikle Türk hukuk doktrin ve uygulamasında, üzerinde fikir birliğine ulaşılmış bir terminolojinin sağlanamaması geçmişten günümüze devam edegelen bir sorundur. Fikri hukuk literatüründe, çok çeşitli terimlerin kullanıldığı görülmektedir. Nitekim halihazırda bu alanda; *'fikri hak, fikri mülkiyet hakkı, sınai mülkiyet hakkı, fikri mülkiyet hukuku, telif hakkı, sınai mülkiyet hukuku'* gibi çeşitli kavramlar kullanılmaktadır. Hukuk terminolojisinin geniş olması, bir yönüyle çeşitliliğin ve üretkenliğin göstergesi olarak görülebilse de, nihai olarak kullanılan hukuki terimlerin mevcut hukuk sistemine uygun olması gerekir. Zira hukuk kurallarının uygulanması ve yorumlanması, istikrarlı ve amaca uygun bir hukuk terminolojisinin mevcudiyetine sıkı sıkıya bağlıdır⁶³.

⁶³ **Hirsch, E. Ernst**, Fikri ve Sınai Haklar, Ankara AR Basımevi, Ankara 1948, s. 4.

Fikri hukuk terminolojisindeki temel problem, hukuk tekniği ve müspet hukuk bakımından hatalı olarak kabul edilen ‘*mülkiyet*’ teriminin kullanılması hususunda gösterilen ısrardır. Bugün geçerli olan Türk-İsviçre hukuk sisteminde, mülkiyet kavramı, ancak taşınır ve taşınmaz niteliği haiz şeyler hakkında kullanılmaktadır. Mülkiyet hakkı ancak, cismani nitelik taşıyan yani maddi varlığı olan şeyler ve edinime uygun nitelikteki bazı doğal güçler için kullanılabilir. Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu’nun kabul ettiği genel prensiplere göre, bir hakka sahip olma keyfiyeti ile bir şeye malik olma keyfiyetinin birbirinden tamamen ayırt edilmesi gerekir. Ne yazık ki bu ayrımın, 10 Ocak 2017 tarihinde yürürlüğe girerek bugün uygulanmakta olan ve marka hakkına ilişkin temel hukuki düzenlemeleri de ihtiva eden 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’nda da yapılamadığı ve bu terminolojik hatanın mevzuat boyutunda da devam ettiği görülmektedir.

Fikri haklar niteliği itibariyle maddi varlığı olmayan fikri ürünler üzerinde tanınan haklardır. Fikri haklarda, mülkiyette olduğu gibi cismani bir nitelik söz konusu olmadığından, bu haklar, aynı hak kategorisinde değerlendirilemez⁶⁴. Bu haklar, gayri maddi nitelik taşıyan mallar üzerindeki mutlak haklar olarak münhasır bir hak kategorisini ortaya çıkarmışlardır. Fikri haklar ve mülkiyet hakları her ne kadar mutlak hak olmaları dolayısıyla bazı benzerlikler ihtiva etse de, birçok yönden birbirlerinden ayrılmaktadır. Bu bakımdan, Türk hukuk doktrin ve uygulamasında kullanılmakta olan “*fikri mülkiyet hukuku*” ve “*sınai mülkiyet hukuku*” kavramları yerine ‘*fikri hukuk* ve *sınai hukuk*’ kavramlarının; “*fikri mülkiyet ve sınai mülkiyet*

⁶⁴ **Hirsch, E. Ernst**, Hukuki Bakımdan Fikri Say, Birinci Cilt, Çeviren: V. Çernis, Kenan Basımevi ve Klişe Fabrikası, İstanbul 1942, s. 3.

hakı” kavramları yerine ise, ‘*fikri hak ve sınai hak*’⁶⁵ kavramlarının kullanılması gerektiği kanaatini taşımaktayız.

II. MARKA HUKUKUNA İLİŞKİN ULUSAL VE ULUSLARARASI

MEVZUAT

A. Genel Olarak

Marka hem hukuki hem de iktisadi önemi itibarıyla, geçmişten günümüze ulusal ve uluslararası düzeyde çeşitli hukuki düzenlemelerle koruma altına alınmıştır. Marka hukuku alanında uygulanacak yasal hükümlerin belirlenmesi bakımından, Türk marka hukukunun ulusal ve uluslararası kaynaklarının tespit edilmesi önem arz etmektedir.

B. Türk Marka Hukukunun Başlıca Ulusal Kaynakları

1. 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu 22.12.2016 tarihinde kabul edilmiş ve 10.01.2017 tarihinde 29944 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Kanun’un yürürlüğe girmesi ile birlikte; 24.6.1995 tarihli ve 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 24.6.1995 tarihli ve 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 24.6.1995 tarihli ve 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ve 24.6.1995

⁶⁵ Aynı yönde; “...*Mezkûr hukuk sahasında mülkiyet tabiri muvafık olmadığı gibi tehlikelidir de. Her ne kadar ictimai ilimlerde bu mülkiyete benzetiş çok defa yapılmakta ise de müsbet hukuk ve hukuk tekniği bakımından doğru değildir. ...bunlar hakkında tamamen başka mahiyet taşıyan aynı haklara müteallik hükümler uygulanamaz. Verilen izahlara binaen “sınai mülkiyet” taeriminin yerine “sınai haklar” teriminin kullanılmasını teklif etmekteyiz.”*

Açıklamalar için bkz. **Hirsch**-Fikri Say, s. 5.

tarıhli ve 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükümünde Kararname yürürlükten kaldırılmıştır.

556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kararname'nin yürürlükten kalkması ile birlikte, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu, bugün iç hukukumuzda markaya ilişkin birincil/özel mevzuat olarak yerini almıştır.

2. 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik

Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik 24.04.2017 tarihi itibariyle 30047 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmış ve yürürlüğe girmiştir. Bu Yönetmelik'in yürürlüğe girmesi ile birlikte; 9.4.2005 tarihli ve 25781 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükümünde Kararnamenin Uygulanmasına Dair Yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır.

Yönetmelik, 22/12/2016 tarihli ve 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'na dayanılarak hazırlanmış ve söz konusu Yönetmelik'le markaya ve diğer sınai haklara ilişkin hakların korunması ile bu haklarla ilgili diğer işlemlerde uygulanacak usul ve esasların düzenlenmesi amaçlanmıştır.

3. 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükümünde Kararname

Sınai Mülkiyet Kanunu geçici madde 1 gereğince; bu Kanun'un yayımından önceki bir tarihte TürkPatent'e yapılmış olan ulusal ve uluslararası marka başvuruları, başvuru tarihi itibariyle yürürlükte bulunan mevzuat hükümlerine göre sonuçlandırılır. Bu bakımdan mülga 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükümünde Kararname, yürürlükte olduğu dönemde yapılan marka başvuruları bakımından uygulanmaya devam edecektir.

4. Marka Tescil Başvurularına Ait Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına

İlişkin Tebliğ

Marka Tescil Başvurularına Ait Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğ (TPE: 2016/2), 30.12.2016 tarihli ve 29934 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu Tebliğ’in maksadı, 12.7.1995 tarihli ve 95/7094 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile taraf olunan Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Nis Anlaşması hükümlerine göre düzenlenen Nis Sınıflandırması’na uygun olarak, TürkPatent’e yapılan marka tescil başvurularında esas alınacak mal ve hizmet sınıflandırma listesinin oluşturulması ve bu listeye ilişkin esasların düzenlenmesidir.

C. Türk Marka Hukukunun Başlıca Uluslararası Kaynakları

1. Marka Kanunu Anlaşması (Trademark Law Treaty/TLT)

Marka Kanunu Anlaşması, 27 Ekim 1994’te Cenevre’de kabul edilmiştir. Anlaşma’nın amacı, ulusal ve bölgesel düzeyde gerçekleşecek marka tescil prosedürlerini standart hale getirmek ve kolaylaştırmaktır.

Türkiye bu Anlaşma’yı, 28 Ekim 1994’te imzalamış, 1 Ekim 2004’te onaylamış ve Anlaşma, 1 Ocak 2005 tarihinden itibaren ülkemizde yürürlüğe girmiştir. 2022 yılı itibariyle Anlaşma’ya taraf devlet sayısı 54’tür⁶⁶.

⁶⁶ Bkz. <https://www.wipo.int/treaties/en/ip/tlt/> (E.T. 16.02.2022).

2. Markaların Uluslararası Tesciline Dair Madrid Anlaşması ve Markaların Uluslararası Tesciline Dair Madrid Anlaşmasına İlişkin Protokol (Madrid Agreement Concerning The International Registration of Marks and Protocol Relating to the Madrid Agreement Concerning The International Registration of Marks)

Markaların uluslararası düzeyde tescili iki temel anlaşma çerçevesinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Bunlar 1891 tarihli Markaların Uluslararası Tesciline Dair Madrid Anlaşması ve 1989’da kabul edilen, 1.12.1995’te yürürlüğe giren ve 1.4.1996’da uygulanmasına başlanılan Madrid Anlaşması’na Dair Protokol’dür.

İlgili protokol, 1.1.1999 tarihinden itibaren Türkiye’de de uygulanmaya başlamıştır. Madrid sistemi, markaların tek bir başvuru ile birden fazla ülkede tescilinin sağlanmasını amaçlamaktadır⁶⁷.

3. Sınai Hakların Korunmasına İlişkin Paris Sözleşmesi (Paris Convention for the Protection of Industrial Property)

Paris Sözleşmesi, 20 Mart 1883 tarihinde imzalanmış; 14.12.1900 tarihinde Brüksel, 2.6.1911 tarihinde Washington, 6.11.1925 tarihinde Lahey, 2.6.1934 tarihinde Londra, 31.10.1958 tarihinde Lizbon ve 14.7.1967 tarihinde Stockholm’de revizyona uğramıştır.

Türkiye, 6 Ağustos 1925 tarihinde bu Sözleşme’ye katılmış ve 10 Ekim 1925 tarihinde Sözleşme, ülkemizde yürürlüğe girmiştir. 2022 yılı itibariyle Sözleşme’ye taraf ülke sayısı 178’dir⁶⁸.

⁶⁷ Bkz. <https://www.wipo.int/madrid/en/> (E.T. 4.11.2021).

⁶⁸ Bkz. <https://www.wipo.int/treaties/en/ip/paris/> (E.T. 16.02.2022).

4. Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights/TRIPS)

Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması (TRIPS), 15 Nisan 1994 tarihinde Fas'ın Marakeş kentinde imzalanan Dünya Ticaret Örgütü (World Trade Organization/WTO)'nü kuran Marakeş Anlaşması'nın Ek 1C'sidir. 1 Ocak 1995'te yürürlüğe giren Anlaşma, fikri haklar konusunda bugüne kadarki en kapsamlı çok taraflı anlaşmadır⁶⁹.

Dünya Ticaret Örgütü'nün kurucu üyelerinden biri olarak Türkiye, Anlaşma'ya WTO'nun kuruluşunda taraf olmuş ve 2000 yılında anlaşma hükümlerini uygulamaya başlamıştır⁷⁰.

5. Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırmasına Dair Nice Anlaşması (Nice Agreement Concerning the International Classification of Goods and Services for the Purposes of the Registration of Marks)

1957'de Nice'de akdedilen, 1967'de Stockholm'de ve 1977'de Cenevre'de revize edilen ve 1979'da değiştirilen Nice Anlaşması, ticari markaların ve hizmet markalarının tescili amacıyla mal ve hizmetlerin bir sınıflandırmasını (Nice Sınıflandırması) oluşturmaktadır.

Türkiye, 1 Ekim 1995'te Nice Anlaşması'na katılmış ve Anlaşma 1 Ocak 1996 itibariyle ülkemizde yürürlüğe girmiştir. 2022 yılı itibariyle Anlaşma'ya taraf devlet sayısı 91'dir⁷¹.

⁶⁹ Bkz. https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/trips_e.htm (E.T. 5.11.2021).

⁷⁰ Bkz. <https://www.telifhaklari.gov.tr/Ticaretle-Baglantili-Fikri-Mulkiyet-Anlasmasi-TRIPS> (E.T. 5.11.2021).

⁷¹ Bkz. <https://www.wipo.int/treaties/en/classification/nice/> (E.T. 16.02.2022).

6. Markaların Figüratif Elemanlarının Uluslararası Sınıflandırılmasına Dair Viyana Anlaşması (Vienna Agreement Establishing an International Classification of the Figurative Elements of Marks)

1973'te Viyana'da akdedilen ve 1985'te tadil edilen Viyana Anlaşması, figüratif unsurlardan oluşan veya bunları içeren markalar için bir sınıflandırma (Viyana Sınıflandırması) oluşturmaktadır.

Türkiye, 1 Ekim 1995'te Viyana Anlaşması'na katılmış ve Anlaşma 1 Ocak 1996 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 2022 yılı itibariyle Anlaşma'ya taraf devlet sayısı 35'tir⁷².

§ 3. MARKANIN HUKUKİ İŞLEMLERE KONU OLMASI

I. GENEL OLARAK

Markaya ilişkin hukuki düzenlemeler esas olarak, Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 'Birinci Kitap'ını oluşturan 4 ila 32. maddeleri arasında yer almaktadır. SMK'nın 'Beşinci Kitap'ı ise, tüm sınai haklar bakımından uygulanabilecek nitelikte olan 'Ortak Hükümler' kısmına vücut vermektedir. Kanun'un Ortak Hükümler kısmında yer alan "Hukuki işlemler" başlıklı 148. maddenin 1. fıkrasına göre; "*Sınai mülkiyet hakkı devredilebilir, miras yolu ile intikal edebilir, lisans konusu olabilir, rehin verilebilir, teminat olarak gösterilebilir, haczedilebilir veya diğer hukuki işlemlere konu olabilir.*" Sınai Mülkiyet Kanunu kapsamında '*sınai mülkiyet hakkı*' terimi; marka, coğrafi işaret, tasarım, patent ve faydalı model üzerindeki hakkı ifade eder (SMK. m. 2/f. 1-1). Buradan hareketle, marka hakkının; devredilebilir, miras ile intikal edebilir, lisansa konu olabilir, rehin verilebilir, teminat olarak gösterilebilir,

⁷² Bkz. <https://www.wipo.int/treaties/en/classification/vienna/> (E.T. 16.02.2022).

haczedilebilir ve diğer hukuki işlemlere konu olabilir nitelikte bir sınai hak olduğu söylenebilir⁷³.

Marka hakkı, bir iktisadi değer olarak sahibinin malvarlığı unsurları içerisinde yer almaktadır. Marka hakkı ile ilgili hukuki işlemlere hâkim olan “ayrılık ilkesi” gereğince, marka hakkı, ticari işletmenin ayrılmaz bir parçası olarak değerlendirilemez⁷⁴ ve bu nedenle de bu hak, gerek tahsis edildiği ticari işletme ile birlikte gerekse de ticari işletmeden bağımsız olarak çeşitli hukuki işlemlerin konusunu teşkil edebilir (SMK. m. 148/f. 2, TTK. m. 11/f. 3).

⁷³ “Marka hakkının hukuki işlemlere konu olup olamayacağına gelince; gayri maddi mallar üzerindeki **marka hakkı mutlak haklardan olup, taşıdığı ekonomik değerden ötürü şirket malvarlığına dahildir. Marka hakkı çeşitli hukuki işlemlere konu oluşturabilir. Örneğin, marka hakkının hasılat kirasına (BK.270) verilmesi mümkündür. 556 sayılı KHK.nin 20 ve 21 nci maddelerinde marka sahibinin (lisans veren), markasının kullanma hakkını lisans alana verebileceği belirtilmiştir. İşte lisans verme yoluyla kullanma da markanın bir kullanım biçimidir.**” Söz konusu Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 11.HD, E. 2001/844, K. 2001/3429, T. 09.04.2001, <https://lib.kazanci.com.tr> (E.T. 08.08.2022).

⁷⁴ **Curto Polo**, s. 391-192; **Tüzüner, Özlem**, Marka Rehni Sözleşmesi ve Uygulanacak Hukuk, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s. 2; **Çolak**, s. 697; **Yasaman, Hamdi**, Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, Vedat Kitapçılık, 2 Cilt, İstanbul 2004, s. 677; **Güneş, İlhami**, Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku, Adalet Yayınevi, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara 2020, s. 170; **Suluk, Cahit**, Marka Hakkı ve Nitelikleri-Markanın Hukuki İşlemlere Konu Olması-Markanın Devri-Lisans ve Lisans Çeşitleri, Fikri Mülkiyet Yazıları I-Mütalaarım (2001-2020, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 371; **Karan/Kılıç**, s. 329.

Ülkemizin de taraf olduğu TRIPS m. 21’de yer alan düzenlemede de, üye devletlerin markalara ilişkin lisans verilmesi ve marka devrinin koşullarını tespit edebileceklerini, fakat markalara ilişkin zorunlu lisans verilmesine izin verilmeyeceği ve tescilli bir marka sahibinin markanın ait olduğu işi devretse de devretmese de markayı devretme hakkına sahip olacağı ifade edilmektedir.

Markanın konu olabileceği hukuki işlemler, Kanun’da *numerus clausus* (sınırlı sayıda) ilkesine bağlı olarak düzenlenmemiştir. SMK. m. 148/f. 1’ de yer alan; “...veya diğer hukuki işlemlere konu olabilir.” ifadesinden, markanın konu olabileceği hukuki işlemlerin burada sayılanlarla sınırlı olmadığı sonucuna varılmaktadır. Yani marka; devir, rehin, lisans gibi Kanun’da sayılan hukuki işlemlere konu olabileceği gibi, burada ismen zikredilmeyen farklı türden hukuki işlemlerin konusunu da teşkil edebilir. Örneğin; marka franchising sözleşmesine konu olabilir. Öğretide bazı yazarlar⁷⁵ tarafından marka üzerinde intifa hakkı kurulabileceği savunulsa da, markanın niteliği itibariyle intifa hakkının konusunu oluşturması olanaklı değildir. Zira intifa hakkı niteliği itibariyle bir ayni haktır ve konusunu maddi varlığı haiz şeyler teşkil eder. Markanın üzerinde tasarrufta bulunma imkanı tanınmaksızın kullanımını amaçlayan bir anlaşma olsa olsa bir lisans sözleşmesidir.

SMK. m. 148/f. 4 gereğince; marka üzerindeki hukuki işlemler, yazılı şekil şartına tabidir. Bahsi geçen düzenlemede öngörülen yazılı şekil şartı, devir sözleşmeleri açısından ise ağırlaştırılmış bulunmaktadır. Buna göre, devir sözleşmesinin geçerliliği, ancak noter tarafından onaylama suretiyle yapılması koşuluna bağlı tutulmuştur.

⁷⁵ **Ünal, Mücahit**, Marka Tescilinden Doğan Haklarla İlgili Hukuki İşlemler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007, s. 29; **Çolak**, s. 697; **Arkan, Sabih**, Marka Hukuku, Cilt: II, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 533, Ankara 1998, s. 175; **Karan/Kılıç**, s. 327.

Marka üzerindeki hukuki işlemler, taraflardan birinin talebi, ücretin ödenmesi ve yönetmelikle belirlenen diğer şartların yerine getirilmesi hâlinde sicile kaydedilir. Fakat söz konusu hukuki işlem bakımından tescil kurucu bir unsur değildir. İşlemin tescili bildirici nitelik taşır ve tescille birlikte söz konusu hak, üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir hale gelir. Nitekim sicile kaydedilmeyen hukuki işlemlerden doğan haklar, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez (SMK. m. 148/f. 5). Kural olarak tescil kurucu bir nitelik taşımamakla birlikte; devre ya da lisansa konu olacak marka, garanti markası ya da ortak marka ise, bu durumda tescil kurucu nitelik taşır. Kanun'da garanti markası ve ortak markaların devrinin ya da ortak markaya ilişkin lisans verilmesinin ancak sicile kayıt halinde geçerli olacağı düzenlenmiş bulunmaktadır (SMK. m. 148/f. 7).

SMK. m. 148/f. 8 gereğince; markanın konusunu teşkil edebileceği hukuki işlemlere, aynı zamanda marka başvuruları da konu olabilir. Yani tescilli bir markada olduğu gibi, mevcut bir marka başvurusu da devir ya da lisans sözleşmelerinin konusunu teşkil edebilir, rehin verilebilir, teminat olarak gösterilebilir, haczedilebilir veya miras yolu ile intikal edebilir.

II. MARKA LİSANSI

Markanın konusunu oluşturabileceği en önemli hukuki işlemlerden bir tanesi lisans sözleşmesidir. Lisans sözleşmesi ile lisans veren, marka hakkının kullanım yetkisini belirli bir süre, yer veya içerik itibarıyla sınırlı ya da sınırsız, ivazlı ya da ivazsız olarak bir başkasına devretmektedir. Yani marka lisans sözleşmesi, marka devir sözleşmesinden farklı olarak, marka hakkının kendisinin değil, bu hakkın kullanımının devrini konu edinen bir sözleşmedir. SMK. m. 24/f. 1 gereğince; *“Marka hakkı, tescil edildiği mal veya hizmetlerin bir kısmı ya da tamamı için lisans sözleşmesine konu olabilir.”*

Kural olarak, her marka lisans sözleşmesinin konusunu teşkil edebilir. Ortak markalar bakımından da bireysel markalarda olduğu gibi lisans hakkı tanınabilir. Fakat garanti markaları, kendine has özellikleri nedeniyle lisans sözleşmelerine konu olmaya elverişli değildir. Zira garanti markasını, marka sahibinin belirlediği ürün ya da hizmet standartını sağlayan yani marka sahibinin belirlediği nitelikleri taşıyan herkes kullanabilir.

Markalar lisans sözleşmesine konu olabileceği gibi, marka tescil başvuruları da lisans sözleşmelerinin konusunu teşkil edebilir (SMK. m. 148/f. 8). Eğer söz konusu tescil başvurusu olumlu sonuçlanmaz veya herhangi bir sebeple tescil gerçekleşmezse, lisans hakkı tescilli bir markaya ilişkin olmadığından Sınai Mülkiyet Kanunu'ndaki hukuki korumadan faydalanılamaz.

Lisans sözleşmeleri, münhasır (inhisari) lisans ve basit (inhisari olmayan) lisans sözleşmesi olarak ikiye ayrılabilir. Münhasır lisans sözleşmesinde, lisans veren, lisansa konu hakka ilişkin bir üçüncü kişiye lisans hakkı tanımayacağını taahhüt ettiği gibi kendisi de bu hakkı kullanmayacağını taahhüt eder. Basit lisans sözleşmesinde ise, lisansa konu hakka ilişkin bir başkasına lisans hakkı tanınabileceği gibi, lisans veren bu hakkı kendisi de kullanabilir. Marka hakkına ilişkin lisans, münhasır veya basit lisans şeklinde verilebilir. Taraflar sözleşmede, lisans hakkının münhasır ya da basit lisans şeklinde tanındığına dair bir belirleme yapmamışlarsa, bu durumda söz konusu lisansın basit lisans olduğu kabul edilir (SMK. m. 24/f. 2).

Lisans sözleşmesiyle, marka hakkı lisans alana geçmez; hakkın kendisi lisans verende kalmaya devam eder, lisans alana yalnızca bu hakka ilişkin bir kullanma salâhiyeti tanınır. Lisans alan, taraflar arasında akdedilen sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadıkça, lisanstan doğan haklarını üçüncü bir kişiye devredemez veya alt lisans veremez (SMK. m. 24/f. 3). Zira lisans sözleşmesi, lisans alanın kişiliğinin ön planda olduğu bir sözleşmedir. Markaya ilişkin

bir lisans hakkı tanınması, lisans verenin lisansa konu marka ile olan ilişkisini kesmemekte, bilakis marka ile lisans veren arasındaki bağ devam etmektedir⁷⁶.

Marka lisansı sözleşmelerinin geçerliliği bakımından, yazılı şekil şartının mevcudiyeti aranmaktadır. (SMK. m. 148/f. 4). Aynı şekilde marka tescil başvurularına ilişkin lisans sözleşmelerinin de yazılı olarak yapılması gerekir⁷⁷. Marka lisansı sözleşmesi, taraflardan birinin talebi üzerine sicile kaydedilir (SMK. m. 148/f. 5). Sicile kayıt, lisans sözleşmeleri bakımından kurucu değil, açıklayıcı niteliktedir. Tescil, söz konusu lisans hakkının alenileşmesini sağlar ve bu hakkın iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesine olanak tanır. Fakat Kanun'da ortak markalar bakımından tescil kurucu bir unsur olarak öngörülmüştür. Ortak markaya ilişkin lisans verilmesi, ancak sicile kayıt halinde geçerlidir (SMK. m. 148/f. 7).

Marka lisansı sözleşmesinde, lisans verenin, lisans alan tarafından üretilecek malların veya sunulacak hizmetlerin kalitesini garanti altına alacak önlemleri alması gerekir. Lisans alan da aralarında akdedilen sözleşmede yer alan koşullara riayet etmelidir. Aksi takdirde lisans veren, tescilli markadan kaynaklanan haklarını lisans alana karşı ileri sürebilir (SMK. m. 24/f. 4).

Marka lisans sözleşmesini, taraflar aralarında anlaşmak suretiyle, belirli bir süreyle sınırlı olarak yapabilirler. Fakat tarafların sözleşmede belirleyebileceği sürenin üst sınırı, markanın koruma süresidir. Taraflar arasındaki sözleşmede markanın koruma süresini aşan bir

⁷⁶ **Şahin, Büşra**, Türk Hukukunda Sinema Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 187.

⁷⁷ **Ceylan, Çiğdem**, Marka Lisansı Sözleşmesi, Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku (FMR) Dergisi, Yıl: 2017, Sayı: 1, s. 79.

süre öngörülmüş yahut süreye dair bir açıklık getirilmemişse, bu durumda lisans hakkının markanın koruma süresi ile sınırlı olarak tanındığı kabul edilmelidir.

III. MARKANIN REHNİ

Rehin hakkı, niteliği itibari ile bir alacağın teminat altına alınmasını sağlayan, alacak zamanında ödenmez ise hak sahibine, devletin yetkili kıldığı icrai organlar vasıtasıyla rehin konusu şeyin paraya çevrilmesi ve elde edilen meblağdan alacağın tahsili yetkisini veren bir sınırlı ayni hak olarak tanımlanabilir. Sınırlı ayni haklardan olan rehin hakkının konusunu kural olarak eşya teşkil eder. Fakat Türk Medeni Kanunu’nda istisnai olarak bazı hakların da rehnin konusunu oluşturabileceği kabul edilmektedir (TMK m.954⁷⁸). Ancak haklar üzerinde kurulan rehin hakkının bir ayni hak olarak kabul edilmesi mümkün değildir⁷⁹. Burada rehin hakkı, hak sahibine borcun tahsil edilmesi hususunda, diğer alacaklılara nazaran bir öncelik tanır. Bu bakımdan doktrinde haklar üzerinde kurulan rehnin “ayni hak benzeri bir mutlak hak” olduğu ifade edilmektedir⁸⁰.

SMK. m. 148/f. 1 gereğince marka hakkı, rehnin konusunu oluşturabilir. Kanun’da markanın rehne konu olabileceği düzenlenmekle birlikte buna ilişkin özel bir hükmün bulunmamasından dolayı, Türk Medeni Kanunu’nun alacaklar ve diğer haklar üzerindeki rehin hakkının düzenlendiği 954 vd. hükümleri marka rehni bakımından da caridir. Marka

⁷⁸ TMK. Madde 954: “Başkasına devredilebilen alacaklar ve diğer haklar rehnedilebilir. Aksine bir hüküm bulunmadıkça, bunların rehni hakkında da teslim bağli rehin hükümleri uygulanır.”

⁷⁹ Özellikle marka üzerindeki rehin hakkının hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar için bkz. **Tüzüner**, s. 13 vd.

⁸⁰ **Ayan, Mehmet**, Eşya Hukuku III Sınırlı Ayni Haklar, Seçkin Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Ankara 2017, s. 155-158.

üzerindeki rehin hakkı hak sahibine, marka rehni ile teminat altına alınan alacak ödenmediği takdirde, ancak rehnin konusunu oluşturan markanın paraya çevrilmesi ve elde edilen bedelden alacağın öncelikle temin edilmesi yetkisini sağlar⁸¹. Marka rehni, hak sahibine söz konusu markanın kullanılması yetkisini tanımaz, markayı kullanma salâhiyetini marka sahibi muhafaza eder⁸².

Markaya ilişkin rehin hakkının tesisi için, iki tarafın iradelerinin teminat amacına yönelik olarak bir araya geldiği bir rehin sözleşmesinin kurulması gerekir. Marka rehin sözleşmesi ticari işletmeden bağımsız olarak yapılabilir (SMK. m. 148/f. 2). Marka rehin sözleşmesinin geçerliliği, marka üzerinde tesis edilecek diğer hukuki işlemlerde olduğu gibi sözleşmenin yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır (SMK. m. 148/f. 4). Sözleşme taraflardan birinin talebi üzerinde sicile kaydedilir ve Resmi Marka Bülteni'nde yayımlanır. Sicile kayıt rehin sözleşmesinin kurucu bir unsuru olmamakla birlikte, sicile kaydedilmeyen hukuki işlemlerden doğan haklar iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez (SMK. m. 148/f. 5).

Halihazırda mevcut bir marka tescil başvurusunun da rehin sözleşmesine konu olması mümkündür. Nitekim marka tescil başvurusu da başvuru sahibine bir hak sağlar. Bu durumda marka tescili gerçekleşinceye kadar bir marka rehni değil marka tescil talebine yönelik bir

⁸¹ **Tüzüner**, s. 13; **Ünal, Mücahit**, Marka Tescilinden Doğan Haklarla İlgili Hukuki İşlemler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007, s. 97; **Yasaman/Altay**, s. 703; **Çolak**, s. 723; **Güneş**, 190.

⁸² **Fezer, Karl-Heinz**, Markenrecht, Kommentar zum Markengesetz, Verlag C.H.Beck, 4. Auflage, München 2009, §27 Rn. 83; **Ströbele, Paul/Hacker, Franz/Thiering, Frederik/Knoll, Helmut/Miosga, Julia**, Markengesetz - Kommentar, Carl Heymanns Verlag, 13. Auflage, München 2021, §29 Rn. 4.

rehin hakkının varlığı kabul edilir ve marka tescilinin gerçekleşmesiyle birlikte marka hakkı rehinli olarak doğar⁸³.

Ticari işletme üzerinde bir rehin hakkı tesisi durumunda, marka hakkının da bu rehin kapsamında bulunduğu kabul edilir (Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu m. 5/f. 2). Zira TİTRK. m. 5/f. 1-c gereğince, ticari işletme rehni kapsamında üzerinde rehin hakkı tesis edilebilecek varlıklar arasında fikri ve sınai haklar da sayılmış bulunmaktadır. Fakat taraflar marka hakkının rehnin kapsamı dışında kalmasına ilişkin aralarında bir anlaşma yapabilirler. Marka hakkı açıkça rehnin kapsamı dışında bırakılmamışsa, bu durumda taraflar arasında marka hakkına ilişkin olarak ayrıca bir sözleşme yapılmasına gerek bulunmaksızın marka üzerinde bir rehin hakkı doğar. Ticari işletmenin rehninde rehin hakkı, rehin sözleşmesinin Rehinli Taşınır Sicili'ne tescil edilmesiyle kurulur (TİTRK. m. 4/f. 1) ve yine tescille birlikte üçüncü kişilere karşı hüküm ifade eder (TİTRK. m. 9/f. 1).

Marka üzerindeki rehin hakkı; alacağın herhangi bir sebeple sona ermesi, rehnin şarta bağlanmış olması durumunda bu şartın gerçekleşmesi, gerçekleşmemesi veya gerçekleşme ihtimalinin ortadan kalkması, rehnin süreye bağlanmış olması halinde sürenin sona ermesi ve markanın cebri icra yoluyla satılması hallerinde sona erer (Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik m. 127/f. 3).

IV. MARKANIN HACZİ

SMK. m. 148/f. 1 gereğince marka hakkı haczedilebilir. Haciz, alacaklının talebiyle, icra memuru tarafından, kesinleşmiş olan bir icra takibinin konusunu oluşturan belirli bir para alacağının ödenmesini sağlamak üzere, borçlunun malvarlığı unsurlarına dahil taşınır ve taşınmaz nitelikteki mallar ile alacak hakları ve diğer haklardan, alacaklının ana, faiz ve masraflar da dahil olmak üzere bütün alacaklarına yetecek miktarı kadarına hukuken el

⁸³ Çolak, s. 24; Tüzüner, s. 22.

konmasıdır⁸⁴. Marka hakkı da borçlunun malvarlığı içerisinde bulunan bir unsur olarak haczin konusunu teşkil edebilir.

Sınai Mülkiyet Kanunu'nda markanın haczedilebileceği ifade edilmekle birlikte, bunun usulüne ilişkin özel bir düzenleme bulunmadığından marka haczine, İcra İflas Kanunu'nun hacze ilişkin ilgili hükümleri uygulanır.

Marka hakkı, ticari işletme ile birlikte haczedilebileceği gibi ticari işletmeden ayrı bir malvarlığı değeri oluşturduğundan, ticari işletmeden bağımsız olarak da haczin konusunu oluşturabilir (SMK. m. 148/f. 2).

Tecilli bir markadan kaynaklanan marka hakkının haczi mümkün olduğu gibi marka tescil başvurusundan doğan hak da haczin konusunu oluşturabilir (SMK. m. 148/f. 8).

Markanın kişi isimlerini içermesi durumunda, cebri icranın konusunu oluşturup oluşturamayacağı hususu doktrinde tartışmalıdır⁸⁵. Zira kişi adları, Türk Medeni Kanunu'nun kişilik haklarını düzenleyen hükümleri çerçevesinde özel olarak korunmaktadır. Kişilik hakları; dokunulamaz, devredilemez ve vazgeçilemez nitelikte haklardır. Bu nedenle doktrinde, kişi ismini içeren markaların haczinin, TMK. m. 24 uyarınca, kişilik haklarına saldırı niteliği taşıması halinde, markanın haczine imkân tanınmaması gerektiği ifade edilmektedir⁸⁶. Buna karşılık doktrindeki hâkim görüş⁸⁷ tarafından, markanın kişi adlarını

⁸⁴ **Muşul, Timuçin**, 2004 sayılı İİK ve 6183 sayılı AATUHK Düzenlemesine Göre Haciz ve Hacze İştirak, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2019, s. 35

⁸⁵ Kişi isimlerini içeren markaların haczin konusunu oluşturup oluşturamayacağını ilişkin temel tarihsel tartışmalar için bkz. **Gouga**, s. 175 vd.

⁸⁶ **Özel**, s. 42; **Tekinalp, Ünal**, Fikri Mülkiyet Hukuku, Vedat Kitapçılık, 5. Baskı, İstanbul 2012, s. 429; **Karan, Hakan/Kılıç, Mehmet**, Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s. 340.

içermesi halinde dahi hacze konu olabileceği, zira kişi adlarının marka olarak kullanılması ile artık iktisadi bir değer kazanan bu adların ticari dolaşımında kullanılmak suretiyle şahsi karakterlerini kaybettiği ve bu nedenle de kişilik hakları kapsamında değerlendirilemeyeceği ifade edilmektedir. Bu noktada, markanın kişi adlarını içermesi halinde dahi hacze konu olabilmesinin, sadece markanın serbestçe devredilebileceği ilkesinden değil aynı zamanda, marka olarak kullanılan bir kişi isminin artık marka hukuku kurallarına tabi olacağı yönündeki genel hukuk düşüncesinden de kaynaklandığı haklı olarak ifade edilmektedir⁸⁸.

Markanın haczinde alacaklı, haczin konusunu oluşturan markanın paraya çevrilmesini ve bu paradan alacağının tahsil edilmesini isteme hakkına sahiptir. Fakat alacaklının, markayı kullanma, markanın kendisine devrini talep etme veya marka üzerinde tasarrufta bulunma yetkisi bulunmamaktadır⁸⁹.

Markanın haczi, marka üzerinde diğer hukuki işlemlerin yapılmasına engel teşkil etmez. Hacizli bir marka da rehnedilebilir, lisans sözleşmesine konu olabilir veya üçüncü bir kişiye devredilebilir⁹⁰; marka sahibi, kendisi de markasını kullanmaya devam edebilir⁹¹.

⁸⁷ **Fezer**, §29 Rn. 38; **c; Lange, Paul**, Marken- und Kennzeichenrecht, C.H.Beck Verlag, 2. Auflage, München 2012, §4 Rn. 2065; **Bolayır, Nur**, Fikrî Mülkiyet Haklarında Cebrî İcra Sistemi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan, Basım Yılı: 2015, s. 2525; **Ünal**, s. 110; **Çolak**, s. 721; **Dönmez, Murat**, Marka Haczi ve Paraya Çevrilmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 84, Yıl: 2009, s. 376-377.

⁸⁸ **Ströbele/Hacker/Thiering**, §29 Rn. 13.

⁸⁹ **Yasaman/Altay**, s. 712; **Ünal**, s. 127.

⁹⁰ “...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

Markanın haczi talep üzerine sicile kaydedilir ve Resmi Marka Bülteni'nde yayımlanır. Hacizli bir markanın devri halinde, haciz sicile kaydedilmişse, devralan markayı üzerindeki haciz yükü ile birlikte edinir⁹².

konu olamazlar. (Bkz. Prof. Dr. Ü. Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, İst. 1999 sh. 68., Prof. Dr. S. Arkan, Marka Hukuku, Ank.1997 sh. 1 vd.) Bunun sonucu olarak da üzerinde zilyetlik oluşturabilinen 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.” Yargıtay 11.HD, E. 1999/8623, K. 2000/2232, T. 09.03.2000, Karar için bkz. <https://lib.kazanci.com.tr> (E.T. 28.06.2022).

⁹¹ Çolak, s. 722; Dönmez, s. 379; Yasaman/Altay, s. 712 vd.; Ünal, s. 127; Güneş, s. 190.

⁹² “...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 sh. 68., Prof. Dr. S. Arkan, Marka Hukuku, Ank.1997 sh. 1 vd.) Bunun sonucu olarak da üzerinde zilyetlik oluşturabilinen 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.

V. MARKANIN DEVRİ

A. Genel Olarak

Markanın konusunu teşkil edebileceği en önemli hukuki işlemlerden birisi markanın devridir. Kural olarak tüm marka türlerinin devri olanaklıdır. Gerek bireysel markalar gerek ortak markalar gerekse garanti markaları devrin konusunu oluşturabilir⁹³. Markanın devri, tescilli markalarda olduğu gibi tescilsiz markalar bakımından da mümkündür⁹⁴. Fakat tescilli markaların devri açısından Sınai Mülkiyet Kanunu hükümleri cari iken, tescilsiz markalar genel hükümlere tabidir.

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 üzerine 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.**” Yargıtay 11.HD, E. 1999/8623, K. 2000/2232, T. 09.03.2000, Karar için bkz. <https://lib.kazanci.com.tr> (E.T. 28.06.2022).

⁹³ Noth/Bühler/Thouvenin, Art. 17 Rn. 11.

⁹⁴ Hasselblatt, Gordian N., MAH Gewerblicher Rechtsschutz, C.H.Beck, 5. Auflage, München 2017, §35 Rn. 356; Lewalter, s. 29.

Markanın devri, marka üzerindeki hukuki işlemler arasında en geniş kapsamlı olanıdır. Markanın devriyle marka üzerindeki mutlak nitelikteki hak, devralana geçer yani marka devreden malvarlığından çıkarak devralanın malvarlığına geçer. Devralan artık marka hakkının sahibi olarak marka üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunabilir⁹⁵. Bu sayede devralan, hali hazırda mevcut olan bir marka hakkından, kendi markasını oluşturma riskini ve sorumluluğunu üstlenmeden yararlanabilir⁹⁶.

Markanın devri ile devralan, devreden hukuki konumunu üstlenir. Yani devralan markayı, devreden ile aynı hukuki statüde ve üzerindeki hak ve yükümlülüklerle birlikte edinir. Örneğin markanın koruma alanı veya koruma süresine ilişkin sınırlandırmalar devralan bakımından da geçerli olduğu gibi marka üzerindeki lisans hakları devirden sonra da hukuki varlığını devam ettirir⁹⁷.

Markanın bir ticari işletmenin malvarlığı unsurları arasında yer alması durumunda, markanın söz konusu ticari işletmeden ayrı olarak devredilip devredilemeyeceği sorusu akla gelmektedir. Zira geçmişte bazı hukuk sistemlerinde markanın malvarlığı unsurları içerisinde bulunduğu ticari işletmeye sıkı bir biçimde bağlı bulunduğu (*Akzessorietätsprinzip*) ve bu ticari işletmeden ayrı olarak hukuki işlemlere konu olamayacağı yönünde bir eğilim söz konusuydu⁹⁸. Markanın işletmeye bağlılığı prensibi ile, aynı markasal işaretle donatılmış mal

⁹⁵ **Yasaman/Altay**, s. 679-680.

⁹⁶ **Jehle**, s. 73.

⁹⁷ **Ingerl/Rohnke**, Markengesetz, C.H.Beck, 3. Auflage, 2010, §27 Rn. 15.

⁹⁸ Alman Hukuku'ndaki gelişim hakkında bkz. **Fezer**, §27 Rn. 2, 7; **Brämer, Antje**, Die Sicherungsabtretung von Markenrechten, Mohr Siebeck, Tübingen 2005, s. 13 vd.; **Nordemann, Axel/Nordemann, Jan Bernd/Nordemann-Schiffel, Anke**, Wettbewerbsrecht Markenrecht, Nomos Verlagsgesellschaft, 11. Auflage, Baden-Baden 2012, Rn. 1178;

veya hizmetlerin her zaman için aynı işletmeden geldiğinin garantisi sağlanıyor ve böylece tüketiciler mal veya hizmetin kökenine ilişkin yanlış nitelendirme tehlikesi karşısında korunuyordu⁹⁹. Zira geçmişte markanın temel fonksiyonu, köken gösterme fonksiyonu olarak görülüyor¹⁰⁰ ve bir mal veya hizmetten yararlanan tüketicilerin bunun işletmesel kökenine ilişkin haklı güveni bu şekilde korunmak isteniyordu. Fakat markanın köken gösterme fonksiyonunun zayıflamasıyla marka ile ticari işletme arasındaki bu katı bağıllık prensibi zamanla yumuşayarak markanın ticari işletmenin ayrılmaz bir parçası olduğu yönündeki görüşler terk edildi ve markanın bağımsız bir malvarlığı unsuru olarak hukuki işlemlere konu olabileceği dolayısıyla da serbestçe devredilebileceği (*Prinzip der freien Übertragbarkeit*) kabul edildi. Bugün itibariyle Avrupa hukuku ve uluslararası hukuk gelişiminde hâkim eğilim markanın serbestçe devredilebileceği yönündedir¹⁰¹. Nitekim TRIPS m.21’de, üye devletlerin markalar hakkında lisans verilmesi ve markanın devredilmesi ile ilgili şartları tespit

Ströbele/Hacker/Thiering, §27 Rn. 4, 5, 6, 7; **Lewalter**, s. 8 vd.; **Gouga**, s. 12 vd.; **Hacker, Franz**, Markenrecht, Carl Heymanns Verlag, 5. Auflage, München 2020, §30 Rn. 815 vd.; İsviçre hukukunda, geçmişte, markanın işletmesel organizasyona sıkı bir biçimde bağlı olduğu ve serbestçe devredilebilirliğinin kabul edilmediğine ilişkin bkz. **Bürli**, s. 60; **Falb**, s. 9; **Noth, Michael/Bühler, Gregor/Thouvenin, Florent**, Markenschutzgesetz (MSchG), Stämpflis Handkommentar, Stämpfli Verlag, 2. Auflage, Bern 2017, Einleitung Rn. 9.

⁹⁹ **Tetzner, Volkmar**, Die Leerübertragung von Warenzeichen, Wila Verlag für Wirtschaftswerbung Wilhelm Lampl, München 1962, s. 2.

¹⁰⁰ **Gouga**, s. 67; **Falb**, s. 48; **Hacker**, §30 Rn. 815.

¹⁰¹ **Ekey, Friedrich L./Bender, Achim/Fuchs-Wisseemann, Georg**, Markenrecht, C.F. Müller, 4. Auflage, München 2020, §§27 ff, Rn. 2; **Noth/Bühler/Thouvenin**, Art. 17 Rn. 2; **Brämer**, s. 48 vd.; **Repenn Wolfgang/Weidenhiller, Gabriele**, Markenbewertung und Markenverwertung, Verlag C.H.Beck, 2. Auflage, München 2005, s. 21.

edebilecekleri fakat markalara ilişkin zorunlu lisans verilmesine müsaade edilmeyeceği ve tescilli bir marka sahibinin markanın ait olduğu işi devredip devretmemesinden bağımsız olarak markayı devretme hakkına sahip olacağının anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir. Yine birlik markalarının ticari işletmenin devrinden bağımsız olarak devre konu olabileceği düzenlenmiştir (UMV §20). Hakeza Alman hukukunda (MarkenG §27 Abs. 1) ve İsviçre hukukunda (MSchG. Art. 17), markanın devrinde bağımsızlık ilkesinin kabul edildiği, markanın ticari işletmeden ayrı olarak devre konu olabileceği görülmektedir. İspanyol hukukunda da, markanın ticari işletmeden tamamen bağımsız olarak devredilmesi olasılığı her zaman için söz konusuydu¹⁰². Türk Hukuku'nda da gerek 3/3/1965 tarihli ve 551 sayılı Markalar Kanunu'nda gerek 24/6/1995 tarihli ve 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de gerekse 22/12/2016 tarihli ve 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nda, markanın bağımsız bir malvarlığı unsuru olması itibariyle içerisinde bulunduğu ticari işletmeden ayrı olarak hukuki işlemlere konu olabileceği kabul edilmiştir. Filhakika SMK. m. 148/f. 1-2 gereğince; marka içerisinde bulunduğu ticari işletme ile birlikte devredilebileceği gibi ticari işletmeden ayrı bir malvarlığı unsuru olarak bağımsız bir şekilde de devrin konusunu oluşturabilir.

Marka, tescilli olduğu mal veya hizmetlerin tamamını kapsayacak şekilde devredilebileceği gibi bir kısmı için de devrin konusunu oluşturabilir. Markanın kısmi devri durumunda, devrin konusunu oluşturan mal veya hizmetlerin ve bu mal veya hizmet sınıflarının devir sözleşmesinde mutlaka belirtilmesi gerekir. Kısmi olarak devredilen mal veya hizmetler için devralan adına yeni bir tescil numarası ile dosya oluşturulur ve devir kapsamındaki mal veya hizmetleri belirtecek nitelikte yeni bir tescil belgesi düzenlenir. Devredilen marka yeni tescil numarası ile ilk tescil tarihi de belirtilmek suretiyle sicile

¹⁰² **Curto Polo**, s. 391.

kaydedilir ve Resmi Marka Bülteni’nde yayımlanır. Kısmen devredilen haklar için korumanın başladığı tarih ile koruma süresi değişmez¹⁰³.

Markanın devri halinde, hak sahipliğinde meydana gelen değişiklik, buna yönelik talep formu, ücretin ödenmesi ve devrin konusunu oluşturan marka tescil numarası ile marka adının yer aldığı devir sözleşmesinin TürkPatent’e sunulması halinde sicile kaydedilir ve marka üzerindeki hak sahipliğine ilişkin değişiklik aleniyet kazanır. Devralanın yeni marka sahibi olarak sicile kaydı bildirici bir nitelik taşır, tescil geçerli bir marka devri için zorunlu bir ön koşul değildir¹⁰⁴.

Marka üzerindeki hak sahipliğinde, ticaret şirketlerindeki birleşme, bölünme şeklindeki yapısal değişiklik işlemleriyle yahut şirkete ayni sermaye olarak konma veya ticari işletmelerin devralınması yoluyla meydana gelen değişiklikler de buna yönelik talep formu ve söz konusu işleme ilişkin bilgi ve belgeler ile kuruma başvurulması halinde sicile kaydedilir.

B. Markanın Sözleşmeyle Devri

1. Borçlandırıcı İşlem-Markanın Devri Taahhüdü

Markanın devri, alışılmış olarak, marka sahibi ile devralan arasında akdedilecek bir marka devir sözleşmesi ile gerçekleştirilir. Marka devir sözleşmesi, hukuki niteliği itibariyle bir tasarruf işlemidir. Marka devir işleminin temelinde ise, genellikle bir taahhüt işlemi yatar. Bu işlem, markanın devri taahhüdünü konu edinen borçlandırıcı nitelikte bir sözleşmedir. İşte

¹⁰³ Marka sahipliğindeki değişikliklerin sicile aktarılması hususunda bkz. Sınai Mülkiyet Kanunun Uygulanmasına Dair Yönetmelik’in “Devir ve hak sahipliğindeki diğer değişiklikler” başlıklı 125. maddesi.

¹⁰⁴ **Hasselblatt**, §35 Rn. 359.

tasarrufi işlem niteliğindeki marka hakkının devri sözleşmesi ile borçlandırııcı işlem niteliği taşıyan marka hakkının devri taahhüdünü birbirinden ayırmak gerekir (Trennungsprinzip)¹⁰⁵.

Markanın devri taahhüdünü konu edinen borçlandırııcı işlem, marka hakkının devrindeki temel işlemi temsil eder. Yani bu işlem, taraflar arasında, marka hakkını devretme yükümlülüğünü (tasarruf işlemi) ortaya çıkaran temeldeki sözleşmedir¹⁰⁶.

Markanın devri taahhüdü, Sınai Mülkiyet Kanunu'nda özel olarak düzenlenmediğinden, bu sözleşme, kural olarak Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tabidir. Markanın devri, marka hakkının devri taahhüdünü konu edinen birçok farklı hukuki işlemle ortaya çıkabilir. Marka devir sözleşmesinin temelinde genellikle satış, bağışlama, teminat gibi bir amaç yatmaktadır. Marka hangi amaçla devrediliyorsa, temeldeki taahhüt işlemi de buna göre inşa edilir. Yani taraflar, markayı bir bedel karşılığında devretmeyi planlıyorsa, burada, temelde bir satım ilişkisi; markanın devrinde herhangi bir karşılık beklenmiyorsa bir bağışlama ilişkisi bulunur. Bu işlemlerde, esas olarak markanın kesin ve süresiz olarak devri amaçlanır. Bunun haricinde marka, teminat amacıyla¹⁰⁷ da devredilmek isteniyor olabilir. Marka bazen bir inançlı işlemin konusunu teşkil edebilir. Bu ihtimalde ise, markanın kesin ve süresiz olarak devri değil, belirli bir süre ile bir başka borca teminat teşkil etmek üzere alacaklının malvarlığı unsurları arasına geçirilmesi ve söz konusu borcun ifası ile birlikte tekrar devreden tarafından iktisap edilmesi amaçlanır.

Marka devrinin temelinde yer alan borçlandırııcı işlem, devreden ve devralan arasındaki, kişisel hukuki ilişkiye de yön verir. Yani devralan ve devreden hukuki

¹⁰⁵ **Ströbele/Hacker/Thiering**, §27 Rn. 10; **Lewalter**, s. 31; **Fezer**, §27 Rn. 26.

¹⁰⁶ **Böhm-Einführung**, s. 99.

¹⁰⁷ Markanın teminat amacıyla devredilmesi hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Brämer**, s. 66 vd.

sorumlulukları, temelde yer alan bu borçlandırııcı işleme göre şekillenir. Bu hukuki ilişkide özellikle, bir taraf markanın mevcudiyeti, hukuken geçerliliği ve takyitsiz oluşundan sorumlu olurken; diğer taraf olası bir satış bedeli ödeme yükümlülüğünü üstlenir¹⁰⁸.

Sınai hakların devrinin riskli bir hukuki işlem olabileceği gerçeği göz önünde bulundurulmalıdır. Buradaki riziko, karakteristik olarak, marka hakkının mevcudiyeti, kapsamı veya ekonomik değerine ilişkin yasal veya ekonomik belirsizliktir. Bu nedenle, uygulamada, taraflar genellikle marka hakkıyla ilgili özel durumları sözleşmeye dayalı bu temel anlaşmaya dahil ederler. Bu, özellikle, marka hakkının sahibi olarak satıcının/devredenin alanına giren ve bu nedenle daha iyi araştırılabilecek koşulları etkileyebilir. Örneğin satıcının/devredenin, SMK m. 25 kapsamında düzenlenen hükümsüzlük nedenlerinden veya SMK m. 26 çerçevesinde marka hakkında halihazırda açılmış iptal ya da hükümsüzlük davasının varlığından haberdar olmadığına dair beyanları sözleşmeye eklenebilir¹⁰⁹.

Uygulamada marka devrinin temelinde yatan borçlandırııcı işlemin, çoğunlukla bir satım sözleşmesi olduğu görülmektedir¹¹⁰. Markanın kalıcı olarak devri amaçlanıyorsa, bu genellikle temelde bir satım ilişkisine dayanır¹¹¹. Marka satın alma sözleşmesi, satıcının alıcıya marka hakkını sağlama yükümlülüğünü ve alıcının satın alma bedelini ödeme yükümlülüğünü düzenler. Bu ana yükümlülükler ek olarak, ikincil yükümlülükler düzenlenebilir. Taahhüt işleminin yanı sıra, bir tasarruf işlemi olarak markanın devri de

¹⁰⁸ **Ströbele/Hacker/Thiering**, §27 Rn. 13; **Lewalter**, s. 36-37; **Hacker**, §30 Rn. 823.

¹⁰⁹ **Lewalter**, s. 37.

¹¹⁰ **Fezer**, §27 Rn.20-21; **Ströbele/Hacker/Thiering**, §27 Rn. 12; **Gouga**, s. 153; **Curto Polo**, s. 393.

¹¹¹ **Hacker**, §30 Rn. 822.

sözleşmede düzenlenebilir. Bu durumda işlem özünde, karma bir satın alma ve devir sözleşmesi niteliği taşır. Bu kombinasyon birçok durumda yararlıdır, ancak zorunlu değildir¹¹². Yani tarafların öncelikle markanın satışına yönelik bir taahhüt işlemi gerçekleştirip daha sonra ayrı bir devir sözleşmesi akdetmesi de her zaman olanaklıdır.

Markanın satış amacıyla devri bakımından, SMK'da özel bir hüküm yer almaktadır. Kanun'da, marka hakkının birden fazla sahibi olması durumunda, hak sahiplerinden birinin kendisine ait payı tamamen ya da kısmen üçüncü bir kişiye satış yoluyla devretmek istemesi halinde, diğer paydaşlara önalım hakkı tanınmıştır. Buna göre yapılan satış işleminin alıcı ya da satıcı tarafından diğer paydaşlara bildirilmesi gerekir. Önalım hakkını kullanmak isteyen paydaş, bu hakkı, kendisine bildirimin yapıldığı tarihten itibaren üç ay ve her halde satış tarihinden itibaren bir yıl içerisinde kullanmalıdır. Bu süre içerisinde kullanılmayan önalım hakkı düşer (SMK. m. 148/f. 3).

2. Tasarruf İşlemi-Marka Devir Sözleşmesi

Markanın devrinin mutlak yolunun, marka sahibi ile devralan arasında akdedilecek bir sözleşme ile gerçekleşeceği ifade edilmişti. Yukarıda bahsedilen borçlandırııcı nitelikteki marka hakkının devri taahhüdünü yerine getiren bu sözleşme, SMK m. 148'de düzenlenen marka devir sözleşmesidir. Yani marka devir taahhüdünün ifası, tasarrufi işlem niteliğindeki marka devir sözleşmesi aracılığıyla gerçekleşir.

Marka devir sözleşmesi; markanın devri sonucunu doğuran diğer tüm hukuki işlemlerden farklı olarak, markanın, taraf iradeleriyle, içerisinde bulunduğu işletmesel organizasyondan ayrı ve tek başına devre konu olmasına olanak sağlayan bir hukuki işlemidir. Bu sözleşme hukuki niteliği itibarıyla bir tasarruf işlemidir. Zira devir sözleşmesinin

¹¹² **Böhm**-Abgrenzungsvereinbarung, s. 164.

gerçekleşmesi ile söz konusu marka hakkı devreden malvarlığı unsurları arasından çıkarak devralanın malvarlığına geçer.

Markanın devri, Sınai Mülkiyet Kanunu'nda bahsi geçen tüm marka türleri bakımından mümkündür. Bu bağlamda; bireysel markalar, ortak markalar ve garanti markaları devrin konusunu oluşturabilir. Aynı şekilde tescilli ya da tescilsiz markaların devri de mümkündür.

Geçerli bir marka devrinin söz konusu olabilmesi için, sözleşmede devrin konusunun kesin olarak belirlenmiş ya da en azından belirlenebilir olması gerekir¹¹³. Bu nedenle tescilli bir markanın tamamının devri söz konusuysa, marka sembolünün eklenmesiyle birlikte marka adı ve tescil numarasının; tescilli bir markanın kısmi olarak devri söz konusu ise, devre konu mal veya hizmetlerin ve bu mal veya hizmet sınıflarının da sözleşmede açıkça belirtilmesi gerekir.

Marka devir sözleşmesinin yorumlanması ile, tescilli bir markanın yanı sıra kullanım yoluyla elde edilen bir markanın da birlikte devredildiği sonucuna varılabilir. Alman yargı içtihadına göre; belirlenebilirlik şartının sağlanabilmesi için, en azından devre konu marka hakkının tescil edilmiş olduğuna dair bir referans gereklidir. Birden fazla markanın devri söz konusu ise, bu durumda devre konu tüm markaların sözleşmenin ekinde listelenmesi tavsiye edilebilir; bu durum, özellikle markalar farklı ülkelerde tescil edilmişse geçerlidir. Özellikle ifade edilen bu gerekliliklere uygun olarak tanımlanan devre konu markanın tespiti, önemli miktarda çalışma ve zaman gerektirmesine karşın, nihai olarak iş evraklarından herhangi bir şüpheye yer bırakmayacak şekilde mümkünse, belirlenebilirlik kriterinin eksikliğinden bahisle sözleşmenin geçerliliği etkilenmez¹¹⁴.

¹¹³ **Böhm**-Einführung, s. 99; **Brämer**, s. 156.

¹¹⁴ **Lewalter**, s. 38.

Sözleşmenin geçerliliği bakımından belirlenebilirlik yeterli olduğundan, devreden tarafından tescil edilmiş veya devir sözleşmesi yapıldığı sırada onun adına tescil başvurusu yapılmış tüm marka haklarının basitçe genel olarak isimlendirilmesi de söz konusu olabilir¹¹⁵; zira bunlar sorunsuz bir şekilde TürkPatent nezdinde sorgulanabilir.

Tescilsiz bir markanın devrinde ise belirlilik kriteri, markanın ambalajı, rengi ve diğer belirtileri gibi markayı karakterize edecek tüm özelliklerin sözleşmede açık bir biçimde belirtilmesini gerektirir¹¹⁶. Özellikle kamuoyunda oluşan kanaate göre, markayı oluşturan ve onu karakterize eden niteliklerin, sözleşmede, kesin ve açık bir şekilde tarif edilmesi gerekir¹¹⁷.

Marka hakkı tamamen devredilebileceği gibi kısmen de devrin konusunu teşkil edebilir. Ancak kısmi devir yalnızca markanın tescil edildiği belirli mal veya hizmet grupları bakımından mümkündür. Özellikle markanın sadece bölgesel olarak sınırlandırılmak suretiyle kısmi devri olanaklı değildir¹¹⁸.

Tescilli markalara ilişkin devir sözleşmesinin geçerliliği Sınai Mülkiyet Kanunu'nda özel bir şekle tabi tutulmuştur. Marka hakkının devrine ilişkin sözleşmenin geçerliliği yazılı olarak akdedilen sözleşmenin noter tarafından onaylanmış olması şartına bağlıdır (SMK. m. 148/f. 4).

¹¹⁵ **Lewalter**, s. 38.

¹¹⁶ **Ingerl/Rohnke**, §27 Rn. 8.

¹¹⁷ **Lewalter**, s. 39.

¹¹⁸ **Ekey/Bender/Fuchs-Wissemann**, §27 Rn. 34; **Ströbele/Hacker/Thiering**, §27 Rn. 50; **Falb, Fritz**, Die Übertragung der Fabrik- und Handelsmarke nach Art. 11 MSchG, Inaugural-Dissertation, Gedruckt bei Stämpfli & Cie., Bern 1943, s. 94; **Gouga**, s. 181; **Brämer**, s. 126.

Devir sözleşmesi, taraflardan birinin talebi üzerine sicile kaydedilebilir. Fakat marka hakkının devri bakımından sicile kayıt kurucu bir nitelik taşımaz. Devir sözleşmesinin tescili, bildirici niteliktedir ve tescille birlikte söz konusu hak, üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir hale gelir (SMK. m. 148/f. 5).

Devre konu olacak marka, garanti markası ya da ortak marka ise, bu durumda sicile tescil kurucu nitelik taşır. Yani garanti markası ve ortak markaların devri, ancak devir sözleşmesinin sicile kaydedilmesi halinde geçerlidir (SMK. m. 148/f. 7).

Kural olarak sadece halihazırda tescil edilmiş markaların değil, aynı zamanda marka tesciline yönelik mevcut başvuruların da devri mümkündür. Bu durumda devre konu olan, markanın kendisi değil markaya ilişkin başvuru hakkıdır; marka hakkının devri ise, söz konusu başvuruya konu markanın tescili ile otomatik olarak gerçekleşir¹¹⁹.

C. Markanın Ticari İşletmenin Devri ile İntikali

1. Genel Olarak

Ticari işletmenin malvarlığı unsurları arasında bulunan marka ile ticari işletme arasında hukuki bir bağlantı söz konusu olsa da marka ticari işletmenin içerisinde bulunan bağımsız bir malvarlığı unsurudur. Yani marka, ticari işletmenin ayrılmaz bir parçası değildir¹²⁰. Bu bakımdan marka hakkı, gerek malvarlığı unsurları içerisinde bulunduğu ticari işletme ile birlikte gerekse ticari işletmeden bağımsız olarak devrin konusunu oluşturabilir (SMK. m. 148/f. 2).

Ticari işletmenin devrinde kural bütünlük ilkesidir. Ticari işletme, içerisinde bulunduğu malvarlığı unsurlarının devri için gerekli olan tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı

¹¹⁹ Ingerl/Rohnke, §27 Rn. 15; Brämer, s. 133.

¹²⁰ Fezer, §§27-31 Rn. 1.

yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün halinde devredilebilir. Ticari işletmenin devri için taraflar arasında bir devir sözleşmesinin akdedilmesi gerekir. Bu sözleşme ticari işletmenin devri sözleşmesi olarak adlandırılır¹²¹. Sözleşmenin yazılı olarak yapılması ve ticaret siciline tescil ve ilan edilmesi gerekir. Öngörülen yazılı şekil, öğretideki ağırlıklı görüş tarafından geçerlilik şartı olarak kabul edilir¹²². Yazılı şekle uyulmadan yapılan sözleşmeler hükümsüzdür.

Ticari işletmenin devri sözleşmesinin, aksi öngörülmemişse, duran malvarlığını, işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanını, fikri hakları ve sürekli surette işletmeye özgülenen malvarlığı unsurlarını içerdiği kabul edilir (TTK. m. 11/f. 3). Bu bakımdan ticari işletmenin bir bütün olarak devredilmesi halinde aksi öngörülmediği sürece, marka hakkının da devrin kapsamında olduğu kabul edilir¹²³. Hemen hemen tüm hukuk sistemleri, buna

¹²¹ **Yasan**, s. 55; **Kayıhan**, s. 71; **Çetiner/Bozkurt Yüksel**, s. 59; **Sertoğlu, Burak**, Ticari İşletme Devri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 55.

¹²² **Erdem, Ercüment H.**, Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Ticari İşletmenin Devri, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, C: 8, Say: Özel, Haziran 2013, S. 987-1018, s. 996.

¹²³ *"Davalı ve birleştirilen davanın davacısı M.. Ltd Şti'nin yetkili müdürü ve %95 paydaşı M.T. K.'un uyuşmazlık konusu pratik sineklik mamulünü 1994 yılından itibaren "M..w" firma adıyla ürettiği ve aynı ünvan altında Şubat 1996'da kurduğu davalı şirketin bu faaliyeti sürdürdüğü anlaşılmaktadır. 556 sayılı Markaların Korunması Hk.KHK'nun 16.maddesinde öngörülen anlamda, adı geçen kişi davalı şirketi kurarken "M..ow" tescilsiz markasını koyduğu şirkete devretme yolunda resmi bir işlem gerçekleştirmemiştir. 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. 556 sayılı KHK'nin 16/II.maddesi uyarınca bir işletmenin aktif ve pasifleri ile birlikte devrolunması (BK.179,180) aksi kararlaştırılmadıkça işletmeye dahil bir unsur olan*

benzer şekilde, ticari işletmenin tamamen devri durumunda, ticari markanın da birlikte devredildiğine ilişkin bir karine içerir¹²⁴. Eğer marka hakkı devredilmek istenmiyorsa, bu durumda marka hakkının devrin kapsamı dışında tutulduğu hususu taraflarca ticari işletmenin devri sözleşmesinde açıkça kararlaştırılmış olmalıdır¹²⁵. Markanın işletmenin devri kapsamı dışında tutulup tutulmadığı hususunda bir tereddüt oluşursa, bu durumda markanın da ticari

markanın da devrini kapsar (TTK.11/II). Somut olayda M.T. K.'un kurduğu ve %95 oranda pay sahibi bulunduğu şirkete önceki ticari işletmesini aktif ve pasifi ile devrettiği anlaşıldığından markasını da devrettiği sonucuna varılmalıdır. M.. LTd Şti. birleştirilen davada, davacının kendilerince meşhur ve maruf hale getirilen bu markayı hüküm tarihine kadar dahi fiilen hiçbir zaman kullanmadığını, söz konusu ürünü imal etmediğini, kötüniyetli olarak erken davranıp 5.4.1996 tarihinde bu markayı kendi adına tescil ettirerek M...w Ltd.Şti. nin öncelikli marka hakkını etkisiz kalmaya çalıştığını ileri sürerek marka tescilinin terkinini talep etmektedir. Yukarıda belirtilen açıklamalar ışığında M...w LTd.Şti.nin M.T. K.'un şahıs firmasının devamı olduğunun ve **firmanın marka hakkını devraldığının ve bunun sonucunda dava hakkının bulunduğu kabulü ile ilk önce birleştirilen davanın esasına girilip M..w Ltd Şti.nin korunmaya değer üstün bir hakkı bulunup bulunmadığının saptanması ve sonucuna göre asıl davanın çözüme bağlanması gerekirken, birleştirilen dava davacısı anılan şirketin aktif dava ehliyeti konusunda yanılığlı değerlendirmeyele birleştirilen davanın inceleme dışı bırakılması doğru görülmemiştir.” Anılan karar için bkz. Yargıtay 11.HD, E.1999/1896, K.1999/6794, T.14.09.1999, <https://lib.kazanci.com.tr> (E.T. 29.1.2022).**

¹²⁴ **Curto Polo**, s. 392.

¹²⁵ Ticaret Sicil Yönetmeliği m.133/f.2-b gereğince; bir ticari işletmenin devrine ilişkin devir sözleşmesi yazılı şekilde yapılır ve sözleşmede ticari işletmenin sözleşmenin kapsamı dışında bırakılan unsurları yer alır.

işletme ile birlikte devredildiği kabul edilmelidir¹²⁶. Nitekim Alman Marka Kanunu'nda; ticari işletmenin devri halinde markanın devredilip devredilmediği hususunda şüphe duyulması haline ilişkin aksi ispatlanabilir bir kanuni karine öngörülmüş bulunmaktadır¹²⁷. İlgili düzenlemeye göre; markanın ait olduğu ticari işletmenin tamamen ya da kısmen devrinde, markanın devrin kapsamında olup olmadığı hususuna ilişkin şüphe duyulması halinde, bu devrin, ticari işletmeye ya da işletmenin devredilen kısmına ait marka hakkını da kapsadığı kabul edilir (MarkenG §27 Abs. 2).

2. Markanın Ticari İşletme ile Birlikte Devrinde Şekil Sorunu

Ticari işletmenin devri bakımından kabul edilen bütünlük ilkesi gereğince, ticari işletmenin bir bütün olarak devri halinde, marka hakkının devri için ayrıca bir marka devir sözleşmesinin yapılmasına gerek olmadığı hususu aşıkardır. Yani ticari işletmenin devri sözleşmesi ile birlikte marka hakkı da ticari işletmenin içerisinde bulunan diğer malvarlığı unsurları ile birlikte devredilmiş olacaktır. Burada üzerinde durulması gereken nokta, Sınai Mülkiyet Kanunu'nda marka devir sözleşmesi için öngörülen noter tarafından onaylanmış şekilde yapılmış olma şartının, markanın da devredilmesi sonucunu doğuran ticari işletmenin devri sözleşmeleri bakımından uygulanma imkânı bulup bulamayacağıdır. Yani ticari işletmenin devri için aranan adi yazılı şekil şartının yerine getirilmesi ile ticari işletmeye dahil

¹²⁶ **Fezer**, §27, Rn. 1; **Yasaman/Altay**, s. 687; İsviçre Hukuku bakımından aynı yönde düşünceler için bkz. **Matter, Erwin**, İsviçre Hukukunda Markaların Devri (Marque de fabrique et de commerce (III). Le transfert de la marque, FJS. No. 684), Çev: Öçal, Akar, Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi. 1976; 12(1): S. 405-411, s. 407.

¹²⁷ **Ekey/Bender/Fuchs-Wissemann**, §27 Rn. 24; **Hasselblatt**, §35 Rn. 357; **Ingerl/Rohnke**, §27 Rn. 25; **Berlit, Wolfgang**, Markenrecht, C.H.BECK, 11. Auflage, München 2019, s. 209 Rn. 347; **Böhm-Einführung**, s. 99.

malvarlığı unsurları arasında bulunan marka hakkı da işletme ile birlikte devredilmiş sayılacak mıdır; yoksa marka hakkının devri sonucunun doğması için ticari işletmenin devri sözleşmesinin yahut en azından bu sözleşme kapsamında devredilecek marka hakkının devrine ilişkin işlemin noter tarafından onaylama biçiminde yapılması mı gerekecektir?

