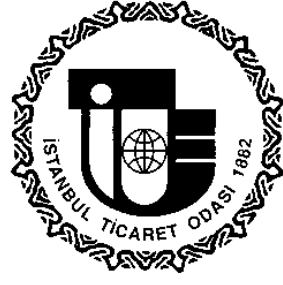




YAYIN NO:
2007-12

İSTANBUL
TİCARET
ODASI

MÜZİK ESERLERİ
ÜZERİNDEKİ TELİF
HAKLARI VE
ULUSLARARASI
UYGULAMALAR



**İSTANBUL
TİCARET
ODASI**

**MÜZİK ESERLERİ ÜZERİNDEKİ
TELİF HAKLARI VE
ULUSLARARASI
UYGULAMALAR**
(Alman, ABD ve Türk Hukukunun Karşılaştırmalı
İncelenmesi ve AB’de Güncel Gelişmeler)

Yrd. Doç. Dr. Hamdi PINAR, LL.M.
Başkent Üniversitesi
Hukuk Fakültesi
Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi

Dr. Temel NAL
Rechtsanwalt (Avukat)
Münih Barosu

Dr. Bettina Goldmann, LL.M.
Rechtsanwältin (Avukat)
Münih Barosu

YAYIN NO: 2007-12
İstanbul, 2007

Copyright © İTO

Tüm haklar saklıdır. Bu yayının hiç bir bölümü, yazarın ve İTO'nun önceden yazılı izni olmaksızın mekanik olarak, fotokopi yoluyla veya başka herhangi bir şekilde çoğaltılamaz. Eserin bazı bölümleri veya paragrafları, sadece araştırma veya özel çalışmalar amacıyla, yazarın adı ve İTO belirtilmek suretiyle kullanılabilir.

ISBN 978-994-60-153-5

İTO ÇAĞRI MERKEZİ
Tel : (212) 444 0 486

İTO yayınları için ayrıntılı bilgi
Bilgi ve Doküman Yönetimi Şubesi
Dokümantasyon Servisi'nden alınabilir.

Tel : (212) 455 63 29
Faks : (212) 512 06 41
E-posta : ito.yayin@ito.org.tr
İnternet : www.ito.org.tr

Odamız yayınlarına tam metin ve ücretsiz olarak
internette ulaşabilirsiniz.

YAYINA HAZIRLIK, BASKI, CİLT
Prive Grafik Matbaacılık San. ve Tic. Ltd.Şti.
Alayköşkü Cd. Küçük Sk. No.4 Cağaloğlu/İSTANBUL
Tel: 0212.527 33 24 • 526 47 12 Faks: 0212 511 12 01
e-mail:priveltd@gmail.com

ÖNSÖZ

Dünyada, fikir ve sanat eserleri üzerindeki telif hakları ile ilgili çalışmalar 19. yüzyılın ortalarından itibaren Avrupa’da ivme kazanmış olmakla birlikte, bu konudaki gelişme ve arayışlar günümüzde de devam etmektedir. Ülkemizdeki telif hukukunun geçmişi ise Osmanlı İmparatorluğu dönemine kadar uzanmaktadır. 1850 tarihli Encümen-i Daniş Nizamnamesi ile başlayan, 1857 tarihli Te’lif Nizamnamesi ve 1910 tarihli Hakk-ı Te’lif Kanunu ile devam eden mevzuat çalışmalarının Dünyadaki gelişmelere paralel bir seyir izlediği söylenebilir. 1951 yılında yürürlüğe girdikten sonra, çeşitli değişikliklerle günümüze kadar gelen 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, halen bu alandaki temel yasamız konumundadır.

Ülkemizde telif hakları konusundaki yasa çalışmaları her ne kadar dünyadaki gelişmeleri takip etmiş olsa da, uygulamada arzu edilen sonuca ulaşamadığı ve toplumsal düzeyde konunun öneminin kavranamadığı bir gerçektir. Telif hakları sorunları özellikle müzik eserleri konusunda daha belirgin bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Bunların en önemlileri olarak; kullanıcılardaki telif hakkı/ücreti bilincinin yetersizliği, meslek birliklerinin ve tarifelerin çok sayıda olması, kullanıcılar açısından muhatap bulmada yaşanan karmaşa, tarifelerin hazırlanma ve uygulanmasında ortak noktaların oluşturulamaması ve mevzuat değişikliği taleplerinin sürekli gündeme gelmesi gibi sorunlar sıralanabilir.

Konuyla ilgili olarak ülkemizde yapılan sonu gelmeyen tartışma ve müzakerelerde, dünyada uygulanan sistemler hakkında genel bilgilere sahip olunduğu ancak ücretlendirme ve meslek birlikleri sistemlerinin ayrıntıları konusunda yeterli birikimin bulunmadığı görülmektedir. Bu çalışma ile, dünya ölçeğinde önemli bir yerde bulunan fakat birbirinden farklı özellikteki ABD ve Almanya sistemleri incelenerek, Türkiye’deki tartışmalara yeni bir bakış açısı kazandırılması hedeflenmiştir.

Bu eserin konuyla ilgilenen herkese yardımcı olmasını diler, çalışmayı gerçekleştiren Yrd. Doç. Dr. Hamdi Pınar, Dr. Temel Nal ve Dr. Bettina Goldmann’a teşekkürlerimi sunarım.

Dr. Cengiz Ersun
Genel Sekreter

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	3
İÇİNDEKİLER.....	
KISALTMALAR.....	
GİRİŞ VE KONUNUN SINIRLANDIRILMASI.....	17

BİRİNCİ BÖLÜM

ESER ÜZERİNDEKİ HAKLARININ KORUNMASI SİSTEMİ VE MÜZİK ESERLERİNİN KAMUYA SUNUMU	20
---	----

A. Almanya'da Eser Üzerindeki Haklar, Özellikle de Müzik Eserleri Üzerindeki Mali Haklar	20
I. Mali Haklar ve Sınırları.....	20
1. Genel Olarak	20
2. Umuma İletim Hakkı	22
a) Genel Olarak	22
aa) Eser sahibi	22
bb) İcracı sanatçılar	23
cc) Fonogram yapımcıları	24
b) Aleniyet Kavramı	24
c) Temsil Hakkı	29
d) Yayın Hakkı.....	29
e) Görsel veya İşitsel (Fonogram) Aletlerle Umuma İletim Hakkı ve Radyo-Televizyon Yayınlarından ya da Online İletiminden Faydalanarak Umuma İletim Hakkı	32
aa) Görsel veya İşitsel (fonogram) aletler	32
bb) Radyo-televizyon yayınlarının umuma iletimi	33
cc) Online iletim kanalıyla umuma iletim.....	34
f) Dijital Ortamda (online) Umuma İletim Hakkı.....	35
aa) Genel olarak	35
bb) Erişebilir kılma (Zugänglichmachung).....	35
cc) İgili değerlendirme davranışı	36
dd) Yeni tekniklerden farkı.....	36
ee) Tükenme ilkesinin uygulanmaması.....	37
ff) Sınırlar	37
3. Çoğaltma ve Yayıma Hakkı.....	37

4. Mali Hakların Sınırları	38
a) Karşılıksız Kaldırma	38
b) Kanuni Lisanslar	40
c) Zorunlu Lisanslar	40
5. Ücret Talepleri ve Meslek Birlikleri	41
a) Eser Sahibi Açısından	42
b) İcracı Sanatçılar Açısından	42
c) Fonogram Yapımcıları Açısından.....	43
B. ABD'de Eser Üzerindeki Haklar, Özellikle de	
Müzik Eserleri Üzerindeki Mali Haklar	47
I. ABD'de Eser Üzerindeki Hakların Gelişimi ve Temel Esasları	47
II. Yürürlükteki Kanuna (Copyright Act) göre, ABD'de	
Özellikle de Müzik Eserleri Üzerindeki Haklar	48
1. Müzik Eserlerinde Mali Haklar ve Kanuni Sınırları	49
a. Kamuya Açık Alanda Temsil ve Yayın	
Hakkı ("Public performance right")	49
aa) Kapsam.....	49
bb) Sınırlar ve ücret talepleri	49
(i) Telif haklarının sınırlandırılması (Exemption).....	50
(ii) Zorunlu ve kanuni lisanslar ve ücret talepleri	53
b. Çoğaltma ve Yayma Hakkı.....	53
aa) Kapsam.....	53
bb) Sınırlar	54
(i) Geçici kopyalama	54
(ii) Mekanik hak için zorunlu lisans (§115 CA)	54
2. Copyright Act'a Göre ABD'de Hukuki Durumun	
Özeti ve Değerlendirilmesi.....	55
3. Menfaatlerin Kolektif Korunmasında Mali Hakların Önemi.....	56
C. Türk Hukukunda Eser Üzerindeki Haklar ve	
Özellikle de Müzik Eserleri Üzerindeki Haklar	59
I. Genel Olarak.....	59
II. Eser Kavramı ve Müzik Eserleri	60
III. Eser Sahipliği	63
IV. Eser Sahibinin Mali Hakları	64
1. İşleme Hakkı.....	65
2. Çoğaltma Hakkı.....	66
4. Yayma Hakkı	66
5. Temsil Hakkı	68
6. Yayın ve Umuma İletim Hakkı.....	68

V. Bağlantılı Hak Sahipleri.....	69
1. İcraçı Sanatçılar	69
2. Fonogram Yapımcıları	70
3. Radyo-Televizyon Kuruluları.....	70
4. Film Yapımcıları ile eser sahipleri arasındaki ilişki	71

İKİNCİ BÖLÜM

KURUMSAL AÇIDAN ESER SAHİPLERİNİN MALİ HAKLARININ KOLEKTİF GERÇEKLEŞTİRİLMESİ	72
--	----

A. Almanya'da Müzik Alanında Faaliyet Gösteren Meslek Birlikleri	72
I. GEMA	72
1. Tarihi Gelişim	72
2. Genel Olarak.....	75
3. Hukuki Yapısı	76
4. Üyelik	77
a) Aday Üyelik	78
b) Asıl Üyelik	79
c) Aday ve Asıl Üyelik İçin Diğer Şartlar	80
d) Üyeliğe Son Verilmesi	80
e) Yararlanan Üyelik	81
f) Editörlerin GEMA'daki Üyelik Sorunu	82
5. GEMA'nın Yönetim Yapısı.....	84
a) Genel Kurul.....	84
b) Yönetim Kurulu	86
c) İcra Kurulu	87
d) İç Uzlaşma	87
aa) Uzlaştırma kurulu.....	87
bb) Tahkim	88
cc) Şikayet kurulu	88
II. GVL 100.....	89
III. Meslek Birliklerinin Kurumsallaşmış Şekilde Birlikte Çalışması	89
1. Genel Olarak.....	89
2. Genel Bakış	90
3. Paylaştırma İlkeleri.....	91
4. Meslek Birliklerinin Ortaklığı Alman Patent ve Marka Kurumu (DPMA) Tarafından Denetimi.....	91
B. ABD'de Müzik Alanında Faaliyet Gösteren Meslek Birlikleri	91
I. Genel Olarak ABD'deki Mevcut Sistem	91

II. ASCAP 105	92
1. Genel Olarak.....	92
2. Hukuki Yapısı	93
a) Yönetim Kurulu ("Board of Directors")	93
b) İcraçı Başkanlık ("Officers")	94
c) Kurullar ve İç Uzlaşma Müessesesi	94
3. ASCAP Üyeliği	95
III. Broadcast Music, Inc. (BMI).....	95
1. Tarihçesi	95
2. BMI'nin Faaliyetine Genel Bir Bakış	97
3. Hukuki Yapısı	98
a) Yönetim ve Karar Alma Mekanizması.....	98
aa) Yönetim kurulu	98
bb) İcra kurulu.....	98
cc) İç uzlaşma.....	99
b) BMI ile bağlantı	99
4. Sadece Bir Meslek Birliğine Ait Olma Zorunluluğu.....	100
IV. SESAC	101
1. Tarihçe	101
2. SESAC'in Faaliyetine Genel Bir Bakış	101
3. Hukuki Yapısı	103
a) Yönetim Şekli ve Karar Alma Mekanizması	103
b) Bağlantılı Olma.....	103
V. ABD'de Benzer Organizasyonlar	103
1. The Harry Fox Agency, Inc.-Çoğaltma Hakkı İçin Yedi Eminlik... 104	
a) Tarihçesi	104
b) Genel Olarak "Harry Fox Agency" in Faaliyeti Hakkında	104
2. Topluluklar/Birlikler "Guilds"	105
3. Telif Hakları Bürosu - Zorunlu Lisansların	
Devletçe İdare ve Tahsil Merkezi	106
a) Genel Olarak Görevleri.....	106
b) Zorunlu ve Kanuni Lisanslar İçin İdari Makam	107
VI. Aynı Alanda Faaliyet Gösteren Meslek Birliklerinin	
Çokluğunun Değerlendirilmesi	108
1. ABD'deki Durumun Özeti	108
2. Birbirleri ile Rekabet İçinde Olan Meslek Birliklerinin	
Pratikteki Sonuçları.....	108
3. Değerlendirme	109
C. Türkiye'de Müzik Alanında Faaliyet Gösteren	
Meslek Birlikleri.....	110
I. Tarihi Gelişim.....	110

II. Türkiye'de Meslek Birlikleri.....	111
III.Meslek Birliklerinin Kuruluşu ve Hukuki Niteliği.....	113
1. Kuruluş	113
2. Hukuki Nitelik	114
3. Meslek Birliklerinin Yükümlülükleri	116
IV.Meslek Birliklerine Üyelik ve Organlar	117
1. Üyelik	117
a) Üyelik Çeşitleri	118
b) Üyelik Konusundaki Uyuşmazlıkta Çözüm Yolları.....	119
c) Üyeliğin Sona Ermesi	120
2. Organları	121
a) Genel Kurul.....	121
b) Yönetim Kurulu	123
c) Denetim Kurulu	124
d) Teknik-Bilim Kurulu.....	124
e) Haysiyet Kurulu	125
V. Meslek Birlikleri Federasyonu.....	125

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MESLEK BİRLİKLERİNİN DÜZENLENİŞİ VE KONTROLÜ	126
A. GEMA Örneğinde Almanya'daki Meslek Birliklerinin Düzenleyicilik İşlevi.....	126
I. Telif Haklarının Değerlendirmesi Hakkında Kanun Yoluyla Yapılan Düzenlemeler	126
1. Genel Olarak.....	126
2. Faaliyet İzni.....	127
3. Hukuki Yapısı	127
4. Hak Sahiplerine Karşı Meslek Birliklerinin Hukuki Yükümlülüğü. 127	
a) Değerlendirme Zorunluluğu.....	127
aa) Maddi ve Şahsi uygulama alanı	127
bb) Uygun Şartlarda hakların değerlendirilmesi.....	128
b) Gelirlerin dağıtımı	129
5. Lisans Alanlara Karşı Meslek Birliğinin Hakları ve Yükümlülükleri	129
II. GEMA Üzerindeki Alman Patent ve Marka Kurumu'nun (DPMA) Denetimi	130
1. Genel Olarak.....	130
2. Önemli Görevler.....	130
a) İzin Verme Zorunluluğu	130
b) Denetimin Kapsamı ve Etkileri	133

III. GEMA Üzerindeki Diğer Denetimler, Özellikle de Federal Rekabet Kurumu Yolu ile Denetim	133
IV. Meslek Birliklerinin AB Rekabet Hukuku İçerisindeki Durumları	135
1. Esaslar	135
2. AB Komisyonu'nun Politikasında Yeni Eğilimler	136
B. ABD'de Rekabet Hukuk Problemi Olarak Meslek Birlikleri	138
I. Genel Olarak.....	138
II. ABD'deki Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi .	140
III. Meslek Birliklerinin Tekilliği mi Yoksa Çoğulluğu mu?	142
IV. Sonuç	144
C. Türkiye'de Meslek Birliklerinin Denetimi.....	144
I. Meslek Birliklerinin Denetimi	145
II. Rekabet Hukuku Açısından Meslek Örgütlerinin Denetimi.....	146

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ALMANYA, ABD VE TÜRKİYE'DE MESLEK BİRLİKLERİ YOLU İLE MALİ HAKLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ VE LİSANS VERME	149
A. Almanya'da Mali Hakların Değerlendirilmesi ve Lisans Verme - GEMA Örneğinde Almanya Uygulaması.....	149
I. Hak Sahipleri ile Hukuki İlişki.....	149
1. Genel Olarak.....	149
2. Hak Tanımının Kapsamı	149
a) Maddi Hakların Devri	149
b) Münhasır Hak Tanıma	150
c) Halihazırdaki ve Gelecekteki Bütün Haklar Üzerinde Tasarruf	151
d) Yeni Mali Haklar.....	152
e) Maddi Sınırlandırma	152
f) Tüzükte Değişikliklerinin ve Dağıtım Planlarının Devamlı Olarak Dikkate Alınması.....	154
g) Sözleşmenin Yürürlük Süresi	155
h) Değerlendirme.....	155
II. Müzik Eserleri Kullanıcılarına Lisans Verme ve Tarife Düzenleme.....	156
1. Lisans Verme Uygulamaları	156

a) Çifte Akit Yapma Zorunluluğu ve Bilgilendirme Yükümlülüğü	156
b) Toplu Olarak Sözleşme (Gesamtvertrag) Yapılması	157
c) Lisans Verme Yolu	158
aa) Önceden yapılan başvuru	158
bb) Uygulamada kullanıcının yönlendirilmesi.....	158
i) Dış Hizmetler Müdürlüğü	159
ii) Endüstri Müdürlüğü	160
iii) Radyo-televizyon ve Yeni Kitle İletişim Araçları Müdürlüğü	162
2. Tarifelerin Belirlenmesinde Temel Esaslar.....	162
a) Genel Olarak	162
b) Tarife Sistemi	164
aa) Genel olarak	164
bb) Örnekler	166
i) Fonogramları çoğaltma ve yayma tarifesi.....	166
ii) Fonogramların umuma iletimi	167
iii) İşitsel ve görsel taşıyıcıların yayını.....	167
3. Tahsil ve Denetim.....	170
a) Temsil İşlemlerinin Denetimi.....	170
b) Lisans ücretlerinin toplanması ve hayata geçirilmesi.....	170
aa) "GEMA Varsayımı"	170
bb) "GEMA Denetim Zammı"	172
4. GEMA'nın Dağıtım Sistemi	174
a) Toplanan Ücretlerin Dağıtımı	174
aa) Temsil sayısı	175
bb) PRO yöntemi	176
cc) Puanlama sistemi.....	176
dd) Puanın nakdi karşılığı	177
ee) Birden çok sayıda hak sahibi arasında dağıtım	177
b) Sosyal ve Kültürel Amaçlara Ayrılacak Kaynak.....	178
5. GVL'nin Dağıtım Sistemi	179
a) Dağıtılacak Tutarın Bölünmesi	179
b) İcracı Sanatçılar İçin Dağıtım Sistemi	179
c) Fonogram Yapımcısı İçin Dağıtım Sistemi.....	180
B. ABD'de Mali Hakların Değerlendirilmesi ve Lisans Verme	182
I. Telif Haklarının Yetki Sözleşmesinden Dolayı Hak Sahipleri İle Hukuki İlişkiler.....	182
1. ASCAP'in Yetki Sözleşmesi	182
a) Tanınan Hakların Kapsamı.....	182
b) Hakların Tanınmasının Süresi.....	182
c) Hakların Kullanılması.....	183

d) Gelirin Dağıtılması	183
e) Sözleşmeye Dahil Edilen Diğer Hükümler	183
f) Üyelik Başvurusu	183
2. BMI'nin Yetki Sözleşmesi	184
a) Eser Sahipleri İçin Yetki Sözleşmesi	184
aa) Hak tanımının kapsamı	184
bb) Hakların tanınmasının süresi	185
cc) Meslek birliğinin ücret ödeme yükümlülüğü	185
b) Editörler İdin Yetki Sözleşmesi ("Publishers Agreement")	186
aa) Hak tanımının kapsamı	186
bb) Hak tanımının süresi	186
cc) Diğer hükümler	186
3. SESAC'ın Sözleşmesi ("Writer Affiliation Agreement")	186
a) Hak Tanımının Kapsamı	186
b) Hak Tanımının Süresi	187
c) SESAC'ın Ödeme Yükümlülükleri	187
d) Diğer Düzenlemeler	187
4. Müzik Kullanıcı İçin Lisanslama ve Tarife Belirleme	188
a) ASCAP	188
aa) Temsil lisansları	188
bb) Yayın lisansları	189
b) BMI	190
c) SESAC	190
d) İnternet Lisanslarının Verilmesi	191
II. Tahsil ve Denetim	191
1. Medyanın Denetimi	191
2. Dışarıda Yürütülen Çalışmalar	193
III. Elde Edilen Gelirlerin Hak Sahiplerine Dağıtımı	193
1. ASCAP	193
2. BMI	195
3. SESAC	195
IV. Meslek Birlikleri Uygulamasının Özeti	196
V. Bağımsız Kuruluşlar Yolu ile Meslek Birliklerinin Tarife Belirlemelerinin Denetimi ve ABD'de Arabuluculuk	198
1. Library of Congress Copyright Arbitration Royalty Panels ve Copyright Royalty Tribunal-Zorunlu Lisanslar İin Hakemlik Yeri	198
2. Meslek Birliklerinin Tarifeleri Üzerinde Hâkim Denetimi	198
3. Ademi Merkezîyetçi (Desentralizasyon) Çabalar	199
4. District Court for the S.D.N.Y. Kararları	199

C. Türkiye'de Meslek Birlikleri Yolu ile Mali Hakların Değerlendirilmesi ve Lisans Verme.....	202
I. Hak Sahipleri ile Hukuki İlişki.....	202
1. Münhasır Hak Tanıma	202
2. Lisans Sözleşmesinin Konusu	203
3. Aktif Dava Ehliyeti.....	204
4. Sözleşmenin Eser Sahibi Tarafından Feshi	205
II. Müzik Eserlerini Kullananlar İçin Lisans Alma ve Tarife Düzenleme	206
1. Lisans Alma Zorunluluğu	206
2. Tarife Yapılması.....	206
3. Uzlaşmazlık Hâli	208
4. Uzlaştırma Komisyonu.....	208
5. Yargı Yolu	209
6. Kullanım Oranlarının Bildirilmemesi	210
III. Veri Tabanının Oluşturulması	211
IV. Meslek Birlikleri Gelirleri Dağıtım Sistemi	211
V. Yönetmelik Hükümlerine Aykırı Davranma	216

BEŞİNCİ BÖLÜM

DİJİTAL ÇAĞDA MESLEK BİRLİKLERİNİN ROLÜ	217
A. Avrupa Birliği Alanında Uyum.....	217
I. Yasal Çerçeve	217
II. Birlik Düzeyinde Yürütülen Çalışmalar	217
B. GEMA'nın Çalışmaları	220
I. Genel Olarak	220
II. Özelde	220
DEĞERLENDİRME VE ÖNERİLER.....	222
A. Karşılaştırmalı Açısından Değerlendirme Sonuçları.....	222
1. Müzik Eserleri Üzerindeki Telif Hakları ve Hak Sahipleri	222
2. Meslek Birliklerinin Sistem İçindeki Yeri ve Kurumsal Yapıları....	223
3. Rekabet Hukuku Açısından Meslek Birlikleri.....	225
4. Mali Hakların Değerlendirilmesi, Lisanslama ve Tarife Düzenleme	227
B. Öneriler	228
YAYIN LİSTESİ	239

KISALTMALAR:

AB	Avrupa Birliği
AEA	Avrupa Ekonomik Alanı
AFMA	Anstalt für musikalisches Auffhrungsrecht
AGICOA	Association de Gestion Internationale Collective de (Euvres Audiovisuelles)
a.k	Aynı kişi
AKM	Gesellschaft der Autoren, Komponisten und Verleger
AMMRE	Anstalt für mechanisch- musikalische Rechte GmbH
ARD	Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland
ASCAP	The American Society of Composers, Authors and Publishers
ATA	Avrupa Toplulukları Antlaşması
ATM	Avrupa Toplulukları Mahkemesi
AWA	Anstalt zur Wahrung der Aufführungsrechte auf dem Gebiet der Musik
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BIPMZ	Blatt für Patent., Muster- und Zeichenwesen
BMI	Broadcast Music, Inc.
BT-Drucks.	Bundestags-drucksache
CA	Copyright Act
CMMV	Clearingstelle Multimedia für Verwertungsgesellschaften von Urheber- und Leistungsschutzrechten GmbH
DPMA	Deutsches Patent- und Markenamt
DRM	Digital Rights Management
DRMV	Deutscher Rock-Musikverband
DVD	Digital Versatile Disc
EDIFO	Société Générale de e `Edition Phonographique et Cinmatographique
E-Musik	Ernste Musik
FMR	Ankara Barosu Fikr Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi
FS	Festschrift
FSEK	Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu

FuR	Film und Recht
GDT	Genossenschaft deutsche Tonsetzer
GEMA	Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit begrenzter Haftung
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht-Internationaler Teil (Almanya, Fikrî ve Sinaî Mülkiyet Dergisi, Uluslararası Kısmı)
GVL	Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GWFF	Gesellschaft zur Wahrnehmung von Film und Fernsehrechten
Hrsg.	Herausgeber
İHFM	İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
IIC	International Review of Intellectual Property and Competition Law (2004 senesine kadar:Industrial Property and Copyright Law)
IFPI	International Federation of the Photographic Industry
karş.	Karşılaştırınız
LAN	Local Area Network
LUG	Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst
MBF-Tüzük	Meslek Birliği, Fikir ve Sanat Eseri Sahipleri ile Bağlantılı Hak Sahipleri Meslek Birlikleri ve Federasyonları Hakkında Tüzük
MMR	Multimedia und Recht, Zeitschrift für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht
NMPA	National Music Publishers Association, Inc.
RBS	Revize edilmiş Bern Sözleşmesi
RekabetK	4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
RiLi	Richtlinie
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft - Betriebs- Berater International Rechtskräftig
s.	Sayfa
s. / sa.	Sayı
SALEM	Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique
SESAC	Society of European Stage Authors and Composers
SMS	Short Message Service
STAGMA	Staatlich genehmigte Gesellschaft zur Verwertung musikalischer Urheberrechte
TPE	Türk Patent Enstitüsü

TRIPS	Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (Ticaretle Bağlantılı Fikrî Mülkiyet Hakları Anlaşması)
UFITA	Archiv für Urheber- und Medienrecht
U-Musik	Unterhaltungsmusik
UrhG	Urheberrechtsgesetz vom 9. September 1965
UrhWG	Urheberwahrnehmungsgesetz vom 9. September 1965
vd.	ve devamı
v.d.	ve diğerleri
VDM	Verbande deutscher Musikschafter
VEVA	Verein zur Verwertung musikalischer Aufführungsrechte
VFF	Verwertungsgesellschaft der Film- und Fernsehproduzenten
VG	Verwertungsgesellschaft
VGf	Verwertungsgesellschaft für Nutzungsrechte an Filmwerken
VG Wort	Verwertungsgesellschaft Wort
VUT	Verband Unabhängiger Tonträgerunternehmen, Musikverlage und Musikproduzenten e.V.
WAN	Wide Area Network
WAP	Wireless Application Protocol
WCT	WIPO Copyright Treaty
WIPO	World Intellectual Property Organization
WPPT	IPO- Vertrag über Darbietungen und Tonträger
WTO	World Trade Organization (Dünya Ticaret Örgütü)
ZBT	Zentralstelle Bibliotheksantieme
ZDF	Zweites Deutsches Fernsehen
ZPÜ	Zentralstelle für Private Überspielungsrechte
ZUM	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft
ZWF	entralstelle für die Wiedergabe von Fernsehwerken
ZVV	Zentralstelle für Videovermietung

Giriş ve Konunun Sınırlandırılması

Türk telif hukukun geçmişi ilk düzenlemelerin yapıldığı Osmanlı İmparatorluğu zamanına kadar uzanmakta ve o zamanda da günümüze kadar Dünya'daki gelişmelere paralel bir seyir izlemektedir. İlk telif hakkının tanınması 1850 yılında çıkarılan Encümen-i Danış Nizamnamesi ile olduğu ve bu alandaki ilk kanunî düzenleme olan “Hakkı-ı Te’lif Kanunu” 1910 yılında kabul edilmiştir.

