

FİKRİ GÜNDEM

AIPPI Türkiye Bülteni Nisan 2020 / Sayı 19



Değerli Üyelerimiz,

Derneğimizin en önemli iki etkinliğinin arifesinde iken dünyayı kasıp kavuran Coronavirüs salgını nedeniyle biz de zorunlu kararlar almak durumunda kaldığımız günleri yaşıyoruz.

Bu bağlamda, öncelikle Nisan ayı başında gerçekleştirecek olduğumuz 6. Sertaç Köksaldı Uluslararası Fikri Haklar Hukuku Seminerimizi şimdilik Kasım 2020 ayı içinde olacağını öngördüğümüz sene sonunda belirlenecek bir tarihe ertelemek zorunda kaldık.

İki yıldır beklediğimiz ve yaklaşık son bir yıldır yoğun bir şekilde çalışmalarını devam eden, bu yıl altıncısını gerçekleştirecek olduğumuz bu uluslararası seminerimize, AIPPI Uluslararası Derneğinin Başkanı ve yönetim kurulu üyelerinin de katılacak olması bizleri ayrıca heyecanlandırıyordu. Diğer yandan, kanaatimce daha da önemlisi seminerin çalışmalarını yürüten komitelerde yer alan üyelerimizin gayretleri idi. Bu bağlamda, öncelikle tanıtım ve organizasyon komitemize tüm emeklerinden dolayı şükranlarımızı sunuyor, konu ve konuşmacı seçimleri ile programın oluşturulmasını sağlayan başta değerli üyemiz Mine Güner olmak üzere tüm ekibe teşekkürü de borç biliyorum. Zira, içerik açısından katılımcıların beklentilerinin dahi çok ötesinde bir memnuniyetle ayrılacaklarını düşündüğüm seminer programımız büyük emeklerle oluşturulmuştu.

Ancak bu bir iptal değil ve sadece erteleme olduğundan, tüm bu emeklerin boşa gitmeyeceğine dair inancımla, bütün bu sağlık endişelerinin sona ermiş olacağını umut ettiğim sene sonunda seminerimizin aynı program ve aynı konuşmacılar ile adına yakışır bir şekilde layıkıyla yerine getirileceğini düşünüyorum.

Bu vesileyle aramızdan ayrılışının üzerinden iki yıl geçen, ancak hala dün berabermişçesine kalbimizde olan, uluslararası seminerimizin de adıyla anılmasından büyük onur duyduğumuz ebedi başkanımdır değerli dostum Sayın Sertaç Köksaldı'yı bir kez daha saygı, sevgi ve minnetle anmak isterim.

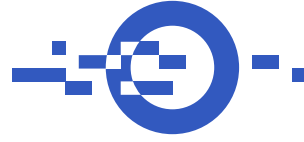
Son olarak seminerin internet sitesinden de takip edebileceğiniz güncellemeler hakkında e-posta yoluyla bilgilendirmeleri yapmaya devam edeceğimizi, seminere kayıt yaptırmış katılımcıların ve sponsorlarımızın kayıtlarının ve sponsorluklarının sene sonuna doğru belirlenecek seminer tarihinden çok kısa bir süre öncesine kadar iptal etme ve ödenmiş olan ücretlerin tamamının iadesini talep etme hakkıyla aynen korunmasına, ancak daha önce kayıt veya sponsorluğunu iptal etmek isteyenlerin ise hemen iptal işlemlerinin gerçekleştirilecek ücret iadelerinin yapılmasına karar verildiğini ifade etmek isterim.

Girişte bahsetmiş olduğum, derneğimizin en önemli iki etkinliğinden diğeri ve hatta daha da önemlisi bu ay içinde gerçekleştireceğimiz Olağan Genel Kurulumuz. Bu yazıyı kaleme aldığım günlerde Genel Kurulun ertelenmesi ile ilgili olarak resmi görüşmelerimizi yürüttüğümüzü ve henüz bir erteleme kararı alınmadığını ve fakat resmi bir zorunlulukla karşılaşmamamız durumunda erteleme ihtimalinin çok yüksek olduğunu belirtmekle yetinebileceğim.

Malumunuz olduğu üzere, genel kurul derneğimizin en önemli karar organıdır. Yılda bir kez düzenlenen genel kurul toplantılarımızın dernek faaliyetlerimizin yanı sıra üyelik, mali konular ve derneğimize ilişkin her türlü hususu görüŖebileceđimiz, tüm üyelerimizin fikirlerini paylaşması ile karşılıklı istişare neticesinde derneğimizi daha ileriye nasıl götürebileceğimiz sorusuna en iyi yanıtları alabileceğimiz bir platform olduğu kanaatindeyim. Bu platformu da en verimli şekilde kullanmak adına tüm üyelerimizin Genel Kurula katılımını beklediğimizi bilhassa altını çizerek ifade etmek isterim.

Ayrıca tüzüğümüz gereği bu yıl dernek organlarına seçimlerin de yapılacağı Genel Kurulumuz öncesinde adaylıklar için duyurular yapılacak. Bu kapsamda, tamamen gönüllü bir şekilde kıymetli zamanlarını derneğimize vakfeden bugüne kadar dernek organlarında görev almıŖ tüm üyelerimize sonsuz teŖekkürlerimi sunmak isterim. Bundan sonrasında da her zaman olduğu gibi kar amacı gütmeyen bir kuruluş olarak derneğimizin en büyük ihtiyacı, üyelerinin gönüllü ve karşılıksız çalışmaları olacaktır. Bu bağlamda, derneğimize zaman ayırabilecek ve katkı sağlamak isteyen tüm değerli üyelerimizin dernek organlarına üyelik için aday olmalarını derneğin gelişimi adına özellikle rica ederim.

Bu vesileyle, tüm üyelerimize, aileleriyle ve sevdikleriyle birlikte bol sağlıklı günler diler, neredeyse yeryüzündeki herkesi olduğu gibi bizleri de derinden etkileyen, günlük hayatımızı alt üst eden mevcut krizden tüm dünyanın bir an evvel kurtulmasını temenni ederim.



AIPPI
TÜRKİYE

Nisan 2020 / Sayı 19

FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI KORUMA DERNEĞİ

AIPPI Türkiye Ulusal Grubu

www.aippiturkey.org

[instagram.com/aippiturkey](https://www.instagram.com/aippiturkey)

[linkedin.com/aippiturkey](https://www.linkedin.com/aippiturkey)

İÇİNDEKİLER

HABERLER

İZLENİMLER

AIPPI 2019 Londra Konu Soruları: Satış Haricindeki Fiillerle Fikri Mülkiyet Hak İhlallerine İlişkin Tazminat • Gülçen Atasever Başcı.....	9
AIPPI 2019 Londra Konu Soruları: Akla Uygunluk (Plausibility) ve AIPPI 2019 Kararı • Halise Atabay.....	11
AIPPI 2019 Londra Konu Soruları: Tüketici Anketi Delili Çalışma Sorusu Hakkında • Mine Akarsu.....	14
AIPPI 2019 Londra Konu Soruları: Yapay Zekâ Tarafından Yaratılan Eserde Telif Hakkı • Ece Gönülal.....	16
IP 2019 Uluslararası Fikri Mülkiyet Hakları Yönetimi Konferansı • Mehmet Çiçek.....	18
Fikri ve Sınai Haklar Alanındaki Güncel Gelişmeler Semineri • Abdurrahim Ayaz.....	20
Türk Patent ve Marka Kurumunda Uzun Süredir Beklenen Uygulama Değişikliği • Merve Macit.....	22

MAKALELER

Bitmeyen Hikaye: Bitkilerin Patentlenebilirliği • Tamer Soysal.....	23
Türkiye’de Yayıncılık Sektörü ve Telif Hakları • Seda Sevinç.....	30
Tasarım Tescilinin Hükümsüzlüğü Taleplerinde Sunulacak Elektronik Deliller • Muazzez Kılıç ve Turan Mermer.....	37
Karşılaştırmalı Reklamlar Yoluyla Marka Hakkına Tecavüz • Necmi Aksoy.....	42
ArGe Merkezleri Sayısı ve Patent Başvuru Sayıları Üzerine Küçük Bir Değerlendirme • Ender Erkarataş.....	52

Türk Patent ve Marka Kurumunda EPATS Yeniliği

Türk Patent ve Marka Kurumu (TÜRKPATENT) nezdinde yapılan online başvurular ve diğer çevrim içi işlemler, uzun süredir Çevrim İçi Evrak Sistemi (ÇES) üzerinden gerçekleştiriliyordu. 1 Ocak'tan itibaren ÇES sistemi, yerini Elektronik Başvuru Sistemi'ne (EPATS) bıraktı. EPATS uygulamasının işlemleri daha hızlı ve fonksiyonel hale getirmesi bekleniyor.

18 Aralık 2019 tarihinde İstanbul Ticaret Odası'nda gerçekleştirilen vekil bilgilendirme toplantısında, Türk Patent ve Marka Kurumu Başkan Yardımcısı Cemil Başpınar, EPATS'ın işleyişini ve hedeflenen kolaylıkları katılımcılara anlatarak soruları yanıtladı.

EPATS uygulamasına epats.turkpatent.gov.tr/run/TP/EDEVLET/giris adresinden ulaşılabilir. Uygulamaya giriş, e-devlet üzerinden yapılacak kimlik doğrulama ile gerçekleşiyor.

TÜRKPATENT, EPATS'ta yapılacak gelişmeler ve güncellemeleri duyurmaya devam edecek. Duyurulara buradan erişebilirsiniz.

(Kaynak: www.itohaber.com/haber/sektorel/211070/patent_basvurularinda_yeni_donem.html)

Brexit

1 Şubat itibarı ile İngiltere, Avrupa Birliği'nden ayrıldı. 31 Aralık'a kadar bir geçiş süreci yaşanacak. Avrupa Birliği sistemlerine göre yapılmış tasarım, marka, alana adı, yeni bitki türü başvuruları yıl boyunca geçerli olmaya devam edecek ve sonra otomatik olarak ulusal İngiltere başvurusuna dönüşecek. Geçiş süreci sonrası yapılan yeni Avrupa Birliği başvuruları İngiltere'yi kapsamayacak. İngiltere'de koruma istenmesi durumunda İngiltere başvurusunun Avrupa Birliği'nden ayrıca yapılması gerekmektedir.

1 Ocak 2021 tarihinde hala süreci devam eden başvurular için başvuru sahiplerine İngiltere'de başvuru yapabilmeleri için 9 aylık bir süre tanınacak.

AIPPI'dan Korona (Corona) Virüsü Açıklaması

2019'da Londra'da düzenlenen AIPPI Dünya Kongresi'nin, bu sene 11 - 14 Ekim tarihlerinde Çin'in Hangzhou şehrinde düzenlenmesi planlanıyor. Bununla birlikte, Çin'de başlayan ve yine çoğu Çin ve Asya ülkelerinde olmak üzere küresel yayılım gösteren Korona virüsü vakası, bu haberin yazıldığı tarih itibarıyla 45 bini aştı (www.worldometers.info/coronavirus).

Durumla ilgili endişeler sürerken, AIPPI, 7 Şubat'ta üyelerine ve katılımcılara konuyla ilgili bir bilgilendirme yazısı gönderdi. Yazıda, AIPPI'nın durumu yakından takip ettiği, ihtiyatlı hareket edilerek bir yedek plan hazırlandığı ve gerekli bilgilendirmenin kayıtlar açılmadan önce katılımcılarla paylaşılacağı duyuruldu.

INTA Yıllık Toplantısı ABD'de Gerçekleştirilecek

Bu sene 142'ncisi düzenlenecek olan ve 25-29 Nisan tarihlerinde Singapur'da gerçekleştirilmesi planlanan INTA Yıllık Toplantısı'nın, bölgede tedirginlik yaratan Korona virüsü nedeniyle iptal edildiği duyuruldu.

Bilindiği gibi, Dünya Sağlık Örgütü, virüsün hızla yayılması ve ölümler nedeniyle acil durum ilan etti. INTA, Dünya Sağlık Örgütü ve Singapur Sağlık Bakanlığı ile durumu yakından takip ettiğini, 2020 INTA Yıllık Toplantısı ile ilgili kayıt iptal tarihlerini uzattıklarını ve değişen koşullara göre durumu güncelleyeceklerini bildirmişti. Yeni güncelleme ile birlikte, Toplantı'nın Mayıs veya Haziran ayında ABD'de gerçekleştirilmesine karar verildiği duyuruldu. Toplantı mekanı ile ilgili net bilgi, haberin yazıldığı tarih itibarıyla mevcut değil.

Singapur'un 2022 senesi için yine değerlendirileceği de paylaşılan bilgiler arasında.

[Kaynak: <https://www.inta.org/2020Annual/Pages/Home.aspx>]

Yeni Kılavuzlar Yürürlüğe Girdi

EUIPO'nun topluluk markaları ve tasarımlarının tescil sürecinde kullandığı kılavuzların yeni versiyonları yürürlüğe girdi. <https://guidelines.euipo.europa.eu/1803422/1789398/trade-mark-guidelines/1-introduction> adresinden online olarak erişilebilen kılavuzların güncel versiyonları 1 Şubat'tan itibaren geçerli.

Avrupa Komisyonu Raporu Yayınlandı

Avrupa Komisyonu, 8 Ocak'ta Fikri Mülkiyet Haklarının Üçüncü Ülkelerde Korunması ve Uygulanması Raporu'nu yayınladı. Rapor, Türkiye hakkında da bir bölüm içeriyor. Rapor ile ilgili değerlendirme yazısına IPR Gezgini'nde yer verilmişti. Raporun tamamına https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/january/tradoc_158561.pdf adresinden ulaşabilirsiniz.

Nice Sınıflandırmasının Yeni Versiyonu Yürürlüğe Girdi

Taraf ülkelerde markaların mal ve hizmet sınıflandırmasının ortaklaşmasını amaçlayan Nice Anlaşması'nın sınıflandırma listesinin 11. versiyonu yürürlüğe girdi. 1 Ocak'tan itibaren yürürlüğüne başlanan listede 37, 38, 39, 40, 42 ve 44. sınıflara ilişkin bazı değişiklikler ve açıklayıcı notlar bulunuyor. Listeye <https://www.wipo.int/classifications/nice/en/ITsupport/Version20200101/index.html> adresinden ulaşılabilir. Şu anda İngilizce, Fransızca ve İspanyolca versiyonları bulunuyor.

Ankara Üniversitesi Fikri Mülkiyet Hukuku İngilizce Yüksek Lisans Programı Açılış Töreni Gerçekleşti

İlk kez 2016 yılı Eylül ayında başlayan ve bu sene 10 Şubat'ta dördüncüsü gerçekleştirilen, hem Türk hem yabancı öğrenciler tarafından yoğun ilgiyle karşılanan, WIPO, Türk Patent ve Marka Kurumu, Ankara Üniversitesi ve FİSAUM iş birliğinde yürütülen Fikri Mülkiyet Hukuku İngilizce Yüksek Lisans Programının, 2019-2020 akademik yılı açılış programı bu sene Ankara Üniversitesi Mahmut Esat Bozkurt konferans salonunda gerçekleşti.

Türk Patent ve Marka Kurumu Başkanı Prof. Dr. Habip ASAN, WIPO Akademisi Eğitim Görevlisi Martha Chickowore, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı Prof. Dr. Muharrem Özen ve Fikri ve Sınai Haklar Araştırma ve Uygulama Merkezi (FİSAUM) Müdürü Prof. Dr. Arzu Oğuz'un açılış konuşmalarını yaptığı ve meslekte tecrübeli birçok değerli konuşmacının yer aldığı panel, katılımcılar için oldukça keyifli ve verimli geçti. Panelde derneğimizi temsilen Başkan Yardımcımız İrmak Yalçınler,

Genel Sekreterimiz Av. Melis Abacıoğlu Viskuşenko ve Disiplin Kurulu Başkanımız Av. Korcan Dericioğlu da konuşmacı olarak yer alarak katkılarını sundular.



“Intellectual Property as a Profession” adı ile düzenlenen panelde, yüksek lisans programı açılışının yanı sıra öğrencilere fikri ve sınai mülkiyet alanına ve marka ve patent vekilliği mesleklerine ilişkin bilgiler verildi ve AIPPI ve PEM (Patent ve Marka Vekilleri Derneği) derneklerinin tanıtımı yapılarak, bu alandaki etkinliklerden ve eğitimlerden bahsedildi. Ayrıca, Sn. Elif Betül Akın, Sn. Uğur Yalçınar, Sn. Güldeniz Doğan Alkan ve Sn. Seda İnal mesleki tecrübelerini anlatarak paneli değerli katkılarıyla zenginleştirdiler.



Gülçen Atasever Başcı*

AIPPI Türkiye /Fikri Mülkiyet Hakları Koruma Derneği Üyesi



AIPPI 2019 LONDRA KONU SORULARI:

Satış Haricindeki Fiillerle Fikri Mülkiyet Hak İhlallerine İlişkin Tazminat

Dünyanın her yerinden Fikri ve Sınai Mülkiyet alanında faaliyet gösteren dernek üyelerinin katılımı ile gerçekleşen AIPPI Dünya Kongresi, 15-18 Eylül 2019 tarihleri arasında Londra'da düzenlendi. Türkiye'den ve dünyadan son derece geniş katılım sağlanan kongrede, her yıl olduğu gibi fikri mülkiyet haklarının ulusal ve uluslararası düzeyde korunması maksadıyla çalışmalar yürütüldü.

AIPPI tarafından yürütülen en önemli çalışmalardan biri olan ve her yıl marka, patent, tasarım, telif gibi fikri mülkiyet hukukunun farklı alanlarına ilişkin konu sorularının tartışıldığı oturumlarda Türk grubu olarak aktif katılım gerçekleştirdik.

2019 AIPPI Dünya Kongresi'nde tartışılan konu soruları başlıkları şu şekilde idi: Patent tescil edilebilirlik kriteri olarak istemlerde makul olma, marka davalarında delil olarak tüketici anketi, yapay zekâ tarafından üretilen eserlerde telif hakkı ve satış haricindeki fiillerle fikri mülkiyet hak ihlallerine ilişkin tazminat.

Ülkemizde uygulamada sıklıkla karşımıza çıkmamakla birlikte, mevzuatımıza göre satış haricindeki fiillerle fikri mülkiyet haklarına tecavüz gerçekleşmesi mümkündür. Fikri mülkiyet hakkına tecavüz durumunda, satış miktarının ve zararın belirlenebildiği koşullarda dahi hakkaniyete uygun tazminat hesaplaması yapılması güç iken, satış haricindeki fiillerle fikri mülkiyet haklarına tecavüz gerçekleştirildiği durumlarda zarar ve buna bağlı tazminat hesabı yapılması daha da güçleşmektedir.

Bu sebeple, AIPPI tarafından "Satış Haricindeki Fiillerle Fikri Mülkiyet Hakkı İhlallerine İlişkin Tazminat" başlığı altında yürütülen çalışma, kanaatimce, literatüre sağladığı katkı bakımından son derece önemlidir. Farklı ülkelerden gelen görüş ve tartışmalar neticesinde hazırlanan önergede, satış harici fiiller yoluyla fikri mülkiyet hakkına tecavüz edilen hak sahibinin, tecavüz eylemi ile zarar arasındaki bağlantının mevcut olduğu hallerde, zararın tazminini talep edebileceği belirtilmiştir. Belirli bir ürüne ilişkin satış harici fiiller yoluyla ortaya çıkan zarar durumunda tazminat miktarının belirlenmesinde, bu ürünlerin sonraki olası satışlarının ölçüt olarak kullanılabilmesi ve buradaki amacın ise satış dışı ihlalin hak sahibi üzerindeki ekonomik etkisini belirlemek olduğu ortaya konmuştur. Yine, patent kapsamında korunan bir süreçle ilgili satış harici fiiller sonucu ortaya çıkan zararın tayininde de mahkemenin, hak sahibi üzerindeki ekonomik etkiyi hem süreç hem de bu süreç sonucu ortaya çıkabilecek ürünler özelinde değerlendirmesi gerektiği görüşü benimsenmiştir.

Tartışılan ve üzerinde durulması gereken bir diğer nokta da, satış harici fiiller yoluyla ortaya çıkan zarara ilişkin “double recovery” yani zarar toplamını aşan tazminata hükmedilmesi durumudur. “Zarar toplamını aşan tazminat” terimi, hak sahibinin uğradığı aynı kayıp nedeniyle birden fazla tazminata karar verilmesi anlamına gelir. Yönergede, hak sahibinin zararının tamamen tazmini istenmesine karşın zarar toplamını aşan tazminattan kaçınılması gerektiğinin altı çizilmiştir. Örneğin, bir kişinin belli ürünleri ithal etmesi, muhafaza etmesi ve satması sonucunda, fikri mülkiyet hakkı sahibinin satışları kaybetmesi durumunda; hak sahibi, tecavüz teşkil eden üç fiil (ithalat, muhafaza, satış) sonucu kayba uğramış olsa dahi, bu fiillerin tümü bakımından sadece bir defa tazminata hak kazanabilir.

Bununla birlikte, hukuk yollarının tükenmesi ve hükmün kesinleşmesine hanel getirmeksizin, ihlalden kaynaklanan zararların tazmin edilmiş olması, hak sahibinin verdiği geçerli bir lisans olmaksızın ürünlerin serbestçe dolaşımına ve ihlal sorumluluğunun ortadan kalkmasına mahal veren herhangi bir muafiyet kuralının uygulanamayacağı da yönergede vurgulanan bir diğer önemli husustur.

Yönergenin İngilizce tam metnine aşağıdaki linkten ulaşılması mümkündür:

https://aippi.org/wp-content/uploads/2019/10/Resolution_IP_damages_for_acts_other_than_sales_English1.pdf

*Avukat, Dericioğlu Eren Hukuk Bürosu, gulcen.atasever@dne-legal.com

Halise Atabay*

*AIPPI Türkiye/Fikri Mülkiyet Hakları Koruma Derneği Üyesi*

AIPPI 2019 LONDRA KONU SORULARI:

Akla Uygunluk (Plausibility) ve AIPPI 2019 Kararı

2019 Eylül ayında Londra'da düzenlenen AIPPI Dünya Kongresi'nde tartışılan önemli konulardan biri de Türkçe'ye "akla uygunluk" olarak tercüme edilebilecek "plausibility" konusuydu. Patentler ile ilgili çalışma konusu olarak seçilen "akla uygunluğun" halihazırda var olan patentlenebilirlik kriterlerine ek olarak "bir diğer" patentlenebilirlik kriteri olup olmamasının gerekliliği ve eğer olmalı ise ön koşullarının nasıl tanımlanacağı hususu çalışma konusunun temelini oluşturdu. Peki bu soru neden önemli?

Akla uygunluk (plausibility), bir gereklilik olarak yasalarda ve TRIPS, PCT, EPC dahil olmak üzere diğer patent mevzuatında yer almıyor. Zamanla, sadece spekülatif ve/veya tahmine dayalı örnekleri içeren başvuruları, gerçekten bir teknik etki yaratan başvurulardan ve patentlerden ayırmak için içtihat hukuku (case law) geliyor ancak bunlar da yeknesak değil; yeterlilik, buluş basamağı, açıklık ve faydalı olma gibi gerekliliklerle ilişkilendiriliyor.

