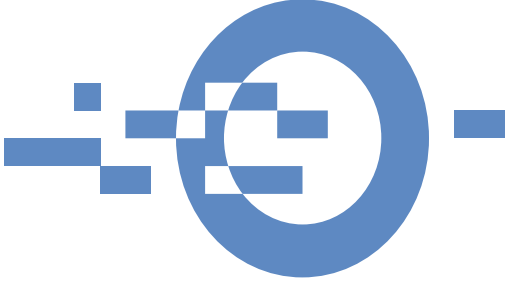


FİKRİ GÜNDEM

AIPPI Türkiye Bülteni
Temmuz 2015
Sayı: 8





AIPPI
TÜRKİYE

GÜNDEMĐEN
HABERLER

KURUMLAR VERGİSİ GENEL TEBLİĞİ'NDE DEĞİŞİKLİK

6518 sayılı sınai mülkiyet haklarından elde edilen kazançlara yönelik istisna uygulamasına ilişkin kanunun uygulama yönetmeliği olan “Kurumlar Vergisi Genel Tebliği (Seri No: 1)’nde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (Seri No: 8)” 21 Nisan 2015’te [Resmi Gazete](#)’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Şubat 2014’te yayınlanmış olan 6518 sayılı kanunla sınai mülkiyet haklarında bir istisna tanımlanmıştır. Söz konusu kanunun 32. ve 82. maddeleri uyarınca “Türkiye’de gerçekleştirilen araştırma, geliştirme ve yenilik faaliyetleri ile yazılım faaliyetleri neticesinde ortaya çıkan buluşların Türkiye’de seri üretime tabi tutularak pazarlanmaları hâlinde elde edilen kazançların ve Türkiye’de gerçekleştirilen üretim sürecinde kullanılması sonucu üretilen ürünlerin satışından elde edilen kazançların patentli veya faydalı model belgeli buluşa atfedilen kısmının % 50’si kurumlar vergisinden müstesnadır” hükmü yer almaktadır.

Bu istisna, buluşa yönelik haklara tecavüz edilmesi sonucunda elde edilen gelirler ile buluş nedeniyle alınan sigorta veya diğer tazminatlar için de uygulanacaktır. Kanunda istisnadan faydalanabilmek için söz konusu buluşların incelemeli sistem ile patent belgesi almış olması gerektiği de belirtilmektedir.

Bu esnada, yukarıda anılan Kanun’un Uygulama Yönetmeliği’nde yapılacak değişiklikle 1/1/2015 tarihinden önce alınan ve koruma süresi henüz dolmamış olan patent veya faydalı model belgelerine ilişkin buluşlardan 1/1/2015 tarihinden itibaren kalan koruma süresince elde edilen kazanç ve iratlar için istisnadan yararlanılabileceğinin altını çizmek gerekir. Ancak, koruma süresi 1/1/2015 tarihinden önce dolmuş olan patentli veya faydalı model belgeli buluşlardan elde edilen kazanç ve iratlar için istisnadan yararlanılamayacaktır.

Yukarıda anılan Kanun’un Uygulama Yönetmeliği’nde yapılacak değişiklikle istisna uygulamasına ilk defa konu edilecek patentli veya faydalı model belgeli buluşlarla ilgili olarak değerlendirme raporunun düzenlenmesi amacıyla, patent veya faydalı model belgesi sahipleri tarafından ön değerlendirme raporu hazırlanması ve Gelir İdaresi Başkanlığı’na başvurulması gerekmektedir. Her bir patentli veya faydalı model belgeli buluş için bir defaya mahsus olmak üzere değerlendirme raporu düzenlenecek ve bu raporda tespit edilen değer patent veya faydalı model belgesinin koruma süresince bu istisnadan faydalanacak tüm mükellefler için güncellenmeksizin geçerli olacaktır.

GÜNDEMden HABERLER

ANAYASA MAHKEMESİ 556 SAYILI KHK’NIN 16. MADDESİNİN 5. FIKRASINI VE 7. MADDESİNİN (İ) BENDİNİ İPTAL ETTİ

Ankara 3. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin 16. maddesinin beşinci fıkrasındaki “Tescilli bir markanın devri sırasında aynı markanın veya ayırt edilemeyecek derecede benzerinin, aynı veya halkı yanılgıya düşürecek derecede benzeri mallar veya hizmetler için başka marka tescillerinin bulunması halinde, bu markaların da devredilmesi şarttır” hükmünün iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurması üzerine Anayasa Mahkemesi, tescilli markanın devrine ilişkin düzenlemenin, mülkiyet hakkının konusunu oluşturan marka hakkıyla ilgili olduğundan, ve mülkiyet hakkının ancak kanunla sınırlandırılabileceğini öngören Anayasa’nın 91. maddesinin birinci fıkrasına aykırı olduğu ve iptalinin gerektiği bildirildi.

Anayasa Mahkemesi bu kararını takiben yine aynı gerekçeye dayanarak 27 Mayıs 2015 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanan kararı ile 556 sayılı KHK’nın 7/1(i) bendinin de iptal edilmesine karar verdi.

PCT-EASY HİZMETİNİN SONA ERMESİ, ePCT HİZMETİNİN BAŞLAMASI

Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı’nın (WIPO) 1998 yılında başlattığı PCT-EASY hizmetine 1 Temmuz 2015 tarihinden itibaren son veriliyor. PCT-EASY’nin yerine, 2015 Mayıs ayı içinde daha hızlı ve avantajlı bir sistem olan online ePCT uygulamasının başlatılması planlandı. PCT-EASY hizmetinin sona ermesi ve ePCT hizmetiyle ilgili detaylı bilgiye [buradan](#) ulaşabilirsiniz.

PCT-EASY sistemi kullanılarak yapılan elektronik başvurular için başvuru sahiplerine 100 CHF indirim yapılmakta iken, ePCT sisteminde bu indirim bedeli 300 CHF'ye kadar çıkmaktadır. WIPO, ePCT kullanıcı ara yüzünün İngilizcenin yanı sıra Arapça, Çince, Fransızca, Almanca, Japonca, Korece, Portekizce, Rusça ve İspanyolca dillerini de destekleyeceğini duyurdu.

WIPO tarafından hazırlanan PCT Newsletter'ın Mayıs sayısında Türkiye'nin de Estonya ve Macaristan Patent Ofisleri ile birlikte ePCT başvuru kabulü ve işlemleri yapacağı duyuruldu. Bu üç ülkenin katılımıyla birlikte toplamda 19 ofis ePCT başvuru işlemlerini gerçekleştirecektir.

GÜNDEMden HABERLER

2015 YILI SINIFLANDIRMA TEBLİĞİ'NİN İNGİLİZCE ÇEVİRİSİ İLE MADRID MAL VE HİZMET YÖNETİCİSİ HAKKINDA

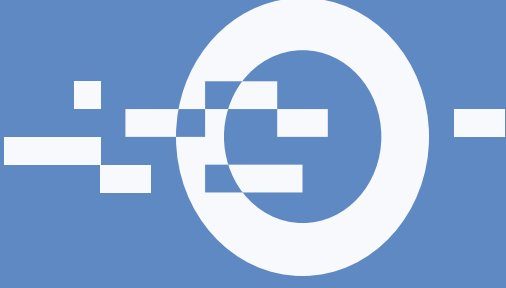
Madrid Sistemi kapsamında Türkiye'nin menşe ofis olduğu uluslararası marka tescil başvurularında kullanılmak üzere, Nis Sınıflandırma Sistemine uygun olarak hazırlanan mal ve hizmetlerin sınıflandırmasına ilişkin tebliğin İngilizce çevirisi, tebliğde 2015 yılında yapılan değişiklikler esas alınarak güncellenmiştir.

Madrid Sistemi Mal ve Hizmet Yöneticisi (GSM), Madrid Mal ve Hizmet Yöneticisi (MGS) olarak yeniden adlandırılmıştır.

Yapılan güncellemeler doğrultusunda herhangi 17 MGS diline ücretsiz olarak, anında, yüksek-kalite çeviri sağlayan "Translate into" işlevi genişletilerek, "Belirlenen Akit Taraf tarafından kabul edilebilirlik kontrolü (dCP)" işlevi eklendi. Bu işlev kullanıcılara MGS'den derlenmiş ve mal ve hizmet listelerinde belirttikleri adlandırmaların, belirlenen Akit Taraf tarafından kabul edilmiş olup olmadığını saptama imkanı vereceği belirtilmiştir.

MGS'ye erişim adresi: <http://wipo.int/mgs/>.

Kaynak: <http://www.tpe.gov.tr/TurkPatentEnstitusu/allAnnouncement/announcementDetail?newsId=342>



AIPPI
TÜRKİYE

PATENT

PATENT

Yazar: Sevgi GÖKÇEK AYGÖREN,
Toksöz Grup / Sanovellaç San. ve Tic. A.Ş.
İletişim: sevgigokcek@sanovel.com.tr

İLAÇ ENDÜSTRİSİNDE İKİNCİL TIBBİ KULLANIM PATENTLERİ

Avrupa’da “Second Medical Use” olarak bilinen “İkincil Tıbbi Kullanım” patentleri ilaç endüstrisinde hem orijinatör hem de jenerik ilaç firmaları için oldukça önemlidir.

İkincil tıbbi kullanım, daha önce bir hastalıkta kullanımı kamuya açıklanmış bir ilacın, başka bir hastalığın tedavisinde de etkin olduğunun bulunması durumunda kullanılan bir tabirdir. Bir ilacın ikincil tıbbi kullanımı için patent alınması, patente konu tüm buluşlarda olduğu gibi, yenilik, tekniğin bilinen durumunun aşılması ve sanayiye uygulanabilirlik şartlarının sağlanması ile mümkündür. Burada temel olan, yeni bir ilacın bulunması değil, var olan bir ilacın başka bir tedavide de kullanımının bulunmasıdır. Örnek olarak, ağrı kesici özelliği ile patent korumasından yararlanan Aspirin®’i verebiliriz. Aspirin®’in daha sonra kan sulandırıcı özelliğinin bulunması ile kalp krizini önleyici etkisi de ortaya çıkmıştır.

Avrupa Patent Sözleşmesi (EPC 2000)’nin 13 Aralık 2007 tarihinde yürürlüğe girmesi sonucu, bilinen ilaç etken maddelerinin ikincil ya da daha sonraki tıbbi kullanımlarının patent ile korunması, Madde 54(4) ve 54(5)¹ ile mümkün olmuştur. Bu suretle, belirtilen tarihten sonra Avrupa Patent Ofisi tarafından tescil edilen ve Türkiye’de valide edilen patentler için uluslararası anlaşmaların önceliği prensibi ile hukuki zemin mevcuttur.

İkincil tıbbi kullanım patentleri, EPC 1973 geçerliliğinde “Swiss-type claim” olarak bilinen **“use of X for the preparation of a medicament for treating Y”** yani **“Y’yi tedavi etmek için hazırlanan bir ilaçta X’in kullanımı”** formunda yazılan istemlerle mümkün olmaktadır. Ardından bu dolaylı ifade, G 2/08 kararı² ile değiştirildi. Yapılan düzenleme ile başvurusu 29.01.2011’de veya daha sonra yapılan patentlerde, ikincil tıbbi kullanım için **“product X for treating Y”** yani **“Y’nin tedavisi için X ürünü”** şeklinde bir ifadenin kullanılacağına karar verildi.

Çoğu ilaç, molekül patentinin koruması bittikten sonra da, pek çok kullanım şekli ve endikasyon patentiyle uzun yıllar korunmaya devam edilmektedir. Peki jenerik ilaç şirketleri ikincil tıbbi kullanıma konu olan moleküllerle nasıl piyasaya çıkmaktadırlar? Öncelikle her jenerik ilaç, orijinal ilaç kadar etkin ve güvenilir olduğunu kanıtlamak zorundadır. Bahsettiğimiz patentlere konu olan ilaçlar, kendi KÜB/KT’lerinde patent koruması altında

Novelty

(1)An invention shall be considered to be new if it does not form part of the state of the art.

