

## İSVİÇRE HUKUKUNDA MARKALARIN DEVRİ \*

**Dr. Erwin MATTER**

Çeviren :  
**Prof. Dr. Akar ÖÇAL**

### I. MARKANIN İŞLETMEYE BAĞLILIĞI

LPM. 11. maddesine göre, marka, ancak, mallarını ayırdetmek için kullanıldığı işletme ile beraber devredilebilir. Marka, bu sebeple, işletmeye bağlı durumdadır. İşletmenin tasfiyesi, markaya ilişkin hakkın sona ermesi sonucunu doğurur. Ancak, marka ile birlikte, bu markaya ait işletmenin bir kısmının devredilmesi hali, bundan hariçtir.

İsviçre hukuku, esas olarak markanın işletmeye bağlılığını kabul etmekle, markanın işletme karşısında bağımsızlığını ve markanın serbestçe devrini benimseyen öteki birçok yabancı hukuktan (meselâ İtalyan, Fransız, Kanada ve bir ölçüde de İngiliz Hukuku) ayrılmış olmaktadır. Markayı işletmeye tabi kılan esas, markanın menşei işaret etmekte ve üzerine konulduğu malın kalitesini göstermekte olmasına dayanmaktadır. Markanın serbestçe devredilmesi halinde alıcıların yanılgı ihtimali mevcuttur; çünkü onlar, marka seçmekle, muayyen bir işletmeyi tercih etmiş olurlar. Markanın tek başına devredilmesi, durumdan habersiz olanların malın menşesinde yanılgılarına yol açar (ATF 58 11 180).

(\*) Marque de fabrique et de commerce (III), **Le transfert de la marque**, FJS. No. 684.

## II. MARKANIN DEVRİ

**1.Meşru Sahibin Değişmesi :** Markanın devri, ancak meşru sahibinin şahsında bir değişiklik olduğu zaman söz konusu olur. Sadece ismin ya da ticaret ünvanının değişmesi halinde bir devirden bahsedilemeyeceği gibi, şirketin varlığını etkilemeyen yapı değişikliklerinde (meselâ bir kollektif, komandit ya da bir limited şirkette bir ortağın değişmesi halinde) de durum bu merkezdedir (CO. 576,612,775,786).

Yabancı markalar bakımından da, başka bir hak süjesinin işaret üzerindeki hakimiyeti eline geçirmesi halinde, devir ortaya çıkmış olur. İşletmenin devrinin neden ibaret olduğu sorunu, marka sahibinin milli hukukunun markanın serbestçe devrini benimsemiş olup olmadığı dikkate alınmaksızın, İsviçre hukukuna göre çözümlenmelidir. Aksine, bir süje değişikliği karşısında bulunulup bulunulmadığı yabancı hukuka göre aydınlığa kavuşturulur.

**2.Sağlararası Devir :** Kural olarak, markanın devri özel bir şekle tabi olmayan bir hukuki işlemde ibarettir. Bununla beraber LPM. 16. maddesi, idarenin, markanın devrini tescil ve ilân edebilmesi için, «bir yeterli ispatlayıcı belge»nin istihsalini öngörmektedir. Markanın intikali devletçe alınan bir müsadere kararından da doğabilir. Fakat bu tür kararların yabancı ülkede verilmesi hali bundan ayrıktır. Marka, iflas halinde, mallarını ayırdettiği işletme ya da işletmenin bir kısmı ile birlikte de devredilebilir. Aksine, İsviçre Hukuku markanın haczine imkan tanımamaktadır. Zira işletmenin bizzat kendisinin bir bütün olarak haczi kabil değildir (ATF 44 III 148, 54 III 57).

**3. Miras Yoluyla İntikal :** LPM. 11 maddesi, markanın miras yoluyla mirasçılara intikali halinde uygulanmaz. LPM 11/III. maddesindeki hükme aykırı olarak, intikalin sonuç doğurması ilânına bağlı değildir. Bu sebeple mirasçılar markaya ilişkin hakları sağlararası devir için öngörülen formalitelere bakılmaksızın, miras bırakanın ölümünden itibaren, kanundan ötürü, iktisap ederler (CC. 560).

**4. Sıkı Ekonomik İlişki :** Ekonomik bakımdan birbirlerine sıkı şekilde bağlı olan işletmeler ve şahıslar için özel şartlar öngörülmüştür. Bunlar aynı markaları aynı anda tescil ettirebilir ve kullanabilirler (LPM. 6 bis). Bundan şu sonuç ortaya çıkar ki, şahıslar ekonomik bakımdan birbirlerine sıkıca bağlı iseler, bunlardan biri markasını birliğe dahil fakat hukuken bağımsız bir şahsa işletmesiz devredebilir. Bu durum, markanın mallarını ayırdettiği işletmeye olan bağlılığı ilkesini hafifletici sonuçlar doğurmaktadır.

