

FİKRÎ MÜLKİYET HUKUKU YÖNÜNDEN UYDUYLA YAYININ BAZI SORUNLARI

Prof. Dr. Ünal TEKİNALP*

I. Giriş

1. İşaret, ses ve/veya görüntü taşımaya yarayan araçlarla "umuma iletim hakkı", kısaca "iletim hakkı" radyoyla, televizyonla, kabloyla ve internet üzerinden gönderme yanında uydu ile yayını da kapsar. Teknik alandaki baş döndürücü ve sıradışı gelişmeler, uydulu yayını, sadece umuma iletim hakkı bağlamında ele alınan bir hak olmaktan çıkarmış, onu, güç sorunları, ince ve hassas ayrımları, tartışmaları ve çeşitli teorileriyle, fikrî mülkiyet hukuku içinde yeni bir alt hukuk düzeyine yükselmiştir. Uydulu ve kablo lu yayın AET'nin bir yönergesine, konu olmuş ve tartışma ortamına "Avrupa uydu yayını"¹ kavramını getirmiştir. Avrupa uydu yayını, AB'ye üye ülkeler arasındaki bu tür işlemler için yayın hakkında kurallar koymakla birlikte, üçüncü ülkeleri de -hem genel olarak hem de bir üye ülke ile üçüncü ülke arasındaki ihtilaflarda, sözleşme gereği ya da somut olay gerçeğine özgü bir nedenle uygulanarak- etkileyebilir. AB'deki bu çok yönlü gelişmeler dolayısıyla, Birlik ülkeleri yönünden, fikir ve sanat eserleri kanunla-

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Emekli Öğretim Üyesi.

1 Richtlinie Nr. 93/83/EWG vom 27.9.1993 zur *Koordinierung bestimmter urheber- und leistungsschutzrechtlicher Vorschriften betreffend Satalitenrundfunk und Kabelweiterverbreitung*, GRUR Int 1993, 936-940. Ayrıca, *Gesetz über Urheberrecht und Verwandte Schutzrechte* (UrhG) § 20 a'ya bkz.

rında öngörülen umuma iletim hakkından bağımsız bir uydu ile iletim hakkı ortaya çıkmıştır.

2. Uyduyla yayının sınıraşan niteliği ve kolaylıkla yabancı unsur içerebilmesi, hukukî ilişkilerde, milletlerarası özel hukuka ilişkin kuralların yoğun uygulama alanı bulmasına, varolan bağlama kurallarına yenilerinin eklenmesine ve yerleşik kuralların yeni boyutlar ve anlamlar kazanmalarına yol açmaktadır.
3. Uydu ile yayından, kanunlar ihtilafı yanında fikir ve sanat eserlerini ilgilendiren sorumluluk sorunları da doğmaktadır. Bunlar, ileten ve yayını hukuka uygun ya da aykırı bir şekilde alan yayın kuruluşları ile uydu platformu işletmecisinin, eser ve bağlantılı hakların sahipleri ve bunlardan malî hakları devralanlar arasındaki sorumluluklar ile ilgilidir.
4. Fikrî mülkiyet hukukunun, milletlerarası özel hukuk cephesi üzerinde, yıllarca yoğun bir tarzda çalışmış, bağlama nokta ve kurallarını bilimsel gerekçeleriyle göstermiş olan *Gülören Tekinalp*²'e sunulan Armağan'da, bu dinamik ve çoğu kez yabancı unsurlu alanın, ana ilkeleri ile kanunlar ihtilafı sorunlarını ve sorumluluk sistemini, ilgili diğer konularla birlikte, incelemenin ve görüş belirtmenin, onun hizmetlerinin bu cephesine de saygımızı ifade edeceğini ve takdire değer katkılarına -bir ölçüde de olsa- bir karşılık oluşturacağını düşünüyorum.

Bu makalede kablolu yayına ait sorunlar ele alınmamıştır.

² Gülören TEKİNALP, *Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama Kuralları*, 7. Bası, İstanbul 2002, 265 vd.; Gülören TEKİNALP, *Türk Yabancılar Hukuku*, 8. Bası, İstanbul 2003, 230 vd.; Gülören TEKİNALP/Ünal TEKİNALP, *Fikri Mülkiyet Hukukuna İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamelere Göre Korumadan Yararlanabilecek Kişiler ve Elverişli Hükümler (Asgari Haklar) İlkesi*, Bülent Davran'a Armağan, İstanbul 1998, 155 vd.; Gülören TEKİNALP/Ünal TEKİNALP, *The Application of Turkey's "Law on Intellectual and Artistic Works" to works by foreign nationals and related rights*, in: *Rechts in Wandel seines Sozialen und technologischen Umfeldes*, Festschrift für Manfred Rehbinder, München 2002, 362 vd.

I. Giriş

1. Kaynaklar

5. Türk hukukunda uydu ile yayının doğrudan ulusal kaynağı *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu* ("FSEK")'dur. Bu kanunun 25 (1); 43 (2); 80 A (2) ve (4); 80 C (1) ve (2) hükümleri uydu yayınlara ilişkindir. İkinci doğrudan ulusal kaynak *Uydu Yayın Lisans ve İzin Yönetmeliği* ("Uydu Yönetmeliği") adını taşımaktadır³. Başlıca dolaylı kaynak olarak, *Radyo ve Televizyon Yayınları Yayın Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik*⁴ anılabilir. Bu yönetmelik lisans ve izin usulü yanında, bazı maddî hukuk kurallarına da yer vermektedir. Uluslararası kaynak ise, *Uydular Aracılığı ile Haberleşme Uluslararası Teşkilatı (Intelsat) Anlaşması ve İşletme Anlaşması'dır*⁵. Anılan Anlaşma uydulu yayınlara ilişkin maddî hukuk kurallarını içermeyip sadece uluslararası örgütü düzenlemektedir.

