

BAKİ DÖVLƏT UNIVERSİTETİ

TƏLƏBƏ HÜQUQ JURNALI

Buraxılış 7

May 2021

Say 2

Elmi Məsləhətçi
Prof., h.e.d., Əmir Əliyev

Baş Redaktor
Ceyhun Xəlilov

İcraçı Redaktor
Ülkər Fərzəliyeva

Məsul Redaktor
Nilufər Abdullayeva

Məqalə Redaktorları
Gültəkin Səfərli
Seyidbəyim Hüseynova
Nəsrin İbayeva
Kamran Əhmədli
Jalə Səfərəliyeva
Mehri Quliyeva

Təsisçi: Bakı Dövlət Universiteti Hüquq fakültəsi



ISSN: 2412-5555

Nəşr edən: Bakı Dövlət Universiteti Hüquq fakültəsi
Tələbə Elmi Cəmiyyəti | www.bsulawss.org

Vebsayt: www.lr.bsulawss.org

E-Poçt: lawreview@bsulawss.org

BAKU STATE UNIVERSITY

LAW REVIEW

Volume 7

May 2021

Issue 2

Academic Adviser

S.J.D., prof., Amir Aliyev

Editor in Chief

Jeyhun Khalilov

Executive Editor

Ulkar Farzaliyeva

Managing Editor

Nilufar Abdullayeva

Editors

Gultakin Safarli

Seyidbayim Huseynova

Nasrin Ibayeva

Kamran Ahmadli

Jala Safaraliyeva

Mehri Guliyeva

Founder: Baku State University Law School



ISSN: 2412-5555

Publisher: Baku State University Law School
Student Academic Society | www.bsulawss.org

Website: www.lr.bsulawss.org

Email: lawreview@bsulawss.org

MÜNDƏRİCAT/CONTENTS

1. CRYPTOCURRENCY HOLDERS' RIGHTS UNDER TURKISH PRIVATE LAW: DO WE NEED NEW LAWS OR REGULATIONS? Muge Onal Baser	146
Introduction	147
I. Cryptocurrency holders' rights in general	151
A. Property rights.....	151
B. Rights related to similar legal concepts	151
C. Rights to wills and testaments	156
D. Rights to matrimonial assets regimes.....	156
II. Cryptocurrency holders' contractual rights	157
A. Digital transactions	159
B. Electronic transactions.....	161
C. Initial coin offerings	163
Conclusion	164
2. SƏNAYE MÜLKİYYƏTİNƏ MÜNƏSİBƏTDƏ 1883-CÜ İL PARİS KONSVENİYASI VƏ AZƏRBAYCAN QANUNVERİCİLİYİNİN MÜQAYİSƏLİ TƏHLİLİ. Fərhad Cahanqoşa	168
Giriş	169
I. Sənaye mülkiyyəti obyektlərinə Konvensiya və milli qanunvericilikdə yanaşma. AR qanunvericiliyində mövcud vəziyyət və boşluqlar.....	171
II. Sənaye mülkiyyətindən başqa şəxslərin istifadə hüququ. Lisenziya müqaviləsi.....	173
A. Sənaye mülkiyyətindən istifadəyə dair hüquqların verilməsi. Lisenziya məcburiliyi və "məcburi lisenziya"	173
B. "Goodwill" anlayışı və Azərbaycan Respublikası qanunvericiliyində yeri	176
III. Sənaye mülkiyyətinin mühafizəsi. Qanunsuz istifadə və hüquqi məsuliyyət.....	179
A. Konvensiya modeli	179
B. Azərbaycan modeli.....	182
Nəticə.....	191

3. THE DOCTRINE OF DEVIATION, ITS HISTORICAL AND LEGAL ROOTS.	
<i>Hoda Asgarian</i>	193
Introduction.....	194
I. Historical origin	195
II. Deviation and its specifications.....	197
A. What are the options for the definition to this notion?.....	198
B. Proper route.....	199
C. Voluntary departure	200
D. Unjustifiable deviation	201
E. Liberty clauses.....	207
F. The effect of deviation	209
Conclusion	210
4. “NOU-HAU” VƏ “NOU-HAU” MÜQAVİLƏLƏRİ. Elnur Kərimov	212
Giriş	213
I. “Nou-hau” anlayışı və xüsusiyyətləri.....	214
A. “Nou-hau” anlayışı	214
B. “Nou-hau”-nun xüsusiyyətləri.....	219
II. “Nou-hau” müqaviləsinin anlayışı və hüquqi mahiyyəti	221
A. “Nou-hau” müqaviləsinin təsnifi və forması	221
B. “Nou-hau” müqaviləsinin şərtləri	222
C. “Nou-hau” müqaviləsinin hüquqi mahiyyəti	224
Nəticə.....	229
5. TO THE MULTIVERSE OF ARBITRATION BY CONSOLIDATION OF M&A ARBITRATION PROCEEDINGS. Laman Sadigli	231
Introduction	232
I. Arbitration as a dispute resolution mechanism in mergers and acquisitions	233
II. The consolidation of parallel proceedings	235
A. The legal basis for consolidation.....	235
B. Advantages of consolidation	239
C. The problems of consolidation.....	240

D. Cross-institutional consolidation: the way to future	243
Conclusion	244

Jurnal haqqında

Bakı Dövlət Universiteti Tələbə Hüquq Jurnalı BDU Hüquq fakültəsi Tələbə Elmi Cəmiyyətinin nəşri olmaqla tələbələr tərəfindən təşkil olunan və müvafiq akademik yoxlama qaydası ilə redaktə edilən yeganə jurnal olub milli, beynəlxalq və müqayisəli hüquqda mövcud olan müasir hüquq problemlərinə akademik səviyyədə peşəkar yanaşmanı təbliğ edir. Jurnalın əsası 2014-cü ilin noyabr ayında qoyulmuş və 2015-ci ildən başlayaraq dünyanın ən böyük hüquqi araşdırma bazası olan HeinOnline bazasında yerləşdirilməkdədir. Nəzəri fikirləri, dünya dövlətlərinin məhkəmə və qanunvericilik təcrübəsini ümumiləşdirərək mübahisəli məqamlara aydınlıq gətirmək, hüquq cəmiyyətinə həm elmi, həm də praktiki müstəvidə yaradıcı düşüncə və hüquqi tənqid qabiliyyətini, hüquq mədəniyyətini aşılamaq Jurnalın əsas prinsipidir. Jurnal tərkibindəki məqalələr vasitəsilə aktual məsələlərə hüquqi əsaslandırma istinad etməklə mümkün həllərin irəli sürülməsini və yenilikçiliyi prioritet məqsəd kimi müəyyənləşdirir. Hüquq tələbələrinin hüquqi yazı və hüquqi düşüncə bacarıqlarını üzə çıxararaq inkişaf etdirməklə onları akademik araşdırma həvəsləndirmək və bunu sağlam elmi rəqabət ənənəsinə çevirmək Jurnalın daimi məramını təşkil edir.

About the Review

Baku State University Law Review is the only student-run and peer-reviewed academic journal in Azerbaijan and a publication of Student Academic Society of Baku State University Law School. It was founded in November 2014 and has been placed in HeinOnline since 2015. The Review promotes academic and professional approach to contemporary legal issues which exist in national, international and comparative law. Clarification of debatable issues with induction of theoretical concepts, judicial and legislation practice of foreign countries, foster legal criticism skills, creative thinking, and legal culture on both academic and practical sphere are basic principles of the Review. With its published articles, the Law Review promotes possible solutions to actual legal issues with reference to legal reasoning and opportunities given by legal scholarship and determines avoiding repetition as prior purposes of Review. Encouraging law students to academic research with making them improve their legal writing and legal thinking skills and make this as a fair competition are permanent goals of the Review.

*Muge Onal Baser**

CRYPTOCURRENCY HOLDERS' RIGHTS UNDER TURKISH PRIVATE LAW: DO WE NEED NEW LAWS OR REGULATIONS?

Abstract

The cryptocurrency technology, which the cryptographers created more than a decade ago, is closely monitored by the governments. The governments focus more on imposing prohibitions, obligations, or liabilities, such as taxing the cryptocurrency holders' earnings on cryptocurrency transactions or prohibiting using cryptocurrencies as a payment instrument, though they mostly disregard the cryptocurrency holders' rights. In this context, this article aims to determine the cryptocurrency holders' rights under Turkish private law and whether we need new laws or regulations to provide legal protection to the cryptocurrency holders. In this respect, we briefly inform the reader that we cannot apply the current property law to cryptocurrencies; thus, we cannot protect the cryptocurrency holders under the terms of the property law. We then analyze why we cannot categorize cryptocurrencies as money, bills of exchange, or securities, and thus cryptocurrencies do not provide their holders with the rights granted to the owners of these instruments. Moreover, we briefly confer the cryptocurrency holders' rights to wills and testaments and matrimonial assets regimes. Then, we discuss the cryptocurrency holders' rights issue in terms of the contractual rights and determine that digital transactions and initial coin offerings pose some legal problems. In contrast, electronic transactions grant certain rights to cryptocurrency holders as per the electronic commerce law. Lastly, we conclude that cryptocurrency holders have limited rights, so we need new laws backed by international treaties in the long term, and we need to strengthen the electronic commerce law in the short term.

Annotasiya

Kriptoqrafların on il bundan əvvəl yaratdığı kriptovalyuta texnologiyası hökumətlər tərəfindən yaxından izlənilir. Əksərən kriptovalyuta sahiblərinin hüquqlarını göz ardı etsə də, hökumətlər onların kriptovalyuta əməliyyatlarından əldə etdikləri gəlirlər üzərində vergi qoymaq və ya kriptovalyutaların ödəniş vasitəsi qismində istifadəsini qadağan etmək kimi öhdəliklər və ya qadağalar qoymağa daha çox diqqət yetirir. Bu xüsusda, məqalə kriptovalyuta sahiblərinin Türkiyə xüsusi hüququ çərçivəsində hüquqlarını və onlara hüquqi mühafizə təmin etmək üçün yeni qanunlara və ya qaydalara ehtiyacımızın olub-olmadığını müəyyənləşdirməyi hədəfləyir. Bu baxımdan, oxucuya mövcud mülkiyyət hüququnu kriptovalyutalara tətbiq edə bilməyəcəyimizi qısaca bildiririk; belə ki, kriptovalyuta sahiblərini mülkiyyət hüququnun şərtlərinə görə qoruya bilmərik. Daha sonra kriptovalyutaları niyə pul, veksəl və ya qiymətli kağızlar kimi təsnif edə bilmədiyimizi və bu səbəbdən, kriptovalyuta sahiblərinə bu vasitələrin sahiblərinə verilən hüquqların verilmədiyini təhlil edirik. Bundan əlavə, kriptovalyuta sahiblərinin vəsiyyətnamə və nikah aktivləri rejimlərinə aid hüquqlarından qısaca bəhs edirik. Ardından, müqavilə hüququ baxımından kriptovalyuta sahiblərinin hüquqları məsələsini müzakirə edirik və rəqəmsal

* Lawyer, licensed to practice in Turkey; Ph.D. Candidate in Private Law, Atılım University Graduate School of Social Sciences, Ankara, Turkey; LL.M. 2005, Tulane University Law School, New Orleans, LA, USA; LL.B. 2002, Ankara University Faculty of Law, Ankara, Turkey; ORCID ID: 0000-0001-6658-5839.

əməliyyatların və ilkin sikkə təkliflərinin bəzi hüquqi problemlər yaratdığını müəyyən edirik. Bunun əksinə, elektron əməliyyatlar kriptovalyuta sahiblərinə elektron ticarət qanununa uyğun olaraq müəyyən hüquqlar verir. Nəhayət, kriptovalyuta sahiblərinin məhdud hüquqlara sahib olduqları qənaətinə gəlirik, bu səbəbdən uzun müddətdə beynəlxalq müqavilələrə əsaslanan yeni qanunlara ehtiyacımız var və qısa müddətdə isə elektron ticarət qanunlarını gücləndirməliyik.

CONTENTS

Introduction	147
I. Cryptocurrency holders' rights in general.....	151
A. Property rights.....	151
B. Rights related to similar legal concepts.....	151
C. Rights to wills and testaments.....	156
D. Rights to matrimonial assets regimes	156
II. Cryptocurrency holders' contractual rights	157
A. Digital transactions.....	159
B. Electronic transactions	161
C. Initial coin offerings.....	163
Conclusion	164

Introduction

Cryptocurrencies¹ are *virtual* or *digital* currencies.² A decentralized system generates cryptocurrencies, and no central administrative

¹ This article bases the discussions on cryptocurrencies on Bitcoin technology and accordingly use the *cryptocurrency* word for this “electronic cash system”, except for the cases where referenced material uses other terms. See Satoshi Nakamoto, Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System (2008), <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf> (last visited May 1, 2021). As to this terminology, there are different suggestions in the international literature, such as the terms *crypto-asset* or *DLT (decentralized ledger technology) asset*. E.g., Rosa María Lastra, Jason Grant Allen, Virtual Currencies in the Eurosystem: Challenges Ahead, 8 (2018). Available at:

https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/150541/DIW_FINAL%20publication.pdf (last visited May 1, 2021); Tessa Schembri, The Legal Status of Cryptocurrencies in the European Union, 64 (2018). Available at:

https://www.researchgate.net/publication/328498024_The_Legal_Status_of_Cryptocurrencies_in_the_European_Union (last visited May 1, 2021); Dirk Bullmann et al., Crypto-Assets: Implications for Financial Stability, Monetary Policy, and Payments and Market Infrastructures, 7-9 (2019). Available at: <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scpops/ecb.op223~3ce14e986c.en.pdf?a31360223fb32f0e50a82ce649a8b7fc> (last visited May 1, 2021).

² See Hilary J. Allen, *€=Euro=Bitcoin?*, 76 Md. L. Rev. 877, 885-886 (2017); Jake Frankenfield, Virtual Currency (2020), <https://www.investopedia.com/terms/v/virtual-currency.asp> (last visited May 1, 2021); K. Berk Kapanç, *Özel Hukuk Penceresinden Blokzincir: “Sanal Para” Değerleri ve “Akıllı Sözleşmeler” Üzerine Değerlendirmeler*, *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I: Blokzincir* 113, 116-119 (2020).

authority governs or oversees this system.³ What ensures the security of the system is cryptography.⁴

In this system, cryptocurrency transactions occur in a peer-to-peer (hereinafter P2P) network.⁵ The P2P network is a medium where the parties can make transactions directly with each other, and a trusted third party's intermediation, e.g., like a bank, is not needed for a transaction to be implemented.⁶ In this network, parties connect their computer⁷ systems over the internet and exchange data directly, without a central server.⁸ Parties should download special software to their computers to connect to such a network.⁹

In this network, as parties implement transactions without a trusted third party's intermediation, a mechanism is needed to prevent double transactions.¹⁰ This mechanism is called *blockchain*,¹¹ a decentralized ledger broadly distributing the transaction records from one end of the user network to the other end and where the entire transaction history is public.¹²

There are thousands of computers on the network that store this ledger in data blocks.¹³ Each block that creates the blockchain "contains a timestamp and a link to a previous block", thus keeping the transactions' "chronological record".¹⁴ A transaction that will modify the blockchain is first distributed

³ Paul Anning et al., *The Law of Bitcoin*, 4 (2015); Erdal Durdu, *Kripto Para Birimi olarak Bitcoin ve Ceza Hukuku*, 26 (2018). Available at: <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> (last visited May 1, 2021).

⁴ Anning et al., *supra* note 3, 4-5; Allen, *supra* note 2, 884; Durdu, *supra* note 3, 21.

⁵ Anning et al., *supra* note 3, 4-5; Abdurrahman Çarkacıoğlu, *Kripto-Para Bitcoin*, [v] (2016). Available at: <https://www.spk.gov.tr/SiteApps/Yayin/YayinGoster/1130> (last visited May 1, 2021); Durdu, *supra* note 3, 26.

⁶ Nakamoto, *supra* note 1, 1.

⁷ In this article, the author uses the word computer within the meaning of "an electronic tool or brain that performs and concludes a work consisting of many arithmetical or logical operations according to a pre-defined program", to cover the electronic devices having computer features, such as a mobile phone or a tablet as well. *See* Türk Dil Kurumu Sözlükleri, *Güncel Türkçe Sözlük*. Available at: <https://sozluk.gov.tr/> (last visited May 1, 2021).

⁸ Per Christensson, *P2P Definition* (2006), <https://techterms.com/definition/p2p> (last visited May 1, 2021).

⁹ *Ibid*; *See e.g.*, Bisq, <https://bisq.network/> (last visited May 1, 2021).

¹⁰ Nakamoto, *supra* note 1, 2.

¹¹ Each cryptocurrency has a separate blockchain, e.g., Bitcoin blockchain, Ethereum blockchain. *See* Benito Arruñada, *Blockchain's Struggle to Deliver Impersonal Exchange*, 19 *Minn. J. L. Sci. & Tech.* 55, 83 *fn.* 99 (2018); Nareg Essaghoolian, *Initial Coin Offerings: Emerging Technology's Fundraising Innovation*, 66 *UCLA L. Rev.* 294, 302 (2019).

¹² Arruñada, *supra* note 11, 58-59; *See* Anning et al., *supra* note 3, 7; *See generally* Gülçin Büyüközkan Feyzioğlu, *Teknolojide Yeni Çağın Başlangıcı: Blokzincir*, *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I: Blokzincir*, 1-22 (2020) (discussing the blockchain technology and its application areas); *See generally* Osman Gazi Güçlütürk, *Blokzincir ve Regüle Edilebilirlik*, *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I: Blokzincir*, 23-72 (2020) (discussing the regulatability of blockchain); *See generally* Fülürya Yusufoglu Bilgin, *Blokzincir Teknolojisinin Bitcoin Dışında Bazı Uygulama Alanları*, *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I: Blokzincir*, 73-112 (2020) (conferring on the primary application areas of the blockchain other than Bitcoin).

¹³ Essaghoolian, *supra* note 11, 302.

¹⁴ Arruñada, *supra* note 11, 60; Essaghoolian, *supra* note 11, 302.

through the network for users to check it against the ledger,¹⁵ and users should solve a “complex cryptographic puzzle”, which requires high processor power, to check a transaction.¹⁶ Miners or groups called *miners’ pools*,¹⁷ who allocate resources such as the processor power, electricity, time, and computer programming skills for this purpose, solve such puzzles.¹⁸ When a miner solves a puzzle, other miners’ majority should verify this solution so that the system can add a new block containing the latest transaction record to the blockchain.¹⁹ Then, in exchange for newly added blocks, miners earn “newly created” cryptocurrencies.²⁰ So, in this system, cryptocurrencies are “transaction records” on the blockchain.²¹

Therefore, P2P networks, blockchain, and miners are the core elements enabling cryptocurrency transactions. However, not all cryptocurrency enthusiasts are technically sophisticated enough to perform these transactions directly. So, there are interfaces like cryptocurrency exchanges²² or cryptocurrency ATMs²³ where one can *buy-sell* cryptocurrencies or initial coin offerings (hereinafter ICOs) *selling* tokens of newly issued cryptocurrencies²⁴ for these cryptocurrency enthusiasts.

Transacting with these cryptocurrencies requires a public key and a private key.²⁵ The public key resembles an electronic mail address²⁶ or a bank account number,²⁷ and the private key is like a password²⁸ used to enter that electronic mail address or bank account. The private key also acts as a digital signature for cryptocurrency transactions.²⁹ Cryptocurrency holders can store these

¹⁵ Arruñada, *supra* note 11, 59.

¹⁶ *Ibid*; See Anning et al., *supra* note 3, 9; Essaghoolian, *supra* note 11, 302.

¹⁷ Çarkacıoğlu, *supra* note 5, 50; Durdu, *supra* note 3, 75.

¹⁸ Anning et al., *supra* note 3, 9; Arruñada, *supra* note 11, 59.

¹⁹ Arruñada, *supra* note 11, 60; See Essaghoolian, *supra* note 11, 302.

²⁰ Anning et al., *supra* note 3, 9; Arruñada, *supra* note 11, 59-60; See Essaghoolian, *supra* note 11, 302-303.

²¹ Durdu, *supra* note 3, 65; See Çarkacıoğlu, *supra* note 5, 29.

²² E.g., Coinbase, <https://www.coinbase.com/> (last visited May 1, 2021).

²³ See Coin Atm Radar, <https://coinatmradar.com/> (last visited May 1, 2021); See also Stephanos Bacchus, *Ultimate Guide to Starting a Bitcoin ATM Business* (2021), <https://bitcolumnist.com/guides/bitcoin-atm-guide/> (last visited May 1, 2021).

²⁴ See Çarkacıoğlu, *supra* note 5, 30-34.

²⁵ See Nakamoto, *supra* note 1, 2.

²⁶ Carla L. Reyes, *Moving beyond Bitcoin to an Endogenous Theory of Decentralized Ledger Technology Regulation: An Initial Proposal*, 61 Vill. L. Rev. 191, 200 (2016); Essaghoolian, *supra* note 11, 305.

²⁷ Reyes, *supra* note 26, 200; Kelvin F. K. Low, Ernie G. S. Teo, *Bitcoins and Other Cryptocurrencies as Property?*, 9 Law, Innovation and Technology 235, 238 (2017).

²⁸ Reyes, *supra* note 26, 200; Essaghoolian, *supra* note 11, 305; cf. Low, Teo, *supra* note 27, 238 (“[T]he private cryptographic key is mathematically linked to the public address so that it is not possible to change the private key, unlike a conventional password”).

²⁹ Essaghoolian, *supra* note 11, 305. During a cryptocurrency transfer, each cryptocurrency holder digitally signs an encrypted message called a *hash* of the previous transaction and the next cryptocurrency holder’s public key and adds them to the cryptocurrency. See Nakamoto, *supra* note 1, 2; Anning et al., *supra* note 3, 5; Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, *Elektronik Para, Sanal Para, Bitcoin ve Linden Doları’na Hukuki Bir Bakış*, 73 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 173, 200-201 (2015); See also Per Christensson, *Cryptography Definition* (2015),

public keys and private keys on a cryptocurrency exchange, an independent *wallet* service, a *wallet* software, a paper *wallet*, or a hardware *wallet*.³⁰

Eventually, all the above information on cryptocurrencies represents a thoroughly operating system that has set forth its own rules and outlaws government intervention. However, mainly the governments' tax, banking, and capital markets authorities are interested in the taxation,³¹ money laundering,³² or other criminal aspects of this system to avoid the shadow economy.³³ On the other hand, the governments do not consider the private law implications of such a system; thus, the rights of cryptocurrency holders and whether and how the government should provide legal protection in this respect.³⁴

Hence, this article analyzes the cryptocurrency holders' rights under Turkish private law³⁵ and proposes solutions where these rights are not sufficient for adequate legal protection.

<https://techterms.com/definition/cryptography> (last visited May 1, 2021); Per Christensson, Hash Definition (2018), <https://techterms.com/definition/hash> (last visited May 1, 2021).

³⁰ See Çarkacıoğlu, *supra* note 5, 28-30; Reyes, *supra* note 26, 200; Low, Teo, *supra* note 27, 250; See Essaghoolian, *supra* note 11, 305; Jonathan L. Marcus et al., Digital and Digitized Assets: Federal and State Jurisdictional Issues, 20 (2019). Available at:

https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/business_law/buslaw/committees/CL620000pub/digital_assets.pdf (last visited May 1, 2021). There are instances where holograms keep the public key and the private key on commemorative coin-like objects made of gold, silver, or bronze. See Bozkurt Yüksel, *supra* note 29, 200 *fn.* 158; Çarkacıoğlu, *supra* note 5, 34.

³¹ *E.g.*, Anning et al., *supra* note 3, 76 (the Canada Revenue Agency's characterization of Bitcoin as "commodity"); *Id.*, 211 (the Internal Revenue Service of the US' characterization of Bitcoin as "property"); See Essaghoolian, *supra* note 11, 322-323 (mentioning the proposals made in the US for "treating virtual currencies as a foreign currency rather than property" for taxation purposes).

³² With a recent amendment in the legislation, the "crypto-asset service providers" are included among the institutions obliged to make the know your customer checks, suspicious transactions reporting, and other reporting in terms of preventing money laundering and the financing of terrorism. Amendment to the Regulation on Measures to Prevent Money Laundering and the Financing of Terrorism, O. J., May 1, 2021, art. 1, amending the Regulation on Measures to Prevent Money Laundering and the Financing of Terrorism No. 2007/13012, O. J., Jan. 9, 2008, art. 4(1); *accord e.g.*, Anning et al., *supra* note 3, 24 (the Financial Transactions and Reports Analysis Centre of Canada's characterization of Bitcoins as "goods" in terms of the legislation preventing money laundering and financing of terrorism); *Id.*, 198 (the Financial Crimes Enforcement Network of the US Treasury imposing obligations on "person[s] engaged as a business in the exchange of [B]itcoin for real currency, funds, or other virtual currency" for compliance with the legislation preventing money laundering).

³³ See generally Regulation of Cryptocurrency Around the World (2018). Available at: <https://www.loc.gov/law/help/cryptocurrency/cryptocurrency-world-survey.pdf> (last visited May 1, 2021); See also Marcus et al., *supra* note 30, [A-1]-[A-43].

³⁴ See Anning et al., *supra* note 3, 179; Low, Teo, *supra* note 27, 235-236.

³⁵ Turkish law is a civil law system. Under this system, private law refers to the legal matters between persons (including legal entities), and public law refers to the legal matters between persons (including legal entities) and government authorities. In this context, the author considered the relevant legislation in force on May 1, 2021, in the Republic of Turkey and translated the legislation names referred to herein, quotes from such legislation, Turkish government authorities, and Turkish authors from Turkish to English.

I. Cryptocurrency holders' rights in general

A. Property rights³⁶

The Constitution guarantees³⁷ and the Turkish Civil Code regulates³⁸ the property rights that apply to the objects categorized as immovables or movables.³⁹

Whether cryptocurrencies fit under those categories is a straightforward question to answer. Namely, cryptocurrencies are not immovable because the state does not register them to the land registry as immovable,⁴⁰ nor are they movable because only tangible objects and natural powers such as electric energy are considered movables. Cryptocurrencies, on the other hand, are intangible assets that are not among natural powers.⁴¹

Thus, cryptocurrency holders do not have property rights and cannot enjoy legal protection in this respect.

B. Rights related to similar legal concepts

Cryptocurrencies resemble money, bills of exchange, and securities, as we use both for payment and investment purposes, and both are human creations. However, they are indeed different, and below, we examine such differences.

1. Money

As a legal concept, we can categorize money as (a) legal tender, (b) electronic money, and (c) foreign currency:

³⁶ The author does not discuss the intellectual property perspective of the issue in this article because it is related to the source code, the software, or the algorithms that facilitate the creation of cryptocurrencies and the transactions thereof. *See e.g.*, Anning et al., *supra* note 3, 116 (Under German law, “Only the source code and software of a cryptocurrency might be protected by the copyright law, but not the currency unit . . . evolving out of the source code”); *Id.*, 142 (Under the UK law, “Since the principles and fundamental components of the system . . . were published as an article rather than a patent, those principles are now in the public domain and cannot themselves be the subject of a patent application anywhere in the world since, in order to be patentable, an invention must be novel”).

³⁷ Constitution of the Republic of Turkey [hereinafter T. Const.], art. 35.

³⁸ Turkish Civil Code [hereinafter T. Civ. C.], art. 683 *et seq.*

³⁹ *Id.*, art. 704 *et seq.*; *Id.*, art. 762 *et seq.*

⁴⁰ *Id.*, art. 704, 998.

⁴¹ *Accord e.g.*, Anning et al., *supra* note 3, 115 (stating that “cryptocurrencies cannot qualify as things” under German law); *See* T. Civ. C., *supra* note 38, art. 762; M. Kemal Oğuzman et al., *Eşya Hukuku* 739-741 (21st ed. 2018); Kapancı, *supra* note 2, 119; *cf.* Przemysław Pałka, *Virtual Property: Towards a General Theory*, 18, 154 (2017). Available at: <https://cadmus.eui.eu/handle/1814/49664> (last visited May 1, 2021) (stating that virtual assets are not intangible, but “digital”); Fatih Bilgili, M. Fatih Cengil, *Bitcoin Özelinde Kripto Paraların Eşya Niteliği Sorunu*, 21 (2019). Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3432713 (last visited May 1, 2021) (arguing that a judge should apply the rules governing movables to Bitcoin by way of analogy, as per their authority to create rules under the Article 1 of the Turkish Civil Code); Asuman Turanboy, *Kripto Paraların Ortaya Çıkmaları ve Hukukî Nitelikleri*, 35 *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 47, 57 (2019) (stating that tangible existence is not essential, a digital asset is a thing, and with a legal rule it can become a thing in legal terms as well).

Legal tender

Under the Law on the Legal Tender, Turkey's legal tender is Turkish Lira⁴² (TL), and the Central Bank of the Republic of Turkey (hereinafter CBRT) has the sole authority and privilege to issue TL banknotes under the Central Bank Law,⁴³ and the treasury has the power to issue coins under the Law on Minor and Commemorative Coins.⁴⁴ Therefore, cryptocurrencies are not legal tender in Turkey.⁴⁵

Electronic money

The Law on Payment and Securities Reconciliation Systems, Payment Services, and Electronic Money Institutions⁴⁶ regulates electronic money. As per this law, we can summarize the characteristics of electronic money and compare it to cryptocurrencies as follows:⁴⁷

Electronic money	Cryptocurrencies ⁴⁸
Issued by authorized electronic money institutions ⁴⁹	Not issued by any authority; are mined
Issued against funds comprising of banknotes, coins, bank deposit, or electronic money	Earned in exchange for newly created blocks through solving complicated cryptographic puzzles
Stored electronically	They cannot be stored; they are transaction records on the blockchain
Used for payment transactions of deposit, transfer, or withdrawal of funds through authorized payment services providers	Not used for payment transactions of funds; can be transferred through P2P networks, cryptocurrency exchanges, or cryptocurrency ATMs
Recognized as a payment instrument by natural persons or legal entities other than the electronic money institution	Recognized as a payment instrument by natural persons or legal entities ⁵⁰

⁴² Law No. 5083, O. J., Jan. 31, 2004, art. 1; Decree No. 2007/11963, O. J., May 5, 2007, art. 1-4.

⁴³ Law No. 1211, O. J., Jan. 26, 1970, art. 4 (II)(a).

⁴⁴ Law No. 1264, O. J., June 6, 1970, art. 1.

⁴⁵ *Accord e.g.*, Anning et al., *supra* note 3, 37-39 (same conclusion under Canadian law); *Id.*, 115 (same conclusion under German law); *Id.*, 185 (same conclusion under the US law); Katie Szilagyi, *A Bundle of Blockchains - Digitally Disrupting Property Law*, 48 *Cumb. L. Rev.* 9, 14-15 (2017) (same conclusion under the UK law). *But cf.* Anning et al., *supra* note 3, 115 (stating a different opinion as "cryptocurrencies are private money" under German law); Schembri, *supra* note 1, 24 (stating that one may use cryptocurrencies as "a form of private money" in the EU).

⁴⁶ Law No. 6493, O. J., June 27, 2013.

⁴⁷ *Id.*, art. 3, 13, 14, 18.

⁴⁸ *See infra* Introduction.

⁴⁹ *See* Ali Önal, *Banka Vasıtalı Ödeme Araçlarını Dışlayan Bir Sistem Olarak Kripto Sanal Para Bitcoin ve Hukuki Niteliği*, 5 *Banka ve Finans Hukuku Dergisi* 165, 176-177 (2016) (stating that, considering the conditions imposed on the institutions for getting authorization for issuing electronic money, such as being incorporated as a joint-stock corporation or the required capital, it is not possible to establish a "[B]itcoin operating system" under this law).

⁵⁰ *E.g.*, Christopher Tozzi, *Bitcoin Accepted as Payment Option by Major US Electronics Company* (2019), <https://bitcoinmagazine.com/articles/bitcoin-accepted-payment-option-major-us-electronics-company> (last visited May 1, 2021).

This comparison reveals how distinct electronic money and cryptocurrencies are. For instance, the issuance and payment transactions of electronic money are under the state's control, and the electronic money institutions issue electronic money as a representation of the already existing funds.⁵¹ Moreover, electronic money institutions and payment services providers are audited by the CBRT,⁵² whereas cryptocurrencies are not governed or overseen by any central administrative authority.⁵³ On the other hand, only a group of persons recognizing cryptocurrencies as a payment instrument, which alone is insufficient to regard cryptocurrencies as electronic money.⁵⁴

In line with this conclusion, the Banking Regulatory and Supervisory Agency (hereinafter BRSA) made a press statement in 2013 as follows: "Bitcoin, known as a virtual currency, not issued by any public or private institution and the provision of which is unsecured, is not considered as electronic money within the scope of the Law [on Payment and Securities Reconciliation Systems, Payment Services and Electronic Money Institutions] in terms of its current structure and functioning. Therefore, monitoring or auditing thereof does not seem possible within the framework of the Law mentioned above".⁵⁵

Accordingly, the CBRT has recently issued a regulation ensuring that electronic money has no potential connection to cryptocurrencies. As per the CBRT's Regulation on the Prohibition of Using Crypto-Assets⁵⁶ in Payments, payment services providers are prohibited from developing business models using crypto-assets directly or indirectly in providing payment services or electronic money issuance and prohibited to provide any services related to such business models.⁵⁷

⁵¹ See Adem Yelmen, *Bitcoinin Satış Sözleşmesinin Bedel Unsuru Açısından Değerlendirilmesi*, 28 Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 265, 270-282 (2020); Kapancı, *supra* note 2, 117.

⁵² Law No. 6493, *supra* note 46, art. 3, 21 (until the amendment made by Law No. 7192, O. J., Nov. 22, 2019, art. 12, electronic money institutions and payment services providers were being audited by the BRSA).

⁵³ See Kapancı, *supra* note 2, 117; Turanboy, *supra* note 41, 52.

⁵⁴ *Accord e.g.*, Anning et al., *supra* note 3, 88-89 (similar conclusion under German law); *Id.*, 152-153 (similar conclusion under the UK law); Bullmann et al., *supra* note 1, 8 (similar conclusion under the EU law); See Bozkurt Yüksel, *supra* note 29, 207; See also Kapancı, *supra* note 2, 117 (stating that the legal system acknowledged the electronic money, but not virtual currencies); Turanboy, *supra* note 41, 52 (stating that electronic money is a legal tender such as the Euro, Dollar, or TL). *But see* Önal, *supra* note 49, 184 (stating that we can categorize Bitcoin as electronic money because it has monetary value as a means of payment for natural persons and legal entities).

⁵⁵ Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (BDDK) Basın Açıklaması Sayı: 2013/32 (2013). Available at: https://www.bddk.org.tr/ContentBddk/dokuman/duyuru_0512_01.pdf (last visited May 1, 2021).

⁵⁶ "As per the purposes of this regulation, crypto-assets mean intangible assets that are created virtually using distributed ledger technology or similar technology and distributed over digital networks but are not qualified as fiat money, bank deposit, electronic money, payment instrument, security, or other capital markets instrument". See Regulation on the Prohibition of Using Crypto-Assets in Payments, O. J., Apr. 16, 2021, art. 3(1).

⁵⁷ *Id.*, art. 4(1).

Foreign currency

Foreign currency means banknotes, coins, or bank deposits, other than TL, which are exchanged by or transferred through authorized institutions, as per the Communiqué regarding the Decree on the Preservation of the Value of Turkish Currency.⁵⁸

Cryptocurrencies are neither banknotes nor coins, nor bank deposits. All these refer to other countries' legal tenders. Similarly, P2P networks, cryptocurrency exchanges, or cryptocurrency ATMs where cryptocurrency transactions occur are not among the authorized institutions under this communiqué, performing foreign currency exchange or transfer services.⁵⁹ Thus, we cannot regard cryptocurrencies as foreign currencies.

2. Bills of exchange

Under the Turkish Commercial Code, bills of exchange are policies, promissory notes, and cheques,⁶⁰ which document a right to a monetary claim such as a money order or a debt acknowledgment⁶¹ that usually arises from the sales of goods or services.

Turkish Commercial Code describes the form and essentials of policies, promissory notes, and cheques in detail.⁶² Among these essentials, the *drawer's signature* is a form requirement with particular importance, specifically envisaging the obligation to sign these instruments in handwriting.⁶³

Compared with bills of exchange, besides being signed digitally,⁶⁴ cryptocurrencies do not represent any right to a monetary claim. They are just digital transaction records.⁶⁵ Therefore, we cannot regard cryptocurrencies as bills of exchange.⁶⁶

3. Securities

Turkish Commercial Code and the Capital Markets Law regulate securities, briefly classified as share certificates, redeemed shares, and corporate bonds.⁶⁷

Share certificates represent the shares of a corporation,⁶⁸ whereas redeemed shares grant its owner limited corporate rights such as the right to buy the shares to be issued in the future.⁶⁹ On the other hand, corporate bonds are for borrowing purposes,⁷⁰ which a corporation issues under certain financial

⁵⁸ Communiqué No. 2018-32/45, O. J., Jan. 30, 2018, art. 3.

⁵⁹ See *infra* Introduction; See *ibid*.

⁶⁰ Turkish Commercial Code [hereinafter T. Com. C.] art. 671 *et seq.*, 776-779, 780 *et seq.*

⁶¹ See Ali Bozer and Celal Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku* 64-65, 71, 182, 224 (8th ed. 2018).

⁶² T. Com. C., *supra* note 60, art. 671-676, 776-777, 780-781.

⁶³ *Id.*, art. 756, 778, 818; Law on Electronic Signature No. 5070, O. J., Jan. 23, 2004, art. 5(2).

⁶⁴ See *infra* Introduction.

⁶⁵ *Ibid*.

⁶⁶ *Accord e.g.*, Anning *et al.*, *supra* note 3, 52 (same conclusion under Canadian law).

⁶⁷ T. Com. C., *supra* note 60, art. 484 *et seq.*, 502-503, 504-506; See Law No. 6362, O. J., Dec. 30, 2012, art. 3; Bozer and Göle, *supra* note 61, 495-502.

⁶⁸ T. Com. C., *supra* note 60, art. 486.

⁶⁹ *Id.*, art. 503.

⁷⁰ *Id.*, art. 504.

limits calculated in proportion to their equities.⁷¹

Cryptocurrencies neither represent the shares of a corporation nor grant its holder corporate rights, nor are they issued in connection with corporate equity. Thus, we cannot regard cryptocurrencies as securities.⁷²

4. Conclusion

The significant difference between cryptocurrencies and the concepts above is that the law has acknowledged and defined money (legal tender, electronic money, foreign currency), bills of exchange, and securities, but it has not recognized cryptocurrencies, and cryptocurrencies do not fit in the current definitions of these concepts.

This difference means that cryptocurrency holders cannot enjoy protection under the Turkish Commercial Code or the Capital Markets Law provisions protecting the owners of bills of exchange or securities.⁷³

Furthermore, the cryptocurrency holders cannot make legally acceptable payments for goods or services in cryptocurrencies because, as per the Turkish Code of Obligations, payments should be made in legal tender⁷⁴ or another currency if that currency is a foreign currency with an official exchange rate announced by the CBRT,⁷⁵ which is not the case for cryptocurrencies.⁷⁶

Besides, the CBRT has recently adopted this conclusion as a rule and stated in its Regulation on the Prohibition of Using Crypto-Assets in Payments that one cannot directly or indirectly use crypto-assets for payments, and providing such payment services are not allowed.⁷⁷

⁷¹ *Id.*, art. 506; Law No. 6362, *supra* note 67, art. 31; Communiqué on Means of Borrowing No. VII-128.8, O. J., June 7, 2013, art. 9.

⁷² *Accord e.g.*, Anning et al., *supra* note 3, 89 (same conclusion under German law); *See* Turanboy, *supra* note 41, 54-57 (discussing Bitcoin and other virtual currencies in terms of the capital markets legislation).

⁷³ *E.g.*, T. Com. C., *supra* note 60, art. 713-742, 808-811; Law No. 6362, *supra* note 67, art. 88-116.

⁷⁴ Turkish Code of Obligations [hereinafter T. C. Obl.] art. 99(1); Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 999-1001 (23rd ed. 2018).

⁷⁵ *See* T. C. Obl., *supra* note 74, art. 99(2)(3); Eren, *supra* note 74, 1001-1002.

⁷⁶ *Cf.* Yelmen, *supra* note 51, 286 (concluding that agreeing on a legally acceptable currency and then, at the stage of performance, making a sales contract's payment in Bitcoin instead of the agreed currency may be considered as an *act in place of payment* or an *act for the sake of payment*). *But cf.* Fatih Bilgili, M. Fatih Cengil, *Bitcoin Özelinde Kripto Paraların Ticaret Şirketlerine Sermaye Olarak Getirilmesi*, 23 Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3, 8-18 (2019) (arguing that one can undertake Bitcoins as a capital contribution of a business corporation and perform as *capital in kind* but reminding to consider the *capital maintenance principle* in joint-stock corporations and limited companies). The author thinks that performing cryptocurrencies as capital in kind in joint-stock corporations or limited companies is not achievable because proving that the cryptocurrencies are free of any restrictions or obtaining a court expert report valuing the cryptocurrencies do not seem possible, which are among the requirements for capitals in kind. *See* T. Com. C., *supra* note 60, art. 32, 342, 343, 578, 581; Muge Onal Baser, *Can Cryptocurrencies be "Paid in" as Capital Contribution?* (2020), <http://www.monal.av.tr/can-cryptocurrencies-be-paid-in-as-capital-contribution> (last visited May 1, 2021).

