

**TC.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI**

**MARKANIN DEVRİ
VE
DEVİR HÜKMÜ DOĞURAN DİĞER İŞLEMLER**

Doktora Tezi

RABİA EDA GİRAY

İstanbul, 2010

**TC.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI**

**MARKANIN DEVRİ
VE
DEVİR HÜKMÜ DOĞURAN DİĞER İŞLEMLER**

Doktora Tezi

RABİA EDA GİRAY

Prof. Dr. Merih Kemal OMAĞ

İstanbul, 2010

Marmara Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

Tez Onay Belgesi

HUKUK Anabilim Dalı ÖZEL HUKUK Bilim Dalı Doktora öğrencisi RABİA
EDA GİRAY'ın tez çalışması, Enstitümüz Yönetim Kurulunun 16.07.2009 tarih
ve 2009-11/35 sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından oy birliği / oy çokluğu ile
Doktora Tezi olarak kabul edilmiştir.

R. Giray

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

İmzası

Tez Savunma Tarihi : 6.3.2010

- 1) Tez Danışmanı : PROF. DR. MERİH KEMAL OMAĞ
2) Jüri Üyesi : PROF. DR. CEVDET YAVUZ
3) Jüri Üyesi : PROF. DR. MEHMET BAHTİYAR
4) Jüri Üyesi : PROF. DR. AYŞE BERZEK
5) Jüri Üyesi : DOÇ. DR. MURAT ALIŞKAN

[Handwritten signatures of the jury members]

ÖZET

“Markanın Devri ve Devir Hükümü Doğuran Diğer Hukuki İşlemler” konulu çalışmamızda, özellikle uluslararası anlaşmalar, 556 Sayılı KHK ile Marka Kanun Tasarısı'nın ilgili hükümleri Yargıtay kararları ışığı altında çeşitli sorunları dikkate alarak bilimsel bir şekilde incelenmiştir.

Markanın devrinin geçerlilik şartları hem Kararname hem de diğer mevzuat hükümleri dikkate alınarak belirlenmiştir. Devrin marka siciline tescilinin hukuki niteliği ve sonuçlarına ayrıntılı olarak yer verilmiştir.

Ayrıca incelememiz sırasında markanın devri için getirilen yazılı sözleşme şartının bazı istisnaları olduğu görülmüştür. Bunlardan sadece iki tanesi -mahkeme kararıyla devir ve ticari işleminin aktif ve pasifyle birlikte devir- Kararname'de düzenlenmiştir. Ancak diğer kanun maddeleri ile getirilen özel düzenlemeler bulunmaktadır ki, bunlar da markanın devri hükümünü doğurmaktadır. Markanın devrine, diğer kanunlar ile getirilen sınırlamalar tespit edilmiş ve incelenmiştir.

MarkKHK'de düzenlenen mahkeme kararıyla devrin uygulama koşullarına ve Yargıtay uygulamalarına yer verilmiştir. Marka devrinin, şirket birleşme ve bölünmeleri yoluyla geçişinin özelliği nedeniyle TTK Tasarısı'ndaki hükümler de incelenmiştir.

Son olarak incelememizde ulaştığımız sonuçlar ve önerilerimiz sonuç bölümde ayrıntılı olarak belirtilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Marka, Devir, Markanın Devri, Rehin, Haciz

ABSTRACT

In this study titled “Assignment of Trademark and Other Methods of Effective Protection of Commercial Interests”; international treaties, Decree Law No. 556 and the Trademark Bill has been analyzed in light of the judgements of the Court of Appeal.

We have determined the validity of the assignment of trademark regarding the Decree Law No. 556 and related legislation. We have studied in depth of the legal nature and consequences of recording the assignment with the Trademark Registry.

Assignment of the trademark should be done in a written agreement. However, we concluded that there are some exceptions for this obligation. Although only two exceptions – court order for assignment and assignment of the commercial enterprise with current and non-current assets - are regulated in Decree Law No. 556, other legislative acts include special provisions that cause the same effects of assignment of trademark. These exceptions has been examined.

We have taken a look to the conditions of the court order for assignment and the decisions of the Court of Appeal. The assignment of trademark by merging or dissociation of enterprises has special characteristics. Therefore, we also have analyzed the draft of the Turkish Commercial Act.

Finally, our conclusions and proposals can be found in the Conclusion section.

Key Words: *Trademark(Brand), Assignment, Assignment of Trademark, Accessory contract, Distress*

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	iii
ABSTRACT.....	iv
İÇİNDEKİLER.....	v
KISALTMALAR	xii

MARKANIN DEVRİ

VE

DEVİR HÜKMÜ DOĞURAN DİĞER İŞLEMLER

GİRİŞ

I. KONUNUN TAKDİMİ.....	1
1. Ana Hatları İtibariyle Konuya Hâkim Temel Kavramlar	2
A. Marka.....	3
a. Markanın Tanımı	3
b. Markanın Hukuki Niteliği.....	5
c. Markanın Hukuki İşlemlere Konu Olması.....	9
B. Devir İşlemleri	11
a. Devir İşlemi	11
b. Devir Hükmü Doğuran Diğer İşlemler	11
2. Marka Devrinin Hukuki Dayanakları	12
A. Ulusal Düzenlemelerde Markanın Devri	12
a. Mülga 551 Sayılı Markalar Kanunu Öncesi	13
b. Mülga 551 Sayılı Markalar Kanunu Döneminde.....	14
c. 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK Döneminde.....	16
d. Markalar Kanunu Tasarısı	18
B. Uluslararası Düzenlemelerde Markanın Devri	22

a.	Sınai Mülkiyetin Himayesine Mahsus Milletlerarası Bir İttihat İhdas Edilmesine Dair Paris Sözleşmesi	22
b.	Markaların Uluslararası Tescili Hakkındaki Madrid Anlaşması'na İlişkin Ek Protokol ve Markaların Uluslararası Tesciline İlişkin Madrid Anlaşması ve Bu Anlaşmaya İlişkin Protokolün Uygulanmasına Dair Yönetmelik.....	23
c.	Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşmasının Eki Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması(TRIPs)	25
d.	Markalar Kanunu Andlaşması(Trade Law Treaty, TLT)	26
e.	89/104 sayılı Avrupa Topluluğu Marka Yönergesi ve 40/84 Sayılı Avrupa Topluluğu Marka Tüzüğü	30
II.	KONUNUN SINIRLANDIRILMASI- METOD	31

BİRİNCİ BÖLÜM

MARKANIN DEVRİ

§ 1.	MARKANIN DEVRİ: KAVRAM/ KAPSAM/ KOŞULLAR/ HUKUKİ NİTELİĞİ..	33
I.	KAVRAM	33
II.	KAPSAM.....	35
1.	Konu Açısından Kapsamı	35
2.	Coğrafi Açıdan Kapsamı	42
III.	KOŞULLAR	43
1.	Sözleşme.....	43
A.	556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK	43
B.	556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK'nın Uygulanmasına Dair Yönetmelik'te Markanın Devri.....	46
C.	Değerlendirme	47
2.	Devir Sözleşmesinin Marka Siciline Tescili.....	48
A.	Tescilin Hukuki Niteliği	48
B.	Tescili Talep Etmeye Yetkili Kişiler	52
C.	Türk Patent Enstitü'sünün İnceleme Yükümlülüğü.....	53
a.	Şekli İnceleme.....	53
aa.	Tescil İçin Gerekli Belgeler	53

ba. Tescil Talebinin Şekli İncelemesine Karşı İtiraz Yolu	55
b. Esas Yönünden İnceleme/ Tescil Engelleri	58
aa. Markanın Tescilli Olduğu Mal ve/veya Hizmetlerin Coğrafi Kaynağında Yanılgı	61
ba. Markanın Kendisinde Yanılgı	66
ca. Markanın Tescilli Olduğu Mal ve/veya Hizmetlerin Kalitesinde Yanılgı	68
da. MarkKHK 16/V. Fıkrası Anlamında Benzer Markaların Bulunması	70
c. Türk Patent Enstitü'sünün Sınırlandırma Önerisi	70
D. Marka Devrinin Tescil Edilmemesinin Etkileri	72
a. Üçüncü Kişilere Karşı İleri Sürülemeyecek Haklar	74
b. Üçüncü Kişinin Marka Üzerindeki Hak Kazanımları	80
E. Değerlendirme	89
3. Marka Devrinin Kanundan Doğan Sınırlamaları	93
A. 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK ile Getirilen Sınırlama	93
a. Benzer Markaları Devretme Yükümlülüğü	93
aa. Aynı veya Ayırt Edilemeyecek Derecede Benzer Marka Kavramı	96
bb. Halkı Yanılgıya Düşürecek Derecede Benzer Mal ve/veya Hizmetlerin Tespiti Sorunu	100
cc. Benzerliği Tespite Yetkili Organ	109
dd. Yetkili Organın Benzerlik Tespitine İlişkin İtiraz- Süre	109
ee. Devre Konu Marka İle Devreden Adına Kayıtlı Diğer Markaların Farklı Olduğuna İlişkin Tespit Davası	112
ff. Devreden ve Devralan Tarafından Benzer Markaların Kullanılmasına Onay Verilmesi	114
b. Benzer Markaların Devredilmemesinin Devir Sözleşmesine Etkileri- Değerlendirme	117
B. İcra İflas Kanunu'ndan Doğan Sınırlama	122
a. Ticareti Terk Eden Marka Sahibinin Tasarruf Yetkisinin Sınırlandırılması	122
b. Müflis Marka Sahibinin Tasarruf Yetkisinin Sınırlanması	123
C. Ticari İşletme Rehni Kanunu'ndan Doğan Sınırlama	124
IV. DEVRİN HUKUKİ NİTELİĞİ	128
§ 2. MARKANIN TÜRLERİ AÇISINDAN DEVİR VE ÖZELLİKLERİ	129
I. TİCARET MARKASI VE HİZMET MARKASININ DEVRİ	129

II. ORTAK MARKA VE GARANTİ MARKASININ DEVRİ.....	129
III. VEKİL MARKASININ DEVRİ.....	131
IV. SPEKÜLASYON VE ENGELLEME MARKALARININ DEVRİ.....	132
V. SERİ MARKALARIN DEVRİ	133
VI. ULUSLARARASI TESCİLLİ MARKANIN DEVRİ	135
1. Kavram.....	135
2. Koşullar.....	139
A. Sözleşme.....	139
B. Devralmaya Yetkili Kişi	139
C. Tescil.....	140
3. Devrin Hükümü	141
VII. TOPLULUK MARKASININ DEVRİ.....	143
1. Kavram.....	143
2. Kapsam.....	144
3. Koşullar.....	144
A. Sözleşme.....	144
B. Tescil.....	144
4. Devrin Hükümü	145
§3. MARKA DEVRİNİN HÜKMÜ	145
I. DEVREDEN AÇISINDAN HÜKMÜ	145
II. DEVRALAN AÇISINDAN HÜKMÜ	149
III. ÜÇÜNCÜ KİŞİLER AÇISINDAN HÜKMÜ	153
IV. TPE’NİN İNCELEMESİ VE MARKA DAVALARINDAKİ HÜKMÜ	155
1. TPE bünyesinde İncelemelere Etkisi	155
2. YİDK’nın Kararına Karşı Açılan İptal Davasına Etkisi	159
3. Açılmış Marka Davalarına Etkisi	161
A. Dava Konusu Markanın Davacı/Davalı Tarafından Devralınması.....	162
B. Davacı/Davalı Tarafından, Dava Konusu Markanın Üçüncü Kişiye Devredilmesi.....	164

İKİNCİ BÖLÜM
MARKANIN DEVRİ SONUCUNU DOĞURAN
DIĞER HUKUKİ İŞLEMLER

§ 4. TİCARİ VEKİL/TEMSİLCİ ADINA TESCİLLİ MARKANIN DEVRİ	168
I. KAVRAM.....	168
II. BENZER HÜKÜMLERLE İLİŞKİSİ(MARKKHK 8/II, 11 MD.).....	171
III. KOŞULLAR	173
1. Ticari Vekil/Temsilci Kavramı	173
2. Markanın Tescili İçin Haklı Sebep	176
3. Ticari Vekil/Temsilci Tarafından Tescil Edilen Markanın Gerçek Hak Sahibi Tarafından Devir Talebi.....	181
A. Kapsamı.....	181
B. Mahkeme Kararıyla Devrin Kapsamına, Markanın Benzerlerinin de Dahil Edilip Edilemeyeceği Sorunu	183
IV. DEVRİN HÜKMÜ/ DEĞERLENDİRME	183
§ 5. TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİ VE BİRLEŞMESİ SURETİYLE MARKANIN DEVRİ.....	187
I. TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİ SURETİYLE MARKANIN DEVRİ	187
1. Kavram.....	187
A. BK 179. Madde Kapsamında İşletmenin Devri.....	188
a. İşletme Kavramı.....	188
b. Malvarlığı Kavramı	190
B. Markanın Ticari İşletme ile Birlikte Devredilmesi.....	192
2. Kapsam.....	193
3. Koşullar.....	199
A. Sözleşme.....	199
B. Tesci.....	208
4. Devrin Hükmü	209
II. TİCARİ İŞLETME BİRLEŞMESİ SURETİYLE MARKANIN DEVRİ	210
1. Kavram.....	210
2. Kapsam.....	212
3. Koşullar.....	212
A. Sözleşme.....	212

B. Tescil.....	213
4. Devrin Hükümü	214
§ 6. TİCARET ŞİRKETLERİNİN BİRLEŞMESİ VE BÖLÜNMESİ SURETİYLE MARKANIN DEVRİ	214
I. TTK VE TASARI HÜKÜMLERİ GEREĞİNCE TİCARET ŞİRKETLERİNİN BİRLEŞMESİ SURETİYLE MARKANIN DEVRİ	214
1. Kavram.....	214
2. Koşullar.....	215
A. Sözleşme.....	215
B. Tescil.....	218
3. Devrin Hükümü	219
4. TTK Tasarısı Hükümleri Gereğince Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi Suretiyle Markanın Devri.....	219
II. TİCARET ŞİRKETLERİNİN BÖLÜNMESİ SURETİYLE MARKANIN DEVRİ VE TTK TASARISI DÜZENLEMESİ	220
1. Kavram.....	220
2. Koşullar.....	221
A. Sözleşme.....	221
B. Tescil.....	222
3. Hüküm.....	223
4. TTK Tasarısı Hükümleri Gereğince Ticaret Şirketlerinin Bölünmesi Suretiyle Markanın Devri.....	223
§ 7. MARKANIN ŞİRKETE SERMAYE OLARAK GETİRİLMESİ	224
I. KAVRAM	224
II. KAPSAM	225
III. KOŞULLAR	226
1. Sözleşme.....	226
2. Tescil.....	231
IV. DEVRİN HÜKMÜ	235
1. Markalar Kanun Tasarısı Hükümlerinin İncelemesi.....	236
2. TTK Tasarısı Hükümlerinin İncelenmesi	237
§ 8. CEBRİ İCRA MARİFETİYLE MARKANIN DEVRİ	239
I. KAVRAM.....	239

II. KOŞULLAR	242
III. DEVRİN HÜKMÜ	244
§ 9. MARKANIN MİRAS YOLUYLA İNTİKALİ	245
I. KAVRAM	245
II. KOŞULLAR	246
III. DEVRİN HÜKMÜ	251
SONUÇ VE DEĞERLENDİRME.....	253
BİBLİYOGRAFYA.....	265

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AT	: Avrupa Topluluğu
b.	: bent
BankK	: Bankacılık Kanunu
Batider	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
c.	:cümle
CTM	: Community Trademark
D	: Daire
dp.	: dipnot
DPT	: Devlet Planlama Teşkilatı
DTÖ	: Dünya Ticaret Örgütü
E	:Esas
f	: fıkra
FMHD	: Fikri Mülkiyet Hukuk Dergisi
FMR	: Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi
FSEK	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
FSHM	: Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi

FSHHM	: Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi
GB	: Gümrük Birliği
HD	: Hukuk Dairesi
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
IIC	: International Review of Intellectual Property and Competition Law
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İİK	: İcra İflas Kanunu
İKİD	: İlmî ve Kazai İçtihatlar Dergisi
İTO	: İstanbul Ticaret Odası
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
Karş.	: Karşılaştırınız
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
md.	: madde
MarkenG	: Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen
MarkK	: Markalar Kanunu
MarkKHK	: Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
MarkKHK Yön.	: Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin Uygulama Şekli Gösterir Yönetmelik
MK	: Medeni Kanunu
MÜHF	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
No.	: numara
OHIM	: Office For Harmonization In The Internal Market
PatKHK	: 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname

RG	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: sayfa
SerPK	: Sermaye Piyasası Kanunu
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TD	: Ticaret Dairesi
TİG	: Türkiye İktisat Gazetesi
TİRK	: Ticari İşletme Rehni Kanunu
TLT	: Trademark Law Treaty
TLTIA	: Trademark Law Treaty Implementation Act of 1998
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TPE	: Türk Patent Enstitüsü
TRIPS	: The Agreement On Trade Related Aspects Of Intellectual Property Rights, Including Trade In Counterfeit Goods.
TSE	: Türk Standartları Enstitüsü
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
USPTO	: United States Patent and Trademark Office
vd.	: ve devamı
WIPO	: World Intellectual Property Organisation
Yarg.	: Yargıtay
YD	: Yargıtay Dergisi
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİDK	: Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurumu

YK : Yönetim Kurulu

YKD : Yargıtay Kararları Dergisi

MARKANIN DEVRİ VE DEVİR HÜKMÜ DOĞURAN DİĞER İŞLEMLER

GİRİŞ

I. KONUNUN TAKDİMİ

Dünyada marka kavramının önemi, küreselleşen ticaret hayatına paralel olarak her geçen gün artmaktadır. Markanın fikri mülkiyet hakları arasında hem sayı olarak hem de ticaret hayatındaki önceliği sebebiyle ön plana çıkması, başta Avrupa Birliği olmak üzere gelişmiş ülkeleri benzer düzenlemeler yapmaya mecbur tutmuştur. Bunun neticesinde de ülkemizde 27.06.1995 tarihinde yürürlüğe giren -89/104 Sayılı Avrupa Birliği Tüzüğü dikkate alınarak hazırlanan -556 Sayılı MarkKHK ve aynı tarihlerde kurulan Türk Patent Enstitüsü, 15 yıl içinde binlerce markanın tescil edilmesine imkan sağlamıştır. Bu durum, sadece marka hukukunun canlanmasına sebebiyet vermemiş aynı zamanda sayıları binleri geçen hukuki ihtilafların da doğmasına sebebiyet vermiştir.

Türk Marka Hukuku'na baktığımızda rahatlıkla belirtebiliriz ki –her ne kadar ilk yasal düzenleme 1871 yılında yapılmış olsa da- son 15 yılda sağlanan birikim, marka kavramına verilen değer ve markanın korunması için gösterilen özen en üst seviyeye ulaşmış bulunmaktadır. Son yıllarda yaşanan ekonomik krizler, hem marka üzerindeki tasarruf işlemlerinin çoğalmasına hem de şirketlerin en önemli malvarlığı unsuru olan markalarının hileli şekilde elden çıkartılması suretiyle alacaklıların mağdur olmasına neden olmaktadır. Nitekim son yıllarda sıkça görülen marka devrine ilişkin sorunların yanı sıra tasarrufun iptali davalarının sayısındaki artışta bunun açık bir kanıtıdır.

Marka Hukuku alanındaki bu canlılık belli ölçüde akademik çalışmalara yansımışsa da marka kavramını ve temel kurumlarını sistematik bir şekilde inceleyen monografik eserlerin sayısı azdır.

“Markanın Devri ve Devir Hükmü Doğuran Diğer Hukuki İşlemler” konulu bu çalışmamızda, özellikle uluslararası anlaşmalar (Paris Sözleşmesi, TRIPs, Markalar

Kanunu Anlaşması gibi), 556 Sayılı MarkKHK ile Markalar Kanunu Tasarısı'nın ilgili hükümleri Yargıtay kararları ışığı altında çeşitli sorunları dikkate alarak incelenmiştir.

1. Ana Hatları İtibariyle Konuya Hâkim Temel Kavramlar

Markanın tescilli veya tescilsiz olması, markanın devredilebilirliğine etki etmemektedir. Tescilsiz marka da tescilli marka gibi devredilebilir. Ancak markanın devrinin şekli, tescilli markada 556 Sayılı MarkKHK çerçevesinde özel olarak düzenlendiği için özellik arz etmektedir.

Söz konusu düzenlemeler devrin kapsamını, şeklini, koşullarını ve istisnalarını belirtmektedir. İncelememiz MarkKHK kapsamındaki düzenlemelerin yanında, diğer kanunlardaki düzenlemeler de dikkate alınarak gerçekleştirilecektir.

Markanın dar anlamda devri, hukuki düzenlemelerimiz çerçevesinde yazılı sözleşme ile yapılabiliyor olsa da uygulamada devrin marka siciline tescil için yeterli olmamaktadır. Devir sözleşmesinin marka siciline tescilinin açıklayıcı etkisine rağmen, devrin tescilinin sonuçları incelenmelidir.

Yine markanın devrinin düzenlendiği Kararname'nin 16. maddesinin, ayrıntılı ancak belirsiz ifadeleri bizi bu konu üzerinde düşünmeye sevk etmiştir. Marka sahibinin, marka üzerinde sahip olduğu mülkiyet hakkına rağmen, markasını devrederken, tescildekine benzer sınırlama ve araştırmalarla karşılaştığı görülmektedir. Enstitü'nün geniş yetkileri, markanın devrinin sicile tescilini basit bir kayıttan çok öteye taşımaktadır.

Markanın devri sırasında, devir konusu markanın benzerlerinin de devredilmek zorunda olunması ve tarafların iradelerine rağmen, katı bir şekilde uygulanması, bunun yanında devir sözleşmesi ile markanın sahibinde meydana gelecek değişiklik ile halkın marka hakkında yanlışlığa düşme ihtimalinin de değerlendirilmesi gerekmektedir.

Ayrıca incelememiz sırasında markanın devri için getirilen yazılı sözleşme şartının bazı istisnaları olduğu görülmüştür. Bunlardan sadece iki tanesi -mahkeme kararıyla devir ve ticari işletmenin aktif ve pasifiyle birlikte devri- Kararname'de düzenlenmiştir. Ancak diğer kanun maddeleri ile getirilen özel düzenlemeler bulunmaktadır ki, bunlar da markanın devri hükmünü doğurmaktadır. Markanın

devrine, diğ er mevzuat hükümleri ile getirilen sınırlamalar da tespit edilmiş ve incelenmiştir.

MarkKHK’de düzenlenen mahkeme kararıyla devrin uygulama koşullarının belirlenmesinin ardından, konu ile ilgili önerilerimize yer verilmiştir. Marka devrinin, şirket birleşme ve bölünmeleri yoluyla geçişinin özel durumu TTK Tasarısı’ndaki hükümlerin de incelenmesi gereğini gündeme getirmektedir.

Markalar Kanun Tasarısı’nın gündeme geldiği şu günlerde, markanın devri hakkında yer alan farklı düzenlemeler, TTK Tasarısı’nın ilgili hükümleri de dikkate alınarak ayrıntılı olarak incelenmelidir.

A. Marka

a. Markanın Tanımı

Ticaretin başlaması ile müşterilerin piyasaya sunulan ürünleri ve hizmetleri birbirlerinden ayırt edebilmesi amacıyla, ürünlerin üzerine bazı işaretler/markalar konulmaya başlanmıştır. Marka, ürün veya hizmetin sahibinin, ürün veya hizmetine kimlik kazandırma ve piyasada farklılaştırma yoludur. Bu kimlik oluşturma ve farklılaştırma sürecinde, marka niteliği, etkinliği, kalitesi gibi fonksiyonlarının da etkisi vardır. Bu süreç sonunda, marka, kullanıcılarıyla arasındaki pozitif ilişki ve rakipleri arasındaki tanınırlık avantajıyla pazarda tek olmaktadır. Bu bağlamda, markalaşma tüketici zihninde algılanarak satın alma niyeti oluşturma yoludur¹.

Hatta günümüzde satıcı ile müşteri çok sık karşı karşıya gelmemektedir. Ürün ve hizmetler alıcılara aracılar ile ulaştırılmaktadır. Ancak arada aracılar olsa dahi ürün ile satıcı arasındaki bağlantı, marka ile sağlanmaktadır. Bu nedenle marka, satıcı ile ürün arasındaki bağı gösterir ve satıcı ile müşteri arasındaki bağ marka sayesinde sağlanır. Marka, adeta satıcının müşteriler nezdindeki adıdır.

Marka bir isim, bir işaret, bir terim, bir logo, dizayn veya bunların birleşiminden oluşan, bir satıcının veya satıcıların ürünlerinin veya hizmetlerinin tanımlanmasını sağlayan ve bu ürün veya hizmetleri diğerlerinden ayıran bir

¹ **ARNOLD, David**, “The Handbook of Brand Management” Canada: The Economist Books Limited, 1992, s.2.

kavramdır². Marka, müşterilere ürünlerin kaynaklarını göstererek, tüketici ve üreticilerin rakiplerden korunmasına olanak vererek benzer ürünlerden ayırt edici özellikleri barındırmaktadır³. Marka olmadan tüketicinin gözünde bütün ürünler aynı niteliklere sahip olarak algılanmakta, bu da tüketicinin en ucuz ürünü tercih etmesine neden olmaktadır. İşletmeler, tüketicilerin dikkatlerini ürünlerine çekmek ve tüketicinin kendi ürününü ayırt edilebilmesini sağlamak amacıyla markayı kullanmaktadır⁴. Bu nedenle marka, tüketicinin ürün hakkındaki fikirleridir.

Bu kısa açıklama ışığında marka, bir teşebbüsün piyasaya sunduğu mal veya hizmetlerin adıdır⁵. Markalar ile ilgili yürürlükteki mevzuatlarda açık bir tanım verilmemiştir. Ancak 89/104 Sayılı Marka Yönergesinin 2. maddesine uygun olarak MarkKHK 5/I. Maddesi marka olarak tescil edilebilecek işaretleri saymıştır. Marka olarak tescil edilebilecek işaretlerin belirlenmesiyle markanın geniş bir tanımının yapılması mümkündür. Buna göre, marka, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini, başka bir teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmesi koşuluyla, kişi adları dahil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar (Ek ibare: 4128 - 3.11.1995) "malların biçimi veya (Değişik ibare: 5194 - 22.6.2004 /m.12) "ambalajları"" gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işarettir⁶.

² **ARNOLD**, s.2; **KOTLER, Philip**, "Marketing Management" 12th Edition. New Jersey: Prentice Hall. 2006, s. 20.

³ **AAKER, David A**, "Capitalizing on the Value of a Brand Name" New Yorks: The Free Press. 1991, s.6.

⁴ **DOYLE, Peter**; "Marketing Management and Strategy" 3rd Edition. Europe: Preaticce Hall, 1998, s.168.

⁵ **ARSEVEN, Haydar**, Nazari ve Tatbiki Alamenti Farika Hukuku, İstanbul, 1951, s.168; **OMAĞ, Merih Kemal**, "Marka Hukuku ile Rekabet Hukuku Açısından Marka ve Korunması", Hukuk Araştırmaları, 1991, S.1-3, s. 6(Marka) Diğer tanımlar için bkz. **PEKDİNÇER, Tamer**, "Marka Hakkı ve Korunması", Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2001, s. 47 vd.(Yayınlanmamış Doktora Tezi)(Marka Koruması); **KARAHAN, Sami/ SULUK, Cahit/ SARAÇ, Tahit/ NAL, Temel**. Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, Ankara, 2009, s.137 (KARAHAN, Fikri Mülkiyet); **TEKİNALP, Ünal**, Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, 2005, 343 vd.; **ARKAN, Sabih**, Marka Hukuku, C.I, Ankara, 1997, s.35(Marka Hukuku, C.I); **ÖZDAL, Şule**, Marka Olarak Tescil Edilebilecek İşaretler, İstanbul, 2005, s.31; **YASAMAN,Hamdi/ AYTAY, Sıtkı Anlam/ AYOĞLU, Tolga/ YUSUSFOĞLU, Fülürya/ YÜKSEL, Sinan**. Marka Hukuku, İstanbul, C.I, 2004, s. 60(YASAMAN, Marka Hukuku,C.I); **KAYA, Aslan**, Marka Hukuku, İstanbul, 2006, s.13 vd.

⁶ Bu tanım ile sadece fıkra da sayılanlar değil, her türlü işaret, belli şartlarla marka olarak tescil edilebilecektir. **BERZEK, Ayşe Nur**, "556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de Markaların Düzenlenmesi", Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul, 1998, s.80(Marka); **ARKAN**, Marka Hukuku, İstanbul, C.I s.38; **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.344; **KAYA**, Marka Hukuku, s.17.

Konu ile ilgili uluslararası düzenlemeler incelendiğinde, Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması'nın(TRIPs)⁷ 15. maddesinde de benzer bir ifadeye rastlanmaktadır. TRIPS gereğince marka, bir işletmenin mal ve hizmetlerini diğer işletmelerin mal ve hizmetlerinden ayıran herhangi bir işaret veya işaret kombinasyonudur. Maddede ayrıca, kişi adları, harfler, sayılar, mecazi unsurları içeren sözcükler ve renk kombinasyonlarının ayırtedici nitelikte olmaları koşuluyla, marka olarak tescil edilebilecekleri belirtilmiştir.

Bu tanımlardan da anlaşılacağı üzere markanın en önemli unsuru ayırt edicilik niteliğe sahip olmasıdır⁸. Ayırt edici niteliğe sahip olan ve çizimle görüntülenebilen, baskı yoluyla yayımlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaret marka olarak tescil edilebilir.

b. Markanın Hukuki Niteliği

Markanın tek başına maddi bir malvarlığı olmasa da, hukuki işlemlere konu olabilmektedir. Bu nedenle marka üzerindeki hakkın niteliğinin belirlenmesi konumuz açısından önem taşımaktadır.

Bilindiği gibi haklar, para ile ölçülebilen değeri olup olmamasına göre, malvarlığı hakları ve şahıs varlığı hakları olarak ikiye ayrılmaktadır⁹. Malvarlığı hakları, kişinin ekonomik değeri¹⁰ olan haklarının bütününe verilen isimdir. Para ile ifade edilebildiği ölçüde, bütün haklar ve borçlar malvarlığı haklarındandır. Haklar malvarlığının aktif kısmını, borçlar ise pasif kısmını oluşturur. Bu çerçevede

⁷ Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması'nın 1C sayılı ekidir. RG. 25.02.1995, S.22213.

⁸ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.344; **GÜRZUMAR, Osman B.**, “Yeni Markalar Kanunu Işığında İsviçre Marka Hukukunda Meydana Gelen Gelişmeler”, Yargıtay Dergisi, Y.20, S.80, Ocak, 1975, s.502(Gelişmeler); **ÜNAL, Mücahit**, Marka Tescilinden Doğan Haklarla İlgili Hukuki İşlemler, Ankara, 2007, s.18; **ÜLGEN, Hüseyin/ TEOMAN, Ömer/HELVACI, Mehmet/ KENDİGELEN, Abuzer/ KAYA, Aslan/ ERTAN, N. Füsün Nomer**, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2006, s.353 vd.(ÜLGEN, Ticari İşletme); **YASAMAN**, Marka Hukuku, C.I, s. 60 vd.; **ARKAN**, Marka Hukuku, C.I, s.36.

⁹ **OĞUZMAN, M. Kemal/ BARLAS, Nami**, Medeni Hukuk, İstanbul, 2009, s. 96 vd; **ERTAŞ, Şeref**, Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, Ankara, 2006, s.50 vd (Eşya Hukuku); **AYAN, Mehmet**, Medeni Hukuka Giriş, Konya, 2009, s. 85(Giriş); **ÖZSUNAY, Ergun**, Medeni Hukuka Giriş, İstanbul, 1986(Giriş), s.238; **SEROZAN, Rona**, Medeni Hukuk, Genel Bölüm, İstanbul, 2005, s.174(Giriş)

¹⁰ Malvarlığını diğer haklardan ayırmak için kullanılan kıstas, malvarlığının ekonomik değer taşımasıdır. Bunun yanında ekonomik değer taşıyan her şey malvarlığına girmez. Hukuken korunan ve ekonomik değer taşıyan haklar ve borçlar demek daha doğru olacaktır. **AYİTER, Nuşin**, Mamelek Kavramı Üzerine İnceleme, Ankara, 1968, s.97.

malvarlığının unsurları belirlenmiştir¹¹. “Malvarlığındaki haklar” denildiğinde kapsamı oldukça geniş olabilir. İçine maddi, gayri maddi mallar veya bir başka şahsın ekonomik değer taşıyan fiilleri¹² girmektedir. Malvarlığının özelliklerinden biri de, kapsadığı unsurların sağlararası ve ölüme bağlı tasarrufların konusunu oluşturabiliyor olmasıdır¹³.

Malvarlığını oluşturan haklardan biri olan gayri maddi mallar üzerindeki haklar hukuki nitelendirilmede yer alan, ancak üzerindeki hakların niteliği tartışılan bir hak grubudur. Gayri maddi mal kavramı ilk olarak Roma Hukuku’nda kullanılmıştır¹⁴. Gayri maddi mal sınıfına girebilmesi için hakkın, maddi bir varlığının olmaması, bunun yanında ekonomik değerinin olması, teknik vasıtalarla tespit edilebilmesi ve bu tespit sonucunda ekonomik bir değer olarak kullanılabilmesi gereklidir¹⁵. Fikri ve sınai mülkiyet hakları, malvarlığı haklarından gayri maddi mallar sınıfına girmektedir¹⁶. “Fikri hak¹⁷”, “fikri mülkiyet¹⁸” terimleri hep aynı hak sınıfını ifade etmektedir.

¹¹ Malvarlığı bir bütündür. Malvarlığını devralan kişi malvarlığı içindeki unsurların da her birine sahip olmuş olacaktır. İkincisi herkesin bir malvarlığı olduğu gerçeğidir. Örneğin malvarlığında pasif unsurların fazlalığı kişinin malvarlığı olmadığı anlamına gelmez. Ve son olarak malvarlığını sadece parasal değer taşıyan haklar ve yükümlülüklerden oluşmaktadır. Dolayısıyla kişiye sıkı sıkıya bağlı olan haklar malvarlığına girmemektedir. **AYİTER**, s. 93 vd.; **TEKİNAY, Selahattin Sulhi**, Eşya Hukuku, İstanbul, 1984, s. 4 vd.(Eşya Hukuku); **AYAN**, Giriş, s.86.

¹² Konusu para ile ölçülebilen alacak hakkı da bu anlamı ile malvarlığına girmektedir.

¹³ **AYİTER**, s.99(nakden Sohm, Vermögensrecht, gegenstand, Verfügung Arch. Für, Bürg. Recht Bd. 28; Noch Einmal der Gegenstand in Jh. Jahrbücher Bd. 53.); **AYAN**, Giriş, s.86

¹⁴ Maddi- Gayri maddi eşya ayrımı ilk defa Roma Hukukunda kullanılmıştır(res corporales-les incorporales). **OĞUZMAN, Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe**, Eşya Hukuku, İstanbul, 2006, s.6, dp.18; **UTKU, Doruk**, Sınai Hakların Rehni, Ankara, 2009, s.66, dp.73. Ayrıca İsviçre’de “Immaterialgüterrecht” (gayrimaddi mallar hukuku) terimin günümüzde “fikri mülkiyet” anlamında kullanıldığı görülmektedir. **TROLLER, Alois/TROLLER, Patrick**, Kurz Lehrbuch des Immaterialgüterrechts, zweite, 3 völlig neubearbeitete und erweiterte Auflage, Basel und Frankfurt am Main 1989, s.22(nakden, **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.2, dp.5)

¹⁵ Bu tanımda gayri maddi malın fikri bir ürün olma özelliği aranmamıştır. **ARSEVEN**, s. 32; **KAYA**, Marka Hukuku, s.35, 36.

¹⁶ **HATEMİ**, Giriş, s.113; **YASAMAN**, Marka Hukuku, C.I, s.174; **ARSEVEN**, s.15, **ÖZSUNAY**, Giriş, 1986, 250; **YALÇINER, Uğur G.**, Sınai Mülkiyet İlkeleri, Ankara, 2000, s. 233(İlkeler); **GÜRZUMAR, Osman Berat**, Franchise Sözleşmesi ve Bu Sözleşmenin Temelini Oluşturan Sistemlerin Hukukun Korunması, İstanbul, 1995, s. 38(Franchise); **SEROZAN**, Giriş, s.163; Buna karşılık **AYAN**, marka üzerindeki hakkın gayri maddi haklar sınıfına girdiğini kabul etmekle birlikte, marka üzerindeki hakkın ne tam olarak malvarlığı haklarına ne de tam olarak şahıs varlığı haklarına girdiği, karma nitelikli haklar nitelendirilmesinin yapılmasının daha doğru olduğu kanaatindedir, **AYAN**, Giriş, s.86; Kanaatimiz de markanın malvarlığı hakları grubuna dahil edilmesi gerektiği yönündedir. Ancak özellikle kişi isimlerinden oluşan markalar bakımından öğretilde devre bazı sınırlamalar getirildiği görülmektedir. Devir kişilik haklarına zarar vermemek kaydıyla yapılmalıdır şeklindeki görüşe katılmıyoruz. Zaten bütün marka devirlerinde geçerli olan MarkKHK16/IV. gereğince, devir halkı yanıltıcı olmamak zorundadır. Bunun dışında devreden kişinin kişilik hakları düşünülmemelidir. Zira markanın asıl fonksiyonu mal ve

Markanın hangi hak sınıfına girdiğini tespitten sonra, marka üzerindeki hakkın niteliğini belirlemek gerekmektedir. Türk Hukukunda mutlak hakkın konusunu şahıslar, eşyalar ve gayri maddi mallar oluşturur. Marka üzerindeki hak mutlak haktır¹⁹. Ancak marka eşya olarak nitelendirilemeyeceği için marka üzerindeki mutlak hak, “ayni hak” değildir²⁰. Ayni haklar, kanun tarafından sayılmıştır ve başkaca bir ayni hak düzenlenemez²¹. Ancak öğretilerde farklı olarak fikri mülkiyet hakları üzerindeki mutlak hakkın, ayni hak benzeri olduğu görüşü de savunulmaktadır²². Roma hukukunda itibaren ayni hakların, eşyaların üzerinde kurulabileceği, fakat maddi varlığı olmayan bazı malların da istisnai olarak ayni hakların konusunu oluşturabileceği belirtilmiştir²³.

Bu açıklamalar ışığında “marka” bir malvarlığı hakkıdır. Marka, gayri maddi mallar sınıfına girmektedir. Bunlar hakkın objesi olabilen, bu nedenle hukuki işlemlere konu olabilen, ancak maddi olmayan haklardır²⁴. Türk Hukuku’nda eşya; “... üzerinde hakimiyet sağlanabilecek, iktisadi bir değer taşıyan, şahıs dışı cismani varlıklardır.”²⁵ şeklinde tanımlanmıştır. Bu nedenle marka üzerinde hukuki anlamda mutlak bir hakkın

hizmetleri birbirinden ayırmaktır. Günümüzde, tescil sırasında markanın kaynak gösterme fonksiyonu güçlü değildir.

¹⁷ OĞUZMAN/BARLAS, “fikri hak” terimini, fikir ve sanat eserlerini ve tüm sınai hakları kapsayacak şekilde kullanmaktadır. OĞUZMAN/BARLAS, s.106; AYAN, Giriş, s.90; ÖZSUNAY; Giriş, s.243, 248; TEKİNAY, Giriş, s.139; SEROZAN, Giriş, s.165. ERDEM de fikri hak” kavramını tercih etmektedir. ERDEM, Bahadır, “Fikri Haklarda Ülkesellik Prensibi”, Prof. Dr. Nihal Uluocak’a Armağan, Ankara, 1999, s.39(Ülkesellik Prensibi).

¹⁸ Bu terim 1970 tarihinde yürürlüğe giren “Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü Sözleşmesi” ve 1993 tarihli “Fikri Mülkiyet Haklarının Taklit Mallar Dahil, Ticaret ile İlgili Yönlerine İlişkin Sözleşme(TRIPs) geçmektedir. Böylece tüm dünyada benimsenen bir terimdir. TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 1.

¹⁹ Mutlak haklar; herkese karşı ileri sürülebilen haklardır. Mutlak hakların konusu şahıslar, eşyalar(maddi mallar) veya gayri maddi mallar olabilir. Eşyalar üzerindeki mutlak haklar kendisini ayni haklar şeklinde gösterir. OĞUZMAN/SELİCİ/OKTAY-ÖZDEMİR, marka üzerindeki mutlak fikri hak denilen ayrı bir kategori mutlak hak olduğu kanaatindedir, OĞUZMAN/SELİCİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.6; OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, “Fikri Nitelikteki Sınai Değerler Üzerindeki Haklar ile Bunlara İlişkin Verilen Lisansın Hukuki Niteliği”, Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, İstanbul, 2004, s. 571.

²⁰ SEROZAN, Giriş, s.158; ERTAŞ, Eşya Hukuku, s.52; ; OKTAY -ÖZDEMİR; s. 574.

²¹ AKİPEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut, Eşya Hukuku, İstanbul, 2009, s. 13; OĞUZMAN/SELİCİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 22; OĞUZMAN/BARLAS, Giriş, s. 127; ERTAŞ, Eşya Hukuku, s.58; OKTAY -ÖZDEMİR, s.574, 575.

²² AYİTER, s.113; Aynı yönde AKİPEK/AKINTÜRK, bu durumun iktisadi zorluklardan kaynaklandığını, ayni hakların konusunu kural olarak sadece eşyanın oluşturacağını, istisnai olarak gayri maddi malların da ayni hakkın konusunu oluşturabileceği görüşündedir. AKİPEK/AKINTÜRK, s. 28; Aksi görüş, AYAN ise bu haklar üzerindeki ayni hakları, diğer mutlak haklar olarak nitelendirmiştir. AYAN, Giriş, s. 86.

²³ ÇELEBİCAN, Özcan Karadeniz, Roma Eşya Hukuku, Ankara, 2006, s.41.

²⁴ AYİTER, s.113.

²⁵ OĞUZMAN/ SELİCİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 6; ERTAŞ, Eşya Hukuku, s.54; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 26.

olduğu kabul edilmekle birlikte, bu hakkın gayri maddi mal(eşya) adı verilen ayrı bir tür olduğu kabul edilmiş ve eşya kavramı içinde yer verilmemiştir²⁶.

Bu durumun bir sonucu olarak bazı çalışmaların konusunu oluşturan “marka” üzerinde, aynı hak tesis edilemeyecektir. Zira kural olarak aynı haklar maddi varlıklar, “eşya” üzerinde kurulabilirler²⁷ ve kural olarak konumuzu oluşturan “marka” aynı hakkın konusunu oluşturamaz²⁸.

Dolayısıyla marka üzerinde, aynı hak olan klasik anlamda mülkiyetin söz konusu olamaması veya markanın sınırlı aynı haklara konu olamaması gereklidir²⁹. Aynı mantıkla marka bir eşya olmadığı için zilyetliğin konusunu da oluşturamayacaktır³⁰. Markayı kimse elinde bulunduramayacağı için, burada zilyetliğin yerini kullanım alacaktır³¹. Bu açıklamaların yanında marka ve diğer fikri ve sınai haklar üzerindeki hakları belirtirken “mülkiyet” teriminin kullanılmasının sebebi, marka üzerindeki hakkın sahibine mutlak bir tekel hakkı vermiş olmasıdır³².

Yargıtay³³ da 09.03.2000 tarihli kararında, “...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

²⁶ERTAŞ, Eşya Hukuku, s.54; ESENER, Turhan/ GÜVEN, Kudret, Eşya Hukuku, Ankara, 2008, s. 37; TEKİNALP, Fikir Mülkiyet, s.5; AKİPEK/AKINTÜRK, s.28; OĞUZMAN/SELİCİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.6. Bununla birlikte cismani varlığı olmamakla birlikte eşya hukukunun içine giren aynı hak çeşitleri de bulunmaktadır. OĞUZMAN/SELİCİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.6 vd.; Ayrıca “ticari işletmenin devri” bölümünde belirtildiği üzere marka, bazı yazarlar tarafından ticari işletmenin maddi malvarlığı arasında sayılmıştır. ARSEVEN, s. 15.

²⁷TEKİNAY, Eşya Hukuku, s. 16; SEROZAN, Eşya Hukuku, s. 71.

²⁸TEKİNAY, Eşya Hukuku, s. ; AYİTER, s. 114, 116; Aksi görüş, SEROZAN, s.71. Fakat 40/89 sayılı Topluluk Tüzüğü'nün 19.1. maddesinde topluluk markasının teminat olarak verilebileceği veya aynı bir hakka konu olabileceği düzenlenmiştir. “A Community trade mark may, independently of the undertaking, be given as security or be the subject of rights in rem” Bu hüküm esas alınarak 556 sayılı MarkKHK 18. madde düzenlenmiş olmasına rağmen, marka üzerinde aynı hak tesis edilebileceği şeklinde bir ifadeye yer verilmemiştir. KAYA, Marka Hukuku, s.222.

²⁹YASAMAN, Marka Hukuku, C.I, s.176; ÖZSUNAY, Giriş, s.268; ARSEVEN, s. 18,19; BELGESAY, Mustafa Reşit, TÜRK Kanunu Medenisi Şerhi, Kitap IV, Aynı Haklar, İstanbul, 1956, s.7; SİRMEN, A. Lale, Eşya Hukuku Dersleri, Ankara, 1995, s. 5, TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 5; Sadece eşyalar mülkiyetin konusu olabilir. KILIÇOĞLU, Ahmet M., Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Ankara, 2006, s.2.

³⁰TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.5, s.20.

³¹BİLGE, Necip, Hukuk Başlangıcı, Ankara, 2008, s. 212; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 6.

³²YASAMAN, Marka Hukuku,C.I, s.176; KILIÇOĞLU, s.3; KAYA, Marka Hukuku, s. 37; OKTAY-ÖZDEMİR, s. 571.

³³Yarg. 11. HD. E. 1999/8623, K. 2000/2232, T. 09.03.2000, www.legalbank.com.tr, 11.04.2009, 11:00.

vd.) Bunun sonucu olarak da üzerinde zilyetlik oluşturabilinen menkullerden sayılması da mümkün değildir... ” şeklindeki atfı ile görüşünün aynı yönde olduğunu belirtmiştir.

Yine Yargıtay³⁴ 20.12.2005 tarihli kararında, marka hakkında İİK 96 ve 97. maddelerine dayanan istihkak davasına ve İİK 277 vd. maddelerinde yer alan tasarrufun iptali davalarının açılabilirliğini belirtmiştir.

Sonuç olarak gayri maddi mal olan marka üzerindeki hak, aynı haklardan mülkiyet hakkı olarak ifade edilemese de, marka üzerinde tek hak veren mutlak bir haktır. Ancak bu hak, sınırsız ve devamlı nitelikte değildir³⁵. Öncelikle MarkKHK çerçevesindeki düzenlemelere uygun şekilde, tescilden itibaren 10’ar yıllık sürelerle yenilenerek(MarkKHK 40 md.), kullanılması gerekmektedir.

Bunun yanında marka üzerindeki mutlak hak, sahibine, mülkiyet hakkında olduğu gibi, hak konusunu kullanma, hakkın semerelerinden yararlanma ve hak üzerinde tasarruf etme yetkisi sağlar. Böylelikle marka hukuki işlemlere konu olabilir. İncelememizdeki öneminden dolayı markanın hukuki işlemlere konu olması, ayrı başlık altında incelenmiştir.

c. Markanın Hukuki İşlemlere Konu Olması

Yukarıda ayrıntıları ile açıklandığı üzere, marka bir malvarlığı değeridir³⁶. Bu nedenle marka üzerinde borçlandırıcı ve tasarruf işlemleri yapılabilmektedir³⁷. Hatta marka, bağımsız bir malvarlığı değeri olarak düşünülmüş ve tek başına hukuki işlemlerin konusu olabileceği öngörülmüştür³⁸. 556 sayılı Markaların Korunması Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararname’nin³⁹ 15. maddesi markanın hukuki işlemlere konu olabileceğini düzenlemiştir. Madde metni; “*Tescilli bir marka, başkasına devir edilebilir, miras yolu ile intikal edebilir, kullanma hakkı lisans⁴⁰ konusu olabilir, rehin*

³⁴ Yarg. 21. HD. E. 2005/5285, K.2005/13526, T. 20.12.2005, www.kazanci.com.tr. 18.08.2009, 12:00.

³⁵ KAYA, Marka Hukuku, s. 39, 43.

³⁶ Aynı yönde PHILLIPS, Jeremy, Trade Mark Law, New York, 2003, s. 514.

³⁷ KAYA, Marka Hukuku, s.206; PHILLIPS, s. 514.

³⁸ BERZEK, Ayşe Nur, Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, İstanbul, 2004, s. 84(Ticari İşletme)

³⁹ R.G. 27.06.1995, S. 22326.

⁴⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. YÜKSEL, Ali Sait, Patent ve Lisans(Patent, Marka, Know-how) Sözleşmesi Hukuku, İstanbul, 1989; ORTAN, Ali Necip, Patent Lisansı Sözleşmesi, Ankara, 1979; OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, İstanbul, 2002(Lisans); SARGIN, Fügen, Milletlerarası Unsurlu

edilebilir. Rehin hakkı bakımından Medeni Kanunun rehin hakkına ilişkin hükümleri uygulanır. Tescilli bir marka üzerindeki sağlararası işlemler yazılı şekle tabidir” şeklindedir. Görüldüğü üzere madde metninde devir, rehin, lisans ve miras yoluyla intikalden bahsedilmekle birlikte, öğretilerde bu işlemlerin, kanun koyucu tarafından örnek niteliğinde belirtildiği yönünde görüş birliği bulunmaktadır⁴¹. Dolayısıyla marka üzerinde başkaca hukuki tasarruflarda da bulunulabilir.

Bunların yanında Finansal Kiralama Kanunu’nun 5. maddesine göre marka finansal kiralamaya konu olamaz⁴². Leasingin konusunu oluşturabilecek mallar ülkeden ülkeye farklılık göstermekle birlikte Finansal Kiralama Kanunu⁴³ sadece taşınır ve taşınmaz malların finansal kiralamaya konu olabileceğini düzenlemiştir⁴⁴. Türk Hukuku’nda, kiralama konusu malın kiralama işlemine elverişli olması gerekmektedir. Dolayısıyla sözleşmenin herhangi bir nedenle son bulması durumunda mal, asli işlevi bozulmadan iade edilebilmelidir. Ayrıca malların bağımsız olarak kullanılabilir olması, üzerinde amortisman ayrılabilir nitelikte olması gerekmektedir⁴⁵.

İncelememizin konusunu asıl olarak tescilli markalar oluşturmaktadır. Ancak işaret TPE nezdindeki marka siciline tescil edilmeden de ticaret ve hizmet markası olarak kullanılabilir ve tescilsiz kullanılan marka da bir malvarlığı değeri olarak hukuki işlemlere konu olabilecektir.

MarkKHK’de sağlar arasında gerçekleştirilecek hukuki işlemlerin geçerlilik şartı olarak sadece yazılı şekil öngörülmüştür(MarkKHK 15/II md). Ancak ortak ve garanti markalarının devri için, yazılı devir sözleşmesinin, marka siciline tescil edilmesi geçerlilik şartıdır(MarkKHK 60 md.)

Patent ve Ticari Marka Lisans Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Ankara, 2002; **ÖZEL, Çağlar**, Marka Lisans Sözleşmesi, Ankara, 2002.

⁴¹ **ARKAN, Sabih**, Marka Hukuku, C.II, Ankara, 1998,s.174(Marka Hukuku, C.II); **YASAMAN, Hamdi/AYTAY, Sıtkı Anlam/ AYOĞLU, Tolga/ YUSUSFOĞLU, Fülürya/ YÜKSEL, Sinan**, Marka Hukuku, İstanbul, 2004, C.II, s.677(YASAMAN, Marka Hukuku, C.II); **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 430; **KARAHAN**, Fikri Mülkiyet, s. 317.

⁴² Finansal Kiralama(Leasing) hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **YAVUZ, Cevdet**, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2007, s.407 vd.(Özel Hükümler); **ALTOP, Atilla**, Özellikle Taşınır yatırım Mallarına İlişkin Finansal Kiralama sözleşmesi, Ankara, 1990; **KÖTELİ, Argun**, Karşılaştırılmalı Hukuk ve Türk Hukuku’nda Finansal Kiralama(Leasing Sözleşmeleri), İstanbul, 1991; **KOÇ, Mehmet**, Finansal Kiralama(leasing), İstanbul, 2004; **TUĞLU, Ali/ ATİLA, Özkan**, Finansal Kiralama Kanunu ve Vergi Kanunlarına Göre Finansal Kiralama İşlemleri, Ankara, 2007.

⁴³ RG. 28.06.1985, S. 18795.

⁴⁴ **ALTOP**, s.105 vd.; **KÖTELİ**, s. 96 vd.; **KOÇ**, s.55.

⁴⁵ **TUĞLU/ATİLA**, s.51.

B. Devir İşlemleri

a. Devir İşlemi

Konumuzu oluşturan tescilli markanın devri dar anlamıyla MarkKHK 16. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu madde çerçevesinde markanın devri hususunda yapılacak yazılı sözleşmenin, taraflarca imzalanması ile marka devredilmiş sayılacaktır. MarkKHK'da başkaca bir şekil şartı öngörülmemiş olmasına rağmen, MarkKHK Yön. 19. maddesinde Enstitü'ye verilen geniş yetki ile, istenen noter onaylı devir sözleşmesinin mahiyeti üzerinde durulmalıdır. Zira Enstitü tarafından istenen belgeler getirilmediği sürece, devir marka siciline tescil edilmemekte ve marka sicilinde eski marka sahibi olan devreden, marka sahibi olarak gözükmeye devam etmektedir. Oysa ki yazılı sözleşmenin yapılması ile markanın sahibinde meydana gelen değişikliğin marka siciline tescili, sadece devirden üçüncü kişileri haberdar etmeye yöneliktir. Ancak marka siciline bağlanan sonuçlar dikkate alındığı zaman tescilin önemi anlaşılmaktadır. Enstitü'nün söz konusu takdir yetkisi üzerinde durulmalıdır. Devir sözleşmesi tescil edilmediği sürece markayı devralanın ne gibi hak kayıplarına uğrayacağı tespit edilmelidir. Devrin tescil talebinin reddedilmesi ile devralanın kanun yolları belirlenmelidir.

Markanın tescil edildiği mal ve hizmetlerin tümü veya bir kısmı için devri mümkün ise de, devirde dikkat edilmesi gereken başkaca hususlar vardır. Öncelikle marka sahibi devrettiği markası ile benzer markalarının olması durumunda bunların da devredilmesi, devir sözleşmesinin geçerliliği açısından şarttır. Ayrıca devrin, halkı markanın coğrafi kaynağı, kendisi ve kalitesi bakımından yanıltması durumunda, devir sözleşmesi marka siciline tescil edilmeyecektir.

b. Devir Hükümü Doğuran Diğer İşlemler

MarkKHK dışındaki kanunlarda düzenlenen bazı hukuki işlemlerin gerçekleştirilmesi, markanın sahibinde de değişiklik meydana gelmesine neden olmakta ve markanın devri sonucunu doğurmaktadır. İncelememizde bu başlık altında açıklanacak olanlar, markanın ticari işletmenin devri ve birleşmesi suretiyle veya ticaret şirketlerinin birleşmesi ve bölünmesi suretiyle devredilmesi, markanın şirkete

sermaye olarak getirilmesi, markanın mirasbırakanın malvarlığında olması sonucunda miras yoluyla intikali, markanın cebri icra marifetiyle paraya çevrilmesi sonucunda ihale alıcısına geçişidir. Bu işlemlerin gösterdiği özelliklerin incelenmesi gerekmektedir.

Bu başlık altındaki özel durumlar incelendiğinde, markanın devri için öngörülen şekil şartının istisnalarını oluşturdukları görülmüştür. Gerçekten de markanın geçerli şekilde devredilebilmesi için devir sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması ve taraflarca imzalanması gerekmektedir(MarkKHK 16/II. md.). Markanın, ticari işletmenin aktif ve pasifleriyle birlikte devredilmesi durumu, yazılı sözleşmenin istisnası olarak belirlenmiştir. Ancak tek istisna bu değildir. Ticari vekil veya temsilci tarafından markanın haksız olarak tescil edilmesi, markanın miras yoluyla intikali, markanın sermaye olarak getirilmesi, ticari işletmenin devredilmesi yanında ticari işletmelerin birleşmesi, ticaret şirketlerinin birleşmesi ve bölünmesi, markanın cebri icra marifetiyle satılması durumlarında da, markanın devri özellik arz etmektedir.

Ayrıca konu ile ilgili Markalar Kanun Tasarısı'nın ve TTK Tasarısı'nın farklı hükümlerinin de incelenmesi gerekmiştir.

2. Marka Devrinin Hukuki Dayanakları

A. Ulusal Düzenlemelerde Markanın Devri

Bu bölümde Türk Hukuk mevzuatında ve uluslararası düzenlemelerde yer alan markanın devrine ilişkin hükümler incelenmiştir. Markanın devri konusunda hukuk sistemi gelişim göstermektedir. Önceleri iç hukuk sistemlerine bırakılan düzenlemelerin yerine, ortak bir hukuk sistemi getirilmeye çalışılmaktadır. Türkiye ise, bu düzenlemelerden geri kalmamak adına çalışmalarını sürdürmektedir. Ancak yapılan yeni düzenlemeleri ve Tasarıları incelendiğinde, “ülkenin gerekleri” mazeretiyle, uluslar arası düzenlemelerdeki bazı hükümlerin iç mevzuatımıza aktarılmadığı görülmektedir.

a. Mülga 551 Sayılı Markalar Kanunu Öncesi

Türk hukukunda markalar ile ilgili ilk düzenleme olan 1288(1872) tarihli Alamenti Farika Nizamname⁴⁶, 1304(1888) tarihli “Fabrikalar Mamulâtı ile Eşyayı Ticariyeye Mahsus Alamenti Farikalara Dair Nizamname” ile yürürlükten kaldırılmıştır⁴⁷. 1888 tarihli Nizamname, 1955 yılına kadar hiçbir değişikliğe uğramadan yürürlükte kalmıştır. 1955 yılında ise 6591 sayılı Kanun⁴⁸ ile yapılan değişiklik ile incelemeli tescil sistemi getirilmiştir⁴⁹. Söz konusu 1888 tarihli Nizamname zamanında, 09.07.1928 tarihli “10 Mart 1296 tarihli İhtira Beratı Kanunu ile 28.04.1304 tarihli Alamenti Farika Nizamnamesinin Sureti Tatbiki Hakkında Talimatname”⁵⁰ ve 1955 tarihli “Sınai Mülkiyet Mevzuatının Tatbik Sureti Gösterir Talimatname”⁵¹ çıkarılmıştır.

1872 tarihli ilk Alamenti Farika Nizamnamesi, markanın devrine ilişkin bir düzenlemeye yer vermemiştir⁵². Bununla birlikte 1888 tarihli Alamenti Farikalara Dair Nizamname’nin 4. maddesi⁵³ ile markanın devredilebileceği hükme bağlanmıştır. Düzenleme gereğince marka, sahibi tarafından resmi makamın izni ile devredilebileceği gibi miras yoluyla da intikal edebilecektir. Bu devir işlemi herhangi bir şekil şartına

⁴⁶ Markalar hakkındaki ilk mevzuatımızdır, bazı kaynaklarda Nizamname’nin tarihi (1288)1872 (**ARKAN**, Marka Hukuku, C.I, s.13; **ARSEVEN**, s.4) olarak geçmekteyken, **YALÇINER** Nizamnamenin tarihinin 1871 olduğunu belirtmektedir. **YALÇINER**, İlkeler, s.7. Bununla birlikte **DERİCİOĞLU**, tarihinin tam olarak bilinmediğini belirtmektedir. Ayrıca Nizamname metni için bkz. **DERİCİOĞLU**, **Hayri**, Marka Mevzuatı ve Tatbikatı, C.I, Ankara, 1967, İçindekiler bölümü VIII. Sayfa ve s.276(Mevzuat). Söz konusu Nizamnamenin ilk tarihi belli değildir. Kesin olan ise 1872 tarihinde eklemeler yapıldığı ve bu eklemelerin tarihi Nizamnamenin tarihi olarak kabul edildiğidir.

⁴⁷ 1857 tarihli Fransa’da kabul edilen Fransız Markalar Kanunu, hem 1872 hem de 1888 tarihli Nizamnamelerin mehzarını oluşturmaktadır. Ayrıca da dünyadaki marka hukuku ile ilgili ilk düzenlemeler arasında yer almaktadır. **BERZEK**, Marka, s. 77; **YALÇINER**, İlkeler, s.7; **ARKAN**, Marka Hukuku, C.I, s.13; **ÖZEL**, s.26.

⁴⁸ R.G. 27.05.1955, S. 9013, **DERİCİOĞLU**, Mevzuat, s.293.

⁴⁹ Bu değişiklikten önce tescil başvurusunda bulunulan marka incelemeye tabii tutulmuyordu. 6591 sayılı Kanunun 1. maddesi ile tescil başvurusunda bulunulan markaların, daha önceden tescil edilmiş veya tescil başvurusunda bulunulmuş milli veya milletlerarası markalara aynen veya ilk bakışta ayırt edilemeyecek derecede benzeyip benzemediği araştırılacaktır. **ARKAN**, Marka Hukuku, C.I, s. 13 ve s.13, dp.4; **YALÇINER**, **Uğur**, “Türkiye’de Marka Uygulamaları ve Markaların Korunması Hakkında KHK’nın Getirdikleri”, Markalar Hukukunun Avrupa Birliği’nde Uyumu ve Sorunları, İTO, Yayın No: 1995-39, İstanbul, s. 60(Marka Uygulamaları).

⁵⁰ R.G. 21.09.1955, S. 9109.

⁵¹ R.G. 21.09.1955, S. 9109.

⁵² **ARSEVEN**, s.122.

⁵³ “...inhisarin mutasarrıfları tarafından, hükümetin müsaadeyi resmiyesi ile ahare ferağ olunabileceği...” **DERİCİOĞLU**, Mevzuat s. 282.

tabi değildir. Tarafların markanın devri hususunda anlaşmaları yeterlidir. Tescilli markanın devrinin, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı hüküm ifade edebilmesi için devrin sicile tescil edilmesi gereklidir⁵⁴.

ARSEVEN⁵⁵, hükümetin, markanın devrine izin verip vermemekte keyfi davranamayacağını belirtmektedir. Markanın devri sonucunda halkın yanılgıya düşeceği, kuvvetle muhtemel ise marka devrine onay verilemeyecektir. Yazar bu duruma örnek olarak da, devredenin kullanmadığı bir çok markanın bulunması ve bu markaları satmaya başlaması durumunda devre izin verilmemesi gerektiğini belirtmektedir. Oysa 1888 tarihli Nizamname içerisinde markanın belli bir müddet kullanılmaması durumunda, hükümsüz kılınacağına dair bir düzenleme yer almamaktadır⁵⁶. Buna rağmen yazar, uzunca süre kullanılmayan markanın zımni olarak terk edilmiş sayılabileceğini belirtmekte ve bu markayı devralan kişinin incelenmesi gerektiği kanaatindedir. Ancak devrin, markanın kalitesinin değiştireceği ileri sürülerek markanın devri engellenemez. Bu ihtimale katlanmak gerekmektedir. Zira markanın kalitesinin düşmesi ihtimalinde, en büyük zarara, marka sahibi uğrayacaktır⁵⁷.

b. Mülga 551 Sayılı Markalar Kanunu Döneminde

1965 yılından 1995 yılına kadar yürürlükte kalacak 551 sayılı Markalar Kanunu⁵⁸ ve uygulanma şeklini gösteren 1965 tarihli “Sınai Mülkiyet Hakları ile Hususlar Hakkında Yönetmelik”⁵⁹ düzenlenmiştir.

Söz konusu Nizamname’nin, yurt dışındaki gelişmelerden uzak kalması ve ekonominin ihtiyaçlarını karşılayamaz hale gelmesi⁶⁰ nedeniyle 1937, 1952 yıllarında Tasarılar hazırlanmıştır. Ancak başarı sağlanamamıştır. Bunun üzerine 1962 tarihli Tasarı hazırlandı ve metin 551 sayılı Markalar Kanunu olarak 03.03.1965 tarihinde

⁵⁴ ARSEVEN, s.122.

⁵⁵ ARSEVEN, s.122.

⁵⁶ ARSEVEN, s. 109; ÖÇAL, Akar, TÜRK Hukukunda Markaların Himayesi, Ankara, s.1967, s.86(Markaların Himayesi).

⁵⁷ ARSEVEN, s. 121.

⁵⁸ R.G. 12.03.1965, S.11951.

⁵⁹ R.G. 11.06.1965, S.12020.

⁶⁰ ARKAN, Marka Hukuku, C.I, s.14; Kanunlaşma süreci hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KARAYALÇIN, Yaşar, Ticaret Hukuku, I Giriş-Ticari İşletme, Ankara, 1968, s.405(Ticari İşletme).

kabul edilerek, 12. 03.1965 tarih ve 11951 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır⁶¹. Yayın tarihinden üç ay sonra da yürürlüğe girmiştir. Kanunun 54. maddesi ile 1888 tarihli Nizamname kaldırılmıştır. Kanunun uygulama şeklini gösteren “Markalar Kanunu’nun Uygulama Şeklini Gösterir Yönetmelik”⁶² düzenlenmiştir.

Hizmet markaları bu kanunun kapsamı dışında tutulmuştur(Mülga MarkK 46). Bu dönemde hizmet markaları TTK’nın haksız rekabet hükümleri gereğince korunmaktaydı⁶³. Ayrıca yabancı kelimelerin de Türkiye’de üretilen ve piyasaya sürülen mallar üzerine konulması yasaklanmıştı(Mülga MarkK. 5/b md.)⁶⁴.

Mülga Kanun’unun 34. maddesinde⁶⁵ markanın devri, asıl olarak ferdi marka⁶⁶ için düzenlenmiştir. “Müşterek markalar⁶⁷ ve birlik markaları devir dışı tutulmuştur(551 Sayılı Markalar Kanunu 36. md.). Hizmet markaları, kanun kapsamında yer almadığı için marka sadece tescil edildiği “mallar” için devredilebilecektir. Ayrıca markanın tescil edildiği mallardan sadece bir kısmı için devredilebilmesine de izin verilmiştir. Marka devir sözleşmesinin şekil şartı olarak noterlikçe tanzim edilmiş olması aranmıştır.

⁶¹ Kanun metni için bkz. **ÇOKER, Fahri/KAZANCI, Sadi**, Türkiye Cumhuriyeti Kanunları, C.6, Ankara, 1973, s.7356.

⁶² RG. 11.06.1965, S.12020.

⁶³ **BERZEK**, Marka, s.79; **ÖZSUNAY, Ergun**, “551 sayılı Markalar Kanunu Dönemine Markalara İlişkin Bazı Önemli Sorunlar ve Markaların Korunması Hakkında KHK/556 ile Öngörülen Çözüm ve Yenilikler”, Markalar Hukukunun Avrupa Birliğine Uyumu ve Sorunları Semineri, 6 Temmuz 1995, İstanbul, (İTO, Yayın No. 1995/39), s.17(Marka); **YALÇINER, Uğur**, “Türkiye’de Marka Uygulamaları ve Markaların Korunması Hakkında KHK’nın Getirdikleri”, Markalar Hukukunun Avrupa Birliği’nde Uyumu ve Sorunları (İTO, Yayın No: 1995-39) İstanbul, s. 60,(Marka Uygulamaları).

⁶⁴ **ÖZSUNAY**, Marka, s.18; **TEKİNAY, Selahattin Sulhi**, “Esas Unsurları Dolayısıyla Koruma Dışı Bırakılan Markalar”, Prof. Dr. Yaşar KARAYALÇIN’a 65. Yaş Armağanı, Ankara 1988, s.69, (Koruma Dışı Markalar).

⁶⁵ 551 Sayılı Markalar Kanunu, “*Ferdi markalar miras yoluyla intikal eder. Ferdi marka, kullanıldığı müesseseden müstakil olarak ve hangi emtia için tescil edilmişse o emtianın tamamı veya bir kısmı için devir ve temlik edilebilir. Veya marka hakkının kullanılması için lisans verilebilir. Devir ve lisans sözleşmesinin noterlikçe tanzim edilmiş olması şarttır. ...Devir ve lisans, marka sicil kaydına tescil tarihinden itibaren üçüncü şahıslara karşı hüküm ifade eder.*”

⁶⁶ Ferdi marka ifadesine 556 sayılı MarkKHK’de yer verilmemiştir. Bunun yanında 551 sayılı Markalar Kanunu’nun 2/a. maddesinde gerçek veya tüzel kişiler tarafından münferiden ve müstakilen kullanılan markaları ferdi marka olarak tanımlanmıştır. Ferdi marka sadece adına kayıtlı olduğu kişiye hak sağlayan, onun tarafından kullanılan markadır. **OMAĞ**, Marka, s. 7; **YASAMAN**, Marka Hukuku, C.I, s.22; **KARAHAN**, Fikri Mülkiyet, s.138. Ferdi markanın sahibinin sadece bir gerçek ve tüzel kişi olmasına gerek yoktur. Marka üzerinde elbirliği veya paylı mülkiyet olması durumunda da marka ferdi markadır. Önemli olan marka üzerindeki hakların mutlak olması ve bu kişilere ait olmasıdır. **KARAHAN**, Fikri Mülkiyet, s.139; **ARKAN**, Marka Hukuku, C.I, s.44,45; **YASAMAN**, Marka Hukuku, C.I, s.22; **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 352.

⁶⁷ 551 sayılı Markalar Kanunu’nun 2/b. Maddesinde tanımlanmıştır ve 556 sayılı MarkKHK’de belirtilen ortak marka anlamındadır. **ARKAN**, Marka Hukuku, C.I, s.45.

Markanın ticari işletmeden ayrı olarak devrine izin verilmiştir. Ancak yürürlükteki MarkKHK'dekine benzer olarak, markanın işletme ile birlikte devredilmesi durumunun şekil şartının bir istisnası olduğuna dair bir ifadeye yer verilmemiştir. Dolayısıyla markanın ticari işletme ile birlikte devredilmesi durumunda da sözleşmenin noterlikçe düzenlenmesi gerekiyordu. Devir ancak sicile tescilinden⁶⁸ sonra, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı hüküm ifade edecekti.

Devirle ilgili çok önemli bir hüküm de markanın hükümsüzlük nedenlerinin düzenlendiği 50. maddede yer almaktaydı. 50/son gereğince markanın devrinin halkı yanıltıcı nitelikte olması durumunda, markanın Sanayi Bakanlığı veya ilgililer tarafından terkinin için dava açılabilirdi. Görüldüğü gibi markanın devrinin halkı yanıltıcı nitelikte olması durumunda marka hükümsüz kılınabilmekteydi, bunun yanında devir sırasında bu konuda bir inceleme yapıldığına dair bir hüküm bulunmamaktaydı. Dolayısıyla devir sözleşmesinin bu nedenle geçersizliği veya sicile tescili engellenmemekteydi.

c. 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK Döneminde

Mülga 551 sayılı Markalar Kanunu ile dünyadaki gelişmeler hukuk sistemimize taşınmamıştır⁶⁹. Avrupa Topluluğu- Türkiye Ortaklık Konseyi tarafından 06.03.1995 tarih, 1/95 sayılı karar ile Türkiye bir dizi düzenlemeyi kabul ederek, bunlara uygun olarak mevzuatını düzenlemeyi taahhüt etmiştir⁷⁰.

Bu taahhütlerin hızlı bir şekilde yerine getirilmesi amacıyla 08.06.1995 tarih, 4113 sayılı Kanun⁷¹ ile Bakanlar Kuruluna Kanun Hükmünde Kararname çıkarma yetkisi verilmiştir. Bu yetkiye dayanarak Bakanlar Kurulu 556 sayılı "Markaların

⁶⁸ 551 Sayılı MarkK 24. ve 551 S. MarkK. Yön. 1/I. Maddeleri gereğince tescil Sanayi Bakanlığı'na yapılmaktaydı. Sanayi Bakanlığı'nın bünyesindeki Sınai Mülkiyet Müdürlüğü yetkilydi. **ÖÇAL**, Markaların Himayesi, s.58.

⁶⁹ 551 sayılı Markalar Kanunu'nun eleştirisi için bkz. **ARKAN**, Marka Hukuku, C.I, s.15; **ÖZSUNAY**, Marka, s.14.

⁷⁰ Ortaklık Konseyi Kararının 8 nolu Eki hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **KARAAHMET, Erdoğan**, "Sınai Mülkiyet Haklarının Korunmasına İlişkin Uluslararası Anlaşmalar", Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü, Avrupa Araştırmaları Dergisi, C.4, S.1-2, 1995/1996, s.14(Anlaşmalar)

⁷¹ RG. 24.06.1995, S.22323.

Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'yi"⁷² düzenlemiştir. Bu düzenleme ile 551 sayılı Markalar Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır⁷³(MarkKHK 82 md.).

556 sayılı MarkKHK yanında, "556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin Uygulama Şeklini Gösterir Yönetmelik"⁷⁴ de yürürlüğe girmiştir. Söz konusu yönetmelik, "556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin Uygulanmasına Dair Yönetmelik"⁷⁵ ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Yürürlükte bulunan 556 sayılı MarkKHK ve 2005 tarihli MarkKHKYön.'de yer alan devir hükümleri asıl olarak incelememizin konusunu oluşturmaktadır. Burada sadece söz konusu devir hükümlerinin, 551 sayılı MarkK çerçevesinde düzenlenen marka devrinden farklarını belirtmekle yetineceğiz.

556 sayılı MarkKHK'de markanın devri için taraflar arasında yapılan yazılı devir sözleşmesi yeterli görülmüştür. Yine markanın işletmeden bağımsız olarak devredilebileceği düzenlenmiş, ancak bu durumda sözleşmenin yazılı yapılmasına gerek olmadığı belirtilmiştir.

Tescilin etkisi ile ilgili hüküm değiştirilmemiştir. Markanın devri sicile tescil edilmediği sürece iyiniyetli üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmeyecektir. Ancak Kararname ile bazı tescil engelleri düzenlenmiştir. Mülga MarkK'da sayılan hükümsüzlük nedeni, Kararname'de aynı zamanda bir tescil engelidir. Markanın devrinin, markanın coğrafi kaynağı, kendisi, kalitesi bakımından halkı yanıltıcı nitelikte

⁷² RG. 24.06.1995, S.22323.

⁷³ Ancak Kararname ile ceza hükümleri getirilemeyeceğinden mülga Kanunun ceza hükmü içeren 51, 52 ve 53. maddeleri yürürlükte kalmıştır. Daha sonra 03.11.1995 tarihli 4128 sayılı Kanun(RG. 07.11.1995, S.22456) ile söz konusu maddeler kaldırılmış ve Kararnameye ceza hükümleri eklenmiştir. Ancak 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 61 inci maddesinin (d) bendi, Anayasa Mahkemesinin 2/3/2004 tarihli ve E.:2002/92 ve K.:2004/25 sayılı Kararı ile iptal edilmiş olup, anılan iptal Kararı 14/5/2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Yine, 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 9 uncu maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ile ikinci fıkrasının (b) bendi ve 61 inci maddesinin (a) ve (c) bentleri, Anayasa Mahkemesinin 3/1/2008 tarihli ve E.:2005/15 ve K.:2008/2 sayılı Kararı ile iptal edilmiş olup, anılan iptal Kararı 5/1/2009 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bunun üzerine 5833 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RG. 28.01.2009, S.27124) ile söz konusu ceza maddeleri yeniden düzenlenmiştir. Maddelerin iptal kararının yürürlüğe giriş tarihi ile Değişiklik Kanununun yürürlüğe giriş tarihi arasındaki boşluk derdest olan bir çok ceza davasının düşmesine neden olmuştur. Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Sınai Mülkiyet Hukuku, Panel Notları ve Yargıtay Kararları, İstanbul Barosu Yayınları, 2009.

⁷⁴ RG. 05.11.1995, S.22454, Bu yönetmeliğin ilk değişikliği 02.10.2002 tarih, 24894 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

⁷⁵ RG. 09.04.2005, S.25781.

olması durumunda devir tescil edilmeyecektir. Ayrıca devredilen markanın benzerlerinin bulunması durumunda, bunlarında devri gerekecektir. Aksi davranış, yine devrin tesciline engel olacaktır. Benzer markaların devredilmemiş olmasının, marka devir sözleşmesi üzerindeki etkisi ilerde incelenecektir.

Yine farklı olarak markanın ticari vekil veya temsilci tarafından haksız olarak kendi adına tescil edilmesi durumunda, gerçek hak sahibinin mahkemeden markanın kendi adına devrini talep edilebileceği düzenlenmiştir.

Çok önemli diğer bir düzenleme ise garanti ve ortak markaların devredilebileceğinin düzenlenmiş olmasıdır. Ancak garanti ve ortak markaların devrine ilişkin sözleşmenin yazılı yapılması yeterli görülmemiş, devrin marka siciline tescili ile markaların devredilmiş sayılacağı düzenlenmiştir.

Sonuç olarak Kararname ile markanın devrinin geçerlilik şekli yumuşatılmış gibi görülsede çok daha fazla şarta bağlanmış ve devrin tescili aşamasında Enstitü'ye geniş yetkiler verilmiştir.

556 sayılı MarkKHK'sının yanında Türkiye'nin 05.08.1997 tarih, 07/9731 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile 1989 tarihinde Markaların Uluslararası Tescili Hakkındaki Madrid Anlaşması'na İlişkin Ek Protokole taraf olmasının ardından, "Markaların Uluslararası Tesciline İlişkin Madrid Anlaşması ve Bu Anlaşmaya İlişkin Protokol'ün Uygulanmasına Dair Yönetmelik⁷⁶" yürürlüğe girmiştir. Söz konusu Protokol ve Yönetmelik içerisinde yer alan "Uluslararası Tescilli Marka"nın devri ayrı bir başlık altında incelenecektir.

d. Markalar Kanunu Tasarısı

556 sayılı MarkKHK'sının Bakanlar Kuruluna verilen yetki kanunu ile çıkarılmasının amacı, bir kanun çıkarmak için yeterli zamanın olmamasıydı. Ancak sonraki sürece baktığımızda ve aradan geçen süreye rağmen Kanun Tasarısından öteye gidilememiş olması yadırganacak bir durumdur.

Markalar Kanunu Tasarısı'nın genel gerekçesinde, Tasarı hazırlanırken dikkat edilen hususlar belirtilmiştir. Buna göre Tasarı hazırlanırken, 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin modern mevzuatlarla uyumu dikkate alınmış ve Kanun

⁷⁶ RG.12.03.1999, S.23637.

Hükmünde Kararname'nin özünün zedelenmemesine özellikle dikkat edilmiştir. Bunun yanı sıra, Tasarı'nın bir yandan Türkiye'nin gerçeklerine ve ihtiyaçlarına uygun ve daha iyi işleyebilecek bir sistemin oluşturulmasına hizmet etmesi, öte yandan taraf olduğumuz uluslararası anlaşmalara uyumu amaçlanmıştır. Özellikle, 1/1/2005 tarihinde ülkemizde uygulanmaya başlanan Marka Kanunu Antlaşması'na katılımımız ile 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin bazı hükümlerinin değiştirilmesi ihtiyacı doğmuştur⁷⁷. Markalar Kanun Tasarısı 09.12.2009 tarihi itibarıyla⁷⁸ Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu'nda bulunmaktadır.

⁷⁷ Markalar Kanun Tasarısı genel gerekçesi "...Marka Kanunu Andlaşmasının temel amacı ofis işlemlerinde akışın hızlandırılması, gereksiz belge işlemlerinin kaldırılması, belgeye dayalı çalışmaların en aza indirilmesi ve başvuru masraflarının azaltılmasıdır. Marka Kanunu Andlaşması ve onun eki olan Marka Kanunu Andlaşması ile ilgili Yönetmelikte marka başvurusu ve tescil işlemleri için üye ülkelerin marka ofislerinde yürütülen prosedürlerin uyumlaştırılması ve basitleştirilmesi öngörülmektedir. Tasarı hazırlanırken Marka Kanunu Andlaşmasına uyum göz önüne alınmıştır. Ayrıca, sınai mülkiyet hakları konusunda dünya konjonktüründeki gelişmelere paralel olarak Avrupa Birliği mevzuatı ve TRIPs tekrar gözden geçirilmiştir. Zaman içindeki değişimlere uyum sağlamak ve uygulamada görülen aksaklıkları gidermek amacıyla çeşitli ülkelerin ulusal mevzuatlarından da yararlanılarak Tasarıya nihai şekli verilmiştir. Tasarıda yapılan en önemli düzenlemelerden biri, Marka Kanunu Andlaşmasına uyum çalışmaları çerçevesinde hazırlanan marka tescil başvurusunun bölünmesi prosedürü olmuştur. Böylelikle birden çok mal veya hizmet grubunda tescili talep edilen bir marka tescil başvurusunun, itiraza konu olan bölümleri hariç, tescil işlemlerinin devamına imkan sağlanmıştır. Tasarıdaki bir diğer önemli düzenleme, Marka Kanunu Andlaşmasına uyum çalışmaları çerçevesinde başvuru veya tescil işlemleri sırasında talep edilecek belgelerin asgariye indirilmesidir. Böylelikle hem Türk Patent Enstitüsü'nün iş yükü azalacak hem de tescil işlemlerinde sürat artırılarak marka sahibi olmak için gereken zaman azaltılacaktır. Ancak bu düzenleme yapılırken söz konusu Andlaşmaya uygun olarak Türk Patent Enstitüsü'nün makul nedenlerle şüpheye düşmesi halinde her türlü belgeyi isteyebileceği hükmü konularak, üçüncü kişilerin hak kaybına uğramasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Tasarıda yer alan ve başvuru sahibi lehine öngörülen bir diğer önemli yenilik ise, ek süre prosedürüdür. Bu prosedür ile, istisnai durumlar haricinde Enstitü tarafından bir işlemin yerine getirilmesi için başvuru veya talep sahibine belirli bir süre verildiği ve ilgili tarafın söz konusu süre içerisinde yükümlülüğünü yerine getirmediği durumlarda; sürenin bittiği tarihten itibaren iki aylık süre içinde, başvuru veya talep sahibine işlemini tamamlayabilmesi için bir aylık ek süre talebinde bulunabilme hakkı tanınmıştır. Benzer prosedür, Marka Kanunu Andlaşmasının revizyonuna ilişkin olarak 31/3/2006 tarihinde Türkiye'nin de aralarında bulunduğu ülkelere imzalanan Singapur Anlaşmasında da bulunmaktadır. Andlaşma henüz yürürlüğe girmemiş olmakla beraber, başvuru veya talep sahibi lehine olan bu düzenlemeye, ülkemizdeki marka bilincini yerleştirme çalışmalarına katkı sağlayacağı, hak kayıplarının önüne geçeceği, kişileri aynı işlem için tekrar başvuru yapma ve Enstitüyü aynı işlemi tekrar inceleme mükellefiyetlerinden kurtaracağı düşünüldüğü için Tasarıda yer verilmiştir. Usul ekonomisine de uygun olan bu düzenlemenin, özellikle Enstitüde tesciline karar verilmiş marka tescil başvurularında istenen eksik evrakların süresinde tamamlanamadığı durumlarda kullanılacağı düşünülmektedir. Yine Tasarıda, Topluluk Marka Tüzüğüne uygun biçimde, markanın hükümsüzlüğü davasında verilecek hükümsüzlük kararının etki tarihi, hükümsüzlük nedenlerine göre ayrı ayrı düzenlenmiş, ayrıca bu konuda zamanaşımı hükmüne de yer verilmiştir." **MARKK. TASARISI GENEL GEREKÇE**, www.tpe.gov.tr.

⁷⁸ http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=73228 (07.10.2009)

556 Sayılı MarkKHK'ya yapılan eleştirilerden bazılarının Tasarı'da dikkate alındığı görülmektedir. Bunun yanında bazı düzenlemelerin korunduğunu, bazılarının ise hatalı olarak değiştirildiğini belirtelim.

Markanın devri ile ilgili olarak, 556 sayılı MarkKHK'da yer alan düzenlemeler asıl olarak korunmuştur⁷⁹. Kanaatimizce bu hükümlerin üzerinde fazla durulmamış, markanın devri ile ilgili olarak öğretici tarafından yapılan yoğun eleştiriler dikkate alınmamıştır.

Örneğin, taraflarca imzalanmış yazılı sözleşme ile markanın devredilebileceği hükmü korunmuştur. Oysa markanın değerinden dolayı, devrinin daha ağır şartlara bağlanması gerektiği açıktır. Tasarı'nın düzenleme gerekçelerinden biri olan Markalar Kanun Anlaşması'nın ilgili maddelerinden farklı bir düzenleme yapmamak adına, markanın devir şekline ilişkin hükmün korunduğu kanaatindeyiz. Oysa söz konusu Anlaşma, ülkelere konuyla ilgili serbesti vermiştir. Markalar Kanun Anlaşması'nın markanın devriyle ilgili maddeleri ilerde incelenecektir.

Enstitü, devir sözleşmesinin tescili sırasında, taraflardan MarkKHK Yön.'nin verdiği yetki ile Kararname'de yer almayan belgeler istemektedir. Böylelikle markanın

⁷⁹“**MADDE 39-** (1) Tescilli bir marka, teşebbüsten bağımsız olarak, tescil edildiği mal veya hizmetlerin tümü ya da bir kısmı için devredilebilir.

- (2) Bir teşebbüsün aktif ve pasifleri ile birlikte devri, aksi kararlaştırılmamışsa, teşebbüse ait markaların da devrini kapsar. Bu hüküm teşebbüsün devrine ilişkin taahhüt hakkında da uygulanır.
- (3) İkinci fıkra hükmü ile markanın bir ticaret şirketine sermaye olarak konması veya marka hakkının bir mahkeme kararı ya da cebri icra marifetiyle yapılan satış sonucu intikal etmesi halleri hariç, devir sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması ve taraflarca imzalanması zorunludur.
- (4) Markanın devri, tescil edildiği mal veya hizmetlerin niteliği, kalitesi ya da coğrafi kaynağı ile ilgili olarak halkı açıkça yanıltacak nitelikteyse ve devralan, devir alınan markanın kapsamını, halkı yanılgıya düşürmeyecek mal veya hizmetlerle sınırlandırmayı kabul etmezse Enstitü devri Sicile kaydetmez.
- (5) Tescilli bir markanın devri sırasında, devreden adına kayıtlı bulunan, devredilen marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzer olan ve aynı veya aynı türdeki malları veya hizmetleri kapsayan tüm markaların da devredilmesi şarttır. Aksi takdirde Enstitü devri Sicile kaydetmez. Ancak, devrin Sicile kayıt talebinin Enstitü kayıtlarına girmesinden sonra devreden tarafından yapılan ve devredilen marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzer olan ve aynı veya aynı türdeki malları veya hizmetleri kapsayan marka tescil başvurularının devir şartı aranmaz. Bu başvurular, devrin Sicile kaydedilmesinden veya Sicile kayıt talebinin nihai olarak reddedilmesinden sonra incelenir.
- (6) Devir, taraflardan birinin markanın tescil numarası ile yapılacak değişikliği belirtir imzalı talebi, yönetmelikte belirtilen belgelerin teslim edilmesi ve ücretinin ödenmesi ile Sicile kaydedilir ve Gazetede yayımlanır.
- (7) Devralan, devir Sicile kaydedilmediği sürece marka tescilinden doğan hakları üçüncü kişilere karşı ileri süremez. Ancak, devir sözleşmesinin yapıldığı tarihten sonra marka üzerinde hak iktisap eden üçüncü kişi, hakkı iktisap ettiği tarihte devir sözleşmesinin yapılmış olduğunu biliyorsa, devir Sicile kaydedilmeden de marka tescilinden doğan hakları bu kişilere karşı ileri sürebilir.
- (8) Devrin Sicile kaydı talebi ile ilgili olarak herhangi bir belgenin doğruluğundan şüpheye düşülmesi halinde Enstitü delil sunulmasını isteyebilir.”

devrine ilişkin şekil şartı ağırlaştırılmaktadır. Konu öğretide eleştirilmiştir⁸⁰. Bu eleştirilere karşılık olarak, Tasarı'da devir sözleşmesinin tescil edilmesi için gerekli belgeler kısmen sayılmış ve Enstitü'nün takdir yetkisine ve Yönetmeliğe atıf yapılmıştır. Böylelikle Yönetmeliğin, Kararname'den farklı olan hükümlerine kanunilik kazandırılmaya çalışılmıştır. Tasarı'da devrin, taraflardan birinin markanın tescil numarası ile yapılacak değişikliği belirten imzalı talebi, Yönetmelikte belirtilen belgelerin teslim edilmesi ve ücretinin ödenmesi ile sicile tescil edileceği düzenlenmiştir. Ayrıca son fıkrasında, devrin tescili talebine ilişkin sunulan belgelerin doğruluğundan şüpheye düşülmesi durumunda, Enstitü'nün başkaca delil sunulmasını isteme yetkisine sahip olduğu belirtilmiştir.

Mevcut düzenlemeden farklı olarak yazılı sözleşme şeklinin istisnalarının çoğaltıldığını görmekteyiz. Tasarı ile markanın ticari işletme ile birlikte ve mahkeme kararıyla devri yanında markanın sermaye olarak getirilmesi ve markanın cebri icra marifetiyle satılması durumlarında da, yazılı sözleşme yapılmasına gerek olmadığı düzenlenmiştir.

Devreden tarafından, devredilen marka ile benzer olan diğer markaların da devretmesi gerektiğine ilişkin şart korunmuştur. Aksi davranışın, devrin marka siciline tesciline engel oluşturacağı açıkça belirtilmiştir. Bunun yanında benzer markaların devredilmemiş olması durumunun, devir sözleşmesine etkisi hususundaki belirsizlik devam etmektedir. Bu konuyla ilgili yeni bir düzenleme de şudur, devir sözleşmesinin sicile tescil edilmesine ilişkin talepten sonraki tarihte, devreden tarafından yapılan benzer marka başvurularının devredilmesine gerek olmadığı, bu başvuruların tescil edilip edilemeyeceğine ilişkin incelenmenin, devrin sicile tescil talebinin karara bağlanmasından sonra yapılacağı düzenlenmiştir.

Tasarı'da devir sözleşmesinin marka siciline tescilinin açıklayıcı etkisi korunmuştur. Marka devrinin sicile kaydedilmediği sürece üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceğinin belirtilmesinin ardından, üçüncü kişi markanın devredildiğini biliyorsa, marka tescilinden doğan hakların bu kişilere karşı ileri sürülebileceği

⁸⁰ **ARKAN**, Marka Hukuku, C. II, s.181; **PEKDİNÇER, Tamer**, “Markanın Devri”, I. İstanbul Fikri Mülkiyet Hukuku Sempozyumu, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2005, s. 167 (Markanın Devri); **YASAMAN**, Marka Hukuku, C.II, s. 685; **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 431; **ÜNAL**, s.61; **MERAN, Necati**, Marka Hakları ve Korunması, Ankara, 2008, s.171.

belirtilmiştir. 556 sayılı MarkKHK'nın 16/VII. fıkrasındaki tescille ilgili hükmü, aynı anlamda fakat farklı ifadeler içermekteydi. MarkKHK'nın mehzaz 40/94 sayılı Avrupa Topluluk Marka Tüzüğü'nün 17/6 fıkrasındaki ve 23.1. maddesindeki ifadelerin birlikte Tasarı'ya taşındığı görülmektedir⁸¹.

Diğer bir tescil engeli de, devir sonucunda halkın markanın kalitesi, coğrafi kaynağı, niteliği hakkında yanılgıya düşecek olmasıdır. Bu ihtimali TPE değerlendirecektir. Halkın yanılgıya düşebileceği kanaatine ulaşırsa, markanın tescilli olduğu mal ve hizmetlerinin kapsamının daraltılması önerisinde bulunabilir. Bu yöndeki önerisinin kabul edilmemesi üzerine devrin tescilini gerçekleştirmez. Öncelikle MarkKHK'nın ilgili fıkradaki ifadelerin daha anlaşılır hale getirildiği görülmektedir. MarkKHK 16/IV. fıkrasındaki "...markanın kendisinde..." ifadesinin yerini "niteliği" kelimesi getirilmiştir. Enstitü'nün teklifi üzerine, markanın tescilli olduğu mal ve hizmetlerin kapsamında sınırlamaya gidilebileceği belirtilmiştir.

B.Uluslararası Düzenlemelerde Markanın Devri

a. Sınai Mülkiyetin Himayesine Mahsus Milletlerarası Bir İttihat İhdas Edilmesine Dair Paris Sözleşmesi

Markalar konusundaki en eski uluslararası düzenleme, 20.03.1883 tarihinde imzalanan Sınai Mülkiyetin Himayesine Mahsus Milletlerarası Bir İttihat İhdas Edilmesine Dair Paris Sözleşme'dir⁸².

Paris Sözleşmesi'nde markanın devrine ilişkin bazı esasların düzenlendiği anlaşılmaktadır. Paris Sözleşmesi'nin 6. maddenin 3.1 mükerrerinde⁸³ markanın

⁸¹ MarkKHK ile Tüzük arasındaki bu farklı ifade ARKAN tarafından belirtilmiştir. **ARKAN**, Marka Hukuku, C.I, s.183, dp. 41.

⁸² İlk metin 1900 yılında Brüksel'de, 1911 yılında Washinton'da, 1925 yılında La haye'de, 1934 yılında Londra'da, 1958 yılında Lizbon'da, 1967 yılında Stockholm'de revize edilmiştir. TÜRKİYE 1925 yılında Paris Metnine, 1930 yılında La Haye metnine(1619 Sayılı Kanun ile, RG. 29.05.1930, S.1506), 1957 yılında Londra metnine(6894 sayılı Kanun ile, RG.07.02.1957, S.9529), 1975 yılında Stokholm metninin 13-30. maddelerine (1-12. maddelerine çekince koyarak 08.08.1975 tarih, 75/10464 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile, RG. 20.11.1975, S.15418.), 1994 yılında ise 1-12. maddelerine(29.07.1994 tarih, 94/5903 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile, RG. 23.09.1994, S.22060), taraf olmuştur. Paris Sözleşmesi ile Dünya Fikri Mülkiyet Örgütüne üye ülkeler, sınai mülkiyet haklarının daha etkin korunmasını sağlamak amacıyla, bir birlik oluşturmuşlardır. **ARKAN**, Marka Hukuku, C.I, s.30; **MERAN**, s.18; **DİRİKAN, Hanife**, Tanınmış Markaların Korunması, Ankara, 2003,s.7; **USTA, Songül**, Markanın Devri ve Haczi, İstanbul, 2005, s.16 (yayınlanmamış tez); **UZUNALLI, Sevilay**, Avrupa Birliği Uyum Sürecinde Markanın Köken Ayırt Etme İşlevi İle Bağlantılı Kavramların Yorumu, İstanbul, 2008, s. 24,25.

devredilebilmesi için markanın ait olduğu işlermenin de devri ile mümkün olacağı düzenlenmiştir. Maddenin 3.2. mükerrerinde⁸⁴ ise işletmenin devri markanın devri için yeterli olsa da, markanın devri markanın kullanıldığı ürünlerin menşei, mahiyeti ve önemli vasıflarında halkı yanıltacak nitelikte ise, Birlik ülkelerinin markanın devrini kabul etmek zorunda olmadıkları düzenlemiştir.

Bunun yanında 6 maddenin 6.mükerrerleri ile marka sahibinin izni olmadan, marka sahibinin acentesi veya mümessili, bu markanın kendi adına tescilini birlik ülkelerinden birinde veya bir çoğunda talep ederse, acentenin veya mümessilin hareketinin haklılığı ispat edilmediği sürece, marka sahibi tarafından tescil başvurusu itiraz edilebileceği, tescil yapılmış ise hükümsüzlüğünün istenebileceği düzenlenmiştir. Ayrıca tescilin yapıldığı ülke mevzuatı uygun ise marka sahibi yapılan tescilin kendi adına devrini isteme hakkına sahiptir.

Kanaatimizce acente veya mümessilin marka tescil başvurusunda bulunduğu ülkede faaliyette bulunmasına gerek yoktur. Marka sahibinin markasının birlik ülkelerinden birisinde tescilli olması da gerekmemektedir. Önemli olan birlik ülkelerinden birinde marka sahibi olmaktır. Bu markanın o birlik ülkesinde tescilli olması gerekmemektedir.

b. Markaların Uluslararası Tescili Hakkındaki Madrid Anlaşması'na İlişkin Ek Protokol ve Markaların Uluslararası Tesciline İlişkin Madrid Anlaşması ve Bu Anlaşmaya İlişkin Protokolün Uygulanmasına Dair Yönetmelik

Paris Sözleşmesi'nin birlik markası çalışmaları çerçevesinde ilk önce 1891 tarihinde Madrid Anlaşması hazırlanmıştır. Bu düzenleme ile üye devletlerden birinde tescil edilmiş marka, uluslararası büroya bildirilecek ve diğer üye devletlerde de tescili

⁸³ Bir Birlik Memleketinin kanuni mevzuatına tevfikana bir markanın devir ve temliki ancak markanın ait olduğu müessesenin veya ticarethanenin aynı zamanda devriyle muteber olması halinde bu muteberliğin kabul edilmesi için bu memlekette bulunan müessese veya ticarethane kısmının temlik edilen markayı taşıyan mamullerin münhasıran imali veya satışı hakkıyla beraber devredilmesi yeterlidir.

⁸⁴ Paris Sözleşmesi 6 maddesi 3.2. mükerrer. *"Bu hüküm, temellük eden tarafından kullanılması bilhassa markanın tatbik edildiği mamullerin menşe'i, mahiyeti veya esaslı vasıfları noktasından, fiilen, halkı yanıltmaya sevk edecek mahiyette olan her marka devir ve naklini muteber addetmek mecburiyetini Birlik memleketlerine tahmil etmez."*

sağlanacaktı. Böylece uluslararası tescile sahip bir marka oluşacaktı. Ancak Madrid Anlaşması, öncelikle markanın menşe ülkede tescil edilmesi şartını arıyordu ve üye devletlerden ilgi göremedi⁸⁵. Türkiye Madrid Anlaşmasına 15.05.1930 tarihinde 1619 sayılı Kanun ile katılmakla birlikte, 21.05.1955 tarih 4/5215 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı⁸⁶ ile çekilmiştir. Ancak Bakanlar Kurulu 18.01.1956 tarih, 4/8446 sayılı Kararı ile Madrid Anlaşması gereğince tescil edilmiş yabancı markaları, uluslararası tescil süresinin sonuna kadar koruyacağını belirtmiştir⁸⁷.

Madrid Anlaşması'nın yaşadığı başarısızlığın ardından 1989 tarihinde Markaların Uluslararası Tescili Hakkındaki Madrid Anlaşması'na İlişkin Ek Protokol hazırlanmıştır⁸⁸. Madrid Protokolü çerçevesinde, uluslararası marka tescil başvurusunda bulunmak için, markanın menşe ülkede tescilli olması şartı kalkmış, menşe ülkede "tescil başvurusunda" bulunması yeterli görülmüştür. Türkiye 1/95 sayılı Ortaklık Konsey Kararı gereğince bu Protokol'e katılma yükümlülüğü altına girmiştir. Bunun neticesinde Türkiye 05.08.1997 tarih, 07/9731 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı⁸⁹ ile Protokole taraf olmuş, ancak Protokol ülkemizde 01.01.1999 tarihi itibarıyla uygulanmaya başlamıştır. Bu çerçevede Türkiye tarafından "Markaların Uluslararası Tesciline İlişkin Madrid Anlaşması ve Bu Anlaşmaya İlişkin Protokol'ün Uygulanmasına Dair Yönetmelik⁹⁰" kabul edilmiştir.

⁸⁵ Madrid Anlaşması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **ARKAN**, Marka Hukuku, C.I, s.8 vd.; **KIRCA, İsmail**, Markaların Milletlerarası Tescili(Madrid Sistemi), Ankara, 2005; **BAYRAM, Elif Betül**, Uluslararası Marka Tescil Sistemleri Madrid Protokolü ile Topluluk Marka Sisteminin Karşılaştırılmalı İncelemesi, Türk Patent Enstitüsü Uzmanlık Tezi, Ankara, 2001(yayınlanmamış).

⁸⁶ RG. 20.07.1855, S.9059, Çekilme kararı, Bern elçiliğimiz tarafından İsviçre Hükümetine 08.09.1955 tarihli bir nota ile bildirilmiştir. **DERİCİOĞLU, Hayri**, Türk Sınai Mülkiyet Mevzuatı ve Tatbikatı, C.I, Mevzuat ve Mevzuatın Geçirdiği Safhalar, Ankara, 1957, s.336(Mevzuatın Geçirdiği Safhalar). Türkiye'nin Madrid Anlaşması'ndan çekilmesinin sebebi ise merkezi sicile kayıtlı olan yabancı markaların, Türkiye'de kaydına gerek olmaması nedeniyle, Türkiye'nin döviz kaybına uğraması olarak belirtilmiştir. **BERZEK**, Marka, s. 78; **DERİCİOĞLU**, Mevzuatın Geçirdiği Safhalar, s.326, 331; **KIRCA**, Madrid Sistemi, s.11; **YASAMAN, Hamdi**, "Paris Anlaşması'nda Tanınmış Markalar", Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, İstanbul, 2002, s. 300(Paris Anlaşması'nda Tanınmış Marka); **ARKAN**, Marka Hukuku, C.I, s.32; **KARAAHMET, Erdoğan**, "Türkiye'de Marka Korumasının Dünü Bugünü ve Yarını", "Marka Koruması" Uluslararası Sempozyumu, Bildiriler, 24-25 Haziran 1998, İstanbul, s. 107(Marka Koruması); **ÖZDAL**, s. 12.

⁸⁷ RG. 09.01.1957, S.9513, **ÜLGEN**, Ticari İşletme, s. 343;

⁸⁸ **ARKAN**, Marka Hukuku, C.I, s.8, 32; **YALÇINER**, İlkeler, s.57; **MERAN**, s.21; **KARAAHMET**, Marka Koruması, s. 107; **BERZEK**, Marka, s. 78; **DERİCİOĞLU**, Mevzuatın Geçirdiği Safhalar, s.326, 331; **KIRCA**, Madrid Sistemi, s.11; **YASAMAN**, Paris Anlaşması'nda Tanınmış Marka, s. 300. **KAYA**, Marka Hukuku, s.10, dp.21; **ÜLGEN**, Ticari İşletme, s. 344.

⁸⁹ RG. 22.08.1997, S.23088.

⁹⁰ RG.12.03.1999, S.23637.

Uluslararası tescilli markanın devri Protokol'de ve Yönetmelik'te, birbirine paralel şekilde düzenlenmiştir. Uluslararası tescilli markanın devri ayrı bir başlık altında incelenecek olmakla birlikte kısaca bahsetmekte yarar görüyoruz.

Uluslararası tescilli markanın sahibine 10 yıllık bir koruma sağlamaktadır. Bu sürenin ilk beş yılında marka menşe ülke tesciline bağlıdır. Bunun anlamı ilk beş yıl menşe ülkedeki marka üzerinde meydana gelecek değişikliklerden, uluslararası markanın da etkileneceği yönündedir. Menşe ülkedeki marka tescilinin devredilmesi durumunda, menşe ülke ofisi durumu, uluslararası tescil ofisine bildirmekle yükümlüdür.

c. Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşmasının Eki Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması(TRIPs)

TRIPs(Trade –Related Aspect of Intellectual Property Rights- Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması) fikri mülkiyet alanındaki küreselleşmek adına yapılan en kapsamlı anlaşmadır⁹¹. Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması'nın imzalanması sırasında “ticaretle bağlantılı fikri hakların taklit edilmesinde mücadele” amacıyla yapılan görüşmeler neticesinde düzenlenmiştir ve Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması'nın 1 C ekidir⁹². Türkiye Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşmasına taraf olurken, eki niteliğindeki TRIPs'e de taraf olmuştur⁹³.

TRIPs ticaret ve hizmet markasının devrine ilişkin düzenlemeler getirmektedir⁹⁴. 21. maddesi “*Üyeler markalar için lisans verilmesi ve markaların devredilmesi ile ilgili koşulları tespit edebilirler, ancak ... tescilli bir markanın sahibinin markanın ait olduğu işi devretse de devretmese de markayı devretme hakkına sahip olacağı anlaşılmaktadır.*” Madde ile üye devletlere, markanın devrine ilişkin şartları belirlemede yetki verilmiş, düzenlemelerin üye devletlerce yapılacağı

⁹¹ PEKDİNÇER, Marka Koruması, s. 28.

⁹² YASAMAN, Marka Hukuku, C.I, s.37; ÜLGEN, Ticari İşletme, s. 346; ÇAMLIBEL TAYLAN, Esin, Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, Ankara, 2001,s. 27.

⁹³ 26.01.1995 tarih ve 4067 sayılı Kanun (RG. 25.02.1995, S.22213)

⁹⁴ TRIPs'in getirdiği düzenlemeler için bkz. CARVALHO, Nuno Pires, The TRIPs Regime of Trademarks and Designs, İngiltere, 2006, s. 35 vd; YALÇINER, İlkeler, s.50; PEKDİNÇER, Marka Koruması, 28 vd.

belirtilmiştir⁹⁵. Ancak hemen ardından bir istisnaya yer verilmiştir. Üye devletler markanın devrini işletmenin devrine bağlayamayacaklardır. Buna göre, marka sahibinin markasını devretme hakkı işletmesini devretmesine bağlı tutulamayacaktır. Kişi işletme ve markasını farklı kişilere devretme hakkına sahip olacaktır⁹⁶. CARVALHO bu madde ile Paris Sözleşmesi'nin, markanın devrini işletmenin devrine bağlamış olan düzenlemesinin terk edildiğini ve markanın ve işletmenin müşteri çevrelerinin birbirinden ayrıldığını belirtmektedir⁹⁷.

Söz konusu düzenleme iç hukukumuzla uyumludur⁹⁸. BK 179, TTK 11/II, MarkKHK 16/II, III. maddeleri dikkate alındığında, Türk Hukuku'nda markanın işletme ile birlikte ve işletmeden ayrı olarak devredilebileceği açıktır.

d. Markalar Kanunu Andlaşması(Trade Law Treaty, TLT)

Markalar Kanunu Andlaşması(Trade Law Treaty, TLT), 27.10.1994 tarihinde Cenevre'de kabul edilmiştir. Türkiye bu Anlaşmaya 07.04.2004 kabul tarihli 5118 sayılı Kanun⁹⁹ ile katılmıştır. Anlaşmanın Resmi Gazetede yayınlandığı gün yürürlüğe gireceği düzenlenmiştir (5118 sayılı Kanun 2. md.). Bunun üzerine "Markalar Kanunu Andlaşması" ve eki olan "Marka Kanunu Andlaşması Uygulama Yönetmeliği" Resmi Gazetede yayınlanarak, yürürlüğe girmiştir¹⁰⁰. Bu anlaşma ile sağlanmak istenen amaç, tescil ve tescil sonraki formaliteler açısından ülkelerde birlik sağlamaktır¹⁰¹. Markalar Kanunu Anlaşması ve Uygulanmasına Dair Yönetmelik, Markalar Kanun Tasarısı'nın temelini oluşturmaktadır. Daha önce belirtildiği gibi¹⁰², Anlaşma'nın hükümleri büyük ölçüde Markalar Kanunu Tasarısı'na alınmıştır.

⁹⁵ Buna göre üye devlet markanın devrinin yazılı olarak yapılması şartını getirebileceği gibi, devrin tesciline bazı sonuçlarda bağlama hakkına sahiptir. **CARVALHO**, s. 348.

⁹⁶ **CARVALHO**, markanın bir ticaret adı olmadığını, markanın mal ve hizmetlerin ismi olduğunu, bu nedenle işletmeden bağımsız olarak devredilebileceğini belirtmektedir. **CARVALHO**, s.365.

⁹⁷ **CARVALHO**, s.365; **OYTAÇ**, Markalar Hukuku, s. 204.

⁹⁸ **TEKİNALP, Ünal**, "Gümrük Birliği' nin Türk Hukuku Üzerinde Etkileri", İÜHFİM, C.LV, S.1-2, 1996, s. 70; **PEKDİNÇER**, Marka Koruması, s.28, dp.84.

⁹⁹ RG. 14.04.2004, S.25433. Anlaşma metni ise 23.09.2004 tarih ve 25592 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

¹⁰⁰ RG. 23.09.2004, S.25592.

¹⁰¹ **YALÇINER**, İlkeler, s.56; **NOYAN**, s.40.

¹⁰² Bkz. s. 36.

Öncelikle Markalar Kanunu Anlaşması'nın 2. maddesi gereğince, Anlaşma hükümlerinin ses markalarına, koku markalarına, ortak markalara, sertifika markalarına ve garanti markalarına uygulanmayacağını belirtmek gerekmektedir.

Markanın devri, 11. maddede "mülkiyet değişikliği" kenar başlığı altında çok ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir¹⁰³. Bu Anlaşma kapsamında markanın devrinin hangi

¹⁰³ Markalar Kanun Anlaşması 11. maddesinin öneminden dolayı burada yer vermeyi uygun gördük. 11. md.

"(1) Tescil sahibinin değişmesi,

(a) Marka sahibinin değişmesi durumunda, taraf ülkeler, marka sahibi veya temsilcisi veya markayı yeni alan kişi (bundan sonra "yeni sahibi" diye bahsedilecektir.) veya onun temsilcisinin talebi üzerine ilgili tescil numarası belirtilerek, değişiklik yapılır ve kayda geçirilir. Bu konudaki taleplerle ilgili gerekli belgeler hususunda, taraf ülkeler aşağıdaki hallerde talebi red edemezler.

(i) Paragraf (2) (a)'ye göre, yönetmeliklerde belirtilen forma uygun olarak yazılı talep yapıldığında,

(ii) Taraf ülkeler telefaksız iletişime izin verdiğinde ve talep bu yolla yapıldığında, paragraf (2) (a), madde (i)'de belirtilen forma uygun kopyalarda alınıyorsa,

(b) Marka sahibinin değişikliği bir anlaşma sonucu oluyorsa, taraf ülkeler bunu belirtir talep ve bunun yanı sıra, talep sahibinin seçimine göre, aşağıdaki belgelerden birini isteyebilir.

(i) Anlaşmanın bir kopyası, kopyanın orijinali ile aynı olduğunu belirtir yetkili otorite veya noter tasdiki istenebilir,

(ii) Marka sahibinin değiştiğini gösterir anlaşmanın özeti, bu özetin anlaşmanın gerçek özeti olduğunu belirtir yetkili otorite veya noter tasdiki istenebilir,

(iii) Yönetmeliklerde belirtilen içerikte ve eski ve yeni marka sahibinin imzasını taşıyan tasdiksiz devir sertifikası;

(iv) Yönetmeliklerde belirtilen içerikte ve eski ve yeni marka sahibinin imzasını taşıyan tasdiksiz devir belgeleri,

(c) Değişiklik marka sahibinin başkasıyla birleşmesi şeklindeyse taraf ülkeler bu birleşmeyi gösterir ve yetkili otoritelerden alınmış belge ticaret odası kaydı gibi belgelerin kopyasını taleple birlikte isteyebilir ve bu belgelerin orijinali ile aynı olduğunu ispat bakımından yetkili otoritelerce veya noterce tasdikini talep edebilir.

(d) Markanın müşterek sahiplerinin hepsi değil de bir veya birkaç değişken ve bu değişiklik anlaşma veya birleşme şeklinde oluyorsa, taraf ülkeler değişmeyen müşterek sahiplerden, bu değişikliğe rızası olduğuna dair yazılı belge isteyebilir.

(e) Marka sahibindeki değişiklik anlaşma veya birleşme ile ilgili değil de, başka sebeple, mesela, kanuni bir değişiklik veya mahkeme kararı ile oluyorsa, taraf ülkeler değişiklik veya mahkeme kararı ile oluyorsa, taraf ülkeler tasdikli veya noter tasdikli belge isteyebilir.

(f) Taraf ülkeler bu nevi taleplerin aşağıdaki unsurları içermesini isteyebilir.

(i) Marka sahibinin adı ve adresi,

(ii) Yeni marka sahibinin adı ve adresi,

(iii) yeni marka sahibinin tabiiyeti, ikametgahının veya gerçek ve etkin sınai ve ticari işletmesinin olduğu ülkenin adı;

(iv) Yeni marka sahibi bir tüzel kişi ise, bu şirketin hukuki konumu, hangi ülkeye ait olduğu, kuruluşunun tabi olduğu kanuna göre o ülkedeki sınırları;

(v) Marka sahibinin vekili varsa, bu vekilin adı ve adresi

(vi) Marka sahibinin yazışma adresi varsa, bu adresi;

(vii) Yeni marka sahibinin vekil varsa, bu vekilin adı ve adresi;

(viii) Yeni marka sahibi Madde 4 (2) (b)'ye göre yazışma adresi gerektiriyorsa bu adresi;

(g) Taraf ülkeler bu taleple ilgili olarak ofise harç ödenmesini isteyebilirler.

(h) Değişiklik birden fazla tescili kapsıyorsa, marka sahibi ile yeni sahibinin aynı olması ve taleple ilgili tüm tescil numaraları belirtilmişse, tek bir talep yeterli olacaktır.

(i) Marka sahibindeki değişiklik tescilli markanın tüm eşya ve/veya hizmetlerini kapsamıyorsa, marka sahibinin değişikliğinin yapıldığı eşyalar ve/veya hizmetler için geçerli olan yeni bir tescil yapılacaktır.

(2) Lisan; tercüme

(a) Taraf ülkeler talebin, devir belgelerinin veya 1. paragrafta belirtilen devir ile ilgili belgelerin ofisçe kabul edilen dil veya dillerden biri ile yapılmasını isteyebilir.

(b) Taraf ülkeler, paragraf (1) (b) (i) ve (ii) , (c) ve (e)'ye göre gönderilen dokümanların ofislerince kabul edilen dil veya dillerden biri ile olmaması halinde, söz konusu dokümanların bu dil veya dillerden biri ile yapılmış tercümesini veya tasdikli tercümesini isteyebilir.

(3) Başvuru sahibinin değişmesi

Henüz başvuru numarası yayınlanmamış veya başvuran veya temsilcisine bildirilmemiş ise, yönetmeliklerde belirlenen usulüne uygun başvuru veya başvurular, veya hem başvuru hem de tescilli bulunan marka sahibinin değişikliği ile ilgili olarak paragraf (1) ve (2) gerekli değişiklikler yapılarak aynen uygulanır.

(4) Başka Belge İsteme Yasağı

Taraf ülkelerin sahibini bu madde ile ilgili değişikliklerde paragraf (1) den (3) e kadar olan belgeler talep edilemez.

(i) Paragraf (1) (c) ile ilgili olarak, ticaret kaydı veya herhangi bir sertifika;

(ii) Markanın veya müracaatın yeni sahibine ilişkin, o sanayi veya ticari faaliyet yürüttüğüne dair belge ve bu konuda herhangi bir delil.

(iii) Marka veya müracaatın yeni sahibinin o eşya ve/veya hizmetlerle iştigal edip etmediğine dair belge ve delil;

(iv) Değişikliğin tamamen veya kısmen olup olmadığı, işi ve tüm varlığı ileri birlikte olduğuna dair belge ve delil,

(5) Delil

şekil şartına tabii olduğu belirtilmemiştir. Anlaşma ile düzenlenen konu, markanın devri sonucunda markanın mülkiyetinde meydana gelen değişikliğin, sicile tescilini sağlamaktır.

Devrin sicile tescili talebi, marka sahibi, marka sahibini vekili veya markanın yeni sahibi tarafından, devredilen markaya ilişkin tescil numarası ile yapılacak değişikliğin belirtildiği talep dilekçesi ile yapılabilecektir(11/1-a md.). 556 Sayılı MarkKHK'sı gereğince de markanın devrinin tesciline ilişkin talep taraflarca yapılabilmektedir(MarkKHK 16/VI. md.). Markalar Kanun Tasarısı'nda da aynı hüküm korunmuş, ancak Anlaşma'daki ifade kullanılarak, markanın tescil numarası ile yapılacak değişikliği belirtir imzalı talep ile tescil başvurusunda bulunulacağı düzenlenmiştir(MarkK Tasarısı 39/6 md.).

Markanın devri taraflar arasındaki bir sözleşmeye dayanıyorsa, talep dilekçesi yanında, talep sahibinin seçimine göre, aşağıdaki belgelerden biri ofis tarafından istenebilir(11/1-b md.). Anlaşma'da istenebilecek belgeler belirtilmiş, ancak bunlar arasında seçim hakkı talep sahibine bırakılmıştır. Tescil talebiyle birlikte sözleşmenin bir kopyası veya marka sahibinin değiştiğini gösteren sözleşmenin özeti verilebilir, ancak ofisin, verilen bu belgelerin yetkili otorite veya noter tasdiki ile aslına uygun olduğunun onaylanmasını isteyebilir(11/1-b, i,ii md.). Ayrıca Yönetmelik'te belirtilen içeriğe uygun olarak hazırlanmış ve imzalanmış tasdiksiz devir senedi de verilebilir(11/1-b, iii, iv md.).

Markanın devri, birleşmesi sonucunda gerçekleşmekteyse, ofis birleşmeyi gösteren ticaret odası kaydı veya benzeri bir belgeyi, birleşmeyi kanıtlayan yetkili otorite tarafından onaylanmış belgeleri veya bu belgelerin aslına uygunluğunun yetkili otorite veya noter tarafından onaylanmasını isteme hakkına sahiptir.

Markalar Kanunu Anlaşması'nın 11/I-d bendi farklı bir düzenlemede bulunmuştur. Ancak söz konusu düzenlemenin, Markalar Kanun Tasarısı'na taşınmadığını görmekteyiz. Anlaşma gereğince markanın üzerinde birden çok hak sahibinin olması durumunda ve bunlardan bir veya birkaçının, sözleşme veya birleşme

Taraf ülkeler paragraf (1) (c) veya (e)' ile ilgili olarak, ofisin gerçekçi bir sebeple şüphe duyması ve taleple bir noksanlık tespit etmesi halinde belge delil isteyebilir." Şeklinde dir.

yoluyla değişmesi durumunda, ofis değişmeyen marka sahiplerinden, bu değişikliğe onay verip vermediğine dair yazılı belge isteyebilecektir.

Markanın sahibindeki değişiklik, kanun veya mahkeme kararı sonucunda gerçekleşiyorsa, taraf ülke tasdikli veya noter tasdikli belge isteme hakkına sahiptir(11/I-e md.). Madde de sayılan ihtimaller örnek niteliğindedir.

Ayrıca maddenin f bendinde, istenebilecek belgelerde bulunması gereken hususlar belirtilmiş, ancak taraf ülkenin bu konuda takdir yetkisinin olduğu belirtilmiştir¹⁰⁴.

Değişiklik birden fazla tescili kapsıyorsa, devredilen markalar ile markaların yeni sahipleri aynı kişi ise ilgili tüm tescil numaralarının belirtildiği tek bir talep ile başvurulabilecektir(11/1-h md.). Bu durumda da taraf ülke, yukarıda sayılan belgeleri isteme yetkisine sahiptir¹⁰⁵.

Markanın tescil edildiği mal ve hizmetlerden bir kısmı için devredilmesi durumunda, ülke mevzuatı izin veriyorsa, devredilen kısım için yeni bir tescil numarası verilir(11/I-ı md.).

Yukarıda belirtilen ilkeler başvuruların devri durumunda da uygulanacaktır. Anlaşmanın ve Yönetmeliğin hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, devir ancak tanımlanmış başvurular için söz konusu olacaktır(11/3 ve Yön. 7. md.). Başvuru numarası verilmiş ise başvuru tanımlanmıştır, ancak henüz numara verilmemiş veya marka sahibine bildirilmediyse bile, ofis tarafından geçici başvuru numarası verilmişse veya başvurunun bir kopyası verilmişse veya başvurunun alındığını gösteren bir marka örneği verilmiş ise başvuru yine tanımlanmış sayılır.

¹⁰⁴ “f) Taraf ülkeler bu nevi taleplerin aşağıdaki unsurları içermesini isteyebilir.

(i) Marka sahibinin adı ve adresi,

(ii) Yeni marka sahibinin adı ve adresi,

(iii) yeni marka sahibinin tabiiyeti, ikametgahının veya gerçek ve etkin sınai ve ticari işletmesinin olduğu ülkenin adı;

(iv) Yeni marka sahibi bir tüzel kişi ise, bu şirketin hukuki konumu, hangi ülkeye ait olduğu, kuruluşunun tabii olduğu kanuna göre o ülkedeki sınırları;

(v) Marka sahibinin vekili varsa, bu vekilin adı ve adresi

(vi) Marka sahibinin yazışma adresi varsa, bu adresi;

(vii) Yeni marka sahibinin vekil varsa, bu vekilin adı ve adresi;

(viii) Yeni marka sahibi Madde 4 (2) (b)'ye göre yazışma adresi gerektiriyorsa bu adresi”

¹⁰⁵ YALÇINER, bu çerçevede bir markanın veya birden çok markanın devri, tek bir dilekçe ile gerçekleştirilebileceği, başvuru sahibi veya vekili tarafından atılan imzanın, noter gibi kurumlarca onaylanmasının aranmayacağı görüşündedir. YALÇINER, İlkeler, s.56.