Farklı ülkelerdeki farklı değerlendirme ve yaklaşımlar, özellikle birden fazla ülkede patentini geçerli kılmak isteyen ve özellikle de ekonomik anlamda ciddi öneme haiz farmasötik, kimya ve yaşam bilimleri gibi sektörlerde faaliyet gösteren firmalar adına önemli zorluklar yaratıyor. Özellikle Markush claim içeren patentlerde, gen patentlerinde ve DNA sekanslarında, "Başvuru sahibi erken başvuru (early-filing) avantajından mı yararlanmalı, yoksa hala devam etmekte olan çalışmaların sonuçlarını mı beklemeli? Bu arada, rakipler veya üçüncü kişiler nasıl etkileniyor?" gibi soru ve sorunlar doğuyor.

ABD, Kanada, Avrupa ve Çin'de farklı yaklaşımlar ve daha önce verilen kararlar elbette var ancak bu kararlar da daha çok yeterlilik ve buluş basamağı ile ilişkilendirilerek verilmiş. Avrupa Patent Ofisi (EPO) kararlarında da benzer bir durum söz konusu. İngiltere bu konuda diğer ülkelere göre daha net ifadelerle sahip olsa da yeterliliği tartışmalı.

Bir patentlenebilirlik koşulu olarak kabul edilmesi durumunda akla uygunluk, genellikle, "spekülatif" patent başvurularının aksine patent başvurusunda ileri sürülen buluşun iddia edilen teknik etkisinin gerçekten elde edilebileceğine dair yeterli kanıt veya açıklamanın mevcut olup olmadığı sorusunu ele alıp, -bu kapsamda ve örnek kararlardan da anlaşılabilirliği gibi- akla uygunluk koşulu, yeterlilik, açıklık, faydalılık, sanayiye uygulanabilirlik ve başvuru sonrası verilerin kullanımı dâhil olmak üzere çeşitli yerleşik açıklama koşullarının yanı sıra yenilik ve buluş basamağı gibi geleneksel patentlenebilirlik koşullarıyla da ilgili olabilmektedir¹. Oldukça geniş ve kapsayıcı sonuçları olabilecek bu kavram göz önünde bulundurularak, AIPPI, çalışma konusu sonucunda çıkacak olan Kararın (Resolution) kapsamını (1) buluşun genel inandırıcılığı, (2) spekülatif patent istemleriyle ilgili genel yasak ve (3) "tahmine dayalı" örneklerle ilgili belirli kısıtlamalar alt konuları ile sınırlamış; açıklamanın genel

1 2019 AIPPI Dünya Kongresi – Londra Kararı, 18 Eylül 2019

yeterliliğini ve buluş basamağı gerekliliklerini, genel faydalı olma gerekliliğini ve patentlenebilirliği desteklemek adına başvuru sonrası verilerin kullanımını tartışma sınırlarına dahil etmemiştir.

Alınan kararları daha sağlıklı değerlendirebilmek için, öncelikle konunun sınırlandırıldığı bu üç başlığı tanımlamak gerekmiş, buna göre bu alt konular aşağıdaki gibi açıklanmıştır:

- Buluşun inandırıcılığı, başvurularda bir teknik etkinin tarif edildiği patent istemlerinin, örneğin, tarif edilen etkinin yaygın algıyla tezat oluşturması nedeniyle, inandırıcı görünüp görünmediğini ifade eder.
- Spekülatif patent istemleri, başvurunun sunulmasına kadar yapılmamış, tasarlanmamış veya açıklanmamış bir buluşa ilişkin patent istemlerini ifade eder.
- “Tahmine dayalı” örnekler, fiilen yapılan deneyleri açıklamaktan ziyade, belirli bir deneyin bir teknik etkiyi kanıtlayacağı tahmininde bulunan açıklamaları ifade eder.

Yapılan toplantılarda genel eğilim, var olan patentlenebilirlik kriterlerini daha da zorlaştırmamak ve başvuru sahiplerine daha serbest bir hareket imkanı sağlamaktan yanaydı. Halihazırda var olan patentlenebilirlik koşullarının zaten istemlerle korunan buluşun tarifnameyle tekniğin bilinen durumuna yapılan teknik katkıdan emin olmaya yeterli olduğu, tek başına bir patentlenebilirlik veya geçerlilik kaynağı olduğunda, akla uygunluğun faydadan ziyade yasal bir belirsizlik getirebileceği sonucuna oy birliği ile karar verildi. Halihazırda var olan patentlenebilirlik kriterlerinin, incelemenin pek çok unsuru ile birlikte –“özellikle teknik etkinin inandırıcı olması koşulu olarak”² - spekülatif patent yasağı veya yalnızca tahmine dayalı örneklerin kullanılması durumlarında akla uygunluk boyutunda inceleme sırasında değerlendirildiği göz önünde bulundurulduğunda patent başvurusunda örtülü olarak bile olsa teknik bir etkinin hangi bakımdan elde edilebileceğine ilişkin ikna edici bir açıklama bulunması, başvuruda açıklanan veya başvurudan çıkarılabilen teknik etkilerin en az birinin elde edilebileceğinin teknikte uzman kişi için yeterli olması veya teknikte uzman kişinin söz konusu teknik etkilerin en az birinin açıklandığı şekilde var olabileceğinden şüphe duyması için bir sebep olmamasının yeterli olacağı sonucuna varıldı. Bununla birlikte, patentlenebilirlik ve geçerlilik kriterlerinin spekülatif istemleri kesinlikle yasaklaması gerektiği, yani başvurunun teknikte uzman kişilerin sahip olduğu yaygın genel bilgi ile koruma isteminde bulunan teknik katkıyı gerçekten yaptığını belirlemesi adına bir temel sunması gerektiği, hususu da oy birliği ile kabul edildi. Burada, başvuru sırasında sunulan verilerin, örneklerin sayısı ve niteliği belirleyici olmamalı, tahmine dayalı örnekler yasaklanmamalı, yalnızca iddia edilen teknik etkinin veya bu etkinin doğrulamasının tarifnamede açıkça belirtilmemiş olması nedeniyle bir başvuru spekülatif sayılmamalıdır³.

Akla uygunluk dikkate alınacaksa, patent konusu da göz önünde bulundurulmak koşulu ile, koruması talep edilen buluşun yalnızca yapısal özelliklerle mi yoksa işlevsel özellikler veya bir kullanım özelliği ile mi karakterize edildiği dikkate alınması gerektiği; rüçhan tarihinde bir etkinin teknikte uzman kişi için, kısmen yaygın genel bilgiye dayanarak, akla uygun bulunması halinde, buluşun buluş basamağından yoksun olduğu varsayılmaması gerektiği; akla uygunluğun değerlendirilmesinde patent öğretisi dikkate alınması gerektiğine de oy birliği ile karar verildi. Buradan da anlaşılacağı gibi akla uygunluk dikkate alınacaksa rüçhan tarihi itibarıyla değerlendirilmesi gerektiği de ayrıca belirtildi⁴. Yapılan oylamalar sonucunda, patent ofislerinin temel ilkeler üzerinde anlaşmaya varması ve olası

2 a.g.e

3 a.g.e

4 a.g.e

akla uygunluk hususları ile ilgili yönergeler yayınlaması gerektiği konusunda karar kılınmış olsa da yakın bir gelecekte bunun ne kadar mümkün olabileceği elbette tartışılır. Özellikle ekonomik anlamda rekabet içerisinde olan ülkeler adına bu çok da kolay görünmüyor. Böyle bir anlaşma zeminine varılabilsen bile bunun hem üçüncü kişiler hem de giderek gündemimiz içerisinde daha fazla yer kaplamaya başlayan yapay zeka içeren teknolojiler için nasıl sonuçlar doğuracağı gibi soruların yanıtları bir süre daha belirsiz kalmaya devam edecektir.

Örnek Davalar ve Kararlar için bkz.

- Warner-Lambert v Generics & Anr [2018] UKSC 56
- Evolva SA [2017] APO 57
- Actavis v Lilly [2015] EWHC 3294
- EPO T939/92 (AgrEvo)
- EPO T1329/04 (Factor-9/JOHN HOPKINS)

Yönergenin İngilizce tam metnine aşağıdaki linkten ulaşılması mümkündür:

https://aippi.org/wp-content/uploads/2019/10/Resolution_Patents_Plausibility_English4.pdf

*Patent ve Marka Vekili, Stok Sınai Mülkiyet Hizmetleri A.Ş., halise.atabay@stock.com.tr

Mine Akarsu*

*AIPPI Türkiye /Fikri Mülkiyet Hakları Koruma Derneği Üyesi*

AIPPI 2019 LONDRA KONU SORULARI:

Tüketici Anketi Delili Çalışma Sorusu Hakkında

Eylül ayında Londra’da düzenlenen AIPPI Dünya Kongresinde tartışılan çalışma sorularından markaya ilişkin olanı “consumer survey evidence” (tüketici anketi delili) konuluydu. Türkiye ulusal grubu olarak kongre öncesi hazırlanan soruları ülkemizin mevzuatına göre cevaplamış ve ardından kongrede yapılan tartışmalara da grubumuz adına katılmıştık.

Tüm çalışma komitelerinde olduğu gibi kongrenin ilk günü marka çalışma komitesi de öncelikle daha dar bir ekiple toplanarak ülke raporları sonucunda oluşturulan önerge (resolution) derinlemesine tartıştı. Sorular tartışılmadan önce, AIPPI’nın bu konuyu seçmesindeki üç sebebin varlığı vurgulandı ve bunlar açıklandı. Bunlardan birincisi, tüketici anketi delilinin kabul edilebilirliği ve ağırlığı konusunda bir ihtilaf olduğu ve bu sebeple bir harmonizasyona ihtiyaç duyulduğuydu. İkincisi, tüketici anketi delilinin pek çok ülkede pratik olarak kullanılmasına rağmen açık ve yeknesak bir kılavuzun bulunmamasıydı. Bu konunun 2019 yılı marka sorusu olarak seçilmesindeki son sebep ise AIPPI’nın bu güne kadar bu konuda bir önerge (resolution) çıkarmamış olmasıydı.

Önergeyi hazırlamak için ulusal gruplara yedi tane soru sorulmuştu ve üye ulusal grupların 41 tanesinden rapor alınmıştı. Özetle, raporların %90’ı tüketici anketi delilinin prensip olarak tüm marka uyumsuzluklarında kabul edilebilir olması gerektiği yönünde görüş bildirdi. Tüketici anketi düzenlenirken, ankete katılanların sayısı ve katılımcıların seçimi ile anket yapılırken belirli bir form kullanılması gibi konularda spesifik gerekliliklerin olup olmaması gerektiği konusunda ise ulusal gruplar farklı cevaplar vermişlerdi. Ancak pek çok grup spesifik gereklilikler konusunda bir kılavuz düzenlenmesinin daha uygun olacağını önerdi. Çalışma komitesinin toplantısında da kılavuz, kılavuzun bağlayıcılığı gibi konularda tartışma yürütüldü. Tüketici anketinin kanıt olarak değerlendirilmesi noktasında ise, belirli bir oranın açıkça yazılmasının uygun olmayacağı zira anketin hangi marka uyumsuzluğunda yapıldığına göre bu oranın değişebileceği belirtildi. Tüketici anketlerinin hazırlanması noktasında mahkemelerin ya da ulusal marka ofislerinin sürece katılmaması konusunda da ulusal grupların çoğunluğunun fikir birliğinde olduğu görüldü. Ulusal gruplardan gelen cevapların yine çoğuna göre tüketici anketi delili her bir somut dosya bazında ayrıca değerlendirilmeliydi. Çalışma komitesinde de yoğun tartışmalara yol açmayan yalnızca kılavuzun bağlayıcı olup olmayacağı yönünde derinlemesine görüşmelerin olduğu önerge, genel kurulda da kısa sürede kabul edildi.

Sonuç önergesine göre özetle;

1. Tüketici anketi delili marka uyumsuzluklarında kabul edilebilir olmalı ancak bağlayıcı olmamalıdır.

2. Tüketici anketi delili idari süreçler ve mahkeme süreçleri de dahil olmak üzere tüm uyumsuzluklarda kabul edilmelidir.
3. Tüketici anketi delili özellikle tanınmışlık, ayırt edicilik ve karıştırılma ile ilgili marka uyumsuzluklarında gerçekleri ya da durumları kanıtlamalı ya da kanıtlamaya yardımcı olmalıdır.
4. Anketlerin nasıl hazırlanacağı konusunda bağlayıcı olmayan; anketin amacı, metodoloji, anket katılımcılarının sayısı ile seçimi, anket formu ve soruların sıraları gibi konuları düzenleyen kılavuzlar oluşturulmalıdır.
5. Anketten alınacak cevaplar için önceden belirlenmiş bir cevap yüzdesi olmamalıdır.
6. Mahkemeler ya da idari otoriteler anketlerin hazırlanması aşamasına katılmamalıdır.
7. Tüketici anketlerinin değeri ve geçerliliği her bir somut uyumsuzluk bazında ayrıca değerlendirilmelidir.

Yönergenin İngilizce tam metnine aşağıdaki linkten ulaşılması mümkündür:

https://aippi.org/wp-content/uploads/2019/10/Resolution_Trademarks_Consumer-survey-evidence_English1.pdf

* Avukat, Akarsu Hukuk Bürosu, mine@akarsu.av.tr

Ece Gönülal*

AIPPI Türkiye /Fikri Mülkiyet Hakları Koruma Derneği Üyesi

AIPPI 2019 LONDRA KONU SORULARI:

Yapay Zekâ Tarafından Yaratılan Eserde Telif Hakkı

Eylül ayında Londra'da düzenlenen AIPPI Dünya Kongresi'nde telif hakkına ilişkin tartışılan çalışma sorusu "Yapay Zekâ Tarafından Yaratılan Eserde Telif Hakkı" (*Copyright in Artificially Generated Works*) konuluydu. Çalışma sorusunda, yapay zekâ tarafından yaratılan eserde telif hakkı veya bağlantılı hakkın doğup doğmayacağı tartışılmıştır. Yapay zekânın yarattığı eser tarafından üçüncü kişiye ait hakkın ihlali, yapay zekâ sistemlerinde kullanılan bilgisayar programı ve algoritmalar üzerindeki telif hakkı ve eserin yapım sürecinde ortaya çıkan ara eserler üzerindeki telif hakkı çalışma konusunun kapsamı dışında bırakılmıştır.

Bu konunun AIPPI tarafından 2019 yılının Telif Hukuku çalışma sorusu olarak seçilmesinin sebebi, son yıllarda yapay zekâ tarafından yaratılan eserde ortaya çıkan telif hakkı ile bağlantılı hakların derin tartışmalara sebep olmasının yanında ülke mevzuatlarında bu konuya ilişkin bir açıklık bulunmaması ve gelişime ihtiyacı aşikâr olmasıydı.

Türkiye ulusal grubu olarak öncelikle çalışma sorularını ülkemizin mevzuatı ile olması gereken hukuka göre cevaplandırdık. Ardından ise Dünya Kongresi'nde yapılan tartışmalara Türk grubu adına katıldık. Kongrenin ilk gününde telif hakkına ilişkin çalışma grubu toplanarak 32 adet ulusal grubun çalışma sorularına verdikleri cevaplar sonucunda oluşturulan önerge (*resolution*) tartışıldı. Tartışmalar ve oylamalar neticesinde Genel Kurul tarafından Nihai Önerge (*Final Resolution*) kabul edildi.

Nihai önergede, yapay zekâ teknolojilerinin hızla gelişmekte olması ve bu konudaki çalışmaların azlığı nedeniyle şimdilik kesin hükümlerden uzak durulması gerekliliği belirtildi.

Nihai Önerge'de özetle aşağıdaki saptamalarda bulunuldu:

- Yapay zekâ tarafından yaratılan eserlere ilişkin kanuni düzenleme ve harmonizasyon istenmektedir.
- Yapay zekâ tarafından yaratılan eserde telif hakkının doğması insan katkısına ve diğer şartların sağlanmasına bağlıdır. Yapay zekâ tarafından yaratılan eserde insan katkısının bulunmaması halinde eser üzerinde telif hakkı doğmamalıdır.
- Eserdeki insan katkısı neticesinde ortaya çıkacak sahibinin hususiyetini taşıma, telif hakkının ortaya çıkması için şart teşkil etmekle birlikte ulusal mevzuatlara uygun olarak yorumlanacaktır.

- Yapay zekâ tarafından yaratılan eserde insan katkısı bulunmadığı takdirde dahi bağlantılı haklar ortaya çıkabilir.

Yönergenin İngilizce tam metnine aşağıdaki linkten ulaşılması mümkündür:

https://aippi.org/wp-content/uploads/2019/10/Resolution_Copyright_in_artificially_generated_works_English1.pdf

*Avukat, Esin Avukatlık Ortaklığı, ece.gonulal@esin.av.tr

Mehmet Çiçek*



AIPPI Türkiye /Fikri Mülkiyet Hakları Koruma Derneği Üyesi

IP 2019 ULUSLARARASI FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI YÖNETİMİ KONFERANSI



Boğaziçi Üniversitesi, Orta Doğu Teknik Üniversitesi, Koç Üniversitesi ve Özyeğin Üniversitesi işbirliğiyle 17-18 Ekim 2019 tarihlerinde Boğaziçi Üniversitesi'nde Fikri Mülkiyet Hakları Yönetimi Uluslararası Konferansı'nın dokuzuncusu icra edildi. 2018'de Sertaç Köksaldı anısına verilmeye başlanan "Sertaç Köksaldı Fikri Mülkiyet Hakları Başarı Ödülü"nün bu yılki sahibi Türk Havacılık ve Uzay Sanayii A.Ş. (TUSAŞ) oldu.

Boğaziçi Üniversitesi Rektörü Prof. Dr. Mehmed Özkan, konferansın açılış konuşmasında Fikri mülkiyetin, temelinde adalet ve hukuk kavramlarının olması gereken bir mülkiyet olduğunu belirterek fikrin ürüne dönüşmesi ve ürünlerin ticarileşmesi ve uluslararası platforma çıkması için el birliğiyle çalışmak gerektiğinin altını çizdi. Fikri mülkiyet kavramının artık hayatımıza yerleştiğini belirten Özkan, bundan sonraki aşamada Fikri mülkiyetin nasıl faydaya dönüştürülebileceği konusuna odaklanılması gerektiğini ifade etti.

Konferansa katılan Türk Patent ve Marka Kurumu Başkanı Prof. Dr. Habip Asan ise konuşmasında Fikri mülkiyet ve ekonomi ilişkisine değindi. Avrupa'da her 3 istihdamdan 1'inin Fikri mülkiyet katkısıyla sağlandığını belirten Asan, bu kapsamda Fikri mülkiyetin Ar-Ge yönünün ülkemizde daha fazla geliştirilmesi gerektiğini vurguladı. Türkiye kaynaklı olmak üzere her sene 10 binin üzerinde patent başvurusu yapıldığını belirten Asan, bu sene Türkiye'nin patent başvurusunda İspanya'yı geride bıraktığını ekledi. Asan, TÜBİTAK ile yürüttükleri patent veri tabanı araştırmasından da söz ederek, sanayi ve akademinin patent veri tabanından nasıl yararlandıklarını ortaya koymayı amaçladıklarını ifade etti. Patent veri tabanından yararlanılmasının Fikri mülkiyetin Ar-Ge kalitesini artıracaklarını belirten Asan, Türkiye'de şirketlerin akademiye oranla bu veri tabanını daha etkin kullandıklarını, akademi tarafında ise patent başvurusu yapmış her 100 projeden sadece 11'inde patent atıf dokümanına rastlandığına dikkat çekti.

Konferansın konuk konuşmacısı ise hedefli kanser tedavisinde geliştirdiği buluşla adından söz ettiren Boğaziçi Üniversitesi Kimya Bölümü Öğretim Üyesi Prof. Dr. Rana Sanyal'dı. Sanyal konuşmasında

buluşçu gözünden Fikri mülkiyet üzerine görüşlerini paylaştı. Sanyal, 2035 yılında kanser vakalarının yüzde 70 artacağını belirterek bu alanda yenilikçi tedavilerle insan yaşamında fark yaratmayı amaçladığını ifade etti. Akıllı kemoterapi alanında yaptığı çalışmalardan söz eden Sanyal, geliştirdiği tedavi yöntemine dair Fikri mülkiyet süreçlerinde atılan adımlarla nasıl bir yol izlediklerini de katılımcılarla paylaştı. Rana Sanyal, bilim insanları olarak yapmak istedikleri en önemli şeyin insan yaşamında fark yaratmak olduğunu belirterek fikrin ticarileşmesi konusunda şirketler ve akademi dünyasında çeşitli açılardan farklılıklar olduğuna değindi ve akademik kurumlarda Fikri mülkiyet konusunda buluşçuların lehine daha fazla adım atılması gerektiğini vurguladı.

Türkiye'deki lisanslama mekanizmalarının desteklenmesi üzerine TÜBİTAK Teknoloji ve Yenilik Destekleme Programları Direktörlüğü adına konuşan Alp Eren Yurtseven, TÜBİTAK 1516 Lisans Destekleme Programı hakkında katılımcılara bilgi verdi. 2018 yılında 1516 programı kapsamında 25 Teknoloji Transfer Ofisi'nin desteklendiğini belirten Yurtseven, programın lisans gelirlerinde yıllık yüzde 82'lik bir büyüme oranı hedeflediğini ifade etti.

Türkiye'de teknoloji transfer ofislerinden alınan geri bildirimler sonucu Fikri hakların korunması ve ticarileşmesinde karşılaşılan sorunları da katılımcılarla paylaşan Yurtseven, bu sorunlar arasında öğretim elemanlarının patent başvurularından gelir elde edemeyeceklerini düşünmeleri, patent değerlendirme mekanizmalarının eksikliği, özel sektörde bilgi eksikliğinden dolayı görülen düşük risk iştahı, patent araştırma ve inceleme süreçlerinin uzunluğu ve patent başvurularının akademik yükselmede öncelikli olmaması gibi sorunlar bulunduğunu belirtti. Bu sorunları çözmeye yönelik bilgi arzının yanında talep tarafının da desteklenmesine yönelik bir model geliştirdiklerini ifade eden Alp Eren Yurtseven, "üniversitelerin ya da teknoloji transfer ofislerinin teknoloji sağlayıcı olarak yer alacağı bu modelde hem TTO'ların sürdürülebilirliği hem de patent ile korunan teknolojilerin lisanslama ya da devir yoluyla Türkiye'deki yerleşik firmalara aktarılması sağlanacak," ifadelerini ekledi.

*Küresel Marka Koruma Yöneticisi, Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş., mehmet.cicek@turkcell.com.tr

Abdurrahim Ayaz*

AIPPI Türkiye / Fikri Mülkiyet Hakları Koruma Derneği Üyesi

FİKRİ VE SİNAİ HAKLAR ALANINDAKİ GÜNCEL GELİŞMELER SEMİNERİ

AIPPI Türkiye Ulusal Grubu 6 Aralık 2019'da Başarılı Bir Seminer Düzenledi



AIPPI Türkiye Ulusal Grubu, 6 Aralık 2019 tarihinde yarım günlük bir seminer düzenledi. Ramada Plaza İstanbul City Center'da "Fikri ve Sınai Haklar Alanındaki Güncel Gelişmeler" adıyla gerçekleştirilen yarım günlük bu seminere, üyelerimiz ve sektördeki diğer kişiler yoğun ilgi göstermiş olup hedeflendiği gibi 60 civarında kişi katılmıştır.

Seminer konusu güncel gelişmelere paralel olarak fikri ve sınai haklar alanında taraf vekili, savcı, akademisyen ve Türk Patent ve Marka Kurumu yöneticisi olarak hizmet veren aşağıdaki

değerli kişiler, seminere konuşmacı olarak katılmışlardır.