⁷⁷ *See* Regulation on the Prohibition of Using Crypto-Assets in Payments, *supra* note 56, art. 3(2)(3).

C. Rights to wills and testaments

The Constitution guarantees and the Turkish Civil Code governs inheritance rights⁷⁸ covering the heirs' rights and the decedents' rights on a deceased's estate. A deceased's estate consists of their real rights, debts and receivables, possessions on movables and immovables, and *rights on other assets*.⁷⁹

Turkish Civil Code does not define what *other assets* mean.⁸⁰ To solve this ambiguity and clarify the assets included in the deceased's estate, we need to determine whether the subject-matter objects or rights are *transferable* in terms of the inheritance law principles.⁸¹ As per these principles, except for the inalienable personal rights such as the usufruct right or the right of habitation, the deceased's rights and assets are transferable.⁸² Thus, a deceased's cryptocurrencies are also transferable in this respect.

One of Turkey's first-degree courts of appeals has recently rendered a critical judgment supporting this conclusion.⁸³ In this judgment, the court has recognized the *digital asset* and *digital estate* concepts and ruled that the deceased's electronic mail account and associated *digital wallet accounts*, which are digital assets, should be included in the deceased's digital estate during the probate.⁸⁴

This ruling means that, although cryptocurrencies are not items of property in terms of the property law,⁸⁵ cryptocurrency holders can include their cryptocurrencies in their wills or testaments under the inheritance law. However, one should note that this is solely a single judgment, and there is no guiding or binding Supreme Court judgment on this issue yet; so, the matter is open to discussion, and the courts may render different judgments in the future.

D. Rights to matrimonial assets regimes

Under the Turkish Civil Code, married couples are subject to a statutory

⁷⁸ T. Const., *supra* note 37, art. 35; T. Civ. C., *supra* note 38, art. 495 *et seq.*

⁷⁹ See T. Civ. C., *supra* note 38, art. 599(2).

⁸⁰ *Id.*, art. 599 *et seq.*

⁸¹ See Bilge Öztan, *Miras Hukuku*, 16-18 (8th ed. 2017); Nurten İnce Akman, *Mirasbırakanın Dijital Bilgilerinin Mirasçılara Geçişi (Dijital Tereke)*, 9 İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 527, 539 (2018); Yasemin Maraşlı Dinç, *Ölümden Sonra Sosyal Medya Hesaplarının Hukuki Akıbeti: Dijital Miras*, 142 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 273, 276-277 (2019); Çiğdem İleri, "Dijital Miras" - Alman Federal Mahkemesi'nin "Facebook" Kararı Üzerine Bir İnceleme, 146 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 123, 144 (2020); Süleyman Yılmaz, Vehbi Umut Erkan, *Sosyal Medya Hesaplarının Miras Yoluyla İntikal Edip Edemeyeceği Sorusunun Kişisel Verileri Koruma Hukuku Kapsamında İncelenmesi*, 11 İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 569, 578-579 (2020).

⁸² *Ibid.*

⁸³ See Antalya Regional Court of Justice, 6th Civil Law Chamber, Nov. 13, 2020, No: 2020/1149 E. 2020/905 K., <https://www.lexpera.com.tr/> (last visited May 1, 2020).

⁸⁴ *Ibid.*; See also Sezer Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574) Cilt I 30 fn. 101* (2018) (stating that the cryptocurrencies and similar assets are in the deceased's estate and reminding that the inheritors should have the required keys to access them).

⁸⁵ See *infra* Part I.A.

assets regime.⁸⁶ As per this regime, the spouses, upon the marriage's end, have monetary partition rights over the assets acquired during the marriage except for their assets.⁸⁷

Accordingly, the Turkish Civil Code categorizes the spouses' assets mainly as *acquired assets* and *personal assets*.⁸⁸ Acquired assets are acquisitions in return for work, social security, and similar payments, compensation for loss of working power, earnings from personal assets, and other assets acquired in return for consideration. On the other hand, personal assets are items for personal use, assets owned by the spouses before the marriage or acquired by them without consideration, spouses' non-pecuniary compensation claims, and other assets acquired in return for such personal assets.⁸⁹ Apart from this categorization, the Turkish Civil Code does not provide a restriction for the term *assets*.⁹⁰ Therefore, the spouses' cryptocurrencies would also be among one of these categories.

So, if the spouses' cryptocurrencies fall under the acquired assets category and the marriage ends, the cryptocurrency holder's spouse would have partition rights on the cryptocurrencies' monetary value. However, the cryptocurrency holders who do not prefer this outcome can agree with their fiancées or spouses before or after the marriage and make alternative arrangements allowed by the law, such as choosing another matrimonial assets regime.⁹¹

II. Cryptocurrency holders' contractual rights

The Turkish Code of Obligations regulates contractual rights, and the main principle governing contractual rights is the freedom of contract, which is guaranteed by the Constitution.⁹² In this context, the parties are free to conclude a contract defined by law or with special terms and conditions⁹³ unless they violate the mandatory provisions of laws, the principles of morality, the public order, the personality rights,⁹⁴ or agree on something impossible.⁹⁵

⁸⁶ T. Civ. C., *supra* note 38, art. 202(1); *See* Turgut Akıntürk and Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt*, 144-146 (19th ed. 2016).

⁸⁷ *See* T. Civ. C., *supra* note 38, art. 218-241; Akıntürk and Ateş, *supra* note 86, 163-177.

⁸⁸ T. Civ. C., *supra* note 38, art. 218-221. There are also co-owned assets, which are the assets that cannot be proven to which one of the spouses belongs. *Id.*, art. 222(2); Akıntürk and Ateş, *supra* note 86, 155, 159.

⁸⁹ *Id.*, art. 219, 220.

⁹⁰ *Id.*, art. 202 *et seq.*

⁹¹ *Id.*, art. 202(2), 203-205, 221; Akıntürk and Ateş, *supra* note 86, 146-148.

⁹² T. Const., *supra* note 37, art. 48.

⁹³ Eren, *supra* note 74, 333; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 19-20, 949-950 (6th ed. 2018).

⁹⁴ "Rights on personal beings such as life, health, freedoms, honor, dignity, private life, name, picture, or emotional life embodies the right to personality". Ahmet M. Kılıçoğlu, *Medeni Hukuk*, 301 (3rd ed. 2016).

⁹⁵ *See* T. C. Obl., *supra* note 74, art. 26, 27(1); *See* Eren, *supra* note 74, 333-348 (explaining the limits of the freedom of contract in detail).

Entering contracts related to cryptocurrencies is not prohibited unless those contracts are associated with any other criminal or legally banned activity.⁹⁶ There is also no reason to conclude that such agreements are immoral, violate personality rights, or their subject matter is impossible. One can claim the violation of the public order in that regard in terms of the state's tax, emission, or criminal policies, yet such a discussion is outside the scope of this article.

Nonetheless, the CBRT's recent Regulation on the Prohibition of Using Crypto-Assets in Payments may open the door for impossibility discussions because it prohibits payment institutions and electronic money institutions from acting as an intermediary for transferring funds to and from the platforms that offer trading, custody, transfer, or issuance services for crypto-assets.⁹⁷ With this rule, it becomes unclear how a party of a cryptocurrency transaction can make payment to the other party of the transaction, thus perform their agreement.⁹⁸ It is also unclear whether this prohibition covers banks licensed under the Banking Law⁹⁹ or just the payment institutions and electronic money institutions licensed under the Law on Payment and Securities Reconciliation Systems, Payment Services, and Electronic Money Institutions.¹⁰⁰ Furthermore, whether this regulation can envisage such prohibition is also questionable as it violates the freedom of contract, which only a law can restrict, not a regulation.¹⁰¹ So, the validity of this prohibition is highly controversial.

Therefore, cryptocurrency transactions cannot be declared invalid categorically. We should analyze the main conditions required for a valid contract, which are (1) the contract form, (2) the parties' capacity to contract, and (3) the parties' mutual and consistent declarations of intent.¹⁰² For such an analysis, we can categorize the cryptocurrency transactions as (A) digital transactions, (B) electronic transactions, and (C) initial coin offerings.¹⁰³

⁹⁶ Önal, *supra* note 49, 177-179; *accord e.g.*, Schembri, *supra* note 1, 23 (“[C]ryptocurrencies are in fact legal in the EU. Furthermore, no EU member state has attempted to impose a ban or restrict their use. . .”); *See* Durdu, *supra* note 3, 55-56.

⁹⁷ Regulation on the Prohibition of Using Crypto-Assets in Payments, *supra* note 56, art 4(2).

⁹⁸ *See* Eren, *supra* note 74, 344-348.

⁹⁹ Law No. 5411, O. J., Nov. 1, 2005, art. 6, 10.

¹⁰⁰ Law No. 6493, *supra* note 46, art. 14, 18.

¹⁰¹ T. Const., *supra* note 37, art. 13, 48.

¹⁰² *See* Eren, *supra* note 74, 242-276, 279 *et seq.* (discussing these conditions in detail).

¹⁰³ Many believe that cryptocurrencies are the subject of a sale or a barter contract, which the Turkish Code of Obligations defines. However, these contracts are related to the objects that are either movables or immovables. Although Eren states that intangible goods that are not movables or immovables may be the subject of a sales contract and mentions the transfer of “*owning a right*”, not the property, he does not explain how such transfer can enjoy the legal consequences of a sales contract, for instance, the provisions on the passing of risk. Such legal consequences arise with the transfer of possession for movables and the registration to the land registry for immovables. These provisions cannot be applied to cryptocurrency transactions, as cryptocurrencies are not capable of being possessed. *Accord e.g.*, Anning et al., *supra* note 3, 118 (Under German law, “[S]uch a contract is not a purchase agreement . . . because cryptocurrency is not a “thing” within the meaning of the law”); *see* T. C. Obl., *supra* note 74, art. 207 *et seq.*, 282-284; Eren, *supra* note 93, 26-27, 46 *et seq.*;

A. Digital transactions

Digital transactions are P2P transactions, which are being implemented and recorded digitally through specific codes and software.¹⁰⁴ In this context, whether digital transactions form valid contracts and grant any rights to the cryptocurrency holders can be analyzed as follows.

1. Contract form

Parties can enter a contract in any form unless otherwise required by the law.¹⁰⁵ So, digital transactions' validity as to form is not questionable.

2. Parties' capacity to contract

To become a party to a contract, each party should have the legal capacity to acquire rights and the legal capacity to act.¹⁰⁶ Natural persons and legal entities have the legal capacity to acquire rights.¹⁰⁷ On the other hand, the capacity to act requires a person to be mentally competent, be legal of age, and not be legally incapacitated.¹⁰⁸ For legal entities, having the relevant bodies, e.g., a board of directors, is required for the capacity to act.¹⁰⁹

In this context, it will be challenging to determine the capacity to act in a digital transaction. The codes and software do not check information such as a person's identity or a company's trade registry records.¹¹⁰ Indeed, the purpose of such transactions is anonymity.

The validity of a digital transaction will therefore be questionable from this aspect.¹¹¹

see infra Part I.A.; *See also* Oğuzman et al., *supra* note 41, 54 (stating that only tangible things can be possessed); *cf.* Kapancı, *supra* note 2, 124-125 (stating that cryptocurrencies as a consideration in a contract is an act of doing, neither money nor property in exchange, so such contracts are not sale or barter contracts). Similarly, we cannot consider cryptocurrency transactions as contracts for the sale of goods under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods because this treaty applies to the sale of certain movables only. Software programs may be among those movables, yet the cryptocurrencies themselves are not a software program. *See* United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Multilateral, O. J., Apr. 7, 2010, art. 1-2; Yavuz Kaplan, *1980 Tarihli Birleşmiş Milletler Viyana Sözleşmesi Çerçevesinde, İnternet Ortamında Bilgisayar Programı Satış Sözleşmesi*, 22 *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 325-356 (2002); Annotated Text of CISG Article 1 (2014), <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/e-text-01.html> (last visited May 6, 2021); Zafer Zeytin, *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku CISG 58-63* (3rd ed. 2019); *See infra* Introduction; *cf.* Miklós Király, *The Vienna Convention on International Sales of Goods and the Bitcoin*, 16 *US-China L. Rev.* 179, 181 (2019) (“[A]ccepting Bitcoin as money—it is an international sale of goods transaction and CISG applies. In other case, considering Bitcoin as goods itself, it is a barter contract that is out of sphere of application of CISG”).

¹⁰⁴ *See infra* Introduction.

¹⁰⁵ T. C. Obl., *supra* note 74, art. 12(1); *See* Eren, *supra* note 74, 287-302 (explaining the types of the form of contracts in detail).

¹⁰⁶ Eren, *supra* note 74, 243.

¹⁰⁷ T. Civ. C., *supra* note 38, art. 8, 48.

¹⁰⁸ *Id.*, art. 14.

¹⁰⁹ *Id.*, art. 49.

¹¹⁰ *See infra* Introduction.

¹¹¹ *See* T. Civ. C., *supra* note 38, art. 15, 16; Eren, *supra* note 74, 243-244.

3. Parties' mutual and consistent declarations of intent

Parties execute a contract through their mutual and consistent declarations of intent, covering the substantial matters under the contract.¹¹² Such declarations of intent can be explicit or implicit.¹¹³

In digital transactions, there are only codes and algorithms that the parties approve digitally.¹¹⁴ So, such approval may have two different outcomes. First, one can interpret it as the parties' implicit declarations of intent and conclude that the parties executed a valid contract. On the other hand, one can also conclude that the digital approval alone is not satisfactory, as there is no sufficient information to understand whether there is an agreement on the substantial matters under the contract, so the parties did not execute a valid contract.¹¹⁵

Thus, a digital transaction's validity will be questionable in this respect.

4. Conclusion

If the parties have executed a valid contract resulting from a digital transaction, having a dispute over this contract will create significant problems.

For instance, parties' potential claims under such a contract are uncertain, as the codes or algorithms do not have any content describing the rights and obligations of the parties.¹¹⁶ Besides this problem, determining the parties' identity, the court of competent jurisdiction, or the applicable law are other complications.

In a potential lawsuit, satisfying the burden of proof will be another concern. Under the Law of Civil Procedure, parties should prove the legal transactions exceeding TL 4.880 (~USD 590¹¹⁷) with a document,¹¹⁸ though

¹¹² T. C. Obl., *supra* note 74, art. 1(1), 2(1).

¹¹³ *Id.*, art. 1(2).

¹¹⁴ *See infra* Introduction.

¹¹⁵ *See Eren, supra* note 74, 247.

¹¹⁶ *See Mesut Serdar Çekin, Borçlar Hukuku ile Veri Koruma Hukuku Açısından Blockchain Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler: Hukuk Düzenimizde Bir Paradigma Değişimine Gerek Var mı?, 77 İstanbul Hukuk Mecmuası 315, 325-329 (2019) (discussing the smart contracts in terms of the law of obligations); See generally Sai Agnikhotram, Antonios Kouroutakis, Doctrinal Challenges for the Legality of Smart Contracts: Lex Cryptographia or a New, 'Smart' Way to Contract?, 19 J. High Tech. L., 300-328 (2019) (discussing the difficulties in fitting the smart contracts into traditional contract provisions and whether lex cryptographia can be the solution); Maren K. Woebeking, The Impact of Smart Contracts on Traditional Concepts of Contract Law, 10 JIPITEC 105, 108-111 (2019) (explaining the advantages and disadvantages of smart contracts considering the German law and the EU law); Kapanıcı, supra note 2, 130-149 (discussing smart contracts on blockchain); See generally Mete Tevetoğlu, Ethereum ve Akıllı Sözleşmeler, 12 İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 193-208 (2021) (discussing smart contracts from Ethereum perspective and how Ethereum can solve contractual issues through programmable codes).*

¹¹⁷ Indicative Exchange Rates Announced by the CBRT (2021),

<https://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/EN/TCMB+EN/Main+Menu/Statistics/Exchange+Rates/Indicative+Exchange+Rates> (last visited May 1, 2021).

¹¹⁸ Law No. 6100, O. J., Feb. 4, 2011, art. 200, supp. art. 1; Tax Procedural Law General Communiqué No. 521, O. J., Nov. 28, 2020; *See also* Nedim Meriç, HMK ve İİK'da Yer Alan

only the electronic data created through a secure electronic signature is in the scope of the term document, not digital data.¹¹⁹ Thus, in a dispute arising from a digital transaction, the court may well dismiss the lawsuit because the parties failed to prove their claims unless the court admits the relevant blockchain keeping the digital transaction records as a *basis of evidence*¹²⁰ or applies other exceptions to the rules of evidence.¹²¹

Consequently, even if the parties overcome all the above problems and a court renders a judgment, then where and how they can enforce this judgment may be expected to be the following problem.

B. Electronic transactions

Electronic transactions are transactions concluded online through websites or applications, where usually at least one of the parties to a transaction is subscribed to that as a user. For instance, the *buying-selling* of cryptocurrencies through an online cryptocurrency exchange is an electronic transaction.

In this context, we think that electronic transactions should be subject to the rules of electronic commerce, as, under the Law on the Regulation of Electronic Commerce, electronic commerce involves all kinds of online economic and commercial activities performed electronically without encountering physically,¹²² and there are no definitions or restrictions on goods or services that parties can trade in electronic commerce. Thus, electronic transactions can be considered an electronic commerce activity, and the owners of the websites or applications over which the parties implement those transactions can be regarded as *service providers* or *intermediary service providers* under this law.¹²³

Service providers are persons, including legal entities, who are engaged in electronic commerce activities, and intermediary service providers are persons, including legal entities, who provide the medium for the electronic commerce activities of others.¹²⁴ A service provider or an intermediary service provider should register with the Electronic Commerce Information System of the Ministry of Commerce (hereinafter ECIS) before commencing its

Parasal Sınırlar (2021), <https://legalbank.net/belge/hmk-ve-iikda-yer-alan-parasal-sinirlar-2021-yili/3009245> (last visited May 1, 2021) (calculating the legal monetary thresholds for 2021).

¹¹⁹ See Law No. 6100, *supra* note 118, art. 205(2).

¹²⁰ Law No. 6100, *supra* note 118, art. 202 (“A basis of evidence is a record sent by the other party or their representative, which is not sufficient to prove a legal transaction; however, it shows that the claimed legal transaction is probable”.); See also Ramazan Arslan et al., *Medenî Usul Hukuku*, 421 (3rd ed. 2017) (giving photos, films, images, sound recordings, or electronic mails as examples of a basis of evidence and reminding that the parties should not obtain those unlawfully).

¹²¹ See Law No. 6100, *supra* note 118, art. 193, 203; See also Arruñada, *supra* note 11, 96 (“[T]here is still a need for the law to establish the rules of evidence: to set the value of the blockchain as a source of evidence for in rem adjudication”).

¹²² Law No. 6563, O. J., Nov. 5, 2014, art. 2.

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ *Ibid.*

activities.¹²⁵ Moreover, other obligations include providing information to the users, protecting personal data obtained through the transactions, retaining the electronic records related to the transactions, or carrying the burden of proof when a user files a complaint to the Ministry of Commerce.¹²⁶

With these rules in mind, whether electronic transactions form valid contracts and grant any rights to the cryptocurrency holders can be analyzed as below.

1. Contract form

As per the freedom of form,¹²⁷ electronic transactions' validity as to form is not questionable.

2. Parties' capacity to contract

Compared to digital transactions, determining the parties' capacity to act,¹²⁸ which is a requirement for the capacity to contract, is less challenging in electronic transactions. Users can check the service providers' information on their website and the ECIS, and the service providers may request information and undertakings from the users during the subscription process.

Thus, the validity of an electronic transaction will not be questionable from this aspect either.

3. Parties' mutual and consistent declarations of intent

In electronic transactions, service providers must provide the users with the information stipulated in the Law on the Regulation of Electronic Commerce before the parties execute a contract.¹²⁹ In this context, service providers must provide the contract's text to the users.¹³⁰ So, when users conclude an electronic transaction, they approve a transaction, and the terms and conditions of this transaction, usually covering the substantial matters under the contract.¹³¹

Thus, an electronic transaction's validity will also not be questionable in this respect.

4. Conclusion

In case an electronic transaction is performed through, e.g., an online cryptocurrency exchange registered with the ECIS, the parties will conclude an electronic commerce contract, and the user will be entitled to:

¹²⁵ Communiqué on the Electronic Commerce Information System and Notification Requirements, O. J., Aug. 11, 2017, art. 4, 5(1); Decree-Law No. 703, O. J., July 9, 2018, art. 29; *cf.* 23 NYCRR Part 200 (2020) (The *BitLicense* regulation have a similar effect. The businesses should have a license to conduct virtual currency activities, and their activities are regulated.).

¹²⁶ Law No. 6563, *supra* note 122, art. 3 *et seq.*; Regulation on the Service Providers and Intermediary Service Providers in the Electronic Commerce, O. J., Aug. 26, 2015, art. 5 *et seq.*

¹²⁷ *See infra* Part II.A.1.

¹²⁸ *See infra* Part II.A.2.

¹²⁹ Law No. 6563, *supra* note 122, art. 3, 4.

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ *See infra* Part II.A.3.

(a) the rights granted by the terms of this electronic commerce contract, (b) the protection ensured by the electronic commerce legislation, and (c) the applicable rights granted by the general provisions of the Turkish Civil Code and the Turkish Code of Obligations,¹³² unless there is a choice of law provision in the electronic commerce contract indicating another law instead of Turkish law as the contract's governing law. For instance, if a provision in this electronic commerce contract is ambiguous, it will be interpreted in favor of the user.¹³³

Moreover, whether registered with the ECIS, the service providers and the users usually conclude a user agreement to trade on the online cryptocurrency exchanges.¹³⁴ If such an agreement exists, the users will be entitled to the rights under this agreement's terms and governing law.

If there is no such agreement, the existence of a verbal contract and the parties' rights under such contract will be questionable. Accordingly, in case of a dispute, the parties will encounter some legal problems as such in digital transactions.¹³⁵

C. Initial coin offerings

An ICO is to collect funds or cryptocurrencies from investors in return for tokens of a newly issued cryptocurrency to finance a project or a venture company.¹³⁶ Such tokens may represent goods or services related to the project or a return as a share of revenue or equity in the company.¹³⁷

This activity resembles collecting funds from the public, referred to as *crowdfunding* under the Capital Markets Law.¹³⁸ One can perform crowdfunding through the intermediation of the electronic crowdfunding platforms, which commence their activities with the authorization of the Capital Markets Board (hereinafter CMB).¹³⁹ So, if an ICO issuer does not have

¹³² See T. Civ. C., *supra* note 38, art. 5 ("The general provisions of this Code and the Code of Obligations shall apply to all private law relationships, as relevant"); T. C. Obl., *supra* note 74, art. 646 ("This Code is the Fifth Book of the Turkish Civil Code . . . and is an integral part thereof").

¹³³ See T. C. Obl., *supra* note 74, art. 23; See Eren, *supra* note 74, 219-238 (explaining the contract provisions that the academic literature considers *general trading conditions* and the legal consequences arising of such categorization in detail).

¹³⁴ E.g., Coinbase User Agreement (2020),

https://www.coinbase.com/legal/user_agreement/payments_europe (last visited May 1, 2021).

¹³⁵ See *infra* Part II.A.4.

¹³⁶ Cf. Jake Frankenfield, Initial Coin Offering (ICO) (2020),

<https://www.investopedia.com/terms/i/initial-coin-offering-ico.asp> (last visited May 1, 2021) (stating that an ICO is like an initial public offering); See generally Sinan H. Yüksel, Osman Gazi Güçlütürk, *Kripto Varlıkların İlk Arzı (ICO) ve Türk Hukukunda İlgili Düzenlemelerin Tespiti*, *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk I: Blokzincir*, 181-254 (2020) (discussing ICOs in detail, considering the EU regulations, the Swiss law, and Turkish capital markets law).

¹³⁷ See Frankenfield, *supra* note 136.

¹³⁸ See Law No. 6362, *supra* note 67, art. 3.

¹³⁹ *Id.*, art. 35/A.

the required authorization, its activities may be found illegitimate.¹⁴⁰

Accordingly, the announcement by the CMB in 2018 alerted the investors on this issue as follows:

“Whether the “token sale” practices, which have similarities with and differences to the initial public offering and crowdfunding activities, will fall under the regulatory boundaries of our Board, will vary on a case-by-case basis. Before the secondary regulations come into force, all necessary administrative and criminal measures will be implemented by our Board regarding crowdfunding activities without authorization. At this stage, investors should not give credit to crypto-asset sales that are likely to be realized under the name of crowdfunding”.¹⁴¹

Nevertheless, such an ICO issuer might have concluded contracts with its investors. If this is the case, the investors will be entitled to the rights under the contract’s terms and governing law. Though, if this contract’s governing law is Turkish law, then it may be found invalid because of violating the Capital Markets Law; if not, our analysis on the electronic transactions will apply to this contract as well.¹⁴²

Conclusion

Under the existing legislation, cryptocurrency holders have limited rights, which aligns with the decentralization notion. Cryptographers designed cryptocurrencies to avoid the monitoring and supervision of a centralized authority such as a state, so the cryptocurrency holders may not expect to enjoy the protection of a state or the legal system created by a state. Besides, any cryptocurrency may even “disappear”, and the system providing its infrastructure may not be reached.¹⁴³ Similarly, a cryptocurrency exchange may suddenly cease its operations.¹⁴⁴

Despite these facts, after a decade since the cryptocurrencies first appeared, in addition to information technologies savvies and professional investors, ordinary persons are also interested in holding cryptocurrencies. Therefore, how the government can provide legal protection to cryptocurrency holders

¹⁴⁰ Cf. Yüksel, Güçlütürk, *supra* note 136, 241 (concluding that ICOs collecting crypto-assets or operating without an intermediary platform would be out of the scope of the crowdfunding activities under the Capital Markets Law).

¹⁴¹ Sermaye Piyasası Kurulu Bülteni 2018/42 (2018), <https://www.spk.gov.tr/Bulten/Goster?year=2018&no=42&year=2018&no=42> (last visited May 1, 2021); *See generally* Regulators’ Statements on Initial Coin Offerings, <https://www.iosco.org/publications/?subsection=ico-statements> (last visited May 1, 2021) (collection of statements by different countries’ securities regulators).

¹⁴² *See* T. C. Obl., *supra* note 74, art. 27; *See infra* Part II.B.

¹⁴³ *See* Szilagyi, *supra* note 45, 34; Pałka, *supra* note 41, 156.

¹⁴⁴ *E.g.*, Taylan Bilgiç, Ercan Ersoy, Crypto Users Bicker After Turkish Exchange Abruptly Goes Silent (2021), <https://www.bloomberg.com/news/articles/2021-04-21/crypto-users-bicker-after-turkish-exchange-abruptly-goes-silent> (last visited May 1, 2021); Jamie Crawley, Turkish Court Jails Thodex CEO’s Siblings in Crypto Exchange Probe (2021), <https://www.coindesk.com/turkish-court-jails-6-thodex-crypto-exchange-ceo-siblings> (last visited May 1, 2021).

without hindering the development of this technology is an important issue.¹⁴⁵

In terms of Turkish law, leaving this issue to the courts will not be an ideal solution.¹⁴⁶ Although the judges have the authority to create rules when there is a legal loophole, such rules only bind the parties of a specific lawsuit, and they are not binding as an enacted legislation.¹⁴⁷ So, even if a court creates a rule, it will not cover all the cryptocurrency holders. Thus, enacting new laws or applying existing laws more effectively can be the two central solutions.

As a new law, the legislator can consider amending the Turkish Civil Code and acknowledging digital assets as an item of property.¹⁴⁸ Such an amendment may categorize the digital assets under *virtual property*, *bitproperty*, *res digitales*, or any similar concept that can be as inclusive as possible.¹⁴⁹ To overcome the question of trust and admissibility as evidence, it should define in detail the expected minimum technical specifications of the digital infrastructures behind the digital assets, so the legally defined digital asset concept should not cover any digital asset generated by a technically unreliable system.¹⁵⁰

Consequently, legally defined digital assets will grant the cryptocurrency holders an absolute right, which can be claimed against everyone and protected by relevant lawsuits, including tort claims.¹⁵¹ Such an amendment will be helpful in terms of clarifying the cryptocurrency holders' rights to wills

¹⁴⁵ See Bozkurt Yüksel, *supra* note 29, 213; See Ondřej Kovařík, Draft Report with Recommendations to the Commission on Digital Finance: Emerging Risks in Crypto-assets - Regulatory and Supervisory Challenges in the Area of Financial Services, Institutions and Markets (2020/2034(INL)) (2020). Available at: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/ECON-PR-650539_EN.pdf (last visited May 1, 2021).

¹⁴⁶ *But see e.g.*, David M. Fox, Cryptocurrencies in the Common Law of Property, 42 (2018). Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3232501 (last visited May 1, 2021) (“The common law can . . . provide a default set of property principles to govern cryptocurrency transactions. Statutory intervention is not essential”); *cf.* Bullmann et al., *supra* note 1, 30 (“[R]egulation could be perceived as (unintentionally) legitimi[z]ing crypto-assets business”).

¹⁴⁷ T. Civ. C., *supra* note 38, art. 1; Kemal Gözler, Hukuka Giriş, 391-393 (15th ed. 2018).

¹⁴⁸ *See e.g.*, Wyo. Stat. §§ 34-29-101, 34-29-102 (2019) (defining digital assets to include virtual currencies and classifying them as property); *See also* Bilgili, Cengil, *supra* note 41, 20-21 (suggesting an arrangement like the Turkish Civil Code considering certain natural powers as movables or a particular legal arrangement which will provide the cryptocurrencies an absolute right protection). *But see* Tatiana Cutts, David Goldstone, Bitcoin Ownership and its Impact on Fungibility (2015), <https://www.coindesk.com/bitcoin-ownership-impact-fungibility> (last visited May 1, 2021) (arguing that the law of property may be a “wrong tool” to protect the Bitcoin because its technical features are sufficient for protection).

¹⁴⁹ *See generally* Charles Blazer, *The Five Indicia of Virtual Property*, 5 *Pierce L. Rev.*, 137-161 (2006); *See generally* Joshua A. T. Fairfield, *Bitproperty*, 88 *S. Cal. L. Rev.*, 805-874 (2015); *See generally* Wian Erlank, *Introduction to Virtual Property: Lex Virtualis IPSA Loquitur*, 18 *Potchefstroom Elec. L. J.*, 2524-2559 (2015); Pałka, *supra* note 41.

¹⁵⁰ *Cf.* Reyes, *supra* note 26, 228 (“[T]his is a proposal that regulators undertake the dual task of enacting a law or regulation via statute, and then implementing that statute through code, so that it is endogenously incorporated into the decentralized ledger technology or applications running on top of the technology”); Szilagyí, *supra* note 45, 34 (“Bitcoin is not meaningful if separated from the blockchain that powers it”).

¹⁵¹ *See* T. Civ. C., *supra* note 38, art. 683(2); Eren, *supra* note 74, 617-620; *cf.* Kapancı, *supra* note 2, 121-124 (stating that tort claims are possible even without such absolute right, such as in the events of criminal or immoral acts).

and testaments and matrimonial assets regimes as well. However, making such an amendment only in Turkey will not be sufficient, as the parties to a digital transaction, a service provider, or an intermediary service provider in an electronic transaction, an ICO issuer, the blockchain recording the transactions, or the miners verifying the transactions can all be in the different parts of the world. Defining all these elements under local legislation and expecting binding legal outcomes may result in theoretical rules that are not applicable in practice¹⁵² or conflict with international law. Thus, handling the issue internationally¹⁵³ within the scope of an international treaty,¹⁵⁴ and founding technological collaborations to ensure the rules under such a treaty are enforceable, will be a more effective solution. In this context, the legislator may need to revisit the principles of international law, such as jurisdiction and territoriality.¹⁵⁵

The legislator can adopt a similar approach for cryptocurrency holders' contractual rights as well. New laws amending the Turkish Code of Obligations and the Capital Markets Law, embracing digital transactions and ICOs, and acknowledging them in an international and technological framework like acknowledging the digital assets will grant the parties at least relative rights to claim against each other.¹⁵⁶

Furthermore, another new law can acknowledge cryptocurrencies as foreign currency. If this is preferred, then the cryptocurrencies can be regulated under the foreign exchange legislation, which will protect the cryptocurrency holders and grant the authority to the government to keep the cryptocurrency transactions under control. For instance, in such a case, cryptocurrencies will be sold or bought only through authorized institutions. These institutions will document the cryptocurrency transactions, and parties to a contract can agree to payment in cryptocurrencies, except for specific contracts that one cannot conclude in foreign currencies.¹⁵⁷

Though, enacting any of these new laws will require a long time and detailed studies. Thus, in the meantime, we propose that the government

¹⁵² See Bullmann et al., *supra* note 1, 28-29.

¹⁵³ Burçin Bozdanoğlu, *Sanal Para Birimi Bitcoin'in Kayıtdışı Ekonomi ile Karapara Faaliyetlerine Etkisi ve Vergilendirilmesi*, 10 Mali Hukuk Dergisi 3, 17 (2014); Jon Buck, German Central Bank Director: Crypto Regulations Must Be International (2018), <https://cointelegraph.com/news/german-central-bank-director-crypto-regulations-must-be-international> (last visited May 1, 2021); Schembri, *supra* note 1, 65.

¹⁵⁴ Cf. Pałka, *supra* note 41, 200 (“[I]t is hard to imagine that an international treaty regarding virtual items will soon be concluded”).

¹⁵⁵ See Lastra, Allen, *supra* note 1, 14; See generally P. R. Stephenson, *International Private Law as a Model for Private Law Jurisdiction in Cyberspace*, 7 Legal Issues J., 103-134 (2019) (discussing the “jurisdictional guidelines for cyberspace” from torts perspective).

¹⁵⁶ See Eren, *supra* note 74, 52-56 (explaining the relative rights concept in detail).

¹⁵⁷ See T. C. Obl., *supra* note 74, art. 99; Decree on the Preservation of the Value of Turkish Currency No. 89/14391, O. J., Aug. 11, 1989, art. 2, 4, 6, 23; See also Communiqué No. 2008-32/34 regarding the Decree on the Preservation of the Value of Turkish Currency, O. J., Feb. 28, 2008, art. 8 (detailing the contracts which cannot be concluded in foreign currencies).

applies the Law on the Regulation of Electronic Commerce more effectively. For instance, the Ministry of Commerce can audit the online cryptocurrency exchanges under its jurisdiction, which facilitate electronic transactions, check whether they comply with the rules of conducting electronic commerce, and apply administrative fines as required¹⁵⁸. Moreover, the legislator can consider strengthening the provisions of this law. In this context, it can regulate the service providers' and intermediary service providers' requirement to register to the ECIS as an obligation under the law and impose effective sanctions for non-compliance.¹⁵⁹ Similarly, it can oblige the service providers and intermediary service providers to obtain *trust marks*, which will ensure a certain standard of security and service quality.¹⁶⁰ Thereby, it can create a safer and more transparent environment for cryptocurrency trading as a beginning.

¹⁵⁸ Law No. 6563, *supra* note 122, art. 2, 11, 12.

¹⁵⁹ Currently, a communiqué regulates this requirement, and the purpose is to follow and evaluate the development of electronic commerce, not the user protection. *See* Law No. 6563, *supra* note 122, art. 11(3); Communiqué on the Electronic Commerce Information System and Notification Requirements, *supra* note 125, art. 5.

¹⁶⁰ *See* Communiqué on the Trust Marks in the Electronic Commerce, O. J., June 6, 2017, art. 2(1), 4, 5.

*Fərhad Cahanqoşa**

SƏNAYE MÜLKİYYƏTİNƏ MÜNASİBƏTDƏ 1883-CÜ İL PARIS KONVENSIYASI VƏ AZƏRBAYCAN QANUNVERİCİLİYİNİN MÜQAYİSƏLİ TƏHLİLİ

Annotasiya

Son illər bütün dünya ölkələrində olduğu kimi, Azərbaycanda da iqtisadiyyatın inkişafında sənaye mülkiyyətinin rolu əhəmiyyətli dərəcədə artmışdır. Müasir dövrdə sənaye mülkiyyəti obyektləri dövlətin və cəmiyyətin inkişafında mühüm yer tutur. Bu da sənaye mülkiyyəti hüquqlarının təminatı məsələsinə xüsusi diqqət yetirilməsi zərurətini ortaya qoyur. Azərbaycan Respublikası qanunvericiliyində sənaye mülkiyyəti ilə bağlı, xüsusən, onun hüquqi mühafizəsi ilə bağlı bir sıra problemlər mövcuddur. Məqalədə qanunvericilikdə olan mövcud problemlər 1883-cü il Paris Konvensiyası və milli qanunvericilik arasında olan prinsiplər fərqlər fonunda ortaya qoyulmuşdur. Məqalədə sənaye mülkiyyəti sahəsində qəbul edilmiş ilk beynəlxalq sənədlərdən olan 1883-cü il Paris Konvensiyası və Azərbaycan Respublikasında qəbul edilmiş bir sıra normativ-hüquqi aktlar müqayisəli təhlil edilmiş, sənaye mülkiyyəti obyektlərinin təsnifatı, onlardan istifadəyə dair hüquqların verilməsi və “qudvil” anlayışı, sənaye mülkiyyətinin mühafizəsi və s. məsələlərlə əlaqədar qanunvericiliyin mövcud vəziyyəti göstərilmiş, əsas problemlər ortaya qoyulmuşdur. Həmçinin məqalədə Azərbaycan Respublikasının hüquq sistemi üçün yeni sayılan “qudvil” anlayışından və onun əhəmiyyətindən bəhs edilmişdir. Yekunda isə məqalədə sözügedən məsələlərlə əlaqədar qanunvericiliyin gəldiyi son vəziyyət və üzvləşdiyi problemlər göstərilmiş, bununla bağlı mövcud durumu dəyişmək üçün təkliflər verilmişdir.

Abstract

In recent years, the role of industrial property in the development of the economy has also increased significantly in Azerbaijan, as in all countries of the world. In modern times, the objects of industrial property play an important role in the development of the state and society. This highlights the need to pay special attention to the issue of ensuring industrial property rights. There are a number of problems in the legislation of the Republic of Azerbaijan related to industrial property, in particular, its legal protection. The article presents the existing problems in the legislation on the background of the basic differences between the Paris Convention and the national legislation. The article comparatively analyzes the Paris Convention, one of the first international documents adopted in the field of industrial property, and a set of normative legal acts adopted in the Republic of Azerbaijan, in the context of classification of industrial property objects, granting the rights to use them, the definition of “goodwill”, protection of industrial property and also current situation and some legal gaps in our legislation are mentioned. The article also discusses the definition of “goodwill” and its importance which is new for the legal system of the Republic of Azerbaijan. In the end, the article shows the latest situation and problems of legislation on these issues and give suggestions in order to change the current situation.

* Bakı Dövlət Universiteti, Hüquq fakültəsi, İnsan Hüquqları ixtisası, I kurs magistr tələbəsi.

MÜNDƏRİCAT

Giriş.....	169
I. Sənaye mülkiyyəti obyektlərinə Konvensiya və milli qanunvericilikdə yanaşma. AR qanunvericiliyində mövcud vəziyyət və boşluqlar	171
II. Sənaye mülkiyyətindən başqa şəxslərin istifadə hüququ. Lisenziya müqaviləsi.....	173
A. Sənaye mülkiyyətindən istifadəyə dair hüquqların verilməsi. Lisenziya məcburiliyi və “məcburi lisenziya”	173
B. “Goodwill” anlayışı və Azərbaycan Respublikası qanunvericiliyində yeri.....	176
III. Sənaye mülkiyyətinin mühafizəsi. Qanunsuz istifadə və hüquqi məsuliyyət.....	179
A. Konvensiya modeli.....	179
B. Azərbaycan modeli	182
Nəticə.....	191

Giriş

Əqli mülkiyyətlə bağlı ixtiraçılıq sərgiləri XIX əsrdə yeni bir hadisə kimi Sənaye İnqilabının nəticəsində meydana gəldi. Bu sərgilərin məqsədi texnologiyada baş verən yeni irəliləyişləri ictimaiyyətə təqdim etmək idi. Lakin ölkələrin yerli qanunvericiliyinin müxtəlifliyinə görə beynəlxalq səviyyədə sənaye mülkiyyəti hüquqlarının qorunmasını təmin etmək çox çətin idi. Çünki belə bir hüququn tanınmasında ciddi problemlər ortaya çıxırdı. Bu da ilkinliyi tənzimləyən vahid norma olmamasından qaynaqlanırdı. Sənaye mülkiyyətinin ilkinliyi dedikdə, Paris Konvensiyasının iştirakçısı olan ölkədə sənaye mülkiyyəti ilə bağlı birinci iddia sənədinin verildiyi tarix başa düşülməlidir (konvensiya ilkinliyi).¹

Həmin dövrdə bir çox xarici sərgi iştirakçıları fikirlərinin oğurlanacağından və digər ölkələrdə başqalarının fikri kimi istifadə olunacağından ehtiyat etdikləri üçün bu kimi sərgilərdə iştirak etməkdən imtina edirdilər. 1873-cü ildə Vyanadakı Beynəlxalq İxtiralar Sərgisi bunun bariz nəticəsi idi. Belə ki, bir çox sərgi iştirakçısı məhz bu səbəbdən sərgiyə qatılmamışdı.²

XIX əsrin ikinci yarısında beynəlxalq ticarətin və sənaye istehsalının artması, həmçinin ixtira ilə bağlı ideyaların mənimsənilməsi qorxusu sənaye mülkiyyətinin hüquqi tənzimləmə və mühafizə altına alınmasını, bununla da, sənaye mülkiyyətinin beynəlxalq hüquqi rejiminin yaradılması zərurətini

¹ Sənaye Mülkiyyətinin Mühafizəsi haqqında Paris Konvensiyası, mad. 4 (1883).

