



Yıl: 19 • Cilt: 20
Sayı: 2018/1

ISSN 1302-9215

FİTR

ANKARA BAROSU FİKRİ MÜLKİYET VE REKABET HUKUKU DERGİSİ

FMR

FİKRİ MÜLKİYET VE REKABET HUKUKU DERGİSİ

Yıl:19 Cilt:20

Ankara Barosu yayınıdır

FMR

JOURNAL OF INTELLECTUAL PROPERTY AND COMPETITION LAW

Year:19 Volume:20

published by *Ankara Bar Association*

Grafik – Tasarım | Graphic – Design

Ankara Barosu

Basım Tarihi | Printing Date

2018

Baskı ve Cilt | Printing and Binding

GENÇ OFSET MATBAA KAĞITÇILIK SANAYİ VE TİC. LTD. ŞTİ.

İskitler 1. Cad. Süzgün Sk. No: 18 İskitler/ANKARA

T: 0312 341 06 41 • F: 0312 341 21 41

www.gencofset.com info@gencofset.com



FMR

Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi

© 2018 Ankara Barosu Başkanlığı. Tüm Hakları Saklıdır.
Dergide ileri sürülen görüşler yazarlarına aittir.

ISSN 1302-9215

FMR, Fikir ve Sanat Eserleri, Sınai Mülkiyet, Haksız Rekabet ve Rekabet Hukuku ile ilgili makaleler, ulusal ve uluslararası kararlar ve diğer ürünleri sunan, üç ayda bir yayımlanan, yerel süreli dergidir.

FMR is published quarterly during the calendar year and present articles, national and international decisions and other materials in the fields of Copyrights, Industrial Property, Unfair Competition and Antitrust Problems.

Sahibi Ankara Barosu adına | Owner on behalf of Ankara Bar Association
Av. Hakan CANDURAN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü | Managing Editor
Av. Erinç SAĞKAN

Genel Yayın Yönetmeni | Editor in Chief
Av. Tuncay SONGÖR

Yayın Kurulu | Editorial Board

Av. Tuncay SONGÖR

Av. Koray BULUT

Av. Suat BALABAN

Av. Servet Batuhan BİLGİN

Av. Belgin YILMAZ

Av. Dilara Naz GÜLÜM

İletişim Adresi | Communication Address

Ankara Barosu Başkanlığı, Adliye Sarayı Kat: 5 Sıhhiye/ANKARA

T: (0.312) 416 72 00 (Pbx) • F: (0.312) 416 72 80

www.ankarabarusu.org.tr

ankarabarusuyayin2016@gmail.com

FMR
FİKRİ MÜLKİYET VE REKABET HUKUKU
DERGİSİ
YAYIN İLKELERİ

1. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde FMR dergisi bütün yayın hakkına sahiptir. Ankara Barosu Başkanlığının izni olmadan yazılar başka yerde yayımlanamaz.
2. FMR'nin yazı dili Türkçedir. Yabancı dildeki yazılar da Türkçe çevirileri ile birlikte yayımlanmaktadır. İster Türkçe ister yabancı dilde yazılmış olsun yazıların Türkçe ve İngilizce başlıkları ile, 150 sözcüğü geçmeyen Türkçe ve İngilizce özetlerinin yazının sonuna eklenerek yayıma hazır şekilde gönderilmesi gerekmektedir. Türkçe ve İngilizce anahtar sözcüklerin de eklenmesi yazarın tercihindedir.
3. Yazılar "Microsoft Word" programında (.doc) kaydedilmiş (yazı tipi Times New Roman, 12 punto, normal stil) olarak **ankarabarosuyayin2016@gmail.com** adresine gönderilmelidir. Dipnotların sayfa altında gösterilmesi gerekmektedir.
4. Dergimize gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın e-mail ile gönderilen biçimiyle "baskıya" verdiği kabul edilir. Yazı teslim edildikten sonra baskı düzeltmeleri için ayrıca yazara gönderilmeyecektir. Bu nedenle yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması ve biçimsellik ölçülerine uyulmaması, yazının geri çevrilmesi için yeterli görülecektir.
5. Makale yazarına ait iletişim bilgileri (ad, soyad, ünvan, iletişim adresi, güncel e-posta adresi, cep telefonu) makalenin son sayfasına nizami bir şekilde eklenmelidir. Makaleyi gönderen yazarın ismini yazmaması/ unutmaması durumunda makalesi yayımlanmayacaktır.
6. Dergide yayımlanmasına karar verilen makaleler; yazarların soyadlarına göre alfabetik olarak verilmiştir.
7. Telif ücreti ödenmeyeceğini yazar kabul etmiştir. Yayımlanan yazının 20 adet tıpkı basımı ve 2 adet dergi yazara ücretsiz gönderilmektedir.
8. Dergide çıkan yazılara atıf yapmak isteyenler "FMR" rumuzunu kullanabilirler.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	11
Av. Hakan CANDURAN	
SUNUŞ.....	13
Av. Tuncay SONGÖR	
6769 SAYILI SINAİ MÜLKİYET KANUNUNUN PATENTLER VE FAYDALI MODELLER AÇISINDAN GETİRDİĞİ YENİLİKLER VE İLGİLİ HÜKÜMLERİN AVRUPA PATENT SÖZLEŞMESİ İLE UYUMU	17
Av. Koray BULUT	
6769 SAYILI SINAİ MÜLKİYET KANUNU'NDA TASARIM HUKUKUNDA GETİRİLEN YENİLİKLER	33
Av. Servet Batuhan BİLGİN	
MARKALAR İLE İLGİLİ SINAİ MÜLKİYET KANUNU'NDA YER ALAN DEĞİŞİKLİKLER.....	55
Av. Melis ABACIOĞLU VİSKUŞENKO	
SINAİ MÜLKİYET KANUNU KAPSAMINDA PATENT TECAVÜZÜ DAVALARI İHTİYATİ TEDBİRLER.....	87
Av. Ezgi Çiğdem YILDIRIM	
MARKA DAVALARINDA BİLİRKİŞİLİK	103
Av. Nilgün SOYDAN BAL, LL.M.	
YABANCI MAHKEME KARARLARI.....	135
HAZIRLAYAN: Gamze COŞKUN	
REKABET KURULU KARARLARI	213
HAZIRLAYAN: Av. Tuncay SONGÖR	

BAŞKANIN KÖŞESİ

Değerli Meslektaşlarım,

Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, 2001 yılından bu yana fikri mülkiyet ve rekabet hukuku alanına önemli katkılar sunarak yayın hayatını sürdürmektedir.

10 Ocak 2017 tarihinde yürürlüğe giren 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanun ile birlikte, fikri ve sınai haklar alanında Kanun Hükmünde Kararnemeler ile düzenlenen mevzuat değişmiş ve sınai haklar hukukunda bir dönüm noktası yaşanmıştır. Bu sebeple akademisyenler, uzmanlar ve diğer tüm paydaşlarımız, bu konularda değerli araştırmalar yapmaktadır. Kanunun uygulanmasından doğan yeni hukuki meseleler, bu alanda çalışan meslektaşlarımızın ve kanun uygulayıcılarının çalışmaları sayesinde çözüme kavuşturulmuştur ve kavuşturulmaya devam etmektedir.

Biz de Ankara Barosu olarak konunun önem ve hassasiyetini bildiğimizden, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Kurulu tarafından hazırlanan, 6769 Sayılı Fikri ve Sınai Haklar Kanunu'ndaki yenilikleri ve uygulamaları odak noktasına alan ve bu yeniliklerin daha iyi anlaşılmasına katkı sağlayacağına inandığımız çalışmaları içerir dergimizi sizlere sunuyoruz.

Çok değerli çalışmalar sonucunda hazırlanan dergimizin bu sayısında, yine değerli makaleler ile mahkeme kararları, Rekabet Kurul kararları ile yabancı mahkemelerce verilmiş önemli ve güncel kararların tercümelerini sizinle paylaşıyoruz.

Dergimizin hazırlanmasında emeği bulunan, başta Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Kurulu Başkan'ı Av. Tuncay Songör olmak üzere, emeği geçen herkese teşekkür eder, dergimizin siz değerli okuyucularımıza faydalı olmasını umarız.

Av. Hakan CANDURAN

Ankara Barosu Başkanı

SUNUŞ

2017 yılı boyunca, fikri mülkiyet ve rekabet hukuku alanında oldukça yoğun ve faydalı geçen kurul çalışmaları ve etkinlikler neticesinde, fikri ve sınai haklar ile rekabet hukukunun gündeminde olan konuları değerlendirdiğimiz ve ilginize sunduğumuz dergimizin yeni sayısını sizlerle buluşturmanın sevinci içindeyiz.

10 Ocak 2017 tarihinde kabul edilen 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle, fikri ve sınai haklar alanında Kanun Hükmünde Kararnameler ile düzenlenen mevzuat değişmiş ve hukuk gündemimize birçok farklı uygulama girmiş bulunmaktadır. Yasanın uygulanması konusunda meslektaşlarımızın aydınlatılması, her zamanki gibi gerek dergi gerekse yıl içinde düzenlediğimiz eğitim ve etkinliklerle birlikte yeni yılda da devam edecektir. Kurulumuz bu görev ve sorumluluğun bilinciyle hareket etmeye devam etmektedir. Fikri ve sınai haklar ile rekabet hukuku alanında önemli çalışmalar içeren dergimizin daha çok okuyucuya ulaşması temennisiyle, 2018 yılında da çalışmalarımıza tüm hızıyla devam etmeyi hedefliyoruz.

6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun getirdiği yeniliklerin ve hukuk gündemimize kazandırdığı yeni uygulamaların anlaşılmasına katkı sağlayacağına ve meslektaşlarımıza faydalı olacağına inandığımız dergimizin bu sayısının hazırlanmasında başta Ankara Barosu Başkanı Sayın Av. Hakan CANDURAN'a ve çok değerli makale yazarları ile dergimizin basım ve yayımında emeği geçen herkese teşekkür ederiz.

Av. Tuncay SONGÖR
FMR Kurul Başkanı

Makaleler

Articles

6769 SAYILI SİNAİ MÜLKİYET KANUNUNUN PATENTLER VE FAYDALI MODELLER AÇISINDAN GETİRDİĞİ YENİLİKLER VE İLGİLİ HÜKÜMLERİN AVRUPA PATENT SÖZLEŞMESİ İLE UYUMU

Av. Koray BULUT*

I. GİRİŞ

Ülkemizde patentler ilk olarak, 1879 kabul tarihli İhtira Beratı Kanunu ile korunmaya başlanmış ve bu kanun, 24/6/1995 tarih ve 551 sayılı Patentlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'ye (Mülga KHK) 3/11/1995 tarihli ve 4128 sayılı Kanunun 1 inci maddesiyle eklenen 73/A maddesinin (c) bendi ile yürürlükten kaldırılmış olup, külliyattan çıkarılmıştır.

Patent ve Faydalı Modellerin korunması ile ilgili olan Mülga KHK, dönemin şartları göz önüne alındığında oldukça detaylı ve bir çok bakımdan uluslararası mevzuata uygun olacak bir şekilde yapılandırılmış ve Türkiye'de patent ve faydalı model haklarının korunması bakımından yeterli olmuştur. Ancak zamanla, gelişen ekonomik koşullar ile değişikliğe uğrayan yabancı mevzuat ve mahkeme kararları doğrultusunda, diğer sınai haklar da olduğu gibi patent ve faydalı model haklarında da yeni bir kanuna ihtiyaç duyulmuştur. Söz konusu gelişmeler ışığında 10 Ocak 2017 tarihinde 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (6769 Say. Kanun) yürürlüğe girerek 551 Sayılı KHK döneminin sonuna gelinmiştir.

II. SİNAİ MÜLKİYET KANUNU'NA GENEL BAKIŞ

6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce, sınai hakların her biri ayrı KHK'ler ile korunmaktaydı. Sınai Mülkiyet Kanunu ile söz konusu sınai mülkiyet hakları tek bir kanun altında birleştirilmiş ve 5 kitaptan meydana getirilmiştir. Patent ve Faydalı Modeller, Sınai Mülkiyet

* Ankara Barosu.

Kanunu'nun 4. kitabında yer almaktadır. Söz konusu Sınai Mülkiyet Kanunu ile, Türkiye Patent ve Faydalı Modelleri ile ilgili hükümlerin, Avrupa Patent Sözleşmesi (EPC) hükümlerine olan uyum arttırılmıştır.

III. PATENTLER İLE İLGİLİ GETİRİLEN DEĞİŞİKLİKLER

1. Patentlenebilirlik Şartları

Mülga KHK'da patentlenebilirlik şartları 5. maddede düzenlenmiş ve “yeni, tekniğin bilinen durumunu aşan ve sanayiye uygulanabilir olan buluşlar, patent verilerek korunur” şeklinde ifade edilmiştir.

Yenilik şartı Mülga KHK Mad. 7'de “*tekniğin bilinen durumuna dahil olmayan buluş yenidir*”,

Tekniğin Bilinen Durumunu Aşma şartı Mülga KHK Mad. 9'da “*buluş, ilgili olduğu teknik alandaki bir uzman tarafından, tekniğin bilinen durumundan aşikar bir şekilde çıkarılamayan bir faaliyet sonucu gerçekleşmiş ise, tekniğin bilinen durumunun aşıldığı kabul edilir.*” ve

Sanayiye Uygulanabilir Olma şartı Mülga KHK Mad. 10'da “*buluş, tarım dahil sanayinin herhangi bir dalında üretilebilir veya kullanılabilir nitelikte ise, sanayiye uygulanabilir olduğu kabul edilir.*” şeklinde ifade edilmiştir.

6769 Sayılı Kanunda ise patentlenebilirlik kriterleri, Madde 82/1'de düzenlenmiş ve “*teknolojinin her alanındaki buluşlara yeni olması, buluş basamağı içermesi ve sanayiye uygulanabilir olması şartıyla patent verilir*” şeklinde ifade edilmiştir.

Yenilik şartı 6769 Say. Kanun Mad. 83/1'de “*tekniğin bilinen durumuna dahil olmayan buluşun yeni olduğu kabul edilir*”,

Buluş Basamağı İçermesi şartı 6769 Say. Kanun Mad. 83/4'de “*tekniğin bilinen durumu dikkate alındığında, ilgili olduğu teknik alandaki uzmana göre aşikar olmayan buluşun, buluş basamağı içerdiği kabul edilir*” ve

Sanayiye Uygulanabilir Olma şartı 6769 Say. Kanun Mad. 83/6'da “*buluş, tarım dahil sanayinin herhangi bir dalında üretilebilir veya kullanılabilir nitelikteyse, sanayiye uygulanabilir olduğu kabul edilir*” şeklinde ifade edilmiştir.

Görüldüğü gibi, 6769 Sayılı Kanun, mülga KHK'de yer alan “tekniğin bilinen durumunu aşma” kriterini, “buluş basamağı içermesi” olarak değiştirmiştir. Her iki ifade biçiminde de, söz konusu kriter, uzman bir kişinin tekniğin bilinen durumundan söz konusu buluşu aşikar bir şekilde çıkarmaması olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla 6769 Sayılı Kanun ile yapılan bu değişiklik patentlenebilirlik kriterlerinde içerik olarak bir değişikliğe yol açmamaktadır. Bu değişiklik ile,

6769 Sayılı Kanundaki patentlenebilirlik şartları tanım olarak Avrupa Patent Sözleşmesi ile uyumlu hale gelmiştir. Avrupa Patent Sözleşmesinin (EPC) 52. maddesinin 1. fıkrasında ifade edilen patentlenebilirlik şartları, *yenilik (novelty)*, *buluş basamağı içerme (involve an inventive step)* ve *sanayiye uygulanabilir olma (susceptible of industrial application)* şeklindedir.

EPC Mad. 52/1: *European patents shall be granted for any inventions, in all fields of technology, provided that they are new, involve an inventive step and are susceptible of industrial application.*

2. Teşhis ve Tedavi Yöntemlerinin Patentlenememesi

Teşhis ve tedavi yöntemleri, Mülga KHK’de yer aldığı şekilde de patentlenemiyordu. Ancak 6769 Say. Kanun ile yapılan değişiklikle, teşhis ve tedavi usullerinin patentlenememesinin sebebi değiştirilmiş ve Avrupa Patent Sözleşmesi’ne uyumlu hale getirilmiştir.

Mülga KHK Mad. 6/e uyarınca, insan veya hayvan vücuduna uygulanacak cerrahi ve tedavi usulleri ile insan, hayvan vücudu ile ilgili teşhis usulleri, buluş niteliğinde olmadıkları için patent koruması kapsamında bırakılmıştı. Ancak 6769 Say. Kanun Mad. 82/3(c) ye göre, “insan veya hayvan vücuduna uygulanacak teşhis yöntemleri ile cerrahi yöntemler dahil tüm tedavi yöntemleri” buluş niteliğinde sayılmalarına rağmen patent verilemeyecek buluşlar arasında yer almaktadır. Bu değişikliğe göre, Mülga KHK’ye göre buluş niteliğinde olmadığı için patent verilemeyen teşhis ve tedavi yöntemleri, 6769 Say. Kanuna göre buluş olarak nitelendirilmiş ancak yine de patent verilemeyecek konular arasında yer almıştır.

Teşhis ve tedavi yöntemlerinin patentlenebilirliği ile ilgili Avrupa Patent Sözleşmesi’nin Patentlenebilirliğin İstisnaları başlıklı 53. maddesinin c bendi de, teşhis ve tedavi yöntemlerini bir buluş olarak görmüş ancak yine de bu tür başvurulara patent verilmeyeceğini belirtmiştir.

EPC Mad. 53: *European patents shall not be granted in respect of:*

(c) methods for treatment of the human or animal body by surgery or therapy and diagnostic methods practised on the human or animal body; this provision shall not apply to products, in particular substances or compositions, for use in any of these methods.

3. Hakların Yeniden Tesisi Müessesesi

6769 Say. Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte, patent işlemleri ile ilgili yeni bir kavram olan hakların yeniden tesisi müessesesi hayatımıza girmiştir. Mülga KHK döneminde, hakların yeniden tesisine ilişkin hükümler yer almamaktaydı ve patent işlemlerinde süreye uyulmamasından dolayı meydana gelebilecek olası hak kayıplarının engellenebilmesi yalnızca mücbir sebebin varlığına bağlıydı. 6769 Say. Kanun'un 107. maddesinin 2. fıkrasında hakların yeniden tesisi düzenlenmiştir.

6769 Say. Kanun Madde 107 - İşlemlerin devam ettirilmesi ve hakların yeniden tesisi

(2) Patent başvurusu veya patent sahibi tarafından, patent başvurusu veya patenle ilgili işlemlerde şartların gerektirdiği özen gösterilmesine rağmen, uyulması gereken bir süreye uyulamamasının patent başvurusunun reddine, geri çekilmiş sayılmasına, 99 uncu madde uyarınca patentin hükümsüz kılınmasına veya diğer herhangi bir hakkın kaybına yol açması hâlinde, hakların yeniden tesisi talep edilebilir. Bu talep, uyulamamış olan sürenin bitiminden itibaren **bir yılı geçmemek üzere, süreye uyulamama nedeninin ortadan kalkmasından itibaren iki ay içinde ücreti ödenerek yapılır.** Aksi takdirde bu talep reddedilir. Talebin kabul edilmesi hâlinde süreye uyulmamış olmanın getirdiği hukuki sonuçlar doğmamış sayılır.

İlgili maddeden anlaşılacağı üzere, hakların yeniden tesisi için gereken ilk şart, patent ile ilgili işlemlerde şartların gerektirdiği özenin gösterilmesidir. Gerekli özen gösterilmesine rağmen, uyulması gereken bir süreye uyulmaması nedeniyle başvurunun reddi, geri çekilmiş sayılması, hükümsüz kılınması veya diğer herhangi bir hakkın kaybına yol açılması halinde hakların yeniden tesisi, en geç uyulamamış olan sürenin bitiminden itibaren bir yılı geçmemek üzere, süreye uyulamama nedeninin ortadan kalkmasından itibaren iki ay içinde talep edilebilir. Hakların yeniden tesisinin düzenlenmesinin asıl amacı, başvuru veya patente sahibinin verilen sürelerle gerekli özeni göstermesine rağmen uyulmaması durumunda kaybolan hakların yeniden kazanılarak başvuru veya patent sahibinin mağduriyetinin giderilmesidir.

Ancak, Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmeliğin (SMK Yön.) Hakların 115. maddesinin 2. fıkrasında hakların yeniden tesisinin istisnası olarak, on iki aylık rüçhan süresine uyulmama durumunda, **bu sürenin bitiminden itibaren iki ay içinde** hakların yeniden tesisi talebinde bulunabileceği belirtilmiştir.

SMK Yön. MADDE 115 Hakların yeniden tesisi

*(2) Hakların yeniden tesisi talebi, uyulamamış olan sürenin bitiminden itibaren bir yılı geçmemek üzere, süreye uyulamama nedeninin ortadan kalkmasından itibaren iki ay içinde Tebliğde belirtilen ücret ödenerek yapılır. Ancak, Kanununun 93 üncü maddesinin birinci fıkrasında belirtilen on iki aylık rüçhan süresine uyulamama durumunda, bu sürenin bitiminden itibaren **iki ay içinde hakların yeniden tesisi talebinde bulunulabilir.***

6769 Say. Kanun ile hayatımıza giren hakların yeniden tesisi, Avrupa Patent Sözleşmesi'nin 122. maddesinde, süreler ile ilgili hüküm 136. Maddeye göre hakların yeniden tesisi talebinin süreye uyulmama nedeninin ortadan kalkmasından itibaren iki ay içinde ve en geç söz konusu sürenin bitiminden itibaren bir yıl içinde talep edilebileceğini düzenlemiştir.

EPC Mad. 122 - Re-establishment of rights

(1) An applicant for or proprietor of a European patent who, in spite of all due care required by the circumstances having been taken, was unable to observe a time limit vis-à-vis the European Patent Office shall have his rights re-established upon request if the non-observance of this time limit has the direct consequence of causing the refusal of the European patent application or of a request, or the deeming of the application to have been withdrawn, or the revocation of the European patent, or the loss of any other right or means of redress.

EPC Mad. 136 - Re-establishment of rights

(1) Any request for re-establishment of rights under Article 122, paragraph 1, shall be filed in writing within two months of the removal of the cause of non-compliance with the period, but at the latest within one year of expiry of the unobserved time limit.

4. İşlemlerin Devam Ettirilmesi

6769 Say. Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte, hakların yeniden tesisi yanında, İşlemlerin Devam Ettirilmesine ilişkin hükümler de mevzuatımıza girmiştir. Bilindiği gibi Mülga KHK'de işlemlerin devam ettirilmesi yer almaktaydı ve meydana gelen hak kayıpları ancak mücbir sebebin varlığı halinde telafi edilebiliyordu. Patent başvuru işlemlerinde sürelerle uyulmaması durumunda, süreye uyulmamanın sonucunun başvuru sahibine bildirilmesi ve bildirim tarihinden itibaren iki ay içinde ücretin ödenerek patent başvuru işlemlerine kaldığı yerden devam edilmesi suretiyle işlemlerin devam ettirilmesi

sağlanmıştır. İşlemlerin devam ettirilmesine ilişkin hüküm 6769 Say. Kanun Mad. 107'de yer almaktadır.

İşlemlerin devam ettirilmesi ve hakların yeniden tesisi

MADDE 107- (1) Patent başvurusuna ilişkin işlemlere dair sürelere uymaması hâlinde başvuru sahibi, süreye uyulmamanın sonucunun bildirim tarihinden itibaren iki ay içinde, ücretini ödeyerek işlemlere devam edilmesini talep edebilir. Aksi takdirde bu talep reddedilir. Talebin kabul edilmesi hâlinde süreye uyulmamış olmanın getirdiği hukuki sonuçlar doğmamış sayılır.

Ancak Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmeliğin 114. maddesinin 2. fıkrasında, işlemlerin devam ettirilmesinin talep edilemeyeceği işlemler belirtilmiştir. Patent ile ilgili aşağıdaki belirtilen işlemler için, işlemlerin devam ettirilmesi talep edilememektedir;

- Rüçhan hakkı talebi süresi (12 ay),
- Yıllık ücretlerin ödenmesi ile ilgili telafi ücretinin ödenme süresi,
- Buluşa patent verilmesini etkilemeyen açıklamalar için belirtilen 12 aylık süre,
- Araştırma raporu düzenlenememesi durumunda, başvuru sahibinin durumun kendisine bildiriminden itibaren itirazda bulunması için belirtilen 3 aylık süre,
- İşverenin, buluşun serbest buluş olmadığına ilişkin itirazını, bildirim tarihinden itibaren yazılı bir bildirimde bulunma süresi olan 3 aylık süre,
- Patent tesciline itiraz süresi olan tescilin yayımından itibaren başlayan 6 aylık süre,
- Başvuru unsurlarının tamamlanma süresi,
- Şekli eksikliklerin giderilme süresi.

Avrupa Patent Sözleşmesi'nin 121 inci ve ilgili yönetmeliğin 135 inci maddesinde, işlemlerin devam ettirilmesi açıklanmakta ve süresinin ilgili bildirim başvuru sahibine yapıldığı tarihten itibaren 2 ay olduğu belirtilmektedir. Görüldüğü gibi, işlemlerin devam ettirilmesi hükümleri ile patent mevzuatımız, Avrupa Patent Sözleşmesi ile bir adım daha uyumlu hale getirilmiştir.

EPC 121 - Further processing of the European patent application

(1) If an applicant fails to observe a time limit vis-à-vis the European Patent Office, he may request further processing of the European patent application.

EPC Rule 135 - Further processing

(1) Further processing under Article 121, paragraph 1, shall be requested by payment of the prescribed fee within two months of the communication concerning either the failure to observe a time limit or a loss of rights. The omitted act shall be completed within the period for making the request.

4. İncelemesiz Patent Sisteminin Kaldırılması

Mülga 551 say. KHK’de, patent başvuru işlemlerinde, araştırma raporunun başvuru sahibine tebliğinden itibaren, başvuru sahibi üç ay içerisinde sistem tercihi yapar ve başvurunun incelemeli olarak ilerlemesini seçmesi durumunda inceleme işlemine geçilirdi. En fazla üç incelemenin herhangi birinin olumlu olması durumunda buluş incelemeli patent olarak tescil edilirdi. Başvuru sahibinin, araştırma raporunun kendisine tebliğinden itibaren üç ay içerisinde sistem tercihi yapmaması ya da incelemesiz sistem seçmesi durumda ise, inceleme işlemi yapılmaz, başvuru doğrudan incelemesiz patent olarak tescil edilirdi. İncelemesiz patent almış bir başvuru, başvuru tarihinden itibaren en geç yedi sene içerisinde inceleme talebi yapılmadığında incelemesiz patent hakkı sona ererdi. İncelemesiz patentin amacı, inceleme maliyetlerine katlanarak inceleme aşamasına geçmeden önce buluş sahibinin, buluşu piyasaya çıkartarak değerini görmesinin sağlanması gibi nedenlerdi. Ancak ülkemizde başvuru stratejisi olarak, araştırma raporunda buluşun yeniliğini öldüren belgelerin varlığı görüldüğü ve inceleme raporundan olumlu bir sonuç alınabilme olasılığının zayıf olduğu durumlarda bile, incelemesiz sistem tercih edilerek, üçüncü kişilere sanki başvuru bir incelemeli patent haklarına sahip gibi yansıtılmaktaydı. Uygulamada incelemesiz patentlerin, incelemeli patent gibi güçlü bir korumaya sahip olduğu izleniminin verilmesi, üçüncü kişiler ve incelemesiz patent sahipleri arasında sorunlara yol açması söz konusu idi.

6769 Say. Kanun’nu ile Türkiye’deki incelemesiz patentten kaynaklanan sorunların artmasından dolayı ve EPC mevzuatına uyum amacıyla, incelemesiz patent sistemi kaldırılmıştır. 6769 Say. Kanun’un yürürlüğe girdiği 10 Ocak 2017 tarihinden sonra yapılan bütün ulusal patent başvurularının sahipleri, araştırma raporunun bildirim tarihinden itibaren üç ay içinde ücretini ödeyerek incelemenin yapılmasını talep etmek zorundadır. Aksi takdirde başvuru geri çekilmiş sayılır ve işlemleri son bulur.

6769 Say. Kanun MADDE 98-İnceleme talebi, inceleme raporunun düzenlenmesi ve patentin verilmesi

(1) Başvuru sahibi, araştırma raporunun bildirim tarihinden itibaren üç ay içinde ücretini ödeyerek incelemenin yapılmasını talep eder. Aksi takdirde başvuru geri çekilmiş sayılır.

Benzer şekilde, Avrupa Patent Sözleşmesi hükümlerinde de incelemesiz patent sistemi bulunmaz ve inceleme talebi zamanında yapılmaz ise başvuru geri çekilmiş sayılır. Avrupa Patent Sözleşmesi Mad. 70'e göre, Avrupa Patent Ofisi tarafından hazırlanan araştırma raporunun Avrupa Patent Bülteni'nde yayınlandığı tarihten itibaren altı ay içerisinde inceleme talep edilmez ise, başvuru geri çekilmiş sayılır.

EPC Rule 70 - Request for examination

(1) The applicant may request examination of the European patent application up to six months after the date on which the European Patent Bulletin mentions the publication of the European search report. The request may not be withdrawn.

5. Patentın Tescilinin Yayımından Sonra İtiraz Prosedürü Getirilmesi

Mülga 551 Say. KHK'de, incelemeli veya incelemesiz patentlerin tesciline herhangi bir itiraz mekanizması bulunmamaktaydı. Dolayısıyla, tescil edilmiş bir patentin hükümsüzlüğü, ancak yetkili Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'nde hükümsüzlük davası açılarak sağlanabiliyordu. Hükümsüzlük davaları da, hem hükümsüzlüğün birçok farklı unsura bağlı olması hem de teknik olarak oldukça karışık davalar olduğundan davaların sonuçlanması uzun sürmektedir. Dolayısıyla, hükümsüzlüğü çok aşık olan bir incelemesiz patentın bile davasının sonuçlanması oldukça zaman almaktadır. Bu durum, taraflar açısından uzun bir süre belirsizliğe yol açtığından, ekonomik durumun etkilenmesi ve yanlış kararlar alınması olasılığını arttırmaktaydı.

6769 Say. Kanun'da yapılan en çarpıcı yeniliklerden bir tanesi, tescili yayınlanmış bir patentın tesciline itiraz mekanizmasıdır. Yeni kanuna göre üçüncü kişiler, patentın verilmesi kararının Bültende yayımlanmasından itibaren altı ay içinde söz konusu patente aşağıdaki sebeplerle itiraz edebilirler:

- Patent konusu buluşun patent verilebilirlik şartlarını taşımadığı, (yenilik, buluş basamağı, sanayiye uygulanabilirlik, buluş niteliğinde olmayan başvurular, patent verilemeyecek buluşlar)

- Buluşun teknik alanda uzman bir kişi tarafından buluşun uygulanabilmesini sağlayacak şekilde yeterince açık ve tam olmadığı,
- Patent konusunun, başvurunun ilk hâlinin kapsamını aştığı
- Bölünmüş patent başvurusunun asıl patent başvurusunun kapsamını aştığı,
- Patent başvurusu için rüçhan hakkı talep edilmiş ise, başvurunun kapsamının rüçhan dokümanının kapsamını aştığı.

Bir patente, tescilinin yayımı sonrasında itiraz edilebilme müessesesine uluslararası patent hukukunda *post-grant opposition* denmektedir. Tescil sonrası itiraz, hem üçüncü kişilerin hem de patent sahibinin buluş ile ilgili daha kısa sürede daha net bir karara varabilmeleri ve ticari adımlarını daha net bir şekilde atabilmelerinde yardımcı olur. Buna ek olarak, tescil edilmiş patentlerin kalitesi ve güvenilirliğini de artırır.

Belirtmek gerekir ki, patentin tesciline yapılan itirazlar Kurul nezdinde inceleneceğinden, bu kararlar aleyhine Kurula yeniden bir itirazda bulunulması söz konusu değildir. Kararın iptali için dava yoluna başvurmak gerekmektedir.

Avrupa Patent Sözleşmesi'nde de benzer şekilde tescil sonrası itiraz prosedürü bulunmaktadır. EPC Mad. 99'a göre, tescili yayımlanan bir Avrupa Patenti'ne, üçüncü kişiler yayım tarihinden itibaren dokuz ay içerisinde buluşun patentlenebilirlik şartlarını taşımadığı yönünde itiraz edebilirler.

EPC Art. 99 - Opposition

(1) Within nine months of the publication of the mention of the grant of the European patent in the European Patent Bulletin, any person may give notice to the European Patent Office of opposition to that patent, in accordance with the Implementing Regulations. Notice of opposition shall not be deemed to have been filed until the opposition fee has been paid.

6. Üniversiteler Bünyesinde Yapılan Başvuruların Hak Sahipliğinde Değişiklik

Mülga 551 Say. KHK Mad. 41 hükümlerine göre, üniversite mensuplarının buluşları, serbest buluş niteliğindedir. Buna göre, üniversitede çalışan bir öğretim elemanı yaptığı buluş için patent başvurusu yaparken, hem başvuru sahibi hem de buluş sahibi olarak kendi adını yazabilmekteydi. Dolayısıyla, hak sahipliği bakımından üniversitenin bir hakkı bulunmamaktaydı.

Mülga 551 Say. KHK Mad. 41–Üniversite Mensuplarının Buluşları

Madde 41–39 uncu ve 40 ıncı madde hükümlerinden farklı olarak, Üniversitelere bağlı fakülte ve yüksek okullarda bilimsel çalışma yapmakta olan öğretim elemanlarının yaptığı buluşlar, serbest buluş sayılır.

6769 Say. Kanun Mad. 121'e göre, artık üniversite mensuplarının gerçekleştirdiği buluşlar, çalışanların buluşlarına ilişkin hükümlere tabi olmaktadır. Dolayısıyla, üniversite mensuplarını gerçekleştirdiği buluşlar artık serbest buluş niteliğinde değil, hizmet buluşu niteliğindedir. Bunun doğal bir sonucu olarak, buluş serbest buluş niteliği kazanmamışsa, gerçekleştirilen bir buluş için yapılan patent başvurusunda, başvuru sahibi olarak ilgili yükseköğretim kurumu, buluş sahibi olarak ise buluşu gerçekleştiren öğretim elemanı yazılacaktır.

6769 Say. Kanun Mad. 121–Yükseköğretim kurumlarında gerçekleştirilen buluşlar

MADDE 121- (1) 2547 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde tanımlanan yükseköğretim kurumları ile Milli Savunma Bakanlığı ve İçişleri Bakanlığına bağlı yükseköğretim kurumlarında yapılan bilimsel çalışmalar veya araştırmalar sonucunda gerçekleştirilen buluşlar için, özel kanun hükümleri ve bu madde kapsamındaki düzenlemeler saklı kalmak kaydıyla, çalışanların buluşlarına ilişkin hükümler uygulanır.

6769 Say. Kanun kapsamında yüksek öğretim kurumunda hizmet buluşu gerçekleştiren öğretim elemanı,

- Buluşunu yazılı olarak geciktirmeksizin yükseköğretim kurumuna bildirir,
- Yükseköğretim kurumu, buluş üzerinde hak sahipliği talebinde bulunması durumunda, patent başvurusu yapmakla yükümlüdür. Aksi takdirde buluş, serbest buluş niteliği kazanır,
- Yükseköğretim kurumunun hak sahipliği talebine karşı buluşu yapan, buluşunun serbest buluş olduğunu ileri sürerek itiraz edebilir.

7. Kamu Kurum Ve Kuruluşları Tarafından Desteklenen Projelerde Ortaya Çıkan Buluşlar

551 Say. Mülga KHK'da, Kamu Kurum ve Kuruluşları tarafından desteklenen projelerde ortaya çıkan buluşlara yönelik herhangi bir düzenleme yer almıyordu. 6769 Say. Kanun'un 122. maddesinde açıklanan bu konu, esas olarak kamu kurum ve kuruluşları tarafından desteklenen projelerde ortaya çıkan buluşların, destek sağlayan kamu kurumuna bildirilmesini zorunluluğudur. Bu bildirim

yapılmasından itibaren bir yıl içinde proje desteğinden faydalanan kişi, buluş konusu üzerinde hak sahipliği talep edip etmediğini ilgili kamu kurumuna yazılı olarak bildirir. Bu talebin yapılmaması sonucunda, ilgili kamu kurumu veya kuruluşu buluş için hak sahipliğini alabilir.

Kamu destekli projelerde ortaya çıkan buluşlar

MADDE 122- (1) *Kamu kurum ve kuruluşları tarafından desteklenen projelerde ortaya çıkan buluşların, destek sağlayan kamu kurumuna yönetmeliğe uygun olarak bildirilmesi zorunludur. Bu bildirim yapıldığı tarihten itibaren bir yıl içinde proje desteğinden faydalanan kişi, buluş konusu üzerinde hak sahipliği talep edip etmediği konusundaki tercihini kamu kurumuna yazılı olarak bildirir. Proje desteğinden faydalanan kişi bu süre içinde hak sahipliği talep etmezse veya hak sahipliğine ilişkin tercihini yazılı olarak yapmazsa destek sağlayan kamu kurumu veya kuruluşu buluş için hak sahipliğini alabilir. Proje desteğinden faydalanan kişi, hak sahipliğine ilişkin süreç tamamlanana kadar, buluşa patent veya faydalı model verilmesini etkileyecek nitelikte açıklamalarda bulunamaz.*

9. Patent Başvuru İşlemleri İle İlgili Diğer Değişiklikler

a. 6769 Say. Kanun Mad. 90/5'e göre, buluş sahibi adının gizli tutulmasını isteyebilir. Mülga 551 Say. KHK'da olmayan bu düzenleme 6769 Say. Kanun ile gelmiştir.

6769 Say. Kanun Mad. 90/5 - Buluşu yapan, başvuruda belirtilir. Ancak buluşu yapan, isminin gizli tutulmasını isteyebilir.

b. 551 Say. Mülga KHK'ye göre araştırma raporu talebi, başvuru yapıldıktan sonra 15 ay içinde yapılıyordu. 6769 Say. Kanun Mad. 96/1'e göre, araştırma talebi başvuru ile birlikte veya bildirim gerek olmaksızın başvurudan itibaren on iki ay içerisinde yapılmalıdır. Bu değişiklik ile patent başvurudan tesciline giden süresinin kısaltılması amaçlanmıştır.

Araştırma talebi, araştırma raporunun düzenlenmesi ve yayımlanması

MADDE 96- (1) *Başvuru sahibi başvuruyla birlikte veya bildirim gerek olmaksızın başvuru tarihinden itibaren on iki ay içinde ücretini ödemek kaydıyla araştırma talebinde bulunur. Aksi takdirde başvuru geri çekilmiş sayılır.*

c. Mülga 551 Say. KHK'de, üçüncü kişiler yalnızca, araştırma raporunun yayımından itibaren altı ay içinde, araştırma raporunun içeriği hakkında, ilgili belgeleri de eklemek suretiyle, görüşlerini Enstitü'ye bildirebilirdi. Ancak 6769 Say. Kanun'un 97. maddesinin 2. fıkrasına göre, patent başvurusunun

yayımlandığı tarihten itibaren üçüncü kişiler, patent başvurusuna konu olan buluşun patent verilebilirliğine ilişkin görüşlerini sunabilir. Ancak bu kişiler, bu aşamada Kurum nezdindeki işlemlere taraf olamaz.

Başvurunun yayımlanması ve etkileri

MADDE 97- (2) Patent başvurusunun yayımlandığı tarihten itibaren üçüncü kişiler, patent başvurusuna konu olan buluşun patent verilebilirliğine ilişkin görüşlerini sunabilir. Ancak bu kişiler, bu aşamada Kurum nezdindeki işlemlere taraf olamaz.

d. Koruma Sürelerinde Telif Ücreti Ve Yıllık Ücretlerin Başlangıcı

Patent başvurusu yapıldıktan sonra, takip eden her yıl başvuru tarihinde yıllık ücreti ödenmelidir. Yıllık ücretin ödenmemesi durumunda patent başvurusu veya tescil edilmiş bir patent geçersiz olacaktır. Mülga 551 Say. KHK'de yıllık ücretler Enstitü'nün bildirimine gerek olmaksızın patentin koruma süresi boyunca, başvuru tarihinden başlayarak bir sonraki yıl dahil olmak üzere her yıl vadesinde peşinen ödenir. Vade tarihi, başvuru tarihine tekabül eden ay ve gündür. Yıllık ücretlerin, vadesinde ödenmemesi halinde, bu ücretler, ücret tarifesinde belirlenen ek bir ücretin ilavesi ile vadeyi takip eden altı ay içinde, gecikmeli olarak ödenebilir. Yıllık ücretlerin bu süreler içinde ödenmemesi halinde patent hakkı, bu ücretin son ödeme tarihi itibarıyla sona erer.

6769 Say. Kanun'da ise, patent başvurusu veya patentin korunması için gerekli olan yıllık ücretler, patentin koruma süresi boyunca, başvuru tarihinden itibaren ikinci yılın sona erdiği tarihte ve devam eden her yıl vadesinde ödenir. Vade tarihi, başvuru tarihine tekabül eden ay ve gündür. Yıllık ücretlerin vadesinde ödenmemesi hâlinde, ek ücretle birlikte vadeyi takip eden altı ay içinde de ödenebilir. 6769 Say. Kanun'un getirdiği yenilik esas olarak buradan sonraki işlemleri etkilemektedir. Yıllık ücretlerin cezalı olarak ek ücretle (vadesinden itibaren 6 ay) ödenmemesi hâlinde, patent hakkı bu ücretin vade tarihi itibarıyla sona erer, patent sahibine patent hakkının sona erdiğine ilişkin bildirim yapılır ve bu durum Bültende yayımlanır. Patent hakkının sona erdiğine ilişkin bildirim tarihinden itibaren **iki ay içinde** telif ücretinin ödenmesi hâlinde patent hakkı, ücretin ödendiği tarih itibarıyla yeniden geçerlilik kazanır ve Bültende yayımlanır. Patent hakkının sona erdiğine ilişkin bildirim en geç patent hakkının sona erdiği vade tarihinden başlayan bir yıllık sürenin bitimine kadar yapılır.

6769 Say. Kanun MADDE 101-Koruma süresi ve yıllık ücretler

(1) Başvuru tarihinden başlamak üzere, patentin koruma süresi yirmi yıl, faydalı modelin koruma süresi on yıldır. Bu süreler uzatılamaz.

(2) Patent başvurusu veya patentin korunması için gerekli olan yıllık ücretler, patentin koruma süresi boyunca, başvuru tarihinden itibaren ikinci yılın sona erdiği tarihte ve devam eden her yıl vadesinde ödenir. Vade tarihi, başvuru tarihine tekabül eden ay ve gündür.

(3) Yıllık ücretler, ikinci fıkrada belirtilen vadede ödenmemesi hâlinde, ek ücretle birlikte vadeyi takip eden altı ay içinde de ödenebilir.

(4) Yıllık ücretlerin üçüncü fıkrada belirtilen sürede de ödenmemesi hâlinde, patent hakkı bu ücretin vade tarihi itibarıyla sona erer, patent hakkının sona erdiğine ilişkin bildirim yapılır ve bu durum Bültende yayımlanır. Patent hakkının sona erdiğine ilişkin bildirim tarihinden itibaren iki ay içinde telafi ücretinin ödenmesi hâlinde patent hakkı, ücretin ödendiği tarih itibarıyla yeniden geçerlilik kazanır ve Bültende yayımlanır. Patent hakkının sona erdiğine ilişkin bildirim en geç patent hakkının sona erdiği vade tarihinden başlayan bir yıllık sürenin bitimine kadar yapılır.

(5) Patentin yeniden geçerlilik kazanması, patent hakkının sona ermesi sonucunda hak kazanmış üçüncü kişilerin kazanılmış haklarını etkilemez. Üçüncü kişilerin hakları ve bunların kapsamı, mahkeme tarafından belirlenir.

Özetle, yıllık ücretlerin ödenmesi konusunda 551 Say. Mülga KHK ve 6769 Say. Kanun arasında iki fark bulunmaktadır. İlk fark, Mülga KHK'da yıllık ücretlerin ödenmeye başvuru tarihinden itibaren bir yıl sonra başlamasıdır. 6769 Say. Kanun'da ise yıllık ücretler ödenmeye başvuru tarihinden itibaren iki yıl sonra başlamaktadır. İkinci fark ise, Mülga KHK'de yıllık ücretler vadeyi takip eden altı ay boyunca cezalı olarak ödenmez ise, başvuru veya patent geçersiz olmaktadır. 6769 Say. Kanun'da ise, yıllık ücretler vadeyi takip eden altı ay boyunca cezalı olarak ödenmez ise Türk Patent ve Marka Kurumu tarafından başvuru/patent sahibine bildirim yapılmakta ve iki ay içinde yıllık ücretin ödenerek başvurunun/patentin yeniden geçerlilik kazandırılması bildirilmektedir. Bu iki aylık süre içerisinde yıllık ücretin ödenmesi durumunda başvuru veya patent yeniden geçerlilik kazanabilecektir.

IV. FAYDALI MODELLER İLE İLGİLİ GETİRİLEN DEĞİŞİKLİKLER

6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu, patentlerin yanı sıra faydalı modellerle ilgili oldukça önemli değişiklik ve yenilikler getirmiştir.

1. Faydalı Modellerde Araştırma Talebi

551 Say. Mülga KHK'de, faydalı model başvurularında araştırma zorunluluğu yer almıyordu. Faydalı model başvurusunun yapılmasından sonra, Türk Patent Enstitüsü faydalı model başvurusunu şekli bakımından inceliyor, ve korumaya engel olacak bir eksikliğin bulunmadığına karar verdiği takdirde, Türk Patent Enstitüsü, başvuruyu toplumun incelemesine açılması için üç ay süreyle yayımlar. Patentlerde düzenlenen araştırma raporu, faydalı model başvurularında düzenlenmez. Ancak tekniğin bilinen durumu ile ilgili araştırma raporu düzenlenmesi, Türk Patent Enstitüsü'nden özel olarak talep edildiği takdirde araştırma raporu düzenlenir. Ancak uygulamada, faydalı model başvuru sahiplerinin Türk Patent Enstitüsü'nden özel olarak tekniğin bilinen durumu ile ilgili araştırma raporu düzenlenmesini talep etmesi çok rastlanan bir durum değildir.

6769 Say. Kanun ile faydalı model başvurularında araştırma raporu düzenlenmesi zorunlu hale gelmiştir. 6769 Say. Kanun'un 143. maddesinin 5. fıkrasına göre, faydalı model başvuru sahibi başvuruya birlikte veya herhangi bir bildirimle gerek olmaksızın başvurunun şekli şartlara uygunluk bakımından bir eksikliğin olmadığı veya eksikliklerin süresi içinde giderildiğinin bildirildiği tarihten itibaren iki ay içinde araştırma talebinde bulunur. Aksi takdirde başvuru geri çekilmiş sayılır.

6769 Say. Kanun MADDE 143–Şekli inceleme, araştırma talebi, itiraz ve faydalı modelin verilmesi

(5) Başvuru sahibi başvuruya birlikte veya herhangi bir bildirimle gerek olmaksızın başvurunun şekli şartlara uygunluk bakımından bir eksikliğinin olmadığı veya eksikliklerin süresi içinde giderildiğinin bildirildiği tarihten itibaren iki ay içinde ücretini ödeyerek ve yönetmelikte belirtilen şartlara uygun olarak araştırma talebinde bulunur. Aksi takdirde başvuru geri çekilmiş sayılır.

6769 Say. Kanun ile faydalı modellerde yapılan bu değişiklik ile, hem tescil edilmiş faydalı modellerin niteliğinde artış sağlanmış, hemde sınai hakların özüne uygun bir şekilde hakkın tesisi sağlanmıştır.

2. Faydalı Model İle Korunamayan Buluşlar

Mülga 551. Say. KHK'de, hangi buluşların faydalı modeller ile korunup hangilerinin korunamayacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktaydı. Faydalı model başvurularına ilişkin tek düzenleme, bir usulü kapsayan buluşların faydalı model ile korunamayacağıydı. 6769 Say. Kanun ile hangi buluşların faydalı model ile korunamayacağı açık bir şekilde düzenlenmiş ve bu konudaki belirsizlikler giderilmiştir. 6769 Say. Kanun'un 142. maddesine göre, yeni ve sanayiye uygulanabilir buluşlar faydalı model belgesi ile korunabilir. Ancak, her ne kadar yeni ve sanayiye uygulanabilir olsalar da istisnai olarak faydalı model ile korunamayacak buluşlar da belirtilmiştir. Bunlar;

- Kimyasal ve biyolojik madde veya usullere ya da bu usuller sonucu elde edilen ürünlere ilişkin buluşlar,
- Eczacılıkla ilgili madde veya usullere ya da bu usuller sonucu elde edilen ürünlere ilişkin buluşlar,
- Biyoteknolojik buluşlar,
- Usuller veya bu usuller sonucu elde edilen ürünlere ilişkin buluşlar.

Faydalı model ile korunamayacak buluşların net bir şekilde belirlenmesi sonucu, bu konudaki belirsizlikler giderilmiş ve faydalı model başvuru konularında netlik sağlanmıştır.

6769 Say. Kanun MADDE 142 - Faydalı model ile korunabilir buluşlar ve istisnaları

(1) 83 üncü maddenin birinci fıkrası hükmüne göre yeni olan ve 83 üncü maddenin altıncı fıkrası kapsamında sanayiye uygulanabilen buluşlar, faydalı model verilerek korunur.

(2) Faydalı modelin yenilik değerlendirmesinde, buluş konusuna katkı sağlamayan teknik özellikler dikkate alınmaz.

(3) 82 nci maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarına ek olarak;

a) Kimyasal ve biyolojik maddelere veya kimyasal ve biyolojik usullere ya da bu usuller sonucu elde edilen ürünlere ilişkin buluşlar,

b) Eczacılıkla ilgili maddelere veya eczacılıkla ilgili usullere ya da bu usuller sonucu elde edilen ürünlere ilişkin buluşlar,

c) Biyoteknolojik buluşlar,

ç) Usuller veya bu usuller sonucu elde edilen ürünlere ilişkin buluşlar,

faydalı model ile korunmaz.

6769 SAYILI SINAÎ MÜLKİYET KANUNU'NDA TASARIM HUKUKUNDA GETİRİLEN YENİLİKLER

Av. Servet Batuhan BİLGİN*

“Tasarım bir ürünün nasıl gözüktüğü veya nasıl hissettirdiği ile ilgili değildir, nasıl çalıştığı ile ilgilidir.”

Steven Paul Jobs

(24 Şubat 1955–5 Ekim 2011)

APPLE INC. Kurucu Ortağı–CEO

GİRİŞ

Türk Hukukunda tasarımlar, 1995 yılında yürürlüğe giren 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde ile koruma altındaydı. 10 Ocak 2017 tarih ve 29944 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 6769 sayılı Sınaî Mülkiyet Kanunu ile tasarım tesciline ve korumasına ilişkin hükümler ayrı bir kitap olarak ve pek çok değişiklik içerecek şekilde yeni yasada yer almaktadır.

10 Ocak 2017 tarihinde yürürlüğe giren 6769 Sayılı Sınaî Mülkiyet Kanunu tasarımlar açısından esaslı değişiklikler getirmiş olup, tasarım hukukunu yeniden ele almış ve uygulamada karşılaşılan pek çok soruna da çözüm getirmiştir.

Bu çalışmada, 6769 Sayılı Sınaî Mülkiyet Kanunu’nun Üçüncü Kitabında ve 51’inci ile 81’inci maddeleri arasında düzenleme altına alınan tasarımların tescili ve koruma şartları, geçmiş uygulamaya göre farkları ile tescilli ve tescilsiz tasarım kavramları üzerinde durulacaktır.

* Ankara Barosu.

A. 6769 Sayılı SMK'da Tasarım Hukuku Alanında Getirilen Yeniliklerin Genel Değerlendirilmesi:

I. Tasarım ve Ürün Tanımındaki Değişiklikler:

a. Tasarım Kavramı:

Tasarım (design) Latince kökenli “designare” sözcüğünden türemiş olup, “bir şeye işaret etmek” anlamını taşır. Tasarımın sözlük anlamı ise, zihinde canlandırılan biçim, tasavvurdur.^[1]

Türk Hukukunda ise tasarımı tanımlamak üzere aşağıdaki tanımlar verilmiştir. Şöyle ki;

Tasarım “...bir ürünün veya onun bir kısmının görmek veya dokunmak gibi insan duygularıyla fark edilen görünümüdür”.^[2]

Tasarım, bir ürünün tamamının veya bir parçasının çizgi, şekil, renk, biçim, doku, malzemenin esnekliği ve /veya süslemesi gibi insan duyuları ile algılanabilen çeşitli unsur veya özelliklerinin oluşturduğu görünümüdür.^[3]

Tasarım kavramı sadece görünümünden ibaret olmayıp, yaratıcı bir süreci ifade eder. Bu süreç aynı zamanda sürekliliği gerektirir.^[4]

Tasarımcılar dünyasında ise, tasarım kavramı geniş bir anlam ifade etmekte ve bu konuda farklı tanımlar yapılmaktadır. Örneğin bir tanıma göre tasarım, şekil ve fonksiyonun evlenmesidir.^[5]

Başka bir tanım uyarınca tasarım, çeşitli aşamalarında amaçlara ulaşmak için verilen kararlardan oluşan problem belirleme ve çözme yaratıcı eylemidir.^[6] Nihayet, bir diğer tanıma göre tasarım, tüketici ihtiyaç ve problemlerine yönelik, estetik, işlevsellik, ergonomi, malzeme bilgisi, pazarlanabilirlik,

[1] Türk Dil Kurumu (TDK), Güncel Türkçe Sözlük, <http://www.tdk.gov.tr/TR/SozBul.aspx?F6E10F8892433CFFAAAF6AA849816B2EF4376734BED947CDE&Kelime=taasr%u0131m>.

[2] SULUK, Tasarım Hukuku, s. 35; TEKİNALP, s. 15.

[3] SULUK, Tasarım Hukuku, s. 42.

[4] SULUK, Tasarım Hukuku, s. 38 ve dñn. 21.

[5] Pistorius, T.; “The Copyright and Design Protection of Artistic Works with a Utilitarian Purpose”, July 1997, s.71.

[6] Bayazıt, N.; “Endüstri Ürünlerinde ve Mimarlıkta Tasarlama Metodlarına Giriş”, YEM Yayıncılık, İstanbul, 1994, s.18.

üretim yöntemleri ve olanakları gibi çeşitli kriterleri gözeterek, yeni ürünler tasarlamaktır.^[7]

Amerikan Endüstriyel Tasarımcılar Topluluğuna göre ise, endüstriyel tasarım; “kullanıcı ve üreticinin karşılıklı yararını gözeterek; ürünlerin işlev, fayda ve görünümünü optimize edecek şekilde yeni ürün fikirleri yaratmaya ve geliştirmeye yönelik profesyonel bir etkinliktir”.^[8]

Ayrıca, tasarımın malzeme seçiminden başlayan ve nihai görünüme kadar devam eden bir süreç olduğu, tasarımcılar tarafından sıklıkla ifade edilmektedir.^[9]

Hukukçular ise tasarımı “bir ürünün tamamının veya bir parçasının çizgi, şekil, renk, biçim, doku, malzemenin esnekliği ve/veya süslemesi gibi insan duyuları ile algılanabilen çeşitli unsur veya özelliklerin oluşturduğu görünüm” şeklinde tanımlamışlardır.^[10]

Görüldüğü üzere tasarımcılar ile hukukçular, tasarım kavramı hakkında farklı algılara sahiptirler. Tasarımlara sağlanan korumanın ise, tasarım kavramının hukukçular nezdinde oluşturacağı algıya göre şekilleneceği açıktır.

Hukukçular, tasarım için görünüm odaklı koruma öngörmekteyken; tasarımcılar, tasarımın diğer unsurlarının da korunması yönünde yaklaşımlar sergilemektedir.

Zira tasarımcılarca, tasarım bir süreç olarak tanımlanmakta ve bu sürecin görünümün yanı sıra işlevsellik, fayda, malzeme seçimi, ergonomi, güvenlik gibi bileşenleri de yapısında bulundurduğu, bu nedenle tasarım korumasının sadece ürünün görünümü ile sınırlı kalmasının gerçekçi olmadığı ifade edilmektedir.^[11]

Bilindiği üzere, mülga 554 Sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 3/a bendinde tasarım; “Tasarım, bir ürünün tümü, veya bir parçası veya üzerindeki süslemenin, çizgi, şekil, biçim, renk, doku, malzeme veya esneklik gibi insan duyuları ile algılanan çeşitli unsur veya özelliklerinin oluşturduğu bütünü ifade eder.” şeklinde tanımlanmış ve

[7] http://tr.wikipedia.org/wiki/End%C3%BCstri_%C3%BCr%C3%BCnleri_tasar%C4%B1m%C4%B1.

[8] Fryer III, W.; “Industrial Design Protection in the United States of America-Present Situation and Plans for Revision”, JPTOS, December 1988, s.821.

[9] Fryer III, W., December 1988, s.821.

[10] Suluk, C., 2003, s.42.

[11] Er, Ö., Er, A.; “Yeni Ürün Geliştirme Sürecinde Endüstriyel Tasarımın Rolü ve Önemi”, Ürün Geliştirmenin Olmazsa Olmazları II, İstanbul Sanayi Odası – Teknoloji Yönetimi Derneği, 26 Aralık 2002, İstanbul.

belirleyici tanım unsur olarak “insan duyuları ile algılanır” olmayı seçmişti. SMK ise tanımda merkez kavram konumunu “görünüm” olarak seçmiştir.^[12]

Nitekim, 6769 Sayılı SMK.’nin 55. maddesinde tasarım; “Tasarım, ürünün tümü veya bir parçasının ya da üzerindeki süslemenin çizgi, şekil, biçim, renk, malzeme veya yüzey dokusu gibi özelliklerinden kaynaklanan görünümüdür.” şeklinde tanımlanmış olup, tasarımın tanımı Topluluk Tasarım tanımı ile uyumlu hale getirilmiştir.^[13]

Yapılan bu uyumlaştırma ile sınai mülkiyet dünyasında “tasarım” kavramı, ürün veya ürün parçalarının görünümüne indirgenmiştir. Kanundaki tanım, esasen tasarım tanımı olmayıp, sınai mülkiyet ekseninde hangi unsurların tescil ettirilerek veya tescilsiz olarak tasarım korumasından yararlanacağını belirten koruma sınırındadır ve bu sınırın çerçevesi, görünümle çizilmiştir.^[14]

Ayrıca, mülga 554 sayılı KHK.’nin isminde her ne kadar “endüstriyel” ifadesi geçse de, içerik bu şekilde değildir. Tanımların bulunduğu 3. maddenin a bendinde “tasarım” ifadesi yalnız kullanılmakla birlikte ayrıca 3. maddenin b bendinde ürünün tanımı yapılırken “endüstriyel yolla veya elle üretilen herhangi bir nesne” ifadesi kullanılarak, sadece endüstriyel olduğu kabul edilen değil, bütün tasarımların korumasının mümkün olduğu belirtilmiştir.^[15]

Doktrindeki bir görüşe göre endüstriyel ifadesinin tasarımın başına eklenmesinin sebebi estetik tasarımların dışlanması, onların koruma kapsamı dışında bırakılması değil, tasarımın sadece sanatın değil, endüstrinin de bir parçası olduğunu vurgulamaktır.^[16] Ancak, endüstriyel olmayan tasarımların da koruma kapsamında olması doktrin ve içtihatlar tarafından mülga KHK.’nin 3.maddesinin bu şekilde yorumlanması ile kabul ediliyor olsa da bu, KHK.’nin ismi ile içeriği arasında tezata sebep olmuştur.^[17]

[12] Tekinalp/Çamoğlu Sınai Mülkiyet Kanunu s. xxxii

[13] ‘tasarım’: ürünün özellikleri, özellikle, ürünün kendisinin ve/veya aksesuarlarının çizgileri, dış hatları, renkleri, şekli, dokusu ve/veya malzemesinden kaynaklanan, ve ürünün bütünü ya da bir kısmının görünümünü ifade eder. 12 Aralık 2001 tarih ve 6/2002 sayılı Topluluk Tüzüğü madde 3.

[14] Özgür Semiz/Muazzez Kılıç Tasarımlara Yeni Bir Çerçeve:6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Üçüncü Kitap- Terazı Hukuk Dergisi Cilt:12 Sayı:128 Nisan 2017 s.65

[15] Tekil, s. 237

[16] Tekinalp, s.564

[17] Tekil, s.237

6769 Sayılı SMK'da endüstriyel ifadesi hiç kullanılmayarak bu tezat ortadan kaldırılmıştır. Bu da AB mevzuatına uyumluluğu arttırmıştır.^[18]

b. Ürün Kavramı:

Mülga 554 Sayılı Kararname'de ürün; “bilgisayar programları ve yarı iletkenlerin topografyaları hariç olmak üzere endüstriyel yolla üretilen herhangi bir nesnenin yanı sıra bileşik bir sistem veya bunu oluşturan parçaları, setler, takımlar, ambalajlar gibi nesnelere, birden çok nesnenin veya sunuşun bir arada algılanabilen bileşimlerini, grafik semboller ve tipografik karakterleri ifade eder” şeklinde tanımlanmıştır.

6769 Sayılı SMK'da ise ürün kavramının tanımı 55. maddede şu şekildedir: “Ürün, bilgisayar programları hariç olmak üzere, endüstriyel yolla veya elle üretilen herhangi bir nesnenin yanı sıra birleşik bir ürün veya bu ürünü oluşturan parçaları, ambalaj gibi nesnelere, birden çok nesnenin bir arada algılanan sunumlarını, grafik sembollerini ve tipografik karakterleri” ifade eder.

Buna göre, SMK'da “ürün” tanımında sadeleşmeye gidilmiş, “yarı iletkenlerin topografyası” ibaresi ile “set” ve “takım” kavramlarına tanımda yer verilmeyerek Topluluk ürün tanımı^[19] ile uyum sağlanmıştır.^[20]

II. Birleşik Ürün Kavramının Kanuna Dâhil Edilmesi:

Bilindiği üzere, mülga 554 sayılı KHK'da, birleşik ürün tanımı ve koruma şartları bulunmamakta idi. Kararnamenin 5'inci maddesi kapsamında, birleşik ürünü oluşturan parça tasarımlarının korunabilmesi için, söz konusu parçanın yeni ve ayırt edici niteliğe sahip olması yeterli görülürken, 22'nci maddede birleşik ürünü oluşturan parçanın hangi şartlarda kullanılması halinde tasarım hakkının ihlali sayılmayacağı belirtilmiştir.^[21]

[18] Şeyma Yurduseven, 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ile Türk Tasarım Hukukunda Yeni Dönem, TAAD, Yıl: 8 Sayı: 31 Temmuz 2017 s.672

[19] ‘ürün’ kompleks bir ürüne, ambalaj, düzen, grafik semboller ve tipografik harf karakterlerine dahil edilmek üzere yapılan aksamı içine alan, bilgisayar programları dışındaki her türlü endüstriyel ürünü veya el işini, ifade eder. 12 Aralık 2001 tarih ve 6/2002 sayılı Topluluk Tüzüğü madde 3.

[20] Özgür Semiz/Muazzez Kılıç Tasarımlara Yeni Bir Çerçeve:6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Üçüncü Kitap- Terazı Hukuk Dergisi Cilt:12 Sayı:128 Nisan 2017 s.65

[21] Özgür Semiz/Muazzez Kılıç Tasarımlara Yeni Bir Çerçeve: 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Üçüncü Kitap- Terazı Hukuk Dergisi Cilt:12 Sayı:128 Nisan 2017 s.67

Bu çerçevede, mülga KHK.'nın aksine, 6769 sayılı SMK. ile birlikte, sökülüp takılma yoluyla değiştirilebilen veya yenilenebilen parçalardan oluşan ürün olarak tanımlanan birleşik ürünü oluşturan parçaların tescil ile nasıl korunacağı hüküm altına alınmıştır.^[22]

Buna göre, 6769 Sayılı SMK.'nun 56/2. maddesinde; “Birleşik ürünün parçasının tasarımı, aşağıdaki şartları taşıyorsa yeni ve ayırt edici niteliğe sahip olduğu kabul edilir:

a) Parça birleşik ürüne takıldığında, birleşik ürünün normal kullanımında görünür durumda olmalıdır.

b) Parçanın görünür durumda olan özellikleri, yenilik ve ayırt edici nitelik şartlarını karşılamalıdır.

(3) Bu maddede yer alan normal kullanım; bakım, servis veya onarım işleri hariç olmak üzere, son kullanıcı tarafından kullanımı ifade eder.” denilmektedir.

Bu düzenleme ile birlikte AB ile uyum da sağlanmıştır.

Nitekim, Topluluk Hukukunda, birleşik ürüne ait parça tasarımlarının korunabilmesi için;

- i. Parçanın birleşik ürüne bağımlı olması,
 - ii. Normal kullanım esnasında görülebiliyor olması,
 - iii. Normal kullanımda görülebildiği şekliyle tasarım korumasının temel şartı olan yeni ve ayırt edici nitelikleri taşıyor olması,
- gerekmektedir.^[23]

AB Tasarım Yönergesinin^[24] 3/3-a hükmünde de, bileşik bir ürünün parçasına ait bir tasarımın, nihai tüketici tarafından normal olarak kullanılırken görülmesi gerekir denilmektedir.

Direktif, “normal kullanım” tabirini 3.4 maddesinde açıklayarak tasarımın görünürlüğüne vurgu yapmıştır.^[25]

[22] Özgür Semiz/Muazzez Kılıç Tasarımlara Yeni Bir Çerçeve: 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Üçüncü Kitap- Terazi Hukuk Dergisi Cilt:12 Sayı:128 Nisan 2017 s.66

[23] Topluluk Tüzüğü m. 4

[24] Directive 98/71/EC of the European Parliament and the Council of 13 October 1998 on the legal protection of designs. (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31998L0071:en:HTML>) (Erişim Tarihi:01.12.2017)

[25] İlhami Güneş, Sınai Mülkiyet Kanunu'nda Tasarım Tescili Konusundaki Yenilikler- Terazi Hukuk Dergisi Cilt:12 Sayı:128 Nisan 2017 s. 117

Bu halde, tescil usulünde ve kapsamında görülen sorunlar, SMK tasarısı taslağının hazırlanması sürecinde Türk Patent Enstitüsü tarafından değerlendirilmiş ve zaman zaman idari düzenlemeler (yönetmelik değişiklikleri) ile sorunlar giderilmeye çalışılmıştır. Yönetmelikle düzenlenemeyecek olan ve de eski KHK’da açıkça ifade edilmeyen, ancak uygulamada korunup korunmayacağı, korunacaksa ne şekilde korunacağı açık olmayan bazı hususlarda yargının nihai kararları beklenmiştir.^[26]

Örneğin, pencere profil tasarımları, birleşik bir ürün olan pencerenin parçalarıdır. Profiller, menteşe, kol, kilit gibi diğer parçalar ile birlikte pencereyi oluşturmaktadır. Tescilin profilin dış görünümüne değil; dikine kesitin görünümüne ilişkin bulunması itibarıyla monte edildiğinde normal kullanımda görünebilir olma özelliği olmadığından tescili mümkün görülmemiştir.^[27]

Konu ile ilgili olarak, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 03.11.2009 tarih ve 2009/8179 E., 2009/11375 K. sayılı kararında da; “Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, 554 sayılı KHK’nin 3/a maddesindeki tanım uyarınca tasarımın bir ürünün “görünümü” olduğu ve görünmeyen bir ürünün tasarımının tescilinin mümkün olmadığı, birleşen davanın davacıları adına tescilli tasarımın konusunun ise profillerin iç kesitleri olduğu ve normal kullanım sırasında ancak hiçbir özellik taşımayan dış yüzeylerinin görüldüğü, bu nedenle koruma sağlayacak şekilde tasarım olarak tescillerinin mümkün olmadığı” şeklinde hüküm verilmiştir.

Neticeten, 6769 Sayılı SMK ile normal kullanım esnasında görünmeyen birleşik ürün parça tasarımlarının koruma görmeyeceğinin açıkça belirtilmiş olması anlamlı bulunmaktadır.^[28]

[26] Özgür Semiz/Muazzez Kılıç Tasarımlara Yeni Bir Çerçeve: 6769 Sayılı Sınâi Mülkiyet Kanunu Üçüncü Kitap- Terazî Hukuk Dergisi Cilt:12 Sayı:128 Nisan 2017 s.67

[27] Fatma Özer 6769 Sayılı Sınâi Mülkiyet Kanunu’nun Genel Bir Değerlendirmesi - Terazî Hukuk Dergisi Cilt:12 Sayı:128 Nisan 2017 s.161

[28] Özgür Semiz/Muazzez Kılıç Tasarımlara Yeni Bir Çerçeve: 6769 Sayılı Sınâi Mülkiyet Kanunu Üçüncü Kitap - Terazî Hukuk Dergisi Cilt:12 Sayı:128 Nisan 2017 s.67

III. Eşdeğer Parça Kavramının Kanuna Dâhil Edilmesi:

Bilindiği üzere, hem mülga KHK'ya hem de yeni kanuna göre bileşik ürünün görünümüne bağımlı olan parçaların, birleşik ürünün görünümüne bağımlı olan parçaların, birleşik ürüne orijinal görünümünü yeniden kazandırmak üzere onarım amacıyla ve bu parçaların kaynağı konusunda yanıltıcı olmamak şartıyla tasarımın piyasaya ilk sürüldüğü tarihten üç yıl sonra kullanılması ihlal olarak sayılmamaktaydı.^[29]

6769 sayılı SMK bu istisnanın kapsamını eşdeğer parça koruması ile genişletmiştir.^[30]

T.C. Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı'nın 2015/2 sayı ve 13.01.2015 tarihli genelgesi ile Türkiye'de 'Eşdeğer Parça' dönemi başlamıştır. Otomotiv yan sanayini desteklemek amacıyla başlatılan, (muadil) eşdeğer parça kullanımıyla ilgili genelge 1 Haziran'da yürürlüğe girecektir. Buna göre, 1 Haziran'dan sonra araçlarda orijinal parça yerine yerli sanayinin ürettiği belgelenmiş eşdeğer parçalar kullanılabilir. T.C. Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı 1575 sayılı ve 19.01.2015 tarihli yazısı ile eşdeğer parça belgelendirme görevini 2 yıl süre ile TSE'ye vermiştir.^[31]

T.C. Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı'nın 2015/2 sayı ve 13.01.2015 tarihli genelgesinde^[32] belirtildiği üzere; "Eşdeğer (muadil) parça, bir motorlu aracın montajında kullanılan esas-orijinal parçaların değiştirilmesi amacıyla üretilen, ilgili yasal mevzuat (yönetmelik, standard, teknik düzenleme) çerçevesinde belirlenen deney, muayene metotlarına göre orijinal parçayla (kütle, boyut, malzeme ve işlevsellik vb.) kıyaslanarak tespit edilen kriterlere uygunluğu, akredite bir kuruluş tarafından belgelendirilmiş parçadır."

Nitekim, 6769 Sayılı SMK.'nin 59. maddesinde; "Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığınca yayımlanan eşdeğer parçaların dördüncü fıkra kapsamında ve tasarımın piyasaya ilk sürüldüğü tarihten itibaren üç yıl içinde kullanımı tasarım hakkının ihlali sayılmaz." denilmektedir.

[29] Hamdi Pınar, "Tasarım ve Haksız Rekabet Hukuku Açısından Yedek Parçaların Korunması ve Türkiye'nin Ekonomi Politik Tercih Sonucu" İÜHFÖ Özel Sayı C.2 2015, s. 739

[30] Şeyma Yurduseven, 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ile Türk Tasarım Hukukunda Yeni Dönem, TAAD, Yıl: 8 Sayı: 31 Temmuz 2017 s.682

[31] <https://www.tse.org.tr/upload/tr/dosya/duyuruyonetimi/4209/02072015150605-2.pdf>

[32] Hazine Müsteşarlığı 2015/2 Sayılı ve 13.01.2015 Tarihli Genelgesi

IV. Tescilsiz Tasarım Kavramının Kanuna Dâhil Edilmesi:

Tasarım Hukukunda, “tescilsiz tasarım” kavramının Yasaya ve Uygulamaya sokulması, ciddi bir yenilik olup, bu anlamda, tescilsiz tasarımların korunması 6769 Sayılı SMK ile ilk defa mümkün olmuştur.

Buna göre, 6769 Sayılı SMK.’nin 69/2. maddesince; Tescilsiz tasarımların koruma süresi, koruma talep edilen tasarımın kamuya ilk sunulduğu tarihten itibaren üç yıl olarak belirlenmiş ve tasarım sahiplerince Türk Patent ve Marka Kurumuna müracaat etmeksizin, tasarımlarını taklitlere karşı koruma imkânı getirilmiştir.

Bilindiği üzere, Mülga 554 Sayılı KHK’da tescilsiz tasarım hakkında herhangi bir düzenleme bulunmamakta idi ve Tescilsiz tasarımlar şartları varsa ya haksız rekabet ya da FSEK hükümleri uyarınca korunuyordu.

Bu tür koruma için tecavüz fiilinin haksız rekabet oluşturduğunun veya tasarımın eser olduğunun ispat edilmesi gerekiyordu. Uygulamada koruma çoğu kez iltibasın varlığı halinde sağlanabiliyordu.^[33] İşbu durumda, uygulamada pek çok probleme sebep olmaktadır.

Nitekim, 6769 Sayılı SMK.’nin “tescilsiz tasarım” korumasını düzenleyen 55. maddenin gerekçesinde de; “Tescilsiz tasarımlar için sağlanan korumanın genel hükümlere bırakılmış olması tescilsiz tasarım korumasında 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun haksız rekabete ilişkin hükümleriyle 5846 sayılı Fikri ve Sanat Eserleri Kanunu hükümlerinin uygulanması sonucunu doğurmuştur. Tescilsiz tasarımlarla ilgili somut olaylarda Türk Ticaret Kanunu anlamında haksız rekabetin bulunup bulunmadığı veya tasarımın Fikri ve Sanat Eserleri Kanunu anlamında eser sayılıp sayılmayacağıın tespiti ve adı geçen hükümlerin ne ölçüde uygulanacağıın belirlenmesinde birtakım güçlüklerle karşılaşılabilir. Bazı durumlarda (tescili iptal edilmiş olan veya koruma süresi sona ermiş tescilli tasarımların için dahi) bu düzenlemelerin kapsamı çok geniş yorumlanabilmektedir. Tescilsiz tasarımlar için özel koruma olmaması nedeniyle bunlarla ilgili koruma süresi için bir sınırın varlığından söz edilememektedir. Aynı şekilde bu hükümlerin dar çerçevede yorumlanması ise tasarımcının fikri emeğinin hak ettiği ölçüde değerlendirilmemesi anlamına gelmektedir.

Ayrıca tasarım hukukuyla korunan ürünün görünümü iken, haksız rekabet hükümleriyle düzenlenen rekabet hakkının dürüstlük kuralları çerçevesinde uygulanmasıdır. Yargıtay uygulamalarına bakıldığında tasarımlarla ilgili haksız rekabetin varlığının belirlenmesinde çeşitli kriterler uygulanmaktadır. Bu kriterlerin en önemlilerinden birisi de ürünler arası benzerliğin karışıklığa (iltibasa)

[33] Tekinalp/Çamoglu Sınai Mülkiyet Kanunu s. xxxii

yol açıp açmadığıdır. Bu husus değerlendirilirken bazı durumlarda birbirine benzeyen ürünlerde farklı markalar kullanılmış olmasının iltibas olasılığını azalttığı veya ortadan kaldırdığı kabul edilebilmektedir. Bu nedenle haksız rekabetin varlığına dair bir sonuç çıkmaması ile birlikte tasarımlar koruma elde edememektedir.

Bu bakımdan, tescilsiz tasarım korumasına esas itibariyle şu nedenlerle ihtiyaç duyulmaktadır:^[34]

i) Tekstil gibi sektörler bakımından tasarım sayısının çokluğu nedeniyle, bu sektörler bakımından tescilin oldukça pahalı olması,

ii) Moda sektörü gibi sezonluk ürün üretiminin yapıldığı kısa ömürlü sektörler bakımından tescil sisteminin çok yavaş işlemesi,

iii) Birçok tasarım sahibinin bazı konulardaki bilgisizliği nedeniyle tescil işlemini ihmal etmesi, böylece özgün birçok tasarımın korumadan mahrum kalması endişesi, Şöyle ki;

Tescilsiz korumanın kabul edilmediği bir hukuk düzeninde, tasarım sahiplerinin bilgisizliği, özgün birçok tasarımın korunmaması sonucunu doğurur. Benzer şekilde tescilden habersiz bir kimsenin tasarımı, doğal olarak korunmayacaktır. En önemlisi de tasarımın kullanılarak veya yayımlanarak kamuya sunulması halinde, bir süre de olsa söz konusu tasarımın tescilsiz olarak koruma görmesi gerekmektedir.

Bunlara ilave olarak tasarım sahibinin dikkatsizliği sonucunda kamuya sunmanın hemen yeniliği ortadan kaldırdığı kabul edilirse, bu durumda birçok tasarım hak ettiği korumadan mahrum kalacaktır. Bu problemlerin çözümü, tescilsiz tasarımların korunmasında aranabileceği gibi tasarımların kümülatif olarak korunması yoluyla da gerçekleştirilebilir.^[35]

Ancak, tescilsiz tasarım koruması da tescilli korumanın şartlarına tabi tutulmalıdır. Bu bağlamda, tescilsiz tasarımın koruma şartlarının taşıyıp taşımadığı incelemesi, tescilli tasarımlardaki gibi olmalıdır. Topluluk Hukukundaki düzenlemede böyledir.

Topluluk Hukukunda tescilsiz tasarımların sadece taklide karşı korunacağı hükme bağlanmıştır. (Topluluk Tüzüğü m.19/2). İngiliz Tescilsiz Tasarımları

[34] ALRC, Discussion, No:12.22; Korkut, s.30

[35] Suluk, Tasarım Hukuku, s. 552

bakımından da durum aynıdır.^[36] ALRC de bu yönde öneride bulunmuştur.^[37] Tescilsiz tasarım korumasının amacının, taklidin önüne geçmek olduğu düşünüldüğünde bu düzenlemelerin yerinde olduğu söylenebilir.

Bu çerçevede, yukarıda ifade edilen görüşlere paralel olarak, 6769 Sayılı SMK'nun 59/2. maddesinde de, tescilsiz tasarım haklarının ve koruma kapsamının sınırları şu şekilde düzenlenmiştir:

“Tescilsiz tasarım, sahibine birinci fıkrada belirtilen fiilleri engelleme hakkını sadece korunan tasarımın aynısının veya genel izlenim itibarıyla ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kopyalanarak alınması hâlinde verir. Korunan tasarımın kendi tasarımından önce kamuya sunulduğunu makul yollarla bilmesi mümkün olmayan bir tasarımcı tarafından bağımsız olarak yapılan tasarımın koruma kapsamındaki tasarımdan kopyalanmış olduğu kabul edilmez.”

Görüldüğü üzere, tescilsiz tasarım koruması sadece taklide karşıdır ve iyi niyetli kişilerin habersizce bağımsız olarak geliştirdikleri tasarımları kullanmaları halinde kopyalamayla sorumlu olmayacakları açıklanmıştır.^[38]

Sonuç olarak, yasaya dâhil edilen tescilsiz tasarım kavramı ile uygulamada karşılaşılan pek çok soruna çözüm bulacağı ve tescilsiz korumanın büyük bir boşluğu dolduracağı da kabul edilmelidir.

V. Yarı İncelemeli Sistemin Kanuna Dâhil Edilmesi:

Ülkemiz, tasarım tescil konusunda sayısal olarak 2015 yılı verilerine göre, Avrupa'da Çin ve İtalya'dan sonra üçüncü ülke konumunda olmakla beraber, tescile konu edilen tasarımların özgünlüğü hususunda aynı başarıyı henüz gösterememiştir.^[39]

Böyle bir durumun oluşmasındaki en temel sebep şüphesiz ki, mülga 554 sayılı KHK döneminde, başvuruların Türk Patent Enstitüsü tarafından yenilik ve ayırt edicilik incelemesi yapılmadan sadece şekli şartlara göre yayımlanması ve işbu tasarım başvurularının üçüncü bir kişi itiraz etmediği sürece tescil ile koruma altına alınmasını sağlayan incelemesiz sistemin mevcudiyeti idi.

[36] Suluk, Tasarım Hukuku, s. 567

[37] Discussion, No:12.40.

[38] İlhami Güneş, Sınai Mülkiyet Kanunu'nda Tasarım Tescili Konusundaki Yenilikler - Terazi Hukuk Dergisi Cilt:12 Sayı:128 Nisan 2017 s. 118

[39] Özgür Semiz/Muazzez Kılıç Tasarımlara Yeni Bir Çerçeve: 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Üçüncü Kitap - Terazi Hukuk Dergisi Cilt:12 Sayı:128 Nisan 2017 s.68

Ancak, 6769 sayılı SMK ile getirilen yarı incelemeli sistem ile artık Kurum, şartları taşımayan ve banal tasarımları tescil etmeme görevine ve yetkisine sahiptir.^[40]

Nitekim, 6769 Sayılı SMK.'nin 64/6-d maddesinde; “Kurum; Yeni olmadığı tespit edilen, tasarım tescil taleplerini reddeder.” denilerek, yenilik özelliğine haiz olmayan tasarımların Kurum tarafından re'sen reddedileceğini açıkça düzenleme altına almıştır.

Türk Patent ve Marka Kurumu tarafından yukarıda bahsedilen re'sen yenilik incelemesinin nasıl yapılacağı hususu hakkında da, Türk Patent ve Marka Kurum Avukatı Adem Sarıpınar tarafından, Ankara Barosu FMR Hukuk Kurulu tarafından yapılan “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ile Endüstriyel Tasarım Hukuku Alanında Getirilen Yenilikler” konferansındaki sunumunda, yenilik araştırması için şu an için Kurum'un kendine özel geliştirdiği bir programının olmadığını ancak GOOGLE arama motorunun imaj arama özelliğinden ya da EUIPO Designview veri tabanından araştırma yapıldığını ifade etmiştir.^[41]

Sonuç olarak, 6769 Sayılı SMK ile getirilen yarı incelemeli tescil sistemi ile, Türk Patent ve Marka Kurumunun tasarım tescili konusunda daha geniş yetkilere sahip kılınmasının uygulama sorunlarını azaltacağı ve tescillemede kaliteyi, isabeti arttıracığı beklenmelidir. Böylece, daha sağlıklı bir tescil ve inceleme sürecinden süzülerek gelen tasarımların korunması kolay olacak ve uygulamada daha az tecavüz ve hükümsüzlük davası ile karşılaşılacaktır.^[42]

VI. Çoklu Başvuru Sisteminde Getirilen Değişiklikler:

Türk Patent ve Marka Kurumu Tasarım Başvuru Kılavuzunda da belirtildiği üzere, Çoklu başvuru, tek başvuruda birden fazla tasarım için tescil talebi yapılmasına imkân vererek başvuru sahiplerinin kolay ve daha az maliyetli başvuru yapabilmelerini sağlamaktadır.

Süslemeler ve desen tasarımları hariç olmak üzere, birden fazla tasarımın aynı başvuruda işleme alınabilmesi için tasarımların veya tasarımın uygulandığı

[40] İlhami Güneş, Sınai Mülkiyet Kanunu'nda Tasarım Tescili Konusundaki Yenilikler- Terazi Hukuk Dergisi Cilt:12 Sayı:128 Nisan 2017 s. 118

[41] https://www.youtube.com/watch?v=2GO2Y2wq_FU&list=FLFzSw3XX0I_JB8Hb_-JUnEg&index=14

[42] İlhami Güneş, Sınai Mülkiyet Kanunu'nda Tasarım Tescili Konusundaki Yenilikler - Terazi Hukuk Dergisi Cilt:12 Sayı:128 Nisan 2017 s. 119

ürünlerin Locarno sınıflandırma listesinde belirtilen aynı sınıfa ait olmaları gerekmektedir.^[43]

Bu bağlamda, tasarım sahiplerine çoklu başvuru imkânı verilerek çok büyük bir kolaylık sağlanmıştır. Gerçekten tekstil ve moda gibi bazı sektörlerde tasarımın pazarda kalma süresi çok sınırlı olmakla birlikte bunların sahipleri bazı durumlarda tescilli korumayı tercih etmektedir.

Ancak tasarım sayısının çokluğu nedeniyle tasarım sahipleri, para ve zaman kaybı nedeniyle tescilden imtina edebilmektedir. Diğer bir deyişle, tescil sistemi, bu tür sektörler için cazip olmaktan çıkmaktadır. Kanun koyucu bu gerçekten hareketle belli şartlar altında tek bir başvuru ile birden çok tasarımın tesciline imkân sağlamıştır. Bu hüküm bir yerde tasarım tescilini teşvik eder mahiyettedir. Hüküm sayesinde bir yandan tasarım sahibine para ve emekten tasarruf sağlanırken diğer yandan TÜRK PATENT'e de zaman ve kırtasiyeden tasarruf sağlama imkânı verilmiştir.^[44]

Bilindiği üzere, mülga 554 Sayılı KHK'nın 28. maddesinde; "Birden çok tasarımın başvurusu, tek başvuru ile yapılabilir. Süslemeler hariç olmak üzere, bu olanaktan yararlanmak ancak tek başvuru altında gösterilen her bir tasarımın, tasarlanan ürünlerin aynı alt-sınıfa veya aynı set/takıma ait olmaları veya bileşik bir ürünün parçaları olmaları veya birden çok nesnenin ya da sunuşun bir arada algılanabilen bir birleşimini oluşturmaları durumunda mümkündür. Çoklu başvuru, 26 ncı madde hükümlerinde yer alan ücretlere ek olarak, Yönetmelikte öngörülen ek başvuru ücretine tabidir." şeklinde düzenleme yer almaktaydı.

Buna göre, bir tasarımın veya ürünün çoklu başvurudan yararlanabilmesi için;

- i. Locarno sınıflandırma sisteminin aynı alt sınıfına ait olmaları,
 - ii. Aynı set/takımın parçaları olmaları,
 - iii. Bileşik ürünün parçaları olmaları,
 - iv. Birden çok nesnenin ya da sunuşun bir arada algılanabilen birleşimini oluşturmaları,
- şartlarını sağlaması gerekmektedir.

6769 Sayılı SMK'da ise çoklu tasarım; "Birden çok tasarımın tescil talebi, ek başvuru ücretinin ödenmesi şartıyla çoklu başvuru altında yapılabilir. Çoklu başvurularda, süslemeler hariç olmak üzere, tasarımın kullanıldığı veya uygulandığı her bir ürünün, aynı sınıfa dâhil olması gerekir. Çoklu başvuru veya çoklu

[43] Tasarım Başvuru Kılavuzu s. 2

[44] Suluk, Tasarım Hukuku, s. 367

tescili oluşturan tasarımlar bu Kanunun uygulanmasında ayrı ayrı değerlendirilir. Çoklu başvuruda, yedinci fıkrada belirtilen şartlara uymayan tasarımlar için tescil talebinde bulunulmuş veya tasarım sayısı belirlenen sayıyı aşmışsa Kurum bu tasarımlar için bölünmüş başvuru yapılmasını ister. Bölünmüş her başvuru için başvuru tarihi, ilk başvuru tarihidir. İlk başvuruda rüçhan hakkı talep edilmişse bu hak bölünmüş her başvuruya da tanınır. Çoklu başvuruda yer alabilecek tasarım sayısı ve başvuruya ilişkin diğer usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir.” şeklinde düzenleme altına alınmıştır.

Bu çerçevede, 6769 Sayılı SMK ile çoklu başvuru altında sunulacak tasarımların Locarno sınıflandırma sisteminde sadece aynı sınıfta yer alması yeterli görülmüş olup, mülga KHK'da düzenlenen aynı alt sınıfta yer alma kuralı ortadan kaldırılmıştır.

Aynı sınıfta yer alan tasarımlar için çoklu başvuru yapabilme imkânının sağlanması ile aynı zamanda uluslararası uygulamalarla da paralellik sağlanmıştır.^[45]

Bunun yanı sıra, 6769 Sayılı SMK ile çoklu başvuruların sayısından da sınırlandırmaya gidilmiştir. Buna göre, çoklu başvuru kapsamında en fazla yüz adet tasarım başvurusu yapılabilmektedir.

Son olarak, yasa ile çoklu başvuru şartına uymayan ve belirlenen sayıyı aşan tasarımlar için ilk başvuru tarihi ve varsa rüçhan hakları saklı tutulmak şartıyla bölünmüş başvuru yapılabileceği hükmü getirilmiştir. Bu sayede başvuru sahiplerinin çoklu başvuru şartını taşımayan tasarımlar ile yapacakları başvuruların düzenlenmesi neticesinde işleme alınmayan tasarımlar için bölünmüş başvuru yapma imkânı tanınmış ve koruma noktasında hak kaybının önüne geçilmesi sağlanmıştır.^[46]

VII. Tarifname Verilme Zorunluluğunun Kaldırılması ve İsteğe Bağlı Hale Getirilmesi:

Tarifname, tasarım veya tasarımın uygulandığı ürünün görsel özelliklerinin ifade edildiği bölümdür.

AB hukukunda ve Türk Hukukunda, tasarım koruması görünüm ile sınırlı tutulmuştur. Türk Hukukunda, tarifnamenin tasarım korumasında ne derecede etkili olduğu tartışma konusudur. Topluluk Hukukunda tarifname zorunlu belgeler arasında yer almamaktadır. Amerikan hukukunda, tarifname istenmekle

[45] 6769 Sayılı Sinaî Mülkiyet Kanunu Madde Gerekçesi

[46] 6769 Sayılı Sinaî Mülkiyet Kanunu Madde Gerekçesi

beraber, koruma istemler üzerinden gerçekleşmektedir. İngiliz hukukunda, tasarım hakkında yapılan açıklamalar dikkate alınarak sonuca varılmaktadır.^[47]

Tasarım tescili ile tasarımın görünüm özelliği korunmaktadır, görsel anlatım üzerinde yer alan yazılı ibarelerin ifade ettikleri kavramlar üzerinde tescil sahibine herhangi bir inhisarı hak sağlanmaması gerektiği açıktır. Aksi takdirde, aynı anlama gelen ancak farklı görünüm özelliklerine sahip yazılı ibareler içeren tasarımlarda koruma, sadece söz konusu yazılı ibareyi ilk ortaya çıkaran ya da tescil ettiren kişi adına gerçekleşecektir. Bu uygulama ise tasarım tescil sistemine uygun düşmemektedir.^[48]

Yukarıda ifade edilen gerekçeler ışığında, yeni yasada, tasarımın görsel anlatımını veya örneğini açıklayan tarifnamenin Kurum'a sunulması zorunlu olmaktan çıkarılmıştır.

VIII. Öğretim Elemanlarının Yaptığı Tasarımların Hak Sahibinin Üniversiteler Olacağı Düzenlemesinin Kanuna Dâhil Edilmesi:

554 Sayılı KHK'nın 15.'inci maddesi gereğince, yüksek öğretim kurumunun araçlarını ve gereçlerini kullanarak tasarımı meydana getiren öğrenim elemanları/tasarımcı, tasarım üzerindeki haklara ve yetkilere tek başına sahip olmakta idi. Ayrıca, öğretim elemanı yetkilerini kullanırken öğretim kurumuna tasarımın ne şekilde değerlendirildiğini yazı ile bildirmek ve Kurumun talep etmesi halinde elde edilen kazanç miktarının ne olduğu hakkında bilgi vermekle yükümlü idi. Öğretim kurumu, kendisine yapılan yazılı bildirim tarihinden itibaren 3 ay içinde elde edilen kazançtan uygun bir miktarın verilmesini talep edebiliyordu. Ancak 554 sayılı KHK, öğretim kurumunun talep edebileceği miktarın üst sınırını, kurumun gerçekleştirdiği harcama ile sınırlandırmıştı.^[49]

6769 Sayılı SMK.'nin 73/3. maddesinde ise, 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu uyarınca öğretim elemanı sayılan kişiler tarafından yapılmış tasarımlar ile öğrenciler ve ücretsiz olarak belirli süreye bağlı olmaksızın hizmet gören stajyerlerin yapmış olduğu tasarımlarda da hak sahipliğinin işverene yani yüksek

[47] Fatma Özer 6769 Sayılı Sınâi Mülkiyet Kanunu'nun Genel Bir Değerlendirmesi- Terazi Hukuk Dergisi Cilt:12 Sayı:128 Nisan 2017 s.162

[48] 6769 Sayılı Sınâi Mülkiyet Kanunu Madde Gereçesi

[49] Özgür Semiz/Muazzez Kılıç Tasarımlara Yeni Bir Çerçeve: 6769 Sayılı Sınâi Mülkiyet Kanunu Üçüncü Kitap - Terazi Hukuk Dergisi Cilt:12 Sayı:128 Nisan 2017 s. 71-72

öğrenim kurumuna ait olduğu^[50] düzenlenmiş olup, mülga 554 sayılı KHK'da yer alan düzenlemede değişiklik yapmıştır.

Bunun yanı sıra, 6769 Sayılı SMK.'nin 74/2. maddesinde de, yükseköğretim kurumlarında gerçekleştirilen tasarımlardan elde edilen gelirin yükseköğretim kurumu ve tasarımcı arasındaki paylaşımında, tasarımcıya elde edilen gelirin brüt miktarının en az yarısının verilecek şekilde ilgili yüksek öğretim kurumunun yönetim kurulunca belirleneceği^[51] düzenlenmiş ve böylece tasarımın ticarileştirilmesinden elde edilecek gelirin ne şekilde paylaşılacağı belirlenmiştir.

IX. Hükümsüzlük Nedenlerinde Getirilen Yenilikler:

6769 Sayılı Kanun ile mülga KHK'da olmayan yeni bazı hükümsüzlük nedenleri getirilmiştir.

Nitekim, 6769 Sayılı SMK.'nin 77. maddesinde; "Aşağıdaki hâllerde tasarımın hükümsüz sayılmasına mahkeme tarafından karar verilir: a) 55 inci maddenin birinci ve ikinci fıkralarında yer alan tanımlara uygun olmadığı, 56 ncı ve 57 nci maddelerde belirtilen şartları taşımadığı, 58 inci maddenin dördüncü fıkrası ve 64 üncü maddenin altıncı fıkrasının (c) bendi kapsamında olduğu, başvurunun kötü niyetle yapıldığı ve bir fikri mülkiyet hakkının yetkisiz kullanımını içerdiği ispat edilmişse.

b) Hak sahipliğinin başka kişiye veya kişilere ait olduğu ispat edilmişse.

c) Sonradan kamuya açıklanan aynı veya benzer nitelikteki bir tasarımın başvuru tarihi, tescilli bir tasarımın başvuru tarihinden önce ise.

(2) 64 üncü maddenin altıncı fıkrasının (b) ve (ç) bentleri ile fikri mülkiyet haklarının yetkisiz kullanımı gerekçesiyle tasarımın bir kısmına ilişkin hükümsüzlük talebinin kabul edilmesi hâlinde, o kısmın tescili hükümsüz kılınır. Kısmi hükümsüzlük sonucunda tescilin devamı için, kalan kısmın koruma şartlarını sağlaması ve tasarım kimliğini muhafaza etmesi şarttır." denilmektedir.

Buna göre, ilgili düzenleme ile mülga KHK'dan farklı olarak,

Bir tasarım tescil başvurusunun;

- Kötü niyetli olarak yapıldığı,

- Bir fikri mülkiyet hakkının yetkisiz olarak kullanıldığı,

gerekçeleri ile hükümsüz kılınacağı hüküm altına alınmıştır.

[50] 6769 Sayılı Sinaî Mülkiyet Kanunu Madde Gerekçesi

[51] 6769 Sayılı Sinaî Mülkiyet Kanunu Madde Gerekçesi

X. Kısmi Hükümsüzlük Kavramındaki Belirsizliklerin Giderilmesi:

Türk tasarım mevzuatının mehzazını teşkil eden AB tasarım mevzuatına şekil verilirken, kısmi hükümsüzlük müessesesine özellikle yer verilmiştir. (Tüzük m.25/6, 51/3.) Hukukumuzda da bu müesseseye yer verilmek istenmiş, ancak bunda başarı sağlanamamıştır.^[52]

Nitekim, Hükümsüzlük Halleri başlığını taşıyan mülga 554 Sayılı KHK'nın 43. maddesinin son fıkrası şu şekildedir; “Hükümsüzlük nedenleri tasarım başvurusu veya tescilin sadece bir bölümüne ilişkin bulunuyorsa, sadece o bölümü etkileyen ürün veya ürünler için iptal suretiyle, kısmi hükümsüzlüğe karar verilir. Kısmi hükümsüzlük sonucu, iptal edilmeyen ürün veya ürünlerle ilgili kısım için koruma geçerliliğini sürdürür.”

Ne var ki, anılan hükümdeki ifadeler ile Tasarım Tüzüğündeki ifadeler birbirinden oldukça farklıdır. Tüzükte, bir tasarımın kısmen hükümsüz kılınabileceği açıkça belirtilirken mülga KHK'daki düzenleme, çoklu tasarımlardan bazılarının hükümsüzlüğünü akla getirmektedir. Ancak bu ihtimalin yasa koyucu tarafından düzenlenmesi abesle iştigaldir. Zira çoklu tasarımlardan her birisi hem hükümsüzlük, hem tecavüz, hem de koruma şartlarını taşıyıp taşımadığı hususlarında yapılan incelemelerde zaten tek tek ele alınmaktadır.^[53] Öyleyse, yasa koyucu, esasen mehzaz hukuktaki düzenlemeyi iç hukukumuzda aktarmak istemiş, fakat bunda başarısız olmuştur.^[54]

Uygulamada tasarımlar bakımından kısmi hükümsüzlük müessesine sıkça ihtiyaç duyulmaktadır. Bu düşünceden hareketle eski adıyla Türk Patent Enstitüsü (TPE), 2006 tarihinde, EndTasKHK Yönetmeliğinde bir değişiklik yaparak^[55], konuyu yönetmelikle düzenlemeyi tercih etmiştir.^[56]

Nitekim, İtirazların İncelenmesi başlığını taşıyan mülga EndTasKHKY'nin 19/2. maddesinde; “İnceleme neticesinde, tasarım tescilinin devamına ya da kısmen veya tamamen iptaline karar verilir. İptal kararı Bültekte yayımlanır. Kurul kararı tescilin tamamen veya kısmen devamı yönünde ise tasarım tescil belgesi düzenlenir.” denilmekte idi.

[52] Suluk, Tasarımların Kısmi Hükümsüzlüğü, s. 321

[53] Cahit Suluk/Alı Orhan: Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku, C.III: Tasarımlar, Seçkin, Ankara 2008, s.26-27 ve orada anılan kararlar

[54] Suluk, Tasarımların Kısmi Hükümsüzlüğü s.325

[55] RG, 7.2.2006, s. 26073

[56] Suluk, Tasarımların Kısmi Hükümsüzlüğü s.322

Bu düzenlemede, AB mevzuatından farklı olarak mülga Yönetmelik hükmünde kısmi iptale/hükümsüzlüğe karar verilirken herhangi bir şarttan ya da kısıtlamadan söz edilmemiş idi. Kısıtlayıcı bir düzenleme bulunmadığı için, TPE, başvuru aşamasındaki tasarımın kimliğini muhafaza etmese dahi, başvuruyu kısmen kabul ederek diğer kısmın iptaline karar verilebilmekteydi.^[57]

Nitekim, TPE YİDK'nun, 25.09.2007 tarih ve 2007/T-552 no'lu konuya ilişkin kararı şöyledir:^[58]

“Yapılan inceleme ve değerlendirmede; 2006 03755/1, 2, 11, 12 ve 13 sıra numaralı tasarımlar ile itiraza gerekçe gösterilen 2005 tarihli ‘GENESİS Yaz’ katalogunda yer alan S5/0765, S5/1048 kod numaralı ürünler ve 2004 tarihli ‘GENESİS Summer’ katalogunda yer alan S4/329 kod numaralı ürün genel izlenim itibariyle benzer görülmüştür.

2006 03755/3, 4 ve 16 sıra numaralı tasarımlar ile itiraza gerekçe gösterilen 2005 tarihli ‘GENESİS Yaz’ ve 2004 tarihli ‘GENESİS Summer’ kataloglarında yer alan S5/1048, S4/224, S5/0757 kod numaralı ürünler, ayakkabıların üç boyutlu modeli açısından benzer görülmüş olmakla birlikte, kullanılan desenlerin farklı olması sebebiyle; tescilin sadece deseni kapsayacak şekilde devam etmesinin uygun olduğu düşünülmüştür.

KARAR: 554 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 5,6 ve 7'nci maddelerine dayanılarak yapılan itirazın kısmen kabulüne ve 2006 03755/1, 2, 11, 12 ve 13 sıra numaralı tasarımların tescilinin sadece kullanılan deseni kapsayacak şekilde devamını teminen ürün adının ‘Ayakkabı Deseni’ olarak değiştirilmesine oybirliği ile karar verilmiştir.”

Bu olayda, TPE, ayakkabı tasarımını, adını da değiştirmek suretiyle ayakkabı desenine dönüştürmüştür. TPE'nin bu kararının hatalı olduğu açıktır. Zira yapılan itiraz üzerine TPE tarafından tasarımın koruma kapsamında değişikliğe gidilmektedir.^[59] Yargıtay bir kararında haklı olarak bunun mümkün olamayacağı sonucuna ulaşmış^[60] ve: “Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu'nun açıkça çakmak tasarımına ilişkin başvuruyu üçüncü kişilerin haklarını etkileyecek şekilde çakmak deseni olarak tadil etmek suretiyle verdiği kararın usul ve yasaya aykırı olduğu,...” şeklinde karar vermiştir.

[57] Suluk, Tasarımların Kısmi Hükümsüzlüğü s.325

[58] Suluk/Orhan, s.246

[59] Suluk, Tasarımların Kısmi Hükümsüzlüğü s.326

[60] 11 HD, 23.02.2006, E.2005/10823, K. 2006/1838 – Suluk/Orhan, s.49.

Bu çerçevede, yukarıda ifade edilen sorunlar nedeniyle, 6769 Sayılı SMK ile Kısmi Hükümsüzlük kavramı özel olarak düzenlenmiştir.

Nitekim, 6769 Sayılı SMK.'nun 77/2. maddesinde; “64 üncü maddenin altıncı fıkrasının (b) ve (ç) bentleri ile fikri mülkiyet haklarının yetkisiz kullanımı gerekçesiyle tasarımın bir kısmına ilişkin hükümsüzlük talebinin kabul edilmesi hâlinde, o kısmın tescili hükümsüz kılınır. Kısmi hükümsüzlük sonucunda tescilin devamı için, kalan kısmın koruma şartlarını sağlaması ve tasarım kimliğini muhafaza etmesi şarttır.” denilmektedir.

Bu anlamda, yapılan değişiklik ile yeni yasada AB mevzuatı ile uyumlu hale getirilmiş olup, bunun yanı sıra, tasarımın kısmen hükümsüzlüğü halinde kalan kısmın niteliğinin değişmemesinin ve adının aynı kalmasının aranmasının yerinde olduğu kabul edilmektedir.

SONUÇ

Hukukumuzda tasarımlar, Türkiye'nin Gümrük Birliği'ne giriş sürecinde Topluluk mevzuatına uyum sağlayabilme amacıyla ilk kez 27 Haziran 1995 tarih ve 554 Sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükümünde Kararname (KHK) ile pozitif düzenlemeye konu olmuştur.

1995 yılından günümüze kadar geçen süreç içerisinde, gerek bu alanda yürütülen akademik çalışmalar gerek Türk yargı sistemi açısından yeni sayılabilecek içtihatların oluşumu ile, tasarım tescil sisteminde ve korumasında belli bir mesafe katedilmiş ancak yine de istenen başarı tam anlamıyla elde edilememiştir.

Bu kapsamda, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nda getirilen değişiklikler sayesinde, hem AB hukuku ile uyumlaşma sağlanmış hem de uygulamadaki pek çok soruna çözüm getirilmiştir.

Bu çalışmada, 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun Üçüncü Kitabında ve 51'inci ile 81'inci maddeleri arasında düzenleme altına alınan tasarımların tescili ve koruma şartları, geçmiş uygulamaya göre farkları ile tescilli ve tescilsiz tasarım kavramları üzerinde durulmaya çalışılmıştır.

KAYNAKÇA

ALRC-Discussion, No:12.22.

BAYAZIT, N.; “Endüstri Ürünlerinde ve Mimarlıkta Tasarlama Metodlarına Giriş”, YEM Yayıncılık, İstanbul, 1994, s.18.

CAHİT SULUK/ALİ ORHAN: Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku, C.III: Tasarımlar, Seçkin, Ankara 2008, s.26-27 ve orada anılan kararlar

Directive 98/71/EC of the European Parliament and the Council of 13 October 1998 on the legal protection of designs. (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31998L0071:en:HTML>) (Erişim Tarihi: 01.12.2017)

DİSCUSSION, No:12.40.

ER, Ö., ER, A.; “Yeni Ürün Geliştirme Sürecinde Endüstriyel Tasarımın Rolü ve Önemi”, Ürün Geliştirmenin Olmazsa Olmazları II, İstanbul Sanayi Odası – Teknoloji Yönetimi Derneği, 26 Aralık 2002, İstanbul.

FATMA ÖZER 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun Genel Bir Değerlendirmesi- Terazi Hukuk Dergisi Cilt:12 Sayı:128 Nisan 2017 s.161, s.162

Fryer III, W.; “Industrial Design Protection in the United States of America-Present Situation and Plans for Revision ”, JPTOS, December 1988, s.821.

Fryer III, W., December 1988, s.821.

HAMDİ PINAR, “Tasarım ve Haksız Rekabet Hukuku Açısından Yedek Parçaların Korunması ve Türkiye'nin Ekonomi Politik Tercihi Sonucu”İÜHFD Özel Sayı C.2 2015, s. 739

Hazine Müsteşarlığı 2015/2 Sayılı ve 13.01.2015 Tarihli Genelgesi

İLHAMİ GÜNEŞ, Sınai Mülkiyet Kanunu'nda Tasarım Tescili Konusundaki Yenilikler- Terazi Hukuk Dergisi Cilt:12 Sayı:128 Nisan 2017 s. 117 s.118 s. 119

ÖZGÜR SEMİZ/MUAZZEZ KILIÇ, Tasarımlara Yeni Bir Çerçeve:6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Üçüncü Kitap- Terazi Hukuk Dergisi Cilt:12 Sayı:128 Nisan 2017 s.65 s.66. s.67 s.68 s.71 s.72

PISTORIUS, T.; “The Copyright and Design Protection of Artistic Works with a Utilitarian **PURPOSE**”, July 1997, s.71.

SULUK, Tasarım Hukuku, s. 35 s.38. s. 42. s.367 s.552. s.567

SULUK, Tasarımların Kısmi Hükümsüzlüğü s.326 s.325 s.322 s.321

ŞEYMA YURDUSEVEN, 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ile Türk Tasarım Hukukunda Yeni Dönem, TAAD, Yıl:8 Sayı:31 Temmuz 2017 s.682 s.672

TASARIM BAŞVURU KILAVUZU, s. 2

TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Sınâi Mülkiyet Kanunu s. Xxxıı

TEKİNALP, s.564

TEKİL, s.237

6769 Sayılı Sınâi Mülkiyet Kanunu ve Kanun Gerekçeleri

İNTERNET KAYNAKLARI

https://www.youtube.com/watch?v=2GO2Y2wq_FU&list=FLFzSw3XX0I_JB8Hb-_JUnEg&index=14

<https://www.tse.org.tr/upload/tr/dosya/duyuruyonetimi/4209/02072015150605-2.pdf>

<http://www.tdk.gov.tr/TR/SozBul.aspx?> http://tr.wikipedia.org/wiki/End%C3%BCstri_%C3%BCr%C3%BCnleri_tasar%C4%B1m%C4%B1

MARKALAR İLE İLGİLİ SİNAİ MÜLKİYET KANUNU'NDA YER ALAN DEĞİŞİKLİKLER

Av. Melis ABACIOĞLU VİSKUŞENKO*

I. MARKA OLABİLECEK İŞARETLERE İLİŞKİN DEĞİŞİKLİKLER (m. 4)

Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK) m. 4 hükmünde markanın, bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini diğer teşebbüslerin mal ve hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla; kişi adları dahil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajların biçimi olmak üzere her tür işareten oluşabileceği düzenlenmiştir.

Eski düzenlemede 556 sayılı Kanun Hükümde Kararname'nin (KHK) 5. maddesinde yer alan "Markanın İçereceği İşaretler" başlıklı düzenlemeye, SMK'nun 4. maddesinde "Marka Olabilecek İşaretler" başlığı altında yer verilmiştir. SMK'nun marka olabilecek işaretleri düzenleyen 4. maddesi 556 sayılı KHK'nin aynı konuyu düzenleyen 5. maddesi karşılaştırıldığında, her iki mevzuat hükmünde ortak bulunan markanın ayırt edici olma şartı dışında düzenlemelerin birbirinden farklı olduğu görülmektedir.

Mülga 556 sayılı KHK m. 5 hükmü aşağıdaki şekilde kaleme alınmıştır:

"Marka, bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla, kişi adları dahil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar, malların biçimi veya ambalajları gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaretleri içerir."

Buna göre, 556 sayılı KHK'nin 5. maddesinde ayırt edici nitelik taşımanın yanı sıra yalnızca çizimle görüntülenebilen ve benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen işaretlerin marka olarak tescil edilebileceği, diğer bir deyişle işaretin "grafiksel olarak temsil edilebilme" koşulu düzenlenmişti. SMK düzenlemesinde ise, marka olabilecek işaretin grafiksel

* Ankara Barosu.

olarak temsil edilebilme koşulu, yasadaki ifadelerle “çizimle görüntülenebilmesi veya benzer şekilde ifade edilebilmesi, baskı yoluyla yayınlanıp çoğaltılabilmesi” koşulu metinden çıkarılmış, marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olan her tür işaretin marka olabileceği kabul edilmiştir. Aynı zamanda renklerin ve seslerin tescil edilebileceği madde metninde açıkça öngörülerek marka olabilecek işaretlerin kapsamı bu marka türleri ile sınırlı olmamak üzere genişletilmiştir.

Maddenin gerekçesine göre, Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması'nın (TRIPS) 15. maddesi ile yeni 2015/2436 sayılı Avrupa Birliği Marka Direktifi^[1] (AB Direktifi) ve 2015/2424 sayılı AB Birliği Marka Tüzüğüne^[2] (AB Tüzüğü) uygun olarak madde metni düzenlenmiştir^[3]. 2015/2436 sayılı AB Direktifinden alınan “*marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olma şartıyla*” ifadesi^[4], özellikle geçiş veya jenerik melodisi ve kısa takdim müzikleri gibi marka, ses markaları ve renk markaları için konulmuştur^[5]. Böylelikle pek çok ülkede tescili kabil görülen ses, renk, koku ve hareket markaları gibi geleneksel olmayan marka türlerinin ülkemizde kolayca tescil edilebilmesinin önü açılması amaçlanmış ve bu markaların tescili açısından zorlaştırıcı olan çizimle görüntülenebilme şartı yerine mehaz AB düzenlemesindeki esnek yaklaşım benimsenmiştir. Bu kapsamda markanın sicilde gösteriminin erişilebilir, kalıcı, somut olması ve koruma konusunun yetkili makamlar ve halk tarafından açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek biçimde olması gerekmektedir.

[1] 2015/2436 sayılı AB Direktifi 16.12.2015 tarihinde kabul edilmiş ve 23.12.2015 tarihli Avrupa Birliği Resmi Gazetesinde yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

[2] 207/2009 sayılı Topluluk Marka Tüzüğü'nde değişiklikler öngören 2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğü 16.12.2015 tarihinde kabul edilmiş ve 24.12.2015 tarihli Avrupa Birliği Resmi Gazetesinde yayınlanmıştır.

[3] SMK madde gerekçesi, m. 4

[4] *Article 3*

Signs of which a trade mark may consist

A trademark consist of any signs, in particular words, including personal names, or designs, letters, numerals, colours, the shape of goods or of the packaging of goods, or sounds, provided that such signs are capable of:

- (a) Distinguishing the goods or services of one undertaking from those of other undertakings; and*
- (b) Being represented on the register in a matter which enables the competent authorities and the public to determine the clear and precise subject matter of the protection afforded to its proprietor.*

[5] Tekinalp, Ü./Çamoğlu E. : Sınai Mülkiyet Kanunu, 1. Bası, İstanbul 2017, s. XVI

Geleneksel olmayan marka türlerinin tescilini kolaylaştıran yeni mevzuat hükmü doğrultusunda Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik^[6] (SMKY) m. 7 hükmünde ise, ses markaları, üç boyutlu markalar, renk markaları, hareket markalarının başvurularında aranan ilave şartlar gösterilmiştir. SMKY m. 7 hükmüne göre, geleneksel olmayan marka türünün başvuru formunda açıkça beyan edilmesi ve açık beyana ek olarak başvuruya ilişkin aşağıdaki bilgi ve belgelerin Türk Patent ve Marka Kurumu'na (Kurum) sunulması gerekmektedir:

Ses markası için, ses markası olarak tescil talep edildiğine ilişkin açık beyana ilaveten;

- İşaretin elektronik ortamda dinlemeye veya saklamaya elverişli kaydı
- Nota ile gösterimi mümkünse bu gösterimi

Üç boyutlu marka için, üç boyutlu marka olarak tescil talep edildiğine ilişkin açık beyana ilaveten;

- Markanın bütünlüğünü bozmayacak şekilde en fazla 6 farklı açıdan görünümünü içeren gösterimi

Renk markası için, renk markası olarak tescil talep edildiğine ilişkin açık beyana ilaveten;

- Renk görselinin sunulması
- Renk kodunun belirtilmesi

Hareket markası için, hareket markası olarak tescil talep edildiğine ilişkin açık beyana ilaveten;

- Hareketi tasvir eden bir görüntünün veya
- Görüntü dizisinin sunulması

gerekmektedir.

SMK düzenlemesi ile marka olabilecek işaret kavramı bugün eski düzenlemeye nazaran çok daha geniş bir anlama kavuşmuş ve yeni marka türleri mevzuata eklenmiştir. Marka olabilecek işaretler grafiksel temsil edilme şartı ile sınırlandırılmamış ve geleneksel olmayan markaların tescilini kolaylaştıracak biçimde yeniden düzenleme yapılmıştır.

[6] Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik, 30047 sayılı ve 24 Nisan 2017 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

II. MARKA OLARAK TESCİL EDİLEMEYECEK İŞARETLERE İLİŞKİN DEĞİŞİKLİKLER (m. 5, m. 6)

SMK'ya göre markanın oluşturulması ve kullanılmasında serbesti sistemi benimsenmiş olmakla beraber bu serbesti mutlak değildir, sınırı mutlak ve nispi tescil engelleri ile çizilmiştir^[7].

Mutlak red nedenleri, kamu menfaati ile ilgili görülen ve herhangi bir itiraza tabi olmaksızın marka tescil başvurusunda mevcut olup olmadığı Kurum tarafından re'sen incelenen tescil engelleridir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun DERBYTECH kararına^[8] ve 11. Hukuk Dairesi'nin ARARAT kararına^[9] göre mutlak red nedenlerinin, uyuşmazlığın mahkemeye intikal etmesi halinde mahkemelerce de re'sen gözetilmesi gereklidir^[10]. Mülga 556 sayılı KHK'nin 7. maddesinde düzenlenmiş olan mutlak red nedenleri, SMK kapsamında m. 5 hükmünde düzenlenmiştir.

Nispi red nedenleri ise marka olarak tescili istenen işarete ilişkin bir başkasının hak sahibi olması halinde hak sahibinin itirazı üzerine incelenir ve re'sen dikkate alınmazlar. Nispi tescil engellerinin varlığı halinde kamu menfaatini ilgilendiren bir durum söz konusu değildir. Mülga 556 sayılı KHK'nin 8. maddesinde düzenlenmiş olan mutlak red nedenleri, SMK kapsamında m. 6 hükmünde düzenlenmiştir.

Mülga 556 sayılı KHK'nin 7. ve 8. maddelerinde yer alan mutlak ve nispi red nedenleri genel olarak SMK hükümlerine aktarılmış olmakla beraber, yeni red nedenleri de 2015/2436 sayılı AB Direktifinden esinlenilerek SMK kapsamında mevzuata eklenmiştir. Eski düzenlemede olduğu gibi mutlak ve nispi red nedenleri aynı zamanda birer hükümsüzlük nedenidir (SMK m. 25/1).

SMK m. 5 ve m. 6 kapsamında düzenlenen mutlak ve nispi red nedenlerine ilişkin esaslı değişiklikler ve yenilikler, mülga 556 Sayılı KHK hükümleri ile karşılaştırılmalı olarak aşağıda incelenmiştir.

[7] Suluk, C./Karasu, R./Nal, T. : Fikri Mülkiyet Hukuku, Ankara 2017, s. 172

[8] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 02.04.2014 T, 2013/11-656 E, 2014/427 K.

[9] 11. HD, 22.03.2005 T, 2004/4734 E, 2005/2590 K

[10] Çolak, U. : Türk Marka Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, İstanbul 2016, s. 120

A. MUTLAK RED NEDENLERİNE İLİŞKİN DEĞİŞİKLİKLER

1. Soyut ve Somut Ayırt Edicilik Ayrımı ve Kullanım Yoluyla Ayırt Edicilik Kazanma

a. Soyut Ayırt Ediciliği Olmayan İşaretlere İlişkin Düzenlemeler (m. 5/1-a, m. 5/2)

SMK m. 5/1-a hükmü gereğince 4. maddede belirtilen koşulları sağlamayan işaretler marka olarak tescil edilemezler. Esasen aynı düzenleme KHK'nin mutlak red nedenlerini düzenleyen m. 7/1-a hükmünde de yer almakta ve ilgili KHK hükmü, 5. maddede belirtilen koşulları taşımayan işaretlerin tescil edilemeyeceğini düzenlenmekteydi. Bu bakımdan KHK m. 7/1-a hükmü ile SMK m. 5/1-a hükmü paraleldir.

Farklılık ise şu noktada doğmaktadır; doktrinde marka olarak tescili istenen işaretlerde aranan ayırt edici nitelik, “soyut ayırt edicilik” ve “somut ayırt edicilik” olarak iki farklı açıdan değerlendirilmektedir. SMK'nun 4. maddede belirtilen koşulları sağlamayan işaretlerin marka olarak tescil edilemeyeceğini düzenleyen 5/1-a hükmü soyut ayırt ediciliği olmayan işaretlerden söz ederken, SMK m. 5/1-b ile ilk defa getirilen bir düzenleme olarak “herhangi bir ayırt ediciliği bulunmayan işaretlerin”, yani somut ayırt ediciliği olmayan işaretlerin marka olarak tescil edilemeyeceği düzenlemesi yapılmıştır. Böylelikle SMK kapsamında soyut ayırt edicilik ve somut ayırt edicilik ayrımının yapıldığı söylenebilir.

Bu noktada “soyut ayırt edicilik” ve “somut ayırt edicilik” kavramlarına yakından bakmak gerekir. Bir işaretin marka olarak tescilinin mümkün olabilmesi için öncelikle işaretin marka olma niteliğine sahip olması gerekir. Buna göre SMK m. 4 hükmünde öngörüldüğü üzere ayırt edici niteliğe sahip olması ve sicilde gösterilebilir nitelikte olması gerekmektedir. Bu niteliklere sahip olmayan işaretin marka olarak tescili mümkün değildir. SMK m. 4 kapsamında aranan bu tip ayırt edicilik, “soyut ayırt edici nitelik”tir.

Tescili istenen işaretin soyut ayırt ediciliğe sahip olduğundan söz edebilmek için ise, işaretin kendi içerisinde bir bütünlük arz etmesi ve bir bütün olarak kolayca fark edilebilir, algılanabilir, sınırlarının tespit edilebilir olması gerekir. Bu niteliklere sahip işaretler, marka olabilme kabiliyetini taşırlar ve kanunda sayılan diğer red nedenlerinin bulunmaması halinde tescil edilebilirler^[11].

[11] Doğan, B. F. :Türk, Alman ve Avrupa Birliği Hukukuna Göre Marka Olamayacak İşaretlerin Kullanım Sonucu Ayırt Edici Nitelik Kazanarak Tescil Edilebilirliği Sorunu, FMR 2006/3, s. 17 vd. (Tescil Edilebilirlik Sorunu), s. 40

Tescili istenen işaret akla gelebilecek hiçbir mal veya hizmet için ayırt ediciliğe sahip değilse, işaretin soyut edici niteliği yoktur. Bu anlamda bütünlük arz etmeyen, sınırları tespit edilemeyen bir işaretin soyut ayırt ediciliğinin bulunduğundan söz edilemez. İletişim fonksiyonu olmayan bir işaretin, örneğin bir sayfa dolusu kelimenin soyut ayırt edici niteliği olmaması sebebiyle farklı teşebbüslerin mal ve hizmetlerini ayırt etmesi mümkün değildir, dolayısıyla marka olarak tescil edilemez. Alman Federal Patent Mahkemesi bir kararında, beş adet Çin yazı karakterinden oluşan işaretin, bir bütün olarak tanınamayacağı gerekçesiyle bira ürünleri için tescil edilemeyeceği yönünde hüküm kurmuş, gerekçesinde bu işaretlerin tanınabilir olmadığını, dolayısıyla bir bütünlük arz etmediğini belirtmiştir^[12].

Soyut ayırt ediciliğe sahip olmayan işaretler kullanım yoluyla dahi ayırt edicilik kazanamaz, sonradan tescil edilebilir hale gelemeyebilir ve hiçbir zaman marka olamazlar^[13]. Buna karşın; mülga 556 sayılı KHK m. 7/son'da kullanım sonucu ayırt ediciliğin kazanılmasına ilişkin hollere atıf yapılırken m. 7/1-a'ya da atıf yapılmış ve böylelikle soyut edicilik niteliği bulunmayan, diğer bir deyişle marka olabilme kabiliyetine sahip olmayan işaretlerin kullanım sonucu ayırt edicilik kazanması sonucu tescili mümkün kılınmıştır.

Mülga KHK'da yer alan bu düzenleme hatalı bir düzenleme idi^[14]. Zira, bu düzenleme KHK m. 5 gereğince marka olma niteliğine sahip olmayan bir işaretin kullanım sonucu somut ayırt edicilik gücü kazanmışsa tescil edilebileceği anlamına geliyordu, ancak soyut ayırt edicilik niteliği taşımayan işaretler marka olma kabiliyetini haiz değildir ki, bunların marka olarak tescil edilip edilememesinden söz edilebilir. Nitekim, mehz Alman Marka Kanunu m. 8/1, AB Direktif m. 4/1-a ve AB Tüzük m. 7/1-a'da soyut ayırt ediciliği olmayan işaretler düzenlenmiş ve bunların kullanım yoluyla ayırt edicilik kazanmasına ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır.

SMK düzenlemesi ile bu hatalı düzenlemeye son verilmiş ve SMK'nun mutlak red nedenlerini düzenleyen 5. Maddesinin son fıkrasında isabetli olarak "4 üncü madde kapsamında marka olamayacak işaretler", yani soyut ayırt ediciliğe sahip olmayan ve sicilde açıkça gösterilemeyen işaretlerin kullanımıyla ayırt edicilik kazanabilecek markalar kapsamından çıkarılmıştır. Soyut ayırt

[12] Karasu (Suluk/Nal), s. 161; BPatG, GURUR 1997, s. 830; Doğan, Tescil Edilebilirlik Sorunu, m. 25'ten naklen.

