

## Uluslararası Ticaret ve Yatırım Hukuku Bakımından Tütün Ürünlerinin Düz Paketlenmesi Meselesi

### The Issue of Plain Packaging of Tobacco Products Under International Trade and Investment Law

Talat KAYA\*

#### Öz

Dünya Sağlık Örgütü bünyesinde kabul edilen Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesi sonrasında başta Avustralya olmak üzere, birçok ülke tarafından tütün ürünlerinin düz paketlenmesine yönelik düzenlemeler kabul edilmiştir. Düz paket düzenlemeleri ile tüm tütün mamullerinin ilgili otorite tarafından belirlenecek standart bir renkte paketlenmesi zorunlu kılınmaktadır. Ayrıca, paket üzerinde marka ve ürün adının ilgili otorite tarafından belirlenecek belli bir yazı tipi stili ve boyutunda yer alması dışında logolarının, marka tasvirlerinin, renklerin ve tanıtım metinlerinin tütün ürünleri ve perakende paketleri üzerine konulması yasaklanmaktadır. Tütün firmalarının uygulamanın başta fikri mülkiyet hakları olmak üzere ulusal ve uluslararası düzeyde ticaret ve yatırım kurallarını ihlal ettiği ileri sürülmüş ve düz paket uygulamasına geçen ülkelere karşı dava süreçleri başlatılmıştır. Söz konusu davaların önemli bir kısmı tamamlanmış olmakla birlikte, halen süren davalar da bulunmaktadır. Bu davalar ile ileride açılması muhtemel davaların sonuçları, düz paket uygulamasının dünya çapında geleceğini belirleyecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Düz Paketleme, Dünya Sağlık Örgütü, Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesi, Marka Hakkı, Uluslararası Ticaret ve Yatırım Hukuku

#### Abstract

Following the Framework Convention on Tobacco Control adopted under the auspices of the World Health Organization, many countries around the world, including Australia, have adopted regulations for plain packaging of tobacco products. Plain packaging regulations require all tobacco products to be packaged in a standard color to be determined by the relevant authority. In addition, it is prohibited to place logos, brand descriptions, colors and texts on tobacco products and retail packages, except the brand and variant name, in a specific font style and size also to be determined by the relevant authority. Tobacco companies argue that plain packaging regulations violate national and international trade and investment rules, especially those of intellectual property rights. In this regard couple of lawsuits have been initiated against the countries that have adopted plain packaging regulations. A significant portion

\* Dr. Öğretim Üyesi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, talat.kaya@asbu.edu.tr.

of these cases have been completed, though there are still ongoing cases. The outcome of these cases and possible future lawsuits will determine the future of plain packaging implementation worldwide.

**Keywords:** Plain Packaging, World Health Organization, Framework Convention on Tobacco Control, Trademark Rights, International Trade and Investment Law

## GİRİŞ

Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ) verilerine göre, dünya genelinde tütün ürünlerinin kullanımına bağlı hastalıklar nedeniyle yılda altı milyona yakın insan hayatını kaybetmektedir<sup>1</sup>. Bu bağlamda, tütün kullanımı ile mücadele, birçok ülkenin öncelikli sağlık konularının başında gelmektedir. Reklam ve sponsorluk yasağı, tütün mamulleri üzerindeki vergi oranlarının arttırılması, belirli bir yaşın altındaki kişilere tütün ürünlerinin satışının yasaklanması, tütün paketleri üzerine görsel ve yazılı sağlık uyarılarının iliştilmesi, kapalı alanlarda tütün ürünlerinin kullanımının yasaklanması, tütün mamulleri içerisinde katkı maddelerinin kullanımına izin verilmemesi ve tütün mamullerinin kapalı dolaplara konularak satılması zorunluluğu bu kapsamda alınan tedbirlerden bazılarıdır.

Tütün kullanımı ile mücadele için son dönemde atılan bir adım ise sağlığın korunması amacıyla alınan bir önlemin sınırları ve hukuka uygunluğu konusunda ciddi tartışmaları gündeme getirmiştir. Düz paket olarak adlandırılan bu uygulama ile tüm tütün mamullerinin ilgili otorite tarafından belirlenecek standart bir renkte paketlenmesi zorunlu kılınmaktadır. Paket üzerinde marka ve ürün adının ilgili otorite tarafından belirlenecek belli bir yazı tipi stili ve boyutunda yer alması dışında logolarının, marka tasvirlerinin, renklerin ve tanıtım metinlerinin tütün ürünleri ve perakende paketleri üzerine konulması yasaklanmaktadır.

Düz paket uygulaması ilk olarak Avustralya tarafından 2012 yılında uygulamaya konulmuştur<sup>2</sup>. Avustralya'nın ardından Fransa, Macaristan, Yeni Zelanda, İrlanda, Birleşik Krallık, Norveç, Slovenya ve Uruguay tarafından tütün ürünlerinin düz paketlemesini zorunlu kılan yasalar kabul edilmiştir<sup>3</sup>. Kanada, Belçika, Hindistan, Kolombiya, Tayland, Panama ve Malezya gibi ülkelerin ise kısa zaman içerisinde düz paket uygulaması konusunda adım atmaları beklenmektedir<sup>4</sup>. Benzer şekilde, Türkiye tarafından 27 Ocak 2015 tarihli ve 29249 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2015/1 sayılı Başbakanlık Genelgesi ile yürürlüğe konulan Ulusal Tütün Kontrol Programı

- 1 WHO, Tobacco, The Problem, [http://www.who.int/nmh/publications/fact\\_sheet\\_tobacco\\_en.pdf](http://www.who.int/nmh/publications/fact_sheet_tobacco_en.pdf); son erişim tarihi 15 Eylül 2018.
- 2 Austraia, Tobacco Plain Packaging Act 2011, No 148, 2011; <https://www.legislation.gov.au/Details/C2016C00892>; son erişim tarihi 20 Aralık 2017; WHO, Plain Packaging of Tobacco Products: Evidence, Design and Implementation, 2016, s. 1.
- 3 Framework Convention on Tobacco Control (FCTC), Implementation Database, Updates, <http://untobaccocontrol.org/impldb/updates/> son erişim tarihi 1 Eylül 2018.
- 4 Baschuk B., WTO Tobacco Ruling Opens Door to New Plain-Packaging Laws, <https://www.bloomberg.com/news/articles/2018-06-28/wto-tobacco-ruling-opens-door-to-new-plain-packaging-laws> son erişim tarihi 2 Temmuz 2018.

Eylem Planı (2015-2018) “A.5 Reklâm, Promosyon ve Sponsorluk” başlığının 1.1. maddesi uyarınca düz paket uygulaması konusunda gerekli mevzuat değişikliklerinin 2015 yılı içerisinde yapılması öngörülmüştür<sup>5</sup>. Düz paket uygulamasına karşı uluslararası düzeyde başlatılan hukuki süreçler nedeniyle Türkiye uygulaması biraz ötelenmiş olmakla birlikte, 15 Kasım 2018 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) tarafından kabul edilen 7151 sayılı “Sağlıkla İlgili Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile düz paket uygulamasına geçilmesi kararlaştırılmıştır. Kanun Cumhurbaşkanlığı’nın Onayı sonrasında 5 Aralık 2018 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir<sup>6</sup>.

Düz paket uygulaması DSÖ bünyesinde kabul edilen Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesi (TKÇS)’nin<sup>7</sup> 11. ve 13. maddeleri ile anılan maddelerin uygulama rehberlerine dayandırılmakla birlikte; tütün firmalarınca uygulamanın başta fikri mülkiyet hakları olmak üzere ulusal ve uluslararası düzeyde ticaret ve yatırım kurallarını ihlal ettiği ileri sürülmüştür. Bu kapsamda, düz paket uygulamasını ilk yürürlüğe koyan Avustralya’ya karşı anayasaya aykırılık iddiası ile ulusal düzeyde dava açılmış; uluslararası düzeyde de Avustralya ile Hong Kong arasında geçerli olan Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması (YKTK) Anlaşması ile Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) Anlaşmalarına dayalı olarak hukuki süreçler başlatılmıştır<sup>8</sup>.

Avustralya’nın ardından ise Birleşik Krallık’a karşı ulusal düzeyde dava açılmıştır. Birleşik Krallık’a karşı açılan dava, ulusal düzeyde açılmış olmasına karşılık, Avrupa Birliği (AB) hukuku ve uluslararası hukuka aykırılık iddialarını da içermektedir<sup>9</sup>. Benzer şekilde düz paket düzenlemesini kabul etmiş Fransa ve İrlanda gibi diğer ülkelerde de ulusal ve uluslararası hukuka

5 Ulusal Tütün Kontrol Programı Eylem Planı, için bkz. <http://www.saglik.gov.tr/Eklenti/420,ulusal-tutun-kontrol-programi-eylem-planipdf.pdf?0> son erişim tarihi 6 Aralık 2016.

6 Resmi Gazetede Yayımlanan Kanunun son hali için bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/12/20181205.htm> son erişim tarihi 5 Aralık 2018. Anılan Kanun’un 24. Maddesi şu şekildedir:

“4207 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin üçüncü fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “yüzde altmışbeşinden” ibaresi “yüzde seksen beşinden” şeklinde değiştirilmiş, fıkraya aşağıdaki cümleler eklenmiş ve beşinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Türkiye’de üretilen veya ithal edilen tütün ürünleri; markanın yazım şekli, yazı karakteri ve boyutu, paket üzerindeki konumu, paketlerin rengi, diğer yazı, ibare ve şekiller dâhil olmak üzere aynı şekilde tasarlanmış düz ve standart paket biçiminde piyasaya arz edilir. Marka, paketin sadece bir yüzeyine ve bu yüzeyin yüzde beşini aşmayacak şekilde yazılır. Paketlerin üzerine markanın logosu, simgesi veya sair işaretleri konulamaz. Bu kurallar birden fazla paketi bir arada bulunduran tütün ürünleri kutuları için de geçerlidir.”

“(5) Bu Kanunda belirtilen uyarı yazıları, resim, şekil veya grafik mesajlarıyla, paket üzerinde yer verilen markanın yazım şekli, yazı karakteri ve boyutu, paket üzerindeki konumu, paketlerin rengi, paket üzerinde yer verilen uyarı mesajları, diğer zorunlu yazı, ibare ve şekiller dâhil olmak üzere tek tip olarak tasarlanmış düz ve standart paketler ile ilgili hususlar Sağlık Bakanlığının uygun görüşü alınarak Tarım ve Orman Bakanlığı tarafından hazırlanan yönetmelikle düzenlenir.”

7 <http://www.who.int/fctc/about/en/> son erişim tarihi 15 Kasım 2018.; Halihazırda 181 ülkenin taraf olduğu TKÇS, Türkiye tarafından da 28 Nisan 2004 tarihinde imzalanmış ve 30 Kasım 2004 tarihli 5261 sayılı Uygun Bulma Kanunu’na istinaden 25 Aralık 2004 tarih ve 25681 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 2004/8235 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile onaylanmıştır.

8 Tütün firmalarınca Avustralya’ya karşı başlatılan hukuki süreçler hakkında ayrıntı bilgi aşağıda “Avustralya’nın Düz Paket Uygulaması ve Uygulama Aleyhine Açılan Davalar” başlığı altında verilecektir.

9 Birleşik Krallık’ta başlatılan dava süreci hakkında ayrıntılı bilgi aşağıda “Birleşik Krallık’ın Düz Paket Uygulaması ve Uygulama Aleyhine Açılan Dava” başlığı altında verilecektir.

aykırılık iddiaları ile davalar açılmıştır<sup>10</sup>. Öte yandan, Uruguay'ın düz paket uygulamasına geçmeden önce kabul ettiği ve düz paket düzenlemesine kıyasla daha az kısıtlayıcı bir düzenleme olan tek sunum zorunluluğu, İsviçre ile Uruguay arasındaki YKTK Anlaşması'nı ihlal ettiği gerekçesi ile Dünya Bankası altında faaliyet gösteren Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi (ICSID) kapsamında dava edilmiştir<sup>11</sup>.

Bu çerçevede, söz konusu davalar ile ileride açılması muhtemel davaların sonuçları, dünya çapında düz paket uygulamasının geleceğini belirleyecektir. Bu bağlamda, DSÖ Genel Müdürü'nün düz paket uygulamasına karşı Avustralya iç hukukunda açılan dava sonrasında, diğer ülkelerin düz paket uygulamasına geçme konusunda sırada beklediğini ve davaları dikkatlice izlediğini belirtmiş olması dikkat çekicidir<sup>12</sup>.

Konunun diğer bir boyutunu ise, alkol, çips ve şeker gibi sağlık üzerinde olumsuz etkileri bulunan ürünlerin de düz paketlenmesine yönelik uygulamaların kabulü ihtimali oluşturmaktadır<sup>13</sup>. Endonezya gibi alkol konusunda halihazırda bu yönde adım atmaya hazırlanan ülkelerin bulunması, bu ihtimalin küresel bir akıma dönüşmesi olasılığının çok da uzak olmadığını göstermektedir<sup>14</sup>. Bu durum, uluslararası ticaret ve yatırım hukuku bakımından yeni hukuki tartışmaların da habercisidir.

Düz paket uygulamasının uluslararası ticaret ve yatırım hukukuna uygunluğunu uluslararası düzeyde açılmış davalar temelinde incelemeyi amaçlayan bu çalışma, konuyla ilgili olarak ülkemizce alınan ve alınması muhtemel önlemler konusunda yaşanacak tartışmalara da ışık tutmayı hedeflemektedir<sup>15</sup>. Bu kapsamda, çalışmanın ilk bölümünde düz paket kavramı ve uygulamanın

10 İrlanda'da başlatılan dava süreci, Birleşik Krallık'ta başlatılan dava sürecinden önemli ölçüde etkilenmiştir. İrlanda Yüksek Mahkemesi (Ticaret Bölümü) Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi'nin ABAD'dan aldığı ön karar ışığında, Kasım 2016'da dava kapsamında karar vermeye gerek bulmamıştır. Fransa'da açılan davada ise, Birleşik Krallıkta açılan davada öne sürülen argümanlara yakın iddialar dile getirilmiş ve Fransız Danıştay'ı Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi ile benzer sonuçlara ulaştırarak davayı reddetmiştir. Bu kapsamda, tekrardan kaçınmak amacıyla İrlanda ve Fransa'da açılan davalar bu incelemede ele alınmayacaktır. İrlanda Yüksek Mahkemesi ve Fransa Danıştay kararları için sırasıyla bkz: JTI Ireland Ltd – v – Minster for Health & ors, [2015] IEHC 481 [http://www.courts.ie/Judgments.nsf/0/68C14CFE270\\_C72D80257E93005048D8](http://www.courts.ie/Judgments.nsf/0/68C14CFE270_C72D80257E93005048D8); Conseil d'État, 9ème – 10ème chambres réunies, 23/12/2016, 399117, [https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do;jsessionid=909FE3026DF103CAEE31B9B74DA97760.tpdila09v\\_3?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000033685128&fastReqId=737113321&fastPos=71](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do;jsessionid=909FE3026DF103CAEE31B9B74DA97760.tpdila09v_3?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000033685128&fastReqId=737113321&fastPos=71); son erişim tarihi 27 Temmuz 2017.

11 Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7 (formerly FTR Holding SA, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay), <https://www.italaw.com/cases/460>, son erişim tarihi 27 Temmuz 2017.

12 Statement by WHO Director-General, Dr Margaret Chan, WHO welcomes landmark decision from Australia's High Court on tobacco plain packaging act, 15 August 2012, [http://www.who.int/mediacentre/news/statements/2012/tobacco\\_packaging/en/](http://www.who.int/mediacentre/news/statements/2012/tobacco_packaging/en/) son erişim tarihi 26 Aralık 2017.

13 Lee-Zogbessou J., Food and drink industry could lose billions if plain packaging rule hits, <https://www.packaging-gateway.com/news/food-drink-industry-plain-packaging-rule/> son erişim tarihi 5 Eylül 2018.

14 Schreiber A., Indonesia considering new labeling rules for alcoholic beverages, 07-Jul-2014 <https://www.packaging-gateway.com/news/food-drink-industry-plain-packaging-rule/> son erişim tarihi 1 Ocak 2018

15 Düz Paket uygulamasının Türk hukuku bakımından ortaya çıkarabileceği sorunlar hakkında bir çalışma için bkz. İzgi G., Düz Paketleme (Plain Packaging) Uygulamasının Fikri Müllkiyet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, *Ankara Barosu Fikri Müllkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, Yıl: 16 Cilt: 17 Sayı: 2015/2, Ankara, 2015, s. 42-55.

tarihsel geçmişi ele alınacaktır. İkinci bölümde, düz paket uygulamaları nedeniyle ortaya çıkan hukuki tartışmalar genel bir bakış açısıyla incelenecektir. Çalışmanın üçüncü bölümü, düz paket düzenlemesini ilk olarak kabul eden ve hukuki tartışmaların merkezinde bulunan Avustralya uygulamasına ayrılacaktır. Bu kapsamda, Avustralya'nın düz paket uygulamasına kısaca bakılacak ve uygulamaya karşı uluslararası ticaret ve yatırım hukuku kapsamında başlatılan davalar ele alınacaktır. Bu bölümde, konu bütünlüğünün sağlanması amacıyla matuf olarak, Avustralya'ya karşı ulusal düzeyde açılan davaya da kısaca değinilecektir. Çalışmanın dördüncü bölümünde düz paket uygulamasına karşı Birleşik Krallık'ta açılan davaya göz atılacaktır. Çalışmanın beşinci bölümünde ise düz paket düzenlemesine kıyasla daha az kısıtlayıcı bir düzenleme olan Uruguay'ın tek sunum zorunluluğuna karşı başlatılan tahkim davası ele alınacaktır. Tek sunum zorunluluğu, teknik olarak düz paket uygulaması olmasa da, düz paket uygulamalarının temel aldığı TKÇS hükümlerine dayanmakta ve markanın kullanımına kısıtlamalar getirmektedir<sup>16</sup>. Bu bakımdan tek sunum zorunluluğuna ilişkin tahkim davasında öne sürülen iddia ve savunmalar düz paket düzenlemelerine ilişkin davalarda öne sürülenler ile benzerlik arz etmektedir. Bu çerçevede, konunun uluslararası ticaret ve yatırım hukuku bakımından bir bütün olarak anlaşılması açısından söz konusu davanın genel olarak incelenmesi gerekli görülmüştür. Çalışmanın sonuç bölümünde ulusal ve uluslararası uygulamalar ışığında düz paket uygulamasının gelecekte nasıl şekilleneceğine ilişkin değerlendirmelere yer verilecektir.

## I. DÜZ PAKET KAVRAMI VE UYGULAMANIN TARİHSEL GEÇMİŞİ

“Düz paket” kavramının kelime anlamı, bir ürünün paketinin standart bir renkte olmasını çağırırsa da, tütün ürünleri bakımından düz paket uygulaması; kavramın kelime anlamının çok daha ötesinde geniş bir çerçeveyi ifade etmektedir<sup>17</sup>. Tütün ürünleri bakımından düz paket uygulaması, paketin rengine ilave olarak, paketin şekil ve boyutu, paket üzerine konulacak marka ve ürün adının yazım stili ve boyutu ile paket içindeki ürünlerin rengine kadar pek çok hususu konu edinmektedir. Düz paket düzenlemeleri ayrıca, düz paket mevzuatı içerisinde veya başka bir mevzuat ile tütün ürünlerinin paketleri üzerine zorunlu sağlık uyarılarının konulmasını şart koşturmaktadır. Bununla birlikte, düz paket uygulamalarının sadece nihai tüketicilerin ulaştığı ürünler için geçerli olduğu, bunun dışında tacirler arasında toptan yapılan satışlar ile sevkiyat paketlerinin bu kapsamda değerlendirilmediği vurgulanmalıdır<sup>18</sup>.

Tütün ürünlerinin düz paketlenmesine yönelik ilk öneriler 1980'li yıllara kadar geriye gitmektedir. Nitekim, 1986 yılında Kanada Tıp Derneği<sup>19</sup>, 1989 yılında Yeni Zelanda Zehirli

16 Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7 (formerly FTR Holding SA, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay), para. 108, 125 <https://www.italaw.com/cases/460>, son erişim tarihi 27 Temmuz 2017.

17 Liberman J; Plainly Constitutional: The Upholding of Plain Tobacco Packaging by the High Court of Australia, *American Journal of Law & Medicine*, Vol. 39 No 2& 3, s. 361.

18 İzgi, s. 27.

19 Physicians for a Smoke-Free Canada, *The Plot Against Plain Packaging*, [http://www.smoke-free.ca/pdf\\_1/plotaga-](http://www.smoke-free.ca/pdf_1/plotaga-)

Maddeler Kurulu<sup>20</sup>, 1991 yılında ise Birleşik Krallık Sigara ve Sağlık Hareketi<sup>21</sup> ilgili ülkelerin sağlık bakanlıklarına tütün ürünlerinin düz paketlemesine yönelik düzenlemede bulunma çağrısı yapmışlardır. Bununla birlikte, tütün ürünlerinin düz paketlenmesine yönelik hükümetler düzeyinde mevzuat çalışmaları DSÖ bünyesinde 2003 yılında kabul edilen ve 2005 yılında yürürlüğe giren TKÇS sonrasında başlatılmıştır<sup>22</sup>.

