

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
FİKRÎ VE SİNÂİ MÜLKİYET HUKUKU

THIRD CHAPTER
INTELLECTUAL AND
COMMERCIAL PROPERTY LAW

§ 4. Dijital Tek Pazarda Telif Hakkı ve Bağlantılı Haklar

Copyright and Related Rights in the Digital Single Market

M. Halil ÇONKAR¹

¹ Doktor Öğretim Üyesi, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye

e-posta: hconkar@istanbul.edu.tr

DOI: 10.26650/B/SS26.2020.015.29

Öz

Dijital Tek Pazarda Telif Hakkı Yönergesi Avrupa Birliği mevzuat tarihinin kamuoyunda en çok yankı uyandıran metinlerinden birisi olarak şimdiden kendisine özel bir yer edinmiştir. Yönerge kapsamında temel olarak; (i) fikri hakların kullanımına ilişkin yeni bazı istisna ve sınırlamalar düzenlenmiş; (ii) lisanslama uygulamalarının kolaylaştırılmasına yönelik önlemlere yer verilmiş ve (iii) fikri mülkiyet hakları bakımından tüm ilgililerin menfaatlerini dengelemeye ve iyi işleyen bir dijital tek pazarın tesisine yönelik önemli yenilikler getirilmiştir. Yönerge'nin her bir başlığının altında bir kısmı üye devletlerin takdirine bırakılan bir kısmı ise bağlayıcı olan çok sayıda yeni düzenleme ve müessese yer almaktadır. Ancak Yönerge'nin medya yayınlarının internet ortamında kullanımı ile ilgili 15. ve Çevrimiçi İçerik Paylaşımı Hizmet Sağlayıcılarının kullanıcıları tarafından yüklenen eserler dolayısıyla sorumluluklarını düzenleyen 17. maddeleri hem getirdikleri radikal yenilikler, hem etkiledikleri çevrenin genişliği, hem de sebebiyet verdikleri tartışmalar bakımından ayrıca anılmayı hak etmektedirler.

Anahtar Kelimeler: Dijital tek pazar, Telif hakları, Medya yayınlarının internet ortamında kullanımı, Çevrimiçi içerik paylaşımı hizmeti sağlayıcıları, Kültürel miras kuruluşları

Abstract

Directive on Copyright in the Digital Single Market has already taken a special place by the public opinion as one of the most influential texts in the history of European Union legislation. Within the scope of the Directive; (i) some new exceptions and restrictions have been accepted on the exercise of copyright; (ii) measures to facilitate licensing have been included, and (iii) significant reforms have been adopted to balance interests of all concerned and establish a well-functioning digital single market in terms of intellectual property rights. Under each heading of the Directive, there are many new regulations and institutions, and some of them have been left to the discretion of the member states. However, Article 15 regarding the use of press publications on the internet, and Article 17, that regulates the responsibilities of Online Content-Sharing Service Providers due to the works uploaded by their users deserve further remarks in terms of the radical innovations they bring, the extent of the environment they affect and the discussions they cause.

Keywords: Digital single market, Copyright, Online uses of press publications, Online content-sharing service providers, Cultural heritage institutions

I. Mevzuat

A. AB Mevzuatı

Adı	: Avrupa Parlamentosu ve Konseyin 17 Nisan 2019 tarih ve 2019/790 (AB) sayılı ve 96/9/AT ve 2001/29/AT Yönergelerini Değiştiren Dijital Tek Pazarda Telif Hakkı ve Bağlantılı Haklara İlişkin Yönergesi (“Dijital Tek Pazarda Telif Hakkı Yönergesi”)
Kabul Tarihi	: 17 Nisan 2019
Sayısı	: 2019/790 (AB)
Yayın Yeri	: ABRG 17.05.2019, L 130, s. 92-125

B. Türk Mevzuatı

Adı	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (“FSEK”)
Kabul Tarihi	: 5 Aralık 1951
Sayısı	: 5846
Yayın Yeri	: RG 13.12.1951, 7981

II. Açıklamalar

A. Yönerge’nin Amacı ve Sistematiği

Tam adı ile “Avrupa Parlamentosu ve Konseyin 17 Nisan 2019 Tarihli Dijital Tek Pazarda Telif Hakkı ve Bağlantılı Haklara İlişkin ve 96/9/AT ve 2001/29/AT Yönergelerini Değiştiren 2019/790 (AB) Sayılı Yönergesi”, kamuoyunda kullanılan kısa adı ile “Dijital Tek Pazarda Telif Hakkı Yönergesi” (bundan böyle kısaca “Yönerge” olarak anılacaktır), 17.05.2019 tarih ve L 130 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmasının ardından 07.06.2019’da yürürlüğe girmiştir. Yönerge, düzenlediği alana ilişkin en yeni ve taze metin olmasının yanı sıra, özellikle yürürlüğe girme aşamasındaki macerası ve AB kamuoyunda sebebiyet verdiği tartışmalar bakımından da oldukça dikkat çekici bir düzenlemedir.

Yönerge’nin Giriş kısmında AB Antlaşması’nın bir iç pazar ve bu pazarda bozulmamış rekabeti tesis edecek bir sistemin kurulmasına yönelik hedefi vurgulandıktan sonra üye devletlerin telif hakkı ve bağlantılı haklara ilişkin hukuki düzenlemelerinin uyumlaştırılmasının bu hedefe katkı sunacağı, geçmişten bu-

güne telif hakları alanında kabul edilen yönergelerin bu amacı göz önünde bulundurduğu, teknolojinin hızlı gelişiminin fikrî mülkiyet alanında da yenilikleri beraberinde getirdiği, bu hızlı değişimin doğal olarak hukuki belirsizlik alanları doğurduğu vurgulanmış; Yönerge'nin ortaya çıkan bu belirsizlikleri gidermek ve üye devletlerin hukuk sistemleri arasında uyumu artırmak amacıyla üç temel başlıkta yeni düzenlemeler getirdiği ifade edilmiştir. Bu açıklamalar doğrultusunda m. 1'de Yönerge'nin amacının iç pazar çerçevesinde fikrî mülkiyet hakları ve bağlantılı haklara uygulanacak Birlik hukukunun, özellikle koruma konusu içeriğinin dijital ve sınır aşan kullanım hâlleri dikkate alınmak suretiyle, daha fazla uyumlaştırılması olduğu belirtilmiş, Yönerge'nin 24. maddesinde belirtilen hâller dışında bu alanda yürürlükte olan, özellikle de 96/9/AT, 2000/31/AT, 2001/29/AT, 2006/115/AT, 2009/24/AT, 2012/28/AB ve 2014/26/AB sayılı Yönergeler ile getirilen kurallar da saklı tutulmuştur.

Bu çerçevede Yönerge kapsamında; (i) fikrî hakların kullanımına ilişkin yeni bazı istisna ve sınırlamalar düzenlenmiş; (ii) bazı lisanslama uygulamalarının kolaylaştırılmasına yönelik önlemlere yer verilmiş ve (iii) özellikle fikrî mülkiyet hakları bakımından tüm ilgililerin menfaatlerini dengelemeyi ve iyi işleyen bir dijital tek pazarın tesisini hedefleyen yeni bir sistem benimsenmiştir. Bu plana uygun olarak Yönerge "Genel Hükümler" şeklindeki Birinci Başlık'ı (Title I) takiben, yukarıdaki üç ana konuyu düzenleyen üç başlık (Title II, Title III, Title IV) ve "Son Hükümler" şeklindeki V. Başlık'tan (Title V) ibarettir.

B. Yönerge'nin İçeriği

1. Fikrî Mülkiyet Hukukunda Eser Sahipliğinden Doğan Haklara İlişkin Yeni Sınırlamalar

Yönerge, eser sahipliğinden kaynaklanan haklara ilişkin, daha önce fikrî mülkiyet alanında çıkarılmış olan yönergelerde açıkça düzenlenmemiş olan, yeni sınırlama ve istisnalar getirmektedir. Dijital teknolojiler ile ortaya çıkan, eserlerden yararlanma konusundaki yeni yöntemler karşısında, 96/9/AT, 2001/29/AT ve 2009/24/AT sayılı Yönergelerde yer alan ve üye devletler bakımından ihtiyari nitelikte olan sınırlama ve istisnaların yeterli olmayacağı, özellikle sınır aşan kullanım biçimlerinde üye devletlerin hukuki düzenlemeleri arasındaki farklılıkların sorun oluşturabileceği yönündeki mülahazalar, Yönerge ile zorunlu bir takım sınırlama ve istisnalar ihdas edilmesinin gerekçesini teşkil etmiştir¹.

Yönerge'nin İkinci Başlığı "Dijital ve Sınır Aşan Mecraya Uyum Sağlamaya Yönelik İstisna ve Sınırlamalar" şeklindedir. Bu bölümde yer verilen ve böylece

¹ Giriş, 5. par.

AB Fikrî Mülkiyet hukukuna dâhil edilen istisnalar; “Eserlerin Metin ve Veri Madenciliği İçin Kullanılması”, “Eserlerin Dijital ve Sınır Aşan Eğitim Faaliyetlerinde Kullanılması” ve “Kültürel Mirasın Korunması Amaçlı Çoğaltma” şeklinde üç başlık altında toplanabilir.

a. Eserlerin metin ve veri madenciliği için kullanılması

Dijital teknolojilerin imkân tanıdığı metin ve veri madenciliği (text and data mining) uygulamaları giderek yaygınlaşmakta, buna karşılık bu yeni kullanım biçimi aynı zamanda eser sahipliğinden kaynaklanan hakların koruma alanının sınırlarında dolaşan veya bunlara tecavüz anlamına gelebilecek eylemleri içermektedir. Hâlbuki verilerin bu şekilde işlenmesi, özellikle bilimsel araştırma faaliyetleri için önemli bir imkân sunmaktadır.

Bu sebeple, bir yandan eser sahiplerinin, diğer yandan ise bilimsel faaliyetleri esnasında veri madenciliği uygulamalarından faydalanan araştırmacıların ve kuruluşların menfaatlerinin dengelenmesi ve bu konuda oluşan hukuki belirsizliğin giderilmesi adına Yönerge'nin 3. maddesi kaleme alınmıştır. Buna göre üye devletler, “araştırma kuruluşları” ve “kültürel miras kuruluşları”nın, bilimsel araştırma amacıyla, hukuka uygun olarak erişim hakları bulunan eserler ve diğer materyaller üzerinde metin ve veri madenciliği yapabilmeleri için, eser sahiplerinin 96/9/AT sayılı Yönerge m. 5(a)² ve 7/1³, 2001/29/AT sayılı Yönerge m. 2⁴ ve Yönerge m. 15/1⁵ uyarınca sahip oldukları çoğaltma (reproduction) ve aktarma (extraction)⁶ hakları bakımından zorunlu bir sınırlama/istisna getireceklerdir.

Yönerge m. 3'ün getirdiği istisnadan faydalanacak olan sùjeler “araştırma kuruluşları” ve “kültürel miras kuruluşları” şeklinde sınırlı olarak sayılmıştır. Yönerge m. 2/1'e göre araştırma kuruluşu;

² Veri tabanı yapımcısının veri tabanının geçici veya kalıcı olarak herhangi bir yolla ve herhangi bir şekilde tamamen veya kısmen çoğaltılması konusundaki münhasır hakkı.

³ Veri tabanı yapımcısının veri tabanının içeriği üzerindeki aktarma hakkı. Bu hakla ilgili olarak bkz. aşağıda dñn. 6.

⁴ Eser sahibinin çoğaltma hakkı.

⁵ Medya yayıncısının çoğaltma hakkı.

⁶ “Aktarma hakkı” veri tabanları ile ilgili olarak Veri Tabanlarının Hukuken Korunmasına İlişkin 96/9/AT sayılı Yönerge ile veri tabanını oluşturana tanınan sui generis hakkın bir görünümüdür. Bahsi geçen Yönerge'nin 7/2-(a) maddesinde “extraction” terimi “bir veri tabanının içeriğinin tamamının veya önemli bir bölümünün herhangi bir araç veya herhangi bir şekilde bir başka ortama sürekli veya geçici olarak aktarılması” şeklinde tanımlanmıştır. Bu madde esas alınarak kaleme alınmış olan FSEK Ek Madde 8'de bu terim “aktarma” şeklinde çevrilmiştir. Biz de çalışmamızda hem terim kullanımında yeknesaklığın sağlanması hem de karşılaştırma kolaylığı sağlaması bakımından FSEK'teki bu tercihe uygun olarak “aktarma hakkı” tabirini kullanacağız.

- (i) kâr amacı gütmeyecek veya elde ettiği tüm kârı bilimsel çalışmalarına yatıracak şekilde yahut;
- (ii) bir üye devlet tarafından kabul görmüş olan bir kamu menfaati misyonu çerçevesinde

öncelikli amacı bilimsel araştırma çalışmaları veya ayrıca bilimsel araştırmaların yürütülmesini de kapsayacak şekilde eğitim faaliyetleri yürütmek olan üniversite (ve bu kapsamda üniversite kütüphaneleri), araştırma enstitüsü veya diğer bir kurumdur. Maddede ayrıca, araştırma kuruluşu üzerinde belirleyici etki sahibi olan bir teşebbüsün, araştırma kuruluşunun yürüttüğü bilimsel araştırmanın sonuçlarından öncelikli/ayrıcılık olarak faydalanabildiği durumlarda söz konusu araştırma kuruluşunun Yönerge kapsamına girmediği de düzenlenmiştir.

Kültürel miras kuruluşu da yine m. 2/3'te, kamunun erişimine açık kütüphane veya müze, arşiv veya film yahut ses mirası kuruluşu olarak tanımlanmıştır. Bu arada bu kuruluşlara tanınan istisnadan bu kuruluşlara bağlı olarak faaliyet gösteren kimselerin de yararlanacağı Yönerge'nin girişinde açıkça ifade edilmiştir⁷.