Doktrinde¹²⁸, ticari işletmenin devri için TTK. m. 11/f. 3'te öngörülen adi yazılı şekil şartının yerine getirilmiş olmasının ticari işletme ile birlikte marka hakkının da devredilmiş sayılması için yeterli olacağı savunulmaktadır. Bu görüşe göre; ticari işletme ile birlikte devredilmiş sayılacak malvarlığı unsurları arasında özel bir şekle tabi tutulmuş olanlar bulunsa dahi, ticari işletmenin devri sözleşmesinin yazılı olarak yapılması ve sicile kaydedilmesi ile bunlar da ticari işletme ile birlikte devredilmiş sayılacaktır. Buna karşılık doktrinde savunulan bir başka görüşe göre¹²⁹; marka hakkı, ancak noter tarafından onaylama

¹²⁸ **Sertoğlu**, s. 82; **Kayıhan**, s. 71; **Kayar**, s. 69; **Güneş, İlhami**, Marka Tescilinin Devrinde Benzer Marka Sorunu, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Yıl:21, Cilt:22, Sayı:2020/2, s. 2; **Okutan Nilsson**, s. 567.

¹²⁹ **Çolak**, s. 700-701; **Kaya**, s. 213; “*Kanımızca, markanın ticari işletmenin devri çerçevesinde devralana geçebilmesi de lege feranda KHK m. 16 hükmünde yapılacak bir düzenlemeyle ticari işletmenin devrine ilişkin sözleşmenin yazılı bir şekilde yapılmasına bağlanmalıdır. Bu olasılıkta dahi, de lege feranda marka üzerindeki hakkın devralana intikal edebilmesi için, sözleşmede markanın da devredildiği keyfiyetinin belirtilmesi gerekecektir; zira aksi takdirde marka bakımından aranan şekil şartı yerine getirilmemiş olacaktır. Nitekim markanın devrinde yazılı şekli geçerlilik şartı olarak belirleyen CPI art. L. 714-1 hükmünün son paragrafını dikkate alan Fransız Temyiz Mahkemesi, yazılı olarak yapılan ticari işletmenin devri sözleşmesinde devredilmesi söz konusu olan markanın belirtilmemesi nedeniyle, markanın devredilmediği sonucuna varmaktadır (Cass. Com., 29 janv. 2002: PIBD 742/2002, III, 226; karar için bkz. Juris-Classeurs, 1 er février 2003, 5/2003, Fasc. 7400).*

biçiminde yapılacak bir ticari işletmenin devri sözleşmesinin varlığı halinde ticari işletme ile birlikte devredilmiş olur. Ticari işletmenin devri sözleşmesi, noter tarafından onaylama biçiminde yapılmışsa ancak bu durumda markanın devri için ayrı bir sözleşme yapılmasına gerek kalmaz. Zira SMK. m. 148/f. 4 gereğince, markanın devrini konu edinen sözleşmenin noter onaylı bir biçimde yapılması bir geçerlilik şartıdır. Bu şarta uyulmadan yapılan devir sözleşmeleri marka hakkının devri bakımından hükümsüzdür.

Mülga 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’de marka devir sözleşmesinin geçerliliği, sözleşmenin yazılı şekilde yapılmış olması koşuluna bağlanmıştı. Öte yandan 6102 sayılı TTK’dan önce ise, ticari işletmenin devri sözleşmesi herhangi bir şekil koşuluna bağlanmamıştı. Ancak KHK’da ticari işletmenin aktif ve pasifleri ile birlikte devri durumu, marka devri bakımından öngörülen yazılı şekil şartının istisnaları arasında sayılmıştı. Buna göre bir markanın devri, ticari işletmenin aktif ve pasifleri ile devri hali hariç olmak üzere, yazılı şekil koşuluna tabi tutulmuştu. Bu da markanın devri bakımından öngörülen yazılı şekil koşulunu, ticari işletmenin devrine bağlı olarak gerçekleşen marka devirleri bakımından açıkça bertaraf etmekteydi.

2017 tarihli ve 6769 sayılı SMK’da ise, marka devir sözleşmesi, yazılı şekilde yapılma ve noter tarafından onaylanma şartına tabi tutulmuştur. Fakat Kanun’da mülga 556 s. KHK’nın aksine ticari işletmenin devri haline ilişkin özel bir istisnai düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu durum da ticari işletmenin bir bütün olarak devri halinde resmi yazılı şekil

Kanaatimizce bu bakış açısının de lege lata Türk Hukuku bakımından benimsenmesine; sözleşmede aksi öngörülmedikçe markayı ticari işletmeye dahil sayan TTK m.11/2 ve ticari işletmenin devri halinde markanın devri bakımından şekil şartını bertaraf eden KHK m.16/3 hükümleri engeldir.” 556 sayılı KHK döneminde bu hususta belirtilen benzer görüş ve söz konusu açıklamalar için bkz. **Yasaman/Altay**, s. 688, Dn.35.

şartının aranıp aranmayacağı hususunu tartışmalı hale getirmektedir. Zira TTK ve SMK'da yer alan iki hüküm, markanın devrine ilişkin olarak öngörülen şekil şartı bakımından birbirleriyle çelişir nitelikte görünmektedir.

Genel anlamda Türk Ticaret Kanunu, Sınai Mülkiyet Kanunu karşısında genel ve eski tarihli bir kanun iken; SMK özel ve yeni tarihli bir kanundur. Bu durum SMK. m. 148/f. 4 hükmünün, TTK karşısında öncelikli olarak uygulanması gerektiği sonucuna varılması gerektiğini düşündürebilir. Buna karşın TTK. m. 11/f. 3 hükmü, genel nitelikteki bir kanunda markanın devrinin ticari işletmenin külli devrine hasredilmiş hususi bir türünü düzenleyen özel nitelikli bir hükümdür. Yani SMK. m. 148/f. 4, markanın devri bakımından genel nitelikte bir kural öngörürken; TTK. m. 11/f. 3, markanın ticari işletme ile birlikte devredilmesi halini düzenleyen ve SMK. m. 148/f. 4 karşısında özel nitelikli bir hükümdür.

TTK. m. 11/f. 3 ile ticari işletmenin devri sürecinde aktiflerden boşaltılarak devre konu olacak bir ticari işletmenin ticaret hayatında yol açacağı sakıncaları önlemek ve tüm çıkar gruplarının menfaatlerini koruyacak bir düzenlemeye yer verilmek istenmiştir. Ticarî işletmenin devrini sadece borçlardan sorumlu olma yönünden ele alan, bütünü yaratan unsurlarla birlikte devrin gerçekleştirilmesi halini göz ardı eden bir yaklaşımdan kaçınılması amaçlanmıştır¹³⁰. Bu bakımdan ticarî işletmeyi "bütün olarak" yani ticari işletmeyi malvarlıksal yönden tamamlayan tüm aktiflerin aynı anda devredilmesi önem arz etmektedir.

¹³⁰ Türk Ticaret Kanunu m.11/f.3 gerekçesi: “Üçüncü fıkra, 6762 sayılı Kanunun 11 inci maddesinin ikinci fıkrasında olduğu gibi, ticarî işletmenin, kendisine sürekli olarak tahsis edilmiş bulunan 6 unsurları ile bir bütün oluşturan malvarlığı cephesini düzenlemektedir. Bu bütün, yerli ve yabancı öğretide Fransızca bir terimden esinlenerek ticaret fonu (Fond de commerce) diye adlandırılır. Fon ile kastedilen, işletmeye sürekli olarak özgülenmiş bulunan malvarlığı unsurlarından oluşan bütündür. Bu bütün devir, rehin, intifa, kira gibi işlemlere

konu olabilir. Nitekim, Borçlar Kanununun 179 uncu maddesi **ticarî işletmenin devrini sadece borçlardan sorumlu olma yönünden düzenlemiş, bütünü yaratan unsurlarla uğraşmamıştır**. Buna karşılık, 1447 sayılı Kanun bütünü rehnedilmesini ayrıntılı kurallara bağlamıştır. Tasarının 11 inci maddesinin üçüncü fıkrası, bir taraftan **"bütün"ü vurgulamakta** ve devir sözleşmesini yazılı şekle tâbi kılmakta, diğer taraftan da bütüne doğal olarak hangi malvarlığı unsurlarının dahil olduğunu göstermektedir. Böylece, 6762 sayılı Kanunun 11 inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "sözleşme"nin ticarî işletmenin devrine ilişkin sözleşme olduğu Tasarının 11 inci maddesinin üçüncü fıkrasında açıklığa kavuşturulmuş olmaktadır. 6762 sayılı Kanun gibi, Tasarının da **devir sözleşmesine dahil saydığı malvarlığı unsurları, bir ticarî işletmeyi "bütün" bakımından, yani malvarlıksal yönden tanımlar**. Bunların başında duran malvarlığı gelir. 6762 sayılı Kanun, duran malvarlığını, tartışmalara ve tereddütlere yol açan "tesisat" sözcüğü ile ifade etmişti. İkinci önemli unsur, işletmeye bağlı müşteri çevresini de kapsayan ve işletmenin, teker teker malvarlığı unsurlarının değerleri toplamını aşan değeri şeklinde anlaşılan işletme değeridir. Buna hukukumuzda peştemaliye ve bazen de good-will denilmektedir. Tasarı işletme değerinin yanında, parantez içinde ticaret ve ticaret hukuku tarihimizden gelen ve kavramı çok iyi ifade eden peştemaliye sözcüğünü de kullanmıştır. Bütünün bir diğer vazgeçilmez önemde unsuru ticaret unvanıdır. Ticaret unvanı işlevi sebebiyle, fıkri mülkiyet haklarından ayrı olarak Tasarıda zikredilmiştir. Nihayet, "kiracılık hakkı" da işletme için malvarlıksal bir değer olarak önem taşıdığından bütün içinde yerini almıştır. Ancak "kiracılık hakkı"nın günümüzde önemini yitirdiğini, bir işletmenin bulunduğu adres ile tanınmasının dünyamızda sadece tarihsel bir anlam taşıdığını da unutmamak gerekir. Kiracılık hakkı bir işletmenin, meselâ, dondurmacının, ayakkabıcının, perûkçunun, şapkacının, şekercinin, ticaretini yaptığı mahal (adres) ile tanınması, ancak o mahalde de kiracı olması halinde, ticarî işletmenin devrinde kiracılık hakkının (kira sözleşmesinin) de devrini ve mal sahibinin buna bazı

SMK. m. 148/f. 4'ün gerekçesinde; “Uygulamada kötüniyetli **birden çok devir yapılması** durumlarıyla karşılaşılması, bu durumun hak kayıplarına neden olması, hak sahipliği konusunda tereddütlerin ortaya çıkması gibi nedenlerle, sınai mülkiyet hakkının devri için resmi yazılı şekil, bir geçerlilik şartı olarak öngörülmüştür.” ifadelerine yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemeyle, marka tescilinin kurucu nitelikte olmamasından yani tescilin açıklayıcı etkisinden dolayı, marka hakkının kötü niyetli tasarruflara açık olması sebebiyle yazılı geçerlilik şartının noterde onaylanması ile güçlendirilmesi yoluna gidilmiştir ki, böylelikle marka eş yahut yakın zamanlı birden fazla hukuki işleme konu edilmek suretiyle kötüye kullanılamasın. Bununla birlikte TTK. m. 11/f. 3'te belirtilen tescilin kurucu etkisi, SMK. m. 148/f. 4'te belirtilen şartın gerçekleşmesinden beklenen amacı zaten hali hazırda sağlamaktadır. Üstelik Ticaret Sicili Yönetmeliği m. 135/f. 5; “Ticari işletmenin devrinde, devredilen işletmenin malvarlığına dahil olan tapu, gemi ve **fikri mülkiyet sicilleri** ile benzeri sicillerde kayıtlı bulunan mal ve hakların devralan adına tescilinin gecikmeksizin yapılması amacıyla, müdürlük tarafından ticari işletmenin devrinin tescili ile **eş zamanlı olarak ilgili sicillere derhal bildirilir.**” hükmüyle ticaret sicilinin eş zamanlı olarak diğer sicillere bildirim yapmasını öngörmektedir. Bu sebeple tescil ve ilan aşaması süresince, devredenin kötü niyetli yinelenen devirleri teknik olarak da engellenmektedir. Bu gerekçelerle SMK. m. 148/f. 4'teki resmi yazılı şekil şartına ilişkin kuralın, külli devri ele alan TTK. m. 11/f. 3'ün uygulama alanı söz konusu olduğunda daraltılarak uygulanması lazım gelir. Bu da SMK. m. 148/f. 4'te

*şartlarla onay vermesi zorunluğunu ifade eder. Bütünü tanımlayan bu malvarlığı unsurları, bütünün doğal parçalarıdır. Devir ile devralana geçerler. **Devir sözleşmesinde bunlardan bazıları ismen veya hiçbiri zikredilmemiş bile olsa bu bütünü tanımlayan unsurlar devir sözleşmesine dahil kabul olunur.** Ancak, taraflar bu unsurlardan bazılarını devrin dışında tutabilirler. Aynı ilke 1447 sayılı Kanuna da hakim olduğu için ticarî işletmenin bir hukukî işleme bütün halinde konu olduğu hallerde de kıyas yoluyla uygulanır.”*

yer alan resmi yazılı şekil şartının gerekçesinde ifade edilen amacın tam anlamıyla yerine getirilmesini sağlar.

Ortak marka ve garanti markalarının devrinde ise, SMK'da resmi yazılı şekil şartının yanı sıra marka siciline tescil kurucu unsur olarak öngörülmüş bulunmaktadır. Ortak markaların ve garanti markalarının ticari işletme ile birlikte devri halinde de, SMK'daki düzenlemenin yukarıda açıklanan nedenlerle, TTK. m. 11/f. 3 ile daraltılarak uygulanması yerinde olacaktır. Nitekim burada da Ticaret Sicili Yönetmeliği'nde öngörülen diğer sicillere eş zamanlı bildirim düzenlemesi ile, ortak marka ve garanti markaları bakımından, ticaret siciline tescil ile eş zamanlı olarak marka siciline tescil gerçekleştirilebilecek ve teknik anlamda kötü niyetli mükerrer devirlerin önüne geçilmiş olacaktır. Fakat bu noktada dikkat çekilmesi gereken husus, külli devir halinde, öğretide Yasaman'ın¹³¹ da işaret ettiği üzere, ticari işletmenin devri sözleşmesinde hiçbir şekilde markanın mevcudiyetinin bulunmaması, yani sözleşmede ismen zikredilmeyen markanın sözleşmeye konu edilmediği düşüncesiyle, ticaret sicil müdürlüğünün marka siciline bildirim yapmama sakıncası halen devam etmektedir. Zira devre konu markanın, ticari işletmenin devri sözleşmesinde açıkça belirtilmemesi halinde TSY m. 135/f. 5'teki hukuki koruma mekanizmasının işlememesi muhtemel görünmektedir. Ancak TSY m. 133/f. 2-b bendinde, ticari işletmenin devri sözleşmesinde, devrin kapsamı dışında bırakılan unsurların yer alması gerektiği hususu vurgulanmaktadır. Buradan hareketle, ticari işletmenin devri sözleşmesinde marka zikredilmemiş olsa da, açıkça kapsam dışında tutulmayan bir markanın devrin kapsamında olduğunun kabulü bahsi geçen sakıncayı ortadan kaldıracak niteliktedir.

Birlik markasının devri, Avrupa Birliği Marka Tüzüğü (UMV-Unionsmarkenverordnung) §20 Abs. 3 gereğince yazılı şekil şartına bağlanmıştır. Fakat

¹³¹ **Yasaman/Altay**, s. 687- 688.

markanın ticari işletme ile birlikte devri halinde ise, UMY §20 Abs. 2’de istisnai bir hüküm öngörölmüş ve bu durumda yazılı şekil şartının aranmayacağı düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu bakımdan Türk Hukuku’nda da markanın ticari işletme ile birlikte devrinde şekle ilişkin tereddütlerin aşılması adına, Sınai Mülkiyet Kanunu’nda, 556 s. KHK’da olduğu gibi, ticari işletmenin devri haline ilişkin özel bir istisnai düzenlemeye yer verilmesi isabetli olacaktır.

D. Markanın Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi veya Bölünmesi Suretiyle İntikali

Ticaret şirketleri, bir şirketin diğeri devralması (devralma şeklinde birleşme) ya da birden fazla şirketin, yeni bir şirket çatısı altında bir araya gelmesi (yeni kuruluş şeklinde birleşme) suretiyle birleşebilirler (TTK. m. 136/f. 1).

Birleşme taraflar arasında akdedilecek bir birleşme sözleşmesi ile gerçekleştirilir. Bu sözleşmenin yazılı şekilde yapılması gerekir. Birleşme sözleşmesi, birleşmeye katılan şirketlerin yönetim organları tarafından imzalanarak genel kurullarında onaylanır (TTK. m. 145). Birleşmeye katılan şirketlerin yönetim organları tarafından birleşmenin ticaret siciline tescili için başvuru yapılır ve ticaret siciline tescil ile birlikte birleşme geçerlilik kazanır (TTK. m. 153). Yani ticaret şirketlerinin birleşmesi bakımından tescil kurucu niteliktedir.

Ticaret şirketlerinin birleşmesi ile devralan şirket, devrolunan şirketin malvarlığını bir bütün halinde devralır (TTK. m. 136/f. 4). Ticaret siciline tescil anından itibaren devrolunan şirket infisah eder ve bu şirkete ait tüm aktif ve pasif malvarlığı unsurları ex lege devralan şirkete geçer (TTK. m. 153).

Devralma ya da yeni kuruluş şeklinde gerçekleştirilen şirket birleşmelerinde, devrolunan ya da yeni bir şirket çatısı altında birleşen şirketlerin malvarlığı unsurları içerisinde bulunan marka hakkı da, külli halefiyet ilkesi gereğince, ayrıca bir marka devir

sözleşmesi yapılmasına gerek kalmaksızın, kendiliğinden devralan ya da yeni kurulan şirkete geçer¹³².

Ticaret şirketleri, tam veya kısmi bölünme şeklinde bölünebilir. Tam bölünme durumunda, bölünen şirketin malvarlığı kısımlara ayrılır ve diğer şirketlere devredilir. Bölünen şirket sona erer ve ticaret unvanı, ticaret sicilinden terkin edilir. Bölünen şirketin ortakları, devralan şirketlerin pay ve haklarını iktisap eder. Bölünme ancak ticaret siciline tescil ile geçerlilik kazanır ve tescil anında envanterde bulunan bütün aktif ve pasifler devralan şirketlere geçer (TTK. m. 179/f. 4). Devralan şirket ya da şirketler, kısmi külli halefiyet ilkesi gereğince, devraldıkları şirket bölümünün aktif ve pasifleri ile birlikte bölünen şirketin devamı niteliği taşır¹³³.

Kısmi bölünmede ise, bölünen şirketin bir veya birden fazla malvarlıksal bölümü, diğer şirket ya da şirketlere devredilir. Bu durumda da bölünen şirketin ortakları, devralan şirketlerin pay ve haklarını iktisap eder. Kısmi bölünme sonucunda bölünen şirket, devre konu olan malvarlıksal kısımları karşılığında elde ettiği pay ve haklarla kendi yavru şirketini

¹³² “...devredilen şirketin bütün aktif ve pasifi şekil kurallarına ilişkin hükümlere (yazılı şekil, resmi şekil, temlik talebi veya resmi onay vb.) gerek olmaksızın uno actu devralan şirkete ipso iure geçer...Birleşme işlemleri tescil kesinleştikten sonra, yasa uyarınca kalan ya da yeni kuruluan ortaklık, külli halefiyet ilkesi uyarınca ortadan kalkan şirketlerin halefi olur, yani tüzel kişilikleri sona eren şirketlerin tüm hak, borç ve yükümlülükleri devralan ya da yeni kurulan şirkete intikal eder.” Açıklamalar için bkz. **Pulaşlı, Hasan**, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Adalet Yayınevi, 7. Baskı, Ankara 2021, s. 92-93.

¹³³ **Kayıhan, Şaban**, Şirketler Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Ankara 2021, s. 104.

oluşturmuş olur (TTK. m. 159). Kısmi bölünme durumunda da, devralan şirket ya da şirketler, bölünme sonucunda devredilen malvarlığı kısmını kısmi külli halefiyet yolu ile edinir¹³⁴.

Ticaret şirketlerinin tam ya da kısmi bölünmesi durumunda, devre konu malvarlığı bölümüne dahil marka hakkı, kısmi külli halefiyet ilkesi gereğince ayrıca bir marka devir sözleşmesi yapılmasına gerek kalmaksızın, devralan şirkete geçer.

E. Markanın Ticaret Şirketlerine Sermaye Olarak Taahhüt Edilmesi

Markanın bir ortaklığa sermaye olarak tahsis edilmesi mümkündür. Nitekim TTK. m. 127/f. 1-b’de; fikri haklar, ticaret şirketlerine sermaye olarak getirilebilecek değerler arasında sayılmaktadır.

Özellikle anonim şirketlerde markanın, ortaklığa sermaye olarak getirilmesi oldukça yaygın bir biçimde karşılaşılan bir durumdur. Anonim şirketlerde, şirketin amacına ulaşabilmesi için pay sahipleri tarafından ortaklığa getirilmesi vaat edilen nakdi ve aynı nitelikteki her türlü malvarlığı değeri sermaye kapsamında değerlendirilmektedir. Anonim şirketlere aynı sermaye olarak konulabilecek malvarlığı unsurlarını düzenleyen TTK. m. 342/f. 1 hükmüne göre; “*Üzerlerinde sınırlı aynı bir hak, haciz ve tedbir bulunmayan, nakden değerlendirilebilen ve devrolunabilen, **fikrî mülkiyet hakları** ile sanal ortamlar da dâhil, malvarlığı unsurları aynı sermaye olarak konulabilir.*”

Çeşitli hukuki işlemlere özellikle de devre konu olabilen ve nakden değerlendirilebilen bir malvarlığı unsuru olarak marka hakkı da ticaret şirketlerine ve bilhassa anonim şirketlere sermaye olarak getirilebilecek değerler arasında yer alır. Tescilli marka haklarının yanı sıra

¹³⁴ **Çebi, Hakan**, Şirketler Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 69.

mevcut marka başvuruları da malvarlıksal bir değere sahip olmaları ve devredilebilmeleri münasebetiyle ortaklıklara sermaye olarak konulabilir¹³⁵.

Marka, anonim şirkete kuruluş aşamasında aynı sermaye olarak ya da sonradan sermaye artırımını yoluyla getirilebilir. TTK m. 339 gereğince; esas sözleşme, yazılı olarak yapılarak tüm kurucuların imzası noter tarafından onaylanır. Şirketin esas sözleşmesinde; şirketin sermayesi ile her payın itibarî değeri, bunların ödenmesinin şekil ve şartları; paradan başka sermaye olarak konan haklar ve ayınlar, bunların değerleri yazılır. Sonradan şirket sermayesinin artırımını da niteliği itibariyle, esas sözleşmedeki bir değişikliktir ve bu sebeple esas sözleşme için öngörülen şekle uygun olarak yapılması gerekir. Bu bakımdan marka hakkının anonim şirkete gerek kuruluş aşamasında aynı sermaye olarak gerek sonradan sermaye artırımını yoluyla getirilmesi şirketin esas sözleşmesi üzerinden gerçekleştirilmektedir¹³⁶. Nitekim esas sözleşme için Türk Ticaret Kanunu'nda öngörülen yazılı şekilde yapılma ve imzaların noter tarafından onaylanması şartı da Sınai Mülkiyet Kanunu m. 148/f. 4'te, markanın devri için öngörülen şekil şartı ile paralellik göstermektedir. Ayrıca TTK. m. 128/f. 2 gereğince; “*Şirket sözleşmesinde veya esas sözleşmede bilirkişi tarafından belirlenen değerleriyle yer alan taşınmazlar tapuya şerh verildiği, **fikrî mülkiyet hakları** ile diğer değerler, varsa **özel sicillerine**, bu hüküm uyarınca **kaydedildikleri** ve taşınırlar güvenilir bir kişiye tevdi edildikleri **takdirde aynı sermaye kabul olunur. Özel sicile yapılan kayıt iyiniyeti kaldırır.***” Bu hüküm gereğince; marka hakkının ancak Marka Sicili'ne yapılacak tescil ile şirketin aynı sermayesi olarak taahhüt edildiği kabul edilecektir.

¹³⁵ **Aslan, Mehmet**, Fikri Mülkiyet Haklarının Anonim Şirketlere Aynı Sermaye Olarak Getirilmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 104.

¹³⁶ **Aslan**, s. 114.

F. Markanın Mahkeme Kararı ile Devri

Markanın devri, kural olarak taraflar arasında akdedilecek bir marka devir sözleşmesi ile gerçekleşir. Tarafların markanın devrine yönelik karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile mutata olan markanın devri gerçekleşir. Ancak bazen marka hakkı, bir mahkeme kararı ile de devredilebilir. Mahkeme kararı ile devirde, markanın devrine yönelik karşılıklı ve birbirine uygun taraf iradelerinin mevcudiyeti aranmaz, marka hakkı mahkeme kararının sonucu olarak doğrudan karşı tarafa devredilir.

Mülga 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK m.17’de markanın mahkeme kararıyla devredilebileceği hususu açıkça zikredilmekteydi. 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’nda ise, marka hakkının mahkeme kararı ile devrini konu edinen genel nitelikte bir hükme yer verilmemiştir. Her ne kadar Kanun’da markanın mahkeme kararı ile devredilebileceğine ilişkin genel bir hüküm yer almasa da marka hakkının mahkeme kararı ile devri olanaklıdır. Nitekim SMK’nın “*Ticari vekil veya temsilci adına tescilli markaya ilişkin talepler*” başlıklı 10. maddesinde ticari vekil ya da temsilci adına tescil edilen markanın mahkeme kararı ile marka sahibine devredilmesine olanak tanıyan özel bir düzenleme bulunmaktadır¹³⁷. Sözü geçen hükme göre; marka sahibinin izni olmaksızın, ticari vekil ya da

¹³⁷ Aynı yönde; Sınai Hakların Korunmasına İlişkin Paris Sözleşmesi madde 6 mükerrer 6/1:

‘Markalar: Marka Sahibinin İzni Olmaksızın, Marka Sahibinin Acentası veya Mümessili Adına Yapılan Tescil’ “Birlik ülkelerinden birisinde bir marka sahibinin acentası veya mümessili, marka sahibinin izni olmaksızın markanın kendi adına tescili için bir veya daha çok sayıda Birlik ülkesine başvurduğu takdirde, bu acenta veya mümessil haklı bir gerekçe göstermediği takdirde, marka sahibi başvuru yapılan tescile itiraz etme veya iptalini isteme veya ülkenin yasaları uygunsa söz konusu tescili kendi adına devir edilmesini isteme hakkına sahip olacaktır.”

temsilci adına markanın aynısının ya da ayırt edilemeyecek kadar benzerinin tescil edilmesi durumunda, marka sahibi mahkemeden markasının kullanılmasının yasaklanmasını ve markaya ilişkin söz konusu tescilin kendisine devredilmesini talep edebilir¹³⁸. Bu durumda

¹³⁸ “Davacılar vekili, müvekkili L... EC SRL'nin 1960 yılından beri L... ticaret unvanı ile endüstriyel lamba sektöründe faaliyet gösterdiğini, “L...” ibareli **tanınmış markaların sahibi olduğunu**, müvekkili L... EC SRL ile davalılar arasında müvekkili tarafından üretilen ürünlerin **Türkiye’de satışı konusunda distribütörlük anlaşması** yapıldığını, bu anlaşma kapsamında tarafların bir müddet çalıştıklarını, bu **anlaşma devam ederken ve müvekkili L... EC SRL adına 11. sınıfta 2002/28441 tescil numaralı “L...” markası varken davalılardan A... A.Ş.’nin 2010/08230 tescil numaralı “L...+şekil” markasını 35 ve 37. sınıflarda, 2010/60415 tescil numarasıyla 35. sınıfta TPMK nezdinde tescil ettirdiğini**, davalı şirketlerin ortaklarının aynı kişiler olduğunu, müvekkili ile davalı L... A.Ş. arasındaki **distribütörlük ilişkisinin 19.12.2011 tarihinde sona erdiğini**, 20.04.2012 tarihinde müvekkili Türk L... Ltd. Şti’nin kurulduğunu, müvekkilinin bu şirket üzerinden ürünlerini Türkiye’de pazarlama ve satışına karar verdiğini, distribütörlük ilişkisi sona erdiğinden davalının L... markasını kullanma hakkı bulunmadığını, L... markasını kullanma hakkının 556 Sayılı KHK ve Madrid Protokolü çerçevesinde müvekkiline ait olduğunu, distribütörlük ilişkisinin sona ermesi nedeniyle müvekkilinin “L...” markasının davalılar tarafından kullanımına muvafakat etmediğini, L... ibaresinin davalılarca internet alan adı ve ticaret unvanı olarak da kullanılamayacağını, davalı L... A.Ş.’nin “L...” ibaresini kullanmasının karışıklığa ve müvekkilin zarara uğramasına neden olacağını ileri sürerek, davalılardan A... Kardeşler Elektrik San. ve Tic. A.Ş. **adına tescilli 2010/08230 ve 2010/60415 numaralı “L...+şekil” ibareli markaların 556 Sayılı KHK hükümleri uyarınca müvekkili L... EC SRL’ye devrine yahut hükümsüzlüğüne**, davalı L... A.Ş. adına kayıtlı bulunan www.L....com.tr alan adının müvekkillerden Türk L... Aydınlatma Tic.Ltd. Şti.’ne devri ve tescilinin yapılmasına,

davalılardan L... Aydınlatma San ve Tic. A.Ş'nin ticaret unvanında yer alan "L..." ibaresinin kanuna uygun bir şekilde değiştirilmesine veya silinmesine, tecavüzün sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılmasına, ilgili araçların ve ilgili malların, broşür, tanıtım ve her türlü evrakın imhasına karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalılar vekili, taraflar arasında tek satıcılık ilişkisi bulunduğunu, L... ibareli markaların ilk defa müvekkil şirket tarafından TPMK'de tescil ettirildiğini, L... ibaresine ticaret unvanında ilk olarak yer verenin ve markayı kullananın müvekkil şirket olduğunu, davacının müvekkilinin 2004 yılından beri bu ibareyi marka olarak ve ticaret unvanında kullandığını bildiğini ve bu duruma rıza gösterdiğini, davacı şirketlerin 556 Sayılı KHK'nın 11. maddesi hükmüne dayanamayacaklarını, müvekkil firmanın davacının izni ve talebi üzerine markayı tescil ettirdiğini, yıllarca kullanıp piyasada tanınmış hale getirdiğini, haklı gerekçelerle markayı kullanmaya devam ettiğini, müvekkil şirketin markasını 35. ve 37. sınıfta tescil ettirdiğini, davacının markasının 11. sınıfta tescilli olduğunu, L... markasını Türkiye'de bilinir hale müvekkilinin getirdiğini, yıllardır ticari faaliyetinde kullandığı internet sitesinin devrinin veya hükümsüzlüğünün istenmesinin yasaya ve hakkaniyete aykırı olacağını savunarak, davanın reddini talep etmiştir. **Mahkemece,** iddia, savunma, bilirkişi raporu, bozma ilamı ve tüm dosya kapsamına göre, "L..." markasının gerçek hak sahibinin davacı L... EC SRL olduğu, davacı tarafın "L..." markasının tanınmışlığını ispatlayamadığı, 2010/604 15 numaralı "LANZİNI +Şekil" markasının yalnızca 35.08. sınıfta tescil edildiği göz önüne alındığında işbu markanın tamamının, 2010/08230 numaralı "LANZİNI" markasının ise yalnızca 35.08. sınıfta yer alan hizmetlerinin, 556 Sayılı **KHK madde 11 ve 17 uyarınca davacı adına devir edilebileceği,** öte yandan 2010/08230 numaralı "LANZİNI" markasının tescilli olduğu diğer mal ve hizmetlerde devir ve hükümsüzlük koşullarının bulunmadığı, davalılardan L... Aydınlatma San. ve Tic. A.Ş. ile davacı LANZİNI EC SRL arasındaki distribütörlük anlaşmasının sona ermesi ile, davalının ticaret unvanındaki "LANZİNI" ibaresini

kullanmasına yönelik hukuki temelin ortadan kalktığı, bu ibarenin ticaret unvanı olarak kullanılmasının bir diğer ayırt edici işaret olan marka hakkına tecavüz teşkil edeceği, alan adının esaslı unsurunun "L..." ibaresi olduğu, www.L....com.tr ibareli alan adının kullanılmasının bir hak ya da meşru bağlantıya dayanmadığı, "www.L....com.tr" alan adının kullanılmasının marka hakkına tecavüz teşkil edeceği gerekçesi ile **davalı A... Kardeşler adına tescilli 2010/60415 numaralı LANZİNİ+Şekil markasının ve 2010/08230 numaralı LANZİNİ markasının 35.08. sınıfta yer alan hizmetler yönünden davacı LANZİNİ EC. SRL'ye devrine**, fazlaya dair talebin reddine, davalı L... Aydınlatma San. ve Tic. A.Ş. şirketinin ticaret unvanını kullanımının ve www.L....com.tr alan adını kullanımının davacı marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet oluşturduğundan tecavüz ve haksız rekabetin önlenmesine, www.L....com.tr alan adının Türk L... Aydınlatma Ltd.Şti'ne devrine ve tesciline, davalı L... Aydınlatma AŞ'nin ticaret unvanındaki L... ibaresinin çıkartılarak sicilden terkinine, davalının L... ibaresini markasal kullanımına ilişkin tüm broşür tanıtım vs. her türlü evrağa el konularak imhasına **karar verilmiştir**. Kararı, davalılar vekili temyiz etmiştir. 1. Dosyadaki yazılara, mahkemece uyulan bozma kararı gereğince hüküm verilmiş olmasına ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davalı A... Kardeşler Elekt. San. ve Tic. A.Ş.'nin tüm, davalı L... Aydınlatma San. ve Tic. A.Ş.'nin aşağıdaki bendin dışında kalan sair temyiz itirazları yerinde değildir. 2. **Mahkemece**, davalılardan A... Kardeşler Elektrik San. ve Tic. A.Ş. adına tescilli 2010/08230 ve 2010/60415 Sayılı **markaların** 35.08 sınıfta yer alan hizmetler **yönünden davacıya devrine ilişkin hüküm KHK'nın 11 ve 17. maddelerindeki açık düzenleme nedeniyle isabetli** ise de, Türk Hukukunda, alan adlarının haksız olarak tescili halinde gerçek hak sahibine devrine ilişkin bir düzenleme olmaması karşısında davalı taraf adına tescilli "www.L....com.tr" alan adının davacı şirkete devrine ilişkin karar yasal dayanaktan yoksun olduğundan alan adının terkinin kararı yerine, davacıya devrine karar verilmesi doğru görülmemiş, hükmün bu sebeple temyiz eden davalı L...

ticari temsilci ya da ticari vekil ancak haklı bir sebebin mevcudiyeti söz konusuysa mahkeme kararı ile devrin önüne geçebilir. Aksi takdirde, mahkemenin vereceği karar ile ticari vekil ya da temsilcinin herhangi bir irade beyanına ihtiyaç duyulmaksızın söz konusu marka hakkı, marka sahibine devredilmiş olur.

G. Markanın Kanun Gücüyle İntikali

Markanın kanun gücüyle devri, miras hukukunda söz konusu olan külli halefiyet prensibi dolayısıyla olanaklıdır¹³⁹. Miras bırakanın ölümüyle birlikte, mirasçılar, mirasbırakanın aynî haklarını, alacaklarını, diğer malvarlığı haklarını, taşınır ve taşınmazlar üzerindeki zilyetliklerini herhangi bir hukuki işleme gerek kalmaksızın kanun gereğince kazanırlar (TMK. m. 599/f. 1-2). Ölenin terekesine dahil malvarlığı unsurları arasında marka hakkı da yer almaktadır. Bu sebeple marka sahibinin ölümüyle birlikte marka hakkı, Türk Medeni Kanunu’nun miras hukuku hükümlerine göre mirasçılara intikal eder.

Birden fazla mirasçının bulunması durumunda, mirasçıların marka üzerinde iştirak halinde hak sahipliği söz konusu olur. Mirasçılar, mirasçılık belgesi veya bu belgenin noter tarafından onaylanmış örneği ile birlikte TürkPatent’e başvurarak mirasa konu markanın kendi adlarına tescilini talep edebilirler (SMK’nın Uygulanmasına Dair Yönetmelik m. 129/f. 1).

Aydınlatma San. ve Tic. A.Ş. lehine bozulması gerekmiştir.” Anılan karar için bkz. Yargıtay 11.HD., E.2018/1275, K.2019/3298, T.30.4.2019, <https://lib.kazanci.com.tr> (E.T. 16.1.2022).

¹³⁹ **Ströbele/Hacker/Thiering**, §27 Rn. 20; **Lange**, §4 Rn. 2057.

İKİNCİ BÖLÜM

MARKA DEVİR SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, KONUSU, COĞRAFİ KAPSAMI, HUKUKİ NİTELİĞİ, BENZER HUKUKİ İŞLEMLERLE KARŞILAŞTIRILMASI

§ 3. MARKA DEVİR SÖZLEŞMESİNİN TANIMI

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’nun “Beşinci Kitap”ının “Ortak Hükümler” kısmında yer alan “Hukuki işlemler” başlıklı 148. maddesinde, marka hakkının genel anlamda hukuki işlemlere, özel anlamda ise, devre konu olabileceği düzenlenmektedir. Markanın devri, mutaat olarak, devreden devralan arasında akdedilen bir sözleşme ile gerçekleştirilir. Bu sözleşme, marka devir sözleşmesi olarak adlandırılır. Kanun’da ismen zikredilmekle birlikte, marka devir sözleşmesine ilişkin herhangi bir tanıma yer verilmemiştir.

Devir sözleşmesi, marka hakkının konusunu teşkil edebileceği en geniş kapsamlı hukuki işlemdir. Marka sahibi, bu sözleşmeyle markanın kendisine bahşettiği mutlak nitelikteki hakkı devralana geçirir. Yani devir işleminin gerçekleşmesiyle, devrin konusunu oluşturan marka hakkı, devreden malvarlığı unsurları arasından çıkmak suretiyle devralanın malvarlığına geçer; devreden söz konusu marka üzerindeki hak sahipliği ve dolayısıyla da tasarruf yetkisi ve imkânı sona erer.

Marka hakkı tamamen devredilebileceği gibi tescilli bulunduğu belirli mal veya hizmet kategorileri ile sınırlı olarak da devredilebilmektedir. Yine marka hakkının kendisi devredilebileceği gibi, marka tesciline yönelik mevcut başvuruların devri de olanaklıdır. Öte yandan tescilli markalarda olduğu gibi tescilsiz markalar da devrin konusunu oluşturabilmektedir. Bu bakımdan geniş anlamda marka devir sözleşmesinin konusunu; tescilli ya da tescilsiz markalar ile marka tesciline yönelik mevcut başvurular oluştururken; dar anlamda marka devir sözleşmesinden ise, yalnızca marka hakkının devri anlaşılmaktadır.

Bu açıklamalardan hareketle, geniş anlamda marka devir sözleşmesi; tescilli ya da tescilsiz bir markanın bahsettiği mutlak nitelikteki hakkın tamamının veya bir kısmının yahut marka tesciline yönelik başvuru hakkının, kural olarak bir bedel karşılığında, marka ya da başvuru sahibi tarafından, bir başkasına devredildiği bir sözleşme olarak tarif edilebilir. Dar anlamda marka devir sözleşmesi ise, marka sahibi ile devralan arasında akdedilen ve marka hakkının tanıdığı mutlak nitelikteki hakkın tamamının ya da bir kısmının, kural olarak bir bedel karşılığında, devralana geçirilmesi sonucunu doğuran bir sözleşme şeklinde tanımlanır.

§ 4. MARKA DEVİR SÖZLEŞMESİNİN KONUSU

I. GENEL OLARAK

Geniş anlamda marka devir sözleşmelerinin konusunu, marka hakkı ve marka tesciline yönelik başvuru hakkı oluşturmaktadır. Dar anlamda marka devir sözleşmelerinin konusunu ise, yalnızca mevcut marka hakkı oluşturmaktadır.

Türk hukukunda 1965 tarihli ve 551 sayılı Markalar Kanunu'nda yalnızca ferdi markaların devredilebileceği kabul edilmekteydi. 1995 tarihli ve 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile birlikte bu sınırlama ortadan kaldırılarak ferdi markaların yanı sıra diğer marka türlerinin de devre konu olabileceği düzenlendi. Halen yürürlükte bulunan 2017 tarihli ve 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nda da bireysel markaların yanı sıra ortak markaların ve garanti markalarının da devre konu olabileceği düzenlenmiştir.

Bugün itibarıyla Türk hukukunda kural olarak tüm marka türleri devir sözleşmesinin konusunu oluşturabilir. Nitekim tescilli, tescilsiz, bireysel ve ortak markalar ile garanti markaları marka devir sözleşmesine konu teşkil edebilir. Tescilsiz markalar da, tescilli markalarda olduğu gibi sahibine, iktisadi değer ihtiva eden ve devredilebilen bir hak bahşeder. Ancak Sınai Mülkiyet Kanunu kapsamındaki hukuki koruma mekanizmasından

yararlanabilecek markalar, kural olarak tescilli markalardır. Tescilsiz markalar söz konusu olduğunda genel hükümlere özellikle Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabete ilişkin hükümlerine başvurulması gerekmektedir. Yine tescilsiz markaların devri bakımından özellikle Türk Borçlar Kanunu'nun alacağın devrine ilişkin (TBK m. 183 vd.) ve diğer genel hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

II. MARKANIN KISMİ DEVRİ

Marka hakkı bir bütün olarak devredilebileceği gibi kısmen de devrin konusunu oluşturabilir. Marka, tek bir mal veya hizmet sınıfı bakımından tescil edilebileceği gibi; birden fazla mal veya hizmet sınıfında da tescil edilebilir. İşte markanın kısmi devrinden anlaşılması gereken; markanın tescilli olduğu bu mal veya hizmetlerden bir kısmına münhasır olarak devredilmesidir. Yani marka birden fazla mal veya hizmet bakımından tescilli ise; bunlardan biri veya birkaçı ile sınırlı olarak devredilebilir¹⁴⁰. Örneğin; bir marka hem motorlu kara taşıtları hem de aydınlatma cihazları sınıflarında tescilli ise, sadece motorlu kara taşıtları sınıfında devredilebilir; aydınlatma cihazları bakımından marka sahibi marka hakkını muhafaza edebilir. Bunun haricindeki kısmi devirler, özellikle markanın coğrafi bakımdan kısmi devri ise olanaklı değildir¹⁴¹. Marka coğrafi bakımdan bölünerek kullanılmak isteniyorsa, bu durum ancak lisans sözleşmesi vasıtasıyla sağlanabilir. Aynı şekilde markasal

¹⁴⁰ “...**Marka devir sözleşmesinin yalnızca bisküvi ürününe ilişkin olmasına ve diğer marka haklarının devredilmediğinin anlaşılmasına göre ihlale konu marka üzerinde hak sahibi olduğu anlaşılan şikayetçinin dava hakkının bulunduğu anlaşılması karşısında düşme kararı yerinde değildir.**” Bkz. Yargıtay 7. CD., E. 2006/8064, K. 2009/7400, T. 22.6.2009, <https://lib.kazanci.com.tr> (E.T.03.08.2022).

¹⁴¹ **Ströbele/Hacker/Thiering**, §27 Rn. 50; **Ekey/Bender/Fuchs-Wissemann**, §27 Rn. 34; **Brämer**, s. 126.

işaretin bölünmesi yani markayı, kendisini oluşturan bir kelime ya da resim parçasına ayırmak suretiyle kısmen devretme imkânı da bulunmamaktadır¹⁴². Zira gerek kısmi devre olarak tanıyan kanuni düzenlemenin lafzından gerekse kanun koyucunun kısmi devre olarak tanıma amaç ve iradesinden, markasal işareti oluşturan bileşenlerin bölünmesi yönünde bir kısmi devre olarak tanınmadığı sonucuna varılabilir¹⁴³. Marka hakkının kısmi devrinde olduğu gibi, mevcut marka başvurularının kısmi devrinde de, coğrafi bölünme ve markayı oluşturan karakterin bileşenlerine göre bölünmesi mümkün değildir¹⁴⁴.

Karşılaştırmalı hukuka bakılacak olursa; birlik markalarının da tescilli oldukları mal veya hizmetlerin bir kısmı için devredilebilecekleri öngörülmektedir (UMV §20 Abs. 1). Aynı şekilde Alman (MarkenG §27 Abs. 1), İsviçre (MSchG. Art. 17) ve İspanyol hukukunda da¹⁴⁵, markanın tamamen ya da kısmen devre konu olması olanaklıdır.

Markanın kısmi devriyle ilgili üzerinde durulması gereken önemli bir husus, kısmi devir sözleşmesinde, mal veya hizmet sınıfları altında kümelenen çeşitli mal veya hizmet türleri bakımından bir sınırlandırma yapılıp yapılamayacağı ile ilgilidir. 30.12.2016 tarihli ve 29934 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak 1.1.2017 tarihinde yürürlüğe giren Marka Tescil Başvurularına Ait Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğ (TPE: 2016/2) ile Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Nis Anlaşması hükümlerine göre düzenlenen Nis Sınıflandırılmasına uygun olarak, TürkPatent’e yapılan marka tescil başvurularında esas alınacak mal ve hizmet sınıflandırma listesi oluşturulmuştur. Tebliğ kapsamında hazırlanan mal ve hizmet sınıflandırma listesinde mallar

¹⁴² Ekey/Bender/Fuchs-Wisseemann, §27 Rn. 34; Brämer, s. 125.

¹⁴³ Alman marka hukuku bakımından benzer değerlendirmeler için bkz. Brämer, s. 125.

¹⁴⁴ Brämer, s. 134.

¹⁴⁵ Curto Polo, s. 395.

34, hizmetler ise, 11 sınıfta toplanmış ve toplamda 45 mal veya hizmet sınıfı oluşturulmuştur. Bu listede yer alan bazı gruplar genel başlıklar halinde düzenlenmiş, bu gruplara ilişkin genel başlıkların, tanımlama kapsamına giren ve ilgili Nis sınıfında bulunan mal veya hizmetlerin tamamını kapsadığı kabul edilmiştir. Bu da demek oluyor ki, söz konusu sınıflarda bazı mal veya hizmet türleri genel başlık olarak kabul edilerek söz konusu tanımlama kapsamındaki mal veya hizmetleri temsil etmiş ve bu genel başlık içerisinde benzer birçok mal veya hizmet türüne yer verilmiştir. Örneğin listede yer alan 3. sınıfta, beyazlatma ve temizlik amaçlı maddeler, parfümeri, diş bakım ürünleri, aşındırıcı ürünler gibi genel başlıklara yer verilerek; deterjanlar, çamaşır suları, kozmetik ürünleri, diş macunları, zımpara bezleri, aşındırıcı pastalar gibi tanımlama kapsamına giren ürünler sayılmıştır.

Bir markanın belirli mal veya hizmet sınıflarına münhasır olarak kısmi devrin konusunu oluşturabileceği aşikardır. Peki aynı sınıf içerisinde bulunan çeşitli mal veya hizmet kategorileri de bölünerek kısmi devrin konusunu oluşturabilecek midir? Örneğin; Yıldız Holding A.Ş.’ye ait “ülker” markası, ’29, 30 ve 31.’ sınıflarda tescillidir. Söz konusu markanın bu sınıflardan bir ya da birkaçına münhasır olarak kısmi devri olanaklıdır. Mesela sadece 31. sınıfa mahsus olarak devir işlemi gerçekleştirilebilir. “ülker” markasının 31. sınıfta tescilli mal ve hizmetleri ise; *“Tarım ürünleri, bahçecilik ürünleri ve tohumlar; ormancılık ürünleri; canlı hayvanlar (kuluçkalık yumurtalar, döllenmiş yumurtalar dahil); canlı ve kurutulmuş bitkiler ve otlar; hayvan yemleri ve malt (insan tüketimi için olmayan)”* tır. Bu noktada anılan markanın 31. sınıfta tescilli bu mal ve hizmetlerden sadece biri ya da birkaçına mahsus olarak devri olanaklı mıdır sorusu akla gelmektedir.

Sınai Mülkiyet Kanunu m. 148/f. 6’da; *“Marka, tescil edildiği mal veya hizmetlerin tümü veya bir kısmı için devredilebilir.”* denilmektedir. Görüldüğü üzere; Kanun metninde kısmi devrin sınıf bazında olacağına dair bir ibare yer almamakta; aksine *“mal veya hizmetlerin bir kısmı için”* ifadesi kullanılmaktadır. Yine Sınai Mülkiyet Kanununun

Uygulanmasına Dair Yönetmelik (SMKUDY) m.125/f.3'te; “*Markanın kısmi devri halinde devredilen mal veya hizmetlerin ve sınıf numaralarının devir sözleşmesinde belirtilmesi zorunludur.*” ifadelerine yer verilmiştir. Görüldüğü üzere burada da markanın kısmi devri durumunda, devir sözleşmesinde hem devredilen mal veya hizmetlerin hem de bunların sınıf numaralarının belirtilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

TürkPatent tarafından tutulan marka sicilinde de, markaların hangi mal veya hizmet sınıflarında ve bu sınıflarda yer alan hangi mal veya hizmet türlerinde tescilli oldukları ayrı ayrı belirtilmektedir. Bu tespitlerden hareketle, kısmi devrin sadece sınıf bazında değil aynı sınıfın içerisinde yer alan çeşitli mal veya hizmet türleri bağlamında da gerçekleştirilebileceği kabul edilmelidir¹⁴⁶. Fakat burada dikkat edilmesi gereken husus, sınıflandırma listesinde yer alan bu gruplara ilişkin genel başlıklar bağlamında kısmi devre olanak tanınmasıdır. Genel başlıkların tanımlama kapsamına giren ve burada sayılan mal veya hizmet türlerinin kısmi devri, markanın ayırt edicilik işlevini ve marka sınıflandırmasının temel mantığını ortadan kaldıracak niteliktedir. Örneğin; bir marka 3. sınıfta yer alan “parfümeri” ve “diş bakımı ürünleri” kategorilerinde tescilli ise, sadece “3. Sınıf-Diş Bakımı Ürünleri” bağlamında kısmi devrin konusunu oluşturabilir. Fakat; diş bakımı ürünleri içerisinde sayılan diş macunları ve diş beyazlatma ürünlerinin bölünerek kısmi olarak devredilmesi marka sınıflandırmalarını ve markanın ayırt edici niteliğini zedeler. Zira marka sınıflandırmasındaki genel başlıkların tanımlama kapsamına giren tüm mal ve hizmetleri kapsadığı kabul edilmiştir. Bu bakımdan kısmi devre olanak tanınırken, sınıflar altında düzenlenen mal veya hizmet türlerinin benzer nitelikte olup olmadıkları, her birinin bir alt sınıf olarak değerlendirilebilecek genel başlıklar

¹⁴⁶ Aynı yönde bkz. **Kaya, Arslan**, Marka Hukuku, Arıkan Yayınları, İstanbul 2006, s. 208; **Çolak**, s. 700; Alman hukuku bakımından aynı yönde değerlendirme için bkz. **Brämer**, s. 125.

mı yoksa genel başlık kapsamındaki örneklendirmeler mi oldukları değerlendirmesinde bulunmak yerinde olacaktır.

Eğer bir marka herhangi bir mal veya hizmet adı belirtilmeden sadece mal veya hizmetlere ilişkin sınıf numarası belirtilerek devredilmişse, bu durumda markanın o sınıfta tescilli olduğu tüm mal ve hizmetler bakımından devredildiği kabul edilmelidir¹⁴⁷. Sınıf altında yer alan bazı kategoriler devir kapsamı dışında bırakılmak isteniyorsa, söz konusu sınıf numarasının yanı sıra devir kapsamındaki mal ve hizmetlerin ismen zikredilmesi gerekir. Her ne kadar SMKUDY. m. 125/f. 3'te; devredilen mal veya hizmetlerin ve bunlara ilişkin sınıf numaralarının devir sözleşmesinde belirtilmesi zorunlu tutulmuş olsa da; devir sözleşmesi bakımından SMK'da öngörülen şekil şartının yerine getirilmesi, mal veya hizmetler belirtilmeden sadece sınıf numaraları ile yapılan sözleşmelerin de geçerli bir biçimde kurulması için yeterlidir.

Marka devir sözleşmesinde markanın tamamen mi yoksa kısmen mi devredildiğine ilişkin bir açıklık bulunmaması durumunda ise, markanın tescilli olduğu tüm mal veya hizmet sınıfları bakımından devredildiği kabul edilmelidir¹⁴⁸. Markanın tescilli olduğu mal veya hizmet sınıflarından bazıları devrin kapsamı dışında tutulmak isteniyorsa, bunun devir sözleşmesinde açıkça belirtilmesi gerekir. Nitekim Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik m. 125/f. 3 gereğince; markanın kısmi olarak devredilmesi halinde, devir sözleşmesinde, devredilen mal veya hizmetlerin ve bu mal veya hizmetlerin sınıf numaralarının belirtilmesi zorunludur.

Bu noktada markanın kısmi devrinde benzer marka sorununa değinmekte fayda bulunmaktadır. Marka hukukunda kabul edilen marka sahibinin tekliği ilkesi gereğince; bir

¹⁴⁷ **Yasaman/Altay**, s. 682.

¹⁴⁸ **Güneş-Benzer Marka**, s. 7; **Yasaman/Altay**, s. 682.

marka ile aynı ya da ayırt edilemeyecek düzeyde benzer bir işaretin, aynı veya aynı tür mal veya hizmetler bakımından bir başkası tarafından kendi adına tescil edilmesi olanaklı değildir. Yani bu ilkeye göre; bir markanın aynı veya aynı tür hizmetler bağlamında tek bir sahibi vardır. 556 sayılı mülga KHK’da marka sahibinin tekliği ilkesinin devir sözleşmelerindeki yansıması olarak kabul edilebilecek bir düzenleme yer almaktaydı. Mülga 556 sayılı KHK m. 16/f. 5’te; *“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 şarttır.”* hükmüne yer verilmişti. Bu hüküm gereğince, markanın kısmi devrinde, devrin kapsamı dışında tutulan aynı veya benzer markanın, aynı veya halkı yanılgıya düşürecek düzeyde benzer mal veya hizmetler bakımından tescilli olması durumunda devredilen kısım ile birlikte devrin kapsamına alınması zorunlu tutulmuştu. Ancak bu hüküm 13.05.2015 ve 2015/46 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı ile temel haklardan olan marka hakkının KHK ile düzenlenemeyeceği gerekçesiyle Anayasa’nın 91. maddesine aykırılıktan iptal edilmiştir.

2017 tarihli ve 6769 sayılı SMK ile Türk marka hukukundaki marka sahibinin tekliği ilkesi yumuşatılmıştır. SMK. m. 5/f. 3 ile getirilen muvafakat kurumu ile, marka sahibi markası ile aynı veya benzer bir işaretin, aynı ya da benzer mal veya hizmetlerde kullanılmasına yönelik bir marka başvurusunun tesciline, noter onaylı bir belge ile açıkça muvafakat ederse, mevcut marka başvurusu bu sebeple (SMK. m. 5/f. 1-ç) reddedilemeyecektir. Yani marka sahibi markasının aynı ya da benzer mal veya hizmetler bakımından başkası adına tesciline izin verebilir. Yine marka sahibinin tekliği ilkesinin devir sözleşmelerindeki yansıması olarak görülen ve yukarıda ifade edilen Anayasa Mahkemesi kararı ile iptal edilen KHK m. 16/f. 5’teki hüküm de SMK’ya alınmamıştır. Yani artık marka sahibinin, devrin konusunu oluşturan marka ile aynı ya da ayırt edilemeyecek kadar benzer başka marka ya da markalara, aynı veya halkı yanılgıya düşürecek derecede benzer mal veya

hizmetler bakımından sahip olması durumunda, bu markaların da devrin kapsamına alınması zorunluluğuna ilişkin bir hüküm Kanun’da yer almamaktadır. Bu durum Anayasa’da güvence altına alınan sözleşme özgürlüğü prensibine uygun bir düzenleme biçimidir. Öte yandan SMK’da, marka sahibine, markasının aynısı yahut benzeri mal veya hizmetler bakımından bir başkası adına tesciline muvafakat verme imkânı dahi tanınmışken; kısmi devrin kapsamının marka sahibinin iradesi dışında genişletilmesine olanak tanınması Kanun’un ruhuna aykırı bir düzenleme biçimi olurdu. Zaten hali hazırda markanın, aynı ya da benzer mal veya hizmetlerle ilgili olarak kısmi devrinde SMK. m. 5/f. 1-ç kapsamında düzenlenen “*Aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetlerle ilgili olarak tescil edilmiş ya da daha önceki tarihte tescil başvurusu yapılmış marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer işaretler*”e ilişkin mutlak ret nedenine dayanılması mümkünken, devir sözleşmeleri bakımından taraf iradelerinin zayıflatılarak sözleşmeye dışarıdan müdahale imkânı tanınması marka korumasının temeldeki amacını aşan bir düzenlemeye vücut verirdi. Burada şu hususun da vurgulanması gerekir ki; markanın benzer mal veya hizmetler bakımından bir başkasına devrinde, SMK m. 5/f. 1-ç gerekçesiyle devrin marka siciline tescilinin reddedilmesi de, devrin kapsamının tarafların iradesi dışında genişletilmesinde olduğu gibi yanlış bir uygulama olur. Zira markanın resmi bir marka devir sözleşmesi ile bir başkasına kısmi olarak devri de, bir bakıma muvafakat kurumunun bir uygulamasıdır ve muvafakat kurumu ile her iki marka sahibi tarafından kullanılabilecek bir marka hakkının benzer mal veya hizmetler bakımından bölünmek suretiyle farklı marka sahipleri tarafından kullanılmasına bu gerekçeyle izin verilmemesi kanunun ruhuna aykırı bir uygulamaya vücut verir.

III. TESCİLSİZ MARKALARIN DEVRİ

Kanun’daki açık ifadeden anlaşılacağı üzere kısmi devir, SMK kapsamında yalnızca tescilli markalara ilişkin olarak düzenlenmiştir. Bilindiği üzere, tescilsiz markalar da tescilli

markalar gibi devir sözleşmesinin konusunu teşkil edebilir. Peki tescilsiz markaların kısmi devri olanaklı mıdır?

Bir marka hakkı, tescil dışında örneğin kullanım yoluyla kazanılmışsa, bu durumda bu tür markaların da kısmi devrine olanak tanımak gerekir. Tescilsiz markalar da sahibine ekonomik olarak değerlendirilebilir nitelikte bir hak bahşetmektedir. Tescilli markalar bakımından kısmi devrin temelinde yer alan birden fazla mal veya hizmet bakımından tescilli olma şartının, tescilsiz markalarda birden fazla mal veya hizmet türünde kullanılma şeklinde tezahür etmesi gerekir.

Her ne kadar tescilsiz markalarda mal veya hizmet sınıflandırması yapmanın hukuki dayanaktan yoksun olduğu düşünülse de, tescilsiz marka sahipleri, kullanım yoluyla bir marka hakkı elde etmişlerse, kullanım alanlarına bağlı olarak, bunlara yönelik SMK kapsamında yapılacak tescillere engel olabilmektedir. Nitekim Sınai Mülkiyet Kanunu'nda kullanım yoluyla elde edilen marka hakkı nispi ret nedenleri arasında düzenlenmiştir. Aynı şekilde kullanım yoluyla elde edilen marka hakkı, Kanun'da, hükümsüzlük davası açma nedenleri arasında sayılmaktadır.

Kullanım yoluyla elde edilen marka hakkının, farklı mal veya hizmet sınıflarındaki tescile engel olabilir nitelikte olması, tescilsiz markaların da esasında farklı mal veya hizmet türlerini kapsayacak nitelikte bir marka hakkına vücut verdiğinin kabul edildiğini gösterir. Zira hiç kimse sahip olmadığı bir hakka dayanarak aynı hakkın başkası adına tesisine engel olamaz. Örneğin; “A” markasının, gıda ve temizlik ürünleri sektörlerinde tescilsiz olarak kazanılması durumunda; marka sahibi SMK kapsamında yapılacak her iki alandaki tescil başvurusuna da itiraz edebilecek ve ilgili markanın bu alanlarda tescil edilmesine engel olabilecektir. Nitekim “A” markası, hali hazırda her iki sektör bakımından da kullanım suretiyle marka sahibi adına doğmuş bir hak bahşetmektedir. Marka sahibinin malvarlığında doğmuş bu hakkı, yalnızca gıda sektöründe devretmesi önünde kanaatimizce herhangi bir

engel bulunmamaktadır. Nitekim hakların devri, kendilerine ilişkin herhangi bir özel hüküm bulunmaması halinde, alacağın devrine ilişkin hükümlere (TBK m.183 vd.) tabidir¹⁴⁹. Marka hakkı bakımından da, marka mevzuatında özel bir hüküm bulunmayan hallerde, Türk Borçlar Kanunu'nun alacağın devrine ilişkin hükümleri, niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanır¹⁵⁰. Bölünebilir nitelikteki alacakların ise, kısmi devri olanaklıdır.

SMK'da mevcut marka tescillerine itiraz hakkı tanınarak çeşitli mal veya hizmet kategorilerinde var olmalarına izin verilen tescilsiz markaların da, tıpkı tescilli markalarda olduğu gibi kısmi olarak devredilebileceğinin kabulü yerinde olacaktır. Alman Marka Kanunu'nda, tescilli markaların yanı sıra kullanım yoluyla elde edilen marka hakkının da kısmi devrin konusunu oluşturabileceği kabul edilmiş bulunmaktadır (MarkenG §27 Abs.1). Türk hukuku bakımından da, mevcut çözüm tarzının, marka hakkından gereği gibi yararlanmanın sağlanması bakımından kabulü yerinde olacaktır. Her ne kadar tescilsiz markalar bakımından kısmi devrin kabulünün, ticari dolaşımda sorunlara sebep olabileceği ve hukuki açıdan belirsizliğe yol açabileceği düşünülse de, tescilsiz markaların mevcudiyeti de aynı sorunları cari kılacak niteliktedir ve nasıl ki kullanım yoluyla elde edilen marka hakkının mevcudiyetinin ve tamamen devrinin ispatı belirli zorlukları ve ispat külfetini beraberinde getiriyorsa; tescilsiz bir marka hakkının kısmi devrinin de ispatı bakımından bazı zorlukların ve belirsizliklerin ortaya çıkması olasıdır. Fakat ispat hukuku bakımından cari olabilecek bu problemlerin, tescilsiz markaların kısmi devrine engel teşkil etmesi düşünülemez.

¹⁴⁹ **Arkan-** Marka Hukuku Cilt II, s. 180 dn. 26; **Karan/Kılıç**, s. 329; Alman hukuku bakımından aynı yönde değerlendirme için bkz. **Lewalter**, s. 33; **Hacker**, §30 Rn. 827.

¹⁵⁰ Alman hukukunda markanın devri bakımından BGB §398 ve §413 bağlamında benzer değerlendirme için bkz. **Böhm-Einführung**, s. 99.

IV. MARKA TESCİL BAŞVURULARININ DEVRİ

Türk hukukunda marka tescil başvurularının da devrine icazet verilmiştir. Nitekim SMK. m. 148/f. 8 gereğince; marka başvuruları, söz konusu madde kapsamında hukuki işlemlerin konusunu teşkil edebilir. Herhangi bir markaya ilişkin tescil başvurusundan tescilin gerçekleşmesine kadar olan süreçte, marka tescil talebi üzerinde bireyselleştirilmiş bir hak doğmaktadır ve bu hak sahibine TürkPatent'e karşı tescilin gerçekleştirilmesine yönelik bir talep yetkisi tanımaktadır. Markanın tescilinin gerçekleştirilmesine yönelik bu talep hakkı ekonomik bir değer ihtiva etmesi dolayısıyla devredilebilir niteliktedir¹⁵¹.

Marka başvurularının devri de taraflar arasında rızai olarak akdedilen bir sözleşme ile gerçekleştirilir. Bu sözleşmenin konusunu marka hakkının kendisi değil, marka hakkına yönelik mevcut başvuru oluşturur. Avrupa Birliği (UMV §28) ve Alman hukukunda (MarkenG §31) da, Türk hukukunda olduğu gibi marka başvurularının devrine olanak tanındığı görülmektedir.

Mevcut marka başvurusunun devrinden sonra, başvuru alan markanın sicile tescili gerçekleşirse, marka başvurusunun devri, yeni bir temlike gerek kalmaksızın doğan tescilli marka hakkını da kapsar. Bu durum, açıkça kanundan anlaşılamasa dahi, birkaç nedenden dolayı söz konusu sonucun ortaya çıktığı kabul edilir. Zira sicile kayıt ile birlikte mevcut marka başvurusu, tescilli marka hakkına dönüşür ve korunan işaretin konusu ve kapsamı bakımından tescilli marka hakkı ile aynı içeriği haizdir. Öte yandan bir marka başvurusu, ancak gelecekte yapılacak tescil yoluyla elde edilen marka korumasına erişmek amacıyla gerçekleştirilir. Yani bir marka başvurusunun devri, devralan kişinin tescilli marka hakkının sahibi olması durumunda tam anlamıyla amacını yerine getirir. Sonuç olarak, sözleşme

¹⁵¹ **Tüzüner**, s. 21.

taraflarının başvurunun devrindeki menfaatleri, devrin ortaya çıkan tescilli marka hakkını da kapsayacak şekilde genişletilmesinden yanadır¹⁵².

V. KİŞİ ADLARINDAN MÜTEŞEKKİL MARKALARIN DEVRİ

Sınai Mülkiyet Kanunu m. 4 kapsamında marka olabilecek işaretler arasında, kişi adlarının da yer aldığı daha önce ifade edilmişti. Buna göre, bir kimsenin adı marka olarak kullanılabilir ve bu kimse; bir gerçek kişi, bir tüzel kişi ya da adlandırılabilir bir kişi topluluğu olabilecekti. Bu anlamda bir gerçek kişinin adı, soyadı, takma adı yahut bir şirketin veya herhangi başka bir topluluğun adı, adının kısaltması, birden fazla ad kombinasyonu bu kapsamda değerlendirilmektedir¹⁵³. Kişi adlarının markasal olarak kullanılabilirliği, kanundaki açık ifade dolayısıyla tartışmadan uzaktır. Peki söz konusu kişi adlarından oluşan markaların devredilebilirliği hususunda aynı sonuca varılabilecek midir?

Sınai hakların hukuki işlemlere konu olmasını düzenleyen SMK m. 148 hükmü, marka haklarının devredilme olasılığına ilişkin olarak isim marka hakları ile diğer marka hakları arasında hiçbir ayrım yapmaz. Yani bu anlamda Kanun, sınırsız devredilebilirlik ilkesini kabul eder¹⁵⁴. Peki kişi isimlerinden müteşekkil marka haklarının devri önünde ne gibi bir engel söz konusu olabilir? Bu sorun özellikle isim marka haklarının haczi bakımından da doktrinde tartışmalıdır. Zira kişi adları, Türk Medeni Kanunu'nun şahsiyet haklarını düzenleyen hükümleri çerçevesinde özel olarak korunur. Bu haklar niteliği itibariyle; dokunulamaz, devredilemez ve vazgeçilemez haklardandır. Bu bakımdan markanın haczi mevzuunda da ifade edildiği üzere, doktrinde bir görüş tarafından, isim markalarının haczinin

¹⁵² Alman Marka Kanunu bağlamında teminat amacıyla marka başvurularının devri açısından aynı yönde değerlendirme için bkz. **Brämer**, s. 133.

¹⁵³ **Ensthaler**, s. 322; **Lettl**, s. 195.

¹⁵⁴ MarkenGesetz bağlamında benzer değerlendirme için bkz. **Brämer**, s. 174.

TMK m. 24 uyarınca, kişilik haklarına saldırı niteliği taşıması halinde, hacze imkân tanınmaması gerektiği savunulmaktadır. Fakat buna karşılık doktrindeki hâkim görüş¹⁵⁵, isim markalarının da hacze konu olabileceğini, zira kişi adlarının marka olarak kullanılmakla artık ekonomik anlamda bir değer kazandığını, ticari dolaşımda kullanılmak suretiyle şahsi karakterlerini kaybettiğini; bu nedenle de, isim markalarının kişilik hakları kapsamında değerlendirilemeyeceğini ifade eder.

İsim markalarının hacze konu olabilmesi hem markanın serbestçe devredilebileceği ilkesinden hem de marka olarak kullanılan bir kişi isminin artık marka hukuku kurallarına tabi olacağı yönündeki genel hukuk düşüncesinden kaynaklanır¹⁵⁶. Her ne kadar doktrinde, isim markalarının haczi hususunda bir tartışma söz konusu olsa da; içtihat ve literatür, isim marka haklarının iradi olarak devredilebilirliğini sorgulamaz. Yani kişisel isimleri içeren marka haklarının serbestçe devredilebilirliği, literatürde tartışılmaz bir biçimde caiz olarak kabul edilir¹⁵⁷. Nitekim hak sahibi kişi, bir devir sözleşmesi yoluyla adının üçüncü şahıslar tarafından kullanılmasını kabul ederse, marka hakkının kişisel karakteri, onun ekonomik bakımdan kullanımı önünde bir engel teşkil etmez¹⁵⁸. Hakeza, devirden sonra dahi, Türk Medeni Kanunu'nun adın korunmasına ilişkin hükümleri gereğince, hak sahibinin ismini kullanma hakkına hâle getirilmemesi ile de hak sahibinin menfaatleri yeterince garanti altına alınmış bulunmaktadır. Üçüncü şahısların sahip oldukları marka hakları ne olursa olsun,

¹⁵⁵ **Fezer**, §29 Rn. 38; **Lange**, §4 Rn. 2065; **Bolayır**, s. 2525; **Ünal**, s. 110; **Çolak**, s. 721; **Dönmez**, s. 376-377.

