

FİKRÎ VE SINAÎ HAKLAR KAPSAMINDAKİ TAKLİT VE KORSAN MALLARIN GÜMRÜKLERDE GEÇİCİ OLARAK DURDURULMASI

Ayşe Saadet ARIKAN*

GİRİŞ

1980'li yıllardan itibaren büyük bir artış gösteren dünya ticaretinde, fikrî ve sınaî haklara konu mallar da önemli bir yer tutmaya başlamıştır.¹

İşte fikrî ve sınaî hakların uluslararası ticaret açısından taşıdığı bu önem, bu hakların neler olduğu, hak sahibine verdiği yetkiler, koruma süreleri, etkin bir korumanın taşınması gereken özellikler açısından yine uluslararası bir uyumlaştırmanın gereğini ortaya koymuştur. Bu uyumlaştırma uluslararası sözleşmeler aracılığı ile yapılmaya çalışılmış ve ülkeler mevzuatında gerekli değişiklikler gündeme gelmiştir.

Bu düzenlemelerde, fikrî - sınaî hakların etkin bir biçimde korunmasının, bu hakları ihlal eden taklit ve korsan malların, (henüz uluslararası ticaret alanına girmeden) gümrüklerde gerekli tedbirlerin alınarak durdurulması sureti ile olacağı vurgulanmıştır.

Bu makalede, uluslararası ticaret üzerinde olumsuz etki yaratan korsan ve taklit malların gümrüklerde durdurulması ile ilgili olarak, mevzuat uyumunu temine yönelik uluslararası düzenlemeler ve Türkiye'nin konuya yaklaşımı, beş başlık altında incelenmektedir.

Taklit ve korsan mal tanımının ardından ikinci bölümde, fikrî ve sınaî haklar konusunda mevcut uluslararası sözleşmelerin konuyu düzenleyiş şekli üzerinde durulmaktadır. Bunlar içinde en ayrıntılı düzenleme niteliğinde olan GATT - 1994 TRIPS Anlaşması hükümleri ayrıntılı biçimde irdelenmektedir.

Dünya Gümrük Teşkilatı da konuya kayıtsız kalmış ve TRIPS Anlaşması'nı temel alarak, ülkelerin gerekli mevzuat değişikliği sırasında örnek olarak dikkate ala-

* Hakim, Adalet Bakanlığı A.T. Koordinasyon Dairesi

1 Fikrî-sınaî hakların dünya ticaretindeki önemini saptayıcı doğrudan bir yöntem yoksa da; bu önem, ticaretle bağlantılı fikrî ve sınaî hak konusu malların değerinin saptanması ya da onlar için uluslararası düzeyde ödenen lisans ücretleri ile somut biçimde ortaya çıkarılabilmektedir.

bilecekleri bir **tip** mevzuat hazırlamıştır. **Üçüncü bölümde** bu Teşkilatın hazırladığı düzenlemeye yer verilmektedir.

Dördüncü bölümde ise girilen gümrük birliği ilişkisi içinde Türkiye'nin mevzuatını uyumlaştırma sırasında dikkate almak durumunda olduğu² Avrupa Birliği düzenlemeleri incelenmektedir.

Nihayet Türk mevzuatı ve gümrüklerde durdurmanın incelendiği **son bölümde** konu kapsam, karar merci, usul ve yaptırımlar açısından irdelenmektedir.

Sonuç kısmında ise genel bir değerlendirme ve Türk mevzuatı açısından önerilere yer verilmektedir.

I- TAKLİT ve KORSAN MAL KAVRAMI ve GÜMRÜKLERDE DURDURMA

Hak sahibinin izni olmadan, bir ürünün ya da işaretin benzeri ya da aynının imalatı ve kullanılması, taklit mal kavramını ortaya çıkarmaktadır. Sözlük anlamı itibarı ile her türlü takliti ifade eder görünen bu kavram, 1986'lı yıllardan itibaren hukukî düzenlemelerde, doktrinin de etkisi ile sadece **marka taklitleri** için kullanılmaya başlanmıştır. Taklit mal kavramını³ bu anlamda kullanılan ilk düzenleme A.T.'nin 3842/86 sayılı Konsey Tüzüğüdür.⁴ Bu kullanım zaman içinde benimsenmiş ve bugün, AB'nin yanısıra GATT-1994 TRIPS Anlaşması⁵ ve Dünya Gümrük Teşkilatı⁶ da ülkeler mevzuatını etkileyecek biçimde, taklit mal tabirini marka taklitleri anlamında kullanmaya başlamıştır.

Yukarıdaki açıklamaların ışığı altında **taklit mal**, tescil edildiği mallar açısından geçerli olan bir marka ile **aynı** veya ayırdedilemeyecek kadar **benzeri** olan bir işaretin, izinsiz şekilde mal veya ambalaj üzerinde kullanımı ile ortaya çıkan malları ifade eden bir kavramdır.

2 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı çerçevesinde Türk fikri ve sınai haklar mevzuatının A.T. mevzuatına uyumunun kapsamı ve takvimi açısından ayrıntılı bilgi için bkz. ARIKAN, A. Saadet: Türk Fikri - Sınai Haklar Mevzuatı Uyum ve KOBİ'ler (Gümrük Birliği ve TRIPS Çerçevesinde Değerlendirme)- TES-AR Gümrük Birliği ve TRIPS Çerçevesinde Sınai Hakların Korunması Düzenlemelerinin KOBİ'lere Etkisi Semineri, 15 Mart 1996, basılmakta olan tebliğ, sh. 1-36.

3 İngilizce **counterfeiting goods** olarak ifade edilmektedir.

4 O.J.L. 357, 18.12.1986, sh. 1.

5 TRIPS A., madde 51, daha net biçimde "counterfeit trademark goods" tabirini kullanmaktadır.

6 Eski adı Gümrük İşbirliği Konseyi olan bu Teşkilat da 1995 yılında hazırladığı "Model for National Legislation" da "**counterfeit trademark goods**" ifadesini tercih etmiştir. Bkz. 7 March 1995, IP/C/W/1.

Korsan mal⁷ kavramı ise **fikrî hukuk** çerçevesinde korunan **eser** ve komşu haklara konu olan mallar için kullanılmaktadır.⁸ AB, GATT-1994 TRIPS Anlaşması ve Dünya Gümrük Teşkilatı da korsan mal tabirini, fikrî hak konusu malların izinsiz kullanımını veya çoğaltılması anlamında benimsemiş bulunmaktadır.⁹

Bu açıklamalar çerçevesinde **korsan mal**, fikrî hak sahibinin izni olmadan orijinal bir üründen doğrudan veya dolaylı biçimde çoğaltma sonucunda, hak sahibinin eser üzerindeki hakkını veya komşu hakkını ihlal ettiği kabul edilen mallardır.

Marka ve fikrî hak sahibinin, haklarının ihlali ile ortaya çıkan taklit ve korsan mallar, ulusal ticaretin yanısıra uluslararası ticarete de konu olduğundan bunların, henüz iç piyasaya girmeden gümrüklerde durdurulması ve bu durdurma sırasında mahkemeden alınacak karar çerçevesinde yine gümrükte imha edilmesi, hem hak sahibi hem de uluslararası ticaret açısından büyük önem taşımaktadır. Bu önem GATT,¹⁰ WIPO¹¹ ve WCO¹² çerçevesinde tartışılmış ve bugün artık uluslararası düzeyde kabul edilmiş bulunmaktadır. Özellikle TRIPS Anlaşması bu ilkenin kabulünü, GATT'a taraf ülkeler açısından bir zorunluluk haline getirmiştir.

II- ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERİN KONUYA YAKLAŞIMI

1- 1883 PARİS SÖZLEŞMESİ

Patent, faydalı model, marka, endüstriyel tasarım (bir başka ifade ile endüstriyel model ve resim) gibi sınâî hakların korunması hakkında temel ilkeleri düzenleyen Paris Sözleşmesi,¹³ gümrüklerde alınacak tedbirler ile ilgili ilk uluslararası düzenlemedir.

Ancak Paris Sözleşmesi, gümrüklerde durdurma imkânını **sadece** taklit markalı mallara inhisar ettirmiş ve hukuk sistemlerinde böyle bir yolun düzenlenmediği ül-

7 İngilizce "pirated goods" olarak ifade edilmektedir.

8 İngilizce'de "piracy = korsanlık", fikrî hukuk kapsamındaki **eser**'lerin basıldığı, **komşu hakların** kaydedildiği materyalin (dergi, kitap, kaset gibi) hak sahibinin izni olmadan kullanılması ve çoğaltılmasını ifade eden bir kavramdır.

9 Bkz. AB'nin 3295/94 sayılı Tüzüğü madde 1 (O.J.L. 341, 30.12.1994, sh.8); TRIPS A., madde 51; Dünya Gümrük Teşkilatı Tıp Düzenleme Tasarısı, 7 March 1995, IP/CW/1.

