



FETHİYE TİCARET VE SANAYİ ODASI
FETHİYE CHAMBER OF COMMERCE & INDUSTRY

Tarih: 20.09.2010
Sayı: H.M. /01/ 1682
Konu: 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserler
Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair
Kanun Taslağı hk.

**TÜRKİYE ODALAR VE BORSALAR
BİRLİĞİ**
Dumlupınar Bulvarı No:252
Eskişehir Yolu 9.km.
06530 / ANKARA

İLGİ : (a) 01.09.2010 tarih ve 0531/22580 sayılı yazınız.
(b) 13.09.2010 tarih ve H.M./01/1647 sayılı yazınız.

İlgi (a)da kayıtlı yazınızla, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağı hakkında Odamız görüşü 14.09.2010 tarihine kadar gönderilmek üzere istenmiştir.

Söz konusu Taslak üzerinde çalışmalarımızın devam ettiği ve 17.09.2010 tarihinde neticelenerek Birliğimize ulaştırılacağı tarafınıza ilgi (b)de kayıtlı yazınızla gönderilmişti.

Bu kapsamda söz konusu Taslak'la ilgili görüşlerimiz ilişikte gönderilmektedir.

Bilgilerinize arz ederim.

Saygılarımla,

Akif ARICAN
Yönetim Kurulu Başkanı

EKİ : 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı hakkında Odamız görüşü

Ezgi KULLUKÇU/Huk.Müş./20.09.2010
Fusun ŞAHİN/Gn. Sekreter/20.09.2010

Konu :5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı hakkında Odamız görüşü

- I - Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10 Aralık 1948 tarih ve 217 A (III) sayılı kararı ile ilan edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 27. maddesine göre; **"1. Herkes, toplumun kültürel yaşamına özgürce katılma ve sanattan yararlanma ve bilimsel gelişmeye katılarak, yararlarını paylaşma hakkına sahiptir. 2. Herkes, yaratıcısı olduğu bilim, yazın ve sanat ürünlerinden doğan manevi ve maddi çıkarlarının korunması hakkına sahiptir."**

Fikri haklar alanında başlangıç noktası teşkil eden bu düzenleme ile, bir yandan fikri mülkiyet haklarının bireysel anlamda değeri vurgulanırken, diğer yandan bireylerin bu ürünlerden yararlanma ve paylaşım hakkının toplumsal gelişme açısından gerekliliği ortaya konmuştur. Bir başka deyişle, telif hakları sadece bireysel anlamda değil, toplumsal gelişme ve kalkınmada öncelikli bir hak olarak öngörülmekte, sadece birey açısından değil, kamusal anlamda yararlanma ve paylaşım imkanı gözetilmektedir.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 27. maddesinin iç hukukumuzdaki izdüşümü 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'dur.

- II - Fikri mülkiyete ilişkin Bern, WIPO, Paris, TRIPS, Roma Sözleşmeleri ile AB Konsey Direktifleri çerçevesinde, fikri mülkiyete ilişkin sorunların çözüme kavuşturulması ve özellikle fikri hak korsanlığının önlenmesi amacıyla, 5846 Sayılı Yasa'da, yayımlandığı 1951 tarihinden sonraki süreçte, muhtelif yasa değişiklikleri ve buna paralel yasal düzenlemeler yapılmış olmakla birlikte, özellikle 1990'lı yıllardan itibaren yapılan düzenlemelerle bağlantılı olarak, fikri mülkiyete konu ürünlerin gerek umuma açık mahallerde, gerekse radyo-televizyon yayın kuruluşlarınca kullanılmasına ilişkin sorunlar başta olmak üzere, kimi uyumsuzlukların çözülmek bir yana kronikleşerek yaygınlaştığı kuşkusuzdur.