¹⁵⁶ **Ströbele/Hacker/Thiering**, §29 Rn. 13.

¹⁵⁷ **Brämer**, s. 174.

¹⁵⁸ **Woeste, Cordula**, Immaterialgüterrechte als Kreditsicherheit im deutschen und US-amerikanischen Recht (Schriften zum deutschen und internationalen Persönlichkeits- und Immaterialgüterrecht), Osnabrück 1. Januar 2002, s. 45.

herkesin ticari işlemlerde kendi gerçek adını kullanma hakkına sahip olduğu fikri hali hazırda SMK m. 7/f. 5-a hükmünde de ifade edilmektedir.

Marka hukuku bağlamında kişi adlarından oluşan marka haklarının devredilebilirliğinin prensip olarak kabul edilmesine karşın, içtihat ve literatürde genel anlamda isim hakkının devredilemez olarak görülmesi, bu sürecin yasal inşasının zorluğunu kanıtlar. Bu noktada, isim marka haklarının devrinin bu durumla nasıl uzlaştırılacağı sorusu ortaya çıkar ve bu doğrultuda Klippel, detaylı bir araştırma yaparak, isim hakkının ikili karakteri tezine (These des Doppelcharakters des Namensrechts) ulaşır¹⁵⁹. Buna göre isim hakkı, bir yanda şahsiyet hakkından, diğer yanda fikri haktan oluşur. İkincisi yani isim hakkının fikri-sınai karakteri, özellikle adın bir ürün tanımı/işareti olarak kullanılmasından kaynaklanır ve devredilebilir niteliği haizdir. Markayı devralan isim üzerindeki marka hakkının sahibi olurken, isim üzerindeki şahsiyet hakkı isim sahibinde kalır. Literatürde Götting de haklı olarak bu görüşe katılır ve ismin işlevlerine göre daha güçlü bir şekilde farklılaştığı için onu daha da geliştirir. Bir kimlik belirleme aracı olarak, yani kişinin tanımlayıcısı olarak, isim devredilemez ve buna göre bir kişisel haktır. Ancak, adın sahibi adını marka olarak, yani ‘nesneyle ilgili bireyselleştirme/tanımlama/niteleme aracı’ (objektbezogenes Individuierungsmittel) olarak kullanırsa, ad, maddi bir niteleme statüsünü alarak fikri-sınai hak teşkil eder ve duruma göre devredilebilecek şekilde kişiden ayrılabilir¹⁶⁰. Bu, isim hakkının devredilemezliği ilkesinden bir sapma değildir, çünkü isim, kişinin tanımlayıcısı olarak değil, sadece bir marka olarak kullanılabilme hakkı bağlamında

¹⁵⁹ **Klippel**, Schutz des Namens, s. 497 vd., in: Brämer, s. 175.

¹⁶⁰ **Götting**, Persönlichkeitsrechte, s. 131, in: Brämer, s. 175.

devredilir. Bu yapı, isim marka haklarının neden ve nasıl serbestçe devredilebildiğini ikna edici bir şekilde açıklar¹⁶¹.

VI. MARKA HAKKININ KAPSAMI VE İSTİSNALARI

A. Hakkın Kapsamı

Marka devir sözleşmesinin konusunu mevcut marka hakkının oluşturduğu yukarıda ifade edilmişti. Bu noktada marka hakkının kapsamına yani markanın, sahibine hangi yetkileri sağladığı hususuna bakmakta yarar vardır. Tescilli bir markanın, marka sahibine tanıdığı yetkiler genel olarak SMK. m. 7 vd. düzenlenmiş bulunmaktadır.

SMK. m. 7/f. 1 gereğince; bu Kanun kapsamında sağlanan marka koruması, ancak tescil yoluyla elde edilir. Yani bir markanın SMK kapsamında hukuki korumadan faydalanabilmesi için tescil edilmesi zorunludur¹⁶². Marka hakkının, herkese karşı ileri sürülebilen bir hak niteliği kazanması da ancak tescil ve ilan ile gerçekleşir (SMK. m. 7/f. 4).

¹⁶¹ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Brämer**, s. 173 vd.

¹⁶² “...Yapılan açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davacı ... adına “gazoz, kola ve izotonik içecekler” emtiasını da kapsayan 32. sınıfta tescilli “TURKA” ibareli markalarının bulunduğu, yine anılan davacı adına tescilli “....” ibareli tanınmış markanın olduğu, davalılardan Dinamik İçecek Yemek Enerji ve Gıda Ürünleri Tur. Tic. Ltd. Şti. tarafından Avusturya'dan ithal edilerek piyasaya sunulan ve diğer davalı tarafından pazarlaması yapılan “enerji içeceği” ürününde “enerji turka+Şekil” ibaresinin kullanıldığı anlaşılmaktadır. Davalı İçecek Yemek Enerji ve Gıda Ürünleri Tur. Tic. Ltd. Şti.'nin dava tarihi itibarıyla müdürü olan... ve ... adına Avusturya'da “alkolsüz içecekler, maden suları ve meyve suları” emtialarında tescilli “enerji+Şekil” ibareli markanın bulunduğu görülmekte olup, dava konusu “enerji+Şekil” ibaresini taşıyan enerji içeceği ürünün bu

kişilerden ithal edildiği savunulmaktadır. Adı geçen kişilerce TPE nezdinde 2010/09366 Sayılı ve “enerji turka+Şekil” ibareli 09/29/35/39 sınıflarda yer alan emtialar için marka başvurusunda bulunulmuş, yapılan itirazlar neticesinde, başvuru 35 ve 39. sınıflarda tescil edilmiştir. Başka bir deyişle, 2010/09366 Sayılı ve “enerji ...+Şekil” ibareli marka, dava konusu “enerji içeceği” emtiasını veya bu emtianın benzerlerini kapsayan sınıflarda tescilli değildir. Bununla birlikte... ve ... adına TPE nezdinde tescilli 2010/09369 Sayılı ve “enerji+Şekil” ibareli 32. sınıfta yer alan “maden suları, kaynak suları, sofr a suları, sodalar, tonikler, sebze ve meyve suları, bunların konsantreleri ve özleri, meşrubatlar” emtialarını kapsayan marka ile 2010/11528 Sayılı ve “enerji+Şekil” ibareli 32. sınıfta yer alan “biralar, bira yapımında kullanılan preparatlar, maden suları, kaynak suları, sofr a suları, sodalar, tonikler, sebze ve meyve suları, bunların konsantreleri ve özleri, meşrubatlar” emtialarını kapsayan marka bulunmaktadır. Görüldüğü üzere davalıların ithal ederek piyasaya sürdüğü ve pazarlamasının yapıldığı “enerji içeceği” emtiasında veya benzerinde tescilli “enerji ...+Şekil” ibareli **marka tescili bulunmamaktadır**. Başka bir deyişle 2010/09366 Sayılı ve “enerji turka+Şekil” ibareli marka “enerji içeceği” emtiasında veya bunun benzerlerini kapsayan sınıflarda tescilli değildir. Diğer markalar ise “enerji turk+Şekil” ve “enerji ...+Şekil” ibarelerinden oluşmakta olup, davalılar bu markaları taşıyan ürünü değil “enerji ...+Şekil” ibareli ürünü ithal ederek piyasaya sunmuşlardır. O hâlde davalıların ithal ederek piyasaya sunduğu dava konusu “enerji içeceği” ürününde kullanılan “enerji ...+Şekil” ibareli ve bu emtiaya benzer **sınıflarda tescilli markanın bulunmadığı ve marka hakkının ülkeselliği prensibi gereğince Avusturya'daki marka tescilinin bir başkasının markasına tecavüz teşkil edecek şekilde Türkiye'de kullanılmasına imkân vermeyeceği** gözetilerek sonucuna göre karar verilmelidir.” Karar için bkz. Yargıtay 11. HD., E.2017/11-15, K.2020/545, T.8.7.2020, <https://lib.kazanci.com.tr> (E.T.28.3.2022).

Kanun'da marka hakkının içeriği, negatif anlamda bir yasaklama yani üçüncü kişileri markanın izinsiz kullanımından menetme suretinde belirtilmiştir. Ancak münhasır nitelikteki bu hakkın içeriği, yalnızca negatif bir men yetkisini değil aynı zamanda, Kanun'da açıkça zikredilmese dahi, pozitif anlamda kullanım yetkisini de içerir¹⁶³. Yani marka tescilinden doğan hak, münhasıran marka sahibine aittir ve marka sahibi bu hakkın kendisine tanıdığı yetkileri kullanabilir, bu yetkilerden yararlanabilir ve bunlar üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunabilir. Yine bu hakka dayanarak markaya üçüncü kişiler tarafından yönelebilecek tecavüzlere de engel olabilir (SMK. m. 7/f. 2). Markanın sahibine bahsettiği münhasır nitelikteki bu hak, doğası gereği herhangi bir bölgesel sınırlama olmaksızın tüm ülke kapsamında; bir başka ifadeyle ise, markanın tescilli olduğu ülke ile sınırlı olarak geçerlidir¹⁶⁴.

Marka sahipliğinden doğan hak, kural olarak markanın tescilli olduğu mal veya hizmetleri kapsar. Yani marka koruması, tanınmış markalara ilişkin istisnai olarak tanınan koruma kapsamı hariç tutulacak olursa¹⁶⁵, tescilin yapıldığı mal veya hizmetlerle sınırlıdır¹⁶⁶.

¹⁶³ **Fezer**, §14 Rn. 12.

¹⁶⁴ **Kur, Annette/v.Bomhard, Verana/Albrecht, Friedrich**, MarkenG UMV Markengesetz Verordnung über die Unionsmarke, C.H.BECK, 3. Auflage, München 2020, §14 Rn. 50; **Ingerl/Rohnke**, §14 Rn. 62-63; **v. Schultz, Detlef**, Kommentar zum Markenrecht, Deutsche Fachverlag GmbH Fachmedien Recht, 3. Auflage, Frankfurt am Main 2012, §14 Rn. 7; **Falb**, s. 94.

¹⁶⁵ 'Marka tescilinden doğan hakların kapsamı ve istisnaları' SMK m.7/f.1-ç; "**Aynı, benzer veya farklı mal veya hizmetlerde olmasına bakılmaksızın, tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve Türkiye'de ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle markanın itibarından haksız bir yarar elde edecek veya itibarına zarar verecek veya ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikteki herhangi bir işaretin haklı bir sebep olmaksızın kullanılması**"

Marka sahibi, çeşitli mal veya hizmet sınıflarında tescilli markası ile ilgili üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilecek bazı fiilleri, kanunen kendisine tanınan münhasır nitelikteki bu hak dolayısıyla engelleme yetkisine sahiptir. Yani tescilli marka sahibi, markasının izinsiz olarak kullanılmasını önleyebilir; zira marka, ancak marka sahibinin izni ile kullanılabilir¹⁶⁷. Burada bahsi geçen izin, marka sahibi tarafından gerçekleştirilen bir irade açıklamasıdır ve açık ya da zımni olarak gerçekleştirilebilir¹⁶⁸. Örneğin marka sahibi, üçüncü bir kişiye açıkça bir lisans hakkı tanımış olabileceği gibi, aktif bir kullanıma¹⁶⁹ sessiz kalmak suretiyle zımni bir onay da vermiş olabilir.

¹⁶⁶ Meran, s. 224; Tekinalp, s. 394.

¹⁶⁷ Kur/v.Bomhard/Albrecht, §14 Rn. 23.

¹⁶⁸ v. Schultz, §14 Rn. 31.

¹⁶⁹ Burada zımni bir onayın varlığı bakımından, söz konusu kullanımın aktif bir biçimde gerçekleşmiş olması yani markanın piyasada etkin bir biçimde söz konusu mal veya hizmetler bakımından kullanılması ve marka sahibi tarafından bu kullanıma itiraz edilmemiş olması gerekir. Nitekim benzer değerlendirmelere yer verilen bir Yargıtay kararında da durum şu şekilde ifade edilmektedir: “...asıl davadaki hükümsüzlük talebi bakımından, **davacının davalıya ait markanın kullanılmasına uzun süre sessiz kaldığı** belirtilmek suretiyle ilk derece mahkemesi kararı kaldırılarak davanın reddine karar verilmişse de, yine dosya kapsamı ve asıl dosya davalısının ikrarından anlaşıldığı üzere, **dava konusu marka, tescil kapsamında bulunan hizmetlerde henüz kullanılmamış olup, rezerv marka niteliğindedir. Kullanılmayan, ticaret sahasına çıkarılmayan bir markanın kullanımına uzun süre sessiz kalınması maddeten mümkün olmayıp münhasıran marka tescili markanın kullanılması anlamına gelmez.** Ayrıca, davacı tarafından markasal kullanımının bulunduğu otel binası ile davalıya ait “History” ünvanlı otelin birbirine yakın olduğu, tarafların yekdiğerinden haberdar olmadığının söylenemeyeceği ileri sürülmüş olup, davalı karşı davacının

SMK. m. 7/f. 2 gereğince marka sahibi izinsiz olarak yapılması durumunda:

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

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

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

SMK. m. 7/f. 2-a ve b hükümleri tanınmış ya da alelade tüm markalar; SMK. m. 7/f. 2-c hükmü ise, yalnızca tanınmış markalar bakımından caridir. SMK. m. 7/f. 2-a hükmüne göre; tanınmış ya da alelade bir marka olmasından bağımsız olarak tüm marka sahipleri, markasının aynısının, tescil kapsamına giren mal veya hizmetler bakımından üçüncü kişiler tarafından kullanılmasını engelleyebilir. Zira bir markanın aynısının, aynı mal veya hizmetler bakımından bir başkası tarafından kullanılması, marka hakkına tecavüz niteliğindedir. Burada

“HİSTORİA” ibaresinin 43. sınıfta “geçici konaklama hizmetleri, gündüz bakımı (kreş) hizmetlerinde” marka olarak tescil ettirmesinin kötü niyetli marka tescili niteliğinde olup olmadığı hususu da değerlendirilmemiştir. Bu durumda, eksik inceleme ve değerlendirme ile verilmiş kararın temyiz eden davacı lehine bozulması gerekmiştir.” Bahsi geçen karar için bkz. Yargıtay 11. HD., E.2019/3616, K. 2020/2024, T.25.02.2020, <https://lib.kazanci.com.tr> (E.T.08.08.2022).

marka kimliğinin (Identitätsschutz) bir bütün olarak korunması söz konusudur. Bu anlamda marka koruması hem kullanılan işaretteki özdeşlik (Markenidentität) hem de işaretin kullanıldığı mal veya hizmetteki özdeşlik (Produktidentität) durumunu yani çift özdeşlik (Doppelidentität) halini kapsamaktadır¹⁷⁰.

SMK. m. 7/f. 2-b gereğince; marka sahibi, tescilli marka ile aynı ya da benzer bir işaretin, tescil kapsamına giren mal veya hizmetlerin aynısı ya da benzerleri bakımından kullanılmasına da engel olabilecektir. Bunun için bu kullanımın, halk tarafından karıştırılabilir nitelikte olması, yani tescilli marka ile ilişkilendirilme de dâhil iltibas ihtimalinin mevcudiyeti gereklidir. Burada temel olarak markanın, ayırt etme işlevi zarar görme tehlikesi altındadır ve marka karıştırılma tehlikesine (Verwechslungsgefahr) karşı korunmaktadır. Karıştırılma tehlikesi, çatışan işaretin tescilli marka ile bir bağlantısı olduğu düşüncesine dayanır (gedankliches Inverbindungbringen)¹⁷¹.

Doğrudan markanın aynısı, aynı mal veya hizmetlerde kullanılmasa dahi, halk nezdinde tescilli marka ile iltibasa yol açacak düzeyde bir benzerliğin tespiti, tecavüzün varlığı için yeterlidir. İltibasa yol açacak düzeyde benzerlik hem ayırt edicin işaretin kendisinde hem bu işaretin kullanıldığı mal veya hizmetlerde söz konusu olabilir. Yani karıştırılma tehlikesi, ayırt edici işaretteki özdeşlik ya da benzerliğe veya mal veya hizmetteki özdeşlik ya da benzerliğe dayanır. Marka ile çatışan işaret arasındaki uyuma ne kadar büyükse, mal veya hizmetlerde bir farklılık olsa dahi, karıştırılma tehlikesinin de o kadar fazla olduğu kabul edilir. Aynı şekilde kullanılan işaretler arasında farklılık olsa dahi, söz konusu

¹⁷⁰ Fezer, §14 Rn. 13.

¹⁷¹ Fezer, §14 Rn. 222.

işaret aynı ya da çok benzer mal veya hizmetler için kullanılıyorsa karıştırma tehlikesinin varlığı burada da kabul edilir¹⁷².

TRIPS m.16 gereğince de; tescilli bir markanın sahibi, kullanım şekli karışıklığa yol açacaksa, marka sahibinin iznini almayan bütün üçüncü şahısların, ticaretin olağan gidişatı içinde, markanın tescil edildiği mal veya hizmetlerle aynı veya benzer mal veya hizmetler için aynı veya benzer işaretleri kullanmalarını engelleme hakkına münhasıran sahip olacaktır. Öte yandan, aynı mal veya hizmetler için aynı işaretin kullanılması halinde, karışıklık olasılığının mevcut olduğu varsayılacaktır. Bahsi geçen haklar önceden tanınmış mevcut haklara zarar veremeyeceği gibi, üyelerin kullanım esasına göre hak elde etme olanağını da etkilemeyecektir.

Marka korumasının kapsamı, Kanun'da, tanınmış markalar bakımından daha geniş tutularak, tanınmış marka sahiplerinin, markaları ile aynı ya da benzer işaretlerin, aynı, benzer ya da farklı olmasına bakılmaksızın, diğer tüm mal veya hizmetler bakımından kullanımını engelleyebileceği öngörülmüştür (SMK. m. 7/f. 2-c). Yani tanınmış markalar bakımından, üçüncü kişilerin kullanımının önlenmesi için, söz konusu işaretin aynı ya da benzer mal veya hizmetler bakımından kullanılması şartı aranmamaktadır¹⁷³. Markanın aynı ya da benzer mal

¹⁷² v. **Schultz**, §14 Rn. 48.

¹⁷³ “...dava, markanın hükümsüzlüğü talebine ilişkin olup mahkemece, davanın açılmasından sonra yürürlüğe giren 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 7. ve 25. maddelerine dayalı markanın hükümsüz kılınması ve sicilden terkinine ilişkin istemli, davanın reddine karar verilmiştir. Ancak mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunun karar vermeye elverişli olmadığı anlaşılmaktadır. Zira davacılar adına tescilli 97/017678 ve 96/003013 Sayılı "FAKİR" ibareli markalar ile davalı adına tescilli 2012/108943 numaralı "FAKİR" ibareli markanın beyaz zemin üzerine siyah harflerle tasarlandığı, markaların genel görünümü,

görsel, işitsel, anlamsal, okunuş, yazılış bakımından ortalama tüketiciler nezdinde bıraktığı bütünsel izlenimin ayırt edilemeyecek kadar benzer olduğu ve mülga 556 Sayılı KHK 7/1-b ve m. 8/1-b hükümlerinde belirtilen "Aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetlerle ilgili olarak tescil edilmiş ya da daha önceki tarihte tescil başvurusu yapılmış marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer işaretler, tescil edilemez." koşulların oluştuğu, davacılar adına tescilli "FAKİR" ve "FAKİR" unsurlu markaların 01/02/03/04/05/06/07/08/09/11/12/21/23/35/37. sınıflarda tescilli olduğu ve özellikle elektrikli ev aletlerinde kullanıldığı, davalı adına tescilli 2012 /108943 numaralı "FAKİR" markasının ise, 16. sınıfta tescilli olduğu ve "tuvalet kağıdı, kağıt peçete ve havlu" gibi mallara ilişkin olduğu bu itibarla taraf markalarının sınıf ve emtialarının farklı olduğu, "FAKİR" ibareli markanın elektrikli ev aletleri sektöründe tanınmış marka olduğu yönünde davacının 09.11.2012 tarihli başvurusunun TPMK'ca usul ve yasaya uygun bulunduğu, markanın birçok ülkede uluslararası tescilinin olduğu, davalı başvurusunun davacının tanınmış marka başvurusundan sonra yapıldığı, itirazın reddedildiği ve markanın 15.10.2014 tarihinde tescil edildiği, 556 Sayılı KHK'nın 7/1- (ı). maddesi ve Paris Sözleşmesi kapsamında tanınmış markaların mutlak tescili engeli olduğu kabul edilmiş iken KHK'nın 8/4. maddesi anlamında toplumda tanınmışlık düzeyine ulaşmış markaların bu hükümde belirtilen koşullardan birisinin varlığı halinde farklı mal ve hizmetler için dahi marka sahibinin itirazı üzerine tescil talebinin reddedileceği, buna göre davalı taraf markasının tescilli olduğu ürünler ile davacıya ait tanınmış marka kapsamındaki ürünler farklı olmakla birlikte, aralarındaki bağlantı nedeniyle davacıya ait markaların itibarına zarar verme ihtimalinin bulunduğu ve dolayısıyla markanın hükümsüzlüğü koşullarının oluştuğu, bununla birlikte davalının kötü niyetli hareket ettiğine ilişkin bir delil bulunmadığından kötü niyetli olduğunun değerlendirilemeyeceği sebepleriyle davacılar vekilinin temyiz başvurularının kabulüyle ilk

veya hizmetler bakımından kullanılması halinde zaten SMK. m. 7/f. 2-b kapsamındaki hukuki koruma mekanizması devreye girecektir. Tanınmış markalar bakımından Kanun'da yer alan bu özel düzenleme, ancak tanınmış markanın tamamen farklı mal veya hizmetler bakımından kullanılması halinde anlam ifade edecektir.

Tanınmışlık düzeyinin tespiti bakımından ise, Türkiye Cumhuriyeti sınırları dahili esas alınacaktır. Bu anlamda bir markanın tanınmış bir marka olarak kabulü için uluslararası düzeyde bir tanınmışlığın varlığı gerekli değilken; markanın ülke içinde değil de yurtdışında tanınıyor olması da tanınmışlığın varlığı bakımından yeterli değildir¹⁷⁴. Öte yandan tanınmışlığın ülke içerisinde toplumun geniş bir kitlesi bakımından gerçekleşmiş olması esas olup, bölgesel ya da kısmi düzeyde bir tanınmışlık seviyesi de markanın bu statüde değerlendirilmesi için yeterli değildir¹⁷⁵.

Tanınmış markanın üçüncü kişi tarafından kullanılması, ancak markanın itibarından haksız bir yarar elde edecek, itibarına zarar verecek veya ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikte ise, marka hakkının ihlal edildiği kabul edilir.

Marka ihlalinin tespiti bakımından, marka hakkının geçerli olduğu coğrafi sınır esas alınır. Yani marka hakkı hangi ülke sınırları içerisinde tanınmış ise, marka koruması da

derece mahkemesi kararının bozulmasına karar verilmiştir.” Karar için bkz. Yargıtay 11. HD., E.2020/2256, K.2021/4959, T.10.6.2021, <https://lib.kazanci.com.tr> (E.T.28.3.2022).

¹⁷⁴ **Fezer**, §14 Rn. 781.

¹⁷⁵ **Kur/v.Bomhard/Albrecht**, §14 Rn. 529-530; **v. Schultz**, §14 Rn. 183.

mülkilik prensibi (Territorialitätprinzip oder Schutzlandprinzip) gereğince bu sınırlar dahilinde etkilidir¹⁷⁶.

SMK. m. 7/f. 3 gereğince; marka sahibi, markasının ticaret alanında kullanılması hâlinde:

“a) İşaretin, mal veya ambalajı üzerine konulması,

b) İşareti taşıyan malların piyasaya sürülmesi, teslim edilebileceğinin teklif edilmesi, bu amaçlarla stoklanması veya işaret altında hizmetlerin sunulması ya da sunulabileceğinin teklif edilmesi,

c) İşareti taşıyan malın ithal ya da ihraç edilmesi,

ç) İşaretin, teşebbüsün iş evrakı ve reklamlarında kullanılması,

d) İşareti kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bağlantısı olmaması şartıyla işaretin aynı veya benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük ya da benzeri biçimlerde kullanılması,

e) İşaretin ticaret unvanı ya da işletme adı olarak kullanılması,

f) İşaretin hukuka uygun olmayan şekilde karşılaştırmalı reklamlarda kullanılması”

durumlarını ikinci fıkra hükmü uyarınca yasaklayabilir.

Marka sahibi, marka hakkına dayanarak yukarıda bahsi geçen fiiller vasıtasıyla markasının, haksız bir biçimde kullanılmasını engelleyebilecektir. Marka ihlalleri bakımından söz konusu hüküm sınırlayıcı (numerus clausus) değil örnekleyici niteliktedir; yani marka

¹⁷⁶ **Fezer**, §14 Rn. 22; **Bürli, Eric**, Die Übertragung der international eingetragenen Marke, Dissertation, Juris Druck + Verlag Zürich, 1970, s. 43; **Noth/Bühler/Thouvenin**, Einleitung Rn. 24.

hakkının ihlaline yol açacak fiiller burada sayılan kullanım biçimleri ile sınırlı değildir¹⁷⁷. SMK. m. 7/f. 3'te sayılan bu ve benzeri fiillerin, ticari amaç taşıması ve ikinci fıkra hükmünde belirtilen benzerlik ve özdeşliklere uygun olması şartıyla yasaklanabileceğinin kabulü gerekir.

Marka sahibi, markasının, üçüncü bir kişiye ait mal veya ambalajların üzerinde kullanılmasını, bunlar henüz piyasaya sunulmamış olsa dahi engelleyebilir¹⁷⁸. Aynı şekilde markasını taşıyan malların piyasaya sürülmesini veya bu amaçla stoklanmasını, ithal ya da ihraç edilmesini, söz konusu işaretin bir başka teşebbüse ait evraklarda veya reklamlarda yahut karşılaştırmalı reklamlarda kullanılmasını yasaklayabilir. Marka sahibinin, söz konusu işaretin bir başkası tarafından izinsiz olarak alan adı¹⁷⁹, yönlendirici kod, anahtar sözcük ya da benzeri bir biçimde internette kullanılmasını önleme yetkisi de söz konusudur.

¹⁷⁷ Alman Marka Kanunu'ndaki benzer düzenleme (MarkenG §14 Abs. 3 und 4) bakımından aynı yönde düşünce için bkz. **Kur/v.Bomhard/Albrecht**, §14 Rn. 225.

¹⁷⁸ **Arkan**-Marka Hukuku Cilt II, s. 211-212; **Noyan**, s. 578.

¹⁷⁹ “...Dosya kapsamı, mevcut delil durumu ve ileri sürülen istinaf sebepleri ve bilirkişi raporu birlikte irdelendiğinde, ihtiyati tedbir talep eden şirket adına tescilli bulunan “www...com.tr” vs. ibareli markanın talep dilekçesinde belirtilen ...com web sitesinde, **doğrudan alan adlarında kullanılmış olduğu, domain bilgisine ulaşıldığı, içerik farklı olsa da aktif kullanımın bulunduğu, bu kullanımların 6769 Sayılı SMK'nun 7. maddesi (özellikle de 7/3 (d) bendi) uyarınca marka hakkına tecavüz olarak değerlendirilmesi gerektiği, web sitelerinin içeriğindeki kullanımların tespit isteyen firmalar aleyhine tüketici nezdinde karıştırma ihtimaline neden olabileceği düşünüldüğünden, bu kullanımın da 6769 Sayılı SMK'nun 7. maddesi kapsamında marka hakkına tecavüz niteliğinde değerlendirilmesi gerektiği, internet erişiminin engellenmesi talep edilen adreslerin sahiplik bilgilerinin dosya**

Bahsi geçen düzenlemede markanın, ticaret unvanı ya da işletme adı olarak kullanılmasının da bu kapsamda yasaklanabileceği ifade edilmektedir. Yani marka sahibi, ticaret unvanı veya işletme adı olarak kullanılan işaretin; tescilli marka ile aynı veya benzer olması, tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerle aynı veya benzer mal veya hizmetleri kapsaması ve halk tarafından tescilli marka ile ilişkilendirilme ihtimali de dâhil olmak üzere karıştırılma ihtimalinin bulunması durumunda bu kullanımı engelleyebilecektir. Yargıtay uygulamasında ve doktrinde, bunlara ek olarak markasal olarak kullanım şartının da arandığı görülmektedir. Yani bir ticaret unvanının kullanımının yasaklanabilmesinin bir başka koşulu, unvanın markasal olarak kullanılması, yani kullanımın markasal bir işlev görmesidir. Nitekim Yargıtay 11. HD tarafından verilen bir kararda¹⁸⁰; “...*Bölge Adliye Mahkemesince, her ne kadar davalının markasal kullanımı bulunmasa da 6769 Sayılı SMK'nın 29/1-a ve 7/3-e maddeleri uyarınca tek başına davacı adına tescilli markanın benzerinin ticaret unvanı olarak tescil ettirmesinin marka hakkına tecavüz teşkil ettiği gerekçesiyle, marka hakkına tecavüzün tespiti, men'i ve reddine karar verilmiş ise de, SMK'nın 29/1-a hükmü ile yapılan yollama gereği m.7/3-e maddesinde yer alan "işaretin ticaret unvanı ve işletme adı olarak kullanılması" hükmü işaretin markasal kullanılması durumunda uygulanabilecektir. Zira*

kapsamında bulunmadığı ancak yine yukarıda açıklandığı üzere, ihtiyati tedbir talep eden tarafa ait markaya tecavüz durumunda tecavüzün ref'inin sağlanması amacıyla internet sitesine erişimin engellenmesine karar verilmesinin mümkün bulunduğu, bu itibarla somut uyuşmazlıkta alınan bilirkişi raporu ile ihtiyati tedbir talep edenin talebin haklılığı yaklaşık olarak ispatlandığından, mahkemece ihtiyati tedbir talebinin kabulü yerine yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır.” Karar için bkz. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 44. HD., E.2020/2116, K.2020/106, T.1.10.2020, <https://lib.kazanci.com.tr> (E.T.29.3.2022).

¹⁸⁰ Anılan karar için bkz. Yargıtay 11. HD., E.2019/1692, K.2020/3293, T.29.6.2020, <https://lib.kazanci.com.tr> (E.T.28.3.2022).

m.7/3'de **işaretin ticaret alanında kullanılması halinde yasaklanabileceği** hükme bağlanmıştır. Marka hukuku kapsamında **işaretin ticaret alanında kullanılması ifadesi ile kastedilen işaretin markasal olarak kullanılmasıdır**. Diğer taraftan, SMK'nın 7/3-e maddesinin gerekçesinde söz konusu düzenleme ile 2015/2436 Sayılı A.B. Marka Yönergesiyle uyum sağlandığından bahsedilmiş olup, Yönerge'nin 3. maddesinde yer alan hükmün, yine Yönerge'nin genel gerekçesi numara 19'daki açıklamalara göre değerlendirilmesi gerekir. Buna göre, ticaret unvanı ancak tescilli bir markaya tescil kapsamındaki mal ve hizmetler yönünden ayırt ediciliği sağlayıcı bir işaret olarak kullanılması halinde, marka hakkına tecavüz oluşturacağı açıklaması karşısında, **Kanun Koyucunun amacının ticaret unvanının tescilli marka ile karıştırılmaya yol açacak şekilde kullanılması halinin marka hakkına tecavüz olarak kabul edilmesi gerektiği** yönünde olmasına rağmen, hatalı gerekçe ile tek başına ticaret unvanının tescil ettirilmiş olmasının marka hakkına tecavüz teşkil edeceği gerekçesiyle davanın kabul edilmesi doğru olmamış ve kararın bu nedenle temyiz eden davalı yararına bozulması gerekmiştir.” ifadelerine yer verilerek, ticaret unvanının tek başına tescil ettirilmiş olmasının marka hakkına tecavüz olarak değerlendirilemeyeceği; ticaret unvanının, ancak tescilli marka ile karıştırılmaya yol açacak şekilde kullanılması halinin; ki bu halin de markasal kullanımın varlığı durumunu gerektirmesi nedeniyle, ancak ticaret unvanının markasal kullanımı durumunda; marka hakkına tecavüz olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Bilindiği üzere ticaret unvanı ve marka temelde ayrı işlevleri yerine getirir. Marka, mal veya hizmetleri teşhis etme görevini üstlenirken; ticaret unvanı, tacirin tanıtılması ve ayırt edilmesi işlevini yerine getirir. Dolayısıyla herhangi bir ayırt edici işaretin yalnızca ticaret unvanı ya da işletme adı olarak tescilinin marka hakkının ihlali niteliği taşıması, pek tabii kabul edilmesi güç bir değerlendirmedir.

6769 sayılı Kanun öncesindeki dönemde, uygulama ve öğretide, ticaret unvanı ya da işletme adı olarak kullanılan bir işaretin marka hakkına yönelik bir tecavüze sebep olabilmesi “markasal kullanım kriteri”ne bağlı olarak değerlendiriliyordu. Fakat 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ile getirilen ve marka sahibinin markasının, ticaret unvanı ya da işletme adı olarak kullanılmasını yasaklayabileceği yönündeki açık düzenleme karşısında bu kriterin kullanılması artık bazı tereddütlere sebep olabilecek niteliktedir. Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, marka hakkına kanunen tanınan korumanın “markasal kullanım kriteri” getirilmek suretiyle yorum yolu ile daraltılması yerine bu hususta açık bir yasal düzenlemenin vazedilmesi gerekir. Zira burada kanun metninin, marka ile ticaret unvanı veya işletme adı olarak kullanılan işaretin ve faaliyet alanlarının benzerlik arz etmesi durumlarında, bunlar arasında karıştırılma ihtimalinin mevcudiyetinin ve dolayısıyla da marka hakkına tecavüzün varlığının baştan kabul edildiği şeklinde yorumlanması olanaklıdır. Aynı şekilde söz konusu düzenlemeden, katı bir lafzi yorumla, markasal işaretin, ticaret unvanı ya da işletme adı olarak kullanılmasının dahi marka hakkının ihlaline sebep olacağı şeklinde bir sonuç çıkarılması da mümkündür. Yani mal veya hizmetleri karakterize etmek esasen markanın görevi iken, bu düzenleme karşısında işletme adı ya da ticaret unvanının yalnızca bu şekilde kullanılmasının dahi marka hakkını ihlal edeceği söylenebilir.

Tacir, her ne kadar ticaret unvanını markasal olarak kullanma amaç ve iradesinden uzak bir şekilde hareket ediyor olsa da, özellikle hizmet unvanlarında, işaretin yalnızca ticaret unvanı olarak kullanılması fakat bunun yanı sıra hizmeti nitelendirecek herhangi bir markasal işaretin kullanılmaması durumlarında ortalama tüketiciler nezdinde her iki işaretin karıştırılma ihtimali çok daha kolay bir şekilde ortaya çıkabilmektedir. Zira hizmet piyasasında herhangi bir emtia söz konusu olmadığı için, tüketicinin algısı doğrudan doğruya kullanılan ayırt edici işaretin ve faaliyet alanının benzerliğine odaklanır. Özellikle tacirin faaliyet gösterdiği alan ile markanın kullanıldığı bölgenin benzerlik göstermesi ve aynı ya da çok benzer faaliyet

alanlarında hizmet verilmesi tüketici algısını buna yöneltebilir. Dolayısıyla, markasal işaretin ticaret unvanı ya da işletme adı olarak kullanılması halinde tecavüzün varlığının tespiti bakımından markasal kullanım kriterinin kabul edilip edilmeyeceği ve bunun tespiti bakımından kullanımın niteliğine, kullanma irade ve amacına yahut tüketiciler nezdindeki algıya bağlı olarak bir kısıtlama getirilip getirilmeyeceği hususlarının kanunda açıklığa kavuşturulması önem arz etmektedir.

Marka sahibinin, marka hakkına dayanarak müdahale edebileceği durumlardan bir diğeri de, markanın başvuru eserlerinde yer almasıdır. Markanın, basılı ya da elektronik ortamda sunulan sözlük, ansiklopedi ya da bir başka başvuru eserinde, tescilli olduğu belirtilmeden jenerik ad izlenimi oluşturacak şekilde yayımlanması durumunda, marka sahibinin talebiyle, yayımcı, elektronik ortamda sunulan eserlerde derhâl, basılı eserlerde ise yayımın talebi takip eden ilk baskısında markanın tescilli olduğunu belirterek yanlışlığı düzeltmek ya da markayı söz konusu eserden kaldırmak durumundadır (SMK. m. 8).

Marka, marka sahibinin izni olmaksızın, onun ticari vekili ya da ticari temsilcisi tarafından kendi adına tescil edilemez. Markanın, sahibinin izni olmaksızın, aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerinin haklı bir sebep olmaksızın ticari vekil ya da temsilci adına tescil edilmesi halinde, marka sahibinin mahkemeden, markasının kullanımının yasaklanmasını ve söz konusu tescilin kendisine devredilmesini de talep etme yetkisi söz konusudur (SMK. m. 10).

Markanın sahibine tanıdığı haklar, ancak marka tescilinin yayımlandığı tarih itibari ile üçüncü kişilere karşı hüküm ifade eder. Fakat başvuru sahibinin, marka başvurusunun yayımlanmasından sonra gerçekleşen ve markanın tescil ve ilan edilmiş olması hâlinde yasaklanması söz konusu olabilecek fiiller nedeniyle tazminat davası açma yetkisi söz konusudur (SMK. m. 7/f. 4).

B. Hakkın Kapsamının İstisnaları

Marka hakkının sağladığı hukuki koruma mekanizmasının gereğinden fazla geniş tutulması, marka sahibinin bundan faydalanarak bir tekel hakkı elde etmesine sebep olabilir¹⁸¹. Bu tehlikenin önüne geçebilmek adına, marka sahibinin, marka hakkına dayanarak müdahale edebileceği durumlara toplum yararı, ticari hayatın gelişimi ve rekabetin korunması mülahazalarıyla bazı sınırlandırmalar getirilmiş bulunmaktadır¹⁸².

TRIPS m.17'ye göre; anlaşmaya taraf ülkeler, marka sahibinin ve üçüncü tarafların meşru menfaatlerini dikkate almak suretiyle, tanımlayıcı terimlerin adil kullanımı gibi, bir marka ile tanınan haklara sınırlı istisnalar uygulayabilir.

Sınai Mülkiyet Kanunu'nda marka sahibinin, markasının üçüncü kişilerce dürüst ve ticari hayatın olağan akışına uygun olarak aşağıda bahsi geçen biçimlerde kullanılmasını engelleyemeyeceği öngörülmüş bulunmaktadır. Yine Avrupa Birliği Marka Tüzüğü'nde (UMV §14) ve Alman Marka Kanunu'nda (MarkenG §23) da bu düzenlemeye paralel olarak marka hakkına getirilen benzer sınırlamalar söz konusudur.

SMK. m. 7/f. 4'e göre markanın;

“a) Gerçek kişilerin kendi ad veya adresini belirtmesi

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

¹⁸¹ **Arkan**-Marka Hukuku Cilt II, s. 131; **Meran**, s. 245.

¹⁸² **Kur/v.Bomhard/Albrecht**, §23 Rn. 1; **Fezer**, §23 Rn. 6.

c) Özellikle aksesuar, yedek parça veya eşdeğer parça ürünlerinde, malın ya da hizmetin kullanım amacının belirtilmesinin gerekli olduğu” hallerde mahsus olarak kullanılması marka sahibi tarafından engellenemez.

Söz konusu düzenleme ile marka hakkının kapsamına dair bazı istisnalar getirilmiş ve bu istisnaların geçerli olabilmesi için de bahsi geçen kullanımların dürüst ve ticari hayatın olağan akışına uygun olması gerektiği öngörülmüştür. Bu anlamda marka hakkının kapsamını sınırlandıran söz konusu istisnaların da bir bakıma istisnası¹⁸³, dürüstlüğe ve ticari hayatın olağan akışına aykırılık şeklinde belirlenmiştir.

Üçüncü kişiler, bazı durumlarda, dürüstlük kurallarına ve ticari hayatın olağan akışına uygun olması koşuluyla, markayı, marka sahibinin izni olmaksızın kullanabilir. SMK. m. 7/f. 4-a gereğince; marka, gerçek kişilerin kendi ad veya adresleri ile örtüşüyorsa, marka sahibi, marka hakkına dayanarak, bunların, üçüncü kişilerin mal veya hizmetleri üzerinde, iş evraklarında ya da bunlara ilişkin tanıtım veya reklamlarda bu amaçla kullanılmasına engel olamaz¹⁸⁴. Burada dikkat edilmesi gereken husus, söz konusu istisnanın sadece gerçek kişi

¹⁸³ Alman Marka Kanunu’ndaki benzer düzenleme (MarkenG §23 Abs. 2) bakımından aynı yönde değerlendirme için bkz. **Kur/v.Bomhard/Albrecht**, §23 Rn. 4.

¹⁸⁴ Yargıtay tarafından verilen bir kararda, dürüstçe kullanım sınırları içerisinde olması koşuluyla, bu kullanımın markasal olarak dahi gerçekleşebileceği ifade edilmektedir. Söz konusu kararda; “...Öte yandan davalının markasında geçen “KIRKPINAR” ibaresi, onun aynı zamanda soyadıdır. Aynı Kanun Hükmünde Kararnemenin 5. maddesi, kişi adlarının marka olarak tesciline olanak vermekte, 12. maddesinde de “dürüstçe ve ticari veya sanayi konularıyla ilgili olarak kullanılmaları koşulu ile kişi adının kullanılmasını marka sahibinin engellemeyeceği” hüküm altına alınmıştır. Az önce belirtilen 12. madde hükmünün, ticaret ve sanayideki dürüstlük kural ve uygulamalarına aykırı düşmemek koşulu ile kişi adının marka

isimleri bakımından öngörölmüş olmasıdır. İşletme adı ya da ticaret alanında kullanılan diğeri işaretler bu istisna kapsamında değeriendirilemez¹⁸⁵.

SMK. m. 7/f. 4-b'ye göre; marka sahibi tarafından, markanın, mal veya hizmetlerin kalitesi, miktarı, kullanım amacı gibi bazı temel niteliklerine ilişkin açıklamalarda kullanılmasına da engel olunamaz. Bu düzenleme gereğince, mal veya hizmetlere ilişkin herhangi bir ayırt edici niteliğı bulunmayan, malın türü ya da yapısına ilişkin tanımlayıcı ifadelerin, marka hakkına dayanılarak üçüncü kişiler tarafından kullanılmasının önlenmesi olanaklı değildir¹⁸⁶. Bu kullanımların, marka hakkına tecavüz teşkil etmesi, ancak üçüncü kişilerin iyiniyet kuralları dışında bir kullanımda bulunmalarına bağılıdır¹⁸⁷. Bu işaretler, üçüncü kişiler tarafından, söz konusu markanın itibarından haksız olarak yararlanma amacına yönelik ve markayla organik bir bağı varmış izlenimi oluşturacak şekilde kullanılıyorsa, artık burada iyiniyetli bir kullanımın varlığından söz edilemez. Örneğın; Türkiye'de giyim eşyaları, ayak ve baş giysileri sınıflarında IC COMPANYS adına tescilli "cottonfield" markası

olarak kullanılabileceğı anlamına geldiğı, böyle bir kullanım ile itibas yaratılmaya gayret ediliyor veya o şekilde kullanma bir zorunluluk olmadığı halde sırf başkasının markasından yararlanmak amacıyla bu madde hükmü bahane ediliyorsa dürüst bir kullanımdan söz edilemeyeceğı doktrinde kabul edilmiştir (Bkz. Prof. Dr. Ünal Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, 1999, İstanbul, Sh. 415, 416). Somut olayda, davalının açıklanan 12. madde hükmüne aykırı tarzda dürüstçe olmayan bir kullanımının varlığı iddia ve ispat edilememiştir. Bu durumda mahkemece davanın reddi gerekirken, yazılı gerekçelerle kabulü doğru olmamıştır." ifadelerine yer verilmiş bulunmaktadır. Söz konusu karar için bkz. Yargıtay 11. HD., 15.09.2003-1717/7742, **Meran**, s. 247-248.

¹⁸⁵ **Fezer**, §23 Rn. 35; **Kur/v.Bomhard/Albrecht**, §23 Rn. 13.

¹⁸⁶ **Kur/v.Bomhard/Albrecht**, §23 Rn. 27.

¹⁸⁷ **Meran**, s. 246.

içerisinde geçen ‘cotton’ ibaresi, söz konusu giysi yapımında kullanılan materyali ifade eden yabancı dilde bir cins isimdir. Bu bakımdan IC COMPANYS tarafından ‘coton’ ibaresinin pamuklu kumaş kullanan üçüncü kişilere ait mallar üzerinde, kumaş türünün belirtilmesi amacıyla kullanılması, bu marka hakkına dayanılarak engellenemez. Ancak bu ibare, söz konusu markanın ürünleri ile organizasyonel bir bağ varmış izlenimi oluşturacak şekilde, anılan markaya benzetilerek ve onun itibarından yararlanma amacına yönelik olarak kullanılıyorsa, artık burada iyiniyetli bir kullanım söz konusu değildir.

Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın önüne gelen “Adidas/Marca Mode” davasında¹⁸⁸, Adidas AG, spor ve günlük giysilerin yanlarında bu giysilerin temel rengiyle zıt bir renkte yer alan, eşit genişlikte üç dikey, paralel şeritten oluşan figüratif ticari markaların sahibi ve Marca Mode, C&A, H&M ve Vendex ise tekstil ticaretinde faaliyet gösteren rakip teşebbüslerdir. Bu rakiplerden bazılarının, rengi bu giysilerin temel rengiyle tezat oluşturan iki paralel çizgiye sahip spor ve eğlence giysilerini pazarlamaya başladıklarını öğrenen Adidas AG ve Adidas Benelux BV (birlikte, 'Adidas'), kendileri tarafından tescilli üç şeritli logo veya buna benzer bir motiften oluşan bir işaretin bu teşebbüsler tarafından kullanılmasının yasaklanmasını talep eder. Zira söz konusu işaretlerin kullanıldığı ürünler ile kendi ürünleri arasında halk tarafından karıştırılma tehlikesinin olduğu iddia edilir. Rakipler ise, çizgiler ve basit çizgili motiflerin herkesin serbestçe kullanımına açık kalması gereken işaretler olması gerektiğini, spor ve eğlence kıyafetlerine dekoratif amaçlarla iki şerit yerleştirmede özgür olduklarını beyan eder. Adidas, şerit motiflerinin bu şekilde serbestçe kullanılabileceğini ve bu nedenle tüm rakip müteşebbisler tarafından spor ve gündelik giyime ilişkin ürünlerde çeşitli şekillerde uygulanabileceğini kabul etmekle birlikte, rakiplerinin, pazarladıkları spor ve günlük

¹⁸⁸ Anılan karar için bkz. “Urteil des Gerichtshofes (Erste Kammer) vom 10. April 2008, Adidas AG und Adidas Benelux BV gegen Marca Mode CV und andere, Rechtssache C-102/07” <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=de&num=C-102/07> (E.T. 1.4.2022).

giysilere, Adidas adına tescilli motife çok benzeyen şerit motifleri uygulayarak kendileri adına tescilli üç şerit motifini ihlal etmelerine izin verilmemesi gerektiğini ifade eder. Mahkeme tarafından yapılan değerlendirmede ise; mevcut davada, Adidas'ın rakiplerinin, itiraz edilen iki şeritli motiflerin kullanımını haklı çıkarmak için ***tamamen dekoratif doğalarına dayandıkları***; rakipler tarafından giysilere şerit motiflerinin uygulanmasının, ***bu malların herhangi bir özelliği hakkında bilgi verme amacı taşımadığı*** sonucunun çıktığı belirtilir. Zira prensip olarak, tüm müteşebbislerin kullanımına açık olması gereken işaretler, tüketicilerin kafasını karıştırmak amacıyla kötüye kullanılabilir. Bu düşünce, özellikle çizgili motifler için geçerlidir. Dolayısıyla mevcut davada, ortalama bir tüketici, spor giyim ve günlük giyim kıyafetleri ile karşılaştığında, Adidas adına tescil edilen tasarımla aynı yerlerde uygulanan ve aynı özelliklere sahip çizgili tasarımların, ki bunlar üç yerine iki şeritten oluşsa dahi, üzerinde bulunduğu malların menşei konusunda yanılabılır ve bu malların Adidas AG, Adidas Benelux BV veya onlarla bağlantılı bir şirket tarafından pazarlandığına inanabilir. Burada mahkemece, şirketlerin kendilerinin iddia ettiği gibi, iki şeritli motiflerin ***yalnızca dekoratif nitelikte olduğu ve bu nedenle malların bir özelliği hakkında herhangi bir bilgi temsil etmedikleri yani malların bir özelliğine atıfta bulunmadıkları*** değerlendirmesinde bulunulması, SMK. m. 7/f. 4-b'de yer alan ***tanımlayıcı nitelikteki ifadeler bakımından öngörülen*** istisnai düzenlemenin, ticaret hayatındaki dürüstlük kurallarına uygun kullanım sınırlarını ihlal etmede bir araç olarak kullanılamayacağının da somut bir örneğidir. Somut olayda, söz konusu işaretin malın doğasına dair bir özelliği yansıtmıyor olması ifade edilmiş olsa da; söz konusu işaret malın bir özelliğini yansıtsa dahi, bunun ticari dürüstlük kurallarına aykırı olarak kullanımına izin verilmeyeceği haklı olarak belirtilmektedir¹⁸⁹.

SMK. m. 7/f. 4-c gereğince; üçüncü kişilerin, kendilerine ait aksesuar, yedek parça ya da eşdeğer parça ürünlerinde, malın ya da hizmetin kullanım amacının belirtilmesinin gerekli

¹⁸⁹ Söz konusu kararla ilgili benzer değerlendirmeler için bkz. **Fezer**, §23 Rn. 83-84.

olduğu hallerde, markayı bu amaca yönelik olarak kullanmaları da olanaklıdır. Örneğin, belirli bir araba markasına yönelik olarak üretilen yedek parçaların, bu araba markasına uygun olduğunun belirtilmesi amacıyla söz konusu markanın kullanılması bu kapsamda değerlendirilir. Burada önemli olan nokta, markanın bu amaca yönelik olarak ve dürüstçe kullanılmış olmasıdır. Söz konusu yedek parçalar ve anılan marka arasında organik bir bağ olduğu izlenimi oluşturulmadan, markanın markasal olarak değil de malın kullanım alanına dahil bilgilendirme kapsamında kullanılması dürüst bir kullanım olarak değerlendirilmelidir. Örneğin; Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından 2005 yılında verilen bir kararda; “Gillette” markasının sahibinin, tıraş bıçaklarının paketleri üzerinde yer alan “bu bıçak tüm Gillette sensör aparatları için uygundur” ibaresinin kullanılmasını engelleyemeyeceğine hükmedilmiştir. Çünkü “Gillette” markasının bu şekilde kullanılması, üçüncü kişiler tarafından piyasaya sürülen malların, bu markaya olan uygunluğuna ilişkin kamuoyuna açık ve eksiksiz bir bilgilendirme yapma amacına yöneliktir¹⁹⁰.

ABAD tarafından verilen BMW/Deenik kararında da; söz konusu markanın, BMW araçlarının ikinci el satışı, bakımı ve onarımını yapan bir araç atölyesi tarafından kullanılmasının yasaklanamayacağı ifade edilmiştir. Avrupa Birliği Marka Tüzüğü’ne göre; bir atölye sahibi, halkı BMW araçlarının onarım ve bakımından sorumlu olduğu konusunda bilgilendirmek amacıyla reklamlarında BMW markasını kullanma yetkisine sahiptir. Bu

¹⁹⁰ Anılan karar için bkz. “Urteil des Gerichtshofes (Dritte Kammer) vom 17. März 2005; The Gillette Company und Gillette Group Finland Oy gegen LA-Laboratories Ltd Oy.” <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=de&num=C-228/03> (E.T. 30.3.2022).

durum ancak, söz konusu marka; reklamlarda, atölye sahibi ile BMW markası arasında ticari bir ilişki olduğu izlenimini verebilecek şekilde kullanılıyorsa yasaklanabilir¹⁹¹.

§ 5. MARKA DEVİR SÖZLEŞMESİNİN COĞRAFI KAPSAMI

I. ULUSAL (YEREL) MARKALAR BAKIMINDAN

Sınai Mülkiyet Kanunu’nda markanın tescilli olduğu mal veya hizmetlerin tamamı ya da bir kısmı için devredilebileceği ifade edilmiş fakat devrin coğrafi kapsamına ilişkin herhangi bir açıklık getirilmemiştir. Marka hakkı, “ülkesellik (mülkilik)” ilkesine tabi haklardandır. Yani marka hakkı hangi ülke tarafından tanınmışsa, o ülke sınırları içerisinde bir hukuki koruma sağlar. Nitekim Paris Sözleşmesi m.6’da; aynı markanın farklı ülkelerde bağımsız olarak korunacağı, markaların başvuru ve tescil koşullarının, her bir birlik ülkesinin yerel yasaları ve mevzuatıyla belirleneceği ifade edilmiştir.

Türkiye’de tescilli bir marka hakkı, Türkiye’nin de taraf olduğu uluslararası anlaşma hükümleri saklı kalmak kaydıyla, yalnızca Türkiye Cumhuriyeti coğrafi sınırları içerisinde hukuki muhafaza görür. Marka sahibi, markasının başka ülkelerde de hukuki koruma görmesini istiyorsa markasını söz konusu ülkede, o ülke yasalarına uygun olarak tescil ettirmelidir. Birden fazla ülkede tescilli marka, sahibine tescilli olduğu her ülkede ayrı bir marka hakkı tanır¹⁹².

¹⁹¹ Anılan karar için bkz. “Urteil des Gerichtshofes vom 23. Februar 1999, Bayerische Motorenwerke AG (BMW) und BMW Nederland BV gegen Ronald Karel Deenik” <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=de&jur=C,T,F&num=C-63/97> (E.T. 30.3.2022).

¹⁹² **Yasaman/Altay**, s. 683.

Marka hakkının devri de, kural olarak markanın varlığını tanıyan ülke sınırları içerisinde etkilidir. Yani bir marka hakkı hangi ülkede tescilli ise, söz konusu hakkın devredilmesi de, devralana, o ülke sınırları dahilinde bir hak sağlar. Marka birden fazla ülkede tescilli ise, devir, devrin gerçekleştirilmek istendiği ülke bağlamında hukuki sonuç doğurur. Diğer ülkeler bakımından marka sahibi, marka hakkını muhafaza eder.

Yine ülkesellik prensibinin (Territorialitätsprinzip) bir gereği olarak, marka hakkı hangi ülke tarafından tanınmışsa, devrin de o ülke hukukuna göre gerçekleştirilmesi gerekir. Nitekim Alman Federal Adalet Divanı (BGH-Bundesgerichtshof) tarafından 2002 yılında verilen ‘FROMMIA’ kararında¹⁹³; temyiz mahkemesinin varsayımının aksine, Avusturya hukukunun, bir Alman ticari markasının devri için geçerli olamayacağı; fikri hukukta geçerli olan bölgesellik ilkesine göre (nach dem im Immaterialgüterrecht geltenden Territorialitätsprinzip), yerel markanın devri için Alman hukukunun belirleyici olacağı (vgl. BGHZ 75, 150, 152 – Contiflex; Fezer, Markenrecht, 3. Aufl., Einl. Rdn. 158 f., 165; Ingerl/Rohnke, Markengesetz, Einl. Rdn. 14; MünchKomm. BGB/Kreuzer, 3. Aufl., nach Art. 38 EGBGB Anh. II Rdn. 13 m. w. N.) ve bu durumun mahkemece re’sen dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir.

Daha önce de ifade edildiği üzere marka hakkının, tescilli olduğu ülke sınırları içerisinde bölünerek devri olanaklı değildir. Örneğin Türkiye’de tescilli bir markanın sadece Karadeniz Bölgesi’ne ya da Trabzon şehrine mahsus olarak devredilmesi imkânı söz konusu değildir. Marka hakkı tescilli olduğu ülkenin tamamında sonuç doğurmak üzere devredilir. Belirli bir bölge sınırlaması ile markanın devri, esasında markanın sadece belli bir bölgede kullanılması amacına hizmet eder ve bu amacı karşılayacak hukuki işlem devir sözleşmesi

¹⁹³ Karar için bkz. *BGH, Urteil vom 2.5.2002 – I ZR 300/99 – FROMMIA; OLG Stuttgart (lexetius.com/2002,1272) (E.T. 14.08.2022).*

değil; bilakis lisans sözleşmesidir. Nitekim markanın ne ilk sahibi bakımından ne de devralan açısından aynı ülke içerisinde bölgesel tescili, zaten olanaklı değildir.

II. ULUSLARARASI TESCİLLİ MARKALAR BAKIMINDAN

Ulusal markaların yanı sıra uluslararası tescilli markalar da söz konusu olabilmektedir. Markaların uluslararası tescili özellikle iki temel anlaşma tarafından düzenlenmiştir. Bunlar 1891 tarihli Markaların Uluslararası Tesciline İlişkin Madrid Anlaşması ve 1989'da kabul edilerek 1.4.1996'da uygulanmaya başlayan Madrid Anlaşması'na İlişkin Protokol'dür. Bu protokol, 1.1.1999 tarihinden itibaren Türkiye'de de uygulanmaya başlamıştır.

Madrid sistemi, markaların tek bir başvuru ile birden fazla ülkede tescilinin sağlanmasını amaçlamaktadır. Ayrıca bu sistemin amaçları arasında, marka tescil edildikten sonra, markanın devredilmesi gibi markaya ilişkin meydana gelebilecek değişikliklerin, tek ve kolay bir prosedür ile uluslararası sicile kaydının gerçekleştirilmesi yer almaktadır.

Madrid sistemi kapsamında tescil edilen markaların, sisteme dahil ülkelerde tek tip bir hukuki koruma mekanizmasından faydalanacağı söylenemez. Bu sistemde tek bir işlemle sağlanan tescil, taraf ülkelerde kendi iç hukuk sistemlerine göre bir hukuki koruma sağlamaktadır¹⁹⁴. Yani Madrid Sistemi kapsamında uluslararası tescilli markalara uluslararası bir koruma mekanizması sağlanması yerine her ülke mevzuatı kapsamında bir hukuki koruma sağlanır.

Uluslararası tescilli markanın devri halinde, marka sahipliğinde meydana gelecek değişiklik uluslararası sicile kaydedilir ve marka devralanın sahipliğinde taraf ülkelerdeki iç hukuk kurallarına uygun olarak hukuki koruma mekanizmasından yararlanmaya devam eder; meğerki taraf ülkelerden biri devrin kendileri açısından herhangi bir etkisinin olmayacağını

¹⁹⁴ Ayhan, Rıza/Çağlar, Hayrettin/Yıldız, Burçak/İmirlioğlu, Dilek, Sınai Mülkiyet Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 42.

ilan etmiş olsun. Bu durumda söz konusu beyanda bulunan taraf ülke bakımından ilgili uluslararası tescil, devreden adına kayıtlı olmaya devam eder; yani devir, o ülke bakımından hüküm ifade etmez (Markaların Uluslararası Tesciline İlişkin Madrid Anlaşması ve Bu Anlaşmaya İlişkin Protokolün Uygulanmasına Dair Yönetmelik m. 86).

Uluslararası tescilli markaların da kısmi devri mümkündür. Ulusal markalardan farklı olarak, uluslararası tescilli markalar hem konu bakımından hem de coğrafi bakımdan kısmi olarak devredilebilir. Bu markalar hem tescilli oldukları mal veya hizmetlerin bir kısmı için hem de Madrid sistemine taraf ülkelerin sadece bir kısmı açısından devrin konusunu oluşturabilir¹⁹⁵.

III. BİRLİK MARKALARI BAKIMINDAN

Ulusal ve uluslararası tescilli markaların yanı sıra, bölgesel olarak tescil edilebilen markalar da vardır. Avrupa Birliği kapsamında bölgesel koruma sağlayan markalar bu kapsamda değerlendirilir. Avrupa Birliği Marka Tüzüğü'nde (Unionsmarkenverordnung) öngörülen şartlara uygun olarak tescil edilen mal veya hizmetlere ilişkin markalar, birlik markası olarak adlandırılır.

¹⁹⁵ Markaların Uluslararası Tesciline İlişkin Madrid Anlaşması ve Bu Anlaşmaya İlişkin Protokolün Uygulanmasına Dair Yönetmelik m.84: “*Mal ve hizmetlerin sadece bir kısmı veya belirlenen akit tarafların sadece bir kısmı açısından, uluslararası tescilin devri veya başka herhangi bir yolla transferi, Uluslararası Sicile bir kısmı devredilen veya transfer edilen uluslararası tescilin numarasında kaydedilir. Devredilen veya transfer edilen bu kısım söz konusu uluslararası tescilin numarasında iptal edilir, ayrı bir uluslararası tescil olarak kaydedilir. Bu ayrı uluslararası tescil, bir kısmı devir olunan veya transfer edilen tescilin numarasını büyük harflerle yazılmış olarak birlikte taşır.*”

Birlik markası, tek tiptir. Kural olarak birlik markası, tüm bölge için, Avrupa Birliği'ne üye bir devlette tescilli bir ulusal marka ile eşit muamele görür (UMV §19 Abs.1). Bu markalar sadece birlik genelinde tescil edilebilir ve aynı şekilde sadece tüm bölge kapsamında devredilebilir (UMV §1). Yani birlik markalarının da bölgesel olarak kısmi devri olanaklı değildir; bu markalar ancak Avrupa Birliği'nin tamamını kapsayacak şekilde devir sözleşmelerinin konusunu oluşturabilir.

§ 6. MARKA DEVİR SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

I. BİREYSEL MARKALAR BAKIMINDAN

A. Rızai Bir Sözleşmedir

Marka devir sözleşmesi devralan ve devreden arasında akdedilen iki taraflı bir hukuki işlemdir. Genel anlamda sözleşmelerin kurulması ve hüküm ve sonuçlarını doğurması bakımından, sözleşme taraflarının karşılıklı ve birbirine uygun nitelikte irade beyanlarının varlığı gereklidir. Bu bakımdan marka devir sözleşmesi rızai nitelikte bir sözleşmedir. Sözleşmenin kurulması için, karşılıklı ve birbirine uygun taraf iradelerinin mevcudiyeti yeterli olup, buna sözleşmenin konusunu oluşturan şeyin teslimi gibi ayrıca bir tamamlayıcı unsurun eklenmesi gerekli değildir¹⁹⁶.

B. Tasarruf İşlemi Niteliğindedir

Hukuki işlemler doğurdukları hukuki sonuç bakımından borçlandırıcı işlemler (Verpflichtungsgeschäft) ve tasarruf işlemleri (Verfügungsgeschäft) olarak tasnif edilebilir. Bir hakkı ya da hukuki ilişkiyi doğrudan doğruya etkileyerek söz konusu hakkın ya da hukuki ilişkinin devri, değişimi ya da ortadan kaldırılması sonucunu doğuran hukuki işlemler tasarruf

¹⁹⁶ Real sözleşmeler ve rızai sözleşmeler hakkında bilgi için bkz. **Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 20. Baskı, Ankara 2016, s. 238.

işlemleri olarak adlandırılır. Tasarruf işlemleri, malvarlığının aktifini azaltan işlemlerdir. Borçlandırıcı işlemler ise, bir hak ya da hukuki ilişki üzerinde doğrudan doğruya etki göstermezler. Bunlar ancak malvarlığının pasifini artıran işlemlerdir¹⁹⁷.

Tasarruf işlemleri, genellikle temelde bir borçlandırıcı işleme dayanırlar. Yani tasarruf işlemleri, uygulamada ekseriyetle bir taahhüt işleminin ifası görevini üstlenir¹⁹⁸. Örneğin bir satım sözleşmesinde, sözleşmenin akdedilmesi ile üstlenilen satılanın mülkiyetini alıcıya geçirme borcu; taşınırlarda zilyetliğin devri yani malın teslimi, taşınmazlarda ise tapu siciline tescil ile ifa edilir; ki burada bahsi geçen zilyetliğin devri ve tapu siciline tescil işlemleri de birer tasarruf işlemi niteliği taşır. Fakat bu demek değildir ki, tasarruf işlemleri ile borçlandırıcı işlemler her zaman birbirini tamamlayan ve aralarında zamansal olarak öncelik-sonralık ilişkisi barındıran iki farklı hukuki işlem şeklinde ortaya çıkar. Bazen tek bir hukuki işlem kendi içerisinde bir yandan tasarruf işlemi bir yandan da borçlandırıcı işlem vasfını barındırabilir. Örneğin; kurtarıcı borç üstlenme sözleşmesi ile borcun değiştirilmesi sözleşmesi, borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi unsurlarını bünyesinde barındıran sözleşmelerdendir¹⁹⁹. Bazen de borçlandırıcı işlem ile tasarruf işlemi aynı anda gerçekleşebilir. Örneğin; bazı taşınır satışlarında, sözleşmenin akdedilmesi ve söz konusu

¹⁹⁷ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Feyzioğlu, Feyzi Necmettin**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, Fakülteler Matbaası, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 1976, s. 40 vd.; **Eren**, s. 170 vd.; **Ayan, Mehmet**, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), Seçkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Ankara 2016, s. 137 vd.

¹⁹⁸ **Feyzioğlu**, s. 41; **Tunçomağ, Kenan**, Türk Borçlar Hukuku I. Cilt Genel Hükümler, Sermet Matbaası, 6. Bası, İstanbul 1976, s. 140; **Tekinay, Selahâttin Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atila**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993, s. 46; **Ayan**, s. 139.

¹⁹⁹ **Eren**, s. 177-178.

şeyin teslimi aynı anda vuku bulabilir. Bu bakımdan bir işlemin hukuki niteliği belirlenirken, esas olarak söz konusu işlemin hukuk dünyasında doğurduğu sonucun tespiti önem arz etmektedir.

Markanın devri, niteliği itibariyle devreden ile devralan arasında iradi olarak akdedilen iki taraflı bir hukuki işlemdir. Bu hukuki işlemin yani devir sözleşmesinin konusunu markadan doğan mutlak nitelikteki hak oluşturur. Markanın devri sözleşmesi ile söz konusu marka sahipliğinden doğan mutlak nitelikteki hak, devreden malvarlığından çıkarak devralanın malvarlığına geçer; devralan artık marka hakkı üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunabilir. Marka siciline tescil, markanın devri bakımından kural olarak kurucu nitelikte değildir. Tescil, markanın devrinden doğan hakların üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesine imkân tanıyan açıklayıcı nitelikte bir işlemdir.

Markanın geçerli bir biçimde bir başkasına devri için, Kanun'da öngörülen noter onaylı yazılı şekil şartının yerine getirilmesi suretiyle bir marka devir sözleşmesinin akdedilmesi yeterlidir. Bu bakımdan marka devir sözleşmesi, marka hakkının doğrudan doğruya devri sonucunu doğuran bir tasarruf işlemi olarak nitelendirilir²⁰⁰. Nitekim bu işlem ile marka hakkı, devreden malvarlığından kesin olarak çıkarak devralanın malvarlığına intikal eder; devreden söz konusu marka üzerindeki hak sahipliği de kesin olarak sona erer.

Marka devir sözleşmesi, burada bahsi geçen tasarruf işlemi niteliğinin yanı sıra aynı zamanda borç sözleşmesine dair unsurları da bünyesinde barındırır²⁰¹. Taraflar söz konusu

²⁰⁰ Aynı yönde bkz. **Fezer**, §27 Rn. 20; **Noth/Bühler/Thouvenin**, Art. 17 Rn. 8; **Arkan-** Marka Hukuku Cilt II, s. 180; **Karan/Kılıç**, s. 329; **Kaya**, s. 209; **Yasaman/Altay**, s. 685; **Çolak**, s. 698; **Okutan Nilsson**, s. 565.

²⁰¹ Marka rehni sözleşmesi bakımından benzer düşünceler için bkz. **Tüzüner**, s. 24 vd.

devir sözleşmesine dayanarak devredene ait marka hakkının devralana geçmesini sağlarlar²⁰². Fakat ne var ki bu durum, markanın devrinin bir borçlandırıcı işlem niteliği taşıması sonucunu doğurmaz. Zira nihai olarak sözleşmenin gerçekleşmesi ile söz konusu marka hakkı devredenin malvarlığından çıkarak devralanın malvarlığına geçer. Diledikleri takdirde taraflar kendi aralarında anlaşmak suretiyle marka hakkının sadece devrini taahhüt ettikleri bir borçlandırıcı işleme vücut verebilir. Fakat bu, artık bir marka devir sözleşmesi değildir; markanın devri taahhüdünü konu edinen yani temlik borcu doğuran bir borç sözleşmesidir ve burada artık niteliğine uygun düştüğü ölçüde bağışlama, satış veya mal değişim sözleşmelerine ilişkin hükümler uygulanır.

Markanın devri sözleşmesi bir tasarruf işlemi olması dolayısıyla, devredenin, devir sırasında söz konusu marka hakkı üzerinde tasarruf yetkisine (Verfügungsbefugnis) sahip olması gerekir²⁰³. Yani marka hakkının devredilebilmesi için, hali hazırda marka sahibi ya da onun yetkili temsilcisinin bu işlemi gerçekleştirmesi gerekir. Yine aynı şekilde marka sahibinin, iflas ya da haciz gibi bir sebeple, marka üzerindeki tasarruf yetkisi ortadan kalkmamış olmalıdır.

Tasarruf işlemlerinde, “öncelik ilkesi” geçerlidir. Bu ilkeye göre, marka hakkı birden fazla devre konu olmuşsa, ancak zamansal bakımdan önce gerçekleşen devir işlemi geçerli kabul edilir. Marka hakkı bir kez devredilmekle, devredenin malvarlığından çıkar ve devredenin, söz konusu marka üzerindeki tasarruf yetkisi sona erer. Bu sebeple yinelenen devirler, tasarruf yetkisinin bulunmaması sebebiyle hüküm ve sonuç doğurmaz²⁰⁴.

²⁰² Alacağın devri bakımından benzer düşünceler için bkz. **Eren**, s. 1252.