TKÇS, tütün kullanımının başta gelişmekte olan ülkeler olmak üzere, dünya çapında sağlık üzerinde oluşturduğu tehdidin bertaraf edilmesi ve tütün ürünlerinin kullanımının azaltılması amacına yönelik olarak, diğer hususların yanı sıra “tütün ürünlerinin paketlenmesi ve etiketlenmesi” ile “tütün reklamı, promosyonu ve sponsorluğu”na ilişkin konuları ele almaktadır. TKÇS'nin “Tütün ürünlerinin paketlenmesi ve etiketlenmesi” başlıklı 11. maddesi tütün ürünlerinin paket ve etiketlerinde “...tütün ürününün özellikleri, sağlığa etkileri, tehlikeleri ve emisyonları ile ilgili yanlış, aldatıcı, yanıltıcı veya hatalı izlenim oluşturacak ve belirli bir tütün ürününün, doğrudan veya dolaylı olarak, diğer tütün ürünlerinden daha az zararlı olduğu izlenimini uyandıracak, ‘düşük katranlı’, ‘hafif’, ‘ultra-hafif’ ya da ‘yumuşak’ vb. gibi bir tanım, ticari marka, figür veya başka işaretin” kullanılmayacağını ve “...tütün ürünlerinin her bir paket ve ambalajında ve bu ürünlerin dış paketlenme ve etiketlerinde tütün kullanımının zararlı etkilerini anlatan ve diğer uygun mesajları veren sağlık uyarılarının...” bulundurulmasını öngörmektedir.

TKÇS'nin “Tütün reklamı, promosyonu ve sponsorluğu” başlıklı 13. maddesi ise; sözleşme taraflarının “...tütünle ilgili her türlü reklam, promosyon ve sponsorluğa karşı kapsamlı yasaklar...” getirmesini, ilgili taraf ülkenin anayasası veya anayasal ilkeleriyle çatışması nedeniyle kapsamlı bir yasaklama getirememesi halinde ise “...tütün reklamı, promosyonu ve sponsorluklarına kısıtlamalar...” getirmesini, bunun da mümkün olmaması halinde, en azından tütün ürünlerinin sağlığa etkileri ve tehlikeleri hakkında yanıltıcı veya hatalı bir izlenim bırakabilecek şekilde tanıtıcı reklam, promosyon ve sponsorluğu yasaklanmalarını ve diğer önlemleri almaları gerektiğini hükme bağlamaktadır. Söz konusu hüküm bir anlamda, “doğrudan uygulanan kurallar” olarak da ifade edilen, ilgili ülkenin sosyal, politik veya ekonomik yapılanmasının korunması için uyulması zorunlu olan bir takım kurallar ile çatışmayan tarzda gerekli önlemlerin alınmasını tavsiye etmektedir<sup>23</sup>.

instplainpackaging-apr1'.pdf, s 1. son erişim tarihi 10 Ocak 2017.

20 Action on Smoking and Health. The Big Fight Begins. 1989 June. British American Tobacco Records. <https://www.industrydocumentslibrary.ucsf.edu/tobacco/docs/rhww0205>, son erişim tarihi 10 Ocak 2017.

21 Action on Smoking and Health. Ending an Epidemic: A Manifesto for Tobacco Control. 1991 October. British American Tobacco Records. <https://www.industrydocumentslibrary.ucsf.edu/tobacco/docs/thhy0210>; son erişim tarihi 10 Ocak 2017.

22 <http://www.who.int/fctc/about/en/> ; son erişim tarihi 15 Temmuz 2017.; Halihazırda 181 ülkenin taraf olduğu TKÇS, Türkiye tarafından da 28 Nisan 2004 tarihinde imzalanmış ve 30 Kasım 2004 tarihli 5261 sayılı Uygun Bulma Kanunu'na istinaden 25 Aralık 2004 tarih ve 25681 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2004/8235 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile onaylanmıştır.

23 Doğrudan uygulanan kurallar hakkında daha detaylı bilgi için bkz. Özdemir Kocasakal H., Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2001, s. 8.vd.

TKÇS'nin 11. ve 13. maddeleri tütün ürünlerinin paketlenmesi ve reklamı konusunda kapsayıcı hükümler içermekle birlikte, taraf ülkelerin düz paket uygulamasına geçmesi konusunda açık bir yükümlülük öngörmemektedir. Bununla birlikte, TKÇS'nin uygulanmasına yönelik olarak taraf ülkelerin 2007, 2008, 2010 ve 2012 yıllarında gerçekleştirdikleri konferanslar neticesinde bazı maddelerin uygulanmasına yönelik rehberler kabul edilmiştir. Bu çerçevede, 2008 yılında gerçekleştirilen konferansta 11. ve 13. maddelerin etkin uygulanmasına ilişkin kabul edilen rehberlerde tütün ürünlerinin düz paketlenmesi açık olarak tavsiye edilmiştir<sup>24</sup>.

TKÇS'nin 11. ve 13. maddelerine ilişkin rehberlerin ilgili bölümleri, öz olarak, düz paket uygulamasının tütün ürünlerinin çekiciliğini azaltma, paketlerin tanıtım ve teşvik fonksiyonunu engelleme, paketlerde kullanılan tasarım teknikleri yoluyla bazı ürünlerin daha az zararlı olduğu yönünde oluşan algıyı önleme ve sağlık uyarılarının etkisi ve fark edilebilirliğini artırma fonksiyonlarını ifa edeceğini vurgulamaktadır<sup>25</sup>. Rehberde yer verilen tavsiye doğrultusunda Avustralya başta olmak üzere birçok ülke tarafından tütün ürünlerinin düz paketlenmesini zorunlu kılan yasalar kabul edilmiş, Türkiye dahil bir kısım ülkeler ise, düz paket uygulamasına geçilmesi konusunda adım atmaya başlamışlardır<sup>26</sup>.

## II. DÜZ PAKET UYGULAMASINA İLİŞKİN HUKUKİ TARTIŞMALARA GENEL BİR BAKIŞ

Düz paket uygulaması konusunda tartışmalar, paketlerin şekli ve boyutu veya sağlık önlemlerinin içeriği ve kaplayacakları alanın büyüklüğünden kaynaklanmamıştır. Tartışmalar daha ziyade, tütün ürünlerinin birbirinden ayırt edilmesini sağlayan marka ve coğrafi işaretler ile dizaynların kullanımının yasaklanması veya kısıtlanması nedeniyle ortaya çıkmıştır<sup>27</sup>. Nitekim aşağıda incelenecek davalarda görüleceği üzere, tütün firmaları temel olarak düzenlenmiş bir alanda

24 TKÇS'nin 11. ve 13. maddelere ilişkin rehberlerin düz paketleme ile ilgili bölümleri sırasıyla aşağıdaki gibidir:

### Madde 11

Taraflar, marka ve ürün adlarının standart renk ve yazı tipi stilinde (düz paketleme) yazılması dışında paketlerdeki logoların, renklerin, marka imajlarının veya promosyon bilgilerinin kısıtlanması veya yasaklanmasına yönelik tedbirleri almayı düşünmelidir. Bu durum, sağlık uyarılarının ve mesajlarının fark edilebilirliğini ve etkililiğini artırabilir, paketin bunlar üzerindeki dikkati çekmesini önleyebilir ve bazı ürünlerin diğerlerinden daha az zararlı olabileceğini düşündürebilecek endüstri paketi tasarım tekniklerini engelleyebilir.

### Madde 13

Paketleme ve ürün tasarımı, reklamcılık ve tanıtımın önemli unsurlarıdır. Taraflar, paket üzerindeki reklam veya promosyonun etkilerini ortadan kaldırmak için düz paketleme şartlarını benimsemeyi düşünmelidirler. Paketler, sigara taneleri veya diğer tütün ürünleri, ürünleri çekici hale getiren tasarım özellikleri de dahil olmak üzere herhangi bir reklam veya tanıtımı içermemelidir.

Söz konu metinlerin çevirisi yazar tarafından yapılmış olup, metinlerin İngilizcesi için bkz. WHO Framework Convention on Tobacco Control, Guidelines for Implementation, 2013 Edition, s. 63-64 ve 99-100; [http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/80510/1/9789241505185\\_eng.pdf?ua=1](http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/80510/1/9789241505185_eng.pdf?ua=1) son erişim tarihi 8 Aralık 2016.

25 WHO Framework Convention on Tobacco Control, Guidelines for Implementation, s. 63-64 ve 99-100; WHO, Plain Packaging, Evidence, Design and Implementation, 2016, s. 8.

26 FCTC, Implementation Database, Updates, <http://untobaccocontrol.org/impldb/updates/>, son erişim tarihi 1 Eylül 2018.

27 Alemanno A./Bonadio E., Do You Mind My Smoking? Plain Packaging of Cigarettes Under the TRIPS Agreement, *John Marshall Review of Intellectual Property Law*, Vol. 10, No. 3, 2011, s.456-457.



faaliyet göstermeye itiraz etmemekte, buna mukabil düz paket düzenlemelerinin, ürünlerinin diğer ürünlerden ayırt edilmesini sağlayan fikri mülkiyet haklarını ihlal ettiğini öne sürmektedirler. Bu kapsamda tütün firmaları mülkiyet hakkının ihlali, fikri mülkiyetin dolaylı kamulaştırılması ve uluslararası yükümlülüklerin ihlali gibi pek çok iddia ortaya atmışlardır.

Düz paket uygulamasını savunanlar ise, paketleme ve ürün tasarımının, reklamcılık ve tanıtımın en önemli unsurları olduğunu; bu anlamda paketlerin ürünleri çekici hale getiren tasarım özellikleri de dahil olmak üzere herhangi bir reklam veya tanıtımı içermemesi gerektiğini vurgulamaktadırlar<sup>28</sup>. Bu kapsamda, düz paketlemenin insanları tütün ürünlerini kullanmaya başlamamaya, kullananları ise bırakmaya teşvik ettiğini, böylelikle insan sağlığının korunmasına katkı sağladığını öne sürmektedirler. Düz paket uygulamasını savunanlar diğer bir anlatımla, insan sağlığının korunması konusunda devletin düzenleme hakkının bulunduğunu, firmalara ait olan fikri mülkiyet hakları ve diğer hakların devleti düzenlemede bulunma hakkından yoksun bırakamayacağını iddia etmektedirler.

Düz paket düzenlemelerini savunanlar bu doğrultuda, uygulamanın insan sağlığının korunmasına katkı sağladığını gösteren pek çok bilimsel çalışmanın bulunduğuna dikkat çekmektedirler. Düz paket uygulamasının bahse konu amaçlara ulaşılmasına ne ölçüde katkı sağladığına ilişkin nicel ve nitel veriler önlemin uluslararası ticaret ve yatırım anlaşmalarına uygunluğu bakımından şüphesiz önemli bir rol oynayacaktır. Uygulamayı savunanlar son olarak düz paket düzenlemelerinin fikri mülkiyet haklarını ihlal etmediğini, sadece sağlığa zararlı olan bir ürünün satış koşullarını düzenlediklerini öne çıkarmaktadırlar.

### III. AVUSTRALYA'NIN DÜZ PAKET UYGULAMASI VE UYGULAMA ALEYHİNE AÇILAN DAVALAR

#### A. Avustralya'nın Düz Paket Uygulaması

Avustralya düz paket uygulamasına geçmeyi ilk olarak 1992 yılında düşünmüş, bununla birlikte tütün firmalarının yoğun çabaları ve konuyla ilgili detaylı incelemenin gerekli olması nedeniyle 1995 yılına gelindiğinde bu girişimden vazgeçmiştir<sup>29</sup>. 2005 yılında DSÖ bünyesinde TKÇS'nin kabul edilmesi sonrasında ise, düz paket uygulamasına geçilmesi Avustralya'da yeniden tartışılmaya başlanmıştır. Konuyla ilgili olarak Avustralya Sağlık Bakanlığı tarafından kurulan Görev Gücü 2008 yılında yayımladığı rapor ile tütün ürünlerinin düz paketlenmesini tavsiye etmiştir<sup>30</sup>. 2009 yılında konuyla ilgili olarak kamu danışmaları başlatılmış ve tütün firmaları dahil

28 Alemanno/Bonadio, s.456; Australian Government National Preventative Health Taskforce, Australia: The Healthiest Country by 2020, s. 181, <https://extranet.who.int/nutrition/gina/sites/default/files/AUS%202009%20National%20Preventative%20Health%20Strategy.pdf>, son erişim tarihi 20 Temmuz 2018.

29 Mitchell A. D.; Australia's Move to the Plain Packaging of Cigarettes and its WTO Compatibility, Asian Journal of WTO & International Health Law & Policy, 2010, s. 412; Physicians for a Smoke-Free Canada, The Plot Against Plain Packaging, 2008, s 22-23; [http://www.smoke-free.ca/pdf\\_1/plotagainstplainpackaging-apr1.pdf](http://www.smoke-free.ca/pdf_1/plotagainstplainpackaging-apr1.pdf). son erişim tarihi 1 Temmuz 2018.

30 Australian Government National Preventative Health Taskforce, Australia: The Healthiest Country by 2020, s.



olmak üzere ilgili taraflar danışma sürecine katılmıştır. Tütün firmaları bu dönem içerisinde düz paket uygulamasının öngörülen kamu sağlığı hedeflerine ulaşma konusunda yararlı olmayacağını, bu konuda yeterli kanıtın bulunmadığını ve uygulamanın hukuksuz olacağını öne sürmüştür.

Öte yandan, 2009 yılı başından önerinin yasalaştığı 2011 yılı sonuna kadar Avustralya parlamentosunda konuyla ilgili olarak farklı görüşleri bulunan siyasi partiler arasında tartışmalar yaşanmışsa da, 21 Kasım 2011 tarihinde Düz Paketleme Yasası kabul edilmiştir<sup>31</sup>. Aynı tarihte Düz Paketleme Yasası'nın getirdiği düzenlemelere uyum sağlanması amacıyla Markalar Kanununda Değişiklik Getiren Yasa da kabul edilmiştir<sup>32</sup>. 2011 Aralık ayında ise uygulamanın detaylarına yönelik Düz Paketleme Yönetmeliği kabul edilmiştir<sup>33</sup>.

Avustralya, Düz Paketleme Yasası'nın amaç bölümünde, düzenlemenin halk sağlığının korunması ve TKÇS'de yer alan yükümlülüklere uyum sağlamak gayesiyle hazırlandığını açıklamıştır. Yasada düzenleme ile tütün ürünlerinin çekiciliğinin azaltılması, paket üzerindeki sağlık uyarılarının etkinliğinin artırılması ve tütün ürünlerinin zararlı etkileri konusunda yanıltıcı mesajların verilmesinin engellenmesi yoluyla halk sağlığının korunması amacına ulaşılmasının hedeflendiği özel olarak vurgulanmıştır. Bu amaçlara matuf olarak düz paketleme düzenlemeleri ile her bir sigara tanesi ve puro gibi tekil tütün ürünlerinin şekli ve üzerlerinde yer alacak işaretlerden, ürünlerin perakende paketlerine kadar tüm hususlar ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Düzenleme öz olarak, tekil sigara tanelerinin beyaz bir kağıda sarılmasını öngörmekte ve bunların üzerinde ürüne ait bir numara dışında, her türlü şekil veya yazının bulunmasını yasaklamaktadır. Sigara paketlerinin ise iç ve dış yüzeylerin mat koyu kahverenginde olması öngörülmüş, paket üzerinde marka ve ürün adının *Lucida Sans* yazı stilinde, sırasıyla 14 ve 10 punto büyüklüğünde yazılması dışında, her türlü logo, marka tasviri, renk, şekil ve tanıtım metninin yer alması yasaklanmıştır. Puro gibi benzeri diğer tütün ürünleri bakımından da benzer yükümlülükler getirilmiştir.

Avustralya ayrıca, Düz Paketleme Yasası ve Yönetmeliği'nin 2010 tarihli Rekabet ve Tüketici Yasası ile birlikte uygulanmasını şart koşmuştur<sup>34</sup>. Anılan yasa kapsamında kabul edilen ve 1 Aralık 2012 tarihinden itibaren yürürlüğe konulan standart uyarınca tütün ürünleri paketlerinin ön yüzünün en az yüzde yetmiş beşinin, arka yüzünün ise en az yüzde doksanınin sağlık uyarıları ile diğer uyarılar için ayrılması zorunlu kılınmıştır.

20, <https://extranet.who.int/nutrition/gina/sites/default/files/AUS%202009%20National%20Preventative%20Health%20Strategy.pdf>, son erişim tarihi 20 Temmuz 2018.

31 Tobacco Plain Packaging Act 2011, No. 148; Avustralya'nın Düz Paketleme Yasası 2013, 2016 ve 2018 yıllarında kısmi olarak değiştirilmiş olmakla birlikte, yasanın özünde bir değişiklik olmamıştır. Yasanın güncel son hali için bkz. <https://www.legislation.gov.au/Details/C2018C00450> son erişim tarihi 15 Kasım 2018.

32 Trade Marks Amendment (Tobacco Plain Packaging) Act 2011, No. 149 <https://www.legislation.gov.au/Details/C2011A00149> son erişim tarihi 15 Kasım 2018.

33 Tobacco Plain Packaging Regulations 2011, Avustralya tarafından kabul edilen Düz Paketleme Yönetmeliği, 2012 yılından sonra kısmi olarak değiştirilmiş olmakla birlikte, özünde bir değişiklik olmamıştır. Düz Paketleme Yönetmeliği'nin güncel son hali bkz. <https://www.legislation.gov.au/Details/F2013C00801> son erişim tarihi 12 Kasım 2018.

34 Avustralya, Düz Paketleme Yasası, Bölüm 4 ve 21.

Öte yandan, düz paketleme düzenlemelerinin hazırlık aşamasında tütün firmalarınca getirilen eleştiriler Avustralya'yı düz paket düzenlemelerini hazırlarken ihtiyatlı davranmaya sevk etmiştir. Öyle ki; uygulamanın ulusal ve uluslararası hukukta dava konusu yapılacağı öngörülerek, bu yönde iki tedbir alınmıştır. Bu kapsamda ilk olarak, Yasanın 28. bölümünde düz paketleme düzenlemeleri nedeniyle ticari markanın kullanılmamasının, markanın ilgili mevzuat uyarınca tescilini engellemeyeceği gibi; var olan bir kaydın silinmesi veya tescil başvurusunun reddedilmesini de gerektirmeyeceği açıklanmıştır. Benzer şekilde, Yasanın 29. bölümünde düz paketleme düzenlemeleri nedeniyle bir tasarımın kullanılmamasının, söz konusu tasarımın iptalini gerektirmediği gibi tasarımla ilgili lisans verilmesini de engellemeyeceği vurgulanmıştır.

Yasa ikinci olarak 15. bölüm ilk paragrafı ile düz paket düzenlemesi nedeniyle marka veya diğer işaretlerin kullanılmamasının, adil karşılığı olmayan mülkiyet iktisabı oluşturması halinde uygulanmayacağını belirtmiştir. 15. bölümün ikinci ve üçüncü paragrafları ile konuya biraz daha açıklık getirilerek, düz paket düzenlemesi nedeniyle marka veya diğer işaretlerin kullanılmamasının adil karşılığı olmayan mülkiyet iktisabı oluşturması halinde, marka veya işaret sahibinin marka veya işaretini kullanabileceğini, ancak bu kullanımın ileride yeni düzenlemelere tabi olacağı vurgulanmıştır. Keza düzenlemelerin haksız iktisap oluşturmayan bölümlerinin de aynı şekilde uygulanmasına devam edileceği açıklanmıştır.

Yukarıda bahsi geçen iki tedbirin temel olarak düz paket düzenlemelerinin tümünden iptalinin önüne geçilmesi ve ileride açılması muhtemel davalarda savunma amaçlı kullanılmak üzere alındığı değerlendirilmektedir. Nitekim aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere ulusal ve uluslararası hukukta açılan davalarda bu hususlara yer verilmiştir.

## ***B. Avustralya'nın Düz Paket Uygulamasına Karşı Açılan Davalar***

### ***1. Avustralya Yüksek Mahkemesi'nde Açılan Dava***

Düz paket uygulamasının sadece Avustralya ile sınırlı kalmayacağını, kabul edilmesi halinde dünya çapında birçok ülkeye sirayet edeceğini öngören tütün firmaları düzenlemenin kabul edilmesinin hemen akabinde ulusal ve uluslararası dava süreçlerini başlatmışlardır. Bu kapsamda, 2011 yılı Aralık ayı içerisinde Japan Tobacco International (JTI) ve British American Tobacco (BIT) firmaları yasanın Avustralya Anayasası'na aykırılığı iddiası ile Avustralya Yüksek Mahkemesi'nde dava açmıştır<sup>35</sup>. Avustralya pazarında faaliyet gösteren diğer iki önemli firma Phillip Morris ve Imperial Tobacco davalara müdahil olarak katılarak diğer firmaları desteklemiştir.