"Hak sahipliğinin tevsiki, meslek birliklerinin temsil yetkilerinin ve yetki sınırlarının somut olarak belirlenmesi, izinsiz kullanım/korsan kullanım farklılığı, telif bedeli ödemelerine esas teşkil eden tarifelerin hakkaniyete ve sosyo/ekonomik koşullara ve ülkesel gerçeklere uygun olarak, dayatma yerine mutabakat eksenini üzerine kurulu olarak oluşturulması zorunluluğu, eşzamanlı –mükerrer bedel talebinin engellenmesi, emsalsiz biçimde ve mukayeseli hukukta örneği bulunmayan nisbette ağır cezai yaptırımların adil noktalara çekilmesi gereği" gibi temel sorunları ve alternatif çözüm önerilerimizi bugüne değin çeşitli vesilelerle sözlü ve yazılı olarak müteaddit defalar dile getirmiş olmamıza rağmen, üstelik söz konusu sorunların, **eşitlikçi bir anlayış ve tüm tarafların iyiniyetli yaklaşımı** ile kolaylıkla çözümü mümkün olduğu halde, fiili ve hukuki gerçeklere aykırı olan, ikraha, zorlamaya ve her ne pahasına olursa olsun tek taraflı menfaat sağlamaya yönelik ve **sadece olabildiğince telif bedeli tahsil etmek gayesi üzerine kurulu** bir anlayış nedeniyle çözüme kavuşturulmamış olduğu, ülkemizde fikri mülkiyetin gelişimine en büyük engeli bizatihi bu yaklaşımın oluşturduğu aşikardır.

Mal ve hizmetlerin serbest dolaşımının sağlanması için, AB ülkeleri ile olan uluslararası farklılıkların ortadan kaldırılması, fikri hak korsanlığının önlenmesinin gerekliliği tartışılmaması gereken bir konudur. Ancak, eser sahibi ve bağlantılı hak sahiplerinin hakları ile, bireylerin fikri mülkiyet ürünlerinden yararlanma haklarının temel insan haklarından olduğu ilkesinden hareket edildiğinde, ülkemiz açısından;

- Ne yazık ki yanlış/yetersiz yasal düzenlemelerle, eser sahibi ve bağlantılı hak sahipleri meslek birliklerinin eşitlik prensibine aykırı biçimde sahip oldukları hakim konumlarını kötüye kullanarak, hakkın suistimaline yol açtıkları, bireylerin yararlanma/paylaşım haklarının yok sayıldığı,
- Kullanımın engellenmesi ile fikri ürünlerin yaratıldığı ve kullanıldığı sektörlerin yapısının tahrip edildiği, böylelikle sanatsal/toplumsal gelişmelerin kısırlaştığı,
- Fikri Mülkiyet Hukuku'nun temel öznesi olan eser sahipleri ve haklarının önüne bağlantılı hak

sahipleri ve haklarının geçtiği,

- Katılmış olduğumuz Uluslararası Anlaşmalar ve AB Konsey Direktifleri'nde asgari çerçevesi belirlenmiş olan cezai müeyyidelerin içeriğinin ve kapsamının, ceza hukukunun genel ilkelerinin "ölçülülük" prensibi başta olmak üzere gözardı edildiği,
- Emsali olmayan mertebede ağır hürriyeti bağlayıcı cezaların ve parasal müeyyidelerin yargı tehdidi ile sözleşme özgürlüğünü kısıtlayan bir baskı aracı olarak kullanıldığı

bir panorama ortaya çıkmaktadır.

III - Yakın zamanda Bakanlığınızca hazırlanarak Birliğimize iletilen yasa değişikliği kanun tasarısı taslağında öngörülen düzenlemelerin;

- Sektörümüzün öteden beri dile getirdiği, fiili ve hukuki gerçeklerin ifadesinden ibaret olan talep ve beklentileri karşılamadığı,
-
- Sektör mensuplarımızı, sayıları belirsiz ve değişken haksahiplerine/meslek birliklerine, eş zamanlı olarak ve bir silsileye tabi olmaksızın, ayrı ayrı, yasada öngörülen ancak uygulamada dikkate alınmayan tarife tespit kriterlerine aykırı olan fahiş miktarlarda bedel ödemek zorunda bırakan, toplumsal gelişmeye sekte vuran, eşitlik, adalet ve hakkaniyet ilkelerine aykırı uygulamaları önlemeye yeterli olmayacağı,
- Tümüyle yeni bir yasal düzenleme gerekliliği kabul edilmeyerek, sözkonusu kısmi değişikliklerle kalıcı çözüm üretmenin yetersiz olacağı

inancındayız.

