

FİKRİ MÜLKİYET HUKUKUNDA KİRALAMA VE ÖDÜNÇ VERME HAKLARI

Cüneyt YÜKSEL*

GİRİŞ

1988 yılında yayımlanan "Green Paper on Copyright and the Challenge of Technology"¹ ve orada anlatılan Komisyon faaliyet programının uygulanması doğrultusunda Telif Hukuku ve Komşu Haklar alanında 19 Kasım 1992 tarihinde 'Fikir ve Sanat Eserleri Haklarının Kiralanması, Ödünç Verilmesi ve Bazı İlişkili Haklara Dair'² bir Konsey Yönergesi çıkarılmıştır. Yönergenin hedefi bazı fikir ve sanat eserlerinin ticari kullanımındaki değişen tekniklere bir çözüm olarak bu tür korumayı sağlamayan üye ülkelerde yeni bir hak ihdas etmektir. Aynı zamanda yetersiz ve birbirini tutmayan korumanın üye ülkelerdeki olumsuz etkilerinden sakınmak ve eser sahiplerinin ekonomik çıkarlarını garanti etmek suretiyle fikri kültüre yapılan yatırımları teşvik etmek³ için kiralanma ve ödünç verilme haklarında Topluluk dahilinde bir uyumlaştırmaya gitmek de Yönergenin diğer bir önemli amacı idi. Ne varki Konseyin fikir ve sanat eserleri konusundaki bu çabası ve eser sahipleri ile kamunun çıkarlarının uzlaştırılması girişimi tam olarak amacına ulaşmamıştır. Yönergede birçok husus belirsiz kalmış ve hukuki ihtilafların çıkmasına zemin hazırlanmıştır.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunumuzda 4110 Sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonucu 23. Maddenin 2. Fıkrasında Yayıma Hakkının bir çeşidi olarak kiralanma ve ödünç hakları bizce de tanınmıştır. Bu korumanın Topluluk Hukuku ile mevzuatımızın uyumlaştırılması çabasının yakın zamandaki bir uzantısı olarak Türkiye'de hukuken daha detaylı düzenlenecek olması, Yönergenin ihtilaflı kalmış maddelerinin açıklığa kavuşturulmasını bizim açımızdan da önemli hale getirmiştir. Genel olarak kiralanma ve ödünç ve-

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

1 Green Paper on Copyright and the Challenge of Technology, COM (88) 172

2 ATRG (1992) L 346/61

3 S. von Lewinski, "Rental right, lending right and certain neighbouring rights: the EC Commission's proposal for a Council Directive" (1991) 4EIPR 117, s.117

rilme haklarının Fikri Hukuktaki boyutunun irdeleneceği bu incelemede özellikle orjinal ve nüsha eser kavramları ve kiralama ve ödünç verilme haklarından ne anlaşılması gerektiği ele alınacak hususlardandır. Ayrıca adil karşılık konusu ile kanunlar ihtilafı kuralarındaki düzenlemelere de bu çalışmada yer verilecektir.

1. ORJİNAL VE NÜSHA FİKİR VE SANAT ESERLERİ

Yönergenin ilk maddesinde uyumlaştırma konusunun ne olduğu 'orjinal ve nüsha fikir ve sanat eserlerinin kiralınmasına ve ödünç verilmesine izin verilmesi veya bunların yasaklanması, şeklinde ifade edilmiştir. Bununla beraber Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukunda hangi eserlerin orjinal hangilerinin nüsha olduğunu her zaman ayırt edebilmek kolay değildir. Bir görüşe göre⁴ orjinallikten ancak moda tasarımı, heykel, resim gibi nüshalarının yapılmasının mümkün olmadığı ve fakat kiralınmalarında ve ödünç verilmelerinde ekonomik değere haiz olan sanat eserleri anlaşılırken⁵, nüshadan bunların dışında kalanlar yani kitap, disk veya kaset gibi edebi ve müzikal eserleri akla gelebilecektir. Başka bir yorum tarzında⁶ ise orjinal - nüsha ayırımı yapmanın güçlüğünden dolayı her olayın kendi özelliklerine göre değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Buna örnek olarak bir film printinin kaydedilip kiraya verilen kasete nazaran orjinal olma özelliğini daha fazla sergilemesi gösterilebilir.

Maamafih Yönergede ne eserin tabiatına ne de son şekline (tiyatro oyunu, televizyon programı, özel kullanım veya diğer bir şekil) ait bir ayırım yapılmamıştır. Bu yüzden Yönergenin amacı doğrultusunda herşey -orjinal ya da nüsha- kapsam içinde olacak ve aynı maddenin ikinci paragrafında düzenlendiği üzere kiralama ve ödünç verme hakkının konusunu oluşturacaktır. Yalnız, orjinal ve nüshaların bu şekilde aynı rejime tabi olmaları uygun düşmemektedir. Gerçekten ancak bazı özel katogori eserlerin orjinallik vasfını taşıyabilecekleri buna karşın nüshaların fikir ve sanat eserlerinin en büyük kütesini (kitaplar, müzik kasetleri, filmler) meydana getireceği göz önüne alınırsa ikisinin de aynı tür korumaya konu olmaları uygulamada bazı sorunları beraberinde getirecektir. Bir ke-re yöneldikleri ve hakim oldukları pazar tamamen farklıdır⁷. Orjinal eserler genellikle sı-

4 D. Kallinikou, "Principal Issues of the 2121/1993 Law of Intellectual Property and Related Rights", Sakkoula, Athens, 1994, s.66

5 Sınırlı sayıda resmin çoğaltılarak galerilere kiraya verilmesinin orjinal mi nüsha mı kategorisine girdiği açık değildir.