Eğer Ofis bu madde kapsamında istenebilecek belgelerin doğruluğunda şüpheye düşerse, (c) ve (e) bentleri kapsamında ek delil sunulmasını talep etme hakkına sahiptir(11/5 md.). Buna göre istenebilecek ek belgeler yetkili kamu mercii veya noter tarafından onaylı olarak istenebilecektir.

Son olarak Anlaşma'nın 11/4. fıkrası "*başka belge isteme yasağı*" başlığını taşımaktadır. Düzenleme ile ofisin, birinci ve üçüncü fıkralarda istenen belgelerden başka belge isteyemeyeceği belirtilmiştir. Ofis özellikle şu belgeleri isteyemeyecektir, devrin birleşmeden kaynaklandığı durum hariç, ticaret sicil kaydı veya benzeri bir belge, markanın yeni sahibinin, sanayi veya ticari faaliyet yürüttüğüne dair belge ve bu konuda herhangi bir delil, markanın yeni sahibinin, devralınan markanın tescilli olduğu mal ve/veya hizmetlerle işgal edip etmediğine dair beyanı, belge ve herhangi bir delil istenemez. Markasını devreden kişinin, işini ve ticari itibarını tamamen veya kısmen yeni malike devrettiğine dair beyan veya belge de istenemeyecektir.

e. 89/104 sayılı Avrupa Topluluğu Marka Yönergesi ve 40/84 Sayılı Avrupa Topluluğu Marka Tüzüğü

Avrupa Birliği, fikri mülkiyet alanında küreselleşmeyi sağlamak ve kendi marka sistemini oluşturmak amacıyla bir dizi düzenlemeler yapmaktadır¹⁰⁶. Bunlardan en önemlisi üye devletlerin markalara ilişkin düzenlemelerini birbirleri ile uyumlu hale getirmelerini temin amacıyla, 22.12.1988 tarihinde 89/104 sayılı "Üye Devletlerin Markalara İlişkin Hukuklarının Uyumlaştırılmasına İlişkin Birinci Konsey Direktifi (Avrupa Topluluğu Marka Yönergesi) düzenlenmiştir. Yönerge gereğince üye devletler 28.12.1991 tarihine kadar, iç mevzuatlarını uyumlu hale getirmeyi taahhüt etmişlerdir.(89/104 sayılı Yönerge 16.1 md).¹⁰⁷

Türkiye de "Türkiye-Avrupa Topluluğu Ortaklık Konseyi'nin" 06.03.1995 tarih ve 1/95 sayılı kararı gereğince, iç mevzuatının Yönerge ile uyumlu hale getirmeyi taahhüt etmiştir.

¹⁰⁶ **KARAMAN, Fatma**, Marka Hukukunda Markanın Ülkeselliği İlkesi, İstanbul, 2008, s.43(yayınlanmamış tez)

¹⁰⁷ Daha sonra süre 31.12.1992 tarihine kadar uzatılmıştır(Konsey'in 19.12.1991 tarih ve 92/10 sayılı Kararı), **ARKAN**, Marka Hukuku, C.I, s.2.

Bu sırada tek bir başvuru ile Avrupa Birliğine dahil ülkelerin hepsinde geçerli marka tescilinin sağlanabilmesi amacıyla 14.01.1994 tarihinde 40/89 sayılı Topluluk Marka Tüzüğü kabul edilmiştir¹⁰⁸.

Tek bir başvuru ile Avrupa Birliği'ne dahil ülkelerin hepsinde geçerli bir marka tescilinin sağlanabilmesi amacıyla, 14.01.1994 tarihinde 40/89 sayılı Topluluk Marka Tüzüğü kabul edilmiştir ve topluluk markası yaratılmıştır.

Tüzük'te, Topluluk Markasının devrine ilişkin ayrıntılı hükümler yer almaktadır. 556 Sayılı MarkKHK'sının mehzamını oluşturduğu için, Kararname'nin devre ilişkin hükümlerini büyük ölçüde barındırmaktadır. Topluluk Markasının devri ayrı bir başlık altında ayrıntılı olarak incelenmiştir.

II. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI- METOD

Markanın üzerinde birçok hukuki işlem yapılabilecek olmakla birlikte, incelememiz markanın devri ve markanın devri sonucunu doğuran hukuki işlemlerle sınırlandırılmıştır.

Bu çerçevede öncelikle markanın devrinin Türk Hukuku'nda göstermiş olduğu gelişim incelenmiştir. Arkasından uluslararası düzenlemelerdeki markanın devrine ilişkin özellikler belirtilmiştir. 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin devre ilişkin hükümlerinin ayrıntılı incelemesi birinci bölümde yer almaktadır. Ayrıca Madrid Sistemine göre WIPO nezdinde tescil edilmiş Uluslararası Tescilli Marka ve OHIM nezdinde tescil edilmiş Topluluk Markasının devri konularına da yer verilmiştir.

Son bölümde ise devir hükmü doğuran diğer hukuki işlemler incelenmiştir. Bu başlık altında incelenen konuların ortak özellikleri, MarkKHK'da öngörülen marka devir şeklinin istisnalarını oluşturmalarıdır. Gerçekten de markanın geçerli şekilde devredilebilmesi için devir sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması ve taraflarca imzalanması gerekmektedir(MarkKHK 16/II. md.). Markanın ticari işletmenin aktif ve pasifleriyle birlikte devredilmesi durumu, yazılı sözleşmenin istisnası olarak

¹⁰⁸ Topluluk Markası için başvuru hakkı sadece Avrupa Birliği ülkelere tanınmamıştır. Paris Sözleşmesine veya DTÖ Kuruluş Anlaşmasına taraf ülke vatandaşları ile Avrupa Birliği veya Paris Sözleşmesine üye ülkelerden birinde ikametgah eden veya bir işletmeye sahip olanlar OHIM nezdindeki marka tesciline başvurabileceklerdir(40/84 sayılı Topluluk Marka Tüzüğü 5.1.c).

belirlenmiştir. Ancak tek istisna bu değildir. Söz konusu başlık altında incelenecek olan ticari vekil veya temsilci tarafından markanın haksız olarak tescil edilmesi durumunda markanın devri, markanın miras yoluyla devri, markanın sermaye olarak getirilmesi, ticari işletmenin devredilmesi yanında işletmelerin birleşmesi, ticaret şirketlerinin birleşmesi ve bölünmesi ve markanın cebri icra marifetiyle satılması durumlarında da, markanın devri özellik arz etmektedir. Tezin genelinde Markalar Kanun Tasarısı ve TTK Tasarısı'nın getirdiği yenilikler ayrıntılı olarak değerlendirilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

MARKANIN DEVRİ

§ 1. MARKANIN DEVRİ: KAVRAM/ KAPSAM/ KOŞULLAR/ HUKUKİ NİTELİĞİ

I. KAVRAM

Bir malvarlığı değeri olan markanın devredilebileceği¹⁰⁹ MarkKHK 15/I. fıkrasında açıkça düzenlenmiş olmakla birlikte, asıl olarak devir MarkKHK'nın 16. maddesinde hükme bağlanmıştır. MarkKHK kaynaklık eden 40/94 sayılı Topluluk Markası Tüzüğü'nün 17 ve devamı maddelerine bakıldığında, ufak farklılıklarla düzenlemelerin MarkKHK 16. maddesine alındığı anlaşılmaktadır.

Bu düzenlemeler gereğince, marka, tescilli olduğu mal veya hizmetlerin tamamı veya bir kısmı için devredilebilecektir¹¹⁰. Marka sahibi, markasını ticari işletmeden bağımsız veya ticari işletme ile birlikte devredilebilme hakkına sahiptir (MarkKHK 16/II, III ve BK 179. Md). Ticari işletmenin devri sırasında, marka, açıkça

¹⁰⁹ Amerikan Hukuku'nda markanın devri Türk Hukuku'ndan farklı sonuçlar doğursa da, devredilebilirliği asıldır. Farklılıklar üzerinde ileride durulacaktır. **SCHECHER, Roger/ THOMAS, John**, Intellectual Property The Law Of Copyrights, Patent and Trademarks, ABD, 2003, s. 770; **STIM, Richard**, Patent, Copyright & Trademark, New York, 2009, s. 382; **BOUCHOUX, Deborah E.** Intellectual Property, ABD, 2005, s. 103.

İngiliz Hukuku'nda da benzer şekilde markanın işletme ile birlikte veya bağımsız olarak devri mümkündür. **CORNISH, William/ LLEWELYN, David**, Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights, Londra, 2007, s.685; **TRITTON, Guy**, Intellectual Property in Europe, Londra, 1996, s. 132.

Almanya ve İsviçre Hukuku'nda markanın devri mümkündür. **FEZER, Karl-Heinz**, Markenrecht : Kommentar zum Markengesetz, Münih, 2009, s. 1295 vd. (MarkenG); **BERLIT, Wolfgang**, Markenrecht, Münih, 2008, s. 258; **TROLLER, Kamen**, Grundzüge des Schweizerischen Immaterialgüterrechts, s.Münih, 2005, s.286; **KLETT, Alexander R./SONNTAG, Matthias/ WILSKE, Stephan**. Intellectual Property Law in Germany, Münih, 2008, www.beck.de.; Alman Hukuku'nda markanın devrinin hukuki tarihçesi hakkında **LANGE, Paul**, Marken-und Kennzeichenrecht, Münih, 2006, s. 386 vd.

¹¹⁰ Amerikan Hukuku'nda markanın devri, markanın mülkiyetinin ve müşteri çevresinin transfer olması demektir. Bu durum ise en çok şirket satışlarının da gündeme gelmektedir. Ancak bunun yanında marka devrinin iflasın veya hacin bir parçası olduğu durumlar da vardır. Markayı devralan işletme markanın mülkiyetini kazanır ve devralan(assignee) adını alır ve markayı devredeninin(assignor) devirden sonra markanın mülkiyet ile bir ilgisi kalmaz. Markanın geriye transferi mümkündür. Amerikan Hukukunda markanın devri ve diğer işlemler ilgili bölümlerde ayrıntılı olarak açıklanacaktır. Dolayısıyla burada devir sözleşmesinin yazılı yapılması gerektiğini belirtmekle yetineceğiz. **STIM**, s. 382.

işletmenin devrinin kapsamı dışında tutulmadığı sürece, işletme ile birlikte devredilmiş sayılacaktır(TTK 11/II, MarkKHK 16/II, III md.).

Bu bölümde asıl olarak tescilli markanın, işletmeden bağımsız olarak devri incelenecektir. Taraflarca imzalanmış yazılı sözleşme, markanın devri için geçerlilik şartıdır¹¹¹. Ancak mahkeme kararı sonucu oluşan devir ile markanın ticari işletme ile birlikte devredilmesi durumunda, sözleşmenin yazılı şekilde yapılması gerekmemektedir(MarkKHK 16/III). Garanti ve ortak markanın devri için ise yazılı devir sözleşmesi yeterli görülmemiştir. Bunun yanında taraflar arasında yapılan devir sözleşmesinin sicile tescil edilmesi ile tasarruf işlemi sona erecek ve markalar geçerli şekilde devredilmiş sayılacaktır (MarkKHK 60. md). MarkKHK Yön. 19. maddesi ile markanın devrinin, marka siciline tescili talebi sırasında getirilmesi gerekli belgeler sayılmıştır. Bu belgelerin dışında Enstitü'ün makul nedenlerle şüpheye düşmesi durumunda, devrin marka siciline tescili talebi sırasında başka belgeler isteme hakkına sahiptir. Söz konusu düzenleme eleştirilmektedir¹¹².

Bunun yanında, marka devir sözleşmesinin sicile tescili, her iki taraflarca talep edilebilmektedir. Markanın devri, sicile tescil edilmediği sürece, taraflar markanın tescilinden doğan yetkileri iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri süremeyeceklerdir(MarkKHK 16/VI md.). Tescile bağlanan bu önemli sonuca rağmen, markanın mülkiyetinde meydana gelen değişikliğin marka siciline tescili kurucu etkiye sahip değildir.

Ayrıca markanın devri, mal veya hizmetlerin coğrafi kaynağı, kalitesi veya markanın kendisi ile ilgili olarak halkı yanılgıya düşürebilecek nitelikte olmamalıdır. Aksi halde Enstitü yeni marka sahibinden, markanın tescilli olduğu mal veya hizmetlerde, halkın yanılgısını ortadan kaldırmak amacıyla sınırlamaya gidilmesini isteme yetkisine sahiptir. Devralan tarafından sınırlamanın kabul edilmemesi durumunda, Enstitü, devir sözleşmesinin tescilini gerçekleştirmeyecektir(MarkKHK 16/IV. md.).

¹¹¹ Oysa Mülga 551 sayılı Markalar Kanunu'nun 34. maddesinde, markanın devri için sözleşmenin, noter tarafından re'sen düzenlenen devir senedi ile yapılması şartı yer almaktaydı.

¹¹² **ARKAN**, Marka Hukuku, C. II, s.181; **PEKDİNÇER**, Markanın Devri, s. 167; **YASAMAN**, Marka Hukuku, C.II, s. 685; **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 431; **ÜNAL**, s.61; **MERAN, Necati**, Marka Hakları ve Korunması, Ankara, 2008, s.171.

Markanın devri ile devredenin, adına kayıtlı benzer markaları da devretmesi şarttır (MarkKHK 16/V md.). Devredenin hangi markalarının birbirleri ile benzer olduğunun tespiti güçlük gösterebilir. Söz konusu markalar, aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzer olmalıdır. Markaların aynı veya benzer sınıflarda tescilli olması ve bütün bu benzerliklerin halkı yanıltacak nitelikte olması gereklidir. Bu durumda Enstitü, markanın devrini sicile tescil etmeyecektir (MarkKHK 16/V. md). Ancak bu hükme aykırılığın sonuçları üzerinde durulması gerekmektedir.

II. KAPSAM

1. Konu Açısından Kapsamı

MarkKHK 16. maddesinin ilk fıkrası incelememizin başlangıç noktasını oluşturmaktadır. Zira bu fıkra markanın devrinin kapsamı belirlenmiştir. Marka tescil edildiği mal ve/veya hizmetlerin tümü veya bir kısmı için devredilebilir. Markanın tescil edildiği mal ve hizmetlerin tümü için devredilmesi ile marka sahibi, markasını tamamen devretmiş olmaktadır.

Marka, işletmeden bağımsız olarak devredilebilir¹¹³. Türk Hukuku'nda markanın baştan itibaren işletmeyi belirtme fonksiyonunun bulunmadığı, bu nedenle işletmeden bağımsız olarak devredilebileceği düzenlenmiştir¹¹⁴. Markalar Kanun Tasarısı'nda, markanın devrinin düzenlendiği 39. maddesine “*teşebbüsten bağımsız olarak*” ifadesi eklenmiştir. Bu ifade ile Türk Hukuku'nda kabul edilen ilke kanuna taşınmıştır.

Markanın tescilli olduğu tüm mal ve hizmetler için devri mümkün olsa da, şart değildir. Markanın kısmi devri de mümkündür¹¹⁵. Kısmi devir ile aynı markanın, farklı

¹¹³ ARSEVEN, s.7 vd; ARKAN, Marka Hukuku, C.I, s.38 vd.; BİLGİLİ, Fatih, “556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK Hükümlerine Göre Tescilli Marka Üzerindeki Hakkın Devri”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, İstanbul, 2009, C.I,s. 411(Markanın Devri).

¹¹⁴ Türk Hukuku'nda markanın ticari işletmeden bağımsız olarak devrine her zaman izin verilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. s. 30.

¹¹⁵ Aynı yönde Kanada Marka Hukuku, Trade-Mark Act(R.S., 1985, c. T-13), 48. md kanun metni için bkz. <http://laws.justice.gc.ca/eng/T-13/index.htm>; Aynı yönde Amerikan Hukuku STIM, s.383; Alman ve İsviçre Hukuku MarkenG. 27; BERLIT, s. 258; LANGE, s. 386; SCHULTZ, s. 583 vd.; TROLLER, s. 286.

mal veya hizmetler için farklı kişiler tarafından kullanılmasına izin verilmektedir¹¹⁶. Markanın kısmen devredilebilmesi için, markanın birden çok mal veya hizmet sınıfı için tescil edilmiş olması gerekir gerekmediği sorusu akla gelebilir. MarkKHK 16/I. Fıkrasında “*tescil edildiği mal veya hizmetlerin tümü veya bir kısmı için devredilebilir*” ifadesi kullanılmıştır. Oysa marka sicilinde, sadece markanın tescilli olduğu mal ve hizmetler değil, aynı zamanda bu mal ve hizmetler hangi sınıfta yer alıyorsa, bu sınıflar da bulunur (MarkKHK 24 md.). Bilindiği gibi, markalar türlerine göre sınıflara ayrılmıştır. Türkiye 12.07.1995 tarih 95/7094 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile “Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Nis Anlaşmasına¹¹⁷” taraf olmuştur. Bu anlaşmaya uygun olarak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı, markaların sınıflandırılmasına ilişkin Tebliğ’ler yayınlamaktadır. Sanayi Bakanlığının konu ile ilgili ilk düzenlemesi BK/TPE 96/2 sayılı Tebliği’dir¹¹⁸. Söz konusu Tebliğler, çeşitli tarihlerde değiştirilmiştir. Markanın sınıflandırılmasına ilişkin çıkartılan son Tebliğ (2007/2 Sayılı Tebliğ)¹¹⁹, 34 mal ve 11 hizmet sınıfından oluşmaktadır ve her sınıf kendi içerisinde alt gruplara ayrılmıştır.

BİK/TPE 2001/2 sayılı Tebliğ¹²⁰’in 4. maddesinde her sınıfın kendi içerisinde alt gruplara ayrıldığı, 6. maddesi ile bazı alt grupların koyu karakterle yazıldığı, başvuruda bunların belirtilmesi durumunda söz konusu alt gruptaki tüm emtiaları kapsayacağı düzenlenmişti. Örneğin;

1. SINIF;

“01. 01. Sanayide kullanılan kimyasal ürünler: Tekstilde ve dericilikte kullanılan kimyasal ürünler (boyalar hariç), işlenmemiş sentetik maddeler, işlenmemiş

¹¹⁶ MarkKHK Yön. 19. maddesi gereğince, kısmi devir durumunda, kısmi devralan adına yeni bir marka dosyası oluşturulacak ve yeni bir marka tescil numarası ve belgesi düzenlenecektir. Bu yeni tescil numarası, ilk tescil tarihi de belirtilerek Marka Sicil Gazetesi’nde yayımlanır. Bu durum önem arz etmektedir. Zira devralana verilen yeni tescil numaralı tescil belgesinde yazan “tescil tarihi” devreden markasının tescil ettirdiği tarihtir. Yoksa markanın devralındığı tarih değildir. Yargıtay aynı şekilde devralınan markanın koruma süresinin devir tarihinde değil, devreden markasının ilk tescil ettirdiği tarihten itibaren başlayacağını belirtmiştir. Yarg. 11. HD. T. 24.12.1999, E. 1999/6393, K.1999/10787; **KARAN/KILIÇ**, s.331.

¹¹⁷ RG. 13.08.1995, S. 22373.

¹¹⁸ RG. 27.08.1996, S. 22740.

¹¹⁹ Marka Tescil Başvurularına Ait Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (BİK/TPE: 2010/2) ile BİK/TPE 2007/2 sayılı Tebliğ’e ek ilaveler yapılmıştır. (RG.20.01.2010, S.27468)

¹²⁰ RG. 31.12.2001, S. 24627.

plastik, işlenmemiş suni reçineler, yağ gidericiler, kalıp ayırma maddeleri, saf su, sınaî gazlar, gıda maddelerinin dayanıklı ve taze kalmasını sağlayan maddeler, soğutucu maddeler, sıvı kauçuk (lastik), sanayide kullanılan tuzlar...

*01. 02. **Bilim sahasında kullanılan kimyasal ürünler:** Bilimsel amaçlı teşhis maddeleri/araçları, deney kâğıtları, bilimsel amaçlı radyoaktif maddeler, reaktifler...*

*01. 03. **Fotoğrafçılıkta kullanılan kimyasal ürünler:** Işığa karşı hassas kâğıtlar, folyolar ve filmler; pozlanmamış sinema ve fotoğraf filmleri, pozlanmamış röntgen filmleri, film işlemede kullanılan kimyasallar ...” şeklinde alt sınıflara ayrılmıştı. Böylelikle marka başvurusu sırasında tescil edilmek istenen sınıf, örneğin “**1.SINIF**” olarak belirtilebilecektir. Veya 1. Sınıfın “01.03. Fotoğrafçılıkta kullanılan kimyasallar” gibi alt sınıf olarak da belirtilebilir veya sadece emtianın adı, örneğin “ışığa karşı hassas kâğıtlar” emtiası seçilebilir ve marka TPE tarafından ilgili sınıfa yerleştirilir. Daha sonra, BİK/TPE 2002/2 sayılı Tebliğ¹²¹ ile BİK/TPE 2001/2 sayılı Tebliğ’in numarası değiştirilmiş ve alt gruplara eklemeler yapılmıştır (2002/2 Sayılı Tebliğ 1 ve 2. md.). Örneğin, 09 uncu sınıfın sonuna 41 inci alt grup olarak “*Araç kapıları için uzaktan kumanda açma-kapama mekanizmaları*” ilave edilmiştir.*

Nis Anlaşması’na dayanılarak hazırlanan mal ve hizmet sınıfları beş yılda bir yenilenerek yeniden düzenlenmektedir(BİK/TPE 2007/2 sayılı tebliğ 1. md.). Bu konuda çıkarılan son tebliğ, 08.01.2007 tarih, 26397 sayılı Resmi Gazete’de ilan edilerek yürürlüğe giren “Marka Tescil Başvurularına Ait Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğdir.”(BİK/TPE 2007/2 sayılı tebliğidir). Söz konusu Tebliğ’in 6. maddesi ile BİK/TPE 2001/2 ve BİK/TPE 2002/2 sayılı Tebliğler yürürlükten kaldırılmıştır ve sistem değiştirilmiştir. Bu Tebliğ’de “alt grup” kavramına yer verilmemiştir. Örneğin son Tebliğ’de, “**1. SINIF:**

Sanayide, bilim sahasında, fotoğrafçılıkta, tarım, bahçecilik ve ormancılıkta kullanılan kimyasallar.

İşlenmemiş suni reçineler ve işlenmemiş plastikler.

Gübreler ve topraklar.

Yangın söndürücü maddeler.

¹²¹ RG. 02.07.2002, S. 24803.

Ev ve kırtasiye amaçlı olmayan yapıştırıcılar.” şeklinde belirtilmiştir. Marka sahibi tarafından başvuru sırasında tescili istenen sınıf belirtilebileceği gibi, sadece emtia da belirtilebilir ve TPE, markayı uygun gördüğü sınıfa yerleştirir (MarkKHK 24, MarkKHKYön. 11 md.). Örneğin; marka tescil başvurusunda “kahve” emtiası seçilir ve Enstitü, markayı “30. sınıf, kahve” şeklinde kaydeder. Bu durumda marka 30. sınıftaki emtialardan sadece “kahve” için kullanılabilir. TPE tarafından sınıf başına ücret alınır¹²². Sınıfın içerisinde kaç tane emtianın veya alt grubun tescilinin istendiğinin önemi yoktur.

Bu kısa bilgiden sonra incelememize dönersek, marka 30. sınıfta hem kahve hem de makarnalar için tescil edildiyse, kanaatimiz sadece “30. sınıf; makarnalar” için markanın kısmen devredilmesinin mümkün olduğudur. TPE tarafından kısmen devir yapılabilmesi için matbu formlar düzenlenmiştir. Bunlardan “Marka Kısmi Devir Talep Formunda”, “Devir Edilecek Mal ve Hizmetler” bölümünde önce “sınıf” bilgisi, arkasından da “mal veya hizmet” bilgisinin yazılması istenmiştir. Dolayısıyla hangi sınıfta hangi mal ve hizmetlerin devredilmek istendiğinin belirtilmesi gereklidir.

(5) DEVİR TALEP EDİLEN MAL VE HİZMETLER	
	Mal ve Hizmetler (Veya Ek Bilgiler)

Tebliğ’ler beş yılda bir değişikçe sınıflar, sınıfların kapsadığı emtialar/hizmetler değişmektedir (2007/2 sayılı Tebliğ 1. md)¹²³. Bu nedenle, kısmi devir sırasında özellikle belirtilmesi gereken, devredilmek istenen mal ve hizmetlerin isimleridir. Devir sözleşmesinde sadece devredilecek sınıf belirtilmiş ise, belirtilen sınıftaki bütün emtiaların devredildiği kabul edilecektir. Devir sözleşmesinde sadece belli emtiaların yazılması durumunda ise markanın sadece söz konusu emtialar için devredildiği kabul edilecektir. Ayrıca hem mehzaz 40/94 sayılı Tüzük 17.1.

¹²² Ücret tarifesi için bkz. <http://www.tpe.gov.tr/portal/default2.jsp?sayfa=261>

¹²³ 20.01.2010 tarihinde Marka Tescil Başvurularına Ait Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (BİK/TPE: 2010/2) ile BİK/TPE 2007/2 sayılı Tebliğ’e ek ilaveler yapılmıştır. (RG.20.01.2010, S.27468).

maddesinde¹²⁴ hem de MarkKHK 16/I. fıkrasında markanın tescilli olduğu mal ve hizmetler ifadesi kullanılmış, sınıf ifadesi kullanılmamıştır.

Markanın kısmi olarak devredilmesinin, “markanın bölünmesi” olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği hususu tartışmalıdır. YASAMAN¹²⁵ kısmi devrin markanın bölünmesi olduğu kanaatindedir. KAYA¹²⁶ ise markanın kısmen devrinin bölünmeye benzemekle birlikte, aynı anlama gelmediği, bölünmenin sadece marka başvurusuna özgü olarak düzenlendiği görüşündedir. Markanın bölünmesi; marka sahibinin talebi ile markanın tescil edilmek istendiği sınıflar, mal/ hizmetler için ayrılması ve ayrı tescil numaraları ile ayrı marka haklarına dönüşmesi demektir¹²⁷. Bu şekilde marka bölünerek, aynı markaya, farklı sınıflar için yeni tescil numaraları verilmekte fakat marka sahibi değişmemektedir. Markanın kısmi devrinde ise, marka tescilli olduğu mal ve/veya hizmetlerin bir kısmı için devredilmekte, devredilen mal ve/veya hizmetler için marka yeni tescil numarası ile kaydedilmekte, fakat aynı markanın farklı sınıflar için farklı kişilere ait olması sonucu doğmaktadır. Ayrıca marka başvurusunun bölünmesinde kısmi devirde olduğu gibi MarkKHK 16/VI ve 16/V. fıkraları anlamında sınırlandırılması söz konusu değildir.

Konuya ilişkin değinmek istediğimiz son bir husus ise 556 sayılı MarkKHK’da, marka veya marka başvurusunun bölünmesine ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmemesi yanında, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin Uygulanmasına Dair Yönetmeliğin¹²⁸ 15/I. maddesinde¹²⁹ marka başvurusunun bölünebileceğinin, fakat *tescilli markanın* bölünemeyeceğinin açıkça düzenlenmiş olmasıdır.

Markalar Kanun Tasarısı’nın gerekçesinde belirtildiği üzere Tasarı hazırlanırken 01.01.2005 tarihinde uygulanmaya başlayan Markalar Kanunu Anlaşması’na(TLT) da uyumun sağlanmasına çalışılmıştır. Tasarı’daki en önemli

¹²⁴ 40/94 sayılı Topluluk Marka Tüzüğü 17.1. “...some or all of the goods or services for which it is registered...”.

¹²⁵ YASAMAN markanın kısmen devrinin markanın bölünmesi olduğunu belirtmiş, fakat gerekçelerini açıklamamıştır. YASAMAN, Marka Hukuku, C.II, s.681, aynı yönde KARAN/KILIÇ, s. 329.

¹²⁶ KAYA, Marka Hukuku, s. 208 vd.

¹²⁷ YASAMAN, Marka Hukuku, C.II, s.681, dp.7.

¹²⁸ RG. 09.04.2005, S. 25781.

¹²⁹“**Madde 15** — Bir marka tescil başvurusu, başvuru sahibinin veya varsa vekilinin talebi üzerine, Enstitü tarafından başvuru tescil edilene kadar iki veya daha fazla sayıda başvuruya bölünebilir. Tescilli markaların bölünmesi mümkün değildir.”

düzenlemelerden birinin de Markalar Kanun Anlaşması'na uygun olarak marka tescil başvurusunun bölünmesine ilişkin düzenleme olduğu belirtilmiştir. Böylelikle birden çok mal veya hizmette tescili talep edilen marka tescil başvurusunun, itiraza konu olan bölümleri hariç, tescil işlemlerinin devamına imkan sağlanmıştır¹³⁰. Bu açıklama ile hem Markalar Kanun Anlaşması'nın(TLT) hem de Markalar Kanun Tasarısı'nın ilgili hükümlerine değinilmesi gerekmektedir.

Markalar Kanun Anlaşması'nın bölünmeye ilişkin 7. maddesi "*Başvuru ve Tescilin Bölünmesi*" madde başlığını taşımaktadır. Madde ise;

(1) Başvurunun Bölünmesi

(a) Çeşitli eşyaları ve/veya hizmetleri kapsayan bir başvuru (bundan sonra "ilk başvuru" olarak bahsedilecektir),

(i) Markanın tesciline ofisçe karar verilene kadar,

(ii) Ofisçe markanın tesciline dair verilmiş karara karşı herhangi bir itiraz esnasında,

(iii) Markanın tescili kararına karşı bir mahkeme prosedürü esnasında, başvuran veya onun talebi ile, ilk başvuru esnasındaki eşyaları ve/veya hizmetleri dağıtarak, iki veya daha çok başvuruya (bundan sonra "bölünmüş başvurular" olarak bahsedilecektir) bölünebilir. Bu tür bölünmüş başvurular ilk başvurudaki başvuru tarihini ve varsa rüçhan hakkını korur.

(b) Taraf ülkeler alt paragraf (a)'ya göre başvurunun bölünmesi için gerekenleri, harçlar da dahil, oluşturmada serbesttir.

(2) Tescilin bölünmesi 1. paragraf, gerekli değişiklikler yapılarak, tescilin bölünmesi hususunda da uygulanır. Bu tür bir bölünme,

(i) Üçüncü kişilerce ofise tescilin geçersizliği için bir talep yapıldığında,

(ii) Bir önceki uygulamaya göre ofisçe alınmış bir karara karşı mahkeme açılmışsa taraf ülke tescilin bölünmesini kabul etmiyor ama kanunları, marka tescil edilmeden, markanın tesciline karşı üçüncü tarafların itirazlarını kabul ediyorsa, yapılabilir." şeklinde.

Belirtilen maddenin birinci paragrafı marka tescil başvurusunun bölünmesini düzenlemiştir. İkinci paragraf ise mevzuatımızda daha önce yer almamış olan "tescilli markanın bölünmesi"ne ilişkindir. Madde gereğince tescilli marka sahibi ancak bazı şartların gerçekleşmesi durumunda markanın bölünmesini talep etme hakkına sahiptir. Tescilli markanın bölünmesi için üçüncü kişinin tescil ofisine, tescilli markanın hükümsüzlüğü için talepte bulunmuş olması veya bu talep sonucunda ofis tarafından

¹³⁰ MARKK. GENEL GEREKÇESİ

verilen karara karşı mahkemeye başvurulmuş olması gereklidir. Mahkemenin açıldığı ülke tescilin bölünmesini kabul etmiyor ancak üçüncü kişinin markanın tesciline itiraz edebileceğini kabul ediyorsa, tescilli marka yine bölünebilecektir. Bu şartlarla markanın itiraza konu olan mal ve/veya hizmetler markanın tescilli olduğu mal ve/veya hizmetlerden ayrılarak, tescil bölünebilecektir. Görüldüğü üzere Anlaşma'nın bölünmeye ilişkin hükmünün MarkK Tasarısı'na alındığı belirtilmekle birlikte, Tasarı'da tescilli markanın bölünmesine ilişkin düzenleme yer almamaktadır. Ancak Anlaşma'nın tescilli markanın bölünmesine ilişkin düzenlemesinin hem MarkKHK hem de Markalar Kanun Tasarısı açısından uygulanabilirliğini değerlendirmek gerekmektedir. Öncelikle Türk Hukuk sisteminde tescil edilmiş markanın hükümsüzlüğü amacıyla sadece mahkemeye başvurulabilir(MarkKHK 43. md.)¹³¹. Dolayısıyla tescilli markanın iptali için Enstitü'ye itiraz edilememektedir. Ancak Anlaşma'da, taraf ülkenin tescilli markanın bölünmesini kabul etmemekle birlikte, marka henüz tescil edilmeden tescile itirazı kabul ediyorsa, tescilli markanın bu ülkede de bölünebileceği belirtilmektedir.

Markalar Kanun Tasarısı'na bu düzenlemenin alındığını söylemek güçtür. Tasarı'nın 18. maddesinde *“bir marka tescil başvurusu, tescil edilene kadar... bölünebilir”* şeklindeki ifadesi ile sadece marka başvurusunun bölünebileceğini düzenlenmiştir¹³². Türk Hukuk sisteminde tescilli markanın hükümsüzlüğü amacıyla açılan dava sırasında, ihtiyati tedbir alınmadığı sürece, kural olarak ihtilaf konusu markanın kullanılmasına devam edilmektedir. Dava sonucunda da hem MarkKHK 42/II

¹³¹ Oysa Alman Marka Kanunu gereğince marka başvurusu mutlak red nedenleri açısından uygun görüldükten sonra tescil edilmektedir. Bu tescilin yayınlanmasının ardından 3 ay içinde üçüncü kişilerin tescile itiraz hakları vardır(Alman MarkK 41, 42. md.), **SCHWEYER, Stefan(SCHULTZ)**, s. 664, 666 vd.(Şerhin bu bölümünü STEFAN SCHWEYER yazmıştır); **FEZER**, s.1985, 1994 vd.

¹³² Markalar Kanun Tasarısı; Madde 18. *“(1) Bir marka tescil başvurusu, tescil edilene kadar, başvuru sahibinin yazılı talebi üzerine ve bölünme ücretinin ödenmesi koşuluyla, iki veya daha fazla sayıda başvuruya bölünebilir ve ilk başvurunun kapsamındaki mal ve/veya hizmetler bölünmüş başvurular arasında dağıtılabilir. Başvurunun yayınlanmasından sonra gerçekleşen bölünme de ayrıca yayımlanır. (2) Bölünmüş başvurular, ilk başvurunun başvuru tarihini ve varsa rüçhan hakkını korurlar. Bölünmüş başvurular tekrar birleştirilemezler. (3) Başvurunun bölünmesi talebi, aşağıdaki hallerde kabul edilmez; a) Bölünmesi talep edilen başvurunun yayımına itiraz halinde, itiraza konu olan mal ve/veya hizmetlerin bölünmüş tek bir başvuruda kalmaması durumu, b) Bölünmesi talep edilen başvurunun Enstitünün ret kararına konu olması halinde, itiraza konu olan mal ve/veya hizmetlerin bölünmüş tek bir başvuruda kalmaması durumu, c) Bölünme talebinin reddini gerekli kılan haklı nedenlerin varlığı. (4) Kabul edilmeyen bölünme taleplerinde ücret iade edilmez.”*

hem de MarkK Tasarısı 47/II. maddesi gereğince, markanın kısmi hükümsüzlüğü mümkündür.

Bu bilgiler ışığında konumuza geri dönecek olursak MarkK Tasarısı'nda da markanın tescil edildikten sonra bölünebileceğine ilişkin bir hükme yer verilmemiş, ancak markanın tescil edildiği mal ve/veya hizmetlerin tümü veya bir kısmı için devredilebileceği düzenlenmiştir(MarkKHK 39. md.). Dolayısıyla da markanın kısmen devri ile marka bölünmesinin birbirine yakın sonuçlar doğurduğunu, fakat aynı anlamda olmadığını, kanun koyucunun amacının da bu doğrultuda olduğunu söyleyebiliriz.

2. Coğrafi Açıdan Kapsamı

Markanın tescil edildiği mal ve/veya hizmetlerin bir kısmı için devri mümkün olmakla birlikte, belli coğrafi bölgeler ile sınırlı olarak, markanın kısmi devri mümkün değildir¹³³. Marka, tescil edildiği ülkenin tamamında koruma sağlar. Bunun anlamı söz konusu ülkede aynı veya benzer markanın, aynı veya benzer mal ve hizmetler için başkası tarafından tescil edilemeyeceği ve kullanılmayacağıdır. Bunun bir diğer anlamı ise marka korumasının aynı ülke içerisinde farklı kişiler için, farklı bölgelere, şehirlere indirgenemeyeceğidir. Bu nedenle, Türkiye'de tescilli olan bir markanın Ege bölgesi için farklı, Marmara bölgesi için farklı kişilere devri mümkün değildir. Fakat ülkenin coğrafi bölgelere ayrılarak, marka için farklı kişilere lisans verilmesi veya marka üzerinde intifa hakkı tanınması mümkündür¹³⁴.

Markanın değişik ülkelerde milli tescillerinin bulunması veya markanın Uluslararası Tescile sahip olması ve Uluslararası Tescilin birden çok ülkeyi kapsamaması durumunda sonuç değişecektir. Marka sahibinin her ülkedeki marka tescilinden kaynaklanan hakkı, kural olarak o ülke sınırları içerisinde korunacaktır¹³⁵. Dolayısıyla marka sahibi her ülkede bulunan marka hakkını farklı kişilere devredebilecektir¹³⁶.

¹³³ **ARKAN**, Marka Hukuku, C.II, s.178; **YASAMAN**, Marka Hukuku, C.II, s.683; **KAYA**, Marka Hukuku, s. 209.

¹³⁴ **YASAMAN**, Marka Hukuku, C.II, s.684; **KAYA**, Marka Hukuku, s.209.

¹³⁵ **ERDEM**, Ülkesellik Prensibi, s.46; **ERDEM, Bahadır**, “*Fikri Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk*”, 1. İstanbul Fikri Mülkiyet Hukuku Sempozyumu, 05-06 Mayıs 2005, s. 173(Fikri Haklar); **YASAMAN**, Marka Hukuku, C.I, s.4, 7.

¹³⁶ **YASAMAN**, Marka Hukuku, C.II, s.684.

III. KOŞULLAR

1. Sözleşme

Marka devir sözleşmesinin geçerlilik şartını, MarkKHK'da ve MarkKHKYön'de yer alan hükümler çerçevesinde değerlendirmek gerekmektedir. Zira düzenlemeler arasında farklılıklar bulunmaktadır. Kararname'nin üstün norm olmasına ve Kararname ile markanın devri için sadece yazılı sözleşmenin yeterli görülmesine rağmen, devrin marka siciline tescili için, gerekli evrakların düzenlendiği Yönetmelik hükümlerine itibar edildiği görülmektedir.

A. 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK

Marka üzerinde gerçekleştirilen diğer hukuki işlemler gibi, markanın devri için de yazılı sözleşmenin varlığı şarttır¹³⁷ (MarkKHK 15/II, 16/III md.). Mülga 551 sayılı Markalar Kanunu'nda ise marka devir sözleşmesinin yazılı yapılması yeterli görülmemiş, sözleşmenin noter tarafından düzenlenmesi şartı getirilmişti (MarkK 34/III md.). MarkKHK gereğince taraflar arasında düzenlenecek adi yazılı bir sözleşme ile marka geçerli şekilde devredilmiş sayılacaktır. Taraflarca bu şekil şartının aksi kararlaştırılmaz¹³⁸. Bu nedenle marka sahibi ve markayı devralacak kişi, TPE'ye beraber başvurarak, sözlü olarak devre yönelik iradelerini açıklamaları ihtimalinde bile, yapılan bu irade açıklaması geçerli bir marka devri sonucunu doğurmayacaktır. Mevzuat 40/94 sayılı Topluluk Marka Tüzüğü'nün 17.3. maddesinin düzenlemesinde de marka devir sözleşmesinin yazılı olması ve taraflarca imzalanması gerektiği, aksi sözleşmenin geçersiz olacağı şeklindedir.

Markanın devri için yazılı sözleşme yeterli olmakla birlikte garanti ve ortak markaların devri için ağırlaştırılmış şekil şartı öngörülmüştür (MarkKHK 60. md.).

¹³⁷ Amerikan Hukuku'nda da markanın devri yazılı sözleşme ile gerçekleşmektedir. **STIM**, s. 382; **BOUCHOUX**, s. 103; **PHILLIPS**, s.515; **SCHECHER/THOMAS**, s. 770.

¹³⁸ "...somut olayda, anılan KHK'nın 16. maddesine uygun biçimde karşılıklı olarak yazılıp, imzalanmış bir sözleşmeye dayalı marka devri bahis konusu değildir. Keza taraflar arasında KHK'nın 20. ve müteakip maddelerde yazılı şekilde marka kullanım hakkının devrini içeren bir lisans sözleşmesi de yapılmamıştır. Bu bakımdan ihtilafın aynı zamanda genel hükümler çerçevesinde değerlendirilip, çözülmesi gereklidir. Kural olarak bir hak devredilmeyip, yalnızca kullanımı için başkasına koşullu veya koşulsuz izin verilmişse şartları oluştuğunda asıl hak sahibinin bu müsaadeyi geri almak hak ve yetkisi de vardır. Zira, hakkın özü kendisine aittir. ..." Yarg. 11 HD. T. 03.04. 2001, E. 2001/752, K. 2001/3930, **MERAN**, s.283.

Mülga 551 sayılı Markalar Kanunu ile müşterek ve birlik markalarının devri yasaklanmıştı (MarkK 36/I md.). Ancak ortak markaya ilişkin sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı sürece müşterek markanın miras yoluyla devri mümkündür (MarkK 36/II md.). Yürürlükteki MarkKHK açık düzenlemesi ile ortak ve garanti markalarının devri, 40/94 sayılı Topluluk Marka Tüzüğü ile uyumlu hale getirilmiştir. Buna göre ortak ve garanti markaların devri, yazılı yapılacak devir sözleşmesi yanında devrin marka siciline tescili ile gerçekleşebilecektir.

Ayrıca MarkKHK 16/III. Maddesi gereğince, markanın ticari işletme ile birlikte devredilmesi durumunda, markanın devredilmesi için yazılı sözleşmenin şart olmadığı açıkça düzenlenmiştir. Bu konu ileride ayrı bir başlık altında incelenecek olmakla birlikte, yeri gelmişken kısaca değinmekte yarar görüyoruz. BK 179. maddesinde, ticari işletme devri sözleşmesine ilişkin geçerlilik şartı öngörülmemiştir. Bunun yanında devredilecek ticari işletmeye ait malvarlığı unsurlarından devri özel şekil şartına tabii olanlar var ise bunların geçerli olarak devredilebilmesi için bu şekil şartlarına uyulması gerekmektedir¹³⁹. Örneğin işletmeye ait taşınmazlar, ancak resmi şekil şartına uyularak devredilebilir. Konumuz olan marka için ise MarkKHK'da özel şekil şartı düzenlenmiştir. Bu bilgiler ışığında, ticari işletme ile markanın devredilmesi durumunda markaya ilişkin sözleşmenin yazılı şekilde yapılması gerekecektir. Ancak MarkKHK 16/III. Maddesi yazılı sözleşme şartını sadece markanın ticari işletmeden bağımsız olarak devredilmesi durumunda gerekeceğini, markanın ticari işletme ile birlikte devredilmesi durumunda, yazılı şekil şartına uyulmasına gerek olmadığını düzenlemiştir. Bu çerçevede de markanın ticari işletme ile birlikte devredilmek

¹³⁹ **MİMAROĞLU**, Sait Kemal, Ticaret Hukuku, C.I, İşletme Hukuku, Ankara, 1970, s.156 vd.; **ÜLGİN**, Ticari İşletme, s. 173; **POROY, Reha/YASAMAN, Hamdi**, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2004, s. 41(Ticari İşletme); **ARKAN, Sabih**, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2009, s.42,43(Ticari İşletme); **KARAHAN,Sami**, Ticari İşletme Hukuku, Konya, 2009, s. 36; **İMREGÜN, Oğuz**, Kara Ticaret Hukuku Dersleri, İstanbul, 2001, s.12(Ticaret Hukuku); **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, Borçlar Hukuku, İstanbul, 1993, s.281.

istenmesi¹⁴⁰ ihtimalinde, markanın devralana geçebilmesi için herhangi bir şekil şartının öngörülmediği anlaşılmaktadır¹⁴¹.

Burada hemen belirtilmesi gereken diğer bir konu ise marka devir taahhüdüdür. Borçlandırıcı işlem olan taahhüdün de marka devrinde olduğu gibi, yazılı şekilde yapılması gerektiği görüşünde olanların yanında¹⁴², her hangi bir şekil şartına bağlı olmadığı da savunulmaktadır¹⁴³. Böyle bir taahhüde dayanılarak, marka sahibinin devre zorlanıp zorlanamayacağı hususunun tespiti gereklidir. BK 22. maddesi sözleşme yapma vaadini düzenlemiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ise sözleşmenin geçerliliği bir şekil şartına bağlandıysa, bu sözleşmeye ilişkin taahhüdün de, asıl sözleşmenin şekil şartına uygun olarak gerçekleştirileceği hükme bağlanmıştır. Marka devir sözleşmesi ise bir şekil şartına bağlanmıştır. Kanunda marka devir taahhüdüne ilişkin özel bir düzenleme olmadığı için, kanaatimiz devir taahhüdünün de yazılı şekilde yapılmak zorunda olduğu yönündedir.

Taraflar arasında yapılacak devir sözleşmenin içeriği Yönetmelik tarafından belirlenmiştir(MarkKHK Yön. 19/I-a.3. md.). Yapılacak sözleşmede devredilecek marka tescil numarasının ve markanın yer alması gerekmektedir. Kısmi devir söz konusu ise devredilen mal veya hizmetlerin belirtilmesi zorunludur. Uygulama da ne kadar ayrıntılı bir sözleşme hazırlanırsa, ihtilafların o kadar önüne geçildiği görülmektedir. Örneğin, devredilen markanın benzerlerinin olup olmadığı hususu da belirtilmelidir. Bunların yanında devir konusu marka hakkında açılmış bir davanın olup olmadığı, markanın üzerinde herhangi bir rehin veya haczin bulunup bulunmadığı, markanın devirden önce kullanılıp kullanılmadığı ve devir bedelinin de sözleşmede belirtilmesinde yarar vardır¹⁴⁴.

¹⁴⁰ Ayrıca ticari işletmeye ait malvarlığının sayıldığı TTK 11. maddesinde, aksi sözleşmede belirtilmediği sürece, işletmeye dahil unsurların hepsinin sözleşmenin kapsamında olduğu düzenlenmiştir. Dolayısıyla ticari işletme devir sözleşmesinde, markanın kapsam dışı tutulduğu açıkça belirtilmemiş ise işletme ile birlikte devredilmiş sayılacaktır.

¹⁴¹ “...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 markanın da devrini kapsar (TTK.11/II)...”
Yarg. 11 HD. E. 1999/1896, K. 1999/6794, T. 14.09.1999, **MERAN**, s.283, 284.

¹⁴² **KAYA**, Marka Hukuku, s. 210.

¹⁴³ **ARKAN**, Marka Hukuku, C.II, s.179; **YASAMAN**, Marka Hukuku, C.II, s.685.

¹⁴⁴ **ARKAN**, Marka Hukuku, C.II, s. 179.

B. 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK'nın Uygulanmasına Dair Yönetmelik'te Markanın Devri

MarkKHK'da markanın devriyle ilgili olarak yer alan yazılı şekil şartına rağmen 05.11.1995 tarihli Mülga 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin Uygulama Şekli Gösterir Yönetmeliğin¹⁴⁵ 22/I-a bendi ile devir sözleşmesinde yer alması gereken hususlar ve devir sözleşmesinin marka siciline tescili için noter tarafından onaylanması gerektiği hükme bağlanmıştı. Yönetmelik'le Kararname'deki düzenlemeden daha ağır bir düzenleme getirilmesi normlar hiyerarşisi açısından uygun değildir, bu nedenle öğretilerde şiddetle eleştirilmiştir¹⁴⁶.

09.04.2005 tarihinde yürürlüğe giren ve 05.11.1995 tarihli Yönetmeliği yürürlükten kaldıran 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK'nın Uygulanmasına Dair Yönetmelikte(m.40) önemli değişiklikler yapılmıştır¹⁴⁷. Bu değişikliklerle incelendiğinde, “noter senedi” şartının kaldırıldığını görmekteyiz (MarkKHK Yön. 19. md). Bunun yerine maddenin (a) bendinde devir sözleşmesi yeterli görülmüştür. Ancak maddenin son fıkrasında “*makul nedenlerle şüpheye düşülmesi durumunda Enstitü, mülkiyet değişikliği talebine ilişkin olarak, talep sahibinden gerektiğinde noter tasdikli olması da dahil her türlü delilin ibrazını isteyebilir.*” şeklindeki hükme yer verilmiştir. Ancak uygulamada TPE tarafından “makul nedenlerde şüpheye düşürülerek” her zaman noter onaylı devir senedinin istendiği görülmektedir. TPE'nin genelde şüpheye düştüğü nokta ise, devir sözleşmesinin altında bulunan taraf imzalarıdır. İmzanın gerçekten taraflara ait olup olmadığı hususundaki şüphesinden dolayı, imzaların ve devir sözleşmesinin noterde onaylanmış şekilde sunulmasını talep etmektedir. Ancak kanaatimizce markanın devrine ilişkin sözleşmenin yapıldığı tarihte ortaya çıkabilecek hukuki sorunların engellenmesi yönünden de bu husus önem arz etmektedir. Özellikle kötüniyetli marka sahiplerinin markaların devrine

¹⁴⁵ RG. 05.11.1995, S. 22454.

¹⁴⁶ **ARKAN**, Marka Hukuku, C. II, s.181; **PEKDİNÇER**, Markanın Devri, s. 167; **YASAMAN**, Marka Hukuku, C.II, s. 685; **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, 431; **ÜNAL**, s.61; **MERAN**, s.171; Aksi görüş, “*Tescile ilişkin ayrıntılar yönetmelikle düzenlenir ve bu düzenlemede resmi sicil güvenliğini sağlama amacının güdülmesi PatKHK hükümlerine aykırı olamaz.*” **UTKU**, **Doruk**, Sınâî Hakların Rehni, Ankara, 2009, s. 246, dp. 679; “*Kanaatimizce, söz konusu eleştiriler hem teorik açıdan hatalı, hem de uygulamada sicil güvenliğini riske sokacağı için isabetsizdirler.*” ekle **UTKU**, s. 246, dp 680.

¹⁴⁷ RG. 09.04.2005, S. 25781.

ilişkin yapmış olduğu yazılı sözleşmeden sonra, daha eski tarihli bir devir sözleşmesi düzenlemesi durumunda ortaya çıkabilecek hukuki sorunların hakkaniyete uygun olarak giderilmesi mümkün olmayacaktır. Bu nedenlerle adi yazılı sözleşmenin, marka gibi önemli bir malvarlığı değerinin devri için yeterli olmayacağı kanaatindeyiz. Ancak Yönetmelikle izlenen yol doğru değildir. Hükümün Kararname'ye taşınması gerekmektedir. Ne yazık ki, Markalar Kanun Tasarısı'nda da hükümün aynen korunduğu görülmektedir.

C. Değerlendirme

Yürürlükteki mevzuat dikkate alındığında, noter onaylı devir senedinin bir geçerlilik şartı olmadığı açıktır. Bu şart devir sözleşmesinin marka siciline tescili için getirilmiştir. Kararname'de tescile öyle sonuçlar bağlanmıştır ki, yazılı devir sözleşmesi ile markayı devralan kişi, bu hakkını iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürememektedir. Öneminden dolayı tescilin etkisi ayrı bir bölümde incelenmiştir¹⁴⁸.

Burada Yönetmelikte getirilen şartın bir geçerlilik şartı olmadığını belirtmekle yetiniyoruz. Enstitü tarafından istenen ek belgeler, devir sözleşmesinin marka siciline tescili için istenmektedir. Bu belgelerdeki eksiklikler sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyecektir.

Markalar Kanun Tasarısı'ndaki düzenlemede markanın devri için yazılı sözleşme şartının korunduğu(MarkK Tasarı 39/III. md.) ancak marka devrinin şekil şartına ilişkin istisnanın genişletildiği görülmektedir. Üçüncü fıkra hükmü ile markanın, işletmenin aktif ve pasifi ile devrinde, markanın bir ticaret şirketine sermaye olarak getirilmesinde, marka hakkının mahkeme kararı ile ve cebri icra marifetiyle yapılan satış sonucu geçişinde yazılı sözleşmeye gerek olmaksızın markanın devredileceği düzenlenmiştir. Kanun Tasarısı'nda da MarkKHK'da olduğu üzere devir sözleşmesinin marka siciline tescili, kurucu nitelikte değildir (MarkK Tasarı 39/VII md). Devir sözleşmesinin taraflardan birinin talebi, Yönetmelik'te belirtilen belgelerin teslimi ile marka siciline tescil ve ilan edileceği düzenlenmiştir (MarK Tasarı 39/VI md).

¹⁴⁸ Bkz. "Devrin Marka Siciline Tescili" başlıklı bölüme.

Markanın devrinin sadece yazılı sözleşme şartına bağlanması uygulamada birçok ihtilafın doğmasına neden olmaktadır. Bunun içindir ki, devrin marka siciline tescili sırasında devir sözleşmesinin noter tarafından onaylanması aranmaktadır. Kanaatimizce de devir sözleşmesinin en azından noterde onaylanması gereklidir. TPE'nin de görüşünün ve uygulamasının bu yönde olduğu anlaşıldığına göre, Tasarı'da eleştirilerin dikkate alınmamış olması doğru değildir. 40/ 94 sayılı Topluluk Marka Tüzüğündeki düzenlemenin de yazılı sözleşme olduğu ve bu şarta sadık kalındığı iddia edilmekle birlikte, Markalar Kanun Anlaşması'nda iç hukukumuzu bu yönden bağlayan bir hüküm yer almamaktadır. Söz konusu şekil şartının değiştirilerek ağırlaştırılması gerektiği kanaatindeyiz.

2. Devir Sözleşmesinin Marka Siciline Tescili

A. Tescilin Hukuki Niteliği

Markaların Korunması Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararname'nin amacı tescilli markaları korumaktır (MarkKHK 1.md)¹⁴⁹. Bu nedenle marka üzerindeki hakkın kazanılmasında Kararname'nin, asıl olarak tescil yoluyla kazanım ilkesini benimsediği söylenebilir¹⁵⁰ (MarkKHK 6. md.). Bu tescilin kurucu etkisidir¹⁵¹. Böylelikle MarkKHK

¹⁴⁹ 89/104 sayılı Yönergede de asıl olarak tescil ilkesi benimsenmiş olmakla birlikte, üye devletler seçimlerinde serbest bırakılmıştır. 40/94 sayılı Topluluk Marka Tüzüğü de aynı ilkeyi benimsemiştir. **TEKİNALP, Ünal**, “*Yeni Marka Hukukunda Tescil İlkesi ve Tescilsiz İşaretlerin Hukuki Durumu*”, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ’a Armağan, İstanbul, 1997, s. 468, (Tescil İlkesi).

¹⁵⁰Yarg. 11 HD. T.29.09.1999, E. 1999/5372, K.1999/256, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, C.I, S.1, s.141(FMR); **KAYA**, Marka Hukuku, s.63; **KARAAHMET, Erdoğan/YALÇINER, Uğur G.**, Marka Tescilinin Temel İlkeleri ve Uygulamaları, Ankara, 1999, s. 55 vd.; **OYTAÇ, Kutlu**, Karşılaştırmalı Markalar Hukuku, İstanbul, 2002, s.17, 79(Markalar Hukuku); **ÇAMLİBEL TAYLAN, Esin**, Marka Hakkının Kullanımı ile Paralel İthalatın Önlenmesi, Ankara, 2001, s. 46; Mülga 551 sayılı Markalar Kanunu'nun temelini oluşturan ilke ise işareti ilk kullananın hakkının üstün olduğu şeklindeydi, **POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal**, “*Marka Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar*”, Prof. Dr. Haluk Tandoğan’a Armağan, Ankara, 1990, s.334; **ÖZSUNAY**, Marka, s.18; **BERZEK, Ayşe Nur** “*Tescilli Markanın Korunmasına İlişkin Sorunlar*”, Prof.Dr. Hayri Domaniç’e Armağan, İstanbul, 1995(Marka Koruması), s. 49.

Bunun yanında Amerikan Hukuku'nda marka üzerindeki hakkın kullanım sonucunda kazanılacağı ilkesi benimsenmiştir. **BOUCHOUX**, s. 94; **HALPERN, Sheldon/ NARD, Craig Allen/ PORT, Kenneth L.**, Fundamentals of United States Intellectual Property Law: Copyright, Patent, and Trademark (Kluwer Law International Title), Londra, 2006,s. 321.Amerikan Hukuku'nda markanın tesilli olduğunu göstermek için ® veya”Reg. U.S. Pat. Off.” Sembolleri kullanılmaktadır. Markanın tescilli olmasına rağmen bu sembollerden birinin kullanılmaması marka sahibinin hak kaybına uğramasına neden olmaktadır.Marka sahibi, markasına tecavüz edilmesi durumunda, bu fiili işleyen kişi tarafından markanın

korumasından tescilli markalar faydalanacak, tescil edilmemiş olan marka ise kural olarak genel hükümlere göre korunacaktır¹⁵². MarkKHK 9. maddesi ile marka hakkının kapsamı belirlenirken bu ilkeye uygun hareket edilmiştir¹⁵³.

Marka tescil başvurusu öncelikle TPE tarafından mutlak red nedenleri açısından incelenir (MarkKHK 7 md.). Bu inceleme sırasında reddedilmez ise veya red sonucu yapılan itiraz prosedürü olumlu sonuçlanırsa marka bülteninde yayınlanır. Başvurunun marka bülteninde yayınlanması ile ilgililerin markayı mutlak ve nisbi red nedenleri açısından tekrar inceleme imkânları olacaktır (MarkKHK 8 md.). Bu aşamanın olumlu sonuçlanması ile marka tescil edilir. Bu tarihten sonra marka üzerinde meydana gelecek tüm değişikliklerin sicile bildirilmesi gereklidir (MarkKHK 39/II, MarkKHK Yönetmelik 18. md vd.). Aksi halde iyiniyetli üçüncü kişilere karşı tescilden doğan haklar ileri sürülemeyecektir (MarkKHK 16/son, 20/X md.).

Kararname'nin sağladığı üstün korumalar düşünüldüğünde tescilin önemi çok açık görülmektedir. Özellikle tescil ile marka sahibi, markasının aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzerinin veya halk nezdinde markası ile bağlantılı olduğu zannı uyandıracak herhangi bir işaretin kullanılmasını engelleme hakkına sahiptir. Ayrıca yine tescilli marka sahibi, tescilli markasının başkasına ait mal veya ambalajı

tescilli olduğunun bilindiğini ispat edemedikçe, markasına tecavüz edildiği iddiasında bulunamayacaktır. **STİM**, s.433.

¹⁵¹ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.358; **MERAN**, s.223.

¹⁵² İşaretin marka siciline tescilli olmamasına rağmen, işaret kullanım sonucunda tanınmış markastatusüne gelmişse veya işaret üzerinde MarkKHK 8/III ve 8/V. Maddeleri anlamında tescilden önce kazanılmış üstün hak bulunuyorsa, tescilli markaya karşı tescilsiz işaret, kararname kapsamında da korunacaktır. Yarg. 11HD. T. 08.04.2002, E. 2001/10860, K. 2002/3275, www.kazanci.com.tr; Yarg. 11 HD. T. 19.04.2002, E. 2001/9903, K. 2002/ 3699, www.kazanci.com.tr; Yarg. 11 HD. T.06.07.1998, E.359/K.5121, **FMR**, C.I, S.2001/2, s.183; Yarg. 11 HD. T.28.05.2002, E.2002/2411, K.2002/ 5314, **FMR**, C.II, S.2002/4, s.154; **TEKİNALP**, Tescil İlkesi, s. 467 vd; **ARKAN, Sabih**, “556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK'nın 8/III. Maddesi ile İlgili Bir İnceleme”, **Batider**, Aralık, 2002, C.XXI, S.4, s. 104 vd; **ARSLAN, İbrahim**, “Tescilsiz Markaların Korunması”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C.16, S.1, 2008, s.32 vd.; **KARAHAN, Sami**, “Tescilsiz Markanın Korunmasında Marufiyet(bilinirlik) Şartı”, **FMR**, C.IV, S.2004/2, s.11; **GÜRZUMAR**, Gelişmeler”, Yargıtay Dergisi(**YD**), C.XX, S.4, s.517; Ayrıca tanınmış marka kavramı için bkz. **DİRİKAN, Hanife**, Tanınmış Markanın Korunması, Ankara, 2003; **YASAMAN, Hamdi**, “Tanınmış Markalar”, Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul, 1978, s.691; **YASAMAN, Hamdi**, “Paris Anlaşması Anlamında Tanınmış Markalar”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, İstanbul, 2002, C.I, s.300 vd.; **OYTAÇ, Kutlu**, “Tanınmış Markalarda Uluslararası ve Ulusal Kavram Kargaşasına Son”, **FMR**, C.I, S.2001/3, s.91; **ÇOLAK, Uğur**, “Paris Sözleşmesinin 6. maddesi Anlamında Tanınmış Markalar, Bu Tanınmışlığın Nasıl Belirleneceği Sorunu ve WIPO Kriterleri”, **FMR**, C.IV, S.2004/3, s.91 vd.

¹⁵³ **ARKAN, Sabih**, “ Marka Hakkına Tecavüz- İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu? ”, **Batider**, 2000, C.XX, S.3, s. 7, (Markasal Kullanım).

üzerine konulmasını, tescilli markasını taşıyan malın piyasaya sürülmesini veya bu amaçla stoklanmasını, gümrük bölgesine girmesini, başka bir teşebbüsün iş evrakı ve reklamlarında kullanılmasını engelleme hakkına da sahip olacaktır (5833 sayılı MarkKHK’de Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun¹⁵⁴ 9. md) Marka sahibi bütün bu haklara ve daha fazlasına marka tescilinin yayını tarihinden itibaren hak kazanmaktadır.

Markanın tescili suretiyle söz konusu haklar kazanılmıştır ve marka sicilinde adı yazılı olan kişinin markanın sahibi olduğu karinedir¹⁵⁵. Markanın devri ile ise “tescilli” markanın sahibinde değişiklik meydana gelmektedir. Bu değişikliği sicile kaydetme yetki ve görevi, Türk Patent Enstitüsü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun’un 3. Maddesinin (c) bendi ile Enstitü’ye aittir. Bu görev, aynı kanunun 13. maddesinde özellikle Markalar Dairesi’ne verilmiş ve Markalar Dairesi’nin marka ve marka başvurularının devirlerini tescil edeceği belirtilmiştir.

Markanın devri, taraflardan birinin talebi ile marka siciline tescil edilir ve yayınlanır (MarkKHK 16/VI md., MarkKHK Yön. 19 md.). Söz konusu düzenleme 40/94 sayılı Topluluk Marka Tüzüğü’nün 17.5. maddesinden aynen alınmıştır. Devrin marka siciline tescil edileceği düzenlenmekle birlikte, tescil kurucu etkiye sahip değildir¹⁵⁶. Diğer bir deyişle markanın geçerli şekilde devredilmesi için marka siciline tescil edilmesi şart değildir¹⁵⁷, bunun yanında tescilin sağladığı yetkiler düşünüldüğünde, devrin tescil edilmesinin önemi anlaşılabilir. Bu kuralın tek istisnası, MarkKHK 60. maddesinde garanti ve ortak markaların devrine ilişkin getirilen özel düzenlemedir. Garanti ve ortak markaların devri için yazılı devir sözleşmesinin yanında, devrin marka siciline tescili, geçerlilik şartı olarak düzenlenmiştir¹⁵⁸.

¹⁵⁴ RG. 28.01.2009, S.27124.

¹⁵⁵ **MERAN**, s. 223; **OYTAÇ**, Markalar Hukuku, s.17; **BERZEK**, Marka Koruması, s.49; **TEKİNALP**, Tescil İlkesi, s.467.

¹⁵⁶ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.432; **YASAMAN**, Marka Hukuku, s.686; **ARKAN**, Marka Hukuku, C.II, s.185; **OYTAÇ**, Markalar Hukuku, s.205; **NOYAN**, s.378; Alman Hukukundaki ve İsviçre Hukuku’ndaki düzenlemeler de aynı yöndedir. **LANGÉ**, s. 387; **BERLİT**, s. 258; **FEZER**, s. 1295; **TROLLER**, s. 286.

¹⁵⁷ “...devir sözleşmesinin yazılı yapılmasının sözleşmenin geçerliliği için mutlak koşul olduğu ve yazılı sözleşmenin yapılması ile birlikte marka hakkının devralana geçeceği ve devrin marka siciline tescili ile birlikte üçüncü kişilere karşı da hüküm ifade edeceği açıklanmıştır...” **KARAN/KILIÇ**, s.331.

¹⁵⁸ **ARKAN**, Marka Hukuku, C.II, s.185; **YASAMAN**, Marka Hukuku, C.II, s.689; **KARAHAN, Sami**, “Ortak Marka”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, İstanbul, 2007, (Ortak Marka) s. 1123; **KARAHAN, Sami**, “Garanti Markası”, Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi(FMHD), Y.2006, S.2, s. 33, 34.

Amerikan Hukuku'nda da marka devrinin Birleşmiş Milletler Patent ve Marka Tescil Ofisine (United States Patent and Trademark Office(USPTO) tescilinin kurucu etkiye sahip olmadığı görülmektedir. Ancak Lanham Act 15 U.S.C.A § 1060(a) çok farklı bir hükme yer vermektedir. Madde gereğince markanın devri üçüncü kişinin kazanım tarihine kadar veya bu kazanımın ardından üç aylık süre içerisinde tescil edilmez ise üçüncü kişilerin iyiniyetli hak kazanımları korunmaktadır¹⁵⁹. Uygulamayı bir örnek ile açıklamakta yarar görüyoruz. (X)'in tescilli markasını Şubat ayında (Y)'ye devrettiğini düşünelim. (X) aynı markayı Haziran ayında iyiniyetli (C)'ye devretmiş olsun. (Y) devri Haziran ayından önce veya Haziran'dan sonra üç ay içinde tescil ettirirse, önceki hakkından faydalanır, ancak bundan sonra (C) öncelik haklarına sahip olacaktır¹⁶⁰.

Bilindiği gibi marka başvuruları da devre konu olabilmektedir (MarkKHK 22, MarkKHK Yön. 23. md.)¹⁶¹. Marka başvuruları, markanın devrine ilişkin düzenlemeler çerçevesinde devredilecektir. Ancak henüz sicile kayıtlı bir marka olmadığı için devrin nasıl kaydedileceği sorunu gündeme gelmektedir. TPE Kuruluş Kanunu'nun açık hükmü ile Markalar Dairesine bu yetki verildiğine göre, talep edilmesi durumunda, marka başvurularının devri de tescil edilmek zorundadır. Uygulamada marka başvurusunun yer aldığı dosyaya kayıt düşüldüğü görülmektedir. Bundan sonraki bildirimlerde başvuru sahibi olarak devralan kişi dikkate alınmaktadır. Tescil prosedürünün olumlu sonuçlanmasıyla, marka, marka başvurusunu devralan kişi adına tescil edilecektir¹⁶².

¹⁵⁹ **BOUCHOUX**, s. 103.(Lanham Act, 15 USC. &1060(a)(4)); **SCHECHTER/THOMAS**, s. 778.

¹⁶⁰ Örnek için bkz. **SCHECHTER/THOMAS**, s. 778.

¹⁶¹ 40/94 sayılı Topluluk Marka Tüzüğü 24. Maddesi gereğince de marka başvuruları devredilebilmektedir. Ancak bu Tüzüğe taraf olmakla birlikte bazı ülkeler açısından marka başvurularının devredilemediğini görmekteyiz. Örneğin Suriye, Ürdün, Suudi Arabistan, Mısır'da marka başvuruları devre konu olamamaktadır. Bu devir yasağı, Madrid Sistemi gereğince yapılmak istenen uluslararası tescilde, koruma istenen ülkelerden birinin Suriye veya Mısır olması durumunda önem kazanacaktır. **KHOURY, Amir H.**, *"The Development of Modern Trademark Legislation and Protection in Arab Countries of the Middle East"*, University of the Pacific, McGeorge School of Law, The Transnational Lawyer, Spring, 2003, s.5, 15 vd.; BM'de de marka başvuruları devredilmemektedir. **BOUCHOUX**, s.103.

¹⁶² "...Davalı Ülker Gıda San. Ve Tic. A.Ş.'nin marka başvurusuna karşı davacı tarafın itirazının TPE Markalar Dairesi tarafından reddedilmesinden sonra davacı, 10.06.2002 tarihinde Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu nezdinde itiraz etmiştir. Bu arada davalı şirket, 16.12.2001 tarih ve 24634 yevmiye numaralı düzenleme şeklindeki marka devir sözleşmesi ile sahibi olduğu tescilli markalar ile birlikte, aralarında dava konusu markanın da bulunduğu tescil başvurusuna konu markaların da dava dışı Yıldız Holding A.Ş. adına düzenlenmesini istemiştir. Davalı TPE de davalı şirket talebini kabul

Hem mehaz 40/94 Sayılı Tüzük, hem de MarkKHK'nin ilgili maddesinde "devir" ifadesi kullanılmış, "devir sözleşmesi" ifadesine yer verilmemiştir. Demek ki, sadece sözleşme yoluyla devir değil, devir hükmü doğuran diğer işlemler sonucunda geręekleşen marka devrinde marka sicile tescili talep edilebilecektir. Bu nedenle Yönetmelik'te devrin marka siciline tescil edilebilmesi için gerekli olan belgeler belirtilirken, devrin diğer şeklerde devredilmesi durumunda tescil işleminin için gerekli belgeler de belirtilmiştir (MarkKHK Yön. 19 md.). Zaten devrin tescilinden amaç, markanın sahibinde meydana gelen değişikliğin duyurulmasıdır.

B. Tescili Talep Etmeye Yetkili Kişiler

Markanın devredilmesi durumunda, markanın mülkiyetinde meydana gelen değişiklik, devreden veya devralan tarafından Enstitü'den talep edilebilir (MarkKHK 16/VI. md.). Talebin marka vekili tarafından da yapılabileceğine hiç şüphe yoktur (MarkKHK 80/I-b md.). Markalar Kanun Anlaşması'nda da devir sözleşmesinin tescilini talep etmeye yetkili kişiler arasında vekil de sayılmıştır. Markanın miras yoluyla intikalinde ise yasal mirasçı ve atanmış mirasçı tarafından tescilin talep edilmesi gereklidir. Ancak bir vasiyet alacaklısının tayin edilmiş olması durumunda, marka sahibinin ölümünün ardından mirasçılarla vasiyet alacaklısı arasında yeni bir sözleşme yapılması gerekecektir. Yapılan bu devir sözleşmesinin tescili her iki tarafça istenebilecektir.

Markanın bir şirkete sermaye olarak getirilmesi, şirket birleşmeleri sonucunda devredilmesi ihtimallerinde, şirketin yetkili organı tarafından tescil talebinde bulunulmalıdır¹⁶³.

ederek, marka tescil belgesini dava dışı Yıldız Holding A.ř: adına düzenlemiştir." Yarg. 11 HD: T. 09.11.2004, E. 2004/7408, K.2004/11014, ÜNAL, s.66, dp.265.

¹⁶³ Markanın şirkete sermaye olarak getirilmesi sonucunda geręekleşen marka devrinin tescilini talep etmeye yetkili kişiler, söz konusu bölümde ayrıntılı olarak incelenmiştir. Bkz. "Markanın Sermaye Olarak Getirilmesi" başlıklı bölüme.

C. Türk Patent Enstitü'sünün İnceleme Yükümlülüğü

Enstitü, kendisine yapılan devrin tesciline ilişkin talebi, öncelikle şekil yönünden, daha sonrada esas yönünden incelemeye tabi tutar. Söz konusu safhaların önemi nedeniyle, konu ayrı ayrı incelenecektir.

a. Şekli İnceleme

aa. Tescil İçin Gerekli Belgeler

MarkKHK'da markanın devri için gerekli olan belgeler düzenlenmemiştir. MarkKHK Yönetmelik'te ise ayrıntılı bir düzenleme yapılmıştır. Yönetmeliğin 19/I-a bendinde devir sözleşmesinin tescili için gerekli olan belgeler belirtilmiştir. Bu madde gereğince; devir işleminin sicile kaydedilmesi yönündeki talep dilekçesinin, ücretin ödendiğini gösterir belgenin¹⁶⁴, devre konu marka tescil numarası ile marka adının yer aldığı, kısmi devirler için devredilen mal veya hizmetlerin belirtildiği devir sözleşmesinin ya da bu sözleşmenin veya mülkiyet değişikliğini gösteren kısmının aslına uygunluğunun noter tarafından tasdikli örneğinin, talep vekil aracılığıyla yapılmış ise vekâletnamenin getirilmesi gerekmektedir.

Marka kısmi olarak devrediliyorsa, kısmi devralan adına yeni bir tescil numarası ile yeni bir tescil kaydı oluşturulur. Fakat burada yeni tescil numarası verilmekle birlikte, ilk tescil tarihi sicilde belirtilir. Yeni durum Resmi Marka Gazete'sinde yayımlanır (MarkKHK Yön. 4/IX md).

Markanın ticari işletmenin aktif ve pasifleri ile birlikte devri durumunda ise devre konu olan marka tescil numarası ile marka adının yer aldığı talep dilekçesi,

¹⁶⁴ 31 Aralık 2009 tarih ve 27449 sayılı Resmi Gazete'de Maliye Bakanlığı'nca yayımlanan "Harçlar Kanunu Genel Tebliği" (Seri No:60) uyarınca belirlenmiştir. TPE'de yapılan işlemler için ödenen harç miktarları için bkz. [http://www.tpe.gov.tr/portal/default2.jsp?sayfa=261\(07.03.2009\)](http://www.tpe.gov.tr/portal/default2.jsp?sayfa=261(07.03.2009)). Ayrıca çevrimiçi yapılan işlemlerde, toplam ücret üzerinden 30 TL indirim uygulanmaktadır. Bilgi için bkz. http://online.tpe.gov.tr/ebasvuru_marka.htm.

Henüz markalar ile ilgili olarak sadece marka başvurusu TPE'nin resmi web sitesinden çevrimiçi yapılabilmektedir. Markanın devrinin tesciline ilişkin işlemler yapılamamaktadır. Buna karşın 16.01.2009 tarihinden itibaren ABD marka ofisinde (USPTO) markanın devrinin sicile tescil talebi <http://etas.uspto.gov/> web adresinden çevrimiçi olarak gerçekleştirilebilmektedir. Sistem Electronic Trademark Assignment System (ETAS) olarak isimlendirilmektedir.

birleşmenin¹⁶⁵ yayımlandığı ticaret sicil gazetesi ya da bunun noter tasdikli örneği ve birleşen yabancı bir şirketse birleşmeyi gösterir yabancı dildeki belgenin noter tasdikli Türkçe tercümesi, ücretin ödendiğini gösterir belge, talep vekil aracılığıyla yapılmışsa vekâletnamenin verilmesi gereklidir. Uygulamada Enstitü, Ticaret Sicil Gazetesi'nde "tüm aktif ve pasifleri ile devredilmiştir" ifadesinin yer almasını aramaktadır.

Markanın miras yoluyla geçmesi durumunda ise marka ile ilgili bilgilerin yer aldığı talep dilekçesi, mirasçılık belgesi ya da atanmış mirasçı veya vasiyet alacaklısı olduğunu gösterir belge ya da bunların aslına uygunluğunun ilgili mahkeme veya noter tarafından tasdikli örneği, ücretin ödendiğini gösterir belge, yine aynı şekilde talep vekil aracılığıyla yapılmışsa vekâletname veya vekilin talep sahibi kişiden önceden alıp Enstitüye vermiş olduğu vekâletnameye atfin yer aldığı talep dilekçesi yeterlidir.

Markanın haciz veya rehin sonucunda cebri icra yoluyla satılması ile mülkiyetin değişmesi durumunda, talep dilekçesi, cebri icra yoluyla yapılan satışta, markanın kime satıldığını belirten ilgili merciin yazısı yeterlidir.

Markanın mülkiyetindeki değişikliğin birden fazla sayıda tescile ilişkin olması durumunda, ilgili tüm tescil numaralarının talep dilekçesinde belirtilmesi, değişikliğin aynı hukuki işlemde kaynaklanması ve markanın eski ve yeni sahiplerinin aynı olması şartıyla tek bir talep yeterli olur, ancak talep dilekçesinde yer alan her marka için ayrı ücret ödenir (MarkKHK Yön. 19/III md).

Bunun yanında markanın devrinde şekil şartı ile ilgili açıklamalar sırasında belirtildiği üzere, MarkKHK Yönetmeliğin 19. maddesinin son fıkrasında, devrin tescili için gerekli olan belgelerin yanında TPE, getirilen belgeleri yeterli görmez ise maddenin deyimi ile "...*makul nedenlerle şüpheye düşülmesi durumunda...*", ek belgeler isteme hakkına sahiptir. Uygulamada ek belge olarak genelde noter onaylı devir sözleşmesi istenmektedir. Hatta maddenin ifadesinden, TPE tarafından başkaca belgelerin istenebileceği açıktır. Markanın önemli bir malvarlığı değeri olduğu düşünülürse, şartların ağırlaştırılması uygun görülebilir. Ancak ne gibi belgelerin istenebileceğinin açıkça belirtilmesi, uygulamanın tutarlı olması amacıyla gerekmektedir. Enstitü'ye bu

¹⁶⁵ MarkKHK Yönetmelikte, MarkKHK 16/II. Fıkrasındaki "işletmenin aktif ve pasif ile devrinin" ifadesinin "birleşme" olarak isimlendirildiği görülmektedir.

denli geniş takdir yetkisi veren bir ifade uygun değildir. Ayrıca yine Kararname’de belirtilmeyen ancak Yönetmelikte yer alan böylesine bir düzenleme ile, ilgiliyi hak kaybına uğratmak hukukun genel ilkelerine de aykırılık teşkil edecektir.

ba. Tescil Talebinin Şekli İncelemesine Karşı İtiraz Yolu

Marka, tescil başvuruları TPE tarafından öncelikle şekli yönünden incelenir (MarkKHK 29 md., MarkKHK Yön. 8 vd.). Eksik belgelerin tamamlattırılması amacıyla iki aylık süre verilir. Eğer bu süre içerisinde eksiklikler tamamlanmaz ise tescil başvurusu yapılmamış sayılır. Ödenen ücretler ise Enstitü’ye gelir olarak kaydedilir (MarkKHK Yön. 10 md.) Tescil başvurusu hakkındaki bu düzenlemelerin, markanın devrinin tescili talebine de uygulanacağı Yönetmelikte açık şekilde belirtilmiştir (MarkKHK Yön. 12/III md.). Dolayısıyla Enstitü, devir sözleşmesinin tescili için gerekli belgelerin tamamlanması için iki aylık süre verecektir. Bu süre içerisinde devir sözleşmesinin tescili için istenen belgelerin tamamlanmaması durumunda, Enstitü tescil işlemini gerçekleştirmeyecektir. Ayrıca gerekli belgeleri çeşitlendirmek, değerlendirmek ve sonucunda yeterli görmeyerek, tescil işlemini gerçekleştirmemek konusunda Enstitü’nün geniş bir takdir yetkisine sahip olduğu görülmektedir. İstenen belgelerin tamamlanmadığı gerekçesi ile tescil talebinin reddedilmesi durumunda, kanaatimizce tarafların bu red kararına karşı itiraz hakları bulunmaktadır. Burada şekli prosedür tamamlanamadığı için, Enstitü devir sözleşmesinin kapsamına ilişkin incelemelere geçememektedir (MarkKHK 16/IV). Halbuki tasarruf işleminin yapılması ile markanın mülkiyetinde değişiklik meydana gelmiştir. Bundan sonra yapılacak tescil işlemi üçüncü kişileri devirden haberdar etmeye yöneliktir.

Enstitü’nün şekli inceleme sırasında, belgelerin tamamlanmadığı gerekçesi ile verdiği red kararına karşı itiraz yolunun olup olmadığı tespit edilmelidir. Yönetmelik’teki itiraz prosedürüne dair düzenlemeler incelendiğinde, itiraz prosedürünün şekli incelemeyi geçerek marka başvurusu olarak kaydedilmiş, tescil taleplerinin esas yönünden incelenmesi sırasındaki kararlara karşı işleyeceği zannı uyanmaktadır. Oysa MarkKHK’da 47. maddesinde Enstitü kararlarına karşı itiraz edilebileceği açıkça düzenlenmiştir. Sadece esas yönünden yapılan incelemelere dair

verilmiş kararlara karşı itiraz edilebileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle şekli prosedürle ilgili verilmiş kararlara karşı da itiraz edilebileceğinde hiç şüphe yoktur. Ancak itirazın nereye yapılacağına tespit edilmesi gerekmektedir. İncelemeyi yapan Markalar Dairesi'ne, kararını tekrar incelemesi için itiraz yapılabilir. Buna göre Markalar Dairesi'ne yapılacak itirazın olumlu sonuçlanmaması üzerine Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu inceleyecektir. YİDK tarafından verilecek kararın olumlu olmaması durumunda ise Ankara Fikri ve Sınâî Haklar Hukuk Mahkemesi'nde, kararın iptali amacıyla dava açılabilir.

Şekli prosedüre yapılan itirazın, Markalar Dairesi tarafından dikkate alınmadığı takdirde kanaatimiz, Enstitü'nün davalı gösterilerek Ankara Fikri ve Sınâî Haklar Hukuk Mahkemesi'nde dava açılacağı yönündedir. Uygulamada Markalar Dairesi'ne itiraz yapılmadan, doğrudan Ankara Fikri ve Sınâî Haklar Hukuk Mahkemesi'nde kararın iptali için dava açıldığı görülmektedir.

Yargıtay konu ile ilgili 03.03.2009 tarihli yeni kararı¹⁶⁶ ile Ankara 2. Fikri ve Sınâî Haklar Hukuk Mahkemesi'nin kararını¹⁶⁷ onamıştır. Söz konusu olayda, davacı tarafından Enstitü kararına karşı itiraz edilmiş ve itiraz için gerekli olan ücret ödenmiş, bilgisayar çıktısı olan dekont dilekçeye eklemiştir. Enstitü itiraz ücretinin ödendiğini gösteren belgenin orijinalinin süresinde vermediği gerekçesi ile itirazı yapılmamış saymış ve itiraz YİDK'ya gönderilmemiştir. Bunun üzerine davacı, TPE'yi davalı göstererek, Enstitü'nün itirazın yapılmamış sayılmasına ilişkin verdiği kararın iptali amacıyla dava açmıştır. Mahkeme kararında öncelikle “...*taflar arasındaki uyumsuzluk, davacının kendisine ait başvurunun reddi üzerine gerçekleştirdiği itirazı yasal olarak incelenebilir kılıp kılmadığı ile şayet bu bir belge sayılmaz ise bunun müeyyidesinin (belgeyi eklememesinin) itirazın yapılmamış sonucunu doğurup doğurmayacağı noktasında toplanmaktadır.*” şeklindeki ifade ile olayın özeti yapmıştır. Mahkeme söz konusu Enstitü kararını hukuka uygun bulmayarak iptal etmiştir. Mahkeme “*Her ne kadar 06.11.2003 gün ve 5000 sayılı Türk Patent Enstitüsü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu kenar başlığını taşıyan 10. maddesi uyarınca “sınâî mülkiyet haklarının tescil işlemleri*

¹⁶⁶ Yarg. 11 HD, T.03.03.2009, E. 2008/11486, K.2009/2424, (yayınlanmamış)

¹⁶⁷ Ankara 2. Fikri ve Sınâî Haklar Hukuk Mahkemesi, T. 01.02.2007, E.2006/339, K.2007/21, (yayınlanmamış)

ile ilgili Enstitünün almış olduğu kararlara karşı başvuru sahipleri veya üçüncü kişiler tarafından yapılacak itirazların incelenmesi ve değerlendirilmesi işlemleri Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulunca yürütülür ve Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulunun kararları Enstitünün nihai kararı olduğundan ancak bu kararlara karşı ilgili mahkemede dava açılabilir” biçiminde ise de; anılan kararın tescil işlemleri yani esasla ilgili bulunmaması ve esasa girilmesini engelleyici bir sonuç doğurucu işlem olması, yapılmamış sayılmasına karar verilen itiraz dilekçesini YİDK’na intikal ettirme zorunluluğunun zaten iptali istenen kararı tesis eden daire başkanlığı olması, buna rağmen anılan kurumun aksi yönde hareket etmesi, özellikle iptali istenen markalar dairesinin bu kararının başvurunun kabul veya reddi ile ilgili yani esas ile ilgili bir karar olmaması ve ancak mahkememizin tesis edeceği karar ile itirazın esas hakkında Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu’nun bir karar tesis edebilecek durumda bulunması sebebiyle iş bu davanın usulüne uygun şekilde açıldığı kanısına ulaşılmış ve aşağıdaki biçimde karar verilmesi gerekmiştir... Davanın kabulüne, TPE Markalar Dairesi Başkanlığının... sayılı kararının iptaline” karar vermiştir. Karar Yargıtay tarafından onanmıştır. Yargıtay’ın 09.02.2006¹⁶⁸ ve 15.05.2006¹⁶⁹ tarihli kararları da dikkate alındığında, Yargıtay uygulamasının bu yönde olduğu söylenebilir.

Kararname’de belirtilmeyen belgelerin, Yönetmeliğe dayanılarak Enstitü tarafından talep edilmesi ve bu belgelerin hiç veya süresinde getirilmediği gerekçesi ile ilgilinin hak kaybına uğratılmasını, Yargıtay kanuna aykırı bulmuştur. Yukarıda ayrıntılarını verdiğimiz karar¹⁷⁰ da aynı yöndedir. Mahkeme, “556 sayılı KHK’nin 49. maddesi hükmünün getirmediği bir zorunluluğu, yani itiraz ücretinin ödendiğini gösterir belgenin itiraz dilekçesine eklenmesi gerektiğini, yönetmelik hükmü getirmiş bulunmaktadır. Yani yönetmelik bu konuda, yasa hükmünde bulunan 556 sayılı KHK’nin önüne geçmiş bulunmaktadır. Yönetmelikle, KHK’de bulunmayan ve yerine

¹⁶⁸ Söz konusu kararda Tasarım Dairesi Başkanlığı başvuru ücretinin ödendiğine dair belgenin geç sunulması sebebiyle başvuruyu işlemekten kaldırmıştır. Söz konusu karar iptali için açılan dava Ankara 1. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesinin 03.11.2004 tarih E. 2004/675, K.2004/286 sayılı kararı ile kabul edilmiştir. Karar Yarg 11 HD. T. 09.02.2006, E. 2005/891, K.2006/1190 sayılı kararı ile onanmıştır. (yayınlanmamış)

¹⁶⁹ Yarg. 11 HD. T.15.05.2006, E. 2005/5604, K.2006/5630, (yayınlanmamış).

¹⁷⁰ Yarg. 11 HD, T.03.03.2009, E. 2008/11486, K.2009/2424, (yayınlanmamış).

getirilmemesi halinde hak kaybına sebebiyet verebilecek düzenlemeye gidilememesi hukukun genel kabulüdür. Zira normlar hiyerarşisi, her düzenleyici işlemin üst norma aykırı olamaması ve bu düzenleyici işlemlerle yasa hükümlerine aykırı olarak hak kaybına yol açacak hükümler getirilemeyeceği hukukun genel ilkesidir. Böyle bir düzenlemeye gidilmiş ise ne olacaktır? Bilindiği üzere, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7. maddesinin 4. bendinin son cümlesi hükmüne göre, yasaya aykırı bir düzenleyici işlemin iptal edilmemiş olması bu düzenlemeye dayalı işlemin iptaline engel olmaz.” şeklinde karar vermiştir.

Dolayısıyla markanın devrinin sicile tescili talebinin incelenmesi sırasında, Enstitü tarafından MarkKHK'da sayılmamış olan belgelerin, Yönetmelik hükümleri gerekçe gösterilerek istenmesi ve bu belgelerin hiç veya süresinde getirilmemesi üzerine, tescil talebinin reddedilmesi durumunda, söz konusu red kararının iptali amacıyla Enstitü aleyhine de dava açılacaktır.

Markalar Kanun Tasarısı'nda ise markanın devrine ilişkin maddenin daha ayrıntılı düzenlendiğini görmekteyiz. Tasarı'nın 39. maddesinin VI. fıkrasında devrin sicile tescil edilebilmesi için, taraflardan birinin markanın tescil numarası ile yapılacak değişikliği belirtir imzalı talebi ile Enstitü'ye başvurması gerekmektedir. Bunun yanında, açıkça “...yönetmelikte belirtilen belgelerin teslim edilmesi ve ücretinin ödenmesi ile..” ifadesine yer verilmiştir. Böylelikle Yönetmelik'te sayılan belgelere meşruluk kazandırılmak adına, Yönetmeliğe atıf yapılmıştır.

b. Esas Yönünden İnceleme/ Tescil Engelleri

Marka devredildiğinin tescil talebi şekli incelemeyi geçtikten sonra, talep esas yönünden incelenecektir. Bu incelemede markanın devrinin mal veya hizmetlerin coğrafi kaynağı, kalitesi veya markanın kendisi ile ilgili olarak halkı yanılgıya düşürebilecek nitelikte olup olmadığı belirlenecektir (MarkKHK 16/IV md.). Mutlak red nedenlerinden MarkKHK 7/f bendi benzer bir ifadeye yer vermektedir. Bu bent ile markanın, mal ve hizmetin niteliği, kalitesi veya üretim yeri, coğrafi kaynağı gibi konularda halkı yanıltacak nitelikte olması durumunda marka siciline tescil edilmeyeceği belirtilmiştir. Görüldüğü üzere, bentte belirtilen hallerin örnek niteliğinde olduğunu, somut olaya göre halkı yanıltacak başkaca durumların oluşabileceğini

belirtmek amacıyla “gibi” kelimesi kullanılmıştır¹⁷¹. Buradan yola çıkarak markanın devralınmasıyla halkı yanıltabilecek durumların fıkra sayılanlarla sınırlı olmadığı, somut olaya göre ihtimallerin çoğaltılabileceği söylenebilir. Markanın devri sonucunda, belirtilen hususlarda halkın yanılgıya düşeceği kanaatine ulaşırsa, markanın tescilli olduğu mal ve hizmetler yönünden sınırlandırılması istenecektir. Bu sınırlamanın yapılmaması durumunda ise devir, marka siciline tescil edilmeyecektir.

MarkKHK 16/IV. fıkrasının mehzazı 40/94 sayılı Topluluk Markası Tüzüğü'nün 17.4. maddesidir¹⁷². Ancak Topluluk Marka Tüzüğü'nde halkın yanılgıya düşeceğinin “devir belgelerinden açıkça” anlaşılması gerektiğinden bahsedilmektedir. 556 sayılı MarkKHK 16/IV fıkrasındaki ifade ise; “*Markanın devri... halkı yanılgıya düşürebilecek nitelikte ise...*” şeklindedir. İki düzenleme ile de, devrin halkı yanılgıya düşürme ihtimalinin, önüne geçilmek istenmiştir. Fakat mehzaz düzenlemedeki gibi yanılgıya düşme ihtimalinin açıkça devir belgelerinden anlaşılması şartına yer verilmemiştir. Burada akla gelen soru “markanın devrinden”, halkın söz konusu konularda yanılgıya düşüp düşmeyeceğinin nasıl belirleneceğidir.

Yanılgıya düşme ihtimali taşıyan halk, markanın hedef müşteri kitlesindeki ortalama seviyedeki kişilerdir¹⁷³. İltibas değerlendirilmesinde dikkate alınacak halk kavramı ilerde açıklanmış olmakla birlikte, burada halkın yanılgıya düşebileceği konular farklıdır. Fıkra ile halkın mal veya hizmetlerin coğrafi kaynakları, kalitesi, kendisi konularında yanılgıya düşmesi engellenmeye çalışılmıştır.

Müşterilerin(halk) marka hakkında bazı fikirleri, inanışları bulunmaktadır. Örneğin müşteri *STARBUCKS*'da içilen kahvenin veya “*coca cola*”nın aynı aromaya sahip olduğu, alınan BMW arabanın aynı kaliteye sahip olduğunu düşünmektedir¹⁷⁴.

¹⁷¹ **KARAHAN**, Hükümsüzlük, s. 71; **ÜNAL**, s.62; **KAYA**, Marka Hukuku, s. 105; **YASAMAN**, Marka Hukuku, C.I, s. 240.

¹⁷² 40/94 Sayılı topluluk Marka Tüzüğü 17.4. md., “*Where it is clear from the transfer documents that because of the transfer the Community trade mark is likely to mislead the public concerning the nature, quality or geographical origin of the goods or services in respect of which it is registered, the Office shall not register the transfer unless the successor agrees to limit registration of the Community trade mark to goods or services in respect of which it is not likely to mislead.*”

¹⁷³ **KARAHAN**, Hükümsüzlük, s.106; **KAYA**, Marka Hukuku, s. 140; **DİRİKAN**, s.188; **ARKAN**; Marka Hukuku, C.I, s.103; Ayrıntılı bilgi için bkz. s.109.

¹⁷⁴ **CALBOLI, Irene**, “*Trademark Assignment “With Goodwill”: A Concept Whose Time Has Gone*”, Florida Law Review, V.57, N.4, Eylül, 2005, s. 772. Amerikan Hukuku bu ihtimallerin önlenmesi amacıyla, markanın işletmeyle birlikte devredilmesini öngörmektedir. Marka işletmeye ait gayri maddi mallar arasında yer almaktadır ve işletmeye ait bütün gayri maddi malların bir arada bulunması

Halk marka da yer alan ibare nedeniyle veya markanın üretici firmasına duyduğu güven ile markanın kaynağı, kalitesi ve niteliği bakımından bir inanca sahip olabilir. Devir sonucunda halkın bu kanaatinin suiistimal edilmemesi gerekmektedir. Ancak marka sahibinin marka üzerindeki haklarını, halkın marka üzerindeki kanaatlerinin belirlediğini sonucuna ulaşamayız. Marka sahibi markasını, tescilli olduğu mal ve hizmetlerde, çok farklı özelliklerle piyasaya sürebilir. Örneğin BMW markası altında, çok farklı özelliklere sahip bir araba üretme hakkına sahiptir veya *coca cola* markasını tuzlu bir içecek üzerinde kullanabilir¹⁷⁵ - mi? Durumu şu şekilde formüle etmek doğru olur. Çoğu marka tescil edilirken, halk henüz markanın kalitesi, nitelikleri hakkında bir kanaate sahip değildir. Bu durumun istisnası önceden reklamlarla marka hakkında bir intiba yaratılması, markanın veya üretici firmanın bilinir olması veya markanın içerisindeki ifade ve şekillerin markanın kalitesi veya niteliğini çağrıştırıyor olması gösterilebilir. Bu örnekler dışında halk ancak markanın kullanımı sonucunda marka üzerinde bir kanaate sahip olacaktır. Budan sonra marka sahibi, halk üzerinde uyandırdığı bu kanaate uygun hareket etmek, markanın kalitesi, kaynağı, niteliği bakımından halkı yanıltmamak zorundadır. Aksi halde MarkKHK 42/I- e bendi gereğince söz konusu markanın hükümsüzlüğüne karar verilebilecektir. Aynı yükümlülük markayı devralan kişi için de geçerlidir. Bu nedenle markanın devri sırasında, devir ile bu tarz bir yanılgının ortaya çıkacağı düşünülürse Enstitü devri sicile tescil etmeyecektir. Marka henüz devralan tarafından kullanılmaya başlanmamış ise devir nedeniyle halkın yanılgıya düşüp düşmeyeceğini tespit oldukça güçtür.

Amerikan Hukuku'nda markanın devri neticesinde, halkın markanın kalitesi veya niteliğinde yanılgıya düşmesini önlemek amacıyla markanın devri, markanın kullanıldığı işletmenin ve/veya işletmeye ait tüm gayri maddi malların da marka ile birlikte devrine bağlanmıştır, aksi devrin geçersizliğine yol açacaktır¹⁷⁶.

gerekmektedir. **CALBOLI**, s.779; **CAVENDISH, Michael**, "Avoiding Illegal Trade Transfers: introducing the assignment-in-gross", *Florida Bar Journal*, Mart,2000,s.2, http://findarticles.com/p/articles/mi_hb6367/is_3_74/ai_n28764565/pg_5/?tag=content:coll.

¹⁷⁵ **CALBOLI**, s.772.

¹⁷⁶ **CALBOLİ**, 773; **CAVENDISH**, s.4; **BOUCHOUX**, s.100; **SCHECHTER/THOMAS**, s. 770; Trademark Law Treaty Implementation Act of 1998 (TLTIA), Pub. L. No. 105-330, 112 Stat. 3064 (15 U.S.C. 1051) §1060(a). Ayrıntılı bilgi s. 122 vd.

aa. Markanın Tescilli Olduğu Mal ve/veya Hizmetlerin Coğrafi Kaynağında Yanılgı

Markanın devri, mal ve hizmetlerin coğrafi kaynağı bakımından halkı yanılgıya düşürmemelidir. Markanın devri sonucunda markanın coğrafi kaynağı bakımından halkın yanılgıya düşme tehlikesi olduğu takdirde, Enstitü markanın tescilli olduğu mal veya hizmetlerde, halkı yanılgıya düşürmeyecek şekilde sınırlama yapılmasını teklif edecektir. Devralanın bu sınırlamayı kabul etmemesi ihtimalinde ise markanın devri sicile tescil edilmeyecektir (MarkKHK 16/IV. md.).

Coğrafi kaynak kavramı ile ifade edilen markaya konu olan mal veya hizmetin üretildiği yer, markanın tescilli olduğu mal veya hizmetlerin kökenidir. Devir ile oluşabilecek ihtimal, markayı taşıyan malın, coğrafi kaynağının, devir ile değişmesine rağmen, markada üretim yeri veya coğrafi kaynak belirten kelimenin kullanılmasına devam edilmesidir¹⁷⁷.

Aslında MarkKHK 7/I-c ve f bentlerinin birlikte değerlendirilmesi ile markanın mal veya hizmetin niteliği, kalitesi veya üretim yeri, coğrafi kaynağı gibi konularda halkı yanıltacak ibarelerin, marka olarak tescil edilmesi yasaktır¹⁷⁸. Örneğin Yargıtay 22.03.2005 tarihli ARARAT kararında¹⁷⁹, Ermenistan ve 42 ülkede tescilli konyak markası olan ARARAT kelimesinin Türkiye'deki tescil başvurusunu reddedilmesine ilişkin ilk derece mahkemesinin kararı onanmıştır. İlk derece mahkemesi gerekçesinde “... ARARAT kelimesinin Türkiye'deki tüketicilerde derhal Ağrı ilinin, çevresini ve Ağrı Dağı'nı hatırlattığını, hedef tüketicinin markanın üzerinde bulunduğu ürün olan konyak ile Türkiye arasında bir ilişki kuracağı, sanki ürün Türkiye'de veya Türkiye'nin katılımıyla üretilip pazarlandığı duygusuna kapılacağı, oysa ürünün Ermenistan'da üretildiği, şu halde markanın temsil ettiği ürünün kaynağı ve üretim yeri hakkında tüketiciyi yanılttığı, bu nedenle de 556 sayılı KHK. Nin 7/I-f maddesine aykırı olduğu”nu belirtmiştir.

¹⁷⁷ PEKDİNÇER, Markanın Devri, s.170.

¹⁷⁸ Bu gerekçelerle markanın tescil edilmemesi için halkın yanılgıya düşme ihtimalinin ciddi olması gereklidir, başvuru sahibinin bu yönde bir kastının olması aranmaz. KARAHAN, Hükümsüzlük, s.71, ARKAN, Marka Hukuku, C.I, s.86; KAYA, Marka Hukuku, s. 105; KARAN/KILIÇ, s.91; NOYAN, s.93.

¹⁷⁹ Yarg. 11 HD. T. 20.03.2005, E. 2004/4734, K. 2005/2590, www.kazancı.com.tr.

Ancak önemle belirtelim ki, MarkKHK 7/I-c, f bentleri ile yasaklanan, malın cins ve çeşidini, coğrafi kaynağını belirten işaretin, markanın esaslı unsuru olarak kullanılmalıdır; bu ibarelerin yardımcı unsur olarak markada kullanılmasına izin verilmiştir¹⁸⁰. Dolayısıyla coğrafi kaynak bildiren kelime, halkı yanıltmamak şartıyla, yardımcı unsur olarak tescil edilebilmekle birlikte¹⁸¹; bu kelimenin markada yer alması, kelime üzerinde marka sahibine münhasır hak sağlamayacaktır¹⁸².

Markanın coğrafi kaynak bakımından yanıltıcı olarak değerlendirilmesi için markanın içerisinde bir şehir, bölge, yer isminin mi yer alması gerektiği, yoksa markanın içerisinde şehir veya bölge ismi değil, sadece yabancı bir kelimenin bulunmasının, malın coğrafi kaynağı bakımından halkı yanılgıya düşürüp düşüremeyeceğinin tespiti gerekmektedir. Hangi markaların coğrafi kaynak bakımından halkı yanıltıcı nitelikte olduğu yönünde Kararname'nin düzenlemesinde bir açıklık olmamakla birlikte, konunun tespiti açısından benzer kavramlar üzerinden gidilerek, Yargıtay'ın ve öğretinin yaklaşımının belirlenmesi gerekmektedir.

Öğreti¹⁸³ ve Yargıtay¹⁸⁴ tarafından bir ayırım yapılmakta ve coğrafi kaynak belirten kelimenin herkesçe bilinen bir yer ismi olmaması durumunda, halkın yanıltılmayacağı, hatta bu işaretin markanın esaslı unsuru olarak dahi tescil edilebileceği

¹⁸⁰ Markanın esas unsuru, markaya diğerlerinden ayırt edicilik kazandıran işarettir. Yardımcı unsur ise, tek başına tescil edilerek birisinin tekeline verilemeyecek, ayırt ediciliği zayıf olan işaretlerdir. **KARAHAN**, Hükümsüzlük, s.17, 18, 70; **PEKDİNÇER**, Marka Koruması, s.94; **KAYA**, Marka Hukuku, s. 151; **ÖZDAL**, s.33; Öğretide aynı anlama gelen farklı ifadeler tercih edilmiştir; “asli unsur- tali unsur” **ÖÇAL**, Markaların Himayesi, s. 115; “esas unsur-tamamlayıcı unsur” **CENGİZ, Dilek**, Türk hukukunda İltibas ve İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz, İstanbul, 1995, s.17; “çekirdek unsur- ek unsur” **KARAYALÇIN**, Ticari İşletme, s. 413; esas unsur- yardımcı unsur- tali unsur” **KARAAHMET/ YALÇINER**, s. 32; Yargıtay “esas unsur- yardımcı unsur” ifadesini kullanmıştır. Yarg. 11. HD. T. 20.03.2001, E. 2001/1245, K.2001/2188, FMR, C.II, 2002/2, s.173.

¹⁸¹ **KARAHAN**, Hükümsüzlük, s.70; **KAYA**, Marka Hukuku, s. 151.

¹⁸² **KARAHAN**, Hükümsüzlük, s.59.

¹⁸³ **KARAHAN**, Hükümsüzlük, s.59; Coğrafi yer belirten kelimenin, mal veya hizmetle veya tacirle bütünleşmesi durumunda da marka olarak tescil edilebileceği yönünde; **CAMCI, Ömer**, Marka Davaları, İstanbul, 1999, s.31; **NOYAN**, s.212; <http://www.amarjitassociates.com/articles/trademark-nature.htm> (29.06.2009)

¹⁸⁴ Söz konusu kararda Yargıtay, zeytinyağı için Hatay'ın Altınözü ilçesinin isminin kullanılmasını, bu yerin zeytinyağı ile ünlü bir yer olmaması, marka sahibinin halkı yanıltma kastının bulunmaması, ayrıca ürünün saf ve kaliteli olduğu anlamına geldiği gerekçesi ile marka olarak tesciline izin vermiştir. Yarg. 11. HD. 09.10.1984, E. 1984/4499, K. 1984/4560 (İstanbul Barosu Bilgi Bankası), **KARAHAN**, Hükümsüzlük, s. 60, dp.3; aynı önde Yarg. 11 HD. T. 26.11.1999, E.1999/5790, K.1999/9590. **YASAMAN**, Marka Hukuku, C. I, s.118.

belirtilmektedir. MARBACH¹⁸⁵, dağ, nehir, bina gibi isimlerin dolaylı coğrafi kaynak bildirdiği bu nedenle tescil edilebileceği; şehir, yer, bölge isimlerinin ise doğrudan coğrafi kaynak bildirdiği ve bunların tek başına tescil edilmemesi gerektiğini belirtmektedir.

Kanaatimizce, bu şekilde net bir ayırım yapmak mümkün değildir. Markada geçen coğrafi kaynak belirten kelime halk tarafından bir yer, bölge, şehir... olarak bilinmiyorsa, halk yanılgıya düşmeyecektir. Bu işaretin marka olarak tescil edilmesi mümkündür. Kullanım sonucunda marka ile bölge/yer arasında bağlantı kurulursa ve bu bağlantı ile halk yanılgıya düşecekse MarkKHK 42/e gereğince markanın hükümsüzlüğü talep edilebilecektir. Ancak coğrafi bir yer isminin, coğrafi kaynak belirten bir işarete dönüşebilmesi için halkın zihninde, mal veya hizmet ile ilgili belirli bir çağrışımın oluşması gereklidir¹⁸⁶. Avrupa Adalet Divanı 04.05.1999 tarihli kararında henüz halkın zihninde bu yönde bir çağrışım doğmasa da, gelecek için böyle bir tehlike varsa, bu markaların da tescil edilmemesi gerektiğini belirtmiştir¹⁸⁷. Kanaatimizce marka tescil başvurusu tarihinde oluşmamış bir çağrışım mesnet gösterilerek, markanın tescili reddedilemez. Bu tarz bir çağrışımın olmasına rağmen, mal veya hizmet o yerde üretilmiyorsa, yer isminin marka olarak kullanımı halkı yanıltacaktır. Ancak, mal veya hizmet o bölgede üretiliyorsa, yer isminin markanın yan unsuru olarak kullanılmasında sakınca yoktur¹⁸⁸.

Burada coğrafi kaynak belirten marka ile coğrafi işareti ayırmak gereklidir. OYTAÇ, “coğrafi işaretin” tüketiciye, ürünün belirli bir yerde üretildiğini ve o üretim yerinden kaynaklanan belirgin özelliklere sahip olduğunu, ifade ettiğini, “markanın” ise

¹⁸⁵ PEDRAZZİNİ, Mario m./von Büren Roland/Marbach, Eugen, Immaterialgüter-und Wettbewerbsrecht, Bern, 1998, -119 n.482.483(nakden; KARAHAN, Hükümsüzlük, s.59, dp.1)

¹⁸⁶ OYTAÇ, Markalar Hukuku, s.93; GÜNDOĞDU, Gökmen, Türk Hukukunda Coğrafi İşaret Kavramı ve Korunması, İstanbul, 2006, s.134; DİNWOODİE, Graeme B./ HENNESSEY, William/ PERLMUTTER, Shire, International Intellectual Property Law and Policy, USA, 2001, s. 327; KNAAK, Ronald, The Protection of Geographical Indications According to the TRIPS Agreement, IIC Studies, Vol. 18, Munbich, 1996, s.131, BOZGEYİK, Hayri, “Coğrafi İşaretlerin Kullanımı ve Denetimi, Antep Baklavasının Coğrafi İşaret Olarak Tescili Üzerine”, FMR, C.IX, S. 2009/2, s. 11 vd.

¹⁸⁷ ECJ 04.05.1999, C-108/97, Windsurfing Chiemsee Produktions und Vertriebs GmbH (WSC) ve Boots und Segelzubehör Walter Huber Franz Attenberger Davası, OYTAÇ, Markalar Hukuku, s. 103.

¹⁸⁸ OYTAÇ, Markalar Hukuku, s. 94; KARAHAN, Hükümsüzlük, s. 60.

bir işletmenin mal veya hizmetlerini öteki işletmelerinkinden ayırt etmek için kullanılan bir işaret olduğunu belirtmiştir¹⁸⁹.

Marka başvurularının MarkKHK 7/f bendi gereğince iptaline ilişkin Yargıtay kararlarının incelenmesi, halkın yanılgıya düşüp düşmediğini belirleyen kriterlerin tespitinde yardımcı olacaktır. Örneğin Yargıtay¹⁹⁰ İTALİANA kararında, markanın coğrafi kaynak olarak halkı yanıltabilecek nitelikte olmadığına karar vermiştir. İlk derece mahkemesi kadın çorabı alanında İtalya'nın ünlü olmadığını, aynı alanda davacı tarafından daha önce PARİZİEN ve VOG markalarının tescil edildiğini belirterek söz konusu kelimenin halkı coğrafi kaynak açısından yanıltmadığı gerekçesi ile YİDK kararını iptal etmiştir. Karar Yargıtay tarafından onanmıştır. Demek ki Yargıtay halkın, ürünün İtalyan markası olduğunu düşünmesi gözardı etmiştir. Yargıtay¹⁹¹ PENDİK kararında ise, PENDİK nişasta üretimi ile ünlenen bir yer olmamasının yanında, bilinen bir yer isminin tek başına bir kişinin tekeline verilemeyeceği, kullanılacağı ürün ile birlikte tescilinin gerektiği kanaatine ulaşmıştır. Bu kararlardan öncelikle şöyle bir sonuç çıkmaktadır. Bir yer veya bölge isminin halkı yanıltacak nitelikte olması için ürünün o bölge, şehir, yer... ile ünlenen/bilinen bir yer olması gerektiği, halk için ürünün talep edilmesinde bölge/yer tercih sebebi olmayacaksa, ürünün o yerde üretilip üretilmemesinin bir öneminin olmadığı görüşündedir.

Markanın içerisinde geçen kelimenin yabancı bir lisanda olması, bazen markayı taşıyan mal veya hizmetin coğrafi kaynağının söz konusu lisanın konuşulduğu ülke olduğu zannını doğurabilir¹⁹². Ancak her Türkçe olmayan kelimenin, lisanın

¹⁸⁹ OYTAÇ, Markalar Hukuku, s. 95; OMAĞ, Marka, s.9; Coğrafi işaretler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. YILDIZ, Burçak, "Coğrafi İşaretlere ve Coğrafi Köken Gösteren Diğer İşaretlere İlişkin Olarak Uluslararası Sözleşmelerde ve Avrupa Birliği Hukukunda Kullanılan Kavramların Kapsamı ile bu Kavramların Hukukumuzda Uyarlanması Sorunu", FMR, C.VII, S.2007/4, s. 46 vd.; GÜNDOĞDU, s.72, 131 vd.; STERN, Stephen, Geographical Indications and Trade Marks: Conflicts and Possible Resolutions, www.wipo.int/meeting/2003/geo-ind/en/documnts/index.htm (03.07.2008).

¹⁹⁰ Yarg. 11HD. T. 11.4.2000, E. 2003/9024, K.2004/4061, NOYAN, s. 297.

¹⁹¹ Yarg. 11 HD. T. 26.11.1999, 5790/9590, MERAN, s.85 vd.; OYTAÇ, Markalar Hukuku, s. 105 vd.

¹⁹² 551 sayılı Markalar Kanununun 5/b maddesinde ki düzenleme ile yabancı mal ve hizmetlerin Türkiye'de, Türkiye menşeli mal ve hizmetlerin ise yabancı bir ülkede üretildiği ve hizmet verildiği zannını uyandıracak işaret ve kelimelerin marka olarak tescili yasaklanmıştır. ÖZSUNAY, Marka, s.18; TEKİNAY, Koruma Dışı Markalar, s.69; KAYA, Marka Hukuku, s.107.

556 Sayılı MarkKHK'sında bu hükme yer verilmemiştir. Ancak incelediğimiz MarkKHK 7/I-f bendi de 551 sayılı Kanunun 5/b maddesi ile aynı sonucu doğurmaktadır. Zira 551 sayılı Kanun ile yasaklanan yabancı kelimelerin marka olarak tescili değil, halkı yanıltacak nitelikteki yabancı kelimelerin marka

konusulduğu yeri anımsatmayacağı ve coğrafi kaynak bakımından halkı yanıltmayacağı açıktır. Söz konusu lisan, Türkiye’de de ticaret hayatında sıkça kullanılan bir lisan olabilir. Örneğin Türkiye için İngilizce, iç piyasada çokça kullanılan bir lisandır. Bu durumda halk İngilizce gördüğu her markanın kullanıldığı mal veya hizmetin coğrafi kaynağının, o lisanın konuşulduğu ülke olduğunu düşünmeyecektir. Oysa ki Rus veya Yunan alfabesiyle yazılmış bir marka, bu ülkelerle bağlantı kurulmasına neden olacaktır. Yargıtay da 20.10.2008 tarihli kararında “...İşarette yer alan sözcüğün yanıltıcı olabilmesi için tüketicinin sırf o işarete yer alan sözcük ya da anlattım nedeniyle yararlanma yoluna gitmesi gerektiği, yeterince bilinmeyen bir kelimenin anılan ürünler yönünden yanılđı doğuracağından bahsedilmesinin gerçekçi olmadığı, markanın tescil kapsamına giren ürünlerin öz adlarından veya tasviri hallerinden uzak olduğu gerekçesiyle, davanın kısmen kabulü...”ne karar vermiřtir¹⁹³. Diğer bir ihtimal ise ARKAN¹⁹⁴,ın bahsettiği, yabancı kelimenin kullanım sonucunda coğrafi kaynak gösterme fonksiyonunu yitirerek, kullanıldığı mal veya hizmet ile özdeşlemesi halidir.

Yukarıda markanın tescil başvurusu sırasında coğrafi kaynak bakımından halkı yanıltıcı nitelikte olmasını veya markanın kullanım sonucunda halkı yanıltıcı hale gelmesini inceledik. Konumuz açısından üzerinde durulması gereken ise, bu kriterler ışığında markanın devrinin, coğrafi kaynak bakımından halkı yanılđıya düşürmesidir. Zira markanın devri sırasında, marka tescillidir, demek ki coğrafi kaynak bakımından halkı yanılđıya düşürmemektedir ki tescil edilmiştir. Başvuru tarihinde söz konusu olmayan yanılđının, sadece markanın devri ile nasıl meydana geleceği tespit edilmelidir. Devre konu olan markanın tescilli olunan mal/ hizmetlerin temin edilmesinde özelliği olan yer/bölgeye ilişkin bir işareten olduğu takdirde, Enstitü tarafından halkın, devir ile markanın coğrafi kaynağı bakımından yanılđıya düşme ihtimali incelenmektedir. Örneğin Kayseri’de üretilen mallar, devralanın işletmesinin Edirne’de olması ile artık

olarak tescildir. Aynı yönde ALIşKAN, Murat, “İktisadi Müesseselerde Türkçe Kullanma Zorunluluğu”, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IX, S.1-2, 2005, s. 365 vd.

KARAHAN günümüzde yabancı bir kelimenin markanın kaynağı açısından halkı yanıltmayacağı fikrindedir. KARAHAN, Hükümsüzlük, s.75, aynı yönde; ÖZSUNAY, Marka, s.18; Kanaatimiz ise her somut olayda konunun irdelenmesi gerektiğidir. Zira kelime belli bir bölge/yer belirtmese dahi mal veya hizmetin kaynağının farklı bir ülke olduğu zannını uyandırabilir; Aynı yönde ARKAN, Marka Hukuku, C.I, s.89.

¹⁹³ Yarg. 11. HD. T. 20.10.2008, E. 2007/8574, K.2008/11531, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Y. 5, S.2009/18, s.392.

¹⁹⁴ ARKAN, Marka Hukuku, C.I, s. 86.

Edirne’de üretilecek olabilir ve halk markanın tescilli olduğu malların halen Kayseri’de üretildiğini zannedebilir. Diğer bir örnek ise yurt dışında üretim yapan bir markanın üretimi devralan tarafından Türkiye’ye çekilebilir ve burada da halk malların halen yurt dışında üretildiğini zannedebilir.

Devralanın, açıkça “x markalı malları, x bölgesinde üretmeyeceğim” şeklinde beyanı bulunmadıkça, markanın coğrafi kaynağının değişeceğini ve halkın yanılacağını tespit güçtür. Devralanın böyle bir beyanı yoksa Enstitü’nün devralanın markalı ürünleri nerelerde üreteceği yönünde bilgi isteyemeyeceği kanaatindeyiz. 40/94 sayılı Topluluk Marka Tüzüğü’nde, yanılmanın devir belgelerinden anlaşılması gereği düzenlenmiştir (Tüzük 17 md.). Ancak devrin, yeni sahibi adına tescili için gereken belgeler incelendiğinde, devreden şirket adresinden başka herhangi bir bilgi istenmemektedir. OHİM nezdinde tescil edilen Topluluk Markalarının devrinin sicile tescili için doldurulan formlarda da bu yönde bir bilgi bulunmamaktadır. Bu nedenle, devrin halkı coğrafi kaynak bakımından yanılığa düşüreceği devir belgelerinden açıkça anlaşılacaktır. Zira markanın devralınması anında markalı malların nerede üretileceği tam olarak bilinemez ve bu yönde taahhütte bulunulması istenemez.

ba. Markanın Kendisinde Yanılgı

Marka devri markanın “kendisi” ile ilgili olarak halkı yanılığa düşürebilecek nitelikte olmamalıdır (MarkKHK 16/IV. md). Zikredilen fıkrada markanın “kendisi” kavramı kullanılmış olmakla birlikte “cinsi, niteliği” kavramları da aynı anlamdadır, zira Topluluk Marka Tüzüğü’nde “the nature” kelimesi tercih edilmiştir(Tüzük 17.5 md). “Nature” kelimesi nitelik, içerik, doğası, yapısı anlamındadır¹⁹⁵. Markalar Kanun Tasarısı’nda da “niteliği” kelimesinin tercih edildiğini görmekteyiz(MarkK Tasarısı 39/4 md.).

Devir ile mal ve/veya hizmetin kendisi hakkında yanılığa düşülmesinin anlamı, devir ile markanın niteliğinin değişmiş olmasına rağmen halk nezdinde markanın aynı nitelikte olduğu fikrinin devam etmesidir. Bilindiği gibi malın cinsini belirten bir işaretin, hem Türkçe hem de halk tarafından bilinmesi şartıyla başka bir lisanda, markanın esaslı unsuru olarak tescili, yasaktır (MarkKHK 7/I-c md.). Bu tarz

¹⁹⁵ <http://www.zargan.com/sozluk.asp?Sozcuk=nature>

bir tasviri işaret bir kimsenin tekeline verilemez¹⁹⁶. Malın cinsini belirten kelimenin, yardımcı unsur olarak tescili mümkün olmakla birlikte, söz konusu markanın, ürünün kalitesi ve cinsi açısından halkı yanıltacak nitelikte olmaması gereklidir (MarkKHK 7/I-f md.). Bu şartlarla tescil edilmiş markanın başkası tarafından devralınması ile markanın niteliğinde meydana gelecek değişiklikler neticesinde halk yanılgıya düşebilir. Örneğin, devralan tarafından malların deriden yapılmayacak olmasına rağmen, malın deriden olduğu, içerisinde şeker olduğu halde şekersiz olduğu veya sentetik ipten yapıldığı halde yünden üretildiği¹⁹⁷ zannını uyandıracak şekilde markanın kullanılması yasaktır. Bütün bu haller markanın tesciline engel olan durumlardır. MarkKHK 16/IV fıkrasında “devir ile ortaya çıkacak yeni durumun” halkı yanılgıya düşürmesinden bahsedilmektedir. Görüldüğü gibi marka baştan itibaren, mal veya hizmet açısından halkı yanıltır mahiyette değildir. Devir sonucunda halk bu tarz bir yanılgı içine girmektedir. Devralanın marka altında üreteceği mal veya hizmetin niteliğini değiştirip değişmeyeceğini öngörebilmek, kaynak bakımından yanılgıyı tespitten daha zordur.

Ancak markanın niteliği kavramından sadece mal veya hizmetin içerisinde bulunan kelimeler düşünülmemelidir. Söz gelimi; “UZUNYOL İthalat ve İhracat Anonim Şirketi” ibarelerinden oluşan marka, bir gerçek kişi tacir tarafından devralınsa, halk bu kişinin gerçek kişi tacir değil de, bir Anonim Şirket olduğunu zannedecektir. Burada bile devralan bir anonim şirket kurmaya hazırlandığını ve bu markayı kullanacağını iddia edebilir.