Davanın doğrudan Yüksek Mahkeme'de açılması Avustralya Anayasa'sından kaynaklanmaktadır. Avustralya Anayasası'na göre; Avustralya devletinin<sup>36</sup> davacı veya davalı olarak yer aldığı veya

35 High Court of Australia, British American Tobacco Australasia Limited and Ors v. the Commonwealth of Australia, Case No: S389/2011; J T International SA v. Commonwealth of Australia Case No: S409/2011, Date of Order: 15 August 2012, Date of Publication of Reasons: 5 October 2012.

36 Avustralya'nın Birleşik Krallık Uluslar Topluluğu üyesi olması nedeniyle, Anayasa metninde Avustralya devleti için Commonwealth ifadesi kullanılmaktadır. Avustralya Anayasası için bkz. [https://www.legislation.gov.au/ Details/](https://www.legislation.gov.au/Details/)

anayasanın uygulanması veya yorumlanmasının konu olduğu durumlarda Yüksek Mahkeme yargı yetkisini haizdir<sup>37</sup>. Bu çerçevede, tütün firmaları “Parlamento’nun yasa yapma yetkisine sahip olduğu bir konuda, eyalet veya kişilere ait mülkiyetin adil karşılığı verilerek iktisap edebileceğini” düzenleyen Anayasa’nın 51(xxxi) bölümüne dayalı olarak dava açmışlardır. Söz konusu hüküm bir yandan açık bir ifade ile Parlamento’ya adil karşılığı verilmek üzere mülkiyetin iktisabı yetkisi verse de, diğer yandan yasama yetkisine bir sınır koymaktadır. Bu anlamda sınırı aşan yasaların, tazminat hakkı tanınarak canlandırılması mümkün olmayacak, geçersiz sayılması gerekecektir<sup>38</sup>.

Bu çerçevede, tütün firmaları düz paketleme uygulaması ile marka, patent, tasarım, telif hakkı gibi geniş bir yelpazedeki fikri mülkiyet haklarının adil karşılığı olmaksızın iktisap edildiğini iddia etmişler ve yasanın iptalinden tazminat istemine kadar pek çok talepte bulunmuşlardır. Bununla birlikte, davanın esasını alternatifli iki talep oluşturmuştur. Bu kapsamda, firmalar Düz Paketleme Yasası’nın 15. bölümü uyarınca yasanın kendi mülkiyet haklarına uygulanmamasını veya Anayasa’ya göre geçersiz sayılmasını talep etmişlerdir<sup>39</sup>.

Yüksek Mahkeme yapmış olduğu incelemede; ilk olarak taraflar arasında firmalara ait fikri mülkiyet haklarının varlığı, tütün ürünlerinin sağlığa zararlı maddeler olduğu, bunların kullanılmasının bırakılmasının sağlık üzerindeki riskleri azalttığı ve Avustralya’nın TKÇS’ye taraf olduğu konusunda ortak bir mutabakatın bulunduğunu belirlemiştir<sup>40</sup>. Vakıalar üzerindeki bu mutabakat sonrasında ise mahkeme, davacı firmaların fikri mülkiyet haklarının adil karşılığı verilmeden iktisap edilip edilmediğini araştırmıştır. Mahkeme konuyla ilgili olarak, *bedrock principle* (temel ilke) olarak tanımladığı ilke uyarınca, iktisabın varlığından söz edebilmek için; devlet veya başka bir kişinin mülkiyet hakkına dair faydayı iktisap etmesi gerektiğini vurgulamıştır<sup>41</sup>. Mahkeme; somut olayda düz paketleme düzenlemesinin, devletin sağlık harcamalarını azaltmasına ve paketler üzerinde yer alan sağlık uyarılarını vatandaşlara iletmesine katkı sağlasa da, küçük ve önemli olmayan bu kazanımların, mülkiyet hakkının iktisabı anlamına gelmeyeceğinin altını çizmiştir. Yüksek Mahkeme iktisabın olmaması nedeniyle, Yasa’nın Anayasa’ya aykırılık içermediği gibi, Yasa’nın 15. bölümü nedeniyle uygulanmamasından da söz edilemeyeceğine karar vermiştir<sup>42</sup>.

Yüksek Mahkeme kararı içerisinde, bu incelemeye ışık tutacak bir takım tespitlerin bulunduğu vurgulanmalıdır. Bu kapsamda, Yüksek Mahkeme ilk olarak dava konusu yapılan fikri mülkiyet haklarının doğaları gereği negatif haklar olduğunu; bu anlamda hak sahibinin devletten üçüncü

C2005Q00193 son erişim tarihi 1 Mayıs 2018.

37 Avustralya Anayasası, Bölüm 75(iii) ve 76 (i).

38 Liberman, s. 367.

39 High Court of Australia, British American Tobacco Australasia Limited and Ors v. the Commonwealth of Australia, Case No: S389/2011; J T International SA v. Commonwealth of Australia Case No: S409/2011, para. 17, 20, 24 ve 26.

40 Liberman, s. 369.

41 High Court of Australia, British American Tobacco Australasia Limited and Ors v. the Commonwealth of Australia, Case No: S389/2011; J T International SA v. Commonwealth of Australia Case No: S409/2011, para. 169.

42 a.g.e., para. 189.

kişilerin haksız kullanmalarını engellemesini talep edebileceğini, bunun ötesinde devletin marka hakkı sahibine kullanma hakkı tanıma yükümlülüğünün bulunmadığını açıklamıştır<sup>43</sup>. Mahkeme ikinci olarak Anayasa'nın 51(xxxi). bölümünün mülkiyet hakkına ilişkin menfaatleri konu almakla birlikte, her ticari kaybın mülkiyet hakkının iktisabı anlamına gelmeyeceğinin altını çizmiştir<sup>44</sup>. Bu kapsamda, düz paketleme düzenlemesi nedeniyle tütün firmalarının ticari anlamda bir takım kayıplarının olabileceğini, ancak bunun mülkiyet hakkı iktisabı olmadığını vurgulamıştır<sup>45</sup>. Mahkeme üçüncü olarak yasanın firmalara ait fikri mülkiyet haklarının özüne dokunmadığını, bu hakların yine firmalara ait olduğunu, ancak sağlığa zararlı bir ürünün satış koşullarını düzenlediğini öne çıkarmıştır<sup>46</sup>. Mahkeme son olarak, Avustralya'nın TKÇS'ye taraf olduğunu tespit etmişse de, kararının temel dayanağını iktisap üzerine kurması nedeniyle, bu hususu derinlemesine ele almamış, bir anlamda usul ekonomisi uygulamıştır. Bununla birlikte, Yüksek Mahkeme'nin iktisap incelemesi zayıf olmuş olsa idi, Avustralya'nın uluslararası yükümlülüklerini daha detaylı olarak incelemiş olacağı tahmin edilmektedir<sup>47</sup>.

## 2. Yatırım Tahkimi Davası

Avustralya pazarında faaliyet gösteren iki tütün firmasının ulusal düzeyde başlattığı davaya paralel olarak, bu kez pazarda faaliyet gösteren diğer bir firma olan Philip Morris Asia (PM Asia) tarafından Düz Paketleme Yasası'nın kabul edildiği gün, Avustralya ile Hong Kong arasında 1993 yılında akdedilen YKTK Anlaşması'na dayanılarak tahkim davası başlatılmıştır<sup>48</sup>. Merkezi Hong Kong'da bulunan davacı PM Asia, Düz Paketleme Yasası ve Yönetmeliği'nin Avustralya'daki iştiraki olan Philip Morris Australia (PM Australia)'ya ait fikri mülkiyet haklarını dolaylı olarak kamulaştırdığını ve PM Australia'yı markalı ürün üreten bir üreticiden, sıradan ürün üreten bir üreticiye dönüştürdüğünü iddia etmiştir<sup>49</sup>. Davacı bunun sonucu olarak Avustralya'daki yatırımlarının değerinin ciddi olarak düştüğünü ileri sürmüş ve Avustralya'nın düz paketleme uygulamasını kaldırmasını veya askıya almasını talep etmiş, ayrıca uğradığı zarar nedeniyle 4 milyar doların üzerinde bir tazminat isteminde bulunmuştur<sup>50</sup>.

Davalı Avustralya devleti ise, uluslararası çapta faaliyet gösteren Philip Morris International (PMI)'nin, düz paketleme uygulamasının yasalaşmasının hemen öncesinde, Avustralya kanunlarına uygun olarak Avustralya şirketi olarak kurulan PM Australia'yı, PM Asia altında yeniden yapılandırıldığını; bu işlemin yatırım olmadığını ve sırf tahkim yargısına gitmek için gerçekleştirildiğini ileri sürerek, konu (*ratione materiae*) ve zaman (*ratione temporis*) bakımından

43 a.g.e., para. 36,248 ve 348.

44 a.g.e., para. 47, 295 ve 357.

45 a.g.e., para. 47, 295 ve 357.

46 a.g.e., para. 44.

47 Liberman, s. 378-380.

48 Notice of Arbitration, Philip Morris Asia Limited v. the Commonwealth of Australia, 21 November 2011, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0665.pdf> son erişim tarihi 20 Temmuz 2017.

49 a.g.e., para. 1.5.

50 a.g.e., para. 1.7.

yetki itirazında bulunmuştur<sup>51</sup>. Avustralya, yetki itirazının hakem heyeti tarafından kabul görmemesi halinde ise, PM Asia'nın tahkim başvurusunun, hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmesini talep etmiştir<sup>52</sup>.

Hakem heyeti, 17 Aralık 2015 tarihinde yayımladığı "Yetki ve Kabul Edilebilirlik" kararı ile davanın esasına girmemiş ve uyuşmazlığı, yetki ve hakkın kötüye kullanılması itirazları çerçevesinde karara bağlamıştır<sup>53</sup>. Hakem heyetinin bahse konu hususlarda karar verebilmek için konuyla ilgili detaylı bir kronolojik inceleme yapması gerekmiştir. Bu çerçevede, kararda düz paketleme düzenlemesinin geçmişi, konu hakkında PMI ile Avustralya hükümeti arasında gerçekleşen yazışmalar ile PMI'nin küresel çapta ve özellikle Asya bölgesindeki şirketlerini yeniden yapılandırma süreci detaylı olarak ele alınmıştır. Kronolojik incelemede, özellikle PMI'nin 2009 yılında Avustralya hükümeti tarafından başlatılan kamu danışmaları sürecine katıldığına ve tasarının yasalaştığı 2011 yılı sonuna kadar öneri hakkındaki olumsuz görüşlerini farklı vesileler ile Avustralyalı yetkililere aktardığına değinilmiştir. İncelemede ayrıca, bu dönem zarfında PMI'nin, PMI Australia'nın yeniden yapılandırılması ve olası tahkim süreci konusunda hukuk danışmanlarından pek çok görüş aldığı üzerinde durulmuştur. İncelemede son olarak, PMI'nin 2010 yılı Eylül ayında başlattığı uluslararası grup şirketlerini yeniden yapılandırma planı çerçevesinde, Avustralya hükümetinden aldığı yabancı yatırım izni de dahil olmak üzere gerekli işlemleri tamamlayarak 2011 yılı başında PMI Australia'yı PM Asia altında yeniden yapılandığına ve nihayet, Düz Paketleme Yasası'nın kabul edildiği gün olan 21 Kasım 2011 tarihinde PMI Asia'nın tahkim bildirimini Avustralya hükümetine ilettiğine vurgu yapılmıştır.

Hakem heyeti yapmış olduğu kronolojik inceleme sonrasında, Avustralya'nın konu ve zaman yönünden yetki itirazları ile hakkın kötüye kullanılması iddialarını ele almıştır. Konu bakımından yetki konusunda, Avustralya, PM Australia'nın yeniden yapılandırılma süreci çerçevesinde PM Asia tarafından iktisap edilmesi işleminin, Hong Kong ve Avustralya arasındaki YKTK Anlaşması çerçevesinde yatırım olmadığını iddia etmiştir. Avustralya özellikle PMI'nin yatırım izni başvurusunda; PM Australia'nın yeniden yapılandırılmasının temel motivasyonu olan tahkime gitme niyetinin saklandığını ve bu nedenle verilen iznin geçerli olmadığını öne sürmüştür. Konuyla ilgili olarak hakem heyeti yapmış olduğu detaylı inceleme neticesinde Avustralya tarafından verilen yabancı yatırım izninin geçerli olduğuna hükmetmiş ve Avustralya'nın konu yönünden yetkisizlik iddiasını reddetmiştir<sup>54</sup>. Bununla birlikte, incelemenin vakaya özgü ve ülkemiz dahil üçüncü ülkeler bakımından etkisinin göreceli olarak kısıtlı olması nedeniyle, konu yönünden yetki konusuna ilişkin açıklamalar yukarıda yer verilenler ile sınırlı tutulacaktır.

51 Response to the Notice of Arbitration, Philip Morris Asia Limited v. the Commonwealth of Australia, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0666.pdf>, para. 29-32, son erişim tarihi 21 Temmuz 2017.

52 a.g.e., para. 29-32.

53 Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, PCA Case no. 2012-12, Award on Jurisdiction and Admissibility, 17 December 2015, [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7303\\_0.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7303_0.pdf) son erişim tarihi 21 Temmuz 2017.

54 a.g.e., para. 515-523.

Zaman yönünden yetki konusunda ise, Avustralya yeniden yapılandırma yoluyla PM Asia'nın PM Australia'ya tahkim sürecinin başlatılmasının hemen öncesinde iktisap ettiğini ve bu sürecin temel motivasyonunun tahkime gitmek olduğunu iddia ederek, hakem heyetinin tahkimin başladığı tarihten önce ortaya çıkan uyuşmazlıklar üzerinde zaman bakımından yetkisinin bulunmadığını öne sürmüştür. PM Asia buna karşılık ilk olarak Hong Kong-Avustralya YKTK Anlaşması'nda yatırım tanımının sadece sahip olunan varlıkları değil aynı zamanda kontrol edilen varlıkları da kapsadığını vurgulayarak; PM Australia'nın yeniden yapılandırılması öncesinde dahi 2001 yılından itibaren yönetim fonksiyonları ile stratejik ve bütçeye dair kararlar bakımından PM Asia tarafından kontrol edildiğini öne sürmüştür<sup>55</sup>. Hakem heyeti, PM Asia'nın PM Australia'ya iktisabından önce, PMI'nin küresel düzeydeki politikalarının bir parçası olarak, PM Australia üzerinde harcama, temettüler, markalaşma ve pazarlama stratejisi konuları açısından bir takım rolünün ve denetim yetkisinin olduğunu, ancak bunun Anlaşmada yer alan "kontrol" şartını kapsamadığını belirlemiştir<sup>56</sup>.

Hakem heyeti bu çerçevede, PM Asia'nın YKTK Anlaşması'nda tanımlanan "yatırım" varlığına PM Australia'ya iktisap ettiği Şubat 2011 tarihinde kavuştuğunu açıklamıştır. Bu belirleme sonrasında, hakem heyeti bu tarih itibarıyla zaman bakımından yetkili olup olmadığını araştırmıştır. Konuyla ilgili içtihadı atf yaparak zaman bakımından yetkisini belirlemeye çalışan hakem heyeti, anlaşmanın ihlaline dayanan bir dava sebebine bağlı olarak açılan davada; yatırımın, ihlalin olduğu tarihten önceki bir zamanda edinilmesi gerektiğini açıklamıştır. Somut olayda hakem heyeti, iddia olunan ihlalin 21 Kasım 2011 tarihinde kabul edilen Düz Paketleme Yasası ile gerçekleştiğini belirlemiştir. Bu çerçevede, hakem heyeti, Şubat 2011 tarihinde gerçekleşen iktisap sonrasında PM Asia'nın YKTK Anlaşması çerçevesinde korunan bir yatırıma sahip olduğuna ve iddia olunan ihlalin 21 Kasım 2011 tarihinde vuku bulduğuna atf yaparak zaman bakımından yetkili olduğuna hükmetmiştir<sup>57</sup>.

Konu ve zaman bakımından yetkisini bu şekilde belirleyen hakem heyeti, bir sonraki aşamada tahkime başvurmanın hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini araştırmıştır. Bu konuda hakem heyeti, ilk olarak ülke içinde var olan bir varlığın yeniden yapılandırılması suretiyle YKTK Anlaşması çerçevesinde korunan bir yatırım haline getirilmesinin bizatihi kendisinin (*per se*) yasa dışı olmayacağını; buradaki eşğin uluslararası yatırımların korunmasına ilişkin sistemin suiistimali suretiyle kötüye kullanılıp kullanılmadığı olduğunu açıklamıştır<sup>58</sup>. Konuyla ilgili olarak tahkim yargılamalarında oluşan içtihadı da atıfta bulunan hakem heyeti, hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığı konusundaki değerlendirmenin,

55 a.g.e., para. 190-200 ve 227-237; Öte yandan, "yatırım" tanımına dair Hong Kong-Avustralya YKTK Anlaşması'nın 1(e) maddesinin İngilizce orijinal metni aşağıdaki gibidir: "investment" means every kind of asset, owned or controlled by investors of one Contracting Party and admitted by the other Contracting Party subject to its law and investment policies applicable from time to time...

56 a.g.e., para. 508-509.

57 a.g.e., para. 533.

58 a.g.e., para. 539-540.

yeniden yapılandırmanın, uyuşmazlığın çıkacağına makul olarak öngörüldüğü bir zamanda gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği kriteri çerçevesinde yapılması gerektiğini belirlemiştir<sup>59</sup>.

Söz konusu kriter çerçevesinde somut olayı değerlendiren hakem heyeti, PMI'nin 2009 yılından beri Avustralya hükümetinin gündeminde bulunan düz paketleme önerisine karşı çıktığına, hükümet ile yaptığı yazışmalarda uygulamanın firmayı mülkiyet hakkından mahrum bıraktığına ve bu nedenle oluşabilecek hukuki süreçlere vurgu yaptığına değinmiştir<sup>60</sup>. Hakem heyeti, uygulamanın yasallaşmasının ciddi bir zaman aldığını ve hükümetin parlamentoda aranılan çoğunluğa ulaşip ulaşamayacağı konusunda bir takım belirsizlikler yaşandığını tespit etmiş, ancak özellikle 2010 Nisan ayından itibaren uygulamanın yasalacağı konusunda ilgili çevrelerde makul bir beklentinin oluştuğuna vurgu yapmıştır<sup>61</sup>.

Bu şartlar çerçevesinde hakem heyeti, yeniden yapılandırmanın hemen akabinde uyuşmazlığın başlatılmasının hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmesi için makul bir kanaatin oluştuğunu, aksini göstermek için davacının yeniden yapılandırmanın uyuşmazlığın başlatılmasından bağımsız olarak gerçekleştiğini ortaya koymak durumunda olduğunu belirtmiştir<sup>62</sup>. Davacı bu konuda yeniden yapılandırmanın PMI'nin küresel stratejisinin bir parçası olduğu, 2001 yılından beri geçerli olan yönetim kontrolü ile sahiplik statüsünün uyumlaştırılmasının hedeflendiği, yeniden yapılandırmanın sağlayacağı vergi avantajı ve nakit akışının kolaylaştırılması gibi argümanları ileri sürmüştü de, hakem heyeti bunları ikna edici bulmamıştır<sup>63</sup>. Hakem heyeti, ayrıca PMI ve hukuk danışmanları arasında yatırım anlaşması çerçevesinde gündeme getirilebilecek iddialar konusundaki görüşlerin hacmi ve zamanlamasını özellikle dikkate almıştır<sup>64</sup>.

Bu değerlendirmeler kapsamında, hakem heyeti PMI'nin düz paketleme tasarısının yasalacağını, sadece bir ihtimal olarak değerlendirmedeğini, gerçek anlamda öngördüğünü vurgulamıştır. Hakem heyeti, yeniden yapılandırmanın, tek motivasyonu olmamakla birlikte, temel amacının YKTK Anlaşması çerçevesinde bir uyuşmazlık başlatmak olduğunu belirlemiş ve bunun hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirdiğini açıklamıştır<sup>65</sup>. Bu bağlamda, hakem heyeti uyuşmazlığı kabul etmemiş ve kendini uyuşmazlığın esasına girme konusunda yetkili görmeyerek davayı reddetmiştir<sup>66</sup>.

Avustralya her ne kadar tahkim davasını kazanmış ise de, davanın usulden kazanıldığı vurgulanmalıdır. Diğer bir anlatımla, uluslararası tahkim açısından sağlığın korunması gibi bir alanda devletin düzenlemede bulunmasının uluslararası firmaların fikri mülkiyet hakları ve diğer

59 a.g.e., para. 538-554

60 a.g.e., para. 555-563.

61 a.g.e., para. 566-569.

62 a.g.e., para. 570.

63 a.g.e., para. 572-581.

64 a.g.e., para. 582-584.

65 a.g.e., para. 585-588.

66 a.g.e., s. 186.



haklarına müdahale olup olmadığı ve daha da ötesi bu müdahalenin bir tür dolaylı kamulaştırma olup olmadığı konusu açıktadır.