² Cynthia L. Clark, *The American Economy: A Historical Encyclopedia*, 687 (2011).

doğurdu.³ 1880-ci ildə keçirilmiş Paris konfransı öz məntiqi sonluğunu bu sahədə yeni konvensiyanın qəbul edilməsi ilə tapdı. 20 mart 1883-cü ildə Fransanın paytaxtı Parisdə imzalanan “Sənaye mülkiyyətinin mühafizəsi haqqında Paris Konvensiyası” ilk əqli mülkiyyət müqavilələrindən biri idi. Paris Konvensiyası insanların ixtiralar, əmtəə nişanları və sənaye nümunələri kimi yeni fikir və yaradıcılığı ilə bağlı hüquq və qanuni mənafeələrinin digər ölkələrdə də qorunmasını təmin etdi.⁴ Bununla da, Paris Konvensiyası bütün dünyada yeni fikirlərin yaranması və yayılmasına rəvac verdi.

1880-ci ildə Parisdə keçirilən diplomatik konfransdan sonra 1883-cü ildə Konvensiyanı 11 ölkə imzaladı. İmzalanan zaman yalnız 11 ölkədə mövcud olsa da, zamanla Paris Konvensiyası bütün dünyada sürətlə yayılan bir təsirə sahib oldu.

Azərbaycan Respublikası müstəqillik qazandıqdan sonra 90-cı illərdən başlayaraq, hüququn hər bir sahəsində islahatlar keçirilməkdə davam edir. Əqli mülkiyyət qanunvericiliyinin əsasını təşkil edən bütün normativ-hüquqi aktların da qəbulu məhz bu dövrə təsadüf edir. Azərbaycan Respublikasında sözügedən islahatlar çərçivəsində əqli mülkiyyət hüquqlarına dair normativ-hüquqi aktların qəbulu ilə yanaşı, mövcud qanunvericilik də beynəlxalq xüsusi hüquqa uyğun olmalı idi. Bu səbəbdən Azərbaycan Respublikasında bu sahədə bir çox mühüm addımlar atılmış və 25 dekabr 1995-ci ildə Azərbaycan Paris Konvensiyasına qoşulmuşdur.⁵

Məlum olduğu kimi, müasir dünyada həyat çox sürətli və dinamik bir hal almışdır, bu da təbii ki, öz təsirini hüquq sahəsində də göstərir. Qloballaşan dünyaya “ayaq uydurmaq” üçün normativ-hüquqi aktlarda dəyişikliklər aparmaq mütləqdir. Lakin əvvəl normativ-hüquqi aktları gözdən keçirmək, digər dövlətlərin qanunvericiliklərində qüvvədə olan aktlarla və həmçinin beynəlxalq xarakterli aktlarla müqayisə edib müvafiq boşluqları, eləcə də mövcud kolliziyaları aşkara çıxarmaq lazımdır. Məqalədə sənaye mülkiyyətinin obyektlərindən, sənaye mülkiyyətinə dair hüquqların verilməsində özünəməxsus rol oynayan “goodwill” anlayışından, sənaye mülkiyyəti mühafizəsinin hüquqi rejimindən və hansı sənaye mülkiyyəti obyektlərinin hüququn müdafiəsi altında olmasından söhbət açılacaqdır.

Xüsusilə, sənaye mülkiyyəti obyektlərinin hüquqi mühafizəsindən bəhs edən üçüncü hissədə Konvensiya və sənaye mülkiyyəti qanunvericiliyi sahəsində Azərbaycan modeli ətraflı şəkildə müqayisəli təhlil ediləcək,

³ International Protection of Industrial Property: From the Paris Convention to the TRIPS Agreement (2003), https://www.wipo.int/edocs/mdocs/arab/en/2003/ip_cai_1/pdf/wipo_ip_cai_1_03_2.pdf. (son baxış 25 aprel 2021).

⁴ Arpad Bogsch, Paris Convention for the Protection of Industrial Property from 1883 to 1983, 27-56 (1983).

⁵ “Sənaye mülkiyyətinin mühafizəsi haqqında” Konvensiyaya, “Patent kooperasiyası haqqında” Müqaviləyə, “Nişanların beynəlxalq qeydiyyatı haqqında” Sazişə, İntellektual Mülkiyyətin Ümumdünya Təşkilatını təsis edən Konvensiyaya Azərbaycan Respublikasının qoşulması barədə Azərbaycan Respublikası Milli Məclisinin Qərarı (1995).

mövcud boşluq və kolliziyalar işıqlandırılacaqdır. Həmçinin məqalədə bir sıra məhkəmə qərarlarından və həmin qərarların əhəmiyyətindən bəhs olunacaqdır.

I. Sənaye mülkiyyəti obyektlərinə Konvensiya və milli qanunvericilikdə yanaşma. AR qanunvericiliyində mövcud vəziyyət və boşluqlar

Sənaye mülkiyyəti ilə bağlı Konvensiya və Azərbaycan Respublikası qanunvericiliyinin müqayisəli təhlilini etməzdən əvvəl sənaye mülkiyyəti anlayışına və bununla bağlı digər bəzi məsələlərə aydınlıq gətirmək lazımdır. Sənaye mülkiyyəti anlayışı 1883-cü il Paris Konvensiyasının 1-ci maddəsində qeyd edilmişdir. Həmin maddəyə əsasən “ixtira üzrə patentlər, faydalı modellər, sənaye nümunələri, əmtəə nişanları, xidmət nişanları, firma adları və mənşə, yaxud mənşə yerinin adları (appellations of origin) və həmçinin qeyri-səmimi rəqabət sənaye mülkiyyətinin mühafizəsi obyektləridir”.⁶ Maddənin məzmunundan görüldüyü kimi, Konvensiya sənaye mülkiyyəti dedikdə, bunu təkcə sənaye və ticarət sahəsi ilə məhdudlaşdırmır, kənd təsərrüfatı istehsalı məhsullarını və integral sxem topologiyasını da əhatə edir.⁷

Paris Konvensiyasında sənaye mülkiyyəti obyektlərinin əhatə dairəsi qeyd edilsə də, heç birinə leqal anlayış verilməmişdir. Nəzərə alsaq ki, Paris Konvensiyası sənaye mülkiyyəti sahəsində qəbul edilmiş ilk beynəlxalq sənəddir, bu səbəbdən sənaye mülkiyyəti obyektlərinə ayrı-ayrılıqda anlayış verilmədiyini başa düşmək çətin deyil.

Sənaye mülkiyyətinin Azərbaycan modelinə gəldikdə isə ölkəmizdə ixtiraların, faydalı modellərin və sənaye nümunələrinin yaradılması, hüquqi mühafizəsi və istifadəsi ilə əlaqədar münasibətlər “Patent haqqında”, əmtəə nişanlarının və coğrafi göstəricilərin qeydə alınması və hüquqi mühafizəsi ilə bağlı münasibətlər “Əmtəə nişanlarının və coğrafi göstəricilər haqqında”, haqsız rəqabətin qarşısının alınması və aradan qaldırılmasının hüquqi tənziimi “Haqsız rəqabət haqqında”, əqli mülkiyyət hüquqlarının mühafizəsi isə “Əqli mülkiyyət hüquqlarının təminatı və pircəlikə qarşı mübarizə haqqında” Qanunla və qəbul edilmiş digər qanunvericilik aktları ilə tənzimlənir.

Azərbaycan qanunvericiliyini nəzərdən keçirdikdə, sənaye mülkiyyəti obyektlərinin əhatə dairəsinin tam və dəqiq şəkildə göstərilmədiyini görmək mümkündür. Belə ki, heç bir normativ-hüquqi aktda sənaye mülkiyyətinin anlayışı və ya obyektlərindən bəhs edilmir. Yalnız “Patent haqqında” Qanunun qüvvədən düşmüş 1.1-ci maddəsində qeyd edilib ki, “sənaye

⁶ Yuxarıda istinad 1, mad. 1.

⁷ WIPO: Understanding Industrial Property (2016), https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_895_2016.pdf (son baxış 9 may 2021).

mülkiyyəti obyekt dedikdə, insanın əqli fəaliyyətinin nəticəsi olan ixtira, faydalı model və sənaye nümunəsi başa düşülür".⁸

Həmin maddəyə nəzər yetirdikdə onun kifayət qədər qüsurlu və səthi olduğunu görmək mümkündür. Belə ki, maddənin məzmunundan sənaye mülkiyyətinin yalnız ixtira, faydalı model və sənaye nümunəsindən ibarət olduğu nəticəsinə gəlmək olar. Lakin bu cür yanaşma doğru deyildir. Çünki Konvensional modeldən bəhs edərkən sənaye mülkiyyəti obyektlərinin əhatə dairəsinin daha geniş olduğu qeyd edilmişdi.

Sənaye mülkiyyətinin ayrı-ayrı obyektlərinin isə qanunvericilikdə leqal anlayışı verilmiş, lakin əvvəl də qeyd edildiyi kimi, verilən anlayışlarda onların sənaye mülkiyyəti obyekt olmasından bəhs edilməmişdir. Məsələn Paris Konvensiyasına əsasən sənaye mülkiyyəti obyektlərindən biri hesab edilən seleksiya nailiyyətlərinin anlayışı 1996-cı ildə qəbul edilmiş "Seleksiya nailiyyətləri haqqında" Qanunda verilmişdir. Qanunun 1-ci maddəsinə əsasən, "seleksiya nailiyyətləri seleksiya işi nəticəsində yaradılmış, cəmiyyət üçün faydalı bitki sortları, heyvan cinsləri, onların hibridləri, xəttləri, krossları və ya klonları kimi başa düşülür".⁹ Eyni şəkildə əmtəə nişanı və coğrafi göstəricilər, ixtiralar, faydalı model, haqsız rəqabət və s.-nin anlayışı da müvafiq qanunlarda verilmişdir. Bunlarla yanaşı, qanunvericiliyin inteqral sxem topologiyasına da yanaşması qeyri-müəyyəndir. "İnteqral sxem topologiyalarının hüquqi qorunması haqqında" Qanunda inteqral sxemə "altlığın səthində və həcmində bir-birindən ayrılmaz şəkildə hazırlanmış elementlər və elementlərarası əlaqələrdən ibarət olub müəyyən elektron sxem funksiyasını tam və ya qismən yerinə yetirən elektron məmulat" anlayışı verilmişdir.¹⁰ Göründüyü kimi, qanunda onun sənaye mülkiyyəti obyektı olub-olmaması məsələsinə toxunulmamışdır.

Beləliklə, sənaye mülkiyyətinin leqal anlayışının olmaması və sənaye mülkiyyəti obyektlərinin tam və dəqiq dairəsinin müəyyənləşdirilməməsi qanunvericilikdə ciddi bir problem olaraq qalmaqdadır. Həmçinin qeyd edilməlidir ki, mövcud qanunvericilikdə sənaye mülkiyyəti obyektlərinin nə olduğundan bəhs edilməməsi onların müxtəlif qanunlarla mühafizə altına alınmasını da xeyli çətinləşdirmiş, müvafiq olaraq İnzibati Xətlər Məcəlləsi və Cinayət Məcəllələrində qanunla qadağan edilən əməlin obyektı qismində müəyyən edilməsini mümkünsüz etmişdir.

⁸ "Patent haqqında" Azərbaycan Respublikasının Qanunu, mad. 1 (1997).

⁹ "Seleksiya nailiyyətləri haqqında" Azərbaycan Respublikasının Qanunu, mad. 1 (1996).

¹⁰ "İnteqral sxem topologiyalarının hüquqi qorunması haqqında" Azərbaycan Respublikasının Qanunu, mad. 1 (2002).

II. Sənaye mülkiyyətindən başqa şəxslərin istifadə hüququ. Lisenziya müqaviləsi

A. Sənaye mülkiyyətindən istifadəyə dair hüquqların verilməsi. Lisenziya məcburiliyi və “məcburi lisenziya”

Azərbaycan Respublikası qanunvericiliyi sənaye mülkiyyəti obyektlərindən istifadəyə dair hüquqların verilməsini mümkün hesab edir. Belə ki, patent və ya əmtəə nişanı sahibi patent və ya əmtəə nişanından istifadəyə dair hüququnu başqa şəxsə verə, həmin şəxs də yalnız patent sahibinin razılığını almaq şərti ilə lisenziya əsasında bu hüququ əldə edə bilər.¹¹ Lakin qanunvericilik bu halı yalnız patent sahibinin razılığı əsasında mümkün hesab edir. “Patent haqqında” Qanunun IV fəslində dövlət və ya onun müvəkkil etdiyi şəxslərin müəyyən məqsədlər (məsələn milli təhlükəsizlik məqsədləri və ya fors-major hallarında) çərçivəsində patentdən istifadə hüququ istisna olmaqla, patent sahibinin icazəsi olmadan patentdən istifadə patentin qanunsuz istifadəsi hesab edilir və qanunla müəyyən olunmuş məsuliyyətə səbəb olur.¹² Bir sözlə, Azərbaycan Respublikasında başqa şəxslərin patentdən istifadəsi yalnız patent sahibi ilə bağlanan lisenziya müqaviləsi əsasında mümkündür.

Lisenziya müqaviləsi dedikdə, patent sahibi tərəfindən ixtira, faydalı model və sənaye nümunəsindən istifadə hüququnun digər şəxsə verilməsini rəsmiləşdirən ikitərəfli, konsensual və qarşılıqlı müqavilə başa düşülür.¹³ Lisenziya müqaviləsi üzrə patent sahibi lisenziar, patentdən istifadə etmək istəyən şəxs isə lisenziat adlanır və qanunda lisenziya müqaviləsinin iki növü fərqləndirilir:¹⁴ müstəsna və qeyri-müstəsna. Müstəsna lisenziya patentdən istifadə etmək istəyən hüquqi və ya fiziki şəxsə (lisenziata) ixtira, faydalı model və sənaye nümunəsindən istifadə hüququnu yalnız lisenziya müqaviləsində nəzərdə tutulmuş həcmdə verir.¹⁵ Qeyri-müstəsna lisenziya zamanı müqavilə üzrə lisenziar hesab edilən patent sahibi ixtira, faydalı model və sənaye nümunəsindən istifadə hüququnu lisenziata verir, lakin patentə dair bütün hüquqları, o cümlədən üçüncü şəxslərə lisenziya vermək hüququnu özündə saxlamış olur.¹⁶ Lisenziya müqaviləsi Əqli Mülkiyyət Agentliyində qeydiyyatla alınmalıdır. Beləliklə, Azərbaycanın mövcud əqli mülkiyyət qanunvericiliyinə əsasən istənilən şəxsin ixtira, faydalı model və sənaye nümunəsindən istifadə etmək üçün lisenziya almasının məcburi olduğu müəyyən edilmiş oldu.

¹¹ Yuxarıda istinad 9, mad. 19.

¹² Yəni orada, mad. 22.

¹³ Yəni orada, mad. 19.

¹⁴ Yəni orada.

¹⁵ Yəni orada.

¹⁶ Yəni orada.

Lakin Azərbaycan qanunvericiliyində “məcburi lisenziya” anlayışından da istifadə edilməkdədir. Bu anlayışı lisenziyanın alınmasının məcburiliyi anlayışından fərqləndirmək vacibdir. Əvvəl də qeyd edildiyi kimi, patent sahibi patentdən istifadə üçün müstəsna hüquqa malikdir. Lakin patent sahibi və ya onun varisi patentin verildiyi tarixdən 3 il müddətində ixtira, faydalı model və sənaye nümunəsindən üzrsüz səbəbə görə istifadə etmədikdə, istifadəyə ciddi hazırlıq görmədikdə, yaxud istifadəni 3 ildən artıq dayandırdıqda istənilən hüquqi və ya fiziki şəxs ixtira, faydalı model və sənaye nümunəsindən istifadə üçün məcburi lisenziya verilməsi barədə məhkəməyə müraciət edə bilər.¹⁷ Bu hal patent sahibinin 3 illik müddət bitdikdən sonra lisenziya verməkdən imtina etdiyi hallara da aiddir.¹⁸ Əgər şəxs bununla bağlı məhkəməyə iddia ərizəsi ilə müraciət edərsə və məhkəmə şəxsin müraciətini təmin edərsə, şəxs patentdən istifadəyə dair hüquq əldə etmiş olur, lakin patentə dair digər bütün hüquqlar patent sahibində qalır. Məcburi lisenziya verildikdən sonra tərəflər arasındakı münasibətlərə lisenziar və lisenziat arasındakı münasibətlərə dair normalar tətbiq edilir və əgər şəxs məcburi lisenziyanın verildiyi tarixdən 2 il ərzində istifadə etməzsə, patent sahibi lisenziyanın ləğv edilməsi barədə məhkəməyə müraciət edə bilər.¹⁹

İxtira, faydalı model və sənaye nümunəsindən istifadəyə dair hüquqların verilməsi ilə bağlı müddəalara “Əmtəə nişanı və coğrafi göstəricilər haqqında” Qanunda da rast gəlmək mümkündür.

Başqa sözlə desək, əmtəə nişanının sahibi əmtəə nişanından istifadə hüququnu lisenziya müqaviləsi əsasında həmin nişanın aid edildiyi əmtəələrin və xidmətlərin hamısı və ya bir hissəsi barədə başqa şəxsə verə bilər.²⁰ Lakin “Patent haqqında” Qanuna nəzərən, burada fərqli nüanslar da mövcuddur. Belə ki, ixtira, faydalı model və sənaye nümunəsindən istifadəyə dair lisenziya müqaviləsindən fərqli olaraq, burada qanunvericilik lisenziatın üzərinə bir öhdəlik qoyur: “lisenziatın əmtəəsinin və ya xidmətinin keyfiyyəti lisenziarındakından aşağı olmamalı və lisenziar bu şərtin yerinə yetirilməsinə nəzarət etməlidir”.²¹ Həmçinin tərəflər arasında bağlanan lisenziya müqaviləsinə lisenziar tərəfindən istehsal edilən əmtəələrin və ya göstərilən xidmətlərin keyfiyyətinə dair tələbləri göstərən sənəd əlavə edilir.²²

Coğrafi göstəricilərə münasibətdə isə qeyd edilməlidir ki, “coğrafi göstəricidən istifadə hüququ olan şəxs bu hüququn verilməsinə və ondan

¹⁷ Yəni orada, mad. 20.

¹⁸ Yəni orada.

¹⁹ Yəni orada.

²⁰ “Əmtəə nişanları və coğrafi göstəricilər haqqında” Azərbaycan Respublikasının Qanunu, mad. 28 (1998).

²¹ “Əmtəə nişanlarına dair müqavilələrin qeydiyyatı Qaydaları”-nın təsdiq edilməsi haqqında Azərbaycan Respublikası Nazirlər Kabinetinin Qərarı, mad. 1 (2009).

²² Yəni orada.

istifadəyə dair lisenziya müqaviləsi bağlaya bilməz".²³ Digər şəxslərə əmtəə nişanlarından istifadə hüququ verən lisenziya müqaviləsinin məzmunu (rekvizitləri), bağlanması, qeydiyyatı və s. bu kimi məsələlər "Əmtəə nişanlarına dair müqavilələrin qeydiyyatı Qaydaları haqqında" Nazirlər Kabinetinin 2009-cu il tarixli Qərarı ilə tənzimlənir.²⁴

1883-cü il tarixli Paris Konvensiyasında da sənaye mülkiyyətindən istifadəyə dair məcburi lisenziyalar ilə bağlı bir sıra müddəalar öz əksini tapmışdır. Belə ki, Konvensiya məcburi lisenziyaya patent sahibinin öz müstəsna hüquqlarını həyata keçirməsindən yarana biləcək sui-istifadə hallarının qarşısını alan bir mexanizm kimi yanaşır. Əgər patent sahibi öz müstəsna hüquqlarını realizə edərkən sui-istifadə hallarına yol verərsə, (məsələn tətbiq edilməməsi səbəbindən işlək olmaması) bu halda Konvensiyaya üzv olan hər bir İttifaq dövləti öz daxili qanunvericiliyi ilə müəyyən olunmuş qaydada məcburi lisenziya tələb edə bilər.²⁵ Azərbaycan qanunvericiliyində olduğu kimi, Konvensiyada da belə lisenziya qeyri-müstəsna lisenziya hesab edilir. Lakin Azərbaycan qanunvericiliyindən fərqli olaraq Konvensiya məcburi lisenziyalarla bağlı çox mühüm iki şərt müəyyənləşdirmişdir:²⁶

- 1) Patent əldə etmək üçün müraciətin edildiyi tarixdən 4 il, patent verildiyi tarixdən isə 3 il müddət keçmədən patent sahibinin hərəkətsizliyi ilə bağlı patent işləməməsi və ya yetərli olmayan səviyyədə işləməsi səbəbindən məcburi lisenziya verilməsi üçün müraciət edilə bilməz;
- 2) Məcburi lisenziyanın verilməsi (sözügedən hərəkətsizlik və sui-istifadə hallarının qarşısını almaq üçün yetərli olmadığı hallar istisna olmaqla) patent sahibinin patentdən istifadə hüququnun əlindən alınması üçün əsas deyildir və ilk məcburi lisenziyanın verilməsindən 2 il keçənədək patentdən istifadə hüququndan məhrum etmə barəsində iddia qaldırıla bilməz.

Əgər patent sahibi göstərilən müddətlər ərzində hərəkətsizliyinin və patent faktiki işləməməsinin üzrlü səbəblərlə əlaqədar olduğunu sübut edərsə, bu halda məcburi lisenziya barədə iddia rədd edilir.²⁷

Paris Konvensiyası və Azərbaycan qanunvericiliyinin müqayisəli təhlilindən göründüyü kimi, həm Konvensiyada, həm də yerli qanunvericilikdə sənaye mülkiyyətindən başqa şəxslərin istifadəsi yalnız lisenziya əsasında mümkün hesab edilir. Əvvəl də qeyd edildiyi kimi, belə lisenziyanın alınmasının məcburi olması sənaye mülkiyyətindən qanunsuz istifadə hallarının qarşısını almaq və hüquq sahibinin qanuni hüquq və

²³ Yuxarıda istinad 21, mad. 28.

²⁴ Yuxarıda istinad 22, mad. 1.

²⁵ Yuxarıda istinad 1, mad. 5.

²⁶ Yəni orada.

²⁷ Yəni orada.

mənafelərini qorumaq üçün nəzərdə tutulmuşdur. Son olaraq, məcburi lisenziyanın alınması ilə bağlı Konvensiya və yerli qanunvericiliyin bir sıra ortaq müddəalar təsbit etdiyini də söyləmək mümkündür. Belə ki, müqayisəli təhlil edərkən, lisenziyanın verilmə müddəti, eləcə də məcburi lisenziyanın verilməsi halında digər hüquqların (istifadə hüququ istisna olmaqla) patent sahibində qalması ilə bağlı müddəalara Konvensiya və yerli qanunvericiliyin yanaşmasının eyni olduğu müşahidə edilir. Bir sözlə, lisenziya ilə bağlı Azərbaycan qanunvericiliyində nəzərdə tutulmuş müddəalar Konvensiyanın müvafiq müddəaları ilə uyğunluq təşkil edir.

B. “Goodwill” anlayışı və Azərbaycan Respublikası qanunvericiliyində yeri

Paris Konvensiyasında sənaye mülkiyyətinə dair hüquqların verilməsindən bəhs olunarkən “goodwill” (bundan sonra qudvil) anlayışına da rast gəlmək mümkündür. İlk olaraq, bu anlayışın nə olduğunu aydınlaşdırmaq lazımdır. “Qudvil” sözü hərfi tərcümədə “xoş məram” anlamını verir və hər hansı bir şirkətin qeyri-maddi aktivlərindən hesab edilir.²⁸ Qeyri-maddi aktiv dedikdə, şirkətdə ciddi bir dəyərə malik olan, lakin maddi varlığı, daşınması, toxunulması və hiss edilməsi mümkün olmayan şeylər başa düşülür.²⁹ Qudvil kommertiya sektorunda fəaliyyət göstərən bir quruluş və ya təşkilatın uğurlu olmasının əsas şərtlərindən biri olub, müştərilər, satıcılar və ümumən cəmiyyətdə yüksək etibar, yüksək işgüzar nüfuz, həmçinin müştəriləri cəlb etmə bacarığı, yaxşı idarəçilik və dəyəri maliyyə baxımından ölçülə bilməyən bir quruluş və ya şirkətin bütün digər müsbət parametrlərini özündə ehtiva edən qeyri-maddi varlıqdır.³⁰

Elmi ədəbiyyatlarda isə qudvilə çoxlu fərqli anlayışlar verilib. Qudvilə verilən ilk anlayışlardan biri 1810-cu il Lord Eldonun “Cruttwell v. Lye” işində³¹ verdiyi anlayışdır. Burada qudvil barəsində deyilmişdir ki, qudvil köhnə müştərilərin tanıdıqları və getməyə adət etdikləri yerə yenidən və təkrar-təkrar getməsi ehtimalından başqa bir şey deyildir.³² Bununla yanaşı, xüsusilə, 1895-ci il “Trego v. Hunt” işini³³ qeyd etmək lazımdır. İngiltərə məhkəməsinin qərarında hakim Lord Herselin və Lord Maknaqtenin mövqeyi gələcəkdə İngiltərədə qəbul ediləcək “Halsbury Qanunlar”-ında qudvil anlayışı üçün hüquqi zəmin yaratdı: “qudvil, adət etmə (və ya vərdiş)

²⁸ Peter H. Collin, Dictionary of Law, 135 (4th ed. 2004).

²⁹ Intellectual Property Rights: Laws and Practice (2018),

https://www.icsi.edu/media/webmodules/IPRLP_NOV29.pdf (son baxış 24 aprel 2021).

³⁰ Amy H. Blackwell, Essential Law Dictionary, 212 (2008).

³¹ The English Reports Chancery (Including Collateral Reports from 1557-1865), 134 (Vol. 34, 1810).

³² Kelly M. Haggan, *A Catalyst in the Cotton: The Proper Allocation of the “Goodwill” of Closely Held Businesses and Professional Practices in Dissolution of Marriages*, 65 Louisiana Law Review 1193, 1202 (2005).

³³ Birmingham District Court Decision on case of Baldwins v. Maidstone, §11 (2011). Burada bax: <https://www.employmentlawwatch.com/wp-content/uploads/sites/7/2011/06/Baldwins-v-Maidstone-approved-judgment.pdf> (son baxış 8 may 2021).

və başqa səbəblərdən dolayı daimi olmağa meyilli olan bir əlaqədir. Belə qudvil şirkətin etibarını və iş əlaqələrinin nə dərəcədə olmasından da asılı olaraq, illər boyu davam edən dürüst çalışmayla inşa edilmiş və çox yüksək miqdarda maliyyə vəsaitinin xərclənməsi ilə qazanılmış, şirkəti rəqiblərinə qarşı üstün mövqedə tutmağa yarayan bir vasitədir".³⁴ Yeni fəaliyyətə başlamış, özünəməxsus qudvili olmayan bir şirkətlə uzun illər fəaliyyət göstərən və qudvili olan bir şirkət arasındakı təməl fərq də budur.³⁵ Belə ki, yeni fəaliyyətə başlamış şirkət öz müştərilərini sıfırdan seçmək və öz qudvilini yaratmaq məcburiyyətində olduğu halda, uzun illər fəaliyyət göstərən bir quruluşun buna ehtiyacı yoxdur, çünki artıq cəmiyyətin hansı üzvlərinin hansı məsələlərlə maraqlandığını, onların diqqətini nəyin cəlb edəcəyini və adəti üzrə başqa bir müəssisəyə bağlı olub-olmadığını bilir və bu da sonuncunun bazar münasibətlərində rəqiblərindən bir neçə addım öndə olmasına yardımçı olur.³⁶

Qudvilin şərti olaraq iki növünü fərqləndirə bilərik: müsbət (pozitiv) və mənfi (neqativ). Bir müəssisə satıldığı zaman onun satınalma qiyməti müəssisənin faktiki maddi dəyərindən (yəni xalis aktivləri) çoxdursa, aradakı müsbət dəyər fərqinə müsbət qudvil deyilir.³⁷ Neqativ və ya mənfi qudvil (bəzən "badwill" də deyilir) isə bunun əksidir. Yəni bir müəssisə satıldığı zaman müəssisənin satınalma qiyməti müəssisənin xalis aktivlərinin dəyərindən aşağı olarsa, aradakı mənfi dəyər fərqinə neqativ qudvil deyilir.³⁸ Camid Mövsümovun dediyinə görə, şirkətin satış dəyəri ilə onun xalis aktivlərinin balans dəyəri arasında yaranan mənfi fərqə mənfi qudvil deyilir.³⁹

Qudvil müasir dünyada daha çox mühasibat uçotunda istifadə edilən bir anlayış olub, əlaqələndirildiyi şirkət və ya qurumdan ayrılı və ya bölünə, ayrılıqda müqavilə ilə və ya başqa qaydada satıla, köçürülə bilməz, həmçinin istifadəsi üçün barəsində lisenziya verilə, icarəyə götürülə və ya dəyişdirilə bilməz.⁴⁰

³⁴ India Supreme Court Decision on case of Cit v. B.C. Srinivissa (1981). Burada bax: <https://indiankanoon.org/doc/1411881/> (son baxış 22 aprel 2021).

³⁵ Inland Revenue Commissioners v. Muller & Co's Margarine Ltd. (1901). Burada bax: https://library.croner.co.uk/cch_uk/svhcases/1901-svc-25 (son baxış 22 aprel 2021).

³⁶ John K. Curtis, *Business goodwill: Conceptual Clarification Via Accounting, Legal and Etymological Perspectives*, 10 Accounting Historians Journal 11, 13 (1983).

³⁷ Tim Kurtis, *Intellectual Property and Intangible Assets: Alternative Valuation and Financing Approaches for the Knowledge Economy in Luxembourg* (2016), <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/126183/1/846567334.pdf> (son baxış 8 may 2021).

³⁸ Maynard Jacobus Van Der Merve, *Accounting For Goodwill: A Critical Evaluation* (1996), http://uir.unisa.ac.za/bitstream/handle/10500/16269/dissertation_van_der_merve_mj.pdf?sequence=1&isAllowed=y (son baxış 8 may 2021).

³⁹ Mövsümov Camid, *İqtisadi Lüğət*, 247 (2012).

⁴⁰ Proceedings of the 2015 International Conference on Education Technology, Management and Humanities Science (2015), <https://www.atlantis-press.com/proceedings/etmhs-15/19240> (son baxış 8 aprel 2021).

Paris Konvensiyasında isə üç dəfə (iki maddədə) qudvil anlayışından istifadə edilmişdir. Konvensiyanın 5-ci maddəsində sənaye mülkiyyətindən istifadəyə dair hüquqların başqasına verilməsinin bir vasitəsi olan məcburi lisenziyadan bəhs olunarkən onun qeyri-müstəsna xarakter daşdığı və hətta bu cür lisenziyanın sublisenziya şəklində belə verilə bilməyəcəyi qeyd edilir, lakin qudvil halı istisna edilir.⁴¹ Həmçinin Konvensiyanın nişanların ötürülməsindən bəhs edən 6 quater maddəsində də qudvilin adı çəkilir. Həmin maddədə qeyd edilir ki, “ittifaq ölkəsinin qanunvericiliyinə uyğun olaraq bir nişanın ötürülməsi (təhvil verilməsi) yalnız o halda etibarlıdır ki, ötürülmə bu nişana aid olan işgüzar fəaliyyətin və ya qudvilin də ötürülməsi ilə eyni vaxtda baş vermiş olsun”.⁴²

Lakin təəssüf ki, Azərbaycan qanunvericiliyində heç bir normativ-hüquqi aktda qudvil anlayışına rast gəlmək mümkün deyil. Qanunvericilikdə qeyri-maddi aktivlərin adı çəkilsə belə, onların nələrdən ibarət olduğu barəsində də heç bir müddəə öz təsbitini tapmamışdır. Vergi Məcəlləsində isə qeyd edilir ki, “qeyri-maddi aktivlər intellektual, o cümlədən ticarət nişanları, digər sənaye mülkiyyəti obyektləri, habelə müvafiq qanunvericiliklə müəyyən edilmiş qaydada vergi ödəyicisinin mülkiyyət hüququnun obyektini kimi tanınan digər analoji hüquqlardır”.⁴³ Göründüyü kimi, qanunvericiliyin qeyri-maddi aktivlər anlayışına yanaşması çox ümumi şəkildə ifadə edilmişdir.

Qudvil anlayışına yalnız ayrı-ayrı mərkəzi icra hakimiyyəti orqanlarının qəbul etdiyi aktlarda və Azərbaycan dövləti və hökuməti adından digər dövlətlərlə investisiya sahəsində bağlanan sazişlərdə rast gəlmək mümkündür. Xüsusilə, Mərkəzi Bank, Maliyyə Nazirliyi, Dövlət Statistika Komitəsi və s. orqanların qəbul etdiyi aktlarda qudvil anlayışından istifadə edilir. Məsələn “İnvestisiya şirkətinin davamlı kapital tələbləri haqqında Qaydalar”-ın təsdiq edilməsi barədə Qiymətli Kağızlar üzrə Dövlət Komitəsinin Qərarında qudvil qeyri-maddi aktivlərin bir növü kimi göstərilmişdir.⁴⁴ Bu və bunun kimi digər mərkəzi icra hakimiyyəti orqanlarının qəbul etdiyi aktlarda da qudvildən bəhs olunur. Azərbaycan qanunvericiliyi ilə bağlı digər bir nümunə kimi Azərbaycan Respublikası Hökuməti və Qətər Dövləti Hökuməti arasında bağlanmış sazişi göstərmək mümkündür. Belə ki, “Azərbaycan Respublikası Hökuməti və Qətər Dövləti Hökuməti arasında sərmayələrin təşviqi və qarşılıqlı qorunması haqqında” Sazişin 1-ci maddəsində “sərmayə- aktivlərin hər növü deməkdir” qeyd edilir və daha sonra bu aktivlərin nələrdən ibarət olduğu sadalanır. Burada da qudvilin adı çəkilir və o “nou-hau” ilə birlikdə əqli mülkiyyət

⁴¹ Yuxarıda istinad 1, mad. 5.

⁴² Yəni orada.

⁴³ Azərbaycan Respublikasının Vergi Məcəlləsi, mad. 13 (2000).

⁴⁴ “İnvestisiya şirkətinin davamlı kapital tələbləri haqqında Qaydalar”-ın təsdiq edilməsi barədə Qiymətli Kağızlar üzrə Dövlət Komitəsinin Qərarı, mad. 1 (2015).

hüquqlarından biri kimi təsbit edilir.⁴⁵ Yeri gəlmişkən, qeyd etmək lazımdır ki, “nou-hau” dedikdə, əqli fəaliyyətin nəticəsi kimi kommersiya sirrinə aid edilən, qanunvericiliyə, yaxud sahibinin mülahizələrinə əsasən patentlə mühafizə olunmayan məlumatlar başa düşülür.⁴⁶

Bir sözlə, Azərbaycan qanunvericiliyində qudvil anlayışına o qədər də yer verilmir. Bu da, öz növbəsində, qudvilin qanunla qorunmasını şübhə altına almış olur.

Qudvil anlayışına digər dövlətlərin qanunvericiliklərində, məsələn ABŞ qanunvericiliyində də rast gəlmək mümkündür. Belə ki, ABŞ-da vergi qanunvericiliyinin bir hissəsi sayılan Daxili Gəlir Məcəlləsi (Internal Revenue Code) adlanan sənədin 197-ci paragrafında qudvilin və digər qeyri-maddi aktivlərin amortizasiyası və hüquqi mühafizəsindən bəhs edilir.⁴⁷ Göründüyü kimi, qudvil ABŞ qanunvericiliyində tənzim olunur və onunla bağlı əqli mülkiyyət hüquqları mühafizə altına alınır.

AİHM-nin “Van Marle və başqaları Niderlanda qarşı” işində qəbul etdiyi məhkəmə qərarında 1950-ci il Konvensiyasına əlavə edilmiş 1 nömrəli Əlavə Protokolun 1-ci maddəsi (mülkiyyətin mühafizəsi) şərh edilmişdir. Məhkəmə iş dair qərarında bəyan etmişdir ki, mühafizə edilən mülkiyyət adı altında daşınar və daşınmaz əmlakla yanaşı, qudvil də əhatə olunur.⁴⁸

Yuxarıda deyilənləri ümumiləşdirərək qeyd edilməlidir ki, Azərbaycan qanunvericiliyində bu məsələ ilə bağlı müəyyən dəyişikliklər edilməlidir, çünki müasir qloballaşan dünyada şirkətlərin və digər kommersiya quruluşlarının dəyəri yalnız maddi varlığa malik olan şeylərdən (məsələn şirkət səhmləri) ibarət deyil.

III. Sənaye mülkiyyətinin mühafizəsi. Qanunsuz istifadə və hüquqi məsuliyyət

A. Konvensiya modeli

Paris Konvensiyasında sənaye mülkiyyəti obyektlərindən qanunsuz istifadə və bununla bağlı məsuliyyət məsələləri də öz əksini tapmışdır. Konvensiya sənaye mülkiyyətinin obyektini kimi rəsmi şəkildə qeydiyyatdan keçmiş sənaye nümunələrinin bütün İttifaq dövlətlərində mühafizəsinə təminat verir.⁴⁹ Patent sahibi tərəfindən İttifaq ölkələrindən birinə sənaye mülkiyyəti obyektlərinin idxal edilməsi ona dair hüquqların itirilməsi üçün

⁴⁵ “Azərbaycan Respublikası Hökuməti və Qətər Dövləti Hökuməti Arasında Sərmayələrin Təşviqi və Qarşılıqlı Qorunması Haqqında” Sazişin təsdiq edilməsi barədə Azərbaycan Respublikasının Qanunu, mad. 1 (2007).

⁴⁶ “Kommersiya sirri haqqında” Azərbaycan Respublikasının Qanunu, mad. 2 (2001).

⁴⁷ ABŞ Daxili Gəlir Məcəlləsi, §197 (1986). Burada bax: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/26/197> (son baxış 20 aprel 2021).

⁴⁸ Case of Van Marle and Others v. Netherlands, Application no. 8543/79; 8674/79; 8675/79; 8685/79, (1986).

⁴⁹ Yuxarıda istinad 1, mad. 5.

əsas deyildir.⁵⁰ Qanunsuz istifadədən müdafiə hüququnun tanınmasının şərti olaraq, hər hansısa bir məhsulun üzərində patentin, faydalı modelin, əmtəə nişanının, yaxud sənaye nümunəsinin olması ilə bağlı göstərişin qoyulması tələb olunmur.⁵¹ Həmçinin bir firma adı bütün İttifaq dövlətlərində əmtəə nişanının tərkib hissəsi olub-olmamasından asılı olmayaraq, sənədləşdirmə və ya qeydiyyat məcburiyyəti olmadan qorunur.⁵²

Bununla yanaşı, Konvensiyada əmtəə nişanlarının da mühafizəsinə geniş yer ayrılmışdır. Lakin bu məsələ ilə bağlı danışımdan əvvəl Konvensiyada bəhs edilən “mənşə dövləti” anlayışından bəhs etmək lazımdır. Çünki “mənşə dövləti” anlayışını ətraflı şəkildə təhlil etmədən Konvensiyanın nə zaman və hansı müdafiə mexanizmlərindən istifadə etdiyini anlamaq çətinidir.

1883-cü il Paris Konvensiyasına əsasən, mənşə dövlətində lazımı şəkildə qeydiyyatdan keçmiş hər bir əmtəə nişanı İttifaqın başqa ölkələrində elan edilə və bu maddədə göstərilən düzəlişlərlə olduğu kimi mühafizə oluna bilər.⁵³ Göründüyü kimi, Konvensiya bir İttifaq dövlətində rəsmi şəkildə qeydiyyatdan keçmiş sənaye mülkiyyəti obyektinin mühafizəsinə digər İttifaq dövlətləri ərazisində də təminat verir. Digər İttifaq dövlətləri sənaye mülkiyyəti obyektinin qeydiyyata alındığı zaman səlahiyyətli qurum tərəfindən verilmiş qeydiyyat haqqında şahadətnamənin təqdim edilməsini tələb edə bilər.⁵⁴ Bu zaman belə bir sual ortaya çıxır: mənşə dövləti nədir və ya hansı dövlət hesab edilir?