Uluslararası sözleşmelerden doğan yükümlülüklerini de yerine getirmek amacıyla Türkiye, 1951 yılında yeni Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) kabul etmiştir. Hâlâ yürürlükte olan bu Kanun, yıllar içinde önemli değişiklikler geçirerek yenilenmesi rağmen yeterli bir düzeye ulaşamamış olduğundan Gümrük Birliği çerçevesinde AB mevzuatı ile uyumlaştırılması sürecinde 1995 yılında Türk fikrî mülkiyet hukukunda büyük bir değişim yaşanmıştır. Bu çerçevede eser sahiplerinin hakları ile bağlantılı (komşu) hakları ve bunların sonuçları, Dünya'daki modern sistemlerde kabul gören sistemlere uygun hâle getirilerek kapsamlı bir şekilde düzenlenmiştir.

Telif hakları alanında Dünya'daki gelişmelere paralel giden Türk hukuk sistemi, telif hukukunda en önemli bir konuma sahip meslek birlikleri konusunda herkesin kabul edebileceği, işleyen bir sisteme sahip ve hak sahipleri ile kullanıcılar arasında menfaatler dengesini koruyan bir yapıyı maalesef oluşturamamıştır.

İlk olarak müzik eser sahipleri ve editörler meslek birliklerini kurmuşlardır. İlk kez Fransa'da ortaya çıkan ve 1851'den beri faaliyette bulunan SACEM ile birlikte 19. yüzyılda Avrupa'nın değişik ülkelerinde de paralel birlikler kurulmuştur. Bunların arasında Alman hukukundaki gelişmeler ve bu süreçte özellikle II. Dünya Savaşı öncesi yapılan tartışma konularının benzeri günümüzde de Türkiye'de hâlâ tartışılmaktadır. Aynı zaman süreci içinde ilk kez 1910'da bir meslek birliğinin kurulduğu ABD'de sistem kara Avrupa'sından farklılıklar göstermekte ve oradaki tartışmalar da Dünya'da olması gereken hukuk açısından yapılan tartışmalara farklı bir bakış açısı sunmaktadır. Çünkü ABD müzik değerlendirme sisteminin bir ayağını Telif Hakları Bürosu, diğer ayağını da özellikle üç meslek birliği teşkil etmektedir.

Bu çalışma planlanırken birbirinden ayrı olan farklı iki devlet sistemi, ABD ve Almanya, Türkiye'deki tartışmalara ışık tutması amacıyla incelenmesi gerektiği fikrinden hareket edilmiştir. Amaç, benzerliklerin ve farklılıkların

ortaya konularak sistemin işleyen ve aksayan yönlerini göstermektir. Bu çerçevede Türkiye’de meslek birlikleri konusunda yapılan tartışmalarda,¹ özellikle kullanıcılar tarafından dile getirilen ve öğretinin de çözülmesini gerekli gördüğü şu konulara ışık tutulmaya çalışılmıştır.²

- Müzik eserleri, bunlar üzerindeki haklar ve kapsamaları ile eser sahiplerinin ve bağlantılı hak sahiplerinin hak ve yetkileri,
- Meslek birliklerin tekel konumun kalkması ile ortaya çıkan yeni birlikler yüzünden yaşanan karmaşalar, özellikle repertuarlar konusundaki tartışmalar,
- Birden fazla meslek birliğinin olduğu bir sistemde muhatap bulmada yaşanan karmaşa ve çoklu muhataplar yüzünden ortaya çıkan tarife ve ödeme sorunları,
- Tarife düzenlemede nasıl bir sistemin benimsenmesi gerektiği, ücret miktarının saptanmasında ve buradaki ölçütlerin belirlenmesinde uygulamada sıkça yaşanan sorunlar,
- Mevzuatta düzenlenmiş ve teorik olarak makul görünen ama uygulamada hiç işlemeyen ve sadece zaman kaybettirdiği iddia edilen çözüm yollarının sisteme getirdiği yükler.

Türkiye’de karşılaşılan sorunların merkezini meslek birlikleri uygulamalarında yeterince bilgilendirme olmayışı, uygulamada yeknesaklık ve şeffaflık eksikliği teşkil etmektedir. Bunun yanında özellikle de tarifelerin tespitinde her ülkenin kalkınmışlık düzeyi, ekonomik istikrarı ile toplumun sahip olduğu malî gücü göz önünde tutulmalıdır.

Bu konulara farklı bakış açıları ortaya koymak için bu çalışma kapsamında Birinci Bölümde öncelikle telif hukukunun sisteminin temel esasları, müzik eserleri üzerinde eser sahiplerinin ve bağlantılı hak sahiplerinin hakları ve özellikle de malî haklar Alman, Amerikan ve Türk hukukunda ayrıntılı olarak incelenmiştir.

¹ Tartışmalar için bkz. Telif Hakları Zirvesi 2005/Aygün, s. 19; Telif Hakları Zirvesi 2005/Cengiz, s. 53; Telif Hakları Zirvesi 2005/Kılıçoğlu, s. 59; Telif Hakları Zirvesi 2005/Memiş, s. 85 vd.; Telif Hakları Zirvesi 2005/Yıldırım, s. 97; Telif Hakları Zirvesi 2005/Dikmen Uras, s. 177 vd.; Telif Hakları Zirvesi 2005/Karabıyık, s. 189 vd.; Telif Hakları Zirvesi 2005/Özmen, s. 206 vd.; Telif Hakları Zirvesi 2005/Türkekel, s. 248 vd.,

² Bu sorunların tartışıldığı kapsamlı bir sempozyum 2005 yılında Ankara’da yapılmıştır. Burada birbirinden değerli ve farklı bakış açıların ortaya konulduğu tebliğler sunulmuştur. (Sempozyum metinleri için bkz. Telif Hakları Zirvesi 2005). Düşüncemize göre, artık sadece tebliğlerin sunulduğu ve kısa görüşlerin ifade edildiği tartışmalar yerine kapsamlı olarak ilgili tüm tarafların bir araya gelerek sunulan tebliğler ve yapılan tartışmalardan sonra muhakkak surette taraflara ve özellikle de kanun koyucu için tavsiye niteliği ortak bir bildirinin hazırlanması Türkiye’deki sorunun çözümüne daha fazla katkı sağlayacaktır.

Günümüzden tartışmaların merkezinde yer alan malî hakların kolektif değerlendirme araçları olarak özellikle de meslek birliklerinin kurumsal yapıları, yani üyelik, yönetim ve karar mekanizmaları yanında bu birliklerin kendi hukuk sistemleri içindeki yerleri İkinci Bölümde ortaya konulmuştur. Bu bölümde müzik eserleri alanında tek bir muhatabın olduğu Alman, çoklu muhatabın olduğu Amerikan sistemi ve tek muhataptan çoklu sisteme geçildiği hâlde hâlâ hangisinin daha uygun olacağını hararetle tartışıldığı Türk hukukundaki düzenlemeler değerlendirilmiştir.

Meslek birliklerinin öneminin artmasına paralel olarak bunların denetimi de büyük önem kazanmaktadır. Almanya, ABD ve Türkiye’de denetim mekanizmalarına Üçüncü Bölümde kısaca incelenmiştir. Telif hakları ile tanınan tekeli ve mutlak hakkın hak sahibi veya bir meslek birliği tarafından kullanılması aynı zamanda başka bir denetim mekanizması olarak rekabet hukukunun da konusunu oluşturmaktadır. Bunun yanında hukuk sistemlerinde benimsenen meslek birliklerinin tekel konumu veya çoklu meslek birliklerinin olsa dahi bunlara hak sahipleri ve kullanıcılar arasında çıkan sorunlar yine rekabet hukukunun konusunu oluşturabilmektedir. Bu açıdan Üçüncü Bölümde, konunun rekabet hukuku boyutuna da Alman, AB, ABD ve Türk hukuku açısından ayrı ayrı ana hatları ile değinilmiştir.

Eser sahipleri, meslek birlikleri ve kullanıcılar arasındaki en önemli sorunların başında malî hakların değerlendirme, lisans yetkisi alma ve bunu kullanıcılara verme, tarife düzenleme ve bunu kabul ettirmedeki uyuşmazlıklar ve çözüm yolları ve son olarak da elde edilen gelirlerin paylaşımı konuları gelmektedir. Bu çalışmanın Dördüncü Bölümünde Alman, Amerikan ve Türk hukukunda bu konular ayrıntılı olarak incelenmiştir.

Günümüzdeki teknolojik yeniliklerin hızlı bir şekilde hayatımızı etkilediği görülmektedir. Bu gelişmeler telif hakları alanında kendini dijital haklar yönetimi olarak (kısaca DRM) göstermektedir. Başlı başına bir araştırma konusu olması gereken bu konu hakkında AB’de yapılan çalışmaları ve Almanya’da GEMA uygulamasına Beşinci Bölümde çok kısaca değinilmiştir.

Bu çalışmada başlangıçta öngörülen kapsamın fazlasıyla aşılması sebebiyle bir çok konunun daha ayrıntılı olarak tartışılması maalesef yapılamamıştır. Bu alandaki tartışmalara yeni bir boyut getirmesi için bu çalışmanın bir başlangıç olarak değerlendirilmesi gerekir. Daha alt konularda daha kapsamlı çalışmalarla Türk hukukundaki sorunların çözümünde büyük katkı sağlanacak ve taraflar arasındaki menfaatler dengesine hakkaniyete uygun bir çözüm yoluna ulaşılabilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

Eser Üzerindeki Haklarının Korunması Sistemi ve Müzik Eserlerinin Kamuya Sunumu

A. Almanya'da Eser Üzerindeki Haklar, Özellikle de Müzik Eserleri Üzerindeki Malî Haklar

I. Malî Haklar ve Sınırları

1. Genel Olarak

Müziği ortaya çıkaranlar -dar anlamda- bir yönü ile besteci, diğer yönü ile de icracı sanatçılar ve fonogram yapımcılarıdır.

Bu çalışmada sadece malî hakları inceleneceğinden eser sahibinin ve bağlantılı hak sahibinin manevî hakları kapsam dışı bırakılmıştır.

Malî hakların amacı, hak sahibine eseri üzerine yetkiler tanınmasıdır. Burada söz konusu olan eser üzerindeki maddî yöndür, bir diğer ifade ile eserin kullanılması ile ortaya çıkan hak sahibinin iktisadî menfaatleridir. Malî haklarda, malî hakların maddî şekli ile gayri maddî şekli arasında ayırım yapılması gereklidir. Her iki şekilde de söz konusu olabilecek faydalanma şekilleri ve bunlarla ilişkili olan münhasır haklar kanunda sadece örnekseme yolu ile sayılmıştır. Eserin orijinali veya çoğaltılması halinde, yani kitap, fonogram gibi eser maddî bir nesnede somutlaşmışsa eserden maddî şekilde faydalanma gerçekleşir. Eğer eserin maddî şekilde gerçekleşmesinin mümkün olmadığı sunum, konser, sinema gösterimi ve televizyon yayını gibi sadece soyut olarak gerçekleşmesi halinde gayri maddî şekil (temsil ve iletim) söz konusu olur.³

Alman hukukunda eser sahibinin maddî hakların manevî bir özü olduğu inancıyla genel olarak ne telif hakları bir bütün olarak, ne de maddi hakların tümü ya da teker teker bir kısmı devredilemez. Sadece vasiyet ya da vasiyetname bu konuda istisnadır. Eser sahibi sağ iken sadece başkasına inhisari ya da inhisari olmayan ruhsat, yani kullanma yetkisi verebilir.

³ Dreier/Schulze, zu § 15, Rn. 25..

Alman Telif Hakları Kanunu'nda icracı sanatçılar için de hem münhasır faydalanma hakları hem de ücret talep edebilmeleri düzenlenmiştir (§§77 ve 78). Burada da eserden faydalanma maddî şekilde (§77) veya gayri maddî şekilde (§78) olmak üzere ayrılmıştır.

Fonogram yapımcılarına çoğaltma, yayma ve gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda tespitlerine ulaşılmasını sağlamak suretiyle umuma iletimine izin vermek veya yasaklamak hakkı açısından eserden faydalanma hakkı verilmiştir. Gayri maddî şekilde faydalanma açısından ise fonogram yapımcılarına sadece icracı sanatçılara sesleri tespit olunmuş ve yayımlanmış ses taşıyıcılarının umuma iletilmesi halinde tanınan ücret talep haklardan bir pay alma hakkı tanınmıştır. Böylelikle sadece gayri maddi şekilde faydalanma olan online kullanımlarda fonogram yapımcılarına münhasır bir yetki tanınmıştır. Çünkü çok kanal hizmetleri, alan programları ve müzik-on-demand gibi hizmetler yüzünden eserin çoğaltılmış fonogramları önemini yitirmektedir. İnternet yolu ile iletme fonogramların yerine almaya başlamıştır. Böylece Hizmet sektöründeki yeni gelişmeler sayesinde tüketiciler artık istediği müzik eserlerini kendileri seçebilmekte ve istenilen zamanda online olarak aktarabilme imkanına kavuşmuşlardır.⁴

Alman Telif hukukunda temel ilke olarak katılım ilkesi (Beteiligungssatz) kabul edilmiştir. Bu ilke sınırsız olarak eser sahibi için geçerli olurken; az bir sınırlama ile birlikte icracı sanatçılar ve daha fazla sınırlama ile de fonogram yapımcıları için de geçerli olmaktadır. Eserin kullanımı için ya da yapılan fikrî emek (Leistung) için uygun bir ücret hepsi için sağlanmıştır. Eser sahibi, eserin kullanılmasından hasıl olan iktisadî faydalardan uygun bir şekilde pay alması gerektiği telif hukukunun ana fikridir.⁵

Eser sahibinin hakları üzerindeki münhasır faydalanma hakları bazı sınırlamalara (§44a vd.) tâbi olmakla birlikte, bu hallerde dahi kanunî lisans yolu ile telif hakkı sahibinin ücret talebi - bazı istisnalar dışında - güvence altına alınmıştır. Böylece telif hakkı sahibi açısından yukarıda anılan katılım ilkesi korunmuş olacaktır.

Bu manada kanunî lisans, taraflar arasında lisans sözleşmesine ihtiyaç olmaksızın kanunî imtiyaz tanıdığı kişilere kullanma yetkisi verilmesini ifade etmektedir.

⁴ Dreier/Schulze, zu § 85, Rn. 39..

⁵ BGHZ 17, s. 266/282-Grundig-Reporter kararı..

Böyle durumlarda telif hakkı sahibine sadece uygun bir ücret verilmesini talep etme hakkı kalmaktadır.⁶ Bir çok durumda uygun bir ücret talebi sadece bir meslek birliği yolu ile gerçekleştirilmektedir.⁷

Hak sahibi bu ücret taleplerinden önceden vazgeçemez. Ancak hak sahibinin bu taleplerini önceden sadece bir meslek birliğine devretmesi mümkündür.

Ayrıca kiralama ve ödünç verme sebebiyle söz konusu olan eser üzerindeki yayma hakkından alınan gelirler için ve güzel sanat eserlerinde satış bedellerinden pay hakkı için de eser sahibinin ücret talep hakkı bulunmaktadır. Eser sahibinin yayma hakkının sınırları açısından tükenme ilkesinin de dikkate alınması gereklidir.

Telif hakkı sahipleri açısından özellikle eserlerin gayri maddî kullanıma hallerinin (temsil ve iletimin) denetimi mümkün olmamaktadır. İşte eserlerin kullanıldığı bu durumlar meslek birliklerinin faaliyet alanlarının odağını teşkil eder. Bu yüzden öncelikle umuma iletim hakkının incelenmesi daha isabetlidir.

2. Umuma İletim Hakkı

a) Genel Olarak

Eserlerin gayri maddî şekilde kullanımı (temsil ve iletimi) telli ve telsiz olarak işitsel ve görsel araçlarla mümkündür. Telif hakları hukukunda hak sahibi için eserin gayri maddî şekilde kullanımından faydalanma hakkı, umumî bir şekilde olursa önem kazanır. Umum kavramı kanunda tanımlanmıştır (§15/3). Bu tanımın mefhumu muhalifi dikkate alındığında, eğer bir eserin gayri maddî kullanımı (temsil ve iletimi) kişinin özel alanında oluyorsa bunun için eser sahibinden izin alınmasına ve bu kullanım için herhangi bir ücret ödenmesine de gerek olmayacaktır.

aa) Eser sahibi

Eser sahibinin umuma iletim hakkı, eserini gayri maddî şekilde alenî olarak sunma hakkıdır (§15/2).

§15/2'ye göre bu hak kapsamındaki haklar özellikle şunlardır:

⁶ Bkz. UrhG §46/4; §47/2; §49/1; § 52/1 ve 2; §44/1 ve § 54a/1..

⁷ Bkz. UrhG §49/1; §54h/1..

- Temsil hakkı (anlatım, gösterim ve çalma şeklinde) (§19),
- Online umuma iletim hakkı (§19a),
- Yayın hakkı (§20),
- Görsel veya işitsel (fonogram) aletlerle umuma iletim hakkı (§21),
- Radyo-televizyon yayınları veya online iletim kanalıyla umuma iletim hakkı (§22).

bb) İcracı sanatçılar

İcracı sanatçıları için umuma iletim hakkı §78'de düzenlenmiştir. §78/1'e göre icracı sanatçıların gerçekleştirdikleri icraları için şu münhasır haklar tanınmıştır:

- Online umuma iletim hakkı (§78/1/b.1),
- Yayın hakkı (§78/1/b.2),
- Temsilin gerçekleştiği yer dışına görsel, işitsel veya benzer teknik donanımlarla umuma iletim hakkı (§78/1/b. 3).

İcracı sanatçıların şu durumlarda sadece uygun bir ücret isteme hakları vardır (§78/2):

- İcra, izin alınarak tespit edilmiş ve yayımlanmış veya izin alarak online iletilmiş bir görsel veya işitsel (fonogram) aletle yayınlanıyorsa (§ 78/2/b.1),
- İcra, görsel veya işitsel (fonogram) aletle umuma iletilirse (§ 78/2/b.2),
- İcranın online umuma iletimi yayın ya da umuma online iletilmiş bir sunumla gerçekleşiyorsa (§ 78/2/b. 3).

Uygulamada §78/2/b.1'den doğan ücret taleplerinin önemi büyüktür ve bu taleplerle elde edilen gelirler fonogram yapımcıların yanında icracı sanatçıların da meslek birliği ve hukuken bir limited şirket olarak tüzel kişiliği olan GVL'in (Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH) gelirlerinin en büyük kısmını teşkil eder.⁸

⁸ Dreier/Schulze, zu § 78, Rn. 15..

İcracı sanatçıların §78/2 de ön görülen ücret taleplerinden önceden vazgeçmeleri mümkün değildir. Bu taleplerinin gerçekleştirilmesini önceden sadece bir meslek birliğine devredebilirler.

cc) Fonogram yapımcıları

2003 yılında yapılan kanun değişikliğine kadar Alman hukukunda fonogram yapımcılarının umuma iletim açısından münhasır yetkileri bulunmamaktaydı. Bu kanun değişikliği ile fonogram yapımcıları da artık §19a anlamında online (internette) iletim halinde de münhasır bir hak elde etmişlerdir. Bunun bir diğer anlamı ise, fonogram yapımcılarının §20 anlamında münhasır yayın veya §§21 ve 22 anlamında umuma iletim konusunda münhasır hak sahibi olmamasıdır.

Fonogram yapımcılarının, fonogramlar açısından münhasır hakları şunlardan ibarettir: Çoğaltma ve yayma hakkı ile §19a anlamında online (internette) iletim hakkı. Buna karşılık, yayın hakkı ile görüntü veya sesli iletim araçlarla eserlerin umuma iletilimi veya umuma yeniden iletim halinde fonogram yapımcılarının, sadece icracı sanatçıların bu haklar dolayısıyla talep edebilecekleri ücrette, paylaşım ilkesi uyarınca bir talepleri olabilecektir. Bunun şartı da bir icracı sanatçının icrası fonograma kaydedilmiş olmasıdır. Yani bunun dışında herhangi bir sesin (mesela bir hayvanın sesi) fonograma kaydından dolayı fonogram yapımcılarının bir ücret payı talep hakkı yoktur.

Fonogram kayıtlarının kullanılmasından kaynaklanan fonogram yapımcılarının icracı sanatçılara karşı ileri sürebilecekleri ücret paylaşımı talebi, tabiatı gereği borçlar hukuku kapsamında bir taleptir. Bundan dolayı fonogram yapımcılarına ait olan bu talep eserin kullanıcılarına karşı ileri sürülemez.

b) Aleniyet Kavramı

Alman Telif Hakları Kanunu'nda ilk kez online (internette) iletim hakkının kanunda düzenlenmesi ile birlikte §15'deki aleniyet (umum) kavramı da yeniden tanımlanmıştır. Bu yeni hükme göre, eserin malî haklarını gerçekleştiren kişiler ile gayrî maddî şekilde algılayan kişiler arasında veya eserin kendilerine gayrî maddî olarak algılamaları sağlanan kişiler arasında kişisel bağlantı yoksa iletimin umumî olduğu kabul edilmektedir. Yeni düzenlemede kanun koyucu, bir kaç açıdan kanunun ifadesini daha açık bir şekilde belirlemek amacıyla hareket etmiş olmasına rağmen, bu zamana kadar geçerli olan hukukta önemli

bir değişiklik de yapmak istememiştir.⁹ Haliyle de önceki mahkeme içtihatları da büyük çoğunluğuyla yürürlükteki yeni hükümlerin yorumlanmasında ve uygulamasında dikkate alınmaya devam edilecektir.¹⁰

Kanunun gerekçesinde, sadece teknik bir bağlantı kullanarak kişisel yakın çevreye eserin iletimi halinde aleniyetin söz konusu olamayacağını, ancak teknik bir bağlantı ile eserin kullanılması, örn. File-Shering-Sistemleri (= paylaşmalı dosyalama sistemi) halinde ise, esas itibariyle artık kişisel alan dışına çıkıldığından, yani aleniyetin gerçekleştiğinin kabul edilmesi gerektiği vurgulanmıştır.¹¹ Ancak kanun koyucu, eserin gayrî maddî kullanımında aleniyetin tam olarak ne zaman gerçekleştiğinin belirlenmesini mahkemelere bırakmıştır.