10 General Agreements on Traffis and Trade = Ticaret ve Tarifeler Konusunda Genel Anlaşma.

11 World Intellectual Property Organisation = Dünya Fikrî Haklar Teşkilatı.

12 World Customs Organisation = Dünya Gümrük Teşkilatı.

13 Türkiye bu Sözleşmeye 10 Teşrinievvel 1925 tarihinde taraf olmuştur. Zaman içinde Sözleşme'de yapılan değişikliklere de katılan Türkiye, 1976 yılında yapılan son değişikliğin tamamına 23.09.1994 tarihinde taraf olmuştur.

keleri bazı kayıtlar ile bu yöntemi uygulamak açısından zorlamıştır.¹⁴ Gümrükte el koymaya alternatif olarak getirilen bu kayıtlara göre, Paris Birliği'ne üye devlet taklit markalı mallar açısından ya ithalat yasağı getirmek durumunda ya da mallar gümrükten çıkıp ulusal sınırlara girdiğinde, iç hukukta yasal yollar öngörerek bu mallara el koymak durumundadır.

Paris Sözleşmesi'ne göre, gümrükte el koyma sadece ithalat sırasında uygulanmakta olup, ihracat ve transit halindeki taklit mallar açısından böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır.

Sözleşme, gümrükte el koyma usulünün, savcı, hak sahibi veya iç hukukun öngördüğü diğer kişilerin talebi üzerine uygulanabileceğini öngörmektedir.

2- 1886 BERN SÖZLEŞMESİ

Fikrî haklar¹⁵ konusundaki temel ilkelerin saptandığı Bern Sözleşmesi,¹⁶ eser sahipleri ve komşu hak sahiplerinin haklarını ihlal eden korsan malların gümrüklerde durdurulması konusunda herhangi bir hüküm içermemektedir.

İhlal oluşturan kopyalar hakkındaki 16. madde, bu mallar hakkında uygulanacak el koyma hükmünün iç hukuk düzenlemelerine tabi olacağını belirtmiş fakat gümrüklerdeki durum açısından bir kural vaz'etmemiştir.

3- GATT - 1994 TRIPS ANLAŞMASI

Ülkeler arasındaki Gümrük tarifelerinin giderek indirilmesini, tarife dışı engellerin ise kaldırılmasını öngören GATT Anlaşması (General Agreement on Tariffs

14 Bkz. Paris Sözleşmesi madde 9. Anılan maddede konu, 6 bend halinde düzenlenmiştir.

15 Fikrî haklar, eser üzerindeki haklar ve komşu haklardan oluşmaktadır.

Eser üzerindeki haklar;

- İlim ve edebiyat eserleri (bilgisayar programları da bu grup içinde yer almaktadır),
- Müzik eserleri,
- Sinema eserleri,
- Güzel sanat eserleri ve
- İşlenmeler üzerindeki haklardan oluşmaktadır.

Komşu haklar ise;

- İcracı sanatçıların hakları,
- Fonogram (ses taşıyıcısı) yapımcılarının hakları,
- Radyo-TV gibi yayın organlarının hakları ve
- Filmin ilk tesbitini yapan film yapımcılarının haklarından oluşmaktadır. (Komşu haklarla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ARIKAN, A. Saadet: Fikrî Haklar Bağlamında Komşu Haklar ve Türkiye, İstanbul Barosu Dergisi, basılmakta olan tebliğ, 1995).

16 Türkiye bu Sözleşmeye 1.1.1952 tarihinde taraf olmuş, Sözleşme'nin 1979 Paris metnine ise 12.7.1995 tarihinde katılmıştır.

and Trade = Tarife ve Ticaret Konusunda Genel Anlaşma) 1947 yılında imzalanmıştır. Başlangıçta Fikrî ve Sınâî Hakları ayrıntılı biçimde düzenlemeyen Anlaşma, 1986 yılında Uruguay'da başlayan müzakereler sırasında bu konuyu da kapsamına almıştır, 15 Nisan 1994 tarihinde imzalanan GATT-1994 Anlaşması, kapsamının genişletilmesinin yanısıra bir de yeni örgüt kurmuştur. Dünya Ticaret Örgütü adı verilen bu örgüt nedeniyle GATT-1994 Anlaşması Dünya Ticaret Örgütü'nü kuran Anlaşma olarak da anılmaktadır.¹⁷

İşte GATT-1994 Anlaşması'nın ayrılmaz bir parçası olarak hazırlanan TRIPS Anlaşması (Trade Related Intellectual Property = Ticaretle Bağlantılı Fikrî Haklar Anlaşması) fikrî ve sınâî haklar konusunda son derece ayrıntılı hükümler getirmiştir.

TRIPS Anlaşması'nın amacı :

- Uluslararası ticaret engellerini azaltmak,
- Fikrî ve sınâî hakların etkin bir biçimde korunmasını sağlamak,
- Korumayı sağlayıcı tedbir ve usullerin ticarete engel oluşturmasını önlemek olarak vurgulanmaktadır.

İşte bu amaçların sağlanması amacı ile benimsenen ilke ve disiplinler arasında, taklit ve korsan mallar ile mücadele için getirilen **gümrüklerde geçici olarak durdurma** kuralları da bulunmaktadır.

TRIPS Anlaşması, kural olarak fikrî ve sınâî hak sahibinin başvurusu ile gümrüklerde uygulanacak olan bu tedbirle ilgili olarak :

- Kapsam,
- Karar mercii,
- Başvuru şekli,
- Teminat alınması,
- Mercî kararının niteliği ve etkisi,
- Haksız alınan kararlarda tazminat,
- Tarafların malları kontrol ve bilgi edinme hakları ve
- Yaptırımlar açısından ayrıntılı ilkeler getirmiştir.

17 GATT-1947 Anlaşması'na 1954 yılında taraf olan Türkiye, GATT-1994 Anlaşması'na 31.12.1994 tarihinden itibaren taraf olmuştur. Bkz. 29.1.1995 gün ve 22186 R.G. Anlaşma hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GATT-1994 Anlaşması'nın Kavranması, Stratejik Odak Nokta Projesi, Türk Teknoloji Vakfı, 1996 (Basılmakta olan rapor).

A- GENEL KURAL

Korsan ve taklit mallar açısından Gümrüklerin harekete geçmesi kural olarak hak sahibinin şikâyetine bağlanmış olmakla birlikte, Anlaşma'ya taraf ülkelerin tercih etmeleri halinde Gümrükler, durdurma işlemini re'sen de yapabilecektir.*

B- KAPSAM

a- Mal Açısından Kapsam

Anlaşma, gümrüklerde geçici olarak durdurma konusu yapılacak malları, kural olarak, **taklit markalı mallar ile korsan mallara** inhisar ettirmiştir. Patent, endüstriyel tasarım, coğrafi işaret, yarı iletken ürün topografyası (entegre devre topografyası)'nı içeren **diğer FSH ihlalleri ile ilgili mallar açısından** da aynı tedbirin alınabilmesi, üye devletlerin takdirine bırakılmıştır.

Taklit markalı mal, Anlaşmada, ithal ülke kanunlarına göre korunan marka ile aynı veya aslî unsurları açısından ayırt edilmeyecek kadar aynı işaretlerin izinsiz olarak konulması nedeni ile marka sahibinin haklarını ihlal eden mal olarak tanımlanmaktadır.

Korsan mal ise fikrî haklardan, hem eser üzerindeki hakları hem de komşu hakları, izinsiz çoğaltma nedeni ile, yine ithal ülke kanunlarına göre ihlâl ettiği sayılan mal olarak tanımlanmaktadır.

b- Eylem Açısından Kapsam

TRIPS Anlaşması, gümrüklerde geçici durdurma ile ilgili bu uygulamanın, taklit veya korsan malın ülkeye girişini önlemek için, kısaca ithalat halinde uygulanacağını vurgulamaktadır. Kural ithalat hali olmakla beraber üye devletler isterlerse **ihracat ve transit geçişler** açısından da aynı tedbiri uygulama hakkına sahiptir.¹⁸

c- İstisna Hali

Anlaşma, seyahat edenin şahsî eşyası olarak sayılabilecek veya küçük paketler içinde yollanıp ticarî mahiyette olmayacak kadar az sayıdaki malların üye devletlerce isterlerse, gümrükteki tedbir kapsamı dışında bırakılabileceğini vurgulamaktadır.¹⁹

* Aşağıda B ilâ J başlıkları arasındaki açıklamalar için Bkz. ARIKAN, A. Saadet: GATT-1994 Anlaşması'nın Türk Sanayi Üzerine Etkileri, Ticaretle Bağlantılı Fikrî ve Sınai Haklar Anlaşması, Türk Teknoloji Vakfı (Basılmakta olan Stratejik Odak Nokta Projesi).

