

MARKALARIN BİRLİKTE VAR OLMA SÖZLEŞMESİ**TRADEMARK COEXISTENCE AGREEMENT****Ahmet Hasan KILIÇ*****ÖZET**

Fikri mülkiyet hakları günümüzde ekonomik ve hukuki açıdan önem kazanmıştır. Ekonomik değeri olan fikri mülkiyet haklarının üzerindeki hak sahipliğinin tanınması ve bu hakların özel kanunlarla korunması, bu hakların başka biri tarafından tescilli veya tescilsiz olarak kullanılması ihtiyacını ortaya çıkarmıştır. Bu gelişmeler ticari hayatta markaların birlikte var olma sözleşmesi, lisans sözleşmesi gibi sözleşmelerin görülmesine neden olmuştur. Markaların kullanımının yaygınlaşmasına bağlı olarak, aynı veya benzer markaların aynı veya farklı piyasalarda, aynı ya da farklı türdeki mal veya hizmetlerde herhangi bir hukuksal sorun yaşamadan birlikte kullanılmasının önemi artmaktadır. Türk hukukunda markaların birlikte var olma sözleşmesi ilk kez Sınai Mülkiyet Kanununda, marka başvurusunun tesciline muvafakat etme şeklinde genel olarak düzenlenmiştir. Bu durum, markaların birlikte var olma sözleşmesinin hukuki niteliğinin ve unsurlarının belirlenmesini gerekli kılmıştır.

Anahtar sözcükler: *Fikri mülkiyet, marka, birlikte var olma sözleşmesi*

ABSTRACT

Intellectual property rights are now gaining in importance from an economic and legal point of view. Recognition of the rights of ownership over intellectual property rights, which are economic values, and protection of these rights by special laws reveals the need for the use of these rights by registered or unregistered persons. These developments have led to the appearance of contracts in the commercial life, such as coexistence agreement, license agreements. Due to the widespread use of trademarks, the importance of using the same or similar trademarks in the same or different markets in the same or different types of goods or services without any legal problems is increasing. Trademark coexistence agreement is regulated for the first time in Turkish law to consent to the registration of a trademark application under the Industrial Property Law. This necessitated the determination of the legal nature and elements of the trademark coexistence agreement.

Keywords: *Intellectual property, trademark, coexistence agreement*

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Öğrencisi, (ahkilic@hotmail.com)
(Geliş Tarihi : 18.10.2017 / Kabul Tarihi : 01.11.2017)

I. GİRİŞ

İnsanlığın varolduğu ilk günden beri kişiler arasındaki sosyal ve ekonomik ilişkiler, beraberinde ticareti de geliştirmiştir. Sanayi toplumundan bilgi teknolojileri toplumuna geçişle birlikte ticari hayat, modern yaşamın ve ileri teknolojilerin bir yansıması olarak ülkelerarası, diğer bir deyişle küresel bir boyuta kavuşmuş, bunun bir sonucu olarak sosyal ve ekonomik yaşam, hızlı bir değişimin ve düşümün içine girmiştir. Sosyal, siyasi ve iktisadi hayattaki değişimin ortaya çıkardığı yeni ilişkiler ağının tabi bir sonucu olarak hukuk kuralları da buna uyum sağlamak zorunda kalmıştır. Günümüz hukuk terminolojisinde klasik mülkiyet kavramına dâhil olmayan, fikri ve sınai haklar gibi yeni hak türleri de ticari ve ekonomik hayattaki değişimin bir ürünüdür. Oluşan yeni sınai hak konusu türlerin kullanılması veya kullanılabilmesi, ekonomik açıdan büyük bir önemi olmakla birlikte, hukuki açıdan ise pek çok sorunu beraberinde getirmiştir.

Sınai mülkiyet hukukunun bir alt dalı olan marka hukuku, ticari işaretlerin tescili ve korumasına ilişkin usul ve esasları konu edinmiştir. Ticari işletmenin gayri maddi unsurları arasında yer alan marka, bir işletmenin mal veya hizmetlerini diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt etme amacını taşımaktadır. Marka, ayırt etme amacı ile sınırlı kalmamış zamanla kullanıldığı mal ve hizmetlerden ayrı bir ekonomik değer haline gelmiştir. 22/12/2016 tarihli ve 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanununda düzenlenen ve birbirine benzeyen veya karıştırılma ihtimali bulunan markaların ticari hayatta aynı anda farklı kişilerce birlikte kullanılabilmesine imkan veren markaların birlikte var olma sözleşmesi (coexistence agreement), ticari ve ekonomik hayattaki gelişmelerin doğal bir sonucu olarak ortaya çıkan sözleşmelerden birisidir. Birlikte var olma sözleşmesi, Avrupa Topluluğu mevzuatında düzenlenmemiş, fakat bu tür sözleşmeler ticari hayatta sıkça görülmeye başlanmış ve bir kısım yargı kararlarına da konu olmuştur. Türk hukukunda ise birlikte var olma sözleşmesi, mutlak ret nedenlerinin düzenlendiği SMK m. 5/3 hükmünde marka başvurusunun tesciline muvafakat etme şeklinde genel olarak düzenlenmiştir. Bu durum, birlikte var olma sözleşmesinin taraflarını ve unsurlarını, tarafların hak ve borçlarını, sözleşmenin sona ermesi ile bu sözleşmeye uygulanacak hükümlerin belirlenmesini gerekli kılmıştır. Çalışmamızda, markaların birlikte var olma sözleşmesinin SMK ve TBK açısından

genel özelliklerini ele alarak konuyu yürürlükteki mevzuat, bilimsel çalışmalar ve mahkeme kararları ışığında açıklamaya çalışacağız.

II. SÖZLEŞMENİN GELİŞİMİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Sözleşmenin Gelişimi

Mülga 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede, markaların birlikte var olma sözleşmesiyle ilgili herhangi bir hükme yer verilmemle birlikte bu konuda yasaklayıcı bir hükme yer verilmemiştir. Ancak 556 sayılı KHK döneminde, markaların birlikte kullanılması iki farklı şekilde olabilmekteydi. Bunlardan birincisi, karıştırma ihtimali bulunan iki farklı markanın piyasada uzun yıllar boyunca iki farklı kişi tarafından kullanılması ve iki marka arasında herhangi bir hukuki çatışma çıkmaması nedeniyle iki markanın piyasada bir arada kullanımı mümkün hale gelmesidir¹. Bu ihtimalde tüketiciler, markalardan birini diğeri ile karıştırmadıklarından her iki marka piyasada birlikte var olma hakkını elde etmektedir².

İkincisi ise markaların birlikte var olma sözleşmesiyle markaların kullanılabilmesidir. Sözleşmeyle taraflar, marka hakkına tecavüz iddiasıyla bir dava tehdidinde maruz kalmadan, markalarını, kendi belirleyecekleri şartlarda kullanma hakkı elde etmekteydi³. Bu ihtimalde taraflar sözleşmede, markalarını hangi şekilde, hangi bölgede nasıl kullanacakları,

1 **Çolak**, Uğur (2014) Türk Marka Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, s. 264. Yargıtay'ın bir kısım kararlarında, benzer markaların uzun yıllar boyunca aynı veya farklı piyasada iki farklı firma tarafından kullanılması ve aralarında herhangi bir hukuki çatışma çıkmaması halinde, iki markanın piyasada birlikte kullanımının artık mümkün hale geldiği tespitlerine yer verilmiştir. Bkz. Yargıtay 11.HD. T: 19/06/2013 E:2012/1588, K:2013/12846; Yargıtay 11. HD. T: 02.03.2011, E:2009/8708, K:2011/2089.

2 **Horton Headington, Lucy/Fan, Susan** (2013) Business LawBulletin: IntellectualProperty, s. 1, Shanghai Yüksek Mahkemesinde 2010 yılında görülen Crocodile&Lacoste davasında, ihlal açısından bir karışıklığın bulunması gerektiğini vurguladı. Fransız firması Lacoste giyim markasını sola yönelen bir timsah logosu altında pazarlıyor. Singapur merkezli Crocodile markası ise giyim markasını sağdaki bir timsah logosu altında pazarlıyor. Timsah logoları, görsel benzerlikleri paylaşırken kavramsal olarak ayrıdır. Mahkeme, ticari marka ihlalinin bulunmadığına hükmetti. Mahkeme, marka ihlali anlamında benzerlik, kafa karıştırıcı şekilde, yani piyasada tüketicilerin kafasının karıştırmak için yeterli olan benzerliği ifade eder dedi. Dolayısıyla, markalar sadece benzer olmaktan çok daha fazla olmalı, yani karışıklık olasılığı bulunmalıdır. Örneğin tüketici, markanın ticari başarısı nedeniyle markanın menşei belirleyebiliyorsa, karışıklık olasılığı düşüktür ve karışıklık olmayacaktır. Bu karar neticesinde her iki marka birlikte var olma alanı elde ettiler. **Moss, Marianna** (2005) "TrademarkCoexistenceAgreements: LegitimateContractor Tools Of Consumer Deception?" s. 11.

3 **Çolak**, s. 264.

olası karıştırma ihtimalini ortadan kaldırmak için markalarını ne şekilde ayırt edici hale getirebilecekleri gibi konuları kendi aralarında kararlaştırabilirler.

Türk hukukunda markaların birlikte var olması sözleşmeleri ilk olarak marka tescilinde mutlak ret nedenlerinin düzenlendiği SMK m. 5/3 hükmünde yer verilmiştir⁴. SMK'nın genel gerekçesinde, “başvuru sahiplerinin piyasada birlikte varolma yönünde ortaya koydukları iradenin korunması amacıyla, önceki marka sahibinin başvurunun tesciline açıkça muvafakat ettiğini gösteren noter onaylı *muvafakatnamenin Enstitüye sunulması halinde başvurunun reddedilemeyeceği*” belirtilmiştir. Sınai mülkiyet hukukunda birlikte var olma sözleşmesinin yasal dayanağı olan bu düzenleme, marka hakkıyla ilgili getirilen önemli yeniliklerden birisidir.

Birlikte var olma sözleşmesi birçok batı ülkesinde kabul gören bir sözleşmedir⁵. Avrupa topluluğu hukukunda bu sözleşmelerin olumlu etkileri kabul edilmekte ve şu anda sözleşmelere yönelik olarak daha olumlu bir tutum sergilenmektedir⁶.

Sözleşme özgürlüğünün tabi bir sonucu olarak hukuk hayatında ortaya çıkan ve potansiyel hak ihlallerini önleyici bir işlevi bulunan birlikte var olma sözleşmesi, tescilli bir marka ile aynı veya benzer tescilli ya da tescilsiz bir markanın, tüketicilerin gözünde karışıklığa neden olmadan, piyasada barış içinde birlikte var olmasına izin verir⁷. Akademik çevrelerce çok fazla ilgi görmemiş olsa da bu tür sözleşmeler uygulamada sıklıkla karşılaşılmaktadır.

B.Sözleşmenin Hukuki Niteliği

1. Genel Olarak

Markaların birlikte var olma sözleşmesinin hukuki niteliğinin tespiti için sözleşmenin tarafları, ta-

rafların hak ve yükümlülükleri, sözleşmenin türü ve sözleşmenin sona erme hallerinin belirlenmesi gerekir. Bu kapsamda öncelikle marka hakkının, birlikte var olma hakkının ve birlikte var olma sözleşmesinin hukuki niteliği ile bu sözleşmelere uygulanacak hükümlerin belirlenmesi gerekir.

2. Markanın Tanımı ve Hukuki Niteliği

Marka kavramı, en temel haliyle SMK m. 5/1 hükmünde tanımlanmıştır. Buna göre marka; bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayacak şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işaret olarak nitelendirilebilir⁸. Yasal tanımda iki unsur ön plana çıkmaktadır; birincisi “*işaret*”, ikincisi ise “*ayırt edici*” niteliklidir⁹. Tanıtılan bu işaret üzerindeki kullanma ve yararlanma yetkilerini ve başkaları tarafından kullanılmasının sınırlandırılması, hukuk düzeni hak olarak nitelendirmiştir.

Sanayiyle ilgili anlamına gelen “*sınai*”¹⁰ sözcüğü fikri hakların sanayileşmiş olduğunu ortaya koyar¹¹. Fikri haklar her türlü fikri ve zihni buluşlar üzerindeki hakları ifade eder. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu malları taşınır ve taşınmazlar olmak üzere ikiye ayırmıştır. TMK m. 704 hükmünde, taşınmaz mülkiyetinin konusunu; arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ile kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümlerden oluşacağı düzenlenmiştir. TMK m. 762 hükmünde, taşınır mülkiyetinin konusu ise nitelikleri itibarıyla taşınabilen maddi şeyler ile edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçler olduğu belirtilmiştir. Bu tasniften anlaşılacağı üzere, TMK maddi varlığı olmayan mal kavramına ve maddi varlığı olmayan mülkiyet kavramına yer vermemiştir. Bu kapsamda fikri ürün eşya olmadığı için bu ürünler üzerindeki haklar da aynı hak değil-

4 SMK m. 5/3 hükmünün gerekçesi şöyledir: “*Maddenin üçüncü fıkrasında ise bir marka tescil başvurusunun, önceki marka sahibinin başvurunun tesciline açıkça muvafakat ettiğini gösteren noter onaylı belgenin Enstitüye sunulması halinde birinci fıkranın (ç) bendine göre reddedilemeyeceği ve muvafakatnameye ilişkin usul ve esasların yönetmelikle belirleneceği hükme bağlanmıştır. Söz konusu hükümler birbirleriyle ekonomik veya diğer yönlerden bağlı olanlar başta olmak üzere, başvuru sahiplerinin piyasada birlikte var olma yönünde ortaya koydukları iradenin korunması amaçlanmıştır.*”

5 Horton/Fan, s. 1.

6 Thomsen, Carin (2012) “Trademark Co-Existence Agreements in the Perspective of EU Competition Law”, Master’s Thesis, University of Gothenburg, s. 54.