Aleniyetin kanundaki yeni tanımlama ile ispat yükümlülüğü umuma iletilmiş bir eserin olduğunu iddia eden eser sahibine, bir diğer ifade ile davacıya düşmektedir. Eski sistemde davacı olan eser sahibi, bu eserin sadece birçok kişiye iletildiğini ispat etmesi yeterli idi. Bu andan itibaren ispat yükümlülüğü davalıya geçiyordu. Davalı, bu kişilerin kişisel yakın çevresi olduğunu ispat etmesi gerekiyordu. Oysa yeni sistemde artık eser sahibi, eserin bilgisine sunulan bu kişilerin davalının kişisel yakın çevre dışında olduğunu, yani umumi iletim şartının gerçekleştiğini ispat etmek zorundadır.¹² Eser sahibi bunu ispat ettiği takdirde bu durumun aksini davalı ispat etmek zorundadır.

Aleniyetin gerçekleşmesi için gerekli olan kişi sayısının en az iki olması lazımdır.¹³

Aleniyetin gerçekleşmesi mutlaka umuma açık bir mahalde eserin sunumu olması zorunluluğu bulunmamaktadır. Özel alanlarda dahi aleniyet söz konusu olabilir.¹⁴ Ancak burada Avrupa Toplulukları Mahkemesi'nin daha dar bir aleniyet kavramını benimsediği bir karar da dikkate alınmalıdır. Bu karar göre, eğer iletim herkes tarafından alınamayan özel sinyallerle tekrar ileten bir kuruluşa ulaştırılıyorsa, 93/83 sayılı Uydu Yayın Yönergesi anlamında bir umuma iletim söz konusu değildir.¹⁵

⁹ Gerekçe için bkz. BT-Drucks. 15/38, s. 17.

¹⁰ *Dreier/Schulze*, zu § 15, Rn. 37 ve *Schricker/v.Ungern-Sternberg*, zu § 15, Rn. 65..

¹¹ *İBkz.* Quellen des Urheberrechts, Band 2, 55. Lieferung Nov. 2004, Deutschland/V/2/A, s. 10

¹² *Dreier/Schulze*, zu § 15, Rn. 37...

¹³ BGH, GRUR 1996, s. 875 /876–Zweibettzimmer im Krankenhaus kararı..

¹⁴ *Dreier/ Schulze*, zu § 15, Rn. 40..

¹⁵ ATM 14.07.2005 tarih ve C-192/04 sayılı *Lağardère Active Broadcasting* kararı..

Aleniyet açısından kişilerin bir veya birden fazla yerde toplanmış olup olmadıklarının da hiçbir önemi yoktur. Kişilerin belli bir yerde toplanmış olması şartı, temsil (§19) ve temsilin umuma arz edilmek üzere başka bir yere görsel ve işitsel aletlerle tekrar iletimi (§21) ile radyo ve televizyon gibi aletlerle umuma yeniden iletimi (§22) halinde söz konusu olur. Oysa yayın hakkında (§20) ve online (internette) umuma iletimde (§19a) aleniyetin gerçekleşmesi çok sayıda kişinin bir yerde toplanmış olması sorusunun cevabına bağlı değildir.

Aleniyetin gerçekleşmesi birçok sayıda kişilerin bir eseri aynı zamanda algılamasını şart koşmaz, umumî iletim için ard arda aleniyet yeterlidir (sukzessive Öffentlichkeit).¹⁶

Eğer eseri algılayanlar arasında kişisel bağlantı bulunursa, aleniyet gerçekleşmez. Kanundaki düzenlemeden hareketle (§15/3) kişisel bağlantı şu kişiler arasında olabilir:

- eseri ruhsatla kullanan ile eseri gayri maddî şekilde algılayan kişiler arasında ya da
- eseri gayri maddî şekilde algılayan kişilerin kendi aralarında.

Birinci halde, eserin malî haklarından yararlanan kişilerle olan bağlantılar o kadar güçlüdür ki, bu da kişisel bağlantıyı kurar.¹⁷ Örneğin eserin malî haklarından yararlanan kişi bir tüzel kişi ise, bu tüzel kişi için çalışan tüm gerçek kişiler kişisel bağlantı kapsamındadır.¹⁸

İkinci halde ise, eğer tüm katılımcılar arasındaki bir ilişki nedeniyle karşılıklı kişisel bir bağlantının bulunduğu bilinci söz konusu olmuşsa, kişisel bağlantının varlığı da kabul edilmektedir.¹⁹ Bu tanımdan hareketle kişisel bağlantı sadece ailevî veya arkadaşlık ilişkisinin olduğu gibi yakın bir bağlantı kast edilmeyip, bilâkis organizasyon sebebiyle ortaya çıkan kişisel bağlantı bilincinin dahi bulunması yeterli olabilmektedir.²⁰

Kişilerin oluşturduğu topluluğun büyüklüğü, kişisel bağlantının bulunmamasına daha doğrusu eksikliğine işaret etmekle birlikte, bu bağlantının bulunup

¹⁶ Amtliche Begründung, BT-Drucks. 15/38, S. 17..

¹⁷ Schricker/v.Ungern-Sternberg, zu § 15, Rn. 66. .

¹⁸ Dreier/Schulze, zu § 15 Rn. 43.

¹⁹ BGH, GRUR 1984, s. 734/735-Vollzugsanstalten kararı; GRUR 1996, s. 845/876-Zweibettzimmer im Krankenhaus kararı...

²⁰ BGH, GRUR 1956, s. 515/518-Tanzkurse kararı..

bulunmadığının belirlenmesinde sayı olarak ulaşılması gerekli belli sınır da önceden belirlenmemiştir. Ancak, kişilerin sayısı ne kadar çok artarsa, kişisel bağlantının daha da azalacağı şekilde bir ters ilişki bulunmaktadır.²¹

Kişisel bağlantı eksikliği sebebiyle aleniyetin kabul edildiği hâllere ilişkin Alman mahkeme kararlarından örnekler:

- Hapishanelerde;²²
- Bir hastanedeki hastaların oluşturduğu toplulukta;²³
- Yaşlılar yurdunda;²⁴
- Sanatoryumlarda;²⁵
- Gençlik yurtlarında;²⁶
- Öğrencilerin bulunduğu odalarda;²⁷
- Büyük şirketlerin/işletmelerin iş yeri organizasyonlarında;²⁸
- Yakınların ve tanıdıkların da girebildiği dans derslerini bitirme balolarında;²⁹
- Dans kurslarında;³⁰
- Üniversite veya yüksek okullardaki derslerde;³¹

Bunların yanında,

- giriş bileti alınarak herkesin katılabildiği okul organizasyonlarında;³²
- telefon kuyruklarında ve kitlesele veya bir işletmenin içinde gönderilen kişisel olmayan e-maillerde³³ de aleniyetin varlığı kabul edilmektedir.

²¹ OLG München, ZUM 1986, s. 482/483.

²² BGH GRUR 1994, s. 45-Verteileranlagen kararı; GRUR 1984, s. 734-Vollzugsanstalten kararı.

²³ BGH GRUR 1994, s. 797-Verteileranlage im Krankenhaus kararı.

²⁴ BGH GRUR 1975, s. 33-Alters-Wohnheim kararı ve BGH GRUR 1992, s. 386-Altenwohnheim II kararı.

²⁵ BGH GRUR 1972, s. 614-Landesversicherungsanstalt kararı.

²⁶ BGH UFITA 73/1975, s. 286-Postjugendwohnheim kararı.

²⁷ BGH GRUR 1983, s. 562/563-Zoll- und Finanzschulen

²⁸ BGH GRUR 1955, s. 549-Betriebsfeiern kararı.

²⁹ BGH GRUR 1960, s. 338/339-Tanzstunden und Abschlussbälle kararı.

³⁰ OLG München, zu 1986,482 f.

³¹ OLG Koblenz, NJW- RR 1987, s. 699/700.

³² Dreier/ Schulze, zu § 15, Rn. 44.

³³ Schrickler/v.Ungern-Sternberg, zu § 15, Rn. 83; Dreier/Schulze, zu § 15, Rn. 44: Berlin Asliye Hukuk Mahkemesi bir kararında bir işletmedeki iş arkadaşına bir e-mailin aktarılması halinde kişisel bağlantının bulunmadığına karar vermiştir.

Ancak, yargı kararlarından verilen bu örneklerde her bir olayın özelliklerinin de dikkate alınmasının gerektiği vurgulanmalıdır. Benzer bir durum olmasına rağmen, örneğin dans hocası ve arkadaş grubunun oluşturduğu katılımcıların arasında veya seçilen öğrenciler için verilen dans kursunda kişisel bağlantılar bulunduğundan eserlerin umumî iletimi söz konusu olmayan bir dans kursu sayılabilir.³⁴

Aşağıdaki hâllerde ise aleniyet söz konusu değildir:

- İki yataklı odalardaki hastalarda;³⁵
- Bir işletmenin çalışma grubunda;³⁶
- Okul derslerindeki temsillerde/gösterimlerde.³⁷

Yukarıdaki örneklerden çıkan sonuç, örneğin düğünler veya yıldönümleri gibi özel partilerde şu surette ayırımlar yapılmak gerekir:

Organizasyonun gerçekleştiği yerin bizatihi kendisi dışı karşı kapalı bir durum arz ediyorsa, tesadüfen bir kaç yabancı burada bulunsa bile burada davetlilerin arasında kişisel bir bağlantının bulunduğu kabul edilir. Bunun anlamı ise, bir lokanta/restoran gibi, bu amaçla ayrılmış bir mekanda bir kutlama gerçekleştiğinde bu özel düğün kutlaması için GEMA-ücretleri ödenmez; GEMA-ücretleri ancak bu tür yerlerde olan kutlamalarda davetli olmayan kişilerin de katılması mümkün ise ödenir.

Son olarak aleniyetin gerçekleşmesinde önemli olan unsur, iletimin eseri kullanan kişi tarafından umum için belirlenmiş olmasıdır. Yani malî haklardan yararlanan kişinin sübjektif isteği değil, objektif olarak bir eserin umuma iletilip iletilmediğinin belirlenmesi gerekir. Dolayısıyla gerçekte yabancılar için kolayca girişin açık olduğu ama sadece kapalı bir topluluğun söz konusu olduğu yöndeki bir ibarenin bulunması yeterli kabul edilmemiştir. Yani bu durumda aleniyet gerçekleşmiş olmaktadır.³⁸ Fakat tesadüfen aleniyetin gerçekleşmesi halinde aleniyet söz konusu olmaz.³⁹

³⁴ BGH, GRUR 1956, s. 515/517-Tanzkurse kararı.

³⁵ BGH, GRUR 1996, s. 875-Zweibettzimmern im Krankenhaus kararı.

³⁶ KG, ZUM 2002, s. 828/830.

³⁷ LG München I t. 30.03.2004, Az: 2104799/04 sayılı kararı..

³⁸ BGH, GRUR 1955, s. 549-Betriebsfeier kararı.

³⁹ BT-Drucks. 15/38, S. 17; AG Erfurt, GRUR-RR 2002, 160.

c) Temsil Hakkı

Kanun hükmüne göre temsil hakkı, birbirinden ayrı iki malî hakkı ihtiva eder (§19/2). Bu iki hakkı birbirinden ayırmak lazımdır. Birincisi, bir müzik eserinin işitilmesine kişisel olarak sunma hakkı; ikincisi ise herhangi bir eseri umuma açık halde sahnelemektir.

Temsil hakkı ayrıca, temsilin gerçekleştiği yer dışına görsel ve işitsel veya benzer teknik donanımlarla umumi mahallere yapılan gösterimi de kapsar (§19/3).

§ 19/2 kapsamında olan ve yukarıda anılan temsil hakkının her iki hâli, taraflar arasındaki sözleşmede sorunsuz olarak birbirinden ayrı olarak ele alınabilmekte ve uygulamada da farklı şekilde gerçekleşmektedir. GEMA, "küçük hak" (kleines Recht) olarak adlandırılan konser ölçüsünde müzik eserlerinin temsilinde yetkili iken, "büyük hak" (großes Recht) olarak adlandırılan sahne ölçüsünde bir eserin temsil hakkı ise, bir sahne yayıncısı veya sahne işletmesi aracılığıyla bireysel olarak gerçekleştirilir⁴⁰ § 52/3'de düzenlenen sınırlar açısından da farklı bir uygulama öngörülmüştür.⁴¹

Seslendirilmiş edebî eserlerde dikkat edilmesi gereken husus, bu müziğin §9'a göre bir ortak eser olmasıdır. Müziğin çalınması §19/2 birinci alternatif anlamında temsil hakkı olarak kabul edilirken; buna karşılık metnin aktarımı ise §19/1 anlamında temsil haklarının altında okuma hakkı kapsamına girmektedir.⁴²

d) Yayın Hakkı

Alman hukukunda yayın hakkı 1926 yılında içtihat yolu ile yayma hakkından türetilmiştir.⁴³ 1965 yılında çıkarılan Telif Hakları ve Bağlantılı Haklar Kanunu ile yayın hakkı ayrı bir hak olarak kanunda düzenlenmiştir.⁴⁴

Yayın özelliği, mekan olarak bir yerde toplanmaksızın son yararlanan kişilerin, aynı anda bir yayın kuruluşu tarafından akış zamanı belirlenen programı ve bu programın içindeki eseri takip edebilmeleridir. Bir diğer ifade ile son kullanıcılar açısından sadece bir zaman bağılılığı bulunurken, mekan bağılılığı

⁴⁰ Goldmann, s. 55..

⁴¹ Dreier/Schulze, zu § 19, Rn. 8.

⁴² Dreier/Schulze, zu § 19, Rn. 9.

³⁰ OLG München, zu 1986,482 f.

⁴³ Dreier/Schulze, zu § 20, Rn. 1..

⁴⁴ Alman telif hukukunun gelişimi hakkında kısaca bkz. *Nal*, s. 3-5..

söz konusu olmamaktadır. Yayın hakkı böylelikle bir tarafta temsil hakkının bir parçası olan algılanabilmeyi sağlama hakları [Rechte der Wahrnehmbarmachung (§19, 21 ve 22)], diğer tarafta online umuma iletim hakkı arasında bulunan bir hakdır. Çünkü algılanabilmeyi sağlama haklarında aleniyeti oluşturan şahıslar yer ve zaman açısından bağlı kalırken online umuma iletim hakkında aleniyeti oluşturan şahıslar ne zaman, ne de yer bakımından birbirine bağlıdır.

Bir yayın kuruluşu tarafından elektromanyetik dalgalar yolu ile bir eserin, yani işaretlerin, seslerin veya resimlerin gönderilmesi ve başka yerlerdeki alıcı araçlar yolu ile alınarak tekrar işaretler, sesler veya resimler olarak iletilebilmesi halinde §20 anlamında bir yayın söz konusudur.⁴⁵ Kanunda düzenlenen yayın hakkı bir eserin umuma iletim hakkından yayın teknikleri yolu ile, yani dijital veya analog olup olmasına bakılmaksızın telli veya telsiz veyahut doğrudan uydu yayını ile, gayri maddî faydalanmayı ifade eder.

Bundan dolayı canlı bir yayın da bu anlamda önceden kaydedilerek yapılan yayın gibi bir yayındır; aktarma şeklindeki iletim veya tekrar edilen yayın da bu anlamda bir yayın olarak kabul edilir.

Uydu Yayını Yönergesi'ne uygun olarak §20a'da sınır aşan televizyon yayınları için özel bir düzenleme yapılmıştır. Korunan eserlerin uydu yayını yolu ile umuma iletilmesi konusundaki münhasır hakkın varlığına zaten §20'den de ulaşılabacağı için ayrıca yayın hakkı burada bir daha düzenleme konusu yapılmamıştır. Avrupa uydu yayını olarak adlandırılan bir yayın kapsamında, bir uydu yayınının menşesinin AB üyesi veya Avrupa Ekonomik Alanı'na (AEA) dahil bir ülkede gerçekleşmesi halinde bu yayın dolayısıyla söz konusu olabilecek malî haklar konusunda yayıncı ülke ilkesi (Sendelandprinzip) kabul edilmiştir. Buna göre, yayın ülkesinde bu konuda uygulanan kurallar uygulanacaktır. Bunun anlamı ise, AB ve AEA sınırları içinde korunan bir eseri uydu üzerinden yayınlamak isteyen ve yayınları bir çok ülkeden takip edilebilen bir yayın kuruluşu için artık yayınların takip edildiği her bir ülke için yayın hakkı almak zorunluluğu bulunmayacak, bilâkis sadece menşei ülkesi için alınmış olması yeterli olacaktır.

Her bir yayın alıcısındaki hak sahiplerine ödenecek ücretlerin hesaplaması ve paylaşımı bu ülkelerdeki meslek birlikleri arasında gerçekleşir. Yönergenin 17 nolu gerekçesine göre, bu esnada yayının gerçek ve potansiyel takip oranları

⁴⁵ § 20'nin gerekçesi için bkz. BT-Drucks. IV/270..

ile kullanılan dil gibi yayının her yönü hesaba katılmalıdır.⁴⁶

§20a'da yayın ülkesi teorisinin kabul edilmesinin sözleşme hukuku açısından da şu sonuçları bulunmaktadır: AB ve AEA sınırları içinde uydu yayın hakları artık maddî bir etkiyle devletler veya bölgelerle sınırlandırılmayacak; böyle bir sözleşme üçüncü kişiler için bağlayıcı olmayacak, sadece sözleşmenin tarafları için geçerli olacaktır.⁴⁷

Vurgulamak gerekir ki, §20a sadece AB üyesi ile AEA alanına dahil üye ülkelerden uydu aracılığı ile yapılan yayınlarda uygulanır. Dolayısıyla eğer uydu yayını AB ve AEA üyesi ülkelerin dışından kaynaklanıyorsa ve diğer ikincil unsurlarında (§20a/2) bulunmadığı hâllerde §20a anlamında bir yayın da söz konusu olmaz. Bunun sonucu olarak bu tür uydu yayınları için daha önceden geçerli olan yayın alıcısı ülke teorisi (Empfangslandtheorie) dikkate alınır.

Hukukî durum şu şekildedir:

Uydu Yayın Yönergesi'nin ikinci bölümünde uydu yayınları için öngörülen koruma seviyesine ulaşmayan üçüncü bir ülkeden uydu yayını yapıldığında yayın alıcısı ülke ilkesi geçerli olurken, bu ilkenin iki de istisnası vardır. Eğer yer sinyal istasyonu veya yayın kuruluşunun ikametgâhı bir AB veya AEA üyesi ülkede bulunuyorsa bu takdirde yayıncı ülke ilkesi (Sendelandprinzip) geçerlidir (§ 20a/2).

Yayın yapılan üçüncü ülkede uydu yayınlarının korunması seviyesi Uydu Yayın Yönergesi'ndeki kurallara uygunsuzsa artık yukarıdaki istisnalara da gerek kalmayacaktır. Bu şekildeki bir üçüncü ülkeden yapılan uydu yayınları için kezaik yayıncı ülke ilkesi (Sendelandprinzip) geçerli olacaktır. Uydu Yayın Yönergesi'nde öngörülen koruma seviyesine uygunluğun sadece somut her bir olay yolu ile değil soyut olarak tespit edilebilmesi gerekir. Böylece eser sahiplerine ve bağlantılı hak sahiplerine uydu yayınları açısından Yönerge'deki koruma seviyesine uygun münhasır bir hak öngörülmesi gerekir ki, bu sayede bu kişiler koruma kapsamındaki eserden ya da fikrî emeklerinden (Leistung) dolayı faydalanma hakları üzerinde kontrol sahibi olabilsinler.

§20b'de münhasır kablolu iletim hakkı düzenlenmiştir. Burada zorunlu olarak meslek birliği aracılığı ile hakların gerçekleştirilmesi yükümlülüğü

⁴⁶ Dreier/Schulze, zu § 20a, Rn. 3..

⁴⁷ Dreier/Schulze, zu § 20a, Rn. 3 ve Gerekçe için bkz. BR-Drucks. 212/96, s. 13..

(Verwertungsgesellschaftspflichtigkeit) getirilmiştir, yani böyle bir hak üzerinde kullanım yetkisi sadece bir meslek birliği tarafından verilebilir; ve Alman Kanunu verici yayın kuruluşları için bir istisna düzenlemiştir. Böylece hakların kolayca elde edilmesi güvence altına alınmıştır. Korunan bir eseri kablolu iletme hakkının varlığı §20'den zaten anlaşılmaktadır. §20b'de söz konusu olan ise, değiştirilmiş veya başka bir zamanda iletilmiş bir programın değil, bilâkis sadece bir programın aynı anda, değiştirilmeksizin ve tam olarak aktarılmış iletimidir. §20b kapsamında sadece kablolu veya mikro dalgalı iletim düzenlenmiş olup; yersel veya uydu aracılığı ile yapılan yayın iletimleri girmez.

e) Görsel veya İşitsel (Fonogram) Aletlerle Umuma İletim Hakkı ve Radyo-Televizyon Yayınlarından ya da Online İletiminden Faydalanarak Umuma İletim Hakkı

aa) Görsel veya işitsel (fonogram) aletler

UrhG §21'de düzenlenmiş görsel veya işitsel (fonogram) aletlerle umuma iletim hakkı, §15'de düzenlenmiş münhasır bir hak olan umuma iletim hakkının bir alt kategorisidir.

§21'de düzenlenmiş iletim §19'da da düzenlenmiş haklar gibi eserin görsel veya işitsel (fonogram) aletle doğrudan algılanabilmesini şart koşar; bu yüzden belli bir yerde toplanmış insanlar eseri tarif edilen şekilde algılayabilmesi gerekir.⁴⁸ Bu yönü ile de yayın hakkından ayrılmaktadır. Zira burada eserin, alıcılar (dinleyici/izleyici) tarafından doğrudan algılanması zorunluluğu bulunurken; buna karşılık yayın hakkında ise sadece algılanabilir olmak yeterlidir.

§21'de düzenlenen iletim hakkında söz konusu olan, korunan müzik eserlerinin, lokanta/restoranlarda, satış mağazalarında, otobüslerde ve diskoteklerdeki - film eserleri gösterileri de dahil olmak üzere - plak ve cd gibi benzeri aletlerle umumî mahalde kullanımınıdır. Otellerde şu ayırım yapılmalıdır: Otel odalarındaki filmlerin gösterimi §21 kapsamında değil, §20'de düzenlenmiş olan yayın hakkı kapsamına girerken, otelin lobisi, restoranı, barı veya bir çok kişinin toplanabildiği, örn. otelin kendi yüzme havuzu gibi, diğer toplantı odalarındaki iletim hakkı §21'in uygulama alanı içindedir. Bu ayırımın sebebi ise, otel odalarında gösterilen filmlerin sadece izlenebilmesi tek başına yeterli değildir ve odalardaki kullanıcıların her biri aleniyetin (Öffentlichkeit) gerçekleşmesi için

⁴⁸ Dreier/Schulze, zu § 21, Rn. 7..

yeterli değildir. Aleniyetin gerçekleşmesi için her bir odada kendi başına seyreden kullanıcıların toplanarak hesaplanması damümkün değildir.⁴⁹

Görsel veya işitsel (fonogram) aletlerle umumi mahalde kullanım amaçlı iletim; ekran, hoparlör ve benzer teknik donanımlarla başka bir yere dolaylı iletimi de içermektedir. Burada şu hususa dikkat etmek gerekiyor: Teknik yolla aktarılma usulü sadece sinyal aktarımı değil, §20 anlamında bir yayın olarak değerlendirilmesi gerektiği bir durum söz konusu ise, bu durum §20 anlamında yayın hakkını da alaka eder.⁵⁰

Sözleşme hukuku açısından §37/3'e dikkat çekilmelidir: Görsel veya işitsel araçlarla veyahut benzeri teknik donanımlarla sözleşmede öngörülen organizasyonun bulunduğu yerden başka bir yere eserin umumî iletimi, ancak sözleşme kapsamında bu yetkinin özel olarak düzenlenmiş olması halinde mümkündür.