18 Madde 51 / ilk ve son cümle.

19 Madde 60'da minimis kuralı.

Diğer bir istisna hali ise, diğer ülkede sahibinin rızası ile piyasaya sürülen mallar açısından getirilmektedir. Bu istisna hakkın tüketilmesi ilkesini evrensel düzeyde değil de ülkesel nitelikte kabul eden ülkeler açısından önemlidir. İlkeyi ülkesel düzeyde kabul eden ülke FSH konusu malın paralel ithalatı halinde isterse bu tedbiri uygulamayabilecektir.²⁰

Nihayet TRIPS Anlaşması tüm kontrol mekanizmalarının kaldırıldığı gümrük birliklerinde,²¹ gümrüklerde geçici olarak durdurma yönteminin, gümrük birliğine üye iki devlet arasında isterlerse uygulanmayabileceğini kabul etmiş bulunmaktadır.²²

C- KARAR MERCİİ

TRIPS, gümrüklerde geçici olarak durdurma kararı alma yetkisinin, üye devletin tercihinine göre adli veya idari bir mercie (gümrük idareleri, gümrük müdürlükleri veya Başmüdürlük gibi) verebileceğini ifade etmektedir.²³

Bu tedbirin alınmasında en önemli özelliğın sürat olması nedeni ile uygulamada bu tedbirin gümrük mercileri tarafından alındığı ve uygulandığı, tedbirin yerindeliği veya devam süresi ile, işın esasına giren bir davanın görülmesi hususlarının ise mahkemelere bırakıldığı gözlenmektedir.

D- BAŞVURU ve ÖN KARAR

Hak sahibi tarafından yazılı olarak yetkili mercie yapılacak başvuru :

- Daha ilk bakışta²⁴ ithal ülkesi kanunlarına göre ihlal olduğunu gösteren **deliller**, ve
- Malların hemen tanınması imkânını verecek derecede ayrıntıyı taşıyan **tanımını** içermek durumundadır.²⁵

Başvuru üzerine yetkili mercii önce başvurunun kabule değer olup olmadığı, başvuruyu kabul edecek idi ise, gümrük idaresinin ne kadar süre içinde harekete geçeceğini belirten bir ön kararı başvuru sahibine bildirmek zorundadır.²⁶

20 Madde 51/13 nolu dipnot. Hakkın Tüketilmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ARIKAN, A. Saadet: Fikri ve Sinaî Haklarda Hakkın Tüketilmesi: AB ve Türkiye İKV Dergisi, Nisan Mayıs 1996, sh.1-37.

21 Avrupa Birliği'nde olduğu gibi.

22 Madde 51.

23 Madde 51 / ilk cümle.

24 Prima facias.

25 Madde 52 / ilk cümle.

26 Madde 52 / son cümle.

E- TEMİNAT GÖSTERİLMESİ

a- Hak Sahibinin Teminat Göstermesi

Yetkili merci, davalıyı korumak ve kötüye kullanmaları önlemek üzere, gümrüklerde geçici olarak durdurma kararını bir teminat gösterilmesi kaydına bağlayabilir. Teminat istenmesi gümrüklerde tedbir yoluna başvuru makul ölçüler dışında engelleyici nitelikte olmamalıdır.²⁷

b- Karşı Tarafın Teminat Göstermesi

Anlaşma'da öngörülen bazı şartların gerçekleşmesi halinde, gümrükte durdurulan malların ithalatçısı, sahibi veya teslim alıcısı, teminat göstererek, bu malların serbest kalmasını sağlayabilmektedir.²⁸

F- MERCİ KARARI ve ETKİSİ

Yetkili merci (genellikle gümrük mercileri) yukardaki şartların gerçekleşmesi halinde FSH ihlal ettiği güçlü bir biçimde varsayılan malların ithalini (veya üye devletin kabulüne göre transit geçişini veya ihracatını) geçici olarak durdurma (ertelem) kararı alır. Alınan bu kararın derhal ithalatçı ve başvuru sahibine bildirilmesi gerekir.²⁹

Gümrük merciinin aldığı bu geçici durdurma kararının etkisi bildirimden itibaren 10 iş günüdür. Bazı zorunlu durumlarda bu süre 10 iş günü daha uzatılabilir. 10 iş günü içinde idareye, aşağıda H. başlığı altında belirtilen işlemlere başvurulduğu belirtilmezse, durdurma kararı ortadan kalkar ve ithalatın (veya ihracat ya da transit geçişin) diğer şartlarının tamamlanmış olması kaydı ile mallar serbest kalır.³⁰

G- MERCİ KARARINDAN SONRA YAPILACAK İŞLEMLER

Gümrük merciinin almış olduğu bu geçici durdurma kararından sonra, **hak sahibi** kendisine tebliğden itibaren 10 iş günü içinde mahkemede esas hakkında dava (yani FSH'nın ihlal edilmesi nedeni ile hukuk veya ceza davası) açmak ya da mahkemeden malların piyasaya girişini erteleyen bir tedbir kararı getirmek zorundadır.

27 Madde 53/1.

28 Ancak karşı tarafın bu şekilde teminat göstererek bazı FSH konusu malların serbest kalmasını sağlaması gümrük idaresinin durdurma kararından sonra olduğundan bu konu aşağıda "G-Merci Kararından Sonra Yapılacak İşlemler" başlığı altında incelenmiştir. Bkz. madde 53/2.

29 Madde 54.

30 Madde 55 / ilk ve son cümle.

Bunların yapılmaması halinde, gümrük merciinin almış olduğu tedbir hak sahibine tebliğinden itibaren 10'uncu iş günü sonunda ortadan kalkacaktır.

Bu konuda **davalıya tanınan hak**, hak sahibinin esas hakkında açtığı davada mahkemeden, kendisine savunma hakkı tanınarak, gümrük idaresinin geçici durdurma kararının iptali veya değiştirilmesini talep hakkıdır.³¹

TRIPS Anlaşması bazı hallerde karşı tarafın (malların sahibi, ithalatçısı veya alıcısının) durdurma kararına karşı göstereceği **teminat** ile bazı malların serbest kalabileceğini öngörmektedir.³² Anlaşma'da teminat yatırılarak serbest kalacak malların patent, endüstriyel tasarım, yarı iletken ürün topografyası ve gizli bilgilere konu mallar olduğu vurgulanmaktadır. Keza bu yoldan yararlanmak için geçici olarak durdurma kararının (mahkeme değil) gümrük mercii tarafından alınmış olması ve hak sahibinin 10 iş günü içinde mahkemeden tedbir kararı getirmemiş olması şartları aranmaktadır.

H- HAKSIZ DURDURMA KARARI NEDENİ İLE TAZMİNAT

İthalatçı, mal sahibi veya malın teslim alıcısı, malların haksız olarak durdurulması, veya serbest kalması gereken³³ malların alıkonulması nedeni ile uğradıkları zararın, başvuru sahibi tarafından tazmin edilmesini mahkemeden talep edebilirler. Burada başvuru sahibinin kusurlu davranışı esas olacaktır.³⁴

I- KONTROL VE BİLGİ EDİNME HAKKI

Hak sahibi, yapacağı başvuruda ilk bakışta ihlâl olduğunu gösterecek deliller ve malların teşhisine imkân verecek derecede ayrıntılı bir tanım yapmak durumunda³⁵ olduğundan gümrük idareleri, ona bu fırsatı tanıyacak şekilde bir kontrol ettirme imkânı tanımak zorundadır. Ancak bu kontrol sırasında gizli bilgilerin korunması ilkesine riayet edilmek gerekmektedir.

Aynı hak, ithalatçıya da tanınmak durumundadır.

Hak sahibinin esas hakkında açtığı davanın kabul edilmesi halinde gümrük idaresince, anılan malları gönderenin, ithalatçının ve alıcının ad ve adreslerinin hak sahibine bildirilmesi gerekmektedir.³⁶

31 Madde 55 / üçüncü cümle.

32 Bkz. yukarıda E. Teminat gösterilmesi başlığı altındaki açıklamalar ve Madde 53.

33 Bkz. Madde 55.

34 Madde 56.

35 Bkz. Madde 52.

36 Madde 57.

İ- YAPTIRIMLAR

Hak sahibi tarafından açılacak davalarda mahkeme, ihlal konusu malların imhasına veya ticaret kanalları dışına çıkarılmasına karar verecektir.³⁷

Taklit markalı mallar açısından, bunların değiştirilmemiş biçimde yeniden ihracatına izin verilmeyecek veya bunlar farklı gümrük usulüne tabi tutulmayacaktır.³⁸

J- GÜMRÜK İDARESİNİN RE'SEN HAREKETE GEÇMESİ HALİ

TRIPS Anlaşması gümrük idarelerine, hak sahibinin başvurusu olmadan, kendiliğinden harekete geçme zorunluluğu yüklememektedir. Buna rağmen bir üye devletin gümrük idaresine bu şekilde hareket etme yetkisi tanınması mümkündür.

Gümrük idarelerinin re'sen harekete geçebildiği durumlarda aşağıdaki hususlara dikkat edilmesi gerekmektedir.³⁹

– Her şeyden önce ilk bakışta FSH ihlali olduğunu gösterecek açıklıkta deliller olmalıdır.