Kanaatimizce, Avustralya örneğinin aksine sonradan bir iktisap olmadan başlangıçtan beri pazarda olan yabancı bir yatırımcıya ait fikri mülkiyet hakkının, devletin düzenlemesi nedeniyle zarar görmesi ve bu durumun dolaylı bir kamulaştırma olduğu iddiasının uluslararası tahkim davalarında her zaman gündeme gelmesi imkan dahilindedir<sup>67</sup>. Nitekim, bu yönde bir iddia aşağıda incelenecek olan *Philip Morris v. Uruguay* tahkim davasında gündeme getirilmiş, ancak hakem heyeti tarafından reddedilmiştir. Davada, markanın kullanımına kısıtlama getirdiği iddia olunan tek sunum zorunluluğunun düz paketleme düzenlemesine kıyasla daha az kısıtlayıcı olduğu ve sınırlı bir alanda da olsa (paket yüzeyinin % 20'si) markanın olduğu gibi kullanımının mümkün olduğu vurgulanmalıdır.

Bu bakımdan, düz paket düzenlemeleri ile markanın kullanımına getirilen yasaklama ve kullanımın ağır bir biçimde kısıtlandığı durumların dolaylı kamulaştırma teşkil edip etmediği henüz kesin olarak karara bağlanmamıştır. Bununla birlikte, kanaatimizce bütün firmaları tarafından gündeme getirilmesi muhtemel bu iddia hakem heyetleri kabul edilmeyecektir. Düz paketleme uygulamasının bu incelemede konu edilen mahkeme kararları ışığında, doğrudan veya dolaylı kamulaştırmadan ziyade, halk sağlığına zararlı olan bir ürünün satış koşullarının düzenlemesi olarak ele alınacağı düşünülmektedir.

### **3. DTÖ Anlaşmazlıkların Halli Mekanizması Kapsamında Açılan Davalar**

Avustralya'nın düz paket uygulamasına karşı son olarak DTÖ Anlaşmazlıkların Halli Mekanizması (AHM) altında, beş ülke (Ukrayna-DS 434<sup>68</sup>, Honduras DS – 435, Dominik Cumhuriyeti-441, Küba – 458 ve Endonezya – 467) tarafından 2012 ve 2013 yıllarında dava süreci başlatılmıştır<sup>69</sup>. Avustralya'ya karşı başlatılan anlaşmazlıkların danışma aşamasında taraflar

67 Belirtmek gerekir ki, sağlık gibi devletin düzenleme hakkının bulunduğu bir konuda, uluslararası firmaların tahkim yoluna başvurmaya başlamaları topyekün olarak anlaşmalara dayanan tahkim sisteminin meşruiyet bakımından eleştirilmesine neden olmuştur. Bu konu için bkz. Collins D., *An Introduction to International Investment Law*, Cambridge University Press, 2017, s. 261-262.; Ayrıca, meşruiyet yanında şeffaflık, içtihat tutarsızlık, maliyet, menfaat çatışması gibi konular üzerinden ikili yatırım anlaşmaları ve yatırım tahkimi sistemine yöneltilen eleştiriler ve sistemden duyulan rahatsızlık öyle bir noktaya ulaşmıştır ki; aralarında Hindistan, Endonezya ve Güney Afrika gibi önemli gelişmekte olan ülkelerin bulunduğu bir tahkim ülkeler ikili yatırım anlaşmalarını feshetmeye başlamışlardır. Bu konuda bkz. United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>, son erişim tarihi 3 Ağustos 2018.

68 Ukrayna 29 Mayıs 2015 tarihinde yapmış olduğu başvuru ile Panel sürecinin askıya alınmasını talep etmiştir. Sonraki 12 aylık dönem içinde Panel sürecini yeniden canlandırmadığı için Ukrayna bakımından 30 Mayıs 2016 tarihi itibarıyla dava düşmüştür. WT/DS434/17, *Australia – Certain Measures Concerning Trademarks and other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging Lapse of Authority for the Establishment of the Panel*, Note By the Secretariat, [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE\\_Search/FE\\_S\\_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=229717\\_132459,128156,127737,124459,124313\\_99405,82941,88093,96905&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=229717_132459,128156,127737,124459,124313_99405,82941,88093,96905&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True), son erişim tarihi 1 Eylül 2018.

69 DTÖ AHM, devletler arasında ortaya çıkan ticari anlaşmazlıkları tahkim sürecine benzeyen bir işleyiş ile çözme

arasında gerçekleştirilen görüşmelerden olumlu bir sonuç alınamayınca; tüm anlaşmazlıkları ele almak üzere 5 Mayıs 2014 tarihinde tek bir panel<sup>70</sup> kurulmuştur<sup>71</sup>. *Avustralya-Düz Paketleme* paneline Türkiye'nin de dahil olduğu 35 ülke üçüncü taraf (müdahil) olmuştur. Panel anlaşmazlığın çözümüne ilişkin raporunu 2016 yılının başında yayımlayacağını açıklamış, daha sonra davanın karmaşıklığını gerekçe göstererek raporunu 2016 yılı sonunda yayımlayacağını ilan etmiştir. Bununla beraber, raporun yayımlanma tarihi müteaddit sefer ertelenmiş ve nihayet 28 Haziran 2018 tarihinde rapor açıklanmıştır<sup>72</sup>. Öte yandan, panel raporu 19 Temmuz 2018 tarihinde Honduras, 23 Ağustos 2018 tarihinde ise Dominik Cumhuriyeti tarafından temyiz edilmiştir. Dolayısıyla, rapor Endonezya ve Küba bakımından kesinleşmiş, Honduras ve Dominik Cumhuriyeti bakımından ise temyiz süreci sonrasında kesinleşecektir.

*Avustralya-Düz Paketleme* panel raporu oldukça kapsamlı olmakla birlikte, raporun özünü sağlığın korunması gibi kamusal bir amaçla marka başta olmak üzere fikri mülkiyet haklarının kullanımının ne ölçüde kısıtlanabileceği konusu oluşturmaktadır. Bu hususa ilişkin iddia ve savunmalar ise esas olarak Ticarete Teknik Engeller Anlaşması (*Agreement on Technical Barriers to Trade* – TTE Anlaşması) ile TRIPS Anlaşması kapsamında geliştirilmiştir. Aşağıda söz konusu anlaşmalar etrafında gündeme gelen temel tartışma konuları üzerinde durulacak, yalnızca Küba tarafından Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması (GATT) altında gündeme getirilen tali iddialara değinilmeyecektir<sup>73</sup>.

hedefleyen yarı yargısal (*quasi-judicial*) bir anlaşmazlık çözüm mekanizmasıdır. Kural olarak gizli yürüyen AHM danışma, panel ve temyiz olmak üzere üç aşamadan oluşmaktadır. Taraflar arasında dostane çözüm yollarının aranmasını öngören ve takip edilmesi zorunlu olan danışma aşamasında anlaşmazlıkla ilgili bir çözüm bulunamaz ise, yargılama safhasına geçilmektedir. Yargılama aşamasında anlaşmazlık panel denilen ve genellikle üç kişiden oluşan bir heyet tarafından karara bağlanmaktadır. Panel kararı ise tarafların talebine bağlı olarak temyiz edilebilir ve Temyiz Organı tarafından panelin yapmış olduğu hukuki hatalar ele alınır. AHM kapsamında başlatılan her bir anlaşmazlık bir numara almakta ve DTÖ'de davalar davalı ülke ve davanın kısa adı ile anılmaktadır. Birden fazla ülke tarafından başlatılan anlaşmazlıklarda aynı konuların ele alınacak olması halinde ise yargılama aşamasında davalar birleştirilebilmekte ve konu tek bir panel tarafından ele alınabilmektedir. DTÖ AHM hakkında daha fazla bilgi için bkz. Kaya T., DTÖ Anlaşmalarının İç Hukukta Uygulanması, Legal Yayıncılık, 2015, s. 59-71. Sarıbeyoğlu M., Uluslararası Ekonomi Hukuku Açısından Dünya Ticaret Örgütü Gümrük Birliği ve Türkiye, Türkmen Kitabevi, 2010, s. 81-190; Van den Bossche P.; *The Law and the Policy of the World Trade Organization*, Cambridge University Press, 2005, s. 172-306.

70 DTÖ uygulamasında panel kavramı hem dava hem de yargılamayı yapan heyet anlamında kullanılmaktadır. Bu kapsamda belli bir anlaşmazlığı ele almak üzere kurulan spesifik bir heyeti ifade etmek için kullanılan "Panel" ifadesinde "p" harfi büyük olarak yazılacak, bunun dışındaki kullanımlarda "p" harfi küçük olarak yazılacaktır.

71 WTO, Procedural agreement between Australia and Ukraine, Honduras, the Dominican Republic, Cuba and Indonesia, WT/DS434/12, WT/DS435/17, WT/DS441/16, WT/DS458/15, WT/DS467/16, 28 April 2014, [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE\\_Search/FE\\_S\\_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=124313&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHash=371857150&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=124313&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHash=371857150&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True), son erişim tarihi 10 Nisan 2018.

72 Panel Reports Australia – Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging, WT/DS435,441,458,467/R, (Panel Raporu)

73 Küba tarafından GATT Madde IX:4 kapsamında gündeme getirilen, ithalatçı ülkenin ithal ürünlerin menşe bakımından işaretlenmesini öngörmesi halinde, bunu söz konusu ürünün değerini önemli ölçüde azaltmadan yapmasına yönelik hükmün ihlal edildiği iddiasının Panel tarafından reddedildiği bu vesile ile vurgulanmalıdır. bkz. Panel Raporu, para. 7.2960-3069.

### **a. TTE Anlaşması Kapsamında Gündeme Gelen Temel Tartışma Konuları**

TTE Anlaşması, DTÖ üyesi ülkelerin, güvenlik, ihracatta kaliteyi temin etme, insan, hayvan, bitki hayat ve sağlığı ile çevreyi koruma ve aldatıcı uygulamaları önleme amaçlarıyla benimseyecekleri teknik mevzuat, standart ve uygunluk değerlendirme esaslarının tabi olacağı şartları düzenlemektedir<sup>74</sup>. Anlaşma bir yanda DTÖ üyelerinin bu tür düzenlemeleri ihdas etmelerinin hakları olduğunu teyit etmekte, aynı zamanda bunların uluslararası ticarete gereksiz ticari engeller yaratmasının önüne geçmeyi hedeflemektedir<sup>75</sup>.

*Avustralya-Düz Paketleme* davasında; TTE Anlaşması kapsamında aşağıda yer verilen sorular temel tartışma konularını teşkil etmiştir: i) TTE ve TRIPS anlaşmaları aynı olaya uygulanabilir mi? Uygulanır ise aralarında çatışma riski doğar mı? ii) Düz paket düzenlemeleri TTE Anlaşması'nın konu edindiği birer teknik mevzuat mıdır? iii) Düz paket düzenlemeleri birer teknik mevzuat ise, TTE Anlaşması'nın 2.2. maddesi<sup>76</sup> uyarınca ticareti gereğinden fazla kısıtlamakta mıdır? iv) Düz paket düzenlemeleri TKÇS'nin 11. ve 13. maddelerinin uygulama rehberlerine dayanmaları nedeniyle, Avustralya "uluslararası standarta dayanma ve dolayısıyla ticareti gereğinden fazla kısıtlamama" karinesinden yararlanabilir mi? v) Düz paket düzenlemeleri ile ulaşılmak istenen halk sağlığını koruma amacına, ticareti daha az kısıtlayan alternatif önlemler ile ulaşılabiliyor mu?

Bu tartışma zemini etrafında Panel ilk olarak TRIPS ile TTE Anlaşmaları arasındaki ilişkiyi ele almış ve düz paket düzenlemelerinin TTE Anlaşması kapsamında da incelenip incelenmeyeceğini araştırmıştır. DTÖ Anlaşmaları arasındaki ilişki konusunda kapsamlı bir analiz sonrasında Panel, bir konunun birden fazla DTÖ Anlaşması tarafından düzenlenebileceğini ve bu anlamda anlaşmaların eş zamanlı ve kümülatif olarak bir olaya uygulanabileceğini vurgulamıştır<sup>77</sup>. Panel anlaşmazlık kapsamında Avustralya tarafından özel olarak gündeme getirilen TRIPS Anlaşması'nın 20. ve TTE Anlaşması'nın 2.2. maddeleri arasındaki ilişkiyi ise daha yakından

74 TBT Anlaşması EK 1'inde teknik mevzuat, standart ve uygunluk değerlendirme esasları kavramları şu şekilde tanımlanmıştır: Teknik Mevzuat: Ürün/mamul karakteristiklerini veya bunlarla ilgili işleme veya üretim/imalat metodlarını ve bunlara uygulanan idari hükümleri kapsayan, uygulanması zorunlu belgelerdir. Bu belge, aynı zamanda, belirli bir ürün, işleme veya üretim/imalat metodu için ambalajlama, markalama veya etiketlemeye ilişkin terminolojiyi, sembollerini ve talimatları tamamen veya kısmen içerebilir. Standart: Yetkileri tanınan bir kuruluş tarafından, ürün veya ilgili işleme ve üretim metodları için ortak ve tekrarlanagelen kullanımlar amacıyla oluşturulan kuralları, yöntemleri ve özellikleri içeren belgedir. Bu belge, aynı zamanda, belirli bir ürün, bir işleme veya bir üretim metodu için ambalajlama, markalama veya etiketlemeye ilişkin terminolojiyi, sembollerini ve talimatları kısmen veya tamamen içerebilir. Uygunluk değerlendirme Esası: Dolaylı veya dolaysız olarak, teknik yönetmeliklerin veya standartların gereklerinin yerine getirildiğinin tespiti için doğrudan veya dolaylı olarak kullanılan esastır. TBT Anlaşması'nın Türkçe metni için bkz. 4067 Sayılı Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun, RG, T: 29 Ocak 1995 Sy.: 22186

75 Kaya, s. 33-34.

76 TTE Anlaşması'nın 2.2 maddesi şu şekildedir: Üyeler, teknik düzenlemelerin, uluslararası ticarete konu ve etki olarak gereksiz bir engel yaratmayacak şekilde hazırlanmalarını, kabul edilmelerini ve uygulanmalarını temin edeceklerdir. Bu amaçla, teknik düzenlemeler hiç bir zaman belirlenmiş hedefin dışına çıkmayacaklar ve uluslararası ticaret için öngörülenden daha fazla bir kısıtlayıcılık taşıyamayacaklardır. Sözü edilen amaçlar: milli güvenliğin sağlanması; yanlışlıkların önlenmesi; insan, hayvan, bitki hayatı ve sağlığının veya çevrenin korunmasıdır. Bu tür risklerin tayininde, diğerleri arasında, ilgili elemanlar olarak, mevcut bilimsel ve teknik bilgi, ilgili işleme teknolojisi ve malların amaçlanan nihai kullanıma şekilleri dikkate alınabilir.

77 Panel Raporu, para. 7.75-107.

ele almıştır. Zira, Avustralya düz paket düzenlemeleri ile tütün mamullerinin paketleri için öngörülen şekil ve boyut gibi fiziksel gereklilikler dışındaki konuların, TTE Anlaşması kapsamında incelenmesine itiraz etmiştir. Avustralya markanın kullanımı ve kullanıma yönelik kısıtlamaların TTE Anlaşması'nın konusu olmadığını, davacılarca iddia olunan kısıtlamaların TRIPS Anlaşması'nın 20. maddesi kapsamında incelenmesini talep etmiştir<sup>78</sup>. Avustralya'nın bu talebinin arkasında, markanın kullanımına getirilen sınırlamanın; TRIPS Anlaşması'nın 20. maddesinde yer verilen "hakkaniyet testi" ile TTE Anlaşması 2.2 maddesi yer verilen "gereklilik testi"ne kıyasla daha kolay savunulması imkanı yatmıştır<sup>79</sup>. Konuyla ilgili olarak Panel, söz konusu hükümlerin çatışmadan ziyade birbirlerini tamamlayıcı olduklarını, TTE Anlaşması'nda öngörülen şartların oluşması halinde düz paket düzenlemeleri ile markanın kullanımına getirilen sınırlamaların TRIPS Anlaşması'na ilave olarak TTE Anlaşması etrafında da incelenebileceğini belirtmiştir<sup>80</sup>.

Bu belirleme sonrasında Panel düz paket düzenlemelerinin teknik mevzuat olup olmadığını açıklığa kavuşturmuştur. Panel teknik mevzuat olma kriterleri – i) belli bir ürün ya da ürün grubuna uygulanma, ii) işaretleme, ambalajlama veya etiketleme de dahil olmak üzere ürünün özelliğini ortaya koyma ve iii) uyumun zorunlu olması – çerçevesinde yaptığı değerlendirme sonucunda düz paket düzenlemelerinin teknik mevzuat olduğu sonucuna varmıştır<sup>81</sup>.

Müteakip aşamada ise Panel düz paket düzenlemelerinin ticareti gereğinden fazla kısıtlayıp kısıtlamadığı konusunu, uluslararası standart karinesi iddiasını da göz önüne alarak ele almıştır. Panel incelemesine, düz paket düzenlemelerinin tütün ürünlerinin kullanımını ve tütün ürünlerine pasif olarak maruz kalmayı azaltma gibi meşru bir kamu sağlığı amacı için kabul edildiğini tespit ederek başlamıştır<sup>82</sup>. Panel devamlı, düz paket düzenlemelerinin TTE Anlaşması'nın 2.5. maddesi uyarınca uluslararası standart karinesinden yararlanıp yararlanamayacağını araştırmıştır. Zira, TTE Anlaşması 2.5. maddesi uyarınca bir önlem uluslararası bir standarta dayanıyor ise, ticareti gereğinden fazla kısıtlamadığı otomatik olarak kabul edilmektedir<sup>83</sup>. Bu bağlamda, Avustralya tarafından düz paket düzenlemelerinin dayandığı TKÇS'nin 11. ve 13. maddelerinin uygulama rehberlerinin uluslararası standart olduğu iddia edilmiştir. Panel ise, uygulama rehberlerinin; TKÇS'den bağımsız bir doküman olmamaları ve her iki rehberin düz paket uygulaması için farklı esneklikler getirmesi, bu bakımdan ortak ve tekrarlanan tek bir kullanıma sahip olmamaları nedeniyle TTE Anlaşması Ek 1.2'sinde yer alan "standart" tanımına uymadığı tespitini yapmıştır<sup>84</sup>. Bu tespit sonrasında Panel, Avustralya'nın uluslararası standarta

78 Panel Raporu, para. 7.21.

79 Carvalho N. P., *The TRIPS Regime of Trademarks and Designs*, Kluwer, 2nd ed, 2011, s. 424; WHO, s. 45; Voon T./ Mitchell, A.D., *Implications of WTO Law for Plain Packaging of Tobacco Products*, Melbourne Legal Studies Research Paper No. 55, 2011, s. 15-16; Panel Raporu, para. 7.2327-7.2337; Gereklilik ve hakkaniyet testlerine ilişkin açıklamalar TBT Anlaşması 2.2. ile TRIPS Anlaşması 20. maddeleri altında aşağıda yapılacaktır.

80 Panel Raporu, para. 7.105-7.107

81 a.g.e, para. 7.108-7.183.

82 a.g.e, para. 7.216-7.251.

83 Kaya, s.34.

84 Panel Raporu, para. 7.396-7.397.

dayanma ve dolayısıyla ticareti gereğinden fazla kısıtlamadığı karinesinden yararlanamayacağına karar vermiştir<sup>85</sup>.

Uluslararası standart karinesini bu şekilde reddeden Panel son aşamada, düz paket düzenlemelerinin Anlaşmanın 2.2. maddesi kapsamında ticareti gereğinden fazla kısıtlayıp kısıtlamadığını araştırmıştır<sup>86</sup>. Bu noktada Panel, düz paket düzenlemelerin tütün ürünlerinin kullanımını ve Avustralya pazarına ithal edilen tütün ürünlerinin hacmini azaltması nedeniyle ticaret üzerinde kısıtlayıcı bir etki doğurduğunu tespit etmiş, ancak düzenlemelerin kamu sağlığının korunması gibi meşru bir amacın gerçekleşmesine katkı sağladıklarına ve hayata geçmemeleri halinde doğacak risklerin büyüklüğüne işaret etmiştir<sup>87</sup>. İnceleme kapsamında Panel ayrıca i) sosyal kampanyaların artırılması, ii) vergi oranlarının yükseltilmesi, iii) paketlerin piyasaya sürülmeden aldaticılık ve kullanımı özendirme bakımından ön izin mekanizmasına tabi tutulması ve iv) tütün ürünlerine ulaşma yaşının 18'den 21'e çıkarılması şeklinde davacılar tarafından önerilen alternatif önlemlerin düz paket düzenlemeleri ile öngörülen amacı karşılamadığına, bunların esasen birbirlerini tamamlayıcı olduklarına karar vermiş ve netice itibarıyla düz paket düzenlemelerini TTE Anlaşması'na aykırı bulmamıştır<sup>88</sup>.