6 P. Geller, "The proposed EC rental right: avoiding some Berne incompatibilities", (1992) EIPR 4, s.5

7 R. Rosenbloum, makalesinde video ve müzik kaset pazarlarının farklılıklarına işaret etmekte, ve bu farklılıkların (kiralanan video kasetlerinin kopye edilerek çoğaltılması müzik kasetlerinde olduğu gibi yaygın değildir) Avrupa Konseyi tarafından Genelgede yanlış mülhaza edilmelerinin her iki pazarın ihtiyaçlarına etkili yanıt vermeye engel olduğunu belirtmektedir. Böylece yazarın fikrine göre ki bu aynı zamanda Amerikan Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda 1984 yılında yapılan Amerikan cihazlarının kiralınması hakkındaki kanun değişikliği ile aynıdır, video kasetleriyle ilgili herhangi bir özel kiralama hakkının getirilmemesi gerekirdi. "The rental rights Directive: a step in the right and wrong directions" (1995) 15 Loyola of Los Angeles Entertainment Law Journal 547, s.574 vd. Ne varki Yönergede değinilmeyen konular bununla sınırlı değildir; sanat eserleri için ayrılan pazar ile (orjinal), diğer fikir eserleri için büyük kütleler halinde olmasından dolayı oluşan pazar arasında az önce bahsedilenden daha ciddi farklılıklar olmasına rağmen bunlara da dikkat edilmemiştir.

nırlı sayıda kimselere kiralanabilir yani kullanılmaları bütünüyle kontrol altında tutulabilirken, nüshalar dev bir uluslararası pazara hitap ettiklerinden meşruiyetlerinin kontrol edilebilmesi hiç de kolay değildir; özellikle piyasada hızla gelişen yeni dağıtım metodları dikkate alınırsa kontrolün ne denli güç olacağını kestirmek çok büyük hayal gücü gerektirmez⁸.

Fikir ve sanat eserlerinin bu modern dağıtım ve kiralanma sistemleri ilk etapta nüsha kavramına damgasını vuracak ve Yönergenin uygulama alanının tekrar gözden geçirilmesi gerekecektir. Çok yakın bir gelecekte bilgisayar ağı yardımıyla erişilebilen dijital eserler geleneksel maddi nesnelere yerini alacaktır. Diğer bir deyişle fikir ve sanat eserlerinin dijital nüshaları⁹ fiziksel olanları yavaş yavaş ortadan kaldırmaya başlayacaktır. Bu söylenenlerin ışığı altında dijital yayma ve kiralama kavramlarının birbirinden ayırt edilebilmesi de mümkün olmayacaktır. Buna karşılık Konsey Yönergesinin geleceğin bu ihtiyaçlarına yanıt verecek şekilde tasarlanıp tasarlanmadığı belirsizdir. Bu belirsizlik kendini Yönergenin uygulama alanının elektronik siparişleri kapsayıp kapsamadığında da gösterir. Konsey kiralama ve ödünç verme haklarının sadece maddi nesnelere için söz konusu olabileceğini açıklamıştır. Buna göre bir filmin elektronik veri iletimiyle (yükleme) kamuya arzı kapsam dışındadır, çünkü bu tür bir kullanım çoğu üye ülkede ve Türkiye'de¹⁰ temsil hakkı başlığı altında değerlendirilir ve bu yüzden temsil hakkı çerçevesinde bu konuda uyumlaştırmaya gidilmesi gerekir¹¹. Hemen hemen tüm üye devlet hükümetleri Konseyin bu görüşüne katılmaktadırlar¹². Bu görüşe göre kiralama deyince münhasıran fiziksel eserlerin kiralanması anlaşılmalıdır. Yönergenin tasarısında aktif olarak bulunan J. Reinbothe and S. Lewinski ise bu tutuma karşı çıkmış ve görüşlerini şöyle ifade etmişlerdir:

"elektronik 'kiralama' ve 'ödünç verme' fiillerinin aynı rejime tabi olmaları gerekir çünkü uygulamada maddi nesnelere geleneksel kiralanması ve ödünç verilmesi ile hukuken aynı etkilere sahiptir. Üye devletler kiralama ve ödünç verme haklarında uyumlaştırmaya giderken bir video kasetindeki filmi seyredecek ve/veya bir kopyasını kaydedecek ancak belli bir süre sonra geri götürmesi gereken bir kimseye hazır hale getirilmesi durumunu tasavvur etmişlerdir. Bu şahsın videoya veya kütüphaneye gitmek yerine bir filmi telefonla sipariş etmesi ile elektronik olarak akta-

8 Hizmete karşılık zorunlu ödeme sisteminin yerine teletext ve internet aracılığıyla 'talep üzerine' ürünlerin ve hizmetlerin sağlanması. S. John, "What rights do record companies have on the information superhighway?" (1996) EIPR 74, s.75

9 İnternette dolaşan bir eserin kendisinin orijinal mi nüsha mı olduğu konusu da tartışmalıdır. Fakat orijinal ve nüsha eserler aynı rejime tabi oldukları sürece bu hususun ciddi sorun çıkarma potansiyali de o derece azdır. Üzerinde durulması gereken fikri bir eserin dijitalasyonunun Yönerge kapsamında olup olmadığıdır.

10 Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 24. Maddesi Temsil Hakkı başlığı altında bu konuyu düzenlemiştir. Maddenin 2. Fıkrası 'Temsilin umuma arz edilmek üzere vukubulduğu mahalden başka bir yere herhangi bir teknik vasıta ile nakli de eser sahibine aittir' demek suretiyle diğer Avrupa Devletleri ile aynı görüşü paylaşmıştır.