(2)The state of the art shall be held to comprise everything made available to the public by means of a written or oral description, by use, or in any other way, before the date of filing of the European patent application.

PATENT

olan endikasyonu ya da kullanım şeklini içermeyerek endikasyonu dar tutmakta ve bu şekilde patent ihlali olmadan piyasaya çıkmaktadırlar. Ülkemizde henüz tam karşılığı bulunmayan bu KÜB/KT şekline “skinny label” denmektedir. Bazı ülkelerde “carve-out use” ifadesiyle de yer bulan bu KÜB/KT’yi şu şekilde formülize edebiliriz:

Skinny label : Ürün özellikleri (SmPC) + Patent ile korunmayan endikasyonlar / kullanım şekilleri

İkincil tıbbi kullanım patentleri ile ilgili uygulamalar ülkemizde de Avrupa’daki diğer ülkelerde de henüz tam olarak bir netlik kazanmamıştır. Bunun nedenlerinden bir tanesi, ulusal mevzuat farklılıklarıdır. Konu yakın zamana kadar Avrupa Patent Ofisi uygulamalarında bile tartışılıp farklı kararlar ile sonuçlanırken, her biri kendine özel patent kanununa sahip ülkelerde de birbirinden farklı uygulamalar ile yürütülmesi şaşırtıcı değildir.

Örneğin, 551 KHK Md 6(e)’de³ belirtilen “insan veya hayvan vücuduna uygulanacak cerrahi ve tedavi usullerinin birer buluş olmadığı” ilkesi gereği, bu buluşlar KHK’nın kapsamı dışında kalmaktadır. Fakat ikincil tıbbi kullanım, insan vücuduna uygulanan bir tedavi yöntemini tarif etmekte ve bu ilke ile ters düşmektedir. Diğer taraftan, Avrupa Patent Ofisi’nin G 5/83 kararı⁴ ile Avrupa Patent Sözleşmesi’ne bir istisna getirmesi ve ardından da değişen EPC ile bunu sözleşmeye yansıtması üye ülkeler açısından bir karmaşa yaratmıştır. Şu anda bizim ulusal mevzuatımız ilaçların ikincil kullanımının patentlenemeyeceğini bildirirken (551 KHK Madde 6(e)), üyesi olduğumuz Avrupa Patent Sözleşmesi 13 Aralık 2007 tarihinde yürürlüğe giren yeni hali ile ilaçta ikincil ya da sonraki kullanıma ilişkin buluşların patentlenebileceğini ifade etmektedir.

Patentlenebilirliğe ilişkin farklılıkları bir kenara bırakacak olursak, ikincil kullanım patentlerini tartışma konusu yapan diğer bir önemli neden ise koruma süresi dolan patentlere konu olan buluşların üçüncü kişiler tarafından kullanılmak istenmesidir. Bilindiği gibi, patentin doğuş amacı, buluşu yapan kişiye, buluşunu halka açıklaması karşılığında belirli süreyle bir tekel hakkı vermek, böylece toplumda bilgi akışını sağlayarak daha ileri gelişmelerin önünü açmaktır. Buna istinaden jenerik ilaç firmaları da, KÜB/KT’lerinde patent ile korunan kullanımı bulundurmada ilaçlarını piyasaya sürme isteği içindedir. Bu durum sağlık uygulamaları, reçetelendirme sistemleri ve patent kanunları arasında bir anlaşmazlık doğurmakta ve çeşitli davalara konu olmaktadır.

İkincil kullanım patentleri ile ilgili önemli bir dava çok yakın zamanda İngiltere’de görülmüştür. Davayı daha iyi anlayabilmek için İngiltere’deki sağlık sisteminden kısaca bahsetmek faydalı olacaktır. Birleşik Krallık (UK) Ulusal Sağlık Sistemi (National Health Service-NHS) dünyanın

(3)Additionally, the content of European patent applications as filed, the dates of filing of which are prior to the date referred to in paragraph 2 and which were published on or after that date, shall be considered as comprised in the state of the art.

(4)Paragraphs 2 and 3 shall not exclude the patentability of any substance or composition, comprised in the state of the art, for use in a method referred to in Article 53(c), provided that its use for any such method is not comprised in the state of the art.

PATENT

en eski ve en geniş tek ödeyicili sağlık sistemine sahiptir. Yapı içerisinde Klinik Komisyon grupları, sağlıktaki işleyişi düzenleyen ve tüm sağlık personelinin etkileyen kılavuzlar yayınlanmaktadır. İngiltere’de reçeteleme sistemi de Türkiye’dekinden farklı olarak “etken madde ismi” ile yapılmaktadır. Örneğin, ağrı için doktor size “Aspirin®” yerine “500 mg asetil salisilik asit” reçete etmektedir. Etken madde ismi ile reçetelendirmenin en yaygın olduğu ülke İngiltere’dir ve bu sayede sağlık harcamaları için ayrılan bütçeye oldukça büyük bir katkı sağlanmaktadır.

Dava, Pfizer’in yüksek satış hacmine ulaştığı molekülü pregabalin ile ilgilidir. Warner-Lambert’i bünyesine katan Pfizer, Lyrica® ticari adıyla; epilepsi, genel anksiyete bozukluğu ve nöropatik ağrı için endike olan pregabalini piyasaya sürmüştür. Molekül patent koruması 2013 yılında son bulan ilacın, veri imtiyazı da Temmuz 2014’te bitmiştir. Warner-Lambert’a ait EP0934061 numaralı patent ile nöropatik ağrıda kullanımının korunması Temmuz 2017’ye kadar devam etmektedir. Actavis, bu patent ile korunan nöropatik ağrı endikasyonunu KÜB/KT’sine yazmayarak ticari ismi Lecaent® olan ilacını piyasaya çıkarmıştır (skinny label). Doktorun “pregabalin” şeklinde yazdığı bir reçetede endikasyon belirtme zorunluluğu yoktur. “Pregabalin” reçetesi ile gelmiş bir hastaya eczacı istediği eşdeğer ürünü verebilmektedir. Bu durumda nöropatik ağrı için patent koruması bulunan Pfizer, Lecaent® ürününün hangi amaçla kullanıldığının kontrol edilemeyeceğini düşünüp tecavüz davası açmıştır. İngiltere sağlık sistemindeki bu özel durum nedeniyle, her ne kadar Actavis KÜB/KT’sinde patent ile korunan endikasyonu bulundurma da, eczacının hastaya istediği eşdeğer ürünü verebilme özgürlüğü sonucu Lecaent®’in patentle korunan nöropatik ağrı endikasyonunda da kullanımı söz konusu olmaktadır. Açılan dava İngiltere’deki yetkili mahkeme tarafından Richard David Arnold tarafından görülmüştür. Arnold kararını açıklamadan şu üç nokta üzerinde özellikle durduğunu belirtmiştir:

- Varolan bir patent koruması hakkının önemi,
- Bu patent hakkından kaynaklanabilecek olası sağlık bütçesi zararı,
- Jenerik şirketlerin ticaret yapabilme özgürlüğü.

Arnold öncelikle, swiss-type claim’in karmaşık ifade yapısından kaynaklı olarak, patent korumasından belki de haberi olmadan ilacın dağıtımını sağlayan doktor, eczacı ve hatta hastaların patent ihlali yapmasının söz konusu olmadığını, bunun sadece üretici firmaları ilgilendirdiğini belirtmiştir.

Arnold’ın nihai kararı: **“Nöropatik ağrı endikasyonu için pregabalin’in ‘Lyrica®’ marka adıyla reçete edilmesi, patent koruması dışında kalan diğer endikasyonlar için normalde olduğu gibi ‘pregabalin’ etken madde ismiyle reçete edilerek istenilen ilacın kullanılabilmesi” şeklinde olmuştur.** Bu kararı alırken Arnold, hukukun üstünlüğünü ortaya koymuş ve

(5) Paragraphs 2 and 3 shall also not exclude the patentability of any substance or composition referred to in paragraph 4 for any specific use in a method referred to in Article 53(c), provided that such use is not comprised in the state of the art

G 2/08: <https://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/recent/q080002ex1.html>

551 sayılı KHK: <http://www.tpe.gov.tr/TurkPatentEnstitusu/resources/temp/1FFCD942-38FC-4F1C-A7A1-AF96E9BC806F.pdf>

G 5/83: <http://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/recent/q830005ep1.html>

PATENT

İngiltere'nin sağlık sistemini etkileyen bir karar ortaya çıkmıştır. Üstelik bu karar sadece davacı Pfizer ve davalı Actavis'i değil, İngiltere'de piyasaya çıkmayı planlayan tüm jenerikleri de etkileyen geniş bir karardır. Bu karar sonucunda:

- Actavis, Ulusal Sağlık Sistemi (NHS)'ni ve Klinik Komisyon'u, "Lecaent® 'in nöropatik ağrıda kullanılamayacağı" konusunda bilgilendirmek yükümlülüğündedir.
- Ulusal Sağlık Sistemi (NHS) ve Klinik Komisyon da Lyrica® için reçeteleme sisteminde bir istisna yapmak durumundadır.
- Eczacının hastayı "Lecaent® nöropatik ağrı endikasyonu için izinli değildir ve bu amaç için dağıtılmamalıdır." şeklinde bir notla bilgilendirmesi gerekmektedir (henüz ambalajlama düzenlemelerinde ne şekilde yer bulacağı netleşmemiştir).

İngiltere'deki dava doğrudan tecavüz davası olarak açılmıştır. Arnold, her iki tarafın haklarını da korumak adına bir tecavüz kararına varmamış, onun yerine gerekli önlemleri sağlamak adına radikal düzenlemeler getirmiştir. Yargıç Arnold böyle bir kararı verirken üçüncü kişilerin patent koruması biten buluşları kullanma hakkı olduğunu, dolayısıyla Actavis'in KÜB/KT'sine yazmadığı patentle korunan endikasyonlar için suçlanamayacağı üzerinde durmuştur. 2015 Haziran'da temyize gidecek olan davadaki gelişmeleri ve nihai kararı tüm ilaç sektörü merakla beklemektedir.

Kaynakça:

EPO (Second or further medical use of known pharmaceutical products): http://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/guidelines/e/g_vi_7_1.htm

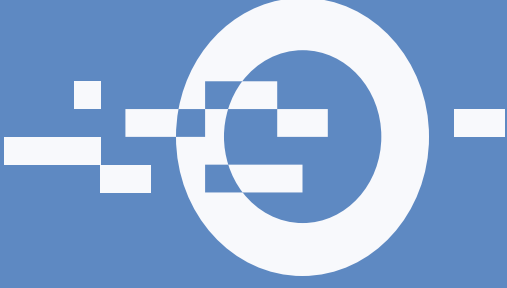
EPO (Case Law of the Boards of Appeal): http://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/caselaw/2013/e/clr_i_c_6_2_1.htm

FDA'nın skinny label'a yaklaşımı: http://www.fdalawblog.net/fda_law_blog_hyman_phelps/2008/09/the-skinny-on-s.html

EP0934061B1: <http://worldwide.espacenet.com/publicationDetails/biblio?CC=EP&NR=0934061B1&KC=B1&FT=D>

Decision: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Patents/2015/72.html>

Decision: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Patents/2015/223.html>



AIPPI
TÜRKİYE

KİŞİSEL
VERİLER

KİŞİSEL VERİLER

Yazar: Av. Selin Kaledelen
Deriş Patent ve Marka Acentalığı A.Ş.
İletişim: skaledelen@deris.com.tr

KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI MESELESİNE KISA BİR BAKIŞ

*The whole thing goes: The future's not set. There is no fate but what we make for ourselves.**

Hayatınızdaki en özel yer neresi? Yatak odanız? E-mailiniz veya sosyal medya hesaplarınız. Peki ya arabanız, mahallenizdeki eczane, arka bahçeniz? Sadece bir süreliğine kimsenin haberi olmadan kaybolup istediğinizi yapabilir misiniz?