Adından da göründüyü kimi, mənşə dövləti dedikdə, sənaye mülkiyyəti obyektinin aid olduğu dövlət başa düşülür. Mənşə dövləti ərizəçinin real və həqiqi sənaye müəssisəsi yerləşən istənilən İttifaq dövləti hesab edilir. Əgər İttifaq dövlətlərindən heç birində belə bir müəssisə mövcud deyildirsə, bu halda ərizəçinin faktiki yaşadığı İttifaq dövləti, əgər şəxs, ümumiyyətlə, İttifaq dövlətlərindən heç birində yaşamırsa, bu halda vətəndaşı olduğu İttifaq dövləti mənşə dövlət hesab edilir.⁵⁵

Əmtəə nişanının mənşə dövlətini müəyyənləşdirdikdən sonra mühafizə predmeti olub-olmadığını aydınlaşdırmaq lazımdır. Konvensiyanın 6 quinques maddəsinin B bəndinin 2-ci hissəsinin təhlilindən belə nəticə ortaya çıxır ki, əmtəə nişanının mühafizə predmeti olub-olmadığını təyin etmək üçün bütün faktik əlamətlərini, etibarsız hesab edilə bilməsi üçün əsasların olub-olmamasını və tətbiq olunma müddətini nəzərə almaq lazımdır.⁵⁶

Konvensiyanın 9-cu maddəsinin 1-ci bəndində qeyd edilib ki, “əgər hansısa mal və ya əmtəə, əmtəə nişanı və yaxud firma adı ilə qanunsuz şəkildə

⁵⁰ Yəni orada.

⁵¹ Yəni orada.

⁵² Yəni orada, mad. 8.

⁵³ Yəni orada, mad. 6.

⁵⁴ Yəni orada.

⁵⁵ Yəni orada.

⁵⁶ Yəni orada.

təchiz edilmişdirsə, İttifaq ölkəsinə idxal prosesi zamanı üzərinə həbs qoyula bilər".⁵⁷ Həmçinin həmin maddədə qeyd edilmişdir ki, "mal və ya əmtəə üzərinə həbs onun əmtəə nişanı və ya firma adı ilə qanunsuz şəkildə damğalandığı ölkədə də qoyula bilər. Əgər mal və ya əmtəə tranzitlə aparılırsa, bu halda səlahiyyətli dövlət orqanları onu həbs etmək öhdəliyi daşıyırlar".⁵⁸

Mal və ya əmtəənin üzərinə həbs qoyulması məsələsi İttifaq dövlətlərinin qanunvericiliklərində bir-birindən fərqli şəkildə tənzim olunur. Paris Konvensiyasının 9-cu maddəsində qeyd edilmişdir ki, "əgər İttifaq dövlətinin yerli qanunvericiliyində idxal prosesi zamanı mal və ya əmtəənin üzərinə həbs qoyula biləcəyi nəzərdə tutulmamışdırsa, bu halda idxal tamamilə dayandırıla bilər və ya mal və ya əmtəənin üzərinə idxal prosesindən sonra həbs qoyula bilər".⁵⁹ Əgər İttifaq ölkəsinin qanunvericiliyi yuxarıda göstərilənlərdən heç birini tətbiq etməyə imkan vermirsə, bu halda qanunvericilikdə müvafiq dəyişikliklər aparılana qədər bu tədbirlər İttifaq ölkəsində olan vətəndaşlar üçün mövcud olan hərəkət və vasitələrlə əvəz ediləcəkdir.⁶⁰ Məhsul üzərinə həbs qoyulması ilə bağlı müddəaları əmtəə nişanlarının beynəlxalq qeydiyyatının Madrid sistemini yaradan 1891-ci il Madrid sazişinin 1-ci maddəsinin 2-ci və 3-cü bəndlərində də görmək mümkündür.⁶¹

Paris Konvensiyası İttifaq dövlətlərinin üzərinə sənaye mülkiyyəti obyektlərinin qanunsuz istifadəsi ilə yanaşı, haqsız rəqabətdən müdafiə etmə öhdəliyi də qoyur. Konvensiyada haqsız rəqabətə sənaye və ticarət sahəsində vicdanlı və dürüst olmayan istənilən tətbiq və ya təcrübə kimi anlayış verilir.⁶² Azərbaycan Respublikası qanunvericiliyində olduğu kimi, Konvensiya da haqsız rəqabət hesab edilən halların əhatə dairəsini qeyd edir, lakin ikisinin müqayisəli təhlilinə baxdıqda Azərbaycan qanunvericiliyinin bu barədə yanaşmasının daha uğurlu olduğunu hesab etmək mümkündür. Belə ki, Konvensiya haqsız rəqabətin 3 formasını qeyd etdiyi halda Azərbaycan Respublikasının "Haqsız rəqabət haqqında" Qanununda 6-dan çox forma (müvafiq maddələrin müddəalarını təhlil etdikdə sayın daha çox olacağı açıq-aşkar ortadadır) təsbit edilmişdir.⁶³ Konvensiyanın 10 bis maddəsinə əsasən, aşağıdakılar haqsız rəqabət hesab edilir və qadağandır:⁶⁴

- 1) Rəqibinin müəssisəsi, malları və sənaye və ya ticarət fəaliyyətləri ilə əlaqəli hər hansı bir şəkildə qarışıqlıq yarada biləcək bütün hərəkətlər;

⁵⁷ Yəni orada, madd. 9.

⁵⁸ Yəni orada.

⁵⁹ Yəni orada.

⁶⁰ Yəni orada.

⁶¹ Madrid Agreement for the Repression of False or Deceptive Indications of Source on Goods, art. 1 (1891).

⁶² Yəni orada, madd. 10 bis.

⁶³ "Haqsız rəqabət haqqında" Azərbaycan Respublikasının Qanunu, madd. 3 (1995).

⁶⁴ Yuxarıda istinad 1, madd. 10 bis.

- 2) Ticarət fəaliyyəti sahəsindəki rəqibinin müəssisəsini, mallarını və ya bütün fəaliyyətini nüfuzdan sala biləcək uydurma iddialar;
- 3) Kommersiya fəaliyyətini yerinə yetirərkən məhsulun xarakteri, hazırlanma qaydası, xüsusiyyətləri, yararlılığı və yaxud miqdarı barədə cəmiyyəti çaşdırma biləcək göstərişlər.

Konvensiyada da İttifaq dövlətləri üzərinə öz ərazisində digər İttifaq dövlətləri vətəndaşlarını yuxarıda bəhs edilən bütün qadağan edilmiş fəaliyyətdən effektiv müdafiə etmə öhdəliyi qoyulur və İttifaq dövlətləri də qanunvericilikləri ilə ziddiyyət təşkil etməyən fəaliyyətlə məşğul olan istehsalçılar, istehsalçı müəssisələri və tacirləri, həmçinin onları təmsil edən ittifaq və birlikləri bəhs edilən bütün qanunsuz fəaliyyətdən qorumaq öhdəliyi daşıyırlar.⁶⁵

Son olaraq, vaxtilə Konvensiyanın qəbul edilməsi üçün əsas olan sərgilərdə sənaye mülkiyyətinin mühafizəsi məsələsindən də danışmaq lazımdır. Belə ki, Konvensiyanın 11-ci maddəsində qeyd edildiyi kimi, sənaye mülkiyyəti obyektlərinin beynəlxalq sərgilərdə də mühafizəsinə təminat verilir.⁶⁶ İttifaq ölkələri öz daxili qanunvericiliyinə uyğun olaraq, beynəlxalq sərgilərdə nümayiş etdirilən sənaye mülkiyyəti obyektlərinin müvəqqəti mühafizəsini təmin etmək öhdəliyi daşıyır.⁶⁷

Paris Konvensiyasının müvafiq maddələrinin təhlilindən də aydın olduğu kimi, Konvensiyaya əsasən qanuni şəkildə qeydiyyatdan keçmiş sənaye mülkiyyəti obyektləri mühafizə predmeti hesab edilir və onların mənşə dövlətində, digər İttifaq dövlətlərində, eləcə də beynəlxalq sərgilərdə mühafizəsinə təminat verilir. Nəticə etibarilə, Konvensiyada sənaye mülkiyyəti obyektlərinin mühafizəsi ilə bağlı müvafiq tədbirlər görmək dövlətlərin üzərinə öhdəlik kimi qoyulur və hüquqi pozuntu halında sənaye mülkiyyəti obyekti ilə təchiz edilmiş mal və ya əmtənin üzərinə həbs qoyulması mümkün hesab edilir.

B. Azərbaycan modeli

Sənaye mülkiyyəti obyektlərinin mühafizəsinin Azərbaycan modeli dedikdə, sənaye mülkiyyəti obyektlərinin mühafizəsini təmin edən normativ-hüquqi aktların məcmusu başa düşülməlidir. Burada söhbət "Patent haqqında" və "Əmtə nişanı və coğrafi göstəricilər haqqında" Qanundan gedir. Azərbaycan Respublikasında patentlərin hüquqi mühafizəsi "Patent haqqında" Qanunda verilmişdir. Belə ki, həmin Qanunun 3-cü maddəsində qeyd edilir ki, "ixtira, faydalı model və sənaye nümunələrinə hüquqlar dövlət tərəfindən qorunur və patentlə təsdiq edilir. Patent, ixtira, faydalı model və

⁶⁵ Yəni orada, mad. 10 ter.

⁶⁶ Yəni orada, mad. 11.

⁶⁷ Yəni orada.

sənaye nümunəsinə müəllifliyi və ilkinliyi təsdiq edir və onlardan istifadə etmək üçün müstəsna hüquq verir".⁶⁸

Göründüyü kimi, müvafiq Qanun sənaye mülkiyyətinin obyektini kimi dövlət qeydiyyatından keçmiş və patentlə təsdiq edilmiş ixtira faydalı model və sənaye nümunələrinin yalnız Azərbaycan Respublikası ərazisində deyil, digər dövlətlərin ərazisində də hüquqi mühafizə ilə təmin edir. Paris Konvensiyasında da olduğu kimi, burada hüquqi mühafizəni istisna edən hallar mövcuddur. Bu halda qanunvericilik həmin sənaye mülkiyyəti obyektlərindən istifadəni də qadağan edir. Belə ki, Qanunun 3-cü maddəsindən aydın olur ki, əgər ixtira faydalı model və sənaye nümunəsi ictimai mənafeyə, humanizm və əxlaq prinsiplərinə ziddirsə, habelə insanların həyat və sağlamlıqlarına, flora və faunanın mühafizəsinə, həmçinin ətraf mühitə ciddi ziyan vura bilərsə, belə ixtira, faydalı model və sənaye nümunəsi patentlə mühafizə edilmir.⁶⁹

Paris Konvensiyası ilə AR qanunvericiliyini müqayisəli təhlil etdikdə bəzi müddəaların qanunvericilikdə daha detallı şəkildə verildiyini görmək olar. Qanunvericilikdə ixtira, faydalı model və sənaye nümunəsinin mühafizəsi ilə bağlı hüquqi müdafiə üsulları və görülə biləcək tədbirlərin dairəsi qəti şəkildə göstərilmişdir.⁷⁰ Hüququ pozulduğunu iddia edən şəxs inzibati və məhkəmə qaydasında pozulmuş hüququnu mübahisələndirə bilər. Şəxs inzibati qaydada Əqli Mülkiyyət Agentliyinin Apellyasiya Şurasına müraciət edə bilər.⁷¹

Apellyasiya Şurasına müraciət etmiş şəxsin müraciətində patentin tam və ya qismən etibarsız hesab olunması barədə səbəblər dəqiq şəkildə göstərməlidir. Patentin tam etibarsız hesab edilməsi üçün aşağıdakılardan biri sübuta yetirilməlidir:⁷²

- 1) Patent "Patent haqqında" Qanunun 7, 8, 9-cü maddələrinə, yəni patent qabiliyyəti şərtlərinə uyğun olmadığı;
- 2) Patent təsviri mütəxəssis tərəfindən həyata keçirilməsi üçün aydın və tam açıqlanmadığı;
- 3) Patentlə verilən hüququn həcmi ilkin iddia sənədinin hüdudlarından kənara çıxdığı;
- 4) Patent hüququna malik olmayan şəxsə patent verildiyi.

Sənaye mülkiyyətinin obyektini kimi Azərbaycan Respublikasında qeydiyyata alınan əmtəə nişanlarının və coğrafi göstəricilərin hüquqi mühafizəsi Azərbaycan Respublikasının tərəfdar çıxdığı beynəlxalq sazişlərə və müqavilələrə uyğun olaraq həyata keçirilir.⁷³ Belə ki, əmtəə nişanı

⁶⁸ Yuxarıda istinad 9, mad. 3.

⁶⁹ Yenə orada.

⁷⁰ Sabir Allahverdiyev, Azərbaycan Respublikasının Mülki Hüququ III Cild IV Kitab, 388 (2008).

⁷¹ "Azərbaycan Respublikası Əqli Mülkiyyət Agentliyinin sənaye mülkiyyətinin mühafizəsi sahəsində mübahisələrə baxan Apellyasiya Şurası haqqında" Əsasnamə, mad. 1 (2000).

⁷² Yenə orada.

⁷³ Yuxarıda istinad 21, mad. 3.

sahibinin razılığı olmadan ondan istifadə edilməsi qeydə alınmış əmtəə nişanına dair hüquqların pozulması sayılır və maraqlı tərəfin tələbi ilə onun qeydiyyatından imtina edilir və ya qeydiyyata alınmışsa, qeydiyyat etibarsız sayılır.⁷⁴ Həmçinin qeydiyyata alınan geniş tanınmış əmtəə nişanının başqa şəxs tərəfindən istifadə edilməsi geniş tanınmış əmtəə nişanı sahibinə ziyan vurarsa, bu halda geniş tanınmış əmtəə nişanı sahibi hüquqlarının pozulması ilə əlaqədar olaraq Apellyasiya Şurasına müraciət edə bilər.⁷⁵

Əgər şəxs əmtəə nişanının qeydiyyatının etibarsız sayılması və ona dair şəhadətnamənin ləğv edilməsi ilə bağlı müraciət edərsə, etiraza 3 ay müddətində baxılır və müvafiq qərar qəbul edilir.⁷⁶ Əmtəə nişanı aşağıdakı hallarda etibarsız hesab edilir:⁷⁷

- 1) Əmtəə nişanı qüvvədə olduğu müddətdə, müəyyən növ mallarda ümumi şəkildə istifadə olunan nişanlara çevrildikdə;
- 2) Əmtəə nişanı qüvvədə olduğu müddətdə tam və ya qismən, "Sənaye mülkiyyətinin mühafizəsi üzrə Paris Konvensiyası"-nın iştirakçısı olan dövlətlərin hər hansı birində, əmtəə nişanının sahibi ilə bilavasitə və ya dolaylı yolla əlaqəsi olan şəxsin, nümayəndənin, agentin adına, Konvensiyanın 6 maddəsinin tələbləri pozulmaqla verildikdə.

Coğrafi göstəricilərin qeydiyyatı isə aşağıdakı hallarda etibarsız hesab edilir:⁷⁸

- 1) Coğrafi məkanda təbiət amilləri dəyişdiyi halda;
- 2) Coğrafi göstəricidən istifadə edildiyi əmtəə ona aid olan xüsusi keyfiyyətlərini itirdiyi halda.

Azərbaycan Respublikasında geniş tanınmış əmtəə nişanına hüquq geniş tanınmış əmtəə nişanları ilə bağlı Konvensiya və qanunvericilik tələbi pozulmaqla verilmişsə, habelə geniş tanınmış əmtəə nişanı qüvvəsini itirmişsə, qüvvədə olduğu müddət ərzində ona qarşı verilmiş etiraz əsasında tamamilə və ya qismən etibarsız hesab edilə bilər.⁷⁹ Bununla bağlı, maraqlı şəxs dövlət rüsumu ödəmək şərti ilə Apellyasiya Şurasına müraciət edə bilər.⁸⁰ Müraciətə mahiyyətindən asılı olaraq, Əsasnamə ilə müəyyən edilmiş müddətlərdə baxılır və baxıldıqdan sonra Apellyasiya Şurası müvafiq qərar qəbul edir. Apellyasiya Şurası işin nəticəsinə uyğun olaraq ya etirazı təmin etmir, ya tam təmin edir, ya da qismən təmin edir.⁸¹

⁷⁴ Yəni orada, mad. 32.

⁷⁵ Yəni orada, mad. 3.

⁷⁶ Yuxarıda istinad 72, mad. 5.

⁷⁷ Yuxarıda istinad 21, mad. 29.

⁷⁸ Yəni orada.

⁷⁹ Yəni orada.

⁸⁰ "Dövlət Rüsumu haqqında" Azərbaycan Respublikasının Qanunu, mad. 18.34 (2001).

"Dövlət Rüsumu haqqında" Qanuna müvafiq olaraq əmtəə nişanına dair iddia sənədi barəsində ekspertizanın qərarına qarşı - 60 manat; coğrafi göstəriciyə dair iddia sənədi barəsində ekspertizanın qərarına qarşı - 35 manat; qeydə alınmış əmtəə nişanına qarşı - 80 manat; qeydə alınmış coğrafi göstəriciyə qarşı - 45 manat; geniş tanınmış əmtəə nişanına qarşı verilmiş etirazla bağlı Apellyasiya Şurasına müraciət üçün - 120 manat dövlət rüsumu təşkil edir.

⁸¹ Yuxarıda istinad 72, mad. 8 (2000).

Paris Konvensiyasının 12-ci maddəsinə əsasən, yaradılan Əqli Mülkiyyət Agentliyinin tabeliyində Əqli Mülkiyyət Hüquqlarının Təminatı Mərkəzi də fəaliyyət göstərir. Nazirlər Kabineti tərəfindən qəbul edilən Mərkəzin Nizamnaməsində fəaliyyət istiqamətlərindən biri kimi əqli mülkiyyət hüquqlarının təminatı ilə bağlı müvafiq tədbirlər görmək fəaliyyəti də qeyd edilib.⁸² Daha sonra Nizamnamənin 3-cü maddəsində Mərkəzin vəzifələri də ayrı-ayrılıqda sadalanmış, lakin hüquqi mühafizə mexanizmindən bəhs edilməmişdir.⁸³ Mərkəzin rəsmi sahifəsində də bununla bağlı hər hansı idarədaxili akta rast gəlinməmişdir. Buradan belə nəticə çıxır ki, Mərkəz sadəcə tabe olduğu Agentliyin həyata keçirdiyi və ya keçirəcəyi tədbirlərlə bağlı təklif və məsləhətlər verməklə, yəni daha çox preventiv xarakterli tədbirlər görməklə kifayətlənir. Lakin hər bir halda Nizamnamədə əqli mülkiyyət hüquqlarının pozuntusu zamanı məhz Mərkəz tərəfindən hansı tədbirlərin görüldüyü ilə bağlı dəqiqləşdirilmənin aparılmasına ehtiyac vardır.

İnzibati qaydada hüquqların müdafiəsi mexanizmindən danışıldı. İndi isə digər bir müdafiə mexanizmi olan məhkəməyə müraciət barəsində məlumat veriləcək. “Azərbaycan Respublikası Əqli Mülkiyyət Agentliyinin sənaye mülkiyyətinin mühafizəsi sahəsində mübahisələrə baxan Apellyasiya Şurası haqqında” Əsasnamənin 1.5 və 10.3-cü maddələrinin təhlilindən belə nəticəyə gəlmək olur ki, məhkəməyə müraciət iki formada edilə bilər:⁸⁴

- 1) İnzibati orqanın qəbul etdiyi aktdan məhkəməyə şikayət;
- 2) Hüquqların pozulması bağlı məhkəməyə birbaşa şikayət.

Apellyasiya Şurası haqqında Əsasnamənin 10-cu maddəsində qeyd edilir ki, “Şuranın qərarının alındığı tarixdən 3 ay ərzində Azərbaycan Respublikasının İnzibati Prosesual Məcəlləsi ilə müəyyən edilmiş qaydada məhkəməyə şikayət verilə bilər”.⁸⁵

Bununla yanaşı, “Patent haqqında” Qanunun 24-cü maddəsində patent hüququna malik şəxsin patent hüquqlarını pozan şəxslərin Azərbaycan Respublikasının İnzibati Xətalər Məcəlləsinə və Azərbaycan Respublikasının Cinayət Məcəlləsinə uyğun olaraq məsuliyyət daşdığı qeyd edilmişdir.⁸⁶ Həmçinin patent sahibi patenti pozmuş hüquqi və ya fiziki şəxslə ona dəymiş zərərin ödənilməsi barədə razılığa gələ bilmədiyi halda mübahisələrə Azərbaycan Respublikasının Mülki Prosesual Məcəlləsi ilə müəyyən edilmiş qaydada məhkəmədə baxıla bilər.⁸⁷

Əvvəl sözügedən hüquqların pozulması ilə bağlı İnzibati Xətalər Məcəlləsinə nəzər yetirmək lazımdır. İnzibati Xətalər Məcəlləsində heç bir

⁸² Azərbaycan Respublikasının Əqli Mülkiyyət Agentliyinin tabeliyində olan Əqli Mülkiyyət Hüquqlarının Təminatı Mərkəzinin Nizamnaməsi, mad. 2 (2018).

⁸³ Yəni orada, mad. 3

⁸⁴ Yuxarıda istinad 72, mad.1 və 10.

⁸⁵ Yəni orada.

⁸⁶ Yuxarıda istinad 9, mad. 24.

⁸⁷ Yəni orada.

yerdə maddə başlığı kimi patent sözündən istifadə edilməmişdir. Bu ilk baxışdan patent hüquqları ilə bağlı inzibati hüquqpozmaların, ümumiyyətlə, qanunvericilikdə təsbit edilmədiyi kimi anlaşıla bilər. Əslində isə qanunvericilik İnzibati Xətlər Məcəlləsinin 185 və 186-cı maddələrində müəlliflik və əlaqəli hüquqların, həm də inteqral sxem topologiyasından istifadə ilə bağlı hüquqların pozulmasına görə inzibati məsuliyyət müəyyən edib. İlk olaraq qeyd edilməlidir ki, müəlliflik hüquqları və əlaqəli hüquqlar sənaye mülkiyyəti yox, əqli mülkiyyət obyektlərinə aid edilir. 186-cı maddədə təsbit edilən inteqral sxem topologiyasının isə sənaye mülkiyyətinə aid olduğu doğrudur (hər nə qədər qanunverici obyekt kimi tanımasa da) və mühafizə altına alınması da mütərəqqi haldır. Lakin unutmamaq lazımdır ki, sənaye mülkiyyəti ən geniş formada başa düşülməlidir və sənaye mülkiyyəti obyektlərinin dairəsi inteqral sxem topologiyası ilə məhdudlaşmır.

Aydın olduğu kimi, qanunvericilik Məcəlləni qəbul edərkən sənaye mülkiyyətinin mühafizəsinə yetəri qədər diqqət yetirməmiş, nəticədə sənaye mülkiyyətinin mühafizəsi ilə bağlı belə bir vəziyyət yaranmışdır. Hal-hazırda İXM-də şəxsən sənaye mülkiyyəti ilə bağlı hüquqları, belə demək mümkündürsə, qorunmur və gələcəkdə ayrıca inzibati xəta kimi sənaye mülkiyyətinə dair hüquqların pozulması müddəasının əlavə edilməsinə zərurət vardır. Ümumilikdə, İXM-ni nəzərdən keçirdikdə patent sözünün cəmi 2 yerdə işlədildiyini görmək mümkündür. Bunlardan biri geodeziya və kartoqrafiya haqqında qanunvericiliyin pozulması ilə, digəri isə toxumçuluq haqqında qanunvericiliyin pozulması ilə bağlı və yalnız maddə daxilində əməlin edilmə üsullarının tərkibində işlədilmişdir.⁸⁸

İnzibati Xətlər Məcəlləsinə nəzərən, Cinayət Məcəlləsi sənaye mülkiyyəti hüquqlarının pozuntusu ilə bağlı daha təkmil hesab edilə bilər. Belə ki, Məcəllənin 166-cı maddəsi qanunvericilik tərəfindən qəti şəkildə "ixtiraçılıq və patent hüquqlarının pozulması" adlandırılmışdır. Sözügedən maddəyə əsasən, "ixtira və səmərələşdirici təklifdən qanunsuz istifadə, həmçinin səmərələşdirici təklifin mahiyyəti barəsində müəllifin razılığı olmadan məlumatların yayılması, müəllifliyin mənimsənilməsi və şəxsi şərikli müəllifliyə cəlb etmə patent hüquqlarının pozulması sayılır".⁸⁹ Maddədə patent hüquqlarının pozulmasına görə "1000 manatdan 2000 manatadək miqdarda cərimə və ya üç yüz iyirmi saatdan dörd yüz səksən saatadək ictimai işlər ilə cəzalandırma" nəzərdə tutulmuşdur.⁹⁰ Maddəyə diqqətlə nəzər yetirdikdə onun qüsurlu olduğunu görmək mümkündür. Maddədə səmərələşdirici təklif anlayışından istifadə edilmişdir. Lakin səmərələşdirici təklifin leqal anlayışı və ya ona olan hüquqların necə yarandığı əqli mülkiyyət

⁸⁸ Azərbaycan Respublikasının İnzibati Xətlər Məcəlləsi, mad. 270 və 287 (2015).

⁸⁹ Azərbaycan Respublikasının Cinayət Məcəlləsi, mad. 166 (1999).

⁹⁰ Yəni orada.

sahəsində qəbul olunmuş heç bir normativ-hüquqi aktda öz əksini tapmamışdır.⁹¹

Ümumdünya Əqli Mülkiyyət Təşkilatını təsis edən Konvensiyanın 2-ci maddəsində əqli mülkiyyət hüququnun obyektləri siyahısında da bilavasitə səmərələşdirici təklif göstərilməmişdir. Habelə, Konstitusiyanın 30-cu maddəsində təsbit edilən ixtiraçılıq hüququnun da digər qanunvericilik aktlarında leqal anlayışının verilmədiyi, buna görə də bir qədər mücərrəd qaldığı görünməkdədir.⁹² Bu baxımdan qanunvericilik aktları arasında ciddi bir kolliziya olduğu açıq-aşkar ortadadır. Çünki bir normativ-hüquqi aktda təsbit edilməmiş hüquq digər normativ-hüquqi aktda mühafizə altına alınır və pozulması halında məsuliyyət müəyyən edilir.

Sənaye mülkiyyətinin mühafizəsi ilə bağlı normativ-hüquqi aktların digər bir problemi normalarda nəzərdə tutulan sanksiya ilə bağlıdır. Sənaye mülkiyyətinin mühafizəsi ilə bağlı normaların sanksiyasında nəzərdə tutulan cəza digər dövlətlərin qanunvericiliyində nəzərdə tutulan cəzalara münasibətdə çox azdır. Məsələn Rusiyanın Cinayət Məcəlləsində ixtiraçılıq və patent hüquqlarının pozulmasına görə 200 min rubl (təqribən 4500 AZN – yəni Azərbaycanda tətbiq olunan sanksiyanın iki qatı) cərimə, 180 saatdan 240 saata qədər ictimai işlər və ya 2 il müddətinə azadlıqdan məhrum etmə cəzası ilə cəzalandırılır.⁹³ Hesab edirik ki, qanunvericilikdə bu məsələlərlə də bağlı müəyyən tədbirlər görülməli, müəyyən dəyişikliklər edilməlidir.

Patent hüquqlarından fərqli olaraq, əmtəə nişanlarının istifadəsi ilə bağlı hüquq pozuntusu İXM-nin 412-ci maddəsində öz təsbitini ayrıca norma kimi tapmışdır. Həmçinin bu norma kifayət qədər də mütərəqqi hesab edilməlidir. Çünki dəqiq bir sanksiya müəyyən edilməmişdir. Normada qeyd edilmişdir ki, belə əməl ziyanın (əldə edilmiş gəlirin) iki misləndən dörd mislinədək miqdarda cərimə ilə cəzalandırılır.⁹⁴ Qonşu dövlətlərin, məsələn Rusiyanın qanunvericiliyinə nəzər salsaq, qanunvericiliyin sanksiyası konkret pul məbləği ilə məhdudlaşdırdığını görə bilərik.⁹⁵ Bu məsələdə Azərbaycan qanunvericiliyinin yanaşmasının daha səmərəli olduğunu söyləmək olar.

Lakin coğrafi göstəricilərə münasibətdə vəziyyət heç də ürəkaçan deyil. Təəssüflər olsun ki, qanunvericilik nə İXM-də, nə də Cinayət Məcəlləsində coğrafi göstəriciləri normada təsbit etmiş, dolayısı ilə coğrafi göstəricilərin hüquqi mühafizə altında olub-olmadığı yenə də sual altında qalmışdır. Əmtəə nişanlarının qanunsuz istifadəsi ilə bağlı cinayət məsuliyyətinə gəldikdə isə bu məsələ CM-nin 197-ci maddəsində təsbit edilmişdir. Maddənin sanksiyası İXM-də olduğu kimi, dəqiq məbləğ müəyyən etməmiş,

⁹¹ Nəzərova Zəhra, *Patent Qanunvericiliyinin (De Lege Ferenda) Müqayisəli Təhlili: Patent Müvəkkillərinin Statusu, Yetərsiz Məsuliyyət və bəzi İnstitusional Məsələlər Kontekstində*, 5 Bakı Dövlət Universiteti Tələbə Hüquq Jurnalı 277, 284 (2019).

⁹² Yenə orada, 284.

⁹³ Rusiya Federasiyası Cinayət Məcəlləsi, mad. 147 (1996).

⁹⁴ Yuxarıda istinad 89, mad. 412.

⁹⁵ Rusiya Federasiyası İnzibati Xətlər Məcəlləsi, mad. 7.12 (2001).

“iki mislindən üç mislinədək” ifadəsindən istifadə etmişdir ki, bunu da uğurlu hesab etmək olar.⁹⁶

Azərbaycan Respublikasında sənaye mülkiyyəti obyektlərinə olan hüquqların pozuntusundan danışdıqda zərərin əvəzinin ödənilməsi zamanı zərərverən tərəfin hansı xərcləri ödəməli olduğunu müəyyən etmək də zəruridir. Bununla bağlı “Əqli mülkiyyət hüquqlarının təminatı və piratçılığa qarşı mübarizə haqqında” və “Haqsız rəqabət haqqında” Qanunlara nəzər yetirmək lazımdır. “Əqli mülkiyyət hüquqlarının təminatı və piratçılığa qarşı mübarizə haqqında” Qanunda aşağıdakıların ödənilməli olduğu qeyd edilib:⁹⁷

- 1) Hüquq sahibinə məxsus olan əqli mülkiyyətdən qeyri-qanuni istifadə nəticəsində hüquqpozmaya yol vermiş şəxsin əldə etdiyi gəlirlər;
- 2) Hüquq sahibinin pozulmuş hüquqlarının bərpası üçün vəkilə ödədiyi haqq da daxil olmaqla, çəkdiyi və çəkməli olduğu xərclər;
- 3) Hüquqları pozulmasaydı, hüquq sahibinin ona məxsus olan əqli mülkiyyəti qanuni istifadəyə verəcəyi təqdirdə əldə edəcəyi gəlirlər (əldən çıxmış fayda).

Əvvəl də qeyd edildiyi kimi, 1883-cü il Paris Konvensiyasında sənaye mülkiyyəti anlayışı ən geniş mənada başa düşülür və onun obyekt qismində qeyri-səmimi rəqabət də ehtiva olunur. Azərbaycan Respublikasında bu məsələlər “Haqsız rəqabət haqqında” Qanunla tənzimlənir. Əvvəlki paraqrafda Azərbaycan qanunvericiliyinin bu məsələdə Konvensiyadan daha təkmlil olduğu vurğulanmışdı, çünki qanunvericiliyin haqsız rəqabət hesab edilən halları daha geniş və dəqiq şəkildə təsbit etdiyini söyləmək mümkündür. “Haqsız rəqabət haqqında” Qanunun 1-ci maddəsində qeyd edilir ki, “haqsız rəqabət bazar subyektinin sahibkarlıq fəaliyyətində mövcud qanunvericiliyə zidd və ədalətsiz üsullarla üstünlük əldə etməyə yönəlmiş, bununla da digər bazar subyektlərinə (rəqiblərinə) zərər vura bilən, yaxud onların işgüzarlıq nüfuzuna xələl yetirə bilən hərəkətləridir”.⁹⁸ Qanunda haqsız rəqabət hesab edilən hallar bunlardır:⁹⁹

- 1) Rəqibin təsərrüfat fəaliyyətinin təqlidi;
- 2) Rəqibin təsərrüfat fəaliyyətinin nüfuzdan salınması;
- 3) Rəqibin təsərrüfat fəaliyyətinə müdaxilə;
- 4) Haqsız sahibkarlıq fəaliyyəti;
- 5) Haqsız işgüzarlıq davranışı;
- 6) İstehlakçıların çaşdırılması.

Lakin haqsız rəqabət sadəcə bu sadalananlardan ibarət deyildir. Haqsız rəqabətə verilən anlayışdan başqa bir sıra fəaliyyətlərin də bu sıralamaya aid

⁹⁶ Yuxarıda istinad 90, mad. 197.

⁹⁷ “Əqli mülkiyyət hüquqlarının təminatı və piratçılığa qarşı mübarizə haqqında” Azərbaycan Respublikasının Qanunu, mad. 6 (2012).

⁹⁸ Yuxarıda istinad 64, mad. 1.

⁹⁹ Yenə orada, mad. 3.

edilə biləcəyini söyləmək olar. Müəllif Mübariz Yolçuyevin dediyinə görə, bu siyahını daha da genişləndirmək olar:¹⁰⁰

- İddiəçının böyük xərclər sərf edərək istehsal etdiyi iş məhsullarının cavabdeh tərəfindən heç bir xərc sərf edilmədən istifadə etməsi, yəni parazit rəqabət;
- Bir firmanın təqlid və pirat məhsul istehsal etdiyini göstərən sözlərin istehlakçını xəbərdar etmədən daha irəli işgüzar adətlərin qəbul etdiyi toleransı da aşaraq incidici və pisləyici bir məqsəd daşması;
- Hər hansı bir şəxsin bunu hüququ olmadığı halda iş yeri sənədlərində və ya iş yerində çalışan şəxslərin iş paltarlarında yer alan işarə və yazılar ilə özünü səlahiyyətli təmir-servisi kimi göstərməsi və s.

Haqsız rəqabətə yol verən şəxslərin məsuliyyətə cəlb ediləcəyi həm İXM, həm CM, həm də “Haqsız rəqabət haqqında” Qanunda təsbit edilmişdir. İnzibati Xətalər Məcəlləsində bu 428-ci maddənin, yəni reklam haqqında qanunvericiliyin pozulmasının tərkibində göstərilmişdir.¹⁰¹ Eyni şəkildə, Cinayət Məcəlləsində də “bilə-bilə yalan reklam etmə” (maddə 198) və “istehlakçıları aldatma” (maddə 200) maddələrində də haqsız rəqabətin formaları əhatə olunur.¹⁰² Lakin nə İXM-də, nə də CM-də “Haqsız rəqabət haqqında qanunvericiliyin müddəalarının pozulması” başlığı altında hər hansı bir norma mövcud deyildir. Cinayət məcəlləsində haqsız rəqabətin iki forması - “bilə-bilə yalan reklam etmə” və “istehlakçıları aldatma” kimi hərəkətlər öz təsbitini tapmışdır. Lakin qeyd edilən iki qanunazidd əməl haqsız rəqabətin formalarının sadəcə bir qismini təşkil edir. Azərbaycan qanunvericiliyində bu məsələ ilə də bağlı müəyyən dəyişikliklər edilməlidir.

Haqsız rəqabətlə bağlı hüquqi məsuliyyət, əsasən eyni adlı qanunun müvafiq maddələrində əks olunub. Burada müvafiq məsələlərlə Azərbaycan Respublikasında antiinhisar siyasətini həyata keçirən mərkəzi icra hakimiyyəti orqanı məşğul olur. Qanunda qeyd edilir ki, AR İqtisadiyyat Nazirliyi yanında Antiinhisar və İstehlak Bazarına Nəzarət Xidməti “Haqsız rəqabət haqqında” Qanunun pozulmasına görə müəyyən səlahiyyətlərə malikdir:¹⁰³

- Bazar subyektlərinə və onların vəzifəli şəxslərinə qanun pozuntusunun dayandırılması və onun nəticələrinin aradan qaldırılması ilə bağlı icrası məcburi olan göstərişlərin verilməsi;
- Haqsız rəqabət nəticəsində əldə olunmuş mənfəətin büdcəyə ödənilməsi və ya vurulmuş zərərin ödənilməsi ilə bağlı məhkəməyə iddia ilə müraciət edilməsi və s.

¹⁰⁰ Yolçuyev Mübariz, *Azərbaycan Hukukunda Marka Hakkının Korunması*, 12 Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 199, 210 (2008).

¹⁰¹ Yuxarıda istinad 89, mad. 428.

¹⁰² Yuxarıda istinad 90, mad. 198 və 200.

¹⁰³ Yuxarıda istinad 63, mad. 12.

Qanunda maliyyə sanksiyaları yenə də dəqiq məbləğlə deyil, vurulmuş ziyanın misli və ya vurulmuş ziyandan gələn gəlirin faizləri şəklində göstərilmişdir. Məsələn şəxs haqsız sahibkarlıq fəaliyyəti ilə məşğul olduqda bu əməl satılmış malların 10%-i məbləğində cərimə ilə cəzalandırılır.¹⁰⁴

Qanunu pozan şəxslər məsuliyyətə cəlb edilməklə yanaşı, vurulan zərəri də ödəmək öhdəliyi daşıyırlar. “Əmtəə nişanı və coğrafi göstəricilər haqqında” Qanunun 34-cü maddəsi xüsusi əhəmiyyət daşıyır. Bu maddəyə görə, “əmtəə nişanından və coğrafi göstəricidən qanunsuz olaraq qismən və ya tamamilə istifadə edən hüquq sahibinin tələbi ilə istifadəyə son qoymalı və nişan sahibinə dəyən ziyanı ödəməlidir”.¹⁰⁵

Ümumiyyətlə, hüququ pozulan şəxs Mülki Prosesual Məcəllənin 307.1-ci maddəsinə müvafiq olaraq məhkəməyə müraciət etmək hüququna malikdir. Maraqlıdır ki, qanunvericilikdə məhkəmə aidiyyəti ilə bağlı da bəzi boşluqlar mövcuddur. Məsələn “Əmtəə nişanları və coğrafi göstəricilər haqqında” Qanunda məhkəmə aidiyyəti ilə bağlı heç bir məlumat qeyd edilməyib. İşə baxmaqda hansı məhkəmənin səlahiyyətli olduğunu isə yalnız MPM-yə baxaraq müəyyənləşdirmək mümkündür. Həmin müddəa MPM-nin 35-ci maddəsində belə təsbit edilir: “qanunla başqa hal nəzərdə tutulmamışdırsa, iddia cavabdehin rəsmi qeydə alındığı yerin məhkəməsinə verilir. Lakin səlahiyyətli məhkəmə iddia tərəflərinin tacir olub-olmadığını da diqqətə alaraq işə iqtisad yoxsa ümumi məhkəmədə baxılacağını müəyyən edə bilər”.¹⁰⁶ Haqsız rəqabətə məruz qalmış şəxsə dəyən zərərin mülki-prosessual qaydada qaytarılmasının hüquqi əsasını isə Mülki Prosesual Məcəllənin 307.11-ci maddəsi, yəni hüquqi əhəmiyyəti olan digər faktların müəyyən edilməsi təşkil edir.¹⁰⁷

Son olaraq, firma adı ilə bağlı bəzi məsələlərə də aydınlıq gətirilməlidir. Əvvəlcə, İXM və CM-də bununla bağlı hər hansı bir müddəa olmadığını qeyd etmək yerinə düşərdi. AR qanunvericiliyində yalnız Mülki Məcəllənin “Hüquqi şəxslər” adlanan fəslində firma adı ilə bağlı müddəalara rast gəlmək mümkündür. Həmin Məcəllənin 50-ci maddəsinə görə, “qanunla müəyyənləşdirilmiş qaydada qeydə alınmış hüquqi şəxsin firma adından istifadəyə müstəsna hüququ vardır və başqasının qeydə alınmış firma adından haqsız istifadə edən şəxs firma adına hüququ olanın tələbi ilə ondan istifadəyə son qoymalı və vurduğu zərərin əvəzini ödəməlidir”.¹⁰⁸ Həmçinin “Hüquqi şəxslərin dövlət qeydiyyatı və dövlət reyestri haqqında” Qanunun 11-ci maddəsində deyilir ki, “firma adlarının qorunması haqqında qanunvericiliyin tələbləri pozulduqda hüquqi şəxs statusu almaq istəyən

¹⁰⁴ Yenə orada.

¹⁰⁵ Yuxarıda istinad 21, mad. 34.

¹⁰⁶ Azərbaycan Respublikasının Mülki Prosesual Məcəlləsi, mad. 307 (1999).

¹⁰⁷ Yenə orada, mad. 35.