²⁰³ **Brämer**, s. 155.

²⁰⁴ **Okutan Nilsson**, s. 562; alacağın devri bakımından benzer düşünce için bkz. **Eren**, s. 1252-1253.

C. Sebebe Bağlı (İlli) Bir Hukuki İşlemdir

Markanın devri bir kazandırıcı işlem olması dolayısıyla her kazandırıcı işlemde olduğu gibi bir hukuki sebebi haizdir²⁰⁵. Peki markanın devrinin hüküm ve sonuçlarını doğurması, ifa, alacak, teminat ya da bağışlama gibi hukuki sebebi oluşturan bir temel işlemin varlık ve geçerliliğine bağlı mıdır? Yani markanın devri niteliği itibarıyla sebebe bağlı bir hukuki işlem midir?

Tasarruf işlemlerinin genellikle temelde bir borçlandırıcı işleme dayandığı, hatta ekseriyetle borçlandırıcı işlemlerin ifası niteliği taşıdığı ama her tasarruf işleminin bu nitelikte olmadığı yukarıda ifade edilmişti. Geçerliliği temeldeki hukuki sebebin varlık ve geçerliliğine bağlı olan hukuki işlemlere sebebe bağlı (illi) hukuki işlem denilir. Yani sebebe bağlı işlemlerde söz konusu işlemin geçerliliği, hukuki sebebin varlık ve geçerliliğini zorunlu kılar.

Türk-İsviçre hukuk sisteminde hâkim görüş, Alman hukukundan²⁰⁶ farklı olarak tasarruf işlemlerinde sebebe bağlılık prensibinin geçerli olduğu yönündedir²⁰⁷. Türk hukukunda sebebe bağlılık prensibi, taşınmazlarla ilgili tasarruflar bakımından Türk Medeni Kanunu'nda açıkça öngörülmüş, taşınırılar açısından ise, hukuk uygulaması ve doktrin

²⁰⁵ **Feyzioğlu, Feyzi Necmettin**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II, Fakülteler Matbaası, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 1977, s. 614 vd.

²⁰⁶ Alman hukukunda tasarruf işlemlerinde geçerli olan soyutluk prensibine (Abstraktionsprinzip) göre, tasarruf işlemlerinin geçerliliği, temeldeki borçlandırıcı işlemin geçerliliğine bağlı değildir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Musielak, Hans-Joachim/Hau, Wolfgang**, Grundkurs BGB, Verlag C.H.BECK, 17. neu bearbeitete Auflage, München 2021, §282; **Lewalter**, s. 31 vd.; **Böhm**-Abgrenzungsvereinbarung, s. 167.

²⁰⁷ **Eren**, s. 180; aksi yönde düşünce için bkz. **Feyzioğlu**-Genel Hükümler Cilt I, s. 42 vd.; **Tunçomağ**-Genel Hükümler, s. 141 vd.

tarafından genel kanı olarak kabul edilmiştir. Alacağın devri de, doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, ağırlıklı görüş tarafından sebebe bağlı bir hukuki işlem olarak kabul edilmektedir²⁰⁸.

Tasarruf işlemlerindeki sebebe bağlılık, söz konusu tasarrufun geçerli olması için temelde yer alan borçlandırııcı işlemin varlık ve geçerliliğini gerektirir. Bu bakımdan Türk-İsviçre hukuk sisteminde kural olarak tasarruf işlemleri, temelde yer alan borçlandırııcı işlemin geçerliliğine bağlıdır ve bu borçlandırııcı işlemle yüklenen ifa, bağışlama ya da teminat gibi bir amaca hizmet eder. Marka devir sözleşmesinin bir tasarruf muamelesi olarak kabul edildiği yukarıda ifade edilmişti. Bu bakımdan marka devir sözleşmesi, Türk hukukundaki bu genel eğilimden hareketle, sebebe bağlı bir hukuki işlem olarak değerlendirilmelidir²⁰⁹.

Marka devir sözleşmesi, niteliği itibariyle bir tasarruf işlemidir ve bu işlemin temelinde genellikle bir taahhüt işlemi yatmakla birlikte; tasarrufi işlem niteliğindeki marka hakkının devri sözleşmesi ile borçlandırııcı işlem niteliği taşıyan marka hakkının devri taahhüdünü birbirinden ayırmak gerekir (Trennungsprinzip)²¹⁰. Markanın devri sözleşmesinin temelinde yatan borçlandırııcı işlem çoğunlukla satış benzeri bir ilişkidir²¹¹. Markanın kalıcı olarak devri amaçlanıyorsa bu genellikle temelde bir satım ilişkisine dayanır²¹². Fakat markanın belirli bir süreyle sınırlı olarak devri amaçlanıyorsa, bunun temelinde bir inanç sözleşmesi yer alır. Yani marka hakkı, satım amacıyla devredilmiş olabileceği gibi bağışlama ya da teminat gibi bir başka sebeple de devredilmiş olabilir.

²⁰⁸ **Eren**, s. 1255.

²⁰⁹ Aksi yönde düşünce için bkz. **Kaya**, 212; **Yasaman/Altay**, s. 685.

²¹⁰ **Ströbele/Hacker/Thiering**, §27 Rn. 10; **Lewalter**, s. 31.

²¹¹ **Fezer**, §27 Rn.20-21; **Ströbele/Hacker/Thiering**, §27 Rn. 12.

²¹² **Hacker**, §30 Rn. 822.

Marka devir sözleşmesinin temelindeki satım, bağış, teminat vs. olarak tezahür edebilecek bu sebebin herhangi bir nedenle geçersiz olması halinde, marka devir sözleşmesinin de geçersiz olduğu, yani söz konusu marka hakkının devralana geçmediği kabul edilir²¹³. Fakat bu durumun tersi, yani marka devir sözleşmesinin geçersizliği, borçlandırııcı işlemin yani markanın devrine yönelik taahhüdün geçersizliği sonucunu doğurmaz. Zira tasarruf işlemlerindeki sakatlık, borçlandırııcı işlem üzerinde bir sakatlığa sebep olmaz; söz konusu taahhüt işlemi, tasarruf işlemindeki sakatlığa rağmen geçerliliğini korur²¹⁴. Bununla birlikte markanın devrinin, markanın satışını konu edinen sözleşmede düzenlenmesi de söz konusu olabilir²¹⁵.

D. Kendine Özgü (Sui Generis) Yapısı Olan İsimsiz (Atipik) Bir Sözleşmedir

Marka devir sözleşmesinin kanunda sayılan çeşitli sözleşme tiplerinden bazılarına ilişkin unsurları taşıyıp taşımadığı ve bu doğrultuda isimli yani tipik yahut isimsiz yani atipik bir sözleşme şeklinde mi kabul edileceği hususu, gerek söz konusu sözleşmenin yorumlanmasında gerek sözleşme boşluklarının doldurulmasında uygulanması gereken hukuki kuralların tespit edilmesi noktasında ehemmiyet arz eder.

Sınai Mülkiyet Kanunu'nda her ne kadar marka devir sözleşmesinden ismen bahsedilmiş olsa da, söz konusu sözleşmeye ilişkin ayrıntılı bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Burada kanun koyucunun, sözleşmeyi tüm unsurları ile birlikte tipik bir

²¹³ Alman hukukunda markanın devri işlemi bakımından soyutluk ilkesinin kabul edilmesi gerektiğine ilişkin karşıt yönde değerlendirme için bkz. **Böhm-Einführung**, s. 99; Alman hukukunda markanın teminat amacıyla devri işlemi bakımından benzer görüş için bkz. **Repenn/Weidenhiller**, s. 46.

²¹⁴ **Tunçomağ-Genel Hükümler**, s. 140; **Feyzioğlu**, s. 42-43.

²¹⁵ **Böhm-Abgrenzungsvereinbarung**, s. 167.

sözleşme olarak düzenlemekten ziyade, ismen zikrederek sözleşmenin şekline ve kısmi olarak konusuna ilişkin bir düzenleme getirdiği görülmektedir. Bir sözleşmenin tipik bir sözleşme olarak kabulü için ise, söz konusu sözleşmenin kanunda tüm esaslı unsurları ile birlikte ayrıntılı olarak düzenlenmesi gereği tabii olarak beklenmelidir²¹⁶. Bu bakımdan marka devir sözleşmesinin kanunda düzenlenmemiş, isimsiz nitelikte yani atipik bir sözleşme olduğunun kabulü gerekir.

İsimsiz sözleşmeler, öğretide; karma sözleşmeler, kendine özgü (sui generis) yapısı olan sözleşmeler ve bileşik sözleşmeler olmak üzere üçlü bir ayrıma tabi tutulmaktadır²¹⁷. Halihazırda yasal düzeyde düzenlenmiş bulunan birtakım sözleşmelere dair unsurların, yasanın öngörmediği bir biçimde kombine edilmesi suretiyle akdedilen sözleşmeler karma sözleşmeler olarak nitelendirilir²¹⁸. Yasal düzeyde düzenlenmiş çeşitli sözleşmelere dair

²¹⁶ **Oktay, Saibe**, İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının

Tamamlanması, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFM), C. 55, Sayı: 1-2, Temmuz 2011, s. 264-265.

²¹⁷ **Eren, Fikret**, İsimsiz Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar, Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan, İstanbul 2008, s. 90 vd.; **Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin**, Borçlar Hukuku İkinci Kısım Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri), Cilt: I, İstanbul 1980, s. 38 vd.; **Hatemi, Hüseyin / Serozan, Rona / Arpacı, Abdülkadir**, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s. 41 vd.; **Karahasan, Mustafa Reşit**, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul 2002, s. 51 vd.; **Kuntalp, Erden**, Karışık Muhtevalı Akit, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1971, s. 10 vd.; **Oktay**, s. 272; **Tandoğan, Hâluk**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt: I/1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 13 vd.; **Yavuz, Cevdet**, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Yayınları, İstanbul 2009, s. 19 vd.

²¹⁸ **Karahasan**, s. 51; **Tandoğan**, s. 69.

unsurları barındırmayan, farklı unsurlar ile farklı bir sözleşme akdetmeye yönelen ve bu yeni unsurlar ile kendi içerisinde bir bütünlük arz eden sözleşmeler sui generis sözleşmeler olarak adlandırılır²¹⁹. Bağımsızlıklarını korumak suretiyle geçerlilik ve varlıkları birbirine bağlı olan sözleşmelerin bir araya getirilmesi ile kurulan sözleşmeler ise, bileşik sözleşmeler olarak isimlendirilmektedir²²⁰.

Marka devir sözleşmesi ile, marka üzerindeki mutlak nitelikteki hak devralanın malvarlığından çıkarak devreden malvarlığına geçer. Bunun karşılığında ise, kural olarak bir devir bedeli söz konusu olmaktadır. Ancak taraflar, bunun yerine temelde bağışlama, değişim ya da teminat amacıyla bu devri gerçekleştirebilirler. Temelde yer alan hukuki işlem ne olursa olsun, marka devir sözleşmesi ile marka hakkının devri gerçekleşmiş olur. Bu bakımdan marka devir sözleşmesi tasarrufi etkiler göstermesi dolayısıyla Türk Borçlar Kanunu kapsamında düzenlenen diğer tüm borçlandırıci işlemlerden ayrılırlar. Markanın devrine yönelik taahhüt işlemi satım ya da bağışlama gibi bazı sözleşmelerin unsurlarını bünyesinde barındırabilir fakat marka devir sözleşmesi bu niteliği itibarıyla bunlardan ayrılır. Marka devir sözleşmesi, alacağın devri sözleşmesine, mevcut bir hakkın devri sonucunu doğuran bir tasarruf muamelesi olması dolayısıyla benzerlik gösterse de, niteliği itibarıyla alacağın devrinden de farklıdır. Bu bakımdan marka devir sözleşmesi kendine özgü (sui generis) yapısı olan isimsiz bir sözleşme²²¹ olarak kabul edilmelidir.

²¹⁹ **Eren-İsimsiz Sözleşmeler**, s. 99; **Karahasan**, s. 51.

²²⁰ **Tunçomağ, Kenan**, Borçlar Hukuku II. Cilt Özel Borç İlişkileri (Akden Muhtelif Nevileri), İstanbul 1974, s. 9; **Zevkliler, Aydın / Gökyayla, Emre**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, s. 21.

²²¹ İsviçre hukuku bakımından benzer değerlendirme için bkz. **Noth/Bühler/Thouvenin**, Art. 17 Rn. 7.

E. Ani Edimli Bir Sözleşmedir

Tarafların sözleşmeden doğan edimlerinin yerine getirilmesinin bir süreye bağlanıp bağlanmamasına bağlı olarak sözleşmeler; ani, sürekli ve dönemli sözleşmeler olarak üçe ayrılır. Ani sözleşmelerde, edim zamana yayılmaksızın bir defada yerine getirilir²²². Yani ani edimli sözleşmelerde, edimin bir kez yerine getirilmesi ile birlikte taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi sona erer. Sürekli sözleşmelerde, sözleşmeden doğan edimin ifası zamana yayılırken, dönemli sözleşmelerde de, edimin belirli dönemler dahilinde yinelenmesi söz konusudur.

Marka devir sözleşmesi, marka hakkının devri sonucunu doğuran ve tarafların sözleşmeden doğan edimlerini bir kez yerine getirmeleri ile sona eren, ani edimli bir sözleşmedir. Bu sözleşmede tarafların yüklendikleri edimler, zamana yayılmış değildir, bir kez yerine getirilmekle sona erer. Fakat bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, marka hakkının devredilmesi fiziki bir şey olmadığı için burada devrin, teslim ya da tevdi yoluyla gerçekleştirilemeyeceğidir²²³. Bu bakımdan marka sahipliğindeki değişiklik, markanın fiili bir "devrine" gerek kalmadan tasarruf işlemi yoluyla gerçekleşir. Yani tarafların, geçerli bir şekilde marka devir sözleşmesini akdetmeleri ile birlikte, marka hakkı, başka herhangi bir işlem ya da eyleme gerek kalmaksızın devredilmiş olur.

II. ORTAK MARKA VE GARANTİ MARKALARI BAKIMINDAN

Garanti markası ve ortak markalar bakımından noter onaylı bir devir sözleşmesinin akdedilmesi, devrin hüküm ve sonuçlarını doğurması için yeterli değildir. Kanun'da ortak marka ve garanti markaları bakımından marka siciline tescil kurucu bir unsur olarak öngörülmüştür (SMK. m. 148/f. 7). Garanti markaları ve ortak markalar bakımından devir,

²²² **Eren**, s. 16.

²²³ **Curto Polo**, s. 393.

marka sicilinde tescilden önce taraflar arasında dahi hüküm doğurmaz²²⁴. Bu bakımdan garanti markalarını ve ortak markaları konu edinen bir marka devir sözleşmesi, doğrudan doğruya marka hakkının devreden malvarlığından çıkarılarak devralanın malvarlığına geçirilmesi sonucunu doğurmaz. Bu sözleşme devredene, markanın bahsettiği mutlak nitelikteki hakkı devralana, marka sicilinde geçirme borcu yükler. Devir, ancak sicile tescil halinde hüküm ve sonuçlarını doğurur. Bu bakımdan ortak marka ve garanti markalarını konu edinen marka devir sözleşmesi, bir tasarruf işlemi niteliği taşımaz. Bu sözleşme, taraflar arasında akdedilen ve markanın devri taahhüdünü içeren borçlandırıcı nitelikte bir hukuki işlemdir. Devir ancak tasarrufi işlem niteliğindeki tescil işlemi ile birlikte hüküm ve sonuçlarını doğurur ve marka hakkı bu andan itibaren devralanın malvarlığından çıkarak devreden malvarlığına intikal eder.

Bireysel markalar bakımından noter onaylı yazılı bir sözleşme ile gerçekleşen markanın devri, garanti markaları ve ortak markalarda, öncelikle taraflar arasında akdedilecek noter onaylı bir devir sözleşmesi ve ardından bu sözleşmeye dayanarak markanın marka sicilinde devralan adına tescili suretiyle gerçekleştirilir.

§ 7. MARKA DEVİR SÖZLEŞMESİNİN BENZER HUKUKİ İŞLEMLERLE KARŞILAŞTIRILMASI

I. MARKA LİSANSI SÖZLEŞMESİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Sınai Mülkiyet Kanunu m. 24/f. 1 gereğince marka hakkı, tescilli bulunduğu mal veya hizmetlerin tamamı ya da bir kısmı bakımından lisans sözleşmesine konu olabilir. Marka lisansı sözleşmesi, marka sahibinin, markanın kullanımı yetkisini, üçüncü bir kişiye devrettiği sözleşmedir²²⁵. Bu sözleşme ile marka sahibi, markadan doğan mutlak nitelikteki hakkın

²²⁴ Arkan-Marka Hukuku Cilt II, s. 181.

²²⁵ Fezer, §30 Rn. 1.

kendisine bahsettiği kullanım yetkisini lisans sözleşmesinde belirlenen süre ve koşullar çerçevesinde üçüncü bir kişiye devreder ve markanın üçüncü bir kişi tarafından kullanılmasını engelleme yetkisini, bu koşullar altında lisans alana karşı kullanmama taahhüdü altına girer²²⁶. Marka devir sözleşmesinde ise, lisans sözleşmesinden farklı olarak, markanın kullanımı değil, bizzat kendisi devrin konusunu oluşturur²²⁷. Devir sözleşmesiyle benzer olarak markanın tescilli olduğu mal veya hizmetlerin tamamı ya da bir kısmı bakımından lisansa konu olması ise, mümkündür.

Marka lisansı, bölgesel olarak sınırlandırılabilir; yani markanın tescilli olduğu ülke sınırlarının yalnızca bir kısmı bakımından kullanım yetkisi devredilebilir²²⁸. Marka devir sözleşmesinde ise, devrin coğrafi bakımdan sınırlandırılması mümkün değildir; marka, ancak tescilli olduğu ülke sınırlarının tamamını kapsayacak şekilde devrin konusunu oluşturabilir.

SMK. m. 24/f. 2 gereğince marka lisansı, inhisari (münhasır) ya da inhisari olmayan yani basit lisans olmak üzere iki şekilde verilebilir. Münhasır lisansta, lisans veren, marka hakkını kendisi kullanmamayı taahhüt ettiği gibi, bu hakkı aynı koşullarda bir başkasına tanımayacağı taahhüdü altına da girer. Basit lisansta ise, marka sahibi markasını kendisi kullanabileceği gibi bir başkasına da kullandırma yetkisini haizdir. Taraflar arasındaki anlaşmada aksi kararlaştırılmamışsa, yani lisansın münhasır olarak tanındığına ilişkin özel bir kayıt bulunmuyorsa, söz konusu lisansın basit lisans olduğu kabul edilir. Marka devir sözleşmesinde, marka sahibi, marka hakkını devretmekle, artık söz konusu markayı kullanma ya da bir başkasına devretme yetkisini kaybetmiş olur. Zira markanın devriyle birlikte marka hakkı, devreden malvarlığından çıkarak devralanın malvarlığına geçer. Devreden söz

²²⁶ **Arkan**-Marka Hukuku Cilt II, s. 190-191.

²²⁷ **Böhm**-Abgrenzungsvereinbarung, s. 164.

²²⁸ **Fezer**, §30 Rn. 1; **Karan/Kılıç**, s. 343; **Arkan**-Marka Hukuku Cilt II, s. 193-194.

konusu marka üzerindeki tasarruf yetkisi nihai olarak sona erer. Lisans sözleşmesinde ise, lisans alan lisansa konu marka hakkını, lisansın inhisari olup olmamasına bağlı olmaksızın kendi malvarlığı unsurları arasında bulundurmaya devam eder. Burada sadece lisansa konu markanın kullanım yetkisi üçüncü kişiye geçer; lisans sözleşmesi sonucunda marka sahipliğinde herhangi bir değişiklik meydana gelmez. Yani lisans sözleşmesi, devir sözleşmesinin aksine, markanın bir bütün olarak devrini değil, iktisadi olarak kullanımını olanaklı kılar²²⁹.

SMK. m. 148/f. 7 hükmünün mefhumu muhalifinden hareketle, garanti markalarının lisans sözleşmelerinin konusunu oluşturamayacağı söylenebilir. Söz konusu hükme göre hem ortak markalar hem garanti markaları devrin konusunu oluşturabilirken, sadece ortak markalar lisansa konu olabilir. Zira garanti markalarının kendine özgü niteliği ve işlevi gereği, lisansın konusunu teşkil edebilmesi beklenemez.

Her ne kadar Sınai Mülkiyet Kanunu'nda, marka lisansı sözleşmesinden ismen bahsedilmiş ve bununla ilgili kısmi bir düzenleme yer almış olsa da, lisans sözleşmesi Kanun'da tüm unsurları ile birlikte ayrıntılı olarak düzenlenmediğinden isimsiz; isimsiz sözleşmeler arasında ise sui generis bir sözleşme olarak kabul edilir²³⁰. Bu bakımdan hem lisans sözleşmesi hem devir sözleşmesi isimsiz sözleşmelerden olan kendine özgü (sui generis) yapısı olan bir sözleşme olmaları dolayısıyla örtüşür.

²²⁹ **Ekey, Friedrich L./Klippel, Diethelm**, Markenrecht, C.F.Müller Verlag, Heidelberg 2003, §30 Rn. 3.

²³⁰ **Fezer**, §30 Rn. 6; **Ekey/Klippel**, §30 Rn. 3; **Çolak**, s. 726-727; **Yasaman/Altay**, s. 744; 556 sayılı KHK döneminde aksi yönde düşünce için bkz. **Arkan-Marka Hukuku Cilt II**, s. 191; **Eren**, s. 929.

Marka lisans sözleşmesi, sürekli edimli sözleşmelerdendir²³¹. Marka hakkı sahibi, sözleşme müddetince, kendisine ait marka hakkının kullanımına imkan tanımayı üstlenirken; lisans alan karşı edim olarak ekseriyetle düzenli aralıklarla belirli bir bedel ödeme yükümlülüğünü üstlenir. Marka devir sözleşmesi ise, lisans sözleşmesinden farklı olarak, ani edimli bir sözleşmedir. Tarafların sözleşmeden doğan yükümlülüklerini bir kere yerine getirmeleri ile sözleşme ilişkisi sona ermiş olur.

Marka lisans sözleşmesinin yazılı olarak akdedilmesi ile taraflar arasında herhangi bir başka işleme ya da maddi fiile gerek kalmaksızın sözleşme hüküm ve sonuçlarını doğurur. Zira marka hakkının kullanılması, niteliği itibariyle maddi bir teslimi gerektirmemekte; marka siciline tescil ise, Kanun'da kurucu bir unsur olarak öngörülmemektedir. Bu bakımdan marka devir sözleşmesinde olduğu gibi, taraflar arasında akdedilen marka lisansı sözleşmesinin de bir tasarruf işlemi niteliğinde olduğu söylenebilir. Elbette taraflar kendi aralarında yaptıkları sözleşme ile markaya ilişkin lisans hakkı tanınmasına yönelik borçlandırııcı bir işlem de akdedebilirler. Fakat bu sözleşme özel olarak marka hakkının kullanılması yetkisinin devri taahhüdünü içermiyorsa, yani sözleşme ile doğrudan marka hakkının devri amaçlanıyorsa, burada artık tasarrufi nitelikte bir hukuki işlemin varlığının söz konusu olduğu söylenebilir.

Marka devir sözleşmesinde olduğu gibi, marka lisansı sözleşmesinde de, mevcut marka hakkı sözleşmenin konusunu teşkil edebileceği gibi, hali hazırdaki marka başvuruları da lisansa konu olabilir (SMK. m. 148/f. 8).

Marka lisans sözleşmesinin sicile kaydı ile birlikte, lisans alan, sözleşmeden doğan lisans hakkını, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı da ileri sürebilir. Bu bakımdan, lisans hakkı tanınmış bir markanın devredilmesi durumunda, markayı devralan, lisansla kayıtlı olarak devralmış olacaktır. Lisans alan, lisans sözleşmesinden doğan haklarını, devralana karşı da

²³¹ Çolak, s. 726.

ileri sürebilecektir. Lisans sözleşmesinin akdedilmesi ile sicile kaydedilmesi arasında geçen sürede, markanın devre konu olması halinde, söz konusu lisans hakkının devralana karşı ileri sürülememesi ancak onun iyiniyetli olmasına yani lisans sözleşmesinin varlığından halihazırda haberdar olmaması ve haberdar olabilecek durumda bulunmaması halinde olanaklıdır²³².

II. ALACAĞIN DEVRİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Alacağın devri, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş iki taraflı bir hukuki işlem yani bir sözleşmedir. Alacağın devri ile alacaklı, mevcut bir alacağını borçlunun rızasına gerek olmaksızın üçüncü bir kişiye devreder. Alacağın devri, bir yandan tasarruf işlemi öte yandan ise bir borç sözleşmesi niteliğini haizdir²³³. Sözleşmeye dayalı bir tasarruf işlemi olması ve bir hakkın devrini konu edinmesi itibariyle alacağın devri ile marka devir sözleşmesi benzerlik gösterir. Türk hukukunda, Alman hukukuna paralel olarak²³⁴, hakların devri, kendilerine ilişkin özel hükümlerin bulunmaması şartıyla, Türk Borçlar Kanunu'nun "Genel Hükümler" kısmında düzenlenen, alacağın devri hükümlerine tabi tutulmuş²³⁵ bulunmaktadır (TBK. m. 194). Bu bakımdan marka hakkının devri ile ilgili Sınai Mülkiyet Kanunu ve diğer herhangi bir kanunda özel bir hüküm bulunmaması halinde, alacağın devrine ilişkin hükümlerden, niteliğine uygun düştüğü ölçüde faydalanılacağı açıktır.

Her ne kadar birbirine benzer niteliklere sahip olsa da alacağın devri ile markanın devri birbirinden farklı iki ayrı hukuki işlemdir. Alacağın devri, TBK. m. 183-194 arasında düzenlenen ve borç ilişkisinde taraf değişikliğine yol açan bir hukuki işlemdir. Alacaklı ile

²³² Aynı yönde düşünce için bkz. **Arkan**-Marka Hukuku Cilt II, s. 198.

²³³ **Eren**, s. 1252.

²³⁴ Aynı yönde bkz. BGB §413.

²³⁵ **Arkan**-Marka Hukuku Cilt II, s. 180 dn. 26.

üçüncü kişi arasında yapılan ve borçlunun rızasını gerektirmeyen bu hukuki işlemle temel borç ilişkisindeki alacaklı sıfatı değişir.

Alacağın devri, TBK. m. 184/f. 1’de, yazılı şekil şartına bağlanmıştır. Buradaki yazılı şekil şartından anlaşılması gereken, adi yazılı şekildir. Herhangi bir resmi makamın katılmasına veya onayına gerek olmaksızın, taraflar arasında yapılacak bir yazılı sözleşme ile alacak geçerli bir biçimde üçüncü kişiye devredilir. Burada devrin konusu, sadece mevcut borç ilişkisindeki alacaktır; yoksa sözleşme ilişkisinin bir bütün olarak devri söz konusu değildir²³⁶.

Marka devir sözleşmesinde, marka sahibi kendisine ait mutlak nitelikteki marka hakkını üçüncü kişiye devreder. Bu işlem ile doğrudan marka sahipliğinde bir değişiklik söz konusu olur. Alacağın devrinde olduğu gibi, burada üçlü bir ilişki söz konusu değildir ve mevcut bir borç ilişkisindeki alacaklı sıfatında değil, doğrudan marka sahipliği sıfatında değişiklik meydana gelir. Alacağın devrinde devrin konusu sözleşmeden doğan nisbi nitelikte bir alacak hakkı iken; markanın devrinde mutlak nitelikteki marka hakkının devri gerçekleştirilir. Yine marka hakkının devri için, alacağın devrinden farklı olarak, Kanun’da resmi yazılı şekil şartı öngörülmüş bulunmaktadır. Marka hakkının geçerli bir biçimde devri için, adi yazılı şekil yeterli olmayıp, taraflar arasında noter onaylı bir yazılı devir sözleşmesinin akdedilmesi gerekmektedir.

Alacağın devri taahhüdünün herhangi bir şekle bağlı olmaksızın yapılacağı Kanun’da açıkça düzenlenmiştir (TBK. m. 184/f. 2). Markanın devri taahhüdü bakımından ise, Sınai Mülkiyet Kanunu’nda herhangi bir özel hükme yer verilmemiştir. Buradan hareketle doktrinde markanın devri taahhüdünün yazılı bir şekle bağlı olup olmadığı hususunda farklı

²³⁶ **Schellhammer, Kurt**, Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen samt BGB Allgemeiner Teil, C.F.Müller, 11. Auflage, Heidelberg 2021, Teil. 29 Rn. 1752.

görüşler ortaya çıkmıştır. Bir görüş, markanın devri taahhüdünün Kanun’da özel bir şekle tabi tutulmadığını ve hakların devrine ilişkin özel bir hüküm bulunmaması durumunda, alacağın devri hükümlerinin cari olacağı görüşünden hareketle, marka hakkının devri taahhüdünün de herhangi bir şekle bağlı olmadığını ileri sürmüştür²³⁷.

Markanın devrinin yazılı bir şekle bağlı olmadığını ileri süren bir başka görüşe göre; markanın devri taahhüdü, bir ön sözleşme niteliği taşımaz; zira markanın devri taahhüdü bir borçlandırıcı işlemdir ve bu sebeple bu sözleşmenin TBK. m. 29/f. 2 hükmünden hareketle markanın devrine ilişkin şekle tabi olduğu söylenemez. İsviçre hukuk doktrinde Hilty’den esinlenilerek ortaya atılan bu görüşe göre, fikri hakların devri bakımından alacağın devrine ilişkin hükümlerin uygulanması elverişli olmadığından, markanın devri kendine özgü bir devir işlemi olarak kabul edilmeli ve markanın devri taahhüdü de herhangi bir şekle bağlı olmamalıdır²³⁸. Bir başka görüş ise, her ne kadar kanunda marka devir taahhüdüne ilişkin özel bir hüküm bulunmasa da, marka üzerindeki tüm sağlararası hukuki işlemlerin yazılı şekil şartına bağlanmış olmasından hareketle, marka devir taahhüdünün de yazılı olarak yapılması gerektiğini ileri sürmüştür²³⁹.

TBK m. 29’da, herhangi bir sözleşmenin ileride kurulmasına ilişkin sözleşmelerin geçerli olduğu ve kanunlarda öngörülen istisnalar hariç olmak üzere, ön sözleşmenin geçerliliğinin ileride kurulacak sözleşmenin şekline bağlı olduğu ifade edilmiştir. Ön

²³⁷ **Arkan**-Marka Hukuku Cilt II, s. 179.

²³⁸ **Yasaman/Altay**, s. 685 dn.24.

²³⁹ 556 sayılı KHK döneminde ileri sürülen söz konusu görüş için bkz. **Aslantaş, Zerrin**, Markanın Devri, Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2011, s. 89-90; 556 sayılı KHK döneminde marka üzerindeki tüm sağlararası hukuki işlemlerin yazılı şekle tabi tutulduğu yönünde benzer bir başka düşünce için bkz. **Karan/Kılıç**, s. 328.

sözleşmeler sadece borçlandırııcı işlemlerin ileride yapılmasını taahhüt eden sözleşmelerdir. Tasarruf işlemleri bakımından önsözleşme yapılması olanaklı değildir; zira tasarruf işlemlerinden önce gerçekleştirilen işlemler esas borç sözleşmeleridir²⁴⁰. Bu bakımdan bir tasarruf muamelesi olan, markanın devri sözleşmesinden önce gerçekleştirilen borçlandırııcı işlem, bir önsözleşme niteliği taşımaz. Bu sözleşme, olsa olsa markanın devri taahhüdünü içeren asıl borçlandırııcı işlemdir. Dolayısıyla TBK m. 29 hükmü, marka hakkının devri taahhüdünü konu edinen sözleşmeler bakımından cari değildir. Bu sebeple markanın devri taahhüdü, marka hakkının devri bakımından Kanun'da öngörülen noter onaylı yazılı şekil şartına tabi değildir.

Sınai Mülkiyet Kanunu m. 148/f. 4 gereğince sınai haklar üzerindeki hukuki işlemler devir sözleşmeleri hariç olmak üzere, yazılı şekil şartına bağlanmıştır. TBK. m. 184/f. 2 gereğince ise, alacağın devri taahhüdü sözleşmeleri bakımından şekil serbestisi öngörülmüş; söz konusu sözleşmeler herhangi bir şekle bağlı tutulmamıştır. Bu noktada, marka hakkının devri taahhüdü bakımından, alacağın devrine ilişkin TBK'nın genel hükümlerine mi gidileceği, yoksa SMK'da düzenlenen sınai mülkiyet haklarına ilişkin hukuki işlemler bakımından öngörülen şekil şartının mı işletileceği sorusu ortaya çıkmaktadır.

Sınai hakların devri bakımından, alacağın devri hükümlerinin uygulanmaya elverişli olup olmadığı hususu esasen tartışmalı olmakla birlikte doktrinde hâkim görüş, bu hükümlerin sınai hakların devri bakımından da niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanabilir olduğu yönündedir²⁴¹. Biz de marka hakkının devri bakımından özel hüküm bulunmayan hallerde ve niteliğine uygun düştüğü ölçüde Türk Borçlar Kanunu'ndaki alacağın devri hükümlerinin uygulanabileceği kanaatini taşımakla birlikte, Sınai Mülkiyet Kanunu'nda, markanın devri

²⁴⁰ **Eren**, s. 324.

²⁴¹ **Arkan**-Marka Hakkı Cilt II, s. 179, 180 dn. 26; **Karan/Kılıç**, s. 329; **Çolak**, s. 700.

taahhüdü bakımından Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine gidilmesi gereken bir boşluk olduğu düşüncesinde değiliz. Zira SMK. m. 148/f. 4 hükmü gereğince; sınai haklar üzerindeki hukuki işlemler açıkça yazılı şekil şartına tabi tutulmuştur. Söz konusu düzenleme ile borçlandırııcı işlemler ya da tasarruf işlemleri olmaları arasında herhangi bir ayrım gözetilmeksizin sınai haklar üzerindeki tüm sağlararası hukuki işlemler için (devir sözleşmeleri hariç olmak üzere) öngörülen yazılı şekil şartı, marka hakkının devri taahhüdünü konu edinen sözleşmeler bakımından da cari olmalıdır. Zira Sınai Mülkiyet Kanunu'nda sınai haklar üzerinde gerçekleştirilebilecek hukuki işlemler örnek kabilinden sayılmış ve ismen zikredilmiş olsun ya da olmasın tüm hukuki işlemler bakımından yazılı şekil şartı öngörülmüş bulunmaktadır. Bu bakımdan kanımızca, markanın devrine yönelik taahhüt sözleşmesi, alacağın devri sözü vermeden farklı olarak, yazılı şekil şartına tabidir. Buradaki yazılı şekilden kasıt, adi yazılı şekildir. Noter onaylı yazılı şekil şartı, yalnızca sınai hakların devri bakımından öngörülmüştür.

III. MARKA REHNİ SÖZLEŞMESİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Rehin sözleşmesi, teminat amacına hizmet eden sözleşmelerdendir. Sınai Mülkiyet Kanunu m. 148/f. 1 gereğince; sınai haklar rehnin konusunu oluşturabilir. Ayrıca Türk Medeni Kanunu m. 954/f. 1 hükmü ile; başkasına devredilebilen alacak ve diğerk hakların rehnedilebileceğı öngörülmüş bulunmaktadır. Bu bakımdan marka hakkı da devredilebilen bir hak olarak rehnin konusunu oluşturabilecektir.

Marka üzerindeki rehin hakkı hak sahibine, markanın rehni ile teminat altına alınan alacağın ödenmemesi durumunda, rehnin konusunu oluşturan markanın paraya çevrilmesi ve elde edilen paradan alacağın öncelikle temin edilmesi yetkisini sađlar²⁴². Marka rehni, hak sahibine söz konusu markanın kullanılması yetkisini tanımaz, markayı kullanma yetkisini

²⁴² Tüzüner, s. 13; Ünal, s. 97; Yasaman/Altay, s. 703; Çolak, s. 723; Güneş, 190.

marka sahibi muhafaza eder²⁴³. Aynı şekilde, rehin, hak sahibine marka üzerinde diğer herhangi bir şekilde tasarrufta bulunma yetkisi sağlamaz; marka sahibinin marka üzerinde tasarrufta bulunma yetkisi devam eder. Markanın devrinde ise, hakkın tamamen karşı tarafa geçirilmesi amaçlanır. Devir ile birlikte, marka sahibinin markayı kullanma ve marka üzerinde bir başka şekilde tasarrufta bulunma yetkisi sona erer. Marka hakkının devrinde de, temelde yer alan hukuki işlemin teminat amacına hizmet etmesi söz konusu olabilir. Fakat ne amaçla yapılmış olursa olsun, devir ile birlikte marka hakkı, devreden malvarlığından çıkarak devralanın malvarlığına geçer ve devralan artık marka üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunabilir.

Marka rehin sözleşmesi de, markanın devrinde olduğu gibi ticari işletme ile birlikte ya da ticari işletmeden bağımsız olarak gerçekleştirilebilir. Ticari işletmenin devrine benzer şekilde, ticari işletme üzerinde tesis edilen bir rehin hakkının, marka hakkını da kapsadığı kabul edilir (TİTRK m.5/f.1,2).

SMK'da marka rehin sözleşmesinin geçerliliği, sözleşmenin yazılı şekilde yapılmasına bağlı tutulmuştur (SMK m.148/f.4). Bilindiği üzere marka devir sözleşmesinin geçerliliği, resmi yazılı şekilde yapılmasına bağlı tutulmuştur. Hem markanın devrinde hem de markanın rehninde, sicile tescil kurucu değil, açıklayıcı niteliktedir. Tescil, devirden ya da rehinden doğan hakkın iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi bakımından gereklidir.

Devir sözleşmesi ve rehin sözleşmesi bakımından bir başka benzerlik de, sözleşmenin konusuna ilişkindir. Her iki sözleşmeye, tescilli bir marka hakkının yanı sıra mevcut bir marka tescil başvurusunun da konu olması mümkündür. Marka başvurusu üzerindeki rehin hakkı, marka tescili gerçekleşinceye kadar bir marka rehni değil marka tescil talebine yönelik

²⁴³ Fezer, §27 Rn. 83; Ströbele/Hacker/Thiering, §29 Rn. 4.

bir rehin hakkıdır ve marka tescilinin gerçekleşmesiyle birlikte marka hakkı rehinli olarak doğar²⁴⁴.

Marka hakkının devri sonucunda marka, üzerindeki rehin hakkı ile birlikte, devredene geçer. Yine marka başvurusunun devrinde, söz konusu başvuru üzerinde bir rehin hakkı tesis edilmişse, başvuru rehinle kayıtlı olarak devredilmiş olur. Marka üzerinde rehin hakkı kurulmasından fakat rehnin sicile tescilinden önce marka devre konu olmuşsa, bu durumda marka üzerindeki rehin hakkı, iyiniyetli devralana karşı ileri sürülemez. Devralan, ancak söz konusu rehnin varlığını biliyor ya da bilmesi gerekiyorsa ancak bu durumda rehnin tescilinden önce gerçekleşen devir sözleşmesinin rehinle kayıtlı olarak gerçekleştiği, yani devrin varlığından haberdar olma hususunda iyiniyetli olmayan devralana karşı da ileri sürülebileceği kabul edilir²⁴⁵.

IV. DİĞER BAZI İSİMSİZ SÖZLEŞMELERLE KARŞILAŞTIRILMASI

A. Franchise Sözleşmesi ile Karşılaştırılması

Franchising, şirketlerin ürün ve hizmetlerinin pazarlanmasına hizmet eden bir sistemdir²⁴⁶. Franchise sözleşmeleri, günümüzde modern sözleşmeler arasında sıkça karşılaşılan bir sözleşme tipi olarak kabul edilir. Kökeni Amerika Birleşik Devletleri'ne

²⁴⁴ Çolak, s. 24; Tüzüner, s. 22.

²⁴⁵ Aynı yönde değerlendirme için bkz. Arkan-Marka Hukuku Cilt II, s. 205.

²⁴⁶ Fezer, §27 Rn. 78.

dayanan franchising sistemi, bugün itibariyle ülkemizde ve dünya çapında çok yaygınlaşmış olup, ticari hayatta sıklıkla franchise işletmeleri ile karşılaşılmaktadır²⁴⁷.

Franchising; mallar, hizmetler ve teknolojilere yönelik, hukuksal ve iktisadi olarak birbirinden tamamen bağımsız işletmeler arasında sıkı ve sürekli bir işbirliği sağlayan bir pazarlama yöntemidir²⁴⁸. Bağımsız işletmeler arasındaki bu işbirliği dikey bir birlikteliktir²⁴⁹. Bu yöntemde franchising veren, kendisine ait mal, hizmet ve teknolojileri, belirli bir bedel karşılığında franchising alana kullandırır.

Franchise sözleşmesi, kanuni olarak düzenlenmemiş bir sözleşmedir ve bu nedenle kanunda düzenlenmiş herhangi bir sözleşme tipi içerisinde değerlendirilemez. Esasında franchise sözleşmeleri, çerçeve sözleşme niteliği taşırlar. Bununla franchising veren, franchising alanı, kendisine ait işletme konseptine entegre etmeyi üstlenir. Bu konseptin içerisinde işletme adı, know how, marka, imaj, üretim ve pazarlama sistemleri gibi birçok öge bulunur. Franchising veren, bu çerçeve sözleşme ile tüm bu unsurların franchising alan tarafından sözleşme süresi boyunca sürekli olarak kullanımını devretmeyi üstlenmiştir. Bu konseptin içerisinde yer alan öğelerin kullanımlarının devri ise, her ögenin kendi hukuki gerekliliklerinin yerine getirilmesi ile gerçekleşir. Bu bakımdan franchising ilişkisi; kira, satım, hizmet, lisans, know how, eser ve ticaret alanındaki birçok sözleşmenin elementleriyle

²⁴⁷ **Dauner-Lieb, Barbara/Langen, Werner**, BGB Schuldrecht Band 2/2: §§ 488-661a, Nomos Kommentar, 4. Auflage, Baden-Baden 2021, Anhang III zu §§ 535-580a: Franchiserecht Rn. 1.

²⁴⁸ **Dauner-Lieb/Langen**, Anhang III zu §§ 535-580a: Franchiserecht Rn. 4.

²⁴⁹ **Westermann, Harm Peter/Grunewald, Barbara/Maier-Reimer, Georg**, Erman Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar Band I, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 16. Auflage, Köln 2020, §581 Rn. 18.

iç içe geçmiştir. Bu her bir elementin kullanım ağırlığı, söz konusu franchise sözleşmesinin şekillendirilmesine bağlıdır²⁵⁰.

Franchise sözleşmesinde, franchising veren, franchising alanı söz konusu işletme konseptine entegre ederken, mal, hizmet ve organizasyon sistemlerinin kullandırılmasının yanı sıra, kendi ticari deneyimlerini (know how) aktarma ve bu amaçla personeli eğitime gibi yükümlülükler de üstlenir²⁵¹. Franchising alan ise, bir yandan bu konsepti kullanma hakkına sahipken; diğer yandan ise, kullanma yükümlülüğünü üstlenmiştir. Yani franchising alan, söz konusu işletme konseptine uygun olarak ticari hayatta faaliyet gösterme ve işletmenin imajına uygun olarak çeşitli pazarlarda yayılmasına, sürümünü artırmasına hizmet etmekle de yükümlüdür. Bu bakımdan franchising alan, geniş ölçüde, franchising verenin kontrol ve denetleme yetkisi altındadır²⁵². Ayrıca franchising alanın temel yükümlülüklerinden biri de, sözleşme kapsamında öngörülen ücretin ödenmesi yükümlülüğüdür²⁵³.

Marka, ticari işletmeden ayrı bir malvarlığı unsuru olarak çeşitli hukuki işlemlerin konusunu teşkil edebilir. Franchise sözleşmeleri de, marka hakkının konu olabileceği sözleşmelerden bir tanesidir²⁵⁴. Nitekim ticari hayatta, ulusal ve uluslararası düzeyde tanınmış

²⁵⁰ **Westermann/Grunewald/Maier-Reimer, Erman**, in: BGB, §581 Rn. 20.

²⁵¹ Franchising verenin yükümlülükleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Dauner-Lieb/Langen**, Anhang III zu §§ 535-580a: Franchiserecht Rn. 33 vd.

²⁵² **Westermann/Grunewald/Maier-Reimer, Erman**, in: BGB, §581 Rn. 19.

²⁵³ **Dauner-Lieb/Langen**, Anhang III zu §§ 535-580a: Franchiserecht Rn. 53.

²⁵⁴ Markanın franchise sözleşmesinin konusunu teşkil ettiği ve bu sözleşme kapsamında kullanımının hukuka aykırılık teşkil etmediği yönünde bir Yargıtay kararı şu şekildedir: *"Davacı vekili, "Simit Sarayı", "Simit Sarayı Geleneksel Fast Food", "Simit Sarayı + Şekil", "Simit Sarayı Mahalle + Şekil" markalarının TPE nezdinde davacı şirket adına tescilli*

olduğunu, "Simit Sarayı" markasının tanınmış bir marka olduğunu, davalı tarafın müvekkilinden izin almadan "Simit Sarayı" ibaresini işyeri tabelasında, poşet, çanta, tanıtım evrakları vb. eşyalar üzerinde kullandığını, yapılan arama, el koyma tedbirinde bu hususunun ispatlanmış olduğunu, davalı kullanımlarının markaya tecaviüz teşkil ettiğini, "Simit Sarayı" ibaresini taşıyan tüm ürünlere el konulmasını, dava sonuna kadar "Simit Sarayı" ibaresinin kullanılmasının engellenmesine, tecaviüzün men'i ve refine, ticari faizi ile birlikte 556 Sayılı KHK 66/2-a uyarınca şimdilik 10.000,00 TL maddi tazminat, 5.000,00 TL yoksun kalınan kâr ile 10.000,00 TL manevi tazminatın davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir. Davalı vekili, davalı şirketin kuruluşundan itibaren davacı Simit Sarayı Yatırım ve Tic. A.Ş'nin bilgisi ve onayı dahilinde "Simit Sarayı" markası altında davacının mamullerini satarak ve davacının T... Şubesi olarak faaliyette bulunduğunu, davacının iddialarının yersiz olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir. Mahkemece iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, **davacının "Simit Sarayı" ibareli 29, 30, 35 ve 43. sınıflarda tescilli markası bulunduğu, ... Ticaret Sicil Müdürlüğü kayıtlarına göre dava dışı ..., davacı Simit Sarayı Yatırım ve Tic. A.Ş.'nin %33 ortağı ve yönetim kurulu başkan yardımcısı ve aynı zamanda davalı T... Gıda ve Unlu Mamulleri Tic. Ltd. Şti'nin de ortağı ve müşterek imza yetkililerinden birisi olduğu, 17.09.2014 tarihinde davalı şirketteki hisselerini ... ve ...'a devir ettiği, şirket müdürlüğünden de ayrıldığı, davacı şirketin 06.11.2013 tarihili uyarı ile davalıya, varılan sözlü mutabakat gereği 01.09.2013 tarihi itibarıyla taraflar arasında yapılmış bulunan franchising sözleşmesinin ortadan kaldırıldığını bildirdiği, dolayısıyla taraflar arasında geçerli bir franchising sözleşmesinin var olduğu ve 01.09.2013 tarihine kadar da geçerli olduğunun davacı tarafından da kabul edildiği, başka bir anlatımla, davacının göndermiş olduğu uyarı ile taraflar arasında markanın kullanımına izin verilmesi konusunda bir anlaşma bulunduğunu kabul ettiği, bu ihtarnamede davacı yanın aralarındaki sözleşmeyi taraflar arasındaki şifahi mutabakata uygun olarak sonlandırdığını**

birçok markanın, franchising sistemi ile markasının tanınırlığını ve pazar kapasitesini artırdığı görülmektedir. Görüldüğü üzere, franchise sözleşmeleri ile marka hakkı doğrudan üçüncü bir kişiye devredilmemekte sadece marka hakkının belirli bir süre ve yer ile sınırlı olarak kullandırılması amaçlanmaktadır. Yani franchise sözleşmeleri, markaya ilişkin lisans hakkı tanınmasını da sağlayan genel çerçeveli sözleşmelerdendir. Lisans sözleşmesinin yanı sıra diğer sözleşmelere ait bazı unsurları da bünyesinde barındıran, kanunda düzenlenmemiş, isimsiz bir sözleşme olarak franchise sözleşmeleri, markanın, marka sahipliğinde herhangi bir değişikliğe yol açmadan üçüncü kişiler tarafından kullanımına olanak tanır. Marka sahibi,

belirttiği, ancak taraflar arasında sözleşmenin sözlü mutabakat ile sona erdirilmesine dair sözlü bir mutabakatın ispat edilemediği, bu bakımdan sözleşmenin sözlü mutabakat ile sona erdirildiğine dair 06.11.2013 tarihli uyarıdaki beyanın dikkate alınamayacağı, davacı yanın 20.09.2013 tarihinde davalıya ait işletmede arama ve el koyma tedbirlerine başvurduğu, dolayısıyla 20.09.2013 tarihinden itibaren davalı yanın, davacı yan markasını kullanma hakkının sona erdiğini bilmesinin gerektiği, bu bakımdan ancak bu tarihten sonra gerçekleşen kullanımlar yönünden davalı yanın kullanımlarının marka hakkına tecavüz olarak kabul edilebileceği, ancak davalı yanın bu tarihten sonra davacı yan markasını kullandığı hususunun ispat edilemediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Kararı davacı vekili temyiz etmiştir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir. Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, davacı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA, aşağıda yazılı bakiye 3,70 TL temyiz ilam harcının temyiz eden davacıdan alınmasına, 13.11.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”

Anılan Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 11.HD, E. 2016/2124, K. 2017/6124, T. 13.11.2017, <https://lib.kazanci.com.tr> (E.T. 08.08.2022).

franchise veren olarak, markasını kendi malvarlığı unsurları arasında tutmaya devam ederken; bunun franchise alan tarafından kullanımını da kontrol etme yetkisini elinde bulundurur.

Franchising sistemi de, markanın devrinde olduğu gibi, marka hakkından iktisadi olarak faydalanma araçlarından biri olmakla birlikte; burada markanın devrinden farklı olarak, markanın söz konusu pazarda karşılaşılabileceği riskler, franchising veren ile franchising alan arasında paylaştırılmış olur²⁵⁵. Franchising alan, markayı devralandan farklı olarak, markayı mevcut işletme konsepti içerisinde marka sahibi adına kullanarak, markanın da bulunduğu bu konseptte entegre olmuş olur.

B. Leasing Sözleşmesi ile Karşılaştırılması

Leasing sözleşmesi, 1970'li yıllardan bu yana, birçok ticari malın kiralanmasında kullanılan atipik bir kira sözleşmesidir²⁵⁶. Leasing ilişkisi çok sayıda farklı sözleşmeyi bünyesinde barındırır. Bu ilişkide distribütör yani leasing konusu şeyin üreticisi ya da satıcısı ile leasing veren, leasing alanın kullanabileceği leasing konusu eşyalarla ilgili bir satış sözleşmesi akdeder. Leasing verenle leasing alan arasında ise, ivazlı bir kullanım ilişkisini barındıran asıl bir leasing sözleşmesi yapılır. Bu sözleşme, leasing ilişkisinden doğan garanti talepleri bakımından leasing verenin bir feragatini içerir. Aynı zamanda, leasing veren bununla, satıcıya karşı sahip olduğu garanti taleplerini leasing alana devrederken; bunun karşılığında leasing bedeli ödenir. Malların bakımı, kusuru, kaybolması veya hasar görmesi riski ve sorumluluğu ise, tek başına leasing alana ait olur²⁵⁷.

²⁵⁵ **Dauner-Lieb/Langen**, Anhang III zu §§ 535-580a: Franchiserecht Rn. 2.

²⁵⁶ **Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert/Hau, Wolfgang/Poseck, Roman**, Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar Band 2 §§ 481-704 AGG, Verlag C.H.BECK, München 2019, §535 Rn. 64.

²⁵⁷ **Bamberger/Roth/Hau/Poseck**, §535 Rn. 65.

Leasing ilişkisi çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilir. Finansman leasingi ve operasyonel leasing iki temel leasing çeşididir. Finansman leasingi ise, leasingin en sık karşılaşılan tipidir. Finansal leasing sözleşmelerinde, nesnelerin orta ya da uzun vadede kullanılması amaçlanır. Burada şeyin kullanımı, sıklıkla uzun bir temel kira süresi boyunca ve genellikle sürenin uzatılmasına ya da şeylerin satımına ilişkin bir opsiyonla leasing alana devredilir. Finansman leasingi hukuksal açıdan, distribütör-leasing alan-leasing veren arasındaki üçlü ilişki, şey ve bedele ilişkin riskin leasing alana devredilmesi ve kira hukuku garantisinin satım hukuku garantisiyle değiştirilmesi ile karakterize edilir²⁵⁸. Finansman leasinginde, leasing alan, öncelikle leasing konusu şeyin distribütörü ile temasa geçerek kendi istek, fikir ve ihtiyaçlarına uygun olarak leasing konusunu seçer; söz konusu şeyin satın alınmasına ilişkin görüşmeleri tamamlayıncaya kadar süreci yürütür, fakat söz konusu satım sözleşmesini bizzat kendisi akdetmez. Yatırım kararının teknik ve ticari bakımdan somutlaştırılmasından sonra leasing veren devreye girer. Leasing veren, birisi, leasing alanla leasing konusu şeyin sürekli olarak ödenecek bir bedel karşılığında, belirli bir süre boyunca kullanmasına yönelik leasing sözleşmesi; diğeri, distribütör ile leasing konusu şeyin satışına ilişkin bir satım sözleşmesi olmak üzere iki sözleşme akdeder²⁵⁹.

Türk hukukunda leasing ilişkisine ilişkin hukuki düzenlemeler, 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu kapsamında yer almaktadır. Söz konusu Kanun’la finansal kiralama adı altında düzenlenen leasing sözleşmesi; *“kiralayanın, kiracının talebi ve seçimi üzerine üçüncü bir kişiden veya bizzat kiracıdan satın aldığı veya başka suretle temin ettiği veya daha önce mülkiyetine geçirmiş bulunduğu bir malın zilyetliğini, her türlü faydayı sağlamak üzere kira bedeli karşılığında, kiracıya bırakmasını öngören sözleşme”* olarak tanımlanmıştır (6361 s. K. m. 18). Yine anılan

²⁵⁸ **Bamberger/Roth/Hau/Poseck**, §535 Rn. 68.

²⁵⁹ **Westermann/Grunewald/Maier-Reimer, Erman**, in: BGB, §535 Rn. 2.

Kanun'da finansal kiralama sözleşmelerinin konusunu, taşınır ve taşınmaz malların oluşturabileceği, bilgisayar yazılımlarının çoğaltılmış nüshaları haricinde fikri ve sınai hakların bu sözleşmenin konusunu teşkil edemeyeceği düzenlenmiştir (6361 s. K. m. 19/f.1). Bu bakımdan Türk hukukunda, marka hakkının finansal kiralama sözleşmelerine konu olması anılan Kanun hükmü gereğince mümkün değildir. Alman hukukunda ise, markanın gerek finansman leasinginin gerek operasyonel leasingin konusunu oluşturabileceği ifade edilmektedir²⁶⁰.

Leasing'in bir başka türü olan operasyonel leasing sözleşmesinde, yatırım mallarının, istenilen herhangi bir zamanda fesih hakkı saklı olmak koşuluyla, belirli ya da belirsiz süreli olarak bir ivaz karşılığında leasing alana bırakılması söz konusudur. Süre; ya sadece kısa bir kira müddeti olarak belirlenir ya da sözleşme her zaman fesih hakkı saklı kalmak koşuluyla belirsiz süreli olarak akdedilir²⁶¹. Burada leasing veren, leasing konusu şeyin kullanımını, birden fazla kez çeşitli leasing alanlara devrederek tam bir amortisman elde etmek ister. Burada finansman leasingine özgü tipik finansman fonksiyonu ve üçlü ilişki gibi bazı özellikler eksiktir. Finansman, amortisman ve yatırım riski, leasing veren üzerindedir. Operasyonel leasing, finansman leasinginden farklı olarak, leasing verenin tüm masraflarının ilk kullanıcı tarafından amorti edilmesine yönelmez; leasing veren, tam olarak ilk kullanıcının özel ihtiyaçlarına yönelmiş olmayan nesneyi, ilk sözleşmenin sona ermesinden sonra başka leasing alanlara devrederek kullandığı fonların amortismanını amaçlar²⁶². Leasingin bu formu,

²⁶⁰ **Fezer**, §27 Rn. 77.

²⁶¹ **Westermann/Grunewald/Maier-Reimer, Erman**, in: BGB, §535 Rn. 9.

²⁶² **Westermann/Grunewald/Maier-Reimer, Erman**, in: BGB, §535 Rn. 9.

leasing verenin, leasing konusu şeye ne kadar süre için ihtiyacı olacağını ve bu şeyi gerçekten edinmek isteyip istemediğini bilmediği durumlar için uygundur²⁶³.

Operasyonel leasing, 6361 sayılı Kanun'da faaliyet kiralaması adı altında, finansal kiralama dışında kalan kiralama olarak tarif edilmiş (m.3/f.1-b) ve finansal kiralama şirketlerince yapılan faaliyet kiralaması işlemleri hakkında bu Kanun'un finansal kiralama işlemlerine ilişkin hükümlerinin uygulanmayacağı öngörülmüştür (6361 s. K. m.2/f.3). Bu bakımdan Türk hukukunda operasyonel leasing yani faaliyet kiralaması bakımından genel hükümler caridir. Tipik anlamda kira sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu'nun 299 vd. maddelerinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Leasing sözleşmeleri de kira sözleşmelerinin atipik bir türü olarak, TBK'daki kira sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanabileceği bir sözleşmedir. TBK m. 357'de ürün kirası; *"kiraya verenin, kiracıya, ürün veren bir şeyin veya hakkın kullanılmasını ve ürünlerin devşirilmesini bedel karşılığında bırakmayı üstlendiği sözleşme"* olarak tanımlanmıştır. Buna göre, taşınmaz ve taşınırlardan başka ürün veren bir şeyin ve bir hakkın kullanılmasının bu sözleşmenin konusunu oluşturabileceği kabul edilmektedir. Burada marka hakkının leasing sözleşmelerinin konusunu oluşturup oluşturamayacağı incelemesi yapılırken, 6361 sayılı Kanun'daki açık hükümden hareketle, markanın leasingin bir türü olan finansal kiralama sözleşmelerine konu olamayacağı ifade edilmişti. Peki faaliyet kiralaması kapsamında marka hakkı, leasingin konusunu oluşturabilecek midir? TBK'da yer alan ürün kirasına dair hükümler, daha ziyade fiziki varlığı haiz işletmeler ve tarımsal gayrimenkuller için öngörülmüş bulunmaktadır²⁶⁴. Yine adi kira

²⁶³ **Bamberger/Roth/Hau/Poseck**, §535 Rn. 69.

²⁶⁴ **Arbek, Ömer**, Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s. 91; **Arslanlı, Halil**, Fikri Hukuk Dersleri II, Fikir ve Sanat Eserleri, İstanbul 1954, s. 176; **Oktay Özdemir, Saibe**, Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet

sözleşmelerinin konusunu da, ancak maddi varlığı olan menkul veya gayrimenkul mallar oluşturmaktadır²⁶⁵. Bu bakımdan Türk hukukunda leasing sözleşmesinin ancak maddi varlığı olan nesnelere ilişkin olarak düzenlenebileceği, marka hakkı gibi fikri-sınai hakların bu sözleşmelerin konusunu oluşturamayacağı kabul edilmelidir. Leasing ilişkisi kapsamında marka hakkının kullandırılması da amaçlanıyorsa, burada artık bir kira sözleşmesinden değil markanın kullanımına ilişkin ayrı bir lisans sözleşmesinin varlığından bahsetmek gerekir.

Leasing sözleşmeleri, marka hakkını konu edinsin ya da edinmesin, bu sözleşmeler marka sahipliğinde doğrudan değişiklik meydana getiren marka devir sözleşmelerinden farklılık arz eder. Leasing sözleşmesi sürekli bir borç ilişkisi doğurur ve sözleşme konusu şeyin belirli bir süre ile kısıtlı ya da süresiz olarak kullanımını konu edinir. Süre sonunda satım opsiyonu içerse dahi, burada sözleşme süresince karşı tarafa tanınan hak, sadece kullanıma ilişkindir.

§ 8. MARKANIN SERBESTÇE DEVREDİLEBİLİRLİĞİNİN SINIRLARI

I. GENEL OLARAK

Marka hukukuna egemen olan ayrılık ilkesi uyarınca marka hakkı, içerisinde bulunduğu işletmeden ayrı bir malvarlığı unsuru olarak devrin konusunu oluşturabilir. Yani markanın ticari işletme ile birlikte ya da söz konusu ticari işletmeden ayrı olarak devredilebilmesi önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Aynı şekilde birden fazla marka hakkına sahip marka sahibinin bu markalarından bir ya da birkaçını ya da mevcut bir

Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, İstanbul 2002, s. 56; **Ortan**, **Ali Necip**, Patent Lisansı Sözleşmesi, Ankara 1979, s. 25; **Tandoğan**, s. 64.

²⁶⁵ Alman hukukunda da, kira sözleşmesinin konusunu sadece maddi varlığı olan şeylerin oluşturabileceği ve bu nedenle de marka hakkının BGB kapsamında kira sözleşmesinin konusunu oluşturamayacağına ilişkin benzer açıklamalar için bkz. **Lewalter**, s. 36.

marka hakkını, tescilli olduğu mal veya hizmetlerden bazılarına mahsus olarak devretmesi de olanaklıdır.

Bu noktada, markanın serbestçe devrinin kabul edilebilirliğinin tüm olası durumlar için, herhangi bir kısıtlama olmaksızın, geçerli olup olmadığı veya özel durumlarda markanın devrine izin verilmemesi için haklı sebeplerin var olup olmadığı sorusu ortaya çıkmaktadır.

Bazı durumlarda, marka hakkının devredilmesine çeşitli açılardan kanuni sınırlandırmalar getirilebilir. Bu sınırlandırmalar; ticaret hayatının gerekleri, marka hukukuna egemen ilkeler ve rekabetin korunması gibi bazı amaçlara hizmet eder. Zira halihazırda kullanılmakta olan markaların devri, özellikle de ticari işletmeden bağımsız olarak gerçekleştirilen devirler, kamuoyunda yani tüketiciler nezdinde bir yanılgıya ve ticari dolaşımda kafa karışıklığına yol açabileceği gibi, bazen bu devir, yasal bir sınırlandırmanın ya da yasağın ihlaline de neden olabilir²⁶⁶.

II. MARKA HUKUKUNDAN DOĞAN SINIRLAR

Marka hukukuna egemen ülkesellik prensibi gereğince marka hakkı, hangi ülke tarafından tanınmışsa, o ülke sınırları içerisinde bir hukuki koruma sağlar²⁶⁷. Yani marka

²⁶⁶ Ströbele/Hacker/Thiering, §27 Rn. 56.

²⁶⁷ “...Öte yandan somut olaya uygulanacak olan 556 Sayılı KHK ve fikri mülkiyet haklarının korunmasında hakim olan bir diğer ilke ise **ülkesellik prensibidir**. Buna göre, **tescilli marka sadece tescilli olduğu ülkede koruma altında bulunmakta** olup her ne kadar **davacının yurtdışında tescilli markaları** davalının Türkiye’de tescilli markasıyla aynı ibare ve aynı sınıf hizmetleri taşısa da “markaların ülkeselliği” ilkesi gereği davalının dava konusu markayı **Türkiye’de tescil ettirmesine engel değildir**. Davalının dava konusu markayı tescilde yukarıda anılan ve kötünियetli tescil konusunda karine olabilecek davranışlarda bulunduğu dair dosya kapsamında bir belirleme de yapılamadığına göre davalının 556 Sayılı KHK’nın

hakkı, sahibine tescilli olduğu ülke sınırları içinde geçerli olan mutlak nitelikte münhasır bir hak bahşeder.

Marka hakkının kısmi olarak devrine kural olarak izin verilmektedir. Fakat kısmi devir, ancak markanın kullanılmakta ya da tescilli olduğu mal veya hizmetlerden bazılarına mahsus olarak gerçekleştirilmektedir. Özellikle marka hakkının coğrafi bakımdan sınırlandırılarak devri olanaklı görülmemektedir. Bu bakımdan marka hakkının serbestçe devredilebilmesi konusundaki ilk sınırlamanın markanın coğrafi bakımdan bölünmesine yönelik olduğu söylenebilir.

Marka hakkı serbestçe devredilebilmekle birlikte, ancak tescilli bulunduğu ülkenin tamamını kapsayacak şekilde devredilebilir; marka hakkının ülke sınırları içerisinde belirli bir bölge ile mukayyet olarak devri olanaklı değildir. Yine birlik markaları bakımından da devrin bölgesel olarak sınırlandırılarak gerçekleştirilmesi olanaklı değildir. Söz konusu marka, Avrupa Birliği kapsamında birlik markası olarak tescil edilmiş ise, tescilin etkisi tüm bölgeyi kapsayacak nitelikte olduğu gibi, devrin de ancak tüm bölge düzeyinde etkili olacak şekilde gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Marka hukukuna egemen bir diğer ilke olan marka sahibinin tekliği ilkesi gereğince; bir marka ile aynı ya da ayırt edilemeyecek kadar benzer bir işaret, aynı veya aynı tür mal

35. maddesi uyarınca kötüniyetli marka başvurusunda bulunduğu bahisle markanın hükümsüzlüğüne karar verilmiş olması doğru olmamış ve bu nedenle Bölge Adliye Mahkemesi kararının bozulmasına karar vermek gerekmiştir.” Markaların ülkeselliği prensibinin Türk hukuk uygulamasındaki örneklerinden biri olarak değerlendirilebilecek söz konusu karar için bkz. Yargıtay 11.HD, E. 2020/1842, K. 2021/1878, T. 02.03.2021, <https://lib.kazanci.com.tr> (E.T. 08.08.2022); benzer nitelikte bir başka Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 11.HD, E. 2020/1773, K. 2021/1964, T. 03.03.2021, <https://lib.kazanci.com.tr> (E.T. 08.08.2022).

veya hizmetler bakımından bir başkası tarafından kendi adına tescil edilemez. 556 sayılı KHK’da marka sahibinin tekliği ilkesinin devir sözleşmelerindeki yansıması olarak kabul edilebilecek *“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 şarttır.”* düzenlemesinin 13.05.2015 ve 2015/46 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı ile temel haklardan olan marka hakkının KHK ile düzenlenemeyeceği gerekçesiyle Anayasa’nın 91. maddesine aykırılıktan iptal edildiği ve KHK m.16/f.5’teki bu hükmün bir benzerinin de SMK’ya alınmadığı yukarıda ifade edilmişti. Yani artık marka sahibinin, devrin konusunu oluşturan marka ile aynı ya da ayırt edilemeyecek kadar benzer başka marka ya da markalara, aynı veya halkı yanılgıya düşürecek derecede benzeri mallar veya hizmetler bakımından sahip olması durumunda, bu markaların da devrin kapsamına alınması zorunluluğuna ilişkin bir hüküm Kanun’da yer almamaktadır.

SMK. m. 5/f. 1-ç’de mutlak ret nedenleri arasında düzenlenen; *“Aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetlerle ilgili olarak tescil edilmiş ya da daha önceki tarihte tescil başvurusu yapılmış marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer işaretler”* in marka olarak tescil edilemeyeceğine ilişkin hüküm ise caridir. Her ne kadar SMK’da, 556 sayılı KHK’dan farklı olarak markanın kısmi devrinde benzer markaların da bu devir kapsamında tutulması yükümlülüğü kalkmış olsa da, bahsi geçen SMK. m. 5/f. 1-ç hükmüne dayanılarak, benzer markaları kapsamına almayan kısmi devirlerin önüne geçilebilir. Zira bu durum, devralanın yanı sıra marka sahibinin de, devrettiği markanın benzerini veya benzer mal veya hizmetler bakımından aynısını kullanmasına, bu da marka sahibinin tekliği ilkesinin ihlaline yol açar. Fakat SMK. m. 5/f. 3 gereğince; marka sahibi markası ile aynı veya benzer bir işaretin, aynı ya da benzer mal veya hizmetlerde kullanılmasına yönelik bir marka başvurusunun tesciline, noter onaylı bir belge ile açıkça muvafakat ederse, mevcut marka

başvurusu bu sebeple yani SMK. m. 5/f. 1-ç sebebiyle reddedilemez. Markanın kısmi devrinde benzer markalar bakımından söz konusu olabilecek bu sınırlamanın, marka sahibinin tekliği ilkesinin istisnası niteliğinde kabul edilebilecek muvafakat kurumunun işletilmesi suretiyle aşılması ise olanaklıdır. Yani marka sahibi devrettiği markanın aynısını ya da benzerini, devralanın muvafakati ile kendisi de kullanmaya devam edebileceği gibi, markanın aynısının ya da benzerinin, üçüncü bir kişi adına tesciline de izin verebilir. Fakat artık burada niteliği itibarıyla markanın belirli mal veya hizmetlere mahsus olarak kısmi devri değil, aynı markanın marka sahibinin muvafakati ile birden fazla kişi tarafından kullanılması söz konusu olur. Zira kısmi devirde, marka sadece belirli mal veya hizmetlere mahsus olarak üçüncü kişi tarafından, diğer mal veya hizmetler açısından ise, devreden marka sahibi tarafından kullanılır; burada devreden, devrin kapsamında olan mal veya hizmet sınıfları bakımından markayı kullanma hakkını kaybeder. Muvafakat kurumu ise, temelde markanın aynı ya da benzer mal ve hizmetler açısından birden fazla kişi tarafından birlikte kullanılmasını hedefler. Burada artık marka sahibi de, marka sahibinin muvafakati ile aynı markayı adına tescil ettiren üçüncü kişi de söz konusu mal veya hizmetler bakımından marka sahipliği sıfatına ve markayı kullanma yetkisine sahip olur.