İstisnanın şartları arasında "hukuka uygun erişim" şartı da sayılmıştır. Yönerge'nin girişinde erişimin, açık erişim politikası veya hak sahipleri ile araştırma veya kültürel miras kuruluşu arasındaki bir sözleşme çerçevesinde (örneğin abonelik) sağlanmış olması hâlinde hukuka uygun bir erişimden bahsedileceği ve bu durumda söz konusu kuruluşlara bağlı olan ve aboneliğin kapsamında kalan kimselerin içeriğe erişiminin hukuka uygun erişim olacağı belirtilmektedir⁸.

Yönerge m. 3/2 uyarınca aynı maddenin ilk fıkrasına uygun olarak gerçekleştirilen bir faaliyet kapsamında ortaya çıkan kopyalar güvenli bir ortamda olması koşuluyla depolanabilecek ve örneğin araştırma sonuçlarının doğrulanması gibi bilimsel amaçlarla muhafaza edilebilecektir.

Bu arada hak sahipleri de veri madenciliğine konu edilen eserlerin veya ilgili materyalin yer aldığı ağların veya veri tabanlarının güvenliğini korumak için gerekli önlemleri alabilecek ancak bu önlemler söz konusu amaca ulaşmak için gerekli olanın ötesine geçmeyecektir (Yönerge m. 3/3).

Yönerge m. 4, metin ve veri madenciliği faaliyetlerinin hem kamu hem de özel sektör tarafından çeşitli amaçlarla giderek daha yoğun bir biçimde kullanılması karşısında, 3. maddedeki istisnadan faydalanamayacak olanlar bakımından da hukuki belirliliğin sağlanmasına yönelik bir hüküm niteliğindedir. Buna göre metin veya veri madenciliğine konu edilmesi söz konusu olan eser veya ilgili materyalin kullanımının hak sahipleri tarafından açık bir biçimde saklı tutulmamış

⁷ Giriş, 14. par.

⁸ Giriş, 14. par.

olduğu ihtimaller bakımından da üye devletler metin veya veri madenciliği faaliyeti dolayısıyla gerçekleştirilecek çoğaltma veya aktarma eylemleri için zorunlu bir istisna/sınırlama öngörecektir.

b. Eser veya ilgili materyallerin dijital ve sınır aşan öğretim faaliyetlerinde kullanılması

Yönerge'nin giriş kısmında, AB'nin fikrî mülkiyet hukukuna ilişkin daha önceki düzenlemeleri kapsamında eğitim öğretim faaliyetlerine özgü zorunlu veya ihtiyari istisnalar/sınırlamalar öngörülmüş ise de bunların dijital kullanımlarda ne kapsamda uygulanabileceğinin ve özellikle öğretim faaliyetinin çevrimiçi ve mesafeli yapılması hâlinde de uygulama alanı bulup bulamayacağı belirsiz olduğu; ayrıca mevcut hukuki çerçevenin sınır aşan bir etkisinin de olmadığı ifade edilmiştir⁹.

Bu kaygılar dolayısıyla Yönerge m. 5'te üye devletlere salt eğitim/öğretim faaliyetleri için örnekleme/açıklama amacıyla ve gayri ticari olan amacın elde edilmesi için gerektiği ölçüde, eserlerin ve ilgili materyallerin dijital kullanımını mümkün kılacak şekilde, eser sahiplerinin 96/9/AT sayılı Yönerge m. 5 (a), (b), (d), (e)¹⁰ ve m. 7/1¹¹; 2001/29/AT sayılı Yönerge m. 2¹² ve 3¹³; 2009/24/AT sayılı Yönerge m. 4/1¹⁴; ve nihayet Yönerge m. 15/1 kapsamındaki haklarına yönelik istisna veya sınırlama getirme görevi yüklenmiştir. Bu istisnanın uygulanabilmesi için söz konusu kullanımın (i) eğitim kurumunun sorumluluğu altında ve onun faaliyet gösterdiği mekânda veya yalnızca eğitim kurumunun öğrencileri ve öğretim kadrosu tarafından erişilebilen güvenli bir elektronik ortamda ve (ii) -bunun mümkün olmadığı hâller dışında- eser sahibinin adı da dâhil olmak üzere kaynak belirtilerek gerçekleştiriyor olması gerekir.

Yönerge m. 5 ile getirilen sınırlama, öğretim faaliyetinin gayri ticari amacının meşru kıldığı kullanımlar bakımından söz konusu olacaktır. Hükümün “ör-

⁹ Giriş, 19. par.

¹⁰ Veri tabanlarında eser sahibinin veri tabanı üzerindeki çoğaltma; işleme (tercüme, uyarlama, düzenleme ve her türlü değiştirme); umuma iletim ve temsil hakları ile eserin işlenmesi neticesinde ortaya çıkan ürünü çoğaltma, yayma, temsil ve umuma iletim hakları.

¹¹ Veri tabanı sahibine tanınan sui generis haklar [aktarma (extraction) ve yeniden yararlanma (re-utilization) hakları].

¹² Eser sahiplerinin ve bağlantılı hak sahiplerinin (icracı sanatçılar, fonogram yapımcıları, film yapımcıları, yayın kuruluşları) çoğaltma hakları.

¹³ Eser sahiplerinin umuma iletim hakkı ile eser sahiplerinin ve bağlantılı hak sahiplerinin (icracı sanatçılar, fonogram yapımcıları, film yapımcıları, yayın kuruluşları), (dijital ortamda) umuma erişimi sağlama hakları.

¹⁴ Bilgisayar programlarında eser sahibinin çoğaltma; işleme (tercüme, uyarlama, düzenleme ve değiştirme) ve işleme sonucu ortaya çıkan ürünü çoğaltma; yayma hakları.

nekleme/açıklama” (illustration) kavramına yaptığı vurgu, işin doğası gereği bu sınırlama kapsamında gerçekleşecek kullanımın açıklama ve örnekleme amacını gerçekleştirecek ölçüde olması gerektiği anlamını da içinde barındırır. Bu arada Yönerge m. 5/2 üye devletlere, bazı kullanım türlerini veya eser tiplerini aynı maddenin birinci fıkrasında düzenlenen sınırlamadan muaf tutabilme yetkisi tanımıştır. Yönerge’nin bu bağlamda verdiği örnekler öncelikli olarak eğitim-öğretim pazarı için üretilmiş olan materyaller ve müzik eserlerinin notalarıdır. Ancak bu şekildeki bir “sınırlamanın istisnası”nın kabul edilebilmesi için, birinci fıkrayla istisna kapsamına alınan eylemler konusunda kullanıcıları yetkilendiren ve eğitim kurumlarının ihtiyaç ve özelliklerine uygun olan lisanslara piyasada kolayca ulaşılabilir olması şart koşulmuştur. Bu bakımdan m. 5/2’nin verdiği yetkiyi kullanmak isteyen üye devletlerin, eğitim kurumlarının bu tür lisanslara kolayca ulaşmalarını sağlayacak somut önlemleri alması gerektiği de ayrıca düzenlenmiştir.

Nihayet Yönerge m. 5/4’te, metin ve veri madenciliği istisnasından farklı olarak, üye devletlerin beşinci madde istisnası kapsamında yapılan kullanımlar dolayısıyla hak sahipleri için adil bir karşılık/denkleştirme (*fair compensation*) öngörebileceği de hüküm altına alınmıştır. Yönerge’nin giriş kısmında, adil karşılığın seviyesi belirlenirken diğer faktörlerin yanı sıra üye devletlerin eğitime ilişkin hedeflerinin ve hak sahiplerinin uğradığı zararın gözetilmesi gerektiği ifade edilmiştir¹⁵.

c. Kültürel mirasın korunması

Yönerge ile getirilen yeni sınırlamalardan sonuncusu m. 6’da yer almıştır. Bu sınırlama uyarınca üye devletler, kültürel miras kuruluşlarının kendi koleksiyonlarında sürekli olarak bulunan eserleri ve ilgili materyalleri koruma amacıyla ve böyle bir korumanın gerektirdiği ölçüde herhangi bir format veya ortamda kopyalamalarına imkân verecek bir istisna vazedeceklerdir.

Hükümün arka planında, dijital teknolojilerin kültürel mirasın korunması konusunda yeni imkânlar ve aynı zamanda yeni meseleler ortaya çıkarması gerçeği yatmaktadır¹⁶. Kültürel miras kapsamındaki eserlerin korunması, çok defa bunların eskimesi, orijinal taşıyıcının kötüleşmesi veya eserin sigorta ettirilecek olması gibi sebeplerle, aslında eser sahibine ait olan çoğaltma hakkının kullanılmasını gerektirmektedir. Getirilen sınırlama ile kültürel miras kuruluşlarının, daimî koleksiyonlarında yer alan eserlerden, koruma amacıyla sınırlı olarak ve uygun bir koruma aracı veya teknolojisi kullanılarak herhangi bir format veya ortamda,

¹⁵ Giriş, 24. par.

¹⁶ Giriş, 25. par.

gerekli olduğu sayıda ve eserin ömrünün herhangi bir aşamasında kopyalar çıkarılmasına imkân tanınmaktadır¹⁷. Gereklî teknik araçlara veya yeterli uzmanlığa sahip olmayan kültürel miras kuruluşlarının, koruma amaçlı çoğaltma faaliyeti kapsamında üçüncü kişilerin yardımına başvurabilmesinin de mümkün olduğu kabul edilmektedir¹⁸.

2. Ticaret Dışı Kalmış Eserler ve Lisanslama Uygulamalarının Yaygınlaştırılması

Yönerge'nin "Lisanslama Uygulamalarının Geliştirilmesine ve İçeriğe Daha Yaygın Erişimin Sağlanmasına Yönelik Tedbirler" şeklindeki 3. başlığında, dört bölüm altında (i) ticaret dışı kalmış eserler ve bunların kullanımı; (ii) toplu lisanslamanın (*collective licensing*) kolaylaştırılmasına yönelik tedbirler; (iii) talebe bağlı video (*video-on-demand*) platformlarında görsel-işitsel eserlere (*audiovisual works*) erişim ve (iv) görsel sanat eserlerinin kamuya mal olması konuları düzenlenmektedir.

a. Ticaret dışı eserler

Yönerge fikrî mülkiyet hukukunda yeni bir kavram olan "ticaret dışı eserler" kavramını tanımakta ve bu kapsamdaki eserlerin kültürel miras kuruluşları tarafından kullanılmasını kolaylaştırıcı birtakım mekanizmaların tesisini öngörmektedir.

Yönerge m. 8/5'te bir eserin, bu hususun tespiti için makul bir çaba sarf edildikten sonra, ticaretin geleneksel yolları kapsamında kamunun ulaşımına açık olmadığı iyi niyetle kabul edilebileceği hâllerde ticaret dışı eser sayılacağı ifade edilmiştir. Yönerge m. 8/1'e göre üye devletler, bir toplu hak yönetim kuruluşunun (*collective management organisation*), hak sahiplerinin kendisine verdiği yetki çerçevesinde bir kültürel miras kuruluşu ile kültürel miras kuruluşunun kalıcı koleksiyonunda yer alan ticaret dışı eserlerin çoğaltılması, yayılması ve umuma iletilmesi veya umumun erişimine hazır bulundurulması (*making available to the public*) konusunda, lisansın kapsamında olan tüm hak sahiplerinin toplu hak yönetimi kuruluşunu yetkilendirmiş olup olmadığına bakılmaksızın münhasır olmayan ve ticari amaç taşımayan bir lisans sözleşmesi yapabilmesini sağlayacaktır. Ancak bu hakkın kullanılabilmesi için (i) toplu hak yönetimi kuruluşunun sahip olduğu vekâletnameler kapsamında ilgili eser türleri ve lisansa konu haklarla ilgili olarak yeterli ölçüde temsil kabiliyetini haiz olması ve (ii) li-

¹⁷ Giriş, 27. par.

¹⁸ Giriş, 28. par.

sansın şartları bakımından tüm hak sahiplerinin eşit muamele görmelerinin temin edilmesi şarttır.

Yönerge m. 8/2’de ayrıca üye devletlerin, haklarında Yönerge m. 8/1’in aradığı şartları taşıyan bir toplu hak yönetimi kuruluşunun mevcut olmadığı ticaret dışı eserler bakımından kültürel miras kuruluşları lehine tanınması gereken zorunlu bir sınırlamaya/istisnaya yer verilmiştir. Buna göre üye devletler, eser sahiplerinin 96/9/AT sayılı Yönerge m. 5 (a), (b), (d), (e)¹⁹ ve m. 7/1²⁰; 2001/29/AT sayılı Yönerge m. 2²¹ ve 3²²; 2009/24/AT sayılı Yönerge m. 4/1²³; ve nihayet Yönerge m. 15/1 kapsamındaki haklarına yönelik olarak kültürel miras kuruluşları lehine, bunların kalıcı koleksiyonlarında yer alan ticaret dışı eserlere gayri ticari amaçlarla umumun erişimini sağlamalarını mümkün kılacak bir istisna veya sınırlama getirmekle yükümlüdürler. Ancak yine aynı fıkreda, bu sınırlamanın uygulama alanı bulabilmesi için (i) -bunun mümkün olmadığı anlaşıldığı hâller hariç olmak üzere- eser sahibinin veya tespit/teşhis edilebilen diğer bir hak sahibinin isminin zikredilmesi ve (ii) söz konusu eserlerin ticari olmayan internet sitelerinde umumun erişimine sunulması şeklinde iki şartın varlığının aranması gerektiği düzenlenmiştir. Bu sınırlamanın/istisnanın ancak haklarında Yönerge m. 8/1’in aradığı şartları taşıyan bir toplu hak yönetimi kuruluşunun mevcut olmadığı eserler bakımından uygulama alanı bulacağı tekrar belirtilmelidir (Yönerge m. 8/3).