Kişi isimlerinden¹⁹⁸ oluşan markaların devri de ayrı bir tartışma konusu oluşturmaktadır. Kişi isimlerinin marka olarak tescil edilmesinde üçüncü kişinin kişilik

¹⁹⁶ Yargıtay, ETİ'nin BROWNİE markasının tek başına tescili amacıyla yaptığı başvurunun reddine karar verilmiştir. Kararda Brownie'nin bir kek çeşidi olduğunu, bu nedenle kek için 7/I-c gereğince tescil edilemeyeceğini, kek emtiası dışında tescilin ise halkı yanıltacağını belirtmiştir. Yarg. 11 HD. 30.01.2009, E.2007/11599, K.2009/965, **Batider**, Mart, 2009, C.XXV, S.1, s. 268 vd.; STİM, s. 396

¹⁹⁷ **KARAAHMET/YALÇINER**, s. 37.

¹⁹⁸ Türk Hukuku'nda kişi isimlerinin marka olarak tescil edilebileceği konusundan öğretilerde görüş birliği bulunmaktadır. **KAYA**, Marka Hukuku, s.21; **KARAHAN**, Hükümsüzlük, s. 23; Ancak Kanada ve Amerikan Marka Hukuku'nda, yaşayan bir kişinin veya öleli 30 yıldan az olmuş bir kişinin isim ve soyadlarının marka olarak tescili yasaktır. Kişinin soyadının marka olarak tescil edilebilmesi için, tescil edilmek istenen mal ve hizmet sınıflarında bu isim ile bilinir olunmalı ve ismin halkta soyadı olduğu izlenimi uyandırmaması (look and feel) gerekmektedir. (Kanada Trade- Mark Act, 12, Kanun metni için bkz. <http://laws.justice.gc.ca/eng/T-13/index.html>), (ABD, Lanham Act **Trademark Law Treaty Implementation Act of 1998 (TLTIA)**, Pub. L. No. 105-330, 112 Stat. 3064 (15 U.S.C. 1051) §1052(e)(4); Birleşmiş Milletler Patent ve Marka Ofisi 15. Eylül. 2006 “**VOSE&SONS**” markasının soyadı olduğu için tescil edilemeyeceğine karar vermiştir.

haklarının zedelenmemesi ve haksız rekabet oluşturmaması gerekmektedir¹⁹⁹. Kanaatimiz de aynı yöndedir. Ancak usulüne uygun olarak sahibi tarafından tescil edilmiş bir ismin, sahibi tarafından devrinin veya icra marifetiyle satışının ardından, devralan tarafından markanın kullanılmasının halkı yanıltıp yanıltmayacağı önemlidir. Marka sahibinin açtığı dava sonucunda, devrin kişilik haklarına zarar verdiği gerekçesi ile markanın hükümsüzlüğüne karar verilebilmektedir. Burada kişi isimlerinden oluşan markanın tescil edildiği mal veya hizmetlerin nelerden oluştuğu önem arz etmektedir. Örneğin marka, özel sipariş ceket diken bir kişiye ait iken markayı bir tekstil firması devralmışsa, halk ceketlerin halen bu kişi tarafından elde dikildiğini zannedebilir.

ca. Markanın Tescilli Olduğu Mal ve/veya Hizmetlerin Kalitesinde Yanılgı

İncelediğimiz fıkra devir sözleşmesinin markanın kalitesi bakımından da halkı yanıltmaması gerektiği belirtilmiştir. Öğretide ise bazı yazarlar tarafından markanın kalitesini koruma yükümlülüğünün olmadığı belirtilmiştir²⁰⁰. Ancak MarkKHK’da yer alan düzenlemeler dikkate alındığında farklı bir sonuç çıkmaktadır. MarkKHK 42/e bendi gereğince markanın halkı kalitesi bakımından yanılgıya düşürmesi durumunda markanın hükümsüzlüğü talep edilebilecektir. Yine incelediğimiz MarkKHK 16/IV. fıkrasını gereğince devir halkı yanılgıya düşürecek nitelikte ise devir işlemi sicile tescil edilmeyecektir²⁰¹. Demek ki marka sahibinin markasının kalitesini koruma yükümlülüğü bulunmaktadır. Buna uygun olarak diğer bir görüş ise markanın müşteri nezdinde kalitesi ile bilindiği, bu düşüncenin müşteriyi her

<http://www.uspto.gov/web/offices/com/sol/foia/ttab/2eissues/2006/78157550.pdf>; Aynı şekilde **GLASSÖN** kelimesinin de marka olamayacağını belirtmektedir. Karar için bkz. <http://www.uspto.gov/web/offices/com/sol/foia/ttab/2eissues/2003/76237453.pdf>. Her iki kararda da internet arama motorlarından soyadlarına ilişkin arama yapıldığını, aynı isme sahip çok sayıda kişi çıktığı belirtilmiştir. Kanaatimizce isimlerin marka olarak tescil edilmesine engel yoktur. Bir isim veya soyadı marka olarak tescil edilmiş olsa dahi, marka sahibi markaya ilişkin dürüst kullanımları engelleyemeyecektir (MarkKHK 12). Diğer bir deyişle aynı isme sahip bir kişi bu ismini ticaret sırasında dürüstçe kullanma hakkına sahip olacaktır.

¹⁹⁹ **KAYA**, Marka Hukuku, s.21; **KARAHAN**, Hükümsüzlük, s. 23.

²⁰⁰ **ARKAN**, Marka Hukuku, C.I, s. 38 vd.; **ARKAN**, Marka Hukuku, C.II, s. 182; **ÜNAL**, s.64; **ÇAMLİBEL TAYLAN**, s.249.

²⁰¹ Ayrıca MarkKHK 7/I-f bendi, MarkKHK 54. ve MarkKHK 21/VIII. Maddeleri de aynı amaca hizmet etmektedir. **ÇAMLİBEL TAYLAN**, s.35.

seferinde markayı yeniden denemekten kurtardığını şeklidir²⁰². Ayrıca konuyu markanın garanti ve köken (menşe) bildirme işlevlerini de dikkate alarak incelemek gerekmektedir. Bilindiği üzere garanti işlevi, halk tarafından markaya duyulan güvendir. Halk BMW araba aldığı anda, onun aynı sağlamlıkta olacağı ve STARBUCK'a gittiğinde, içtiği kahvenin aynı tatta olacağı güvencesini taşır²⁰³. Bu daha çok markanın arkasındaki işletmeye duyulan güvendir. Dolayısıyla garanti işlevi ile markanın köken (menşe) bildirme işlevini bir arada düşünmek gerekmektedir²⁰⁴. Tanınmış markalar dışında, markanın kural olarak tescil başvurusu sırasında kalite bildirme işlevi yoktur. Ancak biraz önce belirttiğimiz üzere markanın sahibi olan işletme öyle bilinir bir işletmedir ki, halk nezdinde her tescil ettirdiği marka aynı kaliteyi garanti ediyor olabilir. Bu ihtimal dışında ise işaretin marka olarak tescilinin ardından kullanım sonucunda, halk nezdinde belli bir kaliteye ulaşır. Ayrıca da markanın içerisinde kalite bildiren bir ifadenin kullanılması, halkı malın kalitesi açısından yanıltabileceği için MarkKHK 7/I-c bendi ile de yasaklanmıştır²⁰⁵.

İster tescil sırasında isterse kullanım sonucu elde edilmiş olsun, marka tescilli olduğu mal ve hizmetlerde belli bir kaliteyi simgeliyor olabilir. Markanın devrinin ise halk tarafından bilinebilmesi mümkün olamayacağı için, halk markanın aynı kaliteyi koruduğunu zannedebilir. Halk tarafından markanın kalitesinin düştüğü anlaşılır ise, bu defa, marka ile bağlantı kurulmuş olan işletmenin de itibarı zedelenecektir.

TPE'nin, markanın aynı kalitede üretilmeyeceğini veya hizmetin aynı kalitede sunulmayacağını ve bununla birlikte halkın markanın aynı kalitesini koruduğunu zannedeceğini tespit etmesi durumunda, markanın devrinin halkı yanıltıcı nitelikte olduğundan bahisle marka devrini marka siciline tescil etmeyecektir. Ancak bu durumun devir sırasında anlaşılması çok güçtür²⁰⁶.

²⁰² OMAĞ, Marka, s.8; KARAHAN, Fikri Mülkiyet, s. 137; PEKDİNÇER, Marka Koruması, s. 48.

²⁰³ CALBOLI, s. 772.

²⁰⁴ PEKDİNÇER, Marka Koruması, s. 56; CALBOLI, s. 779.

²⁰⁵ Bunun yanında TPE, "Süper Lüks", "Süper 1", "Ekstra" ve "Lüks 1" uzantılı markaları tescil etmiştir. Söz konusu markaların kalite farklılıklarının olduğu, ancak hiçbirinin vasat ürünlerde kullanılmadığı, bu nedenle halkın ürünlerin kalitesi hakkında yanılgıya düşmeyeceği belirtilmiştir. KARAHAN, Sami, "Süper Lüks", "Süper 1", "Ekstra" ve "Lüks 1" İşaretlerinin Gıda Markalarında Kullanılması Mümkün Müdür?", FMR, C.I, S.2001/3, s. 40, 42(Süper Lüks).

²⁰⁶ Belirtildiği üzere BM halkın yanıltılmasının önüne geçmek amacıyla, markanın bağlı olduğu işletmenin veya işletmeye ait tüm gayri maddi malların da devri zorunludur. Lanham Act, 15 USC. &1060(a)(4).

da. MarkKHK 16/V. Fıkrası Anlamında Benzer Markaların Bulunması

Taraflar arasında devre konu olan markanın, devreden adına kayıtlı aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzer başka marka/marka başvurularının, aynı ve halkı yanılgıya düşürecek derecede benzer sınıflardaki tescillerinin de devredilmesi şarttır(MarkKHK 16/V. md.). Söz konusu fıkra aslında bir devir sınırlamasıdır ve ilerde ayrı bir başlık altında incelenecektir²⁰⁷.

Ancak bu durumun aynı zamanda, marka devrinin tescilini engelleyen sebepler arasında yer aldığını burada belirtmemiz gerekir. Bu tescil engelinin aşılması amacıyla benzer olarak nitelendirilen diğer marka/marka başvurularının da devir kapsamına alınması gerekecektir. Kanaatimizce devredilen markanın tescilli olduğu mal veya hizmetlerin bir kısmından vazgeçilmesi ile benzer olarak nitelendirilen diğer markalar ile benzerlik ortadan kalkıyorsa, bu yol da tercih edilebilecektir.

c. Türk Patent Enstitü'sünün Sınırlandırma Önerisi

Yukarıda bahsedilen durumların varlığı halinde TPE tarafından markanın devralan adına tescilinin yapılmayacağı belirtilmiştir. MarkKHK 16/IV hükmünün ifadesi “*devir işlemi Enstitü tarafından yapılmaz*” şeklinde olsa da, bu ifadenin “*devir işleminin tescili Enstitü tarafından yapılmaz*” şeklinde anlaşılması daha doğrudur²⁰⁸. Markalar Kanun Tasarısı'nda da madde, eleştirilere uygun olarak, “*Enstitü devri Sicile kaydetmez*” şeklinde düzeltilmiştir (MarkKHK 39/IV md.). Gerçekten de Enstitü'nün markanın devrini gerçekleştirme hakkı yoktur. Marka, taraflar arasındaki yazılı sözleşmenin varlığı ile devralana geçmektedir. Ancak garanti ve ortak markaların devrinde, tescil kurucu etkiye sahip olacağı için, burada Enstitü'ye verilen yetki daha geniştir.

Devrin halkı yanıltıcı nitelikte olması durumunda, Enstitü, yeni marka sahibinden, markasını “sınırlamasını” isteyebilecektir. Ancak Enstitü sınırlamayı re'sen yapmayacaktır; bu yöndeki değerlendirmesini devralana sunacak, devralan tarafından

²⁰⁷ Bkz. “ Benzer Marka/Marka Başvurularını Devretme Yükümlülüğü” başlıklı bölüm

²⁰⁸ ARKAN, Marka Hukuku, C.II, s.182; KAYA, Marka Hukuku, s.214, ÜNAL, s.62; KARAN/KILIÇ, s.330; OYTAÇ, Markalar Hukuku, s.206; UTKU, s.249, dp.683; Mehaz 40/94 sayılı Topluluk Marka Tüzüğündeki ifade de bu doğrultudadır(Tüzük 17.4. md.).

kabul edilmesi durumunda sınırlamayı yaparak, devir sözleşmesini tescil edecektir. TPE'nin bazı mal ve hizmetlerin devir kapsamından çıkarılmasını mı, yoksa markadaki bazı ifadelerin çıkarılmasını mı isteyebileceği hususu tartışılmıştır. Devralınan markanın halkı yanıltmaması amacıyla, markanın tescilli olduğu mal ve/veya hizmetlerin sınırlandırılması, diğer bir deyişle markayı devralan kişinin, markanın tescilli olduğu mal ve hizmetlerin bazılarında vazgeçmesi veya devir sözleşmesinden söz konusu mal/hizmetlerin çıkartılması gerekmektedir²⁰⁹.

Diğer bir öneri²¹⁰ ise markanın içerisinde yer alan ve halkı yanılgıya sürükleyecek ifadenin çıkartılması şeklindedir. ÜNAL, verdiği örnekte, VAN OTLU PEYNİR ibaresini taşıyan markanın, başka bir ilde peynir üreten kişiye devredilmesi durumunda, markadan VAN kelimesi çıkarılarak, devrin halkı yanıltma ihtimalinin önüne geçebileceğini belirtmektedir²¹¹. Aynı şekilde BİLGİLİ'de markadaki değişikliğin her şekilde uygulanabileceği kanaatindedir²¹². Yazara göre “*markadaki kelimenin veya harfin bir kısmının atılması, yeni renk, harf vs. işaretlerin eklenmesi suretiyle değişiklik yapılabilir*”²¹³.

Yargıtay ise marka olarak tescil edilen işaretin kısmen hükümsüzlüğünün mümkün olmadığını belirtmektedir. Yarg. 11. HD.'si 03.10.2005 tarihli E.2004/11835 K.2005/9088 Sayılı kararında ilk derece mahkemesinin kararını “*Tarafların markaları arasındaki iltibasın, her iki markanın bir bütün olarak değerlendirilerek belirlenmesi ve buna göre varılacak sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerektiği dikkate alınmadan, davalının “COMODOR” markasından “COMO” sözcüğünün çıkartılarak yazılı olduğu şekilde hüküm kurulmasını doğru görmeyerek*” bozmuştur²¹⁴.

Belirtelim ki markanın bir kısmının hükümsüzlüğüne karar verilmesi ile markanın kısmen hükümsüzlüğüne karar verilebilmesi (MarkKHK 42/II md.) farklı

²⁰⁹ ARKAN, Marka Hukuku, C.II, s.182; KAYA, Marka Hukuku, s.214, ÜNAL, s.62; KARAN/KILIÇ, s.330; OYTAÇ, Markalar Hukuku, s.206; UTKU, s.248, dp.681.

²¹⁰ ÜNAL, s.63.

²¹¹ ÜNAL, s.63; Yarg diğer bir kararında, “Kazım Ünlü” markasından Ünlü kelimesinin silinmesi gerektiğini belirtmiştir. Yarg. 11 HD. 28.09.2998, E.1998/4205, K.1998/5939, KARAHAN, Hükümsüzlük, s.153, dp.1.

²¹² BİLGİLİ, Markanın Devri, s. 42.

²¹³ BİLGİLİ, Markanın Devri, s. 42.

²¹⁴ Yarg. 11. HD. T. 03.10.2005, E.2004/11835, K.2005/9088, **Legal Fikri ve Smai Haklar Dergisi**, 2005 Y.1,S.4, s.1098 vd.; Aynı yönde Yarg. 11 HD. T.20.12.2005, E.2004/11195, K. 2005//10016, NOYAN, s.373, dp.270; ŞANAL, **Osman**, Markanın Hükümsüzlüğü, Ankara, 2006, s.207.

kavramlardır. Bu nedenle markanın içerisindeki kelimelerden bazılarının silinmesi kabul edilmemektedir. Markadan çıkarılması istenen kısmın, markanın esaslı veya yardımcı unsur olması arasında bir fark yoktur. Her iki halde de ortaya yeni bir marka çıkacaktır. Yeni markanın tekrar mutlak ve nisbi red nedenleri açısından incelenmesi gereklidir(MarkKHK 29 vd. md.). Markanın kısmen hükümsüzlüğü ise markanın tescilli olduğu mal ve hizmetlerden sadece bir kısmı için hükümsüzlük nedeninin oluşması ile sadece bu kısım mal ve hizmetler için hükümsüzlük kararının verilebilecek olmasıdır (MarkKHK 42/II md.). Böylelikle marka diğer mal ve hizmetlerde kullanılmaya devam edecektir²¹⁵. MarkK Tasarısı'nın kısmi hükümsüzlüğün düzenlendiği 47/II. fıkrasında açıkça “...Marka örneğini değiştirecek biçimde hükümsüzlük kararı...” verilemeyeceği belirtilmiştir.

Devrin halkı yanıltıcı nitelikte olması durumunda da, Enstitü tarafından önerilen sınırlandırma, Kararname'nin ruhuna uygun olarak, sadece mal ve hizmet sınıflarında gerçekleştirilebilir. Buna göre, Enstitü marka sahibinden, halkı yanıltıcı nitelikte olan bazı mal ve hizmet sınıflarından vazgeçmesini isteyecektir²¹⁶.

Markalar Kanun Tasarısı'nda konunun düzenlendiği 39. maddenin dördüncü fıkrası kanaatimizi güçlendirecek şekilde değiştirilmiştir. Düzenleme “ ...devralan, devir alınan markanın kapsamını, halkı yanıltıcıya düşürmeyecek mal veya hizmetlerle sınırlandırmayı kabul etmezse Enstitü devri Sicile kaydetmez.” şeklindedir.

D. Marka Devrinin Tescil Edilmemesinin Etkileri

Markanın devrine ilişkin sözleşmenin geçerliliği için, sözleşmenin sicile tescil edilmesi gerekmez de, markanın mülkiyetinde meydana gelen değişikliklerin MarkKHK 39/II ve MarkKHK Yönetmeliğin 19. maddesi gereğince sicile kaydedilmesi gerektiği açıktır. Markanın devrinin düzenlendiği 16. maddenin son fıkrasında, devir sözleşmesi sicile kayıt edilmediği sürece, tarafların markanın tescilinden doğan yetkileri iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri süremeyeceği belirtilmiştir. Söz konusu ifade bir çok tartışmayı da beraberinde getirmektedir.

²¹⁵ KARAN/KILIÇ, s. 386; KAYA, Marka Hukuku, s.323; YASAMAN, Marka Hukuku, C.II, s.849.

²¹⁶ Örneğin Yargıtay, NEO BANT markasının tescil başvurusunu sadece “flaster, bandajlar, ortopedik ve destekleyici bandajlarda” kabul etmiş, diğer sınıflardaki başvuruyu iptal etmiştir. Yarg. 11 HD. T. 15.12.2008, E. 2007/10904, K. 2008/12049, **Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi**, Y.5, 2009/18, s.385.

Konuyla ilgili mevzuat hükümler incelendiğinde, 40/94 Sayılı Tüzük'teki hükümlerin daha ayrıntılı düzenlendiği görülmektedir. 17. 5. maddesi ile tarafların devrin sicile tescilini talep edebilecekleri, 17.6. maddesi ile devir sicile tescil edilmediği sürece “devralanın”, “markanın tescilinden doğan hakları” kullanamayacağı belirtilmiştir. Burada yetkileri kullanamayacak kişi devralandır. Kime karşı kullanamayacağına ilişkin bir hüküm yoktur. Tüzüğün 23. madde ise hukuki işlemlerin üçüncü kişiler üzerindeki etkilerini ayrı olarak düzenlemiştir. Bu madde gereğince devrin ancak sicile tescil edildikten sonra, “iyiniyetli” üçüncü kişilere karşı hüküm ifade edecektir. Ancak işlemde haberdar olan kişilere karşı (kötüniyetli), markanın devri her zaman ileri sürülebilecektir. 23. maddenin ikinci fıkrası bu kurala bir istisna getirmiştir. Marka bir işletmenin devriyle birlikte veya külli halefiyet yoluyla devredildiyse, tescil şartı aranmaksızın devir herkese karşı ileri sürülebilecektir. Bu istisna çok önemlidir. Zira markanın ticari işletmenin devri suretiyle veya külli halefiyet ilkesi gereğince devredildiği durumlar aynı zamanda markanın devrine ilişkin şekil şartının istisnalarını oluşturmaktadır. Tüzük bu ihtimallerde de devrin sicile tescil edilebileceğini belirtmiştir. Ancak devir tescil edilmese de devir üçüncü kişinin iyiniyetli olup olmadığına bakılmaksızın ileri sürülebilecektir.

MarkKHK'ya göre ise devir tescil edilmediği sürece “taraflar” tescilin sağladığı hakları, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri süremeyeceklerdir. Tüzükte sadece “devralan” iken Kararname gereğince hem devreden hem devralan, markanın tescilinden doğan haklarını ileri süremeyecektir. Kararname'de, Tüzükteki düzenlemenin aksine markanın ticari işletme ile veya külli halefiyet ilkesi gereğince devredilmesi durumunda, tescilin etkisine ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır.

Mülga 556 sayılı MarkKHK Uygulama Şekli Gösterir Yönetmeliğin 22. maddesinin IV. fıkrasında devir sicile kaydedilmedikçe, Enstitü tarafından sicile kayıtlı olan kişinin marka sahibi olarak kabul edileceği düzenlenmiştir²¹⁷. Dolayısıyla tescil kurucu etkiye sahip olmamakla birlikte TPE yaptığı işlemlerde, marka sicilinde kayıtlı olan kişiyi marka sahibi olarak görmekteydi. Gerçekte bu hüküm MarkKHK'nın 16/son maddesinde belirtilen “devir, sicile kaydedilmediği sürece, taraflar markanın

²¹⁷ Mülga MarkKHK Uygulama Şekli Gösterir Yön. 22/IV “markanın devri sicile kaydedilmedikçe, Enstitü sicilde kayıtlı olan kişiyi marka sahibi olarak kabul eder.” şeklindedir.

tescilden doğan yetkileri iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri süremez” şeklindeki hüküm ile de uyumluluk içerisindeydi. Yürürlükteki Yönetmelikte ise benzer bir düzenleme yer almamaktadır. Bununla birlikte MarkK Tasarısı konuyu açıkça düzenlemiştir. MarkK Tasarısı 38/son fıkrası ile markanın devri marka siciline tescil edilmediği sürece, Enstitü hak sahibine yapacağı bildirimleri marka sicilinde kayıtlı olan kişiye yapacaktır²¹⁸. 40/94 sayılı Topluluk Marka Tüzüğü’nün 17.5. fıkrası hükmü de aynı şekildedir²¹⁹.

Enstitü tarafından devir işlemi tescil edilmediği sürece, tescilin marka sahibine sağladığı yetkiler, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı kullanılamayacaktır. Bu cümlenin iki yönüyle değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Öncelikle devir sözleşmesi tescil edilmediği sürece Kararname’nin tescilli marka sahibine sağladığı hakların kullanılması açısından devralan ve devreden durumları; ikinci olarak da, üçüncü kişilerin marka üzerinde bu dönemdeki hak kazanımlarının akibeti belirlenmelidir.

a. Üçüncü Kişilere Karşı İleri Sürülemez Haklar

MarkKHK’deki ifade “*tescilden doğan yetkilerin*”, “*iyiniyetli*” üçüncü kişiye karşı ileri sürülemezdir. Dolayısıyla “*tescilden doğan yetkiler*”in hangileri olduğunun ve iyiniyetin duruma etkisinin tespit edilmesi gereklidir. Zira üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez olan yetkiler bunlardır.

Marka sicili alenidir; talep edilmesi ve yönetmelikte öngörülen ücretin ödenmesi koşuluyla sicil örneği verilir (MarkKHK 39/III md.). Dolayısıyla herkes herhangi bir markanın kime ait olduğunu görebilmektedir. Hatta Türk Patent Enstitü’sünün resmi web sitesinden²²⁰ bir işaret üzerinde hak sahibi olup olunmadığının araştırması mümkündür. Kendisine bildirilmediği veya marka siciline tescil edilmediği sürece, üçüncü kişiler marka sicilinde kayıtlı olan kişiyi, marka sahibi zannetme konusunda haklı olacaklardır. İyiniyetli kişi, markanın başka birine

²¹⁸ MarkK Tasarısı 38/son “*Markaya ilişkin mülkiyet değişikliği sonucunu doğuran hukuki işlemler, Sicile kaydedilmediği sürece, Enstitü tarafından hak sahibine yapılacak bildirimlerde mevcut Sicil kaydı esas alınır.*”

²¹⁹ 4094 sayılı Topluluk Marka Tüzüğü 17.5. maddesi “*On request of one of the parties a transfer shall be entered in the Register and published.*” şeklindedir.

²²⁰ www.tpe.gov.tr

devredildiğini bilmeyen veya bilebilecek durumda olmayan kişidir. Bununla birlikte kişinin iyiniyetli olup olmadığı, somut olay bakımından bir hak kazandırıyorsa önemlidir. Örneğin, marka sicilinde hak sahibi olarak görünen devredenden lisans hakkı alan kişinin iyiniyeti önemlidir. Zira bu kişi kötünietli ise bu dönemde markayı kullanması markaya tecavüz oluşturacaktır. Ancak üçüncü kişi iyiniyetli ise bu kullanımının markaya tecavüz sayıldığı iddia edilemeyecektir.

Kararname'nin amacı, tescil edilen markaların korunmasını sağlamaktır (MarkKHK 1. md). Aynı anlamda, MarkKHK ile sağlanan korumanın tescil yoluyla elde edileceği düzenlenmiştir (MarkKHK 6. md.). MarkKHK 9. maddesi markanın tescil edilmesinin sağladığı hakların kapsamını belirlemiştir. Söz konusu hüküm, 5833 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükümünde Kararname'de Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun²²¹ 1. maddesi ile değiştirilmiştir. Bu madde gereğince, marka sahibi tescil ile "...a) *Markanın tescil kapsamına giren aynı mal ve/veya hizmetlerle ilgili olarak, tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin kullanılması. b) Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal ve/veya hizmetlerin aynı veya benzeri mal ve/veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk tarafından, işaret ile tescilli marka arasında ilişkilendirilme ihtimali de dahil, karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılması. c) Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsamına giren mal ve/veya hizmetlerle benzer olmayan, ancak Türkiye'de ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle tescilli markanın itibarından dolayı haksız bir yarar elde edecek veya tescilli markanın itibarına zarar verecek veya tescilli markanın ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikteki herhangi bir işaretin kullanılmasını...*" engelleme hakkına sahiptir. Ayrıca yine aynı madde gereğince marka sahibi "...a) *İşaretin mal veya ambalajı üzerine konulması., b) İşareti taşıyan malın piyasaya sürülmesi veya bu amaçla stoklanması, teslim edilebileceğinin teklif edilmesi veya o işaret altında hizmetlerin sunulması veya sağlanması, c) İşareti taşıyan malın gümrük bölgesine girmesi, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutulması, d) İşaretin, teşebbüsün iş evrakı ve reklamlarında kullanılması, e) İşareti kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bir bağlantısı olmaması koşuluyla, işaretin aynı veya benzerinin internet*

²²¹ RG. 28.01.2009, S. 27124

ortamında ticari etki yaratacak biçimde, alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük veya benzeri biçimlerde kullanılmasını” yasaklama hakkına da sahiptir. Görüldüğü gibi marka sahibine, rızası olmadan yapılan ve MarkKHK 61. maddesi ile markaya tecavüz sayılan bu eylemlerin yasaklanmasını isteyebilme yetkisi tanınmıştır. Ayrıca marka sahibinin genel olarak tescilli markasının kendi rızası dışındaki tüm markasal kullanımlarına²²² engel olabilme hakkı da vardır. En önemlisi de 9. maddenin son fıkrası gereğince, belirtilen bu hakların üçüncü kişilere karşı kullanımı ancak markanın sicile tescilinden sonra mümkün olacaktır.

Markanın tescil edilmesinin sağladığı yetkilerin belirlenmesi suretiyle MarkKHK 16/son’un atfı ile marka devri sicile kaydedilmediği sürece, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyecek yetkilerde, belirlenmiş olmaktadır. Ancak fikrayı açıklarken, markanın devri sicile tescil edilsin veya edilmesin, söz konusu markanın tescilli bir marka olduğunu unutmamak gerekmektedir. Bu nedenle marka zaten tescilden doğan haklara sahiptir. Ancak Mevzuat Tüzükte devir tescil edilmediği sürece sadece devralan bu yetkileri kullanamayacakken, Kararname’de hem devreden hem de devralan bu hakları kullanamayacağı belirtilmiştir. Oysa ki kanun koyucunun, devir sicile tescil edilmediği için, devredilen markayı tekrar, tescilsiz bir marka konumuna getirerek, koruma dışı bırakma kastı olduğu söylenemez²²³.

Devrin tescilinden önce, devralanın dava haklarının ve devre konu marka aleyhine açılacak davaların kime yöneltileceği konusu da marka devrinin tescil edilmediğine göre belirlenmektedir. Öğreti, marka sicilinde marka sahibi olarak görünen kişinin dava hakkına sahip olduğunu, hükümsüzlük davasının da sicilde marka sahibi olarak görünen kişiye karşı açılacağını belirtmektedir²²⁴. Ayrıca ARKAN nisbi red nedenlerine dayanarak, diğer marka başvurularına itiraz etme hakkının marka sicilinde kayıtlı olan kişiye ait olduğu kanaatindedir²²⁵. Konu ile ilgili kanaatimize geçmeden önce Yargıtay’ın yaklaşımını da belirtmek istiyoruz.

²²² Markasal kullanım kavramı için bkz. **ARKAN**, Markasal Kullanım, s.7 vd; **TEKİNALP**, **Ünal**, “Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Kullanılması”, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul, 1998, s.643.

²²³ **ARKAN**, Marka Hukuku, C. II, s. 186.

²²⁴ **ARKAN**, Marka Hukuku, C.II, s. 187; **KARAHAN**, Hükümsüzlük, s.143; **ÜNAL**, s.70.

²²⁵ **ARKAN**, Marka Hukuku, C. II, s. 186.

Öncelikle devredilen marka aleyhine açılacak davaların kime yöneltileceği sorunu belirlenmelidir. Hükümsüzlük davasının kime açılacağı konusunda Yargıtay kararları arasında tam bir görüş birliği yoktur. Yargıtay 11 Hukuk Dairesi 29.09.2005 tarihli kararında dava konusu marka dava tarihinden önce noter senedi ile 3. kişiye devredilmiş olmasına rağmen, devrin marka siciline tescil edilmediğini, dava tarihi itibarıyla marka sicilinde davalının marka sahibi olarak görüldüğünü, hükümsüzlük davasının ancak sicilde marka sahibi olarak görünen kişiye karşı açılacağını belirtmiştir²²⁶. Yine Yargıtay 11 Hukuk Dairesi 20.02.2007 tarihli kararında “*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 sahibi olarak gözükken kişiye (devredene) karşı açılması*” gerekeceğini belirtmiştir²²⁷. Bu karara konu olayda marka dava tarihinden önce geçerli şekilde devredilmiştir. Ancak devrin marka siciline tescili dava tarihinden sonra gerçekleşmiştir. Bunun üzerine Yargıtay “... hükümsüzlük davasının sicilde marka sahibi görünen kişiye karşı açıldığı ve dava tarihinden sonra davalı markalarının devredildiğinin kabulü ile HUMK nun 186 ncı maddesi²²⁸ gereğince işlem yapıldıktan sonra işin esasına girilmesi gerekir...” şeklinde karar vermiştir. Bu karardan kısa bir süre sonra Yargıtay görüş değiştirmiştir. Yargıtay 11 HD. 13.11.2008 tarihinde “556 sayılı KHK'nin 16 ncı maddesi hükmü uyarınca, markanın devri tasarrufları bir işlem olup, özü itibarıyla bir hakkın yani alacağın temlik sonuçlarını doğurur. Devir işlemi ile birlikte marka hakkı devreden malvarlığından çıkarak, devralanın malvarlığına dahil olur. Devrin marka siciline kaydedilmesi, kazandırıcı değil, bildirici etkiyi haizdir.

²²⁶ “...hükümsüzlük davasının markanın sicilde adına kayıtlı olan kişiye karşı açılması gerektiği, marka devrinin 26.12.2003 tarihinde gerçekleştirildiği, davanın devirden sonra açıldığı, davaya dahil edilmek suretiyle hasım ilavesinin veya davalının değiştirilmesinin de mümkün bulunmadığı gerekçesiyle davanın husumet nedeniyle reddine karar verilmiştir...” Yarg. 11 HD. T. 29.09.2005, E. 2004/11665, K.2005/8923, www.legalbank.com.(12.02.2009)

²²⁷ Yarg. 11 HD. T. 20.02.2007, E. 2005/11945, K. 2007/3193, www.legalbank.com.(12.02.2009)

²²⁸ HUMK 186. Maddesi

Bu bakımdan usulüne uygun bir devrin varlığı halinde, terkin davasının sicilde marka hakkı sahibi olarak görünen kişiye karşı değil, devralan gerçek malik aleyhine açılması gerekir. Somut uyuşmazlıkta, davacı tarafından terkin istenen markalar noter satış sözleşmesi ile dava tarihinden önce dava dışı Hotic Kozmetik San. Ve Tic. Ltd. Şti. 'ne devredilmiştir. Bu durumda, mahkemece davalının davada pasif husumet ehliyeti bulunup, bulunmadığı değerlendirilerek sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, davanın esasına girilerek yazılı şekilde hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir.” şeklinde karar vermiştir²²⁹. Bu görüş ile marka devir sözleşmesinin tescilinin açıklayıcı etkisi vurgulanmış ve marka sicilinde görünen kişinin değil, yazılı sözleşme ile markayı devralan kişinin markanın sahibi olduğu ve açılacak davalarda bu kişinin dava ehliyeti olduğunun altı çizilmiştir.

Davacı konumundaki üçüncü kişi, marka sicilinde kayıtlı olan kişiyi marka sahibi zannetmekte, dolayısıyla söz konusu markanın hükümsüzlüğü için bu kişiye karşı dava açmakta haklıdır. Zira henüz tescil edilmediği için aleniyet kazanmamış bir işlemin iyiniyetli kişiler tarafından bilinmesine imkân olmadığı gibi, üçüncü kişilere durumu araştırma yükümlülüğü de getirilemez. Bununla birlikte tabii ki davalı maddi hukuk bakımından marka sahibi değildir ve markanın davadan önce devredilmiş olduğu iddiasıyla karşılaşıldığında, kural olarak taraf sıfatı yokluğu gerekçesi ile davası reddedilecektir. Üçüncü kişi davacı, davasını devralan kişiye karşı tekrar açmak zorunda kalacaktır. Devir yargılama sırasında gerçekleşmediği için de, üçüncü kişi konumundaki davacı, HUMK 186. maddesinde belirtilen seçimlik haklara sahip olamayacaktır. Yargılama masraflarını tekrar ödeyerek gerçek marka sahibine yeni bir dava açmak zorunda kalacaktır.

Markalar Kanun Tasarısı konuyla ilgili düzenleme getirmiştir. Tasarı gereğince markanın hükümsüzlüğüne ilişkin dava, marka sicilinde kayıtlı olan kişiye karşı açılacaktır (MarkK Tasarı 48/II md.).

Devredilen markayı korumaya yönelik açılacak davalarda durum farklıdır. Yukarıda belirtildiği gibi fıkranın anlamı, markayı korumaya yönelik hakların iyiniyetli üçüncü kişilere karşı kullanamayacağıdır. Oysa markasının tecavüze uğradığını iddia ederek, MarkKHK kapsamında, markaya tecavüz davalarını açma yetkisinin marka

²²⁹ Yarg. 11 HD. T. 13.11.2008, E. 2007/8525, K. 2008/12811, **Batider**, 2008, C.XXIV, S.4, s.315.

sahibine ait olduğunda tereddüt yoktur. Aynı şekilde MarkKHK 42. maddesi gereğince tescilli markasına dayanarak, başkasının markasına karşı hükümsüzlük davasını açma hakkı da marka sahibine aittir. MarkKHK kapsamındaki korumadan yararlanabilmek için ise markanın marka siciline tescil edilmiş olması yeterlidir (MarkKHK 6. md.). Ancak bu yetki, markanın devri ile devralana geçmiştir. Dava açma hakkının kazanımı için, devrin sicile tescili gerekli değildir. Dolayısıyla markaya tecavüz davası açmaya yetkili olan kişi maddi hukuk bakımından hak sahibi olan devralandır. Aynı durum devralan tarafından hükümsüzlük davası açılmasında da geçerlidir. ARKAN²³⁰, marka sicilinde kayıtlı olan kişinin hak sahibi olduğu, bunun yanında devralan kişinin, devir sözleşmesini ibraz ederek markaya tecavüz davası açabileceği görüşündedir²³¹. Yargıtay 24.06.2004 tarihli kararında marka sicilinde kayıtlı olan devralanın, davalının marka başvurusuna itiraz etme hakkını ve konuya ilişkin YİDK kararının iptali için dava açma hakkını kabul etmiştir. Söz konusu olayda “...doysa içerisindeki belgelerden markanın dava tarihinden önce davacı Yıldız Holding A.Ş. 'ne devredildiği anlaşılıyor ise de, markanın henüz anılan davacı adına tescil edilmediği belirlenmiştir. 556 sayılı KHK'nin 16/son maddesi hükmü uyarınca devrin tescil edilmediği sürece üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceği öngörülmüştür. Bu durumda dava tarihinde davacı Ülker Gıda A.Ş.'nin dava üzerindeki menfaatinin devam ettiğinin kabulü gerektiği”ğine karar vermiştir²³².

Ayrıca markaya tecavüz ettiği iddiasının muhatabı davalının, tecavüz ettiği markanın başkasına devredildiğini bilip bilmemesinin bir önemi yoktur. Zira bu kişinin devir sözleşmesine bağlı bir hak kaybı söz konusu değildir. Hükümsüzlük davasının davalısı için de markanın devredilmiş olup olmadığının bir önemi yoktur. Dolayısıyla bu kişilerin iyiniyetli olması sonucu değiştirmeyecektir.

Devir sözleşmesi tescil edilmediği sürece MarkKHK kapsamında yer alan markaya tecavüz davalarının değil de, TTK 56 vd maddelerinde düzenlenen haksız

²³⁰ ARKAN, Marka Hukuku, C.II, s. 186.

²³¹ UYSAL ise devir tescil edilene kadar ne devralanın ne de devredenın dava açma hakkı olmadığı kanaatinde dir, UYSAL, Erkan, Probleme des Türkischen Markenrechts aus der Sicht des deutschen und europäischen Recht, (Max-Planck-Institut, Schriftenreihe zum gewerblichen Rechtsschutz, Band 105), München 1996, s. 162(nakden, ARKAN, Marka Hukuku, C.II, dp. 49).

²³² Yarg. T.24.06.2004, E.2003/11150, K. 2004/7035, NOYAN, s.257.

rekabet davalarının açılması gerektiği düşünülebilir. Ancak belirttiğimiz gibi, tescilli olan markanın MarkKHK'nın korumasından yararlanamayacağı söylenemez.

b. Üçüncü Kişinin Marka Üzerindeki Hak Kazanımları

Markayı usulüne uygun düzenlenmiş, yazılı sözleşme ile devralan kişi, markanın devri için gerekli olan tasarruf işlemini yerine getirmiştir. Ancak tarafların ihmal etmesi veya TPE'nin tescil işlemini reddetmesi nedeniyle, devreden kişi halen marka sicilinde hak sahibi olarak gözükmeye devam edebilir. TPE nezdinde ve devirden haberdar olmayan üçüncü kişiler gözünde, marka sahibi sicilde kayıtlı olan devreden kişidir. Devreden kişinin artık maddi hukuk anlamında üzerinde tasarrufta bulunabileceği her hangi bir hakkı bulunmamasına rağmen, markayı üçüncü kişiye tekrar devrettiği veya üçüncü kişi yararına marka üzerinde rehin veya lisans hakkı kurduğu görülmektedir. Bu ihtimaller birçok soruyu da beraberinde getirmektedir. Bu nedenle üçüncü kişilerin edinmesi muhtemel hakları ve iyiniyetin rolü hakkındaki görüşlerimizi belirtmeliyiz.

Geçerli şekilde devredilmiş markanın, devrin sicile tescil edilmemesinden faydalanarak, sicilde marka sahibi olarak görünen devreden tarafından tekrar devredilmesi, hatta devrin sicile tescil edilmesi olasıdır. Oysaki marka geçerli şekilde ilk devralana geçmiştir. Marka sicilinde kayıtlı gözüken kişi markanın mülkiyetine sahip değildir. Dolayısıyla markayı devretme hakkına da sahip değildir. Daha önce devredilmiş markayı devralan kişi ister iyiniyetli olsun ister kötünietli olsun markanın mülkiyetini kazanamayacaktır. Ancak ikinci devralan iyiniyetli ise, MarkKHK 16/son gereğince markayı devralanın, devir tescil edilmediği sürece, iyiniyetli üçüncü kişinin bu dönemdeki marka kullanımından dolayı markaya tecavüz ve tazminat davaları açamayacaktır.

İkinci devralan adına marka sicilinde haksız bir kayıt yer alıyorsa, asıl hak sahibi tarafından marka sicilindeki kaydın düzeltilmesi talep edilmelidir²³³. Bu nedenle

²³³ MarkKHK'da sadece marka başvurusunda yer alan hataların düzeltilmesine ilişkin hüküm vardır(MarkKHK 37. md.). MarkKHK Yön. ise marka sahibinin de bu hakka sahip olduğu belirtilmiştir. ". **KAYA**, Marka Hukuku, s.193; MarkKHK 24. md. "Marka veya başvuru sahibi veya bunların vekili tarafından yapılan, marka siciline, belgelere, yazışmalara, Bültene veya Gazeteye yansımış olan, başvuru sahibinin adı ve adresindeki hatalar ile ifade ya da kopyalama hatalarının ve aşikar hataların düzeltilmesine ilişkin talebin,

hükümsüzlük davası açılmaz, zira hükümsüzlük davasının konusu tescilli olan markanın terkin edilmesidir. Burada ise markanın terkinini değil, marka sahibinin terkinini istenmektedir. Bilindiği gibi, Enstitü kararlarından zarar gören kişiler²³⁴, bu kararlara karşı Enstitü nezdinde itiraz edebilirler (MarkKHK 47, 48 md.). Enstitü'nün yanlış kişiyi marka sahibi olarak tescil etmesine ilişkin kararına itiraz edilebileceği kanaatindeyiz. Bu itiraz neticesine göre ise ya itiraz prosedürü devam edecek (MarkKHK 47, 48, 52, 53 vd. md.) ya da Enstitü kararını düzeltecektir. Ancak MarkKHK 49. maddesinde Enstitü kararlarına karşı yapılacak itirazın, kararın taraflara bildiriminden itibaren iki ay içinde yapılması gereğinden bahsedilmiştir. Söz konusu karar, işlemin tarafı olmadığı için ilk devralana bildirilmeyecektir. Bununla birlikte markanın devrinin sicile tescil edilerek yayınlandığı tarihi, bildirim tarihi olarak kabul etmek ve iki aylık sürenin bu tarihten itibaren başladığını söylemek doğru olacaktır. Bu sürenin geçirilmesi ile artık Enstitü nezdindeki itiraz prosedürüne devam edilemeyecektir.

Ancak Enstitü nezdinde itiraz hakkı sona erse de markayı ikinci devralan, markanın mülkiyetini kazanamamıştır. Dolayısıyla ilk devralan tarafından, markanın mülkiyetinin kendisine ait olduğunun ve markanın bu kişi adına tescili için dava açılabilmesi kanaatindeyiz.

Kararname gereğince ilk devralanın marka devir sözleşmesini ibraz ederek Enstitü'den devrin tescilinin kendi adına yapılmasını talep edilebileceğini unutmamak gerekir (MarkKHK 16/IV, MarkKHK Yön. 19. md.). Muhtemelen Enstitü, devir sözleşmesini incelediğinde devreden kişinin, o anda sicilde kayıtlı olan kişi değil de, önceki marka sahibi olduğunu gördüğünde; hatta sözleşme de adi yazılı şekilde yapıldı ise, tescil talebini reddedecektir. Bu karara karşı ilk devralan Enstitü nezdindeki itiraz prosedürünü tamamlayarak, YİDK kararı aleyhine yetkili²³⁵ ihtisas mahkemesinde²³⁶

hatanın yer aldığı belgenin veya yazışmanın Enstitü tarafından gönderildiği veya Gazetede/Bültende yayımlandığı tarihten itibaren 2 ay içerisinde yapılması gerekir..." şeklindedir. Burada Enstitü esasa yönelik bir düzeltme yapamaz

²³⁴ Zarara uğrayan kişiler, fiilden zarar gören veya zarar görme tehlikesine maruz kalan kişilerdir. **YASAMAN**, Marka Hukuku, C.II, s.925.

²³⁵ MarkKHK'da kapsamında yer alan hukuk davalarında yetkili mahkeme MarkKHK 63. maddesinde düzenlenmiştir. Madde gereğince, "*Marka sahibi tarafından, üçüncü kişiler aleyhine açılacak hukuk davalarında yetkili mahkeme, davacının ikametgahının olduğu veya suçun işlendiği veya tecavüz fiilinin etkilerinin görüldüğü yerdeki mahkemedir.*"

Davacının Türkiye'de ikamet etmemesi halinde, yetkili mahkeme, sicilde kayıtlı vekilin iş yerinin bulunduğu yerdeki ve eğer vekillik kaydı silinmiş ise, Enstitünün merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemedir.

Üçüncü kişiler tarafından marka başvurusu veya marka sahibi aleyhine açılacak davalarda yetkili mahkeme, davalının ikametgahının bulunduğu yerdeki mahkemedir. Marka başvurusu veya marka sahibinin Türkiye'de ikamet etmemesi halinde, ikinci fıkra hükmü uygulanır.”

Birden fazla mahkemenin yetkili olduğu durumda, yetkili mahkeme, ilk davanın açıldığı mahkemedir.”, Ayrıca YİDK kararına karşı açılacak davalarda yetkili mahkeme özel düzenleme ile Ankara olarak belirlenmiştir(MarkKHK 71. md), Yarg. 11. HD. T.31.01.2006, E.2004/14162, K. 2006/762, www.kazanci.com.tr.

Marka sahibi şirketin iflas etmesi durumunda şirkete ait markalar da iflas masasına girecektir. Bundan sonra açılacak markanın hükümsüzlüğü davasında yetkili mahkeme İflas İdaresinin bulunduğu yer mahkemesidir, Yarg. HGK T. 30.11.1994, E. 1994/11-613, K. 1994/776, www.kazanci.com.tr.

Yetkisizlik kararı üzerine mahkeme, dosyanın yetkili mahkemeye gönderilmesine karar verir, ancak re'sen yetkili mahkemeye göndermez, Yarg. 11 HD. T.16.06.2003, E.2003/890, K. 2003/6411; Yarg. 11. HD. T. 13.01.2003, E. 2002/8443, K. 2003/248, www.kazanci.com.tr; Bu karar üzerine davacı 10 gün içinde kararı veren mahkemeden dosyanın gönderilmesini veya yetkili mahkemeye başvurarak davalıya tebligat yapılmasını istemelidir(HUMK 193/II, III. md.). Aksi halde dava açılmamış sayılır(HUMK 193/IV. md.) 10 günlük süre hak düşürücü süredir, Yarg.HGK T. 09.04.2008, E. 2008/15-312, K.2008/306; Yarg. HGK. T. 23.03.2007, E. 2007/1-147, K. 2007/154, Yarg. 12 HD. T.12.02.2004, E. 2003/250551, K. 2004/2498, www.kazanci.com.tr; Bu süre kararın davacıya tebliği tarihinden itibaren başlayacaktır, ancak burada unutulmaması gereken çok önemli bir konu vardır. Mahkemede tarafından verilen yetkisizlik kararı nihai karar olduğu için temyiz edilebilir niteliktedir. Ayrıca da henüz karar kesinleşmeden mahkemeden dosyaya bakması beklenemez. Bu nedenle 10 günlük süreyi kararın kesinleştiği tarihten itibaren başlatmak gerekecektir(HUMK 193/III md.). **KURU, Baki**, “ *Hukuk Usulünde Görevsizlik ve Yetkisizlik Kararları Üzerine Yapılacak İşlemler*”, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/336/3421.pdf>; Dolayısıyla FSHM tarafından verilen yetkisizlik kararının davacıya tebliğinden itibaren 15 günlük temyiz süresi başlayacaktır. Bu sürenin temyiz edilmeden geçmesi ile 10 günlük yetkili mahkemeye başvuru süresi başlar, Yarg. HGK, T.24.05.2006, E.2006/19-258, K. 2006/313, www.kazanci.com.tr. Söz konusu sürenin kaçırılması ile dava açılmamış sayılacağından zamanaşımı ve hak düşürücü süreler de işlemeye devam edecektir. BK 137. maddesi ile ek süre getirilmiştir. BK 137. madde gereğince yetkisizlik veya görevsizlik kararı neticesinde, davanın görevli/yetkili mahkemede süresinde açılmaması dolayısıyla, davanın açılmasına ilişkin süreler geçmiş olabilir. Bu durumda madde 60 günlük ek süre öngörmüştür. Bu sürenin uygulanabilmesi için geçen sürenin hak düşürücü süre niteliğinde olmaması gerekmektedir. Yarg. 8. HD. T. 30.04.2001, E. 2001/3562, K. 2001/3449, www.kazanci.com.tr.

²³⁶ MarkKHK 71. maddesinin ilk cümlesi ile Kararname'den doğan davalarda görevli mahkeme ihtisas mahkemeleri olarak belirlenmiştir. 21.2. 2001 tarih ve 4630 sayılı Kanun(RG. 03.03.2001, S.24335) ile Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkeme'lerinin kurulmasına karar verilmiştir. FSHM'nin “...Görev alanı 551 sayılı Pat.KHK., 556 sayılı Mar.KHK., 554 sayılı End.KHK., 555 sayılı Cog.KHK.'lar ile 5846 sayılı FSEK., 5042 sayılı YBÇİHKİK. ve 5147 sayılı EDTKHK.'dan kaynaklanan uyuşmazlıklar olarak belirlenen FSHM.'nin yetki sınırı ise, yine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun 26.3.2001 tarih ve 335 sayılı kararıyla düzenlenmiş iken, daha sonra Kurul 20.11.2003 tarih ve 537 sayılı kararıyla yargı çevresini yeniden netleştirip, Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemelerinin yargı çevrelerinin kuruldukları yer mülki hudutları olduğunun tespitine karar vermiştir. Böylece İstanbul ve Ankara'da faaliyete geçen FSHM.leri İstanbul ve Ankara illeri merkez ilçeler dahil bu illere mülki olarak bağlı olan tüm ilçelerdeki anılan kanun ve kanun hükmünde kararnamelerden kaynaklanan davaları görüp sonuçlandırmakta görevli ve yetkili kılınmışlardır... Hukuk davalarıyla ilgili olarak görevin belirlenmesinde dava konusunun değerinin önemli olmadığı, eş anlatımla dava anılan kanun veya kanun hükmünde kararnamelerden kaynaklanıyorsa değere bakılmaksızın FSHM.nin görevli olduğu kabul edilmiştir... Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemeleri 28.6.2004 tarih ve 5194 sayılı “Bazı Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun” yürürlüğe girmesine kadar toplu olarak çalışan mahkemeler olup, bir başkan ve iki üye hakimden ibaret bir mahkeme idi.Her ne kadar önceden anılan mahkemelerin kurulması gereğine değinen yasa ve KHK.'larda bu mahkemelerin toplu ya

dava açabilir(MarkKHK 47 vd. md.)²³⁷. Bu davada devir sözleşmesi ve tarafların durumu da incelenecektir.

Ancak gerçek marka sahibi tarafından ilgili davaların dürüstlük kuralına uygun şekilde açılması gerekmektedir. Hakkın kötüye kullanılması yasağı²³⁸ çerçevesinde, markasının ikinci devralan tarafından uzun süredir kullanılmasına ses çıkarmayan gerçek hak sahibi olan ilk devralan, artık ikinci devralanın da aynı markayı kullanmasına engel olamayacaktır. Şöyle ki, marka sonraki devralan adına tescil edilmiş ve uzun yıllardır kullanılmaktaysa, ilk devralan uzun yıllar bu kullanıma ve tescile karşı itiraz yoluna başvurmayarak sessiz kalmışsa, daha sonra markanın mülkiyetinin kendisine ait olduğundan yola çıkarak markanın kullanılmasına engel olamaz. Bu şekilde davranılarak karşı tarafta hakkın kullanılmayacağı yönünde bir güven

da tek hakimli mahkeme olacakları hakkında açık bir hüküm yoksa da, sınaî haklarla ilgili uyumsuzlukların toplu olarak çalışan Asliye Ticaret Mahkemelerinde görülmeleri nedeniyle toplu mahkemeler olarak çalışması uygun görülmüş idi. Ancak 28.6.2004 tarihinde yürürlüğe giren 5194 sayılı Kanunun 5, 8, 11 ve 17 maddeleri ile 551, 554, 555 ve 556 sayılı KHK. 'ların sırasıyla 146, 58, 30 ve 17. maddeleri değiştirilip, FSHHM. 'lerinin tek hakimli mahkemeler olduğu açıkça belirtilmiş, böylece FSHHM'leri 28.6.2004 tarihinden bu yana tek hakimli mahkemeler olarak faaliyetlerine devam etmişlerdir. Böylece mahkemelerin ancak kanunla kurulabilecek kurumlar olup, KHK. 'lar ile mahkeme kurulamayacağı yolundaki tenkitler de karşılanmış, mahkemelerin ancak kanunla kurulmasına olanak veren T.C.Anayasasına uygunluk sağlanmıştır.” **ARIKAN, Serdar**, Fikri ve Sınaî Haklar Hukuk Mahkemeleri, 9-10 Eylül 2004, Ankara, <http://www.abgm.adalet.gov.tr/06sarikan.pdf> (28.11.2009).

Yargıtay'da bir çok kararında ihtisas mahkemeleri ile diğer hukuk mahkemeleri arasındaki ilişkinin görev ilişkisi olduğunu, FSHM'nin görevinin kanunla düzenlendiğini, görev kurallarının kamu düzenine ilişkin olduğunu ve temyiz dahil yargılamanın her aşamasında re'sen dikkate alınacağını belirtmiştir. Yarg. 11 HD. T. 21.10.2008, E.2007/3542, K. 2008/11578; Yarg. 11 HD. T.22.05.2006, E.2006/6017, K. 2005/6017; Yarg. 11 HD. T. 16.01.2006, E. 2005/137, K. 2006/109, kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr; Yarg. 11 HD. T. 22.05.2006, E. 2005/76208, K. 2006, 6017, **Legal Fikri ve Sınaî Haklar Dergisi**, Y.2, S.8, 2006, s.921 vd.

²³⁷ Türk Patent Enstitüsü idari bir kuruluştur, dolayısıyla kararları da idari karar niteliğinde olmasına karşı MarkKHK 71. maddesinin açık ifadesi ile TPE kararlarına karşı idari yargıya gidilemeyecektir. Danıştay 10. D. T. 16.04.2008, E. 2005/8033, K. 2008/2312 “556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname kapsamında olan TSE markası ile ilgili olarak, üçüncü kişi olan davacı tarafından açılan davanın görüm ve çözümünün, anılan kanun hükmünde Kararname'nin yukarıda yer verilen 63. maddesi uyarınca adli yargı yerlerine ait olduğu anlaşıldığından, davanın esasının incelenmesi suretiyle verilen temyize konu mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir...” www.kazanci.com.tr. **KAYHAN, Fahrettin**, “Türk patent Enstitüsü'nün marka Hakkının tescili Süresince Aldığı Kararların İptali Davası”, **FMR**, 2003/4, s.38; **SANLI, Erdal**, “Türk Patent Enstitüsü Kararları Aleyhine Açılan Davalar”, Marka Koruması Uluslararası Sempozyumu, Bildiriler, 24-25 Haziran 1998, İstanbul, s. 269.

²³⁸ Hakkın kötüye kullanılma yasağının hukuki temelini dürüstlük kuralı oluşturmaktadır. Hak, o hakkın tanınmasındaki amaca aykırı olarak kullanırsa ve bu kullanmada kullanan bakımından menfaat yoksa veya çok küçük bir menfaat varsa, bu takdirde o hakkın kullanılmasından değil, hakkın kötüye kullanılmasından bahsedilir”, **AKYOL, Şener**, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılma Yasağı, İstanbul, 2006, s.24; **UYAR, Tahir**, “Yargıtay Kararlarında Dürüstlük(Objektif İyiniyet) Kuralı(MK.2/I) ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı(MK.2/II)”, Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir, 2000, s.442.

uyandırılmıştır; hatta bu durum dürüstlük kuralı gereğince örtülü bir feragat sayılabilir²³⁹. Sessiz kalınarak karşı tarafta güven uyandırdıktan sonra, tamamen farklı bir davranışta bulunarak, karşı tarafı hukuken elverişsiz duruma sokmayı hukuk düzeni korumayacaktır²⁴⁰. Bu nedenle, hak sahibinin çelişkili davranarak, karşı tarafın güvenini boşa çıkarması, hakkın kötüye kullanılmasıdır. Bu ilke “sessiz kalmak suretiyle hak kaybı” olarak adlandırılmaktadır²⁴¹. Ancak burada belirtmekte yarar görüyoruz, marka

²³⁹ **AKYOL**, yaptığı ayırımında; önceki davranışı ile çelişen kişi, hakkını kullanırken objektif dürüstlük kuralına aykırı davrandı ise MK 2/I. Md ihlal edilmiştir. Eğer karşı tarafta uyandırdığı güveni ihlal etmiş ise davranışı hakkın kötüye kullanılmasıdır. **AKYOL**, Dürüstlük Kuralı, s. 63.

²⁴⁰ Bu kurala “çelişkili davranma yasağı (venire contra factum proprium)” denir. Önceki davranış ile sonraki davranış arasında çelişki varsa ve karşı tarafın korunmaya değer bir güveni oluştu ise, güvenin temeli hak sahibinin davranışı ise hak sahibinin davranışı korunmayacaktır. **AKYOL**, Dürüstlük Kuralı, s.57 vd. Ancak yazar güven duyan kişinin iyiniyetli olması gerektiğini de belirtmektedir. Bahsedilen iyiniyet, hak sahibinin çelişkili davranacağını bilmemek ve bilebilecek durumda olmamak olarak nitelendirilmiştir. **AKYOL**, Dürüstlük Kuralı, s. 60.

²⁴¹ 556 sayılı MarkKHK’ da düzenlenmemekle birlikte, 89/104 Sayılı Avrupa Topluluk Yönergesi’nin “*Sükut Sonucu Sınırlandırma*” başlığını taşıyan 9/I. Fıkrası ve 40/94 Sayılı Avrupa Topluluk Markası Tüzüğü 53/I. Fıkrası gereğince, aralıksız 5 yıl süreyle markasının ya da benzerinin kullanıldığını bilmesine rağmen buna sessiz kalan marka sahibinin, sonraki markanın hükümsüzlüğünü talep edemeyeceği gibi kullanmasını da engelleyemeyeceği düzenlemektedir. Gerek öğreti, gerekse Yargıtay içtihatlarında “Sessiz Kalma Yoluyla Hakkın Kaybı İlkesi” olarak ifade edilen bu ilkeyi benimsemektedir. Mülga 551 Sayılı Markalar Kanunu’nun yürürlükte olduğu (27.06.1995 tarihinden önceki) dönemden beri bu ilke Yargıtay kararlarında yer almaktadır. Bu konuda emsal teşkil eden 1969 tarihli HGK kararıyla da ilkeye açıklık getirilmiştir “... *Hukuka aykırı davranışın önlenmesine ve hukuka aykırı duruma son verilmesine ilişkin talebin kullanılmasını geciktiren kimsenin MK’nun 2. maddesinde anlamını bulan dürüstlüğe aykırı davranıp davranmadığı ayrı bir sorundur. Başkasının hakkına iyi niyetle el atan kimse büyük masraflara girerek yeni mal varlığı değerleri meydana getirmiş olabilir. Aradan çok uzun süre geçtikten sonra, açmış olduğu dava, hakkın sınırları dışına çıkararak yaratılan malvarlığı değerinin yok olması veya sökülüp atanın gayretiyle elde ettiği bu durumdan istifadeye kalkışmak isteyen hak sahibinin bu hakkı MK’nın 2. maddesine göre himaye görmeyebilir*”, Yarg. HGK, 19.02.1969 E.1969/1966 K.1969/130, **DÖNMEZ, İrfan**, Markalar ve Haksız rekabet Davaları, İstanbul, 1992, s.386; Ayrıca Yarg. 11.HD’nin 02.03.2000 tarihli E.8169, K.1726 sayılı Telsim kararında da; davacı adına tescilli marka ile aynı olup davalıya ait olan ticaret unvanından uzun süredir haberdar olmasına karşın sessiz kalmasını zımni icazet olarak kabul etmiştir ve davanın MK.2. hükmü gereği reddedilmesi gerektiğine hükmedilmiştir.(www.kazanci.com.tr). MK. 2 md. uyarınca, “Herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uymak zorundadır”. 556 Sayılı KHK’ da açıkça yer verilmemiş olmakla birlikte, “*Sessiz kalmak suretiyle hak kaybı ilkesi*” Medeni Kanunu’nun bu hükmü çerçevesinde yorumlanan bir ilke olup yukarıda da açıkladığımız üzere doktrinde çeşitli görüşlerde yerini bulmuş ve yüksek mahkemece kabul edilmiştir. Mevzuat 89/104 sayılı Yönergede sessiz kalmak için geçirilen sürenin 5 yıl olduğu belirtilmiştir. Türk hukukunda ise bu sürenin 5 yıl olduğuna dair açık bir düzenleme olmadığından, öğreti ve Yargıtay tarafından sürenin belirlenmesinde dürüstlük kuralı dikkate alınmaktadır. Bu nedenle sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşmesi için geçmesi gereken süre 5 yıl olmayıp, her olayın kendi özelliğine göre değerlendirilecektir. Öğretideki görüşler için bkz; **BATTAL, Ahmet**, “*Marka Hakkına Tecavüz Davalarında Dava Hakkının Kötüye Kullanılması*”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XVIII (22 Haziran 2001), Ankara 2001,s.27-54. Yazar bu makalesinde Yargıtay kararlarına âtîf yaparak marka hakkına tecavüz hallerinde, hak sahibinin uzun bir süre sessiz kaldıktan sonra dava açmasının MK 2. Md. gereğince hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğundan reddedilmesi gerektiği görüşünü savunmaktadır. Aynı toplantı da tartışmalar bölümünde Prof. Dr. Yaşar KARAYALÇIN, zımni icazet halinde öncelikle -dava hakkının kötüye kullanılmasından

sahibinin sessiz kalmak suretiyle kaybettiği hak, marka sicilinde kayıtlı olan kişinin markasını kullanmasını engelleme hakkıdır. Markanın mülkiyeti ilk devralana aittir. Ancak ikinci devralanın markayı kullanmasına katlanmak zorundadır.

Marka sicilinde kayıtlı olan kişi hakkında yapılan icra takibi sonrasında marka üzerine haciz konulması mümkündür(MarkKHK 19, İİK 79/II, 103, İİK Yön. 17 md.). Zira marka sicili, markanın sahibinin kim olduğunu gösterir ve mülkiyetin bu kişiye ait olduğu yönünde bir karinedir²⁴². Bu nedenle marka sicilinde kayıtlı olan kişinin alacaklısı MarkKHK 19. maddesi gereğince, borçlusuna ait olduğunu düşündüğü markayı haczettirebilir. Markanın haczedildiğini öğrenen, “borçlu/sicilde kayıtlı olan kişi” ve/veya “markanın maddi hukuk bakımından sahibi olan devralan”, takip alacaklısına karşı istihkak davası açabilecektir²⁴³. Gerçi İİK 96. maddesinde belirtilen

ziyade -dava hakkının olmadığını isabetli olarak belirtmiştir, s.60; TEOMAN, “Gerek bilimsel öğretilerde gerekse yargısal içtihatlarda kabul edildiği üzere...eğer dava açılması hakkın kötüye kullanılmasını oluşturuyor ya da davacının önceki tutum ve eylemleri karşısında bir çelişkili davranış sergilenmesi anlamına geliyorsa, ikame edilen haksız rekabet ya da marka tecavüz davasının zamanlaşımının ilk görünüşte dolmamış olmasına karşın yine de reddi gerekecektir”, **TEOMAN, Ömer**, Yaşayan Ticaret Hukuku, Cilt I Hukuki Mütalaalar, Kitap 8: 1997, İstanbul 1999, s. 43; **KARAHAN, Sami**, “Gerçek Kişi Unvanlarının Korunması ve Sessiz Kalma Nedeniyle Hakkın Kaybı İlkesi”, Batider, 2001,C.XXI, S.1, s. 281-282; **KARAHAN, Sami**, “Haksız Rekabet davalarında Dava Zamanlaşımaları ve Sessiz Kalma Nedeniyle Hakkın Kaybedilmesi ilkesi” Prof Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 2001, s.293-305, s.301; **TEKİNALP** “Şöyle ki, marka sahibi izni olmadan markasının başkası tarafından kullanıldığını veya bu hakkına herhangi bir surette tecavüz edildiğini bildiği halde buna uzun süre ses çıkarmaz, hakkını dava açmak yoluyla aramazsa bu hakkından vazgeçmiş sayılır ve sadece tecavüze ilişkin olanları değil, aynı zamanda markanın kümsüzlüğü davasını da ikame edemez. Kaynak 89/104 AT yönergesinin 9. maddesi ile çeşitli ülkelerin kanunlarında yer alan sessiz kalarak haktan feragat kurumunun bir hukukta tanınmaması halinde, tecavüz devam ettiği durumda, tespit, tecavüzün giderilmesi ve terkin davasının açılmayacağı kuralı kötü sonuçlar doğurur. Yargıtay bu müesseseyi tanımış ve uzun yıllar bekledikten sonra dava açılmasını çeşitli kararlarında MK m. 2 anlamında hakkın sırf gayrı ızzar eden suiistimali saymış ve davaları reddetmiştir”.**TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 478;**YANLI, Veliye**, “İltibas Nedeniyle Haksız Rekabetin Önlenmesi Davası Açma Hakkının Kaybı”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXI, Aralık, Ankara, 2005, s.320; Aynı yönde diğer kararlar, Yarg.11.HD. 02.03.2000 E.2000/8169; K.2000/1726, **YASAMAN**, Marka Hukuku, C.II, s.887 vd.; Ayrıca Alman Federal Mahkemesi bir kararında sonradan oluşan iyiniyetin de yeterli olabileceğini savunmuştur. **REİMER-PASTOR**, Wettbewerbs-Und Warenzeichen-recht C.III, Köln-Berlin-Bonn-München,1971, s.389 (nakden **SUNGURBEY**, İsmet, Ticaret Unvanının Korunmasına İlişkin Haksız Rekabetin Önlenmesi Davaları, Medeni Hukuk Sorunları, C.5, İstanbul, 1984, s. 142 vd.).

²⁴² **MERAN**, s. 223; **OYTAC**, Markalar Hukuku, s.17; **BERZEK**, Marka Koruması, s.49; **TEKİNALP**, Tescil İlkesi, s.467.

²⁴³ “...Davacı 3. kişi durumundaki Güneş Vida Çivatacılık Sanayi ve Ticaret A.Ş. 7.1.1999 tarihinde 34 adet, 8.1.1999 tarihinde 1 adet olmak üzere toplam 35 adet markayı borçlu şirketten (Marka Devir Sözleşmesi) ile satın aldığı ileri sürmüştüğüne karşın bu markalar davacı adına tescil ve ilan edilmemiştir. 27.6.1995 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan Markaların Korunması Hakkındaki 506 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 9/son ve 16/son maddeleri uyarınca marka siciline tescil ve ilan edilmeyen markalardan doğan hakların iyi niyetli 3. kişilere somut olayda takip alacaklısına karşı ileri sürülmesi olanaksızdır...” Yarg. 21. HD. T. 30.11.1999, E. 1999/7727, K. 1999/8662, www.kaznaci.com.tr

istihkak davasının “bir malın” haczi halinde açılabileceği düzenlenmiştir. Ancak bir hak veya alacağın haczedilmesi durumunda da, bu mahcuz üzerinde hak iddia eden kişiler de istihkak davası açılabilecektir²⁴⁴. İstihkak iddiasında bulunma süresi, haczin öğrenildiği tarihten itibaren yedi gündür (İİK 96 md)²⁴⁵. Ayrıca markanın maddi hukuk bakımında sahibi olan devralan da haczi öğrendiği tarihten itibaren yedi gün içinde istihkak iddiasında bulunabilir. Bu iddia icra müdürü tarafından, markayı haczettiren alacaklıya ve marka sicilinde kayıtlı bulunan borçluya tebliğ edilir; bu kişiler üç gün içinde iddiaya itiraz etmezlerse istihkak iddiası kabul edilmiş sayılır(İİK 96. md.) İlgililer itiraz ederse markanın asıl sahibi/üçüncü kişi yedi gün içinde istihkak davası açmak zorundadır(İİK 96, 97 md). Haciz ilişkisinde üçüncü kişi niteliğinde olan, markanın asıl sahibi devralan, istihkak iddiasına ilişkin kararın kendisine tebliğinden itibaren yedi gün içinde veya haczi öğrendiği tarihten itibaren yedi gün içinde²⁴⁶, doğrudan istihkak davası açmadığı takdirde bu hakkını yitirir²⁴⁷. Bu dava hacizli markanın satılıp, bedel alacaklıya verilinceye kadar, icra tetkik merciinde²⁴⁸,

²⁴⁴ ÜSTÜNDAĞ, Saim, İcra Hukukunun Esasları, İstanbul, 2004, s.207(İcra).

²⁴⁵ İstihkak iddiası ve istihkak davası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÜSTÜNDAĞ, İcra, s.203 vd.; KURU, Baki/ ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder, İcra ve İflas Hukuku, Ankara, 2002, s.315(KURU, İcra Hukuku); KURU, El Kitabı, s. 466 vd.;PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ ÖZEKES, Muhammet, İcra ve İflas Hukuku, Ankara, 2008, s.273 vd(İcra Hukuku); ASLAN, Kudret, Hacizde İstihkak Davası, Ankara, 2005; ERİŞ, Gönen, Hacizden Doğan İstihkak Davaları, Ankara, 1994; GÜNEREN, Ali, İcra ve İflas Hukukunda İstihkak Davaları, Ankara, 2008; UYAR,Tahir, “Hacizden Doğan İstihkak Davalarının Sonuçları”, Kudret AYİTER’e Armağan, Ankara, 1987, s.683-700; UYAR, Tahir, “İcra Hukukunda İstihkak Davasının Açılma Süresi”, Kayseri Baro Dergisi, 1995, s.11-18.

²⁴⁶ “...Ticari merkezi yurtdışında bulunan davacı şirketlerin haczi bildirdikleri tarihten önce öğrendikleri hususunda, dosyada hükme yeterli bir kanıt yoktur. Bu şirketlerin, borçlu şirkete tebligat yasasının 35. maddesine göre tebliğ olunan satış kararı ile Türkiye’de 13.5.2000 tarihinde Posta Gazetesinde yayınlanan satış ilanını aynı tarihlerde gördükleri ve dolayısıyla haczi öğrendikleri varsayımına dayalı olarak kabul edilemez. Bu durumda davanın esasına girilerek, taraf kanıtları toplandıktan sonra oluşacak duruma göre bir karar verilmesi gerekirken süreden red kararı verilmesi usul ve yasaya aykırıdır...” Yarg. 21. HD. T. 26.06.2001, E. 2001/3021, K. 2001/5119, www. kazanci.com.tr.

²⁴⁷ “...mercüce marka üzerinde haczin kaldırılmasına karar verilmiştir. İİK’nun 97/10 maddesine göre istihkak davası sonuçlanmadan mahcuz malın paraya çevrilmesi durumunda dava konusu bedele dönüşür. B.K.nun 231. maddesine göre alacaklı malın mülkiyetini ihale anında kazanmıştır. İhale iptal edilmediği de gözönünde tutularak bedele hükmetmek gerekirken Ankara 1. İcra Müdürlüğü’nün 2000/8844 talimat dosyasında alacaklının ihale sonucu markayı satın aldığı gözardı edilerek hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir...” Yarg. 21. HD. T. 06.10.2003, E. 2002/6142, K. 2003/7462, www. kaznaci.com.tr;KURU, İcra Hukuku, s.315; PEKCANITEZ/ ATALAY/ SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ ÖZEKES, İcra Hukuku, s.278.

²⁴⁸ “Hacizde istihkak davası için görevli yargı yeri, icra tetkik merciidir. HUMK m.512’de”mahkeme” denilmekte ise de, bunu (İİK m.97 ve 99 hükümleri karşısında) “icra tetkik mercii” şeklinde anlamak gerekir.” KURU, İcra Hukuku, s.315; PEKCANITEZ/ ATALAY/ SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ ÖZEKES, İcra Hukuku, s.278; ÜSTÜNDAĞ, İcra, 216.

açılacaktır. Diğer bir deyişle istihkak davası marka paraya çevrilmeden(İİK 121 md.) önce açıldı ise, dava açılıncaya kadar marka paraya çevrilmez. Eğer marka paraya çevrilmiş ancak bedel alacaklıya verilmemiş ise bedel üzerinde istihkak davası devam eder. Ancak bedel de alacaklıya verilmiş ise istihkak davası açılmaz²⁴⁹. Açılacak istihkak davasının amacı somut icra takibinin devam edip etmeyeceğini belirlemek için, haciz ilişkisinde üçüncü kişi konumunda bulunan kişinin, markanın sahibi olup olmadığını tespit etmektir²⁵⁰. Hatta marka paraya çevrilmiş²⁵¹ ise istihkak davası ile markanın bedelinin alacaklıya verilmesi engellenebilir. Ancak markanın satış bedeli alacaklıya verildiği takdirde artık istihkak davası açılmaz. Bundan sonra sadece markayı devreden (borçlu) kişiye karşı sebepsiz zenginleşme davası açılabilir (BK 61 vd.)²⁵². TEKİNALP²⁵³, taraflarca imzalanmış bir devir sözleşmesinin istihkak iddiasına dayanak oluşturmayacağı kanaatindedir. Devir sözleşmesinin düzenleniş tarihine resmiyet kazandırılmış olması ihtimalinde ise istihkak davasına gerek kalmadan, tetkik mercii tarafından haczin kaldırılmasının gerektiğini belirtmiştir. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi ise taraflar arasında yapılan marka devir sözleşmesinin marka siciline tescili gerçekleşmedikçe, iyiniyetli üçüncü kişi konumundaki haciz alacaklısına karşı devrin ileri sürülemediği görüşündedir²⁵⁴. Kanaatimiz taraflar arasında yapılmış olan devir

²⁴⁹ KURU, El Kitabı, s. 486.

²⁵⁰ PEKCANITEZ/ ATALAY/ SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ ÖZEKES, İcra Hukuku, s.273; Bu davanın müspet bir tespit davası olduğu yönünde, KURU, El Kitabı, s.476.

²⁵¹ ÜSTÜNDAĞ, İcra, s.238.

²⁵² KURU, İcra Hukuku, s.315.

²⁵³ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 434; Aynı yönde OYTAÇ, Markalar Hukuku, s. 206.

²⁵⁴ "...1- Uyuşmazlık, 3.kişinin İİK'nun 96 ve onu izleyen maddelere dayalı istihkak davası ile alacaklı yanca İİK'nun 277 ve onu izleyen maddelere dayalı olarak açılan tasarrufun iptali davasına ilişkindir. Mercii 3. kişinin istihkak davasının kabulüne, karşılık tasarrufun iptaline karar verilmişse de varılan sonuç yanlış olmuştur.Davanın yasal dayanağını oluşturan 556 sayılı Markaların Korunması Hakkındaki Kanun Hükmündeki kararnamenin 6. maddesine göre marka hakkı tescil yolu ile elde edilebilir. 16 maddenin 4. fıkrasına göre ise marka devri, sicile kayıt edilmediği sürece taraflar markanın tescilinden doğan yetkileri iyiniyetli 3. kişilere karşı ileri süremez. Somut olayda ise, dava konusu marka borca esas çeklerin keşide tarihlerinden sonra 11.10.2000 tarihli marka devir sözleşmesi ile davacıya devredilmiştir. Devir her ne kadar hacizden önce gözükmekte ise de kayıt ve tescil edilmediğinden takip alacaklısının haklarını etkilemeyeceğinden istihkak davasının reddi gerekir. Bundan başka, İİK'nun 280. maddesi uyarınca mal varlığı borcuna yetmeyen borçlunun alacaklısına zarar vermek kastı ile markayı işyeri komşusu olan ve aynı işi yapan davacı 3. kişiye devri, içinde bulunduğu mali durumu bilecek durumda olması nedeniyle iptali gereken tasarruf niteliğinde olduğu açıktır. 2- Kabule göre ise, mercii marka üzerinde haczin kaldırılmasına karar verilmiştir. İİK'nun 97/10 maddesine göre istihkak davası sonuçlanmadan mahcuz malın paraya çevrilmesi durumunda dava konusu bedele dönüşür. B.K.nun 231. maddesine göre alacaklı malın mülkiyetini ihale anında kazanmıştır. İhale iptal edilmediği de gözönünde tutularak bedele hükmetmek gerekirken Ankara 1. İcra Müdürlüğünün 2000/8844 talimat dosyasında

sözleşmesinin geçerliliğinin mahkeme tarafından, somut olayın gerekleri de dikkate alınarak incelenmesi gerektiği şeklindedir.

Görüldüğü üzere, “borçlu/marka sicilinde kayıtlı olan kişi” veya “markayı devralan/gerçek marka sahibi” tarafından istihkak iddiasında bulunulması veya istihkak davası açılması durumunda sorun yoktur, zaten yargılama, maddi hukuk bakımından hak sahibini ortaya çıkaracaktır. Ancak sürelerin kaçırılması ile marka başkasına satılmış ise, markayı paraya çevrilme esnasında satın alan kişi mülkiyeti kazanmıştır.

Diğer bir ihtimal ise marka sicilinde hak sahibi olarak görülen kişinin, devrettiği marka üzerinde iyiniyetli üçüncü kişiye rehin hakkı kurmasıdır (MarkKHK 18 md). Yukarıda belirtilen gerekçelerle markayı devralan kişinin rızası olmadan, marka üzerinde üçüncü kişi lehine rehin kurulması mümkün değildir. Marka siciline güvenin korunduğuna dair bir hüküm bulunmamaktadır²⁵⁵. Üçüncü kişinin iyiniyetli olması veya rehin hakkının sicile tescil edilmesi sonucu değiştirmeyecektir²⁵⁶.

Ancak rehin alacaklısı, bu hakkına dayanarak rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takip²⁵⁷ başlatmış olabilir(İİK 23/II, 145-147, 150-153. md.). İcra dairesi tarafından hem borçluya hem de varsa rehinli malın sahibine ödeme emri gönderilir²⁵⁸. Ancak marka sicilinde malik olarak asıl devralan gözükmediği için, icra dairesi ödeme emrini

alacaklının ihale sonucu markayı satın aldığı gözardı edilerek hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir...” Yarg. 21. HD. T. 06.10.2003, E. 2002/6142, K. 2003/7462, www.kazanci.com.tr.

Aynı yönde “...Davacı 3. kişi durumundaki Güneş Vida Çivatacılık Sanayi ve Ticaret A.Ş. 7.1.1999 tarihinde 34 adet, 8.1.1999 tarihinde 1 adet olmak üzere toplam 35 adet markayı borçlu şirketten (Marka Devir Sözleşmesi) ile satın aldığı ileri sürmüş olmasına karşın bu markalar davacı adına tescil ve ilan edilmemiştir. 27.6.1995 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan Markaların Korunması Hakkındaki 506 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 9/son ve 16/son maddeleri uyarınca marka siciline tescil ve ilan edilmeyen markalardan doğan hakların iyi niyetli 3. kişilere somut olayda takip alacaklısına karşı ileri sürülmesi olanaksızdır...” Yarg. 21. HD. T. 30.11.1999, E. 1999/7727, K. 1999/8662, www.kaznaci.com.tr

²⁵⁵ Ancak UTKU, marka açısından “sicile güvenin olumsuz korunması prensibinin” geçerli olduğunu, MarkKHK 16/son gereğince markanın devrinin tescil edilmediği sürece iyiniyetli rehin alana karşı ileri sürülemeyeceği kanaatindedir. Yazara göre marka sicilinde hak sahibi olarak görünen kişiden iyiniyetli olarak rehin hakkı kazanan üçüncü kişinin hakkı korunacaktır. **UTKU**, s.228.

²⁵⁶ PatKHK90/I, EndTasKHK 42/I, BitÇeşK 51/I md. gereğince, devreden veya lisan veren, tasarruf yetkisinin olmaması durumunda, devralan ve lisans alanın uğradığı zararlardan sorumludur. MarkKHK’da bu yönde bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak BK 373/II. maddesinin kıyasen uygulanması ile, rehin verenin tasarruf yetkisinin olduğunu garanti ettiği kabul edilir. **UTKU**, s.175, 176.

²⁵⁷ Rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takip prosedürü, haciz yoluyla takip prosedürüne benzemekle birlikte burada haciz safhası yoktur; **UYAR, Tahir**, İcra Hukukunda Rehinin Paraya Çevrilmesi, Manisa, 1992; **KURU**, El Kitabı, s.843.

²⁵⁸ **PEKCANITEZ/ ATALAY/ SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ ÖZEKES**, İcra Hukuku, s.403.

markanın gerçek sahibine göndermeyecektir. Ödeme emrine itiraz edilmediği için takip kesinleşecektir²⁵⁹. Bundan sonra marka rehlin paraya çevrilmesi yoluyla satılacaktır(İİK 121 md.). Markanın satılması sonucunda bedelin alacaklıya ödenmesine kadar istihkak davası açılabilir. Ancak dava açılmamışsa, paraya çevrilme sırasında markayı satın alan iyiniyetli kişi markanın mülkiyetini kazanacaktır. Bundan sonra markanın maddi hukuk bakımından sahibi olan kişi sadece, rehin veren kişiden sebepsiz zenginleşme hükümleri gereğince markanın bedelini talep edebilir (BK 61 vd. md.).

Yukarıda belirtilen ilkeler ışığında, marka üzerinde lisans kurulması ihtimalinde, söz konusu lisans sözleşmesi de geçerli olmayacaktır. Lisans sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması, sicile tescil edilmiş olması veya lisans alanın iyiniyetli olması sözleşmenin akıbetini değiştirmeyecektir²⁶⁰. Ancak lisans alanın iyiniyetli olması durumunda, lisans sözleşmesine dayanarak gerçekleştirdiği kullanımın markaya tecavüz oluşturduğu iddia edilemeyecektir. Ayrıca KARAHAN, bu durumda gerçek marka sahibi tarafından lisans bedelinin, kendisine ödenmesinin istenemeyeceği belirtilmektedir²⁶¹.

E. Değerlendirme

Yukarıda, markanın devrinin sicile tescilini engelleyen durumları ayrıntılı olarak inceledik. Bu incelememiz sonucunda markanın devri ile halkın yanılgıya düşüp düşmeyeceğini tespitin oldukça güç olduğu ortaya çıkmıştır. Mehaz Topluluk Marka Tüzüğü, bu durumun “*devir belgelerinden*” ve “*açıkça*” anlaşılması gerektiğini belirtmesine rağmen, MarkKHK’da, “*markanın devri ... halkı yanılgıya düşürebilecek nitelikte ise*” ifadeleri kullanılarak, fıkraya farklı bir anlam verilmiştir. Kararname’de “markanın devri” ifadesinin bilinçli bir tercih mi olduğu sorusu akla gelmektedir. Kanun koyucu bu şekilde, Enstitü’nün sadece devir belgeleri üzerinde araştırma yapmamasını, devri daha geniş bir değerlendirmeye tabii tutmasını amaçlamış olabilir. Ancak Kararname’de “devir belgeleri” ifadesi kullanılmış olsaydı bile, Enstitü’nün MarkKHK Yön. 19/son gereğince devrin tescili sırasında başkaca belgeler isteme

²⁵⁹ KURU, El Kitabı, s. 848.

²⁶⁰ ÖZEL, s. 60.

²⁶¹ KARAHAN, Fikri Mülkiyet, s. 320.

hakkına sahip olduğu da unutulmamalıdır. Dolayısıyla tek başına fıkrada yer alan ifadenin değişmesi, diğer hükümlerle desteklenmediği sürece, Enstitü'nün yetkisini sınırlandırmayacaktır.

Markanın devrinin sicile tescili yönündeki talebin reddi için Topluluk Marka Tüzüğü “yanılgının açıkça anlaşılması” gereğinden bahsetmektedir. Ancak MarkKHK açısından “yanılgı olabileceğine dair bir ihtimal” dahi, markanın devrinin sicile tescili yönündeki talebe itiraz edilmesi için yeterli görülmüştür. Böylelikle Enstitü'ye, markanın devrini tüm yönleriyle inceleme, halkın yanılgıya düşebileceği bir ihtimalle karşılaşılması durumunda, devri sicile tescil etmeme yetki ve görevi verildiği söylenebilir.

Markalar Kanun Tasarısı'nda ise hüküm varlığını korumaktadır. Ancak artık bir *ihhtimalden* değil, devrin *açıkça* halkı yanıltacak nitelikte olup olmadığının tespiti gerekecektir²⁶². Tasarı'da da incelemenin “devir” üzerinde yapılacağı belirtilmiştir. MarkK Tasarısı'nın 39. maddesinin bütünü dikkate alındığında, Enstitü'ye devrin tescili sırasında başkaca belgeler isteme yetkisinin de verildiği görülmektedir.

Ancak Markalar Kanun Tasarısı'na mehzaz teşkil eden, 40/94 sayılı Tüzük ve Markalar Kanunu Anlaşması'nda (TLT) ²⁶³, Enstitü'nün inceleme yetkisinin, devrin tescili sırasında kendisine sunulan devir belgeleriyle sınırlandırıldığı görülmektedir. 40/94 sayılı Tüzük gereğince Enstitü, devir belgelerinde yanılgının açıkça varlığını arayacaktır. Markalar Kanunu Anlaşması'ndaki(TLT) düzenleme ile ise devrin tescili sırasında Enstitü tarafından istenebilecek ve istenemeyecek belgeler tespit edilmiştir. Diğer bir deyişle, 40/94 sayılı Tüzük'te belirtilen devir belgelerinin neler olabileceğini ve nelerin tescil talebi sırasında “devir belgesi” olarak istenemeyeceğini belirtmektedir. Markalar Kanunu Anlaşması (TLT) gereğince, devrin birleşmeden kaynaklandığı durum hariç, ticaret sicil kaydı veya benzeri bir belge, markanın yeni sahibinin sanayi veya ticari faaliyet yürüttüğüne dair belge veya bu konuda herhangi bir delil, markanın yeni sahibinin devralınan markanın tescilli olduğu mal ve/veya hizmetlerle iştilgal edip

²⁶² MarkK Tasarısı 39/4 md. “Markanın devri, tescil edildiği mal veya hizmetlerin niteliği, kalitesi ya da coğrafi kaynağı ile ilgili olarak halkı açıkça yanıltacak nitelikteyse ve devralan, devir alınan markanın kapsamını, halkı yanılgıya düşürmeyecek mal veya hizmetlerle sınırlandırmayı kabul etmezse Enstitü devri Sicile kaydetmez.”

²⁶³ Markalar Kanunu Anlaşması (TLT) 27.10.1994 tarihinde Cenevre'de kabul edilmiştir. Türkiye 14.04.2004 tarih ve 25433 sayılı Resmi Gazete'de ilan edilen 5118 sayılı Kanun ile Anlaşmaya katılmıştır.

etmediğine dair beyanı, belge ve herhangi bir delil istenemez. Markasını devreden kişinin, işini ve ticari itibarını tamamen veya kısmen yeni malike devrettiğine dair beyan veya belge de istenemeyecektir (11/4. md.). Görüldüğü gibi söz konusu Anlaşma ile markanın devri sırasında, devralanın markayı taşıyan mal veya hizmeti, hangi coğrafi alanda, hangi şartlarla, hangi bütçe ile üreteceği veya sunacağına yönelik belge istenemeyecektir. Böylelikle markanın devrinin halkı yanılığa düşürüp düşürmediği, Enstitü'ye sunulan devir belgelerinden açıkça anlaşılabiliriyorsa, devrin tesciline yönelik talep reddedilecektir. Markalar Kanun Tasarısı hazırlanırken Markalar Kanun Anlaşması'nın(TLT) esas alındığı belirtilmekle birlikte, bu düzenleme Tasarı'ya alınmamıştır.

Devrin halkı yanılıcağının açıkça tespit edilebildiği durumlar hariç, kanaatimizce hükmün uygulanmasında hukuki yarar yoktur. Devrin tescili Enstitü tarafından reddedilse de taraflar arasında gerçekleştirilen devir işlemi geçerlidir. Bu nedenle markanın üzerindeki mutlak hak geçerli şekilde devralana geçmiştir ve bu kişinin markayı kullanımı halkı yanılıacak olsa da, devrin tescil edilmemesi ile devralanın markayı kullanımı engellenemez. Markanın kullanımının engellenmesi için tek imkan MarkKHK 42/e bendi gereğince markanın hükümsüzlüğünü talep etmektir.

Devrin halkı yanılıp yanılımayacağına tespitindeki güçlüğü sebebi, bu durumların zamanla, markanın devralan tarafından kullanımı sonucunda ortaya çıkabilecek nitelikte olmasıdır. Markanın niteliği, kalitesi, coğrafi kaynağı gibi konularda halkı yanılıyor olması durumu ise markanın hükümsüzlük nedenleri arasında sayılmıştır. Markanın hükümsüzlük hallerinin düzenlendiği 42. maddenin (e) bendinde, marka hak sahibi veya yetkili kıldığı kişi tarafından kullanım sonucunda tescil edildiği mal ve hizmetlerin niteliği, kalitesi, üretim yeri ve coğrafi kaynağı konusunda halkta yanlış anlama ihtimali oluşturuyorsa söz konusu marka hükümsüz kılınabilecektir²⁶⁴.

MarkKHK 42/e bendi kapsamında hükümsüzlüğüne karar verilebilecek marka, önceden kanuna uygun bulunarak tescil edilmiştir²⁶⁵. Daha sonraki kullanımlar

²⁶⁴ **YASAMAN**, Marka Hukuku, C.II, s.876; **ARKAN**, Marka Hukuku, C.II, s.164; **KARAHAN**, Hükümsüzlük, s.134; Madde de hükümsüzlük nedenleri arasında sayılsa da, sonradan meydana gelen bu durum nedeniyle markanın hükümsüzlüğünün değil, iptalinin söz konusu olduğu kesindir. **ŞANAL**, s.103; **NOYAN**, s.372.

²⁶⁵ **YASAMAN**, Marka Hukuku, C.II, s.876.

sonucunda ortaya yeni bir durum çıkmış ve bu yeni durum halkın markanın niteliği, kalitesi, üretim yeri bakımından yanılmasına neden olmaktadır. Kararname gereğince bu markanın hükümsüzlüğü talep edilebilecektir. Hatta markanın bu nedenlerle hükümsüzlüğünün talep edilebilmesi için kullanımın mutlaka marka sahibi, yani marka sicilinde kayıtlı olan kişi tarafından gerçekleştirilmesine gerek yoktur. Bu kişinin yetkili kıldığı kişi tarafından da gerçekleştirilen kullanımlar, bu bent kapsamında değerlendirilir²⁶⁶. MarkKHK’de böyle bir hüküm varken, devir sırasında yapılan “yanılgı incelemesinin” hukuki bir yararı bulunmamaktadır.

Enstitü tarafından yapılan inceleme sonucunda yanılığın varlığının yaptırımını, sadece markanın devralan adına kayıt edilmemesidir. Marka varlığını sürdürmektedir. Bu nedenle sicilde marka sahibi olarak görünen devreden, yapacağı ayrı bir inhisari lisans sözleşmesi ile markanın tüm kullanım hakkını devralana verebilir ve bu lisans sözleşmesini sicile tescil ettirebilir (MarkKHK 21 md.)²⁶⁷. Lisans sözleşmesinin tescilinin talebi sırasında, Enstitü devirdekine benzer bir inceleme yapmamaktadır. Ayrıca ayrı bir lisans sözleşmesi yapılmasa bile, devralan markanın gerçek hak sahibidir ve markayı bu şekilde de kullanabilir. Dolayısıyla Enstitü’nün devrin tescilini red kararı, markanın devralan tarafından kullanımını engellemeyecektir. Halkın yanılgıya düşmesine neden olan ise markanın devralan adına kaydedilmesi değil, markanın devralan tarafından kullanılmasıdır.

Ayrıca kullanımı sonucunda markanın halkı yanıltıcı bir nitelik oluşturmasını, hükümsüzlük nedeni olarak düzenleyen bent gereğince, bu kullanımın mutlaka marka sicilinde marka sahibi olarak görünen kişi tarafından gerçekleştirilmesine gerek yoktur; marka sahibinin yetkili kıldığı kişinin kullanımı ile de meydana gelebilir.

²⁶⁶ NOYAN, s.372.

²⁶⁷ “Dava dosyası içerisindeki belgelerden markanın dava tarihinden önce davacı Yıldız Holding A.Ş. ne devredildiği anlaşılıyor ise de, markanın henüz anılan davacı adına tescil edilmediği belirlenmiştir. 556 Sayılı KHK’nin 16/son maddesi hükmü uyarınca devrin tescil edilmediği sürece üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceği öngörülmüş tür. Bu durumda dava tarihinde davacı Ülker Gıda A.Ş.’nin dava üzerindeki menfaatinin devam ettiğinin kabulü gerekir. Öte yandan, davacılar arasında dava tarihinden sonra imzalanan lisans sözleşmesi ile davacı Ülker ‘e dava hakkı tanındığı gibi, 26.04.2002 tarihinde 556 sayılı KHK’nin 73. maddesi hükmü uyarınca davayı takip yetkisi verilmiştir. Bu durum karşısında, davacı Ülker Gıda A.Ş. nin aktif dava ehliyetinin varlığının kabulü gerekirken , yazılı gerekçe ile davasının aktif husumet nedeniyle reddi doğru görülmemiş ve kararın bu nedenle bu davacı yararına bozulması gerekmiştir.” Yarg. 11 HD. T. 24.06.2004, E. 2003/11150, K. 2004/7035, NOYAN, s.136.

Ancak MarkKHK 16/IV. maddesinin 42/e bendine göre çok önemli bir farkının olduğunun da belirtilmesi gereklidir. Enstitü MarkKHK 16/IV. maddesinde belirtilen incelemeyi re'sen yapmaktadır. Markanın hükümsüzlüğünün gerektiği durumlarda ise, Enstitü re'sen markayı terkin edemeyecektir²⁶⁸ ancak hükümsüzlük davası açma hakkına sahiptir²⁶⁹(MarkKHK 43. md).

Sonuç olarak kanaatimiz, Enstitü tarafından devrin halkı yanıltıcı nitelikte olup olmadığının tespitinin hem çok güç olduğu, hem de bu yönde bir incelemeye gerek olmadığı yönündedir. MarkKHK 42/e bendi gereğince markanın kullanımı sonucunda halkı yanılgıya düşürmesi durumunda markanın hükümsüzlüğü talep edilebilecekken ve markanın devrinin marka siciline tescil edilmemesi ile markanın kullanımı engellenemeyecekken, MarkKHK 16/IV. fıkrası gereğince marka devrinin halkı yanıltıp yanıltmadığının incelemesinde hukuki menfaat yoktur.

3. Marka Devrinin Kanundan Doğan Sınırlamaları

Kural olarak marka ticari işletme ile veya ticari işletmeden bağımsız olarak, tescilli olduğu mal ve hizmetlerin hepsini veya bir kısmı için devredilebilir(MarkKHK 16/I md). Birden çok marka sahibi olan kişinin ise markalarından istediklerini, istediği zaman devretme serbestisi olduğu tartışmasızdır. Zira her marka tescili ayrı ve bağımsız bir değerdir. Bu genel kurala rağmen, hem MarkKHK hem de farklı kanunlardan markanın devrine bazı sınırlamalar getirilmiştir. Bu bölümde markanın devrine getirilen sınırlamalar incelenecektir.

A. 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK ile Getirilen Sınırlama

a. Benzer Markaları Devretme Yükümlülüğü

Marka devir sözleşmesi, tescil edildiği mal veya hizmetlerin tümünü veya bir kısmını kapsayacak şekilde düzenlenebilir(MarkKHK 16/I md.). Ancak MarkKHK ile

²⁶⁸ **ARKAN**, Marka Hukuku, C.II, s. 166 vd.; Yarg. 11 HD. T. 10.02.2000, E.2000/226, K. 2000/1196, **Batider**, C.XX, S. 3, s. 231; **ŞANAL**, s.190

²⁶⁹ **KARAHAN**, Hükümsüzlük, s. 138; **TEKİNL**, Fikri Mülkiyet, s. 441; **KAYA**, Marka Hukuku, s. 334; **YASAMAN**, Marka Hukuku, C.II, s.895 vd.; **ŞANAL**, s.190

markanın devrine ilişkin bir şart getirilmiştir. Markanın devri sırasında, devredilen markanın aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzerinin, aynı veya halkı yanılgıya düşürecek derecede benzeri mal ve/veya hizmetler için başka marka tescillerinin bulunması halinde, bunların da devredilmesi gerekmektedir(MarkKHK 16/V. md.). Gerçekten aynı veya benzer markaların, aynı veya benzer sınıflarda, farklı kişiler tarafından kullanılması sonucunda, markalar arasında iltibasın meydana geleceği şüphesizdir. Ayrıca ARKAN²⁷⁰, markanın farklı kişiler tarafından yaygın şekilde kullanılarak cins ismi haline gelebileceğini belirtmektedir²⁷¹.

Görüldüğü gibi markanın devri ile devredilmesi gereken markalar, sadece devredilen markanın benzerleri değil, halkı yanılgıya düşürecek nitelikteki benzerleridir. Zira benzerlik ve iltibas farklı kavramlardır. Her benzerlik iltibasa yol açmayacaktır. Demek ki kanun koyucu burada iltibas yaratan markaların, halkın yanılmaması amacıyla, birlikte devredilmesini amaçlamıştır.

Mülga 556 sayılı MarkKHK Uygulama Şekli Gösterir Yönetmeliği'nin ilk şeklinde yer alan 22/I. fıkrasının ikinci cümlesinde²⁷² -MarkKHK 16/V, 22/I. fıkrasına uygun olarak- marka devrinin, marka sahibinin diğer benzer markalarının ve marka başvurularının da devri ile mümkün olduğu belirtilmişti. Daha sonra maddeden söz konusu ifade kaldırılmıştır²⁷³. Mülga Yönetmeliğin bu hükmünden bahsetmemizin iki nedeni bulunmaktadır. İlk olarak yürürlükteki Yönetmelikte benzer hükme yer

²⁷⁰ **ARKAN**, Marka Hukuku, C.II, s.178. Markanın yaygın ad haline gelmesi, marka sahibinin davranışlarından kaynaklanmalıdır. **YASAMAN**, Marka Hukuku, CII, s.874; **KIRCA, İsmail**, "Tescilli Markanın Başvuru Eserlerinde Yer Alması", **Batider**, C.XXII, S.2, Aralık, 2003, s. 6, dpt.7; **BİLGE, Mehmet Emin**, "Markanın Yaygın Bir Ad Haline Gelmesi", **Batider**, C.XXIII, S. 1, Haziran, 2005, s.132.

²⁷¹ Marka cins ismi haline gelmesi için, tescilli olduğu mal veya hizmetlerde yaygın ad haline gelmesi gerekmektedir. Bu şekilde tüketici tarafından markanın bir sahibinin olabileceği ihtimali düşünülmemektedir. Markanın cins ismi haline gelmesi durumunda, marka artık ayırt edicilik fonksiyonunu yitirmiş olmaktadır. Söz konusu durum ise 42/I- d bendi gereğince, cins ismi haline gelmiş marka için hükümsüzlük nedenidir. Örneğin "NESCAFE" markası piyasada hazır kahve yerine kullanılmaktaydı, durumu engellemek üzere NESCAFE gazetelelere markanın kendilerinin tescilli markası olduğu yönünde ilanlar vermeye başlamıştır, bu ilanlar akabinde NESCAFE markalı hazır kahve satmayan yerler, menülerinden bu ibareyi çıkarmış, yerine "hazır kahve" veya "filtre kahve" kelimelerini kullanmaya başlamışlardır.

²⁷² Mülga Yönetmelik "*Kanun Hükmünde Kararname'nin 16 ncı maddesine göre marka tescil edildiği mal veya hizmetlerin tümü veya bir kısmı için devredilebilir. Marka devri, marka sahibinin benzer olan diğer markaları ve müracaatlarının da devri ile mümkündür.*"

²⁷³ 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin Uygulama Şekli Gösterir Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile değiştirilmiştir. (R.G. 02.10.2002, S. 24894)

verilmemiş; benzer markaların devri ile ilgili şart sadece MarkKHK’da düzenlenmiştir. İkinci olarak ise devredilen marka ile birlikte devredilmesi gereken sadece iltibas yaratacak derecede benzer olan markalar değil, marka başvurularının da devredilmesi gerektiği hususu mülga Yönetmelik’te açıkça düzenlenmişti. Buna karşılık kanun koyucu MarkKHK’nın 16. maddesinde sadece tescilli benzer markanın devrinden bahsetmiştir. Ancak 22. maddesinde söz konusu esasların marka başvurularına da uygulanacağını belirtmiştir.

MarkKHK’nin 16/V ve 22/I. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, devre konu marka ile iltibas yaratacak derecede benzer tescilli markalar ile birlikte, bu nitelikteki marka başvurularının da devredilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Ancak buradaki sorun, marka sahibi tarafından hangi tarihte yapılmış marka başvurularının benzerlik değerlendirmesine tabi tutulacağıdır. Markanın devrine ilişkin sözleşmenin yapılaş tarihine kadar olan marka başvuruları mı, yoksa markanın devrinin sicile tescil edilme tarihine kadar olan marka başvuruları mı benzerlik değerlendirmesine tabi tutulacaktır? Kararname’de bir açıklık bulunmadığı gibi, konu öğretilerde de tartışılmamıştır. Ancak Markalar Kanun Tasarısı hangi tarihte yapılmış benzer marka başvurularının devrinin gerektiğini düzenlemiştir. Tasarı’nın 39/V. fıkrası “...Ancak, devrin Sicile kayıt talebinin Enstitü kayıtlarına girmesinden sonra devreden tarafından yapılan ve devredilen marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzer olan ve aynı veya aynı türdeki malları veya hizmetleri kapsayan marka tescil başvurularının devir şartı aranmaz. Bu başvurular, devrin Sicile kaydedilmesinden veya Sicile kayıt talebinin nihai olarak reddedilmesinden sonra incelenir.” şeklindedir. Şu halde Tasarı markanın devrinin siciline tesciline ilişkin talebin Enstitü kayıtlarına alınmasına kadar yapılmış olan marka tescil başvurularını benzerlik değerlendirmesine tabii tutacak ve iltibas yaratacak derecede benzer olarak nitelendirilmeleri ihtimalinde, bunların da devri gerekecektir. Bu tarihten sonra yapılmış olan marka tescil başvurularının -iltibas yaratacak derecede benzer olsalar bile- devredilmeleri gerekmeyecektir. Ancak bu başvuruların tescil edilip edilmeyeceğine ilişkin inceleme,

devrin marka siciline kaydına ilişkin nihai kararın verilmesinin ardından başlayacaktır²⁷⁴.

Markanın tescil edildiği mal ve/veya hizmetlerin bir kısmı için devredilmesi durumunda, aynı marka bazı mal ve hizmetler için devralana devredilecek, diğerleri için ise devreden üzerinde kalmaya devam edecektir. Bu durum aynı markanın farklı kişiler tarafından kullanılması sonucunu doğuracaktır. Eğer *aynı* marka, *farklı* mal ve/veya hizmetlerde kullanılıyorsa, karışıklık olmayacaktır²⁷⁵. Ancak aynı markanın, “*aynı veya benzer mal ve hizmetlerde*”, “*farklı kişiler*” tarafından kullanılması ile ortaya çıkabilecek iltibas ihtimali rahatlıkla görülebilmektedir. Bu iltibas ihtimali sonucunda, marka sahiplerinin birbirlerine karşı markaya tecavüz ve haskız rekabet iddiaları da gündeme gelebilecektir. Bu nedenle markanın, tescilli olduğu mal ve hizmetlerin tamamı için devredilmesi halinde, 16/V. maddesi gereğince yapılan inceleme, markanın tescilli olduğu mal ve hizmetlerin bir kısmı için devredilmesi durumunda da uygulanacaktır²⁷⁶. Böylelikle markanın tescil edildiği mal veya hizmetlerin bir kısmının devri için verilen iznin (MarkKHK 16/I md.), şarta bağlandığı ortaya çıkmaktadır (MarkKHK 16/V md.). Demek ki markanın tescilli olduğu mal ve hizmetlerden bir kısmı için devri, ancak markanın tescilli olduğu mal ve hizmetlerin benzer olmaması durumunda mümkündür.

Konuyla ilgili en büyük sorun ise, markasını devretmek isteyen kişinin, tescilli olan diğer marka/marka başvuruları ile devre konu olan markası arasındaki benzerliğin, bunun yanında markaların tescilli oldukları mal ve hizmetler arasındaki benzerliğin ve bu benzerliğin halkı yanıltacak nitelikte olup olmadığının nasıl tespit edileceğidir.

aa. Aynı veya Ayırt Edilemeyecek Derecede Benzer Marka Kavramı

²⁷⁴ Markanın devredilmesinin ardından devreden tarafından, devrettiği marka ile iltibas yaratacak derecede benzer marka başvurusunda bulunulması durumunda, bu tescil başvurularının MarkKHK 7/I-b, 35 ve MK 2. maddesi gereğince reddedileceği kanaatindeyiz.

²⁷⁵ Yargıtay BEROL-BERİL markalarının benzer olduğunu, ancak BERİL markasının farklı emtialarda tescilinin talep edildiği, dolayısıyla tüketici üzerinde herhangi bir yanılgıya sebebiyet vermeyeceğine karar vermiştir. Yarg. 11 HD. 04.06.2002, E. 2002/3055, K. 2002/5770, **NOYAN**, s. 355.

²⁷⁶ **PEKDİNÇER**, Markanın Devri, 166; **YALÇINER**, İlkeleri, s.234. Ayrıca UTKU ve TÜZÜNER marka üzerinde rehin kurulması durumunda benzer markalar üzerinde de rehin kurulması gerektiğini, zira markanın paraya çevrilmesi durumunda benzer markaların sahiplerinin farklı kişiler olma ihtimalinin bulunduğunu belirtmektedir. **UTKU**, s.276 vd.; **TÜZÜNER**, **Özlem**, Marka Rehni Sözleşmesi ve Uygulanacak Hukuk, İstanbul, 2007, s. 19 vd.

Markaların aynı olup olmadığını tespit kolaylık taşıırken, ayırt edilemeyecek derecede benzer markaları tespit oldukça güçtür. Markalar arasındaki benzerliğin tespitinde belli kriterler bulunmamaktadır²⁷⁷. Markalar arasındaki bir veya iki harf farklılığının²⁷⁸, renk farklılıklarının veya yazı karakterleri arasındaki farklılıkların markalar arasındaki benzerliği ortadan kaldıracaklarını söylemek doğru olmayacaktır.

Belirttiğimiz gibi, benzerlik ile iltibas farklı kavramlardır. İltibasın belirlenmesi markalara daha geniş bir açıdan bakılmasını gerektirir. Yargıtay, benzerliğin tespitinde markalara; yazılış, okunuş, fonetik ve görsel yönlerden bakılması gerektiğini²⁷⁹, bunların yanında markaların kulakta bıraktığı tınının, hangi heceye veya harfe vurgu yapıldığının önemli olduğunu belirtmektedir. Söz gelimi *ALCATEL* ile *ALFA TEL* markalarının²⁸⁰, *PERFORE* ile *ERFORE* markalarının²⁸¹, *P&T* ile "*Pand T*"²⁸² markalarının, *İMAJ* ve *IMAGINE* markalarının²⁸³, *ALPILOP* ile *ALPTOP* markalarının²⁸⁴, *CROS* ve *MOTOKROS* markalarının²⁸⁵ görsel ve fonetik olarak benzediği ve halk nezdinde karışıklığa yol açacağını belirtmiştir.

²⁷⁷ Amerikan Birleşik Devletleri Mahkemeleri markalar arasındaki karıştırma ihtimalinin tespitinde, 1961'deki POLAROID CORP. Ve POLARAD ELECS. arasındaki davadan itibaren bir çok kriter kullanılmaktadır. Bu kriterlere "polaroid kriterleri" de denilmektedir. Kriterlerden bazıları için bkz. **STİM**, s.428 vd.

²⁷⁸ Yargıtay *TİK TAK* ile *ZİK ZAK* markalarına ilişkin değerlendirmesinde, ilk derece mahkemesinin taraf markaların 6 harften oluştuğu, sadece 2 harfinin uyduğu, görsel ve işitsel olarak birbirlerine benzemediği yönündeki kararını bozmuştur. Yargıtay, markalar arasında "karıştırma ihtimali" bulunduğu yönündeki itirazları dikkate alarak ve dava konusu emtianın niteliği itibarıyla alıcısı olan halk kitlesinin "ayırt etme, bağlantı kurma" ihtimalinin değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Yarg. 11 HD. T. 13.11.2003, E. 2003/4003, K. 2003/10839, **NOYAN**, s. 347 vd.; Aynı karar, **YASAMAN**, Marka Hukuku, C.I, s.400.

²⁷⁹ Yarg. 11 HD. T. 03.05.2004, E. 2003/10923, K. 2004/4781, **NOYAN**, s. 368; Aynı yönde; "...görsel, biçimsel, anlamsal, sescil benzerlik, çağrıştırma, genel görünüm ölçütleri bakımından karşılaştırmanın yapılması..." gerektiği vurgulanmıştır. Yarg. 11 HD. 15.09.2003, E. 2003/1717, K.2003/7742, www.kazanci.com.tr. (20.04.2009, 12:00).

²⁸⁰ "...ürünler açısından orta düzeyde hedef kitlesi dikkate alındığında davalı markasının gerek yazım birimi ve gerekse fonotik açısından davacı markasının aynı yada ayırt edilemeyecek kadar benzeri olduğu..." Yarg. 11 HD. T. 28.06.2004, E. 2003/13272, K. 2004/ 7105, **NOYAN**, s.326 vd.

²⁸¹ Yarg. 11 HD. T.24.06.2004, E. 2004/6859, K. 2004/7040, **NOYAN**, s.368.

²⁸² "... davalı ve davacı markalarının Türkçe okunuşlarının "pi en ti" olduğu, dolayısıyla her iki marka arasında görsel anlamda benzerlik, işitsel anlamda ayniyet bulunduğu, her iki markanın ayırt edilemeyecek benzer oldukları..." Yarg. 11 HD. T. T. 21.05.2009, E. 2007/4353, K. 2008/6595, **NOYAN**, s. 442.

²⁸³ *IMAGINE* markasının *İMAJ* markasının orijinal yazılış olduğu, aynı anlamı ifade ettiği, sınıfların benzer olduğu, bu nedenle markalar arasında iltibas oluştuğu gerekçesi ile ilk derece mahkemesinin aksi yöndeki kararını bozmuştur. Yarg. 11 HD. T. 14.05.2002, E. 2002/857, K. 2002/4779, **NOYAN**, s. 145.

²⁸⁴ "... markalar sözcük olarak birbirinden farklı ise de görsel ve fonetik olarak çok benzediği..." Yarg. 11.HD. T. 17.12.2002, E. 2002/10513, K. 2002/11740, www.kazanci.com.tr (10.08.2009, 10:00)

Mmarkalar arasında benzerliğin tespitinde, markaların bıraktığı genel intiba da çok önemlidir²⁸⁶. Kanaatimizce “genel intiba”, “genel görünüş”ten farklı bir kavramdır. Markanın genel görünüşünün incelenmesinde, markayı oluşturan unsurların tek tek incelenmesi yerine, bütün itibariyle nasıl görüldüğüne dikkat edilir. Markanın genel intibasası ise, markanın hedef kitlesi üzerindeki etkisidir. Burada sadece markalar değil, markaların tescilli oldukları mal ve hizmetler ve markanın hedef kitlesi de dikkate alınır. Yukarıda örnek niteliğinde verilen kararlardan da anlaşılacağı üzere Yargıtay markaların benzer olup olmadığını tespitinde öncelikle markaları yazılış, okunuş, kulakta bıraktığı tını, görsel olarak incelemektedir. Bunların yanında markalar arasındaki genel görünüşe de dikkat etmektedir. Zira birbirine benzemeyen markalar bile aynı renklerin, aynı logoların, aynı tasarımların veya aynı anlama gelen kelimelerin kullanılması ile benzer hale getirilebilmektedir. Burada markanın halk tarafından nasıl algılandığı önemlidir. Örneğin Yargıtay, *LACOSTE* ve *CROCODILE+TİMSAH ŞEKLİ*²⁸⁷ markalarının benzer olduğuna ve *CROCODILE+TİMSAH ŞEKLİ* markasının hükümsüzlüğüne karar verilmiştir. Bu kararda, *CROCODILE* kelimesinin timsah anlamına geldiği, yanında bir de timsah figürünün olduğu, *LACOSTE+TİMSAH* markasının ise tanınmış marka olduğu, markalar farklı olsa dahi, genel intiba olarak markaların birbirini çağrıştırdığı belirtilmiştir. Genelde halk gözünde sadece markanın ait bir intiba kalır, markalara ilişkin ayrıntılar, marka içeriğindeki zayıf unsurlar hafızada hatırlanmaz. Mülga 551 sayılı MarkK’da markaya tecavüz sayılan hallerin düzenlendiği 47. Maddesinin III. fıkrası “*başkasına ait tescilli markaya, toplu olarak bıraktığı umumi intiba itibariyle ilk bakışta kolayca tefrik edilemeyecek şekilde benzeyen ve bu surette iltibasa sebebiyet verecek bir markayı kullanan kimse o markanın benzerini kullanmış sayılır.*” şeklindeydi. Yürürlükteki 556 Sayılı

²⁸⁵ Yargıtay CROS ve MOTOKROS markalarının görsel ve fonetik olarak benzediğine, MOTOKROS markasında KROS kelimesine görsel vurgu yapıldığını, kelimenin CROS markasının Türkçe okunuşu olduğunu belirtilmiştir. Yarg. 11 HD. T. 25.01.1999, E. 1999/8311, K. 1999/116, **NOYAN**, s.523.

²⁸⁶ **KARAHAN**, Hükümsüzlük, s.95; “*Markanın bütünü itibariyle bıraktığı etki asıl kriter olduğundan markanın parçalara bölünerek incelenmesine gerek yoktur. Ancak bu hususlar markanın genel görünümüne etkileri nispetinde incelemede göz önüne alınabilirler.*” **PEKDİNÇER**, Marka Koruması, s. 126; “*Umumi İntiba, markanın alıcılarının akıllarında kalan izlenim, onların zihinlerinde bir anda uyandırdığı imaj ve çağrışımlar ile markanın ve ambalajının akılda kalan ve fazla net olmayan resmidir.*” **KÜÇÜKALİ, Canan**, Marka Hukukunda Karıştırma Tehlikesi, Ankara, 2009, s. 99; **EPÇELİ, Sevgi**, Marka Hukukunda Karıştırma İhtimali, İstanbul, 2006, s.121.

²⁸⁷ Yarg. 11 HD. T. 24.06.2004, E. 2003/11144, K. 2004/7063, **NOYAN**, s. 329; Aynı yönde Yarg. 11 HD. T.12.03.2007, E. 2006/1246, K. 2007/4266, **NOYAN**, s.196.

MarkKHK’ında ise bu ifadelere yer verilmemiştir. Ayrıca 21.01.2009 tarihinde kabul edilen Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’de Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun²⁸⁸’la, marka tescilinin sağladığı hakların belirlendiği 9. madde ve tecavüz hallerinin belirlendiği 61. maddelerinde değişiklikler meydana gelmiş, bu değişikliklerde de benzer bir ifadeye yer verilmemiştir. Ancak Yargıtay²⁸⁹ ve öğretinin²⁹⁰, iltibas değerlendirmesinde markanın bıraktığı genel intibanın incelenmesi gerektiği kanaatinde olduğunu görmekteyiz. Adalet Divanı kararlarında da, ortalama tüketicinin markayı detaylarıyla inceleyemeyeceği, maranın bıraktığı izlenimden yararlanacağı vurgulanmaktadır²⁹¹. Bir kararda *NIVEA* ve *LIVEA* markalarının aynı olmadığı, markalar arasındaki benzerliğin tespitinde öncelikle markalar arasındaki benzerliklerin ve farkların tespitinin gerektiği, arkasından mal ve hizmetler açısından benzerliğin tespitinin gerektiği belirtilmiştir. Bu iki tespitten yararlanılarak müşterinin gözünde markanın bıraktığı genel intibanın incelenmesi ile markalar arasında iltibas olup olmadığı tespit edilecektir²⁹².

Sonuç olarak “aynı veya benzer markaların” tespiti için belli bir kriter bulunmamaktadır²⁹³. Markaların yazılışlarında harfler arasındaki ayniyet, benzerliği kuvvetlendirmekle birlikte, tamamen farklı harflerle yazılan kelimelerin okunuşlarının aynı olması durumunda da, bu markaların benzer olduğu rahatlıkla söylenebilir. Şunu da belirtelim ki, markaların farklı renklerde yazılması veya farklı yazı karakteri kullanılması markalar arasında ayırt ediciliği sağlamaz, ancak bu hususlardaki ayniyet benzerliği kuvvetlendirmektedir. Bunun dışında marka mutlaka bir kelime olmak zorunda değildir; şekiller²⁹⁴, harfler²⁹⁵, renkler²⁹⁶ de marka olarak tescil edilebilir. Tek

²⁸⁸ RG. 28.01.2009, S. 27124.

²⁸⁹ “...markaların bütün olarak bıraktıkları izlenim, göze çarpan ve ortalama tüketicinin hafızasında kalan kısmı...” Yarg. 11 HD. T.09.10.2006, E. 2005/9098, K. 2006/9958, www.kazanci.com.tr. (20.04.2009, 12:00); Yarg. 11 HD. 15.09.2003, E. 2003/1717, K.2003/7742, www.kazanci.com.tr. (20.04.2009, 12:00).

²⁹⁰ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.414; **KARAHAN**, Hükümsüzlük, s.93; **ARKAN**, Marka Hukuku, s.99; **KAYA**, Marka Hukuku, s. 139; **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.410;



²⁹¹ EuGH-Lloyd Schuhfabrik Meyer &Co GmbH/Klijnsen Handel BV, 22.06.1999, C.342/97, Rdnr.18, **GRUR Int.** 1999, s.734.

²⁹² The Presiding Board of the Supreme Arbitration Court, 18.07.2006, Case No. 369/106, **International Review of Intellectual Property and Competition Law**, No. 3/2007,, p..358.

²⁹³ **TEKİNALP**, karıştırmanın iki marka arasındaki şekil, ses, anlam, genel görünüm benzerliğinden, seri markaların arasına girmesinden veya sadece çağrıştırmada kaynaklanabileceğini belirtmiştir. **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 414; **KAYA**, Marka Hukuku, s.139.

²⁹⁴ Adidas’ın “**üç şeritten**” oluşan markanın ayırt ediciliğinin olduğu belirtilmiş ve marka olarak tescil edilmiştir. Yarg. 11. HD. T. 05.11.2001, E. 2001/5627, K. 2001/8689, **NOYAN**, s. 247.

başına şekillerin, harflerin, renklerin tescili için olmazsa olmaz kural işaretin “ayırt edici” niteliğe sahip olmasıdır²⁹⁷. Bazı durumlarda ise benzerlik çok açıktır. Örneğin

kişi  ²⁹⁸ ve  ²⁹⁹ ibarelerini Enstitü’de marka olarak tescil ettirmiştir. Bu markaların ayırt edilemeyecek derecede benzer olduğu ortadadır. Bu nedenle, MarkKHK 16/V. maddesi gereğince marka sahibi tarafından, sadece markalardan birisinin devredilmesi mümkün değildir.

bb. Halkı Yanılgıya Düşürecek Derecede Benzer Mal ve/veya Hizmetlerin Tespiti Sorunu

MarkKHK 16/V. maddesi gereğince devre konu marka ile birlikte devredilmesi gereken benzer markaların, aynı veya halkı³⁰⁰ yanılgıya düşürecek derecede benzer markalar olması gerekmektedir. Bu nedenle, devredilmek istenen marka ile marka sahibi adına tescilli diğer markaların aynı veya benzer olup olmadıklarının değerlendirilmesi ile benzer olarak tespit edilen markaların, bu defa tescilli oldukları

²⁹⁵ “MNG” markası, Yarg. HGK. T. 27.02.2002, E. 2002/11(62), K. 2002/115, **NOYAN**, s. 124.