IV - Yasa Değişiklik Tasarısı Taslağı hükümleri incelendiğinde, yukarıda yer verilen genel değerlendirme altında şu hususları vurgulamak uygun olacaktır:

- Kanunda yer almasına rağmen telif birliklerince "BİRİM" esaslı tarife yapmamaları, tüm tarifelerini GÖTÜRÜ olarak hazırlamaları, bir yandan muhatap çokluluğuna, bir yandan da üst meslek kuruluşları dışında münferit müzakerelere imkan bırakmaksızın bir kargaşa yaşanmasına, dolayısıyla anayasal hakların yok sayılmasına sebep olmaktadır. Katılmış olduğumuz uluslararası sözleşmelere de aykırı nitelik taşıyan ve uluslararası emsallere nisbetle fahiş olan tarifelerin "kullanım" şartı ve esasına göre değil, sadece "ister kullan-ister kullanma" esası ile GÖTÜRÜ olarak belirlenmiş olmasının, WIPO İcralar ve Fonogramlar Anlaşmasında da tarif edildiği şekilde "toplum tarafından duyulabilir" olma şartının aranmamakta olması kabul edilemez görünmektedir.
- Üst Meslek kuruluşu ile müzakere prosedürü (Yetki Belgeleri-Uzlaştırma Komisyonu-Komisyon Kararı) de kaldırılmış olmakla, bu konuda belirsizlik meydana gelmektedir. Belirtmek gerekir ki, Üst Meslek Kuruluşu (TOBB) yerine veya TOBB ile birlikte, kullanıcıları temsil eden yerel meslek örgütlerinin bu müzakereleri yürütme konusunda yetkili kılınmalarının daha adil ve verimli neticeler sağlayacağı kuşkusuzdur. Bunun örnekleri; altı yılı aşkın süredir toplanmasına rağmen müzakerelere geçemediğinden karar alamayan Uzlaştırma Komisyonlarına karşın, yayınlanan tarifelerin uygulanmasından ziyade, kullanıcıları temsil eden sivil toplum örgütleri ile yapılan müzakereler sonucunda oluşan ve genele uygulanagelen birim değerlerle ortadadır.