¹⁰⁸ Azərbaycan Respublikasının Mülki Məcəlləsi, mad. 50 (1999).

qurumun, habelə xarici hüquqi şəxsin nümayəndəlik və ya filialının dövlət qeydiyyatına alınmasından imtina edilə bilər".¹⁰⁹

Beləliklə, sənaye mülkiyyətinin mühafizəsi məsələsi ilə bağlı Azərbaycan qanunvericiliyinin Konvensiyanın bəyan etdiyi müddəalarla uyğunluq təşkil etdiyi müəyyən edilmiş oldu. Bununla belə, qanunvericiliyin bəzi problemlə tərafləri də mövcuddur. Əvvəl də qeyd edildiyi kimi, sənaye mülkiyyətinə vahid leqal anlayış verilmədiyi üçün sənaye mülkiyyətinin mühafizəsi ilə bağlı müddəalar çox ümumi xarakter daşıyır. Həmçinin sənaye mülkiyyəti obyektlərinin dəqiq dairəsinin qanunvericilikdə təsbit edilməməsi də onun mühafizəsini çətinləşdirən amillərdəndir.

Hal-hazırda İXM və CM-də, eləcə də "Haqsız rəqabət haqqında" Qanunda görülə biləcək tədbirlər və məsuliyyət məsələləri öz əksini tapsa belə, sözügedən aktlarda dəyişikliklərin edilməsinə zərurət vardır. Bununla yanaşı, sənaye mülkiyyəti obyektlərinin mühafizəsi ilə əlaqədar digər dövlətlərin təcrübəsindən istifadə edilməsinə və xüsusən bu istiqamətdə işlək nəzarət mexanizmlərinin daha da təkmilləşdirilməsinə ehtiyac vardır.

Nəticə

Yekunda 1883-cü il Paris Konvensiyası və Azərbaycan Respublikası əqli mülkiyyət qanunvericiliyinin müzakirə edilən məsələlər kontekstində müqayisəli təhlilindən aşağıdakı nəticələrə gəlmək olar:

- 1) Konvensiya və Azərbaycan Respublikasında sənaye mülkiyyəti sahəsində qəbul edilmiş normativ-hüquqi aktlar qarşılaşdırıldıqda qanunvericilikdə sənaye mülkiyyətinin leqal anlayışının, eləcə də sənaye mülkiyyəti obyektlərinin dairəsinin verilmədiyi, qanunvericiliyin, ümumiyyətlə, bu iki mühüm məsələyə münasibət bildirmədiyi və beləliklə də, bu sahədə ciddi boşluqlar olduğu müəyyən edildi;
- 2) Boşluqlarla yanaşı, qanunvericilikdə leqal anlayışın və sənaye mülkiyyəti obyektlərinin göstərilməməsi nəticəsində bəzi qanunvericilik aktları arasında kolliziyalar olduğu aşkar edildi;
- 3) Mövcud kolliziyalar isə sənaye mülkiyyəti münasibətləri çərçivəsində qanunla mühafizə altına alınan obyektlərin nələrdən ibarət olduğunu müəyyənləşdirməyə imkan vermir. Bunu da sənaye mülkiyyəti sahəsində qəbul edilmiş normativ-hüquqi aktlarla İnzibati Xətalər və Cinayət Məcəlləsi arasındakı ziddiyyətlərdən görmək mümkündür. Ən mənfi cəhət isə odur ki, maddi normalardakı boşluq və ya kolliziyalar prosessual normalara da sirayət edir və qanun pozuntusu zamanı istintaq və ya məhkəmə aidiyyətində ciddi problemlərə yol açır. Bir sözlə, qanunvericilikdə bu məsələyə çox ümumi yanaşılmış, qəbul

¹⁰⁹ "Hüquqi şəxslərin dövlət qeydiyyatı və dövlət reyestri haqqında" Azərbaycan Respublikasının Qanunu, mad. 11 (2003).

edilmiş ayrı-ayrı normativ-hüquqi aktlarda aydınlıq gətirilməmiş və nəticədə sözügedən məsələlər öz dəqiq təsbitini tapmamışdır;

- 4) Konvensiyada bir neçə maddədə adı keçən və qeyri-maddi xarakter daşıyan qudvil anlayışının Azərbaycan qanunvericiliyində hərtərəfli əks olunmadığı müşahidə edildi. Bu səbəbdən də qudvilin qanunla mühafizə altına alınıb-alınmadığını və ya alınbsa, hansı sənaye mülkiyyəti obyektini ilə birgə və ya həmin obyekt daxilində qorunduğunu söyləmək çətindir. Qudvilin tənziqlənməməsi qanunvericilikdə boşluq kimi dəyərləndirilməli və İngiltərə və ya ABŞ-ın mövcud təcrübəsindən istifadə edilməlidir.

Yazının sonunda haqqında təhlil apardığımız mövzu ilə bağlı 4 təklif aşağıdakı formada ümumiləşdirilir:

- 1) Azərbaycan Respublikası qanunvericiliyində sənaye mülkiyyətinə vahid anlayış verilməli və bəzi anlayışlarla (məsələn səmərələşdirici təklif) bağlı müddəalar yenidən nəzərdən keçirilərək təkmilləşdirilməlidir.
- 2) Sənaye mülkiyyəti obyektlərinə olan hüquqların effektiv mühafizəsi üçün inzibati və cinayət məsuliyyəti müəyyən edən yeni və müstəqil tərkibləri özündə ehtiva edən normalar tərtib edilməlidir;
- 3) Sənaye mülkiyyətinin mühafizəsi sahəsində AİHM qərarlarından istifadə edilməlidir. Hətta yalnız AİHM presedentləri deyil, eyni zamanda bəzi ölkələrin (məsələn İngiltərə) məhkəmə qərarları da istifadə edilə bilər.
- 4) Sənaye mülkiyyətinin hüquqi əsasını təşkil edən normativ aktların sayı azaldılmalı və gələcəkdə vahid Əqli Mülkiyyət Məcəlləsi qəbul edilməlidir.

*Hoda Asgarian**

THE DOCTRINE OF DEVIATION, ITS HISTORICAL AND LEGAL ROOTS

Abstract

The most common way of transporting the goods is still the sea; hence, the rules relating to the carriage of goods by the sea should be clearly examined. Transportation of goods by sea can involve different aspects of the law such as carriage contract, insurance, liability and compensation. There are different clauses and obligations in the contract which should be followed by the shipper. One of the most important clauses is deviation meaning departing from the usual or the customary route. The fault is imputed to the shipper unless he proves it justifiable or having a deviation clause in its contract. In case the deviation is not justifiable such as deviation in order to be fuelled cheaper or in order to discharge labour, and any perils of the sea occur causing loss or damage to the cargo, the shipper is responsible and the insurer will not cover damages. Also, there are examples in which deviation can be regarded as justified. This article will examine deviation, justified deviation and go through different historical and up to date cases in this regard and how it has changed in the track of time.

Annotasiya

Malların daşınmasının ən geniş yayılmış yolu hələ də dəniz olduğundan dəniz yolu üzərindən mal daşınması ilə bağlı qaydalar aydın şəkildə araşdırılmalıdır. Malların dəniz yolu ilə daşınması, daşınma müqaviləsi, sığorta, məsuliyyət və kompensasiya kimi hüququn fərqli aspektlərini əhatə edə bilər. Müqavilədə yükçöndərən tərəfindən yerinə yetirilməli olan müxtəlif müddəalar və öhdəliklər mövcuddur. Müqavilənin ən vacib müddəalarından biri olan "yayınma" həmişəki və ya ənənəvi yoldan çıxma mənasını verir. Təqsir yükçöndərənin haqlı olduğunu sübut etməməsi və ya müqavilədə yayınma maddəsi olmadığı təqdirdə onun üzərinə qoyulur. Əgər yayınma yanacağa qənaət etmək və ya işçi qüvvəsini azad etmək məqsədli yayınma deyilsə və bu zaman hər hansı bir dəniz təhlükəsi yükün itirilməsinə və ya zədələnməsinə səbəb olarsa, yükçöndərən məsuliyyət daşıyır və sığortaçı zərərin əvəzini ödəməyəcək. Həmçinin yayınmanın əsaslı hesab olunacağı nümunələr də var. Bu məqalədə yayınma, "əsaslı yayınma" anlayışları araşdırılacaq və bununla əlaqədar müxtəlif tarixi və müasir hadisələr üzərindən keçilməklə onun zaman zəminində necə dəyişdiyini aydınlaşdırılacaq.

CONTENTS

Introduction	194
I. Historical origin	195
II. Deviation and its specifications	197
A. What are the options for the definition to this notion?	198
B. Proper route	199
C. Voluntary departure	200

* LL.M in Maritime Law, Lund University, Sweden.

D. Unjustifiable deviation.....	201
E. Liberty clauses	207
F. The effect of deviation.....	209
Conclusion	210

Introduction

After starting off the voyage, the master is obliged to proceed to the port of delivery in the direct, shortest and usual route, and within a precise time frame.¹ In most contracts of affreightment, whether by a general ship or one hired for the voyage, the shipowner impliedly tackles to proceed by the direct and usual route to the port of delivery, without unnecessary deviation, unless there is an express contract as to the course to be pursued.² In other words, it has been considered as an implied term in the contract of carriage of goods by the sea that the carrier will not stray from the voyage contract without lawful justification.

There are so many definitions used for the doctrine of deviation, which are common in concept. The simple definition used is that deviation is an intentional and unreasonable change in the geographical route of the voyage as contracted³ or an unjustified departure from the route explicitly brought in the contract.

Regardless of the fact that this “doctrine is limited to be applied to actual geographical departure by a carrier from an agreed-upon route in UK courts, its use has been expanded to include various actions by a carrier which tends to expose his cargo to a greater risk of damage or loss by US courts”.⁴ In the law of carriage of goods by sea, the deviation is regarded as a breach that is dealt with under particular circumstances.⁵ From the minute this happens, the voyage is altered and is not under the same regulations in terms of coverage or responsibilities. Rather, the contract is determined in the sense that it is no longer being operated on the agreed terms, and the insurer is absolved from later responsibilities enabling them to refrain from any further payments.⁶ At first glance, there would be the tendency to renounce the aftermath of such contravening, however, it has not been strongly accepted yet, and the doctrine

¹ See generally Meredith Morgan, *Evolving Role of The Master Mariner – Legal Aspects of Captaincy* (2016).

² John Bourdeau, John Dvorske, Eleanor L. Grossman, Sonja Larsen, William Lindsley and Jeffrey J. Shampo, *American Jurisprudence*, 1 (2012).

³ Irwin Nack, *Admiralty-Law: Carriage of Goods by the Sea Act quasi-Deviation- SEDCO, INC. v. M/V Strathewe*, 9 *New York Law School Journal of International and Comparative Law* 435, 435 (1988).

⁴ *Supra* note 3.

⁵ Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly, *Deviation: a doctrine all at sea?* (2000), <https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=130238> (last visited Mar. 9, 2021).

⁶ Traditional Principle of Deviation in Maritime Law (2019), <https://www.lawteacher.net/free-law-essays/contract-law/traditional-principle-of-deviation-in-maritime-law-contract-law-essay.php?vref=1> (last visited Mar. 9, 2021).

has been viewed from various angles either as an abandoned rule or a fresh one will forming court orders.⁷ This expansive usage of the application of the doctrine of deviation and its relationship with provisions related to the limitation of liability mentioned in the Carriage of Goods by Sea Act of 1936 (hereinafter referred to as COGSA) has caused some confusions that will be dealt with in this paper in future chapters.

In this article, Common law, mainly being English law and related cases in respect of deviation are the cornerstone of the discussion. It will also revolve on the relevant rules such as the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading amended by the First Protocol and Second Protocol (hereinafter referred to as “Hague/Visby Rules”), United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea (hereinafter referred to as “Hamburg Rules”), and the United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea (hereinafter referred to as “Rotterdam Rules”) entitling notion of deviation in different occasions. Finally, it seems necessary to look at America’s practice with respect to the doctrine of deviation and COGSA. Although deviation has a very ancient history it is still amidst various contemporary issues which needs valuable insights into its effect and surrounding circumstances.⁸ Hence, this article will begin with the historical origin of the doctrine of the deviation to shed light on the concept of the deviation and its alteration in different eras up to the present, and concerning different decisions made by courts. Thereafter, the deviation will be described together with the salient issues and specifications, which are necessary for constructing the notion of the deviation, the justifiable deviation, moreover the related problems that may arise in this area. Besides, the concept of deviation will be examined in different rules and the current views about this issue will be discussed. The article will end with a conclusion regarding the examination made in the article.

I. Historical origin

Deviation as its today’s notion dates back to 3 centuries ago taking its footprints in marine insurance. It has been given higher importance in its modern sense, hence in the case of unjust deviation, the results are harsher; the carrier can no longer defend to refrain from the liability rising from the deviation and any potential loss or damage either based on the statutes or contract of carriage terms and conditions and insurer has no further responsibility.⁹

⁷ Sarunas Basijoka, *Is the Doctrine of Deviation only a Historical Record Today*, 1 UCL Journal of Law and Jurisprudence 114, 114 (2012).

⁸ See generally Proshanto K. Mukherji, Jr. Maximo Q. Mejia and Jingjing Xu, *Maritime Law in Motion* (2020).

⁹ Stanley L. Gibson, *The Evolution of Unreasonable Deviation under U.S COGSA*, 3 University of San Francisco Maritime Law Journal 197, 197 (1991).

As mentioned above, the doctrine of deviation was rooted in marine insurance law. There are implied warranties in the insurance law whose breach will render the contract null and void, hence is favourable to the marine underwriter. One of the said warranties is that the ship is on the ordinary route without deviation.¹⁰ In this regard, as soon as deviation happened which is the departure of an agreed route,¹¹ and the route brought in the contract is not followed, the insurer is free from all his liabilities.¹² Besides, it is a *prima facie* fact that the carries shall not deviate from the agreed route brought in the bills of lading, and this gives automatic right to the cargo owner to terminate the contract while other factors such as unseaworthiness will not render the contract void automatically.¹³ Adding to above, by reference to the fundamental wrongdoer principle of torts, the carrier is regarded as being responsible for any potential loss or defection to the cargo which are predicted not to have been in place, in case he had not changed the normal case of the voyage.¹⁴

The scholars in field of marine industry were long on the opinion that not deviating from the normal course of voyage should be explicitly brought in the contract otherwise it cannot be regarded as deviation and nullify the contract. But it was in odds not to take any change of the route which was not specified in the contract, as deviation in merit. The English courts based the origin of this notion in *Davis v Garrett*, which concerned a deviation by a common carrier.¹⁵ The dicta say:

“The law does imply a duty in the owner of a vessel, whether a general ship or hired for the special purpose of the voyage, to proceed with unnecessary deviation in the usual and customary course”.¹⁶ It was held by Tindal CJ that:

“From the first point of view, no wrongdoer is allowed to apportion or qualify his own wrong, and that as a loss has actually happened while his wrongful act was in operation and force, and which is attributable to his wrongful act, he cannot set up the bare possibility of a loss as an answer to the action, if his wrongful act had never been done. It might admit a different construction if he could show, not only that the same loss might have

¹⁰ Solomon Huebner, *Policy Contracts in Marine Insurance*, 26 *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* 273, 295-296 (1905).

¹¹ Theodora Nikaki, *The Quasi-Deviation Doctrine*, 35 *Journal of Maritime Law and Commerce* 45, 45 (2004).

¹² What Is Deviation Clause in Marine Insurance? (2021), <https://securenow.in/insuropedia/deviation-clause-marine-insurance/> (last visited Mar. 9, 2021).

¹³ Billy Tafireyi Gwini, *A Comparative Study on the Development of the Carrier’s Obligation of Seaworthiness from the Common Law Doctrine of Strict Liability Perspective and the Applicable International Conventions*, 6 (2017).

¹⁴ *Supra* note 12.

¹⁵ Hamish Dempster, *The Confusion of Incidents of Common Carriage with Incidents of Deviation*, 275 (2016).

¹⁶ *A Critical Analysis of Justifiable and Unjustifiable Deviation of Vessel in Carriage of Goods by Sea* (2019), <https://www.lawteacher.net/free-law-essays/transportation-law/carriage-of-goods-by-sea-essay.php> (last visited Mar. 9, 2021).

happened, but that it must have happened if the act complained of, had not been done, but there is no evidence to that extent in the present case. On the second point, we cannot think that the law does apply a duty on the owner of a vessel, whether a general ship or hired for the special purpose of the voyage, to proceed without unnecessary deviation in the usual and customary course".¹⁷

It is learnt from the aforementioned decision, that by altering the normal route, the insurance contract is void. Adding to above, the court proposes that if the carrier can prove that this damage or loss would have had happened even if he was on the usual route, he will not be liable anymore. In practice, it is very crucial to prove that the cause of the loss is a storm or other natural forces, but it will be less challenging in case of losses by fire or inherent vice.¹⁸

By looking at the US Supreme Court, we can see that, it set forth the concept of geographic deviation as early as 1958 long before COGSA was enacted. In the *Propeller Niagara v. Cordes*,¹⁹ the court recognized a carrier's customary duty and highlighted the carrier's duty to adhere to the contract, which has expressly altered this customary duty to the specific requirements of the shipper. The court stated:

"After having set sail, the carrier must proceed on the voyage, in the direct, shortest, and usual route, to the port of delivery, without unnecessary deviation, unless there has been an express contract as to the course to be pursued; and where the vessel is destined for several ports and places, the master should proceed to them in the order in which they are usually visited, or that designed by the contract".²⁰

In 1894, the Supreme Court in *Constable v. National Steamship* recognized that technological developments in transporting goods by water should be taken into account in determining whether or not there had been a deviation sufficient to oust the carrier's defences. It determined that a rule developed before the era of steam navigation should not be applied to find a deviation at a time when arrival dates of vessels were more reliable due to the use of steam-propelled vessels. However, the Supreme Court has not delivered a decision involving maritime deviation since COGSA became law.²¹

II. Deviation and its specifications

Deviation is of utmost importance because of the serious penalties attached to it, in a sense that the contract is invalidated and the carrier becomes a

¹⁷ Martin Dockray, *Cases and Materials on the Carriage of Goods by Sea*, 64 (2013).

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Propeller Niagara v. Cordes*: 62 U.S. 7 (1858): Justia US Supreme Court Centre, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/62/7/> (last visited Mar. 9, 2021).

²⁰ *Supra* note 14.

²¹ *Constable et al. v. National Steamship Co.* | Supreme Court | US Law | LII / Legal Information Institute, <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/154/51> (last visited Mar. 9, 2021).

common carrier with further responsibilities,²² hence it is important to define and categorize it well. After a historical review on the doctrine of deviation and the changes made in the track of time and before any further illumination of the notion of deviation, it should be perceived that if the parties of a contract of affreightment do not agree on specific terms in addition to the express agreed clauses, there are a series of obligations which are applied rooting in custom and commercial rules.²³

Having said that, in common law, parties have full freedom to alter, vary, cut down or exclude any one of these implied terms, and, in practice, this is very commonly done.²⁴ Obligation not to deviate from the agreed route is one of the implied terms in the contract of affreightment whose definition will be discerned under different international regimes of uniform law dealing with this notion such as Hague/Visby Rules, Hamburg Rules Rotterdam Rules, and also the common law aspect. Besides, we will identify a reasonable deviation and different factors that can together constitute a reasonable or unreasonable deviation. The liability of the carriers and the scope of it will be discussed as well. At last, the effect of deviation will be observed.

A. What are the options for the definition to this notion?

One definition agreed in UK can be: “deviation is a voluntary and unjustifiable departure by a carrier from its contracted voyage or the proper route”.²⁵ In US, deviation was applied to express the wandering or staying of a vessel from the usual route, but later on it has deviated and come to mean any variation in the conduct of a ship in the carriage of goods whereby rises the risk of any loss or damage.²⁶ In this case, the deviation is not only related to the geographic departure of the agreed route but rather a more expansive action.

Deviation may also consist of other departures from the agreed or customary route or method of transportation, such as towing another vessel, shipping by a vessel other than the one set out in the contract of affreightment, shipping part of the way by rail when the parties stipulated for all water carriage or carrying the goods beyond the delivery point.²⁷

It seems that the latter definition is more comprehensive, as it refers to both types of deviation: the geographic deviation and the quasi-deviation. The geographic deviation, as “voluntary departure, without necessity or

²² *Deviation in the Law of Shipping - The United States, United Kingdom and Australia, a Comparative Study*, 11 *Journal of International Law & Economics* 147, 147 (1976-1977).

²³ *Supra* note 7.

²⁴ N. J. J. Gaskell, C. Debattista, R. J. Swatton, Chorely and Giles: *Shipping Law*, 183 (1987).

²⁵ Thomas Edward Scrutton, *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading*, 296 (1955).

²⁶ *Spm Corporation, Appellant, v. M/v Ming Moon; Blue Anchor Line, Division of Transpaccontainer System, Ltd.; Yangming Marine Transportcorporation; and Maher Terminals, Inc*, 965 F.2d 1297 (1992), <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/965/1297/19844/> (last visited Ap. 18, 2021).

²⁷ *Supra* note 2.

reasonable cause, from the regular and usual course of the voyage”²⁸ constituted for years the only type of maritime deviation, in which as a result of the deviation and change of the route, the insurer would be discharged and this is regarded as implied warranty in which certain warranties are implied from the marine law.²⁹

Nowadays, the practical significance of geographic deviation is reduced for two reasons: first, because modern insurance policies normally include a “held covered” clause providing that the cargo will be insured even though the ship deviates, in return for the payment of an additional premium; and second, in order to avoid the serious effects of deviation, the carriers usually incorporate “liberty clauses” into their contracts of carriage that give them wide latitude in the scope of voyages. Carrier’s misconduct of this sort is commonly called “quasi-deviation”. This doctrine was set forth in the pre-COGSA era by the Supreme Court of the US in *St. Johns N.F. Shipping Corp. V. S.A. Companhia Geral Commercial do Rio do Janeiro*.³⁰

B. Proper route

Some standard charter forms contain express provisions on the route to be followed. Besides the parties to a carriage contract can agree on the precise route to be followed if they wish. In the absence of such provisions and the case that the parties did not agree on a proper route, it seems that the proper route is the direct geographical route between the ports of loading and discharge. This was first mentioned in the *Reardon Smith Line v. Black Sea and Baltic General Insurance* (1969). The facts in this case are as follows:

“The appellants’ vessel *Indian City* was chartered to carry a cargo of ore from Poti in the Black Sea to Sparrow’s Point, Baltimore, USA. After loading, she sailed first for Constanza on the west coast of the Black Sea for fuel. The vessel grounded at Costanza and was damaged; part of the cargo had to be jettisoned. The charterers refused to contribute to general average expenses on the grounds that in going to Constanza the ship had deviated from her contractual route, which they said was from Poti to Sparrow’s Point by the direct route through Istanbul.”³¹

It was held by Lord Porter that:

“It is the duty of a ship, at any rate when sailing upon an ocean voyage from one port to another, to take the usual route between those two ports. If no evidence be given, that route is presumed to be the direct geographical route, but it may be modified in many cases for navigational or other reasons,

²⁸ John Gifford, *Gifford's English and Irish lawyer, or, every man his own lawyer: containing a summary of the constitution of England and Ireland, their laws and statutes*, 31 (2010).

²⁹ Insurance Contract Law: Misrepresentation, Non-disclosure and Breach of Warranty by the Insured, 40 (2007). Available at:

http://www.lawcom.gov.uk/app/uploads/2015/03/cp182_ICL_Misrep_Non-disclosure_Breach_of_Warranty.pdf (last visited Apr. 18, 2021).

³⁰ *Supra* note 3, 2.

³¹ *Supra* note 18, 65.

and evidence may always be given to show what the usual route is unless a specific route be prescribed by the charter party or bill of lading. In some cases, there may be more than one usual route. It would be difficult to say that a ship sailing from New Zealand to this country had deviated from her course whether she sailed by Suez Canal, the Panama Canal, round the Cape of Good Hope or through the Straits of Magellan. Each might, I think, be a usual route. It is not the geographical route but the usual route, which has to be followed, though in many cases the one may be the same as the other. But the inquiry must always be what the usual route is. No doubt *prima facie* the route direct from Poti to Sparrow's Point through Istanbul would be the ordinary course, but I think that in this case, we have evidence sufficient to show that the route has been varied and that the practice of proceeding to Constantza to bunker after loading had become a usual one".³²

A slight change in the original route can lead to a deviation even if it is a minor one. In majority of cases in which the doctrine of deviation is entreated such as *Cunard Steamship v. Buerger*, ship's route alteration is to take a visit to and unaccredited port in order to drop a passenger, fuelling or to fill up or discharge cargo. Heading to the port stated in the bill of lading but choosing a different order other than agreed is a deviation as well as conveying cargo to and then beyond the agreed port of discharge or landing a cargo short of its proper destination.³³

According to the US, a departure from the regular and usual course of the voyage that is a customary incident of the voyage, and according to the known usage of trade, is not a deviation that will subject the carrier to the responsibility of an insurer. However, the custom must be general, certain and uniform, and of such long-standing as to have become generally known. A vessel's deviation from a published itinerary is not rendered customary by two prior deviations absent the shipper's knowledge that it would deviate from its itinerary.³⁴ In the case, which the vessel is destined for several ports and places, the master should proceed to them in the order in which they are usually visited, or the order designated by the contract, or in certain cases, by the advertisement relating to the particular voyage. Where there are two or more customary routes and the carrier is left free to choose between them, the carrier may choose without incurring increased liability if there are no special reasons that make the route chosen unsafe.³⁵

C. Voluntary departure

In case the ship changes the route under free will, deviation has occurred. But there are cases in which deviation is not regarded as unreasonable, such

³² *Ibid.*

³³ 25 LLOYD'S List, Law Reports, House of Lords, 215 (1926).

³⁴ *Supra* note 1, part 610, 1.

³⁵ *Id.*, part 604.

as exceptional circumstances that cannot be controlled by the captain and the ship's crew; deviations from the route due to the need to save human lives at risk due to an accident, to avoid or reduce maritime pollution due to an accident, to disembark diseased crew or passengers, or in general for reasons that obey any security need on board the ship. These were brought clearly in *Rio Tinto v. Seed Shipping*. The facts are as followed:

"The charterers shipped a cargo of coal and coke on the defendant's ship *Marjorie Seed* at Glasgow for Huelva. After leaving the Cumbrae the master, not being in perfect health, ordered the helmsman to steer south-south-east, which stranded the ship on rocks off the coast of Ayr. The ordinary course would have been to steer south-west. Ship and cargo were totally lost. The plaintiffs sued for the value of the cargo; the defendants pleaded an excepted peril to which the plaintiffs replied that there had been a deviation."³⁶

It was held by Roche J:

"The essence of deviation is that the parties contracting have voluntarily substituted another voyage for that which has been insured. A mere departure or failure to follow the contract voyage or route is not necessarily a deviation, or every stranding which occurred in the course of voyage would be a deviation because the voyage contracted for, is in no case one which essentially involves the necessity of stranding. It is a change of voyage, a radical breach of the contract that is required to and essentially does, constitute a deviation. The master never intended to leave the route of the voyage from Glasgow to Huelva. He was not on another route; he was on the existing route, although he was out of the proper part of the route that he ought to have followed".³⁷

There is a same view taken by US courts about the voluntary deviation. After these two main strands (proper route and voluntary departure), which should exist to call an action deviation, the unjustifiable deviation will be examined under international regimes of uniform law and common law. All of them have some common points with some small differences in the scope of application of the deviation doctrine.

D. Unjustifiable deviation

In this part, the deviation is going to be examined by Common law, Hague/Visby Rules, Hamburg Rules, and Rotterdam Rules. We will make a comparison between all these rules and notify the changes, which have been made on the doctrine of deviation.

1. Common law

Doctrine of deviation is permissible in common law in some particular circumstances:

³⁶ 24 LLOYD's List Law Reports, King's Bench Division, 316 (1926).

³⁷ *Supra* note 18, 65-66.

The first can be that the ship deviates to save human life. In order to illuminate this context, it seems worth mentioning the case *Scaramanga v. Stamp*.³⁸ The facts are as follows:

“The defendant chartered a ship to the plaintiff for a voyage from Cronstadt to Gibraltar. While at sea the master saw a steamer in distress, and discovered that her machinery had completely broken down. The sea was quite smooth, and he could there and then have saved the crew; but he conceived the idea of saving the cargo too, and accordingly towed the vessel into the Texel, having bargained to do so for £1000. The result was that the too adventurous captain got his own vessel on shore, and she was lost with all her cargo. The plaintiffs, as owners of the cargo and charterers of the ship, sued for its value as lost by the defendant's breach of contract in deviating from the proper track. Strangely enough, such a case has never been previously before our courts of law; and, after much argument, it has now been ruled that a ship is justified in going out of her course to save human life, but not to save cargo. This decision of the Court of Appeal will therefore form an important precedent in maritime law”.³⁹

The second is that the carrier deviates from the agreed route in order to avoid danger to the ship or the cargo. Therefore, the carrier can deviate even if just the ship is in danger, and about the cargo, it is far from clear and the carrier has the duty to save the cargo from any peril that may damage it, and he should deviate to protect the interest of the cargo owners. Indeed, in the majority of the cases, he will be under the duty to take such action. This may vary from natural causes such as storms, ice or fog, or they may involve political factors such as the outbreak of war or the fear of capture by hostile forces.⁴⁰ In order to elucidate deviation which is occurred due to avoidance any marine peril, the case *Phelps, James & Co v. Hill* can be helpful.⁴¹

The facts are as followed:

“Tin and iron plates were shipped on the *Llanduff City* at Swansea for New York. About five days out the vessel and some of her equipment and cargo were damaged in a storm and it was necessary to put back to a port of refuge. She went first to Queenstown where she was ordered by the defendant owners to return to their own yards in Bristol where suitable spare parts were available and where repairs could have been done more cheaply and quickly than elsewhere. It would also have been possible to sell or trans-ship the cargo there. In the Avon, she was run into by another vessel and was sunk. This risk was excluded by the bill of lading.” The question was whether there was an

³⁸ *Supra* note 8, 125.

³⁹ A New Point in Maritime Law (1880), <https://trove.nla.gov.au/newspaper/article/70944895> (last visited May 12, 2021).

⁴⁰ John F. Wilson, *Carriage of Goods by Sea*, 17 (2010).

⁴¹ *Supra* note 18, 67-68.

unjustifiable deviation in going to Bristol instead of Swansea. The jury at trial found that there had not been an unjustifiable deviation.⁴²

Lopes LJ held that:

“The voyage must be prosecuted without unnecessary delay or deviation. The shipowner’s contract is that he will be diligent in carrying the goods on the agreed voyage, and will do so directly without any unnecessary deviation. But this undertaking is to be understood with reference to the circumstances that arise during the performance of the contract. He is not answerable for delays or deviations which are occasioned or become necessary without default on his part. Where the safety of the adventure under the master’s control necessitates that he should go out of his course, he is not only justified in doing so, but it is his duty in the right performance of his contract with the owners of the cargo. Going into a port out of the usual course for necessary repairs, and staying till they are completed, is no deviation, provided it plainly appears that such repairs, under the circumstances and at such port, were reasonably necessary, and the delay not greater than necessary for the completion of such repairs, so as to enable the vessel to proceed on her voyage”.⁴³

After abovementioned situations; saving life and saving ship and cargo, in which deviation was regarded justified, there is the third occasion being where the deviation is made necessary by some default on the part of the charterer. Thus, it may be justifiable to put into port to discharge dangerous cargo, which has been loaded by the charterer without the knowledge of the ship-owner. Again, a master may be permitted to deviate to obtain more cargo in a situation where the charterer has breached his contractual obligation to load a full cargo.⁴⁴ The latter happened in *Kish v. Taylor*.⁴⁵

In that case, “the *Wearside* was chartered to load a full and complete cargo of timber at Mobile or Pensacola. The charterers failed to provide a full cargo so the master attempted to mitigate by obtaining additional cargo from other sources. He was so successful that the *Wearside* was overloaded with deck cargo and became unseaworthy. She sailed, encountered bad weather and had to take refuge in the port of Halifax, where she was repaired and the cargo restored. On arrival at Liverpool, the ship owners claimed a lien for the charterers’ failure to load a full cargo. The cargo owners disputed the existence of the lien, arguing that the deviation to Halifax was not justifiable⁴⁶”.

Lord Atkinson held that:

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Supra* note 6, 19.

⁴⁵ *Kish and Another v. Taylor, Sons, & Co.* [1912] UKHL 1046 (1912).

⁴⁶ *Supra* note 18, 68.

“A master, whose ship is, from whatever cause, in a perilous position, does right in making such a deviation from his voyage as is necessary to save his ship and the lives of his crew, and that while the right to recover damages from all breaches of contract, and all wrongful acts committed either by himself or by the owners of his ship, is preserved to those who are thereby wronged or injured, the contract of affreightment is not put an end to by such a deviation, nor are the rights of the owners under it lost”.⁴⁷

It is also worth mentioning that the US version of Article IV rule 4 of the Hague/Visby rules, which are Section 1304(4) of COGSA, provides that:

“Any deviation in saving or attempting to save life or property at sea, or any reasonable deviation shall not be deemed to be an infringement or breach of this Act or of the contract of carriage, and the carrier shall not be liable for any loss or damage resulting there from”⁴⁸. It should be considered that if the deviation is for the purpose of loading or unloading cargo or passengers it will be regarded as unreasonable. This enables the cargo owner to be compensated fully.⁴⁹

Carriers have successfully rebutted COGSA’s 1304(4) presumption of an unreasonable deviation when a deviation is committed for the purpose of discharging cargo under limited circumstances, including when courts find the carrier’s deviation was pursuant to a proper purpose when a plaintiff fails to demonstrate a causal connection between the deviation and the loss, and when the deviation did not expose the cargo to an increased risk of encountering danger.⁵⁰

2. Hague/Visby rules

Before going through the notion of deviation based on the Hague/Visby rules, it is incumbent on us to make an illumination on this set of rules. To put it less tersely, the Hague–Visby Rules are set of international rules for the international carriage of goods by sea. They are slightly an updated version of the original Hague Rules which were drafted in Brussels in 1924. These rules set an enormous precedent to maritime matters that were beset by various events happened by the sea.

The Hague Protocol was amended in the late 1960s and the maritime law post its amendment was acknowledged the Hague-Visby Rules worldwide. In general, The Hague-Visby Rules lay down to what extent a waybill will rule the cargo ship which is chartered in parallel with the liabilities of the both parties of the agreement. The only provision that can be found in Hague/Visby rules referring to deviation is in Article IV rule 4.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ The Hague-Visby Rules - The Hague Rules as Amended by the Brussels Protocol (1968), <https://www.jus.uio.no/lm/sea.carriage.hague.visby.rules.1968/doc.html> (last visited Mar. 13, 2021).

⁴⁹ 46 U.S. Code Title 46—Shipping.

⁵⁰ *Supra* note 12, 53.

As stated before, this Article does not expound the concept of deviation but states the occasions in which deviation can be contemplated as justifiable or reasonable. Moreover, by adding two additional types of deviation, this Article is trying to extend the protection to the ship owner. In addition, as can be seen in this Rule, the saving of property and any reasonable deviation has been added which were not in the common law. Here, the difficulty arises by interpreting the phrase “any reasonable deviation”. What can be regarded as reasonable? This is regarded as a matter of fact. The case *Stag Line v. Foscolo, Mango & Co*⁵¹ can help us clear up to some extent, which acts can be deemed as reasonable.

There were different opinions stated here, whether the deviation was reasonable or not. House of Lords held that this was not a reasonable deviation and the ship owner cannot rely on Hague Rules in this case. In the court of appeal, Greer LJ implies that the word reasonable deviation means a deviation in favour of the ship or the cargo owner or both.⁵²

Despite all these attempts to throw light on the concept of reasonable deviation, there are so few cases in which this was accepted as a defence. A similar case is *Al Taha*⁵³, which we may take a look at as an example of the successful invoke of the defence of reasonable deviation. The facts are as follows:

A vessel was charter partied for 2 years and the Hague Rules; Article IV, r. 4 was incorporated which allowed ship owner to deviate reasonably without liability. Cargo was shipped except a cargo derrick which was supposed to be shipped by rail to Boston. Ship owner decided to go to Boston for the bunkering and taking the boom which was needed at the port of discharge. Meanwhile, the ship grounded and the ship owner claimed for general average. The cargo owner refused to claim that this was an unreasonable deviation while the ship owner claims it was a usual port of bunkering.

Mr Justice Phillips held:

“The evidence established conclusively not merely that Boston was a usual bunkering port for such a vessel but that it was *the* usual bunkering port; more particularly it established that the usual bunkering place at Boston was the outer anchorage a ‘reasonable deviation’ within art. IV, r. 4 could be a deviation planned before the voyage began or the bills of lading were signed; the cargo boom was necessary if *Al Taha* was to be reasonably fit to discharge her cargo at her destination and as the boom was not necessary to render the vessel seaworthy at the commencement of the voyage it was reasonable to

⁵¹ 41 LLOYD’s List Law Reports, Reprinted (with additions from LLOYD’s List and Shipping Gazette, Edited by H.P. Henley of the Middle Temple, Barrister-at-Law, 165 (1931).

⁵² *Ibid.*

⁵³ “Reasonable deviation”, - Weather negligent navigation in course of planned deviation renders deviation unreasonable, Lyric Shipping Inc. V. Intermetals Ltd. and another (*The Al Taha*) - Q.B.D (Com. Ct.) (Philips J.) – 22 February 1990, Lloyd’s Maritime Law Newsletter, Business Intelligence Informa, 10 March 90.

plan to deviate to collect the boom en route rather than to wait for the weather conditions to permit delivery at Portsmouth; the mode of performance was within the liberty afforded by art. IV, r. 4".⁵⁴

Therefore, a deviation planned before a voyage was regarded as a justifiable deviation.

3. *Hamburg rules*

The Hamburg Rules are a set of rules governing the international shipment of goods, resulting from the United Nations International Convention on the Carriage of Goods by Sea adopted in Hamburg on 31 March 1978. It tried to make a uniform legal base for the transportation of goods by sea. Developing countries played an eminent role to make this happen. It came into force on 1 November 1992.⁵⁵ In these rules, there was no eloquent objection to continue the carrier's freedom of liability toward deviation in order to save a life. But there was less protection toward deviation to save property, especially in the case that it was solely property and not saving a life.⁵⁶ The reason was regarded that this rule allows the carrier to acquire additional profit from salvage.

From the view of the drafters of the Hamburg Rules, there is no need to have a specific provision on deviation and the resulted liability should be under general rules of carries liability.⁵⁷ Thus, the carrier will be responsible for deviation unless he can prove that his agents had taken all measures that could reasonably be required to avoid the occurrence and its consequences. Ultimately, it was adopted in Article 5.6 that: "The carrier is not liable, except in general average, where loss, damage or delay in delivery resulted from measures to save life or from reasonable measures to save property at sea".⁵⁸

Thus far, by contemplating the Hague/Visby Rules and the Hamburg Rules, it can be interpreted that the carrier's liability, is based on the principles of presumed fault or neglect. Then again, the risk approach might be adopted as the best hypothesis for an elucidation regarding a deviating carrier liable providing that the deviation is wrongful and levelling up the risk of loss beyond that permitted by the contractual terms and attempts to prevent the carrier from creating unauthorized risks.⁵⁹

⁵⁴ Ahmad Hussam Kasem, *The Legal Aspects of Seaworthiness: Current Law and Developments*, 133 (2006).

⁵⁵ Utsav Mukherjee, *Hamburg Rules United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea, 1978 - An Appraisal*, 1 (2008).

⁵⁶ *Id.*, 9.

⁵⁷ *Hamburg Rules for International Carriage* (2019)**Error! Hyperlink reference not valid..**

⁵⁸ *United Nations Convention on Carriage of Goods by Sea* (1978).

⁵⁹ Al-Kabban, Riyadh A.M., *The Effect of Deviation Occurring in the Course of a Maritime Voyage on the Liability of the Carrier under the Hague/Visby Rules and Hamburg Rules, in relation to Certain Countries*, x (1988).

4. Rotterdam rules

The Rotterdam Rules is a treaty that puts forward new international rules to amend the legal framework for maritime affreightment and carriage of goods by sea. The Rules primarily address the legal relationship between carriers and cargo-owners. The goal of the convention is to amplify and modernize current international rules and obtain uniformity of International trade law in the field of maritime carriage. In addition, updating or replacing many provisions in the Hague Rules, Hague-Visby Rules and Hamburg Rules. "It is quite clear that draftsmen of the earlier Rules had, feasibly, not foreseen the increment of trade, and subsequent containerisation of the global commercial regime".⁶⁰ Besides, a number of legal problems arise which need harmonisation.⁶¹

There is a persuasion that embracing unvarying standards for the modernization and harmonization of rules pertinent to the international carriage of goods that contain a sea leg has a plausible role in enhancing legal certainty, improving the predictability and efficiency of international commercial transport operations and lowering the number of legal barriers to international commerce between all States.⁶²

Having said so, it adopts a stronger attitude toward deviation. It seems that this convention accepts the Hague/Visby Rules toward reasonable deviation in attempting to save life or property or any reasonable deviation. This convention brought an expanded provision in Article 24, stating; "when pursuant to the applicable law a deviation constitutes a breach of the carrier's obligations, such deviation of itself shall not deprive the carrier or the maritime performing party of any defence or limitation of this Convention, except to the extent provided in Article 61",⁶³ which in comparison with previous two conventions support more protection for the carrier. It refers to the circumstances to Article 61 containing exceptions in which the carrier cannot benefit from the limitation of liability if the deviation was occurred based on omission or negligence of him and weakens the limitations. As this Article is mainly about the limitation of liability, we will cope with it in the next parts.