²⁹⁶ MarkKHK 5. maddesi marka olarak tescil edilebilecek işaretleri belirtmiştir. “... kişi adları dahil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar, malların biçimi veya ambalajları gibi çizimle görünlenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaretleri içerir.”, marka olarak tescil edilebilecek işaretlerdir. Renklerin marka olarak tescil edilebileceğine ilişkin açık bir hüküm yoktur. Ancak MarkKHK 5. maddesi kapsamına girdiği kabul edilmektedir. **ARKAN**, Marka Hukuku, C.II,s.40; **POROY/ YASAMAN**, Ticari İşletme, s.270; **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet ,s.336; **ÖZDAL**, s. 31 vd.

Örneğin **MİLKA**’nın “mor” rengi tanınmış marka olarak kabul edilmiştir; Buna karşılık Yargıtay **NIVEA**’nın “mavi kare” şeklini renk kombinasyonu taşımadığı ve ayırt ediciliği olmadığından bahisle marka olarak tescil edilemeyeceğine karar vermiştir. Yarg. 11 HD. T. 13.12.201, E. 2001/7583, K. 2001/9840, **NOYAN**, s. 247.

Amerikan Hukuku’nda renklerin tescil edilebilmesi için, müşterilerin gözünde rengin marka olarak ayırtedici nitelikte olması ve markanın bir işlevinin bulunmaması gerekmektedir. **STIM**, s.366; **SHILLING, Dana**, Essentials of Trademarks and Unfair Competition, 2002, s.29

²⁹⁷ **KAYA**, Marka Hukuku, s.24; **ARKAN**, Marka Hukuku, C.I, s. 73; **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 341.

²⁹⁸ Ferrero S.P.A. adına TPE nezdinde 200218972 no ile 23.05.2002 tarihli tescil belgesi ile tescilli marka.

²⁹⁹ Ferrero S.P.A. adına TPE nezdinde 115815 no ile 13.10.1999 tarihli tescil belgesi ile tescilli marka.

³⁰⁰ Halk kavramı MarkKHK 8 ve 9. maddelerinde de kullanılmıştır. MarkKHK 8/I-b. Maddesinde “...halk tarafından karıştırılma ihtimali varsa ve bu karıştırılma ihtimali tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile ilişkili olduğu ihtimalini de kapsıyorsa...”, 9/I-b “...b) Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal ve/veya hizmetlerin aynı veya benzeri mal ve/veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk tarafından, işaret ile tescilli marka arasında ilişkilendirilme ihtimali de dahil, karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılması...”; Ayrıca 40/94 sayılı Topluluk Marka Tüzüğü ve 89/104 sayılı Topluluk Marka Yönergesinde de belirtilmiştir.

mal ve/veya hizmetlerin, “*halkı yanılgıya düşürecek derecede benzer*” olup olmadığı incelenecektir.

Türk Hukuku’nda marka tescil başvuru esnasında markanın tescil edilmek istendiği mal ve/veya hizmetlerin de belirtilmesi gerekmektedir(MarkKHK 23/I-c, 24 md, MarkKHK Yön. 7/III-1, 11. md.). Belirtilen mal ve/veya hizmetler arasındaki tasnif Nice Anlaşması’na göre gerçekleştirilir(MarkKHK 24, MarkKHK Yön. 11/I,II. md.). Ancak bunun yanında Enstitü’ye mal ve hizmetleri sınıflandırmasına ilişkin gerekli düzenlemeleri yapması amacıyla geniş yetki verilmiştir(MarkKHK 11/IV. md.). Markanın tescil edilmek istendiği mal ve hizmetler belli sınıflar altında belirlenmekle birlikte, sadece bu sınıflar altında yer alan mal ve hizmetlerin benzer olarak değerlendirilemez. Nis Anlaşması’nın³⁰¹ 2/I fıkrasındaki “*Bu Anlaşma ile tanımlanan gereklere göre, sınıflandırmanın etkisi Özel Birlik ülkelerinin her biri tarafından belirlenecektir. Sınıflandırma, tescil edilen herhangi bir marka için temin edilen koruma sınırlarının değerlendirilmesi veya hizmet markalarının tanınması konusunda özellikle bağlayıcı olmayacaktır.*” ve 2/II. fıkrasında ki “*Özel Birlik ülkelerinin her biri Sınıflandırmayı esas veya yardımcı sistem olarak kullanma hakkına sahiptir.*” şeklindeki ifadelerle göre, bu kanunda belirlenen sınıflandırma sistemi, markanın koruma alanının belirlenmesinde tek başına yeterli olmadığı gibi sınıflandırma sisteminin bağlayıcılığının belirlenmesinde de birlik ülkelerine serbestlik verildiği görülmektedir. Sınıflandırma sisteminin iç hukuk bakımından esas sistem mi, yardımcı sistem mi olduğu, bu Anlaşmaya dayanılarak çıkarılan Tebliğ’lerin incelenmesi ile anlaşılacaktır. BIK/TPE 2007/2 sayılı son tebliğ dikkate alındığında, Tebliğ’in 3. maddesinin, bir sınıfa giren bütün mal ve hizmetlerin “aynı mal ve hizmet” sayılacağı düzenlendiği görülmektedir. Bununla birlikte TPE 2007/2 sayılı Tebliğin 5. maddesindeki “*556 sayılı markaların Korunması Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararnamenin 7. maddesinin (b) bendinde belirtilen aynı tür malın ve hizmetin tespitinde, iş bu tebliği ekinde yer verilen gruplar esas alınacaktır. Ancak, Enstitü marka tescil başvurularının ve itirazlarının incelenmesi aşamasında aynı tür malı veya hizmeti, farklı mal veya hizmet gruplarını da içerecek şekilde daha geniş kapsamda değerlendirebilir.*” şeklindeki ifade ile Enstitü’ye Tebliğ’deki sınıflarla bağlı kalmadan,

³⁰¹ RG. 12.08.1995, S. 22373.

mal ve hizmetler arasında benzerliği daha geniş yorumlama imkanı verilmiştir. Bu nedenle Türk Hukuku'nda sınıflandırma sistemi esas sistem değil, yardımcı sistem olarak düzenlenmiştir.

Böylelikle marka sadece tescilli olduğu aynı mal ve hizmetlerde değil, tescilli olduğu mal ve/veya hizmetler ile benzer olan mal ve/veya hizmetleri de kapsayacak şekilde korunacaktır³⁰² (MarkKHK 7/I-b, 8/I-b, 9, 42, 61 vd.).

Dolayısıyla sınıf sistemine göre belirlenen hususlar, iltibasın belirlenmesinde bağlayıcı nitelikte değildir. Yargıtay 27.03.2008 tarihli bir kararında³⁰³, mal veya hizmetlerin benzer olup olmadıklarının tespitinde öncelikle TPE'nin sınıflandırmaya ilişkin tebliğlerinin dikkate alınması gerektiğini, bu durumun markada belirlilik ve tescilli markanın koruma sınırının saptanmasında birlik ve istikrarın önkoşulu olduğunu, ancak farklı sınıflarda yer almalarına rağmen yöneldiği müşteri kitlesi nezdinde karıştırmaya yol açacak nitelikteki ticaret ve hizmet markalarının kapsadıkları mal veya hizmetlerin “benzer” olarak kabulünün mümkün olduğunu, buradaki temel ölçütün halkın karıştırmaya ihtimalinin bulunup bulunmadığı olduğunu belirtmiştir. Buna uygun olarak Yargıtay CYRILLUS kararında 24 ve 25. sınıfları benzer sınıf olarak değerlendirmiştir³⁰⁴. 24. sınıf; “*Dokunmuş veya dokunmamış kumaşlar, Ev tekstili ürünleri (bayraklar, flamalar, mendiller dahil).*” ve 25. sınıf; “*Koruyucu amaçlı olanlar hariç her türlü malzemedden yapılmış iç-dış giysiler, çoraplar, Ayak giysileri, Baş giysileri.*”dir. Yargıtay bu kararında 24. sınıfta tescilli olan davacı markası ile 25. sınıfta tescilli olan davalı markası arasında halk nezdinde karşılığın oluşabileceği, 25. sınıftaki davalı markasının hükümsüzlüğünün gerektiği dolayısıyla 24. ve 25. sınıfların benzer olduğuna karar vermiştir.

³⁰² OCAK, markaların korunmasına hizmet eden en iyi sistemin emtia sınıfı sistemi olduğu kanaatindedir. “Bu sistem, tescilde belirlenen emtia ile sınırlı koruma sağlayan emtia sisteminin sakıncalarını bertaraf ettiği gibi, tescil edilen markaya mutlak koruma sağlayarak markaların korunmasındaki menfaatleri aşacak biçimde korumanın lüzumsuz yere genişletilmesini de önlemektedir. Bu sistemde markalar hem mal ve hizmetlerin karıştırılmasına hem de işletmelerin karıştırılmasına karşı korunmuşlardır.”, **OCAK, Nazmi**, “*Markalarda Tescilin Sağladığı Korumanın Kapsamı*”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Ankara, 2003, s.275.

³⁰³ Yarg. 11.HD. T. 27.03.2008, E.2008/649, K.2008/3957, **Legal Fikri ve Sınâî Haklar Dergisi** 14/2008 s.434 vd.

³⁰⁴ Yarg. 11. HD. T. 28.05.2002, E.2002/2411, K.2002/5314, **ÖZTEK, Selçuk**, “*556 Sayılı KHK Çerçevesinde Benzer Mal ve Hizmet Kavramı*”, İstanbul Barosu Dergisi, Fikri ve Sınâî Haklar Özel Sayısı, Temmuz 2007, S.4, s. 218,219.

Şu halde, devamlı karşımıza çıkan “halk” kavramının ve halkın hangi konularda yanılığa düşmesinin engellenmeye çalışıldığının açıklanması gerekmektedir. Halk, markanın hedef müşteri kitlesidir. Markaların kullanıldıkları mal veya hizmetlerin benzerliklerinin halk üzerindeki etkisi, ancak müşteri kitlesinin belirlenmesi ile mümkün olacaktır³⁰⁵. Benzerlik belirlenirken mal ve/veya hizmetlerin kimler tarafından talep edileceği, markanın son alıcısı dikkate alınacak halk kitlesini oluşturur³⁰⁶. Zira, bazı mal ve hizmetler, niteliği gereği tüm halk kitlesine hitap ederken, bazı mal ve hizmetler sadece belirli bir halk kitlesine veya sadece belirli bir meslek grubuna hitap eder. Örneğin cıvata, makine parçaları gibi malların alıcısı belli meslek grubundaki insanlardır. Veya dişçiler tarafından kullanılan dolgu malzemesi markasının, dişçi koltuğuna oturan hasta tarafından bilinmesine imkân yoktur. Bunun yanında, örneğin, dişçilik malzemelerinde dünyaca tanınmış *ESPE* markası, tüm diş hekimleri ve ecza depoları tarafından bilinmektedir. Dişçi koltuğuna oturan hasta ise kendisinde kullanılacak malzeme konusunda herhangi bir marka tercihinde bulunmadan, sadece sağlık probleminin en iyi şekilde giderilmesi talebinde bulunur. Bu nedenle örnek mallarda kullanılan markanın, hedef tüketici kitlesi, ecza depoları ve diş hekimleri olacaktır. Bunun gibi Yargıtay, küçük paketlerde satılan çikolatalarda kullanılan markanın müşteri kitlesinin özellikle küçük yaştaki tüketiciler olduğunu belirtmiştir³⁰⁷. Markanın tüketici kitlesinin belirlenmesinin ardından, tüketiciler arasında algılama farklılığı olacağından, hangi kesimin dikkate alınacağı sorunu gündeme gelmektedir. Kimi tüketici çok dikkatli iken, bazısı çok dikkatsiz olabilmektedir.

Yargıtay³⁰⁸ kararlarında, öğretiyeye³⁰⁹ uygun olarak “halk” kavramından “ortalama dikkat seviyesindeki müşteri kitlesinin” anlaşılması gerektiğini, işin ilgilisi

³⁰⁵ **KAYA**, Marka Hukuku, s. 140; **DİRİKAN**, s.188; **ARKAN**, Marka Hukuku, C.I, s.103; **KARAHAN**, Hükümsüzlük, s. 106; **FRANKO**, s.8; **MİMAROĞLU**, s. 308; **KARAYALÇIN**, İşletme Hukuku, s.432; **KANETİ**, s.239.

³⁰⁶ **KARAHAN**, Hükümsüzlük, s.106; **KAYA**, Marka Hukuku, s. 140; **DİRİKAN**, s.188; **ARKAN**; Marka Hukuku, C.I, s.103

³⁰⁷ Y.11.HD. 07.1985 tarihli E.887 K.265 Sayılı kararında çikolata ve şekerlemelerin hitap ettiği çevreyi “küçük yaştaki tüketiciler ve normal tüketiciler” olarak belirlemiştir, **DÖNMEZ, İrfan**; Markalar ve Haksız Rekabet Davaları, İstanbul 1999,2.Bası, s.123-124; Aynı yönde; Yargıtay şekerleme için tescilli bulunan *Ülker Hobi* ile *Ülker Lobi* markalarının alıcısının özellikle küçük yaştaki çocuklar olduğunu, bu kişilerin yanılma ihtimalinin olduğunu belirtmiştir. Yarg. 11 HD. 30.11.1999, E. 5356/K. 9805, **KARAHAN**, Hükümsüzlük, s.106 ve dp.1.

³⁰⁸ Yarg. HGK. T. 7.6.2006, E.2006/11-338, K. 2006/338, **Yargı Dünyası**, Mart, 2007, S.135, s.5; Yarg. 11 HD. T.13.11.2003, E. 03/4003, K.03/10839; **KARAN /KILIÇ**, s.242; Yarg. 11 HD: T. 13.10.2005, E.

veya uzmanının dikkate alınmaması gerektiğini belirtilmektedir. Oysa bazı kararlarında müşteri kitlesini bilinçli, bilgili tüketici olarak belirlemiştir. Söz gelimi Yargıtay³¹⁰ *LİPİDİL* ve *LİPİDROL* ilaç markaları ile ilgili kararında, bu markaların doktor ve eczacılara hitap ettiğini ve bu kişilerce markaların karıştırılmayacağından yola çıkarak, markaların halk tarafından da karıştırılmayacağı, dolayısıyla halkın yanılğıya düşmeyeceği sonucuna ulaşmıştır. Aynı şekilde, Yargıtay *GLUCOPHAGE* ve *GLUFAJ* markalarının benzer olduğunu, zira *GLUCOPHAGE* markasının okunuşunun “*glukofaj*” şeklinde olduğunu, ancak müşteri kitlesinin doktor ve eczacılardan oluştuğunu, uzman olan bu kişilerin markalar konusunda bilinçli ve dikkatli olduklarını, bu nedenle markalar arasındaki benzerliğe rağmen, markalar arasında iltibas olmadığını belirtmiştir³¹¹. Öğretinin genel görüşünün de aynı yönde olduğunu söyleyebiliriz³¹². Adalet Divanının da *ECHINACIN* ile *ECHINAID* markalarına ilişkin bir kararında³¹³ markalar arasında iltibas olmadığını, ilaçlarda yanılmanın çok ciddi zararlara neden olacağını, bu nedenle tüketicinin daha fazla özen gösterdiğini, ayrıca tüketicilerin ilaç isimlerinde “*echina*” ibaresine alışkın olduklarını, bu ibarenin halka ilacın içinde Ekinazyta bitkisinin bulunduğunu belirttiğini, diğer ilaçlarla bağlantı kurulmayacağını belirtmiştir. Buna karşılık diğer bir kararında ise *CALSYN* ve *GALZIN*³¹⁴ markalarının aynı nitelikte olduklarını(farmasötik preparat), tedavi amaçlı kullanıldıklarını, aynı müşteri kitlesine sahip olduklarını, hedef kitlenin tıpçılar ve nihai tüketicilerden oluştuğunu, tıp mesleği mensuplarının dikkat seviyesinin daha yüksek olduğunu, aradaki farkı anlayabileceğini, ancak bu dikkatin markalar arasında bir bağlantı olduğunun zannedilebilme ihtimalini ortadan kaldırmadığını, bu nedenle markalar arasında iltibas

2004/12143, K. 2005/9700, www.kazanci.com.tr. (12.09.2009, 09:00); Yarg. 11 HD. T.25.11.2002, E. 2002/6007, K. 2002/10815, www.kazanci.com.tr. (12.09.2009, 09:00).

³⁰⁹ **YASAMAN**, Marka Hukuku, C.I, s. 399; **KARAHAN**, Hükümsüzlük, s. 104 vd.; **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.414; **KAYA**, Marka Hukuku, s.141 vd.; **ARKAN**; Marka Hukuku, C.I, s.103.

³¹⁰ Yarg. 11. HD. T.13.01.2003, E. 2002/7864, K. 2003/48, **YASAMAN**, Marka Hukuku, C.I,s. 399.

³¹¹ Yarg. 11 HD. T. 01.05.2007, E.2005/14630, K. 2007/6678, **FMR**, Y.8, C.8, S.2, s.216 vd.

³¹² **KAYA**, ilaç markalarının genellikle ilaçların içindeki etken maddelerin isimlerinden türetildiğini, bu nedenle zayıf marka oldukları kanaatindedir. , **KAYA**, Marka Hukuku, s.142, 143; **ARKAN**, ilaç markalarının benzerliğinde dikkate alınacak kesimin tespitinde, ilaçların reçete ile satılmasının zorunlu olup olmadığına göre ayırımın yapılması gerektiği kanaatindedir. **ARKAN**, Marka Hukuku, C.I, s.103

³¹³ The Court of Justice of the European Communities(Fifth Chamber), 0504.2006, Case No. T-202/04, **International Review of Intellectual Property and Competition Law**, No.1/2007, p. 113.

³¹⁴ The Court of Justice of the European Communities(Fifth Chamber), 17.10.2006, Case No. T-483/04, **International Review of Intellectual Property and Competition Law**, No.3/2007, p. 356.

olduğu sonucuna ulaşmıştır. Ancak Avrupa Adalet Divanının ilaçlar ile ilgili yaptığı “bağlantı kurulabilir” değerlendirmesini başka emtialarlarda tescilli markalar için uygulamadığını görüyoruz. Avrupa Adalet Divanı *CASTELLUCA* ve *CASTELLANI* markalarının benzer olmadığına karar vermiştir³¹⁵. Söz konusu kararda, markaların tescilli oldukları mallardan “şarap” emtiasının ortak olduğu, markalarında ilk yedi harfinin aynı olduğu, markaların aynı uzunlukta olduğu, müşterilerin öncelikle markanın ilk kısmına dikkat ettiğini belirtilmiştir. Ancak kararın devamında şarap alıcısının çok dikkatli bir müşteri kitlesi olduğunu, ayrıca “castle” kelimesinin şarap sektöründe markaların başında çok kullanıldığını bu nedenle Alman müşterilerin markanın devamına dikkat ettikleri, sonuç olarak markaların hedef kitlesi açısından karıştırılmayacağına ve markaların benzer olmadığına karar vermiştir.

Dolayısıyla mal veya hizmetin hedefi olan “ortalama tüketici” kavramı da kendi içerisinde ayrıma tabi tutulmaktadır. Dikkate alınacak kesim bilinçli ortalama tüketicidir³¹⁶. “Bilinçli” kelimesine ise iki anlam yüklenmektedir. Öncelikle bilinçli tüketici, yukarıda belirtilen Yargıtay kararlarında olduğu üzere işin uzmanı, meslekleri gereği maksimum özen gösteren ve göstermek zorunda olan kesimdir. Bilinçli ortalama tüketicinin diğer anlamı ise; belirli bir malı daha önce almış ve tekrar aynı ürünü almak isteyen tüketicidir. Her hangi bir özel tercihi bulunmayan tüketici inceleme sırasında dikkate alınmayacaktır³¹⁷. Gerçekten de marka hakkında bilgisi olmayan kişi için hangi markalı ürünü aldığı bir önemi bulunmamaktadır. Bu kesimin “yanılması” söz konusu değildir. Zira bir tercihleri yoktur. Bir marka tercihi olan kişilerin yanılarak, tercih ettikleri marka yerine başka bir marka almaları durumunda iltibas oluşur.

Markalar arasındaki farklılıkların, ortalama dikkat seviyesindeki tüketici tarafından ilk bakışta, ayrıntılı bir inceleme yapılmadan algılanabilip algılanamadığı konusu önemlidir³¹⁸. Ayrıca tüketicinin markalar arasındaki farklılıkların tespiti, güçlük gösterecektir, zira halkın her zaman markaları aynı anda veya yan yana gördüğü

³¹⁵ The Court of Justice of the European Communities(Fifth Chamber), 20.12.2007, Case No. T-149/06 **International Review of Intellectual Property and Competition Law**, No.6/2008, p. 744.

³¹⁶ **KARAHAN**, Hükümsüzlük, s.105; **KARAYALÇIN, Yaşar**, Özel Hukukta Meseleler Görüşler II, Ankara, 1983, s.71.

³¹⁷ **KARAHAN, Sami**, “*Sınai Haklarda Hükümsüzlük Davaları*”, Fikri ve Sınai Haklar, İhlaller&Davalar, İstanbul Barosu Yayınları, 2008, s. 18-30, s.20.

³¹⁸ **KARAHAN**, Hükümsüzlük, s.93.

düşünülemez³¹⁹. Bu nedenle itibasın değerlendirilmesinde markalar arasındaki farklar değil, benzerlikler önem taşımaktadır³²⁰.

Belirtildiği gibi benzerliğin incelenmesinde birçok kriter kullanılır³²¹. Mal veya hizmetlerin türleri ve kullanılış amaçları dikkate alınarak tüketici kitlesi belirlenir. Sonrasında bu tüketicilerin ortalama seviyede olanları benzerliği belirleyecektir. Ortalama seviyedeki tüketicilerden, marka hakkında hiçbir fikri olmayan kişiler belirleyici değildir. Daha önce markayı kullanmış, yine aynı markayı almak isteyen kişiler kriterdir.

Ayrıca, yine bilinçli ortalama tüketicinin hepsinin, markaları karıştırma tehlikesi içerisinde bulunması gerekmemektedir. Bir kısmının tehlike altında olması yeterlidir. Örneğin, üzerinde ayırt edilemeyecek derecede benzer şekil ve renklerin, ancak tamamen farklı markaların bulunduğu küçük çikolataların alıcıları çocuklardır. Genelde çikolataları 6-12 yaş arası çocuklar alacaktır. Bunlardan 12 yaşındaki çocuk markayı okuyarak istediği çikolatayı seçebilir. Ancak 7 yaşındakiler bunu yapmayacaktır. Dolayısıyla hedef kitle olan küçük çocuklardan sadece bir kısmı tehlike altındadır ve markalar arasındaki farklılığı göremeyecektir. Yargıtay da 07.06.2006 tarihli HGK kararı³²²; “*Karıştırmada asıl olan ortalama tüketicinin algılamasıdır. Ortalama alıcı kitlesinin tamamı karıştırma tehlikesine maruz kalmasa bile bir kısmının bu risk altında bulunması dahi karıştırılma ihtimalinin gerçekleştiğinin kabulü için*

³¹⁹ “...Tüketicinin, her iki markayı her zaman aynı anda görüp detaylarını karşılaştırabildiğini düşünmek hayatın olağan akışına uygun olmadığı gibi markada yer alan yardımcı unsurlar ile ve ayırım gücü az olan ifadeleri her zaman hatırında tutabileceği de düşünülemez. Daha önce gördüğü, yararlandığı, satın aldığı ve denediği bir malın yahut hizmetin markasının, göz ve kulağında kalan izine, hatırlayabildiği kadarıyla hafızasında kalan özelliklerine dayanarak, sonraki aynı veya benzer mal ve hizmetlere ilişkin alışverişlerinde de aynı veya benzer markayı taşıyan ürünü satın almak yahut hizmetten yararlanmak istemek tüketicinin en genel yaklaşımıdır. Bu şekilde, genel olarak ürünün önemine göre tanıdığı, beğendiği ve bilinirliği ile güvenilirliği kanıtlanmış bir markayı seçerek, zaman kıtlığından doğan birtakım olumsuzluklardan da kurtulmuş olduğunu ve markanın sağladığı garanti fonksiyonunun kolaylığından yararlandığını düşünmesi doğaldır. Bu nedenledir ki, davalı başvurusunun konusu olan işaret ile davacı markaları; söz konusu marka ve işaret altında sunulan emtiaların hitap ettiği kişilerin üzerinde bıraktığı iz itibarıyla işitsel, anlamsal, görsel ve biçimsel olarak birbirlerinin benzeridir. Davalı işaretini gören ve duyan tüketiciler daha önce tanıdığı davacı markalarının bıraktığı intibai hatırlayacak ve en önemlisi, bu hatırlama davalı adına tescil olunan itiraza konu markanın daha önce tescil edilip kullanılmakta olan davacı markalarının bir başka versiyonu, serisi veya uzantısı olduğunun ya da davacının vermiş olduğu bir lisans gereği ürünler üzerinde kullanıldığının algılanmasına yol açabilecektir...” Yarg. HGK T. 7.6.2006, E.2006/11-338, K. 2006/338, **Yargı Dünyası**, Mart, 2007, S.135, s.5; Aynı karar NOYAN, s. 115 vd.

³²⁰ **KARAHAN**, Hükümsüzlük, s.103; **ÖZDAL**, s. 154.

³²¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **ÖZTEK**, s.206-225.

³²² Yarg. HGK E. T. 7.6.2006, E.2006/11-338, K. 2006/338, **Yargı Dünyası**, Mart, 2007, S.135, s.5.

yeterli.” olduğunu kabul etmiştir. Dolayısıyla ortalama tüketicinin tümünün de yanılgı tehlikesi içerisinde bulunması gerekli değildir. Sadece bir grubunun risk altında olması yeterlidir.

Yukarıda da açıklandığı üzere halkın markalar hakkında yanılgıya düşmesinin önüne geçilmek istenmiştir. Bu nedenle halkın yanılgıya düşebileceği konuların da belirtilmesi gerekmektedir. Halkın yanılgıya düşebileceği konu öncelikle markaların aynı olduğunun zannedilmesi ve yanılarak aslında tercih etmeyeceği markayı almasıdır. Bu yanılgıya sebep olan ise her iki marka arasındaki benzerliktir. Halk tarafından istenilen mal veya hizmet yerine, karıştırılarak başka mal ve hizmetin alınması tehlikesinin engellemesi yanında, markalar arasında bağlantı olmamasına rağmen, olduğunun zannedilmesi de halkı yanılgıya düşüren bir benzerlik halidir³²³. Bazı işletmelerin farklı ürünleri için farklı markalarının olduğu, işletme tarafından bir seri halinde çeşitli markaların kullanıldığı görülmektedir³²⁴. Bu durumda, halk tarafından markaların farklı olduğunun anlaşılması yanında, markalar arasındaki kaynak unsur benzerliği nedeniyle markaların, tüketicinin tercih ettiği işletme tarafından üretildiği veya işletmeler arasında bağlantı olduğu yanılgısına düşülmektedir³²⁵. Bahsedilen, her iki markanın, tüketici tarafından fikri olarak bağlantıya sokulması tehlikesidir³²⁶. “Bağlantı olduğu ihtimali” kavramı MarkKHK 9/I-b bendinde belirtilmiştir. 40/94 sayılı Topluluk Markası Tüzüğü 9.1.b ve 89/104 sayılı Topluluk Markası Yönergesinin 4.1.b

³²³ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.409; **ARKAN**, Sabih, “İşaret ile Marka Arasında Bağlantı İhtimali ve İltibas (Karıştırma) Tehlikesi”, **Batider**, Aralık, 1999, C.XX, S.2, s. 5-11.(Karıştırma Tehlikesi); **YASAMAN**, Marka Hukuku, s.402 vd; **KARAHAN**, Hükümsüzlük, s. 100 ; **KAYA**, Marka Hukuku, s. 146; Yarg. 11 HD. T.13.11.2003, E. 03/4003, K.03/10839; **KARAN/ KILIÇ**, s.242; Yarg. 11 HD: T. 13.10.2005, E. 2004/12143, K. 2005/9700, www.kazanci.com.tr. (12.09.2009, 09:00); Markalar arasında bağlantı olmadığı halde bağlantılı olduğunun zannedilmesi, markaya tecavüzden farklıdır. Zira burada halk markaları karıştırmaz. **STİM**, s.397.

³²⁴ Davacı tarafa ait “*ece toff*”, “*ece lady*”, “*ece+taç şekli*” markaları Yargıtay tarafından seri marka olarak nitelendirilmiştir. Yarg. 11 HD. T. 19.09.2008, E. 2007 / 7547, K. 2008 / 10251, **KARAHAN**, Sami, “Seri Markalar- Karar Tahlili”, **Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı**, 2009, s.389(Seri Markalar); ETİ A.Ş. tarafından tescilli **BROWNİ GOLD**, **ETİ BROWNİ** markaları seri markadır, Yarg. 11. HD. 30.01.2009, E. 2007/11599, K. 2009/965, **Batider**, C.XXV, S. 1, 2009, s. 268; Aynı yönde Yarg. 11.HD.nin 13.2.2007 tarih ve 2005/11480 E., 2007/2321, www.kazanci.com.tr.; Yargıtay diğer bir kararında **ETİ PAPATYAKEK** ve **PAPATYA** markaları ETİ A.Ş.’e ait seri markalardır, davalının markası olan **GİZ PAPATYA**’nın tescilinin iltibas yaratacağı kanaatindedir. Yarg. HGK. T. 07.06.2006, E. 2006/11338, K. 2006/338, **NOYAN**, s. 115 vd.

³²⁵ **ARKAN**, Karıştırma Tehlikesi, s. 5-11.; **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 410; **ÖZTEK, Selçuk**, “556 sayılı KHK Çerçevesinde Benzer Mal ve Hizmet Kavramı”, İstanbul Barosu Dergisi Fikri ve Sınai Haklar Özel Sayısı, S.4, Temmuz 2007, s. 209; **YASAMAN, Hamdi**, “Tanınmış Marka”, Halil Arslanlı’nın Anısına Armağan, İstanbul, 1978, s.699.

³²⁶ **UZUNALLI**, s.153.

ve 5.1.b. bentlerinde de aynı yönde hükümlere yer verilmiştir³²⁷. Bu şekilde iltibas kavramı genişletilmiş olmaktadır³²⁸. Burada tüketici her iki markada bulunan ortak unsur nedeniyle malların aynı işletmede üretildiğini zannetmektedir. Türkiye'deki uygulama bu olmakla birlikte, Avrupa Adalet Divanı'nda 11.11.2008 tarihli kararında aynı kişiye ait tescilli "Gateway, Gateway 2000, Gateway.net, Gateway Profile, Gateway Astro" markaları varken, "Activy Media Gateway" marka başvurusunun tescil edilmesi gerektiği yönündeki kararı onamıştır³²⁹. Kararda markalar arasındaki karıştırılma ihtimalinin tespitinde -her ne kadar bir kriter olsa da- markalardaki vurgu sözcüğünün aynı olmasının tek başına karışıklığa neden olmayacağı, söz konusu markalar arasında görsel, fonetik ve konsept olarak bir benzerliğin olmadığı belirtilmiştir.

Sonuç olarak, devir konusu marka ile devreden adına tescilli diğer markaların benzer olup olmadığı tespit edilirken, Yargıtay ve öğretinin iltibas değerlendirmesine ilişkin kriterlerinden yararlanılacaktır. Öncelikle markaların ve markaların tescilli oldukları mal ve hizmetlerin, yukarıda belirtilen kriterler eşliğinde benzerliği belirlenecektir. Bu benzerliğin mal veya hizmetin ortalama tüketicisi nezdinde yanılğıya neden olup olmadığı konusu incelenecektir. Bütün bu hususlar incelenirken, markaların aynı müşteri çevresi tarafından aynı şartlarla talep edilen mal veya hizmetler olup olmadığı ve müşteri kitlesinin, markaların aynı üreticiden geldiğini zannetmesi ihtimali

³²⁷ 40/94 sayılı Topluluk Markası Tüzüğü 9.1.b. "any sign where, because of its identity with or similarity to the Community trade mark and the identity or similarity of the goods or services covered by the Community trade mark and the sign, there exists a likelihood of confusion on the part of the public; the likelihood of confusion includes the likelihood of association between the sign and the trade mark"; ve 89/104 sayılı Topluluk Marka Yönergesi 4.1.b "A trade mark shall not be registered or, if registered, shall be liable to be declared invalid: ...b. if because of its identity with, or similarity to, the earlier trade mark and the identity or similarity of the goods or services covered by the trade marks, there exists a likelihood of confusion on the part of the public, which includes the likelihood of association with the earlier trade mark.", 5.1.b bendi, "The registered trade mark shall confer on the proprietor exclusive rights therein. The proprietor shall be entitled to prevent all third parties not having his consent from using in the course of trade: ...b. any sign where, because of its identity with, or similarity to, the trade mark and the identity or similarity of the goods or services covered by the trade mark and the sign, there exists a likelihood of confusion on the part of the public, which includes the likelihood of association between the sign and the trade mark.", konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **ARKAN**, Karıştırma Tehlikesi, s.5 vd.

³²⁸ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.410; **ARKAN**, Karıştırma Tehlikesi, s.7.

³²⁹ The Court of Justice of the European Communities(Fifth Chamber), 11. 11.2008, Case No. C-57/08 P, **International Review of Intellectual Property and Competition Law**, No.6/2009, p. 735.

üzerinde de durulması gereklidir. Bu değerlendirmeden sonra benzer olarak nitelendirilen markaların aynı kişiye devri gerekecektir.

cc. Benzerliği Tespite Yetkili Organ

İlgili fıkrada, “*benzerlerinin devri şarttır*” ifadesi kullanılmış, bunun haricinde incelemenin kim tarafından yapılacağı, bu incelemenin Enstitü tarafından re’sen mi yapılacağı, yoksa taraflardan birinin itiraz etmesinin mi gerektiği ve Enstitü’nün kararlarına karşı kanun yolları belirlenmemiştir.

Taraflarca, Enstitü’ye devrin tescili talebiyle başvurulmadığı sürece, Enstitü tarafından markanın devredildiğinin bilinmesine imkân yoktur. Taraflardan biri tescil talebinde bulununca, Enstitü devir sözleşmesini 16. madde anlamında incelemektedir. Enstitü tarafından yapılan incelemelerden bir tanesi de 16/V fıkrası gereğince, devre konu markanın, marka sicilinde marka sahibi adına kayıtlı halkı yanıtacak derecede benzerlerinin bulunup bulunmadığıdır. Enstitü’nün re’sen yapacağı bu inceleme neticesinde, devreden adına kayıtlı, benzer başka marka veya marka başvuruları tespit edilirse, bunların da devri gerçekleşmediği sürece devir işlemi marka siciline tescil edilmeyecektir. Uygulamada da söz konusu fıkranın Enstitü tarafından bir tescil engeli olarak uygulandığını ve devrin marka siciline tescil edilmediğini görmekteyiz.

dd. Yetkili Organın Benzerlik Tespitine İlişkin İtiraz- Süre

Enstitü tarafından devredilen markanın, devreden adına kayıtlı benzerlerinin bulunduğu tespiti ile markanın devrine ilişkin talep reddedilecektir. Ancak markayı devralan veya devreden -Enstitü kararının aksine- bahsedilen diğer markaların veya markaların tescilli oldukları mal veya hizmetlerin, devredilen marka ile benzer olmadığı ve MarkKHK 16/V. fıkra gereğince devredilmelerinin gerekmediği görüşünde olabilir. Bu durumda nasıl bir itiraz prosedürü izlenmesi gerektiği konusu üzerinde durulması gereklidir.

Kanaatimizce, Enstitü tarafından MarkKHK 16/V. fıkra anlamında yapılan inceleme ve sonucunda verilen red kararının, tescil başvurusunun MarkKHK 7/I-b bendi anlamında tabi olduğu benzerlik incelemesinden farkı bulunmamaktadır(MarkKHK 32 md.). Her nasıl, marka tescil başvurusunun önceden tescilli aynı/ayırt edilemeyecek

derecede benzer markaların varlığından bahisle reddedilmesi üzerine, başvuru sahibinin, Enstitü'nün bu kararına karşı itiraz hakkı varsa(MarkKHK 47 vd.), devir sözleşmesinin benzer markaların da devredilmediği gerekçesi ile reddi durumunda da, tarafların itiraz hakkının olduğu kanaatindeyiz. Zira burada Enstitü'den talep edilen “tescildir.” Reddedilen ise “tescil talebidir”. Enstitü'ye yapılan talebi, marka tescil başvurusu gibi düşünüp, ona ilişkin itiraz ve dava prosedürünü uygulamak gerekir.

Uygulamada Enstitü, devredilen markanın benzerlerinin bulunduğu tespit ettiği takdirde taraflara benzer markaları da devir sözleşmesine dahil etmeleri için iki aylık süre vermektedir. Bu süre içerisinde benzer markaların devri sağlanırsa, talep Enstitü'ye tekrar sunulacak ve bu sefer tescil işlemi gerçekleştirilecektir. Süre içerisinde benzer markaların devri sağlanamazsa, tescil talebi reddedilecektir. Bu işlem ile Enstitü, sanki şekli bir eksiklik varmış ve eksik evrakların tamamlattırılması amacıyla süre veriyormuş gibi davranmaktadır (MarkKHK 30 md, MarkKHKYön 10, 12. md). Yönetmeliğin 10. maddesi gereğince, Enstitü, kendisine yapılan taleplerin yerine getirilmesi için gerekli olan belgelerde eksiklik bulunması durumunda, eksikliklerin tamamlanması amacıyla talep sahibine iki aylık süre vermektedir. Bu süre içerisinde eksiklikler tamamlanmaz ise, talep işleminden kaldırılacaktır. Ayrıca MarkKHK'dabaşkaca bir süre düzenlenmedikçe, Yönetmelikte belirtilen tüm sürelerin iki ay olduğu da düzenlenmiştir (MarkKHKYön 12 md.). Yine Yönetmeliğin 12/III fıkrası ile devrin sicile tescilinin düzenlendiği Yönetmeliğin 19. maddesine atıf yapılmış ve bu maddede sayılan belgelerdeki eksikliklerin tamamlanması için de taraflara iki aylık süre verileceği belirtilmiştir. Gerçekte markanın benzerlerinin de devredilmesine ilişkin şart Yönetmeliğin 19. maddesinde yer almamaktadır(karş. Mülga MarkKHKYön. İlk şekli 22/I md.). Ancak hüküm, Enstitü'nün MarkKHK 16/V. fıkrasına aykırılığı tamamlanabilir nitelikte bir şekli eksiklik olarak gördüğü yönündeki fikrimizi destekler niteliktedir. Enstitü tarafından verilen iki aylık sürenin hukuki dayanağını belirttiğimiz maddeler oluşturmaktadır.

Talep sahibine verilen iki aylık sürenin bitiminde, halkı yanıltacak derecede benzer marka/marka başvuruları devir kapsamına alınmadıysa, Enstitü süre sonunda tekrar bir red kararı vermeyecek ve taraflara hiçbir bildirimde bulunmayacaktır. Süre sonunda tescil talebi işleminden kaldırılacaktır. Bu konu çok önemlidir, zira taraflarca Enstitü'nün kararlarına karşı, kararın taraflara tebliğinden itibaren iki ay içinde itiraz

edilebilir(MarkKHK 49 md.). Bu nedenle iki aylık itiraz süresi de marka devrinin sicile tesciline ilişkin talebin reddedildiğinin taraflara tebliğinden itibaren başlayacaktır, yoksa Enstitü tarafından benzer markaların da devri için verilen iki aylık süre sonunda yeni iki aylık süre başlamayacaktır. Diğer bir deyişle, Enstitü'nün MarkKHK 16/V. fıkrası gereğince marka devrinin tesciline ilişkin talebi red kararının ve benzer markaların da devrin kapsamına alınması için verdiği iki aylık süreye ilişkin kararın tebliğinin ardından, taraflar isterlerse iki aylık bu süre içerisinde benzer markaları devir sözleşmesinin kapsamına dahil eder, isterlerse itiraz prosedürünü başlatırlar. Bilinmesi gereken iki ay içinde benzer markalar da devredilmez ise, bu karara itiraz için iki aylık sürenin daha olmadığıdır.

Taraflar, benzer nitelendirilen markaların iltibas yaratmayacağı kanaatinde ise, red kararının tebliğinden itibaren iki ay içerisinde itiraz edebilecektir (MarkKHK 47, 49 md.). İtiraz 5000 sayılı Türk Patent Enstitüsü Kuruluş Kanunu³³⁰ çerçevesinde kurulan, Enstitü bünyesindeki, ana hizmet birimlerinden Markalar Dairesi Başkanlığı tarafından incelenir. Markalar Dairesi Başkanlığı tarafından verilecek karar, markaların benzer olmadığı yönünde de olabilir. Bu ihtimalde, devir sözleşmesi marka siciline tescil edilir. Dairenin kararının olumsuz olması durumunda, karar YİDK'na gönderilir (MarkKHK 50. md.). YİDK incelemeyi “Türk Patent Enstitüsü Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu Yönetmeliği³³¹”ne uygun olarak yapar ve itiraz hakkında verdiği karar, Enstitü nezdindeki son karardır.

YİDK kararına³³² karşı iki ay içinde Fikri ve Sinaî Haklar Hukuk Mahkemesi'nde dava açılabilir³³³ (MarkKHK 53 md.). Bu süre hak düşürücü süredir³³⁴.

³³⁰ 5000 sayılı Türk Patent Enstitüsü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin Değiştirilerek Kabulü ile Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin Eki Cetvellerde ve Devlet Memurları Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kabul Tarihi 06.11.2003, RG.19.11.2003, S.25294.

³³¹ RG. 06.08.2004 S. 25545.

³³² Yargıtay, Enstitü tarafından verilen karara karşı, itiraz prosedürüne uyularak Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu kararı alınmadan, Enstitü kararlarına karşı dava açılmayacağı görüşündedir. “...Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu nezdinde itiraz etmeyerek bu prosedürü tamlamamış olması karşısında, davacının KHK 'nın 53 ncü maddesi çerçevesinde bir dava hakkı bulunmadığından ...” Yarg. 11 HD. T. 4.12.2000, E. 2000/8148, K. 2000/10034, **KARAN/KILIÇ**, s.431; Aynı yönde Yarg. 11 HD. T.27.01.2000, E: 1999/9452, K.2000/348, **KARAN/KILIÇ**, s.425; Aksi görüş, konunun önemi dolayısıyla markaya ilişkin gerekli önlemlerin alınması gerekebilir, Enstitü'ye yapılacak itiraz bu tedbirlerin vaktinde alınmasını engelleyebilir. Bu nedenle hükümsüzlük davası açılabilmesi için Enstitü kararlarına itiraz yolunun tüketilmesi gerektiği yönündeki kararlara katılmamaktayız. **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.447.

Burada açılan davanın konusu, YİDK'un almış olduğu kararın iptaline ilişkindir³³⁵. Davacı, mahkemeden, taraflar arasında yapılan devir sözleşmesinin sicile tesciline ilişkin talepte bulunulamaz. Mahkeme YİDK kararını iptal ederse, kararın anlamı, markaların benzer olmadığıdır. Bu durumunda, devir sözleşmesinin tescili Enstitü'den tekrar talep edilebilecektir. Bunun yanında, devralan açtığı iptal davasında benzer markaların Enstitü tarafından kendi adına tesciline karar verilmesini talep edemez.

ee. Devre Konu Marka İle Devreden Adına Kayıtlı Diğer Markaların Farklı Olduğuna İlişkin Tespit Davası

YİDK kararına karşı süresinde dava açamayan devreden veya devralanın, ihtisas mahkemesine başvurarak, markaların farklı olduklarının tespitini isteyebilip isteyemeyecekleri belirlenmelidir. Tespit davaları hukuki ilişkinin varlığının, yokluğunun veya içeriğinin tespitine ilişkin davalardır³³⁶. Tespit davaları bazı özel kanunlarda yer alsa da, genel bir dava türü olarak HUMK'da düzenlenmemiştir³³⁷. Yargıtay³³⁸ da tespit davaları için aynı koşulları kabul etmiştir. Tespit davaları, "henüz şartları tamam olmadığı için açılmayan eda davası için ilerdeki hukuki ilişkinin belli

³³³ YİDK kararlarına karşı açılacak davalar ve FSHM hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. 81 vd.

³³⁴ **YASAMAN**, Marka Hukuku, C.II, s.942; **KAYA**, Marka Hukuku, s.177; Yarg. 11 HD. T.09.12.2002, E. 2002/6711, K. 2002/11394, **KARAN/KILIÇ**, s. 439; Yarg. 11 HD. T.29.04.2002, E. 2002/384, K. 2002/3929, **KARAN/KILIÇ**, s.436.

³³⁵ **KARAHAN**, Hükümsüzlük, s. 13; **YASAMAN**, Marka Hukuku, C.II, s. 943 vd.; Yargıtay da "...Mahkemece, dalı Enstitü kararının iptaline karar verilmesi ile yetinilmesi gerek iken, sözü edilen prosedür tamamlanmadan "markanın davacı adına tesciline" de karar verilmesi doğru görülmemiştir..." şeklindeki kararı ile durumu vurgulamıştır. Yarg. 11. HD. T.24.04.2001, E.2001/1400, K.2001/3499, **KARAN/KILIÇ**, s. 433.

³³⁶ **PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ ÖZEKES, Muhammet**, Medenî Usul Hukuku, 7. Bası, Ankara,2009, s.277(Medeni Usul); **ALANGOYA, YAVUZ/ YILDIRIM, M. Kamil/ DEREN-YILDIRIM Nevhis**, Medenî Usul Hukuku Esasları 4. Bası, 2004 İstanbul, s.219 vd; 2008, s. 277; **KURU, Baki/ ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder**, Medenî Usul Hukuku, Ders Kitabı, Ankara,2007, s. 287 vd(KURU, Medeni Usul); **ÜSTÜNDAĞ, Saim**, Medenî Yargılama Hukuku, C.I-II, İstanbul, 2000, s. 324 vd(Medeni Yargılama); **BİLGE, Necip/ ÖNEN Ergun**, Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978, s.392.

³³⁷ Bununla birlikte, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın 112. maddesinde tespit davasının açıkça düzenlendiğini görmekteyiz. Anılan düzenleme şu şekildedir;

(I) *Tespit davası yoluyla, mahkemeden, bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun yahut bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesi talep edilir.*

(II) *Tespit davası açanın, kanunlarda belirtilen istisnai durumlar dışında, bu davayı açmakta hukukten korunmaya değer güncel bir yararı bulunmalıdır.*

(III) *Maddi vakıalar, tek başlarına tespit davasının konusunu oluşturamaz.*

³³⁸ Yarg. 7. HD. T.19.07.2005, 2288/2425, **Legal Hukuk Dergisi**, 2005/32, s.2958-2959.

edilmesi bakımından kesin delil olarak kullanılmak üzere açılabilir.³³⁹ Tespit davalarında, genel dava şartlarının yanında iki şartın daha bulunması gereklidir. Bunlardan ilki, tespit davasının konusunun sadece hukuki ilişki olabileceği, diğer bir deyişle, bir kişi ile diğer bir kişi arasında veya bir kişi ile bir mal arasındaki somut bir olaydan doğan ilişkinin olabileceğidir. Her çeşit hukuki ilişki, aynı haklar, fikri haklar tespit davasının konusunu oluşturabilir³⁴⁰. Bunun yanında maddi vakıalar³⁴¹ ve bir hukuki ilişkinin münferit unsurları tek başına tespit davasına konu olamazlar³⁴². Bunlar ancak hukuki ilişki ile birlikte tespit davasına veya eda davasına konu olabilirler. Örneğin, bir kazanın meydana gelip gelmediği tespit davasına konu olamaz. Tabii burada delil tespiti davası ile tespit davası karıştırılmamalıdır³⁴³. İkinci şart ise tespit davası açan kişinin menfaatinin bulunması gereğidir. Dikkat edilmesi gereken, davacının menfaati başka bir dava ile sağlanabiliyorsa, tespit davasının açılmayacak olmasıdır³⁴⁴. Bu nedenle bir eda davası açılabilirken, tespit davası açılmayacaktır³⁴⁵. Bunlar yanında tespit davasının iki çeşidi vardır. Bunlardan bir tanesi müspet tespit davasıdır. Burada hukuki ilişkinin var olduğunun tespiti istenir. Menfi tespit davasında ise hukuki ilişkinin var olmadığının tespiti istenir. Bu davanın açılabilmesi için karşı tarafın önceden hukuki ilişkinin varlığını iddia etmiş olması gereklidir³⁴⁶. Tespit davasında verilen hüküm tespit hükmüdür³⁴⁷. Bir eda hükmü değildir.

İncelememiz açısından markaların benzer olmadığı veya markaların farklı olduğunun tespitine ilişkin dava açılıp açılmayacağı hususu incelenmiştir. İlk olarak markalar arasındaki benzerliğinin tespiti hususunun, maddi vakıa mı, yoksa hukuki ilişki mi olduğunun belirlenmesi gereklidir. Benzerliğin veya benzer olmadığının tespiti tek başına hukuki ilişkinin konusunu oluşturmayacaktır. Zira bu durum maddi bir vakıadır ve belirtildiği gibi hukuki ilişki için önemli olsa dahi maddi vakıalar tek başına

³³⁹ Yarg. İçt. Bir. K. T.07.07.1965, 5/5 sayılı, **KURU**, Medenî Usul, s.289.

³⁴⁰ **KURU**, Medenî Usul, s.289; **ÜSTÜNDAĞ**, Medenî Yargılama, s. 328.

³⁴¹ **PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES**, Medenî Usul, s.279; **KURU**, Medenî Usul, s. 289.

³⁴² **ÜSTÜNDAĞ**, Medenî Yargılama, s. 329.

³⁴³ **ÜSTÜNDAĞ**, Medenî Yargılama, s. 327.

³⁴⁴ **KURU**, Medenî Usul, s.290.

³⁴⁵ Y. HGK. T.7.11.1992, 2/98, www. kazanci.com.tr; Yarg. 14. HD. T.23.12.1993, E.1993/2981, K. 1993/10308, **Yargıtay Kararları Dergisi**, C.21, S.6, Temmuz, 1995, s.1087; Yarg. 7 HD. T 26.04.2004, 945/1498, **Legal Hukuk Dergisi**, 2004/18, s.1648; Yarg. 7 HD. T. 27.09.2004, 2474/3243, **Legal Hukuk Dergisi**, 2004/22, s.2917.

³⁴⁶ **KURU**, Medenî Usul, s.291.

³⁴⁷ **PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES**, Medenî Usul, s.277.

tespit davasının konusunu oluşturmalar. Örneğin tebligat parçasındaki imzanın sahte olduğunun tespiti istenemez³⁴⁸, bu bir maddi vakıadır. Ancak bir hukuki ilişkisinin reddedilmesi veya kabul edilmesi durumunda, bu hukuki ilişkinin olmadığı veya varlığının tespiti amacıyla dava açılabilir³⁴⁹. Buna göre önceden Enstitü'deki itiraz prosedüründen geçmeden markaların benzer olmadığı, farklı olduğu yönünde tespit davası açılmayacaktır. Ancak Enstitü marka devrinin tesciline ilişkin talebi, benzer markaların bulunduğu bahisle reddetmiş ise markalar arasındaki benzerlik bir maddi vakıaldan öteye geçmiştir. Buradaki hukuki ilişki Enstitü'nün red kararı ile markalar arasında yani devreden ve devralan arasından oluşturulmuştur. Ayrıca devralanın hukuki menfaatinin olduğu ortadadır. Devralanın yazılı sözleşme ile geçerli şekilde devraldığı marka, devreden diğer markaları ile ilişkilendirilmekte ve tescil talebi reddedilmektedir. Devralan markalar arasında benzerliğin olmadığını tespiti zorludur. Dolayısıyla kanaatimiz açılacak tespit davası ile markaların benzer olmadığı tespitinin mümkün olduğu yönündedir. Mahkemenin bu yönde vereceği tespit kararı ile tekrar Enstitü'den marka devrinin tescili talep edilebilir.

ff. Devreden ve Devralan Tarafından Benzer Markaların Kullanılmasına Onay Verilmesi

YİDK'nın nihai kararına karşı, iki aylık hak düşürücü süre içerisinde dava açılmadığı takdirde, marka devir sözleşmesinin tescili talebinde bulunan kişinin kanun yollarının tükendiğini söylemek doğru olmaz. Kesin olan bir şey var ki, söz konusu hak düşürücü sürenin geçmiş olması ihtimalinde, artık Enstitü'ye husumet yöneltilerek dava açılmayacaktır³⁵⁰. Bu sürede dava açılmamış olmasını Yargıtay, tescil başvurusunda bulunan kişinin hakkından vazgeçmiş olduğu, şeklinde yorumlamaktadır³⁵¹. Oysa ki uygulamada, marka başvurusunun benzerlerinin olduğu gerekçesi ile tescil edilmemesi halinde, YİDK kararına karşı iki aylık itiraz süresi geçirilse bile, başvuru sahibi tarafından, MarkKHK 42. maddesi gereğince, benzer markalara karşı hükümsüzlük

³⁴⁸ Yarg. HGK, T. 30.06.1982, E. 1979/13-1612, K. 1982/748, www.kazanci.com.tr.

³⁴⁹ Yarg. 4. HD, T. 19.09.1994, E.1994/4053, K.1994/7231, www.kazanci.com.tr.

³⁵⁰ Yarg. 11 HD. T.19.12.2002, E. 2002/6711, K.2002/11394; Yarg. 11 HD. T. 29.02.2002, E.2002/384, K.2002/3929, Kararlar için bkz. **YASAMAN**, Marka Hukuku, C.II, s. 965.

³⁵¹ Yarg. 11 HD. T.01.01.1999, E. 1998/8325, K.1999/357, **YASAMAN**, Marka Hukuku, C.II, s.922.

davası açılabilir. Konumuz açısından ise, devir sözleşmesinin tescil talebini reddeden Enstitü kararına karşı iki aylık süre içerisinde dava açmayan ilgili, bu süre geçtikten sonra Enstitü'ye karşı dava hakkını yitirecektir. Bundan sonra, “Enstitü tarafından benzer görülen markaları” da içeren yeni bir devir sözleşmesi ile Enstitü'ye tekrar başvurmadan veya yukarıda açıkladığımız tespit davası açma yoluna gitmekten başka çaresi kalmamış gibi görülebilir.

Mevcut düzenlemeler içerisinde tarafların başka imkânlarının olup olmadığı, özellikle markayı devreden ve devralanın karşılıklı olarak verecekleri onay(rıza) yazısı ile karşılıklı olarak söz konusu markaların benzer olmadıklarını belirtmeleri ya da benzer olduklarını ancak markaya tecavüz ve haksız rekabet iddiasında bulunmayacaklarını beyan etmelerinin etkisi değerlendirilmelidir.

Kararname çerçevesinde menfaati olan herkes, marka sahibine noter kanalıyla yollayacağı bir belge ile fiillerinin bu şahsın marka hakkına tecavüz teşkil edip etmediğindeki görüşlerini sorma hakkına sahiptir (MarkKHK 74. md.). Hatta uygulamada bir marka tescil başvurusu yapılmadan önce, bu yola başvurulması tavsiye bile edilmektedir. Marka sahibi, görüşü sorulan markanın, markasına tecavüz oluşturduğu kanaatinde olduğunu bildirdiği veya hiç cevap vermediği takdirde, görüş soran kişi, “markanın kullanımının tecavüz oluşturmadığının tespitini” dava yoluyla talep hakkı vardır. Bu dava kapsamında taraf markalarının benzerliği de incelenmektedir.

Buna karşın marka sahibi tarafından, söz konusu markanın kullanımının tecavüz oluşmayacağı, markaların benzer olmadığı, markanın tescil edilebileceği veya iltibasın varlığına rağmen markaya tecavüz veya hükümsüzlük davası açılmayacağı yönünde verilecek yazısının niteliği belirlenmelidir. Yargıtay kararlarında defalarca, verilecek onayın mutlak red nedenleri açısından Enstitü'yü bağlamayacağını, mutlak red nedenlerinin kamu menfaati gereğince, Enstitü ve mahkeme tarafından re'sen dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir³⁵². Burada yeri gelmişken şu hususu da

³⁵² “...mutlak red sebeplerinin işaretin marka oluşturma niteliği ile sıkı sıkıya bağlı olup, genel hatları ile herhangi bir ayırım gücü olmayan ve ticaret alanında kullanıma açık tutulması gereken işaretlerin veyahut halkı yanıltıcı, kamu düzenine, toplumun dini değerlerine ve nihayet genel ahlaka aykırı düşen işaretlerin marka olarak tescil edilmesini önlemeye yönelik amaçla konulmuş bulunmasına, mutlak red nedenini oluşturan işaretlerin üzerinde bir başkasının hakkı olduğu gerekçesiyle değil, nitelik ve özellikleri itibariyle herkese kapalı olmasına, bu nitelik ve özellikleri itibariyle Enstitüce re'sen dikkate alınarak incelemesi gerektiği gibi uyumsuzluğun yargıya intikal etmesi halinde mahkemece de bu

belirtmeliyiz. Mutlak red nedenleri işaretin marka niteliğini taşıyıp taşımadığı, sadece bir kişinin tekeline verilmesinin uygun bulunup bulunmadığı, kamu düzenine ve dini değerlere aykırı olup olmadığı yönündeki incelemeleri içerir³⁵³. Söz konusu hususların kamu menfaatine ilişkin oldukları açıktır. Bunun yanında bizim mevzuatımızda, önceki tescilli benzer markanın varlığı nedeniyle, sonrakinin tescil edilmeyeceği yönündeki düzenleme, hem mutlak hem de nisbi red nedenleri arasında yer almıştır (MarkKHK 7/I-b, 8/1-b md.). Oysa Avrupa Birliği mevzuatında mutlak ve nisbi red nedenlerinin kanun içindeki tasnifi bizdekinden farklıdır³⁵⁴. Hem 89/104 sayılı Yönergenin 4. maddesinde, hem de 40/94 sayılı Tüzüğün 8. maddesinde, önceki hak sahibini korumaya yönelik bu hüküm sadece nisbi red nedenleri arasında yer almaktadır. Kanaatimizce de bu düzenlemenin nisbi red nedenleri arasında sayılmasının yeterlidir. Söz konusu düzenleme ile korunan kamu değil, önceki hak sahibidir³⁵⁵. Önceki hak sahibi, tescil başvurusuna süresi içinde itiraz etmese bile, hak kaybına uğramaz ve

sebeplerin bir def'i değil, itiraz niteliğinde olması nedeniyle kendiliğinden dikkate alınarak incelenmesinin gerekmesine, açıklanan nedenlerle davalı Enstitü'nün mutlak red sebeplerinin yargılama esnasında değiştirmesinin savunmanın genişletilmesi olarak kabulünün mümkün bulunmamasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerektiği..." Yarg. 11 HD. T. 22.03.2005, E. 2004/4734, K. 2005/2590, www.kazanci.com.tr; Yarg. 11. HD. 29.04.1999, E. 1999/5790, K.1999/9590, **Yargıtay Kararları Dergisi**, 2000, C.26, S.4, s.556 vd.; Aynı karar **FMR**, C.1, S.1, s.126 vd. ;**KAYA**, Marka Hukuku, s.79.

Burada Markalar Kanun Tasarısı'nın 28/I. fıkrasındaki konu ile ilgili farklı hükmü hakkında bilgi vermeyi uygun görüyoruz. Hüküm "(1) Tescil başvurusu yapılmış bir markanın, 7 nci maddenin (ç) ve (ı) bentleri veya 8 inci maddesi hükümlerine göre tescil edilmemesi gerektiğine ya da başvurunun kötüniyetle yapıldığına ilişkin itirazlar, itiraz yetkisine sahip kişiler tarafından, marka tescil başvurusunun yayımından itibaren üç ay içinde yazılı olarak yapılır." şeklindedir. Görüldüğü gibi, mevcut düzenlemeden farklı olarak, Tasarıda yetkili kişilere mutlak red nedenlerinin düzenlendiği 7. maddenin sadece (ç) ve (ı) bentleri ve nisbi red nedenleri için itiraz hakkı verilmiştir. Ancak Tasarı'nın 47. maddesinde markanın hükümsüzlük nedenleri düzenlenirken bir sınırlamaya gidilmemiş, 7. maddede belirtilen hallerin mevcut olması durumunda markanın hükümsüzlüğünün talep edilebileceği belirtilmiştir. Tasarı içindeki çelişki açık şekilde görülmektedir.

³⁵³ **ARKAN**, Marka Hukuku, C.I, s.71; **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet s. 376; **KARAN/KILIÇ**, s.80

³⁵⁴ "...daha önce tescil edilmiş, ya da tescil için başvurusu yapılmış bir markanın aynısı başvurulmuş ise, aynı mal ve hizmetler için bu marka mutlak nedneler çerçevesinde reddedilecektir. Diğer hukuklarda bu yok, bu ikinci aşamaya atılmış, yani itiraza açık aşamaya atılmış. Bunu buraya almamızdaki temel neden nedir? Özellikle aynı markaların başvurularında, Türk Patent Enstitü'sünün bugünkü alt yapısı, bilgisayar olanaklarıyla belirlemek kolay, o nedenle bunlar belirlendiklerinde, baştan bunun aynısının olduğunu bildirmek. Çünkü tescil edilse dahi, 8. maddeye göre incelense de, ilan edilse itiraz olmasa dahi, böyle bir markanın bir hak doğurması söz konusu olmaz, mantıken hukuken. Onun için bu madde aynı olan marka ve aynı mallar için birinci kısma absolute grounds dediğimiz, mutlak nedenler kısmına alınmıştır..." **YALÇINER**, Marka Koruması, s.64; **YALÇINER**'in bu beyanlarına yer vermemizin nedeni, 7/I-b bendinin mutlak red nedenleri arasında yer almasının nedenini belirtmek içindir. **ARKAN**; Marka Hukuku, C.I, s.71; **AYAZ**, **Abdurrahim/ÇALIK**, **Güven**, "Türkiye'de Marka Tescil Uygulamalarına Eleştirel Yaklaşımlar ve Öneriler", **FMR**, C.VIII, S.2008/1, s.108 vd.

³⁵⁵ **AYAZ/ÇALIK**, s. 104

hükümsüzlük davası açma hakkına sahiptir. Ancak markalar arasındaki benzerliğin mutlak red nedenleri arasında sayılması ile MarkKHK 74. maddesinde belirtilen bu davanın açılması için işlemesi gereken prosedürün de bir anlamı kalmamaktadır.

Bu bilgilerden yola çıkarak, MarkKHK 16/V. fıkrasının emredici nitelikte olduğunu, TPE tarafından değerlendirmenin re'sen yapılacağını söyleyebilir. Bu nedenle devreden ve devralanın diğer markaları devir sözleşmesinin kapsamına almamak yönünde anlaşmaları ya da markaların benzer olmadığını düşünmeleri ya da benzerliği ve halk tarafından markalar arasında bağlantı kurulması ihtimalini kabul etmeleri, aralarında bir ihtilaf olmadığını tespit etmeleri bile sonucu değiştiremeyecektir. Dolayısıyla devralan marka sahibi, devredene görüş sorarak markaların birbirine tecavüz etmediğini ve benzer olmadığını tespit ettirebilir. Ancak MarkKHK 7/I-b bendinin ve MarkKHK'nın 16/V. fıkrasının da emredici niteliği nedeniyle, bu yönde verilecek onay, Enstitü'nün kararını değiştirmeyecektir.

b. Benzer Markaların Devredilmemesinin Devir Sözleşmesine Etkileri-Değerlendirme

Taraflarca bütün kanun yollarının tüketilmesi sonucunda, redde gerekçe gösterilen markalar ile devredilen markanın, halkı yanıltacak derecede benzer olduğu hususu sabit hale gelmektedir. Bu durumda bile devreden marka sahibi, benzer nitelendirilen tüm markalarını devretmek isteyebilir veya bunlar için ekstra ücret talep edebilir. Devralan da bu ücreti ödemek isteyebilir. İhtimalleri çoğaltmak mümkündür. Bu nedenle devreden bir markasını devrederken, benzer olan tüm markalarını devretmeye zorlanabilip zorlanamayacağını, devralanın bir markayı devralırken benzerlerinin olup olmadığını araştırma yükümlülüğünün bulunup bulunmadığının veya devreden benzer markalarının da olduğunu belirtme yükümlülüğü olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. En önemlisi ise benzer markaların devredilmemesi üzerine devir sözleşmesi nasıl etkileneceği belirtilmelidir.

MarkKHK 16/V. fıkranın ifadesi “*devredilmesi şarttır*” şeklindedir. Ancak devredilmezse yaptırım belirtilmemiştir. Aynı düzenleme ve aynı belirsizlik Topluluk

Marka Tüzüğünde de yer almaktadır. Öğretide ise benzer markaların devredilmemesi durumunda farklı çözüm yolları önerilmiştir.

YASAMAN³⁵⁶, benzer markaların devredilmemesi durumunda sadece Enstitü'nün devir sözleşmesini tescilden kaçınacağı fikrindedir. Dolayısıyla taraflar arasında yapılan sözleşme, benzer markalar devredilmese dahi geçerliliğini koruyacaktır. Enstitü tarafından belirtilen, devir sözleşmesinin geçersiz olduğu değil, bu şekilde devir sözleşmesinin marka siciline tescil edilmeyeceği; dolayısıyla marka sahibinin sicilde halen devreden kişi olarak gözükeceğidir. Bunun yanında ARKAN³⁵⁷ ise benzerlerinin devrinin şart olduğu, devirden kaçınılması durumunda, devralan tarafından mahkmeden benzer markaların da devrinin talep edilebileceği kanaatindedir. PEKDİNÇER³⁵⁸ ise MarkKHK 16/V. maddesinin emredici nitelikte olduğunu, markanın benzerlerinin devredilmemiş olması durumunda sözleşmenin geçersiz olacağını, ödenen bedelin sebepsiz zenginleşme hükümleri gereğince iadesinin istenebileceğini belirtmektedir³⁵⁹.

Kanaatimiz kanundaki ifade dikkate alındığında, zorunluluğun sadece bir tescil engeli olmadığı şeklindedir. Bir tescil engeli olarak düzenlenseydi, MarkKHK 16/V. fıkrasındakine benzer “*enstitü tarafından tescil edilmez*” şeklinde ve anlamında bir ifadeye yer verilmesi gerekirdi. Bunun yerine “*şarttır*” ifadesi tercih edilmiştir. Yukarıda yaptığımız inceleme ile tespit edilmiştir ki, tarafların aralarında yapacakları anlaşmalar, birbirlerine verecekleri onay yazıları dahi bu hükmün önüne geçememektedir. Devreden ve devralan markaların benzer olmadığını söyleseler, benzer olsa bile ihtilaf olmayacağını taahhüt etseler, benzer markaları farklı kişiler tarafından kullanılmasına onay verseler dahi devir sözleşmesi yine de tescil edilmemektedir. Özetle taraflar hükmün aksini kararlaştıramamaktadır. Zaten emredici kurallar da sözleşme serbestisinin bir istisnasını teşkil eder³⁶⁰. Kararname çerçevesindeki diğer düzenlemeler ve hükmün ifadesi dikkate alındığında MarkKHK 16/V. fıkra emredici bir hükümdür.

³⁵⁶ YASAMAN, Marka Hukuku, C.II, s. 682; Aynı yönde KAYA, Marka Hukuku, s.214.

³⁵⁷ ARKAN, Marka Hukuku, C.II, s.180.

³⁵⁸ PEKDİNÇER, Markanın Devri, s. 170 vd.

³⁵⁹ Öğretideki görüşlerin eleştirisi için bkz. UTKU, s. 276 vd.

³⁶⁰ KARAKOÇ, İrem, “Uluslararası Hukukta Emredici Kural (JUS COGENS=PEREMPTORY NORMS) Olgusuna Hukuksal Bir Yaklaşım”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.1, 2006, s.89.

Emredici hukuk kurallarına aykırılığın sonucunda sözleşmenin geçersiz olacağı açıktır(BK 19, 20 md.)³⁶¹. Bu nedenle MarkKHK 16/V. fıkrasına aykırı şekilde yapılan marka devir sözleşmesi geçersiz sayılacaktır.

Bu düşüncenin aksinin savunulması ihtimalinde bazı problem oluşmaktadır. Örneğin benzer markaların da devir sözleşmesine dahil edildiğini kabul etsek, bu defa benzer markaların ücreti konusu gündeme gelecektir. Bir marka için kararlaştırılan devir ücreti ile birden çok markanın sahibi olunacaktır. Bu ihtimalde PEKDİNÇER³⁶² benzer markaların devri için ek ücrete hükmedilmemesi gerektiği kanaatindedir. Zira asıl marka için ücret ödenmiştir ve devralan tarafından, benzer markaların da devralınması, ek avantaj sağlamayacaktır.

Devir sözleşmesinin geçersizliği taraflarca ileri sürülebilecek, hakim ve Enstitü tarafından re'sen dikkate alınabilecektir. Dolayısıyla, Enstitü tarafından devir sözleşmesinin bu gerekçe ile reddedilmesi üzerine, devralan/devreden mahkmeden sözleşmenin geçersizliğinin tespitini isteyebilecektir. Bu durumda karşılıklı olarak yerine getirilen edimlerin iadesi gerekecektir.

Belirtilmesi gereken diğer bir konu ise devreden benzer markalarının da olduğunu belirtme yükümlülüğünün olup olmadığıdır. Kanaatimizce devreden görüşmeler sırasında açıklanmayan bu hususlardan dolayı culpa in contrahendo sorumluluğu (sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk) bulunmaktadır³⁶³. Bu kavram dürüstlük ve hakkaniyet ilkeleri gereğince sözleşme görüşmelerinde tarafların göstermek zorunda oldukları özen yükümlülüğünü belirtmektedir³⁶⁴. Tarafların, sözleşme müzakereleri sırasında koruma yükümlülükleri, açıklama yükümlülükleri, bilgi verme yükümlülükleri, uyarı yükümlülükleri vardır³⁶⁵; bu nedenle sözleşme görüşmelerinde, açıklanması gereken durumun açıklanmamış olması veya yanlış bilgi

³⁶¹ Emredici kurallar, sözleşme ilişkisi içerisinde tarafların aksini kararlaştıramayacakları, kesin olarak uygulamak zorunda oldukları kurallardır. **EDİS, Seyfullah**, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara, 1997, s.155; **HATEMİ, Hüseyin**, Medeni Hukuka Giriş, İstanbul, 2004, s.57; **AYAN, Emredicilik**, s. 24, 117.

³⁶² **PEKDİNÇER**, Markanın Devri, s.170.

³⁶³ **PEKDİNÇER**, Markanın Devri, s.171; **AKYOL, Şener**, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul, 2006, s.115; **YALMAN, Süleyman**, Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara, 2006; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 321 vd.

³⁶⁴ **HATEMİ**, Medeni Hukuk, s.178; **YALMAN**, s.13.

³⁶⁵ **AKYOL**, Dürüstlük Kuralı, s. 119; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.321; Dürüstlük Kuralları herkesçe benimsenen kurallardır. **AYAN**, Giriş, s. 167; **ÖZSUNAY**, Giriş, 307.

verilmesi dürüstlük kuralına aykırıdır³⁶⁶. Kusurlu olarak özen yükümlülüğüne aykırı davranan taraf, diğer tarafın güveninin ihlal edilmesi ile oluşan zararını tazminle yükümlü olur³⁶⁷.

İstanbul 1 Fikri ve Sınâî Haklar Hukuk Mahkemesi'nin önüne gelen uyuşmazlıkta, asıl markayı devralan kişi, marka devir sözleşmesinin MarkKHK 16/V. fıkra gereğince marka siciline tesciline ilişkin talebinin reddedilmesi üzerine, devredene karşı dava açmış ve benzer markaların kendisine devredilmesini istemiştir. Söz konusu olayda, davacı L'OREAL, ilk olarak, Türkiye de tescilli olan *EKSELANS* markasının hükümsüzlüğü için dava açmıştır. Taraflar dava sırasında sulh olmuşlar ve hükümsüzlüğü talep edilen davalı markanın, davacı L'OREAL şirketine devredileceğini taahhüt etmişlerdir. Bunun üzerine taraflar arasında hükümsüzlük davasının konusu olan *EKSELANS* markasının devrine ilişkin sözleşme imzalanmıştır. Ancak devralanın Enstitü'ye yaptığı tescil başvurusu üzerine, Enstitü markanın benzerlerinin bulunduğu ve bu markaların devredilmediği gerekçesiyle, devri sicile tescil etmemiştir. Bunun üzerine devralan, markanın benzerlerinin de kendisine devri amacıyla ihtisas mahkemesinde dava açmıştır. Davalı ise diğer markalarının devir sözleşmesine dahil olmadığını, devir edilmesi isteniyorsa, ayrı ücrete karar verilmesini talep etmiştir. Dava, taraflar arasında açılan ilk davanın devamı olarak nitelendirilmiştir ve davaya ait evraklarda davanın konusu, “markanın hükümsüzlüğü” olarak geçmiştir. Hâlbuki ilk davada, davacı LOREAL tarafından sadece *EKSELANS* markasının hükümsüzlüğü için dava açılmıştır. Burada ise taraflar aynı olmakla birlikte, ihtilaf konusu markalar farklıdır. Bu nedenle dava konusunun “markanın hükümsüzlüğü” şeklinde geçmesinin hatalı olduğu kanaatindeyiz.

Mahkeme davacının talebi yönünde karar vermiştir³⁶⁸. Gerekçesi ise, davalının sulh sözleşmesi sırasından diğer markalarından bahsetmemesinin MK 2. maddesine aykırı olduğu, MarkKHK 16. maddesinde benzer markaların da devredilmesinin şart olduğudur. Mahkeme bu gerekçelerle davalı adına tescilli benzer nitelikteki “*EKSELANS KREM ŞEKİL*” ve “*EXCELLENCE*” markalarının da davacıya devrine

³⁶⁶ OĞUZMAN/ÖZ, s.321.

³⁶⁷ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.979; OĞUZMAN/ÖZ, , s.323.

³⁶⁸ İstanbul 1. Fikri ve Sınâî Haklar Hukuk Mahkemesi E. 2003/212, K. 2006/41, T. 16.02.2006 (yayınlanmamış).

karar vermiştir. Kararda “... *taraflar arasında kesinleşen mahkeme kararıyla tasdik edilmiş sulh anlaşmasıyla markanın davcıya devrine karar verildiğinden davalının bu devre itiraz hakkı bulunmamaktadır. Devrin mahkeme kararıyla ve haricen yapılması esasa etkili bulunmadığından devir işlemi nedeniyle kararnamenin yukarıda belirtilen 16. maddenin 5. fıkrası gereğince benzer ürünler yönünden markayı devir zorunluluğu vardır. Taraflar sulh sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini yerine getirdiklerinden davalının söz konusu markaları devir yasal yükümlülüğü söz konusudur. Sözleşmede bu markaların ayırık tutulduğuna ilişkin bir hüküm bulunmadığı gibi aynı ürünler için tescilli ve aynı ibareden oluşan markaları bilinçli olarak devre dahil edilmediğini kabul etmek sulh sözleşmesinin amacına açıkça aykırıdır. Öte yandan markalar aynı ibareden oluştuğundan ve ürünlerde aynı veya benzer olduğundan markaların hukuki yönden aynı işleve sahip olup her birinin sağladığı hukuki koruma çakıştığından salt sayı fazlalığı nedeniyle her marka için ayrı bir bedel ödenmesi gerektiği şeklindeki savunmaya itibar edilmemiştir...*” denilmiştir. Karar Yargıtay tarafından oybirliği ile onanmıştır³⁶⁹.

Bu kararda, yapılan sulh sözleşmesinde benzer markalardan bahsedilmemiş olmasının MK 2. maddesi anlamında kötüniet olduğu karar verilmiştir. Ayrıca markaların devralan adına hükmen devrine de karar verildiği görülmektedir. Dikkate çekmek istediğimiz nokta, davada taraflar arasında bir sulh sözleşmesinin yapılmış olduğudur. Tarafların mahkeme huzurunda yapacağı sulh sözleşmesi ile hem maddi hukuk bakımından hem de görülmekte olan dava bakımından ihtilaf konusu ortadan kalkmaktadır. Mahkeme önünde yapılan sulh sözleşmesi bağlayıcı niteliktedir³⁷⁰. Davalı bu sözleşme gereğince markasını devretmek zorundadır. Ancak mahkeme sadece uyumsuzluk konusu markayı değil, benzer olan markaları da devir kapsamı içine dahil etmiştir. Davalı benzer markalar için ekstra ücret talep etmiş, ancak mahkeme bu talebi reddetmiştir. Böyle bir davada sulh olunurken, aynı talebe maruz kalabilecek benzer markalardan bahsedilmemiş olması tabii ki iyiniyetle bağdaşmaz. Ancak bunun yaptırımı, benzer markaların da devir sözleşmesinin kapsamına dahil edilmesi olmamalıdır. Kanaatimizce benzer markaların yapılmış devir sözleşmesine dahil

³⁶⁹ Yarg. 11 HD. T. 03.12.2007, E. 2006/12669, K. 2007/15254 (yayınlanmamış).

³⁷⁰ Sulh sözleşmesi için bkz. s. 162.

edilmesi konusunda anlaşma sağlanabilir veya yapılmış olan devir sözleşmesinin benzerlerinin devredilmemiş olması gerekçesi ile geçersiz olduğu iddia edilerek, genel hükümler gereğince zararların tazmini talep edilebilir.

B. İcra İflas Kanunu'ndan Doğan Sınırlama

a. Ticareti Terk Eden Marka Sahibinin Tasarruf Yetkisinin Sınırlandırılması

Ticareti terk eden bir tacir 15 gün içinde keyfiyeti kayıtlı bulunduğu ticaret siciline bildirmeye ve bütün aktif ve pasifi ile, alacaklılarının isim ve adreslerini gösteren bir mal beyanında bulunmaya mecburdur³⁷¹. Keyfiyet ticaret sicil memurluğunca, ticaret sicil gazetesinde ve alacaklıların bulunduğu yerlerde geçerli ve uygun vasıtalarla ilan olunur. İlan masraflarını ödemeyen tacir beyanda bulunmamış sayılır. Bilindiği gibi, bu ilan tarihinden itibaren bir sene içinde, ticareti terk eden tacir hakkında iflâs yolu ile takip yapılabilecektir³⁷².

İcra İflas Kanunu 44. maddesine, 17.07.2003 tarihinde 4949 sayılı Kanunu'nun³⁷³ 11. maddesi ile çok önemli bir ekleme yapılmıştır. Mal beyanını alan merci, tacirin ticari terk ettiğini tapuya, gemi sicil dairesine ve Türk Patent Enstitüsüne bildirir. Bu bildirim üzerine, sicillere, iki ay³⁷⁴ boyunca devir yasağı şerhi verilir. Böylelikle ticareti terk eden tacir, mal beyanının verildiği tarihinden itibaren iki ay süreyle, haczi mümkün olan malları üzerinde tasarruf edemez³⁷⁵. Tabii bu arada,

³⁷¹ PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ ÖZEKES, Muhammet, İcra ve İflâs Hukuku, Ankara, 2008, s.452 vd (İcra); KURU, Baki, İcra ve İflâs Hukuku(El Kitabı), Ankara, 2004, s.935; KURU, Baki, “Ticareti terk eden Tacirlerin Bulunduğu Hükümler” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XXVII, S.1-2, 1970, s.109 vd.; KURU, Baki, “Türk Hukukunda İflâsa Tâbi Olan Şahıslar”, Banka ve Ticaret Hukuku Haftası, Ankara, 1962, s.585 vd. Ayrıca ticareti kısmen terk eden tacir için söz konusu hüküm uygulanmaz. KURU, El Kitabı, s.937.

³⁷² Maddenin amacı, ticareti terk eden tacirlerin, kötü niyetli davranışları ile alacaklılarına zarar vermelerini önlemektir. KURU, El Kitabı, s.935, 936; PEKCANITEZ/ ATALAY/ SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ÖZEKES, İcra Hukuku, s.452.

³⁷³ RG. 30.07.2003, S. 25184.

³⁷⁴ UYAR, Tahir, “İcra Hukukunda Süreler”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.55, Kasım-Aralık, 2004,s.252.

³⁷⁵ İİK 44/IV. md “Ancak karı ve koca ile usul ve fûru, neseben veya sıhren ikinci dereceye kadar (Bu derece dahil) hısımlar, evlat edinenle evlatlık arasındaki iktisaplarda iyi niyet iddiasında bulunulamaz.”

iyiniyetli üçüncü kişilerin zilyetlik ve tapu sicili hükümlerine dayanarak elde ettikleri hakları saklıdır³⁷⁶.

Sicil memuru tarafından tacirin ticareti terk ettiği Türk Patent Enstitüsüne bildirilmesinin ardında, TPE marka siciline durumu şerh edecektir. Böylelikle ticareti terk eden marka sahibi, keyfiyeti sicile bildirmesinden itibaren iki ay boyunca markasını devredemeyecektir. İki aylık sınırlamanın şerhi ile aleniyet kazanacaktır ve üçüncü kişilerin iyiniyet iddiasının söz konusu olmadığı kanaatindeyiz. Yapılan tasarruf işleminin geçersiz olduğunu ileri sürebilecek olan alacaklılardır, yoksa taraflar söz konusu işlem ile bağlıdır.

Sınırlamaya uymayarak işlem yapan eski tacir hakkında cezai yaptırımlar da düzenlenmiştir(İİK 337/a md.). Buna göre, ticareti terk ederek mal beyanında bulunmayan veya eksik mal beyanında bulunan veya bu mallar üzerinde tasarrufta bulunan eski tacir hakkında, icra mahkemesi kararı ile üç aydan bir seneye kadar hafif hapis cezasına hükmedilebilir³⁷⁷. Bu suç için şikâyet hakkı alacaklıya aittir(İİK 347 md.). Ancak eski tacir, alacaklıya borcunu ödediğini ispat ederse ceza verilmez(İİK 337/II md.)³⁷⁸

b. Müflis Marka Sahibinin Tasarruf Yetkisinin Sınırlanması

Müflisin, iflâs masasına giren malları üzerindeki tasarruf yetkisi, kural olarak iflâsın açılması ile sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla marka sahibinin iflâs etmesi ve markanın iflâs masasına girmiş olması durumunda, marka sahibinin tasarruf yetkisi de sınırlandırılmış olmaktadır. İflas açıldıktan sonra, iflâs masasına ait mal ve haklar üzerindeki her türlü tasarruf, müflisin alacaklılarına karşı geçerlidir(İİK 191/I md.). Bunun anlamı, bu işlemin geçersizliğinin sadece iflâs masası tarafından ileri sürülebileceğidir³⁷⁹. Daha sonra iflâs kaldırılrsa(İİK 182 md.) dahi, taraflar işlemin geçersiz olduğunu ileri süremezler.

³⁷⁶ “...üçüncü kişilerin zilyetlik(MK m. 763 ve 988) ve tapu siciline (MK m. 1023) dayanarak iyiniyetle elde ettikleri haklar saklıdır (İİK m.44, fıkra 4)” **KURU**, El Kitabı, s.936.

³⁷⁷ **KURU**, El Kitabı, s. 936.

³⁷⁸ **KURU**, El Kitabı, s.936.

³⁷⁹ **KURU**, El Kitabı, s. 1022.

Haczin aksine(İİK 86/ II md.), üçüncü kişinin, müflisin iflâs ettiğini bilmemesi, diğer bir deyişle iyiniyetli olması durumunda dahi kural olarak iyiniyeti korunmayacaktır. İstisnası ise, eğer tasarruf işlemi iflâsın açılması ile iflâsın ilanı arasında gerçekleştiyse üç durumda iyiniyetli üçüncü kişinin iktisabı korunacaktır(İİK 191/II, 192, 190/II. Md.)³⁸⁰.

C. Ticari İşletme Rehni Kanunu'ndan Doğan Sınırlama

Bilindiği üzere, 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu³⁸¹ gereğince ticari işletme ve esnaf işletmeleri üzerinde, kanunda sayılan³⁸² kişiler lehine rehin tesis edilebilir. Ticari işletme rehni sözleşmesinde, işletmeye ait malvarlığı unsurlarından ticaret unvanı, işletme adı ve işletmeye ait mevcut, işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş menkul işletme tesisatının bulunması zorunludur(TİRK 3. md). Bunlar dışında patent, marka, model, resim ve lisans gibi sınaî hakların ticari işletme rehni sözleşmesinin dahil edilmesi ihtiyaridir. Ticari işletme devir sözleşmesinin aksine, ticari işletme rehni sözleşmesinde marka rehin kapsamına alınmak isteniyorsa, rehin sözleşmesine açıkça yazılması gerekmektedir³⁸³.

Ticari işletme rehni sözleşmesi özellik gösteren bir sözleşmedir. Ticari işletme rehni sözleşmesinin, işletmenin kayıtlı bulunduğu sicil bölgesindeki noter tarafından³⁸⁴ re'sen düzenlenmesi³⁸⁵, sözleşmenin 10 gün içinde ticaret siciline tescil edilmesi

³⁸⁰ PEKCANITEZ/ ATALAY/ SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ ÖZEKES, İcra Hukuku, s.530; KURU, El Kitabı, 1023 vd.

³⁸¹ RG. 28.07.1971, S. 13909(Değişiklikler; 3153 sayılı Kanun-RG. 23.02.1985, S.18675; 4952 sayılı Kanun- RG. 29.07.2003, S. 25183).

³⁸² TİRK 2. md. "Ticari İşletme rehni sözleşmesi, tüzel kişiliği haiz ve sermaye şirketi olarak kurulmuş kredi müesseseleri, kredili satış yapan gerçek ve tüzel kişiliği haiz müesseseler ve kooperatifler ile ticari işletmenin maliki bulunan gerçek ve tüzel kişiler arasında yapılır."

³⁸³ ARKAN, Ticari İşletme, s.56; KARAHAN, Ticari İşletme, s.44; ANTMEN, **Alpay**, Ticari İşletme Rehni, Ankara, 2001, s.63.

³⁸⁴ POROY/YASAMAN, noterin, işletmenin kayıtlı bulunduğu sicil çevresinde olması gerektiği yönündeki ifadenin geçersiz olduğu kanaatindedir. **POROY/YASAMAN**, Ticari İşletme, s.56; Buna karşılık BERZEK, Noterlik Kanunu 109. Madde ile birlikte değerlendirilmesi gerektiğini, böylelikle çevre bakımından yetkisiz olan noter tarafından yapılan işlemin geçersiz olduğu belirtmiştir. **BERZEK**, Ticari İşletme, s. 20, dp.39; Aynı yönde, **BAHTİYAR**, Ticari İşletme, s.35; İşletmenin sicil bölgesi hakkında bkz. **HAZNEDAR, İbrahim Murat**. Ticari İşletme Rehni ve Paraya Çevrilmesi, İstanbul, 2008, s. 46 vd.

³⁸⁵ Taraflarca hazırlanan sözleşmenin, noterde onaylanması, TİRK 4. maddede belirtilen, geçerlilik şeklini karşılamamaktadır.; **ARKAN**, Ticari İşletme, s.51; **OMAĞ, Merih Kemal**, Türk Hukukunda Ticari İşletme Rehni, İTİAD(1976), S. 1, s. 193,(Ticari İşletme Rehni).; **KARAHAN**, Ticari İşletme, s.44

gerekmektedir³⁸⁶(TİRK md 7). Düzenlenen sözleşmenin ticaret siciline tescil edilmesi için öngörülen 10 günlük sürenin mahiyeti tartışmalı³⁸⁷ olmakla beraber son Yargıtay³⁸⁸ kararı ışığında on günlük sürenin hak düşürücü süre olduğu söylenebilir.

Sözleşmenin kapsamındaki unsurların özel sicillere kayıtlı olması durumunda, sicil memuru tarafından bu sicillere de, işletme üzerinde rehin kurulduğu bildirir(TİRK 7 md.)³⁸⁹. Fakat tescilin diğer sicillere³⁹⁰ derhal bildirilmesi zorunlu ise de, bu bildirim rehin sözleşmesinin geçerliliğini etkilemeyecektir³⁹¹. Rehin hakkı ticari işletme rehni sözleşmesinin ticaret siciline tescili anında kazanılmaktadır. Rehnin, diğer sicillere bildirilmesinin amacı ise durumun mümkün olduğu kadar geniş bir çerçeveye duyurulmasını sağlamak ve böylelikle üçüncü kişilerin iyiniyet iddialarını ortadan kaldırmaktır³⁹².

Şu halde marka ticari işletme rehni kapsamına alındığı takdirde, rehin ticaret sicil memuru tarafından Enstitü'ye bildirilecektir. Enstitü tarafından da marka üzerinde ticari işletme bünyesinde rehni kurulduğu sicile şerh edilir. Buradaki sorun, markanın üzerinde üçüncü kişi lehine rehin kurulmuş olması ile ticari işletme rehni bünyesinde

³⁸⁶ Daha önce de belirttiğimiz gibi marka üzerinde rehin hakkı yazılı olarak marka sözleşmesi yapıldığı anda geçerlilik kazanmıştır. Ticari işletme rehni ise rehin sözleşmesi için sadece sözleşme yapılması yeterli değildir. Sözleşmenin ticaret siciline tescil edilmesi ile rehin kurulmuş olacaktır. Bu durumda ticari işletmenin rehni çerçevesinde markanın rehni, TİRK md. 5/I gereğince ticaret siciline sözleşmenin tesciliyle doğacaktır. Eğer ticari işletme rehni sözleşmesi ticaret siciline tescil edilmediyse, ticari işletme rehni kurulmayacağı için marka rehni için geçerlilik şartı olmamasına rağmen marka üzerinde de rehin hakkı kurulmamış sayılacaktır.

³⁸⁷ BERZEK, sözleşmenin geçersiz olmadığını ancak rehin hakkının kurulmamış olduğu kanaatinde. **BERZEK**, Ticari İşletme, s.21; **BAHTİYAR**, Ticari İşletme, s.35,36; Öğretideki hakim görüş sürenin geçmesine karşın yapılan tescil ile rehnin kurulacağı yönündedir. **KARAHAN**, Ticari İşletme, s.45; **ARKAN**, Ticari İşletme, s.51; **POROY/YASAMAN**, Ticari İşletme, s.58; **BAŞTUĞ, İrfan/ ERDEM, Ercüment**, Ticari İşletme Hukuku (Ders Notları), Ankara, 1993,s. 40; **HAZNEDAR**, s.51;buna karşın hükmün emredici nitelikte olduğu kanaatinde olanlar; **KAYIHAN, Şaban**, Ticari İşletme Rehni, İstanbul 1996, s. 41(İşletme Rehni); **AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet**, Ticaret Hukuku Genel Esasları, Ankara, 2009, s.71; **RESİSOĞLU, Seza**, Ticari İşletme Rehni ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Ankara, 1977, s.19 vd.; **ERTEN, Ali**, Bankacılık Uygulamasında Ticari İşletme Rehni, Ankara, 2001, s.38 vd.; **ANTMEN**, s.67

³⁸⁸ Yarg. 19 HD. T. 26.09.2003, E.2003/5837, K. 2003/8884 sayılı kararı, bkz. **POROY/YASAMAN**, Ticari İşletme, s. 58; www.kazanci.com.tr.

³⁸⁹ **OMAĞ**, Ticari İşletme Rehni, s.197; **ANTMEN**, s.71.

³⁹⁰ TİRK 7. maddesinde "...markalar, lisanslar ve ihtira beratları gibi sınaî haklar için Sanayi Bakanlığınca tutulan sicillere...derhal kaydedilir." şeklindedir. Türk Patent Enstitüsü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin yi bul 5000 Sayılı ve 06.11.2003 tarihli Kuruluş Kanunu, ile Sanayi Bakanlığına bağlı olarak Türk Patent Enstitüsü kurulmuştur ve marka sicili TPE bünyesinde tutulmaktadır.

³⁹¹ Yarg. 19. HD. 25.10.2001, E.4132/K. 6811, YKD, 2003, C.29, S.8, s.1249; Aynı yönde **REİSOĞLU**, s. 20; **KAYIHAN**, İşletme Rehni, s.44 vd.

³⁹² **KAYIHAN**, İşletme Rehni, s.45; **ARKAN**, Ticari İşletme, s.52.

rehin kurulmuş olması arasında, marka sahibinin tasarruf ehliyeti açısından fark olup olmadığıdır. Diğer bir deyişle rehin, markanın başkasına devrine engel midir, marka sahibinin tasarruf yetkisini sınırlandırır mı?

Kural olarak markanın üzerinde üçüncü kişi lehine rehin hakkı kurulmuş olması(MarkKHK 18. md.) ve bu rehnin marka siciline tescil edilmiş olması, markanın devrine engel değildir. MarkKHK Uygulanmasına Dair Yönetmeliğin 22. maddesinde açıkça ifade edildiği üzere; markanın üzerinde rehin kurulmuş olması, markanın devrine engel teşkil etmez. Markayı devretmek için rehin alacaklının iznine ihtiyaç yoktur. Devralan marka sicilde kayıtlı olan rehni görece ve markayı rehinli olarak devralacaktır. Bunun yanında rehnin sicile tescili zorunlu değildir. Tescil edilmediği sürece, rehin iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyecektir(MarkKHK 16/son, 21/X. Md.). Dolayısıyla iyiniyetli üçüncü kişi tarafından marka devralınmış ise, rehin hakkı markayı devralana karşı ileri sürülemeyecektir.

Oysaki TİRK farklı hükümler içermektedir. Öncelikle TİRK 9. maddesinde, ticari işletme rehninin, işletmeyi devralan herkese karşı ileri sürülebileceğini düzenlemiştir. Maddenin son fıkrası ve 10/II. fıkrası ile işletme sahibinin, rehin hakkına dahil unsurlar üzerinde tasarrufta bulunabilmesi, alacaklıların onayına bağlanmıştır(TİRK 9/son md.). Dolayısıyla, marka sahibi, markasını devretmek veya üzerinde aynı bir hak kurmak için rehin alan alacaklının onayını almak zorundadır. Alacaklıların onay vermesi ile marka devredildikten sonra da, noterde düzenlenen sözleşmedeki rehinli unsurların bulunduğu listeye, devrin işletilmesi şarttır(TİRK 10/III. md.). Aynı şekilde ticari işletme sahibi tarafından yeni bir markanın devralınması durumunda da, devralınan yeni marka rehin kapsamına dâhil edilecekse, bu listeye eklenmesi gerekmektedir(TİRK 10/IV. md.).

Rehin veren ticari işletme sahibinin, alacaklının onayını almadan tasarruf işlemlerinde bulunmasının yaptırımı, tasarruf işleminin geçersizliği değildir. Örneğin alacaklının izni olmadan yapılan devir işlemi usulüne uygun şekilde gerçekleştirilmiş ise üçüncü kişi, işlem konusu unsurun mülkiyetini kazanacaktır. Onay alınmadan yapılan devir dolayısıyla alacağını kısmen veya tamamen alamayan alacaklının şikâyeti üzerine, rehin veren bir yıldan beş yıla kadar hapis ve iki milyar liradan aşağı olmamak üzere ağır para cezası ve tazminat ile cezalandırılır(TİRK 12. md.). Söz konusu

düzenlemeler ticari işletme sahibi tarafından, alacaklının onayı olmadan, rehin kapsamında olan markanın üçüncü kişiye devri durumunda da uygulanacaktır.

İzinsiz yapılan işlem dolayısıyla alacaklı doğan zararının tazmini isteme hakkına sahip olduğu gibi, üçüncü kişinin devir konusu markayı rehinli olarak devralıp devralmadığı incelenmelidir. Devralacak kişinin iyiniyetli olup olmadığı ve rehlin marka siciline kaydedilip kaydedilmediği ihtimallerine göre sonuç değişecektir. TİRK 10. maddesi, rehinden haberdar olmaksızın, diğer bir deyişle iyiniyetli olan kişilerin, ticari işletmenin sicil bölgesi³⁹³ dışındaki malvarlığı unsurları üzerindeki mülkiyet ve aynı hak kazanımlarını korumuştur. Ticari işletmenin sicil bölgesi dışında bulunması gereken, işletmeye ait malvarlığı unsurudur, yoksa iyiniyetli üçüncü kişinin sicil bölgesi dışında olması gerekli değildir³⁹⁴. Bu kişiler devraldıkları işletmeye ait rehinli unsurları, rehinsiz olarak kazanmış olacaklardır. Alacaklının rehin hakkı, bu hak devirleri dolayısıyla işletme sahibinin edindiği haklar üzerinde devam eder(TİRK 9/II. md.). Üçüncü kişi, aksi davranışı halinde alacaklının bundan doğan zararını karşılamak zorunda kalacaktır. TİRK 9/II. fıkrasında, üçüncü kişinin sicil bölgesi dışındaki malvarlığı unsurlarını rehinsiz olarak iktisap edeceğinden bahsedilmekle birlikte, hüküm öğretide eleştirilmektedir. Zira hüküm ile üçüncü kişiye sicil bölgesi içindeki işlemlerde, ticaret siciline bakma yükümlülüğü getirilmesinin yanında, TİRK 7. madde ile ticaret sicil memuruna rehni diğer sicillere bildirilme zorunluluğunu getirilmektedir³⁹⁵. Rehlin özel sicillere bildirilmesi zorunluluğu bulunduğundan, bu bildirim sonucunda, devir konusu unsurun ticaret sicil bölgesi içinde olup olmadığının bir önemi kalmayacaktır. Devir konusu unsurun kayıtlı olduğu özel bir sicilin olduğu ve ticaret sicil memurunun da bu sicile rehni bildirmiş olduğu ihtimalinde, üçüncü kişilerin iyiniyetli olduğundan bahsedilemez³⁹⁶. Ancak bildirim yapıncaya kadar ki süredeki iyiniyetli üçüncü kişinin hak kazanımları korunmaktadır. Marka ise TPE

³⁹³ Ticaret sicil memurluğunun bakmakla yetkili olduğu bölge, memurluğun iş çevresini, yetki alanını diğer bir deyişle sicil bölgesini belirler. Bu sicil bölgesinde yer alan ticari işletme ile ilgili hususlar, bu bölgedeki ticaret sicil memurluklarınca kaydedilir. **BİLGE, Mehmet Emin**, Ticaret Sicili, İstanbul, 1999 s. 38(Ticaret Sicili).

³⁹⁴ **POROY/YASAMAN**, Ticari İşletme, s. 61.

³⁹⁵ **BAHTİYAR**, Ticari İşletme, s. 38; **POROY/YASAMAN**, Ticari İşletme, s. 60; **ARKAN**, Ticari İşletme, s.57; **DOMANIÇ/ULUSOY**, s. 185.

³⁹⁶ “...Aracın trafik kaydına davacı alacaklı yararına ticari rehin hakkı işlendiğine göre, satın alınan iyiniyet iddiası dinlenemez. Davacı alacaklı rehin hakkı sahibi bu hakkını herkese karşı dermeyeran edebilir.” Yarg. 15. HD. T.17.12.1990, E.4222/K.5537, **Yasa Hukuk Dergisi**, 1991/2, s. 279.

bünyesindeki tek bir merkezi sicilde tutulur. Dolayısıyla marka, ticaret sicili gibi yerel değildir³⁹⁷. Bunun yanında marka siciline tescil işlemi gerçekleştirilmediği sürece de, üçüncü kişiler tarafından ticari işletme rehninin bilinmesine imkân yoktur. Bu nedenle kanaatimiz, ticari işletme rehninin marka siciline bildirilmemiş olması halinde, markayı devralan iyiniyetli üçüncü kişinin, markayı rehinsiz olarak iktisap ettiği yönündedir. Ticari işletme üzerindeki rehin, marka siciline bildirildiyse, üçüncü kişilerin iyiniyetinden bahsedilemeyecektir.

IV. DEVRİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Markanın tescil edildiği mal ve hizmetlerin bir kısmında veya tamamında devredilmesi ile marka üzerindeki mülkiyet hakkının sahibi değişir. Markanın devrine ilişkin yazılı sözleşmenin taraflarca imzalanması ile marka üzerindeki mutlak hak devredilmiştir³⁹⁸. Daha önce belirtildiği gibi marka üzerindeki mutlak hak, sahibine marka üzerinde tekel hakkı vermektedir³⁹⁹. Söz konusu tekel hakkı sahibine MarkKHK'den doğan yetkileri kullanma, haksız kullanımları önleme hakkı vermektedir.

Markanın devrinin marka siciline tescili sadece açıklayıcı niteliktedir. Ancak garanti ve ortak markaların devrinde marka siciline yapılacak tescil kurucu niteliğe sahiptir. Bu durumlarda garanti ve ortak marka üzerindeki haklar devralana geçmektedir.

³⁹⁷ **BİLGE**, Ticaret Sicili, s.27.

³⁹⁸ **KAYA**, Marka Hukuku, s. 215.

³⁹⁹ **KAYA**, Marka Hukuku, s.39.

§ 2. MARKANIN TÜRLERİ AÇISINDAN DEVİR VE ÖZELLİKLERİ

I. TİCARET MARKASI VE HİZMET MARKASININ DEVRİ

MarkKHK’da ticaret markası⁴⁰⁰ ve hizmet markası⁴⁰¹ başlıklı ayrı bir düzenleme yer almamaktadır. Mülga MarkKHK Yönetmeliği’nin 8. ve 9. maddelerinde ticaret ve hizmet markaları ayrı olarak tanımlanmıştı, ancak yürürlükteki MarkKHK Yönetmeliğin 4. maddesinde ortak bir tanım yer almaktadır. Maddede ticaret ve hizmet markaları birlikte, bir işletmenin üretimini veya ticaretini yaptığı malları veya sunduğu hizmetleri, başka işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan ticaret ve/veya hizmet markası olarak da nitelendirilebilen işaret olarak tanımlanmıştır. BİK/TPE 2007/2. maddesinde ticaret markalarının 34 sınıfta, hizmet markalarının ise 11 sınıfta toplandığı anlaşılmaktadır.

Ticaret ve hizmet markaları tescil edildikleri mal ve hizmetlerin tamamı veya bir kısmı için devredilebilirler. Devrin, taraflarca imzalanmış yazılı sözleşme ile yapılması yeterlidir. Bunun dışında marka siciline yapılacak tescil sadece üçüncü kişileri devirden haberdar etmeye yönelik, açıklayıcı bir işlemdir. Ancak tescil yapılmadığı sürece tescilden doğan haklar üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyecektir(MarkKHK 16/son).

II. ORTAK MARKA VE GARANTİ MARKASININ DEVRİ

Mevzuatımızdaki hükümler incelendiğinde ortak marka ile ilgili birden çok, farklı tanım verildiği görülmektedir(MarkKHK 55 md ve MarkKHK Yön. 4)⁴⁰². KARAHAN ortak markayı “tüzel kişilik meydana getirmeksizin bir araya gelen gerçek veya tüzel kişilerin oluşturduğu birliğe dahil işletmelerde üretilen mal ve/veya

⁴⁰⁰ KARAHAN, emtia markalarının ticaret ve fabrika markalarından oluştuğunu, Fabrika markalarının, malı üreten fabrikanın sahip olduğu marka olduğunu, buna karşın ticaret markasının malın üzerine konulan ve malı ticarete sunan işletmeye ait olan marka olduğunu belirtmiştir. KARAHAN, Fikri Mülkiyet, s.138; Aksi görüş MarkKHK tanımı ile fabrika markaları ve ticaret markaları ayırımı ortadan kalkmıştır. PEKDİNÇER, Marka Koruması, s. 60.

⁴⁰¹ Mülga 551 Sayılı MarkK.’da hizmet markaları düzenlenmediği için 556 sayılı MarkKHK’ne Geçici 2. madde eklenmiştir. Bu düzenleme ile Kararname’nin yürürlüğe giriş tarihinde itibaren, on iki ay içerisinde fiilen hizmet markası kullanan kişiler, durumu ispatlayacak belgelerle birlikte markalarının tescili için başvurabileceklerdir. Ayrıntılı bilgi için bkz. KAYA, Marka Hukuku, s.51, dp.88.

⁴⁰² Ayrıntılı bilgi için bkz. KARAHAN, Ortak Marka, s.1097 vd.; aynı tebliğ, 2.İstanbul Fikri Mülkiyet Hukuku Sempozyumu, İstanbul 11-12 Mayıs 2006.

hizmetleri, diğer işletmelerin mal ve/veya hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan ve birliğe dahil işletmelerce bir sözleşme çerçevesinde ayrı ayrı kullanılabilen işaret” olarak tanımlamıştır⁴⁰³. Tanımdan da anlaşıldığı üzere, ortak markanın sahibi bir birlik değil, birliğe dahil kişilerdir⁴⁰⁴. Bu nedenle ortak markanın tescili için ortak marka sahiplerinin birlikte hareket etmesi gereklidir(MarkKHK 57 md.), ancak yenileme için birinin başvurması yeterlidir⁴⁰⁵. Ortak markayı sadece birliğe dahil kişiler kullanır.

Garanti markası ise marka sahibinin koruması altında, bir çok işletme tarafından o işletmelerin ortak özelliklerini, üretim usullerini, coğrafi kaynaklarını ve kalitesini garanti etmeye yarayan işarettir⁴⁰⁶.

Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere garanti markası işletmelerin kalitesini değil, mal ve hizmetlerin kalitesini garanti eder⁴⁰⁷. Garanti markası tek bir kişi adına tescillidir⁴⁰⁸. Ancak bu kişinin garanti markasını kendi mal ve hizmetlerinde kullanması yasaktır(MarkKHK 54. md). Garanti markası ancak marka ile birlikte tescil edilmiş olan teknik yönetmeliğe uygun mal ve hizmetlerde kullanılabilir⁴⁰⁹.

Ortak ve garanti markalarının devri özel hükme bağlanmıştır⁴¹⁰. Her iki markanın devrinin marka siciline tescil edilmesi tasarruf işlemi olarak düzenlenmiştir(MarkKHK 60 md.). Bu markaların devri için tescile kurucu etki

⁴⁰³ **KARAHAN**, Ortak Marka, s.1100; Ortak markası grup(holding) markası ile karıştırılmamalıdır. Bu markalar bir aynı hakimiyet çatısı altında, farklı iştiğal alanlarına sahip işletmeleri tarafından kullanılan markadır, ancak ortak marka değildir. Örneğin Ülker, Koç, SA birer grup markasıdır. **KARAHAN**, Ortak Marka, s.1104; **YASAMAN**, Marka Hukuku, C.II, s.997; **TEKİNALP**, Ünal, Holding Markaları, **Batider**, C.XX, Ekim, 1973, S.7, s.267.

⁴⁰⁴ Bu kişiler bir sözleşme çerçevesinde bir araya gelmişlerdir. Ancak bir tüzel kişilikleri yoktur. **KAYA**, Marka Hukuku, s.55; **YASAMAN**, Marka Hukuku, C.II, s.997; **ARKAN**, Marka Hukuku, C.I, s.45; Aksi görüş **KARAN/KILIÇ**, aksine düzenleme olmadığı için tüzel kişilerce de kullanılabilceği kanaatindedir. s, 450.

⁴⁰⁵ **KAYA**, Marka Hukuku, s.55; **YASAMAN**, Marka Hukuku, C.II, s.997

⁴⁰⁶ **KARAHAN**, Garanti Markası, s.17;Garanti markası MarkKHK 54. maddesinde tanımlanmış olmakla birlikte, tanımın hatalı olduğu yönünde, **KARAHAN**, Garanti Markası, s. 18; **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.353; **YASAMAN**, Marka Hukuku, C.II, s.985; **ARKAN**, Marka Hukuku, C.I, s. 46, 47.

⁴⁰⁷ **KARAHAN**, Garanti Markası, s.17; **KAYA**, Marka Hukuku, s.53.

⁴⁰⁸ **YASAMAN**, Marka Hukuku, C.II, s.992; **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 352.

⁴⁰⁹ **KAYA**, Marka Hukuku, s.54.

⁴¹⁰ MarkKHK sadece devri düzenlemiş, diğer hukuki işlemlere ilişkin bir düzenleme yapmamıştır. Ancak devredilebilir bir değer olan garanti ve ortak markanın, diğer hukuki işlemlere de konu olabileceği açıktır. **KARAHAN**, Garanti Markası, s.34; **ÜNAL**, 81, 108; **POROY/YASAMAN**, Ticari İşletme, s.352, 440; **ARKAN**, Marka Hukuku, C.II, s.203, 207; **KARAN/KILIÇ**, s.340; **BİLGİLİ**, Fatih, “Tescilli Markanın Rehni”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, C.I, İstanbul, 2009, s.440, 441, 449.

verilmiştir⁴¹¹. Ancak maddede işlemin nasıl gerçekleştirileceği belirtilmemiştir. Dolayısıyla uygun düştüğü ölçüde MarkKHK 16. maddesinde ferdi markalar için getirilen düzenleme, garanti ve ortak markalar için de uygulanacaktır⁴¹².

Garanti markasını devretmeye yetkili kişi, garanti markasının sahibidir. Yoksa markayı kullanmaya yetkili olan kişilerin bu haklarını devri mümkün değildir⁴¹³.

Ortak marka için ise, MarkKHK 54/III. fıkrası gereğince ortak markayı tescil işleminin ortak marka sahiplerinin hepsi tarafından yapılması gerekiyorsa, devrin tescilinde aynı şekilde yapılması gerekmektedir⁴¹⁴.

III. VEKİL MARKASININ DEVRİ

Ticari vekil veya temsilci sıfatına sahip olan kişinin, temsil ettiği kişiye ait olan markayı kendi adına tescil ettirmesi sonucu oluşan markaya “vekil markası(acente, temsilci markası)” denir⁴¹⁵. Markanın vekil markası olarak isimlendirilmesinde, markanı kim tarafından tescil edildiğinin tespiti belirleyicidir. Bu nedenle ticari vekil veya temsilci sıfatına sahip olan kişilerin kimler olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. Öğreti⁴¹⁶ ticari vekil veya temsilci kavramının geniş yorumlanması gerektiği kanaatindedir.

Söz konusu tescil, marka sahibinin izni ile veya haklı bir sebep ile gerçekleştirilmiş olabilir. Ancak marka sahibinin izni olmadan veya haklı bir sebep olmadan yapılan tescil başvurusuna marka sahibi tarafından itiraz edilebileceği gibi, markanın tescil edilmiş olması durumunda markanın hükümsüzlüğü istenebilir(MarkKHK 8/II ve 42/I-b md.).

⁴¹¹ **MERAN**, s.171; **YASAMAN**, Marka Hukuku, C.II, s.689; **ARKAN**, Marka Hukuku, C.II, s.181; **KARAHAN**, Garanti Markası, s. 19; **KARAHAN**, Ortak Marka, s. 1123.

⁴¹² **KARAHAN**, Garanti Markası, s.19.

⁴¹³ **YASAMAN**, Marka Hukuku, C.II, s.689.

⁴¹⁴ **YASAMAN**, Marka Hukuk, C.II, s.689.

⁴¹⁵ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.354, **FEZER**, “acente markası” ifadesini kullanmaktadır. **FEZER**, MarkenG, s. 601; **ÜLGEN**, Ticari İşletme, s. 361; **BİLGİLİ**, Fatih, Marka Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması, Ankara, 2006, s. 138 vd.(Kötüniyet); Bu markanın kötüniyetli tescil edilmesi durumunda mARKANın engelleme markası olarak nitelendirileceği yönünde **KARASU**, **Rauf**, “Spekülasyon ve Engelleme Markaları”, **FMR**, C.8, S. 2008/3, s. 22; **KAYA**, Marka Hukuku, s. 55 vd.

⁴¹⁶ **ARKAN**, Marka Hukuku, C.I, s.111; **FEZER**, MarkenG, s. 601, s. ;**YASAMAN**, Marka Hukuku, C.I, s.403; C. II, s. 696; **PEKDİNÇER**, **Tamer**, “Ticari Vekil veya Temsilci Tarafından Sınai Hak İhlali”, Fikri ve Sınai Haklar, İhlaller&Davalar, İstanbul Barosu Yayını, 2008, s. 31, 32(Sınai Hak İhlali); **KAYA**, Marka Hukuku, İstanbul, s. 56, 150; **KARAN/KILIÇ**, s. 204; **NOYAN**, s.104; **MERAN**, s.167.

Ayrıca tescil başvurusu yapılmış veya tescil edilmiş vekil markalarının devri, MarkKHK'nın devirle ilgili genel hükümlerine tabidir. Bu durumda vekil markası, benzerlerinin devrini kapsayacak ve tarafların imzalarının bulunduğu yazılı devir sözleşmesi ile devredilebilir. Bunun yanında vekil marka tescil başvurusu ve tescilinin, marka sahibinin izni veya haklı bir sebep olmaksızın yapılmış olması durumunda, marka sahibi markanın kendi adına devredilmesini mahkemeden talep etme hakkına sahiptir(MarkKHK 17). Konu ayrı bir başlık altında incelenmiştir.

IV. SPEKÜLASYON VE ENGELLEME MARKALARININ DEVRİ

Spekülasyon ve engelleme markalarının tescilindeki amaç markayı kullanmak değil, markanın başkaları tarafından kullanılmasını engellemek ve bazen de tescil ettikten sonra, markayı satarak kazanç elde etmektir⁴¹⁷.

Spekülasyon markasının kötünietli olarak tescil edilip edilmediğini, tescil başvurusu sırasında anlamak çok güçtür. Bu tip markalara en güzel örnek, ünlü kişilerin isimlerinin başkaları tarafından önceden tescil edilmesidir⁴¹⁸.

Engelleme markaları ise işaret üzerinde başkasının hak sahibi olduğunun bilinmesine rağmen, kötünietli olarak yapılan tescillerdir⁴¹⁹. Markanın bilinir bir marka olması durumunda, markanın sadece benzer mal ve hizmetlerde değil, farklı mal ve hizmetlerde tescili de kötüniet sayılır. Markanın ticari vekil veya temsilci tarafından tescil edilmesi ile oluşan vekil markası da, temsilci bu tescili izinsiz veya haklı bir sebebi olmadan gerçekleştirdi ise marka, engelleme markası olarak nitelendirilebilir⁴²⁰.

Hem spekülasyon hem de engelleme markaları, kötünietli tescilden itibaren özünde barındırırlar. Akla gelen soru, bu markaların durumu bilmeyen kişilere devredilmesi durumunda, kötünietin iddia edilip edilemeyeceğidir. Marka üzerindeki haklar ve borçlarla birlikte, bulunduğu statüde devredilir⁴²¹. Bu nedenle markayı devralan kişi, iyiniyetli olsa, diğer bir deyişle markanın kötünietli olarak tescil

⁴¹⁷ KARASU, s. 13 vd; BİLGİLİ, Kötüniet, s.135.

⁴¹⁸ KARASU, s.16.

⁴¹⁹ KARASU, s. 20; BİLGİLİ, Kötüniet, s. 125.

⁴²⁰ KARASU; s. 32.

⁴²¹ KAYA, Marka Hukuku, s.215.

edildiğini bilmiyor olsa da marka kötüniyetle tescil edilmiş bir markadır⁴²². Söz konusu markaya karşı tescil aşamasında itiraz edilebileceği gibi, tescil sonrasında hem kötüniyet hem MarkKHK 42. maddesi gereğince hükümsüzlüğü talep edilebilir.

V. SERİ MARKALARIN DEVRİ

Bazen bir işletmenin aynı esaslı unsuru taşıyan, ancak yan unsurlarla farklılaştırılmış birden çok markası bulunabilmektedir. Bu markalar birbirinin aynı olmamakla birlikte, aralarındaki ortak unsur nedeniyle halk nezdinde aynı işletmeye ait oldukları, aralarında bağlantı olduğu zannı uyandırmaktadırlar. Böylelikle işletme hem markasının koruma sahasını genişletmekte, hem de markanın kaynak gösterme fonksiyonunu arttırarak işletmesini tanıtmaktadır. Bu şekilde oluşturulan bir dizi markaya seri marka ismi verilmektedir.

Seri marka kavramı Yargıtay'ın 19.09.2008 tarihli kararında⁴²³ “...Bir işletme tarafından uzunca süredir kullanılan markanın asli unsuru muhafaza edilerek ve markanın bu işletme ile bağlantısı ve tüketici nezdinde yarattığı izlenim korunmak suretiyle, önceki markanın kapsadığı ürünlerin veya bir ürün çeşidinin tüketiciye yenilenmiş bir marka imajı ile sunulması ve bu yolla marka sahibi işletmenin piyasaya arz ettiği ürünlerinin de işletmesel köken olarak öncekilerle bağlantılı olduğu mesajını veren yeni markalar yaratmak amacıyla önceki markada yer alan asıl unsurun yanına başkaca asli ve / veya tali unsurlar ekleyerek oluşturduğu markalar...” olarak açıklamıştır⁴²⁴. Bu ifadelerden de anlaşılacağı üzere, seri markalar işletmenin uzun yıllardır kullandığı bir kaynak markaya sadık kalınarak, aynı veya benzer mal ve hizmetler için türetilen markalar zinciridir. Yargıtay'ın kararına konu markalar “ece toff”, “ece lady”, “ece+taç şekli” markaları seri markadır.

Markaların seri marka olarak tespiti neticesinde, kaynak markanın ilk tescil tarihinden itibaren sahip olduğu öncelik hakkı, seriye ait diğer markalar içinde geçerli kabul edilmektedir. Bu sistem kişiyi “işaret” üzerinde, aynı veya benzer mal ve

⁴²² KARASU, s. 33.

⁴²³ Yarg. 11 HD. T. 19.09.2008, E. 2007 / 7547, K. 2008 / 10251, KARAHAN, Seri Markalar, s.389.

⁴²⁴ Karar tahlili için bkz. KARAHAN, Seri Markalar, s.389 vd.; ayrıca “seri marka” kavramı Yargıtay 11.HD.nin 13.2.2007 tarih ve 2005/11480 E., 2007/2321, www.kazanci.com.tr, KARAHAN, Seri Markalar, s.400, dp.4. ve Yarg. 11. HD. 30.01.2009, E. 2007/11599, K. 2009/965, Batider, C.XXV, S. 1, 2009, s. 268.

hizmetlerle sınırlı olarak hak sahibi yapmakta ve yenilerini tescil ettirme hakkı vermektedir⁴²⁵. Ancak markaların seri marka olarak nitelendirilmesi mutlak red nedenlerinin aşılması sonucunu doğurmayacaktır. Yargıtay 30.01.2009 tarihli “BROWNİE” kararında, konuyla ilgili çok önemli noktalara vurgu yapmıştır. Karara yol açan olayda, davacı BROWNİE markasının tek başına tescili için başvurmuştur. Gerekçe olarak da 1986’dan itibaren adına tescil ettirdiği BROWNİ ibaresinin de yer aldığı markaları göstermiştir(BROWNİ GOLD, ETİ BROWNİ). Davacı tescilli olan markaları kullanımı neticesinde BROWNİE kelimesine ayırt edicilik kazandırdığını belirtmiştir. Ancak Yargıtay markalar birbirinin devamı olarak, diğer bir deyişle seri marka olarak nitelendirilse de, markalarda yer alan zayıf unsur üzerinde davacının hak sahibi olamayacağını, yapılan inceleme neticesinde halk nezdinde BROWNİE kelimesinin kek çeşidi olarak algılandığını belirtmiştir. Kararın devamında MarkKHK 7/son anlamında kelimeye ayırt edicilik kazandırılmadığı sürece, benzer ibareler için yeni tescil başvuruları mutlak red engeli oluşturuyorsa reddedileceğine vurgu yapılmıştır⁴²⁶.

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere söz konusu markaların aynı ve farklı markalar olduğu anlaşılabilir. Ancak taşıdıkları ortak unsur nedeniyle halk tarafından aynı işletmeye ait oldukları, aralarında bağlantı olduğu düşünülmektedir. Bu markalardan birisinin devri durumunda, kanaatimizce Enstitü MarkKHK 16/V. maddesi gereğince benzerlik değerlendirmesinde bu durumu da dikkate alacaktır. Bu nedenle bu markaların seri halinde, bütünü bozmadan devredilmesi gerekmektedir. Aksi halde aynı seriye ait markalar farklı kişilere devredilmiş olsa da, halk nezdinde markalar arasında önceden oluşan bağlantının devam edeceği kesindir.

Diğer bir ihtimal ise marka sahibinin birden çok markası olması, ancak bu markaların farklı markalar ve/veya farklı mal ve hizmetlerde tescilli olmasıdır. Marka sahibinin yaptığı tanıtımlar sonucunda halk tarafından markaların birbirine bağlı olduğu bilinmektedir. Marka sahibinin bu markalarının hepsi seri marka olarak adlandırılmamaktadır. Markaların seri marka olarak değerlendirilmesi için, bir kaynak markanın benzerlerinin, aynı veya benzer mal ve hizmetlerde tescili gerekmektedir. Bu

⁴²⁵ KARAHAN, Seri Markalar, s. 400 vd.

⁴²⁶ Yarg. 11. HD. 30.01.2009, E. 2007/11599, K. 2009/965, **Batider**, C.XXV, S. 1, 2009, s. 268.

nedenle kanaatimiz farklı mal ve hizmetlerde tescilli, farklı markalardan birinin devri durumunda, diğerlerinin de devrinin gerekmeceği yönündedir. Halk tarafından markalar arasında bağlantı kurulabilecek olma ihtimali, bunların da devri için yeterli değildir.