11 S. von Lewinski, dipnot 3, s.119. Ayrıca bkz. W. Patry, "Developments in international copyright from the US perspective", 3.10.1991, 318 PLI/PAT 349.

12 S. John, Dipnot 8, s.76.

rılabilen televizyon ekranında arzu ettiğinde seyretmesi olayı arasında hukuken bir fark yoktur. Önceden olduğu gibi filmin seyredilmesi ve bir kopyasının alınması mümkündür. İster fiilen bir video kasetin elden teslimi ister televizyon ekranına elektronik yüklenmesi olsun Üye Devletlerin söz konusu bu iki durum için bir fark gözetmek istemedikleri sonucu çıkarılabilir. Bu devletler Yönergenin, 'kiralama' ve 'ödünç verme' tekniklerindeki ilerlemeler nedeniyle tesirinin azalması ya da tamamen başvurulamaz olmasını kesinlikle istememişlerdir. Buna göre Yönerge, elektronik 'kiralama' ve 'ödünç verme' fiillerini de kapsayacak, ancak devletlerin kendi iç hukuklarına aktarmada serbest olacak şekilde yorumlanmalıdır.¹³

Netice olarak kabul edilmelidir ki Yönerge dijital yayılma veya elektronik veri iletimi konusunda lafzen sessiz kalsa da, ya amacına uygun yorum ile ortaya sonradan çıkan ihtiyaçları da bünyesine almalı veya bu alandaki gelişmelerin gerisinde kalmamak için kısa bir süre sonra güncelleştirilmelidir. Eğer bu yeni kiralama teknikleri, ister orjinal ister nüsha olarak, Yönerge dışında kalırsa çok büyük miktarda eser kamu ve özel kullanıma açık olurken bunları yaratan eser sahiplerinin mali hakları tehlikeye girmiş olacaktır.

2. KİRALAMA VE ÖDÜNÇ VERME HAKLARI

A.Doğrudan veya Dolaylı Ekonomik ya da Ticari Menfaat

Yönergenin 1.maddesinin 2 ve 3. paragrafları kiralama ve ödünç verme haklarının tanımı ile ilgilidir. Buna göre kiralama 'doğrudan veya dolaylı olarak ekonomik veya ticari menfaat sağlanması için belirli süre kullanıma hazır tutmak' iken ödünç 'doğrudan veya dolaylı olarak ekonomik veya ticari menfaat **gütmeden** kamuya açık kurumlar kanalı ile belirli bir süre için anılan eserleri kullanıma hazır tutmaktır.'

Bu tanımlardan kaynaklanan bazı belirsizliklerin açıklığa kavuşturulması gerekir. İlk olarak 'doğrudan ya da dolaylı ekonomik veya ticari menfaat'in ne olduğu tarif edilmemiştir. Bu ifade her ne kadar tasarındaki 'kazanç elde etme gayesi'¹⁴nin değiştirilmiş son biçimi olsa da hala kesinlikten uzaktır. Dolaylı ekonomik veya ticari menfaatin bile işe karışmadığı durumlar çok nadir ortaya çıkabilir. Kiralanmanın bağış, eğitim ve hatta sergi amacıyla olması hallerinde bile bir şekilde kazanç söz konusu olacaktır. İdari ve diğer usuli işlemlerin karşılığı olarak örneğin bir gösteri için çok az da olsa bir ücret talep edilmesinde doğrudan bir kazanç devreye girebilecekken sonradan yapılacak satışlardan sağlanmak üzere dolaylı bir kazanç hemen hemen devamlı ortaya çıkacaktır. Yönergenin, bu halleri hukuken kapsam dışı bırakıp bırakmadığı ihtilaflıdır¹⁵. Eğer anılan bu du-

13 J. Reinbothe ve S. von Lewinski, 'The EC Directive on rental and lending rights and on piracy' Sweet & Maxwell, 1993, s.41 vd.

14 Yönerge Tasarısı 13 Aralık 1990 ortaya çıkmış, COM (90) 586 son, Resmi Gazetede 28.2.1991 tarihinde yayımlanmıştır, ATRG C53/35.

15 Bu durumlar kapsam dışı kalsa bile sonraki satışların yani bağış niyetiyle verilmiş bir gösteri video kasetinin kiralama sonrası satılmasından elde edilen kazancın Yönergedeki menfaat kavramı unsurlarını taşıyıp taşımadığı belli değildir.

rumlar kiralama hakkından sayılırsa özünde kazanç gayesi olmayan bir sürü aktivite önlenmiş olacaktır. Muhtemelen ya hak sahipleri sonradan kendi paylarını isteyecekler ya da bu tür işleri iştigal konusu yapmış kurumlar (sergiler, hayır kurumları, kültür ve sanat etkinlikleri) faaliyetleri için elzem olan ücreti kesmek zorunda kalacaklarından hak sahiplerinin bu isteklerini yerine getirmede zorlanacaklardır. Yönergenin ilgili maddesinin ekonomik veya ticari menfaat şeklindeki ifade tarzı yerine ekonomik ve ticari menfaat olarak düzenlenmesi bu soruna bir çözüm getirebilirdi. Bu çözüm aynı zamanda eser sahiplerinin de lehinedir. Eserlerinin tanıtımı ve buna benzer etkinliklerin bazı ekonomik veya ticari menfaat unsurlarını taşımasından dolayı 3. bentteki ödünç verme hakları dışında kalması bu aktiviteleri üstlenen kimseleri, masrafların kendi ceplerinden çıkması endişesiyle, bu tür faaliyetlere girişmeden alıkoyacaktır. Bu bağlamda menfaat kavramının özellikle de kiralama amacıyla ilgili olarak, daha kesin çizgilerle izah edilmesi anılan tehlikeleri bertaraf ederdi.