7 Lawsen, Marie Martens (2009) Trademark Coexistence Agreements in the EU from an Interdisciplinary Perspective, Master Thesis, Aarhus School of Business, s. 1; Thomsen, s. 26.

8 Tekinalp, Ünal (2012) Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 360; Ishida, Masayasu (2011) “Technology Transfer and Licensing” Japan Patent Office Asia-Pacific Industrial Property Center, s. 15.

9 Tekinalp, s. 360.

10 www.tdk.gov.tr

11 Tekinalp, s. 2.

dir¹². Marka, coğrafi işaret, tasarım, patent ve faydalı model üzerindeki hakkı konu edinen sınai mülkiyet hakkı maddi varlığı olan, yani klasik mülkiyet kavramına dahil olan haklardan değildir. Ancak klasik mülkiyet sınıflandırması dışında sanayiye ait olan hakları konu edinen sınai mülkiyet hakkı kavramı, sanayiye ait mülkiyet üzerindeki hakları ifade etmesi bakımından yerinde bir tercihtir.

Bu açıklamalar kapsamında ticari işletmeden tümüyle bağımsız olan ve sınai mülkiyet haklarının bir türü olan marka hakkını¹³, sahibine markayı kullanmada, markadan yararlanmada ve marka üzerinde tasarrufta bulunmada inhisari yetkiler veren mutlak bir hak olarak tanımlayabiliriz¹⁴.

3. Birlikte Var Olma Kavramının Hukuki Niteliği

Marka tescilinde mutlak ret nedenlerinin düzenlendiği SMK m. 5/1-ç hükmünde, "Aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetlerle ilgili olarak tescil edilmiş ya da daha önceki tarihte tescil başvurusu yapılmış marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer işaretler"¹⁵in tescil edilemeyeceği kabul edilmiştir. Ancak aynı maddenin son fıkrasında marka başvurusu, önceki marka sahibinin "başvurunun tesciline açıkça muvafakat ettiğini" gösteren noter onaylı belgenin sunulması hâlinde (ç) bendine aykırılık nedeniyle Türk Patent ve Marka Kurumunca reddedilmeyeceği hükme bağlanmıştır. Bir hukuki işlem mahiyetinde olan ve marka hakkının bir nevi devredilmesini konu edinen muvafakatname, bir hakkın başka bir kimseye devredilmesine veya kullanılmasına yönelik tek taraflı irade açıklaması olarak tarif edilebilir¹⁵.

Tescilli markayla aynı veya ayırt edilmeyecek kadar benzer işaretlerin tescil başvurusu Kurum tarafından reddedilecektir. Ancak tescilli marka sahibi tescil sürecinde, markasının başka biri tarafından kullanılmasına rıza göstermesi halinde bu marka tescil edilebilecektir. SMK ile sağlanan mar-

ka koruması tescil yoluyla elde edilmektedir. Tescile muvafakat etme neticesinde ikinci marka, tescilli bir marka olarak SMK'nın sağladığı korumadan mutlak şekilde yararlanacaktır. Dolayısıyla ilk marka sahibi tescile izin verdikten sonra rızasını geri alamayacaktır.

Tescilli marka sahibi, başvurusu yapılan markanın tesciline izin vermekle, her iki markanın birlikte korunması ve kullanılması söz konusu olacaktır. Markanın tesciline izin verme işlemi neticesinde ikinci marka sahibi marka hakkını ve buna bağlı olarak birlikte var olma hakkını da elde edecektir. Dolayısıyla her iki markanın aynı anda ve aynı veya farklı piyasada birlikte var olması gerçekleşmiş olacaktır.

Birlikte var olma kavramının hukuki niteliğinin belirlenmesi, birlikte var olma sözleşmesinin en önemli meselelerinden biridir. Sorun sadece teorik açıdan değil hakkı devreden devralanla ve bunların üçüncü kişilerle hukuki ilişkilerin niteliğinin belirlenmesi açısından da önemlidir.

Birlikte var olma (*coexistence*) kavramını; tescilli veya tescilsiz markanın tescil başvurusu yapılmış başka bir markanın tesciline muvafakat etmesi ya da tescilsiz markanın piyasada kendi mal ve hizmetleri üzerinde başka bir marka tarafından kullanılmasına rıza göstermesi neticesinde ortaya çıkan ve her iki markanın piyasada hukuken varlık göstermesini (birlikte yaşamasını) sağlayan bir hak olarak tanımlayabiliriz. Dolayısıyla birlikte var olma hakkı; "markaların birlikte var olma sözleşmesi"ni de kapsayan, tescilli veya tescilsiz marka üzerindeki mutlak hakkın sağladığı kullanma ve koruma yetkisinin aynı veya benzer bir markaya devredilmesi veya kullanılması anlamlarına gelen ve birlikte var olma hakkını devreden ile devralanın sahip olduğu hak ve yetkilerin tamamını ifade eder¹⁶.

Şahsi hak veya nispi hak, yalnız hukuki bir ilişkinin diğer tarafına veya bu hakla ilişkili kişilere

12 **Tekinalp**, s. 7; **Özsoy**, Hande Saadet (2011), Türk Hukukunda Patent Lisans Sözleşmesi, 1. Baskı, Ankara, Turhan, s. 5-6.
13 **Arkan**, Sabih (1997) Marka Hukuku, C.1, Ankara, Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, C. 1, s. 2.
14 **Tekinalp**, s. 381; **Arkan**, Sabih (1998) "Marka Hakkının Tüketilmesi" Ali Bozer'e Armağan, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 197; **Bozbel**, Savaş (2015) Fikri Mülkiyet Hukuku, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, s. 347.
15 Hukuki işlem ve irade açıklaması hakkında ayrıntılı bilgiler için bakınız; **Eren**, Fikret (2017) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları s. 119, 127.

16 **Thomsen**, s. 26; **Lawsen**, s. 15: Uluslararası Ticari Markalar Birliği (INTA) tarafından yapılan tanım ise şöyledir; birlikte var olma sözleşmesi, iki ya da daha fazla kişinin, benzer işaretlerin herhangi bir karışıklık ihtimali olmadan bir arada bulunabileceği konusunda anlaşmasıdır. Lisans hakkı kavramıyla ilgili benzer açıklamalara bakınız; **Özel**, Çağlar (2015) Marka Lisans Sözleşmesi, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, s. 42; **Özsoy**, s. 21; **Ongan**, Burak (2007) Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmelerinde Tarafların Hukuki Durumu, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 17; **Abrek**, Ömer (2005) Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesi, 1. Baskı, Ankara, Yetkin, s. 52; **Calbolis**, Irene (2007) "The Sunset Of Quality Control In Modern Trademark Licensing", Marquette University Law School Legal Studies Research Paper No. 07-09, s. 348.

karşı ileri sürülebilir bir haktır. Belli bir kişinin hak sahibine karşı belirli bir davranışta bulunmak, bir şeyi yapmak ya da bir şeyden sakınmakla yükümlü olunması durumunda nispi haktan söz edilir¹⁷. Bu bakımında nispi hak, ancak hak sahibine karşı borç altına girebilen belli şahıs veya şahıslara ileri sürülebilir. Marka hakkının aynı veya benzer bir marka tarafından tesciline veya kullanılmasına rıza gösterilmesi tek taraflı bir hukuki işlemle (muvafakatnameyle) veya sözleşmeyle ortaya çıkması nedeniyle birlikte var olma hakkı, bir sözleşme ilişkisi çerçevesinde meydana gelir. Dolayısıyla birlikte var olma hakkının, sadece marka hakkını devredene karşı ileri sürülebilmesi nedeniyle nispi bir hak olarak kabul edilmesi gerekir.

SMK'da tescilli markayla aynı veya benzer bir markanın tesciline rıza gösterme işleminin tek taraflı bir hukuki işlemle yapılması gerektiği kabul edilmiştir. Bu kapsamda birlikte var olma sözleşmesinin yapılmış olması, tek başına birlikte var olma hakkının devrini sağlamayacak, sözleşme ile birlikte ayrıca noter onaylı belgenin de tescil başvurusunda Kuruma sunulması gerekecektir.

4. Sözleşmenin Hukuki Niteliği

Birlikte var olma sözleşmesiyle ilgili olarak SMK ve diğer mevzuatta açık bir hükme yer verilmemiş, ancak tescilli bir markanın sağladığı hakkın aynı veya benzer bir markanın tescili için muvafakat verilmesi SMK m. 5/3 hükmünde düzenlenmiştir. Bu tür muvafakatler ile ticari hayatta karşılaşılmaktadır. Birlikte var olma sözleşmeleri, tescil ve/veya kullanma amacıyla olmak üzere iki farklı şekilde yapılabilmektedir.

Borcun kaynaklarından biri olan sözleşme, tarafların karşılıklı birbirine uygun irade beyanı ile kurulan bir hukuki işlem türüdür¹⁸. Uygulamada görülmeye başlayan birlikte var olma sözleşmesi, tescilli veya tescilsiz marka ile aynı veya benzer tescilli veya tescilsiz markanın kullanılmasını veya aynı veya benzer markanın tescilini sağlama imkânı veren ve kural olarak sadece sözleşmenin tarafları arasında şahsi nitelikte hak ve borç doğuran sözleşmesel bir ilişkidir. Bu sözleşmenin her iki türünde,

marka hakkının tamamen devri söz konusu değildir ve marka hakkı marka sahibinde kalmaya devam eder.

Kullanma amaçlı birlikte var olma sözleşmelerinde ise, tescile dayanmayan bir markasal kullanımın, mevcut bir tescil karşısında ihlal oluşturmayacağı, tescilli marka sahibinin bu kullanıma karşı herhangi bir hak ileri sürmeyeceği taraflarca kararlaştırılmış olmaktadır. Böylece taraflara ait, tescilli markaya dayanan marka hakkı mevcut iken, diğeri de kullanıma dayanan ve birlikte var olma sözleşmesi kapsamında karşılıklı rızalar ile desteklenen bir tescilsiz markanın kullanılması söz konusu olmaktadır. Bu tür sözleşmelerle tescilli markanın üçüncü kişiye kullandırılması (lisans tanınması) söz konusu değildir. Zira lisans sözleşmesinde marka sahibi kendisine ait ve kendi marka hakkı kapsamında yer alan bir hakkı üçüncü kişiye kullandırmakta iken, birlikte var olma sözleşmesinde tescilli marka sahibi, üçüncü kişiye ait kullanımın kendi marka hakkı kapsamında kalmadığını kabul etmiş olmaktadır. Buna karşın birlikte var olma sözleşmesinin tescil amacıyla yapılması neticesinde, tescilli markanın adeta ikizi olan aynı veya benzer marka hukuken varlık kazanmış olmaktadır.

Lisans, kira, satış veya franchising sözleşmeleriyle benzer özellikleri bulunsun da birlikte var olma sözleşmesi bağımsız nitelik taşıyan bir sözleşmedir.

Tescil veya kullanım amacıyla yapılan birlikte var olma sözleşmesi, satış sözleşmesinden de ayrılmaktadır. Zira satış sözleşmesi maddi ve gayri maddi malları konu edinirken birlikte var olma sözleşmesi maddi olmayan malları konu edinmektedir. Satış sözleşmesi ani edimli bir sözleşme iken tescile muvafakati içermeyen birlikte var olma sözleşmesi, lisans sözleşmesinde olduğu gibi, sürekli borç doğuran bir sözleşmedir. Ancak birlikte var olma sözleşmesi, tescile muvafakati içeriyorsa marka hakkının sağladığı imkânlar muvafakatle devredilmektedir. Dolayısıyla birlikte var olma sözleşmesi ani edimli bir sözleşme haline gelir ve satış sözleşmesiyle benzerlik gösterir. Ancak tescile muvafakat yoluyla yapılan birlikte var olma sözleşmesinde, marka hakkı devredilmesine rağmen birlikte var olma hakkını veren markasını tescilli olarak kullanmaya devam etmesi nedeniyle bu sözleşme, satış sözleşmesinden ayrılır.

Birlikte var olma sözleşmesi kira sözleşmesinden de konu yönünden farklıdır. Kira sözleşmesi

17 **Eren**, Genel Hükümler, s. 18, 19, 52, 59; **Oğuzman**, M. Kemal, **Öz**, M. Turgut (2016) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C-1, 14. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 27.

18 **Oğuzman**, Genel Hükümler, 42-43; 166; **Nomer**, Haluk. N. (2015) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, s. 31.

maddi malların kullanılmasını konu edinirken, birlikte var olma sözleşmesi maddi olmayan mal üzerindeki hakkın kullanılmasını veya devrini konu edinmektedir.

Franchising sözleşmesi, satım, vekâlet, ortaklık, lisans ve know-how unsurlarını barındıran karma bir sözleşme olması nedeniyle birlikte var olma sözleşmesinden kapsam itibariyle farklıdır. Franchising sözleşmesinin içerdiği unsurlar arasında birlikte var olma sözleşmesinin unsurları da bulunabilir. Franchise alan, franchise verenin satış konsepti ve organizasyon fikri ile bütünleştiği için bu sözleşme, birlikte var olma sözleşmesinin kapsam ve sınırları itibariyle de farklıdır.