Kültürel miras kuruluşlarının ticaret dışı eserlerden daha geniş bir kapsamda faydalanmasına imkân taniyacak toplu lisans sözleşmelerinin yaygınlaştırılması, ticaret dışı eser koleksiyonlarının içerdiği eserlerin sayıca çok fazla olması karşısında her bir hak sahibi ile ayrı ayrı lisans sözleşmesi yapılmasının getireceği yükün önüne geçmeyi amaçlayan bir önlemdir. Ayrıca bu lisans sözleşmelerinin geçerliliği için lisans kapsamındaki tüm hak sahiplerinin yetkilendirmesine ihtiyaç bulunmaması da söz konusu lisansları oldukça pratik hâle getirmektedir. Yönerge’deki bu düzenleme ile hukuk politikası tercihinin kültürel miras kuruluşları ve dolayısıyla kamunun esere erişim konusundaki menfaati lehine kullanılmış olduğu söylenebilir. Buna karşılık Yönerge’de ticaret dışı eserlerin sahiplerinin ir-

¹⁹ Veri tabanlarında eser sahibinin veri tabanı üzerindeki çoğaltma; işleme (tercüme, uyarlama, düzenleme ve her türlü değiştirme); umuma iletim ve temsil hakları ile eserin işlenmesi neticesinde ortaya çıkan ürünü çoğaltma, yayma, temsil ve umuma iletim hakları.

²⁰ Veri tabanı sahibine tanınan sui generis haklar [aktarma (extraction) ve yeniden yararlanma (re-utilization) hakları].

²¹ Eser sahiplerinin ve bağlantılı hak sahiplerinin (icracı sanatçılar, fonogram yapımcıları, film yapımcıları, yayın kuruluşları) çoğaltma hakları.

²² Eser sahiplerinin umuma iletim hakkı ile eser sahiplerinin ve bağlantılı hak sahiplerinin (icracı sanatçılar, fonogram yapımcıları, film yapımcıları, yayın kuruluşları) (dijital ortamda) umuma erişimi sağlama hakları.

²³ Bilgisayar programlarında eser sahibinin çoğaltma; işleme (tercüme, uyarlama, düzenleme ve değiştirme) ve işleme sonucu ortaya çıkan ürünü çoğaltma; yayma hakları.

deleri de bütünüyle yok sayılmamıştır. Bu bakımdan örneğın Yönerge m. 8/4'te üye devletlere, hak sahiplerinin kendi eserlerini gerek Yönerge m. 8/1'deki lisansın kapsamında, gerekse m. 8/2'deki sınırlama/istisnadan her zaman kolayca ve etkin bir biçimde hariç tutmalarına imkân tanıyacak bir mekanizma sağlama görevi yüklenmiştir.

Yönerge m. 8'in altıncı ve yedinci fıkraları, düzenlemenin yer itibarıyla uygulanmasına ilişkin hükümler içermektedir. Altıncı fıkraya göre üye devletler aynı maddenin birinci fıkrasındaki lisansların kültürel miras kuruluşunun yerleşik bulunduğu üye devlet bakımından temsil kabiliyeti olan bir toplu hak yönetimi kuruluşundan edinilmesini sağlamakla yükümlüdürler. Ayrıca yedinci fıkra ticaret dışı eserlerin asıl olarak üçüncü ülkeler ile bağlantılı olduğu sonucuna varılması gereken hâlleri sayarak bu durumlarda 8. maddenin uygulanmayacağını düzenlemektedir. Buna göre aynı maddenin beşinci fıkrası uyarınca makul çaba temelinde yapılan araştırma neticesinde; (i) sinema eserleri ve görsel-işitsel eserler dışındaki eserlerin ilk basıldıkları veya bunun mevcut olmaması hâlinde ilk yayımlandıkları yerin üçüncü bir ülke olduğunun; (ii) sinema eserleri ve görsel-işitsel eserlerde yapımcının ticari veya medeni ikametgâhının üçüncü bir ülkede olduğunun veya (iii) eser sahibinin üçüncü bir ülke vatandaşı olduğunun ve yapılan araştırma neticesinde ilk iki hâl kapsamında üye devlet veya üçüncü ülkenin tespit edilemediğinin anlaşılması durumunda maddede düzenlenen toplu lisans veya istisna/sınırlama uygulama alanı bulamayacaktır. Buna karşılık toplu hak yönetimi kuruluşunun m. 8/1-(a) anlamında söz konusu üçüncü ülkedeki hak sahiplerini yeterli ölçüde temsil ettiği durumlarda 8. madde yine uygulama kabiliyeti kazanacaktır.

Yönerge m. 9 uyarınca 8. madde kapsamındaki lisansların coğrafi kapsamı taraflar arasında serbestçe belirlenebilmelidir; dolayısıyla söz konusu lisansların icabında ticaret dışı eserlerin kültürel miras kuruluşu tarafından herhangi bir üye devlette kullanılmasına imkân verebilecek şekilde düzenlenmesine üye devlet hukukları müsaade edecektir. Buna karşılık Yönerge m. 8/2'deki istisna kapsamında kalan kullanımlar, kullanımı gerçekleştiren kültürel miras kuruluşunun yerleşik bulunduğu ülke ile sınırlı olacaktır.

Yönerge m. 10 ve 11, 8. maddenin kurduğu sistemin işlerliğini sağlamaya matuf tedbirler içermektedir. Bu kapsamda bir yandan m. 8/1 uyarınca sağlanan lisans çerçevesinde veya m. 8/2'deki istisna kapsamında kullanılan ticaret dışı eserlerin teşhisi amacıyla kültürel miras kuruluşlarından, toplu hak yönetimi kuruluşlarından veya ilgili kamu otoritelerinden sağlanacak verilerin paylaşılacağı çevrimiçi bir portalın oluşturulması ve bunun AB Fıkrî Mülkiyet Ofisi tarafından kurulup yönetilmesi öngörülmüş (Yönerge m. 10); diğer yandan da sistemin sağlıklı işleyebilmesi amacıyla ticaret dışı eserlerin belirlenmesine ilişkin kriterler

konusunda ilgili taraflar ile üye devletler arasında diyalog ve işbirliğinin tesisine vurgu yapılmıştır (Yönerge m. 11).

**b. Toplu lisanslamanın kolaylaştırılmasına yönelik tedbirler:
genişletilmiş etkili toplu lisanslama**

Yönerge'nin 12. maddesi, fikrî mülkiyet hukukunda eser sahiplerinin hakları ile kamunun esere ulaşma hakkı arasındaki dengeyi tesis etmede oldukça elverişli bir araç olarak görülen ve giderek daha yaygın olarak kullanılan toplu lisanslama faaliyetini bir adım ileriye götürecek bir düzenleme içermektedir. Madde ile üye devletlere, 8. maddede ticaret dışı eserler bakımından verilecek toplu lisanslar bakımından emredici bir şekilde kabul edilen "genişletilmiş etki"yi, farklı eser türleri için verilecek lisanslar bakımından da düzenleme imkânı getirilmiştir.

Buna göre üye devletler isterlerse kendi bölgelerindeki kullanımlar bakımından 2014/26/AB sayılı Yönerge hükümlerinin uygulanması için vazedilmiş milli hukuklarına tabi bir toplu hak yönetimi kuruluşunun hak sahiplerinden aldığı yetkilere dayanarak eserlerin kullanımına yönelik bir lisans sözleşmesi akdettiği durumlarda (a) bu sözleşmenin etkisinin söz konusu toplu hak yönetimi kuruluşunu bu konuda yetkilendirmemiş olan hak sahiplerinin haklarını da kapsayacak şekilde genişlemesini; (b) veya toplu hak yönetimi kuruluşunun bu lisans sözleşmesi bakımından kanuni bir yetkiye sahip olmasını veya kuruluşu yetkilendirmemiş hak sahiplerini de temsil ettiğinin farz edilmesini öngören düzenlemeler vazedebileceklerdir (Yönerge m. 12/1).

Yönerge m. 12/2 uyarınca genişletilmiş etkili toplu lisanslama imkânı ancak, kullanımın mahiyeti veya eserlerin türü itibarıyla hak sahiplerinden bireysel olarak yetki almanın ihtiyaç duyulan lisans sözleşmesinin yapılmasını ihtimal dışı kılacak ölçüde zahmetli ve kullanışsız olduğu, sınırları iyi belirlenmiş alanlarda kullanılmalı ve söz konusu lisanslama mekanizması hak sahiplerinin meşru menfaatlerini koruyacak nitelikte olmalıdır.

Bu kapsamda üye devletlerin tesis etmesi gereken koruyucu düzenlemeler Yönerge m. 12/3'te belirtilmiştir. Buna göre üye devletler m. 12/1'in amaçları bakımından;

a) toplu hak yönetimi kuruluşunun, kendisine verilmiş yetki belgeleri uyarınca ilgili eser türünde ve lisans konusu haklar bakımından ilgili üye devlette hak sahiplerini yeterli derecede temsil kabiliyetini haiz bulunmasını;

b) tüm hak sahiplerine, lisans sözleşmesinin hükümleri bakımından da olmak üzere, eşit muamelenin temin edilmesini;

c) toplu hak yönetimi kuruluşunu lisans verme konusunda yetkilendirmemiş olan hak sahiplerinin her zaman kolayca ve etkin bir biçimde kendi eserlerini bu madde kapsamında kurulmuş lisanslama mekanizmasından hariç tutabilmelerini;

d) eserlerin lisans kapsamında kullanılmasından önceki makul bir süreden başlamak üzere hak sahiplerinin, toplu hak yönetimi kuruluşunun eserleri lisanslama yetkisi, madde kapsamında gerçekleşen lisanslama ve hak sahiplerinin (c) bendi uyarınca sahip oldukları seçenekler hakkında bilgilendirilmeleri konusunda gerekli aydınlatma tedbirlerinin alınmasını

sağlamakla yükümlüdürler.

Nihayet Yönerge m. 12/5 ile üye devletlere bu madde kapsamında bir lisanslama mekanizması öngörmeleri hâlinde AB Komisyonunu bilgilendirme yükümlülüğü getirilmiş, m. 12/6'da Komisyonun da kendisine iletilen bu bilgiler çerçevesinde 10.04.2021 tarihine kadar Avrupa Parlamentosu ve Konseye, Birlik içerisinde Yönerge m. 12/1 kapsamındaki lisanslama mekanizmalarının kullanımı hakkında bir rapor sunacağı düzenlenmiştir.

c. Görsel-ışitsel eserlerin (audiovisual works) talebe bağlı video platformlarında (video-on-demand platforms) kullanıma sunulmasının kolaylaştırılması

Yönerge m. 13 uyarınca üye devletler, görsel-ışitsel eserlerin talebe bağlı video servislerinde kullanıma sunulması amacıyla sözleşme yapmak isterken hakların lisanslanması konusunda zorluk yaşayan tarafların, tarafsız bir kurumun veya arabulucuların desteğinden faydalanmasını sağlamakla yükümlüdürler. Yönerge'nin bu hükmünün arka planında talebe bağlı video platformlarında AB menşeli görsel-ışitsel eserlerin nispi azlığı ve bunların bu platformlarda yer almak konusunda yaşadıkları sıkıntılar yatmaktadır²⁴.

Madde uyarınca faaliyet gösterecek tarafsız kurum veya arabulucular taraflara görüşmeler sırasında destek sağlayacaklar ve gerektiğinde onlara teklifler sunmak suretiyle anlaşmaya varmaları konusunda yardım edeceklerdir. Maddede üye devletlerin bu konuda tercih ettikleri sistemi en geç 07.06.2021 tarihine kadar Komisyona bildirmeleri gerektiği de ayrıca düzenlenmiştir.

²⁴ Giriş, 51. par.

d. Koruma süresi dolan görsel sanat eserlerinin durumu

Yönerge m. 14 görsel sanat eserleri konusunda uygulamada yaşanan bir sıkıntıya cevap vermeyi amaçlamaktadır. Buna göre üye devletler, bir görsel sanat eserinin koruma süresi sona erdiğinde, bu eserin çoğaltılması suretiyle oluşacak herhangi bir materyalin de, söz konusu materyal onu meydana getirenin zihinsel yaratımı niteliği taşımak itibarıyla orijinal olmadığı sürece, telif hakkı veya bağlantılı haklara konu olmamasını sağlayacaktır.

Yönerge'nin giriş kısmında koruma süresi dolmuş görsel sanat eserlerinin aslına sadık reproduksiyonlarının serbest dolaşımında olmasının kültürel mirasa erişim ve kültür hayatının gelişimi bakımından önemli olduğu, bu nitelikteki eserlerin dijital ortamda telif hakları ve bağlantılı haklar ile korunmasının bu koruma süresinin geçmiş olduğu gerçeği ile çeliştiği, bu tür çoğaltmaların korunması hususunda ulusal mevzuatlardaki farklılıkların hukuki belirsizliğe yol açtığı ve görsel sanat eserlerinin sınır ötesi yayılımını etkilediği, netice itibarıyla bu mahiyetteki reproduksiyonların telif hakkı veya bağlantılı haklar ile korunmaması gerektiği ifade edilmiştir. Aynı yerde bu durumun kültürel miras kuruluşlarının kartpostal gibi reproduksiyonları satışa sunmalarını engellememesi gerektiği de ayrıca ifade edilmiştir²⁵.