2. Uydu ile Yayının Tekniği

6. Uydu ile yayın, iletimin ve iletim tekniğinin, özellikleri olan bir türüdür. Söz konusu teknikte, yayın sinyal ve sinyaller aracılığı ile uyduya gönderilmekte (*yukarı ayak / up-leg*), oradan yere verilmektedir (*aşağı ayak / down-leg*). İşlemler uydu ve daha teknik bir terimle uydu platformu aracılığı ile yapılmakta, buradan da iletim uydu platform işletmecisi tarafından gerçekleştirilmektedir. Mezkûr sistemde bir uyduyu bütünüyle (örneğin Türk-Sat uydusunu) ya da kısmen kiralayan veya uyduda bir iletici (transponder) ile sözleşme yapan bir yayın kuruluşu yayını taşıyan sinyalleri uyduya yollamakta, uydu da bu yayını daha geniş bir alana çeşitli araçlarla ve değişik ortamlarda yaymaktadır⁶. Uydu

³ RG. 29.03.2001, 24327.

⁴ RG. 28.05.1995, 22296. Değişiklikler: RG. 19.11.1996, 22822; RG. 13.12.1996

⁵ Uygun bulma kanunu, RG. 10.06.2003, 25141. Anlaşmaya katılmamız Bakanlar Kurulunun 2003/6151 sayılı kararı (RG. 02.11.2003, 25277) ile uygun bulunmuştur.

⁶ Jon HOLYOAK/Paul TORREMANS, *Intellectual Property Law*, 3rd ed., Lon-

teknolojisindeki ilerlemeler sonucunda, tek bir sinyal ile gönderilebilen veri miktarının artması sonucunda, uydu ile iletimde büyük bir sıçrama olmuştur. Uydu platform işletmecisi bir ülkenin kamusal iletim kurumu [Türk Telekom, British Telekom, Avrupa Birliği için ASTRA (Société Européenne des Satellites'in sahibi)] veya bir diğer lisanslı operatör olabilir. Dijital uydu iletimleri tek bir iletili üzerinden on civarında kanalın televizyon yayınlarının iletimine imkân vermektedir. İletim aynı anda yapılabilmektedir. Bu tür iletimler için uydunun sahibi veya kiracısı bir çok yayın kuruluşu ile sözleşmeler kurmaktadır (*programme acquisition agreement*). Özellikle dijital yöntem ile, bir veri platformu oluşmakta ve birden çok yayın aynı sinyal ile yere gönderilebilmektedir.

7. Yollanılan sinyallerin alınabildiği (kabul edildiği) ve kesintisiz bir iletim zinciri sonunda yere indiği bir alan vardır. Sözkonusu alan teknik terminolojide "*footprint*" diye adlandırılmakta, bir çok dilde bu şekilde kullanılmaktadır; bu kavram Türkçede "*iletim alanı*" diyebiliriz. İletim alanının kapsamına, aynı ülke içinde çeşitli bölgeler ile bir çok ülke girebildiği için uydu ile yayın yukarıda belirtildiği üzere sınıraşan nitelik taşır ve bir iç hukuk kurumu olan "umuma iletim hakkı"na yabancı unsurlar katılabilir. Bu da milletlerarası özel hukuk sorunları ortaya çıkarır.

3. Kanunlar İhtilafı

8. İletim alanına çoğu kez birçok ülkenin girmesi sebebiyle uydu ile yayının sınıraşan bir nitelik taşıması, yani yayını gönderen ile

don, Dublin and Edinburgh 1995, 163; Michael F. FLINT/Nicholas FITZPATRICK/Clive D. THORNE, *A User's Guide to Copyright*, Fifth Edition, London, Edinburg, Dublin 2000, 26-27. Bu yazarlar, bir yayın kuruluşunun bir uydu ile veya kablolu yayın için, telif hakları ile bağlantılı olarak beş sözleşme yapabileceğini yazmakta, bunların (1) bir uydu veya uyduda iletili ile yapılan, iletim veya iletim kiralaması sözleşmesi; (2) uplink istasyon sözleşmesi; (3) programı alma sözleşmesi; (4) kablo bağlantısı sözleşmesi ve (5) operatörle yapılan sözleşme diye sıralamaktadır. Ayrıca bkz. W.R. CORNISH/David LLEWELYN, *Intellectual Property*, fifth edition, London 2003, N. 13-45.

kabul eden yayın kuruluşlarının farklı ülkelerde bulunmaları halinde, yayına hangi ülke hukukunun uygulanacağı sorun oluşturur. Bern Sözleşmesi'nin iletim hakkına ilişkin 11^{bis} maddesi sadece "umuma iletim"i düzenlemekte [bkz. m. 11^{bis}, fıkra 1(i), (ii) ve (iii)], anılan sözleşme uydu ile yayına dair birçok sorun gibi bu sorunu da cevapsız bırakmaktadır⁷.

9. *İletim*, bir eserin radyo televizyon, uydu ve kablo gibi telli veya telsiz araçlarla yayın yapan bir kuruluş tarafından kamuya iletilmesi; *yeniden iletim* ise böyle bir kurumun iletimini alan diğer bir yayın kuruluşunun bunu adeta bir ikinci el olarak kamuya yaymasıdır. Konusu bir eserin iletimi olan eser sahibi hakkına "umuma iletim hakkı" veya sadece "iletim hakkı"⁸ denilir. Anılan hakkın inhisarî niteliği dolayısıyla ekonomik değerlendirilmesi sadece eser sahibine aittir. Eseri kullanmak, ondan yararlanmak isteyen programın yapımcısının iletim hakkının sahibi ile anlaşması ve ondan gerekli izinleri alması gerekir. Uygulamada program yapımcısı çoğu kez yayın kuruluşu olduğundan bu gereklilik onun tarafından yerine getirilmektedir.