- Sayın Ali Osman KAYNAK, Cumhuriyet Savcısı. İzmir Cumhuriyet Savcılığı'nda Fikri ve Sınai Haklar Soruşturma Bürosu Cumhuriyet Savcısı olarak görev yapmaktadır.

Seminerde "İnternet Üzerinden İşlenen Marka Hakkına Tecavüz Suçu ve Soruşturma Usulü" konu başlıklı sunumu kapsamında internet üzerinden işlenen marka ihlali suçlarına örnek teşkil eden fiiller, bu fiillere karşı cezai koruma için başvuru yolları ve uygulamada karşılaşılan güncel sorunlar ve gelişmeler anlatılmıştır.

- Sayın Aysel KORKMAZ YATKIN, Avukat. 2008 yılından beri Gün + Partners firmasında avukatlık yapmaktadır.

Seminerde "Sınai Mülkiyet Davalarında Tedbir Teminatları" konu başlıklı sunumu kapsamında FSHM'lerin tedbir teminatlarının miktarına ilişkin kararlarında kriter yoksunluğunu örnekleri ile ortaya koyarak bunların uygulamada ortaya çıkardığı sorunları gündeme getirmiş ve aynı zamanda yabancı mahkeme kararlarından örnekler sunmuştur.

- Sayın İsmail ONARAN, Cumhuriyet Savcısı. İstanbul Cumhuriyet Savcılığı'nda Fikri ve Sınai Haklar Soruşturma Bürosu eski Cumhuriyet Savcısı olup halen Cumhuriyet Savcısı olarak görev yapmaktadır.

"Sınai Mülkiyet Konularında Arama-El Koyma Kararları Konusunda Uygulamalar ve Uygulama Farklılıkları" konu başlıklı sunumunda iller ve mahkemeler arasındaki uygulama farklılıkları ve özellikle İstanbul ilindeki mahkemelerde neden arama – el koyma kararları verilmediği konularındaki düşüncelerini paylaşmıştır.

- Sayın Osman Umut KARACA, Avukatı / Arabulucu. Türk Patent ve Marka Kurumu Hukuk Müşavirliği'nde görev yapmaktadır.

"Sınai Mülkiyet Hakları Bağlamında Arabuluculuktaki Güncel Gelişmeler " konu başlıklı sunumunda bu yeni uygulamanın hukuki alt yapısını ve uygulama örneklerini ortaya koyarak sistemin potansiyel yarar ve problemleri konusundaki düşüncelerini paylaşmıştır.

- Sayın Prof. Dr. Feyzan Hayal ŞEHİRALİ ÇELİK, Akademisyen. Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim dalı Öğretim Üyesi olarak görev yapmaktadır.

"Sınai Mülkiyet Kanunu Sonrası Tescile Dayalı Kullanım Savunmasında Son Durum" konu başlıklı sunumunda SMK 155 hükmü gibi bir hükmün bulunmadığı 1990'lar öncesinde yargının var olan hakların sonraki tescillerle daralmadığı yönünde kararlar vererek sonraki tescille daha önceki haklara tecavüz edilmesine müsaade etmediğini, SMK 155 hükmünün çıkarılması koşullarını hazırlayan yargı uygulamalarının 1990'lardan sonra başladığını yargı kararları ile ortaya koyarak "*Önceki hak tescilli olmak zorunda mı?*" ve "*Önceki hakkın kapsamı sonraki tescille daraltılabilir mi?*" gibi oldukça önemli sorulara ilişkin düşüncelerini paylaşmıştır.

- Sayın Mustafa Kubilay GÜZEL, Türk Patent ve Markalar Kurumu Markalar Dairesi Başkanı.

"Marka Tescilinde Kazanılmış Hak Kavramı" konu başlıklı sunumunda önceki tescillerin yeni başvurularda etkisine yönelik TÜRK PATENT uygulamalarını örnekleri ile birlikte ortaya koymuş olup TÜRK PATENT'in bu çerçevedeki uygulamalarının benzer konularda gelecekte ortaya çıkabilecek yargı kararları çerçevesinde de değişikliğe uğrayabileceği konusuna değinmiştir.

Ele alınan konuların ve bunlara ilişkin konuşma içeriklerinin dinleyiciler tarafından dikkatle takip edildiği seminerde kahve arasından önce ve seminer sonunda olmak üzere iki ayrı bölümde toplam bir saat soru-cevap bölümü yer almış olup dinleyiciler ile konuşmacılar arasındaki iletişim, seminer konularının derinlemesine irdelenmesine imkan vermiştir.

Derneğimizin çeşitli kademelerinde görev yapan birçok üyenin destek, çalışma ve uzun mesaisi ile gerçekleşen bu seminere katılan değerli konuşmacılar, ülkemizin fikri ve sınai haklar iklimine katkı amacı gibi üstün bir amaç için arzulu bir heyecanla emek ve değerli zamanlarını harcamışlardır.

* Avukat & Marka Vekili, İstanbul Patent A.Ş., ayaz@istanbulpatent.com

Merve Macit*

*AIPPI Türkiye /Fikri Mülkiyet Hakları Koruma Derneği Üyesi*

TÜRK PATENT VE MARKA KURUMUNDA UZUN SÜREDİR BEKLENEN UYGULAMA DEĞİŞİKLİKLERİ

Uluslararası tescillerin Türkiye belirlemelerine karşı yapılan itirazlar kapsamında kullanım ispatı talebi, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 2017 yılından bu yana sınai mülkiyet dünyasının tartışmalı konuları arasında yer almaktaydı.

Şöyle ki, Türk Patent ve Marka Kurumunun ("TÜRKPATENT") uygulaması hem ulusal marka başvurularına, hem de uluslararası tescillerin Türkiye belirlemelerine karşı yapılan itirazlarda başvuru sahipleri/vekilleri tarafından sadece yayıma itiraza ilişkin görüş sunulması gereken süre içerisinde yapılan kullanım ispatı taleplerinin değerlendirilmeye alınması yönündeydi. Bu süre içerisinde sunulmayan kullanım ispatı talepleri yapılmamış sayılıyordu.

İşbu uygulama, sınai mülkiyet dünyasında eleştiriye konu olmuştu. Zira, ulusal marka başvurularına karşı dosyalanan itirazlar, TÜRKPATENT tarafından marka sahiplerine ya da vekillerine bildirilirken ve kullanım ispatı talebi dahil karşı görüş sunmaları için kendilerine süre verilirken, Madrid Protokolü çerçevesinde Türkiye'de başvuru yapmış olan marka sahiplerine ya da WIPO'ya böyle bir bildirim yapılmıyordu. Bu sebeple, ulusal marka başvurusu sahipleri bu haklarını kullanırken, uluslararası tescil sahipleri hak kaybı yaşama riski altındaydı.

Beklenen gelişme gerçekleşmiş; 23 Aralık 2019 tarihli Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu ("Kurul") kararı ile, Madrid Protokolü çerçevesinde Türkiye'de dosyalanan bir marka başvurusuna karşı yapılan itirazın başvuru sahibine ya da WIPO'ya bildirim yapılmadan kabul edildiği Markalar Dairesi Başkanlığı kararı iptal edilmiştir. Kurul'un işbu kararı ile başvuru sahibi adına karara itiraz aşamasında yapılan kullanım ispatı taleplerinin gereği yerine getirilmek suretiyle yayıma itirazın yeniden değerlendirilmesi ve yeni bir karar tesis edilmesi için dosyanın Markalar Dairesi Başkanlığı'na iadesine oybirliği ile karar verilmiştir.

İşbu karar, TÜRKPATENT'in uluslararası tescillerin Türkiye belirlemelerine karşı yapılan itirazlar kapsamında kullanım ispatı talebine ilişkin uygulama değişikliğini gösteren öncü bir karardır. Kaldı ki, bu hususa ilişkin olarak TÜRKPATENT uygulamasında önemli bir değişiklik daha gerçekleşmiştir. İşbu uygulama değişikliği, TÜRKPATENT'in WIPO'ya uluslararası tescillerin Türkiye belirlemelerine karşı yapılan itirazlara ilişkin bildirimler göndermeye başlamış olmasıdır. Bu uygulama değişikliği ile, başvuru sahiplerinin yayıma itiraz sürecinde hem itiraz sahibinin argümanlarına karşı görüş sunmalarına, hem de itiraza gerekçe markaların ilgili koşulları sağladığı durumlarda kullanım ispatı talebinde bulunmalarına olanak sağlanmaya başlanmıştır.

TÜRKPATENT uygulamasında uzun süredir beklenen işbu değişikliklerin itiraz süreçlerine ilişkin olarak, Madrid Protokolü çerçevesinde Türkiye'de marka başvurusu dosyalayan sahipler lehine hak kaybını önleyeceği öngörülmektedir.

*Marka Vekili, Stok Sınai Mülkiyet Hizmetleri A.Ş., merve.macit@stock.com.tr

Tamer Soysal*

Konuk Yazar

BİTMEYEN HİKAYE: BİTKİLERİN PATENTLENEBİLİRLİĞİ

EPO'NUN SON KARARLARI ÇERÇEVESİNDE ESASLI ŞEKİLDE BİYOLOJİK USULLER SONUCU ÜRETİLEN BİTKİLERİN PATENTLENEBİLİRLİĞİ

I. GENEL DURUM

Bilinen ilk patent yasası, 19 Mart 1474 tarihinde Venedik'te yeni ve yaratıcı düşünce ürünü makineler için, makine sahibine on yıllık süre için verilen imtiyaz hakları şeklinde ortaya çıkmıştır. Modern anlamda ilk patent yasaları İngiltere'de 1852, Almanya'da 1877, Hollanda'da 1887, Japonya'da 1899, ABD'de 1790 ve Fransa'da 1791 yılında çıkarılmıştır. İlk modern patent yasalarının çıkmasından itibaren bitkilerin patente hak kazanıp kazanmayacağı tartışılmıştır. İlk çıkan patent yasalarından, örneğin, 1854 tarihli Belçika ve 1877 tarihli Almanya Patent Yasası'nda genel olarak buluşlara patent verileceği düzenlemesi yapılmışken; 1910 tarihli Hollanda ve 1844 tarihli Fransa Patent Yasaları'nda olduğu gibi belirli kategorideki buluşlara patent verilebileceği düzenlenmiştir. Bitkiler de bu kapsamda genel olarak patentlenebilirlik şartlarını karşılamaması, tarifnamede yeterli tanımın yapılmaması, doğanın ürünü olması (product of nature), canlıların patentlenememesi, bitki buluşunun aynının yeniden üretilmemesi gibi sebeplerle patentlenemez olarak kabul edilmiştir.

Bitkilerin patentlenmesine ilişkin ilk olumlu girişim, 1930 yılında ABD'de yaşanmıştır. Başkan Herbert Hoover tarafından imzalanan Bitki Patent Kanunu (PPA), 17 Haziran 1930 tarihinde yürürlüğe girmiştir. PPA, yalnızca kök, budak veya tomurcuktan üreme yapan eşeysiz üreme yapan bitkiler için kabul edilmiştir. Amerikan Bahçecilik Bilimleri Topluluğu¹ bilim adamları tarafından eşeyli üreyen bitkilere yeni katılan özelliklerin genetik istikrar içinde sürdürülemeyeceği görüşleri üzerine eşeyli üreyen bitkiler yasa kapsamına alınmamıştır. ABD'de kabul edilen bu Kanun ile 1930 tarihinden itibaren gül gibi dekoratif ve süs bitkileri ile meyvelerin patent yoluyla korunabilmesi mümkün hale gelmiştir. PPA'nın kabul edilmesinden sonra bu Kanun'a göre verilen ilk patent, 1931 yılında soğuğa ve hastalığa dirençli, aynı zamanda sürekli çiçek açabilen "New Dawn" adı verilen dağ gülü olmuştur.² Daha sonra iki ayrı gül, bir böğürtlen ve karanfile de PPA'ya göre patent verilmesi kabul edilmiştir. PPA'ya göre patente hak kazanabilmek için "faydalı olma (useful)" şartı aranmamaktadır. 1931 ile 2009 arasında PPA'ya göre toplam 19.973 patent verilmiştir. 1931-1970 arasında PPA'ya göre verilen patentlerin yarısına yakını (% 45) güllere verilmiştir. PPA'nın kabulüne yol açan sebeplerden birisi de ABD'de gül, karanfil gibi süs bitkilerinin Avrupa ile rekabet edilebilir duruma getirilmesi isteği olmuştur.

1 American Society for Horticultural Science, <http://www.ashs.org>

2 Henry F. Bosenberg tarafından geliştirilen yeni çeşit gülün, orijinal hali Walter Van Fleet tarafından geliştirilmiştir. Orijinal dağ gülü, yeniden çiçek açmıyordu ancak Bosenberg'in gülü yeniden çiçek açabiliyordu. Bu yüzden PPA'ya göre yeni ve farklı kabul edilerek patente hak kazanmıştır. Bkz. New Dawn, <http://aggie-horticulture.tamu.edu/earthkindroses/cultivars/new-dawn/>

Avrupa'da ise bitkilerin korunması patent yerine daha baştan *sui generis* yöntemlerle sağlanmaya çalışılmıştır. Bu konuda ilk girişim, 1922 yılında Fransa'da kabul edilen yasa ile oluşmuştur. Daha sonra Çek Cumhuriyeti, Hollanda ve Almanya'da benzer düzenlemeler kabul edilmiştir. Almanya'da 1934 ve 1936 yılında tütün ve acı bakla için patent başvuruları yapılmış fakat kabul edilmemiştir.³ 2 Aralık 1961 tarihinde Paris Anlaşması'nın imzalanması sonrasında, UPOV kurulmuş ve 10 Ağustos 1968 tarihinde Almanya, Hollanda ve İngiltere'nin onayıyla Sözleşme yürürlüğe girmiştir.⁴ Böylece, Avrupa'da bitkilerin korunmasında ıslahçı hakkı benzeri *sui generis* koruma sistemi devam ettirilmiştir. Ancak gen mühendisliği ve biyoteknolojik yöntemlerin gelişmesiyle birlikte yeni geliştirilen bitkilere UPOV tipi koruma yeterli gelmemeye başlamıştır. Islahçı hakkının konusu sadece bitki çeşitleridir. Buna karşılık patent haklarının konusu buluştur. UPOV'un 1961 görüşmeleri sırasında ıslahçı hakkı koruması için varlığı aranan unsurun buluş olmadığı belirtilmiş ancak yine de "yaratıcı faaliyet" bulunması gereğinden bahsedilmiştir. Bununla birlikte, kabul edilen metinde, koruma için "yaratıcı faaliyet" şart koşulmaksızın, yeni bir çeşidin türetilmesine yol açan ilk faaliyetin kaynağı ne olursa olsun (doğal veya yapay) koruma sağlanması benimsenmiştir. Buna karşılık, patent hakları ile teknolojinin her alanında ortaya konulan buluşlara koruma sağlanabilmektedir. Bununla birlikte, UPOV 1961 metninin 2/1 maddesiyle üye ülkelerin bitki çeşitleri için patent veya UPOV korumasından birini seçmesi gerektiği vurgulanmıştır. Bu gelişme nedeniyle 1963 tarihli Strasburg Sözleşmesi ve EPC'de "bitki çeşitleri" patentlenebilir kabul edilmemiştir. 1973 yılında yürürlüğe giren Avrupa Patent Sözleşmesi (EPC) 53 (b) maddesi ile de bu düzenlemelerle uyumlu şekilde, bitki çeşitleri, istisnasız bir şekilde patentlenebilir alan dışında bırakılmıştır.

1991 yılında UPOV Sözleşmesi'nde yapılan değişiklik ile bitki çeşitleri için mükerrer koruma yasağı kaldırılmıştır. Bu düzenleme sonrasında 1998 yılında kabul edilen 98/44 sayılı Direktif'in 29 ve 32. paragrafları ile bitki çeşitlerinin patentlenebilir alan dışında olduğu kabul edilmiş ancak buluşun sadece tek bir bitki çeşidi ile sınırlı olmaması durumunda, bitki çeşitlerinin de patentlenebileceği belirtilmiştir. (98/44 rec. 29; madde 4/2). Aynı esas EPC kurallarının uygulamasını gösteren Yönetmelik ile de benimsenmiştir (EPC Reg., m. 27 (b) (eski 23c (b))).⁵

II. ESASLI ŞEKİLDE BİYOLOJİK USULLER İSTİSNASI (EPC, 53(b) ve SMK, m. 82/3-b)

EPC'nin 53 (b) metninde "*bitki veya hayvan çeşitleri ile bitkiler veya hayvanların üretilmesi için kullanılan esaslı şekilde biyolojik usuller*" için patent verilemeyeceği yer almıştır. Bu düzenleme, mikrobiyolojik usuller veya bu usuller sonucu üretilmiş ürünleri kapsamayacaktır. EPC 1973 hükmünde de yer alan bu düzenleme, 1995 yılında TRIPS metni ile de benimsenmiştir. TRIPS 27/3 (b) maddesine göre "*mikro-organizmalar dışındaki bitkiler ve hayvanlar, biyolojik olmayan ve mikrobiyolojik usuller dışında, esaslı şekilde biyolojik usuller yoluyla bitki veya hayvanların üretilmesi usulleri*", Üye ülkeler tarafından patentlenebilir alan dışına çıkarılabilecektir.

EPC'nin 53 (b) maddesinde ve TRIPS 27/3-b bendi ile paralel bir düzenleme 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun (SMK) 82/3-b maddesinde de yer almaktadır. Bu tür bir yasak konulmasının temelinde doğada kendiliğinden tekrarlayan usuller ile çaprazlama ve seleksiyon gibi teknik aşama içermeyen usullerin patentlenmesinin önüne geçmek ve doğada oluşan ve tekrarlamayan doğal usullerin üzerin-

3 S. Thippeswamy, Plant Variety Protection: An Historical Perspective, IJDR, November 2017, V. 07, I. 11., (16839-16843), s. 16841.

4 Stephen A. Bent; Richard L. Schwaab; David G. Conlin; Donald D. Jeffrey, Intellectual Property Rights in Biotechnology Worldwide, Stockton Press, 1987., s. 54.

5 Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Tamer Soysal, Tarımda Biyoteknoloji Uygulamaları ve Patent Hakları (Agricultural Biotech Patent Law), Adalet, Mayıs 2019, s. 488-509.

de tek hak oluşmasını engellemek bulunmaktadır.⁶

98/44 sayılı AB Biyoteknoloji Direktifi'nin 4/1-b maddesi ile esaslı şekilde biyolojik usullere ilişkin EPC 53 (b) de yer alan istisna aynen korunmuş, 2/2 maddesiyle ise bitki veya hayvanların üretilmesi için çaprazlama (crossing) ve seleksiyon (selection) gibi tamamen doğal olgulardan oluşan usuller kullanılması halinde, bu tür usullerin esaslı şekilde biyolojik sayılacağı belirtilmiştir. Böylece, Strasbourg Sözleşmesi ve EPC metninde yer almayan ancak 98/44 sayılı Direktif'in 2/2 ve EPC Uygulama Yönetmeliği'nin 26/5 maddesinde yer alan bir ölçüt getirilmiştir. Buna göre bir usulün "çaprazlama ve seçme gibi tamamen doğal olaylardan oluşması (if it consists entirely of natural phenomena such as crossing or selection)" hali, esaslı şekilde biyolojik usul olarak kabul edilmiştir.

EPO Genişletilmiş Temyiz Kurulu (EPO-EBA)⁷ G1/08 ve G2/07 sayılı Kararlarında EPC Uygulama Yönetmeliği'nin 26/5 ve 98/44 sayılı Direktif'in 2/2 maddesindeki "çaprazlama ve seçme gibi" ifadesinin sınırlayıcı nitelikte ve dar yorumlanması gerektiğine vurgu yapmıştır. EPO uygulamasında bu tür usullerin patentlenebilirliği değerlendirilirken, tüm usul bir bütün olarak değerlendirilerek bu usulün tümü içerisindeki insan müdahalesinin etkisi dikkate alınmıştır.⁸

EPO İnceleme Kılavuzuna göre⁹ tüm genomların eşeyli çaprazlama yöntemi ile üretilmesi veya devam eden seleksiyon usulleri esaslı şekilde biyolojik usullerdir. Bu tür usullerde bir şekilde insan müdahalesi hatta teknik araçlar ile müdahale bulursa dahi, bu tür usuller esaslı şekilde biyolojik kabul edilecektir.

EPO Patent İnceleme Kılavuzu'nda biyoteknolojik usullere ilişkin de açıklamalar yer almıştır. Öncelikle geleneksel çaprazlama veya seleksiyon usulü, teknik bir aşama içeriyor ve bu teknik aşama bir genoma ait özelliği tanımlıyor veya genomdaki özelliği değiştiriyor ise ve bu tanımlama (introduction) veya değiştirme (modification) geleneksel çaprazlama nedeniyle bir araya getirilen genlerden kaynaklanmıyor ise, bu takdirde bu usul "esaslı şekilde biyolojik" kabul edilmeyecek ve "teknik öğretisi (technical teaching)" kapsamında patentlenmesi söz konusu olabilecektir. Bunun dışında bitkilere uygulanan ve geleneksel ıslahçılık tekniklerinden temel olarak farklı olan gen aktarım yöntemleri ile yapılan usuller patentlenebilir kabul edilmektedir. Bu tür usullerin söz konusu olduğu durumlarda, patent talepleri de açık bir şekilde veya dolaylı yoldan, eşeyli çaprazlama ve seleksiyon usullerine yönelik olmamalıdır.

PGS kararında, bir bitkinin gen yapısının değiştirilmesine ilişkin usuller, teknik nitelikte bir müdahale olarak kabul edilmiş ve esaslı şekilde biyolojik kabul edilmemiştir.¹⁰

6 Abhinav Kumar, Towards Patentability of Essentially Biological Processes, V. 13, March 2008, Journal of Intellectual Property Rights (s. 129-138), s. 130.; Mike Adcock; Margaret Llewellyn, TRIPS and the patentability of microorganisms, BioScience Law Review, V. 4, I. 3, 2001., s. 91.

7 European Patent Office, Enlarged Board of Appeal-EPO EBA.

8 Lubrizol, T 320/87, 10.10.1998.

9 Guidelines for Examination, Part G. Patentability, Chapter II. Inventions, 5. Exclusions and exceptions for biotechnological inventions, 5.4.2. Essentially biological processes for the production of plants and animals.

10 PGS, T 356/93, 21.02.1995.

EPO-EBA tarafından 25 Mart 2015 tarihinde verilen G 2/12¹¹ ve G 2/13¹² sayılı Kararlar ile EPC'nin 53 (b) maddesinde düzenlenen "esaslı şekilde biyolojik usuller" istisnasının, bu usuller sonucu elde edilen bitkiler veya bitki kısımları gibi bitki materyallerinin ve ürünlerin patentlenmesine olumsuz etkisi bulunmadığı belirtilmiştir.¹³

III. AVRUPA BİRLİĞİ KOMİSYONU BİLDİRİSİ VE EPO MEVZUATINDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASI

Genişletilmiş Temyiz Kurulunun esaslı şekilde biyolojik usuller sonucu elde edilen bitki ve bitki materyallerinin de patentlenebileceğine ilişkin bu Kararları üzerine, Avrupa Komisyonu, 8 Kasım 2016 tarihinde bu konuda bir Bildiri (Notice)¹⁴ yayınlamıştır. Bildiri'de 98/44 sayılı Biyoteknoloji Direktifi'nin tümü esas alındığında, amacın esaslı şekilde biyolojik usuller ile bu usuller sonucu elde edilen ürünleri de patentlenebilir alan dışına çıkarmak olduğunu, EPO-EBA tarafından verilen Karar ile 98/44 sayılı Direktif ve EPO mevzuatı arasında bir uyumsuzluk olduğu vurgulanmıştır. Bu görüşlerle Avrupa Komisyonu bir tespit yapmakla yetinmiştir çünkü AB'nin bir organı olan Avrupa Komisyonu'nun, EPO organlarına bu konuda bir talimat veya tavsiye vermek için yasal dayanağı bulunmamaktadır. Ancak 98/44 sayılı Direktif'in hükümlerini büyük ölçüde kendi iç mevzuatına dahil eden EPO, bu Bildiri sonrasında, 29 Haziran 2017 tarihinde EPC Uygulama Yönetmeliği'nde değişiklik yaparak esaslı şekilde biyolojik usuller dışında, bu usuller sonucu elde edilen ürünlerin de patentlenemez alana dahil olduğunu vurgulayan bir düzenleme yapmıştır. EPC Uygulama Yönetmeliği'nin 28 nci maddesine eklenen ikinci fıkra şu şekildedir:

"EPC 53 (b) hükmüne göre, münhasıran esaslı şekilde biyolojik usuller sonucu elde edilen bitkiler veya hayvanlara Avrupa patenti verilemez."