#### **b. TRIPS Anlaşması Kapsamında Gündeme Gelen Temel Tartışma Konuları**

*Avustralya-Düz Paketleme* davasında, TRIPS Anlaşması ile ilgili olarak gündeme gelen temel tartışma konuları ise şu şekilde sıralanabilir: i) Düz paket düzenlemeleri ile markanın menşe ülkede tescilli olduğu şekilde korunmasına kısıtlama mı getirilmektedir? ii) Tütün ürünlerinin niteliği, bu ürünlere ilişkin markaların tescili için bir engel midir? iii) Düz paket düzenlemeleri ile marka sahibinin üçüncü kişilerin haksız kullanımlarını engelleme hakkı kısıtlanmakta mıdır? iv) Tütün ürünlerine ilişkin markaların kullanımı özel gereklilikler ile haksız olarak engellenmekte midir? v) Düz paket düzenlemeleri haksız rekabete karşı etkin koruma sağlamakta mıdır? vi) Düz paket düzenlemeleri coğrafi işaretlere tanınan korumayı geriye mi götürmektedir?

Yukarıda yer verilen ilk dört sorunun cevabı TRIPS Anlaşması çerçevesinde marka hakkının içeriği ve "kullanım"ın niteliği konusunda Panel'in benimsediği yaklaşımdan yakından etkilenmiştir. *Avustralya-Düz Paketleme* davasının bir anlamda özünü de belirleyen bu konuyla ilgili olarak aşağıda önce marka hakkının içeriği ve kullanımın niteliği konusunda kısa bir analiz yapılacak, sonrasında Panel'in söz konusu sorular temelindeki incelemesinin ayrıntılarına geçilecektir. Söz konusu analiz, tartışmaların detaylarının anlaşılmasına da hizmet edecektir.

TRIPS Anlaşması'nda açıkça marka hakkının markayı tescil ettirme ve üçüncü kişilerin haksız kullanımlarını engelleme hakkını içerdiği belirtilmiştir<sup>89</sup>. Bu hususta doktrinde ve düz paketleme

85 a.g.e, para. 7.402.

86 a.g.e, para. 7.418-7.419.

87 a.g.e, para. 7.1255.

88 a.g.e, para. 7.1726-1732.

89 TRIPS Anlaşması Madde 15 ve 16.

davasına katılan davacı ve davalı ülkeler arasında bir tereddüt oluşmamıştır<sup>90</sup>. Bununla birlikte, Anlaşmada, markanın hak sahibine kullanım hakkı tanıdığı şeklinde açık bir hükmün bulunmaması kullanımın niteliği konusunda farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Söz konusu görüşleri dört başlık altında toplamak mümkündür. Bunlar; kullanımın pozitif hak olduğu<sup>91</sup>; kullanımın marka hakkı içinde zımni olarak yer aldığı<sup>92</sup>, marka sahibinin kullanım konusunda meşru bir menfaatinin olduğu ve marka sahibinin kullanım konusunda bir ayrıcalığa sahip olduğu<sup>93</sup> görüşleridir.

Markanın hak sahibine kullanım şeklinde bir pozitif hak sağladığı görüşü, markanın ekonomik değerinin kullanımdan ileri geldiği düşüncesinden hareket etmektedir. Bu görüşte olanlara göre marka sahibi tescil işlemini devletten sadece sertifika almak için yapmamakta, piyasaya sürdüğü ürün ve hizmet ile markası arasında bir bağ kurarak, rakipleri karşısında rekabet avantajı elde etmeye çalışmaktadır<sup>94</sup>. Bu görüşte olanlar markayı kullanma hakkının mutlak bir hak olmadığını, daha üstün bir hak veya menfaatin olması halinde sınırlandırılabilirliğini kabul etmektedir<sup>95</sup>. Bununla birlikte kullanıma toptan bir yasak getirilmesinin, kamulaştırmaya benzer bir sonuç doğuracağını ve tazminat yükümlülüğüne sebep olacağını öne sürmektedirler<sup>96</sup>. Markanın hak sahibine kullanım şeklinde bir pozitif hak sağladığı görüşü; dolaylı olarak devletin sağlık gerekçesiyle de olsa düzenlemede bulunma hakkının bir sınırı olduğu düşüncesini içermektedir<sup>97</sup>.

Kullanımın marka hakkı içinde zımni olarak yer aldığı görüşünü savunanlar ise markanın temel fonksiyonunun ayırt edicilik fonksiyonu olduğuna dikkat çekerek, kullanım olmaksızın markanın kâğıt üzerinde kalacağını ve fikri mülkiyet koruması ile ulaşılmak istenen amaca ulaşılamayacağını iddia etmektedirler<sup>98</sup>. Bu görüşte olanlar ayrıca, kullanıma getirilen yasaklama veya kısıtlamalarının markanın sağlamış olduğu tescil ettirme ve üçüncü kişilerin haksız kullanımlarını engelleme haklarını da zayıflatacağını savunmaktadırlar. Yine aynı görüşte

90 Davison M./Emerton P., Rights, Privileges, Legitimate Interests, and Justifiability: Article 20 of TRIPs and Plain Packaging of Tobacco, *American University International Law Review*, 29 No. 3, 2014, s. 521; Frankel S./ Gervais D. "Plain Packaging and the Interpretation of the TRIPs Agreement," *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 46, No. 5, 2013, s. 1193; Kur A., The Right to Use One's Own Trade Mark: A Self-Evident Issue or a New Concept in German, European and International Trade Mark Law?, *European Intellectual Property Review*, 1996, s. 201-202; Mitchell, s. 415-416.

91 Kur, s. 201-202;

92 Frankel/ Gervais, s. 1195.

93 Davison/Emerton, s. 508; Bonadio E. On the Nature of Trademark Rights: Does Trademark Registration Confer Positive or Negative Rights?, *The New Intellectual Property of Health – Beyond of Plain Packaging Alemanno A./ Bonadio E. (eds.)*, Cheltenham: Edward Elgar, 2016, s. 45.

94 Kur, s. 199.

95 Kur, s. 200.

96 Kur, s.200.

97 Correa C. M., Is the Right to Use Trademarks Mandated by the TRIPs Agreement?, South Centre Research Paper 72, 2016, s. 8.

98 Gervais D., Analysis of the Compatibility of Certain Tobacco Product Packaging Rules with the TRIPs Agreement and the Paris Convention, Report of 30 November 2010, s. 10-12, <https://www.jti.com/sites/default/files/key-regulatory-submissions-documents/expert-reports/intellectual-property/1-gervais.pdf> son erişim tarihi 1 Ekim 2018

olanlara göre; TRIPS Anlaşması'nın genel ruhu içerisinde anlaşmada geçen meşru menfaat kavramı, marka sahibine asgari bir kullanım hakkı tanımaktadır<sup>99</sup>.

Kullanım niteliği hakkındaki üçüncü görüş ise, kullanımın bir hak olarak nitelendirilemeyeceği, bununla birlikte marka sahibinin kullanım konusunda meşru bir menfaatinin olduğu görüşüdür<sup>100</sup>. Bu görüşün temelinde, markalara ilişkin TRIPS Anlaşması hükümlerinin lafzi metinleri yatmaktadır. Nitekim, TRIPS Anlaşması'nın 15. ve 16. maddeleri markayı tescil ettirme ve üçüncü kişilerin haksız kullanımlarını engelleme hakkının varlığını açık olarak ortaya koymuş iken, marka sahibinin kullanım hakkının var olup olmadığı konusunda sessiz kalmıştır. Öte yandan, marka sahibinin bahse konu haklar dışında marka üzerinde bir takım meşru menfaatlere sahip olduğu, istisnalara ilişkin 17. maddeden açık olarak anlaşılmaktadır<sup>101</sup>. Ayrıca markanın kullanımının haksız olarak kısıtlanamayacağına dair 20. madde hükmü bu görüşü destekler mahiyettedir.

Kullanımın niteliği hakkında son görüş, hak sahibinin markayı kullanma konusunda bir ayrıcalığa sahip olduğu görüşüdür<sup>102</sup>. Bu görüşe göre; tescil ile birlikte marka sahibi üçüncü kişilerin haksız kullanımlarını engelleme hakkı yanında kullanım konusunda bir ayrıcalık kazanır<sup>103</sup>. Bununla birlikte, bu ayrıcalık üstün bir hakkın veya kamu sağlığı gibi meşru bir menfaatin varlığı halinde ortadan kaldırılabilir veya kısıtlanabilir<sup>104</sup>. Bu görüşte olanlar diğer bir anlatımla, kamu sağlığı gibi meşru bir amaç nedeniyle kullanım ayrıcalığının her zaman kaldırılabileceğini ve bu nedenle devlet bakımından tazminat gibi bir sorumluluğun doğmayacağı düşüncesindedirler.

Yukarıda yer verilen görüşler çerçevesinde *Avustralya-Düz Paketleme* davasına bakıldığında ilk olarak, Küba hariç olmak üzere, davacı ülkelerin kullanımı pozitif bir hak olarak nitelemedikleri görülmektedir. Bu husus Panel tarafından kayda da geçirilmiştir<sup>105</sup>. Davacı ülkeler buna mukabil, tescil ettirme ve üçüncü kişilerin haksız kullanımlarını engelleme konusunda kullanımın marka hakkı içinde zımni olarak var olduğunu iddia etmişler ve bu hakların içeriğinin belirlenmesi sırasında kullanımın bir unsur olarak değerlendirilmesi gerektiğini öne sürmüşlerdir<sup>106</sup>. Davacı ülkeler markanın kullanımına getirilebilecek kısıtlamaları konu alan TRIPS Anlaşması 20. maddesi kapsamında ise, marka sahibinin markasını kullanma konusunda meşru bir

99 Frankel/ Gervais, s. 1197; Gervais, s. 11 ve 19; Lalive, Memorandum from Lalive to Philip Morris International Management SA, Why Plain Packaging is in Violation of WTO members' International Obligations under TRIPS and the Paris Convention, 23 Temmuz 2009, para. 20-21. <http://www.tobaccolabels.ca/wp/wp-content/uploads/2013/12/Philip-Morris-Intl-Why-Plain-Packaging-is-in-Violation-of-WTO-Members%E2%80%99-International-Obligations-2009.pdf>, son erişim tarihi 3 Eylül 2018.

100 Carvalho N. P., "The TRIPS Regime of Trademarks and Design", Second Edition, Kluwer Law International, 2011, s. 348.

101 Carvalho, s. 348

102 Davison/Emerton, s. 520.

103 a.g.e., s. 520.

104 a.g.e., s. 579-580.

105 Panel Raporu, para. 7.1966.

106 Davacı ülkelerden Küba ise markanın kullanım konusunda sahibine asgari bir hak tanıdığını ileri sürmüştür.



menfaatinin olduğunu öne sürmüşlerdir<sup>107</sup>. Davalı Avustralya ise, kullanımın marka hakkı içinde zımni olarak yer aldığı, diğer bir anlatımla, marka sahibinin markasını tescil ettirme ve üçüncü kişilerin haksız kullanımlarını engelleme haklarını değerlendirirken kullanımın bir unsur olarak değerlendirilmesi görüşüne şiddetle karşı çıkmıştır<sup>108</sup>. Avustralya buna mukabil, marka sahibinin markasını kullanma konusunda meşru bir menfaatinin olduğunu kabul etmiş, ancak sağlığın korunması gibi haklı bir gerekçe ile ilişkilendirildiği sürece markanın kullanımının kısıtlanabileceğini öne sürmüştür<sup>109</sup>.

Panel markanın tescili ve üçüncü kişilerin haksız kullanımlarını engelleme konularında Avustralya'nın yaklaşımını benimsemiştir. Nitekim, Panel, TRIPS Anlaşması'nın 2.1. maddesinin yollamada bulunduğu Paris Konvansiyonu'nun<sup>110</sup> Beşinci Mükerrer 6. maddesinin markanın menşe ülkesindeki haliyle tescili ve tescil edildiği şekilde iç hukukta korunmasına münhasır olduğunu açıklamıştır<sup>111</sup>. Panel'e göre, maddede geçen koruma ifadesi, kullanım konusunda asgari bir hakkı içeriyor şeklinde yorumlanamaz<sup>112</sup>.

Tescil konusunda davacı ülkeler ayrıca, Avustralya'nın tütün ürünlerinin niteliği nedeniyle bazı işaretlerin marka olarak tesciline engel getirdiğini ve bu durumun TRIPS Anlaşması'nın 15.4. maddesini ihlal ettiğini iddia etmişlerdir. Davacı ülkeler TRIPS Anlaşması'nın 15.4. maddesine yönelik iddialarını TRIPS Anlaşması'nın 15.1. maddesi ile ilişkilendirerek yapmışlardır. TRIPS Anlaşması'nın 15.4. maddesi bir ürünün niteliğinin bu ürüne ilişkin markanın tesciline engel oluşturmayacağını öngörmektedir. Anlaşmanın 15.1. maddesi ise marka olarak tescil edilebilecek işaretleri tanımlarken, ayırt edici olmayan işaretlerin de kullanım yoluyla ayırt edicilik özelliği kazanmaları halinde tescil edilebileceklerini öngörmektedir. Bu kapsamda davacı ülkeler, tütün mamullerine ilişkin paketler üzerinde herhangi bir işaretin kullanımının yasaklanmış olması nedeniyle, ayırt edici olmayan işaretlerin kullanım yolu ile ayırt edicilik özelliğini kazanamayacağını ve söz konusu işaretlerin tütün ürünlerinin niteliği gereği marka olarak tescil edilemeyeceğini ileri sürmüşlerdir<sup>113</sup>. Bu iddialar hakkında Panel, TRIPS Anlaşması 15.4. maddesinin marka olarak tescil edilebilecek işaretleri konu aldığını, ayırt edici olmayan işaretlerin henüz marka olarak tescil edilme vasfına erişemedikleri için bunların madde 15.4 kapsamında değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir<sup>114</sup>. Diğer bir anlatımla Panel, TRIPS Anlaşması'nın

107 Panel Raporu, para. 7.2300 ve 7.2316.

108 a.g.e., para 7.1795, 7.1955, 7.2076.

109 a.g.e., para 7., 7.1955, 7.2076.

110 Uluslararası alanda fikri mülkiyetin korunmasına dair ilk uluslararası anlaşma olan Paris Konvansiyonu en genel anlamda patent, marka, endüstriyel tasarımlar, faydalı modeller, hizmet markaları, ticaret ünvanı ve coğrafi işaretlerin korunmasına ilişkin temel ilke ve kuralları ortaya koymaktadır. Türkiye anılan Konvansiyon'a 1925 yılında taraf olmuştur. Paris Konvansiyonu ve akid devletler hakkında daha detaylı bilgi için bkz. <https://www.wipo.int/treaties/en/ip/paris/> son erişim tarihi 3 Aralık 2018.

111 Panel Raporu, para. 7.1765.

112 a.g.e, para. 7.2329 ve 2339.

113 a.g.e, para. 7.1859, 7.1875.

114 a.g.e, para. 7.1873, 7.1883.

15.1. ve 15.4. maddelerinin ayırt edici olmayan işaretlerinin kullanımına yönelik bir yükümlülük öngörmediğini belirtmiştir<sup>115</sup>.

Düz paketleme düzenlemelerinin, marka sahibinin üçüncü kişilerin haksız kullanımlarını engelleme hakkını kısıtlayıp kısıtlamadığı konusunda ise davacı ülkeler, markanın kullanımına getirilen kısıtlama nedeniyle tescilli ve tanınmış markaların ayırt edicilik fonksiyonunun azaldığını öne sürmüşlerdir. Markaların ayırt edicilik fonksiyonunun azalmasının ise, TRIPS Anlaşması 16.1. ve 16.3. maddelerinin öngördüğü şekilde orijinal marka ile taklit markanın karıştırılma olasılığının ispatını güçleştirdiğini, bu durumun marka sahibinin üçüncü kişilerin haksız kullanımlarını engelleme hakkına zarar verdiğini iddia etmişlerdir<sup>116</sup>. Davacı ülkeler diğer bir anlatımla, TRIPS Anlaşması'nın 16.3. maddesinin doğrudan kullanım hakkı şeklinde pozitif bir hak tanımamakla birlikte, kullanımın üçüncü kişilerin haksız kullanımını engelleme şeklinde ifade edilen negatif hakkın bir unsuru olduğunu beyan etmişlerdir<sup>117</sup>.

Bu iddialara karşılık Panel, TRIPS Anlaşması'nın 16.1. maddesi ile marka sahibine, üçüncü kişilerin haksız kullanımlarını engelleme şeklinde negatif münhasır bir hak tanıdığını, ancak hakkın kapsamının kullanımı içerecek şekilde pozitif bir hak olarak tanımlanmadığına vurgu yapmıştır<sup>118</sup>. Panel kullanımın, üçüncü kişilerin haksız kullanımlarını engelleme hakkının bir unsuru olarak değerlendirilmesi gerektiği iddiasını da reddetmiştir. Panel'e göre, markanın "ayırt edicilik fonksiyonu" ile TRIPS Anlaşması'nın 16.1. maddesinde ifadesini bulan "karıştırılma olasılığı" kavramları birbirinden farklıdır. TRIPS Anlaşması'nın 16.1. maddesi ile üye ülkelere yüklenen yükümlülük, orijinal marka ve taklit marka arasında karıştırılma olasılığının varlığı halinde, marka sahibine ihlali engelleme hakkının tanınması ile sınırlıdır. Söz konusu hüküm bunun ötesinde devletlere markaların ayırt ediciliğini sürdürme veya ayırt edicilik fonksiyonlarını korumak için marka sahibine kullanım şeklinde bir fırsat tanıma yükümlülüğünü içermemektedir<sup>119</sup>.

Netice itibariyle Panel, kullanımı tescil ettirme ve üçüncü kişilerin haksız kullanımlarını engelleme haklarının birer unsuru olarak değerlendirilmesine yönelik davacıların iddialarını reddetmiştir. Kanaatimizce davacıların bu iddiaları, 15 ve 16. maddelerin amacına aşar şekilde yorumlanması yoluyla oluşturulmuştur. Zira TRIPS Anlaşması içerisinde, diğer iki hakka açık olarak yer verilmiş iken, Anlaşmanın müzakeresi ve yazımı sırasında imkan olmasına rağmen kullanım bir hak olarak tanımlanmamıştır<sup>120</sup>. Ayrıca, kullanım diğer iki hakkın içeriğinin belirlenmesi konusunda da açık veya zımni bir unsur olarak da sayılmamıştır. Bu nedenle, Panel'in davacıların TRIPS Anlaşması 15. ve 16. maddeleri altında öne sürdükleri iddiaları reddetmesi nispeten kolay olmuştur.

115 a.g.e, para. 7.1874, 7.1894.

116 a.g.e, para. 7.1916, 7.1894.

117 a.g.e, para. 7.1966.

118 a.g.e, para. 7.1974, 7.1978.

119 a.g.e, para. 7.2031, 7.2123.

120 Bonadio, s. 48; Davison/Emerton, s. 547.

TRIPS Anlaşması'nın ihlali konusunda tartışmaların odağını, kullanımın bizatihi kendisinin konu olduğu 20. maddenin ilk cümlesi oluşturmuştur. "Diğer Koşullar" başlıklı 20. maddenin ilk cümlesi şu şekildedir: "Bir markanın ticari kullanımı, bir başka marka ile birlikte kullanma, özel bir biçimde kullanma veya bir işletmenin mal veya hizmetlerini diğer işletmelerinkinden ayırma özelliğine zarar verecek şekilde kullanma gibi özel koşullarla haksız yere engellenmeyecektir..." TRIPS Anlaşması'nın 20. madde ilk cümlesinde yer alan yükümlülük unsurlarına ayırıldığında ise bahse konu hükmün ihlali için davacı ülkenin; i) markanın kullanımı konusunda özel bir gereklilik, ii) özel gerekliliğin markanın ticari kullanımına kısıtlama getirmesi ve iii) kısıtlamanın haksız olması koşullarının varlığını ispat etmesinin gerektiği görülmektedir<sup>121</sup>.

İlk koşul kapsamında 20. madde örnek olarak üç tür özel gereklilikten bahsetmektedir. Bunlar, başka marka ile birlikte kullanma, özel bir biçimde kullanma ve bir işletmenin mal veya hizmetlerini diğer işletmelerinkinden ayırma özelliğine zarar verecek şekilde kullanma şeklinde sıralanabilir. Düz paketleme düzenlemelerinin markayı özel bir şekilde kullanma mecburiyeti getirdiğinin açık olması ve bu konuda taraflar arasındaki mutabakat nedeniyle, Panel bu koşulun varlığını kolaylıkla tespit etmiştir<sup>122</sup>. Nitekim, düz paketleme düzenlemeleri uyarınca, yazı ile ifade edilen markaların belli bir yazı stili ve büyüklüğünde yazılması gerekirken, şekil ve yazıdan oluşan markalar sadece yazı olarak kullanılabilir. Sadece şekilden oluşan markalar ise hiç kullanılmayacaktır.