10. İletim hakkının içeriği, kanunlar ihtilafı yönünden bir bütün oluşturur⁹ ve *koruma ülkesi hukukuna* tâbi tutulur. Bu hukuk "yersel"dir; iletim hakkı hangi ülkede ihlâl edilmiş ise, o ülkenin hukuku, ulusal düzenlemelere ve uluslararası sözleşmelere göre hakkı korur¹⁰. Koruma ülkesi hukuku, iletim hakkının hangi manevi ve malî hakları kapsadığını ve zikretme serbestisinde sınırı aşan kullanmanın bulunup bulunmadığını belirler¹¹. İletim yayın zamanlara kadar telli veya telsiz, "karadan" yapıldığı için sı-

⁷ Görüş birliği halinde: HOLYOAK/TORREMANS (dn. 6), 163, SCHRICKER/UNGERN-STERBERG, *Urheberrecht*, Kommentar (Hrsg. Gerhard Schricker), 2. Auflage, München 1999, § 20 N 44; UNGERN-STERBERG, *Drahtfunk- und Rundfunkvermittlungsanlagen in urheberrechtlicher Sicht*, GRUR 1973, 16/25.

⁸ Ünal TEKİNALP, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 2. bası, İstanbul 2002, § 14 N. 111.

⁹ Haimo SCHACK, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, 2. Auflage. Tübingen 2001, N. 920.

¹⁰ Gülören TEKİNALP (dn. 2), 264 ve dn. 20'de anılanlar.

¹¹ SCHACK (dn. 8) N. 920.

nır aşma olanağı; sadece zikretme, parça ve tek tek yayın gibi ayırık durumlara özgülü kalmış bir iletimle otuz kırk kanala ulaşma sözkonusu olmamış ve bu varsayımlarda da her defasında sınır aşan kullanmalardan doğabilecek sorunlar özellikle meslek birlikleri arasındaki sözleşmeler ile çözülmüştür. Ancak, kablolu yayın ve özellikle uydulu yayın dolayısıyla, alma/kabul etme teknikleri hızla ve sıradışı bir gelişme gösterince sorun büyümüştür. Çünkü, uydu ile iletimin sinyalleri, footprint'deki yani iletim alanına giren bir çok ülke tarafından alınınca/kabul edilince, eser sahibinin hakları yeniden gündeme gelmiştir. Koruma ülkesi hukukuna göre ödenen telif hakkı dışında sinyalleri kabul edip iletimi alan diğer ülkelerde de, bu ülkelerin hukuklarına göre telif hakkına ilişkin izinler alınacak mıdır? Alınacaksa bu yükümlülük ve iznin alınmasının sorumluluğu kime aittir? Çeşitli cepheleri olan bu tartışma bugün de günceldir ve özellikle AB ülkeleri yönünden 93/83 sayılı yönerge ile başka bir boyut kazanmıştır. Bu boyutun, AB'ye üye olmayan ülkeler arasında ihtilaflara etkisi de ayrı bir sorundur.

11. Bâzı yazarlar koruma ülkesi hukukunun ilişkiyi yönetmesi gerektiği görüşündedir. Bunlar somut durumun özelliklerine uygun olarak "*koruma ülkesi*" yerine "*iletin ülke*" terimini kullanmakta ve ilişkiye sadece iletin ülke hukukunun uygulanabileceğini, program yapımcısının, sadece bu ülke hukuku uyarınca eser sahibinden iletim hakkına ilişkin izni almakla yükümlü olduğunu, isterse uydudan iletim başka ülkelere de alınsın, kabul eden ülke hukuklarına göre izne ve telif ödenmesine gerek bulunmadığını; çünkü, iletim hakkının önemli cephesinin aktif iletim olduğunu, pasif iletimin yani almanın (kabul etmenin) ikinci derecede kaldığını; kabul eden her ülke hukukuna göre fikrî hakların devren iktisabının ve izinlerinin alınmasının çok güç olduğunu, korsan alımların sorumluluğunun iletin kuruluşa yüklenemeyeceğini, aksini kabul halinde taleplerin üstüste binebileceğini ileri sürerler¹².

¹² Eugen ULMER, *Urheber-und Verlagsrecht*, Dritte, neu bearbeitete Auflage, Berlin.Heidelberg.New York 1980, 262; von UNGERN-STERBERG, *Die Rechte der Urheber an Rundfunk- und Drahtfunksendungen*, in: *Urheberrechtliche Abhandlungen des Max-Planck-Instituts*, Heft 13, München 1980, 108; Manfred REHBINDER, *Urheberrecht*, 12. Auflage München 2002, 26 N. 217.

12. Buna karşılık, program yapımcısının, yani çoğu kez iletimi yapan yayın kuruluşunun, kabul eden ülke hukuklarını da dikkate alarak iletimin anılan ülkelerde de kullanım hakkına ilişkin izinleri eser sahiplerinden alması gerektiği görüşü ileri sürülür¹³. Aksini kabul eser sahibi haklarının sınırsız bir şekilde ihlâlüne yol açar. Çünkü, uydudan yayını herkes alıp yayınlatabilir ve bu yayın, bir anlamda haksız olarak bile nitelendirilmeyebilir. İleten ülke hukukuna göre alınan izin adeta bütün izinsiz kullanmaları "haklı" imiş gibi kabul etmek dayatmasını ortaya çıkarabilir. Bu anlayış ile eser sahibinin korunmasına olanak yoktur. Görüş, ilk savunucusu olan WIPO'nun eski müdürlerinden *Arpad Bogisch*'un adı ile *Bogisch-Teorisi* diye anılır.

13. Bogisch-teorisi Avusturya yüksek mahkemesinin 16.06.1992 tarihli kararı ile kabul görünce AB bağlamında tüm öğretinin tarafından zikredilmeye başlanmıştır¹⁴. Karara konu olan olayda, Avusturya'da yerleşik bir yayınevi bir çok opera eseri bestecisinin çoğaltma, temsil etme ve iletmeye gibi malî haklarının münhasır sahibidir. Anılan hakları sadece Federal Alman Cumhuriyetinde kullanılmak üzere bir Alman yayınevine 16.08.1951 tarihli bir sözleşme ile devretmiştir. Bu Alman yayınevi bazı operaların Almanya'dan doğrudan uydu yolu ile iletimi için hem Alman hem de yabancı yayın kuruluşuyla müzakerelere girişmiştir. İletim alanı içinde Avusturya da bulunmaktadır. Onun için Avusturya yayın