Bugünün dünyasında, yukarıda insana özgü olan tüm hal ve eylemlerin hepsi imkansız hale gelmekte ki, hem felsefi hem de sosyolojik tartışmalara konu olan insanın yalnızlığı biraz daha kablolarla sarıp sarmalanmakta. Bu da aslında sadece fantastik veya post apokaliptik filmlerde gördüğümüz insana hükmeden makina fikrine o kadar uzak da değiliz artık algısını yaratmaya yeterli görünüyor.

Şimdilik ibreyi, bilimkurgu filmlerinden çok da uzakta olmayan Türkiye'de ki kişisel veriler sorununa Anayasa Mahkemesi'nin son kararı ışığında bir göz atalım.

Türkiye'de hala kişisel verilerin korunmasına ilişkin kanun olmasa da Mahkemeler çağın hızına ayak uydurmada Türk mevzuatından hızlı davranarak şimdiden içtihatlar oluşturmaya başladı. Bunun son örneği ise Anayasa Mahkemesi'nin 25.12.2014 tarihli kararı ile Sosyal Güvenlik Kanunu'nun 78. Maddesinde yer alan sağlık bilgilerinin paylaşımı ile ilgili fıkra da yer alan cümleyi iptal etmesiydi. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 78. Maddesi aşağıdaki gibiydi:

* Terminator 2 : Judgement Day (1991)
directed by James Cameron

KİŞİSEL VERİLER

“Sağlık hizmeti sunucularının kayıt ve bildirim zorunluluğu ve kontrol yetkisi”

(5) II. Cumhuriyetin nitelikleri

MADDE 2- Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir.

(6) VII. Yasama yetkisi

MADDE 7- Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez.

(7) II. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması

MADDE 13- (Değişik: 3/10/2001-4709/2 md.)

Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

(8) IV. Özel hayatın gizliliği ve korunması A. Özel hayatın gizliliği

MADDE 20- Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. (Mülga cümle: 3/10/2001-4709/5 md.)

(Değişik: 3/10/2001-4709/5 md.) Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.

MADDE 78- Kurum ile sözleşmesi olan, tüm sağlık hizmeti sunucuları, sağlık hizmeti sunduğu tüm kişilere ait sözleşme hükümlerinde yer verilen bilgileri, belirlenen yöntemlere ve süreye uygun biçimde elektronik ortamda veya yazılı olarak Kuruma göndermek zorundadır. Bu bilgiler gönderilmeksizin talep edilen sağlık hizmeti bedelleri, bilgiler gönderilinceye kadar ödenmez.⁽²⁾

Genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişinin sağlık bilgilerinin gizliliği esastır. **Sağlık bilgilerinin ne şekilde korunacağı, ulusal güvenlik nedeniyle sağlık bilgisi paylaşımına açılmayacak kişilerin tespiti ilgili bakanlıkların önerisi üzerine Bakanlıkça tespit edilir. (Ek cümle: 17/4/2008-5754/66 md.) Bu kişi ve grupların sağlık bilgilerinin nasıl tutulacağı ilgili kuruluşların görüşleri alınarak hazırlanacak yönetmelik ile düzenlenir.**

Kurum, genel sağlık sigortası hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili olarak işverenler, sağlık hizmeti sunucuları ve diğer gerçek ve tüzel kişiler nezdindeki defter, belge ve bilgileri inceleyebilir, ibrazını isteyebilir.

Kurum, bu Kanunda belirtilen görevleriyle ilgili olarak sağlık hizmeti sunucularının yürüttüğü hizmet ve işlemleri kontrol yetkisine sahiptir. Kurum, bu yetkisini görevlendirdiği personeli vasıtasıyla veya kamu kurumları ve özel kurumlardan hizmet satın almak suretiyle kullanabilir.”

Anayasa Mahkemesi Danıştay 15. Dairesi’nin Anayasa’nın 2. maddesi⁵, 7. maddesi⁶, 13. maddesi⁷ ve 20. maddesine⁸ dayanak göstererek yukarıda anılan maddenin 1. ve 2. Fıkralarının iptali istemli başvuruyu inceleyerek sadece 78/2 ‘de yer alan **“Sağlık bilgilerinin ne şekilde korunacağı, ulusal güvenlik nedeniyle sağlık bilgisi paylaşımına açılmayacak kişilerin tespiti ilgili bakanlıkların önerisi üzerine Bakanlıkça tespit edilir. (Ek cümle: 17/4/2008-5754/66 md.) Bu kişi ve grupların sağlık bilgilerinin nasıl tutulacağı ilgili kuruluşların görüşleri alınarak hazırlanacak yönetmelik ile düzenlenir.”** cümlesini iptal ederek karara bağlamıştır.

Söz konusu fıkranın iptal edilmesinin temel nedeni de hala tasarının yasalaşmamış olmasıdır. Türkiye’de, kişisel verilerin korunması, işlenmesi, depolanması herhangi bir var olan kanuna atfen değil, sınırları ve içeriği her geçen gün gelişen kişisel veriler sorunsalına büyük oranda yetersiz kalan Anayasa veya Ceza Kanunu’nda yer alan hükümlere dayanarak çözülmeye çalışılmaktadır.

Kanun koyucunun bu soruna bulduğu başka bir ihtiyari çözüm yolu ise çıkarılan kanunların eksikliklerini yönetmeliklerle kapatmak olmuştur. Bu yöntem son dönemde uygulamasını

KİŞİSEL VERİLER

Yazar: Av. Deniz Kozakçı

(Ek fıkra: 12/9/2010-5982/2 md.) Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.

(9) Basit bir tanım yapmak gerekirse veri madenciliği, büyük ölçekli veriler arasından bilgiye ulaşma, bilgiyi madencileme işidir. Ya da bir anlamda büyük veri yığınları içerisinde gelecekle ilgili tahminde bulunabilmemizi sağlayabilecek bağlantıların bilgisayar programı kullanarak aranmasıdır. Veri madenciliği deyimi yanlış kullanılan bir deyim olabileceğinden buna eş değer başka kullanımlar da literatüre geçmiştir. Veritabanlarında bilgi madenciliği (Ing.knowledge mining from databases), bilgi çıkarımı (Ing.knowledge extraction), veri ve örüntü analizi (Ing. data/pattern analysis), veri arkeolojisi gibi.

gördüğümüz şekliyle Anayasa veya uluslararası sözleşmelerle belirlenen ve sınırları çizilen temel hak ve hürriyetlerin ruhuna ve lafzına müdahale ederek amaçlarını değiştiren veya orantılı ilkesine halel getirecek düzeyde temel hak ve hürriyetlerin uygulanmasını ve yorumlanmasını zorlaştıran ve asıl olarak kanun koyucu yerine yürütme organı yani Bakanlar kurulu veya idari tüzel kişiler tarafından çıkarılan yönetmelikler aracılığıyla olmaktadır.

Anayasanın 13. maddesinde de belirtildiği üzere, temel hak ve özgürlükler sadece kanunla sınırlanabilir. Yani başka bir deyişle, yürütme organının veya idari tüzel kişilerin adeta kanun koyucu gibi davranarak temel haklara ilişkin sınırlar çizmesi veya söz konusu hakların nasıl kullanılacağını belirlemesi Anayasaya aykırılık teşkil edecektir.

Anayasa Mahkemesi 2013/122 E. ve 2014/74 sayılı kararı ile kişisel verileri; “belirli veya kimliği olmak şartıyla, bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade etmektedir. Bu bağlamda adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi bireyin sadece kimliğini ortaya koyan bilgiler değil; telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, IP adresi, e-posta adresi, hobiler, tercihler ve etkileşimde bulunulan kişiler, grup üyelikleri, aile bilgileri, sağlık bilgileri gibi kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılan tüm veriler kişisel verilerdir.” şeklindeki tanımını yine bu kararda da tekrar etmiştir. İlâveten, kişinin bedensel ya da zihinsel sağlığına ilişkin kayıt edilmiş bilgilerin tamamından oluşan sağlık bilgileri, aralarında bireylerin ırk, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep veya diğer inançları, dernek, vakıf sendika veya özel yaşamları ve her türlü mahkumiyetleri ile ilgili verilerin de bulunduğu “hassas” veya “özel niteliği olan” kişisel veriler kategorisinde yer almakta olup, bu yönüyle de özel bir öneme sahip.

Mahkeme, söz konusu iptal talebini incelerken, veri korumasının ve aslında büyük başlık olarak özel hayatın gizliliğinin bir seçim ve akabinde bir hak olmasına değinmekte ve ek olarak teknolojik gelişmeler ışığında veri madenciliği⁹, alınan ve toplanan verilerin veri öznesine veri yoluyla ulaşılması yani veri eşleştirmenin artması ve en önemlisi de kişisel verilerin ticari amaçlı olarak büyük veya küçük ölçekli şirket tarafından kullanılmak üzere veri pazarına açılmaları, veri korumasının günümüzde artık daha da önemli bir yere sahip olduğunu vurgulamıştır.

Mahkemenin yorumundan yola çıkarak altını çizmek gerekirse, günümüzde kişisel verilerin satılması, ve şirketlerin söz konusu verileri almak için büyük miktarlarda ücret ödemesi artık alışılabilir olup, Dünya Kişisel Gizlilik Platformu (“The World Privacy Forum”) bugün itibarıyla dünya çapında 4.000’den fazla veri simsarı (verileri satanlar ile alıcıları arasında simsarlık/ aracılık yapanlar) olduğunu tahmin etmektedir.

KİŞİSEL VERİLER

Büyük ölçekli ticari şirketler, brokerlardan; tüketici sağlık bilgileri, internette yapılan anket sonuçları, bağış yapanların listesi, dergi veya gazete abonelik listeleri gibi bilgileri satın almaktadırlar. Fakat özel hayatın gizliliğine saldırı ve veri sahiplerinin/süjelerinin izni olmadan verilerin satılmasına dair Amerikan Hukuku da dahil olmak üzere hiçbir hukuk metodolojisi tam anlamıyla bu alışverişi hukuki bir çözüm bulamamakta ve yaptırım uygulayamamaktadır.

Geçen yıllarda Sosyal Güvenlik Kurumu, 65 bin Türk lirası karşılığında özel şirketlere kişilerin sağlık verilerini sattığına dair haberleri yalanlayarak 2013 yılında yayınlanan Sayıştay Raporu¹⁰'na atıfta bulunmuş ve kişisel verilerin paylaşıldığına dair bir tespit bulunmadığını belirtmiştir. Söz konusu açıklamada Sosyal Güvenlik Kurumu aşağıdaki ifadeleri kullanmıştır:

“Tam aksine kişi bilgilerinin yer almadığı, anonimleştirilmiş verilerin paylaşıldığına dair tespitlere yer verildiği açıkça görülmektedir. Sağlık alanında bilimsel ve akademik çalışmaların yapılabilmesi, toplum sağlığının geliştirilebilmesi, hastalık yüklerinin tespit edilebilmesi gibi çalışmalarda anonimleştirilmiş sağlık bilgileri önemli bir kaynak görevi görmektedir. Bahsi geçen anonimleştirilmiş bilgilerin akademisyenlere sunularak bilimsel destek için destek verilmesi konusunun, kişisel verilerin satılması olarak kamuoyuna sunulması yanlış bir tutum anlayışıdır. Paylaşılan verilerde kişilerin isimleri, T.C. kimlik numaraları, hangi hastanelere gittikleri, hangi polikliniklerde muayene oldukları, hangi ilaçları aldıkları gibi veriler kesinlikle yer almamaktadır. Bu husus, 2013 yılı Sayıştay Raporu’nda da yer almıştır.”

Tekrar Anayasa mahkemesi kararına geri dönecek olursak, çıkacak olan Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı’nın hala mecliste beklediği şu günlerde, kişisel verilerin korunması için az sayıdaki dayanak hükümlerden biri olan Anayasa’nın 20. maddesi; kişisel veri korumasını açıkça ve hiçbir kuşkuyla mahal vermeyecek şekilde anayasal güvence altına almakta.