5. **Marka Olarak Kullanılan Ticaret Ünvanları** : LPM. 2. maddesinde sözü edilen bir ticaret ünvanından oluşan yani ayırdedici bir işaret olarak kullanıldığı marka sicilinde belirtilmeyen markaların devri mümkün değildir. Bu durum İsviçre Hukukunda ticaret ünvanlarının devredilmezliğinin bir sonucudur (başka düşünce: **Davit**, Mad. 11, not. 25). Aksine bir ticaret ünvanını ihtiva eden ya da bundan oluşan bir tescilli marka, bir başkasına devredilebilir (Revue de la Société des Juristes bernois 75, 369). Ayrıca, LPM, 2. maddesi anlamında marka olarak kullanılan bir ticaret ünvanı, şayet bu marka işletmeyle devredilir ve aynı zamanda marka siciline tescil edilirse, dolaylı biçimde devredilmiş olur (**Matter**, Kommentar, 56). Bundan şu sonuca ulaşılır ki, devir ancak, işaretin devralanca kullanılmasının, müstehliki hataya düşürmesinin söz konusu olmadığı hallerde mümkündür (Bkz. Revue de la Société des Juristes bernois 75, 369).

### III. İŞLETMENİN DEVRİ

1. **İşletmenin Devri Kavramı** : işletme, mesleki faaliyet için gerekli imkân ve vasıtalarının tamamını kapsar. LPM 11. maddesi anlamında bir işletmenin devri, onun aktif ve pasifleriyle tamamen devri yükümlülüğünü kapsamaz. Alıcının faaliyeti sürdürmesi yeterlidir. Devredenin devralana işletmeyi bir bütün olarak devretmesi ve üstelik devralanın teşebbüsün işletilmesini üzerine almayı istemesi gerekir. İşletmenin devamlılığını sağlamak bakımından devredilmesi gerekli olan aktif değerlerin neler olduğunu, genel biçimde saptamak mümkün değildir. Bu sorun, işletmenin özellikleri, meselâ işletmenin durumu, özel yöntemler, işletme tarzı, mesleki sırlar ve önemleri dolayısıyla, bulunmadıkları takdirde işletmenin devamlılığını sağlamanın mümkün olmadığı öteki özellikleri (ATF 39 II 764) göz önünde tutularak çözümlenmelidir. Bu vesile ile ATF 7 477 (fabrika binasının, ham ve işlenmiş malların konkordato dolayısıyla iktisabı yetersiz sayılmıştır); ATF 35 II 459 (devredene yüklenen rekabet yasağı asıl olarak telâkki edilmiştir); ATF 32 I 153; 39 II 647; 62 III 86; RSJ 13 382'de yayımlanan kararları belirtmek gerekir.

2. **Markanın Devrine İlişkin Karar** : işletme, marka zikredilmeksizin devredilirse, onların da zimmen devre dahil olduğu kabul edilir. Bununla beraber, bir işletmenin markasız iradi olarak devredilmesi de mümkündür. Bu halde markaya ilişkin haklar ortadan kalkar.

### IV. MARKANIN İŞLETMESİZ DEVRİ

Markanın işletmesiz devri geçersizdir ve hiçbir hukuki sonuç doğurmaz. Bunun sonucu olarak da markaya ilişkin haklar sahibine bağlı kalır

(ATF 36 II 258; 58 II 178); bununla beraber markanın sahibi şüphesiz bu haklarını kullanmaktan feragat edebilir (**David**, Mad. 11. Not. 29. Devralanın, geçerli olmayan akde dayanarak, devredeni, başka bir şey aranmaksızın markasını kullanmaktan yasaklayabileceğini ileri süren düşünce müdafadan yoksundur; batıl bir mukavelenin bu türlü dönüşümü ancak özel haller için mümkündür). Devralan, uzun inhisari bir kullanma ile, devir geçerli olmasa bile, marka üzerinde bir hak elde edebilir. Marka sahibinin, işletmesini devretmeksizin, markasını terkin ettirmesi ve aynı zamanda bir üçüncü şahsın onu kendi adına tescil ettirmesi halinde de durum böyledir. Marka tescilinin terkin taahhüdü, bu şartlar altında, genellikle, markayı artık kullanmamak şekli borcundan ibaret olacaktır. Çünkü taraflar başlangıçtan beri markanın intikalini değil, bunu istemişlerdir. Bu işlem çoğu kez «beyaza temlik» olarak nitelendirilmektedir.