[13] Çolak, 121; Doğan, 26; İmroğlu, D. : 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'na göre Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Markanın Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi, Ankara 2017, s. 23

[14] Aynı yönde Çolak, s. 121, İmroğlu, s. 23

ediciliği olmayan işaretler marka olabilme kabiliyetine sahip olmayan işaretler iken, somut ayırt ediciliği olmayan işaretler ise ayırt edicilik fonksiyonu en başta taşımamakla beraber kullanım yoluyla ayırt etme gücü kazanma ve marka olabilme ihtimaline sahip olan işaretlerdir.

Yukarıda anlatıldığı üzere, SMK n. 5/1-a düzenlemesi KHK m. 7/1-a hükmünün karşılığıdır ve mülga KHK kapsamında da soyut ayırt ediciliği olmayan markaların mutlak tescil engeline takılacağı düzenlenmiştir. Ancak, KHK kapsamında somut ayırt ediciliği olmayan işaretlere ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. SMK kapsamında m. 5/1-b düzenlemesi ile beraber somut ayırt ediciliği olmayan markaların tescil edilemeyeceği hususu da müstakil bir mutlak tescil engeli olarak düzenlenmiştir. Somut ayırt edici nitelik, AB mevzuatı ile uyumlaştırma kapsamında SMK'nun getirdiği yeniliklerden biri olan ve "herhangi bir ayırt edici niteliğe sahip olmayan işaretler"i mutlak tescil engeli olarak düzenleyen aşağıdaki m. 5/1-b hükmü altında incelenmiştir.

b. Somut Ayırt Ediciliği Olmayan İşaretlere İlişkin Düzenlemeler (m. 5/1-b, m. 5/2)

SMK m. 5/1-b hükmü uyarınca, herhangi bir ayırt edici niteliğe sahip olmayan işaretler tescil edilemez. 556 sayılı KHK'da yer almayan bu hüküm, AB Direktifi m. 4/1-b ve AB Tüzük m. 7/1-b'de^[15] yer alan "*herhangi bir ayırt edici karakterden yoksun markalar*" (*trademarks which are devoid of any distinctive character*) biçimindeki mutlak red nedeni paralelinde ilk defa SMK'da düzenlenmiştir.

Madde gerekçesine göre, sicilde gösterilebilir olmasına rağmen ilgili mal ve hizmetler için ayırt ediciliğe sahip olmayan, dolayısıyla tüketiciler tarafından marka olarak algılanmayacak işaretlerin tescil edilemeyeceğinin düzenlenmesi amaçlanmıştır^[16]. SMK'nun, AB mevzuatı paralelinde getirdiği bu düzenleme gereğince tescili talep edilen işaret somut ayırt edici niteliğe sahip değilse marka olarak tescil edilemez.

Bir işaretin somut ayırt edicilik niteliğinin tespitinde, işaretin başvuru kapsamında yer alan mal ve hizmetleri diğer mal ve hizmetlerden ayırt etmeye elverişli olup olmadığı, kaynak gösterme fonksiyonuna sahip olup olmadığı

[15] *Article 7*

Absolute grounds for refusal

1. The following shall not be registered:

...

(c) Trade marks which are devoid of any distinctive character

[16] SMK Gerekçesi, m. 5

incelenmelidir^[17]. Dolayısıyla, tescili talep edilen işaretin somut ayırt edici niteliğe sahip olduğunun söylenebilmesi için, işaretin hangi mal ve hizmetler için tescili isteniyorsa o mal ve hizmetleri o grupta yer alan diğer mal ve hizmetlerden somut olarak ayırt edebilmelidir^[18]. Bazı işaretler, mal veya hizmetlerin belirli bir teşebbüsle ilişkisini ortaya koymaya müsait değildir ve ortalama tüketiciler tarafından bu işaretler marka olarak algılanamamaktadır. Örneğin tek bir harf veya tek bir rakam kural olarak tek başına ayırt etme gücüne sahip olmadığı için marka olarak tescil edilemez^[19].

Öte yandan, bu tür somut ayırt edici niteliği bulunmayan “herhangi bir ayırt edici karakterden yoksun” işaretler için (soyut ayırt ediciliği olmayan işaretlerden farklı olarak) henüz herşey bitmiş değildir, yoğun fiili kullanım sonucu ayırt edici güç kazanabilir ve marka olarak algılandıklarına dair birtakım deliller ibraz edilebilirse marka olarak tescil edilebilirler^[20]. Somut ayırt ediciliği olmayan işaretlerin soyut ayırt edici nitelikleri ve dolayısıyla marka olabilmeye kabiliyetleri vardır, kullanım sonucu ayırt edici hale gelebilirler. Somut ayırt edici nitelik işaretin seçildiği anda varolabileceği gibi, kullanma neticesinde de kazanabilir. Nitekim, mehzaz düzenlemeler paralelinde SMK m. 5/2'de kullanım sonucu ayırt ediciliğin kazanılmasına ilişkin hallere atıf yapılırken m. 5/1-b'ya da atıf yapılmış ve böylelikle somut ayırt edicilik niteliği bulunmayan işaretlerin kullanım sonucu ayırt edicilik kazanması sonucu tescili mümkün kılınmıştır.

2. Tescilli Coğrafi İşaretten Oluşan ya da Tescilli Coğrafi İşaret İçeren İşaretler (m. 5/1-i)

Doğal ve beşeri unsurların bir araya gelmesi sonucu gıda, tarım, maden, el sanatları ve sanayi ürünlerinden SMK'daki şartları karşılayan ve tescil edilenler, coğrafi işaret veya geleneksel ürün adı korumasından yararlanır (SMK 33). Coğrafi işaretler, belirgin niteliği, ünü veya diğer özellikleri itibarıyla kökenin bulunduğu bir yöre, alan, bölge veya ülke ile özdeşleşmiş bir ürünü gösteren işaretlerdir (SMK 34). SMK m. 5/1-i hükmünde, mülga KHK'den farklı olarak tescilli coğrafi işaretten oluşan ya da tescilli coğrafi işaret içeren işaretlerin marka olarak tescil edilemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

[17] Karasu (Suluk/Nal), s. 161; Doğan, Tescil Edilebilirlik Sorunu, s. 26, 27

[18] Doğan, Doğan, B. F. : Soyut Renklerin Marka Olarak Tescil Edilebilirliği, FMR 2005/4, s. 37-67 (Soyut Renkler) , s. 50

[19] Karasu (Suluk/Nal), s. 173

[20] Çolak, s. 120

İlgili düzenleme 556 sayılı KHK’de yer almamaktaydı. Madde gerekçesine göre, söz konusu düzenleme ile müstakil bir sınai mülkiyet hakkı olan coğrafi işaretlerin korunması amaçlanmıştır^[21]. Koruma kapsamı ise tescilli coğrafi işaretin ilgili olduğu mal veya hizmetler gözetilerek belirlenecektir. Tescilli coğrafi işaretin marka örneğinde yalnızca esas unsur olarak değil, tali unsur olarak kapsanması halinde de marka tescil başvurusu reddedilecektir. Söz gelimi, Çorum Leblebisi veya Antep Fıstığı gibi ibareleri esas unsur veya tali unsur olarak içeren işaretlerin de bu düzenleme ile tescili yasaklanmıştır^[22].

Kanaatimizce coğrafi işaretin korunması hususunun mutlak red nedenleri arasında sayılması isabetlidir, zira coğrafi işaret kolektif bir işarettir, korunması kamu menfaatinin ilgilendirmektedir ve markalardan farklı olarak münhasır hak sağlamazlar.

3. Muvafakatname (m. 5/3)

SMK m. 5/3 hükmü düzenlemesi ile, mülga KHK’da bulunmayan, aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzer markaların bir arada tescil edilebilmelerini sağlayan muvafakat kurumu getirilmiştir.

SMK m. 5/3 düzenlemesi aşağıdaki şekilde kaleme alınmıştır:

“(3) Bir marka başvurusu, önceki marka sahibinin başvurunun tesciline açıkça muvafakat ettiğini gösteren noter onaylı belgenin Enstitüye sunulması halinde birinci fıkranın (ç) bendine göre reddedilemez. Muvafakatnameye ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir.”

SMK m. 5/3 hükmünün atıfta bulunduğu 5/1-ç bendi ise mülga KHK m. 7/1-b paralelinde aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

“(1) Aşağıda belirtilen işaretler marka olarak tescil edilemez.

ç) Aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetlerle ilgili olarak tescil edilmiş ya da daha önceki tarihte tescil başvurusu yapılmış marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer işaretler”

Buna göre, önceki tarihli marka sahibinin sonraki tarihli marka başvurusunun tesciline açıkça muvafakat ettiğini gösteren izin belgesinin Kuruma sunulması halinde, sonraki tarihli başvuru Kurum tarafından ayniyet veya ayırt edilemeyecek derecede benzerlik nedeniyle reddedilemeyecektir. Maddenin gerekçesine göre, söz konusu hükümlerle birbirleriyle ekonomik ve diğer yönlerden bağlı

[21] SMK Madde Gerekçesi, m. 5

[22] Karasu (Suluk/Nal), s. 181

olanlar başta olmak üzere, başvuru sahiplerinin piyasada birlikte var olma yönünde ortaya koydukları iradenin korunması amaçlanmıştır^[23]. Dolayısıyla, SMK ile getirilen yeni düzende bir markanın aynısı ya da ayırt edilemeyecek kadar benzerinin marka sahibinin iradesi ile başka bir kişi adına tescil edilmesi mümkün kılınmıştır.

Muvafakat vermenin usul ve esasları Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik'de düzenlenmiştir (SMKY m. 10). Buna göre, muvafakatnamenin Kurum tarafından kabul edilen imzalı form şeklinde düzenlenmesi ve noter tarafından onaylanması gerekir. Sicile kayıtlı inhisari lisans sahiplerinin bulunması halinde bunların da yazılı izinlerinin Kuruma sunulması gerekir. Muvafakat, kayıtsız ve şartsız olmalıdır. Muvafakatname, başvuru anında başvuru formu ile birlikte veya karara itiraz halinde itiraz hakkında karar verilene kadar Kuruma sunulabilir. Her marka başvurusu için ayrı bir muvafakatname formu sunulması zorunludur. Muvafakatname Kuruma sunulduktan sonra, verilen muvafakat geri alınamaz.

4. NİSPİ RED NEDENLERİNE İLİŞKİN DEĞİŞİKLİKLER

1. Ticari Vekil veya Temsilcinin Marka Sahibinden İzin Almaksızın Markanın Kendi Adına Tescili İçin Başvuruda Bulunması (m. 6/2)

SMK m. 6/2 düzenlemesi gereğince, ticari vekil veya temsilcinin, marka sahibinin izni olmaksızın ve haklı bir sebebe dayanmaksızın markanın aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kendi adına tescili için yaptığı başvuru, marka sahibinin itirazı üzerine reddedilir.

Madde hükmü, mülga KHK'dan SMK'ya aktarılmıştır, ancak mülga KHK m. 8/2 hükmünde itiraz edilen başvuru ile itiraza konu markasının aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olması gerekip gerekmediğine dair bir ifadeye yer verilmemişken, SMK m. 6/2'de markalar arasındaki benzerlik derecesini belirlemek amacıyla madde metnine bu belirliği sağlayacak şekilde ekleme yapılmış, markaların aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzeri olması gerektiği düzenlenmiştir.

[23] SMK Madde Gerekçesi, m. 5/3

2. Tanınmış Markalar

a. Paris Sözleşmesi Anlamında Tanınmış Markalar (m. 6/4)

SMK m. 6/4 uyarınca Paris Sözleşmesinin 1. mükerrer 6. maddesi bağlamındaki tanınmış markalar ile aynı veya benzer marka başvuruları, aynı veya benzer mal veya hizmetler bakımından itiraz üzerine reddedilir.

Tescili istenen markanın, Paris Sözleşmesi'nin 1. mükerrer 6. maddesi anlamında üye devletlerden birisinin tabiiyetindeki üçüncü bir kişiye ait tanınmış marka olması ve tescil başvurusunun da bu kişinin izni olmadan yapılması 556 sayılı KHK kapsamında mutlak red nedenleri arasında düzenlenmişti (556 sayılı KHK m. 7/1-i). Ancak, mülga KHK'nin tanınmış markalara ilişkin m. 7/1-i hükmü, KHK döneminde Anayasa Mahkemesi kararı^[24] ile Anayasanın 91. maddesine aykırılık nedeniyle iptal edilerek ortadan kaldırılmıştı. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı sonrası ve SMK yürürlüğe girmeden önce tanınmış markalara 7/1-i bendi kapsamında re'sen sağlanan koruma hali hazırda ortadan kalkmış haldeydi.

SMK kapsamında Paris Sözleşmesi anlamında tanınmış markalara önceki düzenlemeden farklı olarak mutlak red nedenlerini düzenleyen madde içerisinde yer verilmemiş, yeni hüküm mehz AB düzenlemesi paralelinde nispi red nedenleri arasında düzenlenmiştir. Bu düzenleme gereğince, Türkiye'de Paris Sözleşmesinden yararlanacağı kabul olunan bir şahsa ait olduğu ve aynı veya benzeri ürünlerde kullanıldığı herkeşçe mütalaa edilen bir markanın karışıklığa meydan verebilecek surette örneğini, taklidini veya tercümesini yapan bir marka başvurusu tescili itiraz üzerine reddedilecektir^[25].

SMK ile nispi red nedenleri arasına eklenen yeni hüküm, esasen mülga KHK'da bulunan önceki düzenlemeden içerik bakımından da farklılık arz etmektedir. Mülga KHK m. 7/1-i hükmü "*Sahibi tarafından izin verilmeyen Paris Sözleşmesinin 1. Mükerrer 6. Maddesi bağlamındaki tanınmış markalar, marka olarak tescil edilemez*" düzenlemesini içermekte iken, SMK m. 6/4 hükmü "*Paris Sözleşmesinin 1. Mükerrer 6. Maddesi bağlamındaki tanınmış markalar ile aynı veya benzer nitelikteki marka tescil başvuruları, aynı veya benzer mal veya hizmetler bakımından itiraz üzerine reddedilir.*" şeklinde düzenlenmiştir.

Görüldüğü üzere SMK hükmü ile Paris Sözleşmesi anlamında tanınmış markalara sağlanan koruma, Türkiye'de tescilli ve tanınmış olan markadan farklı olarak yalnızca aynı veya benzer mal veya hizmetlere ilişkindir. Bu anlamda

[24] Anayasa Mahkemesinin 27.05.2015 tarih, 2015/33 E., 2015/50 K. sayılı iptal kararı 02.06.2015 ve 29374 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

[25] SMK Madde Gerekeşi, m. 6

Türkiye'de tanınmış tescilli markaların şartları mevcut ise farklı mal ve hizmetler bakımından da korunması mümkün iken, Paris Sözleşmesi anlamında tanınmış markalara farklı mal ve hizmetler bakımından koruma sağlanmamıştır.

Her ne kadar madde gerekçesinde AB mevzuatı ve uygulamaları paralelinde düzenleme yapıldığı işaret edilmişse de, SMK düzenlemesi ile Paris Sözleşmesi anlamında tanınmış markalara farklı mal ve hizmetler yönünden koruma sağlanmamış olması nedeniyle AB uygulamaları ile uyum sağlandığı söylenemez. Zira, AB Tüzüğü'nün nispi red nedenlerini düzenleyen m. 8/5 hükmü^[26], Paris Sözleşmesi anlamındaki tanınmış markaların da, Birlik içerisinde tanınmış markalar gibi farklı mal veya hizmetler bakımından da korunması gerektiğine işaret etmektedir. Benzer bir düzenleme TRIPS m. 16/3 hükmünde de mevcuttur. Dolayısıyla, SMK hükmünün AB mevzuatı paralelinde düzenlendiği söylenemez^[27].

b. Türkiye'de Tescilli Tanınmış Markalarda Haklı Sebebe Dayanma Hali (m. 6/5)

Türkiye'de tescilli tanınmış markalara ilişkin mülga 556 Sayılı KHK m. 8/4 düzenlemesine, SMK'nun m. 6/5 hükmünde yer verilmiştir. Buna göre, tescil edilmiş veya tescil başvurusu daha önceki tarihte yapılmış bir markanın, Türkiye'de ulaştığı tanınırlık düzeyi nedeniyle haksız bir yararın sağlanabileceği, markanın itibarının zarar görebileceği veya ayırt edici karakterinin zedelenebileceği hallerde, aynı ya da benzer markanın tescil başvurusu, ***haklı bir sebebe dayanma hali saklı kalmak kaydıyla***, başvurunun aynı, benzer veya farklı mal ve hizmetlerde yapılmış olmasına bakılmaksızın önceki tarihli marka sahibinin itirazı üzerine reddedilir (SMK m. 6/5).

[26] Article 8:

Relative grounds for refusal

...

*5. Furthermore, upon opposition by the proprietor of an earlier trade mark within the meaning of paragraph 2, the trade mark applied for shall not be registered where it is identical with, or similar to, the earlier trade mark and is to be registered **for goods or services which are not similar to those for which the earlier trade mark is registered**, where, in the case of an earlier Community trade mark, the trade mark has a reputation in the Community and, in the case of an earlier national trade mark, the trade mark has a reputation in the Member State concerned and where the use without due cause of the trade mark applied for would take unfair advantage of, or be detrimental to, the distinctive character or the repute of the earlier trade mark.*

[27] Karasu (Suluk/Nal), s. 197; Çağlar, s. 144

Mülga KHK düzenlemesinden farklı olarak SMK 6/5'te tanınmış markanın tescili için başvuruda bulunmanın haklı sebepleri varsa, başvuru sahibine haklı sebepleri olduğunu ileri sürebilme imkanı tanınmıştır. KHK döneminde başvuru sahibinin haklı sebep ileri sürebilme imkanı bulunmamaktaydı. Yeni düzenlemeye göre başvuru sahibinin haklı sebepleri varsa tanınmış marka sahibinin itirazı reddedilecektir. Haklı sebep kavramı ve "haklı bir sebep olmaksızın" (*without due cause*) ibaresi mehz AB mevzuatında; AB Tüzüğü m. 8/5 ve 9/1-c ile AB Direktifi m. 5/3-a ve 10/2-c kapsamında mevcuttur. Dolayısıyla, SMK değişikliğinin AB mevzuatı ile uyumlu olduğunu söylemek mümkündür.

Tanınmış markadan haksız bir yararın sağlanmasına, markanın itibarının zedelenmesine veya ayırt edici karakterinin zedelenmesine neden olacak bir marka tescil başvuru yapan kişinin, nasıl bir haklı sebep iddiasına dayanabileceğini izah etmek zordur^[28]. Haklı sebebin mevcudiyeti somut olayın özelliklerine göre incelenmeli ve araştırılmalıdır. Örneğin, İngiltere'de "Paco" "Paco Life in Colour" markalarının esas unsuru olan "Paco" ibaresine başvuruda yer verilmesi başvuru sahibinin adı olduğu gerekçesiyle haklı sebep kabul edilmiştir^[29].

3. Başkasına Ait Kişi İsmi, Ticaret Unvanını, Fotoğrafını, Telif Hakkını veya Herhangi Bir Sınai Mülkiyet Hakkını İçeren İşaretler (m. 6)

Mülga 556 Sayılı KHK'nin m. 8/5 düzenlemesine, SMK m. 6/6 hükmünde yer verilmiştir. SMK m. 6/6 hükmü kapsamında nispi ret nedeni olarak sayılan önceki haklar kapsamına ticaret unvanı da eklenmiştir. Buna göre, başkalarına ait ticaret unvanını içeren marka başvuruları hak sahibinin itirazı üzerine reddedilecektir.

SMK m. 6/6 hükmüne göre; "*Tescil başvurusu yapılan markanın başkasına ait kişi ismini, ticaret unvanını, fotoğrafını, telif hakkını veya herhangi bir fikri mülkiyet hakkını içermesi halinde hak sahibinin itirazı üzerine başvuru reddedilir.*"

Mülga KHK m. 8/5 hükmü ise "*Tescil için başvurusu yapılmış markanın, başkasına ait ismi, fotoğrafı, telif hakkı veya herhangi bir sınai mülkiyet hakkını kapsamaması halinde, hak sahibinin itirazı üzerine tescil başvurusu reddedilir.*" şeklinde düzenlenmişti.

SMK değişikliği ile mülga KHK'dan farklı olarak başkasına ait ticaret unvanını içeren marka başvurularının reddedileceği açıkça madde kapsamında ifade edilerek hüküm altına alınmıştır. Tescilli ticaret unvanına dayalı olarak marka

[28] Arkan, S. : Ticari İşletme Hukuku, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, 22. Bası, Ankara 2017, s. 301, Karasu (Suluk/Nal), s 200

[29] İmroğlu, , s. 249, Karasu (Suluk/Nal), s. 200

tescil başvurusuna itiraz ediliyor ise, ticaret unvanına ait sicil kaydındaki faaliyet konuları ile tescil edilmek istenen markanın kapsayacağı mal ve/veya hizmet listesinin karşılaştırılarak, başvurunun mal ve/veya hizmet listesinin faaliyet konuları ile aynı veya benzer olup olmadığı incelenecektir^[30].

4. Markaların Yenilenmemesine Rağmen Korunması (m. 6/7, m. 6/8)

Koruması sona ermiş olan ortak ve garanti markalarına dayalı nispi red nedeni düzenlemesi KHK m. 8/6 hükmünden SMK m. 6/7'ye aktarılmıştır. SMK m. 6/7 uyarınca, ortak markanın ve garanti markasının yenilenmeme sebebiyle koruma süresinin sona ermesinden itibaren üç yıl içinde yapılan, ortak marka ve garanti markasıyla aynı veya benzer olan ve aynı veya benzer mal veya hizmetleri içeren marka başvurusu, önceki hak sahibinin itirazı üzerine reddedilir. SMK düzenlemesi mülga KHK hükmünden farklı olarak ortak ve garanti markalarının yenilenmeme nedeniyle sona ermesi halinde bu nisbi red nedenine dayalı yayına itiraz yapılabileceğini düzenlemiştir. Mülga KHK m. 8/6 hükmünde ise herhangi bir sona erme nedenini zikredilmemiş ve sona erme sebebinin ne olduğu düzenlenmemiştir.

Diğer marka sahiplerine ise SMK m. 6/8 kapsamında yenilenmeme nedeniyle koruma süresinin dolmasından itibaren iki yıl içerisinde yapılan aynı veya benzer marka başvurularına itiraz etme imkanı tanınmıştır. SMK m. 6/8 hükmü, KHK m. 8/7 hükmünün paralel düzenlemesidir. Ancak ilgili SMK düzenlemesi, bu nispi red sebebine dayalı itiraz hakkının kullanılabilmesini KHK'dan farklı olarak markanın bu iki yıllık süre içinde kullanılmış olması şartına bağlamıştır.

5. Kötüniyetli Marka Başvurusu (m. 6/9)

SMK m. 6/9 hükmünde kötüniyetle yapılan marka başvurularının itiraz üzerine reddedileceği düzenlenmiş ve kötü niyetli başvuru bağımsız bir nispi tescil engeli olarak belirlenmiştir.

Esasen, 556 sayılı KHK döneminde de tescil başvurusunun kötüniyetli olduğu gerekçesiyle yayına itirazın yapılması mümkündü. Zira, 556 sayılı KHK'nın 35. Maddesi "*tescil başvurusu yapılmış markanın 7 nci ve 8 inci madde hükümlerine göre tescil edilmemesi gerektiğine ilişkin itirazlar ile başvurunun kötü niyetle yapıldığına ilişkin itirazların ilgili kişiler tarafından marka başvurusunun yayınından itibaren üç ay içerisinde yapılacağı*" şeklinde düzenlenmişti ve bu düzenleme kötüniyetli başvurulara karşı yapılan yayına itirazlara kaynaklık etmekte idi. Aynı zamanda, kötü niyetli başvuru Yargıtay Genel Kurulu kararıyla da nispi

[30] Çolak, s. 357, Karasu (Suluk, Nal) m. 201,

tescil engeli olarak kabul edilmişti^[31]. Ancak, SMK m. 6/9 düzenlemesi ile kötü niyetli marka başvurusunun hak sahibinin itirazı üzerine reddedileceği hususu ilk kez nispi red nedenleri arasında sayılmıştır.

Kötüniyetli başvurunun müstakil bir tescil engeli olarak yasal dayanağa kavuşmuş olması olumlu bir yenilik olmakla beraber kanaatimizce kötüniyetli başvurunun mutlak tescil engeli olarak düzenlenmesi daha yerinde olurdu. Nitekim, mehz AB mevzuatında da düzenleme bu yöndedir. Kötüniyetli başvuru, 2015/2436 sayılı AB Direktifi m.4/2 hükmünde^[32] mutlak tescil engeli ve hükümsüzlük nedeni olarak düzenlenmiştir^[33].

III. MARKA TESCİLİNDEN DOĞAN HAKLARIN KAPSAMI VE İSTİSNALARA İLİŞKİN DEĞİŞİKLİKLER

SMK ile marka sahibine sağlanan marka koruması kural olarak tescil yoluyla elde edilir ve marka hakkından doğan hakların kullanımı kural olarak münhasıran marka sahibine aittir. Bu hakların kapsamı ve istisnaları SMK m. 7 hükmünde düzenlenmiştir.

Mülga KHK'nin 9. Maddesinde düzenlenen "Marka tescilinden doğan hakların kapsamı" ve 12. Maddesinde düzenlenen istisna, SMK m. 7 hükmü kapsamında tek başlık altında toplanmıştır ve SMK hükmü ile gerek hakların gerekse istisnanın kapsamına birtakım yenilikler getirilmiştir. SMK m. 7 hükmü ile getirilen yenilikler aşağıda incelenmiştir:

A. Marka Tescilinden Doğan Hakların Kapsamında Değişiklikler

SMK m. 7/3 hükmünde düzenlenmiş olan marka sahibince yasaklanabilecek fiiller büyük ölçüde mülga KHK'dan aktarılmıştır. Ancak, SMK m. 7/3-e bendi ve 7/3-f bendi maddeye eklenerek mehz AB mevzuatı ve uygulamaları paralelinde yenilikler getirilmiş ve marka sahibince yasaklanabilecek fiillerin kapsamı genişletilmiştir.

[31] Yargıtay HGK 16.07.2008 T., 2008/11-501 E., 2008/507 K.

[32] *Article 4:*
Absolute grounds for refusal or invalidity

...

(2) *A trade mark shall be liable to be declared invalid where the application for registration of the trade mark was made in bad faith by the applicant. Any Member State may also provide that such a trade mark is not to be registered.*

[33] Aynı yönde bkz. Arkan, Ticari İşletme, s. 302 dpn. 3, Karasu (Suluk, Nal), s. 202

a. İşaretin Ticaret Unvanı ya da İşletme Adı Olarak Kullanılması (m. 7/3-e)

SMK m. 7/3-e hükmü ile, tescilli bir markanın sahibinin tescilli markayı oluşturan işaretin ticaret unvanı ya da işletme adı olarak başkaları tarafından kullanılmasını yasaklama hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Mülga KHK'da bu düzenleme mevcut değildi. KHK döneminde tescilli ticaret unvanları ve işletme adlarının tescil edildiği şekilde kullanıldığı sürece, bu tip kullanımın marka hakkına tecavüz veya haksız rekabet sayılmayacağı ve kullanımının yasaklanamayacağı kabul edilmekteydi^[34]. Madde gerekçesinde ifade edildiği üzere, ilgili düzenleme 2015/2436 sayılı mehoz AB Direktifi ve uluslararası uygulamalar paralelinde getirilmiştir^[35].

b. İşaretin Hukuka Uygun Olmayan Şekilde Karşılaştırmalı Reklamlarda Kullanılması (m. 7/3-f)

2015/2436 sayılı AB Direktifi ve uluslararası uygulamalara uyum kapsamında marka sahibinde yasaklanabilecek fiillere yapılan diğer bir ekleme ise SMK m. 7/1-f düzenlemesidir. Buna göre, tescilli bir markanın sahibi markasını oluşturan işaretin hukuka uygun olmayan şekilde karşılaştırmalı reklamlarda kullanılmasını yasaklayabilir. Burada hukuka uygunluğun ölçütü ise dürüstlük kurallarıdır. Karşılaştırmalı reklamın hukuka uygun sayılabilmesi için, karşılaştırmanın aynı amaca yönelik mal veya hizmetler arasında dürüstlük kuralları çerçevesinde yapılması ve yanlış, yanıltıcı ya da rakibin emeğini sömürücü veyahut kötüyeyici beyanlarla yapılmaması gerekir^[36].

B. İstisnalara İlişkin Değişiklikler (m. 7/5)

Mülga KHK'nin 12. Maddesinde düzenlenmiş olan marka tescilinden doğan hakların kapsamında istisnalar genişletilerek SMK'nun 7. Maddesine aktarılmıştır. SMK m. 7/5 hükmüne göre marka sahibi markasının, üçüncü kişilerce dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içinde gerçek kişilerin kendi ad ve adreslerine, malların veya hizmetlerin türüne, kalitesine, miktarına, kullanım amacına, değerine, coğrafi kaynağına, üretim ya da sunuluş zamanına ya da diğer niteliklerine ilişkin açıklamalarda kullanılmasını engelleyemez. Aynı düzenleme mülga KHK'nin 12. maddesinde de mevcuttu.

[34] 11. HD, 02.12.2015, E. 2015/5855, K. 2015/12898

[35] SMK Madde Gerekçesi, m. 7

[36] Arkan, s. 309

SMK m. 7/5 hükmünün (c) bendi ile ise bir ekleme yapılarak AB Direktifi m. 14/1-c hükmü^[37] doğrultusunda düzenleme yapılmıştır. Buna göre marka sahibi özellikle aksesuar, yedek parça veya eşdeğer parça ürünlerinde, malın ya da hizmetin kullanım amacının belirtilmesinin gerekli olduğu hallerde ve üçüncü kişilerce markasının dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içinde kullanılması engelleyemez. Örneğin, otomobiller için yedek parçalar veya aksesuar üreten bir üreticinin, ürünlerinin Mercedes markalı araçlara uygun olduğunu beyan etmesi veya bir oto servis şirketi Mercedes otomobillerin servisi yapılır şeklinde reklam yapması hukuka uygundur. Bu beyanlar ve reklamlar yedek parça veya aksesuarların Mercedes tarafından üretildiği veya oto servisin Mercedes'in yetkili servisi olduğu intibasını bırakmadığı sürece dürüstçe kullanım kapsamında kalacak ve marka sahibi tarafından engellenemeyecektir^[38]. Ancak açıklamayı yapan kişi/şirket tarafından yedek parçanın, orijinal malı üreten teşebbüsten kaynaklandığı intibasını yaratacak ifadeler kullanılması halinde, bu durum tescilli markanın dürüstçe kullanılması istisnası kapsamında sayılamaz ve SMK m. 7/5 hükmü uygulanmaz^[39].

IV. MARKANIN KULLANILMASINA İLİŞKİN DEĞİŞİKLİKLER

Mülga 556 sayılı KHK'nin m. 14/1 hükmü, tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde haklı bir neden olmadan kullanılmaması veya bu kullanıma beş yıllık bir süre için kesintisiz ara verilmesi halinde markanın iptal edileceği düzenlemesini içermektedir. Ancak bu hüküm SMK'nun yürürlüğe girmesinden yalnızca dört gün önce Anayasa Mahkemesi kararıyla^[40] mülkiyet hakkının KHK ile düzenlenemeyeceği gerekçesiyle KHK döneminde peş peşe iptal edilen diğer bazı hükümler gibi iptal edilmiştir.

[37] *Article 14:*

Limitation of the effects of a trade mark

1. A trade mark shall not entitle the proprietor to prohibit a third party from using, in the course of trade:

...

(d) the trade mark for the purpose of identifying or referring to goods or services as those of the proprietor of that trade mark, in particular, where the use of the trade mark is necessary to indicate the intended purpose of a product or service, in particular as accessories or spare parts.

[38] Karasu (Suluk/Nal), s. 215

[39] Arkan, s. 311

[40] Anayasa Mahkemesinin 14.12.2016 tarih, 2016/148 E., 2016/189 K. Sayılı iptal kararı 06.01.2017 tarih ve 29940 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

İlgili iptal kararından dört gün sonra yürürlüğe giren SMK'nun 9. maddesinde aynı düzenlemeye tali değişikliklerle tekrardan yer verilmiştir. Buna göre SMK m. 9/1 kapsamında, tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde haklı bir sebep olmadan tescil edildiği mal veya hizmetler bakımından marka sahibi tarafından Türkiye'de ciddi biçimde kullanılmayan ya da kullanımına beş yıl kesintisiz ara verilen markanın iptaline karar verilebileceği düzenlenmiştir.

Markayı kullanım halleri ise maddenin ikinci fıkrasında sınırlı sayıda olmak üzere sayılmıştır. Buna göre aşağıda belirtilen durumlar markayı kullanma kabul edilir:

- a) Markanın ayırt edici karakteri değiştirilmeden farklı unsurlarla kullanılması
- b) Markanın sadece ihracat amacıyla mal veya ambalajlarda kullanılması
- c) Markanın, marka sahibinin izni ile kullanılması

Mülga 556 sayılı KHK m. 14 düzenlemesinde SMK hükmünden farklı olarak “markayı taşıyan işaretin ithalatı” fiili de markayı kullanım teşkil eden fiiller arasında sayılmıştı. SMK m. 9/2 hükmü kapsamında ise markayı taşıyan işaretin ithal edilmesi hali markanın kullanılması kapsamına alınmamıştır.

Aynı zamanda SMK hükmü ile marka kullanımının; marka sahibi tarafından, tescil edildiği mal veya hizmetlerle ilgili olarak, Türkiye'de ve ciddi biçimde (*genuine use*) yapılması gerektiği hususları eklenerek bu ilkeler yasal dayanağa kavuşturulmuştur. Mülga KHK'nin kullanma zorunluluğuna ilişkin 14. maddesinde kullanımın marka sahibi tarafından, tescil edildiği mal veya hizmetlere ilişkin olarak, Türkiye'de gerçekleşmesi gerektiği ve kullanımın ciddi olması gerektiği hususları açıkça zikredilmemiş olmamakla beraber, yerleşik yargı kararları ve doktrin görüşleri ile KHK döneminde de bu hususlarda görüş birliği mevcuttu.

Buna göre marka kullanımının Türkiye'de gerçekleşmiş olması gerekir. Markanın yurtdışı kullanımları dikkate alınmaz. Kullanımın ciddi şekilde gerçekleşip gerçekleşmediği somut olayın özelliklerine göre kullanımın türü, süresi, kapsamı ve coğrafi alan gibi objektif kriterler dikkate alınarak ele alınarak karar verilmelidir^[41]. Madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere, madde kapsamında aranan kullanım, markanın tescil edildiği amaç dahilinde, işlevine uygun, yani ticari hayatın içinde, markanın fonksiyonlarını yerine getirilmesi için Türkiye'de

[41] Çağlar, H., “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'na Göre Tescilli Markanın Kullanılmamasının Hukuki Sonuçları ve Anayasa Mahkemesinin 556 Sayılı KHK M. 14 Hükmünü İptal Eden Kararın Etkileri”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:21, S:1, Ocak 2017, (Tescilli Markanın Kullanılmamasının Hukuki Sonuçları) s. 6 ; Çolak, s. 851 vd.

kullanımıdır. Bu nedenle sırf üçüncü kişilerin markayı iptal ettirmesini önlemek amacıyla, markanın evrak veya ilanlar aracılığıyla kullanılması ve benzeri durumlar madde kapsamında kullanım olarak mütalaa edilmeyecektir^[42].

SMK hükümleri ile Türk Marka Hukuku'na tekrardan kazandırılan markayı kullanma yükümlülüğünü yerine getirmeme durumuna iptal yaptırımının yanı sıra öncekinden farklı hukuki sonuçlar da bağlanmıştır. Bu yenilikler kısaca aşağıdaki gibi sayılabilir:

1. En az 5 yıldır tescilli marka sahibinin yayına itirazına karşın başvuru sahibinin itiraz sahibinden kullanım ispatı talep edebilmesi ve itiraz sahibi tarafından itiraza dayanak markanın kullanımını ispatlanamazsa yayına itirazın reddedilmesi
2. Markanın kullanılmadığının SMK m. 6/1 hükmü uyarınca açılan marka hükümsüzlük davalarında def'i olarak ileri sürülebilmesi
3. Markanın kullanılmadığının tecavüz davalarında def'i olarak ileri sürülebilmesi

SMK yürürlüğe girdiği günden bu yana markanın beş yıldan uzun süre kullanılmamasına bağlanan hukuki sonuçlar uygulama ve doktrinde çeşitli tartışmalara yol açmıştır. Bu konudaki en temel tartışmalardan bir tanesi de SMK m. 9 hükmünde düzenlenen kullanma yükümlülüğüne uyulmaması halinde, SMK m. 26 hükmünün yürürlüğünün ertelenmiş olması nazarında an itibariyle mahkemeler nezdinde markanın kullanılmaması nedeniyle iptal davası açmanın mümkün olup olmadığıdır. Markanın kullanımına ilişkin 9. Maddeyle öngörülmüş olan beş yıllık hoşgörü süresinin hangi tarihten itibaren hesaplanması gerektiği de diğer bir temel tartışma noktasıdır. Bu tartışmalar halen güncelliğini korumaktadır.

SMK'nun 9. maddesinde düzenlenen markayı kullanma yükümlülüğüne uymamak Kanununun "İptal halleri ve İptal talebi" başlığını taşıyan 26. Maddesinde bir iptal sebebi olarak öngörülmüş ve SMK m. 26/1-a hükmü "*9'uncu maddenin birinci fıkrasında belirtilen hallerin mevcut olması*" halinde diyerek markayı kullanma yükümlülüğünü düzenleyen 9. Maddeye atıfta bulunmuştur.

Çalışmamız kapsamında ayrıca "İptal" başlığı altında incelenecek olan 26. madde hükmü ile idari iptal müessesesi hukukumuza kazandırılmış ve maddede düzenlenen iptal sebeplerinin bulunması halinde Türk Patent ve Marka Kurumu markanın iptal kararını vermeye yetkili kılmıştır. 26. maddenin yürürlüğü idari iptal müessesesine geçişin alt yapısının sağlıklı bir şekilde yapılması için

[42] SMK Madde Gerekçesi, m. 9

SMK'nun "Yürürlük" başlığını taşıyan m. 192/1(a) hükmünde "Bu Kanunun: a) 26'ncı maddesi yayımı tarihinden itibaren yedi yıl sonra yürürlüğe girecektir" düzenlemesi ile yedi yıl süre ile ertelenmiştir. Buna göre, 26. Madde 10.01.2014 tarihinde yürürlüğe girecektir.

Öte yandan, SMK geçici madde 4/1 hükmü ile "26 ncı madde hükmü yürürlüğe girene kadar, iptal yetkisi, anılan maddedeki usul ve esaslara göre mahkemeler tarafından kullanılır" düzenlemesi yapılmıştır. SMK Geçici madde 4 hükmünün gerekçesinde madde ile, yürürlüğe girmesi öngörülen idari iptal prosedürü yürürlüğe girene kadar uygulamada boşluk oluşmaması için geçiş hükümleri öngörüldüğü ifade edilmiştir^[43].

Kanaatimizce, SMK'nun gerek lafzı gerek ruhu son derece açıktır. SMK hükümleri tescilli halde olup da fiiliyatta marka sahipleri tarafından kullanılmayan ve sahibine tanıdığı tekel hakkı nedeniyle üçüncü kişilerin kullanımını ve piyasaya girişini önleyen markalardan doğan hakkı sınırlandıracak birçok yeni düzenleme öngörmüş ve günümüzde kullanılmayan markalarla şişirilmiş halde olan markalar sicilinin bu atıl markalardan arındırılması için mekanizmalar getirmiştir.

SMK 26. maddenin yürürlüğünü ertelenme sebebi ise her ne kadar madde gerekçesinde belirtilmese de; Kurum tarafından işletilecek olan idari iptal müessesesine geçiş için Kurum'un yeterli teknik altyapıyı oluşturması, idari yapılanmayı tesis etmesi ve yeterli sayıda eğitilmiş personeli yetiştirmesi için gerekli hazırlık süresini tanımadır^[44]. Aynı zamanda mehz AB Direktifi m. 54 hükmü^[45] de tescil ofisleri bünyesinde idari iptal mekanizmalarının oluşturulması için üye

[43] SMK Madde Gerekçesi, Geçici madde 4

[44] Karaca, O. U. : Markayı Kullanma Zorunluluğu ve Kullanılmamanın Sonuçları, Ankara 2017, s. 78

[45] Article 45

Procedure for revocation or declaration of invalidity

1. Without prejudice to the right of the parties to appeal to the courts, Member States shall provide for an efficient and expeditious administrative procedure before their offices for the revocation or declaration of invalidity of a trade mark.

2. The administrative procedure for revocation shall provide that the trade mark is to be revoked on the grounds provided for in Articles 19 and 20.

3. The administrative procedure for invalidity shall provide that the trade mark is to be declared invalid at least on the following grounds:

(a) the trade mark should not have been registered because it does not comply with the requirements provided for in Article 4;

(b) the trade mark should not have been registered because of the existence of an earlier right within the meaning of Article 5(1) to (3).

ülkelere geçiş süresi tanıdığı ve idari iptal müessesesi oluşturma yükümlülüğü bakımından son tarihi 14.01.2023 olarak belirlemiştir^[46]. Geçiş sürecinde de uygulamada herhangi bir hukuki boşluk oluşmaması için markanın iptali yetkisi mahkemelere bırakılmış ve bu husus açıkça Geçici 4. madde hükmünde ve gerekçesinde ifade edilmiştir.

SMK m. 26 hükmü henüz yürürlüğe girmemiş olmakla beraber SMK m. 9 hükmü Kanunun Resmi Gazete’de yayımı tarihinde hali hazırda yürürlüğe girmiş vaziyettedir. Mülga KHK dönemi uygulaması ile bir kıyas yapmak gerekirse, KHK’nın 14. Maddesine atıfta bulunan KHK m. 42/1-c hükmü Anayasa Mahkemesi kararıyla^[47] iptal edildiğinde yine de KHK m. 14 gereğince markaların kullanılmaması nedeniyle iptal edilmesi imkanı pek tabii ayakta kalmıştı ve uygulanabilirliği sorgulanmamıştı. SMK’ya bakıldığında ise aynı şekilde 26. Maddenin an itibarıyla yürürlükte olmadığını ancak 26/1 maddesinde atıf yapılan SMK m. 9 hükmünün yürürlükte olduğunu görüyoruz. Anılan SMK m. 9 hükmü iptal yaptırımını açıkça zikretmektedir. Dolayısıyla, kanaatimizce SMK m. 26 hükmünün yürürlükte olmaması, fakat SMK m. 9 hükmünün yürürlükte olması ve Geçici 4. Madde ile iptal yetkisinin mahkemeler eliyle kullanılacak olmasının açıkça öngörülmüş olması marifetiyle esasen her halükarda markanın kullanılmaması nedeniyle iptal davalarının açılacağı aşikardır.

Konuya ilişkin diğer bir tartışma ise markanın kullanılmaması nedeniyle iptali davalarının açılabilir olmasının kabulü halinde 5 yıllık kullanmama süresinin (hoşgörü süresi) hangi tarihten itibaren hesaplanacağıdır. Buna göre bir görüş KHK m. 14 hükmünün SMK’nun yürürlüğe girmesinden dört gün önce Anayasa Mahkemesinin kararı ile iptal edilmiş olması ışığında, SMK’nun yürürlüğe girdiği sırada markayı kullanma yükümlülüğünün hukukumuzda yer almadığı ve SMK ile birlikte ilk defa getirildiğini, kanunların da ileriye etkili olduğu ve buna bağlı olarak 5 yıllık hoşgörü süresinin Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren hesaplanarak 10.01.2022 tarihinden önce açılan davaların reddi gerektiğini savunmaktadır.

Kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira, marka sahipleri KHK m. 14 hükmü mülkiyet hakkının KHK ile düzenlenemeyeceği gerekçeyle 06.01.2017 tarihinde iptal edilene dek hali hazırda markalarını kullanma

[46] Ünsal, Ö. E. : İdari İptal Müessesesi – Sınai Mülkiyet Kanunu ile Marka Alanında Getirilen Önemli Bir Değişiklik”, Mayıs 2017 (Çevrimiçi) <https://iprgezgini.org/2017/01/08/idari-iptal-muessesesi-sinai-mulkiyet-kanunu-ile-marka-alaninda-getirilen-onemli-bir-degisiklik/>, Son erişim, 05.12.2017

[47] Anayasa Mahkemesinin 9.4.2014 tarih, 2013/147 E., 2014/75 K. Sayılı iptal kararı 24.7.2014 tarih ve 29070 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

yükümlülüğü altındaydı. Bu tarihteki iptalden yalnızca dört gün sonrasında ise SMK ile beraber markayı kullanma yükümlülüğü tekrardan yürürlüğe girmiştir. Aynı zamanda, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının yürürlüğe girmesinden önce markanın kullanılmasını düzenleyen SMK, TBMM Genel Kurulunda oylanarak yasalaşmış ve Cumhurbaşkanı tarafından onaylanmayı bekler vaziyettedir. Dolayısıyla, marka sahiplerinin markalarını kullanma yükümlülüğünden kurtulduklarına dair bir güven olduğundan söz edilecek ise dahi bu güven objektif olarak haklı değildir^[48]. Markayı kullanmama yükümlülüğü KHK m. 14'ün iptalinin hemen akabinde yürürlüğe giren ve iptal kararı tarihinde yasalaşmış olduğu aleni olan SMK ile aynen muhafaza edilmiştir. Bu davaların açılması için beş yıl süre beklenmesi kullanılmayan markalardan doğan tekel hakkına paye vermeyen yeni mevzuat hükümlerinin amacı ile de bağdaşmayacak, tamamen Kanunun ruhuna aykırı olarak kullanılmayan markalar korunmuş ve muhafaza edilmiş olacaktır. Halbuki, hoşgörü süresinde kullanılmayan markaların sicilden terkininde piyasaya yeni aktörlerin girebilmesi ve ticaret hayatının canlandırılması bakımından kamu menfaati mevcuttur. Dolayısıyla, kullanma yükümlülüğünün SMK'nun yürürlüğe girmesi tarihinden itibaren uygulanmaya başlanması kanunların geriye etkili olması yasağı bağlamında değerlendirilmemelidir. Kaldı ki; yürürlükte olan bir mevzuat hükmünün uygulanmaması da hukuka güvenirlilik ilkesini sarsacaktır.

V. MADRID PROTOKOLÜ KAPSAMINDA YAPILAN ULUSLARASI MARKA BAŞVURULARI (m. 14)

01.01.1999 tarihinden itibaren Türkiye'de uygulamaya girmiş olan Markaların Uluslararası Tescili Konusunda Madrid Sözleşmesi ile ilgili Protokol (Madrid Protokolü) kapsamında yapılan uluslararası marka başvurularına ilişkin mülga KHK kapsamında herhangi bir düzenleme mevcut değildi. SMK kapsamında Madrid Protokolü kapsamında yapılan uluslararası başvurulara ilişkin düzenlemeler m. 14 hükmünde yasal dayanağa kavuşmuştur.

SMK m. 14/1 düzenlemesi uyarınca Madrid Protokolü kapsamında yapılan bir uluslararası başvurunun, Kuruma doğrudan yapılan bir başvuruyla aynı sonucu doğuracağı hükme bağlanmış ve bu başvurunun başvuru tarihinin belirlenme usulü düzenlenmiştir. Buna göre başvuru, uluslararası başvuru tarihinin ilk saat ve dakikasında yapılmış sayılır.

SMK m. 14/2 hükmünde ise uluslararası bir başvurunun, başvuru veya rüçhan tarihinden sonraki bir tarihte Enstitüye sunulmuş olan bir marka başvurusu

[48] Karaca, s. 104

veya tescilli marka nedeniyle reddedilemeyeceği, sonraki tarihli marka başvurusu veya tescilinin, önceki tarihli uluslararası marka başvurusu dikkate alınarak m. 16/1 hükmüne göre yeniden değerlendirileceği düzenlenmiştir.

VI. İTİRAZLARA İLİŞKİN DEĞİŞİKLİKLER

A. Yayına İtiraz Süresinde Değişiklik (m. 18/1)

SMK hükümleri ile sınai hakların yayınına yapılan itirazların süreleri kısaltılmıştır. Mülga KHK'nın 35. maddesinde üç ay olarak düzenlenmiş olan marka başvurusunun yayınına itiraz süresi, SMK m. 18 ile iki aya düşürülmüştür. SMK m. 18/1 hükmü gereğince, Resmi Marka Bülteninde yayımlanmış bir marka başvurusunun, mutlak ve nispi red nedenlerine göre tescil edilmemesi gerektiğine ilişkin itirazlar marka başvurusunun yayımından itibaren iki ay içerisinde yapılır.

Madde gerekçesinde belirtildiği üzere, bu süre 2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğü'nün 41. maddesi esas alınarak düzenleme yapılmıştır. Ayrıca, 556 sayılı KHK'den farklı olarak yayına itiraz ve karara itiraz ayırımına gidilmiştir. Böylece 556 sayılı KHK'da sadece itiraz başlığı altında yer verilen ve farklı düzenlemeler içeren hükümler arasında var olan çelişki giderilmiştir.

B. Kullanımın İspatı Yükümlülüğü (m. 19/2)

SMK, itirazların incelenmesi bakımından mülga KHK'da bulunmayan kullanımın ispatı müessesesini getirerek oldukça esaslı bir yenilik yapmıştır. Buna göre, SMK m. 19/2 hükmü uyarınca, SMK m. 6/1 kapsamında yapılan itirazlarda, itiraz gerekçesi markanın itiraza konu başvurunun başvuru veya rüçhan tarihinde Türkiye'de en az beş yıldır tescilli olması şartıyla, başvuru sahibinin talebi üzerine, itiraz sahibinden itiraza konu başvurunun başvuru veya rüçhan tarihinden önceki beş yıllık süre içinde itiraz gerekçesi markasını itirazına dayanak gösterdiği mal ve hizmetler bakımından Türkiye'de ciddi biçimde kullanmakta olduğuna ya da kullanmamaya dair haklı sebepleri olduğuna ilişkin delil sunması talep edilir.

İtiraz sahibi tarafından süresi içinde delil sunulmaması veya sunulan delillerin itirazla ilgili olmaması halinde ve ayrıca başka bir itiraz gerekçesi veya itiraza gerekçe gösterilen başka bir marka da yoksa Kurum itirazı reddeder. İtiraz gerekçesi markanın, tescil kapsamındaki mal veya hizmetlerin sadece bir kısmı için kullanıldığıнын ispatlanması halinde itiraz, sadece kullanımı ispatlanan mal veya hizmetler esas alınarak incelenir.

Görüldüğü üzere, başvuru sahibi belirli şartlar dairesinde, itiraz sahibinden yayına itirazına mesnet gösterilen markasını ciddi şekilde kullanılmakta olduğuna dair kullanım ispatı talep edebilecek, diğer bir deyişle markasının yayınına yapılmış olan itiraza karşı bir kullanmama def'i ileri sürebilecektir. Şu halde, başvuru sahibine tanınmış olan kullanım ispatı talep etme olanağı, markanın kullanılması yükümlülüğünün görünümünden biridir. Madde gerekçesine göre, bu düzenleme ile tescilli markaların piyasada etkin şekilde kullanılmasının sağlanması ve yayına itiraz müessesinin afaki veya kötünietli bir şekilde kullanılmasının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Kullanım ispatı talebi, yayına itiraz süreçleri sırasında yapılabileceği gibi, marka hakkına ilişkin hükümsüzlük, iptal ve tecavüz davalarında da def'i olarak ileri sürülebilir (SMK m. 25/7, 26/4, 29/2).

SMK ile getirilen bu düzenleme mülga KHK'da bulunmamaktaydı. Başvuru sahibinin markasının yayımına itiraz edilmesi ve itiraza mesnet markanın başvuru markası ile aynı veya karışıklığa yol açabilecek derecede benzer olması halinde, itiraz sahibinin markasını kullanıp kullanmadığı hususu gözetilmeksizin sonraki tarihli marka başvurusu reddedilmekte idi. SMK ile getirilen yeni düzenleme başvuru sahibine kullanmama def'i ileri sürme imkanı tanıyarak, kullanılmayan markaların korunmasını engellemek, piyasaya yeni girecek markaların tesciline engel olmasına karşı önlem almak ve tescilli markaların piyasada etkin şekilde kullanılmasını sağlamak amacını gütmüştür. Kullanım ispatı müessesesi, AB Direktifi m. 44 hükmünde^[49] ve AB Tüzüğü m. 42/2 hükmünde^[50] de yer

[49] *Article 44*

Non-use as defence in opposition proceedings

1. *In opposition proceedings pursuant to Article 43, where at the filing date or date of priority of the later trade mark, the five-year period within which the earlier trade mark must have been put to genuine use as provided for in Article 16 had expired, at the request of the applicant, the proprietor of the earlier trade mark who has given notice of opposition shall furnish proof that the earlier trade mark has been put to genuine use as provided for in Article 16 during the five-year period preceding the filing date or date of priority of the later trade mark, or that proper reasons for non-use existed. In the absence of proof to this effect, the opposition shall be rejected.*

2. *If the earlier trade mark has been used in relation to only part of the goods or services for which it is registered, it shall, for the purpose of the examination of the opposition as provided for in paragraph 1, be deemed to be registered in respect of that part of the goods or services only.*

3. *Paragraphs 1 and 2 of this Article shall also apply where the earlier trade mark is an EU trade mark. In such a case, the genuine use of the EU trade mark shall be determined in accordance with Article 15 of Regulation (EC) No 207/2009.*

[50] *Article 42*

Examination of opposition

...

almaktadır. Dolayısıyla, getirilen yeni düzenleme AB mevzuatı ve uygulamaları ile de uyumludur.

SMYK m. 29 gereğince, kullanım ispatı talebi yapılabilmesi için başvuru sahibinin, yayıma itiraza ilişkin görüşünü sunması gereken süre içinde kullanımın ispatına ilişkin talebini açıkça ve yazılı olarak Kuruma bildirmesi gerekir. Belirtilen koşulları taşımayan ve süresi içinde yapılmayan kullanımın ispatına ilişkin talepler yapılmamış sayılır. Türk Patent ve Marka Kurumu kullanım ispatına ilişkin uygulamalara ışık tutmak amacıyla genel bir kullanım ispatı kılavuzu^[51] hazırlamıştır.

Kullanımın ispatı talebi açık, net ve koşulsuz olarak yapılır. Bu talepte, kullanımın ispatı istenilen markaların tescil numaralarının açıkça belirtilmesi zorunludur. Aksi halde talep yapılmamış sayılır.

Başvuru sahibinin, itiraz sahibinin kullanımını ispat etmesini talep etmesi halinde Kurum, itiraz sahibine bir aylık süre verir. İtiraz sahibi bir aylık süre içerisinde itiraz gerekçesi markasını, itiraza konu başvurunun başvuru veya rüçhan tarihinden önceki beş yıllık süre içerisinde itiraza konu mal veya hizmetler bakımından Türkiye’de ciddi biçimde kullanmakta olduğuna ya da kullanılmaya dair haklı sebepleri olduğuna ilişkin delil sunmalıdır. Kurum tarafından talep edilenler hariç olmak üzere, 29 uncu madde kapsamında verilen sürelerin sona ermesinden sonra delil sunulamaz, sunulan deliller Kurum tarafından dikkate alınmaz (SMKY m. 30/4).

2. If the applicant so requests, the proprietor of an earlier Community trade mark who has given notice of opposition shall furnish proof that, during the period of five years preceding the date of publication of the Community trade mark application, the earlier Community trade mark has been put to genuine use in the Community in connection with the goods or services in respect of which it is registered and which he cites as justification for his opposition, or that there are proper reasons for non-use, provided the earlier Community trade mark has at that date been registered for not less than five years. In the absence of proof to this effect, the opposition shall be rejected. If the earlier Community trade mark has been used in relation to part only of the goods or services for which it is registered it shall, for the purposes of the examination of the opposition, be deemed to be registered in respect only of that part of the goods or services. 3. Paragraph 2 shall apply to earlier national trade marks referred to in Article 8(2)(a), by substituting use in the Member State in which the earlier national trade mark is protected for use in the Community

[51] <http://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/resources/temp/B4609CED-66A9-4096-A33A-DA99A1A0DE04.pdf;jsessionid=C6DBDDA5C91BED474C44F2820F6AAF1F>
(Son erişim 04.12.2017)

İtiraz sahibi tarafından süresi içinde delil sunulmaması veya sunulan delillerin itirazla ilgili olmaması halinde ve ayrıca başka bir itiraz gerekçesi veya itiraza gerekçe gösterilen başka bir marka da yoksa Kurum itirazı reddeder.

Kurum, gerekli görür ise, itiraz sahibi tarafından sunulan delillere ilişkin görüş bildirmesi için başvuru sahibine bir aylık süre verebilir. Bu süre içinde başvuru sahibinin görüşünü bildirmesi halinde itiraz sahibine, buna ilişkin görüşlerini sunması için bir aylık süre verilir. Başvuru sahibinin süresi içinde görüş bildirmemesi halinde Kurum mevcut deliller kapsamında itirazı değerlendirir.

İtiraz sahibi, itiraza dayanak gösterdiği markasına ilişkin kullanım delillerini ya da kullanılmamaya dair haklı sebepleri olduğuna dair delilleri yayına itiraz formu ile birlikte sunabilir. Başvuru sahibi tarafından süresinde kullanım ispatı yapılması halinde, yayına itiraz anında sunulan deliller kullanımın ispatlanması için yeterli ise, itiraz sahibine bir aylık süre verilmeksizin itiraz incelemesine geçilir. Sunulan delillerin Kurum tarafından yeterli görülmemesi halinde ise, itiraz sahibine ek delil sunması için bir aylık süre verilir.

C. Uzlaşma (SMK m. 19/4)

Yeni kanun ile birlikte Kurum, yayına itirazlarda ve yayına itiraz hakkında verilen kararlara karşı itirazlarda gerekli görülmesi halinde tarafları uzlaşmaya teşvik edebilecektir. Uzlaşma hakkında 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu hükümleri uygulanacak ve böylelikle uyuşmazlıklar yargıya taşınmadan çözümlenebilecektir.

VII. YENİLEME (m. 23)

Tescilli markanın koruma süresi başvuru tarihinden itibaren on yıldır. Bu süre, onar yıllık dönemler halinde yenilenir. SMK 23. Maddesi ile yenilemeye ilişkin yapılan değişikliklere göre; tescil kapsamındaki mal veya hizmetlerin bir kısmı için de yenileme yapılması imkanı tanınmıştır ve yenilemenin önceki koruma süresinin sona erdiği günü izleyen günden itibaren hüküm ifade edecektir. Yenileme süresine ilişkin hükmün yürürlük tarihi bir yıl ertelenmiştir.

VIII. MARKADAN DOĞAN HAKKIN SONA ERMESİNE İLİŞKİN YENİLİKLER

A. Hükümsüzlük (SMK m. 25)

SMK hükümleri ile 556 sayılı KHK'dan farklı olarak hükümsüzlük nedenleri ve iptal nedenleri ayrı ayrı düzenlenmiştir. SMK 5. veya 6. Maddede sayılan mutlak veya nispi ret nedenlerinin varlığı halinde mahkemece markanın hükümsüzlüğüne karar verilir.

SMK m. 25/6 hükmünde 2015/2424 sayılı AB Tüzüğüne paralel olarak sessiz kalma yoluyla hak kaybı hususu düzenlenmiştir. Buna göre, marka sahibinin sonraki tarihli bir markanın kullanımını bildiği veya bilmesi gerektiği hallerde bu duruma birbirini izleyen beş yıl boyunca sessiz kalınması halinde, markasını hükümsüzlük gerekçesi olarak ileri süremeyecektir. Sonraki marka tescilinin kötü niyetli olması hali saklıdır. Doktrin ve yargı kararlarıyla mülga KHK döneminde de esasen Türk Marka Hukukunda varlığı kabul edilen sessiz kalma yoluyla hak kaybı ilkesi SMK düzenlemesi ile yasal dayanağa kavuşmuştur.

SMK m. 25/7 hükmünde ise, tescil başvurusu yapılan bir markanın tescil edilmiş veya önceki tarihte başvurusu yapılmış marka ile karıştırılma ihtimaline yol açacak şekilde aynı veya benzer olması nedeniyle açılan hükümsüzlük davalarında m. 19/2 hükmünün def'i olarak ve davacı markasına ilişkin kullanım ispatı talebi yapılabileceği düzenlenmiştir. Bu durumda, m. 19/2'de yer alan kullanıma ilişkin beş yıllık sürenin belirlenmesinde dava tarihi esas alınacaktır. Hükümsüzlüğü istenen markanın başvuru veya rüçhan tarihinde davacının markası en az beş yıldır tescilli ise davacının ayrıca başvuru ve rüçhan tarihinden önceki beş yıllık süre içinde kullanımı da ispatlaması zorunluluğu getirilmiştir.

B. İptal (m. 26)

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanununu ile Türk Marka Hukuku'na getirilen en radikal değişikliklerden bir tanesi de idari iptal müessesidir. İdari iptal müessesesi ile Türk Patent ve Marka Kurumu'na kanunda sayılan sınırlı hallerde tescilli markayı iptal etme yetkisi tanınmış ve böylelikle hukuk sistemimizde ilk defa tescilli bir markanın idari bir kararla iptali mümkün kılınmıştır^[52].

[52] Çağlar, H., Tescilli Markanın Kullanılmamasının Hukuki Sonuçları, s. 7, Çağlar, H., "Sınai Mülkiyet Kanununun Marka Hukuku Alanında Getirdiği Önemli Yenilikler", Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 1, Ocak 2017, (Sınai Mülkiyet Kanunu Önemli Yenilikler), s. 148

Madde gerekçesine göre idari iptal müessesesi, 2015/2436 sayılı AB Direktifi ve 2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğü hükümleri paralelinde getirilmiştir^[53].

Maddenin birinci fıkrası ile hangi hallerde markanın iptal talebine konu olacağı hüküm altına alınmıştır. SMK m. 26/1 hükmüne göre iptal nedenleri; tescilli markanın tescil tarihinden itibaren 5 yıl içinde Türkiye'de ciddi biçimde kullanılmaması veya kullanımına beş yıl kesintisiz ara verilmesi, markanın tescilli olduğu mal veya hizmetler için yaygın bir ad haline gelmesi, markanın tescilli olduğu mal veya hizmetlerin özellikle niteliği, kalitesi veya coğrafi kaynağı konusunda halkı yanıltması ve ortak marka veya garanti markasının teknik şartnameye aykırı kullanımı olmak üzere tahdidi olarak sayılmıştır.

İlgili kişiler Kurumdan markanın iptalini isteyebilir. Markanın yalnızca bir kısım mal veya hizmete ilişkin olarak kısmen iptali mümkündür. Marka örneğini değiştirecek şekilde iptal kararı verilemez.

SMK m. 26 hükmünde iptal talebine ilişkin uygulanacak usul de hüküm altına alınmıştır. Buna göre tescilli bir markanın iptali talebi, iptali istenen markanın sahibine Kurum tarafından tebliğ edilecek ve hukuki dinlenilme hakkı gereğince talebe ilişkin delillerini ve cevaplarını Kuruma sunması için bir aylık süre verilecektir. Marka sahibinin söz konusu bir aylık süre içerisinde ek süre talep etmesi halinde Kurum bir aylık ek süre verir. Kurum gerekli gördüğü takdirde ek bilgi ve belge sunulmasını talep edebilir. Kurum iptal talebini iddia ve savunmalar ile sunulan deliller çerçevesinde dosya üzerinden inceler ve kararını verir. Kurum tarafından verilen kararlara karşı yargı yolu açıktır.

Yeni düzenleme ile Kurum'a iptal yetkisi verilmekle birlikte SMK m. 192/1-a hükmü gereğince, tescilli markanın iptalini düzenleyen 26. Maddesinin yürürlüğü Kanun'un yayımı tarihinden itibaren yedi yıl süreyle ertelenmiştir. Buna göre SMK m. 26 hükmü 10.01.2024 tarihinde yürürlüğe girecektir.

SMK Geçici Madde 4 hükmünde, 26. Madde hükmü yürürlüğe girene kadar, iptal yetkisinin mahkemeler tarafından kullanılacağını, 26. Madde yürürlüğe girdiğinde mahkemeler tarafından görülmekte olan iptal davalarının maddedeki usul ve esaslara göre mahkemeler tarafından sonuçlandırılacağını ve mahkemelerin vermiş oldukları kesinleşmiş kararların mahkeme tarafından resen Kuruma gönderileceğini düzenlenmiştir. Maddenin gerekçesinde ise, yürürlüğe girmesi öngörülen idari iptal prosedürü yürürlüğe girene kadar uygulamada hukuki boşluk oluşmaması için geçiş hükümleri öngörüldüğü ifade edilmiştir^[54].

[53] SMK Madde Gerekçesi, m. 26

[54] Madde gerekçesi, SMK geçici madde 4

IV. Marka Hakkına Tecavüz Sayılan Fiillere İlişkin Değişiklikler (m. 29)

Marka hakkına tecavüz sayılan fiilleri düzenleyen SMK m. 29 hükmü büyük ölçüde mülga 556 sayılı KHK'nın 61. Maddesinden aktarılmıştır. Maddenin birinci fıkrasında marka hakkına tecavüz sayılan fiiller KHK hükmü paralelinde tahdidi olarak sayılmıştır.

Maddedeki esaslı yenilik ise 29/2 hükmü ile aleyhine tecavüz iddiasında bulunan kişiye getirilen kullanmama def'inin ileri sürülebilmesi hakkıdır. Buna göre, kendisine karşı tecavüz davası açılmış davalı, davacının markasının en az 5 yıldır tescilli olması halinde markanın kullanılmadığını ve dolayısıyla tecavüz iddiasında bulunamayacağını ileri sürebilir. Bu durumda beş yıllık sürenin belirlenmesinde dava tarihi esas alınır.

V. Marka Hakkına Tecavüze İlişkin Cezai Hükümler

SMK m. 30 hükmü ile, marka hakkına tecavüz halinde verilecek cezalara ilişkin hususlar düzenlenmiştir. Düzenleme yapılırken 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun düzenlemeleri ile uyum sağlanması amaçlanmıştır.

Sınai Mülkiyet kanunu kapsamında tecavüz halinde cezai sorumluluk düzenlemesi yalnızca marka hakkına tecavüz halleri için düzenlenmiştir. Bizim de katıldığımız *Çağlar*'ın görüşüne göre bu durumun haklı bir gerekçesi yoktur ve sınai mülkiyet hakları arasında ceza yaptırımı bakımından farklılık yaratmanın bir hukuk politikası olarak kabulü mümkün değildir^[55].

SMK m. 30 hükmü düzenlemesi ile marka hakkına suç oluşturan fiillerin sayısı arttırılmıştır. Mülga KHK m. 61/a-1 hükmünde sayılan cezai yaptırıma tabii fiiller arasına SMK m. 30/1 düzenlemesi ile markayı ithal ya da ihraç etme, ticari amaçla satın alma, bulundurma, nakletme veya depolama fiilleri de eklenmiştir.

Terminolojik bir değişiklik de SMK'nın 30/3 düzenlemesi ile yapılmıştır. Buna göre KHK hükmünde markanın kiralanması olarak zikredilen suç oluşturan fiil "lisans vermek" şeklinde ifade edilmiştir.

[55] Çağlar, H., Sınai Mülkiyet Kanunu Önemli Yenilikler , s. 148

VI. ORTAK HÜKÜMLERLE MARKA HUKUKUNA GETİRİLEN DEĞİŞİKLİKLER

A. Hakların Tükenmesi Bakımından Uluslararası Tükenme (m. 152)

Marka hakkından doğan tekel hakkına sınırlama getiren sınırlandırmalardan bir tanesi de SMK'nun 152. maddesinde ortak hüküm kapsamında öngörülen hakkın tükenme ilkesidir. SMK m. 152 düzenlemesi uyarınca sınai mülkiyet hakkı korumasına konu ürünlerin, hak sahibi veya onun izni ile üçüncü kişiler tarafından piyasaya sunulmasından sonra bu ürünlerle ilgili fiiller hakkın kapsamında kalır. Dolayısıyla, sınai hakka konu mallar hak sahibi tarafından ya da onun izni ile bir defa satıldıktan, ticaret alanına çıkarıldıktan sonra artık hak sahibi bu malların satışına ve tedavülüne müdahale edemez.

556 sayılı KHK'nin 13. Maddesinde düzenlenmiş olan tükenme ilkesi ile ulusal tükenme sistemi kabul edilmişti. Mülga KHK m. 13/1 hükmü; *“Tescilli bir markanın tescil kapsamındaki mal üzerine konularak, marka sahibi tarafından veya onun izni ile Türkiye’de piyasaya sunulmasından sonra, mallarla ilgili fiiller marka tescilinden doğan hakkın kapsamı dışında kalır.”* şeklinde düzenlenmişti. Buna göre, marka sahibi markalı malın kendisi tarafından veya onun izniyle üçüncü kişiler tarafından piyasaya sürülmesinden sonra markalı malın Türkiye içinde tedavülüne engel olamamaktaydı. Malların Türkiye dışında piyasaya sunulmuş olması ise marka hakkının Türkiye bakımından tüketilmesine neden olmamaktaydı.

SMK m. 152/1 düzenlemesinde mülga KHK’da yer alan “Türkiye’de” ibaresine yer verilmeyerek uluslararası tükenme sistemine geçilmiştir. Şu halde, markalı ürün Dünyanın herhangi bir yerinde hak sahibi tarafından veya hak sahibinin izniyle piyasaya sürülünce hak tüenecek ve marka sahibi markalı ürünün başka bir ülkede satışına müdahale edemeyecektir. Dolayısıyla, artık Dünyanın herhangi bir yerinde piyasaya sunulmuş ürünler esas hak sahibinden önce de Türkiye’de pazara sunulabilecektir. KHK döneminde ulusal olarak uygulanan hakkın tüketilmesi ilkesi SMK düzenlemesinden itibaren uluslararası olarak.

Tükenme ilkesinin sınırı marka hukuku bakımından SMK m. 152/2 hükmü ile çizilmiştir. SMK m. 152/2 hükmü marka sahibine, tükenme kapsamındaki ürünlerin üçüncü kişiler tarafından değiştirilerek ya da kötüleştirilerek kullanılmasını engelleme hakkı tanımıştır. Tükenme ilkesinin söz konusu istisnası KHK m. 13/2 hükmünden aynen aktarılmıştır.

B. Önceki Tarihli Hakların Etkisi (m. 155)

SMK m. 155 hükmü gereğince marka patent veya tasarım hakkı sahibi, kendi hakkından daha önceki rüçhan veya başvuru tarihine sahip hak sahiplerinin açmış olduğu tecavüz davasında, sahip olduğu sınai mülkiyet hakkını savunma gerekçesi olarak ileri süremez.

SMK ile marka patent ve tasarım haklarına ilişkin olarak getirilen düzenleme mülga KHK kapsamında yalnızca patent haklarına ilişkin olarak düzenlenmişti. Ancak, doktrindeki görüşler ve yargı kararları ışığında anılan düzenlemenin markalar ve tasarımlar için de uygulanması gerektiği sonucuna varılmıştır. Böylece, başkasının sınai mülkiyet hakkına tecavüz ettikleri tespit edilen kişilerin, o sınai mülkiyet hakkından daha sonraki bir tarihte kendi adlarına yapılan tescile dayanmalarının önü kapatılmıştır. Bu anlamda, sonraki tarihli tescil bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmemiştir ve aradaki kullanımların şartları gerçekleşmişse hakka tecavüz oluşturacağı ve her ne kadar davalı taraf adına tescil mevcut olsa da bu dönemdeki kullanım için de şartları varsa tazminat sorumluluğunun doğacağı kabul edilmiştir^[56].

C. Hızlı İmha Prosedürü (m. 163)

Hızlı imha prosedürü SMK'nın sınai mülkiyet hukukuna getirdiği yeniliklerden biridir. SMK m. 163 hükmü ile suça konu eşyaların depolanmasına ve muhafazasına ilişkin sorunların çözümüne yönelik düzenlemeler yapılmıştır^[57]. Buna göre, SMK'da yer alan suçlar sebebiyle el konulan veya muhafaza altına alınan suça konu eşyanın, zarara uğraması veya değerinde esaslı ölçüde kayıp meydana gelme tehlikesinin varlığı ya da muhafazasının ciddi külfet oluşturması halinde belirli usullerin tamamlanması ve numunelerin alınması şartıyla yargılama tamamlanmadan imhasına karar verilir.

[56] SMK madde gerekçesi, m. 155

[57] SMK madde gerekçesi, m. 163

KAYNAKÇA

Arkan, S. : Ticari İşletme Hukuku, Banka ve Ticaret Araştırma Enstitüsü, 22. Bası, Ankara 2017

Çağlar, H. : 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'na Göre Tescilli Markanın Kullanılmamasının Hukuki Sonuçları ve Anayasa Mahkemesinin 556 Sayılı KHK M. 14 Hükümünü İptal Eden Kararın Etkileri, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:21, S:1, Ocak 2017

Çağlar, H. : Sınai Mülkiyet Kanununun Marka Hukuku Alanında Getirdiği Önemli Yenilikler, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:3, S:1, Ocak 2017

Çolak, U. : Türk Marka Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, İstanbul 2016

Doğan, B. F. : Soyut Renklerin Marka Olarak Tescil Edilebilirliği, FMR 2005/4

Doğan, B. F. : Türk, Alman ve Avrupa Birliği Hukukuna Göre Marka Olamayacak İşaretlerin Kullanım Sonucu Ayırt Edici Nitelik Kazanarak Tescil Edilebilirliği Sorunu, FMR 2006/3

İmiroğlu, D. : 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'na göre Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Markanın Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi, Ankara 2017

Karaca, O. U. : Markayı Kullanma Zorunluluğu ve Kullanmamanın Sonuçları, Ankara 2017

Suluk, C./Karasu, R./Nal, T. : Fikri Mülkiyet Hukuku, Ankara 2017

Ünsal, Ö. E. : İdari İptal Müessesesi – Sınai Mülkiyet Kanunu ile Marka Alanında Getirilen Önemli Bir Değişiklik”, Mayıs 2017 (Çevrimiçi) <https://iprgezgini.org/2017/01/08/idari-iptal-muessesesi-sinai-mulkiyet-kanunu-ile-marka-alaninda-ge-tirilen-onemli-bir-degisiklik/>, Son erişim, 05.12.2017

SINAI MÜLKİYET KANUNU KAPSAMINDA PATENT TECAVÜZÜ DAVALARI İHTİYATİ TEDBİRLER

Av. Ezgi Çiğdem YILDIRIM*

GİRİŞ

Bu çalışmada, 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun dördüncü kitabında düzenlenen patent ve faydalı model hakkına tecavüz edilmesi durumunda açılacak davalar, tecavüz sebebiyle oluşan maddi manevi zararın tazmini ve talep edilebilecek ihtiyati tedbirler değerlendirilmiştir. 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nda, 551 Sayılı Patentlerin Korunması Hakkındaki KHK'daki düzenlemelerin büyük kısmı korunmakla beraber, kanuna yeni düzenlemeler getirilerek patent ve faydalı model hakkındaki hukuki uyumsuzlukların çözülmesi kolaylaştırılmıştır.

PATENT HAKKINA TECAVÜZ

Tecavüz, bir kimsenin sahibi bulunduğu hak alanına izinsiz girilmesi, hakkın izinsiz kullanılması anlamına gelmektedir. Patent hukuku bakımından tecavüz, maddi bir alana yapılan maddi bir davranış olarak değil, hukuki bir alana yönelik, hukuken haksız sayılan bir eylem olup, haksız fiil olarak değerlendirilmiştir.^[1]

Patent hakkına tecavüz halleri Mülga PatKHK'da 'Patentten Doğan Hakka Tecavüz Halinde Hukuk Davaları' kısmında düzenlenmişti. 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nda 'Patent Hakkına Tecavüz' kısmında düzenlenmiş olup şu şekildedir:

* Ankara Barosu.

[1] TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, 2012, s.637

“Patent veya faydalı model hakkına tecavüz sayılan fiiller

MADDE 141- (1) Aşağıdaki fiiller, patent veya faydalı model hakkına tecavüz sayılır:

a) Patent veya faydalı model sahibinin izni olmaksızın buluş konusu ürünü kısmen veya tamamen üretme sonucu taklit etmek.

b) Kısmen veya tamamen taklit suretiyle meydana getirildiğini bildiği ya da bilmesi gerektiği hâlde tecavüz yoluyla üretilen buluş konusu ürünleri satmak, dağıtmak veya başka bir şekilde ticaret alanına çıkarmak ya da bu amaçlar için ithal etmek, ticari amaçla elde bulundurmamak, uygulamaya koymak suretiyle kullanılmak veya bu ürünle ilgili sözleşme yapmak için öneride bulunmak.

c) Patent sahibinin izni olmaksızın buluş konusu usulü kullanmak veya bu usulün izinsiz olarak kullanıldığını bildiği ya da bilmesi gerektiği hâlde buluş konusu usulle doğrudan doğruya elde edilen ürünleri satmak, dağıtmak veya başka bir şekilde ticaret alanına çıkarmak ya da bu amaçlar için ithal etmek, ticari amaçla elde bulundurmamak, uygulamaya koymak suretiyle kullanmak veya bu ürünlerle ilgili sözleşme yapmak için öneride bulunmak.

ç) Patent veya faydalı model hakkını gasp etmek.

d) Patent veya faydalı model sahibi tarafından sözleşmeye dayalı lisans veya zorunlu lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek.

(2) Patent konusunun, bir ürün veya maddenin elde edilmesine ilişkin bir usul olması hâlinde mahkeme, aynı ürün veya maddeyi elde etme usulünün patent konusu usulden farklı olduğunu ispat etmesini davalıdan isteyebilir. Patent konusu usulle elde edilen ürün veya maddenin yeni olması hâlinde, patent sahibinin izni olmadan üretilen aynı her ürün veya maddenin, patent konusu usulle elde edilmiş olduğu kabul edilir. Aksini iddia eden kişi bunu ispat etmekle yükümlüdür. Bu durumda, davalının üretim ve işletme sırlarının korunmasındaki haklı menfaati göz önünde tutulur.

(3) Patent başvurusunun veya faydalı model başvurusunun 97 nci maddeye göre yayımlandığı tarihten itibaren, patent başvurusu veya faydalı model başvurusu sahibi, buluşa vaki tecavüzlerden dolayı dava açmaya yetkilidir. Tecavüz eden, başvurudan veya kapsamından haberdar edilmiş ise başvurunun yayımlanmış olmasına bakılmaz. Tecavüz edenin kötüniyetli olduğuna mahkeme tarafından hükümlünürsa, yayımdan önce de tecavüzün varlığı kabul edilir.

(4) Mahkeme, 99 uncu maddenin üçüncü veya yedinci fıkrası ile 143 üncü maddenin onuncu veya on ikinci fıkrası uyarınca yapılan yayımdan önce, öne sürülen iddiaların geçerliliğine ilişkin olarak karar veremez.”

Patent hakkına tecavüzün unsurlarını şöyle sıralayabiliriz:

- i) Patent almış bir buluş olmalı,
- ii) Buluş, sahibinin izni olmadan yani yetkisiz kullanılmalı,
- iii) Patent konusu buluşun yetkisiz olarak kullanımı, patentin verildiği ülke sınırları içinde gerçekleşmiş olmalı,
- iv) Yetkisiz olarak kullanım, patentin koruma süresi içinde gerçekleşmiş olmalı,
- v) Buluş, SMK 141. maddede sayılan tecavüz fiillerinden herhangi birisinin gerçekleştirilmesi suretiyle kullanılmış olmalıdır.^[2]

Patent hakkına tecavüzün tespit edilebilmesi için öncelikle patentin kapsamının kesin bir şekilde belirlenmesi gerekir.

Patent Hakkının Kapsamı

SMK'nın 89. maddesi şu şekildedir:

Korumanın kapsamı

***MADDE 89-** (1) Patent başvurusu veya patentin sağladığı korumanın kapsamı istemlerle belirlenir. Bununla birlikte istemlerin yorumlanmasında tarifname ve resimler kullanılır.*

(2) İstemler, kullanılan kelimelerin verdiği anlamla sınırlı olarak yorumlanamaz. Ancak istemler, koruma kapsamının tespitinde, buluşu yapan tarafından düşünülen fakat istemlerde talep edilmeyen, buna karşılık ilgili teknik alanda uzman bir kişi tarafından tarifname ve resimlerin yorumlanması ile ortaya çıkacak özellikleri kapsayacak şekilde genişletilemez.

(3) İstemler, başvuru veya patent sahibine hakkı olan korumayı sağlayacak ve üçüncü kişilere de korumanın kapsamı açısından makul bir düzeyde kesinlik ifade edecek şekilde yorumlanır.

(4) Patent başvurusunun sağladığı korumanın kapsamı, patentin verilmesine kadar geçen süre için başvurunun yayımlanmış olan istemleri ile belirlenir. Ancak

[2] KARAHAN, Sami/SULUK, Cahit/SARAÇ, Tahir/NAL, Temel; Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, Ankara, 2015, s.265-266

patentin verildiği hâli veya itiraz veya hükümsüzlük işlemleri sonucunda değiştirilmiş hâli, koruma alanının genişletilmemiş olması şartıyla başvurunun sağladığı korumayı geçmişe dönük olarak belirler.

(5) Patent başvurusunun veya patentin sağladığı koruma kapsamının belirlenmesinde, tecavüzün varlığının ileri sürüldüğü tarihte istemlerde belirtilmiş unsurlara eşdeğer nitelikte olan unsurlar da dikkate alınır. Bir unsur, esas itibarıyla istemlerde talep edilen unsur ile aynı işlevi görüyor, bu işlevi aynı şekilde gerçekleştiriyor ve aynı sonucu ortaya çıkarıyorsa, genel olarak istemlerde talep edilen unsurun eşdeğeri olarak kabul edilir.

(6) İstemlerin kapsamını belirlemek için patentin verilmesi ile ilgili işlemler sırasında veya patentin geçerliliği süresince, koruma kapsamının belirlenmesinde patent başvurusu veya patent sahibinin beyanları dikkate alınır.

(7) Patent, buluşla ilgili örnekler içeriyorsa istemler bu örneklerle sınırlı olarak yorumlanamaz. Özellikle ürün veya usulün sahip olduğu ilave özelliklerin patentte açıklanan örneklerde bulunmaması, bu örneklerde bulunan özellikleri kapsamaması veya bu örneklerde belirtilen her amaç veya özelliği gerçekleştirememesi hâllerinde, ürün veya usul istemlerle sağlanan koruma kapsamının dışında tutulmaz.

İlgili maddeden de anlaşılacağı üzere, patent korumasının kapsamı istemlerle belirlenir. İstemlerin yorumlanmasında ise tarifname ve resimler kullanılır. Tarifname ve resimler koruma kapsamının belirlenmesinde doğrudan rol almayan yardımcı unsurlardır. İstemler yorumlanırken, koruma kapsamı kullanılan kelimelerin anlamıyla sınırlandırılmaz. İstemler, buluşun korunacak unsurlarını ifade eden metinler olduğundan; buluş sahibi patentten beklediği korumayı adil ve ölçülü bir şekilde ancak istemlerin kesin ve doğru yorumlanmasıyla elde edebilir. Diğer bir yandan, rekabet edenlerin ve kamunun, patentin koruma kapsamına ilişkin olarak saydamlık beklentisi karşılanmalıdır.^[3]

İstem veya istemler, kullanılan kelimelerle sınırlı olarak yorumlanamaz. Bununla beraber, patent başvurusu veya patentten doğan koruma kapsamının tespitinde istem veya istemler, buluşu yapan tarafından düşünülen fakat istem veya istemlerde talep edilmeyen, buna karşılık ilgili teknik alanda uzman bir kişi tarafından tarifname ve resimlerin yorumlanması ile ortaya çıkacak özellikleri kapsayacak şekilde kabul edilmez.

Öte yandan patent başvurusu veya patentten doğan koruma kapsamının belirlenmesinde tecavüzün varlığının ileri sürüldüğü tarihte, istem veya istemlerde belirtilmiş unsurlara eşdeğer nitelikte olan unsurlar da dikkate alınır.

[3] GÜNEŞ, İlhami; SMK Işığında Uygulamalı Patent ve Faydalı Model Hukuku, Ankara, 2017, s.217

Nitekim Mülga PatKHK gibi SMK da 89/5'te yer alan düzenlemeyle, Avrupa Patent Sözleşmesi (EPC) ile paralel olarak eşdeğerler doktrinini kabul etmiştir. Koruma istenen unsur ile aynı işlevi aynı şekilde gerçekleştiren ve aynı sonucu ortaya çıkaran bir unsur varsa bu unsur, koruma istenen unsurun eşdeğeri kabul edilir. Özetle unsurlar:

- aynı fonksiyonu aynı şekilde gerçekleştiriyorsa ve istemlerde talep edilen aynı sonucu ortaya çıkarıyorsa,

- ilgili teknik alanda uzman bir kişi için istemlerde talep edilen unsur vasıtasıyla aynı sonuca eşdeğerli unsur ile de ulaşılabileceği açıkça görülüyorsa

eşdeğer unsurlar söz konusu olur.

Bu sebeple patentin koruma kapsamı belirlenirken istemler, yalnızca sözcüklerle sınırlı olarak yorumlanmamalı, istemlerin içeriği esas alınarak eşdeğerinin olup olmadığı değerlendirilmelidir.^[4]

Her ne kadar patent hakkı, sahibine oldukça geniş ve güçlü yetkiler sağlasa da hakkın sınırları kanunda düzenlenmiştir. SMK 85/3'te patent hakkının kapsamı dışında kalan eylemler düzenlenmiş olup, patent hakkının sınırları daraltılmıştır.

a) Sınai veya ticari bir amaç taşımayan ve özel maksatla sınırlı kalan fiiller

b) Patent konusu buluşu içeren deneme amaçlı fiiller

c) İlaçların ruhsatlandırılması ve bunun için gerekli test ve deneyler de dâhil olmak üzere, patent konusu buluşu içeren deneme amaçlı fiiller

ç) Sadece bir reçetenin oluşturulması için eczanelerde yapılan ilaçların seri üretim olmadan hazırlanarak kullanılması ve bu şekilde hazırlanan ilaçlara ilişkin fiiller

d) Patent konusu buluşun Paris Sözleşmesine taraf devletlerin gemi, uzay aracı, uçak veya kara nakil araçlarının yapımında veya çalıştırılmasında veya bu araçların ihtiyaçlarının karşılanmasında, söz konusu araçların geçici veya tesadüfi olarak Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde bulunması şartıyla kullanılması

e) 5/6/1945 tarihli ve 4749 sayılı Kanunla onaylanan Milletlerarası Sivil Havacılık Anlaşmasınının 27 nci maddesinde öngörülen ve bu madde hükümlerinin uygulandığı bir devletin hava aracı ile ilgili fiiller

Dolayısıyla yukarıda sayılan eylemler, patent hakkına tecavüz oluşturmadığından tecavüz dayanaklı bir hukuki talebin konusunu oluşturmayacaktır.

[4] GÜNEŞ, İlhami, s.219

Tecavüzün Tespit Edilmesi

Tecavüzün gerçekleşip gerçekleşmediğini anlamak için öncelikle patent kapsamı doğru şekilde belirlenmelidir. Patent kapsamına yapılan yetkisiz/haksız bir saldırı tecavüzün olup olmadığını belirleyecektir. Patentle korunan buluşun istemleri, tecavüz ettiği iddia edilen unsurla karşılaştırılır. Karşılaştırma yapılırken, müteceviz unsurun patentle korunan unsurla aynı olup olmadığının yanı sıra eşdeğer nitelikte olup olmadığı da değerlendirilir. Karşılaştırma sonucunda, müteceviz unsur patent istemlerinin kapsamına giriyorsa tecavüz gerçekleşmiş demektir.

Öte yandan, istemlerin suçlanan unsurla aynı olması her zaman tecavüzün var olduğu anlamına gelmez. Suçlanan araç, buluştan farklı bir yolla aynı sonucu veriyorsa, aynı fonksiyonu gerçekleştiriyorsa tecavüzden bahsedilmez. Zaman zaman birden çok buluş, aynı teknik sorunu çözmekle, yani aynı sonucu doğurmakla birlikte bunu farklı yol ve fonksiyonlarda gerçekleştirdiğinden iki buluş arasında ihlalden söz edilmeyecektir.^[5] Sonuç olarak, aynı teknik problem, farklı teknik buluşlarla çözüldüğünde farklı çözüm yolu sunan buluş patentlenebilecektir.^[6]

Patente Tecavüzün Görünümleri

Patent hakkına tecavüz halleri, tecavüz konusu ürün ve usul bakımından ayrı ayrı değerlendirilir. Yukarıda detaylı şekilde açıklandığı üzere, tecavüzün tespit edilebilmesi için öncelikle patentin kapsamının doğru bir şekilde belirlenmesi gerekmektedir. Ürün patentinde, patentle korunan buluşa dayanarak bir ürün üretilmektedir. Ürün patentine tecavüzün görüldüğü durumlar sıklıkla patentle korunan buluşun taklit edilerek üretimi, üretilen ürünlerin satışı, satış teklifine konu olması ve kullanımınıdır. Patentli ürünün üretilmesi, satışı, satışa sunulması, patentli ürünün kullanılması ve benzeri eylemler ürün patentine tecavüz kapsamında incelenebilir. Öte yandan sadece fiili kullanım değil, tecavüzlü ürünün serbest bölge, gümrük gibi alanlara sokulması da patentin kullanımı anlamına gelmektedir.^[7] Ürün patentinde tecavüz fiilini ispat külfeti, tecavüzü iddia edene yani davacıya aittir.

Patent sahibinin izni olmaksızın, buluş konusu usulü kullanmak, bu usulle üretilen ürünleri satmak, dağıtmak ve benzeri şekillerde ticarete çıkarmak, ithal

[5] NOYAN, Erdal; Patent Hukuku, Ankara, 2011, s.281-282

[6] KARAHAN, Sami/SULUK, Cahit/SARAÇ, Tahir/NAL, Temel; s.270

[7] SARAÇ, Tahir; Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması, Ankara 2003, s.150

etmek de usul patentine tecavüz teşkil etmektedir. Ürün patentine tecavüz durumundaki düzenlemeden farklı olarak usul patentine tecavüz iddiası söz konusu olduğunda mahkeme, aynı ürün veya maddeyi elde etme usulünün patent konusu usulden farklı olduğunu ispat etmesini davalıdan isteyebilir. Anlaşılacağı üzere usul patentine tecavüzün olması durumunda mahkemenin istemiyle, ispat külfeti yer değiştirecek ve davalı, usul patentine tecavüz etmediğini ispat edecektir.

Yukarıda açıklanan patent konusunun bir ürünün ya da patentli usulün doğrudan doğruya sonucu olan bir ürünün söz konusu olması durumunda; o ürünün üretilmesi, satılması, kullanılması, ithal edilmesi ve benzeri eylemler doğrudan tecavüz şekilleridir. Doğrudan tecavüz durumlarında, müteceviz herhangi bir kişinin yardımı ve teşviki olmaksızın doğrudan doğruya kendisi patent konusu ürüne veya usule ilişkin eylemleri gerçekleştirmektedir.^[8]

Mülga PatKHK'dan farklı olarak SMK'da patente tecavüzün bir başkasının teşvik edilmesi, tecavüz edilmesi için başkasına yardım edilmesi gibi durumlarda gündeme gelen 'dolaylı tecavüz' şekli düzenlenmemiştir. Ancak, SMK'nın 'Buluşun dolaylı kullanımının önlenmesi' başlıklı 86. Maddesi "*Patent sahibinin, patent konusu buluşun uygulanmasını mümkün kılan ve buluşun esasını teşkil eden bir kısmı ile ilgili unsurların veya araçların üçüncü kişiler tarafından, patent konusu buluşu kullanmaya yetkili olmayan kişilere verilmesini önleme hakkı vardır. Bu hükmün uygulanabilmesi için söz konusu üçüncü kişilerin, bu unsurların veya araçların buluşu uygulamaya yeterli olduğunu bilmeleri ve bu amaçla kullanılacağını bilmeleri veya bu durumun yeterince açık olması gerekir.*" şeklinde olup anılan hüküm dolaylı tecavüzün önlenmesi hakkını düzenleyerek dolaylı tecavüzü de düzenlemiş bulunmaktadır.^[9]

Patente tecavüz hallerinde sıkça karşılan durum doğrudan tecavüz olmayıp, patenti kısmen taklit ederek ürün üretmek suretiyle tecavüz durumudur. Kısmen taklit etme, istemlerin bir kısmının değiştirilmesi veya tecavüz durumunu değiştirmeksizin patente yeni unsurların eklenmesidir. Öte yandan kısmen taklit etme durumu, eşdeğer unsurla üretimde de gündeme gelebilir ve tecavüz durumunu doğurabilir.^[10]

[8] KARAHAN, Sami/SULUK, Cahit/SARAÇ, Tahir/NAL, Temel; s.266

[9] GÜNEŞ, İlhami; s.277

[10] SARAÇ, Tahir; s.173

SMK uyarınca patent hakkını gasp etmek, patent sahibi tarafından sözleşmeye dayalı lisans veya zorunlu lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek de patent hakkına tecavüzü oluşturmaktadır.

Patent Hakkına Tecavüz Durumunda Davalar

Mülga PatKHK, patente tecavüzün tespiti ve önlenmesine ilişkin olarak herhangi bir düzenleme yapılmamıştı. SMK ile anılan eksiklik giderilmiş olup, SMK'nın Ortak Hükümler kısmında "sınai mülkiyet hakkı tecavüze uğrayan hak sahibinin ileri sürebileceği talepler" düzenlenmiştir. Düzenleme uyarınca, sınai mülkiyet hakkı tecavüze uğrayan hak sahibi, mahkemeden aşağıdaki taleplerde bulunabilir:

a) Fiilin tecavüz olup olmadığının tespiti

b) Muhtemel tecavüzün önlenmesi

c) Tecavüz fiillerinin durdurulması

ç) Tecavüzün kaldırılması ile maddi ve manevi zararın tazmini

d) Tecavüz oluşturan veya cezayı gerektiren ürünler ile bunların üretiminde münhasıran kullanılan cihaz, makine gibi araçlara, tecavüze konu ürünler dışındaki diğer ürünlerin üretimini engellemeyecek şekilde el konulması

e) (d) bendi uyarınca el konulan ürün, cihaz ve makineler üzerinde kendisine mülkiyet hakkının tanınması

f) Tecavüzün devamını önlemek üzere tedbirlerin alınması, özellikle masraflar tecavüz edene ait olmak üzere (d) bendine göre el konulan ürünler ile cihaz ve makine gibi araçların şekillerinin değiştirilmesi, üzerlerindeki markaların silinmesi veya sınai mülkiyet haklarına tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise imhası

g) Haklı bir sebebin veya menfaatinin bulunması hâlinde, masrafları karşı tarafa ait olmak üzere kesinleşmiş kararın günlük gazete veya benzeri vasıtalarla tamamen veya özet olarak ilan edilmesi veya ilgililere tebliğ edilmesi

Patent sahibi, başvurunun yayımlandığı tarihten itibaren patente vaki tecavüzlerden dolayı dava açma hakkına sahiptir. Mütecaviz, yayımdan önce, başvurudan ya da başvurunun kapsamından haberdar olmuşsa, patentin yayımlanmış olmasına bakılmaz. Mahkeme mütecavizin kötü niyetli olduğuna karar verirse, yayımdan önce de tecavüzün olduğu kabul edilir.

Patente tecavüzün durdurulması davası, tecavüz sonucunda üretilen ürünleri üreten, satan, ticari bir maksatla bulunduran kişilere karşı açılabilir.

Taraflar

Tecavüz davasında, patent hakkı ihlal edilen hak sahibi davacıdır. Birden çok hak sahibinin olması durumunda, paydaşlardan her biri menfaatlerini korumak için tek başına dava açabilir. Davayı açan pay sahibi, öteki pay sahiplerine durumu bildirir. Patent verilmesine kadarki süreçte, başvuruya yönelik bir ihlalin olması durumunda başvuru sahibi de dava açma hakkına sahiptir. SMK m. 158 uyarınca inhisari lisans sahibi kimseler de sözleşmede aksi düzenlenmemişse kendi adına dava açabilecektir. İnhisari olmayan lisans alan, sınai mülkiyet hakkına tecavüz dolayısıyla dava açma hakkı sözleşmede açıkça sınırlandırılmamışsa, yapacağı bildirimle, gereken davayı açmasını hak sahibinden ister. Hak sahibinin, bu talebi kabul etmemesi veya bildirim tarihinden itibaren üç ay içinde talep edilen davayı açmaması hâlinde, lisans alan, yaptığı bildirim de ekleyerek, kendi adına ve kendi menfaatlerinin gerektirdiği ölçüde dava açabilir. Lisans alan davayı, hak sahibine bildirir. Rehin ve intifa hakkı sahibi de zararın tazminini talep edebilir.

Davada husumet tecavüz edene yöneltilecektir. Davalılar, ürünü üreten, dağıtan, satan, ticari amaçla kullanan kişilerdir. Ancak hakkın tükenmesi kapsamında, nihai tüketiciye karşı dava açılmaz.

Yetkili ve Görevli Mahkeme

Patent davalarında görevli mahkeme, SMK'da öngörülen diğer davalarda olduğu gibi fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi ile fikri ve sınai haklar ceza mahkemesidir. Fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi kurulmamış olan yerlerde bu mahkemenin görev alanına giren dava ve işlere, o yerdeki asliye hukuk mahkemesi tarafından, fikri ve sınai haklar ceza mahkemesi kurulmamış olan yerlerde bu mahkemenin görev alanına giren dava ve işlere, o yerdeki asliye ceza mahkeme tarafından bakılır.

Patent hakkı sahibi tarafından, üçüncü kişiler aleyhine açılacak hukuk davalarında yetkili mahkeme, davacının yerleşim yeri veya hukuka aykırı fiilin gerçekleştiği yahut bu fiilin etkilerinin görüldüğü yer mahkemesidir. Patent hakkına tecavüz haksız fiil olduğundan, dava haksız fiilin işlendiği ya da etkilerinin görüldüğü yer mahkemesinde de açılabilir.

Davacının Türkiye’de yerleşim yeri bulunmaması hâlinde yetkili mahkeme, davanın açıldığı tarihte sicilde kayıtlı vekilin iş yerinin bulunduğu yerdeki ve eğer vekillik kaydı silinmişse Kurum merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemedir.

Zamanaşımı

SMK m.157 uyarınca sınai mülkiyet hakkı veya geleneksel ürün adından doğan özel hukuka ilişkin taleplerde, 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun zamanaşımına ilişkin hükümleri uygulanır. Tazminat davaları için öngörülen süre BK m.60/2’deki 1 ve 10 yıllık sürelerdir.

Tecavüz fiili devam ettiği sürece zamanaşımı süresi işlemez.

Patente Tecavüz Halinde Tazminat Davaları

Tazminat

MADDE 150- (1) Sınai mülkiyet hakkına tecavüz sayılan fiilleri işleyen kişiler, hak sahibinin zararını tazmin etmekle yükümlüdür.

(2) Sınai mülkiyet hakkına tecavüz edilmesi durumunda, hakka konu ürün veya hizmetlerin, tecavüz eden tarafından kötü şekilde kullanılması veya üretilmesi, bu şekilde üretilen ürünlerin temin edilmesi yahut uygun olmayan bir tarzda piyasaya sürülmesi sonucunda sınai mülkiyet hakkının itibarı zarara uğrarsa, bu nedenle ayrıca tazminat istenebilir.

(3) Hak sahibi, sınai mülkiyet hakkının ihlali iddiasına dayalı tazminat davası açmadan önce, delillerin tespiti ya da açılmış tazminat davasında uğramış olduğu zarar miktarının belirlenebilmesi için, sınai mülkiyet hakkının kullanılması ile ilgili belgelerin, tazminat yükümlüsü tarafından mahkemeye sunulması konusunda karar verilmesini mahkemeden talep edebilir.

Gerek uluslararası mevzuat, gerek ulusal mevzuat patente tecavüz durumunda patent hakkı tecavüze uğrayan hak sahibine zararını telafi etmesi için birtakım çözümler sunmuştur. Patent sahibi mütecavizden, yalnızca meydana gelen zararı değil yoksun kalınan karın da ödenmesini isteyebilir. Zararın, dolayısıyla zararı telafi edecek tazminatın hesabında iki tip zarar dikkate alınacaktır.

- Fiili zarar
- Yoksun kalınan kazanç
- Yoksun kalınan kazanç;

- 1- Patent sahibinin seçimine bağlı olarak mütecevizin elde ettiği gelire,
- 2- Patent sahibinin patenti kullansaydı elde edebileceği muhtemel gelire,
- 3- Lisans verseydi elde edeceği bedele,

göre hesap edilir. Patent hakkı tecavüze uğrayanın, bu hesaplama yöntemlerinden hangisini seçtiğini, yoksun kalınan kazanç talebinde belirtmesi gerekir. Aksi takdirde mahkeme bu konuda re'sen harekete geçerek bu usullerden birini veya başka bir hesaplama yöntemini seçemez.^[11]

SMK m. 151 uyarınca yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında, özellikle sınai mülkiyet hakkının ekonomik önemi veya tecavüz sırasında sınai mülkiyet hakkına ilişkin lisansların sayısı, süresi ve çeşidi, ihlalin nitelik ve boyutu gibi etkenler göz önünde tutulur. Yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında, muhtemel gelir ve net kazanç hesaplamasının seçilmesi hâlinde, mahkeme ürüne ilişkin talebin oluşmasında patent hakkının belirleyici etken olduğu kanaatine varırsa, kazancın hesaplanmasında hakkaniyete uygun bir payın daha eklenmesine karar verir. Öte yandan mahkeme, patent sahibinin patenti kullanma yükümlüğünü yerine getirmediği kanaatine varırsa, yoksun kalınan kazanç lisans verilmesi halinde elde edilecek bedele göre hesaplanır.

Nitekim Yargıtay da “*Hakimin özel durumları dikkate alarak hükmedeceği manevi tazminatın miktarı, olay nedeniyle oluşan manevi zararı kısmen dahi olsa telafi etmeye elverişli, makul ve adalete uygun olmalıdır. Somut olayda ise mahkemece davacı yararına takdir edilen manevi tazminatın miktarı, olay meydana geldiği tarih, olayın oluş şekli, tarafların ekonomik ve sosyal durumları dikkate alındığında, yukarıda açıklanan ilkelere uygun düşmemektedir. Bu durum karşısında mahkemece, davacı yararına daha ılımlı, adalete uygun ve makul bir manevi tazminat takdir edilmek üzere kararın bozulması gerekmiştir.*” şeklinde karar vererek, sınai mülkiyet hakkının niteliğinin tazminatın belirlenmesinde önemli bir rol oynadığını vurgulamıştır.^[12]

Patent hakkı sahibi, SMK m. 150/3'e dayanarak hakkının tecavüz sebebiyle ihlali iddiasına dayalı tazminat davası açmadan önce, delillerin tespiti ya da açılan davasında uğradığı zararın belirlenebilmesi için, patentin kullanılması ile ilgili belgelerin, tazminat yükümlüsü tarafından mahkemeye sunulması konusunda karar verilmesini mahkemeden talep edebilir.

SMK, tazminat kısmında manevi tazminat belirtilmese de istenebilecek talepler arasında 149/1-ç bendinde manevi tazminatı sayılmıştır. Kanunda özel

[11] KAYA Arslan, Marka Hukuku, İstanbul,2006,s.293

[12] Yargıtay, 11 HD, 03.05.2010, 2008/13429E. 2010/4754K.

bir düzenleme olmadığı için manevi tazminat istemlerinde TBK m. 58 dikkate alınarak manevi tazminat isteminde bulunulur. Mahkeme tecavüz sebebiyle hak sahibinin duyduğu acı ve elemi dikkate alarak manevi tazminatın miktarını belirleyebilir. Doktrinde tartışmalar bulunmasına rağmen, hakim görüş tüzel kişilerin de manevi tazminat isteyebileceği yönündedir.

SMK m. 150/2 de düzenlenen tazminat ise itibar tazminatı olup, hakka yönelik olarak meydana gelmiş zararların giderilmesi amacını gütmektedir. Burada ön planda olan, ticari işletme değil hak sahibinin o haktan dolayı elde ettiği itibardır. Hak sahibinin itibarının zedelenmesiyle hem maddi hem manevi zarar oluşabilir, bu sebeple itibar tazminatı ayrı bir tazminat olarak talep edilebilmektedir.

Yukarıda açıklandığı üzere, patent hakkı tecavüze uğrayan hak sahibi, tecavüz fiilinin tespitini, durdurulmasını, etkilerinin ortadan kaldırılmasını isteyebileceği gibi; tecavüz sebebiyle ortaya çıkan zararının telafi edilmesini ve yoksun kaldığı kazancının karşılanmasını talep edebilir. Maddi, manevi tazminat ve itibar tazminatı talepleri birbirleriyle yarışmaz, yığılır. Hak sahibi sayılan tazminatların her birini ayrı ayrı talep edebilir.^[13]

İHTİYATİ TEDBİRLER

Davacının, davayı kazanması halinde dava konusu şeye kavuşmasının tehlikeye girebileceği durumlarda davacının dava konusuna kavuşmasını, dava sırasında veya davadan önce güvence altına almaya yarayan geçici hukuki koruma/tedbirlere ihtiyati tedbirler denir.^[14]

İhtiyati tedbirlerin iki amacı vardır:

- Herhangi bir eylem ya da işlemten dolayı telafisi güç ya da imkansız bir zararın doğmasını engellemek
- Davaya esas teşkil edecek delillerin bozulmasını veya yok olmasını engellemek

İhtiyati tedbirler, geçici koruma tedbirleri olmakla birlikte asıl yargılamayı tamamlayıcı rol oynadıklarından hak sahibinin hakkı elde etmesi bakımından önem taşımaktadırlar. Böylece, hukuki uyumsuzluk kesin olarak çözüme ulaşıncaya kadar gecikme sebebiyle ortaya çıkabilecek zararlar önlenmiş olacaktır.

[13] KARAHAN, Sami/SULUK, Cahit/SARAÇ, Tahir/NAL, Temel; s.406

[14] KURU, Baki/ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder; Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2014, s.558

İhtiyati tedbirler ile bizzat maddi hukuka ilişkin bir hak değil, hakkın gerçekleştirilmesi garanti altına alınır.

İhtiyati tedbir istemleri patente ilişkin dava ile ileri sürülebileceği gibi patente ilişkin davadan bağımsız olarak ayrı bir dava ile de talep edilebilir. Mülga PatKHK'nın 151, 152, 153 maddeleri ihtiyati tedbire ilişkin olup, sırasıyla ihtiyati tedbir talebini, ihtiyati tedbirin niteliğini ve HMK hükümlerinin uygulanmasını düzenlemektedir. 6769 Sayılı SMK, ihtiyati tedbire ilişkin olan hükümler 'Ortak Hükümler' kısmında tek bir maddede toplanmıştır. 'İhtiyati tedbir talebi ve ihtiyati tedbirin niteliği' başlıklı madde:

“Bu Kanun uyarınca dava açma hakkı olan kişiler, dava konusu kullanımın, ülke içinde kendi sınai mülkiyet haklarına tecavüz teşkil edecek şekilde gerçekleşmekte olduğunu veya gerçekleşmesi için ciddi ve etkin çalışmalar yapıldığını ispat etmek şartıyla, verilecek hükmün etkinliğini temin etmek üzere, ihtiyati tedbire karar verilmesini mahkemeden talep edebilir.

(2) İhtiyati tedbirler özellikle aşağıda belirtilen tedbirleri kapsamalıdır:

a) Davacının sınai mülkiyet hakkına tecavüz teşkil eden fiillerin önlenmesi ve durdurulması.

b) Sınai mülkiyet hakkına tecavüz edilerek üretilen veya ithal edilen tecavüze konu ürünlere, bunların üretiminde münhasıran kullanılan vasıtalara ya da patenti verilmiş usulün icrasında kullanılan vasıtalara, tecavüze konu ürünler dışındaki diğer ürünlerin üretimini engellemeyecek şekilde, Türkiye sınırları içinde veya gümrük ve serbest liman veya bölge gibi alanlar dâhil, buldukları her yerde elkonulması ve bunların saklanması.

c) Herhangi bir zararın tazmini bakımından teminat verilmesi.

(3) İhtiyati tedbirlerle ilgili bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır.” şeklindedir.

Yukarıda açıklandığı üzere dava açma hakkı olanlar, ülke içindeki kullanımın patent haklarına tecavüz teşkil edecek şekilde gerçekleşmekte olduğunu veya gerçekleşmesi için ciddi çalışmalar yapıldığını kanıtlamak suretiyle mahkemeden ihtiyati tedbir talebinde bulunabilirler. İhtiyati tedbire ilişkin olarak SMK'da hüküm bulunmayan hallerde SMK uyarınca HMK hükümleri uygulanır. İhtiyati tedbir kararı ile duruma göre tecavüz eylemlerinin durdurulması, tecavüz sonucu üretilen ürünlere el koyma, tecavüzde kullanılan araçlara el koyma gibi yaptırımlar uygulanabilir.

İhtiyati tedbirin talep edilebilmesi için, dava konusunun Türkiye’de kullanılmakta olduğunun veya kullanılması için ciddi ve etkin çalışmalar yapıldığının ispat edilmesi şartı aranmaktadır. HMK m.390/3’e göre, tedbir talep eden taraf, dilekçesinde dayandığı ihtiyati tedbir sebebinin ve türünü açıkça belirtmek ve davanın esası yönünden kendisinin haklılığını yaklaşık olarak ispat etmek zorundadır. İhtiyati tedbirde konu olan ispat ‘yaklaşık’ ispattır. Yaklaşık ispat, ağırlıklı ihtimalin yeterli olması, yani aksinin de mümkün olabileceğinin hakim tarafından tamamen reddolunamaması anlamına gelmektedir.^[15]

Her ne kadar ihtiyati tedbir kararı, davanın uzamasından ve hak ya da menfaatin yerine getirilmesinin gecikmesine engel olmak amacıyla verilmiş olsa da bazı durumlarda tedbir kararı haksız olabilir. Böyle durumlarda ihtiyati tedbir kurumunun kötüye kullanılması söz konusu olabilir. Dahası tedbir kararlarının uygulanması sonucu, rekabet edenlerin zarar görmesi gündeme gelebilir. Örneğin ihtiyati tedbir talebi kabul edilen taraf, bu yolla karşı tarafı sulhe zorlama imkanı elde edebilir.^[16]

İhtiyati tedbir kararının haksız olması durumunda, tedbir kararından zarar gören taraf haksız tedbiri dava konusu edebilecektir. Uğranılan zararın karşılanması için açılacak tazminat davasına ilişkin olarak TRIPS m.5/7, HMK m.392’de hükümler bulmak mümkündür. Zira TRIPS Anlaşması m 45 gereğince, üye ülkelere patent hakkının ihlalden doğan zararların tazmin edilmesi için hukuki düzenlemeler öngörmekle yükümlüdür. Öte yandan tazminat hukukunun genel ilkelerine dayanarak da zararın telafi edilmesi gerektiği sonucuna ulaşılabilir.^[17] Bu dava, karşı tarafın ya da üçüncü bir diğer kişinin zararının ödenmesini konu edinen ve maddi ve manevi tazminat taleplerinin ileri sürüleceği tazminat davasıdır. Yargıtay da, muhtelif kararlarda ihtiyati tedbirin haksız konulduğu durumda, tedbir nedeniyle uğranılan zararın karşılanması gerektiğini ifade etmiştir.^[18]

[15] YUSUFOĞLU, Fülürya; Patent Davalarında İhtiyati Tedbirler, Fikri Mülkiyet Yıllığı, 2013, s.521

[16] YILDIRIM DEREN, Nevhis; Haksız Rekabet Hukuku İle Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku’nda İhtiyati Tedbirler, İstanbul, 2002, s.5

[17] KILIÇOĞLU, Ahmet Mithat; Borçlar Hukuku, Ankara, 2013, s.417

[18] Yargıtay 11. HD, 21.05.2008, 2008/4415E. 2008/6680K.

KAYNAKÇA

GÜNEŞ, İlhami; SMK Işığında Uygulamalı Patent ve Faydalı Model Hukuku, Ankara, 2017

KARAHAN, Sami/SULUK, Cahit/SARAÇ, Tahir/NAL, Temel; Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, Ankara, 2015

KAYA Arslan, Marka Hukuku, İstanbul, 2006

KILIÇOĞLU, Ahmet Mithat; Borçlar Hukuku, Ankara, 2016

KURU, Baki/ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder; Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2014.

NOYAN, Erdal; Patent Hukuku, Ankara, 2011

SARAÇ, Tahir; Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması, Ankara, 2003

TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, 2012

YILDIRIM DEREN, Nevhis; Haksız Rekabet Hukuku İle Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku'nda İhtiyati Tedbirler, İstanbul, 2002

YUSUFOĞLU, Fülürya; Patent Davalarında İhtiyati Tedbirler, Fikri Mülkiyet Yılığ, Ankara, 2015

MARKA DAVALARINDA BİLİRKİŞİLİK

Av. Nilgün SOYDAN BAL, LL.M.*

1. BİLİRKİŞİLİK KAVRAMI

Hukuk ve yargı denilince ilk akla gelen kavram olan adaletin ancak gerçeğin tam olarak ortaya çıkarılmasıyla sağlanabileceğine olan inanç tereddütsüzdür. Özellikle bilimsel ve teknik içerikli ihtilaflarda gerçeğin tam olarak ortaya çıkarılması da ancak bilirkişilerin katkılarıyla mümkün olabilmektedir. Usul ve yöntem farklılıkları olmakla beraber, tüm hukuk sistemlerinde yargılama makamları bu anlamda bilirkişilerden yararlanmaktadır^[1].

Önüne gelen uyuşmazlıkları çözerek sonuçlandırmakla yükümlü olan hakim, ne denli hukuk veya genel bilgiyle, kültürle donatılmış olursa olsun yargılamada güncellenen olaylar içinde ortaya çıkan olgu sorunlarını çözmede özel, teknik veya bilimsel bilgilere ve bu bilgilerin ışığında yorumlara gereksinim duyacaktır. Bu nedenle hukuk, hakimin nesnel olgu sorunlarının çözümünde doğal bilgi eksikliğini gidermek amacıyla bilirkişi kurumuna yer vermiştir^[2].

İçinde yaşadığımız toplumun bir üyesi olan ve kendisine biçilmiş sosyal rolün gereği olarak uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmakla yükümlü bulunan hakimin, tıp, mühendislik, mimarlık, muhasebe, matematik, istatistik gibi uzmanlık gerektiren konularda, uyuşmazlığın temelini oluşturan vakıaların tespiti ya da açıklığa kavuşturulmasında konunun uzmanı olan kişilerin oy ve görüşlerine başvurması kaçınılmazdır. Zira bir hakimin hukuk bilgisinin dışında kalan konular hakkında o alana özel bir ilgisi ya da merakı yoksa yeterli bilgi sahibi

* Arabulucu / Marka ve Patent Vekili / Akdeniz Üniversitesi Öğretim Gör.

[1] KAHRAMAN, Mahmut / KURT, Fatma; Deniz İhtisas Mahkemelerinde Bilirkişi Delilinin Gerçeğin Ortaya Çıkarılmasına Yönelik Etkin Kullanımı, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s. 710.

[2] AŞÇIOĞLU, Çetin; Yargılamada Maddi Gerçeğin Belirlenmesi ve Kanayan Yara Bilirkişilik, Ankara 2010, 1. baskı, s.1-2.

olabilmesi zaten imkansızdır^[3]. Bu kişi, bilirkişi olarak adlandırılan, özel bilgi ve tecrübesine güvenilen kişidir. Özel ve teknik bilgiyi gerektiren hallerde hakim, önüne gelen uyuşmazlığı doğru karara bağlayabilmek için işin uzmanından (bilen kişilerden) yardım alma ihtiyacıdadır. Kanun bu nedenle bilirkişilik müessesesini düzenlemiştir^[4].

Bilirkişilik müessesesi, iki kanattan oluşmaktadır. Bu kanatlardan ilki incelemeyi yapan bilirkişi, ikincisi ise bilirkişinin hazırlayarak mahkemeye sunacağı, aydınlatıcı bilgiyi içeren bilirkişi raporudur^[5].

2. MARKA DAVALARINDA BİLİRKİŞİ İNCELEMESİ

Fikri mülkiyet davaları, ihtisaslaşma gerektiren özel bir alan olup, uygulamada da ihtisas mahkemelerinin kurulmasına yol açmıştır. 5846 sayılı Yasa uyarınca eser hakkından kaynaklanan uyuşmazlıklarda ve 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu uyarınca sınai mülkiyet hakları olarak adlandırılan marka, patent ve tasarım uyuşmazlıklarında bilirkişi incelemesine sıklıkla başvurulmaktadır.

Bilirkişilik müessesesi, mahkemece verilecek kararlarda son derece önemli bir aşamayı oluşturmaktadır. Hukukumuzda yeni sayılabilecek sınai mülkiyet hakları konularında birbirinin sınırları içine girebilen özellikler mevcuttur. Bu nedenle teknik konudaki incelemeler dikkatle yapılmalıdır^[6].

[3] AKİL, Cenk; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun Hakimın Bilirkişi Raporuyla Bağlı Olup Olmadığı Hakkında Verdiği Kararı 24.12.2008 gün ve E 2008/4-734, K.2008/766 Sayılı Kararının Tahlili, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011, sayı 3, s.699. (AKİL, Karar Tahlili). Kanaatimizce, hakimın özel bilgisi ya da merakının, o konu hakkında bilirkişiyeye başvurmadan karar verebileceğine gerekçe olabilmesi hususu tartışılabilir. Zira kişisel ilgi ya da merak nedeni ile bir konu hakkında bilgisi olan hakimın bu konudaki bir uyuşmazlık hakkında tek başına karar vermeye çalışması bazı sakıncaları da beraberinde getirebilir. Çünkü konunun uzmanı olmak ile konuya merak duymak ve ilgilenmek tamamen farklı kavramlardır. Bu durumlarda hakim, bilirkişi incelemesi yaptırmalı ve kendisi de özel ilgi ve merak olduğu konu ile ilgili denetim ve raporun elverişliliği hususlarını incelemelidir.

[4] YILMAZ, Ejder; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayıncılık, 2. baskı, Ankara 2013, s.1231.

[5] ÇAYAN, Gökhan; Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik Müessesesi, İstanbul 2013, s.1-2

[6] DİKİCİOĞLU, Adnan; Marka, Endüstriyel Tasarım, Faydalı Model ve Patent Davalarında Bilirkişilik; Fikri ve Sınai Mülkiyet Kültürü Ülkemizde Yaşadığımız Sorunlar ve Kurumsal Çözüm Yolları 1.Ulusal Sempozyumu 17-18 Haziran 2005, İstanbul Barosu Yayını, 2005, s.202.

Fikri mülkiyet hukuku alanındaki davalar bakımından hangi tür uyuşmazlıklarda bilirkişi görüşünün alınması gerektiği konusundaki Yüksek mahkeme uygulaması, endüstriyel tasarım, patent ve faydalı model ile 5846 sayılı yasadan kaynaklanan davalar bakımından istikrarlı ise de, marka davaları bakımından istikrarlı değildir^[7].

2.1. Bilirkişi İncelemesinin Gerekli Olup Olmadığı Tartışması

Fikri mülkiyet uyuşmazlıkları arasında en sık ve yaygın olarak karşılaşılan marka hakkına dayalı davalardır. Bu tür davalarda, dava konusunu marka oluşturmaktadır. Markaya tecavüz, marka iptali, markanın kullanmama nedeniyle hükümsüzlüğü, tanınmış marka, jenerik marka, Türk Patent Enstitüsü'nün marka başvurularına yönelik verdiği kararların iptali gibi uyuşmazlıklar mahkemelerde incelenmekte ve değerlendirilerek çözüme kavuşturulmaktadır.

Marka davalarının neredeyse tamamında uyuşmazlık konusunun çözümü için mahkemece re'sen ya da tarafların talebi ile bilirkişi incelemesine başvurulmaktadır. Yargıtay, 2009 yılı başlarına kadar marka hükümsüzlüğü davalarında, iki marka arasındaki benzerlik ve karıştırma ihtimali değerlendirmesinin, marka tescil belgesindeki mal ve hizmet sınıflarının benzer olup olmadığı konusundaki değerlendirmenin mahkeme tarafından yapılmasına onay verirken, bu tarihten sonraki kararlarında genellikle bilirkişi incelemesini gerekli görmüştür^[8].

Yargıtay, 11.HD, 11.01.2010 tarihli, 2008/8890 E, 2010/51 K sayılı kararında, mahkemece markalar arasındaki karıştırılma ihtimalinin tespitini eleştirmiş, kararı bozmuş ancak bozma gerekçesinde bilirkişiye inceleme yaptırılması gibi bir koşul ileri sürmemiştir. Karar metnine göre *“..Tarafların markalarının tescilli olduğu, sınıfların aynı olduğu, davacının tescil önceliğinin bulunduğu, anlamların farklı olduğu yönünde mahkemece ortaya konulan tespit ve gerekçeler doğru ise de; görsel, işitsel ve yazımsal yönlerden benzerlik bulunmadığına yönelik belirleme dosya kapsamına uygun düşmemektedir. Her iki marka karşılaştığında, vurgunun “R...N” ibaresinde toplandığı, orta düzeyde bir tüketicinin hafızasında bıraktığı imajın ve fonetik etkinin bu kelimedede odaklandığı belirgindir. Davalının markasındaki diğer ilaveler, ayırt edicilik sağlamaya yeterli değildir. Davacı şirketin ürünlerini almak isteyen orta seviyedeki alıcıların, aynı ya da benzer raflarda sunulan aynı tür ürünleri gördüğünde, davacı markasının hafızada ve gözde bıraktığı iz*

[7] ÇOLAK, Uğur; Fikri Mülkiyet Davalarında Bilirkişi Raporlarının Değerlendirilmesi ve Bağlayıcılığı Sorunu, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010, 12 levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s.142.

[8] ÇOLAK, s.143.

ve etki nedeniyle, davacı ürünlerini aldığı zannetmesi, gerçekte davalının ürünlerini satın alması olasılığı güçlü bir biçimde ortaya çıkacaktır. Davalı markasındaki ilaveler, davacı markasının türevleri ve serileri olarak algılanacaktır. Tüketicinin işletmeler arasında bağlantı bulunduğu yönünde bir düşünceye kapılma olasılığı gündeme gelecektir. Mahkemenin aksi yönündeki tespitleri isabetsiz olup, 556 sayılı KHK'nin 8/1-6 madde hükmü koşullarının davacı yararına oluştuğunun kabulü ile buna göre hüküm tesisi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamıştır”^[9].

Yargıtay 11.HD, 01.07.2003 tarih, 2002/1728 E, 2003/7187 K sayılı kararında da mahkemece bilirkişi incelemesine gerek görülmesizin yapılan değerlendirmeyi eleştirmiş, bozma kararı vermiş ancak karar gerekçesinde bilirkişi incelemesinin gerekliliğinden bahsetmemiştir. Karara göre “..Mahkemece taraflarca sunulan kanıtlara göre davacılar arasındaki Lisans sözleşmesinin tanzim tarihinin bulunmadığı ancak 18.04.2002 tarihinde notere ibraz edildiği ve ancak bu tarihte 3.kişiler yönünden hüküm ifade edeceği, bu tarihin de, dava tarihinden sonraki bir tarihe tekabül etmesi nedeniyle, davacı Ü.A.Ş. nin böyle bir dava açma ehliyeti bulunmadığı, diğer davacının talebi yönünden değerlendirme yapıldığında “DİDO” ile “DİTTO” markalarının okunmuş ve telaffuz itibarıyla benzer olduğu ve markaların kullanıldığı “malın alıcılarının çocuk olduğu dikkate alındığında, davacının meşhur “Ü. DİDO” markası ile davalının tescil başvurusunda bulunduğu “DİTTO” markaları arasında iltibas olduğunun” bilirkişi incelemesine gerek görülmesizin kabulü gerektiği gerekçesiyle davacı Ü. Gıda A.Ş. nin davasının aktif dava ehliyeti nedeniyle reddine, diğer davacının davasının kabulü ile TPE YİDK'nun 30.01.2002 tarih ve B.1.41:TPE.0.01/239-11419 sayılı kararının iptaline karar verilmiştir”^[10].