Mülga 556 sayılı KHK m.16/f.3'te *“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 işlemi Enstitü tarafından yapılmaz.”* hükmü yer almaktaydı. Söz konusu düzenleme gereğince; marka devri, mal veya hizmetlerin coğrafi kökeni, niteliği veya markanın kendisi ile ilgili kamuoyunu yanılgıya düşürebilecek nitelikte ise ve markanın yeni sahibi devrin bu yanılgıyı ortadan kaldıracak şekilde sınırlandırılmasını kabul etmezse, tescilin Kurum tarafından yapılamayacağı öngörülmüştü. Böyle bir yanılgı doğurma ihtimalinin bulunması durumunda, Kurum, yeni

marka sahibinden devrin sınırlandırılmasını talep edebilecek ve bu sınırlandırma talebi karşılanmazsa tescilden kaçınabilecekti.

6769 sayılı SMK'da ise, TürkPatent'e, marka devir sözleşmesine ilişkin olarak sınırlayıcı nitelikteki bu yetki doğrudan verilmemiştir. Fakat SMK. m. 5/f. 1-f gereğince; mal veya hizmetin niteliği, kalitesi veya coğrafi kaynağı gibi konularda halkı yanıltacak işaretler mutlak ret nedenleri arasında yer almakta ve TürkPatent'e bu nitelikteki işaretlerin genel anlamda marka olarak tescilinden kaçınma görevi yüklenmiş bulunmaktadır. Her ne kadar SMK'da, markanın devrine ilişkin olarak, 556 sayılı KHK m.16/f.3'teki gibi özel bir hüküm yer almasa da, bu tescilin, markanın devri sonucunda devralan adına yapılacak yeni bir marka tescili niteliği taşımasından dolayı, mutlak ret nedenleri bakımından uygunluğu denetlenecektir. Devralan adına tescil edilecek işaret, mutlak ret nedenleri arasında sayılan mal veya hizmetin niteliği, kalitesi veya coğrafi kaynağı gibi konularda halkı yanıltacak nitelikte ise, Kurum buna dayanarak devrin tescilinden kaçınmalıdır. Burada önceki düzenlemeden farklı olarak, Kurum'un, devralana karşı, markanın devrinin sınırlandırılmasına ilişkin bir talep yöneltme yetkisi bulunmamaktadır. Söz konusu tescil başvurusu, Kurum tarafından mutlak ret nedenleri açısından değerlendirilir ve yapılan inceleme sonucunda, başvurunun, başvuru kapsamındaki mal veya hizmetlerin bir kısmı ya da tamamı için tescil edilemeyeceği sonucuna varılırsa, başvuru bu mal veya hizmetler bakımından reddedilir (SMK. m. 16/f. 1).

Markanın serbestçe devredilebilirliğinin marka hukukundan doğan bir diğer sınırı da, marka hakkının birden fazla sahibi olması halinde, paydaşlardan birinin payını üçüncü bir kişiye devretmesi durumunda, diğer paydaşlara getirilen yasal ön alım hakkıdır. SMK m.148/f.3 gereğince; *“Sınai mülkiyet hakkının **birden fazla sahibi olması** durumunda sahiplerden birinin kendisine düşen payı tamamen veya kısmen **üçüncü kişiye satması** hâlinde, **diğer paydaşların ön alım hakkı vardır.**”* Sınai Mülkiyet Kanunu'nda düzenlenen bu

yasal ön alım hakkı, niteliği itibariyle, marka üzerindeki hak sahipliği bakımından getirilen kanundan doğan bir tasarruf yetkisi kısıtlamasıdır. Fakat bu, marka sahibinin tasarruf yetkisi üzerindeki doğrudan doğruya bir kısıtlama değildir; tasarruf yetkisi ancak ön alım hakkının kullanılması halinde kısıtlanmaktadır²⁶⁸. Bu hak, doğrudan kanundan doğmaktadır ve hakkın kullanılmasıyla birlikte, marka üzerindeki payını üçüncü bir kişiye devreden paydaşa, söz konusu payı, ön alım hakkını kullanan paydaşa devretme yükümlülüğü getirilir. Dolayısıyla, markanın serbestçe devredilebilirliği önündeki bir engel de, kanundan doğan bu ön alım hakkıdır. Bu hak ile kendisine ait payı devretmek isteyen paydaşın, bu payı üçüncü bir kişiye devretmesi kanun gereğince engellenmiştir. Burada her ne kadar, marka hakkının satımından bahsedilse de, ön alım hakkının kullanılması bakımından esas olan, markanın satımı değil herhangi bir şekilde ivazlı olarak devridir. Bu nedenle Kanun'daki açık ifadeye rağmen, yasal ön alım hakkının varlığı, markanın sadece satış amacıyla devrinde değil, herhangi bir şekilde karşılık alınmak suretiyle devrini amaçlayan yani ekonomik bakımdan satışa eşdeğer diğer işlemler bakımından da kabul edilmelidir²⁶⁹.

III. İCRA VE İFLAS HUKUKUNDAN DOĞAN SINIRLAR

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu m.44/f.1 gereğince; ticareti terk eden tacir on beş gün içinde bu durumu kayıtlı bulunduğu ticaret siciline bildirmek ve bütün aktif ve pasifleri ile birlikte alacaklılarının isimlerini ve adreslerini gösteren bir mal beyanında bulunmakla yükümlüdür. Bu durum ticaret sicili memurluğu tarafından ticaret sicili ilanlarının yayımlandığı gazetede ve alacaklıların bulunduğu yerlerde de alışagelmiş ve uygun vasıtalarla ilan edilir. İlan masraflarını ödemeyen tacir söz konusu beyanda bulunmamış sayılır. İlan

²⁶⁸ **Eren, Fikret**, Türk Medeni Kanunu'na Göre Yasal Önalım Hakkı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XII, Y. 2008, S. 1-2, s. 105-106.

²⁶⁹ **Erkan/Özden Merhacı**, s. 77, 82.

tarihinden itibaren bir yıl içerisinde, ticareti terk eden tacir hakkında iflas yolu ile takip yapılabilir (İİK. m. 44/f. 2).

Anılan maddenin 4. fıkrasına göre; mal beyanını alan merci, bu durumu tapu veya gemi sicil daireleri ile TürkPatent'e bildirir. Bu bildiri üzerine ilgili kurumlarca tutulan sicillere, temlik hakkının iki ay süre ile tahdit edilmiş bulunduğu şerhi verilir. Böylece ticareti terk eden tacir, mal beyanının tevdi tarihinden itibaren iki ay süreyle haczi kabil malları üzerinde tasarruf edemez (İİK. m. 44/f. 3). Üçüncü kişilerin zilyetlik ve tapu sicili hükümlerine dayanarak iyi niyetle elde ettiği haklar saklı olmakla birlikte, karı ve koca ile altsoy-üstsoy, ikinci dereceye kadar (bu derece dahil) kan ve kayın hısımları ve evlat edinenle evlatlık arasındaki iktisaplarda iyi niyet iddiasında bulunulamaz (İİK. m. 44/f. 4).

Ticareti terk eden tacirin bulunduğu mal beyanındaki unsurlar arasında marka hakkı da söz konusu olabilir. Bu durumda içerisinde marka hakkını da barındıran mal beyanını alan TürkPatent, kendisi tarafından tutulan marka siciline söz konusu markaya ilişkin devir yasağı şerhi koyar. Devir yasağı, söz konusu mal beyanının tevdi edildiği tarihten itibaren iki ay süre ile geçerlidir. Bu süre zarfında, ticareti terk eden tacir, söz konusu marka hakkını, üçüncü bir kişiye devredemez.

İİK m.337/a gereğince; yukarıda anılan 44. maddeye göre mal beyanında bulunmayan veya eksik bulunan yahut aktifinde yer almış malı veya yerine kaim olan değerini haciz veya iflas sırasında göstermeyen veya beyanından sonra bu malları üzerinde tasarruf eden borçlu, bundan zarar gören alacaklının şikâyeti üzerine, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu fiillerin işlenmesinden alacaklının zarar görmediğini ispat eden borçluya ise, ceza verilmez.

Markanın serbestçe devredilebilirliğine ilişkin icra ve iflas hukukundan kaynaklanan bir diğer sınırlama, iflasa ilişkindir. Müflisin, iflas masasına dahil malvarlığı unsurları üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlanır. İflasın açıldığı zamanda, müflisin haczi kabil bütün

malları hangi yerde bulunursa bulunsun bir masa teşkil eder ve alacakların ödenmesine tahsis edilir; iflasın kapanmasına kadar müflisin uhdesine geçen mallar da masaya dahil edilir (İİK m.184/f.1).

İflası durumunda, marka sahibinin iflas masasına dahil marka hakkı üzerindeki tasarruf yetkisi de sınırlandırılmış olur. Marka sahibi, iflas masasına dahil olan marka hakkı üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamaz. İİK m.191/f.1 gereğince; borçlunun yani müflisin iflas açıldıktan sonra iflas masasına dahil mallar üzerindeki her türlü tasarrufu alacaklılara karşı hükümsüzdür. Yani müflis tarafından gerçekleştirilen tasarruf işlemleri, iflas masasına karşı herhangi bir hüküm ifade etmezken, taraflar arasında bağlayıcı nitelik taşır. Özellikle iflasın kaldırılmasından sonra, müflisin üçüncü kişi ile gerçekleştirdiği bu tasarruf tarafları bağlamaktadır ve taraflarca söz konusu tasarrufun hükümsüzlüğü ileri sürülemez. Bu bakımdan iflas masasına dahil marka hakkının, devir sözleşmesine konu edilmesi halinde, bu işlemin iflas masasına karşı hükümsüz olduğu kabul edilir. Fakat söz konusu devir sözleşmesi, taraflar arasında bağlayıcı nitelik taşır.

IV. TİCARET HUKUKUNDAN DOĞAN SINIRLAR

Markanın konusunu oluşturabileceği hukuki işlemlerden bir tanesinin de rehin sözleşmesi olduğu yukarıda ifade edilmişti. Marka, üzerinde rehin hakkı tesis edilmiş olsa dahi devrin konusunu oluşturabilir; bu durumda markanın rehinle kayıtlı olarak devredilmiş olduğu kabul edilir. Yani rehin hakkı tesisi, kural olarak markanın devri önünde bir engel teşkil etmez.

Markanın malvarlığı unsurları arasında bulunduğu ticari işletmenin bir bütün olarak rehnedilmesi halinde, marka hakkı da rehnedilmiş kabul edilir (TİTRK m.5/f.1,2). Taraflar markanın ticari işletmenin rehni kapsamı dışında kalmasını istiyorlarsa, bunu açıkça sözleşmede kararlaştırmış olmalıdır.

Ticari işletmenin rehninde rehin hakkı, rehin sözleşmesinin Rehinli Taşınır Sicili'ne tescil edilmesiyle kurulur (TİTRK m.4/f.1). Bu tescille birlikte rehin hakkının üçüncü kişilere karşı hüküm ifade edeceği de kabul edilmiştir (TİTRK m.9/f.1). Rehin sözleşmesi, elektronik ortamda ya da yazılı olarak düzenlenebilmekle birlikte elektronik ortamda düzenlenen rehin sözleşmesinin sicile tescil edilebilmesi için sözleşmenin güvenli elektronik imza ile onaylanması zorunlu tutulmuştur. Ayrıca yazılı olarak düzenlenen rehin sözleşmesinin sicile tescil edilebilmesi için taraf imzalarının noterlikçe onaylanması veya sözleşmenin sicil yetkilisinin huzurunda imzalanması gereklidir (TİTRK m.4/f.2,3,4).

Ticari işletme ve esnaf işletmesinin tamamı üzerinde rehin kurulması hâlinde, rehnin kuruluşu anında işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş olan her türlü varlık, bir işletmenin belirli bir taşınır varlık grubunun bir bütün olarak rehnedilmesi hâlinde ise bu gruba dahil varlıkların tamamı rehnedilmiş sayılır ve bu varlıkların rehni diğer kanunlarca bir sicile tescilini gerektiriyorsa bu rehin ilgili sicillere bildirilir (TİTRK m.5/f.2). Ayrıca rehin veren, rehinli taşınır varlığın devrini de sicile tescil ettirmekle yükümlüdür (TİTRK m.12/f.6). Söz konusu taşınırın rehinli olduğunu bilmeyen veya bilmesi gerekmeyen iyiniyetli üçüncü kişinin iyiniyeti ise korunur (TİTRK m.7/f.3).

6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu ile birlikte, 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır. 1.1.2017 tarihinden önce yürürlükte olan Ticari İşletme Rehni Kanunu'nda alacaklıların bu kanundan doğan rehin haklarının, ticari işletmeyi devralan herkese karşı ileri sürülebileceği; fakat rehinden haberdar olmaksızın ticari işletmenin sicil bölgesi dışındaki münferit unsurlar üzerinde mülkiyet hakkı veya diğer bir aynı hak iktisap eden iyiniyetli üçüncü kişilerin haklarının korunacağı düzenlenmekteydi (TİTRK m.9/f.1,2).

Ticari işletme sahibi, işletmenin normal faaliyette bulunabilmesi için gerekli her türlü muameleyi yapmak yetkisini haizken; ticari işletmeyi veya rehne dahil münferit unsurları

devretmek, bir aynı hakla sınırlamak, başka bir mahalle nakletmek veya başkaları ile değiştirmek için alacaklının muvafakatini almak zorundaydı (TİRK m.10/f.1-2). Ticari işletme sahibi, işletmesini veya rehne dahil münferit unsurları alacaklının muvafakati olmaksızın başkalarıyla değiştirir veya temlik, aynı bir hakla takyit veya alacaklıyı ızzar kastıyla tahrip veya imha ederse bu yüzden alacağını tamamen veya kısmen tahsil edemeyen alacaklının şikâyeti üzerine uğranılan zararın miktarı nazara alınmak suretiyle bir yıldan beş yıla kadar hapis ve yüz günden aşağı olmamak üzere adlî para cezası ile cezalandırılırdı (TİRK m.12/f.1). 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nda, TİRK'te yer alan devir için rehin alacaklısının muvafakatini alma zorunluluğuna yer verilmemiş, sadece söz konusu devrin sicile bildirilmesi yükümlülüğü öngörülmüştür. Bunun yaptırımı olarak da, yani rehin veren veya taşınırı rehin yüklü olarak devralanın, rehinli taşınır varlığın devrini sicile tescil ettirmemesi hali için, alacağını tamamen veya kısmen tahsil edemeyen rehin alacaklılarının şikayeti üzerine güvence altına alınan borç tutarının yarısını geçmemek üzere adli para cezasına hükmedilmesi öngörülmüştür (TİTRK m.12/f.6).

Marka hakkı ticari işletmenin bir bütün olarak rehni kapsamında rehnedilirse; bu durumda üzerinde rehin tesis edilen marka hakkının devrinde, rehin alacaklılarının rızası aranmayacak; fakat söz konusu devrin sicile bildirilmesi gerekecektir. Sicile bildirilmeyen devirler bakımından, anılan işlemin geçersizliği yaptırımı söz konusu değildir. Fakat sicile tescil edilmeyen devirden doğan haklar, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceği gibi, rehin veren rehin alacaklıların şikâyeti üzerine adli para cezası ile cezalandırılacaktır.

Sınai Mülkiyet Kanunu'nda gerek rehin sözleşmesinin gerek devir sözleşmesini marka siciline tescili, söz konusu işlem bakımından kurucu bir unsur olarak öngörülmemiş; fakat sicile tescil ettirilmeyen hukuki işlemlerden doğan hakların iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceğine hükmedilmiştir (SMK m.148/f.5). Fakat TİTRK kapsamındaki rehinler bakımından tescil, rehin sözleşmesinin kurulması açısından kurucu bir unsur olarak

öngörülmüştür. Yani ticari işletmenin bir bütün olarak rehnedilmesi ile gerçekleşen marka rehninde, söz konusu sözleşmenin geçerliliği, SMK'daki düzenlemeden ayırık olarak, tescilin varlığına bağlı tutulmuştur.

V. REKABET HUKUKUNDAN DOĞAN SINIRLAR

Markanın konu olduğu hukuki işlemler, özellikle marka devir ve lisans sözleşmeleri, ayrıca sınırlandırma anlaşmaları, piyasada tekelleşmeyi önleme ve rekabeti koruma amacına hizmet eden düzenlemelere karşı oldukça hassastır. Bunlar özellikle, bölgesel kısıtlamalar, pazarlama yolları, kalite spesifikasyonları, imtiyazlı ticari hükümler gibi düzenlemeleri içerir²⁷⁰.

Bir markanın edinimi de, piyasada bazı ticari sükelerin kartelleşmesine yani bu sükelerce pazarda hâkim durum oluşturulmasına ya da mevcut hâkim durumun güçlendirilmesine yol açabilir. Bu durum, Rekabet Kurulu'na bildirilmesi ve izin alınması gereken türde birleşme ya da devralmaların incelenmesi ile ilgili bir olgunun ortaya çıkmasına neden olabilir. Zira 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesi gereğince; *“Bir ya da birden fazla teşebbüsün başta **hâkim durum yaratılması** ya da **mevcut bir hâkim durumun güçlendirilmesi** olmak üzere ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki etkin **rekabetin önemli ölçüde azaltılması** sonucunu doğuracak şekilde **birleşmeleri** veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, **devralması hukuka aykırı ve yasaktır**. Hangi tür birleşme ve devralmaların hukuki*

²⁷⁰ **Böhm, Andreas**, Markenverträge Teil 2: Rechtlicher Rahmen, MarkenR-Zeitschrift für deutsches, europäisches und internationales Kennzeichenrecht, 23. Jahrgang, Nr. 4, Carl Heymanns Verlag, April 2021, s. 133.

*geçerlilik kazanabilmesi için **Kurula bildirilerek izin alınması** gerektiğini Kurul, çıkaracağı tebliğlerle ilan eder”*

Markanın, devredilmesi durumunun bu kapsamda değerlendirilebilmesi için, marka devrinin, piyasada aktif olarak ticari faaliyette bulunan devralanın konumunu değiştirmek için soyut olarak uygun olup olmadığına bakılması gerekir²⁷¹. Yani marka hakkının devri, teorik olarak, mevcut bir piyasada halihazırda faaliyet göstermekte olan devralanı, söz konusu mal veya hizmetler bakımından, hâkim duruma getirebilecek yahut mevcut hâkim durumunun güçlendirilmesine yol açabilecek nitelikte midir; bir diğer ifadeyle markanın devri, devralanın piyasadaki mevcut konumunu değiştirebilecek güce ve niteliğe sahip midir, sorusunun olumlu cevaplanabilmesi gerekir.

Anılan madde kapsamına giren birleşme veya devralmaların, Rekabet Kurulu’na bildirildiği tarihten itibaren Kurul’un, 15 gün içinde yapacağı ön inceleme sonucunda birleşme veya devralma işlemine izin vermesi ya da bu işlemi nihai incelemeye almaya karar verdiği takdirde, birleşme veya devralma işleminin nihai karara kadar askıda olduğunu ve uygulamaya sokulamayacağını ilgililere usulüne uygun olarak tebliğ etmesi gerekir (RKHK m.10/f.1). Kurul, süresi içinde gerçekleştirilen birleşme veya devralmaya ilişkin başvuruya herhangi bir cevap vermez ya da herhangi bir işlem yapmazsa, birleşme veya devralma anlaşmaları bildirim tarihinden 30 gün sonra yürürlüğe girerek hukuki geçerlilik kazanır (RKHK m.10/f.2). Söz konusu nitelikte yani bildirilmesi zorunlu olan birleşme ve devralmaların, Kurul’a bildirilmemesi halinde, Kurul, herhangi bir şekilde işlemden haberdar olduğunda kendiliğinden birleşme veya devralmayı incelemeye alır. Bu inceleme sonucunda, söz konusu birleşme veya devralmanın bu kapsama girmediğine karar verirse, birleşme veya devralmaya izin verir, fakat ilgililere bildirimde bulunmadıkları için para cezası uygular. Söz

²⁷¹ **Kur/v.Bomhard/Albrecht**, §27 Rn. 87.

konusu birleşme veya devralmanın bu kapsama girdiğine karar verilmesi halinde ise; para cezası ile birlikte, birleşme veya devralma işleminin sona erdirilmesine; hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmiş olan tüm fiili durumların ortadan kaldırılmasına; ele geçirilen her türlü payın veya malvarlığının eğer mümkünse eski maliklerine iadesine, bu mümkün olmadığı takdirde üçüncü kişilere temlikine; bunların eski malik veya üçüncü kişilere temlik edilmesine kadar geçen süre içinde devralan kişilerin devralınan teşebbüslerin yönetimine hiçbir şekilde katılamayacağına ve gerekli görülen diğer tedbirlerin alınmasına karar verilir (RKHK m.11/f.1).

Markanın devri, pazar paylaşımı amacıyla gerçekleştiriliyorsa, RKHK m.4 hükmünü de ihlal edebilir. Anılan hüküm gereğince, mal veya hizmet piyasalarında rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar ile uyumlu eylem ve kararlar hukuka aykırı ve yasaktır. RKHK m.4/f.1'e göre; *“Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır.”* Rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan karar ve eylemler arasında ise; *“Mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü”* hali sayılmaktadır.

Markanın devrinin pazar paylaşımı amacıyla yapılıp yapılmadığı, somut olayın tüm koşulları ve özellikle de tarafların karşılıklı olarak üstlendikleri yükümlülükler dikkate alınarak değerlendirilmelidir²⁷². Nitekim Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından 1994 yılında verilen ‘Ideal Standard’ kararında; markaların, bir pazar paylaşımı anlaşmasına bağlı olarak birbirinden bağımsız şirketler arasında devredildiği durumlarda, rekabeti kısıtlayıcı anlaşma yasağının uygulanacağı, böylece muvazaa aracı olarak kullanılan devirlerin geçersiz

²⁷² Ströbele/Hacker/Thiering, §27 Rn. 57.

olacağı, ancak rekabeti kısıtlayıcı anlaşma yasağı hükmü ve ilgili yaptırımın, her devir bakımından otomatik olarak geçerli olmayacağı, marka devrinin rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşma aracı olarak nitelendirilebilmesi için anlaşmanın bağlamının, devre bağlı yükümlülüklerin, tarafların niyetleri ve taahhüt edilen bedelin incelenmesi gerektiği ifade edilmektedir²⁷³.

VI. HAKSIZ REKABET HUKUKUNDAN DOĞAN SINIRLAR

Marka devir sözleşmelerinin konusunu, tescilli markaların oluşturabileceği gibi tescilsiz markaların da oluşturabileceği daha önce ifade edilmişti. Türk hukukunda 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'ndan doğan hukuki koruma kuralı olarak ancak tescilli markalar bakımından caridir. Tescilsiz markalar, genel hükümler, özellikle de Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen haksız rekabet hükümleri kapsamında hukuki himayeden faydalanırlar. TTK. m. 54/f. 2'de; *“Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır.”* düzenlemesi yer almaktadır. Bu bakımdan haksız rekabet, tüketiciler ile tedarikçiler veya rakiplerin birbirleri arasındaki ilişkilerinde söz konusu olan, aldatıcı veya diğer türden dürüstlük kurallarına aykırı nitelikteki davranış ve uygulamalar olarak tanımlanabilir. Bu bakımdan haksız rekabet hukuku bağlamında bir aldatma yasağından bahsedilir ve bu aldatma yasağı malların ve hizmetlerin menşesine ilişkin yanıltıcı eylem ve uygulamaları da kapsar.

²⁷³ Urteil des Gerichtshofes vom 22. Juni 1994, IHT Internationale Heiztechnik GmbH und Uwe Danzinger gegen Ideal-Standard GmbH und Wabco Standard GmbH, Rechtssache C-9/93, anılan karar için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=CELEX%3A61993CJ0009> (E.T. 11.05.2022).

Bilindiği üzere markanın, kaynak yani köken gösterme, garanti ve kalite gibi fonksiyonları söz konusudur. Markasal bir işaret, dış dünyaya malın belirli bir işletmesel temelden geldiği ve belirli nitelikleri haiz olduğu izlenimini vermeye hizmet eder. Hali hazırda tescilsiz olarak yani kullanım suretiyle elde edilen marka hakkının devri, kamuoyunda bu bakımdan bir yanılgıya ya da kafa karışıklığına sebep olabilir ve haksız rekabet hukukundan doğan bir kanuni yasağın ihlaline sebep olduğundan bahisle geçersizliği söz konusu olabilir²⁷⁴. Bu durum özellikle markanın ticari işletmeden bağımsız olarak yani markanın bağlı olduğu işletmesel faaliyetten izole edilmiş şekilde devredilmesi durumunda ortaya çıkabilir²⁷⁵. Burada markanın izole edilmiş olarak devrinin, haksız rekabet bağlamındaki aldatma yasağı kapsamında değerlendirilebilmesi için gerekli olan temel kriter, kamuoyunda söz konusu marka ile belirli bir kalite anlayışının ilişkilendirilmiş olması ve devir sonrası bu beklentiden kaynaklanan bir yanılgının meydana gelmesidir. Söz konusu marka ile işaretlenen mal veya hizmetler, belirli bir kalite kriterini hali hazırda karşılamakta ve kamuoyunda buna ilişkin bir beklenti ve güven oluşmuşsa markanın devri ile tüketicilerin kalite beklentilerinde özellikle söz konusu mal veya hizmeti üreten ya da sunan işletmesel ya da üretime ilişkin özelliklerde meydana gelen değişikliklerden dolayı bir hayal kırıklığı oluşabilecektir²⁷⁶.

Devredenin fiili kullanım suretiyle elde ettiği markanın taşıdığı standartlar, onun halefi yani devralan tarafından üretilen mallar ya da sunulan hizmetlerce karşılanmadığında, bu tür bir aldanmanın varlığı kabul edilir. Haksız rekabet kapsamında değerlendirilebilecek böyle bir durum karşısında, TTK m. 56 vd.'da yer alan hukuki ve cezai yaptırımlar devreye girer. Haksız rekabetten dolayı müşterileri, kredisi, meslekî itibarı, ticari faaliyetleri veya diğer

²⁷⁴ **Ströbele/Hacker/Thiering**, §27 Rn. 51.

²⁷⁵ **Lewalter**, s. 128-129

²⁷⁶ **Ströbele/Hacker/Thiering**, §27 Rn. 51.

ekonomik menfaatleri zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek olan kimseler ve ekonomik çıkarları zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek müşteriler, devrin haksız olup olmadığının tespitini, haksız rekabetin men'ini ve haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılmasını talep edebilir.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MARKA DEVİR SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI, TESCİLİ VE

HÜKÜMLERİ

§ 9. MARKA DEVİR SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI

I. GENEL OLARAK

Sözleşme kavramı, yalnızca özel hukuka mahsus bir kavram değildir, bu kavram aynı zamanda kamu hukukunda da görülür. Özel hukuk alanında söz konusu olan sözleşmeler, borçlandırıci nitelikte olabileceği gibi tasarruf işlemi niteliğinde de olabilir. Bu anlamda sözleşme, birden fazla kişi tarafından, özel hukuk alanında hukuki sonuç doğurmak amacıyla açıklanmış bir uzlaşdır. Bu uzlaş, bir tarafın hukuki sonuç doğurmaya yönelik önerisinin diğer tarafça kabul edilmesiyle yani iki ayrı irade açıklamasıyla meydana gelir²⁷⁷.

Genel anlamda özel hukuktan doğan sözleşmelerin kurulması ve hukuki sonuçları hakkında Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümler kısmı caridir, meğerki söz konusu sözleşmeye ilişkin özel bir hüküm bulunsun. Marka devir sözleşmesi de özel hukuktan doğan bir sözleşme türü olarak, sınai haklar üzerindeki hukuki işlemlere dair özel hükümleri ihtiva eden Sınai Mülkiyet Kanunu'na ve bu Kanun'da hüküm bulunmaması durumunda, Türk Borçlar Kanunu'nun sözleşmelere ilişkin genel hükümlerine tabidir.

Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 'Beşinci Kitap'ı, tüm sınai haklar bakımından uygulanabilecek nitelikte olan 'Ortak Hükümler' kısmına vücut verir ve Kanun'un Ortak Hükümler kısmında yer alan "Hukuki işlemler" başlıklı 148. maddesinin 1. fıkrasına göre sınai haklar gerek burada sayılan gerek Kanun'da ismen zikredilmeyen çeşitli hukuki

²⁷⁷ Schellhammer, 37. Teil Rn. 2037.

işlemlerin konusunu teşkil edebilir. Sınai Mülkiyet Kanunu kapsamında bir '*sınai mülkiyet hakkı*' olarak marka hakkının devir sözleşmesine konu olması da, burada yer alan hukuki işlemlere ilişkin özel düzenlemelere tabidir. Fakat Sınai Mülkiyet Kanunu'nda her ne kadar sınai haklara ilişkin devir sözleşmesi ismen zikredilmiş olsa da, Kanun'da söz konusu sözleşmenin unsurlarına ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilmemiştir. Burada kanun koyucunun, sınai haklar bakımından devir sözleşmesini ismen zikrederek sözleşmenin şekline ve kısmi olarak konusuna ilişkin bir düzenleme getirdiği görülmektedir. Yani SMK'da markanın konusunu teşkil edebileceği hukuki işlemlerden biri olarak markanın devri öngörülmüş olsa da, devrin nasıl gerçekleşeceğine ilişkin ayrıntılı bir düzenleme yer almamaktadır²⁷⁸. Bu bakımdan marka devir sözleşmesinin kurulması ve hükümleri incelenirken, Türk Borçlar Kanunu'nun sözleşmelerin kurulması ve hükümlerine ilişkin genel hükümlerinden geniş ölçüde yararlanılacaktır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m.1/f.1 gereğince; sözleşme, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıyla kurulur. Bu açıdan marka devir sözleşmesi, devreden ve devralan tarafın karşılıklı irade beyanlarının birbirine uygun olması ile diğer bütün sözleşmeler açısından aranan geçerlilik koşullarının varlığını gerektirir²⁷⁹. Bu açıdan marka devir sözleşmesinin geçerli bir biçimde kurulabilmesi için ayrıca, tarafların sözleşme yapma ehliyetini haiz olmaları, sözleşmenin hukuka, ahlaka ve emredici hükümlere aykırı olmaması,

²⁷⁸ Alman Marka Kanunu'nda da markanın serbestçe devredilebileceğine ilişkin bir düzenleme yer almış olsa da (MarkenG §27), devrin nasıl gerçekleşeceğine dair bir açıklık bulunmadığından bu hususta BGB hükümleri devreye girmektedir. Açıklama için bkz.

Lewalter, s. 32.

²⁷⁹ **Böhm-Einführung**, s. 99.

konusunun imkânsız olmaması ve kanunda kendisi için öngörülen şekil şartına uygun olarak akdedilmiş bulunması gerekmektedir²⁸⁰.

²⁸⁰ “Davacı vekili, 16.07.2001 tanzim 31.12.2002 vadeli iki senetten dolayı müvekkiline 5.000.00 YTL borcu bulunan davalı A... Giyim San. Tic. Ltd. Şti.'nin aleyhine yapılan icra takibini karşılıksız bırakmak amacıyla adına kayıtlı 98-4124 tescil nolu markayı 17.08.2001'de 350.00 YTL bedelle 118665 nolu markayı 13.08.2001'de 500.00 YTL bedelle, 98-4125 nolu markayı da 13.08.2001 tarihinde 250.00 YTL bedelle davalı M... Tekstil Ürün. San. ve Tic. Ltd. Şti.'ye devrettiğini, davalı şirketlerin yetkilileri ve ortaklarının aynı şahıslar olduğunu, devir bedellerinin düşük olduğunu belirterek **davalılar arasındaki marka devrine ilişkin tasarrufların iptalini talep etmiştir.** Davalı şirketler vekili; borçlu şirketin aciz halinin belgelendirilmediğini, borçlu şirkete ait aracın haczedildiğini, satışı halinde borcun tahsil edilebileceğini, borç ödeme planının davacı tarafından kabul edilmediğini, M... Tekstil Ltd. Şti.'de başka ortaklar da olduğunu, müvekkillerinin iyiniyetli olduğunu belirterek davanın reddini savunmuştur. Mahkemece iddia, savunma, toplanan delillere göre İİK'nun 278/1. maddesinde gösterilen 2 yıllık hak düşürücü süre geçtikten sonra açılan davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Dava, İİK'nun 277 ve devamı maddelerine dayalı tasarrufun iptali istemine ilişkindir. Somut olayda, borçlunun 3. kişiyle yaptığı markaların devrine ilişkin sözleşmeler İİK'nun 280. maddesinde belirtilen ticari işletmenin devri mahiyetindedir. **Aynı madde uyarınca ticari işletmenin devri halinde devralan kişi borçlunun alacaklılarını zarara sokmak kastını bildiği ve borçlunun da bu hallerde zarar vermek kastı ile hareket ettiği kabul olunur ve bu şartlarda yapılan sözleşmeler de batıl sayılmaktadır.** Yine 30.07.2003 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 4949 sayılı İİK'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 66. maddesi ile İİK'nun 280/1. maddesi değiştirilmiş ve maddede yer alan iptale ilişkin süre 2 yıldan 5 yıla çıkarılmıştır. Dosya kapsamından borçlu şirket ile diğer şirketin ortaklarının ve

II. SÖZLEŞMENİN KURUCU UNSURLARI

A. Sözleşmenin Tarafları

1. Genel Olarak

Marka devir sözleşmesi, bir tarafında devredenin diğer tarafında ise devralanın yer aldığı iki taraflı bir hukuki işlem, bu bağlamda bir sözleşmedir. Bu sözleşmeyle, markanın sahibine bahsettiği münhasır nitelikteki hak, devredenin malvarlığından çıkarak sözleşmenin diğer tarafında bulunan devralana geçer. Sözleşmenin her iki tarafını oluşturan markayı devreden ve devralanın tek bir kişiden oluşması mümkün olduğu gibi bir tarafın yahut her iki tarafın birden fazla kişiden oluşması da olanaklıdır. Bu noktada markayı devreden ve devralan kavramlarının incelenmesi önem arz etmektedir.

2. Devreden

Sınai Mülkiyet Kanunu m.7 gereğince; bu Kanun'dan doğan marka koruması tescil ile elde edilir ve tescilden doğan haklar marka sahibine aittir. Yani marka tescilinden doğan hak, münhasıran marka sahibine aittir ve marka sahibi bu hakkın kendisine tanıdığı yetkileri kullanabilir, bu yetkilerden yararlanabilir ve bunlar üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunabilir; dolayısıyla marka hakkını devretmeye yetkili kişi de, markanın sahibidir. SMK. m. 3/f. 1 gereğince; Sınai Mülkiyet Kanunu'ndan doğan hukuki korumadan gerekli şartları

temsilcilerinin aynı şahıslar ve kardeş oldukları, borçlunun durumunu ve ızzar kastını bildiği ve davalılar tarafından bunun aksi ispatlanamadığından İİK.'nun 280/1. maddesi gereğince davanın 5 yıllık hak düşürücü süre içerisinde açıldığı kabul edilerek iptal şartlarının değerlendirilmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı olduğu şekilde hüküm tesisi isabetli görülmemiştir.” Karar için bkz. Yargıtay 17. HD., E. 2007/2474, K. 2007/2410, T. 9.7.2007, <https://lib.kazanci.com.tr> (E.T. 3.8.2022).

sağlayan gerçek ve tüzel kişiler yararlanabilmektedir. Bu bakımdan marka devir sözleşmesinin devreden tarafını oluşturan marka sahibinin, gerçek ya da tüzel kişi olması mümkündür.

Marka hakkının doğumu bakımından tek yol tescil olmadığı gibi, marka sahipliği de yalnızca sicilde marka sahibi olarak görünen kişiye mahsus bir sıfat değildir. Kullanım suretiyle kazanılan ve henüz tescil edilmemiş markalar bakımından marka sahibi, bu kullanımı gerçekleştiren, yani markayı ilk kez ticari dolaşıma sokmak suretiyle tanıtan ve kendisiyle özdeşleştiren kişidir. İster tescilli ister tescilsiz bir marka hakkı söz konusu olsun; markayı devre yetkili kişi, marka hakkının sahibi gerçek ya da tüzel kişi yahut yetkili temsilcisidir²⁸¹.

²⁸¹ “Mahkemece, davacı şirketi münferiden temsile yetkili Nermin tarafından davacı şirkete ait markanın üç yıl süreyle kullanımının davalı şirkete devredilmesi, yukarıda belirtilen gerekçelerle geçerli kabul edilmiş ve yazılı şekilde hüküm kurulmuştur. Gerçekten de dosyada bulunan 07.02.1996 tarihli imza sirkülerine göre, Nermin ve Seyhan'ın, **şirket müdürü olarak şirketi dışarıya karşı en geniş şekilde temsil ve ilzama yetkili** kılındığı anlaşılmaktadır. Davalı şirkete ait ana sözleşmesinin "Temsil"e ilişkin 9. maddesinde de, şirketi müdürlerin temsil edeceği belirtilmiş, 13. maddede ise, ana sözleşmede hüküm bulunmayan hususlarda Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmiştir. Limited şirket müdürlerinin **temsil yetkisinin kapsamı**, TTK'nın 542. maddesi yollaması ile aynı Yasanın 321. maddesi ile 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. Davalı şirketin ana sözleşmesinin "Amaç ve Konu" başlığını taşıyan 3. maddesinin 1-e bendinde, şirketin amacı ile ilgili olarak marka, ihtira beratı, patent, know how lisans, royalite, ustalık ve diğer sınai mülkiyet haklarını elde etmek,

bunlar üzerinde müktesep haklar sağlamak amaçları yer almakla birlikte, maddede belirtilen hakların başlarına devri işleriyle uğraşmak, şirketin amaçları arasında sayılmamıştır. Ana sözleşme ve açıklanan yasa 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 varlığını sürdürebilmesi için hayati önemi haiz bulunduğunun belirlenmesi halinde bu kez, anılan devir yönündeki taahhüdün geçerli olabilmesi için limited şirketlerde de uygulama alanı bulunan TTK'nın 443/2. maddesi uyarınca ortaklar kurulunun bu konuda anılan maddede açıklanan çoğunlukla karar alması gerekmektedir.** Bu açıklamalar çerçevesinde somut olayın incelenmesinde, **dava konusu "Y... Nalın" markasının davacı şirketin varlığını sürdürmesinde hayati öneminin bulunduğu ve bu markanın devri konusunda ortaklar kurulunun TTK'nın 443/2. maddesinde belirtilen çoğunlukla karar almasının zorunlu olduğu açıkça anlaşılmaktadır.** Zira, her iki şirket de bu ibareyi hem işletme girişinde hem de peçete, mönü, sipariş kutusu gibi tanıtım araçlarında kullanmaktadır. Ayrıca, dosyadaki bilgi ve belgelerin incelenmesinden davacı şirketin iki ortağı arasında anlaşmazlıklar yaşandığı, ortaklardan Nermin'in, diğer ortak Seyhan'ın muvafakati olmadığı halde dava konusu markayı davalı şirkete devrettiği ve Nermin'in, davalı şirketin de münferiden temsile yetkili iki ortağından birisi olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre mahkemece, **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 devredilemeyeceği** kabul edilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması **doğru olmamıştır.**" Markanın şirket adına temsile yetkisiz bir kişi tarafından devre konu olması ve bu nedenle devrin geçersizliğine ilişkin söz konusu Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 11.HD, E. 2005/1362, K. 2006/1253, T. 13.02.2006, Karar için bkz. <https://lib.kazanci.com.tr> (E.T. 07.08.2022).

Marka devir sözleşmesinin hukuki konusunu, marka hakkı oluşturabileceği gibi mevcut marka başvurusunun da oluşturabileceği ifade edilmişti. Bu bakımdan devir sözleşmesinin hukuki konusunu marka hakkı değil de, tescile yönelik başvuru hakkı oluşturuyorsa, devreden sıfatı da markanın tesciline ilişkin başvuru sahibinde olacaktır. Yine başvuru sahibinin de gerçek ya da tüzel kişi olması olanaklıdır.

SMK m.3'ten hareketle; marka hakkını ya da markanın tesciline yönelik başvuruyu devreden gerçek ya da tüzel kişinin; Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde yerleşim yerine sahip ya da sınai ya da ticari faaliyette bulunan, Paris Sözleşmesi veya 15/4/1994 tarihli Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması hükümleri çerçevesinde başvuru hakkına sahip kişiler veya karşılıklılık ilkesi uyarınca, Türkiye Cumhuriyeti uyuğundaki kişilere sınai hak koruması sağlayan devletlerin uyuğundaki kişilerden olması gerekir.

Marka devir sözleşmesinin devreden tarafını bir ya da birden fazla kişinin oluşturması mümkündür. Örneğin, adi ortaklık şeklindeki bir işletmede, birden fazla işletme sahibi tarafından birlikte kullanılan marka hakkı, bu ortaklığı oluşturan ortakların tamamına aittir. Yine tescilli markalar bakımından, adi ortaklığın tüzel kişiliği olmadığından, bu kapsamda kullanılan markaların, marka siciline adi ortaklık adına tescili olanaklı değildir. Bu sebeple tescil ortaklığı oluşturan ortakların tamamı adına gerçekleştirilir²⁸². Miras ortaklığı bakımından da benzer durum söz konusudur. Bu gibi durumlarda, markanın devri, ortaklığı oluşturan kişilerin tamamı tarafından gerçekleştirilmelidir. Eğer birden fazla marka sahibinin, söz konusu marka üzerinde belirli oranlarda hak sahiplikleri mevcutsa, marka sahiplerinden birinin kendine düşen payı devretmek istemesi durumunda, bunu tek başına gerçekleştirmesi

²⁸² **Arkan**, Marka Hukuku C. I, s.45.

mümkündür; fakat bu durumda da, SMK'da diğer ortaklara bir önalım hakkı tanınmış bulunmaktadır.

Türk hukukunda kural olarak marka sahibinin tekliği ilkesi söz konusudur. Bu ilke gereğince; bir markanın aynı veya aynı tür hizmetler bağlamında tek bir sahibi vardır; yani söz konusu marka ile aynı ya da ayırt edilemeyecek kadar benzer bir işaretin, aynı veya aynı tür mal veya hizmetler bakımından bir başkası tarafından kendi adına tescil edilmesi olanaklı değildir. Fakat daha önce de ifade edildiği üzere, 2017 tarihli ve 6769 sayılı SMK ile Türk marka hukukunda marka sahibinin tekliği ilkesi yumuşatılmış ve SMK m.5/f.3 ile getirilen muvafakat kurumu ile, marka sahibinin, markası ile aynı veya benzer bir işaretin, aynı ya da benzer mal veya hizmetlerde kullanılmasına yönelik bir marka başvurusunun tesciline, noter onaylı bir belge ile açıkça muvafakat etmesi durumunda, mevcut marka başvurusunun bu sebeple (SMK m.5/1-ç) reddedilemeyeceği kabul edilmiştir. Yani muvafakat kurumu ile marka sahibi, markasının aynı ya da benzer mal veya hizmetler bakımından başkası adına tesciline izin verebilmektedir. Bu bağlamda bir markanın, marka sicilinde, birbirinden bağımsız olarak birden fazla gerçek ya da tüzel kişi adına tescili olanaklıdır.

Markanın birden fazla kişi adına tek bir tescilinin olması durumunda, bu kişilerin marka üzerindeki hak sahipliklerinin niteliğine göre, tek başlarına devre yetkili olup olmadıkları belirlenir. Fakat marka farklı kişiler adına birden fazla kez tescil edilmiş ise, yani muvafakat kurumunun kullanılması suretiyle aynı marka sicilde farklı kişiler adına tescil edilmişse, bu durumda, muvafakat kurumu ile markayı kullanma hakkına sahip kişinin ve marka sahibinin marka üzerindeki tasarruf yetkisine ilişkin mevzuatta açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Muvafakat ile markayı adına tescil ettiren kişinin markanın devrine yetkili olup olmadığı ya da marka sahibinin yinelenen muvafakat veya devirler bakımından tam yetkili olmaya devam edip edemeyeceği hususu, uygulamada herhangi bir tereddüte mahal vermemek adına mevzuatta açıklığa kavuşturulması gereken önemli bir husustur.

Mevcut durumda, muvafakat almak suretiyle markayı kullanma hakkını elde eden kişi de, artık marka sicilinde, marka sahibi olarak görünmekte ve bu statüye erişmektedir. Dolayısıyla bu kişinin, marka sahibi olarak, söz konusu marka hakkı üzerinde tasarrufta bulunma yetkisini haiz olduğu; muvafakat kurumu ile markasının üçüncü bir kişi adına tesciline olanak tanıyan marka sahibinin de, sonraki tasarruflar bakımından tek başına yetkili olduğu tabii olarak kabul edilmelidir. Zira her bir marka sahibinin, kendi adına tescilli marka üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunması önünde, herhangi bir yasal engel bulunmamaktadır. Fakat tarafların kendi aralarında yaptıkları bir sınırlandırma ya da birlikte var olma anlaşması (Abgrenzungs- oder Koexistenzvereinbarung) ile, marka üzerindeki tasarruflar üzerinde sınırlandırma getirmeleri de olanaklıdır. Tabi bu durumda, söz konusu anlaşma hükümleri, ancak taraflar arasında etkili sonuçlar doğurur. Üçüncü kişilerce gerçekleştirilecek hak edinimlerinde, herhangi bir marka sahibinin, üçüncü kişiler karşısında bu anlaşma hükümlerine dayanması mümkün değildir. Dolayısıyla hem muvafakat veren hem de muvafakat alan marka sahibinin, söz konusu marka hakkını devretme hususunda tam yetkili olduğunun kabul edilmesi gerekir.

Bireysel markalar bakımından durum bu olmakla birlikte garanti markası ve ortak markalar açısından da devreden kavramına bakmakta yarar bulunmaktadır. Marka sahibinin izni ve kontrolü altında çeşitli işletmeler tarafından kullanılan markalar, garanti markaları olarak adlandırılır. Bu markalar, markayı kullanan işletmelerin ortak özelliklerini, üretim usullerini, coğrafi menşelerini ve kalitesini garanti etmeye yarar. Marka sahibinin veya marka sahibine iktisaden bağlı olan işletmelerin ise, söz konusu garanti markasını, kendi mal veya hizmetlerinde kullanması yasaktır (SMK m.31/f.1-2). Garanti markaları bakımından, marka sahibinin markayı kullanma yetkisi söz konusu olmamakla birlikte, bu markaları devre yetkili kişi, markanın sahibidir. Her ne kadar garanti markalarını fiili olarak kullansalar da, kullanımı

gerçekleştiren kişilerin, söz konusu marka üzerinde tasarruf yetkisi mevcut değildir. Dolayısıyla bu kişiler, garanti markasını devredemezler.

Ortak markalar ise, üretim, ticaret ya da hizmet işletmelerinden oluşan bir grup tarafından ortak olarak kullanılan markalardır. Bunlar söz konusu gruptaki işletmelerin mal veya hizmetlerini diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırmaya yarar (SMK m.31/f.3-4). Ortak markalar da bireysel markalarda olduğu gibi marka sahipleri tarafından kullanılır. Ortak markaların devri, ancak bu markanın sahibi olan kişilerin yani ortakların tamamı tarafından gerçekleştirilebilir. Zira SMK m.32/f.3 gereğince; ortak markaların tescili ve marka hakkından vazgeçilmesi bakımından gruba dâhil işletmelerin tümünün birlikte hareket etmesi gerekir ve ortak markaların devri de ancak devrin sicile tescili ile gerçekleşebileceğinden (SMK m.148/f.7), devir bakımından da gruba dahil işletmelerin birlikte hareket etmeleri zorunludur²⁸³.

3. Devralan

Marka devir sözleşmesinin bir tarafında devreden yani marka sahibi bulunurken; sözleşmenin karşı tarafında devralan yani müstakbel marka sahibi bulunur. Devralan, marka devir sözleşmesiyle markanın sahibine tanıdığı mutlak nitelikteki marka hakkını, eski marka sahibinden iktisap etmek suretiyle markanın yeni sahibi olacak kişidir.

Marka hakkı, tasarrufi işlem niteliğindeki marka devir sözleşmesiyle birlikte, devreden malvarlığından çıkarak devralanın malvarlığına geçer ve devralan, markanın yeni sahibi olarak, söz konusu marka üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunabilir. Sınai Mülkiyet Kanunu markayı devralacak kişi hakkında özel bir hüküm ihtiva etmemektedir. Bu bakımdan SMK m.3 gereğince; Sınai Mülkiyet Kanunu'ndan doğan hukuki korumadan yararlanabilecek her gerçek veya tüzel kişi, marka devir sözleşmesinin devralan tarafını oluşturarak marka

²⁸³ **Yasaman/Altay**, s. 689.

hakkını iktisap edebilir. Yani marka tescil başvurusunda bulunmaya yetkili olan herhangi bir kişi, devralan olabilir. Devralan, burada belirtilen kriterleri karşılamıyorsa, bu durumda markanın iptali talep edilebilir²⁸⁴.

Devralanın, markayı ilk kez kullanacak bir kişi olması mümkün olduğu gibi, markanın eski sahibi ya da hali hazırda lisans sözleşmesi kapsamında markayı kullanan kişi olması da olanaklıdır.

Daha önce ifade edildiği üzere, Madrid Sistemi kapsamında uluslararası tescilli markaların devri de olanaklıdır. Uluslararası tescilli markayı devralacak kişinin, söz konusu uluslararası sicile yeni marka sahibi olarak tescil edilmesi, Madrid Protokolü m.2/f.1 kapsamında öngörülen şartları sağlamasına bağlıdır. Zira ilgili Protokol'ün; *'Bir uluslararası tescilin sahibindeki değişikliğin kayıt edilmesi'* başlıklı 9. maddesi gereğince; *"Adına uluslararası tescil mevcut olan bir kişinin ya da ilgili bir Ofisin görevi gereği, ya da ilgili bir şahsın talebi üzerine, Uluslararası Büro, bu tescilin ülkelerinde yürürlükte olduğu tür ya da bazı Akit Taraflar ile tescilde yer alan tüm ya da bazı mal ve hizmetler bakımından tescil sahibindeki değişikliği Uluslararası Sicile kaydeder, ancak yeni malikin, Madde 2(1)'e göre uluslararası başvuruda bulunmaya yetkili bir kişi olması şarttır."* Bu bakımdan uluslararası tescilli markaları devralacak kişi, ya *"...Akit Devletin bir vatandaşı olacak veya orada ikamet edecek veya söz konusu Akit Devlette gerçek ve etkin sınai veya ticari bir müessese sahibi olacak"* ya da *"...Akit Kuruluşun mensubu bulunduğu ülkede ikamet eden veya gerçek ve etkin bir sınai ya da ticari müessesenin sahibi olacaktır"*.

Markaların Uluslararası Tesciline İlişkin Madrid Anlaşması ve Bu Anlaşmaya İlişkin Protokolün Uygulanmasına Dair Yönetmelik m. 79 gereğince; *"Uluslararası tescilin mülkiyetindeki bir değişiklik kayıt talebi birden fazla devralan olduğunu gösteriyorsa ve söz*

²⁸⁴ **Curto Polo**, s. 394.

konusu devralanlardan herhangi biri, belirlenen akit taraf açısından uluslararası tescilin sahibi olmak için gerekli şartları yerine getirmiyorsa, bu değişiklik söz konusu akit taraf açısından kaydedilemez.” Yani uluslararası tescilli markayı devralan birden fazla kişinin bulunması durumunda, devralanlardan her birinin yukarıda bahsi geçen şartları taşıması gerekir. Aksi durumda devir, söz konusu akit taraf bakımından kaydedilemez.

B. Tarafların Ehliyeti

1. Fiil Ehliyeti

Markanın devri, niteliği itibariyle akdi bir işlem olması dolayısıyla, tarafların yani markayı devreden mevcut marka sahibi ile devralan müstakbel marka sahibinin fiil ehliyetine sahip olmasını gerekir. Türk Medeni Kanunu m. 10 gereğince ayırt etme gücüne sahip, ergin ve kısıtlı olmayan her kişi, fiil ehliyetine sahiptir; yani kendi fiilleriyle hak edinebilir ve borç altına girebilir (TMK m.9); dolayısıyla da marka devir sözleşmesinin devreden ya da devralan tarafını teşkil edebilir.

Ayırt etme gücüne sahip olmakla birlikte ergin olmayan ya da kısıtlı bulunan kişiler yani sınırlı ehliyetsizler bakımından, yasal temsilcinin rızası aranır (TMK m.16). Bu bakımdan sınırlı ehliyetsizlerin gerçekleştireceği marka devir sözleşmesi, ancak yasal temsilcilerinin onay ya da icazetine bağlı olarak geçerli olur.

2. Tasarruf Ehliyeti

Marka devir sözleşmesi niteliği itibariyle bir tasarruf işlemidir. Filhakika devreden bu işlem ile kendisine ait marka hakkı üzerinde doğrudan doğruya tesir edecek, söz konusu hakkı kendi malvarlığı unsurları arasından çıkararak devralanın malvarlığı unsurları arasına dahil edecek nitelikte bir işleme vücut vermektedir. Dolayısıyla, markayı devreden, devir sırasında sözleşmenin konusunu oluşturan marka hakkı üzerinde tasarruf yetkisine sahip

olması gerekir. Yani marka hakkının devredilebilmesi bakımından, bu devrin marka sahibinin kendisi ya da onun yetkili temsilcisi tarafından gerçekleştirilmesi gerekir. Ayrıca marka sahibinin, iflas ya da haciz gibi herhangi bir sebeple, marka üzerindeki tasarruf yetkisinin ortadan kalkmamış olması da gerekir. Aksi halde devredenin marka hakkı üzerinde tasarruf yetkisine sahip olmamasından dolayı, gerçekleştirilen marka devir sözleşmesi hüküm ve sonuç doğurmaz.

Tasarruf yetkisinin, kural olarak markanın devredildiği anda mevcut olması gerekir. Yani devreden, marka devir sözleşmesi akdedilirken tasarruf yetkisine sahip olmalıdır. Ancak devir esnasında tasarruf yetkisine sahip olmayan devreden, daha sonra bu yetkiyi kazanması halinde, markanın devrindeki geçersizliğin de sağlık kazandığı kabul edilmelidir²⁸⁵. Devir esnasında marka hakkı üzerinde tasarruf yetkisine sahip olmamakla birlikte, sonradan herhangi bir şekilde söz konusu yetkiyi kazanan kişinin gerçekleştirdiği devir, bu durumda hüküm ve sonuçlarını doğurur.

C. Tarafların Karşılıklı İrade Beyanlarının Uygunluğu

1. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu m.1/f.1 gereğince; *“Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur.”* Taraf iradelerinin karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklanması, sözleşmenin kurucu unsurları arasında yer alır. Yani bir sözleşmenin mevcudiyeti bakımından aranan şartlardan birisi, tarafların karşılıklı irade beyanlarının uygunluğudur. Tarafların irade beyanlarının birbiri ile uyumuş olmasına

²⁸⁵ Alacağın devri bakımından benzer değerlendirme için bkz. **Eren**, s. 1253.

“uygunluk/uyuşma (*Konsens/Ubereinstimmung*)” adı verilir²⁸⁶. Sözleşmenin yapıldığı sırada tarafların irade açıklamalarının uyuşması taraflar arasında bir konsensüsün oluştuğunu ifade eder; yani ancak teklif ve kabul beyanları muhteva itibari ile eşleşirse sözleşme kurulur²⁸⁷. Bu uygunluğun ise, her halükârda sözleşmenin esaslı noktalarını kapsamaması gerekir²⁸⁸.

İrade beyanları arasındaki uygunluk; “*fiili (tabii) uygunluk*” ve “*hukuki (normatif) uygunluk*” olmak üzere ikiye ayrılır²⁸⁹. Fiili uygunluk, sözleşmenin kurulması esnasında, tarafların gerçek iradelerinin birbirine uygunluğu yani beyan sahibi ile muhatabın söz konusu beyana verdiği anlamın birbiriyle örtüşmesidir. Taraflar arasında bir uygunluk ihtilafı olması durumunda hâkim, taraf iradeleri arasında fiili uygunluğu arar; eğer fiili uygunluk yoksa, bu durumda hukuki uygunluk aranır. Hukuki uygunluk, güven teorisine göre yapılacak yorum sonucunda, taraflardan her biri bakımından, beyanın, muhatabın dürüstlük kuralları çerçevesinde bildiği ya da bilmesi gereken olgular dikkate alınmak suretiyle

²⁸⁶ **Kocaağa, Köksal**, Sözleşmenin Kurulabilmesi İçin Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Noktalar, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 79, Yıl: 2008, s. 73.

²⁸⁷ **Schmidt, Rolf**, BGB Allgemeiner Teil, Rolf Schmidt GmbH, 18. Auflage, Grasberg bei Bremen 2019, Rn. 424; **Wertenbruch, Johannes**, BGB Allgemeiner Teil, C.H.BECK, 5. Auflage, München 2021, §10 Rn. 2; **Faust, Florian**, Bürgerliches Gesetzbuch Allgemeiner Teil, Nomos, 7. Auflage, Baden-Baden 2021, §3 Rn. 15.

²⁸⁸ **Stadler, Astrid / Rüthers, Bernd**, Allgemeiner Teil des BGB, C.H.BECK, 20. Auflage, München 2020, §19 Rn. 37; **Schmidt**, Rn. 432; **Säcker, Jürgen/Rixecker, Roland**, Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch Band 1 Allgemeiner Teil, C.H.Beck, 6. Auflage, München 2012, §145 Rn. 6.

²⁸⁹ **Eren**, s. 245; **Kocaağa**, s. 73.

değerlendirilmesidir. Hukuki yorum sonucunda, taraf beyanlarının anlamı birbiriyle örtüşüyorsa, hukuki uygunluğun varlığı kabul edilir²⁹⁰.

Marka devir sözleşmesinin kurulabilmesi, bahsi geçen sözleşme tarafları yani devreden ve devralan arasındaki karşılıklı irade açıklamalarının uygunluğunu gerektirmektedir. Tarafların irade beyanlarının açık veya örtülü olabilmesi olanaklı olmakla birlikte (TBK m.1/f.2); söz konusu uygunluğun her durumda, marka devir sözleşmesinin objektif ve sübjektif nitelikteki tüm esaslı noktalarını kapsamaması gerekir.

2. Esaslı Noktalar

a. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu m.2/f.1 gereğince; sözleşmenin dolayısıyla marka devir sözleşmesinin kurulabilmesi, tarafların sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde uyuşmalarına bağlıdır. Sözleşmenin yan noktaları üzerinde durulmamış olması ise, sözleşmenin kurulmasını engellemez. Dolayısıyla tarafların karşılıklı irade beyanlarına ilişkin uygunluğun, sözleşmenin esaslı noktalarını kapsamaması gerekli ve yeterlidir²⁹¹. Sözleşmenin esaslı noktaları ise öğretilde; “*objektif esaslı noktalar*” ve “*sübjektif esaslı noktalar*” olarak iki ayrı kategoride incelenmektedir²⁹².

²⁹⁰ Eren, s. 246; Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: I, 11. Bası, İstanbul 2013, s. 72.

²⁹¹ Faust, §3 Rn. 3.

²⁹² Eren, s. 249 vd.; Kocaağa, s. 80.

b. Sözleşmenin Objektif Esaslı Noktaları

Kanunda yer alan sözleşme tanımında bulunan ve söz konusu sözleşme tipini belirleyen zaruri unsurlara sözleşmenin objektif esaslı noktaları denir²⁹³. Sözleşmenin esaslı noktaları, sözleşmenin kurulması açısından üzerinde anlaşmaya varılması zaruret teşkil eden unsurlardır. Bunlar söz konusu sözleşmeye karakteristik yapısını veren unsurlardır²⁹⁴ ve geçerli bir sözleşmenin mevcudiyeti bakımından tarafların, sözleşme karakterini belirleyen objektif esaslı noktaların (essentialia negotii) tümü bakımından mutabakata varmış olmaları gerekir. Bu noktalardan sadece biri üzerinde dahi anlaşılammış olması, sözleşmenin kurulması önünde engel teşkil eder²⁹⁵.

Marka devir sözleşmesinin ne Sınai Mülkiyet Kanunu'nda ne de başka bir kanunda tanımlanmadığı ifade edilmişti. Bu açıdan marka devir sözleşmesinin objektif esaslı noktalarını belirlemek açısından; sözleşmenin nitelikleri, tipi, hukuki niteliği ve sözleşmenin

²⁹³ **Eren**, s. 249; **Şeker, Muzaffer**, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre Ismarlanmayan Şeyin Gönderilmesi (BK. 7) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:12 Sayı: 24 Güz 2013/2 s. 89; **Tandoğan**, s. 228; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp**, s. 75.

²⁹⁴ **Altaş, Hüseyin**, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998, s. 52.

²⁹⁵ **Eren**, s. 249; **Faust**, §3 Rn. 25; **Nomer, Haluk Nami**, Sözleşmedeki Esaslı Bir Nokta, Özellikle Karşılıklı Borç Doğuran Akitlerde İvazın Miktarı Belirlenmeksizin Sözleşme Kurulabilir Mi?, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Cilt: 8, Özel Sayı - 2013, Cilt: II, s. 205, Bkz. <https://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/26-Haluk-Nami-NOMER.pdf> (E.T. 20.06.2022); **Oğuzman/Öz**, s. 73; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp**, s. 75,78,79.

konusu gibi çeşitli olguların dikkate alınması gerekmektedir. Marka devir sözleşmesi ile markanın sahibine tanıdığı mutlak nitelikteki hakkın tamamı ya da bir kısmı yahut marka tesciline yönelik başvuru hakkı, marka ya da başvuru sahibi tarafından, üçüncü bir kişiye devredilirken; bunun karşılığında üçüncü kişi tarafından, marka ya da başvuru sahibine genellikle bir devir bedeli ödenir. Fakat bedel, markanın devri bakımından zorunlu bir unsur değildir. Markanın devrinin temelinde yer alan, borçlandırıcı işlemin türüne bağlı olarak devrin bir bedel karşılığında ya da bedelsiz olarak yapılması veya teminat amacıyla gerçekleştirilmesi olanaklıdır. Yani bu konu, marka devir sözleşmesinin kendisinden ziyade, devrin temelinde yer alan borçlandırıcı işlem ile yani marka devir taahhüdü ile ilgili bir husustur. Markanın devri taahhüdü ile bir bedel ödeme yükümlülüğü üstlenilmişse, yani marka devrinin temelinde bir satım ilişkisi varsa, artık bedel, marka devir taahhüdü bakımından objektif esaslı nokta niteliği taşır.

Geçerli bir marka devrinin söz konusu olabilmesi için, sözleşmede devrin konusunun belirlenmiş ya da en azından belirlenebilir olması gerekir²⁹⁶. Bu bakımdan tescilli bir markanın tümüyle devri durumunda, marka sembolünün eklenmesiyle birlikte marka adı ve tescil numarasının; kısmi olarak devri durumunda ise, devre konu mal veya hizmetlerin ve bu mal veya hizmet sınıflarının da sözleşmede açıkça belirtilmesi gerekir. Birden fazla markanın devri söz konusu ise, bu durumda devre konu tüm markaların sözleşmenin ekinde listelenmesi önerilebilir. Sözleşmede bu kriterlere uygun olarak tanımlanan markanın belirlenmesi, önemli miktarda çalışma ve zaman gerektirmesine karşın, nihai olarak herhangi bir şüpheye yer bırakmayacak şekilde mümkünse, belirlenebilirlik kriterinin eksikliğinden bahisle sözleşmenin geçersizliği öne sürülemez²⁹⁷. Sözleşmenin geçerliliği bakımından belirlenebilirlik yeterli olduğundan, devreden tarafından tescil edilmiş veya devir sözleşmesi

²⁹⁶ **Böhm**-Einführung, s. 99.

²⁹⁷ **Lewalter**, s. 38.

yapıldığı sırada onun adına tescil başvurusu yapılmış tüm marka haklarının basitçe genel olarak isimlendirilmesi de söz konusu olabilir²⁹⁸; zira bunların TürkPatent nezdinde sorgulanarak açıklığa kavuşturulması olanaklıdır. Tescilsiz bir markanın devrinde ise belirlilik kriteri, markanın ambalajı, rengi ve diğer belirtileri gibi markayı karakterize edecek tüm özelliklerin sözleşmede açık bir biçimde belirtilmesini gerektirir²⁹⁹. Özellikle kamuoyunda oluşan kanaate göre, markayı oluşturan ve onu niteleyen özelliklerin, sözleşmede, açık ve kesin bir biçimde tarif edilmesi gerekir³⁰⁰.

c. Sözleşmenin Sübjektif Esaslı Noktaları

Taraflar, aralarında yaptıkları görüşmeler ile, sözleşmenin kurulabilmesi açısından yasal bir zorunluluk teşkil etmeyen bazı yan unsurları, sözleşmenin esaslı noktası haline getirme hususunda anlaşabilirler. İşte bu unsurlara sözleşmenin sübjektif esaslı noktaları denilir³⁰¹. Sözleşmenin kurulması esnasında tarafların sahip oldukları irade serbestisinin doğal bir sonucu olarak, tarafların, TBK m. 27 /f. 1 kapsamında kanuna, ahlaka, kamu düzenine, şahsiyet haklarına aykırılık teşkil etmeyen yan noktalardan istediklerini sözleşmenin sübjektif esaslı noktası olarak kabul etmeleri olanaklıdır³⁰². Sübjektif esaslı unsurların da marka devir

²⁹⁸ Lewalter, s. 38.

²⁹⁹ Ingerl/Rohnke, §27 Rn. 8.

³⁰⁰ Lewalter, s. 39.

³⁰¹ Eren, s. 250; Kocaağa, s. 84; Oğuzman/Öz, s. 74; Şeker, s. 90.

³⁰² Örneğin Alman Federal Adalet Divanı önüne gelen bir uyuşmazlıkta, taraflar arasında akdedilen marka satış ve devir sözleşmelerinde; tarafların, diğer hususların yanı sıra, diğer tarafa yönelik sözleşme alanına ilişkin kullanım kısıtlamaları, buna uygun olarak saldırmazlık yükümlülükleri, karşılıklı yardımlaşma yükümlülükleri ve karşılıklı rüçhan hakkına ilişkin hususlarda anlaşmaya vardıkları görülmektedir. Söz konusu marka satın alma ve devir

sözleşmesinin tabi olduğu şekil şartına uygun olarak düzenlenmesi gerekir. Marka devir sözleşmesi bakımından aranan şekil şartına uygun olarak düzenlenmeyen unsurlar, sözleşmenin sübjektif esaslı noktaları olarak kabul edilemez.

Marka devir sözleşmesinde taraflar, markanın tamamen değil de kısmen devrini kararlaştırabilirler. Markanın tescilli olduğu mal veya hizmetlerden bazıları devrin kapsamı dışında tutulmak isteniyorsa, bunun mutlaka devir sözleşmesinde açıkça belirtilmesi gerekir. Bu bakımdan taraflarca, markanın devredileceği mal veya hizmetlere ilişkin bir sınırlandırma yapılmak isteniyorsa, bu sınırlandırmanın da sözleşmenin sübjektif esaslı noktası olarak, marka devir sözleşmesinin tabi olduğu şekil şartına uygun olarak düzenlenmesi gerekir. Aksi halde, yani sözleşmede markanın devredildiği mal veya hizmetlerin açıkça belirtilmemesi durumunda, markanın tescilli olduğu tüm mal veya hizmet sınıfları bakımından devredildiği kabul edilir³⁰³. Zira marka devir sözleşmesi bakımından aranan şekil şartına uygun olarak düzenlenmeyen unsurlar, sözleşmenin sübjektif esaslı noktası olarak kabul edilemez.

Devrin konusunu Madrid Protokolü kapsamında, uluslararası tescilli bir markanın devri oluşturuyorsa, bu durumda devrin hem konu bakımından hem de coğrafi bakımdan

sözleşmesi, bu anlamda birçok ayrıntıyı bünyesinde barındırmaktadır. Yine devir sözleşmesi ekinde, şirket bünyesinde aynı adla bulunan Alman markaları ve yabancı markalardan sadece yabancı markaların devredilmesine, Alman markaların devir kapsamı dışında tutulmasına ilişkin hususlar da yer almaktadır. Söz konusu karara ilişkin ayrıntılar için bkz. BGH, Urteil vom 17. Oktober 2019 - I ZR 34/18 - OLG Karlsruhe, LG Mannheim, <http://juris.bundesgerichtshof.de> (E.T. 15.08.2022).

³⁰³ Güneş-Benzer Marka, s. 7; Yasaman/Altay, s. 682.

sınırlandırılması mümkündür³⁰⁴. Yani ulusal markalardan farklı olarak, uluslararası tescilli markalar hem konu bakımından hem de coğrafi bakımdan kısmi olarak devredilebilir. Uluslararası tescilli bir markanın gerek tescilli oldukları mal veya hizmetlerin bir kısmı için gerekse Madrid sistemine taraf ülkelerin sadece bir kısmı açısından devrin konusunu oluşturması isteniyorsa, sübjektif esaslı nokta olarak bu hususun da marka devir sözleşmesi bakımından öngörülen şekle uygun olarak düzenlenmesi gerekir.

Marka devir sözleşmesinin tarafları, söz konusu sözleşmede marka hakkının devir zamanını, yalnızca geleceğe etkili olmak şartıyla, bireysel olarak belirleyebilirler. Ayrıca yine taraflarca, marka hakkının devri bakımından geciktirici veya bozucu koşulların kararlaştırılması da olanaklıdır³⁰⁵.