E. Liberty clauses

Because of the inordinate liability a deviation imposes on the carrier, carriers by sea customarily incorporate provisions expressly permitting deviations for various purposes in contracts of affreightment, whether bills of lading or charter parties. As it is known, bills of lading is an essential

⁶⁰ Nicholas V Mousionis, *The Effect of International Trade Law on Maritime Law*, 6 (2015).

⁶¹ Måns Jacobsson, *What Challenges Lie Ahead for Maritime Law?*, 257 (2020).

⁶² Lorena Sales Pallarés, *The Rotterdam Rules: Between Hope and Disappointment*, 2 *Journal of Maritime Law and Commerce*, 1 (2011).

⁶³ United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea (2008).

document in maritime shipping and has a high enforceable nature in the maritime field.⁶⁴ Liberty clauses in bills of lading are construed to accredit only reasonable departures by a carrier from its normal route. A clause in a bill of lading granting liberty to deviate under certain circumstances must be given a reasonable interpretation, and the discretion conferred may not be exercised arbitrarily or unreasonably, or without substantial grounds, nor will good faith alone suffice. Although the application of this phenomenon (good faith) impacts ascertainment of liabilities and quantum of losses, however, it still does not suffice.⁶⁵ A good example of these liberty clauses is provided by clause 3 of the Gencon⁶⁶ form, which provides in Clause 3, an unrestrained right for the owners to call at any port or ports in any order, to tow and/ or to aid the ships, and to deviate from its normal route by relying on justifications such as saving life and/ or property⁶⁷. It states:

“The vessel has the liberty to call at any port or ports in any order for any purpose, to sail without pilots, to tow and/or assist vessels in all situations, and also to deviate for the purpose of saving life and/or property”.⁶⁸

Clauses in other charter parties specify a variety of reasons for which deviation is permissible, including for bunkering purposes, for adjusting compasses or radio equipment, or for landing and embarking crew members. The liberty clauses brought in the bills of lading may give the ship owner liberty to proceed to and stay at any port or ports in any rotation. The instance can be brought in *Glynn v. Margetson* and *Leduc v. Ward*, which in the latter Lord Esher MR held that the ports that the liberty to call has been given must be the ports which are substantially ports which will be passed on the named voyage. In other words, the ship may call at such ports, as would naturally and usually be ports of call on the voyage named.⁶⁹ As in the former case, it was held that the wording chosen and written down by the parties should have a greater effect than printed standard terms and be regarded as the main object of the contract.⁷⁰ This case is a suitable instance shedding light on how the courts handle presentation. Contracts came into force to deal with upcoming events which cannot be predicted with any great measure of precision. In the place that parties to a contract try to deal with this problem

⁶⁴ *Supra* note 59.

⁶⁵ Shatarupa Choudhury, Pallab Das, *Good Faith in Maritime Law*, 115 (2020).

⁶⁶ Gencon is a standard voyage charter party. It is a general-purpose agreement for the services of a ship in exchange for freight and can be used in a variety of trades. It is accompanied by its own bill of lading, CONGENBILL 2016. The latest edition of this contract is Gencon 1994. Copyright in Gencon 1994 is held by BIMCO.

⁶⁷ Silvester Knight, *Gencon 1994 – Tips and Pitfalls*, 8 (2017).

⁶⁸ Recommended the Baltic and International Maritime Council Uniform General Charter (as revised Recommend 1922, 1976 and 1994) (To be used for trades for which no specially approved form is in force) CODE NAME: “GEN C ON”.

⁶⁹ Charles Debattis, *Bill of Lading as Contract of Carriage*, 661 (1982).

⁷⁰ *Glynn v Margetson and Co*: HL 1893 (2020), <https://swarb.co.uk/glynn-v-margetson-and-co-hl-1893/> (last visited Mar. 14, 2021).

by widening the clauses of the contract, the courts qualify the general words by the particular context.⁷¹

It may happen that the standard charter party form expressly subsumes under Hague/Visby Rules. As these rules regard the minimum protection for the cargo owner, which is incapable of being reduced between the parties, to what extent does the requirement of reasonable deviation stated in Article IV, r. 4 affect this liberty clause? There are different views held by US and UK courts.

US courts took a strict view, as can be seen in *S.S. Nancy Lykes*, in which was contracted with General Electric Company, International Sales Division. The bill of lading allowed the provisions of the COGSA, permitting the vessel to fuel at any port along the way. The Lykes bunkered at a port that was not an ordinary port of bunkering and had never fuelled in that port. Due to bad weather it bared damages and both district court and the Second Circuit Court of Appeals held, it was an unreasonable deviation and deprived the Lykes of COGSA's limitation of liability provision, and hence liable for the damages under these rules.⁷²

English courts, on the other hand, regard the express liberty clause as defining the scope of the contractual voyage rather than as a provision seeking to excuse the ship owner from the contractual liability. Hodson LJ in the *Renton v. Palmyra* held that: the object of the liberty clause is to define not the scope of the contract of service, but the terms on which that service is to be performed.⁷³

F. The effect of deviation

"It is imputed for a fault to the Master, if he directs his course by ways either dangerous through Pirates, enemies, or other evil adventures, and holds not forth his due rout, and damage happen there". This quotation dates back to 1613 from Roman time, while in modern maritime law this notion is barely seen and it has changed in other ways.⁷⁴ The salient strand of deviation is whether the ship owner is compensated or not as fully discussed.

The majority of the cases as discussed before, took it as an implied liability for the carrier not to deviate and if he would the contract was void. Due to these decisions held over a period of almost 40 decades between 1890 and 1936 English courts held that a carrier could not rely on an exclusion clause in a bill of lading to exempt from liability toward damage to cargo suffered before, during or after a deviation from the ordinary course of the voyage.⁷⁵

⁷¹ Bill of Lading – Deviation – Construction of Liberty Clause (2011), <https://charterpartycases.com/case/60-glynn-1891-%e2%80%93-1894-al-er-rep-693> (last visited Mar. 14, 2021).

⁷² *Supra* note 9, 2.

⁷³ *Supra* note 3, 2.

⁷⁴ *Supra* note 7.

⁷⁵ *Supra* note 18.

In this sense and by the transformation of the notion of deviation, its effect mainly depends on whether it was a reasonable deviation and hence plausible to be regarded by the insurance or unreasonable deviation to deprive him of his rights and oblige him for the damages.⁷⁶ These notions and the examples were fully covered in previous chapters and based on the doctrine of deviation courts have taken different angles based on various laws in this respect and the notion per se depends on various strands to be taken into account.

Overall, the international legal structure for maritime activities has significantly been metamorphosed. This is while some principal topics such as the 'perils of the sea', which are plausible grounds for limitation of civil responsibility of the ship owner, cargo owner or the insurer, remain as the traditional principles in maritime law. This has a close connection to the dangerous, unpredictable nature of maritime adventure.⁷⁷ A continuing theme in this regard is piracy, hijacking and terrorism, both at sea and at ports which have re-emerged and can affect the voyage in different means.⁷⁸ Regarding the perils of the sea, the United States Coast Guard Administrative Law Judge program is designed to enhance safety at sea while protecting mariner's rights,⁷⁹ as there are many issues in this sense such as seafarers' compensation claims or even passengers compensation claims⁸⁰ in need of closer and wider consideration.

Conclusion

With respect to the perils, the doctrine of deviation cannot be left to dust and still has a beating heart; therefore, we cannot refrain from accepting that this issue needs further insights and is amidst various contemporary issues which need insights on its circumstances.⁸¹ Hence, for throwing light on the subject matter of the article, the related rules which were thoroughly mentioned above were examined. Moreover, as English law is heavily relied on throughout the maritime world,⁸² it was contextualized as well as America's study on this topic.

In the normal sense of voyage, there is an implied rule that the ship shall not deviate from its normal route. There are some occasions in which deviation is regarded as being reasonable such as saving life, property or cargo. Also, it could be the safety of the master or crew, or bunkering or any

⁷⁶ *Supra* note 58.

⁷⁷ Dennis M. Powers, *Taking the Sea: Perilous Waters, Sunken Ships, and the True Story of the Legendary Wrecker Captains*, 100 (2009).

⁷⁸ Percy Jayasuriya, Kumar and Oberlin, Melanie, *Admiralty and Maritime Law Articles Published in Non-Maritime Law Journals*, (July 7, 2008). *Journal of Maritime Law and Commerce*, Vol. 39, No. 2, 2008, P.1, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1156570> (2007).

⁷⁹ *Doctrine for the U.S. Coast Guard, An Evolving Coast Guard*, 27 (2014).

⁸⁰ Aleka Mandaraka-Sheppard, *Modern Maritime Law and Risk Management*, 43 (2014).

⁸¹ Mukherji, Mejia and Xu, *supra* note 8, 1.

⁸² Yvonne Baatz, *Maritime Law*, 2 (2014).

other reason which a prudent person would take in order to alter the route and face potential damages as a result. The ship owner would not be liable in said cases.

It can be unreasonable and not any of the above which is the case in which the change of the route is on purpose and with intentions other than benefits for the ship or the cargo. An unreasonable deviation is a paramount breach of a contract of affreightment. Also, there could be a liberty clause by which the insurance is covered and even if any deviation occurs the loss is covered. It should be considered that being beholden to the peculiar nature of a maritime adventure in which ship-owner and cargo owner are both concerned, it is a crucial strand that in the nonexistence of express liberties, the ship shall proceed by the ordinary and customary route. Hence, it is important to know what the customary route is and this varies based on different court cases. Although in contemporary maritime law, the liberty clause is widely accepted and implemented in insurance contracts; the issue of deviation still remains of prominent importance and can cause huge financial liabilities for the seafarers.

Elnur Kərimov*

“NOU-HAU” VƏ “NOU-HAU” MÜQAVİLƏLƏRİ

Annotasiya

Bu məqalədə “nou-hau” anlayışı, elementləri və xüsusiyyətləri izah edilir, “nou-hau” anlayışının əşya yoxsa hüquq kimi xarakterizə edilməsi problemi müzakirə olunur, praktikada “nou-hau” müqavilələrinin forması, müddəti, məqsədi, tərəfləri və tərəflərin hüquq və vəzifələri, digər müqavilələrlə oxşar və fərqli cəhətləri və “nou-hau” müqavilələrinin qarışıq və ya sui generis müqavilə növü kimi hüquqi mahiyyəti araşdırılır. Məqalənin qoyduğu suallar, o cümlədən “nou-hau” müqaviləsinin tərifli və tətbiq ediləcək normalar Ümumdünya Əqli Mülkiyyət Təşkilatının İnkişafda Olan Ölkələr üçün İxtiralar haqqında Model Qanunu, Azərbaycan Respublikasının Kommersiya Sirri haqqında Qanunu və elmi ədəbiyyata müvafiq olaraq cavablandırılır. Məqalənin araşdırdığı başlıca suallar “nou-hau”-nün əşya yoxsa qeyri-maddi əmlak hüququ olaraq tanınması və bu suala verilən cavaba uyğun olaraq “nou-hau” müqavilələrinin hüquqi mahiyyəti və tətbiq ediləcək hüquq normaların müəyyən olunmasıdır. Bu mənada “nou-hau” müqavilələri sui generis müqavilə növü kimi qəbul edilməsi, eləcə də, bu cür müqavilələrdən irəli gələn mübahisələrə Azərbaycan Respublikasının Mülki Məcəlləsinin 390-cı maddəsinin 7-ci bəndinə müvafiq olaraq, işgüzar adətlər, işgüzar adət olmadıqda isə həmin Məcəllənin 11-ci maddəsinin 2-ci bəndinə uyğun olaraq ədalət, insaf və məənəviyyət tələblərini nəzərə almaqla hüququn analogiyasının tətbiqinin perspektivləri araşdırılır.

Abstract

This article describes the concept, elements, and characteristics of know-how, and the question of whether know-how is property or right. It also explains the purpose, form, duration, parties, and the obligations of the parties of know-how contracts, and their similar and different aspects from the contracts and clarified the legal classification of know-how contracts as a combined or sui generis contract. The questions referred to are answered in the light of the definition of the World Intellectual Property Organization’s Model Law for Developing Countries on Inventions, literature, and the Law of the Republic of Azerbaijan on Trade Secret. The main questions explored by this article are whether know-how should be classified as a tangible thing or an intangible property right, and depending on the answer to this question, what the legal nature of and the applicable legal norms to a know-how contract are. For this purpose, the article studies the perspectives of classifying know-how contracts as sui generis contract and applying to the disputes, if applicable, customary law according to Article 390(7) of the Civil Code of the Republic of Azerbaijan, or in the absence of customary law, the analogy of law while considering the requirements of justice, conscientiousness, and morals, according to Article 11(2) of the same Code.

MÜNDƏRİCAT

Giriş.....	213
I. “Nou-hau” anlayışı və xüsusiyyətləri.....	214
A. “Nou-hau” anlayışı.....	214

* Yaponiya, Kyuşu Universiteti, Beynəlxalq İqtisadiyyat və Biznes hüququ ixtisası, magistr tələbəsi.

B. "Nou-hau" nun xüsusiyyətləri	219
II. "Nou-hau" müqaviləsinin anlayışı və hüquqi mahiyyəti.....	221
A. "Nou-hau" müqaviləsinin təsnifi və forması.....	221
B. "Nou-hau" müqaviləsinin şərtləri	222
C. "Nou-hau" müqaviləsinin hüquqi mahiyyəti	224
Nəticə.....	229

Giriş

Nou-hau (*ingiliscə - know-how*) bəzən bacarıq, texniki və ya kommersiya xarakterli məlumat, bəzən də təcrübə mənasını verir.¹ "Nou-hau" bir sahibkarın qısa müddət ərzində qazana bilməyəcəyi, həyatın müxtəlif sahələrində qarşımıza çıxan texnika və məlumatlardır.² "Nou-hau" elə bir texniki və ya kommersiya xarakterli məlumatdır ki, həmin məlumatı istehsalatda tətbiq edən şəxs zamanına və maddi resurslarına qənaət edir, daha ucuz yatırım ilə daha çox gəlir əldə edə bilir. Beləcə, "nou-hau" nisbətən ucuz və keyfiyyətli istehsala aparən qısa yola bənzəyir. Məsələn kompüter proqramı istehsal edən şirkətlər, əksər hallarda, proqramın ilkin mətnini (qaynaq kodunu) gizli saxlayır, çünki ilkin mətn sonrakı proqramların yazılmasında istifadə olunur. Başqa sözlə, həmin şirkət bənzər alqoritmlərlə işləyən başqa bir proqram istehsal etmək istəsə, proqramın ilkin mətnini yenidən yazmağa zaman və insan resursu ayırmadığından rəqiblərindən daha çevik davrana bilir. Əlbəttə, fəaliyyəti nəticəsində "nou-hau" xarakterli məlumat əldə edən sahibkar bunun üçün xeyli sınaq və xətalara üzləşir, təcrübə toplayır.³ İstehsalda məhsuldarlığı artırmaq istəyən sahibkarlar ya müəssisədaxili tədqiqata yatırım edir, beləcə, "nou-hau" toplayır, ya da rəqiblərindən zəruri məlumatları idxal edirlər.⁴ "Nou-hau" idxalı "nou-hau" müqaviləsi ilə gerçəkləşir.

Məqalədə araşdırılacaq hüquqi problem "nou-hau"-nun mövcud əşya və ya qeyri-maddi əmlak hüquqları çərçivəsində xarakteristikası və "nou-hau" müqavilələrinin hüquqi mahiyyətinin müəyyən olunmasından ibarətdir. Azərbaycan Respublikasının mülki qanunvericiliyində "nou-hau" müqaviləsi müstəqil şəkildə tənzimlənmədiyi üçün, "nou-hau"-nun hansı adsız və ya atipik müqavilələr (qarışıq yoxsa *sui generis* müqavilə) qrupuna

¹ Muaz Mücahit Yıldırım, *Know-how Sözleşmeleri*, 3 Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 207, 211 (2018); Musa Yıldırım, *Gayrimaddi Haklar ve Vergilendirilmesi*, 51 (2011).

² "Nou-hau" həm texniki, həm də qeyri-texniki - ticari, sosial və siyasi xarakterli bir qrup məlumatı ifadə edən və texnik məlumatdan daha geniş məlumat və təcrübəyə işarə edən anlayışdır. Buna baxmayaraq, bu məqalədə "nou-hau" və texniki məlumat anlayışları eyni mənanı verir. Buna görə də, "nou-hau" dedikdə, təkcə texnologiya ilə deyil, ticarət, inzibati, sosial xarakterli məlumatlar bu anlayışın tərkib hissəsi kimi başa düşülür.

³ Edward Wolfe, *Restriction in Know-how Agreements*, 12 The Antitrust Bulletin 749, 751 (1967).

⁴ Stephen P. Ladas, *Legal Protection of Know-how*, 54 Trademark Reporter 160, 160 (1964).

daxil olması, xüsusilə, müqavilədəki boşluq və ziddiyyətlərə tətbiq ediləcək normanın müəyyənləşdirilməsi baxımından aydınlaşdırılmalıdır.

Azərbaycan Respublikasında “nou-hau” əşya yox, qeyri-maddi əmlak sayılsa və “nou-hau” üzərində əqli mülkiyyət hüququ qanunda tanınsa da, nə qanunvericilikdəki xarakteristika, nə də “nou-hau” müqavilələrinin mahiyyəti və digər əqli mülkiyyət hüququ müqavilələri ilə münasibəti ədəbiyyatlarda geniş araşdırılmayıb. Məqalənin qoyduğu suallar ona görə əhəmiyyətlidir ki, “nou-hau” müqaviləsi *sui generis* müqavilə növü kimi qəbul edilərsə, müqavilədən irəli gələn mübahisələrə hakimlərin Azərbaycan Respublikasının Mülki Məcəlləsinin 390-cı maddəsinin 7-ci bəndinə müvafiq olaraq, işgüzar adətləri, işgüzar adət yoxdursa, 11-ci maddənin 2-ci bəndinə uyğun olaraq hüququn analogiyasını tətbiq etməsi gündəmə gələcək. Digər hallarda isə qarışıq müqavilələrə xas qaydaları öyrənilib “nou-hau” müqaviləsinin tərkib hissələrinə tətbiq etmək lazım gələcək.

Birinci hissədə “nou-hau” anlayışı və xüsusiyyətləri, “nou-hau” və kommertiya sirri arasındakı əlaqə, “nou-hau” təşkil edən məlumatların əşya yoxsa hüquq kimi xarakterizə olunması kimi suallar araşdırılıb.

İkinci hissədə “nou-hau” müqaviləsi, elementləri, forması, müddəti və tərəflərin hüquq və vəzifələri araşdırılıb, bu zaman Ümumdünya Əqli Mülkiyyət Təşkilatının (ÜƏMT) Model Qanunu, praktikada istifadə olunan müqavilələr və elmi ədəbiyyata istinad olunub. Məqalədə “nou-hau” transferinə dair müddəaların yer aldığı, lakin obyektə başqa xarakterli münasibətlər olan müqavilələr (alqı-satqı, lisenziya, franşayzinq müqaviləsi) yerinə, sif “nou-hau” transferi üçün bağlanan müqavilələr nəzərə alınıb. Bu hissədə “nou-hau” müqavilələrinin mülki qanunvericilikdəki digər müqavilələrlə oxşar və fərqli cəhətləri aşkarlanıb, “nou-hau” müqaviləsinə tətbiq edilməli hüquq normaları müzakirə olunub.

Nəticə hissəsində birinci və ikinci bölmələrdə əldə edilən yekun fikirlər toplanılmış, tətbiq edilməli olan hüquq normasına dair praktiki tövsiyələrə yer verilib.

I. “Nou-hau” anlayışı və xüsusiyyətləri

A. “Nou-hau” anlayışı

1. “Nou-hau” termini və tarixi inkişafı

Bu gün “nou-hau”, müəlliflik hüquqları, əmtəə nişanı, coğrafi göstəricilər, sənaye nümunələri, patentlər və faydalı modellər kimi əqli mülkiyyətin obyektə olsa da,⁵ digər əqli mülkiyyət obyektlərindən fərqli olaraq, “nou-hau”

⁵ Elmi ədəbiyyat və presedent hüququ “nou-hau” terminini XX əsrin ortalarından etibarən sənaye mülkiyyəti hüququnun daxilində öyrənilib. O vaxtdan bəri bu termin daha çox sənayedə tətbiq edilən texnika və bacarıqlara işarə edir. Buna baxmayaraq, “nou-hau” sənaye ilə məhdudlaşmayaraq, həm də digər sosial, inzibati və siyasi sektordakı məlumatları, o cümlədən, idarəçiliklə əlaqədar bilik və təcrübəni bildirir. Bu mövzuda bax: Kenichiro Osumi, *Know-how and Its Investment*, 1 Law in Japan: An Annual 92, 94 (1967).

təşkil edən məlumatlara sahib olan şəxsin həmin məlumatlara olan hüququnu hər kəsə qarşı irəli sürə bilməsi üçün qanunverici “nou-hau” üzərində əqli mülkiyyət hüququnu birbaşa tanımalı və qorumalıdır. Belə ki, kontinental hüquq sisteminə malik ölkələrdə qanunverici mütləq hüquqların siyahısını əvvəlcədən müəyyən edir.⁶ Qanunda əks olunan əqli mülkiyyət hüquqları hər kəsə qarşı irəli sürülə bilər, hüquq pozuntusuna görə dəymiş ziyan əqli mülkiyyət hüququnun tənzimləndiyi spesifik qanun (“Müəlliflik və əlaqəli hüquqlar haqqında” Qanun, “Patent haqqında” Qanun) çərçivəsində kompensasiya edilir. Maraqlıdır ki, ədəbiyyatlarda bu cür hüquqlar “sərt” əqli mülkiyyət hüquqları adlandırılır.⁷ Qanunun açıq şəkildə tanıdığı hüquqların əksinə, bəzi əqli mülkiyyət hüquqları hər hansı spesifik bir qanunda tənzimlənməsə də, hüquq pozuntusuna görə dəymiş ziyanı müqavilədə nəzərdə tutulan müddəalar və ya haqsız rəqabət hüququ daxilində tələb etmək mümkündür. Bu hüquqlar isə “yumşaq” əqli mülkiyyət hüquqları adlandırılır.⁸ “Nou-hau”, qanunvericilikdə əqli mülkiyyət hüququnun obyektini kimi tanınmadıqca, “yumşaq” əqli mülkiyyət hüquqlarından sayıla bilər. Qeyd edək ki, Azərbaycan Respublikasında “nou-hau” üzərində əqli mülkiyyət hüququ qanunla tanınır.

“Nou-hau” termini sənaye inqilabı və sonrasında istehsalın mürəkkəbləşməsi ilə sənayedə əldə edilən bilik və bacarıqların yazıda əks olunmasındakı çətinliklərlə birlikdə aktuallaşmışdır.⁹ Bununla belə, kommersiya sirlərinin mühafizəsinin tarixi daha qədimə, antik Romaya qədər uzanır. Roma hüququ, imperiya dövrünün ilk illərinə qədər liberal iqtisadiyyata üstünlük verir, azadların sərbəst rəqabətini zədələyəcək hərəkətləri cəzalandırmaq, haqsız rəqabətlə mübarizə aparmaq üçün bəzi hüquqi tənzimləmə mexanizmlərindən istifadə edirdi.¹⁰ Sonrakı dövrlərdə imperator Yustinianın *Digestada* yer verdiyi *actio servi corrupti* iddiası müxtəlif cəlbədicilərlə yoldan çıxarılmış qulun öz sahibinə vurduğu ziyanın kompensasiyasına icazə verirdi. Bu iddianı qulun sahibi həmin qulu yoldan çıxaran şəxsə qarşı irəli sürə bilərdi.¹¹ *Actio servi corrupti* iddiasında verilən kompensasiya dəyən ziyanın iki qatına bərabər idi. Qul sahibinə dəyən ziyan isə qulun qiymətindəki azalma (*deterior factus*) və sahibə dəyən digər ziyanı

⁶ İsmail Erbay, Know-how Sözləşməsi, 77-78 (2002); Əmlakla bağlı olan şəxsi qeyri-əmlak hüquqları ilə bağlı ətraflı şəkildə bax: Bahadır Erdem, Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözləşmələrə Uygulanacaq Hukuk, 21-34 (1st ed. 2000).

⁷ See Donald M. Cameron & Rowena Borenstein, Key Aspects of IP License Agreements (2003). Available at: <http://www.jurisdiction.com/lic101.pdf> (last visited Dec. 22, 2019).

⁸ Yenə orada.

⁹ Ebru Kösealioğlu, Know-how Sözləşməsinin Tanımı, Unsurları ve Patentten Farkları, 8 Hukuk Gündemi 135, 135 (2007).

¹⁰ Van Lindberg, Intellectual Property and Open Source: A Practical Guide to Protecting Code, 119 (2009).

¹¹ Gökçe Türkoğlu Özdemir, Roma Haksız Rekabet Hukukuna İlişkin Olarak Actio Servi Corrupti, 54 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 213, 218 (2005); Mladen Vukmir, The Roots of Anglo-American Intellectual Property Law in Roman Law, 32 The Journal of Law and Technology 123, 135 (1992).

əhatə edirdi.¹² Misal üçün üçüncü şəxsin aldatdığı və yoldan çıxardığı qul öz sahibinin kommersiya sirri xarakterli sənədlərini məhv edərsə və ya onu aldadan şəxsə ya da başqa bir şəxsə verərsə, qulun sahibi qulu yoldan çıxaran pis niyyətli (*dolo malo*) üçüncü şəxsə qarşı *actio servi corrupti* iddiasını qaldıra bilərdi. Əlavə olaraq, əgər qul üçüncü şəxsin təhriki ilə sahibinə aid olan sənədləri ələ keçirərsə, qul sahibi *actio de dolo* iddiasını da irəli sürə bilərdi.¹³

Roma hüququnun tanıdığı mühafizə neqativ xarakterli olub, “nou-hau” xarakteri daşıyan məlumatların dövrüyyəyə çıxarılmasından daha çox bu məlumatların ələ keçirilməsi kimi hüquq pozuntularına qarşı təsirli idi. Əsrlər keçdikcə, müəyyən kommersiya və ya sənaye sahələrində uzun illərdən bəri fəaliyyətinə davam edən, öz sahəsinin çətinliklərinə bələd olan, xüsusilə, inkişaf etmiş ölkələrdəki sahibkarlar əldə etdikləri bilik və təcrübəni inkişafda olan ölkələrə ötürmək üçün müxtəlif üsullar axtarmağa başladı. Bu mənada, “nou-hau” transferi həm də gəlir gətirən sahəyə çevrildi. Əlbəttə, inkişaf etmiş ölkələrdən inkişafda olan ölkələrə dəyərli məlumatların axınında məqsəd, ilk növbədə, inkişafda olan ölkələrin iqtisadiyyatını gücləndirmək deyildi; inkişaf etmiş ölkələrin inkişafda olan ölkələrlə apardığı ticarət bəzən idxal qadağası ilə üzleşdiyi üçün, inkişaf etmiş ölkələrdəki firmalar yeni bir həll yolu tapdı. Bu çıxış yolu “nou-hau” lisenziyası verərək istehsalın inkişaf etməkdə olan ölkələrə ötürülməsini təmin etmək, beləliklə, idxal qadağası və ya yüksək gömrük rüsumlarından yayınmaqdan keçirdi.¹⁴

“Nou-hau” termini Amerika Birləşmiş Ştatlarında meydana çıxsada, nə anqlosakson, nə də Kontinental hüquq sistemlərində vahid “nou-hau” anlayışı mövcuddur. Belə ki, anqlosakson hüquq sistemində “nou-hau” dedikdə, həyatın bütün sahələrində qazanılan praktiki informasiya başa düşülür. Bunun əksinə, Avropada “nou-hau” termini daha məhdud mənada, iqtisadi, kommersiya, sənaye və texniki sahələrə aid edilir.¹⁵ Terminlərin əhatə dairəsindəki fərqlər bir çox amillə izah oluna bilər; birincisi, bu, terminin praktikanı əks etdirməsi, yəni Kontinental hüquq sisteminə nəzərən Amerika Birləşmiş Ştatlarında “nou-hau”-nun, xüsusilə, idarəçilik və siyasət sahəsində də geniş istifadə olunması ilə əlaqədar ola bilər. İkincisi, “nou-hau” termini anqlosakson hüquq sistemində məhkəmələr tərəfindən ayrı-ayrı işlərdə müəyyən olunan daha elastik və tədricən formalaşan bir əhatə dairəsinə sahib olduğu halda, Kontinental hüquq sistemində qanunda verilən tərif həlledici rol oynayır və termin inkişaf etdikcə, qanunun dəyişdirilməsi nisbətən uzun çəkir. Əqli mülkiyyət hüquqlarının ərazi xarakteri nəzərə alındıqda, terminin əhatə dairəsinin fərqli hüquq sistemlərində uzlaşdırılmasına hal-hazırda praktiki ehtiyac yoxdur. Hər bir halda, bu gün

¹² Adolf Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, 345 (1953).

¹³ A. Arthur Schiller, *Trade Secrets and the Roman Law: The Actio Servi Corrupti*, 30 *Columbia Law Review* 837, 839 (1930).

¹⁴ Erbay, yuxarıda istinad 6, 60.

¹⁵ Yenə orada, 57.

texnologiyanın da qaçılmaz təsiri ilə, “nou-hau” daima yenilənən, asan və ucuz qiymətə yayılan, lakin rəqəmsal mühitdə mühafizəsi kifayət qədər bahalı, eləcə də, əhəmiyyətli bir dəyərdir.¹⁶

2. “Nou-hau”-nun tərifı

“Nou-hau” yerinə fransız dilində *“savoir-faire”* istifadə edilir ki, bu ifadənin də hərfi tərcüməsi “bilmək-etmək”-dir.¹⁷ Azərbaycan Respublikasının milli qanunvericiliyində və tərəfdar çıxdığı beynəlxalq müqavilələrdə “nou-hau” terminini izah edən vahid tərifə rast gəlmək mümkün deyil. Ona görə ki, “nou-hau”-nun əhatə dairəsi o qədər genişdir ki, onu izah edən istənilən tərif əhatə dairəsini məhdudlaşdırma bilər.¹⁸

Azərbaycan Respublikasının milli qanunvericiliyində həm “nou-hau”, həm də “kommersiya sirri” termini qəbul edilib. Kommersiya Sirri haqqında Qanunun 2-ci maddəsinə görə, *“nou-hau” - əqli fəaliyyətin nəticəsi kimi kommersiya sirrinə aid edilən, qanunvericiliyə, yaxud sahibinin mülahizələrinə əsasən patentlə mühafizə olunmayan məlumatlar, “kommersiya sirri - hüquqi və fiziki şəxslərin istehsal, texnoloji, idarəetmə, maliyyə və başqa fəaliyyəti ilə bağlı, sahibinin razılığı olmadan açıqlanması, onların qanuni maraqlarına ziyan vura bilən məlumatlardır”*.¹⁹ Qanunvericilikdə öz əksini tapan anlayışdan yola çıxsaq, kommersiya sirri “nou-hau”dan daha geniş anlayışdır. Qanunverici kommersiya sirrini ticarətlə məhdudlaşdırmayaraq, idarəetmə, maliyyə və digər sahələrə tətbiq edərək daha geniş mənada başa düşür. Buna baxmayaraq, bir məlumatın “nou-hau” sayılması üçün ya o, patentlə mühafizə edilməyən obyektlərə daxil olmalı, ya da onun sahibi həmin məlumat üçün patent əldə etməməlidir. Sözsüz, patent mühafizəsindən kənar qalan bütün məlumatlar “nou-hau” deyil.

Ədəbiyyatlarda “nou-hau” terminini izah edən fərqli yanaşmalar mövcuddur; *Correa*, “nou-hau” termininə sənaye ilə əlaqədar texniki və ya kommersiya xarakterli məlumatları daxil edərkən,²⁰ *Troller və Özsunay*, terminin qeyri-müəyyən xarakterini tənqid edərək onun əhatə dairəsini lisenziya müqaviləsinin tərəflərinin öhdəsinə buraxır.²¹ ÜƏMT-nin 1980-ci ildə inkişaf etməkdə olan ölkələr üçün hazırladığı İxtiralar haqqında Model

¹⁶ Robert Dow, *Technology and the Provision of Know-how*, 4 In-house Perspective 19, 19 (2008).

¹⁷ Nevzat Yosmaoğlu, *Dünyada və Türkiyə’de Patentler, Know-how’lar ve Markalar*, 49 (1978).

¹⁸ Erbay, yuxarıda istinad 6, 69; Tufan Ögüz, *Know-how Sözleşmesi*, 6 (2nd ed. 2018); Joel Davidow, *Antitrust and International Know-how Licensing*, 14 Vanderbilt Journal of Transnational Law 363, 365 (1981); “Nou-hau” termininin qeyri-müəyyən xarakteri ucbatından praktikada “nou-hau” lisenziya müqavilələrində müqavilənin predmetini təşkil edən aktivlər üçün vergi analizinin çətinliyi haqqında ətraflı olaraq bax: John F. Creed, Robert B. Bangs, *Know-how Licensing and Capital Gains*, 4 Patent, Trademark, Copyright Journal of Research, Education 93, 93 (1960).

¹⁹ “Kommersiya Sirri haqqında” Azərbaycan Respublikasının Qanunu, mad. 2 (2001).

²⁰ Carlos M. Correa, *Legal Nature and Contractual Conditions in Know-how Transactions*, 9 Georgia Journal of International and Comparative Law 450, 457 (1981).

²¹ Alois Troller, Ergun Ozsunay, *Protection of Know-how in Swiss Law*, 7 Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 397, 397 (1973).

Qanunun 2-ci hissəsinin 201-ci maddəsinin 1-ci bəndinə müvafiq olaraq, “nou-hau”, “*təcrübə və ya bacarıqlardan irəli gələn, praktikada, xüsusilə sənayedə tətbiq edilə bilən texniki informasiya, məlumat və ya məlumat toplusudur*”.²² Model Qanunun daha məhdud mənada texniki informasiya, məlumat və ya məlumat toplusundan bəhs etməsinin səbəbi qanunun yönəldiyi ixtiraların texniki xarakteri ilə bağlıdır. Digər bir tərifə görə, “nou-hau” “*bir şeyin necə edilməsi haqqında müəyyən səviyyədə məlumat toplusu*”²³ deməkdir.

8 İyun 2016-cı il tarixli və 2016/943 sayılı Açıqlanmamış “Nou-hau” və Müəssisə Məlumatlarının (Kommersiya Sırrının) Hüquqazidd Üsullarla Öldə Edilmə, İstifadə və İfşadan Qorunması haqqında Avropa Parlamenti və Şurası Direktivinin (2016/943 sayılı Direktiv) preambulasının ilk abzası açıqlanmamış “nou-hau” və müəssisə məlumatlarını kommersiya sirri adlandırır. Kommersiya sirri və “nou-hau” bir çox hallarda bir-birinin əvəzinə istifadə olunsada, “nou-hau” daha geniş anlayış olub kommersiyadan başqa sahələrdə texniki və sənaye ilə əlaqəli açıqlanmış məlumatları da özündə ehtiva edir.

“Nou-hau” üzərində əks olunduğu şeyin xarakterinə görə, əmlak (resept, çertyoj, qəlib, layihə, texniki qeydlər, prosesin idarə olunması üçün yazılı təlimatlar və s.) və ya qeyri-əmlak xarakterli (emalxana işinin, fərdi səfərlərin, texniki tədrisin detalları, patent ilə mühafizə olunması üçün zəruri olan ixtira səviyyəliliyi standartına cavab verməyən ixtiralar, funksional sənaye nümunələri, texniki mühəndislərin bacarıq və ustalıq səviyyəsi)²⁴ ola bilər.²⁵ Halbuki maddi əşya üzərində əks olunan şey “nou-hau” təşkil edən

²² WIPO Model Law for Developing Countries on Inventions: Know-how Examination and Registration of Contracts, Inventors' Certificates, Technovations, Transfer of Technology Patents (1980). Available at: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_841_vol_ii.pdf (last visited Dec. 15, 2019).

²³ Mikus Dubickis and Elina Gaile-Sarkane, *Transfer of Know-how Based on Learning Outcomes for Development of Open Innovation*, 3 Journal of Open Innovation: Technology, Market and Complexity 1, 3 (2017).

²⁴ İxtiralar haqqında ÜÖMT Model Qanunun şərhində ixtiralar “nou-hau” anlayışına daxil edilib, “nou-hau” üçün patentlənmə bilən və ya patentlənməyən, həmçinin patent almış və ya zəruri şərtlərə cavab versə də, yəni yenilik və ixtira səviyyəliliyinə çatsa da, ixtiraçının patent almadığı bütün ixtiraları əhatə edən geniş bir tətbiq dairəsi müəyyən olunub. Eynilə, Azərbaycan Respublikasının Kommersiya Sirri haqqında Qanunun 2-ci maddəsinə görə, patentlə mühafizə edilməyən və ya patentlə mühafizə edilə bilsə də, sahibi tərəfindən patent alınmayan obyektlər “nou-hau” olaraq qoruna bilər. Patent hüququnda ixtira səviyyəliliyi standartının və digər şərtlərin Azərbaycan və Amerika Birləşmiş Ştatları nümunəsində təhlili üçün ətraflı olaraq bax: Elnur Karimov & Sevinj Aliyeva, *Like Taking Candy from a Baby: A Comparative Analysis of the Standard of Non-obviousness in the Patent Law and Practice of the United States, Europe and Azerbaijan*, 5 Baku State University Law Review 138, 138-159 (2019); Patent və “nou-hau” mühafizə rejiminin bənzər şəkildə üçüncü şəxslərin, uyğun olaraq, ixtira və texniki gizli məlumatları qanunsuz ələ keçirməsinə qarşı mübarizə aparsa da, patent mühafizəsinin özündə patent sahibinin ixtirasından irəli gələn hüquq sahibliyi (subyektiv standart), “nou-hau”da isə texniki gizli məlumatın özününün mühafizəsi (obyektiv standart) dayanır, hər iki mühafizə texnoloji inkişafın davamlılığına xidmət edir. Bu mövzuda bax: Mustafa Baş, *Teknik Bilgi (Know-how) Lisans Sözleşmesi*, 47 (2000).

²⁵ David R. Macdonald, *Know-how Licensing and the Antitrust Laws*, 62 Michigan Law Review 351, 353 (1964); Ladas, yuxarıda istinad 4, 161; Praktikada getdikcə artan idarəçilik müqavilələrində

məlumatlardır. Satıcı “nou-hau” təşkil edən məlumatları, üzərində maddiləşdiyi bir qeyd dəftərçəsi və ya təlimat kitabçası şəklində daşınar əşyanın alqı-satqısı yolu ilə alıcıya verdiyi halda, “nou-hau” təşkil edən məlumatların qeyri-əmlak xarakteri dəyişmir.²⁶ Hər bir halda, bu məlumatların təsbit edildiyi əşyanın maddi xarakteri, adətən, digər amillərlə birlikdə, müqavilənin növünü müəyyən edir.

B. “Nou-hau”-nun xüsusiyyətləri

“Nou-hau”, əksər hallarda, “nou-hau” sahibi tərəfindən gizli tutulur və kommersiona dəyərində sahib olur.²⁷ Gizlilikdən bəhs edərkən xatırlanmalıdır ki, “nou-hau” patentlə mühafizə edilməyən bilik və təcrübəni əhatə etdiyi üçün, eyni iş gücü və vaxtı sərf edən, zəruri investisiyaları yatıran digər şəxslər də belə biliklərə yiyələnmə bilər. Belə olan halda, əvvəlki “nou-hau” sahibi əldə etdiyi məlumatlar üzərindəki hüquqlarını eyni məlumatları hüquqa uyğun yollarla əldə edən şəxslərə qarşı irəli sürə bilməz.²⁸ Bu qayda ÜƏMT Model Qanununun 204-cü maddəsinin 2-ci bəndində açıq şəkildə tənzimlənib.²⁹ Bundan əlavə, Avropa Birliyi Kommersiona Sırrı Direktivinin preambulasının 16-cı abzasına görə, *“müqavilədə başqa qayda nəzərdə tutulmadıqca, hüquqa uyğun şəkildə əldə edilmiş bir məhsuldan tərsinə mühəndislik yolu ilə əldə edilən biliklər hüquqa uyğun sayılmalıdır”*.³⁰ Başqa sözlə, müqavilə tərəfləri tərsinə mühəndisliyi (*reverse engineering*) qadağan edə bilər. Lakin belə bir qadağa yoxdursa, alıcı məhsulun üzərində işləyərək onun üçün lazım olan bilik və bacarıqları sonradan qazana bilər. Həmçinin, Azərbaycan Respublikasının Kommersiona Sırrı haqqında Qanununun 9-cu maddəsinin 1-ci bəndinə görə, *“qeyri-qanuni vasitələrdən istifadə etmədən toplanılan məlumatın məzmunu digər şəxsin kommersiona sırrına uyğun gəlməsindən asılı olmayaraq qanuni və müstəqil yolla əldə olunan məlumat sayılır”*.³¹

Əqli mülkiyyət hüquqları hər kəsə qarşı irəli sürülə bilən müstəsna hüquq olduğu üçün qanunverici bu hüquqların siyahısını məhdud sayda müəyyən edir. Başqa sözlə, təkcə Azərbaycanda yox, müqayisəli hüquqda da “nou-hau” üzərində müstəsna hüquqların tanınması milli qanunvericilikdən və

idarəçinin sahib olduğu müəssisə idarəetməsinə dair bilik və bacarıqları “yumşaq texnologiya” (*soft technology*), həmin bilik və bacarıqların maşın və texnikada əks olunan formasını isə “sərt texnologiya” (*hard technology*) adlandıran yanaşma üçün bax: M. Turgut Öz, Yönetim (Management) Sözleşmesi, 89 (1997).