Anayasa Mahkemesi kararına konu Sigortalar Kanunu 78. maddesinde “sağlık bilgilerinin ne şekilde korunacağı, ulusal güvenlik nedeniyle sağlık bilgisi paylaşımına açılmayacak kişilerin tespiti ilgili bakanlıkların önerisi üzerine Bakanlıkça tespit edilir”. Bu kişi ve grupların sağlık bilgilerinin nasıl tutulacağı ilgili kuruluşların görüşleri alınarak hazırlanacak yönetmelik ile düzenlenir” denmektedir.

Yukarıda kişisel verilerin tanımını yapan emsal Anayasa Mahkemesi kararında da belirtildiği üzere, sağlık bilgilerinin hassas kişisel veriler kavramı altında değerlendirildiğini, kişisel verilerin korunması, depolanmasının ancak kanunla belirlenebileceğinin altını çizmiştik. 78. maddede ve daha bir çok Türk kanununda da yer alan ve keyfiyete açık kapı bırakan “ulusal güvenlik” kavramı yine bu maddede de kullanılmış olup, kamu hukukun temel prensiplerinden olan “öngörülebilirlik” ve Anayasanın 2. maddesinde hükme bağlanan

(10) http://www.sayistay.gov.tr/rapor/kid/2013/Genel_B%C3%BCt%C3%A7e_Kapsam%C4%B1ndaki_%20Kamu_%C4%B0dareleri/BA%C5%9EBAKANLIK.pdf

KİŞİSEL VERİLER

“hukuk devleti” ilkesine de aykırılık teşkil etmektedir. Çünkü, hukuk devleti ilkesi; ülke sınırları içerisinde yaşayan vatandaşların hukuka olan güveninin tam olmasını, kanuni sınırların belirli ve ölçülebilir olmasını ve kişilerin edimleri sonucu hangi cezalara veya yaptırımlara tabi olacağını bilebilme ve öngörebilmesini beraberinde getirir. Bu nedenledir ki, özellikle temel hak ve hürriyetlerin sınırlarının çizilmesinde ve kısıtlanmasında ulusal güvenlik gibi hiç bir açık ve belirgin tanımı olmayan muğlak terimler kullanılmamalıdır. Aksi halde, uygulamada keyfiyet kaçınılmaz olacaktır.

Kişisel verilerin paylaşılması, paylaşma açılması veya depolanmasına dair iznin bir yürütme organı olan Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’na bırakılması, Anayasanın 7. maddesinde yer alan yasamanın devredilmezliği ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Kaldı ki, sağlık bilgilerinin paylaşılması yine hali hazırda var olan kanunlarımıza göre kişinin yani veri süjesinin rızasına bağlıdır.

Nitekim, Mahkeme yukarıda da detaylı şekilde gerekçelendirildiği üzere ilgili hükmün ikinci fıkrasının ikinci cümlesini iptal ederek iptali istenen diğer bir hüküm olan birinci fıkranın iptalini reddetmiştir.

Sosyal Güvenlik Kanunu’nun 78. maddenin birinci fıkrasında;

.. “Kurum ile sözleşmesi olan, tüm sağlık hizmeti sunucuları, sağlık hizmeti sunduğu tüm kişilere ait sözleşme hükümlerinde yer verilen bilgileri, belirlenen yöntemlere ve süreye uygun biçimde elektronik ortamda veya yazılı olarak Kuruma göndermek zorundadır. Bu bilgiler gönderilmeksizin talep edilen sağlık hizmeti bedelleri, bilgiler gönderilinceye kadar ödenmez.” denmektedir.

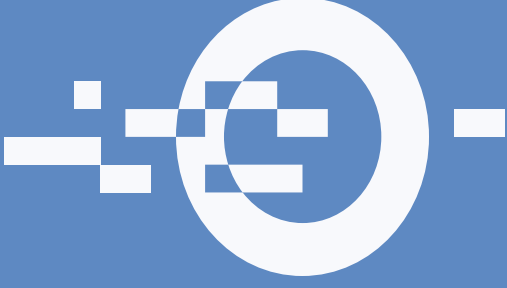
Mahkeme, söz konusu fıkranın hukuka uygunluğunu gerekçelendirirken, Kanun’un 3. maddesindeki Sosyal Güvenlik Kurumu’nun görevlerine atıf yaparak işbu görevlerin yerine getirilmesi, sosyal güvenlik politikalarının belirlenmesi için ilgili sağlık verilerine Kurum’un ihtiyacı olduğunu belirtmiş ve bu ihtiyacın bir kamu yararı olduğunu, özel hayatın gizliliğinin kamu yararı amacıyla sınırlandırıldığını ve söz konusu sınırlandırmanın demokratik toplumun gereklilikleri için uygun bir müdahale olduğunu vurgulamıştır. Mahkeme, veri toplama yetkisinin çerçevesinin çizilerek temel hak ve hürriyetler ile kamu yararı arasında bir denge kurulduğu kanaatine vararak, iptal talebini reddetmiştir.

Bugün sadece Türkiye’nin değil tüm dünyanın; verilerin koruması, işlenmesi, depolanması ve veri koruma mevzuatlarının sınırlarının çizilmesi ve en önemlisi verilerin mülkiyetinin kime ait olduğu, en büyük güncel hukuki problemlerinin başında gelmektedir. Hükümetler gibi özellikle çok uluslu şirketler de, kişilerin tüketim alışkanlıklarını, finansal bilgilerini veri süjelerinin izni olmadan toplamakta ve işlenmektedir.

KİŞİSEL VERİLER

Böylesine bir uluslararası konjonktürde; Türkiye gibi hala veri koruma yasasına sahip olmayan ülkeler için yargı kurum ve kuruluşlarına, hali hazırda olan kanunların ve anayasanın yorumlanması hususunda büyük görevler düşmektedir.

Hal böyleyken, Anayasa Mahkemesi'nin 78. maddenin birinci fıkrasında yer alan hükmünün iptalini *"kamu yararı ile temel hak ve hürriyetler arasında denge kurulduğuna dair"* kanaat getirerek, Sosyal Güvenlik Kurum'unun görev ve yetkilerinin sınırlarının çizilmiş olduğunu ve temel hürriyetlere ilişkin hususlarda Kurum'un yetki tecavüzünde bulunmayacağı *"temennisinde"* bulunarak reddetmesi, hukuki dayanaktan yoksun naif bir karar olarak gözükmekte.



AIPPI
TÜRKİYE

MARKA

MARKA

Yazar: Av. Nevin Öner
SERDAR | YILMAZ Hukuk Bürosu
İletişim: nevin.oner@serdaryilmaz.av.tr

PELİKAN KARARI IŞIĞINDA TEKRAR BAŞVURULARDA KÖTÜ NİYET TARTIŞMASI

Kullanmama nedeni ile hükümsüz kılınan markanın sahibinin, aynı ibarenin tescili için yaptığı yeni başvurunun kötü niyetli başvuru ve neticesinde elde edilen tescilin de kötü niyetli tescil olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususu üzerindeki tartışma uzun bir süre devam etmiştir.

Avrupa Adalet Divanı (ECJ), “Pelikan” davası olarak nitelendirilen **Pelicantravel.com s.r.o.v. OHIM, -Case T-136/11 (GC Dec. 13,2012)** kararında, tekrar başvurularda kötü niyetin tespiti için yeni bir kritere yer vermiştir. Aşağıda, kullanmama nedeni ile marka iptali ve kötü niyetin varlığı nedeniyle markanın iptali veya hükümsüzlüğüne ilişkin özet bilgi verildikten sonra Pelikan kararı ile birlikte değerlendirme yapılırken nazara alınması gerekli ek kriter izah edilecektir.

I. KULLANMAMA NEDENİ İLE MARKANIN İPTALİ HAKKINDA

556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK madde 14’te düzenlenen “**markanın kullanılması**” marka sahibine yüklenen bir külfet olarak kabul edilirken, düzenlemenin amaçlarından birisi de, tescil edilmiş olduğu halde kullanılmayan bir markanın, markayı kullanmak isteyen diğer kişilerce kullanabilmesine imkan tanınmasının gerekliliğidir¹¹

Markanın, sahibine yüklenen **kullanma külfetinin** yerine getirilmemesinin yaptırımı, ise “markanın tescil edildiği tarihten itibaren 5 yıl içinde **haklı bir neden olmadan** kullanılmaması veya bu kullanıma 5 yıllık bir süre için kesintisiz ara verilmesi halinde marka iptal edilir.” şeklinde hükme bağlanmıştır. Buna göre tescilli bir markanın, 5 yıl aralıksız kullanılmaması halinde mahkeme kararı ile iptal edilebileceği öngörülmüştür.

(11) Uğur Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 2. Bs, İstanbul, XII Levha, 2014, s. 892

MARKA

556 sayılı KHK madde 14 hükmüne dayanılarak açılan davalarda, yargılama sırasında veya markanın iptaline ilişkin mahkeme kararı kesinleşmeden, marka sahibi tarafından aynı ibarenin tescili için yeni başvuru/başvurular yapılabilmesi, hukuki bir sorun olarak bu incelemenin konusunu oluşturmaktadır.

Marka sahibi tarafından, aynı ibare için yapılan yeni başvuru/başvurular, markayı kullanmak isteyen kişilerin madde 14 hükmünden yararlanmalarını engellemektedir. Bu durumda marka sahibinin kazanılmış hakkına dayanarak aynı ibare için yeniden müracaat etme hakkı ile anılan markayı kullanmak isteyen kişilere, anılan markanın kullanılmadığı iddiasıyla iptal davası açma ve sonrasında markayı kullanma hakkı yarışmaktadır. Böylece yargılama sırasında ya da mahkeme kararı kesinleşmeden aynı ibare için marka sahibinin yaptığı yeni başvuru/başvurular ile 556 sayılı KHK madde 14 hükmü ile düzenlenen iptal yaptırımı dolanılmış olup marka sahibinin iptal eden marka üzerindeki hakları yeni tescil ile devam etmektedir.

II. TÜRKİYE'DE, KÖTÜ NİYETLİ TESCİLİN HÜKÜMSÜZLÜK NEDENİ OLARAK KABULÜ HAKKINDA

Topluluk Marka Tüzüğü 52/1-(b)'de kötü niyetli tescil, hükümsüzlük nedeni olarak öngörülmüş, buna karşılık Türk hukuk mevzuatında, kötü niyetli tescilin markanın hükümsüzlüğüne neden olacağına ilişkin bir hüküm açık bir şekilde düzenleme altına alınmamıştır. Bununla birlikte kötü niyetli tescil kavramı, doktrin ve uygulamada verilen kararlar ile doldurulmaya çalışılmıştır.^{12,13} Nitekim işbu tartışmalar neticesinde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen **E. 2008/11-501, K. 2008/507 sayılı karar ile kötü niyetin başlı başına bir itiraz sebebi olarak öne sürülebilmesi mümkün olduğu gibi sonradan aynı nedenle hükümsüzlük davası da açılabilirliği de hukuka uygun olarak tespit edilmiştir.**¹⁴

“Kötü niyet” kavramına ilişkin tartışmalar, kötü niyetin tespitinde dikkate alınacak kriterlerin de belirlenmesine imkan vermiştir. İşbu kriterlerden ilki **kullanma niyeti** olmadığı halde rakiplerin markayı kullanmasını engellemek amacıyla tescil için müracaat edilmiş olmasıdır. İkinci olarak, başka bir kişinin markayı kullanacağını veya tescil ettireceğinin öğrenilmesinden sonra özellikle o kişinin kullanmayı düşündüğü mal ve/veya hizmet sınıflarını kapsayacak şekilde yine kullanma niyeti olmadan söz konusu ibarenin tescili için müracaat edilmiş olmasıdır. Üçüncü olarak da başka bir kişinin hali hazırda tescilli olarak kullanmakta olduğu markasıyla karışıklık yaratarak haksız yarar sağlamak amacıyla tescil müracaatında bulunulmasıdır. **Kötü niyetin somut olayda bulunup bulunmadığının tespiti, markanın başvuru tarihine göre değerlendirilecektir.**¹⁵

(12) Orhan Sekmen, *Markanın Hükümsüzlüğü ve Hukuki Sonuçları*, Ankara, Bilge Yayınevi, 2013, s. 228.