3. Yan Noktalar

a. Genel Olarak

Sözleşmenin yan noktaları, ifa yeri, ifa zamanı, gecikme halinde ödenecek faiz miktarı, cezai şart gibi, sözleşmenin objektif ve sübjektif esaslı noktaları dışında kalan yan

³⁰⁴ Markaların Uluslararası Tesciline İlişkin Madrid Anlaşması ve Bu Anlaşmaya İlişkin Protokolün Uygulanmasına Dair Yönetmelik m.84: “*Mal ve hizmetlerin sadece bir kısmı veya belirlenen akit tarafların sadece bir kısmı açısından, uluslararası tescilin devri veya başka herhangi bir yolla transferi, Uluslararası Sicile bir kısmı devredilen veya transfer edilen uluslararası tescilin numarasında kaydedilir. Devredilen veya transfer edilen bu kısım söz konusu uluslararası tescilin numarasında iptal edilir, ayrı bir uluslararası tescil olarak kaydedilir. Bu ayrı uluslararası tescil, bir kısmı devir olunan veya transfer edilen tescilin numarasını büyük harflerle yazılmış olarak birlikte taşır.*”

³⁰⁵ **Böhm-Einführung**, s. 99; **Curto Polo**, s. 393.

unsurlardır. Yan noktalar, öğretilde, “*objektif yan noktalar*” ve “*sübjektif yan noktalar*” olarak ikili bir ayrıma tabi tutulmak suretiyle incelenmektedir³⁰⁶.

b. Sözleşmenin Objektif Yan Noktaları

Tarafların sözleşmenin kurulması sırasında üzerinde durmadıkları fakat kanunen sözleşmenin yan noktası olarak kabul edilen unsurlara, sözleşmenin objektif yan noktaları denilir³⁰⁷. Bunlar, kanunda yer alan sözleşme tanımından çıkarılabileceği gibi, örf ve âdet hukukundan, hâkimin hukuk yaratmasından ya da sözleşmenin amacından hareketle de belirlenebilir³⁰⁸.

Sözleşme, taraflar bu hususlar üzerinde görüşmemiş olsalar dahi kurulmuş sayılır. Hâkim sözleşmenin yan noktalarına dair bir boşluk bulunması durumunda tamamlayıcı hukuk kurallarından yararlanarak bu boşluğu doldurur. Kanunda buna ilişkin spesifik bir hükmün bulunmaması durumunda ise, tamamlayıcı yorum kuralları ve sözleşmenin tamamlanmasına ilişkin ilkelere uygun olarak söz konusu boşluk doldurulur³⁰⁹.

c. Sözleşmenin Sübjektif Yan Noktaları

Tarafların sözleşme görüşmelerini gerçekleştirdikleri sırada görüşüp tartıştıkları, fakat üzerinde mutabakata varmak suretiyle sözleşmenin esaslı noktası haline getirmedikleri unsurlara sözleşmenin sübjektif yan noktaları denilir³¹⁰. Sözleşmenin geçerli bir biçimde kurulması bakımından tarafların bu noktalar üzerinde mutabakata varmamış olmalarının

³⁰⁶ Eren, s. 252; Kocağa, s. 87.

³⁰⁷ Altaş, s. 53; Eren s. 252.

³⁰⁸ Altaş, s. 53.

³⁰⁹ Eren, s. 252; Kocağa, s. 88.

³¹⁰ Arbek, s. 165; Eren, s. 252; Kocağa, s. 88.

herhangi bir etkisi bulunmamaktadır³¹¹. Taraflar objektif yan noktalar üzerinde görüşmüş fakat bunu sözleşmenin sübjektif yan noktası haline getirme hususunda anlaşılamayacaklarını anlayarak bundan vazgeçmiş olabilir. Ayrıca taraflar yan noktalara ilişkin görüşme sonucunda anlaşılamayacaklarını anlayarak, buna ilişkin anlaşmayı saklı tutmuş ve ileriye bırakmış da olabilir. Tarafların bu noktalar üzerinde anlaşılamamalarından bahisle vazgeçmiş olmaları durumunda, yani ilk ihtimalde, sözleşme kurulmuştur fakat anlaşmazlığın mevcut olduğu hususlara ilişkin boşluk, hakimin yedek hukuk kurallarını uygulaması suretiyle doldurulur. Buna ilişkin spesifik bir kural mevcut değilse, boşluğun sözleşmenin tamamlanmasına ilişkin ilkelere münasip olarak doldurulması gerekir. Tarafların bu noktalara dair anlaşmayı saklı tutmak suretiyle ileriye bırakmaları ihtimalinde de sözleşme kurulmuştur fakat bu durumda, hâkimin sözleşmede ortaya çıkacak boşlukları düzenleyici hukuk kuralları ile değil, işin mahiyetine uygun olarak doldurması gerekir³¹².

Taraflarca üzerinde anlaşılamayacağı kanaatine varılarak vazgeçilen yan noktalar üzerindeki anlaşmanın saklı tutulmak suretiyle ileriye bırakılması halinin, marka devir sözleşmesi bakımından Kanun'da öngörülmüş bulunan şekle ilişkin koşul bağlamında değerlendirilmesi gerekir. Tarafların görüştükleri fakat üzerindeki mutabakatı ileriye bıraktıkları yan noktaların, hali hazırda resmi yazılı şekilde yapılması gereken marka devir sözleşmesinde yer almamış bulunması sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Fakat bu noktaların sonradan sözleşmeye eklenmek istenmesi halinde, marka devir sözleşmesi bakımından öngörülen resmi yazılı şekil şartına uyulması gerektiği hususuna dikkat edilmelidir.

³¹¹ Eren, s. 252-253.

³¹² Eren, s. 253; Oğuzman/Öz, s. 74.

III. SÖZLEŞMENİN ŞEKLİ VE ŞEKLE AYKIRILIĞIN SONUÇLARI

A. Sözleşmenin Şekli

Türk Borçlar Hukuku'na hâkim olan şekil serbestisi prensibi gereğince, sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, herhangi bir şekle bağlı değildir (TBK m.12/f.1). Bu bakımdan marka devir sözleşmesinin şekline ilişkin bir belirleme yapabilmek adına, öncelikle markalara ilişkin özel mevzuatın incelenmesi; burada bir hüküm bulunması durumunda şekle ilişkin belirlemenin bu hükme göre; herhangi bir özel düzenleme bulunmaması halinde ise borçlar hukukunun genel hükümlerine dayanılarak bir belirleme yapılması gerekir.

556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK'nın '*Markanın hukuki işlemlere konu olması*' başlıklı 15. maddesi gereğince; tescilli bir marka üzerindeki sağlararası işlemler yazılı şekle tabi tutulmuştu. Markanın devrini konu edinen 16. maddede ise; markanın devrinin, mahkeme kararı ve ticari işletme ile birlikte gerçekleştirilen devirler hariç olmak üzere, yazılı olarak yapılması ve taraflarca devir sözleşmesinin imzalanması gereği öngörülmüştü. 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 10.01.2017 tarihinde yürürlüğe girmesi ile birlikte; 556 sayılı KHK'da öngörülen yazılı şekil şartı, marka üzerindeki diğer hukuki işlemlerde korunmuş olmakla birlikte; devir sözleşmeleri bakımından bu şeklin ağırlaştırılması tercihinde bulunulmuştur. 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nda sınai haklara dolayısıyla da marka hakkına ilişkin devir sözleşmesi bakımından, resmi yazılı şekil şartı getirilmiştir. SMK. m. 148/f. 4'e göre; sınai haklara ilişkin hukuki işlemlerin geçerliliği yazılı şekle tabi tutulurken; sınai hakların devrini konu edinen sözleşmeler, resmi yazılı şekle tabi tutulmuştur. Bu bakımdan, markanın devrine ilişkin sözleşme, aksi 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nda öngörülmüş bulunduğundan Türk borçlar hukukuna egemen olan şekil serbestisi prensibine tabi değildir.

Sınai haklara ilişkin hukuki işlemleri, adi yazılı şekle; devir sözleşmelerini ise, resmi yazılı şekle tabi tutan SMK m.148/f.4 hükmünün, lafzından hareketle emredici nitelikte bir hüküm olduğu sonucuna varılır. Zira söz konusu hükümde, devir sözleşmesinin geçerliliğinin ancak noter tarafından onaylanmış şekilde yapılmasına bağlı tutulduğu şeklinde kesin bir ibareye yer verilmiştir. Buradan hareketle, devir sözleşmeleri bakımından öngörülen resmi yazılı şeklin, bir ispat şartı değil; geçerlilik şartı olduğu söylenebilir. Nitekim söz konusu şekle uyulmadan yapılan devir sözleşmelerinin geçerli bir biçimde yapılmış kabul edilmeyeceği kanundaki açık ifade ile belirtilmiş bulunmaktadır. Öte yandan SMK’da yer alan şekil şartının niteliğine ilişkin bir açıklık bulunmasaydı dahi, TBK m. 12 / f. 2’deki; *“Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz.”* hükmünde yer alan kanuni karineden hareketle, söz konusu şeklin geçerlilik şartı olduğu sonucuna aynı şekilde varılabilecekti. Son olarak, SMK m.148/f.4’ün gerekçesinde; *“Uygulamada kötünietli birden çok devir yapılması durumlarıyla karşılaşılması, bu durumun hak kayıplarına neden olması, hak sahipliği konusunda tereddütlerin ortaya çıkması gibi nedenlerle, sınai mülkiyet **hakkının devri için resmi yazılı şekil, bir geçerlilik şartı olarak öngörülmüştür.**”* ifadelerine yer verilerek söz konusu şeklin geçerlilik şekli olduğu belirtilmiştir.

Alman marka hukukunda, Türk hukukundan farklı olarak, marka devir sözleşmesi bakımından şekil özgürlüğü prensibi benimsenmiştir. Burada hem marka hakkının devri taahhüdü hem de markanın devrini konu edinen tasarruf işlemi açısından, temelde yer alan borçlandırıcı işlem bakımından BGB’de özel bir şekil şartı aranmaması koşuluyla, şekil serbestisi söz konusudur³¹³. Yunan marka hukukunda da, Alman marka hukukuna benzer

³¹³ **Fezer**, §27 Rn.26; **Weis, Katja**, Der immaterialgüterrechtliche Übertragungsanspruch zugleich ein Beitrag zum Kennzeichen- und Domainrecht in Deutschland, Frankreich und der

olarak, markanın devri bakımından herhangi bir şekil koşulu öngörülmemiştir³¹⁴. Birlik markalarının devri bakımından ise, Avrupa Birliği Marka Tüzüğü (UMV-Unionsmarkenverordnung) §20 Abs. 3 gereğince yazılı şekil şartı öngörülmüş bulunmaktadır. Buna göre, birlik markalarının devri işlemi, yazılı olarak yapılmalı ve sözleşmenin taraflarınca imzalanmalıdır. Fakat burada da markanın ticari işletme ile birlikte devri halinde ise, UMV §20 Abs. 2’de istisnai bir hüküm öngörülmüş ve bu durumda yazılı şekil şartının aranmayacağı öngörülmüştür. Aynı şekilde, birlik markasının devrinin bir yargı kararına dayanması durumu da, şekil şartının aranmayacağı haller arasında sayılmıştır. İsviçre hukukunda da, markanın devri bakımından yazılı şekil şartının öngörüldüğü görülmektedir (MSchG. Art.17/2).

Türk hukukunda marka devir sözleşmesi bakımından geçerlilik şartı olarak öngörülen resmi yazılı şekil şartının, sözleşmenin objektif ve sübjektif esaslı noktalarının tamamını kapsaması gerekir. Zira bir sözleşmenin geçerliliği açısından öngörülen şekil şartının, söz konusu sözleşmenin objektif ve sübjektif yönden tüm esaslı noktalarını kapsaması zorunluluk teşkil eder. Tarafların, objektif ve sübjektif esaslı noktalar üzerinde anlaşmaları ve bunların tamamının sözleşme bakımından öngörülen şekle uygun olarak sözleşmede yer alması gereklidir; aksi durum, sözleşmenin geçerli bir biçimde kurulmasını engeller.

Bireysel markalar bakımından, marka devir sözleşmesinin geçerliliği resmi yazılı şekil şartının yerine getirilmesine bağlı tutulmuştur. Devir, sözleşme taraflarından birinin talebi, üzerine marka siciline kaydedilir. Fakat devir sözleşmesinin geçerliliği bakımından tescil kurucu bir unsur değildir. Devrin tescili bildirici nitelik taşır ve tescille birlikte söz konusu

Schweiz, Dissertation, zur Erlangung des akademischen Grades Dr. jur., Konstanz 2004, s. 56; **Hacker**, §30 Rn. 821; **Brämer**, s. 154.

³¹⁴ **Gouga**, s. 183.

hak, üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir hale gelir. Nitekim sicile kaydedilmeyen devir sözleşmesinden doğan haklar, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez (SMK m.148/f.5).

Ortak marka ve garanti markalarının devri bakımından ise, marka siciline tescil kurucu nitelik taşımaktadır. SMK'da garanti markası ve ortak markaların devrinin, ancak sicile kayıt halinde geçerli olacağı düzenlenmiş bulunmaktadır (SMK m.148/f.7). Yani bu markaların devrinde, resmi yazılı şekil şartına uygun olarak akdedilen bir marka devir sözleşmesinin yanı sıra, bu sözleşmeye dayanarak yapılacak tescil ile markanın geçerli bir biçimde karşı tarafa devri gerçekleştirilebilir.

Markanın devri taahhüdü bakımından ise, SMK'da herhangi bir özel hükme yer verilmemiştir. Bu sözleşmenin şekline ilişkin doktrinde bir görüş birliği mevcut olmamakla birlikte; kanımızca Sınai Mülkiyet Kanunu m.148/f.4 hükmü gereğince sınai haklar üzerindeki hukuki işlemler devir sözleşmeleri hariç olmak üzere, yazılı şekil şartına bağlanmış olduğundan, markanın devrine yönelik taahhüt sözleşmesi de, yazılı şekil şartına tabi olmalıdır. Buradaki yazılı şekilden kasıt, adi yazılı şekildir. Bu hususta doktrinde yer alan çeşitli görüş ve açıklamalara daha önce yer verildiğinden burada mevcut izahat ile yetinilmiş bulunmaktadır³¹⁵.

Tescilli markalar bakımından durum yukarıda izah edildiği şekilde olmakla birlikte, bu noktada tescilsiz markaların devrinin şekli üzerinde de durulması önem arz etmektedir. Bilindiği üzere, SMK hükümleri tescilli markaların korunması amacına hizmet etmekte; tescilsiz markalar bakımından ise, genel hükümler kapsamında hukuki koruma mekanizmasının işletilmesi gerekmektedir. Bu bakımdan tescilsiz markaların devrinde, Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri, özellikle alacağın devrine ilişkin hükümler dikkate

³¹⁵ Marka hakkının devri taahhüdünün şekli bakımından ayrıntılı açıklamalar için bkz. §7-II.

alınmak suretiyle bir değerlendirme yapılmalıdır. Nitekim Türk hukukunda hakların devri, kendilerine ilişkin özel hükümlerin bulunmaması şartıyla, Türk Borçlar Kanunu’nun “Genel Hükümler” kısmında düzenlenen, alacağın devri hükümlerine tabi tutulmuş³¹⁶ bulunmaktadır (TBK m.194). TBK m.184 gereğince; alacağın devri, söz konusu sözleşmenin yazılı olarak yapılması halinde geçerlidir. Alacağın devri vaadi ise, herhangi bir şekle bağlı tutulmamıştır. Bu bakımdan tescilsiz markaların devrinde, alacağın devri bakımından öngörülen şekil şartının aranması ve devir sözleşmesinin, yazılı olarak; yine tescilsiz markalar bakımından markanın devri taahhüdünün ise, herhangi bir şekle bağlı olmaksızın serbestçe yapılabileceği kabul edilmelidir. Kanun’da alacağın devrine ilişkin olarak öngörülen yazılı şekil şartı, adi yazılı şekildir. Tescilsiz bir markanın geçerli olarak devredilmesi de, ancak taraflar arasında adi yazılı şekilde akdedilen marka devir sözleşmesinin varlığına bağlıdır.

Birlik markalarının devrinde aranacak şekle ilişkin düzenleme, Avrupa Birliği Marka Tüzüğü (UMV-Unionsmarkenverordnung) §20 Abs. 3’te yer almaktadır. Söz konusu hükme göre; birlik markasının devri, markanın ticari işletme ile birlikte veya mahkeme kararı ile devir hariç olmak üzere, yazılı şekil şartına tabidir. Düzenlemede birlik markasının devrine, herhangi bir resmi makamın katılması öngörülmediğinden, taraflarca imzalanmış adi yazılı bir devir sözleşmesinin varlığı, devrin geçerli bir biçimde gerçekleşmesi bakımından yeterlidir.

Sözleşmenin kurulması bakımından öngörülen bir şekil şartı varsa, bu aynı zamanda sözleşmenin değiştirilmesi bakımından da caridir. Yani taraflar, resmi yazılı şekilde akdedilen marka devir sözleşmesine yahut yazılı şekilde akdedilen marka hakkının devri taahhüdüne ilişkin değişiklikleri de ancak söz konusu şekle uygun olarak gerçekleştirebilirler. Örneğin, taraflar 1, 3 ve 7. sınıflarda tescilli bir markanın, başlangıçta sadece 3. sınıf bakımından devrini kararlaştırmış ancak sonradan 7. sınıf açısından da devredilmesini arzu etmişlerse, bu

³¹⁶ **Arkan**-Marka Hukuku Cilt II, s. 180 dn. 26.

durumda markanın 7. sınıftaki mal veya hizmetler bakımından devri, ancak söz konusu devrin, resmi yazılı şekle uygun olarak gerçekleştirilmesi halinde geçerli olur.

B. Şekle Aykırılığın Hukuki Sonuçları

Marka devir sözleşmesinin geçerliliği, Kanun'da noter tarafından onaylama suretiyle yapılan yazılı şekil şartına bağlanmıştır. Marka devir sözleşmesinin, sicile tescili öngörülmüş olmakla birlikte, bireysel markalar bakımından tescil, kurucu bir unsur olarak kabul edilmemiştir. Fakat ortak markalar ve garanti markalarının devrinde, tescil, sözleşmenin geçerliliği bakımından kurucu bir unsur olarak öngörülmüştür (SMK m.148/f.7). Peki markanın devredilebilmesi açısından Kanun'da öngörülen söz konusu şekil şartına uyulmaması durumunda ne olacaktır?

Marka devir sözleşmesine ilişkin olarak öngörülen şekle aykırılığın hukuki sonucuna ilişkin SMK'da herhangi bir özel hüküm yer almamaktadır. Bu bakımdan sözleşmeler hukukunun genel prensipleri çerçevesinde tespit edilecek, şekle aykırılığın hukuki sonuçları, marka devir sözleşmelerindeki şekle aykırılık bakımından da caridir. Zira markanın devri de, niteliği itibarıyla taraflar arasında akdedilen iki taraflı bir hukuki işlem, bir sözleşmedir. Türk Borçlar Kanunu m. 12 / f. 2 gereğince, kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir ve söz konusu şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler, hüküm doğurmaz. Buradaki hükümsüzlük kavramının hukuki niteliği hususunda doktrinde görüş birliği mevcut değildir. Türk hukuk uygulaması, özellikle Yargıtay kararları ve öğretideki baskın görüşe göre, buradaki hükümsüzlük kavramından, kesin hükümsüzlük (mutlak butlan) yaptırımını anlaşılmalıdır³¹⁷. Klasik kesin hükümsüzlük görüşünün yanı sıra, doktrinde, şekle aykırılığa

³¹⁷ **Aydıncık, Şirin**, Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri, İstanbul 2006, s. 102;

Gökyayla, K. Emre, Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi, Yetkin Yayınları,

ilişkin; kendine özgü geçersizlik, yokluk, eksik borç ve fiili sözleşme gibi çeşitli görüşlerin de savunulduğu görülmektedir.

Klasik anlamda kesin hükümsüzlük görüşüne göre, kanunda öngörülen şekle aykırı olarak akdedilen bir sözleşme başından itibaren geçersizdir; bu sözleşme sonradan yahut ifa ile geçerlilik kazanamaz. Sözleşmenin geçersiz olduğu yalnızca taraflarca değil ilgili herkes tarafından ileri sürülebilir ve hâkim tarafından re'sen dikkate alınabilir³¹⁸. Tarafların iyiniyetli olması şekle aykırılığı gidermez; sözleşmeden doğan borçların ifası gerekmemekle birlikte şekle aykırı bir sözleşmeden doğan borçları ifa eden taraflar, verdiklerini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre veya istihkak davasıyla geri isteyebilir³¹⁹.

Yukarıda ifade edilen klasik kesin hükümsüzlük görüşü, zaman içerisinde yumuşatılmış ve doktrinde, iki istisnai duruma mahsus olarak, şekle aykırılığın giderilmiş olduğunun kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bunlardan ilki; tarafların sözleşmeden doğan borçlarını, her türlü yanılgıdan uzak bir şekilde, bilerek ve isteyerek, tamamen ifa etmiş olmaları; ikincisi ise, şekle aykırılığa, karşı tarafı aldatmak suretiyle veya kendi kusuru ile sebebiyet veren kişinin, sonradan şekle aykırılığa dayanarak sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmesi halidir. Bu durumlarda şekle aykırılığı ileri sürmenin dürüstlük kurallarına aykırı ve hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu kabul edilmektedir³²⁰.

Ankara 2001, s. 223; **Oğuzman/Öz**, s. 157; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 102; **Tunçomağ-Genel Hükümler**, s. 236.

³¹⁸ **Gökyayla**, s. 223; **Oğuzman/Öz**, s. 157; **Tunçomağ-Genel Hükümler**, s. 236; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 102.

³¹⁹ **Erdoğan, İhsan**, Hukuki Muamelelerde Şekle Aykırılığın Sonuçları, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.1, 1991, s. 118.

³²⁰ **Eren**, s. 305-306; **Erdoğan**, s. 119 vd.

Kendine özgü geçersizlik görüşüne göre; şekle aykırılık bir kesin hükümsüzlük hali değil, tamamen taraflar arasında kendine özgü bir hükümsüzlük halidir. Bu görüşe göre; şekle aykırılık, sadece taraflarca ileri sürülebilir, hâkim tarafından re'sen dikkate alınamaz. Zira hukuki işlemlerin şekil şartına bağlanmasındaki temel amaç tarafları düşünmeye sevk etmek ve bu suretle hukuki işlemin taraflarını korumaktır³²¹. Bu sebeple taraflar, şekle aykırı bir sözleşmeden doğan borçlarını, her türlü yanılığdan uzak ve bilerek-isteyerek ifa etmişlerse artık bu sözleşmenin geçersizliği ileri sürülemez³²².

Yokluk görüşüne göre ise, şekil şartı sözleşmenin kurucu unsurları arasındadır ve şekle aykırı olarak akdedilen sözleşmeler geçersiz değil yok hükmündedir.

Görüldüğü üzere, kesin hükümsüzlük görüşünün yumuşatılması ile bu görüşün kendine özgü hükümsüzlük görüşü ile yakınlaştığı ve benzer özellikler gösterdiği dikkat çekmektedir. Her iki görüşte de, şeklin tarafları koruma amacından yahut dürüstlük kurallarından hareket edilerek, şekle aykırılığa sağlık kazandırılması imkanı tanınmaktadır. Bu bakımdan kanunda öngörülen şekle aykırı olarak akdedilen bir sözleşmenin geçersizliği, ancak bunu ileri sürmenin dürüstlük kurallarına aykırı olmaması ve hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıması halinde, kabul edilmelidir. Taraflardan biri şekle aykırılığa bilerek ve isteyerek sebebiyet vermiş yahut taraflarca şekle aykırı bir sözleşmeye rağmen karşılıklı olarak edimlerin ifa edilmesi tercih edilmişse, burada şekle aykırı olarak akdedilen sözleşmenin sağlık kazandığı kabul edilmelidir. Bu çözüm tarzı, aynı zamanda şekil kurallarının benimsenmesinin temelindeki, tarafları düşünmeye sevk etme ve koruma amacına da uygun bir yaklaşımdır.

³²¹ **Erdoğan**, s. 118.

³²² **Eren**, s. 307.

Marka devir sözleşmesi de, kural olarak ancak Kanun'da öngörülen şekle uygun olarak akdedilmesi halinde geçerli kabul edilir. Fakat taraflar kanunda öngörülen şekle uygun olmayan bir sözleşme ile marka hakkını devretmişler ve devreden, söz konusu markanın devralan tarafından kullanılmasına ses çıkarmamış yahut devralan devir bedelini ödeyerek söz konusu markayı kullanmaya başlamışsa, sonradan şekle aykırılık sebebiyle markanın devrinin geçersizliğini ileri sürmek hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyacaktır. Aynı şekilde, devreden ya da devralanın karşı tarafı aldatması sonucunda, marka devir sözleşmesi şekle aykırı olarak akdedilmiş olsa bile, aldatan tarafın, sözleşmenin bu sebeple geçersiz olduğunu ileri sürmesi yani şekle aykırılığa dayanması dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil eder.

§ 10. MARKA DEVİR SÖZLEŞMESİNİN SİCİLE TESCİLİ

I. TESCİLİN ETKİSİ

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ile koruma altına alınmak istenen markalar, esas itibarıyla tescilli markalardır. Tescilsiz markalar, SMK kapsamındaki hukuki korumadan tamamen mahrum kalmamış olsa da, söz konusu mevzuat ile doğrudan ve kapsamlı bir hukuki himaye görmek bakımından tescilli markalarla eşit muamele görmemektedir.

Alman hukukundan farklı olarak³²³ Türk hukukunda, temel marka mevzuatı olan SMK'nın yalnızca tescilli markalar bakımından uygulanabileceği, tescilsiz markalar bakımından ise, genel hükümlerin bilhassa Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabete ilişkin ve Türk Borçlar Kanunu'nun temel hükümlerinin cari olacağı ifade edilmişti. Bu bakımdan bir ayırt edici işaretin, SMK kapsamında marka olarak korunabilmesi yani bu Kanun

³²³ Alman Marka Kanunu (Marken Gesetz), kapsamında hukuki himaye görecekt markalar, tescilli markalar ile sınırlı tutulmamış, kullanım suretiyle elde edilen ve tanınmış markalar da tescilli markalar ile aynı statüde kabul edilerek, söz konusu kanun kapsamında hukuki muhafaza görmüştür. Bkz. MarkenG §3

kapsamında marka üzerindeki hakkın doğumu bakımından esas olarak kabul edilen, tescil ile kazanım prensibidir. Bu durum, tescilin kurucu etkisi olarak adlandırılır. Nitekim SMK m.7/f.1 gereğince; bu Kanun kapsamında sağlanan marka koruması, ancak tescil yoluyla elde edilmektedir. Yani bir markanın SMK kapsamında hukuki korumadan faydalanabilmesi için tescil edilmesi zorunludur. Yine marka hakkının, herkese karşı ileri sürülebilen bir hak niteliğine erişmesi de ancak tescil ve ilan ile gerçekleşmektedir³²⁴. Birlik hukuku bakımından da, marka hakkının kazanılmasında tescil, kurucu niteliktedir. Bir markanın Avrupa Birliği kapsamında, markasal korumadan yararlanabilmesi bakımından tescil edilmesi zorunludur (UMV §6). İsviçre hukukunda da, marka hakkının doğumunda tescil ilkesinin kabul edildiği görülmektedir (MSchG Art. 5).

Tescilli bir markaya ilişkin hukuki işlemler ve söz konusu marka üzerindeki hak sahipliğinde sonradan meydana gelen değişiklikler de, marka siciline tescil edilebilmektedir. Fakat unutulmamalıdır ki, markanın kurucu etkisi olan orijinal tescilinden farklı olarak, devrin tescilinin sadece bildirici bir etkisi vardır. Yani devrin tescili, hak sahipliğinin değişmesiyle sonuçlanmaz; bu, sicilden bağımsız olarak ve medeni hukuk hükümlerine uygun olarak gerçekleşir³²⁵.

SMK m.148/f.5 gereğince; *“Hukuki işlemler taraflardan birinin talebi, ücretin ödenmesi ve yönetmelikle belirlenen diğer şartların yerine getirilmesi hâlinde sicile kaydedilir ve Bültende yayımlanır. 115 inci madde hükümleri saklı kalmak üzere, sicile kaydedilmeyen hukuki işlemlerden doğan haklar iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez.”* Görüldüğü üzere marka üzerindeki hukuki işlemlerin dolayısıyla da devir

³²⁴ SMK m.7/f.4 *“Markanın sahibine sağladığı haklar, üçüncü kişilere karşı marka tescilinin yayım tarihi itibarıyla hüküm ifade eder.”*

³²⁵ **Curto Polo**, s. 394.

sözleşmesinin marka siciline tescili mümkündür. Tescilin gerçekleşmesi bakımından, devralan ya da devreden tarafın talebi yeterlidir.

Yukarıda ifade edildiği üzere, SMK m.7/f.4 gereğince; marka hakkının üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir bir hak olması için tescil ve söz konusu tescilin ilanı zorunluluk teşkil etmektedir. Marka devir sözleşmesinden doğan hakların üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesinde ise, yalnızca tescil yeterlidir. Zira Kanun'da, hukuki işlemlerin tescil edilmesiyle birlikte üçüncü kişilerin iyiniyetinin ortadan kalkacağı öngörülmüş bulunmakta; ayrıca tescilin ilan edilmesi şartı aranmamaktadır.

Markanın ilk kez tescilinde, marka hakkının üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi açısından tescil ve ilan gerekli iken; devralanın, markanın devrinden doğan hakkını üçüncü kişilere karşı kullanabilmesi açısından ilanın gerekli kılınmaması, iki farklı tescil durumuna ilişkin temelde aynı hukuki menfaati tatmin etmeyi amaçlayan hukuki düzenlemeler arasında birliğin sağlanamaması açısından anlaşılabilir değildir. Burada da, tıpkı markanın ilk tescilinde olduğu gibi, marka hakkının üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi açısından, markanın devri sonucunda devralan adına tescili ve tescilin ilan edilmesi şartı aranmalıydı.

Sınai Mülkiyet Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik m.125 gereğince, markanın devredilmesi halinde, hak sahipliğinde meydana gelen değişiklik, buna yönelik talep formu, ücretin ödendiği ve devrin konusunu oluşturan marka tescil numarası ile marka adının yer aldığı devir sözleşmesinin TürkPatent'e sunulması halinde sicile kaydedilmektedir.

Tescil ile birlikte marka üzerindeki hak sahipliğine ilişkin değişiklik aleniyet kazanır. Burada tescil, bir anlamda devrin kamuoyuna deklarasyonudur³²⁶. Devir sözleşmesinin devralan tarafını oluşturan kişinin yeni marka sahibi olarak sicile kaydı bildirici bir nitelik

³²⁶ Lewalter, s. 62.

taşıır; yani tescil geçerli bir marka devri için zorunlu bir ön koşul değildir³²⁷. Bu bakımdan tescil, marka üzerindeki gerçek hak sahipliğini gösterme hususunda her zaman güvenilir bir kaynak değildir³²⁸. Fakat devir sözleşmesinden doğan hakların, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi açısından ise, tescil zorunludur³²⁹. Örneğin; markanın devredilmesinden sonra, marka üzerindeki mevcut lisans haklarına ilişkin bedellerin, iyiniyetli lisans sahipleri tarafından, yeni marka sahibi yerine eski marka sahibine ödenmeye devam etmesi ya da marka sahibine yapılması gereken bildirimlerin eski marka sahibine yapılmasından dolayı ortaya çıkabilecek hak kayıpları gibi durumlarda, tescilin üçüncü kişilerin iyiniyetini ortadan kaldırııcı ve yeni marka sahibini koruyucu etkisi devreye girecektir.

II. ŞEKLİ VE MADDİ ANLAMDA MARKA HAKKI, İYİNİYETLE KAZANIM VE KULLANIM YETKİSİ

A. Genel Olarak

Bu noktada üzerinde durulması gereken önemli bir husus, devrin gerçekleşmesinden sonra fakat tescilinden önce, markanın sicilde marka sahibi olarak görünen ama gerçekte marka sahibi olmayan kişi tarafından yeni bir devre konu olması halinde, devrin geçerli olarak kabul edilip edilmeyeceğidir. SMK m.148/f.5 gereğince; “...sicile kaydedilmeyen hukuki işlemlerden doğan haklar iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez” Markayı gerçekte hak sahibi olmayan fakat sicilde hak sahibi olarak görünen kişiden devralan iyiniyetli üçüncü

³²⁷ Alman hukuku bakımından benzer değerlendirme için bkz. **Hasselblatt**, §35 Rn. 359; **Fezer**, §27 Rn. 60; **Hacker**, §30 Rn. 827.

³²⁸ **Ströbele/Hacker/Thiering**, §27 Rn. 19; **Brämer**, s. 155.

³²⁹ İsviçre Federal Marka Yasası kapsamında da, markanın geçerli bir biçimde devri için yazılı şekil şartının yerine getirilmesi yeterli iken; devir, sadece sicile girildikten sonra iyi niyetli üçüncü şahıslar karşısında geçerlidir (MSchG. Art. 17/2).

kişinin, SMK m.148/f.5 hükmüne dayanarak, marka hakkını geçerli olarak kazandığı söylenebilir mi? Sorunun cevabına ilişkin incelemeye geçmeden önce marka hakkı bakımından gerçek hak sahipliği ve şekli hak sahipliği kavramlarına bakmak yararlı olacaktır.

B. Maddi (Gerçek/Asli) ve Şekli (Resmi) Anlamda Marka Hakkı Sahipliği

Uluslararası hukuki düzenlemelere bakıldığında, marka korumasının oluşturulmasında, bir yanda tescil ilkesi (Eintragungsprinzip), diğer yanda kullanım (Benutzungsprinzip) ya da ilk kullanım ilkesi (Erstbenutzungsprinzip) olarak adlandırılan iki karşıt hukuk ilkesinin mevcut olduğu görülür. Tescil ilkesine göre, marka hakkı, söz konusu markanın ticari dolaşımında kullanılıp kullanılmadığına bakılmaksızın, bu işaretin marka olarak tescil edilmesi ile doğar. İlk kullanım ilkesine göre, marka hakkı, markanın ilk kullanıldığı gün doğar. Kullanım ilkesine göre, marka koruması, ancak kullanılan marka ticari geçerlilik kazandığında ortaya çıkacak şekilde uygulanabilir. Marka korumasının kökenine ilişkin bu iki yasal ilkenin karşılaştırılması, uluslararası marka hukukunun genellikle resmi ve maddi marka hakkı arasındaki ayrıma dayandığını göstermektedir. Uluslararası bir hukuki karşılaştırmada, marka hukuku uygulamasındaki bu iki kutuplu hukuk ilkesinin, birbirine yaklaştığı ve bazı durumlarda da örtüştüğü inkâr edilemez³³⁰.

Sınai Mülkiyet Kanunu'nda, tescilli marka hakkı ile kullanım yoluyla elde edilen marka hakkı arasındaki ayrım, özellikle Alman Marka Kanunu'ndan (MarkenG) farklı olarak daha keskindir. Burada marka siciline tescil, yalnızca maddi marka hakkı sahipliğinden ayırt edilmesi gereken resmi bir yetkinin varlığını kanıtlar. Bu durum, bir yandan, marka hakkının devrinin, öte yandan ise, tescilli marka hakkının hukuki kanıtını teşkil etmesi itibariyle geçerlidir. Maddi hukuk açısından ise, tescilli bir marka hakkının devri, söz konusu devrin marka siciline tescil edilmesinden bağımsız olarak gerçekleşir. Burada hakların devrinin

³³⁰ Fezer, §27 Rn. 14-15.

marka siciline tescilinin sadece tespit edici bir etkisi vardır. Resmi marka sicilinin hukuki durumu ile asli marka sahipliği arasındaki ayrım ile tescilin bildirici ve kurucu hukuki etkisi arasındaki ayrım, bu anlamda birbirlerine paralellik göstermektedir³³¹.

Türk hukukunda, marka hakkının kazanılmasında temel olarak tescil ilkesi kabul edilmekle birlikte, kullanım durumu da marka hakkının doğumu bakımından dışlanmamıştır. Fakat kullanım suretiyle elde edilen marka hakkı, büyük oranda SMK'nın hukuki koruma kapsamı dışında bırakılmıştır. Marka hakkının kazanılmasında, şekli marka sahipliği de maddi marka sahipliği de bu anlamda değerlidir. Hakların devrinde ise, SMK bağlamında, tescile, kurucu bir etki tanınmamıştır meğerki devrin konusunu ortak markalar yahut garanti markaları oluştursun. Hakların devrinde, tescil yalnızca bildirici nitelik taşır. Nitekim özellikle Türk hukuku bakımından, tescilli bir marka geçerli bir biçimde devredildikten sonra, marka üzerindeki gerçek hak sahipliği değişir. Marka devir sözleşmesinin tasarrufi nitelikte bir işlem olması, devrin gerçekleşmesi ile birlikte maddi anlamda marka hakkı sahipliğinde değişiklik meydana getirir. Yani marka hakkı gerçekte, devreden malvarlığından çıkar ve devralana geçer. Devralan ise, söz konusu marka üzerinde maddi anlamda hak sahibi sıfatını kazanır.

Markanın devrinin sicile tescili ile birlikte, devir aleniyet kazanır ve sicildeki hak sahipliği de değişir. Devrin gerçekleşmesi ile tescil edilmesi arasındaki zaman diliminde ise, marka hakkı gerçekte devralana geçmiş olmakla birlikte, şekli anlamda marka sahipliği sıfatı hala devredende bulunur. Bu süreçte devreden, marka sicilinde hala hak sahibi olarak görünmeye devam eder. Sicilde marka sahibi olarak görünen kişi, maddi anlamda markanın sahibi değilse, söz konusu marka üzerinde herhangi bir tasarrufta bulunamaz ve tabii olarak bu kişilerin markaya ilişkin dava ve süreçlerde muhatap olarak kabul edilmesi de normal

³³¹ Fezer, §27 Rn. 17-18-19.

şartlarda mümkün görülmez. Fakat SMK'da, şekli marka sahipliği sıfatına, bazı hukuki sonuçlar bağlandığı görülmektedir. Örneğin; marka hükümsüzlük davası, dava tarihinde marka siciline marka sahibi olarak görünen kişilere karşı açılır (SMK m.25/f.3); marka iptal talepleri, talep tarihinde sicilde marka sahibi olarak kayıtlı kişilere veya hukuki haleflerine karşı ileri sürülür (SMK m. 26/f.3); markanın iptali incelemesi sırasında hak sahibinin değişmesi durumunda, sicilde hak sahibi olarak görünen kişiye karşı işlemlere devam edilir (SMK m.26/f.6). Görüldüğü üzere, Kanun'da maddi anlamda marka hakkının sahibi olup olmamasından bağımsız olarak, sicilde marka sahibi olarak görünen kişilere de, marka sahipliğine ilişkin çeşitli dava ve idari süreçlere muhatap olabilme imkanı tanınmıştır.

C. Markanın Gerçekte Hak Sahibi Olmayan Kişiden İyiniyetle Kazanımı

Mümkün Müdür?

Eşya hukuku, bazı durumlarda, yetkisiz kişilerden mülkiyetin iyiniyetle edinimine izin verir. Taşınırlarda iyiniyetle edinimin kabulündeki temel neden, eşya dolaşımındaki güvenlik ve kolaylıktan beklenen menfaattir³³². Burada belirleyici olan, özellikle tipik kitlesel işlemler ve satış işlemlerinin yönlendirdiği modern ekonomik sistemde, eşya dolaşımını, mülkiyet hakkına ilişkin zaman alıcı araştırmalardan koruyarak teşvik etmek için, bireysel mülkiyetten daha yüksek bir değer olarak genel menfaatin korunması gereğidir³³³. Taşınırlarda zilyetliğe tanınan bu itibar, taşınmazlarda tapu siciline güven hususunda söz konusudur³³⁴.

³³² **Hütte, Felix/Hütte, Marlana**, Sachenrecht I (Recht der beweglichen Sachen), Verlag Dr. Rolf Schmidt, 6. Auflage, Grasberg bei Bremen 2013, Rn. 462.

³³³ **Lewalter**, s. 86.

³³⁴ **Cansel, Erol**, Tapu Siciline İtimat Prensibi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınlarından No: 191, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1964, s. 3.

Yasa koyucu, kamunun zilyetlik ve tapu siciline olan güvenini, mülkiyet hakkı sahibinin kişisel çıkarlarından daha fazla korumaya değer görmektedir ki, bu da iyiniyetin kesin olarak, ancak eşya dolaşımının ve sicile güvenin korunması ile ilgili hususlara bağlı olduğunu gösterir. Yani iyiniyetli edinim, yalnızca hukuki güvenliğin ve eşya dolaşımının kolaylığını koruma ve teşvik etme ihtiyacı olduğunda gündeme gelir³³⁵ ki; burada bir yanda mülkiyet hakkı sahibinin çıkarları ile diğer yanda hukuki güvenlik ve eşya dolaşımdan beklenen kamusal menfaat arasında hassas bir dengenin mevcudiyeti söz konusudur³³⁶.

Marka hukukunda iyiniyetli kazanımın mevcudiyetine dair, SMK'da kesin bir belirti bulunmamaktadır. Doktrinde marka sicilinin, tapu sicilinde olduğu gibi, iyiniyetli üçüncü kişinin sicile güvenerek gerçekleştirdiği hak kazanımını koruyacak nitelikte bir fonksiyonu haiz olup olmadığı hususu tartışmalı olmakla birlikte, ağırlıklı görüş³³⁷, marka sicilinin böyle bir fonksiyona sahip olmadığı yönündedir. Fakat marka sicilinin, Türk Medeni Kanunu m.7 anlamında resmi nitelikte bir sicil olduğu, bu anlamda kamu güvenine mazhar olduğu ve bu sebeple sicilde marka sahibi olarak görünen kişinin markanın sahibi olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde bir görüş de ileri sürülmektedir.

Kanun'un 148. maddesinin 5. fıkrasında yer alan düzenleme ile, esas olarak, iyiniyetle marka hakkının edinimi değil, tescilin üçüncü kişiler üzerindeki etkisi ele alınmış bulunmaktadır. Nitekim SMK m.148/f.3 gereğince; “...sicile kaydedilmeyen hukuki

³³⁵ Lewalter, 87.

³³⁶ Hütte/Hütte, Rn. 462.

³³⁷ Böhm-Einführung, s. 99; Arkan-Marka Hukuku Cilt II, s. 183, 184; Ströbele/Hacker/Thiering, §27 Rn. 19; Ingerl/Rohnke, §27 Rn. 14; Bingener, Senta, Markenrecht, C.H.BECK, 4. Auflage, München 2022, s. 299; Lewalter, s. 89 vd.; Hacker, §30 Rn. 828; Brämer, s. 155.

işlemlerden doğan haklar iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez.” Taşınmazlar bakımından, Türk Medeni Kanunu’nda öngörülen ve iyiniyetle hak kazanımına imkân veren düzenleme ile, tescil hem söz konusu hakkın kazanılması bakımından kurucu bir unsur olarak öngörülmüş (TMK m.1022/f.1) hem de sicildeki kayda güvenerek iyiniyetle hak kazanımının mümkün olacağı açıkça kararlaştırılmıştır (TMK m.1023). Filhakika iyiniyet, ancak kanunun buna açıkça sonuç bağladığı durumlarda korunur (TMK m.3). Sınai Mülkiyet Kanunu’nun anılan hükmünde ise, marka hakkının mevcut sicil kaydına dayanılarak iyiniyetli olarak kazanılacağına dair bir ifade yer almadığından, burada, marka sicilinin olumlu etkisinin kabulü, hukuki dayanaktan yoksundur³³⁸. Bu sebeple markanın yetkisiz bir kişiden iyi niyetle edinilmesi, SMK uygulaması kapsamında genellikle reddedilir³³⁹.

Marka devrinin sicile kaydının gerçekleştirilmesi aşamasında kurum tarafından, devir prosedüründeki işlemlerin gerçekteki etkinliğine ilişkin kapsamlı bir inceleme yapılmamaktadır. TürkPatent tarafından, markanın yeni hak sahibi adına tesciline yönelik başvuruya binaen, sicilde marka sahibi olarak görünen kişiden markayı devralan iyiniyetli üçüncü kişi adına tescilin gerçekleştirilmesi açısından, Sınai Mülkiyet Kanunu’nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik m.125’te istenen belgelerin ibraz edilmesi gerekir. Buna göre, markanın devredilmesi halinde, hak sahipliğinde meydana gelen değişiklik, buna

³³⁸ Aynı yönde düşünceler için bkz. **Okutan Nilsson, Gül**, Sınai Haklara İlişkin Hukuki İşlemler ve Sınai Hak Sicili, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Fikri Mülkiyet Hukuku Çalıştayı Bildiriler Kitabı, Ankara 2020, s. 555 vd.

³³⁹ Alman hukukunda MarkenG kapsamında, marka hakkının iyiniyetli edinimine karşı çıkan benzer görüş ve değerlendirme için bkz. **Lewalter**, s. 89 vd.; **Brämer**, s. 155 vd.; İsviçre marka hukuku bakımından değerlendirmeler için bkz. **Noth/Bühler/Thouvenin**, Art. 17 Rn. 31.

yönelik talep formu, ücretin ödendiği ve devrin konusunu oluşturan marka tescil numarası ile marka adının yer aldığı devir sözleşmesinin TürkPatent'e sunulması halinde sicile kaydedilir.

SMK'da böyle bir başvuru durumunda, TürkPatent'e gerçek hak sahipliğinin araştırılmasına ilişkin herhangi bir yükümlülük getirilmemiştir³⁴⁰. TürkPatent tarafından yapılması gereken araştırma, daha ziyade başvurunun biçimsel doğruluğu ve hakkın devrinin ispatına yönelik şekli bir nitelik taşır. Her ne kadar SMK'nın Uygulanmasına Dair Yönetmelik'in 132. maddesinde; Kurum'un makul nedenlerle şüpheyne düşölmesi durumunda, yapılan talep veya işleme ilişkin olarak noter onayı da dâhil her türlü delilin ibrazını isteyebileceği öngörölmiş olsa da, buradan Kurum'a gerçek hak sahipliğinin araştırılması hususunda genel bir yükümlölük getirildiği sonucuna varılamaz. Zaten 6769 sayılı SMK ile birlikte 556 sayılı KHK'dan farklı olarak, marka devri için noter onaylı sözleşme şartı getirilmiş bulunmaktadır. 556 sayılı KHK döneminde, marka devrinin adi yazılı şekilde gerçekleştirilmesi yeterli kabul edilmekteydi. Bu durumda, markanın devri ile tescili arasında, devreden tarafından mükerrer devirlerin gerçekleşme ihtimali ve imkânı daha kolaydı. Noter onaylı şekil şartının getirilmesi ile birlikte, uygulamada taraflar arasında akdedilen sözleşme noter tarafından onaylanmakta ve devreden adına düzenlenen marka tescil belgesinin arkasına markanın devredildiğine ilişkin kayıt düşölmemektedir. Tescil belgesinin arkasına markanın devredildiğine ilişkin not düşölmemekle birlikte, devreden bu süreçte, marka tescil belgesinin onaylı sureti gibi şekli anlamda marka sahipliğini ispatlayan bir belge ile yeni bir devir gerçekleştirmesi de olanaksız değildir. Markanın devri, noter tarafından doğrudan marka siciline bildirilmemekte, bu bildirim devir sözleşmesinin yapılmasından sonra taraflardan biri tarafından isteğe bağılı olarak gerçekleştirilmektedir. Dolayısıyla sonraki tarihli devre

³⁴⁰ Alman marka hukukunda da, patent kurumu tarafından, devir prosedüründeki devir işlemlerinin gerçekteki etkinliğine ilişkin kapsamlı bir incelemenin yapılmadığına dair bkz.

Ströbele/Hacker/Thiering, §27 Rn. 19; **Hacker**, §30 Rn. 828.

dayanarak ve yukarıda bahsi geçen belgelerin sunulmasıyla birlikte Kurum tarafından, gerçek hak sahipliğine uygun olmayan bir tescilin gerçekleştirilmiş olma ihtimali hala mevcuttur. Fakat devir sözleşmesinin noter onaylı olarak yapılması şartının getirilmesi ile birlikte, tarafların eski tarihli bir marka devir sözleşmesi akdetmek suretiyle önceki devri etkisiz kılmalarının önüne geçilmiş ve olası bir anlaşmazlık durumunda, hangi devrin önce hangisinin sonra gerçekleştiğinin ispatı bakımından kolaylık sağlanmıştır.

Sonuç olarak, burada, üçüncü şahısların sicilin doğruluğuna olan güvenini korumayı gerektirecek bir durumun; yani marka sicilinin, olumlu etki anlamında resmi bir güvene³⁴¹ ve markanın iyi niyetli edinimini sağlamak için yasal bir taşıyıcı işlevine sahip olmadığı söylenebilir³⁴². Markanın devrinin geçerliliği bakımından, sicile kaydın zorunlu olmadığı da göz önüne alınacak olursa, iyiniyetli kişinin, marka sahipliğine ilişkin mevcut marka siciline güveninin korunması düşünülemez. Bu nedenle marka hakkı, hakkın edinilmesinin önceliğine (Priorität des des Rechterwerbs) dayanmaktadır, yani hak, ilk sahibi (başvuru sahibi) tarafından yalnızca bir kez devredilebilir, daha sonraki bir devir hüküm doğurmaz³⁴³. Zira marka devir sözleşmesi, daha önce müteaddit kez ifade edildiği üzere bir tasarruf işlemidir ve devrin gerçekleştiği esnada, tasarruf yetkisinin mevcudiyetini gerekli kılmaktadır.

Her ne kadar hali hazırda sicilde marka sahibi olarak görünse de, geçerli bir marka devir sözleşmesinin akdedilmiş olması ile birlikte, marka, eski marka sahibinin malvarlığından kesin olarak çıkmış ve devralanın malvarlığına intikal etmiş olur. Dolayısıyla da, yinelenen devir sonucunda iyiniyetli üçüncü kişi, marka hakkını, devreden tasarruf yetkisi eksikliğinden dolayı kazanamaz.

³⁴¹ “*öffentlichen Glauben im Sinne einer positiven Publizität*” Bkz. **Hacker**, §30 Rn. 828.

³⁴² **Ströbele/Hacker/Thiering**, §27 Rn. 19; **Bingener**, a. 299.

³⁴³ **Ingerl/Rohnke**, §27 Rn. 14.

SMK’da marka hakkının devrine ilişkin tescile yönelik itiraz ya da iptal sürecini düzenleyen herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Hakkın devri sonucunda gerçek hak sahipliği ile uyuşmayan böyle bir tescil gerçekleşmişse, bu durumda gerçek hak sahibinin, sicildeki kaydın gerçek hukuki durum ile örtüşmediğinden hareketle, mevcut tescilin iptalini ve markanın kendi adına tescil edilmesini dava yoluyla talep etmesi gerekir³⁴⁴.

D. Markanın Devri ile Devrin Tescili Arasındaki Süreçte Marka Sahipliğinden

Doğan Hakları Kullanım Yetkisi Kime Aittir?

Marka devir sözleşmesinin akdedilmesinden sonra fakat bu devrin sicile tescilinden önce, marka hakkına yönelik bir tecavüz meydana gelirse, bu durumda hak sahipliğinden doğan yetkileri kimin kullanacağı hususu da SMK’da kesinliğe kavuşturulmuş değildir.

Alman Marka Kanunu’nda, bir markanın tescili ile tesis edilen hakkın, sicile marka sahibi olarak girilen kişiye ait olduğu kabul edilmiş, yani markanın tescilinden doğan hakların, sicilde marka sahibi olarak görünen kişiye ait olduğu yönünde bir adi karine öngörülmüş bulunmaktadır (MarkenG §28 Abs.1). Tescilin bu meşrulaştırıcı etkisi (Legitimationswirkung der Eintragung), tescilli marka sahibine, yeni sahibi tescil edilinceye kadar Patent ve Marka Kurumu, Federal Patent Mahkemesi veya olağan mahkemeler nezdinde markadan doğan tüm hakları ileri sürme yetkisi verir³⁴⁵. Yani bu durumda, sicilde marka sahibi olarak görünen kişi, markaya yönelebilecek tecavüzlere karşı, marka sahibine tanınan yetkileri, bu karineye dayanarak kullanabilecektir. MarkenG §28 Rn. 1'deki düzenlemede yer alan bu karine, aksi kanıtlanana kadar geçerlidir, yani anlaşmazlık

³⁴⁴ **Fezer**, §27 Rn. 66.

³⁴⁵ **Berlit**, s. 209 Rn. 348.

durumunda, üçüncü taraf bu varsayımı çürütmelidir³⁴⁶. Ayrıca Alman Marka Kanunu'nda, devralanın, Alman Patent ve Marka Kurumu (Deutsches Patent- und Markenamt/DPMA)'ne hak devrine ilişkin tescil başvurusunun yapıldığı andan itibaren marka hakkına dayanabileceğine ilişkin bir düzenleme de getirilmiş bulunmaktadır (MarkenG §28 Abs. 2). Devralan, ofis tarafından hakların devrine ilişkin tescil başvurusunun alınmasından sonra, markadan doğan tüm haklarını, Alman Patent ve Marka Kurumu (DPMA) nezdinde, Federal Patent Mahkemesi huzurunda veya Federal Adalet Divanı nezdinde kullanabilir. Neticede devralan, yeni marka başvurularına, marka siciline kaydedilmeden önce dahi itiraz etme hakkına sahiptir ki bu uygulamada önemli bir husustur³⁴⁷.

Avrupa Birliği Marka Tüzüğü'nde (UMV §20 Abs.11), SMK 'daki düzenlemeye benzer olarak, devrin sicile kaydedilmediği sürece devralanın, birlik markasının tescilinden doğan hakları ileri süremeyeceği düzenlenmiş bulunmaktadır. Burada SMK'dan farklı olarak, devralanın, iyiniyetli olup olmamasına bakılmaksızın tüm üçüncü kişilere karşı, devirden doğan haklarını ileri süremeyeceği öngörülmüştür. Bu durumda ise; devralanın, söz konusu hükümden dolayı; devredenine ise, sicilde halen marka sahibi olarak görünmekle birlikte

³⁴⁶ Alman Federal Adalet Divanı tarafından verilen bir kararda; MarkenG §28 Rn. 1'e göre, bir markanın tescili ile doğan marka hakkının, sicilde marka sahibi olarak kaydedilen kişiye ait olduğuna ilişkin bir karinenin bulunduğu; bunun ise, sicilde marka sahibi olarak tescil edilmiş olan kişinin, gerçekte marka sahibi olmadığının ispatının zorunlu olduğu ve ancak bu yasal karineye itiraz eden kişinin bu iddiasının tam kanıtını sunması gerektiği anlamına geldiği ifade edilmektedir. Söz konusu karar için bkz. BGH, OLG Nürnberg, Urteil vom 08.06.2021 - 3 U 2202/20, <https://openjur.de> (E.T. 15.08.2022). Rakip, varsayımı çürütmek isterse, ZPO § 292'ye göre, aksini tam olarak kanıtlamalıdır (Hacker, Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. basım 2021, § 28 marjinal sayı 4).

³⁴⁷ **Berlit**, s. 209 Rn. 348.

gerçekte hak sahibi olmamasından dolayı, markaya yönelebilecek tecavüzlere karşı dava yoluna başvıramayacağı söylenebilir³⁴⁸.

SMK'da yer alan benzer düzenlemeden de, devralanın iyiniyetli üçüncü kişilere karşı tescilden önce, marka hakkından doğan yetkileri kullanma; devreden ise, gerçek hak sahibi olmamasından dolayı, markaya yönelebilecek tecavüzlere karşı, Kanun'da marka sahibine hasredilmiş olan yetkileri kullanma imkanına sahip olmayacağı sonucuna varılabilmektedir. Peki markanın devrinin gerçekleşmesi ile devrin sicile tescili arasında geçen bu sürede, marka hakkından doğan yetkiler bakımından hak süjesi bulunmamasından dolayı marka bu anlamda hukuki korumadan mahrum mu kalacaktır?

SMK'da, Alman Marka Hukuku'nda olduğu gibi, sicilde marka sahibi olarak görünen kişinin markanın tescilinden doğan hakkın sahibi olarak kabul edileceği yönünde bir kanuni karinenin mevcut olmamasından dolayı bu noktada bir kanuni boşluğun söz konusu olduğu söylenebilir. Marka hukukunun temelinde yer alan düşünce, marka hakkına üçüncü kişilerce yönelebilecek tecavüzlere karşı marka sahibini korumaktır. Bu bakımdan kısa bir süre de olsa, devir sözleşmesi ile tescilin gerçekleşmesi arasında geçen bu süreçte, markanın hukuki muhafaza görmemesi düşünülemez. Bu nedenle, gerçekte hak sahibi olmamakla birlikte sicilde marka sahibi olarak görünen kişinin, markanın tescilinden doğan hakların sahibi olacağına ilişkin bir kanuni karinenin Türk hukukunda da kabulü elzemdir. Doktrinde her ne kadar SMK'da bu yönde açık bir düzenleme bulunmasa dahi, tescilli bir markanın hukuki korumadan mahrum kalması düşünülemeyeceğinden, sicilde marka sahibi olarak görünen kişiye, bu süreçte markaya yönelebilecek tecavüzlere karşı harekete geçebilme imkânı tanınması gerektiği ileri sürülmektedir³⁴⁹. Nitekim SMK m.25/f.3'te; marka hükümsüzlük

³⁴⁸ **Arkan**-Marka Hukuku Cilt II, s. 185.

³⁴⁹ **Arkan**-Marka Hukuku Cilt II, s. 186; **Karan/Kılıç**, s. 331.

davasının, dava tarihinde marka sicilinde marka sahibi olarak görünen kişilere karşı açılacağı; SMK m. 26/f.3'te; marka iptal taleplerinin, talep tarihinde sicilde marka sahibi olarak kayıtlı kişilere veya hukuki haleflerine karşı ileri sürülebileceği ve SMK m.26/f.6'da, markanın iptali incelemesi sırasında hak sahibinin değişmesi durumunda, sicilde hak sahibi olarak görünen kişiye karşı işlemlere devam edileceği öngörülmüş bulunmaktadır. Yani söz konusu durumlarda, maddi anlamda marka sahibi olup olmamasına bakılmaksızın şekli anlamda marka sahipliği esas alınmıştır. Bu anlamda, gerçek hak sahibi olmamakla birlikte sicilde hak sahibi olarak görünen kişilere markaya yönelebilecek tecavüzlere karşı koyabilme yetkisi tanınması da yani bu kişilerin markanın tescilinden doğan hakların süjesi olarak kabul edilebilmeleri de ancak kanunda buna ilişkin bir karinenin varlığına bağlıdır. Zira marka devir sözleşmesi bir tasarruf işlemi olması dolayısıyla, sözleşmenin akdedilmesi ile birlikte, devreden markaya ilişkin tüm yetkileri sona ermektedir. Maddi anlamda hak sahibi olmayan devredene, markaya ilişkin herhangi bir hukuki prosedür bakımından muhatap sıfatı yüklenmesi, kanuni bir dayanaktan yoksun olarak olası görünmemektedir.

Markanın hukuki korumadan mahrum kalmaması adına doktrinde bir görüş³⁵⁰ tarafından ifade edildiği üzere, devralana, devir sözleşmesini ibraz etmek suretiyle, bu süreçte markaya yönelebilecek tecavüzlere karşı marka hakkından doğan yetkileri kullanma hususunda imkân tanınması yerinde bir tercih olacaktır. Fakat doktrinde bir başka görüş tarafından, devralanın, sicilde gerekli değişikliği yaptırmadığı sürece, bu yetkileri kullanamayacağı, yalnızca sicilde marka sahibi olarak görünen kişinin bu hakka sahip olduğu ifade edilmektedir³⁵¹. Fakat gerçekte hak sahibi olmayan kişiye, bu süreçte, marka hakkından doğan yetkileri kullanma imkanının tanınması, yukarıda ifade edildiği üzere, hukuki dayanaktan yoksun görünmektedir. Bu sorunların önüne geçmek adına, ortak markalar ve

³⁵⁰ **Arkan**-Marka Hukuku Cilt II, s. 185.

³⁵¹ **Karan/Kılıç**, s. 331.

garanti markaları bakımından tercih edilen tescilin kurucu etkisi, bireysel markalar bakımından da tercih edilebilir. Nitekim ortak markalar ve garanti markalarının devrinde, bireysel markalardan farklı olarak, marka siciline tescil, kurucu bir unsur olarak öngörülmüş bulunmaktadır. SMK m.148/f.7 gereğince; garanti markalarının ya da ortak markaların devri, ancak devrin sicile tescili halinde geçerlidir. Tescilin kurucu etkisinin kabul edilmesi halinde, marka devir sözleşmesinin akdedilmesi ile devrin sicile işlenmesi arasında geçen sürede, markanın tescilinden doğan hakların kim tarafından kullanılacağı hususunda, herhangi bir tereddüte yer kalmayacaktır. Özetle; Kanun'da, ya marka sicilinde hak sahibi olan kişinin markadan doğan hakları kullanma hususunda yetkili olduğuna ilişkin bir karineye yer verilmesi yahut da marka siciline tescilin, bireysel markalar bakımından da kurucu nitelikte olmasının öngörülmesi suretiyle bu belirsizliğin aşılması mümkün görünmektedir.

III. MARKA SİCİLİNE TESCİL EDİLECEK DEVİRLER

SMK'da marka üzerinde gerçekleştirilen tüm hukuki işlemlerin sicile tescil edilebileceği öngörülmüştür. SMK'nın Uygulanmasına Dair Yönetmelik'in 125. maddesinde, markanın devri yoluyla hak sahipliğinde meydana gelen değişikliğin sicile kaydedileceği ve bültende yayımlanacağı; yine SMK bakımından mehz Avrupa Birliği Marka Tüzüğü'nde de, marka hakkının devrinin, bir tarafın başvurusu üzerine sicile kaydedilerek yayımlanacağı ifade edilmiştir (UMV §20 Abs. 4).

Alman Marka Kanunu'nda, bir markanın tescili ile tesis edilen hakkın devrinin, Alman Patent ve Marka Kurumu (DPMA)'nca taraflardan birinin talebi üzerine sicile işleneceği öngörülmektedir (MarkenG §27 Abs. 3); İsviçre Federal Marka Koruma Yasası'nda da, genel anlamda markanın devrinin sicile işlenmesinden bahsedildiği görülmektedir (MSchG. Art.17/2-3).

Görüldüğü üzere hem Türk marka mevzuatında hem mehz Avrupa Birliği Tüzüğü'nde hem de Alman ve İsviçre Marka Kanunlarında, sicile tescil edilecek işlem olarak, markanın devri yani markanın devredilmesi yoluyla hak sahipliğinde meydana gelecek değişiklik kastedilmektedir. Bu bakımdan yalnızca müstakil bir marka devir sözleşmesi değil; ticari işletmenin devri, mirasla intikal, kanun gereği ya da mahkeme kararı gibi, marka üzerindeki hak sahipliğinde değişiklik meydana getirecek tüm devirler bakımından sicile tescil gereklidir.

IV. MARKA BAŞVURULARININ DEVRİNİN TESCİLİ

Marka başvuruları da, devir sözleşmesinin konusunu teşkil edebilir ve marka başvurusunun devrinin de sicile kaydedilmesi gerekir. Fakat mevcut marka başvurularının devrinin sicile tescilinin nasıl gerçekleştirileceği hususunda Türk marka mevzuatında bir açıklık bulunmamaktadır. Bu durumda, özellikle Alman hukukunda kaydın, tescilli bir marka bakımından başvuru dosyası üzerine ilgili bir not düşülmesi suretiyle gerçekleştirilmesi, sonrasında ise, marka tescilinin buna istinaden doğrudan başvuruyu devralan adına gerçekleştirilmesi yolu tercih edilmektedir³⁵². Benzer uygulamanın Türk hukuku bakımından da tercih edilmesi yerinde olacaktır.

§ 11. MARKA DEVİR SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMLERİ

I. DEVRİN HUKUKİ SONUÇLARI

A. Hak ve Yükümlülüklerin Devri

Marka devir sözleşmesinin akdedilmesiyle birlikte; (markanın ticari işletme ile ya da miras gibi herhangi bir surette devredildiği tüm durumlarda), marka hakkı, devreden malvarlığından çıkarak devralanın malvarlığı unsurları arasına geçer. Sicile tescil, garanti

³⁵² Fezer, §31 Rn. 4.

markaları ve ortak markaların devri haricinde, markanın devredilmesi bakımından kurucu bir unsur değildir.

Markanın devriyle birlikte, devralan, devreden hukuki statüsünü olduğu gibi üstlenir. Marka üzerindeki yeni hak sahibi, markayı, önceki hak sahibinin elinde bulundurduğu durumda edinir³⁵³; yani marka hakkı, mevcut olduğu haliyle devralana geçer (gleiche Priorität und Rechtszustand)³⁵⁴. Bu durum hem markanın koruma alanını hem de markanın üzerindeki sınırlamaları kapsar³⁵⁵. Yani söz konusu marka, hangi ülkede tescilli ise, devralan marka sahipliğini o ülke sınırları dahilinde elde eder ve marka, üzerindeki her türlü kısıtlamayla birlikte olduğu gibi devralana intikal eder.

Devirle birlikte, markaya ilişkin öncelik hakkı da, markanın ilk tescil edildiği tarihten itibaren geçerli olmak üzere, devralana geçer. Sonraki tarihli marka başvurularının, mevcut marka hakkına tecavüz oluşturup oluşturmadığı incelemesi, devir tarihinden itibaren değil, markanın tescil edildiği tarihten itibaren geçerli olmak üzere yapılır. Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesi tarafından, ‘*Seyidoğlu-Sayidoğulları*’ baklava markalarına ilişkin uyuşmazlığı konu edinen davada³⁵⁶, öncelik hakkının markanın ilk tescil tarihi esas alınarak belirleneceği,

³⁵³ **Kur/v.Bomhard/Albrecht**, §27 Rn. 57; **Ingerl/Rohnke**, §27 Rn. 15; **Lewalter**, s. 63; **Brämer**, s. 184.

³⁵⁴ **Fezer**, §27 Rn. 42; **Böhm-Einführung**, s. 99.

³⁵⁵ **Ekey/Bender/Fuchs-Wissemann**, §27 Rn. 11; **Ingerl/Rohnke**, §27 Rn. 15.

³⁵⁶ Yargıtay 11. HD., 24.12.1999, E. 1999/6393, K. 1999/ 10787, anılan karar için bkz. **Karan/Kılıç**, s. 331 vd.; benzer değerlendirmelerin yapıldığı bir başka Yargıtay kararında da, devirle birlikte devralana ait öncelik haklarının devredene geçip geçmediği hususu araştırılmadan, ihlalin varlığı kanaatine erişilmesinin yanlışlığı dile getirilerek temyize konu kararın bozulmasına hükmedilmiştir. Söz konusu karar: “*Taraflar arasında “P... C...”*

markasıyla ilgili çok öncesinden başlayan ticari ilişki bulunmakla birlikte, 12.07.2005 ve 03.07.2007 tarihli sözleşmelerle davacı tarafın 18, 20, 24, 25 ve 27.sınıf mallar yönünden, Türkiye'de tescilli 97/20769, 2007/39496, 2007/48579 vs. **anılan sınıflardaki tüm markaların tam devir sözleşmesiyle davalı tarafın markayı devir aldığı şahsa devredildiği** ve tescilin bu kişi adına sağlandığı, devir alınan marka hakkına dayalı olarak davalı taraf, “p... c...” ibareli başka birçok marka dışında, kendisi adına “C...” unsurlu çok sayıda markanın da tescilli olduğunu ileri sürmektedir. Bu durumda mahkemece, davalının dayandığı tüm marka tescil belgeleri ile gerektiğinde marka devir belgeleri de getirtilip, tescil kapsamındaki **18, 20, 24, 25 ve 27. sınıf mallar yönünden yapılan devirlerle "P... C..." markasının Türkiye hudutlarında davalıya geçip geçmediği değerlendirilmeden**, gerek "P... C...", gerekse "C..." unsurlu markaların tescil kapsamındaki mal ve hizmetler yönünden, davacı tarafın önceye dayalı üstün ve müktesep haklarının bulunup bulunmadığı belirlenmeden, davacı adına tescilli "p... c..." unsurlu markalar nedeniyle markalar arasında KHK'nın 8/1-b maddesi uyarınca karıştırılma ihtimalinin bulunduğu kabulü doğru olmamıştır. Bölge Adliye Mahkemesince, 556 Sayılı KHK'nın 8/4.maddesi uyarınca, “Marka, tescil edilmiş veya tescil için başvurusu daha önce yapılmış bir markanın aynı veya benzeri olmakla birlikte, farklı mallar veya hizmetlerde kullanılabilir. Ancak, tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış markanın, toplumda ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle haksız bir yararın sağlanabileceği, markanın itibarına zarar verebileceği veya tescil için başvurusu yapılmış markanın ayırt edici karakterini zedeleyici sonuçlar doğurabileceği durumda, tescil edilmiş veya tescil için başvurusu daha önce yapılmış bir marka sahibinin itirazı üzerine, farklı mal veya hizmetlerde kullanılacak olsa bile, sonraki markanın tescil başvurusu red edilir” hükmü uyarınca, başvuru konusu markanın tescilinin kısmen reddi gerektiği sonucuna ulaşılmış, benimsenen bilirkişi raporunda, davacının “p... c...” markasının tanınmış marka olduğundan söz edilmiş ise de, hangi mal ve hizmetler yönünden tanınmış olduğuna işaret edilmemiştir.

devredildiği tarihe bu anlamda itibar edilemeyeceği sonucuna varılmıştır. Söz konusu uyuşmazlıkta davacı, ‘Seyidoğlu’ adlı markanın; davacı ise, ‘Sayidoğulları’ adlı markanın sahibidir. Davacı ‘Seyidoğlu’ markası 15.12.1995 tarihinde tescil edilmiştir. Davalı ‘Sayidoğulları’ markası ise, ilk kez 27.10.1989 tarihinde devreden adına tescil edilmiş; 22.10.1996 tarihinde davalıya devredilmiş ve 15.01.1997 tarihinde ise, davalı adına sicile tescil edilmiştir. Davacı, ‘Sayidoğulları’ adlı markanın, kendilerine ait ‘Seyidoğlu’ markası ile aynı işareti kullanmak suretiyle iltibas oluşturduğunu, bu sebeple söz konusu markanın hükümsüzlüğünü, davalının tecavüzünün önlenmesini talep eder. Yerel mahkeme, davacı şirketin markasının 1995 yılında tescil edilmesi, davalı markanın ise, 1996 yılında davalı adına tescil edilmesinden hareketle, markaların benzerlik oluşturduğunu fakat, davalı markasını kendi adına tescil ettiren dava dışı şirketin ayrı bir tüzel kişilik oluşturduğu ve türünü değiştirerek davalı şirketi oluşturmadığı, bu sebeple de öncelik hakkının davacıya ait olduğu yönünde bir değerlendirme yapar. Bu doğrultuda da, davalının markasındaki ‘Sayidoğulları’ ibaresinin terkinine karar verilir. 11. Hukuk Dairesi tarafından, ‘Sayidoğulları’ markasının **27.10.1989 tarihinden geçerli olmak üzere tescilli olduğu,**

Mahkemece, şayet markanın giyim ürünleri yönünden tanınmışlığı sonucuna ulaşılması halinde, giyim ürünleri yönünden davacıya ait markanın devir yoluyla davalı şirkete geçtiği, dolayısıyla markanın tanınmışlığından yararlanma hakkının da davalı şirkete geçip geçmediği, hangi tarafa ait markanın Türkiye'deki ilgili sektörde tanınmış olduğu tespit edilmeksizin soyut gerekçelerle davacı markasının tanınmış olduğu gerekçesiyle değerlendirme yapılarak sonuca ulaşılması doğru olmadığı gibi, KHK'nın 8/4.maddesinde sayılan tanınmış markaya yönelik hangi risklerin ne şekilde doğacağı değerlendirilmeksizin sonuca gidilmesi de doğru olmamış ve hükmün bu nedenle davalı taraf yararına bozulması gerekmiştir.” Bahsi geçen karar için bkz. Yargıtay 11. HD., E. 2019/4412, K. 2020/3605, T. 28.09.2020, <https://lib.kazanci.com.tr> (E.T. 08.08.2022).