Birlikte var olma sözleşmesi, lisans sözleşmesinden konu bakımından farklıdır. Marka lisans sözleşmesi esas itibariyle SMK m. 24'te düzenlenmiştir. Marka hakkı, tescil edildiği mal veya hizmetlerin bir kısmı ya da tamamı için lisans sözleşmesine konu olabilir. Lisans, inhisari lisans veya basit lisans (inhisari olmayan) şeklinde verilebilir. Basit lisans sözleşmesini, lisans sözleşmesine konu markanın kullanım hakkının sağlanması olarak tanımlayabiliriz¹⁹. Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa lisans, basittir. İnhisari olmayan lisans sözleşmelerinde lisans veren markayı kendi kullanabileceği gibi üçüncü kişilere başka lisanslar verebilir²⁰.

Lisans sözleşmesinde, lisans verenin edimi marka kullanım hakkının süreli veya süresiz olarak devredilmesidir. Birlikte var olma sözleşmesi tescile muvafakati içermiyorsa, bu sözleşmeyle marka hakkının aynı veya benzer tescilli bir marka tarafından kullanılmasına izin verilmektedir²¹. Buna karşılık, sözleşme, tescile muvafakat amacıyla yapılmışsa, marka hakkı tescilli markada kalmakla birlikte bu hak tescil edilecek başka bir markaya zımnen de olsa devredilmektedir. Bu nedenle birlikte var olma sözleşmesi tescile muvafakati içermiyorsa yani sadece markanın kullanılmasını konu ediniyorsa lisans sözleşmesiyle benzer özellikler gösterir²². Ancak, tescilli marka hakkının lisansta olduğu gibi bizzat

kullanımı söz konusu değildir. Bu durumda tescilli markayla benzer olan ancak marka sahibinin sözleşme kapsamında buna karşı herhangi bir hak ileri sürmemeyi üstlendiği, tarafların karşılıklı olarak, sözleşmeye konu kullanımın tescilli marka hakkını ihlal etmediği yönünde anlaşmışları bir markanın kullanımı söz konusudur.

Tescile muvafakati içermeyen birlikte var olma sözleşmesi, iki farklı bağımsız markanın aynı anda piyasada birlikte kullanılması amacıyla yapılan bir sözleşmedir. Sözleşmeyle, her iki marka birbirinden bağımsız olarak var olmaya devam ettirecek, buna bağlı olarak her iki marka hakkı, lisans sözleşmesiyle üçüncü kişilere kullanılabilir.

Tescilli marka ile aynı veya benzer olan başka bir marka bir şekilde tescil edilmişse, taraflar böyle bir sözleşme ile sonraki markanın da hayatta kalmasını sağlayabilir. Bu halde sözleşme, marka sahibinin "haksız" tescile muvafakati, ona karşı kanuni haklarını kullanmaktan vazgeçmesi, sonraki tescile karşı ihlal veya hükümsüzlük davası açmasını engeller. Birlikte var olma sözleşmesi, birlikte var olma hakkının devredilmesinin tanınmasının tabi bir sonucu olarak esas itibariyle aynı veya benzer markaların aynı veya benzer mal ve hizmetler ile ilişkili ve birbirinden bağımsız olarak kullanılmasını sağlamakla lisans sözleşmesinden ayrılır²³.

Birlikte var olma sözleşmesinin hukuki niteliğinin belirlenebilmesi amacıyla sözleşme tipinin borçlar hukuku açısından değerlendirilmesi gerekir. Bunun için öncelikle sözleşmede kararlaştırılmış edimin türüne ve özelliklerine bakılmalıdır. Sözleşmenin asli unsurları sözleşmenin tipini belirler. Bu unsurlar ise anlamlarını her sözleşme tipinin tanımı bulur²⁴.

Geniş anlamıyla sözleşme özgürlüğü ilkesinin²⁵ düzenlediği TBK m. 26 hükmüne göre, taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler. Sözleşme özgürlüğü ilkesi kapsamında kişiler özel borç ilişkilerini, diledikleri kişilerle yapacakları sözleşmelerle serbestçe düzenleme yetkisine sahiptirler²⁶. Bu kapsamda

19 **Özel**, s. 50; **Kıratlı**, Metin (2015) "Marka Lisans Sözleşmeleri", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 5.23, s. 212.

20 **Tekinalp**, s. 468; **Özel**, s. 50; **Ünal**, Mücahit (2007) Marka Tescilinden Doğan Haklarla İlgili Hukuki İşlemler, Ankara, Seçkin Yayınları, s. 166; **Özdemir Oktay**, Saibe (2002) Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, s. 13.

21 **Çolak**, s. 265, yazar, markaların birlikte var olma sözleşmesinin "karşılıklı lisans sözleşmesi" olarak kabul edilebileceğini belirtmiştir.

22 **Thomsen**, s. 27.

23 **Thomsen**, s. 27.

24 **Kuntalp**, Erden (2013), Karışık Muhtevalı Akit, 2. Baskı, Ankara, Baktider Yayınları, s. 52.

25 Sözleşme özgürlüğü ilkesiyle ilgili ayrıntılı açıklamalara bkz. **Eren**, Fikret (2016) Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 19 vd.; **İşıktaç**, Yasemin (2014) Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme, 2. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, s. 311 vd.

26 **Nomer**, s. 69; **Eren**, Özel Hükümler, s. 18; AuleytnerAleksandra, ZwierzynskaAgnieszkaandKubalskiJakub (2011) "Nature of Licensing Agreements", International Licensing, Center for International Legal Studies, Rel. 28, s. 15.

sözleşme yapıp yapmama, sözleşmenin konusunu ve hükümlerini belirleme, karşı tarafı seçme, sözleşmeyi ortadan kaldırma ve sözleşmenin şeklini belirleme, sözleşme özgürlüğü ilkesi kapsamında değerlendirilmektedir²⁷.

Birlikte var olma sözleşmesi, en temel şekliyle SMK'da sadece tescilli marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer markanın tesciline muvafakat edilmesi amacıyla yer almıştır (m. 5/3). Ancak burada sözleşmenin esaslı unsurları, tarafların hak ve yükümlülükleri düzenlenmemiştir. Sözleşme yapma özgürlüğü ilkesinin tabi bir sonucu olarak, taraflar, birlikte var olma sözleşmesinin hükümlerini serbestçe belirleyebilirler. Nitekim SMK m. 5/3 hükmünün gerekçesinde, "*başvuru sahiplerinin piyasada birlikte var olma yönünde ortaya koydukları iradenin korunması*" amacı açıkça vurgulanmıştır.

Sözleşme özgürlüğünün sınırlarını düzenleyen TBK m. 27 hükmünde, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmelerin yapılamayacağı belirtilmiştir.

2007 tarihli Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşmanın rekabete ilişkin kuralların düzenlendiği m. 101/1-2 hükmünde, üye devletlerarasındaki ticareti etkileyebilecek nitelikte olan ve amacı veya etkisi iç pazardaki rekabetin engellenmesi, kısıtlanması veya bozulmasına neden olan sözleşmelerin yasak olduğu belirtilmiştir²⁸. Bu kapsamda anılan hükme aykırı olarak yapılan birlikte var olma sözleşmesinin hükümsüzlüğü gündeme gelebilecektir.

Sözleşme özgürlüğünün tabi bir sonucu olarak, taraflar, birlikte var olma sözleşmesini istedikleri marka hakkında yapabilirler, ancak sözleşme hükümlerinin kamu düzenine aykırı olmaması gerekir. Marka korumasının önemli nedenlerinden birisi de

tüketici açısından karışıklığın önlenmesidir²⁹. Örneğin tüketiciler nezdinde ayırt edici özelliği ve bilinirliği olan tescilli bir ilaç markasının aynı veya benzer marka tarafından kullanılmasına veya tesciline izin verilerek markanın tescilli marka ile aynı veya benzer konuda ilaç üretmesi, tüketiciler tarafından her iki markanın karıştırılmasına neden olabilir³⁰. Bu durum halk (kamu) sağlığı açısından telafisi mümkün olmayan zararların meydana gelmesine neden olabileceğinden kamu düzenine aykırı bu tür sözleşmeler genel hükümler gereğince hükümsüzlük yaptırımına tabi olabilecektir³¹.

Birlikte var olma sözleşmesinin hukuki niteliği ve bu sözleşmeye uygulanacak hükümlerin tayini için bu sözleşmenin, sözleşme türleri açısından da değerlendirilmesi gerekmektedir. Borcun kaynaklarından biri olan sözleşmeler, kanunda düzenlenmiş olup olmamalarına göre, "*isimli*" ve "*isimsiz*" sözleşme olarak ikiye ayrılmaktadır. İsimli sözleşmeler, unsurları ve bunların bir araya geliş tarzları kanunda açık olarak düzenlenmiş bulunan sözleşmelerdir (satım, kira, bağışlama gibi). İsimsiz sözleşmeler ise, unsurları veya bunların bir araya geliş tarzı ne TBK'da ne de diğer kanunlarda düzenlenmemiş olan sözleşmelerdir (franchising, faktoring, sulh sözleşmesi, lisans sözleşmesi gibi)³². Tipik sözleşmeler, kanun ve uygulama tarafından tipleştirilen sözleşmelerdir. Atipik sözleşmeler ise, tipleşmemiş sözleşmelerdir³³. İsimli-isimsiz sözleşme ayrımı, sözleşmenin esaslı unsurlarının kanunda düzenlenip düzenlenmemesine göre yapılmaktadır. Bu bakımdan kanunda düzenlenmeyen bir isimsiz sözleşme, tekrarlanan bir uygulama sonucu, ilk önce bir teamüle (yerleşmiş yargı kararlarıyla), daha sonra örf ve adet hukukuna dayalı olarak ortaya çıkmaktadır³⁴.

Sözleşme özgürlüğü ilkesinin tabi bir sonucu olarak ortaya çıkan isimsiz sözleşmeler, kanunda düzenlenmiş sözleşmelere ait unsurların birleştirilmesiyle oluşabileceği gibi, kanunda öngörülen sözleşmelerin unsurlarından tümüyle farklı, kendine

27 **Nomer**, s. 69 vd.; **İşıkaç**, s. 313.

28 Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşmanın rekabete ilişkin kurallarının düzenlendiği m. 101/1-2 hükmü şöyledir: Üye devletlerarasındaki ticareti etkileyebilecek nitelikte olan ve amacı veya etkisi iç pazardaki rekabetin engellenmesi, kısıtlanması veya bozulması olan ve özellikle aşağıdaki nitelikleri taşıyan tüm teşebbüsler arası anlaşmalar, teşebbüs birliklerinin kararları ve uyumlu eylemler iç pazarla bağdaşmaz ve yasaktır: a) Doğrudan veya dolaylı olarak, alış veya satış fiyatlarını veya diğer ticaret koşullarını belirleyen, b) Üretimi, piyasaları, teknik gelişmeyi veya yatırımları sınırlayan veya kontrol eden, c) Piyasaları veya arz kaynaklarını paylaşan, d) Ticari ilişkinin diğer taraflarına eşdeğer işlemler için farklı koşullar uygulayarak, onları rekabet edebilirlik açısından dezavantajlı duruma sokan, e) Sözleşmelerin yapılmasını, nitelikleri gereği veya ticari teamüllere göre bu sözleşmelerin konusuyla ilgili olmayan ek yükümlülüklerin sözleşmenin diğer taraflarınca kabulü şartına bağlayan. Bu madde uyarınca yasaklanan anlaşmalar veya kararlar kendiliğinden geçersizdir.

29 **Moss**, s. 3.

30 **Odabaşı**, s. 74-75: "*Karıştırma, başkasının hak sahibi olduğu bir değer, alıcıların karıştırılmasına sebep olacak şekilde benzerlerinin kullanılmasıdır. Karıştırma iki şey arasındaki benzerlikten ziyade yalıtma, kandırma ve yanlış algılatırma yöntemidir.*"

31 Thomsen, s. 54.

32 **Kuntalp**, s. 3; Eren, *Özel Hükümler*, s. 864; **Özdemir**, *İsimsiz Sözleşmeler*, s. 263; **Hermida**, Julian (2004) "Convergence Of Civil-LawAndCommonLawContractsInThe Space Field", *Hong Kong LawJournal*, Vol. 34, Issue 2, s. 7.

33 **Kuntalp**, s. 7; Eren, *Özel Hükümler*, s. 867.

34 **Kuntalp**, s. 7-8; Eren, *Özel Hükümler*, s. 867.

özgü unsurlarla da oluşabilir³⁵. İsimli sözleşmeler; genel olarak karma sözleşmeler, bileşik sözleşmeler ve kendine özgü yapısı olan sözleşmeler olarak ayrıma tabi tutulmaktadır. Karma sözleşmeler, birbirinden farklı kanunlarda düzenlenmiş sözleşme tiplerini kanunda öngörülmemiş tarzda bir arada içeren sözleşmeler olarak adlandırılmaktadır³⁶. Bileşik sözleşmeler, iki veya daha çok bağımsız sözleşmenin tarafların vardıkları bir anlaşma çerçevesinde bu niteliklerini koruyarak kanunun öngörmediği bir biçimde aynı sözleşme içinde varlık ve geçerliliklerini birbirine bağlı olacak şekilde bir araya getirilmesiyle meydana gelen sözleşmelerdir³⁷. Kendine özgü yapısı olan sözleşmeler ise, kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerine ait unsurların tamamen veya kısmen bulunmadığı, kendine özgü unsurlardan oluşan sözleşmelerdir³⁸. Bu anlamda, birlikte var olma sözleşmesi, lisans sözleşmesinde olduğu üzere³⁹, tümüyle kanunda düzenlenmiş bir sözleşme tipine ait unsurları içermediği gibi birçok isimli sözleşmenin esaslı unsurlarının bir araya gelmesiyle oluşan karma sözleşmelerden ya da birbirinden tamamen bağımsız iki farklı sözleşmenin unsurlarına dokunulmaksızın işlevselliği açısından birleştiği, bileşik sözleşmelerden de ayrılmaktadır.

