



Merve B. Akıncioğlu

Araştırmacı, Ekonomi Çalışmaları¹

FİKRİ MÜLKİYET HUKUKU'NDA YAKLAŞAN RİSK:

Artık Korsan Yazılımı Rakip Ülkelerin İhracatçıları da Takip Edecek

Günümüzde giderek artan izinsiz bilişim teknolojileri kullanımı, fikri mülkiyet haklarının korunmasına yönelik önemli eksikleri ortaya çıkarmaktadır. ABD'de yürürlüğe giren yeni kanunlar ise bilişim teknolojileri alanında alışlagelmiş fikri mülkiyet haklarının dışına çıkarak haksız fiil ilkeleri üzerinden daha güçlü bir koruma oluşturmayı hedeflemektedir. Bu kanunların arkasında yatan temel fikir ise; tüm girdilerde olduğu gibi üretim veya ofis sürecinde yazılım teknolojilerini kullanan her şirketin bu hizmetin bedelini ödemesi gerektiği düşüncesidir. Bu kanunlar çerçevesinde önemli bir paradigma değişikliği göze çarpmaktadır, fikri mülkiyet hak sahiplerinin yanı sıra bilgi teknolojilerini (yazılım, donanım) hukuka uygun şekilde kullanan rakip firmalara da dava açma hakkı tanınmaktadır. Örnek olarak, ileride anlatılacağı üzere korsan yazılım kullanan Taylandlı bir deniz mahsulü üreticisine ve Kaliforniya'ya tekstil ihracatı yapan Çinli bir firmaya emsal teşkil edebilecek önemli davalar açılmıştır. ABD'de başlayan bu yeni eğilim, TTIP kapsamında daha geniş bir ticaret bölgesine yayılarak Türkiye için bir risk oluşturabilir. Bu notta; ABD'deki kanunlar ve ticaret anlaşmaları incelenecek; bu yeni prensiplerin AB ve TTIP Anlaşmalarına yansımaları üzerinde durulacaktır.

¹ <http://www.tepav.org.tr/tr/ekibimiz/s/1275/Merve+Begum+Akincioglu>

AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİNDE YASAL DÜZENLEMELER

Federal Düzey:

Federal seviyede haksız rekabet, Federal Ticaret Komisyonu (Federal Trade Commision) tarafından düzenlenmektedir. 1914 yılında yürürlüğe giren Federal Ticaret Komisyonu Kanunu yasadışı bilişim teknolojileri kullanımından dolayı haksız rekabet avantajı elde eden üreticilere karşı özel bir yasal düzenleme yoktur. Federal Ticaret Komisyonu Kanunu'nun 5. bölümü ticareti etkileyen haksız veya aldatıcı davranış ve uygulamaları yasaklamakta ve bu ihlallere yönelik Federal Ticaret Komisyonu'na geniş bir yetki tanımaktadır. Bu doğrultuda Komisyon tazminat talep edebilir, ihtiyati tedbirler alabilir. Ancak Federal Ticaret Komisyonu bilgi teknolojilerinin hukuka aykırı şekilde kullanımını önlemek amacıyla 5.Bölüm altında kendisine tanınan yetkileri henüz kullanmamıştır. Federal Ticaret Komisyonu Kanunu'ndaki önemli bir diğer nokta ise eyaletlere dava açma yetkisi sadece federal görevlilere tanınmasıdır.

Ekim 2011'de, 36 ABD eyaletinin ve 3 ABD bölgesinin başsavcıları Federal Ticaret Komisyonu'na bir mektup göndermiş ve bu tür haksız rekabetin önüne geçmek için federal düzeyde yasal düzenlemeler yapılması talebinde bulunmuşlardır. Bu girişim ABD Senatosu Küçük İşletmeler ve Girişimcilik Komitesi ile Küçük İşletmeler Temsilciler Meclisi tarafından takip edilmiştir. Ancak federal düzeyde spesifik bir kanun henüz çıkmamıştır.