- Halen toplam sayısı 24 olan Meslek (Telif) Birlikleri (ki Yasa değişikliğinden sonra yine sayıları az olmayacaktır.), dikkate alındığında, aynı sektörde dahi en az üç tane Telif Birliği ile sorunun çözümsüzlüğünün başlıca nedenlerinden olan muhatap çokluğu probleminin devam edeceği anlaşılmaktadır.
- 5846 sayılı Yasada son olarak 2004 yılında yapılan değişikliklerden sonraki süreçte, her yıl (sanki önceki yıl tarifeleri kabul edilmiş / uygulanmışcasına) birim değerler artırılarak tarife ilan edilmiş olması, bu tarifelerin Yasa ve Yönetmelik’de yer alan koşullara aykırı olması, kavram kargaşası ve belirsizlikler taşıması, ihtilafın tüm taraflar yönünden adilane çözümünü için Yasa’da öngörülen asli ve zorunlu unsur olan tarife kriterlerinin hiçe sayıldığı, *“Tarifelerin tespit edilmesinde; tarifelerin uluslararası uygulamaların ülkenin ve toplumsal koşullarına uyarlanabilirliği göz önünde bulundurularak makul seviyede belirlenmesi ile teknolojik alandaki değişimlerin yanı sıra eser, icra, fonogram, yapım ve yayınların yaratıldığı ve kullanıldığı sektörlerin yapısını tahrip edici, üretimi ve kullanımı engelleyici ve genel kabul görmüş uygulamalara zarar verici bir etki yaratılmaması, rekabeti bozucu şartlar oluşturulmaması, yapılan sınıflandırma ilgili sektörlerdeki ürün fiyatları ve bu sektörlerin gayrisafi milli hasıladaki payı, eser, icra, fonogram, yapım ve yayınların kullanım ve/veya iletim sıklığı, birim fiyat veya götürü usulü ödeme, ödeme planı ve benzeri hususlar esas alınır.”* hüküm ve kriterlerine uygun hareket edilmediği, buna rağmen müeyyide uygulanmamasından yakınıldığı halde , Taslak’da bu konuda aynı düzenlemenin muhafaza edildiği dikkate alındığında, tarife tespit ve uygulanmasından kaynaklanan sorunları çözmeye hizmet edecek bir değişiklik olmadığı anlaşılmaktadır.
- Özellikle gerek konaklama tesislerimizin, gerekse diğer tesislerimizin Türk Hukuk Mevzuatı açısından “KONUT” sayılan, bu niteliği ile UMUMA AÇIK MAHAL OLMAYAN ODALARI ve/veya 50 m2’den küçük tüm mekanları üzerinden dahi talepte bulunulduğu dikkate alındığında, değişikliklerin bu yöndeki sıkıntıları da gidermeyeceği görülmektedir.
- Telif bedeli taleplerinin ülkesel koşullar kapsamında fahiş olduğu, “Turizmi Teşvik Kanunu” kapsamında özel statü tanınmış olan Belgeli Tesislerin, Belediyelerden ruhsatlı tesislere nazaran – teşvik edilmek bir yana- cezalandırılırcasına fahiş bedel taleplerine muhatap kılındığı yönündeki şikayetlerimiz cevapsız ve çözümsüz kalmıştır, kalmaya da devam edeceği anlaşılmaktadır. .
- Doğası gereği umuma açık olması gereken radyo ve televizyon yayınlarının engellenemeyeceği, bu yayınların mükerrer taleplere konu olamayacağı şüphesiz iken, Radyo-Televizyon yayınları için (Müzik Eseri ve bu alandaki Komşu Haksahipleri/Meslek Birlikleri yanında, Filmlerin ilk Tespitini Gerçekleştiren Yapımcılar ve diğer hak sahiplerince, tüm hakların yayın kuruluşlarına, onlar tarafından da sinyal sağlayıcı kuruluşlara devredilmiş olmasına karşın) tüm ilgililerce eşzamanlı, mükerrer ve bir silsileye tabi olmayan taleplerde bulunulduğu, umuma açık olan-umuma iletilmek üzere yapılan radyo-televizyon yayınlarının, umuma açık mahallerde izlenmesinin, (tamamen yanlış bir şekilde) “Yeniden İletim” olarak tanımlandığı, bu hususların geçmişten bu yana dile getirdiğimiz şikayet ve beklentilere uygun düşmediği belirtilmelidir.
- Meslek (Telif) Birliklerinin bir tekel olarak hakim durumlarını ve yasadaki ceza prosedür ve hükümlerini baskı unsuru olarak kullanmak suretiyle hakkın suiistimaline yol açtıkları, temsil yetkilerinin sınırlarının net olmadığı, yetki belgelerinin kapsam ve sürelerinin resmi tevsikinin

yapılamadığı, tescil mecburiyetlerinin olmaması, özellikle uluslararası temsil kabiliyetlerinin belirsizliği hususları da çözümsüzlüğünü korumaktadır.

- Adilane bir çözümün yasa değişikliğinde; “havuz sistemi”nin, “umumi mahal bandrolü”nun getirilmesi, yasa’daki cezai düzenlemelerin gözden geçirilmesinde olduğu çeşitli platformlarda dile getirilmiş olmasına rağmen, son değişiklikten itibaren geçen dört yılı aşkın süreç içinde sorunun tümü ile çözümüne ulaşılamamış, TÜROFED ile dört Meslek Birliği arasında, enaz 150.000 oda bazında yürütülen Kampanya çerçevesinde akdedilen sözleşmeler ile de, sektör mensuplarının başka taleplere muhatap kılınmasının önlenemeyeceği, yadsınamaz ve dünyada örneği olmayan bir şekilde ortaya çıkmıştır.