İsmi kanunda geçse dahi esaslı unsurları kanunda düzenlenmeyen sözleşmeler de isimli sözleşmeler olarak nitelendirilir⁴⁰. Bu kapsamda; SMK'da sadece tescilsiz bir markanın tesciline muvafakat etme şeklinde düzenlenmesi, sözleşmesinin esaslı unsurlarına yer verilmemesi ve bir bütün olarak Türk hukukunda düzenlenmemiş olması nazara alındığında, birlikte var olma sözleşmesi isimli bir sözleşme olarak nitelendirilmez.

Birlikte var olma sözleşmesinin tam veya eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olup olmadığının tespiti için sözleşmede bedel ödenmesinin kararlaştırılıp kararlaştırılmadığının belirlenmesi gerekir. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan her biri, diğer tarafın aynı zamanda hem alacaklısı, hem de borçlusu olup⁴¹ her iki taraf da

birbirine karşı birer asli bir edim yüklenmektedir. Eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ise, tarafların yüklendikleri edimlerin birbiriyle değiştirilmesi söz konusudur⁴². Birlikte var olma sözleşmesinin tescil amacıyla yapılması halinde, bedelli veya bedelsiz olarak marka hakkının sağladığı imkânlar aynı veya benzer bir marka için devredilmektedir. Marka hakkını devreden borcu tescile muvafakat etmek, marka hakkını devralanın borcu ise taraflar kararlaştırmışsa bedel ödemektir. Bu ihtimalde birlikte var olma sözleşmesi, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak kabul edilebilir. Birlikte var olma sözleşmesinin bir markanın kullanımını konu edinmesi halinde, tescilli marka sahibinin borcu, markasının aynı veya benzerinin tescilsiz kullanımına rıza göstermek (*tescilsiz kullanmak isteyen birlikte var olma hakkı tanımak*); karşı tarafın borcu ise kararlaştırmışsa bunun bedelini ödemektir. Bu ihtimalde birlikte var olma sözleşmesi, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak kabul edebilir.

Sonuç olarak birlikte var olma sözleşmesi, kanunda esaslı unsurları düzenlenmeyen, kendine özgü yapısı olan, uygulamada tipik olarak karşılaşılmayan, bedelin belirlenmesi yöntemine göre tam veya eksik iki tarafa borç yükleyen isimli sözleşmelerdendir⁴³.

5. Sözleşmeye Uygulanacak Hükümler

Birlikte var olma sözleşmesi, kendine özgü özellikleri olan isimli bir sözleşme olması nedeniyle, bu sözleşmeye hangi hükümlerin ve hangi sözleşme tipinin uygulanacağı sorunu karşımıza çıkmaktadır. Birlikte var olma sözleşmesine, TBK'nın özel hükümlerinde düzenlenen sözleşme tiplerine ilişkin hükümler doğrudan uygulanmaz. Zira bu sözleşme, kanunlarda düzenlenen lisans, kira, satım, franchising gibi sözleşme tiplerinden birine tam olarak uygulamaktadır.

Sözleşmede uyuşmazlığı çözmeye elverişli hüküm bulunmaması halinde, hâkim taraflar arasındaki bu uyuşmazlığı çözüme kavuşturmak için, üç yöntem izleyecektir; "nitelendirme", "yorumlama" ve "tamamlama"⁴⁴.

35 Eren, Özel Hükümler, s. 868; Özdemir Oktay, Saibe (1995) "İsimli Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumlanması ve Boşlukların Tamamlanması", İÜHF, C. LV, S.1-2, s. 267.

36 Eren, Özel Hükümler, s. 871; Kuntalp, s. 15-16; Özdemir, İsimli Sözleşmeler, s. 273.

37 Eren, Özel Hükümler, s. 883.

38 Eren, Özel Hükümler, s. 881; Kuntalp, s. 14. Özdemir, İsimli Sözleşmeler, s. 275.

39 Eren, Özel Hükümler, s. 883; Özel, s. 110 vd.; Özsoy, s. 91.

40 Özdemir, İsimli Sözleşmeler, s. 264; aksi yönde bkz. Eren, Özel Hükümler, s. 881-882.

41 Eren, Genel Hükümler, s. 273.

42 Eren, Genel Hükümler, s. 274.

43 Lisans sözleşmelerinin hukuki niteliğiyle ilgili ayrıntılı bilgilere bakınız; Başlar, Yusuf (2012) "Marka Lisansı Sözleşmesinin İşlevleri ve Çeşitleri", Terazi Hukuk Dergisi, Y.7, S.68-45, s. 90-92; Özdemir, İsimli Sözleşmeler, s. 52-53; Özel, s. 113-127.

44 Kuntalp, s. 187.

“Nitlendirme” ile, sözleşmenin tabi olduğu kuralların bütünü belirlenmektedir⁴⁵. Bu esnada belirleyici unsur, hakim görüşüne göre, tarafların yüklemiş oldukları asli edim yükümlülükleridir⁴⁶. Yani sözleşmeye hukuki özelliğini kazandıran, tipini veren yükümlülüklerdir. Sözleşmeyi kuran taraf iradeleri her zaman açık ve anlaşılır olmayabilir. Bu kapsamda, irade beyanlarının gerçek veya farazi anlamlarının hâkim tarafından araştırılarak saptanması yani yorumlanması gerekir⁴⁷. TMK m. 2 hükmünde düzenlenen iyiniyet ve dürüstlük kuralı, sözleşmenin yorumunda hâkime yol gösteren temel bir ilkelerdir.

Sözleşmenin yorumlanmasında, yorumun konusu tarafların irade beyanlarıdır. İrade beyanlarının yorumlanmasında hâkimin müracaat edeceği temel ilke, TMK m.2 hükmünde düzenlenen güven ilkesidir. Bu kapsamda sözleşmenin “yorumlanması”nda güven ilkesi esastır⁴⁸. Dürüstlük kuralına dayanan bu ilke gereğince irade beyanlarının yorumunda objektif bir kişinin yorumu esas alınmaktadır⁴⁹. Sözleşmenin “tamamlanması” ise, tarafların açıklamayı ihmal ettikleri hususlarda yeni hüküm konulmasıdır⁵⁰. Bir sözleşmenin tamamlanması ihtiyacı, ancak yorumlanması sonucu bir eksikliğin, teknik bir ifadeyle bir “boşluğun” bulunması halinde gündeme gelir. Boşluk, tarafların yetkileri içinde olmakla beraber, sözleşmenin içeriği ile ilgili bir hususu hiç veya tam olarak düzenlememiş olmaları halidir⁵¹.

Birlikte var olma sözleşmesinde boşluk bulunması halinde, bu sözleşmenin kendine has özellikleri olan bir sözleşme olması nedeniyle kanunlarda düzenlenen diğer sözleşmelere ilişkin hükümler doğrudan uygulanamaz. Bu noktada, sözleşmenin içeriğini belirleme, yani sözleşme özgürlüğü ilkesinden hareketle, öncelikle tarafların sözleşmede belirledikleri hükümlere bakılması gerekir⁵². Sözleşme hükümlerinin uygulanmasına rağmen yine de sözleşmede boşluk tespit edilmesi durumunda, tescilli bir markanın sağladığı korumaya ilişkin hükümlerin SMK’da düzenlenmesi nedeniyle taraf iradelerine aykırı olmamak ve niteliğine uygun olduğu ölçüde bu hükümler uygulanabilecektir.

Bu hükümlerin uygulanmasına rağmen yine de sözleşmede boşluk tespit edilmesi durumunda, TBK’nın genel hükümleri, yani düzenleyici hukuk kuralları uygulanır⁵³. Bu hükümler uygulanırken sözleşmenin amacının ve taraf menfaatlerinin dikkate alınması gerekir⁵⁴. TBK’nın genel hükümlerinin uygulanmasına rağmen yine de sözleşmede boşluk bulunması halinde, TBK’nın özel kısmındaki hükümleri doğrudan uygulanamaz. Çünkü birlikte var olma sözleşmesinin esaslı unsurları TBK’da düzenlenmemiştir. Yine TBK’nın özel hükümlerinde düzenlenen sözleşme tiplerinin herhangi birinin esaslı unsurlarıyla birlikte var olma sözleşmesinin unsurlarının örtüşmemesi nedeniyle somut uyuşmazlıktaki boşluk TBK’nın özel hükümleriyle de doldurulamaz⁵⁵.

Türk Ticaret Kanunu m. 4/1-d hükmünde, fikri mülkiyet hukukuna dair mevzuattan kaynaklan işlerin ticari iş olduğu düzenlenmiştir. Marka hakkının devrini veya kullanılmasını konu edinen birlikte var olma sözleşmesi, ticari iş olması nedeniyle bu sözleşmeyle ilgili boşluğun doldurulmasında ticari örf ve adet kurallarının uygulanması gerekir (TTK m. 1). Ticari örf ve adet, ticaret âleminde uyulması gerektiği kabul edilen yazılı olmayan hukuk kurallarıdır. TBK’nın genel hükümlerinin uygulanmasına rağmen boşluğun doldurulmaması halinde, hâkim, TTK m. 1/2 hükmü gereğince ticari örf ve adet kurallarına göre, burada dahi kural bulunmaması halinde genel hükümlere göre boşluğu dolduracaktır. Bu durumda, hakim TMK m. 1 hükmü uyarınca, sözleşmenin özelliklerini de dikkate alarak özellikle örf ve adet hukukunda oluşmuş, sözleşmeyi tamamlamaya elverişli kuralları uygulayabilecektir⁵⁶. Hâkim, ticaret hayatında bu sözleşmeler için oluşmuş teamülleri de dikkate alır⁵⁷. Örf ve adet hukukunda uyuşmazlığı çözmeye elverişli bir hüküm bulunmazsa, TMK 1. ve 4 maddeleri gereğince hakim, sözleşmedeki boşluğu kendi koyacağı kurala göre dolduracak ve uyuşmazlığı sonuçlandırabilecektir⁵⁸.

45 Kuntalp, s. 187.

46 Kuntalp, s. 187.

47 Kuntalp, s. 195; Özdemir, İsimli Sözleşmeler, s. 279; Özel, s. 115.

48 Kuntalp, s. 197; Özel, s. 114.

49 Özdoğan, Dalcı Nurcihan (2017) “Sözleşmenin Yorumunda Gerçek İradenin Tespiti”, InonuUniversityLawReviewInULR Vol:8 No:1, s. 38.

50 Kuntalp, s. 199.

51 Kuntalp, s. 201; Özdemir, İsimli Sözleşmeler, s. 279.

52 Eren, Özel Hükümler, s. 893; Kuntalp, s. 294; Özdemir, İsimli Sözleşmeler, s. 275.

53 Eren, Özel Hükümler, s. 893; Kuntalp, s. 295.

54 Eren, Özel Hükümler, s. 893.

55 Eren, Özel Hükümler, s. 893.

56 Eren, Özel Hükümler, s. 893; Kuntalp, s. 295.

57 Eren, Özel Hükümler, s. 893; Özsoy, s. 92.

58 Eren, Özel Hükümler, s. 894; Kuntalp, s. 295.

III.SÖZLEŞMENİN UNSURLARI

A.Sözleşmenin Konusu

Birlikte var olma sözleşmesi, daha önce tescilli veya tescilsiz bir marka ile aynı veya benzer başka bir markanın, tescil edilerek veya tescilsiz olarak birlikte kullanılmasını konu edinir. Birlikte var olma hakkını veren, hakkı alana, hukuken mutlak olarak korunan maddi olmayan bir mal üzerindeki haktan yararlanma yetkisini süreli veya süresiz olarak devretmek zorundadır⁵⁹. Birlikte var olma sözleşmesi, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak yapılması halinde, taraflar kararlaştırmışlarsa, birlikte var olma hakkını alanın yükümlülüğü hakkı verene karşı edim olarak bir ücretin ödenmesi gerekir⁶⁰.

Olası hak ihlallerin önlenmesi amacıyla birlikte var olma sözleşmesinde taraflar, markalarını form, stil, sunum gibi yönlerden nasıl kullanacakları, markaların hangi mal veya hizmet sınıfında kullanılacağı, markayı kimin hangi bölgede kullanacağı, olası karıştırma ihtimalini ortadan kaldırmak için markaların ne şekilde birbirinden ayırt edici hale getirebilecekleri gibi konuları da kararlaştırmaları gerekir⁶¹.

B. Markanın Tesciline Muvafakat Etme

Tescil amacıyla yapılan birlikte var olma sözleşmesinin mutlak veya nispi ret nedenleri açısından değerlendirilmesinde yarar vardır. Tescilli marka ile aynı veya ayırt edilmeyecek kadar benzer işaretin tescili SMK'da hem mutlak hem de nispi ret nedeni olarak düzenlenmiştir (SMK m. 5/1-ç, 6/1). Bunun sebebi, aynı işareti daha önce marka olarak tescil ettirmiş veya başvuru yapmış olanlara itiraz hakkı tanıyarak, Kurumun değerlendirmede gözden çıkardığı ret sebebinin ilgili üçüncü kişiler tarafından tekrar ileri sürülmesini sağlamaktır⁶².