(13) “Whether the applicant is acting in bad faith, within the meaning of Article 51(1)(b) of Regulation No 40/94, must be the subject of an overall assessment, taking into account all the factors relevant to the particular case.” CJEU, C-529/07 sayılı karar, paragraf 37 <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?sessionId=9ea7d0f130de3a23c29f873e48efac2ff44f17a43ab7.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4ObhqMe0?text=&docid=74488&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=27272> (Çevrimiçi) 16.05.2015.

(14) “...her somut olayın özellikleri gözönüne alınarak açıkça kötü niyetle gerçekleştirildiği belirlenen marka tescilinin hükümsüzlüğüne karar verilebilmelidir. Bu husus 556 sayılı KHK'nin 42. maddesinde başlı başına bir hükümsüzlük nedeni olarak düzenlenmemiş olsa dahi, genel hüküm ve temel prensip niteliğindeki MK.nun 2. maddesi uyarınca kötü niyetin korunması söz konusu olamayacağından dolayı aynı sonuca ulaşılması KHK'nin ruhuna da uygundur.”

(15) Orhan Sekmen, *Markanın Hükümsüzlüğü ve Hukuki Sonuçları*, Ankara, Bilge Yayınevi, 2013, s. 229

MARKA

(16) Where the proprietor of a CTM makes repeated applications for the same mark with the effect of avoiding the consequences of revocation for non-use of earlier CTMs, whether in whole or in part, the proprietor is acting in bad faith." Old OHIM Guidelines (Part D, Section 2, paragraph 4.3.3)

(17) "Accordingly, it is possible that, where the proprietor of a Community trade mark files a repeat application for the same mark in order to avoid the consequences entailed by total or partial revocation of earlier trade marks for reasons of non-use, that fact is something which may be taken into account in order to assess whether the proprietor acted in bad faith. Furthermore, that reading coincides with the interpretation adopted in the Guidelines relating to proceedings before OHIM. Consequently, it must be considered whether the Board of Appeal correctly assessed the question as to whether the contested Community trade mark constituted a repeat application for earlier Community trade marks in order to avoid loss of the rights attaching to those marks." Pelicantravel.com s.r.o.v. OHIM, -Case T-136/11 (GC Dec. 13, 2012) kararının 27. ve 28. Paragraflarından alınmıştır.

(18) Pelikan Vertriebsgesellschaft mbH & Co. KG (Pelikan)

(19) "Circumstances under which the contested sign was created." OHIM Guidelines (Part D, Section 2, paragraph 3.3.2.1 (3(b) (i)))

(20) "One example of a situation which may be taken into account in order to assess whether the proprietor acted in bad faith is where a CTM owner tries to artificially extend the grace period for non-use for example by filing a repeat application of an earlier CTM in order to avoid the loss of a right as a result of non-use" OHIM Guidelines (Part D, Section 2, paragraph 3.3.2.1 (3(b)))

(21) "Updated trade mark not filed in bad faith" <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?q=fba65a6a-5211-4f56-a9f0-0ba0d8c9186b> (Çevrimici) 25 Mayıs 2015

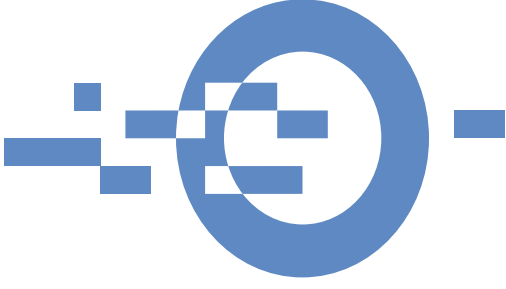
III. TEKRAR BAŞVURULAR BAKIMINDAN KÖTÜ NİYET TARTIŞMASI

Markanın kullanılmaması gerekçesiyle iptal davası açılması halinde, marka sahibinin aynı ibarenin tescili için yapabileceği yeni başvuru/başvurularda marka sahibinin kötü niyetli addedilmesi gerekliliği, Avrupa Birliği İç Pazar Uyumlaştırma Ofisi'nin (OHIM) Kılavuzunda belirtilmiştir. Buna göre **"Topluluk Markası sahibinin, önceki markanın kullanılmaması nedeni ile iptal edilmesinin sonuçlarından, kısmen veya tamamen, kaçınmak amacı ile tekrar marka başvurusu yapması halinde Topluluk Marka sahibi kötü niyetli hareket etmiştir."**¹⁶

Avrupa Adalet Divanı (ECJ), önüne gelen Pelicantravel.com s.r.o.v. OHIM, -Case T-136/11 (GC Dec. 13, 2012) davasında da işbu kılavuza atıfta bulunmuştur. İşbu kararında, ECJ, tekrar eden başvurunun, kullanmama gerekçesiyle iptal edilen marka üzerindeki haklarını devam ettirmek amacı ile yapıldığının tespiti halinde marka sahibinin kötü niyetli olarak kabul edilmesi gerektiği açık bir şekilde ifade edilmiştir.¹⁷ Ancak yeni (tekrar) marka başvurusunun yapıldığı objektif şartların da nazara alınması gerektiği ifade edilmiş ve marka sahibi Pelikan Firması¹⁸'nin marka başvurusunu imaj yenilemesi ve 125. yılın kutlanması amacı ile yaptığını ispatlamış olduğundan dava reddedilmiştir.¹⁹ ECJ tarafından verilen bu karar sonrası OHIM kötü niyet bakımından Guideline'ını değiştirmiş olup **"Kötü niyetin tespitinde nazara alınabilecek durumlardan biri de Topluluk Markası sahibinin, 5 yıllık kullanmama süresini uzatmak amacı ile önceki Topluluk Markasının tekrarı mahiyetinde marka başvurusu yapmasıdır."** şeklinde düzenleme yoluna gitmiştir.²⁰

Sonuç olarak, markanın kullanılmaması gerekçesiyle iptal davası açılması halinde, marka sahibinin aynı ibarenin tescili için yapabileceği yeni başvuru/başvuruların, iptal kararının sonuçlarını ortadan kaldırmak amacıyla yapıp yapılmadığı belirlenirken başvurunun yapıldığı andaki şartlar dikkate alınacaktır.

Kanaatimizce ECJ tarafından verilen bu karar ile dürüstlük kuralına uygun davranma gerekliliği ile gerçek hak sahibinin markasını yeniden tescil ettirme hakkı arasında denge kurulmaya çalışılmıştır. Ancak işbu kararın, marka sahibinin, yeni müracaatı, kanunu dolanarak 5 yıllık kullanma süresini uzatma amacıyla yaptığının yargılama sırasında ispatlanamaması nedeni ile verildiği ve kararın bu sebeple 5 yıllık kullanmama süresini dolanma aracı olarak görülemeyeceği de göz ardı edilmemelidir.²¹



AIPPI
TÜRKİYE

RÖPORTAJ

KONUK; AV. ZERRİN EYMİRLİOĞLU

Fikri Gündem: Türkiye’de Fikri Mülkiyet bilinci sizce ne derecededir? Yapılan çalışmalar gerek hak sahipleri gerek tüketiciler açısından Türkiye’de Fikri Mülkiyet bilinci gelişmiş ülkelere oranla çok az olduğunu gösteriyor. Bunun Yargı işleyişi açısından yarattığı bir sorun var mıdır sizce? Varsa nelerdir?

Bilinç açısından değerlendirildiğinde sınai mülkiyetin fikri mülkiyetten biraz daha oturmuş vaziyette olduğunu düşünüyorum. Zira Marka ve patent bilinci biraz daha var olduğu görülüyor ancak telif hakları bilinci bunlar kadar değil. Oysa çok daha eski olan telif hakları yasası, çok uzun yıllardır değişmeden yürürlükte olmasına rağmen -sonradan tabi bazı eklemeler yapıldı ama- daha az biliniyor. Ben bunun nedeninin çok paylaşımcı bir toplum olduğumuz için kişiselliğe pek yanaşmamamıza bağlıyorum. Bizim toplumumuzda yaklaşımımız hep böyledir; Bütün köy halkı, ya köy meydanında toplanır ya çınar ağacının altında... Köy kahvesinin bir televizyonu vardır, daha da öncesi bir radyosu... Açar hep birlikte dinlerler. Böyle yaşam tarzından gelen bir toplum sonra birden bire o dinlediği müzik için veya yayın için para ödemesi gerektiğini kolay kolay kabul edemiyor maalesef. Bu sebepten dolayı bence fikri mülkiyet kavramı Türkiye’de daha az içselleştirilebildi. Ama belirttiğim gibi yeni olmasına nazaran sınai mülkiyet için biraz daha bilinç var. Tabi bu bilinç de yine şehirlerle göre değişiyor. İstanbul, Ankara, Antalya, İzmir, Bursa gibi şehirlerde bu oran biraz daha yüksek. Ama örneğin, Doğu ve Güneydoğu Anadolu’da fikri ve sınai mülkiyetin esamesinin okunduğunu zannetmiyorum.

F.G.: Sınai mülkiyet haklarını korumaya çalışan kesim, eğitim seviyesi daha yüksek bir kesim. Buna da bağlı olabilir mi sizce?

Kesinlikle öyle. Ekonomik olarak gücü olup, bunu aynı zamanda destekleyebilen, haklarını bilen bir kesim.

F.G.: Bu kesim başkalarının haklarını ihlal etmekten kaçınan, bunun bir cezasının olacağını bilen bir kesim. Telif hakları toplumun daha büyük bir kesimine hitap ettiği için belki de kabul ettirilmesi daha zor?

Evet. Genel olarak öyle olduğunu düşünüyorum. Bizde marka ve patent konuları söz konusu olduğunda zaten bu hakların tamamen ekonomik yönden güçlü olan şirketlerin başvurduğu haklar olduğu göze çarpıyor. Bunun tabi Doğu'da, Güney Doğu'da çok fazla olduğunu düşünmüyorum. Anadolu'da da güçlü şirketler var tabi ama onlar daha ziyade marka alanında ağırlıklılar. Pek patent göremiyoruz. Onun için genelde Marmara bölgesi diyelim bu işin en çok ilgilenildiği bölge olarak.

F.G.: Türkiye'de şekli anlamda bir sınavı geçerek Marka ve Patent vekili olabilmek mümkün. Vekillerin tabi olduğu meslek kurallarını tanımlayan üst bir kuruluş bulunmadığından da (Avukat olan vekillerin Avukatlık Kanunu uyarınca yükümlü olduğu kurallar dışında) vekil olduktan sonra vekillerin hareket ve davranışları kontrol edilmemektedir. Bu sizce sektör açısından bir sorun yaratmakta mıdır? Vekillerin mesleki organizasyonu sağlayan ve meslekte disiplini sağlayan nitelikte bir üst kuruluşa sahip olmasının sektör açısından getireceği faydalar neler olacaktır?