Buluşun tek bir bitki çeşidi ile sınırlı olmaması halinde patentlenebileceğine ilişkin EPC Uygulama Yönetmeliği'nin 27/b maddesi de değiştirilmiş ve maddeye "EPC Uygulama Yönetmeliği'nin 28/2 maddesindeki düzenlemeye halel gelmeksizin" ibaresi eklenmiştir. Böylece, madde şu hali almıştır:

"EPC Uygulama Yönetmeliği'nin 28/2 maddesindeki düzenlemeye halel gelmeksizin, buluşun teknik uygulanabilirliği belirli bir bitki çeşidi veya hayvan ırkı ile sınırlı değil ise bitkiler veya hayvanlar"

patentlenebilecektir. Düzenleme, 29 Haziran 2017 tarihinde yapılmış ve 1 Temmuz 2017 tarihinden

11 State of Israel, Ministry of Agriculture/Unilever N.V., Method for breeding tomatoes having reduced water content and product of the method, G 0002/12, 25 March 2015. İsrail Tarım Bakanlığı tarafından, azaltılmış su içeriğine sahip domatesin yetiştirilmesine yönelik usul için patent talep edilmiş ve 26/11/2003 tarihinde EP 1211926 numaralı patent verilmiştir. T 1242/06 sayılı Teknik Temyiz Kurulu kararı ile uyuşmazlık Genişletilmiş Temyiz Kurulu'na (EPO-EBA) taşınmış ve G 1/08 sayılı Karar verilmiştir. Bu karar sonrasında, başvuru sahibi istemleri ürüne yönelik olarak değiştirmiş, uyuşmazlık yeniden EPO-EBA önüne gitmiş ve 25 Mart 2015 tarihinde G 0002/12 sayılı Karar verilmiştir.

12 Plant Bioscience Limited/Syngenta Participation AG-Groupe Limagrain Holding, Method for selective increase of the anticarcinogenic glucosinolates in Brassica species, G 0002/13, 25 March 2015. Plant Bioscience şirketi tarafından brokoli, karnabahar vb. bitkileri içeren bitki çeşidinin üretilmesine ilişkin usule patent talep edilmiş ve talep sonucu 24/07/2012 tarihinde EP 1069819 numaralı patent verilmiştir. T 83/3304 sayılı Teknik Temyiz Kurulu kararı ile uyuşmazlık Genişletilmiş Temyiz Kurulu'na (EPO-EBA) taşınmış ve G 2/07 sayılı Karar verilmiştir. Bu Karar sonrasında, başvuru sahipleri patentlinin içerisindeki usul istemlerini silmiş ve bunun yerine usule dayalı ürün istemlerini yazmışlardır. Teknik Temyiz Kurulu, bu değişikliği uygun bulmuştur. Bununla birlikte G 0002/12 sayılı Karar'da sorulan sorular üzerine, uyuşmazlık yeniden EPO-EBA'ya gitmiş ve 25 Mart 2015 tarihinde G 0002/13 sayılı Karar verilmiştir.

13 Soysal, s. 496 vd.

14 Commission Notice on certain articles of Directive 98/44/EC of the European Parliament and of the Council on the legal protection of biotechnological inventions, 2016/C 411/03, 8.11.2016.

itibaren de yürürlüğe girmiştir.¹⁵ Bu şekilde EPO-EBA'nın hayli tartışmalı olan G 2/12 ve G 2/13 sayılı kararları ile ortaya çıkan durumun devam ettirilmemesi amaçlanmıştır. Yapılan değişiklik sonrasında, 1 Ekim 2018 tarihinde EPO İtiraz Dairesi, Bayer tarafından patenti alınmış olan hasatı kolaylaştırılmış brokoli patentine ilişkin karar vermiş ve EPO Uygulama Yönetmeliği'nin değişen 27 ve 28 inci maddelerini esas alarak Bayer'in patentini iptal etmiştir.¹⁶

Bayer patentine ilişkin verilen iptal kararı sonrasında kamuoyu, Uygulama Yönetmeliği'nin değişen maddelerinin esas alınacağını düşünmekle birlikte sektörde faaliyet gösteren biyoteknoloji şirketleri tarafından bu yeni düzenleme ve Bayer'in brokoli patentinin iptal edilmesi kararı yoğun şekilde eleştirilmiştir.¹⁷

IV. EPO-TBA'NIN T 1063/18 SAYILI KARARI VE MEVCUT DURUM

Syngenta Şirketi tarafından "besin değeri artırılmış yeni çeşit biber"¹⁸ için yapılan patent talebine ilişkin olarak EPO İnceleme Dairesi tarafından Uygulama Yönetmeliği'nin 27 ve 28 nci maddeleri esas alınarak patent talebinin (EP 2 753 168 A1) reddine karar verilmiştir.¹⁹ İnceleme Dairesi'nin bu kararına karşı Syngenta, EPC 53(b) maddesiyle Uygulama Yönetmeliği'nin 28(2) maddesi arasında çelişki olduğunu iddia ederek Teknik Temyiz Kuruluna (Technical Board of Appeal-TBA) başvuruda bulunmuştur. 3 teknik ve 2 hukukçu olmak üzere 5 kişiden oluşan Teknik Temyiz Kurulu, 5 Aralık 2018 tarihinde yapılan duruşma sonrasında verdiği Karar'da;²⁰ Uygulama Yönetmeliği'nin değiştirilen 27 ve 28 inci maddelerinin EPC'nin 53 (b) maddesiyle çelişki oluşturduğunu, EPC 53 (b) maddesine ilişkin yorumun G 2/07, G 1/08 ile G 2/12, G 2/13 sayılı Kararlar ile yapıldığını, EPC'nin 164/2 maddesine göre EPC hükümleri ile Uygulama Yönetmeliği maddeleri arasında bir çelişki olması durumunda Sözleşme'nin (EPC) esas alınması gerektiğini belirtmiş ve İnceleme Dairesi'nin hükmüne Uygulama Yönetmeliği'nin değişen 27 ve 28 inci maddelerini esas alamayacağını çünkü bu maddelerin EPC ile uyumsuz olması nedeni ile hükümsüz olduğunu ifade etmiştir.²¹ Temyiz Kurulu, Syngenta'nın patent talebi hakkında ise olumlu veya olumsuz bir karar vermemiş, talebin diğer patentlenebilirlik kriterleri çerçevesinde

15 Decision of Administrative Council of 29 June 2017 amending Rules 27 and 28 of the Implementing Regulations to the European Patent Convention (CA/D 6/17), Official Journal, 31.7.2017, <https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/official-journal/2017/07/a56.html> (Son Erişim Tarihi: 22.05.2018)

16 European Patent No. EP-B- 1 597 965, Revoked., <https://register.epo.org/application?documentId=E2IXUYGM4473D-SU&number=EP05103316&lng=en&npl=false> Bu patent ilk olarak 2013 yılında Monsanto tarafından alınmış, daha sonra Bayer'e devredilmiştir. 2014 yılında patente itiraz edilmiş ve itiraz sonucu karar 1 Ekim 2018 tarihinde verilmiştir. Bkz. EPO Revokes Bayer Broccoli Patent, November 16, 2018, <http://patentblog.kluweriplaw.com/2018/11/16/epo-revokes-bayer-broccoli-patent/>

17 EPO Revokes Bayer Broccoli Patent, 09 November 2018, <https://www.lifesciencesipreview.com/news/epo-revokes-bayer-broccoli-patent-3242>; The Huge Cost of Wrongly-Granted European Patents, Recklessly Granted by the European Patent Office, 11 October 2018, <http://techrights.org/2018/11/10/patent-of-monsanto-bayer-revoked/> Soysal, s. 499.

18 Syngenta Participations AG, Patent Application No. 12756468.0, "New pepper plants and fruits with improved nutritional value"

19 EP 2753168, 07.09.2012, New Pepper Plants and Fruits with Improved Nutritional Value, <https://register.epo.org/application?lng=en&number=EP12756468&tab=main> (Son Erişim Tarihi: 09.01.2019)

20 Decision of Technical Board of Appeal 3.3.04 of 5 December 2018, [http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/426B74FD32463ACEC1258398003EA3F4/\\$File/T_1063-18_en.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/426B74FD32463ACEC1258398003EA3F4/$File/T_1063-18_en.pdf)

21 Decision in Case T 1063/18 on the patentability of plants, 7 December 2018, <https://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/communications/2018/20181207.html> EPO, Temyiz Kurulu'nun gerekçeli kararı ise 14.01.2019 tarihi itibarıyla henüz açıklanmamıştır.

incelenmesi için İnceleme Dairesine (Examining Division) gönderilmesine karar vermiştir.²²

Gerekçeli karar, 5 Şubat 2019 tarihinde açıklanmıştır. Mart 2019 tarihinde ise EPO Başkanı Antonio Campinos²³ EPC'nin 112 (1)(b) hükmü²⁴ uyarınca yetkisini kullanmış²⁵ ve konu EPO Genişletilmiş Temyiz Kurulu'na (EPO-EBA) gitmiştir.²⁶ EPO Başkanı, İdari Konsey'in Uygulama Yönetmeliği'nde yaptığı 28(2) düzenlemesi ile T 1063/18 sayılı Teknik Temyiz Kurulu'nun kararının birbiriyle çelişmesi karşısında yasal kesinliği sağlamak üzere (restore legal certainty) konuyu iki soru sorarak Genişletilmiş Temyiz Kurulu'na taşımıştır. Buna göre;

1. EPC 164(2) maddesi dikkate alındığında, EPC 53 maddesi hükmünün anlam ve kapsamı, 53 (b) maddesi hükmünün yorumlanmasıyla ilgili EPO Temyiz Kurulu veya Genişletilmiş Temyiz Kurulu tarafından daha önce verilmiş kararlarla yapılmış yorumlar ile sınırlı olmaksızın, EPC Uygulama Yönetmeliği ile açıklanmış kabul edilebilir mi?

2. Eğer ilk soruya 'evet' ise, ne açık bir şekilde patentlenebilirlikten hariç tutan ne de açık bir şekilde buluş konusu olarak izin veren EPC 53 (b) hükmüyle, münhasıran esaslı şekilde biyolojik usuller sonucu elde edilen bitki ve hayvanları patentlenebilir alan dışına çıkaran EPC Uygulama Yönetmeliği'nin 28 (2) maddesi birbirine uyumlu kabul edilebilir mi?

Genişletilmiş Temyiz Kurulu önünde bu başvuru G 3/19 sayısı ile sürmektedir ve henüz karar verilmemiştir. Davanın EPO-EBA'nın ortalama inceleme süresi olan 14 aylık süreyi esas aldığımızda kararın 2020 yılının yaz aylarında çıkacağı beklenmektedir.

Syngenta tarafından, TBA'ya yapılan başvuru ve TBA'nın T 1063/18 sayılı Karar'ında EPO-EBA'nın önceki kararlarından ve EPO-EBA'nın EPC'yi yorumlama yetkisinden daha çok bahsedildiği, özellikle EPC Uygulama Yönetmeliği değişikliğinin EPC metni ile uyumsuzluğunun vurgulandığı görülmektedir. Buna karşılık, EPO Başkanı'nın EPO-EBA'ya yaptığı başvuruda, EPO İdari Konseyi'nin Uygulama Yönetmeliği'ni düzenleme yetkisinden ve EPO Uygulama Yönetmeliği'nin 98/44 sayılı Direktif ile EPC'yi açıklığa kavuşturma işlevinden bahsedildiği görülmektedir.

EBA, bu tür durumlarda, EPO kurumlarının “öngörülebilirlik” ve “doğrulanabilirlik” kriterlerini sağ-

²² Soysal, 500.

²³ 1 Temmuz 2018 tarihinden itibaren 5 yıllığına Avrupa Patent Kurumu Başkanlığı'na seçilmiştir. Bkz. EPO, <https://www.epo.org/news-issues/news/2017/20171011.html>

²⁴ EPC m. 112/1(b) “the President of the European Patent Office may refer a point of law to the Enlarged Board of Appeal where two Boards of Appeal have given different decisions on that question.” (Avrupa Patent Ofisi'nin Başkanı iki Temyiz Kurulu'nun o sorun hakkında farklı kararlar verdiği durumlarda, söz konusu yasal konuyla ilgili olarak Genişletilmiş Temyiz Kurulu'na başvuruda bulunabilir.)

²⁵ Referral of a point of law to the Enlarged Board of Appeal by the President of the European Patent Office [Article 112(1) (b) EPC], April 5, 2019, [http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/4F62ECCAF1B2F2F5C12584020026796E/\\$-File/Referral%20under%20Art.%20112\(1\)\(b\)%20EPC-%20G%203-19.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/4F62ECCAF1B2F2F5C12584020026796E/$-File/Referral%20under%20Art.%20112(1)(b)%20EPC-%20G%203-19.pdf) (Referral of President)

²⁶ Esasen EPC 112/1(b)'nin yazım şekli esas alındığında bu yetki de açık değildir. Çünkü Başkan, ancak iki Temyiz Kurulu (Boards of Appeal) kararının çelişkili olması durumunda Genişletilmiş Temyiz Kurulu'na başvuru yapabilecektir. Mevcut durumda Teknik Temyiz Kurulu'nun bir kararı (T 1063/18) ve 25 Mart 2015 tarihinde verilmiş Genişletilmiş Temyiz Kurulu Kararları (G 2/12 ve G 2/13) arasında bir uyumsuzluktan bahsedilmektedir. Bununla birlikte EPO Başkanı, bu durumun farkında olarak genel olarak EPC ile EPC Uygulama Yönetmeliği arasında bir uyumsuzluk olduğunu ayrıca T 39/93 sayılı Karar ile benimsenen EPC'nin yorumlanmasına ilişkin Genişletilmiş Temyiz Kurulu kararının, Uygulama Yönetmeliği düzenlemesi ile bertaraf edilemeyeceği kuralı arasında çelişki olduğunu, EPC 112/1(b) kuralının geniş yorumlanarak EPO mevzuatı arasındaki bu çelişkilerin giderilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Bkz. Referral of President, s. 6 vd.

laması ve güçler ayrılığı, hukukun üstünlüğü ve insan haklarına saygı çerçevesinde hareket edilmesi esası belirtilerek bir karara varmaya çalışılmaktadır.²⁷ Bununla birlikte, EBA'nın 112(1)(b)'de yer alan Başkan'ın yetkisine ilişkin düzenlemeyi de dar yorumladığı görülmektedir. Gerçek olan şu ki, 1980'lerden itibaren EPO Temyiz Kurulları tarafından EPC metni ve patentlenebilirlik istisnaları hakkında sayısız karar verilerek patentlenebilirlik yasaklarının kapsamı değiştirilmiş ve çoğu zaman daraltılmıştır. Somut EPC 53(b) maddesiyle ilgili de son on yılda bilhassa Brokoli I ve Domates I (G 2/07, G 1/08 ile G 2/12, G 2/13) olarak bilinen kararlarla patentlenebilir alanın genişletilme eğilimi görülmektedir. Çok tartışılan AB Komisyonu Bildirisi'nin etkisi konusunda ise EPO'nun, 98/44 sayılı Direktif hükümlerini baştan itibaren kendi mevzuatına entegre ettiği görülmektedir. Ancak Uygulama Yönetmeliği'nin 28(2) düzenlemesinin marker destekli seleksiyon ve ıslah içeren yeni ürünlerin patentlenmesinde sorunlar oluşturduğu görülmüştür. Bu nedenle, pek çok biyoteknoloji şirketi bu düzenlemeye karşı çıkmaktadır.

EBA'nın kararı, sadece esaslı şekilde biyolojik usuller sonucu üretilen bitki ve hayvanların patentlenebilirliğine ilişkin sınırları çizmekle kalmayacak; aynı zamanda AB ile EPO ilişkilerinin demokratik çerçevede açıklığa kavuşturulması ile sürdürülebilir bir patent politikası oluşturulması konusunda EPO kurumlarının rollerini de vurgulayacaktır. NoPatentsonSeeds gibi pek çok sivil toplum oluşumu, EPO Genişletilmiş Temyiz Kurulu'nun, EPO Başkanı tarafından yöneltilen soruların her ikisine de "evet" şeklinde cevap verilmesi gerektiğine inanmaktadır.²⁸ Çünkü 98/44 sayılı Direktif geçmişten bu yana EPC mevzuatına dahil edilmiştir ve EPC 53(b) metninin anlamı dışında bir istisnaya yer verilmek istenseydi, bu yönde açık bir düzenleme yapılması gerektiği görüşü belirtilmektedir. Bununla birlikte AB Komisyonu Bildirisi sonrası yapılan Uygulama Yönetmeliği Değişikliği'nin, EPC metni esas alınarak verilmiş EPO-EBA kararları ile uyumlu olmadığı ve bunun daha kalıcı şekilde çözülmesi gerektiği de ortada önemli bir sorun olarak durmaktadır. EPO-EBA'nın AB Komisyonu Bildirisi'ni ve buna uygun yapılmış Uygulama Yönetmeliği değişikliğini dikkate almadan karar vermesi durumunda, EPO'nun güvenilirliği ve meşruiyetinin sorgulanacağı eleştirileri de dile getirilmektedir.²⁹ Bize göre de yasal olarak bir bağlayıcılığı olmasa da, EPO ve organlarının AB kurumlarını dışlamaksızın bir yön belirlemeye çalışacağı makûl görünmektedir. Uzun vadede ise toplanacak Hükümetlerarası Konferans ile EPC metninin tartışılması kaçınılmaz görünmektedir.

*Hakim, Adalet Bakanlığı

27 EPO-EBA, G 03/08, 12 May 2010.

28 G 3/19 sayılı davayla ilgili üçüncü taraf görüşleri için bkz. EPO, <https://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/eba/pending/g3-19.html>

29 Emanuela Gambini, Settling the Patentability of Products Obtained from Essentially Biological Processes: The EPO President's Referral to the Enlarged Board of Appeal in the Aftermath of "the Pepper Case", Symposium on Institutional Innovations in the Enforcement of EU Law and Policies, September 2019 (p. 587-601).

Seda Sevinç *

Konuk Yazar



TÜRKİYE'DE YAYINCILIK SEKTÖRÜ VE TELİF HAKLARI

2018-2019 Türkiye'sinde Yayıncılık Sektörü

Yayıncılıkta telif hakları denen kavram, son yıllarda bazı kanallarının marka bilinirliğini artırması sebebiyle, özellikle de telif hakları ajanslarının sosyal medya kanallarını etkin ve aktif bir şekilde yönetmesiyle artık okuryazar kitlenin büyük bir bölümü tarafından bilinmektedir. Yayıncılık alanında telif hakları kavramını anlayabilmek için, öncelikle söz konusu yılların Türkiye yayıncılık sektörü açısından ne ifade ettiğini bilmekte fayda vardır. Ardından Türkiye'de telif hakları sisteminin doğuşuyla birlikte gelen kanunlar bütünü'nün günümüze nasıl yansıdığını görmek, iki dönem arasında karşılaştırmalar yapıp "basılı yayıncılıkta telif hakları"na dair genel bir tablo oluşturmak bu makalenin temel amacı olacaktır.

2018 yılının ikinci yarısıyla birlikte kendini gösteren kur krizi, yayıncılık endüstrisini derinden sarsmış, kâğıda gelen zam ve KDV oranlarının değişimi ile birlikte sektör, bir endüstri olarak birçok olumsuzluklarla gündeme gelmiş, kendinden çokça bahsettirmeye başlamıştır. Tüm bunlara rağmen 2018 yılı için elde edilen verilere göre kişi başına düşen kitap sayısı 7.08, yeni başlıklı kitap sayısı 67.135, basılan toplam kitap sayısı ise 410.641.305 olmuştur.¹ Basılı kitap ve süreli yayıncılıkta KDV'nin istisnasına ilişkin düzenleme ise 22 Şubat 2019 tarihli 30694 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 7166 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 7'nci maddesinde yapılmıştır. Bu düzenlemeye göre 22 Şubat 2019 tarihinden itibaren basılı kitaplar, basılı dergiler ve basılı olarak satılan gazeteler KDV'den muaf hâle getirilmiştir.² Bu durum, yayıncılık sektörünün ekonomik krizi yönetebilmesine ve KDV muafiyeti sayesinde etiket fiyatlarının düşmesine olanak sağlamış, kriz bir şekilde fırsata dönüştürülerek korsan kitapla mücadeleye de katkı sağlamıştır.

Ekonomik krize rağmen 2019 yılında araştırma-inceleme, edebiyat ve çocuk yayıncılığı alanlarından oluşan kültür yayıncılığı çerçevesinde 132.056.421 adet kitap basılmış ve bu rakam 2019 yılının 11 aylık toplam kitap üretiminin %33,69'luk bir dilimini oluşturmuştur. Bu yüzdeler ise %2.09'luk bir artış olduğunu göstermiştir.³

Kriz dolayısıyla döviz kurlarında yaşanan artış, çeviri kitapların teliflerinde sıkıntıya sebep olmuş, 2018 yılının son çeyreğinde patlak veren Türkiye'nin en büyük yayıncılarından birinin bandrol skandalı, yeniden korsan kitap ve hak ihlallerini gündeme getirmiştir. Söz konusu yayıncının yazarlarına telif ödememek için baştan ve sondan numunelik sayıdaki bandrolleri kullanarak geri kalan kitaplarda bandrol kullanmaması, ödenecek telif miktarlarında bir hayli düşüşe sebebiyet vermiştir.

1 Rakamlarla Türkiye'de Kitap, <http://okuyayplatformu.com>, (4.01.2020).

2 Basılı Kitap, Gazete ve Dergide KDV Kalktı, <https://vergiedair.com/2019/03/05/basili-kitap-gazete-ve-dergide-kdv-kalkti/>, (4.01.2020).

3 Kitap Üretiminde Artışlar Gündemde, <http://turkaybir.org.tr/kitap-uretiminde-artistlar-gundemde-2/#.XhDVvS3BLMI>, (4.01.2020).

Geride bıraktığımız, sektör adına yenilikler ve inovasyonlar dönemi olan son üç yılda, Türkiye yayıncılık sektörü için oldukça önem teşkil eden bir mesele de Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun alanında uzman kimseler tarafından bazı maddelerinde değişiklikler yapılması ve bu değişikliklerin bir kanun tasarısı olarak meclise sunulması olmuştur. 2018 yılının sonunda gerçekleşen 6. Ulusal Yayıncılık Kongresi'nin en önemli başlıklarından biri olan telif hakları ve hak ihlalleri, kanun çalışmalarına hız verilmesini sağlamış olsa da, sektör temsilcilerinin bu tasarının takipçisi olmalarına karşın bu yıl da kanun meclisten geçmemiştir.⁴

Korsan Yayıncılık

Yayıncılıkta telif hakları ve hak ihlallerinden bahsederken korsan yayıncılıktan söz etmeden geçilemez. Korsan yayıncılık ve hak ihlallerini kapsayan kanun hükümlerinden ve Türkiye'de korsan yayıncılığa karşı geliştirilen sistemlerden bahsetmek konu dahilinde kaçınılmazdır.