Marka tescilinde mutlak ret nedenlerinin düzenlendiği SMK m. 5/1-ç hükmüne göre, aynı veya

aynı türdeki mal veya hizmetlerle ilgili olarak "tescil edilmiş" ya da daha önceki tarihte "tescil başvurusu yapılmış" marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer işaretlerin tescil edilemeyeceği kabul edilmiştir. Ancak aynı maddenin son fıkrasında marka başvurusu, önceki marka sahibinin "başvurunun tesciline açıkça muvafakat ettiğini" gösteren noter onaylı belgenin sunulması hâlinde (ç) bendine aykırılık nedeniyle Kurumca reddedilmeyeceği hükme bağlanmıştır. Tescil amacıyla birlikte var olma sözleşmesinin, tescil başvurusunun mutlak ve nispi ret nedenlerinin incelendiği aşamada ancak başvurunun Kurumca ret edilmeden önce yapılması gerekir.

Aynen kullanma, başkasının sahibi olduğu bir markanın tamamen aynı (kopya) olacak şekilde kullanılmasıdır. Ayırt edilmeyecek kadar aynı olan markada iltibas⁶³ tehlikesinin varlığı mutlak şekilde kabul edilir, ayrıca iltibasın ispatına gerek yoktur⁶⁴. Ancak SMK m. 5/2 hükmü ile mutlak ret nedenine istisna getirilmiştir; "Bir marka, başvuru tarihinden önce kullanılmış ve başvuruya konu mal veya hizmetler bakımından bu kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanmışsa bu markanın tescili birinci fıkranın (b), (c) ve (d) bentlerine göre reddedilemez". Bu istisnai hükümdeki temel unsur, "kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanma"dır. Bu halde ayırt edici nitelik kazanmış marka tescil edilebilecektir.

Ayırt edilmeyecek kadar aynen kullanma halinde ise başkasına ait markanın, aynen değil de aynı denecek kadar veya ayırt edilmeyecek kadar az değiştirilerek kullanılması söz konusudur⁶⁵. Gerek az değiştirmenin kesin olarak sınırlarını ve ölçütünü belirlemede ve gerek aynı olmanın ne anlama geldiği konusunda SMK'da açık bir hüküm yoktur. Dolayısıyla, bu hususun tespiti ilmi veya kazai içtihatlarla belirlenecektir⁶⁶.

Mutlak ret nedenleri, marka olarak seçilmiş olan işaretin niteliğinden kaynaklanan ve işaretin

59 Eren, Özel Hükümler, s. 928.

60 Eren, Özel Hükümler, s. 929.

61 Çolak, s. 265; Yargıtay'ın 11.HD. 02.03.2011 tarihli, E:2012/2009/8708 ve K:2011/2089 sayılı tescilli "Kent" ve "Kent Boringer" ibareli markayla benzer "Mahir Kent + Şekil" markasının tesciline ilişkin YIDK kararının iptali ile markanın hükümsüzlüğü talebini konu edinen kararında özetle, "...markalar arasında iltibas ve benzerlik bulunmadığı, davalının 'Mahir Kent' ibareli markasının 2003 yılından bu yana aynı sınıflarda tescilli olduğu, markaların bu halleriyle uzun yıllardır piyasada birlikte kullanıldıkları ve aralarında karıştırma ihtimali bulunmadığına..." hükmümetmiştir.

62 Karahan, Sami (2003) Marka Hükümsüzlük Davalar, Konya, Mimoza Yayınları, s. 32; Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 401-402.

63 Karahan, Hükümsüzlük, s. 39. İltibas, karışıklık meydana getirmek suretiyle bir başkasının müşteri çevresinden haksız olarak yararlanmaktır. Dönmez, İrfan (1992) Markalar ve Haksız Rekabet Davaları, 2. Baskı, İstanbul, s. 77; Öçal, Akar (1967) Türk Hukukunda Markaların Himayesi (İsviçre ve Fransız Hukuklarıyla Mukayeseli Olarak), Ankara, s. 108.

64 Arkan, C.I, s. 75; Kırca, İsmail (2004) "Türkiye'de Markalara ve Tanınmış Markalara Yönelik Uygulamalar, Yargıtay Kararları Açısından Marka Hukukunda İltibas (Karıştırma) Kavramı ve Paris Sözleşmesi'nin 1. Mükerrer 6. Maddesi Anlamında Tanınmış Marka", Türkiye'de Fikri ve Sinai Mülkiyet Haklarının Etkin Uygulanması Sempozyumu, İstanbul, s. 1.

65 Karahan, Hükümsüzlük, s. 32; Öçal, s. 105.

66 Karahan, Hükümsüzlük, s. 32.

marka oluşturma özelliği ile yakından ilgili olup, esas itibarıyla, herhangi bir ayırt etme gücü bulunmayan veya ticaret alanında herkesin kullanımına açık tutulması gereken işaretlerin ya da halkı yanıltıcı, kamu düzenine, dini değerlere ve genel ahlâka aykırı düşen markaların tescil edilmesini önlemeye yönelik itirazlardır⁶⁷. Mutlak ret nedenlerinin dayanağı kamu menfaati ve kamu düzenidir. Mutlak ret nedenleri Kurum tarafından resen dikkate alınması gereken kurallar olup aksine hareketin bir çeşit hizmet kusuru oluşturacağı doktrin tarafından kabul edilmektedir⁶⁸. Bu nedenle, herhangi bir kişinin itirazına gerek olmaksızın, mutlak ret nedenleri Kurum tarafından resen incelenir (SMK m. 16).

Kurum, mutlak ret nedenlerine dayalı yaptığı incelemede, gözden kaçırdığı hususlar olabilir. Bu halde ilgili kişilere, tescil başvurusunun yayınlanmasından sonra mutlak ret nedenlerine dayanarak iki ay içinde itiraz etme imkânı tanınmıştır (SMK m. 18). İlgili kişi esas itibarıyla daha önceki bir tarihte tescil edilmiş ya da tescil konusunda başvuruda bulunmuş bir markanın sahibi veya tescilsiz markayı kullanarak bu işaret üzerinde daha eski bir tarihte hak kazanmış kişidir⁶⁹.

Nispi ret nedenlerinin düzenlendiği SMK m. 6/1 hükmünde, *“tescil edilmiş veya önceki tarihte başvurusu yapılmış marka ile aynılığı ya da benzerliği ve kapsadığı mal veya hizmetlerin aynılığı ya da benzerliği nedeniyle, tescil edilmiş veya önceki tarihte başvurusu yapılmış marka ile halk tarafından ilişkilendirilme ihtimali de dâhil karıştırılma ihtimali varsa itiraz üzerine başvuru reddedileceği”* belirtilmiştir. Nispi ret nedenleri, herhangi bir işaretin üzerinde başka bir kişinin, herhangi bir sebebe dayanan bir hakkı bulunduğu için, bu işaretin marka olarak tescilinin mümkün görülmediği halleri içerir⁷⁰. Nispi ret, tescil başvurusu yapılmış marka üzerinde ilgili kişilerin herhangi bir hakka sahip olmasından kaynaklanmaktadır. İlgili kişiler, tescil başvurusu yapılmış markanın nispi ret nedeniyle tescil edilmemesi veya başvurunun kötüniyetle yapıldığı itirazında bulunabilirler. Nispi ret nedenleri Kurum tarafından resen nazara alınmaz⁷¹. Markaların piyasada uzun süreden beri bir arada bulunuyor olması, sessiz kalma

nedeniyle hak kaybı bir yana, bunlar arasında iltibas tehlikesinin bulunmadığı şeklinde yorumlanabilir⁷².

Aynı veya ayırt edilmeyecek kadar benzer işaretin tescilinin hem mutlak hem de nispi ret nedenleri arasında gösterilmesi marka hakkının korunmasının yani sınai mülkiyet hakları sisteminin tabii bir sonucudur. Aynı veya ayırt edilmeyecek kadar benzer işaretlerin tescil başvurusunun yapılması halinde, Kurum tescil başvurusunu mutlak ret nedene dayalı olarak resen inceleyebileceği gibi tescilli marka sahibi de nispi ret sebeplerine dayalı olarak tescil başvurusuna itiraz edebilir. Tescilli marka ile aynı veya ayırt edilmeyecek kadar benzer işaretin tescilinin önlenmesinde hem kamu menfaati hem de tescilli marka sahibinin kişisel menfaati bulunmaktadır. Tescilli marka sahibinin işaretin tesciline rıza göstermesi, nispi ret nedenlerinden feragat etmesi sonucunu doğurur.

SMK, marka, coğrafi işaret, tasarım, patent, faydalı model ile geleneksel ürün adlarına ilişkin sınai mülkiyet haklarının korunmasını düzenlemektedir. SMK m. 22 hükmüne göre, marka üzerindeki hak tescille doğar. Marka hakkının korunmasının maddi ve şekli şartı tescildir (m. 7/1). Bu nedenle tescil kurucu etkiye sahiptir. Birlikte var olma hakkının devredilmesinin sonucu olarak işaretin marka olarak tescil edilmesi, marka sahibine SMK m. 7 hükmünde düzenlenen hakları sağlar. Bu kapsamda aynı veya benzer iki marka sınai mülkiyet hakkının sağladığı korumadan eşit bir şekilde yararlanacaktır. Ancak önceki marka sahibi, tescille elde ettiği sınai mülkiyet haklarının bir kısmını birlikte var olma hakkını devrettiği markaya karşı kullanamayacaktır. Birlikte var olma sözleşmelerinde her zaman bir tarafın diğerine yaptığı bir devir söz konusu değildir. Genellikle böyle olsa da, iki markanın birbirine karşı ileri sürebileceği haklar bulunabilir, her iki marka yekdiğerinin tehdidi altında bulunabilir, bu nedenle

67 **Bozbel**, s. 379; **Karahan**, Hükümsüzlük, s. 7; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s. 400.

68 **Karahan**, Hükümsüzlük, s. 8; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s. 400.

69 **Arkan**, C.I, s. 96.

70 **Bozbel**, s. 406; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s. 419.

71 **Bozbel**, s. 406; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet, s. 419.

72 Yargıtay 11.HD. 03.06.2013 tarihli, E: 2012/8617, K:2013/11464 sayılı tescilli “SAKA” markasıyla benzer “SAKAOĞLU” markasının tesciline ilişkin YİDK kararının iptali ile markanın hükümsüzlüğü ve sicil den terkinini talebini konu edinen kararı: “...‘SAKA’ ibareli markalarının özellikle ‘içme suyu/kaynak suyu’ emtiasında belirli bir kullanım yoğunluğu ve ayırt ediciliğe ulaşmış olmakla beraber, davalının da ‘SAKAOĞLU’ ibaresini özellikle ‘Çay’ emtiasında uzun süreli olarak kullandığı, tüketicinin ‘SAKA’ ve ‘SAKAOĞLU’ markalarının ilişkilendirme ihtimali dahil karıştırma ihtimalinin bulunmadığı, esasen bunun taraflar arasında uzun süredir birlikte piyasada bulunan bu mallar nedeniyle bir uyumsuzluk doğmaması vakası ile de tutarlı bulunduğu, dolayısıyla 556 sayılı KHK’nin 8/1-b maddesi anlamında markaların piyasada birlikte var olmasının iltibas yaratmayacağı, davalı başvurusunda farklı mal/hizmet bulunmadığından KHK’nin 8/4 hükmünün somut olayda uygulama yeri bulunmadığı...”

sözleşme bir nevi iki marka sahibi arasında yapılan bir “*sulh*” niteliği de taşıyor olabilir.

Tescil edilen her iki markadan hangisine üstünlük tanınacağına dair SMK’da açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla tescilli her iki markanın tescille kazandığı hakları birbirlerine veya üçüncü kişilere karşı hangi şartlar altında kullanacakları konusunda açıklık bulunmaktadır⁷³. İki markanın birlikte var olması sadece sözleşme kapsamıdadır. Sözleşme dışında kalan hususlar bakımından markalara ilişkin genel hükümler cari olacaktır. Öte yandan, üçüncü kişinin bunlardan herhangi biri karşısında ihlal oluşturan davranışı aynı zamanda her ikisi bakımından da ihlal niteliği taşıyabilir.

C. Tescilsiz Markanın Kullanılmasına Muvafakat Etme

Birlikte var olma sözleşmesi, tescil amacı haricinde de yapılabilir. Bu durumda tescilli marka sahibi, tescilsiz markanın aynı veya benzer marka olarak aynı veya farklı bölgede kullanılmasına izin verebilir. Taraflar, sözleşmede tescilli marka hakkını ihlal eden bazı fiillere rıza gösterebilir. Bunlar; tescilsiz markanın tescil kapsamına giren mal veya hizmetlerde kullanılması, tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerle aynı veya benzer mal veya hizmetlerde kullanılması, tescilsiz markanın mal veya ambalaj üzerine konulması, tescilsiz markayı taşıyan malların piyasaya sürülmesi, tescilsiz markaya konu malın ithal ya da ihraç edilmesi, tescilsiz markanın evrak ve reklamlarında kullanılması, tescilsiz markanın aynı veya benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük ya da benzeri biçimlerde kullanılması ve tescilsiz markanın ticaret unvanı ya da işletme adı olarak kullanılmasıdır (SMK m. 7-8). Sözleşmeye uygun olduğu sürece bu fiiller nedeniyle tescilsiz marka aleyhine hukuki koruma yollarına müracaat edilemeyecektir.