13 SCHACK (dn. 8), N. 232; Gerhard SCHRICKER, *Grenzüberschreitende Fernseh- und Hörfunksendungen im gemeinsamen Markt*, GRUR Int (1984), 592; KATZENBERGER GRUR Int. 1983, 895/913 ff.; SCHRICKER/KATZENBERGER, (dn. 7), Vor §§ 120 N. 141; FROMM/NORDEMANN, *Urheberrecht*, Kommentar, 9. Auflage, Stuttgart. Berlin. Köln 1998, § 20a N. 2. Görmek imkanı bulamadığım, ancak mahkeme kararlarında ve öğretilerde bir çok gönderme yapılan şu makaleyi de anmak isterim: DILLENZ, *Urheberrechtliche Probleme der Direktstatalitten*, in: FS-50 Jahre UrhG 43 vd. *Bogisch teorisi* İngiliz öğretilerinde de kabul görmektedir; David BAINBRIDGE, *Intellectual Property*, fifth edition, Harlow 2002, 228.

14 Profesör Hohloch bu konuda ayrıntılı ve özlü bir inceleme yazmıştır: Gerhard HOHLOCH, *EG-Direktsatallitenrichtlinie Versus Bogisch-Theorie-Anmerkungen zum Kollisionsrecht des Senderechts* (zu OGH. 16.6.1992-4 Ob 44/92), IPRax (1994), 14. Jahrgang, 387-391. Avusturya Yüksek Mahkemesinin kararının metni aynı derginin 380 vd. sayfalarında da yer almaktadır.

kuruluşlarıyla da sözleşme yapabilir. Alman firmasına göre, söz konusu opera eserlerinin Almanya'dan yayın hakkı kendisine aittir. Hakları Almanya'ya özgüleyerek devreden Avusturya yayınevi ise Alman sınırını aşan iletimlerde kendisinden izin alınması gerektiği görüşünde olduğu için mezkûr eserlerle ilgilenen yayın kuruluşlarıyla temasa geçmiş, hatta görüşmelere başlamıştır. Bunun üzerine Alman firma Avusturya yayınevini mahkemeye verip ilişkide listesini sunduğu eserlerin, program yapımcılar tarafından doğrudan uydu yayını olarak gönderilecek sinyallerinin Avusturyalı tüketiciler tarafından alınmasına müsaade edilmesini, bu tür izinlerin verilmesinin kendi yetkisinde olduğunun belirlenmesini talep etmiştir. Doğal olarak iddialarıyla Bogsch-teorisine de karşı çıkan davacı yerel mahkemede davayı kaybetmiştir. İhtilafa temyiz yoluyla bakan eyalet yüksek mahkemesi, bundan önce TELE-UNO kararlarında¹⁵ geliştirilen görüşü bu kararında da tekrarlamıştır: Yüksek mahkemeye göre, kanunlar ihtilafı hukuku çerçevesinde tüm uygulanacak hukuk sorunları Avusturya Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu § 34'de öngörülen "*koruma ülkesi hukuku*" ilkesi gereğince cevaplandırılmalıdır. Olayda koruma ülkesi Avusturya'dır¹⁶. Avusturya Eyalet Yüksek Mahkemesi aynen şöyle demiştir: "Yüksek mahkeme ÖBl 1991, 181'de (kararında) sınıraşan televizyon yayınlarının fikir ve sanat eserleri hukukuna göre¹⁷ değerlendirilmesi konusunda ayrıntılı bir şekilde görüş açıklamıştır. Bu görüşle *Dillienz*'e (Urheberrechtliche Probleme Direktsatalliten, in: FS-50 Jahre UrhG 43 ff), *M. Walter*'e (Grundlagen und Ziele der österreichischen UhrR-Reform, in: FS-50 Jahre UrhG 233 [236], *Katzenberger*'e (in: Schricker, Komm. z. UrhG Rz. 89 vor §§ 120 ff) UrhG, sowie Elektronische Textkommunikation, GRUR Int. 1983, 916) ve *Schricker*'e (Grenzüberschreitende Fernseh-und Hörfunksendungen im gemeinsamen Markt, GRUR Int. 1984, 592 [594] katılarak, fakat Ungern-Sternberg'in (Grenzüberschreitende Rundfunk-und Drahtfunksendungen 113 f) görüşünü reddederek şu sonuca ulaş-

15 TELE-UNO kararları hakkında bilgi için bkz HOHLOCH (dn. 13), 387, dn. 6 ve 7.

16 Bu sonuç somut olaydan kaynaklanmaktadır.

17 Yani maddî hukuk yönünden.

mıştır: İleten işletme korunan (bir) eserin radyo veya televizyon yayınlarını diğer ülkelere yayacaksa, bu hallerde kabul eden ülkelerde de, kabul eden ülkeler için mali hakları iktisap etmelidir". Görüldüğü gibi Avusturya Eyalet Yüksek Mahkemesi "iletimin yapıldığı yer" görüşünden saparak Bogsch-teorisini kabul etmiştir. Hükümde ayrıca çok açık bir şekilde iletimi kabul eden ülkeler için de malî hakları iktisap etmesi, yani hak sahiplerinden kabul eden ülkeler için de izin alması gereği belirtilmiştir.

14. Bogsch-teorisi AT'in 93/83 sayılı yönergesiyle sarsılmıştır. Çünkü, yönergenin 2. maddesinde, "*Programı taşıyan sinyal, ileten (gönderen) yayın kuruluşunun denetimi ve sorumluluğu altında, umum tarafından kabul olunur ve kesintisiz bir iletim zinciri sonucunda yere indirip dağılır.*" denilerek sadece bir ülkenin, yani ileten (gönderen) ülke hukukunun uygulanacağını, dolayısıyla "ileten ülke/koruma ülkesi" ilkesini kabul etmektedir. AB ülkelerinin ulusal düzenlemelerine zorunlu olarak yansıyan 93/83 sayılı yönerge daha da ileri giderek iletim yapan ülke hukukunda iletim hakkını elde eden kişinin, buna dayanarak bütün AB ülkelere -izinsiz- iletmeye ilişkin bağımsız bir iletim hakkı elde ettiğini de dolaylı bir surette kabul etmektedir¹⁸. Ancak, bazı yazarlar¹⁹ haklı olarak, yönergedeki hükmü bir kanunlar ihtilafı kuralı olarak görmez, düzenlemenin esas amacının, yayın kuruluşlarının, içinde ulusal hukukların engellenmesi olmadan hizmet edimlerini serbestçe arz edebildikleri bir ekonomik alan yaratmak²⁰ olduğunu savunurlar. Diğer bir söyleyişle, Avrupa uydu yayını sisteminin kabul edilmesi AT anlamında kanunî (meşrû) bir doğrudan iletim kavramı yaratmaktadır.