3. İyi İşleyen Bir Telif Hakkı Pazarının Tesisine Yönelik Tedbirler

Yönerge'nin "İyi İşleyen Bir Telif Hakkı Pazarının Tesisine Yönelik Tedbirler" şeklindeki 4. başlığı aynı zamanda kamuoyunda en çok tartışılan kısımdır. Gerçekten de bu başlık altında yer alan özellikle 15 ve 17. maddeler, Yönerge'nin kabulü aşamasında akademiden medyaya ve hatta genel internet kullanıcılarına kadar pek çok seviyede tartışılmış ve bir hukuk metni için az rastlanır ölçüde "ses getirmiş"tir. Düzenlemelerden doğrudan veya dolaylı olarak etkilenecek olan/etkileneceğini düşünen çevrelerin genişliği kadar, burada ele alınan konuların dijital dünyanın günlük işleyişinin birer parçası olmasının da bunda rol oynadığı söylenebilir.

a. Fikrî mülkiyet hukukunda yeni hak sahiplikleri ve gelir paylaşım imkânları

Yönerge'nin 15. ve 16. maddelerinde fikrî mülkiyet hukukunun hareketli dünyasının geldiği noktada, özellikle dijital teknolojinin etkisiyle, yeni hak sahiplerinin veya eser sahipliğinden kaynaklanan hakların mali getirilerinden faydalananacak yeni grupların ihdas edilmiş olduğunu söylemek mümkündür.

²⁵ Giriş, 53. par.

i. Medya yayıncıları için hak sahipliği

Bu noktada getirilen ilk yenilik, 15. madde ile medya kuruluşlarına internet ortamındaki kullanımlarla ilgili olarak sağlanan yeni hak sahipliği rejimidir. Yönerge m. 15/1'e göre üye devletler, üye bir devlette kurulmuş olan medya yayıncılarını (publishers of press publications), bunların yayınlarının bilgi toplumu hizmeti sağlayıcıları²⁶ (information society service providers) tarafından çevrimiçi (online) kullanımı ile ilgili olarak, 2001/29/AT sayılı Yönerge m. 2 ve 3/2'de tanınan haklar ile donatacaklardır. Bahsi geçen 2001/29/AT sayılı "Bilgi Toplumunda Telif Hakkı ve Bağlantılı Hakların Bazı Yönlerinin Uyumlaştırılması Hakkında Yönerge"nin 2. maddesinde eser sahiplerinin çoğaltma hakkı, 3. maddesinin ikinci fıkrasında ise umumun erişimine hazır bulundurma hakkı düzenlenmektedir.

Böylece Yönerge'nin 15. maddesi ile bir yandan, esasen çok defa eser niteliğini dahi haiz olmayan medya içerikleri üzerinde medya yayıncısına eser sahipliğine ilişkin haklar tanındığı gibi, eser niteliğine sahip içerikler bakımından da normal olarak eser sahibine ait olması ve onun tarafından kullanılması gereken birtakım hakların bazı durumlarda medya yayıncısı tarafından kullanılması sonucunu doğuracak bir tercihte bulunulmuştur. Bu çerçevede normal şartlarda bir eserden kaynaklanması ve eser sahibine ait olması gereken çoğaltma ve umumun erişimine hazır bulundurma hakları, medya yayınının bilgi toplumu hizmeti sağlayıcıları tarafından internet ortamında kullanımı ihtimaline özgü olarak, söz konusu yayının eser niteliğinde olup olmadığına bakılmaksızın ve bu niteliğe sahip olsa bile eser sahibinin haklarını devretmesine veya bunlar üzerinde lisans tesis etmesine gerek kalmaksızın medya yayıncısına sağlanmış olmaktadır.

Yönerge'nin Giriş bölümünde medya yayıncılarının yayınlarının çevrimiçi kullanımını lisanslamak konusunda zorluklar yaşadıkları ve bu durumun yayıncıların yaptıkları yatırımın karşılığını almalarını zorlaştırdığı; medya yayıncılarının hak sahibi olarak kabul edilmemeleri hâlinde medya yayınlarının bilgi toplumu hizmeti sağlayıcıları tarafından çevrimiçi kullanımına ilişkin hakların lisanslanması ve icrasının çoğunlukla karmaşık ve etkisiz olacağı ifade edilmiştir²⁷. Yönerge'nin bu düzenlemesinin gerekçesi, internet ortamında haber alma faaliyetinin giderek doğrudan medya yayıncılarından değil, bunların haberlerini derleyen ve bunları yalnızca başlık veya hem içerik hem başlık hâlinde internet kullanıcılarına sunan haber toplama siteleri (news aggregators) veya medya iz-

²⁶ Yönerge m. 2/5'te, "bilgi toplumu hizmeti" kavramının 2015/1535/AB sayılı Yönerge m. 1/1-(b)'de yapılan "hizmet" tanımına karşılık geldiği belirtilmiştir. Yollama yapılan maddede "hizmet" kavramının, normal şartlarda bir bedel karşılığında, mesafeli olarak, elektronik vasıtalarla ve hizmet alıcısının bireysel talebi üzerine sağlanan her türlü hizmeti (bilgi toplumu hizmeti) ifade ettiği belirtilmiştir.

²⁷ Giriş, 54. par.

leme hizmetleri (media monitoring services) üzerinden gerçekleşmesi şeklindeki uygulamadır. Yönerge'nin bakış açısı, bu uygulamanın bir sonucu olarak haber toplama konusunda yatırım yapan medya yayıncılarının, kendilerinin yatırımlarıyla elde edilip kullanıma hazır hâle getirilmiş bu haberlerin, kendilerinin devre dışı bırakılması suretiyle kullanıcılara ulaşması neticesinde bu faaliyetten bekledikleri maddi karşılığı alamadıkları yönündedir. Yönerge bu açıdan medya yayıncılarının konumunu bahsi geçen haber toplama siteleri ve medya izleme hizmeti sağlayıcılarına karşı güçlendirmeyi amaçlamaktadır.

Medya yayını (press publication) kavramı Yönerge m. 2/4'te tanımlanmıştır. Buna göre medya yayını, çoğunlukla habercilik faaliyeti niteliği ağır basan yazılı eserlerden oluşan, ancak başka eserleri veya materyalleri de bünyesinde barındırması muhtemel olan (örneğin fotoğraf ve video) ve ayrıca (i) tek bir başlık altında periyodik veya düzenli olarak güncellenen bir yayın içinde bireysel/tek/başlı başına bir öge teşkil eden; (ii) kamuyu haberler ve diğer konularda bilgilendirme amacı taşıyan ve (iii) bir hizmet sağlayıcısının girişimi, editöryal sorumluluğu ve kontrolü altında²⁸ herhangi bir ortamda²⁹ yayımlanan bir derlemeyi ifade etmektedir. Aynı fıkrada ayrıca bilimsel dergiler gibi, bilimsel veya akademik amaçlarla yayımlanan mevkutelerin bu Yönerge'nin amaçları bakımından "medya yayını" niteliğinde olmadığı da ifade edilmiştir.

15. maddenin hazırlık aşamasında kamuoyunda yol açtığı tartışmalar, Yönerge metnine çeşitli istisnalar şeklinde yansımıştır. Bu kapsamda birinci fıkra hükümünün medya yayınlarının özel veya ticari olmayan kullanımlarına, hyperlinking (köprü bağlantısı/yönlendirme) faaliyetlerine ve tekil kelimelerin kullanımına veya bir medya yayınından yapılacak çok kısa alıntılara/aktarımlara uygulanmayacağı açıkça düzenlenmiştir (m. 15/1). Yine maddenin uygulanması, içeriğin bir bilgi toplumu hizmeti sağlayıcısı tarafından kullanılması şartına bağlandığı için, medya yayınlarının bireysel kullanıcılar tarafından özel veya gayri ticari amaçla kullanılmaları, bu kullanım medyanın çevrimiçi ortamda paylaşımı şeklinde olsa dahi Yönerge m. 15 kapsamında değildir³⁰.

Yönerge m. 15/2'de eser sahipleri veya diğer hak sahipleri ile medya yayıncıları arasındaki olası menfaat çatışmalarını düzenlemeye dönük bir hüküm de yer

²⁸ Nitekim Yönerge'nin Giriş bölümünde, bilgiyi haber yayıncısı gibi bir hizmet sağlayıcısının girişimi, editöryal sorumluluğu ve kontrolü altında yürütülmeyen bir faaliyet kapsamında sunan internet sitelerinin, örneğin blogların, madde kapsamında olmadıkları ifade edilmiştir (par. 56).

²⁹ Yönerge'nin Giriş bölümünde de Yönerge anlamında medya yayını herhangi bir ortamda yayımlanmış olabilir. Bu bakımdan kâğıda basılı yayınlar da diğer şartları sağlamak kaydıyla bu kapsamdadır. Aynı yerde Yönerge anlamında medya yayını örnekleri olarak günlük gazeteler, haftalık veya aylık dergiler ve haber (internet) siteleri sayılmıştır (par. 56).

³⁰ Giriş, 55. par.

almıştır. Buna göre, birinci fıkra ile medya yayıncılarına sağlanan haklar, birlik hukukunun eserleri bir medya yayınında yer alan eser sahiplerine veya diğer hak sahiplerine sağladığı hakları etkilemeyecek, fıkrada düzenlenen haklar eser sahiplerine karşı ileri sürülemeyecek ve bu eser sahiplerinin eserlerini söz konusu medya yayınından ayrı olarak kullanma hakları saklı olacaktır. Öte yandan bir eserin medya yayınında basit lisans çerçevesinde yer alması hâlinde, medya yayıncısının birinci fıkra ile kendisine sağlanan haklara diğer yetkili kullanıcıların kullanımlarını veya koruma süresi dolmuş eserlerden istifadeyi engellemek için müracaat edemeyeceği düzenlenmiştir (m. 15/2).

Nihayet aynı maddede birinci fıkra ile medya yayıncılarına sağlanan hakların medya yayınının yayımlanmasından itibaren iki yıl sonra tükeneceği ve bu sürenin söz konusu yayının yayımlandığı tarihi takip eden 1 Ocak'tan itibaren hesaplanacağı hükme bağlanmış (f. 4); ayrıca üye devletlerin, bir medya yayınında yer alan eserlerin sahiplerinin, medya yayıncılarının söz konusu yayınların bilgi toplumu hizmeti sağlayıcıları tarafından kullanılması dolayısıyla elde edecekleri gelirden uygun bir pay almalarını sağlayacakları da ifade edilmiştir (f. 5).

ii. Yayıncılar ile eser sahipleri arasında yeni gelir paylaşımı imkânları

Yönerge'nin 16. maddesinde üye devletlere, eser sahipliğinden kaynaklanan bazı mali getirilerin eser sahipleri ile yayıncılar arasında paylaşılmasına yönelik düzenleme yapma imkânı tanınmıştır. Buna göre üye devletler, eser sahibinin bir hakkını yayıncıya devrettiği veya hakkı üzerinde lisans sağladığı durumlarda, şayet eser sahibi devre veya lisansa konu hakka ilişkin bir istisna ya da sınırlama kapsamında gerçekleşen kullanım dolayısıyla bir maddi karşılık elde ediyorsa, yayıncının da bu karşılıktan adil bir pay alması bakımından devir veya lisansın gerekli hukuki temeli teşkil etmesini sağlayabileceklerdir. Bu madde ile yazarların, eserlerinin kütüphanelerce ödünç verilmesi veya özel amaçlarla çoğaltılması gibi istisnalara karşılık olarak yapılan ödemelerden [örn. "kütüphane primi" (public lending right), "fotokopi primi" (reproduction right) vb.], bu yayınlara yatırım yapmış olan yayıncıların da pay almasına ve böylece söz konusu gelirlerin menfaat sahipleri arasında daha adil bir biçimde paylaşılmasına yönelik altyapının hazırlanması amaçlanmaktadır.

b. Çevrimiçi içerik paylaşımı hizmet sağlayıcılarının sorumluluğu

Yukarıda da bahsedildiği üzere Yönerge'nin kamuoyunun ilgisine en çok mazhar olan maddesi Çevrimiçi İçerik Paylaşımı Hizmet Sağlayıcılarının (online content-sharing service providers) ("ÇİPHS"), kullanıcıları tarafından yüklenen eserler veya fikrî mülkiyet korumasına mazhar diğer materyaller dolayısıyla sorumluluklarını düzenleyen 17. maddedir.

Yönerge m. 17/1 uyarınca ÇİPHS'in kullanıcıları tarafından yüklenmiş olan fikrî mülkiyet korumasına tabi eserler veya diğer materyalleri kamunun erişimine sunması, fikrî mülkiyet hukuku anlamında umuma iletim veya umumun erişimine hazır bulundurma eylemi olarak nitelendirilecektir. Böylece bu tür faaliyetlerin hukuki niteliği konusunda Yönerge öncesi kamuoyunda oluşmuş bulunan tereddüt ortadan kaldırılmıştır. Bunun doğal sonucu, ÇİPHS'in söz konusu materyalleri paylaşabilmesi için hak sahipleri tarafından yetkilendirilmiş olmasının gerekmesidir (m. 17/1). Üye devletler ÇİPHS'e tanınacak bu yetkilendirmenin, ÇİPHS'in sunduğu hizmeti kullananların ticari maksatlı olmayan veya kayda değer gelir getirici nitelikte bulunmayan faaliyetleri nedeniyle ortaya çıkacak umuma iletim veya umumun erişimine hazır bulundurma eylemlerini de kapsayacak nitelikte olmasını sağlayacaklardır (m. 17/2).