20. maddenin ihlali için üzerinde durulması gereken ikinci unsur, ticari kullanım unsurudur. Düz paketleme düzenlemelerinin markanın ticari kullanımına kısıtlama getirdiğinin de açık olması nedeniyle Panel, bu koşulun varlığını da kolaylıkla tespit etmiştir<sup>123</sup>. Öte yandan, düz paketleme düzenlemelerinin, sadece şekilden oluşan markaların kullanımını tümünden yasaklaması nedeniyle, kısıtlama kavramının toptan yasaklamayı da kapsayıp kapsamadığı konusunda davacı ve davalı ülkeler farklı görüşler ileri sürmüştür. Bu noktada Panel, kullanıma getirilen kısıtlamalar yanında tümünden yasaklamanın da madde içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>124</sup>. Panel'in bu tespitinin isabetli olduğu vurgulanmalıdır. Aksine bir durum, yani kısıtlamanın 20. madde kapsamında değerlendirilmesi, buna mukabil toptan yasaklamanın madde içerisinde değerlendirilmemesi amacı aşan bir yorum olacak ve yasaklamayı ödüllendirmek anlamına gelecektir<sup>125</sup>.

20. maddenin ihlali konusunda ele alınması gereken son koşul, haksız kısıtlama kavramıdır. Bu konuda davacılar haklı bir kısıtlamadan bahsetmek için kısıtlama ile ulaşılmaması istenen amacın öneminin ortaya konulmasının yanısıra, amaç ve önlem arasındaki mantıksal bağlantının, diğer bir anlatımla, önlemin amaca katkısının somut olarak ispatlanması gerektiğini iddia etmişlerdir. Davacılar bunlardan daha önemli olarak ise, kısıtlama ile ulaşılmaması istenen amaca ticareti daha

121 Panel Raporu, para. 7.2156.

122 a.g.e, para. 7. 2241.

123 a.g.e, para. 7. 2287-2292.

124 a.g.e, para. 7. 2234-2239.

125 Frankel/ Gervais, s. 1173-1174.

az kısıtlayıcı bir önlem ile ulaşılmasının mümkün olması halinde önlemin haksız olacağını iddia etmişlerdir (gereklilik testi-*necessity test*)<sup>126</sup>. Davalı Avustralya ise, GATT 1994 gibi diğer DTÖ Anlaşmalarında bulunan gereklilik testinin TRIPS Anlaşması'nın 20. maddesinde yer almadığını, başka bir deyişle, önlem ile kamu sağlığının korunması amacı arasında mantıksal bir bağın kurulması halinde önlemin haksızlığından söz edilemeyeceğini savunmuştur<sup>127</sup>.

Bu konuda Panel ne davacı ülkelerin ne de davalı Avustralya'nın yaklaşımını tümünden benimsemiştir. Panel orta bir yol izleyerek TRIPS Anlaşması'nın 20. maddesi kapsamındaki kısıtlamanın haklı olup olmadığı incelemesini; i) kısıtlamanın niteliği ve kapsamı, ii) kamusal çıkarlar da dahil olmak üzere markanın kullanımına özel gereklilik şeklinde getirilen kısıtlamanın nedenleri ve kısıtlanma nedenlerinin kısıtlamayı haklı göstermek için yeterli desteğe sahip olup olmadığı şeklinde ifade ettiği üç kriter temelinde yapmıştır<sup>128</sup>. Bu kriterler temelinde Panel, düz paketleme düzenlemeleri ile tütün ürünlerine ait markaların kullanımına getirilen yasaklama ve kısıtlamaların çok kapsamlı ve ağır olmakla birlikte, halk sağlığının korunması gibi yüksek bir amaca hizmet etmesi nedeniyle makul olduklarını belirlemiştir. Bu noktada, davacı ülkeler TRIPS Anlaşması 20. maddesi lafzında geçen "bir markanın (*a trademark*)" ifadesinin; yasaklama ve kısıtlama kararlarının her bir bireysel marka için ayrı ayrı incelemeyi gerektirdiğini ve bu anlamda düz paketleme düzenlemeleri ile getirilen toptan yasaklama veya kısıtlama kararlarının 20. maddeye aykırı düştüğünü öne sürmüşlerdir<sup>129</sup>. Panel bu iddiayı reddetmiş; yasaklama ve kısıtlamaların belirli bir markanın özelliğinden ziyade, bir marka sınıfına veya belirli duruma özgü olması durumunda, incelemenin marka bazında yapılmasına gerek olmadığına hükmetmiştir<sup>130</sup>.

Kısıtlanma nedenlerinin kısıtlamayı haklı göstermek için yeterli desteğe sahip olup olmadığı konusunda ise Panel, bu noktada önlem alan ülkenin belirli bir takdir yetkisinin olduğunu ancak bu durumun ticareti daha az kısıtlayan alternatif önlemlerin göz ardı edilmesini gerektirmediğini belirtmiştir<sup>131</sup>. Panel, düz paketleme düzenlemelerinin Avustralya'nın tütün kullanımı ile mücadele için almış olduğu kapsamlı önlemlerin bir parçası olduğunu, davacı ülkelerce ticareti daha az kısıtladığı iddiasıyla, TTE Anlaşması kapsamında da öne sürülen dört alternatif önlemin düz paketleme düzenlemeleri ile ulaşılması istenen hedefe aynı katkıyı sağlayamayacağını açıklamıştır<sup>132</sup>. Söz konusu incelemenin TTE Anlaşması altında yapılmış olması nedeniyle Panel TRIPS Anlaşması altında ayrı bir inceleme yapmamıştır. Bununla birlikte, Panel'in Avustralya'nın düz paket düzenlemeleri ile ulaşmak istediği kamu sağlığının korunması hedefini zikrederken TKÇS'nin 11. ve 13. maddelerine ilişkin uygulama rehberlerine vurgu yaptığı not edilmelidir<sup>133</sup>.

126 Panel Raporu, para. 7. 2303-2305, 2311, 2319, 2325, 2326.

127 a.g.e, para. 7. 2332-2336.

128 a.g.e, para. 7. 2430.

129 a.g.e, para. 7. 2443-7.2467.

130 a.g.e, para. 7. 2505.

131 a.g.e, para. 7. 2598.

132 a.g.e, para. 7. 2600.

133 a.g.e, para. 7. 2596.

Davacı ülkelerin TRIPS Anlaşması kapsamındaki diğer bir iddiası ise düz paketleme düzenlemelerinin haksız rekabete karşı etkin koruma sağlamadığı iddiasıdır. Davacı ülkeler bu iddialarını TRIPS Anlaşması'nın 2.1. maddesi ile bünyesine kattığı Paris Konvansiyonu'nun Birinci Mükerrer 10. maddesine dayandırmışlardır. Söz konusu madde, üye ülke vatandaşlarının mal ve ticari faaliyetleri hakkında dürüstlük kurallarına aykırı şekilde yanlış, yanıltıcı ve karışıklığa meydana verecek haksız davranışlara karşı Anlaşma tarafı ülkelerce etkin tedbirlerin alınmasını öngörmektedir<sup>134</sup>. Davacı ülkeler bu noktadan hareketle düz paket düzenlemelerinin tütün ürünlerinin paketlerini tekipleştirmesi nedeniyle haksız rekabet ortamı yarattığını ve firmaları haksız rekabet oluşturacak davranışta bulunmaya zorladığını iddia etmişlerdir<sup>135</sup>.

Bu iddialara karşı Panel ilk olarak, haksız rekabete ilişkin davranışların piyasada faaliyet gösteren piyasa aktörlerinden kaynaklanabileceğini, düz paketleme düzenlemelerinin piyasa aktörlerini bu tür davranışlara zorladığına dair davacı ülkelerce herhangi bir delil ortaya konmadığını açıklamıştır<sup>136</sup>. Panel ikinci olarak düz paketleme düzenlemelerinin, belli bir yazı stili ve büyüklüğünde olmakla birlikte, marka ve ürün adının paketler üzerinde yer almasına izin vermesi nedeniyle, tüketiciler nezdinde ürünlerin cinsi, üretim yöntemi ve özellikleri konusunda bir karışıklığın oluşmayacağını belirtmiştir<sup>137</sup>. Bu çerçevede, Panel davacıların haksız rekabet iddialarını reddetmiştir<sup>138</sup>.

Davacı ülkeler haksız rekabete ilişkin iddialarını TRIPS Anlaşması 22(b) hükmü kapsamında coğrafi işaretler için de tekrarlamışlardır. Panel ise, markalara ilişkin olarak yaptığı değerlendirmeyi coğrafi işaretler bakımından da yineleyerek davacıların iddialarını reddetmiştir<sup>139</sup>. TRIPS Anlaşması kapsamında son olarak Honduras, Dominik Cumhuriyeti ve Küba, düz paketleme düzenlemeleri ile TRIPS Anlaşması 24.3. maddesi kapsamında coğrafi işaretlere tanınan korumanın geriye götürüldüğünü iddia etmişlerdir. Söz konusu ülkeler TRIPS Anlaşması'nın 24.3. maddesi uyarınca, üye ülkelerin coğrafi işaretlere tanıdıkları korumayı Anlaşma'nın yürürlüğe girdiği tarih olan 1 Ocak 1995'teki durumdan daha geriye götürmemeyi taahhüt ettiklerini, Avustralya'nın ise düz paketleme düzenlemeleri ile aksine bir durum yarattığını

134 Paris Konvansiyonu'nun Birinci Mükerrer 10. Maddesi şu şekildedir:

- 1) Birlik ülkeleri, vatandaşlarına haksız rekabete karşı etkili bir koruma sağlamakla yükümlüdürler.
- 2) Ticari ve sınai hususlarda dürüst uygulamalara aykırı bir rekabet davranışı, bir haksız rekabet davranışını oluşturur.
- 3) Özellikle aşağıdaki hususlar yasaklanacaktır:
  1. bir rakibin (ticarethanesi) kuruluşu, malları, veya sınai veya ticari faaliyetleri ile ilgili olarak herhangi bir şekilde bir karışıklığa yol açacak tipteki bütün davranışlar;
  2. ticari faaliyet esnasında ortaya atılan, bir rakibin ticarethanesini, mallarını veya sınai ya da ticari faaliyetlerini itibardan düşürecek cinsten sahte iddialar;
  3. ürünlerin cinsi, üretim yöntemi, özellikleri, amaca uygun olmaları veya miktarı gibi hususlarda, ticari faaliyet esnasında ortaya atılan kamuyu yanıltabilecek ibareler veya iddialar. Paris Konvansiyonu'nun İngilizce metni için [https://www.wipo.int/wipolex/en/treaties/text.jsp?file\\_id=287556](https://www.wipo.int/wipolex/en/treaties/text.jsp?file_id=287556) son erişim tarihi 1 Aralık 2018.

135 Panel Raporu, Para 7. 2685-2689.

136 a.g.e, para. 7.2698-2699, 7.2787-2795.

137 a.g.e, para. 7.2721-2724, 7. 2759-2765.

138 a.g.e, para. 7.2796

139 a.g.e, para. 7.2862-2870.

öne sürmüşlerdir<sup>140</sup>. Bu konuda Panel, TRIPS Anlaşması'nın 24.3. maddesi ile öngörülen yükümlülüğün bireysel coğrafi işaretlere ilişkin genel korumayı ifade ettiğini, davacı ülkelerin ise 1 Ocak 1995 öncesinde Avustralya'da koruma sağlanan böylesi bir coğrafi işaretin varlığına ilişkin bir delil öne süremediklerini kaydetmiştir<sup>141</sup>.

Bu çerçevede, Panel DTÖ AHM kapsamında çok nadir olarak görülen bir şekilde *Avustralya-Düz Paketleme* davasını, tüm iddialar bakımından bir taraf (Avustralya) lehine sonuçlandırmıştır. Bu durum, bir yandan ticaret kurallarının sağlığın korunması için alınan önlemlere engel teşkil etmeyeceğini teyit etmiş, diğer yandan DSÖ altında kabul edilen TKÇS ile DTÖ kapsamında yer alan anlaşmalar arasında bir uyumsuzluğun olmadığını göstermiştir. Aksine bir durum, yani DTÖ kuralları, TKÇS'nin onay verdiği uygulamaları yasaklar şeklinde yorumlansaydı bu farklı rejimler arasında bir çatışma doğabilirdi.

Öte yandan, Panel'in marka hakkının açık veya zımnî pozitif kullanım hakkı şeklinde bir hak içermediğine karar vermesi önem taşımaktadır. Panel'in marka sahibinin markasını kullanma konusundaki meşru menfaatinin sağlığın korunması gibi kamusal bir gerekçe ile tümünden yasaklanması veya ağır bir şekilde kısıtlanmasının makul olduğuna karar vermesi ise önemli sonuçlar doğurabilecek niteliktedir. Bu noktada özellikle, Panel'in TRIPS Anlaşması 20. maddesinde geçen "bir markanın" ifadesini, kısıtlamanın belirli duruma özgü olması halinde değerlendirmenin marka bazında yapılmasına gerek olmadığı şeklinde yorumlaması dikkat çekicidir. Bu nedenle, Panel raporu kamu sağlığı, kamu ahlakı, bitki ve hayvan hayat ve sağlığı ile çevrenin korunması gibi amaçlar etrafında belli bir sektöre ilişkin markaların kullanımına yasaklar veya ağır kısıtlamalar getirilmesine kapı aralamıştır. Bu kapsamda, düz paket uygulamalarının yakın bir gelecekte alkol, cips ve şeker gibi sağlık üzerinde olumsuz etkileri olan ürünler bakımından küresel bir akıma dönüşmesi uzak olmayan bir ihtimaldir.

Böylesi bir küresel akımın doğmaması bakımından, DTÖ Temyiz Organı'nın ticaret ve sağlık kuralları arasında daha dengeli bir orta yolu bulup bulmayacağı ise merak konusudur. Temyiz Organı, Honduras ve Dominik Cumhuriyeti'nin başvuruları üzerine TRIPS Anlaşması 20. maddesi kapsamında "hakkaniyet testini" yeniden inceleyecektir<sup>142</sup>. Bu bağlamda özellikle, davacı ülkeler tarafından dile getirilen "alternatif önlemler" in ticareti daha az kısıtlayarak halk sağlığının korunması amacını sağlayıp sağlamayacağı konusu ele alınacaktır. Temyiz Organı'nın raporunu normal olarak temyiz tarihinden itibaren 60 ve en geç 90 gün içinde açıklaması gerekmektedir<sup>143</sup>.

140 a.g.e, para. 7.2873-2874.

141 TRIPS Anlaşması 24.3 madde hükmü şu şekildedir:

Herhangi bir Üye bu Bölümü uygularken, DTÖ Anlaşması'nın yürürlüğe girdiği tarihten hemen önce bu Üye'nin ülkesinde mevcut olan coğrafi işaretlerin korunmasını azaltmayacaktır.

142 WTO, WT/DS435/23, s. 1-2; WTO, WT/DS441/23, s. 2-3;

143 DTÖ kapsamında görev yapan Temyiz Organı üyeliğine atama yapılması konusunda son dönemde ciddi sıkıntılar yaşanmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri (ABD) DTÖ Temyiz Organı'nda görev yapan üyelerin yeniden atanmalarını ve yeni atamaları sürekli engellemektedir. Normal olarak yedi üyeden oluşması gereken Temyiz Organı'nda halihazırda üç üye bulunmaktadır. Temyiz Organı üye sayısının üçten aşağı düşmesi halinde ise söz konusu organ fiilen görev yapamaz hale gelecek ve *Avustralya - düz paketleme* davası da dahil olmak üzere, temyize götürülen

#### IV. BİRLEŞİK KRALLIK'IN DÜZ PAKET UYGULAMASI VE UYGULAMA ALEYHİNE AÇILAN DAVA

Avustralya'dan sonra, düz paket uygulamasına geçen ilk ülkelerden bir tanesi Birleşik Krallık olmuştur<sup>144</sup>. Avustralya örneğinde olduğu gibi, Birleşik Krallık'ın da, düz paket düzenlemesine geçmesinde TKÇS birincil derecede rol oynamıştır. Nitekim, TKÇS'nin kabulünden hemen sonra AB tarafından, üye ülkelerin TKÇS'de öngörülen yükümlülüklerle uyumunun sağlanması yanında; AB pazarında tütün ürünlerinin üretimi, sunumu ve satışı ile ilgili koşulların uyumlaştırılması amacıyla 2014/40 sayılı AB Direktifi hazırlanmıştır<sup>145</sup>. Direktifte diğer hususların yanısıra, tütün paketlerinde yer verilecek sağlık uyarılarının minimum boyutu (%65), mentol gibi karakteristik lezzet veren sigaraların satımının yasaklanması, elektronik sigaraların piyasaya arzı öncesinde ulusal otoritelere bildirim konuları ele alınmış, ayrıca üye ülkelerin sağlığını koruması amacıyla daha sıkı önlemler alabilecekleri düzenlenmiştir<sup>146</sup>. Bu çerçevede, Birleşik Krallık Direktifin düzenlediği alanlara ilişkin uyumlaştırma yanında, halk sağlığının korunması amacıyla Direktifte öngörülen yükümlülüğün ötesine geçerek, 2015 yılının Mart ayında Düz Paket Tüzüklerini kabul etmiştir<sup>147</sup>.

Tüzüklerin kabulünün hemen sonrasında ise BAT, Phillip Morris, JTI ve Imperial Tobacco'dan oluşan büyük tütün firmaları Birleşik Krallık Sağlık Bakanlığı'na karşı dava açmışlardır<sup>148</sup>. Dava, Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi'nde (İdare Mahkeme Bölümü) ulusal düzeyde açılmışsa da; davacılar uygulamanın iç hukuk yanında DTÖ hukuku, AB hukuku, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve AB Temel Haklar Şartı'nı ihlal ettiğini öne sürmüşlerdir. Firmalar dava kapsamında pek çok iddiada bulunmuş, Yüksek Mahkeme ise inceleme kolaylığı açısından söz konusu iddiaları 17 grup altında toplamıştır<sup>149</sup>. Bu inceleme ile ilgili olan iddialar aşağıdaki

davaların ne zaman sonuçlanacağı belirsiz hale gelecektir. DTÖ Temyiz Organı hakkında daha detaylı ayrıntılı bilgi için bkz. [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/appellate\\_body\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/appellate_body_e.htm) son erişim tarihi 1 Aralık 2018.

144 WHO, s.1.

145 2014/40 Sayılı AB Direktifi için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0040&from=EN>, son erişim tarihi 3 Aralık 2018. Birleşik Krallık halihazırda AB'den çıkmak konusunda müzakereler sürdürmektedir. Bununla birlikte, Birleşik Krallık tarafından 26 Haziran 2018 tarihinde kabul edilen Çekilme Yasası ile, AB'den ayrılmadan önce kabul edilen direktiflerde dahil olmak üzere AB mevzuatına dayalı olarak kabul edilen düzenlemelerin yürürlüğünü sürdüreceğini kararlaştırmıştır. bkz. European Union (Withdrawal) Act 2018, Clause 2. [http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/16/pdfs/ukpga\\_20180016\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/16/pdfs/ukpga_20180016_en.pdf) son erişim tarihi 3 Aralık 2018.

146 Direktifin mentollü sigaraların satışına getirdiği yasak Polonya tarafından dava yoluyla, elektronik sigaralara ilişkin bölümleri ise, yine Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi'nde bir tütün firması tarafından açılan dava nedeniyle anılan mahkeme tarafından ön karar yoluyla ABAD'a taşınmıştır. Düz paket davasında olduğu gibi; ABAD söz konusu davalar kapsamında yapılan iddiaları da redderek Direktifin AB hukukuna uygun olduğunu teyit etmiştir. Söz konusu davalar hakkında daha fazla bilgi için bkz. ECJ, Republic of Poland v European Parliament and Council of the European Union, Case C-358/14, ECLI:EU:C:2016:323 ve ECJ, Pillbox (UK) Ltd v Secretary of State for Health; Case C-477/14, ECLI:EU:C:2016:324.

147 The Standardised Packaging of Tobacco Products Regulations 2015, No. 829, [https://www.legislation.gov.uk/uksi/2015/829/pdfs/uksi\\_20150829\\_en.pdf](https://www.legislation.gov.uk/uksi/2015/829/pdfs/uksi_20150829_en.pdf) son erişim tarihi 1 Eylül 2018.

148 *British American Tobacco UK Ltd and others v. Secretary of State for Health*, [2016] EWHC 1169 (Admin) <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Admin/2016/1169.html> son erişim tarihi 10 Temmuz 2018.

149 a.g.e., s. 14-15.