Yargıtay 11.HD, 09.02.2004 tarihli, 2003/6225 E, 2004/1018 K sayılı kararında da önce bilirkişi incelemesine gerek görüp daha sonra bilirkişi raporunu dikkate almadan verilen kararı bozmuştur. Bu karara göre “Mahkemece, konu uzmanlığı gerektirdiği için bilirkişi incelemesine gerek görülmesi olup, bilirkişi kurulu 5.6.2000 tarihli raporunda davacının Paris Sözleşmesi anlamında tanınmış marka kriterlerini taşımadığı sonucuna varılmış, yeni deliller ibrazı halinde tekrar değerlendirilebileceği bildirilmiştir. Bunun üzerine davacı taraf tanıtım ile ilgili bir takım deliller sunmuş, mahkemece 21.02.2001 tarihli oturumda ek rapor istenilmesine karar verilmiş, aynı bilirkişi kurulu ek raporunda, davacının ne tanınmış marka ne de tanınırlık düzeyine ulaşmış marka koşullarını taşımadığı sonucuna varılmış,

[9] Yargıtay, 11.HD, 11.01.2010 tarihli, 2008/8890 E, 2010/51 K. sayılı kararı. (www.legalbank.net)

[10] Yargıtay 11.HD, 01.07.2003 tarih, 2002/1728 E, 2003/7187 K. sayılı kararı. (www.legalbank.net)

mahkemece, ek rapora itibar edilmeyerek, davacı markasının aynı KHK'nın 8/4. madde koşullarını taşıdığı ve davalının böyle bir markadan haksız yararlandığı sonucuna varılmış ve dava kabul edilmiştir. Oysa, mahkemece, başlangıçta rapor ve ek rapora ihtiyaç duyulduğuna ve bu raporlara itibar edilmediğine göre, yeni bir uzman bilirkişi kurulu oluşturulup, alınacak raporun değerlendirilmesi, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, bilirkişi incelemesine sonradan gerek görülmeyerek bu yönden eksik incelemeye dayalı yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, kararın kabul şekli bakımından bu yönden de bozulması gerekmiştir”^[11].

Yargıtay'ın son dönem kararları çoğunlukla marka uyumsuzluklarında bilirkişi görüşünün alınması gerektiği yönündedir. Yargıtay HGK, 06.04.2011 tarih, 2010/11-744 E, 2011/57 K sayılı kararında ise markaya tecavüz davasında markaların karşılaştırılmasının bilirkişi incelemesi ile yapılması gerektiği gerekçesi ile bozma kararı vermiştir. Bu karar göre, “..dava marka hakkına tecavüz ve haksız rekabetin tespit ve men'i istemine ilişkindir. Davacı vekili, davalı şirketin “N... 3'ü 1 yerde ürün ambalajı üzerinde kullanılan kırmızı kupa” şeklinin aynen müvekkili davacının “K... K...” tescilli şekil marka tescilindeki marka ve kompozisyon özellikleri ile kullanıldığını, müvekkilinin markasına iltibas ve tecavüz yarattığını ileri sürerek, marka hakkına tecavüz ve haksız rekabetin tespiti ve bu fiillerin önlenmesini talep etmiştir. Somut olayda mahkemece bilirkişi incelemesi yaptırılmadan, davacıya ait ve tescilli tanınmış “K... K... şekil” markasındaki kompozisyon gibi davalı N...3'ü bir yerde ürün ambalajının ön yüzüne kahve çekirdekleri üzerine oturtulmuş, yaldızlı, kırmızı renk, kahve dolu, duman tütmekte olan kahve fincanı kullanarak, ambalajın arka yüzünde de ürünün kullanımına ilişkin açıklamalar aynı tür fincanın bulunduğu 3 kutucuk halinde kullanılarak tüketiciyi yanıltabilecek nitelikte iltibas oluşturduğu, markanın sahibinin izni olmadan markanın ayırt edilemeyecek derecede benzerini kullanan davalının 556 sayılı KHK'nun 61. maddesi uyarınca davacının marka hakkına tecavüzde bulunduğu, TTK'nun 56. ve 57. maddelerindeki haksız rekabet koşullarının oluştuğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir. Bu durum karşısında mahkemece, HUMK'nun 275 ve devamı maddeleri uyarınca, çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren somut uyumsuzlukta, ambalaj yoluyla haksız rekabet iddiası konusunda uzman bir bilirkişinin görüşünün alınmasına karar verilmesi ve sonucuna göre bir hüküm kurulması gerekirken, yazılı şekilde eksik incelemeye dayalı olarak karar verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir”^[12].

[11] Yargıtay 11.HD, 09.02.2004 tarihli, 2003/6225 E, 2004/1018 K sayılı kararı. (www.legalbank.net)

[12] Yargıtay HGK, 06.04.2011 tarih, 2010/11-744 E, 2011/57 K sayılı kararı. (www.legalbank.net)

Yargıtay 11.HD'nin başka bir kararında da bilirkişi incelemesinin gerekli olduğuna karar verilmiştir. Bu karara göre “..Mahkemece, herhangi bir şekilde ve herhangi bir nedenle iki marka arasında bağlantı kurulması ve alıcısı tarafından karıştırılma ihtimalinin bulunması, davalı markanın tescilinin hükümsüzlüğüne yeterli görülmüştür. Ancak mahkeme bu sonuca varırken, davacı ve davalı markalarını oluşturan İÇİM ve ÇİMİ kelimelerinin, görünüş ve okunuş biçimlerinin hangi gerekçe ve kabule göre benzerlik taşıdıklarını yeterince tartışıp değerlendirmedigi gibi, bu hususta uzman bilirkişi incelemesi de yaptırmamıştır. HUMK'un 275. maddesinde, mahkemenin çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar vereceğini hükme bağlamıştır. Dava konusu olayda, iki ayrı markayı oluşturan iki kelimenin okunuş ve görünüş itibarıyla benzerlik taşıyıp taşımadıkları uyumsuzluk konusudur. Ayrıca bu hususta, dava vekilince gerekmediği belirtilmekle birlikte, bilirkişi deliline de dayanılmıştır. Bu durumda mahkemenin gerekçeleri, yazılı şekilde hüküm kurmaya yeterli görülmediğinden, eğer varsa, davalıya ait ürün örnekleri de getirtilerek, sahasında uzman bilirkişiden ya da bilirkişi kurulundan, markaları oluşturan kelimelerin yazılış, okunuş ve görünüş olarak, ne şekilde benzerlikler taşıdıkları, hangi nedenlerle insanlarda benzerlik ve bağlantı duygusuna neden olabileceği ve karıştırılacağı hususlarında rapor alınarak, buna göre hüküm kurulması gerekirken; eksik inceleme ve yetersiz gerekçeye dayalı olarak, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir”^[13].

Yukarıdaki örnek kararlarda da görüldüğü üzere marka davalarında bilirkişi incelemesine mahkemece başvurulup başvurulmayacağı hususu netlik kazanmamıştır. Ancak, Yargıtay'ın ağırlıklı uygulaması, marka davalarında bilirkişi görüşünün alınması yönündedir. ÇOLAK ise, markalar arasındaki benzerlik ya da sınıfsal benzerliğin mahkeme hakimi tarafında incelenip karara bağlanmasının, Yargıtay'ın da bu kararı denetlemesinin doğru olacağı görüşündedir^[14]. GÜNEŞ ise, ilgili alanda uzmanlığını kanıtlamış olan ve mahkeme dışı bir odağın gözüyle yapılan değerlendirmenin bir de mahkeme süzgecinden geçmesinin taraflara hukuki güvenceler sağlayacağı görüşündedir^[15].

Kanaatimizce, özellikle marka karşılaştırmalarına dayalı davalarda (ihtisas mahkemeleri olan Fikri ve Sınai Haklar Hukuk ve Ceza mahkemelerinde, hakimlerin ihtisaslaşmış olması hususu göz önünde bulundurularak) hakim, bilirkişi

[13] Yargıtay 11.HD, 14.06.2005 tarih, 2004/9547 E, 2005/6156 K sayılı karar. (www.legalbank.net)

[14] Bkz. ÇOLAK, s.148.

[15] GÜNEŞ, İlhami; Uygulamada Sınai Mülkiyet Ceza Hukuku, Adalet Yayınevi, 2.baskı, Ankara 2009, s.371.

incelemesi yaptırmaya gerek duymamalı ve mesleki bilgisi ve özel uzmanlığı ile uyumsuzlukları çözüme kavuşturabilmelidir. Ancak, ihtisas mahkemesi olmayan yerlerde marka uyumsuzluklarında bilirkişi görüşüne başvurulması gerekmektedir. Sonuç olarak, hakim marka uyumsuzluklarında bilirkişiye başvurup başvurmayacağına bu konuda teknik bilgiye ihtiyacı olup olmadığına kendi özgür iradesi ile karar vermelidir. Yargıtay CGK tarafından verilen 2005/7-143 E nolu şu kararı da bu kanaatimizi destekler niteliktedir. “..Çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren marka ihlali davalarında bilirkişiye başvurularak, 556 sayılı KHK'nın 9. ve 61. maddeleri anlamında bir tecavüzün gerçekleşip, gerçekleştirilmediğinin incelenmesi zorunludur”^[16]. Bu kararda da belirtildiği üzere marka uyumsuzluğunun çözümünün özel ve teknik bilgiyi gerektirip gerektirmediği hususunu mahkeme hakimi takdir etmelidir.

2.2. Bilirkişi Seçimi

Marka hakkı ve marka uyumsuzluğuna ilişkin davalarda genel olarak marka konusunda uzman hukukçu bilirkişiler ile tazminat hesaplamasına esas olacak ticari defter ve belgelerin incelenmesi için de mali müşavir bilirkişiler birlikte atanmaktadır. Hukuk Fakültesi olan şehirlerde akademisyen hukukçu bilirkişi tayin edilirken, hukuk fakültesi olmayan şehirlerde bulunan mahkemelerde marka konusunda uzmanlaşmış yani Türk Patent Enstitüsünden marka vekilliği belgesini almış marka vekilleri ve Avukatlar bilirkişi tayin edilmekte, çoğunlukla da istinabe yolu ile Ankara, İstanbul ya da İzmir'de buluna Fikri ve Sınai Haklar Mahkemesine bilirkişi incelemesi için gönderilmektedir. Ayrıca markanın kullanıldığı ürünün türüne ve alıcı kitlesine göre de konusunda uzman bilirkişi tayin edilmektedir. Örneğin zirai bir ilaç markasında ziraat mühendisi bilirkişi, ilaç markasında doktor bilirkişi gibi.

Tazminat hesaplamasına esas belgelerin posta yolu ile incelenmek üzere başka mahkemeye gönderilmesinin mümkün olmadığı durumlarda mali müşavir incelemesi bulunan şehirde yapıp rapor alınmakta ve daha sonra da bu rapor ile birlikte dosya marka uzmanı incelemesi için ihtisas mahkemelerine istinabe yolu ile gönderilmektedir. Önce marka uzmanı incelemesinden sonra, bu davanın görüldüğü mahkemenin bulunduğu yerde ayrı bir mali müşavir incelemesi de yapılabilmektedir.

[16] Yargıtay CGK, 27.12.2005 tarih, 2005/7-143 E, 2005/169 K sayılı karar. (www.legalbank.net)

2.3. Bilirkişi İncelemesi

2.3.1 Delillerin Tespiti Taleplerinde Yapılan İncelemeler

Uygulamada en sık rastlanılan marka işlemleri, markaya tecavüzün tespitini içerir taleplerdir. Mahkeme, uzman bilirkişiler vasıtası ile mahallinde inceleme yapıp tespit tutanağı düzenler ve bilirkişiye görüşünü bildirmek üzere süre verir. Burada bilirkişinin iki tür görevi vardır. İlki tespit mahallinde yapacağı inceleme, diğer ise tespit mahallinde yaptığı gözlemleri ile birlikte dosya kapsamında evrak incelemesi ve rapor hazırlanmasıdır.

Tespit mahallinde yapılacak ilk inceleme, öncelikle tespit yapılan işletmenin kim tarafından işletildiği, ünvanı ve adres tespitidir. Daha sonra da işletmede hangi işin yapıldığının (restoran, mağaza, tekstil atölyesi, plastik imalatı, tamir-hane gibi..) tespit edilmesi gerekir. Zira bu tespit, markanın tescilli olduğu sınıflarda kullanılıp kullanılmadığının belirlenmesi açısından önemlidir.

Bu aşamadan sonra marka kullanımının tespit edilmesi gerekir. Uygulamada, denetime elverişlilik açısından da bu husus fotoğraf çekilme sureti ile yapılmaktadır. Ürün, ambalaj, tabela, broşür, kartvizit ve sair evrakların, varsa marka ile ilgili belgelerin (marka tescil belgesi, turizm işletme belgesi gibi) fotoğrafları çekilmelidir.

Dosya inceleme aşamasında ise, tespit isteyen tarafın marka hakkının dayanağı olan belge incelemesi öncelikle yapılmalıdır. Türk Patent Enstitüsü tarafından verilen marka tescil belgelerinin ön yüzünde ya da arka yüzünde yazan ve markanın tescilli olduğu sınıfları gösteren liste incelenmeli ve tespit mahallinde yapılan inceleme ile bu sınıflar karşılaştırılmalıdır. Mümkün olduğunca de tespit mahallinde aleyhine tespit istenilen kişinin uyuşmazlık konusu marka ile ne iş yaptığı, hangi hizmeti verdiği ya da markanın basılı olduğu ürünün ne olduğu mutlaka fotoğraflanmalıdır. Bu husus, markaların karıştırılma ihtimalinin incelenmesinde kolaylık sağladığı gibi raporun denetime elverişliliği açısından da çok önemlidir.

Tespit talepli dosyalarda bilirkişinin en çok inceleme yaptığı husus “karıştırma ihtimali” incelemesidir. Uygulamada markalar arasındaki karıştırma ihtimalinin belirlenmesinde mahkemelerce uzman bilirkişilerin görüşlerinden faydalanılmaktadır^[17].

556 sayılı KHK’da ve 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’nda ifadesini bulan “karıştırılma ihtimali”, halkın bu iki işaret arasında herhangi bir şekilde

[17] KARAHAN, Sami/SULUK, Cahit/SARAÇ, Tahir/NAL, Temel; Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, Seçkin Yayınları, 3. baskı, Ankara 2013, s.418.

ve herhangi bir nedenle güvendiği işletme ile malını aldığı işletme arasında bir ekonomik bağlantı olduğunu düşünmesidir^[18]. Karıştırma tehlikesi, en çok unvan ve markaların taklit edilmesi sureti ile meydana gelir. Ayrıca tescilli marka ile kullanılan işaret arasında görsel, sesçil benzerlik bulunmasa dahi, halk bunlar arasında herhangi bir şekilde herhangi bir sebeple benzerlik kuruyorsa karıştırılma ihtimalinin varlığı yine kabul olunur^[19].

Bu nedenle, bilirkşi tarafından markaların karıştırılma ihtimalleri değerlendirilirken halk gözüyle bu iki markanın sahiplerinin aynı kişi olduğu izleniminin olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Bu tespitin sağlıklı bir şekilde yapılabilmesi için marka görsellerinin karşılaştırması yapılmalı, görsellerin hangi unsurlarının ortak olduğu, ilk bakışta algılanan özelliklerinin neler olduğu, bu özelliklerin markanın asli korunan unsurlarından olup olmadığı, ortalama bir tüketici gözüyle tüketiciyi yanıltıp yanıltmadığı belirlenmeli ve gerekçelendirilmelidir.

Markaların karıştırılma ihtimallerinin değerlendirilmesinde kavram adına yakın olmama (gömlek, elbise, kilit, turbo gibi), ürünün özellikleri (yumuşak, sert, bembeyaz gibi), ayırt edici niteliklerde zayıflık (süper, class, first, express, high, tech gibi) özelliklere dikkat etmek gereklidir^[20].

2.3.2 Marka Hakkına Tecavüz, İptal ve Hükümsüzlük Davalarında Bilirkişi İncelemesi

Markaya tecavüz ve hükümsüzlük davalarında inceleme dosya üzerinden yapılmaktadır. Bu inceleme mümkün olduğu takdirde orijinal ürün ile dosyada bulunan marka tescil belgesinin karşılaştırılarak incelenmesi sureti ile yapılır. Orijinal ürünün bulunmaması ya da fiilen mahkeme dosyasında saklanmasının mümkün olmadığı durumlarda ürün fotoğrafları ve görselleri üzerinde inceleme yapılır. Nitekim Yargıtay CGK'nun 2005/7-143 E sayılı kararı uyarınca *"..çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren marka ihlali davalarında bilirkişiyi başvurularak, 556 sayılı KHK'nın 9. ve 61. maddeleri anlamında bir tecavüzün gerçekleşip, gerçekleştirilmediğinin incelenmesi zorunludur. Ancak bu inceleme yaptırılırken, bulunduğu takdirde orijinal ürün ve Patent Enstitüsü'nden marka tescil belgelerinin onaylı suretleri, orijinal ürünün bulunmaması veya teminin*

[18] TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s.437, KÜÇÜKALİ, Canan; Marka Hukukunda Karıştırma Tehlikesi, Seçkin Yayınları, 1. baskı, Ankara 2009, s.65-66.

[19] DEMİR, Hatice Özge; TTK'daki İltibas İle 556 s. KHK'daki Karıştırılma İhtimali Kavramlarının Karşılaştırılması; Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006, s.111 (www.yok.gov.tr)

[20] DİKİCİOĞLU, s.197.

mümkün olmaması halinde ise anılan kurumdan marka tescil belgelerinin onaylı suretlerinin getirtilerek, taklit ürün ile karşılaştırılmalı inceleme yaptırılması gerekmektedir^[21].

Marka hakkına dayanan davacı tarafın bu hakkının kaynağı olan marka tescil belgesi incelenmeli, geçerliliğini koruyup korumadığı, hangi sınıflarda koruma sağladığı belirlenmeli ve marka tescil belgesinde yer alan görsel ile davalı tarafından kullanılan görsel ve davalı tarafından markanın kullanıldığı sektör karşılaştırılmalı, markasal kullanım başta olmak üzere görsellerin karşılaştırması yapılırken olabildiğince raporu somutlaştırma ve gerekçelendirmek anlamında görsellerin hangi unsurlarının ortak olduğu, ilk bakışta algılanan özelliklerinin neler olduğu, bu özelliklerin markanın asli korunan unsurlarından olup olmadığı, ortalama bir tüketici gözüyle halkı yanıltıp yanıltmadığı, markaların sahibi olan işletmeler arasında ekonomik bağlantı kurma ihtimalinin bulunup bulunmadığı belirlenmelidir.

Dosya talepleri arasında tanınmış marka iddiası var ise dosya içinde bunu belgeleyen evraklar incelenmeli ve markanın tanınmış marka olup olmadığı hususunda değerlendirme yapılmalıdır.

Mahkemece bilirkişiden tazminat hesabının yapılması da istenmişse, davacı tarafın Sınai Mülkiyet Kanunu mad.151 uyarınca yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında kullanılacak hesaplama yönteminin hangi belgelere dayandığı beyanı ile bağlı olarak ticari defter, emsal lisans sözleşmeleri de incelenmeli ve kazanç ya da gelir kayıpları hesaplanmalıdır.

Sınai Mülkiyet Kanunu mad.150 uyarınca itibar tazminatının hesaplanması istenmişse bu durumda, davalının ürün ve hizmet kullanımının davacı itibarında zarara yol açıp açamayacağı gerek dosya içinde bulunan deliller ve gerekse mahallinde mahkeme onayı ile yapılacak inceleme ile belirlenmelidir.

Bu hususlar dışındaki sair incelemeler hukukidir ve mahkeme tarafından irdelenmesi gerekmektedir. Bilirkişi bu hususlarda yorumda bulunamaz ve görüş bildiremez. (Örneğin taraflar arasında imzalanan bir sözleşmenin değerlendirilmesi, ihtarname içeriğinin değerlendirilmesi, itibar tazminatı alınıp alınmayacağına karar verilmesi gibi.)

Tescilli markanın iptalini isteyen davacı tarafın, tescilli markanın iptaline yol açtığını iddia ettiği marka kullanımına ilişkin evrakları incelenmeli ve buradaki markanın görsel kullanımı, markasal kullanımı, süresi, davalı markası ile benzerliği ve sektörü belirlenmelidir.

[21] Yargıtay CGK, 27.12.2005 tarih, 2005/7-143 E, 2005/169 K sayılı karar. (www.legalbank.net)

2.3.3 Karıştırma İhtimalinin İncelenmesi

Marka davalarında yapılan bilirkişi incelemelerinde bilirkişinin en çok görüşüne başvurulmuş “karıştırma ihtimali” olgusunun değerlendirilmesidir. Karıştırma ihtimali, halk gözüyle iki markanın sahiplerinin aynı kişi olduğu izleniminin olup olmadığının belirlenmesidir.

Karıştırma ihtimali, bir işaretin veya tescil edilmiş bir markanın, daha önce tescil edilmiş bir marka ile şekil, görünüş, ses, genel izlenim vs. sebeple ya aynı ya da benzer olduğu için hedef kitlede önce tescil edilmiş marka olduğu zannını uyandırması tehlikesidir. Karıştırma ihtimalinin varlığı için mütecevaz tarafından kullanılan işaretin tescil edilmiş markanın aynısı veya onun benzeri olması, aynı mal ve hizmetlerde kullanılması ve karıştırmanın halk yönünden olması şarttır^[22]. Bu nedenle karıştırma ihtimalinin tespitinde öncelikle markanın basılı olduğu ürünler ya da marka altında verilen hizmeti belirleyen fotoğraflar ya da orijinal ürünler ile marka tescil belgesinde yer alan marka karşılaştırılmalı ve mütecevaz olduğu iddia edilen markanın kullanıldığı sınıf ile tescil belgesine sahip markanın tescilli olduğu sınıflar incelenmelidir.

Markalar arasındaki karıştırma ihtimalinin tespit edilmesinde öncelikle markaların asli unsurlarının karıştırılıp karıştırılmadığı incelenmesi yapılmalıdır. Markanın asli unsuru, ayırt edici özelliği olan ve markada mutlaka bulunması gereken esas unsurdur. Bu unsur, tek bir sözcük, yazı, resim, şekil, renk veya bunların oluşturduğu bir kompozisyon olabilir ve kanun uyarınca da sınırlayıcı değildir. Tali unsur ise, asli unsurun yanında ve asli unsur ile birlikte kullanılan diğer unsurlardır ve markada bulunma zorunluluğu da yoktur. Asli unsur tali unsur ayrımı, ilk bakışta markada neyi gördüğümüz ile ilgilidir ve kural olarak asli unsur ayırt edici olduğu takdirde karıştırma tehlikesi de yoktur^[23]. Ancak asli unsur farklı olmasına rağmen markanın diğer özellikleri örneğin rengi, logosu, ambalajı, yazı karakteri taklit edilmiş ise bu durumda yine ilk algılanan unsur dikkate alınmalıdır. Bazı durumlarda da markaların asli unsurları aynı olmasına rağmen ayırt edici özellikleri olduğu için markaların karıştırılması mümkün değildir. Bunun en çarpıcı örneği dört tane M harfini içeren markadır. “McDonalds” markasının, “Motorola” markasının, “Migros” markasının ve “Maret” markasının asli unsur ve logo olarak kullandıkları M harfleri, aslında aynı harften oluşmaktadır. Fakat özel tasarımı şekilleri ve markanın kullanımı ile her bir ayırt edici özellik kazanmıştır ve halk gözünde karıştırılma ihtimalleri

[22] TEKİNALP, s.436-437.

[23] KÜÇÜKALİ, Canan; Marka Hukukunda Karıştırma Tehlikesi, Seçkin Yayınları, 1. baskı, Ankara 2009, s.70-71.

yoktur. O nedenle markalar arasında karıştırma ihtimalinin tespitinde net bir sınır çizmek ve net ölçüler belirlemek mümkün değildir.

Karıştırma ihtimalinin belirlenmesinde halkın karıştırma ihtimali önemlidir. Halk, o ürünü kullanan ya da kullanma ihtimali olan kişilerdir. Dolayısı ile halkın belirlenmesinde de tüketici profilleri esas alınmalıdır. Bu da yine markanın kullanıldığı ürün ya da hizmet ile alakalıdır. KÜÇÜKALİ tarafından halk yani muhtemel alıcı grupları, her kesimden alıcılar, özel bir veya birkaç alıcı grubu ve uzmanlık sahibi alıcılar olarak sınıflandırılmıştır. Her kesimden alıcı yani ortalama tüketici, günlük tüketim maddelerinde dikkatli davranmaz ancak özel nitelikli malların tüketiminde durum farklıdır. Örneğin yüksek değerli makineler ve otomobillerde daha dikkatlidir ve özenle araştırır. Özel alıcı grubu ise piyasadaki bazı ürünlerin alıcılarıdır. Örneğin tekerlekli sandalyeler ya da iştirme cihazları gibi. Dolayısıyla bu tür bir tüketiciye hitap eden markalarda bu tüketici grubunun profili dikkate alınmalıdır. Uzman olan alıcı gruplarına da en tipik örnek ise ilaç markaları ve bu ilaç markaları konusunda uzman olan doktorlardır^[24]. YASAMAN'a göre, bir olayda iltibasın söz konusu olup olmadığının tespiti için inceleme markanın kullanıldığı mal veya hizmetin hitap ettiği tüketici kitlesi ve bu kitle içinde yer alan ortalama tüketici ölçüt alınarak yapılmalıdır^[25].

Marka uyumsuzluğuna konu markalar ve ürünler arasında karıştırılma ihtimalinin olup olmadığının nasıl değerlendirileceği hususunda Yargıtay'ın emsal kararları ve görüşleri belirleyici olmaktadır.

Yargıtay 11.HD, 11.09.2000 tarih, 2000/5607 E, 2000/6604 K nolu kararında, "güler" ve "ülker" kelimelerinin birbirinden farklı olmasına rağmen yazılış biçimi ve tüm görsel ve grafolojik özellikleri itibarı ile karıştırma ihtimali yarattığını belirtmiştir. Karara göre, *"..dava haksız rekabet ve markaya tecavüzün önlenmesi ile marka terkinin istemine ilişkindir. Davalının 16.08.1993 tarihinde "güler" markasını kendi adına tescil ettirdiği, ancak emtiaların satışı sırasında ambalaj ve tanıtım vasıtalarında, "güler" markasının yazılış biçimi tüm görsel ve grafolojik özellikleri ile gözde bıraktığı genel intiba yönünden davacının tescilini "ülker" Markası ile iltibas yaratacak şekilde kullandığı anlaşılmış olup, nitekim bu husus mahkemenin de, kabulündedir. Öte yandan Davalıya ait Güler markasının tescil belgesindeki yazılış şekli (dizaynı, harflerin dizilişi) nin de, davacının Ülker markası ile çok benzer olduğu ve her iki markanın aynı emtia sınıfında kullanıldığı, dolayısıyla davalının markayı bu şekilde kullanmasının 556 sayılı KHK. nin*

[24] KÜÇÜKALİ, s.121-124.

[25] YASAMAN, Hamdi; Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku İle İlgili Makaleler Hukuki Mütalaalar Bilirkişi Raporları II, Vedat Kitapçılık, 1. baskı, İstanbul 2012, s.264.

9/b maddesi hükmüne aykırılık oluşturduğu saptanmıştır. Bu durumda anılan Kararname'nin 42 nci maddesi uyarınca, markanın hükümsüzlüğü ve terkinine karar verilmek gerekirken, davacının bu yöne ilişkin istemi doğru görülmemiş ve kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir^[26].

Yargıtay 11.HD, 12.06.2008 tarih, 2007/5920 E, 2000,8/7810 K nolu kararında, tescilli bir markaya ait tali unsurun, kendi markasının asli unsurundan büyük yazılması durumunda markaya tecavüz oluşacağına hükmetmiştir. Karar göre “..mahkemece iddia, savunma, benimsenen bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre davalının tescilli markasının bulunmadığı, davalının ürünler üzerindeki etikete “senso” kelimesini “oxi action” ibaresinden küçük yazarak ilk bakışta ürün üzerinde “oxi action” yer aldığı izlenimi yarattığı, bu şekilde kullanımın 556 sayılı KHK'nın 12.maddesi anlamında dürüst kullanım kapsamında kabul edilmeyeceği, davacının markasının anılan KHK'nın 9.madde anlamında benzerini davalının kullandığı, davalı eylemi bir bütün olarak değerlendirildiğinde, davacının marka hakkına tecavüz ettiği ve haksız rekabette bulunduğu gerekçesiyle davanın kabulüne, usul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına karar verilmiştir”^[27].

Yargıtay 11.HD, 01.04.2003 tarih ve 2002/11502 E, 2003/3119 K sayılı başka bir kararında da, markada esaslı unsurun farklı olmasına rağmen kullanılan tali unsurun ve yazı şekli ile renginin benzer olmasını karıştırma ihtimalinin varlığı şeklinde değerlendirmiş ve haksız rekabet teşkil ettiğine karar vermiştir. Buna göre, “..davacının tescilli “Pınar Beyaz” markasına davalıların “Kerem Beyaz” markasının haksız rekabet teşkil etmesi nedeniyle davalıların haksız rekabetinin önlenmesine, davacının tescilli “Pınar Labne” markasına davalıların üreterek satışa sundukları “Kerem Labne” markasının ilk bakışta iltibasa meydan verecek benzerlikteki yazı şekli ve renkte kullanıldığı anlaşıldığından ve davalıların bu şekildeki kullanımları haksız rekabet oluşturduğundan davalıların bu sözcüğü iltibas yaratacak şekildeki kullanımlarının men'ine, her iki ürünlerdeki ambalaj, kapak ve etiketlerin toplatılmasına ve imhasına, (2.500.000.000) TL manevi tazminatın davalılardan tahsiline dair verilen mahkeme kararı onanmıştır”^[28].

Yargıtay 11.HD, 2001/4623 E, 2001/6954 K sayılı başka bir kararında ise, markada tali unsur olarak kullanılan kelimenin iltibas oluşturmadığını belirtmiştir. Buna göre, “..Ancak, dava marka haklarına tecavüz, ve haksız

[26] Yargıtay 11.HD, 11.09.2000 tarih, 2000/5607 E, 2000/6604 K nolu kararı. (www.legalbank.net)

[27] Yargıtay 11.HD, 12.06.2008 tarih, 2007/5920 E, 2000,8/7810 K nolu kararı. (Aktaran NOYAN, s.748).

[28] Yargıtay 11.HD, 01.04.2003 tarih ve 2002/11502 E, 2003/3119 K sayılı kararı (www.legalbank.net)

rekabetin önlenmesi ile manevi tazminata ilişkin olup, 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin marka olarak tescil edilemeyecek işaretleri düzenleyen 7/c maddesi gereğince, cins, çeşit, vasıf, kalite belirten işaret ve adlandırmaları münhasıran veya esas unsur olarak içeren markaların tescil edilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Oysa, davacının marka olarak tescil ettirdiği “Pınar Labne” ibarelerinden oluşan markasındaki “Labne” sözcüğünün, özellikle Ortadoğu ülkelerinde çok bilinen iştah açıcı aperiatif olarak tüketilen yoğurtlu bir peynir cinsi olduğu, hatta Suudi Arabistan tarafından standartlarının dahi belirlendiği dosya kapsamında anlaşıldığından cins ve çeşit belirten bu kelimenin bir kişinin inhisarına verilmesi mümkün değildir. Bir başka deyişle, bu sözcüğün haksız rekabet hükümlerine uyulmak koşulu ile bir başkası tarafından markanın tali unsuru olarak kullanılması mümkündür. Davalı tarafın, davacıya ait “Pınar Labne” ibaresindeki “Labne” sözcüğünü ilk bakışta itibasa meydana verecek bir benzerlikteki yazı şekli, renk ve şekilde kullandığı anlaşıldığından, mahkemece bu sözcük ve marka yönünden haksız rekabet hükümleri yönünden verilen kararda bir isabetsizlik görülmemiş ise de, cins ve çeşit belirtilen bu sözcüğün tamamen yan unsur olarak dahi davalı tarafından kullanılmasını önlere şekilde yazılı olduğu gibi karar verilmesi doğru olmamıştır”^[29].

Yukarıda ayrıntıları verilen Yargıtay 11.HD, 01.04.2003 tarih ve 2002/11502 E, 2003/3119 K sayılı kararı ile aynı dairenin 20.09.2001 tarih, 2001/4623 E, 2001/6954 K sayılı kararlarında şu değerlendirme unsuru dikkati çekmektedir. Markada yer alan tali unsur, başka ek unsurların (yazı şekli, logo, renk) desteği ile tescilli markaya benzetilebilir şekilde kullanılmış ise, asli unsur farklı olsa bile markalar arasındaki karıştırma ihtimalinin varlığından söz edilecektir. Burada, ürün kullanıcı tüketici KÜÇÜKALİ'nin^[30] de belirttiği gibi günlük ihtiyaçlarının karşılanmasında daha az dikkatli olduğu, asli unsur farklı olsa bile renk, yazı karakteri, ambalaj benzerliği gibi hususları ilk olarak algılayıp markaları birbirine karıştırabileceği hususu gözetilmelidir. Örneğin ürün kullanıcısı, üzerinde tali marka olarak kullanılan “kakao tadında içecek” yazan bir ürünü, “kakao” kelimesi büyük harfle ve baskın bir renk tonuyla yazıldığı için sadece “kakao” gibi algılayarak satın alabilmektedir.

Yargıtay 11.HD, 08.07.2008 tarih ve 2007/1829 E, 2008/9185 K sayılı kararında, davacı adına hem ticaret sicil ve hem de marka kaydı bulunan “sahil” markası ile şehirlerarası yolcu taşımacılığı yapan davacı, “sahil yıldızı” markası ile aynı hat ve güzergahta yolu taşımacılığı yapan davalıya haksız rekabet ve

[29] Yargıtay 11.HD, 20.09.2001 tarih, 2001/4623 E, 2001/6954 K sayılı kararı. (www.legalbank.net)

[30] KÜÇÜKALİ, s.121.

markaya tecavüz iddiası ile dava açmış, davalı taraf ise markasından esas unsurun “yıldız” kelimesi olduğunu, fiilen markayı kullanmadıklarını bildirmiş ve davanın reddini istemiştir. Mahkemece yapılan yargılama sonucunda davalı markasında kullanılan “sahil” kelimesinin silinmesine ancak kullanım olmadığından manevi tazminatın reddine karar vermiş ve bu karar Yargıtay’ca da onanmıştır.^[31]

Yargıtay 11.HD, 2010/15775 E nolu başka bir kararında da markalar birbirinden tamamen farklı olsa da ürünlerin ambalaj ve desenlerinin benzer olmasından dolayı markaya tecavüzün tespitini ve önlenmesini talep etmiş, mahkeme de markaların benzememesinden dolayı markaya tecavüz olmadığını ancak ürün ambalajlarının ayırt edilemeyecek kadar benzer olmasından dolayı haksız rekabetin varlığına dair karar vermiş ve bu karar 11.HD tarafından da onanmıştır. Karar uyarınca, “..Davacı vekili, tanınmış “CALGON” markasının hem kelime hem de ambalaj deseni olarak müvekkili adına tescilli olduğunu, davalının “PEROS” markalı ürünlerini ambalaj ve desen olarak müvekkiline ait ürünlerle aynı ve benzer olacak şekilde piyasaya sürdüğünü, ürün kutusunun iltibasa sebebiyet verdiğini, haksız rekabet yarattığını belirterek taklit üretim ve markaya tecavüzün tespiti ve tecavüzün önlenmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, ürün ambalajlarının farklı olduğunu, iltibas tehlikesinin bulunmadığını, davacının ürün ambalajı bakımından tasarım tescil belgesine sahip olmadığını ve ambalajındaki desen ve rengin davacıya inhisari hak sağlamayacağını belirterek davanın reddini istemiştir. Mahkemece, iddia, savunma, toplanan deliller ve tüm dosya kapsamına göre, davalıya ait “PEROS” markasının davacı markasına görsel ve işitsel olarak benzemediği, ancak tarafların ürün ambalajının ayırt edilemeyecek kadar benzer olup, karıştırma ihtimalinin bulunduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulü ile markaya tecavüze ilişkin talebin reddine, davalının ürün ambalajının davacının ürün ambalajı ile iltibas oluşturacak şekilde kullanımının haksız rekabet oluşturması nedeniyle taklit ambalaj kullanımının önlenmesine karar verilmiştir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.^[32]

Uygulamada sıklıkla karıştırılan unsurlardan biri de ticaret ünvanlarının markasal olarak kullanımınıdır. Marka, ticari işletmenin mal veya hizmetini diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmek amacı güderken, ticaret ünvanı ticari işletmeyi diğer işletmelerden ayırt etmek amacıyla hizmet etmektedir. Bu

[31] Yargıtay 11.HD, 08.07.2008 tarih ve 2007/1829 E, 2008/9185 K sayılı kararı. (Aktaran NOYAN, s.735).

[32] Yargıtay 11.HD, 17.04.2012 tarih, 2010/15775 E, 2012/6253 K sayılı kararı. (www.legalbank.net)

amaçsal farklılık, kural olarak bir ticaret ünvanı ile aynı ibareyi taşıyan markanın varlığına izin vermekte ve bu ibarenin “amacına uygun” kullanılması halinde tecavüz meydana gelmemektedir. Ancak bu işaretler amaçlarına ve işlevlerine uygun bir şekilde kullanılmaz ise tecavüzün mevcudiyeti söz konusu olacaktır^[33]. Markasal kullanım, bir anlamda resmi kayıtlı ticaret ünvanının, kısaltılarak marka şeklinde kullanılmasıdır. Örneğin Yıldız İnşaat Yapı Malzemeleri Sanayi Ltd. Şti. ünvanı ile ticaret siciline kayıtlı olan şirketin, ünvanını “Yıldız İnşaat” şeklinde özel yazı stili, renkler ve logo ile kullanması, ön plana çıkartması markasal kullanım olarak adlandırılmaktadır.

Nitekim Yargıtay 11.HD’de markasal kullanıma atıf yapmış ve ticaret ünvanlarının tescilli oldukları halinden daha kısa olarak kullanılmalarını markasal kullanım olarak nitelemiş ve markasal kullanımın markaya tecavüz teşkil ettiğini hükme bağlamıştır. Buna göre, “..Dava, davalının tescilli ünvanı içerisinde geçen “TACAR” ibaresinin davacının tescilli markası olduğu, davalının ünvanını tescil ettirdiği şekilde kullanmadığı, anılan ibareyi öne çıkartarak marka gibi kullanması suretiyle marka hakkına tecavüz ettiği iddiasına dayalı olarak davalı ünvanının terkinine, davacı markasına tecavüzün tespit ve önlenmesine ve diğer fer’i istemlere ilişkindir. Her ne kadar mahkemece davalının ticaret ünvanı kullanımının yasal olduğu davacı markasının tecavüz olmadığı sonucuna varılmış ise de, davacın ünvanının tescil ettirdiği şekilde ünvan olarak kullanmamış, kullanımlarında davacının tescilli markası ön plana çıkartılmış ve vurgulanmış olduğundan, davalının ünvanını tescil ettirdiği şekilde kullanmadığının ve davacının markasından yararlanmak amacıyla markasal olarak kullanma arzusunda olduğunun kabulü gerekir. Hükme esas alınmayan bilirkişi raporunda açıklandığı üzere, 556 sayılı KHK’nın 9. maddesini davalı ihlal etmiş olup, 61/a bendinde yer alan marka tecavüz hali gerçekleşmiştir. “Naviga” dergisinde de “TACAR” ibaresi ön plana çıkartılarak ve büyük harflerle yazılmak suretiyle davacının marka hakkına tecavüz edilmiştir. Ünvanını kısaltarak kullanan davalının amacının davacı markasından yararlanmak olmadığı, dergide amacın ürünlerin teknik özelliklerine ve bunların firmalarını tanıtmak, markayı öne çıkartmak olmadığı söylenemez. Dergideki ürünlerin yerleşim biçimine davalının katkısı ve talebi olmadığına yönelik Dergi’nin verdiği cevap, davalının bu kullanıma onay vermesi ve karşı çıkmayarak benimsemesi karşısında, davalı eylemini markaya tecavüz olmaktan çıkaramaz, iltibas oluşmuş olup, en azından iltibas olasılığı mevcuttur. Davacı markasının şekil ile beraber oluşturduğu kompozisyonun korunduğu, davalı kullanımının markanın şekil ve kaligrafik unsurlarını taşımadığı gerekçesinde de isabet bulunmamaktadır. Baskın

[33] YASAMAN, Hamdi; Marka Hukuku İle İlgili Makaleler Hukuki Mütalaalar Bilirkişi Raporları IV, Vedat Kitapçılık, 1.baskı, İstanbul 2012, Zara Markası Bilirkişi Raporu; s.651.

unsur ve vurgu “TACAR” ibaresi üzerinde toplanmış olup, bunun ön plana çıkarılmış olması, marka tecavüz edilmesi bakımından yeterlidir. Davalının kartvizit üzerindeki kullanımı, fuar standındaki kullanım şekilleri, Dergi'deki kullanım tarzı, Bakırköy Sulh Hukuk Mahkemesi'nde belirlenen kullanım, internet site adındaki kullanım ve hazırlık dosyasında belirlenen kullanım şekilleri davacının marka hakkına tecavüz oluşturmaktadır”^[34].

2.3.4 Tazminat Hesaplamaları

Marka uyuşmazlıklarında maddi tazminat (yoksun kalınan kazanç) ve itibar tazminatı hesaplamaları bilirkişiler tarafından yapılmaktadır.

Sınai Mülkiyet Kanunu mad.151 uyarınca yoksun kalınan kazanç, zarar gören marka sahibinin seçimine bağlı olarak, marka hakkına tecavüz edenin rekabeti olmasaydı, marka sahibinin markanın kullanması ile elde edilebileceği muhtemel gelire göre, marka hakkına tecavüz edenin, markayı kullanmak yoluyla elde ettiği kazançta göre ya da marka hakkına tecavüz edenin, markayı bir lisans anlaşması ile hukuka uygun şekilde kullanmış olması halinde ödemesi gereken lisans bedeline göre hesaplanır. Bu seçimlik haklardan hangisinin kullanılacağını davacı tayin eder ve mahkemeye bildirir. Davacı bunlardan birini seçmek zorundadır^[35]. Marka sahibinin yani davacının söz konusu üç yöntemden başkasını seçmesi mümkün değildir. Bunlardan birisi seçildikten sonra kural olarak bundan vazgeçip serbestçe diğer yönteme başvurulamaz^[36]. Ancak ARKAN, seçimini yapan davacının sonradan bu seçiminden vazgeçerek zararının 151'de belirtilen diğer bir yönteme göre hesaplanmasını isteyebileceği görüşündedir^[37]. Kanaatimizce, seçimlik hakkını kullanan davacı, daha sonra bu seçimini değiştirememelidir. Zira, YASAMAN'ın da belirttiği gibi, davacı müddeabihin artırılması amacına yönelik bir değiştirme yapamamalıdır. Ayrıca, davacının seçimlik hakkını kullanıp hesaplama yöntemini belirlemesinden sonra mahkeme ve bilirkişi o yöntem ile ilgili belge incelemesi ve hesaplama yapacaktır. Bu hesaplama sonrası yöntemin değiştirilmesi ise yeniden bir

[34] Yargıtay 11.HD, 05.04.2010 tarih, 2008/8488 E, 2010/3849 K sayılı karar. (www.legalbank.net)

[35] TEKİNALP, s.501.

[36] YASAMAN, Marka Hukuk İle İlgili Makaleler Hukuki Mütalaalar Bilirkişi Raporları III, 1. baskı, İstanbul 2008, Marka Hukukunda Markaya Tecavüz Halinde Tazminat Talepleri, s.5.

[37] ARKAN, Sabih; Marka Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1997, C.2, s.245.

bilirkişi incelemesini gerektirecek olup hem usul ekonomisine aykırıdır ve hem de davanın uzamasına yol açacaktır.

Yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında, özellikle markanın ekonomik önemi, marka hakkına tecavüz edildiği anda geçerlilik süresi ve tecavüz sırasında markaya ilişkin lisansların sayısı ve çeşidi gibi etkenler göz önünde tutulur. Bu etkenler tahdidi değildir^[38]. Dolayısıyla bilirkişinin, davacı tarafın mad 151’de sayılan yoksun kalınan kazancın hangi hesap yöntemine göre istediği belirlenmeli ve hesaplama ona göre yapılmalıdır.

Yargıtay 11.HD, bu hesaplama yönteminin davacı tarafından seçilmemesini bozma sebebi olarak görmüştür. Bu karara göre, “..Davacılar vekili maddi zarar istemini 556 sayılı KHK’nin 66. maddesine dayandırmıştır. Anılan düzenlemede yoksun kalınan kazancın istenme ve hesaplanma usulleri belirtilmiştir. Marka sahibinin elde edeceği muhtemel gelir, tecavüz edenin elde ettiği kazanç veya lisans bedeli, yoksun kalınan kazanç karşılığı olarak düzenlenmiştir. Mahkemece yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda düzenlenen raporda davacılar vekilinin belirttiği yasal düzenlemede ifade edilen üç usulden hangisine dayandığı açıklattırıldıktan sonra maddi tazminatın tespitinin yapılacağı belirtilmiştir. İstemini açıklaması için kendisine süre verilen davacılar vekili, aynı zamanda bilirkişi raporuna karşı beyanlarını içeren dilekçesinde bu husustaki tercihini tam olarak ifade etmiş değildir. O halde mahkemece, davacılar vekiline 556 sayılı KHK’nin 66. maddesinde yoksun kalınan kazancın belirlenmesine ilişkin usullerden hangisine dayandığını tereddütsüz şekilde açıklattırılması, maddi tazminat bakımından uzman bilirkişi vasıtasıyla incelemesi yaptırılması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle hüküm kurulması doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir”^[39].

11.HD’nin, 2001/10185 E sayılı bir başka kararı uyarınca da “..mahkemece, davacının yoksun kalınan kazançta dair maddi tazminat isteminin açıklattırılması, bundan sonra ise, dosya içerisine gerekli belgeler getirtilerek, gerektiğinde kayıtları incelenmesi gereken şirket merkezinde uzman bilirkişilere inceleme yaptırılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve hatalı değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm tesisi yerinde görülmediğinden kararın bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmiştir”^[40].

[38] TEKİNALP, s.501.

[39] Yargıtay 11.HD, 02.06.2005 tarih, 2004/7923 E, 2005/5758 K sayılı karar. (www.legalbank.net)

[40] Yargıtay 11.HD, 07.03.2002 tarih, 2001/10185 E, 2002/2000 K sayılı karar. (www.legalbank.net)

Maddi tazminat, bir kimsenin malvarlığında irade dışı eksilmenin, diğer bir ifadeyle maddi zararın giderilmesi için sorumlu kişi tarafından yerine getirilmesi gereken ve para ile ifade edilebilen bir edimdir^[41]. Mad.151'deki düzenleme, TBK'nun mad.49 ve devamında düzenlenen haksız fiile ilişkin düzenlemeleri ile aynı doğrultuda, marka hakkı sahibinin markasına tecavüz dolayısıyla uğradığı zararın hem fiili kayıp hem de yoksun kalınan kazançtan oluşacağını kabul etmektedir^[42].

2.3.4.1 Muhtemel Gelire Göre Tazminat Hesaplaması

Yoksun kalınan kazancın Sınai Mülkiyet Kanunu ile düzenlenmiş ilk hesaplama yöntemi muhtemel gelire göre hesaplama yöntemidir. Burada, bilirkişi, marka hakkına tecavüz edenin rekabeti olmasaydı, marka sahibinin markanın kullanması ile elde edilebileceği muhtemel geliri hesaplamak durumundadır. Ancak, bu usul ispat açısından büyük güçlükler içerir. Çünkü mal veya hizmet ticaretinde gelir sağlayan tek unsur "marka" değildir. Uygulanan pazarlama teknikleri, kadro, kullanılan araçlar, yönetim, organizasyon etkinliği, verimlilik, satış sonrası hizmetler gibi diğer etkenler ciroyu, ciro da geliri etkiler^[43].

Bu yöntemle göre yoksun kalınan kazanç hesabında öncelikle davacı marka hakkı sahibinin ticari defterleri üzerinde ayrıntılı bir inceleme yapılmalı ve davacının tecavüz öncesi dönemlerdeki kar oranları ile yıllara göre bu oranlardaki artış tespit edilerek hesaplamada bu oranlar gözetilmelidir. Bu oranlar tespit edildikten sonra geçmiş yıllardaki kar oranları ve bu oranların oluşturduğu grafik gözetilerek davacının tecavüzün gerçekleştiği dönemde eğer markaya tecavüz meydana gelmeseydi kar durumunun ne olabileceği belirlenip aradaki fark yoksun kalınan kazanç olarak belirlenecektir. Görüldüğü üzere bu hesap yöntemi varsayımsal bir hesap yöntemi olduğu için ticari defterler incelenerek geçmiş yıllara ait karlılık oranları grafiğinin hazırlanması büyük önem taşımaktadır^[44].

Yargıtay 11.HD, 16.05.1995 tarih, 1995/2575 E, 1995/3800 K sayılı kararında muhtemel gelire göre kazanç hesaplamasının nasıl yapılacağına dair hüküm kurmuştur. Buna göre "*..dava, 24.09.1992 tarihinde açıldığı halde, tazminat hesabında davacının 1992 ve 1993 yılları kıyaslanarak net karındaki*

[41] TANDOĞAN, Haluk; Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961, s.78 (Aktaran ORUÇ, s.108).

[42] GÖNEN, Coşku; Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın Talebi, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s.49.

[43] TEKİNALP, s.502.

[44] GÖNEN, s.68.

azalma esas alınmıştır. Oysa tazminat hesabında dava tarihinden sonraki durum değil, davadan önceki durum dikkate alınır. Kaldı ki bilirkişi raporu esas alınsa dahi raporda net karda azalma olduğu belirtilmesine rağmen, gayri safi karda artış olduğu belirtildiğinden, net kardaki azalmaya neden olan gider artışında davalının ne gibi katkısı olduğu açıklanmamıştır. Bundan başka, aynı yıllar için davalının karındaki cüzi artışın tazminat hesabında etkisi üzerinde durulmamıştır. Bu durumda mahkemece yetersiz bilirkişi raporuna göre karar verilmesi doğru görülmediğinden hükmün davalı yararına bozulması gerekmektedir”^[45].

2.3.4.2 Mütecevizin Elde Ettiği Kazanca Göre Hesaplama

Sınai Mülkiyet Kanunu mad.151’de sayılan yoksun kalınan kazancın hesaplama yöntemlerinden biri de, marka hakkına tecavüz edenin (mütecevizin), elde ettiği net kazanca göre hesaplama yöntemidir. Bu yöntem de tıpkı muhtemel gelire göre hesaplama yönteminde olduğu gibi hesaplamada benzer güçlükler içerir. Bu yöntemde, söz konusu kazanca ulaşabilmek için gelirin oluşumunda rol oynayan, marka dışındaki tüm faktörlerin ayıklanması gerekir. Böyle bir hesaplama da çok zordur^[46].

Yoksun kalınan kazanç miktarının mütecevizin markayı kullanmak yolu ile elde ettiği kazanca göre belirlenmesi yönteminde talebe konu kazanç, mütecevizin markayı kullanmak yolu ile elde ettiği net gelirdir. Ancak, Yargıtay 11.HD’nin 04.10.2001 tarih, 2001/5462 E, 2001/7409 K sayılı kararı^[47] uyarınca, bunun “markanın kullanılmasıyla elde edilen muhtemel gelir” olarak anlaşılması gerekir.

Bu yöntemin seçilmiş olması halinde bilirkişi, öncelikle davalı tarafın, ticari defterlerini inceleyerek tecavüz öncesi dönemin ve tecavüz sonrası dönemin kar-zarar grafiği çıkartılmalı ve bu grafik dikkate alınarak davalının dönemsel kar ya da zarar artış oranları saptanmalıdır. Buna göre, davalının markayı kullanmak yoluyla gerçekleştirdiği ticari faaliyetleri sonucunda elde ettiği karda, önceki dönemlere göre elde ettiği kara göre bir artış gözlemleniyorsa bu artış yoksun kalınan kazancın hesabında dikkate alınacaktır^[48]. Yargıtay kararları da bu yöndedir.

[45] Yargıtay 11.HD, 16.05.1995 tarih, 1995/2575 E, 1995/3800 K sayılı kararı. (Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, yıl 2004, sayı 1, s.133-134.

[46] TEKİNALP, s.502.

[47] Aktaran TEKİNALP, s.502.

[48] GÖNEN, s.72.

Yargıtay 11.HD 13.03.2006 tarih, 2005/2840 E, 2006/2522 K sayılı kararı uyarınca, “..dava, marka hakkına tecavüz ve haksız rekabete dayalı maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Dosyaya sunulan bilgi ve belgelerin incelenmesinden, davacının 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 66/b maddesi uyarınca maddi tazminat olarak, yoksun kaldığı kazancı ve bu kazancın marka hakkına tecavüz edenin, markayı kullanmak yoluyla elde ettiği kazançta göre hesaplanması yöntemini seçtiği anlaşılmaktadır. Mahkemece, görüşüne başvuru- lan bilirkişi raporunda, davalının, davanın açıldığı 1999 yılında net kazancın % 25’i oranında kar elde ettiği kabul edilerek maddi tazminat hesabı yapılmış, davalı vekilince bu rapora karşı ileri sürülen esaslı itirazları değerlendirilmemiştir. Bu durum karşısında mahkemece, davalının bilirkişi raporuna karşı yaptığı esaslı itirazların değerlendirilmesi, özellikle bir şirket olan davalının bilanço ve defter kayıtlarına göre 1999 yılında ne kadar kar elde ettiğini gösterdiğinin tespit edilmesi ve sonucuna göre bir hüküm kurulması gerekirken, eksik incelemeye dayanarak yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir”^[49].

Yargıtay 11.HD, 2008/1536 E sayılı kararı, markaya tecavüz davalarında talep edilen maddi, manevi ve itibar tazminatına ilişkindir. Bu karar uyarınca, “..Davalı Edesan firmasının imalatçı diğer davalının ihracatçı sıfatıyla davacının markasının taklitlerini içeren emtiaları ihraç etmek isterlerken bu mallara gümrükte el konulduğu hususu çekişmesizdir. 556 sayılı KHK’nın 61/c maddesi uyarınca davalıların eyleminin marka hakkına tecavüz teşkil ettiği açıktır. Bu eylemin davacının satış tutarını olumsuz şekilde etkileyeceği kuşkusuzdur. Davalılar, davacının uğrayacağı zararı karşılamak durumundadırlar. Davacı vekili, maddi ve manevi tazminat istemini 556 sayılı KHK’nın 62, 66/b ve 67.maddelerine dayandırmış, maddi zararın karşılığı olarak davalıların markayı kullanmak yoluyla elde ettiği kazanç karşılığını istemiştir. Ancak, yazılı gerekçe ile maddi tazminat isteminin reddine karar verilmiştir. Ticari amaçla taklit markalı emtiaları elinde bulunduran davalılar davacının uğradığı zararı karşılamak durumundadırlar. Davacının imalatçı davalı hakkındaki davasını atıye terk etmiş olması, bu sonucu etkilemeyecektir. Kural olarak davacı maddi zararını ve tutarını ispat etmek zorundadır. Davalı ihracatçı firmanın defter ve kayıtları ile elde ettiği kazancın tespit edilmesi mümkündür. Şayet maddi zarar tutarı ispat edilemez ise, zarara uğradığı sabit olan davacının talep edebileceği tazminat tutarının BK’nun 42.maddesi uyarınca tespit edilmesi gerekmektedir. Bu durum karşısında, davacı vekilinin maddi tazminat isteminin reddi yönünde hüküm kurulması doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir. Ayrıca, 556 sayılı KHK’nın 62.maddesinde marka hakkı tecavüze uğrayan marka sabinin diğer istemlerinin yanı sıra manevi tazminat da talep

[49] Yargıtay 11.HD 13.03.2006 tarih, 2005/2840 E, 2006/2522 K sayılı kararı. (www.legalbank.net)

edebileceği düzenlenmiştir. Davalıların eylemleriyle davacı markasına tecavüz ettikleri sabit olduğuna göre, uygun bir manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği dikkate alınmadan yazılı şekilde karar verilmesi de yanlış olmuştur. Öte yandan, davacı vekili, davalıların eylemlerinden müvekkili markasının itibarının da zarara uğradığını ileri sürerek ayrıca tazminata karar verilmesini istemiştir. 556 sayılı KHK'nın 68. maddesinde marka hakkına tecavüz eden tarafından markanın kötü veya uygun olmayan bir şekilde kullanılması sonucunda, markanın itibarı belale uğrarsa, marka sahibinin, bu nedenle ayrıca bir tazminat isteyebileceği ifade edilmiştir. Maddi ve manevi tazminattan farklı olarak düzenlenen bu tür zarar istemine, 551 sayılı KHK'nin 142 ve 554 sayılı KHK'nin 54. maddelerinde de yer verilmiştir. Anılan tazminat, işletmeden ziyade doğrudan markanın itibarına yönelik meydana gelen zararın giderilmesi amacını gütmektedir. Bu tazminatın gündeme gelmesinde önemli olan husus, markanın itibarının zarar görmesidir. O halde, davacının itibar tazminatı istemi hakkında olumlu ya da olumsuz karar verilmemesi doğru görülmemiş, hükmün bu yönüyle de bozulması gerekmiştir^[50].

11. HD'nin, 2006/9700 E sayılı başka bir kararı uyarınca da, “..Dava, markaya tecavüz fiillerin durdurulması, maddi ve manevi tazminat istemlerine ilişkindir. Somut olayda davalının, davacının markasının taklitlerini içeren ürünleri ihraç etmek isterken bu mallara gümrükte el konulduğu hususu uyuşmazlık konusu değildir. 556 sayılı KHK'nin 61/c maddesi uyarınca davalının bu eyleminin marka hakkına tecavüz teşkil ettiği açıktır. Davacının satış tutarının olumsuz yönde etkileneceği kuşkusuzdur. Davalı, davacının uğrayacağı zararı karşılamak durumundadır. Davacı vekili, maddi ve manevi tazminat istemini aynı KHK'nin 62, 66/b ve 67. maddelerine dayandırmış, maddi zararın karşılığı olarak davalının markayı kullanmak yoluyla elde ettiği kazanç karşılığını istemiştir. Ancak, davalı defter ve kayıtlarının incelenmesinde elde edilen kazanç tespit edilememiştir. Bu durum karşısında, davacının zarara uğradığı sabit olduğuna ve bunun miktarı ispat edilemediğine göre, BK'nın 42. maddesi uyarınca uygun bir maddi tazminata karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile hüküm kurulması doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir. Ayrıca, 556 sayılı KHK'nin 62. maddesinde marka hakkı tecavüze uğrayan marka sahibinin diğer istemlerinin yanı sıra manevi tazminat da talep edebileceği düzenlenmiştir. Ancak, anılan KHK'de manevi tazminata hangi koşullarda hükmedileceğine ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. Bu istemin, genel hükümler arasında yer alan BK'nın 49 ve TTK'nin 58/1-e maddeleri kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Davalı, tacir olup basiretli şekilde hareket etmek zorundadır. Ticari işlerinde daha dikkatli ve özenli davranmak durumundadır. Öte yandan, BK'nın 49. maddesinde 3444 sayılı yasa ile yapılan değişikle manevi

[50] Yargıtay 11.HD, 11.05.2009 tarih, 2008/1536 E, 2009/5629 K sayılı kararı. (www.legalbank.net)

tazminata karar verilmesi için artık kusurlu olma hali yeterli görülmüştür. O halde, davalının eylemleriyle davacı markasına tecavüz ettiği sabit olduğuna göre uygun bir manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği dikkate alınmadan yazılı şekilde karar verilmesi de yanlış olmuştur^[51].

2.3.4.3 Lisans Örnekesmesi Yöntemine Göre Hesaplama

Sınai Mülkiyet Kanunu mad.151 uyarınca yoksun kalınan kazanç miktarının hesaplanabilmesi için son yöntem de lisans örnekesmesi yöntemidir. Buna göre, marka hakkına tecavüz edenin, markayı bir lisans anlaşması ile hukuka uygun şekilde kullanmış olması halinde ödemesi gereken lisans bedeline göre yoksun kalınan kazanç hesaplanabilir. Doktrinde “lisans örnekesmesi^[52]” olarak kullanılan bu hesap yöntemine “varsayımsal lisans bedeli^[53]” de denmektedir.

Kanunu koyucu, bu hüküm ile götürü bir tazminat öngörmüştür. Tazminatın götürü nitelikte olması, davacı bakımında ispat kolaylığı getirmektedir^[54].

Bu yöntemde göre bilirkişi incelemesi yapılıp, yoksun kalınan kazanç miktarının belirlenebilmesi için emsal araştırması yapılması ve objektif bir lisans bedelinin belirlenmesi gerekir. Yargıtay görüşü de bu yöndedir.

Yargıtay 11.HD, 18.09.2003 tarih, 2003/1774 E, 2003/7915 K sayılı kararı uyarınca “..dava marka hakkına tecavüz nedeniyle uğranılan zararın tazmini istemine ilişkindir. Davacı vekili dava dilekçesinde açıkça 556 sayılı KHK'nin 66/c ve 67nci maddeleri hükümlerine dayanarak tecavüze uğrayan markanın bir lisans sözleşmesiyle davalıya verilmiş olması halinde elde edebilecek kazancın tahsilini talep etmiştir. Mahkemece, bu yönde bilirkişi incelemesi yapılmış ise de, alınan rapor maddi tazminatın hesabı yönünden yeterli bulunmadığı gibi davacı tarafça itiraza da uğramıştır. Bu durumda mahkemece, dosyanın İstanbul Ticaret veya Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesine gönderilerek marka konusunda uzman bilirkişilerce ve gerekirse Ticaret Odası'ndan sorularak davaya konu markanın emsali bir markanın lisans bedelinin tesbit ettirilmesi, bunun tesbit edilememesi halinde davacının lisans bedeli olarak isteyebileceği tazminatın objektif verilere dayandırılarak tesbiti ile oluşacak sonuç çerçevesinde bir karar verilmek gerekirken,

[51] Yargıtay 11.HD, 08.10.2007 tarih, 2006/9700 E, 2007/12510 K sayılı kararı. (www.legalbank.net)

[52] TEKİNALP, s.502.

[53] GÖNEN, s.75, YASAMAN/YÜKSEL, Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, Vedat Kitapçılık, 1.baskı, İstanbul 2004. C.2, s.1174.

[54] YASAMAN/YÜKSEL, C.2, s.1174.

yetersiz bilirkişi raporuna dayanarak yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş ve kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir^[55].

Bu yönetime göre hesaplama yapılırken markanın tanınmışlığı, verdiği lisansın münhasır olup olmadığı, lisans sayısı gibi etkenler de dikkate alınmalıdır^[56].

2.3.4.4 İtibar tazminatı hesaplaması

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu mad.150, marka hakkına tecavüz eden tarafından hakka konu ürün veya hizmetlerin, tecavüz eden tarafından kötü şekilde kullanılması veya üretilmesi, bu şekilde üretilen ürünlerin temin edilmesi yahut uygun olmayan bir tarzda piyasaya sürülmesi sonucunda markanın itibarı zarara uğrarsa, marka sahibi, bu nedenle, ayrıca tazminat isteyebilir hükmünü içermektedir.

İtibar, marka ile inşa edilen “imaj” ı ifade etmektedir. İtibarın zararı ise, inşa edilen ya da edilmekte olan imajın zedelenmesi ve istisnaen çökmesidir. İtibar tazminatı, maddi ve manevi tazminatın özelliklerine benzer özellikler gösterse de her ikisinden de ayrılır. İtibar tazminatında fiili zarar ve yoksun kalınan kar yoktur. Burada imge ve güven kurmanın maliyeti vardır ve bu maliyet talep edilmektedir^[57].

İtibar tazminatının hesaplanmasında, imaj ve güven hasarının onarılması için gerekli ilan, reklam ve kampanya maliyetleri hesaplanmalıdır. Örneğin Türkiye çapında yaygın olan bir pizza markasının, markasını oturttuğu ana zemin, “pizzaların müşteriye sıcak ulaştırılması” ise, pizza markasını taklit eden ya da haksız kullanan müteceviz, bu imaja aykırı davranıp pizza markasına zarar verdi ise bu hususun tamiri için itibar tazminatı istenebilir. Burada, pizza markasının müşteri çevresinde oluşan bu olumsuzluğu yok edebilmesi için reklam kampanyasına, yeni reklam malzemelerine ve gerekirse de promosyonlara ve hatta fiyat indirimine gitmesi gerekebilir. Durumun ve markanın kullanıldığı alanın gereğine göre bu giderlere araştırılmalı ve hesaplanmalıdır.

YASAMAN, Betty Spaghetty Markası Bilirkişi Raporu’nda, “*..dava dosyasından anlaşıldığı üzere, davalı şirketlerin satışa sunduğu oyuncaklar, davacı şirketin oyuncaklarının birer taklididir. Davacı şirketin markası tecavüze uğramıştır. Markanın üzerinde bulunduğu ürünlerin ambalajlarında ve kalitesinde, dolayısıyla*

[55] Yargıtay 11.HD, 18.09.2003 tarih, 2003/1774 E, 2003/7915 K sayılı kararı. (www.legalbank.net)

[56] TEKİNALP, s.502.

[57] TEKİNALP, s.506.

ürünün sunumu bakımından fark bulunmaktadır. Fikrimizce davalı şirketin itibarı zarara uğramıştır. Ancak bunun tam olarak tespit edilmesi için ürünlerin kalitesi açısından da bir inceleme yapılabilir^[58]” diyerek taklit markalı ürünlerin kalitesiz olmasının itibar tazminatına yol açabileceğini belirtmiştir. Kanaatimizce, bu durumda itibar tazminatının söz konusu olabilmesi için, markanın kullanıldığı ürünün çok baskın ve tanınmış bir özelliğinin zedelenmesi gerekir. Örneğin marka adı ilk söylendiğinde akla doğrudan kalite gelen bir markada bu durum söz konusu olabilir. Ancak marka adı söylendiğinde ya da görüldüğünde akla gelen ilk özellik kalite değil de estetik nitelik ya da renk ise bu durumda bu markanın taklidinin daha kalitesiz olması itibar tazminatına yol açmamalıdır^[59].

İtibar tazminatının bir de manevi yönü bulunmaktadır. Bu husus mahkeme hakimi tarafından takdir edilecek bir husus olup, daha çok markanın toplumda ulaşılmış olduğu tanınmışlık, saygınlık düzeyi, hitap ettiği müşteri kesimi hesaba katılmalıdır^[60].

Yargıtay 11.HD, 2008/1536 E, 2009/5629 K sayılı kararı uyarınca, “..davacı vekili, davalıların eylemlerinden müvekkili markasının itibarının da zarara uğradığını ileri sürerek ayrıca tazminata karar verilmesini istemiştir. 556 sayılı KHK'nın 68. maddesinde marka hakkına tecavüz eden taraftan markanın kötü veya uygun olmayan bir şekilde kullanılması sonucunda, markanın itibarı

[58] YASAMAN, Hamdi; Marka Hukuku İle İlgili Makaleler Hukuki Mütalaalar Bilirkişi Raporları II, Vedat Kitapçılık, 1.baskı, İstanbul 2005, Betty Spaghetty Markası Bilirkişi Raporu, s.289.

[59] Markalar, belli bir kullanım ve tanınmışlıktan sonra kendilerine özgü bir imaja sahip olurlar. Bu imaj özellikle yaratılacağı gibi kendiliğinden de oluşabilir. Örneğin, volvo markasının ilk akla getirdiği imaj güvenliktir. Ferrari markası ise hız, lüks ve kırmızı renk çağrışımı yapmaktadır. Dolayısı ile markaların bu özel imajlarına zarar verici taklitlerin itibar tazminatına konu olabilmesi gerekir. Yargıtay 11.HD, 06.02.2001 tarih, 2000/9741 E, 2001/888 K sayılı kararında “..davalının üretip pazarladığı ürünlerde kullanılan “Prens” ibaresinin davacının tescilli markalarında yer alan “Prince” esas unsuru ile iltibas yarattığı ve davalı eyleminin haksız rekabet oluşturduğu isabetle saptandığına göre, Markaların Korunması Hakkında 556 sayılı KHK'nın 62/1-6 ye TTK'nın 58/1-e maddeleri uyarınca, bir tür haksız eylem niteliği taşıyan davalının markaya tecavüzü sonucu davacı marka sahibinin piyasada edindiği imaj ve güvenden oluşan manevi ticari varlığında meydana gelen kayıp ve zararlar ile uzun süren çabalarla yaratılan marka imajının zedelenmesi nedeniyle manevi tazminat isteminin yerinde olduğu gözetilerek, esasen uygun ve ılımlı bir miktar içeren bu istemin aynen kabulü gerekirken, koşullarının oluşmadığı gerekçesiyle reddedilmesi doğru olmamış, kararın bu yön bakımından davacı yararına bozulması gerekmiştir” demek sureti ile marka imajına zarar vermenin manevi tazminat konusu olduğunu bildirmişse de kanaatimizce marka imajına zarar vermenin itibar tazminatına da konu olabilmesi gerekir. (www.legalbank.net)

[60] TEKİNALP, s.507.

helale uğrarsa, marka sahibinin, bu nedenle ayrıca bir tazminat isteyebileceği ifade edilmiştir. Maddi ve manevi tazminattan farklı olarak düzenlenen bu tür zarar istemine, 551 sayılı KHK'nin 142 ve 554 sayılı KHK'nin 54. maddelerinde de yer verilmiştir. Anılan tazminat, işletmeden ziyade doğrudan markanın itibarına yönelik meydana gelen zararın giderilmesi amacını gütmektedir. Bu tazminatın gündeme gelmesinde önemli olan husus, markanın itibarının zarar görmesidir. O halde, davacının itibar tazminatı istemi hakkında olumlu ya da olumsuz karar verilmemesi doğru görülmemiş, hükmün bu yönüyle de bozulması gerekmiştir”^[61].

Yargıtay 11.HD, 20.09.2011 tarih, 2010/1166 E, 2011/10606 K sayılı kararı uyarınca, “..davacı tarafından 556 Sayılı KHK'nın 68. maddesine dayalı olarak markanın itibarına zarar verildiği iddiasıyla itibar tazminatı da talep edilmiş bulunmasına rağmen hiçbir gerekçe oluşturulmadan bu istem yönünden red kararı verilmesi de doğru olmamış, kararın bu sebeple de bozulması gerekmiştir”^[62].

3. SONUÇ

Yukarıda değinildiği gibi uyuşmazlığın çözümünde çok önemli bir rolü olan bilirkişi raporlarının içeriğinin, doğruluğunun ve hüküm kurmaya elverişliliğinin sağlanması, yargılamayı mümkün olan en kısa süre içinde tamamlama hedefinde önemli bir aşamadır. Birçok dava dosyasında ön inceleme ve delillerin toplanması kısa sürede tamamlanmasına rağmen bilirkişi incelemesi aşaması çok uzamaktadır. Bunun belli başlı nedenleri arasında bilirkişilerin raporlarını geç vermesi, eksik inceleme yapması, bilirkişinin mahkeme tarafından incelenmesini istediği hususları eksik incelemesi ya da bilirkişinin uzmanlık alanı açısından yanlış seçilmesi sayılabilir. Bu aksaklıkların önüne geçilmesinin en etkin yolu ise mahkemece bilirkişi görevlendirmesinin ve hangi konularda bilirkişi incelemesinin yaptırılacağına açık ve net olarak belirlenmesi, bilirkişi raporlarının da mümkün olan en kısa süre içinde işin uzmanı bilirkişi tarafından ayrıntılı ve doğru bir inceleme ile hazırlanarak mahkemeye sunulmasıdır.

Doğru bir inceleme ile doğru verilere ve o verilere nasıl ulaşıldığını gösteren gerekçelere dayanılarak hazırlanan bir bilirkişi raporu, dava dosyasının defalarca bilirkişi incelemesine gitmesini engelleyecektir. Zira makul yargılama sürelerine bakıldığında bir bilirkişi incelemesi yaptırılması ortalama 3-4 aylık bir zaman almaktadır ve bir dosyanın en az iki kez bilirkişi incelemesine gitmesi (itirazlar

[61] Yargıtay 11.HD, 11.05.2009 tarih, 2008/1536 E, 2009/5629 K sayılı kararı. (www.legalbank.net)

[62] Yargıtay 11.HD, 20.09.2011 tarih, 2010/1166 E, 2011/10606 K sayılı kararı. (www.legalbank.net)

ve raporun taraflara tebliğ edilmesi de dahil) ortalama 8-9 ay sürmektedir. Bu zaman kaybının önüne geçilmesinin en etkin yolu ise bilirkişilerin hazırladığı raporun bilimsel verilere ve gerekçelere dayanarak doğru bir şekilde hazırlanması, çelişkili olmaması, açık ve net olması halinde mümkündür.

Bilirkişi raporlarının denetlenmesi en başta mahkeme hakimi ve davanın taraflarının vereceği itiraz dilekçeleri ile yapılır. Tarafların bilirkişi raporlarına karşı yaptığı itirazların hangilerinin ciddi olduğu, hangi itirazların ek rapor ya da yeni bir rapor alınmasını gerekli kıldığı, hangi itirazların dikkate alınmayacağı hususu mahkeme hakimince değerlendirilecektir. Bu aşamada mahkeme hakiminin bilirkişiye sorduğu ve rapor aldığı hususlar ve buna yapılan itirazlar karşısında vereceği karar bir anlamda yargılamanın süresini belirleyecektir. Ancak, bilimsel ve teknik olması sebebi ile hakimin bilirkişi rapor almaya ihtiyaç duyduğu bir ihtilafta, yine bilimsel ve teknik olduğu varsayılan bilirkişi raporuna yapılan itirazların ciddi ve gayri ciddiliği o konuda uzman olmayan hakim tarafından nasıl takdir edilecektir^[63] sorusunun cevabı bir anlamda aradığımız sonuca bizi ulaştıracaktır.

[63] KARAMAN/KURT, s.713.

KAYNAKÇA

KAHRAMAN, Mahmut / KURT, Fatma: **Deniz İhtisas Mahkemelerinde Bilirkişi Delilinin Gerçeğin Ortaya Çıkarılmasına Yönelik Etkin Kullanımı**, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007.

AŞÇIOĞLU, Çetin: **Yargılamada Maddi Gerçeğin Belirlenmesi ve Kanayan Yara Bilirkişilik**, Yazarın Kendi Yayını, 1.baskı, Ankara 2010.

AKİL, Cenk: **Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun Hakimın Bilirkişi Raporuyla Bağlı Olup Olmadığı Hakkında Vermiş Olduğu 24.12.2008 gün ve E 2008/4-734, K.2008/766 Sayılı Kararının Tahlili**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011, sayı 3.

YILMAZ, Ejder: **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Yetkin Yayıncılık, 2.baskı, Ankara 2013.

ÇAYAN, Gökhan: **Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik Müessesesi**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2013.

DİKİCİOĞLU, Adnan: **Marka, Endüstriyel Tasarım, Faydalı Model ve Patent Davalarında Bilirkişilik**; Fikri ve Sınai Mülkiyet Kültürü Ülkemizde Yaşadığımız Sorunlar ve Kurumsal Çözüm Yolları 1.Ulusal Sempozyumu 17-18 Haziran 2005, İstanbul Barosu Yayını, 2005.

ÇOLAK, Uğur: **Fikri Mülkiyet Davalarında Bilirkişi Raporlarının Değerlendirilmesi ve Bağlayıcılığı Sorunu**, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010, 12 levha Yayıncılık, İstanbul 2011.

GÜNEŞ, İlhami: **Uygulamada Sınai Mülkiyet Ceza Hukuku**, Adalet Yayınevi, 2. baskı, Ankara 2009.

KARAHAN, Sami / SULUK, Cahit / SARAÇ, Tahir / NAL, Temel: **Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları**, Seçkin Yayınları, 3.baskı, Ankara 2013.

TEKİNALP, Ünal: **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 5.baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.

DEMİR, Hatice Özge: **TTK'daki İltibas İle 556 s.KHK'daki Karıştırılma İhtimali Kavramlarının Karşılaştırılması**; Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006 (www.yok.gov.tr)

KÜÇÜKALİ, Canan: **Marka Hukukunda Karıştırma Tehlikesi**, Seçkin Yayınları, 1.baskı, Ankara 2009.

YASAMAN, Hamdi: **Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku İle İlgili Makaleler: Hukuki Mütalaalar Bilirkişi Raporları II**, Vedat Kitapçılık, 1.baskı, İstanbul 2012, **Marka Hukuku İle İlgili Makaleler Hukuki Mütalaalar Bilirkişi Raporları IV**, Vedat Kitapçılık, 1.baskı, İstanbul 2012, **Marka Hukuku İle İlgili Makaleler Hukuki Mütalaalar Bilirkişi Raporları III**, Vedat Kitapçılık, 1.baskı, İstanbul 2008, **Marka**

Hukuku İle İlgili Makaleler Hukuki Mütalaalar Bilirkişi Raporları II, Vedat Kitapçılık, 1. baskı, İstanbul 2005.

ORUÇ, Murat: **Haksız Rekabette Maddi Tazminat Davası**, 12 levha Yayıncılık, 1. baskı, İstanbul 2009.

ARKAN, Sabih: **Marka Hukuku**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1997, C.I-II.

GÖNEN, Coşku: **Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın Talebi**, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.

YASAMAN, Hamdi/AYOĞLU Tolga/YUSUFOĞLU Fülürya/ YÜKSEL, Sinan: **Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi**, Vedat Kitapçılık, 1.baskı, İstanbul 2004.

Kararlar

Decisions

YABANCI MAHKEME KARARLARI

HAZIRLAYAN: Gamze COŞKUN*

* Marka Vekili.

JUDGMENT OF THE COURT (Second Chamber)

20 September 2017 (*1)

(Appeal – EU trade mark – Regulation (EC) No 207/2009 – Article 8(1) (b) – Word marks and figurative marks including the word element ‘darjeeling’ or ‘darjeeling collection de lingerie’ – Opposition by the proprietor of EU collective marks – Collective marks consisting of the geographical indication ‘Darjeeling’ – Article 66(2) – Essential function – Conflict with applications for registration of individual trade marks – Likelihood of confusion – Definition – Similarity of goods and services – Criteria for assessment – Article 8(5))

In Joined Cases C-673/15 P to C-676/15 P,

FOUR APPEALS under Article 56 of the Statute of the Court of Justice of the European Union, brought on 15 December 2015,

The Tea Board, established in Calcutta (India), represented by M. Maier and A. Nordemann, Rechtsanwälte,

appellant,

the other parties to the proceedings being:

European Union Intellectual Property Office (EUIPO), represented by J. Crespo Carrillo, acting as Agent,

defendant at first instance,

Delta Lingerie, established in Cachan (France), represented by G. Marchais and P. Martini-Berthon, avocats,

intervener at first instance,

THE COURT (Second Chamber),

composed of M. Ilešič (Rapporteur), President of the Chamber, A. Prechal, A. Rosas, C. Toader and E. Jarašiūnas, Judges,

Advocate General: P. Mengozzi,

Registrar: L. Hewlett, Principal Administrator,

having regard to the written procedure and further to the hearing on 25 January 2017,

after hearing the Opinion of the Advocate General at the sitting on 31 May 2017,

gives the following

Judgment

- 1 By its appeals, The Tea Board asks the Court of Justice to set aside the judgments of the General Court of the European Union of 2 October 2015, *The Tea Board v OHIM – Delta Lingerie (Darjeeling)* (T-624/13, EU:T:2015:743), of 2 October 2015, *The Tea Board v OHIM – Delta Lingerie (Darjeeling collection de lingerie)* (T-625/13, not published, EU:T:2015:742), of 2 October 2015, *The Tea Board v OHIM – Delta Lingerie (DARJEELING collection de lingerie)* (T-626/13, not published, EU:T:2015:741), and of 2 October 2015, *The Tea Board v OHIM – Delta Lingerie (Darjeeling)* (T-627/13, not published, EU:T:2015:740) (together ‘the judgments under appeal’), in so far as, by those judgments, the General Court partially dismissed its actions for annulment of the decisions of the Second Board of Appeal of the European Union Intellectual Property Office (EUIPO) of 11 and 17 September 2013 (Cases R 1387/2012-2, R 1501/2012-2, R 1502/2012-2 and R 1504/2012-2, ‘the decisions at issue’), relating to opposition proceedings between The Tea Board and Delta Lingerie.
- 2 By its cross-appeal, Delta Lingerie seeks to have set aside the judgments under appeal in so far as, by those judgments, the General Court partially annulled the decisions at issue.

Legal context

- 3 Article 22 of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (‘the TRIPS Agreement’), constituting Annex 1C to the Agreement establishing the World Trade Organisation (WTO), signed at Marrakesh on 15 April 1994 and approved by Council Decision 94/800/EC of 22 December 1994 concerning the conclusion on behalf of the European Community, as regards matters within its competence, of the agreements reached in the Uruguay Round multilateral negotiations (1986-1994) (OJ 1994 L 336, p. 1), is entitled ‘Protection of geographical indications’, and paragraph 2(a) thereof provides:

‘2. In respect of geographical indications, Members shall provide the legal means for interested parties to prevent:

(a) the use of any means in the designation or presentation of a good that indicates or suggests that the good in question originates in a geographical area other than the true place of origin in a manner which misleads the public as to the geographical origin of the good;

...'

- 4 Article 4 of Council Regulation (EC) No 207/2009 of 26 February 2009 on the European Union trade mark (OJ 2009 L 78, p. 1) provides:

'[n EU] trade mark may consist of any signs capable of being represented graphically, particularly words, including personal names, designs, letters, numerals, the shape of goods or of their packaging, provided that such signs are capable of distinguishing the goods or services of one undertaking from those of other undertakings.'

- 5 Article 7(1)(c) of that regulation provides:

'The following shall not be registered:

...

(c) trade marks which consist exclusively of signs or indications which may serve, in trade, to designate the kind, quality, quantity, intended purpose, value, geographical origin or the time of production of the goods or of rendering of the service, or other characteristics of the goods or service.'

- 6 Article 8(1) and (5) of that regulation is worded as follows:

'1. Upon opposition by the proprietor of an earlier trade mark, the trade mark applied for shall not be registered:

...

(b) if because of its identity with, or similarity to, the earlier trade mark and the identity or similarity of the goods or services covered by the trade marks there exists a likelihood of confusion on the part of the public in the territory in which the earlier trade mark is protected; the likelihood of confusion includes the likelihood of association with the earlier trade mark.

...

5. Furthermore, upon opposition by the proprietor of an earlier trade mark within the meaning of paragraph 2, the trade mark applied for shall not be registered where it is identical with, or similar to, the earlier

trade mark and is to be registered for goods or services which are not similar to those for which the earlier trade mark is registered, where, in the case of an earlier [EU] trade mark, the trade mark has a reputation in the [European Union] and, in the case of an earlier national trade mark, the trade mark has a reputation in the Member State concerned and where the use without due cause of the trade mark applied for would take unfair advantage of, or be detrimental to, the distinctive character or the repute of the earlier trade mark.’

7 Article 66 of that regulation, entitled ‘[EU] collective marks’, provides:

‘1. A [European Union] collective mark [(‘EU collective mark’)] shall be [an EU] trade mark which is described as such when the mark is applied for and is capable of distinguishing the goods or services of the members of the association which is the proprietor of the mark from those of other undertakings. Associations of manufacturers, producers, suppliers of services, or traders which, under the terms of the law governing them, have the capacity in their own name to have rights and obligations of all kinds, to make contracts or accomplish other legal acts and to sue and be sued, as well as legal persons governed by public law, may apply for [EU] collective marks.

2. In derogation from Article 7(1)(c), signs or indications which may serve, in trade, to designate the geographical origin of the goods or services may constitute [EU] collective marks within the meaning of paragraph 1. A collective mark shall not entitle the proprietor to prohibit a third party from using in the course of trade such signs or indications, provided he uses them in accordance with honest practices in industrial or commercial matters; in particular, such a mark may not be invoked against a third party who is entitled to use a geographical name.

3. The provisions of this Regulation shall apply to [EU] collective marks, unless Articles 67 to 74 provide otherwise.’

8 Article 67 of Regulation No 207/2009, entitled ‘Regulations governing use of the mark’ provides in paragraph 2:

‘The regulations governing use shall specify the persons authorised to use the mark, the conditions of membership of the association and, where they exist, the conditions of use of the mark, including sanctions. The regulations governing use of a mark referred to in Article 66(2) must authorise any person whose goods or services originate in the geographical

area concerned to become a member of the association which is the proprietor of the mark.’

- 9 Regulation (EU) No 1151/2012 of the European Parliament and of the Council of 21 November 2012 on quality schemes for agricultural products and foodstuffs (OJ 2012 L 343, p. 1) provides in Article 5(2):

‘For the purpose of this Regulation, “geographical indication” is a name which identifies a product:

(a) originating in a specific place, region or country;

(b) whose given quality, reputation or other characteristic is essentially attributable to its geographical origin; and

(c) at least one of the production steps of which take place in the defined geographical area.’

- 10 Article 13(1)(c) and (d) of that regulation provides:

‘1. Registered names shall be protected against:

...

(c) any other false or misleading indication as to the provenance, origin, nature or essential qualities of the product that is used on the inner or outer packaging, advertising material or documents relating to the product concerned, and the packing of the product in a container liable to convey a false impression as to its origin;

(d) any other practice liable to mislead the consumer as to the true origin of the product.

...’

- 11 Article 14 of that regulation is entitled ‘Relations between trade marks, designations of origin and geographical indications’. The first subparagraph of Article 14(1) reads:

‘Where a designation of origin or a geographical indication is registered under this Regulation, the registration of a trade mark the use of which would contravene Article 13(1) and which relates to a product of the same type shall be refused if the application for registration of the trade mark is submitted after the date of submission of the registration application in respect of the designation of origin or the geographical indication to the [European] Commission.’

Background to the dispute

- 12 The background to the proceedings, as set out in the judgments under appeal, may be summarised as follows.
- 13 On 21 and 22 October 2010, Delta Lingerie filed applications for registration of EU trade marks at EUIPO pursuant to Regulation No 207/2009.
- 14 The trade marks in respect of which registration was sought are:
 - the figurative sign reproduced below, comprising the word element ‘darjeeling’ depicted in white letters inside a light green rectangle:



- the figurative sign reproduced below, comprising the word element ‘darjeeling collection de lingerie’ depicted in white letters inside a light green rectangle:



- the figurative sign reproduced below, comprising the word element ‘darjeeling collection de lingerie’ depicted in black letters against a white background:



- the figurative sign reproduced below, comprising the word element ‘darjeeling’ depicted in black letters against a white background:



- 15 The goods and services in respect of which each of those registrations was sought are in Classes 25, 35 and 38 of the Nice Agreement of 15

June 1957 concerning the International Classification of Goods and Services for the Purposes of the Registration of Trade Marks, as revised and amended ('the Nice Agreement'), and correspond, for each of those classes, to the following descriptions:

– Class 25: 'Women's undergarments and day and night lingerie, in particular girdles, bodies, bustiers, basques, bras, panties, G-strings, tangas, brassieres, shorties, boxer shorts, garter belts, suspenders, garters, camisoles, short nighties, panty hose, stockings, swimwear; Clothing, knitwear, body linen, slippers, T-shirts, corsets, bodices, short nighties, boas, overalls, combinations (clothing), sweaters, bodies, pyjamas, nightgowns, trousers, indoor trousers, shawls, dressing gowns, bathrobes, swimwear, bathing trunks, petticoats, scarves';

– Class 35: 'Retailing of women's underwear and lingerie, perfumes, toilet water and cosmetic lotions, household and bath linen; Business consultancy with regard to the creation and operation of retail outlets and central purchasing agencies for retailing and advertising purposes; Sales promotion (for others), advertising, business management, business administration, online advertising on a computer network, distribution of advertising material (leaflets, flyers, free newspapers, samples), arranging newspaper subscriptions for others; Business information or enquiries; Organisation of events and exhibitions for commercial or advertising purposes, advertising management, rental of advertising space, radio and television advertising, advertising sponsorship';

– Class 38: 'Telecommunications, computer-aided transmission of messages and images, interactive television broadcasting services relating to the presentation of products, communications by computer terminals, communications (transmissions) on the open and closed world wide web'.

16 Those applications were published in *Community Trade Marks Bulletin* No 4/2011 of 7 January 2011.

17 On 7 April 2011, The Tea Board, a body formed under the 1953 Indian Tea Act (No 29 of 1953) and empowered to administer the production of tea, filed a notice of opposition to registration of the marks applied for in respect of the goods and services referred to in paragraph 15 of the present judgment.

18 The opposition was based on the following earlier marks:

– the earlier EU collective word mark DARJEELING, registered on 31 March 2006 under No 4325718;

– the earlier EU collective figurative mark reproduced below, registered on 23 April 2010 under No 8674327:



- 19 The two EU collective marks cover goods in Class 30 of the Nice Agreement corresponding to the following description: ‘Tea’.
- 20 The grounds relied on in support of the opposition were those referred to in Article 8(1)(b) and (5) of Regulation No 207/2009.
- 21 By four decisions adopted on 31 May, 11 June and 10 July 2012, the Opposition Division rejected the oppositions filed against the registration of those marks. On 27 July and 10 August 2012, The Tea Board filed notices of appeal with EUIPO seeking annulment of those decisions.
- 22 The judgments under appeal state that, in those appeals, The Tea Board produced evidence before the Second Board of Appeal of EUIPO (‘the Board of Appeal’) that the word element ‘darjeeling’ – the word element common to the signs at issue – is a protected geographical indication for tea, registered by virtue of Commission Implementing Regulation (EU) No 1050/2011 of 20 October 2011 entering a name in the register of protected designations of origin and protected geographical indications (Darjeeling (PGI)) (OJ 2011 L 276, p. 5), following an application received on 12 November 2007. That implementing regulation was adopted on the basis of Council Regulation (EC) No 510/2006 of 20 March 2006 on the protection of geographical indications and designations of origin for agricultural products and foodstuffs (OJ 2006 L 93, p. 12), since replaced by Regulation No 1151/2012.
- 23 By the decisions at issue, the Board of Appeal dismissed the appeals and upheld the Opposition Division’s decisions. In particular, it concluded that, in view of the lack of similarity between the goods and services covered by the signs at issue, there was no likelihood of confusion within the meaning of Article 8(1)(b) of Regulation No 207/2009. Similarly, it dismissed the alleged infringement of Article 8(5) of that regulation, on the ground that the evidence provided by The Tea Board was insufficient to establish that the conditions for applying that provision were met.

Procedure before the General Court and the judgments under appeal

- 24 By applications lodged at the Registry of the General Court on 25 November 2013, The Tea Board brought four actions seeking the annulment of the four decisions at issue.
- 25 In support of each of its actions, it raised two pleas in law, the first alleging infringement of Article 8(1)(b) of Regulation No 207/2009 on the ground that the Board of Appeal had disregarded the specific function of EU collective marks falling under Article 66(2) of that regulation, and the second alleging infringement of Article 8(5) of that regulation.
- 26 By the judgments under appeal, the General Court, on the one hand, rejected the first plea as unfounded, holding, in essence, that the essential function of EU collective marks, including those consisting of an indication which may serve to designate the geographical origin of the goods covered, is not different from the function of EU individual marks and that, in the present case, the existence of a likelihood of confusion was ruled out, given that the goods and services at issue are neither identical nor similar.
- 27 The General Court, on the other hand, upheld the second plea in part. In the light of the hypothetical premiss of the exceptionally strong reputation of the earlier marks on which the Board of Appeal had based its analysis of the application of Article 8(5) of Regulation No 207/2009, the General Court found that the Board of Appeal had been wrong to exclude — as regards all the goods in Class 25 of the Nice Agreement and the ‘retailing of women’s underwear and lingerie, perfumes, toilet water and cosmetic lotions, household and bath linen’ services in Class 35 of that agreement, in respect of which registration was sought — the existence of a risk of advantage resulting from the use without due cause of the trade marks applied for. It annulled, to that extent, the decisions at issue.

Procedure before the Court and forms of order sought

- 28 By each of its appeals, The Tea Board claims that the Court should:
 - set aside the judgment under appeal in so far as the General Court dismissed the action;
 - if necessary, refer the case back to the General Court;
 - order EUIPO to pay the costs.

- 29 By order of the President of the Court of 12 February 2016, the cases were joined for the purposes of the written and oral procedure and the judgment.
- 30 EUIPO and Delta Lingerie contend that the Court should dismiss the appeals and order The Tea Board to pay the costs.
- 31 By its cross-appeal, Delta Lingerie claims that the Court should:
 - set aside the judgments under appeal in so far as the General Court annulled the decisions at issue;
 - if necessary, refer the case back to the General Court;
 - order The Tea Board to pay the costs.
- 32 EUIPO and The Tea Board contend that the Court should dismiss the cross-appeal and order Delta Lingerie to pay the costs of the cross-appeal.

The main appeals

- 33 The Tea Board relies on two grounds of appeal, the first alleging infringement of Article 8(1)(b) of Regulation No 207/2009, and the second alleging infringement of Article 8(5) of that regulation.

The first ground of appeal

Arguments of the parties

- 34 The Tea Board argues, first, that the General Court erred in law and/or distorted the facts by concluding, in paragraphs 39 to 41 of the judgments under appeal, that the essential function of a collective mark consisting of signs or indications which may serve, in trade, to designate the ‘geographical origin of the goods or services’ within the meaning of Article 66(2) of Regulation No 207/2009 is not different from the essential function of an EU collective mark within the meaning of Article 66(1) of that regulation and that, therefore, the General Court erred in law in concluding that the trade marks’ essential function, in both cases, is to serve as an indication of commercial origin.
- 35 It submits in that regard, first of all, that Article 66(2) of Regulation No 207/2009 constitutes an exception to the absolute ground for refusal laid down in Article 7(1)(c) of that regulation, which explicitly allows the members of an association to monopolise the sign protected by an EU collective mark.

- 36 Next, under Article 67(2) of that regulation, the regulations governing use of an EU collective mark must authorise any person whose goods or services originate in the geographical area concerned to become a member of the association which is the proprietor of the trade mark in question. Consequently, an EU collective mark consisting of a geographical indication will, in The Tea Board's view, never be capable of distinguishing goods or services of the members of the association which is the proprietor of that trade mark from those of other undertakings. It submits in that regard that the Court held in its judgment of 29 March 2011, *Anheuser-Busch v Budějovický Budvar* (C-96/09 P, EU:C:2011:189, paragraph 147), that the essential function of a geographical indication is to guarantee to consumers the geographical origin of the goods and the special qualities inherent in them.
- 37 Finally, Regulation No 207/2009 should be interpreted in the light of Article 13(1)(c) and (d) of Regulation No 1151/2012 and of Article 22 of the TRIPS Agreement, which provides that members are to provide the legal means for interested parties to prevent the use of any means in the designation or presentation of a good that indicates or suggests that the good in question originates in a geographical area other than the true place of origin in a manner which misleads the public as to the geographical origin of the good.
- 38 Secondly, The Tea Board argues that the General Court erred in law and/or distorted the facts by concluding, in paragraphs 49, 51 to 53 and 60 of the judgments under appeal, that, in the case of a collective mark under Article 66(2) of Regulation No 207/2009 consisting of an indication which serves to designate the geographical origin of the goods covered, the actual or potential geographical origin of the goods or services at issue cannot be taken into account when assessing the similarity of those goods or services within the framework of Article 8(1)(b) of Regulation No 207/2009.
- 39 Thirdly, the General Court erred in law and/or distorted the facts by concluding in paragraph 60 of the judgments under appeal that, in the case of a collective mark within the meaning of Article 66(2) of Regulation No 207/2009, the actual or potential origin of those goods or services cannot be taken into account when carrying out a global assessment of the likelihood of confusion for the purposes of Article 8(1)(b) of that regulation and that it is irrelevant whether or not the public might believe that the services, the goods in question, or the raw

materials used to manufacture the goods covered by the trade marks at issue, may have the same geographical origin.

40 EUIPO and Delta Lingerie dispute The Tea Board's arguments.

Findings of the Court

41 As a preliminary point, as regards the distortion alleged by The Tea Board, it should be recalled that, given the exceptional nature of a complaint of distortion, Article 256 TFEU, Article 58, first paragraph, of the Statute of the Court of Justice of the European Union and Article 168(1)(d) of the Rules of Procedure of the Court of Justice require, in particular, that an appellant indicate precisely the elements alleged to have been distorted by the General Court and show the errors of appraisal which, in its view, led to that distortion. Such a distortion must be obvious from the documents in the file, without there being any need to carry out a new assessment of the facts and evidence (judgment of 11 May 2017, *Yoshida Metal Industry v EUIPO*, C-421/15 P, EU:C:2017:360, paragraph 23 and the case-law cited).

42 It is clear, however, that The Tea Board's allegations of distortion are not in any way substantiated and that that complaint must therefore be rejected as unfounded.

43 With regard to the errors of law alleged by The Tea Board, it should be noted that, in paragraphs 41 to 43 of the judgments under appeal, the General Court concluded, in essence, that the essential function of an EU collective mark is to distinguish the goods or services of the members of the association which is the proprietor of the mark from those of other undertakings, and not to distinguish those goods according to their geographical origin.

44 Having regard to that conclusion, the General Court held, in paragraphs 49 and 51 to 53 of the judgments under appeal, that where, in the context of opposition proceedings, the signs at issue are collective marks on the one hand and individual marks on the other, the comparison of the goods and services covered must be carried out using the same criteria as those which apply to an assessment of the similarity or identity of goods and services covered by two individual trade marks. The General Court therefore rejected The Tea Board's argument that the fact that the public might believe that the goods and services covered by the signs at issue have the same geographical origin may constitute a criterion sufficient to

establish their similarity or identity for the purposes of applying Article 8(1)(b) of Regulation No 207/2009.

- 45 Finally, in paragraph 60 of the judgments under appeal, the General Court rejected The Tea Board's argument that, in the assessment of whether there is a likelihood of confusion between EU collective marks and individual marks, the likelihood of confusion is the risk that the public might believe that the goods – or the raw materials used to manufacture such goods – or services covered by the signs at issue may have the same geographical origin.
- 46 In that regard, it should be recalled that Article 8(1)(b) of Regulation No 207/2009 — which is, in the absence of any provision to the contrary in Articles 67 to 74 of that regulation, applicable to EU collective marks pursuant to Article 66(3) of the regulation — provides that, upon opposition by the proprietor of an earlier trade mark, the trade mark applied for is not to be registered if, because of its identity with, or similarity to, the earlier trade mark and the identity or similarity of the goods or services covered by the trade marks, there exists a likelihood of confusion on the part of the public in the territory in which the earlier trade mark is protected.
- 47 It is settled case-law that, for the purposes of applying Article 8(1)(b) of Regulation No 207/2009, the likelihood of confusion presupposes both that the trade mark applied for and the earlier trade mark are identical or similar, and that the goods or services covered in the application for registration are identical or similar to those in respect of which the earlier trade mark was registered, those conditions being cumulative (judgment of 23 January 2014, *OHIM v riha WeserGold Getränke*, C-558/12 P, EU:C:2014:22, paragraph 41 and the case-law cited).
- 48 Also according to settled case-law, in assessing the similarity of the goods or services at issue, all the relevant factors relating to those goods or services should be taken into account. Those factors include, in particular, their nature, their intended purpose, their method of use and whether they are in competition with each other or are complementary (see, inter alia, judgments of 11 May 2006, *Sunrider v OHIM*, C-416/04 P, EU:C:2006:310, paragraph 85, and of 18 December 2008, *Les Éditions Albert René v OHIM*, C-16/06 P, EU:C:2008:739, paragraph 65).
- 49 In the present case, The Tea Board maintains in essence that, given that the essential function of EU collective marks consisting of signs or indications which may serve, in trade, to designate the geographical origin

- of goods or services is, in its view, to indicate the collective geographical origin of those goods or services, the General Court erred in law in not accepting, as a relevant factor in the assessment of the similarity of the goods or services at issue, within the meaning of paragraph 48 of the present judgment, their actual or potential collective geographical origin.
- 50 The Court notes that this reasoning is based on the premiss that the essential function of EU collective marks falling under Article 66(2) of Regulation No 207/2009 differs from that of the marks covered by paragraph 1 of that article. However, that premiss is flawed. First, as is clear from the very wording of Article 66(2) of Regulation No 207/2009, EU collective marks consisting of signs or indications which may serve, in trade, to designate the geographical origin of goods or services constitute EU collective marks within the meaning of paragraph 1 of that article. According to that paragraph, only trade marks that are capable of distinguishing the goods or services of the members of the association which is the proprietor of the trade mark from those of other undertakings may constitute EU collective marks.
- 51 Moreover, Article 4 of Regulation No 207/2009, which is applicable to collective marks by virtue of Article 66(3) of that regulation, provides, in essence, that only signs that are capable of distinguishing the commercial origin of the goods or services which they designate may constitute EU trade marks.
- 52 In that regard, the Court has repeatedly held that the essential function of a trade mark is to guarantee the origin of the goods to consumers, in the sense that it serves to identify the goods or services covered by the trade mark as originating from a particular undertaking and thus to distinguish those goods or services from those of other undertakings (judgment of 6 March 2014, *Backaldrin Österreich The Kornspitz Company*, C-409/12, EU:C:2014:130, paragraph 20 and the case-law cited).
- 53 While the Court, furthermore, has already held that a trade mark may fulfil other functions than that of indicating origin which are equally worthy of protection against infringement by third parties, such as that of guaranteeing the quality of the goods or services which it designates, or those of communication, investment or advertising, it has nonetheless always emphasised that the essential function of a mark remains that of indicating origin (see, to that effect, judgments of 23 March 2010, *Google France and Google*, C-236/08 to C-238/08, EU:C:2010:159, paragraphs 77 and 82, and of 22 September 2011, *Interflora and Interflora*

British Unit, C-323/09, EU:C:2011:604, paragraphs 37 to 40 and the case-law cited).

- 54 Therefore, if it were held that the essential function of an EU collective mark within the meaning of Article 66(2) of Regulation No 207/2009 is to indicate the geographical origin of the goods or services offered under such a mark, and not to indicate their commercial origin, that would disregard that essential function.
- 55 That conclusion cannot be called into question by the arguments which The Tea Board bases on Article 67(2) of Regulation No 207/2009 and the case-law arising from the judgment of 29 March 2011, *Anheuser-Busch v Budějovický Budvar* (C-96/09 P, EU:C:2011:189, paragraph 147), whereby it submits that an EU collective mark under Article 66(2) of Regulation No 207/2009 is, by its very nature, incapable of performing a distinguishing function of that kind.
- 56 While The Tea Board's argument based on Article 67(2) of Regulation No 207/2009 remains unclear and unsubstantiated, it must be noted that, in its judgment of 29 March 2011, *Anheuser-Busch v Budějovický Budvar* (C-96/09 P, EU:C:2011:189, paragraph 147), the Court merely held that the essential function of a geographical indication is to guarantee to consumers the geographical origin of the goods and the specific qualities inherent in them. The Court, however, made no assessment of the essential function of EU collective marks within the meaning of Article 66(2) of Regulation No 207/2009.
- 57 Secondly, whilst, as The Tea Board submits, Article 66(2) of Regulation No 207/2009 constitutes an exception to the absolute ground for refusal under Article 7(1)(c) of that regulation, that circumstance is not such as to call into question the fact that the essential function of an EU collective mark under Article 66(2) of Regulation No 207/2009 is to guarantee the collective commercial origin of the goods sold under that trade mark, and not to guarantee their collective geographical origin.
- 58 Moreover, as noted by the Advocate General in points 34 to 36 of his Opinion, the derogation in Article 66(2) of Regulation No 207/2009 from Article 7(1)(c) thereof is explained by the very nature of the sign covered by the collective marks referred to in that paragraph.
- 59 In that regard, the Court has already held that Article 7(1)(c) of Regulation No 207/2009 pursues an aim which is in the public interest, namely that descriptive signs or indications relating to the categories of

goods or services in respect of which registration is applied for may be freely used by all, including as collective marks or as part of complex or graphic marks. That provision therefore prevents such signs or such indications from being reserved to one undertaking alone because they have been registered as individual trade marks (see, to that effect, judgments of 4 May 1999, *Windsurfing Chiemsee*, C-108/97 and C-109/97, EU:C:1999:230, paragraph 25, and of 19 April 2007, *OHIM v Celltech*, C-273/05 P, EU:C:2007:224, paragraph 75 and the case-law cited).

- 60 Thus, an EU collective mark falling within Article 66(2) of Regulation No 207/2009 does not conflict with such a public-interest aim since (i) in accordance with the last sentence of that paragraph, such a mark does not entitle the proprietor to prohibit a third party from using, in the course of trade, those signs or indications, provided that he uses them in accordance with honest practice in industrial or commercial matters, and (ii) Article 67(2) of that regulation requires that the regulations governing use of a mark covered by Article 66(2) authorise any person whose products or services originate from the geographical area concerned to become a member of the association which is the proprietor of the trade mark.
- 61 Thirdly, The Tea Board cannot rely in support of its argument on Article 13(1)(c) and (d) of Regulation No 1151/2012 or on Article 22 of the TRIPS Agreement, which relate to the protection of protected geographical indications.
- 62 It suffices, in that regard, to note that such geographical indications, on the one hand, and EU collective marks consisting of signs or indications which may serve, in trade, to designate the geographical origin of goods and services, on the other hand, are signs which are governed by distinct legal regimes and pursue different aims. Thus, whereas the EU trade mark is, in accordance with Article 4 of Regulation No 207/2009, a sign capable of distinguishing the commercial origin of goods or services, a geographical indication is, in accordance with Article 5(2) of Regulation No 1151/2012, a name that identifies a product originating in a specific geographical area, whose quality, reputation or other characteristic is essentially attributable to its geographical origin, and at least one of the production steps of which take place in the defined geographical area.
- 63 In the light of the foregoing considerations, the General Court did not err in law when it held, in paragraphs 41 to 43 of the judgments under appeal, that the essential function of an EU collective mark is to

distinguish the goods or services of the members of the association which is the proprietor of the trade mark from those of other undertakings, and not to distinguish those goods according to their geographical origin.

- 64 It follows that the General Court likewise did not err in law when it held, in essence, in paragraphs 49 and 51 to 53 of the judgments under appeal, that, in the application of Article 8(1)(b) of Regulation No 207/2009, where the signs at issue are, on the one hand, collective marks and, on the other hand, individual marks, the possibility that the public might believe that the goods and services covered by the signs at issue have the same geographical origin cannot constitute a relevant criterion for establishing their identity or similarity.
- 65 As noted by the General Court in paragraph 52 of the judgments under appeal, an extremely wide range of goods and services can be produced or rendered within the same geographical area. By the same token, there is nothing to prevent a region whose geographical name is registered as an EU collective mark under Article 66(2) of Regulation No 207/2009 from being the source of different raw materials which may be used to make various different products.
- 66 As regards, finally, the alleged error of law made by the General Court in paragraph 60 of the judgments under appeal, it suffices to note that that paragraph was included for the sake of completeness, given that, in paragraphs 56 to 59 of the judgments under appeal, the General Court had already held, in essence and correctly, as follows from paragraphs 43 to 63 of the present judgment, that Article 8(1)(b) of Regulation No 207/2009 is inapplicable in the present case, as one of its conditions for application had not been met. The complaint which The Tea Board directs against that paragraph is, consequently, ineffective and must be rejected (see, to that effect, judgment of 19 April 2007, *OHIM v Celltech*, C-273/05 P, EU:C:2007:224, paragraphs 56 and 57).
- 67 It follows from all the foregoing considerations that the first ground of appeal must be rejected.

The second ground of appeal

Arguments of the parties

- 68 The Tea Board argues that the General Court misapplied Article 8(5) of Regulation No 207/2009 and/or distorted relevant facts of the case when it found in paragraph 145 of the judgments under appeal that the

positive qualities evoked by the word element ‘darjeeling’ can neither be transferred to services in Class 35 of the Nice Agreement, with the exception of retailing of women’s underwear and lingerie, perfumes, toilet water and cosmetic lotions, household and bath linen, nor to any of the services in Class 38 of the Nice Agreement covered by the contested trade marks. In particular, the General Court was wrong to hold that there is no reason why the use of the contested trade marks would confer a commercial advantage upon Delta Lingerie as regards those services. Indeed, the qualities of a sophisticated and exclusive product of unique quality which, according to the General Court, are conveyed by the word element ‘darjeeling’, can, in The Tea Board’s view, be transferred to services such as business consultancy or telecommunications and strengthen the power of attraction of the trade marks at issue in that regard. The Tea Board further submits that the General Court failed to state reasons for its finding, in paragraph 145 of the judgments under appeal, that the qualities associated with the word element ‘darjeeling’ cannot be transferred to the services in Classes 35 and 38 of the Nice Agreement.

- 69 EUIPO and Delta Lingerie contend (i) that the second ground of appeal is inadmissible, given that The Tea Board is thereby asking the Court of Justice to substitute its assessment for that of the General Court, and (ii) that it is in any event unfounded, as The Tea Board has proved neither an error of law nor a distortion of the facts.

Findings of the Court

- 70 First of all, in the light of the case-law referred to in paragraph 41 of the present judgment, the complaint of distortion raised by The Tea Board must be rejected, since the latter has failed to substantiate this complaint.
- 71 As regards the complaint alleging failure to state reasons for the finding in paragraph 145 of the judgments under appeal, it suffices to note that, in those paragraphs, the General Court rejected the argument submitted to it on the ground that (i) no reason could be gleaned from the case file as to why the use of the contested trade marks would confer a commercial advantage upon Delta Lingerie as regards services other than the retailing of women’s underwear and lingerie, perfumes, toilet water and cosmetic lotions, household and bath linen, and (ii) The Tea Board had submitted no specific evidence capable of establishing such an advantage. The alleged failure to state reasons has therefore not been established.

- 72 As regards the argument that the qualities conveyed by the word element ‘darjeeling’ are capable of being transferred to the whole body of services for which registration is sought, it seeks, in reality, to obtain an assessment of the facts from the Court of Justice and must consequently be rejected as inadmissible (see, to that effect, judgment of 24 March 2011, *Ferrero v OHIM*, C-552/09 P, EU:C:2011:177, paragraphs 73 and 89).
- 73 It follows that the second ground of appeal must be rejected and that the main appeals must be dismissed in their entirety.

The cross-appeal

- 74 In support of its cross-appeal, Delta Lingerie relies on a single ground of appeal, alleging infringement of Article 8(5) of Regulation No 207/2009. That ground of appeal is divided into two parts, alleging, first, a distortion of the respective functions of trade marks, on the one hand, and protected geographical indications, on the other, and, secondly, inconsistency in the General Court’s reasoning and an error of law in the application of Article 8(5) of Regulation No 207/2009.

The first part of the single ground of appeal

Arguments of the parties

- 75 Delta Lingerie argues that the function of a trade mark is to guarantee commercial origin, whereas the function of a geographical indication is to guarantee geographical origin. It submits that, in view of those distinct functions, it can never be held that the reputation of a protected geographical indication can actually be transferred to that same sign protected as a collective mark for identical goods. It follows that, in relying on a hypothetical premiss that the reputation of the earlier trade marks had been established on the basis of the conclusion that the reputation enjoyed by the name ‘Darjeeling’ as a protected geographical indication for tea had been transferred to the same sign protected as a collective mark for identical goods, the General Court erred in law by distorting the respective functions of the trade marks concerned, on the one hand, and of protected geographical indications, on the other.
- 76 EUIPO and The Tea Board dispute Delta Lingerie’s reasoning.

Findings of the Court

- 77 It should be noted that, in paragraph 79 of the judgments under appeal, the General Court found that, so far as the question whether the earlier trade marks have a reputation within the meaning of Article 8(5) of Regulation No 207/2009 is concerned, the wording of the decisions at issue is ambiguous to say the least. The General Court nonetheless noted that the only unambiguous sentence in that part of the decisions at issue is the one from which it can be seen ‘that the Board of Appeal did not definitively conclude that the earlier trade marks had a reputation’. The General Court also indicated that, when questioned on that point at the hearing, OHIM had confirmed that there had been no definitive conclusion in that regard.
- 78 In paragraph 80 of the judgments under appeal, the General Court nonetheless held that, since the Board of Appeal continued its analysis for the purposes of applying Article 8(5) of Regulation No 207/2009, it was appropriate to consider that that analysis had been based on the hypothetical premiss that the reputation of the earlier trade marks had been established.
- 79 In paragraph 146 of the judgments under appeal, the General Court, in the light of the fact that the decisions at issue are based on the hypothetical premiss of the earlier marks’ exceptional reputation, decided to annul those decisions in part to the extent that the Board of Appeal had ruled out the application of Article 8(5) of Regulation No 207/2009, excluding, as regards all the goods in Class 25 of the Nice Agreement and the retail services in Class 35 of the Nice Agreement covered by the marks applied for, the existence of a risk of an advantage resulting from the use without due cause of the marks applied for. In paragraph 147 of those judgments, the General Court indicated that, following those partial annulments, it would be for the Board of Appeal to reach a definitive conclusion regarding whether the earlier marks have a reputation and, if so, how strong that reputation is.
- 80 Thus, contrary to Delta Lingerie’s claim, and as stated by the Advocate General in point 85 of his Opinion, the General Court did not adopt a position on the question whether proof of the reputation of the earlier trade marks had been adduced, or on the question whether, for the purpose of establishing such proof, the reputation enjoyed by the name ‘Darjeeling’ as a geographical indication for tea could be transferred to the same sign protected as a collective trade mark for identical goods.

- 81 The first part of Delta Lingerie's single ground of appeal is thus based on a misreading of the judgments under appeal and must therefore be rejected as unfounded.

The second part of the single ground of appeal

Arguments of the parties

- 82 Delta Lingerie argues that the General Court contradicted itself in the judgments under appeal, and that it infringed Article 8(5) of Regulation No 207/2009.
- 83 It submits, in particular, that, in paragraphs 89, 107, 111 and 120 of the judgments under appeal, the General Court concluded that the Board of Appeal's findings should be upheld, namely that there was no risk of detriment to the distinctive character or the repute of the earlier trade marks, given that (i) no specific analysis dedicated to the existence of a link between the signs at issue had been carried out, and (ii) there was a total lack of similarity between the goods and services covered by the signs at issue. However, those findings contradict the conclusion relating to the unfair advantage taken of the distinctive character or the repute of the earlier trade marks, whereby the General Court found, in paragraph 141 of the judgments under appeal, that there was nothing to prevent the public at whom the trade marks applied for are directed from being attracted by the transfer to those marks of the values and positive qualities connected with the Darjeeling region (India).
- 84 EUIPO disputes Delta Lingerie's arguments.
- 85 The Tea Board considers that this part of the single ground of appeal is inadmissible, and that it is in any event unfounded.

Findings of the Court

- 86 As a preliminary point, it should be noted that, with regard to the risk of detriment referred to in Article 8(5) of Regulation No 207/2009, the General Court, in paragraph 94 of the judgments under appeal, recalled that that provision refers to three separate types of risk, namely that the use without due cause of the trade mark applied for, first, is detrimental to the distinctive character of the earlier trade mark, secondly, is detrimental to the repute of the earlier trade mark or, thirdly, takes unfair advantage of the distinctive character or the repute of the earlier trade mark.

- 87 In the judgments under appeal, the General Court examined separately each risk of detriment referred to in the previous paragraph of the present judgment. As regards, first, the detriment to the distinctive character of the earlier trade marks, the General Court found in particular, in paragraphs 107 and 111 of the judgments under appeal, (i) that, given the total lack of similarity between the goods and services covered by the signs at issue, the risk invoked by The Tea Board appeared to be entirely hypothetical, and (ii) that there was little likelihood of the relevant public being led to believe that the goods and services covered by the trade marks applied for came from the Darjeeling region.
- 88 As concerns, next, the detriment to the repute of the earlier trade marks, the General Court stated, in paragraph 120 of the judgments under appeal, that the unique connection between the geographical region of Darjeeling and the category of goods covered by the earlier trade marks and the absence of any such connection between that region and the goods and services covered by the trade marks applied for make a risk of a decrease in the earlier trade marks' power of attraction more hypothetical.
- 89 Finally, as regards the unfair advantage taken of the distinctive character or of the repute of the earlier trade marks, the General Court ruled, in paragraph 141 of the judgments under appeal, that there is nothing to prevent the public at whom the trade marks applied for are directed from being attracted by the transfer to those marks of the values and positive qualities connected with that region.
- 90 In that regard, the judgments under appeal do not contain any inconsistency in reasoning.
- 91 While paragraphs 107, 111 and 120 of the judgments under appeal concern respectively the analysis of whether there is a serious risk of detriment to the distinctive character and the repute of the earlier trade marks, paragraph 141 of those judgments relates to the General Court's examination of whether there is a risk that the use without undue cause of the trade marks applied for could take unfair advantage of the distinctive character or repute of the earlier trade marks.
- 92 As the Advocate General also noted, in essence, in point 90 of his Opinion, the assessment of whether those different types of risks exist is subject to an examination, the criteria of which do not necessarily overlap. In that regard, as recalled by the General Court in paragraphs 71 and 95 of the judgments under appeal, the existence of a risk that the injuries consisting of detriment to the distinctive character or the

repute of the earlier trade mark may occur must be assessed by reference to average consumers of the goods or services for which that trade mark is registered, who are reasonably well informed and reasonably observant and circumspect. By contrast, the existence of the injury consisting of an unfair advantage being taken of the distinctive character or the repute of the earlier trade mark, in so far as what is prohibited is the drawing of benefit from the earlier trade mark by the proprietor of the later trade mark, must be assessed by reference to average consumers of the goods or services in respect of which registration of the later trade mark is sought, who are reasonably well informed and reasonably observant and circumspect.

- 93 The General Court therefore did not contradict itself when it held, on the one hand, that the consumer of the product covered by the earlier trade marks, in this case tea, would not be led to believe that the goods and services covered by the trade marks applied for by Delta Lingerie originate from the Darjeeling region, while considering, on the other hand, that the consumer of the goods and services covered by the trade marks applied for by Delta Lingerie could be attracted by the values and positive qualities connected with that region.
- 94 Secondly, as concerns specifically the infringement of Article 8(5) of Regulation No 207/2009, it suffices to note that no argument has been put forward in support of that allegation, aside from the claim of alleged inconsistency in the reasoning in the judgments under appeal, which is unfounded, as follows from paragraphs 90 to 93 of the present judgment.
- 95 In the light of the foregoing considerations, the second part of the single ground of appeal must be rejected and the cross-appeal must thus be dismissed in its entirety.

Costs

- 96 Under Article 184(2) of the Rules of Procedure, where the appeal is unfounded, the Court is to make a decision as to the costs. Under Article 138(1) of those rules, which applies to appeal proceedings by virtue of Article 184(1) thereof, the unsuccessful party is to be ordered to pay the costs if they have been applied for in the successful party's pleadings.
- 97 Since The Tea Board has been unsuccessful in the main appeals, and EUIPO and Delta Lingerie have applied for The Tea Board to pay the costs, The Tea Board must be ordered to pay the costs of the main appeals.

98 Since Delta Lingerie has been unsuccessful in its cross-appeal, and EUIPO and The Tea Board have applied for Delta Lingerie to pay the costs, Delta Lingerie must be ordered to pay the costs of the cross-appeal.

On those grounds, the Court (Second Chamber) hereby:

1. Dismisses the appeals;

2. Orders The Tea Board to pay the costs of the main appeals;

3. Orders Delta Lingerie to pay the costs of the cross-appeal.

Ilešič

Prechal

Rosas

Toader

Jarašiūnas

Delivered in open court in Luxembourg on 20 September 2017.

A. Calot Escobar

M. Ilešič

Registrar

President of the Second Chamber

(*1) Language of the case: English.

DİVAN KARARI (İkinci Daire)

20 Eylül 2017 (*)

(İtiraz – AB markası – 207/2009 no.lu Tüzük (KT) – Madde 8(1)(b) – ‘darjeeling’ veya ‘darjeeling collection de lingerie’ kelimelerini içeren kelime ve şekil markaları – AB ortak markası sahibinin itirazı – ‘Darjeeling’ coğrafi işaretini içeren ortak markalar – Madde 66(2) – Esas işlev – Bireysel ticari marka başvurularıyla ihtilaf – Karıştırılma ihtimali – Tanım – Mal ve hizmetlerin benzerliği – Değerlendirme kriterleri – Madde 8(5))

C-673/15 P’den C-676/15 P’ye kadar Birlikte Görülen Davalar,

Avrupa Birliği Adalet Divanı Statüsü’nün 56. Maddesi kapsamında 15 Aralık 2015 tarihinde başlatılan DÖRT İTİRAZ,

Kalküta’da (Hindistan) kurulan, M. Maier ve A. Nordemann, Rechtsanwältin tarafından temsil edilen **The Tea Board**,

ilk derecede davacı,

davaya diğer taraf olanlar:

Vekil olarak görev yapan J. Crespo Carrillo tarafından temsil edilen **Avrupa Birliği Sınai Mülkiyet Ofisi (EUIPO)**,

ilk derecede davalı,

Cachan’da (Fransa) kurulan, avukatlar G. Marchais ve P. Martini-Berthon tarafından temsil edilen **Delta Lingerie**,

ilk derecede müdahil,

DİVAN (İkinci Daire),

M. Ilešič (Rapporteur), Daire Başkanı, A. Prechal, A. Rosas, C. Toader and E. Jarašiūnas, Hakimler,

Hukuk Sözcüsü: P. Mengozzi,

Katip: L. Hewlett, Ana Yönetici,

yazılı usul ve 25 Ocak 2017 tarihindeki duruşmayı dikkate alarak,

31 Mayıs 2017 tarihindeki oturumda Hukuk Sözcüsü’nün görüşlerini dinledikten sonra,

aşağıdaki hükme varmıştır.

Hüküm

- 1 Temyiz istemiyle, The Tea Board Adalet Divanı'ndan Avrupa Birliği Genel Mahkemesi'nin 2 Ekim 2015 tarihli *The Tea Board v OHIM – Delta Lingerie (Darjeeling collection de lingerie)* (T-625/13, yayımlanmamış, EU:T:2015:742), 2 Ekim 2015 tarihli *The Tea Board v OHIM – Delta Lingerie (DARJEELING collection de lingerie)* (T-626/13, yayımlanmamış, EU:T:2015:741) ve 2 Ekim 2015 tarihli *The Tea Board v OHIM – Delta Lingerie (Darjeeling)* (T-627/13, yayımlanmamış, EU:T:2015:740) (hep birlikte 'kararlar' olarak adlandırılacaktır) kararlarının iptalini talep etmiştir, bu kararlarla, Genel Mahkeme Avrupa Birliği Sınai Mülkiyet Ofisi (EUIPO) İkinci Temyiz Kurulu'nun Tea Board ile Delta Lingerie arasındaki itiraz süreçlerine ilişkin 11 ve 17 Eylül 2013 tarihli (R 1387/2012-2, R 1501/2012-2, R 1502/2012-2 ve R 1504/2012-2, 'söz konusu kararlar') kararlarının iptaline ilişkin kararı kısmen reddetmiştir.
- 2 Çapraz itirazıyla, Delta Lingerie kararların iptalini istemektedir, bu kararlarla, Genel Mahkeme konuyla ilgili kararları kısmen reddetmiştir.