Türkiye'de sınav geçerek marka ve patent vekili oluyoruz ama bu tabi bütün dünyada böyle değil. Mesela Amerika'da hukuk fakültesini bitiren herkes aynı zamanda marka vekilliği de yapabilir. Ayrı bir sınava girmelerine gerek yok. Ama patent vekili olmak için mutlaka bir sınav gerekiyor. Bu bütün dünyada böyle. Bizde her ikisi için de sınav var. Bu sınav gerekli mi, neden Amerika'daki gibi değil dersiniz şöyle; oradaki baro sınavı çok zor. Kanada, Amerika, Avustralya, İngiltere'de baro sınavları çok zor olduğu için, onlar zaten okullarında da o konuda eğitim aldıklarından o sınavı verenin zaten marka vekilliği yapabileceğini var sayıyorlar. Ama bizde hala fikri ve sınai mülkiyet pek çok hukuk fakültesinde okutulmuyor. Marmara Hukuk'ta ve Bilgi Hukuk'ta okutuluyor bildiğim kadarıyla. Hatta benim zamanımda sadece İstanbul ve Ankara Hukuk Fakülteleri vardı. İzmir de yeni açılmıştı. Hiçbirinde fikri ve sınai mülkiyet okutulmuyordu. Uzun süre Ticaret Hukuku'nun içinde bir konu olarak kabul edildi. Zaten

uzun yıllar Ticaret Mahkemeleri baktı. Ne zaman ki AB bursu ile yurtdışına gittik ve o konuda hem Türkiye’de hem yurtdışında özel eğitim aldık durum değişti. Bir buçuk yıl civarında sürdü bu eğitim ve bu süre boyunca sadece fikri ve sınai mülkiyet ile ilgilendik. Ondan sonra mahkemeler kuruldu. Ticaret Mahkemesi’ndeki bütün dosyalar Fikri ve Sınai Haklar Mahkemeleri’ne gönderildi. Bir anda korkunç bir iş yığılımı oldu tabi. O zaman İstanbul’da 10 tane kadar Ticaret Mahkemesi vardı. Düşünün, sadece İstanbul mahkemelerinden binlerce dosya geldi. Herkes elindeki dosyayı görevsizlikle gönderdi. Diğer ilçelerdeki ticaret mahkemelerini de düşünün. Öyle çok yoğun bir çalışma dönemi geçirdik. Ama şu an o kadar değil tabi, zamanla eritildi o dosyalar, kararlar çıkartıldı. Şunu açıkça söyleyebilirim: O konuda mütevazı olmayalım; Fikri ve Sınai Haklar Hukuku’nun temel taşlarını bu mahkemeler oturttu. Bu bir gerçek. Ama şu an maalesef o program devam etmiyor. Bir kereye mahsus yapıldı. O hâkimlerden ikisi, zaten biri ben, diğeri Serdar Bey emekli oldu. Diğerleri hala kürsüde ama arkası gelmedi. Yeni atanalar böyle bir eğitim almadılar. Yaşları itibarıyla fakültede de Fikri ve Sınai Mülkiyet konusunda eğitimleri olduğunu zannetmiyorum.

F.G.: Teknik hâkimlik ile ilgili düşünceleriniz nelerdir? Türkiye’ye de Almanya örneği gibi bir sistem gelebilir mi?

Türkiye’de bunun için sistemin tamamen değişmesi gerekli. Anayasal sistemin ve mahkemelerin yapısının tamamen değişmesi lazım. Bu yasal düzenlemeyle bu mümkün değil.

F.G.: Eğitim sistemindeki yansıması nasıl olmalı? Herhangi bir mühendis ya da fen bilimleri mezunu hukuk eğitimi aldıktan sonra mahkemelerde hâkimlik yapabilecek mi?

Teknik eğitim yanında aynı zamanda hukuk eğitimi de alacak. Yoksa sadece mühendis olması yeterli değil. Çok ciddi bir hukuk eğitimi de alması gerekli. İngiltere’de meşhur Arsenal Davası hâkimi Hugh Laddie gibi. Kendisi tıp doktoru aynı zamanda hukuk fakültesini de bitirmiş. Ama diğer gerekleri de yerine getirmesi lazım. Mesela hâkimlik sınavını kazanacak, stajını yapacak, belli bir bölgelerde çalışacak, bu mahkemelerin kurulduğu bir şehre atanacak ve bu mahkemelere atanacak. Şu an için gerçekleşmesi çok zor. Ama zaten sadece patent mahkemeleri bu şekilde çalışabilir. Markalar için gerek yok. Gerçi Yargıtay her seferinde marka davasında dahi bilirkişi incelemesi yapılsın diyorsa da, bana göre marka davasına bakması için bir hâkimin kesinlikle bilirkişi incelemesi yaptırmasına gerek yok. Ama hâkimin gerçekten uzman olması lazım. Bir iş hâkimini veya bir aile hâkimini alıp da Fikri Sınai Haklar Mahkemesi’ne atadığınız zaman o uzman hâkim olmuyor tabi. Bizde maalesef gerçek bir branşlaşma yok. Hâlbuki avukatlarda da, hâkimlerde de böyle bir şey olmalı. Çünkü artık uzman mahkemeler var. Eskiden Asliye Hukuk hâkimleri her şeye bakardı. *Birçok Anadolu şehrinde de halen bakmaya devam ediyorlar.*

Ama büyük illerde ihtiyaç nedeniyle Ticaret Mahkemeleri kuruldu, İş Mahkemeleri kuruldu. Bunların hepsi aslında Asliye Hukuk mahkemesinin görevi içinde kalan alanlar. İcralar kuruldu, Fikri Haklar kuruldu. Asliyenin içinden bir çok branş çıktı. Ama hâkimler sadece dört yıllık hukuk eğitimleri ile her mahkemede her alanda çalıştırılıyorlar. Öyle bir şey olmaz. Hukuk bir derya. Bilmesini bekleyemezsiniz. Atıyorsunuz bir mahkemeye, o onun içtihatlarını, mevzuatını öğrenene kadar çok vakit geçiyor. Avukat çok iyi bilse ne olur ki hâkim bilmedikten sonra. Onun için mecburen iş bilirkişiler ile gidiyor ama bilirkişilerin de çok iyi olduğunu söyleyemeyeceğim.

F.G.: Bu tehlikeli bir durum da oluşturuyor. Avukat kendi lehine de kullanabilir bu durumu?

Kesinlikle. Denetleyemiyor ki hâkim. Bilirkişi raporunu bile denetleyecek hukuki bilgisi yok. Bilirkişiler de çok hata yapıyor. Bilirkişi raporunu kim denetleyecek? Hâkim. Hâkim bilmez ise bilirkişi raporuna göre karar vermek zorunda. O zaman bilirkişi de hâkim yerine geçmiş oluyor. Onun için sistemi eleştirenler “bilirkişi adaleti” diyorlar. Hâkim adaleti değil o, “bilirkişi adaleti”. Bilirkişiler hem etkilenmeye de açık olabilirler. Bu bilirkişilik denen meslek de nasıl bir meslek onu da bilemiyorum. Kendi adını bilirkişi olarak yazdırmakla bilirkişi olunmuyor. Çok yanlış raporlar görüyorum. En temel fikri mülkiyet kurallarını dahi bilmeyenlerce, bu kurallara son derece ters bilirkişi raporları veriliyor. Sen daha iyi bildiğin halde, o bilirkişi olduğu için, senin dediğin her zaman rapora itiraz mahiyetinde kalıyor; hâlbuki bilirkişi orada son derece fahiş bir hata yapmış.

F.G.: Bilirkişileri denetleyen bir sistem yok değil mi, olsaydı bu sistem nasıl olmalıydı?

Yok, hayır. Bizim sistemimizde bilirkişi sadece patent davalarında söz konusu olmalı. Gerçekten teknik konular içerdiği için hâkimin bilmediği bir alan. Ama marka davalarında, tasarım davalarında, telif haklarında asla bilirkişiye başvurulması gerektiğini düşünmüyorum. Bu tamamen hukuki bir yaklaşım ile çözülebilecek bir şey. Ama bir şarkıda alıntı olup olmadığı söz konusu olursa elbette o zaman notaları karşılaştıracak bir müzisyene başvuracaksınız. Bunun dışında, bir kitaptan kaç tane fazla basım yapıldı gibi bir soru ile karşılaşıldığında ancak bir mali bilirkişi, hesap bilirkişisi söz konusu olabilir. Ama orada yazarın hangi haklarının ihlal edildiğini bilirkişi söylememeli, bunu hâkim bilmeli zaten; o tespit etmeli diye düşünüyorum.

F.G.: Peki bu alandaki patent uygulamaları idealde nasıl olmalı?

Patentte bir kere mutlaka bilirkişi incelemesi yapılmak zorunda ama orada da bilirkişinin seçimi çok önemli. Konuya gerçekten vakıf bilirkişilerin seçilmesi lazım. Eğer bilirkişi seçimini doğru yapamazsanız zaten elde ettiğiniz rapor kesinlikle konuya bir çözüm getirmeyecektir. İncelemeli bir patent söz konusu olduğunda nasıl patent ofisleri herhangi bir patent “examiner”ine değil, konu ile ilgili “examiner”e veriyor, bunun gibi olması lazım. Bir patent vekili her şeyi bilemez, bir ilaç patentini tekstil mühendisi olan patent vekiline verirsiniz nasıl bir çözüm üretebilir? O da patent vekili ama konusu farklı. Maalesef buna dikkat edilmediğini görüyorum. Yeterli patent vekili de yok açıkçası. Elinizdeki seçenekler çok az olduğu için maalesef çok iç açıcı değil işin hukuki yanı. Keşke çok iyi diyebilseydik ama değil. Hâkimi bilmiyor, bilirkişisi bilmiyor, avukatı bilmiyor; böyle bir düzen içerisinde fikri mülkiyetin etkin olarak uygulanmasını sağlamaya çalışıyorsunuz. Çok acı. Bir de “yaptırımı” yok. Mesela Avustralya’da bir marka vekili yanlış bir işlem yaptıysa disiplin cezası alabiliyor. Bu disiplin cezası 6 ay ila 12 ay arasında uzaklaştırma veya tamamen görevden alma olabiliyor. Bizde öyle bir şey kesinlikle söz konusu değil. Çok büyük hata yapsanız bile yapanın yanında kalır. Ancak genel hükümlere göre belki emniyeti suiistimal olabilir. Ancak onun da içeriğinde meslekten men diye bir şey yok. Yurt dışında en az beş yıllık başka bir marka vekilinin yanında iki yılı aşmayan süreyle yeniden staj yapma veya yeniden aynı konuda eğitim alma gibi yaptırımlar var. Bizde bunu yapacak bir birim yok zaten. O alan tamamen boş. Herkes istediğini yapıyor. Adı bilinen bazı firmalar dışında marka takibi yapmayan o kadar çok firma var ki... Bizde bu sorumluluk olarak bile görülüyor. Herkes tescili yapıyor, peşini bırakıyor. Tescil ile görevlerinin bittiğini zannediyorlar. Hâlbuki marka vekili markanın seçiminde bile yardımcı olacak. Bizde markayı seçen zaten müvekkil oluyor. Geliyor ben şu markanın tescilini istiyorum diyor. Marka vekili belki bir araştırma yapıyor ve o markanın onun istediği sınıfta tescilli olduğunu görse bile bunu söylemiyor, başka bir sürü sınıfta başvuru yapıyor. Tabi ki adamın istediği sınıftaki tescil talebi reddediliyor, adam elinde zımpara taşıyla ilgili bir tescille kalıyor ortada. Bu korkunç bir şey ve bu marka vekilinin hiçbir sorumluluğu olmuyor.

F.G.: Peki, bunun için öneriniz ne olur? Vekillerin bir odaları mı olmalı?

İngiltere’de Marka vekillerini denetleyen ve gerekirse lisanslarını iptal edecek “Institute of Trade Mark Attorneys” diye bir enstitü var. Bu enstitü bu tür şeylere bakıyor. Avustralya’da PSV diye bir kurum var. Kendi içinde bir sürü kurullar var. Bu kurullar vasıtasıyla bir takım denetlemeler yapıyor. Şikâyet etmek isterseniz, şikâyet edecek kimseniz yok mesela. Nereye şikâyet edeceksiniz? Ancak zararınızı ispat ederseniz belki tazminat talep edebilirsiniz, ama o da kısıtlı. Bu kişinin bu işi yapmasına engel olamıyorsunuz. Hâlbuki önemli olan bu işin yapılmasının engellenebilmesi. Aynı şekilde, aynı çalışma düzeni ile devam ediyor. Genel

olarak söylüyorum. Tescil yaparak, daha sonra da markanın peşini bırakarak işlerini yapmış oluyorlar. Kesinlikle bunu denetleyecek bir sistem kurmak şart. Örneğin, aynı markanın araya boşluk bırakılarak yazılması... Veya iki kelimedenden oluşan bir markada sondaki kelimenin başa getirilerek yapılan tescili... Bunları hep görüyoruz, bunlar doğru olmayan ve müvekkili yanlış yönlendiren şeyler. Bunu markayı koruma adına yapıyorlar. Hâlbuki marka o haliyle de zaten aksi şekilde bir tescili engeller. Hiç gerek yok. Ama tescil başına para alındığı için aynı markanın başı sonu değişiyor, araya virgül konuyor, baş harfleri büyük yazılıyor. İki kelimelik bir markadan 7-8 kere tescil yapıyorsunuz. Bu aslında kandırılmak, “müvekkilin kandırılması”. Onun için büyük hata diye düşünüyorum. Ama bunu bilinen, piyasada iş yapan büyük marka ofislerinin de böyle yaptığını biliyorum. Ama yapılabilecek hiçbir şey de yok. Onlar bu şekildeki tescillerine aynen devam ediyorlar. Çok acı.