İkinci muğlak kalmış nokta, yukarıdaki tartışmayla da bağlantılı olarak, ticari veya ekonomik menfaatten kimin yararlanacağı meselesidir. Dağıtıcılar mı, tanıtıcılar mı, eserin kiraya verilmesine iştirak edenler mi ya da bunlarla birlikte kiralamanın lehine yapıldığı üçüncü kişiler mi? Bunlara ilaveten 2 ve 3. bentteki her iki şartın yerine getirilmesi durumunda yani hem bazı giderleri karşılamak üzere çok cüz'i bir çıkarın bulunduğu (ama, yukarıda da açıklandığı gibi, bunun ticari bir değerinin olmadığı) hem de bütün işlemin tamamen kamuya açık bir kurumda meydana gelmesi halinde ne olacaktır? Hangi unsur önceliğe sahiptir, menfaat unsuru mu yoksa kamuya açık kurumlar kanalı unsuru mu? Diğer bir deyişle, kiralama mı, ödünç verme mi söz konusu olacaktır?

Bu sorular tabidir ki bizi 'kamuya açık kurumlar'dan kasıtın ne olduğunun da tartışmalı bir konu olduğu sonucuna götürüyor. Özel kütüphaneler ya da sadece üyelerine veya sınırlı sayıda belli kimselere açık eğitim amaçlı klüpler Yönerge açısından kamuya açık kurumlar mıdır? Devlet tarafından veya devlet gözetimi altında kurulan özel sergilerin durumu ne olacaktır? Konseyin komşu hakların bir çeşidi olarak düzenlediği ödünç verme hakkının salt bir kamu hakkı niteliğinde olmaması kamuya açık bütün kurumlara ilişkin olaylarda bu hakkın devreye girebilmesi demektir. Oysa bu, eser sahibinin, Yönerge tarafından sağlanan, telif ücretini elde etmesini güçleştirir, çünkü ödünç hakkı yedek bir hak gibi de değerlendirilebilecek yani hakkın vasıflandırılması kiralama yerine ödünç lehine olacaktır. Sonuç olarak söz konusu hakkın yorumlanması kiralamadan ödünce kayacağından sanatçıların eserlerinin kiralanması Yönergenin 1.maddesinin 3.bendi yerine 2.bendi uygulama alanına girmesiyle anılan sanatçılar sahip olabilecekleri karşılıktan yoksun kalacaklardır ve böylece Yönerge tarafından sanatçılara sağlanan bedel hakkı tehdit altında olacaktır.

B. Sınırlı Bir Süreyle Kullanma

Kiralama ve ödünç haklarının tanımında belirsiz olan diğer bir konu da 'kullanma'

kelimesinin sınırlı bir süre ile beraber ne anlama geldiğidir. Bu kavramların konuluş amacı, daha yakından bir bakışla, özellikle bilgi teknolojisi eserlerinde kolayca bertaraf edilebilir. 2 veya 3 yıl içinde birçok teknolojik aletin pazardaki popülaritesi yitirmesi piyasanın yeni ihtiyaçlarını tatmin için farklı sözleşme tiplerini ortaya çıkarır (ilk satıcıya, olduğu gibi ya da geliştirilmiş teknolojiyi geri alma imkanı sağlayan opsiyonel veya zorunlu klozlu satış, leasing sözleşmeleri). Fikir ve sanat eserlerinin geriye dönüşü imkanı getiren bu işlemler satış olarak mı kabul edilecek yoksa kiralama hakkı bunları da kapsayacak mıdır? Eğer bunları kiralama olarak nitelendirirsek bu sınırlı sürenin uzunluğunun da tesbit edilmesi gerekir. Fikri ürün niteliğinde bilgi teknolojisi eserlerine ilişkin yeni sözleşmelerin girişimcilerin eser sahipleri lehine mükellefiyetlerini en aza indirecek şekilde kaleme alınması kaçınılmazdır¹⁶. Kiralama için talep edilen telif ücreti eserin belli bir süreyle alınmasına göre daha ucuz olursa, sözleşmenin satım yerine kiralamaya benzeyecek şekilde yapılmasını çekici hale getirir.

Bu konuda son olarak üzerinde durulması gereken husus kiralama hakkının gayesi bakımından eserin orjinal veya nüshalarının piyasaya hazır hale getirilmesinin kimden talep edileceğidir. Bu bağlamda sadece bir video kasetinin bir videocuya kiralanmasından, nüshalarının sinemalara, televizyon istasyonlarına veya toptancılara dağıtımına bu madde hükmü uygulama alanı bulabilir. Oysa Geller'in işaret ettiği gibi "sıradan kanunlardan farklı olarak Yönergenin uygulanması piyasada satılmış ve sonra son kullanıcılara kiralanmış nüshalarla sınırlı değildir.¹⁷" Bu kadar belirsiz konuyla Yönergenin temel hedefi olan hak sahiplerinin fikir ve sanat eserlerinin işletilmesiyle ilgili sorunlara çözüm getirmek etkin biçimde sağlanamayacaktır. İstifade alanları net ve kesin çizgilerle belirtilmemiştir. Böylece kiralayan şirketin eserin pazarlanması için çoğalttığı nüshalar ve hatta özel kullanım amacıyla yapılan nüshalar gibi eserlerden meşru yararlanmalar da kapsam içinde olabilir.