15.01.1997 tarihinde ise, markayı devralan davalı adına tescil edildiği tespitlerine yer verilerek; davalının devraldığı markaya da dayanabileceğine, mahkemece davalının bu savunması üzerinde durulmadan yazılı şekilde karar verilmesinin doğru olmadığına ve bu sebeple söz konusu kararın davalı yararına bozulmasına karar verilmiştir.

Devrin konusunu oluşturan markaya ilişkin olarak, üçüncü bir kişiye tanınmış bir lisans hakkı mevcutsa, lisans sözleşmesinde aksi kararlaştırılmadığı müddetçe, markanın bu lisans hakkı ile birlikte devredilmiş olduğu kabul edilir³⁵⁷. Marka lisans sözleşmesinin sicile kaydı ile birlikte, lisans alan, sözleşmeden doğan lisans hakkını, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı da ileri sürebileceğinden, lisans hakkı tanınmış bir markanın devredilmesi durumunda, markayı devralan, lisansla kayıtlı olarak devralmış olur. Bu durumda lisans alan, lisans sözleşmesinden doğan haklarını, markayı devralan kişiye karşı da ileri sürebilir. Lisans sözleşmesinin akdedilmesi ile sicile kaydedilmesi arasındaki süreçte, yani lisans sözleşmesi yapılmış fakat henüz tescil edilmemişken markanın devre konu olması durumunda ise, söz konusu lisans hakkının devralana karşı ileri sürülebilmesi, ancak devralanın iyiniyetli olmamasına yani lisans sözleşmesinin varlığından haberdar olmasına veya haberdar olabilecek durumda bulunmasına bağlıdır.

Marka üzerinde tesis edilmiş herhangi bir rehin hakkı mevcutsa, marka, söz konusu rehin hakkı ile birlikte devredene geçer. Marka başvurusunun devrinde de, söz konusu başvuru üzerinde bir rehin hakkı tesis edilmişse, başvuru rehinle kayıtlı olarak devredilmiş olur. Marka üzerinde rehin hakkı kurulmasından fakat rehnin sicile tescilinden önce marka devre konu olmuşsa, bu durumda marka üzerindeki rehin hakkı, ancak iyiniyetli olmayan devralana karşı ileri sürülebilir. Devralan, söz konusu rehnin varlığını biliyor ya da bilmesi

³⁵⁷ **Kur/v.Bomhard/Albrecht**, §27 Rn. 60; **Ekey/Bender/Fuchs-Wissemann**, §27 Rn. 12;

Ingerl/Rohnke, §27 Rn. 15; **Lewalter**, s. 63; **Böhm-Einführung**, s. 99.

gerekiyorsa ancak bu durumda rehnin tescilinden önce gerçekleşen devir sözleşmesinin rehinle kayıtlı olarak gerçekleştiği, yani devrin, bunun varlığından haberdar olma hususunda iyiniyetli olmayan devralana karşı da ileri sürülebileceği kabul edilir.

Hacizli bir markanın devri halinde, haciz sicile kaydedilmişse, devralanın markayı üzerindeki haciz yükü ile birlikte edindiği kabul edilir. Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesi tarafından verilen bir kararda; haczin sicile şerhi ile birlikte, devralanın markayı bu yükümlülükle üzerine aldığı kabulünün gerektiği ve böyle bir durumda haczin, devralanı da bağlayacağı diğer bir deyişle, haciz prosedürünün işlemeye devam edeceği ifade edilmiştir³⁵⁸.

Devreden, söz konusu markaya ilişkin Borçlar Kanunu'na göre üstlendiği yükümlülükler, yani borçlandırıcı işlemlerden doğan edim yükümleri, ancak tarafların bu yükümlülüklerin de devrini aralarında kararlaştırmış olmaları halinde devralana geçer³⁵⁹.

Tescilli markalar bakımından Kanun'da, koruma süresi, başvuru tarihinden itibaren 10 yıl olarak belirlenmiştir. Markanın devri ile, marka hakkına ilişkin yeni bir koruma süresi işlemeye başlamaz; marka korumasına ilişkin süre devirden sonra da kaldığı yerden devam eder. Örneğin devreden tarafından 4 yıl kullanıldıktan sonra devredilen markanın, 6 yıllık koruma süresi kalmış olur, 10 yıllık süre devirden itibaren yenilenmez.

Mevcut marka başvurusunun devri halinde, devredene yani marka başvurusunu gerçekleştiren kişiye ait öncelik hakkı, devralan bakımından da caridir. Yani devreden, marka başvurusunu devretmekle, markaya ilişkin öncelik hakkını da devretmiş olur.

³⁵⁸ Karar için bkz. Yargıtay 11.HD, E. 1999/8623, K. 2000/2232, T. 09.03.2000, <https://lib.kazanci.com.tr> (E.T. 28.06.2022).

³⁵⁹ **Ekey/Bender/Fuchs-Wissemann**, §27 Rn. 12.

B. Hükümsüzlük ve İptal Kararı

Markanın kullanılmama sebebiyle Kurum tarafından iptaline karar verilebilir. SMK m.9/f.1 gereğince; *“Tescil tarihinden itibaren **beş yıl** içinde haklı bir sebep olmadan tescil edildiği mal veya hizmetler bakımından marka sahibi tarafından Türkiye’de ciddi biçimde kullanılmayan ya da kullanımına beş yıl kesintisiz ara verilen markanın iptaline karar verilir.”*

Marka, devreden marka sahibi tarafından tescilden itibaren beş yıl süre ile kullanılmamış ya da kullanımına beş yıllık bir ara verilmişse, markanın devredilmiş olması, kullanmama sebebiyle Kurum’dan markanın iptalinin talep edilebilmesini engellemez. Yani markanın devredilmiş olması, kullanmama durumu bakımından yeni bir sürenin başlamasına yol açmaz. Aynı şekilde, markanın iptali talebinin incelenmesi esnasında, iptali istenen markanın devredilmesi durumunda, işlemlere sicilde hak sahibi olarak görünen kişilere karşı devam edilir (SMK m.26/f.6). Marka, devralan adına tescil edildikten sonra, iptal talebinin muhatabı olarak devralana karşı iptal süreci işlemeye devam eder. Eğer iptal talebi markanın devrinden sonra yapılmış ve bu arada marka devralan tarafından ticari hayatta ciddi bir biçimde kullanılmışsa, bu durumda markanın iptali talebi Kurum tarafından reddedilir. Fakat bu kullanımın, iptal talebinde bulunulacağı düşüncesiyle yapıldığı tespit edilirse, bu durumda iptal talebinin yapıldığı tarihten önceki üç aylık kullanım, ciddi kullanımın tespiti yönünden dikkate alınmaz (SMK m.26/f.4).

SMK m.25 gereğince; markaya ilişkin olarak açılacak hükümsüzlük davaları, markanın devrinden sonra da açılabilir. Markaya ilişkin hükümsüzlük davası, dava tarihinde, sicilde marka sahibi olarak görünen kişi kim ise, ona veya haleflerine karşı açılır³⁶⁰ (SMK

³⁶⁰ 556 sayılı KHK döneminde, hükümsüzlük davasının kime karşı açılacağına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamasına karşın uygulamada aynı ilke kabul ediliyordu. Markanın devri

durumunda, hükümsüzlük davasının kime karşı açılacağına ilişkin Yargıtay 11. HD. tarafından verilen bir karar şu şekildedir: “Davacı vekili, müvekkilinin 14.06.1988 tarihinde tescil edilen ‘ÜLKER YILDIZ’ ve 30.03.2004 tarihinde ‘ÜLKER YILDIZ Manili Sakız+Şekil’ ve 02.06.2004 tarihinde tescil başvurusu yapılan ‘YILDIZ’ ibareli markaların sahibi olduğunu, davalının ise 07.06.1989 tarihinde ‘YILDIZ+Şekil’ ve ‘YILDIZ BAHARAT’ ibarelerini marka olarak tescil ettirdiğini, davalının daha önceki tarihlerde davacı adına tescilli YILDIZ markasından faydalanma haklarına tecavüz ettiğini ileri sürerek, davalının çeşitli gıda maddeleri üzerinde YILDIZ ibaresini marka olarak kullanmak ve tescil ettirmek suretiyle davacının haklı olarak kullandığı, tanıttığı ve tescil ettirdiği ÜLKER YILDIZ markasına vaki tecavüzlerin ref ve men'ine, davalı adına tescilli YILDIZ+Şekil ve YILDIZ BAHARAT markalarının hükümsüzlüğüne ve terkinine, fiili durumun ortadan kaldırılmasına ve hükmün ilanına karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, bir markanın tescil tarihinden önce kullanılmış ve tescile konu mallar veya hizmetlerle ilgili olarak bu kullanım sonucu ayırt edici bir nitelik kazanmış ise marka tescilinin hükümsüz sayılamayacağını, müvekkilinin ticaret sicilinde 08.09.1952 tarihinde Yıldız Baharat olarak tescilli unvan ile faaliyette bulunduğunu, 1950 yılından beri de YILDIZ markasını kullandığını, müvekkilinin markası içinde yer alan emtialardan sakız ve çikleti 09.07.2004 tarihinde Intergum Gıda San. ve Tic.A.Ş.ne, 04.10.2004 tarihinde de markasında yazılı bulunan tüm haklarını Yıldız Baharat ve Gıda San. ve Tic.Ltd.Şti.ne devrettiğini ve davalı sıfatı kalmadığını savunarak, **davanın reddini istemiştir.** Mahkemece, iddia, savunma ve dosya kapsamına göre, davalı adına 07.06.1989 tarihinde tescil edilen 112248 ve 111146 sayılı markaların **09.07.2004 tarihinde noterde yapılan devir sözleşmesine istinaden devredildiği**, devir sözleşmesinde açıkça markaların hangi emtialar için devredildiğinin belirtilmesine karşın Türk Patent Enstitüsü Başkanlığı tarafından yanlışlıkla tüm hak ve yetkilerin devredildiği belirtilerek **15.07.2004 tarihinde şerh ve ilan edildiği**, daha sonra yapılan yanlışlığın farkına varılarak

düzeltildiği ve ilan edildiği, davalının dava tarihinden önce 12.07.2004 tarihinde marka devir sözleşmesini Türk Patent Enstitüsü Başkanlığı'na ibraz ederek gerekli işlemlerin yapılmasını da talep ettiği, hükümsüzlük davalarının marka sahibi aleyhine açılması gerektiği, markasını devreden ve hakkında dava açılması mümkün bulunmayan davalı aleyhinde dava açılmayacağı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir. Karar, davacı vekilince temyiz edilmiştir. Davacı vekili, müvekkili adına tescilli olan 'ÜLKER YILDIZ', 'ÜLKER YILDIZ Manili Sakız+Şekil' ve 'YILDIZ' markalarından sonra davalı adına tescil edilen 'YILDIZ+Şekil' ve 'YILDIZ BAHARAT' markalarının hükümsüzlüğü ve sicilden terkinine karar verilmesini istemiştir. Davalı Yaşatya Kohen, 09.07.2004 tarihinde noterde yaptığı sözleşme ile her iki markasını da 'yalnızca sakız ve ciklet için geçerli olmak üzere' dava dışı Intergum Gıda San.ve Tic.A.Ş.ne devretmiş, devir 12.07.2004 tarihinde TPE.ne bildirilmiş ve işbu davanın açıldığı gün olan 15.07.2004 tarihinde devir, marka tescil belgelerinde yazılı tüm emtialar yönünden Türk Patent Enstitüsü Başkanlığı'nca tescil edilmiştir. Devrin kısmi olması nedeniyle, Türk Patent Enstitüsü Başkanlığı tarafından yapılan yanlışlık ise, 21.09.2004 tarihinde düzeltilmiştir. Ayrıca davalı taraf, 04.10.2004 tarihli noter devir senedi ile de, her iki markayı bu kez dava dışı Yıldız Baharat ve Gıda San.ve Tic.Ltd.Şti.ne tüm hakları ile birlikte devretmiştir. Açıklandığı üzere, işbu davanın açıldığı 15.07.2004 tarihinde davacının hükümsüzlüğünü istediği her iki marka da, Türk Patent Enstitüsü Başkanlığı nezdindeki kayıtlarda, davalı adına görünmektedir. Hükümsüzlük davasının kime karşı açılacağı konusunda 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 44/IV ve 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 130/III üncü maddesinde açık düzenleme bulunmakla birlikte, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, hukukun genel prensipleri gereği, markanın hükümsüzlüğü davasının da, sicilde marka

m.25/f.3). Bu bakımdan markanın devri, markaya yöneltilebilecek hükümsüzlük davalarını engellemez. Zira hükümsüzlük nedenlerinin, doğrudan doğruya markaya bağlı olduğu söylenebilir³⁶¹. Markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesini gerektirecek herhangi bir nedenin varlığı, marka sahibinin değişmesinden etkilenmez.

Markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesi durumunda, bu karar markaya ilişkin başvurunun yapıldığı tarihten itibaren etkili olur ve markaya SMK kapsamında sağlanan koruma hiç doğmamış sayılır. Dolayısıyla marka devredildikten sonra markanın hükümsüzlüğüne karar verilirse, bu durumda marka hakkı hiç doğmamış sayılır ve devir sözleşmesinin konusu imkânsız hale gelir.

Her ne kadar hükümsüzlük kararının verilmesinden önce devir gerçekleşmiş olsa da, hükümsüzlük kararının verilmesi ile birlikte, marka hakkı baştan itibaren hiç doğmamış olacağından, devre konu bir marka hakkının mevcudiyeti de söz konusu olmayacaktır. Bu bakımdan marka devir sözleşmesinin akdedilmesinden sonra markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesi halinde, marka devir sözleşmesinin, TBK m.27 gereğince, kesin hükümsüz olarak kabul edilmesi gerekir. Zira söz konusu hüküm nedeniyle, konusu imkânsız olan sözleşmeler

sahibi olarak gözüken kişiye (devredene) karşı açılması gerekir (Prof.Dr.Sabih Arkan, Marka Hukuku II.Cilt, Ankara 1998 Baskı, s.187). Mahkemece, her iki markanın kısmen devrinin sicile işlendiği 15.07.2004 tarihinde açılan hükümsüzlük davasının, sicilde marka sahibi görünen kişiye karşı açıldığı ve dava tarihinden sonra davalı markalarının devredildiğinin kabulü ile, HUMK.nun 186 ncı maddesi gereğince işlem yapıldıktan sonra işin esasına girilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle davanın reddedilmesi doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmiştir.” Karar için bkz. Yargıtay 11. HD., E. 2005/11945, K. 2007/3193, T. 20.02.2007, <https://lib.kazanci.com.tr> (E.T. 3.8.2022).

³⁶¹ Lewalter, s. 67.

kesin olarak hükümsüzdür. Kesin hükümsüz bir sözleşme sebebiyle yerine getirilen edimlerin iadesi, TBK 77 vd. düzenlenen sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanılarak talep edilebilir. Yani özellikle devreden, kendisine ödenen devir bedelini, devir sözleşmesinin kesin hükümsüzlüğü sebebiyle, devralana iadesi gerekir.

Marka iptal başvurusunun devirden önce yapılmış olması halinde, iptal sürecinin devralana karşı sürdürüleceği ifade edilmişti. Devirden önce gerçekleşen bir iptal talebinin, markanın devrinden sonra kabul edilmesi ve markanın iptaline karar verilmesi halinde, bu karar, iptal talebinin Kuruma sunulduğu tarihten itibaren etkili olacaktır. Bu da demek oluyor ki, marka devir sözleşmesinin akdedilmesinden önceki bir tarihte markanın iptali hükmünün doğması ile devir sözleşmesinin konusu bu durumda imkânsız hale gelmiştir. Bu bakımdan devir sözleşmesinin akdedilmesinden sonra markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesi durumu için yukarıda yapılan açıklamalar, bu ihtimal bakımından da caridir. Yani bu durumda da, devrin imkansızlık sebebiyle kesin hükümsüzlüğü ve devreden tarafından ödenen devir bedelinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine binaen iadesinin gerekeceği söylenebilecektir. Fakat SMK m.27/f.3'te; marka sahibinin, ağır ihmali veya kötünietli olarak hareket etmesinden dolayı zarar görenlerin tazminat talepleri saklı olmak üzere; markanın hükümsüzlüğü ve iptali kararının geriye dönük etkisinin, karardan önce kurulmuş ve uygulanmış sözleşmeleri etkilemeyeceğine hükmedilmiştir. Bu sözleşmeler uyarınca ödenen bedelin ise, hakkaniyet gereği, kısmen veya tamamen iadesinin talep edilebileceği de öngörülmüştür (SMK m.27/f.4). Bu bakımdan markanın devrinden sonra verilen hükümsüzlük veya iptal kararları nedeniyle, marka devir sözleşmesinin imkânsızlıktan dolayı kesin hükümsüz olması söz konusu değildir.

Markanın devrinden sonra verilen bir hükümsüzlük ya da iptal kararının verildiği tarihe kadar, marka, geçerli bir devir sözleşmesi ile devralana geçmiş gibi fiili bir sonuç doğurmuş ve devralan bu süreçte marka hakkından yararlanmıştır. Bu sebeple markanın

hükümsüzlüğü ve iptali sebebiyle, devralanın, markanın o zamana kadar kullanılmasından dolayı elde ettiği getirinin, iade bedelinin belirlenmesi üzerindeki etkisinin dikkate alınması; hakkaniyet düşüncesiyle, bir tarafın haksız bir kazanç elde etmesinin önüne geçilmesi hedeflenmiştir. Yani hükümsüzlük ya da iptal kararının, ne zaman verildiği, kararın verilmesine kadar olan süreçte markanın, devralan tarafından hangi müddet zarfında kullanıldığı, iade edilecek tutarın belirlenmesinde dikkate alınır.

Kanun'da, marka sahibi, markanın devri sırasında hükümsüzlük ya da iptal sebeplerini biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, yani bu hususta ağır ihmali veya kötüniyetli olarak hareket etmişse, bu durumda, bedelin iadesinden başka, zarar görenlerin tazminat taleplerinin de saklı olacağı ifade edilmiştir.

Markanın mutlak ya da nisbi ret nedenlerinin varlığından dolayı hükümsüz olması normalde devredenın değil devralanın risk alanındadır. Bu durum, marka hakkı da dahil olmak üzere fikri hakların edinilmesinin, hakkın varlığı ve etkinliği açısından her zaman riskli bir işlem olduğu gerçeğiyle de tutarlıdır. Prensip olarak, devralan, her zaman tescile rağmen markanın hükümsüzlüğünün sonradan kanıtlanabileceğini veya üçüncü şahısların markanın varlığına karşı dava açabileceğini beklemelidir. Bu nedenle, uygulamada devredenın, hükümsüzlük sebeplerine ilişkin bilgisinin olmadığı sözleşmelerde sıklıkla yer almaktadır³⁶².

Devralan, devredenın kendisine ayrıntılı olarak bilgi verdiği muhtemel tüm mutlak ve nisbi ret nedenlerinin varlığından dolayı markanın sonradan hükümsüz kılınmasından doğan zararlarını kural olarak devredenden talep edemez³⁶³. Fakat devralan, devir esnasında, hükümsüzlük ya da iptal sebeplerinin varlığından haberdar olan fakat kendisini bu hususta

³⁶² Lewalter, s. 67-68.

³⁶³ Ströbele/Hacker/Thiering, §27 Rn. 16.

ayrıntılı olarak bilgilendirmeyen yani kötünıyetli olan devredenden, markanın hükümsüzlüğü veya iptalinden doğan zararlarını talep edebilir.

Doktrinde buradaki zararın, sözleşme öncesi görüşmelerden doğan (culpa in contrahendo) sorumluluğa dayanılarak talep edilebileceğı ifade edilmektedir³⁶⁴. Fakat SMK'daki açık hüküm gereğince, devir sözleşmesi, hükümsüzlük ve iptal kararının geriye dönük etkisinden muaf tutulmaktadır. Bu bakımdan devir sözleşmesinin, hükümsüzlük ya da iptal kararının verildiğı tarihe kadar geçerli bir sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurduğu kabul edilmelidir. Bu sebeple devralanın tazminat talepleri bakımından, culpa in contrahendo sorumluluğuna dayanılması olanaklı değildir.

Devreden markanın hükümsüz kalmasına veya iptaline neden olabilecek her türlü durumu devralana bildirmek zorunda olmakla birlikte, kendisinin bildiğı iptal ve hükümsüzlük nedenlerine ilişkin bu bildirimi, devralana, en geç sözleşmenin kurulması esnasında, kusurlu bir biçimde yapmamışsa, bu durumda devreden, sözleşmenin ihlalinden dolayı sorumlu olur. Fakat söz konusu hükümsüzlük ya da iptal sebebini, devredenın yanı sıra devralan da biliyorsa, bu durumda devredenın tazminat sorumluluğı ortadan kalkar³⁶⁵.

C. Devredenın Garanti Sorumluluğı

Markanın hükümsüzlüğü veya iptali durumda, marka devir sözleşmesinin hukuki akıbetinin ne olacağı ve devredenın bundan doğan sorumluluğı yukarıda incelenmişti. Hükümsüzlük ve iptalin etkisini düzenleyen SMK m.27 hükmü gereğince; markanın hükümsüzlüğü ve iptali kararının geriye dönük etkisi, karardan önce kurulmuş ve uygulanmış sözleşmeler bakımından söz konusu olmayacak ve bu durumda devralan, hakkaniyet gereğı ödediğı bedelin iadesini ve diğeri zararlarını talep edebilecekti. Peki markanın devrinden sonra

³⁶⁴ **Arkan**-Marka Hukuku Cilt II, s. 189.

³⁶⁵ **Ströbele/Hacker/Thiering**, §27 Rn. 16.

üçüncü kişilerce marka üzerinde üstün bir hak iddiasında bulunulacak, herhangi bir sebeple markanın, devralan tarafından kullanılması engellenecek olursa, marka kendisinden beklenen nitelikleri haiz değilse yahut devreden markanın itibarı hususunda devralanı yanıltmışsa, bu gibi durumlarda devreden hukuki sorumluluğu ne olacaktır?

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nda, devreden, bahsi geçen durumlara ilişkin hukuki sorumluluğunu düzenleyen herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Bu bakımdan devreden hukuki sorumluluğunun tespitinde, genel hükümlerden faydalanılması gerekir.

Türk Borçlar Kanunu'nda, garanti (tekeffül) sorumluluğu; ayıba karşı tekeffül ile zapta karşı tekeffül hükümleri ile alacağın devri bakımından öngörülen garanti sorumluluğu bağlamında düzenlenmektedir. Alacağın devri bakımından öngörülen garanti sorumluluğu, diğerlerine göre özel bir nitelik taşır; zira hem ayıba karşı tekeffül hem de zapta karşı tekeffül hükümleri, maddi varlığa sahip yani cismani nitelikteki varlıklara ilişkin olarak öngörülmüşken; alacağın devrindeki garanti sorumluluğu, cismani nitelik taşımayan alacak ya da diğer haklar bakımından caridir. Alacağın devri bakımından garanti sorumluluğu TBK m. 191 ila 193 arasında özel olarak düzenlenmekle birlikte; doktrinde, alacağın devrinde devreden garanti sorumluluğu bakımından ortaya çıkacak boşlukların doldurulmasında, Türk Borçlar Kanunu'ndaki satım ve bağışlamaya ilişkin garanti sorumluluğu hükümlerinden kıyasen yararlanılmasının önünde herhangi bir engel olmadığı yönünde bir görüş de ileri sürülmektedir³⁶⁶.

Markanın devrinden sonra, üçüncü bir kişi tarafından üstün bir hak iddiası ileri sürülebilir. Bu durum özellikle, devredenın şeklen marka sahibi olarak görünmekle birlikte, gerçekte marka sahibi statüsüne sahip olmamasından kaynaklanır. Yani sicilde marka sahibi

³⁶⁶ **Uluşan, İnanç**, Alacağın Devrinde Devredenın Garanti Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2019, s. 48.

olarak görünen kişi, gerçekte hak sahibi olmamasına rağmen markayı devreder ve marka devralan adına tescil edilir. Devralan markayı geçerli bir biçimde devraldığını düşünüyor iken, üçüncü bir kişi tarafından gerçek hak sahipliğı iddiası ile markanın kendi adına tescili talep edilebilir. Marka devir sözleşmesinin bir tasarruf işlemi niteliğı taşıması nedeniyle, marka, devre konu olmakla birlikte devredenin malvarlığından çıkar ve devralana geçer. Artık devredenin marka üzerinde tasarruf yetkisi söz konusu değildir. Marka siciline güvenerek iyiniyetli olarak marka hakkını ikinci kez devralanların ise, sicile güveni bu anlamda korunmaz. Zira marka sicilinin, tapu siciline benzer şekilde böyle bir işlevi söz konusu değildir. Bu sebeple markayı ikinci kez devralan, daha doğrusu devraldığını düşünen kişi, gerçekte marka sahibi olamaz.

Üçüncü kişilerce ileri sürülebilecek hak sahipliğı durumu, SMK m.148/f.3 hükmünde düzenlenen ön alım hakkının kullanılmasından da kaynaklanabilir. Anılan hükme göre, marka üzerinde birden fazla hak sahibi söz konusu ise, paydaşlardan birinin kendi payını ivazlı olarak devretmesi durumunda, diğer paydaşlara ön alım hakkı tanınmıştır. Bu durumda devir ile birlikte, diğer paydaşların ön alım hakkını kullanması söz konusu olabilir. Devirden sonra, paydaşlardan herhangi biri tarafından ön alım hakkının kullanılması sonucunda, devralanın marka üzerindeki hak sahipliğı sona erer.

Markanın devrinden sonra üçüncü kişilerce, marka üzerinde ileri sürülecek bu hak sahipliğı iddiası karşısında, zapttan doğan hükümlere başvurulabileceğı düşünülebilirse de, alacağın devri bakımından öngörülen garanti sorumluluğunun, marka hakkının niteliğine daha uygun düşmesi ve alacağın devrine ilişkin hükümlerin, hakların devri bakımından özel bir hüküm bulunmaması durumunda kıyasen uygulanması gereğı karşısında, burada garanti sorumluluğunun, zapttan doğan sorumluluk karşısında öncelenmesi gerekir. Nitekim marka devir sözleşmesine de, SMK'da özel bir hüküm bulunmadığı sürece, Türk Borçlar

Kanunu'nda düzenlenen alacağın devrine ilişkin hükümlerin, niteliğine uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanabileceği daha önce ifade edilmişti³⁶⁷.

Devredenin alacağın devrinden doğan garanti sorumluluğu TBK m.191'de düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre; *“Alacak, bir edim karşılığında devredilmişse devreden, devir sırasında alacağın varlığını ve borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunu garanti etmiş olur. Alacak bir edim karşılığı olmaksızın devredilmiş ya da kanun gereğince başkasına geçmişse, devreden veya önceki alacaklı, alacağın varlığından ve borçlunun ödeme gücünden sorumlu değildir.”* Görüldüğü üzere, Kanun'da alacağın devrinde, devredene, bir garanti (tekeffül) yükümlülüğü getirilmiştir. Bu sorumluluk, hukuki niteliği itibari ile bir kusursuz sorumluluktur. Devreden, devir esnasında alacağın var olmadığını bilmeseyse bile, devralana karşı sorumlu olur meğerki, alacağın var olmadığı devralan tarafından biliniyor olsun.

Alacağın devri, tıpkı markanın devri gibi, tasarruf işlemi niteliği taşır ve her ne kadar devir sözleşmesi bir borç doğurmasa da, kanun tarafından devredene yükletilen bazı borçlar söz konusu olabilir. İşte devralanın alacağın mevcudiyetinden doğan sorumluluğu da, devir sözleşmesinden değil, devir sebebiyle doğrudan kanundan doğan bir sorumluluktur³⁶⁸.

Marka devir sözleşmesi, kural olarak bir bedel karşılığında yapılır. Taraflar markanın devri karşılığında, bir bedel ödenmesini ya da herhangi bir surette karşılık alınmasını öngörmüşlerse, bu durumda, devre konu markanın gerçekte devredene ait olmamasından dolayı, devreden, alacağın devrine ilişkin olarak öngörülen garanti yükümlülüğü hükümleri gereğince sorumluluğunun söz konusu olacağı söylenebilir. Zira markayı devreden,

³⁶⁷ Alman hukuku bakımından benzer değerlendirme için bkz. **Hacker**, §30 Rn. 827.

³⁶⁸ **Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.II, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 562; **Uluşan**, s. 52.

sözleşmenin kurulması sırasında, markanın sadece görünürde değil gerçekte var olduğuna ilişkin pozitif menfaatten sorumludur³⁶⁹. Garanti sorumluluğunun doğması bakımından gerekli olan bu bedelin ise, illa devir sözleşmesinde kararlaştırılmış olması gerekli değildir³⁷⁰. Burada devredenin, devir esnasında, devre konu marka hakkına sadece sicilde değil gerçekte de sahip olduğuna dair bir garanti yükümü altında olduğu kabul edilmelidir. Peki devredenin bu garanti yükümü neleri kapsar?

TBK m. 193'te, devredenin garanti yükümlülüğünün kapsamı düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna göre devralan, bir ivaz karşılığında yapılan devirlerde, garanti ile yükümlü olan devredenden, ifa ettiği karşı edimin faizi ile birlikte geri verilmesini isteyebilir. Bu bakımdan, markayı devralan, devredenden, garanti yükümlülüğü kapsamında, öncelikli olarak, ödediği devir bedelinin faiziyle birlikte iadesini talep edebilir. Ayrıca, söz konusu hükümde devralanın, devrin sebep olduğu giderleri ve devreden kusursuzluğunu ispat etmedikçe uğradığı diğer zararları da talep edebileceği öngörülmüştür. Buradan hareketle, marka devrinin gerçekleştirilmesine yönelik olarak yapılan giderlerin de bu kapsamda talep edilebilecek kalemler arasında olduğu söylenebilir.

Marka hakkının mevcudiyeti hususunda bir problem olmamasına karşın, devre konu markanın kendisinden beklenen niteliklere sahip olmaması yahut markanın piyasadaki tanınırlığı veya işlevselliğine ilişkin, devreden tarafından kasti olarak yanlış bilgi verilmesi, devralanın markanın itibarı hususunda yanıltılmış olması, marka üzerinde lisans gibi yüklerin bulunması gibi durumlar da söz konusu olabilir. Bu durumda, devre konu marka, gerçekte de sicilde de marka sahibi olan kişiye ait olduğundan, marka geçerli bir biçimde devralana geçer ve üçüncü kişilerce marka üzerinde hak sahipliği iddiasında bulunulamaz. Bu bakımdan bahsi

³⁶⁹ **Hacker**, §30 Rn. 824.

³⁷⁰ **Oğuzman/Öz**, Cilt II, s. 565; **Uluşan**, s. 59.

geçen bu durumlara, alacağın devri bakımından öngörülen garanti sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması söz konusu olamaz. Alacağın devrine ilişkin hükümlere başvurulamayan bu durumlarda ise, Türk Borçlar Kanunu'nda satış sözleşmeleri bakımından düzenlenen satıcının ayıptan doğan sorumluluğuna ilişkin hükümlerinin yahut irade sakatlıklarına özellikle de aldatmaya ilişkin genel hükümlerin uygulanması düşünülebilir. Özellikle marka kendisinden beklenen temel özelliklere sahip değilse, ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin hükümlerin devreye girmesi söz konusu olabilir. Her ne kadar, marka hakkı gayri maddi nitelikte bir hak olarak cismani bir tezahür göstermese de, devreden, markadaki kusurlar bakımından, tıpkı maddi şeyler üzerindeki ayıplar gibi sorumlu olması gerekir³⁷¹.

Bir marka başvurusunun devrinde ise, devreden, böyle bir işlemin riskli doğası nedeniyle, markanın tescilli olması gerçeğinden değil, söz konusu başvurunun devam eden varlığından sorumludur. Ancak bu konuda da devreden, tescili engelleyebilecek tüm durumlara ilişkin kapsamlı bilgi verme yükümlülüğünün olduğu kabul edilmelidir³⁷².

D. Sınırlandırma (Birlikte Var Olma) Anlaşmaları (Abgrenzungs- oder Koexistenzvereinbarungen)

Ülkemizde ve dünyada, ticari hayatta kullanılan çok sayıda marka bulunmakta ve yeni marka başvurularının halihazırda tescil edilmiş markalarla çakışma riski giderek artmaktadır. Sonraki tarihli, aynı veya kafa karıştıracak kadar benzer markalara karşı kanunun sağladığı itiraz imkânı, çoğu durumda ekonomik açıdan optimal çözüm değildir. Bu nedenle, bu tür

³⁷¹ Ströbele/Hacker/Thiering, §27 Rn. 15.

³⁷² Ströbele/Hacker/Thiering, §27 Rn. 17.

çatışmaları çözmek için uygulamada başka bir yol geliştirilmiştir. Bu yol ise, çatışan işaretleri kullanan taraflar arasında yapılan sınırlandırma anlaşmalarıdır³⁷³.

Sınırlandırma anlaşmalarının ortaya çıkmasındaki temel dinamik, kısmen benzer mal veya hizmetler için aynı sınıflarda kayıtlı olan ve muhtemelen çelişebilecek nitelikte iki markanın varlığıdır. Genellikle söz konusu markanın kullanıldığı ürün veya hizmetler henüz piyasada fiilen bir araya gelmemiş fakat potansiyel bir çarpışma ihtimali mevcuttur. İşte bu potansiyel çarpışma ihtimali, sınırlandırma anlaşmalarının ana konusunu oluşturur³⁷⁴.

Marka hukukunda sınırlandırma veya birlikte var olma anlaşmaları (Abgrenzungs- oder Koexistenzvereinbarungen), ihtilaflı taraflar arasında, potansiyel olarak çatışan markaların kullanım alanı ve içeriğinin düzenlendiği borçlandırıci nitelikte sözleşmelerdir. Bu anlaşmalar ile bir marka hukuku uyumsuzluğu çözülür veya böyle bir uyumsuzluk önceden önlenir. Yani sınırlandırma anlaşmaları, bağımsız marka sahipleri arasında, ihtilaflı marka haklarının kullanımına ilişkin düzenlemeler içerir ve iki veya daha fazla ayırt edici işaret arasındaki çatışmaları ortadan kaldırmak amacıyla akdedilir. Bu şekilde, taraflar, markalarının kullanım alanlarını sınırlandırır ve bir taraf, anlaşmada tanımlanan kullanım alanında diğer taraf markasını ihlal etmemeyi düzenli olarak taahhüt eder³⁷⁵.

³⁷³ **Gordon, Clara-Ann/Butz, Ralph**, Die Übertragung und Eintragung von Abwehrbefugnissen als wirksames Sicherungsmittel im Rahmen einer markenrechtlichen Abgrenzungsvereinbarung?, Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2003, s. 486.

³⁷⁴ **Böhm, Andreas**, Markenverträge Teil 3: Abgrenzungsvereinbarung, Treuhandvertrag und Kaufvertrag, MarkenR-Zeitschrift für deutsches, europäisches und internationales Kennzeichenrecht, 23. Jahrgang, Nr. 5, Carl Heymanns Verlag, Mai 2021, s. 161.

³⁷⁵ **Gordon/Butz**, s. 486.

Anlaşmada bazen markanın içeriğine ilişkin sınırlandırmalar getirilir. Genellikle düşük öncelikli (tescil tarihi itibarıyla daha genç) markanın sahibi, söz konusu marka hakkını yalnızca belirli mal veya hizmetler bakımından kullanacağını beyan eder ve başlangıçta kapsamlı bir şekilde tescil edilmiş olan mal veya hizmet listesi buna göre kısıtlanır. Buna ek olarak, markanın kullanım biçimi daha ayrıntılı olarak düzenlenebilir³⁷⁶.

Bu anlaşmalar, hukuki nitelikleri itibarıyla ne marka devir sözleşmesine ne de marka lisans sözleşmesine ait karakter taşımazlar³⁷⁷. Aksine, bu anlaşmalarla, bir yandan farklı kişilere ait orijinal marka haklarının varlığı kabul edilir; öte yandan bunlardan türetilen kullanım haklarının üçüncü kişilere tanınması değil, söz konusu marka haklarının birbirinden bağımsız olarak koruma alanlarının sınırlandırılması amaçlanır³⁷⁸.

İsviçre ve Türk hukuk sistemlerinde, bu tür sözleşmelere ilişkin herhangi bir açık yasal düzenleme kabul edilmemekle birlikte, bu sözleşmeler genellikle sui generis, yani kendine özgü yapısı olan isimsiz sözleşmeler olarak görülür. Türk hukukunda, özellikle 6769 sayılı SMK ile getirilen muvafakat kurumu ile, sınırlandırma anlaşmalarının önemi de artmış bulunmaktadır. Burada, önceki tarihli bir markanın sahibi, markanın kendisine tanıdığı münhasır hakkı tam olarak kullanmaktan, özellikle de savunma yetkilerinden bir dereceye kadar feragat eder. Buna karşılık sonraki marka sahibi, markasını karşılıklı olarak tanımlanmış kullanım alanı dışında kullanmayacağını garanti eder. Bu nedenle, uzlaşma ve feragate benzer unsurlar, sınırlandırma anlaşmalarının tipik bir örneğidir³⁷⁹.

³⁷⁶ **Böhm**-Abgrenzungsvereinbarung, s. 161.

³⁷⁷ **Böhm**-Abgrenzungsvereinbarung, s. 161.

³⁷⁸ **Lewalter**, s. 64.

³⁷⁹ **Gordon/Butz**, s. 487.

Sınırlandırma anlaşmalarının içeriği, tamamen taraf iradeleri ile düzenlenmek istenen hususları kapsar. Örneğin, birbirine benzer nitelikteki markalarda farklı renklerin, yazı tiplerinin, grafik tasarımların veya görsel-işitsel ayırt edici eklemelerin yapılması ile ilgili bir sınırlandırma veya ilgili markanın kullanılabileceği mal veya hizmetlere ilişkin bir sınırlandırma yapılması mümkündür. Ayrıca, ulusal ya da uluslararası düzeyde yerel bir sınırlandırma yapılması da mümkündür. Zira marka, sicile kaydedilmek suretiyle, bu işaretin ülke çapında kullanılıp kullanılmadığına bakılmaksızın, ülke çapında koruma kazanır. Bu durum ise, başvuru sahibinin gerçekte ihtiyaç duyduğu koruma düşüncesinin ötesine geçebilir ve bu nedenle marka sahipleri arasında, sicilde yapılması mümkün olmayan, marka haklarının bölgesel düzeyde sınırlandırılmasını konu edinen bu tip anlaşmalar yapılabilir. Fakat burada dikkat edilmesi gereken husus, sınırlandırma anlaşmalarının, rekabet hukuku düzenlemelerini ihlal etmemesi ve nihai olarak markaların korunan içeriği kapsamında olmayan bir pazar bölünmesine yol açmaması gerektiğidir³⁸⁰. Kartelleşme yasağı kapsamında caiz olmayan bir alan paylaşımı nedeniyle rekabetin korunması yasalarının ihlalini önlemek amacıyla anlaşma alanı mümkün olduğunca kesin olarak tanımlanmalıdır. Nitekim prensip olarak, sınırlandırma anlaşmaları pazar paylaşımına yol açmamalıdır³⁸¹. Bu durum ise, her somut olayın niteliğine göre tespit edilmesi gereken önemli bir husustur.

Alman Federal Adalet Divanı (BGH-Bundesgerichtshof) tarafından 2010 yılında verilen ‘JOOP!’ kararında³⁸²; rekabeti kısıtlama amacı gütmeyen bir sınırlandırma anlaşmasının kabul edilebilirliği üzerinde durulmaktadır. Davada; 1987 yılında moda tasarımcısı Wolfgang Joop tarafından kurulan davacı, diğer şeylerin yanı sıra 25. sınıf (giyim

³⁸⁰ **Lewalter**, s. 64-65.

³⁸¹ **Böhm**-Abgrenzungsvereinbarung, s. 162-163.

³⁸² Karar için bkz. *BGH, Urteil vom 7. 12. 2010 – KZR 71/08 – Jette Joop; OLG Hamburg (lexetius.com/2010,7252)* (E.T. 14.08.2022).

malzemeleri) için 5 Kasım 1980'de ve 23 Ocak 1981'de tescil edilen kelime/figüratif markanın sahibidir. Wolfgang Joop'un kızı olan davalı, 1992'den beri tasarımcı olarak çalışmaktadır ve 1996 yılında o zamandan beri yürütmekte olduğu kendi şirketini kurmuştur. Davalı, başlangıçta sadece mücevher tasarladıktan sonra, daha sonra tasarım faaliyetlerini giyim, saat, aksesuar, parfüm ve duş kabini gibi geniş bir ürün yelpazesini kapsayacak şekilde genişletmiştir. 9 Haziran 1995'te taraflar New York'ta bir anlaşmaya varmışlar ve bu kapsamda davalının, kendi adına karşılık gelen "Jette Joop" işaretini mücevher ve moda sektörü dışında kullanmaktan kaçınmayı taahhüt edip etmediği konusunda bir ihtilaf ortaya çıkmıştır. Nisan 1999'da davalı, diğer şeylerin yanı sıra giyim eşyaları için "Jette Joop" markasını tescil ettirir ve bu nedenle davacı tarafından uyarılır. Temyiz mahkemesi; taraflar arasındaki anlaşmanın, davalının giyim ürünleri bakımından "Jette Joop" işaretini kullanmaktan kaçınma yükümlülüğünü içerse bile, söz konusu anlaşmanın rekabet hukuku kurallarının ihlali nedeniyle geçersiz olduğuna hükmeder. İtiraz üzerine, temyiz mahkemesinin görüşünün aksine, tarafların 1995 tarihli anlaşmasının antitröst nedenleriyle geçersiz olmalıydı; davalının sözleşmeye dayalı olarak "Jette Joop" markasını giyim ürünleri için kullanmaktan kaçınmakla yükümlü olduğuna karar verilir. Burada; temyiz mahkemesinin tarafların sınırlandırma anlaşmasının §1 GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen/Alman Rekabet Yasası) eski versiyonunu ihlal ettiği ve dolayısıyla § 134 BGB'ye göre geçersiz olduğu varsayımının doğru olmadığı zira 1995'teki yasal duruma göre, bu tür sınırlandırma anlaşmalarının ancak rekabeti kısıtlamayı hedeflemesi durumunda antitröst yasasına göre kabul edilemez olarak değerlendirileceği; temyiz mahkemesinin kararında ise, tarafların anlaşmasının rekabeti kısıtlamayı amaçladığına ilişkin bir tespitte bulunulmadığı ifade edilir. Mahkemeye göre; 1995 yılında taraflar arasında anlaşma yapıldığında, davacının, davalının "Jette Joop" markasını mücevher ve moda sektörü için kullanmasını da yasaklayabilmesi gibi ciddi bir risk vardı. Zira her halükârda, mevcut

koşullar altında, bir yandan giyimin ve diğer yandan mücevherlerin ve özellikle de moda sektörünün, karıştırılma olasılığının varlığı bakımından yeterince benzer olduğunu varsaymak ciddi bir şekilde mümkün görünüyordu. Bu nedenle davalı, yalnızca sınırlandırma anlaşması yaparak (özellikle adının bir giyim markası olarak kullanılmasıyla ilgili olarak) rekabet fırsatlarını kısıtlamamış; aksine, "Jette Joop" markasını dünya çapında kuyumculuk ve bijuteri sektöründeki mal ve hizmetlerde kullanma yönünde bir başarı kazanmıştır ve bu noktada rekabette bir artış söz konusudur. Ayrıca Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 1995 öncesi içtihatlarına göre, işaretlerin ilgili kullanım kapsamının, karışıklık ve ihtilafları önlemek için tarafların karşılıklı çıkarları doğrultusunda belirlenen sınırlandırma sözleşmeleri ile kısıtlanmasına, genellikle pazarı paylaşma veya rekabeti başka yollarla kısıtlama amaçlanmadığı sürece, izin verilebileceği ve söz konusu anlaşmanın, bu nedenlerle, izin verilen bir sınırlandırma anlaşmasının hudutlarını aşmadığına karar verilmiştir.

Sınırlandırma anlaşmaları, birer sulh anlaşması olmaları nedeniyle, sadece taraflar arasında bağlayıcı etki doğurur³⁸³; yani bu anlaşma yalnızca taraflar arasında sözleşmeye dayalı yükümlülükler tesis eder³⁸⁴. Bir tarafın, sahip olduğu markayı devretmesi durumunda, bu anlaşmadan doğan yükümlülükler otomatik olarak yasal halefe devredilmez. Bu, yalnızca, sözleşme kapsamındaki bir ticari işletmenin bir bütün olarak devredilmesi durumunda yasal halef için de geçerli olur. Fakat, yalnızca markanın kendisi devrediliyorsa, sınırlandırma anlaşmasından doğan sözleşme yükümlülüklerinin devri için, üçüncü taraf olarak devralan ile borcun üstlenilmesi ya da üçüncü kişi yararına bir sözleşme akdedilmesi gibi başka bir hukuki işlemin yapılması gerekir. Yahut sınırlandırma anlaşması genel bir halefiyet koşulu içermelidir. Bu bağlamda, uygulamada anlaşma taraflarının ilgili yükümlülüklerini yasal haleflerine devretmeyi açıkça taahhüt etmeleri yaygın olarak karşılaşılan bir durumdur. Bu

³⁸³ **Gordon/Butz**, s. 488.

³⁸⁴ **Böhm-Abgrenzungsvereinbarung**, s. 162.

yükümlülüğün ihlali durumunda ise, diğer taraf sözleşmeden doğan tazminat talebinde bulunma hakkına sahip olur³⁸⁵.

II. YASAL ÖNALIM HAKKI

A. Hakkın Doğumu

Marka sicilde, tek bir kişi adına tescilli olabileceği gibi, birden fazla kişi adına da tescil gerçekleştirilebilir; yani bir markanın birden fazla sahibi olabilir. Burada sözü edilen birden fazla kişiden oluşan marka sahipliği, markanın tekliği ilkesinin istisnası ya da ihlali niteliği taşımaz. Zira markanın tekliği ilkesi ile kastedilen, markanın sicilde, tek bir tescilinin olmasıdır. Yani bir markanın, marka siciline, farklı kişiler adına birden fazla kez tescili bu ilkenin ihlali niteliği taşır. Fakat bir marka tescilinin, bir ya da birden fazla kişi adına gerçekleştirilmesi önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. İşte sicilde marka, birden fazla kişi adına tescilli ise, markanın birden fazla sahibi söz konusudur. Bu durumda, SMK'da marka hakkı üzerindeki ortaklığın belirlenmesine ilişkin açık bir hüküm yer almamaktadır. Fakat Sınai Mülkiyet Kanunu'nda patent ve tasarımlar bakımından, birden fazla hak sahibi bulunması durumuna münhasır iki benzer kural öngörülmüş bulunmaktadır.

Tasarımlar bakımından hak sahipliğinin düzenlendiği SMK m.70/f.2 hükmüne göre; bir tasarım üzerinde birden fazla hak sahibi söz konusu ise, hak üzerindeki ortaklık, taraflar arasındaki anlaşmaya, eğer taraflar arasında böyle bir anlaşma mevcut değilse, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'ndaki paylı mülkiyet hükümlerine göre belirlenir. Yine patent üzerindeki ortaklık ilişkisini düzenleyen SMK m.112/f.1 hükmüne göre; bir patent hakkı, birden fazla kişiye aitse, hak üzerindeki ortaklık, taraflar arasındaki anlaşmaya, taraflar arasında böyle bir anlaşma bulunmaması durumunda ise, yine Türk Medenî Kanunu'ndaki paylı mülkiyete ilişkin hükümlere göre belirlenir. Tasarım ve patent hakkının birden fazla

³⁸⁵ **Lewalter**, s. 66; **Gordon/Butz**, s. 486, 489.

sahibi olması durumlarına ilişkin düzenlenen bu iki hüküm, kıyasen marka üzerinde birden fazla kişi tarafından hak sahibi bulunması durumu bakımından da uygulanabilir³⁸⁶. Bu bakımdan Türk Medeni Kanunu'nun paylı mülkiyete ilişkin hükümleri, marka hakkının birden fazla sahibi olması durumuna da, niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanır.

Marka üzerinde birden fazla hak sahipliğinin bulunması durumuna ilişkin, Türk Medeni Kanunu'nun paylı mülkiyete ilişkin hükümlerinin kıyasen uygulanması, marka hakkının niteliği itibariyle bir mülkiyet hakkı olduğunu düşündürmemelidir. Daha önce de ifade edildiği üzere, fikri-sınai haklarda, mülkiyette olduğu gibi cismani bir nitelik olmadığı için, bu haklar, aynı hak kategorisinde değerlendirilemez³⁸⁷. Bu haklar, gayri maddi mallar üzerindeki mutlak haklar olarak münhasır bir hak kategorisini ortaya çıkarmışlardır. Burada, paylı mülkiyete ilişkin kuralların uygulanması, ancak marka hakkının niteliğine uygun düştüğü ölçüde gerçekleşmelidir. Bu sebeple literatürde sıklıkla kullanılan marka üzerindeki paylı mülkiyet ya da elbirliği mülkiyeti gibi ifadelerin, bu çalışma kapsamında, kullanılmasından imtina edilmiştir. Paylı mülkiyet ve elbirliği mülkiyeti, Türk Medeni Kanunu'nun ilgili hükümleri çerçevesinde genel anlamda açıklanırken, bunun markalar bakımından değerlendirilmesi açısından, paylı hak sahipliği ya da elbirliği halinde hak sahipliği kavramları kullanılmaya çalışılmıştır. Zira marka, üzerinde mülkiyet hakkı kurulmasına imkân verecek maddi nitelikte bir malvarlığı unsuru değildir ve markanın hukuki

³⁸⁶ **Okutan Nilsson**, s. 570; **Erkan, Vehbi Umut/Özden Merhacı, Selin**, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'na Göre Markada Paydaşların Önalım Hakkı (SMK m.148/3), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Y. 2019, C. XXXV, S. 1, S.A. 69-91, s. 75; **Güllü, Gözdenur**, Türk Medeni Hukuku'ndaki Yasal Önalım Hakkının Markada Uygulanması, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019, s. 45.

³⁸⁷ **Hirsch**, s. 3.

niteliğini yansıtmayan mülkiyet teriminin, marka hakkının söz konusu olduğu herhangi bir durumda kullanılması hukuki açıdan hatalı bir yaklaşım olacaktır.

Marka üzerindeki ortaklığa ilişkin taraflar kendi aralarında bir belirleme yapabilirler. Taraflarca yapılan anlaşma gereğince; marka üzerindeki hak sahipliği elbirliği şeklinde olabileceği gibi paylı da olabilir. Eğer, herkesin marka üzerinde belirli oranlarda pay sahipliği varsa, burada paylı; belirli paylar söz konusu olmaksızın herkes eşit derecede marka üzerinde hak sahibi ise, elbirliği şeklinde bir ortaklıktan bahsedilir. Eğer taraflarca yapılmış böyle bir anlaşma yoksa, bu durumda marka üzerindeki ortaklık bakımından, TMK m. 688 vd. düzenlenen paylı mülkiyet kuralları cari olur.

TMK m. 688 gereğince; paylı mülkiyette, maddi bakımdan bölünmüş bulunmayan bir şeyin tamamına, birden fazla kimse, belirli paylarla maliktir. Taraflar arasında farklı bir anlaşma yapılmamışsa, paylar eşittir ve her bir paydaş kendine düşen pay üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunabilir. Bu pay; devredilebilir, rehnin veya haczin konusunu oluşturabilir.

TMK m. 731 vd. ise, taşınmaz mülkiyeti üzerinde çeşitli kanuni sınırlandırmalar getirilmiş bulunmaktadır. Bu kısıtlamalardan birisi de, devir hakkının tahdidi niteliğindeki, yasal ön alım hakkıdır. TMK m.732/f.1 gereğince; paydaşlardan biri, paylı mülkiyete tabi bir taşınmaz üzerindeki payını kısmen ya da tamamen devredecek olursa, diğer paydaşlar bu payı öncelikli olarak satın alma hakkına sahiptir. İşte Sınai Mülkiyet Kanunu'nda da, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de yer almayan³⁸⁸, sınai

³⁸⁸ 556 sayılı KHK döneminde, önalım hakkının bulunmadığı ve özellikle paylı hak sahipliğinde TMK hükümlerine dayanılarak bu hakkın kullanılamayacağına ilişkin bir Yargıtay kararı şu şekildedir: “Davacı vekili, 2004/38162 Sayılı “...” markasının müvekkili ile davalılardan E Uluslararası ... A.Ş adına tescilli olduğunu, davalı ... A.Ş tarafından tescil edilen 2013/24400 Sayılı “...” markasının hükümsüzlüğü davasının devamı sırasında

müvekkilinin müştereken tescil sahibi olduğu “...” markasının %50 hakkının müvekkiline ön alım hakkı kullandırılmadan muvazaalı bir şekilde 300 TL gibi markanın gerçek değerinin çok altında bir bedelle davalı E Uluslararası A.Ş. tarafından diğer davalı ... A.Ş'ne devredildiğini, devrin muvaza ve ön alım hakkı kullandırılmaksızın yapılması karşısında geçersiz olduğunu ileri sürerek, devrin iptaline karar verilmesini istemiştir. Davalı E Uluslararası ...A.Ş vekili, 556 Sayılı KHK'da ön alım hakkı bulunmadığını, muvazaa iddiasının da yerinde olmadığını, zira müvekkilinin de markayı 300 TL bedelle devraldığını savunarak, davanın reddine karar verilmesini istemiştir. Davalı ... A.Ş vekili, 556 Sayılı KHK'da ön alım hakkı tanınmadığını, muvazaa iddialarının doğru olmadığını savunarak, davanın reddine karar verilmesini istemiştir. İlk Derece Mahkemesince, **556 Sayılı KHK'da ön alım hakkının düzenlenmediği, davacının muvazaa nedeniyle devir işleminin iptali için dava açma hakkının bulunmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.** Karara karşı davacı vekilince istinaf isteminde bulunulmuştur. Bölge Adliye Mahkemesince, marka üzerindeki hakların 556 Sayılı KHK hükümleri uyarınca mülkiyet hakkı olduğu, mülkiyetin devri konusunda 4721 Sayılı TMK'nın 5. maddesi yollamasıyla aynı Kanun'un mülkiyete dair hükümlerinin dikkate alınması gerektiği, davacı ve davalı E Uluslararası ...A.Ş'nin marka üzerindeki haklarının iştirak halindeki mülkiyet hükümlerine tabi olduğu, buna göre somut olayda iştirak halinde mülkiyet hükümlerinin uygulanmasının gerektiği, yine TMK'nın 702/2. maddesi gereğince marka üzerindeki tasarruf işlemlerinin paydaşların oybirliği ile yapılmasının gerektiği, davalı E Uluslararası ...A.Ş'nin yaptığı devir işleminin diğer paydaş olan davacının izni olmadan yapıldığını, bu durum kamu düzenine ilişkin olduğundan re'sen gözetildiği, kaldı ki davacının ön alım hakkı iddiası ile bu davayı açtığı, zımnen iştirak halindeki mülkiyete ilişkin hükümlere de dayandığının kabulünün gerektiği gerekçesi ile davacı vekilinin istinaf isteminin HMK'nın 353/1-b/2 maddesi kabulüne, davanın reddine ilişkin İlk Derece Mahkemesi'nin kararının kaldırılmasına, davanın kabulüne, 2004/38162

Sayıli markanın devrine ilişkin işlemin ve davalı ... A.Ş adına olan tescil işleminin iptaline karar verilmiştir. Kararı, davalılar vekilleri temyiz etmiştir. Dava konusu 2004/38162 Sayılı "... " ibareli marka 24.11.2004 tarihli başvuru sonucunda davacı ile davalılardan E Uluslararası ...Tan. Hiz. A.Ş. adlarına birlikte tescil edilmiştir. Temyize konu istinaf kararında söz konusu marka üzerindeki mülkiyetin paylı mülkiyet (müşterek mülkiyet) olmayıp, elbirliği mülkiyeti (iştirak halinde mülkiyet) olduğundan bahisle sonuca ulaşılarak davanın kabulüne karar verilmiş ise de, 4721 Sayılı TMK 701. maddesine göre, kanun veya kanunda öngörülen sözleşmeler uyarınca oluşan topluluk dolayısıyla mallara birlikte malik olanların mülkiyeti elbirliği mülkiyetidir. TMK 688. maddesi uyarınca da, paylı mülkiyette birden çok kimse, maddi olarak bölünmüş olmayan bir şeyin tamamına belli paylarla maliktir. Başka türlü belirlenmedikçe paylar eşit sayılır. Somut uyuşmazlıkta, dava konusu markanın 556 Sayılı KHK hükümlerine dayalı olarak yapılan başvurusu sonucunda ...'nce sicile tescili işleminde TMK 701. maddesi anlamında kanundan veya sözleşmeden kaynaklanan bir elbirliği halinde mülkiyet durumu mevcut değildir. Bu nedenle, **dava konusu marka üzerinde pay devrinden önceki malikler olan davacı ile diğer davalı E Uluslararası A.Ş. TMK 688. maddesi uyarınca eşit oranda (1/2'ser) paylı mülkiyet hakkına sahiptirler.** Davacının işbu davada ön alım hakkı bulunduğu iddiasına dayanmış olması, marka hakkı üzerindeki TMK 688. madde hükmüne dayalı "paylı mülkiyet" hakkını "elbirliği mülkiyetine" dönüştürmez. Kaldı ki, TMK 732. maddesi ve özel mevzuatlardaki hükümlerin de (ör: 551 sayılı KHK md.85) esasen paylı mülkiyete tabi maddi/gayri maddi mal varlıklarına yönelik düzenlemeler niteliğinde olması karşısında; **davacının ön alım hakkı bulunduğunu ileri sürmesinin marka üzerinde elbirliği halinde mülkiyet hükümlerine dayalı sonuç doğuracağına dair Bölge Adliye Mahkemesi görüşünün hukuki dayanağı da bulunmamaktadır.** TMK 688/ son fıkrasına göre, paylı mülkiyette paydaşlardan her biri kendi payı bakımından malik hak ve yükümlülüklerine sahip olur. Pay devredilebilir, rehnedilebilir ve alacaklılar tarafından

hakların dolayısıyla da marka hakkının, satış suretiyle devri durumunda kullanılabilecek özel bir yasal önalım hakkı düzenlenmiş bulunmaktadır. SMK m.148/f.3 gereğince; “*Sınai mülkiyet hakkının **birden fazla sahibi olması** durumunda sahiplerden birinin kendisine düşen payı tamamen veya kısmen **üçüncü kişiye satması** hâlinde, **diğer paydaşların önalım hakkı vardır. Yapılan satış, alıcı veya satıcı tarafından diğer paydaşlara bildirilir. Önalım hakkı, satışın hak sahibine bildirildiği tarihin üzerinden üç ay ve her hâlde satışın üzerinden iki yıl** geçmekle düşer. Tarafların anlaşamaması hâlinde, önalım hakkı alıcıya karşı **dava açılarak** kullanılır. Önalım hakkı sahibi, adına payın devrine karar verilmeden önce, satış bedelini, mahkeme tarafından belirlenen süre içinde mahkemenin belirleyeceği yere nakden yatırmakla yükümlüdür. Cebri artırmayla satışlarda önalım hakkı kullanılamaz.*” Görüldüğü üzere, söz konusu hüküm gereğince, marka devrinin hukuki neticelerinden bir tanesi de, diğer paydaşlara kanunen tanınmış bu önalım hakkının kullanılması yetkisinin tanınmasıdır.

Doktrinde yer alan bir görüşe göre³⁸⁹, yasal önalım hakkının doğumu, paylı mülkiyet ilişkisinin kurulması ile değil, payın üçüncü bir kişiye devredilmesi sonucunda doğar. Fakat

haczettirilebilir. Bu bakımdan, Bölge Adliye Mahkemesince dava konusu markanın elbirliği halinde mülkiyet hükümlerine tabi olduğu ve elbirliği halinde mülkiyette davalılardan E Uluslararası ...A.Ş.'nin davacının izni olmadan diğer davalı ... Uluslararası ... A.Ş'ye yaptığı pay devrinin geçersiz olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmediğinden kararın temyiz eden davalılar yararına bozulması gerekmiştir.” Karar için bkz. Yargıtay 11. HD., E. 2017/1801, K. 2018/7821, T. 11.12.2018, <https://lib.kazanci.com.tr> (E.T. 3.8.2022).

³⁸⁹ **Sirmen, Lale**, Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara 2018, s. 415; **Şıpka, Şükran Taman**, Türk Hukukunda Kanuni Önalım (Şuf’a) Hakkı (MK.m.659) (Hukuki Niteliği ve Kullanma Koşulları), Alfa Basım Yayın Dağıtım, İstanbul 1994, s. 42.

doktrindeki hâkim görüş³⁹⁰ tarafından, yasal önalım hakkının, paylı mülkiyet ilişkisinin kurulmasıyla birlikte kanun gereği kendiliğinden doğacağı; bu hakkın kullanılmasının ise, payın devrinin sonuçları arasında olduğu haklı olarak ifade edilmektedir.

Sınai Mülkiyet Kanunu'nda düzenlenen bu yasal önalım hakkı da, niteliği itibariyle, marka üzerindeki hak sahipliğine getirilen kanundan doğan bir tasarruf yetkisi kısıtlamasıdır. Tasarruf yetkisi, ancak kanunla sınırlanabilir ve bu nedenle yasal önalım hakkı, yalnızca tescilli markalar bakımından caridir. Zira tescilsiz markalar SMK kapsamında, hukuki muhafaza görmez ve burada düzenlenen yasal önalım hakkının, tescilsiz markalar bakımından uygulanması olanaklı değildir. Tescilsiz markalar açısından ancak taraf iradelerinden doğan, yani sözleşmeden kaynaklanan bir önalım hakkı öngörülebilir.

B. Hakkın Kullanılması ve Hükümleri

Önalım hakkı, niteliği itibariyle yenilik doğuran bir haktır ve paya bağlıdır³⁹¹. Önalım hakkı, herhangi bir işleme gerek bulunmaksızın ve yükümlü paydaş lehine bir tazminat borcu doğurmaksızın doğrudan kanundan doğar ve kullanılmasıyla birlikte, marka üzerindeki payını üçüncü bir kişiye devreden paydaşa, söz konusu payı, önalım hakkını kullanan paydaşa

³⁹⁰ “Yasal önalım hakkı, paylı mülkiyetin kurulmasıyla devir hakkının yasal bir kısıtlaması olarak aynı anda, kendiliğinden kanundan doğar. Bu itibarla, paylı mülkiyette geçerli olan bu hakkın, payın satıldığı anda doğduğunu düşünmek doğru değildir. Hemen belirtelim ki, hakkın doğması değil, sadece kullanılması satışın yapılmasına bağlıdır.” Açıklamalar için bkz. **Eren-Önalım Hakkı**, s. 108.

³⁹¹ **Keskin, Dilşad/Demircioğlu, Reyhan**, Medeni Hukuk II (Eşya Hukuku-Miras Hukuku), Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2021, s. 124; **Eren-Önalım Hakkı**, s. 106-107; **Güllü**, s. 43.

devretme yükümlülüğü getirir³⁹². Hakkın kullanılabilmesi bakımından payın tamamen devredilmesi zorunlu değildir, kısmi devir halinde de, önalım hakkı kullanılabilir; fakat önalım hakkının paydan ayrı olarak devredilmesi olanaklı değildir. Önalım hakkı, tek taraflı irade beyanı ile, hakkın kendisine karşı kullanıldığı paydaşın rızasına gerek olmaksızın kullanılır. Bu hakkın kullanılması ile birlikte, özellikle markanın önalım hakkını kullanan paydaşa devrini konu edinen yeni bir hukuki ilişki meydana gelir.

Hakkın kullanılması, SMK'da üç ay ve iki yıllık hak düşürücü sürelerle bağlanmıştır. Buna göre, önalım hakkı, markanın satışını konu edinen hukuki işlemin hak sahibine bildirildiği tarihten itibaren üç ay ve herhâlde satıştan itibaren iki yıl geçmekle düşer.

Önalım hakkının kullanılabilmesi için, paydaşlardan birinin marka üzerindeki payını üçüncü bir kişiye satması, yani önalım olgusunun (Vorkaufsfall) gerçekleşmesi gerekir³⁹³. Kanun'da önalım hakkının kullanılması için payın satımından bahsedilse de, önalım olgusu ile, payın devrine yönelik ivazlı ve iradi tüm hukuki işlemler kastedilir³⁹⁴. İvazsız (özellikle bağışlama amacıyla yapılan) ve rızai olmayan yani cebri (mahkeme kararı, kanun gücü vs.) devirler söz konusu olduğunda ise, önalım hakkının kullanılması olanaklı değildir. Önalım hakkının kullanılabilmesi için, önalım olgusunu meydana getiren hukuki işlemin de, kanunda öngörülen koşullara uygun olarak, geçerli bir biçimde kurulmuş olması gerekir.

TMK m.734/f.1 gereğince; yasal önalım hakkı, ancak dava açılarak kullanır. SMK'da ise, TMK'dan farklı olarak yasal önalım hakkının dava yoluyla kullanılması yönünde bir zorunluluk getirilmemiştir. Burada, ancak tarafların anlaşamaması durumunda, önalım hakkının alıcıya yani devralana karşı dava açılarak kullanılacağı ifade edilmiş bulunmaktadır.

³⁹² **Erkan/Özden Merhacı**, s. 77.

³⁹³ **Eren-Önalım Hakkı**, s. 108.

³⁹⁴ **Eren-Önalım Hakkı**, s. 108; **Erkan/Özden Merhacı**, s. 82.

Esasında önalım hakkını kullanmak isteyen paydaşın tek taraflı irade beyanı ile, söz konusu hak kullanılmış olur; fakat devralan, buna uygun olarak, markanın önalım hakkını kullanan paydaşa devrini rızai olarak gerçekleştirmezse, bu durumda dava yoluyla markanın söz konusu paydaş adına devri ve tescili sağlanır.

Önalım hakkının kullanılmasıyla birlikte, hakkın muhatabı ile paydaş arasında, söz konusu devre benzer nitelikte yeni bir devir ilişkisi kendiliğinden meydana gelir³⁹⁵. Fakat marka devrinin gerçekleştirilebilmesi için tarafların marka devir sözleşmesinin geçerlilik şartlarını yerine getirmesi gerekir. Marka devrinin tasarruf işlemi niteliği taşıması, bu hukuki ilişkiden bir borcun doğmayacağı anlamına gelmekle birlikte, burada önalım hakkı muhatabının kanundan doğan yükümlülüğü, hakkı kullanan paydaş ile kanunen öngörülen şartlara uygun olarak bu yönde bir devir sözleşmesi akdetmesi ve markanın devrinin gerçekleştirilmesine ilişkindir.

Önalım hakkını kullanan paydaş ile hakkın muhatabı arasında yeni bir devir ilişkisinin kurulması, devreden ve devralan arasındaki devir sözleşmesini kendiliğinden ortadan kaldırmaz³⁹⁶. Bu bakımdan, böyle bir durumda, özellikle marka hakkını devreden paydaşın, devralana karşı, devir sözleşmesinden doğan ve yukarıda ayrıntılı olarak açıklanan garanti yükümlülüğü³⁹⁷ devreye girer. Bu kapsamda, devralan, marka devir bedelini ve uğradığı zararın tazminini aralarındaki hukuki ilişkiye dayanarak, devredenden talep edebilir.

³⁹⁵ **Erkan/Özden Merhacı**, s. 86-87.

³⁹⁶ **Tekinay, Selahattin Sulhi**, Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri II/1, Filiz Kitabevi, İstanbul 1998, s. 30.

³⁹⁷ Bkz. §11/I-C, Devredenin Garanti Yükümlülüğü.