73 Yargıtay 11. HD. T: 16/11/1995, E: 1995/491, K: 1995/8600 sayılı kararında; aynı veya benzer markaların her ikisinin herhangi bir engele uğramadan tescil edildiği, tarafların markaları tescilli olduğundan markalardan birisi sicil den terkin edilmedikçe kanuni himaye altındaki markanın tescil edilmiş biçimiyle piyasaya sürülen mallarda yer alması yoluyla oluşan haksız rekabetin giderilmesinin istenmeyeceğini ancak tescilli markaların başkalarının markasıyla iltibasa neden olmayacak biçim, renk, ebat ve ambalaj kompozisyonu içinde kullanılması gerektiği tespitlerine yer verilmiştir.

IV. SÖZLEŞMENİN TÜRLERİ

A. Genel Olarak

Markaların birlikte var olma sözleşmesi, tescil amacıyla yapılan ve tescil amacıyla yapılmayan olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

B. Tescil Amacıyla Yapılan Birlikte Var Olma Sözleşmesi

Marka tescilinde mutlak ret nedenlerinin düzenlendiği SMK m. 5/3 hükmünde, tescilli marka sahibi, tescilli marka ile aynı veya benzer marka başvurusunun tesciline açıkça muvafakat ederse marka başvurusunun reddedilmeyeceği düzenlenmiştir. Sonraki markanın tesciliyle, her iki marka piyasada aynı anda farklı kişilerce kullanılabilir ve SMK’nın sağladığı korumadan yararlanabilecektir.

SMK’da markanın tesciline izin verme işleminin tek taraflı irade açıklaması şeklinde yapılması gerektiği düzenlenmiş ancak tescile rıza göstermenin bir sözleşme olarak yapılmasıyla ilgili açık bir hükme yer verilmemiştir⁷⁴. Sözleşme özgürlüğü ilkesinin tabi bir sonucu olarak taraflar, tescile muvafakat etme işlemiyle eş zamanlı olarak birlikte var olma sözleşmesini yapmalarına engel bir hal bulunmamaktadır. Bu şekilde yapılan sözleşmeye markaların tescili amacıyla yapılan birlikte var olma sözleşmesi, diyebiliriz. Sözleşmenin konusu, tescilli markanın aynı veya benzerinin tesciline rıza gösterme ile kararlaştırılmışsa bedelin ödenmesidir. Sonraki markanın tescili neticesinde her iki marka piyasada birlikte var olacaktır.

Tescil amacıyla yapılan birlikte var olma sözleşmesi üç ihtimalde görülebilir. Birincisi, tescilli marka sahibinin, üçüncü kişinin marka tescil başvurusuna izin vermesidir. Bu durumda tescilli marka hakkı sahibi, sonraki marka tescil başvurusunu engelleyebilecekken bunu yapmamaktadır. Bu halde bir markanın aynısı, ayırt edilmeyecek kadar benzeri veya iltibasa yol açacak kadar benzerinin genellikle benzer mallar için tesciline imkan sağlanmaktadır. Örneğin tescilli marka gıda ürünleri için tescilli iken, turizm hizmetlerinde tescile müsaade edilmektedir. SMK gereğince önceki tescilli marka

74 Horton/Fan, s. 1, “Çin’de markaların birlikte var olma sözleşmeleri hakkında mevzuatta bir düzenlenme bulunmamaktadır ancak bu sözleşmelerin sayıları ticari hayatta giderek artmaktadır. Özellikle bu sözleşmeler Çin Ticari Marka Gözden Geçirme ve Yargılama Kurulu (TRAB) tarafından kabul edilmektedir.”

sahibi sonraki marka başvurusuna itiraz ederek tescilli önleme hakkına sahip iken, temelde ve gerçekte müşteri çevresinin farklılığından dolayı bir arada yaşamaya razı olmaktadır. Bu halde tescilli marka sahibi, gerçek ticari bir fedakârlıkta bulunarak birlikte var olma olgusunu gerçekleştirmiş olmaktadır.

İkinci ihtimalde, tescilli tanınmış marka sahibinin, üçüncü kişinin marka tescil başvurusuna izin vermesi halinde söz konusu olur. Bu durumda, birinci ihtimalde olduğu gibi her iki marka da aynı veya farklı müşteri çevresinde birlikte var olmaktadır.

Üçüncü ihtimalde ise, tescilsiz marka sahibinin, sonraki tescil başvurusuna sesiz kalması veya izin vermesi halidir. Bu durumda önceki hak sahibi itiraz ile bir marka başvurusunu engelleme imkânına sahip iken bunu yapmayarak her iki markanın birlikte var olmasına imkân sağlamaktadır.

C. Tescil Amacıyla Yapılmayan Birlikte Var Olma Sözleşmesi

SMK m. 5/3 hükmünde markaların birlikte var olma hakkı, sonraki markanın tesciline başvuru aşamasında alınacak rızanın varlığına bağlı olarak düzenlenmiştir. Tescilli markayla aynı veya benzer markanın piyasada tescilli veya tescilsiz olarak kullanılması halinde, marka hakkının bir gereği olarak tescilli marka sahibi SMK kapsamında markasının korunması için gereken hukuki yollara başvurabilir. Marka hakkına tecavüz fiili, daha sonra tescil edilmiş aynı veya benzer bir marka ile olabileceği gibi tescilsiz bir markayla da yapılabilir. Ancak tescilli marka sahibi, markasının korunması yerine aynı veya benzer marka sahibiyile bir anlaşma yaparak markaların piyasada birlikte kullanılmasını kararlaştırabilir. Bu durumda yapılan sözleşme, tescil amacıyla yapılmayan markaların birlikte var olma sözleşmesi olarak adlandırılabilir. Sözleşmenin konusu, tescilli markayla aynı veya benzer markanın aynı veya farklı piyasalarda kullanılması ile kullanım karşılığında bir bedelin ödenmesidir.

Tescil amacıyla yapılmayan birlikte var olma sözleşmesi iki ihtimalde görülebilir. Birinci ihtimalde, farklı zamanlarda tescil edilen iki tescilli markanın birlikte var olma sözleşmesi ile bir biri ile çekişmesiz, sulh içinde yaşamasına zemin oluşturulması halinde görülmektedir. Bu durumda her iki marka aynı veya farklı müşteri çevresinde ticari olarak birlikte var olmaktadır.

İkinci ihtimalde ise tescilsiz marka ile tescilli veya tescilsiz markanın birlikte var olma sözleşmesi ile sulh içinde yaşamlarına olanak sağlanmaktadır. Bu durumda her iki marka birlikte aynı veya farklı piyasada birlikte varlık gösterebilmektedir.

V. SÖZLEŞMENİN KURULMASI, TARAFLARI, ŞEKLİ VE TESCİLİ

A. Sözleşmenin Kurulması ve Tarafları

Birlikte var olma sözleşmesinin kurulmasına ilişkin olarak SMK'da ayrıntılı hükümler düzenlenmemiştir. Bu sözleşme, diğer sözleşmelerde olduğu gibi sözleşmelerin geçerlilik koşullarına uygun olarak yapılmalıdır. Sözleşmenin geçerlilik koşulları; tarafların hukuki işlem ehliyeti, irade beyanlarının sağlıklı olması, muvazaa, şekle uygunluk, sözleşmenin konusunun hukuka ve ahlaka aykırı olmaması ile imkânsız olmaması olarak anlaşılır.

Birlikte var olma sözleşmesinin kurulabilmesi için öncelikle TBK m. 2 hükmü gereğince, tarafların, sözleşmenin esaslı unsurları üzerinde anlaşmaları gerekir. Sözleşmenin esaslı unsurları, aynı veya benzer markanın tesciline veya kullanılmasına muvafakat etme ile devir bedelidir⁷⁵. Bu iki unsurun sözleşmede belirlenmiş olması yahut en azından belirlenebilir hale getirilmiş olması şarttır. Aksi halde sözleşmenin kurulmamış olduğu kabul edilecektir⁷⁶. Buna göre gerekli şartlara uygun olmayan birlikte var olma sözleşmesi hükümsüzlük yaptırımlarına tabi olacaktır.

B. Sözleşmenin Şekli

TBK m. 12/1 hükmüne göre, sözleşmelerde asıl olan şekil serbestisidir. SMK'da, birlikte var olma sözleşmesinin adı yazılı şekilde, tescile muvafakatin ise resmi yazılı şekilde yapılması gerektiği hükme bağlanmıştır.

Sınai mülkiyet hakkının hukuki işlemlere konu olmasının düzenlendiği SMK m. 148/1 hükmüne göre; sınai mülkiyet hakkı devredilebilir, miras yolu

75 Lisans sözleşmesinin esaslı unsuru lisans ve lisans bedelidir, **Onan**, s. 66.

76 Yargıtay 11.HD. T: 03/04/2001, E: 2001/752, K: 2011/3930: "Somut olayda, anılan KHK'nin 16. maddesine uygun biçimde karşılıklı olarak yazılıp, imzalanmış bir sözleşmeye dayalı olarak marka devri bahis konusu değildir. Keza taraflar arasında KHK'nin 20. ve müteakip maddelerde yazılı şekilde marka kullanım hakkının devrini içeren bir lisans sözleşmesi de yapılmamıştır. Bu bakımdan ihtilafın genel hükümler çerçevesinde değerlendirilip, çözülmesi gereklidir."

ile intikal edebilir, lisans konusu olabilir, rehin ve riblebilir, teminat olarak gösterilebilir, haczedilebilir veya “diğer hukuki işlemlere” konu olabilir. SMK m. 148/4 hükmünde ise sınai mülkiyet hakkını konu olan tüm hukuki işlemlerin yazılı şekle tabi olduğu düzenlenmiştir. Dolayısıyla tescil amacıyla yapıp yapılmadığına bakılmaksızın markaların birlikte var olma sözleşmesinin geçerliliği, marka lisans sözleşmesinde olduğu gibi, yazılı (kanuni)⁷⁷ şekil şartına bağlanmıştır⁷⁸. Bu kapsamda taraflar, birlikte var olma sözleşmesinde, tescilli markanın aynı veya benzer başka bir markanın tesciline ya da kullanılmasına rıza gösterme ile bunun karşısında belirlenen bedelin ödenmesine ilişkin irade beyanlarını yazılı olarak imzalamaları neticesinde yazılı şekil şartı gerçekleştirilmiş olur⁷⁹. Ancak taraflar, sözleşmeyi resmi yazılı şekilde de yapabilirler⁸⁰.

Birlikte var olma sözleşmesinin tescil amacıyla yapılması halinde, sözleşmenin hüküm doğurabilmesi için ayrıca SMK m. 5/3 hükmü gereğince önceki marka sahibinin sonraki marka başvurusunun tesciline açıkça muvafakat ettiğini gösteren “*noter onaylı belgenin*” sunulması gerekir. Kanun tescile muvafakatin resmi şekilde yapılmasını zorunlu kılmıştır. Kanunda birlikte var olma sözleşmesinden bahsedilmemiş ancak marka başvurusunun tesciline muvafakat düzenlemiş ve muvafakate ilişkin usul ve esasların ise yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir. Bu kapsamda kanun koyucu, tescil amacıyla yapılan birlikte var olma sözleşmesinin yapıp yapılmadığına bakılmaksızın, marka tesciline kayıtsız ve şartsız muvafakati gösterir noter onaylı belgenin varlığını zorunlu kılmıştır.

Birlikte var olma sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi için adi yazılı şekilde yapılması yeterli olacaktır. TBK m. 12/2 hükmü gereğince kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil şartı, geçerlik şeklidir. Bu kapsamda kanunun aradığı şekil şartına uyulmadan yapılan sözleşmeler hükümsüz olacaktır.

SMK m. 148/5 hükmünde, sınai mülkiyet hakkını konu edinen hukuki işlemler, taraflardan birinin talebi, ücretin ödenmesi ve yönetmelikle belirlenen diğer şartların yerine getirilmesi hâlinde sicile kaydedilip bültende yayımlanacağı, sicile kaydedilmeyen hukuki işlemlerden doğan hakların iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceği düzenlenmiştir. Birlikte var olma sözleşmesi, tarafların talebi, Kurumca belirlenen ücretin ödenmesi ve sınai mülkiyet siciline tescil edilmesiyle durum bültende yayımlanır. Sözleşmenin tescili, lisans sözleşmesinde olduğu gibi, kurucu değil açıklayıcı bir işleve sahiptir⁸¹. Tescilin yapılmamış olması sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Sözleşmenin sicile kaydedilmesi neticesinde birlikte var olma hakkı üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilecektir⁸².

VI. TARAFLARIN HAK VE BORÇLARI

A. Birlikte Var Olma Hakkını Veren Borçları

Taraflar, birlerine karşı hak ve borç altına girmeksizin sadece tescilin yapılmasına rıza gösterme veya dava açmama gibi hususları sözleşmede kararlaştırabilirler. Taraflar yine sözleşme ile birbirlerine karşı bir kısım yükümlülükler getirebilirler.

Birlikte var olma sözleşmesi iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak yapılması halinde, lisans sözleşmesinde olduğu gibi, sözleşmenin karakteristik edimi birlikte var olma hakkını veren edimidir⁸³. Birlikte var olma hakkını veren yükümlülüklerine ilişkin ikili bir ayırım yapılarak bu yükümlülüklerin olumlu ya da olumsuz niteliklerinin ortaya çıkarılması gerekir. Hakkı veren olumlu yükümlülüğü, tescilli markayla aynı veya benzer markanın tesciline veya piyasada kullanılmasına rıza göstermektir. Olumsuz yükümlülüğü ise, tescilin marka hakkı sahibine sağladığı mutlak haktan kaynaklanan inhisari yetkilerini, sözleşmeye aykırılık

77 **Eren**, Genel Hükümler, s. 283.