Görsel veya işitsel araçlarla umumî mahalde kullanım amaçlı olarak yeniden iletim hakkı, tipik bir ikincil değerlendirme hakkıdır ve bundan dolayı da geniş ölçüde meslek birlikleri tarafından kolektif olarak gerçekleştirilir.

bb) Radyo-televizyon yayımlarının umuma iletimi

Görsel veya işitsel araçlarla umumî iletim hakkı gibi ekran, hoparlör gibi diğer teknik donatımların yardımı ile radyo-televizyon yayımlarının umuma iletim hakkında da telif hakkı sahibi açısından ikincil değerlendirme hakkı söz konusudur.

Bu hak da, §21'deki gibi §19'da düzenlenmiş olan bir eserin doğrudan umuma iletim hakkını tamamlayan bir haktır. Yayın hakkı açısından fark ise, §22'de anılan alıcıların eseri doğrudan algılamalarının gerçekleştirilmeleri gerekirken; buna karşılık §20'de düzenlenmiş olan yayın hakkında sadece bu eserin yayın yolu ile alınabilirliği yeterli olmasıdır.

§22 altında birinci ihtimalde lokanta/restoranlar, oteller, otobüsler, havaalanları, diskotekler, satış mağazaları gibi yerlere eserlerin radyo-televizyon yayımlarıyla iletimi söz konusudur.

⁴⁹ *Schricker/v.Ungern-Sternberg*, zu § 21, Rn. 9; *Poll*, ZUM 1983, 9 ff.; *Dreier/Schulze*, zu § 21, Rn. 3 u. 7; ayrıca bkz. BGH GRUR 1994, s. 45/46–Verteileranlagen kararı; BGH GRUR 1994, s. 797–Verteileranlage im Krankenhaus kararı; BGH GRUR 1996, s. 875/876–Zweitbettzimmer im Krankenhaus kararı..

⁵⁰ *Dreier/Schulze*, § 21, Rn. 9. .

Kanunda geçen "*Funksendung*" kavramının salt sözcük manası aslında telsiz yayını olarak ifade edilmekle birlikte, esasında bu kavram hem radyo hem de televizyon yayınına karşılık gelmektedir. Ayrıca yayın konusu olan eserin canlı olup olmadığı veya daha önce kaydı yapılmış ve daha sonra yayına sunulmuş olup olmamasının da bu haktan faydalanma açısından bir önemi yoktur. Ayrıca aynı anda veya kayıt aracılığı ile başka bir zamanda umuma iletimin sağlanmış olmasının da yine bir önemi bulunmamaktadır.⁵¹

cc) Online iletim kanalıyla umuma iletim

2001/29 sayılı Telif Hakları Yönergesi⁵² doğrultusunda iç hukukta uyumlaştırma yapmak amacıyla Alman Telif Hakları Kanunu değiştirilerek §22'de ikinci bir ihtimal olarak ekran ve hoparlör gibi benzeri donanımlarla bir eserin internetteki iletimini umuma iletim hakkı getirilmiştir. Burada söz konusu olan hak, radyo veya televizyon yerine internet veya diğer bir şekilde umumî bir ağ sistemi üzerinden alınan eserleri görsel veya işitsel aletlerle umuma iletilmesidir. Bu ihtimalde de birinci ihtimalde olduğu gibi, eser doğrudan insanî duygularla algılanabilir olabilmesi gereklidir. §19a'daki dijital ortamda umuma iletim hakkına nazaran burada, alıcılar bir yerde toplanarak ve aynı zamanda eseri algılamaları, aradaki farkı oluşturur.

§22'deki her iki ihtimalde de, §19/3 uygulamasına uygun olarak, telif hakkı sahibine eserin ekran, hoparlör veya benzer teknik donanımlarla daha başka yer veya odalara da iletilmesine münhasır hak tanınmıştır.

Bu hak temsil hakkın bir parçası olmadığından, taraflar arasındaki sözleşmede bu hakka ilişkin özel bir düzenlemenin olması lazımdır. Sözleşme hukuku açısından §37/3'e dikkat çekilmelidir, yani görsel veya işitsel araçlarla veyahut benzeri teknik donanımlarla sözleşmede öngörülen organizasyonun bulunduğu yerden başka bir yere eserin umumî iletimi, ancak sözleşme kapsamında bu yetkinin özel olarak düzenlenmiş olması halinde mümkündür.

Başka yerlere iletim §20 anlamında yayın usulü olarak değerlendirilirse bu takdirde yayın hakkı da söz konusu olur.

§22'de getirilmiş olan her iki ihtimalde de, §21'deki gibi tipik bir ikincil değerlendirme hakkı olarak kabul edilir ve geniş ölçüde meslek birlikleri tarafından gerçekleştirilir.

⁵¹ *Dreier/Schulze*, § 22, Rn. 6; *Schricker/v. Ungern-Sternberg*, § 22, Rn. 4..

⁵² 22.05.2001 t. ve 2001/29 sayılı Bilgi Toplumunda Eser Sahibinin ve Bağlantılı Hakların Belli Görünümlerinin Uyumlaştırılması Amaçlı Yönerge, ATRG 22.06.2001 t. ve L 167/10. .

f) Dijital Ortamda (online) Umuma İletim Hakkı (§19a)

aa) Genel olarak

Alman Telif Hakları Kanunu (UrhG), AB'nin 2001/29 sayılı Yönergesi'ne göre uyumlaştırılmadan önce dijital ortamda (online) iletim hakkını “*ismen zikredilmemiş umuma iletim hakkı*” (Unbenanntes Recht der öffentlichen Wiedergabe) olarak kabul etmekteydi⁵³ ve bu sayede telif hakkı sahibine §19a'nın düzenlemesinden önce de eserini online olarak iletebilme konusunda münhasır bir hak tanınmıştı. 2001/29 sayılı Yönergesi doğrultusunda bir uyumlaştırılma sağlamak amacıyla Alman hukukunda §19a düzenlenmiştir.⁵⁴

Uyumlaştırmadan önce Alman öğretisinin bir kısmı ve mahkeme içtihatları tarafından⁵⁵ benimsenecek yol bağlantılı hak sahipleri tarafından çok önemli idi. Şöyle ki eğer online kullanım, yayma hakkı kapsamına dahil edilmiş olsaydı onlara da münhasır bir hak tanınmış olacaktı; yayın hakkı olarak kabul olması en azından onlara ücret talep etme imkanı tanıyacaktı. Oysa online iletim hakkı “*ismen zikredilmemiş umuma iletim hakkı*” olarak kabul edilmesi bağlantılı hak sahipleri açısından önemli koruma boşluğu açıyordu.⁵⁶ Bu problem Alman hukukunun Yönergeye uyum sağlandıktan sonra Telif Hakları Kanunu hükümleri ile (§§78/1, 85/1, 87/1 ve 94/1) bağlantılı hak sahiplerine online iletim hakkı açıkça münhasır hak olarak verildikten sonra ortadan kalkmıştır.

bb) Erişebilir kılma (Zugänglichmachung)

§19a'da düzenlenmiş online iletim hakkı (Recht der öffentlichen Zugänglichmachung), Almanca'dan kelime olarak Türkçe'ye çevrildiğinde “*umumî erişebilirlik sağlama hakkı*”dır. Esas itibariyle bu kullanım şeklinin özelliği şudur: Kullanıcıların kendi seçtikleri yer ve zamanda, esere veya korunmuş fikrî emeğe (Leistung) umuma erişebilirlik sağlandıktan sonra ulaşmalarıdır.

Online umuma iletim hakkında merkez nokta erişebilirlik sağlanması olduğundan bu hak sadece internetle sınırlandırılmamakta, bilâkis WAN veya LAN sistemleriyle eserlerin veya fikrî emeklerin (Leistung) erişebilirlik kazanması

⁵³ BGH GRUR 2003, s. 958–Paperboy kararı.;

⁵⁴ 10.09.2003 tarihli Kanun için bkz. BGBI. I, s. 1774. .

⁵⁵ BGH GRUR 2003, s. 958–Paperboy kararı; *Schricker/v.Ungern-Sternberg*, § 20, Rn. 9 ve § 15, Rn. 24.

⁵⁶ Ayrıntılar için bkz. *Dreier/Schulze*, §19a, Rn. 3. .

da bu hak tarafından korunmaktadır. *Napster*, *Gnutella*, *KaZaA* ve diğerleri gibi merkezi veya yerel file-sharing-sistemlerle işletmelerde kullanılan intranette dahil olmak üzere hepsi bu korumanın altına girmektedir.⁵⁷ Bu kullanımlarda önemli olan nokta, aleniyetin gerçekleştirilmiş olup olmadığıdır. Tekrar vurgulamak gerekir ki, ağda yer alan her bir katılımcı başka bir katılımcıyla teknik bir bağlantı kanalıyla aleniyeti ortadan kaldıran kişisel bir bağlantı sağlayamaz. Bu yüzden kişisel bağlantısı olmayan, ama yukarıda zikredilen sistemleri kullanan kişiler aleniyeti gerçekleştirir ve o yüzden bu kullanımlar § 19a tarafından korunmaktadır. E-maillerde ise, bir eser veya bağlantılı hakkın kişisel bir ileti ile gönderilmesi halinde §19a anlamında online umuma iletim gerçekleşmemiştir. Fakat aynı içerikli kitlesele/çoklu e-mail göndermelerinde ise online umuma iletim gerçekleştiğinden §19a uygulama alanı bulacaktır.⁵⁸

cc) İlgili değerlendirme davranışı

İlgili değerlendirme davranışı, eserin interaktif yolla erişilmesine hazır halde tutulmasıdır. Ama bu anlamda erişebilirlik sağlamak bir deep-link koymakla gerçekleşmez. Online umuma iletim, erişimi gerçekleştiren kişiye bu iletimin sağlanmasını şart koşmaktadır. Bundan dolayı, başka sayfaya yönelten bir internet sayfasında bir eser “*Thumbnails*” olarak adlandırılan bir form ile konulmuşsa, bu anlamda erişebilirlik sağlanmıştır.

dd) Yeni tekniklerden farkı

Dijital dünyada çok hızlı gelişen satış usulleri ve teknikleri bir soruyu gündeme getirmektedir. O da, bu satış usullerinin ve tekniklerinin yayın olarak mı, online umuma iletim olarak mı ya da isimlendirilmemiş umuma iletim olarak sayılmasıdır. Zira korunan eser ve bağlantılı haklar bu usullerde, bazen kullanıcıya kendi seçtiği bir zaman imkanı tanınmadan sunulmaktadır, meselâ "Pushdienste" denen hizmetlerde. ATM bir kararında "Near-on-Demand"ı televizyon (yani yayın) olarak kabul ederken,⁵⁹ diğer taraftan Münih Asliye Hukuk Mahkemesi de bir kararında „streaming webcast“i online umuma iletim hakkı kapsamında saymıştır.⁶⁰ İnternet üzerinden yapılan radyo yayınlarda, kullanıcı normal yayınlarda olduğu gibi tek yer olarak bağlı olmayıp zaman açısından bağlı olduğunda bu tür internet radyosu yayın hakkı kapsamına girmektedir.⁶¹

⁵⁷ *Dreier/Schulze*, § 19a, Rn. 6; Alman hukukundaki ilgili tartışmalar ve yargı kararları için bkz. *Memiş*, s. 82 vd.; dijital eser ve çoğaltma kavramları için bkz. *Memiş*, 113 vd..

⁵⁸ LG Berlin, AfP 2001, 339..

⁵⁹ ATM 02.06.2005 tarih ve C-89/04 sayılı *Mediakabel BV/Commissariaat voor de Media* kararı için bkz. MMR 2005,517.;

⁶⁰ Tartışmalar hakkında bkz. *Dreier/Schulze*, § 19a, Rn. 10 ve § 20, Rn. 16. .

⁶¹ *Dreier/Schulze*, § 19a, Rn. 10 ve § 20, Rn. 16..

ee) Tükenme ilkesinin uygulanmaması

2001/29 sayılı Yönergesi'nin 3. maddesinin 3. fıkrasına göre online umuma iletim hakkı tükenme ilkesi kapsamında değildir. Tükenme sadece, telif hakkı sahibinin izni ile online kullanıcı online umuma iletim kanalıyla somutlaşmış bir eser elde ettiyse bu somut eser için geçerlidir.⁶²

ff) Sınırlar

Online umuma iletim hakkı açısından, genel umuma iletim kuralı (§52) uygulanamaz. Sadece 2001/29 sayılı Yönerge'deki hükümlerden dolayı §52a'daki online iletim hakkı için sınırlandırıcı şekilde düzenlenmiş olan sınırlar burada söz konusu olmaktadır.

UrhG §31/4'de düzenlenmiş olan “*bilinmeyen bir faydalanma türü için verilmiş bir iznin geçersizliği ilkesi*” dolayısıyla online umuma iletim hakkı için verilecek izin bir çok hallerde –eğer sonradan özel olarak meslek birliğine yetki verilmediyse– meslek birliği tarafından değil, hak sahipleri tarafından verilmektedir. Yeni sözleşmelerde meslek birlikleri tarafından üyeleri için uygun tüzük değişiklikleri yapılmıştır. Online umuma iletim hakkı konusunda kimden gerekli izin alınabileceği konusunda sorunlar yaşandığından, Almanya'da meslek birlikleri tarafından bir limited şirket (Clearingstelle Multimedia für Verwertungsgesellschaften von Urheber- und Leistungsschutzrechten) kurulmuştur. Bu şirket online umuma iletim hakkı izni vermemekte; sadece sorulduğunda ilgili hak sahiplerinin kim olduklarını bildirmektedir.

3. Çoğaltma ve Yayma Hakkı

UrhG §16'da eser sahibin çoğaltma hakkı düzenlenmiştir.⁶³ Buna göre, eserinin çoğaltılıp çoğaltılmamasına veya çoğaltılacaksa bunun hangi kapsamda olacağı konusunda eser sahibinin münhasır yetkisi vardır. Yayma hakkının düzenlendiği §17'ye göre, bağımsız bir değerlendirme hakkı olarak eserden çoğaltılmış ürünlerin dağıtılıp dağıtılmayacağına veya dağıtılacaksa bunun kimin tarafından yapılacağına karar verme yetkisi eser sahibine tanınmıştır. Burada §17/2'de düzenlenmiş olan tükenme ilkesi dikkate alınmalıdır. Bu ilke gereğince, eser sahibi sadece piyasaya ilk sunum açısından münhasır bir hakka sahiptir. Ancak eserin kiralama verilmesi açısından tükenme ilkesi uygulanmaz. Eğer ödünç verme umuma açık bir yolla, örn. umumi kütüphane gibi, gerçekleşirse, bu

⁶² Dreier/Schulze, zu § 19a Rn. 11..

⁶³ Müzik eserlerinin çoğaltılması ve bu konuya ilişkin Alman hukukundaki tartışmalar için bkz. Memiş, s. 75 vd..

ödünç verme için §27/2'ye göre telif hakkı sahibine makul bir ücret ödenmesi gerekmektedir. Eğer eserin görsel veya işitsel (fonogram) aletlerle kiralama hakkı için eser sahibi film yapımcısına veya fonogram yapımcısına ruhsat vermiş olsa da §27/1'e göre eser sahibine eserin kiralınması ve ödünç verilmesi halinde de bir ücret ödenmesi gerekmektedir.

Eser sahibi ve yayımcı (editör) için GEMA mekanik haklar olarak adlandırılan çoğaltma ve yayma haklarını gerçekleştirmektedir. GEMA müzik eserlerinin senkronizasyonuna ilişkin hakların ruhsatında da arabulucu olarak rol oynamaktadır.

4. Malî Hakların Sınırları

Münhasır haklara ilişkin yetkilerin karşılıksız olarak sınırlandırılması veya bu hakların zorunlu lisansa tâbi kılınması açısından Alman Anayasası'nın 14. maddesi dikkate alınmalıdır. Bu madde gereğince, eser sahibinin malî haklara ilişkin yetkisi de mülkiyet hakları kapsamında korunmaktadır. Bundan dolayı Alman telif hakları hukukundaki sınırlamalar ancak, Anayasa tarafından korunan eser sahibinin hakkına öncelik tanınmasına nazaran ölçülülük ilkesinin dikkate alındığında kamu yararı değerlendirilmesinin daha önemli olması halinde mümkündür. Sonuç olarak eser sahibinin, esas itibariyle haklarını ücretsiz olarak umumun tasarrufuna sunma gibi bir zorunluluğu da yoktur.

2001/29 sayılı Yönerge ile getirilmek istenen AB içinde sınırlandırıcı hükümlerin uyumlaştırılması, başarısız olmuştur. Çünkü bu Yönerge'de düzenlenen 21 sınırlama, biri haricinde (geçici çoğaltma imkanı konusunda) sadece ihtiyaridir ve bundan dolayı bunların iç hukuka adapte edilmesi de her üye ülkenin kendi ulusal kanun koyucularına bırakılmıştır.

Alman telif hakları hukukunda eser sahibinin malî hakları üzerindeki yetkisinin karşılıksız olarak kaldırılması ancak çok önemli bir sebebin bulunması halinde mümkündür. Bundan dolayı karşılıksız kaldırma, zorunlu lisans düzenlemesini ve kanunî lisans düzenlemesini birbirinden ayırmak gerekmektedir. Bu ayırım icracı sanatçılar ve fonogram yapımcıları açısından da zorunluluktur. Çünkü eser sahibi için Kanunda düzenlenmiş sınırlamalar (§§44a vd.), icracı sanatçılar ve fonogram yapımcıları için de geçerlidir.

a) Karşılıksız Kaldırma

Kanunda (UrhG) herhangi bir ücret karşılığı olmaksızın aşağıdaki hâllerde telif hakkı sahibinin yasaklama yetkisi kaldırılmıştır:

- Geçici çoğaltmalar için (§44a);
- Yargı ve kamu güvenliği menfaati söz konusu olduğunda (§44);
- Engelli insanlar yararına tekil çoğaltma nüshaları açısından, eğer çoğaltma gelir amacı güdülmeksizin gerçekleştiğinde ve bu kişiler için esere erişim mümkün olmadığı veya çok zor olduğu durumlarda (§45a);
- Okul radyo yayınlarının geçici kayıtları için (§47/1);
- Umuma açık konuşmaların çoğaltma ve yayma hakkı açısından (§48);
- Gazete makaleleri ve radyo-televizyon yorumlarından genel bir bakış şeklindeki kısa özetler açısından (§49/1/c.2);
- Günlük olaylar hakkında haber vermeye ilişkin olarak (§50);
- İktibas açısından (§51);
- Sosyal bir organizasyonda eserlerin umuma iletimi için (§52/1/c.3);
- Yayın kuruluşlarında kısa süreli olarak adlandırılan çoğaltma parçaları için (ephemere Vervielfältigungsstücke, §55);
- Eser sahibinin izniyle çoğaltılmış bir veri tabanı nüshasını satın almış mal sahibi tarafından kullanılması açısından (§55a);
- Ticarî işletmelerde gösteri amaçlı görüntü veya fonogram aletlerine kısa alıntılar ve bunların sunumu (§56);
- Önemsiz teferruat olarak görülen eserlerin çoğaltılması, yayılması ve umuma iletimin olduğu hâllerde (§57);
- Katalog resimleri özgürlüğünde (§58-Katalogbildfreiheit);
- Manzara özgürlüğünde (§59–Panoramafreiheit)

Yukarıda sayılanlardan da anlaşıldığı üzere, karşılıksız sınırlama sadece sınırlı ve sadece kamu menfaatinin, fikrî tartışmaların teşvik edilmesi ve engelli insanların yararına söz konusu olabilmektedir. Alman hukukundaki bu sınırlamaya karşılık ABD hukukunda genel hüküm "dürüst kullanım" (fair use) üzerinden telif hakları kapsamındaki malî hakları karşılıksız olarak çok sık ve geniş ölçüde sınırlandırılmaktadır.⁶⁴

⁶⁴ *Goldmann*, s. 60..

b) Kanunî Lisanslar

Alman hukukundaki bir çok sınırlamalarda ise telif hakkı sahibi gerçi belli bir amaçla kullanmayı yasaklayamamakta, ancak ona bunun için bir ücret talep etme hakkı bahşedilmektedir. Ayrıca telif hakkı sahibi tarafından kullanma yollarını denetlemenin mümkün olmadığı hallerde dahi hak sahipleri için ücret talepleri düzenlenmiştir.

Bu şekilde ücret talep edilebilecek hâller şunlardır:

- Kiralama (§27/1) ve ödünç verme (§27/2);
- Engelli insanlar yararına açısından, eğer çoğaltma gelir amacı güdülmeksizin gerçekleşirse ve bu kişiler için esere erişim mümkün olmadığı veya çok zor olduğu durumlarda (§45a/2/c.1 ikinci alternatif);
- Okul kitapları (§46/4);
- Okul radyo yayınlarının uzun süreli kayıtları (§47/2/c.2);
- Gazete makaleleri ve radyo-televizyon yorumlarına genel bir bakış (§49/1);
- Ücretsiz girişlerin olduğu organizasyon çerçevesinde eserlerin umuma iletimi (§52/1);
- Dini ayinlerin çerçevesinde eserlerin iletimi (§52/2);
- Ders ve araştırma amacı sebebiyle umuma iletim (§52a/4);
- Şahsen ve diğer kişisel kullanım amacıyla çoğaltma (§53-54a). Şahsen ve diğer kişisel kullanım amacıyla çoğaltmada (§53), bireysel kullanıcıların her biri telif ücretini doğrudan doğruya telif hakları sahiplerine ödemeleri söz konusu olmayıp, bilâkis kanunda açıkça belirtilen şirketler, kuruluşlar veya işletmeler tarafından kullanıcılara ek bir ücret yükümlülüğü şeklinde dolaylı olarak ödetilmektedir. Bu da uygun bir ücretin satış fiyatı üzerine veya hizmete fark olarak son tüketiciye yansıtılması şeklinde olmaktadır. Böylece son tüketici dolaylı yolla bu ücretleri telif hakları sahiplerine ödemiş olmaktadır.

c) Zorunlu Lisanslar

Firmaların tekel durumunu engellemek ve Alman kültür hayatından ayrı düşünülmeyen fonogramlardaki aynı müzik eserlerinin farklı yorumlarının ve kayıtlarının engellenmemesi için Alman Telif Hakları Kanunu §42a'da sadece fonogram üretimi için zorunlu lisans düzenlenmiştir. Böylece daha önce

fonogram yapımcıları tarafından kaydı alınan ve üretilen müzik eserleri üzerinde bir tekelleşme olmayıp, bilâkis fonogram endüstrisi, daha önce fonogramdaki eserleri sınırlandırılmamış bir şekilde kullanabilme imkanlarına sahip olmaktadırlar.

Zorunlu lisansın kanunî lisanstan farkı, zorunlu lisansta otomatik olarak kullanma hakkı doğmayıp sadece uygun şartlarda malî bir hakkı talep etme hakkı tanınmış olmasıdır.

Ama önemli bir istisnaya dikkat edilmesi gerekiyor: Eğer yukarıda anılan malî hak usulüne uygun bir şekilde bir meslek birliği tarafından değerlendiriliyorsa §42a'ya göre artık zorunlu lisans söz konusu olmaz. Almanya'da fonogramlarda kayıtlı müzik eserlerinin mekanik çoğaltma hakkı kapsamlı bir şekilde GEMA tarafından yönetilmesi sebebiyle mekanik lisanslar fonogram yapımcılarına GEMA tarafından verilmektedir. Meslek Birlikleri için Telif Hakları Değerlendirme Kanunu (Urheberwahrnehmungsgesetz) §11'le herhangi bir ayırım yapılmaksızın talep eden herkese bu lisansların verilmesi zorunluluğu getirilmiştir.

Böylelikle kanunda düzenlenmiş olan fonogram yapımcıları için ücret karşılığı zorunlu lisans verilmesi, Almanya'da sadece mekanik hakların değerlendirilmesi GEMA'ya ruhsat olarak verilmemiş eserler için söz konusu olmaktadır.⁶⁵

5. Ücret Talepleri ve Meslek Birlikleri

Her bir telif hakkı sahibinin uygulamada tek başına ücret talep edemeyeceği açıktır. Bundan dolayı bu taleplerden kaynaklanan ücretlerin toplanması, idaresi ve dağıtımı meslek birlikleri tarafından yapılmaktadır. Böylece bir taraftan telif hakkı sahipleri açısından işler daha kolay olmakta, kitlemel kullanımlar denetim altına alınmakta ve çok çeşitli kullanma yolları açısından da malî haklar değerlendirilmektedir. Diğer taraftan işletmeler ve kullanıcılar açısından kullanımlar için lisans alınması kolaylaştırılmıştır.