15. AET'nin 93/83 tarihli yönergesinin ve bu yönergeye uyarak AB ülkelerinin yaptığı ulusal düzenlemelerin AB ülkeleri, yani AB uydu iletim alanı dışında etkisi yoktur. Bu sebeple, Türkiye yönünden uygulanacak hukuk, milletlerarası hukuk ilkeleri ile kendi

18 Bu görüşte olanların başlıcaları şunlardır: FROMM/NORDEMANN (dn. 13) § 120a N. 4); HOYLOAK/TORREMANS (dn. 6), 163.

19 HOHLOCH (dn. 13), 389 vd; SCHACK (dn. 8), N. 934. Aksi görüş: SCHRIKER/KATZENBERGER (dn. 13), Vor §§ 120, N. 107.

20 SCHACK (dn. 8), N. 934.

ulusal düzenlemelerine göre oluşturulmalıdır. Türkiye fikrî mülkiyet hukukunda koruma ülkesi kuralını kabul etmiştir. Ancak, uydu ile yayında iletimi doğrudan alabilen ülkeler gerçeğini de gözönünde tutmak zorundadır. Bu gerçek eser sahibinin kabul eden ülkelerde de korunması ve dolayısıyla iletenin, ileten ülke için almış olduğu iznin aynı zamanda iletimi alan tüm ülkeleri kapsayamayacağını kabulünü gerekli kılar. Bu sebeple Bogsch-teorisi Türkiye açısından da adalete en uygun olan çözümdür.

II. Sorumluluk

1. Eser Sahibi, Bağlantılı Hak Sahibi ve Malî Hak Sahibi ile Yayın Kuruluşu Arasındaki İlişki

16. İletimi yapacak yayın kuruluşunun, iletme konu olan eserin sahibi veya malî hak sahibi ile önce uydu ile yayın konusunda anlaşmış olmaları, yani yazılı sözleşmede uyduyla yayının açıkça öngörülmüş bulunması gereklidir. Uyduyla yayın hakkının devredildiğinin açıkça zikredilmediği, genel bir ifadeyle umuma iletim hakkının devredildiğinin belirtildiği bir sözleşmeye dayanarak yayın kuruluşu uyduyla yayın yapamaz. Çünkü, FSEK m. 52 uyarınca, malî haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve sözleşmeye konu olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi şarttır. Bu hüküm hem çoğaltma, yayma, temsil vs. gibi tamamen birbirinden farklı olan malî hakları hem de bir malî hak meselâ, umuma iletim hakkı içindeki, telli, telsiz, uydulu ve kablolu yayın gibi değişik alt hakları kapsar. Başka bir deyişle, genel bir tarzda, umuma iletim hakkının devredildiğinin sözleşmede yazılmış olması, FSEK m. 25'de zikredilmiş bulunan her türlü araçla iletim hakkının devralana tanınmış olduğu anlamına gelmez. FSEK m. 25, devredilen iletim hakkının kanunî kapsamını değil, iletimin hangi teknik yollarla yapılabileceğini göstermektedir.
17. Uyduyla iletim hakkının devredilmiş olduğunun sözleşmede açıkça öngörüldüğü durumlarda, ayrıca, devralınan hakkın iletim alanına, yani "footprint"e giren bölge ve ülkelerin, sayılarak gösterilmesi zorunludur; aksi halde, uydu ile iletim hangi ülkeye tanınmışsa ona özgülenmiş kabul olunur; iletim alanına girmeyen bölge ve ülkeler ise istisna edilmiş sayılır. İletimi sözleşmeye da-

yanarak alan yayın kuruluşunun, öngörülmemişse -kablolu iletim dahil- tekrar iletim hakkı yoktur.

2. Uydu ile İletim Hakkını Haiz Yayın Kuruluşu ile İletim Alanı İçindeki Yayın Kuruluşları Arasındaki İlişkiler

18. Ülke içinde ve/veya dışındaki bazı veya tüm bölge ve ülkelere, iletim hakkına sahip olan kuruluş ile, ilgili bölgeler ve ülkelerdeki yayın kuruluşlarının, mezkûr yayını uydudan alabilmeleri için, anlaşmaya varmış olmaları gerekir; aksi halde, haksız alımdan sorumlu olurlar. Yayını haksız alan yayın kuruluşları birden fazla ise aralarında teselsül cereyan etmez; meğer ki, BK m. 50'nin şartları mevcut olsun (bkz. N 31 ve 32).
19. Uydu ile ileten yayın kuruluşu, yayını sözleşmede öngörülme-yen bölge ve ülkelere devretmişse, eser ve malî hak sahibine karşı sözleşmeye aykırılık sebebiyle sorumlu olur (BK. m. 96).

3. İletimi Uydudan Alan Yayın Kuruluşu ile Eser, Bağlantılı Hak ve Malî Hak Sahibi Arasındaki İlişki

20. İletimi uydudan izinsiz alan yayın kuruluşları; hak, eser, bağlantılı hak sahibi veya malî hak sahibindeyse, sözkonusu kişilere; hak iletimi yapan yayın kuruluşuna devredilmişse, yayın kuruluşuna karşı FSEK ve -sözleşmesel bir ilişki bulunmadığı için- BK'nın haksız fiil hükümlerine göre sorumludur. Uygulanacak hukuk ve yetkili mahkeme somut olayın özelliklerine göre belirlenir.