3. VAZGEÇİLEMEZ ADİL KARŞILIK

Yönergenin 4. maddesi belki de en tartışmalı hükümdür çünkü fikri hukuk alanına esaslı bir yenilik, **sanat eserlerinin kiralanmasında ve ödünç verilmesinde vazgeçilemez karşılık** getirilmiştir. 2. maddede belirtilen hak sahipleri, yazarlar, sanatçılar, yapımcılar kiralama ve ödünç dahil tüm haklarını üçüncü kişilere devretseler dahi eserleri-

16 "İngiltere'de avukatlar daha şimdiden hazırladıkları sözleşme metinlerinde bu hükümlerin etkisini azaltmak çabası içine girmişlerdir (hak sahibine adil bedeli sonradan geri verme yükümlülüğü getiren ikili anlaşmalar gibi)." Editorial commentary on the Council Directive 92/100, in A. Booy and A. Harton, EC Intellectual Property Materials, Sweet & Maxwell, 1994, s.11.

17 Geller, bkz. dipnot 6, s.5.

nin kullanımından kaynaklanan adil bedel hakkını muhafaza ederler¹⁸. Bu haktan feragat edilemez ve sanatçıların bu hakları onlar adına meslek birliklerince de kullanılabilir.

4. maddenin 2. bendinin ifadesinden, 5. maddeyle de bağlantılı olarak ödünç verilme hakkının kiralamayla aynı hukuki rejime tabi olmadığı anlaşılmaktadır. Böylece sanatçılar eserlerinin ödünç verilmesine ilişkin adil bedelden vazgeçebilirlerken üye devletler umuma ödünç verilmesi veya belirli bazı kurumlarla¹⁹ bağlantılı olmak koşuluyla adil bedelin yazarlar hariç yaratıcılara verilmesinden yoksun bırakmaya ilişkin hükümler getirebileceklerdir. Yazarlar bu istisnanın içindedir, eserlerinin kamuya ödünç verilmesi hakkında olsa bile yazarlara bir karşılık ödenmelidir.

Üye devletlere bedel mükellefiyetinden meşru bir biçimde eser sahiplerini yoksun bırakma imkanı verilmesi ve yaratıcıların sözleşmelerle bu haktan feragat edebilmeleri ödünç hakkını ciddi bir biçimde zayıflatmaktadır. Hatta bu son madde, yaratıcıların güçsüz pazarlık konumları ile piyasanın üzerlerindeki baskısı göz önüne alındığında daha da içinden çıkılmaz bir hale gelir. Bu hakkın 2. maddede sayılan hak sahiplerine Yönergece tanınması yeterli değildir. Bunu ortadan kaldırabilecek hükümler mevcut oldukça bu alanda kayda değer bir gelişmenin sağlanması imkan dahilinde değildir.

A. Adil Karşılık

Adil karşılığın kiralama hakkında vücut bulması da sorunsuz değildir. Adil bedelin bir tanımı yapılmadığı gibi adil sayılmak için gerekli kriterin ne olduğu ve ayrıca bir eserin meydana getirilmesinde iştirak eden sayısının birden fazla olması halinde nasıl paylaştırılacağı da belirtilmemiştir. Bu sebeple bu mükellefiyetin milli mevzuatlara aktarılmasında uyumlaştırma sağlanabilmiş tek konunun tüm üye devletlerde sadece bir bedelin ödeneceği gerçeği olduğu kolayca gözlenebilir. Oysa bu bedel, hesaplanmasında izlenecek yolu gösteren özel bir hükümle desteklenmedikçe her üye devlette sadece hesaplama metodu değil ayrıca miktarı da çok farklı olabilecektir. Ücretin nasıl hesaplanacağı, miktarı, ödenme zamanı gibi hususlar tamamen üye devletin takdirine bırakılmıştır.

18 Yönergenin 4. maddesi şöyledir:

1. Bir eserin yaratıcısının ya da icracının bir fonogram veya bir filmin orijinali ya da nüshası üzerindeki kiralama hakkını fonogram veya film yapımcısına devretmesi veya tahsis etmesi halinde, eser sahibi veya icracı kiralama için adil bir karşılık elde etme hakkını saklı tutacaktır.
2. Eserlerin yaratıcıları veya icracılar kiralama için adil bir karşılık elde etme hakkından feragat edemezler.

Aslında yaratıcı veya icracı bu karşılığı yapımcı ile paylaşmak zorunda kalacaktır, çünkü yapımcı da 2. maddeye göre bu bedelde hak sahibidir. Gerçekten 2(1). maddeye göre "kiralama ve ödünce izin verme ve yetkilendirme hakkı kendi fonogramı için fonogram yapımcısına ve filmin orijinal veya nüshaları için bu filmin ilk kaydını yapan yapımcıya aittir." Buna karşın eğer yapımcı eserin kiralmasını yasaklarsa sanatçılar ve icracılar hala adil karşılık hakkını muhafaza ederler mi sorusu Yönergede yanıtlanmamıştır.

19 Hüküm bu kurumların mutlaka devlete ait olmasını öngörmemiştir.

Ayrıca bu bedelin üst ve alt sınırı tespit edilmediği için kiralama ve ödünç haklarının bu Yönergeyle getirilmesi sanatçılara etkin bir koruma sağlandığı anlamına gelmez. Bu son nokta ancak milli mevzuatlara bu hakkın uygulanmasındaki milli ölçülere göre net bir hal alır. Dahası Fransa'da 'adil' olan İngiltere'de olmayabilir. Yani ücret çok önemsiz bir rakamdan gerçekten çok kazançlı bir miktara her ülkede değişiklik arzedebilir. Belki de her devlette geçerli minimum bir oranın Yönergeye eklenmesi böyle durumların ortaya çıkmasına engel olabilirdi. Ne varki bedelin en alt sınırı da üye devletlerin pazarlarındaki, ekonomik durumlarındaki ve ulusal fikri mülkiyet sisteminde hakim önceliklerindeki farkları uzlaştıracak kadar esneklik sağlamayabilir²⁰.