ÇİPHS kavramı Yönerge m. 2/6'da, asli amacı veya asli amaçlarından birisi, kullanıcıları tarafından yüklenen çok sayıdaki fikrî mülkiyet korumasına tabi materyalin depolanması ve kamunun erişimine sunulması olan ve kâr elde etme amacı ile bu materyali düzenleyerek tanıtımını yapan bilgi toplumu hizmetleri sağlayıcısı olarak tanımlanmıştır. Aynı maddede kâr amacı gütmeyen çevrimiçi ansiklopediler, yine kâr amacı gütmeyen eğitim veya bilimsel amaçlı veri havuzları, açık kaynak yazılım geliştirme ve paylaşım platformları, 2018/1972/AB sayılı Yönerge'de tanımlandığı şekliyle elektronik iletişim sağlayıcıları, çevrimiçi pazar yerleri, işyerinden işyerine bulut servisleri ve kullanıcılara kendi ihtiyaçları için kullanmak üzere sağlanan bulut hizmetleri gibi hizmetlerin sağlayıcılarının bu Yönerge anlamında ÇİPHS niteliği taşımadığı hükme bağlanmıştır.

Belirtildiği üzere, Yönerge ÇİPHS bünyesindeki paylaşımların hak sahiplerinin yetkilendirmesine dayalı olarak gerçekleşmesi gerektiği kuralını vazedmiştir. Böyle bir yetkilendirme bulunmaması durumunda ÇİPHS'in, kullanıcılarının bu kapsamdaki paylaşımları dolayısıyla sorumlu olacağı da Yönerge m. 17/4'te hükme bağlanmıştır. Bu sorumluluktan kurtulmanın şartları ise yine aynı fıkırdaki düzenlenmiştir. Buna göre ÇİPHS;

- a) yetkilendirmeyi temin etmek için azami çabayı gösterdiğini ve;
- b) profesyonel bir özen yükümlülüğüne ilişkin yüksek endüstri standartları çerçevesinde hak sahiplerinin ilgili ve gerekli bilgileri kendisine ilettiği eserler veya diğer materyallerin paylaşılmamasını sağlamak bakımından azami çabayı gösterdiğini;
- c) hak sahiplerinden kendisine ulaşan ve yeterli ispatı içeren bir bildirim almasını takiben bildirim konusu esere veya diğer materyale erişimin engellenmesi veya internet sitesinden kaldırılması konusunda süratle harekete geçtiğini ve bunların gelecekte yeniden yüklenmesini engellemek için (b) bendine uygun olarak azami çabayı gösterdiğini

ortaya koymak suretiyle sorumluluktan kurtulabilecektir. ÇİPHS'in m. 17/4'teki yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği değerlendirilirken ölçülülük ilkesi çerçevesinde, hizmetin türü, boyutu, hedef kitle, kullanıcılar tarafından yüklenen eser veya materyallerin türü, ÇİPHS'in bu konuda yararlanabileceği uygun ve etkili araçların varlığı ve bunların maliyeti gibi hususlar da dikkate alınacaktır (m. 17/5). Tüm bunlarla birlikte m. 17'nin ÇİPHS bakımından herhangi bir genel gözetim/izleme yükümlülüğü getirmediği m. 17/8'de ayrıca ifade edilmiştir.

Yönerge m. 17'de ayrıca hükmün uygulanmasından istisna tutulacak ÇİPHS'lere ilişkin bir düzenleme de yer almaktadır. Bu kapsamda m. 17/6 ile AB bünyesinde üç yıldan daha az bir geçmişi olan start-up niteliğindeki ÇİPHS'ler bakımından, bunların yıllık cirosunun 10 milyon Avro'yu aşmaması kaydıyla kısmi bir istisna tanınmıştır. Buna göre söz konusu ÇİPHS'ler Yönerge m. 17/4-a'deki yükümlülüğe ve ayrıca kısmen m. 17/4-c'deki yükümlülüğe tabidirler; bu çerçevede kendilerine bildirilen ve hak sahipleri tarafından haklarında ilgili ve gerekli bilgiler sağlanmış olan materyallere erişimin engellenmesi ve internet sitesinden kaldırılması ile yükümlü iseler de bunların gelecekte yeniden yüklenmesini engellemek için azami çabayı göstermek konusunda bir sorumlulukları yoktur. Bununla birlikte aynı fıkrada, söz konusu ÇİPHS'lerden bir önceki takvim yılında aylık ortalama ziyaretçi sayısı 5 milyonu aşanların, ayrıca m. 17/4-c kapsamında kendilerine bildirilen ve hak sahipleri tarafından haklarında ilgili ve gerekli bilgiler sağlanmış olan eserlerin gelecekte yeniden yüklenmesini engellemek için azami çabayı göstermekle de yükümlü olacakları ifade edilmiştir.

Yönerge m. 17'nin fikrî mülkiyet haklarının ihlali niteliğinde olmayan kullanımların dahi önüne geçecek şekilde uygulanması ihtimali, Yönerge'nin hazırlık aşamasında üzerinde durulan hususlardan birisi olmuştur. Bu konudaki tartışmaların bir yansıması olarak m. 17/7'de üye devletlere, kullanıcıların alıntı, eleştiri, değerlendirme niteliğindeki veya karikatür, parodi, pastiş şeklindeki paylaşımlarının maddenin kapsamı dışında tutulmasını sağlama yükümlülüğü yüklenmiştir. Bu düzenlemenin arka planında özellikle ifade hürriyeti ve sanat hürriyeti mülahazalarının yattığı, Yönerge'nin giriş kısmında ifade edilmiştir³¹.

Yönerge m. 17/9'da ÇİPHS'in kullanıcılara etkin ve seri bir şikâyet ve telafi mekanizması sağlamasının üye devletlerin yükümlülüğünde olduğu ifade edildikten sonra, olası anlaşmazlıkların çözümü konusundaki temel ilkeler belirlenmiş; bu kapsamda içeriğe erişimin engellenmesi veya içeriğin kaldırılmasına ilişkin kararların her hâlükarda insan denetimine tabi kılınması gerektiği, üye devletlerin uyuşmazlıkların halli bakımından mahkeme dışı ve tarafsız telafi mekanizmalarını temin etmekle yükümlü oldukları, ancak bu mekanizmaların kullanıcıları

³¹ Giriş, 70. par.

ulusal hukuklar tarafından sağlanan hukuki korumadan mahrum bırakmaması gerektiği düzenlenmiştir.

c. Eser sahipleri ve icracı sanatçıların konumlarının güçlendirilmesine yönelik önlemler

Yönerge m. 18-23 hükümlerinin yer aldığı kısım “Eser Sahipleri ve İcracı Sanatçıların Faydalanma Sözleşmelerinde Adil Karşılık” başlığını taşımaktadır. Bu kısım altında eser sahipleri ve icracı sanatçıların eserleri ile ilgili olarak yaptıkları sözleşmelerde genellikle zayıf durumda bulunmalarından kaynaklanan birtakım problemlerin çözümüne ve bu kişilerin konumlarının güçlendirilmesine yönelik düzenlemeler öngörülmüştür.

Yönerge m. 18’de üye devletlere, son derece genel bir şekilde, eser sahipleri veya icracıların eserlerinden yararlanmak amacıyla haklarını devretmeleri veya bunlar üzerinde lisans tesis etmeleri hâlinde, bunların uygun ve orantılı bir karşılık elde etmelerini sağlayacak önlemleri alma yükümlülüğü getirilmiştir. Maddede ayrıca üye devletlerin bu sonuca ulaşmak üzere farklı mekanizmaları kullanabilecekleri ve her hâlükârda sözleşme özgürlüğü ilkesinin ve karşılıklı hak ve menfaatlerin adil dengesinin gözetilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Buna karşılık Yönerge m. 19 daha somut bir biçimde eser sahipleri ve icracıların eserlerinin kullanılması/değerlendirilmesi konusunda bilgilenmelerini sağlayacak tedbirler öngörmüştür. Buna göre üye devletler eser sahipleri ve icracıların düzenli olarak ve en azından yılda bir defa, her sektörün özellikleri de gözetilmek suretiyle eserlerinin veya icralarının kullanımı hakkında haklarını devrettikleri veya lisans verdikleri kişilerden veya bunların haleflerinden özellikle kullanım türleri, bu kullanımlardan elde edilen gelirler ve bunlar dolayısıyla kendilerine ödenen karşılık konusunda güncel, amaca uygun ve kapsamlı bilgi almalarını sağlamakla yükümlüdürler (m. 19/1). Yönerge m. 19/2 söz konusu haklar üzerinde alt lisans sağlanmış olması durumunda, ihtiyaç duyulan bilgilerin tamamının eser sahiplerinin haklarını devrettikleri veya lisans verdikleri kimsenin uhdesinde bulunmaması hâlinde, alt lisans alanlardan da bu bilgilerin talep edilebilmesi gerektiğini düzenlemiştir. Bu ihtimalde alt lisans veren, alt lisans alanın kimliği konusunda da bilgi vermekle yükümlüdür. Bununla birlikte üye devletler, alt lisans alanlara yönelik bilgi alma taleplerinin ilk sözleşmenin karşı tarafını oluşturan alt lisans verenler aracılığıyla yapılması gerekliliğini öngörebileceklerdir.

Maddede düzenlenen şeffaflık yükümlülüğünün sınırlarının çizilmesi noktasında üye devletlere belirli bir manevra alanı bırakılmıştır. Bu kapsamda üye devletler söz konusu düzenlemeleri yaparken her bir sektörün özelliklerini dikkate alacaklar, eserin kullanımından elde edilen gelirle şeffaflık yükümlülüğünün yerine getirilmesi için katlanılan idari yük arasında fahiş bir dengesizliğin ortaya

çıkacağı hâllerde söz konusu yükümlülüğün sınırlarını daraltabilecekler, hatta ilgili eser sahibi veya icracı sanatçının esere katkısının kayda değer olmadığı hâllerde bu yükümlülüğün hiç doğmayacağını da öngörebileceklerdir (m. 19/3-4).

Yönerge m. 19/6'da, 2014/26/AB sayılı Yönerge'nin³² 18. maddesinin uygulanabildiği durumlarda, aynı Yönerge'nin 3-a ve 3-b maddelerinde tanımlanan toplu hak yönetimi kuruluşları ve bağımsız hak yönetimi teşekkülleri (independent management entity) tarafından akdedilen sözleşmeler bakımından Yönerge m. 19'daki yükümlülüğün uygulama alanı bulmayacağı hükme bağlanmıştır. 2014/26/AB sayılı Yönerge m. 18 ile eser sahiplerinin haklarının toplu olarak yönetildiği durumlarda eser sahiplerine zaten oldukça kapsamlı bir aydınlanma hakkı tanınmış olması karşısında, Yönerge'nin sağladığı koruma yalnızca 2014/26/AB sayılı Yönerge'nin kapsamı dışında kalan hâllere özgülüştür.

Yönerge m. 20 eser sahiplerinin akdettikleri -özellikle uzun döneme yayılmış- sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanmasına ve böylece başlangıçta ekonomik değerleri tam olarak öngörülememiş eserler dolayısıyla sonradan elde edilen gelirlerden eser sahiplerinin de adil bir pay alabilmesine yönelik önemli bir hüküm niteliğindedir. Bu hüküm uyarınca üye devletler bu maddedekine muadil bir mekanizmayı içeren bir toplu pazarlık sözleşmesinin (collective bargaining agreement) varlığı hâli müstesna, eser sahipleri ve icracıların, başlangıçta kararlaştırılan bedelin sonradan eserin kullanımı neticesinde elde edilen gelirler ile kıyaslandığında orantısız biçimde düşük olduğunun ortaya çıkması durumunda hakların kullanımı ile ilgili sözleşme yaptıkları taraftan uygun ve adil ek bir bedel talep edebilmelerini sağlamakla yükümlüdürler. Yönerge m. 20/2'de, yine 2014/26/AB sayılı Yönerge'nin 3-a ve 3-b maddelerinde tanımlanan toplu hak yönetimi kuruluşları tarafından akdedilen sözleşmeler bakımından Yönerge m. 20/1'in uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır.

Yönerge m. 21 uyarınca üye devletler m. 19 ve 20'den kaynaklanacak uyuşmazlıkların ihtiyari olarak alternatif uyuşmazlık çözüm yolları çerçevesinde halini sağlamakla yükümlüdürler. Ayrıca bu kapsamdaki yargılama prosedürlerinin eser sahipleri ve icracıların talebi üzerine bunları temsil eden kuruluşlar tarafından başlatılabilmesi de temin edilecektir.

Yönerge m. 22 "çayma/geri alma hakkı" başlığını taşımaktadır. Buna göre üye devletler eser sahibi veya icracının eserden kaynaklanan haklarını devretmiş veya inhisari olarak lisanslamış olduğu durumlarda, devralanın (yahut lisans alanın) söz konusu eserden faydalanmayı ihmal etmesi hâline özgü olarak eser sahibine

³² "Telif Hakları ile Bağlantılı Hakların Kollektif Yönetimi ve Musiki Eserlerine İlişkin Hakların İç Pazarda Çevrimiçi Kullanımına İlişkin Hakların Çok Bölge Lisanslanması Hakkında" 26.02.2014 tarihli ve 2014/26/AB sayılı Yönerge.

veya icracıya mezkûr işlemlerden kısmen veya tamamen cayma hakkı tanıyacaklardır (m. 22/1).

Üye devletler bu yöndeki düzenlemeleri kapsamında farklı sektörlerin özelliklerini veya farklı türdeki eser yahut icraları ve birden fazla kimsenin katkısıyla meydana gelen eserlerde bireysel katkıların görece önemini ve tüm eser sahiplerinin haklı menfaatlerini dikkate alarak cayma mekanizmasına ilişkin özel düzenlemeler getirebileceklerdir (m. 22/2). Yine bu kapsamda üye devletlere genellikle çok sayıda eser sahibi veya icracı tarafından meydana getirilen bazı eser türlerini istisna kapsamına alma; sektörün özellikleri veya eserin türü itibarıyla haklı görülebildiği ölçüde cayma mekanizmasının uygulanmasını belirli bir süre ile sınırlama şeklindeki düzenlemeleri yapmak konusunda imkân tanınmıştır. Bu arada üye devletler eser sahiplerine ve icracılara hakların veya lisansın geri alınmasının alternatifini olarak sözleşmenin inhisari niteliğini sona erdirme seçeneğini de sunabileceklerdir (m. 22/2).