²⁶ Erbay, yuxarıda istinad 6, 90.

²⁷ Wolfe, yuxarıda istinad 3, 751; Osumi, yuxarıda istinad 5, 95; “Nou-hau” təşkil edən məlumatları “...gizli və ya gizli olmayan... bilik və təcrübələr” şəklində ayıran yanaşmalar üçün ətraflı olaraq bax: Erbay, yuxarıda istinad 6, 78; Baş, yuxarıda istinad 24, 56.

²⁸ Macdonald, yuxarıda istinad 25, 353; Wolfe, yuxarıda istinad 3, 753-754.

²⁹ Suzanne F. Greenberg, *The WIPO Model Laws for the Protection of Unpatented Know-how: A Comparative Analysis*, 3 International Tax and Business Lawyer 52, 76 (1985).

³⁰ Directive (EU) 2016/943 of the European Parliament and of the Council of 8 June 2016 on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure, para. 16 (2016).

³¹ Yuxarıda istinad 19, mad. 9.1 (2001).

qanunvericinin iradəsindən asılıdır. Məsələn: Türkiyə Respublikasında əqli mülkiyyət hüquqlarının mühafizəsi üzrə başlıca qanun olan Fikir və Sənət Əsərlərinin Qorunmasına dair 5846 sayılı Qanunda və 6769 sayılı Sənaye Mülkiyyəti Qanununda qanunun əhatə dairəsinə daxil olan qeyri-maddi hüquqlar sayılıb. “Nou-hau” və ya kommertiya sirri bu hüquqlar arasında sayılmadığı üçün Türk hüquq ədəbiyyatında “nou-hau” üzərində müstəsna hüququn mövcudluğu mübahisəlidir.³² Buna baxmayaraq, “nou-hau” sahibləri gizli bilik və təcrübə üzərindəki hüquqları pozulduğu halda, şübhəsiz, haqsız rəqabətə dair qanunvericiliyə müraciət edə bilərlər.³³

Maraqlıdır ki, Türkiyədən fərqli olaraq, Azərbaycan Respublikasında “nou-hau” Kommertiya Sirri haqqında Qanunun “Nou hau”ya mülkiyyət hüququ adlanan 12-ci maddəsinə əsasən, əqli mülkiyyət obyektini kimi qorunur. Həmin maddə “nou-hau”nu qeyri-maddi əmlakın bir hissəsi kimi tanıyır və “nou-hau” sahibinin müqavilə əsasında digər şəxslərə verilə bilən hüquqlarını qoruyur. Buna baxmayaraq, “nou-hau”nun qeyri-maddi xarakteri onun əşya kimi təsnif edilməsinə mane olur. Azərbaycan Respublikasının Mülki Məcəlləsinin 135-ci maddəsinin 1-ci bəndinə görə, *“yalnız fiziki obyektlər əşya sayılırlar”*. Bu cəhətdən “nou-hau” qeyri-maddi əmlak neməti kimi əmlak kateqoriyasına daxil edilməlidir.

Təcrübədə “nou-hau”nun digər xüsusiyyəti gizlilikdir. Gizli olmayan, hamının bildiyi, artıq ictimai varidatın bir hissəsinə çevrilmiş texniki məlumatların nə iqtisadi dəyəri ola bilər, nə də belə məlumat üçün “nou-hau” müqaviləsindən söz etmək olar.³⁴ “Nou-hau”nun gizliliyi müqavilənin əsas şərti olunmalıdır. Bununla belə, “nou-hau” sahibinin “nou-hau”dan istifadə etməsi və onun gizliliyinə xələl gətirmədən (məsələn, müqavilə qaydasında) açıqlaması qanunvericiliyin təminat altına aldığı bir hüquqdan çox, hüququn ümumi prinsiplərindən irəli gəlir.³⁵ Başqa sözlə, Azərbaycan Respublikasının mülki qanunvericiliyi “nou-hau”nu əqli mülkiyyət obyektini kimi tanımasaydı belə, qeyri-maddi xarakterli texniki gizli məlumatlar üzərində hüquq sahibinin istifadə və sərəncam hüquqlarından danışmaq olardı.

³² Çiğdem Kırcı, Know-how Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, 249 (1998); Erbay, yuxarıda istinad 6, 79; Ögüz, yuxarıda istinad 18, 22; Musa Yıldırım, yuxarıda istinad 1, 52.

³³ “Nou-hau”nun texniki gizli məlumat xarakterini bilən və ya bilməli olan şəxslərin “nou-hau”nu oğurlaması, açıqlaması kimi hallarda “nou-hau” sahibinin hər kəsə qarşı irəli sürə biləcəyi bir hüququnun, həmin şəxsin isə ələ keçirdiyi “nou-hau”nu istifadə etməmək və ya başqasına ötürməmək vəzifəsinin olduğunu düşünən, “nou-hau”nu satıla bilən və ya lisenziya müqaviləsi ilə istifadəyə verilən bir əmlak kimi səciyyələndirən yanaşma üçün bax: John B. Nash, *The Concept of Property in Know-how as a Growing Area of Industrial Property: Its Sale and Licensing*, 6 Patent, Trademark, Copyright Journal of Research, Education 289, 295-296 (1962); “Nou-hau”nun mahiyyəti etibarını ilə öz sahibinə faktiki olaraq mülkiyyət hüququ qazandırdığını qəbul edən, bununla belə, “nou-hau”nun mülkiyyət olaraq mühafizə edilə bilməyəcəyini müdafiə edən fərqli bir yanaşma üçün bax: Osumi, yuxarıda istinad 5, 97-98.

³⁴ Baş, yuxarıda istinad 24, 56.

³⁵ Michiel M. Van Notten, *Know-how Licensing in the Common Market*, 37 New York University Law Review 525, 527 (1963).

Nəhayət, “nou-hau” müqavilə qaydasında güzəşt edilən məlumatlardan ibarət olmalıdır.³⁶ Müəssisə ilə sıx bağlı olan, müəssisə və ya “nou-hau” sahibi olan fiziki şəxsdən müstəqil şəkildə mövcud olmayan, şəxsi tərəfi daha çox nəzərə çarpan bilik və təcrübələr “nou-hau” kimi müqavilənin predmeti ola bilməz.³⁷ “Nou-hau”nun güzəşt edilməsi dedikdə, ədəbiyyatlarda bilik və təcrübənin faktiki olaraq ötürülməsi,³⁸ müxtəlif növ əqdlərlə “nou-hau” alana verilməsi başa düşülür.

“Nou-hau”nun mühafizəsi və ya güzəşt edilməsi üçün müqavilə yazılı bağlansa da, “nou-hau”-nun yazılı sənəddə əks olunmaqla ötürülməsi vacib deyil. “Nou-hau” bəzən bir şəxsin bilik və bacarığında əks oluna, bəzi “nou-hau” müqavilələrində işçilərin tədrisi³⁹ və ya mübadiləsi ilə razılaşıdırıla bilər.

II. “Nou-hau” müqaviləsinin anlayışı və hüquqi mahiyyəti

A. “Nou-hau” müqaviləsinin təsnifi və forması

İxtiralar haqqında ÜƏMT Model Qanununun 201-ci maddəsinin 2-ci bəndi “nou-hau” müqaviləsinin əsas şərtlərini tənzimləyib. Həmin bəndə görə, “nou-hau” müqaviləsi *“bir tərəfin (“satıcı”) “nou-hau”nu istifadə üçün digər tərəfə (“alıcı”) ötürməyi öhdəsinə götürdüyü istənilən müqavilədir”*. İstənilən “nou-hau” müqaviləsində satıcı “nou-hau”nu istənilən yolla aktiv şəkildə alıcıya açıqlamağı,⁴⁰ onun istifadəsinə buraxmağı və passiv şəkildə alıcının “nou-hau”-dan faydalanmasına mane olmamağı öhdəsinə götürür⁴¹.

Qanunda əsas şərtlərinin tənzimlənməsindən asılı olaraq, müqavilə adlı və ya adsız ola bilər. Adsız müqavilələr isə qarışıq və ya *sui generis* xarakterli ola bilər.⁴² Bir müqavilənin digər adlı və ya adsız müqavilələrlə oxşarlığı ayrı-ayrı işlərdə bənzər müqavilələrə dair qanunvericiliyin analogiya qaydasında tətbiqi baxımından əhəmiyyətlidir. Azərbaycan Respublikasının Kommersiya Sirri haqqında Qanununun 13-cü maddəsinin 1-ci bəndinə görə, *“yazılı formada bağlanan müqavilədə “nou-hau”nun verilmə qaydası, kommersiya sirri rejiminin müəyyən edilməsi və ona əməl olunması, “nou-hau”nun həcmi və ondan istifadə üsulları, mükafatın həcmi və ödənilmə qaydası, müqavilənin qüvvədə olma müddəti və s. mühüm şərtlər nəzərdə tutulur”*. Qanunverici “nou-hau” müqaviləsinin bəzi elementlərini saysa da, müqavilənin tərəflərinin hüquq və vəzifələri və məsuliyyətinə dair məsələləri tərəflərin iradəsinə buraxıb. Xüsusilə, bu elementlər arasında “nou-hau”

³⁶ Erbay, yuxarıda istinad 6, 59; Musa Yıldırım, yuxarıda istinad 1, 52.

³⁷ Ögüz, yuxarıda istinad 18, 33.

³⁸ Erbay, yuxarıda istinad 6, 91-92.

³⁹ Öz, yuxarıda istinad 25, 90.

⁴⁰ Muaz Mücahit Yıldırım, yuxarıda istinad 1, 218.

⁴¹ Ögüz, yuxarıda istinad 18, 36.

⁴² Saibe Oktay, *İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması*, 55 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 263, 273-274 (1996).

müqaviləsinin yazılı formada bağlanmasını qeyd etmək lazımdır. Qanunvericinin saydığı elementlər “nou-hau” müqaviləsini təsvir edir. Digər tərəfdən, eyni maddədə yer alan “*“nou-hau”-ya mülkiyyət hüquqları onun sahibi tərəfindən bütövlükdə və ya hissələrlə “nou-hau”-dan istifadə hüquqlarının verilməsi haqqında müqaviləyə və ya alqı-satqı müqaviləsinə əsasən digər fiziki və hüquqi şəxslərə verilə bilər*” müddəasından aydın olur ki, “nou-hau” müqaviləsi sərhədləri dəqiq müəyyən olunmuş müqavilə olmayıb fərqli müqavilələr formasında bağlana bilər. Buna görə də, “nou-hau” müqaviləsi, bir qayda olaraq, adsız müqavilə sayılmalıdır. Adsız müqavilənin qarışıq yoxsa *sui generis* xarakteri isə konkret hallarda müstəqil şəkildə aydınlaşdırılmalıdır.⁴³ Qanunun tənzimlədiyi müqavilələrin qanunvericinin proqnozlaşdırmadığı formada birləşdiyi müqavilələr qarışıq, qanunun, ümumiyyətlə, tənziqləmədiyi müqavilələr və onların birləşməsi isə *sui generis* müqavilələr adlanır.⁴⁴

Qarışıq müqavilə Azərbaycan Respublikası Mülki Məcəlləsinin 390-cı maddəsinin 4-cü bəndində tənziqlənib. “Nou-hau” müqaviləsində qanunun tənziqlədiyi müqavilələr birləşmədiyi üçün onu qarışıq müqavilə hesab etmək çətindir.⁴⁵ Bu mənada, “nou-hau”-nun qeyri-əmlak hüquqları arasındakı yerini nəzərə alsaq, “nou-hau” müqaviləsi *sui generis* müqavilələrin bir növü sayılmalıdır.

“Nou-hau”-nun əhatə etdiyi məlumatlar maddi formada qarşımıza çıxmadığı üçün ədəbiyyatlarda “nou-hau” müqavilələrinə alqı-satqı, xidmət və ya kirayə müqaviləsinin analogiya qaydasında tətbiqi irəli sürülüb.⁴⁶ “Nou-hau”-nun qeyri-maddi təbiəti, şübhəsiz, müqavilələri çeşidləndirir. Həqiqətən də, bir firma ya texniki gizli məlumatları “nou-hau” alana bir fabrik və yaxud fabrik üçün bir laboratoriya tikərək ötürə bilər, ya da “nou-hau” alan firmanın işçilərini müntəzəm şəkildə tədrisə cəlb edərək öhdəliyini yerinə yetirə bilər. Üstəlik, bir “nou-hau” müqaviləsində tərəflər bu öhdəliklərdən bir neçəsi haqqında razılığa gələ bilərlər. Buna baxmayaraq, bütün “nou-hau” müqavilələrində tərəflərin əsas öhdəliyi eynidir; “nou-hau” verən tərəf üçün “nou-hau”-nu açıqlamaq, “nou-hau” alan üçün isə bu, əksər hallarda, “nou-hau” qarşılığında haqq ödəməkdir.

B. “Nou-hau” müqaviləsinin şərtləri

1. Müqavilənin obyektı və müddəti

“Nou-hau” müqaviləsinin obyektı “nou-hau”-nun müqavilənin digər tərəfinə transferi və ya ötürülməsidir. “Nou-hau” müqaviləsi müqavilənin bütün tərəflərinin üzərinə öhdəlik qoyur,⁴⁷ bəzən müqavilə öhdəliklərinin birdəfəlik, bəzən də dövrü olaraq icrasını nəzərdə tutur. Birdəfəlik icrada,

⁴³ Murat Aydoğdu və Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri*, 36 (4th ed. 2019).

⁴⁴ Oktay, yuxarıda istinad 42, 275.

⁴⁵ Muaz Mücahit Yıldırım, yuxarıda istinad 1, 226.

⁴⁶ Rona Serozan, *Borçlar Hukuku: Özel Bölüm*, 120 (2019).

⁴⁷ Baş, yuxarıda istinad 24, 55.

misal üçün, bir tərəf alqı-satqı müqaviləsindəki kimi müəyyən ödəniş qarşılığında “nou-hau”-nun əks olunduğu sənədləri qarşı tərəfə sata bilər. Müqavilə öhdəliklərinin müəyyən dövrlərlə icrasında isə “nou-hau” verən sadəcə mövcud olan texniki gizli məlumatları yox, gələcəkdə əldə edəcəyi məlumatları da qarşı tərəfə müxtəlif formada ötürməyi öhdəsinə götürür. “Nou-hau” müqavilələri müddətli və ya müddətsiz bağlana bilər.⁴⁸ Buna baxmayaraq, müddətsiz “nou-hau” müqavilələrini şərh edərkən texnologiyanın öyrənilməsi, bilik və təcrübənin müqavilənin digər tərəfinə ötürülməsi üçün tələb olunan ağılabatan müddət nəzərə alınmalıdır.⁴⁹

Müqavilə predmetinin müəyyən və ya qeyri-müəyyən olması baxımından müqavilədə təkcə “nou-hau” ifadəsi yerinə, tərəflər bu terminlə nəyi ifadə etdiklərini konkret nümunələrlə sadalaya bilərlər.⁵⁰ Məsələn: müqavilə tərəfləri patentlynməmiş texniki və ya kommersiya məlumatlarını qeyri-məhdud şəkildə sayə və ya müəyyən texnoloji avadanlıqlara istinad edə bilərlər.

2. Tərəflərin hüquq və vəzifələri

İxtiralar haqqında ÜƏMT Model Qanunundakı “nou-hau” müqaviləsinin tərifinə qayıtsaq, “nou-hau” müqaviləsində “nou-hau” verənin əsas vəzifəsi “nou-hau”-nu müqavilənin qarşı tərəfinə ötürməkdir. “Nou-hau” müqaviləsində “nou-hau” alan texniki gizli məlumatları öz müəssisəsinin bir hissəsinə çevirmək, müəssisəsinə iqtisadi mənada böyütmək istədiyi üçün praktikada, adətən, tərəflər müqaviləyə xitam verdikdən sonra belə, “nou-hau”-nun istifadəsinin qadağan edilməsi mümkün deyil.⁵¹ Çünki “nou-hau” alan tərəf alacağı “nou-hau”-dan müvəqqəti faydalanmaqdan çox, texniki gizli məlumatları müəssisəsində daima istifadə etmək və aktivlərinə daxil etmək istəyir. “Nou-hau” alanın vəzifəsi texniki gizli məlumatların qarşılığında razılaşıdırılan məbləği ödəmək və sözsüz, məlumatların gizliliyini qorumaqdır.⁵²

“Nou-hau” verən tərəf “nou-hau”-nu qarşı tərəfə ötürmək vəzifəsini müxtəlif formalarda icra edə bilər. “Nou-hau” verənin “nou-hau” alan qarşısında vəzifəsi işçilərin müntəzəm tədrisini aparmaq, “nou-hau” alan ilə tədqiqat işlərində əməkdaşlıq etmək, müəyyən dövrlərdə “nou-hau” alanın müəssisəsinə baş çəkmək, istehsalata nəzarət etmək ola bilər. Bunun müqabilində “nou-hau” alan müqavilədə nəzərdə tutulan məbləği nağd, hissə-hissə və yaxud yeni texnologiyanın tətbiqindən əldə edəcəyi gəlirdən qonorar formasında ödəyə bilər. Müqavilədə nəzərdə tutulan öhdəliyin icrası forması müxtəlif olsa da, “nou-hau” verənin əsas vəzifəsi dəyişməz qalır –

⁴⁸ Muaz Mücahit Yıldırım, yuxarıda istinad 1, 219.

⁴⁹ James F. Rill, *Report on Know-how License Agreements*, 22 International Lawyer 930, 933 (1988); Yosmaoğlu, yuxarıda istinad 17, 62.

⁵⁰ Erbay, yuxarıda istinad 6, 67-68.

⁵¹ Baş, yuxarıda istinad 24, 67.

⁵² Muaz Mücahit Yıldırım, yuxarıda istinad 1, 218.

“nou-hau”-nu qarşı tərəfə açıqlamaq, ötürmək və ya öyrətmək. Müqavilə, tərəflərin “nou-hau”-nun açıqlanması və ödənəcək məbləğ haqqında razılaşdığı anda bağlanmış sayılır.⁵³

Praktikada bəzən, xüsusilə, inkişaf etmiş ölkələrdəki şirkətlər arasında bağlanan “nou-hau” müqavilələrində tərəflər qarşılıqlı “nou-hau” transferinə razılıq verir, başqa sözlə, “nou-hau” alan tərəf müəyyən məbləğ ödəmək yerinə, mövcud və gələcək texniki gizli məlumatları paylaşmağı öhdəsinə götürür. Ədəbiyyatlarda bu cür müqavilələrin “nou-hau” müqaviləsi sayılmadığı, belə olan halda dəyişdirmə və ya bağışlama müqaviləsinin mövcud olacağı irəli sürülüb.⁵⁴ Fikrimizcə, bu halda da, tərəflər arasında “nou-hau” müqaviləsi mövcuddur, çünki “nou-hau” verən üçün “nou-hau” alanın ödəyəcəyi məbləğdən çox, müəssisəsi üçün verəcəyi texniki gizli məlumatlar vacib ola bilər. “Nou-hau”-nun daşdığı iqtisadi dəyər nəzərə alındıqda, nəgd və ya hissə-hissə ödəniş yerinə, eyni dəyərə sahib məlumatların mübadiləsi də “nou-hau” müqaviləsi sayılmalıdır.

C. “Nou-hau” müqaviləsinin hüquqi mahiyyəti

1. “Nou-hau” müqaviləsinin digər müqavilələrlə əlaqəsi

a. Alqı-satqı müqaviləsi

“Nou-hau”-nun “nou-hau” alana bəzən müqavilənin birdəfəlik icrası formasında müəyyən haqq qarşılığında verilməsi müqaviləni alqı-satqı müqaviləsinə yaxınlaşdırır. Azərbaycan Respublikasının Mülki Məcəlləsinin 567-ci maddəsinə əsasən, *“alqı-satqı müqaviləsinə görə satıcı əşyanı alıcının mülkiyyətinə verməyi, alıcı isə əşyanı qəbul edib əvəzində müəyyənləşdirilmiş pul məbləğini (qiyməti) ödəməyi öhdəsinə götürür”*. Başqa sözlə, alqı-satqı müqaviləsinin predmeti əşyadır. “Nou-hau” əşya deyil, ancaq “nou-hau” üzərindəki əqli mülkiyyət hüquqları qarşı tərəfə verilə bilər. Xarici ədəbiyyatlarda bu mövzuda iki fərqli yanaşma mövcuddur. Birinci yanaşmaya görə, “nou-hau” üzərindəki hüquqların verilməsi alqı-satqı müqaviləsi xarakteri daşıyır.⁵⁵ İkinci yanaşmaya görə, alqı-satqı müqaviləsinə dair qanunvericilik yalnız müddətsiz və ya çox uzun müddətli “nou-hau” müqavilələrinə analogiya qaydasında tətbiq edilir.⁵⁶ Hər iki müqavilədə bir əşya və ya hüquq iqtisadi dəyərə çevrilsə də,⁵⁷ “nou-hau” verən əqli mülkiyyət hüquqlarını qarşı tərəfə verəndə texniki gizli məlumatlar üzərində faktiki hakimiyyətini itirmir, bu məlumatlar üzərində yenidən sərəncam verə bilər. Burada “nou-hau” müqaviləsi alqı-satqıdan seçilir.

⁵³ Baş, yuxarıda istinad 24, 58-59.

⁵⁴ Erbay, yuxarıda istinad 6, 101-102.

⁵⁵ Musa Yıldırım, yuxarıda istinad 1, 52.

⁵⁶ Baş, yuxarıda istinad 24, 64.

⁵⁷ Erbay, yuxarıda istinad 6, 121.

“Nou-hau”, əksər hallarda, texniki gizli məlumatların yazıldığı istifadə təlimatları, texniki dəstək kitabçalarının qarşı tərəfə satışı ilə verilir. Bununla belə, müqavilə ilə verilən məlumatın özü yox, məlumatdan istifadə hüququdur. Həmin sənəd və təlimat kitabçaları sadəcə vasitəçi rolunu oynayır. Azərbaycan Respublikasının Kommersiya Sirri haqqında Qanununun 13-cü maddəsinin 1-ci maddəsi “nou-hau”-ya mülkiyyət hüquqları və alqı-satqı müqaviləsinə istinad etsə də, eyni bənddə “nou-hau”-dan istifadə hüquqlarının verilməsi haqqında müqavilədən bəhs edilir. Ona görə də, “nou-hau”-nun alqı-satqı müqaviləsi ilə verildiyi hallar daxil olmaqla, “nou-hau”dan istifadə hüququ hər zaman müqavilənin obyektı sayılmalıdır. Bu yanaşma “nou-hau”-nun qeyri-maddi əmlak xarakteri ilə də uzlaşır. Əgər “nou-hau” müqaviləsində alqı-satqı müqaviləsindəki kimi satıcının əşya üzərində mülkiyyət hüququna xitam verilsə idi, “nou-hau” verən verdiyi texniki gizli məlumatları özü bir daha istifadə edə bilməzdi. Belə bir aqibət “nou-hau” verənin müqaviləyə dair gözləntilərini əsaslı ölçüdə zədələyəcəyi üçün müqavilə əsla baş tutmaz. Bir sözlə, “nou-hau” üzərində sərəncam vermə hüququnun davam etməsi alqı-satqı müqaviləsi üçün səciyyəvi deyil.

b. Patent lisenziya müqaviləsi

Yuxarıdakı açıqlamadan aydın olduğu kimi, “nou-hau” müqaviləsində istifadə hüququ verildiyi üçün bu müqavilə lisenziyaya bənzəyir. “Nou-hau”dan istifadə hüququ müxtəlif növ əqdlərlə, “nou-hau” və ya inkişafda olan ölkələrin tez-tez müraciət etdiyi patent lisenziya müqavilələri ilə verilə bilər.⁵⁸

Xarici ədəbiyyatlarda “nou-hau”-dan istifadə hüququnun verilməsinə dair müqavilənin patent və ya əmtəə nişanı lisenziyasından fərqlənib-fərqlənmədiyi haqqında fərqli fikirlər irəli sürülüb. Bir yanaşmaya görə, “nou-hau” verən texniki gizli məlumat üzərində faktiki inhisar sahibi deyil, çünki zəruri maddi və insan resursuna sahib olan hər kəs zəhmətlə həmin məlumata yiyələnə bilər.⁵⁹ Digər yanaşmaya görə, patent lisenziyasında lisenziya alan fiziki və ya hüquqi şəxsin müstəsna hüquqları lisenziya verən patent sahibinin verdiyi müstəsna lisenziyadan⁶⁰ asılıdır, ancaq “nou-hau” müqaviləsində “nou-hau” alanın müstəsna hüquqları texniki məlumatın gizliliyindən irəli gəlir.⁶¹ Hər şeydən əvvəl, lisenziya müqaviləsində lisenziatın bir müstəsna hüquq əldə edib-etmədiyi mübahisəli olsa da,⁶² Azərbaycan Respublikasının Kommersiya Sirri haqqında Qanununun

⁵⁸ Correa, yuxarıda istinad 20, 453; Ladas, yuxarıda istinad 4, 161; Cameron & Borenstein, yuxarıda istinad 7, 5.

⁵⁹ Correa, yuxarıda istinad 20, 471; Əks yöndəki yanaşma üçün bax: Baş, yuxarıda istinad 24, 59.

⁶⁰ Müstəsna patent lisenziyasında patent sahibinin öz patentini istifadə etməməsi və üçüncü şəxslərə istifadə hüququnu verməyəcəyi haqqında öhdəliyi və digər vəzifələri haqqında ətraflı olaraq bax: Erdem, yuxarıda istinad 6, 136.

⁶¹ Troller, Ozsunay, yuxarıda istinad 21, 406-407.

⁶² Çağlar Özel, Marka Lisans Sözləşməsi, 72-73 (2002).

mövqeyini nəzərə alsaq, “nou-hau” üzərində həm “nou-hau” verən, həm də “nou-hau” alanın müstəsna hüquqlarının mövcudluğu düşünülə bilər. Texniki məlumatlar üzərində hüquqları müstəsna edən isə tərəflərin əməl etdiyi gizlilik qaydalarıdır.

Patent lisenziyası ilə birlikdə “nou-hau”-nun verilməsini nəzərdə tutan müqavilə ədəbiyyatlarda qarışıq xarakterli lisenziya müqaviləsi kimi təsnif edilib.⁶³ Bu cür müqavilələrdə “nou-hau” sayılan texniki gizli məlumatlar ixtira ilə əlaqəli olub onun lisenziyasından təsirlənsə də, bu məlumatlar üzərindəki hüquqlar patendən irəli gəlmir. Bu cür müqavilələrin *sui generis* xarakteri daha çox nəzərə çarpdığından, belə müqavilələrdən irəli gələn mübahisələrə Patent haqqında Azərbaycan Respublikasının Qanunu ilə birlikdə Kommersiya Sirri haqqında Qanunun 13-cü maddəsi qanunun analogiyası qaydasında tətbiq edilməlidir.

c. Əmlak kirayə müqaviləsi

Ədəbiyyatlarda adsız müqavilələrin bir növü olan “nou-hau” lisenziya müqavilələrini əmlak kirayə müqaviləsinə bənzədən⁶⁴ və bənzətməyə⁶⁵ iki yanaşma mövcuddur. Azərbaycan Respublikası Mülki Məcəlləsinin 675-ci maddəsinə görə, *“əmlak kirayəsi müqaviləsinə görə, kirayəyə verən əşyanı kirayəçinin istifadəsinə verməyi, kirayəçi isə bunun üçün kirayəyə verənə kirayə haqqı ödəməyi öhdəsinə götürür”*. Əmlak kirayə müqaviləsinin predmeti əşya olub müqavilənin predmeti əşyanın kirayəçinin istifadəsinə verilməsidir.

“Nou-hau” ilə müqayisə etsək, “nou-hau” əşya kateqoriyasına daxil olmasa da, əşya kimi “nou-hau” üzərində əqli mülkiyyət hüquqlarından məhsul əldə etmək mümkündür. Müqavilə obyektinin əşya olması kirayə müqaviləsinə alqı-satqı müqaviləsinə, istifadə hüququnun verilməsi isə “nou-hau” müqaviləsinə yaxınlaşdırır. “Nou-hau” və əmlak kirayə müqaviləsinin bir fərqi ondadır ki, əmlak kirayə müqaviləsinin müddəti bitənə qədər kirayə verən əşyadan istifadə edə bilmir. “Nou-hau” müqaviləsində isə texniki gizli məlumatları istifadəyə verən tərəf özü də bu məlumatları müəssisəsində istifadə etməyə davam edir.⁶⁶ Bu mənada, “nou-hau” müqavilələri əmlak kirayə müqaviləsi kimi xarakterizə olunmasa da, istifadə hüququnun verilməsini müqavilənin mərkəzinə qoyan bu müqavilədən irəli gələn mübahisələrə analogiya qaydasında əmlak kirayə müqaviləsinə dair qanunvericilik tətbiq oluna bilər.

Əmlak kirayə müqaviləsi ilə yanaşı, “nou-hau” müqaviləsi icarə müqaviləsinə yaxınlaşır. Azərbaycan Respublikasının Mülki Məcəlləsinin 700-cü maddəsinin birinci bəndinə əsasən, *“icarə müqaviləsi əmlak kirayəsi müqaviləsidir. Bu müqaviləyə görə kirayəyə verən (icarəyə verən) kirayəçiyə*

⁶³ Ali Necip Ortaç, Patent Lisans Sözləşməsi, 17-18 (1979).

⁶⁴ Kırca, yuxarıda istinad 32, 257.

⁶⁵ Muaz Mücahit Yıldırım, yuxarıda istinad 1, 237; Erbay, yuxarıda istinad 6, 125.

⁶⁶ Çiğdem Kırca, Franchise Sözləşməsi, 73 (1997).

(*icarəçiyə*) *icarəyə götürdüyü obyektədən və ya hüquqdan istifadə ilə yanaşı bəhərdən istifadə etmək və gəlir götürmək hüququ da verir*". Eyni maddənin ikinci bəndinə əsasən, *"icarə predmeti torpaq sahələri, binalar, daşınar əşyalar, hüquqlar və müəssisələr ola bilər"*. Aydın olduğu kimi, icarə müqaviləsinin predmeti əşya və ya hüquqlar ola bilər. Deməli, "nou-hau" üzərində əqli mülkiyyət hüquqlarının verilməsi icarə müqaviləsinə daha yaxındır. Eyni zamanda, icarə müqaviləsində olduğu kimi, "nou-hau" müqaviləsində də verilən hüquqlardan istifadə edərək gəlir götürmək mümkündür. İcarə müqaviləsində olduğu kimi,⁶⁷ "nou-hau" müqaviləsində "nou-hau" alan tərəf texniki gizli məlumatları istifadə etmək hüququ əldə edir, belə bir öhdəlik daşımır. Əmlak kirayə müqaviləsi kimi, icarə müqavilələrinə dair qanunvericilik də "nou-hau"-dan istifadə hüququnun verilməsinə dair müqavilələrə analogiya qaydasında tətbiq oluna bilər.

d. Podrat müqaviləsi

Müqavilə tərəfləri arasında "nou-hau" transferi yazılı sənədlərin mübadiləsi və ya alqı-satqısı ilə bərabər, bəzən müəyyən bir işin görülməsi ilə gerçəkləşə bilər. Daha yaxşı keyfiyyətdə məhsulun istehsalı üçün "nou-hau" sahibi qarşı tərəfin sifarişinə uyğun olaraq, öz emalatxanasının bənzərini tikə və ya xüsusi kompüter proqramları hazırlayıb quraşdırma bilər. Azərbaycan Respublikasının Mülki Məcəlləsinin 752-ci maddəsinin 1-ci bəndinə əsasən, *"podrat müqaviləsinə görə podratçı müqavilədə nəzərdə tutulan işi icra etməyi, sifarişçi isə podratçıya razılaşıdırılmış maddəni ödəməyi öhdəsinə götürür"*. Podrat müqaviləsində müəyyən işin görülməsi nəzərdə tutulur və bu işdə əldə edilən nəticəyə görə sifarişçi maddəni ödəyir. Müqavilədə nəzərdə tutulan işin sırf maddi əmlakla nəticələnməsi vacib deyil, sifarişçi qeyri-maddi əmlak nemətlərini də podrat müqaviləsində sifariş verə bilər.⁶⁸ Lakin podratçı işin nəticəsini sifarişçiyə təslim etməli,⁶⁹ bu vaxt işin nəticəsi maddi bir vasitədə cisimləşməlidir (məsələn kompüter proqramının diskə yazılaraq verilməsi).

"Nou-hau" müqaviləsində nəzərdə tutulan öhdəliklərin xarakterinə görə, müəyyən bir işin yerinə yetirilməsi və bu işin nəticəsində bir nəticənin əldə edilib "nou-hau" alana təslim edilməsi nəzərdə tutulubsa, qanunun analogiyası qaydasında podrat müqaviləsinə dair qanunvericilik tətbiq oluna bilər.

2. "Nou-hau" müqaviləsinə tətbiq ediləcək normalar

"Nou-hau"nun əşya xarakteri daşımaması aydındır, ancaq Azərbaycan Respublikasının milli qanunvericiliyi "nou-hau" üzərində qeyri-əmlak

⁶⁷ İcarə müqaviləsində icarəçinin istifadə borcunun mövcud olduğu hallar üçün bax: Ercan Akyiğit, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kira Sözleşmesi, 308-309 (2012).

⁶⁸ Yusuf Büyükkay, Eser Sözleşmesi, 32 (2nd ed. 2014); Yaşar Engin Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, 9 (4th ed. 2016).

⁶⁹ Zarife Şenocak, Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, 12 (2002).

hüquqlarını (əqli mülkiyyət hüququnu) tanıyıb. “Nou-hau” əllə tutula bilməyən, gözlə görünməyən, lakin kommersiya dəyəri olan, müqavilənin predmeti kimi iqtisadi mənfəət əldə etmək üçün bir vasitəyə çevrilən texniki və digər xarakterli gizli məlumatlardan, bilik və təcrübədən ibarətdir. “Nou-hau” müqaviləsi texniki gizli məlumatları “nou-hau” verənin faktiki hakimiyyətindən çıxarmadan ondan istifadə hüququnu “nou-hau” alana verən, “nou-hau” verən üçün texniki gizli məlumatı açıqlamaq, “nou-hau” alan üçün isə razılaşdırılan ödənişi ödəmək öhdəliyi yaradan müqavilədir.

Yuxarıdakı müqayisələrdə göründüyü kimi, “nou-hau” müqaviləsini konkret bir müqavilə ilə eyniləşdirmək, demək olar ki, mümkün deyil; bənzər müqavilələr isə sayca çoxdur. Ona görə də “nou-hau” müqaviləsinə tətbiq ediləcək normanı seçərkən, əvvəlcə, “nou-hau” transferinin müstəqil bir adsız müqavilə yoxsa patent lisenziyası kimi adsız müqavilələrdə ikinci dərəcəli öhdəlik olub-olmadığı dəqiqləşdirmək lazımdır. Birinci halda, tərəflər arasında bağlanan müqavilə *sui generis* müqavilə sayılmalı və tərəflərin öhdəliyinin xarakteri nəzərə alınaraq analoji müqavilələrə dair normalar tətbiq edilməlidir. Çünki sırf “nou-hau” transferindən ibarət müqavilələri qanunvericiliyin tənzimlədiyi adlı müqavilə kimi təsnif etmək, hətta əqli mülkiyyət hüquqlarının lisenziyasına dair digər müqavilələrlə eyni xarakterli olduğunu söyləmək çətinidir. İkinci halda isə patent lisenziyasına dair normaların tətbiqi gözləniləndir.

“Nou-hau” müqaviləsi adsız müqavilə kimi təsnif edilərsə, müqavilədəki boşluq və ziddiyyətlərə tətbiq ediləcək normanın müəyyən edilməsi zərurəti yaranır. Başqa sözlə, bu halda “nou-hau” transferindən ibarət olan mülki hüquq münasibətləri qanunvericiliklə tənzimlənmir (qanunvericilikdə “nou-hau” müqavilələrinin tərəfləri və tərəflərin öhdəliklərini tənzimləyən ayrıca bölmə yoxdur), o cümlədən, “nou-hau” müqaviləsindəki boşluqlar müqavilənin öz müddəaları ilə həll edilə bilmir. Belə olan halda sıra ilə işgüzar adətlər, qanunun analogiyası və hüququn analogiyası hərəkətə keçir. Belə ki, Azərbaycan Respublikasının Mülki Məcəlləsinin 11-ci maddəsi qanunun və hüququn analogiyasını tənzimləyir. 11-ci maddənin birinci bəndinə əsasən, *“mülki hüquq münasibətləri mülki qanunvericiliklə və ya tərəflərin razılaşması ilə birbaşa tənzimlənmədikdə və onlara tətbiq edilə bilən işgüzar adət olmadıqda həmin münasibətlərə, əgər bu, onların mahiyyətinə zidd deyildirsə, oxşar münasibətləri tənzimləyən mülki qanunvericilik normaları tətbiq edilir (qanunun analogiyası)”*.⁷⁰ Eyni maddənin ikinci bəndinə əsasən, *“oxşar münasibətləri tənzimləyən mülki hüquq normaları olmadıqda tərəflərin hüquq və vəzifələri mülki qanunvericilik prinsipləri əsas götürülməklə tənzimlənilir (hüququn analogiyası). Hüququn analogiyası tətbiq edilərkən ədalət, insaf və*

⁷⁰ Azərbaycan Respublikasının Mülki Məcəlləsi, mad. 11.1 (1999).

mənəviyyət tələbləri nəzərə alınmalıdır".⁷¹ Qanunun analogiyasının tətbiqi üçün mübahisə yaradan mülki hüquq münasibətləri nə qanunvericilikdə, nə də müqavilədə tənzimlənməməli, həmin sahədə işgüzar adət mövcud olmamalıdır. Bundan əlavə, tətbiq edilən analogi qanunvericilik normaları mübahisəli mülki hüquq münasibətinin mahiyyətinə zidd olmamalıdır. Hüququn analogiyasında isə hakim mülki hüququn ümumi prinsiplərini tətbiq edir, ədalət, insaf və mənəviyyət tələblərini nəzərə alır.

Mülki hüquqda hakimə tanınan diskresion səlahiyyətlər onun ixtiyari hərəkət etməsi mənasına gəlmir. Qanunun 11-ci maddəsinin birinci və ikinci bəndlərini birlikdə oxuduqda aydın olur ki, qanunverici hüququn analogiyasına yalnız müəyyən şərtlər və ölçülər daxilində icazə verib. Bir *sui generis* müqaviləyə hüququn analogiyasını tətbiq etmək üçün hakim əvvəlcə praktikada işgüzar adətin, daha sonra qüvvədə olan qanunvericilikdə oxşar münasibəti tənzimləyən heç bir normanın mövcud olmadığını dəqiqləşdirməlidir. Bundan sonra hakim hüququn ümumi prinsiplərini tətbiq etməli, lakin yenə də qanunun ona verdiyi sərbəstliyə üç tərəfdən sərhəd qoymalıdır; ədalət, insaf və mənəviyyət. Bu üç şərt vahid ölçüyə, ədalətli düşüncəyə xidmət edir.⁷² Ona görə də Mülki Məcəllənin 11-ci maddəsinin 2-ci bəndi ilk baxışdan subyektiv bir qaydaya bənzəsə də, obyektiv olub sərhədləri müəyyən olunmuş ölçülərə söykənir.

Kommersiya fəaliyyətində getdikcə artan dəyərini nəzərə alsaq, "nou-hau" müqavilələri üçün işgüzar adətlər tətbiq edilə bilər. Mülki qanunvericilik də bunu istisna etmir. Ticarətdə bir mülki hüquq münasibəti haqqında formalaşan, lakin hələ işgüzar adətə çevrilməmiş bəzi qaydalar varsa, sözsüz, hakim bu qaydaları tətbiq edəcəyi norma və ya ümumi prinsiplərə istiqamət verəcək şəkildə istifadə edə bilər.⁷³ Bundan başqa, hakimlər yurisprudensiya və məhkəmə presedentlərini yol göstərici digər mənbələr kimi nəzərə ala bilərlər.

Nəticə

"Nou-hau" patentlənəcək dərəcədə ixtira səviyyəli olmayan və ya ixtira səviyyəli olsa da, sahibinin mülahizəsinə görə patentlənməmiş sənaye, ticarət və sair sahələrdə bir məhsuldan ən optimal səviyyədə faydalanmağa imkan verən texniki gizli məlumatlardır. "Nou-hau" müqaviləsi "nou-hau" verənin faktiki hakimiyyətində olan texniki gizli məlumatları "nou-hau" alana açıqlamağı, "nou-hau" alanın isə bunun qarşılığında bir məbləği ödəməyi öhdəsinə götürdüyü adsız *sui generis* müqavilədir. "Nou-hau" müqavilələrindən "nou-hau" üzərində mülkiyyət hüququnun yox, istifadə hüququnun verilməsi onu lisenziya müqavilələrinə yaxınlaşdırır. Bu gün

⁷¹ Yenə orada, mad. 11.2.