– Gümrük idaresi hak sahibinden, **her zaman** bilgi isteme hakkına sahiptir.

– İdarenin aldığı geçici durdurma kararı, **derhal** hak sahibi ve ithalatçıya bildirilmelidir.

– İthalatçı bu karara karşı, yukarda G. bendindeki işlemlere başvurabilmelidir (ki bu durum Anlaşma'nın 55. maddesindeki hallere karşılık gelmektedir).

– İdarenin ve görevlilerin geçici durdurma işleminden doğan sorumluluktan kurtulmaları ancak iyi niyetli olmaları halinde mümkün olmalıdır. (TRIPS, durdurma işleminin hak sahibinin şikâyeti üzerine yapılması halinde, gümrük idaresi ve görevlilerinin sorumluluğuna ilişkin bir kural getirmemiştir.)

III- DÜNYA GÜMRÜK TEŞKİLATI'NIN KONUYA YAKLAŞIMI

Eski adı Gümrük İşbirliği Konseyi olan (Customs Cooperation Council) Dünya Gümrük Teşkilatı, TRIPS Anlaşması'ndaki ilkelerden hareketle, bu konuda mevzuat düzenleyecek ülkelere yardımcı olmak üzere 1994 yılında bir çalışma başlatmıştır. Çalışma esas itibarı ile, Teşkilatın bu konuda 1988 yılında hazırladığı model mevzuatın⁴⁰, TRIPS çerçevesinde bir gözden geçirilmesi niteliğindedir.

37 Bu yaptırımlarda Anlaşma'nın 46. maddesinde belirtilen ilkeler gözetilecektir. Bu ilkeler arasında, ihlalin ciddiliği ile, yaptırım ve üçüncü kişilerin çıkarları arasında oransallık olması bulunmaktadır. Ayrıca taklit mallarda markanın sökülmesi, yeterli bir yaptırım olarak görülmemiştir.

38 Madde 59. Madde, yukardaki durumların istisnalarının olabileceğini de kabul etmiş bulunmaktadır.

39 Madde 58/a, b ve c bendleri.

40 "1988, Model for National Legislation to Give the Customs Powers to Implement Trademark and Copyright Legislation."

Dünya Ticaret Örgütü Sekreteryası'nın da gözlemci olarak izlediği bu çalışma sonunda Teşkilatın, Teknik ve İcra Komiteleri 27 madde ve beş kısımdan oluşan bir Model Mevzuat Tasarısı hazırlamıştır.⁴¹

Model Mevzuat Tasarısı'nın ilk iki kısmında ülkelere değişik durumlara göre alternatifler sunulmuşken, son kısımlar ülkelerin alternatifsiz benimsemeleri gereken hükümlerden oluşmaktadır.

Dünya Gümrük Teşkilatı bu Tasarı'yı hazırlarken aşağıda belirtilen dört ilkeyi dikkate almıştır:⁴²

1- Taklit ve Korsan mallar ile mücadelede gümrüklerin çok önemli bir rolü olmakla birlikte, mal ticaretine zarar vermemek için bu rolün çok net biçimde belirlenmesi gerekmektedir. Teşkilat Tasarıda, gümrüklere verilen bu net rolde, sınırlama eğilimli değişiklikler önermiştir.

2- Taklit ve Korsan mallar ile mücadelede aslı sorumluluk hak sahibine aittir. Gümrüklerin rolü, hak sahibine bu korumada yardımcı olmak niteliğinde olmalıdır.

3- Ülkeler, Gümrüklerin bu yardımcı olma fonksiyonunun başarılı olması için Gümrüklere kaynak sağlanması gerektiğini gözardı etmemelidir.

4- Mallar Gümrükte bekletildiği sırada, mahkemede esas hakkında açılan davalarda verilecek yaptırımlar, olağan ihlal davalarında verilecek yaptırımlardan farklı olmamalıdır.

A- BAŞVURU ve YAPILACAK İŞLEMLER

Tasarı, durdurma işlemi için prensip olarak hak sahibinin yazılı olarak başvurusunu öngörmektedir.⁴³

Kapsam açısından ise tamamen TRIPS yaklaşımı benimsenmiş, esas itibarı ile marka, eser ve komşu hakları ihlal eden taklit ve korsan mallar düzenlenmiş; diğer haklar ülkelerin tercihine bırakılmıştır. Yalnız TRIPS'ten farklı olarak, inhisarî lisans sahiplerinin de hak sahibi sıfatı ile başvurabilecekleri vurgulanmıştır.⁴⁴

Eylem açısından kapsam⁴⁵ ve istisna⁴⁶ hallerinde de TRIPS esas alınmıştır.

41 Bkz. "Draft Model for National Legislation to Give the Customs Powers to Implement the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights", 7 March 1995, IP/C/W/1.

42 Bkz. A.g.T., Annex I, Introduction, sh. 4-5.

43 A.g.T., madde 6.

44 A.g.T., madde 2.

45 Madde 4.

46 Madde 25.

Tasarı, başvuruların yapıldığı ve başvuru hakkında karar verecek ulusal bir merkezî sistemin tesisinin, etkinlik açısından yararını vurgulamıştır.⁴⁷

Başvurunun, yazılı olması, hakkın varlığını gösteren uygun delilleri içermesi ve ihlali ile ilgili prima facie delilleri içermesi (hakla ilgili tescil belgesi, fotoğrafı, numunesi, başvuru sahibinin kimliği, adresi, vekâletnamesi; ihlal eden malın tanımı, fotoğrafı, numunesi; ithalatçı veya mal gönderilenin kimliği, adresi; malı taşıyan araç türü ve taşıyıcının kimliği; malın hangi gümrükten gireceği, gümrüğe muhtemel varış tarihi gibi)⁴⁸ gerekmektedir.

Başvuruda ayrıca, gümrükten istenen durdurma süresinin belirtilmesi vurgulanmış, bu sürenin uzatılabileceğine de değinilmiştir. Hak sahipleri ayrıca, marka veya fikrî hakkın ne zaman sona ereceğini de gümrüğe bildirmek durumundadır.⁴⁹ Tüm bu hususların bir form şeklinde Gümrük idaresince önceden hazırlanabileceği ve idarenin, yaptığı hizmetler karşılığında ücret talep edebileceği vurgulanmıştır.⁵⁰

Başvuru sahibi, başvurusunda, haksız bekletilmeden dolayı Gümrüğün sorumlu tutulmayacağını ve karşı tarafın zararını ödeyeceği taahhüdünde bulunmak durumundadır.⁵¹

B- BAŞVURU HAKKINDA KARAR

Başvuru üzerine yetkili merci (Gümrük İdaresi veya Gümrük Müdürlüğü / Başmüdürlüğü) başvuru hakkında (kabul, red veya eksiklik varsa bununla ilgili) kararı ve geçerli olacağı süreyi belirtmek ve bunu derhal başvuru sahibine bildirmek durumundadır.⁵² Yetkili kılınan Gümrük mercii başvuru sahibinden karşı tarafı koruyucu (ki bu, durdurma usulünün uygulanmasını makul sınırlar dışında engellemeyecek nitelikte olmalıdır.) bir teminat isteyebilir.⁵³

Kabul kararı üzerine, belirtilen süre mallar bekletilir ve durum derhal ithalatçı ve başvuru sahibine bildirilir. (Başvuru sahibinin kimliği ve adresi ithalatçıya bildirilirken⁵⁴; ihracatçı, ithalatçı ve taşıyıcının kimlik ve adresleri ve mal miktarı hak sahibine bildirilir.⁵⁵

47 Madde 5, "note" bölümündeki açıklamalar.

48 Madde 6, "note" bölümündeki açıklamalar.

49 Madde 5.

50 Madde 7.

51 Madde 8.

52 A.g.T., madde 9.

53 Madde 10.

54 Madde 11.

55 Madde 15.

Gizli bilgilere halel gelmemek kaydı ile Yetkili Gümrük İdaresi hak sahibinin, ithalatçının ve ihracatçının, bekletilen malları incelemesine, test, analiz için örnek almasına izin verebilir.⁵⁶ Hatta hakkın ihlaline ilişkin olarak kendisinin bildirilmesi gereğine inandığı diğer bilgileri de hak sahibine sağlayabilir.⁵⁷

C- GÜMRÜK İDARESİNİN BİLDİRİMİ ÜZERİNE YAPILACAK İŞLEMLER

Durdurma (bekletme) kararının bildirimden sonra davalı taraf dışındaki bir kişi (hak sahibi, başvuru sahibi), 10 gün içinde (ki bu süre gerekli hallerde 10 gün daha uzatılabilir) :

- Esas hakkında dava açtığını belirtmez veya
- Mahkemeden durdurma (bekletme) süresini uzatan geçici tedbir kararı getiremezse mallar, hakkındaki normal gümrük işlemleri tamamlanarak, serbest bırakılır.