Cayma hakkı her hâlükârda hakkın devrinin veya lisansın tanınmasının üzerinden makul bir zaman geçtikten sonra kullanılabilir şekilde tanınmalıdır. Ayrıca bu hakkı kullanmak isteyen eser sahibi veya icracı, önce muhatabı durumdan haberdar edecek ve hakların kullanılması için bir mehil tayin edecek, bu mehilin sona ermesini takiben hakkın veya lisansın yahut tanınan hakkın inhisari niteliğinin geri alınması yönündeki tercihini kullanabilecektir (m. 22/3).

Kullanımın gerçekleşmemiş olması, giderilmesi büyük ölçüde eser sahibi veya icracıdan beklenebilecek şartlardan kaynaklanıyor ise cayma hakkı gündeme gelmeyecektir (m. 22/4).

Yönerge'nin 19, 20 ve 21. maddelerinin üye devlet mevzuatlarına eser sahipleri ve icracılar lehine emredici düzenlemeler olarak aktarılması gerektiği Yönerge m. 23/1'de düzenlenmiştir. Buna karşılık Yönerge m. 22/5'te üye devletlerin, cayma mekanizmasını hükümsüz kılacak sözleşme düzenlemelerinin ancak toplu pazarlık sözleşmeleri bünyesinde yer almak şartıyla icra edilebilir olması şeklinde bir tercihte bulunabilecekleri ifade edilmiştir. Bu bakımdan Yönerge'de öngörülen cayma hakkı Yönerge m. 19, 20 ve 21'de düzenlenen haklardan farklı olarak, kural olarak sözleşme ile bertaraf edilebilecek nitelikte bir hak olarak düşünülmüştür.

Nihayet Yönerge m. 23/2'de bu Yönerge'nin 18 ila 22. maddelerinin 2009/24/AB sayılı Yönerge'nin 2. maddesi anlamında bilgisayar programlarının eser sahipleri bakımından uygulanmayacağı belirtilmiştir.

4. Yönerge'nin Yürürlüğü ve Kapsamı

Yönerge 07.06.2021 tarihinde veya bu tarihten sonra milli hukuklarca fikrî mülkiyet hukuku kapsamında korunan tüm eserler ve diğer koruma konusu ma-

teryaller bakımından uygulanacak (m. 26/1); bu uygulama 07.06.2021 tarihinden önce tamamlanan eylemler veya kazanılan haklara hanel getirmeyecektir (m. 26/2).

Eser sahipleri veya icracılar tarafından haklarının devrine veya bunlar üzerinde lisans tanınmasına ilişkin sözleşmeler, 07.06.2022 tarihinden itibaren Yönerge m. 19'daki şeffaflık yükümlülüğüne tabi olacaklardır (m. 27).

Nihayet üye devletlerin Yönerge ile uyum sağlamak üzere gerekli olan düzenlemeleri 07.06.2021 tarihi itibarıyla yürürlüğe koymuş olmaları gerekmektedir (m. 29/1).

III. Değerlendirme ve Öneriler

1. Eser Sahipliğinden Kaynaklanan Haklara İlişkin Yeni Sınırlamalar

Yukarıda ilgili kısımda paylaşıldığı üzere Yönerge ile AB fikrî mülkiyet hukuku alanında eser sahiplerinin hakları bakımından, özellikle teknolojik gelişmelerin doğurduğu ihtiyaçlardan kaynaklanan yeni sınırlamalar/istisnalar getirilmiştir.

Hemen belirtelim ki bahsi geçen bu sınırlamalara karşılık gelecek düzenlemeler FSEK'te mevcut değildir. Metin ve veri madenciliği faaliyetleri lehine sağlanan yeni sınırlama eser sahiplerinin ve özellikle de veri tabanı sahiplerinin çoğaltma ve aktarma haklarını ihlal edecek niteliktedir. Metin ve veri madenciliği faaliyetlerinin hızlı bir artış göstermesi ve giderek daha yoğun bir biçimde kullanım alanı bulması karşısında bu faaliyetleri gerçekleştirenlerin ve bu faaliyetlere ilişkin kamunun menfaati ile bu faaliyetlerin gerçekleştirilmesi sırasında eserlerinden faydalanılan eser sahiplerinin haklarının dengelenmesi açısından kanuni bir çerçevenin er geç çizilmesi gerekeceği açıktır.

Yönerge'nin fikrî mülkiyet hukukuna tabi eserlerin eğitim amaçlı dijital kullanımını konusunda öngördüğü yeni istisna, AB fikrî mülkiyet hukukunda bu alanda yaşanan tereddütlerin izalesini amaçlamıştır. Benzer bir durumun Türk hukuku bakımından da var olduğundan veya gündeme gelmesinin muhtemel olduğundan bahsedilebilir. Hâlihazırda FSEK m. 33'te eğitim öğretim faaliyetlerine ilişkin bir sınırlama mevcuttur. Ancak bu sınırlama eserlerin eğitim öğretim amacıyla dijital ortamda kullanımını sağlamaya elverişli bir içerikte değildir. Maddede yayımlanmış bir eserin eğitim ve öğretim kurumlarında kullanımı serbest kılınmışsa da bu serbesti "yüzyüze eğitim öğretim maksadıyla" ve eserin "temsili" ile sınırlı olarak tanınmıştır. Bu maddedeki şartların Yönerge m. 5 ile getirilen sınırlama ile gözetilen menfaati korumaya elverişli olmadığı açıktır. Hâlbuki Yönerge m. 5 düzenlemesinin ele aldığı ihtimaller Türkiye açısından da giderek yaygınlaşmaktadır; uzaktan eğitim ve öğretim faaliyetlerinin hızla artması ve çeşitlenmesi

ve hatta kısa bir süre önce yaşanan COVID-19 salgını tecrübesi, eğitim öğretim faaliyetlerinin dijital ortamda gerçekleştirilmesi olgusunun bundan böyle daha da süratle hayatımızın bir parçası olacağını göstermiştir.

Yeni teknolojiler kültürel miras kuruluşları bünyesinde muhafaza edilen eserlerin korunması bakımından yeni imkânlar sağlamıştır. Bununla birlikte bu imkânlardan faydalanmak, mevcut sistemde münhasıran eser sahiplerine ait olan çoğaltma hakkının bu kuruluşlar tarafından kullanılmasını gerektirmektedir. Yönerge m. 6'nın bu amaçla kültürel miras kuruluşları lehine getirdiği sınırlama kanımızca FSEK'e yabancıdır. Bir an için FSEK m. 38'deki "şahsen kullanma" istisnasının Yönerge m. 6'da öngörülen ihtimalleri kapsayacak şekilde yorumlanmasının mümkün olup olmadığı sorusu akla gelebilirse de hâlihazırda FSEK m. 38'in aradığı "şahsen kullanma" kavramının kapsamı, tüzel kişilerin bu sınırlamadan yararlanıp yararlanamayacağı, çoğaltmanın niceliksel sınırının ne olacağı gibi konularda yaşanan tartışmalar düşünüldüğünde, FSEK m. 38'in bu konuda asgari hukuki belirliliği sağlayacak nitelikte bir hüküm olmadığı tespit edilebilir. Kaldı ki istisnaların dar yorumlanmasına ilişkin genel ilke karşısında, FSEK m. 38'in uygulanma alanının bu şekilde genişletilmesinin yerinde olmayacağı da söylenmelidir. Öte yandan konuyla bir ölçüde bağlantılı görülebilecek olan FSEK m. 46 ve 47 bakımından ise, hem bu maddelerin uygulanmalarının son derece sıkı şartlara bağlanmış bulunduğu, hem de uygulandıkları durumlarda dahi eserlerden yararlanmak isteyen kimselere Yönerge m. 6'nın sağladığı imkânları sağlamak uzak oldukları belirtilmelidir. Kısacası, Yönerge m. 6'nın korumaya çalıştığı menfaat, ülkemiz bakımından da caridir ve bu açıdan aynı menfaate yönelik bir düzenlemenin FSEK'te de yer alması faydalı olacaktır. Ayrıca madde ile getirilen istisnanın eserlerin korunması amacıyla ve ancak bu kapsamla sınırlı olarak tanınmış olması karşısında, hukukumuza aktarılacak bu yöndeki bir düzenlemenin eser sahiplerinin haklarına esasen son derece sınırlı bir müdahale içereceğini söylemek gerekir.

2. Ticaret Dışı Kalmış Eserler ve Lisanslama Uygulamalarının Yaygınlaştırılması Bakımından

a. Ticaret dışı eser kavramı bakımından

"Ticaret dışı eser" ("out-of-commerce works") kavramı AB fikrî mülkiyet hukukuna pozitif hukuk düzeyinde ilk defa Yönerge ile giren ve genel olarak fikrî mülkiyet hukukunda da son derece yeni bir kavramdır. Bu açıdan konunun FSEK'te düzenlenmemiş olması yadırgatıcı değildir. Bununla birlikte kavramın doğuşu yine teknolojik gelişmelerle bağlantılıdır ve bu gelişmelerin olağanüstü hızı karşısında Türk hukukunun da bir meselesi hâline gelmesi kaçınılmazdır. Gerçekten de ticaret dışı eserler kavramı –tıpkı öksüz eserler ("orphan works")

bakımından olduğu gibi-, eserlerin dijital ortamda umumun erişimine sunulmasının kolaylaşmasını ve giderek yaygınlaşmasını takiben doğmuş kavramlardır. Bu kavram ile hem bilgiye erişimin kolaylaşması hem eser sahiplerinin kaybolmaktan kurtulması hem de kültürel miras kuruluşlarının koleksiyonlarındaki eserleri azami ölçüde kullanıma sunmalarının sağlanması amaçlanmaktadır. Eserlerin dijitalleştirilmesinin son derece kolay ve sıradan hâle geldiği bir dünyada mevcut düzenleme biçiminin gerçekçi olmadığı açıktır.

Bu bakımdan eser sahiplerinin haklarının sınırlarına ilişkin FSEK düzenlemelerinin bu gelişmeler ışığında gözden geçirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Ancak olası bir yeniden düzenleme tercihi hâlinde asıl önemli olan bu yöndeki değişikliklerin bütüncül bir şekilde yapılmasıdır. Bu bakımdan, örneğin tek başına ticaret dışı eserlere ilişkin bir düzenlemenin Türk hukukunda benimsenmesi eksik kalacaktır. Mesele tekil olarak ticaret dışı eserler meselesi değil, bütüncül olarak yeni teknolojiler ve imkânlar karşısında eser sahiplerinin, kamunun ve kültürel miras kuruluşlarının menfaatlerini hep birlikte gözetin ve gerçekliğe gözlerini kapamayan yeni bir koruma rejiminin tesisidir. Bu kapsamda başta koruma süreleri olmak üzere, öksüz eserler ve ticaret dışı eserler ile ilgili gelişmeler de elbette dikkate alınmalı, yine kamuya ödünç vermeden yahut reprografik faaliyetlerden kaynaklanan haklar (kütüphane primi, çoğaltma primi), genişletilmiş etkili toplu lisanslama gibi bağlantılı konular da bu bütün içerisinde değerlendirilmelidir.

b. Genişletilmiş etkili toplu lisanslama

Yukarıda vurgu yapılan konular arası bağlantı bakımından önemli bir örnek, genişletilmiş etkili toplu lisanslama meselesidir. Yönerge ile ticaret dışı eserler bakımından önemli bir işlev üstlenen bu yeni müessesenin AB üyesi ülkelerin ihtiyarına bağlı olarak ticaret dışı eserler dışında da kullanım alanının genişletilmesine yönelik bir politika tercihi yapıldığı anlaşılmaktadır. Bu müessese de oldukça yenidir ve en azından bazı eser sahiplerinin iradelerinin bir ölçüde dışlanması sonucunu doğurması bakımından dikkatli bir şekilde ele alınması gerekir. Yönerge'nin 12. maddesi ile üye devletlere bir zorunluluk değil bir seçenek sunulmuş olması da bu çekinceye kaynaklanmaktadır.

Bu itibarla FSEK bakımından meslek birliklerine genişletilmiş etkili toplu lisanslama yetkileri tanınması konusunda acele edilmesinin yarardan çok zarar getirmesi söz konusu olabilir. Türkiye'de meslek birliklerinin geleneksel faaliyet alanları bakımından dahi henüz yeterince istikrarlı ve iyi işleyen bir uygulamaya kavuşamamış oldukları, bu faaliyet alanlarına ilişkin sorunların çözümünde dahi istenen seviyeye ulaşamamış olduğu gibi gerçekler dikkate alındığında, bu alanda “yeni bir cephe” açılmasının kısa vadede yerinde bir hukuk politikası tercihi olmayacağı söylenebilir. Bununla birlikte dünyadaki genişletilmiş etkili

toplu lisanslama uygulamalarının yakından takibi ve böylece olası bir mevzuat değişikliğinde dikkat edilmesi gereken hususların tespiti şüphesiz elzemdir.

3. İyi İşleyen Bir Telif Hakkı Pazarının Tesisine Yönelik Tedbirler

a. Medya yayıncıları için hak sahipliği

FSEK bakımından medya yayınları bünyesinde yer alan içeriğe ilişkin hak sahipliği konusunda genel kurallara istisna teşkil eden bir düzenleme yoktur. Bu bakımdan medya yayınlarında yer alan haber, yorum, makale vb. parçaların öncelikle FSEK anlamında eser niteliği taşıyıp taşımadığı değerlendirilecek, özellikle hususiyet unsurunun varlığı durumunda eser sahipliğine ilişkin kurallar uygulanacaktır. Bu bakımdan bilhassa Yönerge m. 15'in ilgilendiği "haber" içerikleri esasen çok defa hususiyetten yoksun olmaları bakımından FSEK manasında eser olarak nitelendirilemeyecektir.