Korsan yayıncılar, kanunlar tarafından koruma altına alınmış olan eser sahibinin mali ve manevi haklarını tarafın yazılı izni olmaksızın işleyen, çoğaltan ve dağıtan kimselerdir. Kanunlar dâhilinde eser sahiplerinin mali ve manevi hakları korunsun da, telif hakları ihlalleri devam etmektedir. FSEK m.71'de belirtilen cezai hükümlere çarptırılan korsan yayıncılar, yine de çeşitli şekillerde varlıklarını sürdürmeye devam etmektedirler. Son yıllarda teknolojinin gelişmesi ve yayıncılığın evrilerek dijital bir çağa adım atmasını fırsat bilerek internet ortamındaki faaliyetlerini gittikçe arttırmışlardır. Ancak dijital ortamın genişliği ve kontrol edilemezliği sayesinde birçoğu hâlâ faaliyet göstermektedir. Fakat YAYBİR üyelerinin kullandığı Uyar-Kaldır sistemi sayesinde birçok kitabın korsan dijital kopyasını bulduran internet sitesinin kapanmasını sağlamıştır.

Korsan yayıncılık, eser sahiplerinin emeklerini sömürmekle kalmamakta, aynı zamanda faaliyet gösterdiği ülkede kayıt dışı bir ekonomi oluşmasına önayak olmaktadır. Kayıt dışı ekonomi de genellikle yasadışı örgütler için finansman sağlamak açısından büyük bir önem taşır. Yani korsan yayıncılık yalnızca emek sömürsü veya fikir hırsızlığı değil, bir ülkenin kültürel kalkınmasını, yatırımlarının sağlıklı bir biçimde yürümesini, dürüst ticaretin oluşmasını engellemektir.⁵

Korsan yayıncılıkla mücadele için, teknoloji geliştikçe birtakım sistemler kurulmuş, zamanla da bu sistemlerin işe yaradığı aşikâr bir biçimde görülmüştür, ancak bu sistemlerin geliştirilmesi için meslek birlikleri ve yayıncılar olarak mücadeleye devam edilmiştir. Özellikle YAYBİR, il ve ilçe Emniyet Müdürlükleri, İl Denetim Komisyonları, Jandarma Komutanlıkları, Cumhuriyet Savcılıkları, belediyeler, kaymakamlıklar, üniversiteler, sosyal güvenlik kurumları ve vergi daireleri işbirliği ile düzenli olarak gerçekleştirilen baskınlarda birçok materyal ele geçirilip imha edilmektedir.

YAYBİR tarafından en son açıklanan verilere göre 2018 yılında kurgu ve kurgu dışı kitapların korsanlarına karşı olan mücadelede, İstanbul, Ankara, Balıkesir, İzmir, Muğla, Mardin, Aydın, Antalya ve Van olmak üzere 9 ilde toplam 92 operasyon gerçekleştirilmiş, 103.483 kitap, 58.850 kitap kapağı, 211.000 forma, 65 kalıp olmak üzere toplam 373.398 materyal ele geçirilmiştir.

4 Sevengül Sönmez, Türkiye Yayıncılık Sektöründe 2019 nasıl geçti?, K24, 26 Aralık 2019, <https://t24.com.tr/k24/yazi/turkiye-yayincilik-sektorunde-2019-nasil-gecti,2505>, [4.01.2020].

5 Fikir Hırsızlığının Sonuçları, www.telifhaklari.gov.tr, [10.09.2018].

Türk yayıncılık sisteminde korsan kitapla mücadele etmek için kullanılan 3 temel sistem vardır:

- Bandrol
- Kayıt-Tescil
- Sertifikalandırma

Birçok yerel yönetimin ve kooperatifin düzenlediği kitap fuarları, okurları daha uygun fiyatlar aracılığıyla kitaplarla buluşturmayı amaçlarken, okuma kültürünün de gelişmesini sağlamak için önemli organizasyonlar olarak görülmektedir. Ancak tüm bunlara rağmen korsan yayıncılık hâlâ endüstrinin bir parçası olarak varlık göstermekte, üstelik sektörün kendi içinde bile faaliyetlerini sürdürmektedir. Korsan yayıncılığın nasıl ortaya çıkmış olabileceğini, telif hakları olgusunun nasıl bir *kavram* hâline geldiğini daha yakından anlamak için Türkiye’de telif haklarının tarihçesini incelemekte fayda vardır.

Türkiye’de Telif Haklarının Tarihçesi

Genel olarak Türkiye’de basılı yayıncılıktaki telif hakları kavramı ve fikrinin oluşmasında, tıpkı dünyadaki gibi matbaanın icadı etkili olmuştur. Bu noktada matbaa, telif hakları konusunda bir milat olarak kabul edilebilir. Ancak dönemin çeşitli olayları, ekonomik, sosyal ve siyasi durumları göz önünde bulundurulduğunda, matbaanın diğer ülkelere kıyasla 300 yıl gecikmeli olarak sistemimize giriş yapmış olması, telif hakları kavramının tanınmasında gecikmeye yol açmıştır.⁶

İbrahim Müteferrika, 1727 yılında ilk Türk matbaasını kurarak bu süreci başlatmıştır. Her ne kadar matbaanın ilk yıllarında dinî eserlerin basılması yasaklanmış ve bazı taraflarca protesto edilmişse de, Tanzimat Fermanı’na kadar 500 eser basılmıştır. Fakat Tanzimat ve Islahat Fermanları’nda basın, yayın ve telif haklarına ilişkin herhangi bir bildiri yayımlanmamıştır.⁷ İlk düzenleme 1857 yılındaki Matbaa Nizamnamesi ile gelmiştir. Bu nizamnamenin en önemli iki özelliği şudur; ilki eser sahibini teşvik etmek ve başkalarını da eser üretmek konusunda şevke getirmek için basım konusunda tekel olma hakkı tanımıştır; yani basım hakkı eser sahibinin rızasıyla bedelli veya bedelsiz olarak devredilebilecek, ayrıca baskısı tükenmedikçe ve eser sahibinin rızası olmadıkça eser başka matbaalar tarafından basılamayacaktır.⁸ İkincisi ise sansürün yasallaşmasıdır.⁹ Bu nizamnameye ek olarak 1872 yılında bir kanunun çıkarılarak, eser sahiplerinin eserleri üzerindeki hakkı 45 yıla çıkmış, ölümleri hâlinde de kalan süre ile beraber mirasçılara intikal edeceği belirlenerek çevirmenlere de 20 yıl imtiyaz hakkı tanınmıştır.¹⁰

En nihayetinde bugünkü Fikir ve Sanat Eserleri Kanununa temel oluşturan tasarı 1910 tarihli Hakk-ı Telif Kanunu’dur. Bu kanun dönemin şartlarıncı tüm gereksinimleri karşılarsa da, uluslararası düzeyde telif hakları konusunda birçok ülkenin imzasını taşıyan Bern Sözleşmesi’ne göre gerekli niteliklere sahip değildir.¹¹

6 Hasan Sınar, “Ceza Hukuku Açısından Telif Haklarının Korunması”, (Yayımlanmamış Tez, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006), s.112

7 Ayiter, Nuşin. Hukukta Fikir e San’at Ürünleri. 1. Bası. Ankara, Sevinç Matbaası; Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1972, s.26

8 Sınar, s.113

9 Ünal Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2002, s.79

10 Ayiter, s. 27

11 24 Temmuz 1923 Lozan Antlaşması, fikir ve sanat eserlerini içeren maddeleri ve Bern Sözleşmesi’nin altındaki imzamızın geciktiren nedenler ve detayları için bkz. Ayiter Nuşin, Hukukta Fikir ve San’at Ürünleri, Ankara 1972, sf 27-28

Daha sonra bu kanunun yerini, ilk olarak 1983, ikinci olarak 1995, üçüncü olarak 2001 ve son olarak 2004 yıllarında getirilen düzenlemeler ve eklerle beraber bugün tüm şartlarıyla benimsediğimiz, on yıllar boyunca İstanbul ve Ankara Üniversiteleri'nde çalışmış, ticaret hukuku kürsülerinde başkan ve kurucu görevlerini üstlenmiş Prof. Dr. Ernst Hirsch tarafından yürütülen Fikri Eserler Hakkında Kanun Projesi ile birlikte 1951'de kabul edilip, 1952'de yürürlüğe giren 5846 nolu Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu almıştır.

Son yıllardaki teknolojik gelişmelerin sonucunda yayıncılık sektöründe gerçekleşen ve tüm dünyayı etkileyen değişimler, telif hakları konusunda farklı noktalara değinmeyi esas kılmıştır. Bunun için DRM yani Digital Rights Management öne çıkarılmış, tüm dünyada hak kavramının altı dijital alanlarda da çizilmeye başlanmıştır. Bu ve bunun gibi değişiklikleri Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu çerçevesinde incelemekte fayda vardır. Geçtiğimiz yıllarda alanın önde gelen isimlerinin öncülük ettiği bir konsey ile birlikte Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na gerekli düzenlemelerin yapılması için meclise teklifte bulunulmuştur.

FSEK'in Yeterliliği ve Yeni Yasa Tasarısı

İlim, edebiyat ve güzel sanatlar alanındaki eser ve eser sahiplerinin haklarını koruyan 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun yeterliliği veya yetersizliği tartışması, son yıllarda teknolojinin gelişmesi ve Türkiyeli yayıncıların da özellikle dijital alanda daha fazla varlık göstermesiyle birlikte gündemdeki yerini hep korumuştur. Fikri mülkiyet alanında uzman akademisyenler, Kültür ve Turizm Bakanlığı yetkilileri ve Telif Hakları Genel Müdürlüğü, 2017 yılının ikinci yarısına doğru FSEK üzerinde birtakım yenilikler ve eklemeler yapılması kararı almıştır. Bu değişiklikler daha sonra eleştirileri kabul etmek için kamuya açılmış ve inceleme imkânı ortaya çıkmıştır. Ancak yapılan düzenlemeler hâlâ "kanun tasarısı" olarak beklemektedir.

Kimi uzmanlara göre, hazırlanan tasarıdaki değişiklikler AB müktesebatı uyum düzeyinin arttırılması noktasında yerinde de olsa, dar kapsamlı, yetersiz ve tartışmaya açık maddeleri içermeyen bir değişiklikler bütünü olmuştur.¹² Ancak dijital alandaki yenilikler ve her geçen gün zorlaşan takip mekanizmasını geliştirmek ve telif hakları ihlalleri noktasında daha etkin olabilmek açısından birçoklarını tatmin etmiştir.

Genel olarak kanun değişikliğindeki temel hedefler; AB müktesebatına uyum düzeyinin arttırılması, toplu hak yönetim sisteminin yapı ve işleyişinde gerçekleşen tüm etkinliklerin arttırılması, kullanıcıların lisanslanması konusunda sorunların giderilebilmesi için adil, uygun ve yaygın lisanslama sisteminin oluşturulması, dijital alandaki ihlaller için hızlı ve etkin tedbirlerin alınması, toplumun eserlerden faydalanma imkanının arttırılması, kanunda farklı yorumlara yol açan ifadelerin giderilmesi ve uygulamanın iyileştirilmesi olmuştur. Bu kanun tasarısında en çok üzerinde durulan mevzu, toplu hak yönetimi noktasında meslek birliklerinin etkinliği olmuştur. Meslek birlikleri öncülüğünde yürütülen lisanslama faaliyetlerinin istenilen noktaya bir türlü erişememiş olması, ödenecek bedellerin müzakereleri ve uzlaşma meselelerinde yaşanan sorunlar, toplu hak yönetimi sisteminin daha işlevsel olmasını amaçlayacak şekilde kanunun düzenlenmesi noktasında etkili olmuştur. Bununla birlikte, dijital alandaki gelişmeler de göz önünde bulundurulduğunda, telif hakkı eserlere erişmek çok daha kolay bir hâle gelmiş olduğundan hak ihlallerinin de aynı ölçüde yaygınlaşmış olması gerçeği, bu noktaya da bir düzenleme getirilmesi gerektiğini göstermiştir. Bunun için, dijital alandaki hak ihlallerini azaltmak için yürütülen faaliyetlerin arttırılması kararlaştırılmış, yeni mekanizmaların ortaya konulmasının önemli olduğu konuşulmuş ve kullanıcıları bilinçlendirme çalışmalarının yapılması

12 Dr. Canan Küçükali, "5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Tasarısı Üzerine Bir Değerlendirme", Terazi Hukuk Dergisi, 2017, Cilt:12, Sayı 135, <https://jurix.com.tr/article/9754> (20.02.2019), s.82-86

gerekliliğinden bahsedilmiştir ve tüm bunlara yönelik tedbirler geliştirilmiştir.

Hazırlanan yeni kanun tasarısının bir noktasında da, telif hakkı sahiplerine hak ettikleri koruma sağlanırken, bir noktasında da toplumsal gelişme için bilgi ve esere ulaşma kolaylığının sağlanma dengesinin kurulması gerekliliği kararı alınmıştır. Bu sebeple günümüzde eser kullanımının dijital alana yönelmesiyle ve uluslararası hukukta da yaşanan gelişmeler ışığında, kanunda revize ihtiyacı elzem olmuş, istisna ve sınırlama hükümlerinin de ele alınması önemli hâle gelmiştir. Bu kapsamda; kütüphaneler tarafından yapılan ödünç verme faaliyetleri ve bu faaliyetler karşılığında hak sahiplerine ödenecek bedellerde, fotokopi ve çoğaltma işlemlerinde hak sahiplerine ödenecek bedellerde, arşiv koleksiyonlarındaki eserlere zarar gelmesi hâlinde dijital arşiv oluşturulması konusundaki uzaktan eğitim faaliyetlerinde, engellilere erişim kolaylığı sağlanması konusunda, hak sahibi belli olmayan "kimsesiz eserler"den faydalanılması noktasında, toplum menfaati ve hak sahiplerinin menfaati noktasının arasındaki dengenin kurulması konusunda düzenlemeler amaçlanmıştır.¹³

Tüm bu noktalarda FSEK'te yapılan değişiklikler ve geliştirmeler şunlar olmuştur:

- Güzel sanat eserleri sahiplerinin yeniden satıştan pay talep etme hakkının uygulama alanı genişletildi ve devredilemez hâle getirildi.
- İnternet ortamında mücadelenin daha etkin hâle getirilmesi adına ve eserlerin dijital ortamda korunması için şifre kırıcı cihazları veya yazılımları üretmek, satmak, reklamını yapmak suç hâline getirildi.
- Erişimi engelleme yöntemleri iyileştirildi.
- Dijital ortamda izinsiz dosya paylaşımını takip etmek amacıyla; meslek birliklerine belgeleri ve dosyaları dijital olarak işaretleme imkânı düzenlendi ve savcılık kararıyla ihlal gerçekleştirildiği tespit edilen kullanıcıların iki kez uyarılması ve bu uyarılar sonrasında hâlâ ihlallere devam eden kullanıcının erişim hızının altı ayı aşmamak üzere yavaşlatılması yaptırımı düzenlendi.
- Bakanlık bünyesinde dijital telif hakkı ihlalleriyle mücadele merkezleri kurulabileceği, talep üzerine bu merkezlerde Cumhuriyet Başsavcılarının görevlendirilebileceği ve ilgili kuruluşların bu alandaki mücadelede gerekli işbirliğini sağlayacakları konusu düzenlendi.
- Son olarak da, tüm bu düzenlemelerin yönetmelikte yer alması uygun görüldü.¹⁴

Enformasyon çağında hızla ilerleyen, değişen ve gelişen dünyada, ülkemizin de etkin, adil ve işler bir telif hakları kanununa ihtiyacı doğmuştur. Bu noktada da devletin de ötesinde toplum, gelişmelere ayak uydurmaya çalışırken, sosyal, ekonomik ve kültürel alanda farklılaşmaya da başlamıştır. Hukuk sistemleri de bu değişim ve gelişimlerden nasibini almış, kendi yöntemleriyle ve bilginin çokluğu ve bilgiye erişimin kolaylığı sayesinde birçok problemle karşılaşılmasından mütevellit, yeni sistemlerin yürürlüğe konmasında etkili olmuştur.

"Ağ toplumu" kavramı ilk kez 90'lı yıllarda ünlü sosyolog Manuel Castells tarafından kullanılmıştır.

13 Genel Gerekçe 2017, <http://www.msg.org.tr/UserFiles/files/GENEL%20GEREKCE%20VE%20MADDE%20GEREKCELERI.pdf>, [22.02.2019].

14 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Değişiklik Taslağı Bilgilendirici Sunum, 2017, <http://www.msg.org.tr/UserFiles/files/DEGISIKLIK%20TASLAGINA%20DAIR%20BILGILENDIRICI%20SUNU%20M.pdf> [27.02.2019]

Castells'e göre yirminci yüzyılın sonlarında dünyayı ele geçirmeye başlayan enformasyon ve iletişim teknolojileri, yaşamsal düzlemimizde radikal değişiklikler yaratmış ve eskisinden daha farklı bir toplum modeli ortaya atmıştır. Ağ toplumu teorisini bu noktayla kesiştirecek olursak Castells'in şu sözlerine kulak vermeliyiz:

“Bugün yalnızca ağlar etrafında örgütlenmiş değiliz, enformasyon teknolojisinin iktidarda olduğu ağlar tarafından örgütlenmiş durumdayız. Karmaşıklıkları yönlendirebilecek, işlevleri koordine edebilecek, işleri ağlarla, çapı ne olursa olsun, ne kadar karmaşık olursa olsun her türden ağla gerçekleştirebilecek ağlar etrafında örgütlenmiş durumdayız.”¹⁵

Yayıncılık ve edebi eserler kapsamında, en çok eksiklik yukarıda da belirtildiği gibi toplu hak yönetiminin işlerliği ve dijital alandaki hak ihlallerinin gerçekleşmesine karşılık işlenecek prosedürün hatlarının çizilmesi noktasında ortaya çıkmıştır. Edebi eserler ve yayım sözleşmeleri ele alındığında, sözleşme içerisinde eser sahibinin yayınevine devrettiği haklar işleme, çoğaltma, yayma, temsil ve umuma iletimdir. Halihazırda bulunan kanunun bu maddelerinde sinema eserleri, mimarlık eserleri ve icracı sanatçılar için herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Yeni yasa tasarısında sinema eserleri ve sahipleri, mimarlık eserleri ve sahipleri ve icracı sanatçılar, fonogramlar da bu maddelere ilave edilmiştir ve dijital haklar, toplu yönetim, toplumun okuma konusunda bilinçlendirilmesi, kütüphanecilik faaliyetlerinden sonra gözle görülür olarak tasarıda yerini almıştır. Bu noktada görülen önemli değişikliklerden biri hak devri olsa da, hak sahibinin koruma süresi içinde olmak suretiyle hukuka uygun bir şekilde gerçekleşen ilk gösterimden itibaren geçen 3 yılın ardından, sinema eser sahiplerini güçlendirmek adına eseri yayımlayan, yeniden ileten ve erişime sunanlardan uygun bedel isteme hakkının doğmuş olmasıdır.¹⁶ Toplu hak yönetimi noktasında, meslek birliklerinin alacağı aksiyonlar çerçevesinde çevirmenler de yeni yasa tasarısına konulan yeni maddelerden yararlanabilirler. Fakat çevirmenler, işleme eser sahibi olsalar da, hâlâ Basın Kanunu m.2'nin 1. fıkrasında eser sahipleri arasında yer almaktadır. Bu sebeple çevirmenler, en az eser sahipleri kadar yargılanması durumuyla karşı karşıya kalmaktadır. Bu durumun düzeltilmesi için, çevirmenlerin söz konusu tanımdan çıkarılması 6. Ulusal Yayıncılık Kongresi'nde dile getirilmiş ve bunu ÇEVİR'in de yer alacağı bir komisyonla birlikte yeni düzenlemeler yaparak gerçekleştirilebileceği hükmüne varılmıştır.¹⁷

Sonuç

Türkiye'de telif hakları konusu, matbaanın icadına kadar dayanıyor ve “eser sahipliği” ve telif hakları olgusu ilk kez 1857 Matbaa Nizamnamesi'nde geçiyor da olsa, nihai hâline en yakın vaziyetini Ernst Hirsch önderliğinde hazırlanan 1952 tarihli ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile almıştır. Ancak ilim, edebiyat ve güzel sanatlar alanında eser sahipliği döneminin başlaması, tüm bu kanunların bilinmesine ve göz önünde ehemmiyetle bulundurulması hususunda yeterli olmamıştır. 90'lı yılların sonu ve 2000'li yılların başında sıklıkla karşılaştığımız “korsan” yayıncılar, telif hakları konusunun halk tarafından da öğrenilmesi konusunda yardımcı olmuş, “eser sahipliği” olgusunun önemi toplum düzeyine indirgenmiştir. Korsan CD'ler ve korsan kitapların satın alınması dahilinde, eserlerin gerçek sahiplerinin para kazanamaması, emeklerinin sömürülmesi ve hatta bu çetelerce elde edilen gelirlerin yasal olmayan birtakım örgütlere fon sağladığı halka anlatılmıştır. 2010'lu yıllardan itibaren telif hakları konusu, hukukta ve toplum düzeyinde işlerliğini gitgide artırmaya başlamış, telif hakları

15 Castells, Manuel & İnce, M. Manuel Castells ile Söyleşiler (2nd. ed), İstanbul 2006, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s.26

16 Dr. Canan Küçükali, “5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Tasarısı Üzerine Bir Değerlendirme”, Terazi Hukuk Dergisi, 2017, Cilt:12, Sayı 135, <https://jurix.com.tr/article/9754> [20.02.2019], s.82-86

17 6. Ulusal Yayın Kongresi Sonuç Bildirgesi, 11. Çeviri Politikaları <http://www.ulusal-yayinkongresi.gov.tr/Eklen-ti/58772,6ulusal-yayin-kongresi-sonuc-bildirgesipdf.pdf?0> [27.02.2019]

ajansları uluslararası arenalarda kendilerini göstermeye başlamış, yerli yayınlarımız dünyada varlık alanını genişletmiş, akademik çalışmalar yürütülen bir alan hâline gelmiştir. Özellikle dijital çağın hayatlarımızdaki etkisiyle beraber basılı yayıncılık da bir başka noktaya evrilmiş, kitaplar günlük hayatta kullanımı kolaylaştıran elektronik aletlerin içine sığdırılmış ve hatta uygulamaların içindeki ses dosyaları hâline dönüşmüştür. Tüm bu globalizasyon, telif haklarının korunması söz konusu olduğunda her şeyi daha da karmaşık hâle getirmiş, halihazırda yürürlükte olan Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun çeşitli düzenlemelerden geçmesini kaçınılmaz kılmıştır. Dijital hakların daha aktif ve etkili bir biçimde korunma alanına alınması bu düzenlemelerin başında yer almıştır. Bunların yanı sıra 2010'lu yılların sonlarına gelindiğinde tüm dünyadaki ekonomik, politik ve sosyal birtakım olaylar, ülkelerin ekonomik durumlarının toplumu günden güne zorlayıcı bir hâle getirmesine yol açmış, ticaret bu ekonomik koşullar altında zor hâle gelmiş ve Türkiye'de döviz kurunda önemli bir kriz patlak vermiştir. Ekonominin bu hâle gelmesi, yayıncılık sektörünü zor bir döneme sokmuş, gerek kâğıt fiyatları konusunda gerek yurtdışına ödenen telif avanslarında problem yaşayan yayıncılar büyük bir çıkmaza sürüklenmiş, bu durumdan kurtulmanın yollarını aramaya başlamışlardır. İşte, ağırlıklı olarak bu noktada yayıncılık sektörü emekçileri olan yazarlar ve çevirmenler telif ödemelerini almakta sıkıntılar yaşamaya başlamış, meslek birlikleri de toplu hak yönetimi konusunda harekete geçmiştir. Durumun bu şekilde sürmeye devam etmesi kanunda düzenlenecek maddeler arasında toplu hak yönetiminin de yer almasına yol açmıştır. Kâğıt fiyatlarının artması, yurt dışına ödenecek telif oranlarının kurlar sebebiyle 4'e katlanması, meslek birlikleriyle kültür bakanlığını kol kola bir çalışmaya sürüklemiş, basılı yayıncılıkta KDV oranlarının kaldırılmasına önyak olmuştur. Tüm bunlar yüzünden etiket fiyatlarının artması ve ödemelerin gecikmesi, yayıncılığın kendi içinde de birtakım telif skandallarına yol açmıştır. Eser sahibine telif hakkı ödenmemesi için bandrollerde usulsüzlüğe gidilmiş, ancak durum kısa bir süre sonra su yüzüne çıkarılarak halkı bir kez daha telif hakları kavramının önemi ve sonuçlarıyla karşı karşıya bırakmıştır.