⁷² Yaşar Şahin Anıl, Hakimın Təkdir Görevi və Təkdirin Sınırları, 53 (2012).

⁷³ Sanem Aksoy Dursun, Borçlar Hukukunda Hakimın Sözləşməyi Tamamlaması, 192 (2008).

“nou-hau” müqavilələri patent lisenziya müqavilələrindən müstəqil şəkildə bağlanan yeni bir müqavilə növü kimi qarşımıza çıxır.

“Nou-hau” müqaviləsi adsız müqavilə kimi qanunvericiliyin tənzimlədiyi digər müqavilələrdən fərqlənir. Texniki gizli məlumatların “nou-hau” alana açılma formaları alqı-satqı, əmlak kirayəsi və ya podrat müqaviləsinə bənzəsə də, müqavilə predmetinin “nou-hau” verənin faktiki hakimiyyətindən çıxması və müqaviləyə xitam verildəndən sonra geri qayıtmaması bu müqaviləni digərlərindən əhəmiyyətli dərəcədə ayırır. Ona görə də, “nou-hau” müqaviləsindən irəli gələn mübahisələrdə hakim, əvvəlcə, tərəflərin razılaşdığı “nou-hau” transferinin müstəqil bir müqavilə yoxsa əsas müqavilənin ikinci dərəcəli öhdəliyi olub-olmadığını aydınlaşdırmalı, müstəqil müqavilədirsə, Azərbaycan Respublikasının Mülki Məcəlləsinin 11-ci maddəsinin birinci və ikinci bəndini, qanunun və hüququn analogiyasını tətbiq etməlidir. Qanunun analogiyasında, öhdəliklərin xarakterinə görə, hakim alqı-satqı, icarə (əmlak kirayəsi) və ya podrat müqaviləsinə dair qanunvericilik normalarını tətbiq edə bilər. Hüququn analogiyasında isə ədalət, insaf və mənəviyyət qaydaları düzgün hüquq prinsipinin seçilərək mübahisəyə tətbiq edilməsində hakimə yol göstərir. Bu halda, hakim üçün bağlayıcı xarakter daşımada da, elmi ədəbiyyatlarda tövsiyə edilən və ya əvvəlki məhkəmə işlərində seçilən hüquq prinsipləri də istifadə oluna bilər. Məhkəmə işlərinə istinad “nou-hau” müqavilələrinə dair işlərdə vahid məhkəmə təcrübəsinin formalaşdırılmasına xidmət edəcəkdir.

Laman Sadigli*

TO THE MULTIVERSE OF ARBITRATION BY CONSOLIDATION OF M&A ARBITRATION PROCEEDINGS

Abstract

With the growing number of M&A transactions, the disputes related to them also surge. M&A disputes sometimes pave way for the parallel proceedings, which have a high risk of having inconsistent awards from different tribunals. The article discusses the application of consolidation in M&A arbitration to avoid such awards and the current issues hindering the consolidation of arbitral proceedings. For creating a clear picture of the situation, firstly, we analyzed the different stages of M&A arbitration and specific types of disputes, which can arise in these stages. The advantages and the problems of consolidation have been explored in the second part of the article for the determination of the main problem and the possible solution for the consolidation of proceedings. The assessment of the current problems reveals that every impediment on the way of consolidation has simple solutions to be applied, except the explicit choice of different institutional rules by the parties in an arbitration agreement. The current issue of having different institutional rules being applied to M&A disputes has been researched and the possibility of further cooperation among institutions has been analyzed. It became evident that the choice of an arbitration institution and its applicable rules are specifically vital for M&A transactions, which have complicated nature due to the corporate structure of parties and chain agreements. The article concludes that the enhancement of cooperation among arbitration institutions is needed for the development of consolidation. Such an approach will make consolidation more accessible for parties and easier to apply.

Annotasiya

Günümüzdə birləşmə və qoşulma əməliyyatlarının artması ilə, bu cür əməliyyatlarla bağlı mübahisələr də artmaqdadır. Birləşmə və qoşulma əməliyyatları üzrə mübahisələr paralel icraata yol açaraq bəzən fərqli tribunallar tərəfindən uyğunsuz qərarlar qəbul edilməsi riskini yaradır. Məqalədə birləşmə və qoşulma mübahisələri üzrə arbitrajda bu cür qərarların verilməməsi üçün konsolidasiyanın tətbiqi və arbitraj prosedurunun konsolidasiyasına mane olan aktual məsələlər müzakirə olunur. Vəziyyətin aydın təsvürünü yaratmaq üçün əvvəlcə birləşmə və qoşulma mübahisələri üzrə arbitraj prosesinin müxtəlif mərhələləri və bu mərhələlərdə yarana biləcək mübahisələrin xüsusi növləri təhlil edilmişdir. Məqalənin ikinci hissəsində isə əsas problemin və sözügedən prosedurun konsolidasiyası üçün mümkün həll yolunun müəyyənləşdirilməsi məqsədilə konsolidasiyanın üstünlükləri və problemləri araşdırılmışdır. Mövcud problemlərin qiymətləndirilməsi ilə arbitraj müqaviləsində tərəflərin fərqli institusional qaydalarını açıq şəkildə seçmə halları istisna olmaqla, konsolidasiya yolundakı hər bir maneənin sadə həllə malik olduğu ortaya çıxır. Birləşmə və qoşulma əməliyyatları üzrə mübahisələrə fərqli institusional qaydaların tətbiq edilməsi məsələsi araşdırılmış və qurumlar arasında əməkdaşlıq imkanları təhlil edilmişdir. Nəticədə, tərəflərin korporativ strukturu və onlar arasında bağlanan əsas müqavilələr və onların törəmələri səbəbindən mürəkkəb xarakter

* Baku State University LL.B. 2020.

daşıyan birləşmə və qoşulma əməliyyatları üçün xüsusi olaraq vacib olan bir arbitraj institutu və onlara tətbiq olunan qaydalar müəyyən edilmişdir. Məqalədə, konsolidasiyanın inkişafı üçün arbitraj institutları arasında əməkdaşlığın genişləndirilməsinə ehtiyac olduğu qənaətinə gəlinir. Bu cür yanaşma konsolidasiyanı tərəflər üçün daha əlçatan edərək tətbiqini asanlaşdıracaq.

CONTENTS

Introduction	232
I. Arbitration as a dispute resolution mechanism in mergers and acquisitions	233
II. The consolidation of parallel proceedings.....	235
A. The legal basis for consolidation	235
B. Advantages of consolidation.....	239
C. The problems of consolidation	240
D. Cross-institutional consolidation: the way to future	243
Conclusion	244

Introduction

The level of criticism towards arbitration for its high costs and lengthy proceedings is increasing in recent years.¹ Such elements of arbitration become specifically important within the framework of M&A transactions as their complex structures create more possibilities for disputes to arise. What is more frustrating is that once a dispute emerges it usually has a butterfly effect, which means more disputes will follow its lead. Having more than one dispute at the same time will not only be costly and time-consuming, will also pave the way to having inconsistent awards, which will be challenging to enforce. Considering that about one-third of new cases consisted of multiple parties in 2017 according to the ICC², it is reasonable to use different tools to avoid such awards. One of the most effective of these tools for different arbitral disputes is considered the consolidation of proceedings. By agreeing to consolidated proceedings, the parties can prevent the possibility of inconsistent awards. Additionally, such consolidation would have different advantages like the access of the tribunal to the facts of the dispute more comprehensively. Nevertheless, its benefits also accompanied several disadvantages. These negative points get more detailed when it comes to M&A arbitration and its different stages.

Following the above-mentioned points, it is reasonable firstly to explain the

¹ Anke Meier, Joinder and Consolidation in M&A Arbitration, *in* Amy C. Klasener, *The Guide to M&A Arbitration*, 16 (3rd ed. 2021); Niek Peters, *The Fundamentals of International Commercial Arbitration*, 46-47 (2017); Gary Born, *International Arbitration: Law and Practice*, para. 23 (2nd ed. 2015).

² Meier, *supra* note 1; *The 2017 ICC Dispute Resolution Bulletin*, 201 (2018).

different types of disputes during different stages of M&A transactions and the former's peculiarities. Afterwards, the article will proceed with the legal basis of arbitration shortly describing the general requirements for the consolidation of proceedings. Next, the discussion will be continued with the advantages and problems of consolidation. The applicable solutions to the issues will also be assessed in the article. In the end, the most challenging situation for the consolidation of proceedings will be analyzed: the possibility of consolidation of two or more disputes, which have different arbitration agreements with different arbitration institution rules as the basis for their proceeding. The recent memorandum published by the SIAC will be discussed as the basis for dealing with the ultimate problem.

I. Arbitration as a dispute resolution mechanism in mergers and acquisitions

The peculiarity of M&A arbitration begins with its change based on the different stages of M&A deals. Therefore, it is worth covering all these stages from the perspective of possible disputes. Based on these stages, disputes are divided into types, which are called pre-closing, and post-closing disputes respectively.

The first stage is the negotiation of an M&A transaction or a series of transactions and the implementation of these transactions. This stage also includes signing a memorandum of understanding between parties at the end of initial negotiations.³ The memorandum of understanding has different names in the corporate environment, yet all of them serve one purpose: to identify the main obligations of parties before the conclusion of the contract. This document is not considered as a contract but rather an instrument to determine the deal structure and to have a more detailed culpa in contrahendo.⁴ Therefore, disputes can arise with the pre-contractual obligations of the parties.⁵ The main point is here for our discussion is the basis for arbitration, namely arbitration agreement. Parties can either include a binding arbitration agreement to their letter of intent, or they can agree on submitting their case to the arbitral tribunal separately. Sometimes parties can question the validity of arbitration agreement due to the quasi-legal nature of the memorandum of understanding.⁶

The negotiations part often is followed by due diligence of the target

³ Bernd D. Ehle, *Arbitration as a Dispute Resolution Mechanism in Mergers and Acquisitions*, 27 *The Comparative Law Yearbook of International Business* 287, 291 (2005).

⁴ Cahit Agaoglu, *Arbitration in Merger and Acquisition Transactions: Problem of Consent in Parallel Proceedings and the Transfer of Arbitration Agreements in Merger and Acquisition Arbitration*, 65. Available at: <http://qmro.qmul.ac.uk/xmlui/handle/123456789/8363> (last visited May 15, 2021); Georg Von Segesser, *Arbitration Pre-Closing Disputes in Merger and Acquisition Transactions*, 24 *ASA Special Series*, 274 (2005).

⁵ Ehle, *supra* note 3, 291; Klaus Sachs, *Schiedsgerichtsverfahren über Unternehmenskaufverträge - unter besonderer Berücksichtigung kartellrechtlicher Aspekte*, 125 (2004).

⁶ *Ibid*; *Ibid*.

company. The full due diligence is completed before the signing of the purchase agreement. The result of due diligence is critical for the parties since it will have a great influence on the future of the deal.⁷ The lack of trust in the seller on the matter of the completeness of the information provided to the data room can lead to a dispute.⁸ It is mainly connected with the pre-contractual duties of the seller.⁹

Many post-M&A disputes are related to contractual representation and warranties. The disputes on representation and warranties arise based on the vague or ambiguous language of the respective provisions in the transaction.¹⁰ This tendency is sometimes unavoidable due to the complexity of the transaction.¹¹ The basis for the dispute is usually the statements of the seller about the situation of the target company.¹² Buyers mostly demand price change when it is revealed that one of the guaranteed qualities of the target company is not really, as they will claim it as over-valuation.¹³ The representation and warranties clauses are not only complex due to their subject matter, but also due to the high probability of involvement of third parties in such claims.¹⁴

Purchase agreements usually determine only a provisional price, which is subject to change based on the different adjustment methods stipulated in the agreement by the parties.¹⁵ Commonly, parties made purchase price adjustments based on the true-up of financial figures.¹⁶ Another type of these adjustment methods is earn-out clauses. Earn-out clauses provide a basis for the seller to receive an additional benefit based on the future income of the target company in the given period (earn-out period).¹⁷ The disagreement between parties can begin for different reasons. The seller can accuse the buyer of price manipulation using different techniques such as changing accounting practices.¹⁸

In most purchase agreements, a two-stage dispute resolution mechanism is determined to minimize the costs for possible disputes. The first stage is

⁷ *Supra* note 3, 292

⁸ *Ibid*; Sachs, *supra* note 5, 126.

⁹ *Supra* note 3, 292.

¹⁰ Eliane Fischer and Michael Walbert, Efficient and Expeditious Dispute Resolution in M&A Transactions, in Klausegger, Klein, Kremslehner, Petsche, Pitkowitz, Power, Welser & Zeiler (eds.) Austrian Yearbook on International Arbitration, 40 (2017).

¹¹ *Ibid*.

¹² *Supra* note 3, 293.

¹³ *Supra* note 3, 294; C. and K. v. S. Compagnie S. A., in ASA Bulletin 2000, 793-802 (1999).

¹⁴ Cf. Irene Welser, M&A Post Closing Issues: Arbitration and Third Party Joinder, in Klausegger, Klein, Kremslehner, Petsche, Pitkowitz, Power, Welser & Zeiler (eds.) Austrian Yearbook on International Arbitration, 3-4 (2011).

¹⁵ *Supra* note 3, 295; Wolfgang Peter, *Arbitration of Mergers and Acquisitions: Purchase Price Adjustment Disputes*, 19 *Arbitration International* 491, 494 (2003).

¹⁶ Fischer and Walbert, *supra* note 10, 39; Clemens Grossmayer, *M&A: Variable Kaufpreisgestaltung und Feststellung durch Schiedsgutachter*, 590 *Ecolex*, 395 (2016).

¹⁷ *Supra* note 3, 295

¹⁸ *Ibid*; Peter, *supra* note 15.

expert determination, and it is most suitable for the price adjustment disputes. The expert is usually an accountant who answers specific questions from parties. One of the most important elements of expert determination procedure is its determination by the mutual consent of parties.¹⁹ He is not able to render an award or to enforce his idea on parties. Nevertheless, the tribunal in the latter stages will be bound by the factual outcome determined by the expert.²⁰

Parties usually agree on specific time limits for claims, which can be brought by the buyer against the seller (limitation periods). Limitation periods normally differ depending on the type and nature of the claim.²¹ It should also be noted that not in all legislations such limitation periods can be applied. By some of the courts, it will be regarded as a violation of the right to access the court.²² However, such limitation periods also serve well for the multiple proceedings and the consolidation of arbitration proceedings.

II. The consolidation of parallel proceedings

The consolidation of parallel proceedings is not an unusual case for M&A arbitration, taking into account the latter's multidimensional nature.²³ The more parties involved in the case, the more difficult it becomes to make them agree on the consolidation of their proceedings and their details. For the sake of understanding the trend more clearly, we should clarify the legal basis that enables parties to opt for consolidation, the reasons why parties should choose the consolidation, and possible problems on the way to the application of consolidation.

A. The legal basis for consolidation

Parties' agreement is one of the ways for the consolidation. Parties can express their consent for consolidation either through an arbitration agreement or after dispute's arise. A multiparty arbitration clause can be in the form of an umbrella arbitration agreement or can be implemented by inserting "a clause in framework agreement, which is referred to in other individual contracts".²⁴ Regarding the inclusion of consolidation by parties to the arbitration agreement, the main arbitration doctrine sources generally do

¹⁹ *Supra* note 10, 42.

²⁰ *Supra* note 3, 298; Bernardo M. Cremades, *Overcoming the Clash of Legal Cultures: The Role of Interactive Arbitration*, 14 *Arbitration International* 157, 163 (1998).

²¹ John Leadley, *Procedural and Tactical Issues Edward Poulton Arbitration of M&A Transactions*, 513. Available at: <https://globalarbitrationnews.com/wp-content/uploads/2020/05/Arbitration-of-MA-Transactions-A-Practical-Global-Guide-Second-Edition-Sample-Chapter.pdf> (last visited May 15, 2021).

²² *Ibid.*

²³ Agaoglu, *supra* note 4, 35.

²⁴ Bernard Hanotiau, *Complex-Multicontract-Multiparty-Arbitrations*, 14 *Arbitration International* 369, 375 (2014). Available at: <https://doi.org/10.1093/arbitration/14.4.369> (last visited May 20, 2021).

not recommend applying this method²⁵, and respectively such practice is rarely observed in the practice. Furthermore, it is also rare for the parties to agree on consolidation after a dispute has arisen since one of the parties generally refuses to accept consolidation.²⁶ Consequently, arbitration rules, which are included by parties to arbitration agreements, play a more effective role in the application of consolidation. Nevertheless, it should be noted that this reluctant approach is gradually replaced by the recommendation of the carefully drafted consolidation provision to the contract.²⁷

Two situations for multiparty disputes in M&A transactions:

- 1) one SPA multiple sellers and buyers;
- 2) multiple contracts multiple targets from one seller to purchaser.²⁸

Third parties can also be the party to the agreement such as guarantors.²⁹

In the case of multiple SPAs, authors suggest avoiding different forums and instead opt for multiparty arbitration agreements with timing regulations since not all disputes will arise at the same time.³⁰

It should also be noted that in the absence of a multiparty arbitration agreement, parties look for alternative bases for the consolidation. Such a basis can be found as express or implied intention of parties appeared during the drafting process of the arbitration agreement.³¹

Each arbitration rule has different requirements for consolidation to be implemented. For instance, the ICC Rules³² requires the parties to the disputes to be the same, while the HKIAC Rules³³ provides the consolidation of proceedings without the requirement on the identity of parties.

The final method is statutory consolidation provided by arbitration laws of different domestic legislations. This method is rarely applied in practice since it conflicts with the party autonomy principle to a certain extent.³⁴ Due to its controversial nature, most of the arbitration laws require the consent of both parties.³⁵ Nevertheless, several countries adopted arbitration laws where the consent of both is not required for statutory consolidation. For example, Hong Kong Arbitration Act permits court-ordered consolidation without the

²⁵ Alice Marie King, *The Consolidation of Claims: A Proposal for Change in the ICSID System*, 27 (2008); Julian D. M. Lew QC, Loukas A Mistelis and Stefan M Kroll, *Comparative International Commercial Arbitration*, 392 (2003).

²⁶ King, *supra* note 25, 28; David Joseph QC, *Jurisdiction and Arbitration Agreements and Their Enforcement*, para 4.64 (2005).

²⁷ Vasilis Pappas, Romeo Rojas and Gita Keshava, *When Consolidation Fails: The Challenges of Parallel Arbitral Proceedings*, 229 (2020). Available at: <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-energy-arbitrations/4th-edition/article/when-consolidation-fails-the-challenges-of-parallel-arbitral-proceedings> (last visited May 20, 2021).

²⁸ Meier, *supra* note 1, 20.

²⁹ *Id.*, 17.

³⁰ *Id.*, 21.

³¹ Agaoglu, *supra* note 4, 157.

³² ICC Rules, art. 10 (c) (2017).

³³ HKIAC Rules, art. 28.1 (2013).

³⁴ King, *supra* note 25, 30.

³⁵ *Id.*, 29.

parties' consent if they choose the application of rules for domestic arbitration.³⁶

The requirements for consolidation

In the simplest form of the factual background, consolidation will be required to take place between claims with existing connections and to be implemented with the interest of fair and efficient resolution of a dispute. Thus, certain requirements should be met to be able to consolidate parallel proceedings. While different arbitration rules have different requirements for consolidation, they can be grouped for their common regulations.

The first requirement of consolidation of proceedings is connexity.³⁷ Different rules define the connexity requirement within different terms. For instance, The Uniform Arbitration Act of the US requires "the existence of a common issue of law or fact creates the possibility of conflicting decisions in the separate arbitration proceedings".³⁸ Some rules define the connexity within the terms of having the same subject matter.³⁹ These examples highlight the lack of uniformity about the definition and exact scope of connexity.⁴⁰ Overall, the connexity among cases can be in two forms. The first one is the consolidation of cases arising out of "the same event or sequence of events".⁴¹ Second is the consolidation of cases with different factual backgrounds, which have the same legal issue to be solved.⁴²

Connexity of disputes should be proved to the Tribunal in the case of disagreement. The consolidation of different proceedings, which are based on different contracts, is possible if arbitration agreements refer to the same institution for administration.⁴³ In this case, either parties can agree on consolidation, or consolidation may be ordered by the arbitration institution or arbitral tribunal with reference to the rules mentioned in the arbitration agreement.⁴⁴ In the latter situation, the arbitration institutions will require different conditions to be met in order to consolidate the proceedings. Tribunal usually searches for the existing legal and contractual relationship of parties to the proceedings to decide for consolidation. As for the involvement of other parties in the proceeding after the consolidation, "the group of

³⁶ *Id.*, 30.

³⁷ Lukas Vanhonnaeker, The Consolidation of Proceedings and Mass Claims in International Investment Law and Arbitration, *in* Shareholders' Claims for Reflective Loss in International Investment Law, 295 (2020). Available at: <https://doi.org/10.1017/9781108784023.010> (last visited May 20, 2021).

³⁸ Uniform Arbitration Act, Section 10(3); Vanhonnaeker, *supra* note 37.

³⁹ Vanhonnaeker, *supra* note 37; Rules of Procedure of the EFTA Court, art. 39. Available at: https://eftacourt.int/wp-content/uploads/2019/01/EFTA_Court_Draft_RoP_04072018.pdf (last visited May 20, 2021).

⁴⁰ Vanhonnaeker, *supra* note 37.

⁴¹ King, *supra* note 25, 14.

⁴² *Ibid.*

⁴³ Hanotiau, *supra* note 24, 378.

⁴⁴ *Id.*, 379.

companies” doctrine should specially be mentioned.⁴⁵ While some parties may refuse to join the consolidated proceeding, Tribunal can order them to join if it is possible to prove that they participated or intervened in the implementation, negotiation, and termination of the transaction.⁴⁶ Furthermore, such third parties should also constitute “a single economic reality”⁴⁷ with one of the parties to arbitral proceeding and should be “regarded as the actual party to the agreement”.⁴⁸ The Tribunal’s reasoning was as follows:

“... the arbitration clause expressly accepted by certain of the companies of the group should bind the other companies which, by virtue of their role in the conclusion, performance, or termination of the contracts containing said clauses, and in accordance with the mutual intention of all parties to the proceedings, appear to have been veritable parties to these contracts or to have been principally concerned by them and the disputes to which they may give rise”.⁴⁹

Some authors defend that arbitration agreements in the group of contracts should be identical in order to qualify as the basis for consolidation (same institutional rules, same number of arbitrators, and same seat of arbitration).⁵⁰ Additionally, while some sources strongly recommend adding additional provisions for consolidation in case of having different parties,⁵¹ nowadays the institutional rules started to recognize the consolidation of disputes with different parties. For example, the LCIA Rules 2014⁵² only permitted the consolidation of disputes with the same parties. In the LCIA Rules 2020,⁵³ the requirement for the same parties is omitted leaving the “same transaction or series of related transactions”⁵⁴ as the basis for consolidation.

Another element that is accepted as a requirement for the consolidation of proceedings is that the case should be solved in a fair and efficient manner.⁵⁵ This requirement is widely mentioned in different rules and sources.⁵⁶ For the Uniform Arbitration Act, “proceedings which can be consolidated in as much as the prejudice resulting from a failure to consolidate is not outweighed by the risk of undue delay or prejudice to the rights of opposing parties”.⁵⁷

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ *Id.*, 383.

⁴⁷ ICC Award No. 4131, YCA 1984, 131 et seq., 136 (1984). Available at: <https://www.trans-lex.org/204131> (last visited May 20, 2021); Hanotiau, *supra* note 24, 383.

⁴⁸ Agaoglu, *supra* note 4, 115.

⁴⁹ ICC Award, *supra* note 47.

⁵⁰ Anne Veronique Schlaepfer and Alexandre Mazuranic, Drafting Arbitration Clauses in M&A Agreements, in Amy C. Klasener The Guide to M&A Arbitration, 13 (3rd ed. 2021).

⁵¹ *Id.*, 14.

⁵² The LCIA Rules, art. 22.1 (x) (2014).

⁵³ The LCIA Rules, art. 22.7 (ii) (2020).

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ NAFTA, art. 1126 (2).

⁵⁶ UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure, art. 12.5.

⁵⁷ Uniform Arbitration ACT, section 10 (a) (4).

Consequently, the interpretation of this condition for the application of consolidation depends on the tribunal or court ordering consolidation.⁵⁸

One of the highly discussed conditions of consolidation is consent. While some arbitration rules require explicit consent, others accept implicit consent. The second reason for their approach with the fact that if parties chose rules that provide consolidation, they implicitly gave their consent. In fact, this is the main basis of criticism against consolidation.

B. Advantages of consolidation

The first advantage of the consolidation is about time, cost saving, and the effective administration of justice.⁵⁹ Consolidation of proceedings enables parties to have only one proceeding for similar cases instead of several ones, which could oblige them to deal with same matters in different proceedings. The parties can save time by submitting their evidentiary documents only through one procedure, and they can reduce cost by a single payment for arbitrators' fees.⁶⁰ Consolidation also allows the tribunal to analyze issue-causing disputes in "all-encompassing manner".⁶¹

The efficiency of consolidation, however, is not absolute. It is undeniable that, with different parties and differences in claims, the consolidated proceeding will be more complex, more expensive, and lengthier than any former single claims.⁶² In this situation, for some parties, it would seem preferable to choose individual proceeding over the consolidated ones, as they can pay less money and spend less time instead of being obliged to wait through a long procedure that is not related to their claim.⁶³ Additionally, the consolidation can increase costs of parties to legal counsel fees⁶⁴ can give chance to attorneys for dilatory tactics.⁶⁵ Nevertheless, this scenario should not be applied to all cases. As the submitted claims usually are similar for their substance and share some factual background, the consolidated claim should not be complex in relation to its substance.⁶⁶ The main point on the efficiency of consolidation is about avoiding contradictory awards and court decisions. Conflicting decisions can be made if the findings in relation to legal issues differ in two or more cases because of minor differences about parties or

⁵⁸ Vanhonnaeker, *supra* note 37, 296.

⁵⁹ *Id.*, 298.

⁶⁰ *Ibid*; Julie C. Chiu, *Consolidation of Arbitral Proceedings and International Commercial Arbitration*, 7 *Journal of International Arbitration* 53, 76 (1990).

⁶¹ King, *supra* note 25, 30.

⁶² Vanhonnaeker, *supra* note 37, 299.

⁶³ *Id.*, 300; Emmanuel Gaillard, *The Consolidation of Arbitral Proceedings and Court Proceedings*, in *International Court of Arbitration* (ed.), *Complex Arbitrations – Perspectives on their Procedural Implications*, 37 (Special Supplement of the ICC International Court of Arbitration Bulletin, ICC 2003).

⁶⁴ Vanhonnaeker, *supra* note 37, 299.

⁶⁵ Gaillard, *supra* note 63.

⁶⁶ Vanhonnaeker, *supra* note 37, 300.

factual background. It is especially important to note since “there is generally no ability to substantively review awards”.⁶⁷ Even in the case of variance in standards in different proceedings, a tribunal can bifurcate the proceeding into phases in order to assess liabilities and the common points of raised issues.⁶⁸ It should also be noted that such consolidation of proceeding should not be the reason for unfair results for the parties.⁶⁹

C. The problems of consolidation

Imposed consolidation on parties by the tribunal or court plays the main role in the criticism of the consolidation of proceedings as it is against their consent.⁷⁰ Especially, if the consolidation is not mentioned by the parties in an arbitration agreement, permitting the tribunal to consolidate claims would be against the consensual nature of arbitration.⁷¹ Some of the sources even equate it to a revision of the arbitration agreement by the Tribunal without the parties’ consent.⁷² The issue becomes more sensitive when it comes to commercial arbitration since the parties’ consent is the main cornerstone for consolidation.⁷³ The specifically mentioned point is that when the parties express their will for two-party arbitration, they choose not to have consolidation in the future.⁷⁴ Moreover, the principle of privity of contract provides scope only for the contracting parties to the arbitration.⁷⁵ It means joining third parties to the proceeding for consolidation will be difficult.⁷⁶

Such interpretation hardly matches with the realities of daily activities. Most of the times parties choose their arbitration agreement that does not provide consolidation, but they do not decide against it with full awareness.⁷⁷ Moreover, parties usually do not carefully negotiate the details of an arbitration agreement.⁷⁸ Opposingly, the close interdependence among different contracts may be the basis for the extension of consolidation agreement, if these contracts do not contain a clause referring to courts exclusively as the dispute resolution method.⁷⁹ Consequently, the lack of an arbitration agreement, which contains a provision on consolidation most probably, means that parties never discussed that matter.⁸⁰ Furthermore,

⁶⁷ King, *supra* note 25, 12; Gaillard, *supra* note 63, 35-36.

⁶⁸ Vanhonnaeker, *supra* note 37, 303.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Id.*, 304.

⁷² Dominique T. Hascher, *Consolidation of Arbitration by American Courts: Fostering or Hampering International Commercial Arbitration?*, 1 *Journal of International Arbitration* 127, 133-134 (1984).

⁷³ Vanhonnaeker, *supra* note 37, 305.

⁷⁴ Chiu, *supra* note 60, 57.

⁷⁵ Hanotiau, *supra* note 24, 370.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ Vanhonnaeker, *supra* note 37, 306.

⁷⁸ Meier, *supra* note 1, 17;

⁷⁹ Agaoglu, *supra* note 4, 157.

⁸⁰ Meier, *supra* note 1, 17; Joachim Drude, *Post - M&A Arbitration and Joinder: Process and Drafting Considerations for M&A Transactions*, 15 *SchiedsVZ* 224, 227 (2017).

despite their classic two-party structure, the model clauses of reputable arbitration institutions are proved to be highly effective as the basis for multi-party disputes.⁸¹

Procedural issues may arise after the consolidation due to the increasing volume of work. Procedural issues may also be divided into three types depending on their nature: The bifurcation of proceeding, the appointment of experts, and the significant number of evidentiary documents which the Tribunal can face with.⁸² With respect to the complexity of background, Tribunal can order the bifurcation of proceeding into two phases: the initial phase would be comprised of identifying issues that can be evaluated collectively from those that should be analyzed separately;⁸³ the second phase would be comprised of *the decision of Tribunal on the substance of claims*.⁸⁴ For such an organization of proceeding, Tribunal needs to show convincing reasons such as the difficulty of a case or *the voluminous nature of the record*.⁸⁵ The very same reasons can also raise the question of the need to call experts. Tribunal can appoint experts in order to assist them in the evaluation of financial evidence or the calculation of damages.⁸⁶ Nevertheless, all of these problems can be eliminated given that in M&A disputes the very essence of cases are similar, and parties use the same or related evidence and factual background.⁸⁷ Thus, the number of claimants would not differ much for the Tribunal in the proceeding.

The due process issues begin with the individuals' inability to choose their arbitrators independently in the case of consolidation.⁸⁸ Considering choosing your arbitrator is one of the main advantages of arbitration for parties, the consolidation of proceedings can create an impediment for parties to effectively implement their right.⁸⁹ In the famous Dutco case, two respondents wanted to nominate their arbitrators, although they were required to choose one together under the former ICC Rules.⁹⁰ Afterwards, they made a complaint to the French court based on the fact that their freedom to choose their own arbitrator was violated and it was against the French public policy.⁹¹ After this case, the ICC made a change in their rules: in the case of

⁸¹ Chiu, *supra* note 60, 57.

⁸² Vanhonnaeker, *supra* note 37, 308.

⁸³ *Abaclat and others (Case Formerly Known as Giovanna Beccara and Others) v. The Argentine Republic*, ICSID (W. Bank) ARB/07/5 (Decision on Jurisdiction and Admissibility) [hereinafter *Abaclat Decision on Jurisdiction*], para. 669 (2011).

⁸⁴ Vanhonnaeker, *supra* note 37, 309.

⁸⁵ *Id.*, 308.

⁸⁶ *Id.*, 310; *Abaclat Decision on Jurisdiction*, *supra* note 83, para. 11.

⁸⁷ Vanhonnaeker, *supra* note 37, 311.

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ *BKMI and Siemens v Dutco*, French Cass. Civ. 1ere, 7 January 1992, Bull Civ 1 (1992); Nigel Blackaby, Constantine Partasides QC, Alan Redfern and Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, para 1.111 (6th ed. 2009).

⁹¹ *BKMI and Siemens v Dutco*, *supra* note 90.

disagreement between parties on choosing an arbitrator, the final decision will be made by the ICC court itself.⁹² Thankfully, there are different methods that can be offered for the appointment of arbitrators and can be useful even for the traditional three-arbitrator panels of multiparty disputes.⁹³ The main rule for the effectiveness of these methods is about maintaining equal treatment for parties.⁹⁴

Another problem that arises related to consolidation is confidentiality concerns.⁹⁵ Joined parties can access one another's confidential information, business strategy within the evidentiary documents.⁹⁶ This issue becomes vital in M&A arbitration due to the very nature of M&A deals. In fact, confidentiality is one of the main reasons for the contractual parties to agree on M&A arbitration.⁹⁷ In the HFCS case, the tribunal refused to consolidate proceedings given the fact that consolidation would require complex confidentiality measures which makes consolidated proceedings too difficult to implement.⁹⁸

Different solutions can be offered for the confidentiality problem. Relevant parties' access to confidential information can be limited without making the proceeding too complex to organize.⁹⁹ This can be implemented by Tribunal through issuing protective orders, imposing confidentiality obligations to parties, appointing a confidentiality advisor.¹⁰⁰ Additionally, as it is noted by the Softwood Lumber Tribunal, parties themselves can agree to conclude an additional confidentiality agreement.¹⁰¹ The Tribunal in this proceeding also pointed out that confidentiality risks cannot be a hindrance for the advantages of consolidation, but a guide for determining the relevance of consolidation for a specific case.¹⁰²

Another point about procedural issues, which requires to be mentioned, is the possible problem that might create equal treatment concerns. Having

⁹² ICC Rules, art. 12 (6) (2012). This rule was adopted by the ICC in 1998.

⁹³ Christopher F. Dugan, Don Wallace Jr., Noah Rubins, and Borzu Sabahi, *Investor-State Arbitration*, 84 (2008).

⁹⁴ Vanhonnaeker, *supra* note 37, 312; Martin Platte, *When Should an Arbitrator Join Cases?*, 18 *Arbitration International* 67, 75 (2002).

⁹⁵ Agaoglu, *supra* note 4, 154.

⁹⁶ Vanhonnaeker, *supra* note 37, 313; Irene M. Ten Cate, *Multi-Party and Multi-Contract Arbitrations: Procedural Mechanisms and Interpretation of Arbitration Agreements under U.S. Law*, 15 *American Review of International Arbitration* 133, 153 (2004).

⁹⁷ Gauthier Vannieuwenhuysse, *The Rise of M&A Arbitration* (2021), <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/04/06/the-rise-of-ma-arbitration/> (last visited May 20, 2021).

⁹⁸ *Corn Products International, Inc. v. United Mexican States and Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. United Mexican States*, ICSID (W. Bank) ARB(AF)/04/1 and ARB(AF)/04/5 (Order of the Consolidation Tribunal), para. 8 (2005).

⁹⁹ Chiu, *supra* note 60, 60.

¹⁰⁰ Vanhonnaeker, *supra* note 37, 313.

¹⁰¹ *Canfor Corporation v. United States of America and Tembec et al. v. United States of America and Terminal Forest Products Ltd. v. United States of America*, UNCITRAL/ICSID (Order of the Consolidation Tribunal), para. 143 (2005).

¹⁰² *Id.*, para. 147.

several claimants and a respondent may end up creating difficulties for both sides from different perspectives. While one of the multiple claimants can be deprived of its right to be heard due to a mass of other arguments,¹⁰³ the respondent may face with lack of opportunity to get prepared and create a collective defense.¹⁰⁴ Consequently, both parties' procedural rights are at risk of violation. Additionally, the complexity of consolidated proceedings may increase the possibility for arbitrators to make an error.¹⁰⁵

As for the claimants' right to a fair hearing, the scope of it should be defined in order to determine what could constitute its violation in the case of violation.¹⁰⁶ When it comes to arbitration, the scope of the right to a fair hearing is defined as a "reasonable opportunity" of parties to submit their case.¹⁰⁷ Regarding the respondent's rights, usually, the main issue is the same for all claimants. It means the respondent's preparation for defense will be easier due to the fact that all claims are related. Moreover, effective case management by arbitrators can also mitigate the possible risks for the respondent.¹⁰⁸ Coming to the possibility of errors in consolidation, apart from effective case management, having access to the more detailed facts about the case due to the consolidation can give arbitrators "a wider perspective" to make decisions.¹⁰⁹

D. Cross-institutional consolidation: the way to future

When an M&A deal involves multiple contracts with different arbitration institutions chosen in their arbitration agreements, the situation gets more challenging. The explicit choice of different institutional rules makes the consolidation of proceedings nearly impossible. For this problem, the SIAC recently has published its memorandum for expanding cooperation among arbitration institutions and establishing the basis for cross-institutional consolidation. The memorandum describes the adoption of the protocol on possible acceptance of the proposal. It is also noted that despite the lack of statistical data, the problem of different institutional rules and the application of consolidation is not an "uncommon occurrence".¹¹⁰ The memorandum

¹⁰³ Gabrielle Kaufmann-Kohler, Laurence Boisson de Chazournes, Victor Bonnin, Makane Moïse Mbengue, *Consolidation of Proceedings in Investment Arbitration: How Can Multiple Proceedings Arising from the Same or Related Situations Be Handled Efficiently? Final Report on the Geneva Colloquium Held on 22 April 2006*, 21 ICSID Review – Foreign Investment Law Journal 59, 85 (2006).

¹⁰⁴ Vanhonnaeker, *supra* note 37, 314.

¹⁰⁵ Hascher, *supra* note 72, 136; Vanhonnaeker, *supra* note 37, 314.

¹⁰⁶ Vanhonnaeker, *supra* note 37, 314.

¹⁰⁷ *Id.*, 315; Case of *Dombo Beheer B.V. v. The Netherlands*, ECHR, App no 14448/88 (Judgment), para. 33 (1993); *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID (W. Bank) ARB/98/4 (Decision on the Application by the Arab Republic of Egypt for Annulment of the Arbitral Award dated Dec. 8, 2000), para. 57 (2002).

¹⁰⁸ Vanhonnaeker, *supra* note 37, 316.

¹⁰⁹ *Ibid*; Catherine Yannaca-Small, *Consolidation of Claims: A Promising Avenue for Investment Arbitration?*, in *OECD International Investment Perspectives*, 237 (2006).

¹¹⁰ Memorandum regarding Proposal in Cross-Institution Consolidation Protocol SIAC, para. 5.

suggests two methods to be chosen by other institutions in the future protocol. First is the establishment of a new mechanism to decide on the timing of application, the relevant decision-maker, and to determine the applicable criteria to applications in the case of cross-institutional consolidation.¹¹¹ As an alternative mechanism, arbitral institutions could adopt a mechanism to authorize one institution to decide on cross-institution consolidation based on its own consolidation rules.¹¹² For authorization, the objective criteria can be agreed on in the protocol.¹¹³ The protocol defines the same seat of arbitration as the minimum requirement for its application on the consolidation of parallel disputes.

The memorandum also set the minimum criteria of which should be regulated by the protocol, namely the identity of a decision-maker on consolidation, standards for consolidation, the timing of the application and status of existing tribunal appointments, partial consolidation as well as reasons for consolidation decision.¹¹⁴

While the protocol gives a basis for more efficient consolidation of disputes in the future, some questions still need answers for the efficient implementation of the protocol. The courts' approach in the future to the awards made based on such a mechanism is a complete mystery. The level of cooperation among institutions is another issue since each of them has its own requirements for consolidation determined in their rules. These issues should be completed based on the cooperation among institutions, as it is the basis intention of the protocol.

Conclusion

Overall, the effective consolidation of proceedings is important for the arbitration to maintain its advantages in complicated situations and survive. It is specifically crucial for M&A arbitration which is the main source for parallel proceedings to emerge and requires new methods to be applied to be as cost minimizing as possible. To achieve effective consolidation, the tribunal should deal with the main concerns of the parties, which can be a problem in the future for enforcement of an award. The proceedings should also be organized promptly as disputes arising in the different stages of M&A arbitration can have different nature, subject matter, and most profoundly can be subject to time limitation clause. The consolidation of M&A arbitration proceedings raises several concerns including due process, confidentiality, procedural concerns, and the lack of basis for the consolidation. While the application of different methods and technology nearly solves most of these problems, the determination of different arbitration institutions in the

¹¹¹ *Id.*, para. 13 (a).

¹¹² *Id.*, para. 13 (b).

¹¹³ *Id.*, para. 7 (b).

¹¹⁴ *Id.*, para. 15.

arbitration agreements makes consolidation impossible. Therefore, we conclude that the cooperation of arbitration institutions with one another can make consolidation possible. It will further assist us to preserve the place of arbitration in M&A disputes as an effective method of dispute resolution. The initiatives by the institutions for partnership can be the beginning point of this process.