Federal düzeyde başvurulabilecek bir diğer kanun ise 1930 Tarife Yasası'nın 337. bölümüdür. Bu hüküm Amerikan Uluslararası Ticaret Komisyonu'na-USITC- ithalatı yapılan ürünlerin Amerikan Fikri Mülkiyet Hakları'nı ihlal edip etmediği konusunda soruşturma başlatma ve ihlal tespit ettiği durumlarda yaptırımda bulunma yetkisi tanımaktadır.

Bahse konu ürünler hakkındaki soruşturma, Komisyon tarafından açılabilen veya rakip firmalar ya da fikri mülkiyet hak sahipleri gibi bu durumdan etkilenen özel kişilerin şikâyetleri üzerine başlatılabilmektedir. İlk karar delil duruşması sonrasında idari mahkemece verilebilmektedir. Komisyon bu kararı gözden geçirmek suretiyle onama, düzeltme veya bozma kararı vermektedir. Bir ihlal tespit edilmesi durumunda Komisyona herhangi bir ürünün ithalatını engelleme yetkisi tanınmaktadır. Bu engellemeler sınırlı veya genel olabilir, genel olduğu durumlarda malların üretici veya ithalatçısına bakılmaksızın alt-ürünleri de kapsamaktadır. Ayrıca Amerikan Uluslararası Ticaret Komisyonu'nca verilen kararın şikâyetçiyi tatmin etmemesi durumunda, şikâyetçi soruşturmanın usul bakımından incelenmesi için bir sonraki makama taşınabilmektedir.

Komisyon'un verdiği bu kararlar, 60 gün içerisinde Amerikan ticaret temsilcisinin itiraz etmemesi durumunda kesinleşmektedir. İhlaller hakkında günlük 100.000 USD 'den az

olmamak üzere para cezası veya ithalata konu olan ürünün iki katına kadar para cezası verilebilmektedir.

Washington Eyaleti Haksız Rekabet Kanunu:

Haziran 2011'de ise Washington eyaletinde, bilişim teknolojilerinin hukuka aykırı kullanımından kaynaklanan haksız rekabeti önlemek amacıyla Haksız Rekabet Kanunu çıkartılmıştır. Gerek kapsamı, gerekse ABD'deki ticarete dayalı eyaletlerden biri olması sebebiyle, Kanun, donanım ve yazılımları haksız rekabet kapsamına alarak, bilişim teknolojileri kavramını geniş bir şekilde tanımlamaktadır.

Kanun'da bir firma eğer, üretim sürecinde bilişim teknolojilerini hukuka aykırı şekilde kullanıyorsa, "üretim yerinin" Washington olup olmadığına bakılmaksızın sorumlu tutulmaktadır. Üretim süreci yine, geniş kapsamlı olarak değerlendirilmekte; üretim, dağıtım, pazarlama veya muhasebe gibi faaliyetleri kapsadığı göz önünde bulundurulmaktadır. Burada bilişim teknolojilerini hukuka aykırı şekilde kullanarak üretilen mal ve hizmetlerin Washington eyaletinde satılması veya satışa sunulması koşulu aranmaktadır. Kanun'un ihlali durumunda, sulh hukuk davası açma hakkı eyalet başsavcısına ve bilişim teknolojilerini hukuka uygun şekilde kullanarak ürettiği malları, aynı eyalette satan ve ihlalcıye rakip olan üreticiye tanınmaktadır.

Haksız Rekabet Kanun'unun getirdiği bir diğer yenilik ise; üçüncü taraflara karşı da, dava açma hakkı tanımış olmasıdır. Bilişim teknolojilerini hukuka aykırı şekilde kullanan üreticiye karşı açılmış bir dava olduğunda, davacı "dolaylı ihlalcı" yani bilişim teknolojilerini hukuka aykırı şekilde kullanarak üretilen mal ve hizmetleri satan veya kendi üretiminde bir bileşen olarak yararlanan ikincil üreticiye de dava açılabilir. Bu durumda doğrudan ihlalcı ile dolaylı ihlalcı arasında bir sözleşme bulunması şart koşulmaktadır. Bir ihlalcıye karşı açılan dava kazanılırsa, mahkeme ürünlerin Washington'da satışını sınırlayabilmekte, maddi hasarın tazminatını (örneğin, rakip firmanın ekonomik zararı) veya hukuka aykırı şekilde kullanılan bilişim teknolojilerinin piyasa fiyatını ödemekle yükümlü tutulabilmektedir. Ceza belirleme konusunda mahkemelere geniş bir takdir yetkisi tanınmaktadır.