78 **Ongan**, s. 68; **Özel**, s. 63; **Tekinalp**, s. 469; Yargıtay 11. HD. T: 30.05.2014, E: 2013/4103, K: 2014/10174; “...*isim hakkı kullanım bedeli*” göstermek suretiyle, davalı tarafca davacıya bir sınai hakkın kullanımı için lisans verildiği, her ne kadar taraflar arasında yazılı bir sözleşme mevcut değil ise de, taraflar arasındaki hukuki ilişki, fiili kullanım ve tarafların beyanlarına göre fatura konusu olan *isim hakkı kullanım bedeli*’nin, davacı adına tescilli markasının kullanımına ilişkin bir izin olduğunun kabulünün zorunlu olduğu, taraflar arasında yazılı şekilde düzenlenmiş bir marka lisans sözleşmesi bulunmadığı, bu nedenle davalı şirketin, 556 sayılı KHK’nın 21. maddesi anlamında bir *lisans alan* olarak kabulünün mümkün olmadığı, 556 sayılı KHK’nın 15 ve 21. maddelerine uygun bir marka lisans sözleşmesinden söz edilemeyeceği...”

79 **Eren**, Genel Hükümler, s. 287.

80 **Eren**, Genel Hükümler, s. 299.

81 **Tekinalp**, s. 446.

82 **Ongan**, s. 68; **Özsoy**, s. 116; **Tekinalp**, s. 437. Yargıtay 11.HD. T: 20/02/2013, E:2011/2136, K: 2013/3051: “...*önceki marka sahibi M.Tic. A.Ş. ile 11.06.2003 tarihinde Marka Lisans Sözleşmesi yaparak ‘M’ ibareli markanın modellerinin ‘M’ markası altında imal, pazarlama, satma ve kullanma hak ve yetkilerini hukuki vebeleriyle birlikte devir aldığı, sözleşmeyi usulüne uygun olarak yaptıktan sonra 01.04.2004 tarihinde TPE Markalar Dairesi Başkanlığı nezdindeki markalar siciline şerh ve ilan verildiği, böylelikle lisans sözleşmesinden davacının da haberdar olduğu. ...*” Yargıtay 11.HD. T: 09.07.2009, E: 2007/13745, K:2009/8497: “...*lisans sicile kayıt edilmediği müddetçe iyiniyetli 3.kişilere karşı ileri sürülemeyeceği...*”

83 **Arbek**, s. 174; **Özsoy**, s. 125; **Özdemir**, Sınai Haklara, s. 64; Modiano, Giovanna (1980), “*International Patent Licensing Agreement and Conflict of Laws*”, Northwestern Journal of International Law & Business, 2:1, s. 19-20.

hali hariç, birlikte var olma hakkını alana karşı kullanılmaktan kaçınması ve tescilli markanın sağladığı hakların sonraki marka hakkı sahibi tarafından kullanılmasına katlanmasıdır.

Taraflar sözleşmede birbirlerine karşı rekabet etmemeyi kararlaştırabilirler. Bu halde rekabet etmeme yükümlüğü birlikte var olma sözleşmesinin her iki tarafı açısından bulunmaktadır. Sözleşmesinin yapılmasının bir sonucu olarak birlikte var olma hakkı verenin, hakkı alanla rekabet etmeme yükümlülüğü, özellikle aynı veya bezer markanın aynı veya farklı piyasada kullanılmasına rıza göstermesi, buna karşılık ve her iki taraf birbirleri aleyhine sonuç doğuracak diğer eylemlerden kaçınması gerekir.

B. Birlikte Var Olma Hakkını Alanın Borçları

Birlikte var olma sözleşmesinde, taraflar kararlaştırmışlarsa birlikte var olma hakkını alanın bedel ödeme, tescil veya kullanma izni verilenin markanın sözleşmeye uygun olarak mal veya hizmetlerde ya da belirlenen bölgede kullanılması ile taraflar kararlaştırmışlarsa birlikte var olma hakkını verene karşı rekabet etmeme borcu bulunmaktadır.

Birlikte var olma hakkını alanın asli yükümlülüklerinden biri, taraflar kararlaştırmışlarsa, sözleşmeyle elde ettiği tescil veya kullanma hakkının karşılığı olarak bir bedelin ödenmesidir. Taraflar, tescil veya kullanma bedeli olarak bir miktar para ya da başka bir ivaz kararlaştırabilir. Taraflar, tescil veya kullanma bedelinin belirlenmesi yöntemini sözleşmede kararlaştırmalıdır. Tescil veya kullanım bedeli, sabit bir bedel olarak belirlenebileceği gibi iş hacmi veya kazançta göre nispi olarak da belirlenmesi mümkündür. Bedel parça başına, ciroya katılım, kâra katılım yöntemleriyle nispi olarak da belirlenebilir.

Taraflar kararlaştırmış ise birlikte var olma hakkını alanın, hakkı verenle rekabet etmeme yükümlülüğü bulunmaktadır⁸⁴. Hakkı alanın, ilk tescil edilen marka aleyhine sonuç doğuracak ve rekabeti bozacak nitelikteki eylemlerden kaçınması gerekir.

Taraflardan birinin sözleşmeye aykırı davranması halinde, sorunun hem sözleşmeler hukuku, hem de marka hukuku kuralları çerçevesinde çö-

zümlemesi gerekir. Sözleşmenin tescil amacıyla yapılması halinde, muvafakat nedeniyle tescil edilen marka SMK'nın sağladığı korumadan yararlanacağından ilk tescil edilen marka SMK'nın verdiği hakları sonradan tescil edilen markaya karşı tam olarak kullanamayacaktır. Bu ihtimalde, ilk tescil edilen marka sahibi, sonra tescil edilen marka hakkı sahibine karşı sözleşmeye aykırılık nedeniyle TTK ve TBK'da düzenlenen kurala uyarınca haklarını kullanabilecektir⁸⁵.

Taraflar sözleşmede birbirlerine karşı rekabet etmemeyi kararlaştırmışlarsa, birlikte var olma sözleşmesinin kullanma amacıyla yapılması ve kullanma izni verilen markanın, marka hakkına aykırı davranması durumunda, tescilli marka sahibi tescilsiz markaya karşı ihlal nedeniyle SMK, TTK ve TBK'da düzenlenen rekabet hukuku kurallarına göre haklarını ileri sürebilecektir⁸⁶.

Tescil amacıyla yapılan birlikte var olma sözleşmesinin ihlalini konu edinen İngiltere Yüksek Mahkemesinin 08/05/2006 tarihli Apple Computers ve Apple Corps kararının incelemesinde konunun anlaşılması bakımından yarar vardır. Amerika Birleşik Devletleri menşeli Apple Computers, masaüstü bilgisayar ve bilgisayar ürünleri satan dünyadaki en büyük teknoloji şirkettir⁸⁷. İngiltere menşeli Apple Corps, 1968'de Londra'da Beatles üyeleri tarafından kurulan müzik ve multimedya şirkettir. Apple Records Apple Corps'un iştirakidir. Bu iki şirket, arasında 1978-2006 yıllarında bir dizi uyuşmazlık meydana gelmiştir. Apple Corps ilk davayı 1978 yılında marka ihlali nedeniyle Apple Computer'a karşı açmış ancak dava 1981 yılında anlaşmayla çözülmüştür. Anlaşmada, Apple Computer müzik işine, buna karşılık Apple Corps da bilgisayar işine girmemesi kararlaştırılmıştır. Her iki şirket, Apple Computer'ın kendi markalarını elektronik eşyalar, bilgisayar yazılımlar, veri işleme ve veri iletim hizmetleri üzerinde veya bunlarla bağlantılı olarak kullanma hakkına sahip olması koşuluyla, birlikte var olma sözleşmesi yapmışlardır.

Apple Corps, 1991 yılında bilgisayarlarına ses

84 Haksız rekabet, olağan yarışın, normal rekabetin kötü ve onaylanmayan biçimde, hukuka aykırı olarak yapılmasıdır. Haksız rekabet hakkında ayrıntılı açıklamalar için bakınız; **Odabaşı Karaman**, Fatma (2015) Uygulamada Fikri Mülkiyet Haklarının Haksız Rekabete Konu Olması, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 45.

85 **Nanayakkara**, Tamara "Independent Existence or Coexistence of Identical or Similar Trademarks", http://www.wipo.int/export/sites/www/sme/en/documents/pdf/trademarks_identical.pdf; Apple Corps v. Apple Computer, 1978-2006, <http://sites.udel.edu/cisc356/2014/04/21/apple-corps-v-apple-computer-1978-2006/>; Karara bkz. <http://www.5rb.com/wp-content/uploads/2013/10/Apple-Corps-Ltd-v-Apple-Computer-Inc-ChD-8-May-2006.pdf>; Thomsen, s. 30.

86 **Çolak**, s. 265.

87 <https://www.forbes.com/powerful-brands/list/>

ekleyen Apple Computer'a 1981 tarihli sözleşmenin ihlali iddiasıyla tekrar dava açmış, bu sefer taraflar tekrar anlaşma yoluna gitmişlerdir. Anlaşmada Apple Computer, tazminat ile CD gibi herhangi bir fiziksel müzik materyalini paketlememeyi, satmamayı veya dağıtmamayı kabul etmiştir. Apple Computer Eylül 2003'te iTunes'u piyasaya sürdükten sonra Apple Corps, bir kez daha birlikte var olma sözleşmesini ihlalinden dolayı dava açmıştır. Londra Yüksek Mahkemesi, 2006 yılında verdiği kararında Apple Computer'un sözleşmeyi ihlal etmediği sonucuna varmıştır.

Apple Corps, iTunes müzik mağazasının müzik işi olduğunu ileri sürerek sözleşmenin ihlal edildiğini iddiasında bulunmuştur. iTunes, kişisel bilgisayarlar ve iPod'lar gibi dijital aygıtlarda çalınabilen müzik parçalarının satışının yapıldığı bir bilgisayar programıdır. Şarkılar dijital cihaza indirilir, fiziksel araç CD değil yazılımın kendisidir. Bu davada asıl uyuşmazlık konusu Apple Computer'ın dijital müziği satma eyleminin taraflar arasındaki orijinal anlaşmayı ihlal edip etmediğidir. Bu davadaki davacı (Apple Records), dijital müziğin bir fiziksel müzik dağıtım biçimi olarak görülmesi gerektiğini savunmuştur. Davalı (Apple Computer), dijital müziğin satışının önceki anlaşmanın şemsiyesi altında kategorize edilmemesi gerektiğini iddia etmiştir. Apple Computer markası, Apple Corps ve Records'dan sonra 1976 yılında tescil edilmiştir. Apple Corps kayıtları, Beatles grubu tarafından oluşturulmuştur. Sözleşme müziğin dijital olarak satılmasının düzenlenmemesi nedeniyle Apple Computer, müziği dijital olarak satma hakkına sahipti. Birlikte var olma sözleşmesinin yapıldığı 1981 tarihinde Apple Corps, teknolojideki her yeni gelişmeyi sözleşmeye ekleme imkânına sahip değildi. Mahkeme, konuyu tüketici açısından değerlendirerek Apple Computers logosunun, müzik hizmeti değil yazılımla bağlantılı olarak kullanıldığı için, sözleşmenin herhangi bir şekilde ihlal edilmediğini kabul etmiştir.

VII.SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ

A.Sözleşmenin Sona Erme Sebepleri

1.Sözleşme Süresinin Bitmesi Nedeniyle Sona Erme

Sürekli borç ilişkisi niteliğindeki birlikte var olma sözleşmesi kural olarak belirli bir süre için yapılır. Belirlenen sürenin dolmasıyla sözleşme sona erer. Sürenin belirlenmediği durumlarda ise genel yorum kuralları uygulanmak suretiyle süre belirlenebilir. Marka hakkı, on yıl süreyle korunması nedeniyle birlikte var olma sözleşmesinin, korumaya

konu marka hakkının yasal koruma süresi boyunca yapıldığı kabul edilir. Koruma süresi sona erdiğinde, sözleşme sona erer. Ancak öğretilde, tescilli markanın koruma süresinin on yıl olması nedeniyle sözleşmenin on yıllığına yapıldığına ilişkin yaklaşımın doğru olmadığı, zira koruma süresinin kolaylıkla onar yıllık dönemler halinde uzatılabileceği ileri sürülmektedir⁸⁸.

2. Sözleşme Konusu Hakkın Koruma Süresinin Sona Ermesi

Birlikte var olma hakkının konusu marka hakkının koruma süresinin dolması veya markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesiyle sözleşme sona erer. Marka tescilinin yenilenmemesi bu hakkı konu alan birlikte var olma sözleşmesini de sona erdirecektir⁸⁹. Diğer taraftan marka hakkı sahibinin bu haktan vazgeçmesiyle de bu hak sona ereceğinden, bu hakkı konu alan birlikte var olma sözleşmesi de sona erecektir.

3. Sözleşmenin Geçersizliği Nedeniyle Sona Ermesi

Borçlar hukukundaki tüm sözleşmeler için aranan geçerlilik şartları birlikte var olma sözleşmeleri için de aranmaktadır. Bu bağlamda sözleşme ehliyetinin olması, muvazaanın olmaması ve şekil zorunluluğuna uyulması gerekmektedir. Sözleşmenin geçerlilik koşullarına uyulmamasının sonucu olarak sözleşme hükümsüz olacaktır.