F.G.: Türkiye’de vekillerin ve hâkimlerin ve TPE’nin ortak dili konuştuğunu düşünüyor musunuz? Bu meslek grubundakilerin ortak etkinlikler aracılığıyla bir araya gelmesinde fayda bulunmakta mıdır?

Aynı eğitimi alan insanlar kural olarak ortak dili konuşmalı tabi ki. Vekillerin mecburen TPE’nin sınavına girebilmek için en azından biraz marka hukuku konusunda özel bir eğitim aldıkları doğru. Sınav için bile olsa güzel bir şey bu. Hâkimlerin böyle bir eğitimi var mı dersiniz az önce bahsettiğim gibi çoğunun böyle bir özel eğitimi yok. Doğal olarak da ortak dil konuştuklarını düşünmüyorum şu anda. Onun için vekiller şu aşamada, avukat olan marka vekilleri tabi ki, elbette bu konuda daha bilgili ve deneyimliler. Bu da bambaşka problemler yaratıyor maalesef. Ama şöyle bir şey var tabi; Avrupa’daki marka vekilleri avukat olmasalar bile sadece markayla ilgili konularda veya patent vekilleri -ki patent vekilleri aynı zamanda tasarım, elektronik devre topografyaları ile ilgili olarak da- davalara girebiliyorlar; Türkiye’de böyle bir uygulama yok. Sadece avukat olanlar duruşmalara girebiliyor; hukukçu olmayan vekiller davalara giremiyorlar. Ama bu “examiner” ayağında da farklı; mesela yurt dışındaki birçok ülkedeki “examiner”ler de hukuk mezunu avukatlar; marka vekilleri ve patent vekilleri. Bizde TPE’deki “examiner”lere bakarsak sadece 4 yıllık bir üniversite mezunu olması ve devlet memurları sınavını kazanması yeterli. O da muhtemelen oraya girene kadar daha önce marka nedir, patent nedir, tasarım nedir konusunda en ufak bir fikri olmayan kişiler.

F.G.: En azından vekillik sınavını şartını da koysalar?

Tabi. En azından bir genel bilgi edinirler. O nedenle TPE’de de tescil konusuyla ilgili çok sıkıntı yaşanıyor diye düşünüyorum. Yani birbiriyle çelişen TPE’nin çok fazla uygulaması var. Oysa kurumlar bir bütün olarak yaptığı işlemlerde uyumlu olmalı. Ama tamamen oradaki “examiner”in deneyimine göre markalar tescil edilebiliyor veya ediliyor. Ve maalesef TPE’de

de çok sık eleman değiştiği için tutarsızlık da sürekli devam ediyor. Yani değişmedi bu. Ama yıllar önce ben Ankara Adliyesi'nde hâkimken TPE'nin kararları çok daha doğru, yerinde, isabetli idi.

F.G.: İlk açıldığı dönemler yani?

Evet, 1990'lı yıllarda. İsbetliydi ve davaları genelde TPE kazanırdı. Ama şimdi başarı oranlarının çok düşük olduğunu düşünüyorum. Çünkü YİDK kararları da son derece isabetsiz, tescil kararları da son derece isabetsiz diye düşünüyorum.

F.G.: Doğru, çok çelişiyorlar; çok ayrı kararlar var.

Evet, tamamen "examiner"den kaynaklanıyor işte bu. Bunun yanında yönetim kurulundaki kişiler de mesela maliye veya iktisat gibi bölümlerin mezunu olabiliyor. Bu özel hukuk dalına eğer gerçekten önem vermiyorsak, dostlar alışverişte görsün diyorsak tabi ki bu aynen devam etsin hiçbir sakıncası yok; ama sınai mülkiyetin etkin bir şekilde uygulanmasını istiyorsak bir şeyler yapılmalı; TPE'den de başlayacaksınız, kürsüye de el atacaksınız. Bunlar olmazsa tek başınıza marka vekili olarak, patent vekili olarak çok başarılı olmazsınız. Yani etkin bir uygulama sağlayamazsınız. O nedenle bu iki meslek gurubu kesinlikle ortak etkinlikler aracılığı ile bir araya gelmeli ve sık sık bir araya gelmeli hatta. Gerçi bu açıdan çok fazla seminer vs. düzenleniyor. En azından o iyi. Katılım da fena değil; diğer seminerlere nazaran yüksek olduğunu düşünüyorum fikri ve sınai mülkiyete ilişkin seminerlerin. Küçük bir camia belki, her seminerde aynı kişileri görüyoruz ama yine de gelişmeleri takip eden bir grup, ilgilenen grup. O açıdan şanslıyız.

F.G.: TPE'nin seminerlerinin İstanbul veya İzmir gibi başka şehirlerde de yapılmasını arzularđık. Çünkü bu şehirlerdeki insanların işini gücünü bırakıp Ankara'ya gitmesi mümkün olmayabiliyor.

TPE bu konuda herhalde bir öz eleştiri yaparak başka şehirlere de gitmeli. Düzenlemeli bir takım seminerler. Çünkü sadece Ankara'da yok marka ve patent vekilleri. İstanbul'da 1 veya 2, ama çok seyrek oluyor o da her zaman değil; genelde hep Ankara'da etkinlikler. Başka şehirlerde de yapılmalı mutlaka bu etkinlikler

F.G.: Meslek hayatınızın başından bu yana Türk Yargı Sistemi'nde çok kritik olduğunu düşündüğünüz olumlu veya olumsuz bir gelişmeden bahseder misiniz?

UYAP' tan bahsedeyim. UYAP'ın, tabi tamamı için değil, ama çok olumlu tarafları da oldu. İlk başta çok yetersizdi ama şu anda, hâkimler için en azından, onların tüm kararlara ulaşabilmeleri çok olumlu bir şey; bilgiye ulaşılabilmesi çok olumlu bir konu. Yargıtay'ın tüm kararlarına tüm hâkimler ulaşabiliyor. Ama buna sadece hâkimlerin ulaşabiliyor olması kötü tabi. Avukatlar da ulaşabilmeli veya ilgilenen herkes ulaşabilmeli, değil mi? Marka ve patent vekilleri de ulaşabilmeli. Çünkü neticede bu konuda hukuka yön veren Yargıtay'ın 11. Hukuk Dairesi. 11. Hukuk Dairesi'nin en azından kararlarına bütün marka ve patent vekilleri ulaşabilmeli. Çünkü bu sadece Türkiye'de değil bütün Dünya'da hâlen gelişmeye devam eden bir hukuk. Onun için gelişmeleri de Yargıtay o konuda gerçekten takip ediyor, güzel. Özellikle Çağlayan Adliyesi'nin, Ankara ile İzmir hâkimlerinin vasıtasıyla... Onlar ECJ kararlarını da takip ediyorlar tabi. O kararlar doğrultusunda kararlar görüyorum ve çok mutlu oluyorum tabi. Ama bunu sadece kararın tarafları biliyor ve hâkim biliyor. Oysa tüm fikri mülkiyet camiasının bilmesi gerektiğini düşünüyorum. UYAP bu bakımdan kısmi de olsa bir iyilik getirdi. Belki zaman içerisinde başka taraflara da açılabilir. O zaman çok çok iyi olur. Olumsuz gelişme... Bir olumsuz gelişme diye bir şey yok. Yargı'da şu anda her şey olumsuz maalesef. Olumlu hiç bir şey yok diyebilirim. Yani yargı bağımsızlığı da dâhil. Çok kötü, tek kelimeyle çok kötü... diyorum ve susuyorum. Yani yargı hiçbir zaman bu kadar kötü olmamıştı.

F.G.: Hayatınızda verdiğiniz en kritik fikri haklar duruşma kararı neydi?

Bolar hükmünün tarafımdan verilmesi nedeniyle onun sonra 75f olarak yasaya girmesi; daha doğrusu yargılama sırasında ama bizim hukuki görüşlerimiz çerçevesinde girmesi çok iyi bir şeydi. Olanzapin'le ilgili bir davaydı; o herhalde patent konusunda verilen yani şekli anlamda değil de patent özüne ilişkin verilen ilk karardır diye düşünüyorum ben; çünkü patentin özüne ilişkin verilen bir karar daha önce görmedim. Şekli eksikliklere ilişkin kararlar daha önce verilmiş. Biliyorsunuz marka hukukuna göre patent hukukunun kökeni 100 küsur yıllık bir geçmişe, ihtira beraatı zamanına dayanıyor ama dişe dokunur gerçekten ışık tutacak bir patent kararı doğru dürüst yok. Çünkü doğru dürüst buluş yok veya işte patent KHK'sının anladığı anlamda yenilik ve buluş basamağına sahip bir buluş yok doğru dürüst. Ama bu karar, Olanzapin kararı diyeyim kısaca, bu konuda esasa ilişkin verilen ilk karardır ve o karar Roche-Bolar hükmünün yasaya patent KHK'sına 75f olarak girmesini sağladı. Ondan sonra tüm mahkemeler sadece Kısaltılmış Ruhsat başvurusunda bulunulmanın patent haklarına tecavüz etmeyeceğine ilişkin onlarca karar verdi. O karar Yargıtay'dan geçti ve onandı.

F.G.: Senesini hatırlıyor musunuz?

2004'tü sanırım. Özellikle jenerik firmalar için çok önemli bir karar. Ama bu jenerik firmaları koruma anlamında verilmiş bir karar değil elbette. Genel hukuk kuralları ve hakkaniyet çerçevesinde verilen bir karar ve ruhsat başvurusunun verilmesinin yorumlanması suretiyle verilen bir karar. Çünkü eğer davacının talep ettiği şekilde bir karar çıksaydı o zaman gerçekten Türk İlaç Sanayii'nin hiçbir şekilde kımıldaması mümkün olmayacaktı; alanı çok kısıtlanmış olacaktı. Üstelik yurt dışında da uygulama o şekilde değil. Bir Amerikalı firmaydı; zannediyorum Eli Lilly'di diye hatırlıyorum davacı firma. Kendi ülkesinde bunu yapamıyorken Türkiye'de kendisine böyle bir hak tanınması tabi ki doğru olmayacaktı. O kararın onanmasıyla tabi diğer bu mahiyette kararların önü açıldı.

F.G.: Hâkimlerin şu an sahip olduğu özlük hakları ve iş yoğunluğu dikkate alındığında, sağlıklı ve özgür bir çalışma ortamına sahip olduğunu söylemek mümkün müdür?