Bazı istisnaî durumlarda somut durum dikkate alınarak, hakların kolektif olarak değil; manevî hakların da dikkate alınması gerektiğinden bireysel olarak gerçekleştirilmesi bir zorunluluk olabilir. Örneğin, film yapımındaki senkronizasyon, reklam spotlarının yapımında veya bir müzik eserinin yeni bir yorumunda aynı durum söz konusudur.

⁶⁵ Goldmann, s. 60..

Alman kanun koyucu, aşağıda sayılan hâllerde ücret taleplerinin zorunlu olarak sadece bir meslek birliği aracılığı ile gerçekleştirileceğini kabul etmiştir.

a) Eser Sahibi Açısından

Bunlar:

- Kiralama ve ödünç verilme halinde eser sahibinin ücret talep hakkı (§27/3);
- Engelli insanların yararına çoğaltma ve yayma hâllerinde ücret talepleri (§45a/2);
- Basın aktarmaları için ücret talepleri (§49a/1);
- Ders ve araştırma amacı sebebiyle umuma iletim için ücret talepleri (§52a/4);
- Boş kasetler ve cihazların satışı halinde ücret talepleri (§54).

Ayrıca pay alma (izleme) hakkı (droit de suite, folgerecht) çerçevesinde bilgi talebi de §26/5'e göre sadece meslek birliği tarafından ileri sürülebilir. §20b'de kablolu iletim hakkına ilişkin olarak da zorunlu kolektif gerçekleştirme kabul edilmiştir. Bu son iki durumda sadece meslek birlikleri yolu ile gerçekleştirilecek yalnız bir ücret talebi değil telif hakları sahibinin münhasır bir hakkı için zorunluluk getirilmiştir.

b) İcracı Sanatçılar Açısından

Eser sahipleri açısından yukarıda sayılan sınırlamalar (§44a-63 arasındaki) icracı sanatçılar için de uygulanacağı Kanunda belirtilmiştir (§83). Böylelikle icracı sanatçıların da kanunen tanınan ücret taleplerine katılabilme imkanları olduğundan, Kanunda düzenlenmiş olan bu taleplerin meslek birliği aracılığı ile gerçekleştirme zorunluluğu icracı sanatçılar için de geçerlidir. Bu zorunluluk, örneğin kiralama ve ödünç verme halinde söz konusu olmaktadır. Kablolu iletim hakkı sebebiyle ücret talepleri açısından da eser sahiplerindeki gibi meslek birliği yolu ile gerçekleştirme zorunluluğu vardır.

Hak sahiplerinin mutlak haklarının değerlendirilmesi münhasıran bir meslek birliğine zorunlu olarak bırakıldığı hâllerde, telif hakkı sahibi açısından yasaklama hakkı sadece ücret talep etme hakkına indirgenmiştir. Çünkü meslek birliklerinin Telif Hakları Değerlendirme Kanunu (Urheberwahrnehmungsgesetz) §11'e göre lisans verme zorunluluğu bulunmaktadır.

c) Fonogram Yapımcıları Açısından

Ödünç verme hakkı açısından fonogram yapımcıları için de ücret taleplerinin gerçekleştirilmesi kanunen bir zorunluluk olarak düzenlenmiştir. Buna karşılık fonogramların kiraya verilmesinde kiraya verene karşı ileri sürülebilecek vazgeçilemeyen kanunî bir ücret talebi, eser sahibine ve icracı sanatçıların aksine fonogram yapımcılarına tanınmamıştır.

Fonogram yapımcıları için de eser sahipleri ve icracı sanatçılarda olduğu gibi yukarıda anılan sınırlamalar (§44a-63) uygulanacaktır. Fonogram yapımcıları kanunî ücret taleplerine katılabildiklerinden, Kanunda belli hallerde düzenlenmiş olan taleplerin meslek birliği aracılığı ile gerçekleştirme zorunluluğu fonogram yapımcıları için de geçerlidir. Bunun anlamı ise, yukarıda eser sahibi açısından incelenen ve belli hâllerde ücret taleplerinin meslek birlikleri yolu ile gerçekleştirilmesi zorunluluğunun aynı şekilde fonogram yapımcıları için de bulunmasıdır.

Eser sahipleri

Maddî Değerlendirme:

UrHG §16	Çoğaltma hakkı	Örneğin, müziğin CD, DVD
UrHG §17	Yayma hakkı UrHG §27 uyarınca kiralanması ya da ödünç verilmesi durumunda telif hakkı UrHG §27/3: Bu hakkın takibi yalnız meslek birliği üzerinden yapılabilir.	gibi materyallerle çoğaltılması Örneğin, bir ses taşıyıcısının satışı
UrHG §54	Görsel veya işitsel (fonogram) aletlerden ve eserlerin çoğaltılmasına yarayan teknik cihazlardan yapılan kesintiden elde edilen gelir (UrHG §53 uyarınca kişisel çoğaltma karşılığında ücret hakkı) UrHG §54h/1: Bu hakkın takibi yalnız meslek birliği üzerinden yapılabilir)	Örneğin, CD, DVD gibi taşıyıcı materyal imal veya ithal edenlerden alınan telif ücretleri

Gayri Maddî Değerlendirme:

UrhG §19	Temsil hakkı	Bir eserin örneğin, bir konserde
UrhG §19a	Dijital ortamda (online) umuma iletim hakkı	ya da şenlikte temsili Örneğin, müzik gibi içeriklerin online sunumu
UrhG §20 UrhG §20b	Yayın hakkı Kablolu iletim(ücret talebi hakkı) UrhG §20b/2/c.3: Bu hakkın takibi yalnız meslek birliği üzerinden yapılabilir	Radyo ya da televizyondan yayın Bir programın kablo ya da mikro dalga ile aynı anda değiştirilmeksizin ve eksiksiz iletimi
UrhG §21	Görsel veya işitsel (fonogram) aletlerle iletim	Örneğin, lokantalarda, diskolarda, halka açık etkinliklerde cd'nin kullanımı
UrhG §22	Radyo-TV yayınlarının ya da online iletim kanalıyla umumi mahalde kullanım amaçlı iletimi	Örneğin mağazalarda, kuaförlerde hoparlörle müziğin kullanımı
UrhG §27	Kiralama ve ödünç vermeden doğan telif ücreti UrhG §27/3: Bu hakkın takibi yalnız meslek birliği üzerinden yapılabilir	Örneğin, videocular ya da kütüphaneler tarafından ödenen telifler

İcracı Sanatçılar

Maddi Değerlendirme

UrhG §77	Çoğaltma ve yayma hakkı UrhG §§ 77/2/c.2, 27 uyarınca kiralanması ya da ödünç verilmesi durumunda telif hakkı UrhG §27/3: Bu hakkın takibi yalnız meslek birliği üzerinden yapılabilir.	Bkz. Yukarıda belirtilen UrhG §§ 16, 17 ve 27.
UrhG §54 ile bağlantılı olarak §83	Görsel veya işitsel (fonogram) aletlerden ve eserlerin çoğaltılmasına yarayan teknik cihazlardan yapılan kesintiden elde edilen gelir (UrhG §53 uyarınca kişisel çoğaltma karşılığında telif hakkı) UrhG §54h/1: Bu hakkın takibi yalnız meslek birliği üzerinden yapılabilir.	Örneğin, CD, DVD gibi taşıyıcı materyal imal veya ithal edenlerden alınan telif ücretleri

Gayri Maddi Değerleme

UrhG §78/1/b. 1,2 ve 3	Münhasır hak Bent 1: Dijital ortamda (online)umuma iletim hakkı Bent 2: Görsel veya işitsel (fonogram) aletlere kaydedilmemiş veya kaydedilmiş olup henüz yayımlanmamış ya da dijital ortamda umuma iletilmemiş icranın yayınlanması Bent 3: canlı icranın dolaylı temsili	Bent 1: Örneğin, müzik gibi içeriklerin online sunumu. Bent 2: Örneğin canlı bir icranın yayınlanması Bent 3: Canlı bir icranın ekran vasıtasıyla başka bir mekâna iletilmesi
UrhG §78/2/b. 1,2 ve 3	Ücret hakkı Bent 1: Bir icranın izin alınarak tespit edilmiş veya yayımlanmış veya izin alarak online iletilmiş bir görsel veya işitsel (fonogram) aletle yayınlanması nedeniyle ödenmesi gereken telif bedeli Bent 2: görsel veya işitsel (fonogram) aracılığıylaumuma iletimden doğan telif bedeli Bent 3: Radyo-TV yayını ya da online ortamdaki icranın umuma iletiminden doğan telif bedeli	Bent 1: CD'ye tespit edilmiş bir icranın radyo kuruluşu tarafından yayını. Dar yorum: Burada örneğin fonogramın bir reklam spotunda kullanılması kastedilmemektedir (Bu durum, yukarıda belirtilen münhasır hakka girer) Bent 2: CD'lerin örneğin lokantalarda, diskolarda, halka açık etkinliklerde kullanılması Bent 3: Örneğin mağazalarda, kuaförlerde vs. radyodan müzik yayını veya internet ortamında bulunan bir müzik parçasının bu mahallerde hoparlör gibi cihazlar aracılığıyla iletilmesi
UrhG §20b ile bağlantılı olarak UrhG §78/4	Ücret Hakkı Kablolu iletim UrhG §20b/2/c.3: Bu hakkın takibi yalnız meslek birliği üzerinden yapılabilir	Bir icranın, kablo ya da mikro dalga ile aynı anda değiştirilmeksizin ve eksiksiz iletimi

Fonogram Yapımcısı

Maddi Değerleme

UrhG §85	Çoğaltma ve yayma hakkı Online umuma iletim hakkı Ödünç verme durumunda UrhG §27/2 uyarınca telif hakkı UrhG §27/3: Bu hakkın takibi yalnız meslek birliği üzerinden yapılabilir	Bkz. Yukarıda belirtilen UrhG §16, 17, 19a und 27
UrhG §54 ile bağlantılı olarak §85/4 (UrhG §53)	Görsel veya işitsel (fonogram) aletlerden ve eserlerin çoğaltılmasına yarayan teknik cihazlardan yapılan kesintiden elde edilen gelir uyarınca kişisel çoğaltma karşılığında telif hakkı) UrhG §54h/1: Bu hakkın takibi yalnız meslek birliği üzerinden yapılabilir.	Örneğin, CD, DVD gibi taşıyıcı materyal üreticilerinden alınan ücretler.

Gayri Maddi Değerleme

UrhG §86	<p>UrhG §78/2 uyarınca icracı sanatçının ücretine iştirak hakkı:</p> <p>Bent 1: Bir icranın izin alınarak tespit edilmiş ve yayımlanmış veya izin alarak online iletilmiş bir görsel veya işitsel (fonogram) aletle yayınlanması nedeniyle ödenmesi gereken telif bedeli</p> <p>Bent 2: görsel veya işitsel (fonogram) aracılığıyla umuma iletimden doğan telif bedeli</p> <p>Bent 3: Radyo-TV yayını ya da online olarak icranın umuma iletiminden doğan telif bedeli</p>	<p>Bent1: Dar yorum: Burada örneğin ses taşıyıcısının bir reklâm spotunda kullanılması kastedilmemektedir (Bu durum, yukarıda belirtilen münhasır hakka girer)</p> <p>Bent 2: CD'lerin örneğin lokantalarda, diskolarda, halka açık etkinliklerde kullanılması</p> <p>Bent3: Örneğin mağazalarda, kuaförlerde vs. radyodan müzik yayını veya internet ortamında bulunan bir müziğin bu mahallerde hoparlör gibi cihazlar aracılığıyla kullanılması</p>
----------	--	--

B. ABD’de Eser Üzerindeki Haklar, Özellikle de Müzik Eserleri Üzerindeki Malî Haklar

I. ABD’de Eser Üzerindeki Hakların Gelişimi ve Temel Esasları

1789 yılında kabul edilen Amerikan Anayasası’nda fikrî mülkiyetin korunması şu şekilde düzenlenmiştir: “Yazarlar ve buluş sahiplerinin, eserleri ve buluşları üzerinde belli bir süre için mutlak hak sahibi olarak tanınmaları için Kongre, bilim ve sanatın teşvikine yetkilidir”. “Copyright clause” olarak adlandırılan bu hüküm, Amerika telif hakkı konseptinin (copyright-konseptinin) temelini oluşturur. Bu konsept içinde telif hakkı, kamunun yararı için kültürel ve bilimsel gelişmelerin teşvikini sağlamak üzere devlet tarafından yazara tanınan bir haktır.

Kara Avrupa’sı ülkelerindeki telif hukukuna nazaran ABD-Copyright hukuku, temelde farklı bir konsept takip etmektedir. Yukarıdaki anayasa hükmünden de anlaşılacağı üzere, ülke içindeki yaratıcı potansiyellerin teşvik edilmesi ve muhafaza altına alınması, ayrıca gelecekte geniş bir yelpazede fikirlerin, ürünlerin ve hizmetlerin kamunun emrine tahsis edilebilmesi için fikrî mülkiyetin öncelikle korunması benimsenmiştir.

Telif haklarının (Copyright) korunmasının amacı ve anlamı, yazarların bireysel menfaatlerinde değil, bilâkis her şeyden önce bilim ve kültürün teşvikinde söz konusu olan kamu yararında aranıyor. Kavram olarak Alman hukukundaki telif hakkı (Urheberrecht) ile Amerikan hukukundaki telif hakkı (Copyright) arasındaki fark tesadüfi değildir. Şöyle ki, Alman hukukundaki telif hakkı (Urheberrecht) kavramı eser sahibine ait bir hak olduğu halde, Copyright sadece izinsiz kopyalamayı engelleyen bir haktır; böylece yabancıların başkasına ait olan bir hakkı kullanmaları engellenmiş olacaktır.

Amerikan Anayasası ilk kez 1790’da telif haklarına ilişkin federal düzeyde kanunî düzenlemelere fırsat vermiştir. İlk müzik eserlerinin temsil hakkı ise 1897 yılında kanunlaştırılmıştır.

1909 yılında Kongre’nin çıkardığı yeni, yeknesak ve önemli yenilikler içeren bir kanun, çok önemli bir değişiklik yapılmadan 1976 yılında çıkarılan yeni bir kanuna (Copyright Act, kısaca CA) kadar yürürlükte kalmıştır. 1909 yılında çıkarılan kanunun koruma konusu, diğer eser türleri, örn. müzik eserleri, açıkça zikredilmeksizin genel olarak *”writing of an author”*, yani bir eser sahibinin

yazısını teşkil etmişti. Telif hakkı koruması alenileşme anından itibaren başladı ve ABD Telif Hakları Bürosu (Copyright Office) tarafından eserin kayıt altına alınması zorunluluğu vardı. Ayrıca eserin, hak sahibini ve aleniyet kazanma yılını gösteren bandrolü (Copyright notice) taşıması zorunluluğu da bulunmaktaydı. Kayıt altına alınmayan ve bandrol taşımayan eser için telif hakkı koruması yoktu.

1909 yılında ilk kez hak sahibine, eserin tekrar çalabilme ve çoğaltabilme imkanı sağlan ses kayıt cihazlarına/fonogramlara (plak, cd vs.) kayıt hakkı tanınmıştı.

ABD’de 1976 yılında çıkarılan Telif Kanunu (CA) birçok kez değiştirilmiş ve modernleştirilmiş olmakla birlikte hâlâ yürürlüktedir.

II. Yürürlükteki Kanuna (Copyright Act) göre, ABD’de Özellikle de Müzik Eserleri Üzerindeki Haklar

CA §102/a/2’ye göre, “müzik eserleri ve bunları takip eden sözler” tahdidi olarak sayılan ve korunan eser kategorisi kapsamındadır. Gerek beste gerekse şarkı sözü bu koruma kapsamındadır. Kanuna göre, eser olarak kabul edilmesi için gerekli olan orijinallik seviyesi düşük olarak belirlenmiş ve kural olarak eserlerin çoğunluğunun, eğer bir eser başka bir eserin kopyası değil ise bu orijinallik seviyesine, kolayca ulaştığı kabul edilmektedir.

1989 yılında ABD’nin Bern Sözleşmesine katılması ile bu zamana kadar geçerli olan şeklî şartlardan vazgeçilmesinde de etkili olmuştur. Böylece müzik notalarının ve ses kayıtlarının bandrol ile işaretlenmesi sadece isteğe bağlı hale gelirken; daha önce zorunlu olan Telif Hakları Bürosu kaydı da koruma için bir şart olmaktan çıkmıştır.

1976 yılında çıkarılan Kanunla getirilen eser sahibinin ölümünden sonra 50 yıl koruma süresi 1998 yılında kabul edilen Kanunla (Copyright Term Extension Act) ile 70 yıla çıkarılmıştır. Böylece ABD ve Avrupa’da koruma süreleri eşitlenmiştir. Bu sayede telif hakları standartlarında uyumlaştırma yolunda önemli bir adım atılmıştır.

1. Müzik Eserlerinde Malî Haklar ve Kanunî Sınırları

a. Kamuya Açık Alanda Temsil ve Yayın Hakkı (“Public performance right”)

aa) Kapsam

CA m. 106’de tahdidi olarak sayılmış olan ve sadece münhasıran eser sahibine tanınmış olan malî haklar şunlardır:

- Çoğaltma hakkı (copying rights),
- Umuma iletim ve temsil hakkı (public performance und display rights).

Bu yüzden yeni faydalanma tarzları, ancak ABD Anayasa’sında düzenlenmiş olan telif hakkının anlam ve amacına uygun olarak kanun koyucu tarafından eser sahiplerinin korunması için bunların kanunî düzenleme kapsamına alınması ile sağlanır.

ABD’de müzik branşında ve müzik endüstrisinde en önemli hak olarak kabul edilen “*right of public performance*”, hem temsil hem yayın hakkını ifade eder. Almanya’daki GEMA çoğaltma haklarını da takip ederken, ABD’de ASCAP, BMI und SESAC’dan ibaret üç meslek birliklerinin faaliyet alanları sadece bu “*performance right*” hakkını teşkil eder.

Bir eserin umuma temsili şu şekilde tanımlanmıştır: Eserin

(1) herkese açık olan bir yerde veya aile ve tanıdık çevresi dışında önemli bir sayıda kişinin toplandığı bir yerde temsil edilmesi veya gösterimi

veya

(2) (1)’de tanımlanan yer veya umumda belirli alet veya yöntem aracılığı ile temsil ve gösterimin yayınlanması veya başka bir şekilde iletilmesi, ister temsil ve gösterim aynı yerde veya farklı yerlerde ve aynı veya farklı zamanlarda olsun; umumun bir kısmına ulaşılması yeterlidir.

O halde yayın hakkı “*public performance right*” kapsamında bir haktır.

bb) Sınırlar ve ücret talepleri

1909 yılından beri geçerli olan ve sadece ticarî amaç için eserin icrası söz konusu olduğunda müzik eserleri üzerindeki “*performance right*”, yani temsil ve yayın hakkını koruyan sınırlama, 1976 yılındaki kanun değişikliği ile

kaldırılmıştır. Bununla birlikte 1976 yılında yapılan değişiklikle, kısmen izin ve ücretin aranılmadığı muafiyetler (exemptions) ile kısmen rızanın aranılmadığı zorunlu ve kanunî lisanslar (compulsory license ve statutory license) olarak formüle edilmiş bir çok istisnaî haller getirilmiştir. 1976'daki kanun değişikliği ile "fair use"-doktrini CA §107'de düzenlenmiştir. Bu doktrine göre, eğer CA'nın katı uygulamasının eser ile ilgili yeni yaratıcı tartışmaları engelleyeceği ihtimalî ortaya çıkarsa, her bir olaydaki somut durum dikkate alınarak kamu yararı gerekçesiyle üçüncü kişiler tarafından eserin sınırlı kullanımına izin verilmesi mümkündür. Ayrıca CA §109'da düzenlenmiş olan tükenme ilkesi (ilk satış doktrini, first sale doctrine) eser sahibinin haklarını sınırlayan diğer bir doktrindir.

(i) Telif haklarının sınırlandırılması (Exemption)

CA §110, kültürel ve sosyal yardım çalışmalarındaki menfaatlerden, iktisadî ve resmî düşünceden kaynaklanan telif haklarına ilişkin sınırlamalar içermektedir. Müzik alanında bu sınırların en önemlileri, CA § 110/(5) "home style exemption" veya "Aiken exemption" olarak adlandırılan sınırlamadır. Buna göre, küçük dükkanlarda veya küçük restoran işletmelerinde geleneksel müzik donanımları ile çalınan radyo müziğinin ücretsiz olarak çalınabilmesine izin verilmesidir. Böylece işletmenin sahibi olan kişinin, meslek birliklerinin belirlediği ücretleri ödemek gibi bir yükümlülüğü de bulunmamaktadır. 1998 yılında çıkarılan ve Amerikan meslek birliklerince sıkça eleştirilen Müzik Lisansında Centilmenlik Kanunu (Fairness in Music Licensing Act)⁶⁶. CA §110/5'i genişletmiş ve daha yaygın bir şekilde restoran ve ticarî işletmelerin müzik eserlerine telif ücreti ödememelerine imkan tanımıştır. Haliyle bu değişiklik doğrudan meslek birliklerini etkilemiştir. Zira restoran işletmelerinin tahminen % 70'inin lisans ücretleri ödemekten kurtulmuş oldukları ileri sürülmüştür. Ancak gerçekte 1998 yılında çıkarılan bu kanundan sonraki yıllarda meslek birliklerinin ne kadar gelir kaybına uğradıkları konusunda güvenilir bir açıklama da yapılmamıştır.

Dijital olarak iletilebilen müzik için 1995 yılında kabul edilen kanun değişikliği ile ücretsiz yararlanma sınırlamaları daha da genişletilmiştir [CA §114/(d)]. Buna göre, umuma açık dijital müzik yayını, eğer resmî yayın kuruluşlarının radyo veya televizyonun geleneksel iletimi şeklinde fon müziği olarak restoranlar, mağazalar, oteller ve boş zamanların geçirildiği parklar gibi ticarî lokallerde

⁶⁶ Kanun metinleri için bkz <http://cyber.law.harvard.edu/is02/readings/17usc110.html>

gerçekleşiyorsa izin ve ücrete tâbi değildir. Buna karşılık abonelik yolu ile alınan bir yayının iletimi ancak usulüne uygun lisans alımı yolu ile mümkün olup ve "on-demand"-iletim⁶⁷ olarak adlandırılan bu iletim tamamıyla eser sahibinin münhasır hakları kapsamına girmektedir.

Müzik Lisansında Centilmenlik Kanununa göre örnek olarak şu kısıtlamalar getirilmiştir;⁶⁸

(A) Alt paragraf B saklı tutulmakla birlikte, bir eserin kamuya sunumunu veya gösterimini oluşturan bir iletimin genelde evlerde kullanılan cinste bir alıcı cihazla umuma iletimi aşağıdakilerin gerçekleşmemesi durumunda telif hakkı ihlâli söz konusu olmaz:

(i) iletimin izlenmesi veya işitilmesi için doğrudan ücret alınmıyorsa,

(ii) iletim veya yeniden iletimin alındığı müesseseden başka bir yerde umuma iletim söz konusuysa,

(B) Genel kamu tarafından algılanması amaçlanan ve dramatik olmayan müzik eserinin kamuya sunumunu veya gösterimini oluşturan bir iletimin veya yeniden iletimin Federal İletişim Komisyonu'ndan (FCC) lisanslanan televizyon ve radyo istasyonları tarafından veya bir görsel-işitsel iletimin kablolu sistem veya uydu taşıyıcısı tarafından gerçekleşmesi söz konusu olduğunda bir müessesesi tarafından iletimi eğer,

(i) yemek veya içecek servisi yapmayan müesseselerde; iletişimin gerçekleştiği müessesenin alanı toplam 609,60 metre karenin altındaysa (müşteri otoparkı için kullanılan ve başka bir amaç taşımayan alan hariç olmak üzere) telif hakkı ihlâli teşkil etmez. İletişimin gerçekleştiği müessesenin alanı toplam 609,60 metre kare veya daha fazlaysa (müşteri otoparkı için kullanılan ve başka bir amaç taşımayan alan hariç olmak üzere) aşağıdaki şartların gerçekleşmesi halinde yine telif hakkı ihlâli yoktur:

(1) sunumun işitsel bir araçla gerçekleşmesi durumunda, bir odada veya bitişik dış alanda en fazla 4 hoparlörün ve toplam 6 hoparlörden fazla çalıştırılmaması şartıyla; veya

(2) sunumun veya gösterimin görsel-işitsel bir araçla gerçekleşmesi durumunda; birden fazla görsel-işitsel aracın aynı odada çalıştırılmaması veya görsel-işitsel aracın köşegeninin 55 inç'ten fazla olmaması şartıyla sunumun veya gösterimin herhangi bir görsel parçasının iletiminin toplamda en fazla 4 görsel-işitsel araç

ile gerçekleştirilmesi veya sunumun veya gösterimin herhangi bir işitsel parçasının iletiminin 4 den fazla hoparlörün aynı odada veya bitişik dış alanda çalıştırılmaması şartıyla toplamda en fazla 6 hoparlör ile gerçekleştirilmesi;

(ii) yemek ya da içecek servisi yapan müesseselerde, müessesenin alanı toplam 1143 metre kareden az ise (müşteri otoparkı için kullanılan ve başka bir amaç taşımayan alan hariç olmak üzere) telif hakkı ihlâli olmaz. Bu alanın toplam 1143 metre kare veya daha fazla olması durumunda ise (müşteri otoparkı için kullanılan ve başka bir amaç taşımayan alan hariç olmak üzere) aşağıdaki koşulların gerçekleşmesi halinde telif hakkı ihlâli gerçekleşmez:

(3) sunumun işitsel bir araçla gerçekleşmesi durumunda, bir odada veya bitişik dış alanda en fazla 4 hoparlörün ve toplam 6 hoparlörden fazla çalıştırılmaması şartıyla; veya

(1) sunumun veya gösterimin görsel-işitsel bir araçla gerçekleşmesi durumunda; birden fazla görsel-işitsel aracın aynı odada çalıştırılmaması veya görsel-işitsel aracın köşegeninin 55 inç'ten fazla olmaması şartıyla sunumun veya gösterimin herhangi bir görsel parçasının iletiminin toplamda en fazla 4 görsel-işitsel araç ile gerçekleştirilmesi veya sunumun veya gösterimin herhangi bir işitsel parçasının iletiminin 4 den fazla hoparlörün aynı odada veya bitişik dış alanda çalıştırılmaması şartıyla toplamda en fazla 6 hoparlör ile gerçekleştirilmesi;

(iii) umuma iletim veya iletimin izlenmesi veya işitilmesi için doğrudan ücret alınmıyorsa,

(iv) iletim veya yeniden iletimin alındığı müesseseden başka bir yerde umuma iletim söz konusu değilse,

(v) iletim veya yeniden iletim, eserin telif hakkı sahibi tarafından umuma sunum veya gösterim için lisanslanmışsa

telif hakkı ihlâli gerçekleşmez.