şekilde sıralanabilir: i) Düz Paket Tüzükleri yasal değildir, zira Tüzüklerin dayanağını teşkil eden 2014/40 sayılı AB direktifinin kendisi AB hukukuna aykırılık taşımaktadır. ii) Düz Paket Tüzükleri, Topluluk Marka Tüzüğü yanında Tütün Ürünleri Direktifinde öngörülenin ötesine geçerek AB yetkisi altına giren bir hususu düzenlemiş, dolayısıyla yetki aşımında (*ultra vires*) bulunmuştur. iii) TRIPS Anlaşması ihlal edilmiştir. iv) Düz Paket Tüzükleri orantılı bir düzenleme değildir. Zira, düzenleme halk sağlığını korumak için uygun olmadığı gibi, halk sağlığını koruma amacına ticareti daha az kısıtlayıcı bir önlem ile de ulaşılması mümkündür. Düzenleme ayrıca, mülkiyet hakkının kısıtlanması ile kamu sağlığının korunması amacı arasında adil bir denge kurmamıştır. v) Mülkiyet hakkı ihlal edilmiş ve tazminat ödenmemiştir.

Davacıların Düz Paket Tüzüklerine dayanak teşkil eden direktifin AB hukukuna aykırı olduğu iddiasını da öne sürmeleri sebebiyle Yüksek Mahkeme uyuşmazlık hakkında karar vermeden önce, Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD)'a ön karar başvurusunda bulunmuştur. Yüksek Mahkeme'nin, ABAD başvurusunda temel olarak iki husus ön plana çıkmıştır. Bu hususlardan ilki, tütün paketleri üzerinde yer alacak sağlık uyarılarının boyutu ve konumu da dahil olmak üzere, paketlerin şekline ilişkin gerekliliklerin AB hukukunun orantılılık ve katmanlı yetki<sup>150</sup> (*the principles of proportionality and subsidiarity*) ilkelerine uygun olup olmadığı hakkında iken; diğeri üye ülkelerin Direktif ile düzenlenmeyen bir alanda daha sıkı kurallar getirmesinin yetki aşımı olup olmadığına ilişkindir.

AB hukuku bakımından, ABAD Ön Kararı'nı 4 Mayıs 2016 tarihinde açıklamıştır<sup>151</sup>. ABAD Ön Kararı'nda ilk olarak, direktifin uygulanmasındaki ana amacının AB çapında tüketicileri tütün ürünlerinin kullanımdan doğan risklerden korumak olduğunu vurgulayarak, direktif ile markanın kullanımına getirilen sınırlamaların orantılılık ve katmanlı yetki ilkelerine uygun olduğuna karar vermiştir<sup>152</sup>. ABAD ayrıca, üye ülkelerin direktif ile düzenlenmeyen bir alanda daha sıkı kurallar getirmesinin yetki aşımı olmadığını tespit etmiştir<sup>153</sup>. Katmanlı yetki ve yetki aşımı konularının AB hukukuna özgü meseleler olması yanında, Yüksek Mahkeme'nin Düz Paketleme Tüzüklerinin yasallığına ilişkin incelemesine de konu olması nedeniyle, ABAD'nın bu hususlara ilişkin kararı ayrıca incelenmeyecektir. Keza, orantılılık iddiasının da Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi kararında daha geniş bir çerçeveden ele alınması ve Yüksek Mahkeme'nin

150 Lizbon Antlaşması ile Değişik Avrupa Birliği Antlaşması'nın 5 maddesi AB'nin yetkilerinin kullanım esaslarını belirlemektedir. Anılan madde yetkiye ilişkin diğer ilkelerin yanısıra orantılılık ve katmanlı yetki ilkelerinden ne anlaşılması gerektiğini açıklamaktadır. Söz konusu hüküm uyarınca, AB'nin yetkilerinin kullanılması, katmanlı yetki ve orantılılık ilkelerine tabidir. Katmanlı yetki ilkesi gereğince, Birlik, münhasır yetkisine girmeyen alanlarda, sadece, öngörülen eylemin amaçlarının üye devletler tarafından merkezi düzeyde veya bölgesel ve yerel düzeyde yeterli biçimde gerçekleştirilemeyeceği ve fakat söz konusu eylemin boyutu ya da etkileri itibarıyla Birlik düzeyinde daha iyi gerçekleştirilebileceği durumlarda harekete geçer. Orantılılık ilkesi gereğince ise, Birlik eyleminin içeriği ve şekli, Antlaşmalar'ın amaçlarını gerçekleştirmek için gerekli olanı aşamaz. Avrupa Birliği Antlaşması ile Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın Türkçeye çevrilmiş metinleri için bkz. <https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf> son erişim tarihi 1 Aralık 2018.

151 ECJ, Philip Morris Brands SARL and Others v. Secretary of State for Health, C-547/14, EU:C:2016:325.

152 ECJ, C-547/14, para. 164-228.

153 ECJ, C-547/14, para. 84.

kararını ABAD kararı ışığında açıklaması nedeniyle, bu husus da aşağıda Birleşik Krallık Yüksek Mahkeme kararı kapsamında ele alınacaktır.

19 Mayıs 2016 tarihinde açıklanan Yüksek Mahkeme kararında ilk olarak Düz Paketleme Tüzükleri ve onlara dayanak teşkil eden AB direktifinin yasallığı meselesini uluslararası hukuk, AB hukuku ve iç hukuk bağlamında ele almıştır. Yüksek Mahkemeye göre, bu iddiaların temelinde, bir tür mülkiyet hakkı olan markanın kullanımının kısıtlanamayacağı düşüncesi yatmaktadır. Bununla birlikte, Mahkeme uluslararası hukuk, AB hukuku ve iç hukukun, üye ülkelere, sağlığın korunması amacıyla, sağlığa zararlı ürünlerin üreticilerine ait olan haklara müdahale teşkil etse de; önleyici tedbirler alma konusunda geniş bir takdir yetkisi tanıdığına dikkat çekmiş ve Düz Paketleme Tüzükleri ve onlara dayanak teşkil eden AB direktifinin yasal olmadığı iddialarını reddetmiştir<sup>154</sup>.

Yüksek Mahkeme, düz paketleme düzenlemelerinin orantılılığı konusunda ise, ilk olarak orantılılık testinin güncel deliller temelinde yapılmasının gerektiğini belirtmiştir. Bu noktada ayrıca, karar alıcıların belli bir takdir yetkisine sahip olduklarının kabul edilmesi gerektiğini vurgulamıştır<sup>155</sup>. Mahkeme devamla, davacılar ve davalı Birleşik Krallık tarafından sunulan deliller temelinde; düz paketleme düzenlemelerinin sağlığın korunması için uygunluğu ve gerekliliği ile kamu sağlığının korunması ve özel mülkiyet hakkı arasında adil bir denge kurulup kurulmadığı kriterleri bağlamında konuyu ele almıştır. Önlemin uygunluğu konusunda davacı firmalar, mevcut delillerin niceliksel bir veri sunmadığını, düz paketleme düzenlemelerinin tütün ürünlerinin kullanımını azaltmadığını, aksine tüm ürünleri tek tipleştirerek fiyatlar üzerinde aşağı yönlü bir baskı uyguladığını, dolayısıyla, markalı ürünlerin aleyhine olarak tütün ürünlerinin kullanımının artacağını iddia etmişlerdir<sup>156</sup>. Davalı Birleşik Krallık ise, tam tersine gerek niteliksel gerek Avustralya'da düz paketleme uygulamasına geçildikten sonra üretilen niceliksel kanıtların, tütün ürünlerinin kullanımında düşüş olduğunu gösterdiğini ileri sürerek, düz paketleme düzenlemelerinin sağlığın korunması konusunda uygun bir araç olduğunu öne sürmüştür<sup>157</sup>. Yüksek Mahkeme, Birleşik Krallık tarafından sunulan delillerin önlemin sağlığın korunması için uygunluğunu gösterdiğini belirterek, orantılılık testinin ikinci aşaması olan gereklilik kriterini ele almıştır<sup>158</sup>.

Yüksek Mahkeme gereklilik kriteri kapsamında ise, sağlığın korunması amacına ticareti daha az kısıtlayıcı bir önlem ile ulaşıp ulaşılamayacağını araştırmıştır. Bu konuda davacı firmalar, vergilerin yükseltilmesi gibi yollarla tütün ürünlerinin kullanımının kısıtlanabileceğini iddia etmişlerse de; Mahkeme alternatif olarak sunulan önlemleri, tütün ürünlerinin kullanımının kısıtlanmasında katkı sağlayabilecek önlemler olarak değerlendirmiş; ancak bunların düz

154 *British American Tobacco UK Ltd and others v. Secretary of State for Health*, para. 251-275.

155 a.g.e., para. 408.

156 a.g.e., para. 406-407.

157 a.g.e., para. 489-511.

158 a.g.e., para. 649.

paketlemenin yerine geçemeyeceğini belirterek, firmaların iddialarını reddetmiştir<sup>159</sup>. Orantılılık konusunda mahkeme son olarak, özel mülkiyet ile kamu sağlığının korunması konusunda adil bir dengenin kurulup kurulmadığına bakmıştır. Bu konuda mahkeme düz paketleme düzenlemeleri nedeniyle firmaların bir takım ticari kayıplar yaşayabileceğini belirtmiş; bununla birlikte kamu sağlığının korunmasının yüksek önemine vurgu yaparak, önlemin adil olduğuna hükmetmiştir<sup>160</sup>. Bu çerçevede, bahsedilen bu üç kriter temelinde Yüksek Mahkeme düz paketleme düzenlemelerini orantılı bulmuştur.

Yüksek Mahkeme kararına konu olan diğer bir husus ise, markanın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Temel Haklar Şartı ve iç hukuk kurallarına aykırı olarak kamulaştırdığı iddiası ve tazminat talebidir. Mahkeme bu konuda ilk olarak, markanın bir mülkiyet çeşidi olduğunu vurguladıktan sonra marka hakkının niteliği ve bu çerçevede kullanım kavramı üzerinde durmuştur. Mahkeme kullanım konusundaki değerlendirmenin, pozitif veya negatif haklar şeklinde şekilsel bir değerlendirmeden ziyade, içerik bakımından yapılmasının daha uygun olduğunu vurgulamıştır. Mahkeme pratikte markanın ekonomik değerinin, kullanım ve üçüncü kişilerin haksız kullanımlarını engelleme fonksiyonlarından kaynaklandığını, bu çerçevede, markanın ticari değerinin; tüketicilerin zihninde tanınırlık, kimlik ve ün bakımından oluşturulan bağdan kaynaklandığını ifade etmiştir<sup>161</sup>.

Mahkeme kamulaştırma iddiası ile ilgili olarak, doğrudan veya dolaylı kamulaştırmadan söz edilebilmesi için, mülkiyetin veya mülkiyete bağlı hakların devlete geçmesi veya mülkiyetin hak sahibi tarafından fiilen kullanılamaz hale gelmesi gerektiğini belirtmiştir. Somut olayda ise, mülkiyetin devlete geçmediğine ve marka sahibinin tescil ettirme, üçüncü kişilerin haksız kullanımlarını engelleme haklarını elinde bulundurduğuna vurgu yapmıştır<sup>162</sup>. Ayrıca yazıdan oluşan markaların belli bir stilde ve boyutta yazılması şart koşulmuş olsa da; ayırt edicilik fonksiyonunu devam ettirdiklerini öne çıkarmıştır<sup>163</sup>. Bu çerçevede, Mahkeme düz paketleme düzenlemelerinin markanın ticari anlamda kullanımını önemli ölçüde azaltmış olmakla birlikte; bunun doğrudan veya dolaylı kamulaştırma sayılmayacağını, yapılan işlemin kullanımın kamu yararına düzenlenmesi olduğuna karar vermiştir<sup>164</sup>. Mahkeme, kural olarak mülkiyet hakkı kamu yararını düzenlese dahi tazminat ödenebileceğini; bunun için kamu yararı ve özel mülkiyetin korunması arasındaki adil bir dengenin kurulup kurulmadığına bakılmasının gerekli olduğunu belirtmiştir. Mahkeme yukarıda yer verilen orantılılık değerlendirmesine atıfta bulunarak, somut olayda kamu sağlığının korunması ile mülkiyet hakkının kullanımının kısıtlanması arasındaki adil dengenin doğru kurulduğunu belirterek tazminat talebini de reddetmiştir<sup>165</sup>.

159 a.g.e., para. 650-679.

160 a.g.e., para. 680-711.

161 a.g.e., para. 744.

162 a.g.e., para. 785.

163 a.g.e., para. 786.

164 a.g.e., para. 784-788.

165 a.g.e., para. 791-799.

Yüksek Mahkemenin tütün firmalarının taleplerinin neredeyse tamamını reddetmesi nedeniyle, konu tütün firmaları tarafından Temyiz Mahkemesi'ne taşınmış, ancak Temyiz Mahkemesi 30 Kasım 2016 tarihli kararı ile Yüksek Mahkeme'nin kararını onamıştır<sup>166</sup>. Bunun üzerine tütün firmaları Temyiz Mahkemesi kararını bir üst yargı mercii olan Yüce Mahkeme'ye (*Supreme Court*) taşımak isteseler de bu istek, Yüce Mahkeme'nin 11 Nisan 2017 tarihli kararı ile reddedilmiş ve Birleşik Krallık bakımından karar kesinleşmiştir<sup>167</sup>.

Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi'nin, bu incelemeye ışık tutacak tespitlerine bakıldığında ise, şu hususların öne çıktığı görülmektedir. Her şeyden önce Birleşik Krallık Mahkemesi kararında marka hakkının pozitif veya negatif hak şeklinde şekilsel ayrımı yerine, içerik olarak ne anlam ifade ettiği üzerinde durmuştur. Mahkeme işlevsel açıdan markanın ekonomik değerinin kullanım ve üçüncü kişilerin haksız kullanımlarını engelleme fonksiyonlarından kaynaklandığını vurgulamış, ancak sağlığın korunması amacıyla markanın kullanımına müdahale edilebileceğine ve bu çerçevede ülkelerin düzenlemede bulunma konusunda geniş bir takdir yetkisi olduğuna dikkat çekmiştir. Doğrudan ve dolaylı kamulaştırma iddiaları konusunda ise; Mahkemede hakim olan kanaatin mülkiyet hakkının kullanımından yoksun bırakma yerine, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak düzenlenmesi olduğu görülmektedir. Bu nedenle, gerek tazminat gerek yetki aşımı iddiaları orantılılık değerlendirmesi temelinde reddedilmiştir. Son olarak Avustralya Yüksek Mahkemesi'nde görülen davanın aksine, Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi'nde açılan davada ulusal hukuka ilave olarak AB hukuku ve uluslararası hukuka vurgu yapıldığını ve düz paketleme düzenlemelerinin AB hukukunun yanısıra, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, TKÇS ve TRIPS Anlaşmalarına uygun olduğuna karar verildiği vurgulanmalıdır.

## **V. URUGUAY'IN TEK SUNUM ZORUNLULUĞU VE UYGULAMA ALEYHİNE AÇILAN YATIRIM TAHKİMİ DAVASI**

Latin Amerika ülkeleri arasında en yüksek tütün kullanım oranına sahip olan ülkelerden birisi olan Uruguay, tütün kullanımı ile mücadele kapsamında 2008 ve 2009 yıllarında iki düzenleme kabul etmiştir. 2008 yılında, Uruguay Sağlık Bakanlığı tarafından kabul edilen tek sunum zorunluluğu düzenlemesi bir marka ailesi altında tek bir ambalajın ve tek bir ürün adının kullanılmasını zorunlu hale getirmiştir. Hakem heyeti kararına da konu olduğu şekilde tek sunum zorunluluğu şu örnekle somutlaştırılabilir: “Marlboro Red,” “Marlboro Gold,” “Marlboro Blue” and “Marlboro Green (Fresh Mint)” yerine sadece “Marlboro Red” kullanılması gibi<sup>168</sup>. Uruguay tarafından 2009 yılında kabul edilen ve 80/80 Tüzüğü olarak adlandırılan düzenleme ise, daha

166 R *British American Tobacco and others* v *Secretary of State for Health* [2016] EWCA Civ 1182

167 The Supreme Court, *Permission to Appeal Decision*, <https://www.supremecourt.uk/news/permission-to-appeal-decision-12-april-2017.html>, son erişim tarihi 12 Nisan 2017.

168 Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7 (formerly FTR Holding SA, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay), award, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7417.pdf>, para. 10.

önce tütün paketlerinin en az % 50'sini kapsamaması mecburi olan sağlık uyarılarının boyutunun % 80'e çıkarılmasını zorunlu kılmıştır.

Görüldüğü üzere, 80/80 Tüzüğü ile birlikte uygulanan tek sunum zorunluluğu, markanın kullanımı açısından düz paket düzenlemesinden daha az kısıtlayıcı bir düzenlemedir. Zira, tek sunum düzenlemesi ile tütün firmalarına tek sunum şeklinde de olsa, paketin % 20'sinde yer alan kısımda markalarını kullanma olanağı tanınmıştır. Buna mukabil, markanın kısıtlayıcı kullanımı tütün firmalarınca yeterli bulunmamış, konu iç hukukta dava edilmesinin yanısıra, 2010 yılında Philip Morris<sup>169</sup> tarafından Uruguay aleyhine Uruguay ile İsviçre arasındaki YKTK Anlaşması'na dayalı olarak ICSID tahkim süreci başlatılmıştır<sup>170</sup>. Philip Morris bahse konu düzenlemelerin YKTK Anlaşması'nın yatırımların kullanılması ve yatırımlardan istifadenin engellenmesi (madde 3.1), adil ve eşit muamele ve adaletten yoksun bırakma (madde 3.2), kamulaştırma (madde 5) ve taahhütlerin yerine getirilmesi (madde 11) hükümlerini ihlal ettiğini öne sürmüş ve ihlaller nedeniyle 22.267 milyon dolar tazminatın ödenmesini talep etmiştir. Uruguay ise, söz konusu düzenlemelerin uluslararası yükümlülüklerine uygun olarak kamu sağlığını korumak amacıyla egemenlik hakkının kullanımına ilişkin düzenlemeler olduğunu savunmuş ve davacının iddiasının reddedilerek, katlanmış olduğu masrafların ödenmesini talep etmiştir<sup>171</sup>. Uruguay söz konusu düzenlemelerin tütün firmaları arasında herhangi bir ayırımı içermediğini de not etmiştir.

Hakem heyeti bu kapsamda ilk olarak, kamulaştırma iddiasını ele almıştır. Firmaya ait mülkiyete el koyma veya mülkiyetin başka bir şekilde devlete geçirilmemiş olması nedeniyle, Philip Morris tarafından dolaylı kamulaştırma iddiasında bulunulmuştur<sup>172</sup>. Hakem heyeti, dolaylı kamulaştırmadan söz edilmesi için yatırımın değerinin önemli ölçüde azalması veya yatırımcının yatırımını kullanma veya yararlanmadan önemli ölçüde yoksun kalması gerektiğini açıklamıştır. Hakem heyeti buna mukabil, 80/80 Tüzüğü'nün markanın kullanımına kısıtlama getirirse de, % 20'lik alanda markanın hala tanınabilir şekilde kullanılabilir olduğunu belirtmiştir. Tek sunum zorunluluğunun ise, Philip Morris'in yatırımlarının toplam değerinde "ciddi bir azalmaya" neden olmadığını vurgulamıştır. Bu çerçevede Hakem heyeti, Philip Morris'in dolaylı kamulaştırma iddiasını reddetmiştir.

Hakem heyeti, incelemesini burada tamamlama imkanına sahip iken, bir adım daha öteye giderek Philip Morris'in dolaylı kamulaştırma iddiasını Uruguay'ın halk sağlığını koruma amacıyla

169 a.g.e., para. 12. Söz konusu tazminat talebine faiz ve masraflar dahil değildir. JTI tazminat talebine ilave olarak bu kalemler için de ödeme talep etmiştir.

170 Dava teknik olarak üç davacı (Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland) ("PMB"), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) ("PMP") ve Abal Hermanos S.A. ("Abal") tarafından açılmış olsa da; bunlar esas itibarıyla Philip Morris firmasının alt kuruluşları veya % 100 iştirakleridir. Bu nedenle, hakem heyeti kararında üç davacı kısaltılmış olarak Philip Morris şeklinde adlandırılmıştır. Bu çalışmada da hakem heyetinin kullanımına uygun davacıların tümü "Philip Morris" olarak adlandırılacaktır.

171 Philip Morris v. Uruguay, award, para. 13.

172 a.g.e., para. 91.

düzenleme yetkisinin bulunduğu (polis yetkisi doktrini)<sup>173</sup> gerekçesi ile de reddetmiştir<sup>174</sup>. Hakem heyeti, Uruguay'ın bu yetkisini ulusal ve aralarında TKÇS'nin de bulunduğu uluslararası yükümlülükleri temelinde iyi niyetle, ayrımcı olmayan bir tarzda ve orantılı şekilde kullandığını açıklamıştır<sup>175</sup>. Bir sonraki aşamada, Philip Morris'in, düzenlemelerin YKTK Anlaşması'nın yatırımcılara adil ve eşit muameleyi öngören 3.2. maddesini ihlal ettiği iddiası ele alınmıştır. Adil ve eşit muamele yükümlülüğünün, uluslararası teamül hukukunun bir parçası olarak, devletin yatırımcılara asgari bir koruma standardını sağlaması gerektiğine işaret ettiğini ve her bir ihlal iddiasının olay bazında incelenmesi gerektiğini açıklayan hakem heyeti, bu bakımdan Uruguay düzenlemelerini keyfilik, meşru beklenti ve hukuki istikrar kriterleri etrafında incelemiştir<sup>176</sup>. Keyfilik kriteri altında, hakem heyeti tek sunum zorunluluğunu öngören düzenlemeyi iyi niyetli olarak gerçek bir halk sağlığı sorununu makul bir tarzda ele alma girişimi olarak değerlendirmiştir. 80/80 düzenlemesini aynı şekilde iyi niyetli bir girişim olarak değerlendiren hakem heyeti, halk sağlığının korunması amacıyla sağlık uyarılarının boyutunu ayarlama konusunda ulusal otoritelerin geniş bir takdir yetkisini haiz olduğunu değerlendirmesine eklemiştir. Meşru beklenti ve hukuki istikrar kriterlerini birlikte ele alan hakem heyeti, düzenlemelerin yatırımcının meşru beklentisini ihlal etmediğini, zira devletin halk sağlığı da dahil olmak üzere kamu çıkarını gözetmek için kabul edilebilir bir değişiklik marjı içerisinde hareket ettiğini açıklamıştır.