4. Uydu Platform İşletmecisinin İletimi

a) FSEK m. 25 ve 43'deki "İletim" Kavramı

21. Umuma iletim hakkını düzenleyen mezkûr 25. madde açıkça "yayın kuruluşları"nın yaptığı "umuma iletim"den söz etmekte, yani hak yayın kuruluşlarının iletimi ile tanımlanmakta, yoksa "uydu platform işletmecisi"nin "iletim"ini düzenlememekte; hatta, anılan madde "uydu platform işletmecisi" kavramına hiç yer vermemekte, anılan işleticinin iletimi hakkında herhangi bir hükmü

içermemektedir. Gerçekten FSEK m. 25'de aynen: "Bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, radyo-televizyon, uydu ve kablo gibi telli veya telsiz yayın yapan kuruluşlar vasıtasıyla" denilmekte, yani "yayın kuruluşu" vurgulanmaktadır. FSEK m. 43 (2) hükmünde ise, aynı şekilde, "Radyo-televizyon kuruluşları ile uydu ve kablolu yayın kuruluşları" ifadesi kullanılmış bulunmaktadır. FSEK m. 25 ayrıca bir yayının aynı mekânda, meselâ bir apartmanda çeşitli dairelere dağıtılmasını da düzenlememekte, bu anlamda dağıtımın iletim olup olmadığı ve eser sahibinin iletim hakkı içine girip girmediği belirsizliğini korumaktadır. Bu sorunlar iletim hakkı bağlamında çok tartışmalıdır²¹. Ancak kablolu yayın incelemenin kapsamı dışında kalmaktadır.

b) Uydu Platform İşleticisinin "İletim"i ve Bunun FSEK m. 25 ile 43'e Tâbi Olmadığı

22. "Uydu platform işletmecisini", gerek pozitif hukuklarüstü fikir ve sanat eserleri hukukunda, gerek FSEK'de "yayın kuruluşu" değildir. Çünkü, uydu platform işletmecisi yayın yapmamakta; radyo-televizyon kuruluşlarının ve uydu ve/veya kablo ile yayın yapan kuruluşlarının "yayınları"nı, onlarla bağtladığı sözleşmelere dayanarak "değiştirmeksizin" iletmektedir. Yayını "tertîp" [Uydu Yönetmeliği, m. 4 (i)] etmemekte, yani yayının içeriğini oluşturmaktadır. Uydu platform işletmecisi N 6'da açıklanan uydulu iletimi teknik olarak gerçekleştiren aracıdır. Aşağıda açıklanacağı üzere "uydu platform işletmecisi"nin iletimi FSEK m. 25'e ve dolayısıyla FSEK m. 43'e tâbi olmamaktadır. Onun iletimi, FSEK m. 25 ve 43 anlamında eserin veya çoğaltılmış nüshalarının bir yayın kuruluşu aracılığı ile "yayınlanması" değil, yayınlayan kuruluşun rızası ile, içerikten hiç haberdar ve sorumlu olmaksızın yayının aynen naklîdir. Eseri veya çoğaltılmış nüshalarını yayınlayan, yayın kuruluşudur. "Uydu platform işletmecisi" ise, yayın kuruluşunun iletimini sağlayan, Uydu Yönetmeliğine göre "yayıncı kuruluştan aldığı yayınların, aynı anda ve herhangi bir değişiklik yapmaksızın eş zamanlı olarak iletimini" gerçekleştiren

²¹ bkz. SCHRICKER/UNGERN-STERBERG (dn. 7), § 20; REHBINDER, (dn. 12), N. 217 vd.; SCHACK, (dn. 8), N 411 vd.

kişidir. Başka bir ifade ile, uydu platform işletmecisi FSEK m. 25 anlamında umuma iletmemektedir. Bu sebeple FSEK m. 25 ve 43'e tâbi değildir.

c) Uydu Yönetmeliğindeki Tanımlar

c1) Yayıncı Kuruluş

23. Uydu Yönetmeliği'nin 4. maddesi "*yayıncı kuruluş*" ile "*uydu platformu*" ve "*uydu platform işletmecisi*"ni -verdiği tanımlarla- birbirlerinden kesin olarak ve özenle ayırmıştır. Gerçekten, Uydu Yönetmeliği'nin 4 (i) hükmü uyarınca, "*Yayıncı kuruluş: Radyo ve televizyon yayınına veya abonelere ücreti karşılığı verilen radyo ve televizyon yayınlarından (video on demand; near video on demand; per perview; interaktif TV gibi) herhangi birisini, uydu platformu ve uydu üzerinden doğrudan kamuya yönelik olarak iletilmek üzere tertip eden ve içeriğinden sorumlu olan kuruluş*"tur.
24. Tanımdan açıkça anlaşıldığı üzere, yayın kuruluşu;
- bir radyo-TV yayınına veya
 - videodan verilen, seyir başına ödeme gerektiren ve interaktif TV gibi ücretli olan ya da sadece abonelere sunulan radyo ve TV yayınlarını,
- doğrudan umuma yönelten kuruluştur. Yayın kuruluşu, "tertip ettiği" radyo ve TV yayınlarını, uydu platformu üzerinden umuma iletir. Yayın, yayın kuruluşuna ait olduğu, onun tarafından tertip edildiği için, yayının içeriğinden, yani eser ve komşu hak sahiplerinin haklarının ihlâlinden de yayın kuruluşu sorumludur. Bu sorumluluk yayın alanı içindeki bütün iletimleri, yani uydudan alımları kapsar.
25. İşte FSEK m. 25'de ve onunla bağlantılı olarak da FSEK m. 43'de sözkonusu edilen ve düzenlenmiş bulunan "*umuma iletim*" bu anlamda yayın kuruluşunun yaptığı "iletim"dir. Uydu yönetmeliği 4. maddesi hükmünde -FSEK m. 25 ile uyum içinde- "umuma iletim"i yayın kuruluşunun gerçekleştirdiğini ifade etmektedir.