Sonuç olarak basılı yayıncılıkta telif hakları artık farklı bir noktaya erişmiş, dijital alandaki haklar da "oyun sahnesi"ne dâhil olmuştur. Bu sebeple eser sahipliği durumu günden güne önem kazanmaya başlamış, kanun hükümlerinin bu noktada yeterli hâle getirilmesi için çalışmalara başlanmıştır. Fakat alanında uzman kişilerce çalışılan bu düzenlemeler, tasarı olarak kalmış, henüz meclisten geçmemiştir. Bu nedenle yayıncılıkta telif hakları, ekonomik ve sosyal düzlemdeki imkânsızlıklar sebebiyle problem olmaya daha uzun yıllar devam edecek gibi görünmektedir.

* Çevirmen, Telif Hakları Uzmanı



Turan Mermer**

Konuk Yazar

Muazzez Kılıç*

*AIPPI Türkiye /Fikri Mülkiyet Hakları
Koruma Derneği Üyesi*

TASARIM TESCİLİNİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ TALEPLERİNDE SUNULACAK ELEKTRONİK DELİLLER

Bir tasarım tescilinin hükümsüzlüğü için 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 77'nci maddesinde belirtilen hallerin varlığı gerekmektedir. Ürünlerin görünümlerinden kaynaklanan maddi ve manevi hakları koruyan tasarım hukukunda tasarımın korunabilmesi ve hak sahibinin yasa ile sağlanan haklardan yararlanabilmesi için en temel şart görünümünün yeni ve ayırt edici olmasıdır. Zira, Kanun'un amacı insan aklına, becerisine ve emeğine dayalı hakları koruyarak teknolojik, ekonomik ve sosyal ilerlemeye katkı sağlamaktır. Teknolojiye katkı, yenilikle ve hakların teslim edildiği hukuk düzeniyle sağlanır.

Kanun, tasarım açısından yeni olma durumunu tescile konu tasarımın aynısının başvuru (varsa rüçhan) tarihinden önce kamuya sunulmaması olarak belirlemiştir. Ayırt edici nitelik kavramını da tasarımın bilgilenmiş kullanıcı üzerinde bıraktığı genel izleniminin kamuya sunulmuş herhangi bir tasarımın bıraktığı genel izlenimden farklı olması olarak kaleme almıştır.

10 Ocak 2017'den önce yürürlükte olan 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkındaki Kararname, tasarımın koruma şartlarını taşıyıp taşımadığı hususunda TÜRKPATENT'e resen inceleme yetkisi vermemektedir. Bugün itibariyle TÜRKPATENT, tescile konu tasarımların yeni olup olmadığını resen araştırmakla yükümlüdür. Ancak, mutlak yenilik şartı ve pazarlama yöntemlerinin dijital alana kayması bu araştırmayı zorlaştırmaktadır. Elektronik ortamlarda satışa, tanıtıma sunulan ürünlerin tescilin hükümsüzlüğü davasında yenilik veya ayırt edici niteliği kırıci delil olarak kabul görmesi için ürünlerin elektronik ortama ne zaman konulduğunun herhangi bir tartışmaya yer vermeden, tarih olarak tespit edilmesi gerekmektedir. Akla gelen soru, acaba hükümsüzlük için ileri sürülen dokümanlarda tarih veya görsel değişiklik yapmak mümkün müdür? Hangi kaynaklardan elde edilen deliller güçlü delillerdir?

Bir tescilin yeni veya ayırt edici olmadığı gerekçesi ile hükümsüzlüğü için sunulacak delillerin çokluğundan ziyade kalitesi önemlidir. Delillerdeki üçüncü kişi tasarımının kamuya sunum tarihinin, hükümsüzlüğü istenen tasarımın başvuru tarihinden önceye ait olması gerekmektedir. Ayrıca delilin 57/2¹ kapsamında kalıp kalmadığı da dikkate alınmalıdır. Delil, tarih açısından yeterli ise içeriğinde hükümsüzlüğü istenen tasarımla aynı veya genel izlenimi benzer bir tasarımın varlığı araştırılır. Aynılık araştırması genel izlenim benzerliğinin araştırılmasına nazaran daha kolaydır. Çünkü tasarımların

1 [2] Koruma talep edilen bir tasarım, başvuru tarihinden veya rüçhan talebi varsa rüçhan tarihinden önceki on iki ay içinde tasarımcı veya halefi ya da bu kişilerin izni ile üçüncü bir kişi tarafından veya tasarımcı ya da halefleri ile olan ilişkinin kötüye kullanımı sonucu kamuya sunulması hâlinde bu açıklama tasarımın yeniliğini ve ayırt edici niteliğini etkilemez.

özdeş olup olmadığının belirlenmesinde göz ve akıl kendini pek yormazken, genel izlenimin benzer olup olmadığının tespitinde ciddi bir çalışma içerisine girmektedir. Bu çalışmada; teknik zorunlulukları, seçenek özgürlüğünü, trendleri göz önüne alırken bilgilenmiş kullanıcı gözlüğünü de takmak zorundadır.

Tescil ile koruma hak sahibinin elini tasarıma vaki tecavüzlerde oldukça güçlü kılmaktadır. Tasarım hak sahibi tecavüz oluşturan ürünlere el konulmasını, maddi ve manevi tazminatın ödenmesini talep ederken aynı zamanda Kanun'da bahsedilen şartlar mevcut ise tecavüze konu ürünlerin üretiminde münhasıran kullanılan cihaz, makine gibi araçlara dahi el konulmasını talep edebilmektedir. Güçlü yaptırımlar karşısında tescil ile korunacak tasarımın, yeni ve ayırt edici nitelik açısından güçlü olması gerekmektedir.

Tecavüz iddiasıyla yaptırıma maruz kalan kişi öncelikle tescilli tasarımın koruma şartlarını taşıyıp taşımadığını araştırmalı, şartlar uygunsa hükümsüzlük davası açmalıdır. Hükümsüzlük davasında tasarımın başvuru tarihinden önce kamuya sunulduğunun ispatı gerekmektedir. Dergi, broşür, katalog, süreli yayınlar, faturalar gibi klasik deliller, yerini yavaş yavaş elektronik delillere bırakmaktadır.

Elektronik Deliller

Sayısal delil olarak da adlandırılan elektronik delil, bilgisayar-elektronik ortamda bulunan her türlü bilgi, belge olarak tanımlanabilir. Tasarımın koruma şartlarına sahip olmadığını, daha önce toplum ile paylaşıldığını ispatlayabilmek için web sitesinde yayınlamış ürün broşürü, elektronik katalog, kullanıcı kılavuzları, sosyal medyada yapılan paylaşımlar, ticari olarak tasarım görselinin yer aldığı e-posta gönderimi elektronik delil olarak sunulabilmektedir.

Bilgisayar ortamında bulunan bilgi ve belgeler kolaylıkla değiştirilebildiği, yok edilebildiği, yoktan var edilebildiği gibi, manipüle de edilebilmektedir. Elektronik delilin somut delilden farklı olarak insan duyu organları ile anlaşılabilmesi, görüldüğünden farklı olabilme ihtimalinin varlığı delilin gerçekliği konusunu gündeme getirmektedir.

Ürün Broşürleri, Elektronik Kataloglar, Kullanıcı Kılavuzları

Firmaların ürünlerini/hizmetlerini tanıtmak için sıkça başvurdukları tanıtım aracı broşürler, kataloglardır. Günümüzde elektronik broşürler, kataloglar hükümsüzlük davalarında delil olarak sıkça kullanılmaktadır.

Dijital tasarım görsellerinin yer aldığı ürün broşürleri, kullanıcı kılavuzları gibi elektronik materyaller *jpg*, *png* gibi resim formatında olabildiği gibi *pdf*, *Word* gibi dokümantasyon şeklinde de bulunabilmektedir. Elektronik belgeler üzerinde belgenin oluşturma zamanı, değiştirilme zamanı, yazarı, değişikliği yapana ait bilgiler belgenin "özellikler" kısmında kayıtlıdır.

Elektronik belge üzerinde bulunan "özellik" bilgileri kolaylıkla değiştirilebildiğinden, elektronik belge üzerinde görülen oluşturma tarihi gerçek tarihi yansıtmayabilir. Belgeye ait özellikleri değiştirmek için derin bilgisayar bilgisine de ihtiyaç bulunmamaktadır. Zira, belgenin üzerindeki "özellik" bilgilerinin değiştirilmesi konusunda hazır yazılımlar dahi bulunmaktadır (Örnek; Attribute Changer). Bu yazılımlar elektronik belge üzerindeki oluşturma, değiştirme tarihi gibi bilgileri kolaylıkla değiştirebilmektedir.

Halk arasındaki tabiri ile *photoshoplama* yöntemi ile resim tabanlı *jpg*, *png* gibi dokümanların içerisinde-

ki görseller kolaylıkla değiştirilebilmektedir. Dolayısıyla, anılan elektronik belgeler yenilik ve ayırt edici niteliği kırıcı belge olarak güçlü belge statüsünde kabul görmemektedir.

Sosyal Medya Paylaşımları

Sosyal medya paylaşımları vasıtasıyla ürünlerin dijital pazarlanması pek de yabana atılacak bir yöntem değildir. Maliyetsiz ve kullanıcısının çok olması sebebiyle sosyal medya paylaşımları yaygın olarak kullanılmaktadır.

Yenilik veya ayırt edici niteliği kırıcı olarak sunulan tasarımın görsel olarak, Facebook, Youtube, Instagram, Twitter gibi sosyal medya uygulamalarında daha önce yayınlanmış olduğu belirtiliyorsa, sosyal medya uygulamasında görülen yükleme zamanı, yorumların zaman bilgilerinin kayıtları ilgili sosyal medya platformu tarafından tutulduğu için bu alanda sonradan değişikliklerin yapılması imkan dahilinde değildir. Bu mecralarda görülen zaman bilgisinin doğru olduğu, belgenin, dokümanın, ilgili tasarımın o zaman diliminde var olduğu gönül rahatlığıyla kabul edilebilir.

Tasarımı yayınlayan ve tarih bilgisini veren Instagram'ın kendisi olduğu için sayfaya dışarıdan müdahale edilerek bilgilerin değiştirilme imkânı bulunmamaktadır. Aşağıda fotoğrafı bulunan koltuk 30 Aralık 2019 tarihinde yayınlanmıştır ve bu tarihten sonra üçüncü bir kişinin, anılan koltuğu tescile konu etmesi halinde instagram sayfası hükümsüzlük iddiasında delil olarak kullanılabilir:



Web Sitesinde Yayınlanan Ürün Tanıtları

İlgili tasarımın web sitesinde daha önce yayınlandığı belirtilerek web sitesi içeriğindeki görsellerin, yorumların, tarih bilgilerinin hükümsüzlük gerekçesi olarak gösterilmesi durumunda; web sitesinin içeriğinin geçmişe dönük olarak değiştirilip değiştirilemediği, web sitesinin kime ait olduğunun irdelenmesi gerekmektedir. Zira, yenilik veya ayırt edici niteliği kırıcı olarak sunulan tasarımın hükümsüzlük isteyen kişiye ait bir web sitesinde olması durumunda web sitesinin içeriğinin kolaylıkla değiştirilebileceği, manipüle edebileceği göz önünde bulundurulmalıdır.

Yenilik kırıcı olarak sunulan tasarımın üçüncü kişiye ait web sitesinde yayınlanması halinde de yine içeriğinin üçüncü kişi tarafından değiştirilip değiştirilemediği değerlendirilerek bir sonuca varılmalıdır. Tasarımın internet üzerinden yayın yapan ulusal bir gazetede yayınlanması halinde tasarım sahibinin bu bilgi ve görseli değiştirme imkanı olmadığından anılan tasarım yenilik veya ayırt edici niteliği kırıcı belge olarak kabul edilebilmektedir.

trthaber.com gibi kamu kaynaklı siteler en güvenilir sitelerin başında gelmektedir. Üzerinde değişiklik yapma ihtimali bulunmamaktadır. Delil araştırması yaparken üçüncü taraf kaynaklarına yönelmek delillerin geçersizliği iddiasını bertaraf etmek için yararlı olacaktır.



(Kamu kaynaklı siteye örnek)

<http://web.archive.org/> sitesinden tasarımın web sitesinde geçmişe dönük olarak bulunup bulunmadığının tespiti kolaylıkla yapılabilir.

Aşağıdaki örnekte bulunan tasarım <http://web.archive.org/> web sitesinden kontrol edildiğinde 28 Temmuz 2013 yılında firmanın web sitesindeki reklamda kullanıldığı görülmekte olup bu tarihte kamuya sunulduğu değerlendirilebilir:



E-Posta İletileri

E-posta içeriklerindeki görseller, dokümanlar delil olarak sunulduğunda, e-posta hizmetinin nereden/nasıl alındığı, üçüncü kişilerin bu sistemler üzerinde değişiklik yapıp yapamadığı ön plana çıkmaktadır. E-posta hizmeti Gmail, Hotmail gibi kişinin değişiklik yapamadığı bir e-posta hizmet sağlayıcısı sunucularında saklanıyorsa, doğrulanması gereken e-posta direkt olarak e-posta hizmeti sağlayan firmanın web sitesinden kontrol edilerek, belgenin varlığı ve değişiklik olup olmadığı değerlendirilebilmektedir. Örneğin, tasarım sahibi tasarımı Gmail ile e-posta içeriğinde **ticari niyetle** gönderdiği durumda, gmail.com web sitesi üzerinden e-postanın içeriğindeki görselin aynı görsel olduğu teyit edilebiliyorsa, tasarım belirtilen tarihte kamuya sunulmuştur. Gmail.com üzerindeki e-postalar, Gmail e-posta hizmetini veren firma tarafından kendi sunucularında tutulduğu için tasarım sahibinin geçmişe dönük olarak değişiklik yapma imkânı bulunmamaktadır. Bu sebeple, e-posta iletileri güvenilir kabul edilerek site üzerinde görüntülenen görselin değişmediği ve görülen gönderme tarihinin gerçek olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla, güçlü bir yeni ve ayırt edici niteliği kırıncı belge olarak kabul edilmektedir.

Bununla birlikte, dikkat edilmesi gereken önemli bir nokta, Gmail, Hotmail gibi e-posta hizmeti veren platformlar - hizmet sağlayıcılar, Gmail.com, Hotmail.com gibi kendilerine ait web siteleri üzerinden bu hizmeti sağlamasının yanı sıra, Microsoft Outlook, Mozilla Thunbird gibi kişisel bilgisayara kurulan e-posta uygulamaları ile de e-postalar, e-posta hizmet sağlayıcının üzerinden kişisel bilgisayardaki bu uygulamalara indirilebilmektedir. Anlaşılacağı gibi bu durumda e-postalar, hizmet sağlayıcının alanından çıkarak, kişinin hakimiyetindeki kişisel bilgisayarda bulunmaktadır. Kişisel bilgisayarlardaki e-postaların üzerinde değişiklik yapmak, maniple edebilme imkanı olması sebebiyle güçlü bir belge olarak kabul görmemektedir. Yukarıda belirtilen platformun kendi web sitesi üzerinden görüntülenebilen geçmiş kayıtlar ile kişisel bilgisayardaki geçmiş e-posta kayıtları aynı nitelikte ise kişisel bilgisayardaki e-posta hükümsüzlük için geçerli bir belgedir.

Sonuç olarak açılan bir tecavüz davasına, karşı dava olarak ikame edilen hükümsüzlük davasında sunulan delillerin geçerli, güçlü deliller olup olmadığı hususunda detaylı bir araştırma emek harcanmış tasarımların korunması, tasarımcının haklarının tesliminde önem arz etmektedir.

* Tasarım Danışmanı, Ankara Patent Bürosu, Muazzez.kilic@ankarapatent.com

** Turan Mermer, Bilgisayar Mühendisi

Necmi Aksoy*

Konuk Yazar



KARŞILAŞTIRMALI REKLAMLAR YOLUYLA MARKA HAKKINA TECAVÜZ

Giriş

Teşebbüsler ile hizmet sağlayanlar kendi ürün veya hizmetlerini tüketicilere en iyi şekilde sunmayı amaçlamaktadır. Bu amaç doğrultusunda birtakım pazarlama yöntemlerine başvurarak satış ve cironun artmasını hedeflemektedir. Bu yöntemlerden en etkili olanlarından biri reklamlardır. Reklam yoluyla, teşebbüsler kendi ürün veya hizmetlerinin tanıtımını yapmakta ve tüketiciler de satın almayı düşündüğü ürün veya hizmetler hakkında bilgi sahibi olmaktadır. Reklamlar, pek çok mecrada tüketiciler ile buluşmaktadır. Reklamlar, radyo, gazete ve dergi ile televizyon vasıtası ile tüketicilerle buluşmakta iken 20'nci yüzyılın sonlarına doğru internetin yaygınlaşması ve mobil cihazların kullanılması ile hayatın her alanında tüketicinin karşısına çıkmaktadır. Bu nedenle teşebbüsler, reklamlara önemli ölçüde yatırımlar yapmakta ve kendi ürün veya hizmetlerini, rakip ürün veya hizmetlerinden daha iyi nitelikte ve tercih edilebilir olduğunu tüketicilere göstermeyi amaçlamaktadır.

Teşebbüsler, ürün veya hizmetlerinin tanıtım ve pazarlamasında çeşitli reklam türleri kullanmaktadır. Reklamın birden fazla ürün karşılaştırması yoluyla yapılması halinde karşılaştırmalı reklamdan söz edilir. Reklam veren tarafından, özellikle tüketicinin reklam konusu ürün veya hizmeti satın almasını sağlayabilmek adına en etkili reklam türlerinden biri olan karşılaştırmalı reklamlar yapılmaktadır. Karşılaştırmalı reklamlar sayesinde tüketicilerin zihninde reklam verenin ürün veya hizmeti ile rakip ürün veya hizmeti arasında bir bağ kurulmaktadır. Böylece, tüketici bilgilendirilmekte ve tüketicinin hangi ürün veya hizmeti seçeceği konusundaki tereddütleri giderilmektedir.

Karşılaştırmalı reklamlar, serbest piyasa ekonomisinin önemli araçlarından biri olup, bu sayede rekabetçi piyasa gelişmekte ve teşebbüsler arasındaki rekabetin artması tüketicinin yararına olmaktadır. Her ne kadar karşılaştırmalı reklamlar reklam veren ile tüketicinin lehine ise de karşılaştırmalı reklamlar yapılırken, birtakım temel koşullara dikkat edilmesi gerekmektedir. Bu koşullardan en önemlilerinden biri, reklamlar yapılırken rakip teşebbüsün marka haklarının ihlal edilmemesidir.

Çalışmamızın birinci bölümünde karşılaştırmalı reklam kavramından bahsedilecek olup, karşılaştırmalı reklamların unsurları ve türleri anlatılacak olup, ardından karşılaştırmalı reklamlar yapılmasına ilişkin hukuka uygunluk şartlarına değinilecektir. Çalışmamızın ikinci bölümünde ise, marka kavramı ve markanın unsurlarına değinilecek olup, karşılaştırmalı reklamların hangi durumlarda marka hakkına tecavüz teşkil edeceğinden bahsedilecektir.

1. Karşılaştırmalı Reklamlar

1.1. Karşılaştırmalı Reklam Kavramı

Reklamın amaçlarından biri, tanıtımı yapılan mal veya hizmet hakkına tüketiciye bilgi verilerek satışların artırılmasıdır. Reklamın amacına ulaşabilmesi için reklam içeriğinin tüketiciyi ikna etmesi ve reklam konusu mal veya hizmetin tüketicinin zihninde olumlu bir etki bırakması gerekir. Dolayısıyla, satışlarını arttırmak isteyen reklam verenler reklam içeriğinde, hem reklam veren hem de rakip teşebbüs mal veya hizmet grupları arasında ilişki kurarak kendi mal veya hizmetlerinin rakip mal veya hizmetleri ile aynı nitelikte veya daha kaliteli olduğunu ifade ederek, kendi mal veya hizmetlerini överken aynı zamanda rakip mal veya hizmetleri hakkında da bir takım yorumlar yapabilmektedir¹. Bu halde, karşılaştırmalı reklam söz konusu olmaktadır.

Karşılaştırmalı reklamlar doktrinde çeşitli tanımlanmıştır. **Göle**, “*Mukayeseli reklamda, üretici ya da satıcı, kendi malı veya hizmeti ile aynı nitelikteki bir başka malı ya da hizmeti karşılaştırmaktadır*” şeklinde tanımlamada² bulunurken **Memiş/Bozbel**, karşılaştırmalı reklamdan söz edilebilmesi için rakibin kendisi, ürünleri veya hizmetine ilişkin açık veya örtülü bir bağlantı kurulması gerektiğini ifade etmiştir³. **Moroğlu** ise, rakip ile doğrudan yahut dolaylı olarak bağlantı kurularak, kendisinin, mal veya hizmetlerinin rakipten ya da rakip mal veya hizmetleri ile aynı derecede yahut daha üstün nitelikte olarak yapılan reklamları, karşılaştırmalı reklam olarak tanımlamıştır⁴.

Karşılaştırmalı reklamlar doktrinde farklı şekillerde tanımlanmış olmasına rağmen, kanunlarımızda doğrudan tanımlanmamış, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun *Ticari Reklamlar* başlıklı 61/5’inci maddesinde⁵ aynı ihtiyaçlar veya amaca yönelik olan mal veya hizmetlere ilişkin karşılaştırmalı reklam yapılabileceği belirtilerek karşılaştırmalı reklamlara değinilmiştir. Her ne kadar karşılaştırmalı reklamlara ilişkin doğrudan kanuni bir tanımlama yapılmassa da, 10.01.2015 tarih ve 29232 sayılı Resmi Gazete tarihli Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği’nin (Yönetmelik) 4/1-ğ bendinde karşılaştırmalı reklamlar, “*Tanıtımı yapılan mal veya hizmete ilişkin hususlarla aynı amaca ya da aynı ihtiyacı karşılamaya yönelik rakip mal veya hizmetlere ilişkin hususların karşılaştırıldığı reklamları*” şeklinde tanımlanmıştır.