Hakem heyeti Philip Morris'in, yatırımların kullanılmasının ve yatırımlardan istifadenin engellendiği iddiasını ise adil ve eşit muamele yükümlülüğü altında yapmış olduğu analiz kapsamında reddetmiştir<sup>177</sup>. Philip Morris'in Uruguay'ın YKTK Anlaşması'nın 11. maddesi kapsamında markanın kullanımı ve korunması konusunda üstelenmiş olduğu taahhütlerini yerine getirmediği iddiasına ilişkin olarak ise hakem heyeti, 11. maddenin ev sahibi devletin yatırım sözleşmesi gibi bir yolla yatırımcıya karşı üstlenmiş olduğu spesifik yükümlülüklerle ilişkin olduğunu, bunun ötesinde söz konusu yükümlülüğün, ev sahibi devletin yasalar ile üstlenmiş olduğu genel yükümlülükleri içermediğini açıklamıştır<sup>178</sup>. Hakem heyeti bu kapsamda, Uruguay'ın markalara ilişkin düzenlemelerinin genel fikri mülkiyet hukukunun bir parçası olduğunu, marka hakkının kapsamının yürürlükteki yasalara tabi olacağını ve değişebileceğini, ancak yasalarda yer verilen düzenlemelerin 11. madde kapsamında sözü edilen spesifik yükümlülük olarak değerlendirilemeyeceğini açıklamıştır<sup>179</sup>. Hakem heyeti son olarak,

173 Philip Morris v. Uruguay, award, para. 287-300. Polis yetkisi doktrini milletlerarası yatırım hukukunda devletin “düzenleyici yetkisi”ne işaret etmektedir. Anılan doktrin uyarınca, devletin normal şartlar altında tazmin edilebilir bir mahrumiyet oluşturan düzenlemeleri, devletin düzenlemede bulunma yetkisi nedeniyle tazmin edilmez. Devletin Düzenleyici Yetkisi konusunda ayrıntılı bir analiz için bkz. Naçacıoğlu Erden H.Z., Milletlerarası Yatırım Hukukunda Dolaylı Kamulaştırma, On İki levha Yayınları, 2015, s.330-365.

174 Erdem E., Güncel Philip Morris v Uruguay Kararı, <http://www.erdem-erdem.av.tr/yayinlar/hukuk-postasi/guncel-philip-morris-v-uruguay-karari/> son erişim tarihi 10 Temmuz 2018.

175 Philip Morris v. Uruguay, award, para. 302-307.

176 Erdem E., Güncel Philip Morris v Uruguay Kararı, <http://www.erdem-erdem.av.tr/yayinlar/hukuk-postasi/guncel-philip-morris-v-uruguay-karari/> son erişim tarihi 10 Temmuz 2018.

177 a.g.e., para. 444-446.

178 a.g.e., para. 418.

179 a.g.e., para. 481-482.

Philip Morris'in adaletten yoksun bırakma iddiasını ele almıştır. Hakem heyeti bu konuda yargı sisteminin "açık kusur" veya "sistemik adaletsizliği" gösterir açık kanıtların olması gerektiğini, Uruguay'ın düzenlemeleri ile ilgili olarak iç hukukta yaşanan bir takım çelişkili karar veya süreçlerin adaletten yoksun bırakma sayılacak ağır olmadığına karar vermiştir<sup>180</sup>.

Bu inceleme bakımından hakem heyeti kararının en önemli bölümü, dolaylı kamulaştırmaya ilişkin varmış olduğu sonuçtur. Karar iki bakımdan önem taşımaktadır. İlk olarak hakem heyeti, paketin kısıtlı bir alanında olsa (% 20) markanın kullanılabilir olduğuna dikkat çekmiştir. İkinci olarak, tek sunum zorunluluğunun Philip Morris'in yatırımlarının değerinde "ciddi bir azalmaya" neden olmadığı belirlemesini firmanın Uruguay'daki yatırımını bir bütün olarak değerlendirmek suretiyle yapmıştır. Diğer bir anlatımla, firmaya ait markaların ayrı ayrı değerlendirilmesi yerine firmanın yatırımını bir bütün olarak değerlendirilmiştir. Hakem heyetinin bu iki konu üzerindeki değerlendirmesi, düz paket düzenlemeleri ile ilgili açılacak yeni bir tahkim davasında şüphesiz göz önüne alınacaktır. Bu bakımından, tütün firmaları tümünden yasaklamanın ve ağır kısıtlamanın dolaylı kamulaştırma olduğu argümanını daha güçlü bir şekilde öne çıkarmaya gayret edecekler ve ilgili ülkede yatırımların değerinin önemli ölçüde azaldığını ispat etmeye çalışacaklardır.

## SONUÇ

Düz paket uygulamalarına karşı uluslararası ticaret ve yatırım hukuku kapsamında bugüne kadar açılan davaların tamamı tütün firmalarının aleyhine sonuçlanmış ve konuyla alakalı önemli bir içtihat oluşmuştur. Söz konusu içtihat uluslararası ticaret ve uluslararası yatırım hukuku kanadında birbirini teyit eder şekilde oluşmuştur. Halihazırdaki içtihat, sağlık gibi kamusal amaçlar ile markaların kullanımının tümünden yasaklanması veya ağır bir biçimde kısıtlanmasına yönelik düzenlemelerin yapılmasına imkan tanımaktadır.

Bununla birlikte, düz paketleme düzenlemelerinin uluslararası ticaret ve yatırım hukukuna ilişkin kurallara uygunluğu konusunda iki husus hakkında henüz tam bir netlik yoktur. Bunlardan ilki uluslararası yatırım hukuku bakımından düz paket düzenlemelerinin dolaylı kamulaştırma teşkil edip etmediği konusudur. *Philip Morris v. Uruguay* tahkim davasında Hakem heyeti, davaya konu tek sunum zorunluluğunun dolaylı kamulaştırma olmadığına karar vermiş ise de, kararda marka sahiplerinin tütün ürünleri paketlerinin % 20'lik kısmında markalarını kullanma imkânına sahip olduklarının belirtilmesi dikkat çekicidir. Bu bağlamda, şekil markalarını tümünden yasaklayan, yazıdan oluşan markaların kullanımını ise ağır bir biçimde kısıtlayan düz paket düzenlemelerinin dolaylı kamulaştırma oluşturup oluşturmadığı konusunda henüz bir karar yoktur. Bu bakımından düz paket düzenlemelerine ilişkin yeni bir tahkim davasının gündeme gelmesi ihtimal dahilindedir.

İkinci olarak, DTÖ kapsamında düz paket düzenlemelerine karşı başlatılan süreç bir kısım davacılar bakımından kesinleşmemiştir. Honduras ve Dominik Cumhuriyeti'nce başlatılan

180 a.g.e., para. 498-503, 516-536, 552-581.



temyiz sürecinde TRIPS Anlaşması 20. maddesi yeniden ele alınacaktır. Bu noktada Temyiz Organının, panel yorumundan başka bir yorumu benimsemesine olanak sağlayacak hukuki altyapı mevcuttur. Bu bakımından, DTÖ Temyiz Organının uluslararası ticaret bakımından hayati önemi haiz markaların ayırt edicilik fonksiyonunu göz önüne alarak markanın kullanımını tümünden sınırlamayan ancak kamu sağlığını da koruyan bir karar alması az da olsa ihtimal dahilindedir.

Düz paket düzenlemelerine karşı yeni bir yatırım tahkimi davasının başlatılmaması ve DTÖ Temyiz Organının Panel kararını onaması halinde ise, düz paket düzenlemelerini kabul eden ülke sayısının hızla artması ve düz paket uygulamasının tütün sektörü açısından bir standart haline gelmesi çok uzun bir zamanı almayacaktır. İlerleyen zaman içerisinde ise, düz paket düzenlemelerinin alkol, cips ve şeker gibi sağlık üzerinde olumsuz etkileri bulunan ürünlere teşmili tartışılacaktır. Bu nedenle yeni hukuki tartışmaların ve dava süreçlerinin ortaya çıkmasını beklemek yanıltıcı olmayacaktır.

**KAYNAKÇA**

- 4067 Sayılı Dünya Ticaret örgütü Kuruluş Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, RG, T.: 29 Ocak 1995 Sy.: 22186.
- Action on Smoking and Health. The Big Fight Begins. 1989 June. British American Tobacco Records. <https://www.industrydocumentslibrary.ucsf.edu/tobacco/docs/rhww0205>, son erişim tarihi 10 Ocak 2017.
- Action on Smoking and Health. Ending an Epidemic: A Manifesto for Tobacco Control. 1991 October. British American Tobacco Records. <https://www.industrydocumentslibrary.ucsf.edu/tobacco/docs/thhy0210>; son erişim tarihi 10 Ocak 2017.
- Alemanno A./Bonadio E., Do You Mind My Smoking? Plain Packaging of Cigarettes Under the TRIPS Agreement, *John Marshall Review of Intellectual Property Law*, Vol. 10, No. 3, 2011, ss.450-475.
- Australian Government National Preventative Health Taskforce, Australia: The Healthiest Country by 2020, (Australian Government Health Taskforce), <https://extranet.who.int/nutrition/gina/sites/default/files/AUS%202009%20National%20Preventative%20Health%20Strategy.pdf> , son erişim tarihi 20 Temmuz 2018.
- Australia, Tobacco Plain Packaging Act 2011, No 148, 2011; <https://www.legislation.gov.au/Details/C2016C00892>; son erişim tarihi 20 Aralık 2017.
- Baschuk B., WTO Tobacco Ruling Opens Door to New Plain-Packaging Laws, <https://www.bloomberg.com/news/articles/2018-06-28/wto-tobacco-ruling-opens-door-to-new-plain-packaging-laws> son erişim tarihi 2 Temmuz 2018.
- Bonadio E., On the Nature of Trademark Rights: Does Trademark Registration Confer Positive or Negative Rights?, *The New Intellectual Property of Health – Beyond of Plain Packaging* Alemanno A./Bonadio E. (eds.), Cheltenham: Edward Elgar, 2016, ss.43-68.
- British American Tobacco UK Ltd and others v. Secretary of State for Health, [2016] EWHC 1169 (Admin), <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Admin/2016/1169.html> son erişim tarihi 10 Temmuz 2018.
- Carvalho N. P., “The TRIPS Regime of Trademarks and Design”, Second Edition, Kluwer Law International, 2011.
- Collins D., An Introduction to International Investment Law, Cambridge University Press, 2017
- Conseil d’État, 9ème – 10ème chambres réunies, 23/12/2016, 399117, [https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do;jsessionid=909FE3026DF103CAEE31B9B74DA\\_97760.tpdlila09v\\_3?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000033685128&fastReqId=737113321&fastPos=71](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do;jsessionid=909FE3026DF103CAEE31B9B74DA_97760.tpdlila09v_3?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000033685128&fastReqId=737113321&fastPos=71); son erişim tarihi 27 Temmuz 2017.
- Correa C. M., Is the Right to Use Trademarks Mandated by the TRIPS Agreement?, South Centre Research Paper 72, 2016.
- Davison M./Emerton P., Rights, Privileges, Legitimate Interests, and Justifiability: Article 20 of TRIPs and Plain Packaging of Tobacco, *American University International Law Review* 29 No. 3, 2014, ss. 505-580.
- ECJ, Republic of Poland v European Parliament and Council of the European Union, Case C-358/14, ECLI:EU:C:2016:323.
- ECJ, Pillbox (UK) Ltd v Secretary of State for Health; Case C-477/14, ECLI:EU:C:2016:324.
- ECJ, Philip Morris Brands SARL and Others v. Secretary of State for Health, C-547/14, EU:C:2016:325.
- FCTC, Implementation Database, Updates, <http://untobaccocontrol.org/impldb/updates/>, son erişim tarihi 1 Eylül 2018

- Erdem E., Güncel Philip Morris v Uruguay Kararı, <http://www.erdem-erdem.av.tr/yayinlar/hukuk-postasi/guncel-philip-morris-v-uruguay-karari/> son erişim tarihi 10 Temmuz 2018.
- Frankel S./ Gervais D., “Plain Packaging and the Interpretation of the TRIPS Agreement,” *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 46, No. 5, 2013 ss. 1149-1214.
- Gervais D., Analysis of the Compatibility of Certain Tobacco Product Packaging Rules with the TRIPS Agreement and the Paris Convention, Report of 30 November 2010, <https://www.jti.com/sites/default/files/key-regulatory-submissions-documents/expert-reports/intellectual-property/1-gervais.pdf> son erişim tarihi 1 Ekim 2018.
- İzgi G.; Düz Paketleme (Plain Packaging) Uygulamasının Fikri Mülkiyet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, Yıl: 16 Cilt: 17 Sayı: 2015/2, Ankara, 2015, ss. 25-57.
- High Court of Australia, British American Tobacco Australasia Limited and Ors v. the Commonwealth of Australia, Case No: S389/2011.
- JTI Ireland Ltd – v – Minster for Health & ors, [2015] IEHC 481 <http://www.courts.ie/Judgments.nsf/0/68C14CFE270C72D80257E93005048D8>.
- JT International SA v. Commonwealth of Australia Case No: S409/2011, Date of Order: 15 August 2012, Date of Publication of Reasons: 5 October 2012.
- Kaya T., DTÖ Anlaşmalarının İç Hukukta Uygulanması, Legal Yayıncılık, 2015.
- Kur A., The Right to Use One’s Own Trade Mark: A Self-Evident Issue or a New Concept in German, European and International Trade Mark Law?, *European Intellectual Property Review*, 1996, ss. 198-203.
- Lalive, Memorandum from Lalive to Philip Morris International Management SA, Why Plain Packaging is in Violation of WTO members’ International Obligations under TRIPS and the Paris Convention, 23 Temmuz 2009, <http://www.tobaccolabels.ca/wp/wp-content/uploads/2013/12/Philip-Morris-Intl-Why-Plain-Packaging-is-in-Violation-of-WTO-Members%E2%80%99-International-Obligations-2009.pdf>, son erişim tarihi 3 Eylül 2018 .
- Lee-Zogbessou J., Food and drink industry could lose billions if plain packaging rule hits, <https://www.packaging-gateway.com/news/food-drink-industry-plain-packaging-rule/> son erişim tarihi 5 Eylül 2018.
- Liberman J.; Plainly Constitutional: The Upholding of Plain Tobacco Packaging by the High Court of Australia, *American Journal of Law & Medicine*, Vol. 39 No 2& 3, 2013, ss. 361-381.
- Mitchell A. D.; Australia’s Move to the Plain Packaging of Cigarettes and its WTO Compatibility, *Asian Journal of WTO & International Health Law & Policy*, 2010, ss. 405-426.
- Nalçacıoğlu Erden H.Z., Milletlerarası Yatırım Hukukunda Dolaylı Kamulaştırma, On İki levha Yayınları, 2015.
- Notice of Arbitration, Philip Morris Asia Limited v. the Commonwealth of Australia, 21 November 2011, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0665.pdf> son erişim tarihi 20 Temmuz 2017
- Özdemir Kocasakal H., Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2001
- Panel Reports Australia – Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging, WT/DS435,441,458,467/R, (Panel Raporu).
- Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7 (formerly FTR Holding SA, Philip Morris Products S.A. and Abal

- Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay), <https://www.italaw.com/cases/460>, son erişim tarihi 27 Temmuz 2017.
- Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7 (formerly FTR Holding SA, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay), award, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7417.pdf>
- Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, PCA Case no. 2012-12, Award on Jurisdiction and Admissibility, 17 December 2015, [https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7303\\_0.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7303_0.pdf), son erişim tarihi 21 Temmuz 2017.
- Physicians for a Smoke-Free Canada, The Plot Against Plain Packaging, 2008, [http://www.smoke-free.ca/pdf\\_1/plotagainstplainpackaging-apr1.pdf](http://www.smoke-free.ca/pdf_1/plotagainstplainpackaging-apr1.pdf). son erişim tarihi 1 Temmuz 2018.
- 2014/40 Sayılı AB Direktifi için Bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0040&from=EN>, son erişim tarihi 9 Nisan 2017.
- R British American Tobacco and others) v Secretary of State for Health* [2016] EWCA Civ 1182.
- Response to the Notice of Arbitration, Philip Morris Asia Limited v. the Commonwealth of Australia, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0666.pdf>, son erişim tarihi 21 Temmuz 2017.
- Sarıbeyoğlu M., Uluslararası Ekonomi Hukuku Açısından Dünya Ticaret Örgütü Gümrük Birliği ve Türkiye, Türkmen Kitabevi, 2010.
- Schreiber A., Indonesia considering new labeling rules for alcoholic beverages, 07-Jul-2014 <https://www.packaging-gateway.com/news/food-drink-industry-plain-packaging-rule/> son erişim tarihi 1 Ocak 2018.
- Statement by WHO Director-General, Dr Margaret Chan, WHO welcomes landmark decision from Australia's High Court on tobacco plain packaging act, 15 August 2012., <http://www.who.int/mediacentre/news/statements/2012/tobaccopackaging/en/> son erişim tarihi 26 Aralık 2017.
- The Standardised Packaging of Tobacco Products Regulations 2015, No. 829, [https://www.legislation.gov.uk/uksi/2015/829/pdfs/uksi\\_20150829\\_en.pdf](https://www.legislation.gov.uk/uksi/2015/829/pdfs/uksi_20150829_en.pdf) son erişim tarihi 1 Eylül 2018.
- The Supreme Court, Permission to Appeal Decision, <https://www.supremecourt.uk/news/permission-to-appeal-decision-12-april-2017.html>, son erişim tarihi 12 Nisan 2017.
- UNCTAD, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>, son erişim tarihi 3 Ağustos 2018.
- Ulusal Tütün Kontrol Programı Eylem Planı, <http://www.saglik.gov.tr/Eklenti/420,ulusal-tutun-kontrol-programi-eylem-planipdf.pdf?0> son erişim tarihi 6 Aralık 2016.
- Van den Bossche P.; The Law and the Policy of the World Trade Organization, Cambridge University Press, 2005.
- Voon T./ Mitchell, A.D., Implications of WTO Law for Plain Packaging of Tobacco Products, *Melbourne Legal Studies Research Paper* No. 55, 2011.
- WHO, Framework Convention on Tobacco Control, Guidelines for Implementation, 2013 Edition, [http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/80510/1/9789241505185\\_eng.pdf?ua=1](http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/80510/1/9789241505185_eng.pdf?ua=1) son erişim tarihi 8 Aralık 2016.
- WHO, Tobacco, The Problem, [http://www.who.int/nmh/publications/fact\\_sheet\\_tobacco\\_en.pdf](http://www.who.int/nmh/publications/fact_sheet_tobacco_en.pdf); son erişim tarihi 15 Eylül 2018.
- WHO, Plain Packaging of Tobacco Products: Evidence, Design and Implementation, 2016, FCTC, Implementation Database, Updates, <http://untobaccocontrol.org/impldb/updates/> son erişim tarihi 1 Eylül 2018.

WTO, WT/DS435/23

WTO, WT/DS441/23

WT/DS434/17, Australia–Certain Measures Concerning Trademarks and other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging Lapse of Authority for the Establishment of the Panel, Note By The Secretariat, [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FESearch/FE\\_S\\_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=229717,132459,128156,127737,124459,124313,99405,82941,88093,96905&-CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FESearch/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=229717,132459,128156,127737,124459,124313,99405,82941,88093,96905&-CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True), son erişim tarihi 1 Eylül 2018.

WTO, Procedural agreement between Australia and Ukraine, Honduras, The Dominican Republic, Cuba and Indonesia, WT/DS434/12, WT/DS435/17, WT/DS441/16, WT/DS458/15, WT/DS467/16, 28 April 2014, [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE\\_Search/FE\\_S\\_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=124313&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHash=371857150&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=124313&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHash=371857150&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True), son erişim tarihi 10 Nisan 2018.

<https://www.ab.gov.tr>

[www.legislation.gov.au/](http://www.legislation.gov.au/)

[www.who.int/fctc/about/en/](http://www.who.int/fctc/about/en/)

<https://www.wipo.int>