#### V. MARKANIN ARAZİ BAKIMINDAN BÖLÜNMESİ

LPM. 11/I. maddesi hükmüne göre, markanın arazi bakımından taksimi mümkündür. İşletme birçok ülkede faaliyet gösteriyorsa, İsviçre’de bulunan işletme kısmının devri yeterlidir; ancak markanın devralan tarafından kullanılması, kamunun yanılmasına yol açmamalıdır. İşletmenin mahiyeti, işlerin İsviçre’deki bölümünün sürdürülmesinin mümkün olabilmesi için devri gereken işletme kısmının ne kadar olduğu sorununun çözmek bakımından gerekli kriteri temin eder. Ticari işletmelerin taksimine girişmek, imalât işletmelerinkine göre daha kolay olur. Bu sonuncu ihtimalde, daha ziyade, imalât usulünün ve İsviçreli müşterinin göz önünde tutulmasının yeterli olduğu kabul edilmektedir.

Arazi bakımından daha ağır bir taksim fikrini - meselâ kanton seviyesinde-reddetmek gerekir. Sadece bir tek marka siçilinin mevcudiyetinden de çıkarılacağı gibi, (ATF 62 II 334; **David**, Mad. 11. not 15) marka tüm İsviçre’de geçerli olmalıdır.

#### VI. MARKANIN YALNIZCA BİR KISIM MALLAR İÇİN DEVRİ

Marka, tescil edildiği malların yalnızca bir kısmı için devredilebilir; ancak bunun gerçekleşmesi, bu mallara ait işletme kısmının da devredilmesi ve devreden işletmenin geri kalan kısmını muhafaza etmesi şartına bağlıdır (LPM. 11/II). Öte yandan, mal gruplarının açıkça ayrılmış olması da icabeder. Eğer devreden, devralana devredilen mallardan tamamen ayrılmayan mallar için markasını muhafazaya devam ederse, devir geçersizdir (Bkz. LPM. 6/III). Devir hükümsüz olduğundan, işaretin devralanca iktisabı da hukuki sonuç doğurmaz.

Bu tür kısmi devirlerin geçerli olup olmadığı sorununu neticede mahkemeler çözeceklerinden, Federal Fikri Mülkiyet Bürosu markayı tescil etmekle mükelleftir.

Markanın tescil edildiği malların sadece bir kısmı için devredilmesi, şekli bakımından ancak, devralanın, aynı zamanda tescilin işletmenin devredilen kısmına dahil mallar için yenilenmesini istemesi şartına bağlı olarak gerçekleştirilir (RE. 19/V). Markanın devredilen kısmı için yeni bir numara verildiği halde, öteki kısım eski numarayı muhafaza eder. Bu sebeple, iki marka, tescilde, birbirinden müstakil durumdadır.

Marka, muhtevası nazara alındığında, meselâ kamunun, malın menşei, fabrikatörü ya da başka bir konu hakkında yanılmasına yol açabilecekse, malların bir kısmı için devredilemez.

## VII. İNTİKALİN İLÂNI

**1. Taraflar Arasındaki Hukuki Durum :** Markanın intikali, devir mukavelesinin akdi ile değil, işletmenin devralana devri ile tamamlanır. Bu iki hukuki işlemin aynı anda yapılması zaruri değildir. Kural olarak, mukavele akdedilince, devralan işletmenin devrini hukuken gerçekleştirebilecek durumdadır. İşletme devredilince, devralan iç ilişkide markanın yeni sahibi olarak telakki edilir ve bu sıfatla markasını tescil ettirmeye yetkilidir. Devralanın iç bakımdan markayı iktisap edince devreden artık marka üzerinde maddi bakımdan hiçbir hakkı kalmaz. Devreden markanın devrinin tescil ve ilanına kadar şeklen sahip olarak kalmaya devam eder.