1.2. Unsurları ve Türleri

Karşılaştırmalı reklamlarda, reklam veren tarafından sunulan mal veya hizmetin, rakip mal veya hizmeti ile eşit veya rakip mal veya hizmetinden daha iyi nitelikte olduğunu belirtme amacı söz konusudur⁶. Bu nedenle, karşılaştırmalı reklamlardan söz edilebilmesi için öncelikle, somut bir karşılaştırmanın varlığı gerekir. Diğer bir ifade ile tüketicinin bir mal veya hizmeti satın almasını etkileyecek ni-

1 Savaş Bozbel, *Adwords Reklamlar Karşılaştırmalı Reklam Teşkil Eder Mi? Avrupa Adalet Divanı’nın Verdiği Kararlar Işığında Bir Değerlendirme*, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 9, S. 18, s. 98-99, 2010; WIRTH, Sibylle M.; Vergleichende Werbung in der Schweiz, den USA und der EG, in *Zivilrecht, Werbe- und Medienkodizes*, Zürich, 1993, s. 6

2 Celal Göle, *Türk Hukukunda Reklamların Ön Denetimi Sorunu*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, S.1-3, 1985, s.255.

3 Tekin Memiş/Savaş Bozbel, *Marka ve Haksız Rekabet Hukuku Bakımından Adwords Reklamlar*, e-akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, S.81, 2008 (<http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=MARKA%20VE%20HAKSIZ%20REKABET%20HUKUKU%20BAKIMINDAN%20ADWORDS%20REKLAMLAR&kimlik=1227080164&url=makaleler/tmemis-sbozbel-1.htm> Erişim tarihi:07/01/2020).

4 Erdoğan MOROĞLU, *Karşılaştırmalı Reklam ve Yargıtay Kararları*, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, 13-14 Mayıs 1994, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi, Ankara s. 4.

5 TKHK madde 61/5 “*Aynı ihtiyaçları karşılayan ya da aynı amaca yönelik rakip mal veya hizmetlerin karşılaştırmalı reklamı yapılabilir.*” şeklindedir.

6 Emrehan İnal/ Başak Baysal, *Reklâm Hukuku ve Uygulaması*, İstanbul, 2008, s.54.

teliklerin veya unsurların karşılaştırılması gerekmektedir⁷. Karşılaştırmalı reklamların yapılabilmesi için bir diğer önemli husus ise, karşılaştırılan ürün veya hizmetin birbiriyle doğrudan ya da dolaylı olarak ilişkisinin bulunmasıdır.

Karşılaştırmalı reklamlar doğrudan veya dolaylı olarak yapılabilir. Doğrudan yapılan karşılaştırmalı reklamlarda, reklam veren tarafından rakibin adı, markası, logosu gibi işaretler açıkça belirtilmektedir⁸. Dolaylı karşılaştırmalı reklamlarda, reklam veren tarafından rakibin bilgileri doğrudan açıklanmamakta, reklam verenin kendi ürün veya hizmetlerinin rakip ürün veya hizmetlerinden daha iyi nitelikte olduğu vurgulanmaktadır⁹.

Karşılaştırmalı reklamlara konu olan ürün veya hizmetlerin, aynı nitelikte olması ve aynı ihtiyaca cevap vermesi gerekmektedir¹⁰. Diğer bir ifade ile birbiri ile ilişkisi bulunan ürünlerin karşılaştırılması gerekmektedir. Örneğin, otomotiv sektöründe bulunan bir markanın otomotiv tanıtımında, bilgisayar sektöründe bulunan bir marka ile ilişkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle, bu markaların karşılaştırmalı reklama konu olmaması gerekir.

1.3. Karşılaştırmalı Reklamların Yapılmasına İlişkin Hukuka Uygunluk Şartları

Karşılaştırmalı reklamlar, rakip mal ve hizmetlerin objektif olarak doğrudan ya da dolaylı karşılaştırılması ile yapıldığından dolayı, reklam verenin, hedef tüketici kitlesine yönelik etkinliği diğer reklam türlerinden daha fazla olabilmektedir. Dolayısıyla, reklam veren karşılaştırmalı reklamlar yoluyla, kendi ürün veya hizmetlerinin rakip ürün veya hizmetlerinden daha nitelikli veya tercih edilebilir olduğunu tüketiciye ispatlayabilme imkânına sahiptir.

Karşılaştırmalı reklamların reklam veren ve tüketiciye olumlu etkileri olsa da, mevzuatta öngörülen sınırlar doğrultusunda yapılması gerekmektedir. Karşılaştırmalı reklamların hangi koşullarda

7 Bozbel, s.99.

8 Sak Onkvisit/Howard W. Combs/John J. Shaw, Comparative Advertising: A Typology and Research Issues, Proceedings, Western Decision Sciences Institute's Annual Conference, Las Vegas, 2002, s.141; Elisabetta Corvi/Michelle Bonera, The Effectiveness of Comparative Advertising: A Literature Review In: Atti del convegno: 2nd International Scientific Conference, Marketing Theory Challengers in Transitional Societies, vol. UNICO, Zagabria, Faculty of Economics and Business, 26-27 September 2008, s.5. Örneğin, A markalı buzdolabı ürününün tanıtımında, B markalı buzdolabının rakip teşebbüs ürünü olarak karşılaştırılması ve "A olarak B markasından daha geniş iç hacimli daha uzun ömürlü motor seçenekleri ile bütçe dostu buzdolabı ürettik." şeklinde verilen slogan, doğrudan karşılaştırmalı reklamdır. Ayrıca, hukukumuzda, karşılaştırmalı reklamlar yapılırken, Yürürlükten Kaldırılan 14.8.2003 Resmî Gazete Tarihli, 25138 sayılı Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmeliğin 11/1-a maddesi uyarınca "Karşılaştırılan mal, hizmet veya marka adının belirtilmemesi" gerektiğinden dolayı doğrudan karşılaştırmalı reklam yapılması mümkün değildi. Buna karşın, Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliğinde 04/01/2017 tarihinde yapılan değişiklikle doğrudan karşılaştırmalı reklam yapılmasına izin verilmiş ise de, kısa bir süre sonra 28/12/2018 tarihinde ilgili Yönetmelikte tekrar değişiklik yapılarak Yönetmeliğin 8/1 hükmüne "Rakiplere ait ürün adı, marka, logo, ticaret unvanı, işletme adı veya diğer ayırt edici unsurlara yer verilmemesi" ifadesi eklenerek doğrudan karşılaştırmalı reklamların yapılması mevzuatımızda yasaklanmıştır.

9 Onkvisit/Combs/Shaw, s.141. Örneğin, reklam veren A şirketinin sektöründe en hızlı çekim gücüne sahip operatör olduğunu iddia etmesi halinde, A şirketi diğer operatör şirketlerinden daha iyi olduğu dolaylı yollarla ima etmiş olur.

10 Yönetmeliğin 8/1-ç hükmü uyarınca karşılaştırmalı reklamlar "Karşılaştırılan mal veya hizmetlerin aynı ihtiyaçları karşılaması ya da aynı amaca yönelik olması" koşuluyla yapılabilir.

yapılabileceği, Yönetmeliğin 8'inci maddesinde tahdidi olarak sayılmıştır¹¹. Ayrıca, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK) uyarınca marka konusu işaretin karşılaştırmalı reklamların hukuka aykırı bir şekilde kullanılmaması gerekmektedir. Bu koşullara uygun olarak yapılmayan karşılaştırmalı reklamlar hukuka aykırıdır.

2. MARKA

2.1. Genel Olarak Marka Kavramı

Marka, en genel anlamıyla “bir işletmenin mal ve hizmetlerini diğer işletmelerin mal ve hizmetlerinden ayıran herhangi bir işaret veya işaret kombinasyonu”¹² olarak tanımlanmıştır. Mevzuatımızda marka kavramı doğrudan tanımlanmamakla beraber, SMK'nın 4'üncü maddesinde¹³ marka olabilecek işaretler belirtilmiştir. Anılan madde uyarınca, ayırt edici nitelikte olan, marka sahibine sağlanan korumanın konusunu açık ve kesin olarak belirtilen her türlü işaret marka olarak tescil edilebilmektedir.

Marka kavramı doktrinde de çeşitli şekillerde tanımlanmıştır. **Karasu**'ya göre markalar, birtakım ürün veya hizmetleri anonim olmaktan kurtarmakta ve tüketici gözünde diğer teşebbüslerin mal veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlamaktadır¹⁴. **Arseven** markayı, iktisadi teşebbüs sahiplerinin kendi işletmelerinden çıkan emtiayı diğerlerinden ayırt etmeye yarayan işaret olarak tanımlamıştır¹⁵.

2.2. Markanın Fonksiyonları

Markanın çeşitli fonksiyonları bulunmaktadır. Doktrindeki yazarların birçoğuna göre markanın en temel fonksiyonu ayırt etme fonksiyonudur¹⁶. Markanın ayırt etme fonksiyonu ile bir işletmenin ürün veya hizmetleri diğer işletmelerin ürün veya hizmetlerinden ayrılabilir¹⁷. Diğer bir ifade ile bu

11 Bu kriterler uyarınca karşılaştırmalı reklamlar, Rakiplere ait ürün adı, marka, logo, ticaret unvanı, işletme adı veya diğer ayırt edici unsurlara yer verilmemesi, aldatıcı ve yanıltıcı olmaması, haksız rekabete yol açmaması, karşılaştırılan mal veya hizmetlerin aynı ihtiyaçları karşılaması ya da aynı amaca yönelik olması, tüketiciye fayda sağlayacak bir hususun karşılaştırılması, karşılaştırılan mal veya hizmetlerin, fiyatı da dahil, bir ya da daha fazla maddi, esaslı, doğrulanabilir ve tipik özelliğinin objektif olarak karşılaştırılması, nesnel, ölçülebilir, sayısal verilere dayanan iddiaların; bilimsel test, rapor veya belgelerle ispatlanması, rakiplerin mallarını, hizmetlerini, faaliyetlerini veya diğer özelliklerini kötülememesi veya itibarsızlaştırılmaması, menşei belirtilmiş mal veya hizmete ilişkin karşılaştırmada, mal veya hizmetlerin aynı coğrafi yerden olması, reklam veren ile rakibinin markası, ticaret unvanı, işletme adı veya diğer bir ayırt edici işareti ya da mal veya hizmetleri ile ilgili karışıklığa yol açmaması, reklam kurulunca belirlenen ilkelere aykırı olmaması koşuluyla yapılabilmektedir. Ayrıca aynı maddenin 3'üncü fıkrası uyarınca, gıda reklamlarında sağlık beyanı kapsamına giren konuların karşılaştırmaya konu edilemeyeceği belirtilmiş olup, 4'üncü fıkrası uyarınca fiyat düzenlemeleri ile etkin piyasa gücü yükümlülükleri ile ilgili idari otoriteler tarafından belirlenen sektörlere ilişkin verilen reklamlarda fiyat karşılaştırması yapılamamaktadır.

12 Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması madde 15/1.

13 SMK madde 4 “Marka, bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işareten oluşabilir.” şeklindedir.

14 Cahit Suluk/Rauf Karasu/Temel Nal, Fikri Mülkiyet Hukuku, Ankara, 2018, s.159.

15 Haydar Arseven; Nazari ve Tatbiki Alameti Farika Hukuku, İstanbul, 1951, s.1

16 Hamdi Yasaman, Marka Hukuku, 556 sayılı KHK Şerhi, İstanbul, 2004; s.18. Arslan Kaya, Marka Hukuku, İstanbul, 2006, s.60; Uğur Çolak, Türk Marka Hukuku, İstanbul, 2016, s.14; Ünal Tekinalp; Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, 2012, s.378; Hayrettin Çağlar, Marka Hukuku Temel Esaslar, Ankara, 2013, s.33; Suluk/Karasu/Nal, s.162.

17 Tekinalp, s.378

fonksiyon ile tüketiciler, markaların aynı ürün veya hizmetlerde birbirinden ayırt edebilmektedir¹⁸. Keza, bir işaretin ürün veya hizmetleri diğerlerinden ayırt etmemesi halinde bu işaret marka niteliği taşımamaktadır¹⁹.

Markanın bir diğer fonksiyonu olan kaynak gösterme fonksiyonu ile kullanılan ürün veya hizmetlerin kaynağını, hangi işletmeden geldiğini ve markanın işletme ile olan bağlantısını göstermektedir²⁰. Diğer bir ifade ile ürün veya hizmetin üreticisini veya piyasaya kimlerin sunduğunu göstermektedir. Böylece, tüketiciler ürün veya hizmeti alıp almamaya karar verebilmektedir²¹. Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD), bir kararında markanın en önemli fonksiyonunun kaynak gösterme fonksiyonu olduğunu belirtmiştir²².

Markanın kalite ve garanti fonksiyonu, satın alınan ürün veya hizmetin kalitesini ilerleyen zamanlarda da koruyacağına ilişkin tüketiciye güven temin etmesidir²³. Dolayısıyla, tüketiciler alınan ürün veya hizmetin kalitesini koruyacağı konusunda markaya güvenmektedir. Keza, bir ürün veya hizmetin, markalı olması, onun her zaman kaliteli olduğunu göstermemektedir²⁴. Kalite ve garanti fonksiyonu ile birlikte tüketiciler, belirli bir markaya ait ürün veya hizmet aldığı anda aynı kalite ile karşılaşacağını ve memnuniyet duyacağını düşünmektedir.

Bir teşebbüse ait ürün veya hizmetlerin tüketicilere ulaşabilmesi için yapılan tanıtım ve pazarlama faaliyetleri marka kanalıyla gerçekleştirilmektedir²⁵. Diğer bir ifade ile iletişim, yatırım ve reklam fonksiyonu ile marka tüketicilere ulaşabilmektedir. Dolayısıyla teşebbüsler, kendi markalarına ait ürün veya hizmetlerin satın alınması için yüksek miktarda reklam yatırımları yapmaktadır. Bu fonksiyon, hem markanın bilinirliğini arttırmakta hem de markanın tüketici zihninde kalıcı olmasını sağlamaktadır.

2.3. Marka Hakkına Tecavüz

2.3.1. Genel Olarak

SMK uyarınca, markayı kullanma hakkı münhasıran marka sahibine aittir. Marka sahibi, kendi rızası olmaksızın tecavüz teşkil eden eylemleri önlenmesini ve bu eylemlerden doğan zararların giderilmesini isteme hakkına sahiptir. Marka hakkına tecavüz teşkil eden eylemler, SMK'nın 29/1'inci maddesinde belirtilmiştir. Anılan madde uyarınca, marka sahibinin izni olmaksızın markayı 7'inci maddede belirtilen şekilde kullanmak, markayı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanarak markayı taklit etmek, markanın veya ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kullanılması suretiyle taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerekmesine rağmen tecavüz teşkil eden ürünleri satmak, ticaret alanına çıkarmak, dağıtmak, ithal veya ihraç etmek, ticari gaye ile elde bulundurmak veya bu ürünlere dair sözleşmeler yapmak, kendisine verilen lisans haklarını izinsiz olarak genişletmek veya devretmek marka hakkına tecavüz teşkil etmektedir. Çalışmamızın konusu gereği, karşılaştırmalı reklamlar yoluyla marka hakkına tecavüz teşkil eden eylemlere ilişkin hususlara değinilecektir.

18 Suluk/Karasu/Nal, s.162.

19 Arseven, s.7.

20 Yasaman, s.18; Çolak, s.13.

21 Çağlar, s.33.

22 ABAD C-324/09 sayılı kararı 80 inci paragrafı; ABAD C-206/01 sayılı kararı 48 inci paragrafı.

23 ABAD C-39-97 sayılı kararı 28 inci paragrafı.

24 Çağlar, s.34.

25 Çağlar, s.34.

2.3.2. Karşılaştırmalı Reklamlar Bakımından Marka Hakkına Tecavüz

Karşılaştırmalı reklamların yapılmasına ilişkin gerekli hukuka uygunluk şartları, Yönetmeliğin 8'inci maddesinde yer almaktadır. Anılan madde hükmünün birinci fıkrasının a bendi uyarınca, doğrudan karşılaştırmalı reklamların yapılması yasaklanmıştır. Ayrıca, aynı fıkranın h bendi uyarınca da, karşılaştırmalı reklamlar *"reklam veren ile rakibinin markası, ticaret unvanı, işletme adı veya diğer bir ayırt edici işareti ya da mal veya hizmetleri ile ilgili karışıklığa yol açmaması"* şartıyla yapılabilmektedir. Aynı zamanda, SMK'nın 7/3-f hükmü gereği *"işaretin hukuka uygun olmayan şekilde karşılaştırmalı reklamlarda kullanılması"* marka hakkına tecavüz teşkil etmektedir.

SMK uyarınca, tescilli bir marka ile aynı veya benzer olan ve tanınmış markanın itibarından haksız yarar elde edilmesi, itibarına zarar verilmesi veya ayırt edici karakterinin zedelenmesi hem nispi ret nedeni hem de marka sahibinin rızası olmaması halinde marka hakkına tecavüzün konusunu oluşturmaktadır. Kanaatimizce, reklam verenin kendi ürün veya hizmetlerinin tanıtılması için tüketiciler tarafından bilinen markanın ürün veya hizmetleri ile karşılaştırma yapılması, diğer marka hakkına tecavüz hallerine nazaran daha sık karşılaşılabilen bir durumdur. Dolayısıyla, karşılaştırmalı reklamlarda reklam veren marka, rakip markanın tanınmışlığından haksız yarar sağlamamalıdır. Bu tür marka hakkına tecavüz eylemleri somut olaya göre belirli şartlar altında gerçekleşebilmektedir.

Reklam veren tarafından tüketiciler nazarında daha önce hiç tanınmamış marka ile piyasaya yeni tanıtılan bir ürünün, piyasada tanınmış bir marka ile aynı ürün grubunun karşılaştırılmasının yapılması, tanınmış markadan haksız yarar sağlanmasına neden olabilir²⁶.

Reklam veren tarafından daha önceden hiç tanınmamış marka ile piyasaya yeni tanıtılan bir ürünün, piyasada tanınmamış bir marka ile aynı ürün grubunun karşılaştırılması, reklam verene fayda sağlamayabilir. Bu durum, reklam konusu karşılaştırılan marka açısından herhangi bir olumsuz sonuç doğurmasa da reklam verene olumlu bir sonuç da doğurmayacağı kanaatindeyiz²⁷.

Reklam veren tarafından daha önceden tanınmış bir marka ile piyasaya yeni tanıtılan bir ürünün, piyasada tanınmış marka ile aynı ürün grubunun karşılaştırılması ise Yönetmelik hükümlerine aykırılık teşkil etse de reklam verene haksız yarar sağlamayacağından dolayı marka hakkına tecavüz söz konusu değildir²⁸.

Reklam veren tarafından daha önceden farklı ürün ve hizmet gruplarında tanınmış bir marka ile piyasaya yeni tanıtılan bir ürünün, sektöründe tanınmış bir marka ile aynı ürün grubunun karşılaştırılması

26 Örneğin; A markalı cep telefon ile herkes tarafından bilinen ve kalitesine güvenilen Apple markalı cep telefonunun, kamera, hız, görüntü kalitesi ve benzeri birçok özellikleri karşılaştırıldığında, A markalı ürünün Apple marka ile karşılaştırılması, A markalı ürünün Apple markalı ürünün tanınmışlığından haksız yarar elde ettiğini sonucuna ulaşılabilir. Çünkü tüketici nezdinde, A markalı ürünün Apple markalı üründen birçok özellik bakımından daha iyi olduğunu algısı oluşmaktadır. Hukukumuzda doğrudan karşılaştırmalı reklamlar yapılmasının mevzuata aykırı olması nedeniyle, bu durum hem Yönetmelik hükümlerine hem de SMK hükümlerine aykırılık teşkil etmektedir.

27 Bu durum her ne kadar Yönetmelik hükümlerine aykırılık söz konusu olsa da, SMK'nın 7/3-f hükmüne aykırılık teşkil etmediği sürece marka hakkına tecavüz söz konusu olmayacağı kanaatindeyiz.

28 Bu halde, 78'inci dipnotta yer alan durum dikkate alınmalıdır. Bu ihtimal, reklam verene herhangi bir yarar sağlamaması sebebiyle istisnai bir durum teşkil etmektedir. Buna karşın, reklam veren tarafından daha önceden tanınmış bir marka ile piyasaya yeni tanıtılan bir ürünün, piyasada tanınmamış bir marka ile aynı ürün grubunun karşılaştırılması, reklam verene fayda sağlamayabilir. Fakat reklam verenin, kendi ürününü daha az tanınan marka ile karşılaştırması, diğer markanın kalite ve garanti fonksiyonu reklam veren markanın aynı fonksiyonları kadar gelişmemesinden ötürü, reklam verenin tanınmışlığını olumsuz yönde etkiler. Hatta bu durum, kalite ve garanti fonksiyonu yüksek ve tanınmış olan reklam verenle kıyaslanan reklam konusu diğer markayı olumlu yönde etkiler.

halinde, her iki markanın tanınmış olması göz önüne alınarak iki şekilde değerlendirme yapılması gerekmektedir. Birinci ihtimalde, reklam verenin markasının rakip markasına göre daha az tanınması halinde, rakip markasından haksız yarar sağlamakta olup, bu halde marka hakkına tecavüz söz konusudur. İkinci ihtimalde ise, reklam verene ait marka rakip markasından daha fazla tanınıyor ise, bu durumda rakip markanın itibarına zarar vermesi halinde marka hakkına tecavüz söz konusu olur²⁹.

Bunun yanında, karşılaştırmalı reklamların marka hakkına tecavüz teşkil edebileceğine ilişkin Yargıtay, DAVIDOFF kararında, karşılaşımla amacıyla kullanılan parfümlerin birbirlerine benzetilmesi eylemini, markanın bilinirliğinden ve itibarından faydalanılarak haksız yarar sağlanmasına neden olduğunu belirtmiştir³⁰.

Esasen karşılaştırmalı reklamların hangi durumlarda marka hakkına tecavüz teşkil edeceği ve hukuka uygun yapılabileceği konusu, ABAD'ın *L'Oréal SA - Bellure NV* davasında tartışılmıştır³¹. Dava konusu olayda, L'Oréal firması ve grup şirketleri, *Trésor, Miracle, Anaïs-Anaïs ve Noa* markalarının hem isim hem de parfüm şişesi ile ambalajına ait markanın sahibidir. Bellure ise, 'Creation Lamis' and 'Dorall'ı üretmektedir. Ayrıca, Bellure firması, özellikle, 'La Valeur' parfümü adıyla Trésor parfümünün imitasyonunu, 'Pink Wonder' parfümü adıyla da Miracle parfümünün imitasyonunu, benzer görünüm ve ambalajlarda satmaktadır. Diğer bir ifade ile, L'Oréal'e ait parfümlerden bazılarının imitasyonunu satmaktadır. Bu firmalar, ürünleri pazarlarken "*karşılaştırma listesi (comparison list)*"³² kullanmakta olup, bu listede kendilerine ait kokuların hangi firmaya ait hangi marka koku olduğunu belirtmiştir. Bu durum üzerine, L'Oréal tarafından, Bellure tarafından üretilen Starion ve Malaika firmaları tarafından 'Creation Lamis' olarak pazarlanan L'Oréal firmasına ait *Trésor, Miracle, Anaïs-Anaïs ve Noa* markalarına ait güzel kokuların imitasyonlarının "*karşılaştırma listesi*" şeklinde sunulması karşılaştırmalı reklam yapıldığından bahisle karşılaştırmalı reklamlar yoluyla marka hakkına tecavüz nedeniyle Bellure ve diğer firmalara karşı dava açılmıştır. Açılan davada, ilk olarak Starion ve Malaika tarafından yapılan karşılaştırma listelerinin, Trésor, Miracle, Anaïs-Anaïs and Noa ve kendisine ait Noa'ya karşı marka hakkına tecavüz oluşturduğunu, bu durumun da kendi mevzuatı olan *Trade Mark Act*'in 10/1³³ hükmüne aykırı olduğu ve ikinci olarak, Bellure'nin *Trade Mark Act*'in 10/3³⁴ hükmü uyarınca, marka hakkına tecavüz ettiğini belirtmiştir. Bu dava neticesinde, iddialar İngiltere ve Galler Yüksek Adalet Divanı'nda incelenmiş ve inceleme neticesinde yargılamaya yön verebilmek için ABAD'a bir takım sorular yöneltilmiştir.