Esas hakkında dava açılması halinde davalının, mahkemeden, durdurma ile ilgili bir tedbir kararı vermesini isteme yetkisi vardır.

Mahkemeden tedbir kararı alınması halinde, esas hakkındaki davanın ya mahkeme kararında belirtilen süre içinde ya da bu belirtilmemiş ise 20 iş günü veya 31 takvim günü içinde açılması gerekir.⁵⁸

Dünya Gümrük Teşkilatı da anılan Tasarı'da, TRIPS Anlaşması'nın (53/2. maddesinde belirtilen) karşı tarafın teminat yatırarak malların serbest kalmasını sağlama hakkını tasarım, patent, yarı iletken ürün topografyaları ve sırların ihlali hallerine ihisar ettirmiştir.⁵⁹

D- GÜMRÜK İDARESİNİN SORUMLULUĞU

Tasarı, TRIPS Anlaşması'ndan farklı olarak Gümrük İdaresinin:

- İhlal eden malları araştırma - inceleme hatasından,
- **Tedbirsizlikle**, durdurması gereken malları bırakmasından ve
- Mallarla ilgili **iyiniyetli** eylemlerinden sorumlu olmadığını vurgulamıştır.⁶⁰

56 Madde 13.

57 Madde 14.

58 Madde 12 a ve b bendleri. Bu süreler TRIPS Anlaşması'nın 50/6 maddesinde belirtilen sürelerdir. Bu konuda Türk mevzuatı, HMUK'nun 109. maddesinde tedbir kararından sonra 10 gün içinde dava açılmazsa tedbirin, davalı talep etmese de kendiliğinden kalkacağını belirtmektedir.

59 A.g.T., madde 12/c. Aslında gerek TRIPS, gerek Dünya Gümrük Teşkilatı'nın Tasarısı, davalının teminat yatırması ile ilgili bu hükümlerinde yeteri kadar açık ifadeler kullanmamıştır. Eleştirii için bkz. Türk Teknoloji Vakfı Raporu, Ticaretle Bağlantılı Fikri - Sınâî Haklar Bölümü.

60 Madde 16.

Hatalı durdurma veya dava açılmadığı ya da tedbir kararı alınmadığı hallerdeki durdurma hallerinde, ithalatçı, ihracatçı veya taşıyıcının bu yüzden doğan zararının başvuru sahibi tarafından ödenmesi öngörülmektedir.⁶²

Tasarı Gümrük İdaresi'nin re'sen harekete geçtiği durumlarda, idarenin sadece, iyiniyetli eylemlerinden sorumlu olmayacağını, yani tedbirsizlik halleri ve kasıtlı eylemlerden sorumlu olduğunu vurgulamıştır.⁶³

E- GÜMRÜK İDARESİNİN RE'SEN HAREKETE GEÇMESİ

Tasarı, bu yöntemin tercih edilmesi halinde gümrük idaresinin hizmetleri için ücret talep edemeyeceğini belirtmiştir.⁶⁴

F- YAPTIRIMLAR

Tasarı, TRIPS Anlaşması'nda olduğu gibi imha ve ticaret kanalları dışına çıkarma yaptırımlarını vurgulayarak, bu yaptırımlar yerine malın, yeniden ihracat veya farklı bir gümrük işlemine tabi tutulmaması gereğine değinmiştir.⁶⁵

G- ULUSLARARASI İŞBİRLİĞİ

Tasarı, her ülkenin, ihlaller ile ilgili olarak bir bağlantı mercii saptaması ve ülkeler arası bilgi değişiminin bu kurum aracılığı ile gerçekleştirilmesini öngörmüştür.⁶⁶

IV- AVRUPA BİRLİĞİ'NİN KONUYA YAKLAŞIMI

1- AT'NUN KONU İLE İLGİLİ MEVZUATI

Avrupa Birliği'nin bu konudaki ilk düzenlemesi 1986 yılında hazırlanan 3842/86 sayılı Tüzük ile bu Tüzüğün uygulanması için çıkarılan 3077/87 sayılı Tüzüktür.⁶⁷

61 Hatalı durdurma, esasa ilişkin kararda malın taklit veya korsan mal olmadığı belirtilmesine rağmen, malların bekletilmesi, durdurulması hali olarak tanımlanmıştır.

62 Madde 17.

63 Madde 23.

64 Madde 20.

65 Madde 24.

66 Madde 26.

67 Bkz. sırası ile O.J.L. 357, 18.12.1986 sh. 1 ve O.J.L. 291, 15.10.1987, sh. 19.

3842 sayılı Tüzük, sadece taklit marka açısından gümrüklerde durdurma tedbirini ve uygulanma şartlarını düzenlemiştir.

1986 yılından itibaren gerek A.T. içinde gerek dünyada gerçekleşen gelişmeler, konunun yeniden gözden geçirilmesine neden olmuştur. Bu gözden geçirme sırasında, komşu hak ve eser sahibinin yetkilerini ihlal eden korsan malların neden olduğu zarar, incelemenin hareket noktasını oluşturmuştur. Bu nedenle 1994 yılında başlatılan çalışmalarda 3295/94 sayılı Tüzük ile bu Tüzüğün uygulanma şartlarını düzenleyen 1367/95 sayılı Tüzük hazırlanmış⁶⁸ ve önceki iki Tüzük yürürlükten kaldırılmıştır. Son iki Tüzük, 1.7.1995 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiş bulunmaktadır.

2- 3295/94 SAYILI KONSEY TÜZÜĞÜ

A- GENEL KURAL

Tüzük, taklit ve korsan mallar hakkındaki durdurma işlemi için prensip olarak hak sahibinin yazılı başvurusunu aramaktadır.⁶⁹ Ancak gümrükteki normal işlemler sırasında malın taklit veya korsan mal olduğu aşikâr ise, Gümrük İdaresi durumdan hak sahibini haberdar etmektedir. Bu bildirimden itibaren 3 gün içinde hak sahibi yazılı olarak Gümrüğe başvurmazsa, idarenin normal gümrük işlemlerine devam etmesi öngörülmüştür.⁷⁰

B- KAPSAM

a- Mal Açısından Kapsam

Tüzük, taklit ve korsan malları kapsamaktadır. Taklit ve korsan mal tanımı TRIPS Anlaşması'ndan esinlenmiştir. Ancak tanım biraz daha ayrıntılı yapılırken, korsan mal tâbirine eser ve komşu hakların yanısıra **tasarım hakkını** da ihlal eden mallar dahil edilmiştir.⁷¹

Bu açıklamaların ışığı altında :

Taklit mal, markanın aynının veya ayırt edilemeyecek derecede benzerinin tescil edildiği mallar açısından izinsiz kullanımı sonucunda ortaya çıkan malları; bu markayı taşıyan etiket, logo, stiker, broşür, kullanma klavuzu, garanti belgesini; maldan

68 Bkz. sırası ile O.J.L. 341, 30.12.1994, sh. 8 ve O.J.L. 133, 17.6.1995, sh. 2.

69 3295/94 S. Tüzük, madde 3/1.

70 3295/94 S. Tüzük, madde 4.

71 3295/94 Sayılı Tüzük, madde 1.

ayrı sunulan ve taklit markayı taşıyan ambalajı ve nihayet taklit marka üretmek için kullanılan matris ve kalıpları (bunların kullanımı sonucunda ihlal eylemi gerçekleşecek idi ise) ifade etmektedir.⁷²

Korsan mal ise eser üzerindeki hakları, komşu hakları ve tasarım üzerindeki hakları ihlal eden ve bu haklara konu malları üretmek için kullanılan matris ve kalıpları kapsamaktadır.⁷³

Tüzük, **hak sahibi** kavramının, marka, tasarım, eser ve konusu hak sahibini ifade ettiğini ayrıca bu kişilerin sözleşme ile devir yaptığı kişileri ve temsilcilerini de kapsadığını vurgulamaktadır. Buradaki temsilciler arasında özellikle eser ve komşu hak sahipleri ile ilgili Meslek Birlikleri de bulunmaktadır.⁷⁴

Tüzüğün giriş bölümünde zaman içinde edinilecek deney ile diğer sınaî hakların (patent, faydalı model, coğrafi işaret, yarı iletken ürün topoğrafyaları gibi) da tüzük kapsamına alınma olasılığından bahsedilmiştir.⁷⁵

b- Eylem Açısından Kapsam

Tüzük, taklit ve korsan malların gümrüklerde durdurulmasının **ithalat, ihracat** ve 2913/92 Sayılı Topluluk Gümrük Kodu Tüzüğü'nün 84/1 (a) maddesinde öngörülen "**erteleme usulü**" sırasında uygulanacağını öngörmüştür.⁷⁶

c- İstisna Hali

Tüzük, TRIPS Anlaşması'na paralel olarak hakkın tüketilmesi halinde⁷⁷ ve yolcu beraberindeki ticarî olmayan şahsî eşyaya⁷⁸ uygulanmayacaktır. TRIPS Anlaşması'ndan farklı olarak akte aykırılık halleri de açıkça kapsam dışına alınmış; öte yandan posta yolu ile gönderilen az miktardaki taklit veya korsan mal, ticarî mahiyette olmasa dahi istisnalar arasında sayılmamıştır.⁷⁹

72 3295/94 S. Tüzük, madde 1/2 (a) ve madde 3.