Hukuki Çerçeve

- 3 15 Nisan 1994 tarihinde Marakeş'te imzalanan ve 22 Aralık 1994 tarihli 94/800/EC Sayılı Konsey Kararı ile onaylanan, Dünya Ticaret Örgütü (WTO) Kurucu Anlaşması'nın Ek 1C'sini oluşturan Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması'nın ("TRIPS Anlaşması") 22. Maddesinin, yetkisi dahilindeki konularda Avrupa Topluluğu adına Uruguay Round'u çok taraflı görüşmelerinde (1986-1994) (OJ 1994 L 336, p. 1) imzalanan anlaşmalara ilişkin 'Coğrafi işaretlerin korunması' başlıklı 2(a) paragrafı şu şekildedir:

'2. Üyeler coğrafi işaretlerle ilgili olarak, aşağıdaki hususları engellemek için ilgili taraflara yasal imkanları sağlayacaklardır:

Bir malın sunumunda veya isminde, kamuyu malın menşei konusunda yanıltacak şekilde, malın menşeinin gerçek menşe yeri dışında bir başka coğrafi bölge olduğunu gösteren veya öneren herhangi bir yolun kullanılması;

...'

- 4 AB markasına ilişkin (OJ 2009 L 78, s. 1) 26 Şubat 2009 tarihli 207/2009 Sayılı Konsey Tüzüğü (KT) 4. Maddesi şu şekildedir:

‘Bir [AB] ticari marka, bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması şartıyla, kişi adları, şekiller, harfler, rakamlar, malların veya ambalajlarının biçimi dahil grafiksel olarak gösterilebilen her tür işareten oluşabilir.’

5 Tüzüğün 7(1)(c) Maddesi şu şekildedir:

‘Aşağıdakiler tescil edilemez:

...

(c) ticaret alanında cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten veya malların üretildiği, hizmetlerin sunulduğu zamanı gösteren veya malların ya da hizmetlerin diğer özelliklerini belirten işaret veya adlandırmaları münhasıran ya da esas unsur olarak içeren işaretler.’

6 Tüzüğün 8(1) ve (5) Maddeleri şu şekildedir:

‘1. Tescil başvurusu yapılan bir marka, önceki tarihte başvurusu yapılmış bir marka sahibinin itirazı üzerine aşağıdaki hallerde reddedilir:

...

önceki tarihte başvurusu yapılmış marka ile aynılığı ya da benzerliği ve kapsadığı mal veya hizmetlerin aynılığı ya da benzerliği nedeniyle, önceki tarihte başvurusu yapılmış markanın korunduğu bölgedeki halk tarafından karıştırılma ihtimali varsa; karıştırılma ihtimali, daha önceki ticari markayla ilişkilendirilme ihtimalini de içerir.

...

5. Bununla birlikte, 2. paragraf kapsamında önceki tarihte başvurusu yapılmış olan marka sahibinin itirazı üzerine, önceki tarihte başvurusu yapılmış marka ile aynı ya da benzer olan bir marka için ve önceki tarihte başvurusu yapılan markanın kapsadığı mal veya hizmetlerden farklı mal veya hizmetler için başvuru yapılmışsa, daha önceki tarihte başvurusu yapılmış bir [AB] markanın, [AB]’de tanınmışlığının olması ve önceki tarihte başvurusu yapılmış ulusal bir markanın Üye Devlette tanınmışlığının olması ve haklı bir sebebe dayanmaksızın markanın kullanımından haksız bir yararın sağlanabileceği veya markanın ayırt edici karakterinin zedelenebileceği veya markanın itibarının zarar görebileceği hâllerde marka başvurusu reddedilir.’

7 Söz konusu Tüzüğün ‘[AB] ortak markaları’ başlıklı 66. Maddesi şu şekildedir:

1. Bir [Avrupa Birliği] ortak marka [(‘AB ortak markası’)], başvuruyla birlikteki işletmelerin mal veya hizmetlerini diğer işletmelerinden ayırt etmeye yarar. İmalatçı, üretici, hizmet sağlayıcı veya tacir birlikleri, tabi oldukları kanun hükümlerine göre, kendi adına her türlü hak ve yükümlülükleri yerine getirme, sözleşmeler yapma veya diğer yasal işlemleri gerçekleştirme ve dava açma ve dava edilme kapasitesine sahiptir, kamu hukukuna tabi gerçek kişilerin yanı sıra, [EU] ortak marka başvurusu yapabilirler.
2. 7(1)(c) Maddesinin istisnası olarak, ticari olarak mal ve hizmetlerin coğrafi menşeyini göstermeye yarayan işaret veya ibareler 1. paragraf kapsamında [AB] ortak marka olabilir. Ortak marka sahibinin, endüstriyel ve ticari konularda dürüst uygulamalarda kullanılması şartıyla, üçüncü kişilerin bu işaret veya ibareleri kullanmasını yasaklamaya yetkisi yoktur; özellikle, bu tür bir marka coğrafi ismi kullanma yetkisi olan üçüncü kişilere karşı kullanılamaz.
3. 67 ila 74. Maddeler aksini belirtmedikçe, bu Tüzük hükümleri tüm [AB] ortak markalara uygulanmalıdır.’
- 8 207/2009 Sayılı Tüzüğün ‘Markanın kullanımına yönelik yönetmeliğe ilişkin’ 67. Maddesinin 2. paragrafı şu şekildedir:

‘Kullanıma yönelik yönetmelik markayı kullanmaya yetkili kişileri, birliğe üyelik şartlarını ve varsa yaptırımlar da dahil olmak üzere markanın kullanım şartlarını belirtmelidir. Madde 66(2)’de belirtildiği üzere markanın kullanımına ilişkin yönetmelik, mal veya hizmetlerinin menşeyi ilgili coğrafi bölge olan herhangi bir kişinin markanın sahibi olan derneğin üyesi olmasına yetki vermemelidir.’
- 9 Avrupa Parlamentosu ve Konseyi 21 Kasım 2012 tarihli ve 1151/2012 Sayılı Yönetmeliğinin tarım ürünleri ve gıda maddelerinin kalite düzenlemelerine ilişkin (OJ 2012 L 343, s. 1) 5(2) Maddesi şu şekildedir:

‘Bu Yönetmeliğin amacı doğrultusunda, “coğrafi işaret” bir ürünü tanımlayan bir addır:

 - (a) belirli bir yerden, bölgeden ya da ülkeden kaynaklanır;
 - (b) belirtilen kalitesi, itibarı veya diğer özellikleri esas olarak coğrafi kökenine atfedilebilir; ve
 - (c) üretim adımlarından en az biri tanımlanmış coğrafi alanda gerçekleşir.’
- 10 Tüzüğün 13(1)(c) ve (d) Maddeleri şu şekildedir:

‘1. Tescilli adlar aşağıdaki durumlara karşı korunur:

...

(c) ürünün iç veya dış ambalajında, reklam materyalinde veya ürünle ilgili belgelerde kullanılan ürünün kökeni, menşei, niteliği veya vazgeçilmez niteliklerine ilişkin diğer yanlış veya yanıltıcı ibareler ve ürünün menşesine ilişkin yanlış izlenim uyandırabilecek ürün kutusu kullanılması;

(d) tüketiciyi ürünün gerçek menşesine ilişkin yanıltabilecek diğer herhangi bir uygulama.

...’

11 Bu Tüzüğün 14. Maddesi “Ticaret markaları, menşe adları ve coğrafi işaretler” başlığını taşımaktadır. Madde 14(1)’in alt paragrafı şu şekildedir:

‘Bir menşe adı veya coğrafi işaretin bu Tüzük kapsamında tescilli olduğu durumlarda, bir ticari markanın tescil başvurusu menşe adı ya da coğrafi işaretin [Avrupa] Komisyon’a tescil başvurusundan sonra yapılmışsa, Madde 13(1)’e aykırı düşen kullanımı olan ve aynı tipteki bir ürüne sahip olan bir ticari markanın tescili reddedilmelidir.’

Uyuşmazlığın arka planı

12 Sürecin arka planı, temyiz kararlarındaki haliyle, aşağıdaki şekilde özetlenebilir:

13 21 ve 22 Ekim 2010 tarihinde, Delta Lingerie 207/2009 No.lu Tüzüğe istinaden AB ticari markaları için tescil başvurusunda bulunmuştur.

14 Tescil başvurusu yapılan markalar şu şekildedir:

– aşağıda gösterilen figüratif işaret, açık yeşil dikdörtgen içinde beyaz harflerle yazılı ‘darjeeling’ kelimesini içerir:



Darjeeling

– aşağıda gösterilen figüratif işaret, açık yeşil dikdörtgen içinde beyaz harflerle yazılı ‘darjeeling collection de lingerie’ kelimesini içerir:



– aşağıda gösterilen figüratif işaret, beyaz arka plan üzerine siyah harflerle yazılı 'darjeeling collection de lingerie' kelimesini içerir:



– aşağıda gösterilen figüratif işaret, beyaz arka plan üzerine siyah harflerle yazılı 'darjeeling' kelimesini içerir:



15 Bu tescillerin her biri için alınan mallar ve hizmetler 15 Haziran 1957 tarihli Markaların Tescilinde Eşyaların ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Nice Anlaşması'nın 25, 35 ve 38. sınıflarındadır, revize edilmiş ve düzenlenmiş ('Nice Sözleşmesi'), uyumlu haliyle bu sınıfların her biri aşağıdaki tanımlamalara karşılık gelir:

– Sınıf 25: 'Kadın iç çamaşırları ve gece ve gündüz çamaşırları, özellikle, korseler, badiler, büstiyerler, büstiyer korseler, sütyenler, külotlar, G-string, tangalar, sütyenler, şortlar, boksör şortları, jartiyer kemerleri, jartiyer askısı, gecelikler, kısa gecelikler, külotlu çorap, çorap, mayo; giysiler, triko, iç çamaşırları, yelekler, tişörtler, korse, kısa gecelik, fularlar, tulum, tek parça çamaşırlar (giyim), kazak, badiler, pijama, gecelik, pantolon, evde giymek için pantolonlar, şallar, sabahlık, bornoz, mayo, yüzme şortu, kombinezon, eşarplar';

– Sınıf 35: 'Kadın iç giyim ve iç çamaşırı, parfüm, hafif parfüm ve kozmetik losyonları, ev ve banyo tekstillerinin perakende satışı; Perakende satış ve reklam amaçlı perakende satış mağazalarının ve merkezi satın alma kuruluşlarının oluşturulması ve işletilmesi ile ilgili işletme danışmanlığı; Satış promosyonu (üçüncü kişiler için), reklamcılık, işletme yönetimi, iş idaresi, bir bilgisayar ağı üzerinden çevrimiçi reklamcılık, reklam materyallerinin dağıtımı (broşürler, el ilanları, ücretsiz gazeteler, numuneler), üçüncü kişiler için gazete aboneliği yapılması; İşletme bilgileri ve araştırmaları; Ticari ve reklam amaçlı etkinlik ve fuarların

organize edilmesi, reklam yönetimi, reklam alanlarının kiralanması, radyo ve televizyon reklamcılığı, reklam sponsorluğu’;

– Sınıf 38: Telekomünikasyon, mesaj ve görsellerin bilgisayar yardımıyla iletimi, ürünlerin sunumuna ilişkin interaktif televizyon yayını hizmetleri, bilgisayar uç birimleri aracılığıyla iletişim, açık ve kapalı dünya çapında ağlar üzerinden iletişim (iletim)’.

- 16 Söz konusu başvurular 7 Ocak 2011 tarihli 4/2011 no.lu *Topluluk Markaları Bülteni*’nde yayımlanmıştır.
- 17 7 Nisan 2011 tarihinde, 1953 tarihli Hint Çay Yasası (No 29, 1953) uyarınca kurulmuş ve çay üretimini yönetme yetkisini haiz bir organ olan The Tea Board 15. paragrafta belirtilen mal ve hizmetler için başvurusu yapılan marka tescil başvurularına itiraz dosyalanmıştır.
- 18 İtiraz aşağıdaki önceki markalara dayandırılmıştır:
 - 31 Mart 2006 tarihinde tescil edilen 4 325 718 no.lu önceki AB ortak kelime markası DARJEELING;
 - aşağıda görseli verilen 23 Nisan 2010 tarihinde tescil edilen 8 674 327 no.lu önceki AB ortak şekil markası:



- 19 AB ortak markaları Nice Anlaşması’nın 30. sınıfında şu tanıma denk gelen malları içermektedir: ‘Çay’.
- 20 İtiraz 207/2009 No.lu Tüzüğün 8(1)(b) ve (5) Maddelerine dayandırılmıştır.
- 21 31 Mayıs, 11 Haziran ve 10 Temmuz 2012 tarihlerinde alınan 4 kararla, İtirazlar Bölümü söz konusu markalara karşı dosyalanan itirazları reddetmiştir. 27 Temmuz ve 10 Ağustos 2012 tarihlerinde, The Tea Board EUIPO aracılığıyla söz konusu kararların iptali için itiraz dosyalanmıştır.
- 22 İtiraza ilişkin kararlar, söz konusu itirazlarda, The Tea Board, EUIPO İkinci Temyiz Kurulu’na (‘Temyiz Kurulu’) ‘darjeeling’ kelimesinin –söz konusu işaretlerde ortak eleman olan kelime– çaylar için 12 Kasım

2007 tarihinde yapılan başvuruyu takiben, 20 Ekim 2011 tarihli (EU) 1050/2011 no.lu Komisyon Geçici Tüzüğü çerçevesinde korunmakta olan coğrafi işaretler siciline girerek (Darjeeling (PGI)) (OJ 2011 L 276, p. 5) tescil edilen korunmakta olan bir coğrafi işaret olduğuna dair kanıtlar sunmuştur. Bu geçici tüzük, 11511/2012 Sayılı Tüzük'le değiştirilen, tarım ürünlerine ve gıda maddelerine ait coğrafi işaretlerin ve menşe isimlerinin korunmasına ilişkin (OJ 2006 L 93, s.12) 20 Mart 2006 tarih ve 510/2006 Sayılı Konsey Tüzüğü'ne (KT) dayanılarak kabul edilmiştir.

- 23 Söz konusu kararlarla, Temyiz Kurulu itirazları reddetmiştir ve İtirazlar Bölümü'nün kararını onamıştır. Özellikle, sözü edilen işaretlerin kapsadığı mallar ve hizmetler arasında benzerlik olmadığı göz önüne alınarak, 207/2009 Sayılı Tüzüğün 8(1)(b) Maddesi kapsamında karıştırılma ihtimali olmadığı sonucuna varılmıştır. Aynı şekilde, Tea Board'un sunduğu delillerin bu hükmün uygulanmasına ilişkin şartları yerine getirmeye yetmediği gerekçesiyle, söz konusu tüzüğün 8(5) Maddesinin ihlal edildiği iddiasını reddetmiştir.

Genel Mahkeme prosedürü ve temyiz kararı

- 24 The Tea Board, 25 Kasım 2013'te Genel Mahkeme Yazı İşleri Müdürlüğü'ne yapılan başvurularla, söz konusu dört kararın iptali için dört başvuruda bulunmuştur.
- 25 Her bir itirazı desteklemek amacıyla, ilki Temyiz Kurulu'nun Tüzüğün 66(2) Maddesinde belirtilen AB ortak markalarının özel işlevini göz ardı ettiği gerekçesiyle 207/2009 No.lu Tüzüğün 8(1)(b) Maddesini ihlal ettiği, ikincisi Tüzüğün 8(5) Maddesinin ihlal edildiği olmak üzere iki gerekçe öne sürmüştür.
- 26 Öte yandan, kararlara ilişkin yargılamalara göre, Genel Mahkeme, ilk itirazı, alınan malların coğrafi menşeyini belirten ibareler de dahil, AB ortak markalarının temel işlevinin AB bireysel markalarının işlevlerinden farklı olmadığı ve mevcut davada sözü edilen malların ve hizmetlerin ne aynı ne de benzer olduğu göz önüne alındığında karışıklık ihtimalinin varolmadığı gerekçesiyle asılsız bularak reddetmiştir.
- 27 Genel Mahkeme, bununla birlikte, ikinci gerekçeyi kısmen haklı bulmuştur. Öncelikli markaların istisnai şekilde güçlü ününe ilişkin varsayımsal önermeye ilişkin Temyiz Kurulu'nun değerlendirmesini dayandırdığı 207/209 Sayılı Tüzüğün 8(5) Maddesi ışığında, Genel Mahkeme Temyiz

Kurulu'nun başvuru ticari markaların haksız kullanımdan –tescil için başvurusu yapılan Nice Anlaşması'nın 25. sınıfındaki tüm mallar ve aynı anlaşmanın 35. sınıfındaki 'kadın iç giyim ve iç çamaşırı, parfüm, hafif parfüm ve kozmetik losyonları, ev ve banyo tekstillerinin perakende satışı' hizmetleri için– yarar sağlama durumunun varlığını yok saymasının yanlış olduğuna karar vermiştir. Bu kapsamda, söz konusu kararı iptal etmiştir.

Mahkeme prosedürü ve talepler

28 Her bir itirazıyla, The Tea Board Mahkeme'nin aşağıdaki konularda karar vermesi gerektiğini iddia etmektedir:

- Genel Mahkeme'nin davayı bozmasıyla kararın iptal edilmesi;
- gerekli görülmesi halinde, davanın Genel Mahkeme'ye geri gönderilmesi;
- masrafların EUIPO tarafından karşılanması.

29 Mahkeme Başkanı'nın 12 Şubat 2016 tarihli kararına istinaden dava, yazılı ve sözlü usul ve yargı amaçları ile birleştirilmiştir.

30 EUIPO ve Delta Lingerie, Mahkeme'nin itiraz başvurularını reddetmesi ve The Tea Board'un masrafları ödenmesi gerektiğini iddia etmiştir.

31 Çapraz itirazıyla Delta Lingerie Mahkeme'nin aşağıdaki konularda karar vermesi gerektiğini iddia etmektedir:

- Genel Mahkeme'nin kararları iptal etmesiyle kararların iptal edilmesi;
- gerekli görülmesi halinde, davanın Genel Mahkeme'ye geri gönderilmesi;
- masrafların The Tea Board tarafından karşılanması.

32 EUIPO ve The Tea Board, Mahkeme'nin çapraz itiraz başvurusunu reddetmesi ve Delta Lingerie'nin çapraz itiraz masraflarını ödemesi gerektiğini iddia etmiştir.

Ana itirazlar

33 The Tea Board itirazını, ilki 207/2009 Sayılı Tüzüğü'nün 8(1)(b) Maddesinin ihlaline ve ikincisi Tüzüğü'nün 8(5) Maddesinin ihlaline ilişkin iddiaları içeren iki gerekçeyle dayandırmıştır.

İtirazın ilk gerekçesi

Tarafların iddiaları

- 34 The Tea Board, öncelikle, hükmün 39 ila 41. paragraflarında, 207/2009 Sayılı Tüzüğün 66(2) Maddesi çerçevesinde 'mal ve hizmetlerin coğrafi menşei'ni gösteren işaret ve ibaretler de dahil, ticari olarak, ortak markaların esas işlevinin Tüzüğün 66(1) Maddesi gereğince AB ticari markasından farklı olmadığı sonucuna vararak Genel Mahkeme'nin kanunlara aykırı hareket ettiğini ve/veya olayları çarpıttığını ve dolayısıyla Genel Mahkeme'nin her iki durumda da markaların esas işlevinin ticari kökeni gösteren ibareler olmak olduğu hükmüne vararak hukuka aykırı davrandığını iddia etmiştir.
- 35 Bu anlamda, öncelikle, 207/2009 Sayılı Tüzüğün 66(2) Maddesinin bir birliğin üyelerinin bir AB ortak markası koruması ile söz konusu işaret üzerinde tek elde etmesine açıkça izin vererek Tüzüğün 7(1) (c) Maddesinde belirtilen mutlak ret nedenlerine istisna teşkil ettiğini ifade etmiştir.
- 36 Ayrıca, Tüzüğün 67(2) Maddesinde belirtildiği üzere, AB ortak markasının kullanımına ilişkin yönetmelik, mal veya hizmetlerinin menşei ilgili coğrafi bölge olan herhangi bir kişinin markanın sahibi olan derneğin üyesi olmasına yetki vermelidir. Sonuç olarak, The Tea Board'un görüşüne göre, bir coğrafi işaret içeren AB ortak markası bu markaya sahip olan bir birliğin üyelerinin mal veya hizmetlerini diğer işletmelerinkilerden ayırma kapasitesine hiçbir zaman sahip olmayacaktır. 29 Mart 2011 tarihli *Anheuser-Busch v Budějovický Budvar* (C-96/09 P, EU:C:2011:189, paragraf 147) kararında Mahkeme'nin coğrafi işaretin esas işlevinin tüketicilere malların coğrafi kökenini ve bu anlamda özel niteliklerini garantilemek olduğuna dair kararını da iletmiştir.
- 37 Son olarak, 207/2009 Sayılı Tüzük, 1151/2012 Sayılı Tüzüğün 13(1) (c) ve (d) Maddeleri ve TRIPS Anlaşması'nın 22. Maddesi çerçevesinde yorumlanmalıdır, buna göre, üyeler ilgili taraflara bir malın kökeni ya da sunumuna ilişkin malın esas menşe bölgesinden başka bir yere ait olduğunu belirten ve halkı malın coğrafi kaynağına ilişkin yanılatacak kullanımların önüne geçmek için yasal araçları sunar.
- 38 İkinci olarak, The Tea Board kararın 49, 51 ila 53. ve 60. paragraflarında, Genel Mahkeme'nin 207/2009 Sayılı Tüzüğün 66(2) Maddesinde belirtilen malların coğrafi kökenini belirten bir ibare içeren ortak markalar söz konusu olduğunda, 207/2009 Sayılı Tüzüğün 8(1)(b) Maddesi

çerçevesinde mal veya hizmetlerin benzerliği değerlendirilirken, mal veya hizmetlerin gerçek ya da potansiyel coğrafi kökenlerinin göz önünde bulundurulamayacağı sonucuna vararak kanuna aykırı davrandığını ve/veya olayları çarpıttığını iddia etmiştir.

- 39 Üçüncü olarak, kararın 60. paragrafında Genel Mahkeme'nin 207/2009 Sayılı Tüzüğü'nün 66(2) Maddesi çerçevesinde ortak markalar söz konusu olduğunda, Tüzüğü'nün 8(1)(b) Maddesi kapsamında karıştırılma ihtimaline ilişkin global bir değerlendirme yapılırken söz konusu mal veya hizmetlerin gerçek ya da potansiyel kökenlerinin göz önünde bulundurulamayacağı ve halkın markanın kapsadığı hizmetlerin, söz konusu malların veya malların üretildiği hammaddelerin aynı coğrafi kökenden olduğuna inanabileceğinin konuyla ilgisiz olduğu sonucuna vararak kanuna aykırı davrandığını ve/veya olayları çarpıttığını iddia etmiştir.
- 40 EUIPO ve Delta Lingerie The Tea Board'un gerekçelerine itiraz etmiştir.

Divan Kararları

- 41 Bir başlangıç noktası olarak, The Tea Board'un karar bozma talebiyle ilgili olarak, bozma isteminin olağanüstü doğası göz önünde bulundurulduğunda, özellikle Avrupa Birliği Adalet Divanı Statüsü'nün TFEU 256 Maddesi, 58. Madde, ilk paragrafı ve Adalet Divanı Usullerine İlişkin Kuralların 168(1)(d) Maddesi, itiraz edenin Genel Mahkeme tarafından bozulmuş olduğu iddia edilen unsurları ve kendi görüşüne göre bu bozulmaya yol açan değerlendirme hatalarını tam olarak belirtmesini gerektirdiği hatırlanmalıdır. Bu tür bir bozulma, gerçekler ve kanıtların yeniden değerlendirilmesini gerektirmeksizin (11 May 2017, *Yoshida Metal Industry v EUIPO* kararı, C-421/15 P, EU:C:2017:360, paragraf 23 ve bahsedilen içtihat), dosyadaki dokümanlardan açıkça anlaşılmalıdır.
- 42 Ancak, The Tea Board'un bozulmaya ilişkin iddiaları hiçbir şekilde doğrulanmadığı ve dolayısıyla itirazın asılsız olması nedeniyle reddedilmesi gerektiği açıktır.
- 43 The Tea Board'un hukuki hatalara ilişkin iddiaları göz önünde bulundurulduğunda, kararların 41 ila 43. paragraflarında Genel Mahkeme'nin, özünde, AB ortak markasının esas işlevinin markanın sahibi olan birliğin üyelerinin mal veya hizmetlerinden diğer işletmelerinkileri ayırt etmek olduğu ve bu malları coğrafi kökenlerine göre ayırt etmek olmadığı sonucuna vardığına dikkat edilmelidir.

- 44 Bu sonuca dayanarak, Genel Mahkeme, kararların 49 ve 51 ile 53. paragraflarında, itiraz prosedürleri kapsamında, söz konusu işaretlerin bir yandan ortak marka ve diğer taraftan da bireysel markalar olduğu, alınan mallar ve hizmetlerin karşılaştırılmasında iki bireysel ticari markanın kapsadığı mallar ve hizmetlerin benzerlik veya aynılığının değerlendirilmesinde kullanılan aynı kriterlerin kullanılması gerektiğini belirtmiştir. Genel Mahkeme bu bağlamda The Tea Board'un halkın söz konusu markaların kapsadığı malların ve hizmetlerin aynı coğrafi kökene sahip olduğuna inanabileceği gerçeğinin 207/2009 Sayılı Tüzüğün 8(1)(b) Maddesindeki amaçlarla benzerlik ya da aynılık kriterini sağlamak için yeterli olabileceği gerekçelerini reddetmiştir.
- 45 Sonuç olarak, kararların 60. paragrafında, Genel Mahkeme The Tea Board'un AB ortak markaları ile bireysel markalarının arasında karıştırılma ihtimalinin olup olmadığına ilişkin değerlendirmede, karıştırılma ihtimalinin, halkın söz konusu işaretlerin kapsadığı malların –ya da bu malların üretiminde kullanılan hammaddelerin– ya da hizmetlerin aynı coğrafi kökenden geldiğine inanabileceği riski olduğu gerekçesini reddetmiştir.
- 46 Bu kapsamda, 207/2009 Sayılı Tüzüğün 8(1)(b) Maddesinde –Tüzüğün 67 ile 74. maddelerinin aksine bir hüküm bulunmaması halinde tüzüğün 66(3) Maddesi uyarınca AB ortak markalarına uygulanacak maddedir– daha önceki tarihte başvuru yapılan bir markanın sahibi tarafından yapılan itirazla önceki markaya aynı ya da benzer olması ve markaların kapsadığı mallar ve hizmetlerin aynı ya da benzer olması sebebiyle önceki markanın korunduğu bölgedeki halk nezdinde karıştırılma ihtimali varsa başvurusu yapılan markanın tescil edilmeyeceğinin belirtildiği hatırlanmalıdır.
- 47 207/2009 Sayılı Tüzüğün 8(1)(b) Maddesinin uygulanması amacıyla, karıştırılma ihtimalinde hem başvuru yapılan marka ile önceki markanın aynı ya da benzer olduğunun ve hem de tescil için başvurusu yapılan markanın kapsadığı mallar veya hizmetlerin önceki markanınkilerle aynı ya da benzer olduğunun varsayılması yerleşik içtihat hukukudur, bu koşullar kümülatiftir (23 Ocak 2014 tarihli, *OHIM v riha WeserGold Getränke* kararı, C-558/12 P, EU:C:2014:22, paragraf 41 ve bahsedilen içtihat).
- 48 Ayrıca yerleşik içtihat hukukuna göre, söz konusu mallar ve hizmetlerin benzerliği değerlendirilirken, bu mallar ve hizmetlere ilişkin tüm faktörler dikkate alınmalıdır. Bu faktörler, özellikle, nitelikleri, kullanım amacı, kullanım yöntemleri ve birbiriyle rekabet halinde mi yoksa

tamamlayıcı mı olduklarını (diğerlerinin yanı sıra bkz. 11 Mayıs 2006 tarihli, *Sunrider v OHIM* kararı, C-416/04 P, EU:C:2006:310, paragraf 85 ve 18 Aralık 2008 tarihli, *Les Éditions Albert René v OHIM*, C-16/06 P, EU:C:2008:739, paragraf 65) içerir.

- 49 Söz konusu davada, The Tea Board, özünde, ticari olarak, malların veya hizmetlerin coğrafi kökenini belirlemeye yarayan işaret veya ibarelerden oluşan AB ortak markalarının temel işlevi, kendi görüşüne göre, bu malların veya hizmetlerin ortak coğrafi menşeyini belirtmektir, Genel Mahkeme söz konusu mallar ve hizmetlerin benzerliğini değerlendirirken söz konusu hükmün 48. paragrafında gerçek ya da potansiyel ortak coğrafi kökenlerini ilişkili faktör olarak kabul etmeyerek kanuna aykırı davranmıştır.
- 50 Divan, bu önermede 207/2009 Sayılı Tüzüğün 66(2) Maddesi kapsamındaki AB ortak markalarının temel işlevinin, aynı maddenin 1. paragrafında belirtilen markalardan farklı olduğu varsayımının temel aldığı belirtmektedir. Ancak, bu varsayım kusurludur. Öncelikle, 207/2009 Sayılı Tüzüğün 66(2) Maddesi ticari olarak mallar ve hizmetlerin coğrafi kökenini belirtmeye yarayan işaret ve ibareler içeren AB ortak markalarının söz konusu maddenin 1. paragrafında belirtilen AB ortak markalarını oluşturduğunu açıkça belirtmektedir. Bu paragrafa göre, sadece markanın başvuru sahibi olan birliğin üyelerinin mallarını veya hizmetlerini diğer işletmelerinkinden ayırabilen ticari markalar AB ortak markalarını oluşturabilir.
- 51 Buna ek olarak, Tüzüğün 66(3) Maddesi uyarınca ortak markalar için geçerli olan, 207/2009 Sayılı Tüzüğün 4. Maddesi, özünde, sadece kapsadığı mallar veya hizmetlerin ticari kökenini belirtebilen işaretlerin AB markası olabileceğini ifade etmektedir.
- 52 Buna göre, Divan defalarca, markanın kapsadığı mallar veya hizmetlerin belirli bir işletmeden kaynaklanması ve dolayısıyla bu mallar veya hizmetleri diğer işletmelerinkinden ayırt etmesi anlamında (6 Mart 2014 tarihli, *Backaldrin Österreich The Kornspitz Company* kararı, C-409/12, EU:C:2014:130, paragraf 20 ve bahsedilen içtihat), markanın temel işlevinin tüketicilere malların kökenini garantilemek olduğunu ileri sürmüştür.
- 53 Divan, buna ek olarak, halihazırda bir markanın köken belirtmek dışında üçüncü kişilerin ihlallerine karşı eşit derecede korumaya değer olan kapsanan mal ve hizmetlerin kalitesinin garantiye alınması veya iletişim, yatırım veya reklam gibi başka fonksiyonlarının da olabileceğini

- belirtmiştir, ancak yine de bir markanın temel işlevinin köken belirtmek olduğunu her zaman vurgulamıştır (bu konuda bkz. 23 Mart 2010 tarihli, *Google France and Google* kararı, C-236/08 ila C-238/08, EU:C:2010:159, paragraf 77 ila 82, ve 22 Eylül 2011 tarihli, *Interflora and Interflora British Unit* kararı, C-323/09, EU:C:2011:604, paragraf 37 ila 40 ve bahsedilen içtihat).
- 54 Dolayısıyla, 207/2009 sayılı Tüzüğün 66(2) Maddesi uyarınca bir AB ortak markasının temel işlevinin bu marka altında sunulan mallar ve hizmetlerin ticari kökenini değil de coğrafi menşeyini belirtmek olduğu ileri sürülseydi, bu temel işlev ihmal edilmiş olacaktır.
- 55 Bu sonuç, The Tea Board'un 207/2009 sayılı Tüzüğün 67(2) Maddesi ve 29 Mart 2011 tarihli *Anheuser-Busch v Budějovický Budvar* (C-96/09 P, EU:C:2011:189, paragraf 147) kararıyla ortaya çıkan içtihata dayandırıldığı, 207/2009 Sayılı Tüzüğün 66(2) Maddesinde belirtilen bir AB ortak markasının, doğası gereği, bu tür bir ayırt edici fonksiyondan yoksun olduğu gerekçesiyle sorgulanamaz.
- 56 The Tea Board'un 207/2009 Sayılı Tüzüğün 67(2) Maddesine dayandırdığı gerekçesi belirsiz ve kanıtlanmamış olarak kalsa da, Divan 29 Mart 2011 tarihli *Anheuser-Busch v Budějovický Budvar* (C-96/09 P, EU:C:2011:189, paragraf 147) kararında yalnızca bir coğrafi işaretin temel işlevinin tüketicilere malların coğrafi kökenini ve sahip oldukları belirli niteliklerini garantilemek olduğunu ileri sürmüştür. Fakat Divan, 207/2009 sayılı Tüzüğün 66(2) Maddesi uyarınca AB ortak markalarının temel işlevine ilişkin herhangi bir değerlendirmede bulunmamıştır.
- 57 İkincisi, The Tea Board'un sunduğu gibi, 207/2009 Sayılı Tüzüğün 66(2) Maddesi Tüzüğün 7(1)(c) Maddesinde belirtilen mutlak ret nedenine istisna teşkil etmekle birlikte, bu durum, 207/2009 Sayılı Tüzüğün 66(2) Maddesi uyarınca bir AB ortak markasının temel işlevinin, bu ticari markayla satılan malların kolektif ticari kökenini garanti etmek olduğu ve ortak coğrafi kökenlerini garanti etmek olmadığı gerçeğinin sorgulanmasına sebep olmaz.
- 58 Buna ek olarak, Hukuk Sözcüsü'nün Görüşününün 34 ila 36. paragraflarında belirtildiği üzere, 7(1)(c) Maddesine istisna teşkil eden 207/2009 Sayılı Tüzüğün 66(2) Maddesi söz konusu paragraflarda ifade edilen ortak markaların içerdiği işaretlerin doğası ile açıklanmaktadır.
- 59 Bu bağlamda, Mahkeme 207/2009 Sayılı Tüzüğün 7(1)(c) Maddesinin kamu yararına bir amaç güttüğüne, yani ortak markalarda ya da karma

ya da grafiksel markaların bir parçası olarak kullanılanlar dahil olmak üzere tescil için başvurusu yapılan ürün veya hizmetlerin kategorilerine ilişkin tanımlayıcı işaret veya ibarelerin herkes tarafından özgürce kullanılabilmesine karar vermiştir. Dolayısıyla söz konusu hüküm bireysel marka olarak tescil edilmeleri sebebiyle bu tür işaret veya ibarelerin bir işletmenin tek başına tekeline alınmasını engellemektedir (bu konuda bkz. 4 Mayıs 1999 tarihli, *Windsurfing Chiemsee* kararı, C-108/97 ve C-109/97, EU:C:1999:230, paragraf 25 ve 19 Nisan 2007 tarihli, *OHIM v Celltech* kararı, C-273/05 P, EU:C:2007:224, paragraf 75 ve bahsedilen içtihat).

- 60 Böylece, 2074/2009 sayılı Tüzüğün 66(2) Maddesinde belirtilen AB ortak markaları, (i) paragrafın son cümlesi uyarınca, bu tür markaların sahiplerine üçüncü kişilerin bu işaret veya ibarelerin, endüstriyel ve ticari konularda dürüst uygulamalarda kullanılması şartıyla, ticari olarak kullanımlarını engelleme hakkı vermememesi ve (ii) Tüzüğün 67(2) Maddesinin markanın kullanımına ilişkin düzenlemeleri içeren 66(2) Maddesi mal veya hizmetlerinin menşei ilgili coğrafi bölge olan herhangi bir kişinin markanın sahibi olan derneğin üyesi olmasına yetki vermesini gerektirmesi nedenleriyle bu tür bir kamu yararı amacıyla ters düşmemektedir.
- 61 Üçüncü olarak, The Tea Board koruma altındaki coğrafi işaretlere ilişkin olmaları nedeniyle gerekçelerini 1151/2012 Sayılı Tüzüğün 13(1) (c) ve (d) Maddeleriyle veya TRIPS Anlaşmasının 22. Maddesiyle destekleyemez.
- 62 Bu bağlamda, bir yandan, bu coğrafi işaretlerin ve diğer taraftan malların ve hizmetlerin coğrafi kökenini belirlemek için ticari olarak hizmet edebilecek işaret veya ibarelerden oluşan AB ortak markaları, farklı hukuki rejimler tarafından yönetilen ve farklı amaçları olan işaretlerdir. Böylece, AB markası, 207/2009 Sayılı Tüzüğün 4. Maddesi uyarınca, mallar veya hizmetlerin ticari kökenini ayırt etmeye yarayan işaretlerken, coğrafi işaret 1151/2012 Sayılı Tüzüğün 5(2) Maddesi uyarınca belirli bir coğrafi alana özgü, nitelik, ün ya da diğer karakteristik özellikleri bu coğrafi kökene dayandırılabilen ve en azından bir üretim safhası bu tanımlanan coğrafi bölgede gerçekleştirilen bir ürünü tanımlayan isimdir.
- 63 Yukarıdaki hususlar ışığında, Genel Mahkeme'nin, söz konusu kararlarının 41 ila 43. paragraflarında, AB ortak markasının temel işlevinin markanın sahibi olan birliğin malları veya hizmetlerinin diğer

işletmelerinkinden ayırmak olduğu ve malları coğrafi kökenine göre ayırmak olmadığı kararı hukuka aykırı değildir.

- 64 Bunu takiben, aynı şekilde, Genel Mahkeme'nin, esas itibarıyla, kararlarının 49 ve 51 ila 53. paragraflarındaki, 207/2009 Sayılı Tüzüğü'nün 8(1)(b) Maddesinin uygulamasında, söz konusu işaretler bir yanda ortak marka ve diğer yanda bireysel markayken, halkın bu işaretlerin kapsadığı mallar ve hizmetlerin aynı coğrafi kökene sahip olduğuna inanabileceğinin bunların aynılık ya da benzerliğine ilişkin bir kriter oluşturamayacağı kararı hukuka aykırı değildir.
- 65 Kararın 52. paragrafında Genel Mahkeme'nin belirttiğine göre, aynı coğrafi bölgede oldukça geniş yelpazede çeşitli mallar ve hizmetler üretilebilir ya da sunulabilir. Aynı sebeple, 207/2009 sayılı Tüzüğü'nün 66(2) Maddesi uyarınca AB ortak markası olarak tescil edilmiş coğrafi ismi olan bir bölgeyi hiçbir şey farklı ürünlerin yapımında kullanılan farklı hammaddelerin kaynağı olmaktan alıkoyamaz.
- 66 Son olarak, Genel Mahkeme'nin kararlarının 60. paragrafında hukuka aykırı olduğu iddiasına gelince, bu paragrafın bütünlük sağlanması açısından dahil edildiği belirtilmelidir, kararın 56 ila 59. paragraflarında, Genel Mahkeme halihazırda, esas itibarıyla ve doğru olarak, kararın 43 ila 63. paragraflarında belirttiği gibi, 2074/2009 Sayılı Tüzüğü'nün 8(1)(b) Maddesi başvuru için şartlardan birinin yerine getirilmemesi sebebiyle söz konusu davaya uygulanamaz. The Tea Board'un bu paragrafta karşı itirazı, sonuç olarak, etkisizdir ve reddedilmelidir (bu konuda bkz. 19 Nisan 2007 tarihli, *OHIM v Celltech* kararı, C-273/05 P, EU:C:2007:224, paragraf 56 ve 57).
- 67 Yukarıdaki tüm düşüncelerden yola çıkarak ilk itirazın reddedilmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır.

İtirazın ikinci gerekçesi

Tarafların iddiaları

- 68 The Tea Board, Genel Mahkeme'nin, kararlarının 145. paragrafındaki 'darjeeling' kelimesinin akılda uyandırdığı olumlu niteliklerin itiraz edilen markaların kapsadığı ne 'kadın iç giyim ve iç çamaşırı, parfüm, hafif parfüm ve kozmetik losyonları, ev ve banyo tekstillerinin perakende satışı' hariç Nice Anlaşması'nın 35. Sınıfındaki hizmetlere, ne de Nice Anlaşması'nın 38. Sınıfındaki hizmetlere yansıtılabileceği kararıyla 207/2009 sayılı Tüzüğü'nün 8(5) Maddesini yanlış uyguladığını

ve/veya davaya ilişkin bilgileri çarpıttığını iddia etmektedir. Özellikle, Genel Mahkeme itiraz edilen markaların bu hizmetlere ilişkin olarak kullanımının Delta Lingerie'ye ticari avantaj sağlaması için hiçbir sebep olmadığı kararında hatalıdır. Aslında, Genel Mahkeme'ye göre 'darjeeling' kelimesiyle belirtilen, benzersiz kalitede sofistike ve seçkin bir ürünün nitelikleri, The Tea Board'a göre, işletme danışmanlığı veya telekomünikasyon gibi hizmetlere yansıtılabilir ve söz konusu markaların bu anlamda çekici gücünü artırabilir. The Tea Board buna ek olarak Genel Mahkeme'nin, kararının 145. paragrafındaki, 'darjeeling' kelimesinin akla getirdiği niteliklerin Nice Anlaşması'nın 35. ve 38. Sınıflarındaki hizmetlere aktarılamayacağına ilişkin kararlarını destekleyecek sebepler sunmadığını iddia etmiştir.

- 69 EUIPO ve Delta Lingerie, (i) The Tea Board'un Adalet Divanı'ndan Genel Mahkeme'nin kararını değiştirmesini istemesi nedeniyle ikinci itiraz sebebinin kabul edilemez olduğuna ve (ii) The Tea Board ne bir hata olduğunu ne de gerçeklerin çarpıtılmasının söz konusu olduğunu kanıtladığı için, itirazın herhangi bir şekilde asılsız olduğuna ilişkin itiraz etmişlerdir.

Mahkeme Kararları

- 70 Öncelikle, kararın 41. paragrafında belirtilen içtihat ışığında, The Tea Board'un çarpıtmaya ilişkin itirazı bu itirazı destekleyemediği için reddedilmelidir.
- 71 Kararın 145. paragrafındaki karara ilişkin destekleyici sebep belirtilememesine yönelik itiraza ilişkin olarak, bu paragraflarda (i) dava dosyasından 'kadın iç giyim ve iç çamaşırı, parfüm, hafif parfüm ve kozmetik losyonları, ev ve banyo tekstillerinin perakende satışı' hariç diğer hizmetlere ilişkin Delta Lingerie'nin itiraz edilen markaların kullanımından neden ticari yarar sağlayabileceğine dair herhangi bir sebep çıkarılamaması ve (ii) The Tea Board'un böyle bir yararın ortaya çıktığına ilişkin herhangi bir özel kanıt sunmaması nedenleriyle Genel Mahkeme'nin sunulan gerekçeyi reddettiğine dikkat etmek yeterlidir. Dolayısıyla destekleyici sebep sunulmadığına ilişkin iddia oluşmamıştır.
- 72 'Darjeeling' kelimesiyle taşınan niteliklerin tescil için başvurusu yapılan tüm hizmetlere aktarılabilmesiyle, gerçekte, bu bilgiler için Adalet Divanı'ndan değerlendirme almak istenmektedir ve sonuç olarak bu kabul edilemez olduğu için reddedilmiştir (bu konuda bkz. 24 Mart

2011 tarihli, *Ferrero v OHIM* kararı, C-552/09 P, EU:C:2011:177, paragraf 73 ve 89).

- 73 Bununla birlikte ikinci itiraz sebebi reddedilmelidir ve ana itirazlar tamamıyla reddedilmelidir.

Çapraz itiraz

- 74 Delta Lingerie, çapraz itirazını desteklemek adına tek bir mesnetle, 207/2009 Sayılı Tüzüğün 8(5) Maddesinin ihlal edildiği iddiasına dayanmaktadır. Bu itiraz gerekçesi iki kısma ayrılmıştır, birinci olarak, bir yanda ticari markaların ve diğer yanda coğrafi işaretlerin ilgili işlevlerinin çarpıtılması, ikinci olarak, Genel Mahkeme'nin gerekçelerindeki tutarsızlık ve 207/2009 Sayılı Tüzüğün uygulamasında hukuki bir hata olması.

Tek itiraz sebebinin birinci kısmı

Tarafların iddiaları

- 75 Delta Lingerie bir markanın işlevinin ticari kökeni garantilemek, bir coğrafi işaretin işlevinin ise coğrafi kökeni garantilemek olduğunu iddia etmektedir. Bu farklı işlevler çerçevesinde, korunmakta olan bir coğrafi işaretin ününün aynı mallara sahip ortak marka olarak korunan bir işarete aktarılabileceğinin kararlaştırılmayacağını iddia etmektedir. Ayrıca öncelikli markaların ününün, 'darjeeling' isminin çaylar için korunan bir coğrafi işaretten aynı işaretle aynı mallar için korunan ortak markaya aktarıldığına ilişkin sonuca dayanan varsayımsal önermeyle oluştuğuna dayanarak, Genel Mahkeme'nin bir yandan söz konusu markaların ve diğer taraftan korunan coğrafi işaretlerin ilgili işlevlerini çarpıtmakla hukuka aykırı davrandığını iddia etmektedir.

- 76 EUIPO ve The Tea Board Delta Lingerie'nin gerekçelerine itiraz etmiştir.

Divan Kararları

- 77 Kararların 79. paragrafında, Genel Mahkeme, öncelikli markaların 207/2009 sayılı Tüzüğün 8(5) Maddesi uyarınca ünlü olup olmadığına ilişkin soru söz konusu olduğu sürece, kısaca söz konusu kararlardaki ifadenin belirsiz olduğu belirtilmelidir. Genel Mahkeme, yine de, söz konusu kararlardaki ilgili bölümdeki tek belirsiz cümlenin 'Temyiz Kurulu'nun daha önceki ticari markaların bir itibara sahip olduğuna kesin olarak karar vermediği' görülen olduğunu belirtmiştir. Genel Mahkeme,

ayrıca, duruşmada o noktada sorulduğunda, OHİM bu konuda kesin bir sonuç çıkmadığını doğrulamıştır.

- 78 Kararların 80. paragrafında, Genel Mahkeme yine de, Temyiz Kurulu'nun 207/2009 Sayılı Tüzüğü'nün 8(5) Maddesini uygulamak amacıyla analizine devam etmesi sebebiyle, bu analizin önceki ticari markaların itibarının kurulduğu varsayımsal önermesine dayandığını düşünmenin uygun olacağı kararına varmıştır.
- 79 Kararların 146. paragrafında, Genel Mahkeme'nin, kararların önceki ticari markaların istisnai bir ünü olduğu varsayımsal önermesine dayandığı gerçeği ışığında, Temyiz Kurulu'nun, başvuru markalarının kapsadığı Nice Anlaşması'nın 25. Sınıfındaki tüm mallar ve Nice Anlaşması'nın 35. Sınıfındaki tüm perakende hizmetlerine ilişkin olarak, başvuru markalarının sebepsiz kullanımından yarar sağlama riskinin var olması hariç olmak üzere, 207/2009 Sayılı Tüzüğü'nün 8(5) Maddesinin uygulamasını gözardı etmesi sebebiyle bu kararları kısmi olarak reddetme kararına varmıştır. Bu kararların 147. paragrafında, Genel Mahkeme, bu kısmi iptalleri takiben, Temyiz Kurulu'nun, daha önceki markaların bir itibarı olup olmadığını ve eğer öyleyse bu itibarın ne kadar güçlü olduğunu belirlemek için kesin bir sonuca varması gerektiğini belirtmiştir.
- 80 Böylece, Delta Lingerie'nin iddialarının aksine ve Hukuk Sözcüsü'nün Görüşününün 85. Maddesinde belirttiği gibi, Genel Mahkeme ne daha önceki ticari markaların itibarının ispat edilip edilmediğini sorgulama konusunda veya ne de böyle bir kanıt oluşturulması amacıyla, 'Darjeeling' ismiyle coğrafi işaret olarak elde edilen ünün aynı mallar için aynı işaretle korunan bir ortak markaya aktarılıp aktarılamayacağını sorgulama konusunda bir tavır sergiledi.
- 81 Delta Lingerie'nin tek gerekçeli itirazının ilk kısmı böylelikle kararların yanlış okunmasına dayandırılmıştır ve asılsız olması sebebiyle reddedilmiştir.

Tek itiraz gerekçesinin ikinci kısmı

Tarafların iddiaları

- 82 Delta Lingerie, Genel Mahkeme'nin kararlarında kendiyile çeliştiğini ve 207/2009 Sayılı Tüzüğü'nün 8(5) Maddesini ihlal ettiğini iddia etmiştir.
- 83 Özellikle, kararların 89, 107, 111 ila 120. paragraflarında, Genel Mahkeme, (i) söz konusu işaretler arasında bir ilişki olduğuna dair herhangi özel bir araştırma yapılmamış olması ve (ii) söz konusu işaretlerin

kapsadığı mallar ve hizmetler arasında hiçbir benzerlik olmamasından dolayı, önceki markaların ayırt edici karakterine ya da ününe zarar verme riskinin bulunmaması sebebiyle, Temyiz Kurulu'nun kararlarının onaylanması gerektiği sonucuna varmıştır. Ancak bu kararlar, Genel Mahkeme'nin kararın 141. paragrafında, marka başvurusunun hedef kitlesi olan halkın Darjeeling bölgesiyle (Hindistan) bağdaşan değerlerin ve olumlu niteliklerin çekiciliğinin bu markalara aktarılması ile yönlendirilmesini engelleyecek hiçbir durum olmadığı kararına vardığı, önceki markaların ayırt edici karakteri veya ünlerine ilişkin haksız yarara yönelik sonuçla çelişmektedir.

- 84 EUIPO Delta Lingerie'nin gerekçelerine itiraz etmiştir.
- 85 The Tea Board tek gerekçenin bu kısmının kabul edilemez ve herhangi bir şekilde asılsız olduğunu ileri sürmüştür.

Divan kararları

- 86 Önemli bir husus olarak, 207/2009 sayılı Tüzüğün 8(5) Maddesinde atıfta bulunulan zarar riskine ilişkin olarak, Genel Mahkeme'nin, kararın 94. paragrafında, hükmün üç riskine atıfta bulunduğunu hatırlattığı, yani başvurusu yapılan markanın sebepsiz kullanımının, ilk olarak, önceki markanın ayırt edici karakterine zarar vereceği, ikinci olarak, önceki markanın ününe zarar vereceği, veya üçüncü olarak, önceki markanın ayırt edici karakterinden veya ününden haksız fayda sağlayacağı hatırlanmalıdır.
- 87 Kararlarda, Genel Mahkeme söz konusu kararın bir önceki paragrafında atıfta bulunulan her bir zarar riskini ayrı ayrı incelemiştir. Bu bağlamda, ilk olarak, önceki markaların ayırt edici karakterine gelecek zarara ilişkin olarak, Genel Mahkeme özel olarak, kararın 107 ve 111. paragraflarında, (i) söz konusu işaretlerin kapsadığı mallar ve hizmetler arasında hiçbir benzerlik olmaması sebebiyle, The Tea Board'un dile getirdiği riskin tamamıyla varsayımsal olduğu ve (ii) ilgili halkın başvuru yapılan markaların kapsadığı mallar ve hizmetlerin Darjeeling bölgesinden geldiğine inanması olasılığının düşük olduğu kararına varmıştır.
- 88 Bunu müteakiben, önceki markaların ününe zarar konusuna gelince, Genel Mahkeme kararın 120. paragrafında, coğrafi bölge Darjeeling ile önceki markanın kapsadığı malların kategorisi arasında benzersiz bir bağlantı olmasının ve bu tarzda bir bağlantının söz konusu bölge ve başvurusu yapılan markaların kapsadığı mallar ve hizmetler arasında

bulunmamasının önceki markanın çekicilik gücünün azalmasına ilişkin riski daha çok varsayımsal kıldığını belirtmiştir.

- 89 Son olarak, önceki markaların ayırt edici karakteri veya ününden haksız yarar sağlanması konusuna gelince, Genel Mahkeme, kararın 141. paragrafında, markaların başvurularının hedeflediği halkın bölgeyle bağdaşan değerlerin ve olumlu niteliklerin çekiciliğinin bu markalara aktarılması ile yönlendirilmesini engelleyecek hiçbir durum olmadığı kararına varmıştır.
- 90 Bu çerçevede, söz konusu kararlar muhakemede herhangi bir tutarsızlık içermemektedir.
- 91 Kararın 107, 111 ve 120. paragrafları önceki markaların ayırt edici karakterine ya da ününe ciddi derecede zarar verme riski bulunup bulunmadığının analizi ile ilgiliyken, kararların 141. paragrafı Genel Mahkeme'nin başvuru markalarının sebepsiz kullanımının önceki markaların ayırt edici karakteri ya da ününden haksız fayda sağlaması riski içerip içermediğini incelemesine ilişkindir.
- 92 Hukuk Sözcüsü'nün de belirttiği gibi, esas itibarıyla, Görüşün 90. noktasında, bu tür farklı risklerin var olup olmadığına ilişkin değerlendirme incelemeye tabidir, kriterlerinin örtüşmesine gerek yoktur. Bu bağlamda, Genel Mahkeme'nin kararın 7. ve 95. paragraflarında hatırlattığı üzere, önceki markanın ayırt edici karakterine ya da ününe zarar gibi durumları içeren hasarların oluşabileceği riskinin varlığı markanın başvurusunun yapıldığı mallar ve hizmetlerin makul derecede iyi bilgilendirilmiş ve makul derecede dikkatli ve ihtiyatlı ortalama tüketicisine atıfla değerlendirilmelidir. Bunun aksine, yasaklanan sonraki markanın sahibinin önceki markadan yarar sağlaması olan, önceki markanın ayırt edici karakterinden veya ününden sağlanacak haksız yararı içeren bir zararın varlığı, sonraki marka için başvuruda bulunulan mallar veya hizmetlerin makul derecede iyi bilgilendirilmiş ve makul derecede dikkatli ve ihtiyatlı ortalama tüketicisine atıfla değerlendirilmelidir.
- 93 Genel Mahkeme, bir yandan, önceki markaların kapsadığı ürünün, bu durumda çay, tüketicisinin Delta Lingerie tarafından başvurusu yapılan markaların içerdiği mallar ve hizmetlerin kökeninin Darjeeling bölgesi olduğuna düşünmeye yönlendirilmiş olmayacakları kararı verirken, diğer yandan, Delta Lingerie'nin başvuru yaptığı markaların kapsadığı mallar ve hizmetlerin tüketicisinin söz konusu bölgenin değerleri ve olumlu niteliklerinden etkilenebilecekleri kararıyla kendiyi ilişmemiştir.

- 94 İkinci olarak, özel olarak 207/2009 Sayılı Tüzüğün 8(5) Maddesinin ihlaline ilişkin olarak, kararın 90 ila 93. paragraflarında belirtilen, asılsız bulunan, kararların muhakemede tutarsız olduğuna dair iddia dışında, bu iddiayı destekleyecek hiçbir gerekçenin sunulmadığının belirtilmesi yeterlidir.
- 95 Yukarıdaki hususlar ışığında, tek gerekçeli itirazın ikinci kısmı reddedilmeli ve çapraz itirazın tamamı reddedilmelidir.

Masraflar

- 96 Genel Mahkeme Usul Kuralları'nın 184(2). Maddesine göre, itirazın asılsız bulunması halinde, Divan masraflara ilişkin kararı verir. İtiraz usullerine ilişkin 184(1) Maddesi gereğince uygulanan bu kuralların 138(1). Maddesi uyarınca, başarısız olan taraf, başarılı tarafın talebi üzerine, masrafları ödemekle yükümlüdür.
- 97 The Tea Board ana itirazlarda başarısız olduğu için ve EUIPO and Delta Lingerie The Tea Board'un masrafları ödemesi için başvuruda bulunduğu için, The Tea Board'un ana itirazların masraflarını ödemesine hükmedilmiştir.
- 98 Delta Lingerie çapraz itirazında başarısız olduğu için, ve EUIPO ve The Tea Board Delta Lingerie'nin masrafları ödemesi için başvuruda bulunduğu için, Delta Lingerie'nin çapraz itirazın masraflarını ödemesine hükmedilmiştir.

Bu gerekçelerler, Divan (İkinci Daire) işbu kararıyla:

- 1. İtirazları reddeder;**
- 2. The Tea Board'un ana itirazların masraflarını ödemesine karar verir;**
- 3. Delta Lingerie'nin çapraz itirazların masraflarını ödemesine karar verir.**

20 Eylül 2017 tarihinde Lüksemburg'da açık yargılamada tefhim edilmiştir.

[İmzalar]

JUDGMENT OF THE COURT (Fifth Chamber)

11 May 2017 (*1)

‘Appeal – EU trade mark – Registration of signs consisting of a surface with black dots – Declaration of invalidity – Regulation (EC) No 40/94 – Article 7(1)(e)(ii) – Article 51(3)’

In Case C-421/15 P,

APPEAL under Article 56 of the Statute of the Court of Justice of the European Union, brought on 29 July 2015,

Yoshida Metal Industry Co. Ltd, established in Tsubame-shi (Japan), represented by J. Cohen, Solicitor, T. St Quintin, Barrister, and G. Hobbs QC,
appellant,

the other parties to the proceedings being:

European Union Intellectual Property Office (EUIPO), represented by A. Folliard-Monguiral, D. Gaja and J. Crespo Carrillo, acting as Agents,
defendant at first instance,

Pi-Design AG, established in Triengen (Switzerland),

Bodum France SAS, established in Neuilly sur Seine (France),

Bodum Logistics A/S, established in Billund (Denmark), represented by H. Pernez, avocate, and by R. Löhr, Rechtsanwalt,
interveners at first instance,

THE COURT (Fifth Chamber),

composed of J.L. da Cruz Vilaça (Rapporteur), President of the Chamber, M. Berger, A. Borg Barthet, F. Biltgen and K. Jürimäe, Judges,

Advocate General: M. Szpunar,

Registrar: R. Schiano, Administrator,

having regard to the written procedure and further to the hearing on 29 September 2016,

after hearing the Opinion of the Advocate General at the sitting on 8 December 2016,

gives the following

Judgment

- 1 By its appeal, Yoshida Metal Industry Co. Ltd ('Yoshida') seeks to have set aside the judgment of the General Court of the European Union of 21 May 2015, *Yoshida Metal Industry v OHIM* (T-331/10 RENV and T-416/10 RENV, not published, 'the judgment under appeal', EU:T:2015:302), by which that court dismissed its actions for annulment of the decisions of the First Board of Appeal of the European Union Intellectual Property Office (EUIPO) of 20 May 2010 (Cases R 1235/2008-1 and R 1237/2008-1; 'the decisions at issue') relating to invalidity proceedings brought by Pi-Design AG, Bodum France SAS and Bodum Logistics A/S (together, 'Pi-Design and Others') concerning two EU trade marks registered by Yoshida.

Legal context

- 2 Council Regulation (EC) No 40/94 of 20 December 1993 on the Community trade mark (OJ 1994 L 11, p. 1) was repealed and replaced by Council Regulation (EC) No 207/2009 of 26 February 2009 on the European Union trade mark (OJ 2009 L 78, p. 1), which entered into force on 13 April 2009. However, in view of the time at which the events occurred, the present dispute continues to be governed by Regulation No 40/94, at least as regards provisions which are not strictly procedural (judgment of 6 March 2014, *Pi-Design and Others v Yoshida Metal Industry*, C-337/12 P to C-340/12 P, not published, EU:C:2014:129, paragraph 2).
- 3 Article 7 of Regulation No 40/94, entitled 'Absolute grounds for refusal', provided:
 - '1. The following shall not be registered:
...
(b)
trade marks which are devoid of any distinctive character;
...
(e)
signs which consist exclusively of:

...

(ii)

the shape of goods which is necessary to obtain a technical result;

...

...

3. Paragraph 1(b), (c) and (d) shall not apply if the trade mark has become distinctive in relation to the goods or services for which registration is requested in consequence of the use which has been made of it.’

4 Article 51 of that regulation, entitled ‘Absolute grounds for invalidity’, stated:

‘1. ‘A[n EU] trade mark shall be declared invalid on application to [EUIPO] or on the basis of a counterclaim in infringement proceedings:

(a)

where the [EU] trade mark has been registered contrary to the provisions of Article 7;

...

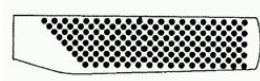
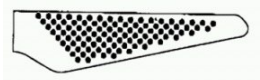
3. Where the ground for invalidity exists in respect of only some of the goods or services for which the [EU] trade mark is registered, the trade mark shall be declared invalid as regards those goods or services only.’

Background to the dispute and the decisions at issue

5 The facts behind the dispute are set out in paragraphs 1 to 15 of the judgment under appeal as follows:

1 On 3 and 5 November 1999, [Yoshida] filed applications for registration of [EU] trade marks with [EUIPO], pursuant to Regulation No 40/94].

2 The trade marks for which registration was sought are the signs reproduced below:



- 3 The goods in respect of which registration was sought are in Classes 8 and 21 of the Nice Agreement of 15 June 1957 concerning the International Classification of Goods and Services for the Purposes of the Registration of Marks, as revised and amended (“the Nice Agreement”), and correspond to the following description:
 - Class 8: “Cutlery, scissors, knives, forks, spoons, whetstones, whetstone holders, knife steels, fish bone tweezers”;
 - Class 21: “Household or kitchen utensils and containers (not of precious metal or coated therewith), turners, spatulas for kitchen use, knife blocks for holding knives, tart scoops, pie scoops”.
- 4 By decisions of 14 September and 23 November 2000, the examiner rejected those applications for registration on the ground that the signs at issue were devoid of any distinctive character within the meaning of Article 7(1)(b) of Regulation No 40/94 ...
- 5 Following the annulment of 31 October 2001 by the Second Board of Appeal of [EUIPO] of one of the abovementioned rejection decisions, the examiner on 11 July 2002 withdrew the objection concerning the other application for registration. The trade marks at issue were registered on 25 September 2002 and 16 April 2003.
- 6 On 10 July 2007, [Pi-Design and Others] applied for those trade marks to be declared invalid pursuant to Article 51(1)(a) of Regulation No 40/94 ..., on the ground that they had been registered in breach of Article 7(1)(e)(ii) of that regulation ... In their observations of 17 December 2007, [they] added that the registration should also be declared invalid on the ground that the trade marks lacked distinctive character.
- 7 By decisions of 15 and 21 July 2008, the Cancellation Division of [EUIPO] rejected, in their entirety, the applications for a declaration of invalidity.
- 8 On 25 August 2008, [Pi-Design and Others] filed a notice of appeal against each of those decisions of the Cancellation Division.
- 9 By [the decisions at issue], the First Board of Appeal of [EUIPO], on the basis of the absolute ground for refusal set out in Article 7(1)(e)(ii) of Regulation No [40/94], upheld the appeals and annulled the decisions of the Cancellation Division.

- 10 In paragraphs 24 to 28 of the [decisions at issue], the Board of Appeal observed, first, that, at the time the applications for registration were filed, the signs were simply classified as “figurative”, and no description was provided. Following the objections raised by the examiner, the applicant stated that the sign was a two-dimensional representation of the “shape of a product”, namely, the handle of a knife (Case R 1235/2008-1), or that it represented the “design of knife handles” (Case R 1237/2008-1). In correspondence subsequent to the application for a declaration of invalidity filed by [Pi-Design and Others], the sign was, however, described by the applicant as “an arbitrary geometrical figure” or a “pattern of dots” (Case R 1235/2008-1).
- 11 According to the Board of Appeal, that latter description was made with the specific aim of avoiding the application of Article 7(1)(e)(ii) of Regulation No [40/94], the photographs of the knives marketed by the proprietor confirming that the frame surrounding the black dots represented the contour of a knife handle and that those dots represented dents.
- 12 The Board of Appeal stated in that context, in paragraph 29 of the [decisions at issue], that “a trade mark must be examined in accordance with the circumstances of the case. Among these circumstances are, of course, the information and the documents voluntarily submitted by the trade mark owner in support of its application.”
- 13 Next, in paragraphs 30 and 31 of the [decisions at issue], the Board of Appeal stated that “the sign is a figurative mark consisting of the two-dimensional representation of the handle of the products for which registration is sought”. Nevertheless, according to the Board of Appeal, the classification of a mark as figurative did not always rule out the application of Article 7(1)(e)(ii) of Regulation No [40/94].
- 14 Last, in paragraphs 33 to 41 of the [decisions at issue], the Board of Appeal considered whether the black dots representing dents performed a technical function. Based on the information relating to existing patents, it concluded that the dents were necessary to obtain a non-skid effect and that the fact that the same result could be obtained by other shapes did not preclude the applicability of the ground for refusal in question from applying.
- 15 Having declared the registrations invalid on the basis of Article 7(1)(e)(ii) of Regulation No [40/94], the Board of Appeal did not

consider it necessary to rule on the other ground for invalidity relied on by [Pi-Design and Others], the admissibility of which was disputed by the applicant.’

The proceedings before the General Court and Court of Justice and the judgment under appeal

- 6 By applications lodged at the Registry of the General Court on 12 August and 15 September 2010, Yoshida brought actions for annulment in respect of each of the decisions at issue. In support of its actions, Yoshida relied on a single plea in law, alleging breach of Article 7(1)(e)(ii) of Regulation No 40/94. That plea was broken down into three parts, the first alleging that the scope of that provision had been misinterpreted; the second, that the subject matter of the trade marks at issue had been incorrectly assessed; and the third, that the ground for refusal in question had been misapplied.
- 7 By its judgments of 8 May 2012, *Yoshida Metal Industry v OHIM – Pi-Design and Others* (Representation of a triangular surface with black dots) (T-331/10, not published, EU:T:2012:220), and *Yoshida Metal Industry v OHIM – Pi-Design and Others* (Representation of a surface with black dots) (T-416/10, not published, EU:T:2012:222) (‘the judgments of 8 May 2012’), the General Court upheld the second part of the single plea in law relied on by Yoshida and annulled the decisions at issue.
- 8 By applications lodged at the Registry of the Court of Justice on 16 July 2012, Pi-Design and Others brought appeals by which they asked the Court to set aside the judgments of 8 May 2012, to declare that the trade marks at issue were invalid, to refer the cases back to the General Court with the obligation to refer the case back to the Board of Appeal of EUIPO in the event of annulment of the latter’s decisions, and to order Yoshida to pay the costs. In support of their appeals, Pi-Design and Others put forward a single ground of appeal, alleging infringement of Article 7(1)(e)(ii) of Regulation No 40/94.
- 9 By applications lodged at the Registry of the Court of Justice on 16 July 2012, EUIPO brought appeals by which it asked the Court to set aside the judgments of 8 May 2012 and to order Yoshida to pay the costs. EUIPO put forward two grounds in support of its appeals, alleging, first, breach by the General Court of its obligation to state reasons and, second, as also alleged by Pi-Design and Others, infringement of Article 7(1)(e)(ii) of Regulation No 40/94.

- 10 By judgment of 6 March 2014, *Pi-Design and Others v Yoshida Metal Industry* (C-337/12 P to C-340/12 P, not published, EU:C:2014:129), the Court set aside the judgments of 8 May 2012, referred the cases back to the General Court and reserved the costs.
- 11 By the judgment under appeal, the General Court rejected the single plea raised by Yoshida and, consequently, dismissed its actions in their entirety.

Forms of order sought by the parties

- 12 Yoshida claims that the Court should:
 - set aside the judgment under appeal and annul the decisions at issue;
 - in the alternative, set aside the judgment under appeal and annul the decisions at issue in so far as they concern the following goods for which the EU trade marks at issue were registered, namely, in Class 8 of the Nice Agreement, whetstones and whetstone holders and, in Class 21 of the Nice Agreement, household or kitchen utensils and containers (not of precious metal or coated therewith) and knife blocks for holding knives, and,
 - in any event, order EUIPO and Pi-Design and Others to pay the costs, including those reserved by the judgment of 6 March 2014, *Pi-Design and Others v Yoshida Metal Industry* (C-337/12 P to C-340/12 P, not published, EU:C:2014:129).
- 13 EUIPO contends that the Court should dismiss the appeal and order Yoshida to pay the costs.
- 14 Pi-Design and Others request the Court to dismiss the appeal and order Yoshida to pay the costs.

The appeal

- 15 In support of its appeal, Yoshida raises two grounds.

The first ground of appeal, alleging infringement of Article 7(1)(e)(ii) of Regulation No 40/94

Arguments of the parties

- 16 By its first ground of appeal, which is its principal claim, Yoshida criticises the General Court for having contravened Article 7(1)(e)(ii) of

Regulation No 40/94, first, in holding, in paragraph 39 of the judgment under appeal, that that provision ‘applies to any sign, whether two- or three-dimensional, where all the essential characteristics of the sign perform a technical function’.

- 17 In that regard, Yoshida argues that the General Court adopted an approach contrary to the case-law of the Court of Justice (judgment of 14 September 2010, *Lego Juris v OHIM*, C-48/09 P, EU:C:2010:516, paragraphs 48, 52 and 72), according to which (i) Article 7(1)(e)(ii) of Regulation No 40/94 does not prevent registration of a sign as a trade mark solely on the ground that it has functional characteristics and (ii) the words ‘exclusively’ and ‘necessary’ used in that provision serve to restrict the scope of application of Article 7(1)(e)(ii) more narrowly to signs which are solely shapes of goods which only incorporate a technical solution.
- 18 Second, Yoshida argues that the General Court was wrong to consider, in paragraphs 64 and 65 of the judgment under appeal, that, for it to be possible to register the signs at issue, the array of black dots had to be ‘a major non-functional element’ of those signs and those signs had to have a ‘clear ornamental character’. According to Yoshida, Article 7(1)(e)(ii) of Regulation No 40/94 does not prevent the registration of ‘hybrid’ signs comprising visually significant decorative design elements which do not only incorporate a technical solution but which also perform a distinguishing function. Such is the case with the signs at issue.
- 19 Third, Yoshida argues that the General Court’s statement, in paragraph 65 of the judgment under appeal, that the registration of the signs at issue ‘would improperly reduce the possibilities for competitors to bring to the market alternative product shapes incorporating the same non-skid technical solution’ disregards the presence of the decorative design elements which perform a distinguishing function.
- 20 EUIPO and Pi-Design and Others contend that Yoshida’s line of argument must be rejected.

Findings of the Court

- 21 In the first place, in so far as Yoshida argues that the signs at issue constitute ‘hybrid signs’, it seeks to call into question the factual findings made by the General Court following the examination of the relevant evidence, in particular in paragraphs 46 to 50 and 63 to 65 of the

- judgment under appeal, relating to the essential characteristics of the signs at issue.
- 22 However, under Article 256(1) TFEU and the first paragraph of Article 58 of the Statute of the Court of Justice of the European Union, an appeal is limited to points of law. The General Court has exclusive jurisdiction to find and appraise the relevant facts and to assess the evidence. The appraisal of those facts and the assessment of that evidence thus do not, save where the facts or evidence have been distorted, constitute a point of law which is subject, as such, to review by the Court of Justice on appeal (judgment of 26 October 2016, *Westermann Lernspielverlage v EUIPO*, C-482/15 P, EU:C:2016:805, paragraph 35).
 - 23 In that regard, given the exceptional nature of a complaint of distortion, both the provisions referred to and Article 168(1)(d) of the Rules of Procedure of the Court of Justice require, in particular, that an appellant indicate precisely the elements alleged to have been distorted by the General Court and show the errors of appraisal which, in its view, led to that distortion. Such a distortion must be obvious from the documents in the file, without there being any need to carry out a new assessment of the facts and the evidence (see, to that effect, judgment of 20 October 2011, *PepsiCo v Grupo Promer Mon Graphic*, C-281/10 P, EU:C:2011:679, paragraphs 78 and 79).
 - 24 In the present case, Yoshida, which limits itself, in essence, to stating that the signs at issue contain significant decorative and distinctive elements, does not support its argument with elements from the file that are capable of clearly establishing that the General Court distorted the facts and evidence in not reaching the conclusion that the specific configuration of the array of black dots had a sufficiently significant ornamental character for them to be considered an essential non-functional element of the signs at issue.
 - 25 In the second place, to the extent that Yoshida argues that it is apparent from paragraphs 39, 64 and 65 of the judgment under appeal that the assessment made by the General Court for the purposes of the application of Article 7(1)(e)(ii) of Regulation No 40/94 is contrary to the case-law arising from the judgment of the Court of Justice of 14 September 2010, *Lego Juris v OHIM* (C-48/09 P, EU:C:2010:516), its criticisms stem from a selective reading of that judgment.
 - 26 It follows from that judgment that, by restricting the ground for refusal set out in Article 7(1)(e)(ii) of Regulation No 40/94 to signs which

consist ‘exclusively’ of the shape of goods which is ‘necessary’ to obtain a technical result, the legislature duly took into account that any shape of goods is, to a certain extent, functional and that it would therefore be inappropriate to refuse to register a shape of goods as a trade mark solely on the ground that it has functional characteristics. By the terms ‘exclusively’ and ‘necessary’, that provision ensures that solely shapes of goods which only incorporate a technical solution, and whose registration as a trade mark would therefore actually impede the use of that technical solution by other undertakings, are not to be registered. Such a registration would unduly impair the opportunity for competitors to place on the market goods whose shapes incorporate the same technical solution (judgment of 14 September 2010, *Lego Juris v OHIM*, C-48/09 P, EU:C:2010:516, paragraphs 48 and 59).

- 27 As regards the condition relating to the fact that the ground for refusal covers any sign consisting ‘exclusively’ of the shape of goods which is necessary to obtain a technical result, the Court has held that the presence of one or more minor arbitrary elements in a sign, all of whose essential characteristics are dictated by the technical solution to which that sign gives effect, does not alter the conclusion that the sign consists exclusively of the shape of goods which is necessary to obtain a technical result. In addition, the ground for refusal under Article 7(1)(e)(ii) of Regulation No 40/94 is applicable only where all the essential characteristics of the sign are functional, with the result that such a sign cannot be refused registration as a trade mark under that provision if the shape of the goods at issue incorporates a major non-functional element, such as a decorative or imaginative element which plays an important role in the shape (see, to that effect, judgment of 14 September 2010, *Lego Juris v OHIM*, C-48/09 P, EU:C:2010:516, paragraph 52).
- 28 As regards the condition that registration of a shape of goods as a trade mark may be refused under Article 7(1)(e)(ii) of Regulation No 40/94 only if the shape is ‘necessary’ to obtain the technical result intended, that condition does not mean that the shape at issue must be the only one capable of obtaining that result (judgment of 14 September 2010, *Lego Juris v OHIM*, C-48/09 P, EU:C:2010:516, paragraph 53).
- 29 The Court has also held that the correct application of Article 7(1)(e)(ii) of Regulation No 40/94 requires that the essential characteristics of the sign at issue – that is, the most important elements of the sign – be properly identified by the authority deciding on the application for registration of the sign as a trade mark. Once the sign’s essential characteristics

have been identified, the competent authority has to ascertain whether they all perform the technical function of the goods at issue (see, to that effect, judgment of 14 September 2010, *Lego Juris v OHIM*, C-48/09 P, EU:C:2010:516, paragraphs 68, 69 and 72).

- 30 Contrary to what Yoshida claims, it follows from those considerations that the fact that the sign concerned has ornamental and fanciful aspects does not preclude the ground for refusal under Article 7(1)(e)(ii) of Regulation No 40/94 from applying, in so far as those aspects do not play an important role in the shape of goods at issue, all the essential characteristics of which must perform a technical function.
- 31 Accordingly, the General Court was right to conclude, in paragraph 39 of the judgment under appeal, that Article 7(1)(e)(ii) of Regulation No 40/94 applies where all the essential characteristics of the sign perform a technical function. Similarly, the General Court's assessment, in paragraphs 64 and 65 of the judgment under appeal – essentially intended to ascertain whether the specific configuration of the array of block dots constituted a major non-functional element of the signs at issue – correctly reflects the position of the Court of Justice recalled in paragraphs 26 to 28 of the present judgment.
- 32 In the third place, in so far as Yoshida maintains that the distinctiveness of the signs at issue precludes the application of Article 7(1)(e)(ii) of Regulation No 40/94, it wrongly confuses the specific ground for refusal of registration set out in that provision and the ground provided for in Article 7(1)(b) of that regulation, according to which trade marks which are devoid of any distinctive character are not to be registered.
- 33 In that regard, it should be noted that the inclusion in Article 7(1) of Regulation No 40/94 of the prohibition of registration as a trade mark of any sign consisting of the shape of goods which is necessary to obtain a technical result ensures that undertakings may not use trade mark law in order to perpetuate, indefinitely, exclusive rights relating to technical solutions (judgment of 14 September 2010, *Lego Juris v OHIM*, C-48/09 P, EU:C:2010:516, paragraph 45).
- 34 Moreover, the legislature has laid down with particular strictness that shapes necessary to obtain a technical result are unsuitable for registration as trade marks, since it has excluded the grounds for refusal listed in Article 7(1)(e) of Regulation No 40/94 from the scope of the exception under Article 7(3) of that regulation. It thus follows from Article 7(3) of the regulation that, even if a shape of goods which is necessary to

obtain a technical result has become distinctive in consequence of the use which has been made of it, it is prohibited from being registered as a trade mark (judgment of 14 September 2010, *Lego Juris v OHIM*, C-48/09 P, EU:C:2010:516, paragraph 47).

- 35 Consequently, Article 7(1)(e)(ii) of Regulation No 40/94 constitutes an obstacle that may prevent a sign consisting exclusively of the shape of goods which is necessary to obtain a technical result from being registered as a trade mark, even though that sign is capable of performing the essential function of a trade mark, that of guaranteeing the identity of the origin of the goods or services in question to the consumer by enabling him, without any possibility of confusion, to distinguish those goods or services from others which have another origin (see, to that effect, judgments of 15 September 2005, *BioID v OHIM*, C-37/03 P, EU:C:2005:547, paragraph 60, and of 16 September 2015, *Société des Produits Nestlé*, C-215/14, EU:C:2015:604, paragraph 38).
- 36 Consequently, the first ground of appeal must be rejected as partly inadmissible and partly unfounded.

The second ground of appeal, alleging infringement of Article 51(3) of Regulation No 40/94

Arguments of the parties

- 37 By its second ground of appeal, raised in the alternative, Yoshida complains that the General Court contravened Article 51(3) of Regulation No 40/94 in that it failed to examine, as is apparent from paragraphs 48 and 53 of the judgment under appeal, whether the conditions for the application of Article 7(1)(e)(ii) of that regulation were fulfilled in relation to each of the goods for which the signs at issue had been registered.
- 38 In addition, Yoshida submits that the General Court could not satisfy the requirement laid down in Article 51(3) of Regulation No 40/94 by applying the findings made in the judgment under appeal to the goods at issue which lacked handles, namely, in Class 8 of the Nice Agreement, whetstones, whetstone holders and, in Class 21 of the Nice Agreement, household or kitchen utensils and containers (not of precious metal or coated therewith) and knife blocks for holding knives. According to Yoshida, so far as those goods are concerned, Article 7(1)(e)(ii) of Regulation No 40/94 is not applicable, as the signs at issue constitute two-dimensional marks that may be used as logos.

- 39 EUIPO and Pi-Design and Others argue that that ground cannot be upheld.

Findings of the Court

- 40 It is apparent from the decisions at issue that the First Board of Appeal of EUIPO concluded that the signs at issue were figurative marks consisting of the two-dimensional representation of the handle of the goods for which registration had been sought.
- 41 It can also be seen from the decisions at issue that that Board of Appeal of EUIPO declared the registrations of the signs at issue as EU trade marks invalid on the basis of Article 7(1)(e)(ii) of Regulation No 40/94 with regard to all the goods for which those signs had been registered.
- 42 However, the analysis of the file submitted to the Court shows that Yoshida did not, at any stage of the proceedings before the General Court, invoke the incompatibility of the decisions at issue with Article 51(3) of Regulation No 40/94.
- 43 Yoshida limited itself to arguing, under its single plea raised at first instance alleging infringement of Article 7(1)(e)(ii) of Regulation No 40/94, that the signs at issue represented a simple decorative pattern with no functional value, which was why they could not be considered to consist exclusively of the shape of goods which is necessary to obtain a technical result within the meaning of that provision.
- 44 In that regard, the examination of the file before the Court reveals that, while Yoshida argued at first instance that the registrations of the signs at issue covered various goods in Classes 8 and 21 of the Nice Agreement, it did so for the sole purpose of disputing in a general manner the applicability of Article 7(1)(e)(ii) of Regulation No 40/94 to the signs at issue.
- 45 However, by its second ground of appeal, Yoshida essentially criticises the General Court for not having reviewed the legality of the decisions at issue in the light of Article 51(3) of Regulation No 40/94, and claims that the conditions of application set by Article 7(1)(e)(ii) of that regulation are not met as regards certain specific goods allegedly lacking handles.
- 46 According to the settled case-law of the Court of Justice, to allow a party to put forward for the first time before the Court of Justice pleas and arguments which it did not raise before the General Court would be to authorise it to bring before the Court of Justice, whose jurisdiction in

DİVAN KARARI (Beşinci Daire)

Mayıs 2017 (*)

(İtiraz – AB ticari markası – Siyah noktalar içeren bir yüzeyden oluşan işaretlerin tescili – Hükümsüzlük beyanı – 40/94 sayılı Tüzük (KT) – Madde 7(1)(e)(ii) – Madde 51(3))

C421/15P sayılı Davada,

Avrupa Birliği Adalet Divanı Tüzüğü'nün 56. Maddesi uyarınca 29 Temmuz 2015 tarihinde yapılan İTİRAZ BAŞVURUSU,

Tsubame-shi'de (Japonya) kurulmuş olan, Hukuk Müşaviri J. Cohen, Dava Vekili T. St Quintin ve G. Hobbs QC tarafından temsil edilen **Yoshida Metal Industry Co. Ltd**,

davacı,

Davanın diğer tarafları:

A. Folliard-Monguiral, D. Gaja ve J. Crespo Carrillo tarafından Vekiller sıfatıyla temsil edilen Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi (EUIPO),

ilk derecede davalı,

Triengen'de (İsviçre) kurulmuş olan **Pi-Design AG**,

Neuilly sur Seine'de (Fransa) kurulmuş olan **Bodum France SAS**,

Billund'da (Danimarka) kurulmuş olan, Avukat H. Pernez ve R. Löhr, Rechtsanwalt tarafından temsil edilen **Bodum Logistics A/S**,

ilk derecede müdahiller,

DİVAN (Beşinci Daire),

J.L. da Cruz Vilaça (Sözcü), Daire Başkanı, M. Berger, A. Borg Barthet, F. Biltgen ve K. Jurimae, Hakimler,

Hukuk Sözcüsü: M. Szpunar,

Katip: R. Schiano, Ana Yönetici,

yazılı prosedürü ve ayrıca 29 Aralık 2016 tarihli duruşmayı dikkate alarak,

8 Aralık 2016 tarihli oturumda Hukuk Sözcüsünün görüşlerinin dinlenmesinin ardından

aşağıdaki hükme varmıştır:

Hüküm

- 1 Yoshida Metal Industry Co. Ltd ('Yoshida'), itiraz başvurusu ile Avrupa Birliği Genel Mahkemesi'nin *Yoshida Metal Industry – OHIM* (T331/10 RENV ve T416/10 RENV, yayımlanmamış, 'karar', EU:T: 2015:302) davasındaki 21 Mayıs 2015 tarihli hükmünün kaldırılmasını talep etmekte olup belirtilen hüküm çerçevesinde ilgili mahkeme, Yoshida tarafından tescil edilen iki AB ticari markası için Pi-Design AG, Bodum France SAS ve Bodum Logistics A / S (birlikte, 'Pi-Design ve Diğerleri' olarak anılacaktır) tarafından başlatılan hükümsüzlük işlemleri ile ilgili olarak Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi'nin (EUIPO) Birinci Temyiz Kurulu'nun 20 Mayıs 2010 tarihli kararlarının (R 1235 / 2008-1 ve R 1237 / 2008-1 sayılı davalar; "dava konusu kararlar") bozulmasına ilişkin davayı reddetmiştir.

Hukuki çerçeve

- 2 Topluluk markası ile ilgili 20 Aralık 1993 tarihli ve 40/94 sayılı Konsey Tüzüğü (KT) (OJ 1994 L 11, s. 1) yürürlükten kaldırılmış ve yerine 13 Nisan 2009 tarihinde yürürlüğe giren, Avrupa Birliği ticari markası ile ilgili (OJ 2009 L 78, s. 1) 26 Şubat 2009 tarihli ve 207/2009 sayılı Konsey Tüzüğü (KT) getirilmiştir. Bununla birlikte, olayların meydana geliş zamanı göz önüne alındığında, dava konusu anlaşmazlık, en azından kesin olarak usule tabi olmayan hükümler bakımından 40/94 sayılı Tüzük çerçevesinde yönetilmeye devam etmektedir (6 Mart 2014 tarihli hüküm, *Pi-Design ve Diğerleri–Yoshida Metal Industry*, C337 / 12 P ile C340 / 12 P arası, yayımlanmamış, EU:C:2014:129, paragraf 2).
- 3 40/94 Sayılı Tüzüğün 'Mutlak ret gerekçeleri' başlıklı 7. Maddesinde şu hükümler yer almaktadır:

'1. Aşağıdakiler tescil edilemezler:

...

(b) hiçbir ayırt edici niteliğe sahip olmayan markalar;

...

(e) münhasıran aşağıdakilerden oluşan işaretler:

...

(ii) malların teknik bir sonuç elde etmek için gerekli olan şekli;

...

...

3. Bir marka, kullanımını sonucunda tescili talep edilen mal ya da hizmetler ile bağlantılı olarak ayırt edici bir nitelik elde etmişse 1. paragrafın (b), (c) ve (d) alt paragrafları uygulanmaz.'

4 Tüzüğün 'Mutlak hükümsüzlük gerekçeleri' başlıklı 51. Maddesinde şu hükümler yer almaktadır:

'1. 'Bir [AB] marka [EUIPO]'ya yapılacak bir başvuru üzerine veya ihlal davalarında karşı davaya dayalı olarak:

[AB] marka(sı)nın Madde 7 hükümlerine aykırı olarak tescil edilmiş olduğu durumda hükümsüz ilan edilir;

...

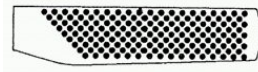
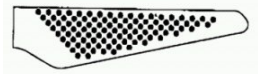
3. [AB] marka(sı)nın tescil edildiği malların veya hizmetlerin yalnızca bir kısmıyla ilgili olarak bu markanın tescilinin hükümsüzlüğüne ilişkin gerekçelerin mevcut olması halinde, markanın hükümsüz kılınması sadece söz konusu mallar veya hizmetleri kapsar.'

Uyuşmazlığın arka planı ve hükümler

5 Anlaşmazlığın ardında yatan hususlar, hükmün 1 ila 15 arası paragraflarında şu şekilde belirtilmektedir:

1 [Yoshida] 3 ve 5 Kasım 1999 tarihlerinde [AB] markalarının tescili için [40/94 Sayılı Tüzük uyarınca EUIPO'ya] başvurular yapmıştır.

2 Tescil başvurusuna konu olan ticari markaların işaretleri aşağıda gösterilmektedir:



3 Tescil başvurusuna konu olan mallar, değiştirilmiş ve tadil edilmiş haliyle Markaların Tescili İçin Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırmasına Dair 15 Haziran 1957 tarihli Nice Anlaşması'nın

(“Nice Anlaşması”) 8. ve 21. Sınıfları kapsamında bulunmaktadır ve belirtilen sınıflara karşılık gelen açıklamalar aşağıdaki gibidir:

– 8. Sınıf: “Kesici aletler, makas, bıçak, çatal, kaşık, bileme taşı, bileme taşı tutacağı, bıçak çeliği, balık kılıcı cımbızı”;

– 21. Sınıf: “(Değerli metalden yapılmış veya değerli metal ile kaplı olanlar hariç olmak üzere) ev veya mutfak gereçleri ve kaplar, mutfak kullanımı için yassı kepeçler, spatulalar, bıçak tutucu bloklar, tart ve pasta spatulaları”.

- 4 14 Eylül ve 23 Kasım 2000 tarihli kararlar ile, uzman dava konusu işaretlerin 40/94 Sayılı Tüzüğü’nün 7(1)(b) Maddesi bağlamında herhangi bir ayırt edici nitelik taşımadığı gerekçesiyle söz konusu tescil başvurularını reddetmiştir...
- 5 Yukarıda belirtilen ret kararlarının 31 Ekim 2001 tarihinde [EUIPO] İkinci Temyiz Kurulu tarafından iptalinin ardından, uzman diğer tescil başvurusuna ilişkin itirazı nı11 Temmuz 2002 tarihinde geri çekmiştir. Dava konusu markalar 25 Eylül 2002 ve 16 Nisan 2003 tarihlerinde tescil edilmiştir.
- 6 10 Temmuz 2007 tarihinde [Pi-Design ve Diğerleri] ... ilgili markaların 40/94 Sayılı Tüzüğü’nün 7(1)(e)(ii) sayılı Maddesine aykırı biçimde tescil edilmiş olduğu gerekçesiyle ... bahsi geçen Tüzüğü’nün 51 (1) (a) sayılı Maddesi uyarınca söz konusu markaların hükümsüz kılınması için başvuruda bulunmuşlardır... [Adı geçen taraflar] ayrıca 17 Aralık 2007 tarihli mütalaalarında, markaların ayırt edici nitelik taşımadığı gerekçesiyle hükümsüz kılınması gerektiğini ifade etmişlerdir.
- 7 [EUIPO] İptal Birimi 15 ve 21 Temmuz 2008 tarihli kararlar ile markaların hükümsüz kılınmasına yönelik başvuruları tümüyle reddetmiştir.
- 8 25 Ağustos 2008 tarihinde, [Pi-Design ve Diğerleri] İptal Birimi’nin verdiği kararların her birine karşı itiraz bildiriminde bulunmuştur.
- 9 [Dava konusu kararlar] ile, [EUIPO] Birinci Temyiz Kurulu [40/94] sayılı Tüzüğü’nün 7 (1)(e)(ii) sayılı Maddesinde belirtilen mutlak ret gerekçesine dayanarak temyizleri onaylamış ve İptal Birimi’nin kararlarını iptal etmiştir.
- 10 [Dava konusu kararların] 24 ila 28 sayılı paragraflarında, Temyiz Kurulu ilk olarak tescil başvurularının yapıldığı tarihte işaretlerin yalnızca “figüratif” olarak sınıflandırıldığını, hiçbir açıklama

bulunmadığını gözlemlemiştir. Uzmanın itirazları üzerine, başvuru sahibi işaretin “bir ürünün şeklinin” iki boyutlu temsili olduğunu, yani bir bıçak sapını temsil ettiğini (R 1235/2008-1 sayılı Dava) veya “bıçak sapları tasarımını” temsil ettiğini (R 1237/2008-1 sayılı Dava) belirtmiştir. Markaların hükümsüz kılınması talebiyle [Pi-Design ve Diğerleri] tarafından yapılan başvuruyu takiben yapılan yazışmada ise, söz konusu işaret başvuru sahibi tarafından “rastgele bir geometrik şekil” veya “noktalardan oluşan bir desen” olarak tarif edilmiştir (R 1235/2008-1 sayılı Dava).

- 11 Temyiz Kurulu’na göre ikinci tarif yalnızca [40/94] Sayılı Tüzüğün 7(1)(e)(ii) Maddesinin uygulanmasından kaçınmak amacıyla yapılmış olup marka sahibi tarafından pazarlanan bıçakların fotoğrafları siyah noktaları çevreleyen çerçevenin bir bıçak sapı biçimi oluşturduğunu ve söz konusu noktaların da oyukları temsil ettiğini teyit etmektedir.
- 12 Temyiz Kurulu bu bağlamda [dava konusu kararların] 29. paragrafında “bir markanın davanın koşullarına uygun biçimde tetkik edilmesi gerektiğini. Bu koşullar arasında da, kuşkusuz, ticari marka sahibi tarafından başvurusunu desteklemek amacıyla isteğe bağlı olarak sunulan bilgi ve belgeler bulunmaktadır,” dendiğini belirtmiştir.
- 13 Daha sonra, [dava konusu kararların] 30 ve 31. Paragraflarında, Temyiz Kurulu “işaretin tescil başvurusuna konu olan ürünlerin sapının iki boyutlu temsilinden oluşan figüratif bir işaret olduğunu” belirtmiştir. Bununla birlikte, Temyiz Kurulu’na göre, bir markanın figüratif olarak sınıflandırılması her durumda [40/94] sayılı Tüzüğün 7(1)(e)(ii) Maddesinin uygulanmasını hükümsüz kılmamıştır.
- 14 Son olarak, [dava konusu kararların] 33 ila 41 arası paragraflarında Temyiz Kurulu oyukları temsil eden siyah noktaların teknik bir fonksiyonu olup olmadığını değerlendirmiştir. Mevcut patentler ile ilgili bilgilere dayalı olarak, Kurul oyukların kaymayı önleyici bir etki sağlamak adına gerekli olduğu ve aynı sonucun başka şekillerle de sağlanabileceği hususunun söz konusu başvurunun reddine ilişkin gerekçenin uygulanabilirliğini engellemediği kanısına varmıştır.
- 15 [40/94] Sayılı Tüzüğün 7(1)(e)(ii) Maddesini esas alarak tescilleri hükümsüz kılan Temyiz Kurulu [Pi-Design ve Diğerleri]nin istinat ettiği ve başvuru sahibi tarafından kabul edilebilirliğine dair itirazda bulunulan diğer hükümsüzlük gerekçesi üzerinde hüküm vermeyi gerekli görmemiştir.

Genel Mahkeme ve Adalet Divanı huzurunda görülen davalar ve karar

- 6 12 Ağustos ve 15 Eylül 2010 tarihlerinde Genel Mahkeme Yazı İşleri Müdürlüğü'nde yapılan başvurular ile Yoshida dava konusu kararların her biri ile ilgili olarak iptal davası açmıştır. Yoshida açtığı davaları desteklemek amacıyla tek bir itiraza istinat etmiş olup bu itirazında [40/94] Sayılı Tüzüğü'nün 7(1)(e)(ii) Maddesinin ihlal edildiğini öne sürmüştür. Üç kısma bölünen itirazın ilk kısmında bahsi geçen hükmün kapsamının yanlış yorumlandığı, ikinci kısmında davaya esas markaların konusunun yanlış değerlendirildiği, üçüncü kısmında ise söz konusu ret gerekçesinin yanlış uygulandığı iddia edilmiştir.
- 7 Yoshida Metal Industry–OHIM – Pi-Design ve Others davası (Siyah noktalar içeren üçgen bir yüzeyin temsili) (T331/10, yayımlanmamış, EU:T:2012:220) ve Yoshida Metal Industry–OHIM – Pi-Design ve Diğerleri davasında (siyah noktalar içeren bir yüzeyin temsili) (T416/10, yayımlanmamış, EU:T:2012:222) verilen 8 Mayıs 2012 tarihli hükümler çerçevesinde, ('8 Mayıs 2012 tarihli hükümler'), Genel Mahkeme Yoshida'nın istinat ettiği tek itirazın ikinci kısmını onaylamış ve dava konusu kararları iptal etmiştir.
- 8 16 Temmuz 2012 tarihinde Adalet Divanı Yazı İşleri Müdürlüğü'nde yapılan başvurular ile, Pi-Design ve Diğerleri temyiz başvurusunda bulunarak Divan'dan 8 Mayıs 2012 tarihli hükümlerin kaldırılmasını, dava konusu markaların hükümsüz kılınmasını, sonrakinin kararlarının iptali halinde davanın yeniden EUIPO Temyiz Kurulu'na götürülmesi yükümlülüğü ile davaların Genel Mahkeme'ye geri gönderilmesini ve masrafların Yoshida tarafından ödenmesini talep etmişlerdir. Pi-Design ve Diğerleri temyiz başvurularını desteklemek amacıyla tek itiraz gerekçesi öne sürmüş olup 40/94 Sayılı Tüzüğü'nün 7(1)(e)(ii) Maddesinin ihlal edildiğini öne sürmüşlerdir.
- 9 16 Temmuz 2012 tarihinde Adalet Divanı Yazı İşleri Müdürlüğü'nde yapılan başvurular ile, EUIPO itiraz başvurularında bulunarak Divan'dan 8 Mayıs 2012 tarihli hükümlerin kaldırılmasını ve masrafların Yoshida tarafından karşılanmasını talep etmiştir. EUIPO itiraz başvurularını desteklemek üzere iki gerekçe öne sürmüş, birinci gerekçesinde Genel Mahkeme'nin gerekçe belirtme yükümlülüğünü ihlal ettiğini, ikinci gerekçesinde ise Pi-Design ve Diğerlerinin de iddia ettiği gibi 40/94 Sayılı Tüzüğü'nün 7(1)(e)(ii) Sayılı Maddesinin ihlal edildiğini öne sürmüştür.
- 10 Pi-Design ve Diğerleri–Yoshida Metal Industry davasında (C337/12 P ila C340/12 P arası, yayımlanmamış, EU:C:2014:129), 6 Mart 2014

tarıhli hüküm ile Divan 8 Mayıs 2012 tarıhli hükümleri kaldıarak davaları Genel Mahkeme'ye geri göndermiş ve masraflara ilişkin kararını ertelemiştir.

- 11 Genel Mahkeme temyiz kararı ile Yoshida'nın sunduğu tek itirazı reddetmiş ve sonuç olarak açtığı davaları tümüyle reddetmiştir.

Tarafların talepleri

- 12 Yoshida Divan'ın:

– kararı kaldırmasını ve dava konusu kararları iptal etmesini;
– alternatif olarak, kararı kaldırmasını ve dava konusu kararlar içerisinden davaya esas AB ticari markalarının tescil edildiği, Nice Anlaşması 8. Sınıf kapsamında yer alan, bileme taşı ve bileme taşı tutacağı grubu ürünler, ve Nice Anlaşması 21. Sınıf kapsamında yer alan, (değerli metalden yapılmış veya değerli metal ile kaplı olanlar hariç olmak üzere) ev veya mutfak gereçleri ve kaplar ile bıçak tutucu bloklar grubu ürünler, ile ilgili olanları iptal etmesini, ve

her halükarda, Pi-Design ve Diğerleri–Yoshida Metal Industry (C337 /12 P ila C340/12 P arası, yayımlanmamış, EU:C:2014:129) davasındaki 6 Mart 2014 tarıhli hüküm çerçevesinde ertelenen masraflar da dahil olmak üzere masrafların EUIPO ile Pi-Design ve Diğerleri tarafından karşılanmasına karar vermesini talep etmiştir.

- 13 EUIPO, Divan'ın temyiz başvurusunu reddetmesi ve masrafların Yoshida tarafından karşılanmasına karar vermesi gerektiğini savunmaktadır.
- 14 Pi-Design ve Diğerleri Divan'dan temyiz başvurusunu reddetmesini ve masrafların Yoshida tarafından karşılanmasına karar vermesini talep etmektedirler.

İtiraz

- 15 Yoshida temyiz başvurusunu desteklemek amacıyla iki gerekçeyi ne sürmektedir.

[40/94] Sayılı Tüzüğün 7(1)(e)(ii) Maddesinin ihlal edildiğini ne süren birinci itiraz gerekçesi

Tarafların iddiaları

- 16 Yoshida esas talebini oluşturan birinci itiraz gerekçesi ile Genel Mahkeme'yi ilk olarak temyiz kararının 39. paragrafında 40/94 Sayılı Tüzüğün 7(1)(e)(ii) Maddesinin 'işaretin tüm temel özelliklerinin teknik bir işlev gösterdiği durumda iki ya da üç boyutlu her türlü işaret için geçerli olduğuna' karar vermek suretiyle söz konusu maddeye aykırı hareket etmekle eleştirmiştir.
- 17 Bu bakımdan, Yoshida Genel Mahkeme'nin Adalet Divanı'nın içtihadına aykırı bir yaklaşım benimsediğini (14 Eylül 2010 tarihli hüküm, Lego Juris–OHIM, C48/09 P, EU:C:2010:516, 48, 52 ve 72 sayılı paragraflar), bu yaklaşıma göre (i) 40/94 Sayılı Tüzüğün 7(1)(e)(ii) Maddesinin bir işaretin yalnızca işlevsel özelliklere sahip olduğu gerekçesiyle bir ticari marka olarak tescil edilmesini önlemediğini ve (ii) söz konusu madde hükmünde yer alan 'münhasıran' ve 'gerekli' sözcükleri ile, 7(1)(e)(ii) Maddesinin kapsamının yalnızca teknik bir çözüm içeren ürün şekillerinden oluşan işaretlerle sınırlandırılmasının amaçlandığını öne sürmektedir.
- 18 İkincisi, Yoshida Genel Mahkeme'nin itiraz kararının 64 ve 65. paragraflarında dava konusu işaretleri tescil edebilmesi için siyah noktalardan oluşan dizinin söz konusu işaretlerin 'işlevsel olmayan önemli bir unsuru' olması gerektiğini ve ilgili işaretlerin de 'açıkça süs niteliği' taşıması gerektiğini değerlendirmesinin hatalı olduğunu savunmaktadır. Yoshida, 40/94 Sayılı Tüzüğün 7(1)(e)(ii) Maddesinin yalnızca teknik bir çözüm içermeyip aynı zamanda ayırıcı bir işlev de taşıyan görsel olarak öneme sahip dekoratif tasarım öğelerinden oluşan 'karma' işaretlerin tescil edilmesine engel teşkil etmediği görüşündedir. Dava konusu işaretler için de aynı husus geçerlidir.
- 19 Üçüncüsü, Yoshida kararın 65. paragrafında, dava konusu işaretlerin tescilinin 'rakiplerin aynı şekilde kaymayı önleyici teknik çözümü içeren alternatif ürün şekillerini piyasaya sunma olanaklarını uygunsuz biçimde azaltacağı' yönünde Genel Mahkemece yapılan beyanın ayırıcı bir işleve sahip olan dekoratif tasarım öğelerinin varlığını göz ardı ettiğini savunmaktadır.
- 20 EUIPO ile Pi-Design ve Diğerleri Yoshida'nın öne sürdüğü tezin reddedilmesi gerektiğini iddia etmektedirler.

Divan Kararları

- 21 Öncelikle, Yoshida dava konusu işaretlerin 'karma işaretler' oluşturduğu yönündeki savı çerçevesinde, dava konusu işaretlerin temel nitelikleri ile ilgili olarak, özellikle kararın 46 ila 50. ve 63 ila 65. paragraflarda ilgili kanıtların incelenmesinin ardından Genel Mahkemece yapılan tespitlerin yerinde olup olmadığını sorgulamaktadır.
- 22 Öte yandan, TFEU Madde 256(1) ve Avrupa Birliği Adalet Divanı Tüzüğü'nün 56. Maddesi çerçevesinde bir itiraz hukuki gerekçelerle sınırlıdır. Genel Mahkeme, konuyla ilgili olguları tespit etmek ve kanıtları değerlendirmek üzere münhasır yetkiye sahiptir. Dolayısıyla, söz konusu olguların tespiti ve kanıtların değerlendirilmesi, bu olgu veya kanıtların çarpıtılmış olduğu durumlar hariç olmak üzere, bu itibarla itirazda Adalet Divanı'nın yeniden incelemesine tabi bir hukuki neden teşkil etmemektedir (26 Ekim 2016 tarihli hüküm, Westermann Lernspielverlage–EUIPO, C482/15 P, EU:C:2016:805, paragraf 35).
- 23 Bu bağlamda, durum ve kanıtların çarpıtıldığına ilişkin bir şikayetin istisnai niteliği çerçevesinde, Adalet Divanı Usul Kuralları Madde 168(1) (d)'de belirtilen her iki hüküm bilhassa bir temyiz başvurusu sahibinin Genel Mahkemece çarpıtıldığı iddia olunan öğeleri kesin bir biçimde belirtmesini ve kendi kanaatine göre söz konusu çarpıtmaya neden olan değerlendirme hatalarını ortaya koymasını öngörmektedir. Belirtilen türde bir çarpıtma, olgulara ve kanıtlara yönelik yeni bir değerlendirme yürütme gereksinimi söz konusu olmaksızın dosyadaki belgelerden açıkça görülebilmelidir (bununla ilgili olarak bkz. 20 Ekim 2011 tarihli hüküm, PepsiCo–Grupo Promer Mon Graphic , C281/10 P, EU:C:2011:679, 78 ve 79. paragraflar).
- 24 İşbu davada, esas itibarıyla dava konusu işaretlerin önemli dekoratif ve ayırıcı öğeler içerdiğini belirtmekle kendini sınırlandıran Yoshida, bu tezini dosyada yer alan ve siyah noktalar dizisinin özel yapısının dava konusu işaretlerin işlevsel olmayan temel bir unsurunu teşkil ettiği düşünülecek kadar yeterli ölçüde önemli bir dekoratif nitelik taşıdığı kanaatine varılmamasının Genel Mahkemece olgu ve kanıtların çarpıtılmasından kaynaklandığını açıkça kanıtlayabilen öğeler ile desteklememektedir.
- 25 İkincisi, Yoshida'nın kararın 39, 64 ve 65 sayılı paragraflarından açıkça görüldüğü üzere 40/94 Sayılı Tüzüğü'nün 7(1)(e)(ii) Maddesinin uygulanması amacıyla Genel Mahkemece yapılan değerlendirmenin Lego Juris–OHIM davasındaki 14 Eylül 2010 tarihli Adalet Divanı hükmünden (C48 /09 P, EU:C:2010:516) doğan içtihadı aykırı olduğu yönündeki

savı çerçevesinde, getirdiği eleştiriler bahsi geçen hükmün seçici bir biçimde okunmasından kaynaklanmaktadır.

- 26 Söz konusu hükümden çıkan sonuca göre ise, 40/94 Sayılı Tüzüğün 7(1) (e)(ii) Maddesinde belirtilen ret gerekçesinin ‘münhasıran’ teknik bir sonuç elde etmek için ‘gerekli’ olan ürün şekillerinden oluşan işaretler ile sınırlandırılması suretiyle, kanun koyucu her türlü ürün şeklinin belli bir dereceye kadar işlevsel olduğunu ve bu nedenle bir ürün şeklinin ticari marka olarak tescilinin yalnızca işlevsel niteliklere sahip olması gerekçeyle reddedilmesinin uygun olmayacağı hususunu göz önüne almıştır. ‘Münhasıran’ ve ‘gerekli’ sözcükleri ile söz konusu madde metni yalnızca teknik bir çözüm içeren ve bu nedenle ticari marka olarak tescil edilmele-
rinin söz konusu teknik çözümün diğer işletmelerce kullanılmasını fiilen engelleyeceği ürün şekillerinin tescil edilmemesi gerektiğini hüküm altına almaktadır. Bu tür bir tescil işlemi rakiplerin aynı teknik çözümü içeren şekillere sahip malları piyasaya sunma çabalarına haksız biçimde zarar verecektir (14 Eylül 2010 tarihli hüküm, Lego Juris–OHIM, C48/09 P, EU:C:2010:516, 48 ve 59. paragraflar).
- 27 Ret gerekçesinin ‘münhasıran’ teknik bir sonuç elde etmek için gerekli olan ürün şeklini içeren herhangi bir işareti kapsadığı hususuna ilişkin olarak ise, Divan bir işaret içerisinde temel niteliklerinin tümünün o işaretin uygulamaya koyduğu teknik çözüm ile belirlendiği rastgele bir ya da birkaç küçük unsurun varlığının, işaretin münhasıran teknik bir sonuç elde etmek için gerekli olan ürün şekillerinden oluştuğu yönündeki kanaati değiştirmeyeceğine karar vermiştir. Buna ilaveten, 40/94 sayılı Tüzüğün 7(1)(e)(ii) Maddesinde belirtilen ret gerekçesi yalnızca bir işaretin temel niteliklerinin tamamının işlevsel olduğu durumda geçerlidir, bunun sonucu olarak da, dava konusu malların şekli örneğin dekoratif ya da imgesel bir öge gibi şekil içerisinde önemli bir role sahip işlevsel olmayan önemli bir öge içerdiği takdirde söz konusu madde hükmü kapsamında bu tür bir işaretin ticari marka olarak tescili reddedilemez (bununla ilgili olarak bkz. 14 Eylül 2010 tarihli hüküm, Lego Juris–OHIM, C48/09 P, EU:C:2010:516, 52. paragraf).
- 28 Ürün şeklinin bir ticari marka olarak tescilinin yalnızca şeklin amaçlanan teknik sonucu elde etmek için ‘gerekli’ olması halinde 40/94 Sayılı Tüzüğün 7(1)(e)(ii) Maddesi kapsamında reddedilebileceği hususu ile ilgili olarak ise, söz konusu koşul dava konusu şeklin belirtilen sonucu elde edebilecek tek şekil olması gerektiği anlamına gelmemektedir (14 Eylül 2010 tarihli hüküm, Lego Juris–OHIM, C48/09 P, EU:C:2010:516, 53. paragraf).

- 29 Divan ayrıca 40/94 Sayılı Tüzüğün 7(1)(e)(ii) Maddesinin doğru uygulanması bakımından, dava konusu işaretin temel niteliklerinin–yani işaretin en önemli unsurlarının–işaretin bir ticari marka olarak tesciline ilişkin başvuruyu karara bağlayacak makam tarafından uygun bir biçimde tespit edilmesi gerektiğine karar vermiştir. İşaretin temel nitelikleri tespit edildikten sonra, yetkili makam söz konusu temel niteliklerin tümünün dava konusu malların teknik işlevini yerine getirip getirmediğini belirlemek zorundadır (bununla ilgili olarak bkz. 14 Eylül 2010 tarihli hüküm, Lego Juris–OHIM, C48/09 P, EU:C:2010:516, 68, 69 and 72. paragraflar).
- 30 Yoshida'nın taleplerinin aksine, bu değerlendirmelerden çıkan kanaate göre, ilgili işaretin dekoratif ve imgesel özelliklere sahip olması, bu özellikler temel niteliklerinin tümü teknik bir işleve sahip olan dava konusu malların şeklinde önemli bir rol oynamadığı sürece 40/94 Sayılı Tüzüğün 7(1)(e)(ii) Sayılı Maddesi kapsamındaki ret gerekçesinin uygulanmasını engellememektedir.
- 31 Dolayısıyla, Genel Mahkeme haklı olarak kararın 39. paragrafında, işaretin temel niteliklerinin tamamının teknik bir işleve sahip olduğu durumda 40/94 Sayılı Tüzüğün 7(1)(e)(ii) Maddesinin geçerli olduğu kanaatine varmıştır. Benzer şekilde, kararın–temel olarak siyah noktalar dizisinin özel yapısının dava konusu işaretlerin işlevsel olmayan önemli bir unsurunu teşkil edip etmediğinin belirlenmesini amaçlayan–64 ve 5. paragraflarında Genel Mahkeme'nin değerlendirmesi, Adalet Divanı'nın mevcut hükmün 26 ila 28. paragraflarında değinilen konumunu doğru biçimde yansıtmaktadır.
- 32 Üçüncü olarak, işaretin ayırt edici niteliğinin 40/94 Sayılı Tüzüğün 7(1)(e)(ii) Maddesinin uygulanmasını engellediğini belirten Yoshida bu iddiasında ilgili hüküm içerisinde yer alan tescil reddine ilişkin özel gerekçe ile söz konusu Tüzüğün 7(1)(b) Maddesinde ayırt edici niteliğe sahip olmayan ticari markaların tescil edilmemesi gerektiğini belirten gerekçeyi hatalı biçimde karıştırmaktadır.
- 33 Bu bakımdan, teknik bir sonuç elde etmek için gerekli olan ürün şeklini içeren herhangi bir işaretin bir ticari marka olarak tescil edilmesinin yasaklanması kuralının 40/94 Sayılı Tüzüğün 7(1) Maddesine dahil edilmesi çerçevesinde işletmelerin ticari marka kanununu teknik çözümlere ilişkin münhasır hakları belirsiz bir süre boyunca sürdürmek amacıyla kullanamayacaklarının öngörüldüğü dikkate alınmalıdır (14 Eylül 2010 tarihli hüküm, Lego Juris–OHIM, C48/09 P, EU:C:2010:516, 45. paragraf).

- 34 Ayrıca, kanun koyucu 40/94 Sayılı Tüzüğün 7(1)(e)(ii) Maddesinde liste halinde belirtilen ret gerekçelerini bahsi geçen Tüzüğün 7(3) Maddesi kapsamında istisna kapsamından çıkarmış olduğundan, teknik bir sonuç elde etmek için gerekli olan şekillerin ticari marka olarak tescil edilmek için uygun olmadığını belli ölçüde katı bir biçimde belirtmiştir. Dolayısıyla, Tüzüğün 7(3) Maddesinden varılan kanaate göre, teknik bir sonuç almak için gerekli olan bir ürün şekli kullanım sonucunda ayırt edici nitelik kazanmış ise dahi, söz konusu ürün şeklinin ticari marka olarak tescili yasaklanmaktadır (14 Eylül 2010 tarihli hüküm, Lego Juris–OHIM, C48/09 P, EU:C:2010:516, 47. paragraf).
- 35 Sonuç olarak, 40/94 Sayılı Tüzüğün 7(1)(e)(ii) Maddesi münhasıran teknik bir sonuç elde etmek için gerekli olan bir ürün şeklinden oluşan bir işaret bir ticari markanın herhangi bir karışıklık ihtimaline yol açmaksızın ilgili mal veya hizmetlerin başka menşei bulunan diğer mal veya hizmetlerden ayırt edilebilmesini sağlayarak ilgili mal veya hizmetlerin menşeiine ait kimlik bilgilerini tüketiciye garanti etmek suretiyle temel işlevini yerine getirebilecek nitelikte olsa dahi, söz konusu işaretin ticari marka olarak tescil edilmesini önleyebilecek bir engel teşkil etmektedir (bununla ilgili olarak, bkz. 15 Eylül 2005 tarihli hüküm, BioID–OHIM, C37/03 P, EU:C:2005:547, paragraf 60, ve 16 Eylül 2015 tarihli hüküm, Société des Produits Nestlé, C215/14, EU:C:2015:604, paragraf 38).
- 36 Sonuç olarak, itiraz başvurusunun birinci gerekçesi kısmen kabul edilemez ve kısmen asılsız olduğu gerekçesiyle reddedilmelidir.

40/94 Sayılı Tüzüğün 51(3) Maddesinin ihlal edildiğini öne süren ikinci itiraz gerekçesi

Tarafların iddiaları

- 37 Yoshida, alternatif olarak öne sürdüğü ikinci itiraz gerekçesi ile, kararın 48 ve 53. paragraflarından açıkça görüldüğü üzere, Genel Mahkeme'nin 40/94 Sayılı Tüzüğün 7(1)(e)(ii) Maddesinin uygulanmasına ilişkin koşulların dava konusu işaretleri tescil edilmiş olan malların her biri için yerine getirilmiş olup olmadığını incelememiş olmakla ilgili Tüzüğün 51(3) sayılı Maddesine aykırı hareket ettiği yönünde şikayette bulunmuştur.
- 38 Ek olarak, Yoshida Genel Mahkeme'nin kararında yapılan tespitleri dava konusu mallara uygulayarak 40/94 Sayılı Tüzüğün 51(3) sayılı Maddesinde belirtilen şartı yerine getiremediğini, söz konusu malların, yani Nice Anlaşması 8. Sınıf kapsamında yer alan bileme taşı ve bileme

taşı tutacağı grubu ürünler ile 21. Sınıf kapsamında yer alan (değerli metalden yapılmış veya değerli metal ile kaplı olanlar hariç olmak üzere) ev veya mutfak gereçleri ve kaplar ile bıçak tutucu bloklar grubu ürünlerin sapsarı bulunmadığını belirtmektedir. Yoshida, söz konusu mallar ile ilgili olarak, dava konusu işaretler logo olarak kullanılabilir iki boyutlu işaretler oluşturduğundan 40/94 Sayılı Tüzüğün 7(1)(e)(ii) Maddesinin uygulanamaz nitelikte olduğu görüşündedir.

- 39 EUIPO ile Pi-Design ve Diğerleri söz konusu gerekçenin onaylanamayacağını savunmaktadırlar.

Divan Kararları

- 40 Dava konusu kararlardan açıkça görüldüğü üzere, EUIPO Birinci Temyiz Kurulu davaya esas işaretlerin tescil başvurusuna konu olan ürünlerin sapsarının iki boyutlu temsilinden oluşan temsili işaretler olduğu kanaatine varmıştır.
- 41 Yine dava konusu kararlardan görülebileceği üzere, bahsi geçen EUIPO Temyiz Kurulu dava konusu işaretlerin tescil edilmiş olduğu tüm mallar ile ilgili olarak söz konusu işaretlerin AB ticari markaları olarak tescilini 40/94 sayılı Tüzüğün 7(1)(e)(ii) Maddesi çerçevesinde hükümsüz kılmıştır.
- 42 Öte yandan, Mahkemeye sunulan dosyanın analizi sonucunda Yoshida'nın Genel Mahkeme nezdindeki muamelelerin hiçbir aşamasında dava konusu kararların 40/94 Sayılı Tüzüğün 51(3) Maddesine uygun olmadığını belirtmediği görülmektedir.
- 43 Yoshida yalnızca ilk davada 40/94 sayılı Tüzüğün 7(1)(e)(ii) Maddesinin ihlaline ilişkin olarak sunduğu tek itirazında dava konusu işaretlerin işlevsel değeri bulunmayan basit dekoratif bir desen temsil ettiğini, bu nedenle bahsi geçen madde hükmü bağlamında münhasıran teknik bir sonuç elde etmek için gerekli olan ürün şeklinden oluştuğunun değerlendirilemeyeceğini savunmuştur.
- 44 Bu çerçevede, Yoshida ilk davada dava konusu işaretlerin tescillerinin Nice Anlaşması'nın 8 ve 21. Sınıflarında yer alan muhtelif ürünleri kapsadığını savunurken, buna ilişkin tek amacının genel olarak 40/94 Sayılı Tüzüğün 7(1)(e)(ii) Maddesinin dava konusu işaretlere uygulanabilirliğine itiraz etmek olduğu Divan nezdinde dosyanın incelenmesi sonucu ortaya çıkmıştır.

- 45 Ancak Yoshida ikinci itiraz gerekçesi çerçevesinde Genel Mahkeme'yi temel olarak 40/94 Sayılı Tüzüğü'nün 51(3) Maddesi ışığında dava konusu kararların yasaya uygunluğunu gözden geçirmemekle eleştirmekte ve sap içermediği iddia edilen belirli bazı mallar için bahsi geçen Tüzüğü'nün 7(1) (e)(ii) Maddesinde yer alan başvuru koşullarının yerine getirilmediğini iddia etmektedir.
- 46 Adalet Divanı'nın yerleşik içtihatlarına göre, herhangi bir tarafın daha önce Genel Mahkeme'ye sunmadığı iddia ve savunmaları ilk kez Adalet Divanı'na sunmasına izin vermekle söz konusu tarafa bu iddia ve savunmaları, Genel Mahkeme'ye getirilen davalardan daha geniş bir alan içeren davalarda yargı yetkisi sınırlı olan Adalet Divanı huzuruna getirme yetkisi verilmiş olur. Dolayısıyla bir temyiz davasında, Adalet Divanı'nın yargı yetkisi Genel Mahkeme'nin kendi huzurunda ele alınmış olan iddia ve savunmalara yönelik değerlendirmenin yeniden gözden geçirilmesi ile sınırlıdır (özellikle bkz. 8 Kasım 2016 tarihli hüküm, BSH–EUIPO , C43/15 P, EU:C:2016:837, paragraf 43 ve alıntılanan içtihat).
- 47 Bu koşullar çerçevesinde, ikinci itiraz gerekçesinin kabul edilemez nitelikte olması dolayısıyla reddi gerekmektedir.
- 48 Yukarıda belirtilen hususlara dayalı olarak itirazın bütünüyle reddine karar verilmesi gerekmektedir.

Masraflar

- 49 Usul Kuralları Madde 184(2) kapsamında bir itiraz başvurusu asılsız bulunduğu takdirde Divan'ın masraflara dair karar alması gerekmektedir.
- 50 Madde 184(1) gereğince söz konusu kuralların temyiz muamelelerinde geçerli olan 138(1) Maddesi çerçevesinde, davayı kaybeden tarafın masrafları (davayı kazanan tarafın dilekçelerinde müracaat edilmiş ise) ödemesi öngörülür. EUIPO ile Pi-Design ve Diğerleri masrafların Yoshida tarafından ödenmesi için başvuruda bulunmuş olması ve Yoshida'nın davayı kaybetmesi sebebiyle, temyiz işlemlerinin masraflarının kendisi tarafından ödenmesine hükümlenmelidir.

Belirtilen gerekçelerle, Divan (Beşinci Daire) işbu çerçevede:

1. İtirazın reddine;

2. Masrafların Yoshida Metal Industry Co. Ltd tarafından ödenmesine karar vermiştir.

İşbu karar 11 Mayıs tarihinde Lüksemburg'da açık oturum mahkemesinde verilmiştir.

[İmzalar]

REKABET KURULU KARARLARI

HAZIRLAYAN: Av. Tuncay SONGÖR*

* Ankara Barosu.

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2017-4-19 (Önaraştırma)
Karar Sayısı : 17-20/324-144
Karar Tarihi : 03.07.2017

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan :
Üyeler :

B. RAPORTÖRLER:

C. BAŞVURUDA

BULUNAN:- Resen

D. HAKKINDA İNCELEME

YAPILANLAR : Türkiye’de Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası pazarında faaliyet gösteren sigorta şirketleri

E. DOSYA KONUSU: Türkiye’de Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası pazarında faaliyet gösteren sigorta şirketlerinin birlikte taksit uygulamasını kaldırmak ve ek zorluklar yaratmak suretiyle rekabeti bozucu, kısıtlayıcı anlaşma ve/veya uyumlu eylem içinde olup olmadıkları.

F. İDDİALARIN ÖZETİ: T.C. Başbakanlık Hazine Müsteşarlığının (Hazine Müsteşarlığı) “Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Primlerine ilişkin Genelgesi (2017/1)”ni (2017/1 sayılı Genelge) yayımlamasının ardından kamuoyunda oluşan ve basında ortaya çıkan iddialarda özetle;

Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası’na (Trafik Sigortası) ilişkin 12.04.2017 tarihinden itibaren tavan fiyat uygulanmaya başlanmasıyla birlikte sigorta şirketlerinin aralarında anlaşarak Trafik Sigortası için kredi kartına taksit uygulamasını kaldırdığı ve nakit ya da tek çekim uygulamasına geçtiği, Kimi sigorta şirketlerinin ise poliçe kesmemek adına, acente ekranlarını kapatma ya da yavaşlatma, kırmızı ışık koyarak poliçe kesmeme mesajı verme gibi zorlayıcı uygulamalar ile teklif vermekten kaçındığı,

Sigorta şirketleri tarafından; sistemlerinin arızalı olduğu, mevcut sistemlerin tavan fiyat uygulamasına uyumlu hale getirilmesi için düzeltildiği, acenteleri ile merkezleri arasındaki bağlantının kapalı olduğu gibi açıklamaların getirildiği,

Poliçe düzenlenmesine ilişkin işlemlerin sigorta konusu araca ait fotoğraflar, ehliyet veya ruhsatın sisteme yüklenmesi gibi yeni şartlar öne sürülerek artırıldığı, bunun yanı sıra onaya gönderilen poliçelerin onaylanmaması ya da onay süresinin uzaması gibi durumlarla karşılaşıldığı,

Ferdi kaza, konut sigortası gibi ek poliçeler istenerek Trafik Sigortası’nın daha pahalı hale getirildiği

ifade edilmiştir.

17-20/324-144

G. DOSYA EVRELERİ: Rekabet Kurumu kayıtlarına giren ihbar ve basında ortaya çıkan haberler üzerine hazırlanan 02.05.2017 tarihli ve 2017-4-19/İİ sayılı İlk İnceleme Raporu'nun görüşülmesi sonucunda, 04.05.2017 tarih ve 17-15/217-M sayı ile önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir. İlgili karar uyarınca düzenlenen 06.06.2017 tarih ve 2017-4-19/ÖA sayılı Önaraştırma Raporu görüşülerek karara bağlanmıştır.

H. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ: İlgili raporda; dosya konusu iddialara yönelik olarak Türkiye'de Trafik Sigortası pazarında faaliyet gösteren sigorta şirketleri hakkında 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (4054 sayılı Kanun) 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığı ifade edilmiştir.

I. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

Önaraştırma çerçevesinde, 09.05.2017 tarihinde Allianz Sigorta A.Ş. (ALLIANZ) , Axa Sigorta A.Ş. (AXA), Güneş Sigorta A.Ş. (GÜNEŞ), Anadolu Anonim Türk Sigorta Şirketi (ANADOLU), Mapfre Sigorta A.Ş. (MAPFRE), Sompo Japan Sigorta A.Ş.'de (SOMPO), 10.05.2017 tarihinde HDI Sigorta A.Ş. (HDI), Halk Sigorta A.Ş. (HALK), Neova Sigorta A.Ş. (NEOVA), S.S. Doğa Sigorta Kooperatifi (DOĞA) ve Türkiye Sigorta, Reasürans ve Emeklilik Şirketleri Birliğinde (TSB) yerinde inceleme gerçekleştirilmiştir. Ayrıca, yerinde inceleme yapılan 10 sigorta şirketi ile TSB ve Sigorta Bilgi ve Gözetim Merkezinden (SBM) bilgi ve belge talep edilmiştir. Ayrıca Hazine Müsteşarlığı Sigortacılık Genel Müdürlüğü yetkilileri ile de görüşülmüştür.

I.1. Sektöre İlişkin Bilgiler ve Mevzuat

Ülkemizde sigortacılık sektörünü düzenleyen temel mevzuat 14.06.2007 tarih ve 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'dur (Sigortacılık Kanunu). Anılan Kanun, sigorta şirketlerinin kuruluşuna ve denetimine ilişkin yenilikleri, zorunlu sigorta yapmaktan kaçınılamamasını ve kaçınılması halinde adli para cezası uygulanmasını, teminat ve teknik karşılıkların yeniden düzenlenmiş halini, ihtilafların hızlı çözümü için tahkim müessesini, sigorta eksperleri ile sigorta acentelerine ilişkin hususların netleştirilmesini, tarifelerin ilke olarak serbest bırakılmasını, sigorta şirketlerinin aktüerya çalışmasının zorunlu olmasını, güvence hesabının oluşturulmasını içermekte olup, dosya konusu Trafik Sigortası açısından serbestleşme sürecini başlatmıştır.

Sigortacılık Kanunu'nda;

"Amaç ve Kapsam" başlığını taşıyan 1. maddesinin ikinci fıkrasında, Türkiye'de faaliyet gösteren sigorta şirketleri, reasürans şirketleri, Türkiye Sigorta Birliği, aracılar, aktüerler ile sigorta eksperlerinin anılan Kanun'a tabi olduğu,

"Ruhsat" başlığını taşıyan 5. maddesinde, sigorta şirketleri ve reasürans şirketlerinin faaliyete geçebilmek için faaliyet göstermek istedikleri her bir sigorta branşında Hazine Müsteşarlığından ruhsat almak zorunda olduğu, sigorta şirketlerinin hayat ve hayat dışı sigorta gruplarından sadece birinde faaliyet gösterebileceği

ifade edilmiştir.

17-20/324-144

Hazine Müsteşarlığı sigortacılık sektöründe, 4059 sayılı Hazine Müsteşarlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un (4059 sayılı Kanun) 2. maddesinin (e) bendi ile 5. maddesinin (c) bendi çerçevesinde sigortacılık sektöründe piyasayı düzenleme ve denetleme, piyasaya müdahale etme ve Sigortacılık Kanunu'nun 34. maddesi kapsamında mevzuata aykırı işlemler konusunda yaptırım uygulama yetkisine sahiptir. 4059 sayılı Kanun'a göre Hazine Müsteşarlığı'nın kendi içerisinde sigortacılık faaliyetinden sorumlu olan birimleri; sigortacılık faaliyetlerinin işleyiş esaslarını düzenleyen, mevzuatını hazırlayan ve uygulamasını izleyen ana hizmet birimi olan Sigortacılık Genel Müdürlüğü ve sigortacılık alanında faaliyet gösteren gerçek ve tüzel kişi ve kuruluşların faaliyetlerini denetlemekle görevli Sigorta Denetleme Kuruludur.

Sigortacılık Kanunu ve ilgili mevzuat kapsamında sigorta hizmetleri; "hayat sigorta hizmetleri" ve "hayat dışı sigorta hizmetleri" şeklinde ayrılmaktadır. Öneriştirmanın konusunu oluşturan Trafik Sigortası, sigortacılık sektöründe hayat dışı sigortacılık içerisinde yer almaktadır. Sigortacılık Kanunu kapsamında öngörülen Trafik Sigortası; poliçede tanımlanan motorlu aracın işletilmesi sırasında, üçüncü şahısların ölümüne veya yaralanmasına veya bir şeyin zarara uğramasına sebebiyet vermiş olunmasından dolayı, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun (Karayolları Trafik Kanunu) 85/1. maddesinde tanımlanmış hukuki sorumluluk çerçevesinde, aracın işletenine düşen sorumluluğu zorunlu sigorta limitlerine kadar teminat altına almaktadır. Anılan sigortanın kapsamı Karayolları Trafik Kanunu'nda yer alan sigortalıdan talep edilebilecek tazminat talepleri ile sınırlı olup, sadece üçüncü şahıslara verilen zararları karşılamaktadır. Zira bu sigorta, sigorta ettirenin kendi aracının hasarını ödememekte, bunun için ayrıca kasko sigortası yaptırılması gerekmektedir.

Karayolları Trafik Kanunu'nun 91. maddesinin birinci fıkrasında; *"İşletenlerin, bu Kanunun 85 inci maddesinin birinci fıkrasına göre olan sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak üzere mali sorumluluk sigortası yaptırmaları zorunludur."* ifadesi yer almaktadır. Benzer şekilde sigorta şirketleri açısından da sigorta poliçesinin düzenlenmesi zorunlu tutulmuş; ilgili düzenleme aynı Kanun'un 101. maddesinde; *"Bu Kanunda öngörülen zorunlu mali sorumluluk sigortası Türkiye'de kaza sigortası dalında çalışmaya yetkili olan sigorta şirketleri tarafından yapılır. Bu sigorta şirketleri zorunlu mali sorumluluk sigortasını yapmakla yükümlüdürler. Bu madde hükmüne uymayan sigorta şirketleri, 4.469,00 Türk Lirası hafif para cezası ile cezalandırılırlar."* şeklinde ifade edilmiştir. Bu bağlamda Trafik Sigortası poliçelerinin düzenlenmesinde hem sigortalılar hem de sigorta şirketleri için çift taraflı bir zorunluluk bulunmaktadır. Diğer yandan; Sigortacılık Kanunu'nun "Zorunlu Sigortalılar" başlıklı 13. maddesinin birinci fıkrasında da zorunlu sigortalıların düzenlenmesine ilişkin sigorta şirketlerinin sigorta yapmaktan kaçınamayacağı düzenlenmiş olup, aynı Kanun'un 35. maddesinin 14. fıkrasında sigorta yapmaktan kaçınan şirketlere uygulanacak ceza müeyyideye yer verilmiştir.

¹ Sigortacılık Kanunu'nun 5. maddesi ve buna ilişkin olarak 11.07.2007 tarih ve 26579 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 2007/1 sayılı Sigorta Branşlarına İlişkin Tebliğ'de hayat dışı sigorta hizmetleri 18 alt branşa, hayat sigorta hizmetleri ise yedi alt branşa ayrılmıştır. 05.08.2012 tarih ve 28375 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Sigorta Branşlarına İlişkin Tebliğ (Tebliğ No: 2007/1)'de Değişiklik Yapılmasına Dair Genelge ile hayat sigorta hizmetlerine "tontin" de eklenerek, hayat sigorta hizmetleri alt branş sayısı sekize ulaşmıştır.

17-20/324-144

Trafik Sigortası sektörünü düzenleyen mevzuat hükümleri incelendiğinde; 2008 yılından önce prim ve teminatların devlet tarafından belirlendiği, diğer bir deyişle tüketicilerin Trafik Sigortası yaptırmak için ödeyecekleri bedeller ile bir kaza olması durumunda hak sahiplerinin hak edebilecekleri tazminat miktarlarının kamu tarafından tespit edildiği görülmektedir. Bununla birlikte, Sigortacılık Kanunu'nun 2007 yılında yürürlüğe girmesi sonrası, anılan Kanun'un 12. maddesi çerçevesinde ve yine Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Tarife Uygulama Esasları Hakkında Yönetmelik'te (Tarife Yönetmeliği) yapılan değişiklik ile sigorta şirketlerinin uygulayabilecekleri prim miktarlarının artırımı ve hasarsızlık indirimlerinin belli sınırlar içinde şirketlerce karar verilebileceği ifade edilerek kısmi serbestliğe geçilmiş, ancak asgari teminat tutarlarının Hazine Müsteşarlığı tarafından belirlenmesi uygulamasına devam edilmiştir. Bahse konu bu artırım ve indirim sınırları Hazine Müsteşarlığı tarafından kademeli olarak genişletilmiş, Tarife Yönetmeliği'nde yapılan ve 19.06.2013 tarihli, 28682 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan değişiklik ile prim artırım ve indirim limitleri kaldırılmış, sigorta şirketleri, 1 Ocak 2014'ten itibaren anılan primleri serbestçe belirleyebilir hale gelmiştir. Böylelikle, 1 Ocak 2014 tarihinden itibaren sigorta şirketlerine primlerini portföylerine ve sermaye yapılarına göre belirleyebilme imkânı verilmiştir. Asgari teminat tutarları ise içinde bulunduğumuz dönem itibarıyla Hazine Müsteşarlığı tarafından belirlenmeye devam etmektedir. Diğer yandan; Hazine Müsteşarlığı'nın gerekli gördüğü durumlarda Trafik Sigortası prim tutarlarına müdahale etme yetki ve sorumluluğu sürmektedir.

Trafik Sigortası pazarındaki primler, sigorta şirketleri tarafından serbestçe belirlenmekle birlikte, Hazine Müsteşarlığı tarafından 12.04.2017 tarihinde yürürlüğe girmek üzere yayımlanan 2017/1 sayılı Genelge ile bu serbesti sınırlandırılmıştır. 2017/1 sayılı Genelge; Hazine Müsteşarlığı tarafından ilgili mevzuat uyarınca², 12.04.2017-31.12.2017 tarihleri arasında uygulanmak üzere, Trafik Sigortası primlerine ilişkin alınan kararları içermektedir. Bu Genelge ile;

- Trafik Sigortası primlerinin her bir araç türü bazında Genelge'nin ekinde belirlenen azami prim tutarlarını geçemeyeceği,
- SBM'nin, yine Genelge'nin ekinde belirlenen azami artış ve asgari indirim oranlarının uygulanması sürecini kontrol edeceği,
- Sigorta araçlarına uygulanacak komisyon oranlarının Genelge ile belirlenen taban oranın altında olamayacağı,
- Şirketlerce Trafik Sigortası primlerine ve komisyon oranlarına ilişkin belirlenen hükümlerin uygulanmaması halinde cezai müeyyideye tabi olacakları

düzenlenmiştir. Başka bir deyişle, 12.04.2017 tarihi itibarıyla 2017/1 sayılı Genelge kapsamına giren Trafik Sigortası poliçelerinin, anılan Genelge'de düzenlenen uygulama esasları, hasarsızlık indirimi/sürprimi, il bazında uygulanacak indirim/sürprim ve azami prim tabloları baz alınarak, tüm kamu kesintileri, vergi ve fonları içerecek şekilde belirlenen primler üzerinden satışı öngörülmüştür.

² İlgili Genelge'de Sigortacılık Kanunu'nun 12. maddesi ile 13. maddesinin birinci fıkrasına, Zorunlu Sigorta Takibine İlişkin Yönetmelik'in 11/A. maddesine, Tarife Yönetmeliği'nin 5. maddesinin birinci fıkrası ile 16. maddesinin birinci fıkrasına atıfta bulunmaktadır.

17-20/324-144

Tablo 1: 2017/1 Sayılı Genelge'nin Ekinde Yer Alan 4. Basamak Azami Prim Tablosu ve Prim Artırım/İndirim Oranları

Araç Grubu	4. Basamak Azami Primleri (TL)*	Basamak No	İndirim (%)	Artırım (%)
Otomobil	807	7	45	
Kamyonet	1.055	6	30	
Motorsiklet	329	5	15	
Traktör	165	4	-	-
Minibüs (sürücü dahil 10-17 koltuk)	1.418	3		50
Kamyon	2.258	2		100
Çekici	3.784	1		150
Otobüs (sürücü dahil 18-30 koltuk)	2.021			
Taksi	2.089			
İş Makinesi	690			
Otobüs (sürücü dahil 31 ve üstü koltuk)	5.007			
Özel Amaçlı Araç	2.200			
Römork	456			
Tanker	1.436			
Tarım Makinesi	245			

17-20/324-144

Tablo 2: 2017/1 Sayılı Genelge'nin Ekinde Yer Alan İl Bazında Uygulanacak İndirim Oranları

İl	İndirim oranı (%)	Artırım oranı (%)	İl	İndirim oranı (%)	Artırım oranı (%)
İstanbul	-	6	Niğde		
Kocaeli			Nevşehir		
Ankara	-	3	K.maraş		
Bursa			Çankırı		
İzmir	İndirim veya artırım uygulanmayacaktır.		Kırklareli		
Yalova			Uşak		
Erzurum			Van		
Kayseri			Yozgat		
Sakarya			Bartın	4	-
Düzce			Karaman		
Eskişehir			Balıkesir		
Ordu			Edirne		
Trabzon			Afyon		
Tekirdağ	1	-	Şirnak		
Bingöl			Amasya		
Rize			Ağrı		
Adana			Manisa		
Samsun			Aydın		
Karabük			Tokat		
Denizli			Sinop		
Diyarbakır			Isparta		
Konya	2	-	Tunceli		
Bayburt			Çanakkale		
Kırıkkale			Mardin		
Giresun			Hatay		
Malatya			Osmaniye		
Antalya			Kütahya	5	-
Erzincan					
İçel			Muğla		
Gaziantep			Kars		
Elazığ			Kastamonu		
Zonguldak			Burdur		
Sivas			Adıyaman		
Bolu			Şanlıurfa		
Siirt			Ardahan		
Aksaray	3	-	Hakkari		
Çorum			Kilis		
Muş					
Batman					
Bilecik					
Bitlis					
Kırşehir					
Iğdır					
Gümüşhane					
Artvin					

Esasında benzer bir düzenleme 2015 yılında da yapılmış ve Hazine Müsteşarlığı tarafından sektöre gönderilen 27.10.2015 tarih ve 31927 sayılı yazı ile Tarife Yönetmeliği'nin 16. maddesine dayanılarak, kamyon, kamyonet, minibüs, otobüs (sürücü dâhil 18-30 koltuk), otobüs (sürücü dâhil 31 ve üstü koltuk) ve taksi araç türleri için 28.10.2015 tarihinden itibaren düzenlenecek poliçelerde Trafik Sigortası branşında ruhsat sahibi sigorta şirketleri tarafından belirlenecek azami brüt prim tutarları tespit edilmiş olup, bu tutarların belirlenen prim tutarlarını geçemeyeceği karara bağlanmıştır.

Trafik Sigortası primlerinin tahsil edilmesine ilişkin düzenleme, Karayolları Trafik Kanunu'nun 91. maddesinin ikinci fıkrasında ele alınmıştır. İlgili düzenleme, "Zorunlu mali sorumluluk sigortasına ilişkin primler peşin ödenir. Ancak, Hazine Müsteşarlığının bağlı bulunduğu Bakanlık primlerin taksitler halinde tahsil edilmesine ilişkin düzenleme yapmaya yetkilidir." şeklinde hüküm altına alınmıştır. Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nın (Genel Şartlar) "Sigorta Ücretinin Ödenmesi" başlıklı C.1 maddesinin ikinci fıkrasında da sigorta ücretinin tamamının, sözleşme yapılır yapılmaz poliçenin teslimi karşılığında peşinen ödeneceği, ancak tarafların -sigorta priminin en az dörtte biri poliçenin teslimi karşılığında peşin olmak koşuluyla- anlaşmaları halinde sigorta priminin taksitle ödenmesini kabul edebilecekleri düzenlenmiştir.

17-20/324-144

Sigorta sektöründe faaliyet gösteren şirketlerin ürünlerini bankalar ve klasik acente ağı (serbest acenteler) olmak üzere başlıca iki dağıtım kanalı ile pazarladığı görülmektedir. Bu iki dağıtım kanalının yanında sigorta şirketleri ayrıca, doğrudan (merkezden) satış ve broker aracılığıyla satış da gerçekleştirmektedir. Teknolojinin gelişimine paralel olarak internet üzerinden doğrudan satış, PTT üzerinden satış, tablet üzerinden satış ve tele market satış olmak üzere farklı dağıtım kanalları da kullanılmaya başlanmıştır. Yine de satış kanalı bazında üretilen toplam prim içerisinde sigorta acentelerinin diğer dağıtım kanallarına kıyasla önemli bir ağırlığa sahip olduğu görülmektedir. Nitekim, 2016 yılında sigortacılık sektöründe (hayat+hayat dışı) prim üretimlerinin %61,05'i acenteler aracılığıyla gerçekleştirilmiştir. Bu çerçevede, aşağıdaki tabloda Trafik Sigortası ve toplam hayat dışı sigortacılık hizmetlerinde üretilen primin satış kanalı bazında dağılımına yer verilmiştir.

Tablo 3: 2016 Yılında Satış Kanalı Bazında Direkt Prim Üretimi

Satış Kanalları	Trafik Sigortası (%)	Hayat Dışı (%)
Acente	93,41	68,90
Banka	1,60	13,16
Broker	4,49	11,66
Merkez ve Direk Satış	0,46	4,99
Alternatif	0,03	1,29
Toplam	100,00	100,00

Tablodan, Trafik Sigortası pazarında gerçekleşen satışın neredeyse tamamının sigorta acenteleri aracılığıyla gerçekleştiği görülmektedir. Bu çerçevede, sigorta şirketlerinin Trafik Sigortası'na yönelik geliştirebilecekleri şirket içi ticari politikalar için dağıtım kanalları içerisinde sigorta acentelerinin çok daha etkili olduğu anlaşılmaktadır. Başka bir ifadeyle, sigorta şirketinin, portföy yönetimi için geliştireceği politikalarda dağıtım kanallarının teminat-risk karşılıkları, üretim verimliliğine dayalı segmentasyon esasları, müşteri profilleri (yaş, cinsiyet, aracın modeli, ikametgâh, hasar geçmişi, vb.) veya müşteri yoğunluğuna bağlı olarak komisyon, prim, teşvik yahut başka uygulamalar yoluna başvurabildiği, bu sayede sigorta şirketi maliyet dengesinin korunmasını ve riskin öngörülebilirliğinin artırılmasını sağlayabildiği görülmektedir. 2017/1 sayılı Genelge ile birlikte prim ve komisyonlara ilişkin getirilen esaslar nedeniyle sigorta şirketleri açısından maliyet dengesini koruyabilmek ve kâr kaybının önüne geçebilmek için satış ve pazarlama faaliyetleri önem kazanmaktadır.

Sigortacılık Kanunu'nun 24. maddesine göre sigorta şirketleri, kamu kurumu niteliğinde bir meslek kuruluşu olan TSB'ye giriş aidatını ödeyerek üye olmak zorundadır. TSB'nin 2016 sonu itibarıyla aktif olarak 63 üyesi mevcut olup bunların 38'i hayat dışı, 19'u hayat ve emeklilik, dördü hayat ve ikisi reasürans şirketi olarak faaliyette bulunmaktadır. Mevcut portföylerini devam ettirmekle birlikte, ruhsatlarını iptal ettirmiş üç sigorta şirketi de dâhil olmak üzere Trafik Sigortası pazarında faaliyet gösteren 34 teşebbüs bulunmaktadır. 2016 yılı itibarıyla Trafik Sigortası hizmetleri pazarında faaliyet gösteren ilk 10 teşebbüsün prim üretimlerine göre hesaplanan pazar payları aşağıdaki tabloda yer almaktadır.

17-20/324-144

Tablo 4: Trafik Sigortası Branşında Faaliyet Gösteren İlk 10 Teşebbüsün Pazar Payları (Aralık 2016 itibarıyla)

Sıralama	Şirket Adı	Pazar Payı (%)
1	ALLIANZ	20,62
2	AXA	13,80
3	MAPFRE	11,99
4	ANADOLU	11,87
5	SOMPO	11,23
6	HALK	4,74
7	NEOVA	4,38
8	DOĞA	4,09
9	GÜNEŞ	2,02
10	HDI	1,93
TOPLAM		86,67

Tabloya göre teşebbüslerin pazar paylarının üç ayrı gruba ayrıldığı görülmektedir. 2016 yılında Trafik Sigortası branşında en çok prim üretimini gerçekleştiren ALLIANZ pazarın yaklaşık beşte birini oluşturmaktadır. ALLIANZ'ı takip eden dört teşebbüsün (AXA, MAPFRE, ANADOLU ve SOMPO) pazar payları birbirine yakın olup, ilk beş teşebbüsün arasında yer alan diğer teşebbüsler (HALK, NEOVA, DOĞA, GÜNEŞ ve HDI) ile ilk beş teşebbüsün pazar payları arasında da önemli bir fark bulunmaktadır. 2016 yılında Trafik Sigortası branşında faaliyet gösteren toplam 34 teşebbüsün olmasına rağmen pazarın ciddi biçimde yoğunlaştığı ve ilk on teşebbüsün ilgili pazarın %86,67'sini temsil ettiği görülmektedir.

Aralık 2016 yılı itibarıyla Trafik Sigortası pazarında prim üretimine göre ilk 10 teşebbüsün Ocak-Nisan 2017 dönemine ilişkin pazar paylarındaki değişime aşağıdaki tabloda yer verilmiştir.

Tablo 5: Trafik Sigortası Branşında Aralık 2016 İtibarıyla İlk 10 İçerisinde Yer Alan Teşebbüslerin Pazar Payları (Ocak-Nisan)

Sıralama (Aralık 2016 Verilerine Göre)	Şirket Adı	Pazar Payı (%)			
		Ocak	Şubat	Mart	Nisan
1	ALLIANZ	18,26	18,17	15,73	9,61
2	AXA	8,50	9,43	8,97	3,21
3	MAPFRE	12,97	9,51	9,62	13,96
4	ANADOLU	7,78	7,95	11,74	12,75
5	SOMPO	10,61	11,74	10,80	7,05
6	HALK	3,36	5,66	7,91	8,10
7	NEOVA	5,17	7,36	6,74	3,55
8	DOĞA	4,51	4,85	5,08	13,39
9	GÜNEŞ	4,21	2,05	2,68	5,83
10	HDI	2,67	2,60	2,50	2,02
TOPLAM		78,04	79,32	81,77	79,47

Aylık prim üretimlerine bakıldığında, ilk üç ayda teşebbüslerin pazar paylarında belirgin değişiklikler olmadığı görülmektedir. Ancak, 2017/1 sayılı Genelge'nin 12.04.2017 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmesi ile Nisan ayında ALLIANZ, AXA, NEOVA ve SOMPO'nun pazar payında ani bir düşüş olduğu, DOĞA, GÜNEŞ ve MAPFRE'nin ve nispeten düşük olmakla birlikte ANADOLU ve HALK'ın pazar payında bir artış yaşandığı görülmektedir. Bu değişimlerin sonucunda 2016 yılında ilk beş teşebbüs içerisinde bulunmayan DOĞA ve HALK Nisan ayı prim üretimleri bakımından ilk beş teşebbüs içerisinde yer almış, 2016 yılında pazarın yaklaşık beşte birine sahip olan ALLIANZ ise dördüncü sıraya düşmüştür. AXA'nın ise 10. sıraya düşerek en fazla pazar payı kaybeden teşebbüs olduğu görülmektedir. Aşağıdaki tablodan Trafik Sigortası pazarına yeni giren Ethica Sigorta A.Ş.'nin (ETHICA) ilk 10 teşebbüs içerisinde yer aldığı da görülmektedir. Nisan ayında Trafik Sigortası prim üretimine göre ilk 10 teşebbüse ve bu teşebbüslerin pazar paylarına aşağıdaki tabloda yer verilmektedir:

17-20/324-144

Tablo 6: Trafik Sigortası Branşında Faaliyet Gösteren İlk 10 Teşebbüsün Nisan 2017 Pazar Payları

Sıralama	Şirket Adı	Pazar Payı (%)
1	MAPFRE	13,96
2	DOGA	13,39
3	ANADOLU	12,75
4	ALLIANZ	9,61
5	HALK	8,10
6	SOMPO	7,05
7	GÜNEŞ	5,83
8	NEOVA	3,55
9	ETHICA	3,27
10	AXA	3,21
TOPLAM		80,72

1.2. İlgili Pazar

1.2.1. İlgili Ürün Pazarı

Kurul'un geçmiş kararlarında³, her bir sigorta branşının ayrı bir ürün pazarı olarak kabul edildiği görülmektedir. Nitekim, bir sigorta ürününün konusu ve teminat altına aldığı risk diğer sigorta ürünlerinden farklı olup, sigorta sözleşmesi ile ödenmesi taahhüt edilen prim tutarı da bu kapsamda değişmekte ve bu prim sözleşmenin konusuna giren zarar veya hasarları kapsamakta, diğer sigorta ürünlerinin konusuna giren zarar veya hasarları kapsamamaktadır. Dolayısıyla talep açısından bakıldığında, her bir sigorta ürününün özelliği ve teminat konusu bakımından tüketici tarafından ikame edilebilir olmadığı görülmektedir. Arz açısından değerlendirildiğinde ise, sigorta şirketinin ilgili mevzuatları gereği faaliyet göstermek istedikleri her bir sigorta branşında ruhsat almak zorunda oldukları, bu bağlamda her bir sigorta ürünün sigorta şirketleri açısından da ayrı bir ürün teşkil ettiği görülmektedir.

Dosya konusu sigorta ürünü, hayat dışı sigorta hizmetlerinin alt branşı olan Trafik Sigortası'dır. Trafik Sigortası, motorlu araç işletenler tarafından yaptırılması kanunen zorunlu bir ürün olup, sigorta teminatları kamu tarafından belirlenmektedir. Bu bakımdan Trafik Sigortası'nın yukarıda yer verilen özellikleri ve Kurulun geçmiş tarihli kararlarında pazar tanımı yönünden sergilediği yaklaşım da göz önünde bulundurularak, ilgili ürün pazarı "Trafik Sigortası Pazarı" olarak belirlenmiştir.

1.2.2. İlgili Coğrafi Pazar

Trafik Sigortası'nın, sigorta şirketleri tarafından ülke genelinde sunuluyor olması dikkate alınarak, ilgili coğrafi pazar "Türkiye" şeklinde tespit edilmiştir.

1.3. Yerinde İncelemelerde Elde Edilen Bilgi ve Belgeler

Önaraştırma sürecinde yerinde incelemelerde elde edilen ve dosya kapsamında önem arz eden belgelere teşebbüs bazında ve tarihsel sırayla aşağıda yer verilmiştir⁴.

³ Kurul'un 22.08.2007 tarih ve 07-66/806-301 sayılı; 27.05.2010 tarih ve 10-38/650-218 sayılı; 05.08.2010 tarih ve 10-52/965-339 sayılı; 30.09.2010 tarih ve 10-62/1279-483 sayılı; 25.08.2011 tarih ve 11-46/1115-386 sayılı; 14.09.2011 tarih ve 11-47/1165-411 sayılı; 26.06.2013 tarih ve 13-40/520-229 sayılı kararları.

⁴ Birden fazla mail içeriğine sahip olan yerinde inceleme bulgularında, yazışmalar tarih sıralamasına göre (eskiden yeniyeye doğru) verilmiştir.

17-20/324-144

I.3.1. ALLIANZ'da Yapılan Yerinde İncelemelerde Elde Edilen Belgeler

09.05.2017 tarihinde ALLIANZ'da yapılan yerinde incelemede elde edilen, TSB Genel Sekreteri (.....) tarafından AXA CEO'su (.....), SOMPO Genel Müdürü (.....), HALK Genel Müdürü (.....), NEOVA Genel Müdürü (.....), DOĞA Genel Müdürü (.....), GÜNEŞ Genel Müdürü (.....), AXA Yönetim Kurulu Murahhas Üyesi (.....)'a ve bilgi olarak TSB Başkanı (.....), Aksigorta A.Ş. (AK) Genel Müdürü ve TSB Başkan Yardımcısı (.....), Genel Sekreter Yardımcısı (.....) ve Hayat Dışı Yönetim Komitesi'ne gönderilen 20.03.2017 tarihli ve "Trafik hk olağanüstü toplantı" konulu e-posta iletisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"Sayın Genel Müdürler,

Trafik primleri hakkında sayın Mehmet Şimşek'in basında çıkan açıklamalarını istişare etmek üzere bugün saat 14.30 da TSB nezdinde olağanüstü toplantı tertip edilmiştir. Toplantıya konunun önemine binaen Trafikte ilk on sırada prim üreten şirket GM'leri de davetlidir..."

TSB Genel Sekreteri (.....) tarafından HDI Genel Müdürü (.....), ALLIANZ ve TSB Yönetim Kurulu Üyesi (.....), MAPFRE İcra Kurulu Üyesi ve Genel Müdür Yardımcısı (.....), ANADOLU Genel Müdürü (.....), Generali Sigorta A.Ş. (GENERALI) yetkilisi (.....), AK Genel Müdürü ve TSB Başkan Yardımcısı (.....), AXA CEO'su (.....), SOMPO Genel Müdürü (.....), HALK Genel Müdürü (.....), NEOVA Genel Müdürü (.....), DOĞA Genel Müdürü (.....), GÜNEŞ Genel Müdürü (.....), AXA Yönetim Kurulu Murahhas Üyesi (.....)'a ve bilgi olarak TSB Başkanı (.....), Genel Sekreter Yardımcısı (.....) ve (.....)'e gönderilen 21.03.2017 tarihli ve "trafik hk sayın Müsteşar yrd ile top" konulu e-posta iletisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"Sayın Başkanlarım,

Sayın Genel Müdürlerim,

Bilindiği üzere trafikte tavan tarife getirilmesi konusu gündemde yer almakta olup, pazartesi yaptığımız istişare toplantısında sürecin içinde bulunmak suretiyle yapıcı yönlendirmeler yapma hususunda mutabakata varmıştık. Bu çerçevede sayın Bakan'ın danışmanları ve özel kalemi ile temasa geçilmiş durumun hassasiyeti anlatılmış, sayın Bakandan randevu talep edilmiş; ayrıca Müsteşar yardımcısı sayın Ahmet Genç'ten randevu talep edilmiştir. Sayın Genç, yarın saat 16.00 için randevu vermiştir.

Bu çerçevede yarın ki toplantıyla katılım konusunda bilgilerinizi ve gereğini arz ederim..."

TSB Genel Sekreteri (.....) tarafından Hayat Dışı Genel Müdürlüğü'ne ve bilgi olarak TSB Başkanı (.....) ve AK Genel Müdürü ve TSB Başkan Yardımcısı (.....)'e gönderilen 22.03.2017 tarihli ve "trafik aksiyon planı" konulu e-posta iletisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"Sayın Genel Müdürler,

Bilindiği üzere trafikte tavan tarife getirilmesi konusu gündemde yer almakta olup, pazartesi Birlik nezdinde TSB Hayat Dışı Komite ve Trafikte en yüksek prim üreten ilk on şirket genel müdürleri ile istişare toplantısı yapılmış toplantıda, "sürecin içinde bulunmak suretiyle yapıcı yönlendirmeler" yapma hususunda mutabakata varılmış olup alınan acil eylemi planı aşağıda yer almaktadır.

Bu çerçevede sayın Bakan'ın danışmanları ve özel kalemi ile temasa geçilmiş durumun hassasiyeti anlatılmış, sayın Bakandan randevu talep edilmiş; ayrıca Müsteşar yardımcısı sayın Ahmet Genç'ten randevu talep edilmiştir. Sayın Genç, bugün saat 16.00 için randevu vermiştir.

Randevu sonrasında sizlere bilgi vereceğim.

17-20/324-144

Birlik toplantısında mutabakata varılan Acil Eylem Planı:

- a) Öncelikle düzenleyici otorite ile bir araya gelinerek çalışmaların sektörlere birlikte yürütülmesi,
- b) Konuyla ilgili siyasi irade ile iletişime geçilmesi,
- c) Gelişmelere göre basın açıklaması seçeneğinin değerlendirilmesi,
- d) Sistemin sürdürülebilirliğini sağlayacak ve maliyetler ile frekans düşürecek şekilde yapısal sorunların çözümü için önerilerin yinelenmesi,
- e) Uygulamaya alınma tarihinin ötelenmesi talebi,
- f) Uygulamanın mevcut poliçeleri kapsamaması (geriye dönük uygulanmaması)
- g) Acente komisyonlarında serbestinin devam etmesi..."

TSB Genel Sekreteri (.....) tarafından Hayat Dışı Genel Müdürlüğü'ne ve bilgi olarak TSB Başkanı (.....) ve AK Genel Müdürü ve TSB Başkan Yardımcısı (.....)'e gönderilen ve ekinde "TRAFİK TARİFE TOPLANTI TUTANAĞIv3.docx" adlı dosya bulunan 23.04.2017 tarihli ve "trafik top hk bilgi notu" konulu e-posta iletilinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"Sayın Genel Müdürler

Dün bilgisini verdiğimiz üzere 22 Mart saat 16.00 da Müsteşar Yardımcısı Sayın Ahmet Genç ile toplantı yapılmış, Toplantıya Sektörümüzü temsilen Birlik Başkanı Sayın (.....), Yönetim Kurulu Üyesi sayın (.....), Yönetim Komitesi Üyesi sayın (.....) ile Sayın (.....), Sayın (.....) ve Birlik Genel Sekreteri katılım sağlamıştır.

Toplantıda Sayın Başkan trafikte serbest tarifenin kaldırılmasının doğuracağı olumsuz sonuçları ayrıntılı bir şekilde anlatmış, basına yansıyan şekliyle çıkacak bir düzenlemenin geri dönülmez sonuçlara yol açacağını ifade etmiştir. Benzer şekilde toplantıya katılan Sektör temsilcileri de trafikte bir tavan tarife uygulamasının bugüne kadar ki tüm kazanımlarını bozacağını ve orta vadede tüm paydaşların aleyhine sonuçlar doğuracağını özellikle ülkemize güvenerek yatırım yapmış bulunan uluslararası sermayenin güvenini tamamen kaybedeceğini vurgulamışlardır.

Sayın Genç ise Basına yansıyan düzenlemede telaffuz edilen oranların Müsteşarlıkça yapılan Teknik Çalışmada yer almadığını, mevcut taslağın tamamı ile basına yansıyan şekilde olmadığını, kendilerinin araç ve basamak grubu bazında tüm Türkiye için bir tavan çalışması yaptıklarını, bu çalışmada sadece bir tavan değil, muhtelif senaryo önerileri bulunduğunu, bunun da hangisinin kabul edileceğinin şu anda belli olmadığını, yapılacak uygulamanın 6 ay ya da yıl sonuna kadar olacak şekilde geçici olacağını, düzenleme çıkarılırken, sektörün zararına hareket etmemeye özen gösterileceğini ifade etmiştir. Ama konunun basına da yansımış olması ve de konjonktür itibarıyla bir tavan uygulamasının mutlaka getirileceğini kesin olarak ifade etmiştir. Bunun üzerine toplantıya katılım sağlayan yöneticilerimiz, madem geçicidir olsa tavan getirilecekse ekte yer alan hususların dikkate alınması konusunu önemle belirtmişlerdir.

Toplantıda Sayın Başkan trafikte serbest tarifenin kaldırılmasının doğuracağı olumsuz sonuçları ayrıntılı bir şekilde anlatmış, basına yansıyan şekliyle çıkacak bir düzenlemenin geri dönülmez sonuçlara yol açacağını ifade etmiştir. Benzer şekilde toplantıya katılan Sektör temsilcileri de trafikte bir tavan tarife uygulamasının bugüne kadar ki tüm kazanımlarını bozacağını ve orta vadede tüm paydaşların aleyhine sonuçlar doğuracağını özellikle ülkemize güvenerek yatırım yapmış bulunan uluslararası sermayenin güvenini tamamen kaybedeceğini vurgulamışlardır.

Bu çerçevede toplantıda yaptığımız öneriler ekte yer almaktadır.

Diğer taraftan bu konuda nihai karar merciin Bakan düzeyinde olması nedeniyle de daha önce bilgisini verdiğimiz üzere Sayın Bakan'a ulaşabilecek sektördeki yönetici arkadaşlarımızın da desteği ile tüm kanalları kullanarak sayın Bakandan randevu talep etmiş bulunmakta olup özel kaleminden dönüş yapılmıştır. Bu çerçevede sayın Bakanın referandum dolayısı ile sahada olduğu belirtilmiş biz de cevaben konunun çok önemli olduğunu nerede olursa olsun görüşmeye geleceğimizi bildirmiş bulunmaktayız. Bu noktada bir gelişme olursa ayrıca paylaşırım..."

17-20/324-144

ALLIANZ ve TSB Yönetim Kurulu Üyesi (.....) tarafından Uluslararası Yatırımcılar Derneği (YASED) yetkilisi (.....)'e ve bilgi olarak ALLIANZ CEO'su (.....), YASED yetkilileri (.....) ve (.....)'a gönderilen ekinde "Mektup_YASED_Sn Mehmet Şimşek_taslağı_v1.docx" adlı dosya bulunan 24.03.2017 tarihli ve "Trafik Sigortalarında Tavan Fiyat Sorunu" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"Sayın Başkanım

İcra Kurulu Başkanımız ve YASED yönetim kurulu üyesi (.....), yurtdışında bir toplantıda bulunduğundan, sigorta sektörü açısından büyük sorun yaratacak olan ve bu nedenle aciliyet arzeden; trafik poliçeleri için 1 Nisan 2017 de da yürürlüğe alınması planlanan tavan fiyat uygulaması konusunda ekteki mail metni ve mektup taslağını size iletmemi rica etti.

Sayın Başkanım,

Öncelikle köklü, yaygın ve Türkiye'de uluslararası yatırımcının sesi haline gelen YASED'in Yönetim Kurulu'na katılımımla ilgili verdiğiniz destek için bir kez daha teşekkür ederim.

Bu vesileyle hem yöneticisi olduğum sektörün lideri Allianz Sigorta, hem de Türkiye sigorta sektöründe %70'den fazla söz sahibi olan yabancı sermayeli şirketler adına hafta başında basına yansıyan haberlerle ilgili kaygımı belirtmek isterim.

Trafik sigortalarında geçici bir süre ile de olsa serbest tarifenin askıya alınacağı, bütün araçlar için tavan fiyat uygulamasına geçileceği, ayrıca yaşayan poliçeler için de kazanılmamış primler yönü ile geriyeye dönük uygulama yapılmasıyla ilgili senaryoların hayata geçmesi halinde sektörümüzün onarılmaz zararlar göreceğini öngörmekteyiz.

Konuyla ilgili gelişmeleri, yakından takip ediyor, geri dönülmez bir noktaya gelmeden önce endişelerimizi, bakış açımızı, projeksiyon ve önerilerimizi Başbakan Yardımcımız Sayın Mehmet Şimşek'in dikkatine sunmak konusunda desteğinizi rica ediyoruz. Konu hakkında hazırlamış olduğumuz ekteki mektup taslağı YASED Sigortacılık Çalışma Grubu Başkanı ve YASED Genel Sekreterliğinin değerlendirmelerine sunulmuş bulunmaktadır. Sayın Başbakan Yardımcımızın uygun görmesi halinde konuyu bizzat bizler de kendisi ve çalışma arkadaşlarıyla ele alabilmeyi de isteriz.

Konuyu tensiplerinize arz ederim.

Saygılarımla,

(.....) İlgî ve gereği için yönlendirmenize sunarım."

TSB Genel Sekreteri (.....) tarafından Hayat Dışı Genel Müdürlüğü'ne ve bilgi olarak TSB Başkanı (.....), AK Genel Müdürü ve TSB Başkan Yardımcısı (.....), Hayat Dışı Yönetim Komitesi, TSB Genel Sekreter Yardımcısı (.....), TSB Genel Sekreter Yardımcısı (.....), TSB Genel Sekreter Yardımcısı (.....) ve (.....)'a gönderilen 25.03.2017 tarihli ve "trafikte tavan getirilmesi ile ilgili iş plan, gelişmeler ve yapılan çalışmalar hk bilgilendirme" konulu e-posta ekinde yer alan analiz raporlarında aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"Sayın Genel Müdürler,

Trafikte tavan tarife hakkında geçen hafta Birlik olarak yapılan çalışmalar ile önümüzdeki hafta iş planımız hakkında bilgi vermek istiyorum:

19 Mart Pazar:

Sayın Bakanın trafik primlerine tavan getirilmesi ile ilgili açıklamaları medyaya yansımasıdır.

20 Mart Pazartesi:

Hayat Dışı Yönetim komitesi ve trafik branşında en yüksek prime sahip ilk 10 şirket TSB de olağanüstü toplanarak daha önceki mailimde sizinle paylaştığım aksiyon planını belirlemiştir. Toplantıda özellikle "serbest tarife müdahalenin beklenen faydayı sağlamayacağı, tüm paydaşlara olumsuz komplikasyonları olacağı ve itibarla kabul edilemeyeceği" önemle vurgulanmıştır.

17-20/324-144

21 Mart Salı:

Belirlenen aksiyon planı çerçevesinde “sürece dahil olabilmek” amacıyla, Sayın Bakan Mehmet Şimşek’in tüm bağlantılar kullanılarak danışmanları ve özel kalem marifetiyle TSB YK görüşme talebi iletilmiş, özel kalemin yönlendirmesi ile bu talebimiz ıslak imzalı olarak da paylaşılmıştır. Bu noktada sayın (.....), sayın (.....), sayın (.....)’a desteklerinden dolayı teşekkür ederim.

Ayrıca Müsteşar yardımcımız sayın Ahmet Genç den randevu istenilmiştir.

22 Mart Çarşamba:

Daha önce bilgisini verdiğimiz üzere, Müsteşar Yardımcısı Sayın Ahmet Genç ile toplantı yapılmış, Toplantıya Sektörümüzü temsilen Birlik Başkanı Sayın (.....), Yönetim Kurulu Üyesi sayın (.....), Yönetim Komitesi Üyesi sayın (.....) ile Sayın (.....), Sayın (.....) ve Birlik Genel Sekreteri katılım sağlamıştır. Kendilerine teşekkür ederiz.

Toplantıda Sayın Başkan trafikte serbest tarifenin kaldırılmasının doğuracağı olumsuz sonuçları ayrıntılı bir şekilde anlatmış, basına yansıyan şekliyle çıkacak bir düzenlemenin geri dönülmez sonuçlara yol açacağını ifade etmiştir. Benzer şekilde toplantıya katılan Sektör temsilcileri de trafikte bir tavan tarife uygulamasının bugüne kadar ki tüm kazanımlarını bozacağını ve orta vadede tüm paydaşların aleyhine sonuçlar doğuracağını özellikle ülkemize güvenererek yatırım yapmış bulunan uluslararası sermayenin güvenini tamamen kaybedeceğini vurgulamışlardır.

Sayın Genç ise Basına yansıyan düzenlemede telaffuz edilen oranların Müsteşarlıkça yapılan Teknik Çalışmada yer almadığını, mevcut taslağın tamamı ile basına yansıyan şekilde olmadığını, kendilerinin araç ve basamak grubu bazında tüm Türkiye için bir tavan çalışması yaptıklarını, bu çalışmada sadece bir tavan değil, muhtelif senaryo önerileri bulunduğunu, bunun da hangisinin kabul edileceğinin şu anda belli olmadığını, yapılacak uygulamanın 6 ay ya da yıl sonuna kadar olacak şekilde geçici olacağını, düzenleme çıkarılırken, sektörün zararına hareket etmemeye özen gösterileceğini ifade etmiştir. Ama konunun basına da yansımış olmasını ve de konjonktür itibarıyla bir tavan uygulamasının mutlaka getirileceğini kesin olarak ifade etmiştir. **Bunun üzerine toplantıya katılım sağlayan yöneticilerimiz, madem geçici de olsa tavan getirilecekse bunun mutlaka belirlenecek kriterlere göre tek ortalama olmaması il bazlı olması gerektiğini ifade ederek TSB olarak öneri yapmaya hazır olduklarını ifade etmişlerdir. Sayın Genç de hak vererek çalışmayı beklediklerini ifade etmiştir.**

Aynı gün ben de sayın (.....) ile ayrıca görüşerek tavan getirilmesiyle ilgili TSB görüşünü kendilerine aktardım.

23 Mart Perşembe:

Öneride bulunmak üzere Kaza ve Aktüerya komiteleri çalışmaya başlamıştır.

Sayın Bakana TSB görüşünü aktarmak amacı ile Mektup yazılmaya başlanmıştır.

Sayın Bakan ile ilk temas sağlanmıştır. Arap-Türk forumunda sayın (.....)’un girişimi ile tavan tarife konusunda TSB görüşü, yabancı sermayenin bakışı konusundaki mahsurlarla birlikte sayın Bakana aktarılmıştır. Sayın Bakan sektörün zararına iş yapmayacaklarını geçici bir düzenleme olacağını vurgulamıştır. Bu vesile ile (.....) beye teşekkür ederiz.

24 Mart Cuma:

Sayın (.....)’a konu bir kez daha aktarılmıştır.

Mektup HDYK üyelerinin görüşleri de alınarak tamamlanmıştır. Kendilerine teşekkür ederiz.

Kaza ve Aktüerya Komiteleri yoğun bir ekip çalışması ile çalışmayı tamamlamışlardır. Kendilerine teşekkür ederiz.

ONUMUZDEKİ HAFTA İŞ PLANI:

27 Mart Pazartesi:

Komitelerin yaptığı çalışma sizlerden gelen görüşler doğrultusunda sayın Genç ile paylaşılacaktır. Çalışmaya ilişkin bilgi aşağıdadır.

(.....) Bey, sayın Müsteşar Osman Çelik ile görüşecek TSB görüşünü aktaracaktır.

Sayın Bakan’a hitaben düzenlenen mektup makama arz edilecektir.

Sayın Bakan ile görüşme konusu takip edilmeye devam edecektir.

17-20/324-144

KAZA/AKTUEARYA KOMİTELERİNİN ÇALIŞMASI

Sayın Genel Müdürler, komitenin yapmış olduğu çalışmanın excel tablosu ve sunumunu ekte bilgilerinize sunarım.

Bu çalışmada; Trafik sigortasında araç grubu ve basamak bazında tavan prim uygulamasına geçileceğine ilişkin basında çıkan haberler sonrasında Müsteşar Yardımcısı Sn. Ahmet Genç ile konunun değerlendirildiği toplantıda atıfta bulunulan tüm araç grupları ve basamakların ortalamasının alındığı üç farklı senaryo (640 TL, 585 TL ve 515 TL) dikkate alınarak, Birliğimiz çalışanlarının da dahil olduğu ortak Komite tarafından yapılan çalışmada süre kısıtı dikkate alınarak ve baz olarak SBM'den alınan veriler kullanılarak Otomobil, Kamyonet, Minibüs, Taksi ve Motosiklet araç grubu için İstanbul, İzmir, Ankara için ayrı ayrı, diğer illerin tek grupta alındığı, diğer araç gruplarında ise il ayırımına gidilmeden basamak ve araç grubu bazında 3 senaryolu bir çalışma yapılmıştır.

Çalışma 3 senaryoyu barındırmakla birlikte Hazine Müsteşarlığı'na Senaryo 1 ya da Senaryo 2 seçeneklerinden 1 tanesi ile gidilmesi önerilmektedir. 3. Senaryo tamamen basında çıkan haberlerin realize olması durumundaki sonuçları göstermek amacı ile sunumda yer almış olup paylaşılmayacaktır. Bu kapsamda yapılan çalışma ve hazırlanan sunum taslağı ekte değerlendirmelerinize sunulmaktadır. Sizlerden zamanla yarıştığımızı dikkate alarak 27.03.2017 Pazartesi öğlene kadar dönüş beklediğimizi ifade eder, aynı gün Hazine Müsteşarlığı'nın yaptığı çalışmaya alternatif olmak üzere çalışmanın Müsteşarlık ile paylaşılmasının planlandığını belirtmek isterim..."

Söz konusu e-postanın ekinde "Sunum_24 Mart 2017_V3" adlı dosyada aşağıdaki hesaplama yer verilmiştir:

"...

Senaryo 1	Tavan primin, ortalama primlerin % 10 üzerinde belirlenmesi durumu.
Senaryo 2	Tavan primin, ortalama primlere eşit olarak belirlenmesi durumu.
Senaryo 3	Tavan primin, ortalama primin % 25 altında belirlenmesi durumu."

	Senaryo 1	Senaryo 2	Senaryo 3
Ortalama Prim			
Mevcut Prim Ortalaması	744	744	744
Tavan Prim Uygulaması Sonrası			
Prim Ortalaması	678	649	533
Değişim (Tutar)	(.....)	(.....)	(.....)
Değişim (%)	(.....)	(.....)	(.....)
Police Sayıları			
Tavan Prim Uygulamasından			
Etkilenecek Police Sayısı	(.....)	(.....)	(.....)
Toplam Police Sayısı	(.....)	(.....)	(.....)
Tavan Prim Uygulamasından			
Etkilenme Oranı	(.....)	(.....)	(.....)
Prim			
Mevcut Toplam Net Prim	(.....)	(.....)	(.....)
Tavan Uygulanmış Toplam Net Prim	(.....)	(.....)	(.....)
Prim Tutarı Değişimi (Tutar)	-1.071.327.609	-1.554.146.551	-3.436.773.989
Prim Tutarı Değişimi (%)	-8,8%	-12,8%	-28,4%
Mevcut HP Oranı	% 94	% 94	% 94
Beklenen HP Oranı	% 103	% 107	% 131

17-20/324-144

ALLIANZ ve TSB Yönetim Kurulu Üyesi (.....) tarafından TSB Genel Sekreteri (.....)'na ve bilgi olarak ALLIANZ CEO'su (.....)'ye gönderilen 25.03.2017 tarihli ve "İlt: Mehmet Şimşek Notu. Nihai" konulu e-posta iletilisinde ve "Trafik Sigortaları Pozisyon Sayısı – Taslak v5.docx" adlı e-posta ekinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"...Sn Bakan a ilettiğimiz-şirket e özel kısımları arındırılmış- bilgi notu ektedir. Not, temelde Sn Genç ziyaretinde dile getirilen hususları içermektedir.

...

c. Sektörle işbirliği ihtiyacı

20 Mart tarihinde basına verdiğiniz sektörle diyalog demecinizin uzantısı olarak, şirketimiz temsilcisinin de katıldığı bir heyet Müsteşar Yardımcısı Sn Ahmet Genç ile konuyu ayrıntılı olarak görüşmüştür. Görüşme sonucunda Müsteşarlığın bazı ilave veri talepleri Türkiye Sigorta Birliği kanalıyla Sn Genç e iletilecektir. Yapılan görüşmede sektörün branştaki maliyet yapısının daha ayrıntılı analiz gereği de dile getirilmiştir. Tavan uygulamasına karşı olduğumuzu bir kez daha yinelemekle birlikte bu konuda her türlü detaylı veri ve araştırma talebini karşılamaya hazır olduğumuzu iletmek isteriz...."

ALLIANZ yetkilisi (.....) tarafından (.....)'a ve bilgi olarak ALLIANZ CEO'su (.....)'ye gönderilen ve ekinde "Trafik Branşı uygulama taleplerimiz.docx" adlı dosya bulunan 29.03.2017 tarihli ve "Trafik Sigortaları hk." konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"Merhaba (.....),

Bildiğin gibi trafik sigortalarında tavan fiyat uygulaması getirileceğini ve fiyatlarda ciddi indirim sağlanacağını Mehmet Şimşek açıkladı. Geldiğimiz bu noktada tavan fiyat uygulamasını çok büyük endişe ile karşılıyoruz. Bu uygulama sektörde önemli üretim ve karlılık kaybı yaratacak. Özellikle de bizim gibi bugüne kadar fiyatlarını makul seviyede tutan ve bunun sonucu olarak pazar payı artan şirketlere etkisi çok büyük olacak. Öyle ki, eğer ekteki önerilerimiz dikkate alınmaz ise trafik branşı satış lisansımızı iade ederek satışını tamamen durdurma derecesine kadar gidebilir. Böyle bir şeyin olmasını hiç istemiyoruz, o yüzden tavan fiyat uygulanacaksa bile ekteki taleplerimiz dikkate alınırsa biz bir süre tutunmaya devam edebiliriz.

... Böyle bir uygulama ülkemizin geleceğine güvenerek, son yıllarda ilave 1 milyar Avro'ya aşan yatırım yapan ana ortağımız ve Şirket olarak bizi çok zor durumda bıraktığı gibi Türkiye'ye olan yatırımlarımız açısından öngörülebilirliği ortadan kaldırmakta.

Konu hakkında Sayın Başbakanımız ve Sayın Müsteşarımızın ikna edilmesi çok kritik. Bir de kararın hızlıca alacakları için zaman kısıtı var. Konunun iletilmesi için desteğini rica ederim..."

ALLIANZ Kanal Yönetimi, İş ve Strateji Geliştirme Direktörü (.....) tarafından teşebbüs yetkilileri (.....) ve (.....)'ye ve bilgi olarak Genel Müdür (.....), ALLIANZ yetkilisi ve TSB Kaza Sigortaları İnceleme ve Araştırma Komitesi üyesi (.....) ve teşebbüs yetkilileri (.....) ve (.....)'e gönderilen 30.03.2017 tarihli ve "TRAFİK KONUSUNDA ACİL ALINMASI GERKEEN İKİ AKSİYON" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

"...Trafik konusundaki gelişmeler malumunuz, her ne kadar mevzuat netleşmeye de çok muhtemel karşılaşılabileceği senaryolar belirmiş durumda. Bu çerçevede ilk olarak acilen 2 aksiyonu almamız gerekiyor ve bu konuda hazırlık yapmanız açısından konuyu size iletmek istedim.

1) (.....).

2) (.....).

Mevzuatın yayın iletilmesini bekliyoruz ancak kaynak ve test planlamamız için önceden iletmek istedim. (.....) Hanım'da bu konudaki alınacak aksiyonların 1. Derecede öncelikli olduğunu özellikle vurgulamıştır..."

17-20/324-144

Aynı e-postaya ilişkin olarak, Kanal Yönetimi, İş ve Strateji Geliştirme Direktörü (.....) tarafından (.....)'a ve bilgi olarak Genel Müdür (.....) ve teşebbüs yetkilisi (.....)'a gönderilen 31.03.2017 tarihli ve aynı konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"(.....) Hanım Merhaba,

Malumunuz trafik konusunda gelecek yeni mevzuata göre konu ciddi derecede sıkıntılı noktalara gidiyor. (.....) hanım'ın da katıldığı dünkü toplantımızda aşağıdaki aksiyonlar haricinde birkaç konuda daha olası aksiyonlar görüşüldü ve bazıları için sizden görüş almamız gerekiyor. (.....) Hanım özellikle bu görüşülen konuların mümkün olduğunca kapalı bir grupta kalmasını istediğini belirterek aşağıdaki sorularla ilgili hukuki görüşlerinizi iletmenizi bekliyoruz.

- 1) Gözükten o ki bazı poliçelere tavan fiyat uygulamasına takılacak bazı poliçeler ise bu uygulamaya takılmayacak. (.....)
- 2) (.....).
- 3) (.....) Bu konuda aksiyon almamızı gerekebileceğinden konuyu bir kez daha sizin de değerlendirmenize sunmak bu yaklaşımın çok muhafazakar bir yaklaşım olup olmadığını teyit etmek arzusunuzdayız.

Konuyla ilgili arzu ederseniz yüzyüze de görüşebiliriz..."

ALLIANZ Kanal Yönetimi, İş ve Strateji Geliştirme Direktörü (.....) tarafından Genel Müdür (.....) ve teşebbüs yetkilisi (.....)'a gönderilen 31.03.2017 tarihli ve "RE: Trafik KK tahsilat oranları" konulu e-posta iletilisinde geçen yazışmalarda tarih sıralamasına göre aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"...Trafik'in (.....)%'i kredi kartı ile tahsil edilmekte olup kk tahsilatının içinde blokajlı 3 taksit oranı (.....)%'dur..."

...2016 yılında gerçekleşen toplam (.....)TL trafik tahsilatının maliyet tutarları aşağıda bulunmaktadır.

Faiz oranı 11,50 olarak alınmıştır. KK blokajlı 3 tk maliyet oranı (.....)'dur.

Tahsilat tipi	Maliyet Tutarı	Agr.Ort.Tahsilat Süreleri
KK peşin	(.....)	(.....)
KK 3 tk	(.....)	(.....)
Diğer	(.....)	(.....)
Toplam	(.....)	(.....)

...

Diğer nasıl (.....) günde alınabiliyor?

KK ile çekim yapılmadığında tahsilatta gecikme yaşanıyor. Ayrıca süreler tüm satış kanalları için hesaplanmıştır. Sadece kurumsal dışı için de hesaplayabilirim ancak rapor çalıştırmam gerekir...

...

...KK 3 taksitle ödeme yapılan tüm poliçelerin kk peşin çekimle ödendiği varsayımıyla ve 2016 3tk (.....) TL tahsilat baz alınarak hesaplandığında; (.....) TL finansal fayda sağlanacaktır...

... KK 3 taksitin etkisinin kaldırılması. Bence bu etkiyle ilişkin bir simülasyon yapmak gerekiyor ki sanırım (.....) yapacak, şu anki şartlarda tüm 3 blokaj tek taksitle kaymaz tersine nakite kayar..

Fikrimi (.....) bey'e belirttim kötümser senaryoda biz (.....). Bu sayede yazacak herkesin ortalama tahsilat süresini (.....) güne getirebiliriz.Zaten KK3 yapısı da bu yönetime çok uyuyor

...Nakit tahsilatın (.....) güne sarkmasının temel nedeni kurumsal acenteler ve KK3'e geçince kendiliğinden bir miktar iyileşme sağlanacak.

Yine de bir iyileşme alanı gözüküyor."

17-20/324-144

(.....) Sigorta Aracılık Hizmetleri Ltd. Şti. yetkilisi (.....) tarafından Genel Müdür (.....)'e gönderilen 30.04.2017 tarihli ve "(.....) partaj" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"...Cuma günü bağlı bulunduğum bölge yetkilisi ile (.....) trafik poliçeleri ile ilgili konuştuğum. (.....).

Ancak devamında ,

(.....) gibi cümleler kullandı..."

1.3.2. ANADOLU'da Yapılan Yerinde İncelemelerde Elde Edilen Belgeler

09.05.2017 tarihinde ANADOLU'da yapılan yerinde incelemede elde edilen, Oto Sigortaları Müdürü (.....) tarafından teşebbüs yetkilisi (.....)'a gönderilen "Trafik tavan prim" konulu ve 11.04.2017 tarihli e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"...(.....) Hoca ile görüştük, hem trafik poliçesinin yalnızca internette satılıp paketlerin acenteden satılmasının, hem de bazı durumlarda sadece kredi kartı ile satılmasının zorunlu poliçeyi yapmaktan kaçınma olarak algılanmasının güçlü bir ihtimal olduğunu söylüyor.

Cezası en az 500 gün olmak üzere adli para cezası, bu ceza 500 gün verilirse 10 bin ila 50 bin TL arasında hesaplanıyor. Bunun bir sonucu da adli para cezasına birden fazla mahkum edilen şahısların sigorta şirketinde genel müdür ve yardımcılığı yapamaması, ilgili yazışmayı ekte bulabilirsiniz.

Buna rağmen tavan prim ile ilgili almayı düşündüğümüz önlemlere ilişkin aksiyonlar aşağıdadır:

Prim revizyonları:

(.....TİCARİ SİR.....)

Komisyon:

(.....TİCARİ SİR.....)

Tahsilat:

(.....TİCARİ SİR.....)

17-20/324-144

Acente İlişkileri ve Satış Yönetimi Yönetmeni (.....) tarafından Oto Sigortaları Müdürü (.....), Genel Müdür (.....), teşebbüs yetkilisi (.....)'e ve bilgi olarak Genel Müdür ve Genel Müdür Yardımcıları'na gönderilen 13.04.2017 tarihli ve "Trafik poliçelerine yönelik son duyurular" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"Acenteler ile görüşmeye devam ediyoruz.

Kısa özetleri şu şekilde:

(.....) **Sigorta / (.....):**

(.....) Sigorta komisyonu % (.....) olarak veriyor.

(.....) Sigorta tavan fiyatın altında fiyat veriyor. Hususi 4. basamak için (.....) gibi prim çıkıyor.

(.....) komisyonları %10.

(.....) için çalışma yapmaları konusunda yönlendirildi.

(.....) **Sigorta / (.....) Bey:**

(.....) Sigorta ile benzer şeyler söyledi.

(.....) satışı için 10 güne kadar bir çalışma yapacaklarını söyledi. Bu süre içerisinde sektördeki durumu gözlemleyeceğini belirtti.

(.....) **SGRT / (.....) Bey:**

(.....) ve (.....) Sigorta'nın acenteleri (.....) paket trafik ürünlerine yönlendirdiğini; hatta (.....) ve (.....)'nin normal trafikleri otorizasyona düşürüp reddettiğini, sistemsel olarak paket trafik ürünü kesmeye zorladığını söyledi.

(.....) Sigorta, özellikle kendilerini arayıp paket trafik kesmelerini, aksi durumda acenteyi kapatabileceklerini söylemiş.

Genelge, duyuru varsa iletmesini talep ettik.

Bugün (.....)'ın bir toplantısına katılacakmış. Detayları paylaşacak.

Trafik poliçelerine ilişkin rakip şirketlerin uygulamalarına yönelik aldığımız duyurular şu yönde:

- (.....), trafikte açık hesap uygulamasını durdurmuş. Mutlaka kredi kartı girişi talep ediyor. Bireysel müşterilerde, kredi kartı sahibinin TCKN girişini zorunlu ruhsat sahibi ad soyadı ile aynı olup olmadığını kontrol ediyormuş. Değilse, poliçeyi kestirtmeyecekmış.
 - (.....), poliçe girişinde araç fotoğrafı kaydedilmesini zorunlu tutmayı planlıyormuş.
 - (.....) ile görüştük:
 - o Şubelerine talimat geçecekler, (.....).
 - o Dün (.....) genel müdürü ziyaretlerine gitmiş. (.....) özelinde %17 komisyon uygulayacaklarmış. (.....).
 - o (.....) da dün ziyarete gitmiş. Otobüs-çekici-ticari araçlar haricinde araçları yeşil renk demişler ve (.....) talebini iletmişler.
- (.....) Sigorta da %17 vermeye devam ediyormuş (.....)."

Genel Müdür Yardımcısı (.....) tarafından Genel Müdür ve Genel Müdür Yardımcıları'na ve bilgi olarak Acente İlişkileri ve Satış Yönetimi Yönetmeni (.....) ve teşebbüs yetkilisi (.....)'e gönderilen 13.04.2017 tarihli, "FW: KSM'ye bağlı kanallar için trafikte (.....)" konulu ve ekinde "(.....)" adlı dosya bulunan e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"KSM'ye bağlı ekteki (yeni trafik uygulaması doğrultusunda kötü risklerin bize yönelmesi olasılığı bulunan) kanallar için (.....).

Bunu (şimdilik) yapmadıklarımızda başka sebepler/dengeler var, o sebeple diğerleri için genel uygulamalarımız geçerli..."

Genel Müdür Yardımcısı (.....) tarafından teşebbüs yetkilisi (.....)'a ve bilgi olarak Genel Müdür (.....), Genel Müdür (.....), Genel Müdür Yardımcıları ve Oto Sigortaları Müdürü (.....)'e gönderilen 13.04.2017 tarihli ve "RE: Senaryolar Bazında Bileşik Oran Simülasyonları" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"Adet artış hızında bugün de pek bir değişiklik olmamış görünüyor.

Bu şekilde gidersek sadece nisan ayı kaynaklı (.....) TL zarar (prim kaybı değil) tahakkuku söz konusu.

(.....) haftıdan ağıra doğru bazı muhtemel aksiyon önerilerini sıralıyorum:

(.....) ..."

17-20/324-144

Genel Müdür Yardımcısı (.....) tarafından Genel Müdür Yardımcıları'na ve bilgi olarak Genel Müdür (.....)'a gönderilen 14.04.2017 tarihli ve "FW: 285117 numaralı 1. Öncelikli Olay Kaydı" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"Sistemlerimize çok yoğun istek geliyor. Sunucularımız kitledi. Restart ediyoruz."

Genel Müdür (.....) tarafından teşebbüs yetkilileri (.....) ve Genel Müdür Yardımcısı (.....)'ya gönderilen 28.04.2017 tarihli ve "Belge1.docx" konulu e-posta iletilisinde de ekinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"Bir acenteden sistemimizin yavaşlığına ilişkin bir e-posta geldi.

İlişikteki gibi bir e-posta ile yanıt vermek istiyorum.

Bu metne ekleyeceğimiz bir husus var mı?

Sayın

Zorunluk Trafik Sigortası poliçelerimiz, SWEF, ASENTA ve POLİÇEM HAZIR sistemimiz üzerinden 7 gün 24 düzenlenebilmektedir. Benzer şekilde, İş Bankası Şubeleri ve İş Bankası websitesi üzerinden de trafik sigortası poliçesi düzenlenebilmektedir.

Ancak, trafik poliçelerine tavan fiyat uygulaması geldikten sonra, diğer sigorta şirketlerinin trafik poliçesi düzenlemekten kaçınması nedeniyle Kurumumuza yönelik yoğun talep oluşmuştur. Bu talep nedeniyle SWEF sistemimiz, özellikle mesai saatleri içerisinde zaman zaman yavaş çalışmaktadır..."

I.3.3. AXA'da Yapılan Yerde İncelemelerde Elde Edilen Belgeler

09.05.2017 tarihinde AXA'da yapılan yerinde incelemede elde edilen, teşebbüs yetkilisi (.....) tarafından Bölge Koordinatörleri'ne ve bilgi olarak Bölge Stratejik Planlama ve Destek Koordinatörü ve Genişletilmiş İcra Komitesi Üyesi (.....), Acente Satış Geliştirme ve Performans Yönetimi Müdürü (.....)'e gönderilen 11.04.2017 tarihli ve "TRAFİK YENİ TARİFE TAKİP" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

"...Konuyla ilgili olarak her bölgemizin takip ettiği rakip şirketlerin uygulama değişiklikleri geldikçe bizimle paylaşmanızı önemle rica ediyoruz.

1. derece olarak şirketler tarafından yapılan duyurular, 2. derece olarak sistem uygulamaları ve son olarak da aldığımız duyurular üzerinden paylaşımlarda bulunmanız bizim için önemlidir.

Şu an için (.....)'ın %10 komisyon duyurusu geldi..."

Teşebbüs yetkilisi (.....) tarafından teşebbüs yetkilisi (.....)'ya ve bilgi olarak Bölge Koordinatörleri, Acente Satış Geliştirme ve Performans Yönetimi Müdürü (.....) ve teşebbüs yetkilisi (.....)'e gönderilen, 12.04.2017 tarihli ve "(.....) SİGORTA Duyurusu" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"...Dün görüştüğüm bir acente, (.....) sigorta yönetimi ile geçen hafta bu konuyu görüştüklerini ve

"(.....)" dediklerini iletti. Hatta tüm trafikleri oraya yazarız diye konuşmuşlar.

Dün aydınlanma geldi sanırım Halk a ?Düzeltilme olarak göndermişler % (.....) komisyon:..."

Aynı e-postaya ilişkin olarak, bilgi olarak Acente Satış Geliştirme ve Performans Yönetimi Müdürü (.....), teşebbüs yetkilisi (.....) ve Bölge Stratejik Planlama ve Destek Koordinatörü ve Genişletilmiş İcra Komitesi Üyesi (.....)'e gönderilen ve teşebbüs yetkilileri (.....) ve Bölge Koordinatörleri arasında geçen aynı tarihli yazışmalarda aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

"...(.....) dün kendi facebook gruplarından ((.....) yazmış) yeni uygulamanın neleri getireceğine dair yorumlarıyla sadece aşağıdaki 9 maddelik özet duyuruyu geçmiş. Kısaca genelgeyi acentelerine özet geçmiş. Kendi uygulamaları komisyon vs herhangi bir şey halen söylemiyor...."

...(.....) Sigorta tüm acentelerine % 10 uygulamıyor sanırım .

Bazı acentelerde komisyon oranı % 12,5 geliyor .

Ayrımı nasıl yapmışlar onun bilgisini de öğrenince göndereceğim .

Duyurusunda %10 dan az olmamak kaydıyla yazmışlar zaten, bana bu maili atan acente'de %12 geliyor

17-20/324-144

- (.....) Sigorta (.....) şuan sistemleri açık ve poliçe düzenlenebiliyor .
 (.....) ve (.....)'da şu an poliçe düzenlenemiyor .
 (.....) da komisyon % 10 ve kredi kartına tek taksit (resmi duyuru yok)
 (.....) % 10 komisyon , şu an poliçe düzenlenebiliyor .

(.....) sigorta ekran duyurusu

(.....) sigorta kesiyor, komisyon %10, acentem sabah kesti bir tane.
 Ancak henüz duyuru gelmemiş

(.....) % 10 komisyon, Kredi kartına 5 taksit yapılabiliyor, Tavan fiyat, Poliçe düzenlenebiliyor (duyuru yok)

(.....) bu gün denenen birkaç poliçede tavan fiyatın 30-40 TL altında fiyat verilerek yapılmış (hangi araç gruplarında tavan'ın altında olduğu bir, iki gün içinde netleşir) . Kredi kartı, % 10 komisyon. (Resmi duyuru olarak, dün sadece hazine genelgesini acenteleri ile paylaştılar)

(.....) İstanbul, hususi, şirket 854 TL 4.basamak Tavan fiyata 777 TL veriyor. % 10 komisyon ve 5 taksite kadar veriyor. (poliçe düzenlenebiliyor)

(.....) % 10 komisyon, tavan fiyat (poliçe düzenlenebiliyor)

(.....), hususi kesiyor. Taksit imkanı var. Komisyon %10

Yeni tescillerde prim hatası veriyor. Acente henüz poliçe düzenleyemiyor.

(.....) şu an kesemiyor, duyuru da yapmamışlar

7.basamak İstanbul hususi için, bugün alınan SBM görüntüsü.

- (.....) ve (.....) dışında fiyat veren şirketler Tavan tarifieden. (.....) tavanı da delmiş. (.....) da zaten şu an halen poliçe düzenlenemiyor.
 (.....) Sigortada poliçe düzenlenmeye başlanmış. Tavan fiyat , % 10 komisyon.

Sigorta Şirketi	Teklif No	Prim (€)	Açıklama
AIG SİGORTA	801209614132438	470.48	Teklif verildi.
AKSİGORTA	-	-	Sigorta Şirketi tarafından teklif bilgisi paylaşılmamıştır. KOD 5008
ALLIANZ SİGORTA	287620291	1.117.00	Teklif verildi.
ANADOLU SİGORTA	7553029640	469.99	Teklif verildi.
ANKARA SİGORTA	110F14047439	486.74	Teklif verildi.
AXA SİGORTA	-	-	Bekleniyor...
BEREKET SİGORTA	-	-	Bekleniyor...
DOĞA SİGORTA	19882049	465.50	Teklif verildi.
ERGO SİGORTA	-	-	Bekleniyor...
ETHICA SİGORTA	22493036	427.72	Teklif verildi.
EUREKO SİGORTA	47016225	470.13	Teklif verildi.
GENERALI SİGORTA	-	-	Bekleniyor...
GRUPAMA SİGORTA	51943884	470.41	Teklif verildi.
GÜNEŞ SİGORTA	-	-	Bekleniyor...
HALK SİGORTA	42596591	470.16	Teklif verildi.
HİS SİGORTA	-	-	Bekleniyor...
KORU SİGORTA	-	-	Bekleniyor...
LIBERTY SİGORTA	10072826918	421.66	Teklif verildi.
MAPFRE SİGORTA	T117079903448	470.00	Teklif verildi.
NEOVA SİGORTA	34057328	470.48	Teklif verildi.
ORIENT SİGORTA	-	-	Sigorta Şirketi tarafından teklif bilgisi paylaşılmamıştır. KOD 5008
RAY SİGORTA	-	-	Bekleniyor...
SEN SİGORTA	-	-	Bekleniyor...
SOMPO JAPAN SİGORTA	-	-	Bekleniyor...
TURKLAND SİGORTA	-	-	Bekleniyor...
TURK NIPPON SİGORTA	85235270	470.01	Teklif verildi.
UNICO SİGORTA	-	-	Bekleniyor...
ZURICH SİGORTA	-	-	Bekleniyor...
ZIRAAT SİGORTA	-	-	Bekleniyor...

17-20/324-144

...Dün (.....) Bey'in paylaştığı üzere trafik payı (.....). Sizin bilgi aldığınız acente bu oranın üzerinde olabilir mi_?

(.....) pay konusunu ben henüz kendi acentelerimde teyid edemedim, bu konuda resmi bir duyuru yok elimde geçen. Konuştuklarımda hep % 10 komisyon geliyor. Ama, 12 nisandan önceki uygulamalarda böyle bir durum vardı diye biliyorum.

(.....) Sigortada bir tek % 10 üzeri komisyonun üzerine çıkan poliçeler (max . % 12,5) var. Onlarda (.....) komisyon % 10 diyorlar. (.....) bölgedeki en büyük acentesi poliçe kesemiyorum derken, başka bir (.....) acentesi kesebiliyorum diyor. (.....) sigortada acentelerinde de benzer durum var.

(.....) da halen poliçe kesilemiyor.

(.....) da gördüğüm örneklerde de tavan primin (.....) altında prim verdikleri.

(.....) sigorta duyurusu ...

(.....) duyurusu;...

... (.....), şartları ağırlaştırıyor. Aynı zamanda tüm poliçeleri otorizasyona düşürüp, sonra onay veriyor. Çok istekli değil.

Değerli Acentemiz,

Trafik Poliçelerinde kredi kartı ile yapılan tahsilatlarda, bankalar aracılığı ile uyguladığımız taksitlendirme kampanyalarımız 12.04.2017 tarihinde sona ermiştir.

Bu tarihten sonra, trafik poliçelerinde sadece kredi kartı ile tahsilat yapılacak olup, taksitlendirme yapılamayacaktır.

Bilgi edinilmesini ve gereğini rica eder, iyi çalışmalar dileriz. Saygılarımızla,

(.....) sigorta müşteri bilgisi yanında yeşil yada kırmızı çizgi çıkarıyor.(.....) gülen yüz uygulaması gibi)

Bugün gün içerisinde acentelerini arayarak, yeşil müşterileri poliçeleştirilebileceklerini, kırmızı çizgi çıkan müşterileri poliçeleştirmemelerini yoksa uzun vadede sıkıntı yaşayabileceklerini bildirmişler.Kısaca üstü kapalı tehdit etmişler.

Örnek ekran görüntüsü..."

13.04.2017 tarihinde, bilgi olarak Acente Satış Geliştirme ve Performans Yönetimi Müdürü (.....)'e gönderilen ve Bölgeler Stratejik Planlama ve Destek Koordinatörü ve Genişletilmiş İcra Komitesi Üyesi (.....), teşebbüs yetkilileri (.....), (.....), (.....), (.....), (.....), (.....), (.....) ve Bölge Koordinatörleri arasında geçen aynı konulu yazışmaların devamında ise aşağıdaki ifadelere yer verilmektedir:

"...Genel hatları ile şirket davranışlarını görmemiz için ihtiyacımız olan kendini biraz gizleyen ekte göreceğiniz gibi (.....) var ve sabahtan bu şirketlerle ilgili bilgi alabilirsek çok memnun oluruz.

(.....) ve aşağı doğru eksik olanlar hakkında bilginiz varsa onları da alırsak memnun oluruz.

Birde sizden mümkünse bu sabah gerçek örnekler üzerinden SBM de durum ne görünüyor birkaç örnek alabilirsek çok memnun oluruz...."

...(.....): Komisyon %10, kredi kartında taksit kaldırıldı...

...(.....) trafik ekranını halen açmadı ,

(.....) Tavan fiyat , % 10 komisyon , KK 'na 3 taksit (duyuru yok) (poliçe düzenlenebiliyor)

(.....) Tavan fiyat , % 10 komisyon , Taksit yok (duyuru yok) (poliçe düzenlenebiliyor)

...(.....), dün ekranı açmış ama hata mesajı vermiş, sistemsiz revizeler vs. acenteleri oyalıyorlar.

Dolayısıyla dün günlük (.....) aldığı üretim (.....)

...Perşembe günü itibarıyla rakiplerin uygulamaları ile ilgili son durum ekteki gibidir. Bu uygulamalarda değişiklik olması durumunda bizlerle paylaşmanızı rica edeceğiz..."

17-20/324-144

17.04.2017 tarihinde, Bölgeler Stratejik Planlama ve Destek Koordinatörü ve Genişletilmiş İcra Komitesi Üyesi (.....), Bölge Koordinatörleri, Acente Satış Geliştirme ve Performans Yönetimi Müdürü (.....) ve teşebbüs yetkilisi (.....) arasında geçen ve aynı konulu yazışmalarda aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

“...Saat 9.00 da toplantıya gireceğiz, yine saha bilgisine ihtiyacımız olacak

Cuma günü ve hafta sonu neler oldu yeni duyularınız ve yeni uygulamalar konusunda bir gelişme var ise bizimle paylaşsınız çok memnun oluruz.

Şirketlerin uygulamalarını Ödeme planı, komisyon uygulamaları özellikle kullanım tarzına göre ve hasar kademelerine göre artan da var bizimle paylaşsınız çok memnun oluruz.

Böylece bu hafta artık tüm şirketlerin uygulamalarını bu matrix imiz de netleştirmiş olmak istiyoruz ki ortak kararlarımızı alırken önemli katkısı olacaktır.

Kısa özet geçmek gerekirse geçen hafta ilk 5 ciddi rakip için,

1.- (.....) poliçeleri renklendirdi yeşil kırmızı, kırmızılar kesme dedi acentelerine, kredi kartına geçti, vade vermiyor 10% komisyon dedi üzerini uygulamıyor.

2.- (.....) Kredi kartına geçti tek çekim dedi ama ay sonuna kadar açık hesap işletiyor dolayısı ile şu anda acenteler kredi kartı girmeden ürettiyor ay sonu tek çekimde yapabiliyor, komisyon 10% dedi ve araç gruplarına ve hasar kademelerine göre kes kesme demedi.

3.- (.....) kredi kartına 3 taksite kadar izin verdi 10% komisyonu 4. Basamak “0” araçlar için 15,3% e kadar genişletti hasarsızlıklara ve kullanım tarzına göre komisyonları kademelendirdi.

4.- (.....) kredi kartı tek çekim e geçti 10% komisyon dedi ama haberler kesildi burada size çok ihtiyacımız var.

5.- (.....) önce herkese KK ile tek çekim iş yazdırdı sonra tamamını otorizasyona düşürerek işlem yapmaya başladı

6.- (.....) kredi kartına geçti ama 3 taksit yapıyor ve 10% komisyon ile başladı

7.- Bundan sonra (.....) 1 yaştan büyük acentelerine 12,5% küçüklere 10% komisyon ile herkese kredi kartı tek çekimle iş yazdırıyor, (.....) kredi kartı 3 taksit herkese iş yazdırıyor, (.....) 11% komisyon kredi kartı tek çekim ile, (.....) kredi kartı 3 taksit CAP ten daha ucuza ve 15% e kadar komisyonla iş yazdırıyor,

7.- (.....) 10% komisyon kredi kartı ama neredeyse sesi sedası çıkmıyor...

...Bakırköy bölgeden gelen bilgiler ektedir. Sizden ricamız bugün çıkmadan paylaştığınız acenteler ve şirketler üzerinden son durum tüm bilgileri gönderirseniz yarın sabah yönetimimize son durum paylaşacağız.

Saygılarımla

Trafikte değişen uygulamalar aşağıdaki gibidir.

- (.....) taksit uygulamasını kaldırmış
- (.....) tüm trafik poliçelerini onaya düşürmeye başlamış. Ancak açık ekran düzenlenebiliyor. Fotoğraf iletilip onay verilirse.

• Şu anda taksit yapan (.....) kalmış. (.....) taksit yaptığında tavan prime denk getiriyor.

Peşin olursa tavanın biraz altında. (.....) de taksit yapıldığında prim farkı yok

- (.....) ekran hata veriyor. Kimse düzenleyemiyor.
- (.....) tek çekim. Ekranında sıkıntı yok.
- (.....) da otorizasyona düşüyor. Otorizasyona cevap gelmediği için tercih edilmiyor
- (.....) ve (.....) için SBM’de çekici ve kamyon primlerini tavanın altında verdiği iletildi.

Henüz teyid almadık. Bakıp ayrıca bilgi vereceğim...

(.....), normalde taksit yapmakla birlikte, kendi ölçümlerinde mutsuz müşteri olarak tanımladıkları müşterilere, (.....) kimlik doğrulama yapıyormuş.

...Son Durum:

(.....): Peşin %10 kom. Ekran Ağır Çalışıyor .

(.....): %10 kom. Sistem hata veriyor.

(.....): % 12.5 kom. 4 Taksit şu an sistem hata veriyor.

(.....): İline göre ve müşterisine göre farklı uygulama devam ediyor, 15 ve %17 komisyon verdikleri iller var. 3 taksit.

(.....): ekranları kapalı, Otorizasyona düşenlere dönüş yok

(.....): %10 kom. 2 Taksit, ekranlar çalışıyor sorunsuz.

(.....): Ekran Kapalı

(.....): 3 Taksit %10 kom. Ekranlarda problem yok

(.....): % 10 komisyon Taksit yok. Ekranlarda problem yok, teyit ettiğimiz Trabzon ve Kastamonu acenteleri sorunsuz poliçe üretiyorlar...

17-20/324-144

İlave olarak (.....) yoğun trafik kesen acentelerde günlük 50 teklif kotası getirdiği duyumunu aldı.

Daha önce (.....) da bahsetmişti toplantıda bugün Genel Müdürleri yinelemiştir. (.....) Sigorta yeni acentelik işlemlerini durdurmuş.”

18.04.2017 tarihinde, Bölgeler Stratejik Planlama ve Destek Koordinatörü ve Genişletilmiş İcra Komitesi Üyesi (.....), Bölge Koordinatörleri, Acente Satış Geliştirme ve Performans Yönetimi Müdürü (.....) ve teşebbüs yetkilisi (.....) arasında geçen ve aynı konulu yazışmalarda aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

“...(.....) Senin dün ki soruna cevap ekte

Burada ay başında 16% ile başlayan (.....) 11.29 a düşmüş durumda, (.....) ile (.....) en yüksek oranda Pazar kaybına sahip , sonra biz varız.

(.....) sigorta şu anda piyasada iştahlı olan şirketler görünüyorlar.

...Bugün acentelerden öğrendiklerim ;

➢ (.....) Sigorta, artık sadece kendi yenilemelerine poliçe yapıyormuş

➢ (.....), renkleri çoğaltmış. Beyaz ve Yeşil de poliçe otorizasyona düşmeden geçiyormuş, Sarı ve kırmızı da otorizasyona düşüyor.

➢ (.....), acentelere sözleşme ile gidiyormuş (sözleşmeyi temin etmeye çalışıyorum) .

Acentenin Trafik yazmasına, Kasko ve trafik dışı bazı ürünleri yazması şartıyla izin verilecektir .”

Teşebbüs yetkilisi (.....) tarafından Bölgeler Stratejik Planlama ve Destek Koordinatörü ve Genişletilmiş İcra Komitesi Üyesi (.....)'e ve bilgi olarak Satış ve Pazarlama Genel Müdür Yardımcısı (.....), Acente Satış Geliştirme ve Performans Yönetimi Müdürü (.....) ve teşebbüs yetkilileri (.....), (.....), (.....), (.....)'e gönderilen, 17.04.2017 tarihli ve “RE: MÜNHASIR” konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

“(.....) Bey,

Tahsilat ekibimiz ve satış yöneticilerimiz ile yaptığımız toplantıya istinaden tahsilat ile ilgili önerilerimiz ektedir.

1) Tüm (.....) acenteleri aynı kefeye konulmamalı. Bizim stajimizde tek (.....) acentelerinde kendi kartına bağlıya da açık olmasını bazıları suiistimal edip dışarıdan üretim alacaktır. Bu nedenle seçilerek yapılmasını doğru buluyoruz.. Benim bölgede 52 adet tek (.....) acentesi olduğu için en çok önlem alması gereken benim sanırım.

Önerimiz: (.....TİCARİ SIR.....)

Bakırköy Bölge Koordinatörü (.....) tarafından teşebbüs yetkilisi (.....)'e ve bilgi olarak Bölgeler Stratejik Planlama ve Destek Koordinatörü ve Genişletilmiş İcra Komitesi Üyesi (.....), Acente Satış Geliştirme ve Performans Yönetimi Müdürü (.....)'e gönderilen 17.04.2017 tarihli ve “TRAFİK UYGULAMASI” konulu e-posta iletilisinde geçen yazışmalar aşağıdaki gibidir:

“...Sabah acentelerinizden, söz konusu şirketler in uygulamaları hakkında bilgi olarak tabloya doldurmamanızı,

Cc 'de ben olacağım Şekilde (.....) gönderirmisiniz....

(.....) Bey

(.....) 'yu (.....) iletti. Yazılı duyuru alamadık henüz

Son durum aşağıdaki gibi.

Bilgilerinize sunarım

Saygılarımla,

...

...Sabahtan (.....) ve (.....) ile ilgili de bilgi toplayabiliyoruz.

(.....) ”...

17-20/324-144

...Trafikte değişen uygulamalar aşağıdaki gibidir...

...(.....) ile ilgili (.....) Sig. ile görüştüm. Otorizasyona düşüyor. O yüzden oradan ilerlemiyorlar.

Ayrıca SBM'de çekici ve kamyonda düşük prim bildiriyormuş. Ancak ekran fiyatları tavan primin halen üzerindeymiş.

(.....) için (.....) ile görüştüm. Şu anda çekici ve kamyonlarda tavan primin altında prim veriyormuş. Diğer kullanım tarzlarında da düşük olduğunu iletiler..."

Bölgeler Stratejik Planlama ve Destek Koordinatörü ve Genişletilmiş İcra Komitesi Üyesi (.....) tarafından Satış ve Pazarlama Genel Müdür Yardımcısı (.....), Teknik ve IT'den Sorumlu Başkan (.....), Acente Satış Geliştirme ve Performans Yönetimi Müdürü (.....) ve teşebbüs yetkilileri (.....) ve bilgi olarak AXA CEO'su (.....)'ye gönderilen 09.05.2017 tarihli ve "MTPL⁵ APP OF THE COMPANIES" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır.⁶

"Şirketlerin MTPL uygulamalarına ilişkin son gelişmeler..."

Söz konusu e-postanın "YENİ TPL TARİFE TAKİBİ LİSTE" adlı ekinde yer verilen tabloda, sektörde faaliyet gösteren sigorta şirketlerinin büyük çoğunluğunun 12 Nisan-8 Mayıs tarihleri arasındaki uygulamaları, ödeme planı, komisyonları, kullanım tarzları, hasarsızlık kademeleri ve bölge bazlı (Akdeniz, Bakırköy, Ege, Güney Anadolu, İstanbul, Kadıköy, Karadeniz, Marmara, Orta Anadolu) bilgilerine yer verilmiştir.

I.3.4. GÜNEŞ'te Yapılan Yerinde İncelemelerde Elde Edilen Belgeler

09.05.2017 tarihinde GÜNEŞ'te yapılan yerinde incelemede elde edilen, Pazarlama Müdürü (.....)'ın Akdeniz Bölge Müdür Yardımcısı (.....) tarafından kendisine gönderilen e-posta üzerine teşebbüs yetkilisi (.....)'a ve bilgi olarak Genel Müdür (.....), Genel Müdür Yardımcısı (.....), Acenteler Satış Müdürü (.....)'a gönderdiği 12.04.2017 tarihli "TRAFİK POLİÇELERİNDE TAKSİTİN KALDIRILMASI- RAKİP ŞİRKET UYGULAMASI" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifade bulunmaktadır:

"...Akdeniz bölgemizden gelen maili bilgilerinize sunarım.

Özellikle üretim hacmi nedeni ile (.....) trafikte taksit uygulamasını kaldırmasını üretimimizi etkileyeceğini düşünürüz, bölgemize gelen geri dönüşte bu yöndedir..."

Genel Müdür Asistanı (.....) tarafından Genel Müdür (.....)'e ve ilgili kişilere gönderilen 19.04.2017 tarihli ve "Trafik Sigortası Tavan Prim Hk." konulu e-posta iletilisinin ekinde bulunan 19.04.2017 tarihli "Trafik Sigortası Tavan Prim Hk." adlı bilgi notunda aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"... Mevcut uygulama ile sektör ortalama priminin %25 düşeceği ve 1,7 milyar TL prim kaybına neden olacağı öngörülmektedir. Ortalama prim düşüşünün kullanım tarzı bazlı %25'in üzerinde olduğu araç sınıfları da mevcuttur.

Şirketimiz özelinde Nisan ayı içerisinde ortalama günlük yazılan prim (.....) TL ve (.....) adet seviyesinde iken genelge sonrasında ortalama üretim (.....) milyon TL ve (.....) adede yükselmiştir. Genelge'nin yürürlüğe girdikten sonraki dönemde ortalama prim kaybı yaklaşık % (.....)'dur. Şirketimiz sonuçlarının genel ortalama üretiminin üzerinde bir üretim ile karşılaşmasının önemli bir nedeni bu olmakla birlikte, bir diğer nedeni ise prim düşüşünü bekleyip sigorta yaptırmayan kesimin sigorta yaptırmaya başlamasıdır. Şirketimiz genelge, yönetmelik, usul ve esaslar çerçevesinde süreci takip etmekte ve işletmektedir. Zorunlu poliçe olması nedeni ile poliçe yazımından imtina etmemektedir. Diğer şirketlerin poliçe tanzimine başlaması ile Şirketimizin genelge sonrası günlük üretim büyüklüğünün düşeceği öngörülmektedir.

...

⁵ MTPL (Motor Third Party Liability) ile Trafik Sigortası kastedilmektedir.

⁶ Aslı İngilizce olan yazışmalar Türkçe'ye çevrilmiştir.

17-20/324-144

Genelge Sonrası Alınan Aksiyonlar:

Genelge'nin yürürlüğe giriş tarihi olan 12 Nisan 2017 tarihinden itibaren bugüne trafik ekranını kapatan, sistemini yavaşlatan, poliçeyi onaya düşüren, poliçe kesiminide aracın fotoğrafının yüklenmesini isteyen, poliçe sahibi ile kredi kartı sahibinin aynı kişi olmasını isteyen ve poliçe tanzimini zorlaştıran ve engellleyen süreçlere başvuran şirketler mevcuttur. Konu ile ilgili olarak Müsteşarlık tarafından 13 Nisan 2017 tarihinde bir basın açıklaması yapılmış ve açıklamada "... zorunlu trafik sigortasına ilişkin teklif vermediği ve zorunlu trafik sigortası yapmaktan kaçındığı tespit edilen ilgili branşta ruhsat sahibi sigorta şirketleri hakkında, 5684 sayılı Kanunun ilgili maddeleri uyarınca Müsteşarlığımızca adli ve idari işlem tesis edilecektir..." denilmektedir. Ancak 13 Nisan 2017'den günümüze halen teklif vermekten imtina eden şirketlerin olduğu görülmektedir. Güneş Sigorta, bu tarz mevzuat dışı engelleri uygulama yoluna gitmemiştir....

- Öncelikle, tavan fiyat uygulaması sonrasında acente hizmetlerinde bir farklılık yaşanmayacağından hareketle tüm acentelerimiz için uygulanan komisyon oranı, genelgede belirtilen (.....) çekilmiştir.
- Trafik sigortası düzenlenirken uygulanan 3 taksit yapılması uygulamasına son verilmiştir. Böylelikle hem ödeme avantajı nedeniyle (.....) hem de erken tahsilat ile fonlarımızı dolayısıyla yatırım gelirlerimizi artırarak zararın önlenmesi hedeflenmiştir.
- Tüm acente bölgelerimizin dahil olduğu ve acente performanslarının değerlendirildiği Bölge Verimlilik toplantılarına derhal başlanmıştır ve hızla tamamlanmıştır. (.....).
- Diğer taraftan raporlama sistemimiz kullanılarak acente bazında trafik üretimleri anlık olarak takip edilmeye başlanmıştır. (.....)...."

Genel Müdür Asistanı (.....) tarafından teşebbüs yetkilisi (.....)'ya ve bilgi olarak Genel Müdür (.....), Yönetim Koordinasyon Müdürü (.....), Türkiye Vakıfları Bankası T.A.O. yetkilileri (.....) ve (.....)'e gönderilen 27.04.2017 tarihli ve "Trafik Sigortası Tavan Prim Hk." konulu e-posta iletilisinin "Trafik Sigortası Tavan Prim" adlı ekinde yer alan Yönetim Kurulu Başkanı (.....)'a iletilmek üzere Genel Müdür (.....)'in imzasıyla hazırlanan bilgi notunda aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"... 25 Nisan tarihinde 16 şirket Genel Müdürünün Hazine Müsteşarlığı bürokratları ile yaptığı toplantıda sektörün tavan prim uygulamasında yaşadığı ve karşılaşılabileceği sorunlar konuşulmuştur.

Sektör temsilcileri:

Tarife rejiminin getirdiği prim seviyesinin zarar üreteceğini

Tarifenin uygulanacağı önümüzdeki, 8 aylık dönemde bu zarar rakamının 3 milyar TL ye ulaşacağını, Sektörün sermayesinin (.....) milyar TL olduğu ve bu yıl sonuna kadar tarife rejimi nedeniyle öz kaynakların %30'unun eriyeceğini,

10 yıldır Trafikteki zararını fonlayan Sektörün bu zararı artık finanse etmek istemediğini Hazine Müsteşarlığı bürokratlarına iletilmişlerdir.

Çözüm önerisi olarak; bu zararın bir kısmının devlet tarafından finanse edilmesini, ya da tarife rejiminin yumuşatılması ve yıl sonunda mutlaka kaldırılmasını, bu kapsamda aylık atışın yüzde 2 olmasını, SGK payının düşürülmesini, Trafik Hizmetleri Geliştirme Fonu'nun (%5)kaldırılmasını, tarife tavanının yükseltilmesini, Mevzuatla ilgili Danıştay, Yargıtay ve diğer Hukuksal süreçlerin harekete geçirilmesi konusunda aktif destek verilmesini talep etmişlerdir.

28 Nisan Cuma günü yapılacak Birlik Genel Kurulu öncesi Sayın Mehmet Şimşek'in katılacağı toplantıda kendisine aylık %1,5 artış talebi iletilecektir. Ancak toplantıdan çıkan sonuç itibarıyla problemlerin kısa ve orta vadede çözülebileme ihtimalinin oldukça düşük olduğu izlenimine varılmıştır.

Hazine Bürokratlarının yüksek miktarda ceza kesekcekleri yönündeki ciddi uyarılarına rağmen halen sistemini açmayan ya da sistemsel zorluk çıkartarak poliçe tanziminden imtina eden şirketler bulunmaktadır. Güneş Sigorta genelge, yönetmelik ve kanunlar gereği hareket etmekte ve her hangi bir kısıtlama yapmamaktadır. Bu nedenle günlük prim ve poliçe adedimiz normalin oldukça üzerine çıkarak yaklaşık (.....) kat artmıştır (günlük (.....) Milyon TL prim seviyesine ulaşmıştır) ve giderek artmaya devam etmektedir. Sektörün önemli bir kısmının poliçe tanzim etmemeye yönelik uygulamaya devam etmesi durumunda Güneş Sigorta'nın mevcut üretim trendi giderek artacak ve 2017 yılı için belirlediğimiz trafik prim üretim (.....) yılı kapatma durumumuz söz konusu olacaktır. Bu prim seviyesinde yazacağımız yüksek üretimin ileride dönük teknik zararımızı ve sermaye yeterliliğimizi olumsuz etkilemesi kaçınılmaz olacaktır..."

17-20/324-144

Genel Müdür Yardımcısı (.....) tarafından Genel Müdür (.....)'e ve bilgi olarak teşebbüs yetkilisi (.....)'ya gönderilen 02.05.2017 tarihli ve "FW: Trafik ile ilgili Hazine ziyareti" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"...Hazine ile konuşulan konuları kısaca izah etmeye çalıştım ek'te SGK ya aktarılan pay ile ilgili Birliğin çalışması var

Tarif Sigortalarında tavan prim genelgesi uygulamaya girmiştir, geçtiğimiz yıldan bu güne kadar maliyet değişimine baktığımızda teminat limitlerinin arttığını, enflasyon ve döviz artışıyla birlikte parça ve işçilik maliyetlerinin yükseldiğini, buna karşılık ortalama primlerin düştüğünü görüyoruz. Tavan prim uygulaması ile yıl sonuna kadar prim seviyesinin ne kadar artacağı belli olup bu seviyenin teknik zarara etkisi yeterli olmayacaktır. Bu sebeple gelirimiz artmayacağı için gider tarafında yapılacak uygulamalar önem kazanmaktadır..."

1.3.5. HALK'ta Yapılan Yerinde İncelemelerde Elde Edilen Belgeler

09.05.2017 tarihinde HALK'ta yapılan yerinde incelemede elde edilen, Acenteler Müdürlüğü Direktörü (.....) tarafından (.....)'a gönderilen 12.04.2017 tarihli ve "FW: TRAFİK SİGORTALARI SON DURUM" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"... TRAFİKTE PEŞİNE GEÇEN ŞİRKETLER;

(.....)

SİSTEMİ ENTEGRE OLMAYAN ŞİRKETLER;

(.....)

(.....) fiyat veriyor eski fiyat geliyor hata mesajı ile poliçe kesilmiyor, (.....) ara ara geliyor, (.....) işlem hatası veriyor

ACENTELERDEN HIZLI TRAFİK GİRİŞİ GEREKÇELERİ;

- Standart komisyonlu acentelerimizin oranlarının %(.....) lar seviyesinde olması,
- Ödemelerin taksitli olması,
- diğer şirketlerin sistemlerinin çalışmaması,
- beklentikleri işlerin giriş yapılması
- geçen yıl bizden kesemedikleri işleri şu an kendi acenteliklerine kesmeleri..."

(.....) tarafından Acenteler Müdürlüğü Direktörü (.....)'na ve bilgi olarak Anadolu Bölge'ye gönderilen 12.04.2017 tarihli ve "Re: ÖNEMLİ!!!10.04.2017 tarih ve 2017/1 sayılı Genelge ve Sektör Duyurusu HK ŞİRKETİMİZİN MESAJIDIR" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"Değerli Acentelerimiz,

T.C.Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı Sigortacılık Genel Müdürlüğünce düzenlenen 10.04.2017 tarih ve 2017/1 sayılı "Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Primlerine İlişkin Genelge ve Sektör Duyurusu" 12 Nisan 2017 tarihi itibarı ile şirketimizce yürürlüğe girmiştir. Şirketimiz siz değerli iş ortaklarımıza iyi niyetli olarak uygulamayı entegre etmiş;

- Tavan fiyatları yürürlüğe sokmuş ve sistemlerinizden hemen fiyatlama sağlamanıza olanak tanımış,
- Komisyon uygulamasını mevzuat hükümlerine göre ilgili vadede yürürlüğe girecek şekilde uygulamaya koymuş,
- Tahsilat koşullarını peşin ödemeye çekmeden aynen korumuştur.

(.....). Konuya hassasiyetle yaklaşacağınıza güvenimizle işlerinizde kolaylıklar dileriz.

...Uygulama olarak şu an (.....) taksit

Seçeneklerini kapatmış, bu süreçte Verdiğiniz

Desteklerden dolayı teşekkür ederiz.

Saha bilgisi vermek istedim..."

17-20/324-144

Bursa Bölge Satış Direktörü (.....) tarafından Acenteler Müdürlüğü Direktörü (.....) ve bilgi olarak Genel Müdür (.....), Genel Müdür Yardımcısı (.....) ve Acenteler Müdürlüğü'ne gönderilen 13.04.2017 tarihli ve "Re: ACİL ACİL ACİL!!!YOĞUN TRAFİK 4.BSAMAK VE MOTORSİKLET GİRİŞİ" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"...Aktüerya ekibimiz bildiğiniz üzere trafik üretimi ile ilgili yönetimize anlık bilgi geçiyor. 13:30 sonuçlarına göre 4 .kademe organizasyon acentelerinden yoğun bir giriş var, ayrıca motorsikletlerde de.
Hemen görüşme sağlayarak uygun bir dille aşağıdaki acenteleriniz ile görüşmenizi ve bu basamaktan giriş yapılmasını tercih etmediğimizi özellikle belirtmenizi rica ederim.
NOT: (.....) Sigorta ile ben görüştüm.

...Sektörü araştırdım şuan (.....) Sigorta, (.....) ve bir kaç şirket dünden beri poliçe düzenleyemiyor ve birçoğu fiyat verse bile poliçe yapamıyor acentelerimize bu sebepten talep var. (.....) Sigorta acentemizde (.....) sigorta ekranı yarın açılacağı için bir yoğunluğu var. Günün geçen , modeli eski araçlar ve motosikletler için görüşmeler yapılmıştır...

(.....) de problem yok deniyor. (.....) gerçekten sistem problemi yaşıyor ancak (.....) nün kasıtlı kesmediği iddia ediliyor.

...Şuan (.....) Sigorta acentemizdeyim. (.....) ekranına girildiğinde Trafik menüsünde işlem yapılıyor ama ekranı hata koduna düşüyor.
Poliçe yapmıyoruz yerine bu yöntemi uyguluyorlar,
(.....) öğlen saatlerinde açılmış bazı araç gruplarında onlarda da hata Yaşandığı bilgisi ulaştı..."

Acenteler Müdürlüğü Direktörü (.....) tarafından Tüm Bölge'ye ve bilgi olarak Genel Müdür (.....), Genel Müdür Yardımcısı (.....) ve Acenteler Müdürlüğü'ne gönderilen 13.04.2017 tarihli ve "ACİL ACİL ACİL FW: 13.04.2017 Saat 15:35 Trafik Üretimi" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"Arkadaşlar bu süreçte 4.basamak girişlerini çok dikkatli izlemelisiniz
Aktüerya ekibimizden gelen 2 günde 4. Basamaktan (.....) adetten fazla poliçe düzenleyen acentelerin toplam poliçe sayıları ve üretimlerindeki 4. Basamak payları aşağıda mevcuttur. (15:35 itibari ile)
Acentelerinizle görüşmelerinize devam etmenizi, görüşülmeyen acentelerle görüşülmesini, rica ederim.
Şu an hemen herkesin fiyatlamaları aynı, (.....), özellikle organizasyon acentelerine özel ifade edin. Biz en iyi hizmeti veriyoruz sistemimiz çalışıyor taksitli kesmiyoruz diye yaptırmasınlar, kasıtlı, hacimli 4 basamak girişleri kendilerine acente performans akabinde, sonucunda karar olarak geri döner.
4.basamak girişlerine dikkat !!!
(her bölge kendi içinde sıralanmıştır)
..."

Acenteler Müdürlüğü Direktörü (.....) tarafından Tüm Bölge'ye ve bilgi olarak Genel Müdür (.....), Genel Müdür Yardımcısı (.....) ve Acenteler Müdürlüğü'ne gönderilen 14.04.2017 tarihli ve "FW: 15:30 TRF ÜRETİMİ" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"...

...Şubeli olan ve program kullanan acenteleriniz için öneri; az önce (.....) Sigorta ile görüştüm. (.....).
(.....).
Demekki yapılabiliği var.
Şubeli çok kullanıcı ve programlı acentelerinize iletiniz..."

17-20/324-144

Acenteler Müdürlüğü Direktörü (.....) tarafından Genel Müdür (.....), Genel Müdür Yardımcısı (.....)'a ve bilgi olarak Acenteler Müdürlüğü'ne gönderilen 14.04.2017 tarihli ve "FW: (.....) sigorta" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"...(.....) Sigorta teklif dahi basım vermiyor. Acentemden aldığım bilgiye göre eski tarife sadece prim çıkıyor. Onda da aşağıdaki örnekte olduğu gibi poliçe düzenlenememek için örnekteki notlar çıkmaktadır.

...Dediğim gibi (.....) ve (.....) poliçelere IMM koyuyormuş.
(.....) Sigorta ekli örneği (.....) Bey gönderdi. Teklif girişinde tavan fiyat üzerinde prim çıkıyormuş ama kaydetmek istediğinde gönderilen prim miktarı limiti aşıyor poliçe düzenlenemez uyarısı veriyormuş teklifi de kaydetmiyormuş. Ayrıca örnekte olduğu gibi kredi kartı girdikten sonra kaydedilecektir diyor..."

İstanbul Anadolu Satış Müdürlüğü yetkilisi (.....) tarafından Acenteler Müdürlüğü Direktörü (.....)'na ve bilgi olarak Genel Müdür (.....)'a gönderilen 14.04.2017 tarihli ve "FW: 14.04.2017 / ACENTE TRAFİK SİGORTA ÜRETİMİ" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"16.00 itibarı ile çektiğimiz son raporda (.....) ve (.....) sıkıntılı.

Her iki acente ile de tekrar görüştüm.

(.....) daha makul. Üretim almamaya gayret ettik ama, müşteriler yığıldı.

Şirketlerin çoğu da tekrar üretimi durdurunca yapacak bir şey kalmadı der.

Çözüm olarak da (.....) ekranını tamamen kapatıyor.

Ama Pazartesi'ye açacak ve bizden de çözüm bekliyor.

(.....) çok kötü konuştu, yapmaya devam edeceğini vs. bu meyanda bir konuşma yaparak, Polemiğe giriyor. ..."

İstanbul Anadolu Satış Müdürlüğü yetkilisi (.....) tarafından Acenteler Müdürlüğü Direktörü (.....)'na ve bilgi olarak Genel Müdür (.....), teşebbüs yetkilisi (.....)'ya gönderilen 14.04.2017 tarihli ve "FW: TRAFİK ÜRETİM ÖĞLEN" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"...Biz kontrol altına aldık şimdilik.

En çok problem olan

(.....) bugün toplam (.....) adet trafik poliçesidüzenlemiş. (.....) adet 4. Basamak. Diğerleri 5,6,7.

Basamaklar

(.....) adet düzenlemiş. (.....) adeti 4. Basamak.

(.....) normale dönmüş.

...

Sektör Son Durum Bilgisi;

Komisyonu Hepsini ayarlamış. Bizim dışımızda.

Mevcut durum taksit yapan; (.....) da sadece Artı trafik ürününden kesilirse 3 taksit var.

(.....): Tek çekim sistemi gidip geliyor

(.....): 3 taksit (bugün)

(.....): 4 taksit. Sistemi aksamıyor.

(.....): tek çekim (dün hiç poliçe kesmemiş)

(.....): Sistem gidip geliyor. Tek çekim. Artı trafikli keserse 3 taksit

(.....): Sistem gidip geliyor. Taksit yok.

(.....): Sistem gidip geliyor. Taksit yok.

(.....): Sistem gidip geliyor. Taksit yok.

(.....) Sigorta : Sistem çalışmıyor bilgisi var (dün için) Taksit yok.

(.....): Otorizasyona düşürüyor.

(.....): Sistem çalışmıyor.

(.....): Sistem çalışmıyor."

17-20/324-144

(.....) Sigorta Aracılık Hizmetleri Ltd. Şti. tarafından Acenteler Müdürlüğü Direktörü (.....) 'na ve bilgi olarak İstanbul Satış Müdürlüğü yetkilisi (.....), teşebbüs yetkilileri (.....), KAZA ve Acenteler Müdürlüğü'ne gönderilen 17.04.2017 tarihli ve "YNT: 30170 Durdurma Uyarısı" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"...Sn Acentemiz,

Sanırım bir yanlış anlaşılma var, (.....),

(.....) poliçe kesilmesine izin veriyor. Yani teklifi oluşturduktan sonra güncelleme yapmadığınız sürece poliçeleşme adımında tanzim ettiğinizde (.....) gitmiyor, aynı teklifi poliçeleştirerek (.....) sayıyor. İsterseniz sorguyu SBM den yapıp poliçe kesimde sisteme geçin.

Sektördeki diğer şirketlerin (.....) uygulamaları sebebi kontrolü güç üretim girişi olmaktadır. Bu sebeple önlem almak zorunda kalınmıştır...

...Örneğin bugün sbm de (.....) fiyat vermiyor.

Yeni tescillerde 34 ve 59 dediğinde örneğin (.....),teklif ve poliçe olarak olsun ozaman .

Biz yenilemelerimizi sorgulasak yeterli olmayacak.

Sorgulama olacaksada (.....) falan olsun ozaman.,08,30-19,00 çalışıyoruz. (.....) teklif mantıklı olabilir ama (.....) inanın bu zaman diliminde çok az.Bizlere yardımcı olacağınızı umuyoruz.."

Acente yetkilisi (.....) tarafından Acenteler Müdürlüğü Direktörü (.....)'na ve teşebbüs yetkilileri (.....)'e gönderilen 17.04.2017 tarihli ve "(.....) hk." konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"...(.....) Sigorta ailesinin bir ferdî olarak yeni sistemin getirdiği sıkıntıları hep beraber yaşadığımızı farkındayım fakat bu (.....). Bugüne kadar şirket çıkarlarını ön planda tutmuş bir acente olarak çok üzüntü duyduğumu belirtmek isterim. Poliçe keserken 12 nisan dan önce de sonra da kazalı poliçeleri kesmemeye özen göstermiş bir acenteyim bölge temsilcilerinin hiç bir ricalarını isteklerini geri çevirmedim (.....) önceden bilgilendirilmeden (.....) değişmesi zaten komisyon oranlarında meydana gelen düşüş beni ve acentelerinizi zor durumda bırakmıştır. Şirketimizin ve acentelerinizin çıkarlarını düşünerek (.....) olarak daha makul bir sınırlama getirmenizi bir acentemiz olarak bekliyorum..."

(.....) Sigorta Ltd. Şti. tarafından Acenteler Müdürlüğü Direktörü (.....)'na gönderilen 17.04.2017 tarihli ve "YNT: (.....)..." konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"...bir günde 2 darbe vurdu (.....)

Bugün sadece tahsilat (.....),

şu anki sorun kasıtlı bir şey değil, tüm branşları etkiliyor, Vizyoneks bulmaya çalışıyor, çözemediler henüz.

(.....) sigorta (.....) sigorta taksitli

ben (.....) hiç beklemezdim çok zorda kaldık gerçekten"

Acenteler Müdürlüğü Direktörü (.....) tarafından teşebbüs yetkilisi (.....)'na gönderilen 17.04.2017 tarihli ve "RE: taksit hk." konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"...halk sigorta tarifte taksitleri kaldırdınız mı?

çünkü bir poliçem için taksit girişi yapamıyorum farklı kartlar denememe rağmen ama sabah başka bir trafik sigortası için taksitli çekim yapmışım.

...Bilgi Teknolojileri Müdürlüğünce Bugünden itibaren (T13) trafik poliçelerimizdeki taksit uygulaması kaldırılmış olup peşin ödeme şekline çevrilmiştir...

bilgi maili neden atılmadı daha önceden, çünkü sigortalıdan taksitli diye kart almışım. kötü oldu..."

17-20/324-144

Acenteler Müdürlüğü Direktörü (.....) tarafından Yönetime ve bilgi olarak Acenteler Müdürlüğü, teşebbüs yetkilisi (.....)'ya gönderilen 17.04.2017 tarihli ve "FW: Ynt: Trafik Branşı Komisyon Oranı ve Kredi Kartı Taksit Sayısı Uygulama Değişikliği Hakkında" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"(.....) 13 ünde ekli duyuruyu yapmış, tüm trafik branşını sanala çekmiş ve taksit sayısını 4 den 3 e çevirmiştir.
Bilgilerinize arz ederim."

TSB Genel Sekreteri (.....) tarafından ALLIANZ CEO'su (.....), ANADOLU Genel Müdürü (.....), HALK Genel Müdürü (.....), Orrient Sigorta A.Ş. (ORIENT) Genel Müdürü (.....), Unico Sigorta A.Ş. (UNICO) yetkilisi (.....), GÜNEŞ Genel Müdürü (.....), GENARALI yetkilisi (.....), NEOVA Genel Müdürü (.....), HDI Genel Müdürü (.....), Ergo Sigorta A.Ş. (ERGO) yetkilisi (.....), MAPFRE Genel Müdürü (.....), MAPFRE İcra Komitesi Üyesi ve Oto ve Sağlık Sigortaları Teknik Genel Müdür Yardımcısı (.....), ALLIANZ ve TSB Yönetim Kurulu Üyesi (.....), AXA Yönetim Kurulu Murahhas Üyesi (.....), SOMPO Bireysel Teknik ve Finansal Kurumlar Satış Yöneticisi (.....), SBN Sigorta A.Ş. (SBN) yetkilisi (.....) bilgi olarak GROUPEAMA Genel Müdürü ve TSB Başkanı (.....)'e gönderilen 24.04.2017 tarihli ve "Hazine toplantı" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"Sayın Genel Müdürler, Yarın ki hazine toplantısından önce Çukurambar (.....) restoranda yemekle buluşmayı planladık. Saat 12-12.30 gibi orada oluruz. Zamanı uyanlar davetlidir. Geri dönüş yaparsanız rezervasyon sayısını ayarlarım..."

Acenteler Müdürlüğü Direktörü (.....) tarafından (.....) Sigorta Aracılık Hizmetleri Ltd. Şti, teşebbüs yetkilisi (.....) bilgi olarak teşebbüs yetkilisi (.....), Acenteler Müdürlüğü'ne gönderilen 25.04.2017 tarihli ve "RE: TAKSİT" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"...BAZI ŞİRKETLERİN TAKSİT UYGULAMALARI BAŞLADI. EKTE (.....) SİGORTAYA AİT TAKSİT SEÇENEKLERİ MEVCUTTUR.

ACABA BİZİM ŞİRKETİMİZ NE ZAMAN BAŞLAR TAKSİT YAPMAYA?

(.....) BAZI ARAÇLARDA 3 TAKSİT

(.....) 2 TAKSİT

(.....) BAZI ARAÇLARDA 3 TAKSİT VE 4 TAKSİT (.....) SİGORTA OTOMOBİL VE KAMYONETLERDE ARAÇ 20 YAŞINI GEÇMEZSE VE İNDİRİM VARSA 4 TAKSİT (.....) BAZI KREDİ KARTLARINA 3 TAKSİT (MESELA YAPIKREDİ)

Şu anda yönetim kararı gereği taksit (.....)."

Acenteler Müdürlüğü Direktörü (.....) tarafından (.....)'a ve bilgi olarak Genel Müdür Yardımcısı (.....)'a gönderilen 27.04.2017 tarihli ve "(.....) TRAFİK SON DURUM BİLGİLENDİRME" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"Biraz önce (.....) nin (.....) Bölge Müdürü arkadaşım ile görüştüm.

"Biz bu haftaya kadar dayandık, etik davrandık, piyasa oturur, kesmeyenler harekete geçer, sıkıntı çıkarmayalım dedik ama gördük ki piyasa aynen devam ediyor bizde firene basmak zorunda kaldık" diyor. "Günlük (.....) bandında olan poliçe adedimiz (.....) e çıktı" diyor. "Birde diğerleri sistemlerine zorluk çıkarsalar bile yaptıkları uygulama zorunlulukları ile iyi portföyü kendilerine almaya devam ediyor diğer istemediğimiz portföy hızlı bir şekilde bize yazılmaya başladı" diyor. Onlar da gün içinde ara ara 2-3 saat bakım var diye sistemlerini kapatıyorlarmiş.

"(.....)" diyor. Portföyü yönetmek adına zorlanıyorlarmış bizimle aynı duruşta şü an..."

17-20/324-144

(.....) Sigorta Brokerliği Ltd. Şti. yetkilisi (.....) tarafından Acenteler Müdürlüğü Direktörü (.....)'na ve bilgi olarak Acenteler Müdürlüğü ve (.....) Sigorta Brokerliği Ltd. Şti. yetkilisi (.....)'ye gönderilen 28.04.2017 tarihli ve "HALK KASKO-TRAFİK TEKLİFİ HK." konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"Değerli Brokerimiz,

Broker kaynağımız ile ilgili olarak; oto kaza branşındaki organizasyon değişikliği nedeniyle, Bireysel işlemlerinizde destek veremeyeceğimizi bilginize sunarız. Oto dışı işler ile birlikte yapılan taleplerde ((.....)) desteğimiz devam edecektir. Bireysel oto kaza işlemleriniz ile ilgili zeyil taleplerinizin (.....) adresine yönlendirilmesi ricasıyla.

Talebinize cevap veremeyeceğimizi bilginize sunarız

...Aşağıda yer alan mailinizden anladığımız kadarıyla trafik ve kasko poliçelerini (.....). Ancak alınan kararın sadece (.....) Brokerlik için mi uygulandığı ya da nedenleri ile ilgili bilgi rica ederiz...

Tüm broker kaynağı için yönetiminizin almış olduğu bir karardır.

... (.....) ..."

(.....) Sigorta Aracılık Hizmetleri Ltd. Şti. tarafından Acenteler Müdürlüğü'ne gönderilen 01.05.2017 tarihli ve "ACENTE KULLANICALIRI (.....) HK" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"(.....)"

Acenteler Müdürlüğü Direktörü (.....) tarafından (.....) Sigorta Ltd. Şti.'ye gönderilen 02.05.2017 tarihli ve "RE: Re:" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"... KASKO KONUT BİLE KESEMIYORUZ

EKRANLARIMIZ TEKLIF SURESINI AŞTI UYARISI VERİYOR TRFDE
ACIL BILGI TRICA EDERİZ"

(.....)

Tüm acenteler yönetim kararı gereği

... (.....) NE ZAMAN DÜZELCEK BU DURUM

Yakın vadede düzelmeyecek maalesef"

Acenteler Müdürlüğü Direktörü (.....) tarafından Genel Müdür (.....)'a ve bilgi olarak Genel Müdür Yardımcısı (.....) ve Acenteler Müdürlüğü'ne gönderilen 05.05.2017 tarihli ve "BUGÜN İTİBARI İLE "RAKİPLER TRAFİKTE NE YAPIYOR?" BİLGİSİ" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"... (.....) Sigorta ve (.....) Sigorta ile görüştüm.

Yaptığım görüşmelerde güncel bilgiler aşağıdaki gibidir;

(.....):Kaskosu kendindeyse +IMM ile ek teminatla onaylıyor, tek ödeme, onun dışında izin vermiyor

(.....):Kaskosu (.....) ise otorizasyona düşüyor bölgeye mail atılıyor, bölge onaylıyor. Kasko

kendinden değilse, dışarıdan yeni iş ise süreci uzatıyor, tek ödeme

(.....):Kırmızı ve Sarı dan sonra geçen hafta Siyah renge de geçmiş. Siyah kesinlikle istemiyorum

demek olup gelen taleplerin zaten % (.....)'i siyah a takılıyor. Kırmızı kesmiyorum, sarı önceki

poliçe bizde ise ve karlı ise bizi zorlayan dememiş. Ama bu arada işyeri ve konutlarda da yüksek

fiyat vermeye başlamışlar, telefonlar kesinlikle açılmıyor ve ulaşamıyorlar. Ayrıca gün geçmiş,

yeni iş bazen yenilemelerde bile resim istiyor

(.....):3 ekran varmış, Mobil, Kısa Ekran ve Uzun ekran.Kasko kendinde ise kendi menüsünde

açıyor. Kendi yenilemelerini kestiriyor, dışarıdan gelen işi uzun ekrana atıyor. Bu ekranı eski

acenteler biliyormuş, yeni acenteler bilmiyormuş işlem süreçlerinin uzun sürdüğü, eski sistem

ekranlanıymış. Burdan bilen acenteler keşbiliyorlarmış. Normal ekranlarını hiç çalıştırmıyorlarmış.

(.....):Bu hafta hiç kestirmiyormuş. Tek ödeme. İş ayrımı yok, her iş giriyor ama ekranları şu anda

çok ağır çalıştırıyor.

17-20/324-144

(.....):Kendi yenilemelerini,yada hasarsızlıklı basamakları acenteye adetsel bazda açmışlar, her acente için belirlenen sayı farklı.Hususi ve kamyonetlerde düşük basamakları ve ticari grupları resim istiyor, otorizasyona atıyor ve kesinlikle kestirmiyor.

(.....):Full kesiyor, sıkıntı yok, gelen işlerin %95i kesiliyor, sadece yeni satışları otorizasyona düşürüyorlar, ticari taxi,otobüs ve motorsiklet yok ve taksit devam ediyor.Üstelik tüm fiyatlama tavan fiyatın biraz altında , ör:480 TL lik prim (.....) civarı çıkıyor.Taksitli satıyor.

(.....):Kestirmemiş ancak bizim fiyatlara göre (.....) TL gibi yüksek fark çıkıyormuş.Sıkıntı yok sorunsuz kesiyor dediler(3 farklı acenteden daha teyit aldım, biri (.....) TL ilave FK primi var dedi, diğeri yok dedi)

(.....):Kestirmiyor ,ekrani ağırlaştırmış

(.....): Sadece ekstra trafik ekranı sorunsuz çalışıyor,kullanım tarzına göre İMM ve sürücü ferdi veriyor, (.....) TL arasında pahalı satıyor,normal trafik kesinlikle kestirmiyor.

(.....): Ara ara kesiyor her poliçe için geçerli değil.

(.....) sistemi durdurmuşlar, sürekli otorizasyona düşürüyorlar ve kesinlikle kesmiyorlar..."

NEOVA Genel Müdürü (.....) tarafından TSB Genel Sekreteri (.....), Hayat Dışı Genel Müdürlüğü'ne ve bilgi olarak TSB Başkan Yardımcısı (.....)'e gönderilen 09.05.2017 tarihli ve "Re: Trafik Sigortası Eylem planı V3" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"Sayın Başkan,

Değerli Genel Müdürler,

25.04.2017 tarihinde 16 şirketin katılımıyla Hazine Müsteşarlığı'nda düzenlenen trafik sigortasında tavan prim uygulamasının gündem olduğu toplantıda Hazine Müsteşarlığından talep edilen konular eylem planı haline dönüştürülmüştür. Yarnın akşama kadar sizlerden gelecek görüşlerden sonra Hazine Müsteşarlığı ile resmi yazı ekinde paylaşılacaktır...

Aşağıda detayları kabaca yer alan kar/zarar paylaşımı stop loss önerisinin de önerilere eklenmesini talep ediyorum:

Periyot: 12.04- 31.12.2017 Arasında kesilen trafik poliçeleri (uwy esaslı-)

Hasar Prim: (.....TİCARİ SİR.....)

Sonuçta önerilen sistemle Hazine'yi karı ve zararı paylaşmak üzere sisteme dahil edersek, önümüzdeki dönemlerde fiyatlandırmaların daha makul seviyelere çıkması sağlanabilir. Zira şahsi öngörüm bu uygulamanın yılbaşından sonra da devam etme ihtimalinin yüksek olduğudur.

Son olarak da buna benzer sektörel destek uygulaması kredi garantisi fonuyla bankalara yapılmıştır, biz de benzerini talep edebiliriz ve etmeliyiz.

Bu önerime HDI (.....) yorumlarını da ekliyorum:

-bu bir havuz değildir(prim devri yoktur)

-iş yılı bazlı bir uygulamadır

-geçici bir uygulama önerisidir(31.12.2017 ye kadar)

-kar ve zararı paylaşım üzerine bir modeldir

-öneri opsiyoneldir, katılmak zorunlu değildir..."