(ii) Zorunlu ve kanunî lisanslar ve ücret talepleri

ABD'de “*compulsory license*” kavramı altında genel olarak belli bir hukuk politikası ve sosyal amaçlara hizmet etmek için kanun koyucu tarafından, devletçe önceden belirlenen bir lisans bedeli karşılığı hak sahibinin bu hakkını üçüncü kişilere kullanırmak zorunda bırakılması ifade edilir. “*Statutory license*”da ise normal olarak önceden kanunla kararlaştırılan bir lisans bedeli

ödenmesi ve otomatik kullanma imkanı sağlanması yolu öngörülmemiştir. Buna rağmen açık bir farklılaşma olmaksızın kanunda (CA) her iki kavram da eş anlamlı olarak kullanılmaktadır.

Gayri ihtiyarî olan her iki lisansın ortak yönü, bunların, *Library of Congress*'in bir şubesi olan ABD Telif Hakları Bürosu tarafından yönetilmesidir. Bu Büro, ücretlerin tahsilini ve bu amaçla görevlendirilmiş bir hakem heyeti yardımı ile ödentinin hak sahiplerine dağıtılmasını gerçekleştirir. Ücret taleplerinin gerçekleştirilmesinde meslek birlikleri (Performing Rights Societies) ayrık tutulmuşlardır. Bu birlikler hak sahiplerinin temsilcisi olarak toplanan gelirin dağıtımını aşamasına katılırlar. Oysa Almanya'da farklı bir uygulama benimsenmiştir. Almanya'da meslek birlikleri, Telif Hakkı Kanunu kapsamındaki kanunî lisanslarda dahi ücretleri kendileri toplar ve elde edilen gelirleri kendi dağıtım usullerine göre dağıtırlar.

Zorunlu ve kanunî lisans (compulsory licenses ve statutory licenses) alanında meslek birliklerinin bir yetkisi olmadığından bu konulara daha ayrıntılı girilmemiştir.

b. Çoğaltma ve Yayma Hakkı

aa) Kapsam

Müzik eserlerinde çoğaltma ve yayma hakkı, temsil hakkı yanında en önemli ikinci malî haktır. ABD'de bu hak, meslek birlikleri yolu ile değil, bilâkis yayımcı (editörler – Musikverleger) tarafından, çoğunlukla da *Harry Fox Agency* aracılığı ile, gerçekleştirilir. Buna karşılık Almanya'da mekanik çoğaltma hakları GEMA yolu ile kolektif olarak gerçekleştirilir. ABD'de müzik yapımcılarının hakları, bağlantılı haklar kapsamında değil, telif hakkı (Copyright) kapsamına girdiğinden dolayı müzik eserleri üzerindeki haklar alanındaki çoğaltma hakkının iki farklı şekli bulunmaktadır. Bunlar; mekanik ve senkronize haktır. Mekanik hak kapsamına ses kaydının yapıldığı plak, müzik kaseti, cd ve kendi zamanında üretim tekniğinin geldiği seviyeye göre mümkün olan diğer yollarla, yani fonogramların üretimi/çoğaltılması girmektedir. Buna karşılık müzik yayımcısı (editörü) tarafından gerçekleştirilen notaların baskısını yayımlama veya basılmış şekildeki söz metinlerinin yayımlanması hakları mekanik hak kapsamına dahil değildir. Bundan dolayı CA §115'e göre zorunlu lisansın şartlarının varlığı halinde mekanik lisans ile sadece ses kayıtlarının çoğaltımı için izin (Nutzungserlaubnis) elde edilebilir.

Senkronize hak kapsamına ise sinema veya televizyon filmi için hazırlanmış olan video filmi veya reklam spotları gibi ürünler için müzik kompozisyonlarının kullanımı ve görüntülü resimlere müziğin yerleştirilmesi hakkı girer. CA §115'e göre mekanik haklar için zorunlu olan lisans, senkronize hakta söz konusu olmaz. Senkronize lisans bu yüzden film yapımcıları ile senkronize hak sahipleri (yani genelde müzik editörleri) arasındaki iradî lisans sözleşmelerinin konusu olur. ABD'de mekanik haklarda olduğu gibi bu alanlar da meslek birliklerinin faaliyeti kapsamında değildir.

bb) Sınırlar

(i) Geçici kopyalama

CA § 112/(a)'ya göre sadece yayın kuruluşları, belli ve sınırlandırılmış şartlar altında fonogramların ve yayın programların ücretsiz geçici kopyalarını yapma, bunları temsil ve iletme hakkına sahiplerdi. Bu geçici çoğaltma hakkının, CA § 114/(b) ve (d)'ye göre dijital iletimi kolaylaştırılması için, yapılan ses kayıtlarını dahi kapsayacağı hususu 1998 yılında Dijital Telif Kanunu (Digital Millenium Copyright Act) ile getirilmiştir.

(ii) Mekanik hak için zorunlu lisans (§ 115 CA)

CA §115'e göre, eğer eser sahibi bir kez müzik eserinin mekanik olarak üretimini, yani plak, cd gibi fonogramın üretimini onaylarsa, artık her fonogram yapımcısı yeniden bu müzik eserinin mekanik üretimini yapabilme hakkına sahip olur. Bu hükümde öngörülen zorunlu lisansla belli bir fonogram kaydı değil, sadece belli bir müzik eserinin kompozisyonu kullanılması yetkisi verilmektedir. Bu hükmün amacı, fonogramların korsan kopyalarının önüne geçmektir.

Mekanik zorunlu lisansın kullanılabilmesi için fonogram yapımcısı eser sahibine veya Telif Hakları Bürosu'na, maksadını bildirmek zorundadır. Maksat bildirilmeğinde, zorunlu lisansı talep edebilme imkanı da ortadan kalkar. Böyle bir durumda fonogram yapımcısının lisans almak için tek yolu telif hakkı sahibi ile anlaşmasıdır. Böyle bir anlaşma olmadan eserlerin fonograma kaydı, telif haklarını ihlal eder. Ödenmesi gereken lisans ücreti "*Copyright Royalty Arbitration Panel*" tarafından tespit edilir. Müzik yayımcıları (editörleri) (National Music Publishers Association) ile fonogram endüstrisi (Recording Industry Association of America) arasından her iki yılda bir yapılan görüşmelerle düzenli olarak ve tedricen tarifeler yükseltilmektedir.

Zorunlu lisanstan yararlanmak için tespit edilen ücrete rağmen telif hakkı sahibi ile fonogram yapımcısı arasında zorunlu lisans imkanını kullanmadan, farklı şartlar ihtiva eden lisans sözleşmesi yapılması da mümkündür. *Harry Fox Agency*'in aracılığı ile zorunlu lisans dışındaki lisans anlaşmaları uygulamada genel olarak usul böyledir. Zorunlu lisansta telif hakkı sahipleri için öngörülen şartlar ve ücretler, sözleşmelerdeki görüşmelerin en üst sınırını teşkil eder. Zira fonogram yapımcıları istedikleri takdirde zorunlu lisans yolunu tercih edebilirler. Dolayısıyla daha önceden fonogramlarda yayımlanmış eserler üzerinde mekanik çoğaltma hakkı lisans sözleşmelerinde kural olarak eser sahibi daha düşük bir katkı payı kabul ettirebiliyor. *Harry Fox Agency* aracılığının söz konusu olduğu lisanslarda, fonogram yapımcılarından lisans ücretlerinin tahsilatını da bu ajans, yayımcı (editörler) için yapar.

Mekanik lisans şartları ve ücretin yüksekliği hakkında yapılan görüşmeler ve anlaşmalar açısından taraflar rekabet hukuku hükümlerinin uygulaması dışında tutulmuşlar ve elde edilen gelirin paylaşımı için menfaatlerini koruyacak ortak temsilcileri belirleyebilme imkanı bulmuşlardır. Bu sayede *Harry Fox Agency* gibi ortak temsilciler üzerinden kolektif görüşmeler mümkün olmaktadır.

2. Copyright Act'a Göre ABD'de Hukukî Durumun Özeti ve Değerlendirilmesi

Amerikan Copyright Act'i temsil ve çoğaltma/yayma haklarının korunmasını düzenlerken aynı zamanda telif hakkının geniş, izinsiz ve ücretsiz bir muafiyetini öngörür ki, bu muafiyet ihtiyaç halinde "*fair use*"-doktrini ile daha da genişletebilmektedir. Kanun koyucu, bir çok malî haklarda ve özellikle bunların teknik olarak yeni değerlendirme şekillerinde eser sahibinin haklarına bu eserleri değerlendiren/kullanan belli menfaat gruplarının yararına müdahale etmektedir. Böylece çözüm olarak başka yollar da düşünülünse bile her bir menfaat durumuna göre muafiyet (exemption) veya kanunî yahut zorunlu lisans (statutory ve compulsory license) gibi imkanlar getirilmektedir. Telif haklarını kanun koyucu tarafından tanınan bir hak olarak kabul eden Amerikan Anayasası kanun koyucuya, münhasır hakların gayri ihtiyarî lisansa çevrilmesi hakkında yargısal açıdan da tartışmasız olan serbest bir takdir yetkisi tanımıştır.

Amerikan kanun koyucunun sıkça kanunî ücret taleplerini tercih etmesinin sebebi normal piyasa şartlarına güvenmemesidir. Devlet denetiminin olmadığı tarifelerle kullanıcıların/işletmelerin uygun bir ücretle bu haklardan faydalanamayacakları düşüncesi yaygındır. Tekelci bir yapı korkusu kanun koyucuya Copyright Act'da, kolektif görüşülen zorunlu lisanslar ile kanunla

tespit edilen tarifelerin söz konusu olduğu ikincil olarak uygulanan kanunî ücret talepleri arasında karma biçimler benimsetmiştir. Böylece misal olarak diğer devletlerdeki telif hakları sistemlerinin çoğunluğunda hak sahibinin mutlak yetkisinin kapsamında olan ve çoğunlukla da meslek birlikleri tarafından gerçekleştirilen yayın hakkı ve kablolu iletim hakkı gibi hakların söz konusu olduğu iktisaden kazançlı alanlarda ABD’inde yayın kuruluşları zorunlu lisanslardan yararlanmaktadırlar. Bu sayede zorunlu lisanslar, devletçe düzenlenen fiyat karakterini kazanmaktadırlar.

Kanunî ücret taleplerini destekleyenler, eserlere garantili ve sınırsız ulaşılmasını, düşük bedeli ve idarî masrafları avantaj olarak görmektedirler. ABD’de gayri ihtiyarî lisansın her düzeyde daha çok tercih edilmesinin gerçek sebebi ise, telif haklarının sorunsuz olarak değerlendirilebilmesi için bu hakların verdiği tekeli yetkinin sınırlandırılmış olmasıdır. Bütün bu eleştirilere rağmen unutulmamalıdır ki, 1976 yılında çıkarılan Copyright Act’da düzenlenen zorunlu lisanslar ve ücret talepleri bir başarı olarak değerlendirilmelidir. Çünkü ilk kez zorunlu lisanslarla eskiden ücretsiz olan kullanma usullerine de ücret getirilmiştir.

Amerikan Telif Hakları Bürosu gibi idarî kuruluşlarca telif haklarının yönetimi, eseri kullananların durumunu çok iyileştirmiş olmamakla birlikte, sözleşme yapma zorunluluğu bulunan ve tarifelerinin denetime tâbi olduğu meslek birliklerinin olduğu sistem karşısında ise pek bir üstünlüğü yoktur. Kanunî lisanslara karşılık meslek birlikleri hak sahipleri için daha yumuşak araçlar olmasına rağmen her iki sistemin birbirine karşı bir avantajı da bulunmamaktadır. Çünkü meslek birliği sistemi kullanışlılık, lisans masrafları, sunucu ve kullanıcı arasındaki kullanma ve piyasa dengesindeki eşitlik konusundaki sorunları, telif hakkı sahibinin mümkün olduğu kadar büyük etkisi altında çözer. ABD ile Avrupa’daki sistemler karşılaştırıldığında telif hakkı sahibinin hakkını koruma bakımından Alman telif hukukunun diğerlerine nazaran zirvede olduğu belirtilmelidir. Buna karşılık ABD’de zorunlu lisans sistemi, devredilen hakları kullandırma konusundaki meslek birliklerinin yetki alanını ve hak sahibinin bu birliklere etkisini ortadan kaldırdığından dolayı, bu sistemin sonuçlarının etkisi çok büyük olmuştur.

3. Menfaatlerin Kolektif Korunmasında Malî Hakların Önemi

ABD’de malî hakların kolektif gerçekleştirilmesi, yani menfaatlerin kolektif korunması yönünde bir eğilim bulunmamaktadır. Amerikan kanun koyucu, gayri ihtiyarî lisanslara nazaran meslek birliklerini gerçek bir alternatif olarak

görmemektedir. Amerikan literatüründe şimdiye kadar sadece az sayıdaki görüşler, devletin zorunlu lisans yolu ile müdahaleleri yerine telif haklarının kolektif gerçekleştirilmesinin güçlendirilmesini desteklemektedir.

Bundan dolayı Alman Telif Hakları Kanunu'ndan farklı olarak Amerikan Copyright Act'da meslek birlikleri yolu ile gerçekleştirme yükümlülüğü getirilen yasaklama hakları da bulunmamaktadır.

ABD'de ücret taleplerinin kolektif olarak gerçekleştirilmesi devlet eliyle şu şekilde olur: ABD Telif Hakları Bürosu'nun lisans şubesi zorunlu veya kanunî lisansları (compulsory ve statutory licenses) yönetir, ücretlerin tahsilini sağlar ve elde edilen gelirleri ya talep hakkı olan yetkililere müzakerelerden sonra bizzat kendisi dağıtır ya da *Copyright Arbitration Royalty Panels* 'i dağıtımla görevlendirir. Böylelikle Alman hukukunun meslek birliklerine bahsettiği konunun değerine nazaran Amerikan kanununda meslek birlikleri sadece önemsiz bir konuma sahiptir. Bir de ABD'de müzik eserleri hakları alanında faaliyet gösteren üç meslek birliği, birbirleri ile rekabet içinde buldukları ve ücret tahsilini ortak olarak gerçekleştirebilecekleri bir makam oluşturamadıkları sürece, Alman meslek birliklerinin telif ücretlerinin elde edilmesindeki etkinliğine ulaşmaları mümkün görünmemektedir.

Amerikan ve Alman hukukundaki eser sahibinin faydalanma hakları ile bunların sınırları hakkında genel bir bakış, her iki ülkedeki meslek birliklerinin yeri ve uygulamalarının yöneldiği eğilimi açık bir şekilde göstermektedir. Almanya'da ister normal münhasır haklardan olsun ister zorunlu olarak kolektif gerçekleştirilebilecek faydalanma haklarından olsun adeta bütün yaratıcı faaliyet alanlarında meslek birlikleri yolu ile hak sahiplerin menfaatlerinin kolektif korunması yaygınlaşmaktadır. Buna ilave olarak kanun koyucu, eser sahibinin münhasır hakkı ile kamu yararının çatışması halinde eser sahibi aleyhine tercihte bulunduğu durumlarda, bu kişilere finansal yönden dengelemeyi de kabul etmiştir. Alman Telif Hakları Kanunu'nda bir çok yeni düzenlenen haklar önceleri sadece müzik alanında sınırlı olan menfaatlerin kolektif korunmasını genişletip bu prensibi diğer alanlara taşıyarak telif hukukunda en önemli taşıyıcı sütunlardan biri haline getirmiştir.

Buna karşılık ABD'de özel hukuk tüzel kişileri aracılığı ile kolektif olarak telif haklarının gerçekleştirilmesi dar bir alanı kapsar. Malî hakların ve ücret taleplerin takibi devlet aracılığıyla gerçekleşirken, Copyright Act bu konuda meslek birliklerine yetki vermemiştir. Ticarî olmayan radyo, kablo ve uydu

iletimi gibi büyük kullanıcı endüstrisi meslek birliklerinin faaliyet alanının kapsamı dışındadır ve bu alanda tahsil edilen ücretler bu birliklere verilmez. Ayrıca ABD'de temsil ve yayın hakkının gerçekleştirilmesi, çoğaltma hakkının gerçekleştirilmesinden kesin bir şekilde ayırık tutulmuştur. Bundan dolayı meslek birliklerine, telif hakların gerçekleştirilmesindeki etkinliğine daha az güven duyulmaktadır ve Almanya örneğindeki uygulamaya nazaran ABD'de meslek birliklerinin uygulamadaki alanı daha dardır.

C. Türk Hukukunda Eser Üzerindeki Haklar ve Özellikle de Müzik Eserleri Üzerindeki Haklar

I. Genel Olarak

Türk hukukunda fikir ve sanat eserlerinin korunmasına ilişkin ilk düzenlemeler Osmanlı İmparatorluğu zamanına kadar uzanmaktadır. Eser sahiplerine ilk telif hakkının tanınması 1850 yılında çıkarılan Encümen-i Danış Nizamnamesi ile olmakla birlikte bu alandaki gerçek anlamda ilk kanun, 1910 yılında kabul edilmiş olan “Hakkı-ı Te’lif Kanunu” olmuştur. Türkiye Cumhuriyeti’nin uluslararası sözleşmelerden doğan yükümlülüklerini de yerine getirmek amacıyla 1951 yılında yeni Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) kabul edilmiştir. Hâlâ yürürlükte olan FSEK, 1993, 1995, 2001 ve 2004 yıllarında önemli değişiklikler geçirmiştir. Özellikle Gümrük Birliği çerçevesinde mevzuatın uyumlaştırılması sürecinde 1995 yılında Türk fikrî mülkiyet hukukunda büyük bir değişim yaşanmıştır. FSEK’de ilgili uluslararası sözleşmeler ve AB yönergeleri dikkate alınarak aynı yönde değiştirilmiştir.⁶⁹

FSEK’in amacı,

- (1) fikir ve sanat eserlerini meydana getiren eser sahiplerin,
- (2) bu eserleri icra eden veya yorumlayan icracı sanatçıların,
- (3) seslerin ilk tespitini yapan fonogram yapımcıları ile filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren yapımcıların ve
- (4) radyo-televizyon kuruluşlarının

ürünleri üzerindeki manevî ve malî haklarını belirlemek, korumak, bu ürünlerden yararlanma şartlarını düzenlemek, öngörülen esas ve usullere aykırı yararlanma halinde yaptırımları tespit etmek olarak ifade edilmiştir (m.1). Bu çalışma kapsamında müzik eserleri üzerindeki telif hakları ve meslek Birlikleri inceleneceğinden FSEK kapsamında öncelikle eser kavramı, eser sahipliği, bağlantılı haklar ve özellikle malî haklar konusuna kısaca değinilecektir.

⁶⁹ Tekinalp, FMH, § 7, N. 17 vd.; Nal, s. 9 vd.; a.k., GRUR Int. 2000, s. 1 vd.

II. Eser Kavramı ve Müzik Eserleri

Eser, sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musikî, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri olarak tanımlanmıştır. O halde FSEK kapsamında korunan bir ürünün eser olabilmesi için

- (1) sahibinin hususiyetini taşıması,
- (2) Kanunda sayılan eser türlerinden birine girmesi

gerekmektedir (m. 1/B). Bunun yanında ürünün sözlü olsa bile bir şekilde şekillenmiş olması gerekmektedir.

Kanunda sayılan eser türlerinden biri de musikî eserlerdir. Kanun “*musikî eserleri, her nevi sözlü ve sözsüz besteler*” olarak tanımlamaktadır (m.3). Bu hükmün düzenlenişi öğretide başarısız bulunmuş ve eleştirilmiştir. Zira burada musikî eserlerin ne tanımından ne de sayma yolu ile gösterilmesinden bahsedilebilir.⁷⁰

Türk hukukunda sözlü müzik eserlerinin beste ve yazılı bir metinden (güfteden) oluştuğu kabul edilmektedir.⁷¹ Ancak Yargıtay 1988 yılında verdiği bir kararında⁷² güfte ve beste ayırımını farklı iki eser türü içinde şu şekilde değerlendirmiştir:

“FSEK.nun 2. ve 3. maddeleri hükümlerine göre, her hangi bir şekilde dil ile ifade edilen bütün eserler edebiyat eseri ve her çeşit sözlü ve sözsüz besteler müzik eseridir. O halde (Saçların Tarumar) adlı şarkının güftesi bir edebiyat eseridir... (A)ynı şarkının bestesi de bir musiki eseridir. Güfte ve bestenin birlikte tek eser olabileceği konusunda bir zorluk bulunmadığı gibi, her birinin sahibi başka kişiler de olabilir. Bundan başka, bir şarkı, yalnız beste olarak veya güftesi ile birlikte icra edilebilir.”

Güfte, eğer edebî bir özellik taşıyorsa ayrıca FSEK m. 2’ye göre ayrı bir eser olarak da korunduğu kabul edilmektedir.⁷³ Yukarıdaki Yargıtay kararına atıf yapan *Tekinalp* kitabın son baskısında güfte ve bestenin bir müzik eserinde birleşebileceğini, ancak sahiplerinin ise ayrı ayrı korunacağını ifade ederek Yargıtay’ın görüşünü benimsemiştir.⁷⁴

⁷⁰ *TTekinalp*, FMH, § 10, N. 43 vd.; *Nal*, s. 80 vd.; *Suluk/Orhan*, s. 174..

⁷¹ *Arslanlı*, s. 22; *Erel*, s. 44; *Genç*, s. 255; *Ateş*, s. 64; *A. Arkan*, s. 23; *Genç Arıdemir*, s. 27.

⁷² 4. HD. 29.03.1988 t., 1987/9793 E., 1988/3227 K., YKD 1988, C. XIV, sa. 8, s.1077.

⁷³ *Arslanlı*, s. 22; *Erel*, s. 44; *Tekinalp*, FMH, § 10, N. 43.

⁷⁴ *Tekinalp*, FMH, § 10, N. 43.