Federal düzeyde bir kanunun yapılmaması sebebiyle Arizona, California, Connecticut, Illinois, Indiana, Kentucky, Louisiana, Massachusetts, Missouri, New York, North Carolina, Oregon ve Utah eyaletleri haksız rekabeti düzenlemek için küçük "Baby FTC Act" olarak bilinen kendi eyalet kanunlarını çıkartmışlardır. Bu eyalet kanunlarının çoğu daha başlangıç çalışması aşamasındadır. Federal Ticaret Kanunu gibi tüketiciyi koruma amacıyla haksız ve aldatıcı ticari uygulamaları yasaklamakta ancak ihlalcıye karşı mağdur durumda olan rakibe dava açma hakkı tanımaktadır.

Hukuka aykırı şekilde kullanılan bilişim teknolojilerinin neden olduğu haksız rekabet üstünlüğüne değinen ilk kanun Louisiana eyaleti tarafından 2010 yılında çıkartılan

“Haksız Ticari Uygulamalar ve Tüketiciyi Koruma Kanunu”²dur. Bu Kanun uyarınca “Bilişim teknolojilerini hukuka aykırı şekilde kullanarak (korsan yazılım dâhil) üretilen ürünleri satılması veya hizmetlerin sunulması” yasaklamaktadır. Louisiana eyaleti bu konuda spesifik yasal düzenleme yapan ilk eyalet olmuştur².

Missouri, New York ve North Carolina eyaletlerinin yasaları Washington'unkiyle neredeyse aynı hükümleri içermektedir. Massachusetts kanunu ise, Federal Ticaret Komisyonu Kanunu'na benzemektedir. 18 Ekim 2012 tarihinde Taylandlı bir deniz mamulleri üreticisi hakkında, üretim ve işleme aşamalarında, lisanssız yazılım kullanması ve bu suretle haksız rekabete yol açması gerekçesiyle Massachusetts Başsavcılığı tarafından soruşturma başlatılmıştır. Şirket uzlaşmaya gitmeyi tercih etmiş, ithal edilecek olan ürünlerde yasal olmayan yazılım kullanmamayı ve 10.000 USD ödemeyi kabul etmiştir³

Kaliforniya Başsavcılığı tarafından korsan yazılım kullanan iki yabancı tekstil üreticisine karşı açılan bir diğer davada ise “Haksız rekabet yasadışı, haksız, hileli iş yöntemleri ve uygulamalarının tümünü” kapsadığı belirtilmiştir⁴.

Yabancı şirketler tarafından giderek artan haksız ve hukuka aykırı bilişim teknolojileri kullanımının önüne geçmek için haksız rekabet kanunları geniş bir şekilde kullanılmaya başlanılmaktadır. Haksız Rekabet Kanunu federal düzeyde bir kanun olmamasına rağmen Amerika'nın genel ticaret ilkeleri arasında yer bulmaya başlamıştır.

ABD'nin Serbest Ticaret Anlaşmaları

ABD tarafından bilişim teknolojilerini hukuka aykırı şekilde kullanan üreticilere karşı başlatılan mücadele uluslararası platformda serbest ticaret anlaşmaları aracılığıyla sürdürülmektedir.