I.3.6. HDI'da Yapılan Yerde İncelemelerde Elde Edilen Belgeler

10.05.2017 tarihinde HDI'da yapılan yerinde incelemede elde edilen ve teşebbüs yetkilisi (.....) tarafından Genel Müdür (.....), teşebbüs yetkilisi (.....)'a gönderilen 11.04.2017 tarihli ve "WG: New MTPL price cap regulation in Turkey" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır⁷:

"Hazine, 10.04.2017 akşamı MTPL'deki yeni fiyatlandırma yönetmeliğinin ayrıntılarını açıkladı.

Yönetmelik 12.04.2017 ve 31.12.2017 tarihleri arasında geçerli olacaktır. Yönetmeliğin beklenen etkisi ortalama primlerin% 20 -% 40 oranında azaltılması.

⁷ Aslı İngilizce olan yazışmalar Türkçe'ye çevrilmiştir.

17-20/324-144

Yönetmelikte yer alan kilit gereklilikler / unsurlar şöyledir:

Her araç segmenti için tavan fiyat (ilk gösterge, yönetmelikte sadece özel otomobilleri kapsamı)

- o *Her araç segmentinde 7 hasarsızlık indirimi seviyesini baz alan 7 farklı tavan fiyat (aşağıdaki tabloya bakınız)*
- o *İstanbul, Ankara, Bursa ve Kocaeli için% 6'ya kadar ek ücret*
- o *Diğer şehirler için% 5'e kadar indirim*

Aylık% 1 sınırlı fiyat artışı (enflasyona karşılık)

Geçmişe dönük prim getirisi yok (başlangıçtaki gösterge tersi)

Yeni düzenlemeden yararlanmak amacıyla mevcut poliçelerin müşteriler tarafından iptali kabul edilmiyor

Araçlar için minimum komisyon oranı% 10 (Bazı şirketler Çeşitli segment / müşteri türleri için komisyonları% 1'e düşürdü - komisyon oranı yönetimi, 2017'de Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Primlerinin yönetiminde anahtar olacaktır.

İk sonuçları görüşmek ve bir sonraki aşamada karar vermek için yerel ekiple görüştük.

(.....TİCARİ SIR.....)

HDI Genel Müdür Yardımcısı (.....) tarafından teşebbüs yetkilileri (.....); (.....)'a ve bilgi olarak Genel Müdür (.....)'na gönderilen 12.04.2017 tarihli ve "Trafik tarifesi ile ilgili aldığım bazı notlar" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

"Merhaba 1- bütün araç grupları için tarife grupları bazında tavan olarak uygulanacak primleri çıkaralım.

(.....TİCARİ SIR.....)

Sabah ilk aklıma gelenler bunlar gün içinde değerlendirir ve geliştiririz..."

1.3.7. MAPFRE'de Yapılan Yerinde İncelemelerde Elde Edilen Belgeler

09.05.2017 tarihinde MAPFRE'de yapılan yerinde incelemede elde edilen ve Genel Müdür (.....) tarafından İcra Komitesi Üyesi ve Oto ve Sağlık Sigortaları Teknik Genel Müdür Yardımcısı (.....)'e ve bilgi olarak İcra Kurulu Üyesi ve Genel Müdür Yardımcısı (.....)'e gönderilen 21.03.2017 tarihli ve "Trafik" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır ⁸:

"Sevgili (.....), Sanıyorum benim ve (.....) yokluğunda rakiplerle temasa geçmek için en yetkili kişi sizsiniz. Diğer şirketlerden arkadaşlarınızla görüştünüz mü? (.....) ve (.....) gibi bazı şirketlerin CEO'larıyla yarın konuşmayı deneyeceğim, sende bilgi varsa faydalı olabilir. Ayrıca TSB'den Ahmet Genç ile yapılan toplantıdan haberler de önemli olabilir. Değerlendirmeler için seni arayacağım...."

⁸ Aslı İngilizce olan yazışmalar Türkçe'ye çevrilmiştir.

17-20/324-144

Genel Müdür (.....) tarafından İcra Komitesi Üyesi ve Oto ve Sağlık Sigortaları Teknik Genel Müdür Yardımcısı Tolga DAĞLIER, İcra Kurulu Üyesi ve Genel Müdür Yardımcısı (.....)'e gönderilen 23.03.2017 tarihli ve "Trafik" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır⁹:

"Sevgili (.....) ve (.....),

Tarife konusunda önümüzdeki günlerin çok kritik olduğunu benden daha iyi biliyorsunuz.

Bu konuya mümkün olduğunca müdahil olmamız gerekiyor. Diğer genel müdürlerle tekrar iletişime geçmeyi deneyeceğim, döndüğümde bizim de yer aldığımız herhengi bir toplantı olursa, beni de bilgilendirin ben de katılacağım.

(.....) mümkün olduğunca TSB tarife sürecinin içinde olmalı(Zaten aktif olarak katıldığımı tahmin ediyorum). Bizim için önemli olan tarifenin mantıklı ve kar edilebilir olmasıdır.

(.....) Belki sen YASED'in nasıl konuya dahil olduğunu biliyorsunuzdur. Muhtemelen TSB onlara iletişim halindeyiz, fakat lütfen emin olalım..."

AXA Risk Yönetimi, Aktüerya Birimi Aktüeri (.....) tarafından Liberty Sigorta A.Ş. (LIBERTY) Aktüerya ve Analitik Direktörü (.....), TSB Genel Sekreteri (.....), ALLIANZ yetkilisi ve TSB Kaza Sigortaları İnceleme ve Araştırma Komitesi üyesi (.....), MAPFRE Oto Sigortaları Direktörü ve TSB Kaza Sigortaları İnceleme ve Araştırma Komitesi Başkan Yardımcısı (.....), TSB İstatistik ve Aktüerya, Mali Tablolara, Maliye Muhasebe ve Vergi Mevzuatı Bölüm Yöneticisi (.....), HD-Aktüerya Komitesi, TSB yetkilisi (.....), SOMPO Bireysel Teknik Grup Müdürü ve TSB Kaza Sigortaları İnceleme ve Araştırma Komitesi üyesi (.....), ETHICA Teknik, Hasar, Hukuk ve Reasürans'tan Sorumlu Genel Müdür Yardımcısı ve TSB Kaza Sigortaları İnceleme ve Araştırma Komitesi Başkanı (.....), TSB yetkilisi (.....), SBM yetkilisi ve TSB Kaza Sigortaları İnceleme ve Araştırma Komitesi üyesi (.....), AXA Bireysel Sigortalar Müdürü ve TSB Kaza Sigortaları İnceleme ve Araştırma Komitesi üyesi (.....), Eureko Sigorta A.Ş. (EUREKO) Direktörü ve TSB Kaza Sigortaları İnceleme ve Araştırma Komitesi Raportörü (.....), GENARALI Genel Müdür Yardımcısı ve TSB Kaza Sigortaları İnceleme ve Araştırma Komitesi üyesi (.....), AK Bireysel Sigortalar Bölüm Müdürü ve TSB Kaza Sigortaları İnceleme ve Araştırma Komitesi üyesi (.....), HALK Genel Müdür Yardımcısı ve TSB Kaza Sigortaları İnceleme ve Araştırma Komitesi üyesi (.....), GROUPEMA Bireysel Sigortalar Grup Müdürü ve TSB Kaza Sigortaları İnceleme ve Araştırma Komitesi üyesi (.....), ANADOLU Oto Sigortaları Müdürü ve TSB Kaza Sigortaları İnceleme ve Araştırma Komitesi üyesi (.....), GÜNEŞ Oto Sigortaları Teknik ve Hasar Grup Müdürü ve TSB Kaza Sigortaları İnceleme ve Araştırma Komitesi üyesi (.....) ve bilgi olarak GROUPEMA Genel Müdürü ve TSB Başkanı (.....), AK Genel Müdürü ve TSB Başkan Yardımcısı (.....), ALLIANZ ve TSB Yönetim Kurulu Üyesi (.....), TSB Genel Sekreter Yardımcısı (.....), TSB Genel Sekreter Yardımcısı (.....)'a gönderilen 24.03.2017 tarihli ve "RE: Trafik tavan prim analizi" konulu e-posta iletilerinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

".Sektör verisi üzerinde yapmış olduğum çalışma tamamlandı detayları ekteki dosyalarda bulabilirsiniz. Bu kapsamda tavanın ortalamasının %10 üzerinde belirlenmesi veya ortalama prim ile aynı olarak belirlenmesi durumları senaryo 1 ve 2 olarak belirtilmiş, tavan primlerin ortalama primlerin %25 altında belirlenmesi (hem sektör hem de acente tarafı için tamiri mümkün olmayan zararın oluşacağı ve felaket olarak adlandırılan senaryo) ise ayrıca belirtilmiştir ve aşağıda özet verilmiştir.

Bu noktada yapılan çalışmanın hem doğruluğu hem de sektöre uygunluğu açısından Aktüerya Komitesi'nce kontrolden geçmesi ve Hayat Dışı Yönetim Kurulu'nca da onaylanması uygun olacaktır. Liberty Sigorta olarak sektörden aldığımız payın çok düşük olduğu düşünüldüğünde, bu branşta belirli payı olan şirketlerin karşılaşılabilecekleri etki çok yüksek olabileceği için, etki analizi yöntem ve çalışmasına onay verilmesi büyük önem taşımaktadır.

Senaryo 1 (Sektör açısından en rasyonel) Tavan prim, ortalama primlerin %10 üzerinde belirlenirse
Senaryo 2 (Müşterilerle ilişki düşünülerek) Tavan prim, ortalama primlere eşit olarak belirlenirse
Senaryo 3 (Felaket) Tavan prim, ortalama primin %25 altında belirlenirse

⁹ Aslı İngilizce olan yazışmalar Türkçe'ye çevrilmiştir.

17-20/324-144

...Yorumların aşağıdaki gibi:

- İl kırımını için toplantıda alınan son kararın İstanbul, İzmir, Ankara ve diğerleri şeklinde alındığını hatırlıyorum, bu nedenle en son bu şekilde ilerledik. Kırımını daha detaylı hale getirmek için daha uzun bir çalışma gerekecektir. Bu konuda yeterli vaktin olup olmadığına ve Hazine Müsteşarlığı'na daha detaylı bir çalışmayla gitmenin yararlı olup olmayacağına ilişkin Birlik yöneticileri bizi yönlendirecektir.

- Midibus ve Otobüs gruplandırması üzerine uzunca tartışmıştık. Son durumda bu konuda ağırlıklı görüş bu şekilde oluşmuş ve gruplandırarak ilerlemiştik.

- Dilerseniz iş makinesi için daha düşük bir katsayı ile prim belirlenebilir. Çalışmamızda iş makinesine ilişkin bir ölçüm bulunmuyor, bu araç grubuna dair değerler Çekici'nin bulunduğu grubun değerlerinin bir katsayı ile çarpımından oluşuyor.

- Haklısınız, Grup1'in içeriğine Tanker de dahil.

- Ham verinin paylaşılması konusu Birlik yönetimince değerlendirilebilecektir...

...Çalışmayı Midibus ve Otobüs olarak ayıracağım. Ayrıca kamyonet özel/tüzel ayrımına da tekrar bakacağım. Bu şekilde çoğunluğa daha uygun bir noktaya gelinebileceğini düşünüyorum. Önerilen tavan primler net değerler...

... Pazartesi sabah elimizde hepinizin konsensüs sağladığı çok karmaşık olmayan bir çalışma olmalı. Salı günü tarifenin sayın Bakana onaya gideceği bilgisini öğrendim. Eğer hala mutabakata varılamayan noktalar varsa yarın TSB de çalışmayı öneriyorum.konu malum çok büyük önem arz ediyor.
İhtiyaç var mı?..."

Genel Müdür (.....) tarafından teşebbüs yetkilisi (.....)'e ve bilgi olarak teşebbüs yetkilisi (.....)'e gönderilen 27.03.2017 tarihli ve "RE: MTPL" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır¹⁰:

"...(.....) ile az önce görüştüm. Gönderilecek mektubun taslağını (.....) ile birlikte değerlendirebilmek için bize gönderebilir misin?"

Ekte Başbakan ve Başbakan Yardımcısı için önerilen bir mektup gönderiyorum. Bu, biraz kapsamlı fakat gereksiz olduğunu düşündüğün yerleri kesebilirsin.

Konuyu mektup göndermeye itiraz etmeyen Başkan (.....) ile konuştum ancak aynı zamanda bir toplantı ayarlamak için aramamızı da öneriyor...

...İmzalayacağı söylenen kişiler şunlardır:

(.....)

(.....)

(.....)

(.....) da inisiyatife katılacak gibi görünüyor.

Mektubun Türkçe çevirisi talep edildi."

Genel Müdür (.....) tarafından kendisine gönderilen 27.03.2017 tarihli ve konusuz e-posta iletilisinin ekinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır¹¹:

"...Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Primlerine ilişkin potansiyel tavan fiyat uygulamasına yönelik genelge önemli bir geri adım olacaktır. Bu acentelerden çalışanlara ve en nihayetinde hissedarlara ve müşterilere zarar verecektir. Uygulamanın sigorta sektörü üzerindeki etkisi milyarlarca Türk Lirasını bulacak ve pek çok sigorta şirketinin önemli ekonomik sıkıntılara yaşamasına ve iflasına neden olacaktır.

Bunlara ek olarak bu karar ve etkileri yabancı yatırımcılar tarafından görülecek ve türkiyenin yabancı yatırımcılar için çekiciliği azabilecektir.

Bildiğiniz gibi TSB bu endişeleri dile getirdi ve pek çok yabancı sigorta şirketi de bu konuda endişe duymaktadır.

AXA Grubu, işbirliğine dayalı bir yaklaşımla yeterli çözümleri bulmak için Hazine ile çalışmaya çok isteklidir. Bu süre zarfında sizden; böylesine büyük bir önlem almamanızı rica ediyoruz.

¹⁰ Aslı İspanyolca olan yazışmalar Türkçe'ye çevrilmiştir.

¹¹ AXA'nın Hazine Müsteşarlığı'na gönderdiği mektup olduğu öğrenildi. Aslı İngilizce olan metin Türkçe'ye çevrilmiştir.

17-20/324-144

Saygılarımla,”

Genel Müdür (.....) tarafından İcra Komitesi Üyesi ve Oto ve Sağlık Sigortaları Teknik Genel Müdür Yardımcısı (.....) ve İcra Kurulu Üyesi ve Genel Müdür Yardımcısı (.....)'e gönderilen 27.03.2017 tarihli ve “Letter to Authorities.MTPL” konulu e-posta iletilisinde ve ekinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:¹²

“Sevgili (.....) ve (.....)

Hükümete gönderilmek üzere Başkan Huertas için bir taslak hazırladım. Allianz, Axa ve Groupama da göndereceği için Madrid'in de göndermek istediğini düşünüyorum. Lütfen görüşlerinizi bildirin...:

“Konu: Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Prim Oranları Türkiye’de düzenleyici otoriteler tarafından onaylanacak, trafik sigortasında uygulanacak tavan fiyat için yapılan son açıklamalar nedeniyle dikkatinizi çekmek isterim.

Öncelikle bu sigorta branşında ülkedeki teknik karışıklıklara dikkatinizi çekmek istiyorum, çünkü bu uzun soluklu bir iş ve bir sigorta yılı için elde edilen sonuçlar ancak birkaç yıl sonra kanıtlanabilmektedir. Bu da yeni satılmış portföylerin sonuçlarına ulaşmayı zorlaştırmaktadır.

Geçmiş:

Son yıllarda Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası sürekli gözetim altındadır. 2015 yılına kadar hayat dışı sigorta sektöründe zorunlu trafik sigortası poliçeleri düşük fiyatlı bir dönem geçirdi. Bu da şirketler için ağır kayıplara ve sermaye yetersizliklerine neden oldu. Hazine sigortacılarına yeterli rezerv sağlamak için yıllarca izin verdi. İyileşme süreci henüz sona ermedi.

2015 yılının ortalarından itibaren primlerde önemli artışlar yaşandı ve bu da kamuoyunda endişeye neden oldu. Ancak başlangıç noktasındaki fiyatların öngörülen risklere kıyasla çok düşük olduğunun ve sonrasında gerçekleşen ücret artışları, para birimi amortismanı, tekrarlanan enflasyon nedeniyle maliyet artışlarının meydana geldiğinin anlaşılması gerekmektedir. Bu trend önümüzdeki aylarda da devam edebilecektir.

Son aylarda hasar maliyetlerindeki belirsizliğin azaltılması için Türk makamları tarafından bir dizi mevzuat düzenlemesi gerçekleştirilmiştir, bu önlemler iyi bir şekilde ele alınsa da, fiilen, şimdiki kadar sigortacılar için maliyetlerin öngörülebilir şekilde hesaplanabilmesine yönelik etkinliği kanıtlanamamıştır.

Bugün itibarıyla piyasaya çok sayıda oyuncu katılmıştır. Yeni rakiplerin girişi tüketicilere yapılan teklifleri arttırmıştır ve şu anda yoğun bir rekabetin olduğunu söyleyebiliriz. Dolayısıyla tüketicileri korumak için otoriteler tarafından müdahaleye ihtiyaç bulunmamaktadır. Güncel Gelişmeler:

Günler önce yetkili makamlar güncel oranları sınırlamaya ve sigortacıların gelirlerini azaltmaya yönelik bir plan açıkladılar. Biz bu girişimin genel anlamda olumsuz olduğunu düşünüyoruz. Şöyle ki: Bazı şirketler hala son negatif döngünün etkisini absorbe etmeye çalışırken tekrar önemli kayıplara maruz kalabilirler.

Sermaye artışı gerekliliği muhtemeldir, paydaşlar piyasadaki çekilmeyi düşünebilirler. Pek çok küçük sigorta acentesi çekilebilir.

Teklifte alternatiflerin değerlendirilmesi, sektörle diyalog ve tutarlı verilere dayalı teknik analiz eksikliği var gibi görünmektedir.

Tavan fiyat uygulaması fiili olarak kötü şoförlerin ödüllendirilmesi olacaktır.

Korkarız ki tavan fiyat uygulaması, istenmeyen olumsuz etkilere neden olabilecektir ve bu uygulamanın gerçekleştirilmesi istikrarlı ve cazip Türk pazarının itibarını ciddi şekilde olumsuz etkileyecektir.

Ayrıca durumun sosyal etkileri konusunda da endişe duymaktayız: Grubumuz Türkiye’de 1400 personel istihdam etmekte, sahiplerinin ve çalışanlarının gelirlerinin çoğunluğu trafik sigortası poliçelerine bağlı 2500’den fazla acente ile çalışmaktadır.

Sizden bu durumu tekrar düşünmenizi ya da en azından hasar maliyetlerindeki istikrarsızlığı azaltacak bir takım önlemler alana kadar bu uygulamayı ertelemenizi rica ediyoruz. İçtenlikle.”

¹²Aslı İngilizce olan yazışmalar Türkçe’ye çevrilmiştir.

17-20/324-144

İstanbul Anadolu Yakası Bölge Yöneticisi (.....) tarafından Genel Müdür Yardımcısı (.....), Genel Müdür Yardımcısı (.....), Kurumsal ve İstanbul Bölgeler Direktörü (.....)'e gönderilen 04.04.2017 tarihli ve "Trafik Benchmark" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"Merhaba,

Trafik ekran ve KK taksit uygulaması ile ilgili benchmark çalışmamızı aşağıda bilgi için paylaşıyorum.

Hepimize iyi bir hafta sonu diliyorum...

Saygılarımla,

- Ekran problemi olmadan sorunsuz çalışanlar Ok olarak işaretlenmiştir.
- (.....) tüm poliçeleri otorizasyona düşürüyor
- (.....) tavan fiyat üstünde prim gösterip, uyarı yazısı yayımlıyor.
- (.....) ekranları ara ara hata sebebi ile kapanıyor."

Acente Kanalı Servis Yöneticisi (.....) tarafından Bölge Yönetimi ve bilgi olarak Genel Müdür Yardımcısı (.....), İcra Kurulu Üyesi ve Genel Müdür Yardımcısı (.....), Genel Müdür Yardımcısı (.....), İcra Komitesi Üyesi ve Oto ve Sağlık Sigortaları Teknik Genel Müdür Yardımcısı (.....), Oto Sigortaları Direktörü ve TSB Kaza Sigortaları İnceleme ve Araştırma Komitesi Başkan Yardımcısı (.....)'e gönderilen 11.04.2017 tarihli ve "RE: Trafik Tavan Primleri" konulu e-posta iletilerinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"...Hazinenin belirlediği yeni tavan primler 12 nisan (yarın) uygulanmaya başlayacak.muhtemelen piyasada rekabet olmayacak ve şirketler bebzer primlerle poliçe satacak.komisyon en az 10 olarak uygulanacak.mevcut primlerde önemli düşüşler oldu,il ve basamak bazında değişiyor,kabaca %20 den başlayan ve %50 lere ulaşan indirimler var.özellikle hususi ve kamyonet harici kullanım tarzlarında çok indirim var.biz bu araçlara (.....), prim de düşünce bu poliçelerden de bize gelecek.diğer araçlarda küçük olan portföyün büyümesi zararımızın artacağı anlamına gelir.bu konuda dikkat etmek gerekir.

Özetle trafikte yeni bir kaotik döneme giriyoruz,zararlı kaynaklarla çalışmamak çok daha büyük önem kazanıyor....

... (.....) bey in belirttiği doğrultuda daha önce bölgenizde tespit edip (.....) işlemleri hızlandırılm lütfen.

(.....) ..."

Teşebbüs yetkilisi (.....) tarafından Oto Sigortaları Direktörü ve TSB Kaza Sigortaları İnceleme ve Araştırma Komitesi Başkan Yardımcısı (.....)'e ve bilgi olarak Genel Müdür Yardımcısı (.....)'ya gönderilen 12.04.2017 tarihli ve "(.....) Sigorta'nın acentelere yolladığı yazı" konulu e-posta iletilisinin ekinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"...Genelgede belirtilen esaslar doğrultusunda gerekli düzenlemelerin sistemsel tanımları ise 11.04.2017 tarihinde yapılarak 12.04.2017 (bugün) itibarı ile kullanımınıza açılmıştır. ...

Prim ödemelerinde blokeli kredi kart (sanal pos) uygulamalarında 4 eşit taksit ve peşin çekim seçeneklerini sunmaya devam ederek,

Tüm basamak kullanım tarzlarında %10 taban komisyon uygularken, mevcut komisyon esasları çerçevesinde uyguladığı oranları aynı şart ve kriterlerle devam ettirme kararı almıştır."

Bursa Bölge Direktörü (.....) tarafından İcra Komitesi Üyesi ve Oto ve Sağlık Sigortaları Teknik Genel Müdür Yardımcısı (.....)'e gönderilen 12.04.2017 tarihli ve "FW: Trafik Tavan Primleri" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"... (.....) Beyin de yazısında belirttiği gibi, (.....)

Acenteler varsa, takip edildiklerini acentelik sözleşmesine ve kurallara uymaları konusunu kendilerine hatırlatalım.

...Telefonda da görüştüğümüz gibi, arkadaşlarımı bu konuda uyardım. Acenteler ile yapacakları telefon görüşmelerinde (.....) ..."

17-20/324-144

Ege ve Akdeniz Bölge Direktörü (.....) tarafından Genel Müdür Yardımcısı (.....)'a ve bilgi olarak İcra Komitesi Üyesi ve Oto ve Sağlık Sigortaları Teknik Genel Müdür Yardımcısı (.....), Genel Müdür Yardımcısı (.....) ve (.....)'a gönderilen 12.04.2017 tarihli ve "RE: Trafik Tavan Primleri" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"...Trafik sigortalarında (.....) in de belirttiği gibi, peşin ödeme, fotoğraf isteme vb dışında Rakip şirketlerin yaptığı yada sizin aklınıza gelen farklı uygulamalar var ise bölgelerinizin de görüşünü alarak bize bildirir lütfen..."

(.....) Bey şahsi görüşüm (.....) gibi uygulamaları ivedilikle uygulamaya koymamız gerektiğini naçizane öneririm..."

...Öncelikle sanırım (.....)

Şu an bende ki bilgi (.....) ve (.....) peşin ödemeye döndü. Sadece (.....) taksitli ödeme aldığını teyit ettim.

Bizi en çok zora sokacak durum otobüs, kamyon, çekici ve taksi olacak gibi görüyor (.....) ..."

İcra Komitesi Üyesi ve Oto ve Sağlık Sigortaları Teknik Genel Müdür Yardımcısı (.....) tarafından Bölge Yönetimi'ne ve bilgi olarak Genel Müdür Yardımcısı (.....), Oto Sigortaları Direktörü ve TSB Kaza Sigortaları İnceleme ve Araştırma Komitesi Başkan Yardımcısı (.....), Oto Sigortaları Servis Yöneticisi (.....)'e gönderilen 13.04.2017 tarihli ve "trafik" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"Arkadaşlar, aşağıda yeni tarifeden önce 10 nisan üretimi ile tarifenin ilk günü 12 nisan üretiminin kullanım tarzı kırılımlında dağılımı var. İlk göze çarpan sorun minibüs ve otobüsteki artış.

Özellikle bedeni hasarlar dikkate alındığında yolcu taşıyan araçlar portföyümüz için daha da tehlikelidir.

Acente satışlarını takip ederken bu konuya da dikkatinizi çekmek istedim.

Belirlenen Taksi primi de çok çok düşük, özellikle büyük şehirlerde zarara döner.

(.....).

Cognos raporlarında günlük satışlar var, (.....).

(.....).

(.....).Acentelere bir tarifte bulunmak gerekirse;

(.....)

(.....) olsa da olur ama çok fazla olmaması tercih sebebi. Özellikle (.....) tercih ederiz.

(.....) olabilir

Küçük şehirlerde (.....) olabilir."

İcra Komitesi Üyesi ve Oto ve Sağlık Sigortaları Teknik Genel Müdür Yardımcısı (.....) tarafından TSB Genel Sekreter Yardımcısı (.....)'a gönderilen 14.04.2017 tarihli ve konusuz e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"(.....) sigorta acentelerine ekte görüldüğü üzere ekran görüntüsü yeşilse yap kırmızı ise yapma tarzında bir uygulama yapıyor..."

17-20/324-144

İcra Komitesi Üyesi ve Oto ve Sağlık Sigortaları Teknik Genel Müdür Yardımcısı (.....) tarafından Bursa Bölge Direktörü (.....), bilgi olarak Genel Müdür Yardımcısı (.....), Genel Müdür Yardımcısı (.....) ve Bölge Yönetimi'ne gönderilen 14.04.2017 tarihli ve "RE: TRAFİK (.....) SİGORTA" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"...(.....) sigorta (.....) ile görüştüm,

Tercih sebebinin neden (.....) Sigorta olduğunu sordum,

İki gündür, (.....) ve (.....)nin ekranlarının çalışmadığını, sürekli takıldığını ve bu şirketlerin taksit sayısının tek geçim olması sebebi ile tercihlerini (.....)den yana kullandıklarını iletti.

Kendilerine, (.....)nin uzun süredir taksi kullanım tarzı araçlardan uzak durduğunu ve bu kullanım tarzında havuzumuzun boş olduğunu, yaşanacak en ufak bir hasarın acentenin hasar prim oranını ciddi anlamda etkileyeceğini, sürecin 9 aylık olduğunu ve 9 ayın sonunda karnelerinin zararlı çıkmaması için temkinli olmaları gerektiği konusunu ilettim.

Bilgi için teşekkür ettiler, bu konuda daha hassas davranacaklarını ilettiler...

(.....).

Sistemimiz buna izin vermiyor ne yazık ki,ama talep edeceğiz,mutlaka bu dönemde yapılması lazım."

Genel Müdür (.....) tarafından İcra Komitesi Üyesi ve Oto ve Sağlık Sigortaları Teknik Genel Müdür Yardımcısı (.....)'e gönderilen 16.04.2017 tarihli ve "Re: YNT: MtpI" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"...Sizi Pazar günü rahatsız ettiğim için özür dilerim, fakat anlaşıyor ki pek çok şirket (.....) trafik poliçesi yazmamaya çalışıyor. Son 3 gündeki gibi devam edemeyebiliriz. Önerim sen ve (.....) durumu açıklamak için mümkün olduğunca çabuk Bay Ahmet Genç ve Bay Şerif ile görüşmelisiniz..."

Demek diğerlerini harekete geçirmekte başarısız olursa, biz toplantı isteyelim, fakat yapabiliyorsak tek yapmak yerine diğerleriyle ortaklaşa katılalım.

(.....) etik olmayan şeyler yapıyor. Sanırım (.....) ile birlikteyiz.

(.....) GMY'sini iyi tanıdığını varsayıyorum. Ben (.....)'yı arayabilirim, her neyse. Yarın değerlendirelim."

Oto Sigortaları Direktörü ve TSB Kaza Sigortaları İnceleme ve Araştırma Komitesi Başkan Yardımcısı (.....) tarafından İcra Komitesi Üyesi ve Oto ve Sağlık Sigortaları Teknik Genel Müdür Yardımcısı (.....)'e gönderilen 20.04.2017 tarihli "RE: Duyuru | Trafik Sigortası Taksit Uygulaması" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"...(.....) riski düşük poliçelere 3 taksit vermeye başladığını duyurmuş..."

(.....) Sigorta Aracılık Hizmetleri A.Ş. Yönetim Kurulu Üyesi (.....) tarafından Oto Sigortaları Direktörü ve TSB Kaza Sigortaları İnceleme ve Araştırma Komitesi Başkan Yardımcısı (.....)'e gönderilen 24.04.2017 tarihli ve "RE: servis hatası hakk" konulu e-posta iletilerinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"Sevgili (.....),

...

Yeni trafik tarifesinden sonra bildiğin gibi şirketler haklı olarak işi zorlaştırıyor. Cuma günü sizinle çalıştığımız web servis ve online üretim kanallarında sorun var. Bu konuda bölgeye ve elimizde olan kontak isimlere ulaşmaya çalıştık ancak dönüş alamıyoruz.

Bu konuyla ilgili bize kim yardımcı olabilir? İlgilenbilirsen çok sevinirim..."

En kısa süre içinde görüşmek üzere,

... Seninde söylediğin gibi tavan fiyat uygulaması sigorta şirketlerini biraz zora soktu. Ancak Mapfre sigorta olarak ilk günden itibaren mevzuat kapsamında üretim yapmakta ve poliçe satmaktayız.

Sirketimizce herhangi bir üretim zorlaştırmasının olmadığına söyleyebilirim.

Mevcut süreçlerini bağlı olduğunuz bölge yöneticisi ile sürdürmen gerekir. (.....) Beye mailini iletiyor olacağım...."

17-20/324-144

Çankaya Bölge Yöneticisi (.....) tarafından Bölge Yönetimi, İcra Komitesi Üyesi ve Oto ve Sağlık Sigortaları Teknik Genel Müdür Yardımcısı (.....)'e ve bilgi olarak Genel Müdür Yardımcısı (.....), İcra Kurulu Üyesi ve Genel Müdür Yardımcısı (.....), Genel Müdür Yardımcısı (.....), Oto Sigortaları Direktörü ve TSB Kaza Sigortaları İnceleme ve Araştırma Komitesi Başkan Yardımcısı (.....)'e gönderilen 24.04.2017 tarihli ve "RE: TRAFİK" konulu e-posta iletilerinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"...Eklilistede dikkat edilmesi gereken araç gruplarından son 10 günde yapılan belirli adedin üzerinde poliçeler ve acenteler var. ayrıca toplamda da son 10 günde 200 ün üzerinde poliçe yapan acenteler var. daha önce başkalarına giden portföyü bize yazıyorlar ,önlem almamız gerekiyor..... Hangi şirketler poliçe yapmıyorsa o acenteden ilgili acente bunu bize yazsın ve hangi yöntemle o şirketin poliçe yapmadığını da yazsın.

...Acentelerimizden aldığımız bilgilere istinaden Trafik Poliçe tanzimindeki rakip şirketler uygulamaları aşağıdaki gibidir.

- (.....) Sigorta : Genel Müd. onayına düşüyor ve onay veriliyor.
 - (.....) Sigorta : Genel Müd. Onayına düşüyor (Ehliyet istiyor ve onay veriliyor.)
 - (.....) Sigorta : Genel Müd. onayına düşüyor ve onay veriliyor.
 - (.....) Sigorta : Kasko ve Trafik ekranı girişi ekranlardan çıkartılmış.
 - (.....) Sigorta : Genel Müd. onayına düşüyor ve onay veriliyor.
 - (.....) Sigorta : Genel Müd. onayına düşüyor ve onay veriliyor.
 - (.....) Sigorta : Genel Müd. onayına düşüyor ve onay veriliyor.
 - (.....) Sigorta : Genel Müd. onayına düşüyor ve onay veriliyor.
 - (.....) Sigorta : Tek çekim poliçe kesiyor (Taksit için artı imm ekleyerek poliçe kesiyor.)
 - (.....) Sigorta : Taksitli poliçe kesiyor (araç 20 yaş üstü ise ve 4,3,2,1 basamaklara taksit yapmıyor)
 - (.....) Sigorta : Poliçe kesiyor tek çekim olarak işlem yapıyor. (Ehliyet , Fotoğraf , Yıllık kaç km yapıldığı bilgisi isteniyor)
 - (.....) Sigorta : Poliçe kesiyor tek çekim olarak işlem yapıyor.
 - (.....) Sigorta : 5.6.7. basamakta Poliçe kesiyor tek çekim olarak işlem yapıyor. Diğer basamaklarda banka havalesi zorunlu.
 - (.....) Sigorta : Poliçe kesiyor tek çekim olarak işlem yapıyor.
 - (.....) Sigorta : Poliçe kesiyor tek çekim olarak işlem yapıyor.
 - (.....) Sigorta : Poliçe kesiyor tek çekim olarak işlem yapıyor.
 - (.....) Sigorta : Poliçe kesiyor tek çekim olarak işlem yapıyor. (Trafik sigortasına ek imm ekleyerek tavan primden yüksek çıkıyor fiyatları)
 - (.....) Sigorta : Poliçe kesiyor tek çekim olarak işlem yapıyor. (Beyaz , Sarı , Kırmızı , Siyah olarak ayırım yaparak işlem yapıyor (Kırmızı ve Siyaha onay veriliyor))
 - (.....) Sigorta : Kendi yenileme poliçelerini kesiyor (Diğer işlemler için fotoğraf istiyor ve onay veriliyor)
 - (.....) Sigorta : Günlük 50 Adet kota sistemi ile işlem yapılabilir. Her bakılan teklif veya poliçe girişi 1 işlem olarak sayılıyor. Kota dolduğunda ekranda herhangi bir işleme izin vermiyor.
- ***Poliçe kesen sigorta şirketlerinin ekranlarında genel olarak yavaşlık , sistem kopuklukları ve hatalar bulunmakta olup olabildiğince yavaş işlem yapılmaktadır."

17-20/324-144

Teşebbüs yetkilisi (.....) tarafından teşebbüs yetkilileri (.....)'ya ve bilgi olarak Oto Sigortaları Direktörü ve TSB Kaza Sigortaları İnceleme ve Araştırma Komitesi Başkan Yardımcısı (.....) ve Oto Kaza birimine gönderilen 26.04.2017 tarihli ve "FW: Hazine Şikayeti / Başvuru No: 72496/4101700884431" konulu e-posta iletilerinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"...Aşağıdaki Hazine şikayeti ile ilgili görüş ve bilgilendirmenizi rica ederim, özü:şikayet

zorunlu trafik sigortasında yapılan düzenleme ile üst sınır getirildi.Bende 25.04.2017 tarihinde bitecek olan sigortamı yenilemek için acentaya gittim.geçen sene MAPFRE sigortadan yaptırdığım poliçe için bu sene (.....) tl istediler.Bunda sorun yok ama acenta dediki poliçeyi sistem kestirmiyor yanına ilave sigorta almanız lazım,sebebini sordum tüm sigorta şirketleri birleşmiş fiyatların düşmesine tepki olarak sistemlerini kapatmışlar poliçe kestirmiyorlar,sadece yanında ilave başka bir sigorta daha yaptırırsanız sistem açılıyor.buna inanmadım başka bir acenteye gittim oda aynısını söyledi.bende mecburen ilave (.....) tl ye ferdî kaza sigortası daha yaptırdım.sistem bu defa açıldı.sorum şu hazine müsteşarlığı buna nasıl izin veriyor.vatandaş resmen soyuluyor.ama hazine müsteşarlığının haberi yok.ben neden (.....) tl daha ödemek zorunda kaldım.vatandaş sigorta firmalarına karşı kim koruyacak.konu hakkında soruşturma açılmasını istiyorum,arz ederim....

...Soz konusu poliçede ferdî kaza olmadan poliçe kesilebiliyor,. Burada acente müşteriye ferdî kazayı isteği dışında satmış. Bu konudaki şikayeti bölge inceleyip sonuçlandırmalı.

Örneğin acente ile görüşüp bu poliçenin başlangıcından iptalini sağlayı iadeyi müşteri hesabına aktardığını belgelinesin ve gerekcesini veya acentenin özrünü tarafınıza iletmeli. Sizlerde konuyla ilgili bir yazı yazabilirsiniz...

...Bölgenin değerlendirmesi ve işlem sonucu aşağıdaki yazıyı

yazabilirsiniz... Sayın (.....),

Öncelikle poliçe tanzimi için Şirketimizi tercih ettiğiniz için teşekkür ederiz. Adınıza tanzim edilmiş olan (.....) nolu poliçenizde Standart zorunlu sigorta teminatlarına yer verilmiş olup ilave olarak Ferdî Kaza teminatı yer almamaktadır. Satın almış olduğunuz Zorunlu Trafik Sigorta poliçesi prim tutarı 34 plakalı Otomobil araç türünde 7. Basamak hasarsızlığı olan sigortalılar için Hazine Müsteşarlığımızca belirlenmiş olan (.....) TL dir. Şirketimizin bu konuda mevcut prim tutarını farklı teminatlar ekleyerek arttırma uygulaması mevcut değildir.

Yaptığımız incelemede acentemiz tarafınıza şahsınıza (.....) TL primli bir ferdî kaza sigortası düzenlendiği anlaşılmıştır. Talebinizden bu sigorta poliçesini istemediğiniz anlaşılmış olup, acentemizden ilgili poliçeniz başlangıcından iptal edilmesi istenmiş ve yapılan iptal sonrası prim tutarınınhesabınıza/kartınıza iade edildiği ekli belge ile görülmüştür.

Olusan bu memnuniyetsizlik nedeniyle sizlerden acentemiz adına özür diler, ilerleyen yıllarda da tercih ettiğiniz sigorta şirketi olmayı dileriz."

Oto Sigortaları Direktörü ve TSB Kaza Sigortaları İnceleme ve Araştırma Komitesi Başkan Yardımcısı (.....) tarafından TSB Genel Sekreter Yardımcısı (.....)'a gönderilen 26.04.2017 tarihli ve "RE: Trafik ile ilgili Hazine ziyareti" konulu e-posta iletilerinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"Sayın Genel Müdürler;

Bilindiğiniz üzere dün sayın Ülger ve (16 şirket genel müdürünün katılımı ile) Hazine Müsteşarlığına Trafikte tavan tarife ile gelen sıkıntıları paylaşmak, yaşanan kaotik ortamı görmek ve çözüm üretmek üzere ziyarete gidilmiştir.

Toplantıda Birliğimizce verilen temel mesajlar;

..."

17-20/324-144

İzmir Bölge Birim Yöneticisi (.....) tarafından İcra Komitesi Üyesi ve Oto ve Sağlık Sigortaları Teknik Genel Müdür Yardımcısı (.....), Bölge Yönetimi ve bilgi olarak Genel Müdür Yardımcısı (.....), İcra Kurulu Üyesi ve Genel Müdür Yardımcısı (.....), Genel Müdür Yardımcısı (.....), Oto Sigortaları Direktörü ve TSB Kaza Sigortaları İnceleme ve Araştırma Komitesi Başkan Yardımcısı (.....)'e gönderilen 27.04.2017 tarihli ve "RE: TRAFİK" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"...Piyasadaki şirket uygulamalarını bir çok Bölge Yöneticimiz size ilettili, bizim de öğrendiklerimiz aynı doğrultuda.

Farklı olarak aşağıdaki bilgileri acentelerden edindik.

•(.....) Bölge Müdürlüğü organizasyon mantığında ve yoğun iş paylaşımı yaparak çalışan acentelerini bugün bölgeye toplayarak bilgilendirme toplantısı yapmış. Hepimizin bildiği gibi (.....) 13 Nisan itibari ile trafik girişlerinde renk kategorisine gitmişti. Mayıs itibari ile istediği kategorilerde iş yazan acentelere trafikte ek komisyon vereceğini ve tavanın (.....) altında prim ile istediği işleri toplayacağını söylemiş. İstemediği kategorilerde iş yazan acenteler ile yollarını ayıracağını da net bir şekilde ifade etmiş.

• Motosiklet kullanım tarzında sektörde (.....) poliçe kestiği bilgisini almaktayız. Diğer tüm şirketler bu kullanım tarzında poliçe girişini çeşitli yöntemlerle engellemiş durumda.

• Poliçe kesmeyen tüm şirketler kredi kartı bilgisi girildikten sonra banka hatası vererek poliçe tanzimini engelleme yoluna gitmiş.

• (.....) Sigorta dün itibari ile hususi ve kamyonet kullanım tarzında poliçe kesmeye başlamış.

• Poliçe kesen şirketler, acentelerini arayarak oto dışı üretim istemektedirler, özellikle DASK, konut ve ferdî kaza satmaları için baskı uyguluyorlar. (.....) Sigorta'nın bu konuda oldukça agresif bir tutum sergilediğini birkaç acente teyit etti.

• Şirketlerin kullandığı bir diğer yöntem ise; yüksek oranda poliçe girişi yapan acentelerin mevcut acentelik teminatını arttırmak için görüşmeler yapmak.

Bölgemizde, poliçe adedi yüksek olan acentelerimizin hepsi ((.....) hariç) şube organizasyonu yapan acente yapısında çalışmaktadır. Hususi / kamyonet kullanım tarzı dışında poliçe adetlerinin yükseldiği bilgisi bu acentelere verilmiştir. (.....).

(.....).

Bu listeden bağımsız olarak; her sabah gelen rapordan kullanım tarzlarına göre poliçe adetlerini kontrol ediyoruz. Kayda değer bir artış gösteren yada daha önce başka şirketlerden poliçe kestiğini bildiğimiz ancak bize poliçe yazmaya başlayan acenteler var ise Acente temsilcisi kendilerini arıyor ve sözlü olarak uyarıyor."

17-20/324-144

İstanbul Bölge Yöneticisi (.....) tarafından İcra Komitesi Üyesi ve Oto ve Sağlık Sigortaları Teknik Genel Müdür Yardımcısı (.....), bilgi olarak Genel Müdür Yardımcısı (.....), İcra Kurulu Üyesi ve Genel Müdür Yardımcısı (.....), Genel Müdür Yardımcısı (.....), Oto Sigortaları Direktörü ve TSB Kaza Sigortaları İnceleme ve Araştırma Komitesi Başkan Yardımcısı (.....) ve Bölge Yönetimi'ne gönderilen 27.04.2017 tarihli ve "FW: Şirket Trafik Üretim Politikaları" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"...

ŞİRKET	12.04.2017 - 24.04.2017 BAŞLANGIÇ	MEVCUT DURUM 24.04.2017 -
(.....)	Tarife ayarlaması yapılmadı poliçe kestirmede	Kendi yenilemelerine %5'e varan oranda indirimli olarak poliçe kesiliyor. Yeni tesciller tek çekim. Kendi yenilemelerinde 3 taksit var. Diğer şirket hasarsız yenilemeleri 3 taksit.
(.....)	Tarife ayarlaması yapıldı, tanzim onaya düştü.	Bizdeki KTT oranı benzeri, renk tanımı yapıldı. SARI, KIRMIZI, BEYAZ, SİYAH, YEŞİL. Beyaz ve Yeşil kesiliyor. Sarı onaya düşüyor onaylanıyor acentesine göre. Siyah ve Kırmızı onaylanmıyor.
(.....)	Tarife ayarlaması yapıldı, Hususi ve Kamyonet kesildi. Taksit yapıldı	Tarife ayarlaması yapıldı, Hususi ve Kamyonet kesiliyor. Hasarsızlar 2 taksit. Konut dahil kesilirse 4 taksit oluyor. Konut için ekstra prim alınmıyor.
(.....)	Tarife ayarlaması yapıldı, hususi ve kamyonet tek çekim kesildi. Diğer kullanım tarzları hata verdi.	Hususi ve Kamyonet kesiliyor. Tek çekim oluyor. Kesmek istemediği kullanım tarzına, EFT ile ödeme yap uyarısı veriyor.
(.....)	Teklif kayıt edildiğinde bile otorizasyona düşüyor.	Tarifesi kişiye göre hata verebiliyor. Poliçe tanzimi otorizasyon desteği ile oluyor.
(.....)	Tarife ayarlaması yapıldı, tüm branşlar kesildi.	TÜM KULLANIM TARZLARI SORUNSUZ TANZİM EDİLİYOR. Birçok poliçe için gecikme sür primi de eklemiyor.
(.....)	Tarifelere FK, IMM eklenerek yüksek prim kaldı. Poliçe tanzimi için sigortalının kendi kartı olma zorunluluğu getirildi. Size örnek göndermişim.	Tarifelere FK, IMM eklenerek yüksek prim kalıyor. Kendi yenilemelerinde BAZEN poliçe tanzim edilebiliyor.
(.....)	Tarife ayarlaması yapıldı, tanzimler onaya düştü.	Hasarsız yenilemeler tanzim edilebiliyor. Yeni tescil ve hasarlı yenilemeler onaya düşüyor. TEK ÇEKİM.
(.....)	Tarife ayarlaması yapıldı. Sistem ara ara poliçe tanzimine onay veriyor.	TÜM KULLANIM TARZLARI SORUNSUZ TANZİM EDİLİYOR (27.04.2017 tarihindeki bilgidir)
(.....)	Tarife ayarlaması yapıldı. Net primin %5'i kadar prim eklenerek poliçeye Ferdi Kaza eklenerek kesiliyor. Hususi ve Kamyonet olmazsa onaya düşüyor.	Net primin %5'i kadar prim eklenerek poliçeye Ferdi Kaza eklenerek kesiliyor. Tek çekim kesiliyor.
(.....)	Tarife ayarlaması yapıldı. (.....) sisteminde sigortalılar eleniyor. Sistemin izin verdiği kişiye teklif verilebiliyor. (.....) taksit seçeneği var.	Tarife ayarlaması yapıldı. (.....) sisteminde sigortalılar eleniyor. Sistemin izin verdiği kişiye teklif verilebiliyor. 1-3-5 taksit seçeneği var.
(.....)	Tarife ayarlaması yapılmadı.	Ekran açık. Acente üretim kamesine göre, Poliçe tanzim eden acentenin ekranı kapatıyor."

17-20/324-144

Oto Sigortaları Direktörü ve TSB Kaza Sigortaları İnceleme ve Araştırma Komitesi Başkan Yardımcısı (.....) tarafından (.....) Sigorta Acenteliği yetkilisi (.....)'ya ve bilgi olarak teşebbüs yetkilileri (.....)'ye gönderilen 02.05.2017 tarihli ve "RE: TRAFİK POLİÇESİ TANZİMİ" konulu e-posta iletilerinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"...1 haftadan beri trafik ekranımız çalışmıyor.

Üç sistemi de deniyoruz.

Sisteme poliçe girişi yapıyoruz, son anda kabul etmiyor, yoğunluk var mesajı çıkıyor.

İşlem acenteler için eziyete dönmüş durumda.

Trafik fiyatlarına tavan uygulamasına karşıyım.

Bu kararı alanları şikayet edecek bir makam var ise bildirin, gerekli şikayetimizi yapalım.

Şirketimizin son bir haftadır uygulamakta olduğu sistem kısıtlaması

ne kadar sürecek ?

...12 Nisan sonrası büyük ölçekli poliçe tanzimi yapan sigorta şirketlerinin üretim adetlerindeki azalış, Şirketimize olan talebi arttırmıştır. Sistemlerimizdeki kullanıcı sayısındaki bu artış, poliçe tanzimi sırasında sorun yaşanmasına neden olduğu ve sistemin bu yükü kaldıramadığı bilgisine sahibim. Diğer Sigorta Şirketleri normal üretim adetlerine dönmeden Şirketimize yönelen talebin azalmasının mümkün olamayacağı açıktır.

Şuan sık sık sisteme giriş yapmanızı önermek dışında farklı bir şey söyleyemiyorum. Anlayış göstereceğinizi ümit eder ..."

İcra Komitesi Üyesi ve Oto ve Sağlık Sigortaları Teknik Genel Müdür Yardımcısı (.....) tarafından Genel Müdür Yardımcısı (.....)'ya gönderilen 03.05.2017 tarihli "trafik" konulu e-posta iletilerinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"Geçen yıl nisan bize poliçe yapmazken bir anda bize dönmüş, brokerin (.....) ..."

Teşebbüs yetkilisi (.....) tarafından Oto Sigortaları Direktörü ve TSB Kaza Sigortaları İnceleme ve Araştırma Komitesi Başkan Yardımcısı (.....)'e ve bilgi olarak teşebbüs yetkilileri (.....)'a gönderilen 05.05.2017 tarihli ve "Hazine Şikayeti / Başvuru No: 72962" konulu e-posta iletilerinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"...Aşağıdaki Hazine şikayeti ile ilgili görüş ve bilgilendirmenizi rica ederiz. Şikayet:

DÜŞEN TRAFİK FİYATLARI NEDENİ İLE BENDE BULUNAN (.....) SİGORTA -(.....) SİGORTA - (.....) SİGORTA-(.....) SİGORTA TRAFİK POLİÇESİ KESMEMİZE İZİN VERMEMEKDE ... BU KOMUYA ÇOK ACIL ÖNLEM VE ÇÖZÜM BULUNMASI GEREKLİ... DEVLET FİYATLARI İNDİRİYOR SİGORTA ŞİRKETLERİ KEYFİ POLİÇE KESMİYOR FİYATLARI İNDİRİM VERMENİZ Bİ ÇÖZÜM OLMADI GÖRDÜĞÜNÜZ GİBİ..."

Genel Müdür (.....)'in bilgisayarında bulunan "ACTION PLAN FOLLOWING NEW MTPL REGULATIONS" isimli Word dokümanında aşağıdaki ifadeler yer almaktadır¹³:

"Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Düzenlemesine İlişkin Eylem Planı

TEKNİK TARAFTAKİ ACİL ÖNLEMLER

10-14 Nisan tarihleri arasında uygulanan ilk eylem setinin iki ana hedefi var: yeni düzenlemeye uyum sağlanması ve ön analiz sonrasında özellikle düşük idari başlıklara sahip olan istenmeyen risk yazımının etkisizleştirilmesi.

Yapılan eylemler:

(.....TİCARİ SİR.....).

1 MAYIS SONRASI POTANSİYEL TEDBİRLER

Küresel Riskler: daha az seçici

GİDERLERİN İZLEME EYLEMLERİ"

¹³Aslı İngilizce olan yazışmalar Türkçe'ye çevrilmiştir.

17-20/324-144

Kurumsal ve İstanbul Bölgeler Direktörü (.....) tarafından İcra Komitesi Üyesi ve Oto ve Sağlık Sigortaları Teknik Genel Müdür Yardımcısı (.....), teşebbüs yetkilileri (.....), bilgi olarak Genel Müdür Yardımcısı (.....), Genel Müdür Yardımcısı (.....)'a gönderilen 08.05.2017 tarihli ve "RE: trafik mayıs 7 günlük" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"...Bence daha radikal bir çözüm bulmamız lazım, özellikle minibüs'ün yoğun kesildiği İstanbul bölge ile görüşüm kesilen minibüsler mercedes vito vip olarak kullanıyormuş aynı zamanda bu acenteler münhasır acente. Bu acentelere (.....) demek başka şirketten acentelik al demek.

(.....)

12 nisan'dan sonra acentelere en yakın şirket biz olduk fakat her gün acenteleri arıyoruz. "(.....)" diyorlar..."

1.3.8. NEOVA'da Yapılan Yerinde İncelemelerde Elde Edilen Belgeler

10.05.2017 tarihinde NEOVA'da yapılan yerinde incelemede elde edilen, Genel Müdür Yardımcısı (.....) tarafından (.....)'ye gönderilen 11.04.2017 tarihli ve "Trafik tekliflerinde başka acente müşterisi konusu" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"Arkadaşlar,

Trafik teklif taleplerinde başka acenteden teklif olsa da teklif vermemiz gerekir. Trafik teklif taleplerini bu nedenle red etmeyin.

Kolay gelsin,"

Acente yetkilisi (.....) tarafından İfo birimine gönderilen 13.04.2017 tarihli ve "sigorta pirimleri tek çekim uygulaması" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"iyi günler: neova acentesiyim, yeni sigorta pirimleri müşterileri memnun etmiş durumda. (.....) bizi zora sokmakta şöyleki düşük fiyatlara 3-4 taksit yapan firmalar daha şimdiden konuşulmakta. Bu durumda göz önüne alabilmişsiniz."

Teşebbüs yetkilisi (.....) tarafından (.....)'e gönderilen 13.04.2017 tarihli ve "(.....)" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"[https://www.sikayetvar.com/\(.....\)-sigorta](https://www.sikayetvar.com/(.....)-sigorta)

(.....), trafik kesiyor ancak yanında yangın poliçesini de mecbur tutuyor, anlaşılan."

Teşebbüs yetkilisi (.....) tarafından (.....) Sigorta İşlemleri Operasyon Yönetici Yardımcısı (.....)'e ve bilgi olarak Genel Müdür Yardımcısı (.....), teşebbüs yetkilileri (.....)'a ve Sigorta İşlemleri'ne gönderilen 18.04.2017 tarihli ve "Ynt: TRAFİK" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"...Trafik sigortası ile ilgili henüz sisteme tarifeler tanımlanmadığı için ürün kapalı şubelere bu konu bilgi verilmesini rica ederiz talep açmalarına gerek yok
İlgili ürün açıldığında bilgi verilecek..."

(.....) Bey;

Konuyla ilgili son durumu öğrenebilir miyiz? Biz poliçe kesilemiyor bilgisi vermeye devam ediyoruz fakat Neova Sigorta dış acentelerden poliçe kesilebildiği ile ilgili bilgi gelmektedir. Yardımlarınızı rica ederiz.

Saygılarımla,

(.....)

Merhaba,

Sistemden giriş yapılabilir ama otoriz. olan işlemlere müdahale edilemiyor..."

17-20/324-144

Acente yetkilisi (.....) tarafından İnfö birimine gönderilen 20.04.2017 tarihli ve "(.....) PLAKALI ARACIN TRAFİK SİGORTASI HAKKINDA" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"MERHABA

(.....) PLAKALI ARACIMIN TRAFİK SİGORTASINI (.....) ACENTELİĞİNİZDEN YAPTIRDIM. 21.04.2017 TARİHİNDE BİTECEK OLAN TRFAİK SİGORTAMI YENİLEMEK İÇİN TEKRAR ACENTELİĞİNİZE GİTTİM. 4 GÜNDÜR TRAFİK SİGORTAMI KESEMİYORLAR. SİSTEMSEL PROBLEM DİYİP OYALİYORLAR. POLİÇEMİN VADESİ YARIN BİTİYOR. POLİÇEMİN YENİLENMESİNİN YAPILMASINI RİCA EDERİM. RUHSAT FOTOKOPİSİ EK TE MEVCUTTUR. POLİÇENİN (.....) ACENTELİĞİNİZDEN TEKLİF OLARAK VE 6. BASAMAK İNDİRİMİM VERİLEREK KAYDEDİLMESİNİ VE MAĞDURİYETİMİN GİDERİLMESİNİ RİCA EDERİM. (.....)"

(.....) Aracılık Hizmetleri Ltd. Şti. tarafından Genel Müdür Yardımcısı (.....)'e gönderilen 20.04.2017 tarih ve "TRAFİK" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"ŞUAN (.....) DA HASARSIZ YENİLEMERE TAKSİT OLAYINI GERÇEKLEŞTİRİYOR BİLGİNE MÜDÜRÜM"

Teşebbüs yetkilisi (.....) tarafından Ankara Bölge Müdürü (.....)'a ve bilgi olarak Genel Müdür Yardımcıları (.....)'e gönderilen 08.05.2017 tarihli ve "RE: HAZİNE DENETİMİ" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"...Hazine Sigorta müdürlüğünden (.....) aramışlar,öğleden sonra denetlemeye geleceklermiş.Sistemin çalışıp çalışmadığı,hangi şirket ekranları aktif-pasif vs.diye.Bilginiz olsun,yapmamız gereken bir operasyon var mıdır? Saygılarımla,

(.....)

Biz hallettik (.....), (.....) abi ile de konuştum ben. Teşekkürler."

1.3.9. SOMPO'da Yapılan Yerinde İncelemelerde Elde Edilen Belgeler

09.05.2017 tarihinde SOMPO'da yapılan yerinde incelemede elde edilen ve teşebbüs yetkilisi (.....) tarafından Acenteler Satış Geliştirme Koordinatörlüğü Vekili (.....), Bölge Müdür Yardımcısı (.....), teşebbüs yetkilileri (.....), bilgi olarak Acente Satış Geliştirme Müdürü (.....), teşebbüs yetkilisi (.....)'e gönderilen 11.04.2017 tarihli ve "RE: (.....)" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"...(.....) Bölge müdürü birbir destek isteyebileceği acentelerden Sompo Japan hasarsız yenilemelerini isteyip, özel fiyat çalıştırdığı bilgisi geldi! Diğer bölgelerde de var mıdır böyle bir çalışma ? yoksa bölgesel algalıyıp, ona göre mi aksiyon alayım ☺

...

...(.....) 2 büyük acentesi ile görüştüm. Böyle bir uygulama olmadığını söyledi...

(.....) sigorta da trafik te kredi kartı taksit uygulamasını kaldırmış"

Teşebbüs yetkilisi (.....) tarafından Acente Satış Geliştirme Müdürü (.....) ve Bireysel Teknik Direktörü (.....)'a gönderilen 12.04.2017 tarihli ve "Kredi kartı" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"Değerli İş Ortağımız,

13.04.2017 tarihinden itibaren düzenlenecek trafik sigortası poliçelerinde kredi kartı ile taksit imkanı olmayacak olup, söz konusu poliçe primleri kredi kartından tamamı peşin olarak tahsil edilecektir..."

17-20/324-144

Teşebbüs yetkilisi (.....) tarafından teşebbüs yetkilisi (.....), Acenteler Satış Geliştirme Koordinatörlüğü Vekili (.....)'a ve bilgi olarak Acente Satış Geliştirme Müdürü (.....), Bireysel Teknik Direktörü (.....), teşebbüs yetkilileri (.....)'ya gönderilen 12.04.2017 tarihli ve "RE: ANADOLU SİGORTA TR UYGULAMASI" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"...(.....) istediği poliçeyi "yeşil", istemediği poliçeye "kırmızı" buton getiriyormuş. Acenteleri arayıp, sadece "yeşil" butona onay vermeleri yönünde rica da bulunuyorlar. Taksit uygulamasını tekrar değerlendiriyorlarmış.

(.....) 4 taksit ve %13,5 komisyon. Poliçe içerisinde 100 tl ilk ateş konut uygulaması devam ediyor. Önümüzdeki hafta bu rakam 50 tl ye düşecekmiş.

(.....) 4 taksit, bazı illerde tavan fiyatın altında çıkabiliyor.

(.....) henüz ekranı açmadı..."

Bölge Müdür Yardımcısı (.....) tarafından Bireysel Teknik Direktörü (.....)'a ve bilgi olarak Bireysel Teknik ve Finansal Kurumlar Satış Yöneticisi (.....), Acente Satış Geliştirme Müdürü (.....), Acenteler Satış Geliştirme Koordinatörlüğü Vekili (.....), Bireysel Ürünler Tarife Yöneticisi (.....), Genel Müdür (.....)'a ve teşebbüs yetkilileri (.....), (.....), (.....), (.....)'ya gönderilen 12.04.2017 tarihli ve "FW: (.....) S gorta_Karayolları Motorlu Araç lar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigorta....pdf" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"...(.....) Sigorta acentelerine " Trafik" ile ilgili aşağıdaki duyuruyu yapmıştır.

Kredi kartına taksit uygulamasını kaldırmıştır. Bilgilerinize..."

Acente Satış Geliştirme Müdürü (.....) tarafından Acenteler Satış Geliştirme Koordinatörlüğü Vekili (.....)'a gönderilen 12.04.2017 tarihli ve "FW: Subject: ACENTE DUYURUSU: AD/72 12.04.2017 KONU: Trafik Sigortasında tavan prim uygulamasının yürürlüğe alınması" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"...(.....) Sigorta'nin acentelerine " EKSTRA-SUPER VE SINIRSIZ TRAFİK SIGORTASI" olan trafik policelerde IMM, Ferdi Kaza, cekici gibi hizmetler veriyor. Sadece bu policelere kredi kartına 3 taksit yapıyor. Diğer trafikler tek cekim..."

Teşebbüs yetkilisi (.....) tarafından teşebbüs yetkilileri (.....)'ya ve bilgi olarak Acente Satış Geliştirme Müdürü (.....), Acenteler Satış Geliştirme Koordinatörlüğü Vekili (.....), Bireysel Teknik Direktörü (.....)'a gönderilen 12.04.2017 tarihli ve "Kredi KArtı Duyuru" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"Merhaba (.....), acil olarak 13 Nisan itibariyle geçerli olacak ek duyuruyu bu akşam pop-up ve mail ile yapabilir miyiz, Teşekkürler

Jira giriyorum Sevgiler"

17-20/324-144

Bireysel Teknik Direktörü (.....) tarafından Bireysel Ürünler Tarife Yöneticisi (.....), Genel Müdür (.....), Bireysel Teknik ve Finansal Kurumlar Satış Yöneticisi (.....)'a gönderilen 13.04.2017 tarih ve "Fwd: Yen'i trafik" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"(.....) bey,
Ekte limitli kesilen poliçe var şirket ek prim almak için imm gibi ek teminatlar eklemiş,şikayet edeceğiz diyen acentelere kapama tehdidinde bulunmuş
(.....) bazı tekliflere Red line uyarısı veriyormuş sözel acentelere sakın bu poliçeleri kesmeyin demiş aksi halde ceza keser kapatırız demiş
(.....) pozisyonunun beklendiği iletilmiş
.....
(.....) bey,
(.....) ve (.....) oldukça katılar
(.....) kırmızıları otorizasyona dusurup sonra da bezdime taktığı uyguluyormuş.
(.....) hem bazen imm bir de her zaman kendi kredi kartı talebini yapıyor.
Su anda is kabul eden ve isteyen (.....) sigorta var.
Diğerleri ortalarda... o nedenle çok sorun yok aslında...
Ama gerekirse
Surec yapımızı actiktan sonra biz de otorizasyon vb dahil kucuk bir kısima daha fazla risk analizi yapma ihtiyacı duyabiliriz.
Saygılarımla,
(.....)"

Bireysel Teknik Direktörü (.....) tarafından Acente Satış Geliştirme Müdürü (.....)'a gönderilen 17.04.2017 tarihli ve "RE: Trafik poliçe üretimlerimiz" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"Arkadaşlar merhaba,
Önce hatırlatmak isterim ki (.....).
Bildiğiniz gibi Sigortacılık Genel Müdürlüğü'nün trafik sigortasında tavan prim uygulaması başlamıştır.
Yıl sonuna kadar devam edeceği ilan edilmiş bu süre boyunca şirketler belirli bir tavan primi geçemeyecektir.
Yapılan modellemeler yıllık (.....) milyar TL prim üretimi olan trafik sigortalarının üretim rakamında (.....) milyar TL civarında bir prim kaybı olacağı öngörülmektedir.
Bu kapsamda yarından itibaren geçerli çalışma şeklimiz şöyle olacaktır :

(.....TİCARİ SIR.....)

Lütfen bu maili forward etmeyiniz...

.....
(.....) Bey,
Şirket tarihinde okuduğum en ilginç mail olabilir :) Güzel düşünmüşsünüz hayırlı olsun. Acente kanalında her türlü desteğe hazırız...
.....

17-20/324-144

Bireysel Teknik Direktörü (.....) tarafından Genel Müdür (.....), bilgi olarak Bireysel Teknik ve Finansal Kurumlar Satış Yöneticisi (.....), Bireysel Ürünler Tarife Yöneticisi (.....)'e gönderilen 17.04.2017 tarihli ve "Bugünün kısa bir özeti" konulu e-posta iletişimde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"(.....) Bey,
Bugünün kısa bir özetini yapayım :

(.....)

Yarın sabah itibarıyla başlayacak çalışmalar :

(.....)

Devam eden çalışmalar :

(.....)..."

Bireysel Teknik Direktörü (.....) tarafından Bireysel Ürünler Tarife Yöneticisi (.....), teşebbüs yetkilisi (.....)'a gönderilen 20.04.2017 tarihli ve "FW: (.....) trafik ekranı hk." konulu e-posta iletişimde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"(.....) Bey Merhaba,
Malumunuz 12 Nisan itibarı ile fiyatların değişmesi ile birlikte SBM sistemi ve kendi sistemlerimizden fiyat almada yaşanan zorluklar ve Sompo sisteminde bazı araçlar için resim istenmesi gündeme geldi.
Sadece fiyat vermek için müşteriden aracın resimlerini istemek olmayacağından, teklif sisteminde resim istendiğinde bilgisayarın masa üzerinde bulunan alakasız resimlerle sadece fiyat çalışması yapılmış olup bu şekilde hiç bir teklif poliçeleştirilmemiştir. Yani sisteme müdahale yada sistem açığını bularak poliçe onaylamaya asla çalışmadık ve çalışmayızda.
12 nisan öncesinde de acenteliğimizce tanzim edilen poliçeler incelendiğinde de asla böyle bir şey yapmadığımız zaten görülecektir.
Bu sebepten dolayı kapatılmış olan trafik ekranımızın açılması hususunda acil yardımlarınızı rica ederiz.
(.....)"

(.....),
(.....) partajlı (.....) acentemiz trafik ekranı, uygun olmayan fotoğraf (satış senedi vs..) yüklemeleri nedeniyle kapatılmıştı.

(.....)
Değerlendirilmesini rica ediyorum. İyi çalışmalar,

(.....) merhaba,
(.....) ..."

17-20/324-144

Acente Satış Geliştirme Müdürü (.....) tarafından Acenteler Satış Geliştirme Koordinatörlüğü Vekili (.....)'a gönderilen 24.04.2017 tarihli ve "FW: TRAFİK HK" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"SAYIN İŞ ORTAĞIMIZ
SOMPO JAPAN SİGORTA
12 NİSAN 2017 DEN İTİBAREN YÜRÜRLÜĞE GİREN TRAFİK SİGORTASI TAVAN FIAT
UYGULAMASI NEDENİYLE BİLDİĞİNİZ ÜZERE
TRAFİK SİGORTASI KESEMİYORUZ BİZDEN ARACIN 4 TARAFINDAN ÇEKİLMİŞ
RESİMLERİNİ İSTİYORSUNUZ ONUDA EKLIYORUZ
AMA YİNEDEN ONAY YAPMIYORSUNUZ KOMİSYONLAR ZATEN (.....) A DÜŞTÜ
BEN KENDİ İÇİMDEKİ ACENTEDEN TRAFİK SİGORTAMI KESEMİYİNCE MECBUREN
DIŞARIDA KESEN BİR ACENTEYE KESTİRMEK ZORUNDA KALIYORUZ (.....) OLAN
KOMİSYONUM (.....) DÜŞMÜŞTÜ DIŞARI KESTİRİNCE (.....) E DÜŞÜYÜR ACENTE OLARAK
KAYBIM (.....)
TÜRKİYEDE 21 MİLYON ARAÇ VAR BUNLARI KESMEMEK ÇÖZÜM DEĞİL İLK GÜNDEN BERİ
KESEN VE HALEN TAKSİTLİ OLARAK KESMEĞE DEVAM EDEN ŞİRKETLER VAR (.....) GİBİ
EKRANLARIMIZI EN KISA ZAMAN DA AÇMANIZI RİCA EDERİM
NE ZAMAN AÇACAKSINIZ YADA AÇACAKMISINIZ BİLGİ RİCA EDERİM
SORUN DEVAM EDECEKSE BİZDE ONA GÖRE POZİSYON ALALIM
CEVAP BEKLİYORUM
SELAMLAR
(.....) ..."

Teşebbüs yetkilisi (.....) tarafından Süreç Analizi ve İç Kontrol Yöneticisi (.....)'a ve bilgi olarak teşebbüs yetkilisi (.....), Bireysel Ürünler Tarife Yöneticisi (.....) ve teşebbüs yetkilisi (.....)'a gönderilen 03.05.2017 tarihli "RE: Trafik Poliçesi Ödeme Şekli Kontrolü Bilgi Desteği" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"(.....) merhaba,
Öncelikle bir açıklama yapmak istiyorum. TK gördüğünüz her işlem kredi kartından taksitli yapılan işlem anlamına gelmemektedir. TK'nın açıklaması sanalpos aracılığı ile, üretim esnasında kart bilgilerinin girilerek, tahsilat sonrası teklifin poliçelediği kurguyu ifade etmektedir. Bu esnada tahsilat, peşin de olabilir, blokajlı taksitli çekim de olabilir.
Aşağıdaki örneklerden ilkinin incelediğimizde, poliçenin taksitli tahsil edildiğini banka datalarını da kontrol ederek teyid ettik. Acente ile yaptığımız görüşmede, çok kısa süre taksitli çekimin kısıtlı olduğunu, ancak sonrasında aktif geldiğini ilettili (.....). Sanırım korktuğumuz başımıza geldi (.....).
Konuyu TSUG ve Web tarafı ile görüşmek ve teyid etmek gereken sanırım.
İyi çalışmalar.
Taksitli tahsil edilen diğer örnek poliçeler: (.....)
(.....)"

17-20/324-144

Acente Satış Geliştirme Müdürü (.....) tarafından Bireysel Ürünler Tarife Yöneticisi (.....)'e ve bilgi olarak Bireysel Teknik ve Finansal Kurumlar Satış Yöneticisi (.....), Acenteler Satış Geliştirme Koordinatörlüğü Vekili (.....), Bireysel Teknik Direktörü (.....)'a gönderilen 05.05.2017 tarihli ve "FW: trafik sigorta yenilemelerim hakkında bir öneri." konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"...yaklaşık 1 aydır yaşadığımız trafik sigortalarına ilişkin sorunlar, benim gibi 2 şirketle çalışan ve önceliği SOMPO JAPAN SIGORTA A.Ş. olan acentelere çok büyük sorunlar yaşatmaktadır. [...] sizin de bildiğiniz gibi başka acentelerle paslaşarak çalışma yapmıyorum. kendi yenileme müşterilerimin de şuan trafik yenilemesini yapamamak bana çok büyük maddi ve manevi zarar veriyor. sigorta şirketlerinin de içinde buldukları durumu anlamaya çalışıyorum. ama bu süreçte en büyük yarayı biz acenteler yaşıyor bu bir gerçek.

şimdi sizlere naçizane bir önerim olacak. trafik sigorta YENİLEMELERİMİ -sadece sompo yenilemelerim için söylüyorum- 4.basamaktan sonraki indirimli basamakta olan müşterilerim için (.....). netice de sigorta şirketleri olarak sizler zarar gördüğünüz için bu primlerle poliçe kesmek (.....), ancak 5.,6.,7. basamakta olan yenileme müşterilerimin primleri bu indirimler olmadan öncesi ile şuan ki primler arasında (.....) arasında fark ediyor. bu kadarlık bir farkla büyük zararlar yaşanacağını düşünmüyorum. (.....). sompo japan [...] en azından acentelerini düşünerek kendi yenilemelerinde indirimli olan poliçelerinde böyle bi uygulama yapabilir diye düşünüyorum. hatta gerekirse +trafik olarak ve sadece hususi oto olanlar için böylesi bir uygulama yapabilirsiniz.

(.....)

Merhaba (.....)

(.....) acentemizin aşağıda bir önerisi vardır. Bu konuda nasıl bir yol izleyelim. Bilgi vererseniz acentemize dönüş yapılacaktır. İyi çalışmalar.

(.....)

(.....) günaydın,

Tekli ya da çok ağırlıkla bizden çalışan acentelerin hasarsız trafik "yenilemeleri" için özel bir değerlendirme yapıma durumu var mı?

Veya acente özelinde değerlendirme yapılabilir mi?

Örneğin (.....) şu an kendi "sompoy yenilemelerinin" yüzde kaçını teklif alamıyor / onay yapamıyor onu bilmiyorum; mailini aşağıda görebilirsin.

Kendisine bir dönüş yapacağız ancak mantıklı ve tutarlı olmak adına konuyu netleştirebilir miyiz?

(.....)"

17-20/324-144

Acente Satış Geliştirme Müdürü (.....) tarafından Bölge Müdür Yardımcısı (.....)'e ve bilgi olarak Acenteler Satış Geliştirme Koordinatörlüğü Vekili (.....), teşebbüs yetkilileri (.....), Bireysel Ürünler Tarife Yöneticisi (.....)'e gönderilen 08.05.2017 tarihli ve "RE: trafik sigorta yenilemelerim hakkında bir öneri..." konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"Merhaba (.....)

(.....) acentemizin aşağıda bir önerisi vardır. Bu konuda nasıl bir yol izleyelim. Bilgi vererseniz acentemize dönüş yapılacaktır...

...

Merhaba (.....)

(.....) acentemizin aşağıda bir önerisi vardır. Bu konuda nasıl bir yol izleyelim. Bilgi vererseniz acentemize dönüş yapılacaktır. İyi çalışmalar.

(.....)

(.....) Bey merhaba,

(.....) gibi özel durumda olan acentelerimiz için kendi yenilemeleriyle ilgili destek hususunda (.....) Hnm'larla (Operasyon Birimi) irtibata geçebilirsiniz.

Tekli acenteler ya da ağırlıklı bizimle çalışan, karşılıklı, otodışı üretim hacmi yüksek acenteler için de benzer şekilde hareket edebiliriz; bunlara şirket olarak destek olmaya çalışıyoruz.

Bunun haricinde kısa süre içinde (.....) işlerde mevcut onay-operasyon süreci yerine doğrudan "havale ile üretim" yöntemine geçilmesi gündemde.

Bu durumda zaten Acenteler kendi yenilemeleri veya bazı işleri (.....) vb. bir söylemde bulunamayacaklar. Havaleyi gönderen poliçeyi kesebilecek.

Tabi bunun bilgisini acentelere şu aşamada vermeyelim, birakaç gün içinde konu netleşecek.

(.....) Hnm'a mevcut işleri , teklifleri için hızlıca destek vereceğimizi söyleyebilirsiniz..."

Acente Satış Geliştirme Müdürü (.....) tarafından teşebbüs yetkilisi (.....)'e ve bilgi olarak Bireysel Teknik ve Finansal Kurumlar Satış Yöneticisi (.....), Acenteler Satış Geliştirme Koordinatörlüğü Vekili (.....), Bireysel Teknik Direktörü (.....), Bireysel Ürünler Tarife Yöneticisi (.....)'e gönderilen 08.05.2017 tarihli ve "RE: ÖNEMLİ BİLGİ... ACİL!!" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"Merhaba,

Az evvel (.....) acentemiz (.....) Sigorta'ya Hazine çalışanları gelmiş.

Şirketlerin trafik ekranlarından teklif çalışmaları isteniyor.

Acente kredi kartı bölümü geldiğinde gerçek teklif yok. Kredi kartı bilgisi gerekir dediğinde, kredi kartı mı dayatıyorlar demişler.

Acentede acentelik sözleşmesi hazırlarken bizim talebimiz üzerine sanal pos çalışıyoruz. Ek teminat veniyor olsak açık olurdu, bizim tercihimiz demiş.

Eğer poliçe onayı isterlerse acil beni arayacaklar.

Bu şekilde gezmeye başlamışlar,

(.....) merhaba,

Bilgilendirme için teşekkür ederiz. Konuştuğumuz üzere aslında beklenen gelişmeler..

Sizlerin desteğiyle yakın takipte olmaya devam edeceğiz..."

17-20/324-144

I.3.10. DOĞA'da Yapılan Yerinde İncelemelerde Elde Edilen Belgeler

10.05.2017 tarihinde DOĞA'da yapılan yerinde incelemede elde edilen ve Acenteler Müdürü (.....) tarafından Bölge Müdürleri, Bölge Müdürlükleri, Mali İşler, Kaza Teknik, Acente Temsilcileri, Acenteler Müdürlüğü, Hasar, Hasar Lojistik, Yangın Teknik, Mühendislik Teknik, Nakliyat Teknik, Hukuk, Kurumsal Satış, Sağlık, Aktüerya ve Sistem Ar-Ge, Bilgi Teknolojileri, Kurumsal İletişim birimlerine gönderilen 12.04.2017 tarihli ve "HAZİNE MÜSTEŞARLIĞI 2017/1 GENLEGE DUYURUSU" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"Değerli İş Ortaklarımız,

...

Genelgede belirtilen esaslar doğrultusunda gerekli düzenlemelerin sistemsel tanımları ise 11.04.2017 tarihinde yapılarak 12.04.2017 (bugün) itibarı ile kullanımınıza açılmıştır. ...

Tüm basamak ve kullanım tarz tarifelerinin prim hesaplarında özen göstermiş, Prim ödemelerinde blokeli kredi kart (sanal pos) uygulamalarında (.....) taksit ve peşin çekim seçeneklerini sunmaya devam ederek,

Tüm basamak kullanım tarzlarında %(.....) komisyon uygularken, mevcut komisyon esasları çerçevesinde uyguladığı oranları aynı şart ve kriterlerle devam ettirme kararı almıştır. ..."

Genel Müdür (.....) tarafından Yönetim Kurulu Başkanı (.....), Yönetim Kurulu Başkan Yardımcısı (.....)ye gönderilen 12.04.2017 tarihli ve "FW: 12/04/2017 TRAFİK ÜRETİMİ HK." konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"...Tavan Prim Uygulama esasları çerçevesinde aşağıda belirtilen değişikliklerle ilgili sistem tanımları yapılmakta olup, iş ortaklarımıza herhangi bir duyuru yapılmamıştır.

(.....TICARİ SIR.....)

Herkese merhaba,

Malumunuz üzere beklenen karar çıktı ve işlemler başladı.

Ekte saat 12:00 civarında sistemden çıktığımız raporlarda ortaya çıkan şu ana kadar sistemimizde çok mevcut olmayan kullanım tarzlarının listesini bilgilerinize sunarız.

Bu kullanım tarzları ile ilgili Acenteleriniz ile konuşmanız önem arz etmektedir.

Şu an itibarı ile üretim;

..."

17-20/324-144

Genel Müdür (.....) tarafından Yönetim Kurulu Başkanı (.....), Yönetim Kurulu Başkan Yardımcısı (.....)'ye gönderilen 19.04.2017 tarihli ve "FW: Genel Kurul Tarih Değişikliği" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"Sayın Genel Müdürler,

Başbakan Yardımcımız Sayın Mehmet ŞİMŞEK'e yoğun seçim takvimine rağmen ulaşmayı başardık. Genel Kurulumuzu teşrif etmeyi kabul ettiler. Bu nedenle Genel Kurul tarihini sayın Başbakan Yardımcımızın takvimine uygun olarak 28 Nisan'a alıyoruz. Nihayet bir terslik olmaz ise Genel Kurula Bir Başbakan Yardımcısı katılmış olacak. Endüstrimizin zor günlerden geçtiği bir dönemde sorunlarımızın takdimi noktasında önemli bir fırsat olacak Genel Kurulumuza katılımınız hususunda gereğini arz ederim. Program bilahare paylaşılacaktır...

Sayın Genel Mudurler ve (.....) bey,
Gıdısati tartismak uzere ve sayin bakanimiza verecegimiz mesaj ve onerileri olusturmak uzere acilen biraraya gelmemizde fayda olacagini dusunuyorum Saygilarimla

(.....)

Sayın Genel Müdürler bu tip üst düzey katılımının olduğu toplantılarda çok şey söylemekten az sayıdaki temel mesajı tam verebilmek önemli. Bu itibarla (.....) beyin önerisi çerçevesinde sizler için de uygunsu 20 Nisan Perşembe günü Birlik nezdinde toplantı organize edebilirim. Böylece konsensüs sağlanacak temel mesajlar üzerinde durulabilir. Ancak gerek konuların farklılığı gerekse toplantı odasının kapasitesi açısından hayat dışı ve hayat ve emeklik şirketlerinin ayrı ayrı toplanmasında fayda var. Hayat Emeklik şirketleri ile ilgili organizasyonu ben sayın (.....) ve şirket Genel Müdürleri ile ayrıca istişare edeceğim.

Bu itibarla sonuç olarak 20 Nisan Perşembe günü saat 9.30 da Birlik binasında Hayat Dışı Genel Müdürlerin toplanma hususunu görüşlerinize arz ederim...

Sayın Meslektaşlarım,

Perşembe gününe planlanan toplantıda tartışmak üzere trafik sigortaları hakkında hazırladığım öneriyi görüşlerinize sunmak isterim;

Bildiğiniz üzere son yapılan düzenlemelerle bu ürün üzerindeki gelirlerimizi artırma, giderlerimizi de düşürme imkanı ortadan kalkmıştır. Zira bu ürünle ilişkili gelir(prim) ve gider(acente komisyonu, yedek parça, bedeni tazminat, ekspertiz ücretleri vs.) kalemlerinin tamamı Hazine veya mahkemeler tarafından belirlenme durumuna gelmiştir.

Bu durumda, Hazine sektöre zarar edeceği kesin olan bir tavan önermişse, danıştaya yürütmeyi durdurma için acilen gitmekten başka çare yoktur.

Eğer belirlenen fiyatların zarar etmeyeceği iddia ediliyorsa, Hazine olağanüstü risk havuzu uygulaması üzerinden sektöre opsiyonel olarak kar/zarar paylaşımını bir stop loss reasürans teminatı sunabilir, bunu isteyen şirket alır, istemeyen almaz. Özetle sistem şu şekilde işler:

Periyot: 12.04- 31.12.2017 Arasında kesilen trafik poliçeleri (uwı esaslı-)

Hasar Prim: (.....)

Sonuçta önerilen sistemle Hazine'yi karı ve zararı paylaşmak üzere sisteme dahil edersek, önümüzdeki dönemlerde fiyatlandırmaların daha makul seviyelere çıkması sağlanabilir. Zira şahsi öngörüm bu uygulamanın yılbaşından sonra da devam etme ihtimalinin yüksek olduğudur.

Son olarak da buna benzer sektörel destek uygulaması kredi garantisi fonuyla bankalara yapılmıştır, biz de benzerini talep edebiliriz ve etmeliyiz...

(.....)

olmamalıyız, ve şu aralarda belli toplantı ve org. İçinde olmamalıyız görüşünderim..." Taraf

17-20/324-144

NEOVA Genel Müdürü (.....) tarafından GÜNEŞ Genel Müdürü (.....), bilgi olarak TSB Genel Sekreteri (.....), TSB Başkanı (.....), TSB Başkan Yardımcısı (.....) ve Hayat Dışı Genel Müdürlüğü'ne gönderilen 20.04.2017 tarihli ve "Re: Trafik sigortası Hazine toplantısı" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"Sayın Başkanlarım,
Saygıdeğer Genel Müdürler,
Bugün trafik için yapmış olduğumuz toplantıda (.....) beyden randevu olarak toplantı talep edelim denmişti. (.....) bey, 25 Nisan Salı günü saat 14.00 -16.00 için randevu vermiş bulunmaktadır. En geç yarın akşam katılımcı listesini paylaşmam gerekiyor. Toplantıya katılmak isteyen sayın Genel Müdürlerimin katılım durumlarını bize bildirmelerini arz ederim. Saygılarımla,

Ben katılıyorum.
İyi çalışmalar dilerim.
(.....)

Ben de geliyorum
Saygılar
(.....)"

Teşebbüs yetkilisi (.....) tarafından teşebbüs yetkilisi (.....)'a ve bilgi olarak teşebbüs yetkilisi (.....), Genel Müdür (.....)'a gönderilen 26.04.2017 tarihli ve "Re: Fwd: Düzeltme - Doğa Sigorta (.....) kampanyası" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"...Trafik sigortalarına yapılan 12 Nisan müdahalesi ile Sigorta şirketleri Trafik poliçeleri ile ilgili yaptırma gitmişlerdir.
Taksit olanaklarının kaldırılması, komisyonun düşürülmesi, ekran otorizasyonlarının artırılması gibi zorluklar ile kendilerine poliçe girişini engellemeye çalışmışlardır.
Doğa Sigorta 12 Nisan da dahil olmak üzere bizlerden desteğini kesmemiş ve bugün halen bizlere desteklerine devam etmektedirler.
27.04.2017 - 28.04.2017 tarihlerinde(Perşembe ve Cuma) 3-4-5.nci basamak KASKO ürünü ile ilgili kampanya yapmaktadır.
Bu iki günde Kasko desteği istemektedirler. Her (.....) poliçe kesmenizi istiyoruz.
Özellikle belirtilen basamaklarda destek vermenizi önemle rica ederim.
Not: Doğa Sigortada Nisan Ayı için ilave (.....) komisyonu almış bulunmaktayız. Destekleriniz ile (.....) komisyon olacaktır

(.....)
(.....) sigortanın (.....) ye yakın şubesi olduğunu düşünürsek güzel bir üretim olur..."

17-20/324-144

Genel Müdür Yardımcısı (.....) tarafından teşebbüs yetkilisi (.....)'e ve bilgi olarak Genel Müdür (.....), Oto Kaza Sigortaları Müdürü (.....), teşebbüs yetkilileri (.....), (.....) ve Kaza Teknik birimine gönderilen 04.05.2017 tarihli ve "(.....) TRAFİK İNDİRİM TALEBİ" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"...

En son 4. Kademe (.....) tl tl gelmişti. Fakat biz kademe bazında değil mevcudu (.....) verdiği gibi fix (.....) tl talep etmekteyiz

...(.....) Nakliyat'ın (.....) yazılan (.....) kadar C2 tanımlı çekicisi için (.....), 1,2 ve 3. Basamaklarda (.....) TL tavan fiyatı istiyor. İş bize getireceklermiş...

Şartlı onay var.

Her bir C2 poliçe için (.....) Doğal destek kesilmesi şartı ile onay verilmiştir.
Kaç tane (.....) akabinde C2 poliçelere onay vereceğiz...

(.....).

Durumu (.....) ile paylaştım. (.....) hatırlarsanız daha önce de mevzu olmuştu, bizden FK teklifi istenen grup. Fakat sürer olmaları ve limitler sebebiyle istenen şartları sağlayamamıştık. Dolayısıyla (.....) araç ciddi bir rakam, buna karşılık (.....) adet Doğal Destek kesmemiz çok zor derler. Geçen haftaki kampanyada en çok üretim yapan acente oldular. Ancak bize makul bir hedef verin, destekleyelim diyorlar. İlaveten, uygulayacağımız fiyat basamak bazlı paylaşmamızı rica ettiler...

Bu fiyatla (.....) te ısrarlı olalım..

(.....).

(.....) aradı. (.....) özelinde firmanın Grup Ferdi Kazası olduğu için bu müşteri için bir söz veremiyorum ama yangın işleri sizde ve biz sözümüzü tutuyoruz, sizler de görüyorsunuz dedi. Özetle uygulamaya geçmemiz için (.....) adet Doğal Destek zorunlu şartımızı kaldırmamızı rica ettiler. Ama (.....) yıl sonunda yazdığımız işlerle farkı göreceksiniz, fırsat yaratıp bu ürünleri yazacağız diye belirtti...

(.....) hn Bu koşullarda olmaz , kimsenin iş Yazmadığı bir ortamda bunları istemek doğal Hkkımız...

(.....).

(.....) tekrar konuştuk. (.....) ürününü bu gruba satmalarında sıkıntı var maalesef. (.....) adet yeşil kart yazabiliriz acenteye bu işin yanında. ((.....) komisyon). Bunun yanında Mayıs ayında kampanyalara da destek vereceğiz.
Uygunluğunu onayınıza sunarım...

Benim fikrim (.....).

Zaten artarak devam eden bir prim yazım (.....) var.
Ve trafik üretimi hız kesmeksizin devamlı yazılıyor.
12/04 öncesi olsa idi sil süpür işlemine devam ama 12/04 milat.
Son karar tabii ki Genel Müdüremüz (.....) ..."

17-20/324-144

Genel Müdür (.....) tarafından Yönetim Kurulu Başkanı (.....), Yönetim Kurulu Başkan Yardımcısı (.....)'ye gönderilen 05.05.2017 tarihli ve "FW: Acente Temsilcisi Sohbet Toplantısı Toplantı Notları (05.05.2017)" konulu e-posta iletilisinin ekinde bulunan Word belgesinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"Acente Temsilcisi Sohbet Toplantısı Toplantı Notları

Tarih: 05.05.2017

Yer: Divan Otel/İstanbul

Katılımcılar;

(.....)

*Tüm bölgelerden helen (.....) acente temsilcisi
Konuşulan Konular ve Alınan Kararlar*

1. 12 Nisanda trafikte yapılan tavan fiyat değişikliğinin ardından portföy dağılımlarındaki dengenin bozulduğu belirtildi. Bu nedenle özellikle kasko,tamamlayıcı sağlık, yabancı sağlık,konut,kobi,dask,doğal destek ürünlerine daha fazla odaklanılması ve bu ürünlerdeki satış hacimlerinin artırılmasının birinci öncelik olduğu belirtildi. (Acente Temsilcileri)

...

6. Trafik çapraz satış oranımızın azaldığı bilgisi verildi. Bu konuda önlem almak adına çapraz satış yapılmayan trafik poliçelerinden taksitin kaldırılması kararı alındı.

...

8. Trafik poliçelerinde, Hukuksal koruma seçildiğinde, konuyla beraber yapılan satışa göre komisyon oranının daha yüksek olduğu bilgisi verildi. Konu ile ilgili inceleme yapılmasına karar verildi. (Teknik) ..."

I.3.11. TSB'de Yapılan Yerinde İncelemelerde Elde Edilen Belgeler

10.05.2017 tarihinde TSB'de yapılan yerinde incelemede elde edilen ve AXA'nın Teknik ve IT'den Sorumlu Başkanı (.....) tarafından TSB Genel Sekreter Yardımcısı (.....)'a gönderilen 13.04.2017 tarihli ve "RE:" konulu e-posta iletilisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"Şirketler trafikte kredi kartı ile fren koymaya çalışıyor. Uygulama örnekleri;

- taksit kalkıyor,*
 - parçalı kart uygulaması son buluyor,*
 - kart sahibi ile poliçe sahibinin aynı olması gibi*
- Kurallar geliyor.*

Özellikle ilk iki uygulama, 2015 sonunda muaf olma konusunda BDDK'dan talepte bulunduğumuz(2018 yılına kadarda muaf tutulduğumuz) mesleki tanzim kararına tabi olmamıza sebep olabilecektir. Bizim sektörümüzde böyle bir işlem (Kuyumcularda olduğu gibi) olmayacağı gerekçesiyle erteleme talebimiz kabul edilmişti. Ancak su anda Acente sigortalı adına kendi kartı ile pesin çekip, müşteri kartından blokajlı ve vade farklı (banka faizinden daha yüksek Leh'ine alacağı faiz ile) taksit yapabilecektir. Sektör olarak kuyumcular gibi böyle işlemlere konu olmak ve anılmak yerine Hazineye Yeni bir düzenleme talebi (kredi kart tahsilatının ancak sigortalı kartı ile yapılabileceğine dair bir düzenleme talebi) yapmanın yararlı olacağı görüşümdedir.

Çok akıllıca teşekkürler"

17-20/324-144

MAPFRE İcra Kurulu Üyesi ve Genel Müdür Yardımcısı (.....) tarafından TSB Genel Sekreteri (.....)'na gönderilen 14.04.2017 tarihli ve "YNT: Trafik" konulu e-posta iletisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"...Aşağıdaki tablo şirketlerin trafik ekranlarının şu anki durumunu gösteriyor. 4 şirket üretim yapmıyor, (.....) ve (.....)

Yasal mevzuat bir kenara ki Hazine gerekeni yapacaktır. Ancak, biz de kendi iç mevzuatımızı uygulayıp disiplin hükümlerini işletmeliyiz derim..."

Hazinenin basın açıklamasından sonra ihtiya olduğunu hala düşünüyor musunuz?

İç mevzuatımız gereince YK kararı gerekiyor.Yazılı olarak başvurur musunuz yoksa bu talebinizi resmi talep olarak kabul edeyim mi?

Benden başka rahatsız olan yok anlaşılan.
Şirket içinde değerlendirelim konuyu kurumsal olarak buna göre doneceğim..."

Sigortacılık Çözüm Geliştirme Direktörü (.....) tarafından TSB Genel Sekreter Yardımcısı (.....)'a ve bilgi olarak SBM Kurumsal Çözümler ve İş Zekâsı Direktörü/İcra Kurulu Başkan Yardımcısı (.....)'e gönderilen 15.04.2017 tarihli ve "Re:" konulu e-posta iletisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"(.....)'nin asgari primlerinde bir gariplik var.
(.....) Bey, (.....) bey bakırın lütfen. Asgari primler tavan primin bir kaç misli olarak gözüküyor?
>> <SBM Trafik Teklif Asgari Primler_tr.xlsx>

... Raporu veri bakımından hem ODS hem OLTP den (Production Database) kontrol ettik . Bizim ortamlarımızda bir problem görünmemektedir. (.....) sigorta'nın teklifleri asgari limiti aşabilmektedir. Örneğin Ankara - Otomobil Grubu-1. basamakta tavan fiyat 2203TL iken (.....) dün itibarıyla bu fiyatı geçen (3700TL) teklif göndermiştir tabloda bu veri mevcuttur....

...Tavanı asan teklif gönderilemiyor diye biliyorum. (.....) Bey biz kontrol etmiyoruz? Teklif ekranında böyle bir teklife izin vermez iken Hazine'ye böyle bir rapor sunduğumuzda şirketi müeyyide altına sokabiliriz. Raporlama içerisine bakalım, teklif ekranında yer almıyorsa, bu raporda konu etmeyelim lütfen. Bu kapsamda inceleyip sonucunu bana bildirin lütfen.

...Hem poliçe hem teklif ekranında kontrol ediyoruz.
Gecikme sürprimi nedeniyle limiti aşiyor gibi görünüyor olabilir.
Ya da İleriye dönük kesilmiş poliçe veya verilen teklif olabilir.
(.....) Bey'lerden teklif/poliçe detaylarını alıp kontrol edeceğiz..."

Sigortacılık Çözüm Geliştirme Direktörü (.....) tarafından Hazine Uzmanı (.....)'a ve bilgi olarak TSB Genel Sekreter Yardımcısı (.....), Hazine Müsteşarlığı yetkilileri (.....)'a gönderilen 21.04.2017 tarihli ve "FW: Zorunlu Trafik Sigortası" konulu e-posta iletisinde aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

"Merhaba (.....) Bey,
Trafik sigortalarına ilişkin bazı hususları öğrenmek istiyoruz.
1. 12 Nisan'dan bu yana şirket bazında yazılan trafik sigortası poliçe adetlerini bildirebilir misiniz?
2. Müsteşarlığımıza acente kanalından bir çok şikayet geliyor, poliçe kesememe üzerine. TSB ve SBM'ye intikal etmiş ya da tespit edilmiş şirket-acente ekranlarına ilişkin bir sorun bulunmakta mıdır?..

(.....) Bey Merhaba,
Talep ettiğiniz raporları ekte bulabilirsiniz.
12 Nisan sonrasında sadece (.....) Sigorta bir hafta sonu sistem bakım çalışması yapacağını iletmiştir.
Bunun dışında poliçe kesilmemesi ile ilgili Merkezimize ulaşan bir sorun bulunmamaktadır..."

17-20/324-144

1.4. Teşebbüslerden Elde Edilen Bilgi ve Belgeler

Önaraştırma kapsamında, dosya konusu iddiaların değerlendirilmesinde kullanılmak üzere sigorta şirketlerinden bilgi talebinde bulunulmuştur. Talep edilen bilgilere istinaden gönderilen cevabi yazılarda özetle;

2017/1 sayılı Genelge ile getirilen tavan prim-asgari komisyon uygulamasının, şirket maliyetlerini karşılamada yetersiz kaldığı ve şirketlerin maliyet ve kar/zarar dengesi üzerinde olumsuz sonuçlar doğurmasının beklendiği, Düzenleme sonrası ortalama primlerde %30'un üzerinde azalış yaşandığı, ilaveten günlük poliçe üretiminin hedeflenenin üzerinde gerçekleşmesinin de prim düşüşünün etkisini artırdığı ve risk/portföy yönetimini zorlaştırdığı, Anılan Genelge'nin primlere ilişkin esaslı düzenlemeler getirmesi nedeniyle poliçelerin serbestçe fiyatlandırılmasının sınırlandırıldığı, dolayısıyla Genelge'ye karşı geliştirilen stratejilerde poliçe ödeme sistemleri ve ek teminatların öne çıktığı,

Bu kapsamda Genel Şartlar'ın "Sigorta Ücretlerinin Ödenmesi" başlıklı C.1. maddesi gözetilerek şirket ödeme planında (kredi kartlı taksit-peşin çekim, nakit, havale, EFT, çek, vs.),

Tarife Yönetmeliği uyarınca iptal edilemeyen poliçeler nedeniyle oluşacak tahsilat riskinin bertaraf edilmesi,

tahsilat süresinin ve finansman yükünün azaltılması,

bu şekilde tavan prim uygulamasının getirdiği maliyet külfetinin azaltılması amacıyla değişikliğe gidildiği,

Tavan primin, özellikle teknik primi¹⁴ tavan primin üzerinde kalan poliçelerin şirket üzerinde yaratabileceği riskin azaltılması amacıyla poliçelerin risk ve maliyet yapılarına göre farklı ödeme planları, renk sistemi, otorizasyon sistemi, ek ürün/teminat sunulması gibi ek uygulamaların da yürürlüğe girdiği, Ödeme planındaki değişimin yanı sıra kimlik doğrulama sisteminin getirilmesi, ek teminat sunulması, sisteme fotoğraf yüklenmesi gibi diğer uygulamaların, yukarıda sayılan gerekçelerle beraber suiistimallerin azaltılması, yaşanan sıkıntıların ve sigortalılardan/Hazine Müsteşarlığı'ndan gelen şikâyetlerin çözümü amacıyla gerçekleştirildiği,

Tavan prim uygulamasının ve ödeme planındaki değişikliklerin mali verilere etkisinin netleşmesinin ardından yukarıda bahsi geçen ekonomik gerekçeler ve şirket iç ticari politikaları doğrultusunda bu uygulamalarda değişikliğe gidildiği,

Poliçe tanziminde yaşanan sistemsel sorunların, şirketin 2017/1 sayılı Genelge'ye entegre olma sürecinde yaşanan kısa süreli altyapı aksaklıkları haricinde SBM ve Emniyet Genel Müdürlüğü gibi dış sistemlerden kaynaklı bağlantılarda yaşandığı,

Dolayısıyla bahse konu uygulamaların ve sistemsel aksaklıkların poliçe tanzim etmeme yahut kaçınma gibi bir durumun göstergesi olmadığı

ifade edilmiştir.

¹⁴ Aktüeryal hesaplamalara göre şirketin kâr sağladığı başabaş seviyesini belirten prim, poliçenin "teknik primi" olarak adlandırılmaktadır.

17-20/324-144

Yukarıdaki açıklamalardan farklı olarak GÜNEŞ tarafından, 2017/1 sayılı Genelge'nin ardından peşin ödeme sistemine geçilmesinin şirket için yeni bir uygulama olmayıp, Hazine Müsteşarlığı tarafından 27.10.2015 tarih ve 31927 sayılı yazısı ile kamyon, kamyonet, minibüs, otobüs (sürücü dahil 18-30 koltuk), otobüs (sürücü dahil 31 ve üstü koltuk) ve taksi araç türlerinde azami prim getirilmesinin ardından da uygulanmış olduğu; ALLIANZ tarafından, Trafik Sigortası'nda uygulanan otorizasyon kurallarının risk gruplarına göre kasko poliçelerinde de uygulandığı; MAPFRE tarafından, sisteme fotoğraf yükleme sisteminin 2017/1 sayılı Genelge'den daha eski bir tarihte (10.11.2015 tarihinde hasarlı araçların sigortalanmasına engel olmak amacıyla) dağıtım kanallarına iletildiği belirtilmiştir.

1.5. Değerlendirme

4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinde *"Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri"* hukuka aykırı kabul edilmektedir. Dosya konusu iddialar temel olarak, Hazine Müsteşarlığı'nın yayımladığı 2017/1 sayılı Genelge ile birlikte Trafik Sigortası pazarında faaliyet gösteren sigorta şirketlerinin aralarında anlaşmak suretiyle Trafik Sigortası'na yönelik taksit uygulamasını kaldırdıklarına, nakit veya kredi kartı ile tek çekim uygulamasına geçtiklerine ve ek zorluklar yarattıklarına ilişkindir. Bu çerçevede, Trafik Sigortası pazarında faaliyet gösteren sigorta şirketlerine yönelik mevcut dosya konusu iddialar, niteliği gereği 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında değerlendirilmiştir. Bu amaçla aşağıda öncelikle Trafik Sigortası pazarındaki teşebbüslerin 2017/1 sayılı Genelge sonrasındaki poliçe tanzimi ve tahsiline ilişkin uygulamaları bütüncül bir yaklaşım ile incelenmiş ardından yerinde inceleme bulguları "Teşebbüsler Arası Yazışmalar" ve "Teşebbüs İçi Yazışmalar" başlıkları altında değerlendirilmiştir.

17-20/324-144

I.5.1. Trafik Sigortası Pazarında Teşebbüslerin Poliçe Tanzimi ve Tahsiline İlişkin Uygulamaları

Önaraştırma kapsamında yerinde inceleme yapılan sigorta şirketlerinden dosya konusu iddialara yönelik olarak 01.01.2017 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere tahsilat, komisyon ve diğer uygulamaları hakkında bilgi talep edilmiştir. Bu çerçevede aşağıdaki tabloda 2017/1 sayılı Genelge sonrası sigorta şirketlerinin tahsilat, komisyon ve diğer uygulamalarına yer verilmiştir.

Tablo 7: 2017/1 sayılı Genelge Sonrası Sigorta Şirketlerinin Tahsilat, Komisyon ve Diğer Uygulamaları

Sigorta Şirketi	Tahsilat	Komisyon	Diğer Uygulamalar
ALLIANZ	(.....) ¹⁵ ,	(.....)	(.....) ¹⁶ . (.....) (.....) ¹⁷ . (.....)
ANADOLU	(.....) (.....) ¹⁸ , (.....)	(.....)	(.....)
AXA	(.....)	(.....)	(.....)
GÜNEŞ	(.....)	(.....)	(.....)
HALK	(.....)	(.....)	(.....) ¹⁹ .
HDI	(.....)	(.....)	(.....)
MAPFRE	(.....)	(.....)	(.....)
NEOVA	(.....)	(.....)	(.....)
SOMPO	(.....)	(.....)	(.....)
DOĞA	(.....) ²⁰ .	(.....)	(.....)

¹⁵ AXA'da yapılan yerinde incelemede elde edilen belgede ALLIANZ'a ilişkin olarak şu ifadeler geçmektedir: "(.....)".

¹⁶ (.....).

¹⁷ (.....).

¹⁸ (.....).

¹⁹ Söz konusu bilgiye, HALK'da yapılan yerinde incelemede elde edilen belgelerden ulaşılmıştır.

²⁰ DOĞA'da yapılan yerinde incelemede ise tahsilat yöntemlerinde kullanım tarzı ve araç türüne bağlı olarak değişikliğe gidildiği görülmektedir: "Tavan Prim Uygulama esasları çerçevesinde aşağıda belirtilen değişikliklerle ilgili sistem tanımları yapılmakta olup, iş ortaklarımıza herhangi bir duyuru yapılmamıştır. (.....)".

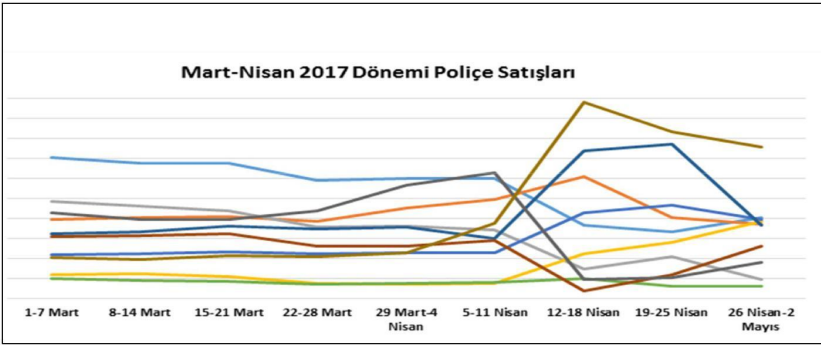
17-20/324-144

Tablodan, sigorta şirketlerinin 12.04.2017 tarihinde yayımlanan 2017/1 sayılı Genelge ile birlikte Trafik Sigortası tahsilatında ve acentelere uygulanan komisyon oranlarında değişikliğe gittiği görülmektedir. Sigorta şirketlerinin uygulamalarına bakıldığında, Trafik Sigortası tahsilatlarında AXA, ANADOLU, HALK, GÜNEŞ ve SOMPO tarafından tüm poliçeler için taksitin tamamen kaldırıldığı; ALLIANZ, HDI ve MAPFRE tarafından belirli tür basamak/müşteri portföyünde taksitin kaldırıldığı ve NEOVA tarafından sadece taksit sayısının azaltıldığı görülmektedir. DOĞA tarafından ise taksit uygulamasının kaldırılmadığı görülmektedir. Bununla beraber taksit uygulamasını kaldıran teşebbüsler içerisinde ALLIANZ 11.04.2017'de, AXA, ANADOLU ve GÜNEŞ 12.04.2017 tarihinde taksitleri kaldırırken, HALK'ın 17.04.2017 tarihinde; SOMPO'nun ise 13.04.2017 tarihinde taksit uygulamasını kaldırdığı görülmektedir. Tablodan ayrıca, GÜNEŞ'in tüm tahsilatlar için kredi kartı ile tek çekim yöntemini benimsediği; SOMPO'nun sürecin devamında değişikliğe giderek riski az olan poliçeler için taksit uygulamasına başladığı, ardından 13.05.2017 tarihinde sadece nakit, havale ve EFT yöntemini benimsediği; MAPFRE'nin ise gerçek ve tüzel kişilerde ve basamak bazında ayrı ödeme planını uyguladığı anlaşılmaktadır.

Teşebbüslerin 2017/1 sayılı Genelge'nin ardından ayrıca renk tanımı, çapraz satış, kimlik doğrulama sistemi, fotoğraf yükleme, kota, ek ürünlerin özendirilmesi gibi birbirlerinden farklı uygulamalara yöneldiği görülmektedir.

Dosya konusu iddialardan birisi de sigorta şirketlerinin ek zorluklar yaratmak suretiyle poliçe tanzim etmekten kaçındıklarına ilişkindir. Esasen, sigorta şirketlerinin mevzuat çerçevesinde poliçe düzenlenmeleri zorunlu olup, poliçe tanzim etmemeleri halinde Hazine Müsteşarlığı'nın yetkisi dahilinde cezai müeyyideye tabidirler²¹. Buna ek olarak, sigorta şirketlerinin bireysel kararları ile poliçe tanzim etmekten kaçınmaları ve buna yönelik eylemleri 4054 sayılı Kanun kapsamında olmayıp, söz konusu eylemin sigorta şirketleri tarafından koordinasyon içerisinde gerçekleştirilmesi halinde Kanun kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmaktadır. Bu çerçevede, sigorta şirketlerinin poliçe tanzimine ve tahsiline yönelik yaklaşımlarının ardından pazarın yapısını görebilmek için aşağıdaki grafikte 10 sigorta şirketinin Mart-Nisan döneminde haftalık Trafik Sigortası satış adetlerine yer verilmiştir.

Grafik 1: Mart-Nisan Dönemi Haftalık Trafik Sigortası Satış Adetleri



²¹ Nitekim bu yönde Hazine Müsteşarlığı yetkilileri tarafından 13.04.2017 tarihinde bir basın açıklaması yapıldığı ve yerinde denetlemelerde bulunduğu görülmektedir.

17-20/324-144

Grafikten, Nisan ayının 2. haftasından sonra sigorta şirketlerinin durağan seyreden poliçe satışlarının dalgalı bir görünüm kazandığı görülmektedir. Taksit uygulamasını kaldırmayan (.....) 12 Nisan sonrasındaki satışlarının, bir haftalık süre içerisinde Mart ayına nazaran yaklaşık beş kat arttığı anlaşılmaktadır. Benzer şekilde taksit uygulamasına daha geç tarihlerde geçen (.....)ve (.....) da 12-18 Nisan tarihleri arasında poliçe satışlarında ciddi bir artış yaşandığı görülmektedir. (.....) ve (.....) satışları dalgalı bir seyir izlerken, (.....) satışlarının düzenli şekilde arttığı, (.....) satışlarının ise durağan bir seyir izlediği anlaşılmaktadır. Öte yandan; (.....) ve (.....) poliçe satışlarında ise ciddi bir azalış olduğu görülmektedir.

Teşebbüslerden elde edilen bilgiler kapsamında, 2017/1 sayılı Genelge'nin şirketlerin maliyet ve kar/zarar dengesi üzerinde olumsuz sonuçlar doğurması beklendiğinden sigorta şirketlerince yeni stratejiler geliştirdiği anlaşılmaktadır. Nitekim (.....) tarafından tavan fiyata yönelik geliştirilen bu stratejilerin yeni bir uygulama olmadığı, Hazine Müsteşarlığı'nın 27.10.2015 tarih ve 31927 sayılı yazısına konu, kamyon, kamyonet, minibüs, otobüs (sürücü dâhil 18-30 koltuk), otobüs (sürücü dâhil 31 ve üstü koltuk) ve taksi araç türlerinde azami prim uygulanmasının ardından bu araç türlerine yönelik olarak maliyet azaltmak için taksit uygulamasının kaldırıldığı; (.....) tarafından, Trafik Sigortası'nda uygulanan otorizasyon kurallarının risk gruplarına göre kasko poliçelerinde de uygulandığı; (.....) tarafından, sisteme fotoğraf yükleme uygulamasının 2017/1 sayılı Genelge'den daha eski bir tarihte (10.11.2015 tarihinde hasarlı araçların sigortalmasına engel olmak amacıyla) dağıtım kanallarına iletildiği ifade edilmektedir. Buradan hareketle, sigorta şirketlerinin 2017/1 sayılı Genelge'ye karşı geliştirdikleri politikalarının geçmiş ve benzer sigorta ürünlerine yönelik uygulamalar ile benzerlik gösterdiği anlaşılmaktadır.

1.5.2. Yerinde İnceleme Bulgularının Değerlendirilmesi

Önaraştırma kapsamında, ALLIANZ, AXA, ANADOLU, GÜNEŞ, MAPFRE, SOMPO, HDI, HALK, NEOVA, DOĞA ve TSB'de yerinde incelemeler yapılmış, bilgi ve belgeler elde edilmiştir. Bu çerçevede kararın 1.3. başlığında ayrıntılı olarak yer verilen belgeler; "Teşebbüsler Arası Yazışmalara İlişkin Yerinde İnceleme Bulguları" ile "Teşebbüsler İçin Yazışmalara İlişkin Yerinde İnceleme Bulguları" olarak iki ana başlık altında değerlendirilmiştir.

1.5.2.1. Teşebbüsler Arası Yazışmalara İlişkin Yerinde İnceleme Bulguları

Teşebbüsler arası yazışmalarda öne çıkan unsurlar değerlendirildiğinde;

Tavan prim getirilmesine yönelik kamu politikasının 19.03.2017 tarihinde çıkan haberler ile gündeme gelmesi sonucunda teşebbüslerin, TSB bünyesinde, sürecin içinde yer almak ve süreci yönlendirmeye çalışmak amacıyla aşağıdaki başlıklar çerçevesinde 20.03.2017 tarihinde bir eylem planı konusunda uzlaştıkları;

- o düzenleyici otorite ile bir araya gelinerek çalışmaların sektörde birlikte yürütülmesi,
- o konuyla ilgili siyasi irade ile iletişime geçilmesi,
- o gelişmelere göre basın açıklaması seçeneğinin değerlendirilmesi,
- o sistemin sürdürülebilirliğini sağlayacak ve maliyetler ile frekans düşürecek şekilde yapısal sorunların çözümü için önerilerin yinelenmesi,
- o uygulamaya alınma tarihinin ötelenmesi talebi,
- o uygulamanın mevcut poliçeleri kapsamaması (geriye dönük uygulanmaması),
- o acente komisyonlarında serbestinin devam etmesi,

17-20/324-144

Yukarıdaki eylem planı doğrultusunda Trafik Sigortası pazarında karar alıcı konumdaki kamu otoriteleri (ilgili Bakanlık, Hazine Müsteşarlığı ve bu kurumlardaki yetkililer) ile görüşme ve toplantılar tertip etmeye çalıştıkları, Anılan düzenlemeye karşı TSB'nin yanı sıra YASED temsilcileriyle de hareket edildiği,

22.03.2017 ve 24.03.2017 tarihlerinde Hazine Müsteşarlığı yetkilileri ile görüşmeler yapıldığı,

23.03.2017 tarihi itibarıyla anılan düzenlemenin ortaya çıkaracağı maliyetlere yönelik bir öngörü oluşturmak ve ilgili kamu otoriteleri ile yapılacak görüşmelerde kullanmak üzere TSB bünyesindeki Kaza ve Aktüerya komiteleri tarafından tavan prime ilişkin olası senaryolar üzerinde çalışıldığı ve bu çalışmaya sigorta şirketlerinden katkı yapıldığı,

TSB bünyesinde tavan prim sonucu oluşacak zararlara ilişkin olarak 25.04.2017 tarihinde Hazine Müsteşarlığı yetkilileri ve 16 teşebbüs genel müdürü ile yapılan toplantıda ilgili kamu otoritesinden;

- o tarife rejiminin yumuşatılması,
- o zararın bir kısmının devlet tarafından finanse edilmesi, o tarife rejiminin yıl sonunda kaldırılması,
- o bu kapsamda aylık artışın %2 olması,
- o tarifelerdeki SGK payının düşürülmesi,
- o Trafik Hizmetleri Geliştirme Fonu'nun (%5) kaldırılması,
- o tarife tavanının yükseltilmesi,
- o mevzuatla ilgili Danıştay, Yargıtay ve diğer hukuksal süreçlerin harekete geçirilmesi

başlıkları altında destek talep edildiği

görülmektedir.

Ayrıca TSB'de elde edilen 13.04.2017 tarihli yazışmadan; tavan prim uygulamasının yürürlüğe girmesi ile teşebbüslerin taksitlerin kaldırılması, parçalı kart uygulamasının sona erdirilmesi gibi bireysel uygulanan stratejilerine ilişkin örneklerin ve bu uygulamalara ilişkin hukuki durum ile olası kamu politikası önerilerinin paylaşımına konu olduğu anlaşılmaktadır.

TSB bünyesinde olmakla birlikte, kararın 1.3. başlığında yer verilen yazışmalar; teşebbüsler arası olması, birden çok ve yüksek katılımlı toplantıları konu etmesi, tavan prime ilişkin öngörülerin paylaşımına konu olması gibi nedenlerle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında ayrıntılı olarak incelenmiştir. Bununla birlikte;

Yazışmaların esas itibarıyla tavan prim düzenlemesine ilişkin olarak TSB bünyesinde oluşturulan ve sektörel anlamda ilgili kamu otoritelerine ulaşmak bağlamında yapılan toplantı, görüşme ve bunlara hazırlık çalışmalarından ibaret olması,

Yazışmaların, tarafların bireysel stratejilerini ya da piyasadaki fiyat, miktar, arz gibi parametreleri birlikte belirlemek doğrultusunda herhangi bir ortak hareket ya da işbirliği unsuru içermemesi,

Dosya kapsamında yer verilen diğer bulgu ve belgelerin teşebbüslerin bireysel hareket ettiğine yönelik olması

nedenleriyle ele alınan yazışmaların 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında bir anlaşma ya da uyumlu eyleme işaret etmediği kanaatine varılmıştır.

17-20/324-144

Öte yandan, iki belgenin ise ayrıca değerlendirilmesi gereği ortaya çıkmıştır. Bu çerçevede;

MAPFRE'de elde edilen ve teşebbüs içi olmakla birlikte rakipler arası bir görüşmeyi konu eden 21.03.2017 tarihli yazışmada geçen "...Sanıyorum benim ve (.....)'in yokluğunda rakiplerle temasa geçmek için en yetkili kişi sizsiniz. Diğer şirketlerden arkadaşlarınızla görüştünüz mü? Axa ve Allianz gibi bazı şirketlerin Ceo'larıyla yarın konuşmayı deneyeceğim, sende bilgi varsa faydalı olabilir." ifadesinin tavan prim düzenlenmesine yönelik duyular üzerine rakipler arası bir görüşme niyetini gösterdiği,

DOĞA'da elde edilen 19.04.2017 tarihli yazışmada geçen "Sayın Genel Müdürler ve (.....) bey, Gidisi tartismak uzere ve sayin bakanimiza verecegimiz mesaj ve onerileri olusturmak uzere acilen biraraya gelmemizde fayda olacagini düşünüyorum" ile "Bildiginiz üzere son yapılan düzenlemelerle bu ürün üzerindeki gelirlerimizi artırma, giderlerimizi de düşürme imkanı ortadan kalkmıştır. Zira bu ürünle ilişkili gelir(prim) ve gider(acente komisyonu, yedek parça, bedeni tazminat, ekspertiz ücretleri vs.) kalemlerinin tamamı Hazine veya mahkemeler tarafından belirlenme durumuna gelmiştir. Bu durumda, Hazine sektöre zarar edeceği kesin olan bir tavan önermişse, danışmaya yürütmeyi durdurma için acilen gitmekten başka çare yoktur ...Taraf olmamalıyız, ve şu aralarda belli toplantı ve org. İçinde olmamalıyız görüşüneyim..." ifadelerinin yine rakipler arası görüşmeleri işaret ettiği

görülmektedir. Öte yandan, elde edilen diğer yazışmaların konu ve bağlamı ile dosya kapsamındaki diğer bulgular birlikte değerlendirildiğinde; bu yazışmaların, tarafların bireysel stratejilerini ya da piyasadaki fiyat, miktar, arz gibi parametreleri birlikte belirlemek doğrultusunda herhangi bir ortak hareket ya da işbirliği unsurunu içermediği ve TSB bünyesinde 2017/1 sayılı Genelge'ye karşı hukuki bir adım oluşturmak amacıyla yapıldığı anlaşılmıştır. Dolayısıyla, anılan ifadelerin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında bir anlaşma veya uyumlu eyleme işaret etmediği değerlendirilmemiştir.

1.5.2.2. Teşebbüs İçi Yazışmalara İlişkin Yerinde İnceleme Bulguları

Trafik Sigortası pazarında faaliyette bulunan teşebbüslerin iç yazışmalarına ilişkin değerlendirmeler; teşebbüslerin tahsilat uygulamaları; poliçe tanzimi ve acenteleri konu eden yazışmalar ile maliyet artışlarına yönelik iç yazışmalar şeklinde üç grupta ele alınmıştır.

1.5.2.2.1. Trafik Sigortası Tahsilat Uygulamalarına İlişkin Yerinde İnceleme Bulguları

Konuya ilişkin yazışmalarda öne çıkan unsurlar değerlendirildiğinde;

Tavan prim uygulamasının gündeme gelmesi sonrası teşebbüs yetkilileri arasında Trafik Sigortası poliçelerinin tahsilatını konu eden birtakım stratejilere yönelik görüşmeler olduğu,

Teşebbüs içi çalışmalar sonucunda kredi kartı ile tek çekim yapılmadığında tahsilat gecikmelerinin yaşanabildiği, ancak kredi kartı ile 3 taksitin kaldırılması sonucunda finansal faydaların ortaya çıkacağına ilişkin görüşlerin ortaya çıktığı,

Trafik Sigortası poliçe tahsilatına ilişkin olarak;

- Bazı teşebbüslerce poliçelerin, kimi zaman riskli ya da istenmeyen segmentlerde, kredi kartına taksit şeklindeki tahsilatın sona erdiği ya da taksit sayısının azaltıldığı, bazı teşebbüslerin taksit yapmaya devam ettiği, taksitli tahsilatı sona erdiren bazı teşebbüslerin ise bir süre sonra tekrar taksite başladığı,

17-20/324-144

- o Bazı teşebbüslerce mevcutta uygulama imkanı olan 3 taksitli uygulamanın kaldırılıp 9 taksit uygulamasında vade farkı yüklemesinin artırıldığı,
- o Bazı teşebbüslerce zorunlu olan Trafik Sigortası poliçelerine tahsilat aşamasında ihtiyari mali mesuliyete ilişkin eklentiler yapılarak alınan primin yükseltilmesine çalışıldığı,
- o Bazı teşebbüslerce acentelere verilen komisyon oranının, Hazine Müsteşarlığı tarafından %10 olarak belirlenen taban orana çekilmeye çalışıldığı,
- o Bazı teşebbüslerce tahsilat aşamasında sistemsel hatalar, kimlik doğrulama, sigorta konusu aracın fotoğrafının istenmesi gibi ek zorluklar öne sürmek suretiyle Trafik Sigortası taleplerinin reddedilmeye çalışıldığı

görülmektedir. Tüm bunlara ek olarak teşebbüslerin yoğun bir şekilde rakip teşebbüslerin faaliyetlerini takip ettiği, tavan prim uygulaması sonrasında hangi sigorta şirketinin nasıl bir yöntem izlediğine ve bu konuda özellikle acentelerden gelen bilgiler ile sektörel araştırmalar sonucu rakiplerin tahsilata ilişkin yukarıda yer verilen yöntemleri nasıl uyguladığına ilişkin bilgiler topladığı dikkat çekmektedir. Nitekim, AXA ve MAPFRE'de elde edilen yerinde inceleme bulgularında, sektördeki diğer sigorta şirketlerinin tahsil ve komisyon uygulamalarına ilişkin ayrıntılı bilgi toplandığı ve bu bilgilerin tablolaştırıldığı görülmektedir.

Bu çerçevede yapılan çalışmalar ile rakiplerin taksit yapıp yapmadığı (taksit uygulamasına son verdiği ve/veya yeniden başladığı tarihler ile hangi segmentlerde taksit uygulamasına devam ettiği), komisyon oranlarını nasıl uyguladığı gibi hususlara ilişkin yoğun bir bilgi toplama faaliyetinin yürütüldüğü anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, Trafik Sigortası tahsilatına ilişkin yukarıda yer verilen karar ve davranışların teşebbüslerin içsel karar alma mekanizmaları ile rakip davranışların gözlenmesi sonucunda ortaya çıktığı görülmektedir. Bu çerçevede, teşebbüslerin bir araya gelerek Trafik Sigortası'ndaki tavan prim uygulamasının ardından birlikte hareket ettiği iddialarına ilişkin olarak yapılan yerinde incelemelerde elde edilen bilgi ve belgeler incelendiğinde, teşebbüslerin 4054 sayılı Kanunun 4. maddesi kapsamında bir anlaşma veya uyumlu eylem içinde olduğuna yönelik bir belge ya da bulgunun bulunmadığı değerlendirilmektedir.

Öte yandan, teşebbüs içi yazışmalara ilişkin diğer bir belgenin ayrıca değerlendirilmesi gereği ortaya çıkmıştır. Bu kapsamda; HDİ'da elde edilen 11.04.2017 tarihli yazışmada geçen "(.....)" ifadelerinin 2017/1 sayılı Genelge ile belirlenen %10'luk taban komisyon oranına yönelik bir kamu kararına işaret ettiği ve şirket içi bir politikanın sektörel anlamda da yürütülmesi olasılığına yönelik bir tespiti içerdiği kanısına varılmıştır.