ABAD öncelikle, 89/104/EEC direktifinin 5/2³⁵ maddesini ele almış ve bu maddenin 5/1³⁶ maddesine göre daha geniş bir koruma öngördüğünü belirtmiş ve tanınmış marka ile üçüncü kişi marka arasında karıştırma ihtimali gerekli olmayıp, toplumun ilgili kesimi tarafından bir bağın kurulmasının yeterli olduğunu ifade etmiştir³⁷. Ayrıca, tanınmış markanın tanınmışlığına ve ayırt ediciliğine zarar

29 Örneğin, X, dünya çapında bilinen bir telefon markası ve Y ülke çapında bilinen bir telefon markası ise, X tarafından Y markasının kalitesinin düşük olduğu yönünde karşılaştırmalı reklam yapılması halinde, rakip markanın itibarının zarar görebilir.

30 Yargıtay 11 HD E. 2014/11469 K. 2014/18167 T. 24.11.2014; Çolak, s.502.

31 ABAD, C-487/07; L'Oréal SA- Bellure NV. davası.

32 Detaylı bilgi için bkz. ABAD, C-487/07 davasının 21 inci paragrafı.

33 SMK madde 29/1-b.

34 SMK madde 6/5.

35 SMK madde 7/2-c.

36 SMK madde 7/2-a ve SMK madde 7/2-b.

37 Detaylı bilgi için bkz. ABAD, C-487/07 davasının 36 inci paragrafı.

verilmese bile, bu markanın tanınmışlığından haksız yarar sağlanması hukuka aykırılık teşkil edilmektedir³⁸. ABAD ayrıca, markanın haksız yarar sağlayıp sağlamadığını belirlemek için, tüm faktörlerin göz önüne alınması ve küresel bir değerlendirme yapılması gerektiğini ve ayrıca markanın ayırt edici karakteri ne kadar güçlü ise zararın da o kadar fazla olacağını belirtmiştir³⁹. ABAD, somut olayda Malaika ve Starion'un L'Oréal ve diğerleri tarafından tescilli olan tanınmış markaların ambalaj ile şişelerinin düşük kalitede imitasyonunu kullanmakta olduğunu ve başvuru mahkeme tarafından da dava konusu markalar arasında bir bağın bulunduğunu ve bu bağın da davalıya ticari bir avantaj sağladığını ifade etmiştir⁴⁰.

ABAD, somut olayda yapılan karşılaştırma listelerinin birer karşılaştırmalı reklam niteliğinde olduğunu ve bu durumun karşılaştırmalı reklam bakımından değerlendirme yapılması gerektiği ve markanın aynı veya benzerinin kullanıldığı karşılaştırmalı reklamların marka sahibi tarafından engellenebileceğini, buna karşın karşılaştırmalı reklamların 84/450 sayılı direktifinin 3/a-1 hükmüne uygun olarak yapılması halinde ise engellenemeyeceğini belirtmiştir⁴¹. ABAD, somut olayda kullanılan karşılaştırma listelerinde, davacının markalarının aynısını kullandığını, dolayısıyla bu hususun direktifin 5/1-a kapsamında yer aldığını ve Malaika ve Starion tarafından kullanılan karşılaştırma listelerinin tanımlayıcı nitelikte olmadığını ve tanınmış markanın karşılaştırmalı listesinde kullanılmasının marka sahibine herhangi bir zarar vermesine bakılmaksızın haksız yarar sağlanması halinde, marka sahibi tarafından engellenebileceğini belirtmiştir⁴².

ABAD son olarak ise, 84/450 sayılı direktifin 3/a-1-a ile h hükümlerinde, karşılaştırmalı reklamlara izin verilebilmesi için gerekli kümülatif hususların yer aldığından bahsederek, tüketiciler, rakip firmalar ve marka sahibi menfaatleri arasında denge sağlanması gerektiğinin amaçlandığını belirtmiştir⁴³. Anılan direktifin 3/a-1-h hükmü gereği imitasyon malların, karşılaştırmalı reklamlarda kullanılması yasaklanmıştır.

ABAD, yukarıda belirtilen incelemeleri yaptıktan sonra, somut olayda karşılaştırma listesinin kullanılmasının asıl amacının tüketicilerin ilgisini çekmek olduğunu, bu listelerin L'Oréal ve diğer firmalara ait markalarının kokularının imitasyonları olduğunu ve davalılar tarafından karşılaştırmalı reklamlar yoluyla imitasyon parfüm satıldığını ifade etmiş ve bu durumun adil rekabete uymadığını, hukuka aykırı olan bu eylemin davalıya karşılaştırmalı reklam yoluyla haksız yarar sağladığını belirtmiştir⁴⁴.

Yargıtay ve ABAD kararları da dikkate alındığında, hukuka aykırı olarak yapılan karşılaştırmalı reklamların, koşulların oluşması halinde marka hakkına tecavüz teşkil edebilir. Keza, reklam veren ile reklam konusu diğer markanın ürünlerinin karşılaştırmasının, hukuka uygun olarak yapılması gerekir. Karşılaştırmalı reklamlar yoluyla marka hakkına tecavüz eylemi genel olarak doğrudan karşılaştırmalı reklamlarda ortaya çıkabilmektedir.

38 Detaylı bilgi için bkz. ABAD, C-487/07 davasının 43 üncü paragrafı.

39 Detaylı bilgi için bkz. ABAD, C-487/07 davasının 45 üncü paragrafı.

40 Detaylı bilgi için bkz. ABAD, C-487/07 davasının 46 ve 47 inci paragrafı.

41 Detaylı bilgi için bkz. ABAD, C-487/07 davasının 51, 52 ve 53 üncü paragrafı.

42 Detaylı bilgi için bkz. ABAD, C-487/07 davasının 61-64 üncü paragrafı.

43 Detaylı bilgi için bkz. ABAD, C-487/07 davasının 71 inci paragrafı.

44 Detaylı bilgi için bkz. ABAD, C-487/07 davasının 76, 77 ve 79 uncu paragrafı.

Sonuç

Karşılaştırmalı reklamlar, doğrudan veya dolaylı olarak iki şekilde yapılabilmektedir. Doğrudan karşılaştırmalı reklamlarda reklam veren tarafından doğrudan rakip adı, logosu ve markası gibi rakibi tanıtan hususlar belirtildiğinden dolayı birtakım riskler barındırabilmektedir. Esasen, reklam verenin yasal sınırlar çerçevesinde hareket etmesi ve karşılaştırmalı reklamlar yapılmasına dair şartlara aykırı hareket etmemesi gerekir.

Doğrudan karşılaştırmalı reklamların, rakibe ait ürün veya hizmetlerin imitasyonunu kullanarak rakip ürün veya hizmetleri ile karşılaştırma yapılması suretiyle hukuka aykırı şekilde yapılması neticesinde, rakibin tanınmışlığından haksız yarar sağlamaya, itibarını veya ayırt edici karakterini zedelemeye neden olmaktadır. Ayrıca, işaretin marka sahibinin izni olmaksızın karşılaştırmalı reklamlarda kullanılması da söz konusu olabilmektedir. Bu durumda, marka hakkına tecavüzden söz edilir. Genel olarak karşılaştırmalı reklamlar yoluyla marka hakkına tecavüz eylemi tanınmış markalar ile karşılaştırmanın yapılması ile ortaya çıkmaktadır. Keza, reklam verene ait markanın tanınmış marka ile karşılaştırılması nedeniyle tüketici nazarında, tanınmış marka ile aynı nitelikte olduğu algısı oluşabilmekte ve özellikle tanınmış markanın aynısının kullanılması nedeniyle tüketici yanılabilmektedir. Bu durum markanın fonksiyonlarına da zarar verebilmektedir.

Hukukumuzda her ne kadar doğrudan karşılaştırmalı reklamların yapılması mevzuat gereği yasaklanmış ise de, reklam veren tarafından bu şekilde yapılan karşılaştırmalı reklamlar hem SMK hem de Yönetmelik hükümlerine aykırılık teşkil etmektedir. Doğrudan karşılaştırmalı reklamların mevzuatımız gereği yapılamaması nedeniyle, mukayeseli hukukta bu tür reklamlar ile marka hakkına tecavüz eylemi ile daha sık karşılaşılmaktadır.

KAYNAKÇA

Arseven, Haydar; Nazari ve Tatbiki Alameti Farika Hukuku, İstanbul, 1951.

Bozbel, Savaş; Adwords Reklamlar Karşılaştırmalı Reklam Teşkil Eder Mi? Avrupa Adalet Divanı'nın Verdiği Kararlar Işığında Bir Değerlendirme, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 9, S. 18, İstanbul, 2010, 97-113.

Corvi, Elisabetta / Bonera, Michelle, The Effectiveness of Comparative Advertising: A Literature Review In: Atti del convegno: 2nd International Scientific Conference, Marketing Theory Challengers in Transitional Societies, S. UNICO, Zagabria, 2008.

Çağlar, Hayrettin; Marka Hukuku Temel Esaslar, Ankara, 2013.

Çolak, Uğur; Türk Marka Hukuku, İstanbul, 2016.

Göle, Celal; Türk Hukukunda Reklâmın Ön Denetimi Sorunu, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, S.1- 3, 1985, 255-268.

İnal, Emrehan/ Baysal, Başak; Reklâm Hukuku ve Uygulaması, İstanbul, 2008.

Kaya, Arslan; Marka Hukuku, İstanbul, 2006.

Memiş, Tekin/Bozbel, Savaş; Marka ve Haksız Rekabet Hukuku Bakımından Adwords Reklamlar, e-akademi Hukuk, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, S.81, 2008.

Moroğlu, Erdoğan; Karşılaştırmalı Reklam ve Yargıtay Kararları, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları

Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi, Ankara, 1994.

Onkvisit, Sak / Combs, Howard W. / Shaw, John J.; Comparative Advertising: A Typology and Research Issues, Proceedings, Western Decision Sciences Institute's Annual Conference, Las Vegas, 2002, 141-143.

Suluk, Cahit/Karasu, Rauf/Nal, Temel; Fikri Mülkiyet Hukuku, Ankara, 2018.

Tekinalp, Ünal; Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, 2012, s.378.

Yasaman, Hamdi; Marka Hukuku, 556 sayılı KHK Şerhi, İstanbul, 2004.

YARGI KARARLARI

Yargıtay 11 HD E. 2014/11469 K. 2014/18167 T. 24.11.2014

ABAD C-324/09 sayılı kararı

ABAD C-206/01 sayılı kararı

ABAD C-39-97 sayılı kararı

ABAD, C-487/07 sayılı kararı

*İstanbul Medeniyet Üniversitesi Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi, Avukat

Ender Erkarataş*



AIPPI Türkiye /Fikri Mülkiyet Hakları Koruma Derneği Üyesi

AR-GE MERKEZLERİ SAYISI VE PATENT BAŞVURU SAYILARI ÜZERİNE KÜÇÜK BİR DEĞERLENDİRME

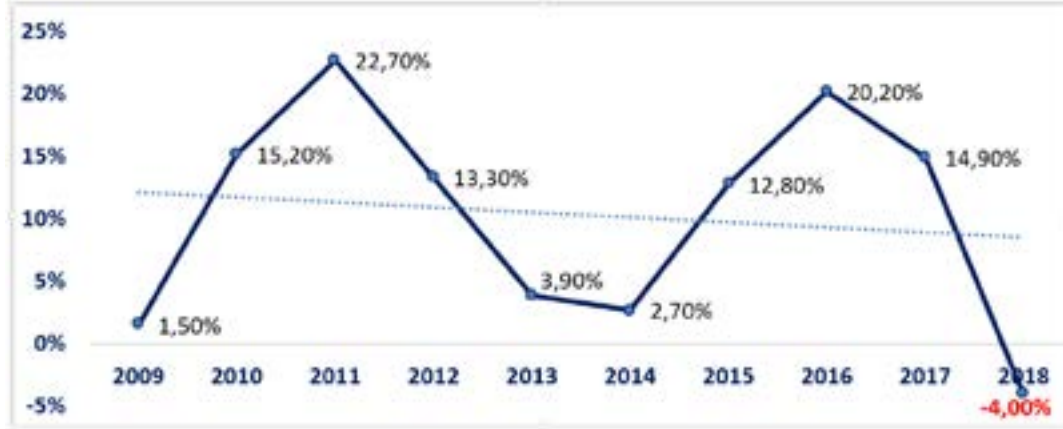
Bilindiği üzere, Ar-Ge faaliyetleri ile ekonominin rekabet edebilir bir düzeye gelmesi, teknolojinin ilerlemesi, ürün kalitesinin artması, teknoloji, yenilik, girişimcilik ve nitelikli iş gücünün artırılmasını sağlamak amacı ile 5746 sayılı Araştırma, Geliştirme ve Tasarım Faaliyetlerinin Desteklenmesi Hakkında Kanun yayınlanmıştır. Kanunla birlikte artan teşvikler ve sağlanan faydalar ile, ülkemizdeki Ar-Ge merkezlerinin sayısı günden güne artış göstermiştir.

30 Kasım 2019 itibariyle, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı Ar-Ge Teşvikleri Genel Müdürlüğü verilerini incelediğimizde Ar-Ge merkezi sayısının 1213 adete ulaştığını görüyoruz. Ar-Ge merkezleri, ülke adına yaklaşık 45 bin proje ile ürettikleri faydanın yanı sıra, çalışan olarak da yaklaşık 60 bin personel sayısı ile belirli bir istihdam faydası da sağlamaktadır. Makine ve Teçhizat İmalatı, Otomotiv Yan Sanayi ve Yazılım sektörünün ilk üçü paylaştığı sektör sıralamasında, Ar-Ge merkezleri sektör dağılımında 44 adet farklı sektörün yer aldığını görüyoruz.

Sayıların önemi olduğu kadar, tabii ki Ar-Ge merkezi faaliyetlerinin, inovatif ve yenilikçi çalışmaları sayesinde ortaya çıkartmış oldukları/olacakları fikri ve sınaî mülkiyet haklarının da bir o kadar önemi bulunmaktadır. Şüphesiz bu kazanımlardan en önemlisi de Ar-Ge faaliyetleri ile direkt olarak bağlantılı, bilimsel ve teknolojik faaliyetlerin bir çıktısı olan patent faaliyetleridir. Ar-Ge faaliyetleri ile patent çalışmalarının arasında doğru orantılı ve pozitif ilişki mevcuttur. Türk Patent ve Marka Kurumu verilerine göre, 5746 sayılı Araştırma, Geliştirme ve Tasarım Faaliyetlerinin Desteklenmesi Hakkında Kanun'un çıkışından itibaren ülkemizde yaklaşık 130 bin patent başvurusu gerçekleştirilmiş.

Yıl	Patent Başvuru Sayısı	Değişim %
2009	7241	1,5%
2010	8343	15,2%
2011	10241	22,7%
2012	11599	13,3%
2013	12055	3,9%
2014	12375	2,7%
2015	13958	12,8%
2016	16778	20,2%
2017	19283	14,9%
2018	18504	-4,0%

Başvuru sayılarında 2018 yılına kadar az çok sürekli bir artış söz konusu iken, 2018 yılında patent başvuru sayılarında bir önceki yıla oranla bir gerileme olduğunu görüyoruz. Günden güne artan Ar-Ge merkezleri sayısı ile birlikte, 2014 yılında başlayan patent başvurusu artış hızının, 2016 yılından itibaren düşüşe geçtiğini, sonunda da eksi değere indiğini söyleyebiliriz.



Sıra	İl	AR-GE Merkezi Sayısı
1	İstanbul	413
2	Bursa	129
3	Kocaeli	127
4	Ankara	115
5	İzmir	88
6	Tekirdağ	49
7	Manisa	32
8	Konya	23
9	Sakarya	22
10	Eskişehir	21
11	Antalya	20
12	Denizli	14
13	Maraş	13
14	Adana	12
15	Kayseri	12
16	Mersin	12
17	Aydın	10
18	Balkesir	10
15	Kayseri	12
16	Mersin	12
17	Aydın	10
18	Balkesir	10
19	Gaziantep	10
20	Kütahya	9

Sıra	İl	Patent Başvuru Sayısı
1	İstanbul	23638
2	Ankara	6187
3	Bursa	3797
4	İzmir	2650
5	Manisa	2478
6	Kocaeli	2227
7	Konya	1587
8	Tekirdağ	1032
9	Gaziantep	1005
10	Sakarya	978
11	Kayseri	739
12	Antalya	700
13	Eskişehir	698
14	Adana	486
15	Mersin	324
16	Denizli	289
17	Aydın	235
18	Balkesir	228
15	Mersin	324
16	Denizli	289
17	Aydın	235
18	Balkesir	228
19	Maraş	196
20	Kütahya	177

Ar-Ge merkezleri ile faaliyetlerin çıktısı patent başvuru sayılarını daha anlamlı bir şekilde ilişkilendirmek için il bazında Ar-Ge merkezi sayıları ile yine il bazında gerçekleştirilen patent başvuru sayılarına bakmak daha doğru olabilir. İl bazında Ar-Ge merkezi sayıları (ilk 20) ile bu illerin patent başvuru sayılarını aşağıdaki tabloda görebilirsiniz.

Ar-Ge faaliyetleri ile patent çalışmalarının arasındaki pozitif ilişki kapsamında, Ar-Ge merkezi sayısı fazla olan illerde daha fazla patent başvurusunun bulunması mantıklı bir veri olabilir. İlgili sıralamalar-daki değerlendirmeyi de aşağıdaki tabloda görebilirsiniz.

İl	Ar-Ge Merkezi Sayısı Sıralaması	Patent Başvuru Sayısı Sıralaması	
İstanbul	1	1	Yellow
Bursa	2	3	Red
Kocaeli	3	6	Red
Ankara	4	2	Green
İzmir	5	4	Green
Tekirdağ	6	8	Red
Manisa	7	5	Green
Konya	8	7	Green
Sakarya	9	10	Red
Eskişehir	10	13	Red
Antalya	11	12	Red
Denizli	12	16	Red
Maraş	13	19	Red
Adana	14	14	Yellow
Kayseri	15	11	Green
Mersin	16	15	Green
Aydın	17	17	Yellow
Balıkesir	18	18	Yellow
Gaziantep	19	9	Green
Kütahya	20	20	Yellow

Karşılaştırmayı değerlendirdiğimizde, İstanbul, Adana, Aydın, Balıkesir ve Kütahya'nın iki listede de sıralamalarının aynı olduğunu görüyoruz.

Bununla birlikte Ankara, İzmir, Manisa, Konya, Kayseri, Mersin ve Gaziantep'in Ar-Ge merkezi sayı sıralamasına kıyasla patent başvuru sayıları sıralamasında yukarıda olduğunu görüyoruz.

Son olarak da Bursa, Kocaeli, Tekirdağ, Sakarya, Eskişehir, Antalya, Denizli ve Maraş'ın Ar-Ge merkezi sayısı sıralamasına kıyasla patent başvuru sayıları sıralamasında geride olduğunu görüyoruz.

Tabii ki buradaki kıyaslama, Ar-Ge faaliyetleri ve sayısı ile patent başvuru sayısı arasındaki doğru orantının bir göstergesi olarak düşünülebilir. Zira, tek başına bu verilerden çıkacak olan sadece bir öngörü olup başvuru sayısı çok veya az olan illerdeki patent başvuru sayısının Ar-Ge merkezi tarafından yapıp yapılmadığı bilgisi veya teknolojik olarak revaçta olan sektörlerdeki patent başvuru sayıları arasındaki ilişkilerin de değerlendirilmesi önemli ve gereklidir.

Sonuç olarak, hal böyleyken bile sayısı yaklaşık 1200 olan Ar-Ge merkezlerinin her birinin yapacağı, yılda 15 ila 20 patent başvurusu sayesinde, ülke olarak henüz geçemediğimiz yıllık 20 bin patent başvurusu sayısını rahatlıkla geçebileceğimizi söyleyebiliriz.

* İleri Araştırmalar Uzmanı, Tofaş, Ender.Erkaratas@tofas.com.tr



AIPPI TÜRKİYE

FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI KORUMA DERNEĞİ

AIPPI Türkiye Ulusal Grubu

26 Eylül 2008 tarihi itibarıyla tüzel kişilik kazanmış bulunan ve T.C. Kanunlarına göre kurulu bağımsız bir dernek olarak Fikri Mülkiyet Hakları Koruma Derneği, Uluslararası AIPPI Derneği ile işbirliği içerisinde, AIPPI Türkiye ulusal grubu misyonunu da üstlenmiş bulunmaktadır.

Hazırlayanlar

Buşra Altındağ (*busra.altindag@aabghukuk.com*)
Büşra Nur Kapkara (*busranurkapkara@gmail.com*)
Ece Gönülal (*ece.gonulal@esin.av.tr*)
Ender Erkarataş (*Ender.Erkaratas@tofas.com.tr*)
Feride Özdemir (*feride.ozdemir@stock.com.tr*)
Gizem Dilan Özmen (*gizem.ozmen@ankarapatent.com*)
İpek Yıldız Esiner (*ipek.esiner@stock.com.tr*)
Mehmet Çiçek (*mehmet.cicek@turkcell.com.tr*)
Melis Abacıoğlu Viskuşenko (*melis@abacioglu-ip.com*)
Mine Akarsu (*mine@akarsu.av.tr*)
Mine Güner (*mine.guner@esin.av.tr*)
Seral Cantürk (*seral.canturk@stock.com.tr*)

Kapak Fotoğrafı

Irmak Yalçınır (*irmak@yalciner.com.tr*)

Tasarım ve Uygulama

Feyza Çanaklı (*feyzalal@gmail.com*)

Fikri Gündem'de yayımlanan yazılar AIPPI Uluslararası ve/veya AIPPI Türkiye adına bağlayıcı olmamakla birlikte yazılar AIPPI Uluslararası ve/veya AIPPI Türkiye'nin resmi görüşü olarak nitelendirilemez. Yazılar yazarların kişisel görüşünü yansıtmakta olup, yazılara ilişkin her türlü sorumluluk tümüyle yazarına aittir.

Önümüzdeki sayılarda Bülten çalışmamıza katkıda bulunmak isteyen üyelerimizin fikrigundem@aippiturkey.org mail adresi üzerinden iletişime geçmeleri rica olunur.

FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI KORUMA DERNEĞİ

AIPPI Türkiye Ulusal Grubu

Altintepe Mah. İstasyon Yolu Sk. No:3/1-130 Maltepe, İstanbul

www.aippiturkey.org

[instagram.com/aippiturkey](https://www.instagram.com/aippiturkey)

[linkedin.com/aippiturkey](https://www.linkedin.com/aippiturkey)