Öte yandan FSEK m. 36'da basın tarafından yayınlanmış haberler bakımından oldukça geniş bir iktibas serbestisi getirilmiştir. Bu itibarla Yönerge m. 15 anlamında "medya yayınları"nda yayımlanan "haber" içerikleri FSEK m. 36 kapsamında kaynak belirtmek şartıyla ve herhangi bir iktibas ölçüsüne de tabi olmaksızın, icabında bütün olarak serbestçe iktibas edilebilecektir. Esasen haber şeklindeki içeriklerin yukarıda belirtildiği üzere hususiyet vasfından yoksun olması karşısında, burada gerçek manada eser sahipliğinden kaynaklanan haklara ilişkin bir sınırlamadan da bahsedilemeyeceği, zira ortada çok defa bir eser bulunmadığı da ifade edilmektedir³³.

Dahası FSEK m. 36/2 uyarınca gazete ve dergilerde yayımlanan "içtimai, siyasi veya iktisadi günlük meselelere müteallik makale ve fıkralar" da şayet bunların iktibas hakları açıkça saklı tutulmamışsa aynen yahut işlenmiş şekilde iktibas edilebilecektir. Hatta iktibas hakkının mahfuz tutulduğu hâllerde dahi bu makale ve fıkraların kısaltılarak basın özetleri şeklinde alınmasının caiz olduğu, aynı yerde ifade edilmiştir. Şu hâlde yine Yönerge m. 15 anlamında "medya yayınları" içerisinde yer alan eser niteliğini haiz olabilecek kısımlar da FSEK m. 36/2 uyarınca büyük ölçüde iktibas serbestisine tabi kılınmışlardır.

Bu kısa değerlendirme, Yönerge m. 15'te yer alan düzenleme ile FSEK'in konuya bakış açısı arasında temel bir uyumsuzluk olduğunu ortaya koymaktadır. Doğrusu Yönerge'nin yaklaşımının genel olarak AB üyesi ülkelerin fikrî mülkiyet hukukları bakımından da yeni ve sıra dışı olduğu ifade edilmelidir³⁴. Zira

³³ Eser niteliği taşıyan haber metinlerindeki bazı parçaların bir başka haber metninde kullanılması durumunda ayrıca FSEK m. 37'de düzenlenen sınırlama da göz önünde bulundurulmak gerekir.

³⁴ Bununla birlikte Yönerge öncesinde, ilk olarak Almanya ve takiben İspanya'da gerçekleşen ve

yukarıda aktarılan FSEK düzenlemeleri esas itibarıyla Bern Anlaşması'nın 2/8 ve 10/1 maddelerinin hukukumuzda yansımından ibarettir ve bu düzenleme biçimi Avrupa ülkeleri bakımından da asıldır. Nitekim henüz hazırlık çalışmalarından itibaren Yönerge m. 15 düzenlemesine yöneltilecek eleştirilerden birisi de bu düzenlemenin, uluslararası fikrî mülkiyet hukukunda benimsenmiş olan, haber niteliğindeki bilgilerin (Bern Anlaşması'nın tabiriyle “günlük haberler ve muhtelif vakalar”ın) telif hakkı korumasına tabi olmayacağı yönündeki temel ilke ile uyumsuz olduğu yönündedir.

Yönerge'nin bu bakımdan fikrî mülkiyet hukukunda kök salmış bir yaklaşım tarzının terk edilmesi anlamına geldiği açıktır. İlgili kısımda da ifade edildiği üzere bu radikal adımın arkasında, medya yayıncılarının yatırımları neticesinde ortaya çıkan ve dijital ortamda sunulan haberlerin, çoğu defa bunları devre dışı bırakan haber toplayıcı siteler gibi üçüncü taraflar eliyle kullanıcılara ulaştığı ve dolayısıyla yayıncıların yatırımlarının ekonomik karşılığını alamadığı düşüncesi yatmaktadır. Düzenleme ile amaçlanan, bu durumu değiştirmek ve medya yayıncılarının konumunu güçlendirmektir. Bu itibarla Yönerge m. 15'in sadece FSEK değil, genel olarak fikrî mülkiyet hukuku bakımından “hazmı zor” bir düzenleme olduğunu kabul etmek gerekir.

Açıktır ki Yönerge m. 15'e muadil bir düzenlemenin Türk hukukunda kabulü, FSEK'in konuya ilişkin genel yaklaşımına önemli bir istisna getirmek anlamını taşıyacaktır. Böylece öncelikle esasen çok defa eser niteliği taşımayan birtakım içerikler dolayısıyla ortada bir eser sahibi bulunmamasına rağmen bir hak sahibi (medya yayıncısı) ihdas edilmiş olacaktır ki böyle bir tercih hakkın varlığını (ister eser sahipliğinden kaynaklanan haklar, isterse bağlantılı haklar bakımından olsun) her hâlükârda eserin varlığına bağlayan mevcut sistemimizde ciddi bir kırılma teşkil edecek, belki yeni bir hak kategorisi ihdası anlamına gelecektir. Daha da önemlisi böyle bir tercih, FSEK'in haber alma amacıyla getirdiği temel bir sınırlamanın internet ortamındaki iktibaslar bakımından bertaraf edilmesi sonucunu doğuracaktır ki haber alma eyleminin çok büyük oranda internet üzerinden gerçekleştiği bir çağda bu durum pratikte FSEK m. 36'yı büyük oranda kadük bir hüküm hâline getirecektir.

Tüm bu sebeplerle Yönerge'nin bu düzenlemesinin hukukumuzda aktarılması konusunda çekingen davranılmasında fayda olduğu kanaatindeyiz. Şüphesiz bu konuda yapılacak bir değerlendirme bakımından Yönerge m. 15'in uygulama aşamasında nasıl sonuçlar doğuracağına takip edilmesi önem taşımaktadır. Bu noktada söz konusu maddenin yerindeliliğinin yanı sıra, beyan ettiği amaca ulaşmak bakımından elverişli olup olmadığı konusunda da ciddi eleştirilerin bulun-

Yönerge'nin bu düzenlemesine giden ilk adımlar olarak da değerlendirilebilecek olan, tabiri caizse “deneysel” nitelikteki mevzuat değişikliklerine işaret etmek gerekir.

duğu göz ardı edilmemelidir. Ek olarak Yönerge'nin bu düzenlemesinden önce Almanya ve İspanya'da aynı amaçla yürürlüğe konulan iç hukuk düzenlemelerine ilişkin nispeten olumsuz yahut bu düzenlemelerin amaçlanan sonuca ulaştır-
mak bakımından yetersiz olduğunu gösteren tecrübelerin incelenmesi de faydalı olacaktır.

b. Yayıncılar ile eser sahipleri arasında yeni gelir paylaşımı imkânları

Yönerge m. 16 ile, 15. maddede medya yayıncılarının korunmasına dönük olarak kullanılan tercihe benzer bir biçimde, bu defa da genel olarak yayıncılık sektörünü gözeten bir düzenleme imkânı üye devletlere tanınmıştır. Bu kapsamda Avrupa ölçeğinde yaygın haklar olan ve telif haklarına ilişkin birtakım sınırlamaların bir anlamda telafisi niteliği taşıyan, ayrıca geleneksel olarak münhasıran eser sahiplerinin yararlandığı kütüphane primi ve çoğaltma primi gibi uygulamaların giderek büyüyen ekonomik hacminden yayıncıların da belirli bir pay alabilmesine imkân tanıyacak yeni bir rejime geçiş öngörülmektedir.

Hukukumuzda eser sahipleri kütüphane primi yahut çoğaltma primi gibi ekonomik haklara henüz sahip değildir. Olası bir değişiklik çerçevesinde bu hakların eser sahiplerine tanınması hâlinde, başlangıç aşamasından itibaren yayınevlerinin de bu kazanca ortak edilmesi şeklindeki bir yasama politikasının doğru olmayacağı söylenebilir. Nitekim Yönerge m. 16, bu hakların hatırı sayılır bir süredir münhasıran eser sahipleri tarafından kullanıldığı ve belirli bir süreç sonunda anlamlı bir ekonomik değerin ortaya çıktığı ülkeler için öngörölmüş bir "tercih"ten ibarettir. Söz konusu hakların bu şekilde kayda değer bir ekonomik büyüklüğe ulaşmasından önce benzer bir tercihin kullanılmasının neler getirip neler götüreceği değerlendirilmelidir; bu noktada Türkiye'de yayıncılık sektörünün durumu, yazarlar ile yayıncılar arasında mevcut gelir kalemlerinin paylaşılma biçimi ve oranı, yayın sektörünün farklı alanlarında farklı ihtiyaçların söz konusu olup olmadığı gibi hususların dikkatle incelenmesinde fayda vardır.

c. Çevrimiçi içerik paylaşımı servis sağlayıcılarının sorumluluğu

Yönerge m. 17, dijital dünya ile fikrî mülkiyet hukukunun belki de en canlı ve güncel kesişim noktasını ele alıyor olması itibarıyla bilhassa önemli bir hükümdür. Fikrî mülkiyet ihlallerinin giderek daha yoğun ve kapsamlı biçimde gerçekleştiği dijital ortamların, Yönerge'nin kullandığı tabirle ÇİPHS tarafından sağlanan ortamlar olduğu söylenebilir. Bu mecralardaki eylemlerin fikrî mülkiyet hukuku bakımından neye tekabül ettiği meselesi bir yana, söz konusu mecraların içerdikleri materyalin sayıca ve kapsamca büyüklüğü dolayısıyla, bu mecralarda gerçekleşen ihlallerin önlenmesi, durdurulması ve nihayet oluşan zararların

tazmini konusunda acilen bu yeni ortamın doğasına uygun hukuki çözüm yolları bulunması zarureti, belki de Yönerge'nin ortaya çıkmasının başlıca amilidir.

Şüphesiz konu Türkiye bakımından da günceldir. Bununla birlikte hâlihazırda Türk hukukunda özel olarak dijital ortamda gerçekleşen fikrî mülkiyet ihlallerini ve bu ihlallere ilişkin sorumluluk rejimini ele alan hükümler son derece sınırlıdır. FSEK'te doğrudan bu konuya değinen bir düzenleme ek madde 4/3'tür. Anılan düzenlemeye göre *“Dijital iletim de dâhil olmak üzere işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla servis ve bilgi içerik sağlayıcılar tarafından eser sahipleri ile bağlantılı hak sahiplerinin bu Kanunda tanınmış haklarının ihlâli hâlinde, hak sahiplerinin başvuruları üzerine ihlâlê konu eserler içerikten çıkarılır. Bunun için hakları haleldar olan gerçek veya tüzel kişi öncelikle bilgi içerik sağlayıcısına başvurarak üç gün içinde ihlâlin durdurulmasını ister. İhlâlin devamı hâlinde bu defa, Cumhuriyet savcısına yapılan başvuru üzerine, üç gün içinde servis sağlayıcıdan ihlâlê devam eden bilgi içerik sağlayıcısına verilen hizmetin durdurulması istenir. İhlâlin durdurulması hâlinde bilgi içerik sağlayıcısına yeniden servis sağlanır”*. Buna göre FSEK'in dijital ortamda fikrî mülkiyet ihlalleri bakımından öngördüğü sistem, “uyar-kaldır” yöntemi olarak anılan sistemdir. Dijital ortamda hak ihlali hâlinde hak sahibi önce “bilgi içerik sağlayıcısı”na başvurarak ihlale konu içeriğin kaldırılmasını talep edecek, sonuç alamaması durumunda bu defa cumhuriyet savcısı aracılığıyla “servis sağlayıcı”ndan “bilgi içerik sağlayıcısı”na verilen hizmetin durdurulmasını isteyecektir³⁵. Görüldüğü üzere bu düzenlemenin temelindeki düşünce “bilgi içerik sağlayıcısı”nın kendi aracılığıyla gerçekleşen ihlallerden kural olarak sorumlu olmadığı ve bu ihlalleri araştırmak yahut tespit etmekle mükellef bulunmadığıdır. “Bilgi içerik sağlayıcısı”na yüklenen görev, ihlalin kendisine bildirilmesi durumunda ihlal teşkil eden içeriği kaldırmaktan ibarettir³⁶.

Bu temel fikir, Türkiye’de dijital ortamın hukuken tanzimi konusundaki başlıca metin olan ve 2007 yılında kabul edilen 5651 sayılı “İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun”da da esasen korunmuştur. Bu Kanun’da “yer sağlayıcı”nın “yer sağladığı içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırmakla” yükümlü olmadığı düzenlendiği gibi (5651 sayılı Kanun m. 5/1), “erişim sağlayıcı”nın da “kendisi aracılığıyla erişilen bilgilerin içeriklerinin hukuka aykırı olup olmadıklarını ve sorumluluğu gerektirip gerektirmediğini kontrol etmekle” yükümlü bulunmadığı (5651 sayılı Kanun m.

³⁵ Belirtelim ki ne “bilgi içerik sağlayıcısı” ne de “servis sağlayıcısı” kavramı FSEK’te tanımlanmış değildir.

³⁶ “Bilgi içerik sağlayıcısı” ve “servis sağlayıcısı”na ilişkin bu özel düzenleme dışında dijital ortamda gerçekleşen fikrî mülkiyet ihlalleri ve sorumluluk rejimi bakımından FSEK’in genel hükümlerinin uygulanacağı şüphesizdir.