73 A.g.Tüz., madde 1/2 (b) ve madde 3.

74 Bkz. 1367/95 sayılı Uygulama Tüzüğü, madde 1.

75 Bkz. Giriş kısmı 18. paragraf.

76 3295/94 Sayılı Tüzük, madde 1/1 (a).

77 3295/94 Sayılı Tüzük, madde 1/4.

78 A.g. Tüzük., madde 10.

79 3295/94 Sayılı Tüzük, madde 1/4 ve madde 10. TRIPS için bkz. yukarda sh. 5'teki açıklamalar.

C- KARAR MERCİİ

Tüzük, başvurunun yöneltileceği ve başvurudaki talep hakkında karar verecek merciin, gümrük kapısındaki gümrük idaresinden (Customs Office) ziyade, bu idarenin bağlı olduğu Gümrük Müdürlüğü veya Başmüdürlüğün (Customs Service) olmasını öngörmüştür.⁸⁰

D- BAŞVURU, DEĞERLENDİRİLMESİ ve KARAR

Yazılı olarak Gümrük Müdürlüğüne / Başmüdürlüğüne hak sahibi tarafından yapılan başvuruda⁸¹ :

- Teşhis için malların ayrıntılı tanımının,
- Başvuruyu yapanın hak sahibi olduğunun⁸²,
- Malın değeri, ambalajı, onu korunan mallardan ayırdedici bilgilerin (ki bunlar Gümrük İdaresi'nin fazla çaba sarfetmeden kuşkulanan malları tesbit edici nitelikte bilgilerdir)⁸³,
- Korsan mallar açısından mümkünse, malın gideceği yeri, ambalajı hakkında tanıtıcı bilgiyi, gümrüğe varış ve ayrılış tarihini, ulaşım aracını, ithalatçı, ihracatçı veya malı elinde bulunduranın kimliğinin,
- Gümrük mercilerinin harekete geçmeleri gereken sürenin, belirtilmesi gerekmektedir.

Başvuruyu alan Gümrük Müdürlüğü / Başmüdürlüğü önce başvurunun kabul edilebilirliği açısından bir ön karar vermektedir. Başvuruyu kabul ederse, ilgili gümrük idaresinin malları ne kadar süre bekleteceğini de kararında belirtir ve bunu yazılı olarak başvuru sahibine bildirir. İşte bu sırada, başvuru sahibinin talebi ile bu süre uzatılabilecektir.

Başvurunun reddi kararının gerekçeli olması ve itirazının da mümkün olması gerekmektedir.⁸⁴

80 A.g. Tüzük. Bu sonuç 5 ve 6. maddelerin birlikte değerlendirilmesinden ortaya çıkmaktadır. Ayrıca Tüzük 3/8. madde de bu hususu açıkça vurgulamış ve üye devletlerin bu birimleri önceden belirlemeleri gereğine değinmiştir.

81 3295/94 Sayılı Tüzük, madde 3.

82 Hak sahipliği, marka ve tasarım açısından tescil belgesi veya başvuru belgesi ile, fikri haklar açısından ise herhangi bir isbat aracı ile isbatlanabilir. Vekil veya diğer izin verilen kişiler yukardaki hususlara ilavelen vekâletname veya sözleşmeyi ibraz etmek durumundadır. Bkz. 1367/95 sayılı Uygulama Tüzüğü madde 2.

83 1367/95 Sayılı Tüzük, madde 3.

84 3295/94 Sayılı Tüzük, madde 3/5.

E- TEMİNAT GÖSTERİLMESİ

Gümrük Müdürlüğü / Başmüdürlüğü, başvuru dilekçesini alırken veya başvuru hakkında kabul kararı verirken, başvuru sahibinden, haksız çıkması halinde karşı tarafın zararına güvence olarak, bir teminat yatırmasını isteyebilecektir.⁸⁵

F- MERCİ KARARINDAN SONRA YAPILACAK İŞLEMLER

a- Kararın Bildirimi

Gümrük Müdürlüğü / Başmüdürlüğü vermiş olduğu kararı derhal ilgili gümrük kapısının olduğu yerdeki gümrük idaresine bildirir.⁸⁶

Bu bildirim alan gümrük idaresi gerekirse başvuruyu yapan kişi ile de görüşerek, gümrükteki mal, kararda geçen taklit veya korsan mal ise bu malları gümrükte durdurur.

b- Durdurma Eyleminin Bildirimi

Gümrük İdaresi bu durdurma (bekletme) eylemini derhal hem kararı veren Gümrük Müdürlüğüne / Başmüdürlüğüne hem de beyan sahibi ile başvuru sahibine bildirir. Başvuru sahibine yaptığı bildirimde, malı gümrüğe getiren beyan sahibinin (veya taşıyıcının) kimlik ve adresini (sırların korunması ilkelerini de gözeterek) bildirir. İdare bunları teminen malın muayenesi imkânını sağlar, inceleme açısından mallardan numune de alabilir.⁸⁷

c- Mahkemeye Başvuru

Gümrük İdaresi'nin durdurma işleminin tebliğinden itibaren 10 gün içinde

– Esas hakkında karar verilmek üzere mahkemeye başvurulduğu, anılan İdareye bildirilmez veya

– Mahkemeden, durdurmanın devamına ilişkin tedbir kararı getirilemezse; bekletme durumu ortadan kalkar, normal gümrük işlemlerine devam edilir.⁸⁸

85 3295/94 Sayılı Tüzük, madde 3/6.

86 A.g. Tüzük, madde 5.

87 A.g. Tüzük, madde 6.

88 A.g. Tüzük, madde 7/1.

d- Davalının Teminat Göstermesi

Tasarımla ilgili bir durdurma eyleminde 10 günlük süre içinde Mahkemeye gidilmesine rağmen Mahkeme bu süre dolduğu halde tedbir kararı almamış ise, malın ithalatçısı veya taşıyıcısının teminat yatırması ve tüm gümrük formalitelerinin tamamlanması kaydı ile gümrükte bekletme kararı kaldırılır.

Teminatın başvuru sahibinin çıkarlarını koruyucu nitelikte olması gerekmektedir.

Teminat üzerine bekletme kararının kaldırılması üzerine, hak sahibi esasa ilişkin bir dava açmaz ise davalının teminatı serbest kalacaktır.⁸⁹

G- MAHKEME KARARI ve YAPTIRIMLAR

Esas hakkında karar verecek olan mahkeme, aldığı kararı derhal Gümrük İdaresi'ne bildirmek durumunda olup, davada normal olarak bu haklara tecavüz ile ilgili davalarda uyguladığı kuralları uygular ve kararlarını gerekçeli olarak verir.⁹⁰

Mahkeme, malın taklit ve korsan mal olduğuna karar verirse, malın imhasına, ticaret alanı dışına çıkarılmasına karar verir (bunları teminen başvuru sahibine de teslim edebilir).⁹¹

Tüzük, anılan malların ithalat ve ihracatının, istenirse suç sayılarak cezai yaptırıma da bağlanabileceğini öngörmüştür.⁹²

H- GÜMRÜK İDARESİNİN SORUMLULUĞU

Tüzük, üye devletlere farklı bir yaklaşımı benimseme hakkı tanımakla birlikte kural olarak Gümrük Müdürlüğünün bir başvuruyu kabul etmiş olmasının; daha sonra mallar Gümrük İdaresince incelenmez, serbest bırakılır ya da durdurulmazsa, bunun bir tazminat nedeni sayılmayacağını vurgulamıştır.⁹³ Aynı şekilde Gümrük Mercilerinin durdurma ile ilgili işlemlerinden doğan kayıp ve zararlardan da sorumlulukları olmadığı belirlenmiştir.⁹⁴

89 3295/94 Sayılı Tüzük, madde 7/2.

90 A.g. Tüzük, madde 6/2.

91 A.g. Tüzük, madde 8.

92 A.g. Tüzük, madde 11.

93 A.g. Tüz., madde 9/1.

94 A.g. Tüz., madde 9/2.

I- ÜYE DEVLETLER ARASI İŞBİRLİĞİ ve BİLGİ ALIŞVERİŞİ

Tüzük, bu konudaki mevzuat ve uygulamanın Komisyon'a bildirilmesini öngörmektedir. Komisyon da bu konudaki bilgiyi diğer üye devletlere aktarmak durumundadır. Tüzük'te ayrıca, üye devlet idarî mercileri arasında karşılıklı yardım ve işbirliği önerilmiştir.⁹⁵

Komisyon bu Tüzüğün uygulanması hakkında, 1.7.1997 tarihinde Avrupa Parlamentosu ve Konsey'e bilgi verecek, değişiklik önerisi götürebilecektir.