Bir şiir ancak sahibinden izin alınarak bestelenebilir; izinsiz bir şiirin bestelenmesi bir hak ihlâli teşkil eder.⁷⁵ Müzik eserlerinin muhakkak surette güfteli olmaları zorunlu değildir. Bir güftesi olmayan beste de müzik eseri olabilir. Ayrıca müziğin sanatsal seviyesi ve tarzı hukuken eser sayılmasında dikkate alınmamaktadır. Bu nedenle her türü ile kompozisyon, opera, operet, senfoni, keman, piyano ve diğer sazlar için parçalar, ilahiler, şarkılar ve türküler FSEK m. 3 anlamında musikî eser olarak kabul edilir.⁷⁶

Müzik eserleri biçim ve içerikten oluşmakla birlikte bunların ayrılması mümkün olmamaktadır. Biçim, yani yapı ve ritim, tek başına korunmayıp, koruma ancak içerikle, yani melodi ile birlikte olmaktadır. Hatta sesin kaynağı dahi önemli değildir. Bu yüzden sesin kaynağı insan sesi olabileceği gibi elektronik olan veya olmayan herhangi bir alet dahi olabilir. Ancak insanın fikrî çabasının ürünü olmayan ve programlanan bir makinenin çıkardığı müzik veya tabiatta var olan çeşitli seslerin kaydı eser olarak kabul edilmez. Ayrıca müzik eserlerinin mutlaka notaya dökülmesi zorunluluğu da bulunmamaktadır. Zira nota sadece eserin tekrarını sağlayan bir araçtır.⁷⁷

O halde müzik eserlerini yazılı bir metinleri (güftesi) olanlara sözlü müzik ve yazılı bir metni olmayanlara sözsüz müzik olarak ikiye ayırabiliriz. Her iki türde de icrası, kayda alınması ve yayınlanmasıyla bağlantılı haklar ortaya çıkabilmektedir. O halde bir müzik eseri herhangi bir metni olmaksızın bestelenmesi ve icrası da söz konusu olabilir. Bundan dolayı Türk hukukunda sözlü müzik eserleri denilince güfte ve beste anlaşılmalıdır. Sözsüz müzik eserleri ile kastedilen ise sadece bestelerdir.

⁷⁵ İlgili Yargıtay kararları için bkz. *Suluk/Orhan*, s. 150 vd.

⁷⁶ *Tekinalp*, FMH, § 10, N. 43.

⁷⁷ *Tekinalp*, FMH, § 10, N. 44 vd.; *Suluk/Orhan*, s. 174.

Müzik Eserleri	
❖ <i>Sözlü Müzik Eserleri</i>	❖ <i>Sözsüz Müzik Eserleri</i>
<p>➡ Güfte [müzik eserlerinin yazılı metni, söz (FSEK m. 2)] <i>ve</i></p> <p>➡ Beste [bir müzik eserini oluşturan ezgilerin bütünü (FSEK m. 3)]</p>	<p>Yok</p> <p>➡ Beste (FSEK m. 3)]</p>
Müzik Eserleri Üzerindeki Telif Hakları:	
(1) Eser Sahibinin Hakları	(1) Bağlantılı haklar [icracı sanatçı, fonogram yapımcıları, radyo ve televizyon kuruluşları ve film yapımcıları (FSEK m.80)]
Eser Sahibinin Hakları	
(1) Manevî Haklar (FSEK m. 14 vd.)	(2) Malî Haklar (Faydalanma Hakları) (FSEK m. 20 vd.)
<ul style="list-style-type: none"> • Umuma arz yetkisi, • Eser sahibi olarak tanıtılmak hakkı, • Eserde değişiklik yapılmasını önleme yetkisi 	<ul style="list-style-type: none"> • İşleme hakkı, • Çoğaltma hakkı, • Yayma hakkı, • Temsil hakkı, • Umuma iletim hakkı

Türk hukukunda öğretilerdeki görüşün etkili olduğu uygulamada göze çarpmaktadır. Müzik eserleri meslek birlikleri olan Türkiye Musikî Eserleri Meslek Birliği (MESAM) ve Müzik Eserleri Sahipleri Grubu (MSG) internet sayfalarında kendileri hakkında bilgi verirken şu ifadeleri kullanmıştır:

MESAM: "Müzik eserleri sahiplerinin (besteci, söz yazarı, aranjör ve editör) ve malî hakları kullanmak yetkisini haiz kişilerin çıkarlarını korumak, 5846 sayılı Kanun ile tanınmış hakların idaresi ve takibini, alınacak ücretlerin tahsilini ve hak sahiplerine dağıtımını sağlamak amacıyla faaliyette bulunmaktadır."

MSG: “eser sahiplerinin (besteci, söz yazarı, yayımcı) eserleri için kullanıcılarına kullanım izni ve lisansı veren, malî haklarını toplayan ve toplanan telifleri üyesi eser sahiplerine dağıtan bir meslek birliğidir.”

Her iki meslek birliğinin tüzüklerinin 1. maddesinde

“Bu Meslek Birliği, Fikir ve Sanat Eseri Sahipleri ile Bağlantılı Hak Sahipleri Meslek Birlikleri ve Federasyonları Hakkında Tüzük'ün 7. Maddesi uyarınca, musiki eserleri sahipleri alanında faaliyet gösterir.”

ifadesi yer almaktadır. Her iki meslek birliğinin kendi sayfalarındaki açıklama ile tüzüklerinde yer alan faaliyet alanı sınırlaması dikkate alındığında sözlü müzik eserleri sahipleri olarak söz yazarı ve besteci ile malî hakların devri halinde yayımcının (yani editörü) da kabul edildiği görülmektedir. Zira MBF-Tüzük m. 7/b) gereğince her iki meslek birliği sadece “musikî eserleri sahipleri” alanında faaliyet gösterebilirler.

III. Eser Sahipliği

Eseri meydana getiren kişi eser sahibidir. Bir müzik eserinin sahibi o müziği besteleyen kişidir (m.8).

Özgün müzik bestecisi, sinema eserlerinde yönetmen, senaryo yazarı ve diyalog yazarı ile birlikte eserin sahibidir.⁷⁸

Bir müzik eserine eser sahipleri ortak veya birlikte sahip olabilirler. Eser ortaya çıkmasında birden fazla kişi katılmış ise ve eserin kısımlara ayrılması mümkün ise bu müzik eseri üzerinde eseri meydana getirenler arasında ortaklık söz konusudur. Örneğin bir sözlü müzik eserinin güftesi ve bestesi farklı kişilere ait ise bu kişiler arasında ortaklık vardır. Böyle bir durumda sözlü müzik eserini oluşturan güfte beste üzerinde bunları güfte yazarı ve besteci sadece kendi kısmının sahibi olacaktır. Eser sahipliği ortaklığında bağımsız haklar aynı çatı altında toplandıkları için ortaklaşa değerlendirilirler (m. 9).⁷⁹

Eser sahipleri arasında birlikte ise, birden fazla kişinin katılımıyla meydana getirilen eser ayrılmaz bir bütün teşkil ediyorsa, eserin sahibi, onu vücuda getirenlerin birliğidir. Meselâ sözsüz bir müzik eserini birden fazla kişi beraberce bestelemişlerse bu eserin sahipleri arasında birlik vardır. Böyle bir durumda kişiler arasında adi şirket hakkındaki hükümler uygulanacaktır. Bu takdirde

⁷⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. *Akkayan Yıldırım*, s. 12 vd.

⁷⁹ *Tekinalp*, FMH, § 12, N. 15; *Suluk/Orhan*, s. 285 vd.

kararlar oybirliği ile alınır. Ancak haklı bir sebep olmaksızın karara iştirak etmeyen diğer eser sahibine karşı mahkemeye başvurularak bu izin alınabilir. Buna karşılık birlik menfaatlerine tecavüz edildiği takdirde eser sahiplerinden her biri, tek başına hukukî yollara başvurma hakkına sahiptir (m.10).

Müzik eserinden işlenme eserler de ortaya çıkabilir. İşlenme eser, mevcut bir eserden yararlanarak meydana getirilen, fakat bu eserden de bağımsız olmayan ve işleyenin de hususiyetini taşıyan müzik eserleri işlenme eserdir. Bir mevcut müzik eserini sahibinin izni ile işleyerek işlenme bir eser ortaya çıkaran kişi, işlenme eser sahibi olur. İşlenme eserde asıl eser sahibinin hakları mahfuzdur.

IV. Eser Sahibinin Malî Hakları

Fikir ve sanat eserleri üzerinde hak sahipliği için tescil veya ruhsat zorunluluğu bulunmamaktadır. Eserin yaratılmış olması eser üzerindeki hakların doğumu için yeterli ve FSEK hükümlerince korunmaktadır. FSEK m. 13'e göre, fikir ve sanat eserleri üzerinde sahiplerinin malî ve manevî hakları bu Kanun dairesinde korunmaktadır.

Henüz alenîleşmemiş bir eserden her ne şekil ve tarzda olursa olsun faydalanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir. Alenîleşmiş bir eserden ise eser sahibine münhasıran tanınan faydalanma hakkı, FSEK m. 21 vd.'da düzenlenen malî haklardan ibarettir. Bu nedenle malî haklardan önce alenîleşme kavramını kısaca açıklamak yerinde olacaktır.

Alenîleşme, eserin hak sahibinin rızasıyla umuma arz edilmesi halinde söz konusu olur. Alenîleşmede hak sahibinin rızası zorunluluk taşıırken umuma arz (kamuya sunma) da sahibinin rızası olsun olmasın eserin umuma herhangi bir şekilde intikalidir. Umuma arz maddî bir fiil olup, irade ve rızanın varlığı aranmamakla birlikte; ancak rıza yoksa, umuma arz, sahibi aleyhine hüküm doğurmaz. Umuma arz için eserin, çoğaltılmasına, yayınlanma veya temsil edilmesine gerek olmayıp, eserin herhangi bir şekilde, bir grup şahsın bilgisine sunulmasının yeterli olarak kabul edilmiştir. Bir eserin sahibinin izni bulunmadan umuma arz edilmesi FSEK m. 14'e göre manevî haklara açık bir tecavüz teşkil eder.⁸⁰

⁸⁰ Tekinalp, FMH, ř 14, N. 10; Suluk/Orhan, s. 325 vd.

Müzik eserlerinde şu durum da önemlidir: Bir müzik eseri eser sahibi dışında başka bir sanatçı tarafından icra edilirse bu icra üzerinde özellikle icracı sanatçının bağlantılı hakları olduğundan (FSEK m. 80/1/A), böylesi durumlarda icracı sanatçının sahip olduğu haklar da dikkate alınmalıdır.

1. İşleme Hakkı

Müzik eseri sahibinin, bu eserini işlemek suretiyle faydalanma hakkı münhasıran kendisine aittir. Ancak eser sahibi bu hakkını üçüncü bir şahsa da devredebilir. Devir sözleşmesi yazılı olmak zorundadır. İşlenmenin sahibi olan kişi, kendisine bu sıfatla tanınan malî hakları, işleme hususunun serbest olduğu haller dışında, asıl eser sahibinin müsaade ettiği nispette kullanabilir. İşleme hakkına sahip olan kişi, işleme hakkını devraldığı sınırlar içinde kalmak kaydıyla, işlenme eser üzerindeki malî haklardan da faydalanma imkanına sahiptir. İşlenme üzerinde yeni bir işleme yapılabilmesi için işleyenden başka asıl eser sahibinin de izni gereklidir.⁸¹ İşlenme gerçekleştiğinde ortaya işlenme eser çıkar ve Kanuna göre de eser sayıldığından eser sahibine tanınan manevî haklardan da işlenme eser sahibi yararlanır.

İşlenme eser, mevcut bir eserden yararlanarak meydana getirilen, fakat bu eserden de bağımsız olmayan ve işleyenin de hususiyetini taşıyan müzik eserleridir. O halde bir işlenme eserden bahsedebilmek için dört unsurun bulunması zorunludur.⁸²

- (1) Asıl eserden tamamıyla bağımsız olmaması,
- (2) İşleyenin hususiyetini taşıması,
- (3) İşlenme eserin asıl eserin dahil olduğu grupta yer alan bir eser olması; istisna: FSEK m. 6/3

Kanunda başlıca işlenme eserler örnek olarak sayılmıştır. Müzik eserlerinden iki şekilde işlenme eser ortaya çıkabileceği kabul edilmiştir. Bunlar:

- Müzik eserlerinin film haline sokulması veya filme alınmaya ve radyo ve televizyon ile yayıma müsait bir şekle sokulması (FSEK m. 6/3);
- Müzik eserlerinin aranjman ve tertipleri (FSEK m. 6/4).

⁸¹ *Suluk/Orhan*, s. 375.

⁸² Ayrıntılı bilgi için bkz. *Ateş*, s. 74 vd.

Böylece meselâ bağlama eşliğinde söylenen bir türkünün piyanoda çalınmak üzere hazırlanması veya orkestra eseri hâline getirilmesi de bir işleme olarak sayılmaktadır.⁸³ Müzik klipleri ise genelde FSEK m.5 de ön görülmüş şartları yerine getirecekleri için sinema eseri olarak korunur.⁸⁴

2. Çoğaltma Hakkı

Çoğaltma hakkı, eser sahibi açısından eserinden ekonomik olarak faydalanmayı sağlayan en eski haklardandır. Bir eserin eser sahibinin izni olmadan aslı ve kopyaları kullanılarak herhangi bir şekil veya yöntemle tamamen veya kısmen çoğaltılması mümkün değildir. Çoğaltma geçici veya sürekli olabileceği gibi doğrudan veya dolaylı da olabilir. Özellikle günümüzde müzik eserlerini teknolojik gelişmeler sayesinde çok kolay çoğaltılabilmektedir. Oysa FSEK bu hakkı münhasıran eser sahibine tanımıştır (m. 22). Çoğaltma hakkı hem eserin aslını hem de bu eserin işlenmelerini kapsar.⁸⁵ Eser sahibi bir kişiye işleme hakkını devretmişse, FSEK m. 20/II gereğince, bu haktan malî olarak faydalanma hakkını da devretmiş sayıldığından işlenme eserler üzerindeki çoğaltma hakkı da kural olarak işleme eser sahibine ait olup olmadığı tartışılmaktadır.⁸⁶

Müzik eserleri niteliği gereği cd veya dijital kayıt araçları ile kolayca çoğaltılan eserlerin başında gelmektedir. Bir müzik eserinin çoğaltılabilmesi için eserin daha önceden alenîleşmesi zorunludur. Bir diğer ifade ile ancak alenîleşmiş eserler çoğaltılabilir. Her iki durumda, yani alenîleşme ve çoğaltma ancak hak sahibinin rızası ile gerçekleşir. Meselâ bir şarkı güftesinin reklamlara koyma çoğaltma olarak kabul edilmektedir.⁸⁷

3. Yayma Hakkı

Yayma hakkı, eserin aslının ya da çoğaltması halinde nüshaların dağıtılmasını kapsar. Yayma hakkı değişik şekillerde olabilir. Bunlar:

- Kiralama,
- Ödünç verme,

⁸³ *Tekinalp*, FMH, § 11, N. 10.

⁸⁴ *Dreier/Schulze*, § 2 Rn. 217; KG, ZUM 2003, s. 863 vd.-Beatclub kararı. Aksi görüş *Tekinalp*, FMH, § 10, N. .

⁸⁵ *Tekinalp*, FMH, § 14, N. 92.

⁸⁶ *Üstün*, s. 219 vd.

⁸⁷ *Tekinalp*, FMH, § 14, N. 91.

- Satışa çıkarma veya
- Diğer yollarla dağıtma.

Yayma hakkı üzerindeki mutlak hakkın kullanılmasında önemli bir sınırlama tükenme ilkesi ile getirilmiştir.⁸⁸ Diğer haklara nazaran telif hakları kapsamında hakların tükenmesi daha dar bir alanı kapsar.⁸⁹ Eser sahibi tarafından eserlerin satışı ile birlikte, satışa konu olan eser veya nüshalar için yayma hakkı tükenmektedir (FSEK m. 23/II). Bir diğer ifade ile müzik eserlerinin çoğaltılmış nüshalarının satışa sunulması ile bunların yeniden satışı eser sahibine tanınan yayma hakkını ihlâl etmeyecektir, yani hak tükenmiş olacaktır. Böylece ülke sınırları içinde kanunî yollarla bu eserleri satın alan üçüncü kişiler, bunları ülke sınırları içinde kalmak kaydıyla istedikleri yerde serbestçe satılabilecektir.

Tükenme ilkesi kapsadığı coğrafi alana göre, ülkesel, bölgesel ve uluslararası olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Fikrî mülkiyet hukukunun diğer alanlarında bu sınırlardan hangisinin seçildiği Türk öğretisi ve uygulamasında tartışmalıdır. Ancak FSEK m. 23/II'deki düzenleme açıkça paralel ithalât yasaklandığı için ülkesel tükenme ilkesinin kabul edildiği öğretide de benimsenmiştir.⁹⁰ FSEK m. 23/II'ye göre, eser sahibinin izniyle yurt dışında çoğaltılmış nüshaların yurt içine getirilmesi ve bunlardan yayma yoluyla faydalanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir. Yurt dışında çoğaltılmış nüshalar her ne surette olursa olsun eser sahibinin ve/veya eser sahibinin iznini haiz yayma hakkı sahibinin izni olmaksızın ithal edilemez.

Ancak eski tarihli bir kararında⁹¹ Yargıtay, marka hukukuna ilişkin olarak verdiği kararlarındaki gerekçeye paralel bir gerekçe kullanmıştır. Yargıtay'ın FSEK kapsamındaki eserler üzerindeki hakların tükenmesi konusunda vereceği yeni kararlarında da aynen marka hukukunda yaptığı yorumla paralel bir çözüme ulaşması mümkün görünmektedir. Ancak Yargıtay'ın böyle bir kararı, mevcut düzenlemeye aykırı olacağı gibi, Türkiye ile AB arasındaki Gümrük Birliği nedeniyle, olması gereken hukuk açısından, bölgesel tükenme ilkesine de uygun olmayacaktır.

⁸⁸ Bu konudaki ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz. *Pınar*, Fikrî Mülkiyet, 25 vd., 97 vd., 136 vd., 47; *Erel*, FMR 2006, sa. 1, s. 55 vd.

⁸⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. *Yıldız*, Tükenme, s. 605 vd.; *Aslan*, s. 200 vd.

⁹⁰ Bu konuda kanun değişiklikleri ve tartışmalar için *Yıldız*, Tükenme, 601 vd.; *a.k.*, JIPL 2006, s. 550..

⁹¹ 11. HD. 4.5.1995 t., 1995/2870 E., 1995/4089 K. (*Suluk/Orhan*, s. 396).

4. Temsil Hakkı

Eser üzerindeki malî haklardan bir diğeri de temsil hakkıdır. Temsil hakkı da, bir eserden, doğrudan doğruya yahut işaret, ses veya resim nakline yarayan aletlerle umumî mahallerde okumak, çalmak, oynamak ve göstermektir şeklinde kanunda tanımlanmıştır. Bu şekilde faydalanma hakkı yine münhasıran eser sahibine aittir (FSEK m. 24/I). Meselâ bir müzik eserinin konserde okunması temsil hakkı kapsamındadır. Müzik eserlerinin temsili ancak icracı sanatçılarla gerçekleşir. Bunun için ya eser sahibinin ya da eser sahibinin bir meslek birliğine üye olması halinde meslek birliğinin izni gereklidir. İzin varlığı halinde bu eseri özgün bir biçimde yorumlayan icracı sanatçı da ayrıca bağlantılı hak sahibi olur.

Bir şiirin bestelenmesi için verilen izin, o şiirin televizyonda yayın hakkını (temsil hakkını) da kapsamadığı gibi, eser sahibinin kayda izin vermesi, bu kayıttan yararlanılarak eserin temsiline, yani umuma açık yerlerde gösterilmesine de izin verildiği anlamına gelmeyeceği Yargıtay kararlarında belirtilmiştir.⁹²

Temsil hakkının kullanılmasında eserden faydalanma geçici bir şekilde ve faydalanma anıyla sınırlı olarak umuma sunulmalıdır. Aile ve dost çevresi dışında kalan yerler ister ücretli ister ücretsiz olarak girilen yerler olsun umumî yerler olarak kabul edilmektedir.⁹³ Umuma arz doğrudan olabileceği gibi dolaylı da olabilir. Bir müzik konserinin canlı olarak icra edilmesi halinde doğrudan temsil; bu konserin bir vasıta ile, radyo, tv gibi, canlı veya daha sonra iletimi halinde ise dolaylı temsil söz konusu olur. Her iki temsil şekli de münhasıran eser sahibine aittir.

5. Yayın ve Umuma İletim Hakkı

Buradaki yayın/iletim hakkı kapsamına radyo ve televizyon yayınları yanında internet yolu ile yapılan iletim de girer. Bu yayınlar resmî veya özel radyo ya da televizyon kanalları ile olabileceği gibi, uydu, kablolu ya da dijital yayımla da olabilir. Bu yayın yolları ile bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarının yayınlanması ve yayınlanan eserlerin bu kuruluşların yayınlarından alınarak

⁹² İlgili kararlar için bkz. *Suluk/Orhan*, s. 400 vd..

⁹³ *Arslanlı*, s. 105, *Ayiter*, s. 136 vd.; *Erel*, s. 151; *Suluk/Orhan*, s. 399 vd..

başka yayın kuruluşları tarafından yeniden yayınlanması suretiyle umuma iletilmesi hakkı münhasıran eser sahibine aittir. Buradaki “umuma iletim” kavramı ile son tüketiciye sunma kastedilmektedir.⁹⁴

Eser sahibi, eserinin aslı ya da çoğaltılmış nüshalarının telli veya telsiz araçlarla satışı veya diğer biçimlerde umuma dağıtılmasına veya sunulmasına ve gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda eserine erişimini sağlamak suretiyle umuma iletimine izin vermek veya yasaklamak hakkına da sahiptir. Meselâ müzik eserlerinin internet aracılığı ile dosya halinde indirilmesi yolu ile satışı veya internet sitelerinde kullanılarak umuma iletim hakkı eser sahibine aittir. Bunların izinsiz olarak yapılması halinde eser sahibinin umuma iletim hakkı ihlâl edilmiş olacaktır.⁹⁵

V. Bağlantılı Hak Sahipleri

FSEK m. 80’ e göre eser sahibinin manevî ve malî haklarına zarar vermemek kaydıyla eser sahiplerinin haklarına bağlantılı hak sahipleri⁹⁶ şunlardır:

- İcracı sanatçılar,
- Fonogram yapımcıları,
- Radyo-televizyon kuruluşları ve
- Filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren film yapımcılarıdır.

1. İcracı Sanatçılar

Müzik eserleri sahibinin manevî ve malî haklarına zarar vermemek kaydıyla ve eser sahibinin izniyle müzik eserini özgün bir biçimde yorumlayan, tanıtan, anlatan, söyleyen, çalan ve çeşitli biçimlerde icra eden sanatçılara icracı sanatçı denilmekte ve bunların eserle bağlantı hakkı bulunduğu kabul edilmektedir.

İcracı sanatçılar, manevî hak olarak icralarının sahibi olarak tanıtılma ve icralarının kendi itibarlarını zedeleyebilecek şekilde tahrif edilmesi ve bozulmasının önlenme hakları; malî hakları olarak da tespit hakkı, çoğaltma hakkı, yayma hakkı, temsil hakkı ile umuma iletim ve dijital ortamda umuma iletim hakları vardır.

⁹⁴ *Tekinalp*, FMH, § 14, N. 111b.

⁹⁵ *Türkekul/Turhan/Güçlü*, s. 50.

⁹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. *Tekinalp*, FMH, § 17, N. 7 vd.; *A.Arkan*, s. 39 vd.

İcracı sanatçılar bu haklarını uygun bir bedel karşılığında sözleşme ile yapımcıya devredebilirler. İcranın, bir orkestra, koro veya tiyatro grubu tarafından gerçekleştirilmesi halinde ise, orkestra veya koroda yalnız şefin, tiyatro grubunda ise yalnız yönetmenin izni yeterlidir. Bir müteşebbisin girişimi ile ve bir sözleşmeye dayanılarak gerçekleştirilen icralar için müteşebbisin de izninin alınması gereklidir.

2. Fonogram Yapımcıları

Bir icra ürünü olan veya sair sesleri ilk defa tespit eden fonogram yapımcılarının eserle bağlantılı hakları vardır.

Bir icra ürünü olan veya sair sesleri ilk defa tespit eden fonogram yapımcıları müzik eseri sahibinden ve icracı sanatçıdan malî hakları kullanma yetkisini devraldıkları takdirde malî haklar kapsamında olan tespit, çoğaltma, yayma, temsil ile umuma iletim ve dijital ortamda umuma iletim haklarına sahip olurlar.

3. Radyo-Televizyon Kuruluşları

Radyo-televizyon kuruluşları, gerçekleştirdikleri yayınlar üzerinde;

- (1) yayınlarının tespit edilmesine, diğer yayın kuruluşlarınca eş zamanlı iletimine, gecikmeli iletimine, yeniden iletimine, uydu veya kablo ile dağıtımına izin verme veya yasaklama,
- (2) özel kullanımlar hariç olmak üzere, yayınlarının herhangi bir teknik veya yöntemle, doğrudan veya dolaylı bir şekilde çoğaltılmasına ve dağıtımına izin verme veya yasaklama,
- (3) yayınlarının umuma açık mahallerde iletiminin sağlanmasına izin verme veya yasaklama,
- (4) tespit edilmiş yayınlarının, gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda yayınlarına ulaşılmasını sağlamak suretiyle umuma iletimine izin verme,
- (5) haberleşme uyduları üzerindeki veya kendilerine yöneltilmiş olan yayın sinyallerinin diğer bir yayın kuruluşu veya kablo operatörü veya diğer üçüncü kişiler tarafından umuma iletilmesi ve şifreli yayınlarının çözülmesine ilişkin izin verme veya yasaklama

hususlarında münhasıran hak sahibidirler.