6/2) açıkça hükme bağlanmıştır³⁷. “Yer sağlayıcı” ve “erişim sağlayıcı” bakımından getirilen sorumluluk esasen yine “uyar-kaldır” sistemi çerçevesindedir (bkz. 5651 sayılı Kanun m. 5/2, 6/1-a).

Hâlbuki Yönerge'nin bu konuda getirdiği sistem, öteden beri dijital ortamda gerçekleşen fikrî mülkiyet ihlalleri bakımından yerleşmiş olan bakış açısından esaslı bir kopuşu temsil etmektedir. Yukarıda daha detaylı olarak aktarıldığı üzere, öncelikle Yönerge m. 17/1 ile bir ÇİPHS'in kullanıcıları tarafından yüklenmiş olan materyali salt kamunun erişimine sunmuş olması, fikrî mülkiyet hukuku bakımından “umuma iletim” veya “umumun erişimine hazır bulundurma” eylemi olarak nitelendirilmiştir. Böylece kullanıcı tarafından yüklenen içeriğin fikrî mülkiyet ihlali teşkil etmesi durumunda, ÇİPHS münhasıran eser sahibine ait olan hakları kullanmış ve dolayısıyla –şayet bu konuda hak sahibi tarafından yetkilendirilmiş değilse- “haklara tecavüz eden kimse” konumuna gelmiş olmaktadır. Kısacası bu yeni sistemde ÇİPHS, salt içeriğin kullanıcı tarafından yüklendiği, kendisinin sadece “yer sağlayıcı³⁸” olduğu şeklindeki bir savunma ile sorumluluktan kurtulma imkânına sahip değildir. Nitekim tam da bu farklı bakış açısı sebebiyle Yönerge m. 17/4'te ÇİPHS'in, kullanıcılarının ihlal teşkil

³⁷ 5651 sayılı Kanun uygulamasında “yer sağlayıcı”, “Hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek veya tüzel kişileri” (m. 2-m), “erişim sağlayıcı” ise “Kullanıcılarına internet ortamına erişim olanağı sağlayan her türlü gerçek veya tüzel kişileri” (m. 2-e) ifade etmektedir. Bu tanımlar çerçevesinde FSEK ek madde 4/3'te kullanılan “bilgi içerik sağlayıcısı” kavramının 5651 sayılı Kanun anlamında “yer sağlayıcı” kavramına, “servis sağlayıcısı” kavramının ise yine 5651 sayılı Kanun anlamında “erişim sağlayıcı” kavramına tekabül ettiği anlaşılmaktadır. FSEK m. 4/3'ün yürürlüğe girdiği tarihte dijital ortama ilişkin temel bir hukuki metnin bulunmadığı düşünüldüğünde, kavram kullanımı arasındaki farklılık mazur görülebilir. Bununla birlikte tereddütleri gidermek adına olası bir kanun değişikliğinde FSEK'te de 5651 sayılı Kanun'da kullanılan kavramların tercih edilmesi şüphesiz faydalı ve gereklidir.

³⁸ Yönerge'de kullanılan ÇİPHS kavramının 5651 sayılı Kanun'da kullanılan hangi kavram altında değerlendirilebileceği çok açık değildir. Zira bu noktada başlıca iki ihtimal olarak ortaya çıkan “yer sağlayıcı” ve “içerik sağlayıcı” kavramlarına ilişkin olarak 5651 sayılı Kanun'da yer verilen tanımların hangisinin Yönerge'de tanımlanan ÇİPHS kapsamındaki faaliyetlere tekabül edeceği tartışmaya açıktır. Nitekim internet jargonunda “ikinci nesil internet siteleri/web 2.0” olarak adlandırılan ve içeriğin daha ziyade kullanıcılar tarafından oluşturulduğu internet sitelerinin, 5651 sayılı Kanun anlamında hangi kavrama karşılık geldiği tartışılmaktadır. Biz bu çalışmada bu tartışmaya girecek değiliz. Ancak Yargıtay'ın muhtelif kararlarında (örnek olarak bkz. Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin 09.02.2015 tarih ve 2014/18327 E., 2015/2130 K. sayılı; 01.12.2014 tarih ve 2014/7409 E., 2014/24197 K. sayılı; 09.06.2014 tarih ve 2013/26590 E., 2014/14164 K. sayılı kararları ve aynı yöndeki muhtelif kararlar) ÇİPHS kavramının kapsamında olan çeşitli internet sitelerini “yer sağlayıcı” olarak kabul etmiş olması dolayısıyla ve salt işbu çalışma bakımından karşılaştırma imkânı sağlamak amacıyla ÇİPHS ile “yer sağlayıcı” kavramları arasında bir ilgi kurduk. Bununla birlikte her hâlükârda ÇİPHS kavramı ile 5651 sayılı Kanun anlamında “yer sağlayıcı” kavramının özdeş olamayacağına dikkat edilmelidir. Bu bakımdan “yer sağlayıcı” kavramı –Yargıtay'ın benimsediği anlamıyla-, ÇİPHS'i de içine alacak nitelikte daha geniş bir kavramdır. Ancak Yönerge'nin yaptığı tanım uyarınca her ÇİPHS 5651 sayılı Kanun kapsamında bir “yer sağlayıcı” sayılmak durumundadır. Dolayısıyla Yönerge m. 17'deki düzenleme biçimi ile hukukumuzdaki düzenleme karşılaştırılırken mecburen “yer sağlayıcı” kavramının temel alınması gerekmiştir.

eden paylaşımları dolayısıyla sorumlu olacağı düzenlenmiş, bununla birlikte yine aynı fıkrada “kurtuluş beyyinesi”ne de yer verilmiştir. Bu kapsamda ÇİPHS’e, Yönerge m. 17/4-c’de düzenlenen “uyar-kaldır” sistemine ek olarak, söz konusu eserlere ilişkin hak sahiplerinden gereken kullanım yetkisini almak (m. 17/4-a) ve hak sahiplerinin ÇİPHS’e gerekli bilgileri verdiği eserlerin paylaşılmamasını sağlamak (m. 17/4-b) hususlarında azami çabayı gösterme yükümlülükleri de yüklenmiştir³⁹.

Kısacası Yönerge’nin düzenleme biçimi, Türk hukukunda dijital ortamda gerçekleşen fikrî mülkiyet ihlallerine uygulanan mevcut sorumluluk rejiminden önemli ölçüde farklıdır. Dahası bu düzenleme biçiminin AB üyesi ülkeler bakımından dahi radikal bir yaklaşım farklılığı ifade ettiği ve nitekim bu sebeple yasama süreci boyunca –ve hatta sonrasında- çok hararetle tartışmalara sebebiyet verdiği ifade edilmelidir⁴⁰. Bu bakımdan Yönerge m. 17’nin öngördüğü sorumluluk rejiminin hukukumuzda aktarılmasının mevcut sistemden ÇİPHS özelinde esaslı biçimde ayrılmak anlamına geleceği her hâlükârda göz önünde bulundurulmalıdır. Haddizatında bu yöndeki bir düzenlemenin Türkiye bakımından da benimsenmesi bir hukuk politikası tercihidir; ancak bu yapılırken mevzuatımızın genel yaklaşımı ile bu düzenleme arasındaki bağlantının gözetilmesi ve söz konusu Yönerge hükmünün AB üyesi ülkelerin iç hukuklarına aktarılması sonrasında nasıl sonuçlar doğuracağına takip edilmesi mutlaka yararlı olacaktır.

d. Eser sahipleri ve icracı sanatçıların konumlarının güçlendirilmesine yönelik önlemler

Yönerge’nin 18-23. maddeleri kapsamında, eser sahiplerinin eserlerinin ekonomik getirisinden gereği gibi faydalanmalarını mümkün kılacak önlemler üzerinde durulmuştur. 18 ilâ 21. maddeler uyarınca üye devletlerin iç hukuklarında yapmaları gereken düzenlemelere karşılık gelecek hükümler FSEK’te de mevcut değildir. Bu arada TBK m. 138 ile sağlanan uyarılma imkânının da şartları bakımından Yönerge m. 20’deki uyarılma mekanizmasının bir alternatifi olarak değerlendirilmesi mümkün görünmemektedir. Tüm bu Yönerge düzenlemelerinin,

³⁹ Bununla birlikte Yönerge m. 17’deki sistemin ÇİPHS bakımından bir genel gözetim/izleme yükümlülüğü ihdas edildiği anlamına gelmeyeceği de yine aynı maddede vurgulanmıştır (Yönerge m. 17/8). Ancak özellikle Yönerge m. 17/4-a ve 17/4-b düzenlemeleri karşısında bu vurgunun nasıl bir işlevi olacağı tartışılabilir.

⁴⁰ Nitekim Yönerge’nin kabulünün hemen ardından Yönerge m. 17/4-b’nin ve m. 17/4-c’nin m. 17/4-b’ye atf yapan son kısmının (“...ve bunların gelecekte yeniden yüklenmesini engellemek için (b) bendine uygun olarak azami çabayı gösterdiğini”) Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nın 11. maddesinde düzenlenen ifade ve bilgi alma hakkına aykırılığı gerekçesiyle iptali talebiyle Polonya Cumhuriyeti tarafından Avrupa Birliği Adalet Divanı nezdinde 24.05.2019 tarihinde açılmış olan dava (Case C-401/19) halen derdesttir.

ülkemizde de eser sahiplerinin yaşadığı benzer sıkıntıların giderilmesi bakımından iç hukuka aktarılması faydalı olacaktır.

Bununla birlikte Yönerge m. 22 ile öngörülen geri alma hakkı, esas itibarıyla FSEK m. 58’de “cayma hakkı” kenar başlığı altında düzenlenmiş olan müessese-ye karşılık gelmektedir. Bununla birlikte iki düzenleme arasındaki farkların mevcudiyetine işaret etmek gerekir: Yönerge’nin sadece devir ve inhisari lisans bakımından geri alma hakkını öngörmüş olmasına mukabil FSEK m. 58’de cayma hakkı bakımından böyle bir ayırım yapılmamıştır⁴¹. Ayrıca Yönerge’de geri alma hakkının sahipleri olarak eser sahipleri ve icracı sanatçılar sayılmışken FSEK m. 58’de icracı sanatçılar açısından açık bir düzenleme yer almamıştır.

Yine FSEK m. 58/1’deki cayma hakkının kullanılabilmesi açısından “eser sahibinin menfaatlerinin esaslı surette ihlal edilmesi” şartı aranmıştır; hâlbuki Yönerge sadece devre konu hakların kullanılmaması şartı ile yetinmiştir. Bununla birlikte bu lafız farklılığının, bütüncül olarak değerlendirildiğinde hakkın kullanılma şartları bakımından büyük bir farklılık yaratmayacağı söylenebilir. Gerçekten de devre konu hakların gereği gibi kullanılmaması -devir ve inhisari lisans hâllerinde- esasen FSEK’in aradığı “esaslı surette ihlal” sonucunu çok defa doğurur; bununla birlikte “esaslı surette ihlal” şartı asıl olarak eser sahibinin caymadaki menfaatinin, hakkı devralanın menfaati ve hatta eser üzerinde hak sahibi olan diğer kimselerin menfaatleri ile kıyaslandığında çok az veya önemsiz görünmesi hâlinde bu hakkın kullanılmaması sonucunu doğuracak bir işlev taşımaktadır ki Yönerge m. 22/2’de aynı sonuca yönelik düzenlemelerin üye devletler tarafından da yapılabileceği öngörülmüştür.

Öte yandan Yönerge’de yararlanmama olgusunun, giderilmesi büyük ölçüde eser sahibi veya icracıdan beklenebilecek şartlardan kaynaklanması durumunda geri alma hakkının kullanılmayacağı düzenlenmişken (Yönerge m. 22/4), FSEK m. 58’de eser sahibinin kullanacağı cayma hakkı yenilik doğurucu bir hak olarak kurgulanmış ve dolayısıyla bu hakka inşai bir etki tanınmıştır. Bu sebeple şartların gerçekleşmesi hâlinde cayma hakkı kullanıldıktan sonra, hakları iktisap eden kimsenin kullanmama konusunda bir kusuru olmasa veya eser sahibinin kusuru daha ağır olsa bile cayma sonuçlarını doğurmuş olacaktır. Nitekim FSEK m. 58/4’te “*İktisap edenin mali hakkı kullanmamakta kusuru yoksa veya eser sahibinin kusuru daha ağır ise hakkaniyet gerektiği hâllerde iktisap eden, münasip bir tazminat isteyebilir*” denilerek bu hâllerde sadece eser sahibi bakımından bir tazminat yükümlülüğü öngörülmüştür.

⁴¹ Bununla birlikte FSEK m. 58’in cayma hakkının doğumu bakımından aradığı “esaslı surette ihlal” şartı ile birlikte değerlendirildiğinde, bir mali hak üzerinde basit lisans tanınması hâlinde eser sahibinin kullanma yetkisi devam ettiği gibi aynı hakla ilgili olarak başkalarına lisans vermesi de mümkün olduğuna göre, bu ihtimalde lisans alanın haklardan gereği gibi faydalanmamasının eser sahibinin menfaatlerini esaslı surette ihlal ettiğini söylemek zorlaşacaktır.

FSEK m. 58/5'in cayma hakkından 6nceden vazgeçilemeyeceğine ilişkin d6zenlemesi ile Y6nerge m. 22'nin bu konuyu ele alan beşinci fıkrası da farklı yaklaşımları benimsemiştir. Y6nerge'de geri alma hakkı temelde sözleşme ile bertaraf edilebilecek bir hak olarak düşün6lmüşken, FSEK m. 58/5 cayma hakkının 6nceden bertaraf edilmesini mutlak olarak yasaklamış, sadece aynı fıkrada bu hakkın kullanılmasını azami 2 yıla kadar ertelemeye yönelik sözleşmelere izin vermiştir.