Sağlıklı ve özgür bir çalışma ortamına kesinlikle sahip değiller şu anda. HSYK'nın yeni yapılanması nedeniyle zaten artık ister istemez yargıya bir siyaset bulaşmış oldu. Hâkimler oy toplamak için oda oda dolaşmaya başladılar ki çok çirkin bir yaklaşım yani kesinlikle hâkimlik mesleğiyle bağdaşmayacak bir çalışma biçimi. Ve daha sonra seçimi kazanamasa bile bakanlığa veya bir başka oluşuma yakın olan kişiler bir şekilde değerlendirildi. Oysa bu meslekte tek kriter bilgi ve liyakat olmalı. Başka hiçbir kriter olmamalı. Siyasi görüş hiç önemli değildir bu meslekte. Sadece oy verirken tabi ki hâkimin bir siyasi görüşü vardır, o görüşüne göre oyunu verir. Ama mesleğine asla yansımaması gerekir siyasi görüşlerinin. Maalesef şimdi öyle değil, görüşlerinizi açık etmeye, açıklamaya zorlanıyorsunuz veya taraf tutmaya zorlanıyorsunuz. Maalesef. Çünkü o tuttuğunuz tarafa göre belki terfi edeceksiniz, belki belli makamlara geleceksiniz. Şu an çok kıdemsiz hâkimler ağır ceza reisi veya ticaret mahkemesi başkanı olabiliyor. Bunlar çok korkunç şeyler. Veya hak etmediği halde belli bir görüşe mensup olduğu için İstanbul'a gelen hâkim veya savcılar var. Oysa İstanbul'a gelinmesi için 1. sınıfa ayrılmış olması gerekiyor bir hâkim veya savcının.

F.G.: Türkiye'de Fikri Mülkiyet alanında uzmanlaşması istenen hâkimlere yeteri kadar olanak sağlanıyor mu?

Aslında daha önce değindik: "Avrupa Birliği Fikri ve Sınai Mülkiyet 'in Türkiye'deki Etkin Uygulaması" programı bence tekrarlanmadığı müddetçe hâkim kürsüde yapboz şeklinde öğrenecek. Tekrarlanmadı. Tekrarlansa çok iyi olur.

F.G.: Senesini hatırlıyor musunuz?

Tabi, 2003 yılıydı.2003'te yurt dışındaydık. 2004'de döndüğümüzde Haziran'da mahkemeler kuruldu. Şöyle de tabi bir durum var aslında: Bunun için illa yurt dışına gidilip özel eğitim görülmesi şart değil. Yani kendinizi buna adayacaksınız; 5 – 6 ay kadar sadece bu konuyla ilgilenip okursanız yine kendinizi yetiştirebilirsiniz. Ama maalesef Yargıtay'dan dosyalar çok çabuk dönmediği için aynı mahiyette elinizde 50 tane dosya varsa, siz 50'sinde de aynı hatalı kararı verebilirsiniz. Ta ki o dosya Yargıtay'a gidip bozulup siz nerede hata yaptığınız görene kadar. Bu nedenle şimdiki hâkimlerin işi daha zor diyeyim. Ha tamam, bizim hiç mi kararlarımız bozulmuyordu, tabi ki bizim kararlarımız da bozuluyor veya Çağlayan hâkimlerinin ki de elbette bozuluyor. Ama oradaki bozmalar çok nitelikli, yani çoğu çok çok önemli; Ama burada artık daha işin en temelinden bile bozmalar geliyor. Bir kararın bozulması, o hak sahibinin hakkına kavuşmasının en az 2 yıl ertelenmesi anlamında. Çünkü bozuluyor mahkemeye geliyor, yeniden karar veriliyor, geliyor gidiyor vs. En az bir 2 yıl atıyor bir kararın bozulması. Onun için önemli. Keşke Yargıtay daha hızlı çalışsa en azından bu hâkimler çok daha çabuk yetişir tabi. Bir de tabi çok sık değişiyorlar. Gerçi Çağlayan hâkimleri ile Ankara hâkimlerinin çoğu ve İzmir'dekiler yıllardan beri başladıkları mahkemelerde çalışmaya devam ediyorlar. Ama başka yerlerde çok sık hâkim değişiyor. Bir birikim elde ediyorsa bile tam bir şeyler öğrenilmişken bir görev değişikliği oluyor, yeni gelen yine sıfırdan başlıyor. Dosyalar zaten o arada şişmiş oluyor.

F.G.: Türkiye'de Marka ve Patent gibi sınai haklara ilişkin alanlar halen Kanun Hükmünde Kararname ile düzenleniyor. Niteliği itibarıyla bu kadar ciddi bir pazarı bu kadar uzun süreliğine düzenlemek için kanun hükmünde kararnameler hiç uygun bir hukuki enstrüman değil. Sizce bu alanların kanun ile düzenlenmemesinin yarattığı sakıncalar/sorunlar nelerdir? Yargı açısından yarattığı sorunlar var mıdır?

Sınai mülkiyet gerçekten 95'ten beri hala KHK ile yürütülmeye çalışılıyor ve Anayasa Mahkemesi de önüne her gelen ihtilafta tabi bunların KHK olarak düzenlenmemesi gerektiğinden bahisle hükümleri iptal ediyor. Gerekçe başka bir şey olsa bile. Mesela en son 14. maddeye dayanan kullanmama nedeniyle hükümsüzlüğe ilişkin gerekçe farklı bile olsa Anayasa Mahkemesi onu, mülkiyet hakkının KHK ile düzenlenemeyeceğinden bahisle iptal etti. O gerekçe de son derece doğru bir gerekçe. Çünkü Anayasa'nın 91. maddesi diyor ki: "Anayasa'nın 1. - 2. bölümündeki hususlar Kanun Hükmünde Kararname ile düzenlenemez ve şahsi haklara ilişkin hususlar Kanun Hükmünde Kararname'yle düzenlenemez". Şimdi KHK'daki haklar, zaten kesinlikle bir şahsi hak ve mülkiyet hakkı. Dolayısıyla bunların KHK ile düzenlenmesi mümkün değil, düzenlenmemesi lazım. Şekli olarak KHK'nın çıkarılması için gereken her şey yapılmış. O da nedir: Meclis'ten yetki alınmış, Bakanlar Kurulu Meclis'ten alınan yetkiye dayanarak bu KHK'ları çıkarmış, Meclis onaylamış... Şekli olarak o yerindelik yerine getirilmiş KHK çıkartılması için. Ama hukuki alt

yapısı boş. O konuda KHK ile düzenleme yapılamaz. Ve nedense 20 yıldan beri hala KHK'lar bir türlü yasalaşamadı. Sürekli taslaklar var. Ben 2002'de Fikri Mülkiyetle ilgilenmeye başladım. O zamandan beri hala taslaklar var, yasalaşacak, yasalaşacak... 2015 oldu hala yasalaşacak ve hala bir umut yok. Patent KHK'sı da biliyorsunuz ne zamandır aynı şekilde yasalaşacak diye hep bekleniyor ama bir türlü yasalaşamıyor. Ama tabi tek tek mahkemeler, herhangi bir alanda Anayasa Mahkemesi'ne gittiğinde Anayasa Mahkemesi bu 91. Madde nedeniyle şahsi bir hak olduğu ve mülkiyet hakkına dokunduğu için maddeleri iptal ediyor. Daha fazla esasına giremiyor.

F.G.: Yeri gelmişken, Anayasa Mahkemesi'nin 42. maddeyle ilgili kararı nasıl yorumlanmalı? Sizce Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı kaygan bir zemin oluşturdu mu?

Mahkeme bunu, hükümsüzlüğün geriye yönelik olması ve herkese karşı hüküm ifade etmesi nedeniyle, -önündeki somut dava için bahsediyorum tabi- markası hükümsüz kılınan önceki tescil sahibinin birdenbire sonraki tescil sahibi haline gelmesinden dolayı hakkının zayı olduğundan bahisle Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştu ve bunun bir hükümsüzlük sebebi değil sadece bir iptal sebebi olabileceğini ve zaten AB direktifinde ve diğer Avrupa ülkelerinde de iptal sebebi olarak yer aldığını söylemişti ki çok doğru bir tespit. Ama Anayasa Mahkemesi bu hususlara hiç girmede. Çünkü bu bir mülkiyet hakkıdır ve Kanun Hükmünde Kararname ile düzenlenemez dedi. Bu sefer ortaya şöyle bir soru çıktı : "Peki, o zaman kullanmama nedeniyle hükümsüzlük halinde ne yapılacaktır?" . Neyse ki Anayasa Mahkemesi sadece önüne gelen maddeyle ilgili karar verdiği için ve 14. maddeyi iptal etmediği için, bu sefer 14. Madde hala yerinde olduğundan ve bir iptal gerekçesi olduğundan mahkemeler artık iptal kararı vermeye başladı. Yani o şekilde kullanılmayan markalar yine iptal edilebilir. Elbette tabi iptal ile hükümsüzlüğün sonuçları çok farklı.

F.G.: Biri geçmişe dönük, biri o an itibariyle geçerli...

Evet, o da aslında ihtilafı henüz: Dava tarihi itibariyle mi, kararın kesinleştiği tarih itibariyle mi yoksa 5 yıllık süre bittiği andan itibaren mi? Ben kararın kesinleştiği tarihten itibaren olması gerektiğini düşünüyorum genel hukuk kuralları uyarınca. Ama o konuda da, eğer bir ihtilaf konusu olursa, Yargıtay bir yol gösterecektir tabi ki. Nereden itibaren iptal edilmiş sayılacak. Çok önemli tabi. Siz markanızı kullanmasanız bile başkası kullanırsa nasıl olsa 5 yıllık süre dolmuş diye, markanız hala tescilli olduğu için bu sefer marka ihlali söz konusu oluyor. Siz kullanmasanız bile tescilli marka size kullanma hakkını verdiği için bu sefer tazminat hakkınızın dahi doğabileceğini düşünüyorum.

F.G.: Bu güzel röportaj için çok teşekkür ederiz Zerrin Hanım. Son olarak eklemek istediğiniz bir şeyler var mıdır Zerrin Hanım veya geleceğe dair beklentilerinizle ilgili söylemek istedikleriniz?

Ben her şeye rağmen hiçbir zaman umudumu kaybetmek istemiyorum. Çünkü yargı gerçekten herkese lazım. Mahkemeye başvurduğunuz zaman çıkması muhtemel karar son derece objektif olmalı ve bu muhtemel kararın ne olabileceğini kestirebilmeli insanlar; vatandaş da avukat da. Sürpriz yaşamamalı, gerçek bir hukuk devletinde bu böyledir. Ama maalesef biz şu an siz haklısınız, siz haksızsınız diyemez hale geldik. Olasılıklarla konuşuyoruz. Ve olasılıklar hep %50, %50. Tabi ki aslında %100 de dememek lazım. Karşı tarafın savunmasını bilmediğiniz için, %100 olamaz. Ama artık %50 %50 de olmamalı her dava. Ne tarafın ağır basacağını bilmeniz lazım. Onu bilemez haldesiniz. O çok kötü. Ama yine de ben umutluyum. Düzelecek tabi ki bir dip yapacağız herhalde yargının tarafları olarak hep birlikte. Ondan sonra düze çıkacağız umarım.

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 yeni iç mevzuatı ile daha kurumsal bir yapıya kavuşan Fikri Mülkiyet Hakları Koruma Derneği, Uluslararası AIPPI Derneği ile işbirliği içerisinde, AIPPI Türkiye ulusal grubu misyonunu da üstlenmiş bulunmaktadır.

Hazırlayanlar

Bilge Taşkara	Nevin Öner
Deniz Sayın	Olgaç Nacakçı
Doğukan Kahraman	Selin Kaledelen
Duygu Akşit	Serda Etyemez
Esin Karankı	Volkan Hamamcıoğlu
Emre Ersoy	Yaşar K. Canpolat
Melis Abacıoğlu Viskuşenko	

Konuk

Av. Zerrin Eymirlioğlu

Önümüzdeki sayılarda Bülten çalışmamıza katkıda bulunmak isteyen üyelerimizin aippi_bulten@googlegroups.com mail adresi üzerinden iletişime geçmeleri rica olunur.

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.

Kapak Fotoğrafı

Yaşar K. Canpolat

Tasarım ve Uygulama

RUFF LAB.

FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI KORUMA DERNEĞİ

AIPPI Türkiye Ulusal Grubu

İnebolu Sokak, No. 5
Deriş Patent Binası
Kabataş / 34427 İstanbul
Tel : (0212) 292 60 00

Fax: (0212) 293 76 76

<http://www.aippiturkey.org>

aippi@aippiturkey.org