V - NETİCE OLARAK

Gelinen bu noktada bir kez daha belirtmek gerekir ki **EN AZINDAN;**

- 1.) **Bakanlığın öncelikle 5846 Sayılı Yasa’dan kaynaklanan “denetim” görev ve yetkisinin özellikle “tarifeler” açısından müdahaleci ve işlevsel bir hale getirilmesi,**
- 2.) WIPO İcralar ve Fonogramlar Anlaşmasında da tarif edildiği şekilde “Topluma ulaştırılması amacıyla” yapılan **Radyo-Televizyon yayınları bakımından, devredilen haklar sonrası hak sahiplerinin kimliklerinin ve hak sınırlarının belirlenmesi ,**
- 3.) Türk Hukuk Mevzuatı ile “KONUT” sayılan **Konaklama Tesis ODAKARI’nı, “UMUMA AÇIK MAHAL “ kabul edilemeyeceğinin belirlenmesi,**
- 4.) **50 m2 altındaki mahallerin, kullanım şekli ne olursa olsun “UMUMA AÇIK MAHAL “ kabul edilemeyeceğinin belirlenmesi,**
- 5.) Gerek Türkiye’deki Meslek Birlikleri, Meslek Birliklerinin üyesi olmayan-üye olmak zorunda bulunmayan hak sahipleri, gerekse de yurtdışındaki hak sahiplerinin, kuruluşların bizlerce tespiti mümkün olmayan kimlikleri, ileri sürebilecekleri haklar ve buna bağlı olarak talep edebilecekleri hak bedelleri açısından, sektör mensuplarımızın yıllardır süren mağduriyetlerine bir an önce son verilebilmesi için;
 - **Aynı sektördeki Telif birliklerinin Federasyon kurmak zorunda olması,**
 - **Aynı sektördeki Federasyonların Umumi Mahal Kullanıcılarına karşı tek Muhatap olması,**
 - Aynı sektördeki Telif birliklerinin tek bir ortak tarife/orta lisanslama yapması,
 - Kullanım esas olmakla **Tarifelerin sadece GÖTÜRÜ değil, BİRİM esaslı yapılması,**
 - **Tarifelerin; AB ülkeleri içerisinde G.S.M.H bakımından ülkemize eş (en yakın) değerdeki en çok 5 (beş) ülkenin ortalama birim değerlerini aşmamak üzere tarafsız bir kurulca belirlenmesi, en azından bu kurulca değerlendirilmesi,**
 - Bu **kurulun Bakanlık, Telif Birliklerinden oluşturulacak olması halinde mutlak şekilde sektör temsilcilerimizin bulunması,**
 - Müzakerelerin doğrudan ya da kullanıcıların yerel meslek örgütleri eliyle yürütülmesi,
 - Herkesin önceki yıl tarife bedeli üzerinden taksitli ödeme yaparak ve koşula bağlı olmaksızın yargıya başvuru hakkının bulunması,
 - Fonogramlar için “havuz” sisteminin ve “umumi mahal bandrolü” nun hayata geçirilmesi,
 - Yasa’nın manevi, haklara tecavüz etmek, izinsiz işlemek, çoğaltmak, yaymak, ticaret konusu yapmak, sahte bandrol yapmak, ithal etmek gibi korsan eylemlere eylemcilere uygulanması gereken **Ceza Maddelerinin, bu evlem ve eylemcilerle hiçbir ilgisi**

olmayan umuma açık mahal kullanıcılarına uygulanmaması, bu hallerde (68 Maddede yeralan zaten tarifelerin 3 misli gibi yüksek değerdeki) tazminatın esas alınması

- Üyelerimizin Meslek Birliklerinin bir kısmı ya da tamamı ile, ya da diğer hak sahipleri ile yapmış oldukları her bakımdan hukuken geçerli ve tarafları bağlayıcı nitelikteki mevcut Sözleşmelerin, üyelerimize yeni bir yük getirmeksizin (infisah sonrası dahi) hukuken geçerliliklerini koruduklarının daha somut olarak ifadesi,
- “Umuma Açık Mahal “/”Umuma Açık Mahal Kullanıcı” tanımlarının getirilmesi,
- Yasada tanım/terim birliğinin sağlanması
- Esasen ceza hukuku başta olmak üzere genel hukuk prensiplerine aykırılık teşkil Eden “Bilgi Edinme” nin kendi içinde çelişen düzenlemesinin gözden geçirilmesi,

gerekmektedir.