**2. Üçüncü Şahıslar Karşısındaki Hukuki Durum :** İntikal, üçüncü şahıslar bakımından tescil ve ilân tarihinden itibaren hüküm doğurur (LPM. 11/III,6). İlân gerçekleştirilmedikçe devralan muhtemel taklitçilere karşı dava açma hakkını haiz değildir. Onun durumu, tescilsiz bir marka sahibinin durumuna benzer; devralan, markanın intikali ilân edilir edilmez, intikalın iç bakımdan tamamlandığı anla ilân arasında haklarını ihlal eden şahısları dava edebilir. Eğer bu esas benimsenmezse, mütecevizi bu süre içinde yaptığı işlemlerden dolayı takip etmek mümkün olmaz. Gerçekte, markanın iç bakımdan devralana devredildiği andan itibaren, devralanın mütecevizi dava etmekte menfaati yoktur ve hiçbir zarara maruz bulunmamaktadır. Müteceviz, resen tescili henüz tamamlanmayan bir markayı taklit etmiş olduğu için, hareketlerinin sonucundan bu şekilde menfaat sahibi yapmak haksızlık teşkil eder.

Yeni sahibin hakları, intikalın ilânından itibaren, tamamen korunur. Bu sebeple devralanın ilânın hemen gerçekleştirilmesinde menfaati vardır; bununla beraber ona derhal davranmak mecburiyeti yoktur, devralan dilediği süre bekleyebilir (ATF 32 I 175). Uygulamada, devredilen işaretin sahibi adına tescilinden önce uzun yılların geçmiş olduğu olaylar, ender değildir.

## VIII. MARKAYA BAĞLI HAKLAR

1. **Markaya Bağlı Mutlak Haklar** : LPM, marka üzerinde tesis edilmeye müsait mutlak haklardan hiçbir şekilde bahsetmemekte ve onların sicile şerh ve tescilinden söz etmemektedir. Bununla beraber, işletmenin mahiyeti ile kabili telif olduğu sürece, böyle haklar tanınabilir.

Bu cümleden olarak, markaya bağlı olarak bir intifa hakkı tesis edilebilir. Bir intifa hakkı işletmeye yüklenirse, hak sahibinin hakkı, işletmenin markasını da kapsamına alacaktır. Hak sahibinin sadece hakkı değil, aynı zamanda markaları kullanmak ve onları üçüncü şahısların hareketlerine karşı korumak yükümlülüğü de söz konusudur. Hak sahibine, sahibin markaya ilişkin hakkına istinad ederek, mütecevizi dava etmek hakkını tanımak gerekir.

Bunun aksine, işletme bütün olarak rehnedilemeyeceğinden, marka da rehne konu olamaz.

2. **Markanın Kullanma Hakkının Geçici Olarak Devri** : Bir markanın kullanılması **kira** ya da **âriyet** akdi ile bir üçüncü şahsa bırakılabilir ki, bununla beraber bu hukuki ilişki ancak taraflar arasında sonuç doğurur. Sadece markanın sahibi, üçüncü şahıslara karşı haklarını dermeyana yetkilidir (ATF 50 II 84).

3. **Lisans** : LPM. 6 bis. maddesi uyarınca, ekonomik açıdan sıkı şekilde birbirlerine bağlı olan müstahsiller, sanayiciler ya da tacirler, markanın kullanılmasının kamuyu yanıltmaması ve kamu yararına aykırı olmaması şartıyla, bünyeleri bakımından tefrik edilemeyen mal ya da mamuller için dahi aynı markayı tescil ettirebilirler. Bu hükümden tabii olarak şu husus ortaya çıkar ki, ekonomikman bağlı işletmeler birliğine bir lisans verilmesine kimse karşı gelemez.

Bir ekonomik bağlılık mevcut olmadan lisans verilip verilemeyeceği sorununu çözmek güçtür. Lisansla markaya bağlı bir hakkın değil, sadece sahip tarafından markanın kullanılmasına izin verme söz konusudur. Bir lisansla yararlanan kimse, sadece, sahibi ile akdettiği anlaşmaya uygun ola-

rak markayı kullanmak hakkını haizdir. Bu kimse bir üçüncü şahıs karşısında bir iddiada bulunabilmek için markaya dayanmak hakkına sahip değildir.

Bu tür lisanslar, marka sahipleri için, ekseriya büyük menfaatler sağlarlar. Özellikle marka sahibinin mamullerinin paketlenmesini markayı ambalaja koymak zorunda olan bir başkasına tevdi ettiği ya da üçüncü şahsın dağıtımdan önce malın orijinal şeklini değiştirdiği zaman durum böyledir. Genel olarak, LPM. 6 bis dışında lisans, marka sahibi tarafından, ancak onun mallarını kullanan ya da son mamule dönüşmesine nezaret ettiği ham maddeyi teslim ettiği şahsa verilebilecektir.

Lisans, ilgili çevreleri yanılttığı hallerde gayrikanuni olur.