GATT Uruguay Turu sonucunda 1994 yılında imzalanan “Ticaret ile ilgili fikri mülkiyet anlaşması” (TRIPS) fikrî mülkiyet haklarının korunması ve uygulanması konusunda asgari standartlar oluşturmaktadır. Bu nedenle ABD fikrî mülkiyet hakları alanında, ticaret ortaklarıyla yaptığı ikili anlaşmalarda yeni ve genişletilmiş taahhütler oluşturmayı amaçlamaktadır. Özellikle yakın zamanlarda imzalamış olduğu ikili veya bölgesel ticaret anlaşmalarında TRIPS standartlarının ötesine geçen fikri mülkiyet hukuku maddeleri içermektedir. Bu STA'lar katılımcı ülkelerin ulusal mevzuatlarında önemli değişiklikler yapmalarını gerektirmektedir.

² Charles E. Hamilton, *Some Claims That May Arise Under Louisiana's Unfair Trade Practices And Consumer Protection Law*, 2012

³ <http://www.mass.gov/ago/news-and-updates/press-releases/2012/2012-10-18-narong-seafood-co.html>

⁴ David J. Kapos, *Gregory R. Baden, Combating IT Theft Using Unfair Competition Law*, New York Law Journal, 2013

Bu konuda bir örnek Kolombiya ve ABD arasında yakın zamanda imzalanan ve 5 Mayıs 2012 tarihinde yürürlüğe giren STA'nın düzenlemeleridir. Bu anlaşma dijital ortamda telif eserlerin korunması için önemli hükümler içermektedir. Telif eserler için genişletilmiş koruma şartları; uydu televizyon programlarına yönelik korsanlığı önlemek için 'şifreli uydu sinyalleri kuralları' ve 'telif hakkı ihlali durumunda internet servis sağlayıcılarının yükümlülüğüne yönelik hükümleri' gibi düzenlemeler yer almaktadır. Anlaşma kapsamında, ticari marka korumasında; internet alan adlarındaki anlaşmazlıkları çözmek için bir sistem oluşturması, ticari markaların kaydı ve bakımı için bir online sistem oluşturulması ve arama yapılabilir veri tabanı ve ticari mal kaydı için şeffaf prosedürlerin olması hükme bağlanmıştır. Kolombiya 'telif hakkı korsanlığı' ve 'marka sahteciliğine' karşı sert ve caydırıcı para cezaları uygulamayı taahhüt etmiştir.

STA, yaptırım yöntemlerini güçlendirmek için, korsan malların ve üretimlerinde kullanılan donanımların haczine, el konulmasına ve imhasına yetki vermektedir. Ayrıca gümrük çalışanlarına ve savcılara, hak sahiplerinden resmî bir şikâyet gelmeden hukuksal yaptırım uygulama olanağı sağlamaktadır. Bunlara ek olarak anlaşma, serbest ticaret bölgelerinin veya limanların korsan veya sahte malların ticaretinde kullanılamaması için, transit mallara gümrük muhafazası sağlamaktadır.

Fikri mülkiyet hukuku açısından önemli olan bir diğer anlaşma ise, ABD ve Kore arasında imzalanmış olan KORUS Serbest Ticaret Anlaşması'dır. STA kapsamında her iki ülkeye, karşı tarafın fikri mülkiyet hak sahiplerine ulusal muamele uygulaması, fikri mülkiyet hukuku ile ilgili olan kanun ve yönetmeliklerin yayınlanarak şeffaflık sağlanması, korsanlığa karşı kullanılan malzemelerin telif hakkını korumak, korsan ve sahte mallara el konulması, imha edilmesi ile suç ortaklarına uygulanacak cezalar gibi yükümlülükler verilmiştir.

KORUS STA'nın, ABD'nin fikri mülkiyet hukuku konusundaki önceliklerini yansıttığını söylemek mümkündür. Nitekim Fikri Mülkiyet Hakları'nın uygulanması, dijital içeriğin korunması, patent uygulamaları gibi başlıklar üzerinde durulmuştur. Anlaşma, uzmanlar tarafından "ABD Hukuk ve Korumalarının İhracatı" olarak da tanımlanmaktadır.