Buna ek olarak eserdeki hak sahiplerinin birden fazla olması halinde ücret talebi daha da karışık bir hal alır. Özellikle bir film veya şarkıya ilişkin eserlerde birçok yaratıcının görev alması, onlar arasında adil ve telafi edici bir bedelin nasıl paylaşılacağı gibi sorunları da beraberinde getirecektir. İştirak eden herkesin eşit katkıda bulunduğu mu varsayılacak yoksa ücretin paylaşılması esere katkılarına göre mi belirlenecek? Bedeli ödemek zorunda olan girişimcinin sadece dolaylı bir ticari menfaaat sağlamasında çözüm ne olacak? Böyle bir durumda her bir katkı sahibinin talebine yanıt verecek ve aynı zamanda adil ve makul bir ücret nasıl hesaplanacak? Bunlar tümüyle üye devletin bu hükmü uygulamasında takdirine bırakılmış konulardır.

Yönergenin açıklama getirmediği diğer bir nokta da talep edilen ücreti kimin ödemesi gerektiğidir. Dağıtıcı mı, eseri hazır hale getirip pazara sunan mı ya da son kullanıcı mı? Bu gibi hayati hususların düzenlenmemiş olması kiralama ve ödünç hakkının etkinliğini ciddi bir biçimde bozacak niteliktedir. Belli bir dereceye kadar manipülasyonun, ekonomik ve ticari verilerle bazen hilenin milli mevzuatlarda kendini hissettirmesi imkan dahilindedir. Üye devletlere tanınan bu geniş takdir yetkisiyle Yönergenin hükümleri şeklen ulusal hukuklara geçse bile yaratıcıların korunması gereken hakları, netlikten uzak olundukça tehdit altında olacaktır.

Son olarak 4. maddenin 1.bendi tarafından getirilen düzenlemeyle kiralama hakkının devir ve transferini batıl veya geçersiz kılan bir hüküm Yönergede olmadığından kiralama hakkının temlik ve devir edilebilmesi mümkündür. Ancak bu haktan kaynaklanan bedelden vazgeçilemeyeceği gerçeği hakkın hukuki mahiyetinde tereddütler ortaya çıkarır²¹. Gerçekten bir hakkı devir ve temlik etme imkanı hak sahibine tanınırken bunun

20 Anglo-Amerikan hukuk sistemleri için öncelik fikri yaratıcılığın teşviki ile bunun pazarda kendini göstermesi iken Kara Avrupası hukuk sistemlerinde sanatçıların hakları öne çıkar. Böylece üye devletlerin kültürel politikalarında öncelikler de farklı olacaktır.

21 Belirsiz olan diğer bir konu da karşılığın tüm bağlantılarıyla mı devredilemeyeceği yoksa sadece asgari bir bedel belirlenerek bunun dışında kalanların mı devredilebileceği meselesidir.

semeresinden feragat edilemeyeceği hukuksal açıdan garip bir tutumdur. Burada ne tür bir amaç söz konusudur? Bu konuda belirsiz olan bedelin kendisinden vazgeçilemezliğin bu bedele hak kazanmayı nasıl etkileyeceğidir; eğer etkileme olursa, Yönergeye göre bedelin devrinin örneğin alacaklıya geçmesine izin verilecek midir? Bu hususta Yönergede bir açıklığın olmaması pratikte bedel hakkının temlik edilebilmesine olanak tanıdığı şeklinde yorumlamayı destekleyebilir (bedelin üçüncü kişilere devri). Böyle bir durumda Geller'in de haklı olarak altını çizdiği gibi "bedelden vazgeçilemezlik, gerçek hak sahiplerinin bedel hakkını ayrıca devir altına sokan sözleşmeye konacak bir hükümlerle hatta kiralamaya hakkını devralan kişilere dahi temlik edilerek hak sahiplerinin aleyhine kolayca bertaraf edilebilecektir."²²

B. Kiralama Hakkının Hukuki Boyutu ve Kanunlar İhtilafı

Yönergenin düzenlemeyip belirsiz bıraktığı önemli sorunlardan biri de adil bedelden vazgeçilemezliğin sadece Avrupa Birliğindeki sözleşmelerle mi sınırlı olduğu yoksa yabancı sözleşmeler için de geçerli olup olmadığıdır. Tabii, hangi sözleşmelerin Avrupa kaynaklı statüsüne girdiği (yani Topluluk üyesi bir ülkede yapılan bir sözleşmenin ayrıca ifa yerinin de üye bir devlet mi olması gerekir) ayrı bir sorudur. Her ne kadar bunlar devletler özel hukukuna ilişkin problemler olsa da Yönergenin sessiz kalmayıp bunlara açık çözümler getirmesi meselenin aydınlanması açısından yerinde olurdu. Örneğin Fransız bir yazarın, sözleşme serbestliğinin kendisine tanıdığı imkanla kiralamaya hakkını ondan kaynaklanan tüm yetkileriyle Amerika'daki yayın evine devretmesi veya sözleşmeye eklenecek bir hükümlerle bu konuda çıkabilecek tüm ihtilaflarda sadece Amerikan Eyalet Hukukunun uygulanacağını istemesi kabul edilebilir mi? Eğer yazar Amerikalı, yayın evinin bulunduğu yer Fransa olursa çözüm aynı mı olacak? Bu soruların yanıtı Yönerge hükümlerinin asgari kurallar olarak mı, her halukarda uygulanması icap eden emredici hükümler biçiminde mi yorumlanacağını belli edilmesiyle açıklığa kavuşur²³.