VI. ULUSLARARASI TESCİLLİ MARKANIN DEVRİ

1. Kavram

Marka koruması asıl olarak “ülkesellik ilkesi”ne dayanır⁴²⁷. Bu ilkenin anlamı, markanın tescil edildiği ülke sınırları içerisinde, o ülke yasaları gereğince korunmasıdır⁴²⁸. Paris Sözleşmesi’nin 6.1. maddesi marka tescilinde ülkelere serbestlik vermiştir ve her ülkenin marka tescillerini kendi iç mevzuatına göre yapacağını belirtmiştir. Böylelikle her ülke kendi özel yasa ve marka koruma sistemi gereğince, markalarını koruyacaktır⁴²⁹. Marka sahibi diğer ülkelerde de marka koruması istiyorsa, her ülke için ayrı tescile ihtiyaç duyacaktır. Bunun sonucu ise, farklı ücretlendirilmiş farklı tescil başvurusu sistemlerinin işleyişi ile farklı sürelerde neticelenmiş markalar ve hak kayıplarıdır.

Bütün bu nedenlerle, markanın tescil ve koruma sistemlerinde, ülkeler arasında birliğin sağlanmasına ve tek bir tescil başvuru ile bir çok ülkede hak sahibi olunabilme imkanı veren bir sistem kurmaya yönelik çalışmalara başlanmıştır⁴³⁰. Markanın uluslararası tescilini⁴³¹ sağlamak amacıyla, 14.04.1891 tarihinde “Markaların

⁴²⁷ ERDEM, *Ülkesellik Prensibi*, s. 46 vd.; ERDEM, *Fikri Haklar*, s. 173; YASAMAN, *Marka Hukuku*, C.I, s.4, 7.

⁴²⁸ ERDEM, *Fikri Haklar*, s.173 vd.

⁴²⁹ Mark KHK esas olarak tescil sistemini benimsemiştir. Markanın MarkKHK kapsamında korunması için TPE nezdinde tescil edilmiş olması gerekmektedir. Bunun yanında Amerika’da marka üzerindeki hak kullanım ile kazanılmaktadır. OYTAÇ, *Markalar Hukuku*, s. 79; Marka, başka ülkelerde tescil edilmemiş olsa dahi korunduğu, tescilli markalarla aynı statüde korunduğu durumlar vardır. Örneğin vekil markaları tescilli olmadığı ülkede de koruma sağlar. Diğer bir istisna ise tanınmış markalardır. ARKAN, *Sabih*, “*Yabancı Markaların Türkiye’de Korunması*”, *Batider*, C.XX, S.1, Haziran, 1999, s.5 vd.

⁴³⁰ BAYRAM, s.8; KOYUNCU, *Gülhüda Şerife*, *Markanın Türkiye’de Tescili ve Uluslar arası Tescil*, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Reyegan Kender’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul, 2007, s. 836.

⁴³¹ Markanın uluslararası tescili Madrid Sistemi olarak da isimlendirilmektedir. KIRCA, *İsmail*, *Markaların Milletlerarası Tescili(Madrid Sistemi)*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No:424, XII, Ankara, 2005, s.5(Madrid Sistemi)

Uluslararası Tesciline ilişkin Madrid Anlaşması” imzalanmıştır⁴³². Bu Anlaşma’nın amacı, uluslararası tescil ofisine yapılacak tek bir tescil başvurusu ile taraf ülkelerinin hepsinde tescil sağlamaktır⁴³³. Madrid Anlaşması’nın yaşadığı başarısızlığın ardından 27. 06. 1989 tarihinde “Markaların Uluslararası Tescili Hakkındaki Madrid Anlaşması’na İlişkin Ek Protokol” hazırlanmıştır⁴³⁴. Protokol 01.04.1996 tarihinde itibaren uygulanmak üzere, 01.12.1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir(Madrid Protokolü 14.4.a.)⁴³⁵. Hem Anlaşma hem de Protokol’ün uygulanmasına ilişkin esasların⁴³⁶ belirtildiği “Markaların Uluslararası Tesciline İlişkin Madrid Anlaşması ve bu Anlaşmaya İlişkin Protokol’ün Uygulanmasına Dair Yönetmelik” (MadridYön.)

⁴³² **KIRCA**, Madrid Sistemi, s.6;**OYTAÇ**, Markalar Hukuku, s.528; Türkiye Madrid Anlaşmasına 15.05.1930 tarihinde 1619 sayılı Kanun ile katılmakla birlikte, 21.05.1955 tarih 4/5215 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile çekilmeye karar vermiştir. RG. 20.07.1855, S.9059, Çekilme kararı, Bern elçiliğimiz tarafından İsviçre Hükümetine 08.09.1955 tarihli bir nota ile bildirilmiştir. **DERİCİOĞLU**, Mevzuatın Geçirdiği Safhalar, s.336. Türkiye’nin Madrid Anlaşması’ndan çekilmesinin sebebi ise Türkiye’den uluslararası marka başvurusunun çok olmamasına rağmen, yabancı ülkelere yapılan çok sayıda marka başvurusu Türkiye tarafından korunmak zorunda kalması, bu Anlaşmaya taraf olunmaz ise ülkelerin gelip Türkiye’de ayrı tescil yaptırmak zorunda olacakları ve Türkiye’nin para kazanacağı, Türkiye’den yapılan başvuruların tescili için ödenen miktarın Türkiye’den çıkan döviz olarak değerlendirilmesidir. **BERZEK**, Marka, s. 78; **DERİCİOĞLU**, Mevzuatın Geçirdiği Safhalar, s.337 vd.; **KIRCA**, Madrid Sistemi, s.10, 11; **YASAMAN**, Paris Anlaşması’nda Tanınmış Markalar, s. 300; **ARKAN**, Marka Hukuku, C.I, s.32; Ancak Bakanlar Kurulu 18.01.1956 tarih, 4/8446 sayılı Kararı ile Madrid Anlaşması gereğince tescil edilmiş yabancı markaları, uluslararası tescil süresinin sonuna kadar koruyacağını belirtmiştir. RG. 09.01.1957, S.9513, **ÜLGEN**, Ticari İşletme, s. 343; **KIRCA**, Madrid Sistemi, s.21; Türkiye 30.06.2009 tarihi itibarıyla Madrid Anlaşması’nın tarafı değildir.

⁴³³ Madrid Anlaşma metni için bkz. **DERİCİOĞLU**, Mevzuat, s. 204; aynı metin İngilizce http://www.wipo.int/madrid/en/legal_texts/pdf/madrid_agreement.pdf. Madrid Anlaşması tescil sistemi hakkında bkz. **BAYRAM**, s. 15-18.

⁴³⁴ **ARKAN**, Marka Hukuku, C.I, s.8; **YALÇINER**, İlkeler, s.57; **MERAN**, s.21; Madrid Protokol’ü 1989 tarihinde kabul edilmesine rağmen 03.10.2006 ve 12. 11. 2007 tarihlerinde değişikliğe uğramıştır. Metnin son hali için bkz.

http://www.wipo.int/export/sites/www/madrid/en/legal_texts/pdf/madrid_protocol.pdf(10.12.2009)

⁴³⁵ **KIRCA**, Madrid Sistemi, s. 17. Türkiye 1/95 sayılı Ortaklık Konsey Kararı gereğince bu Protokole katılma yükümlülüğü altına girmiştir. Bunun neticesinde Türkiye 05.08.1997 tarih, 07/9731 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı (RG. 22.08.1997, S.23088) ile Protokole taraf olmuş, Protokol 01.01.1999 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir. **ÜLGEN**, Ticari İşletme, s.344; **KIRCA**, Madrid Sistemi, s.17.

Protokole üye ülke listesi için bkz.

http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?country_id=ALL&search_what=B&bo_id=20;

Ayrıca Türkiye’den yapılmış bulunan tescil başvurularının sayısı için bkz. WIPO sitesi <http://www.wipo.int/ipstats/en/statistics/marks/index.html>,

TPE sitesi, başvuru

http://www.turkpatent.gov.tr/dosyalar/istatistik/marka/Marka_basvuru_ulkelere_gore_dagilim.pdf;

tescil sayısı; http://www.turkpatent.gov.tr/dosyalar/istatistik/marka/Marka_tescil_ulkelere_gore_dagilim.pdf,

⁴³⁶ Anlaşma ve Protokol arasındaki farklar için bkz. **KIRCA**, Madrid Sistemi, s. 17 vd; **BAYRAM**, s.22.

düzenlemiştir⁴³⁷. Yönetmelik'te meydana gelen değişiklikler meydana gelen son değişiklikler Resmi Gazete'de yayınlanmamaktadır.

Hem Madrid Anlaşması hem de Madrid Protokolü⁴³⁸ ile amaçlanan, menşe ülkede tescilli olan bir markanın Madrid Anlaşması'na taraf ülkeler nezdinde de tescil edilmesini sağlamaktır. Böylelikle marka, Uluslararası Tescil Ofisinin⁴³⁹ (World Intellectual Property Organization(WIPO)) bünyesinde yapılacak tek bir tescil ile, birlik ülkelerinde de tescilli olacaktır.

Her ne kadar Türkiye Madrid Anlaşması'na taraf olduktan kısa bir süre sonra çekilmiş olsa da, Madrid Anlaşması'na taraf olmuş bir grup ülke bulunmaktadır. Madrid Protokolü'nün 9/e. maddesi ile Madrid Anlaşması korunmuştur. Buna göre başvuruda bulunan ülke hem Protokol'e hem de Anlaşma'ya taraf ise ve tescil talep edilen ülke de hem Protokol'e hem de Anlaşma'ya taraf ise, aralarında Protokol hükümleri geçerli olacaktır. Yalnız ikinci fıkrası ile Protokol'ün yürürlüğü girmesinden itibaren on yılı geçmemek kaydıyla, 1. fıkra iptal edilebileceği ve kapsamın daraltılabileceği belirtilmiştir.

⁴³⁷ Orijinal ismi, Common Regulations Under The Madrid Agreement Concerning the International Registration of Marks and the Protocol Relating to that Agreement. Yönetmelik 12.03.1999 tarih ve 23637 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır. Bu tarihten sonra Yönetmelik defalarca değiştirilmiş ancak, bu değişiklikler yayınlanmamıştır. Yapılan son değişiklik 01.09.2009 tarihinde yapılmıştır. Son metin için bkz. http://www.wipo.int/madrid/en/legal_texts/common_regulations.htm

⁴³⁸ Topluluk Markası ile sistem arasında bağlantı kurulması amacıyla düzenleme yapılmış olmasıdır. Madrid Protokolü'nün 1. maddesinde, Madrid Anlaşması'na taraf olmayan ülkelerin de Protokol'e katılabilecekleri belirtildikten sonra, 14.1.b gereğince devletlerarası kuruluşların Protokol'e taraf olabileceği düzenlenmiştir. Böylece Avrupa Birliği'nin de taraf olmasını sağlanmıştır⁴³⁸. Bu katılım sonucunda Avrupa topluluk Konseyi 40/94 satılı Avrupa Topluluk Tüzüğü ile gerekli değişiklikleri yapmıştır. Bu değişiklikler sonucunda, topluluk markası tescili için OHIM'e başvuran marka sahibi, aynı zamanda WIPO nezdinde uluslararası tescil için başvurabilecektir. Bu şekilde Avrupa Birliği ülkeleri, birliğe dahil olmayan Protokol ülkelerinde korumaya sahip olabilecektir. Protokol üyesi olup Avrupa Birliği üyesi olmayan bir ülke de, yapacağı uluslararası tescil başvurusu ile birlikte Topluluk Marka başvurusunda bulunabilecektir. Örneğin Avrupa Birliği'ne üye olmayan Türkiye, yapacağı uluslararası başvuru sırasında topluluk marka başvurusunda da bulunabilecektir. **KIRCA**, Madrid Sistemi, s. 19; **BAYRAM**, s.18; 03.09.2009 tarihinde WIPO ve OHIM aralarında markaların tescil edildikleri mal ve hizmetlerin sınıflandırılması hususunda ortak bir database kurmak konusunda anlaşmışlardır. Anlaşma gereğince OHIM ve Avrupa Birliği bünyesindeki yerel tescil ofisleri konu ile ilgili WIPO'ya destek verecektir. http://www.wipo.int/madrid/en/news/2009/news_0009.html.

⁴³⁹ Uluslararası tescil işlemlerini yürütmek adına 14.07.1967 tarihinde Stockholm'de imzalanan, Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO) Kuruluş Anlaşması ile WIPO kurulmuştur. Türkiye bu Anlaşmaya 14.08.1975 tarih ve 7/10540 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile katılmıştır. WIPO, Birleşmiş Milletler Örgütü'nün uzman kuruluşlarından birisidir. WIPO'nun temel amacı fikri mülkiyet haklarının korunmasını sağlamak ve fikri mülkiyet teşkilatları arasındaki uyumu sağlamaktır. **ÇALIŞKAN, Yusuf**, Uluslararası Fikri Mülkiyet Hukukunda Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmaları:WIPO Tahkimi ve Dünya Ticaret Örgütü, Sakarya, 2008

Böylelikle WIPO nezdinde tek bir başvuru ile bir çok ülkede kazanılan marka hakkına uluslararası tescilli marka denmektedir. Uluslararası tescilli markanın korunması ise tescil edilen her ülke mevzuatına göre olacaktır, yoksa markaya uluslararası bir koruma sağlanmaz⁴⁴⁰. Üye ülkelerin mevzuatlarında yeknesaklığı sağlamak adına ise çalışmalar devam etmektedir.

Uluslararası marka tesciline başvurabilmenin ilk şartı, “menşe ülkede⁴⁴¹” marka tescilinin veya marka tescil başvurusunun⁴⁴² bulunmasıdır(Protokol 2.1.)⁴⁴³. Ayrıca menşe ülke ofisi(TPE), uluslararası marka başvurusu sahibi ile menşe ülkedeki tescilin veya başvuru sahibinin aynı kişi olduğunu, başvuruların aynı marka ve aynı sınıflarda yapıldığını teyit etmek zorundadır(Madrid Yön. 25. md.). Bu nedenle menşe ülkede, tescili veya tescil başvurusu bulunmayan markaların, uluslararası tescili için başvurulamayacaklardır.

Protokol 2.2. ve Madrid Yön 22. maddesinde tekrar edilen düzenleme ile uluslararası tescil başvurusu sadece menşe ofis vasıtasıyla yapılabilecektir. Doğrudan WIPO’ya yapılacak tescil başvuruları kabul edilmeyecektir(Madrid Yön. 33. md.)⁴⁴⁴.

Bu şartlara uyularak tescil edilmiş uluslararası markanın devri mümkündür. Ancak uluslararası tescilli markanın devri bahsinde, açıklanması gereken hususlar vardır. Bunlardan ilki uluslararası markanın, tescil edildiği ilk beş yıl menşe ofisteki başvuruya bağlı olmasının devre etkisidir. Bu konu hem esas tescilin, uluslararası markaya etkisi, hem de uluslararası markanın devrinin esas tescile etkisi değerlendirilerek açıklanacaktır. Diğer bir husus ise esas tescilin hükümsüzlüğünün

⁴⁴⁰ **KIRCA**, Madrid Sistemi, s. 7.

⁴⁴¹ Menşe ülke, Protokol’ün 2. maddesinde tanımlanmıştır. Bu maddelere göre; menşe ülke ofisi, uluslararası tescil başvurusunun konusunu oluşturan markanın, uluslararası tescil başvurudan önce tescil talebinde bulunduğu ülke, menşe ülke sayılır ve uluslararası başvuru, o ülke ofisi vasıtasıyla yapılır.

⁴⁴² Marka başvurusundan anlaşılması gereken kesinleşmiş marka başvurusudur. MarkKHK 23. madde anlamında gerekli belgeler tamamlanarak ücretin yatırılması sonucunda marka başvurusu kesinleşir(MarkKHK 23, 29/I, MarkKHK Yön. 10/II. Md.) **KAYA**, Marka Hukuku, s.73.

⁴⁴³ Ülkenin Madrid Anlaşmasına veya Protokole taraf olmasına göre tescil sistemi ve korunması farklılık gösterebilecektir. Bu nedenle, Madrid Protokolü ile Madrid Anlaşması arasındaki en önemli fark, Protokol’ün 2. maddesi ile getirilmiştir ki Protokol’ün bu özelliği, bu kadar çok ülkenin taraf olmasına neden olmuştur. Madrid Anlaşması’nın 1. maddesi gereğince, üye devletlerden birinde “tescil edilmiş marka”, uluslararası büroya bildirilecek ve diğer üye devletlerde de tescili sağlanacaktır. Böylece uluslararası tescile sahip bir marka oluşacaktır. Madrid Protokolü çerçevesinde ise uluslararası marka tescil başvurusunda bulunmak için, markanın menşe ülkede tescilli olması şartı kalkmış, menşe ülkede “tescil başvurusunda” bulunulması yeterli görülmüştür. İkinci husus ise Madrid Anlaşması’nda 20 yıl olan koruma süresinin Protokol’ün 6.1 maddesinde 10 yıla indirilmiştir.

⁴⁴⁴ **BAYRAM**, s.26.

uluslararası markaya etkisidir. İncelememiz açısından, söz konusu etki uluslararası markanın başkasına devredilmiş olması ancak bu devirden sonra esas tescilin terkin edilmiş olması ihtimalinde önem arz eder.

2. Koşullar

A. Sözleşme

Madrid Protokol'ünde uluslararası markanın devir usulü hakkında özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Sadece uluslararası tescilli markanın sahibinde meydana gelen değişikliklerin, devrin gerçekleştiği ülke tarafından, uluslararası tescil ofisine bildirilmesi öngörülmüştür(Protokol 9 ve Yönetmelik 76/I-a). Markanın mülkiyetinde değişikliğe sebep olan devrin hangi hukuki işlem sonucunda meydana geldiğinin bir önemi yoktur⁴⁴⁵. Bu nedenle markanın devrinin şekli, gerçekleşen işlemin niteliğine göre farklılık gösterecektir. Örneğin marka miras yoluyla intikal ettiyse veya şirket birleşmesi yoluyla gerçekleştiyse, külli halefiyet ilkesi gereği başkaca bir işleme gerek kalmadan marka devredilmiş sayılacak, sadece menşe ofisin yaptığı bildirim ile durum uluslararası sicile de bildirilecektir.

Demek ki, uluslararası markanın devri, devrin gerçekleştiği menşe ülkenin mevzuatına göre gerçekleştirilecektir⁴⁴⁶. Bundan sonra menşe ofis değişikliği uluslararası ofise bildirmek zorundadır(protokol 9. md).

Uluslararası marka tescil edildiği mal ve hizmetlerin bir kısmı veya tamamı için devredilebilir. Bu durumda devrin uluslararası ofise tescili talebinde belirtilmesi gerekmektedir(Yönetmelik 78 md.).

B. Devralmaya Yetkili Kişi

Uluslararası markayı devralan kişinin Protokol'ün 2.1. maddesi gereğince, uluslararası marka tescili için ofise başvurma hakkına sahip kişilerden olması gereklidir(Protokol 9. md). Tescil başvurusunda bulunmaya hakkı olan kişiler Protokol'ün 2.1.i ve ii. bentlerinde açıklanmıştır. Bunlar, taraf ülkelerden birisinde

⁴⁴⁵ **KIRCA**, Madrid Sistemi, 134; **BAYRAM**, s.40.

⁴⁴⁶ **Von SCHLEI, Dirk Chistian**, Das Protokol Betreffend das Madrider Abkommen über die Internationale Registrierung Marken, Bern, 1993, s.43(Nakaden **KIRCA**, Madrid Sistemi, s.134, dp.133).

ikametgâhı bulunan, taraf ülkelerden birinin vatandaşı olan veya taraf ülkelerden birinde sınaî veya ticari bir işletme sahibi olan kişilerdir. Ayrıca Avrupa Birliği bünyesindeki ülkelerden birinde ikametgâhı olan veya sınaî veya ticari bir işletmesi bulunan kişilerde başvuru hakkına sahiptir.

Devralan kişinin şartları taşımaması durumunda, devrin uluslararası sicile tescil edilmemesi ihtimalinde devralan kişi, taraf ülkeler için milli tescil başvurularında bulunabilir⁴⁴⁷. Ayrıca uluslararası tescilli markanın devri, markanın tescilli olduğu ülkelerden bazılarında kabul edilmiş, bazılarında kabul edilmemişse, devrin kabul edilmediği ülkelerde devreden marka sahibi olarak gözükmeye devam edecektir⁴⁴⁸.

Uluslararası tescilli markayı, birden çok kişi devralmış ise, markayı devralanlardan her biri, markanın tescilli olduğu ülkeler açısından uluslararası tescil sahibi olmak için gerekli şartları taşımalıdır. Aksi halde devir, söz konusu taraf ülke açısından kaydedilmez(Yönetmelik 79 md.).

C. Tescil

Uluslararası tescilli markanın devrine ilişkin bildirimler marka sahibi veya menşe ofis tarafından gerçekleştirilir(Protokol 9. md, Yönetmelik 76. md.)). Ancak markayı devralan kişinin devrin tescili için başvurmaya hakkı olduğuna dair bir düzenleme yer almamaktadır.

Tescil talebinde bulunması gereken hususlar 77. madde ve onun yollamasıyla 25. madde de belirtilmiştir. Buna göre talepte, ilgili uluslararası tescilin numarasını, marka sahibinin ismi, 25 inci maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri uyarınca belirtilen, uluslararası tescilin yeni sahibi olarak talepte belirtilen gerçek veya tüzel kişinin isim ve adresini, devralanın uluslararası tescilin sahibi olmak için Anlaşma'nın 1 inci maddesinin ikinci fıkrası ve 2 nci maddesi veya Protokol'ün ikinci maddesinin birinci fıkrası uyarınca adına koşulları yerine getirdiği akit taraf veya tarafları, uluslararası tescilin sahibinde bir değişiklik olması durumunda, üçüncü fıkraya göre söz konusu devralanın adresi akit taraf topraklarında veya dördüncü fıkrada belirtilen akit taraflardan birisinin topraklarında değilse ve devralan herhangi bir akit tarafın uyruğu

⁴⁴⁷ KIRCA, Madrid Sistemi, s. 138

⁴⁴⁸ KIRCA , Madrid Sistemi, s.137.

veya bir akit teşkilata üye devletin vatandaşı olduğunu göstermedikçe, adına devralanın uluslararası tescilin sahibi olmak için şartları yerine getirdiği akit taraf veya akit tarafların birindeki devralanın işletmesinin adresi veya devralanın ikametgahını, devir tüm mal ve hizmetleri kapsamıyorsa ve belirlenen tüm akit tarafları ilgilendirmiyorsa, devrin ilgili olduğu mal ve hizmetler ve belirlenen akit tarafları, ödenen ücretlerin miktarı ve ödeme yöntemi belirtilmelidir.

3. Devrin Hükümü

Uluslararası tescilli markanın devri sonucunda markanın mülkiyeti devralana geçmektedir. Devrin sonuçlarının değerlendirilebilmesi için öncelikle menşe ülke ile WIPO arasındaki bağlantının açıklanması gereklidir.

Uluslararası marka tescilinde ilk beş yıl menşe ülkedeki esas tescile bağlıdır⁴⁴⁹. Menşe ülke neresidir? Uluslararası marka tescilinde bulunabilmek, menşe ülkede yapılmış bir marka tescil başvurusuna⁴⁵⁰ veya tescil edilmiş bir markaya sahip olmak şartına bağlanmıştır(Protokol 2.1.). Menşe ülke, Protokol'ün 2. maddesinde tanımlanmıştır. Bu maddelere göre; menşe ülke ofisi, uluslararası tescil başvurusunun konusunu oluşturan markanın, uluslararası tescil başvurundan önce tescil talebinde bulunduğu ülke, menşe ülke sayılır ve uluslararası başvuru, o ülke ofisi vasıtasıyla yapılır. Başvuru sahibi menşe ülkeyi belirlerken serbesttir⁴⁵¹. Şöyle ki, başvuru sahibi vatandaşı olduğu taraf ülkeyi, ikametgahının bulunduğu taraf ülkeyi yada ticari işletmesinin bulunduğu taraf ülkeyi, menşe ülke olarak tespit edebilir. Menşe ülkedeki tescile “esas tescil” denmektedir⁴⁵².

Protokol'ün 6. maddesi uluslararası tescilli markanın geçerlilik süresini ve söz konusu tescilin bağımlılığını düzenlemektedir. Bu madde gereğince uluslararası tescilli

⁴⁴⁹ OYTAÇ “kaynak ülke” terimini kullanmaktadır. OYTAÇ, Markalar Hukuku, s. 528.

⁴⁵⁰ Marka başvurusundan anlaşılması gereken kesinleşmiş marka başvurusudur. MarkKHK 23. madde anlamında gerekli belgeler tamamlanarak ücretin yatırılması sonucunda marka başvurusu kesinleşir(MarkKHK 23, 29/I, MarkKHK Yön. 10/II. Md.) KAYA, Marka Hukuku, s.73.

⁴⁵¹ Madrid Anlaşması gereğince ise menşe ülkede kesinleşmiş bir marka tescilinin bulunması gereklidir. Ayrıca başvuru sahibi sadece bir ticari işletmeye sahip olduğu ülkeyi menşe ülke olarak belirleyecek, buradaki ofis vasıtası ile başvurabilir. Bu ülkenin de Madrid Anlaşmasına taraf olan ülkelerden olması gereklidir. Başvuru sahibinin işletme sahibi olduğu ülke, Anlaşmaya taraf ülkelerden değil ise, başvuru sahibinin ikametgahının bulunduğu ülke aracılığıyla başvuru yapılır. Burası da taraf değilse, hangi ülkenin vatandaşı ise o ülke menşe ülke sayılır. Bu sisteme “kademeli dizi” adı verilir. BAYRAM, s.26.

⁴⁵² BAYRAM, s.15.

markanın koruma süresi 10 yıldır(Protokol 6.1). Uluslararası tescil tarihinden itibaren beş yıllık bir süre geçtikten sonra, uluslararası tescilli marka esas tescilden bağımsız hale gelir, ancak ilk beş yıl esas tescile bağlıdır(Protokol 6.2). Beş yıllık sürenin başlangıcı uluslararası tescilin yapıldığı tarihtir. Başvurunun menşe ofis tarafından alındığı tarih esas alınır. Ancak bunun için, başvurunun menşe ofis tarafından alınmasından itibaren 2 ay içinde, başvurunun uluslararası tescil ofisine ulaşması gereklidir. Bu tarihten sonra ulaşılmış ise, uluslararası tescil ofisine ulaştığı tarih dikkate alınacaktır(Protokol 3.4)⁴⁵³.

Uluslararası tescilin yapıldığı ilk beş yıl, esas başvuru/tescil üzerindeki işlemler uluslararası tescili etkileyecektir. Dolayısıyla esas tescilin herhangi bir şekilde sona ermesi durumunda, uluslararası tescil, dolayısıyla tescilli olunan ülkelerdeki koruma da sona erer. Bu kural “merkezi müdahale/merkezi saldırı” olarak adlandırılmaktadır⁴⁵⁴. Konu Protokol’ün 6.3. maddesinde düzenlenmiştir. Hüküm “*Herhangi bir devir işlemine konu olsun olmasın, uluslararası tescilden doğan koruma, uluslararası tescil tarihinden itibaren beş yıllık süre sona ermeden önce uluslararası tescilde listelenen mal ve hizmetlerin tümü veya bir kısmı ile ilgili, esas başvuru veya ona dayanan tescil ya da esas başvuru veya ona dayanan tescil ya da esas tescil, hangisi söz konusu ise, geri alındığı, hükmü kalmadığı, feragat edildiği veya ret, fesih, iptal veya geçersizlik konusunda kesin bir karar alındığı takdirde, devam etmez...*” şeklindedir. Buna göre uluslararası markanın tescil tarihinden itibaren beş yıllık süre sona ermeden önce, uluslararası tescilin yer aldığı mal ve hizmetlerin tümü veya bir kısmı ile ilgili olarak esas başvuru veya tescil geri alındığı, hükmü kalmadığı, feragat edildiği veya ret, fesih, iptal veya geçersizlik konusunda kesin bir karar alındığı takdirde, uluslararası tescilli markanın koruması da sona erecektir. Ayrıca davanın ilk beş yıl içinde açılması kaydıyla, ilk beş yıldan sonra esas tescilin hükümsüzlüğüne karar verilmesi durumunda da, uluslararası tescil sona erecektir(Protokol 6.3.i, ii, iii.). Esas tescil hakkındaki davaların ilk beş yılda başlaması şartıyla, kural olarak beş yıllık sürenin bitimi ile bağımsızlaşan uluslararası tescil sahibi, bu davalar sonuçlanmadan, hükmün uygulanmasının önüne geçmek amacıyla menşe ülkedeki tescilinden

⁴⁵³ KIRCA, Madrid Sistemi, s.80.

⁴⁵⁴ KIRCA, Madrid Sistemi, s.112; BAYRAM, s.35.

vazgeçemeyecektir. Esas tescilin durumunu bildirme yükümlülüğü menşee ofise aittir(Protokol 6.4.).

Hüküm başlangıç cümlesi “...herhangi bir devir işlemine konu olsun olmasın...” şeklindedir. Dolayısıyla markanın devredilmiş olması, uluslararası tescilli marka ile esas tescil arasındaki bağılılığı koparmamaktadır⁴⁵⁵. Bu nedenle uluslararası marka devredilmiş olsa dahi, ilk beş yıl esas tescil ile arasındaki bağı kopmamaktadır.

Bunun dışında uluslararası markanın devrini sicile tescil eden uluslararası büro, tescili diğer akit ülkelere bildirir. Bunun üzerine bu ülkelerden bazıları, devrin kendi ülkeleri bakımından geçerli olmadığını bildirebilirler(Yönetmelik 86. md). Bu ülkelerde marka devreden adına kayıtlı olmakta devam eder. Red kararını alan uluslararası büro ve reddedilen kısmi devreden adına ayrı bir uluslararası tescil olarak kaydeder(Yönetmelik 86. md.).

VII. TOPLULUK MARKASININ DEVRİ

1. Kavram

Topluluk marka sistemi, Avrupa Birliği'ne taraf olan tüm ülkelerde eşit marka koruması sağlamak ve tek bir başvuru ile tüm birlik ülkelerinde tescili amaçlamıştır⁴⁵⁶. Bu amaçla öncelikle Avrupa Birliği ülkelerinin markalar hakkındaki hukuk sistemlerini uyumlaştırmak amacıyla 89/104 sayılı Avrupa Topluluk Marka Yönergesi(İlk Konsey Direktifi), 21.12.1988 tarihinde kabul edilmiştir⁴⁵⁷. Arkasından 20.12.1993 tarihinde 40/94 sayılı Avrupa Topluluk Marka Tüzüğü⁴⁵⁸ kabul edilmiştir. Bu Tüzük ile uyumlaşma çabaları değil, ortak bir topluluk markası yaratılmıştır⁴⁵⁹.

Markanın uluslararası tescilinden farklı olarak markanın topluluk markası⁴⁶⁰ olarak tescil edilmesi durumunda, tek bir başvuru ile marka, Avrupa Birliğine dahil olan tüm ülkelerde tescil edilmektedir. Kural olarak marka başvurusunda bulunabilecekler

⁴⁵⁵ KIRCA, Madrid Sistemi, s.113; YASAMAN, Marka Hukuku, C.II, s. 913.

⁴⁵⁶ BAINBRIDGE, s. 707; ÖZCAN, s. 176; GÜLARI, *Sekinet Nur*, Avrupa Topluluk Markası Siteminin İncelenmesi, Ankara, 2008, TPE Markalar Dairesi Başkanlığı(Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi), s. 15 vd.; BAYRAM, s.50;

⁴⁵⁷ OJ.1989 L89/1.

⁴⁵⁸ OJ. 1994 L11/1.

⁴⁵⁹ ÖZCAN, s.179

⁴⁶⁰ OYTAÇ, “birlik markası” terimini kullanmaktadır. OYTAÇ, Markalar Hukuku, s. 492.

sadece Birlik üyesi ülkeler olacakken, Paris Sözleşmesine taraf olan tüm ülkelere söz konusu hak verilmiştir(Tüzük 5.1).

Topluluk Markası için tescil başvurusu ve tescil sistemi ufak farklarla, MarkKHK'nın hükümlerine benzemektedir. Zaten 40/94 sayılı Avrupa Topluluk Marka Tüzüğü, 556 Sayılı MarkKHK'nın mehzarını oluşturmaktadır.

Topluluk markasının tescilinde ve korunma sürecinde, uluslararası tescilli marka da olduğu gibi menşe ofis bağlantısı bulunmamaktadır. Topluluk markası bağımsız bir marka hakkıdır. Dolayısıyla tek başına hukuki işlemlere konu olabilmektedir⁴⁶¹.

2. Kapsam

Topluluk markasının tescil edildiği mal ve hizmetlerin tamamı veya bir kısmı için devri mümkündür(Tüzük 17.1 md.). Bununla birlikte bir işletmenin tamamının devri, aksi kararlaştırılmadığı sürece, işletmeye ait olan markanın da devri sonucunu doğuracaktır⁴⁶².

3. Koşullar

A. Sözleşme

Topluluk markasının devri için taraflar arasında yazılı yapılacak sözleşmenin imzalanması yeterlidir⁴⁶³. Bunun dışında devir geçerliliği için başkaca bir şart öngörülmemiştir(Tüzük 17.2, 3 md.).

Ayrıca markanın bir ticari işletme ile birlikte ve mahkeme kararıyla devredilmesi durumunda, devrin yazılı sözleşme ile yapılmasına gerekmeyecektir.

B. Tescil

Markanın devrinin sicile tescili taraflardan biri tarafından talep edilebilecektir. Tescil sadece açıklayıcı etkiye sahiptir. Ancak tescil gerçekleşmediği sürece, markanın tescilinden doğan yetkileri üçüncü kişilere karşı kullanamayacaktır(Tüzük 17.5 ve 6.

⁴⁶¹ CORNISH/LLEWELYN, s.685.

⁴⁶² BAINBRIDGE, s.718; CORNISH/LLEWELYN, s. 685.

⁴⁶³ CORNISH/LLEWELYN, s. 685; BAINBRIDGE, s.718.

md.). Ancak devirden haberdar olan kişilere karşı devir tescil edilmese dahi geçerlidir(Tüzük 23. md.).

Devrin tescil edilmediği sürece üçüncü kişilere karşı geçerli olmaması kuralının istisnaları mevcuttur. Eğer marka işletme ile birlikte veya külli halefiyetin öngörüldüğü başkaca bir devir şekli ile devralınmış ise, devir sicile tescil edilmese dahi herkese karşı ileri sürülebilecektir.

MarkKHK 16/V. maddesine benzer bir hüküm Tüzük'te yer almamaktadır. Bununla birlikte devir sonucunda halkın markanın coğrafi kaynağı, kalitesi ve niteliğinde açıkça yanılgıya düşeceğinin anlaşılması üzerine devir sicile tescil edilmeyecektir⁴⁶⁴. Bu durumda devir konusu markanın tescilli olduğu mal ve hizmetlerde sınırlamaya gidilebilir. Bu şekilde markanın devrinin sicile tescili mümkündür.

Bir hüküm ise tescil işlemi gerçekleştirilmediği sürece ofis, marka sahibi olarak kayıtlı olan kişiyi yani devredeni tebliğlerinde muhatap alacaktır(Tüzük 17. son ve 77. md.).

4. Devrin Hükümü

Topluluk markasının devri ile markanın mülkiyeti devralana geçmektedir. Ancak devrin sicile tescili gerçekleştirilmediği sürece, ofis tebligatları marka sicilinde kayıtlı olan kişiye karşı gerçekleştirecektir.

Konu daha önce incelendiği için, burada tekrardan kaçınmak adına sadece söz konusu açıklamalarımıza atıfta bulunmakla yetiniyoruz.

§ 3. MARKA DEVRİNİN HÜKMÜ

I. DEVREDEN AÇISINDAN HÜKMÜ

Markanın devri ile devreden marka üzerindeki mülkiyet hakkını devralana geçirmektedir. Bu şekilde devreden marka üzerinde kullanma, yararlanma ve tasarruf hakkı kalmamıştır. Devir ile devreden marka üzerindeki tüm haklarını devretmiştir.

⁴⁶⁴ Devrin halkı yanılgıya düşürmemesi gerektiğine ilişkin kural hem İngiliz Marka Hukukunda hem de Topluluk Markasının devrinde geçerlidir. **CORNISH/LLEWELYN**, s.686; **BAINBRIDGE**, s.718.

Bununla birlikte gerçekte devreden bazı yükümlülükler üstlenmiştir. Devreden devrettiği markasının benzeri başka bir işareti, benzer mal ve hizmetlerde kullanmak amacıyla marka olarak tescil ettiremeyecektir. Bu tarz bir başvuru ihtimalinde, Enstitü başvuru konusu markayı, önceden devredilen benzer markayı mesnet göstererek reddedecektir. Dolayısıyla devreden markasını devretmekle, markaya ilişkin öncelik hakkını da devretmiştir. Bu nedenle artık marka ve benzerleri üzerinde gerçek hak sahipliği iddiasında bulunarak devrettiği markasının hükümsüzlüğünü de talep edemeyecektir⁴⁶⁵.

Ayrıca devreden markasını devretmekle, sadece benzer markalar için tescil başvurusunda bulunmamayı değil, aynı zamanda devrettiği markası ile iltibas yaratarak, haksız rekabet meydana getirecek başkaca bir işareti kullanmamayı da taahhüt etmiş sayılır. Yargıtay da 13.10.1997 tarihli kararında, CESAN isimli markasını devrettikten sonra, ticaret unvanında bulunan aynı kelimeyi markasal olarak kullanan devreden hareketini hukuka aykırı bulmuştur. Olayda davalı markasını devrettikten sonra, aynı kelimeyi ticaret unvanında bulunduğu bahisle marka olarak kullanmaya devam etmiştir. İlk derece mahkemesi, marka devir sözleşmesinden sonra aynı kelimenin unvan olarak kullanılmayacağına karar vermiştir. Ancak Yargıtay marka devir sözleşmesinde ticaret unvanının devredildiğine⁴⁶⁶ dair bir bilginin yer almadığını, bu nedenle unvanın kullanılabilirliğini, bununla birlikte unvanın devredilen marka ile iltibas yaratacak şekilde kullanılmayacağı gerekçesi ile kararı bozmuştur⁴⁶⁷. Ardından mahkeme bozma kararına uymuş ve ticaret unvanının devredilen marka ile iltibas yaratacak şekilde kullanılmayacağına karar vermiştir. Ancak bu sefer Yargıtay 01.02.1999 tarihli kararı ile mahkemenin mevcut durumunun haksız rekabet ve markaya

⁴⁶⁵ **KAYA**, Marka Hukuku, s.216.

⁴⁶⁶ TTK 51. madde gereğince ticaret unvanı işletmeden ayrı olarak devredilemez. Aksi TTK 53/II. maddesi gereğince cezai müeyyideyi gerektirir. Ticaret unvanının devredilebilmesi için, ticari işletmenin de devredilmesi gerekmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **ARKAN**, Ticari İşletme, s. 260; **ASLANLI**, s. 96; **KARAHAN**, Ticari İşletme, s. 148; Yarg. 11 HD. T. 25.06.2002, E. 3988/K. 6575, **ERİŞ**, Şerh, C.I, s.879; Hatta ticaret unvanı tek başına devredilemeyeceği için, şirketlere sermaye olarak getirilmesi mümkün değildir. **ÖÇAL, Akar**, Ticaret Unvanının Devri, EİTİAD, 1973, C.9, S.1, s. 274.

⁴⁶⁷ **CAMCI**, s.66; **KANTEK, Tomris**, “Markanın Devri”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, S. 125, 2005, s. 86.

tecavüz teşkil ettiğini tespit etmesine rağmen, bu eylemlerin etkilerinin ortadan kaldırılmasına yönelik karar verilmediğinden bahisle kararı bozmuştur⁴⁶⁸.

Devreden, devir ile marka üzerindeki tüm haklarını yitirmiş olmakla birlikte, henüz devir işlemi marka siciline tescil edilmediyse, sicilde marka sahibi olarak gözükmeye devam edecektir. Bu nedenle devirden habersiz olan Enstitü bütün tebliğleri marka sicilinde marka sahibi olarak kayıtlı olan kişiye yapacaktır. Enstitü'nün yapacağı tebliğlerde, marka sicilinde adı yazılı olan kişiyi muhatap olarak alacağı Mülga MarkKHK Yön. 22/IV. fıkrasında açıkça düzenlenmekteydi. Konuyla ilgili MarkKHK'de özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Topluluk Tüzüğü'nün 17.8 maddesinde ofisin yapacağı bildirimleri, marka sicilinde kayıtlı olan kişiye yapacağı belirtilmiştir. Bu düzenlemeye uygun olarak da MarkK Tasarısı 38. maddenin son fıkrasında⁴⁶⁹ devir marka siciline kaydedilmediği sürece Enstitü tarafından hak sahibine yapılacak tebliğlerin marka sicilinde kayıtlı olan kişiye yapılacağı açıkça düzenlenmiştir.

Bununla birlikte devredilen marka ile ilgili davaların kime karşı açılacağı konusu tartışmalıdır. Devir ile devredenın dava ehliyeti sona erdiği ve kendisine karşı dava açılmayacak olmakla birlikte⁴⁷⁰, devir tescil edilmediği sürece, üçüncü kişiler sicilde marka sahibi olarak gözüken kişiye dava açmakta haklı olacaklardır. Ayrıca üçüncü kişilerin markanın maddi hukuk bakımından sahibinin kim olduğunu araştırma yükümlülükleri olduğu söylenemez. Tescilin etkilerinin anlatıldığı bölümde⁴⁷¹ konu ayrıntıları ile açıklanmış olmakla birlikte, burada kısaca değinmeyi uygun buluyoruz. Öğretide marka davalarının, sicilde hak sahibi olarak görünen kişiye karşı açılacağı

⁴⁶⁸ “ ... taraflar arasındaki marka devir sözleşmesinin unvanında devri anlamına gelmeyeceği, ancak davalının da unvanında yer alan C. Kelimesinin davacı markası ile itibas yaratmayacak şekilde kullanması gereğine işaret edilerek, davalının eyleminin haksız rekabet oluşturduğu vurgulanarak ileriye dönük olarak davalının unvanı kullanılmasına engel olmayacak bir hüküm tesis edilmesi gereğine işaret edilmiştir. Bu durumda mahkemece bozmaya uyularak hüküm tesis edilirken haksız rekabetin varlığını tespit ile tüm sonuçları ile ortadan kaldırılmasına karar verilmesi gerekirken, mevcut duruma ilişkin hüküm tesis edilmeksizin sadece geleceğe yönelik karar tesisi doğru görülmemiş ve kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.” Yarg. T. 01.02.1999, E. 1999/8726, K. 1999/312, **NOYAN**, s. 904 vd.

⁴⁶⁹ MarkK Tasarısı 38/son “Markaya ilişkin mülkiyet değişikliği sonucunu doğuran hukuki işlemler, Sicile kaydedilmediği sürece, Enstitü tarafından hak sahibine yapılacak bildirimlerde mevcut Sicil kaydı esas alınır.”

⁴⁷⁰ **KAYA**, Marka Hukuku, s.216.

⁴⁷¹ Bkz. s. 75 vd.

belirtilmektedir⁴⁷². Yargıtay'ın konu hakkında son üç kararını incelediğimizde farklı sonuçlara ulaştığını görmekteyiz. Yargıtay 29.09.2005 tarihli ve 20.02.2007 tarihli kararlarında, hükümsüzlük davasının marka sicilinde kayıtlı olan kişiye karşı açılması gerektiğini belirtmiştir⁴⁷³. Buna karşı Yargıtay'ın 13.11.2008 tarihli kararında, davanın marka sicilinde kayıtlı olan kişiye karşı değil, markayı devralan gerçek marka sahibine karşı açılması gerektiği belirtilmiştir⁴⁷⁴. Yargıtay'ın belirtilen son kararının doğru bir sonuca ulaşmadığı, markanın devredildiğini bilmeyen ve bilebilecek durumda olmayan üçüncü kişinin, marka sicilinde kayıtlı olan kişiye karşı dava açması durumunda, bu kişinin iyiniyetinin korunması gerektiği kanaatindeyiz. Markayı geçerli şekilde devralan gerçek marka sahibinin de davaya müdahil olabilmesi mümkündür. Ayrıca MarkKHK'da bu yönde bir hüküm bulunmamakla birlikte, Markalar Kanun Tasarı'sının konuya açıklık getirdiği görülmektedir. Tasarı'da markanın hükümsüzlüğü davasının marka sicilinde marka sahibi olarak kayıtlı kişiye karşı açılacağı açıkça

⁴⁷² **KAYA**, Marka Hukuku, s.335; **ARKAN**, Marka Hukuku, C.II, s. 187; **KARAHAN**, Hükümsüzlük, s.143; **ÜNAL**, s.70.

⁴⁷³ "...hükümsüzlük davasının markanın sicilde adına kayıtlı olan kişiye karşı açılması gerektiği, marka devrinin 26.12.2003 tarihinde gerçekleştirildiği, davanın devirden sonra açıldığı, davaya dahil edilmek suretiyle hasım ilavesinin veya davalının değiştirilmesinin de mümkün bulunmadığı gerekçesiyle davanın husumet nedeniyle reddine karar verilmiştir..." Yarg. 11 HD. T. 29.09.2005, E. 2004/11665, K.2005/8923, [www.legalbank.com.\(12.02.2009\)](http://www.legalbank.com.(12.02.2009)); Aynı yönde "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 sahibi olarak gözüken kişiye (devredene) karşı açılması" gerekeceğini belirtmiştir. Yarg. 11 HD. T. 20.02.2007, E. 2005/11945, K. 2007/3193, [www.legalbank.com.\(12.02.2009\)](http://www.legalbank.com.(12.02.2009)).

⁴⁷⁴ "556 sayılı KHK'nin 16 ncı maddesi hükmü uyarınca, markanın devri tasarrufi bir işlem olup, özü itibariyle bir hakkın yani alacağın temlikî sonuçlarını doğurur. Devir işlemi ile birlikte marka hakkı devreden malvarlığından çıkarak, devralanın malvarlığına dahil olur. Devrin marka siciline kaydedilmesi, kazandırıcı değil, bildirici etkiyi haizdir. Bu bakımdan usulüne uygun bir devrin varlığı halinde, terkin davasının sicilde marka hakkı sahibi olarak görünen kişiye karşı değil, devralan gerçek malik aleyhine açılması gerekir. Somut uyuşmazlıkta, davacı tarafından terkin istenen markalar noter satış sözleşmesi ile dava tarihinden önce dava dışı Hotic Kozmetik San. Ve Tic. Ltd. Şti. 'ne devredilmiştir. Bu durumda, mahkemece davalının davada pasif husumet ehliyeti bulunup, bulunmadığı değerlendirilerek sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, davanın esasına girilerek yazılı şekilde hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir." Yarg. 11 HD. T. 13.11.2008, E. 2007/8525, K. 2008/12811, **Batider**, 2008, C.XXIV, S.4, s.315.

belirtilmiştir(MarkK Tasarı 48/II. md)⁴⁷⁵. Tasarı'nın düzenlemesinin de görüşümüzü destekler nitelikte olduğunu anlaşılmaktadır.

II. DEVRALAN AÇISINDAN HÜKMÜ

Markanın geçerli ve usulüne uygun şekilde devri ile devralan marka üzerindeki mülkiyet hakkını, dolayısıyla markayı kullanma, yararlanma ve üzerinde tasarrufta bulunma haklarını⁴⁷⁶ da kazanmıştır. Bu işlemten sonra yapılacak tescil, üçüncü kişileri devirden haberdar etmeye yöneliktir(MarkKHK 16/IX). Ancak garanti ve ortak markasının geçerli şekilde devredilebilmesi için devrin marka siciline tescili zorunludur (MarkKHK 60 md.).

Markanın devredilmesi sonucunda markanın hukuki statüsünde değişiklik meydana gelmeyecektir. Bu ifadenin bir çok sonucu vardır. Öncelikle markanın 10 yıllık koruma süresi(MarkKHK md. 40 md.), markanın devri halinde yeniden başlamayacaktır. Marka tescil tarihinden itibaren kaç yıl sonra devredildi ise, devralan geriye kalan sürede markayı kullanma hakkına sahip olacaktır⁴⁷⁷.

Ayrıca marka sahibi markasını tescil ettirdiği mal ve hizmetlerde kullanmakla yükümlüdür. Markanın tescil tarihinden⁴⁷⁸ itibaren beş yıl, haklı bir gerekçe olmaksızın

⁴⁷⁵ MarkK Tasarı 48/II “*Markanın hükümsüzlüğü davası, Sicilde marka sahibi olarak kayıtlı kişiye karşı açılır. Bu davalarda Enstitü taraf gösterilmez. Açılan dava, Sicilde marka üzerinde hak sahibi olarak kayıtlı kişilere ihbar olunur.*”

⁴⁷⁶ **KAYA**, Marka Hukuku, s. 215.

⁴⁷⁷ **ARKAN**, Marka Hukuku, C.II, s.187; **YASAMAN**, Marka Hukuku, C.II, s.689; **ÖZEL**, s.40; **BİLGİLİ**, Markanın Devri, s. 43; **ÇAMLIBEL TAYLAN**, s.248.

⁴⁷⁸ 556 sayılı KHK'nin 39. maddesinde belirtilen aşamalardan geçerek tescil edilen markaya “Marka Tescil Belgesi” verilir. Bu belgenin verilmiş tarihi tescil tarihidir ve marka sahibinin bu tarihten sonra markayı tescil ettirdiği mal ve hizmetlerde kullanma yükümlülüğü başlar, **KARAHAN**, Hükümsüzlük, s. 131; **DİRİKKAN**, Hanife, “*Tescilli Markayı Kullanma Külfeti*”, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998, s.246(Kullanma Külfeti); **SERT, Selin**, Markanın Kullanılması Yükümlülüğü, Ankara, 2007, s. 88; **ŞANAL**, s.96; **ÖZARMAĞAN, Müge**, Marka Hakkının Kullanmama Nedeniyle Sona Ermesi, İstanbul, 2008, s. 43;

Alm.MarkK'da ise markanın kullanılma yükümlülüğüne ilişkin beş yıllık sürenin başlangıcı, mevzuatlarımız arasındaki farklılıklardan dolayı, farklıdır. Sistemi kısaca söyle özetleyebiliriz, AlmMarkK'sı gereğince, 8. maddede belirtilen mutlak red nedenlerini taşıyan marka başvuruları tescil edilmeyecektir. Ayrıca 37. madde ile marka başvurusunun 8. maddesinde belirtilen mutlak red nedenleri açısından ve 10. maddesi gereğince tanınmış marka olup olmadığının denetimine tabidir. Gerekli belgeleri tamamlayarak, 37.madde incelemesinden olumlu geçen marka başvuruları 41. maddeye uygun olarak tescil ve ilan edilir. 42. madde gereğince, bu tarihten itibaren 3 ay içinde tescil edilmiş olan markanın 9.maddesayılmış olan nisbi red nedenleri gereğince iptali istenebilir. Markanın kullanma yükümlülüğü ve tolerans süresi olan beş yıl, markanın 41. madde gereğince tescilinden sonra başlar(MarkenG 25/I, 26.5). **BERLİT, Wolfgang**, Markenrecht, Münih, 2008, s. 246 vd., s.257.

kullanılmaması veya kullanıma beş yıl kesintisiz ara verilmesi durumunda markanın iptaline karar verilebilecektir ve bu ihtimal markanın hükümsüzlük nedenleri arasında yer almaktadır(MarkKHK 14, 42/I-c md)⁴⁷⁹. Bu durumda da devreden tarafından uzun süredir kullanılmamış markanın, devredilmesi ile yeni beş yıllık süre başlamayacaktır⁴⁸⁰.

Devralma sonucunda markaya yeni bir tescil numarası verilmez. Zira devir marka siciline kaydı, yeni bir tescil değildir. Dolayısıyla, markanın devrinin marka siciline tescili talebi sırasında, Enstitü markayı yeni bir tescil başvurusu gibi değerlendirip, mutlak red nedenleri açısından incelemeye tabii tutamayacaktır. Enstitü hükümsüzlük nedenlerinden birinin varlığına inanıyorsa, dava açarak hükümsüzlük talep etme hakkına sahiptir(MarkKHK 42, 43 md.).

Amerikan Hukukunda tescilli markaya kullanım zorunluluğu getirilmiş olmakla birlikte, bu süre tescilden itibaren 3 yıl olarak düzenlenmiştir.(Lanham Act (15 USC, S.1127), **STIM, Richard**, Patent, Copyrigt & trademark, New York, 2009, s. 380.

Nitekim, marka hükümsüzlük davalarında süre Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun kararına göre başvuru tarihinden değil, tescil tarihinden itibaren başlayacaktır. "...tescil belgesinde yer alan ve KHK'nin 40. maddesi gereğince marka başvurusu tarihi olduğu belirgin olan tarih tescil tarihi olmayıp, hükümsüzlüğe ilişkin dava süresinin başlangıcına da esas alınamaz.O halde, 5 yıllık dava açma süresine başlangıç alınarak tarihin tespitinde "tescil" konusunda açık düzenleme içeren KHK.39. maddesine gidilecektir. Bu maddede tescil için gerçekleştirilecek prosedür açıklanmakta ve sonuçta tüm aşamaların tamamlanmasıyla, markanın tescil edilerek sicile kaydedileceği, ifade edilmektedir. İşte bu tescil ve sicile kayıt tarihi hükümsüzlük davası açma süresinin başlangıcına esas alınacak "tescil" tarihidir." Yar. HGK E. 2007/11-974, K. 2007/962, T. 12.12.2007, www. kazanci.com.tr.; aynı yönde Yarg.11.HD. 09.04.2001, 2001/844-3429 gün ve sayılı kararı, **NOYAN**, s.411, dp.296.

⁴⁷⁹ MarkKHK 14/I. fıkrasında haklı bir gerekçe olmadan beş yıl aralıksız kullanılmayan markanın iptal edileceğini düzenlemiş, 42. maddesinde ise 14. maddeye yaptığı atıf ile markanın hükümsüzlük hallerini düzenlemiştir. 44. maddesinde ise hükümsüzlük kararının etkisi geçmişe etkili olacağı belirtilmiştir. Görüldüğü gibi Kararname hükümsüzlük ve iptal kavramlarını bir arada düzenlemiştir. Oysa ki, öğretideki hakim görüş her iki durumun markada ayrı etkilerinin kabul edilmesi gerektiği yönündedir. Hükümsüzlük kararının geçmişe etkisi nedeniyle, marka hiç tescil edilmemiş sayılacakken; iptal kararının etkisi ileri yöneliktir ve talep tarihinden itibaren hüküm ifade eder. Markanın tescil edilmesinin ardından, ortaya çıkan engellerden dolayı markanın iptali gereklidir. Bu nedenle hükümsüzlük ve iptalin etkileri ayrı ayrı düzenlenmelidir. Öğreti özellikle kullanmama dolayısıyla markanın hükümsüzlüğünde, kararın etkisinin beş yıllık sürenin bitimi tarihinden itibaren hüküm ifade etmesi gerektiğini belirtmektedir, **KARAHAN**, Hükümsüzlük, s.150; **KAYA**, Marka Hukuku, s. 344; **SERT**, s.107; **DİRİKKAN**, Kullanma Külfeti, s. 275; **YASAMAN**, Marka Hukuku, s. C.I, s.655; **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 452; **ARKAN**, Marka Hukuku, C. II, s. 167-168. Markalar Kanun Tasarısında ise hükümsüzlük terimi kullanılmıştır. Tasarıda markanın kullanım yükümlülüğünün düzenlendiği 14. maddesinde "hükümsüzlük" ifadesi tercih edilmiştir. Ancak hükümsüzlüğün etkileri iki ayrılarak belirtilmiştir. Bazı hallerde hükümsüzlük kararı tescil tarihinden itibaren, bazı hallerde ise hükümsüzlük talebinin yapıldığı tarihten itibaren etkili olacağı Ancak hükümsüzlük nedenleri, daha önceki bir tarihte doğmuş olduğunun bilinmesi halinde ve talep üzerine, hükümsüzlük kararının bu tarihten itibaren etkili olacağına da karar verilebilir(MarkK Tasarısı 14, 47, 49. md.).

⁴⁸⁰ **ARKAN**, Marka Hukuku, C.II, s.188; **YASAMAN**, Marka Hukuku, C.II, s.690; **ÖZARMAĞAN**, s.44; **BİLGİLİ**, Markanın Devri, s.431, 432.

Marka, üzerindeki haklarla ve yükümlülüklerle⁴⁸¹ birlikte devralınır. Örneğin markayı devralan markanın önceki sahibi zamanındaki tanınmışlıktan yararlanabilir⁴⁸². Ayrıca MarkKHK’de açık hüküm olmamakla birlikte, MarkKHK Yönetmeliğin 21/II ve 22/I. maddelerinde marka üzerindeki rehin ve haczin, markanın devrine engel olmayacağı düzenlenmiştir. Bunun anlamı markanın, marka sicilinde tescilli olan rehin, lisans, haciz gibi haklarla birlikte devralınacağıdır⁴⁸³.

MarkKHK 42. maddesi gereğince markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesi durumunda, kararın marka üzerindeki etkileri MarkKHK 44. maddesinde açıklanmıştır. Madde gereğince, markanın hükümsüzlüğü geçmişe etkilidir. Bunun anlamı marka üzerinde tescille kazanılan hakkın, tescil edildiği tarihten itibaren geçersiz olacaktır⁴⁸⁴. Ancak bu kuralın iki istisnası söz konusudur(MarkKHK 44/II-a,b md.). İlk olarak

⁴⁸¹ **KAYA**, Marka Hukuku, s.215.

⁴⁸² “ Davacı şirket adına tescilli marka başlangıçta 29.09.1995 tarihinde geçerli olarak dava dışı A Ltd. Şti. adına tescil edildikten sonra, 04.12.2000 tarihinde yine dava dışı B Holding’e devredilmiş ve nihayet 03.10.2002 tarihinde davacıya devredilmiştir. Dava dosyasına sunulan delillerden markanın dava dışı B Holding tarafından 04.12.2000 tarihinde devralınmasından sonraki kullanımı sonucu 556 sayılı KHK 8/4 maddesi anlamında tanınmış marka haline getirildiğine karar verilmiştir. Karar da davacının ancak bu tarihten sonraki tanınmışlıktan yararlanabileceği belirtilmiştir.Yarg. 11 HD. T. 15.02.2008, E. 2008/755, K. 2008/2033, www.legalbank.com.tr.

Aynı yönde “.. dava sırasında davacının, markasını HSBC Bank A.Ş. ne devrettiği, bankanın bu davaya devam ettiği, devralanın devredenin tanınmışlık düzeyinden yararlanacağı gerekçesiyle, davanın kabulüne karar verilmiştir” Yarg. 11 HD. T. 19.04.2004, E. 2003/9746, 2004/4252, **NOYAN**, s.336.

⁴⁸³ Yargıtay 09.03.2000 tarihli “*MEYSU*” kararında, taraflar arasındaki devir sözleşmesi, markalar üzerinde haciz bulunduğu bahisle marka siciline tescil edilmemiştir. Yargıtay ihtisas mahkemesinin kararını onayarak, “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. maddesinde markaların haczini özel olarak düzenlemiş ve İİK.nun haciz yolu ile takipteki 86. maddesine yollama yapmadan, markaların işletmeden bağımsız olarak haczedilebileceği ve haczin sicile kayıt ve keyfiyetin yayınlanacağını öngörmüştür. Yasa koyucunun bu düzenleme ile yetinmesi çok doğaldır. Zira, menkul mallarla ilgili İİK.nun 86/1. maddesinin getirdiği tasarruf yetkisini sınırlama, o menkul malın zilyet değiştirmesi halinde alacaklının bundan zarar görmesini önlemeye yöneliktir. Sicile kayıtlı ve devir işlemleri de ancak sicil üzerinden oluşabilecek marka hakkı bakımından bu sınırlandırmaya gerek yoktur. Haczin sicile şerhi ile o markayı devir alacak kişilerin bu yükümlülükle marka hakkını üzerlerine aldıklarının kabulü gerekir. Bu durumda da haciz alacakların devir işleminden, devir alan kimse bakımından da onu bağlayacak diğer bir deyişle haciz prosedürü işlemeye devam edeceğini belirtmiştir. E. 1999/8623, K.2000/2232, **NOYAN**, s. 339; aynı karar **YASAMAN**, Marka Hukuku, C.II, s.727. Buna karşılık Danıştay 28.01.1997 tarihli kararında, davanın açıldığı tarihte yürürlükte olan mülga 551 Sayılı Markalar Kanunu çerçevesinde hacizli markanın devredilebilmesi için İİK 86. maddesi gereğince alacaklının ve icra memurunun izninin alınmasının gerektiği, aksi halde hacizli markanın devredilemeyeceği belirtilmiştir. E.1996/8828, K.1997/24, **YASAMAN**, Marka Hukuku, C.II, s. 724 vd.

⁴⁸⁴ **ARKAN**, Marka Hukuku, C.II, s.167; **ÖZEL**, s.140.

hükümsüzlük kararından önce, mahkeme tarafından markaya tecavüz nedeniyle verilmiş ve uygulanmış kararlar geçerliliklerini koruyacaklardır (MarkKHK 44/II-a md.). Diğer istisna ise markanın hükümsüzlüğüne karar verilmeden önce, yapılmış ve uygulanmış sözleşmelerin, hükümsüzlük kararından etkilenmeyeceğidir. Bu ifade ile taraflar arasında yapılan marka devir sözleşmesinin, hakkaniyet ve dürüstlük kuralına uygun olarak, geçerliliğini koruyacağı sonucuna ulaşılmaktadır⁴⁸⁵. Aksi düşünüldüğün de markanın hükümsüzlüğüne ilişkin kararın geçmişe etkisi ile devralanın devraldığı marka da ilk tescil tarihinden itibaren yok sayılacaktır⁴⁸⁶⁴⁸⁷. Oysa söz konusu istisna ile hükümsüzlük kararından önce yapılmış sözleşme geçerli kabul edilmekte ve haklı sebepler ve hakkaniyet düşüncesi ile sözleşme gereğince ödenmiş bedelin kısmen veya tamamen iadesinin mümkün olabileceği düzenlemiştir.

Marka hakkında hükümsüzlük kararı, devirden hemen sonra verilmiş ise, devralan markayı hiç kullanmadığı ve kullanamayacağı için, ödediği devir bedelinin tamamının iadesini isteyebilecektir⁴⁸⁸. Ancak devralanın markayı bir süre kullanmasının ardından, hükümsüzlük kararı verildiği takdirde, ödenen bedelin bir kısmının geri istenmesi hakkaniyete daha uygun olacaktır.⁴⁸⁹

Devralanın, devir sözleşmesi nedeniyle ödediği miktarın iadesini talep hakkının yanında, devredenın hükümsüzlük sebeplerini veya hükümsüzlük davasını bilerek markayı devretmiş olması durumunda, tazminat talep hakkı da vardır(MarkKHK 44/II. md.)⁴⁹⁰. Devralanın hükümsüzlük davasını bilmesi durumunda, devredenın sorumluluğu söz konusu olmamalıdır⁴⁹¹.

⁴⁸⁵ "...marka hakkının devrinden hemen sonra devir konusu markanın hükümsüzlüğüne karar verilirse, devralan marka hakkından yararlanamayacak demektir. Bu durumda devralan ödediği bedelin iadesini isteyebilecektir" **ARKAN**, Marka Hukuku, C.II, s.169, 188; Aynı yönde **OKTAY**, s.108; **GÜRZUMAR**, Franchise, s. 134; **KAYA**, Marka Hukuku, s. 346.

⁴⁸⁶ **KAYA**, bedelin iade edilebilmesi için hükmün açık ifadesi ile sözleşmenin yapılmış ve uygulanmış olması gerektiğini vurgulamıştır. Yazar "...sözleşme akdedilmiş, ancak henüz uygulanmamışsa, örneğin karşılıklı edimler kısmen veya tamamen yerine getirilmemiş, üretim lisansı sözleşmesi gereğine henüz üretime başlamamış ise istisna uygulanmayacaktır." **KAYA**, Marka Hukuku, s.346; Aynı yönde **ONGAN**, s. 834 vd.

⁴⁸⁷ Bu durumda sözleşmenin imkansızlık nedeniyle geçersizliği(BK 20/I md.) ile devralanın sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümlerle bedelin iadesini talep edebilecektir. **ARKAN**, Marka Hukuku, C.II, s.188.

⁴⁸⁸ **ARKAN**, Marka Hukuku, C.II, s. 188; **KARAHAN**, Hükümsüzlük, s.152;

⁴⁸⁹ **KARAHAN**, Hükümsüzlük, s. 152; **ARKAN**, Marka Hukuku, C.II, s.188; **MERAN**, s.177

⁴⁹⁰ **ÇAMLIBEL TAYLAN**, s. 214; **ARKAN**, Marka Hukuku, C.II, s.188; **ONGAN**, s. 836.

⁴⁹¹ **ARKAN**, Marka Hukuku, C.II, s.189; **BİLGİLİ**, Markanın Devri, s. 432.

Son olarak devam eden bir dava sırasında, dava konusu markanın devredilmesi ihtimalinde, markayı devralan kişinin konumu değerlendirilmelidir. Defalarca belirttiğimiz üzere, taraflar arasında yapılacak yazılı sözleşmenin imzalanması ile marka üzerindeki mutlak hak devralana geçmiştir. Söz konusu işlem dava sırasında gerçekleştiği takdirde, devralan, mahkemeden marka ile ilgili davaya, davacı/davalı sıfatına sahip olduğunu iddia ederek, müdahil olarak katılmayı isteyecektir. Bu durumda mahkeme öncelikle taraflara HUMK 186. maddesinden doğan seçimlik haklarını hatırlatacaktır. Verilecek cevaba göre, davayı devralana karşı devam ettirecek veya devralanın davalı olması durumunda davayı tazminat davasına çevirebilecektir(HUMK 186 md.). Konu aşağıda ayrıntılı olarak incelenmiştir⁴⁹².

III. ÜÇÜNCÜ KİŞİLER AÇISINDAN HÜKMÜ

Markanın devri ile marka üzerinde mülkiyet dışında bir hak sahibi olan üçüncü kişiler, bu hakları markayı devralandan talep edecekleridir. Ancak burada üçüncü kişinin marka üzerinde sahip olduğu hakkın marka siciline tescil edilip edilmediğine bakılarak ikili bir ayırım yapılması gerekmektedir.

Örneğin, devirden önce marka üzerinde üçüncü kişiye lisans hakkı verilmiş olabilir(MarkKHK 20 vd.). Bu lisans hakkı, marka siciline tescil edilmediği ihtimalde, iyiniyetli üçüncü kişi konumunda olan devralana karşı ileri sürülemeyecektir(MarkKHK 10. md.). Devir sözleşmesinde üçüncü kişi konumundaki lisans alan, devralan ile yeni bir lisans sözleşmesi yapmak zorundadır. Ancak lisans hakkı marka siciline tescil edilmiş ise devralan markayı üzerindeki lisans hakkı ile devralmıştır. Böylece üçüncü kişi lisans sözleşmesinden doğan haklarını devralana karşı da ileri sürebilecektir⁴⁹³.

Marka üzerinde üçüncü kişi lehine rehin kurulması da mümkündür(MarkKHK 18 md.). Rehin sözleşmesinin taraflar arasında geçerli şekilde kurulması için yazılı şekilde yapılması yeterlidir; sözleşmenin marka siciline tescili zorunlu değildir⁴⁹⁴.

⁴⁹² Bkz. 158 vd.

⁴⁹³ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. ; **ÖZEL**, s.62; **ÜNAL**, s. 173,174; **KAYA**, Marka Hukuku, s. 225; **YASAMAN**, Marka Hukuku, C.II, s. 747; **OKTAY**, s. 68; **MERAN**, s.183

⁴⁹⁴ **ARKAN**, Marka Hukuku, C.II, s. 179; **MERAN**, s. 171; **ÖZEL**, s.39; **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.427; **YASAMAN**, Marka Hukuku, s. 685; **KARAN/KILIÇ**, s.329; **UTKU**, s. 163 vd.; **BİLGİLİ**, Markanın Rehni, s. 444; **MERAN**, s. 171; **ÇAMLİBEL TAYLAN**, s. 248; **KAYA**, Marka Hukuku, s. 223.

Bunun yanında, KHK bu hakkın da marka siciline tescil edilebileceğini düzenlemiştir(MarkKHK 18/II, MarkKHK Yön.22/I md.). Ancak madde de, rehin hakkının marka siciline tescil edilmemesinin üçüncü kişiler üzerindeki etkisi hakkında bir düzenleme yapılmamıştır⁴⁹⁵. Öğretideki genel kabul, MarkKHK 16/VII ve 21/X. maddelerinin kıyasen uygulanması ile rehnin duyurulması ve üçüncü kişilerin iyiniyet iddialarının bertaraf edilebilmesi için rehin sözleşmesinin, marka siciline tescil edilmesi gerektiği şeklindedir⁴⁹⁶. Sonuç olarak rehin sözleşmesi marka siciline tescil edilmediyse, üçüncü kişi rehinden doğan haklarını devralana karşı ileri süremeyecektir.

Ancak marka bağımsız olarak değil de, ticari işletme ile birlikte devredildiye(BK 179, TTK 11/II ve MarkKHK 16/II ve III. md), kanaatimizce marka üzerindeki rehin hakkı, marka siciline tescil edilmemiş olsa dahi markayı devralana karşı da ileri sürülebilirdir. Zira ticari işletmeyi devralan, işletmeye ait bilmediği borçlardan dahi sorumludur⁴⁹⁷.

Diğer bir ihtimal ise markanın “ticari işletmenin rehni” kapsamında, ticari işletme ile birlikte bir bütün olarak rehnedilmiş olmasıdır. Ticari işletme üzerinde rehin, TİRK belirlenmiş şekil şartlarına uyularak gerçekleştirilebilir(TİRK 2, 3, 4, 5 md.). Taraflar markayı, ticari işletme rehni sözleşmesinde belirtmek suretiyle, rehnin kapsamına dahil edebilirler(TİRK 3. md.). Usulüne uygun şekilde gerçekleştirilmiş(TİRK 4. md) rehin sözleşmesinin, ticaret siciline tescili ile rehin geçerli şekilde kurulmuştur(TİRK 5. md.). Bundan sonra ticaret sicil memurunun rehni derhal ilgili sicillere bildirme yükümlülüğü olmakla birlikte (TİRK 7 md.); aksi rehni geçerliliğini etkilemeyecektir⁴⁹⁸. Gerçi rehin kapsamına dahil olan unsurların, rehin alanın rızası olmaksızın devredilmesi yasak olsa da, işletmenin sicil bölgesi dışında yer

⁴⁹⁵ Karşılaştır MarkKHK 16/VII ve 21/X md.

⁴⁹⁶ YASAMAN; Marka Hukuku, C.II, s. 702, 715; ARKAN, Marka Hukuku, C.II, s. 205; ÖZEL, s.40; ÜNAL, s.94; UTKU, s. 254 vd.;BİLGİLİ, Markanın Rehni, s. 447 vd; KAYA, Marka Hukuku, s. 223.

⁴⁹⁷ KARAHAN, Ticari İşletme Hukuku, s.39; ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 45; Yarg. HGK. “...devir sözleşmesinde, devralan davacının da borçlardan sorumlu olmayacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır. Kaldı ki, böyle bir hüküm bulunsaydı bile davalıyı bağlamaz...” E. 2000/4-849, K. 2000/881, T. 10.05.2000, [www.kazanci.com.tr.](http://www.kazanci.com.tr), 08.06.2008, 12:00; aynı yönde Yarg. HGK. E. 2008/19-355, K. 2008/372, T. 14.05.2008, [www.kazanci.com.tr.](http://www.kazanci.com.tr), 08.06.2008, 12:00; Konu ilerde ayrıntılı olarak incelenmiştir. Bkz. s.192.

⁴⁹⁸ YASAMAN, Marka Hukuku, C.II, s. 704; ARKAN, Marka Hukuku, C.II, s. 204; BAHTİYAR, Ticari İşletme, s. 38; POROY/YASAMAN, s. 60; ARKAN, Ticari İşletme, s.57; ERTEN, s.42; REİSOĞLU, s. 20; KAYIHAN, İşletme Rehni, s.44 vd.

alan unsurlar için kanun bir istisna getirmiş ve bu ihtimalde, iyiniyetli üçüncü kişinin devre konu unsurları rehinsiz olarak iktisap edeceğini düzenlemiştir (TİRK 10 md.). Ticaret sicil memuru, rehni marka siciline bildirmedeği ,takdirde üçüncü kişi markayı devralan kişiye karşı rehinden doğan haklarını ileri sürüp süremeyeceğini konusu, ayrıntılı olarak daha önce incelenmiştir⁴⁹⁹. Tekrardan kaçınmak amacıyla burada sadece kanaatimizin, rehni marka siciline bildirilmemiş olması durumunda, iyiniyetli üçüncü kişinin markayı rehinsiz olarak devralacağı yönünde olduğunu belirtmekle yetineceğiz.

IV. TPE'NİN İNCELEMESİ VE MARKA DAVALARINDAKİ HÜKMÜ

Markanın devrinin sonuçlarının incelediği bu bölümde, uygulamada sıkça karşılaşılan bazı durumların da değerlendirilmesinde yarar görüyoruz. Marka, açılmış bir davası sırasında, davacı veya davalı tarafından üçüncü bir kişiye devredilebileceği gibi, taraflardan birince devralınarak, davacı ve davalı sıfatı aynı kişide toplanabilir. Söz konusu ihtimaller, açılmış olan marka davasının niteliği de dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Zira markanın hükümsüzlüğü ve markaya tecavüz davaları için ulaştığımız sonuç, YİDK kararına karşı açılacak iptal davası için mümkün olmayacaktır.

Değerlendirilecek olan diğer bir ihtimal ise bir şahsın yaptığı tescil başvurusunun, önceki tescil tarihli benzer markaların bulunduğu bahisle, reddedilmesi üzerine; bu şahıs tarafından karara itiraz edilmesi ve henüz Enstitü nezdindeki itiraz prosedürünün herhangi bir safhasında bu şahıs tarafından benzer olduğu belirtilen markaların devralınmasıdır. Bu devir işleminin, itiraz prosedürüne etkileri üzerinde de durulacaktır.

1. TPE bünyesinde İncelemelere Etkisi

Bilindiği üzere, Enstitü yapılan marka tescil başvurusunu, MarkKHK 7. maddesi kapsamındaki mutlak red nedenleri açısından re'sen inceler⁵⁰⁰. Tescil için başvuru yapılan marka, mutlak red nedenlerinden birisi kapsamına giriyorsa tescil başvurusu reddedilir(MarkKHK 7, 32. md). Konumuz açısından marka başvurusunun, daha önce

⁴⁹⁹ Bkz. s. 125.

⁵⁰⁰ ARKAN, Marka Hukuku, C.I, s.71.

aynı veya aynı türdeki mal ve hizmetlerle ilgili olarak tescil edilmiş, aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzer markaların bulunduğu gerekçesiyle reddedilmesi hali, özellik arz etmektedir(MarkKHK 7/I-b md.).Bu ihtimalde, red kararının başvuru sahibine tebliğinden itibaren iki ay içinde verilen karara karşı itiraz edilebilir(MarkKHK 47, 48, 49 md.). İtiraz 5000 sayılı Türk Patent Enstitüsü Kuruluş Kanunu⁵⁰¹ çerçevesinde kurulan, TPE bünyesindeki, ana hizmet birimlerinden Markalar Dairesi Başkanlığı tarafından incelenir. Dairenin kararının olumsuz olması durumunda, karar Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kuruluna gönderilir(MarkKHK 50 md.). YİDK tarafından verilecek karar nihai niteliktedir. Ancak karara karşı iki ay içinde Ankara Fikri ve Sinaî Haklar Hukuk Mahkemesinde, Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu kararının iptali amacıyla dava açılabilir(MarkKHK 52, 53, 71. md.).

Diğer bir ihtimal ise tescil başvurusunun, TPE tarafından mutlak red nedenleri kapsamındaki incelemeyi olumlu geçmesi veya Enstitü'nün red kararına karşı tescil başvurusunda bulunan kişinin itirazının olumlu sonuçlanmasıdır. Bu durumda tescil başvurusu, ilgililerin başvurudan haberdar olmaları amacıyla, marka bülteninde yayınlanır⁵⁰². İlgiler üç ay içinde hem mutlak hem de nisbi red nedenlerine dayanarak, marka başvurusuna itiraz edebilirler (MarkKHK 33, 35. md, MarkKHKYön. 34. md.). Marka başvurusunun mutlak red nedenlerinden geçerek yayınlanması, başvuru hakkında mutlak red denelerinin olmadığına ilişkin nihai karar değildir. Konu ilgililerin itirazı üzerine yeniden incelenir. Örneğin daha eski tescil tarihli marka hakkı sahibi, başvurunun kendi markası ile iltibas yarattığı gerekçesi ile tescil edilmemesi gerektiğini ileri sürebilir(MarkKHK 8/I-b md.) Marka başvurusuna yapılan bu itiraz sonucunda, tescil başvurusuna ilişkin işlemler durdurulacak ve itiraz prosedürünün tamamlanması beklenecektir. İlgili kişinin, yapacağı itiraz incelenmek üzere Markalar Dairesi Başkanlığı'na gidecektir. İtiraz TPE tarafından MarkKHK 36. maddesi gereğince

⁵⁰¹ 5000 sayılı Türk Patent Enstitüsü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin Değiştirilerek Kabulü ile Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin Eki Cetvellerde ve Devlet Memurları Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kabul Tarihi 06.11.2003, RG. 19.11.2003, S.25294.

⁵⁰² ARKAN, marka başvurusunun TPE tarafından mutlak red nedenleri açısından incelenmesinden sonra, tekrar incelemeye tutulmasını eleştirmektedir. Zira 40/94 sayılı topluluk Marka Tüzüğü'nde ilgililere sadece nisbi red nedenleri açısından inceleme imkânı verilmiştir. **ARKAN**, Marka Hukuku, C.I, s.116; Ancak mutlak red nedenlerinin kamu düzenine ilişkin olduğu, TPE ve mahkeme tarafından resen nazara alınacağıının da unutulmaması gerekmektedir.

incelenecektir. Bu inceleme sonucunda, yapılan itiraz kabul edilebilir ve başvuru ile tescilli markanın benzer olduğuna karar verilebilir. Bu karara karşı, tescil başvurusu reddedilen kişinin MarkKHK 47. ve devamı maddeleri gereğince iki ay içinde itiraz hakkı vardır. Markalar Dairesi Başkanlığı yapılan itirazı yine reddederse, Markalar Dairesi kararını YİDK'ya gönderecektir(MarkKHK 50/II. md). YİDK'nın vereceği karara karşı da, belirtildiği üzere, Ankara Fikri ve Sınaî Haklar Hukuk Mahkemesinde dava açılacaktır(MarkKHK 52, 53, 71. md.).

Marka başvurusunda bulunan kişi, marka başvurusunu üçüncü kişiye devretme hakkına sahiptir(MarkKHK 22 md). Yönetmelikte belirtilen belgelerin teslimi ile, devrin marka siciline tescili talep edilebilir(MarkKHK Yön. 23 md.). Bu işlemlerden sonra itiraz prosedürü marka başvurusunu devralan kişi tarafından devam ettirilecektir.

Konumuz açısından önem arz eden durumlar, marka başvurusunun tescil talebinin, daha önce aynı veya benzer mal ve hizmetlerde tescilli, aynı veya benzer markaların bulunması nedeniyle reddedilmesidir(MarkKHK 7/I-b ve 8/I-b md). Başvuru sahibi, tescil başvurusunun reddine mesnet önceki tescil tarihli markaların, benzer olmadığı kanaatinde ise yukarıda belirtilen itiraz prosedürünü yerine getirecektir. Bunun dışında markaların benzer olduğunu, ancak kendisinin markalar üzerinde gerçek hak sahipliğinin bulunduğunu düşünüyorsa, tescilli olan benzer markalara karşı hükümsüzlük davası da açabilecektir. *Veya incelememizin konusunu oluşturur şekilde, söz konusu markaları, yazılı sözleşme ile devralarak, ihtilaf konusunu ortadan kaldıracaktır.* Bu şekilde, markalar aynı kişiye ait olacaktır. Bu devralma, TPE'de gerçekleşen itiraz prosedürünün her hangi bir aşamasında gerçekleşebileceği gibi, YİDK kararına karşı açılacak dava öncesi veya dava sırasında da gerçekleşebilir. Bu nedenle, itiraz prosedürü içerisinde yapılacak marka devrinin etkileri, üzerinde durulması gereken bir konudur.

Önceki tescilli markanın devir neticesinde, benzer olduğu için, tescil başvurusunun reddine mesnet teşkil eden marka ile tescil başvurusunda bulunulan marka, aynı kişiye ait olmaktadır. Dolayısıyla, gerçekte TPE tarafından redde gerekçe gösterilen sebep ortadan kalkmıştır. Kanaatimizce, itirazın Markalar Dairesi Başkanlığı tarafından incelemesi sırasında, yapılmış olan marka devir sözleşmesinin dikkate alınabileceği yönündedir. Şöyle ki, tescil başvurusunun marka bülteninde ilanından sonra ilgililerin itirazı üzerine Markalar Dairesi konuyu inceler. Bu inceleme sırasında

Markalar Dairesi Başkanlığı gerekli gördüğü durumlarda, uzlaşmak için tarafları bir araya getirebilme yetkisine sahiptir (MarkKHK 36/II md.). Duruşma niteliğini taşımayan uzlaşma toplantılarının gündemini, başvuru ile tescilli olan marka arasındaki ihtilafı ortadan kaldırmaktır. Bu amaçla başvuruda ne gibi değişikliklerin olabileceği konuşulur⁵⁰³. Burada itirazın hangi red gerekçesi ile yapıldığı, dolayısıyla uzlaşma toplantısında çözülmek istenen konu da önemlidir⁵⁰⁴. Örneğin benzer markalar arasındaki ihtilaflar çözülebilecek niteliktedir. Böyle bir toplantıda taraflar kendi aralarında marka tescil başvurusu Enstitü tarafından benzer olarak nitelendirilen markaların devralınması hususunda uzlaşabilirler. KHK, uzlaşma müessesesi ile Enstitü'ye böyle bir imkan tanımıştır. Böyle bir imkanın tanınmış olduğu dikkate alındığında taraflar aralarında, TPE'nin hakemliği olmadan da, uzlaşarak ihtilafı ortadan kaldıracabileceği kanaatindeyiz. Bu durumu da Markalar Dairesi Başkanlığı'ndaki inceleme esnasında ileri sürülebilecektir.

Markalar Dairesi Başkanlığı tarafından itirazın reddetmesi durumunda, karar incelenmek üzere Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kuruluna gönderilir (MarkKHK 50/II md.). YİDK itirazı incelemeye aldığı sırada başvuru sahibi tarafından benzer markalar devralınmış olabilir. Bu ihtimalde ihtilaf konusu olay ortadan kalkmıştır, markalar aynı kişiye aittir. Yeni durum YİDK tarafından dikkate alınırsa, itiraz kabul edilecek ve başvuru tescil edilecektir.

YİDK kararlarını, Türk Patent Enstitüsü Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu Yönetmeliğine⁵⁰⁵ uygun olarak alır. Ancak mevzuata baktığımızda YİDK'nun yeni maddi olguları dikkate alması gerektiği yönünde bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. Öğretideki baskın görüş, YİDK tarafından yapılan inceleme de, yeni itiraz sebeplerinin ileri sürülemeyeceği yönündedir⁵⁰⁶. Buna göre, YİDK kararını verirken, marka başvurusunun yapıldığı tarihteki hukuksal koşulları esas alacaktır. Marka başvurusu sahibinin hukuki durumunda meydana gelen değişiklikler karar verilirken dikkate alınmayacaktır. Bu görüş kabul edilecek olursa, benzer markaların

⁵⁰³ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 371.

⁵⁰⁴ **YASAMAN**, Marka Hukuku, C.II, s.833.

⁵⁰⁵ RG. 06.08.2004, S. 25545.

⁵⁰⁶ **YASAMAN**, Marka Hukuku, s.939, 943; **KAYA**, Marka Hukuku, s. 178; **KARAHAN**, Hükümsüzlük, s. 13; Yarg. T. 24.04.2001, E. 2001/1400, K.2001/3499, **KARAN/KILIÇ**, s. 433.

devralındığı konusu YİDK tarafından değerlendirilmeyecektir. Bu durumda YİDK markaların benzer olduğundan bahisle marka başvurusunu nihai olarak reddedecektir. Markalar devralındığı takdirde, marka başvurusu sahibinin yeni bir tescil başvurusunda bulunması gerekecektir.

Ancak öğretinin tersine kanaatimiz, bu sonucun hakkaniyete uygun olmadığı yönündedir. Ayrıca mevzuat incelendiğinde görüşümüzün hem desteklendiği, hem de aksi bir hükme yer verilmediği görülmektedir. Markalar Dairesinin kararının YİDK'a gitmesi üzerine Kurul, taraflardan ve Markalar Dairesi Başkanlığı'ndan görüş sormaktadır (MarkKHK 51 md.). Ayrıca YİDK, karşı tarafa da, itiraz hakkındaki görüşlerini sunması için bir aylık süre vermektedir (MarkKHKYön. 38. md.). Dolayısıyla YİDK incelemesini Markalar Dairesi Başkanlığı'nca oluşturulmuş dosya üzerinden değil, tarafların görüşleri tekrar sorarak oluşturduğu dosya üzerinde yapmaktadır. Bu nedenle, yeni oluşan hukuksal koşulların YİDK tarafından da dikkate alınmasına hiçbir engel yoktur. Uygulamada da taraflar arasındaki devir sözleşmesinin, YİDK tarafından yapılan inceleme sırasında, dikkate alındığı görülmektedir. Taraflar arasında bir ihtilaf konusu kalmamışsa, yapılan itirazı reddetmenin anlamsızlığı ortadadır.

2. YİDK'nın Kararına Karşı Açılan İptal Davasına Etkisi

Diğer bir ihtimal ise, benzer olduğu iddia edilen markaların, YİDK kararından sonra, karar aleyhine açılan davadan hemen önce veya dava sırasında, marka başvurusu sahibi/ davacı tarafından devralınmış olmasıdır. YİDK kararına karşı, Ankara Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'nde açılan iptal davasının konusu YİDK tarafından verilen kararın iptali istemidir. Marka başvurusu sahibi ve benzer olduğu iddia edilen markanın sahibinin aynı kişi olmuş olmasına rağmen, açılan davada incelenecek olan YİDK kararının doğru olup olmadığıdır. Bu inceleme ancak YİDK'nın kararını verirken dikkate aldığı hususlara bağlı kalınarak gerçekleştirilir⁵⁰⁷. Bu nedenle YİDK

⁵⁰⁷ **KARAHAN**, Hükümsüzlük, s. 13; **YASAMAN**, Marka Hukuku, C:II, s. 943 vd.; Yargıtay da "...Mahkemece, dalı Enstitü kararının iptaline karar verilmesi ile yetinilmesi gerek iken, sözü edilen prosedür tamamlanmadan "markanın davacı adına tesciline" de karar verilmesi doğru görülmemiştir..." şeklindeki kararı ile durumu vurgulamıştır. Yarg. 11. HD. T.24.04.2001, E.2001/1400, K.2001/3499, **KARAN/KILIÇ**, s. 433.

incelemesini yaparken ileri sürülen itiraz sebeplerinden başkaca itiraz sebepleri, dava sırasında ileri sürülemez⁵⁰⁸. Burada mahkeme, YİDK'ya yapılan itiraz sebepleri ile bağlıdır⁵⁰⁹. İhtisas mahkemesinde açılan ve davalının TPE olduğu söz konusu davada, devir sözleşmesinin dava açılmadan önce yapılmış olması ile dava açıldıktan sonra gerçekleşmiş olması ihtimalleri sonuç açısından farklılık göstermeyecektir.

Hukukumuzda hakim ilkelerden biri de “*her dava açıldığı andaki maddi ve hukuki esaslar çerçevesinde karar bağlanır*” şeklinde olsa da⁵¹⁰, buradaki davanın konusu YİDK kararının iptalidir. İncelenecek olan YİDK kararının doğru olup olmadığıdır. Yargıtay'ın 04.02.2002 tarihli kararı da aynı yöndedir. Söz konusu olayda, tescil başvurusu sahibinin başvurusu TPE tarafından MarkKHK7/I-b maddesi gereğince reddedilmiş, yapılan itirazlar neticesinde YİDK da nihai kararını aynı yönde vermiştir. Tescil başvurusu sahibi tarafından benzerliğe gerekçe gösterilen marka, bu sırada devralınmış ve Ankara Fikri ve Sınâî Haklar Hukuk Mahkemesi YİDK kararının iptali amacıyla dava açılmıştır. Mahkeme davayı kabul etmiştir. Ancak Yargıtay “...mahkemece, davacının davadan önce redde dayanak teşkil eden marka hakkı sahibinden, marka üzerindeki haklarını devraldığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiş ise de, davanın konusunu oluşturan davalı Enstitü Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu'nun davacının itirazını reddettiği tarih olan 08.11.2000 tarihi itibarıyla davacının devren hak sahibi olmadığı tartışmasız olduğuna göre, bu tarih itibarıyla değerlendirme yapılarak ve bu meydana davacının itirazında iddiasını kanıtlayacak hiçbir belge sunulmadığı da gözetilerek, davanın reddine karar verilmesi gerekirken, hatalı inceleme ve gerekçelerle davanın kabulü doğru olma”dığını belirtmiş, mahkemenin kararını bozmuştur⁵¹¹.

Yargıtay birçok kararında hem YİDK, hem de mahkemeler için zikredilen görüşünü tekrarlamıştır. Yargıtay'ın 19.04.2004 tarihli kararı “...aleple sınırlı olarak inceleme yapıp, karar vermeye yetkili YİDK kararına karşı açılan bir davada, itiraz

⁵⁰⁸ **KAYA**, Marka Hukuku, s. 178; **YASAMAN**, Marka Hukuku, C.II, s.943; **KARAHAN**, Hükümsüzlük, s. 13; Yarg. T. 24.04.2001, E. 2001/1400, K.2001/3499, **KARAN/KILIÇ**, s. 433.

⁵⁰⁹ **KAYA**, Marka Hukuku, s.178; **KARAN/KILIÇ**, s. 423 vd; MarkKHK 7. maddesi mutlak red nedenlerini düzenlemektedir. Bu nedenler birer itiraz sebebidir ve mahkeme tarafından her zaman, taraflarca ileri sürülmesine gerek olmaksızın dikkate alınarak karara mesnet teşkil edebilir.

⁵¹⁰ Yarg. İçtihadı Birleştirme Kararı T. 28.11.1956, E. 1956/15, K.1956/15, www.kazanci.com.tr.

⁵¹¹ Yarg. 11 HD. T. 04.02.2002, E.2001/8623, K.2002/761(yayınlanmamış) .

kapsamı dışında kalan bir nedene dayanılarak karar iptal edilemez. Davanın itirazın yapıldığı tarihteki koşulları ve dayanılan nedenlere göre ele alınıp, sonuçlandırılması gerekir...⁵¹²” şeklindedir. Aynı yönde Yargıtay 26.04.2004 tarihli diğer bir kararında “...taleple sınırlı olarak inceleme yapıp, karar vermeye yetkili Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu, itiraz tarihindeki koşullara ve nedenlere göre kararını oluşturmakta olup, yargılama sırasında ortaya çıkan yeni olgu ve durum, bu kararı otomatik olarak hukuka aykırı duruma düşürmeyecektir... mahkemece Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu kararının hukuka uygun olup olmadığının, bu kararın verildiği tarihteki koşullara ve itiraz nedenlerine dayalı olarak saptanması...⁵¹³” gerektiğini belirtmiştir. Ancak marka hakkında varolan mutlak red nedenlerini ayrı tutmak gerekmektedir. Zira mutlak red nedenleri yargılamanın her safhasında ileri sürülebilir⁵¹⁴.

YİDK kararından sonra devir sözleşmesi gerçekleştiyse, itiraz sahibi tarafından yeni bir marka başvurusunda bulunulması gerektiği kanaatindeyiz. Artık TPE, bu başvuru tarihindeki koşulları inceleyecek ve benzer markaların aynı kişiye ait olduğunu dikkate alarak, tescil talebini yerine getirecektir.

Diğer bir durum ise, dava sırasında davacı tarafından dava konusu marka başvurusunun üçüncü kişiye devredilmesi durumudur. Bu konu diğer marka davaları sırasından yapılan devir ile aynı sonuçlar doğurduğu için beraber incelenecektir.

3. Açılmış Marka Davalarına Etkisi

MarkKHK çerçevesinde açılmış olan marka davaları sırasında marka devrinin gerçekleşebileceği üç durum vardır. Bunlardan ilki, taraflardan biri tarafından dava konusu markanın devralınması ile davacı ve davalı sıfatlarının aynı kişide toplanması; ikincisi davacı tarafından dava konusu markanın üçüncü kişiye devredilmiş olması;

⁵¹² Yarg. T. 19.04.2004, E. 2003/9806, K. 2004/4253, **KARAN/KILIÇ**, s. 441.

⁵¹³ Yarg. T. 26.04.2004, E. 2003/10337, K.2004/4474, **KARAN/KILIÇ**, s. 442.

⁵¹⁴ Yargıtay mutlak red nedenlerinin “...Enstitüce re’sen dikkate alınarak incelenmesi gerektiği gibi uyumsuzluğun yargıya intikal etmesi halinde mahkemece de bu sebeplerin bir def’i değil, itiraz niteliğinde olması nedeniyle kendiliğinden dikkate el alınarak incelenmesinin gerekmesine, açıklanan nedenlerle davalı Enstitü’nün mutlak red nedenlerini yargılama esnasında değiştirmesinin savunmanın genişletilmesi olarak kabulünün mümkün bulunmamasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmektedir”. Yarg. 11 HD. T. 22.03.2005, E. 2004/4734, K. 2005/2590, www.kazanci.com.tr, s. 115.

sonuncusu ise davalı tarafından dava konusu markanın üçüncü kişiye devredilmiş olmasıdır.

A. Dava Konusu Markanın Davacı/Davalı Tarafından Devralınması

MarkKHK çerçevesinde açılmış olan markanın hükümsüzlüğü ve tecavüz davaları sırasında, dava konusu marka davacı tarafından veya davalı tarafından devralınmış olabilir. Böylece davacı ve davalı sıfatları aynı kişide birleşecektir. Ancak YİDK kararına karşı açılan iptal davasının özelliğini gereğince konuyu yukarıda ayrı başlık altında inceledik. Zira bu davada davalı sıfatı YİDK'na ait olduğu için markanın devralınması ile davanın tarafları birleşmemektedir.

Öncelikle belirtilmelidir ki, her davada davacı ve davalı olmak üzere farklı iki taraf bulunmak zorundadır⁵¹⁵. Aksi halde bir çekişmeden, davadan söz edilemez. Dava konusunun devri ile de davalı tarafın taraf sıfatı ortadan kalkmış bulunmaktadır. Böylelikle davacı ve davalı aynı kişide birleşmektedir.

Ayrıca bu yönde yapılacak devir sözleşmesi aslında davayı sonuçlandırmaya yöneliktir. Bu nedenle bir sulh halidir. Taraflar biri markayı diğerine devrederek ihtilaf konusunu ortadan kaldırmaktadır. Taraflar görülmekte olan davanın her aşamasında sulh⁵¹⁶ olabilirler. Sulh davayı sonuçlandıran işlemlerden bir tanesidir. Mahkeme önünde sulh gerçekleşecekse bu sözleşme şekle tabidir (HUMK 151. md). Mahkeme önünde yapılan sulh sözleşmesi tutanağa geçirilir, taraflara okunur, imzalatılır. Ayrıca tutanağın taraflara okunduğu ve imzalatıldığı da tutanağa geçirilir⁵¹⁷.

Taraflar mahkeme dışında bir sulh sözleşmesi imzalayarak, bunu mahkemeye sunabilirler. Bu durumda, sulh sözleşmesinin taraflara okunduğunun mahkeme tutanağına geçirilmesi gerekmektedir. Sulh sözleşmesi tutanağa eklenir. Böylelikle sulh sözleşmesi mahkeme içi sulh haline gelir⁵¹⁸. Dolayısıyla kanaatimiz, taraflarca mahkeme dışında yapılacak devir sözleşmesinin bir tür sulh sözleşmesi olduğu, bu

⁵¹⁵ PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES/ ATALAY/ ÖZEKES , Medeni Usul, s. 272.

⁵¹⁶ ÖNEN, Ergun, Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara, 1972. Sulh ayrı bir şekilde düzenlenmemekle birlikte çeşitli kanun hükümlerinde sulhtan söz edilmektedir. HUMK 63, 151, 513 md; İİK 38 md.; MK 429/I md.; BK 191 md; TTK 165, 219, 310 md. örnek verilebilir.

⁵¹⁷ KURU, Medeni Usul, s.552.

⁵¹⁸ KURU, Medeni Usul, s.552; ÜSTÜNDAĞ, Medeni Yargılama, s. 578.

sözleşmenin mahkemeye sunularak, tutanağa geçirilmek üzere mahkeme içi sulh haline getirebileceği şeklindedir.

Yapılacak bu yönde bir sulh sözleşmesi ardından mahkeme iki şekilde karar verebilir⁵¹⁹. İlk olarak taraflar sulh sözleşmesine dayanarak bir karar verilmesini istemeyebilirler. Bu durumda mahkeme sadece davada sulh olunduğunu tespit eder ve karar verilmesine yer olmadığı biçimindeki bir karar ile davayı sona erdirir. İkinci olarak taraflar mahkemeden bu sulh sözleşmesine dayanarak bir karar vermesini isteyebilir. Bu ihtimalde ise sulh sözleşmesi mahkeme kararında ayrıntıları ile belirtilir.

Bir diğer bakış açısı ise bizi aynı sonuca götürmekle birlikte şöyledir. Belirtildiği gibi davada iki tarafın olması gereklidir⁵²⁰. Açılmış bir davada, dava dilekçesinde davacı ve davalı olarak gözüken kişiler, o davanın taraflarıdır. Bunun yanında tarafların o dava da davacı ve davalı olma sıfatları yoksa mahkeme tarafından taraflar aleyhine/lehine hüküm kurulamayacaktır⁵²¹. Dava konusu markanın davacıya devri ile davalı taraf sıfatını yitirmiştir. İhtilaf konusu markanın sahibi aynı kişi haline gelmiştir. Bu durumda dava, sıfat yokluğundan (husumet yokluğundan) reddedilecektir. Ancak davada, davacı ve davalının taraf sıfatına sahip olup olmadığı konusu dava şartı değildir⁵²². Bu nedenle, taraf sıfatının olmadığı durumda davanın usulden değil, esastan reddedilmesi gereklidir.

Ayrıca taraflar mahkeme dışında anlaşarak, markanın diğer tarafa devredilmesini kararlaştırmışlarsa, davacı davasından feragat edebilir veya diğerinin rızası ile vazgeçebilir⁵²³.

Bütün bu durumlarda devir sözleşmesinin MarkKHK 16. maddesi anlamında yazılı sözleşme ile yapılması yeterlidir. Ayrıca devrin marka siciline tescili şart değildir.

⁵¹⁹ **KURU**, Medeni Usul, s.552.

⁵²⁰ **PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES/ ATALAY/ ÖZEKES** , Medeni Usul, s. 272.

⁵²¹ Burada dava ehliyetinin, taraf ehliyetinin ve taraf sıfatının farklı kavramlar olduğunun altı çizilmelidir. **KURU**, Medeni Usul, s. 251.

⁵²² Yazar, sıfat yokluğunun dava şartı olması durumunda, hakimin taraflarca ileri sürülmemiş olan vakıaları da inceleyerek karar vermesi gerekeceğini, oysa “sıfat yokluğu itirazdır” denirse, hakimin taraflarca ileri sürülen vakıalar çerçevesinde inceleme yapacağını belirtmektedir. **KURU**, Medeni Usul, s. 253; Tarafların birleşmesi ile davanın konusuz kalması karıştırılmamalıdır. **PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES**, Medeni Usul, s.194, 508; **ÜSTÜNDAĞ**, Medeni Yargılama, s. 302.

⁵²³ Yarg. 11 HD. T. 03.12.2007, E.2007/2317, K. 2007/15230; Yarg. 11 HD. T. 29.11.2007, E. 2007/2355, K. 2007/15128, **NOYAN**, s. 394.

B. Davacı/Davalı Tarafından, Dava Konusu Markanın Üçüncü Kişiye Devredilmesi

Bu başlık altında yapılan açıklamalar, MarkKHK çerçevesinde açılmış hükümsüzlük ve marka hakkına tecavüz davaları için geçerlidir. Açılmış davada, davacı veya davalı tarafından dava konusunun devredilmesi mümkündür. Bunun için diğer tarafın izninin alınmasına gerek yoktur⁵²⁴. Dava açıldıktan sonra iddia ve savunmanın değiştirilme yasağı varsa da, dava konusunun devri bu yasağın istisnalarındandır⁵²⁵. Diğer bir deyişle davanın açılmış olması, tarafların dava konusu marka üzerindeki tasarruf hakkını sınırlandırmaz⁵²⁶. Ancak devir ihtimalini engellemek amacıyla, mahkemeden tedbir talebinde bulunulursa, mahkemenin bu yönde vereceği kararın marka siciline şerhi ile devir dava süresince engellenebilir⁵²⁷. Mahkemeden ihtiyati tedbir istenmediği takdirde, marka hakkında dava açıldığından bahisle, markanın devri engellenemez. Dolayısıyla ihtilaf konusu markanın, dava dışı üçüncü kişiye devredilerek, devrin sicile tescili mümkündür. Markanın devredilmesi ve/veya devrin sicile tescil edilmesi ile davalı eski marka sahibi, markanın kendisine ait olmadığını, bu nedenle de taraf sıfatının bulunmadığını iddia edebilir. Bu ihtimalde taraf hakları incelenmelidir.

Dava konusunun devri ile dava da devredilmiş sayılır. Devreden kişinin artık o dava için taraf sıfatı kalmamıştır. Bu ihtimalde, kanun koyucu diğer tarafa HUMK 186. maddesi gereğince seçimlik haklar vermiştir⁵²⁸. Diğer taraf, davasını dava konusunu

⁵²⁴ ÜSTÜNDAĞ, Medeni yargılama, s.560.

⁵²⁵ PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, Medeni Usul, s.367.

⁵²⁶ PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, Medeni Usul, s.312; KURU, Medeni Usul, s.557..

⁵²⁷ KAYA, Marka Hukuku, s.215; YILDIRIM, Nevhis Deren, Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyette İhtiyati Tedbirler, Doçentlik Tezi, İstanbul, 1998, s.81, 173; YILDIRIM, Nevhis Deren, "Marka Hukukunda İhtiyati Tedbirlere İlişkin Sorunlar", Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C.II, İstanbul, 2003, s.199; CAN, Okan, Marka Hukukunda İhtiyati Tedbir Kavramı, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, C.I, İstanbul, 2009, s.508.

⁵²⁸ Yarg. 11. HD. T.03.11.2007, E. 2007/9679, K.2007/14231, NOYAN, s.395; Yarg. 11 HD. 13.2.2007, E. 2005/11480, K. 2007/2321, "HUMK.nun 186. maddesi hükmü gereğince dava açıldıktan sonra iki taraftan biri müddeabihi 3. kişiyi temlik ederse, diğer tarafın seçimlik hakkı vardır. Dilerse temlik eden taraf ile olan davasından vazgeçip, müddeabihi temlik alan kimseye karşı davaya devam edebileceği gibi, dilerse davanın müddeabihi 3. kişiye temlik eden taraf hakkında zarar ve ziyan davasına dönüştürebilir. Dava konusu markanın davalı şirket tarafından dava dışı şahsa devredilmesi ve husumet itirazının, temyiz dahil yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilecek olması karşısında, mahkemece, HUMK.nun 186. maddesi hükmü gereğince işlem yapılması gerekeceğinden, kararın bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmiştir.", www.kazanci.com.tr.

devralan üçüncü kişiye karşı devam ettirebileceği gibi dava konusunu devredene karşı tazminat davası olarak da devam ettirebilir (HUMK 186 md.). Davacıya karşı tazminat davası olarak devam edilmesinde, talep konusu değişmektedir⁵²⁹. Üçüncü kişiye karşı davanın devam etmesi durumunda ise sadece davanın tarafı değişmektedir.

Kanun koyucu davacı ve davalı tarafından dava konusunun üçüncü kişiye devrini ayrı ayrı düzenlememiştir. Ancak Yargıtay, davalı veya davacı tarafından, dava konusunun devrini farklı sonuçlara bağlamaktadır. Yargıtay'a göre dava konusunun üçüncü kişiye devri durumunda, karşı tarafın sahip olduğu seçimlik haklar sadece davacı tarafından kullanılabilir. Davalının ise bu seçimlik haklardan sadece üçüncü kişinin davaya devamı talep edilecektir⁵³⁰.

Belirttiğimiz gibi “*davacının*” dava konusu olan markasını, yargılama sırasında üçüncü kişiye devretmesi mümkündür. Örneğin, davacı önce markaya tecavüz davası açmış, dava sırasında da tecavüz edildiğini iddia ettiği kendi markasını üçüncü kişiye devretmiş olabilir. Yada davacı adına tescilli (X) markası ile itibas yarattığı gerekçesi ile davalıya ait (X1) markasının hükümsüzlüğünü talep etmiş, yargılama sırasında kendisine ait (X) markasını devretmiş olabilir. Bu iki ihtimalde de davalı, aleyhine aşılacak tecavüz ve hükümsüzlük davasının tazminat davasına çevrilmesini talep edilemeyecektir. Bunun yanında markayı devralan üçüncü kişinin davacı sıfatı ile davaya devam etmesi istenebilir. Ancak davalı böyle bir talepte bulunmaz ise üçüncü kişi kendiliğinden davaya devam edemeyecektir⁵³¹. Üçüncü kişinin değil de, dava konusu markayı yargılama sırasında devreden kişinin davaya devam etmesi mümkün değildir. Ancak davacının dava konusu markayı üçüncü kişiye devretmesine rağmen, davacı lehine marka üzerinde inhisari lisan hakkının sağlanmasıyla (MarkKHK 21/VI, 73 md.), davacı davaya devamı edebilecektir. Yargıtay yargılama sırasında, dava konusu markanın davacı tarafından üçüncü kişiye devredilmesi, arkasından marka üzerinde davacı lehine inhisari lisans kurulması durumunda, davalıya HUMK 186 gereğince, yeni marka sahibine karşı davaya devam etmek isteyip istemediğini sormaya gerek

⁵²⁹ ÜSTÜNDAĞ, Medeni Yargılama, s.561; PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, Medeni Usul, s.312.

⁵³⁰ Yarg. 3 HD. T.01.05.2000, 3986/4096, Yargıtay Kararları Dergisi, 2000/11, s.1674; Yarg. HGK, 19.04.2006, 1-145/217, İstanbul Barosu Dergisi, 2006/4, s.1698. KURU ise madde metninde bir sınırlama olmadığı için, davacının sahip olduğu seçimlik haklara davalının da sahip olduğu kanaatindedir. KURU, Medeni Usul, s.563.

⁵³¹ KURU, Medeni Usul, s.562.

olmadığını; davanın, markasını devretmiş olsa da, lisans ile kullanmaya devam eden davacıya karşı devam etmesi gerektiğini belirtmiştir⁵³².

“*Davalı*” tarafından dava konusu olan markanın üçüncü kişiye devredilmesi durumunda, mahkeme davacı tarafa seçimlik haklarından hangisini kullanmak istediğini soracaktır⁵³³. Davacı tarafın, mahkeme tarafından sorulan bu soruya cevap vermemesi durumunda, dosya işleminden kaldırılacaktır (HUMK 409 md)⁵³⁴. Mahkemenin seçimlik haklarını hatırlatmadan, dava sıfatı olmayan davalı aleyhine verdiği hüküm, üçüncü kişiye karşı ileri sürülemez⁵³⁵. Davacı seçimlik haklarından, davanın, markayı devralan üçüncü kişiye karşı devam edilmesine karar verilmesi durumunda, davacı devreden davalıya karşı olan davasından vazgeçmekte ve davasının devralan üçüncü kişiye karşı devam etmesini talep etmektedir⁵³⁶. Ancak bu seçim davalıya karşı açılan davadan feragat edildiği anlamına gelmemektedir. Burada dikkat edilmesi gereken, markayı devralan üçüncü kişiye karşı, davanın kaldığı yerden devam edecek olmasıdır⁵³⁷. Ayrıca dava üçüncü kişiye karşı kaybedilirse, davacının dava sırasında markasını devreden davalıya karşı tazminat davası açma hakkı saklıdır⁵³⁸.

⁵³² “...Dava marka sahibi tarafından açılmış ancak yargılama sırasında davacı markalarını başka bir şirkete devretmiştir. Devir keyfiyeti marka siciline şerh edilmiş, marka kullanım hakkı sözleşmesi ile de lisans veren sıfatıyla devralan şirket lisans konusu markaların kullanım hakkını süresiz olarak ilk davacıya bırakmıştır. Anılan sözleşmede dava hak ve yetkisi ilk davacıya verildiğine göre davacının bu davayı açma/takip etme yetkisinin bulunmadığı söylenemeyecektir. O halde mahkemenin markayı devralan şirket vekiline vekâletnamesini sunması için davacı vekiline süre verilmesi ve ibraz edilen vekâletnameye dayanarak da davacı yerinde devralanının gösterilmesi doğru görülmemiştir. Mahkemece, yargılamanın başında marka sahibi ve yargılama aşamasında ise yetki belgesine dayalı olarak dava hakkı sahibi olan ilk davacı açısından hüküm kurulması gerekirken, devralan şirket ile ilgili karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir...” Yarg. 11 HD. T. 16.9.2004, E. 2003/11661, K. 2004/8376, www.kazanci.com.tr.

⁵³³ “... Dava konusu markanın davalı şirket tarafından dava dışı şahsa devredilmesi ve husumet itirazının, temyiz dahil yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilecek olması karşısında, mahkemece, HUMK.nun 186. maddesi hükmü gereğince işlem yapılması gerekeceğinden, kararın bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmiştir.”Yarg. 11 HD. T. 13.02. 2007, E.2005/11480, K.2007/2321, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Y.4, S.2008/15; Yargıtay aynı ilkeyi belirten birçok karar vermiştir. Yarg. 1. HD. 13.02.2002, 1209/1751, **Yargıtay Kararları Dergisi**, 2002/11, s.1634-1635; Yarg. 1 HD. 20.03.2001, 846/3146, **Yargıtay Kararları Dergisi**, 2002/2, s.182,183; Yarg. 1 HD. 13.07.2006, 4602/8306, **Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi**, 2007/2, s.484.

⁵³⁴ **PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES**; Medeni Usul, s.369; **KURU**, Medeni Usul, s.558.

⁵³⁵ **KURU**, Medeni Usul, s.558; **ÜSTÜNDAĞ**, Medeni Yargılama, s.562

⁵³⁶ **PEKCANITEZ**, üçüncü kişinin iyiniyetli olmadığı durumlarda bu seçeneğin, davanın kazanılması açısından daha doğru bir tercih olduğunu belirtmiştir. **PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES**, Medeni Usul, s. 369; Aynı yönde, **KURU**, Medeni Usul, s.561.

⁵³⁷ Ancak dava kazanılırsa, yargılama giderleri devreden ve devralan üçüncü kişi müteselsilen sorumlu olacaktır. **PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES**, Medeni Usul, s.370; **KURU**, Medeni Usul, s.558,560.

⁵³⁸ **PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES**, Medeni Usul, s.370; **KURU**, Medeni Usul, s.561.

Diğer bir ihtimal ise davacının davasını tazminat davasına çevirmeyi tercih etmesidir. Bu durumda sadece talep konusu değişmektedir. Bu dava da eski davanın devamı niteliğindedir. Bu nedenle eski davada iddia edilen hususlar ispat edilmeye çalışılır, ispat edilmesi durumunda ise tazminata hükmedilir⁵³⁹.

⁵³⁹ PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, Medeni Usul, s.370.Hükmedilecek tazminat davanın konusunun değeridir. ÜSTÜNDAĞ, Medeni Yargılama, s.563

İKİNCİ BÖLÜM

MARKANIN DEVRİ SONUCUNU DOĞURAN

DİĞER HUKUKİ İŞLEMLER

§ 4. TİCARİ VEKİL/TEMSİLCİ ADINA TESCİLLİ MARKANIN DEVRİ

I. KAVRAM

Marka için özel ve güçlü bir koruma elde etmek amacıyla, markanın tescil Enstitü nezdinde tescil edilmesi gerekmektedir. Marka sahibi markasını hemen tescil ettirmek istemeyebilir. Özellikle yurtdışındaki yabancı marka sahipleri, öncelikle Türkiye’de temsilciler aracılığıyla ürünlerini piyasaya sunmayı tercih edebilmektedir. Bunun nedeni, piyasayı tanımak, markayı tanıtmak⁵⁴⁰, piyasaya hızlı yayılmak, yatırımlarda tasarruf ve düzenli nakit akışını sağlamak, mal veya hizmetlere talebi ölçmek, pazar payını arttırmak olarak özetlenebilir. Tacir, mal ve hizmetlerini mümkün olduğu kadar çok kişiye ulaştırmak arzusu ile farklı ülkelerde, aynı ülkenin farklı bölge ve şehirlerinde farklı kişilere, markalı mal ve hizmetlerini satması için yetki verebilir. Bu şekilde başlayan bir ticari ilişki ile sadece markalı mal ve hizmetleri belli sınırlar içerisinde kullanma hakkına sahip olan bu kişilerin, tacirin markasını kendi adlarına tescil ettirmeleri ise çok sık rastlanan bir durumdur.

Marka sahibinin verdiği yetki ile markayı kullanma hakkına sahip olan kişi, ticari vekil veya temsilci olarak adlandırılır. Ticari vekil veya temsilci tarafından, kendi onayı olmaksızın yapılan tescil işlemini öğrenen marka sahibi, söz konusu tescilin kendi adına devrini talep etme hakkına sahiptir(MarkKHK 17. md.). Marka sahibinin markanın devrini hangi merciden isteyebileceği konusunda, Kararname’de açıklık bulunmamaktadır. Öğreti, devrin talep edileceği merciinin tescilde haklılık yargılamasının yapılması gerektiğini, haklılık yargılamasının ise sadece mahkeme

⁵⁴⁰ GÜRZUMAR, Franchise, s.4; ARSLAN, Kahraman, KOBİ’lerde Yönetim ve Pazarlama Aracı Olarak; Franchising, İstanbul, 2006, s.36 vd.; KIRCA, Ciğdem, Franchise Sözleşmesi, Ankara, yılı belirtilmemiştir, s.9, 10 vd.

tarafından yapılabileceğini belirtmektedir⁵⁴¹. Kanaatimizce de temsilci adına tescilli markanın devri, sadece mahkemeden talep edilebilir; ancak bunun nedeni haklılık incelemesinin sadece mahkeme tarafından yapabilecek olması değildir. Zira tescilin haklı gerekçe ile yapılıp yapılmadığı hususu sadece mahkeme tarafından değerlendirilmemektedir. Örneğin, ticari vekil veya temsilci tarafından yapılan tescil başvurusuna, marka sahibinin MarkKHK 8/II. fıkrası gereğince, itiraz etme hakkı bulunmamaktadır. Bu itirazın yapıldığı mercii olan Enstitü, temsilci tarafından yapılan başvurunun haklı gerekçe ile yapılıp yapılmadığını inceleme yetkisine sahiptir. Buna karşın MarkKHK 17. maddesi gereğince markanın devrinin talep edilmesi farklı ilkelere bağlıdır. Öncelikle burada devri talep edilen marka tescillidir. Enstitü'nün Kararname'ye uygun bularak tescil ettiği markayı, re'sen terkin etme yetkisi bulunmamaktadır⁵⁴². Enstitü, sadece "tescil başvurusunda bulunulan işaretlerin", marka olarak tescil edilip edilemeyeceğini inceler⁵⁴³. MarkKHK 17. maddesi gereğince markanın, marka sahibi adına devrinin talep edilmesi durumunda, söz konusu marka da Enstitü tarafından önceden incelenerek tescil edilmiştir. Bundan sonra Enstitü'nün bu marka üzerinde tekrar inceleme yapma yetkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle devir, görevli olan Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesinden talep edilecektir(MarkKHK 71 md.). Üçüncü kişi tarafından marka başvurusu sahibi veya marka sahibi aleyhine açılacak davalarda yetkili mahkeme davalının ikametgahı mahkemesidir(MarkKHK 63/III). MarkKHK 17. maddesi gereğince açılacak davada markanın devrini isteyen kişi üçüncü kişi konumundadır, dolayısıyla dava temsilcinin ikametgâhında açılacaktır⁵⁴⁴. Yapılan inceleme neticesinde temsilcinin, markayı kendi adına tescilinde haklı bir sebebe dayandığına karar verilirse, temsilci adına yapılmış olan tescil korunacaktır

⁵⁴¹ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 432; Aynı yönde **KARAN/KILIÇ**, s. 338; **OYTAÇ**, Markalar Hukuku, s. 208.

⁵⁴² **ARKAN**, Marka Hukuku, C. II, s.166; Yarg. 11 HD. 10. 02.2000, E. 2000/226, K. 2000/1196, **YASAMAN**, Marka Hukuku, C.II, s.896; Yarg. 11 HD. 17.12.1998, E.1998/7432, K. 1998/9012, **FMR**, S. 2001/3, s. 192; Ancak TPE, MarkKHK 43. maddesi gereğince davacı sıfatına sahiptir. **NOYAN**, s.363; **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 440.

⁵⁴³ **YASAMAN**, Marka Hukuk, C.II, s. 895.

⁵⁴⁴ Bkz. s. 87, dp. 232.

(MarkKHK 8/II ve 17. md). Aksi halde mahkeme, gerçek marka sahibi adına devir işlemini gerçekleştirecektir⁵⁴⁵.

Markalar Kanun Tasarısı'nda, devrin talep edileceği merci "mahkeme" olarak belirlenmiş ve Kararname'deki belirsizlik ortadan kalkmıştır (MarkK Tasarısı 43 md.)⁵⁴⁶.

Markanın devir talebinin, dava dilekçesinin netice ve talep bölümünde, nasıl ifade edilmesi gerektiği de belirtilmelidir. Genellikle markanın davacı adına devri veya terditli olarak, "markanın davacı adına devri, bu talebin kabul edilmemesi durumunda markanın hükümsüzlüğü" talep edilmektedir. Bu sıra ters çevrilerek, davacı tarafından markanın hükümsüzlüğü ve davacı adına devrinin istendiği durumlarda, MarkKHK 17. maddesinin şartları oluşsa bile, devir talebi yerine getirilmemektedir. Zira mahkeme tarafından önce markanın hükümsüzlüğüne, ardından terkin edilen markanın devrine karar verilemeyecektir⁵⁴⁷. Bu istemde, marka sahibinin ilk talebi markanın hükümsüzlüğü olmaktadır. Marka hükümsüz kılındıktan sonra ise sicilde tescilli bir marka olmayacaktır. Dolayısıyla devre konu olabilecek bir marka da yoktur. Oysa ki 554 sayılı EndüsKHK'da farklı bir düzenleme yer almaktadır. Bu Kararname'deki açık hüküm gereğince tasarım üzerindeki gerçek hak sahibi, mahkemeden, tasarımın hükümsüzlüğüne ve tasarımın kendi adına devrine karar verilmesini talep edebilmektedir(EndüsKHK 43/I-c, 19. md.)⁵⁴⁸.

Markanın mahkeme kararı ile devredilebilmesi için, öncelikle markayı adına tescil eden kişinin ticari vekil veya temsilci sıfatına sahip olması, tescil için marka sahibinin izninin alınmamış olması veya tescilin haklı sebebe dayanmıyor olması

⁵⁴⁵ Bu nedenle **TEKİNALP**, mahkeme tarafından yapılan bu devir, "zorunlu devir" olarak adlandırılmıştır. **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 432.

⁵⁴⁶ MarkK Tasarısı 43. md., "Marka sahibinin izni olmadan, ticari vekili veya temsilcisi adına marka tescilinin yapılması halinde, ticari vekil veya temsilcinin haklı bir gerekçesi yoksa, marka sahibi, söz konusu tescilin kendisine devredilmesini yetkili mahkemeden talep edebilir."

⁵⁴⁷ **NOYAN**, s.373.

⁵⁴⁸ "554 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 43 ncü maddesinin (c) bendi gereğince hükümsüzlüğün kabulü halinde aynı Kanun Hükmünde Kararname'nin 19 ucu maddesini hükmünün uygulanacağı öngörüldüğünden ve 19 ncu maddeyle de tasarım hakkı sahipliğinin devir edilmesini talep ve dava etme hakkı tanındığından davacının anılan talebinin de kabulü gerekir.", Yarg. 11 HD. T. 28.2.2003, E. 2002/12227, K. 2003/1712, www.kazanci.com.tr.; **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 635; **SULUK, Cahit**, Tasarım Hukuku, Ankara, 2003, s.423; **CAN, Ozan**, "Tasarım Hukukunda Hükümsüzlük", **FMR**, C.8, S.2008/2, s.87.

gereklidir. Eğer marka sahibi tarafından markanın temsilci adına tescili için izin verilmiş veya başkaca bir haklı sebep oluşmuş ise markanın tescili hukuka uygundur.