V- TÜRK MEVZUATI ve GÜMRÜKLERDE DURDURMA

Gümrüklerde durdurma konusu Türk mevzuatında ikili bir yaklaşım çerçevesinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Konu hak sahibinin bir yetkisi olarak, **sinaî hak mevzuatından** marka, tasarım ve coğrafi işaret KHK'lerinde düzenlenmiştir. **Fikrî haklar** ile ilgili 5846 sayılı FSEK'nda böyle bir yetkiden bahsedilmemiştir. (Fakat FSEK'na giren haklardan, Gümrük Kanunu'nda değişiklik yapan 564 sayılı KHK'da söz edildiğinden, fikrî haklar ile ilgili korsan mallar da durdurma kapsamı içindedir.)

Konu daha sonra 01.01.1996 tarihi itibarı ile yürürlüğe giren ve 1615 Sayılı Gümrük Kanunu'nun 21. maddesini yeniden düzenleyen, **564 Sayılı KHK'nin 4. maddesinde** (fikrî haklar ile sinaî hak grubundan marka, tasarım ve coğrafi işareti kapsayacak biçimde) yeniden vurgulanmıştır.⁹⁶

Gümrük Müsteşarlığı, 01.01.1996 tarihinde yürürlüğe giren **Yönetmelik**⁹⁷ ile gümrüklerde durdurma konusunda, Gümrük Kanunu'nun 21. maddesinin uygulanma şartlarını düzenlemiş bulunmaktadır.

1- SINAÎ HAK MEVZUATI (554, 555 ve 556 Sayılı KHK'ler)

Türkiye 554, 555 ve 556 sayılı KHK'lerde⁹⁸ sırası ile (ithalat ve ihracat sırasındaki) tasarım, coğrafi işaret ve marka ihlali hallerinde, hak sahibinin başvurusu üzerine, Gümrük İdarelerinin tedbir niteliğinde el koyma (durdurma) yetkisinden bahsetmiş ve uygulamanın bu konudaki mevzuatta düzenleneceğini belirtmiştir.

95 3295/94 S. Tüzük, madde 14. Bu bildirimler arasında, yetkili Gümrük Müdürlüklerinin isimleri; başvurular hakkında (hak sahibinin kimliği, adresi, malların tanımı, ne tür işlem yapıldığını içerecek şekilde) yıllık listeleri bulunmaktadır. Bkz. 1367/95 sayılı Uygulama Tüzüğü, madde 5.

96 564 Sayılı KHK için bkz. 26.07.1995 gün ve 22395 sayılı R.G.

97 Bkz. 1615 Sayılı Gümrük Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Gümrük Yönetmeliğinin Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu Yönetmeliğe Bazı Maddeler ile 64, 65 ve 66 Numaralı Ek'lerin İlavaya Edilmesine İlişkin Yönetmelik, 29 Aralık 1995 gün ve 22508 sayılı R.G.

98 Bkz. 27.6.1995 gün ve 22326 Sayılı R.G.

Tasarım, coğrafi işaret ve marka KHK'lerinin sırası ile 66, 37 ve 79. maddelerinde ayrıca, İdarenin bu kararının tebliğinden itibaren 10 gün içinde esas hakkında dava açılmaması veya mahkemeden tedbir niteliğinde karar alınamaması halinde, durdurma kararının ortadan kalkacağı vurgulanmıştır.

2- GÜMRÜK KANUNU'NDA DEĞİŞİKLİK YAPAN 564 SAYILI KHK

A.T.'nin 3295/94 Sayılı Tüzüğünde toplam 17 maddede; TRIPS Anlaşması'nda toplam 9 maddede düzenlenen; Dünya Gümrük Teşkilatı'nın Tasarısında toplam 27 maddede yer alan Gümrüklerde Durdurma konusu, Gümrük Kanunu'nda değişiklik yapan 564 Sayılı KHK'de, toplam dört paragraftan oluşan **tek maddede** düzenlenmiş bulunmaktadır.

Hukukî düzenlemelerde nicelikten çok nitelik önemli olmakla birlikte, dört paragraftan oluşan tek madde, konunun tüm yönlerini düzenleyici bir nitelik arz edememiştir.

A- GENEL KURAL

564 sayılı KHK, gümrükte durdurma açısından re'sen İdarenin harekete geçmesi yerine, hak sahibinin talebini öngörmektedir.

B- KAPSAM

a- Mal Açısından Kapsam

Kararname marka, endüstriyel tasarım ve FSEK kapsamına giren eser üzerindeki haklar ve komşu hakları ihlal eden malların yanısıra, TRIPS ve AB Tüzüğünden farklı olarak coğrafi işareti ihlal edici nitelikteki malları da kapsamına almıştır.

b- Eylem Açısından Kapsam

Kararname anılan malların ithalatı, ihracatı veya transit geçişi konusunda açık bir ifade kullanılmamakla birlikte bu husus, marka, tasarım ve coğrafi işaret KHK'lerinde **ithalat ve ihracat** şeklinde belirtildiğinden, durdurmanın bu iki eylem sırasında gündeme gelebileceği ifade edilebilir.

c- İstisnalar

564 Sayılı Kararname, sadece yolcu beraberindeki kişisel ve hediyeleşme eşya ile posta kolileri ile gönderilen ticarî nitelikte olmayan eşyanın istisna kapsamında olduğunu belirtmiştir.

Hakkın tüketilmesi veya (AB Tüzüğünde olduğu gibi) akde aykırılık açısından herhangi bir hüküm getirmemiştir.

C- KARAR MERCİİ

Kararname, durdurma konusunda karar alma yetkisinin **Gümrük İdaresine** ait olduğunu vurgulamaktadır.

D- GÜMRÜK İDARESİNİN KARARI ÜZERİNE YAPILACAK İŞLEMLER

Kararname, İdarenin durdurma kararının hak sahibine tebliğinden itibaren 10 gün içinde esas hakkında mahkemede dava açılmaz veya mahkemeden tedbir kararı alınmaz ise, mallar hakkında olağan gümrük rejiminin uygulanacağını belirtmektedir.

E- YAPTIRIMLAR

Kararname, yetkili mahkemenin vereceği karar doğrultusunda ihlal eden malların, imha sureti ile veya aslı nitelikleri değiştirilerek satış sureti ile tasfiye edileceğini vurgulamaktadır.

3- GÜMRÜK YÖNETMELİĞİ'NDE DEĞİŞİKLİK YAPAN YÖNETMELİK

Gümrük Yönetmeliği'nde 1.1.1996 tarihi itibarı ile yürürlüğe giren değişiklik ile⁹⁹ Yönetmeliğe, "Yedinci Bölüm: Fikrî ve Sinaî Mülkiyet Haklarının Korunması" başlığı altında toplam altı madde eklenmiştir.¹⁰⁰

Yönetmelikte AB'nin 3295/94 sayılı Tüzüğü'nün esas alınmaya çalışıldığı gözlenmektedir.

Bu çerçevede :

– Tanımlar ile ilgili maddede¹⁰¹, Taklit mal yerine **sahte eşya** tâbiri kullanılmış ve bununla marka, ambalajı, bunların içindeki eşya kastedilmiştir.

– **Sahte eşyanın tamamlayıcıları** ile logo, etiket v.s. gibi sahte markayı taşıyan şeyler tanımlanmıştır.

99 Bkz. 29.12.1995 gün ve 22508 sayılı R.G.

100 A.g. Yön., 36, 36a, 36b, 36c, 37, 37a maddeleri.

101 A.g. Yön., madde 36.

– Korsan mal tâbiri yerine kullanıldığı düşünölen **kopya eşya** tanımı ile eser ve komşu haklara konu mallar dışlanarak, sadece tasarımdan bahsedilmiştir.¹⁰²

– **Sahte eşya kalıp ve matrisleri** deyimi ise (AB Tüzüğünden farklı olarak) sadece marka ihlalleri ile ilgili kalıp ve matrislere inhisar ettirilmiştir.

– Kararname’de sayılmayan iki istisna, hakkın tüketilmesi ve akde aykırılık halleri, hukuk tekniğine aykırı biçimde Yönetmelikte düzenlenmiştir.¹⁰³

– Başvuru dilekçesinin taşıması gereken özellikler ve Gümrük İdaresinde yapılacak işlemlerin ayrıntıları gayet yerinde bir şekilde Yönetmelikte sayılmakla birlikte¹⁰⁴, gümrük idaresinin ücret alması hususu Gümrük kanunu’nun 21. maddesinde belirtilmemesine rağmen, hatalı bir biçimde **Yönetmelikte** düzenlenmiştir.¹⁰⁵

– Eşya sahibi ve alıcının kimlik ve adresinin hak sahibinin talebi üzerine verilebileceği belirtilirken “ticarî ve endüstriyel tasarım hakkının ihlaline ilişkin bilgiler” gereksiz bir şekilde kapsam dışı bırakılmıştır.¹⁰⁶

102 Üstelik bu maddede Türk Sinaî Hak sisteminde kullanılmayan bir tâbir kullanılmış ve “tasarıma patent verilmiş olması veya olmaması” halinden bahsedilmiştir.