Belirsizlik sözleşmenin tümüyle üye bir devlette yapılmasında hatta daha da büyüterek devam eder²⁴. Hangisi önceliğe sahiptir; Sözleşme özgürlüğü ve onun uzantısı uygulanacak hukuku belirleme özgürlüğü mü yoksa üye devletlerce iç hukuklarına aktarılmış ve Bern Sözleşmesinde²⁵ öngörülen vatandaşla eşit muamele ilkesiyle tamamlan-

22 Bkz. dipnot 6, s.7.

23 Ayrıntı için bkz. 1980 sözleşmeden doğan ihtilaflara uygulanacak hukuka ilişkin Avrupa (Roma) Sözleşmesi md. 7(2), 6.10.1986 ATRG L266

24 bkz. Roma Sözleşmesi md.3(3)

25 Edebiyat ve Sanat Eselerini Korumak için Bern Birliği Sözleşmesi, 1971 Paris metni

miş Yönerge hükümleri mi? Şu ana kadar tutarlı bir çözüm için örnek teşkil edebilecek bir uygulamaya rastlanmamıştır. Yine de bu sorunlara getirilecek her çözümde akılda tutulması gereken iki husus vardır: Birincisi Fikri Hukuk alanında uluslararası kabul görmüş ve bütün üye ülkelerce onaylanmış Bern Sözleşmesiyle²⁶ beraber sözleşmeden doğan uyumsuzluklarda uygulanacak hukukla ilgili Avrupa Konvansiyonuyla Yönergenin uyum içerisinde olma zorunluluğu ve ikincisi Yönergede yer almış hükümler ve konuluş amaçları.

Yönergenin kanunlar ihtilafı alanında sarıh hükümler taşıması, başlangıç noktası olarak Bern Sözleşmesini öne çıkarır. Bu sözleşmenin konuyla ilgili maddelerinde hak sahiplerinin tüm hakları için vatandaşla eşit muamele ilkesinin yanısıra manevi haklar istisnası dışında sözleşme özgürlüğü ilkesi öngörülmüştür²⁷. Ne varki Bern Sözleşmesinin sağladığı eşit muamelenin hukuki sonucu olarak yararlanılacak herhangi bir hak fikri mülkiyet alanının iç hukuktaki kurallarıyla ki, bazı haklar asgari ve mecburi hükümlerle tarafların sözleşme serbestisini sınırlandırmıştır, bağlı olacaktır. Ancak söz konusu eğer bir yabancı fikri hukuk sözleşmesi ise kanunlar ihtilafı sorunları bu açıklamalarla henüz bir sonuca ulaşamayacaktır. Böyle bir durumda yani yabancı fikri hukuk sözleşmesinin devreye girmesi halinde iç fikri mülkiyet hukuku ile tarafların sözleşme serbestisi arasında bir seçim zorunluluğu doğacaktır. Bu seçim için Eugen Ulmer'in²⁸ önerdiği kriter soruna ışık tutacak niteliktedir; Buna göre "korumanın talep edildiği ülke hukukunun bir hakkın hukuki boyutunu belirlemesi halinde fikri hukuk söz konusu hakkın sözleşmesel devrine tesir edebilir"²⁹.

Bununla beraber Konsey Yönergesinin kiralama hakkının hukuki boyutunu tanımlamaması ancak kiralama hakkının devredilebilirliği ve bedelden vazgeçilemezlik belirsizlikleri daha da içinden çıkılmaz bir hale getirmektedir. Kiralama hakkının devri mümkün olduğundan vazgeçilemezlik kiralamayla sıkı sıkıya bağlı değildir. Bu yüzden alelade sözleşme şartlarına tabi olan bir hak için iç hukuka başvurmaya haklı bir neden yoktur. Bu bağlamda bedel hakkının vazgeçilmezliği sonuçta kiralama hakkının kendisine tesir etmeyecektir. Kısaca bedel hakkı sözleşmesel anlaşmalarla sınırlıdır. Bu alanda-

26 Ayrıntılı bilgi için bkz. AG Gulmann'ın RTE ve ITP v EC Commission (Magill davası)ındaki şerhi 155.paragraf C241-242/91 P, ayrıca (1995) 4CMLR 718

27 M. Plaisant, *General Report on the work of the Brussels Diplomatic Conference for the revision of the Berne Convention*, 1948, in WIPO, 1886 - Berne Convention centenary - 1986, WIPO, Geneva, 1986, s.179

28 E. Ulmer, *Intellectual Property Rights and the Conflict of laws*, English Translation, Kluwer, Deventer, 1978, s.46

29 Sözleşmesel olarak vasıflandırılacak konular Roma Anlaşmasının uygulama alanındadır.

ki uygulama da, Fransız Mahkemesinin³⁰, Fransız korku roman yazarının New York'ta ikamet eden sözleşme tarafı ile başlangıçta serbestçe girdiği pazarlık sonucu yekün ödeme yerine sadece elde edilen gelirin oranına göre yapılan bir bedeli kabul etmek zorunda kalmasından ötürü çıkan ihtilaf üzerine verdiği karar gibi, Yönerge tarafından konulan mükellefiyetleri yerine getirmeyen yani Yönerge sınırlarını aşan bir durum olarak değerlendirilmesi gerekecektir.

Bu değerlendirmeler bizi üzerinde önemle durulması gereken diğer bir hususta, taraflardan en az birinin üye devlet vatandaşı olduğu sözleşmelere uygulanacak Yönerge hükümlerinin asgari mi yoksa emredici nitelik taşıyan kurallardan mı oluştuğu konusunda yorum yapmaya zorlayacaktır³¹. Ancak doğru ve tutarlı bir yoruma sadece fikri mülkiyet hukukuna yön veren ekonomik ve sosyal etkenlerin oluşumunda Yönerge hükümlerinin ne kadar önemli olduğunun belirlenmesinden sonra varılabilir. Eğer kiralama ve ödünç hakları yaratıcıların etkin korunmasında, manevi haklarda olduğu gibi kendisinden vazgeçilemeyen bir imtiyaz kabul edilir ve bu koruma üye ülkelerce kültürel gelişmeleri ve zihinsel yaratıcılıkta hayati bir etken olarak benimsenirse, Yönergede ifadesini bulan kuralların sözleşmeler ve hukuk seçme özgürlüğü ile dolanılamaması gerekir.