Ticari vekil ve temsilcinin yaptığı haksız tescilin önlenmesine ilişkin ilk düzenleme Paris Sözleşmesi'nde yer almaktadır. Sözleşmenin 6. Maddesi "*Markalar: Tescil Koşulları; Farklı Ülkelerde Aynı Markanın Bağımsız Olarak Korunması*" şeklindedir ve 6. Maddenin mükerrer 6.1'deki düzenlemesi⁵⁴⁹ ise "*Markalar: Marka Sahibinin İzni Olmaksızın, Marka Sahibinin Acentesi veya Mümessili Adına Yapılan Tescil*", "*Birlik ülkelerinden birisinde bir marka sahibinin acentesi veya mümessili, marka sahibinin izni olmaksızın markanın kendi adına tescili için bir veya daha çok sayıda Birlik ülkesine başvurduğu takdirde, bu acente veya mümessil haklı bir gerekçe göstermediği takdirde, marka sahibi başvurulan tescile itiraz etme veya iptalini isteme veya ülkenin yasaları uygunsa söz konusu tescili kendi adına devir edilmesini isteme hakkına sahip olacaktır.*" şeklindedir⁵⁵⁰. Görüldüğü üzere marka sahibine, haksız marka tescil başvurusuna itiraz ve tescil edilmiş olması ihtimalinde hükümsüzlük davası açma hakkı verilmiştir. Ülke yasalarının uygun olması durumunda ise markanın devri talep edilecektir⁵⁵¹. Bunun yanında düzenlemenin, 40/94 sayılı Topluluk Marka Tüzüğü'nün nisbi red nedenlerinin düzenlendiği 8.3 ve 18. maddelerinde de yer aldığı görülmektedir.

II. BENZER HÜKÜMLERLE İLİŞKİSİ(MARKKHK 8/II, 11 MD.)

Kararname'de temsilci tarafından tacirin markasının kendi adına tescilini önlemek amacıyla, bu durum öncelikle bir tescil engeli olarak düzenlenmiştir. Temsilci tarafından yapılan marka başvurusuna, hak sahibinin itiraz etmesi ile temsilcinin marka tescil başvurusunun reddedileceğini belirtmiştir (MarkKHK 8/II. Md.). Tescil aşamasında itiraz edilmemesi durumunda ise hak sahibinin aynı gerekçe ile

⁵⁴⁹ KAYA, maddenin birinci ve ikinci paragraflarının sadece MarkKHK 11 ve 17. Maddelerinin kaynaklık ettiğini kanaatindedir. **KAYA**, Marka Hukuku, s. 150, dp.173; Oysa ki nisbi red nedenlerinde MarkKHK 8/II'e de kaynaklık edecek düzenleme de mevcuttur, Aynı yönde **ARKAN**, Marka Hukuku, C.I, s.111.

⁵⁵⁰ Paris Sözleşmesi gereğince, marka sahibinin, temsilci tarafından yapılan marka başvurusunda bulunabilmesi için markanın daha önceden Türkiye'de kullanılmasına gerek yoktur, ancak markanın kendi adına devri konusunda ülke mevzuatına atıf yapılmıştır. **Türk** Hukuk sistemi içerisinde ise Kararname çerçevesinde açılacak davalar açısından ülkesellik prensibi tartışılmaya devam etmektedir.

⁵⁵¹ ARKAN taraflar arasındaki ilişki devam etmiyorsa hükmün uygulanamayacağı kanaatindedir. **ARKAN, Sabih**, "*Yabancı Markaların Türkiye'de Korunması*", **Batider**, C.XX, S.1, Haziran 1999, s.10, (Türkiye'de Koruma).

hükümsüzlük davası açma hakkı vardır (MarkKHK 42/I-b. Md.). Görüldüğü üzere aynı hüküm nisbi red nedenleri arasında belirtilmiş ve hükümsüzlük nedeni olarak sayılmıştır. Ancak MarkKHK 17. maddesindeki hüküm aynı durumu, farklı bir sonuca bağlamaktadır. MarkKHK 17. maddesi hükümsüzlük nedenleri arasında yer almamaktadır. Dolayısıyla davacı tarafından 17. madde gerekçesi ile hükümsüzlük talebinde değil, sadece mahkeme kararıyla devir talebinde bulunulabilir. Bu nedenle davacı tarafından dava dilekçesinde öncelikle markanın devri, bu mümkün olmaz ise MarkKHK 42/I-b yollamasıyla 8/II. fıkra gereğince markanın hükümsüzlüğünün istendiği belirtilmelidir.

Benzer diğer bir hüküm ise MarkKHK 11. maddesinde yer almaktadır. Madde ticari vekil veya temsilcinin markayı kullanmasının engellenebileceğini belirtmiştir⁵⁵². Madde incelendiğinde, düzenlemenin devir(MarkKHK 16, 17 md.) veya hükümsüzlük halleri(MarkKHK 42. md.) arasında düzenlenmediğini görmekteyiz. Bu madde ile hak sahibi, hükümsüzlük veya devir davası açmadan, temsilcinin markayı kullanmasına engel olabilecektir. Markanın kullanılmasının engellenmesi durumunda, temsilci markayı kullanamayacağı gibi markanın adına tescilli olmasından yararlanarak gerçek hak sahibinin mallarını piyasadan toplatmak gibi yasal tedbirleri de alıramayacaktır. Bu nedenle bu maddenin ihtiyati tedbir niteliğinde olduğu söylenebilir⁵⁵³. Ancak markanın kullanılmaması yönünde alınmak istenen bir ihtiyati tedbir kararı, açılacak hükümsüzlük veya markanın devri davasında da talep edilebilir. Hatta bu davalarda istenen tedbir karara genelde, karşı tarafın cevap dilekçesi beklenmeden öncelikle karara bağlanır.

Ayrıca temsilci tarafından yapılmış bu işlemin “kötüniyetli bir tescil” olduğuna hiç şüphe yoktur ki, tescilin kötüniyetle yapılması hali ise bir hükümsüzlük nedenidir⁵⁵⁴.

⁵⁵² Hükümün eleştirisi için bkz. **PEKDİNÇER, Tamer**, “Ticari Vekil veya Temsilci Tarafından Sınai Hak İhlali”, Fikri ve Sınai Haklar, İhlaller&Davalar, İstanbul Barosu Yayını, 2008, s. 31, 32(Sınai Hak İhlali).

⁵⁵³ **TEKİNALP**, maddenin markanın gerçek sahibine ilk aşamada önemli bir hak sağladığı görüşündedir. **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.451

⁵⁵⁴ Yakın tarihli HGK kararları ile kötüniyetle tescilin bir hükümsüzlük nedeni sayılması gerektiğini, KHK amacına uygun olan yaklaşımın, bu olduğunu belirtmiştir. Karar ““...556 Sayılı KHK'nın 35/1. maddesi uyarınca tescil başvurusu sırasında kötü niyetin başlı başına bir itiraz sebebi olarak öne sürülmesi mümkün olduğu gibi, sonradan aynı nedenle hükümsüzlük davasının açılabilmesi de KHK'nın amacına uygundur. Çünkü KHK'nın 35/1. ve 42/1-a maddelerindeki düzenlemeler de esasen MK.m.2'nin özel bir uygulamasından ibarettir. Bu bakımdan her somut olayın özellikleri göz önüne alınarak açıkça kötü niyetle gerçekleştirildiği belirlenen marka tescilinin hükümsüzlüğüne karar verilebilmelidir.”, Yarg.

Sonuç olarak temsilcisi tarafından markanın tescil edilmesi durumunda, markanın gerçek sahibinin altı hakkının olduğu söylenebilir. Öncelikle tescilin yapılmasına itiraz edebilir(MarkKHK 8/II. md.), marka üzerinde gerçek hak sahibi olduğundan bahisle tescile itiraz edebilir(MarkKHK 8/III. Md.), marka tescil edilmişse markanın hükümsüzlüğünü talep edebilir(MarkKHK 42/I-b. md.), markanın temsilci tarafından kullanılmasına engel olabilir(MarkKHK 11. md.), markanın kendi adına devrini talep edebilir(MarkKHK 17. md.) ve kötüniyetle yapılmış marka tescilinin bu nedenle hükümsüzlüğünü talep edebilir(MarkKHK 35/I. md.).

III. KOŞULLAR

1. Ticari Vekil/Temsilci Kavramı

Maddenin uygulanma şartlarından ilki, marka tescilinin “ticari vekil veya temsilci” tarafından yapılmış olmasıdır. Paris Sözleşmesinin ilgili hükmünde yer alan ifade ise “acente veya temsilci(agent or representative of the person)” şeklindedir. 40/84 sayılı Tüzük’te geçen ifade ve Alman Marka Kanunu’nda geçen ifadeler de aynıdır. Bu ifade MarkKHK’a “ticari vekil veya temsilcisi” şeklinde değiştirilerek alınmıştır. Ticari vekil, ticari mümessil sıfatına sahip olmaksızın, işletmenin bütün işleri veya belli işlerinde taciri temsile yetkili kişidir (BK 453/I md)⁵⁵⁵. Ancak madde de geçen ticari vekil kavramını sadece BK’da yer alan tanım ile sınırlandırmamak gereklidir⁵⁵⁶. Temsilci ve ticari vekil kavramlarının her ikisinin de geniş yorumlanması gerektiği konusunda, öğretide görüş birliği olduğu söylenebilir⁵⁵⁷.

Dolayısıyla ticari vekil veya temsilci, marka sahibi ile hukuki ve ekonomik ilişkiye giren, marka sahibi ile vekalet veya temsil niteliğinde bir ilişkisi olan herkeştir; bu ilişkinin sadece markanın tescilli olduğu malların satılması, kullanılması, dağıtılması

HGK. T.16.7.2008, E.2008/11–501, K.2008/507, Karar için bkz: **NOYAN**, s. 374 vd; **ARKAN**, Marka Hukuku, C. II, s.158; **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.452; **YASAMAN**, Marka Hukuku, C. II. s.878-879.

⁵⁵⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. **ARKAN**, Ticari İşletme, s.168; **KARAHAN**, Ticari İşletme, s. 286; **BAHTİYAR**, Ticari İşletme, s. 137 vd.; **BERZEK**, Ticari İşletme, s. 142 vd.

⁵⁵⁶ **PEKDİNÇER**, Sınai Hak İhlali, s. 31; **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.354 ve 451.

⁵⁵⁷ **ARKAN**, Marka Hukuku, C.I, s.111; **FEZER**, MarkenG, s. 601; **SCHULTZ**, s. 241; **YASAMAN**, Marka Hukuku, C.I, s.403; C. II, s. 696; **PEKDİNÇER**, Sınai Hak İhlali, s.31; **KAYA**, s.150; **KARAN/KILIÇ**, s. 204, **ŞANAL**, s.53; **NOYAN**, s.104; **MERAN**, s.167.

veya üretilmesine⁵⁵⁸ ilişkin olması şart değildir⁵⁵⁹. Marka sahibinin acentesi, tek satıcısı, distribütörü, dağıtıcısı, bayisi, vekili vb. adı ne olursa olsun, hepsi madde kapsamında temsilci olarak değerlendirilmelidir. Hatta bu kişilerin çalışanları, temsilciye yakın olan kişiler, temsilci adına kayıtlı diğer şirketler de aynı kapsamda değerlendirilmelidir⁵⁶⁰. Zira temsilci tarafından, söz konusu maddeyi dolanmak amacıyla, örneğin temsilcinin çalışanı adına marka tescil ettirilebilmektedir veya temsilci şirketin, adına kayıtlı farklı şirketleri olması ihtimalinde, bu şirketlerden biri adına marka tescil ettirilmektedir. Markanın adına tescil ettirildiği kişinin temsilciye yakın kişilerden olması durumunda, aradaki ilişki rahatlıkla ispat edilebilirken, tescil için üçüncü bir kişinin kullanılmasında, durumu MarkKHK 17. madde kapsamına dahil etmek güçtür. Ancak kanaatimizce tescilin kötüniyetle yapıldığı ispat edilebilirse, aradaki ilişkinin de ispat edilmiş olacağı ve hüküm uygulanabileceği yönündedir. İlişkinin ispat edilememesi durumunda ise MarkKHK 42. maddesi gereğince marka üzerindeki gerçek hak sahipliğinin ispatı ile söz konusu markanın hükümsüzlüğü istenebilir.

Yargıtay 03.12.2007 tarihli kararında⁵⁶¹, ticari vekil ve temsilci kavramını çok dar yorumlamıştır. Kararda, Almanya’da tescilli “*VSCT Lacrosse*” markasının, Almanya’daki acentelerden biri tarafından Türkiye’de fason üretiminin yaptırıldığı, Türkiye’de fason üretim yapan firmanın, markanın Türkiye’de tescilli olmamasından yararlanarak, markayı kendi adına tescil ettirdiği, ancak markanın fason üretimini yapan davalı firmanın, MarkKHK 17. maddesi anlamında “ticari vekil veya temsilci” olarak kabul edilemeyeceği, davacı şirketin marka üzerindeki MarkKHK 8/III. Madde anlamındaki gerçek hak sahipliğinin kabulü ile davalı adına tescilli markanın hükümsüzlüğüne karar vermiştir. Söz konusu karara katılmadığımızı belirtmeliyiz. Türkiye’de markanın fason üretimini yapan firma, marka sahibinden aldığı yetki ile markanın sahibi adına bu üretimi yapmaktadır. Markayı, marka sahibi ile aralarındaki

⁵⁵⁸ **KARAHAN**, s.Hükümsüzlük, s.108.

⁵⁵⁹ **ARKAN**, Marka Hukuku, C.I, s.111; **YASAMAN**, Marka Hukuku, C.I, s.403; C. II, s. 696; **PEKDİNÇER**, Sınai Hak İhlali, s.31; **KAYA**, s.150; **KARAN/KILIÇ**, s. 204, **ŞANAL**, s.53; **NOYAN**, s.104; **MERAN**, s.167; Aksi görüş, **KARAHAN**, Hükümsüzlük, 108, dp. 2, s.109.

⁵⁶⁰ **ARKAN**, Marka Hukuku, C.I, s.112; **PEKDİNÇER**, Sınai Hak İhlali, s. 33; **FEZER**, MarkenG, s.1010,1011; **SCHULTZ**, s.241; Aksi görüş; **KARAHAN**, hükmün çok geniş yorumlanmasının, hükmün dolanılma ihtimalini ortadan kaldırmayacağını, zira bu hükmü girmemek için temsilci veya ticari vekilin, marka sahibi ile arasında ilişki olmayan kişiler adına, markayı tescil ettirebileceğini belirtmektedir. **KARAHAN**, Hükümsüzlük, s. 108, dp.2.

⁵⁶¹ Yarg. 11 HD. T. 03.12.2007, E. 2006/12684, K.2007/15215, **MERAN**, s.169, 170.

ilişki sonucunda öğrenmiştir. Türkiye'deki firmaya verilen yetki markalı ürünleri üretmek ve marka sahibine teslim etmektedir. Bu nedenle kanaatimiz fason üretim yapan kişilerin de MarkKHK 17. madde de belirtilen temsilci kavramına dâhil edilmesi gerektiği şeklindedir.

Yargıtay 02.02.2009 tarihli yeni kararında da, yurt dışında tescilli markanın sahibi olan şirket ortaklarının, markanın Türkiye'de tescilli olmamasından yararlanarak yaptıkları tescili, MarkKHK 8/III. Maddesi gereğince davacının gerçek hak sahibi olduğu ve tescilin kötüniyetle yapıldığı gerekçesi ile hükümsüzlüğüne karar vermiştir⁵⁶². İşte bütün bu durumlar da kanaatimiz bu kişilerin MarkKHK 17. maddesi anlamında ticari vekil ve temsilci kavramı içine dahil edilmesi gerektiği şeklindedir.

Bir diğer sorun da, markanın daha önce taraflarla hiçbir bağlantısı olmayan bir üçüncü kişi tarafından tescil edilmesinin ardından, markanın temsilci tarafından bu kişiden devralınması ihtimalidir. Durumu fark eden marka sahibi, temsilci adına tescilli olan bu markanın kendisine devrini talep edip edilemeyeceğinin tespiti gereklidir. Bu ihtimalde her ne kadar marka ilk olarak temsilci tarafından tescil edilmemişse de, tescilin öğrenilmesinin ardından, temsilci tarafından marka sahibine haber verilmemiş ve gerekli davaların açılması yolu tercih edilmemiştir. Bunun yerine temsilci, markayı kendi adına devralma yolunu tercih etmiştir. Markayı kendi adına devralan temsilci, yine markanın sahibinin onayı olmadan ve haklı bir sebebe dayanmadan markanın devrini kendi adına tescil ettirmiştir. Kanaatimizce, bu durumda da markanın mahkeme yoluyla devri talep edilebilecektir. Benzer olarak markanın kötüniyetli tescil edilmesi ile kötüniyetli devralınması arasında MarkKHK 17. maddesi anlamında ayırım yapılmasına gerek yoktur⁵⁶³.

⁵⁶² “... davalının adına tescil ettirdiği uyumsuzluk konusu markanın davacı tarafından daha önce piyasaya sunularak kullanıldığının, 556 sayılı KHK'nin davacı tarafından daha önce piyasaya sunularak kullanıldığının, 556 sayılı KHK'nin 8/3 ncü maddesi uyarınca öncelik hakkının bulunduğu sabit bulunmasına, esasen davacı şirketin önceden çalışanı olan davalı ortaklarının bu markanın davacı tarafından tescilsiz olarak kullanıldığını bildiklerinin sabit bulunmasına, aynı alanda faaliyet gösteren davalı şirketin markayı kendi adına tescil ettirmesinin MK'nun 2 nci maddesiyle de bağdaşmamasına, her ne kadar kötü niyetli tescil hali 556 sayılı KHK'de açıkça hükümsüzlük davası açılması nedenleri arasında sayılmamış ise de Dairemiz'in yerleşik uygulamasına göre kötü niyetli tescilin bulunması durumunda da hak sahibinin marka hükümsüzlük davası açabileceğinin kabul edilmesine, dosya kapsamından kötü niyetin sabit olmasına göre...temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.” Yarg. 11 H02.2009, E. 2007/12075, K. 2009/1100, **Batider**, C. XXXV, S. 1, 2009, s. 266.

⁵⁶³ **KARASU**, s.33; **BİLGİLİ**, Kötüniyet, s. 179.

Markanın temsilci tarafından haksız olarak tescil edilmesi ve daha sonra iyiniyetli üçüncü kişiye devredilmesi durumunda ise yine MarkKHK 17. maddesi gereğince markanın devri talep edilebilecektir⁵⁶⁴. Zira marka MarkKHK 8/II, 17 ve 35. maddelerine aykırı olarak kötünietli tescil edilmiştir. Markanın iyiniyetli birine devredilmesi markanın tescil edildiği sırada var olan tescil engellerini ortadan kaldırmayacaktır.

Markanın devri talepli davanın hangi süre içerisinde açılacağı konusunda Kararname'de açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Halbuki Paris Sözleşmesi'nin ilgili 6. mükerrer 6/III. fıkrasında Birliğe üye devletlerin bu maddeden doğan hakların kullanılması için süre koyabilecekleri düzenlenmiştir. Ancak markayı izinsiz ve haklı bir sebep olmadan kendi adına tescil eden temsilcinin hiçbir zaman iyiniyetli olamayacağı, bu durumun kötünietli bir tescil sayılacağı muhakkaktır⁵⁶⁵. Bu bakış açısı ile markanın devrinin istenebileceği süre iki şekilde değerlendirilebilir. Öncelikle markanın kötünietle tescil edilmesi durumunda hükümsüzlüğünün istenebilmesi belirli bir süreye bağlı değildir(MarkKHK 42/Ia. md.). Her ne kadar kötünietle tescil edilmiş markanın hükümsüzlüğünü isteme hakkı belli bir süreye bağlı değilse, uzun süre sonra hükümsüzlük talebinde bulunulmasının hakkın kötüye kullanılması yasağı⁵⁶⁶ kapsamına girmemesi gerekmektedir. Bu bilgiler ışığında markanın devrinin dava yoluyla istenmesinde uygulanacak süreyi de aynı ilkelere bağlayabiliriz. Dolayısıyla markanın gerçek sahibi, temsilcisi tarafından yapılan kötünietli marka tescilinin kendi adına devrini, belli bir süreye bağlı kalmadan, talep edebilir. Bu sürenin çok uzun olması durumunda, marka sahibinin sessiz kalmak suretiyle dava açma hakkını kaybettiği söylenebilecektir.

2. Markanın Tescili İçin Haklı Sebep

Kararname'deki hükümler çerçevesinde, ticari vekil veya temsilci adına yapılan marka tescili iki şarttan birinin varlığı halinde korunmuştur. Ticari vekil veya

⁵⁶⁴ ARKAN, Türkiye'de Koruma, s.13.

⁵⁶⁵ ARKAN, Türkiye'de Koruma, s.13.

⁵⁶⁶ Bkz. s. 89, dp. 237.

temsilci adına yapılan tescil ya marka sahibinin izni ile yada⁵⁶⁷ haklı bir gerekçe ile yapılmalıdır. Marka sahibinin markasının tescili yönünde bir iznin olması durumunda markanın tescilinden sonra iznin geri alınarak, mahkemeden markanın devrinin istenmesi mümkün değildir. Markanın sahibi tarafından verilen izin taraflar arasındaki ilişki sürerken geri alınabilir⁵⁶⁸.

Bunun dışında marka tescili, “haklı sebeple” yapıldı ise marka sahibinin itiraz hakkı (MarkKHK 8/II md.), kullanmayı men etme hakkı(MarkKHK 11 md.), markanın kendisine devrini isteme hakkı (MarkKHK 17 md.) ortadan kalkacaktır. Ancak Kararname çerçevesinde haklı sebep kavramı açıklanmamıştır. Haklı sebep somut olayın özelliklerine göre değişen nisbi bir kavramdır⁵⁶⁹. Her somut olaya uygun olabilecek bir tanım vermek güçtür. Bu güçlüğü rağmen, öğreti,⁵⁷⁰ tarafların sözleşme ilişkisini sona erdirmeyi haklı gösterecek sebepler noktasından hareket ederek, haklı sebebi, sözleşmenin kuruluş anında var olsaydı, tarafların bir araya gelmelerinin imkansız olduğu, öğrenildiğinde sözleşmeye ve taraflara duyulan güveni ortadan kaldıran durumlar olarak tanımlamıştır⁵⁷¹.

Konumuz açısından haklı sebep, hukuka aykırı fiili hukuka uygun hale getirmektedir. Tabii ki marka sahibinin tescil için verdiği izin, tescili hukuka uygun hale getirecektir. Bunun dışında, öyle bir sebep olmalıdır ki ticari vekil veya temsilcinin, başkasının markasını kendi adına tescil etmekten başka çaresi kalmamış olsun. İşte temsilcinin başkasına ait markayı tescil ettirmesini, hukuka uygun hale getirecek olan, markanın tescil edilmesi için oluşan zorunluluktur.

Şu halde öncelikle somut olayda, ticari vekil veya temsilci açısından markayı tescil zorunluluğu doğmuş olmalıdır. Akabinde bu zorunluluk marka sahibine

⁵⁶⁷ PEKDİNÇER, hükmün ifadesinden açıkça anlaşılmasa da “ve” değil “veya” şeklinde anlaşılması gerektiğini belirtmiştir. PEKDİNÇER, Ticari Vekili, s.31.

⁵⁶⁸ ARKAN, Türkiye’de Koruma, s.10, dp.16.

⁵⁶⁹ ÇAMOĞLU, Ersin, Kolektif Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi ve Ortağın Haklı Sebeple Çıkarılması, İstanbul, 2008, s. 77; DOMANIÇ, Hayri, Adi-Kollektif ve Komandit Şirketler, Türk Ticaret Hukuku Şerhi- I, İstanbul, 1988, s. 734.

⁵⁷⁰ Öğreti, kolektif şirketlerde haklı sebebi düzenleyen TTK 187. maddesindeki ifadeden, kira sözleşmesinin feshinin düzenlendiği BK 264. ve 286. maddelerindeki ifadelerden, ve çeşitli maddelerde haklı sebebe örnek olarak verilen hallerden yararlanılarak tanımlar verilmiştir. ÇAMOĞLU, s.80; ASLANLI, Halil/ DOMANIÇ, Hayri, Limited Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi-III, İstanbul, 1989 s. 734, 736; TEKİL, Fahiman, Adi, Kolektif ve Komandit Şirketler Hukuku, İstanbul, 1996, s. 141.

⁵⁷¹ GİRAY, R. Eda, “Limited Şirketin Haklı Sebeple Feshi ve Yargıtay’ın Yaklaşımı”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Hukuk Özel Sayısı, Y.6, S.12, Güz, 2007, s. 197 vd.

bildirilmiş ancak marka sahibi tescilden kaçınmış olmalıdır. Markasını tescil ettirip ettirmeme hakkı ve seçimi marka sahibine aitken, doğan zorunluluk neticesinde ticari vekil veya temsilci bu yönde talepte bulunmaya hak kazanmaktadır. Ticari vekil ve temsilci açısından markanın tescili için oluşan zorunluluğu tespit ederken, markanın tescilli olmamasından dolayı temsilcinin kaybettiği hakların ve tescilli olması durumunda sahip olacağı imkanların tespit edilmesi gerekmektedir. İncelememizde baştan itibaren belirttiğimiz üzere, markanın tescilinin sağladığı en büyük hak, MarkKHK çerçevesindeki korumadan yararlanmak, bu amaçla Kararname'den doğan davaları açabilmektir (MarkKHK 9, 42, 61 md). Ticari vekil veya temsilcinin marka sahibine markanın tescil gerekliliğini bildirilmesine rağmen, marka sahibi tarafından markanın tescilsiz olarak kullanılması, ciddi hak kayıplarına yol açıyor olmalıdır. Örneğin, markaya tecavüz edilmekte ancak markaya karşı MarkKHK'dan doğan markaya tecavüz davaları açılmamaktadır. Veya başkasının markayı tescile hazırlandığı haberi alınmıştır, bu tescilin önlenmesi amacıyla o kişiden önce marka sahibi tarafından tescilin yapılması istenmiştir. Marka başkası tarafından tescil edildiğinde, bu kişi, temsilcinin piyasaya sunacağı malları toplatabilir, markaya tecavüz ve haksız rekabet davaları açabilir. Bütün bu durumlarda ticari vekil veya temsilcinin markanın tescilini isteme hakkı vardır, zira markanın tescilsiz olmasından öncelikle ve doğrudan etkilenen ve zarar gören ticari vekil veya temsilci olacaktır⁵⁷². Temsilci öyle yatırımlar yapmıştır ki, zarar görmek istemeyecektir.

Haklı sebebe diğer bir örnek ise, temsilcinin katılacağı ihalelerde, ihalelere katılım şartı olarak, markanın Türkiye'de tescil edilmesinin aranıyor olmasıdır. Bu durumda söz konusu ihalelere katılabilmek, markalı ürünleri satabilmek ve karşılıklı kazanç elde edebilmek için markanın tescil edilmesi zorunludur.

Ancak, marka sahibi ile temsilci arasındaki sözleşmenin uzun yıllar sonra sona erdirilmesi, markanın ilk defa temsilcinin vasıtasıyla piyasaya sunulmuş olması, markanın temsilci adına tescili için haklı sebep oluşturmaz. Genelde ticari vekil ve temsilciler tarafından iddia edilen haklı sebepler, uzun süre sonra taraflar arasındaki sözleşmenin feshedilmesi ile temsilcinin büyük maddi zarara uğraması, markanın piyasada temsilci tarafından bilinir hale getirilmesidir. Oysa ki taraflar arasında

⁵⁷² ARKAN, Marka Hukuku, C.I, s.112.

yapılmış olan temsilcilik sözleşmesinin haklı veya haksız olarak feshedilmiş olması, markanın gerçek sahibinin markasını veya Türkiye piyasasını ilgi alanından çıkardığı anlamına gelmeyeceği⁵⁷³ gibi temsilciye markayı tescil hakkı da vermeyecektir. Örneğin temsilcinin, markanın Türkiye'deki tek satıcısı⁵⁷⁴ olması, markanın ilk defa tek satıcı vasıtasıyla piyasaya sunulması, uzun seneler reklam ve yatırımlarla markanın tanıtılması⁵⁷⁵, markanın toplum tarafından bilinir hale getirilmesi, tek satıcıya marka üzerinde tescil hakkı vermez⁵⁷⁶. Temsilci, aralarındaki sözleşmenin haksız olarak feshedildiği kanaatinde ise, bu nedenle doğan zararının tazminini isteyebilecektir. Markayı kendi adına tescil eden temsilcinin tek satıcı⁵⁷⁷ olduğu ihtimalde; tek satıcı tacirin(yapımcı⁵⁷⁸) mallarını tekel hakkına sahip olduğu bölgede pazarlama hakkına sahiptir. Bu bölgede tacirin mallarının sürümünü arttırmaya yönelik faaliyet gösterir⁵⁷⁹. Tek satıcı tarafından kazanç elde etmek amaçlı yapılan bu sözleşmeden, kazanç elde edilebilmesi için markanın satılması, satım için ise piyasaya tanıtılması gereklidir, aksi takdirde tek satıcı markayı taşıyan mal ve hizmetlerin satışını yapamayacaktır. Bu amaçla tek satıcı fuarlara katılacak, reklam faaliyetlerinde bulunacaktır⁵⁸⁰. Acente de tacirin mal ve hizmetlerinin sürümünü arttırıcı faaliyetlerde bulunmak zorundadır⁵⁸¹. Ancak tek satıcının kazancı, malı satın alma ve satma fiyatı arasındaki farktan oluşurken, acenteye faaliyetleri için tacir tarafından ücret ödenir. Tek satıcının veya acentenin, tacir ile aralarındaki sözleşmeden doğan yükümlülüklerin yerine

⁵⁷³ KARAHAN, bu durumun hal ve hareketlerden açıkça anlaşılması gerektiği kanaatinde. KARAHAN, Hükümsüzlük, s. 109.

⁵⁷⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. İŞGÜZAR, Hasan, Tek Satıcılık Sözleşmesi, Ankara, 1989; ARKAN, Ticari İşletme, s. 192; YAVUZ, Özel Hükümler, s. 29, 31; KAYIHAN, Şaban, Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi, Ankara, 2008, s. 31, 65(Acente); TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.I, İstanbul, 1988, s.27 vd.; TANDOĞAN, Haluk, "Tek Satıcılık Sözleşmesi", Batider, C.XI, S.4, Aralık, 1982, s.1; ERDEM, Ercüment, "Türk ve İsviçre Hukuklarında Denkleştirme Talebi", İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktisabının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku'nun Türk Ticaret Hukuku'na Etkileri, İstanbul, 2009, s.197(Denkleştirme Talebi).

⁵⁷⁵ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s.395.

⁵⁷⁶ PEKDİNÇER, Sınai Hak İhlali, s.33.

⁵⁷⁷ Aslında tek satıcı, üçüncü kişilerle yaptığı işlemleri kendi adına ve hesabına yapar. Dolayısıyla taciri (yapımcıyı) temsil etme hakkı yoktur. Ancak tacirin markası ile piyasa girdiği için, müşterilerce tacirin temsilcisi zannedilmektedir. YAVUZ, Özel Hükümler, s.30; İŞGÜZAR, s.16; Buna karşılık tek satıcıya çok benzeyen acenteye sözleşme yapma yetkisi verilmiş ise sözleşmeleri tacirin nam ve hesabına yapar. ARKAN, Ticari İşletme, s.187, 188; Yarg. 19.HD. T.03.11.2003, E. 2003/1710, K.2003/1059, Legal Hukuk Dergisi, Aralık 2003, s.3164 vd.; ERDEM, Denkleştirme Talebi, s. 197.

⁵⁷⁸ YAVUZ, Özel Hükümler, s.29.

⁵⁷⁹ ERDEM, Denkleştirme Talebi, s.201; İŞGÜZAR, s.67.

⁵⁸⁰ YAVUZ, Özel Hükümler, s.32; İŞGÜZAR, s.72 vd.

⁵⁸¹ ARKAN, Ticari İşletme, s.191.

getirilmemesi, kendilerine marka üzerinde hak sağlamayacaktır. Tabii ki uzun yıllar, söz konusu marka satılarak ve muhtemelen alt temsilcilikler verilerek, büyük bir müşteri kitlesi oluşturulmuştur. Gerçekte bu müşteri kitlesi tek satıcıya değil, marka ve ürüne bağlıdır⁵⁸². Bu nedenle de markanın ve ürünün gerçek sahibine geçer. Ancak TTK çerçevesinde yer almamakla birlikte, öğreti⁵⁸³ ve Yargıtay kararları⁵⁸⁴ gereğince kabul edildiği üzere, acentenin kazandırdığı müşteri çevresi için denkleştirme talep etme hakkı vardır. Örnekleri çoğaltmak mümkün, ancak şu kesin ki, temsilci ile marka sahibi arasındaki sözleşme kapsamındaki haklar ve borçlar incelenerek haklı sebeplerin tespiti kolaylaşmaktadır.

Tek ihtimal, markanın ticari vekil veya temsilci tarafından tescilsiz olarak kullanılırken, tescil zorunluluğunun doğması değildir. Marka, marka sahibi adına tescilli olabilir, ancak yenileme süresinin geçmesine rağmen, marka yenilenmemiş veya markadan vazgeçilmiş olabilir. Bu durumlar da tescil için haklı sebep teşkil edebilir⁵⁸⁵.

Tescilin haklı sebeple ile yapılmış sayılması için diğer bir şart, temsilci tarafından markasını tescil ettirmesi konusunda öncelikle marka sahibine talepte bulunmuş olmasıdır. Şöyle ki, ticari vekil veya temsilci marka sahibine, markasını tescil ettirmesi gerektiğini, aksi halde hakların korunması için temsilci tarafından markanın tescil edileceğini, bildirmiş olmalıdır. Kanaatimizce yapılacak bildirim özel bir şekilde uyularak yapılmasına gerek yoktur. Ancak ispat kolaylığı açısından yazılı

⁵⁸² ERDEM, Denkleştirme Talebi, s.197.

⁵⁸³ Sözleşmenin sona ermesi neticesinde, hakkaniyet gereği, tacirin kazancı ve acentenin kaybı kriterlerinin bir arada değerlendirilmesi ile ortaya çıkan zararın tazmini talep edilebilir. ERDEM, Ercüment, “Tek Satıcılık Sözleşmesinde Denkleştirme Talebi(Müşteri Tazminatı)”, Prof. Dr. Ünal Tekinalp’e Armağan, C.I, İstanbul, s.106(Tek Satıcı); ERDEM, Denkleştirme Talebi, s.197; AYAN, Özge, Acentenin Denkleştirme Talep Etme Hakkı, Ankara, 2008, s. 98 vd; ARKAN, Ticari İşletme s.209; TEOMAN, Ömer, “Tacir Yardımcıları”, Doç. Dr. Mehmet Somer’in Anısına Armağan, İstanbul, 2006, s.303; KAYIHAN, Acente, s.148 vd.; TEKİNALP, Ünal, “Türk Hukukuna Acentenin Portföy Akçası Talebi”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Ankara, 1998, s.1 vd; DURAL, Ali, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Uyarınca Acentenin Denkleştirme Talep Etme Hakkının Maddi Şartları”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005/1, s.303; İŞGÜZAR, s.160, Müşteri tazminatının hesaplanmasında, tek satıcılık sözleşmesinin süresinin ve ilgili piyasada markanın tanıtılmasının etkileri de incelenmelidir. ERTABAK, Ünal, Tek Satıcının “Müşteri Tazminatı” Talebi ve Müşteri Tazminatı Miktarının Hesaplanması, İstanbul, 2009, s.13 ve 45 vd.; PEKDİNÇER, Sınai Hak İhlali, s.33.

TTK Tasarısı 122. maddesinde denkleştirme talebi ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

⁵⁸⁴ Yarg. 11 HD. 20.06.1996, E. 1996/2084, K. 1996/4544; Yarg. 11. HD. 10.05.1996, E. 1996/2189, K. 1996/3335; Yarg. 11. HD. 25.12.1996, E. 1996/6699, K. 1996/9192, Kararlar için bkz. ERDEM, Denkleştirme Talebi, s.204 vd.

⁵⁸⁵ ARKAN, Marka Hukuku, C.I, s.112; PEKDİNÇER, Sınai Hak İhlali, s. 33; YASAMAN, Marka Hukuku, C.I, s.404; ARKAN, Türkiye’de Koruma, s.12.

olarak yapılmasında yarar görüyoruz. Bu bildirimle rağmen marka sahibi, söz konusu markayı tescil ettirmemiş ise, ticari vekil veya temsilcinin markayı kendi adına tescil ettirmesi haklı görülebilir⁵⁸⁶. Temsilci tarafından herhangi bir bildirim yapılmadan, sadece marka sahibinin davranışları yorumlanarak markasını tescil ettirmeyeceği sonucu çıkartılamaz. Örneğin, marka sahibinin, markayı uzun yıllardır tescilsiz olarak kullanmayı tercih etmesi, markasından vazgeçtiği anlamına gelmez ve temsilci için haklı sebep oluşturmaz.

3. Ticari Vekil/Temsilci Tarafından Tescil Edilen Markanın Gerçek Hak Sahibi Tarafından Devir Talebi

A. Kapsamı

Marka sahibi tarafından, ticari vekil veya temsilcinin haklı bir sebebi olmadan gerçekleştirdiği tescil sonrasında, “marka”nın devrinin talep edilebileceği açık olmakla birlikte, temsilci tarafından her zaman davacı markasının aynısı, aynı mal ve hizmetlerde tescil ettirilmemektedir. Bunların yanında temsilci markanın benzerlerini, benzer mal ve hizmetlerde tescil ettirme yoluna da gitmektedir. Bu konuda Paris Sözleşmesi’nde ve Kararname’de açıklık bulunmamaktadır. Kararname’nin bütünü dikkate alındığında (MarkKHK 7/I-b, 8/I-b, 42/I md.), kanun koyucunun amacının, halk tarafından iltibas yaratabilecek derecede benzer markaların, farklı kişiler adına tescilli olmasını ve kullanılmasını engellemek, olduğu söylenebilir. Marka üzerinde öncelik ve gerçek hak sahipliğine dayalı, üstün hakkı olan kişi, markasının aynısının veya benzerlerinin, aynı veya benzer sınıflarda tesciline itiraz etme vetescil edilmiş olması ihtimalinde hükümsüzlük davası açma hakkına sahiptir(MarkKHK 7/I-b, 8/I-b, 8/III, 8/V md.). Bu nedenle, markanın mahkeme kararıyla devrinin talep edilmesi durumunda da, temsilci tarafından tescil edilen ve marka sahibinin markası ile halkı yanıltacak nitelikte benzer mal ve hizmetlerde tescil edilmiş olan aynı veya benzer markaların da devri talep edilebilecektir⁵⁸⁷. Bu benzerliğin tespitinde iltibas değerlendirmesi

⁵⁸⁶ YASAMAN, Marka Hukuku, C.II, s.698.

⁵⁸⁷ ARKAN, Marka Hukuku, C.I, s. 111, dp.179; YASAMAN, Marka Hukuku, C.I, s. 404; KAYA, Marka Hukuku, s.152.

yapılmalıdır. Söz konusu kavramlar, önceki bölümlerde ayrıntılı olarak incelendiği için tekrar edilmeyecektir⁵⁸⁸.

YASAMAN, temsilci tarafından markanın farklı mal ve hizmetlerde tescil edilmek istenmesi durumunda dahi, tescil haksız rekabet oluşturacaksa, temsilcinin farklı mal ve hizmetlerdeki tescil başvurusuna itiraz edebileceğini belirtmiştir⁵⁸⁹. Kanaatimizce de markanın toplumda ulaştığı bilinirlik dikkate alındığında, markanın devrinin istenebileceği mal ve hizmetler genişletilebilir. Hatta marka tanınmış marka (Paris Sözleşmesinin 1 inci mükerrer 6. md, MarkKHK 7/I-1 md, TRIPs 16/III md, 40/89 sayılı Topluluk Marka Tüzüğü 8.5 md., WIPO A/34/13 sayılı rapor⁵⁹⁰)⁵⁹¹ olarak nitelendirilirse, farklı mal ve hizmet sınıflarında da korunacaktır⁵⁹². Bu nedenle konunun daha önce de bahsettiğimiz iltibas kavramı ışığında değerlendirilmesi gereklidir⁵⁹³. YASAMAN, konuyu MarkKHK 8/II. maddesi anlamında, marka sahibinin itiraz hakkı açısından incelemiştir. Kanaatimizce markanın devrinin mahkemeden talep edilmesi durumunda da iltibas ihtimalinin değerlendirilmesi ile devri istenecek markalar belirlenmelidir. Ayrıca temsilci tarafından tescil edilmiş marka, engelleme markası olarak kabul edilirse, farklı mal ve hizmetlerde de kötüniyet itirazında bulunulabilecektir⁵⁹⁴. Yargıtay “ANTEO” markasının distribütörü olan davalı şirketin, Türkiye’de yaptığı marka tescilini, tescilin kötüniyetle yapılmış olması, markanın aynı zamanda marka sahibi tarafından ticaret unvanında kullanılması nedeniyle farklı mal ve hizmetler yönünden de terkin edilmesine karar vermiştir⁵⁹⁵.

⁵⁸⁸ Bkz. s. 108 vd.

⁵⁸⁹ YASAMAN, Marka Hukuku, C.I, s. 404; Aksi görüş KARAN/KILIÇ, s.204.

⁵⁹⁰ WIPO Tanınmış marka kriterleri, Joint Resolution Concerning Provisions on the Protection of Well-Known Marks, http://www.wipo.int/edocs/mdocs/govbody/en/a_34/a_34_13.doc (14.10.2009)

⁵⁹¹ Yarg. 11 HD. T. 13.03.1998, E.1997/8665, K.1998/1705, Yargı Dünyası, Ocak 1999, S.37, s.96 vd; Yarg. 11 HD. T. 10.03.2005, E.2004/4268, K. 2005/2362, Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (FMHD), Y.2005-2006, S.1, s.171 vd; Yarg. 11 HD. T. 13.11.2006, E.2005/10785, K.2006/11528, ORHAN, s.471; DİRİKAN, s. 48-50; OYTAÇ, Markalar Hukuku, s.115, 134 vd.

⁵⁹² YASAMAN, Hamdi, “Tanınmış Markalar”, Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005/1, s. 219; KARAHAN, Fikri Mülkiyet, s. 140.

⁵⁹³ Bkz. s.108 vd.

⁵⁹⁴ KARASU, s.23.

⁵⁹⁵ Yarg. 11. HD. T. 28.02.2008, E. 2007/487, K.2008/2293, KARASU, s.23, 29 vd.

B. Mahkeme Kararıyla Devrin Kapsamına, Markanın Benzerlerinin de Dahil Edilip Edilemeyeceği Sorunu

Ticari vekil veya temsilci tarafından, markanın aynısıyla birlikte benzerleri de tescil edilmiş olabilir. Marka sahibinin ise bilerek veya bilmeyerek sadece markalardan birinin devrini talep etmesi mümkündür. Mahkeme devri talep edilen markayı değerlendirirken, benzerlerinin olup olmadığını incelemeli midir? Benzer markaları tespit ederse, bunları da re'sen devrin kapsamına dahil etmeli midir? Bilindiği üzere, markanın devrinin geçerli olabilmesi için devredilen marka ile benzer olan markaların da devredilmesi şarttır (MarkKHK 16/V md.)⁵⁹⁶. Emredici nitelikteki bu hükme aykırı olarak, devir sözleşmesine konu markanın, benzerlerinin de devredilmemesi durumunda, devir sözleşmesi geçersiz olacaktır. Zira emredici nitelikteki kurallar, aksinin kararlaştırılmadığı, kesin olarak uygulanmak zorunluluğu olan kurallardır. Bu kurallara aykırı olarak yapılacak işlemler, hiçbir sonuç ve hüküm doğurmayacaktır (BK 19, 20 md).

Söz konusu hükmün emredici nitelikte olduğunu tespit ettikten sonra, kanaatimizce mahkeme kararıyla gerçekleştirilen devirlerde de bu hükmün dikkate alınması gerekmektedir. Böylelikle, her ne kadar marka sahibi tarafından, benzer markaların devri talep edilmemiş olsa da, mahkeme tarafından öncelikle ticari vekil veya temsilci adına tescilli olan tüm markalar tespit edilmelidir. Daha sonra markalar ile devri talep edilen marka arasındaki iltibas ihtimali değerlendirilmelidir. Sonuç olarak halkı yanılgıya düşürecek derecede benzer olanlarının da, marka sahibi adına devri gerçekleştirilmelidir. MarkKHK 16/V md hükmünün emredici niteliğinden dolayı, söz konusu araştırma ve sonucunda devir mahkeme tarafından re'sen yerine getirilmelidir.

IV. DEVRİN HÜKMÜ/ DEĞERLENDİRME

Ticari vekil veya temsilci adına gerçekleştirilen haksız marka tesciline karşı, önemli bir kanun yolu olan, mahkeme kararıyla devir yukarıda ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Bu madde kapsamındaki marka sahibinin kuşkusuz, aynı gerekçe ile söz konusu markanın hükümsüzlüğünü isteme hakkı vardır (MarkKHK 42/I-b, 35 md).

⁵⁹⁶ Bkz. 108 vd.

Ancak markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesi durumunda, gerçek hak sahibi tarafından tekrar marka tescil başvurusunda bulunulması gereklidir. Bu durumda marka, önce mutlak red nedenleri gereğince incelenecek, ilana çıkacak, nisbi red engelleri gündeme gelecek, belki itiraz prosedürü işleyecek ve sonunda tescil edilecektir. Oysa mahkeme yoluyla devir de, marka sahibi hem zaman⁵⁹⁷ kazanmaktadır, hem de tescil masraflarından⁵⁹⁸ kurtulmaktadır. Hükümün sağladığı fayda ortadadır.

Haksız olarak tescil edilen markanın devrinin, mahkemeden talep edilebilmesi için markanın mutlaka ticari vekil veya temsilci tarafından mı tescil edilmesi gerektiği konusundaki değerlendirmelerimizi de burada belirtmekte yarar görüyoruz. Sorumuz şu ki, marka sahibi, MarkKHK 8/III, 8/IV gereğince, tescilli marka üzerinde hak sahibi olduğunu, MarkKHK 35. madde anlamında tescilin kötü niyetle yapıldığını ispat ederek, markanın hükümsüzlüğü yerine, markanın kendisine devrini talep edebilir mi?

Bu konudaki değerlendirmemize geçmeden, diğer sınai haklar açısından nasıl bir düzenleme yapıldığına değinmek isabetli olacaktır. 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükümünde Kararname'nin⁵⁹⁹ 19 maddesinde, gerçek hak sahibi dışında biri adına tasarım tescil başvurusu yapılmış veya hak sahibi dışında biri adına tasarım tescil edilmiş ise gerçek hak sahibi olduğunu iddia eden kişi, tasarım hakkından doğan diğer hak ve talepleri saklı kalmak şartıyla, tasarım hakkı sahipliğinin kendisine devir edilmesini talep ve dava etme hakkına sahiptir⁶⁰⁰. Ayrıca dava sonucunda verilen kesin hüküm ilgilinin talebi üzerine, üçüncü kişilere karşı hüküm ve sonuç doğurmak üzere Tasarım Siciline tescil edilecektir (EndüsKHK 19/IV md).

⁵⁹⁷ Markanın tescil edilmesi için oldukça uzun bir süre geçmektedir. Marka başvurusunun hiçbir itiraz engeli ile karşılaşmadığı ihtimalde bir bu süre 8-12 ay aasındadır. **Türk Patent**. Türk Paten Enstitüsü Yayını(Dergi), Mayıs –Haziran 2005, s.55; **KIZILTEPE, Hakan**, “Türkiye’de Marka Tescili”, İstanbul Barosu Dergisi, Fikri ve Sınai Haklar Özel Sayısı, S.4, Temmuz, 2007, s.278.

⁵⁹⁸ 06.12.2009 tarihi itibariye, “tek sınıf için başvuru ücreti: 115 TL”, “Bültende Yayınlanan Marka Başvurularına İtiraz İnceleme Ücreti: 110 TL”, “ Enstitü Kararlarına İtiraz İnceleme Ücreti: 360 TL”, <http://www.tpe.gov.tr/portal/default2.jsp?sayfa=261> (06.12.2009).

⁵⁹⁹ R.G. 27.06.1995, S.22326.

⁶⁰⁰ “554 sayılı KHK'nin 19.maddesine göre, gerçek tasarım sahibi dışında biri tarafından başvuru yapılmış veya gerçek tasarım sahibinden başkası adına tescil edilmiş ise, gerçek hak sahibi olduğunu iddia eden kişi, tasarım hakkından doğan diğer hakları yanında, tasarım hakkının kendisine devir edilmesini talep ve dava edebilir.”, Yarg. 11 HD. T 16.2.2009, E. 2007/12720, K. 2009/1774, **Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi**, Y.5, S.18, s. 380; **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.635; **KARAHAN**, Fikri Mülkiyet, s. 283 vd.

551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname⁶⁰¹ gereğince, patent, gerçek hak sahibinde başkasına verilmişse, gerçek hak sahibi olduğunu iddia eden kişi, patentten doğan diğer hak ve talepleri saklı kalmak şartıyla, patentin kendisine devir edilmesini talep ve dava edebilir (PatentKHK 13/I md)⁶⁰². Ayrıca ilgilinin talebi üzerine, bu madde hükmüne göre açılan dava sonunda verilen kesin hüküm Patent Sicili'ne kayıt edilir.

Diğer bir düzenleme olan 5147 sayılı Entegre Devre Topoğrafyalarının Korunması Hakkında Kanun⁶⁰³ gereğince, başvuruya konu olan temel unsurun, üçüncü bir kişinin entegre devre topoğrafyasından izinsiz alınması durumunda, bu üçüncü kişi başvurunun kendisine devredilmesini ve sicil buna göre düzeltilmesini mahkmeden talep edebilir(EnDeToK 25 md)⁶⁰⁴.

Sınai hakların diğer türleri için öngörülen bu düzenlemeye paralel bir hüküm 556 sayılı MarkKHK'da bulunmamaktadır. MarkKHK gereğince, gerçek marka sahibinin, markanın mahkeme kararıyla devrini talep edebilmesi için, markanın ticari vekil veya temsilci tarafından haklı bir gerekçe olmadan tescil edilmiş olması gerekmektedir. Bunun dışında, ticari vekil veya temsilci sıfatı olmadan, markanın başkası adına tescil edilmesi ihtimalinde, marka sahibinin tek hakkı, söz konusu tescilli markanın hükümsüzlüğünü talep etmek ve ardından markanın kendi adına tescili için başvurmalıdır. Kanaatimizce, diğer düzenlemelere paralel bir düzenlemeye yer verilmelidir. Ancak Markalar Kanun Tasarısı incelendiğinde, Kararname'nin 17. maddesindeki düzenlemenin, korunduğu görülmektedir (MarkK Tasarısı 43. md). 40/84 sayılı Topluluk Marka Tüzüğü'ndeki düzenlemede aynı şekildedir (40/84 sayılı Tüzük 8.3 ve 18.).

Markalar açısından bu yönde bir düzenlemeye yer verilmesi ihtimalinde farklı sakıncalarının oluşabileceği düşünülebilir. Marka sahibi tarafından, gerçek hak sahipliğine dayalı hükümsüzlük davası açılmasıyla, davacının marka üzerinde üstün hakkının olduğu sonucuna ulaşılabilir. Mahkeme tarafından verilen kararın, davanın

⁶⁰¹ R.G. 27.06.1995, S.22326; değişiklik: R.G. 26.06.2004, S.25504.

⁶⁰² **KARAHAN**, Fikri Mülkiyet, s. 284 vd

⁶⁰³ R.G. 30.04.2004, S.25448.

⁶⁰⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. **KARAHAN**, Fikri Mülkiyet, s.264; **EYÜPOĞLU, Samiye**, "Entegre Devre Topoğrafyaları", Sınai Haklarda Son gelişmeler, Fisaum Yayınları, Ankara,4 Nisan 2001, s. 77.

tarafları açısından hüküm ifade edeceği açıktır. Verilen hükümsüzlük kararı geçmişe etkilidir ve marka tescil tarihinden itibaren hiç doğmamış sayılır⁶⁰⁵. Bu hükme dayalı olarak yapılan marka tescil başvurusu, tekrar mutlak ve nisbi red nedenleri açısından incelemeye alınacaktır. Bu değerlendirme sırasında, farklı bir kişi marka üzerinde hak sahipliği iddiasında bulunabilir. Bu sefer, farklı kişiler arasında, marka üzerindeki hak ihtilaf konusu yapılacaktır. Dolayısıyla mahkeme hükümsüzlük talebini incelerken, sadece tarafları dikkate alarak değerlendirme yapar, bunlar dışında üçüncü bir kişinin daha üstün bir hakkı olup olmadığını bilemez. Ancak şunu da düşünmek gereklidir ki, devri istenen marka tescillidir. Diğer bir deyişle, mutlak ve nisbi red nedenleri bakımından incelenmiş ve tescil edilmiştir. Hüküm ve sonuçları düşünülürse, devir yeni bir marka tescili değildir. Bu nedenle devir red nedenleri açısından, tekrar bir incelemeye tabi tutulamaz. Ayrıca marka üzerinde üstün bir hakkı olduğunu düşünen kişi, markayı devralan kişiye karşı MarkKHK çerçevesinde hükümsüzlük davası açma hakkına sahiptir. Üçüncü kişinin haklarını kullanması için yeni bir tescil başvurusu yapılmasına gerek yoktur.

Ancak mevcut düzenlemenin, “ticari vekil veya temsilci sıfatına sahip olmayan kişiler” tarafından yapılan marka tescillerinde, uygulama alanı bulamayacağı kesindir. Buna karşın, temsilci kavramını geniş yorumlayarak, hükmün uygulama alanını genişletebilir. Hatta FEZER⁶⁰⁶ temsilci kavramını o kadar geniş yorumlamaktadır ki, marka sahibinin markasını bir kere sattığı kişinin dahi temsilci kavramının içine dahil edilebileceği kanaatindedir. Görüşümüzün de, temsilci kavramının geniş yorumlanması yönünde olduğunu belirtmiştik. Marka sahibi ile ticari vekil veya temsilci olarak tanımlanacak kişi arasındaki sözleşmenin süreklilik taşıyan bir sözleşme olmasına gerek yoktur. Önemli olan söz konusu kişinin markayı, marka sahibi ile olan ilişkisi içerisinde öğrenmiş olması, tescil yetkisinin olmadığını bilmesine ve haklı bir sebebi olmamasına rağmen, markayı kendi adına tescil ettirmiş olmasıdır. Böylece marka sahibinin çalışanı veya şirket ortağı tarafından yapılan tesciller de bu kapsamda değerlendirilebilir. Taraflar arasındaki ilişkinin süreklilik arzeden bir sözleşmeden doğmuş olması şart değildir. Örneğin, “ticari iş tellalı”, taraflardan hiçbiri ile ticari mümessillik, ticari vekil,

⁶⁰⁵ MarkKHK 44/I md., YASAMAN, Marka Hukuku, C.II, s.907;

⁶⁰⁶ FEZER, MarkenG, s.601; Aynı yönde SCHULTZ, s.242, 427.

satış memuru veya müstahdem veya acente gibi bir sıfatla daimi surette bağlı olmaksızın, taraflar arasında bir sözleşmenin yapılmasına aracılık eden (TTK 100 md.) kişidir. Bu tanımda, kanaatimizce “tellal” MarkKHK 17. maddesi anlamında “temsilci” sıfatına sahip olacaktır. Başkasına ait markanın ticari iş tellalı tarafından tescil ettirilmesi durumunda, yapılan bu tescilin de mahkeme kararıyla devrinin istenebileceği yönündedir. Ayrıca belirtildiği üzere, temsilci kavramı içine şirket yöneticileri, sorumlu memurlar, şirket ortakları veya yakınları da dahil edilmelidir⁶⁰⁷. Aslında bu kişiler temsil yetkileri olmamakla birlikte, tacir yardımcıları kapsamına dahil edilmektedir⁶⁰⁸. Fiili durumun ve taraflar arasındaki ilişkinin haklı kılması durumunda bu kişiler adına yapılan tescillerinde devri talep edilebilmelidir. Bu noktada malvarlıklarının birbirine karışıp karışmadığı da incelenebilir⁶⁰⁹.

Mevcut düzenlemede, ticari vekil ve temsilci kavramlarının geniş yorumlanması ile hükmün uygulama alanı genişletilmesinin uygun olacaktır. Zira, markasının başkası adına tescil edilmesi sonucunda, mağdur olmuş gerçek hak sahibinin, daha fazla vakit ve nakit kaybetmesi önlenemez. Sonuç olarak yürürlükteki mevzuatta veya hazırlanmış olan Kanun Tasarısı’nda, mahkeme kararıyla devrin uygulama alanını genişletecek nitelikte, belirttiğimiz hususlara temas eden ayrıntılı bir düzenlemenin yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

§ 5. TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİ VE BİRLEŞMESİ SURETİYLE MARKANIN DEVRİ

I. TİCARİ İŞLETMENİN DEVRİ SURETİYLE MARKANIN DEVRİ

1. Kavram

MarkKHK’da asıl olarak markanın ticari işletmeden bağımsız olarak devri düzenlenmiştir. Ancak MarkKHK 16/II. fıkrası gereğince, işletmenin aktif ve pasifiyle devri sırasında markanın, aksi kararlaştırılmadıkça, işletmenin devri ile birlikte

⁶⁰⁷ FEZER, MarkenG, s.1011; ARKAN, Marka Hukuku, C.I, s.112; PEKDİNÇER, Sınai Hak İhlali, s. 33; SCHULTZ, s.242.

⁶⁰⁸ KARAHAN, Ticari İşletme, s. 271; ARKAN, Ticari İşletme, s.154.

⁶⁰⁹ Yazar müvekkil ile acente arasındaki ilişkiyi İş Hukuku açısından incelemiştir. Ancak makalesi, söz konusu ifadelerle kaynaklık etmiştir. BİRBEN, Erhan, “Müvekkil Tacir İle Acentenin İşçileri Arasında Bir İş İlişkisi Mevcut Mudur?”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C.9, S.1, 2007, s.59.

devredilmiş sayılacağı hükme bağlanmıştır. MarkKHK 16/II. fıkrası iki hukuki işlemde bahsetmektedir. Birincisi işletmenin aktif ve pasifleri ile birlikte devri, ikincisi ise markanın devri. Bu fıkranın uygulanabilmesi için öncelikle işletmenin aktif ve pasifiyle devrediliyor olması gerekmektedir. Bu nedenle işletmenin devrine ilişkin, Kararname dışındaki düzenlemelerin de belirtilmesi gerekmektedir.

A. BK 179. Madde Kapsamında İşletmenin Devri

İşletmenin aktif ve pasifleriyle birlikte devredilmesi asıl olarak BK 179. maddesinde düzenlenmiştir. Düzenlemenin kenar başlığı “mamelekin veya bir işletmenin birleşmesi” şeklindedir. Burada asıl olarak malvarlığının bir bütün olarak devredilmesi ve alacaklıların haklarının zarar görmemesi amacıyla, malvarlığının pasif unsurunu oluşturan borçlardan, devreden ve devralanın sorumluluğu düzenlenmiştir⁶¹⁰. Bu çerçevede madde de ifadesini bulan “işletme” ve “malvarlığı” kavramını, birbirine bağlı olarak açıklamak gerekmektedir.

a. İşletme Kavramı

BK 179. maddesinde işletmenin aktif ve pasifleriyle devrinden bahsedilmiş, ancak “İşletme” ifadesi ile ticari işletmenin mi, yoksa esnaf işletmesinin mi kastedildiği konusunda bir açıklama yapılmamıştır.

Bilindiği gibi Türk Ticaret Kanunu’nda “ticari işletme” tanımına yer verilmemiştir⁶¹¹. Bununla birlikte TTK’da ticari işletme çeşitlerinin sayılması yolu tercih edilmiştir(TTK 11/I, 12, 13. md.). Ancak Ticaret Sicil Tüzüğü’nün⁶¹² 14. maddesinde “esnaf” kavramının düzenlendiği TTK 17. maddesine atıf ile esnaf faaliyetlerini aşan faaliyetlerin ticari işletme sayılacağı düzenlemiştir. TTK 17.

⁶¹⁰ Bu hükümle alacaklıların onayı alınmadan yapılan borç nakline karşı alacaklıların korunması hedeflendiği yönünde **ARICI, Mehmet Fatih**, Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, İstanbul, 2008, s. 28 ve 147 vd.

⁶¹¹ Öğreti tarafından TTK’da ticari işletme tanımının verilmemiş olması eleştirilmektedir. **ARKAN**, Ticari İşletme, s.20; **OMAĞ, Merih Kemal**, “Ticari İşletmenin yapısı”, Prof. Dr. Ergon Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul, 2007, s. 923(Ticari İşletme); **POROY/YASAMAN**, Ticari İşletme, s.32; **BERZEK**, Ticaret Hukuku, s.7; **BAHTİYAR**, Ticari İşletme, s.14.

⁶¹²Ticaret Sicil Nizamnamesi, RG. 08.02.1957, S.9530, (Ticaret Sicili Nizamnamesinde Değişiklik Yapılması Hakkında Tüzük, RG. 28.08.1998, S.23447.)

maddesinde esnaf ise, iktisadi faaliyeti nakdi sermayesinden ziyade bedeni çalışmasına dayanan ve kazancı ancak geçimini sağlamaya yetecek derecede az olan sanat ve ticaret sahipleri olarak tanımlanmıştır. Bu bilgilere dayanılarak ticari işletmenin unsurları, gelir sağlama amacının bulunması, devamlılık, bağımsızlık ve esnaf faaliyetinin aşılmış olması (kapasite unsuru) olarak belirlenmiştir⁶¹³. “Esnaf faaliyetinin aşılmış olması” diğer bir deyişle iktisadi faaliyetin nakdi sermayeye dayandığının ve kazancının sadece geçimi sağlayacak derecede az olmadığı belirlenmesinin güçlüğü karşısında, TTK 1463. maddesi ile Bakanlar Kurulu’na her yıl gayrisafi gelir miktarını bir kararname ile belirleme yetkisi verilmiştir. Bu yetkiyle çıkarılan kararname ile VUK 177. maddesine atıf yapılarak, 1 ve 3. bentlerdeki sınırların yarısını aşan ve 2. bentteki sınırın tamamını aşanlar tacir, işletmeleri ise ticari işletme sayılacağı belirtilmiştir⁶¹⁴. Böylece ticari işletmenin elde etmesi gereken gelir belirlenmiştir. Bu şekilde oluşturulan kapasite unsuru, işletmenin ticari işletme olup olmadığı konusunda belirleyici niteliktedir. Bütün bu unsurlardan yararlanılarak öğretide ticari işletmeye ait tanımlar verilmiştir⁶¹⁵. TTK Tasarısı’nda ise ticari işletmenin, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletme olarak tanımlandığı görülmektedir(TTK Tasarı 11/I md.). Aynı maddenin ikinci fıkrası ise ticari işletme ile esnaf işletmesi arasındaki sınırın Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak kararname ile tespit edileceğini düzenlenmiştir. Böylece Tasarı’da ticari işletme tanımı ve unsurları açısından farklı bir düzenleme olmamakla birlikte, ticari işletmenin tanımı kanuna taşınmıştır.

⁶¹³ **BAHTİYAR**, Ticari İşletme, s.15 vd.; **KARAHAN**, Ticari İşletme, s. 18 vd; **ÜLGEN**, Ticari İşletme, s.136 vd.; **DOMANIÇ/ULUSOY**, s.147; Bu unsurların yanında **DURMAN**, ticari işletmenin işlerin hacim ve önemine uygun ticari muhasebeyi gerektirecek şekilde örgütlenmesi ve iktisadi faaliyetin hukuk düzenine uygun gerçekleşmesi gerektiğini, bunların üçüncü kişilerden gizlenmemesinin(aleniyet) ise ticari işletmeye ait unsurlardan biri olduğunu belirtmektedir. **DURMAN, Okay**, İcra İflas Hukuku Açısından Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, İstanbul, 2009, s.32 vd.

⁶¹⁴ VUK 177. maddesi gereğince birinci sınıf tacir sayılanların ve bilanço esasına göre defter tutanların kapasite şartını gerçekleştirdiği sayılır. **BAHTİYAR**, Ticari İşletme, s. 17; **KARAHAN**, Ticari İşletme, s.22.

⁶¹⁵ “İşletme, bir girişimci tarafından ekonomik çıkar sağlamak amacıyla emek ve sermayenin bağımsız bir şekilde bir araya getirilmesi olarak tanımlanabilir.”**ARKAN**, Ticari İşletme, s.20 vd.; **POROY/YASAMAN**, Ticari İşletme, s.32 vd; **KARAHAN**, Ticari İşletme, s.28,29; Ayrıca öğreti tarafından TTK’da ticari işletme tanımının verilmemiş olması eleştirilmektedir. **ARKAN**, Ticari İşletme, s.20; **POROY/YASAMAN**, Ticari İşletme, s.32; **BERZEK**, Ticari İşletme, s.7; **BAHTİYAR**, Ticari İşletme, s.14.

BK 179. maddesinde “*işletmenin*” aktif ve pasifiyle devri düzenlenmiştir. Maddede belirtilen “*işletme*” kavramının içine ticari işletmenin yanında esnaf işletmesinin de girip girmediği konusu belirlenmelidir. Öğretideki hakim görüş, BK 179. maddesindeki düzenlemenin sadece ticari işletmeyi değil, esnaf işletmesini de kapsadığı yönündedir⁶¹⁶. Madde metnine dikkat edilecek olursa “*bir işletmeyi...*” ifadesi kullanılmıştır, “*ticari işletme*” kavramı tercih edilmemiştir. Dolayısıyla maddenin lafzı yorumundan da aynı sonuç çıkmaktadır. “İşletme” kavramı ticari işletmeyi ve esnaf işletmesini de kapsayan geniş bir kavramdır⁶¹⁷. Bu nedenle esnaf işletmesinin aktif ve pasifleriyle birlikte devredilmesi de, BK 179. madde kapsamında değerlendirilmelidir. Bu değerlendirmenin sonucunda esnaf işletmesinin aktif ve pasifiyle devri durumunda da, BK 179. maddesinde yer alan prensipler uygulanacaktır⁶¹⁸.

b. Malvarlığı Kavramı

Ticari işletmenin yapısal unsurlarından bir tanesi de malvarlığı unsurudur⁶¹⁹. Ticari işletmenin malvarlığı, işletmenin hukuken korunan ve ekonomik bir değeri olan haklar ve borçlarının tümüne verilen isimdir⁶²⁰. Diğer bir deyişle ticari işletmenin malvarlığı⁶²¹ ticari işletmeye özgülenen tüm aktif ve pasif değerlerin toplamıdır⁶²². TTK 11/II. maddesi işletmenin malvarlığını “*tesisat, kiracılık hakkı, ticaret unvanı ve*

⁶¹⁶ Hakim olan görüş bu yönde olmakla birlikte; **POROY/YASAMAN**, Ticari İşletme s.41; **ARKAN**, Ticari İşletme, s. 41; **ÜLGEN**, Ticari işletme, s.168; **ACEMOĞLU** farklı görüştedir. Yazar burada sadece ticari işletmenin anlaşılması gerektiği, esnaf işletmesinin devri durumunda alacaklılara aynı imkan verilemeyeceği kanaatindedir. **ACEMOĞLU**, **Keçork**, Borçlar Kanunu’nun 179. maddesine Göre Malvarlığı Ve Ticari İşletmenin Devri, İstanbul, 1971, s. 16.

⁶¹⁷ **BAHTİYAR**, Ticari İşletme, s.14.

⁶¹⁸ **ARICI**, esnaf işletmesinin devrinde BK 179. maddesindeki borçların geçişine ilişkin prensibin uygulama alanı bulamayacağını, nedeninin ise borçların genelde işletme sahibine bağlı olması olduğunu belirtmiştir. Ancak yazarın da belirttiği gibi, sebep esnaf işletmesinin BK 179. maddesine dahil olmamasından değil, borçların niteliğinden kaynaklanmaktadır. **ARICI**, s.32.

⁶¹⁹ Ticari işletmenin yapısal unsurları: kişi unsuru, malvarlığı unsuru, teşkilat/örgüt unsurudur. **OMAĞ**, Ticari İşletme, s. 926.

⁶²⁰ **AYİTER**, s.4, 97.

⁶²¹ Ticari işletmede insan unsurunun da malvarlığı içinde bulunduğu yönünde Ticari İşletme, s. 37; **ARKAN**, Ticari İşletme, s.32; “Malvarlığı” kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. s. 202 vd.

⁶²² **BAHTİYAR**, Ticari İşletme, s.21; **KARAHAN**, Ticari İşletme, s.29.

*diğer adlar, ihtira beratları ve markalar*⁶²³, *bir sanata müteallik veya bir şahsa ait model ve resimler gibi müessesenin işletmesi için daimi tarzda tahsis olunan unsurlar*” olarak ifade edilmiştir. Bu unsurların her birisi tek başına koruma altında olmakla birlikte, bir arada ticari işletmenin malvarlığını oluşturmakta ve bütün olarak hukuki işlemlere konu olabilmektedir⁶²⁴.

İşletmenin malvarlığının aktif bölümü, maddi ve gayri maddi unsurlardan oluşmaktadır⁶²⁵. Ancak öğretilerde malvarlığının maddi ve gayri maddi unsurların neler olduğu, dolayısıyla da markanın, malvarlığının neresinde bulunduğu konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Genel kabule göre⁶²⁶, ticari işletmenin malvarlığının maddi unsurları; cismani varlığı olan değerlerdir. Ticari işletmeye ait menkul işletme tesisatı, taşınmazlar, nakdi sermaye malvarlığının maddi unsurlarına örnek olarak sayılabilir. Gayri maddi unsurlar ise; kiracılık hakkı, müşteri çevresi, ticaret unvanı, marka, patent gibi ekonomik değeri olan fakat cismani varlığı olmayan değerlerdir⁶²⁷. Bu açıklamalar doğrultusunda, öğretilerdeki bazı yazarlar⁶²⁸ tarafından markanın işletmenin maddi öğeleri

⁶²³ “Marka Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre, ticari işletmenin para ile değerlendirilebilen unsurlarındandır.” Yarg. 6.HD. T. 29.03.1974, E.1271/K. 1486; **ERİŞ, Gönen**, Türk Ticaret Kanununun Ticari İşletme ve Şirketler, C.I, Ankara, 2007, s.563.

⁶²⁴ OMAĞ, ticari işletmenin malvarlığının bir bütün olduğunu, unsurlarının özel korumaya alındığını, bütün olarak çeşitli hukuki işlemlere konu olabileceğini belirtmiştir. **OMAĞ**, Ticari İşletme, s. 927; **ACEMOĞLU**, s.21.

⁶²⁵ **MİMAROĞLU, Sait Kemal**, Ticaret Hukuku, İşletme Hukuku (Ekonomi Hukuku, İşletme Hukuku, Ticaret Hukukunun Temel İlkeleri ve Ticari İşletme), C.I, Ankara, 1978, s. 152 vd.; **ARKAN**, İşletme, s.32; **İMREGÜN**, Ticaret Hukuku, s.11; **BERZEK**, Ticari İşletme, s.13; **BAHTİYAR**, Ticari İşletme, s. 22; **KARAHAN**, Ticari İşletme, s.29; **KARAYALÇIN**, Ticari İşletme, s.173; Bu görüşün yanında **POROY/YASAMAN**, ticari işletmenin malvarlığı unsurlarının asli-tali unsurlar olarak ayrılmasının daha doğru olacağı kanaatinde. Yazar müşteri çevresinin bir kategoriye sokulmasının yanlış olduğunu, zira diğer bütün unsurların müşteriler tarafından şekillendiği kanaatinde. **POROY/YASAMAN**, Ticari İşletme, s.39 vd.

⁶²⁶ **KARAHAN**, Ticari İşletme, s.29; **BAHTİYAR**, Ticari İşletme, s.22; **ARKAN**, Ticari İşletme, s.33; **ÜLGEN**, Ticari İşletme, s.151.

⁶²⁷ Amerikan Hukuku’nda “Goodwill” olarak ifade edilen işletmenin gayri maddi malvarlığının da işletme ile birlikte devredilmesi zorunludur. Hatta gayri maddi malvarlığının bir arada tutulması gerektiği kabul edilmektedir. Bu nedenle işletmeye ait markanın da tek başına devredilemeyeceği, markanın işletmenin diğer gayri maddi malvarlığı ile devredilmesi gerekmektedir.

⁶²⁸ **İMREGÜN**, Ticaret Hukuku, s.11; **ARSLANLI** da ticari işletmenin malvarlığını maddi ve gayri maddi unsurlar olarak sınıflandırmıştır. Ancak yazar maddi unsurun içine maddi ve gayri maddi mallar ve bunlar üzerindeki hakları dahil etmiştir. Dolayısıyla TTK 11/II’de sayılanlar işletmenin maddi unsurunu oluşturmaktadır. Gayri maddi unsur ise işletmenin ticari sırları, iş tecrübeleri, müşteri çevresidir. **ARSLANLI, Halil**, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, Umumi Hükümler, İstanbul, 1960, s. 106(gerekçesi ne) ; **ACEMOĞLU**, maddi- gayri maddi unsurlara ilişkin ayrımını, unsurların ticari işletmeden bağımsız olarak devredilip devredilmediğinin incelenmesi sırasında yapılması gerektiği fikrindedir. Yazara göre “bütünden bağımsız olarak devredilebilenler gayri maddi unsurlardır. Böylelikle müşteriler ve ticaret unvanı gayri maddi unsur, ticaret yerinin kiracılık hakkı, markalar, modeller vs. de maddi unsur” olarak

arasında yer aldığı görüşü savunulmakla birlikte, kanaatimiz markanın işletmenin gayri maddi unsurları arasında yer aldığı şeklindedir.

B. Markanın Ticari İşletme ile Birlikte Devredilmesi

Bir işletmenin aktif ve pasifi ile birlikte devri, aksi kararlaştırılmadığı sürece, markanın da işletme ile birlikte devredildiği anlamındadır(MarkKHK 16/II, TTK11/II md.). Belirtilen kural MarkKHK'da açıkça düzenlenmiş olmakla birlikte, Kararname'nin düzenlemesinden önce de TTK 11/II. Maddesinin yorumu ile aynı sonuca ulaşılmaktaydı. Şu halde markanın ticari işletmeden bağımsız olarak devri mümkün ise de, taraflar markanın devredilmediğini açıkça belirtmedikleri sürece, işletmenin devri sırasında, marka da devredilmiş sayılacaktır. Öyle ki taraflar arasında, markanın ticari işletme ile birlikte devredilip devredilmediği konusunda tereddütün doğması halinde, markanın devredildiği kabul edilir⁶²⁹. Bununla birlikte gerçekten bir işletme devri olması gereklidir ki markanın da devredilip devredilmediği incelensin. Örneğin ortağın, şirketteki hissesini devrederek şirketten ayrılması, işletme devri değildir ve buna bağlı olarak ortağa ait marka hakkının devri sonucunu doğurmaz⁶³⁰.

Markanın ticari işletme ile birlikte devredilmesi, MarkKHK'nin bütünü dikkate alındığında istisnai bir durumdur. Zira marka bağımsız bir malvarlığı değeridir ve tek başına hukuki işlemlere konu olabilmektedir(MarkKHK 15. md.). Türk Hukukunda markanın devrine ilişkin hükümler dikkate alındığında, Nizamname'den itibaren markanın ticari işletmeden bağımsız olarak devredileceğinin düzenlendiği

saymıştır. **ACEMOĞLU**, s.23. Ancak yazarın bu görüşünü açıkladığı kitabının basım yılı olan 1971 yılında, markalar ile ilgili 551 sayılı MarkK. yürürlükteydi ve marka ticari işletmeden ayrı olarak devredilebilmekteydi. Ayrıca ticaret unvanının TTK 51/I. Maddesi gereğince de işletmeden ayrı olarak devri yasaklanmıştır. Kitapta yer alan bölümde maddi bir hata olduğu kanaatindeyiz.

⁶²⁹ “...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 markanın da devrini kapsar (TTK.11/II). Somut olayda M.Taner Karabulut'un kurduğu ve %95 oranda pay sahibi bulunduğu şirkete önceki ticari işletmesini aktif ve pasifi ile devrettiği anlaşıldığından markasını da devrettiği sonucuna varılmalıdır...” Yarg. 11. HD. T. 14.09.1999, E. 1999/1896, K. 1999/6794, www. kazanci.com.tr; www.legalbank.com.(12.04.2009);**YASAMAN**, Marka Hukuku, C.II, s.687.

⁶³⁰ “...Adı geçen, 1996 sonunda payını bir başkasına devrederek davacı şirket ortaklığından ayrılmış olup, 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 16 ncı maddesi anlamında işletme devri ve buna bağlı olarak marka hakkının devri söz konusu değildir...” Yarg. 11. HD. T. 09.10.2001, E.2001/5673, K. 2001/7613, **NOYAN**, s. 552.

görülmektedir⁶³¹. Kararname'nin temelinde de marka bağımsız bir değer olarak kabul edilmiş ve düzenlemelerin hepsi bu yönde yapılmıştır. Ancak Kararname'deki markanın bağımsızlığı ilkesi veya işletmenin devri sırasında devrin kapsamı dışında tutulabilecek olması kuralının, ticari işletmenin devir sırasında mutlak olarak uygulanıp uygulanamayacağı konusu tartışılmaktadır. Zira markanın işletmenin faaliyetini sürdürmesi açısından hayati öneminin olması ihtimalinde, işletme devri sırasında marka ayrı tutulamayabilir⁶³².

Markanın ticari işletmenin devri suretiyle devredilmesi durumunda, markanın devrine ilişkin yazılı devir sözleşmesinin yapılmasına gerek olmadığı düzenlemiştir(MarkKHK 16/III. md.). Kararname'deki düzenleme yer almasaydı, markanın ticari işletme ile birlikte devredilebilmesi için sözleşmenin markanın devri için gerekli usule uygun gerçekleştirilmesi gerekecekti.

Ortak ve garanti markasının ticari işletme ile birlikte devri durumunda özel bir düzenleme yer almamaktadır. Bilindiği üzere ortak ve garanti markasının devri MarkKHK 60. maddesinde düzenlenmiş ve sözleşmenin geçerliliği, devrin marka siciline tesciline bağlanmıştır. Bu nedenle ticari işletme ile birlikte ortak ve garanti markalarının da devri isteniyorsa, yapılacak sözleşmenin marka siciline tescili zorunludur.

2. Kapsam

MarkKHK 16/II ve BK 179. maddelerinde işletmenin “aktif ve pasifleriyle birlikte” devredilmesi gerektiği belirtilmiştir. TTK 11/II. maddesinde ticari işletmenin malvarlığı unsurlarının “sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça” ticari işletmeye dahil sayılacağı düzenlenmiştir. Demek ki BK 179. maddesine göre devredilecek işletmenin malvarlığının kapsamı, sözleşmede aksine düzenleme olmadığı sürece, TTK 11. maddesinde belirlenen ticari işletmenin malvarlığının hepsidir. Ancak belirtildiği gibi işletmenin malvarlığının tüm aktif unsurlarının devri gerekli değildir. Burada önemli

⁶³¹ Bkz. Giriş bölümü.; Konu Alman Hukuku'nda ise farklı bir gelişim sergilemiştir. Bkz. **LANGE**, s. 386; Ayrıca uluslar arası düzenlemelerden Paris Sözleşmesinde yer alan ve markanın devrinin işletmenin devrine bağlayan hüküm TRPS'in devre ilişkin 21. madde ile kaldırılmıştır. **CARVALHO**, s.365.

⁶³² Ayrıntılı değerlendirme için bkz. 193 vd.

olan ticari işletmenin devredilen unsurlarla faaliyetine devam edebiliyor olmasıdır⁶³³. Öğretideki tartışma, ticari işletmenin faaliyetini sağlayan unsurların hangileri olduğu konusundadır. ARSLANLI⁶³⁴ ve İMREGÜN⁶³⁵, ticari işletmenin faaliyetine devam etmesini sağlayan unsurların asıl olarak gayri maddi unsurlar olduğu ve bunların devredilmesinin şart olduğu görüşündedir. Yazara göre konumuz olan “marka” işletmenin maddi öğeleri içinde yer alır, gayri maddi öğelere örnek olarak müşteri çevresi ve ticari sırlar gösterilebilir. POROY/YASAMAN⁶³⁶, devir sırasında maddi-gayri maddi unsurlar şeklinde bir ayırım yapmamış, işletmenin müşteri çevresini bir arada tutan unsurların devredilmesi gerektiğini belirtmiştir⁶³⁷. Gerçekten de ticari işletmenin faaliyet alanına göre zorunlu unsurlar farklılık gösterecek olmakla birlikte, önemli olan ticari işletmeye ait asli unsurların devri olacaktır⁶³⁸. Devredilen aktiflerle işletme faaliyetine devam edebiliyor olmalıdır. Özel sipariş ile faaliyet gösterecek bir işletmenin *markası*, fabrikada menkul işletme tesisatı, kuryelik hizmeti veren bir işletme için telefon, işletmenin zorunlu unsuru olarak değerlendirilebilir⁶³⁹. Aynı şekilde TTK 51. maddesinde ticaret unvanının, ticari işletmenin devri sırasında ayrı tutulabileceğinin açıkça düzenlenmiş olmasına rağmen, ticari işletmenin asli unsuru olması durumunda devredilmesi gerekecektir⁶⁴⁰. Dikkat edilirse bu unsurlar, müşteri çevresi ile bağlantıyı oluşturan, dolayısıyla da işletmenin faaliyetini sağlayan unsurlardır. Bu nedenle, ticari işletmenin devrinde tarafların iradeleri önem taşımaktadır. Ticari işletmeyi devralan ve devreden, işletmenin faaliyetine devam etme niyeti olmadığı veya atıl vaziyette olan bir işletme enkazının devralınması durumlarında, ticari işletmenin devri söz konusu

⁶³³ ASLANLI, Ticaret Hukuku, s. 109, 115; POROY/ YASAMAN, Ticari İşletme , s.40; KARAHAN, Ticari İşletme Hukuku, s.37; İMREGÜN, Ticaret Hukuku , s. 11 vd.; ÜLGEN, Ticari İşletme, s. 171; BAHTİYAR, Ticari İşletme, s. 30.

⁶³⁴ ASLANLI, Ticaret Hukuku, s.109 vd.

⁶³⁵ İMREGÜN, Ticaret Hukuku, s.11 vd.

⁶³⁶ POROY/YASAMAN, Ticari İşletme, s.40.

⁶³⁷ Amerikan Hukukundaki düzenlemeler dikkate alındığında işletme devrinde gayri maddi unsurların, özellikle de müşteri çevresi ile ilgili olan unsurların devrinin zorunlu olduğu anlaşılmaktadır.

⁶³⁸ ACEMOĞLU, s.31; ÜLGEN, Ticari İşletme, s.171.

⁶³⁹ POROY/YASAMAN, Ticari İşletme Hukuku, s.40.; Ayrıca Yargıtay faaliyet alanı gazete yayınlamak olan işletmenin devrinde telefonlarında devir kapsamında olması gerektiğini belirtmiştir. Yarg. 11. HD. T. 20.02.1975, E. 1974/3626, K.1975/1217; YKD 1976, s.492-493; Aynı karar tam metin ERİŞ, Gönen, Türk Ticaret Kanunu Ticari İşletme ve Şirketler, C.I, Ankara, 1992,s. 173 vd.

⁶⁴⁰ ACEMOĞLU, s.31.

değildir⁶⁴¹. Dolayısıyla devrin BK 179. maddesi anlamında ticari işletmenin devri olarak değerlendirilmesi için öncelikle tarafların ticari işletmeyi sürdürme iradelerinin varlığı gereklidir. Zorunlu unsurlar da somut olaya göre, işletmenin faaliyetini sürdürebilmesi için gerekli olan unsurlar olacaktır.

Bu çerçevede, ticari işletme devri sırasında markanın devredilmeyeceği konusunda taraflar anlaşabilirler(MarkKHK 16/II, TTK 11/II md.). Ancak ticari işletmenin markadan ayrı olarak devredileceğinin kararlaştırılması bazı sorunları da beraberinde getirebilir. Hatta ticari işletmenin markası olmadan faaliyetine devam edemeyeceği, bu nedenle markanın, ticari işletmenin devri sırasında, devredilmesi zorunlu olan unsurlar arasında olduğu düşünülebilir. Şöyle ki, öğretide kabul gören görüş gereğince, ticari işletmenin devri sırasında devredilmesi zorunlu unsurlardan bir tanesi de ticari işletmenin müşterileridir⁶⁴². ARSLANLI⁶⁴³, müşteri çevresini gayri maddi unsurlardan kabul etmekte, ticari işletmenin faaliyetine devam edebilmesinin, işletmenin gayri maddi unsurlarının devredilmesi ile mümkün olacağını belirtmektedir. Ayrıca yazara göre marka maddi unsurlar arasında yer almaktadır ve maddi unsurlar gayri maddi unsurların mütemmim cüzüdür, dolayısıyla devredilmelidir. Kanaatimizce işletmenin malvarlığı içerisindeki unsurlardan, ister maddi ister gayri maddi unsur olarak adlandırılınsın, işletmenin müşteri çevresi ile doğrudan ilişkisi olan her unsurun, ticari işletme ile birlikte devredilmesi gereklidir. Müşteri çevresinin devredilmesi ile taraflar arasında açıkça kararlaştırılmamış olsa bile, devreden devrettiği ticari işletme ile rekabet etmeme borcu altına da girmiş olmaktadır⁶⁴⁴. Yargıtay⁶⁴⁵ da aynı şekilde müşteri çevresinin ticari işletme ile devredildiği, devir sözleşmesi ile açıkça kararlaştırılmamış olsa dahi, devreden rekabet etmeme borcu altına girdiği kanaatindedir. Bu kısa açıklamadan sonra markanın müşteri çevresinin neresinde yer aldığını belirlemek gerekmektedir. Müşteriler ile ticari işletme arasındaki bağı “marka”,

⁶⁴¹ ARICI, s.68-69 (naklen ESİN, İsmail, Sachmängelhaftung Beim Unternehmenskauf Nach Deutschem Und TÜRKischem Kaufrecht, Unter Besonderer Berücksichtigung der Verkäuferpflichten, Frankfurt am Main; Berlin; NewYork; Paris; Wien, Peter Lang Verlag, 1998, s.78.)

⁶⁴² POROY/YASAMAN, Ticari İşletme, s.40 ; ACEMOĞLU, s.85 vd.; KARAHAN, Ticari İşletme, s.38; BERZEK, Ticari İşletme, s.17; BAHTİYAR, Ticari İşletme, s. 31; ARKAN, Ticari İşletme, s.44.

⁶⁴³ ARSLANLI, Ticaret Hukuku, s.110, 113 vd.

⁶⁴⁴ ACEMOĞLU, s.85 vd.; ARICI, s. 82 vd.

⁶⁴⁵ “...alacak ve borçları ile birlikte işletmeyi devraldıkları 3.1.1975 günü ibranamede kaydedilen davacılar, işletmenin müşteri muhitini de kendi inhisarına almakta ve davalının bu mağaza dolayısıyla müşterileri ile bir ilişkisi kalmamaktadır.” Yarg. 11 HD. 25.11.1976, E.4568, K.5124, ERİŞ, Şerh, C.I, s.563,564 vd.

“ticaret unvanı”, “işletme adı” sağlamaktadır. Müşteriler ticari işletmeye ait olan ürünleri veya hizmeti satın alarak ticari işletmeye gelir sağlarlar ve “marka” bu ürün veya hizmetin piyasadaki adıdır. Devreden ticari işletmesini müşterileri ile devredip, markayı kendisi kullanmaya devam etmesi durumunda, devrettiği işletme ile TTK 56. madde ve devamı maddeleri gereğince rekabet etmiş olacaktır. TTK 56 maddesinde “*iktisadi rekabetin her türlü suistimali*” denirken, bu ifadenin temelinde dürüstlük kuralı yatmaktadır. Dolayısıyla devirde zorunlu unsur olan müşteri çevresinin devri, müşterilerin bağlı olduğu diğer unsurların da devrini gerektirecektir. Örneğin, devralanın ticari işletmesini devrederken ticaret unvanını devredip, unvan ile aynı veya iltibas yaratacak nitelikte benzer olan hizmet markasını devretmeyip, ayrı olarak kullanması düşünülemez. Ancak belirtmeliyiz ki, bu anlatımlardan markanın ticari işletme ile devredilmesinin zorunlu olduğu sonucuna ulaşılmamaktadır. Zira hem TTK 11/II hem de MarkKHK 16/II. Fıkralarının açık ifadesi gereğince marka, ticari işletmenin devri sırasında, kapsam dışı tutulabilecektir. Ticari işletme faaliyetine belirttiğimiz çerçevede markasız devam edemiyorsa, MK 2, BK 179 ve TTK 11/II. maddesi anlamında işletme devri söz konusu değildir. Bu açıklamalar ile kastedilen, işletmenin devrinde kapsam dışında tutulan markanın, kullanımının MK 2. maddesi ve haksız rekabet hükümleri gereğince engellenebileceğidir. Yargıtay’ın⁶⁴⁶ “*Gazete adını devir eden kimse, sonradan aynı ad ile gazete çıkaramaz*” şeklinde özetlenebilecek kararı da temelde aynı ilkeye dayanmaktadır.

Ticari işletmenin devri sırasında, işletmedeki pasiflerin teminatı olan aktiflerin, tek başına devredilemeyeceği kabul edilmektedir⁶⁴⁷. Devreden ve devralanın aralarında, pasiflerin bir kısmından devralanın sorumlu olmayacağı yönünde yapılan anlaşmalar, üçüncü kişilere karşı geçerli olmayacaktır. Dolayısıyla pasiflerden bazıları kapsam dışı bırakılmış olsa da alacaklı, ticari işletmenin yeni sahibinden, devrin ilan veya ihbarından sonra, borcun ödenmesini talep edebilecektir. Hatta devralan ticari işletmeye ait bilmediği borçlardan bile sorumludur⁶⁴⁸. Bunun nedeni ise, ticari işletmeye ait

⁶⁴⁶Yarg. 11 HD. T. 09.04.1991, e. 262/ K. 2558, **ERİŞ**, Şerh, C.I, 2007, s.899.

⁶⁴⁷**ACEMOĞLU**, s. 35; **POROY/YASAMAN**, Ticari İşletme, s. 42; **ARKAN**, Ticari İşletme, s.42; **KARAHAN**, Ticari İşletme, s.37; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.281; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.975; **BAHTİYAR**, Ticari İşletme, s.30.

⁶⁴⁸**KARAHAN**, Ticari İşletme, s.39; **ARKAN**, Ticari İşletme, s. 45.

borçlar BK 179. madde, diğ er bir deyiş le kanun gereğince devralana geçmesidir. Burada taraf iradelerinin önemi yoktur. Borçların naklinde, aktiflerin naklinin tersine, külli halefiyet ilkesi geçerlidir. Borçlar bir bütün olarak devralana geçerler, bu durumda alacaklıların rızası aranmaz.

Kanun koyucu alacaklıların bu geçişten zarara uğramamaları amacıyla⁶⁴⁹ devreden ve devralan arasında müteselsil sorumluluk öngörmüştür. Devreden, devrin alacaklılara ihbar veya ilanından itibaren iki yıl daha borçlardan müteselsil olarak sorumlu olmaya devam edecektir. Bu iki yıllık süre muaccel borçlarda devrin ilan veya ihbar tarihinden itibaren, müeccel borçlarda ise borcun muaccel olduğu tarihten itibaren başlar.

İncelememiz açısından marka üzerindeki yükümlülüklerden(rehnin veya lisans gibi) ticari işletmeyi devralanın sorumlu olup olmayacağı da belirtilmelidir. Marka üzerinde kurulmuş olan rehin veya lisansın, marka siciline tescil edilmiş olması durumunda ticari işletmeyi devralan, marka üzerindeki bu yükümlülükleri bilerek markayı devralacaktır. Ancak yükümlülükler marka siciline tescil edilmez ise ticari işletmenin devri sırasında bilinemeyecektir. Öncelikle kural belirtilmeli, arkasından ticari işletmenin devrindeki özelliğine değ inilmelidir.

Marka üzerinde geçerli şekilde üçüncü kişi lehine rehin veya lisans kurulabilmesi için sözleşmenin yazılı şekilde yapılması yeterlidir(MarkKHK 18, 21 md.). Bu sözleşmenin marka siciline tescili kurucu etkiye sahip olmamakla birlikte, tescil edilmediği sürece rehin veya lisans hakkı, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyecektir(MarkKHK 21/X md.). Böylece markayı devralan kişi, marka sicilinde söz konusu hakları görmediği için, markayı üzerinde rehin, lisans olmadan devralmış sayılacaktır. Marka üzerinde kurulan lisansın, tescil edilmediği sürece iyiniyetli üçüncü kişilere karşı, ileri sürülemeyeceğine ilişkin açık düzenleme bulunmasına karşın marka üzerinde rehne ilişkin düzenlemede, tarafların birinin talebi üzerine rehnin marka siciline tescilinin yapılacağı belirtilmiş, tescilin etkisine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak öğretiden tarafından kabul edilen, lisans ve markanın devrine ilişkin hükümlerin, rehin için de uygulanması gerektiği şeklindedir. Markalar Kanun

⁶⁴⁹ ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, s.46.

Tasarısı'nda rehin⁶⁵⁰ düzenlendiği hükümler incelendiğinde; öğretiyeye uygun olarak, rehin marka siciline tescil edilmediği sürece iyiniyetli kişilere karşı ileri sürülemeyeceği açıkça belirtilmiştir.

Yukarıda belirtilen kurala karşın, marka üzerinde geçerli şekilde kurulmuş, ancak marka siciline tescil edilmemiş yükümlülüklerin, iyiniyetli üçüncü kişi konumundaki ticari işletmeyi devralan karşısındaki durumu farklılık gösterir. Burada istisnai bir durum söz konusudur. Bilindiği gibi ticari işletmeyi devralan işletmenin tüm borçlarından sorumlu olmaktadır, hatta işletmeye ait bilmediği borçlardan dahi sorumludur⁶⁵¹. Bu durumda marka üzerinde kurulan hakların tescil edilip edilmediğinin önemi yoktur. Devralan kişi, marka üzerindeki yükümlülüklerden de sorumlu olacaktır. Ticari işletmenin devrinde aktiflerin geçişinden farklı olarak, pasifler bir bütün olarak, alacaklıların rızası alınmadan, kanun gereğince geçerler. Bu nedenle ticari işletmeye ait borçların ve yükümlülüklerin devralan tarafından bilinmesine gerek yoktur. Böylelikle marka üzerinde bulunan rehin, haciz veya lisans gibi haklar, ticari işletmenin devrinde marka üzerinde kalmaya devam edecek ve devralan markayı bu yükümlülükler ile devralmış olacaktır. Markanın üzerindeki kısıtlamalardan bağımsız olarak devredileceği yönündeki anlaşmalar, marka üzerinde hak sahibi olan üçüncü kişilere karşı geçerli olmayacaktır. Tek şart marka üzerindeki yükümlülüğün ticari işletmeden kaynaklanmış olması gereğidir. Devralan sadece ticari işletmeye ait borçlardan sorumludur. Ticari işletme sahibinin şahsi borçlarından dolayı marka rehin verilmiş ise ve tescil gerçekleşmediyse, rehin ticari işletmeyi devralana karşı ileri sürülemeyecektir

Ayrıca bilindiği gibi BK 179. maddesi gereğince, devrin alacaklılara ihbar veya gazetelerde ilanından itibaren, devreden, devralan ile birlikte iki yıl daha müteselsil olarak sorumlu olmaya devam edecektir. Dolayısıyla marka üzerinde lehine hak kurulan alacaklı, bu alacak miktarlarını iki yıl süreyle devreden de isteyebilecektir. Alacaklıların korunması amacıyla düzenlenen bu hükmün yanında İİK'da bazı özel

⁶⁵⁰ Mark. Kanun Tasarısı 42/II “*Rehin Sicile kaydedilmediği sürece rehin alan, bu hakkını üçüncü kişilere karşı ileri süremez. Ancak, rehin sözleşmesinin yapıldığı tarihten sonra marka üzerinde hak iktisap eden üçüncü kişi, hakkı iktisap ettiği tarihte rehin sözleşmesinin yapılmış olduğunu biliyorsa, rehin Sicile kaydedilmeden önce de bu kimselere karşı ileri sürülebilir*”

⁶⁵¹ Yarg. HGK. “...devir sözleşmesinde, devralan davacının da borçlardan sorumlu olmayacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır. Kaldı ki, böyle bir hüküm bulunsa bile davalıyı bağlamaz...” E. 2000/4-849, K. 2000/881, T. 10.05.2000, [www.kazanci.com.tr.](http://www.kazanci.com.tr), 08.06.2008, 12:00; aynı yönde Yarg. HGH. E. 2008/19-355, K. 2008/372, T. 14.05.2008, [www.kazanci.com.tr.](http://www.kazanci.com.tr), 08.06.2008, 12:00.

düzenlemelerde bulunmaktadır. Örneğin İİK 44. madde gereğince, ticari işletmeyi devreden, ticareti terk ettiğini ticaret siciline bildirdiği tarihten itibaren bir yıl daha iflasa tabi olmaya devam edecektir. Yine İİK 280/III⁶⁵² fıkrası alacaklılardan mal kaçırmak amacıyla yapılan ticari işletme devirlerinin iptal edilebilmesi için tasarrufun iptali imkanını düzenlemiştir. Bu davanın açılabilmesi için borçlunun borca batık olması ve alacaklılarına zarar vermek kastıyla devir işlemini gerçekleştirdiği, devralanın da borçlunun gerçek niyetini bildiği ispat edilmelidir⁶⁵³.

Son olarak ticari işletmenin devri sırasında açıkça kararlaştırılmak suretiyle marka, tescilli olduğu mal ve hizmetlerin tamamı veya bir kısmı için devredilebilir.

3. Koşullar

A. Sözleşme

Marka, ticari işletmenin malvarlığı kapsamında, gayri maddi unsurlar arasında yer almakla birlikte, markanın, ticari işletme ile birlikte devredilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. MarkKHK 16/III. fıkrasında bu durumda, marka devir sözleşmesinin yapılmasına gerek olmadığı düzenlenmiş olmakla birlikte, bunun yerine başkaca bir devir şekli getirilip getirilmediği belirsizdir. Bu nedenle öncelikle ticari işletme devir sözleşmesinin şekli üzerinde durulması gerekmektedir.

Ticari işletmenin geçerli bir şekilde devredilmesi için öncelikle taraf iradelerinin uyduğu bir devir sözleşmesinin bulunması gerekmektedir. Bu devir sözleşmesinin geçerliliği BK 179. maddesinde herhangi bir şekil şartına bağlanmamıştır. BK 11/I. maddesi gereğince ise, kanunda konu ile ilgili özel bir şekil şartı öngörülmediği sürece, sözleşme şekle tabi olmayacağı için ticari işletme devri sözleşmesinin geçerliliği hiçbir şekle bağlı değildir. Bunun yanında, ticari işletmenin

⁶⁵² Ayrıca İİK 280/III fıkrası İİK 277 vd. hükümlerindeki iptal müessesinden farklıdır. Burada mal veya hakkın devralanda olduğu kabul edilir, fakat borçlunun iflas etmesi ile sanki mal/hak borçlunun malvarlığındaymiş gibi iflas masasına geçmesi istenir. Yargıtay sadece markanın, mal kaçırmak amacıyla devredilmesi ve diğer şartların gerçekleşmesi durumunda İİK 277 vd. hükümleri gereğince işlemin iptal edilebileceğini içtihat etmiştir. Yarg. 21. HD. E. 2005/5285, K.2005/13526, T.20.12.2005, www.kazanci.com.tr, 21.06.2009, 13.30.

⁶⁵³ KURU, İcra Hukuku, s.686; PEKCANITEZ/ ATALAY/ SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ ÖZEKES, İcra Hukuku, s.558; ÜLKÜ, Murat Fatih/ KARAASLAN, Erol, "Alacaklılardan Mal Kaçırmak Amacıyla Ticari İşletmenin Devri ve Türk Hukukunda Bir Bilinmeyen: B.Y. md. 179", Manisa Barosu Dergisi, Temmuz-Ekim/1999, Y.18, S.70, s.47 vd.

devrinde, malvarlığının aktif ve pasifiyle bütün olarak devri söz konusu olsa da, külli halefiyet ilkesi geçerli değildir⁶⁵⁴. İşletmenin içerisinde yer alan her hak unsurunun kendi statüsü vardır⁶⁵⁵. Bu nedenle ticari işletmenin malvarlığı unsurları tabi oldukları statüye uygun olarak, öngörülen tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yerine getirilmesi ile devredilmelidir⁶⁵⁶. Örneğin ticari işletmenin bünyesindeki gayrimenkulün devri için işlemin resmi şekilde yapılması ve tapuya tescil edilmesi gereklidir (MK 705/I, 706. md.), ticari işletmeye ait alacakların devri için ise BK 163/I. maddesi gereğince yazılı temlik sözleşmesinin yapılması gereklidir.

İşletme ile devredilecek aktif ve pasif unsurların devirlerine ilişkin özel şartlara uygulanması gerektiğine dair kuralın bazı istisnaları vardır. Markaya ilişkin olan istisnaya geçmeden önce, diğer iki istisnayı şu şekilde belirtebiliriz⁶⁵⁷. Ticari işletmenin miras yoluyla geçmesi durumunda, malvarlığı bir bütün olarak mirasçılara geçer. Bu durumda kural olarak terekeyi oluşturan unsurların devri için öngörülen özel düzenlemelerin yerine getirilmesine gerek yoktur. Yine iki şirketin birleşmesi veya bir şirketin diğerine katılması durumunda, sona eren veya katılan şirketin malvarlığı olduğu gibi yeni kurulan veya katılan şirkete geçer.

Her ne kadar BK 179. maddesinde özel bir şekil şartının düzenlenmediği, bu nedenle işletmenin basit bir sözlü icap-kabul ile bile, devredilebileceği belirtilse de, gerçekte devir işleminin bu kadar basit olduğunu söylemek mümkün değildir. Hatta bu durum sadece bir ispat sorunu da değildir. Mevzuatımızdaki diğer düzenlemeler dikkate alındığında, ticari işletme devrine ilişkin sözleşmenin sözlü yapılabileceği söylenemeyecektir. Sözlü yapılmış olan bir sözleşme ile DOMANIÇ/ULUSOY⁶⁵⁸,un da belirttiği gibi ne ticaret odalarına, ne sosyal sigortalar kurumuna, ne de vergi dairesine kaydolmak mümkün değildir. Ayrıca yine işletmenin devrinin ispatı, HUMK 288. maddesinde belirlenen parasal sınırdan fazla ise, ki aksini düşünmek hayatın olağan

⁶⁵⁴ **ARKAN**, Ticari İşletme, s.42; **POROY/YASAMAN**, Ticari İşletme, s.41; **ÜLGEN**, Ticari İşletme, s. 168, 173.

⁶⁵⁵ **ÜLGEN**, Ticari İşletme, s.151.

⁶⁵⁶ **MİMAROĞLU**, Sait Kemal, Ticaret Hukuku, C.I, İşletme Hukuku, Ankara, 1970, s.156 vd.; **ÜLGEN**, Ticari İşletme, s. 173; **POROY/YASAMAN**, Ticari İşletme, s. 41; **ARKAN**, Ticari İşletme, s.42,43; **KARAHAN**, Ticari İşletme, s. 36; **İMREGÜN**, Ticaret Hukuku, s.12; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s.281

⁶⁵⁷ **MİMAROĞLU**, s.157; **ÜLGEN**, Ticari İşletme, s.166.

⁶⁵⁸ **DOMANIÇ/ ULUSOY**, s.178.

akışına ters olacaktır, devrin ispatı ancak senetle⁶⁵⁹ mümkün olacaktır. HUMK 288/I. Maddesinde “Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve ifası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri “dört yüz milyon lirayı⁶⁶⁰” geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir.” Dolayısıyla hukuk düzenimiz bütünü itibarıyla incelendiğinde ticari işletme devrinin yazılı şekilde yapılması zorunluluğu ortadadır⁶⁶¹.

BK Tasarısı’nın 201. maddesi, BK 179. maddesindeki düzenlemeyi temel olarak korumuştur. Ticari işletmenin devri BK Tasarısı’nın yanında TTK Tasarısı’nda da düzenlenmiştir. Ancak BK ve TTK Tasarılarında beklenen uyum sağlanamamıştır.

TTK Tasarısı 11/III. Maddesi, TBMM Adalet Komisyonunca da değiştirilen metin ile “Ticari işletme içerdiği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün halinde devredilebilir ve diğer hukuki işlemlere konu olabilir. Aksi öngörülmemişse, devir sözleşmesinin duran malvarlığını ve sürekli olarak işletmeye özgülünen malvarlığı unsurlarını içerdiği kabul olunur. Bu devir sözleşmesiyle ticari işletmeyi bir bütün halinde konu alan diğer sözleşmeler yazılı olarak yapılır, ticaret siciline tescil ve ilan edilir.” şeklini almıştır.

Görüldüğü üzere, yürürlükteki düzenlemeden farklı olarak, Tasarı’daki bu hüküm ile ticari işletmenin devri, hem kanunda düzenlenmiş hem de yazılı şekil şartına bağlanmıştır. Diğer bir yenilik ise ticari işletmenin malvarlığı unsurlarından, devri özel şekil şartına tabi bulunanların devri için bu şekil şartlarına uyulmasının gerekmeceğinin açıkça ifade edilmiş olmasıdır. Böylece Tasarı gereğince, ticari işletmenin devrinde de külli halefiyet ilkesi benimsenmiştir. Ayrıca maddede aksi kararlaştırılmadıysa işletmeye dahil olan unsurların hepsinin devredilmiş sayılacağı

⁶⁵⁹ **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, Medeni Usul, 412 vd.

⁶⁶⁰ Parasal sınır, HUMK ‘a 26.09.2004 tarih ve 5236 sayılı Kanunun 19. maddesi ile eklenen Ek madde 4 gereğince, her takvim yılı başında geçerli olmak üzere 213 sayılı Vergi usul Kanunu’nun mükerrer 298. maddesi hükümleri uyarınca maliye bakanlığınca her yıl tespit edilir. 20.11.2008 tarih ve 27060 sayılı Resmi Gazete’de ilan edilen Maliye Bakanlığı Vergi Usul kanunu Genel Tebliğinde(Sıra No: 387) 2009 yılında uygulanacak yeniden değerlendirme oranı %12 olarak tespit edilmiştir. Buna göre, maddede belirtilen parasal sınır 490(en son bu miktara ulaşmıştı) x %12=58,8+490=548,8’dir. Ancak 5236 sayılı kanunla eklenen Ek Madde 4 gereğine her takvim yılı başından itibaren yeniden değerlendirme oranı uygulanarak belirlenen söz konusu parasal sınırların on milyon lirayı aşmayan kısımlarının dikkate alınmaması öngörülmüştür. Buna göre, senetle ispata ilişkin parasal sınır 2009 için 540 TL olarak belirlenmiştir. Senetle ispat kuralına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **YAVAŞ, Murat**, Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ile Bu kuralların İstisnaları, Ankara, 2009, s.105 ve 185 vd.

⁶⁶¹ **DOMANIÇ/ULUSOY**, s.178.

belirtilmiştir. Oysa ki şekil şartı olarak yazılı sözleşme getirilmişken, hangi unsurların devredileceğine ilişkin taraf iradelerinin de, şüpheye yer bırakmayacak şekilde sözleşmeye yazılması gerektiği maddede düzenlenmeliydi⁶⁶².

Yürürlükteki hükümler gereğince, ticari işletmenin devri, kural olarak devralan tarafından alacaklılara bildirilir veya gazetelerde ilan edilir. Bu şart devir sözleşmesinin geçerlilik şartı değildir. Bu şart devralanın, alacaklılara karşı işletmenin borçlarından sorumluluğunun başlaması için gereklidir⁶⁶³. Alacaklılara yapılacak bildirim şekle bağlı değildir⁶⁶⁴. İhbar telefonla, telgraf veya başka bir vasıta ile yapılabilir. İlanın özellikle ticaret sicil gazetesinde yapılması öngörülmemiştir. Öğretide⁶⁶⁵, ilanın MK 2. maddesi gereğince uygun bir gazetede yapılması gerektiği fikri hakimdir. Konu ile ilgili hem BK Tasarısı'nda hem de TTK Tasarısı'nda düzenleme yapılmıştır. BK Tasarısı'nın işletmenin devrini düzenleyen 201. maddesi “...devralan, bunu alacaklılara bildirdiği veya ticari işletmeler için Ticaret Sicil Gazetesi'nde, diğerleri için Türkiye genelinde dağıtımı yapılan gazetelerden birinde yayımlanacak ilanla duyurduğu tarihten başlayarak...” şeklinde düzenlenmiştir⁶⁶⁶. Yine ihbar özel bir şekle bağlanmamış, fakat ticari işletmeler için devrin ticaret sicil gazetesinde ilan edilmesi şartı getirilmiştir.

TTK Tasarısı'nda da “*Bu devir sözleşmesiyle ticari işletmeyi bir bütün halinde konu alan diğer sözleşmeler yazılı olarak yapılır, ticaret siciline tescil ve ilan edilir*” şeklindeki düzenleme ile işletmenin devrinin ticaret sicil gazetesine tescil ve ilan edilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Fakat bu düzenleme BK tasarısından farklı olarak, ne devralanın sorumluluğunun başlangıcı için ne de devir sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulması için gereklidir. Tescil ve ilanın, ticari işletme devri sözleşmesinin geçerliliği için kurucu mu yoksa açıklayıcı mı olduğu konusunda, metin belirsizdir.

TTK, ticari işletmenin bütün aktif ve pasifiyle devredilmesi sırasında devrin kapsamına, işletmenin aktif ve pasiflerden oluşan tüm malvarlığı girmektedir(TTK

⁶⁶² ARICI, s.214; Bu konuda Tasarı'nın gerekçesinde de bir açıklık bulunmamaktadır.

⁶⁶³ AYİTER, s.52

⁶⁶⁴ ACEMOĞLU, s.113; ARKAN, Ticari İşletme, s.45; KARAHAN, Ticari İşletme, s.36; ARICI, s.187

⁶⁶⁵ ACEMOĞLU, s.113; ARKAN, Ticari İşletme, s.45; KARAHAN, Ticari İşletme, s.36; İMREGÜN ise devrin ticaret sicil gazetesine tescil ve ilan edilmesi gerektiği, ancak bu ilandan sonra devrin alacaklılara ve iyiniyetli üçüncü kişilere karşı hüküm ifade edeceği görüşündedir. İMREGÜN, Ticaret Hukuku, s.12. Aynı yönde ARICI, s.190.

⁶⁶⁶ Karşılaştı; BK 179. maddesindeki “...devralan kimse, bunu alacaklılara ihbar veya gazetelerde ilan ettiği tarihten itibaren ...” ifade ile.

11/II. md.). MarkKHK'nın ilgili düzenlemesi dikkate alındığında da, aksi kararlaştırılmadığı sürece, ticari işletmenin devri sırasında markanın devredilmiş sayılacağı hükme bağlanmıştır(MarkKHK 16/II. md.). Birbirine uyumlu bu iki hüküm gereğince, marka ticari işletme ile birlikte devredilmek isteniyorsa, başka bir işleme gerek kalmaksızın, ticari işletmenin devri yeterlidir⁶⁶⁷. Markanın ticari işletme ile birlikte devredilmesi istenmiyorsa, ticari işletmenin devri sırasında açıkça belirtilmesi gerekmektedir(TTK 11/II, MarkKHK 16/II. md.).

Burada önemli olan markanın ticari işletme ile birlikte devredilmesi durumunda, sözleşmenin hangi şekil şartına bağlı bulunduğu konusudur. Daha önce ayrıntılı olarak bahsedildiği üzere ticari işletmenin devri özel bir şekil şartına bağlanmamıştır(BK 179, 11/I. md.). Ancak ticari işletmenin devredilen malvarlığı unsuları, için öngörölmüş özel devir şartlarının varlığı halinde, bu usullere uygun olarak devredilecektir. 556 sayılı MarkKHK 15/II. maddesinde marka üzerindeki hukuki işlemlerin yazılı şekle tabi olduğu düzenlenmiş, 16/III maddesi de aynı doğrultuda, markanın devrinin yazılı şekilde yapılması gerektiğini düzenlemiştir. Bu iki hüküm gereğince, markanın ticari işletme ile devri halinde de markaya dair sözleşmenin kural olarak yazılı şekilde yapılması gerekirken, MarkKHK 16/III. fıkrasında 16/II fıkrasına yapılan atıf ile, markanın işletme ile birlikte devredilmesi durumunda, yazılı şekil şartının gerekmediği düzenlenmiştir. Dolayısıyla ticari işletmenin devrinde, markanın geçerli şekilde devri herhangi bir şekil şartına tabi değildir⁶⁶⁸. Ticari işletmenin şekle tabi olmaması eleştirilirken, aynı durumun markanın devirdeki şekil şartına istisna olarak getirilmesi de eleştirilmektedir⁶⁶⁹.

İncelememiz açısından belirtilmesi gereken diğer bir husus, ortak ve garanti markalarının devri için öngörölen şekil şartıdır. Garanti ve Ortak markaların devri, devrin marka siciline tescil edilmesi ile gerçekleşir(MarkKHK 60. md). Burada marka siciline yapılacak tescil, devrin geçerli şekilde gerçekleşmesi için gerekli olan tasarruf

⁶⁶⁷ Yarg. 11 HD: T. 29.04.2004, E. 2003/10578, K. 2004/4686, **KARAN/KILIÇ**, s. 337.

⁶⁶⁸ **YASAMAN**, Marka Hukuku, C.II, s.687vd.; **KAYA**, Marka Hukuku, s.213 vd.; **ARKAN**, Marka Hukuku, C.II, s.180; Fakat **TEKİNALP** ticari işletme devri sözleşmesinin yazılı şekle tabi olduğunu, bu nedenle markanın ticari işletme ile devri durumunda da yazılı şekle uyulmuş olacağı görüşündedir. **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 432; **KARAN/KILIÇ** da aynı görüştedir. Yazarlar fikirlerini gerekçelendirmemiştir. **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 432; **KARAN/KILIÇ**, s.330.

⁶⁶⁹ **YASAMAN**, Marka Hukuku, C.II, s.687.

işlemdir. MarkKHK 16/III. maddesi gereğince, markanın ticari işletme ile birlikte devredilmesi durumunda getirilen şekil istisnasının, ticari işletme ile birlikte ortak ve garanti markasının devredilmesi durumunda da geçerli olduğunu söylemek güçtür. Ticari işletmenin devri sözleşmesinin şekil şartına tabi olmamakla birlikte, külli halefiyet öngörülmediği için, her bir unsur için gerekli olan borçlandırıcı ve tasarruf işlemlerinin yapılması gereklidir. Bunun istisnalarından birini markanın işletme ile birlikte devri oluşturmaktadır. Ancak MarkKHK'sı garanti ve ortak markalar için bir istisna getirilmemiştir. MarkKHK 16/III getirilen istisna yazılı sözleşmeye gerek olmamasıdır, ortak ve garanti markaları için 60. maddede getirilen tescil şartı ortadan kaldırılmamıştır. Dolayısıyla kanaatimiz ortak ve garanti markasının ticari işletme ile birlikte devredilmesi durumunda, markaların devralana geçebilmesi için marka siciline tescil edilmesinin zorunlu olduğu yönündedir⁶⁷⁰.

Bu noktada TTK Tasarısındaki farklı düzenlemeden bahsetmek gereklidir. TTK Tasarısı'nın 11/III. maddesinde getirilen *“Ticari işletme içerdği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün halinde devredilebilir ve diğer hukuki işlemlere konu olabilir.”* şeklindeki düzenleme ile ticari işletmenin devri sırasında özel şekil şartlarının hepsi ortadan kaldırılmış ve yazılı bir sözleşme ile ticari işletmenin bütün olarak devredilebileceği düzenlenmiştir. Bu durumda MarkKHK 60. maddesi ile garanti ve ortak markalar için getirilen tescil şartı da, ortadan kaldırılmış olmaktadır.

Markanın devrine ilişkin getirilen istisnanın sadece ticari işletme devrinde mi uygulanacağı, yoksa esnaf işletmesinin devri durumunda da geçerli olup olmayacağı sorusu akla gelebilir. Bu konu önemlidir. Marka tescilinde bulunabilecekler MarkKHK 31. maddesinin atfı ile 3. maddede belirtilmiştir. Bu düzenlemeler gereğince marka tescil başvurularında bulunabilecek olanlar şunlardır; Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde ikametgahı olan kişiler⁶⁷¹, Türkiye’de sınai veya ticari faaliyette bulunan

⁶⁷⁰ Aynı yönde YASAMAN, Marka Hukuku, s. 688.

⁶⁷¹ Buradaki ikametgah tabirini geniş şekilde yorumlamak gerekir. Bunun neticesinde de tüzel kişilerinde merkezlerinin veya idare merkezlerinin Türkiye Cumhuriyetinin hudutları içerisinde bulunmasının yeterli olduğu kabul edilmelidir. ARKAN, C.I,s.55. Ancak burada önemli olan bir diğer husus, bu kişilerin markalarını tescil ettirebilmeleri için bir ticari işletmeye sahip olmalarının gerekip gerekmediğidir. 556 sayılı KHK’da bu hususta açık bir düzenleme olmadığından bir ticari işletmeye sahip olmayan bir kimsenin de markasını tescil ettirmesi hukuken mümkündür.

kişiler⁶⁷², Paris Sözleşmesine göre başvuru hakkına sahip kişiler⁶⁷³, Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması'na göre başvuru hakkına sahip kişiler⁶⁷⁴ dir. Bunların dışında, Türkiye Cumhuriyeti tabiiyetinde bulunan kişilere kanunen veya fiilen marka koruması tanımış diğer yabancı devletlerin gerçek veya tüzel kişileri de, karşılıklılık ilkesi uyarınca,⁶⁷⁵ Türkiye'de marka korumasından faydalanarak tescil başvurusunda bulunabilirler. Dolayısıyla marka sahibi olabilmek için bir ticari işletme işletiyor olma veya tacir olma şartı bulunmamaktadır⁶⁷⁶. Dolayısıyla esnaf işletmesi sahibi de marka sahibi olabilecektir. Günümüzde, ticari işletme ile esnaf işletmesini ayıran temel fark, ticari işletmeye ait diğer unsurların yanında Bakanlar Kurulu tarafından belirlenen yıllık gayrisafi gelir miktarını kararname ile belirlediği sınırdır (TTK 1463/II)⁶⁷⁷. Bu sınırın altında kalan işletmeler esnaf işletmesi, üstünde yer alanlar ise ticari işletme sayılmaktadır. Faaliyete yeni başlamış işletmeleri ise ilk sene ticari işletme olarak kabul etmek mümkün olmayacaktır. Ayrıca esnaf işletmesinin devrinin de BK 179. madde çerçevesinde değerlendirildiğini belirtelim. MarkKHK'nın ilgili hükmü incelendiğinde *"bir işletmenin aktif ve pasifleri ile birlikte devri..."* ifadesinin kullanıldığı görülmektedir. İşletmenin ticari işletme olması gerektiği yönünde bir ifade yer almamaktadır. Dolayısıyla kanaatimiz, işletmenin aktif ve pasifleri ile bütün halinde devredilip devredilmediği konusunun önemli olduğu, eğer aktif ve pasiflerle birlikte

⁶⁷² Türkiye'de sınai ve ticari faaliyette bulunan kişilerin bu durumu belgelemeleri gerekir.

⁶⁷³ Paris Sözleşmesine dahil olmayan devletlerden birinde ikamet eden veya bir sınai veya ticari işletmeye sahip bulunanlar da tescil başvurusunda bulunabilirler. Bu konuda ayrıca Bkz. Paris Sözleşmesi m.6 4.mükerrer.

⁶⁷⁴ Bu Anlaşmanın 1/C numaralı Eki olan TRIPS'in 1. maddesinin 3.fikrasına göre, üye devletler, bu EK'de öngörülen muameleyi diğer üye devletlerin vatandaşlarına da uygulamayı kabul etmişlerdir. Aynı maddenin 2.cümlesi uyarınca da, DTÖ Anlaşmasına üye devletlerin tabiiyetindeki gerçek veya tüzel kişiler, bu devletler Paris Sözleşmesine üye imişçesine, Paris Sözleşmesinde öngörülen korumadan yararlanma yeterliliğine sahip kişilerden sayılırlar. Bunun neticesinde de DTÖ Kuruluş Anlaşması'na üye bir devletin vatandaşları da, bu Devlet Paris Sözleşmesine taraf olması bile, Paris Sözleşmesinde öngörülen düzenlemeler çerçevesinde marka tescil başvurusunda bulunabilir.

⁶⁷⁵ Karşılıklılık ilkesi, ilgili yabancı devletin, Türk tabiiyetindeki kişilerin markalarını tescil ettiğini ya da tescil edeceğini yazıyla bildirmesiyle belgelenir(Yönetmelik m.10/II).