103 A.g. Yön., madde 36a.

104 A.g. Yön., madde 36b (a, b, c).

105 A.g. Yön., 36b (d).

106 A.g. Yön., madde 36 c/4. Burada geçen “ticarî” sözcüğünün de hangi anlam ve bağlamda kullanıldığı anlaşılamamıştır.

SONUÇ

Taklit ve korsan malların gümrüklerde geçici olarak durdurulması konusunda temel ilkeler GATT-1994 TRIPS Anlaşması'nda saptanmış bulunmaktadır. TRIPS Anlaşması deyim yerinde ise bu konuda ana çatı ve sütunları oluşturmaktadır.

Dünya Gümrük Teşkilatı ve AB'nin bu konudaki düzenlemeleri ise (ana çatı içinde kalmak üzere) TRIPS'e nazaran daha somut, daha uygulamaya yön verici hükümleri içermektedir.

Sistem, hak sahibinin **yazılı başvurusu** ile işlemeye başlamaktadır. Ülkeler isterlerse, Gümrük mercileri **re'sen de** harekete geçebilecektir. AB bu iki alternatifi birleştirerek, aşikâr ihlal hallerinde hak sahibine bildirim yaparak onun 3 gün içinde harekete geçmesini sağlamaktadır.

Başvuru dilekçesi, hakkın varlığını ve ne zaman sona ereceğini gösteren belgeler ile hakkın ihlâl ile ilgili delilleri, başvuru sahibinin (varsa vekilinin), ithalat / ihracatının kimlik ve adreslerini, taşıyıcı aracın türü, taşıyıcının kimliği, malın gümrükten geçiş tarihi, talep edilen durdurma süresini, karşı tarafın zararının tazmin edileceğine ve gümrük merciinin sorumlu tutulmayacağına ilişkin taahhüdü içerecektir.

Dilekçe alınırken veya Merci tarafından kabul kararı verildiğinde, karşı tarafın zararını karşılayıcı miktarda bir **teminat** istenmesi mümkündür.

TRIPS, taklit markalı mallar ile eser ve komşu hakları ihlal eden korsan malları esas itibarı ile **kapsamına** alıp, diğer sınaî hak türleri açısından ülkeleri serbest bırakmış iken; AB bunlara tasarımı da (korsan mal tabiri altında) ilave etmiştir. Ayrıca TRIPS durdurma eylemi açısından kural olarak ithalatı esas almışken, AB ithalat ve ihracatı kapsamına almış bulunmaktadır. Yolcu beraberinde getirilen şahsî eşya, posta yolu ile gönderilen ticarî nitelikte olmayan koliler (AB posta kolilerini de durdurma kapsamına almıştır), hakkın tüketilmesi (AB Tüzüğüne göre akde aykırılık) **durdurma hükümlerinin uygulanmayacağı haller** olarak sayılmıştır.

Karar mercii açısından AB ikili bir ayırımı giderek, kararın gümrük kapısı (gümrük idaresince) değil, Gümrük Müdürlüğü veya Baş Müdürlük gibi bir merci tarafından alınmasını öngörmektedir. Verilen durdurma kararı malın bulunduğu veya geçeceği Gümrük İdaresine derhal bildirilmektedir. Gümrük İdaresi ise malı durdurduğunu derhal kararı veren mercie, başvuru sahibine ve ithalatçı / ihracatçıya bildirmektedir.

Kararın veya AB mevzuatına göre durdurma işleminin tebliğinden itibaren başvuru sahibi, 10 gün içinde esas hakkında dava açmaz ya da durdurma işleminin devamı açısından mahkemeden ihtiyatî tedbir kararı getirmez ise, durdurma kararının ortadan kalkması öngörülmüştür.

Esas hakkında açılan davalarda, durdurma ortadan kalkmadığından davalıya, teminat yatırmak sureti ile bazı fikrî-sinâî hak konusu mallar açısından mahkemeden, gümrükteki malın serbest kalması kararı alabilmesi imkânı tanınmıştır. Bu imkân patent, tasarım, yarı iletken ürün topoğrafyası ve gizli bilgileri ihlâl eden mallar açısından getirilmektedir.

TRIPS, haksız durdurma nedeni ile doğan zararın, (kusurlu olması halinde) başvuru sahibince tazmin edileceğini öngörmektedir.

Türk mevzuatında ise gümrükte durdurmaya yer verilmeyle birlikte, kapsam ve düzenleme yeri açısından eksiklik ve hatalar bulunmaktadır.

Her şeyden önce konunun kapsamlı biçimde düzenlenme yeri Gümrük Kanunu'dur. (Fikrî ve Sinâî hak mevzuatında konuya atıfta bulunulması hak sahibinin bu konuda yetkilerinden haberdar olmasını sağlayacağından açıklık ve saydamlık ilkesi gereğince yerinde bir yaklaşımdır. Bu nedenle Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda da sinâî hak mevzuatındakine benzer bir maddenin yer alması gerekmektedir.)

Gümrük Kanunu'nun 21. maddesinde ise konu çok genel düzenlenmiştir. Mal kapsamına, TRIPS Anlaşması'na ilave olarak coğrafi işaret ve tasarım konusu mallar alınmış ve ihracat hali de durdurma sırasında dikkate alınacak bir eylem olarak sayılmışsa da; istisnalar kapsamlı düzenlenmemiş, teminattan hiç söz edilmemiş, keza başvuru sahibinin kusurlu olması halinde karşı tarafın tazminat hakkı olduğuna değinilmemiştir.

Daha sonra bu konuda bir Yönetmelik çıkarılmışsa da Yönetmelikte, Kanun - Yönetmelik hiyerarşisine aykırı ve kapsam olarak da Gümrük Kanunu'nun 21. maddesinin dışına çıkan hükümler getirilmiştir. Örneğin, Kanun'da sayılmayan istisnalar (hakkın tüketilmesi, akde aykırılık halleri) ilk kez Yönetmelikte düzenlenmiştir. Keza sahte eşyanın tamamlayıcıları ve sahte eşya kalıp ve matrisleri de kavram ve kapsam olarak Gümrük Kanunu'nun 21. maddesinde belirtilmezken ilk kez Yönetmelikte düzenlenmiştir.

Bu arada Yönetmelikte belirtilen "kopya eşya" tabiri ile Kanun'un 21. maddesinin kapsamı daraltılmış ve sadece tasarım konusu eşya buraya dahil edilerek, FSEK kapsamına giren eşya ve coğrafi işaret konusu eşyaya değinilmemiştir.

Bu nedenle Gümrük Kanunu'nun değiştirilmesi ile ilgili olarak yapılacak çalışmalar sırasında yukarıda ayrıntılı biçimde incelenen GATT-1994 TRIPS Anlaşması'nın, Dünya Gümrük Teşkilatı Tip Mevzuat Tasarısının ve AB Tüzüklerinin, kanun - yönetmelik hiyerarşisi de dikkate alınarak, yeniden düzenlenmesinde, uygulamanın sağlıklı işlemesi açısından büyük önem bulunmaktadır.

BİBLİYOGRAFYA

- ARIKAN, A. Saadet : Fikrî ve Sınaî Haklarda Hakkın Tüketilmesi:
AB ve Türkiye, İKV Dergisi, Nisan - Mayıs 1996,
sh. 1-37.
- ARIKAN, A. Saadet : Türk Fikrî - Sınaî Haklar Mevzuat Uyumu ve
KOBİ'ler (Gümrük Birliği ve TRIPS Çerçevesinde
Değerlendirme), TES-AR Gümrük Birliği ve TRIPS
Çerçevesinde Sınaî Hakların Korunması
Düzenlemelerinin KOBİ'lere Etkisi Semineri,
15 Mart 1996, Ankara, sh. 1, 40.
- ARIKAN, A. Saadet : Fikrî Haklar Bağlamında Komşu Haklar ve
Türkiye, "Radyo ve TV Yayınlarında Müzik
Eserleri Sahibinin Hakları Paneli, 13 Nisan 1996,
The Marmara Oteli'nde sunulan tebliğ", İstanbul
Baro Dergisi (basılmakta olan makale), sh. 1-36.
- Türk Teknoloji Vakfı : GATT-1994 Anlaşması'nın Kavranması, Stratejik
Odak Nokta Projesi, Ticaretle Bağlantılı Fikrî ve
Sınaî Haklar Anlaşması Bölümü,
1996 (basılmakta olan rapor).
- World Customs Organisation : Draft Model for National Legislation to Give the
Customs Powers to Implement the Agreement on
Trade - Related Aspects of Intellectual Property
Rights, 7 March 1995, IP/C/W/1.