Bu çerçevede, kararın 1.3. başlığında yer verilen diğer yazışmaların konu ve bağlamı ile dosya kapsamındaki diğer bulgular birlikte değerlendirildiğinde, bu ifadelerin, tarafların bireysel stratejilerinden ibaret olduğu ve piyasadaki fiyat, miktar, arz gibi parametreleri ortak belirlemek, birlikte hareket etmek üzere girişilmiş bir anlaşma veya uyumlu eyleme işaret etmediği kanaatine varılmıştır.

17-20/324-144

1.5.2.2.2. Poliçe Tanzimi ve Acenteler İle İletişimi Konu Edin Yerinde İnceleme Bulguları

Konuyla ilgili yazışmalarda öne çıkan unsurlar değerlendirildiğinde;

Tavan prim uygulamasının gündeme gelmesi sonrası, istenmeyen ya da riskli Trafik Sigortası poliçelerinin tanzimini engelleyecek/zorlaştıracak uygulamalar konusunda teşebbüs içindeki yetkililerin görüş alışverişinde buldukları,

Bu çerçevede,

- o Bazı sigorta şirketlerinin oluşan talep artışı nedeniyle sistemsel hatalar yaşadığı,
- o Bazı sigorta şirketlerinin ise, sistemsel hatalar, sorgu ekranının açılmaması, acentelere sorgu kotası uygulaması, poliçe tekliflerinin otorizasyona düşürülmesi, sigortalı aracın fotoğraflarının, yıllık kaç km yaptığı bilgisinin, ehliyetin vs. talep edilmesi gibi poliçe tanzimini zorlaştırıcı yöntemler ile poliçe üretimini sınırlandırmaya çalıştıkları,
- o Bazı sigorta şirketlerinin tavan primin altında olan poliçeler için primi yükselttikleri,
- o Bazı sigorta şirketlerinin, sigortalıları risklerine göre renklendirme ya da işaretleme yöntemi ile ayırarak, acentelerin riskli müşterilere poliçe tanzim etmemesi ya da trafik sigortası dışı zorunlu olmayan bazı ürünleri de (kasko, ferdi kaza, ihtiyari mali mesuliyet vs.) eklemesi şartıyla tanzim etmesi için yönlendirme yapmaya; bu politikaya uymayan acenteleri çeşitli gerekçelerle uyarmaya çalıştıkları,
- o Bazı sigorta şirketlerinin, zararlı trafik poliçe portföyü üretecek acenteleri takibe almak, acentelere günlük poliçe sorgu kotası getirmek, çoklu acentelerin poliçe tanzimini engellemek için fiyat veren çevrimiçi servisleri kapatmak gibi uygulamalarda buldukları; gerekmesi halinde bu acentelerle olan iş akitlerini sonlandırmaya yönelik stratejileri tartıştıkları ve çeşitli seviyelerde uygulamaya geçtikleri,
- o Yukarıdaki nedenlerle çoklu acentelerin poliçe taleplerini zorluk çıkarmayan ve taksit yapmaya devam eden şirketlere yönlendirdikleri,

TSB'nin, teşebbüslerin yukarıda ortaya konan davranışlarını izlediği ve sigorta üretimi yapmayan teşebbüslere ilişkin birlik iç disiplin yollarının kullanılmasının gündeme geldiği,

Söz konusu davranışların, Trafik Sigortası sektörüne yönelik oluşturulan mevzuata aykırılık teşkil edebileceğine ilişkin beyanların olduğu; bu yönde Hazine Müsteşarlığı yetkilileri tarafından da yerinde denetlemlerde bulunulduğu

anlaşılmıştır. Yapılan incelemede, Trafik Sigortası poliçe tanzimi ve acenteler ile iletişime ilişkin yukarıda yer verilen davranışların teşebbüslerin içsel karar alma mekanizmaları ile tavan prim uygulaması sonrası poliçe tanziminden kaçınmak amacıyla yürütüldüğü değerlendirilmektedir. Ayrıca bazı şirketlerin, rakiplerinin tanzim hareketlerini takip ettikleri ve poliçe tanziminden kaçınan teşebbüsler nedeniyle talebin bu şirketlere yönelmesi ile ortaya çıkan riski azaltmak amacıyla da ek zorluklar öne sürmeye çalıştıkları görülmektedir. Önceki bölümde ayrıntılı olarak ele alınan bu uygulamalara ilişkin hususlar yerinde incelemelerde elde edilen diğer bilgi ve belgelerle birlikte değerlendirildiğinde, teşebbüslerin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında bir anlaşma veya uyumlu

17-20/324-144

eylem içinde bulunduğuna yönelik herhangi bir belge ya da bulgunun söz konusu olmadığı kanaatine varılmıştır.

1.5.2.2.3. Teşebbüslerin Maliyet Artışlarına İlişkin İç Yazışmaları İçeren Yerde İnceleme Bulguları

Konuya ilişkin yazışmalarda öne çıkan unsurlar değerlendirildiğinde;

Teşebbüslerin 2017/1 sayılı Genelge sonrasında primlerde düşüş, komisyonlarda artış gibi gelişmeler neticesinde ortaya çıkacak maliyet ve kayıplar üzerine şirket içi çalışmalar yaptıkları,

Bu çalışmalarda;

- o Fiyatlama davranışlarında değişiklikler,
- o Kredi kartına taksit uygulamasının kaldırılması ile müşteri davranışlarında yaşanması beklenen değişiklikler ve ortaya çıkacak mali avantajlar,
- o Talebin taksit uygulamasını kaldıran teşebbüslerden diğer şirketlere kayması sonucu oluşan poliçe üretimi artışı nedeniyle teknik zararların artması

gibi hususlarının gündeme geldiği ve bu temelde yeni stratejiler geliştirildiği, 2017/1 sayılı Genelge sonrasında kimi şirketlerin ortalama %30 prim kaybı beklediği,

Ayrıca, TSB bünyesinde çalışmalar yapıldığı ve mezkûr uygulamanın yürürlükte olacak sekiz aylık dönemde sektörel anlamda toplam 3 milyar TL'lik bir zarar beklediği

görülmektedir. Bu başlık altında ele alınan belgelerin de 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında bir anlaşma veya uyumlu eyleme işaret etmediği anlaşılmaktadır.

1.5.3. Genel Değerlendirme

Yapılan inceleme, tespit ve değerlendirmeler ışığında teşebbüslerin bir kısmının, 2017/1 sayılı Genelge sonrasında temel olarak;

Artan maliyetleri düşürmek için portföy riskini azaltmak,

Poliçe tanziminden kaçınan rakipleri nedeniyle kendilerine yönelik talebi kontrol etmek

üzere gerek tahsilat uygulamaları gerekse poliçe tanzim yöntemleri açısından benzer uygulamalar yürüttükleri görülmüştür. Bununla birlikte, yerinde inceleme bulguları doğrultusunda bu uygulamaların, şirketlerin birbirlerini takip etmek suretiyle ancak bireysel kararları sonucu ortaya çıktığı tespit edilmiştir. Bu çerçevede,

Trafik Sigortası ürününün hem kullanıcıya hem de sigorta şirketine karşı iki taraflı bir zorunluluk yüklemesi,

Piyasanın doğası gereği teşebbüslerin, rakiplerini yoğun bir şekilde takip ederek kendilerini rakiplerinin rekabetçi davranışlarına göre konumlandırmaları,

Teşebbüslerin ele alınan davranışlarının 2017/1 sayılı Genelge ile getirilen ve bir sektörün temel rekabetçi parametresi olan "fiyat"a yönelik radikal bir kamu müdahalesinin (tavan prim) sonucunda ortaya çıkması, diğer bir deyişle piyasadaki ekonomik nedenlerle açıklanabilmesi

gereçekleri ile teşebbüslerin benzer davranışlarının da aralarındaki herhangi bir anlaşma ya da uyumlu eyleme işaret etmediği kanaatine varılmaktadır.

17-20/324-144

Sonuç olarak, yukarıda yer verilen tespit, değerlendirme ve açıklamalar çerçevesinde;

2017/1 sayılı Genelge sonrası sigorta şirketlerinin bir kısmının, temel olarak poliçe tanziminden kaçınmak üzere benzer yöntemler geliştirdiği,

Ancak, gerek tahsilat uygulamaları gerekse poliçe tanzim yöntemleri açısından teşebbüslerin bu uygulamaları farklı zamanlamalar, dereceler ve farklı yollar ile yürüttükleri,

Öte yandan sigorta şirketlerinin, rakiplerinin piyasadaki uygulamalarını yakından takip ettiği ve bu çerçevede rakip sigorta şirketlerinin kaçındığı poliçe tanzimi nedeniyle kendilerine yönelecek talebi kontrol etmek amacıyla uygulamalarını da buna göre belirledikleri,

Uygulanan yöntemler neticesinde bazı teşebbüslerin ürettiği poliçe sayısında ciddi düşüş yaşanırken bazı teşebbüslerin üretiminde ise ciddi artışlar yaşandığı,

Bu hususların ise şirketlerin iç yazışmalarında da ortaya konulduğu ve piyasadaki ekonomik gerekçelerle açıklanabildiği

anlaşılmaktadır. Bu nedenlerle Trafik Sigortası pazarında faaliyette bulunan teşebbüslerin birlikte taksit uygulamasını kaldırmak ve ek zorluklar yaratmak gibi dosya kapsamında ele alınan davranışlarıyla 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi anlamında rekabeti bozucu, kısıtlayıcı anlaşma ve/veya uyumlu eylem içinde bulunduğu yönelik herhangi bir belge, bilgi ya da bulguya ulaşılamamıştır.

J. SONUÇ

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre, 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmamasına gerekçeli kararın tebliğinden itibaren 60 gün içinde Ankara İdare Mahkemelerinde yargı yolu açık olmak üzere, OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.

Rekabet Kurumu Başkanlığından,

REKABET KURULU KARARI

Dosya Sayısı : 2015-3-14 (Soruşturma)
Karar Sayısı : 16-42/699-313
Karar Tarihi : 06.12.2016

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan :

Üyeler :

B. RAPORTÖRLER :

C. BAŞVURUDA

BULUNAN : - İlaç Dağıtım Merkezi Ltd. Şti.

D. HAKKINDA SORUŞTURMA

YAPILANLAR: - Türk Eczacıları Birliği
Willy Brandt Sok. No: 9 Çankaya, Ankara
- Türk Eczacıları Birliği İktisadi İşletmesi
Aynı adreste

E. DOSYA KONUSU: Türk Eczacıları Birliği ve Türk Eczacıları Birliği İktisadi İşletmesi'nin Türkiye'de ruhsatlı olmayan, yeterli miktarda üretilmeyen ya da ithalatı yapılmayan ilaçların yurtdışından temin edilmesi alanındaki uygulamaları yoluyla 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal edip etmediklerinin tespiti.

F. İDDİALARIN ÖZETİ: Başvuruda özetle; Türk Eczacıları Birliği'nin (TEB) Türkiye'de ruhsatlı olmayan ya da ruhsatlı olmasına karşın çeşitli nedenlerle piyasaya arz edilmeyen ilaçların yurtdışından temin edilmesi alanındaki uygulamaları ile hâkim durumunu kötüye kullanmak suretiyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'u (4054 sayılı Kanun) ihlal ettiği iddia edilmiştir.

G. DOSYA EVRELERİ: Rekabet Kurumu kayıtlarına 16.01.2015 tarihinde giren başvuruda yer alan iddialara yönelik olarak, 12.02.2015 tarihli Kurul toplantısında 15-07/96-M(1) sayı ile önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir.

Önaraştırma kapsamında TEB merkezinde gerçekleştirilen yerinde inceleme esnasında TEB yetkilileri tarafından sözlü bilgi verilmesinin reddedilmesi ve 23.03.2015 tarih ve 3201 sayılı yazı ile istenen belgelerin TEB tarafından belirlenen süre içinde gönderilmemesi eylemleri Kurul'un 07.07.2015 tarih ve 15-28/336-108 sayılı toplantısında görüşülmüş ve her bir eylem için ayrı ayrı olmak üzere TEB'e 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin (c) bendi uyarınca 2014 mali yılı sonunda oluşan ve Kurul tarafından belirlenen yıllık gayri safi gelirinin binde biri oranında olmak üzere idari para cezası verilmesi gerektiğine; ancak ilgili Kanun hükmü uyarınca verilecek idari para cezası, 2015/1 sayılı "4054 sayılı Kanun'un 16. Maddesinin Birinci Fıkrasında Öngörülen İdari Para Cezası Alt Sınırının 31.12.2015 Tarihine Kadar Geçerli Olmak Üzere Artırılmasına İlişkin Tebliğ" (2015/1 sayılı Tebliğ) uyarınca öngörülen 16.765 TL'den az olamayacağından, 16.765 TL idari para cezası verilmesine karar verilmiştir.

16-42/699-313

Yapılan önaraştırma sonucunda hazırlanan 31.03.2015 tarih ve 2015-3-14/ÖA sayılı Önaraştırma Raporu, 07.07.2015 tarihli Kurul toplantısında görülmüş ve yurtdışından temin edilen ilaçlar pazarında münhasır uygulamaları yoluyla ve diğer uygulamaları ile hâkim durumlarını kötüye kullanarak 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal edip etmediklerinin tespitine yönelik olarak TEB ve TEB İktisadi İşletmesi hakkında aynı Kanun'un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına 15-28/335-M sayı ile karar verilmiştir.

Soruşturma açılmasına ilişkin kararın ardından, 15.07.2015 tarihinde 4054 sayılı Kanun'un 43. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca TEB'e soruşturma açıldığına dair bildirimde bulunulmuş ve 30 gün içinde ilk yazılı savunmanın gönderilmesi talep edilmiştir. TEB'in ilk yazılı savunması süresi içinde 18.08.2015 tarih ve 3887 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.

06.01.2016 tarih ve 16-01/26-M sayılı Kurul kararı ile, yürütülmekte olan soruşturmanın ilk altı aylık süresinin, 4054 sayılı Kanun'un 43. maddesinin birinci fıkrası çerçevesinde dört ay; bu sürenin bitiminde ise 03.05.2016 tarih ve 16-15/258-M sayılı Kurul kararı ile iki ay daha uzatılmasına karar verilmiştir.

Soruşturma Heyeti tarafından hazırlanan 11.07.2016 tarih ve 2015-3-14/SR sayılı Soruşturma Raporu ve ekleri Kanun'un 45. maddesinin birinci fıkrası uyarınca Kurul üyeleri ile ilgili tarafa tebliğ edilmiş ve soruşturma tarafının ikinci yazılı savunması talep edilmiştir. TEB İktisadi İşletmesi'nin ikinci yazılı savunması yasal süresi içerisinde, 18.08.2016 tarihinde Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.

4054 sayılı Kanun'un 45. maddesi uyarınca, Soruşturma Heyeti tarafından hazırlanan ek yazılı görüş taraflara gönderilmiştir. 22.11.2016 tarihinde yapılan sözlü savunma toplantısının ardından Kurul, 06.12.2016 tarihli toplantısında, 16-42/699-313 sayı ile nihai kararını vermiştir.

H. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ: İlgili raporda;

TEB İktisadi İşletmesi'nin yurtdışından ilaç temini pazarında hâkim durumda olduğu, ancak rakiplerinin faaliyetinin zorlaştırılmasına yönelik uygulamalarının 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında kötüye kullanma eylemi olarak değerlendirilemeyeceği,

TEB İktisadi İşletmesi'nin yurtdışı ilaç tedarikçileriyle akdi ve fiili münhasırlık içeren anlaşmalar yapmak suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiği, aynı Kanun'un 5. maddesindeki koşulların sağlanamaması nedeniyle bu ihlal bakımından muafiyetin söz konusu olamayacağı,

Bu itibarla, 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, TEB İktisadi İşletmesi'ne idari para cezası uygulanması gerektiği

ifade edilmektedir.

16-42/699-313

I. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

I.1. Hakkında Soruşturma Yürütülen Teşebbüs: TEB ve TEB İktisadi İşletmesi

TEB; 6643 sayılı Türk Eczacıları Birliği Kanunu'nun (6643 sayılı Kanun) 1. maddesine göre, "Türkiye sınırları içinde meslek ve sanatlarını yürütmeye yetkili olup da, özel kanunlarında üye olmayacakları belirtilenler hariç, sanatlariyla uğraşan ve meslekleriyle ilgili hizmetlerde çalışan eczacıların katılmasıyla; eczacıların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, eczacılığın genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak; eczacıların birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak üzere, meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadıyla tüzel kişiliğe sahip kamu kurumu niteliğinde" kurulmuş olup, TEB ile bağlı eczacı odalarının görev ve yetkileri aynı Kanun'da belirlenmiştir.

6643 sayılı Kanun'un 2. maddesinde TEB'in organları; Merkez Heyeti, Yüksek Haysiyet Divanı, Büyük Kongre ve sınırları içinde en az yüz elli eczacı bulunan illerde kurulan eczacı odaları olarak belirlenmiştir. Anılan Kanun'un 39. maddesinin birinci fıkrasının (j) bendinde ise, TEB Merkez Heyeti'nin görevleri arasında, eczanelerden sağlık hizmeti alacak resmi ve özel kurum/kuruluşlarla anlaşma yapmak ve imzalanan anlaşmaya uygun tek tip sözleşmeleri bastırarak eczanelere dağıtmak sayılmıştır.

Eczacıların büyük çoğunluğu pazarda hizmet sunumunda bulunan teşebbüslerin (eczanelerin veya ecza depolarının) sahibi veya temsilcisi konumundadır. Buna bağlı olarak, eczacı odaları ve bunların üst birliği olan TEB'in bünyesinde, teşebbüslerin iradesi temsil edilmektedir. Bu çerçevede, Kurul'un 18.09.2000 tarih ve 00-35/393-220 sayılı kararı ile bu karara ilişkin olarak tesis edilen 09.03.2004 tarih, 2001/4801 E. ve 2004/2386 K. sayılı Danıştay 10. Dairesi kararında da tespit edildiği üzere; TEB ve bağlı eczacı odaları 4054 sayılı Kanun anlamında teşebbüs birliğidir.

TEB'in yurtdışından ilaç temini faaliyeti, iktisadi işletmesi aracılığıyla gerçekleştirilmektedir. TEB Merkez Heyeti'nin 05.10.2006 tarih ve 21 sayılı kararı ile kurulan ve Yurtdışı İlaç Temin Birimi olarak geçen TEB İktisadi İşletmesi'nin merkezi Ankara'da olup, Kasım 2011'de İstanbul'da açılan bir şubesi de faaliyetini sürdürmektedir.

I.2. İlgili Pazar

I.2.1. Pazar Hakkında Genel Bilgiler

I.2.1.1. İlgili Mevzuat

1262 sayılı İspençiyarı ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu'nun (1262 sayılı Kanun) 8. maddesi ile Ek 7. maddesi, yurtdışından ilaç temininin yasal dayanağını oluşturmaktadır. 1262 sayılı Kanun'un 8. maddesinde yabancı ülkelerden müstahzar getirmek için izin talebinin ancak eczaneler, ecza depoları (ecza ticarethaneleri sahipleri) ve üretici firma vekilleri tarafından vaki olduğu takdirde kabul olunacağı, başvurunun Sağlık Bakanlığına yapılacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla maddede; eczaneler, ecza depoları ve üretici firmalar tarafından yurtdışından ilaç getirme izni için başvurulabileceği düzenlenmiş ve anılan maddenin 3 numaralı dipnotunda hükmün uygulanması için Ek 7. maddeye atıfta bulunulmuştur. İlgili Ek 7. maddede ise Sağlık Bakanlığı tarafından, şahsi tedavide kullanılmak üzere ruhsatı olmayan ilaçlarla, bunlardan ticarete çıkarılmamak şartıyla resmi müesseseler veya kamu yararını gözeten cemiyetler "namına" gelecek olanların ithaline izin verilebileceği düzenlenmiştir.

16-42/699-313

Yapılan atıf uyarınca ilgili iki maddenin birlikte yorumlanması gerektiğinden hareketle, düzenlemelerin içeriğine bakıldığında; 8. maddenin uygulanmasına yol gösteren Ek 7. maddede şahsi tedavide kullanılmak üzere yurtdışından getirilecek ilaçların ticarete çıkarılmamak ve Sağlık Bakanlığınca belirlenecek miktarı aşmamak üzere resmi müesseseler veya kamu yararını gözeten cemiyetler namına ithaline izin verileceğinin düzenlendiği görülmektedir. Dolayısıyla hükümde yer alan resmi müesseseler veya kamu yararı gözeten cemiyetler "namına" ibaresi, "tarafından" olarak yorumlanmamalıdır. Zira Ek 7. madde, ithalin hangi koşullara bağlı olduğunu, eş deyişle miktarının nasıl belirleneceği, kimin namına ithalat yapılabileceği, hangi amaçla getirilebileceği gibi hususları düzenlerken; Ek 7. maddeye uygulanması bakımından atıfta bulunulan 8. madde ise ithalin kimler tarafından yapılacağını düzenlemektedir. Bir başka deyişle Ek 7. madde, hangi kurumların yurtdışından ilaç temin edebileceğini düzenlememiş, kimlerin namına ilaç ithal edilebileceğine işaret etmiştir. İlaç ithal izni için Sağlık Bakanlığınca başvurabilecekler ise, 8. maddede tahdidi olarak sayılmıştır. Bunlar; Türkiye dâhilinde sanat icrasına mezun eczane ve ecza ticarethaneleri veya üreticilerin Türkiye'de oturan vekilleridir.

663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında KHK'nın (663 sayılı KHK) 27. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, Türkiye ilaç ve Tıbbi Cihaz Kurumunun (TİTCK) görev, yetki ve sorumlulukları arasında görev alanına giren ürünlerin [ilaç] ruhsatlandırılması, üretimi, ithalatı, piyasaya arzı, dağıtımı ile ilgili kuralları belirlemek; bu faaliyetleri yürütecek kamu ve özel hukuk tüzel kişileri ile gerçek kişilere izin vermek sayılmıştır.

24.03.2013 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği'nin (SUT) 4.3. maddesinin birinci fıkrasında; yurtiçinden sağlanması mümkün olmayan ilaçların, yurtiçinde bulunmadığı ve kullanılmasının zorunlu olduğu Sağlık Bakanlığınca tarafından onaylanarak ilaç teminine izin verildiği takdirde yurtdışından temininin mümkün olduğu ve bu amaçla "[...]Sağlık Bakanlığınca yetkilendirilmiş taraflar ile Kurum [Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK)] arasında protokol" yapılabileceği düzenlenerek, TEB dışında özel ecza depolarına da ilaç ithal etme olanağı sağlanmışken; ilgili hüküm 01.08.2013 tarih ve 28725 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan son haliyle "...Bu amaçla, TEB ile [SGK] arasında protokol yürürlüktedir. Mevzuat değişikliği yapılarak Sağlık Bakanlığınca yetkilendirilmiş diğer taraflarla da protokol yapılabilir." biçiminde değiştirilmiştir.

SUT'un 4.3. maddesinin birinci fıkrasında yapılan ilk değişiklikle özel ecza depolarına da ilaç ithal etme olanağının sağlanması ertesinde, TİTCK tarafından 18.07.2014 tarihinde Türkiye'de ruhsatlandırılmamış ve/veya ruhsatlandırıldığı halde piyasada bulunmayan ilaçların yurtdışından temini sürecinin usul ve esaslarını belirlemek amacıyla "Yurtdışından İlaç Temini ve Kullanımı Kılavuzu" (TİTCK Kılavuzu) çıkarılmıştır. Bu noktada ilerleyen bölümlerde değinileceği üzere mahkeme kararları doğrultusunda Kılavuz'un ana metninde değişikliklerin yanı sıra 7 numaralı Eki'nin (Yurtdışından İlaç Temini İçin Tedarikçilerde Aranılan Şartlar) de 02.05.2016 tarihinde değiştirildiği, söz konusu Ek 7'nin "TEB Tarafından Yurtdışından İlaç Temini Sırasında Uyulması Gereken Kurallar" ismini aldığı ve özel ecza depolarının yurtdışından ilaç temini yetkilerinin kaldırıldığı belirtilmelidir.

16-42/699-313

TİTCK Kılavuzu'nun 4. maddesinde ruhsatlandırılmış ilaçların eczanelerden temin edilerek kullanımının esas olduğu belirtilmiş, ancak ruhsatlandırılmamış ve/veya ruhsatlandırıldığı halde çeşitli sebeplerle piyasada bulunmayan ilaçların kullanımını gerektiren haller istisnai olarak kabul edilmiştir. TİTCK, etkin maddeye ithalat onayı vermekte, ilaç isimlerini işaret etmemektedir. Değişiklikten önce etkin maddeye göre piyasada araştırma yapan tedarikçiler de, ilacın aranan etkin maddeyi içerdiğine yönelik onay süreci ertesinde ilacı ithal edebilmekteydi. Mevcut durumda sadece TEB'in anılan maddede belirlenen usule uygun olarak ilaç temin edebileceği belirtilmiştir.

Değişiklikten önceki TİTCK Kılavuzu'nun 7. maddesi uyarınca, TİTCK tarafından belirlenen şartları yerine getirmek suretiyle yurtdışından ilaç temini uygun ve yeterli görülen tedarikçilerin listesi TİTCK resmi internet sitesinden ilan edilmekteydi. Tedarikçilerde aranan koşullar ise, Kılavuz'un 7 numaralı ekinde sayılmıştı. Bu koşullar uyarınca, öncelikle tedarikçilerin mevzuatta yer alan usul ve esaslara göre ecza deposunu kurmuş olmaları gerekmekteydi. İthal edilecek ilacın getirildiği ülkenin mevzuatına uygun olarak ruhsatlandırılmış doğrudan üretici ya da tedarikçi kanalıyla temin edilmesi koşulu, sahte ya da kaçak ilaç ithalini önlemeye yönelikti. Rekabet hukuku açısından önemli olan koşul ise, başka depoların belirli ilacı temin etmesine engel oluşturacak şekilde üretici ya da yurtdışı depolarla sözleşme yapılmaması gereği idi. Eş deyişle, yurtdışından ilaç tedarik edecek depolara ilaç sağlayıcılarıyla münhasıran çalışma yasağı getirilmişti. Bunlar dışında Kılavuz'da iyi dağıtım kurallarına uygun teslimat, ilacın azami temin süresi, kargo teslimat süreleri, ecza depolarının taşınması gereken asgari fiziki ve elektronik altyapı koşulları belirlenmişti. Yukarıda sözü edilen koşulların sağlandığına dair taahhüt belgesinin TİTCK'ye ibrazı halinde yurtdışından ilaç temini faaliyetine başlanabilmekte idi.

Yine TİTCK Kılavuzu'nun değişiklikten önceki 7 numaralı ekinde, Bakanlık tarafından yurtdışından temin edilecek ilaçların e-reçete olarak düzenlenmesine yönelik çalışmalar yürütüldüğüne, bu bağlamda e-reçete uygulamasına geçilmesi durumunda, TİTCK tarafından ilan edilecek süre içerisinde teknik ve donanımsal altyapı oluşturulması gerekliliğine dikkat çekilmişti. Yurtdışından temin edilecek ilaçlarda e-reçete uygulamasının, yazılan ilaçların tedarikçi depolar arasında elektronik reçete sistemi tarafından stokta bulunma durumuna göre sıra ile dağıtılacağı, ancak bedeli SGK tarafından ödenecek ilaçların bu madde kapsamında sıralı dağıtımına başlanabilmesi için 13. maddede, belirtilen SGK ile yapılan Protokolün TİTCK'ye ibraz edilmiş olması zorunluluğuna yer verilmişti. Planlanan sıralı sistem ve e-reçete uygulaması için de tedarikçi özel depoların yurtdışından ilaç temin edebilmek ve SGK tarafından ilaçlar için ödenecek bedeli edinebilmek için (yurtdışından ilaç temini işinde faal olabilmek için) olduğu kadar e-reçete uygulamasına geçilmesi durumunda da aynı şekilde SGK ile Protokol akdetmesi gerekliliği doğmuştu. Burada soruşturma konusu yurtdışı ilaç pazarının rekabete kapalı olmasında kilit nokta, Sağlık Bakanlığı tarafından yetkilendirilmelerine karşın SGK'nın protokol imzalamaya yanaşmaması nedeniyle tedarikçilerin faaliyetlerinin zorlaştırılması ve hukuki anlamda rekabete açılan piyasanın idari işlemlerle fiili olarak kapatılması idi. Tüm bunların ötesinde, değişiklikle tek tedarik kaynağı TEB olarak belirlendiğinden, 13. madde ve sıralı sistem planı kaldırılmıştır.

¹ İlgili maddede; ilaç bedellerinin tahsili hususunda vergi ve diğer yasal yükümlülükler ile işletme masraflarını da kapsayacak şekilde kamuya ait ya da özel geri ödeme kurumlarıyla protokol imzalanabileceği, bu kapsamda yapılacak her türlü protokolün 5 (beş) iş günü içerisinde TİTCK'ye ibraz edilmesi gerekliliği ve son olarak da kamu kurum ve kuruluşları ile yapılan protokoller kapsamında temin edilecek ilaçların kamuya maliyetinin, özel geri ödeme kurumlarına olan maliyetten yüksek olmaması gerekliliği yer almakta idi.

16-42/699-313

Yetkileri kaldırılmadan önce 07.05.2016 tarihi itibarıyla 29 tedarikçinin listede yer aldığı görülmüştür. Bahse konu tedarikçiler “Sosyal Güvenlik Kurumu ile Anlaşması Olan Tedarikçiler” ve “Sosyal Güvenlik Kurumu ile Anlaşması Olmayan Tedarikçiler” olarak iki gruba ayrılmıştı. SGK ile anlaşması olan tek tedarikçi TEB'dir. Kararın bütünlüğü açısından TİTCK'nin kullandığı “tedarikçi” teriminin ecza depolarını ve TEB'i nitelediği, kararda ise “tedarikçi” teriminin ilaç üreticisi ya da distribütörü teşebbüsleri tanımladığı belirtilmelidir. Bu noktadan itibaren “tedarikçi” kelimesi kararın sistematığına uygun olarak ilaç üreticileri/distribütörleri için kullanılacaktır. SGK ile anlaşması olmayan özel ecza depoları her ne kadar Sağlık Bakanlığı tarafından yetkilendirilmiş olsalar da, ilaç tedarikçileriyle ve TİTCK Kılavuzu'nun Ek 8'inde belirtilen ecza depolarının bir kısmıyla yapılan görüşmeler neticesinde; SGK'nın TEB dışındaki depolarla protokol yapmamış olmasının ve SGK ile tedarikçiler arasında alternatif ödeme modeli kapsamında akdedilen protokollerde tek dağıtıcı olarak TEB'in işaret edilmesinin, piyasa oyuncuları tarafından tek dağıtıcı olarak TEB'in yetkilendirildiği şeklinde değerlendirildiği kanaati oluşmuştur. Kılavuz değişikliği ile birlikte Ek 8'de mahkeme kararı gereği özel ecza depolarının faaliyetlerinin 30.04.2016 tarihi itibarıyla durdurulduğu ilan edilmiş olup, SGK ile anlaşması olan tedarikçiler listesi olarak sadece TEB'e yer verilmiştir².

1.2.1.2. TİTCK Kılavuzu'nun İptaline Yönelik Mahkeme Süreci

Ankara Eczacı Odası tarafından, TİTCK Kılavuzu'nun iptali istemiyle Danıştay 15. Dairesinde 2014/6191 E. sayılı dosyaya kayden açılan davada Daire, 02.04.2015 tarihinde verdiği kararda öncelikle; 663 sayılı KHK'nın 27 ve 40. maddeleri, 1262 sayılı Kanun'un Ek 7. maddesi ve SUT'un 4.3. maddesi ile Sağlık Bakanlığının 08.06.2009 tarih ve 2009/36 sayılı Genelgesi'ne dayanılarak hazırlanan Kılavuz'da ithal edilecek ilaçların ecza depoları tarafından da temin edilebileceği belirtildiğinden, anılan düzenlemelerin yanı sıra ecza depolarının faaliyetlerini düzenleyen 984 sayılı Ecza Ticarethaneleriyle Sanat ve Ziraat İşlerinde Kullanılan Zehirli ve Müessir Kimyevi Maddelerin Satıldığı Dükkanlara Mahsus Kanun (984 sayılı Kanun) hükümleri açısından da incelenmesi gerektiğinden hareket etmiştir.

Danıştay 15. Dairesi; Ecza Depoları ve Ecza Depolarında Bulundurulmuş Ürünler Hakkında Yönetmelik'in (Ecza Depoları Yönetmeliği) 9. ve 10. maddeleri uyarınca ecza depolarının esas itibarıyla toptan veya perakende şekilde eczanelere ve diğer sağlık kuruluşlarına ilaç satabileceği, ancak zorunlu hal olması durumunda doğrudan ihtiyaç sahiplerine satış yapabileceği tespitinde bulunmuştur. İlaçların yurtdışından temini süreci TEB kanalıyla gerçekleştirilirken hizmete yönelik olarak TEB'in yetersiz kaldığı, hastalara zamanında en uygun fiyatla ilaç temin edilemediği ve bu nedenle hastaların mağdur olduğu gerekçeleriyle ecza depolarının da yetkilendirilmesine yönelik TİTCK'nin somut tespitinin bulunmadığına hükmetmiştir. Tersine, Sağlık Bakanlığının resmi internet sitesinde yer alan basın duyurusunda yaşanan sıkıntıların temin sürecindeki aksaklıklar, geri ödeme ya da fiyat sorunlarından kaynaklandığının ve TEB'in temininde herhangi bir sıkıntının mevcut olmadığının vurgulandığı belirtilmiştir.

Yurtdışından ilaç temini için ecza depolarının da yetkilendirilmesinin Ekonomi Koordinasyon Kurulunun (EKK) bu alanı rekabete açma yönündeki kararından kaynaklandığına dikkat çeken Daire; TİTCK'nin mahkemeye sunduğu TEB hakkındaki şikâyetler karşısında TEB'in mağduriyeti gidermek adına eczanelerin de yurtdışı ilaç temini başvurularını almak üzere yetkilendirildiğinden hareketle, ecza depoları tarafından ilaçların doğrudan ihtiyaç sahiplerine satılabilmesine olanak sağlayabilecek zorunlu bir halin bulunmadığı sonucuna varmıştır.

<http://www.titck.gov.tr/Mevzuat/MevzuatGetir?id=2649> Erişim tarihi: 04.07.2016.

16-42/699-313

Anılan gerekçeli kararda, 663 sayılı KHK uyarınca TİTCK'nin kurulduğu ve görev alanına giren ürünlerin üretimi, ithalatı ve satışına yönelik düzenleme yapmak ve denetlemek üzere görevlendirildiği tespitinde bulunan Daire; 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Kanunu ile Sağlık Bakanlığı'nın ilaçların ruhsatlandırılması, izin ve fiyat verme işlerini yürütmek üzere yetkilendirildiğini belirtmiştir. Ayrıca 1262 sayılı Kanun'un Ek 7. maddesinin şahsi tedavide kullanılmak üzere ruhsatı bulunmayan ya da ruhsatı olmasına karşın piyasaya arz edilmeyen ilaçların resmi müesseseler ya da amme menfaatlerine hadim hayır cemiyetleri tarafından ithaline Sağlık Bakanlığı tarafından izin verilebileceğinin düzenlendiği ifade edilmiştir.

İlgili düzenlemeler karşısında TİTCK'nin ilaçların ruhsatlandırılması, fiyatlandırılması ve satışı ile ilgili düzenleme yapma yetkisinin varlığını kabul eden Daire; bu kapsamda düzenleme yapılırken bireyin maddi ve manevi varlığının korunmasının esas alınması, hastalığın aciliyeti, makul sürede ilacın temini, en uygun maliyet, en az bürokratik işlem gibi hususların göz önünde bulundurulmasının kamusal görevin gereği gibi yerine getirilmesi açısından hayati önem taşıdığına da dikkat çekmiştir.

984 sayılı Kanun'un ecza depolarının şahsa ilaç satışı yasakladığına da değinen Daire, dava konusu Kılavuz'un dayanakları arasında Ecza Depoları Yönetmeliği'nin 10. maddesinin bulunmadığını da vurgulamıştır.

Yukarıda özetlenen gerekçelerle Danıştay 15. Dairesi, dava konusu Kılavuz'un ecza depoları tarafından şahıslara yurtdışından ilaç temin edilebileceğine olanak tanıyan kısımlarında hukuka uyarlık bulunmadığını tespit etmiş ve Kılavuz'un tedarikçiler yönünden yürütmesinin durdurulmasına karar vermiştir. TEB tarafından TİTCK Kılavuzu'nun iptali istemiyle Danıştay 15. Dairesinde 2014/6032 E. sayılı dosyaya kayden açılan davada da Daire 02.04.2015 tarihinde aynı yönde karar vermiştir.

TİTCK, 14.07.2015 tarihinde yetkili ecza depolarına Danıştay 15. Dairesi'nin Kılavuz'un tedarikçiler yönünden yürütmesinin durdurulması kararını bildirerek, mağduriyet yaşamamaları için en geç 11.08.2015 tarihine kadar tedbir almalarını ve bu tarihten sonra herhangi bir tedarik işlemi yapılmaması gerektiğini belirtmiştir.

Mahkemenin yürütmenin durdurulması kararları üzerine TİTCK; 31.07.2015 tarih, 29431 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "Ecza Depoları ve Ecza Depolarında Bulundurulanan Ürünler Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik" ile aynı gün yayımlanan Kılavuz'da değişikliğe giderek ecza depolarının yetkisinin devam ettiğini ilanen tebliğ etmiştir. Bu noktada, Ecza Depoları Yönetmeliği ve Kılavuz'da yapılan değişikliklere değinmek gerekmektedir.

Ecza Depoları Yönetmeliği'nin 4. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde yer alan ecza deposu tanımı değiştirilerek, "şahsi tedavi amacıyla yurtdışından ilaç temin etmesine Bakanlıkça izin verilen" ibaresi eklenmiştir. Yine Yönetmelik'in ecza depolarının perakende satışını yasaklayan 10. maddesine Türkiye'de ruhsatlı olmayan veya ruhsatlı olup piyasada bulunmayan ilaçların doğrudan şahsi kullanım için yurtdışından temininin bu yasak dışında tutulduğu ibaresi eklenerek, Kılavuz'un yasal dayanağına zemin hazırlanmıştır. Ancak, Kılavuz'un dayanağını teşkil eden Ecza Depoları Yönetmeliği değişikliği de davaya konu olmuştur.

16-42/699-313

I.2.1.3. Ecza Depoları Yönetmeliği Değişikliğinin İptaline Yönelik Mahkeme Süreci

Ecza Depoları ve Ecza Depolarında Bulundurulan Ürünler Hakkında Yönetmelik'te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik'in 1. maddesindeki "...ve/veya şahsi tedavi amacıyla yurtdışından ilaç temin etmesine..." ibaresinin ve 3. maddesinin ikinci cümlesinin iptali ve yürütmesinin durdurulması istemiyle TEB 2. Bölge Ankara Ecza Odası tarafından Danıştay 15. Dairesi'nde açılan 2015/6926 E. sayılı davada anılan Daire, 25.12.2015 tarihinde yürütmenin durdurulması kararı vermiştir³.

Gerekçeli kararda, Türkiye'de ruhsatlandırılmamış ilaçların şahsi tedavi için yurtdışından temini ve Türkiye'de ruhsatlandırılmış ancak piyasaya arz edilmeyen ilaçların yurtdışından temini ayrı ayrı ele alınmıştır. Kararda ruhsatlandırılmamış ilaçların ithali yönünden 663 sayılı KHK'nın 27. maddesi, 1262 sayılı Kanun'un 1, 3, 8, 19 maddeleri ile Ek 7. maddesi birlikte değerlendirilmiştir; Ek 7. madde karşısında resmi müesseseler veya amme menfaatlerine hadim hayır cemiyetleri dışında ticari işletmelerin ruhsatlandırılmamış bir ilacı yurtdışından temin etmelerinin mümkün olmadığı ve bu işletmelere yurtdışından ilaç temini izni verilemeyeceği, dolayısıyla Yönetmelik'teki değişiklik düzenlemesinin hukuka aykırı olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Türkiye'de ruhsatlı olup da piyasaya arz edilmeyen ilaçların yurtdışından teminine yönelik olarak ise kararda; 1262 sayılı Kanun, 984 sayılı Kanun'un 1 ve 11. maddeleri irdelenerek, ilaç fabrikaları ve ecza depolarının toptan ve perakende olarak şahıslara ilaç satışının mümkün olmadığına, dolayısıyla dava konusu Yönetmelik maddelerindeki ecza depoları tarafından yurtdışından ruhsatlandırılmış ilaçların teminine olanak sağlayan düzenlemelerin hukuka aykırı olduğuna hükmedilmiştir.

Tebliğ mazbatasından ilgili kararın TİTCK'ye 25.03.2016 tarihinde tebliğ edildiği görülmüş olup, TİTCK tarafından resmi web sitesinde yürütmeyi durdurma kararı gereği özel ecza depolarının yurtdışından ilaç temin etme faaliyetinin 30.04.2016 tarihi itibarıyla durdurulduğu ilan edilmiş⁴ ve tedarikçiler listesi yenilenerek listede sadece TEB'e yer verilmiştir. Öte yandan, 06.05.2016 tarihli duyuruda TİTCK; Kılavuz'un güncellendiğini bildirerek, Kılavuz'u yayımlamıştır. Güncellenmiş Kılavuz'un 4. maddesinin ikinci fıkrası ve 7. maddesinin ilk fıkrasında ilaçların sadece TEB tarafından yurtdışından temin edilebileceği düzenlenmiştir⁵.

Her iki mahkeme süreci birlikte değerlendirildiğinde, soruşturma konusu özel ecza depolarına yurtdışı ilaç temini yolunu açan düzenlemelerin yürütmesinin durdurulması sonucunda yetkililerin TİTCK tarafından ortadan kaldırıldığı, yetkinin yeniden verilmesi için gerekli yasal düzenlemelerin yapılmasının zaruri olduğu anlaşılmaktadır. Bu itibarla, dosya kapsamında iddia konusu ihlal incelenirken, özel ecza depolarının yetkilendirildiği dönem ile yetkinin kaldırılması sonrası dönem ayrı ayrı ele alınacaktır.

I.2.1.4. TEB'in Yurtdışından İlaç Temini Süreci

1262 sayılı Kanun'un Ek 7. maddesi, 6643 sayılı Kanun'un 4. maddesi ve 181 sayılı KHK'nın⁶ 1, 2 ve 41. maddeleri ile Sağlık Bakanlığı ile TEB arasında 2006 tarihinde imzalanan protokol uyarınca, TEB tarafından yurtdışından ilaç temini faaliyeti yürütülmektedir.

TEB de Yönetmelik değişikliğinin iptali istemiyle Danıştay 15. Dairesi'nde dava açmış, Daire 26.02.2016 tarih 2015/6526 E. sayılı kararı ile Yönetmelik'in aynı maddelerinin yürütmesini durdurmuştur.

http://www.titck.gov.tr/PortalAdmin/Uploads/UnitPages/tedarkci_depolar_listesi_%2029.01.2016.pdf

Erişim tarihi: 04.07.2016.

<http://www.titck.gov.tr/Mevzuat/MevzuatGetir?id=2649> Erişim tarihi: 04.07.2016

Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 14.12.1983 tarih ve 18251 sayılı Resmî Gazete.

16-42/699-313

Yukarıda da belirtildiği üzere TEB, TEB İktisadi İşletmesi aracılığıyla yurtdışı ilaç temini faaliyetini sürdürmektedir. TEB İktisadi İşletmesi tarafından öncelikle TİTCK'nin internet sitesinde yayımlanan Yurtdışı İlaç Listesinde yer alan ilaçlara yönelik fiyat araştırması yapılmaktadır. İlaç üreticilerine, tedarikçilerine ve yurtdışı ecza depolarına ürünün fiyatı sorulduktan sonra, firmalardan gelen olumlu/olumsuz yanıtlar toplanarak tablo haline getirilmekte ve SGK'ya bildirilmektedir. Tedarikçinin fiyatının uygun görülmesi halinde sipariş verilmekte ve gümrükten mal mukabili ithalatta ürün alınmaktadır.

Ankara merkez ve İstanbul şubesi olarak iki noktada hizmet veren TEB Yurtdışı İlaç Birimine, hastalar doğrudan ya da Ankara merkeze posta yoluyla başvurabilmektedir. Önaraştırma döneminde TEB merkezinden edinilen sunumda haftada ortalama 800-1100 başvuru evrakının geldiği belirtilmiştir. İlaçlarını elden almayan hastalara ilaçlar anlaşmalı kargo ile gönderilmektedir. İlgili sunumda, hastalara ilacın ortalama 20-25 günde tedarik edildiği ifade edilmiştir.

TİTCK tarafından 10.04.2014 tarihinde TEB'e gönderilen yazıda; zaman içerisinde hasta sayısında ve buna paralel olarak da ilaç taleplerinde artış olduğu, bu bağlamda artan talebi karşılama noktasında sadece bir tedarikçinin yetersiz kalacağına ulaşıldığı, yurtdışı ilaç harcamalarının her yıl artış gösterdiği, EKK tarafından yurtdışından ilaç temin eden tedarikçilerin sayısının artırılması ve bu alanın rekabete açılması yönünde karar alındığı, bunun üzerine SUT'un 4.3. maddesinde buna olanak sağlayan değişikliğe gidildiği, Tebliğ'in yayımını müteakip ecza depoları tarafından TİTCK'ye başvurulduğu, taleplerin TİTCK tarafından belirlenen şartların tümünün yerine getirilmesi kaydıyla uygun görüldüğü, gerek TEB gerekse uygun görülen ecza depolarının uygulamalarında birlik sağlamak amacıyla TEB ile imzalanmış olan 2006 tarihli protokol hükümlerine ilave yapma ihtiyacı hâsıl olduğu belirtilmiştir.

TEB, cevap yazısında; TEB tarafından verilen yurtdışından ilaç temini hizmetinin Anayasa'nın 56. maddesinde düzenlenen sağlık hakkı kapsamında kamu hizmeti olması nedeniyle bu alanın ticari boyuta taşınarak rekabete açılmayacağını belirtmiştir. Kendilerine gönderilen yazıda imzalanması talep edilen ek protokole ilişkin olarak; TEB bünyesinde depo kurulmasına imkân sağlayan düzenleme bulunmadığından hareketle, depo kurulması yükümlünün yerine getirilemeyeceği, halen yürürlükte bulunan protokolün değiştirilmesine gerek olmadığı vurgulanmıştır. Bu noktada, aşağıda yer alan başlık altında SGK'nın soruşturma sürecinde yürürlüğe giren alternatif ödeme modeli uygulamasına değinilecektir.

1.2.1.5. SGK'nın Alternatif Ödeme Modeli Uygulamaları

21.04.2015 tarih ve 29333 numaralı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren SUT'ta Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ'in 2. maddesi ile; SUT'un 2.2 maddesinin ikinci fıkrasına eklenen ve SGK'yı yurtdışından temin edilen, ülkemizde imal edilemeyen veya bulunmayan ürün gruplarının üretimi ithal ürünlerin yerli üretime geçmesi, piyasada bulunurluğunun sağlanması hususlarının teşvik edilmesi amacıyla SGK alternatif ödeme modelleri oluşturabilmek konusunda yetkilendirilmiştir. Üretici firmalarla görüşmelere başlayan SGK, 30.04.2015 ilâ 04.01.2016 tarihleri arasında üreticilerden 7 tanesi ile protokol imzalamış ve 28.05.2015 ile 27.07.2015 tarihlerinde Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonu tarafından farklı finansal modellerle çalışma konusunda yetkilendirilen Genel Sağlık Sigortası Genel Müdürlüğüne alternatif ödeme modelleri çerçevesinde fiyatı belirlenen yurtdışı ilaçlarını duyurmuştur.

Bu noktada alternatif ödeme modeli kapsamında tedarikçiler ile SGK arasında imzalanan protokollere değinmek gerekmektedir. Soruşturma sürecinde SGK'dan elde edilen ve Gen İlaç Sağlık Ürünleri San. ve Tic. A.Ş. (GEN İLAÇ), ACTELION, Abbvie Tıbbi İlaçlar San. ve Tic. Ltd. Şti. (ABBVIE), Gilead Sciences İlaç Tic. Ltd. Şti. (GILEAD), Boehringer

16-42/699-313

Ingelheim İlaç Tic. A.Ş. (BOEHRINGER), ALEXION ve B&A Pharma Trading Ltd. Şti. ile SGK arasında imzalanan protokollerin firmaya özgü koşullar haricinde çatı olarak benzer olduğu görülmüştür.

Sözleşmenin içeriğine bakıldığında, Sözleşmenin “Uygulanacak Usul ve Esaslar” başlıklı 3. bölümü altındaki 3.1.1. maddesinde SUT hükümlerine uygun olarak düzenlenen reçetelerin TEB tarafından sözleşmedeki finansal model ve yürürlükteki SUT hükümleri çerçevesinde karşılanacağına belirtilmiştir. SGK ile tedarikçiler arasında güncel referans ülkedeki ya da Avrupa ülkelerindeki en düşük depocuya satış fiyatından yüksek olmamak koşuluyla belirlenen “ilaç baz fiyatı”nın, TEB tarafından yapılan fiyat araştırması sonucunda elde ettiği fiyattan ya da en düşük depocu fiyatından daha yüksek olması halinde, tespit edilen daha düşük fiyatın baz fiyat olarak alınması hükmüne bağlanmıştır.

Sözleşmenin 3.1.2. maddesinde EK-4/C listesinde kayıtlı ilaçlara ait reçetelerin TEB tarafından karşılanacağı yinelenmiştir. Sözleşmenin 3.1.3. ve 3.1.4. maddeleri uyarınca reçetelerin TEB’e ulaştırılmasını takiben ilaçların en geç yirmi gün içinde eksiksiz ve uygun koşullarda hastaya ulaştırılmasından tedarikçi ve TEB sorumlu tutulmuştur.

Sözleşmenin 3.1.11. maddesinde ise yurtdışı ilaçların SGK ile TEB arasındaki protokol dâhilinde temin edilmesi durumunun sona ermesi halinde, dağıtım ile ilgili olarak SGK’nın başka bir kurum veya kuruluşu tayin edeceği düzenlenmiştir. Bu madde, SGK tarafından protokollerin münhasır nitelik taşımadığı savını ortadan kaldırmaktadır. Zira SGK ancak TEB’in protokolünün sona ermesi durumunda “başka bir kurum veya kuruluşu” tayin edecek, bilahare yeni kuruluşla protokol imzalayacaktır. Hükmün lafzından da anlaşıldığı üzere, SGK’nın özel ecza depolarıyla protokol imzalamak şeklinde bir niyeti olmadığı gibi, TEB’in münhasır dağıtıcı konumunda olmadığı yönündeki iddiaları da gerçekçi değildir. SGK’nın ileri sürdüğü gibi ecza depolarıyla da protokol imzalandığında, tedarikçi firmaların tek tek depolarla protokol imzalayabileceği, SGK ile tedarikçi arasındaki sözleşmenin sadece TEB’i adres göstermesi diye bir durumun söz konusu olmadığı yönündeki savını sözleşmenin 3.1.11. maddesi desteklememektedir. Zira, hükmün lafzından ancak SGK ile TEB arasındaki protokolün sona ermesi durumunda başka kuruluşların devreye alınacağı açıkça anlaşılmaktadır.

Sözleşmenin “gizlilik” başlıklı 5. maddesinde, sözleşme süresince ve sözleşmenin sona ermesinden sonra da süresiz olarak SGK ve tedarikçilerin edindikleri gizli bilgi ve belgeyi, bilgi paylaşılması kanunen zorunlu kurum ve kuruluşlar ile TEB hariç, üçüncü kişilere açıklayamayacağı, bilgilerin güvenliğinden SGK ve tedarikçinin müştereken ve müteselsilen sorumlu olduğu belirtilmiştir.

Rekabet hukuku bağlamında sözleşmenin önemli bir diğer maddesi 8. maddedeki yürürlük hükmüdür. Sözleşmenin süresi beş yıl olarak belirlenmiş, sona erme tarihinden önce tarafların yazılı olarak mutabık kalmaları koşuluyla uzatılabileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla protokolde zimni kabul yoluyla sözleşmenin belirsiz süreli hale dönüşmesi söz konusu olmayıp, protokol beşer yıllık sürelerle açık irade beyanıyla uzatılabilmektedir.

16-42/699-313

Alternatif geri ödeme modeli uygulamasına yönelik soruşturma döneminde yaşanan diğer bir değişiklik, SGK Genel Sağlık Sigortası Alternatif Geri Ödeme Komisyonunun ihdas edilerek tedarikçilerle görüşme, indirim pazarlığı yetkisinin Genel Müdürlükten alınarak komisyona devredilmesidir. 10.02.2016 tarih ve 29620 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan SGK Genel Sağlık Sigortası Alternatif Geri Ödeme Yönetmeliği, alternatif geri ödeme yöntemlerinin belirlenmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemekte olup; ilgili Yönetmelik uyarınca Alternatif Geri Ödeme Komisyonu getirilmiştir. Komisyon SGK Başkanı başkanlığında Genel Sağlık Sigortası Genel Müdürü ile Sağlık Bakanlığı, Maliye Bakanlığı, Kalkınma Bakanlığı ve Hazine Müsteşarlığının birer temsilcisinden oluşmaktadır.

Yine soruşturma sürecinde, 18.01.2016 tarih, 29597 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan SUT’ta Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ’in 11. maddesi ile SUT’un 4.3. numaralı maddesinin dördüncü fıkrası değiştirilerek, “*farklı finansal modeller kapsamında değerlendirilen ve Kurumun internet sayfasında kamu baz fiyatları... yayımlanan yurtdışı ilaçları[nı] hak sahiplerinin kendi imkanlarıyla temin etmeleri halinde ilaç bedelleri; ilacın [SGK] ile protokolü bulunan tedarikçiden protokollerde belirlenen süreler dahilinde temin edilemediğinin belgelenmesi kaydıyla [SGK]’ya mal oluş bedeli üzerinden ödenir.*” düzenlemesi getirilmiştir.

Bu düzenleme uyarınca hastanın şahsi tedavisi için yurtdışından temin ettiği ilacın alternatif ödeme kapsamında SGK tarafından ödenen bir ilaç olması durumunda, öncelikle SGK ile protokolü bulunan tek dağıtıcı olarak TEB’e başvurması, TEB ile SGK arasındaki protokolün 3.3.9. maddesi uyarınca ilacın reçete tarihi itibarıyla en geç sekiz hafta içinde hastaya teslim edilmesi gerektiğinden, ilacın başvurduktan sonra sekiz hafta geçmesine rağmen temin edilemediğini belgelendirmesi gerekmekte, hasta ancak bu sürecin sonunda başka bir ecza deposundan temin ettiği ilacın bedelini SGK’dan talep edebilmektedir. Mahkeme kararlarıyla yetkileri ortadan kalkmadan önce uygulamada vekâletle hasta adına yurtdışından ilaç temin eden ve bedelini vekâletle SGK’dan tahsil edebilen özel ecza depolarının bu düzenleme değişikliği sonrasında vekâletname ile faaliyetlerini sürdürme olanağı da zaten ortadan kalkmış bulunmaktaydı. Bu düzenleme ile önceliğin TEB’e verilmesi, özel ecza depolarıyla protokol imzalanmaması yoluyla ecza depolarının faaliyetlerinin zorlaştırılmasını pekiştirmiştir.

1.2.2. İlgili Ürün Pazarı

Yurtdışından temin edilen ilaçlar; yeni piyasaya sürülen, ancak yeni olmaları nedeniyle Türkiye’de ruhsatlandırma süreçlerinin uzunluğu karşısında henüz ruhsatsız olan ilaçlar olabileceği gibi, ruhsatlı olduğu halde firmaların kapasitelerinin yetersiz olması veya Türkiye’nin fiyat politikalarının uygun bulunmaması gibi sebeplerle yeterli miktarda üretilmeyen ya da Türkiye piyasasına arz edilemeyen ilaçlar da olabilmektedir. Genellikle kanser ve ileri seviyede kullanılan bu özel ilaçlar için her hekimin reçete yazması mümkün değildir. Öte yandan, ruhsatı olmayan ilaçların eczanelerde satış olanağı da bulunmamaktadır. Bu tür ilaçların hastalar için son derece kritik olması hasebiyle ikamesinin olmadığı ile temin ve tedarik sürecinin eczanelerde satılan ilaçlardan farklı olduğu görüşlerinden hareketle, ilgili ürün pazarı “*yurtdışından temin edilen ilaçlar*” olarak tanımlanmıştır.

1.2.3. İlgili Coğrafi Pazar

Başvuruya konu yurtdışından temin edilen ilaçların tüm Türkiye genelinde dağıtımı olması ve coğrafi pazar tanımını etkileyecek bölgesel nitelikli farklılıklar bulunmaması nedeniyle ilgili coğrafi pazar “Türkiye” olarak belirlenmiştir.

16-42/699-313

I.3. Dosya Kapsamında Yapılan Tespitler

I.3.1. Öneri Döneminde Elde Edilen Bilgi ve Belgeler

I.3.1.1. SGK Genel Müdürlüğü ile Yapılan Görüşme

12.03.2015 tarihinde gerçekleştirilen görüşmede (Belge-1) SGK Genel Müdürü tarafından; 2006 yılında Sağlık Bakanlığı'nın Türkiye'de bulunmayan ilaçların ithali konusunda TEB ile protokol imzaladığı, imzalanan protokol kapsamında TEB'in %10 olan hizmet bedeli oranının 2014 yılı itibarıyla %6 olarak belirlendiği ve bu oranın yaklaşık %(.)'ünün maliyeti oluşturduğu dile getirilmiştir.

İlaç temininin deneyim gerektiren zor bir iş olduğuna değinen Genel Müdür, bu konuda TEB'in ciddi bir birikimi olmasına karşın zaman zaman aksaklıklar yaşandığına dikkat çekerek, hâlihazırda SGK'nın ilaç depolarıyla çalışmanın bekletilmesi yönünde bir eğilimi olduğunu ve ilaç depolarıyla protokol imzalamanın ilk etapta düşünülmediğini vurgulamıştır.

İsmet KÖKSAL, SGK tarafından Nisan 2015'ten itibaren yurtdışından ilaç temini konusunda farklı bir yöntem uygulanmasının hedeflendiğini ifade ederek, uygulanması planlanan yeni sistem ile ilgili bilgi vermiştir. Buna göre SGK; 6552 sayılı Torba Yasa ile alternatif ödeme modelleriyle ilgili SGK'ya verilen yetkiden hareketle yurtdışındaki ilaç üreticileri ile doğrudan anlaşmalar yapmayı hedeflemektedir. Böylelikle yurtdışından toplu anlaşmalar vasıtasıyla ilaçların temin edilmesi amaçlanmaktadır. Yurtdışından temin edilen ve çoğu soğuk zincir gerektiren ilaçların güvenliğinin ve hastanın daha hızlı ve daha ucuz bir şekilde ilaca ulaşımının bu sistem ile sağlanacağı değerlendirilmektedir.

SGK nezdinde temel sorunun ruhsatlandırma sürecinin kısaltılarak ilaçların ruhsatlı olmasının yaygınlaştırılması olduğunu vurgulayan Genel Müdür tarafından, bu noktada GMP (*good manufacturer product*) kriterlerine uygun kalite kontrolü yapılması gerektiği ifade edilmiştir.

I.3.1.2. TİTCK ile Yapılan Görüşme

11.03.2015 tarihinde TİTCK Akılcı İlaç Kullanımı, İlaç Tedarik Yönetimi ve Tanıtımı Daire Başkanı ile yapılan görüşmede (Belge-2); yurtdışından ilaç teminine yönelik TEB ile SGK arasında protokol imzalandığı 2006 yılında ithal ilaca yönelik talebin bugüne kıyasla çok az olduğu, fakat son yıllara bakıldığında zaman zaman SGK'nın yurtdışından temin edilen ilaçlara yaklaşık olarak 2012 yılında 400 milyon TL, 2013 yılında 800 milyon TL ve 2014 yılında 1,3 milyar TL ödeme yaptığının görülmesi, eş deyişle ithal ilaç piyasasının bu şekilde büyümesi üzerine EKK tarafından TEB'in bir sivil toplum örgütü olarak tekel durumunda kalması sakıncalı bulunarak bu alanın rekabete açılmasına karar verildiği belirtilmiştir. Karar ertesinde SUT'un 4.3. maddesinin birinci fıkrasında değişiklik yapılması üzerine ilaç depolarının yurtdışından ilaç temin etmek için TİTCK'ye başvurmaya başladığını dile getiren Daire Başkanı tarafından, ecza depolarına TİTCK Kılavuzu ve eklerinde de belirtilen şartlara göre bu hizmeti yürütebileceklerinin bildirildiği ifade edilmiştir.

Ayrıca TİTCK'nin ilaç depolarına objektif kriterler getiren, denetim olanağı sağlayan düzenlemeler yaptığı, ancak TEB'in ecza deposu kurmasının kanunen mümkün olmaması nedeniyle, bu denetimin TEB'i kapsamadığı vurgulanmıştır. TİTCK tarafından, TEB'in SGK ile arasındaki mevcut protokolü bahse konu yeni uygulama doğrultusunda revize etmesine yönelik TEB'e yazı gönderildiği, fakat TEB tarafından mevcut protokolün devam ettiği gerekçesiyle bu talebin reddedildiği dile getirilmiştir.

16-42/699-313

Yurtdışından temin edilen ilaçların hastalar için elzem ilaçlar olmasına dikkat çeken Daire Başkanı tarafından, piyasadaki ecza depolarının bu ilaçları getirebilecek kapasitesinin henüz yeterli seviyede olmama ihtimali değerlendirildiğinde, hastalar için riskli bir durum ortaya çıkacağından, TEB ile mevcut protokolün devam etmesi yönünde tavir aldıkları belirtilmiştir.

Son olarak, TİTCK Kılavuzu'nun 4. maddesi uyarınca temin edilen ilacın kalitesine ilişkin sorumlulukları bulunduğundan, ilaç depolarına yetki verilmesinin yurtdışından ilaç temini sürecinin suiistimal edilmesine yol açacağı yönündeki karşı savların gerçekçi olmadığı ileri sürülmüştür.

1.3.1.3. Ankara SGK İl Müdürlüğü ile Yapılan Görüşme

10.03.2015 tarihinde gerçekleştirilen görüşmede (Belge-3) Ankara SGK İl Müdürlüğü (.....) tarafından; yurtdışından ilaç temini hizmetinin 2007 yılından önce SSK, BAĞ-KUR ve Emekli Sandığı tarafından ayrı ayrı yürütüldüğü, 2007 yılında SGK çatısı altında birleşince SGK ile TEB arasında bu hizmetin yürütülmesine dair bir protokol imzalandığı belirtilmiştir.

2007 yılından bugüne kadar ithal ilaç hacminin hem reçete hem ödenen miktar bazında artış göstermesinin; Sağlık Bakanlığı ve SGK'nın değişen fiyat politikalarından, genel sağlık sigortası kapsamının sürekli genişlemesinden, tüm dünyada yeni ilaç moleküllerinin keşfedilmesi ve hekimlerin bu ilaç bilgilerine kolay erişimlerinden kaynaklandığını ifade eden (.....), yurtdışından ilaç temini için SGK ile protokol imzalamış olan TEB'in bahsi geçen talebi karşılamakta yetersiz kaldığını vurgulamıştır.

Ayrıca ilaç temininde tek yetkili olarak yetersiz kalan TEB'in, bu çok kritik ilaçlara olan talebi zamanında karşılayamaması nedeniyle hastalardan şikâyetler geldiğine dikkat çekilerek, ilaca ulaşma hususunda kaygı duyan hastaların çoğu kez yazılı şikâyet vermekten imtina ettiği dile getirilmiştir.

Sağlık Bakanlığı tarafından ilaç temini konusunda yetki verilen ilaç depoları ile protokol imzalanmadığından, uygulamada ecza depolarının hastalardan vekâlet alarak SGK'dan ilaç parasını tahsil ettiklerini belirten (.....), SGK'nın bu depolarla arasında imzalanmış protokol olmadığından depoları denetleme ve herhangi bir yaptırım uygulama yetkisinin de bulunmadığına dikkat çekmiştir.

Türkiye'de bulunmayan ve bu sebeple yurtdışından temin edilen ilaçları temin etme noktasında TEB'in %10 hizmet bedeli aldığı, fakat ilaç depolarına yetki verilmesiyle birlikte bu oranın yeni protokolde %6 olarak belirlendiği, ancak ödeme süresinin kısaltılması konusunda bir değişikliğe gidildiği ifade edilmiştir⁷.

Son olarak, yurtdışından temin edilen ilaçların çoğunun ileri seviye hastalıkların tedavisinde kullanılan özel ilaçlar olduğu ve ilacın bekleyemeyecek hastalar için önemi dikkate alındığında, yurtdışından teminin tek bir kanaldan yapılıyor olmasının gecikmelere sebebiyet verdiğinin ve bu durumun hastaları sahte ya da kaçak ilaca yönlendirme ihtimali doğurduğunun altı çizilmiştir.

1.3.1.4. Sağlık Bakanlığı – TEB Protokolü

Sağlık Bakanlığı ile TEB arasında ilk olarak 03.12.1996 tarihinde "Kişisel Tedavi İçin Yurtdışından İlaç Teminine İlişkin Protokol" imzalanmıştır. İlk protokolde ilacın bedelinin hasta tarafından ödenmesi, ilahare SGK'dan geri ödenmesi söz konusudur.

⁷ Daha sonra hizmet bedeli oranı %3,9'a düşürülmüştür.

16-42/699-313

19.06.2006 tarihli son protokolün bir yıllık olduğu, sona ermesinden iki ay önce taraflardan biri protokolü sona erdireceğini karşı tarafa bildirmedeği takdirde aynı şartlarla her defasında uzatılmış sayılacağı düzenlenmiştir. Hastaların ya da geri ödeme kurumlarının talebi üzerine ilacın yurtdışından temin edilmesi öngörölmüş olup, reçetelerin Bakanlık tarafından onaylanması gerekmektedir. TEB'in geri ödeme kurumlarıyla da protokol imzalayabileceği, Birlik'in protokolle üstlendiği görevleri kendi adına kuracağı iktisadi işletme aracılığıyla da yapabileceği düzenlenmiştir.

1.3.1.5. SGK – TEB Protokolü

TEB ile SGK arasında protokol ilk olarak 04.04.2007 tarihinde, dönemin TEB Başkanı ile dönemin SGK Başkanı tarafından imzalanmıştır.

Protokol önaraştırma döneminde en son 01.05.2014 tarihinde yenilenmiş ve TEB Başkanı ile SGK Başkanı tarafından imzalanmıştır. Protokol bir yıl için geçerli olup; sürenin bitiminden en az iki ay önce yeni dönem protokol görüşmelerine başlanacağı, tarafların bir ay önceden yazılı bildirmek şartıyla protokolü feshetme hakkına sahip olduğu, Sağlık Bakanlığı tarafından TEB'e verilen yetkinin Bakanlıkça herhangi bir sebeple geri alınması halinde yetkinin son bulunduğu tarih itibarıyla protokolün SGK tarafından tek taraflı feshedilmiş olacağı düzenlenmiştir.

Önaraştırma döneminde gerçekleştirilen yerinde inceleme sırasında TEB Genel Sekreteri'nin bilgisayarından elde edilen "Yurtdışından Şahsi Tedavi İçin Reçete Bazında İlaç Teminine İlişkin Protokol" isimli belgenin (Belge-4), 2013 yılı için hazırlanan taslak metin olduğu anlaşılmış olup; SGK ile TEB arasında protokolün revizyonu taslağı üzerinden yapılan görüşmelerde SGK'nın protokolün 6.1. maddesinde yer alan "*Sağlık Bakanlığı tarafından TEB'e verilen yetkinin Bakanlık tarafından herhangi bir sebeple geri alınması halinde yetkinin son bulunduğu tarih itibarıyla protokol SGK tarafından tek taraflı feshedilmiş olacaktır.*" düzenlemesi ile 7.2. maddesindeki SGK'nın zeyilname ile protokol şartlarında değişiklik yapma hakkına sahip olduğu, TEB'in bu değişikliklere uymayı kabul ettiği yönündeki ibarenin çizildiği, eş deyişle TEB tarafından uygun bulunmadığı görölmüştür.

TEB'in 6.1. maddesindeki düzenlemeye itirazının SGK bünyesinde kabul görmediği ve 01.05.2014 tarihli protokole bu yönde bir düzenleme eklendiği, ancak 7.2. maddesindeki SGK'nın protokol şartlarında tek taraflı değişiklik yapma hakkına yönelik taslak düzenlemeye itirazının SGK tarafından da kabul edildiği ve protokolden çıkarıldığı anlaşılmıştır.

SGK ile yapılan protokol gereği TEB İktisadi İşletmesi tarafından her 15 günde bir Medula Sistemi'ne⁸ girilen reçeteler ve raporlar sıralanarak faturalandırılmakta ve ilaç alış faturaları da eklenerek SGK'ya teslim edilmektedir. Gönderilen faturaların SGK tarafından kontrolü yaklaşık iki fatura dönemi sonrasında bitmektedir. Soruşturma döneminde elde edilen protokolün 01.05.2016 tarihli son halinde ilaç ithalat ve hizmet bedeli %3,9 olarak belirlenmiş olup, protokol benzer biçimde bir yıl geçerlidir. Yeni protokol görüşmelerine bitiminden en az iki ay önce başlanacağı hükmü de korunmuştur.

Medula Sistemi: Sağlık Bakanlığı tarafından oluşturulan ve yürürlüğe konan merkezi bir programdır. İnternet üzerinden erişilebilen Medula Sistemi sayesinde hastaneler, doktorlar, eczacılar ve optisyenler tıbbi cihaz, ilaç, sağlık malzemeleri, teşhis, tanı vb. kayıtları sisteme girmekte veya sistem üzerinde takip etmektedirler. Programın dört alt modülü bulunmaktadır.

16-42/699-313

1.3.1.6. SGK – İDM Protokolü

İlaç Dağıtım Merkezi Ltd. Şti. (İDM) Yetkilisi (.....) ve dönemin SGK Başkanı tarafından imzalanmış olan protokolün 15.07.2013 tarihinde yürürlüğe gireceği ve bu tarihten itibaren yedi yıl geçerli olacağı hükme bağlanmıştır.

Oysa SGK tarafından, 19.03.2015 tarih ve 1488 sayı ile Kurum kayıtlarına giren bilgi istemine cevap yazısında, İDM ile aralarında protokol yapmak üzere çalışmalar başlatılarak taslak bir metin hazırlandığı, taslağın imza aşamasına gelindiğinde İDM temsilcisinin resmi olarak şirketini temsil ve imzaya yetkili olduğuna dair belgenin olmadığı görüldükçe protokolün geçersiz kaldığı ve bu durumun İDM'ye ihtarname gönderilerek bildirildiği belirtilmiştir.

1.3.1.7. BİMER Üzerinden TİTCK'ye Yapılan Hasta Şikâyetleri

TİTCK tarafından, 2014-Şubat 2015 döneminde kendilerine BİMER üzerinden ulaştırılan ve hasta yakınlarının TEB hakkındaki şikâyetlerini içeren sekiz örnek gönderilmiştir. Örneklerin ortak özelliği, sürekli kullanılan hayati önemi haiz ilaçlar olması; ürünlerin stokta bulunmaması, tedarikçiyile sorun yaşanması ya da evrakın sehven iade edilmesi nedeniyle reçete süresinin geçmesi gibi gecikmelerle hastaların bir-üç ay gibi sürelerle ilacı alamamaları ve mağdur olmalarıdır.

1.3.1.8. TEB ile Bazı İlaç Üreticileri Arasında İmzalanmış Tedarik Sözleşmeleri

Önaraştırma sürecinde TEB Genel Sekreteri'nin bilgisayarında gerçekleştirilen yerinde incelemede edinilen tedarik sözleşmesi taslağının 2. maddesinde, ürünün Türkiye'de ruhsat alana kadar satış ve dağıtımının münhasıran TEB İktisadi İşletmesi'ne ait olması tasarlanmıştır. Ürünün ruhsat almasına kadar satış ve/veya dağıtım yetkisinin başka kişi veya kuruluşa verilmesi halinde tedarikçinin TEB'e cezai şart ödeyeceği düzenlenmiştir. Ayrıca taslak tedarik sözleşmesinin 3. maddesinde 2 yıl olarak belirlenen sözleşme süresinin, süre bitiminden otuz gün önce sözleşme süresinin yenilenmeyeceği karşı tarafa bildirilmedikçe birer yıl süre ile uzayacağı belirtilmiştir (Belge-5). Yerinde inceleme sırasında sözleşmenin içeriği, uygulanıp uygulanmadığı gibi hususlara yönelik bilgi edinilememiştir. Öte yandan, dokuz ilaç üreticisi firmaya TEB ile aralarında yazılı ya da fiili bir sözleşme olup olmadığı, yurtdışından ilaç temini konusunda TEB dışındaki diğer ecza depolarıyla çalışıp çalışmadıkları, çalışmıyorlarsa bunun nedeni sorulmuştur.

ACTELION tarafından; TEB ile aralarında herhangi bir sözleşme olmadan çalıştıkları, diğer ecza depolarından bu güne kadar herhangi bir talep gelmediği, böyle bir talep söz konusu olduğunda depolarla çalışmamak için bir nedenleri olmadığı, ancak SGK ile protokollerini olmadığı için kendilerine başvurma ihtimallerinin düşük olduğu dile getirilmiştir (Belge-6).

BIOMARIN tarafından; TEB ile aralarında herhangi bir sözleşme olmadığı, BIOMARIN ürünlerinin sadece Türkiye'de kullanılacağına dair gerekli dokümanları temin etmeleri halinde diğer ecza depolarıyla da çalışabilecekleri ifade edilmiştir (Belge-7).

SHIRE tarafından, TEB ile imzaladıkları sözleşme sunulmuş olup; diğer ecza depolarından Dilek Ecza Deposu İth. ve İhr. A.Ş. ile aralarında bir ürünlerine yönelik olarak 27.11.2012 tarihli lojistik sözleşmesi olduğu, sözleşmenin 06.02.2016 tarihine kadar uzatıldığı belirtilmiştir (Belge-8).

BMS tarafından; TEB ile sipariş usulü çalıştıkları, TEB'in siparişlerinin Kıbrıs'ta yetkilendirdikleri Ada Pharma Ltd. tarafından karşılandığı ifade edilerek, diğer ecza depolarıyla çalışıp çalışmadıkları sorusuna İDM'nin kendilerine başvurduğu, İDM'yi distribütörleri Ada Pharma Ltd.'e yönlendirdikleri şeklinde yanıt verilmiştir (Belge-9).

16-42/699-313

JOHNSON tarafından; grup şirketleri Cilag GmbH ile TEB arasında tedarik sözleşmesi olduğu, sözleşmenin sadece grup şirketi Cilag GmbH ile olması nedeniyle diğer grup şirketlerinin talep halinde diğer ecza depolarına ürün sağlayabileceği, ancak kendileriyle ciddi irtibata geçen tek dağıtıcının TEB olduğu, bir ecza deposunun kendileriyle temasa geçtiğinde SGK ile aralarında protokol olduğunu söylemesine karşın bunun doğru olmadığına tespit edilmesi üzerine ticari güven zedelendiğinden, iş ortaklığı kurulmadığı vurgulanmıştır (Belge- 10).

NOVARTIS tarafından; TEB ile aralarında imzalanmış sözleşmeye konu ürünlerin (.....) tarihinde piyasaya sürüleceği, sözleşmenin (.....) sonuna kadar uzatılması için TEB'e teklifte bulunulduğu, Novartis Türkiye'ye diğer ecza depolarından gelen talepleri yurtdışı merkeze yönlendirmelerine karşın, herhangi bir talepte bulunulmadığı hususları ifade edilmiştir (Belge-11).

ALEXION tarafından; TEB ile aralarında anlaşma olmadığı, ürünlerine yönelik yüksek taşıma ve muhafaza koşullarını sağlamaları halinde diğer ecza depolarıyla çalışabilecekleri belirtilmiştir (Belge-12).

ROCHE tarafından; TEB ile aralarında sözleşme olmadan sipariş usulü çalıştıkları, daha önceleri sözleşme yapmak üzere görüşmelerinin olduğu, ancak mutabakata varamadıkları, hâlihazırda bir ürünlerinin tedariki için TEB ile görüşmelerinin sürdüğü dile getirilmiştir (Belge-13). Bilgi istemi yazısına TEB tarafından verilen cevap yazısının ekinde aşağıda yer verilen 5 tedarikçi ile imzalanmış tedarik sözleşmeleri sunulmuştur.

I.3.1.8.1. Cilag GmbH ile TEB Sözleşmesi

18.12.2014 tarihli sözleşmenin 2.3. maddesinde sözleşme süresince ürünün münhasıran Birlik'e (TEB) tedarik edileceği düzenlenmiştir. Aynı şekilde, TEB'in de sözleşme konusu ürünleri en uygun fiyat koşullarını sağlaması halinde tedarikçi CILAG'dan münhasıran temin edeceği bağitlanmıştır. 7. maddesinde sözleşmenin, 18.12.2014'ten 30.06.2015'e kadar altı aylık süreyle yürürlükte olduğu belirtilmiştir (Belge-14).

I.3.1.8.2. GENZYME ile TEB Sözleşmesi

18.05.2009 tarihli sözleşmede TEB'in ürünlerin Türkiye'de dağıtımı ve yeniden satışı için münhasır yetkili olduğu düzenlenmiş olup, 3. maddesi uyarınca süresi bir yıl olan sözleşmenin, belirlenen süre içerisinde fesih ihbarında bulunulmazsa her dönem için aynı esaslarla bir yıl süreyle otomatik olarak uzayacağı hükme bağlanmıştır (Belge-15). Dolayısıyla sözleşme zımnı kabul ile belirsiz süreli hale gelmiştir.

I.3.1.8.3. NOVARTIS ile TEB Sözleşmesi

25.03.2013 tarihli sözleşme bir yıllık olup, sözleşmenin bir yıl sonra sona ereceği düzenlenmiştir. Sözleşmenin bu halinde herhangi bir münhasırlık hükmü bulunmamaktadır. Süre uzatımına yönelik düzenlenen ek protokollerin sonucunda sözleşme 25.03.2015 tarihine kadar uzatılmış ve 01.04.2014'ten itibaren geçerli olmak üzere imzalanan ek protokolün 3. maddesinde ana sözleşmenin 2. maddesine ekleme yapılarak, ürünün "Türkiye'de satış ve dağıtımında tek yetkili kurumun münhasıran Birlik [TEB]" olduğu belirtilmiştir (Belge-16).

I.3.1.8.4. SHIRE ile TEB Sözleşmesi

01.04.2013 tarihli sözleşme bir yıllık olup, ihbar süresi uyarınca devam etmek istenmediği karşı tarafa bildirilmedikçe sözleşmenin bir yıllık süre için kendiliğinden uzayacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla sözleşme zımnı kabul ile belirsiz süreli nitelik kazanmıştır. Sözleşmede münhasırlığa yönelik herhangi bir hüküm bulunmamaktadır (Belge-17).

16-42/699-313

1.3.1.8.5. MERCK ile TEB Sözleşmesi

21.04.2009 tarihli sözleşme bir yıllık olup, 60 günlük ihbar süresinde sözleşmeye devam edilmek istenmediği bildirilmedikçe sözleşmenin birer yıl uzayacağı hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla sözleşme zımnı kabul ile belirsiz süreli nitelik kazanmıştır. Sözleşmede münhasırlığa yönelik herhangi bir hüküm bulunmamaktadır (Belge-18).

1.3.2. Soruşturma Döneminde Elde Edilen Bilgi ve Belgeler

1.3.2.1. TEB'de Gerçekleştirilen Yerde İnceleme

18.08.2015 tarihinde TEB İktisadi İşletmesi'nde gerçekleştirilen yerinde incelemede edinilen bilgi/belgelerden soruşturma konusu ile ilişkilendirilebilecek olanlara aşağıda yer verilmiştir (Belge-19).

1.3.2.1.1. Hasta Şikâyetleri

Aralık 2013 tarihli şikâyet başvurusunda, TEB'in İstanbul İthal İlaç Birimi çalışanının hastaya ilaç göndermek üzere adres teyidi için aradığı, kargoyla sadece bir kutu gönderileceğini, yakın mesafelere kargo gönderilmediğinden daha sonrasında ilacın bizzat gelinerek alınması gerektiğini bildirdiği, hasta yakınının gelmelerinin mümkün olmadığını iletmesi ve İstanbul birimi açılmadan önce Ankara'dan ilaç talep ederken dahi daha kısa sürede ellerine ulaştığına dikkat çekmesi üzerine, görevlinin tek başına tüm ilaç taleplerine yetişemediğini belirttiği ifade edilmiş ve çalışanın hoş olmayan tutumundan yakınılmıştır. 23.12.2013 tarihli diğer bir başvuruda da TEB'in İstanbul İthal İlaç Birimi çalışanının kendisine yöneltilen sorulara karşılık agresif tutum sergilemesi şikâyet edilmiştir (Belge-20).

12.12.2014 tarihinde bir hastaya gönderilen yazıda, ilacın gecikmesinden dolayı hasta babası tarafından İDM kanalıyla temin edilmesi nedeniyle hasta yakınının evrakın iadesi talebi üzerine evrakın teslim edildiği belirtilmiştir. Yazının üzerine avukatlara verilmesi yönünde not düşülmüştür (Belge-21).

İstanbul Tıp Fakültesi doktorunun 09.05.2014 tarihinde TEB'e gönderdiği yazıda; ilaç raporları değerlendirilirken hastalığa özgü koşulların göz önünde bulundurulması gerektiğine, TEB'in raporları geri çevirme uygulamalarının tedavinin aksamasına neden olduğu kadar gereksiz bürokratik yazışmalara da yol açtığına dikkat çekilmiştir (Belge-22).

19.11.2014 tarihli başvuruda bir hasta yakını, TEB'in İstanbul İthal İlaç Biriminin fiziki koşullarının yetersizliği ve çalışanların uygunsuz davranışlarını şikâyet ederek, yoğun çalışma gibi koşullar ne kadar ağır olursa olsun bu gerekçenin hasta yakınlarını azarlama hakkını vermeyeceğini vurgulamış ve somut örneklerle sorunu ortaya koymuştur (Belge-23). Özellikle bazı çalışanların sorulan sorulara yanıt olarak ilacı sadece kendilerinin getirdiğini, başka yerde olmadığını söylemelerinin "*kamu hizmetini adeta kişisel tekelinde görüyor olması*" biçiminde algılanması, hastaların/hasta yakınlarının ilaca kolay erişim hakkı çerçevesinde hizmet kalitesini ortaya koyması bakımından son derece önemlidir.

Mayıs 2015 tarihinde TEB çalışanı tarafından hazırlandığı değerlendirilen bilgi notunda; ruhsatlandırma süreci tamamlanarak geri ödeme kapsamına alınan bir ilacın piyasaya sürülmeden önce TEB'in stoklarının tüketilmesi amacıyla yapılan taramada, kargo şirketinin hastalara ulaşamamış olması nedeniyle ilacın teslim edilemeyerek TEB'e iade edildiği, tekrar aranan hastalara ulaşılamayınca SGK Bahçelievler İl Müdürlüğü'ne 13.04.2015 tarihinde bir yazı gönderilerek, iade edilen ilaçların Medula Sisteminde ilgili hastaların üzerinden silinip onların yerine ilaç gönderimi yapılan hastalar üzerine kaydedilmesi ve TEB'e yeniden ödeme yapılmamasının talep edildiği belirtilmiştir.

16-42/699-313

Yaklaşık bir ay sonra kendisine ilaç ulaştırılmayan ilgili hastalardan birinin TEB ile iletişime geçmesiyle birlikte İl Müdürlüğü tarafından TEB'in hastanın üzerinden ilacın düşürülmesi talebinin yerine getirilmediğinin, ayrıca ilacın yönlendirildiği hastaya da ikinci kez işlendiğinin anlaşıldığına; İl Müdürlüğü yetkilisiyle yapılan telefon görüşmesinde TEB'in yaptığı işlemin usulsüz olduğunun, protokol gereği hastalara ilacı teslim etmekle yükümlü olduklarının ve bu yüküm yerine getirilmediği için hastanın mağdur edildiğinin beyan edildiğine bilgi notunda yer verilmiştir. İl Müdürlüğü yetkilileri, hastaya ilaç teslim edilmeden SGK'ya fatura edilmesinin usulsüz işlem olduğu görüşlerini daha sonraki toplantılarda da dile getirmişlerdir. Bilgi notunda hastalara ulaştırılmayan ilaçların stokta atıl durumda beklememesi için düşünülen çözüme de yer verilmiştir. Buna göre kargo şirketinin hastaya ilacı teslim edemeyerek iade ettiği durumlarda kendisine ulaşılamayan hastaların TEB ile iletişime geçmemesi halinde, durum İl Müdürlüğüne bildirilecektir. İlaç TEB tarafından faturalandırıldığında bedeli bir sonraki faturada mahsup edilecektir. Bunun için İl Müdürlüğü'nün Medula Sisteminde gerekli düzeltmeyi yaparak hastanın üzerinden ilaç kaydını silmesi gerektiği belirtilen çözüm önerisinde, TEB'in de ancak ilaç stoklarına gider pusulası ile iade girişi yaptıktan sonra başka bir hastaya ilaç vermesinin mümkün olduğu ileri sürülmüştür (Belge-24).

Bilgi notunda yer verilen İl Müdürlüğü yetkililerinin konuya ilişkin görüşlerine koşturarak SGK İl Müdürlüğü tarafından 11.05.2015 tarihinde TEB'e gönderilen cevap yazısında, kendilerine ilaç ulaştırılmayan ve fakat adına fatura gönderilerek SGK tarafından ödemeleri yapılan hastaların mağdur edildiği vurgulanarak, kendi istekleriyle hibe etmedikleri anlaşılan ilaçların başka hastalara teslim edilerek Medula Sistemine kaydedilmesinin usulsüz bir işlem olduğu belirtilmiş ve protokol gereği ilacın hastaya ulaştırılmasından TEB'in yükümlü olduğu hatırlatılarak hastaların mağduriyetinin en kısa sürede giderilmesi istenmiştir. Soruşturma sürecinde, konuya ilişkin SGK'nın teftişinin sürdüğü bilgisi edinilmiştir.

Benzer şekilde yaşanan mağduriyete örnek olarak; TEB İthal İlaç Birimine ulaşan ve bir eczacı tarafından tutulan tutanakta İthal İlaç Birimindeki ekli listede belirtilen ilaçların miadının dolduğu yönünde bir geri bildirim yer verilmiştir (Belge-25).

SGK'nın TEB'e gönderdiği 27.05.2015 tarihli yazıda, ilgili protokol hükmü hatırlatılarak ilaçların zamanında ve uygun koşullarda temin edilip hastaya ulaştırılmasının TEB'in sorumluluğu altında olduğunun altı çizilmiş ve gerek doğrudan gerekse İl Müdürlükleri kanalıyla SGK'ya intikal eden hasta şikâyetlerinden son günlerde ilaç temin işlemleri konusunda meydana gelen aksaklıklar sonucunda hasta mağduriyeti yaşandığının anlaşıldığı dile getirilmiştir. Sonuç olarak, ilaç temin sürecinde hasta mağduriyeti yaşanmaması amacıyla kesintisiz temine yetecek kadar stok bulundurulması ve temin işlemlerinin mümkün olan en kısa süreler içerisinde yapılması talep edilmiştir. TEB'in 04.08.2015 tarihli cevap yazısında bazı ilaçların temininde ürünün dünya genelinde piyasada bulunmaması, üretiminin yeterli olmaması, ilaç fiyatlarında artış olması gibi TEB'e bağlı olmayan nedenlerle sıkıntı yaşandığı açıklanmış ve fiyatlarında artış olan ilaçlar için fiyatların güncellenmesi hakkında SGK'ya başvuruda buldukları belirtilmiştir (Belge-26).

1.3.2.1.2. Dağıtım Sözleşmeleri

Yerinde inceleme sırasında TEB ile Pharma-Vision GmbH (PHARMA-VISION), Moltek Sağlık Hizmetleri Üretim Pazarlama A.Ş. (MOLTEK SAĞLIK), GEN İLAÇ ve Walter Krebs Import-Export GmbH & CO. KG (WALTER KREBS) arasında imzalanan dağıtım sözleşmeleri edinilmiştir.

16-42/699-313

TEB-PHARMA VISION dağıtım sözleşmesi 09.01.2013 tarihli olup, sözleşmenin süresi üç aylıktır. Altı aylık sürelerle zımni olarak uzatılabilen sözleşme belirsiz süreli sözleşme niteliği taşımaktadır ve halen geçerlidir (Belge-27, 28).

MOLTEK SAĞLIK ile TEB arasında 11.05.2015 tarihinde imzalanan sözleşme altı aylık olup, zımni kabul ile belirsiz süreli hale gelmiştir (Belge-29).

WALTER KREBS ile TEB arasında 1997 yılında imzalanan ve 2002 yılına değin süregelen tedarik sözleşmesinde Almanya ve diğer ülkelerden tedarik edilecek ilaçlar için farklı iskontolar öngörülmüştür. Sözleşmenin imzalandığı tarihte geçerli olan Alman para birimi bazında Alman eczane satış fiyatına göre üç fiyat aralığında iskonto oranları getirilmiştir. Almanya dışındaki ilaçlar içinse fark gözetilmeden ilacın eczane satış fiyatı üzerinden %(...) iskonto belirlenmiştir. Taraflar, Temmuz 2002 sonunda bir araya gelerek ek anlaşma yapmıştır. Tedarik sözleşmesinde düzenlenmiş olan iskontolara ek olarak TEB'e toplam yıllık ciro üzerinden %(...)lik iskonto ödenmesi kararlaştırılmıştır. Ayrıca yıllık toplam cironun belirli eşikleri aşması durumunda da ((.....) ve (.....) Euro) sırasıyla ilave %(...) ve %(...) ek iskonto verilmesi üzerinde anlaşılmıştır (Belge-30).

1997 tarihli sözleşmenin geçerli olup olmadığına ilişkin bilgi istemi üzerine TEB tarafından gönderilen ve 27.08.2015 tarihinde Kurum kayıtlarına intikal eden cevap yazısında; 01.06.1997 tarihinden itibaren üç ay için geçerli olan sözleşmenin zımni kabul ile altı aylık süreler için 2015 yılı Eylül ayı dahil geçerli olduğu, ancak değişen koşullar nedeniyle sözleşmenin IV. maddesinde düzenlenen iskontoya ait beyanın Alman Markı para biriminin tedavülden kalkması sebebiyle geçerli olmadığı ve %(...) iskonto uygulamasının değişen ekonomik koşullar neticesinde taraflar arasında sözlü olarak değerlendirilerek ortadan kaldırılmasına karar verildiği dile getirilmiştir. Sonuç itibarıyla sözleşmenin IV. maddesi hariç geçerli olduğu vurgulanmıştır (Belge-31).

TEB ile GEN İLAÇ arasında 14.01.2013 tarihinde imzalanan sözleşme bir yıllık olup, zımni kabul yoluyla belirsiz süreli hale gelmiştir (Belge-32).

TEB ile GEN İLAÇ arasında en son alternatif geri ödeme modeli kapsamında imzalanmış olan sözleşme de yerinde inceleme sırasında alınmıştır (Belge-33).

TEB ile GEN İLAÇ arasında 07.07.2015 tarihinde akdedilen Sözleşme'nin "*Sözleşmenin Konusu*" başlıklı 2. maddesine göre sözleşme alternatif geri ödeme modeli kapsamında. Sözleşmenin süresi bir yıl olup, sözleşmenin bitiminden 30 gün önce taraflardan biri feshetmediği sürece sözleşme otomatik uzatıma tabidir, dolayısıyla zımni kabul ile sözleşme belirsiz süreli niteliği kazanmıştır.

Sözleşmenin 4.1. maddesi ile ürünlerin menşei bilgilerinin TEB'e verilmesi zorunlu kılınmıştır. Madde 4.2.2.'de ise ürünlerin GEN İLAÇ'ın SGK ile alternatif ödeme modeli kapsamında imzalandığı sözleşme ile belirlenen fiyat üzerinden TEB'e teslim edileceği düzenlenmiştir. Sözleşmenin 4.3.3. maddesinde GEN İLAÇ tarafından ürünlerin "*Certificate of Analysis*" ve "*Batch Release Certificate*" belgelerinin fatura ile birlikte TEB'e gönderilmesi hükme bağlanmıştır.

Sözleşmenin feshinin düzenlendiği 7. maddede GEN İLAÇ'ın sözleşme süresi boyunca TEB'e ürün sağlama yetkisi veren Bakanlık düzenlemesinin iptal edilmesi, kaldırılması veya sözleşme konusu ürünlerden herhangi birisinin Türkiye'de ruhsatlanmasını takiben geri ödemeye girmesi halleri dışında bir nedenle sözleşmeyi feshedemeyeceği, aksi takdirde TEB'e cezai şart ödeyeceği bağlanmıştır.

16-42/699-313

Soruşturma konusu ile ilişkili bir diğer sözleşme hükmü ise gizliliğe ilişkin olan 11. madde olup, anılan düzenlemede GEN İLAÇ ve TEB, sözleşme süresince ve sonrasında birbirleri hakkında sözleşmenin ifası ile ilgili elde ettikleri ticari sır ve gizli bilgiyi ifşa etmemeyi taahhüt etmiştir (Belge-34, 35).

1.3.2.1.3. TEB-SGK Yazışmaları

TEB'in 03.03.2015, 25.03.2015 ve 15.04.2015 tarihlerinde SGK'ya gönderdiği yurtdışından temin edilen ilaçlarla ilgili yazılarda, Anayasa'nın 135. maddesi uyarınca 6643 sayılı Yasa ile kurulmuş kamu kurumu niteliğinde ve tüzelkişiliğe sahip bir meslek kuruluşu olarak Sağlık Bakanlığı tarafından yurtdışından ilaç temini için yetkilendirilen TEB'in ihtiyaç sahiplerine en kısa sürede ve uygun saklama koşulları altında ilaç sağladığı belirtilmiş ve 2014 yılında temin edilen ilk otuz kalem ilaç listesi verilerek, kamu adına önemli bir sağlık hizmeti yürüten TEB'in, yarısı yetim ilaç⁹ statüsündeki bu ilaçlara ruhsat verilip geri ödemeye alınmasının ve eczaneler aracılığıyla hastalara ulaştırılmasının uygun olacağı görüşünde olduğu vurgulanmıştır (Belge-36).

Sayılan ilaçların geri ödemeye alınarak eczanelerden ihtiyaç sahiplerine ulaştırılması konusunda SGK'nın işlem yapmasını talep eden TEB'in aslında yazıyı neden SGK'ya gönderdiği anlaşılmamıştır. Zira ruhsatlandırma süreci Sağlık Bakanlığı'nın uhdesinde olduğu gibi, bu süreç tamamlanmadan SGK'nın geri ödeme kapsamına dâhil etmesi mümkün görünmemektedir. Öneri araştırmanın başladığı 02.03.2015 tarihinden sadece bir gün sonra hiçbir amaca hizmet etmeyen bu yazının SGK'ya gönderilmesinin manidar olduğu değerlendirilmektedir.

1.3.2.2. TEB'den İstenen Bilgi ve Belgeler

15.01.2016 tarihli yazı ile TEB'den; SGK ile protokol imzalamış olan ACTELION, GEN İLAÇ, ABBVIE, BOEHRINGER ve GILEAD firmaları ile sözleşmelerinin olup olmadığı, sözleşme varsa birer nüshası ve Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı (AFAD) ile TEB arasında imzalanma aşamasında olduğu bilgisi edinilen anlaşmanın imzalanıp imzalanmadığına yönelik bilgi talep edilmiştir (Belge-37).

TEB tarafından 28.01.2016 tarihinde söz konusu bilgi talebine istinaden gönderilen cevap yazısında; ACTELION ile taahhütname aracılığıyla çalışıldığı, GEN İLAÇ ile aralarında sözleşmenin bulunduğu; ABBVIE, BOEHRINGER ve GILEAD ile ise sözleşme bağlanmadığı, ayrıca AFAD ile TEB'in herhangi bir protokol imzalamadığı belirtilmiştir (Belge-38).

1.3.2.2.1. Dağıtım Sözleşmeleri

1.3.2.2.1.1. ACTELION Taahhütnamesi

ACTELION'un sunmuş olduğu iki taahhütnamenin ilki 19.06.2015, diğeri 27.10.2015 tarihlidir. Alternatif geri ödeme modeli kapsamında ACTELION'un imzaladığı taahhütnameler uyarınca ACTELION'un her siparişle birlikte Analiz Sertifikası ve Serbest Bırakma Sertifikasını TEB'e temin edeceği düzenlenmiştir (Belge-39).

15.12.2015 tarihinde kendileriyle yapılan görüşmede ACTELION yetkilileri tarafından, TEB'in münhasır sözleşme yapmayı teklif etmesi karşısında hukukçularının bu durumun sıkıntılı olabileceği görüşü nedeniyle sözleşme yapmayı tercih etmedikleri belirtilmiştir (Belge-40).

⁹ Yetim ilaçlar; kısıtlı bir hedef nüfusu olan veya nadir bir hastalığı tedavi eden, dolayısıyla ticari ve mali potansiyeli sınırlı olan ilaçlardır. AB Yetim Tıbbi Ürün Yönetmeliği'nde nadir olarak sınıflandırılan ve on bin kişiden en fazla beşini etkileyen (prevalansı 1/2000) hastalıkların teşhisi, önlenmesi ve tedavisi için kullanılan ilaçlar olarak tanımlanmıştır. <http://www.aifd.org.tr> Erişim tarihi: 04.07.2016.

16-42/699-313

I.3.2.2.1.2. GEN İLAÇ Sözleşmesi

Yukarıda ayrıntılarına yer verilen GEN İLAÇ sözleşmesi, 08.10.2015 ve 23.10.2015 tarihlerinde iki kez tadil edilmiş olup, tadilat fiyat ya da ilaç listesi revizyonu biçimindedir (Belge-41).

I.3.2.3. Ecza Depolarından Edinilen Bilgi ve Belgeler

13.11.2015 ve 10.12.2015 tarihleri arasında ecza depoları ile yurtdışı ilaç temin sürecine yönelik yapılan görüşmelerde yetkililer tarafından (Belge-42, 43, 44, 45);

Ecza depolarının yetkilendirilmesiyle TEB'in hizmet bedelinin %10'dan %6'ya, sonrasında ise %6'dan %4,5'e kadar düştüğü, dolayısıyla Devletin ecza depolarının yetkilendirilmesiyle büyük kazanç sağladığı,

SGK ile protokol girişimlerinin sonuçsuz kaldığı,

Alternatif ödeme modeli kapsamında yer alan ilaçlar yurtdışından temin edilse bile SGK'dan kendilerine eksik bedel ödendiği, SGK tarafından alternatif ödemedeki ilaçlar için eksik bedel ödenmesinin pazarda yalnızca TEB'in kalması sonucunu doğuracağı,

Hiçbir sağlık güvencesi olmayan bir hastanın bile alternatif ödemedeki bir ilacı yalnızca TEB'den temin edebileceği,

Pazarın her geçen yıl büyüyen bir yapı sergilediği,

TEB'in ilacı temin ettikten sonra üzerine hizmet komisyonu adı altında belirli bir yüzde bedel ilave edip SGK'ya fatura edebildiği, ecza depolarının SGK ile protokolü olmadığından hizmet komisyonunu faturaya yansıtamadıkları,

Kendilerini arayan hastaların birçoğuna SGK ile anlaşmaları olmadığı için ilaç temin edilemediği,

Alternatif ödemedeki ilaçlar için SGK'nın ödeyeceği miktarın ecza depoları tarafından görülemediği, bu nedenle ilaçları temin etseler bile kendilerine ilaç için ödedikleri bedelin altında ödeme gerçekleştirildiği,

Belirtilen sistemin pazarda yalnızca TEB'in kalması için elverişli bir sistem olduğu,

Pazarda rekabetin olmamasının TEB tarafından SGK'ya yüksek tutarda faturalar kesilmesine sebebiyet verdiği,

TEB'in aksayan hizmeti nedeniyle ilaçları geç temin etmesinin hastaları kaçak ilaçlara yönelttiği

ifade edilmiştir. Bahse konu görüşmelerde belirtilen hususlara bakıldığında, yetkili ecza depolarının yurtdışından ilaç temin edememelerinin altında yatan en büyük nedenin, SGK ile protokol akdedememeleri olduğu görülmüştür. Ortak hususların dışında ecza depolarının belirttiği özellikli konulara da aşağıda firma bazında yer verilmiştir.

16-42/699-313

1.3.2.3.1. Ankyra Ecza Deposu Sağlık Malzemeleri Tic. Ltd. Şti. (ANKYRA) İle Yapılan Görüşme

ANKYRA yetkilisi tarafından, bahsedilen konulara ek olarak; alternatif ödeme modeli kapsamında olmayan 29 ilacın yapılan çalışmada daha düşük maliyetle temin edilebileceğini tespit ettikleri, bu ilaçların fiyatlarının düşmesi neticesinde devlete bu yönde bir katkı sağlanabileceği, hiçbir sağlık güvencesi olmayan bir hastanın alternatif ödeme modelinde olan bir ilacı TEB dışında başka bir kanaldan kesinlikle temin edemeyeceği ve ilaç temin edebilmek için hasta vekâletinin kaldırılmasına karşı çıkılmasının yurtdışından ilaç temin işini TEB'e bırakmak anlamına geldiği dile getirilmiştir (Belge-42).

1.3.2.3.2. Melis Ecza Deposu Ltd. Şti. (MELİS ECZA) İle Yapılan Görüşme

17.11.2015 tarihli görüşmede MELİS ECZA yetkilileri tarafından; 2013 Temmuz ayında TİTCK'den yetki belgelerini aldıkları, SGK'nın 2014 Haziran ayında ecza depolarıyla bir toplantı gerçekleştirdiği ve protokol imzalamak konusunda ecza depolarını o dönemde cesaretlendirmesine karşın çeşitli bahanelerle geçiştirerek protokol imzalamadığı belirtilmiştir.

ACTELION ile TEB arasında münhasır sözleşme bulunduğu dikkat çeken yetkililer tarafından, ACTELION'un kendileriyle çalışmak istediği fakat TEB'in baskıları sonucu bu isteğin sonuçsuz kaldığı; *Soliris* adlı pahalı, soğuk zincir gerektiren, hassas ve ciddi maliyetleri olan bir ilacın yetkililerinin olması durumunda uçakla getirip hastalara ulaştırma planlarının olduğu belirtilmiştir.

Görüşmede sunulan SGK başvurularına yönelik yazışmalar incelendiğinde; yetki belgesinin alınmasının ardından MELİS ECZA tarafından 17.07.2013 tarihinde SGK'ya protokol imzalanması talebiyle başvurulduğu, SGK'nın 11.02.2014 tarihli cevap yazısında yetki belgesinin (1) ve (2) nolu maddelerinde yer alan özellikleri sağladığına dair TİTCK'den alınacak belgenin ibraz edilmesinin istendiği görülmüştür. Belge için TİTCK'ye başvuran MELİS ECZA'ya TİTCK tarafından, 25.02.2014 tarihinde MELİS ECZA'nın anılan maddelerde belirtilen şartların sağlandığını gösteren yazısının kayda alındığı ve yetki belgesine yönelik cevap yazılarının geçerli olduğu belirtilmiştir. Bu itibarla yetki belgesinin ve dolayısıyla içerdiği (1) ve (2). maddelerin MELİS ECZA tarafından sağlandığını ifade eden TİTCK'nin yazısı, 26.02.2014'te SGK'ya sunulmasına karşın taraflar arasında protokol imzalanmamıştır (Belge-46).

1.3.2.3.3. İpek İlaç Ecza Deposu Ltd. Şti. (İPEK ECZA) İle Yapılan Görüşme

İPEK ECZA ile yapılan 17.11.2015 tarihli görüşmede yetkililer tarafından; 2014 Haziran ayında SGK'nın ecza depolarını toplantıya çağırdığı, toplantıda yurtdışından ilaç temini işinin nasıl yürütüleceğine ilişkin bilgi verildiği, en geç Haziran 2014 sonunda protokol imzalamak için depoları çağıracaklarını belirttikleri, ancak depoların çağırılmadığı belirtilmiştir. Alternatif ödemenin ilacın yalnızca TEB'den temin edilmesine zemin hazırlayan bir sistem olduğunu vurgulayan İPEK ECZA yetkilisi, kendilerinin ancak hastadan vekâlet ararak ilaç temin ettiklerine, fakat alternatif ödeme modeli ile birlikte bu kapsamdaki ilaçları temin etseler bile indirimli fiyattan geri ödeme yapılmadığı için ecza depolarının zararına bu ilaçları getirmeyi tercih etmediklerine, dolayısıyla bu modelin sadece TEB'i adres gösterdiğine dikkat çekmiştir.

16-42/699-313

IPEK ECZA olarak bu işe girmeden önce TEB'in hastalara yardımcı olduğunu ve kamu hizmeti gördüğünü zannettiklerini, fakat bu işe girdikten sonra işin içerisinde nasıl bir rant olduğunun farkına vardıklarını dile getiren yetkililer; TEB'in ilaç teminine ilişkin herhangi bir denetimin söz konusu olmadığını, bir buçuk yıldır yurtdışından ilaç teminine ilişkin TEB'de çalışan hiçbir personelden herhangi bir bilgi alamadıklarını vurgulamıştır.

GEN İLAÇ hakkında da bilgi veren yetkililer; GEN İLAÇ'ın alternatif ödeme modeli kapsamında olmayan ilaçları temin etmesine karşın alternatif ödemede olan ilaçları temin etmediğini, GEN İLAÇ'ın alternatif ödemedeki en pahalı ilaçları TEB'e teslim eden firma olduğunu, TEB'in toplam cirosunun %(.....)'unu bu firmanın getirdiği ilaçların oluşturduğunu belirtmişlerdir.

Söz konusu pazarda rekabet olduğunda hizmet kalitesinin artacağına dikkat çeken yetkililer tarafından; kendilerini arayan hastaların birçoğuna SGK ile anlaşma yapamadıkları için ilaç temin edemedikleri, ilaçların hiçbir ölçüt olmadan alternatif ödemeye alındığı, yurtdışından ilaç temini işini rekabete açarak hizmet kalitesini artırmak ve ilaçları daha düşük fiyatlardan temin etmek gerektiği, bu noktada en büyük sıkıntının GEN İLAÇ ile yaşandığı ifade edilmiştir.

Yurtdışındaki üretici firmalardan ilacı temin edemedikleri için birçok hastadan gelen ilaç talebini karşılayamadıklarına, buna örnek olarak "Soliris" adlı ilaç için firmalarına birçok defa talep geldiğine dikkat çeken yetkililer; hastaları TEB'e yönlendirdiklerinde, TEB'den ilacın çok geç temin edildiğine yönelik geri dönüşler aldıkları, GEN İLAÇ'ın getirdiği ilaçların genelde alternatif ödeme modeli kapsamında olduğu; soğuk zincirde temin edilmesi gereken bir ilacın, karton kutuyla TEB tarafından getirildiğine ve hastaya bu şekilde ulaştırıldığına şahit oldukları hususlarını dile getirmişlerdir (Belge-47).

1.3.2.4. Üretici/Distribütör Firmalardan Edinilen Bilgi ve Belgeler

15-17.12.2015 tarihlerinde yurtdışı ilaçların tedarikçileri konumunda olan firma yetkilileri ile yurtdışı ilaç temin sürecine yönelik yapılan görüşmelerde yetkililer tarafından (Belge-45, 48);

TEB'in yurtdışından ilaç teminine yönelik SGK ile protokolü olduğu,

SGK ile akdedilen protokolde dağıtımdan TEB'in sorumlu olduğunun belirtilmesinin özel ecza depolarıyla çalışılmasına engel olduğu,

SGK ile akdedilen protokolde TEB'in yanı sıra "Sağlık Bakanlığı'nın yetkilendirdiği diğer ecza depoları" ifadesinin de yer alması halinde, TİTCK tarafından yetkilendirilen depolarla çalışmalarının önünde bir engel kalmayacağı,

Benzer şekilde SGK'nın özel ecza depolarıyla çalışılmasının ancak hasta vekâletinin alınması suretiyle olabileceğini belirtmesinin ecza depolarıyla çalışılmasına engel teşkil ettiği,

Üretici firmaların fiyatların gizli kalması, Türkiye'yi referans alan ülkelerin fiyatlarını etkilememesi hususlarında hassasiyetlerinin olduğu, fiyat gizliliğinden asıl kastedilenin SGK'nın internet sitesindeki duyurularında iskonto oranlarının gizli tutulması olduğu, SGK'nın bu iskonto oranını gizli tutmaması halinde Türkiye'yi referans alan ülkelerdeki ilaç fiyatları etkileneceği için global firmalar açısından ciddi finansal kayıplar yaşanabileceği,

Ruhsatsız ilaçların genelde TEB kanalından hastalara ulaştırıldığı,

SGK ile protokolü olan tek dağıtıcının TEB olmasının, ilaçların dağıtımının yalnızca TEB kanalıyla yapılmasına sebebiyet verdiği,

Özel ecza depoları ile çalışmanın önünde, asgari koşulların sağlanması ve ilacın Türkiye dışına çıkarılmaması dışında herhangi bir engel olmadığı

belirtilmiştir. Görüşmelerde yetkililer tarafından ifade edilen hususlara bakıldığında; üretici firmaların ecza depolarına ilaç temin etmemelerinin altında yatan en büyük neden olarak ecza depoları ile SGK arasında protokol akdedilmemesinin gösterildiği görülmektedir. SGK ile protokol akdeden tedarikçiler bakımından ise, protokollerde tek dağıtıcı olarak TEB'in gösterilmesi hususu, ecza depolarına ilaç temin etmeme gerekçesi olarak belirtilmiştir. Tedarikçilerin bu iki husus dışındaki en büyük kaygısı ise, iskonto oranlarındaki gizlilik koşullarının sağlanmasıdır. Burada firmaların gizlilikten kastı, ecza depoları tarafından iskonto oranlarının üçüncü kişilerle paylaşılması değil; SGK'nın internet sitesinde yer alan alternatif ödemedeki ilaçların yalnızca liste fiyatlarına yer verilmesi, iskonto oranlarının gizli tutulmasıdır (Belge-49/2). Ortak hususların dışında belirtilen özellikli konulara da aşağıda firma bazında yer verilmiştir.

1.3.2.4.1. SHIRE ile Yapılan Görüşme

SHIRE yetkilileri tarafından SHIRE'in TEB ile 2011 yılında akdedilmiş bir sözleşmesinin bulunduğu, bu sözleşmenin otomatik süre uzatımı içermekle birlikte taraflarca her zaman öngörülen tek taraflı feshihbarının kullanımı ile feshedilebilecek nitelikte olduğu sözleşmelerde münhasırlık hükmünün yer almadığı ifade edilmiştir.

Bununla birlikte, SGK ile alternatif ödeme modeli kapsamında görüşmeler gerçekleştirilmiş olduğu, ancak henüz bir sözleşme imzalanmadığı, görüşmelerin devam ettiği belirtilmiştir.

SHIRE'in belirli ürünlerinin son derece hassas ve soğuk zincir gerektiren ürünler olduğunu vurgulayan yetkililer, kendilerine ruhsatsız ilaçlara ilişkin bir talep gelip gelmediğine, talep geldiyse ve karşılanmadıysa bu talebin karşılanmama gerekçesine ve SGK ile yapılan görüşmelerde fiyat gizliliğine dair bir hususun görüşülüp görüşülmediğine ilişkin bilgileri yazılı olarak beyan edebileceklerini ifade etmişlerdir (Belge-50).

17.12.2015 tarihinde yetkilileriyle yapılan görüşmede yöneltilen bu sorulara cevaben SHIRE tarafından gönderilen ve Kurum kayıtlarına 24.12.2015 tarihinde giren yazıda (Belge-49); özel ecza depolarından ürünlerine yönelik herhangi bir talep gelip gelmediğine dair soruya ilişkin olarak, İDM'den bir ürünleri için talep alındığı, 2015 yılı sonunda şirketlerinde gerçekleşen genel müdür değişikliği vesilesiyle İDM'nin tebrik mesajlarını iletmediği ve bir görüşme talep ettiği, 2016 yılının ilk aylarında görüşmeyi hedefledikleri, TEB ile sözleşme süreleri boyunca başkaca ecza deposundan bir talep almadıkları belirtilmiştir. İDM yetkilileri tarafından, SHIRE'in herhangi bir görüşme talebi iletilmediği ifade edilmiştir (Belge-51). SHIRE Genel Müdürü, tarafların ortak bir zaman dilimi belirleyemediklerini ve görüşmenin bu nedenle gerçekleşmediğini dile getirmiştir (Belge-52).

İDM kayıtları incelendiğinde; 2014 yılının sonunda İDM'nin yetkilendirilme sonrası birlikte çalışmaya hazır olduğunu bildiren tanıtım e-postası gönderdiği, 25.12.2014 tarihinde gönderilen cevapta SHIRE yetkilisinin 2015 Ocak ayı içerisinde İDM'yi davet ettiği görülmüştür. Ancak bu görüşme gerçekleşmemiştir. İlaç talebine ilişkin olarak kayda geçen İDM-SHIRE yazışmalarında ise, 03.11.2015 tarihinde İDM'nin SHIRE'in merkezinden ilaç talep ettiği, merkezin 04.11.2015 tarihinde SHIRE Türkiye'ye yönlendirmesinin ardından aynı gün İDM'nin acil bekleyen hastaları için ilacın miktarını belirterek teslim süresi ve fiyatı bildirmelerini talep ettiği, ancak SHIRE Türkiye'nin bu talebi yanıtlanmadığı anlaşılmıştır (Belge-53).

16-42/699-313

Yine 24.12.2015 tarihli cevap yazısında SGK ile alternatif ödeme modeli kapsamında imzalanan sözleşmede geçen gizlilik hükmüne yönelik görüşmelerde gizlilik hükmünün içeriğinin nasıl değerlendirildiği hakkındaki soruya ilişkin olarak; gizlilik hükmüyle korumaya çalıştıkları menfaatlerinin SGK tarafından yayımlanan Yurtdışı İlaç Listesinde alternatif ödeme modeli kapsamında üzerinde anlaşılan özel fiyatın ifşa edilmemesi olduğu, Türkiye'yi referans alan ülkelerin Türkiye'ye verilen çok özel fiyattan haberdar olmalarını ticari olarak istemedikleri, bu itibarla gizlilik hükmüyle koruma sağlamaya çalıştıkları vurgulanmıştır.

1.3.2.4.2. GILEAD ile Yapılan Görüşme

GILEAD yetkilileri tarafından 2007 yılından beri faaliyette olan GILEAD'ın ruhsatsız ilaç teminine dair TEB ile doğrudan bir sözleşmelerinin bulunmadığı, ancak SGK ile protokol akdettikleri ifade edilmiştir.

2015 Haziran-Temmuz aylarında İDM'den bir ilaç için talep gelmesi üzerine İDM'nin GILEAD İrlanda merkezine yönlendirildiği, fakat daha sonra merkezden İDM'nin global firmaya siparişi ilemediğinin öğrenildiği vurgulanmıştır.

İlaç teminine ilişkin süreç ile ilgili yapılan bilgilendirmede yetkililer tarafından; TEB'in direkt olarak İrlanda merkez ile irtibata geçtiği ve siparişleri doğrudan merkezden istediği belirtilmiş ve İrlanda'nın da faturayı doğrudan TEB adına kestiği, ilacın kendilerine gelmeden doğrudan TEB'e gönderildiği dile getirilerek kendilerinin bu sürece dâhil olmadığının altı çizilmiştir.

SGK'nın geri ödeme protokolünü yalnızca TEB ile yapmasına ilişkin ise yetkililer tarafından bu konunun kendilerini çok etkilemediği, hangi firmadan ilaç talebi gelirse aynı fiyattan o firmalara da ilaç temin edebilecekleri, diğer ecza depolarıyla çalışılmasına engel teşkil eden bir durumun söz konusu olmadığı ve alternatif ödeme kapsamındaki ilaçlarının ruhsat sürecinin devam ettiği belirtilmiştir (Belge-54).

1.3.2.4.3. ABBVIE ile Yapılan Görüşme

Görüşmede ABBVIE yetkilileri tarafından; alternatif geri ödeme modeli kapsamında SGK ile imzaladıkları anlaşmada TEB'e atıfta bulunulmasının kendilerini diğer ecza depolarına ilaç vermeme yönünde bağlamadığını düşündükleri, özel ecza depolarının asgari koşulları sağlaması ve ilacın Türkiye dışına çıkarılmaması şartıyla SGK ile yaptıkları anlaşma ile aynı koşullarda diğer ecza depolarına da ilacın temin edilebileceği görüşünde oldukları belirterek; ilacın temininden sonraki sürecin geri ödemeye yönelik olduğu, bu itibarla ecza deposuyla SGK arasındaki süreç niteliği taşıdığı vurgulanmıştır (Belge-55).

Görüşmede alternatif ödeme kapsamında hiçbir özel ecza deposunun talepte bulunmadığının ileri sürülmesine karşın, İDM kayıtlarında 03.11.2015 tarihinde İDM'nin sipariş için e-posta gönderdiği, ancak e-posta ulaşmasına karşın geri dönüş yapılmadığı görülmüştür (Belge-56, 57). Bu noktada ilaç talep edilen hastanın özel sigortalı olduğu ve SGK geri ödeme sistemine dâhil olmadığı özellikle vurgulanmalıdır.

16-42/699-313

1.3.2.4.4. NOVARTIS ile Yapılan Görüşme

16.12.2015 tarihinde gerçekleştirilen görüşmede NOVARTIS yetkilileri tarafından NOVARTIS İsviçre şirketiyle TEB'in 2013 yılında imzaladığı ve süre uzatımıyla süregelen dağıtım sözleşmesinin 25.03.2015 tarihinde sona erdiği, zira sözleşme konusu ürünlerin artık geri ödeme kapsamında olduğu, NOVARTIS Merkezin Kasım 2015'te birkaç ilacın dağıtımını için TEB ile sözleşme imzaladığı belirtilmiştir (Belge-58). Sözleşme Kurum kayıtlarına 24.06.2016 tarihinde intikal etmiştir (Belge-59). Kendilerinden ilaç talep eden özel ecza depolarını Merkeze yönlendirdiklerini ekleyen NOVARTIS yetkililerinin dile getirdiği gibi, İDM 03.11.2015 tarihinde ilaç talebinde bulunmuş, e-posta okunmasına karşın geri dönüş yapılmamıştır (Belge-60, 61).

1.3.2.4.5. JOHNSON ile Yapılan Görüşme

Kendileriyle gerçekleştirilen görüşmede JOHNSON/CILAG yetkilileri tarafından, TEB aracılığıyla dağıtılan ilacın yetim ilaç kategorisinde olmadığı ve ruhsat aşamasında bulunduğu, aralarındaki anlaşmanın 18.12.2014 tarihinden itibaren altı aylık süre için geçerli olduğu, ancak Haziran 2015 itibarıyla yürürlükte olmadığı, fakat TEB'e ilaç temininin sürdüğü, 15.09.2015 tarihinde İDM ile sözleşme imzaladıkları belirtilmiştir (Belge-62).

CILAG'ın ruhsat başvurusunun devam ettiği ve yurtdışı ilaç listesinde yer alan bir ilacının tedarikine yönelik sözleşmenin 11. maddesinde gizlilik hükmü sözleşmenin sona ermesinden itibaren beş yıl için de geçerli kılınmıştır. Sözleşmenin süresi, ilgili ilacın ruhsatının alınmasına bağlanmış olup, sözleşme süresiz niteliktedir (Belge-63). Ayrıca ilaç, alternatif ödeme modeli kapsamında değildir (Belge-51).

1.3.2.4.6. ACTELION ile Yapılan Görüşme

15.12.2015 tarihinde kendileriyle yapılan görüşmede ACTELION yetkilileri tarafından, TEB'in münhasır sözleşme yapmayı teklif etmesi ve kredi notu talep etmesi karşısında hukukçularının bu durumun sıkıntılı olabileceği görüşü nedeniyle sözleşme yapmayı tercih etmedikleri belirtilmiştir. Gerekli şartları taşıyan ecza depolarına ilaç temin etme hususunda çekinceleri olmadığını vurgulayan yetkililer, örneğin MELİS ECZA'nın ruhsatlı ilaçlarını dağıtması nedeniyle onlarla yurtdışı ilaç konusunda da birlikte çalışmak istediklerine, ancak SGK ile imzaladıkları protokolde dağıtımdan TEB'in sorumlu olduğunun belirtilmiş olması nedeniyle MELİS ECZA'ya ilaç veremediklerine dikkat çekmiştir. Uluslararası denetime tabi oldukları için vekâletle ilaç temin eden ecza depolarıyla çalışmayı tercih etmedikleri de ifade edilmiştir (Belge-40).

İDM'nin ilaç satışı yapmayı reddetmesinin hukuka aykırı olduğu yönünde ACTELION firmasını uyarması üzerine; 08.09.2015 tarihli yazısında ACTELION ilaç talebinde bulunan İDM'ye 4054 sayılı Kanun hükümleri ve Kurum tarafından yürütülen soruşturmayı takip ettiklerini, Kurumdan herhangi bir geçici tedbir ya da nihai karar kendilerine gönderilmediğinden SGK ile imzaladıkları alternatif ödeme protokolü gereği protokolde tanımlanmış tedarik zincirini değiştirmelerinin mümkün olmadığını, İDM'nin SGK ile imzaladığı bir protokol sunması halinde birlikte çalışabileceklerini belirtmiştir (Belge-64). ACTELION yetkilileri tarafından SGK ile ACTELION arasında akdedilen bir protokol olduğu ancak TEB ile bu zamana kadar herhangi bir sözleşme akdedilmediği, ruhsatsız ilaçların TEB aracılığıyla hastalara ulaştırıldığı ifade edilmiştir.

16-42/699-313

1.3.2.4.7. Sanofi Sağlık Ürünleri Ltd. Şti. (SANOFI) İle Yapılan Görüşme

SANOFI yetkilileri tarafından GENZYME'in SANOFI grubu şirketleri arasında ayrı bir iş birimi olarak geçtiği, ruhsatsız ilaçlarda bugüne kadar TEB ile çalışıldığı ve bu bağlamda 2009 yılında GENZYME ile TEB arasında bu konuda bir sözleşme yapıldığı ve ilaçların TEB kanalıyla hastalara ulaştırıldığı ifade edilmiştir.

SANOFI; Mayıs 2015 tarihinde aralarında münhasırlık ilişkisi tesis eden tedarik anlaşmalarının bulunduğu TEB'e icapta bulunarak, TİTCK'nin yayımladığı Kılavuz ve SUT'ta yapılan değişiklik gereği münhasır sözleşme yapılması yasağı karşısında aralarındaki sözleşmenin münhasırlık içermeyecek biçimde revize edilmesi görüşünü paylaşmıştır (Belge-65). Bu sürece ilişkin SANOFI temsilcisince; revize edilmesi planlanan sözleşmenin taslak metninin Genzyme B.V. tarafından TEB'e iletilindiği, TEB'in incelemesi neticesinde bazı itiraz ve yorumlarının olması üzerine Genzyme B.V.'nin taslağı tekrar gözden geçirdiği, imzalanması planlanan sözleşmeye ilişkin sürecin devam ettiği, bu nedenle İDM ile henüz bir görüşme gerçekleştirilmediği ifade edilmiştir (Belge-66).