Avrupa Birliği ve TTIP Altında Fikri Mülkiyet

Avrupa Birliği - ülkeleri arasında fikri mülkiyet hakları ile ilgili mevzuatlar yalnızca kısmen uyumludur. Fikri mülkiyet kanunları ve yaptırımları üye devletlerin yetki alanında bırakılmıştır. Dolayısıyla mevzuat ve uygulama bir ülkeden diğerine farklılık göstermektedir.

Ancak 2009/24/EC Direktifi'nin bilgisayar programlarının yasal korunmasına ilişkin 7. madde (1) (b) hükmünde ticari amaçlar için izinsiz yazılım kullanımını AB hukuku kapsamında yasaklamış ve üye devletlere kendi ulusal mevzuatlarına uygun olarak

gerekli düzenlemeleri yapma yükümlülüğü getirilmektedir. Adalet Divanı'nın başka bir çerçevede verdiği bir kararda⁵ ise üçüncü tarafların kendileri işlemedikleri halde fikri mülkiyet haklarının ihlallerinden sorumlu tutulabileceklerini göstermiştir. Bu kapsamda fikri mülkiyet hukukunu ihlal eden malların ticaretini yapmama veya ticaretini yapmaya yardımcı olmama sorumluluğu getirilmektedir.

Amerikan Kongresi, ikili ticaret anlaşmaları müzakerelerinde, 'Fikri Mülkiyet' başlığı ile ilgili hedeflerini belirlemiştir. Bu hedefler arasında "ABD tarafından müzakere edilen Fikri Mülkiyet Haklarını düzenleyen ikili veya çok taraflı ticaret anlaşmalarının ABD Hukukunun sağladığı standarda benzer bir koruma" ve "Ticaret ile İlgili Fikri Mülkiyet Anlaşması (TRIPS) ve Sağlık Deklarasyonu'na uyumlu olmasının" sağlanması gereği üzerinde durulmaktadır. TRIPS yükümlülükleri üzerine getirilen bu ek standartlar yukarıda bahsedildiği üzere ABD tarafından yapılan ikili anlaşmalara taşınmaktadır. Bu nedenle bu prensiplerin TTIP-Atlantik Ötesi Yatırım ve Ticaret Ortaklığı'-ye de yansıtılması beklenilmektedir.

Sonuç:

AB'nin fikri mülkiyet hukuku konusunda göreceli olarak daha esnek tutumunun değişeceğine kesin gözüyle bakılmaktadır. Zira ABD ve AB arasında müzakereleri Temmuz 2013 tarihinde başlamış olan TTIP Anlaşması kapsamında ele alınacak başlıklardan biri olması muhtemeldir. KORUS STA'nın TTIP Anlaşması'nın şablonunu oluşturuyor olması bunun en önemli göstergesidir.

ABD'nin yeni eğilimi çerçevesinde fikri mülkiyet kanununda önemli paradigma değişiklikleri gerçekleştirilmektedir. Bir taraftan fikri mülkiyet hak sahiplerine olduğu gibi rakip firmalara da dava açma hakkı tanınmakta diğer taraftan ise fikri mülkiyet kanunlarına uyumluluk esaslı ithalatçının sorumluluğu altına girmektedir. Bu değişimin Türkiye'yi etkileyeceği konusunda ise hiç kuşku yoktur. Yasal bilişim teknolojileri kullanma zorunluluğu tarife dışı engele dönüşebilir; yasal yazılım kullandıklarını kanıtlayamayan Türk üreticisi ve ihracatçısının mallarını AB ve ABD pazarlarına girmesi güçleşebilir, Türkiye'nin küresel tedarik zincirinin dışında bırakılma riski ortaya çıkabilir.

Türkiye'de yazılımlar 5846 Sayılı Kanun ile korunmakta ancak uygulamalarda önemli zafiyetler görülmektedir. Bu sebepten ötürü Türk ihracatçı ve üreticilerinin bilinçlendirilmesi dış ticaretimiz adına hayati önem taşımaktadır. Geçiş dönemi sürecinde Ekonomi Bakanlığı'nın sağlayacağı destekler ile üreticilerin maliyetlerin paylaşılması da alınması gereken önlemlerdendir.

⁵ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62009CJ0324:EN:HTML>