Yönergenin iç hukuka aktarılmasında üye ülkelere geniş bir takdir hakkı bırakıldığı sürece bu durum sürüncemede kalacaktır. Yaratıcılara sağlanması öngörülen bu korumanın etkin bir hale getirilmesi için bu kuralların emredici nitelik kazanması tamamen üye ülkelerin insiyatifindedir. Diğer taraftan esaslı bir koruma piyasaya daha fazla seçenek sunmak için Topluluk dışında sözleşmeler arayışına girecek yayın evleri veya kasetçiler gibi fikir ve sanat eserlerinin finansörleri açısından ciddi bir sıkıntı getirecektir. Buna ilavaten büyük sermayeye gereksinim duyulan sinema eserleri gibi bazı eserlerin yaratılmasında güçlükler hissedilebilecektir çünkü fazladan bir bedel ödeme yükü altındaki sermaye sahiplerinin mali kaynakları azalacaktır. Bununla beraber salt bir ticari başarının ya da yeterli mali kaynağın fikir ve sanat eserleri pazarını ayakta tutan yegane direkler olduğu görüşünü paylaşmıyorum. Avrupa Kültür Politikası için yaratıcılara sağlanacak güçlü hukuksal koruma ve yeterli bir karşılık hala önemli bir faktördür. Kiralama hakları

30 Anne Bragance c. Olivier Orban et Michel de Greece, Paris, Iere ch., 1 February 1989, (1989) 14 2RIDA 301.

31 1980 Roma Anlaşmasının 7(2). maddesine göre mahkeme, tarafların seçtikleri hukuğu göz önünde bulundurmadan kendi emredici kurallarına başvurabilecektir. İngiltere gibi bazı ülkeler diğer ülkelerin emredici hükümlerini de uygulamak zorunda bırakan Roma Anlaşmasının 7(1). Maddesine çekince koymuşlardır. Bkz. North - Fawcett, Cheshire and North's Private International Law, 12th Ed., Butterworths, 1992.

eğer amacına uygun şekilde düzenlenirse kültürel endüstriye bir canlılık getirirken aynı zamanda eserlerinin özel kullanımından kaynaklanan maddi kayıpları tazmin ederek yaratıcılar için bir teşvik unsuru olacaktır.

SONUÇ

Bu makalede hem Fikir ve Sanat Eserlerinin Kiralanması ve Ödünç Verilmesine dair Konsey Yönergesinin bazı hükümleri gözden geçirilmiş hem de üye devletlerin kendi insiyatiflerinde bir çözüm aradığı temel belirsizlikler üzerinde durulmuştur. Üye devletler ya Yönergeyi tümüyle uygulayacaklar ya da orada belirtilen mükellefiyetleri şeklen iç hukuklarına aktararak özünde güçsüz bir koruma getireceklerdir.

Avrupa Topluluğu Antlaşmasınının 189.maddesine göre "Her yönerge yöneldiği her bir üye devlette amacının gerçekleştirilmesi açısından bağlayıcıdır ancak sonuca ulaşmak için şekil ve metod seçimi yetkili organların takdirine bırakılmıştır". Bununla beraber Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukunda olduğu gibi siyasal ve sosyal açıdan hassas alanlarda arzu edilen sonuçlar bu sonuçları gerçekleştirmek için gerekli yöntemlerden ayrı olarak düşünülemez.

Yönergede belirsiz, ihtilafli ve bazen eksik hükümlerle yetersiz bir korumanın desteklenmesi tehlikesi hemen hissedilmeyebilir. Bu hatalar yeni dağıtım, kiralama ve ödünç verme yöntemlerinin yaygınlaşması sonucu herhangi bir sebeple Yönergenin kapsamı dışında kalınmasıyla daha da belirgin bir hale geleceklerdir. Buradan kaynaklanan sorunlarla parça parça ve her bir durum için ayrı uyumlaştırmayla etkin biçimde başede bilmek mümkün değildir. Bazıları Fikri Mülkiyet alanında daha çaplı bir uyumlaştırma arayışından Avrupa Birliği'nin kendisini çekmesi gerektiğini öne sürebilir. Bu düşünce tarzı kültürel farklılıkların yarattığı zenginliklerin sürdürülmesi isteğiyle desteklenebilir-se de daha fazla alanda uyumlaştırma arzusuna engel değildir. Rosenbloum'un³² iddia ettiği gibi aslında Yönergenin gerçekleştirdiği sorunları diğer uyumlaştırılmamış alanlara kaydırmaktan başka birşey değildir. Avrupa Birliği'nde Fikri Hukuk alanında sistematik ve tutarlı politikalara gereksinim vardır. Ancak bundan sonra üye devletler fikri hukuk sistemlerinde etkin bir koruma yükü altına sokulabilir. Konsey, Yönergenin son tahlilinde amacınının sadece daha güçlü bir Fikri Hukuk sistemini teşvik olduğunu vurgulamıştır. Ancak her bir durum için ayrı bir yaklaşımla üye devlet kanunlarında uyumlaştırılmamış alanlar kalmaya mahkumdur³³.

32 bkz. dipnot 7, s.596.

33 Avrupa Konseyi'nin hali hazırda üzerinde çalıştığı konu genel bir fikri mülkiyet yönergesidir.