Hak bedellerinin tek yanlı belirlenmesini önleyecek sistemler ve yukarıda yer verilen önerilerimiz, fikri haklarla ilgili olarak taraf olduğumuz Bern Sözleşmesi'ne, Paris Anlaşması'na, TRIPS ve WIPO Anlaşmalarına, Roma Anlaşması'na, AB Konsey Direktiflerine aykırı olmayacaktır.

Söz konusu sözleşmeler, sözleşmelerin temel ilkelerine aykırı olmamak koşulu ile her ülkeye kendi sınırları içerisinde kendi mevzuatlarını uygulama serbestisi vermektedir. Söz konusu mevzuat, ülke sınırları içerisinde geçerli olmak, “Eşitlik” ilkesine ve sözleşmelerin temel ilkelerine aykırı olmamak koşulu ile kanun koyucu tarafından serbestçe düzenlenebilir. Bu serbestinin sınırı, eser sahiplerine ait hakların himayesinin tahdit edilmemesi ve münasip ivazı hak sahibinin elde etmek hakkına halel getirmemesidir (Bern Sözleşmesi Madde 6-11 Muk 13).

Aynı konunun, İcracı Sanatçıların, Fonogram Yapımcılarının ve Yayın Kuruluşlarının Korunmasına Dair Roma Anlaşması'nda daha özele indirgenerek 12 inci maddede : “Ticari amaçlarla yayınlanmış olan bir fonogram veya bunun çoğaltılmış nüshaları doğrudan doğruya radyo ve televizyon yayınları veya umuma arz için kullanılmışsa, kullanan tarafından, icracı sanatçılara veya fonogram yapımcılarına veya her ikisine bir defaya mahsus olmak üzere makul bir ücret ödenir. Söz edilen ilgililer arasında anlaşma mevcut olmadığı takdirde, bu ücretin taksim şekli ulusal mevzuat ile tavin edilebilir” olarak düzenlenmiş olduğu unutulmamalıdır.

Gerek WIPO İcralar ve Fonogramlar Anlaşması, gerek 92/100 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kiralanması, Ödünç Verilmesi ve Eser Sahiplerinin Haklarına Komşu Haklara İlişkin Konsey Direktifi'nin 8/1 ve 2'inci hükümlerinde de, Roma Anlaşması'na paralel bir düzenleme yer almaktadır. Ancak Roma Anlaşması'ndan farklı olarak burada, kullanıcı tarafından ödenecek bedelin, icracı sanatçı ile fonogram yapımcısı arasında paylaşılması gerektiği şeklinde bir kural getirilmiştir. Şüphesizdir ki bu paylaşımın nasıl olacağını belirlemek yasa koyucunun yetkisindedir.

Yukarıda belirtilen nedenlerle, tüm tarafların adil bir şekilde korunacağı, her şeyden önce 5846'nın esas olan eserin hak ettiği korumayı ve esere bağlı olarak eser sahibinin hak bedellerini tahsil etmesini sağlayacak sistem tek elden lisanslama, “havuz” sistemi ile “Umuma Açık Mahallerde Kullanım Bandrolü” sistemi ve özellikle ;

“TEK TARAFLI OLMAYAN,

SINIRLANIP SORGULANABİLİR,

GERÇEK ANLAMDA MÜZAKEREYE DAYALI
HAK SAHİPLİĞİNİN VE KULLANIMIN VARLIĞINA BAĞLI

BİR BEDEL BELİRLEME SİSTEMİ ” kabul edilerek Kanun yeniden düzenlenmelidir.

Yasa değişiklik önerilerimizi aktarabilmek amacı ile, geniş katılımlı bir toplantının sağlanması, önerilerimiz değerlendirilerek Taslağın ilgili maddelerinin yeniden düzenlenmesi hususunda emir ve müsaadelerinizi arzederiz.

Saygılarımızla