⁶⁷⁶ **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s. 363; **ARKAN**, Marka Hukuku, C. I, s.25 vd.; Dolayısıyla MarkKHK korumasından yararlanabilmek için Türk vatandaşı olma şartı bulunmamaktadır. Gerçek ve tüzel kişiler için ikametgâhlarının Türkiye'de olması yeterlidir. Tüzel kişilerin merkezlerinin bulunduğu yer ikametgâhlarını belirleyecektir. **YASAMAN**, Marka Hukuku, C.II, s. 42.

⁶⁷⁷ VUK 177. maddesinin 1 ve 3 numaralı bentlerinde yer alan nakdi limitlerin yarısını, 2 numaralı bendinde yazılı nakdi limitin ise tamamını aşmayanlar esnaf ve küçük sanatkar sayılacaktır. Bu limitleri aşanlar ise tacir, işletmeleri de ticari işletme sayılacaktır.

devir söz konusu ise bu devrin MarkKHK 16/II. fıkrası kapsamına gireceği ve yazılı devir sözleşmesi olmaksızın markanın devredilebileceği şeklindedir.

MarkK. Tasarısı'nın 39/II. fıkrasında “*Bir teşebbüsün aktif ve pasifleri ile birlikte devri, aksi kararlaştırılmamışsa, teşebbüse ait markaların da devrini kapsar. Bu hüküm teşebbüsün devrine ilişkin taahhüt hakkında da uygulanır.*” şeklindeki düzenlemede “teşebbüs” kavramı kullanılmıştır. Yürürlükteki MarkKHK 16/II. fıkrasında “işletme” kavramı tercih edilmişken 5. maddesinde ise “teşebbüs” ifadesi yer almaktadır. Markalar Kanun Tasarısı'ndaki “teşebbüs” ifadesi de ticari işletmeden daha geniş bir kavramdır⁶⁷⁸. Sonuç olarak markanın devri ile ilgili olarak getirilen şekil istisnasının sadece ticari işletme devrinde değil, esnaf işletmelerinin aktif ve pasifiyle devrinde de geçerli olduğu kanaati güçlenmektedir.

Marka işletmenin aktif malvarlığı içinde yer alır, bu nedenle işletmenin sadece aktifleriyle birlikte devredilmesi durumunda, markanın da devredilmiş sayılıp sayılmayacağı ve bu durumun markanın devrine ilişkin şekil şartının istisnasını oluşturup oluşturmadığı önemlidir. İşletmenin sadece aktifleri ile devri, BK 179. madde kapsamında ticari işletmenin devri sayılmayacaktır. Bu nedenle MarkKHK 16/II ve 16/III. maddesinde yer alan istisna burada uygulanmayacaktır⁶⁷⁹. Markanın işletmenin aktifleri ile birlikte devredilmesi isteniyorsa, konuyla ilgili taraflarca imzalanmış yazılı sözleşmenin yapılması gerekmektedir. Yargıtay da 25.11.2002 tarihli kararında “...markayı değil, sadece işletmeyi sadece aktifleri ile birlikte Abdullah'a devrettiği, 556 sayılı KHK'nun 16/2. madde koşullarının oluşmaması nedeniyle markanın işletme ile birlikte davalının selefi Abdullah'a geçmediği, markanın aynı kişiler tarafından

⁶⁷⁸ Doktrinde “Teşebbüs” kavramı, insan gereksinmelerini mal ve hizmet üretimi ile karşılamak üzere üretim faktörlerinin, yani emek, doğa ve sermayenin bir girişimci eliyle bir araya getirildiği sürekli ve bağımsız ekonomik birim olarak tanımlanır. Tanımlar için bkz. **ACEMOĞLU**, s.16; **ARKAN**, Ticari İşletme, s.19; **KARAYALÇIN**, Ticari İşletme, s.155,159; **MİMAROĞLU**, s.18 vd; Bilindiği gibi TTK'da da “ticari işletme” kavramı kullanılmaktadır.Bu terimin iktisadi ve ekonomik anlamdaki teşebbüs kavramını karşılamak amacıyla kullanıldığı ifade edilmiştir. **OMAĞ**, Ticari İşletme, s.923; Ayrıca teşebbüs kavramının daha geniş bir kavram olduğu belirtilmiş, “işletme” yerine “teşebbüs” kavramının kullanılması gerektiği de savunulmuş, ancak karışıklığa yer vermemek adına öğretilde kanunun terimi olan “işletme” kavramı tercih edilmiştir. **BOZER, Ali**, “Ticari İşletme Üzerinde Türk ve İsviçre Hukuku Bakımından Mukayeseli Bir İnceleme, **Batider**, 1962, C.I, S.3, s.369 vd.; **KARAYALÇIN**, Ticari İşletme, s.156; **MİMAROĞLU**, s. 136 vd.; **ARKAN**, Ticari İşletme, s. 19; **POROY/YASAMAN**, Ticari İşletme, s. 26; **ERİŞ**, Şerh, C.I, 2007, s. 561; **ARKAN**, Marka Hukuku, C.II, s.36.

⁶⁷⁹ **YASAMAN**, Marka Hukuku, s.688.

davacıya devredilmesi nedeniyle davacının markanın sahibi olduğu...” aynı hususu vurgulamıştır⁶⁸⁰.

Hemen burada belirtmekte yarar görüyoruz ki, TTK Tasarısı’nın 11/III. maddesinde ticari işletmenin devri sözleşmesinin geçerliliği yazılı şekil şartına bağlanmıştır. Dolayısıyla Tasarı’nın kanunlaşması durumunda, markanın devrinin geçerlilik şartı olan yazılı sözleşme şartına paralel bir düzenleme yapılmış olacaktır. Böylece MarkKHK’deki istisnanın da bir anlamı kalmamaktadır.

Markanın devrinde geçerli olan sınırlamaların, markanın ticari işletme ile birlikte devredilmesi durumunda da geçerli olduğu söylenebilir. MarkKHK’nın markanın ticari işletme ile birlikte devredilmesi halinde getirdiği istisna, sadece sözleşmenin şekline ilişkin bir istisnadır. Yoksa markanın devriyle ilgili diğer sınırlamalar, burada da geçerli olacaktır.

Şu halde, markanın ticari işletme ile birlikte devredilmesi durumunda da, devrin markanın tescil edildiği mal ve hizmetlerin coğrafi kaynağı, kalitesi ve markanın kendisi ile ilgili olarak halkı yanıltmıyor olması gereklidir(MarkKHK 16/IV. md.). Enstitü tarafından aksi tespit edilirse, markanın tescilli olduğu mal ve hizmetlerde sınırlamaya gidilmediği sürece, markanın devri, marka siciline tescil edilmeyecektir. Markanın ticari işletme ile birlikte devrinde, devrin bu sınırlamaya takılma olasılığı daha düşüktür. Zira ticari işletmenin devrinde değişen sadece ticari işletmenin sahibidir, ticari işletme aynı şekilde faaliyetlerine devam etmektedir. Daha önce de belirtildiği gibi markanın tanınmış marka statüsünde olmadığı sürece kalite bildirme fonksiyonu yoktur. Bu nedenle ticari işletmeyi devralan kişinin ürünleri veya hizmeti eski kalitesinde sunmaya devam etme gibi bir yükümlüğü de yoktur. Ayrıca kalitenin korunup korunamayacağı hususu önceden öngörülemeyecektir. Eğer markanın kalitesi halkı yanılgıya düşürecek derecede ise markanın hükümsüzlüğü talep edilebilecektir(MarkKHK 42/e md.).

Markanın devrine ilişkin diğer bir sınırlama ise MarkKHK 16. maddenin V. fıkrasındaki devreden kişi adına kayıtlı benzer diğer markalarında devredilmesine ilişkin zorunluluktur. Markasını devreden kişinin, devredilen marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzer markalarının, aynı veya halkı yanılgıya düşürecek

⁶⁸⁰ Yarg. 11 HD. T. 25.11.2002, E. 2002/6575, K. 2002/10964, **KARAN/KILIÇ**, s.336 vd.

derecede benzerinin bulunması durumunda, bu markaların da devredilmemesi, devir sözleşmesinin geçersizliğine neden olacaktır ve devir marka siciline tescil edilemeyecektir. Dolayısıyla ticari işletme devredilirken, işletmenin malvarlığında bulunan markaların bazıları kapsam dışı tutulabilir veya devreden kişi adına kayıtlı başkaca markalar var ise bunların devredilmesi şart değildir. Ancak devredilmeyen markaların benzer mal ve hizmetlerde tescilli benzer markalar olmaması gerekmektedir. Ayrıca bu hüküm ticari işletme devirleri bakımından haksız rekabeti de önlemektedir. Daha önce de belirttiğimiz üzere, kanaatimiz dürüstlük kuralı ve haksız rekabet hükümleri gereğince, ticari işletme devredildikten sonra, marka devir dışı tutulmuş olsa bile, eğer müşteri çevresinin ticari işletmeden ayrılmasına yol açıyorsa ve taraflar bu konuda anlaşmamışsa, devreden tarafından marka kullanılamayacaktır. Aksi haksız rekabet teşkil edecektir.

B. Tescil

Marka devrinin, marka siciline tescili konusunda daha önce yapılan açıklamalar⁶⁸¹ konumuz açısından da geçerlidir. Dolayısıyla markanın ticari işletmeyle birlikte devredilmesi ile markanın sahibinde meydana gelen değişikliğin, marka siciline tescil edilmesi gerekmektedir. Ancak tescil markanın devrinde kurucu etkiye sahip değildir⁶⁸². Taraflar tescili talep etme hakkına sahiptir(MarkKHK16/VI md).

TTK Tasarısı'nın 11/III. fıkrasında ticari işletme devrinin, ticaret siciline tescil ve ilan edileceği düzenlenmiştir. Fakat bu tescilin kurucu nitelikte mi, açıklayıcı nitelikte mi olduğu konusu belirsizdir⁶⁸³. Eğer kurucu nitelikte olduğu kabul edilirse, markanın devri için, sözleşmenin ticaret siciline tescili şeklinde ek bir yükümlülük getirilmiş olacaktır. Bu durumda markanın devredilmiş sayılması için yazılı şekilde yapılacak ticari işletme devir sözleşmesi ve bu sözleşmenin ticaret siciline tescil ve ilanı gerekecektir. Bu işlemler tamamlandıktan sonra, açıklayıcı nitelikte olan, fakat

⁶⁸¹ Bkz. s. 57 vd.

⁶⁸² **TEKİNALP**, Fikri Mülkiyet, s.432; **YASAMAN**, Marka Hukuku, s.686; **ARKAN**, Marka Hukuku, C.II, s.185; **OYTAÇ**, Markalar Hukuku, s.205; **NOYAN**, s.378; **BOUCHOUX**, s. 103; **SCHECHTER/THOMAS**, s. 778.

⁶⁸³ **ARICI**, s.215.

MarkKHK kapsamındaki yetkilerin iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesini sağlayan, “marka siciline tescil işlemi” yapılabilecektir.

Hem yürürlükteki mevzuat hem de TTK Tasarısı dikkate alındığında MarkKHK sağladığı yetkileri kazanabilmek amacıyla marka siciline yapılacak “tescil”in değerlendirilmesi gerekmektedir. MarkKHK tescilden doğan yetkilerin üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceğini düzenlemiştir. Markanın ticari işletme ile devredilmesi durumunda, devrin marka siciline devri için gerekli olan belgeler, MarkKHK Yön. 19. maddesinde belirtilmiştir. Böylece tescil için, devre konu olan marka tescil numarası ile marka adının yer aldığı talep dilekçesi, birleşmenin⁶⁸⁴ yayımlandığı ticaret sicil gazetesi ya da bunun noter tasdikli örneği ve birleşen yabancı bir şirkete birleşmeyi gösterir yabancı dildeki belgenin noter tasdikli Türkçe tercümesi, ücretin ödendiğini gösterir belge, talep vekil aracılığıyla yapılmışsa vekâletnamenin verilmesi gereklidir. Enstitü ticaret sicil gazetesinde “tüm aktif ve pasifleri ile devredilmiştir” ifadesinin yer almasını aramaktadır.

4. Devrin Hükmü

Markanın ticari işletmenin devri suretiyle devredilmesi durumunda, devrin hükmüne ilişkin önceki açıklamalarımızın geçerli olduğunu belirtmekle birlikte, bu bölümde özellik arz eden hususlar değerlendirilecektir.

Marka üzerindeki mülkiyet hakkı, ticari işletmenin devri ile yeni sahibine geçmiştir. Buna bağlı olarak yeni malik, marka üzerinde devirden önce meydana gelen haklardan yararlanır ve borçlardan da sorumludur. Örneğin markayı devralan kişi, markanın önceki sahibi zamanında oluşan tanınmışlığından faydalanabilir⁶⁸⁵. Marka üzerindeki yükümlülüklerin devralana geçmesi hususu ise ticari işletmenin devri suretiyle markanın devri bahsinde özellik gösterir. Daha önce bahsedildiği⁶⁸⁶ üzere ticari işletmeyi devralan, ticari işletmeye ait bütün borçlardan dolayı sorumludur. Bu

⁶⁸⁴ MarkKHK Yönetmelikte, MarkKHK 16/II. Fıkrasındaki “işletmenin aktif ve pasif ile devrinin” ifadesinin “birleşme” olarak isimlendirildiği görülmektedir.

⁶⁸⁵ “...markasını HSBC Bank A.Ş.ne devrettiği, bankanın bu davaya devam ettiği, devralanın devreden tanınmışlık düzeyinden yararlanacağı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.”, Yarg. 11 HD. T. 19.04.2004, E. 2003/97746, K. 2004/4252, **NOYAN**, s.336.

⁶⁸⁶ Bkz. s. 210 vd.

nedenle marka üzerindeki rehin tescil edilmiş olmasa dahi, devralan söz konusu rehinden sorumludur.

II. TİCARİ İŞLETME BİRLEŞMESİ SURETİYLE MARKANIN DEVRİ

1. Kavram

Hemen hemen bütün kaynaklarda ticari işletmelerin birleşmesi, ticari işletmenin devri başlığı altında işlenmiş, konu ayrı bir başlık altında değerlendirilmemiştir⁶⁸⁷. Bunun nedeni her iki hukuki işlemin benzerlikler göstermesidir. Ancak ticari işletme devrinde ticari işletmenin sahibi değişmekte iken, işletmelerin birleşmelerinde bir işletmenin sahibi dolaylı veya doğrudan olarak aynı kalmaktadır⁶⁸⁸. Bununla birlikte ticari işletme birleşmelerinde de, işletmelerin malvarlıklarını karşılıklı olarak devralmaları söz konusudur⁶⁸⁹. Bununla birlikte POROY/YASAMAN⁶⁹⁰ burada karşılıklı devralmanın olmadığı, aktif ve pasiflerin bir araya toplanmasının söz konusu olduğu görüşündedir. BK 179. maddesindeki devralmadan farklı olarak, işletme birleşmeleri sonucunda yeni bir işletme ortaya çıkmaktadır⁶⁹¹. BK 180. maddesi ile bu birleşme sonucunda alacaklıların, alacaklarını yeni kurulan işletmeden alabileceklerini düzenlenmiştir.

Taraflar arasındaki birleşme sözleşmesi, hukuki işleme hangi hükümlerin uygulanacağını belirlemede yol gösterir. Bu nedenle BK 180. maddesine göre ticari işletme birleşme hükümlerinin uygulanabilmesinin ilk şartı taraflar arasından yapılan birleşme sözleşmesidir⁶⁹².

⁶⁸⁷ Bunun nedeni ise her iki halde de işletmelerin malvarlıkları düzeyinde devralınması veya birleştirilmesinin düzenlenmiş olmasıdır. **BAHTİYAR**, Ticari İşletme, s.29; **ARKAN**, Ticari İşletme, s.41; **POROY/YASAMAN**, Ticari İşletme, s. 41; **KARAHAN**, Ticari İşletme, s. 35; **ÜLGEN**, Ticari İşletme, s.167; **BERZEK**, Ticari İşletme, s. 16 vd.

⁶⁸⁸ **DURMAN**, s. 101; **YASAMAN**, **Hamdi**, Anonim Ortaklıkların Birleşmesi, Ankara, 1987, s. 15(Birleşme); **ARICI**, s.44.

⁶⁸⁹ **YASAMAN**, Birleşme, s.12.

⁶⁹⁰ **POROY/YASAMAN**, Ticari İşletme, s.43.

⁶⁹¹ **YASAMAN**, devralmanın karşılığında ya ortaklık payı verilmesi gerektiğini yada devralmanın ivazsız olması gerektiğini belirtmiştir. Eğer devralma karşılığına bir ivaz veriliyorsa (ki yazar bu tür birleşmeye gerçek olmayan birleşme demiştir), veya kısmi devralma söz konusuysa ortada birleşme yoktur. **YASAMAN**, Birleşme, s.5 vd.; aynı yönde **TEKİNALP**, **ÜNAL**, “Ticaret Ortaklıklarında Birleşme Kavramı ve Bazı Problemler”, **Batider**, C.VIII, S.10, s.28.

⁶⁹² **YILDIZ**, **Şükrü**, “Borçlar Kanunu’nun 180. Maddesine Göre İki İşletmenin Birleşmesi”, (A.Ü.İİBF Dergisi, C. 8, S.1-2, Kasım 1989, s.206-214), Makalelerim 1988-2007, Ankara, 2008, s.21.

BK 180. madde gereğince yapılan ticari işletme birleşmelerinde yapılacak sözleşme şekil şartına tabii değildir⁶⁹³. Söz konusu birleşme sözleşmesi sadece borçlandırıcı bir sözleşmedir, her hangi bir tasarruf işlemi içermemektedir⁶⁹⁴. Ticari işletmenin devrinde olduğu gibi, malvarlığı unsurlarının arasında devri özel şekil şartına tabii olanlar var ise, bunların geçerli olarak devri için bu şartlara uyulması gereklidir. BK 179. maddesindeki devralanın, borçlardan sorumluluğu için devrin ilan veya alacaklılara ihbar şartının, işletmelerin birleşmesi durumunda da geçerli olup olmadığı konusu tartışmalıdır. İlk görüş, BK 180. maddesinde BK 179. maddesine direk bir atıfta bulunulmadığı⁶⁹⁵, sadece benzer bir düzenlemenin yer aldığı, bu nedenle borçların doğması için ihbar/ilanın aranmayacağı, birleşme anının esas alınması gerektiği yönündedir⁶⁹⁶. Diğer görüş ise BK 179. maddesinde belirtilen kuraldan ayrılmanın bir gereği olmadığı, BK 180. maddesinde yapılan atfın bu kuralı da içine aldığı ve ilan/ihbar tarihinden itibaren borçlardan sorumluluğun doğacağı yönündedir⁶⁹⁷. Farklı bir diğer görüş⁶⁹⁸ ise ticari işletme birleşmelerinde BK 179. maddesinin aksine iki yıllık sürenin geçerli olmayacağını, birleşmede işletme sahiplerinin, işletmelerle ilişkilerini kesmediklerini; bununla birlikte sürenin birleşme anından itibaren başlayacağını ileri sürmenin ise, birleşmeden haberdar olmayan alacaklıların haklarına zarar vereceği şeklindedir. Yazarın görüşü, borçların zamanaşımı süresi kadar işletme sahiplerinin sorumlu kalmaya devam etmeleri gerektiği şeklindedir. Bunun yanında kanaatimiz BK 180. madde çerçevesinde belirtilen işletme birleşmelerini, BK 179. maddesinde şartlardan ayrı tutmaya gerek olmadığı yönündedir.

Bu nedenle markanın ticari işletmenin aktif ve pasifiyle birlikte devri durumunda yapılan açıklamalar geçerliliğini koruyacaktır. Ancak ticari işletme birleşmelerinde, işletme tüm aktif ve pasifleriyle birlikte devredilmektedir, dolayısıyla birleşme sözleşmesinin varlığı durumunda, marka birleşmeden ayrı tutulamayacaktır.

⁶⁹³ BK 179. maddesi hakkında yapılan açıklamalar burada da geçerlidir.

⁶⁹⁴ **YILDIZ**, Birleşme, s.23

⁶⁹⁵ **KARAYALÇIN** maddenin BK 179. maddesine atıf yaptığı görüşündedir. **KARAYALÇIN, Yaşar**, Ticaret Hukuku II Şirketler Hukuku (A. Giriş- Adi Şirket- Ticaret Şirketleri), Ankara, 1973, s.218(Şirketler).

⁶⁹⁶ **ACEMOĞLU**, s.70, dp.10; **TUNÇOMAĞ, Kenan**, Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.I, İstanbul, 1976,s.641, 1148; **Von Tuhr**, s. 975.

⁶⁹⁷ **ARICI**, s.45; **YASAMAN**, Birleşmesi, s.13 vd; **SAYMEN/ELBİR**, s.363.

⁶⁹⁸ **YILDIZ**, Birleşme, s.24.

Marka kapsam dışı tutulduysa, ticari işletme birleşmesinde değil, ticari işletme devrinden bahsetmek daha doğrudur.

2. Kapsam

Yukarıda belirtildiği gibi ticari işletme birleşmelerinde, işletme tüm aktif ve pasifiyle birlikte devredilir. Marka birleşme kapsamına dahildir. Ayrıca markanın tescilli olduğu mal ve hizmetlerin bir kısmı için devri söz konusu değildir. Markanın tescilli olduğu mal ve hizmetlerin tümü için devredilmesi gerekmektedir.

3. Koşullar

A. Sözleşme

Belirtildiği gibi ticari işletmelerin birleşmesine ilişkin sözleşme herhangi bir şekil şartına tabi değildir. Fakat birleşen işletmelerin malvarlığı unsurları arasında devri özel şekle tabi unsurların, geçerli bir şekilde diğer işletmeye geçebilmesi için, bu şekil şartlarına uyulması gereklidir.

Kural olarak ticari işletmeler tüm aktif ve pasifleri ile birlikte birleşirler. Madde metninde kullanılan ifade ise “...aktif ve pasifiyle karşılıklı olarak devralınması...” şeklindedir.

Ticari işletme devri hakkında bilgi verilirken, işletmenin tüm aktif ve pasifiyle devralınması gerektiğini, ancak TTK 11/II. fıkrası gereğince; ticari işletmeye ait malvarlığının aktiflerinden bazılarının, sözleşmede belirtilmek kaydıyla, devir dışı tutulabileceğini belirtilmişti. Bunun yanında işletmenin faaliyetine devam etmesini sağlayacak unsurların devrinin şart olduğunun da altını çizmiştik. Aynı kuralın ticari işletme birleşmelerinde uygulanıp uygulanamayacağı hususunun üzerinde durmak gerekmektedir. İşletmelerin malvarlıklarının birleşmesinde, malvarlığının tüm aktif ve pasifi ile devredilmesi gerekmektedir⁶⁹⁹. Aksi halde söz konusu olan BK 180. madde anlamında birleşme değil, BK 179. madde anlamında ticari işletme devridir. Dolayısıyla ticari işletme devrinde uygulanan kısmi devir imkanı, BK 180. maddesi kapsamında geçerli değildir. Taraflar arasında gerçekleştirilen birleşme sözleşmesinde

⁶⁹⁹ YASAMAN, Birleşme, s.18.

malvarlığının bazı unsurlarının devir dışı bırakıldığına anlaşılması durumunda BK 180. madde anlamında birleşmenin olmadığı kabul görmektedir.

Yukarıda belirtildiği üzere ticari işletmelerin birleşmesine ilişkin sözleşme herhangi bir şekil şartına tabi değildir. Fakat devri özel şekil şartına tabii unsurlar var ise bunların devri için gerekli olan şekil şartlarına uyulması gereklidir. Dolayısıyla da markanın devri için gerekli olan yazılı sözleşmenin taraflar arasından yapılmış olması gereklidir. MarkKHK'nın markanın ticari işletme ile devrinde getirdiği istisnanın, ticari işletmelerin birleşmesinde uygulanabilirliği belirlenmelidir. MarkKHK 16. maddesinin ikinci fıkrası işletmenin aktif ve pasifi ile devri halinde markanın devrini düzenlemiş, üçüncü fıkrası ise bu durumda markanın devrine ilişkin şekil şartına istisna getirmiştir. Yukarıdaki açıklamalarımızla görülmüştür ki, ticari işletme birleşmelerinde de, işletmenin aktif ve pasifiyle birlikte devralınması söz konusudur.

Borçlar Kanunu Tasarısı'nda ticari işletmenin birleşmesinin düzenlendiği BK 202. maddesinin, mevcut düzenlemeden- konumuz açısından-, önemli bir fark yaratmadığı görülmektedir.

TTK Tasarısı'nda ise ticari işletmenin malvarlığını bir bütün halinde devralan sözleşmeler için özel şekil şartı getirilmiştir. TTK tasarısındaki 11/III. maddesi gereğince ticari işletmeyi bir bütün halinde konu alan sözleşmelerin yazılı olarak yapılması ve ticaret siciline tescil ve ilan edilmesi gerekmektedir. Ayrıca madde gereğince, devredilen malvarlığı unsurlarının devri için gerekli özel şekil şartlarına uyulmasına gerek olmadığı, bunların bütün halinde devredilebileceği düzenlenmiştir. Diğer bir deyişle külli halefiyet ilkesi benimsenmiştir.

Dolayısıyla da ticari işletmeye ait markanın devrine ilişkin özel şekil şartına uyulmasına gerek olmaksızın, markalar üzerindeki haklar da yapılan birleşme sözleşmesi ile devredilecektir. MarkKHK 16/II,III. fıkralarındaki istisna TTK Tasarısı ile uyumlu durumdadır.

B. Tescil

Markanın ticari işletme ile birlikte devri durumunda MarkKHK 16/VI. fıkrası gereğince marka siciline tescili mümkündür. Devrin tescili için Enstitüye MarkKHK Yön. 19. maddesinde belirtilen belgelerin eklenmesi gerekmektedir. Böylece tescil için,

devre konu olan marka tescil numarası ile marka adının yer aldığı talep dilekçesi, birleşmenin⁷⁰⁰ yayımlandığı ticaret sicil gazetesi ya da bunun noter tasdikli örneği ve birleşen yabancı bir şirkete birleşmeyi gösterir yabancı dildeki belgenin noter tasdikli Türkçe tercümesi, ücretin ödendiğini gösterir belge, talep vekil aracılığıyla yapılmışsa vekâletnamenin verilmesi gereklidir. Enstitü ticaret sicil gazetesinde “tüm aktif ve pasifleri ile devredilmiştir” ifadesinin yer almasını aramaktadır.

Düzenlemeden anlaşıldığı kadarıyla, Enstitü öncelikle birleşmenin Ticaret Siciline tescilini ve Ticaret Sicil Gazetesi’nde yayımlanmasını aramaktadır.

4. Devrin Hükmü

Ticari işletmenin birleşmesi suretiyle markanın devri ile marka tescilli olduğu tüm mal ve hizmetler için devralana geçmektedir⁷⁰¹.

§ 6. TİCARET ŞİRKETLERİNİN BİRLEŞMESİ VE BÖLÜNMESİ SURETİYLE MARKANIN DEVRİ

I. TTK VE TASARI HÜKÜMLERİ GEREĞİNCE TİCARET ŞİRKETLERİNİN BİRLEŞMESİ SURETİYLE MARKANIN DEVRİ

1. Kavram

Ticaret şirketlerinin birleşmeleri sonucunda, birleşen şirketlere ait markaların devri hususunun da üzerinde durulması gereklidir⁷⁰². Şirket birleşmeleri, iki veya daha fazla ticaret şirketinin birbiriyle birleşerek yeni bir ticaret şirketi kurmaları veya bir veya daha fazla ticaret şirketinin, mevcut diğer bir ticaret şirketine katılmalarıdır(TTK 146 md)⁷⁰³. Şirket birleşmelerinde, işletmelerin veya malvarlıklarının birleşmesinden

⁷⁰⁰ MarkKHK Yönetmelikte, MarkKHK 16/II. Fıkrasındaki “işletmenin aktif ve pasif ile devrinin” ifadesinin “birleşme” olarak isimlendirildiği görülmektedir.

⁷⁰¹ Teze atf.

⁷⁰² YILDIRIM/KOLOTOĞLU, şirket birleşmelerinin nedenlerinden birinin de değerli sınai haklara sahip olabilmeleri olduğunu belirtmiştir. **YILDIRIM, Ali Haydar/KOLOTOĞLU, Olcay**, Anonim ve Limited Şirketlerin Kuruluşu- Tasfiyesi Birleşmesi Devri Nevi Değişikliği Bölünme ve Hisse Değişimi, Ankara, 2003, s.181.

⁷⁰³ Benzer tanımlar için bkz. **YASAMAN**, Hamdi, “Şirketlerin Birleşme ve Bölünmeleri”, Ünal Tekinalp’e Armağan, C.I, İstanbul, 2003, s. 696(Bölünme); **TÜRK, Hikmet**, Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi, Ankara, 1996, s. 37 vd.(Birleşme); **YILDIZ**, Birleşme, s.19; **BAHTİYAR, Mehmet**, Ortaklıklar

farklı olarak, şirket ortakları ve malvarlıkları tek bir çatı altında⁷⁰⁴ toplanmaktadır⁷⁰⁵. Bünyesinde birleşilen veya yeni kurulan şirket hariç, diğer şirketler sona erer, fakat tasfiyeye girmezler. Bu nedenle bu şekilde sona ermeye, “tasfiyesiz sona erme” denir⁷⁰⁶. Sona eren şirketin malvarlığı külli halefiyet yoluyla yeni kurulan veya bünyesinde birleşilen şirkete geçer, bunun karşılığında sona eren şirket ortaklarına, bünyesinde birleşilen veya yeni kurulan şirketten pay verilir⁷⁰⁷. Bu geçiş sırasında, şirketlere ait olan markalar da, yeni kurulan veya bünyesinde birleşilen şirkete külli halefiyet gereğince geçer.

2. Koşullar

A. Sözleşme

Şirket birleşmelerinden bahsedilebilmesi için şirketlerin aynı neviden olması gerekmektedir(TTK 147 md). Bu çerçevede kanun hangi şirketlerin, birleşme bakımından aynı neviden sayılacağını belirtmiştir⁷⁰⁸. Kolektif ile komandit şirketler, anonim ile sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler aynı neviden sayılacaktır(TTK 147 md.). Bu ifadenin iki sonucu doğmaktadır. Öncelikle limited şirketler sadece limited şirketler ile, kooperatifler sadece kooperatiflerle birleşecektir⁷⁰⁹.

Hukuku, İstanbul, 2007, s.40(Ortaklıklar); **ÇELİK, Orhan**, Şirket Birleşmeleri ve Birleşmelerde Şirket Değerlemesi, Ankara, 1999, s.127; **KILIÇ, Şule Al, TÜRK** Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, İstanbul, 2009, s. 9; **PULAŞLI, Hasan**, Şirketler Hukuku Temel Esaslar, Adana, 2008, s.67; Ayrıca TTK 146. maddesi aynı zamanda birleşme türlerini de belirtmiş olmaktadır. Ancak konumuz açısından şirket birleşme türlerini incelemeye gerek görmüyoruz. Birleşme türleri için bkz. **TÜRK, Hikmet Sami**, Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesinde “Nevilerin Aynı Olması” Koşulu, Ankara, 1986, s.109, 318 (Nevilerin Aynı Olması); **TEKİNALP, Ünal**, Ticaret Ortaklıklarında Birleşme Kavramı, Sınırları ve Bazı Problemler, **Batider**, C.VIII(Ekim 1971), S.10, s.25 vd.; **AKBİLEK, Nevzat**, Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Anonim Şirket Birleşmelerinde Pay Sahiplerinin Korunması, Ankara, 2009, s.47 vd.

⁷⁰⁴ **BAHTİYAR**, Ticari İşletme, s.29.

⁷⁰⁵ **TÜRK**, Birleşme, s.59, 80; **BAHTİYAR**, Ticari İşletme, s.29; **BAHTİYAR**, Ortaklıklar, s. 41; **TÜRK**, Nevilerin Aynı Olması, s.234; **YILDIZ**, Birleşme, s.18, 19.

⁷⁰⁶ **YASAMAN**, Birleşme, s.20, 25; **AKBİLEK**, s. 30; **YASAMAN**, Bölünme, s. 702; **BAHTİYAR**, Ortaklıklar, s.41 Tasfiyesiz sona ermenin temeli **TÜRK**, Birleşme, s.137.

⁷⁰⁷ Şirket birleşmelerine hakim kişi unsuru, işletme birleşmelerinde bulunmamaktadır. **BERZEK**, Ticari İşletme, s.16; **BAHTİYAR**, Ticari İşletme, s. 29, **ARKAN**, Ticari İşletme, s.99; **TÜRK**, Birleşme, s.59, 80.

⁷⁰⁸ **TÜRK**, Nevilerin Aynı Olması, s.275.

⁷⁰⁹ Bu çerçevede birleşme yapamayacak şirketler: kolektif ve anonim şirketler, kolektif ve paylı komandit şirketler, kolektif ve limited şirketler, kolektif ve kooperatifler, komandit ve anonim şirketler, adi

Diğer bir sonuç ise aynı neviden olmayan şirketlerin birleşmesine aşağıda açıklayacağımız birleşme ilkeleri uygulanamayacaktır⁷¹⁰. Bu tarz birleşmeler BK 180. maddesi anlamında işletme birleşmeleri olarak nitelendirilecek⁷¹¹ ve markanın devrine ilişkin, yukarıda açıkladığımız ilkeler uygulanacaktır. Örneğin bir kolektif şirketin, anonim şirket ile birleşmesi, malvarlığının aktif ve pasifiyle devri sayılacak ve BK 179, 180. maddeleri uygulanacaktır. Kolektif şirketin malvarlığı unsurları için gerekli olan tasarruf işlemlerinin yapılması gerekecektir. TTK Tasarısı ise bir ticari işletmenin bir ticaret şirketi tarafından devralınabileceğini düzenlemiştir.

Şirket birleşmelerinde, sona eren şirket ortaklarına, devrettikleri malvarlıkları karşılığında yeni şirketten hisse verilmesine “pay sahipliğinin devamlılığı ilkesi” denmektedir⁷¹². Burada şirket değerlemesinin⁷¹³ ve malvarlığı muhasebeleştirilmesi⁷¹⁴ yapıldıktan sonra çıkarılacak oranlama gereğince hisse verilir⁷¹⁵. Bu nedenle malvarlıkların birleşmesi yanında ortaklarında da birleşmesi söz konusu değilse, şirket birleşmelerinden söz edilemez⁷¹⁶.

Birleşmelere hakim olan diğer bir ilke ise küllü halefiyet ilkesi, diğer bir deyişle “malvarlığında devamlılık ilkesi”dir⁷¹⁷. Türk Hukuku’na hakim prensip olan cüzi halefiyet ilkesine rağmen, TTK 151 ve 451. maddelerinde küllü halefiyet açıkça

komandit ve payı komandit şirketler, anonim ve limited şirketler paylı komandit ile kooperatifler, limited ve kooperatifler. **TÜRK**, Nevilerin Aynı Olması, s.275, 276.

⁷¹⁰ **TÜRK**, Nevilerin Aynı Olması, s.376.

⁷¹¹ **TÜRK**, Nevilerin Aynı Olması, s.376; **YILDIZ**, Birleşme, s.19; **YASAMAN**, Birleşme, s.18; **TÜRK**, Birleşmesi, s. 37 vd.; **ARSLANLI, Halil**, Kolektif ve Komandit Şirketler, İstanbul, 1960, s.579.

⁷¹² **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, s. 109; **ÇELİK**, s.129; **YASAMAN**, Birleşme, s.32; **TÜRK**, Birleşme, s.87, 89.

⁷¹³ İşletme veya şirketlerin değerlemeleri, sadece malvarlığının finansal yapısının muhasebeleştirilmesi ile yapılmaz. Bu hesaplamada işletmenin geleceğe yönelik yatırımlarının da hesaba katılması gerekmektedir. Dolayısıyla işletme değerlemesine mevcut durumun ortaya konulduğu “değerleme birliği ilkesi” ve gelecekteki durumun dikkate alınması anlamında “gelecek içerikli ilkesi” hakimdir. **PULAŞLI, Hasan**, Şirket Satın Alma ve Birleşmelerinde İşletme Değerlemesi ve Due Dilingence, C.XXIV, S.2, Aralık, 2007, s. 207, 208(Değerleme).

⁷¹⁴ Bu muhasebeleştirme sırasında şirketlerin maddi olmayan varlıklarının da ayrı olarak değerleri belirlenir. Bu değerlendirme sırasında “Maddi Olmayan Duran Varlıklara İlişkin Türkiye Muhasebe Standartları(TMS 38) uygulanır.(RG. 17.03.2006, S.26111). **USLU, Ozan**, Ticaret Şirketlerinde Birleşme-Devir-Bölünme-Neve Değiştirme Esasları ve Vergisel Boyutu, 2004, http://www.alomaliye.com/ozan_uslu_birlesme_devir.htm (08.05.2009). Ayrıca işletme değerlemelerinde maddi olmayan varlıkların değerlendirilmesi de güncel konulardan birisidir. **PULAŞLI**, Değerleme, s.209, dp.21.

⁷¹⁵ **YASAMAN**, Bölünme, 702; **YASAMAN**, Birleşme, s.46

⁷¹⁶ **YASAMAN**, Bölünme, s. 702.

⁷¹⁷ **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, s. 107, 109; **YILDIZ**, s.19; **TÜRK**, Birleşme, s.74, 150 vd.; **YASAMAN**, Birleşme, s.22.

öngörülmüştür. Külli halefiyet ilkesinde devir konusu malvarlığı bütünü itibariyle korunmakta, ancak malvarlığının öznesi, sahibi değişmektedir⁷¹⁸. Böylece katılan veya devralınan şirketin malvarlığı bir bütün olarak, bünyesinde birleşilen veya yeni kurulan şirkete geçer⁷¹⁹. Bunun anlamı, malvarlığında yer alan unsurların devri için kanunda öngörülen özel devir şartlarına uyulmasına gerek olmadığıdır(TTK 451 md.)⁷²⁰. Bundan sonra yeni kurulan şirket veya birleşilen şirket tarafından gerekli sicillere gidilerek, gerekli düzeltmeler yapılır. Böylece marka da, Kararname’de öngörülen şekil şartlarına uyulmaksızın, şirket birleşmeleri ile bünyesinde birleşilen şirkete veya yeni kurulan şirkete geçecektir(MarkKHK 16/III ve 60. md.).

Malvarlığı geçiş zamanı, birleşmenin türüne göre değişiklik göstermektedir. Konumuz açısından markanın ne zaman kime ait olduğunun tespiti önemlidir. Yukarıda belirtildiği üzere ticaret şirketlerinin birleşmesinde geçerli olan külli halefiyet ilkesi gereğince, başkaca bir işleme gerek kalmaksızın “birleşme” ile marka yeni kurulan veya bünyesinde birleşilen şirkete geçer. O zaman şirketlerin ne zaman birleşmiş sayılacağıın tespiti gerekmektedir.

Aynı nevi şirketlerin birleşmesinde, birleşen şirketler tarafından ayrı ayrı, esas sözleşmelerine uygun olarak “birleşme kararı” alınır. Anonim şirketlerin birleşmesinde, şirket tarafından alınan birleşme kararının tescili ile malvarlığı yeni kurulan ve bünyesinde birleşilen şirkete geçer. Marka da bu karar ile geçecektir.

Ancak anonim şirketler dışındaki şirket birleşmelerinde farklılıklar bulunmaktadır. Bu tarz şirket birleşmelerinde alınan kararın⁷²¹ tescil ve ilan edilmesi ile alacaklıların 3 aylık itiraz süresi başlamaktadır(TTK 148, 150/I md.). Bu sürenin itirazsız geçmesi veya yapılan itirazın reddedilmesi ile birleşme kesinleşecektir. Ayrıca

⁷¹⁸ **TÜRK**, Birleşme, s. 151.

⁷¹⁹ “...TK’nın 151. maddesi uyarıncaiki ticari ortaklığın birleşerek yeni bir ortaklık meydana getirmeleri halinde hak ve borçları kurulan ortaklığa geçer. Diğer bir deyimle yeni ortaklık, birleşen ortaklıkların kanuni (halefi) ardası olur ve bu bakımdan B. Bankasının kiracılık hak ve sıfatı davalı A. Bankasına geçmiş sayılır.” Yarg. HGK T. 20.03.1963, 62.65/31 sayılı(Adalet Dergisi, 1963, S.5-8, s.803) **MOROĞLU, Erdoğan/KENDİGELEN, Abuzer**, Notlu-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, İstanbul, 2004, s.80; **BİLGİLİ**, Markanın Devri, s. 423.

⁷²⁰ **YILDIRIM/KOLOTOĞLU**, s.198; **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, s. 109; **TÜRK**, Birleşme, s.74; **YASAMAN**, Birleşme, s.22.

⁷²¹ Birleşme kararında, birleşmenin hangi şirketler, ne şekilde yapılacağı belirtilir. Şirketin yetkili organı tarafından sadece birleşme kararı tescil ve ilan edilmez. Aynı zamanda şirket bilançosu, borçların ödeme planını içeren beyannamenin de ilan edilmesi gerekmektedir. (TTK 148, 149 md.), **DOĞANAY, İsmail**, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C.I,İstanbul, 2004, s.654.

alacaklılar birleşmeye açıkça rıza gösterirlerse veya şirket tarafından borçları karşılayacak miktarda paranın T.C. Merkez Bankasına veya geçerli başka bir bankaya tevdi edilirse, birleşme ilan tarihinden itibaren hüküm ifade edecektir. Böylece kesinleşen birleşme tarihinde, külli halefiyet ilkesi gereğince, malvarlığı devralan şirkete geçecektir.

Birleşme sonucunda yeni bir şirket kuruluyorsa, yeni kurulan şirketin kuruluş merasimine uygun hareket edilir. Yeni şirketin, ticaret siciline tescil edilerek tüzel kişilik kazandığı tarihte, marka yeni şirkete geçecektir⁷²².

B. Tescil

Birleşilen şirketlerin markaları da ayrı yazılı sözleşmeye gerek olmaksızın yeni kurulan şirkete veya bünyesinde birleşilen şirkete geçecektir⁷²³. Marka sahibindeki değişikliğin marka siciline bildirilmesi gerekmektedir. Ancak daha önce de belirttiğimiz gibi sicile tescil açıklayıcıdır. Bunun iki nedeni vardır. Devrin marka siciline tescil edilmesi, kural olarak markanın devri için öngörülmuş bir şekil şartı değildir(MarkKHK 16 md). Diğer neden ise, şirket birleşmelerine hakim küllü halefiyet ilkesi gereğince, markanın devri için sicile tescilin şart olduğu durumlarda dahi(MarkKHK 60. md.), tescil işlemi yapılmaksızın devir gerçekleşecektir. Böylece garanti ve ortak markaların geçerli şekilde devri için gerekli olan yazılı sözleşme ve sözleşmenin marka siciline tescili işlemlerinin yapılmasına gerek yoktur⁷²⁴.

Birleşme sonucunda markanın sahibinde meydana gelen değişikliğin, Enstitü tarafından marka siciline tescili talep edilir. Talep sırasında gerekli olan belgeler MarkKHK Yön. 19. maddesinde belirtilmiştir. Bu çerçevede konu ile ilgili talep dilekçesi, birleşmenin yayımlandığı ticaret sicil gazetesine ya da bunun noter tasdikli örneği ve birleşen yabancı bir şirkete birleşmeyi gösterir yabancı dildeki belgenin noter tasdikli Türkçe tercümesi, ücretin ödendiğini gösterir belge, talep vekil aracılığıyla

⁷²² KARAYALÇIN, Şirketler, s.224.

⁷²³ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.108; KARAN/KILIÇ, s.329; AKBİLEK, s.36; TÜRK, Birleşme, s. 183, 184; BİLGİLİ, Markanın Devri, s.423; YASAMAN, Marka Hukuku, C.II, s.698; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 431.

⁷²⁴ BİLGİLİ, Markanın Devri, s.423.

yapılmışsa vekâletnamenin verilmesi gereklidir. Enstitü Ticaret Sicil Gazetesi'nde "tüm aktif ve pasifleri ile devredilmiştir" ifadesinin yer almasını aramaktadır.

3. Devrin Hükümü

Ticaret şirket birleşmeleri sonucunda, birleşen şirketlere ait markalar da tek bir çatı altında toplanmış olmaktadır. Markanın yeni sahibi bünyesinde birleşme kararı alınan veya yeni kurulan şirkete aittir.

Markayı birleşme sonucu devreden şirketin tüzel kişiliği sona erdiği için, marka sicilindeki kayıt düzeltilmese dahi, artık devreden kişi yoktur. Birleşmenin ardından markaya ilişkin tüm hak ve borçlar yeni malike geçmektedir.

4. TTK Tasarısı Hükümleri Gereğince Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi Suretiyle Markanın Devri

TTK Tasarısı'nda şirket birleşmelerine ilişkin, birleşecek şirketlerin nevilerinin aynı olması gerektiği yönündeki, şart terk edilmiştir. Tasarı'nın 137. maddesi gereğince birleşebilecek şirketlerin kapsamı genişletilmiştir. Ancak buna rağmen birleşebilecek şirketler açısından sınırlamalar bulunmaktadır⁷²⁵.

Bunun yanında birleşmeye hakim olan külli halefiyet ilkesinin korunduğu görülmektedir. Birleşmeye ilişkin madde metinlerinde açıkça külli halefiyet ilkesi belirtilmemiş olsa dahi bu anlama gelen ifadeler kullanılmış⁷²⁶, gerekçede ise durum açıkça ortaya konmuştur. Birleşmeye dair ilkelerin belirlendiği 136. maddenin üçüncü ve dördüncü fıkralarında, birbirini tamamlar şekilde, devrolunan şirketin malvarlığının bir bütün halinde devralınacağı düzenlenmiştir⁷²⁷. Birleşmenin hukuki sonuçlarının

⁷²⁵ TTK Tasarısı'nın ifadesi "1. Sermaye şirketleri, a) sermaye şirketleriyle, b) kooperatiflerle, c) devralan şirket olmaları şartıyla, kolektif ve komandit şirketlerle birleşebilir. 2) Şahıs şirketleri, a) şahıs şirketleriyle, b) devrolunan şirket olmaları şartıyla, sermaye şirketleriyle, c) devrolunan şirket olmaları şartıyla, kooperatiflerle birleşebilir. 3) Kooperatifler, a) kooperatiflerle, b) sermaye şirketleriyle, c) devralan şirket olmaları şartıyla şahıs şirketleriyle birleşebilir."

⁷²⁶ KILIÇ, 28.

⁷²⁷ Madde gerekçelerinde de külli halefiyet ilkesi açıkça ifade edilmiştir. "Üçüncü fıkra, devrolunan şirketin malvarlığının ipso iure (kendiliğinden) geçişini, malvarlığının geçişi (intikali) karşılığında devrolunan şirketin ortaklarının bir değiştirme oranını a/faktörüne/parametresine göre devralan şirketin paylarını gene ipso iure kazanmalarını düzenlemektedir. Bu fıkra ayrıca külli halefiyet ilkesine yer vermekte, bunun gibi ortak sıfatının, diğer bir ifadeyle, şirket payının ve malvarlığının devamlılığı ilkelerini vurgulamakta, son olarak da külli halefiyein istisnası olan 140. maddede öngörülmüş bulunan denkleştirmeyi

düzenlendiği 153. maddesinde ise birleşmenin tescil ile geçerlilik kazanacağı, bu tescil anında malvarlığının devrolunan şirkete bütün aktif ve pasifi ile geçeceği belirtilmiştir⁷²⁸. Böylelikle Tasarı'nın düzenlemesi ile, bölünmenin ticaret siciline tescil edildiği tarihte, marka da bünyesinde birleşilen/devralan şirkete geçecektir.

II. TİCARET ŞİRKETLERİNİN BÖLÜNMESİ SURETİYLE MARKANIN DEVRİ VE TTK TASARISI DÜZENLEMESİ

1. Kavram

Bölünme, bir sermaye şirketinin malvarlığının tümünün iki ayrı şirkete, daha çok sermaye şirketine veya malvarlığının bir kısmının yeni kurulacak başka bir şirkete devredilmesidir⁷²⁹. TTK'da şirket bölünmeleri düzenlenmemiştir⁷³⁰. Bununla birlikte sermaye şirketleri açısından bölünme Kurumlar Vergisi Kanunu'nda kanuni dayanağı tartışmalı⁷³¹ olmakla birlikte "Maliye Bakanlığı ile Sanayi ve Ticaret Bakanlığının Anonim ve Limited Şirketlerin Kısmi Bölünme İşlemlerinin Usul ve Esaslarının Düzenlenmesi Hakkında Tebliğ"(Bölünme Tebliği)⁷³², SPK 'nın 21.11.2003 tarih ve 60/1393 ve 61/1394 sayılı "Halka Açık Anonim Ortaklıkların Bölünmelerinde Uygulanacak Esaslar" hakkındaki kararı ile düzenlenmiştir⁷³³.

Bölünme Tebliği gereğince bölünen şirketlerin gayri maddi malvarlığı unsurları, dolayısıyla markanın da bölünme sonucu yeni kurulacak şirkete devredilmesi mümkündür(Tebliğ 1. md.). Bölünme sözleşmesinde şirkete ait hangi unsurların devredileceği belirtilir. Şirketin birden çok markasının olması durumunda, markaların hepsinin birden aynı şirketin bünyesinde bulunması zorunlu değildir. Ancak kanaatimizce MarkKHK 16/IV ve V. maddelerinde yer alan sınırlamalar burada da uygulama alanı bulacaktır. Şöyle ki, MarkKHK 16/V. fıkrası gereğince, benzer

içermektedir. Dördüncü fıkranın birinci cümlesi, hem tasfiyesiz sona ermesi hem de üçüncü fıkrada da yer alan külli halefiyeti öngörmüştür...". TTK TASARI GEREKÇESİ, s.112.

⁷²⁸ Böylece devrolunan şirketin yaptığı tescilin hem külli halefiyet hem de birleşme bakımından kurucu olduğu düzenlenmiştir. **TTK TASARI GEREKÇESİ**, s. 120.

⁷²⁹ **YASAMAN**, Bölünme, s. 703; **HELVACI, Mehmet**, Anonim Ortaklıkların Bölünmesi, Yeniden Yapılandırma Modeli Olarak Bölünme, İstanbul, 2004, s.36; **BAHTİYAR**, Ortaklıklar, s.45.

⁷³⁰ **YASAMAN**, Bölünme, s.704; **BAHTİYAR**, Ortaklıklar, s.45.

⁷³¹ **HELVACI**, s. 26.

⁷³² RG. 16.09.2003, S.25231.

⁷³³ Türk Hukukundaki bölünme düzenlemeleri hakkında bkz. **HELVACI**, s. 23 vd.

markaların aynı şirkette devredilmesi gerekecektir. Ayrıca yapılan devir işlemi ile halk markanın niteliği, kalitesi veya coğrafi kaynağı açısından yanılığa düşmemelidir. Aksi takdirde, yapılan devir marka siciline tescil edilmeyecektir.

2. Koşullar

A. Sözleşme

Bölünmeye ilişkin mevzuatımızda yer alan az sayıdaki düzenlemelerde bile bölünmenin şekline ilişkin açık bir düzenleme yer almamaktadır. Bu nedenle bölünen şirketin malvarlığının nasıl devralınacağına ilişkin kanun boşluğu bulunmaktadır⁷³⁴. Ancak Bölünme Tebliği konuyu kısmen de olsa düzenlemiştir.

Öncelikle bölünmenin gerçekleşebilmesi için bölünme sözleşmesinin varlığı gereklidir⁷³⁵. Söz konusu sözleşme ile markaların kısmi veya tam olarak devri kararlaştırılabilir.

Konumuz açısından öncelikle önem arzeden bölünme sırasında küllü halefiyet ilkesinin geçerli olup olmadığıdır. Bir görüş bölünmede de malvarlığının aktif ve

⁷³⁴ YASAMAN, Bölünme, s.711.

⁷³⁵ Bölünme Tebliği 10. maddesi gereğince, bölünme sözleşmesinde, "1 - Bölünmeye katılan anonim ve limited şirketlerin ticaret unvanlarını, merkezlerini, nevirlerini,
2 - Bölünen mal varlığının kaç bölüm olduğunu, her bir bölümün nereye devredileceğini, her bölüm içindeki mal varlığı parçalarının tek tek dökümünü,
3 - Payların değiş/tokuş oranlarını ve gereğinde ödenecek denkleştirme tutarını,
4 - Devreden şirketin ortaklarının haklarının devralan şirket nezdindeki durumlarını, devralan şirketin devreden şirketten imtiyazlı paylara, intifa hakkı sahiplerine ne türlü haklar verildiğini,
5 - Bölünen/devreden şirketin veya ortaklarının iktisap ettiği payların hangi tarihten itibaren bilanço karına hak kazanacağını bölünme sözleşmesinin onaylandığı genel kurul veya ortaklar kurulu kararında belirtilmesini,
6 - Bölünme işlemine esas teşkil eden bilirkişi raporunu,
7 - Bölünme işleminin hangi tarihli mali tablolar üzerinden gerçekleştirileceğini,
8 - Devralan şirketin hisse senetlerinin bölünen şirketin ortaklarına verilmesi halinde bölünen şirketin sermaye azaltım tutarı ve işlemlerini,
9 - Devralan şirketin mevcut ortaklarının yeni pay alma hakları kısıtlanmak suretiyle yapacağı sermaye artırımı tutarı, bu sermaye artırımında bölünen şirkete veya ortaklarına verilecek hisse senetlerinin türünü, nominal değerini ve teslim esaslarını,
10- Bölünen şirketin bölünme tarihine kadar tahakkuk etmiş ve edecek vergi borçlarından, bölünen kurumun varlıklarını devralan şirketlerin müteselsilen sorumlu olduğuna ilişkin hükmü,
11 - Bölünmeye konu varlıklarla birlikte istihdam edilen personelin de devredilmesi halinde, devredilen işgücünün hukuki durumuna ilişkin bilgiyi,
12 - Tarafların bölünme sözleşmesinden kaynaklanan yükümlüklerini yerine getirmemesi durumunda katlanacakları sonuçları belirten hükmü,
13 - Yönetim kurulları tarafından genel kurulların toplantıya çağrılacağı azami süreyi, bu süre içerisinde genel kurulların toplanamaması halinde bölünme sözleşmesinin geçersiz sayılacağına ilişkin hükmü, içermesi gerekmektedir."

pasifiyle devralınmasının söz konusu olduğu, BK 179, 180. maddelerine ilişkin esasların uygulanması gerektiğini yönündedir⁷³⁶. Bu durumda malvarlığının aktif ve pasifi ile devralınmasında uygulanan cüzi halefiyet ilkesi gereğince, malvarlığında bulunan her bir unsurun devri için öngörülen şekil şartına uyulması gerekecektir⁷³⁷. Bu çerçevede de markanın devri için ayrı bir yazılı sözleşmenin yapılması gerektiği düşünülebilir. Ancak MarkKHK işletmenin aktif ve pasifleri ile birlikte devralınması durumunda, markanın devrine ilişkin getirdiği şekil istisnasının, burada da uygulanması gereklidir(MarkKHK 16/III md.). Sonuç olarak markanın devri için ayrı bir yazılı sözleşme yapılmasına gerek olmayacaktır⁷³⁸.

Bizim de katıldığımız diğer görüş ise, bölünmede öncelikle malvarlığının bölündüğü ve bölünen kısımların bir bütün olarak devredildikleri şeklindedir⁷³⁹. Devredilen kısımlar külli halefiyet ilkesi çerçevesinde devredileceği için malvarlığının içerisinde yer alan unsurlara ait devir şekilleri uygulanmayacaktır⁷⁴⁰. Şu halde marka, MarkKHK 16/III veya 60. maddelerinde belirtilen şekil şartlarına uyulmaksızın devredilmiş sayılacaktır.

Diğer bir durum ise şirkete ait markalar bölünme sonucunda diğer şirketlere devredilirken, devredilen markanın iltibas oluşturacak nitelikte benzerleri olan markaların da aynı şirkete devredilmesi gereğidir(MarkKHK 16/V. md.).

B. Tescil

Bölünme ticaret siciline tescil ile geçerlilik kazanır(Bölünme Tebliği 13. md.) Ayrıca Bölünme Tebliği gereğince kararın ticaret siciline tescilinden itibaren 3 ay içinde, devir konusu yapılan malvarlığı unsurlarının ilgili sicillerde devralan adına tescilleri gerekmektedir(Bölünme Tebliği 12. md.). Kanaatimizce bu kural hak düşürücü süre mahiyetinde değildir. Bu nedenle bölünme kararının tescilinin ardından, devredilmiş olan markanın, yeni kurulan şirket adına tescili gerekse de bu tescil markanın devri için geçerlilik şartı değildir.

⁷³⁶ YASAMAN, Bölünme, s711; Aksi görüş, HELVACI, s.108.

⁷³⁷ YASAMAN, Bölünme, s711.

⁷³⁸ ÜNAL, s. 55; BİLGİLİ, Markanın Devri, s. 425.

⁷³⁹ HELVACI, s.108

⁷⁴⁰ HELVACI, s.109.

Markanın devrinin tescilinde Ensitü'ye, bölünme kararının yayımlandığı Ticaret Sicil Gazetesi ya da bunun noter tasdikli örneği, ücretin ödendiğini gösterir belge, talep vekil aracılığıyla yapılmışsa vekâletnamenin verilmesi gereklidir.

3. Hüküm

Bölünmenin usulüne uygun olarak yapılarak tamamlanması ile markanın mülkiyeti yeni geçecektir. Tekrardan kaçınmak amacıyla, konuyla ilgili daha önce yaptığımız açıklamalara atıfta bulunuyoruz⁷⁴¹.

4. TTK Tasarısı Hükümleri Gereğince Ticaret Şirketlerinin Bölünmesi Suretiyle Markanın Devri

TTK'da düzenlenmeyen “bölünme” konusuyla ilgili Tasarı'da ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Tasarı'nın konuyla ilgili gerekçesinde bölünme, “sermaye şirketlerinin ve kooperatiflerin malvarlıklarını tamamen veya kısmen kendilerinden ayırarak tasfiyesiz olarak ve kısmi külli halefiyet yoluyla başka sermaye şirketlerine veya kooperatiflere devretmeleri ve bunun karşılığında bölünen şirketin ortaklarının devralan şirketlerde ortak konumunu ipso iure elde etmeleridir.”⁷⁴²

Böylelikle Tasarıya göre sadece sermaye şirketleri ve kooperatiflerin bölünebileceği düzenlenmiştir⁷⁴³. Bölünen şirketin malvarlığını bölerek yeni şirketler kurması veya malvarlığının bir kısmını bölerek başka bir şirkete devretmesi durumunda, malvarlığının devredilen kısmı, devralan veya yeni kurulan şirketlere külli intikal yoluyla, bütün olarak geçmektedir(TTK Tasarı 159 vd maddeleri). Ayrıca Tasarı'nın 179. maddesinin son fıkrasında bölünmenin ticaret siciline tescil ile geçerlilik kazanacağı, tescil anında envanterlerde yer alan “bütün aktif ve pasiflerin” devralan şirkete geçeceği düzenlenmiştir.

⁷⁴¹ Bkz. s. 146, 227.

⁷⁴² **TTK TASARI GEREKÇESİ**, s.123.

⁷⁴³ Diğer şirket tiplerinde bölünmenin düzenlenmemesinin sebebi, alacaklıların korunabilmesi için bu şirket tiplerinde tasfiyenin gerektiği şeklinde açıklanmıştır. **TTK TASARI GEREKÇESİ**, 125; Eleştirisi için bkz. **ÇOŞTAN, Hülya**, Anonim Ortaklıklarda Bölünme, Ankara, 2004, s. 39 vd.; **AKDAĞ, Güney**, “*Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda Şirketlerin Yeniden Yapılandırılmasına İlişkin Düzenlemeler*”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.II, S.1, Y.2005, s.502.

Sonuç olarak bölünen şirketin devrettiği malvarlığı kısmında markanın bulunması durumunda, bölünme kararının ticaret siciline tescili ile marka da devredilmiş sayılacaktır. Markanın devrine ilişkin ayrı bir yazılı sözleşme yapılmasına gerek yoktur.

§ 7. MARKANIN ŞİRKETE SERMAYE OLARAK GETİRİLMESİ

I. KAVRAM

BK 520. maddesi şirket kavramını tanımlanırken, iki veya daha fazla kişinin, sayilerini(emeklerini)⁷⁴⁴ veya⁷⁴⁵ mallarını müşterek bir amaca ulaşmak için bir araya getirmelerinin şart olduğunu belirtmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ise TTK'da düzenlenmiş şirket tiplerine girmeyen şirketlerin, BK'da düzenlenen şirket(adi şirket) sayılacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla markanın sermaye olarak getirilmesine ilişkin hükümleri, TTK'da düzenlenen şirketler ve BK'da yer alan adi şirket için ayrı ayrı incelemek icap etmektedir.

Ticaret Kanunu'nun 139. maddesi TTK'da düzenlenen şirketlere sermaye⁷⁴⁶ olarak getirilebilecekleri ayrıntılı olarak belirtilmiştir. Madde gereğince “iktisadi değeri olan her şey” sermaye olarak getirilebilir⁷⁴⁷⁷⁴⁸. TTK'da yer alan düzenlemeye benzer

⁷⁴⁴ Say: emek, **YILMAZ, Ejder**, Hukuk Sözlüğü, Ankara, 1992, s.786.

⁷⁴⁵ Öğreti tarafından da kabul edildiği üzere, BK 520. maddesinde “...sayilerini ve mallarını...” ibaresindeki “ve” bağlacı “veya” şeklinde anlaşılmalıdır. BK 521. maddesi bu görüşü destekler şekilde sermaye olarak getirilebilecekleri sayarken “veya” bağlacını tercih etmiştir. **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, s. 54; **DOMANİÇ, Hayri**, Türk Ticaret Hukuku Şerhi, C.I, Umumi Hükümler, Ticari İşletme, Kolektif Şirketler, Adi Şirketler, Komandit Şirketler, İstanbul, 1988, s. 373 (Şahıs Şirketleri); **İMREGÜN**, Ticaret Hukuku, s.156; **BARLAS, Nami**, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul, 2008, s.13; **TEKİL**, s.63; **YONGALIK, Aynur**, Adi Şirkette Sermaye Payı, Ankara, 1991, s.5.

⁷⁴⁶ Sermaye: ortağın malvarlığından çıkıp, şirketin malvarlığına giren, maddi olarak değerlendirilebilen ve devredilebilen mal ve haklardır. Geniş anlamda sermaye ise, şirkete kazanç sağlayabilen, iktisadi değerlemesi yapılabilen her türlü edimdir. Bu tanımın içine ticari itibar da girmektedir. **DOĞANAY**, Şerh, C.I, s. 636;

⁷⁴⁷ **BAHTİYAR**, Ortaklıklar, s. 12, 33; **BAHTİYAR**, Mehmet, Anonim Ortaklık Ana Sözleşmesi, İstanbul, 2001, s.135(Ana Sözleşme); **İMREGÜN**,Ticaret Hukuku, s.185.

⁷⁴⁸ Anonim şirketlerde, limited şirketlerde, komandit şirketlerde komanditer ortak tarafından emek sermaye olarak getirilemez. **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, s.102, 103; **İMREGÜN**, Ticaret Hukuku, s.260; Bazı şirket tiplerinde ise kanun koyucu sadece nakdi sermayenin getirileceğini düzenlemiştir. Örneğin halka açık anonim şirketlerde halkan toplanan sermayenin nakdi olması gereklidir(SerPK. 7 md). Bankalar(BanK.7/b md.) ve menkul kıymet yatırım ortaklıkları da(SerPK. 36 md.) ancak nakdi sermaye ile kurulabilir. **GÖLE, Celal**, Anonim Ortaklıklarda Nakdi Sermaye Koyma Borcu ve Bu Borcu İfada Temerrüt, Batider, Ankara, 1976, s. 31 vd.

şekilde BK 520 ve 521. maddelerinde de, şirkete nakit, alacak veya diğer mal veya emeğin sermaye olarak getirilebileceği düzenlenmiştir.⁷⁴⁹.

Şirkete getirilecek sermaye nakdi sermaye, aynı sermaye ve emek olarak sınıflandırılmaktadır⁷⁵⁰. Aynı sermaye taşınır, taşınmaz ve diğer haklardır⁷⁵¹. Bu anlamda fikri mülkiyet hakları da aynı sermaye içerisine dahil edilmektedir⁷⁵². Ayrıca bir malvarlığı değeri olan markanın, şirkete sermaye olarak getirilebileceği kanunda açıkça düzenlenmiştir(TTK 139/I-2.)⁷⁵³. Aynı sermaye niteliğindeki marka, iktisadi değerinin belirlenebilir olmasından dolayı, her tür şirket tipine sermaye olarak getirilebilir.

II. KAPSAM

Markanın sermaye olarak getirildiğinin kabul edilmesi için, esas sözleşmede açıkça markanın sermaye olarak getirildiğinin belirtilmesi gereklidir. Aksi halde markanın, şirkete sermaye olarak getirildiği iddia edilemez⁷⁵⁴.

Esas sözleşmede sadece markanın getirileceğinin taahhüt edilmesi durumunda, bu taahhüdün devre ilişkin olduğu kabul edilir(TTK 143/II. md.)⁷⁵⁵. Markanın devri değil de, sadece markanın kullanılma hakkının devri taahhüt edilmek isteniyorsa, esas sözleşmede açıkça belirtilmesi gerekmektedir.

⁷⁴⁹ **BAHTİYAR**, Ortaklıklar, s.13; **BAHTİYAR**, Ana Sözleşme, s.135; **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, s. 55.

⁷⁵⁰ **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, s.103; **GÖLE**, s. 27; **ARICI** tarafından aynı sermaye yerine “nakit dışı sermaye” ifadesinin tercih edildiği görülmektedir. **ARICI, Fatih**, “Anonim Ortaklıkta Nakit Dışı Sermaye Taahhüdünün İmkansızlığının Hükümleri”, Prof. Dr. Özer Selici’ye Armağan, Ankara, 2006, s. 103 (Sermaye).

⁷⁵¹ **BAHTİYAR**, Ana Sözleşme, s.154.

⁷⁵² **BAHTİYAR**, Ortaklıklar, s. 34.

⁷⁵³ Kanundaki ifade “... alameti farika ruhsatname” şeklindedir. Bu ifadenin eleştirisi için bkz. **ÜNAL**, s. 57. Söz konusu hüküm TTK Tasarısında değiştirilmiştir. Tasarı’nın 127. maddesi gereğince fikri mülkiyet haklarının sermaye olarak getirilebileceği düzenlenmiştir.

⁷⁵⁴ “Davacıya ait ticaret sicil dosyası içeriğinden şirketin tamamen nakdi sermaye ile kurulduğu, Zeki Kasapoğlu’nun bu logosunun gayri nakdi sermaye olarak şirket malvarlığına dahil edilmediği sabittir. ...Adı geçen, 1996 sonunda payını bir başkasına devrederek davacı şirket ortaklığından ayrılmış olup, 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 16 ncı maddesi anlamında işletme devri ve buna bağlı olarak marka hakkının devri söz konusu değildir...” Yarg. 11. HD. T. 09.10.2001, E.2001/5673, K. 2001/7613, **NOYAN**, s. 552; TTK 278. maddesi gereğince de Anonim Şirketlere getirilecek aynı sermayenin açıkça belirtilmesi gerekmektedir. **ARICI**, Sermaye, s. 103.

⁷⁵⁵ **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, s.103; Ticaret şirketlerine ilişkin olarak konulmuş bu hükmün adı şirketler için de uygulanması gerektiği yönünde, **YONGALIK**,s.49; **ŞENER**, s.201; **BARLAS**, s.47.

Ayrıca yine esas sözleşmede şirkete sermaye olarak getirilecek markanın, tescilli olduğu mal ve hizmetlerin hepsi için mi, yoksa sadece bir kısım mal ve hizmetler için mi devredileceğinin belirtilmesi gereklidir. Ticari işletmenin tüm aktif ve pasifleriyle birlikte şirkete sermaye olarak getirilmesi durumunda, BK 179, BK 180. maddeler ve MarkKHK 16/II, III. fıkralar gereğince - sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa- ticari işletmeye ait markanın da sermaye olarak getirildiğinin kabulü gerekmektedir⁷⁵⁶.

III. KOŞULLAR

1. Sözleşme

Sermaye koyma borcu, borçlandırıcı ve tasarruf işlemi olmak üzere iki safhadan oluşmaktadır⁷⁵⁷. Bu safhalar ticaret şirketleri ve adi şirketler için farklı şekilde işlemektedir. Öncelikle markanın ticaret şirketlerine sermaye olarak getirilmesi, ardından konunun adi şirketteki özelliğinden bahsetmek daha doğrudur.

Ticaret şirketlerine getirilecek sermayenin, şirket esas sözleşmesinde belirtilmesi gerektiğini belirtmiştik. Usulüne uygun olarak hazırlanmış esas sözleşmenin, ortaklar tarafından imzalanması ve imzaların noter tarafından onaylanması ile sermayenin getirileceği yönündeki taahhüt gerçekleşmiştir(TTK 140/I. md.). Esas sözleşmenin imzalarının noter tarafından onaylanmasının bazı sonuçları bulunmaktadır. Belirtildiği gibi öncelikle ortağın sermaye koymaya ilişkin taahhüdü gerçekleşmiştir. Bunun neticesinde ortak taahhüt ettiği sermayeyi şirkete getirmek yükümlülüğü altına girmiştir⁷⁵⁸. Ayrıca sermaye olarak getirilmek istenen iktisadi değer devrine ilişkin borçlandırıcı işlem şekle tabii olsa da, imzalanmış ve onaylanmış esas sözleşme resmi şekil yerine geçecektir(TTK 140 md.). Tabii bundan sonra gerekli tasarruf işlemlerinin yapılması icap edecektir.

Kanun koyucu konuyu anonim şirketler açısından özel olarak düzenlemiştir. Bu düzenlemenin yer aldığı TTK 285/II. maddesi, TTK 140/II. maddesini destekler

⁷⁵⁶ Bkz. s. 222, dp. 733'de belirtilen Yargıtay kararına.

⁷⁵⁷ **KARAYALÇIN**, Şirketler, s. 203; **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, s. 104; **BAHTİYAR**, Ortaklılar, s.34.

⁷⁵⁸ Yarg. 11. HD. T.12.06.2000, E.4507, K.5443, **ERİŞ**, Şerh, C.I, s.1238.

niteliktedir⁷⁵⁹. Limited Şirketlere ilişkin TTK 509/II. fıkrasının ve Sermayesi Paylara Bölünmüş Komandit Şirketlere ilişkin 476/II. fıkrasının, TTK 285. maddeye yaptığı atıf ile hüküm bu tip şirketlere de uygulanacaktır. Bu nedenle ticaret şirketlerine ilişkin olan açıklamalarımızı, şahıs şirketleri ve sermaye şirketleri için ayrı ayrı yapmayı uygun görüyoruz.

Usulüne uygun şekilde düzenlenmiş esas sözleşmenin noterde onaylanması ile ortak tarafından sermaye taahhüdü geçerli şekilde yerine getirilmiştir. Bundan sonra sermayenin şirkete geçişini sağlayan tasarruf işlemlerini, TTK’da aynı sermayenin türlerine göre farklı şekilde düzenlenmiştir⁷⁶⁰. Şahıs şirketlerinde, taşınmazların sermaye olarak getirilmesine ilişkin esas sözleşmenin noter tarafından onaylanması ve esas sözleşmenin Ticaret Siciline Tescil edilerek, şirketin tüzel kişilik kazanmasının ardından, şirket taşınmazın mülkiyetinin kendi adına tescilini talep hakkı kazanmaktadır. Bu talep sırasında şirket ticaret siciline tescil edilmiş esas sözleşmeyi ibraz edecektir. Bu sözleşme taşınmazın devredilmesi için tapu memuru önünde gerçekleştirilmesi şart olan sözleşmenin yerine geçmektedir (TTK 140/II md.).. Bundan sonra tapu memuru taşınmazı, şirket adına tescil edecektir. Şirket tarafından taşınmazın kendi adına tescili talep edilmediği sürece, taşınmazın mülkiyeti şirkete geçmeyecektir⁷⁶¹.

Taşınmaz dışındaki aynı nitelikteki hakların devrine ilişkin olarak ise, bunların devri özel şekil şartlarına tabi tutulmuşsa ve devrin gerçekleşebilmesi için özel sicillere

⁷⁵⁹**BAHTİYAR**, Ana Sözleşme, s.140; **MOROĞLU**, Sermaye, s. 8 vd.; **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, s.560.

⁷⁶⁰ Örneğin, taşınmazların devri için resmi şekil ve tapuya tescil işleminin yapılması gerekmektedir.(Tapu Kanunu 26, Noterler Kanunu 60/No.3 md, MK 705, 706 md). Ayrıca noterde yapılacak devir sözleşmesi, taşınmaz satış vaadi niteliğindedir ve tescili zorlama etkisine sahiptir(MK 716/1. md.). Bunun yanında TTK 140/II. maddesinin açık düzenlemesi ile, taşınmazın sermaye olarak getirileceğine ilişkin esas sözleşme, resmi şekilde yapılmış satış vaadi sözleşmesi yerine geçecektir. Yine TTK 285/II. maddesi gereğince şirketin tüzel kişilik kazanması ile söz konusu hak tapu siciline tescil edilebilecektir. Bu sözleşmeye dayanarak, anonim şirket taşınmazın tapuda kendi adına tescilini, tek taraflı olarak talep etme hakkına sahiptir. **BAHTİYAR**, Ortaklıklar, s.35,36; **MOROĞLU, Erdoğan**, “Anonim Ortaklığa Sermaye Olarak Taşınmaz Mal veya Üzerindeki Bir Aynı Hakkın Konulması Taahhüdünün Hukuki Sonuçları ve Yargıtay Kararları”, **Batider**, C.XXI, S.1, Haziran, 2001, s. 6, 7(Sermaye); Yarg. HGK. T.10.04.1991, E.1991/15-80, K.1991/196; Yarg. 11. HD. T. 12.06.2000, E.2000/4507, K.2000/5443, **MOROĞLU**, Sermaye, s.13, 14; “...Şirket ortaklarından herhangi birinin, kendi gayrimenkulünü, şirkete sermaye hissesi olarak vazettiğine dair ana sözleşmedeki hüküm, geçerlidir. Bu hususta ayrıca resmi şekil şartı aranmaz, şirket sözleşmesindeki hüküm kafidir.” Yarg. İç. İf. D. T. 7.11.1967, E.9022, K. 9735, **DOĞANAY**, Şerh, C.I, s.636.

⁷⁶¹ **ERİŞ**, Şerh, C.I, s.1231; **DOĞANAY**, Şerh, C.I, s.639, 642.

tescil gerekiyorsa şirket, söz konusu hakların kendi üzerine tescilini, yetkili merciden isteme hakkına sahiptir(TTK 140/III. Md.). Burada da aynı şekilde esas sözleşmenin tescili ile şirketin ilgili sicillerde aynı nitelikteki sermayenin, kendi adına tescilini talep hakkı doğmaktadır. Hemen burada markanın sermaye olarak getirilmesine ilişkin açıklamayı yapalım. Aynı sermaye niteliğinde olan markanın devri özel şekle tabidir. Kural olarak ise ilgili sicil olan marka siciline tescili zorunlu değildir. Sadece ortak ve garanti markaların devri için marka siciline tescil şekil şartıdır. Bu nedenle esas sözleşmenin ticaret siciline tescili ile şirket tüzel kişilik kazanmakta ve markanın mülkiyetini kazanmaktadır. Eğer marka ortak veya garanti markası ise şirket, esas sözleşmenin ticaret siciline tescili ile bu markaların mülkiyetini değil, mülkiyetinin devrini talep hakkı kazanır ve marka sicilinde markaların kendi adına tescilini talep edebilir.

Sermaye şirketlerinde ise paradan başka bir iktisadi değer, şirkete sermaye olarak getirilmesinde şirketin tüzel kişilik kazanması ile, şirket, sermaye olarak getirilen değerler üzerinde malik sıfatıyla doğrudan doğruya tasarruflarda bulunabilecektir⁷⁶². İMREGÜN, fıkrayı, şirketin sermaye üzerinde mülkiyet hakkını kazandığı şeklinde yorumlamakta, bu şekilde tescilsiz bir iktisap halinin söz konusu olduğunu belirtmektedir⁷⁶³. Ancak Yargıtay ve öğretideki baskın görüş, şirketin esas sözleşmenin tescili ile sermaye üzerinde mülkiyet hakkını elde etmediği, mülkiyetin kendine devrini isteme hakkına sahip olduğudur⁷⁶⁴. Örneğin taşınırın sermaye olarak getirilmesine ilişkin esas sözleşmenin tescili ile, şirkete söz konusu taşınır teslim edilmediyse, şirketin taşınırı bulunduğu yerden teslim alma hakkı vardır. Ancak teslimden sonra taşınır üzerinde mülkiyet hakkı elde edilecektir.

Yukarıda verilen bu bilgiler ışığında, markanın sermaye olarak getirilmesine ilişkin olarak şahıs ve sermaye şirketleri açısından farklı düzenlemenin bulunmadığı anlaşılmaktadır. Markanın sermaye olarak getirilmesine ilişkin taahhüdünü içeren esas sözleşmenin imzalanması ile markanın sermaye olarak getirilmesi kabul edilmiştir(TTK

⁷⁶² **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, s.561.

⁷⁶³ **İMREGÜN**, Ticaret Hukuku, s.381.

⁷⁶⁴ Yargıtay TTK 285. maddesinin, sadece devri isteme hakkı verdiğini, şirketin tüzel kişilik kazanması ile tapuda tescil yaptırmadıkça taşınmazın mülkiyetinin şirkete geçmeyeceğini belirtmiştir. Yarg. HGK. Kararı, T.10.04.1991, E.1991/15-80, K.196, **ERİŞ**, Şerh, C.I, s.1230; Aynı yönde Yarg. 11 HD. T.18.04.1984, E.2886, K, 2366, s. 1236, 1237, 1238; **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, s.562.

140/III md.). Şirketin tüzel kişilik kazanması ile de şirket markanın mülkiyetini kazanmıştır. Markanın devri için gerekli olan yazılı sözleşmenin yerini, şirket esas sözleşmesi almaktadır(MarkKHK 16/III. md.). Kural olarak markanın devri için tescil kurucu etkiye sahip olmadığından, devrin daha sonra şirket adına marka siciline tescili zorunlu değildir. Dolayısıyla markanın esas sözleşmede taahhüt edilmesi, imzaların noterce onaylanması ve arkasından şirketin tüzel kişilik kazanması ile marka geçerli şekilde devredilmiş sayılacaktır. Ancak ortak ve garanti markalarının sermaye olarak getirilmesinde, esas sözleşmede belirtilmesi ve ticaret siciline tescil işlemi, taşınmazlardaki duruma benzer olarak, sadece borçlandırıcı işlemdir. Bu nedenle şirketin tüzel kişilik kazanmasının ardından, tasarruf işlemi olan, mülkiyet değişikliğinin marka siciline tescili şarttır (MarkKHK 60. md.). Aksi halde şirket, ortak ve garanti markasının mülkiyetini kazanamayacaktır.

Önemle belirtelim ki MarkKHK'nın mevcut düzenlemeleri içerisinde, markanın şirkete sermaye olarak getirilmesi, markanın devrine ilişkin şekil şartının bir istisnası olarak sayılmamıştır(MarkKHK 16/III. md.)⁷⁶⁵. Markanın şirkete sermaye olarak getirilmesinin, markanın devrine ilişkin şekil şartının istisnasını oluşturması TTK 140/III. maddesinin açık düzenlemesinden kaynaklanmaktadır. Aslında şirket kuruluşlarında hazırlanan esas sözleşmenin de yazılı olmak zorunda olmasıyla(TTK 154, 279, 505 md), markanın devri için gerekli şekil şartı(MarkKHK 16/III md.) da yerine getirilmiş olmaktadır⁷⁶⁶.

Sermaye olarak getirilecek markanın değerinin⁷⁶⁷ tespit edilmesi ve esas sözleşmede bu değer belirtilmesi gerekmektedir. Ancak esas sözleşmede markanın

⁷⁶⁵ Ancak ileride belirtileceği üzere Markalar Kanun Tasarısı ile markanın sermaye olarak getirilmesinin markanın devrine ilişkin şekil şartının istisnaları arasında sayıldığını belirtelim(MarkK Tasarısı 39/III md.). Bkz. s. 251 vd.

⁷⁶⁶ **BİLGİLİ**, Markanın Devri, 425; **YASAMAN**, Marka Hukuku, C.II, s. 686, 687.

⁷⁶⁷ Günümüzde şirket bilançosunun çok üstünde gerçekleşen birleşme ve devralmalarda, fiyatı belirleyen genelde şirketin sahip olduğu marka değerleridir. Marka değerlemesinde yaşanan sıkıntının asıl nedeni, markaya ilişkin olarak neyin değerlendirileceğinin bilinmemesidir. **ILDIR, Ali**, “Marka Değerlemesi ve Marka Eğrinin Bilançolarda Gösterilmesi”, Analiz, Muhasebe Finansman Araştırma ve Uygulama Dergisi, Cilt.5 Yıl: 14 Sayı: 14, Ekim 2005, s. 15; Bu nedenle aynı marka için farklı değerler ortaya çıkmaktadır. Örneğin Coco Cola markası için 1992 yılında, Farquhar et al 3 milyar dolar, Oorusoff et al 24 milyar dolar, Financial World ise 33 milyar dolar değer biçmiştir. **YÜKSEL, Ülkü/ YÜKSEL-MERMOD, Aşlı**. Marka Yönetimi ve Marka Değerinin Ölçülmesi, İstanbul, 2005, s. 204.

Gerçeğe yakın bir marka değerlemesi ile karşılığında ortağa verilecek payın doğru tespit edilmesi, şirket malvarlığının ve alacaklıların haklarının doğru şekilde korunması mümkün olacaktır. Ayrıca marka değerlemesinde markaya ve şirkete ait gelecek planlarının da unutulmaması gerekmektedir. **SMİTH,**

değerinin tespit edilmemiş olması durumunda, markanın değerinin bilirkişi tarafından belirlenmesi gerekecektir(TTK 143/I md.). Bilirkişi incelemesi mahkeme tarafından gerçekleştirilecektir. Kanaatimiz şirketin marka değerlemesinin, ihtisas mahkemesi olan Fikri ve Sinaî Haklar Hukuk Mahkemesi'nden talep edilmesinin bir zorunluluk olmadığı, talebin Asliye Ticaret Mahkemesi'nden de yapılabileceği yönündedir.

Anonim şirketlere ilişkin özel düzenleme ile, esas sözleşmede aynı sermaye karşılığı olarak, ortaklara verilecek pay miktarının belirlenmesi zorunlu(TTK 279/b.4, 289/b.2, 300/II-b. 6 md.) olduğu için markanın değerinin önceden bilirkişi tarafından tespit edilerek, esas sözleşmede belirtilmesi zorunludur⁷⁶⁸. Söz konusu değer tespitini yapması için, kuruluş genel kurulu tarafından bilirkişi tayin edilir(TTK 289/I-2 md.). Gerekli nisabın sağlanamadığı durumunda, kurucuların talebi üzerine mahkeme bilirkişi atayacaktır(TTK 293 md.).

Ticaret şirketlerinin dışında, **adi şirkete** markanın sermaye olarak getirilmesi özellik arz etmektedir. Bilindiği üzere adi şirketin tüzel kişiliği yoktur⁷⁶⁹. Bu nedenle şirket malvarlığı üzerinde ortakların hepsi elbirliği ile mülkiyet hakkına sahiptir⁷⁷⁰. Şirkete BK 521. madde gereğince, iktisadi değeri olan her şey sermaye olarak getirilebilir ki, marka da bunlardan birisidir⁷⁷¹. Ancak TTK 140/II. maddesinde yer alan istisna burada uygulanmaz⁷⁷². Dolayısıyla sermaye olarak getirilecek değer devri için gerekli usule uyulması gerekecektir⁷⁷³. Örneğin bir taşınmaz şirkete sermaye olarak getirilecekse, esas sözleşmenin resmi şekilde yapılması ve tapuya tescil işleminin gerçekleştirilmesi gerekmektedir(BK 213, MK 706/I, Tapu K. 26 md.). Bu açıklamalara dayanarak, markanın adi şirkete sermaye olarak getirilebilmesi için, ortakların tümü ile marka sahibi arasında yazılı devir sözleşmesinin imzalanması gerektiği (MarkKHK 16/III. md.) kanaatindeyiz. Ancak burada markanın sahibi marka üzerindeki mülkiyet

Gordon V./PARR, Russell L., Intellectual Property: Valuation, Exploitation and Infringement Damages, 2009 Cumulative Supplement, Kanada, 2009, s. 6, 53.

⁷⁶⁸ **BAHTİYAR**, Ana Sözleşme, s.124, 155; **DOĞANAY**, C.I, s.871; Söz konusu değerde hile yapılması durumunda kurucular ve bu fiile iştirak edenler sorumludurlar. (TTK 306, 307 md.)

⁷⁶⁹ **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, s. 45, 51; **BARLAS**, s.68.

⁷⁷⁰ **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, s. 54, 59.

⁷⁷¹ **TEKİL**, s.63.

⁷⁷² "...Adi ortaklık hakkında TTK 140. maddesi uygulanmaz. Resmi şekle uyulması gereklidir." Yarg. 14. HD. T.03.02.1983, E.5744, K.814, **ERİŞ**, Şerh, C.I, s.1235; **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, s. 54, 102.

⁷⁷³ **BARLAS**, s.65; **ŞENER**, s.25; **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, s. 53 vd.

hakkını tümüyle devretmemekte, kendisi de marka üzerinde hak sahibi olmaya devam etmektedir.

2. Tescil

Taşınmaz dışındaki aynı nitelikteki hakların devri için ilgili sicillerde şirket adına yapılacak tescil kurucu nitelikte ise, şirketin tüzel kişilik kazanması ile söz konusu hakların kendi adına tescilini, yetkili merciden isteme hakkına sahiptir(TTK 140/III. Md.). Şu halde taşınmaz dışındaki aynı hakkın geçerli şekilde devri için, sözleşme dışında ilgili sicile tescil gerekiyorsa, bu tescilin yapılması ile mülkiyet kazanılacaktır.

Markanın sermaye olarak getirilmesinde ise markanın devri için marka siciline tescil değil, sadece taraflar arasında düzenlenmiş yazılı sözleşme gerektiğinden(MarkKHK 16/II md.), marka siciline yapılacak tescil açıklayıcı niteliktedir. Esas sözleşmenin ticaret siciline tescili ve şirketin tüzel kişilik kazanması ile, sermaye olarak getirilen markanın mülkiyeti şirkete geçecektir. Ancak garanti ve ortak markaların devrinde tescil kurucu etkiye sahip olduğundan(MarkKHK 60. md.), taşınmazlardaki duruma benzer şekilde, şirketin tüzel kişilik kazanması ile şirket, markanın kendi adlarına tescilini talep hakkı kazanacaktır. Tescil işleminin gerçekleşmesi ile ise markanın mülkiyeti şirkete geçecektir.

Markanın şirket adına tescilini talep hakkı sadece şirket tüzel kişiliğine aittir. Hiçbir ortağın tescil talebinde bulunmaya hakkı yoktur. Ancak markayı sermaye olarak getiren ve marka sicilinde kayıtlı olan kişinin de, markanın mülkiyetinde meydana gelen değişikliğin marka siciline tescilini talep hakkının bulunduğu kabulü gerekir. Zira Kararname ile devrin tescilini talep hakkı işlemin her iki tarafına da verilmiştir(MarkKHK 16/VII md.).

Kolektif şirketlerde temsil yetkisi TTK 175. maddesinin atfı ile TTK 160. maddesi gereğince çözümlenecektir. Buna göre her ortak ayrı ayrı şirketi temsile yetkilidir. Ancak esas sözleşme ile veya ortakların çoğunlukla alacakları karar ile temsil yetkisi ortaklardan birine veya birkaçına bırakabilirler. Böyle bir yetki paylaşımı söz konusu değilse her ortağın, şirket adına, markanın şirkete devrinin tescilini talep etme hakkına sahip(TTK 175, 176 md.) olduğu kanaatindeyiz.

Komandit şirketlerde ise sadece komandite⁷⁷⁴ ortaklar şirketi temsile yetkilidir. Komanditer⁷⁷⁵ ortağın temsil hakkı⁷⁷⁶ olmamakla birlikte, kendisinin ticari vekil, ticari mümessil veya ticari memur olarak atanması mümkündür(TTK 257/II md.). Ancak bu şartlarla komanditer ortak, markanın şirket adına tescilini talep edebilir.

Limited şirkette, temsil yetkisi kural olarak kurucu ortakların tümüne aittir(TTK 540 md.)⁷⁷⁷. Kuruluşun sonra şirkete giren kişilere de bu yetki ortaklar kurulu kararı ile verilebilir(TTK 540/III. md.). Ayrıca temsil yetkisinin ortaklardan birisine veya ortak sıfatına sahip olmayan üçüncü kişiye bırakılması da mümkündür⁷⁷⁸. Bütün bu hallerde temsil yetkisine sahip olan kişi, markanın şirket adına tescilini talep edecektir.

Anonim şirketi temsile “yönetim kurulu(YK)” yetkili olduğu için, tescil talebi de YK tarafından yapılacaktır(TTK 317, 321 md.). Ancak YK söz konusu yetkisini, YK üyesi Murahhaslara veya pay sahibi olma mecburiyeti olmayan müdürlere bırakabilir(TTK 319. md.), bu durumda tescili talep hakkı bu kişilere aittir.

Adi şirketlerde temsil yetkisi, şirketin tüzel kişiliği olmadığı için organsal olarak kullanılamaz⁷⁷⁹. Kural olarak şirket ortaklarının hepsi ayrı ayrı bu hakka sahiptir(BK525. md.), ancak temsil yetkisi ortaklardan birine de verilebilir(BK 529. md.). Markanın özelliği düşünüldüğünde, devir sözleşmesinin her iki tarafının da devrin sicile tescilini talep hakkı bulunmaktadır. Elbirliği ile mülkiyetin ancak kanunla ve kanunda düzenlenen sözleşmeler gereğince doğduğunu, adi şirket sözleşmesi ile adi şirketin malvarlığı üzerinde, tüm ortakların elbirliği ile mülkiyet sahibi olduğunu belirtmiştik. Bu nedenle sicilde tescilli markanın sahibi olarak birden çok kişi gözükecektir. Ancak herhangi bir pay oranı kaydedilmeyecektir⁷⁸⁰. Marka adlarına

⁷⁷⁴ Şirket borçlarından dolayı bütün malvarlığı ile sorumlu olan ortak, gerçek kişi olması şarttır(TTK 243/II ve III. md.)

⁷⁷⁵ Sorumluluğu şirkete koymayı taahhüt ettiği sermaye ile sınırlıdır(TTK 243/II, 258, 261 md.) İstisna, TTK 259, 260., 262 md.)

⁷⁷⁶ Bu yetkilerin kullanılmasında, sınırlandırılmasında kolektif şirketin konuya ilişkin hükümleri geçerlidir. (TTK 257. md.)

⁷⁷⁷ TTK Tasarısında limited şirketin yönetim ve temsiline ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **YILDIZ, Şükrü**, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku, İstanbul, 2007, s. 244 vd.; **ULAŞ, Işıl**, Uygulamacı Gözü ile Ticaret Kanunu Tasarısına Bakış, **Batider**, C.XXIII, S.2, Aralık, 2005, s.200.

⁷⁷⁸ **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, s. 884; **ERİŞ**, Şerh, C.II, s. 2751.

⁷⁷⁹ **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, s. 75.

⁷⁸⁰ **KARAHASAN**, Yeni TMK, s.241; **AKİPEK/AKINTÜRK**, s.408

kayıtlı olan kişilerin, marka üzerindeki haklarının adi şirkete ait olduğunun belirtilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Konu ile ilgili açıklamalarımıza geçmeden önce adi şirketin taraf ehliyeti ve ticaret siciline tescili konusunda öğretinin görüşlerini belirtmekte fayda görüyoruz. Şöyle ki, adi şirketin tüzel kişiliğinin bulunmadığının kabul edilmesine ve mevzuatımızda adi şirketin ticaret unvanı kullanabileceğine dair bir hükmün yer almamasına rağmen; adi şirketin ticaret siciline tescil edilip edilemeyeceği hususu tartışılmaktadır. Alman Federal Mahkemesi 29.01.2001 tarihinde, Türk Hukuk öğretisini de etkileyen bir karar vermiştir⁷⁸¹. Karar ile tüzel kişiliği bulunmayan adi şirkete hak ehliyetinin tanınması gerektiğini belirtmiştir⁷⁸². Adi şirketin malvarlığı üzerinde, elbirliği ile mülkiyetin söz konusu olduğunu, bunun bir dış ortaklık oluşturduğu, hak ehliyetinin bulunduğu kabulü için mutlaka tüzel kişiliğin gerekmediği, bu nedenle üçüncü kişilerle girilen ilişkilerde ortaklığın taraf sıfatının bulunduğu kabul edilmiştir. Sonuç olarak adi şirket, şirket olarak hakların ve borçların sahibi olabilir. Şirkete sermaye olarak getirilen taşınmazın veya şirket tarafından satın alınan taşınmazın tapu sicilindeki sayfasına, malik olarak adi şirket kaydedilebilir⁷⁸³.

Türk Hukuk sisteminde de adi şirketin taraf ehliyeti ve ticaret unvanı kullanıp kullanamayacağı konusu tartışılmaktadır. BARLAS, adi şirkete hak ehliyeti vermenin Türk Hukuk sistemi açısından kabul edilemez olduğu kanaatinde⁷⁸⁴. Bu nedenle şirkete getirilmiş sermaye üzerinde şirketin değil, bütün ortakların elbirliği ile mülkiyet hakkına sahip olduklarının, belirtilmesi gerektiğini savunmuştur⁷⁸⁵.

⁷⁸¹ Kararın çevirisi için bkz. **NARBAY, Şafak/ DELİDUMAN, Seyithan**, “Alman Federal Mahkemesi’nin (Dış)- Adi Şirketin Hak ve Taraf Ehliyetine Sahip Olduğuna İlişkin 29.01.2001 Tarihli Kararı”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, C.I, İstanbul, 2002,s.577 vd.; kararın değerlendirilmesine ilişkin bkz. **BİLGİLİ, Fatih**, “Adi Ortaklıkların Fiil Ehliyeti ve Alman Federal Mahkemesi’nin Verdiği Yeni Karar Karşısında Ortaya Çıkan Durum”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, C.I, İstanbul, 2002, s. 197 vd.(Adi Şirket).

⁷⁸² **BARLAS**, s. 71, 71; **BİLGİLİ**, Adi Şirket, s. 207 vd.; **NARBAY/DELİDUMAN**, s.577 vd.

⁷⁸³ **ULMER**, Peter, Münchener Kommentar Zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Schuldrecht- Besonderer Teil, III, München, 2004, § 7124, Nr. 12 vd.(nakden **BARLAS**, s. 73, dp, 199i.).

⁷⁸⁴ **BARLAS**, s.74 vd.

⁷⁸⁵ Aynı yönde, **BARLAS**, s.76, 85; **ANSAY, Tuğrul**, “Adi Şirket Tüzel Kişi Midir?”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 1999, s.138; **ŞENER**, s.181; **KARAHASAN**, Yeni TMK, s. 240 vd.; **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, s. 59; **AKINPEK/AKINTÜRK**, s. 408; **OĞUZMAN/SELİCİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 278 vd.

Adi şirketlerin tüzel kişiliği olmadığı için, adi şirket tarafından bir ticari işletme işletilmesi durumunda, tacir sıfatı ortakların her birine ait olacaktır(TTK 14/I md.). TTK 20/I. maddesi gereğince de her tacir ticaret unvanı kullanmak zorunda olduğundan, şirket için kullanılan unvan tacir sıfatına sahip olan ortaklara ait olacaktır. Bunun yanında, öğretilerdeki genel görüş, adi şirketin ticaret unvanı kullanabileceği ve unvanda çekirdek olarak ortaklardan birinin adı ve soyadı ve ortaklığı gösteren ibarenin yer alması gerektiği şeklindedir⁷⁸⁶. Ayrıca 01.04.2009 tarihli Resmi Gazete’de, “*Ticaret Şirketlerinin Tüzel Kişiliği Bulunmayan Bir Ortaklık Yapısı ile İşlettikleri Ticari İşletmelerin Ticaret Sicillerine Tescili Hakkında Tebliğ*”⁷⁸⁷ yayınlanmıştır. Söz konusu Tebliğ’in amacı iki veya daha fazla ticaret şirketinin, bir araya gelerek tüzel kişiliği bulunmayan bir ortaklık kurarak ticari işletme işletmeleri durumunda, bu ticari işletmenin ticaret siciline tescil esaslarının belirlenmesidir. Dolayısıyla adi şirket şeklinde işletilecek bir ticari işletmenin, ticaret siciline tescil edilebilmesi için, ortaklarının ticaret şirketlerinden oluşması ve taraflar arasındaki sözleşmenin yazılı olması ve imzaların noter tarafından onaylanması gerekmektedir(Tebliğ 3 md.).

Ayrıca yine adi şirkete sermaye olarak bir taşınmazın getirilmesi durumunda, tapuda yapılacak devir işleminde, elbirliği ile mülkiyete sebep olan hukuki ilişkinin belirtilmesi zorunludur(Tapu Kanunu 25/V. md). Dolayısıyla ortakların adi şirket kurdukları tapuda bellidir⁷⁸⁸.

Adi şirketin yapısı hakkındaki bu bilgiler ve MarkKHK’nın genel düzeni içerisinde, kanaatimizce marka üzerinde mülkiyet hakkına sahip olanların, mülkiyet haklarının niteliklerinin belirtilmesi amacıyla, ortakların adi şirket şeklinde kurulduklarının belirtilmesi gerekmektedir. Açık düzenleme olmamasına rağmen, uygulamada da adi şirketlerin ticaret siciline tescil edildiği görülmektedir. Ancak malvarlığı üzerindeki tesciller ortaklar adına yapılmakta ve bu kişilerin adi şirket oluşturdukları da belirtilmektedir. Aynı esasların markanın, adi şirkete devri sırasında da uygulanması gereklidir. Ayrıca MarkKHK sistemi gereğince, devrin halkı yanlıcı

⁷⁸⁶ **KAYAR, İsmail**, “*Adi Şirketin Ticaret Unvanı ve Ticaret Siciline Tescili*”, Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 2002, C.I, s.459; **DOMANIÇ/ULUSOY**, s.267; **BAHTİYAR**, Ticari İşletme, s. 90; **KARAHAN**, Ticari İşletme, s. 147 vd.; **ARKAN**, Ticari İşletme, s. 242; **POROY/YASAMAN**, Ticari İşletme, s. 331.

⁷⁸⁷ RG: 01.04.2009 S. 27187

⁷⁸⁸ **BARLAS**, s.76; **ŞENER**, s.173; **ANSAY**, s.142; **OĞUZMAN/ATALAY/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 176.

nitelik taşınması gereği ortadadır(MarkKHK 16/IV md). Üçüncü kişilerin marka sicilinde görünen kişilerin paylı mülkiyet hakkına mı, yoksa elbirliği ile mülkiyet hakkına mı sahip oldukları konusunda tereddüte düşmemelidir.

Markanın sermaye olarak getirildiğinin marka siciline tescili için gerekli belgeler MarkKHKYön'de belirtilmemiştir. MarkKHK Yönetmeliğin 19. maddesindeki tescil belgeleriyle ilgili ayrıntılı düzenleme düşünüldüğünde, markanın sermaye olarak getirilmesi suretiyle devri durumunda istenecek belgelerin düzenlenmesinin unutulduğu kanaatindeyiz. Bununla birlikte, şirket esas sözleşmesinin ticaret sicil gazetesine tescil edildikten sonra örneğinin ibrazı ile Enstitü'nün tescili gerçekleştirebileceği kanaatindeyiz.

IV. DEVRİN HÜKMÜ

Markanın şirkete sermaye olarak getirilmesine ilişkin işlemlerin tamamlanması ile marka üzerindeki tüm haklar şirkete geçmektedir. Şirket markanın mülkiyetini kazanmakla birlikte, marka ile ilgili hukuki işlemleri gerçekleştirme yetkisine de sahip olmuştur.

Ayrıca markanın şirkete devri ile ortak, şirkete karşı sermaye koyma borcunu yerine getirmiş olacaktır⁷⁸⁹. Şöyle ki, ortağın nakdi sermaye getirmesi durumunda, şirketin tüzel kişilik kazanması ile, borcun şirkete ödenmesini isteme hakkına sahiptir(TTK 406. md.). Ancak markanın sermaye olarak getirilmesinde, buna gerek yoktur. Zira marka üzerindeki mülkiyet, şirketin tüzel kişilik kazanması ile anonim şirkete intikal edecektir(TTK 140, 285 md.). İstisnasının garanti ve ortak marka olduğunu belirtelim; bu tür markanın sermaye olarak getirilmesinde, sermaye koyma borcunun sona ermesi için, şirket adına marka siciline tescilin gerçekleşmesi gerekmektedir.

Aynı sermaye koymayı taahhüt eden kişi, bu borcunu başkasına nakledemez⁷⁹⁰. Bu nedenle markayı sermaye olarak getirmeyi yüklenen kişi, şirketteki hissesini başkasına devretse bile, markayı şirkete devretme yükümlülüğü altındadır.

⁷⁸⁹ DOĞANAY, Şerh, C.I, s.1219.

⁷⁹⁰ DOĞANAY, Şerh, C.I, s. 1213.

Markanın anonim şirkete sermaye olarak getirilmesine özgü olarak, marka karşılığında çıkartılan hisse senetlerinin iki yıl geçmeden başkasına devredilemeyeceği(TTK 404 md.) yönündeki yasak burada da uygulanacaktır. Bu süre içerisinde, markanın sermaye olarak getirilmesi karşılığında ortağa verilen hisse senetlerinin devri durumunda işlemin akıbeti tartışmalı olmakla birlikte, kanaatimiz işlemin taraflar arasından hüküm ifade edeceği yönündedir⁷⁹¹. Ayrıca esas sözleşmeye hüküm konularak, ödenmiş sermaye karşılığında da hamiline yazılı hisse senedi çıkarılması da mümkün(TTK 409 md.) olduğundan, markanın şirkete sermaye olarak getirilmiş olması durumunda, çıkarılacak hamiline yazılı hisse senetlerinin devri kontrol edilemez ve engellenemez(TTK 415md.).

Markanın adi şirkete sermaye olarak getirilmesinde ise marka üzerindeki bütün ortaklar elbirliği ile mülkiyet hakkına sahip olacaklardır. Dolayısıyla elbirliği mülkiyetinin sahip olduğu esaslar burada da geçerli olacaktır(MK 702 md.)⁷⁹². Marka üzerinde ortakların bölünmüş payları yoktur, marka üzerindeki mülkiyet ortakların hepsine birden aittir⁷⁹³. Ortaklar aralarında aksini kararlaştırmadıkları sürece, mülkiyet hakkına ilişkin yetkileri oybirliği ile kullanacaklardır(MK 702/II md.). Marka sahibi olan adi şirket ortakları arasında mecburi dava arkadaşlığı vardır (BK 530, MK 702 md.). Markanın bütünü üzerinde tüm ortaklar birlikte tasarruf edebilirler. Bir ortak marka üzerindeki payını, üçüncü kişiye devretmeden önce diğer ortakların onayını almak zorundadır. Onayın alınmadığı ihtimalde ise, payı devralan üçüncü kişi adi şirkete karşı ortak sıfatına sahip olamayacaktır(BK 532/II md.). Enstitü'nin diğer ortakların rızasını almadan yapılan devir işlemini marka siciline tescil etmeyeceği kanaatindeyiz.

1. Markalar Kanun Tasarısı Hükümlerinin İncelemesi

MarkKHK'nın mevcut hükümleri incelendiğinde, markanın, şirkete sermaye olarak getirilmesine ilişkin bir düzenlemenin yer almadığı görülmektedir. Zaten kanun

⁷⁹¹ DOĞANAY, Bu durumda BK 20. maddesi gereğince sözleşme taraflar arasında geçersiz olduğu, hatta şirket tarafından verilecek onaya rağmen, işlemin geçerli hale gelmeyeceği kanaatindedir. DOĞANAY, Şerh, C.I, s. 1214; Aksi görüş sözleşmenin taraflar arasından geçerli olduğu, ancak şirkete karşı hüküm ifade etmeyeceği yönündedir. POROY/TEKİNLAP/ÇAMOĞLU, s.428.

⁷⁹² KARAHASAN, Yeni TMK, s. 241 vd.; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 409 vd.; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 279

⁷⁹³ AKİPEK/AKINTÜRK, s410; KARAHASAN, Yeni TMK, s.240.

sistematığı içinde böyle bir düzenlemeye gerek yoktur. Buna karşın, Markalar Kanun Tasarısı'nda, markanın sermaye olarak getirilmesine ilişkin özel bir düzenleme yer almaktadır. Tasarı'da markanın şirkete sermaye olarak getirilmesi, marka devrinin şekil şartının istisnaları arasında düzenlenmiştir(MarkK Tasarısı 39/III. Md). Böylelikle markanın sermaye olarak getirilmesi durumunda, taraflar arasında markanın devrine ilişkin yazılı sözleşmenin yapılmasına gerek yoktur. Bu düzenleme ile TTK'nın mevcut hükmü arasında paralellik sağlanmıştır.

Kuralın uygulanması için markanın sermaye olarak getirileceği şirketin, tüzel kişiliğe sahip, TTK'da sayılmış ticaret şirketlerinden biri olması gerekmektedir. Markanın sermaye olarak getirilmesinin, markanın devrine ilişkin usulün istisnalarından olmasının sebebi, kanaatimizce TTK hükümleri gereğince, şirket esas sözleşmesinin yazılı yapılması ve ticaret siciline tescil edilerek ilan ediliyor olması ile aslında MarkKHK'daki geçerlilik şartının da sağlanıyor olmasıdır.

Ancak adi şirketler için bu açıklamalar geçerli değildir. Adi şirket sözleşmesinin yazılı yapılma şartı olmadığı gibi, şirketin tüzel kişiliği de yoktur. Dolayısıyla markanın sermaye olarak getirilmesine ilişkin sözleşmenin, marka sahibi ortak ile diğer ortaklar arasından yazılı şekilde yapılması gerekmektedir.

2. TTK Tasarısı Hükümlerinin İncelenmesi

TTK Tasarısı'nda da “fikri mülkiyet haklarının” şirkete sermaye olarak getirilebileceği belirtilmiştir(TTK Tasarı 127. md.). Bu hükümde TTK'daki “sınai haklar” kavramı yerine “fikri mülkiyet hakları” teriminin tercih edilmesi ile daha geniş anlamlı bir kavram kullanılmıştır⁷⁹⁴.

Tasarı'da aynı sermaye taahhütleri hakkında yeni bir düzenlemeye yer verilmiştir⁷⁹⁵. Tasarı'da öncelikle taşınmazların ve fikri mülkiyet haklarının, dolayısıyla

⁷⁹⁴ Maddenin gerekçesinde “ ... 6762 sayılı Kanunda kullanılan ve “sınai haklar”la sınırlı olan düzenleme, TRIPS ve WIPO'nun kullandığı yeni terim olan ve fikir ve sanat eserleri ile bağlantılı haklardan başlayarak, markaları, tasarımları, patentleri, faydalı modelleri, bikri çeşitlerini, yeni ıslahçı haklarını ve yarı iletkenlerin topografyalarına kadar çok geniş, ucu açık bir kavramı ifade eden “fikri mülkiyet” ile değiştirilmiştir.” olduğu belirtilmiştir.

⁷⁹⁵ Özellikle şirkete sermaye olarak getirilen taşınmazların, şirket adına tescillerinin ihmal edilmesi veya kasten yapılmaması nedeniyle, bir çok aksaklık ortaya çıkmaktadır. Zira mevcut düzenlemede, taşınmazların ve diğer aynı sermayenin getirileceğine ilişkin taahhüdün esas sözleşmede yer alması, bu değerlerin sermaye olarak konulduğu anlamına gelmektedir(TTK 140/II, III. Md.). Şirketin, tüzel kişilik

konumuz olan markanın sermaye olarak getirildiğinin kabul edilebilmesi için, esas sözleşmede taahhüt edilmesi yeterli görülmemiş, özel sicillere bu yönde şerh konulması şartı getirilmiştir(TTK Tasarı 128/II. md)⁷⁹⁶. Ancak fıkrada bu şerhin kim tarafından verilmesi gerektiği belirtilmemiştir. Markasını sermaye olarak getiren kişinin şerhi koydurabileceği kesindir. Bunun yanında esas sözleşmeyi ibraz ederek şirketin de şerh koydurma hakkının kabulü gerekir. Maddenin altıncı fıkrası ile şirketin ticaret siciline tescil edilmesi üzerine, şirketin sermaye üzerindeki hak sahipliğinin, ticaret sicil memuru tarafından re'sen ve hemen, tapu sicili ve diğer sicillere bildirileceği düzenlenmiştir. Şirketin tek taraflı talepte bulunma hakkı saklıdır.

Görüldüğü gibi markanın sermaye olarak getirilebilmesi için öncelikle marka siciline şerh konulması gerekmektedir. Bu şerhin ardından, markanın sermaye olarak getirildiğinin taahhüt edildiği kabul edilir. Söz konusu sözleşmenin ticaret siciline tescili ile, sicil memuru re'sen ve hemen, Enstitü'ye durumu bildirerek, markanın şirket adına tescilini sağlayacaktır.

Tasarı'daki hükümler incelendiğinde, mevcut hükümlerde var olan bir hususun düzenlenmediği görülmektedir. TTK 140/III. Maddesi gereğince taraflar arasında usulüne uygun şekilde yapılmış ve imzalanmış esas sözleşme, aynı sermayenin devri özel şartlara bağlanmış olsa dahi, yeterli görülmektedir. Tasarı'da ise taşınmazlar ve bunlar üzerindeki aynı hakların sermaye olarak getirilmesine dair esas sözleşme hükümlerinin resmi şeklin yerine geçeceği düzenlenmiş, ancak bunun dışındaki aynı sermayeye ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Dolayısıyla markanın sermaye olarak getirilebilmesi için, sözleşmenin MarkKHK 16/III. Maddesi gereğince yazılı olarak yapılması ve marka siciline, markanın, şirkete sermaye olarak getirildiği ve şirkete devredileceği hususunun şerh edilmesi gerekmektedir. Zaten esas sözleşmenin her zaman yazılı yapılmak zorunda olması ile şekil şartı da yerine getirilmiş olmaktadır.

Tasarı ile ilgili olarak belirtmek istediğimiz son husus, marka değerlemesi ile ilgilidir. TTK hükümleri gereğince, markanın, sadece anonim şirkete sermaye olarak

kazandıktan sonra ilgili sicilden, devrin şirket adına tescilini talep ve dava etme hakkı(TTK 140/II, III. Md.) olmakla birlikte, ihmal sonucunda veya kasten yapılmamasıyla sorunlar yaşanmaktadır.

⁷⁹⁶ TTK Tasarı 128/II. md, “Esas sözleşmede birliki tarafından belirlenen değerleri ile yer alan taşınmazlar tapuya şerh verildiği, fikri mülkiyet hakları ile diğer değerler, varsa özel sicillerine bu hüküm uyarınca kaydedildikleri ve taşınurlar güvenilir bir kişiye tevdi edildikleri takdirde aynı sermaye kabul olunur. Özel sicile yapılan kayıt iyiniyeti kaldırır.”

getirilmesi durumunda, değerinin belirlenmesi ve esas sözleşmeye geçirilmesi zorunluluğu varken, Tasarı ile aynı sermayenin değerinin bilirkişilerce belirlenmesi ve esas sözleşmeye kaydedilmesi gerektiği düzenlenmiştir(TTK Tasarı 128/II. md.). Tasarı'da sermayenin değerinin belirlenmemiş olma ihtimali düzenlenmemiştir(TTK 143/I, TTK Tasarı 131. md.).

§ 8. CEBRİ İCRA MARİFETİYLE MARKANIN DEVRİ

I. KAVRAM

Markanın cebri icra marifetiyle satışı suretiyle devri MarkKHK'da özel olarak düzenlenmemiştir. Ancak markanın üzerinde üçüncü kişi lehine rehin kurulabileceği(MarkKHK 18 md.) ve markanın haczedilebileceği (MarkKHK 19 md.) özel olarak düzenlenmiştir. Vadesi gelmiş alacağın ödenmemesi üzerine, rehinli alacaklının markayı paraya çevrilmesini talep ederek, elde edilecek bedelden alacağını alma hakkı bulunmaktadır (MK 873/I, 946/I md.). Bu nedenle markanın cebri icra marifetiyle satışını açıklamadan önce markanın rehni ve haczinden bahsetmeyi uygun buluyoruz.

Bir malvarlığı değeri olan ve bağımsız olarak devredilen markanın "Markanın Hukuki İşlemlere Konu Olması" kenar başlığını taşıyan MarkKHK 15. maddesinde rehnedilebileceği ve rehin hakkında Medeni Kanunu'nun rehin hakkına ilişkin hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir. Burada ifadesini bulan MK 954. madde ve devamı hükümleridir⁷⁹⁷. Ayrıca 40/94 sayılı Topluluk Marka Tüzüğü 19. maddesine uygun olarak⁷⁹⁸, 18. maddesinde markanın başkasına teminat olarak verilebileceği özel olarak düzenlenmiştir. Son olarak MarkKHK 22. maddesi gereğince, söz konusu hükümler marka başvuruları için de uygulanacaktır. Marka üzerinde rehin yazılı rehin sözleşmesi ile gerçekleşir(MarkKHK 15/II, MK 955/III. md.). Ancak MarkKHK 60.

⁷⁹⁷ MK 954. maddesi hak ve alacaklar üzerinde rehin hakkı kurulmasını özel olarak düzenlemiştir. Hak ve alacaklar üzerinde rehin hakkı kurulması ile alacaklıya, borcun vadesinde ödenmemesi durumunda, hak veya alacağı paraya çevirme yetkisi verilir. Kanunda aksine hüküm olmadığı sürece MK 954/II fıkrasının atfı ile teslimine bağlı rehne ilişkin hükümler burada da uygulanır. **OGUZMAN/SELİCİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s.814, 815; **AKİPEK/AKINTÜRK**, s.618, 867; **BİLGİLİ**, Markanın Rehni, s.438.

⁷⁹⁸ Ancak Topluluk Markası Tüzüğü'nün 19. maddesinde kullanılan ifade aynı hakktır. Türk Hukukunda ise eşya niteliğinde olmayan marka üzerinde aynı hak kurulamayacağı genel olarak kabul görmektedir. **TEKİNAY**, Eşya, s.4 vd. ; **AYİTER**, s. 114, 116. Aksi görüş **SEROZAN** ise fikri mülkiyet üzerindeki hakkın aynı hak olduğu kanaatindedir. **SEROZAN**, s.71.

maddesinin kıyasen uygulanması ile garanti ve ortak markanın rehni için rehin sözleşmesinin marka siciline tescili zorunludur⁷⁹⁹.

MK'nun rehin hakkındaki hükümlerine yapılan yollama neticesinde, borcun ödenmemesi halinde rehin konusunun mülkiyetinin, rehin hakkı sahibine geçeceği yönündeki anlaşmalar geçersizdir(MK 788/c.2. md.). Rehine hakim olan lex commissoria yasağı⁸⁰⁰, marka üzerinde kurulan rehin için de geçerlidir. Dolayısıyla rehin sözleşmesinde, borcun vadesinde ödenmemesi üzerine markanın devredileceği kararlaştırılmaz⁸⁰¹.

Yukarıda belirtildiği üzere bir malvarlığı değeri olan marka, işletmeden bağımsız olarak haczedilebilir(MarkKHK 19. md “*Tescilli bir marka işletmeden bağımsız olarak, haciz edilebilir. Haciz sicile kayıt edilir ve yayınlanır.*”)⁸⁰². Söz konusu düzenleme İİK 79/II. fıkrası ile de uyumludur. İİK 79/II. fıkrası “*Resmi sicile malların haczi, takibin yapıldığı icra dairesi’nce, kaydına işletilmek suretiyle doğrudan yapılabilir.*”şeklinindedir. Her iki düzenleme birlikte ele alındığında, tescilli markanın haczi alacaklının talebi ile icra müdürü tarafından Enstitü’ye doğrudan yazılan müzekkere ile gerçekleştirilir(İİK 79/II. md)⁸⁰³. Ayrıca yapılan haciz işlemi borçluya bildirilir(İİK 103, İİK Yönetmeliği 17. md.).

Markanın haczi marka sahibinin marka üzerindeki haklarını etkilemez⁸⁰⁴. Bu nedenle marka sahibi marka üzerindeki haklarını, lehine haciz kurulanın onayı

⁷⁹⁹ Ortak ve garanti markaların rehni özel olarak düzenlenememiştir. Ancak bu tür markaların devri için getirilen ağırlaştırılmış devir şeklinin, bu makalın rehni dururunda da uygulamak gerektiği konusunda öğretide görüş birliği bulunmaktadır. **ARKAN**, Marka Hukuku, C.II, s. 185; **MERAN**, s. 171; **YASAMAN**, Marka Hukuku, C.II, s.689; **KARAHAN**, Ortak Marka, s.1124; **KARAHAN**, Garanti Markası, s. 34 ; **BİLGİLİ**, Markanın Rehni, s. 440, 441.

⁸⁰⁰ Lex commissoria yasağı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **HELVACI, İlhan**, Türk Medeni Kanununa Göre Lex Commissoria(Mürtehinin Merhunu Temellük) Yasağı, İstanbul, 1997; **KUNTALP, Erden**, “*Lex Commissoria Yasağı Kavramı, Koşulları ve Uygulama Alanı*”, İnan Kıracı’ya Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1994, s.151 vd.(Lex Commissoria).

⁸⁰¹ **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 797; **KÖPRÜLÜ/KANETİ**, s. 462; **HELVACI**, s.81; **KUNTALP**, s.153; **SEROZAN**, s.349.

⁸⁰² Ayrıca belirtmek gerekir ki İİK 82/4.maddesinde haczi caiz olmayan mallar sayılmıştır. Marka bunların arasında yer almamaktadır.

⁸⁰³ Takip Enstitü’nün bulunduğu Ankara dışındaki bir icra dairesi tarafından başlatılmış olsa dahi, takibin yapıldığı icra dairesinin istinabe yoluyla Ankara icra dairesinden haczi talep etmesine gerek yoktur. Doğrudan Enstitü’ye yazacağı müzekkere ile markanın haczini isteyebilir. **DÖNMEZ, Murat**, “*Marka Haczi ve Paraya Çevrilmesi*”, **TBB**, S.84, Eylül-Ekim, 2009, s.377(Markanın Haczi); **PEKCANITEZ/ ATALAY/ SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ ÖZEKES**, İcra Hukuku, s. 241.

⁸⁰⁴ “...haczin sicile şerhi ile o markayı devri alacak kişilerin bu yükümlülükle marka hakkı üzerine aldıklarının kabulü gerekir. Bu durumda da haciz alacakların devir işleminden, devir alan kimse

olmaksızın kullanabilir⁸⁰⁵. Yargıtay⁸⁰⁶ da hacizli markanın devredilebileceği ve taşınır hükmünde olmayan markanın haczinde, taşınırların haczine ilişkin İİK 86. maddesinin uygulanmayacağı, marka üzerinde lehine haciz kurulandan izin alınmasına gerek olmadığı yönünde karar vermiştir.

Haciz markayı kullanma hakkı vermemektedir. Borcun ödenmemesi durumunda, markayı paraya çevirerek elde edilen miktardan alacak tahsil edilir. Ayrıca marka sahibi, MarkKHK 46. maddesi gereğince marka siciline kayıt edilmiş hakların ve lisans sahiplerinin rızası olmadan marka hakkından vazgeçemeyecektir. Dolayısıyla marka hakkından vazgeçilmek istenmesi durumunda, marka üzerinde rehin hakkı sahibinin veya lehine haciz kurulanın rızasının alınması gerekmektedir⁸⁰⁷.

Markanın koruma süresinin dolması ve marka sahibi tarafından yenilenmemesi durumunda MK 961/I. maddesinin kıyasen uygulanacağı ve marka sahibinin yenilemeye zorlanabileceği kabul edilmektedir⁸⁰⁸. Zira Yönetmeliğin 22/I. maddesinde marka üzerindeki rehnin, yenileme ve benzeri ücretlerin yatırılmaması sebebi ile markanın sona ermesine engel olmayacağı belirtilmiştir. Bu nedenle marka yenilenmez ise rehin hakkı sahibinin zarara uğrayacağı kesindir. Ayrıca MarkKHK 46. maddesinde, marka sahibinin markasından vazgeçmek istemesi durumunda, rehin hakkı sahibinden izin alması gerektiği düzenlendiğine göre, vazgeçme ile aynı sonucu doğuracak olan markayı yenilememe durumunda da, rehin hakkı sahibinden izin alınması gerektiği kanaatindeyiz.

bakımında da onu bağlayacak diğer bir deyişle haciz prosedürü işlemeye devam eder...” YARG. 11 HD. T. 09.03.2000, E. 1999/8623, K. 2000/2232, **NOYAN**, s.538; Aynı karar için bkz. www.legalbank.com.tr. ve **YKD**, 2000/11, s.1702.