Sanofi yetkililerine görüşme sırasında yöneltilen soruya cevaben temsilciler tarafından, Kurum kayıtlarına 22.12.2015 tarihinde giren yazıda; İDM ile GENZYME arasında yapılan en son 17.11.2015 tarihli yazışmada GENZYME'in, kendilerinden ilaç talep eden İDM'ye, TEB ile aralarındaki münhasırlık sözleşmesinin gözden geçirilerek yenilenmesi konusunda TEB'den cevap bekledikleri, cevap ertesinde sipariş taleplerinin değerlendirileceği yönünde bilgi verdiği ve konuya dair anılan tarihten bu yana bir gelişme yaşanmadığı belirtilmiştir (Belge-67).

İDM kayıtları incelendiğinde; İDM'nin 11.12.2014'te talepte bulunduğu, GENZYME yetkilisinin sipariş adedi hakkında bilgi istediği; ilacın teslim süresinin on beş günü geçebileceğini, ürünü stoklu tutup hastalara hızlı ulaşım isteniyorsa farklı bir sözleşme imzalamaları gerektiğini vurguladığı görülmüştür. 12.12.2014 tarihinde miktarı belirtilen siparişin oluşturulması için GENZYME yetkilisi sipariş formu, sipariş adresi, vergi dairesi numarası talep etmiştir. Ancak, İDM'nin daralan zaman nedeniyle siparişlerini sürekli hatırlatması üzerine 19.12.2014 tarihinde GENZYME, TEB ile bir anlaşmaları olduğunu, ecza depolarıyla çalışabilmeleri için Merkezle görüşüklerini bildirmiştir. 2015 yılına gelindiğinde, İDM'nin 06.01.2015 günü yapılan telefon görüşmesine istinaden GENZYME yetkilisine sipariş bildirdiği ve olumlu ya da olumsuz yanıt beklediği anlaşılmıştır. Yine 03.11.2015 tarihinde İDM'nin GENZYME'dan sipariş talebi olmuş, ancak hiçbir talebe geri dönüş sağlanmamıştır (Belge-68).

1.3.2.4.8. GEN İLAÇ ile Yapılan Görüşme

GEN İLAÇ yetkilisi ile yapılan görüşmede ilk olarak 2015 Nisan sonunda firmaları ile SGK arasında protokol imzalandığı, birçok firmanın Türkiye'de münhasır distribütörü konumunda olan GEN İLAÇ'ın TEB ile anlaşmalarının olduğu hususlarına değinilmiştir. Özel ecza depolarına yetki verilse de SGK'nın hiçbir firma ile protokol akdetmediğine, sosyal güvencesi olmayan bir hastanın ruhsatsız bir ilacı temin edemeyeceğine dikkat çekilmiştir.

İDM de dâhil olmak üzere kendilerinden ilaç isteyen depolara alternatif ödeme modeli kapsamına girmeyen ilaçları temin ettiklerini belirten yetkili tarafından; alternatif ödeme modeline dâhil olmuş ürünlerle ilgili SGK'nın firmalarıyla akdetmiş olduğu sözleşmede, söz konusu ilaçların kendisinin gösterdiği kurum ve kuruluşa temin edilmesi hususunu düzenlediği, SGK tarafından bu hususun belirtilmemiş olması halinde diğer depolarla da çalışabilecekleri, fakat SGK ile yapmış oldukları sözleşmenin 3.1.11. maddesinin buna engel olduğu vurgulanmıştır.

16-42/699-313

GEN İLAÇ'ın yalnızca TEB'e ilaç temin etmekten yana bir düşüncesinin olmadığına altını çizen yetkili; şirket cirosunun %(.....)'den fazlasını alternatif ödeme kapsamındaki ilaçların oluşturduğunu, herhangi bir özel ecza deposunun kendilerinden ilaç talep etmesi durumunda kendilerine alternatif ödeme modelinde olan ilaçlar için SGK ile muhatap olmalarının gerektiğini ifade ettiklerini belirtmiştir (Belge-45).

Görüşme akabinde GEN İLAÇ tarafından gönderilen yazıda TEB ile GEN İLAÇ arasında yapılması planlanan sözleşmeye ilişkin gerçekleştirilen yazışmalara yer verilmiştir (Belge-69). TEB tarafından alternatif ödeme modeli kapsamında imzalanması planlanan taslağın ödemeye ilişkin 5. maddesinde GEN İLAÇ'ın her faturanın %(.....)'i oranında TEB'e kredi notu olarak iskonto yapacağı düzenlemesine yer verilmiş, GEN İLAÇ ilgili hükmün sözleşmeden çıkarılması gerektiği yorumunda bulunmuştur. TEB'in konuya ilişkin değerlendirmesi bu maddenin sözleşmenin olmazsa olmaz şartlarından biri olduğu yönündedir. Sözleşmenin imzalanan son halinde kredi notuna yönelik bu hükme yer verilmemiştir (Belge-70).

1.3.2.5. SGK'dan Edinilen Bilgi ve Belgeler

1.3.2.5.1. SGK Yetkilileriyle Görüşmeler

29.07.2015 tarihinde SGK Genel Müdürü ile yapılan görüşmede; firmalar ile SGK arasında akdedilmiş olan üç adet "Yurt Dışından Şahsi Tedavi İçin Reçete Bazında İlaç Teminine İlişkin Protokol" örneği temin edilmiştir. Ayrıca SGK ile imza aşamasında olan firmalara ait sözleşmelerin ise imzalandıktan sonra Kurum kayıtlarına intikal ettirilmesi hususunda mutabık kalınmıştır (Belge-71, 72). Sözleşmelerin içeriğine yukarıda yer verildiğinden tekrardan kaçınmak amacıyla yeniden değinilmeyecektir.

SGK Bahçelievler İl Müdürlüğü yetkilisi ile 29.12.2015 tarihinde yapılan görüşmede, ithal ilaçta da takip sisteminin yararlı olabileceği yönündeki görüşlere açıklık getirilmiş ve ilaçların gümrükten girerken tek bir gümrüğün adres gösterilmesinin ilacın bu sistem aracılığıyla takibini sağlayacağı ve hangi kanaldan hangi hastaya ulaştığının tespiti bakımından yararlı olacağı, dolayısıyla gerek sağlık güvenliği gerekse de paralel ithalat gibi sıkıntıları ortadan kaldıracığı dile getirilmiştir (Belge-73).

Soruşturma sürecinde 15.06.2016 tarihinde gerçekleştirilen son görüşmede ise SGK Yurtdışı İlaç Daire Başkanı'na yurtdışından ilaç teminine yönelik son gelişmeler sorulmuştur. Daire Başkanı tarafından; 2015 yılında EKK'da alınan kararlar neticesinde yurtdışından temin edilecek ilaçların TEB yerine SGK tarafından getirilmesi yönünde ortaya çıkan irade çerçevesinde gerekli altyapının oluşturulması zaman alacağından hasta mağduriyeti yaşanmaması için geçiş sürecinde TEB'in faaliyetinin tamamen sonlandırılmasının olası olmadığı, dolayısıyla mümkün olan en kısa sürede SGK tarafından yurtdışından temine başlanması için çalışmalarının sürdüğü dile getirilmiştir. Yetkili, SGK tarafından yurtdışı ilaç temini işinin nasıl yapılacağı, ilk etapta bu ilaçların ne kadarının SGK, ne kadarının TEB tarafından getirileceği konusunda net bir bilgiye sahip olmamakla birlikte, yaklaşık (.....) kalem ilaçtan (.....) yurtdışı ilaç bütçelerinin yaklaşık %(.....)'ünü oluşturduğunu ve öncelikle bu ilaçların SGK tarafından getirilmesinin planlandığını vurgulamıştır.

Daire Başkanı tarafından; TEB ile yurtdışı ilaç protokolünün 01.05.2016 tarihinde güncellendiği ve protokole TEB hizmet bedelinin %3,9'a indirildiği, AFAD ile mültecilere yönelik yurtdışı ilaç temini hususunda sözleşme akdetmeyi planladıkları ifade edilmiştir (Belge-74).

16-42/699-313

1.3.2.5.2. SGK'dan Bilgi Talebi Yazısı

SGK tarafından gönderilen 18.02.2016 tarihli cevap yazısında (Belge-75); 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 73. maddesi ile Genel Sağlık Sigortası Uygulamaları Yönetmeliği'nin 10. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, ilaçların yurtdışından 2007 yılından bu yana SGK ve TEB arasında imzalanan "Yurtdışından Şahsi Tedavi İçin Reçete Bazında İlaç Teminine İlişkin Protokol" çerçevesinde TEB tarafından temin edildiği belirtilmiştir.

SGK'nın TEB dışındaki herhangi bir kanal ile ilaç temini yapmış olan hastalara ilaç bedellerinin ödenmemesi yönünde herhangi bir düzenlemesinin olmadığı dile getirilmiştir.

Farklı finansal modeller kapsamındaki ilaçların da diğer yurtdışı ilaçlarda olduğu gibi SGK ile protokolü bulunan TEB kanalı ile dağıtımının yapılmasının münhasır ilişki olarak değil, farklı finansal model çerçevesinde değerlendirilen ilaçların tedarikçilerinin genel tercihi ve mevcut durumun gerekliliği olarak ele alındığı vurgulanmıştır. Farklı finansal model uygulamaları ile ilaçların tedarikçilerden belirlenen fiyat üzerinden ilaç teminine yönelik taahhüt alarak bu sayede kamu maliyesi açısından tasarruf sağlanmasını amaçladığının altı çizilmiştir.

Farklı finansal modelin işleyişi hakkında ilaçların tedarikçilerden belirlenen fiyat üzerinden ilaç teminine yönelik taahhüt alındığı, tedarikçilere SGK tarafından ödeme yapılmasının söz konusu olmadığını ifade edilmiştir.

Yurtdışından ilaç teminine yönelik 2007/26 nolu Genelge, SUT, yürürlükteki protokol ve diğer SGK düzenlemelerinde TEB veya herhangi bir dağıtıcı lehine ayrımcılığa yol açacak bir hüküm ya da uygulamanın olmadığı belirtilmiştir. Oysa TEB lehine ayrımcı uygulamalara üç örnek vermek mümkündür. İlk olarak, Sağlık Bakanlığı tarafından yayımlanan Sağlık Raporlarının Düzenlenmesi Hakkında 2014/29 sayılı Genelge ile sağlık raporlarının tasdik ve rapor formatı yeniden düzenlenerek, ilaç raporlarında başhekimlik mührü şartı kaldırılmıştır (Belge-76).

Genelgenin 9. maddesinde, bu genelge eki rapor formatına uygun olarak düzenlenen raporlar için hastalardan ve raporu düzenleyen sağlık kuruluşundan, SUT ve ilgili mevzuatında belirtilmeyen başkaca herhangi bir bilgi ve belge aslı veya fotokopi ilavesi talep edilemeyeceği, gereksiz bürokratik işlemlere sebebiyet verilmeyeceği ve hastaların mağdur edilmeyeceği düzenlenmiştir. Genelgenin 13. maddesinde ise SUT'ta özel hüküm bulunan ilaçların reçete ve raporlarının SUT'ta belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde düzenleneceği belirtilmiştir..

<http://www.saglik.gov.tr/SBSGM/belge/1-44766/saglik-raporlarinin-duzenlenmesi-hakinda-genelge-20142-.html> Erişim tarihi: 04.07.2016

16-42/699-313

Kurum kayıtlarına 23.06.2016 tarihinde giren ihbar e-postası ekinde yer alan belgelerden; 2014/29 sayılı Genelge'nin tasdik ve mühür şartını kaldırmasına karşın 13. maddesinin özel düzenlemeye tabi ilaçların raporlarının SUT'ta belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde düzenleneceği hükmü doğrultusunda SUT'un ıslak imza ve mühür koşulunu aramasının TEB ile SGK Bahçelievler İl Müdürlüğü arasında uyumsuzluğa neden olduğu anlaşılmaktadır. Genelge ıslak imza ve mühürü kaldırmış olsa da SUT'ta halen ıslak imza ve mühür şartı düzenlenmesinin devam ediyor olması TEB'in sunduğu faturaların SGK tarafından iade edilmesine neden olmuştur. SGK Genel Sağlık Sigortası Genel Müdürlüğünün görüşü önceleri SUT hükmünün uygulanması yönünde iken, TEB'in itirazları karşısında düzenlemeler arasındaki çelişkinin giderilmesi için SUT'ta değişiklik yapılması çalışmaları tamamlanıncaya kadar hasta mağduriyeti yaşanmaması adına TEB'e iade edilen faturaların ödenmesinin uygun olacağı değerlendirilmiştir. TEB'e yönelik getirilen bu istisnai durum bireysel başvurular için, dolayısıyla vekâletle iş gören ecza depoları için geçerli olmayıp, TEB lehine ayrımcı bir uygulama niteliğindedir (Belge-76).

İkinci olarak "Yurt Dışından İlaç Temini Esasları ve Protokolü" konulu 2007/26 sayılı Genelge'de SGK'luların ve hak sahiplerinin TEB'e başvuru yapmadan kendi imkânları ile yurtdışından ilacı temin etmeleri durumunda, ilacın TEB tarafından temin edilmesine göre ilave belgeler talep edildiği, örneğin ilaçların kutusunun istenmesi gibi şartların ilave olarak arandığı görülmüştür.

Son olarak, yukarıda yer verilen alternatif ödeme modeli uygulamaları çerçevesinde Ocak 2016'da SUT'ta yapılan değişiklik ile hak sahiplerinin yurtdışından kendi imkânlarıyla ilaç temin etmelerinin ancak TEB'den süresi içinde ilaç temin edilemediğinin belgelenmesi koşuluna bağlanması ayrımcı uygulamaya örnek teşkil etmektedir.

SGK'nın cevap yazısına tekrar dönülürse; Sağlık Bakanlığı tarafından yetkilendirilmiş ecza depolarının SGK'ya protokol imzalanması talebiyle yapmış oldukları başvuruların; "depoların kâr amacı güden ticari müesseseler olması sebebiyle daha kârlı olacak yüksek bedelli ilaçları temin etmeyi tercih edebilecekleri", "hayati önem arz eden ucuz ilaçların karşılanmaması riski doğabileceği" ve "pazar genişletmek amacıyla yurtdışından temin edilen ilaçlarda sayısal artış ve hekim çalışması yapılabileceği" endişeleriyle değerlendirilmediği dile getirilmiştir.

EKK'nın almış olduğu karar doğrultusunda TEB tarafından yurtdışından temin edilen ilaçların 01.04.2016 tarihi itibarıyla SGK tarafından temininin planlandığı bilgisi paylaşılmıştır (Belge-75).

1.3.2.6. Sağlık Bakanlığından Edinilen Bilgi ve Belgeler

17.02.2016 tarihinde gerçekleştirilen görüşmede TİTCK yetkilileri tarafından, yurtdışından ilaç teminine yönelik Sağlık Bakanlığı tarafından yetkilendirilen ecza depolarının da SGK ile protokol imzalanmasına ilişkin EKK'da görüşme tarihi itibarıyla herhangi bir karar alınmadığı belirtilmiştir.

TEB'in TİTCK Kılavuzu'nun iptaline yönelik açtığı davada yürütmenin durdurulması kararı alınması üzerine, Kılavuz'a dayanak olabilecek Ecza Depoları Yönetmeliği'nde değişiklik yapılarak Kılavuz'un yeniden yürürlüğe alındığı ifade edilmiştir. Öte yandan TEB'in değiştirilen Ecza Depoları Yönetmeliği'nin 984 sayılı Kanun'a aykırı olduğu gerekçesiyle açtığı iptal davasının sürdüğü, ancak 1262 sayılı Kanun'un Ek 7. maddesi uyarınca Bakanlığın yetki verebileceği yönünde savunmada bulunulduğu dile getirilmiştir (Belge-77). Her iki davaya ilişkin sürece ve soruşturma dönemindeki güncel duruma yukarıdaki bölümlerde yer verilmiş olup, burada özel ecza depolarının yetkilerinin mahkeme kararları doğrultusunda durdurulduğu yinelenmelidir.

16-42/699-313

1.3.2.7. İDM'den Edinilen Bilgi ve Belgeler

1.3.2.7.1. GEN İLAÇ'a Yönelik Şikâyet

İDM'nin Kurum kayıtlarına 10.08.2015 tarihinde intikal eden yazısında; GEN İLAÇ'ın TEB ile alternatif ödeme modeli kapsamında münhasırlık anlaşması imzaladığı, sözleşmedeki gizlilik hükmü gereği alternatif ödeme modeli çerçevesinde ilacın indirimli bedelinin kamuya açıklanmadığı, dolayısıyla hak sahiplerinin geri ödeme miktarı hakkında bilgilerinin olmadığı, ilaç taleplerinin GEN İLAÇ tarafından reddedilmesi üzerine karşılıklı noter ihtarnameleri sonucunda GEN İLAÇ'ın cevabında ilacın TEB vasıtasıyla satılabileceğini bildirdiği ifade edilerek, SGK dışında özel sağlık sigortaları, bankalar, vakıflar, TBMM, dernekler gibi geri ödeme kurumlarının da TEB'den ilacı temin etmek zorunda bırakıldığı vurgulanmıştır (Belge-78)¹¹.

İDM ve GEN İLAÇ arasındaki ihtarnameler sürecine ilişkin kayıtlar incelendiğinde, sürecin alternatif ödeme modeli kapsamında SGK ile protokol ve akabinde TEB ile sözleşme imzalanmasını takiben başladığı görülmüştür. İDM'nin 08.06.2015 tarihli ilaç talebine ilişkin e-postasına cevaben GEN İLAÇ yetkilisi, SGK ile yaptıkları alternatif ödeme modeli anlaşmasına göre talep edilen ürünlerin TEB dışında başka bir firmaya satışının mümkün olmadığını belirtmiştir (Belge-79).

Bunun üzerine 25.06.2015 tarihinde İDM, noter aracılığıyla GEN İLAÇ'a SGK ile yaptıkları alternatif ödeme modeli anlaşması gereğince sadece TEB'e ilaç temin edebilecekleri gerekçesiyle İDM'nin ürün talebini reddettiklerini, Sağlık Bakanlığı tarafından yetkilendirilen İDM'nin talebinin karşılanmaması nedeniyle hastaların mağdur olduklarını, münhasıran TEB'e ürün verilmesinin rekabet hukuku, tüketici hukuku ve ilgili sair mevzuata aykırılık teşkil ettiğini belirterek, ürün temin edilmemesi halinde yasal yollara başvurulacağını bildirmiştir.

Noter ihtarnamesine yine noter kanalıyla 08.07.2015 tarihinde yanıt veren GEN İLAÇ, SGK ile imzaladıkları alternatif ödeme modeli anlaşması gereğince ilaç satışlarının SGK tarafından belirlenen TEB vasıtasıyla yapılacağını bildirmiştir.

İDM'nin 07.08.2015 tarihinde yeniden GEN İLAÇ'tan ilaç istemesi ve GEN İLAÇ'ın ürün vermeyi reddetmesinin sağlık ve ilaca erişim hakkına olduğu kadar rekabet hukukuna da aykırı olduğunu vurgulayarak konu ile ilgili soruşturma yürütüldüğünü hatırlatması üzerine GEN İLAÇ; gönderdikleri noter ihtarnamesine atıfta bulunarak İDM'nin talebinin SGK sözleşmesi gereği karşılanmasının mümkün olmadığını, SGK ile geçerli bir protokol imzalamaları halinde mal temininde sıkıntı yaşanmayacağını, İDM'nin muhatabının GEN İLAÇ değil, SGK olduğunu belirtmiştir (Belge-34, 32).

1.3.2.7.2. İDM-SGK Protokolünün İptaline İlişkin Dava

Kurum kayıtlarına 08.07.2015 tarihinde giren yazısında İDM tarafından, SGK ile aralarında imzalanmış olan ancak yürürlüğe konmayan protokole yönelik süren haksız rekabetin menî talepli davaya ilişkin belgeler sunulmuştur. Bu belgelerde;

İDM yetkilisi (.....)'in 2013 yılının Haziran ayında SGK'ya müracaatta bulunduğu, evrakın incelenmesi sonucunda SGK'ya davet edildiği,

Sözleşmenin imza tarihi 12.07.2013'te tarafların biraraya geldikleri ve (.....)'in imza sirküleri ile yetkili olduğunu gösterir onaylı karar defteri suretini sunduğu,

15.07.2013 tarihinde yetki belgesinin kayıp olduğunun şifahen bildirilmesi üzerine, ilgili belgelerin genel evrak kaydına yeniden teslim edildiği,

¹¹ 01.09.2015 tarih, 15-34/507-M sayılı Kurul, başvurunun soruşturma kapsamında değerlendirilmesine karar vermiştir.

16-42/699-313

SGK'nın 16.07.2013 tarihli noter ihtarnamesinde "sözleşmeyi imzalayan kişinin şirketi temsil ve ilzama yetkili olduğuna dair belgenin yürürlük tarihi 15.07.2013 tarihine kadar ibraz edilmediği" gerekçesiyle anılan protokolün işleme alınmayacağını bildirdiği,

İDM'nin 22.07.2013 tarihli noter ihtarnamesinde, süreç hakkında bilgi ve belge sunduktan sonra 15.07.2013 tarihinde yeniden teslim ettiği belgelere ilişkin SGK evrak kayıt numarasını sunduğu

hususları yer almaktadır (Belge-80).

Yazıda ayrıca, özel hukuk sözleşmesi niteliğindeki protokolün usulüne uygun şekilde ve esaslı tüm unsurları haiz olarak akdedildiği, bu nedenle SGK'nın protokolün yürürlükte olmadığına ilişkin cevaplarının kabul edilemez olduğu ileri sürülmüştür.

1.3.2.7.3. İDM-BIOMARIN Yazışmaları

İDM'nin 21.11.2014, 24.11.2014 tarihli e-postaları ile BIOMARIN firmasına Sağlık Bakanlığı tarafından yurtdışından ilaç temini hususunda yetkilendirildikleri bildirilmiş, bir ilacı kullanan hastalarının reçetelerinin biriktiği vurgulanarak, BIOMARIN merkezden dönüş olmaması nedeniyle hasta mağduriyeti açısından yardım talep edilmiştir (Belge-81). İDM tarafından 03.02.2015, 09.03.2015, 27.03.2015 tarihlerinde hastaların kişisel verileri gizlenerek reçete, rapor ve faturaları BIOMARIN'e iletilmiş ve ilaç talebinde bulunulmuştur. 01.04.2015 tarihinde ise firma ürünlerinin İDM'ye temini sürecinin başlatılması talep edilmiştir. Son e-postada yer alan talebe cevaben BIOMARIN yetkilisi, İDM ile iletişime geçerek sürecin başlatılacağını belirtmiştir. Ancak süreç başlatılmadığından, 03.11.2015 tarihinde İDM'nin yeniden BIOMARIN Türkiye ve merkezden ilaç fiyat ve teslim süresini talep ettiği, fakat e-posta okunmasına karşın geri dönüş yapılmadığı görülmüştür (Belge-82, 83). Her ne kadar kendileriyle yapılan görüşmede BIOMARIN yetkilileri, İDM'nin talebini distribütörleri GEN İLAÇ'a yönlendirdiklerini ifade etseler de yazılı kayıtlarda İDM'ye yanıt verilmediği anlaşılmaktadır (Belge-84).

Bir hastanın vekili, 24.08.2015 tarihinde SGK Bahçelievler İl Müdürlüğü'ne başvurarak ilgili reçete ve raporlar teslim edilmesine karşın geri ödemenin yapılmadığını belirtmiştir. İl Müdürlüğü cevap yazısında, alternatif ödeme modeli kapsamında bulunan ilaca ödenecek tutar gizli tutulduğu ve bildirilmediği için geri ödeme yapılmadığını, Genel Müdürlüğün Ek-4/C listesinde yayımlanan fiyat üzerinden mi yoksa indirimli hali ile mi geri ödeme yapılacağı hususunda bilgi vermesi halinde bilginin kendileriyle paylaşılacağını ifade etmiştir (Belge-85).

1.3.2.7.4. İDM-ALEXION Yazışmaları

13.05.2014 tarihinde İDM, ALEXION'un Türkiye firmasından ilaç talebine yanıt alamamaları üzerine ALEXION Genel Merkezine e-posta göndererek, kendilerinin TEB gibi yurtdışından ilaç teminine yönelik yetkilendirilmiş olduğunu, bir hastaları için acil ilaca ihtiyaç duyduklarını, ancak ALEXION Türkiye'nin kendilerine bu konuda yardımcı olmadığını belirterek Genel Merkezden yardım istemiştir. Yine 07.08.2014, 03.11.2015 tarihlerinde de İDM, firmadan ürün talebinde bulunmuş, e-posta okunmasına karşın geri dönüş yapılmamıştır (Belge-86, 87, 88).

16-42/699-313

Yanıt verilmemesi üzerine İDM, TİTCK'ye de başvurarak protokolün 2. maddesi uyarınca "tedarik sırasında başka depoların ilacı temin etmesine engel oluşturacak şekilde üretici ya da yurtdışı depolarla sözleşme yapılamayacağı"nı hatırlatmış, ALEXION firması ile yapılan görüşmelerde talep edilen ilacın tedarikinde kendilerine yardımcı olunamayacağına bildirildiğini belirtmiştir. TİTCK cevap yazısında; münhasır sözleşme yapılamayacağına yönelik Kılavuz hükmünün açık olduğunu, konuya ilişkin TİTCK'ye ibraz edilen herhangi bir sözleşme bulunmadığını dile getirmiştir (Belge-89, 90).

Bunun üzerine İDM 23.05.2014 tarihinde ALEXION Ankara Yetkilisine gönderdiği e-postaya TİTCK'nin cevap yazısını ekleyerek, tedarik sırasında başka depoların ilacı temin etmesine engel oluşturacak şekilde üretici ya da yurtdışı depolarla sözleşme yapılmaması gerektiğinin açıkça hüküm altına alındığını, böyle bir sözleşme yapılamayacağı gibi benzeri uygulamanın da yapılmaması gerektiğini bildirmiştir.

1.3.2.7.5. IDM-AMGEN Yazışmaları

02.06.2015 tarihinde İDM, AMGEN'e Sağlık Bakanlığı ile yurtdışından ilaç teminine yönelik imzaladıkları protokolü sunmasının ve özel sağlık sigortalılara da, eş deyişle SGK'lı olmayanlara da hizmet sunduklarını hatırlatmasının ve AMGEN yetkilisinin teşekkür etmesinin ardından, 18.06.2015 tarihinde müteaddit kereler AMGEN yetkilisinin arandığı, ancak kendisine ulaşılamadığı yazışmalardan anlaşılmıştır (Belge-91). İDM 07.08.2015'te AMGEN'den bir hastası için ilaç talebinde bulunmuştur. AMGEN yetkilisi talebe cevaben hasta için ilacın tedarik sürecinin başlatıldığını belirtmiştir. Reçetenin ve ilgili belgelerin İDM tarafından AMGEN'e iletilmediğini hatırlatan İDM yetkilisi; kişisel bilgileri kapatılmasına karşın hastayı birebir nasıl bildiklerini, belgeler İDM uhdesinde olmasına rağmen başka bir firma üzerinden nasıl sürecin başlatıldığını sormuş ve tedarikçinin hasta bilgilerini üreticiyle paylaşmasının mümkün olmadığını vurgulamıştır. AMGEN yetkilisi, ilacın henüz hastaya iletilmediğini ama talebin alındığını belirtmiş, hasta bilgilerinin nasıl kendileriyle paylaşıldığı konusunda bilgi vermemiştir (Belge-92).

1.3.2.7.6. IDM-CELGENE Yazışmaları

14.04.2015 tarihinde İDM tarafından, CELGENE'den talep ettikleri yurtdışından şahsi tedavi için ilaçla ilgili kendilerine dönüş olmadığını hatırlatılmış, CELGENE yetkilisince yazılı taleplerin tekrar göndermeleri istenmiştir (Belge-93).

07.08.2015 tarihinde İDM'nin, Sağlık Bakanlığı'nın yetkilendirdiği ecza deposu olarak CELGENE'den ilaç talep etmesi üzerine, CELGENE yetkilisi CELGENE Türkiye'nin talep edilen ilacın lisans sahibi olmadığını belirterek İDM'nin yetkisine yönelik belgeleri rica etmiştir. İDM yetkilisi cevabında, 2014 Nisan ayında ilgili belgelerin kendilerine sunulduğunu, Türkiye'de ruhsatlı olmayan ürünlerin tedariki için CELGENE Türkiye üzerinden merkezden talepte bulunulacağını bildirildiğini, bu itibarla kendileriyle temasa geçildiğini hatırlatarak; sözleşme yapma konusunda İDM'yi oyaladıkları ve münhasıran TEB ile çalıştıkları izlenimlerini paylaşmıştır. CELGENE yetkilisi tarafından cevapta, TEB ile aralarında ürün temini için hiçbir anlaşma olmadığı, yanlış yorumlamalarının İDM için olası işbirliğine zarar vereceği vurgulanarak, İDM'ye ürün tedarik edip edemeyeceklerinin hukuk birimince incelendiği belirtilmiştir.

14.08.2015 tarihinde CELGENE yetkilisi tarafından, İDM'nin ilaç talebine ilişkin olarak Sağlık Bakanlığı yetkilendirme protokolü ile ön ödeme belgelerinin gönderilmesi koşuluyla talebin karşılanacağı ifade edilmiştir. İDM yetkililerinden talebin karşılanmadığı bilgisi edinilmiştir (Belge-115).

16-42/699-313

1.3.2.7.7. SGK-TEB-GEN İLAÇ Yüksek Fiyatla İlaç Satın Almaya Dair Yazışmalar

21.10.2014 tarihinde GEN İLAÇ yetkilisinin SGK Ankara İl Müdürlüğü yetkilisine gönderdiği e-postada, Türkiye distribütörü oldukları bir yurtdışı ilacın üreticisinin TEB'e ilaç bedelini 190 Euro olarak bildirmesine karşın, daha sonraki tarihlerde ilacın SGK tarafından 250 Euroya alındığını öğrendikleri bildirilerek, fiyat düşüşü ile ilgili bildirim belgesi iletilmiştir. İl Müdürlüğüne bilahare sunulan üretici firmanın avukatının TEB'e gönderdiği yazıda ise, söz konusu ilacı TEB'in temin ettiği yurtdışı deponun lisans sahibi üreticinin onayı olmaksızın ürünleri Türkiye'ye ithal ettiği, fikri mülkiyet haklarının ihlali nedeniyle yasal yollara başvurulacağı belirtilerek; TİTCK Genelgesi uyarınca üreticinin ilacın ithalindeki tüm süreçlerden sorumlu olması nedeniyle ecza deposunun tedarikine yönelik sürece ilişkin teyitlerinin bulunmadığı hususunda TEB uyarılmıştır.

Yukarıda söz edilen belgelerle birlikte Ankara İl Müdürlüğü tarafından 07.11.2015 tarihinde SGK'ya gönderilen yazıda şikayetten bahsedilerek; SGK ile TEB arasındaki protokolün 3.1.3., 3.1.9. ve 3.1.13. maddeleri uyarınca uygun temin edilmeyen ilaçlara yönelik şikayet olması halinde SGK denetiminin söz konusu olacağı, TEB'in fiyatların denetimi için gerekli bilgi ve belgeyi ibraz etme zorunda olduğu belirtilmiş ve konu SGK'nın değerlendirmesine sunulmuştur.

14.01.2015 tarihinde SGK tarafından, Ankara İl Müdürlüğüne gönderilen yazıda; konuyla ilgili TEB'den bilgi istendiği, gelen cevap yazısında fiyat düşüş tarihi 01.10.2014 tarihinden sonra ilgili yurtdışı ecza deposundan hiç temin gerçekleştirilmediğinin belirtildiği ifade edilerek, protokol gereği ilgili tüm fatura ve belgelerin İl Müdürlüğüne incelenerek sonucun kendilerine bildirilmesi talep edilmiştir.

SGK'nın yazısı üzerine TEB'den ilgili faturaları talep ederek inceleyen İl Müdürlüğü 24.03.2015 tarihinde SGK'ya gönderdiği yazıda; inceleme sonucunda fiyat düşüş bildirim tarihi 01.10.2014'ten sonra ilacın TEB tarafından yurtdışı ecza deposundan muhtelif tarihlerde 190 Euro yerine 250 Euroya alındığının tespit edildiğini, yüksek fiyattan alım sonucu fiyat farkının oluştuğunu bildirerek, protokolün fiyat farkı halinde bir sonraki faturada mahsup edileceğine yönelik hükmünü hatırlatmış ve işleme esas görüş talep etmiştir. Cevap alınamaması üzerine İl Müdürlüğü 29.05.2015 tarihinde talebini yinelemiştir (Belge-94). SGK yetkililerinden konuya ilişkin SGK müfettişlerinin incelemelerinin devam ettiği bilgisi edinilmiştir.

1.3.2.7.8. İDM-HEYL CHEM. Yazışmaları

İDM'nin 14.05.2014 tarihinde ürün talep ettiği e-postaya cevaben HEYL CHEM. tarafından, yıllardır bir Türk firmasıyla (TEB) çalıştıkları, bu nedenle teklif sunmayacakları belirtilmiştir. Bunun üzerine İDM, HEYL CHEM'e gönderdiği e-postada; Sağlık Bakanlığı tarafından yurtdışından ilaç teminine yönelik yetkilendirildiğini, Bakanlık aralarında imzaladıkları protokol gereği ilaçları kendilerine gönderebileceklerini vurgulamıştır.

İDM'nin 27.05.2014 tarihli kendilerine ürün temin edilmemesinin Türkiye'de yasal olmayacağı ve hastalar açısından sakıncalı olacağı yönündeki e-postasına HEYL CHEM. tarafından, ekteki belgelerin genel müdüre iletileceği yanıtı verilmiştir.

18.06.2014 tarihinde İDM'ye verilen cevap e-postasında HEYL CHEM. yetkilisi; İyî Dağıtım Uygulamaları Kılavuzuna yönelik artan talepler nedeniyle süreçlerini optimize etmek durumunda olduklarını, bu itibarla mevcut dağıtıcı sayılarını artırmayı düşünmediklerini dile getirerek, Sağlık Bakanlığı ile İDM'nin imzaladığı yetki protokolünün sadece Türkiye'de geçerli olduğunu düşündüklerinin ve Alman ilaç mevzuatına göre ürün satacakları kişileri seçme konusunda serbest olduklarının altını çizmiştir (Belge-95).

16-42/699-313

1.3.2.7.9. İDM-BOEHRINGER Yazışmaları

İDM'nin 27.02.2015 ve 31.03.2015 tarihlerinde BOEHRINGER'e Sağlık Bakanlığı ile yurtdışından ilaç teminine yönelik imzaladıkları protokolü sunmasının ardından TEB hakkında Kurul tarafından başlatılan soruşturmada haberdar ettiği 19.08.2015 tarihli e-postasına cevaben BOEHRINGER Türkiye Genel Müdürü tarafından; Sağlık Bakanlığı'nın özel ecza depolarını da yetkilendirdiği hususunu bildikleri, dağıtıcılara yönelik eşit muamele politikaları hakkında hassas oldukları, Bakanlığın listesinde SGK ile sözleşmesi bulunan tek dağıtıcı olarak TEB'in gösterildiği, diğer ecza depolarının SGK ile sözleşme yapması durumunda bu dağıtıcıların da koşullarını değerlendirecekleri, TEB hakkında yürütülen soruşturma kapsamındaki iddiaların kendilerine yöneltilemeyeceği belirtilmiştir (Belge-96, 97).

İDM'nin 03.11.2015 ve 11.11.2015 tarihlerinde BOEHRINGER Türkiye'den talep ettiği ilaçlarına ilişkin e-postaya cevaben ise, yurtdışından temin edilebilen bu ilaçları BOEHRINGER Türkiye olarak ithal etme yetkileri olmadığından, yabancı ülkelerdeki tedarikçilere başvurmaları gerektiği, sadece üreticilerden değil, yetkili depolardan da temin edebilecekleri, taleplerinin ilgili grup şirketlerine iletileceği bildirilmiştir (Belge-98, 99).

1.3.2.7.10. İDM-REGULON Yazışmaları

İDM'nin 16.09.2015 tarihinde gönderdiği e-postada, ürünlerinin Türkiye'deki distribütörü GEN İLAÇ olan REGULON'un bir ürününün SGK'nın web sitesinde alternatif ödeme kapsamına alındığının duyurulduğunu bildirmesinin ardından, REGULON Türkiye yetkilisi SGK'ya GEN İLAÇ'ın yetkisiz olduğu yönünde itirazda bulduklarını, alternatif ödeme anlaşmasının yetkisiz gerçekleştirilmesinden dolayı işlemlerin durdurulduğunu, hukuki işlem başlattıklarını belirtmiştir (Belge-100).

Benzer şekilde İDM yetkilisinin 03.11.2015 tarihli e-posta ile REGULON yetkilisine iletildiği ilaç talebi üzerine REGULON yetkilisi tarafından; ilacın alternatif ödeme kapsamında olmasından dolayı geri ödemesinin mümkün olmadığı, bu itibarla İDM olarak talepte bulunamayacaklarının daha önceki görüşmelerde belirtildiği, ancak talep edilen miktarın kendilerine bildirilmesi durumunda fiyat ve teslimat koşulları hakkında İDM'yi bilgilendirebilecekleri belirtilmiştir (Belge-101). 05.11.2015 tarihli e-postada ise REGULON'un alternatif ödeme listesinden ilacın çıkarılmasını talep ettiklerini belirtmesine karşın o tarih itibarıyla hala SGK web sitesinde listede yer aldığını bildiren İDM, konunun akıbeti hakkında bilgi talep etmiştir (Belge-102).

Kurum kayıtlarına 13.11.2015 tarih, 5379 sayı ile intikal eden ve İDM tarafından gönderilen yazıda; ALEXION, NOVARTIS, ABBVIE, MYLAN, BMS ve son olarak da BIOMARIN'e gönderilen ilaç talebine yönelik e-postaların okunduğu, ancak adı geçen firmalardan kendilerine herhangi bir geri dönüş yapılmadığı hususuna yer verilmiştir (Belge-103).

16-42/699-313

I.4. Savunmalar ve Değerlendirmesi

Yapılan savunmada,

Türkiye’de üretilmeyen ve ithal edilmeyen ilaçların reçete mukabilinde yurtdışından kaçakçılık suçu oluşturmadan getirilmesi görevinin 1262 sayılı Kanun’un EK 7. maddesi uyarınca TEB’e verildiği, bu görevin 1996 yılından beri TEB tarafından yerine getirilirken, 2013 yılında TİTCK’nin yasal mevzuata aykırı bir şekilde TEB’in yanı sıra ecza depolarına da yurt dışından ilaç temini yetkisi verdiği ileri sürülerek; TEB tarafından Danıştay 15. Dairesinde açılan dava dosyasında TİTCK’nin ecza depolarını yetkilendirmesi işleminin yürütmesinin durdurulmasına karar verildiği, dolayısıyla yargı kararı ile bu işlemlerin ticarete konu yapılamayacağına ve ecza depolarına yetki verilemeyeceğine hükmedildiği,

Bu çerçevede; 6643, 1262, 984 ve 6197 sayılı Kanunlardan kaynaklanan zorunluluk karşısında özel ecza depolarına yurtdışından ilaç temini yetkisi verilmesinin 4054 sayılı Kanun ile ilişkilendirilmesinin söz konusu olmadığı ileri sürülerek, yargı kararlarının sonuçlarının beklenmesi gerektiği,

1262 sayılı Kanun’un Ek 7. maddesinin gerekçesinden maddenin düzenlenme amacının; hastane, doktor veya hastalar tarafından yurtdışından perakende olarak getirilen ruhsatsız müstahzarlar ile muhtelif kişi ya da teşekküller tarafından resmi müesseseler ile amme menfaatine hadim hayır müesseselerine hediye edilmek üzere getirilen ruhsatsız ilaçların Sağlık Bakanlığının izni ile gümrük sorununu çözmek ve ülkeye bu şekilde girecek ruhsatsız müstahzarları yasallaştırmak ve kaçakçılık hükümlerine tabi olmasını engellemek olduğunun anlaşıldığı,

Söz konusu madde incelendiği zaman bu ilaçların sadece tetkik ve tecrübe edilmek veya şahsi tedavide kullanılmak amacıyla ve ticarete çıkarılmamak şartıyla resmi müesseseler veya amme menfaatlerine hadim hayır cemiyetleri namına getirilebilmesinin kanun koyucu tarafından mümkün kılındığının anlaşıldığı, bu doğrultuda bir ticari işletmenin bu ilaçları getirtmesinin mümkün olmadığı ve anılan madde kapsamında bu duruma izin verilmesinin hukuken mümkün olmadığı,

Sağlık Bakanlığı tarafından münhasıran tayin edilen TEB’e yurtdışından ilaç temini konusunda izin verilmesi zorunluluğu gibi bir durum söz konusu olmasa da 1262 ve 6643 sayılı Kanunlar ve 181 sayılı KHK hükümleri uyarınca yürütülen hizmetin kamu yararı amacı güttüğü ve yasalara uygun olduğu, bununla birlikte 1262 sayılı Kanun’un 3, 8 ve 19. maddeleri ile herhangi bir ticaret şirketinin ruhsatsız ilacı getirebilmesinin yasaklandığı,

Sağlık Bakanlığı tarafından ecza depolarının yurtdışından ilaç teminine yönelik verilen izin 1262 sayılı Kanun’a ve 984 sayılı Kanun’un 11. maddesine aykırılık teşkil ettiği,

Sağlık Bakanlığı tarafından ecza depolarının yetkilendirilmesi üzerine TEB tarafından açılan davada Danıştay 15. Dairesinin 2014/6032 E. sayılı dosyasında işlemin yürütmesinin durdurulmasına karar verilmesinin ardından anılan Dairenin bu kararı yok etmek için yapılan yönetmelik değişikliğinin iptali için açılan davada yine Danıştay 15. Dairesinin 2015/2926 E. sayılı dosyasında da Yönetmeliğin yürütmesinin durdurulması kararı verildiği,

16-42/699-313

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 2015/1225 YD İtiraz No ile vermiş olduğu kararında; "Ülkede ruhsatlandırılmış ilaçların yetkili kurumdan izin alınmak şartıyla yurtdışından eczane, ecza depoları ve ilaç fabrikaları tarafından ithal edilmeleri mümkün olmakla birlikte ruhsatlandırılmamış ilaçlar yönünden Ek 7. madde incelendiğinde sadece tetkik veya tecrübe edilmek veya şahsi tedavide kullanılmak için belirlenen miktarı aşmamak üzere şahıslara ve ticarete çıkarılmamak şartıyla resmi müesseseler veya amme menfaatlerine hadim hayır cemiyetlerine izin verilebileceği, bunun dışında ticari işletmelerin ruhsatlandırılmamış bir ilacı yurt dışından temin etmeleri mümkün olmadığı gibi bu konuda işletmelere izin verilmesinin de mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır." ve "984 sayılı Ecza Ticarethaneleriyle Sanat Ve Ziraat İşlerinde Kullanılan Zehirli ve Müessir Kimyevi Maddelerin Satıldığı Dükkânlara Mahsus Kanun'un ... 1. ve 11. maddelerinde yer alan düzenlemeler karşısında, ilaç fabrikaları ve ecza depolarının zorunlu haller de dahil olmak üzere toptan ve perakende olarak şahıslara ilaç satışı yapması mümkün değildir." ifadelerine yer verildiği,

Yargı organının işlemdeki sakatlığı saptaması durumunda bu saptamanın sakatlığın doğumu anından itibaren geçerli olacağı, eş deyişle işlemdeki sakatlığın saptanmasının yaptırımı olan iptal kararı ile işlemin sakatlığın ortaya çıktığı andan bu yana ortadan kalkmış sayılacağı, bu nedenle yürütmenin durdurulması kararından önce ve sonra şeklinde bir ayırım yaparak değerlendirme yapmanın mümkün olmayacağı,

Yargı tarafından verilecek iptal kararı ile TEB'in tek yetkili olması ve yasadan gelen bir görevi yapmaya çalışmasından dolayı münhasırlık sözleşmesinin hukuken ve fiilen bir anlamının olmadığı ve 4054 sayılı Kanun'a aykırılık teşkil eden bir durumun da söz konusu olmadığı anlaşılabileceği

hususları ifade edilmiştir.

Yazılı savunmanın değerlendirilmesinde öncelikle, yazının ekinde sunulan Danıştay 15. Dairesinin 02.04.2015 tarih ve 2014/6032 E. sayılı, TİTCK Kılavuzu'nun yürütmesinin durdurulması kararına yukarıda yer verildiği belirtilmelidir.

Öte yandan 1262 sayılı Kanun'un Ek 7. maddesi ile birlikte yorumlanması gereken 8. maddesine yönelik değerlendirmeye de yukarıda değinilmiştir. Tekrardan kaçınmak adına özetle; Ek 7. maddede yer alan resmi müesseseler veya kamu yararı gözetilen cemiyetler "namına" ibaresinin, "tarafından" olarak yorumlanmaması gerektiği, çünkü Ek 7. madde, ithalin hangi koşullara bağlı olduğunu, eş deyişle miktarının nasıl belirleneceği, kimin namına ithalat yapılabileceği, hangi amaçla getirilebileceği gibi hususları düzenlerken; Ek 7. maddeye uygulanması bakımından atıfta bulunulan 8. maddede ise ithalin kimler tarafından yapılacağı düzenlendiği görülmektedir.

16-42/699-313

Ayrıca TEB'in savunmasında ileri sürdüğü gibi, TEB yurtdışı ilaç temini faaliyetini TEB olarak, yani kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olarak değil, İktisadi İşletmesi aracılığıyla yapmakta olup, İktisadi İşletme'nin cirosuna bakıldığında elde edilen cironun yüksek bir meblağ olduğu, verilen hizmet karşısında bir hizmet bedelinin alındığı vurgulanmalıdır. Hizmet bedelinin özel ecza depolarının yetkilendirilmesiyle birlikte %10'lardan %3,9'a kadar gerilediği bilinmektedir. Elde edilen belgelerden; yurtdışı ilaç temini faaliyetini kamu hizmeti olarak gören TEB'in tedarikçilerle yaptığı anlaşmalarda kredi notu adı altında peşin ödeme iskontosu aldığı (WALTER KREBS – Belge-30) ya da almak için pazarlık yaptığı (ACTELION-Belge-40 ve GEN İLAÇ – Belge-69) anlaşılmaktadır. Tedarikçilerle münhasır anlaşmalar yaptığı, münhasırlığı kaldırma teklifinde bulunan tedarikçilerin önerisini reddederek ya da yeni anlaşmalarda münhasırlık tesis etmeye çalışarak tek dağıtıcı konumunu muhafaza etmeye çalıştığı da belgelerde görülmektedir.

Dolayısıyla tam anlamıyla ekonomik faaliyet yürüten İktisadi İşletme'nin 4054 sayılı Kanun anlamında teşebbüs niteliği taşıdığı tartışmasızdır. Yürütülen sağlık hizmetinin kamu hizmeti olduğu gerçeği tek başına TEB'in kamu kurumu olarak hareket ettiği anlamına gelmemektedir, aksi halde sağlık hizmeti sunan özel hastaneler ya da eczanelerin de teşebbüs niteliğinde olmadığı ileri sürülebilecektir. Burada rekabet hukuku bağlamında önemli olan husus, tüzel kişiliğin statüsünden bağımsız olarak ekonomik faaliyet yürütülüp yürütülmediğidir. İlerleyen bölümlerde belirtileceği üzere, konuyla yakından ilişkisi olması nedeniyle Kurul'un SSK'nın ilaç alım faaliyetindeki rolünü değerlendirdiği kararında¹²; asli görevi olarak sigorta ve sağlık hizmetleri sunan SSK'nın ilaç alımları sunduğu sağlık hizmetinin bir parçası olarak değerlendirilmiş ve ekonomik faaliyet olarak kabul edilmemiştir.

Yürütmenin durdurulması kararlarına ilişkin olarak ise, henüz kesinleşmiş yargı kararı olmadığı, idarenin yürütmenin durdurulması kararlarını dikkate alarak zaten ecza depolarının yetkilerini kaldırdığı belirtilmelidir. Hakkında soruşturma yürütülen taraflarca yapılan ve yukarıda yer verilen diğer savunmalara ilişkin olarak ayrıntılı değerlendirme karar kapsamında yapıldığından, bu bölümde ayrıca bir açıklamaya gerek görülmemiştir.

1.5. Değerlendirme

1.5.1. 4054 sayılı Kanun'un 6. Maddesine İlişkin Değerlendirme

4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi; *"bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması"*nı yasaklamaktadır. Soruşturmaya konu iddia, anılan maddenin devamında sayılan kötüye kullanma halleri arasında (a) bendinde yer alan *"ticarî faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler"*e uygunluk göstermektedir.

27.05.2003 tarih, 03-35/416-182 sayılı Kurul kararı.

16-42/699-313

1.5.2. Hâkim Durum Değerlendirmesi

TEB İktisadi İşletmesi'nin 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal edip etmediğinin tespiti bakımından, öncelikle yurtdışından temin edilen ilaçlar pazarında hâkim durumda olup olmadığının saptanması ve ardından bu uygulamaların kötüye kullanma olup olmadığı yönünden değerlendirilmesi gerekmektedir. 4054 sayılı Kanun'un 3. maddesinde hâkim durum; "belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü" olarak tanımlanmıştır. Teşebbüsün hâkim durumda olup olmadığının anlaşılması için birçok faktörün değerlendirilmesi, pazarın ve teşebbüsün yapısının ele alınması gerekmektedir. Bu kapsamda hâkim durumda olduğu iddia edilen teşebbüsün pazardaki gücü, rakip teşebbüslerin pazara giriş veya genişlemeleri önündeki engellerin varlığı, alıcıların pazar gücü ve pazardaki rekabetin durumu gibi ölçütler değerlendirilmelidir.

TEB, İktisadi İşletmesi aracılığıyla Türkiye'de çeşitli sebeplerle bulunmayan ilaçların yurtdışından teminini gerçekleştirmektedir. Yurtdışından temin edilen ilaçlar olarak tanımlanan ilgili ürün pazarı içerisinde TEB İktisadi İşletmesi'nin edindiği konumu görmek açısından önaraştırma döneminde SGK'dan edinilen aşağıdaki tablo açıklayıcıdır:

Tablo 1: Yurtdışından Temin Edilen İlaçlara Yönelik Ödeme Bilgisi

	2011		2012		2013		2014	
	İşlem Gören Reçete		İşlem Gören Reçete		İşlem Gören Reçete		İşlem Gören Reçete	
	Adedi	Tutarı (TL)	Adedi	Tutarı (TL)	Adedi	Tutarı (TL)	Adedi	Tutarı (TL)
TEB	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Sahis	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Genel	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)
Toplam	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)	(.....)

Kaynak: SGK tarafından gönderilen yazı.

Kararın ilgili bölümlerinde bahsedildiği gibi TEB İktisadi İşletmesi'nin yurtdışından ilaç teminine yönelik SGK ile imzalanmış bir protokolü bulunmakta olup, özel ecza depolarının yetkilendirilmesi ve bu yetkilerinin kaldırılmasından sonra da TEB İktisadi İşletmesi bu alanda tek konumdadır. Tablo 1'den de görüleceği üzere, yıllar iribarıyla yurtdışından ilaç temin etme konusunda genel ödemeler içinde TEB İktisadi İşletmesi'nin payı oldukça yüksek olup bu pay 2014 yılında yaklaşık olarak %(.....)'dir.

Soruşturma döneminde, Tablo 1'de yer verilen pazar payı verilerini TEB İktisadi İşletmesi aleyhine değiştirecek herhangi bir gelişme yaşanmamıştır. Tersine, diğer yürütmenin durdurulması kararlarının yanı sıra son olarak Danıştay 15. Dairesi'nde açılan 2015/6926 E. sayılı davada, 25.12.2015 tarihinde Ecza Depoları Yönetmeliği'nde değişiklik yapılarak ecza depolarına yurtdışından ilaç teminine olanak sağlamak amacıyla eklenen hükümlerin yürütmesinin durdurulmasına karar verilmiştir. Bu gelişmeyle birlikte, Sağlık Bakanlığı tarafından yurtdışından ilaç temini bakımından yetkili kılınan ancak SGK ile protokol akdedemediği için faaliyetleri zorlaşan depoların yetkileri kaldırılmıştır. Bu durum TEB İktisadi İşletmesi'nin yurtdışından ilaç temini bakımından tek yetkili olmasını pekiştiren bir gelişme olarak değerlendirilmiştir. Tablo 1'deki veriler ve bahsedilen gelişmeler doğrultusunda, TEB İktisadi İşletmesi'nin yurtdışından ilaç temini pazarında çok güçlü konumda olduğu görülmüştür.

16-42/699-313

Bu noktada hâkim durum analizinde kullanılan ölçütlerden biri olan, pazara girişte yasal/idari engellerin varlığından bahsedilmelidir. Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz'un (Dışlayıcı Davranış Kılavuzu) "Hâkim Durumun Tespiti" başlıklı bölümünde "girişin ya da büyümenin önündeki engeller ilgili pazarın özelliklerinden, incelenen teşebbüsün özelliklerinden ya da davranışlarından kaynaklanabilmektedir. İlgili pazarın özelliklerinden kaynaklanan engeller; kamu tekelleri¹³, yetkilendirme ve lisanslama gereklilikleri¹⁴, fikri mülkiyet hakları gibi yasal ve idari engeller ya da batık maliyetler, ölçek ve kapsam ekonomileri, şebeke etkileri, tüketicilerin başka bir sağlayıcıya geçiş maliyetleri gibi ekonomik engeller şeklinde ortaya çıkabilir." değerlendirmesine yer verilmiştir. Yasal ve idari giriş engelleri hususu, yukarıda yer verilen yürütmeyi durdurma kararlarından önceki ve sonraki dönem için ayrı olarak değerlendirilecektir.

Anılan yürütmeyi durdurma kararları öncesinde özel ecza depolarının Sağlık Bakanlığı tarafından yetkili kılındığı ancak SGK ile protokol akdedememelerinden ötürü pazarda faal olmadıkları bilinmektedir. SGK tarafından bu hususa yönelik, TEB İktisadi İşletmesi dışındaki herhangi bir kanal ile ilaç temini yapmış olan hastalara ilaç bedellerinin ödenmemesi yönünde herhangi bir düzenlemenin olmadığı ifade edilmiştir. Ancak yurtdışından ilaç temini pazarında, SGK ile özel ecza depolarının protokol akdetmemeleri tedarikçiler tarafından tereddütle karşılanmış; tek yetkili dağıtıcının TEB İktisadi İşletmesi olduğu yönünde düşüncelerine neden olmuştur. Yukarıda yer verilen belgelerden ve tedarikçilerle yapılan görüşmelerden de görüldüğü üzere, tedarikçiler TEB İktisadi İşletmesi ile sözleşme aracılığıyla çalışmasalar dahi özel ecza depolarının ilaç taleplerini söz konusu gerekçeyle karşılamaya yanaşmamıştır.

Öte yandan SGK'nın özel ecza depolarıyla protokol imzalamaması, vekâletnameyle iş gören özel ecza depolarının hizmet bedeli almalarını da engellemektedir¹⁵. Şöyle ki; elde edilen belgelerden yetkili ecza depolarının mahkeme kararları öncesinde ancak hastadan vekâlet alarak ilaç getirebildikleri ve bu durumda dahi birçok ilaç talebinin üretici firmalar tarafından SGK ile protokol akdedilmemiş olmasından bahisle reddedildiği anlaşılmıştır. Bu noktada, tedarikçilerin özel ecza depolarının SGK ile protokollerinin bulunmadığı gerekçesiyle taleplerini karşılamamasının ve protokolü şart olarak görmelerinin anlamlı olmadığı belirtilmelidir. Zira SGK bir geri ödeme kuruluğu olup, tedarikçilerin ürünlerin bedeli ecza depolarınca ödendiği sürece SGK'nın geri ödemesi noktasında endişe duymaları haklı bir gerekçe gibi görünmemektedir. Tedarikçilerin firmalarına özgü her türlü koşulun karşılanması ve ödeme kabiliyetinin olması durumunda yetkisi bulunan bir ecza deposuna ilaç vermesinin önünde herhangi bir hukuki engel bulunmadığı vurgulanmalıdır. Tedarikçilerin konuya bu biçimde tereddütle yaklaşması, SGK'nın ecza depolarıyla protokol imzalamamasından ve TEB İktisadi İşletmesi lehine ayrımcı tutumundan kaynaklanmaktadır.

Bkz. Kurul'un 01-17/150-39 sayılı *Belko* kararı.

Bkz. Kurul'un 11-34/742-230 sayılı *Turkcell* kararı.

MELİS ECZA yetkileri ile yapılan görüşmede, TEB'in ilacı temin ettiği bedelin üzerine belirli bir yüzde de hizmet bedeli ilave ettiği ve bu faturayı SGK'ya ibraz ettiği, ancak SGK ile protokol akdetmemiş olmalarından ötürü, ecza depolarının faturaya hizmet bedeli ilave edemedikleri ifade edilmiştir.

16-42/699-313

SGK'nın TEB İktisadi İşletmesi lehine ayrımcı uygulamalarına değinmek gerekirse, yukarda dile getirildiği üzere; i-) TEB İktisadi İşletmesi'nin sunduğu reçetelerin raporlarında mühür şartı aranmazken vekâletle iş gören ecza depoları için bu kolaylığın söz konusu olmaması, ii-) hak sahiplerinin TEB İktisadi İşletmesi'ne başvuru yapmadan kendi imkânları ile yurtdışından ilacı temin etmeleri durumunda, ilacın TEB İktisadi İşletmesi tarafından temin edilmesine göre ilave belgeler talep edilmesi, örneğin ilaçların kutusunun istenmesi gibi şartların aranması ve iii-) alternatif ödeme modeli uygulamaları çerçevesinde Ocak 2016'da SUT'ta yapılan değişiklik ile hak sahiplerinin yurtdışından kendi imkânlarıyla ilaç temin etmelerinin ancak TEB İktisadi İşletmesi'nden süresi içinde ilaç temin edilemediğinin belgelenmesi koşuluna bağlanması ayrımcı uygulamalara örnek gösterilebilir. Dolayısıyla bu tür ayrımcı uygulamalar ecza depolarının yetkili oldukları dönemde daha da dezavantajlı konuma gelmelerine neden olmuştur.

Bunun dışında özel ecza depolarının faal olabilmelerini engelleyen bir diğer husus da, alternatif ödeme modeli uygulamasıyla ortaya çıkmıştır. Bilindiği üzere, alternatif ödeme modeli çerçevesinde SGK tedarikçilerle özel fiyat indirimi pazarlığı yapmış ve yurtdışı ilaç bedelinde ciddi tasarruf elde edilmiştir. Tedarikçilerle özel fiyat indirimi konusunda protokol imzalayan SGK, bu protokollerde dağıtım kanalı olarak TEB¹⁶ adres göstermiştir. Her ne kadar SGK, TEB'in işaret edilmesinin münhasırlık olarak değerlendirilemeyeceğini ileri sürse de protokolün 3.1.11. maddesi karşısında gerek tedarikçilerin gerek özel depoların algısı yurtdışından ilaç temin işinin sadece TEB tarafından yapılabileceği yönündedir. Anılan maddede, yurtdışı ilaçların SGK ile TEB arasındaki protokol dâhilinde temin edilmesi durumunun sona ermesi halinde dağıtım ile ilgili olarak SGK'nın başka bir kurum veya kuruluşu tayin edeceği düzenlenmiştir. Bu madde, SGK tarafından protokollerin münhasır nitelik taşımadığı savını ortadan kaldırmaktadır. Dolayısıyla protokolle TEB'in dağıtıcı olarak işaret edilmesi tedarikçilerin sadece TEB ile çalışmaları yönündeki tercihlerinde rol oynamıştır.

Uygulamanın önemli bir özelliği, ilacın indirimli fiyatının ilan edilen listede yer almamasıdır. Tedarikçilerin gerek SGK ile gerekse TEB ile yaptıkları anlaşmalarda tek dağıtıcı olarak TEB'in adres gösterilmesi özel ecza depolarının faaliyetini daha da daraltmıştır. Elde edilen belgelerden görüldüğü üzere tedarikçiler, SGK ve TEB protokollerini ileri sürerek ecza depolarına ilaç vermemiştir. Depolarla yapılan görüşmelerde alternatif ödeme modeli kapsamındaki bir ilacı herhangi bir depo temin etse bile, SGK'nın sisteminde temin edilmiş olan ilaç için ödeneceği duyurulan miktarın, ilacın temin edilmesi halinde depoya ödenen miktardan fazla olduğu vurgulanmıştır. Eş deyişle, SGK tedarikçilerle yaptığı anlaşma gereği aldığı indirimli fiyatı internet sitesinde ilan etmemekte, özel ecza depoları bir şekilde ilacı temin ederek SGK'ya geri ödeme için başvursa bile depoların ödemediği bedel SGK'nın indirimli fiyatından yüksek olduğu için depoların bu ilaçlar bakımından kârlı çalışabilmeleri olası görünmemektedir. Bu kapsamda, ecza depolarının Sağlık Bakanlığı tarafından yetkilendirildiği tarih ile yürütmeyi durdurma kararları arasındaki zaman diliminde SGK'nın depolar ile protokol akdetmemesi, yetkili depoların pazara girmelerinin önünde bir engel teşkil etmiştir.

Yürütmeyi durdurma kararları sonrasında, Sağlık Bakanlığı tarafından yetkilendirilen ecza depolarının bu yetkileri kaldırılmıştır. Dolayısıyla mevcut durumda yurtdışından ilaç temini pazarında tek dağıtıcı TEB İktisadi İşletmesi'dir.

¹⁶ Bu noktada, protokollerde ve anlaşmalarda TEB İktisadi İşletmesi yerine TEB'in taraf olduğu, İktisadi İşletmesi eliyle yurtdışı ilaç temini faaliyetini sürdüren TEB ile TEB İktisadi İşletmesi'nin kararda da birbirleri yerine kullanıldığı hatırlatılmalıdır.

16-42/699-313

Bununla birlikte SGK Yurtdışı İlaç ve Tedavi Hizmetleri Daire Başkanı ile yapılan görüşmede yurtdışından ilaç temini işinin SGK tarafından üstlenilmesinin planlandığı ve buna yönelik SGK nezdinde yürütülen çalışmalar olduğu ifade edilmiştir. Aynı görüşmede, (.....) kalem yurtdışı ilaçtan (.....) yurtdışı ilaç bütçesinin yaklaşık %(.....) ün oluşturduğu ve ilk aşamada bu ilaçların SGK tarafından getirilmesinin planlandığı belirtilmiştir.

Yurtdışından ilaç temini işinin SGK tarafından bir kamu hizmeti olarak değerlendirilmesi ve bu nedenle bu hizmetin SGK tarafından yürütülmesi, soruşturma konusuyla ilişkilendirilmeyecek niteliktedir. Ancak belirtilmelidir ki, TEB'in yurtdışından ilaç temini işinin ilk etapta tamamen sonlandırılması olası değildir. Bu husus, yurtdışından ilaç temini işinin belirli bir altyapı gerektirdiği gerekçesiyle SGK tarafından da kabul edilmiştir (Belge-74).

Görüldüğü üzere yürütmeyi durdurma kararları öncesinde SGK'nın ecza depolarıyla protokol akdetmemesi yurtdışı ilaç pazarına idari bir giriş engeli oluşturmaktadır.

Öte yandan SGK'lı olmayanların durumundan bahsetmek gerekmektedir. SGK'dan edinilen bilgiye göre, özel sağlık sigortaları, bankalar, vakıflar, dernekler ya da herhangi bir güvencesi olmadan kendisi almak isteyenler gibi SGK'lı olmayanların toplam nüfusa oranı %(.....) dur (Belge-104). Bu noktada, bu oranın yurtdışı ilaca özel olmadığı, SGK'lı olmayan ancak yurtdışından ilaç temin edenlerin oranına yönelik herhangi bir çalışma bulunmadığı, buna karşın yurtdışı ilaç pazarının büyüme trendi dikkate alındığında SGK'lı olmayan yurtdışı ilaç kullanıcılarının oranının da ihmal edilebilir düzeyde olmayabileceği vurgulanmalıdır. SGK'nın yürütmeyi durdurma kararları öncesinde özel ecza depolarıyla protokol akdetmemiş olması, SGK'lı olmayan ve yurtdışından ilaç temin etmesi gereken hastaların ilaca ulaşmalarında zorluk yaşanmasına sebep olmuştur. Tüm bu hususlardan hareketle, yürütmeyi durdurma kararları öncesinde SGK'nın ecza depolarıyla yapılacak protokollere taraf olmaması, yurtdışından ilaç temini pazarında TEB İktisadi İşletmesi'nin hâkim durumda olmasına yol açmıştır.

Yürütmeyi durdurma kararları sonrasında ise Sağlık Bakanlığı tarafından yurtdışından ilaç temini bakımından yetkilendirilen depoların bu yetkileri kaldırılmış ve ilgili pazarda faaliyeti olan tek yetkili olarak TEB kalmıştır. Dolayısıyla yukarıda yer verilen değerlendirmeler sonucunda, TEB İktisadi İşletmesi'nin yurtdışı ilaç pazarında hâkim durumda olduğu tespit edilmiştir. Her ne kadar, mevcut durumda temin edilecek ilaçların SGK tarafından hastalara ulaştırılması planlansa da, SGK'lı olmayan hastaların durumu ve SGK'nın temin etmeyeceği ilaçlar bakımından ayrıca bir değerlendirme yapmak gerekmektedir.

1.5.3. Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasına Yönelik Değerlendirme

4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi; *"Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır."* hükmünü haizdir. 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (a) bendinde ise *"ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler"* hâkim durumun kötüye kullanılmasına örnek hallerden biri olarak sayılmıştır.

Herhangi bir pazara girmek isteyen veya hâlihazırda bir pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin, pazara girebilmek veya pazarda etkin şekilde faaliyetlerini sürdürebilmek için ihtiyaç duydukları birtakım kaynaklara erişimlerinin, hâkim durumdaki bir teşebbüsün tek taraflı eylemi ile engellenmesinin, rakiplerin faaliyetlerinin zorlaştırılmasına yönelik bir kötüye kullanma olarak değerlendirilmesi mümkündür.

16-42/699-313

Yurtdışından ilaç temini pazarında, TEB dışında özel ecza depolarının faal olmadığı ve bu nedenle TEB'in anılan pazarda hâkim durumda olduğu kararın önceki kısımlarında belirtilmiştir. TEB ve TEB İktisadi İşletmesi'nin, yetkili ecza depolarının faal olamamasındaki rolü, hâkim durumun kötüye kullanılmasına yönelik değerlendirme bakımından önem arz ettiğinden Sağlık Bakanlığı tarafından yetkilendirilmesine rağmen, bu yetkilerin kaldırıldığı döneme kadar faaliyetlerini yalnızca hastalardan vekâlet almak suretiyle gerçekleştirebilen depoların, ilaç temin edememelerinin altında yatan neden ya da nedenlerin irdelenmesi gerekmektedir.

Belirtmek gerekir ki özel ecza depolarının yetkili olmadığı dönemde TEB'in tek yetkili olması, yasal düzenlemelerle mümkün kılındığından depolara yönelik yetkilendirmenin söz konusu olmadığı dönem bakımından yurtdışı ilaç pazarında hâkim durumda olan TEB'in hâkim durumu ve bu hâkim durumunu kötüye kullanıp kullanmadığı hususu değerlendirme dışında tutulacaktır.

Aynı biçimde, mahkeme kararları sonrasında özel ecza depolarının yetkilerinin kaldırılmasını takiben yurtdışı ilaç temini pazarında tek aktör olarak TEB kaldığından, yetkinin kaldırıldığı mevcut dönem için TEB'in rakiplerin faaliyetini zorlaştırdığından söz etmek mümkün görünmemektedir.

Dolayısıyla, soruşturma döneminde yaşanan gelişmeler dikkate alındığında, hâkim durumun kötüye kullanılması eylemine yönelik iddialar incelenirken özel ecza depolarına yurtdışı ilaç temini yetkisi verilmesi ile mahkeme kararları ertesinde yetkilerinin kaldırılması arasındaki zaman diliminin ele alınması gerekmektedir. Şöyle ki, özel ecza depolarına yetki verilmesine karşın SGK'nın depolarla protokol imzalamaması, tedarikçilerin protokolleri olmadığı için ecza depolarını yetkisiz olarak algılaması ve ilaç taleplerini karşılamaması ya da sözleşmelerinde münhasırlık düzenlemeleri olması nedeniyle sadece TEB ile çalışmayı sürdürmeleri; ecza depolarının yetkilerinin kaldırılmasını takiben yurtdışı ilaç temini pazarında sadece TEB'in kalmasından farklılık arz etmektedir. Dolayısıyla yetkinin kaldırıldığı dönem için TEB'in rakiplerin faaliyetini zorlaştırdığından söz etmek mümkün görünmemekte iken, ecza depolarının yetkilerinin olduğu dönemde ilgili pazarda faaliyetlerinin zorlaştırılıp zorlaştırılmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Bu noktada incelenecek zaman dilimi, TITCK'nin Kılavuz yayımlayarak gerekli koşulları sağlayan özel ecza depolarını da yetkilendirmeye başladığı 18.07.2014 ile resmi internet sitesinde mahkeme kararları gereği özel ecza depolarının faaliyetlerinin durdurulduğunu belirttiği 30.04.2016 tarihleri arasındaki döneme tekabül etmektedir.

Başvuruya konu TEB'in yurtdışından ilaç temini konusunda Sağlık Bakanlığınca yetkilendirilen ecza depolarının faaliyetini zorlaştırdığına yönelik iddiaların, TEB'in ilaç temini noktasında tek yetkili olarak yetersiz kalması üzerine 2013 yılında Sağlık Bakanlığı ve SGK gibi ilgili kurumların tasarrufu ile gerekli mevzuat değişikliğine gidilmesi ve özel ecza depolarına da belirlenen koşulları sağlamaları şartıyla yurtdışından ilaç temin etme yetkisi verilmesi sonrasında ortaya çıktığı anlaşılmıştır.

16-42/699-313

TEB, yurtdışından temin edilen ilaçlara yönelik reçete sayısındaki artışı; ilaçların Türkiye'de ruhsatlandırılma sürecinin uzun sürmesi, bir kısmı maliyeti çok yüksek yetim ilaç grubundan olan bu ilaçların bazılarının da SGK'nın fiyat politikaları gibi çeşitli nedenlerle piyasaya arz edilmemesi ve hekimlerin yeni üretilen ilaçları tercih etmesine bağlamaktadır (Belge-105). Buna koşut olarak; yetim ilaç kullanan hasta ve piyasaya ilk kez arz edilen ilaç sayısındaki artışla birlikte bu ilaçların pahalı, ruhsat süreçlerinin de uzun olması nedeniyle yeni ilaçların uzun süre ruhsatsız olarak temin edilme zorunluluğu sonucunda harcamalarda da artış meydana gelmektedir. Aynı tespit önaraştırma döneminde görüülen TİTCK ve SGK yetkilileri tarafından da dile getirilmiştir. Ancak TİTCK ve SGK yetkilileri, bu artış karşısında TEB'in kapasitesini artırmayarak tek yetkili olarak yetersiz kaldığını, hastalardan gecikmeler konusunda şikâyetler aldıklarını da vurgulamıştır. Yurtdışından temin edilen ilaçların son derece kritik ve sürekli sağlanması gereken hastalıklarda kullanıldığı göz önünde bulundurulduğunda, yurtdışından ilaç temini sürecinin aksamadan yürütülmesinin hayati önemi haiz olduğu görülmüştür.

Yukarıda da belirtildiği üzere, yurtdışından sağlanan ilaç miktarında yıllar içinde artış yaşanması ve TEB'in temin noktasında yetersiz kalması üzerine, Sağlık Bakanlığı ve SGK mevzuat değişikliğine giderek bu alanın özel ecza depolarına da açılması yöntemini uygulamaya geçirmek üzere girişimlerde bulunmuştur. Bu bağlamda, 24.03.2013 tarihinde SGK tarafından SUT'ta değişikliğe gidilmiş ve "Sağlık Bakanlığınca yetkilendirilmiş taraflar ile SGK arasında protokol" yapılabileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemeden yaklaşık beş ay sonra 01.08.2013 tarihinde hüküm metninde yeniden değişikliğe gidilmesi ve "TEB ile yürürlükte bulunan protokolün yanı sıra" Sağlık Bakanlığınca yetkilendirilmiş diğer taraflarla da protokol yapılabileceği biçiminde düzeltilmesi ve TEB'in ayrı tutulmasının anlamlı olduğu değerlendirilmektedir. Her ne kadar SGK özel ecza depolarından İDM ile aralarında imzalanmış bir protokol olmadığını ileri sürse de, İDM ile SGK arasında 15.07.2013 tarihinde protokol imzalanmış, ancak protokol geçersiz sayılarak uygulamaya konmamış, diğer ecza depolarıyla protokol imzalanmamış, dolayısıyla bu zaman diliminde özel ecza depoları protokolleri olmadığı için SGK'ya geri ödeme başvurularını hastalardan vekâletname alarak gerçekleştirmeye çalışmıştır.

Önaraştırma sürecinde TEB Genel Sekreteri'nin bilgisayarından elde edilen Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı'na hitaben kaleme alınmış yazıda, yurtdışından ilaç temini için TEB dışında özel veya tüzel kişi ve kuruluşlarla da anlaşma yapılmasının sakıncaları dile getirilmiştir. Yazıda; bu hizmetin kâr amacıyla yapılmaması gereken son derece stratejik bir iş olduğu, bu alanın ticari amaçlı şirketlere de açılmasının kamu menfaati açısından mahzurlu olduğu, reklam ve tanıtımlarla ilaç sarfiyatının artacağı, bu yönde bir uygulamanın 1262, 6197 ve 984 sayılı Kanunlarla çeliştiği ve ruhsatsız ilaç satan eczanelere yol açacağı yönünde sakınca ve çekinceler vurgulanmıştır (Belge-106).

Yukarıda da vurgulandığı üzere, SGK'nın yetkilendirilmiş ecza depolarıyla protokol imzalanmaması ya da imzalanan protokolü geçersiz kılması; ecza depolarını hastalardan vekâletname alarak, geri ödeme için SGK'ya başvurmaya yöneltmiş, bu durum da çoğu hastanın işlem maliyetini düşünerek TEB'i tercih etmesine yol açmıştır. Öte yandan, soruşturma döneminde görüülen tedarikçiler de SGK ile protokolü olmayan ecza depolarının yetkisi konusunda şüphe duyduklarını belirtmiştir.

16-42/699-313

Soruşturma döneminde ecza depolarının SGK ile protokollerinin olmamasının yarattığı dezavantajı pekiştiren diğer bir gelişme yaşanmış ve SGK alternatif ödeme modeli uygulamalarına geçerek tedarikçilerle fiyat indirimi anlaşmaları yapmış ve imzaladıkları protokollerde TEB tek dağıtıcı olarak adres gösterilmiştir. Tedarikçilerin TEB ile imzaladıkları dağıtım sözleşmeleri ertesinde ecza depolarının SGK'nın yurtdışı ilaç ödemeleri toplamında büyük bir orana sahip ilaçları temin etmeleri olanağı tamamen ortadan kalkmıştır. Bununla birlikte alternatif ödeme modeli uygulamasının idarenin tasarrufundan kaynaklandığı, bu konuda TEB'e 4054 sayılı Kanun kapsamında bir ihlal isnadında bulunulamayacağı anlaşılmaktadır.

Öte yandan Sağlık Bakanlığının tanıdığı yetkilendirmenin yetersiz olduğu düşüncesiyle gerek tedarikçilerde gerekse ecza depolarında yurtdışından ilaç temini için SGK ile protokol imzalanması gerektiği yönünde bir algılama söz konusudur. TEB, yurtdışı ilaç temini işinin kamu yararı niteliği taşıdığı, özel ecza depolarının bu alana girmesinin yurtdışından ilaç temini işinin ticarileştirilmesine sebebiyet vereceği düşüncelerinden hareketle; depoların engellenmesi ve yurtdışından ilaç temininin yalnızca TEB kanalıyla yapılması gerektiğine yönelik iradesini soruşturma sürecinde birçok defa ortaya koymuştur.

Gerek önaraştırma gerekse soruşturma döneminde elde edilen belgelere bakıldığında, TEB'in TİTCK ile yazışmalarında özel ecza depolarına yurtdışı ilaç temini yetkisinin verilmesinin yasal olmadığını sık sık vurguladığı, yetkilendirme sonrasında TEB'in TİTCK'nin protokolü TİTCK Kılavuzu ışığında yenileme teklifini aynı gerekçelerle reddettiği, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanına hitaben kaleme alınan yazıda TEB dışında özel ya da tüzel kişilerle de anlaşma yapılmasının sakıncalarını dile getirdiği görülmüştür.

Yine Danıştay ve İdare Mahkemeleri nezdinde TEB tarafından açılan davalar da bu iradeyi yansıtmaktadır. Yaşanan süreç, özel ecza depolarının yetkilerinin iptali istemiyle açtığı davalarda TEB'in bu girişiminde başarılı olduğunu göstermektedir. SGK'nın ecza depolarıyla protokol imzalama yönündeki isteksizliğinde veya TEB lehine ayrımcı uygulamalar yürütmesinde, öte yandan Sağlık Bakanlığının mahkeme sürecinde yasal düzenlemeleri yaparak hukuki belirsizlikleri ya da engelleri ortadan kaldırma yönünde irade ortaya koymamasında TEB'in girişimlerinin de payı olabileceği değerlendirilmektedir.

Ancak TEB'in bu iradesinin özellikle ecza depolarının Sağlık Bakanlığı tarafından yetkilendirildiği dönem sonrasında, ecza depolarının pazar dışına itilmesi, faaliyetlerinin zorlaşması ve pazarın kapanması yönünde kötüye kullanma olarak nitelendirilebilecek mahiyette olmadığı değerlendirilmektedir. Bir yandan da TEB'in hukuki altyapısı hazırlanmadan özel ecza depolarını yetkilendirme uygulamasına başlaması nedeniyle ortaya çıkan belirsizliğe karşı hukuki yollara başvurusu anayasal hak kullanımından öte görülmemelidir.

16-42/699-313

Sağlık Bakanlığının yurtdışı ilaç pazarını serbestleştirme yönündeki iradesini gerçekleştirmek için yargı kararlarında dile getirilen hukuki dayanak yoksunluğu ya da TİTCK Kılavuzu'nun çıkarılmasının ve Ecza Depoları Yönetmeliği'nde yapılan değişikliğin hukuka uyarlık göstermediği gerekçelerini dikkate alarak gerekli yasal düzenlemeleri yapması beklenebilirdi. Keza SGK'nın özel ecza depolarıyla protokol imzalamayarak depoları vekâletname ile iş görme yoluna sevk etmesi, ecza depolarını dezavantajlı konuma itecek biçimde TEB lehine ayrımcı uygulamalar yürütmesinin, alternatif ödeme modeli kapsamında tek dağıtıcı olarak TEB'i adres gösteren protokoller tasarlamasının, bunların sonucunda tedarikçilerde münhasıran TEB'le çalışmaları gerektiği yönünde izlenim doğmasına neden olmasının TEB'in hâkim durumda kalmasına yol açtığı, pazarın serbestleşmesini ve ecza depolarına açılmasını zorlaştırdığı değerlendirilmektedir.

Bu noktada SGK'nın yukarıda anılan geri ödeme alanındaki düzenleme ve uygulamaları nedeniyle 4054 sayılı Kanun kapsamında incelenip incelenemeyeceği hususu akla gelebilecektir. Kurul'un yine geri ödeme konusundaki uygulamalarına yönelik 2012 tarihli SGK¹⁷ ile 2003 tarihli SSK¹⁸ ve *Emekli Sandığı*¹⁹ hakkında aldığı kararlarda, o dönemde SSK ile Emekli Sandığı'nın ve son olarak SGK'nın sağladığı sigorta ve sağlık hizmetleri "ekonomik faaliyet" olarak nitelendirilmemiş ve bu itibarla 4054 sayılı Kanun anlamında bir teşebbüs davranışı olarak kabul edilmemiştir. Mevcut dosya kapsamında da SGK'nın, depoların yetkili olduğu dönemde depolarla protokol akdetmemesinin anılan depoların yurtdışından ilaç temini pazarında faal olmalarına engel teşkil ettiği görülse de geçmiş tarihli Kurul kararlarına koşut olarak, SGK'nın ecza depolarıyla protokol akdetmeyerek anılan pazarda TEB lehine hâkim durum yaratılmasına sebebiyet vermesi ve ayrımcı uygulamalarla diğer depolara ait faaliyetleri kısıtlaması gibi uygulamaların 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilemeyeceği kanaatine ulaşılmıştır.

Daha önce de ifade edildiği üzere TEB'in, soruşturma konusu pazardaki faaliyetinde kamu yararı amacını gözettiği iddiası ve bu nedenle bu faaliyetlerin özel ecza depolarının da pazara girmeleri yoluyla ticarileştirilmemesi gerektiği yönünde iradesi söz konusudur. SGK ve TEB yetkilileri ile yapılan görüşmelerde ve edinilen belgelerde yetkililer tarafından, ender görülen hastalıklarda kullanılan yetim ya da ultra yetim ilaçların satışını artırma politikasının ortaya çıkabileceği ifade edilmiştir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, Türkiye'de ya da yurtdışında belirtilen savı destekleyecek herhangi bir veri ya da akademik çalışma söz konusu değildir. Ayrıca TEB tarafından belirtilen ifadeleri destekler bir örnek söz konusu olsa dahi, bu örnek, kendilerinin de vurguladığı gibi, anayasal hak niteliğinde olan hastanın ilaca erişimi bakımından alternatif temin kaynaklarının engellenmesine yönelik bir sistemin hastaların ve kamunun yararına olacağını göstermeyecektir. Yurtdışından ilaç teminine yönelik objektif ve yüksek standartlı ölçütler getirilmesi, saklama ve transfer koşullarının iyi denetlenmesi; alternatif temin kaynağının artırılması açısından gerekli ve yeterlidir.

02.03.2012 tarih, 12-09/290-91 sayılı Kurul kararı.

27.05.2003 tarih, 03-35/416-182 sayılı Kurul kararı.

19.06.2003 tarih, 03-44/501-221 sayılı Kurul kararı.

16-42/699-313

Yurtdışından ilaç temini işinin yalnızca TEB tarafından yapılması ve özel ecza depolarının bu alandaki faaliyetlerinin engellenmesi ya da zorlaştırılmasının kamu yararı ve hasta mağduriyetinin önlenmesi noktasında savunulduğu dikkate alındığında, TEB'in tek yetkili olmasının bu iki husus bakımından da olumlu sonuçlar doğurduğu söylenemeyecektir. Şöyle ki; önaraştırma ve soruşturma dönemlerinde TEB'in bu alanda tek yetkili olmasından kaynaklanan sıkıntıların kararın ilgili bölümlerinde yer verildiği gibi hastalar tarafından şikâyet konusu edildiği ve hasta şikâyetlerinin yanında doktorlar tarafından da, ilaçların temin sürecinde yaşanan aksaklıkların ve bürokratik işleyişin ciddi mağduriyetlere sebep olduğunu içeren şikâyetlerin bizzat TEB'e yöneltildiği görülmektedir. Bu noktada bahse konu pazarı meydana getiren ilaçların hastalar açısından son derece önemli olduğu göz önünde bulundurulduğunda, şikâyetlerin nicel yönden değerlendirilmemesi gerekmektedir. Çok az sayıda hasta şikâyeti ya da mağduriyeti de olsa, bu durum sorunsuz yürütülmesi gereken bu işte aksaklıklar yaşandığı gerçeğini ortadan kaldırmayacaktır. Tüm bu şikâyetler ve yaşanan mağduriyet, TEB'in tek dağıtıcı olmasının TEB tarafından öne sürülen hastaların ilaçlara kesintisiz ulaşımının sağlanması ve mağduriyetin önlenmesi için gerekli olduğu yönündeki savlarını çürütmektedir.

TEB tarafından öne sürülen yurtdışı ilaçların TEB tarafından getirilmesi ve hastalara ulaştırılmasının kamu yararını doğurduğu ve SGK bütçesinden bu şekilde daha az para çıktığı yönündeki savunmayı ise, TEB'in elde ettiği hizmet bedelinin %11'lerden özel ecza depolarının pazara girmesiyle birlikte %3,9'lara kadar düşmesi hususunun çürüttüğü değerlendirilmektedir. Özel ecza depolarının yetkilendirilmesi birlikte hizmet bedelinde yaşanan bu gelişme, esasında depoların yetkilendirilmesinin kamu yararı doğurduğunu göstermektedir.

Benzer biçimde fiyatın regüle edilmesi ve denetlenmesi tek teşebbüsün olduğu bir piyasada zor iken, rakiplerin bulunması, birbirlerinin fiyatlarını da kontrol etmelerini sağlayacak ve dolayısıyla kamunun ilaca yüksek bedel ödemesini engelleyecektir. Kaldı ki, alternatif temin kaynaklarının çoğaltılmasının kamu tasarrufuna yol açacağına yönelik somut örnek de yaşanmıştır. Elde edilen belgelerden görüldüğü üzere, GEN İLAÇ yetkilisi, Türkiye distribütörü oldukları bir yurtdışı ilacın üreticisinin TEB'e ilaç bedelini 190 Euro olarak bildirmesine karşın, daha sonraki tarihlerde ilacın SGK tarafından 250 Euro'ya alındığını öğrendiklerini bildirerek, fiyat düşüşü ile ilgili bildirim belgesini iletmış ve şikâyette bulunmuştur. GEN İLAÇ, Türkiye'de faaliyet gösterdiği için fiyatları kontrol etme olanağına sahip iken, Türkiye şubelerinin ruhsatsız ilaç satışında rolü bulunmayan ve doğrudan global firma aracılığıyla işlem gerçekleştiren tedarikçilerin yapılan indirimin SGK'ya geri ödeme başvurusunda faturaya yansıtılmadığını tespit etme olanağı bulunmamaktadır. Bu itibarla, yurtdışı merkezli tedarikçilerin fiyat denetimi, piyasa aktörleri tarafından yapılabileceğinden, pazarın serbestleştirilmesi önem taşımaktadır.

Yine çalışanlarının tutumlarından, fiziki koşulların yetersizliğinden, teslimat gecikmelerinden, tedaviyi aksatan bürokratik yazışmalardan, hizmet kalitesinin düşük olmasından hastaların şikâyetinde bulundu; TEB'in SGK'nın usulsüz olduğunu ileri sürdüğü ve inceleme başlattığı işlemlerine de rastlandığı göz önünde bulundurulduğunda, fiyat rekabetinin yanı sıra hizmet rekabetinin de artması ve böylelikle hizmet kalitesinin yükselmesi için alternatif temin kaynaklarının artırılması gerekmektedir. Burada önemli olan rekabet politikasından da önce anayasal hak olan sağlık hakkı gereğince hastaların alternatif temin kaynaklarının artırılması, kesintisiz hizmet alabilmelerinin sağlanmasıdır. Ecza depolarının vekâletname ile iş görmeye sevk edilmesi, gerek hastalar gerekse ecza depoları için işlem maliyeti niteliği taşımaktadır.

16-42/699-313

Alternatif ödeme modeli uygulaması ecza depolarının faaliyet alanını daha da daraltmıştır. SGK'nın tedarikçilerle özel indirim anlaşması yapması kamu tasarrufu açısından önemli ve olumlu olmakla birlikte, bir geri ödeme kurumu olan SGK'nın ilacın kimin tarafından dağıtılacağına söz sahibi olmasının bir zorunluluk olmaması gerektiği değerlendirilmektedir. Kaldı ki, tedarikçiler özel ecza depolarına yönelik olumsuz bir bakış açısına sahip olmadıklarını, asgari koşulları karşılama ve ilacın Türkiye dışına çıkarılmaması şartıyla depolarla çalışabileceklerini dile getirmişlerdir. Her ne kadar SGK bu hususta tedarikçilerin gizlilik şartını gerekçe olarak gösterse de, soruşturma döneminde görüşülen tedarikçiler gizlilikten kasıtlarının SGK'nın fiyatını referans alan ülkelerdeki fiyatların etkilenmemesi için özel indirimli fiyatı ilan etmemesi olduğunu vurgulamıştır. Gizliliğin sağlanmasının yolu tek dağıtıcı ile çalışmak olmadığı gibi, dağıtıcılarla yapılacak sözleşmelerde gizlilik hükmü ve cezai şart getirilmesinin amaca hizmet edeceği değerlendirilmektedir.

Öte yandan TEB yetkililerinin yurtdışı ilaç pazarının serbestleştirilmesinin hastaları sahte ya da kaçak ilaca yönlendireceği savının da gerçekçi olmadığını Sağlık Bakanlığı ve SGK yetkilileri de belirtmişlerdir. Aksine hastanın tek kanala mahkûm edilmesi ve bu kanalda hizmetin aksamaması, kesintisiz ilaç kullanımına ihtiyaç duyan son derece kritik hastalıklara sahip kişileri, ilacın gecikmesi halinde kaçak ilaca yöneltecektir. Kaçak ve sahte ilaçla mücadelenin yolu, alternatif temin kaynaklarının yaratılmaması olmamalıdır. Bu bağlamda, özel ecza depolarının yurtdışından ilaç teminine yönelik getirilen kurulların ve denetim yollarının kaçak ve sahte ilacı önlemeye yönelik olarak yeterli olduğu, bu şartlar altında özel ecza depoları üzerinden yurtdışından ilaç temin edilmesinin kamu sağlığı ve yararı açısından endişe doğurmayacağı değerlendirilmektedir.

Tüm bunlardan ayrı olarak özel sigortalıların durumuna da ayrıca değinmek gerekmektedir. Yurtdışından ilaç temini işinin SGK tarafından gerçekleştirileceği varsayımı altında dahi SGK'lı olmayan ve yurtdışından temin edilmesi gereken bir ilacı kullanmak durumunda olan bireylerin, TEB dışında başka bir kanaldan ilacı temin edemeyecek olmaları hasta tercihini kısıtlar niteliktedir. Hasta haklarının korunmasının ve hasta mağduriyetinin önlenmesinin önemi dikkate alındığında, özellikle SGK'lı olmayan ve temin ettiği ilacın ücretini şahsi olarak karşılamak isteyen bir bireyin mevcut düzenlemeler marifetiyle alternatif temin kaynakları kısıtlanmakta ve yaşanan mağduriyet göz önünde bulundurulduğunda ilaca ulaşımı riske atılmaktadır. Bu noktada amacın TEB'in yurtdışından ilaç getirtmesine engel olmak olmadığı belirtilmelidir. TEB'in iktisadi işletmesi aracılığıyla yurtdışından ilaç temin edebilmesi yasal düzenlemeler çerçevesinde her zaman mümkün olabilmelidir. Amaç, bu alanın rekabete açılması, hastaların alternatif kanallara yönelme imkânına erişmeleri ve bu yolla rekabetin sağladığı avantajlardan yararlanabilmeleridir.

Yukarıda yer verilen tüm bu hususlardan hareketle, yurtdışı ilaç pazarının rekabete açılması; hastaların alternatif temin kaynaklarına sahip olmalarını ve hizmetin daha kaliteli işlenmesini sağlayacak, ilaç temin eden firmalar arasında SGK'ya en uygun fiyatı sunarak ilacı getirmek bakımından rekabet oluşacak ve bu rekabet yurtdışı ilaç bütçesinin SGK'ya yükünü azaltacaktır. Mevcut şikâyetler işleyişte sıkıntılar yaşandığını ve TEB'in tek başına büyüyen bir pazarda etkin faaliyet göstermekte zorlandığını göstermektedir. Bununla birlikte henüz eşit koşullarda faaliyete geçmemiş olmalarına rağmen Sağlık Bakanlığını tarafından yetkilendirme yapılmasından sonra bile hizmet komisyonlarında meydana gelen düşüş, anılan pazarın rekabete açılmamasının değil açılmasının kamu yararı doğuracağını göstermektedir.

16-42/699-313

SGK'nın mevcut iradesinin yurtdışından ilaç temini işinin büyük kısmının SGK tarafından yapılması yönünde olduğu göz önünde bulundurulduğunda, SGK'nın temin etmeyi planlamadığı yurtdışından temin edilmesi gereken ilaçlar bakımından da hasta mağduriyetinin azaltılması ve daha büyük oranda kamu yararı sağlanması ancak pazarın rekabete açılması ile mümkün olacaktır. Yukarıda yapılan tüm açıklamalar çerçevesinde, T.C. Sağlık Bakanlığına ve T.C. Sosyal Güvenlik Kurumuna yurtdışından ilaç temini pazarının rekabete açılmasına yönelik görüş gönderilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

1.5.3.1. Münhasırlık İçeren Anlaşmaların 6. Madde Bağlamında Değerlendirilmesi

Yukarıda yer verildiği üzere, soruşturmaya konu edilen husus, TEB'in münhasırlık yoluyla ve diğer eylemleriyle 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında hâkim durumunu kötüye kullanıp kullanmadığının tespitidir.

Dosya konusu iddialar bakımından münhasırlık içeren anlaşma kavramıyla TEB'in tedarikçilerle yaptığı ve anlaşma konusu ürünlerin münhasıran TEB'e tedarik edilmesini ya da TEB'in anlaşma konusu ürünlerin Türkiye'de dağıtımını ve yeniden satışı için münhasır yetkili olmasını içeren anlaşmalar kastedilmekte olup, bu anlamda münhasırlık kavramıyla Türkiye pazarı bakımından tek alıcıya sağlama yükümlülüğü ifade edilmektedir. Tek alıcıya sağlama yükümlülüğü, sağlayıcının anlaşma konusu malları veya hizmetleri kendi kullanımı veya yeniden satış amacıyla Türkiye içerisinde sadece bir alıcıya satmasına yönelik doğrudan ya da dolaylı yükümlülük olarak tanımlanmaktadır.²⁰ Tek alıcıya sağlama yükümlülüğü içeren münhasır anlaşmaların ortaya çıkardığı en önemli rekabet riski diğer alıcılara pazarın kapatılmasıdır. Bu tür münhasır anlaşmalarda alıcının alt pazardaki konumu bir rekabet sorununun ortaya çıkıp çıkmadığının değerlendirilmesinde önemli bir faktördür. Alıcının alt pazarda hakim durumda olması halinde tek alıcıya sağlama yükümlülüğü rekabeti kısıtlayıcı etkiler ortaya çıkarabilmekte²¹ ve 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında değerlendirilebilmektedir.

Tek alıcıya sağlama yükümlülüğü türü münhasırlık, rakip alıcıların sağlayıcılara erişimini engellemek suretiyle ilgili pazarı kapamakta ve bu şekilde rakiplerin hâkim durumdaki teşebbüse karşı etkin birer rakip olarak ortaya çıkma olanaklarını kısıtlayabilmektedir.²² Münhasır anlaşmalardan kaynaklanan rekabet karşıtı piyasa kapama etkisinin belirlenmesinde; incelenen davranışın kapsamı, alıcının alt pazardaki konumu, gerek sağlayıcıların gerekse rakip alıcıların konumları, pazara giriş engelleri, ürünün niteliği hâkim durumdaki teşebbüsün müşteriler açısından önemi ve münhasırlık süresi gibi hususlar dikkate alınmaktadır.²³

Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz, par. 188.
Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz, par. 190.
Dışlayıcı Davranış Kılavuzu, par. 66.
Dışlayıcı Davranış Kılavuzu, par. 67.

16-42/699-313

Şu hususu belirtmek gerekir ki, münhasır anlaşmaların hâkim durumdaki bir teşebbüs tarafından yapılması, söz konusu anlaşmaların her zaman rekabete aykırı olduğu anlamına gelmemektedir. Konuyla ilgili olarak *rule of reason* yaklaşımı çerçevesinde bir analiz yapılmaktadır. Tek alıcıya sağlama türü münhasır anlaşmalarda anlaşmanın rakiplerin üst pazara erişimini sınırladığı değerlendiriliyor ise, ikinci aşama olarak münhasır anlaşmanın tüketici zararına yol açıp açmadığı analiz edilmektedir. Son aşamada ise münhasır anlaşma dolayısıyla yaratılan tüketici zararının anlaşmadan kaynaklı bir etkinlik dolayısıyla dengelenip dengelenmediği değerlendirilmektedir. Dolayısıyla münhasır anlaşmaların ihlal teşkil etmemesi bakımından, yarattıkları etkinliğin tüketicilere verilen zararı bertaraf edecek büyüklükte olması gerekmektedir²⁴.

Soruşturma konusu anlaşmalar bu kapsamda incelendiğinde, öncelikle önaraştırma sürecinde dokuz tedarikçiye TEB ile aralarında yazılı ya da fiili bir anlaşma olup olmadığı sorulmuş ve TEB tarafından verilen cevap yazısının ekinde beş ilaç tedarikçisi ile imzalanmış dağıtım sözleşmeleri sunulmuştur. Beş sözleşmenin üçünde TEB, ithal edilen sözleşme konusu ürünlerin Türkiye'de tedariki için münhasıran yetkili kılınmıştır.

Soruşturma döneminde, TEB ile aralarında dağıtım sözleşmesi olan tedarikçilerden bazıları ile ve alternatif ödeme modeli kapsamında SGK ile anlaşma imzalayan tedarikçilerle görüşmeler gerçekleştirilmiş, anılan teşebbüslerden bilgi ve belge talep edilmiştir. Dağıtım sözleşmeleri ile ya da sözleşmesiz olarak tedarikçilerle faaliyetini sürdüren TEB'in sözleşmelerinin özel ecza depolarının yetkili oldukları ve yetkilerinin kaldırıldığı dönem için ayrı olarak ele alınması gerekmektedir.

Soruşturma sürecinde TEB'in anlaşmaları incelendiğinde, anlaşmaların üç ana döneme ayrıldığı görülmüştür: i-) özel ecza depolarına yetki verilmesinden önceki dönemde imzalanan anlaşmalar ve sözleşmesiz sürdürülen ticari ilişkiler, ii-) özel ecza depolarına yetki verilmesi sürecinde imzalanan anlaşmalar ile geçmişten süregelen anlaşmalar ve sözleşmesiz sürdürülen ticari ilişkiler ve iii-) özel ecza depolarının yetkilerinin kaldırılması sonrasında süren anlaşmalar. Bu noktada, yetkinin olduğu döneme ilişkin kesitin alternatif ödeme modeli uygulamaları ile alt kırılımlarının da ayrıca ele alınması gerekmektedir.

Özel ecza depolarının yetkisinin bulunmadığı döneme ilişkin rekabet hukuku bağlamında inceleme yapmanın olanaklı olmadığı, yasal ve idari tasarruf sonucu yurtdışı ilaç pazarında tek aktör olarak faaliyet gösterirken TEB'in anlaşmalarının 4054 sayılı Kanun kapsamında incelenmesinin mümkün olmadığı değerlendirilmektedir. Burada önemli olan ilgili anlaşmaların yetkilendirme sonrasında da devam edip etmediğidir. Süren anlaşmalar doğaldır ki, 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında incelenebilecektir. Bu açıklamadan sonra aşağıda yer verilen Tablo 2'de anlaşmalar; dönemlerine göre sınıflandırılmıştır:

O'Donoghue, R. & A.J. Padilla (2006), *The Law and Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, s. 361.

16-42/699-313

Tablo 2- TEB, Üretici Firmalar ve SGK Arasındaki Anlaşmalar

Ecza Depolarının Yetkilendirilmesinden Önce Yapılan ve Süregelen Anlaşmalar		Ecza Depolarına Yetki Verilen Dönemde Yapılan Anlaşmalar ile Süregelen Anlaşmalar			
		Alternatif Ödeme Modeli Öncesi		Alternatif Ödeme Modeli Sonrası	
Sözleşmesinde Münhasırlık Düzenlemesi Olan Tedarikçiler	Fili Durumda Münhasır Çalışan Tedarikçiler	Sözleşmesinde Münhasırlık Düzenlemesi Olan Tedarikçiler	Fili Durumda Münhasır Çalışan Tedarikçiler	Sözleşmesinde Münhasırlık Düzenlemesi Olan Tedarikçiler	Fili Durumda Münhasır Çalışan Tedarikçiler
GENZYME	WALTER KREBS	NOVARTIS	WALTER KREBS	NOVARTIS	ABBVIE
	MERCK	CILAG	MERCK	MOLTEK	GILEAD
	SHIRE	GENZYME	SHIRE		ALEXION
	PHARMA-VISION		PHARMA-VISION		BOEHRINGER
	GEN İLAÇ		GEN İLAÇ		B&A
					GEN İLAÇ
					ACTELION
					WALTER KREBS
					MERCK
					SHIRE
					PHARMA- VISION

I.5.3.1.1. Ecza Depolarının Yetkilendirilmesinden Önce Yapılan ve Süregelen Anlaşmalar

TEB'in yetkilendirme döneminden önce yapmış olduğu dağıtım anlaşmalarının birinde münhasırlık hükmüne yer verilmiş olup, GENZYME ile arasındaki bu sözleşme halen sürmektedir. 18.05.2009 tarihli sözleşmede TEB'in ürünlerin Türkiye'de dağıtımını ve yeniden satışı için münhasır yetkili olduğu düzenlenmiş, 3. maddesi uyarınca süresi bir yıl olan sözleşmenin, belirlenen süre içerisinde fesih ihbarında bulunulmazsa her dönem için aynı esaslarla bir yıl süreyle otomatik olarak uzayacağı hükme bağlanmıştır (Belge-18/14). Soruşturma döneminde yapılan görüşmede GENZYME yetkilileri, Mayıs 2015 tarihinde aralarında münhasırlık ilişkisi tesis eden tedarik anlaşmalarının bulunduğu TEB'e icapta bulunarak, TİTCK'nin yayımladığı Kılavuz ve SUT'ta yapılan değişiklik gereği münhasır sözleşme yapılması yasağı karşısında aralarındaki sözleşmenin münhasırlık içermeyecek biçimde revize edilmesi görüşünü paylaştıklarını belirtmiştir (Belge-65). Bu süreçte ilişkin GENZYME temsilcisi tarafından; revize edilmesi planlanan sözleşmenin taslak metninin Genzyme B.V. tarafından TEB'e iletildiği, TEB'in incelemesi neticesinde bazı itiraz ve yorumlarının olması üzerine Genzyme B.V.'nin taslağı tekrar gözden geçirdiği, imzalanması planlanan sözleşmeye ilişkin sürecin devam ettiği ifade edilmiştir (Belge-66). Sözleşmedeki münhasırlık hükmü konusunda ısrarcı olan ve değişiklik teklifine itiraz eden tarafın hâkim durumdaki TEB olduğu anlaşılmaktadır.

TEB'in bu dönemde WALTER KREBS, MERCK, SHIRE, PHARMA-VISION ve GEN İLAÇ ile imzaladığı ve özel ecza depolarına yetki verildiği dönemde de geçerli olan belirsiz süreli sözleşmelerde ise münhasırlık hükmü bulunmamaktadır. Buna karşın sözleşme tarafı tedarikçiler sadece TEB ile çalışmayı sürdürmüşler.

16-42/699-313

1.5.3.1.2. Ecza Depolarına Yetki Verilen Dönemde Yapılan Anlaşmalar ile Süregelen Anlaşmalar

-Alternatif Ödeme Modeli Öncesi

Ecza depolarının yetkilendirildiği dönemde NOVARTIS ve CILAG ile sözleşme imzalanmış iken, geçmiş dönemden süregelen ve yukarıda yer verilen GENZYME sözleşmesinin de bu kategoride sayılması gerekmektedir.

25.03.2013 tarihli NOVARTIS sözleşmesi bir yıllık olup, sözleşmenin bir yıl sonra sona ereceği düzenlenmiştir. Bu haliyle sözleşmede herhangi bir münhasırlık hükmü bulunmamaktadır. Ancak süre uzatımına yönelik düzenlenen ek protokollerin sonucunda sözleşme 25.03.2015 tarihine kadar uzatılmış ve 01.04.2014'ten itibaren geçerli olmak üzere imzalanan ek protokolün 3. maddesinde ana sözleşmenin 2. maddesine eklemeye yapılarak, ürünün "Türkiye'de satış ve dağıtımında tek yetkili kurumun münhasıran Birlik [TEB]" olduğu belirtilmiştir (Belge-16).

Sözleşme hakkında bilgi talep edilen NOVARTIS tarafından; TEB ile aralarında imzalanmış sözleşmeye konu ürünlerin (.....) tarihinde piyasaya sürüleceği, sözleşmenin (.....) sonuna kadar uzatılması için TEB'e teklifte bulunduğu ifade edilmiştir (Belge-11).

16.12.2015 tarihinde gerçekleştirilen görüşmede ise, NOVARTIS yetkilileri tarafından Novartis İsviçre şirketiyle TEB'in 2013 yılında imzaladığı ve süre uzatımıyla süregelen dağıtım sözleşmesinin 25.03.2015 tarihinde sona erdiği, zira sözleşme konusu ürünlerin artık geri ödeme kapsamında olduğu, Novartis Merkezin Kasım 2015'te birkaç ilacın dağıtımını için TEB ile sözleşme imzaladığı belirtilmiştir (Belge-58). Sözleşme Kurum kayıtlarına 24.06.2016 tarih ve 4121 sayılı ile intikal etmiştir (Belge-59). Dolayısıyla ilgili dönemde NOVARTIS ile imzalanan sözleşmede münhasırlık hükmü geçerli olarak uygulanmıştır.

18.12.2014 tarihli CILAG (JOHNSON) sözleşmesinin 2.3. maddesinde sözleşme süresince ürünün münhasıran Birlik'e (TEB) tedarik edileceği düzenlenmiştir. Aynı şekilde, TEB'in de tedarikçi CILAG'ın en uygun fiyat koşullarını sağlaması halinde münhasıran tedarikçiden temin edeceği belirtilmiştir. Sözleşmenin 7. maddesinde 18.12.2014'ten 30.06.2015'e kadar altı aylık süreyle yürürlükte olduğu belirtilmiştir (Belge-14).

Yapılan görüşmede JOHNSON/CILAG yetkilileri tarafından, TEB aracılığıyla dağıtılan ilacın yetim ilaç kategorisinde olmadığı ve ruhsat aşamasında olduğu, aralarındaki anlaşmanın 18.12.2014 tarihinden itibaren altı aylık süre için geçerli olduğu, ancak Haziran 2015 itibarıyla yürürlükte olmadığı, fakat TEB'e ilaç temininin sürdüğü, 15.09.2015 tarihinde İDM ile sözleşme imzaladıkları belirtilmiştir (Belge-62). Dolayısıyla Eylül 2015 tarihine kadar CILAG sözleşmesinin münhasırlık hükmü geçerlidir.

Diğer yandan yukarıda da belirtildiği üzere, TEB'in, WALTER KREBS, MERCK, SHIRE, PHARMA-VISION ve GEN İLAÇ ile imzaladığı sözleşmeler özel ecza depolarına yetki verildiği dönemde de geçerli olmuştur. Belirsiz süreli olan bu sözleşmelerde münhasırlık düzenlemesi bulunmamaktadır. Buna karşın sözleşme tarafı tedarikçiler sadece TEB ile çalışmayı sürdürmüşlerdir.

- Alternatif Ödeme Modeli Sonrası

16-42/699-313

Yukarıda yer verildiği üzere Nisan 2015'te SUT'ta değişiklik yapılarak SGK, yurtdışından temin edilen ürün gruplarının piyasada bulunurluğunun sağlanması hususlarının teşvik edilmesi amacıyla alternatif ödeme modelleri oluşturmak konusunda yetkilendirilmiştir. Üretici firmalarla görüşmelere başlayan SGK, 30.04.2015 ilâ 04.01.2016 tarihleri arasında yedi üretici ile protokol imzalamıştır.

Soruşturma sürecinde SGK'dan elde edilen ve GEN İLAÇ, ACTELION, ABBVIE, GILEAD, BOEHRINGER, ALEXION ve B&A ile SGK arasında imzalanan protokollerin firmaya özgü koşullar haricinde çatı olarak benzer olduğu görülmüştür (Belge: 71, 72, 74).

Münhasırlık uygulamaları özelinde, sözleşmenin 3.1.11. maddesinde yurtdışı ilaçların SGK ile TEB arasındaki protokol dâhilinde temin edilmesi durumunun sona ermesi halinde dağıtım ile ilgili olarak SGK'nın başka bir kurum veya kuruluşu tayin edeceği düzenlenmiştir. Bu madde, SGK tarafından protokollerin münhasır nitelik taşımadığı savını ortadan kaldırmaktadır. Zira SGK ancak TEB'in protokolünün sona ermesi durumunda "başka bir kurum veya kuruluşu" tayin edecek, bilahare yeni kuruluşla protokol imzalanacaktır. Hükmün lafzından da anlaşıldığı üzere, SGK'nın özel ecza depolarıyla protokol imzalamak şeklinde bir niyeti olmadığı gibi, TEB'in münhasır dağıtıcı konumu olmadığı yönündeki iddiaları da gerçekçi değildir. SGK'nın ileri sürdüğü gibi ecza depolarıyla da protokol imzalandığında, tedarikçi firmaların tek tek depolarla protokol imzalayabileceği, SGK ile tedarikçi arasındaki sözleşmenin sadece TEB'i adres göstermesi diye bir durumun söz konusu olmadığı yönündeki savını sözleşmenin 3.1.11. maddesi desteklememektedir. Zira hükmün lafzından, ancak SGK ile TEB arasındaki protokolün sona ermesi durumunda başka kuruluşların devreye alınacağı açıkça anlaşılmaktadır.

Rekabet hukuku bağlamında sözleşmenin önemli bir diğer maddesi 8. maddedeki yürürlük hükmüdür. Sözleşmenin süresi beş yıl olarak belirlenmiş, sona erme tarihinden önce tarafların yazılı olarak mutabık kalmaları koşuluyla uzatılabileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla sözleşmeler bir yıllık olarak düzenlenmiştir.

SGK ile protokolü bulunmasına karşın ABBVIE, GILEAD, ALEXION, BOEHRINGER ve B&A; TEB ile yazılı sözleşme yapmayı tercih etmemiş olup, ticari ilişkilerine devam etmektedir. SGK'nın tedarikçilerle imzaladığı protokolle TEB'i adres olarak göstermesinden dolayı tedarikçiler münhasıran TEB ile çalışmaktadırlar.

Tedarikçilerin SGK ile imzaladıkları protokoller ertesinde tedarikçilerden GEN İLAÇ ve ACTELION, TEB ile alternatif ödeme modeli kapsamında sözleşme imzalamıştır. Bu sözleşmelerde TEB münhasır dağıtıcı olarak tayin edilmemiştir. Elde edilen belgelere bakıldığında; TEB'in ACTELION'u münhasır anlaşma yapmaya zorladığı, ACTELION yetkililerin hukuken sakıncalı olacağını düşünerek münhasır anlaşmaya yanaşmadıkları ACTELION yetkilileri tarafından ifade edilmiştir. Ayrıca yetkililer; ruhsatlı ilaçlarını dağıtan ve yurtdışı ilaç yetkisi de bulunan MELİS ECZA ile yurtdışı ilaç konusunda da birlikte çalışmak istediklerine, ancak SGK ile imzaladıkları protokolle dağıtımdan TEB'in sorumlu olmasının belirtilmiş olması nedeniyle ilaç veremediklerine dikkat çekmiştir (Belge-40). ACTELION, TEB'in münhasır sözleşme yapma teklifini uygun görmeyerek taahhütname imzalamıştır.

16-42/699-313

Yine elde edilen belgelere bakıldığında, TEB ile 2009 yılından bu yana süregelen münhasır anlaşması bulunan GENZYME yetkililerinin, Mayıs 2015 tarihinde TEB'e icapta bulunarak, TİTCK'nin yayımladığı Kılavuz ve SUT'ta yapılan değişiklik gereği münhasır sözleşme yapılması yasağı karşısında aralarındaki sözleşmenin münhasırlık içermeyecek biçimde revize edilmesi görüşünü paylaştığı (Belge-65), revize edilmesi planlanan sözleşmenin taslak metninin Genzyme B.V. tarafından TEB'e iletiildiği, TEB'in incelemesi neticesinde bazı itiraz ve yorumlarının olması üzerine Genzyme B.V.'nin taslağı tekrar gözden geçirdiği, imzalanması planlanan sözleşmeye ilişkin sürecin devam ettiği anlaşılmaktadır (Belge-66).

Bu dönemde TEB'in tedarikçilerle yaptığı sözleşmelere MOLTEK SAĞLIK ile imzaladığı sözleşme eklenmiştir. MOLTEK SAĞLIK ile TEB arasında 11.05.2015 tarihinde imzalanan sözleşme altı aylık olup, zımnî kabul ile belirsiz süreli hale gelmiştir (Belge-29). Sözleşmede münhasırlık düzenlemesi bulunmaktadır.

Yukarıda yapılan tespitler çerçevesinde TEB'in tedarikçilerle yaptığı ve özel ecza depolarının yetkilendirildiği dönemde geçerli olan anlaşmalarından dördünde tek alıcıya sağlama yükümlülüğü türünde bir münhasırlık düzenlemesinin bulunduğu görülmektedir. TEB'in yazılı ya da yazılı olmayan bir anlaşmaya dayalı olarak tedarikçilerle sürdürdüğü diğer ticari ilişkilerinde ise tedarikçilerin münhasıran TEB ile çalıştıkları görülmektedir. Dosya kapsamında elde edilen bilgi ve bulgulardan, TEB İktidari İşletmesi'nin tedarikçilerle münhasırlık içeren anlaşma yapmak yönünde bir iradesinin bulunduğu, münhasırlık koşulunun anlaşmalarda yer almasından menfaat sağlayan ve bu koşulun anlaşmalarda yer almasını talep eden taraf olduğu değerlendirilmektedir.

Yurtdışından ilaç temini konusunda yetkilendirilen ecza depoları ile SGK'nın protokol imzalamaması, tedarikçilerin sadece TEB'in yetkili olduğu izlenimine kapılmasına neden olmuş, depoların hastalardan vekâletname olarak iş görme yoluna sevk edilmesi, tedarikçileri sadece TEB ile çalışmaya yönlendirmiştir. Alternatif ödeme modeli sonrası SGK'nın tedarikçiler ile yaptığı protokollerde TEB tek yetkili dağıtıcı olarak adres gösterilmiştir. Bu durumda TEB ile tedarikçi arasında münhasırlık düzenlemesi içeren yazılı bir anlaşma bulunmasa bile tedarikçi münhasıran TEB ile çalışmıştır.

Böylesi pazar koşulları çerçevesinde TEB'in tedarikçilerle yaptığı münhasırlık içeren anlaşmaların pazarı kapama, bu suretle rakiplerin faaliyetlerini zorlaştırma bakımından ortaya çıkardığı fiili ve potansiyel etkilerin değerlendirilmesinde yukarıda da belirtildiği üzere davranışın kapsamı, alıcının alt pazardaki konumu, gerek sağlayıcıların gerekse rakip alıcıların konumları, pazara giriş engelleri, ürünün niteliği gibi hususların değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bu değerlendirmeye geçildiğinde ilk dikkati çeken husus, yurt dışından ilaç temini pazarında TEB İktisadi İşletmesinin incelenen dönemde yaklaşık %[85-95] oranında pazar payı ile neredeyse tek oyuncu konumunda olmasıdır. Bu güçlü pazar konumuyla TEB'in tedarikçilerle yaptığı münhasırlık içeren anlaşmalar, SGK'nın idari tasarrufları sonucu pazara giriş imkanları önemli ölçüde kısıtlanan özel ecza depolarının pazara girişlerini daha da zorlaştırmıştır. Nitekim idari tasarruflar sonucu son derece daralan özel ecza depolarının oyun alanı TEB'in münhasırlık içeren anlaşmalarıyla daha da daralmıştır.

16-42/699-313

Bu daralma karşısında özel ecza depolarının alternatif sağlayıcılara yönelip yönelemeyecekleri irdelendiğinde sağlayıcıların konumu ve ürünün niteliği hususları ön plana çıkmaktadır. Tek alıcıya sağlama yükümlülüğü türünde münhasırlık düzenlemelerinin, ara mallarda veya ürünün homojen olduğu hallerde pazarı kapama ihtimali daha azdır²⁵. Dosya konusu yurt dışından temin edilen ilaçlar ise, her bir ilaç bakımından ele alındığında, belli kullanım alanları olan, diğer bir deyişle tüketici gözünde başka ilaçlarla ikame edilme imkanları sınırlı olan ilaçlardır. Hastanın spesifik olarak belli bir ilacı talep etmesi üzerine temin edilmektedirler. Dolayısıyla farklılaştırılmış bir ürünün de ötesinde, tüketici bakış açısıyla çoğu durumda ikamesi dahi olmayan ya da sınırlı olan ürünler söz konusudur.

Bu açıklamalarla da bağlantılı olarak yurtdışından temin edilen her bir ilaç bakımından tedarikçilerin ilgili ilacın çoğu durumda sağlayıcısı konumunda olduğu dikkate alınmalıdır. Bu durum tedarikçilerin hem her bir ilaç bazında önemli pazar güçlerinin olabileceğine hem de her bir ilaç bazında alternatif temin kaynaklarının sınırlılığına işaret etmektedir. Dolayısıyla dosya konusu ürünün nitelikleri ve bu ürünlerin sağlayıcılarının konumları, ecza depoları için olası temin kaynaklarından birini bile kaybetmenin pazara girmek ve pazarda tutunmak bakımından önemli olmasına yol açmaktadır.

Diğer yandan TEB karşısında ecza depolarının konumları da konunun değerlendirilmesi bakımından önem taşımaktadır. Rakip alıcılar, sağlayıcılarla lehine münhasırlık düzenlemesi içeren anlaşmalar yapan alıcıya göre önemli ölçüde küçülürse pazarın kapanması riski artmaktadır²⁶. Zira rakip alıcıların benzer alım gücüne sahip olmamaları ve sağlayıcılara benzer satış olanakları sunamamaları halinde rakip alıcıların sağlayıcılar nezdinde pazarlık gücü sınırlı kalmakta ve büyük alıcının sağlayıcılarla münhasır anlaşmalar yapması kolaylaşmaktadır. Bu durum TEB'in münhasır anlaşmalarının hem fiili hem de potansiyel olarak pazarı kapama etkisini artıran bir husus olarak ortaya çıkmaktadır.

Etkinlik ve haklı gerekçe savunması açısından ele alındığında, TEB'in yurtdışından ilaç temini işinin tek bir teşebbüs tarafından yürütülmesi gerektiğine ilişkin argümanları ve savunmaları yukarıdaki bölümde ayrıntılı bir şekilde ele alınmış ve TEB tarafından ileri sürülen hususların münhasırlığı haklı gösterebilecek nitelikte olmadığı açıklanmıştır. Münhasırlığın hizmet sunumunda gelişme ya da iyileşmeye gibi herhangi bir olumlu etkisinin bulunduğu kanaatine ulaşılammakta aksine kararın ilgili kısımlarında yer verildiği üzere, tersi yönde belge ve bulgular bulunmakta, hasta mağduriyetleri, hastaların alternatif temin kaynaklarına ulaşamamaları ve kesintisiz hizmet alamamaları söz konusu olmaktadır. Bunun yanı sıra münhasırlığın maliyetleri azaltıcı etkisi olduğu veya yeniliklere katkı sağladığı vb. etkinlik savunmaları ya da haklı gerekçe iddiaları TEB tarafından öne sürülmediği gibi bu yönde bir çıkarım da dosya kapsamındaki tespit ve bulgular çerçevesinde yapılamamaktadır. Bu nedenle TEB'in münhasırlık içeren anlaşmaları neticesinde tüketici zararının ortaya çıktığı değerlendirilmektedir.

²⁵ Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz, par. 195.
²⁶ Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz, par. 192.

16-42/699-313

Sonuç olarak; yürütmenin durdurulması kararı öncesinde ve sonrasında TEB'in ilgili pazarda hâkim durumda olduğu, özel ecza depolarının yetkilendirildiği dönemde ya da öncesinde yapılan ve süregelen anlaşmalar ile özel ecza depolarının yetkilendirildiği dönem açısından soruşturma döneminde elde edilen belge ve bulguların TEB'in pazarı kapamaya yönelik davranışlar içinde olduğunu kanıtlamakta yeterli olduğu, bu itibarla TEB İktisadi İşletmesi'nin yurtdışı ilaç tedarikçileriyle münhasırlık içeren anlaşmalar yapmak suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında rakiplerinin faaliyetinin zorlaştırılmasına yönelik bir kötüye kullanma eylemi içinde olduğu kanaatine ulaşılmıştır.

1.5.4. Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik Kapsamında Değerlendirme

4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrasında; *"Bu Kanun'un 4, 6 ve 7 nci maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idarî para cezası verilir."* hükmü yer almaktadır.

Bu bağlamda TEB İktisadi İşletmesi'nin yaptığı münhasır anlaşmalar neticesinde, 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiği kanaati oluştuğundan, söz konusu teşebbüse 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrası ve Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik (Yönetmelik) hükümleri uyarınca idari para cezası uygulanması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

TEB İktisadi İşletmesi'nin münhasır anlaşmalar neticesinde 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal etmesi, Yönetmelik'in 5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi uyarınca diğer ihlaller kategorisinde değerlendirilmiş, Yönetmeliğin 2. fıkrası da dikkate alınarak temel para cezasına esas alınacak oran %2 olarak belirlenmiştir.

TEB İktisadi İşletmesi'nin, münhasırlık içeren anlaşmalar ile 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiği zaman dilimi, TİTCK'nın Kılavuz yayımlayarak gerekli koşulları sağlayan özel ecza depolarını da yetkilendirmeye başladığı 18.07.2014 ile resmi internet sitesinde yargı kararları gereği özel ecza depolarının faaliyetlerinin durdurulduğunu belirttiği 30.04.2016 tarihleri arasına tekabül etmektedir.

Dolayısıyla ihlal bir yıldan uzun beş yıldan kısa sürdüğünden Yönetmeliğin 5. maddesinin üçüncü fıkrasının (b) bendi uyarınca temel para cezasına esas oran, 1/2 oranında artırılarak temel para cezası %3 olarak belirlenmiştir. İhlalde bir kamu otoritesi olan SGK'nın teşvikinin bulunması Yönetmelik'in 7. maddesinin birinci fıkrası hükümleri uyarınca hafifletici unsur olarak kabul edilmiştir. Böylelikle temel para cezası 1/2 oranında indirilmiş ve hakkında soruşturma yürütülen TEB İktisadi İşletmesi'ne 2015 mali yılı sonunda oluşan ve Kurul tarafından belirlenen yıllık gayri safi gelirlerinin takdiren %1,5 oranında idari para cezası verilmesi gerektiği kanaatine ulaşılmıştır.

16-42/699-313

J. SONUÇ

07.07.2015 tarihli ve 15-28/335-M sayılı Kurul kararı uyarınca yürütülen soruşturma ile ilgili olarak düzenlenen Rapor'a ve Ek Görüş'e, toplanan delillere, yazılı savunmalara, sözlü savunma toplantısında yapılan açıklamalara ve incelenen dosya kapsamına göre,

1. Türk Eczacıları Birliği İktisadi İşletmesi'nin yurtdışından ilaç temini pazarında hâkim durumda olduğuna ve yurtdışı ilaç tedarikçileriyle münhasırlık içeren anlaşmalar yapmak suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiğine,
2. Bu nedenle, 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrası ve "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik" in 5. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ve ikinci fıkrası ile üçüncü maddesinin (a) bendi, 7. maddesinin birinci fıkrası hükümleri uyarınca 2015 mali yılı sonunda oluşan ve Kurul tarafından belirlenen yıllık gayri safi gelirlerinin taddiren, %1,5 oranında olmak üzere,
 - Türk Eczacıları Birliği İktisadi İşletmesi'ne 18.062.307,32 TL idari para cezası verilmesine,
3. T.C. Sağlık Bakanlığı'na ve T.C. Sosyal Güvenlik Kurumu'na yurtdışından ilaç temini pazarının rekabete açılmasına yönelik görüş gönderilmesi için Başkanlığın görevlendirilmesine

OYBİRLİĞİ ile, Ankara İdare Mahkemelerinde yargı yolu açık olmak üzere karar verilmiştir.