Yayın kuruluşunun yaptığı, yayını (bir anlamda programı), -Uydu Yönetmeliği'nin ifadesiyle- tertip etmektir. Yayını yayın kuruluşu tertip ettiği için de içeriğinden yani eser sahipleriyle bağlantılı hakların sahiplerinin haklarının ödenmesinden de o sorumlu olur. Doktrinde de Uydu Yönetmeliği ile ifade birliği halinde, FSEK m. 25 anlamında iletim, "*bir eserin radyo, televizyon, uydu ve kablo gibi telli veya telsiz araçlarla yayın yapan bir kuruluş tarafından kamuya iletilmesidir*" şeklinde tanımlanmış; iletimin analog veya dijital teknikle yapılmasının önem taşımayacağı; analog iletimin basınç, hız, güç gibi maddî bir etki ile çalışan sistemi, dijitalin ise (sayısal) ikili düzendeki tekniği ifade ettiği belirtilmiştir²².

c2) Uydu Platformu ve İşleticisi

26. "*Uydu platform işletmecisi*" yayını tertiplemez, yayının içeriğini, eser ve bağlantılı hakların sahiplerinin haklarının ihlâl edilmiş olup olmadığını bilmez; eser ve bağlantılı hak sahiplerine karşı sorumluluğu yoktur. Uydu platform işletmecisi iletimin eş zamanlı olmasını sağlayan bir teknik araçtır; yayın kuruluşu değildir. Uydu yönetmeliği 4 (1) maddesi hükmü de şu tanımları vermiştir: "*Uydu Platformu: Multipleks (çoklayıcı) hizmeti ve/veya sayısal hizmetleri yani dijital birleştirerek, uydu üzerinden doğrudan kamuya yönelik karasal verici ve kablo ortamına iletilmesini sağlayan sistem*"dir. Hükümden, uydu platformunun bir yayın kuruluşu olmayıp, iletimi sağlayan teknik bir sistem olduğu anlaşılmaktadır. Uydu platformu, yayın kuruluşunun yayını, ya doğrudan kamu elindeki alıcılara (uydu antenleri), ya da varsa, kamuya iletecek olan kara vericisine veya kablo ortamına verir. Yönetmeliğin 4 (n) hükmü uyarınca, "*Uydu Platform İşletmecisi: Uydu platform sisteminin sorumlusu olan kuruluştur.*" 8 (i) hükmü ise şu hükmü öngörür: "*Uydu Platform İşletmecileri, yayıncı kuruluşlardan aldıkları yayınları aynı anda, herhangi bir değişiklik yapmaksızın ve varsa diğer ortamlara (kablo-karasal verici) eş zamanlı olarak iletilmesini*" sağlarlar.

27. Bu tanımlardan şu sonuçlar çıkmaktadır: (1) Uydu platformu,

²² TEKİNALP (dn. 8), 168.

FSEK m. 25 ve 43 ile Uydu Yönetmeliği anlamında bir yayıncı kuruluşu değildir; bu maddeler anlamında iletim yapmaz. İletimin uydudan indirilmesini gerçekleştirir ve -varsa- kara vericisine ve kablo ortamına dağıtılmasını sağlar; teknik bir sistemdir. İletimin sağlanması multipleks ve/veya sayısal ek hizmetlerin birleştirilmesi yolu ile, yani teknik yönden gerçekleştirilir. Söz konusu hizmet yayının eşzamanlı iletimi ile tanımlanan pasif bir eylemi ifade eder²³. Onun için, operatör bir eşzamanlı program (yayın) ileticisidir. (2) FSEK m. 25 anlamında iletim ve yeniden iletim, FSEK m. 7 (2)'nin de ifade ettiği gibi bir eserin veya çoğaltılmış nüshalarının radyo-televizyon, uydu ve kablo gibi telli ya da telsiz yayın yapan kuruluşlar aracılığıyla veya dijital iletim de dahil olmak üzere, işaret, ses ve/veya görüntü taşınmasına yarayan araçlarla yayınlanması ve yayınlanan eserin bu kuruluşların yayınlarından alınarak yeniden yayınlanması suretiyel umuma iletilmesi iken, uydu platformun verdiği teknik iletim hizmetidir. (3) Platform ve işletmecisi iletim yapmaz, uydu üzerinden iletim sağlar; yani iletimin tekniğini kurar ve bu teknik sistemi işletir. (4) Uydu Platformu ile işletmecinin görevi, yayın kuruluşlarından uydu ortamında aldığı yayınları, aynı anda, değişiklik yapmaksızın, eş zamanlı olarak doğrudan veya varsa kara vericisine veya kablolu ortama iletmektir.

d) Eşzamanlı İletim ve Yeniden İletim

28. Uydu Platform işletmecisinin, bir yayıncı kuruluştan aldığı bir yayını, uydu ortamından hiç değiştirmeksizin aynen eşzamanlı olarak doğrudan veya varsa kara vericisine veya kablolu ortama ilemesi, FSEK m. 25'de yer alan "*yeniden iletim*" kavramından tamamen farklıdır. Eşzamanlı iletim, multipleks (çoklayıcı) ve/veya sayısal ek hizmetlerin uydu platformunda birleştirilerek teknik anlamda iletimi iken, FSEK m. 25 anlamında yeniden iletim, bir yayıncı kuruluşun, yani radyo ve TV kuruluşunun yaptığı yayını alan *bir diğer yayın kuruluşunun* bunu ikinci el olarak umuma iletmesidir. Yeniden iletim, eserin ve bir komşu hakkın (bağlantılı hakkın), FSEK m. 25 anlamında eserin veya çoğaltılmış

²³ FLINT/FITZPATRICK/THORNE (dn. 6), 26, 27.

nüshalarının başka yayın kuruluşundan alınarak umuma arzıdır. Meselâ, doğrudan uydu ile yayın yapan bir televizyon kuruluşunun bir sinema eserini, bir konseri, bir bale gösterisini veya eğlence programını, işaret, ses ve/veya görüntü taşıyan araçlarla umuma *iletimi* (FSEK m. 25); bir diğer radyo-tv işletmesinin telli veya telsiz bir yolla veya kablolu olarak veya uydudan alarak yayınlaması *yeniden iletimdir*. Örneğin NBC'nin uydudan yaptığı yayını TRT'nin alıp Türkiye'deki seyircilerine iletmesi, "yeniden iletim"dir.