⁸⁰⁵ Aksi görüş, **DELİDUMAN**, hacizli marka sahibinin, markasını devrederken mutlaka alacaklının ve icra müdürünün onayının alınması gerektiği kanaatindedir. **DELİDUMAN, Seyithan**, “5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununa Göre Haczin Konusu”, Ankara Barosu Uluslar arası Hukuk Kurultayı 2002, s.881.

⁸⁰⁶ Yarg. 11 HD. T. 09.03.2000, E. 1999/8623, K. 2000/2232, **NOYAN**, s.538; Aynı karar için bkz. www.legalbank.com.tr.; **YKD**, 2000/11, s.1702; Danıştay eski tarihli kararlarında farklı görüştedir, “...2004 sayılı İcra İflas Kanunu’nun 86. maddesinde; borçlunun, alacaklının muvafakati ve icra memurunun müsaadesi alınmaksızın, mahcuz menkul mallarda tasarruf edemeyeceği hükme bağlanmıştır. Sınai mülkiyet hukukuna göre haczedilebilecek olan marka üzerinde haciz uygulanması halinde, markanın devredilemeyeceği de tartışmasız olup...” Danıştay 10. D. T.28.01.1999, E. 1996/8828, K. 1996/24, **UYAR, Tahir**, İcra İflas Kanunu Şerhi, C.6, Ankara, 2006, s.7543 vd.; Aynı yönde **DÖNMEZ**, Markanın Haczi, s. 382.

⁸⁰⁷ **YASAMAN**, Marka Hukuku, C.II, s. 703; **ARKAN**, Marka Hukuku, C.II, s. 206.

⁸⁰⁸ **YASAMAN**, Marka Hukuku, s.704.

Özetle rehinli alacağın vadesinde ödenmemesi durumunda, alacaklının, rehinin paraya çevrilmesi suretiyle markanın satışını talep etme hakkı bulunmamaktadır⁸⁰⁹. Benzer şekilde markanın üzerinde başlatılan bir icra takibi sonucunda markanın haczedilmesi ile alacaklının, hacizli markanın paraya çevrilmesini talep etme hakkı mevcuttur. İnceleme konumuzun odak noktasının markanın rehinin paraya çevrilmesi ve haczin paraya çevrilmesi yollarıyla, üçüncü kişiye devredilmesi oluşturmaktadır.

II. KOŞULLAR

Markanın cebri icra marifetiyle satışı için izlenmesi gereken prosedürler, alacaklının rehni paraya çevrilmesi yoluna mı yoksa haczin paraya çevrilmesi yoluna mı başvurduğuna göre farklılık göstermektedir.

Alacaklının alacağını alamaması durumunda rehinli markanın paraya çevrilmesi yoluna başvurabilecektir⁸¹⁰. Bununla birlikte tarafların anlaşarak, alacaklıya rehinli markanın paraya çevrilmesi konusunda İİK hükümleri dışında da bir hak verilebileceği konusunda öğretide görüş birliği bulunmaktadır⁸¹¹. Taraflar aralarında markanın özel yollardan paraya çevrilebileceği konusunda anlaşabilirler, ancak bu anlaşma alacaklının cebri icra marifetiyle izlenecek prosedürü başvurma hakkını ortadan kaldırmaz⁸¹².

Rehinli markanın paraya çevrilmesinde uygulanacak prosedür İİK özel olarak belirtilmemiştir. Ancak İİK 23/II. fıkrasındaki taşınır rehni kapsamında olduğu düşünülerek, taşınır rehininin paraya çevrilmesini düzenleyen İİK 145-147 ve rehinin paraya çevrilmesinin düzenlendiği İİK 150-153. maddeleridir⁸¹³. İİK 150/g bendinin atfı

⁸⁰⁹ YASAMAN, Marka Hukuku, C.II, s. 703; ARKAN, Marka Hukuku, C.II, s. 206; KARAN/KILIÇ, s. 234; OĞUZMAN/SELİCİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.818; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 871.

⁸¹⁰ OĞUZMAN/SELİCİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.818; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 871; YASAMAN, Marka Hukuku, C.II, s. 703; ARKAN, Marka Hukuku, C.II, s. 206; KARAN/KILIÇ, s. 234.

⁸¹¹ ARKAN, konunun tartışmalı olduğuna değinmiş ancak kanaatini belirtmemiştir. ARKAN, Marka Hukuku, C.II, s.206; BİLGİLİ, Markanın Rehni, s.454; ÜNAL, s.100; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 847; OĞUZMAN/SELİCİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.796; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s.463; CANSEL, Menkul Rehni, s.235; UTKU, s.343; PEKCANITEZ/ ATALAY/ SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ ÖZEKES, İcra Hukuku, s.327; UYAR, Rehinin Paraya Çevrilmesi, s. 82 vd.; ÜSTÜNDAĞ, İcra, s.310.

⁸¹² BİLGİLİ, Markanın Rehni, s.454; ÜNAL, s.100; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 847; OĞUZMAN/SELİCİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.796; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s.463; CANSEL, Menkul Rehni, s.235.

⁸¹³ KÖPRÜLÜ/KANETİ, s.547 vd.; ARKAN, Marka Hukuku, C.II, s. 206; BİLGİLİ, Markanın Rehni, s. 439; KURU, El Kitabı, s. 517 vd.; UYAR, Rehinin Paraya Çevrilmesi, s. 1; ÜSTÜNDAĞ, İcra, s.308 vd.;

ile de taşınır, taşınmaz ve alacak dışındaki malların paraya çevrilmesinde İİK 121. maddesi uygulama alanı bulacaktır. Bu nedenle rehinli markanın paraya çevrilmesi ve hacizli markanın paraya çevrilmesinde ortak olarak İİK 121. maddenin uygulanması gerektiği konusunda öğretide fikir birliği bulunmaktadır⁸¹⁴.

Hacizli veya rehinli markanın paraya çevrilmesi sırasında icra müdürü satışın nasıl yapılacağını icra mahkemesine sormak zorundadır(İİK 121 md.). İcra mahkemesi karar vermeden önce ilgili kişilerin görüşlerini alır(İİK 121/II. md.). İlgili kişilerin kim olduğu belirtilmemekle birlikte öğretide, haczin tarafları, marka üzerinde hak sahipleri, rehin hakkı sahibi ve Enstitü'dür⁸¹⁵. Bu işlemin ardından İcra Mahkemesi markanın açık arttırma yoluyla satışına karar verebilir, markanın satışını görevlendirdiği bir memura bırakabilir veya gerekli gördüğü diğer tedbirleri alabilir⁸¹⁶. Bütün ilgilerin pazarlıkla satışı talep etmeleri üzerine markanın pazarlık yoluyla satışına karar verilebilir⁸¹⁷. Belirlenen yöntem ile markanın satışı gerçekleştirilir.

Markanın paraya çevrilmesi sonucunda markayı devralan kişi markanın yeni sahibidir. Bundan sonra icra marifetiyle gerçekleştirilen satış neticesindeki bu devrin, marka siciline tescil edilmesi gerekmektedir. MarkKHK Yön. 19. maddesinde markanın icra yoluyla devrinin marka siciline tescili için gerekli olan belgeler belirtilmiştir. Devrin sicile devrini konu alan talep dilekçesine, icra yoluyla devredilen markanın tescil numarası, adının ve yetkili mercii tarafından düzenlenmiş satış belgesinin eklenmesi zorunludur.

Rehnin paraya çevrilmesinde takip prosedürü; Öncelikle rehin hakkı sahibi icra dairesinden markanın rehin paraya çevrilmesi talebinde bulunur. Söz konusu talepte markaya ilişkin bilgiler, rehin sırası, rehin kim tarafından verildiğine ilişkin bilgiler yer almalıdır(İİK 145 md.).İcra dairesi talep üzerine borçluya ve marka üçüncü kişi tarafından rehin verilmiş ise markanın sahibine ödeme emri gönderir. Ödeme emri ile borca yedi gün içinde itiraz edilebileceği, itiraz edilmez ise 15 gün içinde borcun ödenmesi gerektiği aksi takdirde markanın icra marifetiyle paraya çevrileceği ihtar edilir(İİK 146). Bu süre sonunda borca itiraz edilmez ve borç ödenmez ise alacaklı markanın paraya çevrilmesini 1 yıl içinde talep edebilir(İİK 150/e md.).

⁸¹⁴ ÜSTÜNDAĞ, İcra, s.246; ÜNAL, s. 117; YASAMAN, Marka Hukuku, C.II, s.718; ARKAN, Marka Hukuku, C.II, s.207; KARAN/KILIÇ, s.340; KAYA, Marka Hukuku, s.217, 218; ÖZEL, s.41; KARAHAN, Fikri Mülkiyet, s. 296; DÖNMEZ, Markanın Haczi, s. 380; ÖZEL, s.41; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 433.

⁸¹⁵ Yazar Enstitü'yü belirtmemiştir. YASAMAN, Marka Hukuku, C.II, s. 718; ÜNAL ise Enstitü'nün de görüşünün sorulması gerektiği kanaatindedir. ÜNAL, s.132.

⁸¹⁶ UTKU, markanın hangi yolla paraya çevrileceğini belirlerken markanın müşteri kitlesi, tescilli olduğu mal ve hizmetlerin tespit edilmesi gerektiğini kanaatindedir. UTKU, s. 339.

⁸¹⁷ YASAMAN, Marka Hukuku, C.II, s.719; DÖNMEZ, Markanın Haczi, s. 382.

DÖNMEZ, markanın cebri icra marifetiyle satışı ile üçüncü kişiye devredildiğinin marka siciline tescil edilmediği sürece iyiniyetli kişilere karşı ileri sürülemeyeceği kanaatindedir⁸¹⁸. Ancak kanaatimizin aksi yönde olduğunu tescilin etkisinin incelendiği bölümde belirtmiştik⁸¹⁹. Markanın cebri icra marifetiyle satışı ile markanın mülkiyeti devralana geçerli şekilde geçmiştir. Markanın devrinin sicile tescili açıklayıcı etkiye sahiptir. MarkKHK 16/son fıkrasının anlamının devir sicile tescil edilmediği sürece, devralanın markanın sahibi olduğunun üçüncü kişilere ileri sürememesi değildir. Bu fıkranın anlamı, üçüncü kişinin markanın devrini bilmemesinde kaynaklanarak marka sicilinde kayıtlı bulunan kişiye karşı yapacağı bildirimlerin(icra takibi veya dava olabilir) geçerli olacağı şeklindedir. Tüzükteki hüküm ise tamamen farklıdır.

III. DEVRİN HÜKMÜ

Markanın cebri icra marifetiyle, açık arttırma yoluyla satışında, markanın mülkiyeti bu ihale sonucunda, başkaca bir işleme gerek kalmaksızın ihale alıcısına geçmektedir⁸²⁰(BK 231 md.).

Markanın pazarlık suretiyle satışında, markanın ihale alıcısına geçiş anı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Pazarlık suretiyle satış sırasında öğretilen ilk görüş, satılan bir taşınır ise malın ihale alıcısına geçmesi için tesliminin gerektiği şeklindedir⁸²¹. Bu görüşten devir için gerekli işlemlerin yapılması gerektiği sonucu çıkmaktadır. Markanın devrine uygularsak, markanın devri için yazılı sözleşme yeterli olduğunu göre, pazarlık suretiyle satışın yapıldığına dair yazılı belge ile markanın devredildiği söylenebilir. Ancak garanti ve ortak markanın ihale alıcısına geçmesi için marka siciline tescil işleminin gerçekleştirilmesi gerekecektir. Diğer görüş ise malın

⁸¹⁸ DÖNMEZ, Markanın Devri, s. 379.

⁸¹⁹ Bkz. s. 82.

⁸²⁰ "...B.K.nun 231. maddesine göre alacaklı malın mülkiyetini ihale anında kazanmıştır. İhale iptal edilmediği de gözönünde tutularak bedele hükmetmek gerekirken Ankara 1. İcra Müdürlüğü'nün 2000/8844 talimat dosyasında alacaklı'nın ihale sonucu markayı satın aldığı gözardı edilerek hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir..." Yarg. 21. HD. T. 06.10.2003, E. 2002/6142, K. 2003/7462, www. kaznaci.com.tr; ÜSTÜNDAĞ, İcra, s.251; POSTACIOĞLU, s. 417; KURU, El Kitabı, s.534.

⁸²¹ KURU, El Kitabı, s. 535; PEKCANITEZ/ ATALAY/ SUNGURTEKİN-ÖZKAN/ ÖZEKES, İcra Hukuku, s. 241; YILDIRIM, M. Kamil, İcra Hukuku Ders Notları, İstanbul, 2004, s. 127; ERCAN, İsmail, İcra ve İflas Hukuku, İstanbul, 2006, s. 210.

ihale alıcısına geçmesi için teslimin şart olmadığı şeklindedir⁸²². Kanaatimizin de bu yönde olduğunu belirtelim. Böylece markanın devri için gerekli olan şekil şartlarına uyulmasına gerek olmaksızın, markanın satışa ilişkin ihale tutanağının düzenlenmesi ile marka ihale alıcısına geçecektir.

§ 9. MARKANIN MİRAS YOLUYLA İNTİKALİ

I. KAVRAM

Markanın miras yoluyla intikali, kişinin marka üzerindeki mülkiyet hakkının, kişinin ölümünden sonra, mirası ile birlikte mirasçı veya vasiyet alacaklılarına geçmesi anlamına gelmektedir. Markanın miras yoluyla intikali ifadesi hem markanın miras yoluyla geçişini, hem de markanın miras yoluyla iktisabını ifade eder⁸²³. Dolayısıyla “miras” kelimesi de hem intikali gerçekleştiren terekeyi, hem de geçişin miras hukukuna hakim ilkelere⁸²⁴ tabi olduğu anlamındadır.

Miras (tereke), kişinin hayattaki malvarlığı kadar geniş bir kavram değildir. Miras (tereke) kişinin ölümü ile mirasçılara geçebilen, miras yoluyla intikale elverişli olan hak ve borçlarıdır⁸²⁵. Markanın da miras yoluyla intikale elverişli olduğu⁸²⁶, MarkKHK 15/I. maddesinde açıkça düzenlenmiştir.

Mirasbırakan, ölümü ile kendisine ait hukuki ilişkilerin akıbetinin düzenlendiği kişidir. Ölüm sadece insanlar için söz konusu olduğu için, mirasbırakan sadece gerçek kişi olabilir⁸²⁷. Tüzel kişiler mirasbırakan konumunda olamazlar. Bu nedenle tüzel kişilerin maliki olduğu markaların miras yoluyla intikali de mümkün değildir.

⁸²² **DÖNMEZ**, Markanın Haczi, s.384; **ÖZMUMCU, Seda**, Cebri İcra Hukukunda Pazarlık Suretiyle Satış, İstanbul, 2005, s. 149; **ERTURGUT, Mine**, İcra ve İflas Hukukunda Menkullerin Paraya Çevrilmesi, Ankara, 2000, s. 190; **POSTACIOĞLU, İlhan E.**, İflas Hukuku İlkeleri, İstanbul, 1978, s.176.

⁸²³ “Mirasın intikali ve iktisabı, hayatında mirasbırakana ait olan menkul ve gayrimenkul malların, hakların ve borçların, teknik deyimle intikale elverişli olan malvarlıklarının ve özel hukuk münasebetlerinin, ölüm vukuunda veya ona denk tutulan hallerin mevcudiyetinde kanun veya mirasbırakanca tayin edilen kimselere geçmesi ve onlar tarafından kazanılmasını ifade eder.”, **İNAN, Ali Naim/ERTAŞ, Şeref**, Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, İstanbul, 2000, s.368.

⁸²⁴ Bu ilkeler başlıklar halinde, kanuni ve iradi mirasçılık ilkesi; külli halefiyet, cüz’i halefiyet; mirasçıların sorumluluğu, **İNAN/ERTAŞ**, Miras, s.24 vd.

⁸²⁵ **HATEMİ, Hüseyin**, Miras Hukuku, İstanbul, 2004, s. 12; **GENÇCAN, Ömer Uğur**, Miras Hukuku, 2008, s.110; **SEROZAN**, s.80.

⁸²⁶ **GENÇCAN**, s.110.

⁸²⁷ **DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut, TÜRK Özel Hukuku, Miras Hukuku, C.IV**, İstanbul, 2003, s. 5; **SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkey**, Miras Hukuku, Ankara, 2004,s.77; **ÖZTAN, Bilge**, Miras

Markanın miras yoluyla intikali için taraflar arasında yapılmış bir sözleşmenin varlığı şart değildir. Bunun yanında kişi ölümünden önce, malvarlığına dahil olan markanın ölümü ile belirlediği bir kişiye intikalini belirleyebileceği gibi, dilerse üçüncü kişi ile yapacağı miras sözleşmesi ile markanın, ölümü sonucunda bu kişiye geçişini sağlayabilir. Dolayısıyla markanın miras yoluyla intikalinde, markanın yeni sahibi yasal mirasçı veya atanmış mirasçı ya da cüzi halef olan vasiyet alacaklısı olacaktır.

Eğer marka sahibinin ölümünden önce markanın yeni sahibini belirlememişse, kanun gereği marka sahibinin ölümü ile terekenin(dolayısıyla markanın) intikal ettiği kişiler “yasal mirasçılar”dır. Ancak marka sahibinin terekesi sadece markadan oluşuyorsa, marka sahibi sağlığında vasiyetname düzenleyerek, ölümünden sonra markanın kalacağı kişiyi belirlediyse veya bu kişi ile marka sahibi miras sözleşmesi imzaladıysa, bu durumda markanın yeni sahibi “atanmış mirasçı” adına alır. Atanmış mirasçı mirasbırakanın malvarlığının belirli bir oranı veya tamamı üzerinde hak sahibi olarak belirlenen kişidir. Mirasbırakanın malvarlığı sadece markadan oluşmuyorsa, atanmış mirasçılık söz konusu olmaz.

II. KOŞULLAR

Markanın miras yoluyla intikalinde, markanın devri marka sahibi(mirasbırakanın) ölümüne bağlanmıştır. Miras, marka sahibinin ölmesi ile açılır. Ölüm ile markanın devralanlarca iktisabı iki şekilde gerçekleşebilir. Bunlar külli halefiyet ve cüz’i halefiyettir.

Konumuz itibariyle üzerinde durulacak olan külli halefiyet ve cüz’i halefiyet ilkeleridir. Halefiyet tamamen veya kısmen bir kimsenin yerine geçmeyi ifade eder⁸²⁸. Miras hukuku açısından mirasın, dolayısıyla markanın, hangi şekilde intikal edeceğini, miras(terake) üzerinde hak sahibi olan kişilere göre belirlenecektir.

Mirasbırakanın ölümü ile açılan terekenin üzerinde hak sahibi olan kişileri üç kategoride toplamak mümkündür. Bunlar, yasal mirasçılar⁸²⁹, atanmış mirasçılar⁸³⁰ ve

Hukuku, Ankara, 2008, s.14; **AYAN, Mehmet**, Miras Hukuku, Konya, 2007, s.9(Miras); **GENÇCAN**, s.125.

⁸²⁸ **İNAN/ERTAŞ**, Miras, s.25.

⁸²⁹ Mirasçılık yasalardan kaynaklanıyorsa yasal mirasçılık söz konusudur. Sadece gerçek kişiler ve istisnai olarak devlet yasal mirasçı olabilir. Hiçbir mirasçısı olmadan ölen kişinin mirasçısı devlettir(MK 501

vasiyet alacaklıdır⁸³¹. Yasal mirasçılar ve atanmış mirasçılar “mirasçı” sıfatına sahiptir⁸³². İşte mirasçılar miras(tereke) üzerinde külli halef sıfatıyla hak sahibi olan kişilerdir⁸³³. Miras bu kişilere aktarılır. Bu kişiler mirasın açılması ile mirası(tereke) iktisap etmiştir.

Marka sahibinin, terekesi için mirasçı ataması ölüme bağlı tasarruf suretiyle gerçekleşir. Söz konusu ölüme bağlı tasarrufun usulüne uygun şekilde gerçekleşmesi gereklidir.

Hem yasal mirasçı ve hem de atanmış mirasçılar terekeye külli halefiyet ilkesi gereğince sahip olurlar (MK 599/II, III.md.). Külli halefiyet, bir malvarlığının aktif ve pasifiyle bütün olarak, tek bir işlem ve hukuki olay ile, bir kişiden diğerine geçmesidir⁸³⁴. Cüz’i intikalin tersine burada, devre konu malvarlığı unsurları için öngörülen özel şekil şartlarına uyulması gerekmemektedir. Malvarlığına dâhil bütün haklar, taşınır ve taşınmazlar, alacak hakları, borçlar tek bir hukuki işlem ile devredilmiş sayılır. Külli halefiyet sadece kanundan doğan hallerde doğar. MK 599. maddesinde miras yoluyla intikalde külli halefiyet özel olarak düzenlenmiştir. Böylece mirasbırakanın ölümü ile miras, hiçbir özel devir işleminin yapılmasına gerek olmadan, mirasçılara geçer⁸³⁵.

Markanın miras yoluyla mirasçılara(yasal ve atanmış mirasçı) geçmesi durumunda, bu kişiler markaya, mirasın açılması ile kendiliğinden, başka bir işleme gerek kalmaksızın sahip olurlar. Şu halde markanın devri için getirilen yazılı sözleşme

md.). Dolayısıyla mirasbırakanın hiçbir yasal mirasçısı ve atanmış mirasçısı yoksa markanın sahibi de devlet olacaktır. Devletin mirasçılığında önemli bir nokta da, mirasbırakanın mirasçısının olup olmadığını tespit açısından, ölenin son ikametgahının bulunduğu yer sulh mahkemesinden MK 594’e göre, bir ay ara ile iki defa ilan verilip, son ilan tarihinden itibaren en geç bir yıl içinde ilgililerin başvurmasının istenmesi gereğidir. Bu süre sonunda kimse çıkmaz ise, tereke devlete teslim edilir. **DURAL/ÖZ**, Miras, s.6, 46; **SEROZAN/ENGİN**, s. 133, 134.

⁸³⁰ Hem gerçek kişiler hem de tüzel kişiler mirasçı olarak atanabilirler. Mirasçı atanması, mirasbırakanın bir vasiyetname veya miras sözleşmesi ile terekesinin tamamı veya belli bir oranda, bir veya birden fazla kişiyi mirasçı olarak atamasıdır(MK 516/I md.). Burada önemli olan bu kişinin terekenin tamamı veya belli bir oranında mirasçı atanmasıdır. **SEROZAN/ENGİN**, s.237; **ÖZTAN**, s.250; **AYAN**, Miras, s.93;**GENÇCAN**, s. 266, 447; **DURAL/ÖZ**, Miras, s.6, 137. Tereke tek bir ev veya markadan oluşuyorsa, bunun için atanmış kişi de atanmış mirasçı ismini alır. Ancak terekedeki üçüncü kişiye intikal edecek mallar belirlenmiş ise, artık bu kişinin atanmış mirasçı olduğundan bahsedilemez.

⁸³¹ **ÖZTAN**, s.249

⁸³² **ÖZTAN**, s.33

⁸³³ **DURAL/ÖZ**, Miras, s.5; **SEROZAN/ENGİN**, s. 78; **ÖZTAN**, s. 14; **AYAN**, Miras, s.10; **GENÇCAN**, s.12

⁸³⁴ **DURAL/ÖZ**, Miras, s.12, 390.

⁸³⁵ **DURAL/ÖZ**, s.13; **SEROZAN/ENGİN**, s.55; **ÖZTAN**, s.18, 250; **GENÇCAN**, s.130, 266, 447.

şartına uygun hareket edilmesine gerek yoktur. Külli halefiyet ilkesi gereğince, tereke üzerindeki haklar ve borçlar ölüm ile kazanıldığı için, bundan sonra yapılacak işlemlerin hiçbiri kurucu nitelikte değil, açıklayıcı niteliktedir⁸³⁶.

Markanın miras yoluyla intikalinde, marka üzerindeki mirasçılarının sayısının bir önemi yoktur. Birden çok mirasçı varsa, bunlar marka üzerinde elbirliği ile hak⁸³⁷ sahibi olurlar ve miras ortaklığı (miras şirketi) oluştururlar(MK 640 md.)⁸³⁸.

Mirasçı atanmasında olduğu gibi, miras (tereke) içerisindeki belli bir hakkın, ölüme bağlı tasarruf ile bir kişiye bırakılması suretiyle vasiyet alacaklısı oluşturulur⁸³⁹.

Ölüme bağlı tasarruflar, sağlararası hukuki işlemlerden farklı olmakla birlikte, bu farklılık işlemin yapıldığı zamanla ilgili değildir, Zira ölüme bağlı tasarruflar da, sağlararası işlemlerde olduğu gibi, miras bırakan kişinin sağlığında yapılır⁸⁴⁰. Fark ölüme bağlı tasarrufların ölüm olgusuna bağlanmış olmasıdır⁸⁴¹. Ölüme bağlı tasarruf ile istenen sonuç, kişinin ölümü ile gerçekleşir. Markanın ölüme bağlı tasarruf işlemlerinin konusunu oluşturması durumunda ise, yapılacak ölüme bağlı tasarruf işleminin geçerlilik şartına uyulması gerekecektir. Şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflar, vasiyetname ve miras sözleşmesi⁸⁴² olarak ikiye ayrılır (MK 514. md).

Vasiyetname yoluyla markanın ölüme bağlı tasarruf konusu yapılması için, kişinin 15 yaşını bitirmiş ve ayırtetme gücüne sahip olması gereklidir (MK 502. md.). MK 531. maddesi gereğince üç çeşit vasiyetname⁸⁴³ vardır. Bunlar resmi vasiyetname, el yazısı ile düzenlenen vasiyetname ve sözlü vasiyetnamedir. El yazısı ile düzenlenen vasiyetnamenin şekil şartları vasiyetnamenin miras bırakan tarafından baştan sona el

⁸³⁶ ÖZTAN, s. 18; DURAL/ÖZ, Miras, s.13

⁸³⁷ Elbirliği ile hak sahipliği kavramı özellikle seçilmiş, elbirliği ile mülkiyet ifadesi tercih edilmemiştir. Nedeni ise terekede sadece mülkiyet hakkına konu olan haklardan oluşmamasıdır. Bunun yanında terekede aynı haklar, alacak hakları, fikri haklar ve başkaları da vardır. Bu nedenle doktrinde miras hukukuna özgü tam hak terimi kullanılmaktadır. MK 599/II.

⁸³⁸ DURAL/ÖZ, Miras, s.14, 138; GENÇCAN, s.449; ÖZTAN, s.2; HATEMİ, Miras, s.117.

⁸³⁹ DURAL/ÖZ, Miras, s. 392; İNAN/ERTAŞ, s. 179, 184.

⁸⁴⁰ AYBAY, Aydın, Miras Hukuku Dersleri, İstanbul, 2002, s. 30.

⁸⁴¹ AYBAY, s. 30; Ayrıntılı bilgi için bkz. SEROZAN, Rona, Sağlararası İşlem Yoluyla Ölüme Bağlı Kazandırma, İstanbul, 1979, s. 10 vd., s.59, s.190(Ölüme Bağlı Kazandırma).

⁸⁴² Miras sözleşmesi ile karşı taraf hiçbir yükümlülükte bulunmuyorsa ve sadece yararlanan sıfatı bulunuyorsa burada tek taraflı miras sözleşmesi vardır. Yapılan sözleşme ile karşı taraf sağlararası bir edim taahhüdünde bulunuyorsa ivazlı miras sözleşmesi, bulunmuyorsa ivazsız miras sözleşmesidir. Eğer her iki taraf da karşılıklı olarak ölüme bağlı tasarruflarda bulunuyorsa, bu durumda iki taraflı miras sözleşmesi söz konusudur. AYAN, s. 88.

⁸⁴³ Ayrıntılı bilgi için bkz. İNAN/ERTAŞ, s.130 vd.; AYBAY, s.33 vd.; AYAN, Miras, s.75 vd.

yazısı ile tanzim edilmesi, düzenleme tarihinin belirlenmiş olması ve miras bırakan tarafından imzalanması şarttır(MK 538 md.). Resmi vasiyetname ise, resmi bir merci ve iki şahit önünde yapılmak zorundadır(MK 532 vd.). Sözlü vasiyetname ise istisnai durumlarda söz konusudur. MK 539. maddesine göre “ölüm tehlikesi gibi” olağanüstü bir durumun olması sözlü vasiyetnamenin olumlu şartıdır. Miras bırakan kişinin başka bir şekilde vasiyetname düzenlemesinin mümkün olmaması ise sözlü vasiyetnamenin olumsuz şartıdır. Diğer bir deyişle kişi ölüm tehlikesine rağmen el yazısı ile vasiyetname düzenleyemeyecek olması gereklidir⁸⁴⁴. Miras bırakan son arzularını beyan ettiği iki şahit, bu beyanları yazıp, imzaladıktan sonra vakit geçirmeksizin hâkime tevdi ederler.

MK 546. maddesi gereğince miras bırakan miras sözleşmesi ile de malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunabilir. Miras sözleşmesi⁸⁴⁵ ilgili maddenin (MK 545/I. md) atfı ile resmi vasiyetnamenin şekil şartlarına tabidir. Miras sözleşmesinin tarafları resmi memura arzularını iki şahidin önünde beyan ederler ve imzalarlar. Ayrıca miras sözleşmesi düzenleyebilmek için ise kişinin ergin⁸⁴⁶ olması ve ayırtetme gücüne sahip olmak ve kısıtlı olmaması gereklidir (MK 503. md.).

Miras (tereke) içerisindeki markanın, vasiyetname veya miras sözleşmesi ile kişiye bırakılması ile markanın vasiyet alacaklısına veya miras sözleşmesi lehtarına geçişinde cüz’i halefiyet ilkesi geçerlidir. Vasiyetname ile kendisine mal bırakılan kişi külli halef değildir(MK 517/II md.). Diğer bir deyişle vasiyet alacaklısının/miras sözleşmesi lehtarı, kendisine bırakılan belli şeyin üzerinde belirtilen hakkı kazanabilmesi için, vasiyetname borçluları tarafından kendisine devredilmesi gerekmektedir⁸⁴⁷. Bu kişi mirasın açılması ile vasiyet edilen muayyen şeyin kendisine

⁸⁴⁴ İNAN/ERTAŞ, s.145.

⁸⁴⁵ Miras sözleşmesi, olumlu miras sözleşmesi ve olumsuz miras sözleşmesi, ki kanun feragat sözleşmesi demektir, olmak üzere ikiye ayrılır. Olumlu miras sözleşmesi ile miras bırakan malını tümünü veya bir kısmını ölümünden sonra hüküm doğurmak üzere sözleşme yaptığı kişiye veya başkasına bırakmayı taahhüt eder. Feragat sözleşmesi ile kişi, ileride doğacak miras hakkından vazgeçmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. AYBAY, s.37.

⁸⁴⁶ Rüştün mahkeme kararıyla veya evlilik ile veya onsekiz yaşının doldurulması ile kazanılması arasında fark yoktur. İMRE, Zahir/ ERMAN, Hasan, Miras Hukuku, İstanbul, 2003, s.63.

⁸⁴⁷ DURAL/ÖZ, Miras, s.15;SEROZAN/ENGİN, s.57, 239; ÖZTAN, s.21.

devri konusunda alacak hakkı kazanmaktadır⁸⁴⁸. Bu hakka dayanılarak vasiyetname borçlularından⁸⁴⁹, kendisine bırakılan malın devredilmesini talep eder⁸⁵⁰.

Dolayısıyla markanın ölümüne bağlı tasarruf ile bir kişiye bırakılması durumunda, marka sahibinin ölümü ile marka öncelikle mirasçılara geçer. Ancak bu kişiler markayı usulüne uygun olarak vasiyet alacaklısına devretmek zorundadırlar. Burada cüz'i intikal geçerli olduğu için, markanın MarkKHK 16/III. fıkrası gereğince yazılı sözleşme ile devredilmesi gerekmektedir.

Kural olarak marka sahibi gerçek kişinin ölümü ile külli halefiyet ilkesi gereğince, yazılı sözleşme veya tescile gerek olmaksızın, marka kendiliğinde mirasçılara geçer. Garanti ve ortak markanın devri için tescil şart olsa da, külli halefiyet ilkesi gereğince, bu çeşit markaların devri için de marka siciline tescil şart değildir. Markalar, tescilden önce geçerli şekilde mirasçılara geçmiştir.

Eğer marka, muayyen mal vasiyetnamesi ile bir kişiye bırakılmış ise, marka sahibinin ölümü ile vasiyet alacaklısı markanın kendi üstüne devrini talep hakkı elde edecektir. Ancak bu durumda külli halefiyet değil, cüz'i halefiyet geçerlidir. Bu nedenle, vasiyet alacaklısı mirasçılardan gereken işlemlerin yapılarak, markanın kendisine devrini talep etmelidir. Bırakılan marka garanti veya ortak marka ise, marka siciline tescil işleminin de gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Yasal mirasçı ve atanmış mirasçılar, mirasçılık belgelerini veya bunların onaylı suretlerini Enstitü'ye ibraz ederek markanın kendi adlarına tescilini talep ederler. Vasiyet alacaklısı da vasiyet alacaklısı olduğunu gösterir belgeyi aynı şekilde ibraz etmek zorundadır(MarkKHK Yön. 19. md).Kanaatimizce, Yönetmelik burada eksik bir düzenleme yapmıştır. Miras ile markanın geçebileceği kişileri ayrı ayrı belirtmiş, ancak bunların hepsi için ortak belge istemiştir. Yasal mirasçı ve atanmış mirasçılar için, külli halefiyet ilkesi gereğince mirasçılık belgesi yeterlidir; ancak vasiyet alacaklısı için yeterli değildir. Bunun yanında mirasçılarla vasiyet alacaklısı arasında yapılmış yazılı devir sözleşmesinin de ibrazı gereklidir. Zira vasiyet alacaklısı olduğunu gösterir belge

⁸⁴⁸ **DURAL/ÖZ**, Miras, s.140.

⁸⁴⁹ Vasiyet borçlusu, yasal veya atanmış mirasçı veya mirasbırakanın yetkili kıldığı vasiyet görevlisi;(MK 600/I, 552/b.4 md.), **DURAL/ÖZ**, Miras, s.145; **ÖZTAN**, s.251; **İNAN/ERTAŞ**, s.188.

⁸⁵⁰ Vasiyet alacaklısını, 10 içinde bırakılan muayyen malın kendisinin devrini talep etmek zorundadır(MK md.602 md.). Bu süre mirasın kabul edilmesi ile veya reddi için verilen sürenin reddedilmeden sona ermesi ile başlar. **SEROZAN/ENGİN**, s.242; **ÖZTAN**, s.253; **İNAN/ERTAŞ**, s. 188, 189.

sadece marka üzerinde alacak hakkı sağlar, markanın mülkiyeti henüz vasiyet alacaklısına geçmemiştir.

Tescil işlemi tüm mirasçılar adına yapılır, ancak bu kişilerin markaya miras ortaklığı şeklinde malik oldukları belirtilmelidir⁸⁵¹.

III. DEVRİN HÜKMÜ

Markanın miras yoluyla intikali sonucunda marka sahibinin ölümü ile marka mirasçılara geçmiştir. Marka sahibi sağlığında vasiyetname veya miras sözleşmesi ile bir vasiyet alacaklısı tayin ettiyse, bu durumda marka sahibinin ölümü üzerine mirasçılar tarafından yazılı sözleşme ile vasiyet alacaklısına marka devredilmek zorundadır. Bu devir sözleşmesinin ardından, vasiyet alacaklısı markanın mülkiyetini kazanmıştır.

Birden çok mirasçı olması ile mirasçılar marka üzerinde elbirliği ile mülkiyet hakkına sahiptirler(MK 599, 640 md.)⁸⁵². Marka üzerindeki mülkiyetin hükümleri miras ortaklığını düzenleyen hükümler gereğince gerçekleştirilecektir (MK 702 md.). Kanunda özel hüküm bulunmayan hallerde, yönetim ve tasarruf işlemleri oybirliği ile gerçekleştirilecektir (MK 702/II. md.). Oybirliği ile alacakları bir karar ile yönetim hakkını aralarından bir kişiye bırakabilirler(MK 640/III. md.). Mirasçılardan birinin üçüncü kişi ile yaptığı sözleşmeler, diğer mirasçılara karşı hükümsüzdür, sadece sözleşmenin taraflarını bağlar⁸⁵³.

Mirasçıların oluşturduğu birliğin tüzel kişiliği olmadığı için, mirasçıların birlik halinde dava ehliyeti yoktur⁸⁵⁴. Bu nedenle markaya ilişkin davaların tüm mirasçılar tarafından açılması gereklidir. Ancak miras ortaklıklarına ilişkin MK 640/IV. fıkrası ve elbirliği ile mülkiyete ilişkin düzenleme olan MK 702/IV. fıkraları birlikte düşünüldüğünde, markanın korunmasına ilişkin işlemleri her bir mirasçının tek başına

⁸⁵¹ AKİPEK/AKINTÜRK, s.413; KARAHASAN, Yeni TMK, s.241.

⁸⁵² OĞUZMAN/ SELİCİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.278; AKİPEK/AKINTÜRK, s.412; KARAHASAN, Yeni TMK, s.240.

⁸⁵³ AKİPEK/AKINTÜRK, s.414; KARAHASAN, Yeni TMK, s.242.

⁸⁵⁴ KARAHASAN, Yeni TMK, s.243.

yapabileceği ve davaları açabileceği sonucuna ulaşılmaktadır⁸⁵⁵. Markadan kullanma hakkı tüm mirasçılara aittir⁸⁵⁶.

Son olarak mirasçılar tarafından, marka üzerindeki haklarının, paylı mülkiyete geçilmedikçe(MK 644. md.)⁸⁵⁷ veya miras ortaklığı sona ermeden devri gerçekleştirilemeyeceğini(MK 642. md.) belirtelim. Ancak mirasçılar tarafından, tereke üzerindeki tasfiye payı devredilebilmektedir. Marka üzerinde mirasçı tarafından yapılan devir sözleşmesi MK 677/II. fıkrası gereğince noter tarafından düzenleme şeklinde yapılmak zorundadır. Söz konusu sözleşme mirasçılar arasında yapılmak istenirse, yazılı olarak yapılması yeterlidir(MK 677/I. md.).

⁸⁵⁵ MK 702/IV. fıkrası öğretinin eleştirileri sonucunda Yeni Medeni Kanunu ile düzenlenmiştir. **OĞUZMAN/SELİCİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, Eşya, s. 281; **AKİPEK/AKINTÜRK**, s.414; Eski MK zamanındaki kararlar; Yarg. 8 HD. T.31.10.1977, E. 6101, K.9202; "... iştirak halinde mülkiyetle tasarruf edilen bir taşınmaz mala vaki elatmanın önlenmesi davasının ya bütün şerikler tarafından müştereken açılması veya irtifak ile verecekleri karar gereğince bir şerik tarafından dava açılması veya MK'nun 581.(640) maddesi gereğince mirasçılardan birinin talebi üzerine hakim tarafından miras şirketine tayin e ilecek mümessil tarafından dava ikamesi lazımdır..." Yarg. HGK T.11.12.1971, E. 968/5-245, K.736, **KARAHASAN**, Yeni TMK, s. 247.

⁸⁵⁶ **AKİPEK/AKINTÜRK**, s.414.

⁸⁵⁷ Miras ortaklığı dışındaki hiçbir elbirliği ile mülkiyet türünde, elbirliği ile mülkiyetin, paylı mülkiyete çevrilme imkanı yoktur. **OĞUZMAN/SELİCİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, Eşya, s. 283.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

İncelememizin neticesinde ulaşılmış olduğumuz sonuçlar ile bu sonuçlara ilişkin değerlendirmelerimizi şu şekilde özetleyebiliriz:

1. MarkKHK'a gereğince markanın geçerli şekilde devri için, taraflarca imzalanmış markanın devrini konu olan adi yazılı bir sözleşmenin varlığı yeterlidir (MarkKHK 15/II, 16/III md.). Kararname markanın devri için başkaca bir şekil şartı öngörmemiştir. Sadece tasarruf işlemi niteliğindeki, adi yazılı sözleşmenin taraflar arasında düzenlenerek imzalanması ile markanın mülkiyeti, devralana geçmektedir. Bu kuralın tek istisnası, ortak ve garanti markalarının geçerli şekilde devredilebilmesi için, devrin marka siciline tescillinin zorunlu olmasıdır (MarkKHK 60. md.).

Markanın geçerli şekilde devredilebilmesi için Kararname başkaca bir düzenleme aramamışken, uygulamada gördüğümüz kadarıyla, Enstitü markanın devredildiğine ilişkin kaydı marka siciline tescil etmek için devir sözleşmesinin noter onaylı olmasını aramaktadır. Enstitü'nün bu talebinin kanuni dayanağı araştırıldığında, MarkKHK Yönetmeliğinin 19/son fıkrasında yer alan "Makul nedenlerle şüpheye düşülmesi durumunda Enstitü, mülkiyet değişikliği talebine ilişkin olarak, talep sahibinden gerektiğinde noter tasdikli olması da dahil her türlü delilin ibrazını isteyebilir" şeklindeki ifadeye dayanıldığı anlaşılmaktadır. Mülga MarkKHK Yönetmeliği'nde markanın devrinin tescili için Enstitü'nün noter onaylı devir senedi isteyerek, daha üstün norm olan Kararname'deki şekil şartını ağırlaştırması ağır eleştirilere uğramıştı. Yürürlükteki MarkKHK Yönetmeliği düzenlenirken bu eleştiriler de dikkate alınarak, hüküm kaldırılmış ve belirttiğimiz üzere daha genel ifade ile yine Enstitü'ye Kararname'de yer almayan bir belgeyi, "makul nedenlerle şüpheye düşüldüğü" takdirde talep yetkisi verilmiştir. Uygulama Enstitü'nün tescil işlemleri sırasında, devir sözleşmesinin noter onaylı olmasını istediğini belirtmek isteriz. Enstitü'nün bu talebinin, markanın geçerli şekilde devri için değil, sadece devrin marka siciline tescili için arandığı, tescilin ise sadece açıklayıcı etkisinin olduğu; dolayısıyla Kararname'de yer alan şekil şartının ağırlaştırılmadığı iddia edilebilir. Ancak bu düşünce iki yönüyle hatalıdır. Öncelikle marka devrinin sicile tescilinin devralan ve devreden açısından çok önemli etkileri bulunmaktadır. İkincisi ise Kararname'de yer almayan bir belgenin istenmesi ve bu belgenin süresinde veya hiç getirilmediğinden

bahisle, devrin tesciline ilişkin talebinin şekli incelemeyi geçemeyerek reddedilmesi ile devralanın hak kaybına uğratılması, hukukun genel ilkelerine aykırıdır. Yargıtay'da 03.03.2009 tarihli kararında⁸⁵⁸ “Yönetmelikle, KHK’de bulunmayan ve yerine getirilmemesi halinde hak kaybına sebebiyet verebilecek düzenlemeye gidilememesi hukukun genel kabulüdür. Zira normlar hiyerarşisi, her düzenleyici işlemin üst norma aykırı olamaması ve bu düzenleyici işlemlerle yasa hükümlerine aykırı olarak hak kaybına yol açacak hükümler getirilemeyeceği hukukun genel ilkesidir. Böyle bir düzenlemeye gidilmiş ise ne olacaktır? Bilindiği üzere, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 7. maddesinin 4. bendinin son cümlesi hükmüne göre, yasaya aykırı bir düzenleyici işlemin iptal edilmemiş olması bu düzenlemeye dayalı işlemin iptaline engel olma”yacağını çok açık şekilde ifade etmiştir.

Konu ile ilgili Markalar Kanun Tasarısı(MarkKHK 38/II, 39/III. md.) ve Tasarı’ya mehz düzenlemelerden biri olarak Markalar Kanun Anlaşması(TLT)(11. md.) incelendiğinde markanın geçerli şekilde devrine ilişkin yazılı sözleşme şartının ağırlaştırılmadığı görülmektedir. Ancak TLT’e uygun olarak MarkK Tasarısı’nda, Yönetmeliğe atıf yapılmış ve devrin MarkKHK Yön’de belirtilen belgelerin teslimi ile marka siciline tescil edileceği düzenlenmiştir(MarkK Tasarısı 39/VI md.). Ayrıca Tasarı’da Enstitü tarafından markanın devrinin tescili sırasında, şüpheye düşülmesi halinde başkaca belgelerin istenebileceği açıkça belirtilmiştir (MarkKHK39/son md.). Bu şekilde Enstitü tarafından devrin tescili sırasında istenen belgelere kanunilik kazandırılmak istenmiştir.

Markanın önemi ve değeri konusunda tereddüt olmayan, markanın devri için yazılı sözleşmeyi yeterli görülmemelidir. Marka devir sözleşmesinin altında yer alan imzaların gerçekliğinden ve sözleşmenin düzenleniş tarihinden şüphe duymak, bu bilgilerin doğruluğuna dair ek belgeler istemek ilerde oluşabilecek ihtilafları azaltır. Enstitü de bu amaçla, devrin marka siciline tescilinde, devir sözleşmesinin noter onaylı olması istemektedir. Bu nedenle markanın devri için sadece yazılı sözleşme şekil şartının yeterli görülmesini ve düzenlemenin değiştirilmemesindeki bu ısrarı anlayabilmek mümkün değildir. Kanaatimizce, öğretinin yoğun eleştirilerine rağmen MarkK Tasarısı’nda da bu hükmün korunmasının tek nedeni, mehz düzenlemede

⁸⁵⁸ Yarg. 11 HD, T. 03.03.2009, E. 2008/11486, K.2009/2424, (yayınlanmamış).

(40/84 sayılı Topluluk Marka Tüzüğü 17 md) yer alan ve markanın devri için yazılı sözleşmeyi yeterli gören hükümden ayrılmama isteğidir. Ancak çelişki, Tasarı'daki şeklin korunmasına rağmen, Yönetmeliğe yapılan atıf ile devir sözleşmesinin geçerliliğini teyit etmek amacıyla Enstitü'ye ek belge isteme takdir ve hakkının verilmesidir(MarkK Tasarı 39/VI, 39/son md.). İşte kanun koyucu burada Yargıtay kararlarını ve öğretinin, üst norm-alt norm eleştirisini dikkate alarak, MarkK Tasarısı ile Yönetmelik'teki belgelere atıf yapmıştır. Kanaatimizce bu çeşit bir kanun dolanılmasına gerek yoktur. Her ne kadar 40/84 sayılı Tüzük markanın devri için yazılı sözleşmeyi yeterli görmüş ise de, MarkK Anlaşması'nın düzenlemeleri sadece marka devrinin tesciline ilişkindir. Bu nedenle Anlaşma'nın konu ile ilgili olarak taraf ülkeleri bağlayıcı bir hükmü bulunmamasından yararlanmak ve hukuka duyulan güveni sarsmamak amacıyla MarkK Tasarısı ile markanın devrine ilişkin şekil şartını ağırlaştırmak gerekmektedir. Markanın geçerli şekilde devredilebilmesi için devir sözleşmesine noter onay şartı getirmenin ve devrin, marka siciline tescil ile gerçekleşeceğini düzenlemenin daha doğru olacağı kanaatindeyiz.

2. Marka tescilli olduğu mal ve hizmetlerin hepsini veya bir kısmını kapsayacak şekilde devredilebilir (MarkKHK 16/I md.). Markanın kısmi devrinde, markanın tescilli olduğu sınıflar değil, tescilli olduğu mal ve hizmetler dikkate alınır. Markanın devredilen kısmı için yeni tescil numarası verilir (MarkKHK Yön. 19/II md.). Ancak devredilen kısma yeni bir tescil numarası verilmesi, bu kısmın yeni bir tescil olarak değerlendirilmeyecektir.

Kısmi devre izin verilmekle birlikte, markanın farklı coğrafi bölgelerde farklı kişilere devredilmesi mümkün değildir. Bunun tek istisnası uluslararası tescile sahip olan markanın, tescilli olduğu ülkelerden bazılarında farklı kişilere devredilmesidir.

3. Markanın devredilebileceği Kararname'de açıkça düzenlenmiş olmakla birlikte hem Kararname'de hem de diğer bazı mevzuatlarda markanın devrine ilişkin sınırlamaların getirildiği anlaşılmıştır.

-Marka devri sırasında, devreden marka sahibi adına kayıtlı devredilen marka ile aynı/ ayırt edilemeyecek derecede benzer markaların aynı veya halk tarafından yanılgıya düşecek derecede benzer mal ve hizmetler için kayıtlı olması durumunda, bunlarında da devredilmesi şarttır(MarkKHK 16/V md.). Her ne kadar düzenlemenin kaldırılması gerektiği kanaatinde olsak da, yürürlükte olan bu hükmün açıklanması

gerekmektedir. Öncelikle şartının sadece tescilli markalar için değil, marka başvuruları için de getirildiğinin kabulü gerekir(MarkKHK 22/I. md.). Fıkra ile marka sahibinin devrettiği marka ile halkı yanılgıya düşürecek derecede benzer olan diğer marka/marka başvurularının olması durumunda bunların da devredilmesi gerektiği belirtilmiştir. Anlaşıldığı üzere markaların benzer olmasının yanında, bu benzerliğin halkı yanılgıya düşürmesi, dolayısıyla markalar arasında iltibas tehlikesinin varlığı aranmaktadır. Halk tarafından markaların karıştırılması, markalar veya marka sahipleri arasında bağlantı kurulması veya sadece markaların birbirini çağrıştırması ihtimali engellenmek istenmiştir. Kararname ile bu derece benzerlik gösteren markaların, devredilmek istenen marka ile birlikte devredilmesi gerektiği şart koşulmakla birlikte, devredilmemesinin devir sözleşmesi ve sözleşmenin tarafları üzerindeki etkisi belirtilmemiştir. Kanaatimiz söz konusu düzenlemenin emredici nitelikte olduğu ve devir konusu marka ile birlikte devreden adına tescilli benzer markaların devredilmemesi durumunda, marka devir sözleşmesinin geçersiz olacağı şeklindedir. Bununla birlikte benzer markalar devredilmediği sürece Enstitü'nün markanın devrini sicile tescil etmeyeceği, hükmün aynı zamanda bir tescil engeli olduğu ortadadır.

Burada belirtilmesi gereken diğer bir husus ise, Enstitü'nün markaların benzer olduklarına karar vermesine rağmen, tarafların söz konusu benzerliği kabul etmemeleri veya benzerliği kabul ile bu duruma onay vermeleri halleridir. Enstitü'nün marka sahibinin diğer markalarının da devredilmesi gerektiğinden bahisle tescil talebini red kararına karşı, devreden ve devralan tarafından, itiraz edilerek (MarkKHK 47 vd., MarkKHK Yön. 33. md.), Enstitü nezdindeki itiraz prosedürünü başlatabilir. Diğer bir ihtimal ise markaların gerçekten de iltibas yaratacak derecede benzer olmaları, ancak tarafların karşılıklı olarak benzer markaların kullanılmasına onay vermiş olmalarıdır. Kararname'nin sistematigi değerlendirildiğinde farklı hükümler ile karşılaşılmıştır. İlk bakışta bu tarz bir onay verilemeyeceği düşünülmeyle birlikte, aslında bir istisnanın tanınabileceği- tanınması da gerektiği- düşünülmektedir. Şöyle ki, mutlak red nedenlerinden 7/I-b bendi incelendiğinde marka tescil başvurusunun, daha önce tescilli benzer markaların bulunması durumunda, reddedileceği anlaşılmaktadır. Bu bendin mutlak red nedenleri arasında yer alması ile tescilin gerçekleşmesinden sonra dahi aynı gerekçe ile markanın hükümsüzlüğünün talep edebilecek olması sonucunu doğurur (MarkKHK 42/I-a md.). Bu nedenledir ki taraflarca verilecek “benim markamın

benzerini kullanabilir” anlamına gelen tescil onayının, hem Enstitü hem de mahkemeler nezdinde bağlayıcılığı olmayacaktır. Oysaki mehz düzenlemelerde mutlak red nedenleri arasında sayılmayan bu bendin (84/109 sayılı Yönerge 4. md, 40/84 Tüzük 7 ve 8. md., Ayrıca Paris Sözleşmesi ve TRIPS’de de yasaklayıcı bir hüküm yer almamaktadır.), Türk Hukuk sistemi açısından da mutlak red nedenleri arasından çıkarılması ve sadece nisbi red nedenleri arasındaki yerini koruması gerekmektedir. Ayrıca mutlak red nedenleri arasında sayılan bu hüküm Kararname’nin 74. maddesinin de etkinliğini azaltmaktadır. Kararname’de menfaati olan herkesin marka hakkına tecavüzün olmadığına tespiti amacıyla dava açabileceği belirtilmiştir (MarkKHK 74 md.). Bu davanın açılabilmesi için bir markayı kullanmaya başlayacak kişi noter aracılığıyla yapacağı bildirim ile, marka sahibinden kullanacağı markasının kendi markasına tecavüz teşkil edilmediği hakkındaki görüşlerini sorabilir. Cevabın gelmemesi veya cevabın tecavüzün oluşacağı şeklinde gelmesi durumunda ise işbu dava açılabilir. Marka sahibinin cevabı “tecavüzün olmadığı” şeklinde olsa bile, Kararname’nin mutlak red nedeni olan 7/I-a bendi nedeniyle, bu onay Enstitü tarafından dikkate alınmayacaktır. Zira “tecavüz oluşturmaz” şeklindeki yazıya rağmen, marka tescil başvurusu sırasında Enstitü re’sen, emredici nitelikte olan bu hükmü uygulayacaktır. Dolayısıyla 7/I-a ve benzer şekilde MarkKHK 16/V. fıkrasının kaldırılması ve söz konusu itirazın tarafların takdirine bırakılması gerekmektedir.

-Markanın devrine ilişkin İİK ve TIRK’da da sınırlama getirildiği görülmektedir. Ticareti terk eden tacirin 15 gün içinde keyfiyeti ticaret siciline bildirmesi ve alacaklılarının da belirtildiği ayrıntılı bir mal beyanında bulunması zorunludur(İİK 44/I md.). Bunun üzerine ticaret sicil memuru, ticareti terk eden tacirin sınai hakları üzerindeki tasarruf hakkını iki ay süreyle sınırlandırıldığını, TPE’ye bildirerek, marka siciline şerh ettirmek zorundadır(İİK 44/ V md.). Bu yasağa rağmen yapılan marka devri cezai yaptırıma bağlanmış olmakla birlikte (İİK 337/a md.), devrin geçersizliği de alacaklılar tarafından ileri sürülebilir. Diğer bir sınırlandırma ise iflas masasına giren markalara ilişkindir. Müflisin iflas masasına giren malları üzerindeki tasarruf yetkisi sınırlandırmış olduğu için bu süre içerisinde marka üzerinde gerçekleştirilecek devir işleminin geçersizliği ileri sürülebilecektir (İİK 191/I md.).

-TIRK çerçevesinde ticari işletme üzerinde rehin kurulması ve işletmeye ait markanın da rehin sözleşmesinin kapsamına dahil edilmesi durumunda(TIRK 2, 3 md.),

rehin kapsamındaki mallar üzerindeki tasarruf yasağı, marka için de geçerli olacaktır (TİRK 9, 10 md.). Hatta üçüncü kişileri bilgilendirmek ve iyiniyet iddialarını ortadan kaldırmak amacıyla, rehin sözleşmesinin ticaret sicilinde tescilinin ardından derhal ilgili sicillere bildirilir(TİRK 7 md.). Ancak burada bir hususun altını çizmek gerekmektedir. Şöyle ki, işletme üzerinde rehin kurulmuş olması ve rehinli unsurların devredilmesinde rehin alanın onayının alınması kuralına rağmen yapılan devir sözleşmesinin akıbeti, sözleşmenin geçersizliği değildir. Burada tespit edilecek olan husus, kısıtlamaya rağmen devredilen unsurların mülkiyetinin, üzerlerindeki rehin ile mi yoksa rehinsiz olarak mı devralındığıdır (TİRK 10 md.). Rehinli malvarlığı unsurunun, işletmenin sicil bölgesi içinde devralınması durumunda, üçüncü kişinin iyiniyetinin bir önemi olmaksızın, malın mülkiyetini, üzerindeki rehin ile geçecektir (TİRK 10 md.). Ayrıca devredilen unsurların özel sicillerine bildirimde bulunuldu ise artık bu malların sicil bölgesi içerisinde olup olmadığına bakılmaması rehinli olarak devredilmiş olduklarının kabulü gerekir. Dolayısıyla işletme rehminin marka siciline şerh edilmesi durumunda iyiniyetli üçüncü kişi markayı üzerindeki rehin ile devralmış olacağı hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Ancak ticari işletme rehminin marka siciline şerh edilmemesi ihtimalinde, kanaatimiz üçüncü kişinin iyiniyetinin korunacağı ve markayı rehinsiz olarak devralacağı şeklindedir.

4. Markanın devrinin taraflar arasında düzenlenecek yazılı bir devir sözleşmesi ile gerçekleşeceğini belirtmiştik. Ancak devir sözleşmesi dışında da, markanın devri sonucunu doğuran hukuki işlemler bulunmaktadır. Bunların ortak özellikleri, markanın devrine ilişkin yazılı sözleşme şartının istisnalarını oluşturmalarıdır. MarkKHK sadece ticari işletmenin devri suretiyle markanın devri durumunda, markanın devri için yazılı sözleşme şartının aranmayacağı belirtilmiştir (MarkKHK 16/II, III md.). MarkK Tasarısı'nda ise daha ayrıntılı bir düzenlemeye yer verilmiştir (MarkKHK 39/II md.).

5. MarkKHK'da markanın devrine ilişkin diğer bir özel düzenleme ise markanın mahkeme kararıyla devrine ilişkin 17. madde hükmüdür. Bu madenin kapsamı anlamsız şekilde daraltılmakta, hak sahiplerinin zaman ve para kaybına uğramasına neden olmaktadır. Madde ile ticari vekil veya temsilci sıfatına sahip kişilerin, marka sahibinin adına ve/veya hesabına hareket ettikleri sırada öğrendikleri markayı, haklı bir gerekçe veya marka sahibinin izni olmadan kendi adlarına tescil ettirmeleri durumunda, yapılan bu haksız marka tescilinin gerçek hak sahibi tarafından

kendi adına devrinin mahkemededen talep edilebileceği düzenlenmiştir. Uygulamada ve öğretide tartışılan konular ise ticari vekil veya temsilci sıfatına kimlerin sahip olduğu ve bu kişilerin izinsiz olarak yaptıkları marka tescilini haklı gösterebilecek nedenlerinin neler olduğudur. Madde ile ilgili değerlendirmemizin farklı olduğunu belirtmeliyiz. Şöyle ki, maddedeki ticari vekil ve ticari temsilci kavramları geniş yorumlanmalıdır, ki mehaz düzenlemeler olan 40/84 Sayılı Tüzük 18. maddesi ve Paris Sözleşmesinin 6. mük.6. maddesinde “acente ve temsilci” kavramı kullanılmıştır. Demek ki burada bahsedilen sadece BK 449 ve BK 453. maddeleri anlamındaki ticari vekil ve temsilci değildir. Burada ifadesini bulan marka sahibi adına ve/veya onun hesabına, ona bağlı veya bağımsız olarak hareket etmiş, markayı bu ilişki sırasında öğrenmiş olan kişilerdir. Dolayısıyla tek satıcı, acente, tellal, ticari mümessil, ticari vekil, marka sahibinin çalışanı, şirket ortağı, marka sahibinden markalı ürün alan satıcı dahi madde anlamında temsilci sıfatına sahiptirler. Bu kişiler tarafından yapılan kötüniyetli tescilin, mahkeme kararıyla devri amacıyla dava açılabilir.

Ayrıca Sınai Haklara ilişkin diğer mevzuatlara bakıldığında(EndüsKHK 19/IV, PatentKHK 13/I, EnDeTok 25 md.), gerçek hak sahibi tarafından, yapılan haksız tescilin devrinin mahkemededen talep edilebileceği görülmektedir. MarkKHK ile gerçek hak sahibi tarafından sadece markanın hükümsüzlüğünün istenebilmesi(MarkKHK 42/I-b atfı ile 8. md.), mahkeme kararıyla devre ilişkin bir hükmün bulunmaması büyük bir eksikliktir. Bu eksikliğin yanında, markanın mahkeme kararıyla devrine imkan veren tek madde olan MarkKHK 17. maddesini dar yorumlamamak gereklidir.

6. Türk Hukuk sistemimizde ticaret unvanının devrindekine benzer bir sınırlama(TTK 51 md.) markanın devrinde söz konusu değildir. Markanın ticari işletme ile birlikte devredilebileceğine ilişkin bir hüküm markalar ile ilgili ilk düzenleme olan 1288 tarihli Alamenti Farika Nizamnamesi’nden itibaren hiç yer almamıştır. Türk Marka Hukukunda markanın işletme ile birlikte veya işletmeden bağımsız olarak devri konusunda serbestlik tanınmıştır.

Markanın ticari işletme ile birlikte devrinin düzenlendiği MarkKHK hükmü, BK 179 ve TTK 11/II ile de uyumlu olarak, işletmenin devrinin aksi kararlaştırılmadığı sürece markanın devrini de kapsayacağı belirtmiştir. Kanunumuzda ticari işletme devri herhangi bir şekil şartına bağlanmamış (BK 179, 11/I md.) olmakla birlikte, işletmenin devredilen malvarlığı unsurlarının devrine ilişkin özel devir şartlarına uyulması

gerekmektedir. Markanın devrinin özel şekil şartına bağlanmış olmasına rağmen, Kararname’de yer alan istisna gereğince markanın ticari işletme ile birlikte devredilmesi durumunda, markanın devrine ilişkin yazılı sözleşmenin yapılmasına gerek yoktur. Ancak garanti ve ortak markanın devrinde herhangi bir istisnaya yer verilmemiştir. Bu nedenle garanti ve ortak markanın ticari işletme ile birlikte devrini konu alan sözleşmenin yazılı yapılması ve marka siciline tescil edilmesi gerekmektedir. MarkK Tasarısı’nda hükmün korunduğu görülmektedir. Ayrıca belirtelim ki TTK Tasarısı’nda ticari işletme devrine ilişkin büyük değişiklikler yapılmıştır. Şöyle ki, TTK Tasarısı gereğince ticari işletmenin devrinin yazılı sözleşme ile yapılması zorunludur. En önemlisi de işletmenin devrinde, devir kapsamında sayılan malvarlığı unsurlarının devirlerine ilişkin özel şekil şartlarına uyulmasına gerek olmaksızın, ticari işletmenin devri ile devralana geçecek olmasıdır(TTK Tasarı 11 md.). Söz konusu durumun bir külli intikal olduğu açıktır. Bu nedenle TTK Tasarısı gereğince, garanti ve ortak markaların ticari işletme ile birlikte devredilmesi durumunda, devrin geçerliliği için sicile tescil şartı aranmayacaktır.

7. Ticaret şirketlerinin birleşmesine ilişkin kurallar incelendiğinde, yasada birleşmelerine izin verilen şirketlerin(TTK 147 md.) malvarlıklarının geçişinde külli halefiyet ilkesinin geçerli olduğu anlaşılmaktadır (TTK 151, 451 md.). Bu nedenle birleşme sonucunda devredilen marka ister garanti markası isterse ortak marka olsun, Kararname’de yer alan şekil şartlarına uyulmasına gerek olmayacaktır. Birleşme sonucunda markanın devri, birleşme kararının kesinleşmesi ile gerçekleşir. Anonim Şirketlerde birleşme kararının ticaret siciline tescili ile, diğer şirket birleşmelerinde ise birleşme kararının ticaret siciline tescilinin ardından üç aylık itiraz süresinin geçmesi ile karar kesinleşir.

8. Markanın üzerinde rehin kurulmuş olması(MarkKHK 18 md.) ve borcun vadesinde ödenememesi ile rehin alan tarafından rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçilmesi olasıdır(İİK 145, 146 md.). Benzer olarak marka sahibi aleyhine başlatılan haciz yoluyla takip neticesinde markanın üzerine haciz konulması mümkündür(MarkKHK 19 md., İİK 79/II, 103 md.). Her iki durumda da alacağını tahsil edemeyen alacaklı, markanın paraya çevrilmesini talep edebilecektir. Marka üzerinde rehin hakkı tesis edilmesi durumunda tarafların, markanın paraya çevrilmesi hususunda rehin hakkı sahibine özel yetki verilmesi hususunda anlaşabileceklerine ilişkin öğretinin

görüşlerine katılmaktayız. Ancak bu yetki, rehin alanın cebri icra marifetiyle markanın paraya çevrilmesini talep hakkını ortadan kaldırmayacaktır. Paraya çevrilme prosedüründe rehin ve hacizde ortak hükümler uygulanmaktadır (İİK 150/g md.'sinin atfı ile İİK 121 md.). Markanın paraya çevrilmesinde icra müdürü tarafından, icra mahkemesine ve taraflara markanın paraya çevrilmesinde hangi usulün uygulanması gerektiğine ilişkin görüşlerinin sorulması gereklidir. Marka, açık arttırma yoluyla paraya çevrilmeye ihale sonunda, pazarlık suretiyle paraya çevrilmesinde ise kanaatimiz ihale tutanağının düzenlenmesi ile markanın ihale alıcısına geçeceği yönündedir.

9. Markanın miras yoluyla intikal edebileceği MarkKHK 15/I maddesinde belirtilmiştir. Marka sahibinin ölümü ile terekesinde bulunan ve miras yoluyla intikale elverişli olan marka, yasal mirasçılara intikal edecektir. Marka sahibinin ölümü ile mirasın yasal mirasçılara geçişi külli halefiyet ilkesi gereğince olur. Bu nedenle markanın devri için özel bir şekil şartına uyulmasına gerek olmaksızın, marka ölüm ile intikal edecektir. Terekenin sadece markadan oluşuyor olması ihtimalinde, marka sahibinin ölümü ile markanın üçüncü kişiye geçeceğine ilişkin ölüme bağlı tasarruf düzenlenmesi durumunda, bu kişiye atanmış mirasçı adı verilir. Atanmış mirasçılar da, yasal mirasçılar gibi marka sahibinin ölümü ile markayı külli halefiyet ilkesi gereğince kazanırlar.

10. Diğer bir ihtimal ise marka sahibi tarafından, malvarlığında yer alan markanın(belli bir malın) üçüncü kişiye devrine ilişkin ölüme bağlı tasarruf düzenlenmiş olmasıdır. Belli bir marka vasiyetnamesi veya belli bir marka için yapılmış miras sözleşmesi ile belirlenen kişi, vasiyet alacaklısı veya miras sözleşmesi lehtar olarak adlandırılır ve marka sahibinin ölümü neticesinde söz konusu markanın kendisine devrini talep etme yetkisi vardır. Konumuz açısından önemi ise mirasçılarda olduğu gibi, belli mal vasiyetlerinde, cüz'i intikal ilkelerinin geçerli olduğudur. Marka sahibinin ölümü ile marka öncelikle mirasçılara(yasal mirasçı ve atanmış mirasçı) külli halefiyet ilkesi gereğince, kendiliğinden geçmektedir. Vasiyet alacaklısı ise talep hakkına dayanarak, mirasçılardan markanın kendisine devrini talep edecektir. Markanın vasiyet alacaklısına devredilebilmesi için markanın devrine ilişkin yazılı sözleşmenin yapılması gerekmektedir.

11. Taraflardan herhangi biri tarafından yapılan tescil talebini, Enstitü MarkKHK 16/IV. fıkrası anlamında incelemeye tabi tutma yetkisine sahiptir. Enstitü

markanın devrinin, markanın niteliği, kalitesi, coğrafi kaynağı gibi konularda halkı yanılgıya düşürme ihtimalinin varlığını tespit ederse, markanın tescilli olduğu mal ve hizmetlerde sınırlamaya gidilmediği sürece, devri marka siciline tescil etmeyecektir. Markanın başkasına devri, markanın halk tarafından bilinen kalitesinde, niteliğinde veya coğrafi kaynağında değişiklikler meydana getirebilir. MarkKHK’da, mehzaz 40/84 Tüzük’te yer alan hükmün(17.4 md.) aksine, halkın “yanılgıya düşme ihtimalinden” bahsetmektedir. Neyse ki hüküm MarkK Tasarısı’nda “açıkça yanılgı” olarak değiştirilmiştir. Markanın devri ile yanılgıya düşülebilecek konular, ilgili bölümde ayrıntılı olarak açıklandığı için burada tekrar etmiyoruz. Ancak hükmün sağladığı hukuki menfaatten şüpheye düştüğümüzü belirtelim. Zira tescilli olan bir markayı usulüne uygun olarak devralan ve markanın mülkiyetine sahip olduğunu kabul ettiğimiz kişi adına - sadece açıklayıcı nitelikte olduğu belirtilen- bir tescil işleminin yapılmaması ile ne amaçlanmaktadır? Halkın yanılgıya düşme ihtimalinin önüne geçilerek, kamu menfaatinin sağlandığı düşünülebilir ki bunun için markanın terkin edilmesi gereklidir. Tescilli bir markanın devredilmesi sonucunda markanın devralan adına kaydedilmemesi, markanın bu kişi tarafından kullanımını engelleyemez. Marka devralan adına kaydedilmese de, maddi anlamda hak sahibi olan devralan tarafından kullanılabilir. Ayrıca devrin tescili reddedilse bile marka sicilinde kayıtlı gözükün devreden tarafından, devralan adına inhisari lisans sözleşmesi yapılarak, bu sözleşmenin tescili talep edilebilir (MarkKHK 21/X, MarkKHK Yön. 20 md.). Bilindiği gibi inhisari lisans sözleşmesi ile lisans veren(marka sahibi) başkasına lisans veremez ve hakkını açıkça saklı tutmadığı sürece markayı kendisi de kullanamaz. Tabii ki burada inhisari nitelikte olsa da, lisans sözleşmesi ile markanın mülkiyetine sahip olmayı kıyaslamıyoruz, ancak Enstitü’nün amacı, markanın devralan tarafından kullanılmasını engellemek ise – ki markanın devri için tescilin açıklayıcı nitelikte olduğunun kabulü ile daha fazlası mümkün değildir- markanın devralan adına tescil edilmemesi ile markanın kullanımını engellenemez. Halkı yanıltıcı nitelikteki markaların kullanımının önlenmesi için söz konusu markanın sicilden terkin edilmesi gereklidir. MarkKHK’da ise 42/ e bendi ile buna imkan sağlamaktadır. Hüküm gereğince, markanın kullanımını sonucunda, markanın niteliği, kalitesi, coğrafi kaynağı açısından halkın markayı yanlış anlama ihtimali olduğu takdirde, markanın hükümsüzlüğüne karar verilebilecektir. Görüldüğü gibi MarkKHK 16/IV. fıkrasının Enstitü’ye verdiği yetki, markanın kullanımını

engelleyecek ve halkın marka hakkında yanılığa düşme ihtimalinin ortadan kaldıracak güçte değildir. Ayrıca da henüz marka devreden tarafından kullanıma başlanmamışken, halkın yanılığa düşme ihtimalinin tayini oldukça güçtür.

Hükümden bahsederken Enstitü'nün markanın tescilli olduğu mal ve hizmetlerde sınırlama yapılmasını önerdiğinden bahsettik. Farklı düşünceler olmakla birlikte, burada bahsedilen markanın tescilli olduğu mal ve hizmetlerinin bir kısmından vazgeçilmesi veya devir sözleşmesinin kapsamından çıkarılmasıdır.

12. Son olarak belirtmek isteriz ki, marka devrinin, sicile tescili, başlı başına bir sorun teşkil etmekte ve birçok ihtilafa neden olmaktadır. Uygulamada marka devrinin tescili amacıyla yapılan taleplerin MarkKHK 16/IV. fıkra anlamında incelenmediğini, ancak MarkKHK 16/V. fıkra gereğince benzer markaların devredilmediğinden bahisle reddedildiğini görmekteyiz. Tarafların ihmali neticesinde markanın devredildiğinin, sicile tescil işlemlerinin yerine getirilmediği de oldukça sık karşılaşılan bir durumdur. Garanti ve ortak markanın devri hariç, marka devrinin sicile tescilinin açıklayıcı nitelikte olduğu bilinmektedir. Ancak Kararname'nin belirsiz ifadeleri nedeniyle devrin tescil edilmemesinin sonuçları üzerinde durulması gerekmiştir. MarkKHK 16/son bendinde devir sicile tescil edilmediği sürece, tarafların markanın tescilinden doğan haklarını iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri süremeyeceği belirtilmiştir. Bu ifadeyi yorumlarken en üst başlık ve ilke olarak “markanın yazılı sözleşme ile devredildiğini ve devralanın marka üzerinde maddi hukuk bakımından hak sahibi olduğunu, marka sicilinde kayıtlı olan kişinin üzerinde tasarrufta bulunabileceği bir markasının bulunmadığını” unutmamalıyız. Tescilin etkisini ise bu gerçeği unutmuyarak yorumlamalıyız. Dolayısıyla markanın devri sicile tescil edilmese bile, üçüncü kişinin marka üzerinde hak sahibi olmasına imkan yoktur. Hakların kazanılmasına ilişkin sessiz kalmak suretiyle hak kaybı ilkesi ve diğer ihtimaller, ilgili bölümlerde ayrıntılı olarak değerlendirilmiştir.

Devrin tescil edilmemesinden doğan en büyük sorun markaya ilişkin davalarda davacı ve davalı sıfatının belirlenmesinde yaşanmaktadır. Ne yazık ki Yargıtay'ın konu ile ilgili kararları arasında tutarlılık bulunmamaktadır. Konu ile ilgili değerlendirmemiz şöyledir; devredilmiş markanın aleyhine açılacak davalarda, davalı sıfatı asıl olarak marka sicilinde kayıtlı olan kişiye aittir. Üçüncü kişinin sicilde marka sahibi olarak görünen kişiye dava açması doğru olmalıdır. Ancak maddi hukuk anlamında marka

sahibinin de davaya müdahil olarak katılmayı talep etme hakkı bulunduğunun kabulü gerekir. MarkK Tasarısı'nda da hükümsüzlük davasının sicilde kayıtlı olan kişiye karşı açılacağı (MarkK Tasarı48/II md.) ve mülkiyet değişikliği sonucunu doğuran hukuki işlemler sicile kaydedilmediği sürece Enstitü tarafından hak sahibine yapılacak bildirimlerde mevcut Sicil kaydının esas alınacağı (MarkKHK 38/son md.) açıkça ifade edilmiştir.

Devredilmiş, ancak sicilde eski sahibi adına kayıtlı markayı, korumaya yönelik açılacak davalarda davacı sıfatının, sicilde kayıtlı kişiye mi, yoksa markanın geçek sahibine mi ait olduğunu konusundaki kanaatimizi de belirtmeliyiz. Markanın devri tescil edilmese bile marka tescillidir ve Kararname'nin korumasından faydalanacaktır (MarkKHK 6, 9 md.). Özetle Kararname'nin sağladığı korumadan yararlanacak olan "tescilli marka"dır, bu korumayı talep edebilecek olan ise "marka sahibi" dir. Markanın sahibi ise gerekli şekil şartına uyarak markayı mülkiyetini kazanan devralandır(MarkKHK 16/III md.)

Devir, sicile tescil edilmediği sürece tescilden doğan haklar iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez ifadesinin anlamı, bu hakların kötüniyetli, diğer bir deyişle markanın devredildiğinden haberdar olan kişilere karşı ileri sürülebileceğidir. Markanın devredildiğinden haberdar olmaksızın, eski marka sahibinden markaya yönelik hak-örneğin lisans- kazandığını düşünen kişinin, iyiniyetli olan bu kullanımından dolayı kendisine markaya tecavüz veya tazminat davası açılmayacaktır.

Markanın devrinde tescil, garanti ve ortak markaların devrinde olduğu şekilde kurucu etkiye sahip olmalıdır. Aleni olan marka sicilinde yer alan kayıtların doğruluğu hukuk güvenliğini sağlayacaktır. Bu nedenle markanın devrin marka siciline tescili korucu etkiye sahip olmalıdır.

BİBLİYOGRAFYA

- AAKER, David A.** “Capitalizing on the Value of a Brand Name” New Yorks: The Free Press. 1991.
- ACEMOĞLU, Kevork.** Borçlar Kanunu’nun 179. Maddesine Göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, Doçentlik Tezi, İstanbul, 1971.
- AKBİLEK, Nevzat.** Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Anonim Şirket Birleşmelerinde Pay Sahiplerinin Korunması, Ankara, 2009.
- AKDAĞ, Güney.** “*Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nda Şirketlerin Yeniden Yapılandırılmasına İlişkin Düzenlemeler*”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.II, S.1, 2005.
- AKİPEK, Jale G.** Türk Eşya Hukuku, C.I, Ankara, 1972.
- AKİPEK, Jale G/ AKINTÜRK, Turgut,** Eşya Hukuku, İstanbul, 2009.
- AKSOY, Tayfun.** “*Marka Değerlemesi*”, Uluslararası Hukuk Kurultayı - Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku, C.II, Ankara, 2002.
- AKYAZAN, Sıtkı.**“*Menkul Rehninde Teslim Koşulu ve Ayrıcalıkları*”, Batider, Aralık, C.IX, S.2, 1977.
- AKYOL, Şener.** Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul, 2006.
- ANSAY, Tuğrul.**“*Adi Şirket Tüzel Kişi Midir?*”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 1999.
- ANTMEN, Alpay.** Ticari İşletme Rehni, Ankara, 2001.
- ARICI, Mehmet Fatih.** Ticari İşletmenin Aktif ve Pasifi ile Devri, İstanbul, 2008.
- ARICI, Fatih,**“*Anonim Ortaklıkta Nakit Dılı Sermaye Taahhüdünün İmkansızlığının Hükümleri*”, Prof. Dr. Özer Selici’ye Armağan, Ankara, 2006, s. 103 (Sermaye)

- ARIKAN, Serdar.** Fikri ve Sınaf Haklar Hukuk Mahkemeleri, 9-10 Eylül 2004, Ankara, <http://www.abgm.adalet.gov.tr/06sarikan.pdf> (28.11.2009).
- ARKAN, Sabih.** “İşaret İle Marka Arasında Bağlantı İhtimali ve İltibas (Kariştirme Tehlikesi)”, Batider, C.XX, S.2, Aralık 1999. (İltibas Tehlikesi)
- ARKAN, Sabih.** “Marka Hakkına Tecavüz-İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu”, Batider C.XX, S.3, Haziran 2000.(Markasal Kullanım)
- ARKAN, Sabih.** “Yabancı Markaların Türkiye’ de Korunması”, Batider C.XX, S.1, Haziran 1999. (Yabancı Marka)
- ARKAN, Sabih.** Marka Hukuku, C.I, Ankara 1997(Marka Hukuku, C.I).
- ARKAN, Sabih.** Marka Hukuku, C.II, Ankara 1998(Marka Hukuku, C.II).
- ARKAN, Sabih.** “556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK’nın 8/III. Maddesi ile İlgili Bir İnceleme”, Batider, C.XXI, S.4, Aralık 2002.
- ARKAN, Sabih.** Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2009. (Ticari İşletme).
- ARNOLD, David;** “The Handbook of Brand Management” Canada: The Economist Books Limited, 1992
- ARSEVEN, Haydar.** Nazari ve Tatbiki Alamenti Farika Hukuku, İstanbul, 1951.
- ARSLAN, İbrahim.** “Tescilsiz Markaların Korunması”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C.16, S.1, 2008.
- ARSLAN, Kahraman.** KOBİ’lerde Yönetim ve Pazarlama Aracı Olarak; Franchising, İstanbul, 2006.
- ARSLANLI, Halil.** Kara Ticareti Hukuku Dersleri, Umumi Hükümler, İstanbul, 1960.
- ASLAN, Kudret.** Hacizde İstihkak Davası, Ankara, 2005.
- ASLANLI, Halil/ DOMANIÇ, Hayri.** Limited Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi-III, İstanbul, 1989.
- AYAN, Mehmet.** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Konya, 2007(Borçlar Hukuku).
- AYAN, Mehmet.** Eşya Hukuku III, Sınırlı Ayni Haklar, C.III, Konya, 2004(Eşya).
- AYAN, Mehmet.** Medeni Hukuka Giriş, Konya, 2009.(Giriş)

- AYAN, Mehmet.** Miras Hukuku, Konya, 2007(Miras).
- AYAN, Özge.** Acentenin Denkleştirme Talep Etme Hakkı, Ankara, 2008.
- AYAZ, Abdurrahim/ ÇALIK, Güven.** “*Türkiye’de Marka Tescil Uygulamalarına Eleştirel Yaklaşımlar ve Öneriler*”, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, C.VIII, S.1, 2008.
- AYBAY, Aydın.** Miras Hukuku Dersleri, İstanbul, 2002.
- AYBAY, Aydın/ HATEMİ, Hüseyin.** Eşya Hukuku, I.Bölüm, İstanbul, 2009. (Eşya Hukuku)
- AYBAY, Aydın,** Miras Hukuku Dersleri, İstanbul, 2002
- AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet,** Ticaret Hukuku Genel Esasları, Ankara, 2009
- AYİTER, Nuşin.** Mamelek Kavramı Üzerine İnceleme, Ankara, 1968.
- BAHTİYAR, Mehmet.** Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2009(Ticari İşletme).
- BAHTİYAR, Mehmet,** Ortaklıklar Hukuku, İstanbul, 2007, s.40(Ortaklıklar)
- BAHTİYAR, Mehmet,** Anonim Ortaklık Ana Sözleşmesi, İstanbul, 2001(Ana Sözleşme).
- BAINBRIDGE, David I,** Intellectual Property, England, 2007.
- BARLAS, Nami,** Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul, 2008.
- BAŞTUĞ, İrfan/ ERDEM, H. Ercüment.** Ticari İşletme Hukuku Ders Notları, Ankara, 1993.
- BATTAL, Ahmet.** “*Marka Hakkına Tecavüz Davalarında Dava Hakkının Kötüye Kullanılması*”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XVIII, Ankara, 22 Haziran 2001.
- BAYRAM, Elif Betül.** Uluslararası Marka Tescil Sistemleri Madrid Protokolü ile Topluluk Marka Sisteminin Karşılaştırılmalı İncelemesi, Türk Patent Enstitüsü Uzmanlık Tezi, Ankara, 2001. (Yayınlanmamış).
- BAYTAN, Dilek Karakuzu.** Fikri Mülkiyet Hukuku Kavramlar, İstanbul, 2005.

- BELGESAY, Mustafa Reşit.** Türk Kanunu Medenisi Şerhi, Kitap IV, Ayni Haklar, İstanbul, 1956.
- BENTYL, Lionel/ SHERMAN, Brad.** Intellectual Property Law. New York, 2004.
- BERZEK, Ayşe Nur.** “556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname’de Markaların Düzenlenmesi”, Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul, 1998(Marka).
- BERZEK, Ayşe Nur.** Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, İstanbul, 2008(Ticari İşletme).
- BERZEK, Ayşe Nur.**“Tescilli Markanın Korunmasına İlişkin Sorunlar”, Prof.Dr. Hayri Domaniç’e Armağan, İstanbul, 1995(Marka Koruması)
- BİLGE, Mehmet Emin.**“Markanın Yaygın Bir Ad Haline Gelmesi”, Batider, C.XXIII, S.1, Haziran 2005.
- BİLGE, Mehmet Emin.** Ticaret Sicili, İstanbul, 1999, s.27(Ticaret Sicili).
- BİLGE, Necip.** Hukuk Başlangıcı, Ankara, 2008.
- BİLGİLİ, Fatih,** “Adi Ortaklıkların Fiil Ehliyeti ve Alman Federal Mahkemesi’nin Verdiği Yeni Karar Karşısında Ortaya Çıkan Durum”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, C.1, İstanbul, 2002.(Adi Şirket).
- BİLGİLİ, Fatih.** “556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK Hüükümlerine Göre Tescilli Marka Üzerindeki Hakkın Devri”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, C.I, İstanbul, 2009. (Markanın Devri)
- BİLGİLİ, Fatih,** “Tescilli Markanın Rehni”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, C.I, İstanbul, 2009(Markanın Rehni)
- BİLGİLİ, Fatih.** Marka Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması, Ankara, 2006(Kötüniyet).
- BİRBEN, Erhan,** “Müvekkil Tacir İle Acentenin İşçileri Arasında Bir İş İlişkisi Mevcut Mudur?”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C.9, S.1, 2007
- BOUCHOUX, Deborah E.** Intellectual Property, Thomson&West, United States, 2005.

- BOZER, Ali.** “*Ticari İşletme Üzerinde Türk ve İsviçre Hukuku Bakımından Mukayeseli Bir İnceleme*”, Batider, C.I, 1962.
- BOZGEYİK, Hayri.** “*Coğrafi İşaretlerin Kullanımı ve Denetimi, Antep Baklavasının Coğrafi İşaret Olarak Tescili Üzerine*”, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, C.IX, S.2, 2009.
- CALBOLI, Irene.** “Trademark Assignment “With Goodwill”: A Concept Whose Time Has Gone”, Florida Law Review, V.57, N.4, Eylül, 2005.
- CARVALHO, Nuno Pires,** The TRIPS Regime of Trademarks and Designs, İngiltere, 2006.
- CAMCI, Ömer,** Marka Davaları, İstanbul, 1999.
- CAN, Okan,** Marka Hukukunda İhtiyati Tedbir Kavramı, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, C.I, İstanbul, 2009
- CAN, Ozan,** “Tasarım Hukukunda Hükümsüzlük”, FMR, C.8, S.2008/2, s.87.
- CANSEL, Erol.** Türk Menkul Rehni Hukuku, Teslim Şartlı Menkul Rehni, Ankara, 1967.
- CENGİZ, Dilek.** Türk Hukukunda İktibas Veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz, İstanbul, 1995.
- COLEMAN, Allison.** Intellectual Property Law, London, 1994.
- COLSTON, Catherine/ MIDDLETON, Kirsty.** Modern Intellectual Property Law, London, 2005.
- CORNISH, William/ LLEWELYN, David.** Intellectual Propert: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights, London, 2007.
- ÇAKIRCA, Seda İrem.** Adi Alacakların Rehni, İstanbul, 2006.
- CAVENDISH, Michael.** “Avoiding Illegal Trade Transfers: introducing the assignment-in-gross”, Florida bar Journal, Mart, 2000,
http://findarticles.com/p/articles/mi_hb6367/is_3_74/ai_n28764565/pg_5/?tag=content;col.
- ÇELEBİCAN, Özcan Karadeniz.** Roma Eşya Hukuku, Ankara, 2006.

- ÇOKER, Fahri/ KAZANCI, Sadi.** Türkiye Cumhuriyeti Kanunları, C.6, Ankara, 1973.
- ÇOKER, Fahri/ KAZANCI, Sadi.** Türkiye Cumhuriyeti Kanunları, C.6, Ankara, 1973
ÇOKER, Fahri/KAZANCI, Sadi, Türkiye Cumhuriyeti Kanunları, C.6, Ankara, 1973
http://www.wipo.int/edocs/mdocs/govbody/en/a_34/a_34_13.doc
(14.10.2009)
- ÇOLAK, Uğur.** “Paris Sözleşmesinin 6. maddesi Anlamında Tanınmış Markalar, Bu Tanınmışlığın Nasıl Belirleneceği Sorunu ve WIPO Kriterleri”, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, C.IV, S.3, 2004.
- DELİDUMAN, Seyithan.** “5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununa Göre Haczin Konusu”, Ankara Barosu Uluslar arası Hukuk Kurultayı 2002.
- DERİCİOĞLU, Hayri.** Marka Mevzuatımız ve Tatbikatı, C.I, Mevzuat, Ankara 1967. (Mevzuat)
- DERİCİOĞLU, Hayri.** Türk Sınai Mülkiyet Mevzuatı ve Tatbikatı, C.I, Mevzuat ve Mevzuatın Geçirdiği Safhalar, Ankara, 1957. (Mevzuatın Geçirdiği Safhalar).
- DINWOODİE, Graeme B./ HENNESSEY, William/ PERLMUTTER, Shire.** International Intellectual Property Law and Policy, USA, 2001.
- DİRİKAN, Hanife.** Tanınmış Markanın Korunması, Ankara, 2003.
- DİRİKAN, Hanife,** “Tescilli Markayı Kullanma Külfeti”, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul 1998, s.246(Kullanma Külfeti)
- DOĞAN, Beşir Fatih.** “Marka Hukukunda Kullanım Sonucu Ayırt Edici Gücün Kazanılması Anı”, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukukun Dergisi, C.VIII, S.4. 2008.
- DOYLE, Peter.** “Marketing Management and Strategy” 3rd Edition. Europe: Preatice Hall, 1998
- DOMANIÇ, Hayri.** Türk Ticaret Hukuku Şerhi, C.I, Umumi Hükümler, Ticari İşletme, Kolektif Şirketler, Adi Şirketler, Komandit Şirketler, İstanbul, 1988. (Şahıs Şirketleri)

- DOMANIÇ, Hayri/ ULUSOY, Erol.** Ticaret Hukukunun Genel Esasları, İstanbul, 2007.
- DÖNMEZ, İrfan.** Markalar ve Haksız Rekabet Davaları, Ankara, 1987.
- DÖNMEZ, Murat.** “*Marka Haczi ve Paraya Çevrilmesi*”, TBBD, S.84, Eylül-Ekim, 2009(Marka Haczi).
- DURAL, Ali.** “*Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Uyarınca Acentenin Denkleştirme Talep Etme Hakkının Maddi Şartları*”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.1. 2005.
- DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut.** Türk Özel Hukuku, Miras Hukuku, C.IV, İstanbul, 2003.
- DURMAN, Okay.** İcra İflas Hukuku Açısından Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, İstanbul, 2009.
- ERCAN, İsmail.** İcra ve İflas Hukuku, İstanbul, 2006.
- ERDEM, Bahadır,** “*Fikri Haklarda Ülkesellik Prensibi*”, Prof. Dr. Nihal Uluocak’a Armağan, Ankara, 1999, s.39(Ülkesellik Prensibi).
- ERDEM, Bahadır,** “*Fikri Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk*”, 1. İstanbul Fikri Mülkiyet Hukuku Sempozyumu, 05-06 Mayıs 2005(Fikri Haklar)
- ERDEM, Ercüment.** “*Tek Satıcılık Sözleşmesinde Denkleştirme Talebi (Müşteri Tazminatı)*”, Ünal Tekinalp’e Armağan, C.I, İstanbul(Tek Satıcı).
- ERDEM, Ercüment.** “*Türk ve İsviçre Hukuklarında Denkleştirme Talebi*”, İsviçre Borçlar Kanunu’nun İktisabının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku’nun Türk Ticaret Hukuku’na Etkileri, İstanbul, 2009, s.197(Denkleştirme Talebi);
- EREN, Fikret.** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2003.
- ERGÜNE, Mehmet Serkan.** Hukukumuzda Taşınır Rehninin, Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehninin Kuruluşu, İstanbul, 2002.
- ERİŞ, Gönen.** Türk Ticaret Kanununun Ticari İşletme ve Şirketler, C.I, Ankara, 2007(Şerh)
- ERİŞ, Gönen.** Hacizden Doğan İstihkak Davaları, Ankara, 1994.

- ERTABAK, Ünal.** Tek Satıcının “Müşteri Tazminatı” Talebi ve Müşteri
- ERTAŞ, Şeref.** Yeni Türk Medeni Kanununa Göre Eşya Hukuku, Ankara, 2005(Eşya Hukuku).
- ERTAŞ, Şeref.** “*Ticari İşletme Rehni*”, Prof. Dr.İrfan Baştuğ Anısına Armağan, İstanbul, 2005.
- ERTEN, M. Ali.** Bankacılık Uygulamasında Ticari İşletme Rehni, Ankara, 2001.
- ERTURGUT, Mine.** İcra ve İflas Hukukunda Menkullerin Paraya Çevrilmesi, Ankara, 2000.
- ESENER, Turhan/ GÜVEN, Kudret.** Eşya Hukuku, Ankara, 2008.
- EYÜBOĞLU, Samiye.** “*Tanınmış Marka*”, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Yıl.1, C.1, S.2, Ankara 2001.
- EYÜPOĞLU, Samiye.** “*Entegre Devre Topografyaları*”, Sınai Haklarda Son Gelişmeler, Fisaum Yayınları, Ankara, 4 Nisan 2001.
- FEZER, Karl-Heinz.** Markenrecht : Kommentar zum Markengesetz, Münih, 2009.
- FRANKO, Nisim.** “*Yargıtay Kararları Açısından Marka İltibası Sebebiyle Haksız Rekabet*”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu X, Ankara, 09 Nisan 1993.
- FRANKO, Nisim.** Acentenin Ücret Hakkı, Reha Poroy’a Armağan, İstanbul, 1995.
- GENÇCAN, Ömer.** Uğur, Miras Hukuku, 2008
- GİRAY, R. Eda.** “*Limited Şirketin Haklı Sebep ve Feshi ve Yargıtay’ın Yaklaşımı*”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Hukuk Özel Sayısı, Y.6, S.12, Güz, 2007.
- GÖLE, Celal,** Anonim Ortaklıklarda Nakdi Sermaye Koyma Borcu ve Bu Borcu İfada Temerrüt, Batider, Ankara, 1976.
- GÜLARI, Sekinet Nur,** Avrupa Topluluk Markası Siteminin İncelenmesi, Ankara, 2008, TPE Markalar Dairesi Başkanlığı(Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi)

- GÜNDOĞDU, Gökmen.** Türk Hukukunda Coğrafi İşaret Kavramı ve Korunması, İstanbul, 2006.
- GÜNEREN, Ali.** İcra ve İflas Hukukunda İstihkak Davaları, Ankara, 2008.
- GÜRZUMAR, Osman.** Franchise Sözleşmesi ve Bu Sözleşmenin Temelini Oluşturan Sistemlerin Hukuken Korunması, İstanbul 1995. (Franchise)
- GÜRZÜMAR, Osman.** “Yeni Markalar Kanunu Işığında İsviçre Marka Hukukunda Meydana Gelen Gelişmeler”, Yargıtay Dergisi, C.20, S.4, 1994. (Gelişmeler)
- HALPERN, Sheldon/ NARD, Craig Allen/ PORT, Kenneth L.** Fundamentals of United States Intellectual Property Law: Copyright, Patent, and Trademark (Kluwer Law International Title), London, 2006
- HATEMİ, Hüseyin.** Medeni Hukuka Giriş, İstanbul, 2004.(Giriş)
- HATEMİ, Hüseyin,** Miras Hukuku, İstanbul, 2004(Miras).
- HAZNEDAR, İbrahim Murat.** Ticari İşletme Rehni ve Paraya Çevrilmesi, İstanbul, 2008.
- HELVACI, İlhan.** Türk Medeni Kanununa Göre Lex Commissoria(Mürtehinin Merhunu Temellük) Yasağı, İstanbul, 1997.
- HELVACI, Mehmet.** Anonim Ortaklıkların Bölünmesi, Yeniden Yapılandırma Modeli Olarak Bölünme, İstanbul, 2004.
- HIRSCH, Ernest.** Hukuki Bakımdan Fikri Sây, C.I, İstanbul, 1942.
- HOLGERN, Shelden W.** Fundamentals of United States Intellectual Property Law; Copyright, Patent and Trademark; London, 1999.
- ILDIR, Ali,** “Marka Değerlemesi ve Marka Eğerinin Bilançolarda Gösterilmesi”, *Analiz Cilt.5 Yıl: 14 Sayı: 14 Ekim 2005*
- IRISH, Vivien.** Intellectual Property, London, 1991.
- İMRE, Zahit/ ERMAN, Hasan.** Miras Hukuku, İstanbul, 2003.
- İMREGÜN, Oğuz.** Kara Ticaret Hukuku Dersleri (Genel Hükümler, Ortaklıklar, Kıymetli Evrak), İstanbul, 2005.

- İNAN, Ali Naim/ ERTAŞ, Şeref.** Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, İstanbul, 2000.
- İŞGÜZAR, Hasan.** Tek Satıcılık Sözleşmesi, Ankara, 1989
- KANİTİ, Salamon.** “İsviçre Federal Mahkemesinin Markalar Arasında İltibasla İlgili Kararları”, C.II, S.2, Batıder, 1961.
- KANTEK, Tomris.** “Markanın Devri”, Türkiye Noterler Birliği Dergisi, Ankara, S.125, 2005.
- KARAAHMET, Erdoğan.** “Sinai Mülkiyet Haklarının Korunmasına İlişkin Uluslararası Anlaşmalar”, Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü, Avrupa Araştırmaları Dergisi, C.4, S.1-2, 1995/1996.
- KARAAHMET, Erdoğan,** “Türkiye’de Marka Korumasının Dünü Bugünü ve Yarını”, “Marka Koruması” Uluslararası Sempozyumu, Bildiriler, 24-25 Haziran 1998, İstanbul, s. 107(Marka Koruması).
- KARAAHMET, Erdoğan/ YALÇINER, G. Uğur.** Marka Tescilinin Temel İlkeleri ve Uygulamaları, TPE Yayın No:19, Ankara, 1999.
- KARAASLAN, Erol.** “Alacaklılardan Mal Kaçırarak Amacıyla Ticari İşletmenin Devri ve Türk Hukukunda Bir Bilinmeyen: B.Y. md. 179”, Manisa Barosu Dergisi, Y.18, S.70, Temmuz-Ekim 1999.
- KARAHAN, Sami/ SULUK, Cahit/ SARAÇ, Tahit/ NAL, Temel.** Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, Ankara, 2009. (KARAHAN, Fikri Mülkiyet)
- KARAHAN, Sami.** Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları, Konya, 2002. (KARAHAN, Hükümsüzlük)
- KARAHAN, Sami.** Ticari İşletme Hukuku, Konya 2009. (Ticari İşletme)
- KARAHAN, Sami.** “Haksız Rekabet Davalarında Dava Zamanaşımaları ve Sessiz Kalma Nedeniyle Hakkın Kaybı İlkesi”, Prof.Dr. Hayri Domaniç’e 80.Yaş Günü Armağanı, C.1, İstanbul, 2001.
- KARAHAN, Sami.** “Markalarda İltibas”, SÜHFD, C.III, S.3, 1990. (Markalarda İltibas)

- KARAHAN, Sami.** “*Markanın Tescil ve Korunmasında Sınıfsal Sınırlar*”, Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, , S.1, Y.2005-2006 (Sınıf).
- KARAHAN, Sami.** “*Sınai Haklarda Hükümsüzlük Davaları*”, Fikri ve Sınai Haklar, İhlaller&Davalar, İstanbul Barosu Yayınları, 2008.
- KARAHAN, Sami.** “*Süper Lüks, Süper 1, Ekstra ve Lüks 1 İşaretlerinin Gıda Markalarında Kullanılması Mümkün müdür?*”, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Yıl.1, C.I, S.3, Ankara 2001. (Süper Lüks)
- KARAHAN, Sami.** “*Tescilsiz Markanın Korunmasında Marufiyet (bilinirlik) Şartı*”. Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, C.IV, S.2, 2004.
- KARAHAN, Sami.** “*Gerçek Kişi Unvanlarının Korunması ve Sessiz Kalma Nedeniyle Hakkın Kaybı İlkesi*”, Batider, C.XXI, S.1, 2001.
- KARAHASAN, Mustafa Reşit.** Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, Öğreti - Yargıtay Kararları - İlgili Mevzuat, C.I, İstanbul, 2002. (Yeni TMK)
- KARAKOÇ, İrem.** “*Uluslararası Hukukta Emredici Kural (JUS COGENS=PEREMPTORY NORMS) Olgusuna Hukuksal Bir Yaklaşım*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.1, 2006.
- KARAMAN, Fatma.** Marka Hukukunda Markanın Ülkeselliği İlkesi, İstanbul, 2008. (yayınlanmamış tez).
- KARAN, Hakan/ KILIÇ, Mehmet.** Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Ankara, 2004.
- KARASU, Rauf.** “*Spekülasyon ve Engelleme Markaları*”, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, C.8, S.3, 2008.
- KARAYALÇIN, Yaşar.** Ticaret Hukuku, I Giriş-Ticari İşletme, Ticaret Hukuku, Giriş, Ticari İşletme, Ankara, 1968(Ticari İşletme).
- KARAYALÇIN, Yaşar,** Ticaret Hukuku II Şirketler Hukuku (A. Giriş- Adi Şirket-Ticaret Şirketleri), Ankara, 1973(Şirketler).
- KAYA Nomer Ertan.** Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2006.
- KAYA, Aslan.** Marka Hukuku, İstanbul, 2006.

- KAYA, Yusuf.** “*Marka Değerleme Metotları ve Bu Metodların Kullanımında Sermaye Piyasası Mevzuatı Açısından Çıkabilecek Sorunlar*”, Cumhuriyetin 80. yılına Armağan, C.2, Ankara, 2002.
- KAYAR, İsmail.** “*Adi Şirketin Ticaret Unvanı ve Ticaret Siciline Tescili*”, Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, C.I, 2002,
- KAYHAN, Fahrettin.** “*Türk patent Enstitüsü’nün marka Hakkının tescili Süresince Aldığı Kararların İptali Davası*”, FMR, S.4, 2003.
- KAYIHAN, Şaban.** Ticari İşletme Rehni, İstanbul, 1996(İşletme Rehni).
- KAYIHAN, Şaban.** Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi, Ankara, 2008(Acente).
- KAZGAN, Haydar.** “*Sinaî ve Ticari Markaların Pazarlamadaki Rolü*”, İTOM, C.79,1963.
- KHOURY, Amir H.,** “The Development of Modern Trademark Legislation and Protection in Arab Countries of the Middle East”, University of the Pacific, McGeorge School of Law, The Transnational Lawyer, Spring, 2003.
- KILIÇ, Şule Al.** Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Ticaret Şirketlerinin Birleşmesi, İstanbul, 2009.
- KILIÇOĞLU, Ahmet.** Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Ankara, 2006.
- KIRCA, Ciğdem.** Franchise Sözleşmesi, Ankara, yılı belirtilmemiştir
- KIRCA, İsmail.** “*Tescilli Markanın Başvuru Eserlerinde Yer Alması*”, Batider, C.XXII, S.2, Aralık, 2003.
- KIRCA, İsmail.** Markaların Milletlerarası Tescili(Madrid Sistemi), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No:424, XII, Ankara, 2005. (Madrid Sistemi)
- KIZILTEPE, Hakan.** “*Türkiye’de Marka Tescili*”, İstanbul Barosu Dergisi, Fikri ve Sınai Haklar Özel Sayısı, S.4, Temmuz, 2007.
- KLETT, Alexander R./SONNTAG, Matthias/ WILSKE, Stephan.** Intellectual Property Law in Germany, Münih,2008.

- KNAAK, Ronald.** “The Protection of Geographical Indications According to the TRIPS Agreement”, IIC Studies, C.18, Munbich, 1996.
- KOÇ, Mehmet.** Finansal Kiralama (leasing), İstanbul, 2004.
- KOTLER, Philip.** “Marketing Management” 12th Edition. New Jersey: Prentice Hall. 2006.
- KOYUNCU, Gülhüda Şerife.** Markanın Türkiye’de Tescili ve Uluslar arası Tescil, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Reyegan Kender’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul, 2007
- KÖPRÜLÜ, Bülent/ KANETİ, Selim.** Sınırlı Ayni Haklar, İstanbul, 1982-1983.
- KÖTELİ, Argun.** Karşılaştırılmalı Hukuk ve Türk Hukukunda Finansal Kiralama (Leasing Sözleşmeleri), İstanbul, 1991.
- KUNTALP, Erden.** “*Lex Commissora Yasağı Kavramı, Koşulları ve Uygulama Alanı*”, İnan Kıraç’a Armağan, İstanbul, 1994(Lex Commissoria).
- KUNTALP, Erden.** “*Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk*”, Reha Poroy’a Armağan, İstanbul, 1995.
- KURU, Baki.** “*Ticareti Terk Eden Tacirlerin Bulunduğu Hükümler*” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XXVII, S.1-2, 1970.
- KURU, Baki.** İcra ve İflâs Hukuku (El Kitabı), Ankara, 2004.
- KURU, Baki.** *Türk Hukukunda İflâsa Tâbi Olan Şahıslar*”, Banka ve Ticaret Hukuku Haftası, Ankara, 1962.
- KURU, Baki,** “ *Hukuk Usulünde Görevsizlik ve Yetkisizlik Kararları Üzerine Yapılacak İşlemler*”, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/336/3421.pdf>
- KURU, Baki/ ARSLAN, Yılmaz/ YILMAZ, Ejder.** İcra ve İflas Hukuku, Ankara, 2004(KURU, İcra Hukuku).
- KURU, Baki/ ARSLAN, Yılmaz/ YILMAZ, Ejder.** Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2007(KURU, Medeni Usul).
- KÜÇÜKALİ, Canan.** Marka Hukukunda Karıştırma Tehlikesi, Ankara, 2009.

- LANGE, Paul.** Marken-und Kennzeichenrecht, Mnh, 2006.
- MATTER, Ervin.** “svire Hukukunda Markaların Devri”, ev. Akar cal, ETAD, S.1, 1976.
- MCGRAFT, Kate/ ELAN, Stephen.** Trademark, Berkeley, 1992.
- MERAN, Necati.** Marka Hakları ve Korunması, Ankara, 2008.
- MMAROLU, Sait Kemal.** Ticaret Hukuku, C.I, letme Hukuku, 2. Basım, Ankara 1970.
- MOROLU, Erdoğan.** “Anonim Ortaklığa Sermaye Olarak Taşınmaz Mal veya üzerinde Bir aynı Hakkın Konulması Taahhüdünün Hukuki Sonuçları ve Yargıtay Kararları”, C.XXI, S.1, Haziran, 2001.
- MUUL, Timuçin.** cra ve flas Hukuku, stanbul, 2005.
- NARBAY, afak/ DELDUMAN, Seyithan,** “Alman Federal Mahkemesi’nin (Dış)-Adi irketin Hak ve Taraf Ehliyetine Sahip Olduğuna likin 29.01.2001 Tarihli Kararı”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Ya Günü Armağanı, C.I, stanbul, 2002,s.577
- NARBAY, afak/ DELDUMAN, Seyithan,** “Alman Federal Mahkemesi’nin (Dış)-Adi irketin Hak ve Taraf Ehliyetine Sahip Olduğuna likin 29.01.2001 Tarihli Kararı”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Ya Günü Armağanı, C.1, stanbul, 2002.
- NOYAN, Erdal.** Marka Hukuku, Ankara, 2009.
- OCAK, Nazmi.** “Markalarda Tescilin sağladığı Korumanın Kapsamı”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Ankara, 2003.
- OKTAY -ZDEMR-,** Saibe, “Fikri Nitelikteki Sınai Değerler zerindeki Haklar ile Bunlara likin Verilen Lisansın Hukuki Niteliği”, Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, stanbul, 2004
- OĞUZMAN, Kemal/ BARLAS, Nami.** Medeni Hukuk, stanbul, 2008.
- OĞUZMAN, Kemal/ Z, Turgut.** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, stanbul, 2009.

- OĞUZMAN, Kemal/ SELİCİ, Özer/ OKTAY- ÖZDEMİR, Saibe.** Eşya Hukuku, İstanbul, 2006.
- OMAĞ, Merih Kemal.** “*Türk Hukukunda Ticari İşletme Rehni*”, İİTİAD, 1976.
- OMAĞ, Merih Kemal.** “*Marka Hukuku ve Rekabet Hukuku Açısından Markanın Korunması*”, Hukuk Araştırmaları, Ocak-Aralık, C.6, 1991(Marka)
- OMAĞ, Merih Kemal.** “*Ticari İşletmenin Yapısı*”, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rageyan Kender’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul, 2007 (Ticari İşletme)
- ORTAN, Ali Necip.** Patent Lisansı Sözleşmesi, Ankara, 1979.
- OYTAÇ, Kutlu.** “*Tanınmış Markalarda Uluslararası ve Ulusal Kavram Kargaşasına Son*”, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, C.I, S.3, 2001.
- OYTAÇ, Kutlu.** Karşılaştırmalı Markalar Hukuku, İstanbul, 2002(Markalar Hukuku).
- ÖÇAL, Akar,** Ticaret Unvanının Devri, EİTİAD, 1973, C.9, S.1.
- ÖCAL, Akar.** Türk Hukukunda Markaların Himayesi, Ankara 1967(Markaların Himayesi).
- ÖNEN, Ergun.** Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara, 1972.
- ÖZARMAĞAN, Müge.** Marka Hakkının Kullanmama Nedeniyle Sona Ermesi, İstanbul, 2008,
- ÖZCAN, Mehmet.** Avrupa Birliğinde Fikri ve Sınai Haklar, Ankara, 1999.
- ÖZDEMİR, Saibe Oktay.** Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, İstanbul, 2002.
- ÖZDİLEK, Yurdaer .** “*Markaların Kullanımla Ayırt Edici Nitelik Kazanması*”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, C.I, İstanbul, 2007.
- ÖZEL, Çağlar.** Marka Lisansı Sözleşmesi, Ankara, 2002.
- ÖZMUMCU, Seda,** Cebri İcra Hukukunda Pazarlık Suretiyle Satış, İstanbul, 2005.

- ÖZSUNAY, Ergun.** “551 Sayılı Markalar Kanunu Döneminde Markalara İlişkin Bazı Önemli Sorunlar ve Markaların Korunması Hakkında KHK/556 İle Öngörülen Çözüm ve Yenilikler”, Markalar Hukukunun Avrupa Birliği’ne Uyumu ve Sorunları Semineri, İTO Yayını, No:39, İstanbul, 1995.(Marka)
- ÖZSUNAY, Ergun.** Medeni Hukuka Giriş, İstanbul, 1986.(Giriş)
- ÖZTAN, Bilge,** Miras Hukuku, Ankara, 2008.
- ÖZTEK, Selçuk.** “556 Sayılı KHK çerçevesinde Benzer Mal ve Hizmet Kavramı”, İstanbul Barosu Dergisi, Fikri ve Sınai Haklar Özel Sayısı, Temmuz, 2007.
- PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ ÖZEKES, Muhammet.** İcra ve İflâs Hukuku, Ankara, 2008(İcra Hukuku).
- PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ ÖZEKES, Muhammet.** Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2008(Medeni Usul).
- PEKDİNÇER, Tamer.** “Marka Hakkı ve Korunması”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2001, (Yayınlanmamış Doktora Tezi)(Marka Koruması).
- PEKDİNÇER, Tamer.** “Markanın Devri”, I. İstanbul Fikri Mülkiyet Hukuku Sempozyumu, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2005(Markanın Devri).
- PEKDİNÇER, Tamer.** “Ticari Vekil veya Temsilci Tarafından Sınai Hak İhlali”, Fikri ve Sınai Haklar, İhlaller&Davalar, İstanbul Barosu Yayını, 2008. (Sınai Hak İhlali)
- PHILLIPS, Jeremy.** Trade Mark Law, New York, 2003.
- POROY, Reha/ TEKİNAL, Ünal/ ÇAMOĞLU, Ersin.** Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul, 2000. (Ortaklıklar)
- POROY, Reha/ TEKİNALP, Ünal.** “Marka Hakkına İlişkin Bazı Sorunlar”, Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan, Batider, Ankara, 1990.
- POROY, Reha/ YASAMAN, Hamdi.** Ticari İşletme Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2004.
- POSTACIOĞLU, İlhan E.** İflas Hukuku İlkeleri, İstanbul, 1978.

- PULAŞLI, Hasan.** “*Şirket Satın Alma ve Birleşmelerinde İşletme Değerlemesi ve Due Dilligence*”, Batider, Aralık, C.XXIV, 2007.
- PULAŞLI, Hasan.** Şirketler Hukuku Temel Esaslar, Adana, 2008.
- REİMER, Dietrich.** Markanın Müstakilen Devri, Türkiye İktisat Gazetesi, S.268, 1958. (Çev. Uygunar, Muzaffer)
- REİSOĞLU, Seza.** Ticari İşletme Rehni ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Ankara, 1977.
- SANLI, Erdal.** “*Türk Patent Enstitüsü Kararları Aleyhine Açılan Davalar*”, Marka Koruması Uluslararası Sempozyumu, 24-25 Haziran, İstanbul, 1998.
- SARGIN, Fügen.** Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticari Marka lisans Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Ankara, 2002.
- SCHECHTER, Roger E./ THOMAS, John R.** Intellectual Propert The Law Of Copyrights, Patents and Trademarks, United States, 2003.
- SCHULTZ, Detlef.** Kommentar zum Markenrecht, Farnkfurt, 2007.
- SEROZAN, Rona.** Medeni Hukuk, Genel Bölüm, İstanbul, 2005. (Giriş)
- SEROZAN, Rona.** Sağlararası İşlem Yoluyla Ölüme Bağlı Kazandırma, İstanbul, 1979(Ölüme Bağlı Kazandırma)
- SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkay,** Miras Hukuku, Ankara, 2004,s.77.
- SERT, Selin.** Markanın Kullanılması Yükümlülüğü, Ankara, 2007.
- SHILLING, Dana.** Essentials of Trademarks and Unfair Competition, 2002.
- SHULTZ, Detlef.** Markenrecht Kommentar, Frankfurt, 2007.
- SİRMEN, A. Lale.** Alacak Rehni, Ankara, 1990.
- SMITH, Gordon V./PARR, Russell L.,**Intellectual Property: Valuation, Exploitation and Infringement Damages, 2009 Cumulative Supplement, Kanada, 2009.
- SMITH, Porr.** Intellectual Property, United States, 2004.
- STECKER, Matthies W..** Webvertising, Unfair Competition and Trademark on the Internet, London, 1999.

- STERN, Stephen.** Geographical Indications and Trade Marks: Conflicts and Possible Resolutions, www.wipo.int/meeting/2003/geo-ind/en/documnts/index.htm (03.07.2008).
- STIM, Richard.** Patent, Copright&Trademark, New York, 2009.
- ŞANAL, Osman.** Markanın Hükümsüzlüğü, Ankara, 2006.
- TANDOĞAN, Haluk.** “*Tek Satıcılık Sözleşmesi*”, Batider, C.XI, S.4, Aralık, 1982.
- TANDOĞAN, Haluk.** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.I, İstanbul, 1988.
- TRITTON, Guy.** Intellectual Propety in Europe, Londra, 1996.
- TROLLER,Kamen.** Grundzüge des Schweizerischen Immaterialgüterrechts, Münih, 2005.
- TÜRK, Hikmet.** Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi, Ankara, 1996. (Birleşme).
- Türk Patent.** Türk Paten Enstitüsü Yayını(Dergi), Mayıs –Haziran 2005.
- TÜZÜNER, Özlem.** Marka Rehni Sözleşmesi ve Uygulanacak Hukuk, İstanbul, 2007.
- USLU, Ozan.** Ticaret Şirketlerinde Birleşme-Devir-Bölünme-Nevi Değişirme Esasları ve Vergisel Boyutu, 2004.
http://www.alomaliye.com/ozan_uslu_birlesme_devir.htm (08.05.2009)
- USTA, Songül.** Markanın Devri ve Haczi, İstanbul, 2005. (yayınlanmamış tez)
- UTKU, Doruk.** Sınai Hakların Rehni, Ankara, 2009.
- UYAR, Tahir.** “*İcra Hukukunda İstihkak Davasının Açılma Süresi*”, Kayseri Baro Dergisi, 1995(Süreler).
- UYAR, Tahir.** “*İcra Hukukunda Süreler*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Kasım-Aralık, 2004(Süre)
- UYAR, Tahir.** İcra İflas Kanunu Şerhi, C.6, Ankara, 2006.
- UYAR, Tahir.** “*Yargıtay Kararlarında Dürüstlük(Objektif İyiniyet) Kuralı(MK.2/I) ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı(MK.2/II)*”, Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, İzmir, 2000(Dürüstlük Kuralı)

- UYAR, Talih** “*Alacaklının Hacz edilmiş Malları Paraya Çevrilmesini İsteme Hakkı (İİK md. 106)*”, Türkiye Noterler Birliği, Ankara, 2006(Paraya Çevirme)
- UYAR, Talih.** İcra Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi, Ankara, 1992(Rehin)
- UYAR,Tahir.**“*Hacizden Doğan İstihkak Davalarının Sonuçları*”, Kudret Ayiter’e Armağan, Ankara, 1987(İstihkak)
- UZUNALLI, Sevilay.** Avrupa Birliği Uyum Sürecinde Markanın Köken Ayırt Etme İşlevi İle Bağlantılı Kavramların Yorumu, İstanbul, 2008.
- ÜLGEN, Hüseyin/ TEOMAN, Ömer/ HELVACI, Mehmet/ KENDİGELEN, Abuzer/ KAYA, Aslan/ ERTAN/ Füsün Nomer.** Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2006. (ÜLGEN, Ticari İşletme)
- ÜLKÜ, Murat Fatih/ KARAASLAN, Erol,** “*Alacaklılardan Mal Kaçırarak Amacıyla Ticari İşletmenin Devri ve Türk Hukukunda Bir Bilinmeyen: B.Y. md. 179*”, Manisa Barosu Dergisi, Temmuz-Ekim/1999, Y.18
- ÜNAL, Mücahit.** Marka Tescilinden Doğan Haklarla İlgili Hukuki İşlemler, İstanbul, 2007.
- ÜNLÜATLI, S. Berna.** “*Markanın Tarihi Gelişim Süreci ve Türkiye’de Marka Koruması*”, Adana Barosu Dergisi, Ekim- Kasım-Aralık, Y.1, S.4, Adana, 2007.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim.** İcra Hukukunun Esasları, İstanbul, 2004(İcra).
- ÜSTÜNDAĞ, Saim.** Medeni Yargılama Hukuku, C.I-II, İstanbul, 2000(Medeni yargılama).
- WENSTEİN, David A..** How to Protect your Creative Work, United State, 1987.
- YALÇINER, Uğur.** “*Türkiye’de Marka Uygulamaları ve Markaların Korunması Hakkında KHK’nın Getirdikleri*”,Markalar Hukukunun Avrupa Birliği’nde Uyum ve Sorunları, İTO, Yayın No: 1995-39, İstanbul.(Marka Uygulamaları)
- YALÇINER, Uğur.** Sınai Mülkiyet İlkeleri, Ankara, 2000. (İlkeler)

- YALMAN, Süleyman.** Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara, 2006.
- YASAMAN, Hamdi.** “*Paris Anlaşması Anlamında Tanınmış Markalar*”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, İstanbul, C.1, 2002.
- YASAMAN, Hamdi.** “*Şirketlerin Birleşme ve Bölünmeleri*”, Ünal Tekinalp’e Armağan, C.I, İstanbul, 2003. (Bölünme)
- YASAMAN, Hamdi.** “*Tanınmış Marka*”, Halil Arslanlı’nın Anısına Armağan, İstanbul, 1978.
- YASAMAN, Hamdi.** “*Tanınmış Markalar*”, Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi, S.1, 2005.
- YASAMAN, Hamdi.** Anonim Ortaklıkların Birleşmesi, Ankara, 1987. (Birleşme)
- YASAMAN, Hamdi/ AYTAY, Sıtkı Anlam/ AYOĞLU, Tolga/ YUSUSFOĞLU, Fülürya/ YÜKSEL, Sinan.** Marka Hukuku, İstanbul, C.I, 2004, (Yasaman, Marka Hukuku, C.I).
- YASAMAN, Hamdi/ AYTAY, Sıtkı Anlam/ AYOĞLU, Tolga/ YUSUSFOĞLU, Fülürya/ YÜKSEL, Sinan.** Marka Hukuku, İstanbul, C.II, 2004 (YASAMAN, Marka Hukuku, C.II).
- YAVAŞ, Murat.** Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ile Bu kuralların İstisnaları, Ankara, 2009.
- YAVUZ, Cevdet.** Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, İstanbul, 2007.
- YILDIRIM, Nevhis Deren.** “*Marka Hukukunda İhtiyati Tedbirlere İlişkin Sorunlar*”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, C.II, İstanbul, 2003.
- YILDIRIM, Nevhis Deren.** Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınâî Mülkiyette İhtiyati Tedbirler, Doçentlik Tezi, İstanbul, 1998.
- YILDIRIM, Ali Haydar/ KOLOTOĞLU, Olcay.** Anonim ve Limited Şirketlerin Kuruluşu- Tasfiyesi Birleşmesi Devri Nevi Değişikliği Bölünme ve Hisse Değişimi, Ankara, 2003.

YILDIRIM, M. Kamil. İcra Hukuku Ders Notları, İstanbul, 2004.

YILDIZ, Burçak. “Coğrafi İşaretlere ve Coğrafi Köken Gösteren Diğer İşaretlere İlişkin Olarak Uluslararası Sözleşmelerde ve Avrupa Birliği Hukukunda Kullanılan Kavramların Kapsamı ile bu Kavramların Hukukumuzda Uyarlanması Sorunu”, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, C.VII, S.4. 2007.

YILDIZ, Şükrü. “Borçlar Kanunu’nun 180. Maddesine Göre İki İşletmenin Birleşmesi”, A.Ü.İİBF Dergisi, C. 8, S.1-2, Kasım 1989. Makalelerim 1988-2007, Ankara, 2008.

YONGALIK, Aynur, Adi Şirkette Sermaye Payı, Ankara, 1991.

YÜKSEL, Ali Sait. Patent ve Lisans (Patent, Marka, Know-How) Sözleşmesi Hukuku, İstanbul, 1989.

YÜKSEL, Ülkü/ YÜKSEL-MERMOD, Aslı. Marka Yönetimi ve Marka Değerinin Ölçülmesi, İstanbul, 2005.