SONUÇ

Marka bir yönüyle bir işletmenin mal veya hizmetlerini diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt etme amacına yönelse de, esas itibariyle aynı ya da farklı işletmeler tarafından üretilen ya da sunulan çeşitli mal veya hizmetlerin birbirinden ayrılması yani mal veya hizmetleri, işletmesel kökenlerinden bağımsız olarak bireyselleştirme görevini üstlenir. Bu bakımdan markasal işaretler tanımlanırken, markanın geçmişte temel işlevi olarak görülen kaynak gösterme işlevinin etkisiyle yapılan ve Sınai Mülkiyet Kanunu’nda da tercih edilen geleneksel tanımlama yetersiz kalmaktadır. Marka işletmeleri değil doğrudan doğruya mal veya hizmetleri nitelendirmeye yönelir ve dolayısıyla marka tanımında, markanın bir işletmenin mal veya hizmetlerini diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırmaktan ziyade hangi işletme tarafından üretildiği veya sunulduğundan bağımsız olarak doğrudan doğruya mal veya hizmetleri bireyselleştirme işlevi ön plana çıkarılmalıdır.

Günümüzde marka hakkı ile ilgili hukuki işlemlere hâkim olan “ayrılık ilkesi” gereğince, marka hakkı, ticari işletmenin ayrılmaz bir parçası olarak değerlendirilmemekte ve ticari işletmeden bağımsız olarak hukuki işlemlerin konusunu teşkil edebilmektedir. Markanın konusunu teşkil edebileceği önemli hukuki işlemlerden biri olarak marka devir sözleşmeleri, marka sahibi ile devralan arasında akdedilen ve marka hakkının tanıdığı mutlak nitelikteki hakkın tamamının yahut bir kısmının, kural olarak bir bedel karşılığında, devralana geçirilmesi sonucunu doğuran bir sözleşme olarak tanımlanır.

Markanın devri, alışılmış olarak, marka sahibi ile devralan arasında akdedilecek bir marka devir sözleşmesi ile gerçekleşir. Marka devir sözleşmesi, hukuki niteliği itibariyle bir tasarruf işlemidir ve bu işlemin temelinde genellikle bir taahhüt işlemi yatar. Markanın devri ekseriyetle satış, bağışlama, teminat gibi bir amaçla gerçekleşir. Marka hangi amaçla devrediliyorsa, temeldeki taahhüt işlemi de buna göre inşa edilir. Marka devrinin temelinde

yer alan borçlandırıcı işlem, devreden ve devralan arasındaki kişisel hukuki ilişkiyi de yönlendirir. Yani devralan ve devreden hukuki sorumlulukları, temelde yer alan bu borçlandırıcı işleme göre şekillenir.

Markanın devri taahhüdü, Sınai Mülkiyet Kanunu'nda özel olarak düzenlenmediğinden, bu sözleşme, kural olarak Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tabidir. Marka devrinin temelinde yatan borçlandırıcı işlem ile tasarruf işlemi olan markanın devri tek bir sözleşme ile de düzenlenebilir. Bu durumda işlem özünde, karma bir satın alma ve devir sözleşmesi niteliği taşır. Bu kombinasyon birçok durumda yararlı olmakla birlikte zorunluluk teşkil etmez. Yani tarafların öncelikle markanın satışına yönelik bir taahhüt işlemi gerçekleştirip daha sonra ayrı bir devir sözleşmesi akdetmesi de her zaman olanaklıdır. Bu ihtimalde borçlandırıcı nitelikteki marka hakkının devri taahhüdünü yerine getiren sözleşme, marka devir sözleşmesidir. Yani marka devir taahhüdünün ifası, tasarrufi işlem niteliğindeki marka devir sözleşmesi aracılığıyla gerçekleşir.

Türk-İsviçre hukuk sisteminde hâkim görüş tarafından kabul edilen tasarruf işlemlerindeki sebebe bağlılık prensibi gereğince; marka devir sözleşmesinin temelinde yer alan satım, bağış, teminat vs. olarak tezahür edebilecek sebebin herhangi bir nedenle geçersiz olması halinde, marka devir sözleşmesinin de geçersiz olduğu, yani söz konusu marka hakkının devralana geçmediği kabul edilmelidir.

Sınai Mülkiyet Kanunu'nda her ne kadar sınai haklara ilişkin devir sözleşmesi ismen zikredilmiş olsa da, Kanun'da söz konusu sözleşmenin unsurlarına ilişkin ayrıntılı bir düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir. Burada kanun koyucunun, sözleşmeyi tüm unsurları ile birlikte tipik bir sözleşme olarak düzenlemekten ziyade, ismen zikrederek sözleşmenin şekline ve kısmi olarak konusuna ilişkin bir düzenleme getirdiği görülmektedir. Bu sebeple marka devir sözleşmesinin kanunda düzenlenmemiş, isimsiz yani atıf bir sözleşme olarak kabul edilmesi, bu sözleşmeye, hakkında özel bir hüküm bulunmadığı

müddetçe borçlar hukukunun genel hükümlerinin uygulanması gerekir. Marka devir sözleşmelerinin günümüzde ticari hayattaki önemli iktisadi fonksiyonları düşünülecek olursa, bu sözleşmenin hukukumuzda esaslı unsurları ile birlikte özel olarak düzenlenmemiş olması önemli bir hukuki eksikliğe sebebiyet vermektedir. Bu bakımdan, fikri haklara ilişkin devir sözleşmelerinin ve bu bağlamda özellikle marka devir sözleşmesinin kanunda temel unsurlarıyla birlikte ayrıntılı olarak düzenlenmesi zaruret teşkil etmektedir.

Marka hakkı taraflar arasında akdedilecek ayrı bir marka devir sözleşmesi ile devredilebileceği gibi ticari işletmenin devri sözleşmesi ile birlikte de devre konu olabilir. Sınai Mülkiyet Kanunu'nda marka devir sözleşmesi için noter tarafından onaylama şartı aranmakla birlikte ticari işletmenin devri bakımından adi yazılı şekil şartı yeterli görülmektedir. Kanımızca, SMK'da yer alan resmi yazılı şekil şartına ilişkin kuralın, külli devri ele alan TTK m.11/f.3'ün uygulama alanı söz konusu olduğunda daraltılarak uygulanması ve ticari işletmenin devri bakımından öngörülen adi yazılı şekil şartının yerine getirilmesi ile birlikte marka hakkının da bu kapsamda devredildiğinin kabul edilmesi gerekir. Hukukumuzda markanın ticari işletme ile birlikte devrinde şekle ilişkin tereddütlerin aşılması adına, Sınai Mülkiyet Kanunu'nda; 556 s. KHK'da ve mehz Avrupa Birliği Marka Tüzüğü'nde olduğu gibi, ticari işletmenin devri haline ilişkin özel bir istisnai düzenlemeye yer verilmesi zaruret teşkil etmektedir.

Marka hakkı bir bütün olarak devredilebileceği gibi kısmen de devrin konusunu oluşturabilir. Kısmi devir ile kastedilen, markanın birden fazla mal veya hizmet bakımından tescilli olması halinde; bunlardan biri veya birkaçı ile sınırlı olarak devredilmesidir. Bunun haricindeki kısmi devirler, özellikle markanın coğrafi bakımdan veya markasal işaretin bölünmesi yani markayı, kendisini oluşturan bir kelime ya da resim parçasına ayırmak suretiyle kısmen devredilmesi olanaklı değildir. Bir marka belirli mal veya hizmet sınıflarına münhasır olarak kısmi devrin konusunu oluşturabilir. Fakat kanımızca kısmi devrin, sadece

sınıf bazında kabul edilmesi doğru değildir. Markanın aynı sınıf içerisinde bulunan çeşitli mal veya hizmet kategorileri bakımından da kısmi olarak devrine olanak tanımak gerekir. Fakat aynı sınıf içerisinde kısmi devre olanak tanınırken, sınıflar altında düzenlenen mal veya hizmet türlerinin birbiriyle karıştırılabilecek düzeyde benzer nitelikte olup olmadıkları değerlendirmesinde bulunmak yerinde olacaktır. Eğer bir marka herhangi bir mal veya hizmet adı belirtilmeden sadece mal veya hizmetlere ilişkin sınıf numarası belirtilerek devredilmişse, bu durumda markanın o sınıfta tescilli olduğu tüm mal veya hizmetler bakımından devredildiği kabul edilmelidir. Aynı şekilde marka devir sözleşmesinde, markanın tamamen ya da kısmen devredildiğine ilişkin bir açıklık bulunmaması durumunda, markanın tescilli olduğu tüm mal veya hizmet sınıfları bakımından devredildiği kabul edilmelidir.

Kısmi devir, SMK kapsamında yalnızca tescilli markalara ilişkin olarak düzenlenmiştir. Nitekim SMK esas itibariyle tescilli markalar bakımından caridir. Kanımızca tescilsiz markaların da kısmi devrine olanak tanınmalıdır. Tescilli markalar bakımından kısmi devrin temelinde yer alan birden fazla mal veya hizmet bakımından tescilli olma şartının, tescilsiz markalarda birden fazla mal veya hizmet türünde kullanılma şeklinde tezahür ettiği kabul edilmelidir. Her ne kadar tescilsiz markalarda mal veya hizmet sınıflandırması yapmanın hukuki dayanaktan yoksun olduğu düşünülse de, tescilsiz marka sahipleri, kullanım yoluyla bir marka hakkı elde etmişlerse, kullanım alanlarına bağlı olarak, bunlara yönelik SMK kapsamında yapılacak tescillere engel olabilmektedir. Nitekim SMK’da kullanım yoluyla elde edilen marka hakkı nispi ret ve hükümsüzlük davası açma nedenleri arasında sayılmıştır. Kullanım yoluyla elde edilen marka hakkının, farklı mal veya hizmet sınıflarındaki farklı tescillere engel olabilir nitelikte olması, tescilsiz markaların da esasında farklı mal veya hizmet türlerini kapsayacak nitelikte bir marka hakkına vücut verdiğinin kanun koyucu tarafından kabul edildiğini gösterir. SMK’da mevcut marka tescillerine itiraz hakkı tanınarak çeşitli mal veya hizmet kategorilerinde var olmalarına izin verilen tescilsiz

markaların da, tıpkı tescilli markalarda olduğu gibi kısmi olarak devredilebileceğinin kabulü yerinde olacaktır. Alman Marka Kanunu'nda, tescilli markaların yanı sıra kullanım yoluyla elde edilen marka hakkının da kısmi devrin konusunu oluşturabileceği kabul edilmiş bulunmaktadır. Türk hukuku bakımından da, mevcut çözüm tarzının, marka hakkından gereği gibi yararlanmanın sağlanması bakımından kabul edilmesi yerinde olur. Her ne kadar tescilsiz markalar bakımından kısmi devrin kabulünün, ticari dolaşımda sorunlara sebep olabileceği ve hukuki açıdan belirsizliğe yol açabileceği düşünülse de, tescilsiz markaların mevcudiyeti de aynı sorunları cari kılacak niteliktedir ve nasıl ki kullanım yoluyla elde edilen marka hakkının mevcudiyetinin ve tamamen devrinin ispatı belirli zorlukları ve ispat külfetini beraberinde getiriyorsa; tescilsiz bir marka hakkının kısmi devrinin de ispatı bakımından bazı zorlukların ve belirsizliklerin ortaya çıkması muhtemeldir. Fakat ispat hukuku bakımından söz konusu olabilecek bu problemlerin, tescilsiz markaların kısmi devrine engel teşkil etmesi düşünülemez.

Türk hukukunda marka tescil başvurularının da devrine icazet verilmiştir. Mevcut marka başvurusunun devrinden sonra, sicile tescil gerçekleşirse, marka başvurusunun devrinin, yeni bir devir işlemine gerek kalmaksızın doğan tescilli marka hakkını da kapsadığı kabul edilmelidir. Bu sonuç, açıkça kanundan anlaşılamasa dahi, birkaç nedenden dolayı kabul edilmelidir. Nitekim tescil ile birlikte mevcut marka başvurusu, tescilli marka hakkına dönüşür ve korunan işaretin konusu ve kapsamı bakımından tescilli marka hakkı ile aynı içeriği haizdir. Öte yandan bir marka başvurusu, ancak gelecekte yapılacak tescil yoluyla elde edilen marka korumasına erişmek amacıyla gerçekleştirilir. Yani bir marka başvurusunun devri, devralan kişinin tescilli marka hakkının sahibi olması durumunda tam anlamıyla amacını yerine getirir. Dolayısıyla, sözleşme taraflarının başvurunun devrindeki menfaatleri, devrin ortaya çıkan tescilli marka hakkını da kapsayacak şekilde genişletilmesinden yanadır.

Doktrinde, isim markalarının haczi hususunda bir tartışma söz konusu olsa da; içtihat ve literatür, isim marka haklarının iradi olarak devredilebilirliğini sorgulamamaktadır. Yani kişisel isimleri içeren marka haklarının serbestçe devredilebilirliği, literatürde tartışılmaz bir biçimde caiz olarak kabul edilir ve edilmelidir de. Nitekim hak sahibi kişi, bir devir sözleşmesi yoluyla adının üçüncü şahıslar tarafından kullanılmasını kabul ederse, marka hakkının kişisel karakteri, onun ekonomik bakımdan kullanımı önünde bir engel teşkil etmez. Marka hukuku bağlamında kişi adlarından oluşan marka haklarının devredilebilirliğinin prensip olarak kabul edilmesine karşın, içtihat ve literatürde genel anlamda isim hakkının devredilemez olarak görülmesi, bu sürecin yasal inşasının zorluğunu kanıtlar. Bu noktada, isim marka haklarının devrinin bu durumla nasıl uzlaştırılacağı sorusu ortaya çıkar ve bu doğrultuda doktrinde Klippel, isim hakkının ikili karakteri tezini ileri sürer. Yazara göre isim hakkı, bir yanda şahsiyet hakkından, diğer yanda fikri haktan oluşur. İkincisi yani isim hakkının fikri-sınai karakteri, özellikle adın bir ürün tanımı/işareti olarak kullanılmasından kaynaklanır ve devredilebilir niteliği haizdir. Markayı devralan isim üzerindeki marka hakkının sahibi olurken, isim üzerindeki şahsiyet hakkı isim sahibinde kalır. Literatürde Götting de haklı olarak bu görüşe katılır ve ismin işlevlerine göre daha güçlü bir şekilde farklılaştığı için onu daha da geliştirir. Bir kimlik belirleme aracı olarak, yani kişinin tanımlayıcısı olarak, isim devredilemez ve kişisel bir haktır. Ancak, adın sahibi adını marka olarak, yani ‘nesneyle ilgili bireyselleştirme aracı’ olarak kullanırsa, ad, maddi bir niteleme statüsünü alarak fikri-sınai hak teşkil eder ve duruma göre devredilebilecek şekilde kişiden ayrılabilir. Bu, isim hakkının devredilemezliği ilkesinden bir sapma değildir, çünkü isim, kişinin tanımlayıcısı olarak değil, sadece bir marka olarak kullanma hakkı bağlamında devredilir. Bu yapı, isim marka haklarının neden ve nasıl serbestçe devredilebildiğini ikna edici bir şekilde açıklamaktadır.

Marka hukukuna hâkim olan ülkesellik prensibinin bir gereği olarak, marka hakkının devri, kural olarak markanın varlığını tanıyan ülke sınırları içerisinde etkilidir. Yani bir marka hakkı hangi ülkede tescilli ise, söz konusu hakkın devredilmesi de, devralana, o ülke sınırları dahilinde bir hak sağlar. Marka birden fazla ülkede tescilli ise, devir, devrin gerçekleştirilmek istendiği ülke bağlamında hukuki sonuç doğururken; diğer ülkeler bakımından marka sahibi, mevcut marka hakkını muhafaza eder. Yine ülkesellik prensibinin bir gereği olarak, marka hakkı hangi ülke tarafından tanınmışsa, devrin de o ülke hukukuna göre gerçekleştirilmesi gerekir.

Sınai hakların devri bakımından, alacağın devri hükümlerinin uygulanmaya elverişli olup olmadığı hususu doktrinde tartışmalı olmakla birlikte hâkim görüş, bu hükümlerin sınai hakların devri bakımından da niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanabilir olduğu yönündedir. Bizce de marka hakkının devri bakımından özel hüküm bulunmayan hallerde ve niteliğine uygun düştüğü ölçüde Türk Borçlar Kanunu'nun alacağın devri hükümlerinin uygulanması gerekir. Özellikle markanın devri taahhüdünün şekline ilişkin tartışmalar bizi alacağın devri hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı sorununa götürür. Fakat SMK m.148/f.4 hükmünde borçlandırıci işlemler ile tasarruf işlemleri olmaları arasında herhangi bir ayırım gözetilmeksizin sınai haklar üzerindeki tüm sağlararası hukuki işlemler için (devir sözleşmeleri hariç olmak üzere) öngörülen yazılı şekil şartı, marka hakkının devri taahhüdünü konu edinen sözleşmeler bakımından da cari olmalıdır. Bu durum da, alacağın devri hükümlerine kıyasen başvurulmasını engeller. Zira Sınai Mülkiyet Kanunu'nda sınai haklar üzerinde gerçekleştirilebilecek hukuki işlemler örnek kabilinden sayılmış ve ismen zikredilmiş olsun ya da olmasın tüm hukuki işlemler bakımından yazılı şekil şartı öngörülmüş bulunmaktadır. Bu bakımdan kanımızca, markanın devrine yönelik taahhüt sözleşmesi, alacağın devri sözü vermeden farklı olarak, yazılı şekil şartına tabi tutulmalıdır.

SMK hükümleri tescilli markaların korunması amacına hizmet etmekte; tescilsiz markalar bakımından ise, genel hükümler kapsamında hukuki koruma mekanizmasının işletilmesi gerekmektedir. Bu bakımdan tescilsiz markaların devrinde, Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri, özellikle alacağın devrine ilişkin hükümler dikkate alınmak suretiyle bir değerlendirme yapılmalıdır. Nitekim Türk hukukunda hakların devri, kendilerine ilişkin özel hüküm bulunmaması şartıyla, Türk Borçlar Kanunu'nun “Genel Hükümler” kısmında düzenlenen, alacağın devri hükümlerine tabi tutulmuş bulunmaktadır. TBK m.184 gereğince; alacağın devri, söz konusu sözleşmenin yazılı olarak yapılması halinde geçerlidir. Alacağın devri vaadi ise, herhangi bir şekle bağlı tutulmamıştır. Bu bakımdan tescilsiz markaların devrinde, alacağın devri bakımından öngörülen şekil şartının aranması ve devir sözleşmesinin, yazılı olarak; yine tescilsiz markalar bakımından markanın devri taahhüdünün ise, herhangi bir şekle bağlı olmaksızın serbestçe yapılabileceği kabul edilmelidir.

Türk hukukunda kural olarak marka sahibinin tekliği ilkesi kabul edilmektedir. Fakat 6769 sayılı SMK'da getirilen muvafakat kurumu ile Türk marka hukukunda marka sahibinin tekliği ilkesi yumuşatılmıştır. Muvafakat kurumu ile marka sahibi, markasının aynı ya da benzer mal veya hizmetler bakımından başkası adına tesciline izin verebilmektedir. Bu bağlamda bir markanın, marka sicilinde, birbirinden bağımsız olarak birden fazla gerçek ya da tüzel kişi adına tescili artık olanaklıdır. Marka farklı kişiler adına birden fazla kez tescil edilmiş ise, yani muvafakat kurumunun kullanılması suretiyle aynı marka sicilinde farklı kişiler adına tescil edilmişse, bu durumda, muvafakat kurumu ile markayı kullanma hakkına sahip kişinin ve marka sahibinin marka üzerindeki tasarruf yetkisine ilişkin mevzuatta açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Mevcut durumda, muvafakat almak suretiyle markayı kullanma hakkını elde eden kişi de, artık marka sicilinde, marka sahibi olarak görünmekte ve bu statüye erişmektedir. Dolayısıyla bu kişinin, marka sahibi olarak, söz konusu marka hakkı üzerinde tasarrufta bulunma yetkisini haiz olduğu; muvafakat kurumu ile markasının üçüncü bir kişi

adına tesciline olanak tanıyan marka sahibinin de, sonraki tasarruflar bakımından tek başına yetkili olduğu kabul edilmelidir. Fakat bu noktada önemle belirtilmelidir ki, muvafakat ile markayı adına tescil ettiren kişinin markanın devrine tek başına yetkili olup olmadığı ya da marka sahibinin yinelenen muvafakat veya devirler bakımından tam yetkili olmaya devam edip edemeyeceği hususu, uygulamada herhangi bir tereddüte mahal vermemek adına mevzuatta açıklığa kavuşturulmalıdır.

Marka devir sözleşmesi niteliği itibariyle bir tasarruf işlemidir. Dolayısıyla, markayı devreden, devir sırasında sözleşmenin konusunu oluşturan marka hakkı üzerinde tasarruf yetkisine sahip olması gerekir. Yani marka hakkının devredilebilmesi bakımından, bu devrin marka sahibinin kendisi ya da onun yetkili temsilcisi tarafından gerçekleştirilmesi gerekir. Ayrıca marka sahibinin, iflas ya da haciz gibi herhangi bir sebeple, marka üzerindeki tasarruf yetkisinin ortadan kalkmamış olması da gerekir. Aksi halde devreden marka hakkı üzerinde tasarruf yetkisine sahip olmamasından dolayı, gerçekleştirilen marka devir sözleşmesi hüküm ve sonuç doğurmaz.

SMK m.7/f.4 gereğince; marka hakkının üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir bir hak olması için tescil ve söz konusu tescilin ilanı zorunluluk teşkil etmektedir. Marka devir sözleşmesinden doğan hakların üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesinde ise, yalnızca sicile tescil yeterli sayılmaktadır. Zira Kanun'da, hukuki işlemlerin tescil edilmesiyle birlikte üçüncü kişilerin iyiniyetinin ortadan kalkacağı öngörülmüş bulunmaktadır; ayrıca tescilin ilan edilmesi şartı aranmamaktadır. Markanın ilk kez tescilinde, marka hakkının üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi açısından tescil ve ilan gerekli iken; devralanın, markanın devrinden doğan hakkını üçüncü kişilere karşı ileri sürebilmesi açısından ilanın gerekli kılınmaması, iki farklı tescil durumuna ilişkin temelde aynı hukuki menfaate hizmet eden hukuki düzenlemeler arasında birliğin sağlanamaması açısından anlaşılabilir değildir. Burada da, tıpkı markanın ilk

tescilinde olduğu gibi, marka hakkının üçüncü kişilere karşı kullanılabilmesi açısından, markanın devri sonucunda devralan adına tescili ve tescilin ilan edilmesi şartı aranmalıdır.

Tescil ile birlikte marka üzerindeki hak sahipliğine ilişkin değışiklik aleniyet kazanır. Burada tescil, bir anlamda devrin kamuoyuna ilanıdır. Devir sözleşmesinin devralan tarafını oluşturan kişinin yeni marka sahibi olarak sicile kaydı bildirici bir nitelik taşır; yani tescil geçerli bir marka devri için zorunlu bir ön koşul teşkil etmez. Bu bakımdan tescilin, marka üzerindeki gerçek hak sahipliğini gösterme hususunda her zaman güvenilir bir kaynak olmadığı göz önünde bulundurulmalıdır. Fakat devir sözleşmesinden doğan hakların, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi açısından ise, tescil zorunludur.

Kanun’da marka devir sözleşmesinin akdedilmesinden sonra fakat bu devrin sicile tescilinden önce, marka hakkına yönelik bir tecavüz meydana gelirse, bu durumda hak sahipliğinden doğan yetkileri kimin kullanacağı hususuna ilişkin bir belirleme yapılmamıştır. Marka hukukunda iyiniyetli kazanımın mevcudiyetine dair, SMK’da kesin bir belirti bulunmamaktadır. Doktrinde marka sicilinin, tapu sicilinde olduğu gibi, iyiniyetli üçüncü kişinin sicile güvenerek gerçekleştirdiğı hak kazanımını koruyacak nitelikte bir fonksiyonu haiz olup olmadığı hususu tartışmalı olmakla birlikte, ağırlıklı görüş, haklı olarak, marka sicilinin böyle bir fonksiyona sahip olmadığı yönündedir. Fakat öğretime, marka sicilinin, Türk Medeni Kanunu m.7 anlamında resmi nitelikte bir sicil olduğu, bu anlamda kamu güvenine mazhar olduğu ve bu sebeple sicilde marka sahibi olarak görünen kişinin markanın sahibi olarak kabul edilmesi gerektiğı yönünde bir görüş de ileri sürülmektedir. Avrupa Birliğı Marka Tüzüğü’nde (UMV §20 Abs.11), SMK ‘daki düzenlemeye benzer olarak, devrin sicile kaydedilmediğı sürece devralanın, birlik markasının tescilinden doğan hakları ileri süremeyeceğı düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu durumda ise; devralanın, söz konusu hükümden dolayı; devredenine ise, sicilde halen marka sahibi olarak görünmekle birlikte gerçekte hak sahibi olmamasından dolayı, markaya yönelebilecek tecavüzlere karşı dava

yoluna başvuramayacağı sonucuna varılır. SMK'da yer alan benzer düzenleme de, devralanın iyiniyetli üçüncü kişilere karşı tescilden önce, marka hakkından doğan yetkileri kullanmasını; devredenin ise, gerçek hak sahibi olmamasından dolayı, markaya yönelebilecek tecavüzlere karşı, Kanun'da marka sahibine hasredilmiş olan yetkileri kullanma imkanına sahip olamayacağı sonucuna varılabilmektedir. Fakat bu durumda markanın devrinin gerçekleşmesi ile devrin sicile tescili arasında geçen bu sürede, marka hakkından doğan yetkiler bakımından hak süjesi bulunmamasından dolayı marka hukuki korumadan mahrum kalabilecektir. SMK'da, Alman Marka Hukuku'nda olduğu gibi, sicilde marka sahibi olarak görünen kişinin markanın tescilinden doğan hakkın sahibi olarak kabul edileceği yönünde bir karinenin mevcut olmamasından dolayı bu noktada bir kanuni boşluğun söz konusu olduğu görülmektedir. Nitekim Alman Marka Kanunu'nda, bir markanın tescili ile tesis edilen hakkın, sicile marka sahibi olarak girilen kişiye ait olduğu kabul edilmiş, yani markanın tescilinden doğan hakların, sicilde marka sahibi olarak görünen kişiye ait olduğu yönünde bir adi kanuni karine öngörülmüş bulunmaktadır. Ayrıca Alman Marka Kanunu'nda, devralanın, Alman Patent ve Marka Kurumu'na hak devrine ilişkin tescil başvurusunun yapıldığı andan itibaren marka hakkına dayanabileceğine ilişkin bir düzenleme de getirilmiş bulunmaktadır. Bu bağlamda devralan, yeni marka başvurularına, marka siciline kaydedilmeden önce dahi itiraz etme hakkına sahiptir ki bu uygulamada ortaya çıkabilecek problemlerin önlenmesi adına önemli bir husustur. Marka hukukunun temelinde yer alan düşünce, marka hakkına üçüncü kişilerce yönelebilecek tecavüzlere karşı marka sahibini korumaktır. Bu bakımdan kısa bir müddet de olsa, devir sözleşmesi ile tescilin gerçekleşmesi arasında geçen bu süreçte, markanın hukuki korumadan mahrum bırakılması kabul edilemez. Bu nedenle, gerçekte hak sahibi olmamakla birlikte sicilde marka sahibi olarak görünen kişinin, markanın tescilinden doğan hakların sahibi olacağına ilişkin bir kanuni karinenin Türk hukuku bakımından da tesisi elzemdir. Doktrinde her ne kadar SMK'da bu yönde açık bir düzenleme bulunmasa da, tescilli

bir markanın hukuki korumadan mahrum kalması düşünölemeyeceğinden, sicilde marka sahibi olarak görönen kişiye, bu süreçte markaya yönelebilecek tecavüzlere karşı harekete geçebilme imkânı tanınması gerektiği ileri sürölmektedir. Fakat gerçek hak sahibi olmamakla birlikte sicilde hak sahibi olarak görönen kişilere markaya yönelebilecek tecavüzlere karşı koyabilme yetkisi tanınması yani bu kişilerin markanın tescilinden doğan hakların süjesi olarak kabul edilebilmeleri de ancak kanunda buna ilişkin bir karinenin mevcudiyetine bağılıdır. Zira marka devir sözleşmesi bir tasarruf işlemi olması dolayısıyla, sözleşmenin akdedilmesi ile birlikte, devredenin markaya ilişkin tüm yetkileri sona ermektedir. Gerçekte hak sahibi olmayan devredene, markaya ilişkin herhangi bir hukuki prosedür bakımından muhatap sıfatı yüklenmesi, kanuni bir dayanaktan yoksun olarak olanaklı değildir. Markanın hukuki korumadan mahrum kalmaması adına doktrinde bir görüş tarafından ifade edildiği üzere, devralana, devir sözleşmesini ibraz etmek suretiyle, bu süreçte markaya yönelebilecek tecavüzlere karşı marka hakkından doğan yetkileri kullanma hususunda bir imkân tanınması yerinde bir tercih olacaktır. Doktrinde bir başka görüş tarafından, devralanın, sicilde gerekli değişikliği yaptırmadığı sürece, bu yetkileri kullanamayacağı, yalnızca sicilde marka sahibi olarak görönen kişinin bu hakka sahip olduğı ifade edilse de gerçekte hak sahibi olmayan kişiye, bu süreçte, marka hakkından doğan yetkileri kullanma imkanının tanınması, yukarıda ifade edildiği üzere, hukuki dayanaktan yoksundur. Bu sorunların önüne geçmek adına, ortak markalar ve garanti markaları bakımından tercih edilen tescilin kurucu etkisi, bireysel markalar bakımından da tercih edilebilir. Tescilin kurucu etkisinin kabul edilmesi halinde, marka devir sözleşmesinin akdedilmesi ile devrin sicile işlenmesi arasında geçen sürede, markanın tescilinden doğan hakların kim tarafından kullanılacağı hususunda, herhangi bir tereddüte yer kalmayacaktır. Yani, Kanun'da, ya marka sicilinde hak sahibi olan kişinin markadan doğan hakları kullanma hususunda yetkili olduğuna ilişkin bir karineye yer

verilmesi yahut da marka siciline tescilin, bireysel markalar bakımından da kurucu nitelikte olmasının öngörülmesi suretiyle bu belirsizliğin aşılması yolu tercih edilmelidir.

Marka başvurusunun devrinin de sicile kaydedilmesi gerekir. Fakat mevcut marka başvurularının devrinin sicile tescilinin nasıl gerçekleştirileceği hususunda Türk marka mevzuatında bir açıklık bulunmamaktadır. Bu durumda, özellikle Alman hukukunda kaydın, tescilli bir marka bakımından başvuru dosyası üzerine ilgili bir not düşülmesi suretiyle gerçekleştirilmesi, sonrasında ise, marka tescilinin buna istinaden doğrudan başvuruyu devralan adına gerçekleştirilmesi yolu tercih edilmektedir. Benzer uygulamanın Türk hukuku bakımından da tercih edilmesi yerinde olacaktır.

Marka devir sözleşmesinin akdedilmesiyle birlikte, marka hakkı, devreden malvarlığından çıkarak devralanın malvarlığı unsurları arasına geçer. Markanın devriyle birlikte, devralan, devreden hukuki statüsünü olduğu gibi üstlenir. Söz konusu markanın hem koruma alanı hem de marka üzerindeki sınırlamalar bu kapsamda değerlendirilir. Yani söz konusu marka, hangi ülkede tescilli ise, devralan marka sahipliğini o ülke sınırları dahilinde elde eder ve marka üzerindeki her türlü kısıtlamayla birlikte olduğu gibi devralana intikal eder. Devirle birlikte, markaya ilişkin öncelik hakkı da, markanın ilk tescil edildiği tarihten itibaren geçerli olmak üzere, devralana geçer. Sonraki tarihli marka başvurularının, mevcut marka hakkına tecavüz oluşturup oluşturmadığı incelemesi, devir tarihinden itibaren değil, markanın tescil edildiği tarihten itibaren geçerli olmak üzere yapılır. Devrin konusunu oluşturan markaya ilişkin olarak, üçüncü bir kişiye tanınmış bir lisans hakkı mevcutsa, lisans sözleşmesinde aksi kararlaştırılmadığı müddetçe, markanın bu lisans hakkı ile birlikte devredilmiş olduğu kabul edilir. Marka üzerinde tesis edilmiş herhangi bir rehin hakkı mevcutsa, marka, söz konusu rehin hakkı ile birlikte devredene geçer. Marka başvurusunun devrinde de, söz konusu başvuru üzerinde bir rehin hakkı tesis edilmişse, başvuru rehinle kayıtlı olarak devredilmiş olur. Hacizli bir markanın devri halinde, haciz sicile kaydedilmişse,

devralanın markayı üzerindeki haciz yükü ile birlikte edindiği kabul edilir. Devreden, söz konusu markaya ilişkin Borçlar Kanunu'na göre üstlendiği yükümlülüklerin, yani borçlandırıcı işlemlerden doğan edim yükümlerinin ise, ancak tarafların bu yükümlülüklerin de devrini aralarında kararlaştırmış olmaları halinde devralana geçeceği kabul edilmelidir.

Marka, devreden marka sahibi tarafından tescilden itibaren beş yıl süre ile kullanılmamış ya da markanın kullanımına beş yıllık bir ara verilmişse, markanın devredilmiş olması, kullanmama sebebiyle markanın iptalinin talep edilebilmesini engellemez. Yani markanın devredilmiş olması, kullanmama durumu bakımından yeni bir sürenin başlamasına yol açmaz. Aynı şekilde, markanın iptali talebinin incelenmesi esnasında, iptali istenen markanın devredilmesi durumunda, işlemlere sicilde hak sahibi olarak görünen kişilere karşı devam edilir. Marka, devralan adına tescil edildikten sonra, iptal talebinin muhatabı olarak devralana karşı iptal süreci işlemeye devam eder. Eğer iptal talebi markanın devrinden sonra yapılmış ve bu arada marka devralan tarafından ticari hayatta ciddi bir biçimde kullanılmışsa, bu durumda markanın iptali talebi Kurum tarafından reddedilir. Markaya ilişkin olarak açılacak hükümsüzlük davaları, markanın devrinden sonra da açılabilir. Markaya ilişkin hükümsüzlük davası, dava tarihinde, sicilde marka sahibi olarak görünen kişi kim ise, ona veya haleflerine karşı açılır. Bu bakımdan markanın devri, markaya yöneltilebilecek hükümsüzlük davalarını engellemez. Markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesi durumunda, bu karar markaya ilişkin başvurunun yapıldığı tarihten itibaren etkili olur ve markaya SMK kapsamında sağlanan koruma hiç doğmamış sayılır. Devralan, devir esnasında, hükümsüzlük ya da iptal sebeplerinin varlığından haberdar olan fakat kendisini bu hususta ayrıntılı olarak bilgilendirmeyen yani kötüniyetli olan devredenden, markanın hükümsüzlüğü veya iptalinden doğan zararlarını talep edebilir. Doktrinde buradaki zararın, sözleşme öncesi görüşmelerden doğan (culpa in contrahendo) sorumluluğa dayanılarak talep edilebileceği ifade edilse de, SMK'daki açık hüküm gereğince, devir sözleşmesi, hükümsüzlük ve iptal kararının geriye

dönük etkisinden muaftır ve devir sözleşmesi, hükümsüzlük ya da iptal kararının verildiği tarihe kadar geçerli bir sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurur. Bu sebeple devralanın tazminat talepleri bakımından, culpa in contrahendo sorumluluğuna dayanılması olanaklı değildir. Devreden markanın hükümsüz kalmasına veya iptaline neden olabilecek her türlü durumu devralana bildirmek zorunda olmakla birlikte, kendisinin bildiği iptal ve hükümsüzlük nedenlerine ilişkin bu bildirimi, devralana, en geç sözleşmenin kurulması esnasında, kusurlu bir biçimde yapmamışsa, bu durumda devreden, sözleşmenin ihlalden dolayı sorumlu olur.

SMK m.27 hükmü gereğince; markanın hükümsüzlüğü ve iptali kararının geriye dönük etkisi, karardan önce kurulmuş ve uygulanmış sözleşmeler bakımından söz konusu olmaz ve bu durumda devralan, hakkaniyet gereği ödediği bedelin iadesini ve diğer zararlarını talep edebilir. Fakat 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nda, markanın devrinden sonra üçüncü kişilerce marka üzerinde üstün bir hak iddiasında bulunulması, herhangi bir sebeple markanın devralan tarafından kullanımının engellenmesi, markanın kendisinden beklenen nitelikleri haiz olmaması yahut devreden markanın itibarı hususunda devralanı yanıltması gibi durumlara ilişkin devreden hukuki sorumluluğunu düzenleyen herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Bu ihtimalde devreden hukuki sorumluluğunun tespitinde, genel hükümlerden faydalanılması gerekir. Markanın devrinden sonra üçüncü kişilerce, marka üzerinde ileri sürülecek hak sahipliği iddiası karşısında, zapttan doğan hükümlere başvurulabileceği düşünülebilirse de, alacağın devri bakımından öngörülen garanti sorumluluğunun, marka hakkının niteliğine daha uygun düşmesi ve alacağın devrine ilişkin hükümlerin, hakların devri bakımından özel bir hüküm bulunmaması durumunda kıyasen uygulanması gereği karşısında, burada garanti sorumluluğunun, zapttan doğan sorumluluk karşısında öncelenmesi gerekir. Alacağın devri, tıpkı markanın devri gibi, tasarruf işlemi niteliği taşır ve her ne kadar devir sözleşmesi bir borç doğurmasa da, kanun tarafından

devredene yükletilen bazı borçlar söz konusu olabilir. İşte devralanın alacağını mevcudiyetinden doğan sorumluluğu da, devir sözleşmesinden değil, devir sebebiyle doğrudan kanundan doğan bir sorumluluktur. Taraflar markanın devri karşılığında, bir bedel ödenmesini ya da herhangi bir surette karşılık alınmasını öngörmüşlerse, bu durumda, devre konu markanın gerçekte devredene ait olmamasından dolayı, devredenin, alacağın devrine ilişkin olarak öngörülen garanti yükümlülüğü hükümleri gereğince sorumluluğunun söz konusu olması gerekir. Zira markayı devreden, sözleşmenin kurulması sırasında, markanın sadece görünürde değil gerçekte var olduğuna ilişkin pozitif menfaatten sorumludur. Garanti sorumluluğunun doğması bakımından gerekli olan bu bedelin ise, illa devir sözleşmesinde kararlaştırılmış olması gerekli değildir. Burada devredenin, devir esnasında, devre konu marka hakkına sadece sicilde değil gerçekte de sahip olduğuna dair bir garanti yükümü altında olduğu kabul edilmelidir. Marka hakkının mevcudiyeti hususunda bir problem olmamasına karşın, devre konu markanın kendisinden beklenen niteliklere sahip olmaması yahut markanın piyasadaki tanınırlığı veya işlevselliğine ilişkin, devreden tarafından devralana kasti olarak yanlış bilgi verilmesi, devralanın markanın itibarı hususunda yanıltılmış olması, marka üzerinde lisans gibi yüklerin bulunması gibi durumlar da söz konusu olabilir. Bu durumda, devre konu marka, gerçekte de sicilde de marka sahibi olan kişiye ait olduğundan, marka geçerli bir biçimde devralana geçer ve üçüncü kişilerce marka üzerinde hak sahipliği iddiasında bulunulamaz. Bu bakımdan bahsi geçen bu durumlara, alacağın devri bakımından öngörülen garanti sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması söz konusu olamaz. Alacağın devrine ilişkin hükümlere başvurulamayan bu gibi durumlarda ise, Türk Borçlar Kanunu'nda satış sözleşmeleri bakımından düzenlenen satıcının ayıptan doğan sorumluluğuna ilişkin hükümlerin yahut irade sakatlıklarına ve bu bağlamda özellikle aldatmaya ilişkin genel hükümlerin uygulanması, özellikle marka kendisinden beklenen temel özelliklere sahip değilse, ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin hükümlerin devreye girmesi düşünülebilir. Her ne

kadar, marka hakkı gayri maddi nitelikte bir hak olarak cismani bir tezahür göstermese de, devredenin, markadaki kusurlar bakımından, tıpkı maddi şeyler üzerindeki ayıplar gibi sorumlu olması gerekir. Bir marka başvurusunun devrinde ise, devreden, böyle bir işlemin riskli doğası nedeniyle, markanın tescilli olması gerçeğinden değil, söz konusu başvurunun devam eden varlığından sorumludur. Ancak bu konuda da devredenin, tescili engelleyebilecek tüm durumlara ilişkin kapsamlı bilgi verme yükümlülüğünün olduğu kabul edilmelidir.

Marka hukukunda sınırlandırma veya birlikte var olma anlaşmaları (Abgrenzungs- oder Koexistenzvereinbarungen), ihtilaflı taraflar arasında, potansiyel olarak çatışan markaların kullanım alanı ve içeriğinin düzenlendiği borçlandırımcı nitelikte sözleşmelerdir. İsviçre ve Türk hukuk sistemlerinde, bu tür sözleşmelere ilişkin herhangi bir açık yasal düzenleme bulunmamakta, bu sözleşmeler genellikle sui generis, yani kendine özgü yapısı olan isimsiz sözleşmeler olarak kabul edilmektedir. Türk hukukunda, özellikle 6769 sayılı SMK ile getirilen muvafakat kurumu ile, sınırlandırma anlaşmalarının önemi de artmış bulunmaktadır. Burada, önceki tarihli bir markanın sahibi, markanın kendisine tanıdığı münhasır hakkı tam olarak kullanmaktan, özellikle de savunma yetkilerinden bir dereceye kadar feragat eder. Buna karşılık sonraki marka sahibi, markasını karşılıklı olarak tanımlanmış kullanım alanı dışında kullanmayacağını garanti eder. Sınırlandırma anlaşmalarının içeriği, tamamen taraf iradeleri ile düzenlenmek istenen hususları kapsar. Örneğin, birbirine benzer nitelikteki markalarda farklı renklerin, yazı tiplerinin, grafik tasarımların veya görsel-işitsel ayırt edici eklemelerin yapılması ile ilgili bir sınırlandırma veya ilgili markanın kullanılabileceği mal veya hizmetlere ilişkin bir sınırlandırma yapılması mümkündür. Ayrıca, ulusal ya da uluslararası düzeyde yerel bir sınırlandırma yapılması da mümkündür yani marka sahipleri arasında, sicilde yapılması mümkün olmayan, marka haklarının bölgesel düzeyde sınırlandırılmasını konu edinen bu tip anlaşmalar yapılabilir. Fakat burada dikkat edilmesi gereken husus, sınırlandırma anlaşmalarının, rekabet hukuku

düzenlemelerini ihlal etmemesi ve nihai olarak markaların korunan içeriği kapsamında olmayan bir pazar bölünmesine yol açmaması gerektiğidir. Kartelleşme yasağı kapsamında caiz olmayan bir alan paylaşımı nedeniyle rekabetin korunması yasalarının ihlalini önlemek amacıyla anlaşma alanı mümkün olduğunca kesin olarak tanımlanmalıdır. Sınırlandırma anlaşmaları, birer sulh anlaşması olmaları nedeniyle, sadece taraflar arasında bağlayıcı etki doğurur; yani bu anlaşmalar yalnızca taraflar arasında sözleşmeye dayalı yükümlülükler tesis eder. Bir tarafın, sahip olduğu markayı devretmesi durumunda, bu anlaşmadan doğan yükümlülükler otomatik olarak yasal halefe devredilmez. Sınırlandırma anlaşmasından doğan sözleşme yükümlülüklerinin devri için, üçüncü taraf olarak devralan ile borcun üstlenilmesi ya da üçüncü kişi yararına bir sözleşme akdedilmesi gibi başka bir hukuki işlemin yapılması gerekir yahut sınırlandırma anlaşması genel bir halefiyet koşulu içermelidir.

Marka sicilde birden fazla kişi adına tescilli ise, markanın birden fazla sahibi söz konusu olur. Bu durumda, SMK'da marka hakkı üzerindeki ortaklığın belirlenmesine ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Fakat SMK'da patent ve tasarımlar bakımından, birden fazla hak sahibi bulunması durumuna münhasır iki benzer kural öngörülmüş bulunmaktadır. Tasarım ve patent hakkının birden fazla sahibi olması durumlarına ilişkin düzenlenen bu iki hüküm, kıyasen marka hakkı bakımından da uygulanmalı ve Türk Medeni Kanunu'nun paylı mülkiyete ilişkin hükümleri, marka hakkının birden fazla sahibi olması durumunda niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanmalıdır. Marka üzerinde birden fazla hak sahipliğinin bulunması durumuna ilişkin, Türk Medeni Kanunu'nun paylı mülkiyete dair hükümlerinin kıyasen uygulanması, marka hakkının niteliği itibarıyla bir mülkiyet hakkı olduğu anlamına gelmemektedir. Zira fikri-sınai haklarda, mülkiyette olduğu gibi cismani bir nitelik olmadığı için, bu haklar, ayni hak kategorisinde değerlendirilemez. Bu haklar, gayri maddi mallar üzerindeki mutlak haklar olarak münhasır bir hak kategorisini ortaya çıkarmışlardır. Burada, paylı mülkiyete ilişkin kuralların uygulanması, ancak marka hakkının niteliğine uygun

düştüğü ölçüde gerçekleşmelidir. Bu sebeple literatürde sıklıkla kullanılan marka üzerindeki paylı mülkiyet ya da elbirliği mülkiyeti gibi ifadelerin kullanılmasından özellikle imtina edilmelidir. Paylı mülkiyet ve elbirliği mülkiyeti, marka hakkı bakımından paylı hak sahipliği ya da elbirliği halinde hak sahipliği şeklinde tezahür ettirilmelidir. Zira markanın hukuki niteliğini yansıtmayan mülkiyet teriminin, marka hakkının söz konusu olduğu herhangi bir durumda kullanılması hukuki nitelendirme açısından hatalı bir yaklaşım olacaktır.

Sınai Mülkiyet Kanunu'nda, 556 sayılı KHK'da yer almayan, sınai hakların dolayısıyla da marka hakkının, satış suretiyle devri durumunda kullanılabilecek özel bir yasal önalım hakkı düzenlenmiş bulunmaktadır. SMK m.148/f.3 gereğince; marka devrinin hukuki neticelerinden bir tanesi de, diğer paydaşlara kanunen tanınmış önalım hakkının kullanılması yetkisidir. Burada yasal önalım hakkının, paylı hak sahipliği ilişkisinin kurulmasıyla birlikte kanun gereği kendiliğinden doğacağı; bu hakkın kullanılmasının ise, payın devrinin sonuçları arasında olduğu kabul edilmelidir. SMK'da düzenlenen bu yasal önalım hakkı, niteliği itibarıyla, marka üzerindeki hak sahipliğine getirilen kanundan doğan bir tasarruf yetkisi kısıtlamasıdır. Tasarruf yetkisi, ancak kanunla sınırlanabilir ve bu nedenle yasal önalım hakkı, yalnızca tescilli markalar bakımından caridir. Zira tescilsiz markalar SMK kapsamında hukuki muhafaza görmez ve burada düzenlenen yasal önalım hakkının, tescilsiz markalar bakımından uygulanması olanaklı değildir. Tescilsiz markalarda ancak taraf iradelerinden doğan, yani sözleşmeden kaynaklanan bir önalım hakkı öngörülebilir. Önalım hakkının kullanılabilmesi için, paydaşlardan birinin marka üzerindeki payını üçüncü bir kişiye bir ivaz karşılığında devretmesi, yani önalım olgusunun gerçekleşmesi gerekir. Kanun'da önalım hakkının kullanılması için payın satımından bahsedilse de, önalım olgusu ile, payın devrine yönelik ivazlı ve iradi tüm hukuki işlemler kastedilir. İvazsız (özellikle bağışlama amacıyla yapılan) ve rızai olmayan yani cebri (mahkeme kararı, kanun gücü vs.) devirler söz konusu olduğunda ise, önalım hakkının kullanılması olanaklı değildir. Önalım hakkının kullanılmasıyla birlikte,

hakkın muhatabı ile paydaş arasında, söz konusu devre benzer nitelikte yeni bir devir ilişkisi kendiliğinden meydana gelir. Fakat marka devrinin gerçekleştirilebilmesi için tarafların marka devir sözleşmesinin geçerlilik şartlarını yerine getirmesi gerekir. Marka devrinin tasarruf işlemi niteliği taşıması, bu hukuki ilişkiden bir borcun doğmayacağı anlamına gelmekle birlikte, burada önalım hakkı muhatabının kanundan doğan yükümlülüğü, hakkı kullanan paydaş ile kanunen öngörülen şartlara uygun olarak bu yönde bir devir sözleşmesi akdetmesi ve markanın devrinin gerçekleştirilmesine ilişkindir. Önalım hakkını kullanan paydaş ile hakkın muhatabı arasında yeni bir devir ilişkisinin kurulması, devreden ve devralan arasındaki devir sözleşmesini kendiliğinden ortadan kaldırmaz. Bu bakımdan, böyle bir durumda, özellikle marka hakkını devreden paydaşın, devralana karşı, devir sözleşmesinden doğan garanti yükümlülüğü devreye girer. Bu kapsamda, devralan, marka devir bedelini ve uğradığı zararın tazminini aralarındaki hukuki ilişkiye dayanarak, devredenden talep edebilir.

KAYNAKÇA

Altaş, Hüseyin, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998.

Arbek, Ömer, Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.

Arkan, Sabih, Marka Hukuku C.I, Ankara 1997.

Arkan, Sabih, Marka Hukuku, Cilt: II, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 533, Ankara 1998 (Kısaltma: Arkan-Marka Hukuku Cilt II).

Arslanlı, Halil, Fikri Hukuk Dersleri II, Fikir ve Sanat Eserleri, İstanbul 1954

Aslan, Mehmet, Fikri Mülkiyet Haklarının Anonim Şirketlere Ayni Sermaye Olarak Getirilmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.

Aslantaş, Zerrin, Markanın Devri, Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2011.

Ayan, Mehmet, Eşya Hukuku III Sınırlı Ayni Haklar, Seçkin Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Ankara 2017.

Ayan, Mehmet, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), Seçkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Ankara 2016.

Aydıncık, Şirin, Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri, İstanbul 2006.

Ayhan, Rıza/Çağlar, Hayrettin/Yıldız, Burçak/İmirlioğlu, Dilek, Sınai Mülkiyet Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.

Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert/Hau, Wolfgang/Poseck, Roman, Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar Band 2 §§ 481-704 AGG, Verlag C.H.BECK, München 2019.

Berlit, Wolfgang, Markenrecht, C.H.BECK, 11. Auflage, München 2019.

Bilgili, Fatih/Demirkapı, Ertan, Ticari İşletme Hukuku, Dora Yayıncılık, 6. Baskı, Bursa 2016.

Bingener, Senta, Markenrecht, C.H.BECK, 4. Auflage, München 2022.

Bolayır, Nur, Fikrî Mülkiyet Haklarında Cebri İcra Sistemi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan, Basım Yılı: 2015.

Bozgeyik, Hayri, Garanti Markasının Marka Hukukundaki Yeri ve Benzer Kavramlarla İlişkisi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: LXXI, Sayı: 2, S. 91-102, 2013.

Böhm, Andreas, Markenverträge Teil 1: Einführung, MarkenR-Zeitschrift für deutsches, europäisches und internationales Kennzeichenrecht, 23. Jahrgang, Nr. 3, Carl Heymanns Verlag, März 2021 (Kısaltma: Böhm-Einführung).

Böhm, Andreas, Markenverträge Teil 2: Rechtlicher Rahmen, MarkenR-Zeitschrift für deutsches, europäisches und internationales Kennzeichenrecht, 23. Jahrgang, Nr. 4, Carl Heymanns Verlag, April 2021 (Kısaltma: Böhm-Rechtlicher Rahmen).

Böhm, Andreas, Markenverträge Teil 3: Abgrenzungsvereinbarung, Treuhandvertrag und Kaufvertrag, MarkenR-Zeitschrift für deutsches, europäisches und internationales Kennzeichenrecht, 23. Jahrgang, Nr. 5, Carl Heymanns Verlag, Mai 2021 (Kısaltma: Böhm-Abgrenzungsvereinbarung).

Böhm, Andreas, Markenverträge, Berlin, November 2018.

Bölling, Markus, Formeller Markenschutz für Farben?, Hannoversches Forum der Rechtswissenschaften Band 29, Nomos, Hannover, Univ., Diss., 2006.

Brämer, Antje, Die Sicherungsabtretung von Markenrechten, Mohr Siebeck, Tübingen 2005.

Bürli, Eric, Die Übertragung der international eingetragenen Marke, Dissertation, Juris Druck + Verlag Zürich, 1970.

Can, Mehmet Çelebi, Üç Boyutlu Şekillerin Marka Olarak Görünümü, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Yargıtay Başkanı İsmail Rüştü Cirit'e Armağan, Yıl: 11, Sayı: 41, Ocak 2020.

Cansel, Erol, Tapu Siciline İtimat Prensibi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınlarından No: 191, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1964.

Ceylan, Çiğdem, Marka Lisansı Sözleşmesi, Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku (FMR) Dergisi, Yıl: 2017, Sayı: 1.

Curto Polo, Mercedes, Der Kauf der Marke nach spanischem Recht, GRURInt Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil, C.H.BECK, 52. Jahrgang, München und Frankfurt a.M. 2003.

Çebi, Hakan, Şirketler Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

Çetiner, Selma/Bozkurt Yüksel, Armağan Ebru, Ticari İşletme ve Şirketler Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Ankara 2021.

Dauner-Lieb, Barbara/Langen, Werner, BGB Schuldrecht Band 2/2: §§ 488-661a, Nomos Kommentar, 4. Auflage, Baden-Baden 2021.

Çolak, Uğur, Türk Marka Hukuku, On İki Levha Yayınları, 4. Baskı, İstanbul, Eylül 2018.

Dönmez, Murat, Marka Hacı ve Paraya Çevrilmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 84, Yıl: 2009.

Ekey, Friedrich L./Bender, Achim/Fuchs-Wissemann, Georg, Markenrecht, C.F. Müller, 4. Auflage, München 2020.

Ekey, Friedrich L./Klippel, Diethelm, Markenrecht, C.F.Müller Verlag, Heidelberg 2003.

Erdem, Ercüment H., Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Ticari İşletmenin Devri, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, C: 8, Say: Özel, Haziran 2013, S. 987-1018.

Erdoğan, İhsan, Hukuki Muamelelerde Şekle Aykırılığın Sonuçları, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.1, 1991.

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 20. Baskı, Ankara 2016.

Eren, Fikret, İsimli Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar, Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan, İstanbul 2008 (Kısaltma: Eren-İsimli Sözleşmeler).

Eren, Fikret, Türk Medeni Kanunu'na Göre Yasal Önalım Hakkı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XII, Y. 2008, S. 1-2 (Kısaltma: Eren-Önalım Hakkı).

Erkan, Vehbi Umut/Özden Merhacı, Selin, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'na Göre Markada Paydaşların Önalım Hakkı (SMK m.148/3), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Y. 2019, C. XXXV, S. 1, S.A. 69-91.

Engels, Rainer, Patent-, Marken- und Urheberrecht, Vahlen Jura Lehrbuch, 11. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 2020.

Ensthaler, Jürgen, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Springer-Verlag, Dritte, überarbeitete und erweiterte Auflage, Berlin Heidelberg 2009.

Eroğlu, Sevilay, Soyut Renk, Ses ve Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescili, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2003, Cilt: 5, Sayı: 1, S. 95-166.

Falb, Fritz, Die Übertragung der Fabrik- und Handelsmarke nach Art. 11 MSchG, Inaugural-Dissertation, Gedruckt bei Stämpfli & Cie., Bern 1943.

Faust, Florian, Bürgerliches Gesetzbuch Allgemeiner Teil, Nomos, 7. Auflage, Baden-Baden 2021.

Feyzioğlu, Feyzi Necmettin, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, Fakülteler Matbaası, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 1976 (Kısaltma: Feyzioğlu-Genel Hükümler Cilt I).

Feyzioğlu, Feyzi Necmettin, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II, Fakülteler Matbaası, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 1977.

Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku İkinci Kısım Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri), Cilt: I, İstanbul 1980.

Fezer, Karl-Heinz, Markenrecht, Kommentar zum Markengesetz, Verlag C.H.Beck, 4. Auflage, München 2009.

Fütman, Özlem/Ünsal Önder Erol, Koku Markalarının Tescil Edilebilirliğine İlişkin Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletleri Uygulamalarına Dair Bir İnceleme, Fikri Mülkiyet ve Rekabet Dergisi, 2020, Sayı: 1.

Gordon, Clara-Ann/Butz, Ralph, Die Übertragung und Eintragung von Abwehrbefugnissen als wirksameres Sicherungsmittel im Rahmen einer markenrechtlichen Abgrenzungsvereinbarung?, Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2003.

Gouga, Aphrodit, Die Übertragung und Lizenzierung der Marke nach griechischem und deutschem Recht unter Berücksichtigung des europäischen Markenrechts, Verlag V. Florentz (VVF), München 1996.

Gökyayla, K. Emre, Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2001.

Götting, Horst-Peter, Gewerblicher Rechtsschutz Patent-, Gebrauchsmuster-, Design- und Markenrecht, C. H. Beck, 11. Auflage, München 2020.

Güllü, Gözdenur, Türk Medeni Hukuku'ndaki Yasal Önalım Hakkının Markada Uygulanması, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019.

Güneş, İlhami, Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku, Adalet Yayınevi, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara 2020.

Güneş, İlhami, Marka Tescilinin Devrinde Benzer Marka Sorunu, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Yıl:21, Cilt:22, Sayı:2020/2 (Kısaltma: Güneş-Benzer Marka).

Hacker, Franz, Markenrecht, Carl Heymanns Verlag, 5. Auflage, München 2020.

Hasselblatt, Gordian N., MAH Gewerblicher Rechtsschutz, 5. Auflage, München 2017.

Hatemi, Hüseyin / Serozan, Rona / Arpacı, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.

Hirsch, E. Ernst, Fikri ve Sınai Haklar, Ankara AR Basımevi, Ankara 1948.

Hirsch, E. Ernst, Hukuki Bakımdan Fikri Say, Birinci Cilt, Çeviren: V. Çernis, Kenan Basımevi ve Klişe Fabrikası, İstanbul 1942. (Kısaltma: Fikri Say).

Hütte, Felix/Hütte, Marlana, Sachenrecht I (Recht der beweglichen Sachen), Verlag Dr. Rolf Schmidt, 6. Auflage, Grasberg bei Bremen 2013.

Ingerl/Rohnke, Markengesetz, C.H.Beck, 3. Auflage, 2010.

İmirlioğlu, Dilek, Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Markanın Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2018.

Jehle, Felix, Marken- und Patentrechte in Unternehmen, Nomos Verlagsgesellschaft, 1. Auflage, Frankfurt am Main, Univ., Diss., 2019.

Kappes, Alexander, Verwechslungsgafahr nach dem Kauf („Post-sale-confusion”) im Marken- und Wettbewerbsrecht, Nomos, Schriften zum geistigen Eigentum und zum Wettbewerbsrecht Band 46, Tübingen 2011.

Karaca, Eyüp Can, Hukuki Açıdan Marka ve Marka Hakkı, The Journal Of Europe - Middle East Social Science Studies, July, 2015, Volume: 1, Issue: 1, S. 39-48.

Karahasan, Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul 2002.

Karan, Hakan/Kılıç, Mehmet, Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.

Karasu, Rauf, Ses Markaları, Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi (FMR), Cilt: 7, Sayı: 2, Yıl: 2007.

Karimov, Elnur, Türk Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukukta Renk Markaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

Kaya, Arslan, Marka Hukuku, Arıkan Yayınları, İstanbul 2006.

Kayar, İsmail, Ticari İşletme Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 11. Baskı, Ankara, Eylül 2018.

Kayıhan, Şaban, Ticari İşletme Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 7. Baskı, Ankara 2021.

Kayıhan, Şaban, Şirketler Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Ankara 2021 (Kısaltma: Kayıhan-Şirketler).

Keskin, Dilşad/Demircioğlu, Reyhan, Medeni Hukuk II (Eşya Hukuku-Miras Hukuku), Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2021.

Kocağa, Köksal, Sözleşmenin Kurulabilmesi İçin Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Noktalar, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 79, Yıl: 2008.

Kuntalp, Erden, Karışık Muhtevalı Akit, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1971.

Kur, Annette/v.Bomhard, Verana/Albrecht, Friedrich, MarkenG UMV Markengesetz Verordnung über die Unionsmarke, C.H.BECK, 3. Auflage, München 2020.

Lange, Paul, Marken- und Kennzeichenrecht, C.H.Beck Verlag, 2. Auflage, München 2012.

Lettl, Tobias, Gewerblicher Rechtsschutz, Verlag C.H.Beck, München 2019.

Lewalter, Ivo, Die Markenübertragung-die Verfügung über Markenrechte und ihr gutgläubiger Erwerb, JWV, Jenaer Wiss. Verl.-Ges., Jena 2009.

Marz, Martin, Inovative Markenformen-Die aktuellen Entwicklungen des Markenrechts in Bezug auf die Eintragungsfähigkeit von neuen Markenformen, HNU Working Paper Nr. 10, Hochschule für angewandte Wissenschaften, 2010.

Matter, Erwin, İsviçre Hukukunda Markaların Devri (Marque de fabrique et de commerce (III). Le transfert de la marque, FJS. No. 684), Çev: Öçal, Akar, Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi. 1976; 12(1): S. 405-411.

Musielak, Hans-Joachim/Hau, Wolfgang, Grundkurs BGB, Verlag C.H.BECK, 17. neu bearbeitete Auflage, München 2021.

Muşul, Timuçin, 2004 sayılı İİK ve 6183 sayılı AATUHK Düzenlemesine Göre Haciz ve Hacze İştirak, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2019.

Nomer, Haluk Nami, Sözleşmedeki Esaslı Bir Nokta, Özellikle Karşılıklı Borç Doğuran Akitlerde İvazın Miktarı Belirlenmeksizin Sözleşme Kurulabilir Mi?, Prof. Dr. Aydın

Zevkliler'e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Cilt: 8, Özel Sayı - 2013, Cilt: II, s. 2053-2074.

Nordemann, Axel/Nordemann, Jan Bernd/Nordemann-Schiffel, Anke, Wettbewerbsrecht Markenrecht, Nomos Verlagsgesellschaft, 11. Auflage, Baden-Baden 2012.

Noth, Michael/Bühler, Gregor/Thouvenin, Florent, Markenschutzgesetz (MSchG), Stämpfli Handkommentar, Stämpfli Verlag, 2. Auflage, Bern 2017.

Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: I, 11. Bası, İstanbul 2013.

Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.II, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017 (Kısaltma: Oğuzman/Öz, Cilt II)

Oktay, Saibe, İsimli Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHF), C. 55, Sayı: 1-2, Temmuz 2011.

Oktay Özdemir, Saibe, Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, İstanbul 2002.

Okutan Nilsson, Gül, Sınai Haklara İlişkin Hukuki İşlemler ve Sınai Hak Sicili, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Fikri Mülkiyet Hukuku Çalıştay Bildiriler Kitabı, Ankara 2020.

Ortan, Ali Necip, Patent Lisansı Sözleşmesi, Ankara 1979.

Özel, Çağlar, Marka Lisansı Sözleşmesi, Seçkin Yayınları, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2015.

Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Adalet Yayınevi, 7. Baskı, Ankara 2021.

Repenn Wolfgang/Weidenhiller, Gabriele, Markenbewertung und Markenverwertung, Verlag C.H.Beck, 2. Auflage, München 2005.

Säcker, Jürgen/Rixecker, Roland, Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch Band 1 Allgemeiner Teil, C.H.Beck, 6. Auflage, München 2012.

Schellhammer, Kurt, Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen samt BGB Allgemeiner Teil, C.F.Müller, 11. Auflage, Heidelberg 2021.

Schmidt, Rolf, BGB Allgemeiner Teil, Rolf Schmidt GmbH, 18. Auflage, Grasberg bei Bremen 2019.

Sertoğlu, Burak, Ticari İşletme Devri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

Sirmen, Lale, Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara 2018.

Stadler, Astrid / Rüthers, Bernd, Allgemeiner Teil des BGB, C.H.BECK, 20. Auflage, München 2020.

Ströbele, Paul/Hacker, Franz/Thiering, Frederik/Knoll, Helmut/Miosga, Julia, Markengesetz - Kommentar, Carl Heymanns Verlag, 13. Auflage, München 2021.

Suluk, Cahit/Karasu, Rauf/Nal, Temel, Fikri Mülkiyet Hukuku, Seçkin Yayınevi, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara 2021.

Suluk, Cahit, Marka Hakkı ve Nitelikleri-Markanın Hukuki İşlemlere Konu Olması-Markanın Devri-Lisans ve Lisans Çeşitleri, Fikri Mülkiyet Yazıları I-Mütalaarım (2001-2020, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

Şafak, Ali, Alacağın Temliki (Alacağın Devri)-Özel Görünüş Biçimleri, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2021.

Şahin, Büşra, Türk Hukukunda Sinema Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.

Şeker, Muzaffer, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanununa Göre İsmarlanmayan Şeyin Gönderilmesi (BK. 7) İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:12 Sayı: 24 Güz 2013/2.

Şıpka, Şükran Taman, Türk Hukukunda Kanuni Önalım (Şuʿa) Hakkı (MK.m.659) (Hukuki Niteliği ve Kullanma Koşulları), Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1994.

Tandoğan, Hâluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt: I/1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.

Tekinalp, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, Vedat Kitapçılık, 5. Baskı, İstanbul 2012.

Tekinay, Selahâttin Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993.

Tekinay, Selahattin Sulhi, Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri II/1, Filiz Kitabevi, İstanbul 1998.

Tetzner, Volkmar, Die Leerübertragung von Warenzeichen, Wila Verlag für Wirtschaftswerbung Wilhelm Lampl, München 1962.

Tunçomağ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku I. Cilt Genel Hükümler, Sermet Matbaası, 6. Bası, İstanbul 1976 (Kısaltma: Tunçomağ-Genel Hükümler).

Tunçomağ, Kenan, Borçlar Hukuku II. Cilt Özel Borç İlişkileri (Akdin Muhtelif Nevileri), İstanbul 1974.

Tüzüner, Özlem, Marka Rehni Sözleşmesi ve Uygulanacak Hukuk, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007.

Uluşan, İnanç, Alacağın Devrinde Devredenin Garanti Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2019.

Uzunallı, Sevilay, Marka Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.

Ünal, Mücahit, Marka Tescilinden Doğan Haklarla İlgili Hukuki İşlemler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007.

v. Schultz, Detlef, Kommentar zum Markenrecht, Deutsche Fachverlag GmbH Fachmedien Recht, 3. Auflage, Frankfurt am Main 2012.

Weis, Katja, Der immaterialgüterrechtliche Übertragungsanspruch zugleich ein Beitrag zum Kennzeichen- und Domainrecht in Deutschland, Frankreich und der Schweiz, Dissertation, zur Erlangung des akademischen Grades Dr. jur., Konstanz 2004.

Wertenbruch, Johannes, BGB Allgemeiner Teil, C.H.BECK, 5. Auflage, München 2021.

Westermann, Harm Peter/Grunewald, Barbara/Maier-Reimer, Georg, Erman Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar Band I, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 16. Auflage, Köln 2020.

Woeste, Cordula, Immaterialgüterrechte als Kreditsicherheit im deutschen und US-amerikanischen Recht (Schriften zum deutschen und internationalen Persönlichkeits- und Immaterialgüterrecht), Osnabrück 1. Januar 2002.

Yapar, Fulya, Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Marka Olabilecek İşaretler, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2018.

Yasaman, Hamdi, Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, Vedat Kitapçılık, 2. Cilt, İstanbul 2004.

Yasan, Mustafa, Ticari İşletme Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara 2021.

Yavuz, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Yayınları, İstanbul 2009.

Zevkliler, Aydın / Gökyayla, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitabevi, Ankara 2014.

ÖZET

Marka hakkından iktisadi anlamda yararlanmanın olağan yolu, bu hakkı ticari dolaşımda bizzat kullanmak olmakla birlikte, marka sahibinin söz konusu işareti devretmek suretiyle bir ekonomik gelir etmek istemesi de bir o kadar doğaldır. Dolayısıyla marka hakkından iktisadi olarak yararlanma imkânı tanıyan en önemli hukuki araçlardan birisi, devir sözleşmesidir.

İşbu çalışmanın temel inceleme konusu, genel olarak markanın devri ve özel anlamda marka hakkının devri sözleşmesidir. Bu çalışma kapsamında marka devir sözleşmesi gerek fikri-sınai hukuk gerekse de sözleşmeler hukukunun genel prensipleri çerçevesinde ayrıntılı olarak incelenmiş, mevcut mevzuat hükümleri ve olması gereken hukuk bakımından anılan sözleşmenin yapısal unsurları ortaya konulmuş, bu kapsamda ulusal ve uluslararası düzeyde bilimsel görüşler ve yargı kararlarından yararlanılmıştır. Türk marka hukuku mevzuatındaki eksiklik ve hatalar ile uygulamada ortaya çıkan ve çıkabilecek sorunların çözümü adına uluslararası hukuk örnekleri, özellikle Avrupa Birliği, Alman ve İsviçre marka hukukları bağlamında incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Fikri haklar, sınai hak, marka hakkı, markanın devri, devir sözleşmesi, marka hakkının devri

ABSTRACT

While the usual way to benefit from the trademark right in an economic sense is to use this right in commercial circulation, it is also natural for the trademark owner to want to make an economic income by transferring the said mark. Therefore, one of the most important legal instruments that provides the opportunity to benefit from the trademark right economically is the transfer agreement.

The main subject of this study is the transfer of the trademark in general and the transfer of the trademark right in a special sense. Within the scope of this study, the trademark transfer agreement has been examined in detail within the framework of both intellectual-industrial law and the general principles of the law of contracts, the structural elements of the aforementioned contract in terms of the provisions of the current legislation and the law that should be, have been revealed, and in this context, scientific opinions and judicial decisions at national and international level have been used. In order to solve the deficiencies and errors in the Turkish trademark law legislation and the problems that may arise or may arise in practice, international law examples have been examined, especially in the context of European Union, German and Swiss trademark laws.

Keywords: Intellectual rights, industrial rights, trademark rights, transfer of trademark, transfer agreement, transfer of trademark right