4. Sözleşmenin Fesih Yoluyla Sona Ermesi

Fesih, sürekli borç ilişkilerinde, sözleşme taraflarından birinin ilişkinin kurulduğu zamanda var olmayan bir sebebe dayanarak kullanacağı bozucu nitelikte bir beyan ile sözleşmenin ileriye etkili olarak sona erdirilmesi olarak tanımlanmaktadır⁹⁰. Fe-

⁸⁸ Özel, s. 201.

⁸⁹ Yargıtay 11.HD. T: 01.02.2010, E: 2008/10204, K: 2010/1014; *"...marka lisans sözleşmesine konu marka tescilinin marka sahibi davacı tarafından yenilenmediği için lisans alan diğer davacının bu markaya dayalı dava açma hakkının bulunmadığı..."*

⁹⁰ Eren, Genel Hükümler, s. 165; Nomer, s. 371; Oğuzman/Öz, s. 436. Yargıtay 11.HD. T: 04.06.2014, E:2014/1898, K: 2014/10526; *"Dava, taraflar arasındaki franchise sözleşmesinin feshine rağmen davacıya ait marka, isim ve logolann kullanılmasından kaynaklanan tecavüzün önlenmesi, tazminat ve alacak istemlerine ilişkindir. Fesih, fesih hakkı olup olmamasına göre davalı tarafın buna ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla, feshine ilişkin iradenin karşı tarafa ulaşması ile sonuç doğuracağından bu andan itibaren taraflar arasındaki sözleşme iliş-*

sih beyanının hüküm ve sonuç doğurabilmesi için karşı tarafa ulaşması gerekir; ancak karşı tarafın kabulüne ihtiyaç göstermeyen tek taraflı bir hukuki işlemdir. Birlikte var olma sözleşmesi sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olması nedeniyle fesih yoluyla sona erdirilebilir. Taraflar fesih sebeplerini sözleşmede kararlaştırabilecekleri gibi, aynı zamanda kanundan kaynaklanan sebeplerle de fesih yapılabilir⁹¹. SMK'da birlikte var olma sözleşmesinin feshine ilişkin düzenleme yapılmadığından, sürekli borç ilişkisi doğuran diğer sözleşmelere ilişkin kanuni fesih sebepleri bu sözleşmelere de uygulanabilecektir.

5. Sözleşmeden Dönme

Dönme, geçerli şekilde kurulmuş ve kural olarak tarafların borçlarını ifa etmeleri ile sona erecek olan iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin özel olarak ortadan kaldırılması yöntemi olarak nitelendirilmektedir⁹². Buna göre tarafların sahip olduğu hakka dayanarak, geçerli bir sözleşmeyi geçmişe etkili olarak sona erdirmesine dönme denir⁹³. Birlikte var olma sözleşmesi sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olması nedeniyle sözleşmenin önceye etkili olarak sona erdirilmesi, yani sözleşmeden dönme, kural olarak birlikte var olma sözleşmesine uymaktadır. Ancak önemli nedenlere bağlı olarak fesih hakkının kullanımı söz konusu olabilir.

C. Sona Ermenin Sonuçları

Birlikte var olma sözleşmesi, sözleşmenin sona ermesinden sonra da taraflara borç yükleyen sözleşmelerdendir⁹⁴. Sürekli borç ilişkisi doğuran birlikte var olma sözleşmesi, hangi sebeple sona ererse ersin, ileriye etkili olarak sonuç doğurur. Yani sözleşmenin sona erdiği andan önceki döneme ait edimler geri istenmeyecektir⁹⁵. Sözleşmenin sona ermesiyle birlikte hakkı verenin ve alanın bazı yükümlülükleri bulunmaktadır.

Birlikte var olma hakkını alanın en önemli yükümlülüğü sözleşme konusu markanın kullanmaması yükümlülüğüdür⁹⁶. Sözleşmenin sona ermesinden sonra birlikte var olma hakkını alan marka hakkını kullanmaya devam etmesi halinde bu durum marka hakkının ihlali olarak kabul edilir. Bu durumda, hakkı veren sözleşmenin sona ermesinden itibaren sınırsız olarak markadan doğan haklarını birlikte var olma hakkını alana karşı kullanabilir.

Son olarak, sözleşmenin her iki tarafı açısından, TMK m. 2 hükmünde temelini bulan iyiniyet ve dürüstlük kuralı gereğince ve sözleşme ilişkisi çerçevesinde, sözleşme süresince ve sözleşmenin bitiminden sonra da taraflar öğrendikleri bilgileri saklamakla yükümlüdürler⁹⁷. Sır saklama yükümlüğüne aykırı davranılması, sözleşmenin ihlalini gündeme getirebilecektir.

SONUÇ

Markaların Birlikte Var Olma Sözleşmesi başlıklı çalışmamızda, birlikte var olma sözleşmesi genel olarak ele alınmış, konuların ve sorunların tamamına değinilememiştir. Zira birlikte var olma sözleşmesi, birçok disiplinin çakışma alanında olması nedeniyle sınırların belirlenmesinde güçlükleri beraberinde getirmiştir. Bu kapsamda; marka hakkı, birlikte var olma kavramı, birlikte var olma sözleşmesinin hukuki niteliği, sözleşmenin kurulması, tarafları, şekli ve tescili, tarafların hak ve borçları ile sözleşmenin sona erme sebeplerine ilişkin çeşitli konular ve sorunlar üzerinde tespitlerde bulunulmaya çalışılmıştır.

Birlikte var olma sözleşmesi birçok ülke hukukunda uygulama alanı olan ve yargı kararlarına konu olan bir sözleşme olmasına rağmen sözleşme hakkında günümüzde istenilen oranda akademik çalışma yapılmamıştır.

kisi son bulur. Sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra davalının davalıya ait marka, isim ve logoları kullanması ise izinsiz kullanım olacağından davalının taleplerinden tecavüzün durdurulması ve önlenmesi talebi hakkında kabul kararı vermek gerekirken, bu talep yönünden de red kararı verilmesi doğru olmamıştır."

91 **Ongan**, s. 136.

92 **Oğuzman/Öz**, s. 436, 395; **Özsoy**, s. 184; **Özel**, s. 203.

93 **Oğuzman/Öz**, s. 436; **Nomer**, s. 371.

94 **Özdemir**, Sınai Haklara, s. 97.

95 **Özsoy**, s. 190.

96 **Ongan**, s. 139. Yargıtay 11.HD. T:20.11.2012, E:2011/12934, K:2012/ 18665; "Taraflar arasında düzenlenen lisans sözleşmesinin sözleşme şartlarına uygun olarak feshedildiği, davalının markayı kullanım hakkını ortadan kalktığı, davalı ticaret unvanının markasal kullanım hakkı tanımadığı, fesihten sonra kullanımın yasal olmadığı gerekçesi ile mülkiyeti davacıya ait markanın davalı şirket tarafından kullanılmasının önlenmesine (taraflar arasındaki anlaşma sona erdiğinden) bu nedenle markanın her türlü basılı evrak, kartvizit, v.s. her türlü markasal kullanımının engellenmesine karar verilmiştir."

97 **Özel**, s. 222.

Türk hukukunda marka hakkıyla ilgili getirilen önemli yeniliklerden biri olan markaların birlikte var olması sözleşmesine, ilk olarak marka tescilinde mutlak ret nedenlerinin düzenlendiği SMK m. 5/3 hükmünde yer verilmiştir. Sözleşmenin esaslı unsurlarının SMK'da düzenlenmemesi nedeniyle başta sözleşmeye uygulanacak hükümler olmak üzere, bu alandaki belirsizlikler, sözleşme açısından çeşitli sorunları gündeme getirmiştir.

Birlikte var olma sözleşmesi, birlikte var olma hakkını verenin, hakkı alana tescilli veya tescilsiz marka ile aynı veya benzer markanın tesciline veya kullanılmasına izin verilmesi borcunu, sözleşmede kararlaştırılmış ise hakkı alanın da tescil veya kullanma hakkı karşılığında bedel ödemesi borcunu yükümlendiği sözleşmedir. SMK'da düzenlenen birlikte var olma hakkına ilişkin hükümde, birlikte var olma sözleşmesinin niteliğini belirleyecek bir tanımın yapılmaması, sözleşme hükümleri açısından yeterli açıklıkta kurallara yer verilmemesi ve en önemlisi sözleşmenin esaslı unsurlarının düzenlenmemesi nedeniyle birlikte var olma sözleşmesini, kendine has özellikleri olan isimsiz bir sözleşme olarak kabul edebiliriz.

Sözleşme özgürlüğünün tabi bir sonucu olarak hukuk hayatında ortaya çıkan birlikte var olma sözleşmesi potansiyel hak ihlallerini önleyerek markaların piyasada sulh içinde varlık göstermesine imkân vermesi bakımından önemli işlevi olan bir sözleşmedir. Sözleşmeyle taraflar, marka hakkına tecavüz iddiasıyla bir dava tehdidinde maruz kalmadan, markalarını, kendi belirleyecekleri şartlarda kullanma hakkını elde etmektedir.

KAYNAKÇA

Abrek, Ömer (2005) Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesi, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.

Arkan, Sabih (1997) Marka Hukuku, C. I, Ankara Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları.

Arkan, Sabih (1998) “Marka Hakkının Tüketilmesi” Ali Bozer’e Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara.

Auleytner Aleksandra, Zwierzynska Agnieszka and Kuba IskiJakub (2011) “Nature of Licensing Agreements”, International Licensing, Center for International Legal Studies, Rel. 28.

Başlar, Yusuf (2012) “Marka Lisansı Sözleşmesinin İşlevleri ve Çeşitleri”, Terazi Hukuk Dergisi, Y.7, S.68.

Bozbel, Savaş (2015) Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, Oniki Levha Yayınları.

Calbolis, Irene (2007) “The Sunset Of Quality Control In Modern Trademark Licensing”, Marquette University Law School Legal Studies Research-Paper No. 07-09.

Çolak, Uğur (2014) Türk Marka Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, Oniki Levha Yayınları.

Eren, Fikret (2017) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.

Dönmez, İrfan (1992) Markalar ve Haksız Rekabet Davaları, 2. Baskı, İstanbul.

Ishida, Masayasu (2011) “Technology Transfer and Licensing” Japan Patent Office Asia-Pacific Industrial Property Center.

İşıktaç, Yasemin (2014), Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme, 2. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi.

Hermida, Julian (2004) “Convergence Of Civil Law And Common Law Contracts In The Space Field”, Hong Kong LawJournal, Vol. 34, Issue 2.

Horton Headington, Lucy/Fan, Susan (2013) Business Law Bulletins: Intellectual Property.

Karahan, Sami (2003) Marka Hükümsüzlük Davalar, Konya, Mimoza Yayınları.

Kıratlı, Metin (2015) “Marka Lisans Sözleşmeleri”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 23.

Kırca, İsmail (2004) “Türkiye’de Markalara ve Tanınmış Markalara Yönelik Uygulamalar, Yargıtay Kararları Açısından Marka Hukukunda İltibas (Karıştırma) Kavramı ve Paris Sözleşmesi’nin 1. Mükerrer 6. Maddesi Anlamında Tanınmış Marka”, Türkiye’de Fikri ve Sınai Mülkiyet Haklarının Etkin Uygulanması Sempozyumu, İstanbul.

Kuntalp, Erden (2013) Karışık Muhtevalı Akit, 2. Baskı, Ankara, Batider Yayınları.

Lawsen, Marie Martens (2009) Trademark Coexistence Agreements in the EU from an Interdisciplinary Perspective, Master Thesis, Aarhus School of Business.

Modiano, Giovanna (1980), “International Patent Licensing Agreements and Conflict of Laws”, Northwestern Journal of International Law&Business, 2:1.

Moss, Marianna (2005) “Trademark Coexistence Agreements: Legitimate Contract Tools Of Consumer Deception?”

Nanayakkara, Tamara “Independent Existence or Coexistence of Identical or Similar Trademarks”.

Nomer, Haluk N. (2015) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları.

Odabaşı-Karaman, Fatma (2015) Uygulama da Fikri Mülkiyet Haklarının Haksız Rekabete Konu Olması, Ankara, Adalet Yayınevi.

Oğuzman, M. Kemal, Öz, M. Turgut (2016) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C-1, 14. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Ongan, Burak (2007) Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmelerinde Tarafların Hukuki Durumu, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları.

Öçal, Akar (1967) Türk Hukukunda Markaların Himayesi (İsviçre ve Fransız Hukuklarıyla Mukayeseli Olarak), Ankara.

Özdemir Oktay, Saibe (2002) Sınai Haklara ilişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları (Kısaca; Sınai Haklara).

Özdemir Oktay, Saibe (1995) “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumlanması ve Boşlukların Tamamlanması”, İÜHF, C. LV, S. 1-2. (Kısaca İsimsiz Sözleşmeler)

Özdoğan, Dalcı Nurcihan (2017) “Sözleşmenin Yorumunda Gerçek İradenin Tespiti”, Inonu University Law Review In ULR, Vol:8 No:1.

Özel, Çağlar (2015) Marka Lisans Sözleşmesi, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları.

Özsoy, Hande Saadet (2011) Türk Hukukunda Patent Lisans Sözleşmesi, 1. Baskı, Ankara, Turhan Yayınevi.

Thomsen, Carin (2012) “TrademarkCo-Existence Agreements in the Perspective of EU CompetitionLaw”, Master’s Thesis, University of Gothenburg.

Tekinalp, Ünal (2012) Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Ünal, Mücahit (2007) Marka Tescilinden Doğan Haklarla İlgili Hukuki İşlemler, Ankara, Seçkin Yayınları.