e) Uydu Platform İşletmecisinin Sorumluluğu

29. N 23-25'de ayrıntılı bir şekilde açıklandığı gibi, yayınların içeriğinden ve eser sahipleri ile komşu hakların sahiplerinin haklarının temin edilip ödenmesinden FSEK ve Uydu Yönetmeliği anlamında yayın kuruluşu sorumludur. Bu sorumluluk, yayın alanı içine giren bölge ve ülkelerdeki yayın kuruluşlarına, sözleşmeyle sağlanan iletimleri de kapsar. Uydu Platform İşleticisi kural olarak, yayının içeriğinden, eser sahipleriyle bağlı hak sahiplerinin hakları dolayısıyla sorumlu tutulamaz ve onlar tarafından dava ve takip edilemezler. Bu kuralın iki grup istisnası bulunmaktadır.
30. *Birinci grup istisna*, Uydu Yönetmeliği'nin 7. maddesinin (a) ilâ (r) bendlerinde öngörülmüştür. Uydu platform işletmecisi kamu hizmeti anlayış ve sorumluluğu içinde, Atatürk ilke ve devrimlerine; Anayasa'da ifadesini bulan Atatürk Milliyetçiliğine bağlı Cumhuriyet ilkelerine; Türk Milletinin millî, ahlakî, insanî, manevî ve kültürel değerlerine, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü esaslarına ve demokratik kurallara uygun yayınların iletilmesini sağlamakla; kanunda, üst kurul tarafından çıkarılacak yönetmeliklerde ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası antlaşmalarda belirlenen ilkelere, uluslararası standartlara uymakla vs. yükümlüdür.
31. *İkinci istisna*, uydu platform işletmecisinin, bir yayın kuruluşunun, başka bir yayın kuruluşunun bir yayını veya yayınlarını haksız surette (korsanlık yaparak) veya benzeri hukuka aykırı bir yolla kullanmasında, BK m. 50 anlamında, kışkırtıcı veya eylemci ya da yardımcı olmasıdır. Hükümdeki şartların varlığı ha-

linde yayını hukuka aykırı olarak kullanan yayın kuruluşu ve uydu platform işletmecisi anılan BK m. 50 hükmü dolayısıyla müteselsilen sorumludur. Bunun için zararın birlikte verilmiş olması ve müşterek kusur şarttır. Müşterek kusur için fiilin kasten işlenmiş olması²⁴ ve eyleme katılanlar arasında bir sözleşmenin bulunması²⁵ şart değildir.

32. Uydu platform işletmecisinin BK 50'ye göre sorumlu tutulduğu bu varsayım, bir yayın kuruluşu tarafından eser, bağlantılı hak sahiplerinin haklarının ihlâl edildiğinin Uydu Platform İşleticisi tarafından sadece biliniyor olması hâlinde farklıdır. Birincisinde uydu platform işletmecisi, telif hakları ödenmemiş bir yayını, ya kışkırtıcı olarak ya aslî veya yardımcı eylemci sıfatıyla iletmektedir. Programın telif haklarının ödenmeden iletimini ya kışkırtmakta veya eylemi aslen ya da yardımcı olarak işlemektedir. Uydu Platform İşletmecisinin hukuka aykırılığı *bilmesi* yetmez; BK m. 50 hükmündeki sıfatlardan birine uyan bir konumda bulunması gerekir. İkincisinde ise, yayının (programın) telif hakları ihlâl edilmek suretiyle yapıldığını uydu platform işletmecisi -BK m. 50'deki eylemcilerinden birinin konumuna sahip bulunmaksızın- bilmektedir. Bu bilgi kendisine bizzat hakkı ihlâl edilen kişi tarafından da verilmiş olabilir. Bilse veya bir ihtilaf kendisine bildirilmiş bile olsa, uydu platform işletmecisi bir mahkeme kararı olmadan iletimi yapmayı reddedemez; durduramaz. Reddetmek, uydu platform işletmecisinin ihtilafı yargılaması ve karara bağlaması demek olur ve kendisini, ileten yayın kuruluşu karşısında sorumlu duruma sokar. Meselâ, iletilen program bir TV dizisi veya film olup da yayın kuruluşu durumundaki TV kanalı, hikaye sahibinin, oyuncuların veya sinema eseri sahiplerinin [FSEK m. 8 (2)] telif ücretlerini veya komşu haklarını ödemişse, uydu platform işletmecisi bu sözleşme ihlali sebebiyle BK m. 50'deki şartlar mevcut değilse, Uydu Platform İşletmecisinden

24 Kemal OĞUZMAN/Turgut ÖZ, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, İstanbul 1995, 667

25 Karl OFTINGER/Emil W. STARK, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Bd. II/1, 4. Auflage, Zürich 1987, 100; Anton K. SCHNYDER, *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht* (Art. 1-529 OR), Dritte Auflage (Hrsg: Honsell/Vogt/Wiegand, Basel und Frankfurt 2003, Art. 50, N. 5).

iletimi durdurması istenemez; durdurmadı diye sorumlu tutulamaz. Buna karşılık Uydu Platform İşletmesi ile yayını korsan olarak alan yayın kuruluşu aynı ortaklıklar grubuna dahil işletmelerse ve korsanlığı yapan iletimin alınmasında Uydu Platform İşletmecisini görevlendirilmişse BK m. 50'nin şartları gerçekleşmiş olabilir. Meselâ, bir futbol, basketbol maçının, Dünya atletizm müsabakasının, veya Eurovizyon yarışmasının yayın hakkı A kanalına ait olup B kanalı bu yayını korsan yollarla müşterilerine (seyircilerine) aktarıyorsa, uydu platform işletmecisi B'nin yavru veya kardeş ortaklığı ise BK m. 50 anlamında "methâldâr" olma durumu sözkonusu olabilir.