4. Film Yapımcıları ile eser sahipleri arasındaki ilişki

Bağlantılı hak sahiplerinden film yapımcıları ile müzik eserleri sahipleri arasındaki ilişkiyi düzenleyen tamamlayıcı bir hükme yer verilmiştir. Buna göre, müzik eseri sahibi, filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren yapımcı ile yaptığı sözleşmedeki hükümler saklı olmak kaydıyla eserini yayımlama ve icra hakkını muhafaza eder.

İkinci Bölüm

Kurumsal Açıdan Eser Sahiplerinin Malî Haklarının Kolektif Gerçekleştirilmesi

A. Almanya'da Müzik Alanında Faaliyet Gösteren Meslek Birlikleri

I. GEMA

1. Tarihî Gelişim

Fransa'da 1851'den beri SACEM (Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique) ve İtalya'da SIAE (Società Italiana dei Autori e Editori) 1882 senesinde ve Avusturya'da ise AKM (Gesellschaft der Autoren, Komponisten und Musikverleger) 1895 senesinde kurulmasına ve kazanç payı dağıtmaya başlamasına rağmen Almanya'da ilk defa *kazanç hissesi hareketi* (Tantiemenbewegung) Association Littéraire et Artistique Internationale'nin 1895 yılında Dresden ve 1896 yılında Paris'deki iki kongresinde harekete geçmiştir.⁹⁷

Farklı çevrelerden gelen eleştiriler ve karşı çıkışlar üzerine Alman *kazanç hissesi hareketi* 19.06.1901'de Edebiyat ve Güzel Sanat Eserleri Hakkında Telif Hakları Kanununun ilanından sonra sona ermiştir. Çünkü Alman Besteciler Kooperatifi ve yüksek seviyeli Berlinli müzik editörler tarafından gelen koruma süresinin uzatılması ve temsil hakkının mahfuz tutulmasının kaldırılması konusundaki teklifleri bu kanunda göz ardı edilmişti.

Avusturya'da meslek birliği olan AKM, Almanya'da meslek birliğinin kurulmamasından dolayı işlerini Almanya'ya uzatmak istediğini bildirdikten sonra tekrar bu konuda bir hareketlenme başlamıştır. 14 Ocak 1903'de Müzik Temsil Kuruluşu (Anstalt musikalisches Aufführungsrecht - AFMA) kuruldu; AFMA Alman Besteci Kooperatifi devamı olarak kurulan GDT'in (Genossenschaft deutscher Tonsetzer)⁹⁸ iktisadi işletmesi olarak faaliyet gösteriyordu. GDT/AFMA faaliyetlerinde Fransa'daki meslek birliği olan SACEM'i örnek almalarına rağmen besteciler, editörler ve organizatörler

⁹⁷ Goldmann, s. 71; ayrıntılı bilgi için bkz. Schmidt, GEMA-Kommentar, s. 6 vd.

⁹⁸ Schmidt, GEMA-Kommentar, s. 11.

tarafından şiddetli direnişle karşılaştılar. Fakat AFMA izahlarla ve mahkemelerle faaliyetini sağlamaştırdı ve kâr payı dağıtmaya başladı.⁹⁹

Buna rağmen 1913 senesinde bir grup editör ve besteci GDT/AFMA`dan istifa ettiler ve 16 Aralık 1915`de müzik eserlerin temsil ve çoğaltma haklarını koruyan ve kısaca GEMA olarak adlandıran kurumu kurdular. Bugünkü GEMA ve 1915`deki kurulan bu GEMA`yı birbirinden ayırmak için 1915`de kurulan GEMA'ya „Eski GEMA“ denilmektedir. Zira günümüzde faaliyet sürdüren GEMA, „Eski GEMA“nın hukukî halefi değildir.¹⁰⁰ Bkz. *Plugge/Roeber*, *Das musikalische Tantiemerecht in Deutschland*, s. 25; *Goldmann*, s. 72..

Avusturya`da kurulmuş olan AKM, ne kadar da 1903`den 1911`e kadar karşılıklı anlaşmasıyla GDT/AFMA ile çalışmış olsa da 1913 tarihinde Almanya`da da şube açmıştır.

Münhasır mekanik çoğaltma hakkı, 1908 tarihinde Bern Sözleşmesinde yapılan değişiklikle 1910 tarihinde Alman hukukunda da kabul olunmuştur. GDT/AFMA bu haklar için ayrı bir bölüm kurduktan sonra 4 Kasım 1909 tarihinden itibaren de bu kanunla işlenecek mekanik çoğaltma hakları için de "Mekanik Müzik Hakları Kuruluş Limited Şirketi" (Anstalt für mechanisch-musikalische Rechte GmbH, kısaca AMMRE) kuruldu.

"Eski GEMA"nın kuruluşundan sonra onunla birlikte faaliyet gösteren AMMRE`nin yanında; 1928 yılında iktisadi ödeme gücü düşük olan ve bundan dolayı "Eski GEMA"ya üye olamayan hak sahipleri için de Müzik Eserleri Temsil Haklarını Değerlendirme Derneği (Verein zur Verwertung musikalischer Aufführungsrechte) kuruldu.

Müzik alanında değişik meslek birliklerin yan yana bulunması aşağıdaki zorluklara sebep olmuştur:

- Kullanıcılar repertuarların tamamını elde edebilmek için bir çok meslek birliklerinden lisans edinmek zorunda kalmışlardır;
- Hak sahipleri için önemli oranda idarî masraflar ortaya çıkmıştır;
- Davacı meslek birlikleri, kullanıcıların hangi meslek birliğinin repertuarındaki eserleri kullandığını ispat etmek konusunda zorlandılar ve bu da kastı aşan denetimlere sebep oldu;

⁹⁹ *Schmidt*, *GEMA-Kommentar* s. 8 vd.

¹⁰⁰ *Goldmann*, s. 71; ayrıntılı bilgi için bkz. *Schmidt*, *GEMA-Kommentar*, s. 6 vd.

• Ayrıca bir sakıncalı durum daha ortaya çıktı ki bu da; meslek birliklerinin önemli müzisyenleri kendilerine çekebilmek için diğer meslek birliklerine göre daha çekici şartlar teklif etmelerinden dolayı diğer meslek birliklerinin bundan zarar görmesidir.

Bundan dolayı Almanya`da 1916 yılında “Eski GEMA” AKM ile bir araya gelerek adî şirket statüsünde “Almanya İçin Müzik Eserleri Temsil Hakkını Koruma Birliği” kurmuşlardır. 22 Temmuz 1930 tarihinde de “Eski GEMA”, GDT/AFMA ve AKM ikinci Müzik Koruma Birliği adî şirket statüsünde kurulmuştur.¹⁰¹

1933'de çıkarılan "Gesetz über die Vermittlung von Musikaufführungsrechten" (Müzik Temsil Haklarının Aracılık Kanunu) ve kısaca "Stagma-Kanunu" diye adlandırılan kanunla, Müzik Koruma Birliği, STAGMA`ya (Müzik Eserleri Temsil Hakkının Değerlendirilmesi İçin Kamu Onaylı Birlik - staatlich genehmigte Gesellschaft zur Verwertung musikalischer Aufführungsrechte) dönüştürüldü. Aynı zamanda Almanya`da faaliyet gösteren bazı birlikler yasaklanırken bazıları da bu STAGMA'ya entegre edilmiştir. Böylece 1938'den itibaren Almanya`da sadece tek meslek birliği müzik eserlerin temsil ve mekanik çoğaltma haklarına sahip olmuştu.¹⁰² 1938 senesinde Avusturya'nın Almanlar tarafından işgal edilmesinden sonra STAGMA faaliyetlerini buraya da kaydırmıştır. İkinci Dünya Savaşında Polonya, Çekoslovakya ve Fransa'nın işgalinden sonra bu ülkelerde de faaliyetlerde bulunmuştur. Buralarda birer bölge yöneticileri atanmıştı.¹⁰³

İkinci Dünya Savaşından sonra “Müttefik Kontrol Kurulu” tarafından STAGMA adı GEMA'ya çevrildi. GEMA, Müzik Eserleri Temsil ve Mekanik Çoğaltma Hakları Topluluğu'nun (Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte) kısaltılması olarak kullanıldı. STAGMA'nın GEMA'ya dönüşümünde STAGMA'nın hukukî yapısı ve düzeni değişmediği için GEMA bundan dolayı STAGMA`nın halefi olarak kabul edildi.¹⁰⁴

¹⁰¹ G.Schulze, Geschätzte und geschützte Noten, s. 162-168; genel olarak bkz. Riesenhuber, GEMA-Kommentar, s. 12 vd.

¹⁰² Goldmann, s. 79; Mickler, GEMA-Kommentar, s. 17 vd.

¹⁰³ Mickler, GEMA-Kommentar, s. 20.

¹⁰⁴ Goldmann, s. 73, ayrıca bkz. Mickler, GEMA-Kommentar, s. 21.

Almanya`da STAGMA-Kanunu, 1965 yılında “Telif Hakları Değerlendirme Kanunu” yürürlüğe girene kadar geçerliğini sürdürdü. Çünkü “Müttefik İşgal Kontrol Hukuku” da bu kanunun uygulanmasına yasak getirmemişti.¹⁰⁵

Doğu Almanya`da ise AWA (Müzik Alanındaki Hakların İdaresini Gerçekleştiren Kuruluş - Anstalt zur Wahrung der Verwaltungsrechte auf dem Gebiet der Musik) ile müzik eserlerindeki haklarının değerlendirilmesi sağlanmıştır. O zaman için GEMA`nın doğu Almanya`da herhangi bir faaliyette bulunması da yasaktı. Bu konuda farklı kanunların uygulanması iki Almanya`nın birleşmesine kadar devam etti.¹⁰⁶

2. Genel Olarak

Müzik eserlerinin temsil ve yayın hakkı yanında aynı zamanda mekanik çoğaltma hakkı alanında sadece GEMA, besteci, söz yazarı ve müzik editörlerinin eserler üzerindeki haklarını değerlendirmektedir. İcracı sanatçıların ve fonogram yapımcıların haklarının korunması konusunda GEMA yetkili değildir; bunların hakları GVL tarafından değerlendirilmektedir.

31.12.2004 tarihi itibariyle GEMA, toplam 61.131 üyeye sahip (asıl üye 2.886; aday üye 6.290 ve yararlanan 51.985) bulunmaktadır. 2004 malî yılı tüm gelirleri 806.208.000,-- '5f olan GEMA, kendi alanında Amerika ve Avrupa`da en fazla gelire sahip meslek birliği konumundadır.¹⁰⁷ GEMA, yabancı meslek birlikleri ve tahsil organizasyonları ile yaptığı 137 sözleşme gereğince Dünya çapında 1.400.000 müzik eserleri sahiplerini temsil etmektedir. GEMA`nın eser arşivinde 8 Milyon eser bulunmaktadır.¹⁰⁸ Fiilî olarak GEMA istisnalar hariç olmak üzere Dünya çapında müzik repertuarına sahiptir.

GEMA, bir taraftan temsil, yayın ve umuma iletim hakkı; diğer taraftan mekanik çoğaltma hakkını gerçekleştirmektedir. GEMA`nın diğer faaliyet alanları senkronize hakların ruhsatı ve diğer meslek birlikleriyle beraber ücretlendirme taleplerinin gerçekleştirilmesi ve idaresinde işbirliği yapmaktadır. Bunun için diğer meslek birlikleri ile işbirliği çerçevesinde ortaklaşa ücretlerin tahsil merkezi oluşturmuşlardır.

¹⁰⁵ Mickler, *GEMA-Kommentar*, s. 21; Goldmann, s. 73.

¹⁰⁶ Goldmann, s. 73.

¹⁰⁷ Eski Kurul başkanı Prof. Dr. Reinhold Kreile`nin 71. mali yılı 2004 iş raporuna bkz., *GEMA 2005/2006* yılığındaki baskısına bkz., s. 43.

¹⁰⁸ Bu konuyla ayrıntılı bilgi için bkz. *GEMA 2005/2006 yılığımı*, s. 58 vd.

Bunun yanında 1997 tarihinde kurulan Clearingstelle Multimedia für Verwertungsgesellschaften von Urheber- und Leistungsschutzrechten GmbH (CMMV)'dan kısaca söz etmek gereklidir. Limited şirket statüsünde olan bu işbirliği grubu, bir meslek birliği değildir.¹⁰⁹ Herhangi bir ücret tahsili için yetkili olmayan CMMV, multimedya pazarının özel ihtiyaçları için bilgi dağıtım merkezidir; şöyle ki, örneğin

- Eser ve bağlantılı hak sahipleri hakkında bilgi toplamak ve aktarmak;
- Multimedya ürünlerinin yapımı veya değerlendirilmesine ilişkin hakların aracılığı;
- Benzer amaçları olan yabancı meslek birlikleri ve organizasyonlarla ortak çalışmalar yapmak ve bağlantı kurmak.¹¹⁰

Online kullanımı yeni bir faydalanma imkanı olmasından dolayı CMMV'nin kurulması, multimedya üretiminde ve online haklarda bir zorunluluk olmuştur. Çünkü bu yeni kullanım şekli meslek birliklerinin eski sözleşmeleri kapsamına girmiyordu ve dolayısıyla da bu hakların değerlendirilmesi üzerinde de ruhsat sahibi değillerdi. Bundan dolayı eser sahiplerin bazıları bu hakları bizzat kendileri ya da müzik editörler kanalıyla kullanırken; bir kısmı da hakları değerlendirme sözleşmeleri ile bu haklar konusunda sonradan meslek birliklerine yetki verdiler. Sonra da umuma erişebilir kılma hakkı meslek birliklerinin tüzük değişiklikleriyle artık hakları değerlendirme sözleşmelerinin bir parçası haline geldi. Ancak bu da kullanıcı için hak sahibinin belirlenmesi bakımından beklenmedik bir karışıklığa yol açtı.

Gelecekte CMMV'nin hak sahipleri, yani eser sahipleri, bağlantılı hak sahipleri ve meslek birlikleri, için multimedya ürünlerinin lisansını vermesi ve üretilenlerin bu ürünlerden elde edilecek gelirlerin hesaplanmasına aracı olarak katılması amaçlanmaktadır. İleriki bir zamanda ise CMMV tarafından doğrudan lisans verme de gerçekleştirilecektir.¹¹¹

3. Hukukî Yapısı

Telif Hakları Değerlendirme Kanunu'nda (UrhWG) meslek birliklerin hukukî yapısı düzenlenmemiştir.¹¹² GEMA-Tüzüğü'nün 1. maddesine göre GEMA,

¹⁰⁹ *Goldmann*, s. 116; *Kreile*, *GEMA-Kommentar*, s. 719.

¹¹⁰ Şirket esas sözleşmesi 1. maddeye ve bkz. *Kreile*, *GEMA-Kommentar*, s. 718.

¹¹¹ *Goldmann*, s. 116; *Kreile*, *GEMA-Kommentar*, s. 718; *Kreile/Becker*, GRUR Int. 1996, s. 677, 691.

¹¹² *Schricker/Reinbothe*, § 1 UrhWG, Rn. 10..

BGB'nin §22'deki "tüzel kişiliği olan iktisadî dernek" hukuk şekli ile kurulmuştur. Bu hukukî şeklin bir çok avantajı bulunmaktadır:

- Derneğin hukukî yapısından dolayı eser sahiplerinin kararlara katılma ve kararları etkileme hakları çok iyi bir şekilde bireysel sorumluluk almadan gerçekleştirilebilmektedir;
- Yeni üyelerin kaydında ortaklık sözleşmesinde hiç bir değişiklik yapılmasına gerek duyulmamaktadır;
- BGB'deki dernek hukukundaki düzenlemeler, tüzüğün şekillenmesinde büyük hareket serbestliği tanımaktadır;
- GEMA'nın gözetim (yönetim) kuruluna anonim şirketlerdeki gözetim kurullarından farklı olarak sadece gözetim işlevi değil icra kuruluna karşı tüzükle ilgili talimat verme yetkisi de tanınmıştır.¹¹³

İktisadî bir dernek olarak hukukî yapısından dolayı GEMA'nın, iç yapısını serbestçe düzenlemesi mümkün olmaktadır. Fakat meslek birliklerinin her zaman bu hukukî şekle sahip dernek olarak kurulmaları zorunluluğu bulunmadığı Almanya'daki diğer meslek birliklerinde görülmektedir, ki toplam 12 meslek birliğinin sadece dördü iktisadî bir dernek,¹¹⁴ geriye kalan 8 meslek birliği ise limited şirket (GmbH) olarak faaliyet göstermektedir. Limited şirket olarak faaliyet gösteren meslek birlikleri hak sahiplerinin değerlendirilecek haklarının kullanım yetkilerini bir sözleşme ile devralırlar.

4. Üyelik

GEMA-Tüzüğü'nün 6. maddesine göre sadece aşağıdaki meslek gruplarından olan kişiler üyelik hakkına sahiptir:

- Besteciler;
- Söz yazarları;
- Editörler.

GEMA-Tüzüğü'nün bu maddesine göre, üyeler asıl üyeler, aday üyeler ve yararlanan üyeler olmak üzere üç gruba ayrılmaktadır.

¹¹³ *Steinau-Steinrück/Wohlgemuth, GEMA-Kommentar, s. 110.*

¹¹⁴ GEMA yanında bir de VG Wort, VG Resim Sanatı ve IHMV bu şekildedir.,

a) Aday Üyelik

İcra kuruluna eser sahibi veya müzik editörü olarak uygun bir dilekçe ile başvurularak şartların varlığı halinde aday üyeliği elde etmek mümkündür. Üyelik kayıtları ile ilgili ayrıntılar Tüzükte düzenlenmiştir. Besteci, söz yazarları ve editörler üyelik kayıt kabul şartları farklı olmaktadır.

Besteciler, kendisi tarafından oluşturulmuş olan orijinal müzik eserlerinden beşini önceden umuma arz için temsil edilmiş, yayımlanmış veya resim ve ses kayıt (fonogram) araçlarında çoğaltılmış eserlerin partitürleri, piyano özetleri veya diğer uygun belgelerle ortaya koymaları gerekiyor. Söz yazarlarının ise en az beş kendi yazdıkları eserlerin umuma arz için temsil edilmiş, yayımlanmış veya resim ve ses kayıt (fonogram) araçlarında çoğaltılmış olması gerekmektedir.

Editörler, örnek nüshalarla gerçekten müzik editörlük mesleğini icra ettiğini ispat etmek zorundadır. Editörler, ciddî müzik ve eğlence, dans müzik editörleri olmak üzere iki gruba ayrılmaktadır. Üyelik için birinci grup 25 adet ticarî teamüllere uygun enstrümantal yayını veya 10 orkestra ödünç materyalini (partitür gibi) sunmak zorundadır. İkinci grup ise ister 50 piyano veya akordeonlar için tekil çalışmaların yayını, ya da 15 salon orkestrası veya 15 combo veya nefesli müzik çalışmaların yayını sunmak zorundadır. Editör faaliyetinin ispatı için belli alanlarda yıllık olarak belirlenmiş 25 eserden elde edilen gelirlerin asgarî belli bir ciroya ulaşmış olması da yeterlidir. Diğer bir şartta güncel bir ticaret sicili kayıt örneğinin kopyası ya da şayet yayıncının ticaret sicil kaydı yoksa esnaf işletmesi ruhsatnamesinin bir kopyası sunulmak zorundadır. Bu sunulan belgelerden editörlük alanında gerçekten bu kişinin editör olarak faaliyet gösterdiğinin anlaşılması gereklidir.

Başvuran kişinin üye olarak kabul edilmesine ilişkin üyelik kabul komisyonu tavsiyesi hakkında karar yetkisi icra kurulundadır.

Kayıt başvurusu kabul edilirse kayıt harcı besteciler ve söz yazarlar için 51,13 ğ'5f (Euro) ve editörler için 102,26 ğ'5f (Euro) ödenmesi gerekmektedir. Ayrıca yıllık üyelik harcı da 25,56 ğ'5f (Euro) olarak belirlenmiştir.

Aday üye kayıt başvurusu kabul edilmediğinde, yararlanan üye olarak kayıt olma talep hakkı devam etmektedir. Fakat dilekçe sahibi red kararın kendisine tebliğinden itibaren altı hafta içinde bu red kararına karşı yönetim kuruluna itiraz edebilir. İtiraz üzerine yönetim kurulunun vereceği karar kesindir.

b) Asıl Üyelik

GEMA-Tüzüğü'nün 7. maddesinde asıl üyelik düzenlenmiştir. Asıl üyelik için ilke olarak GEMA'nın en az beş yıl aday üyesi olmak ve ayrıca belirli ek şartların da yerine getirilmesi gereklidir. Aday üyelerin, GEMA aracılığı ile yurtdışı gelirleri de dahil olmak üzere GEMA'dan elde edilen gelirlerin belli bir miktara ulaşması şartıyla asıl üyelik almaları mümkündür.

2004 yılında besteciler ve söz yazarları için en düşük gelir aşağıdaki şekilde belirlenmiştir:

Bestecilerin ve söz yazarlarının ard arda takip eden beş yıl içinde toplam en az 30.677,51 ğ'5f (Euro) gelire ulaşmaları ve bunun da ard arda takip eden dört yılında yıllık olarak en az 1.840.64 ğ'5f (Euro) gelir elde etmeleri gerekmektedir.

Müzik editörleri ise ard arda takip eden beş yıl içinde toplam en az 76.693,78 ğ'5f (Euro) gelir ulaştıklarını ve bunun da ard arda takip eden dört yılında yıllık olarak en az 4.601,63 ğ'5f (Euro) gelir elde ettiklerini ispat etmelidirler.

"Ciddî müzik" ("Ernste Musik", "E-Musik") olarak adlandırılan sanat eserlerinin sahipleri veya bu müziğin editörleri için bu miktarlar 1/3 oranında azaltılmaktadır. Bunun yanında daha önceden asıl üye olan kişiler için tekrar asıl üye olmak için istisnaî imkanlar getirilmiştir.

Eğer bir kişinin üye olmasından doğan sorumluluğunu yerine getirememesi ihtimalinin bulunması halinde icra kurulu, yönetim kurulunun da onayını alarak ekonomik şartları yerine getirirse bile bu kişinin üyelik kayıt başvurusunu reddedebilir.

Bununla beraber asıl bir üye olarak kaydedilme için gerekli olan ekonomik şartlar yerine getirilmese bile kültürel değerlendirmeden dolayı bir kişinin üye olarak kabul edilmesi mümkün olabilmektedir. Bu şekilde üyelik, şayet bir asıl üyenin doğrudan mirasçısı olan gerçek kişilerde de mümkündür. Ancak bu tür bir üyelik için pasif seçme hakkından (yani seçilme hakkından) vazgeçilmesi gereklidir.

Asıl üye olarak kaydedilebilmek için uygun bir başvuru yapılması gereklidir. Başvurunun kabulü ile ilgili kararı icra kurulu, yönetim kurulu ile anlaşarak vermektedir. Başvuru kabul edildiği takdirde asıl üyelik katılma beyanını takip eden yılın ilk günü, yani 1 Ocak'ta başlamaktadır.

Üyelik başvurusu reddedilirse, buna karşı itiraz bir ay içinde taahhütlü mektupla yapılmalıdır. Bu itiraz üyeler olağan genel kurulda kesin olarak karara bağlanmaktadır. Bu konudaki üyeler olağan genel kurul kararı için adı çoğunluk yeterlidir.

c) Aday ve Asıl Üyelik İçin Diğer Şartlar

1995 yılında Alman Telif Hakları Değerlendirme Kanunu'n (UrhWG) § 6 yapılan değişiklikten beri GEMA-Tüzüğü'nün 6. maddesine göre, Alman vatandaşı, Almanya`da ikametgâhı olan yabancı ve AB-vatandaşı olan kişiler aday veya asıl üye olarak kabul edilebilir. Editör açısından ise işletme merkezinin AB sınırları içerisinde olması gereklidir. Telif Hakları Değerlendirme Kanunu'nun eski düzenlemesine göre, hakların değerlendirilmesi talep hakkı sadece Alman ve Almanya`da ikâmet eden yabancı ile sınırlıydı. Ancak AB hukuku açısından bu durumu inceleyen Komisyon'un kararına göre, Alman hukukundaki bu sınırlayıcı durum malların ve hizmetin serbest dolaşımını ihlâl etmekteydi. Nitekim hukukî süreçte Avrupa Toplulukları Mahkemesi'nde (ATM) bu düzenlemeyi hukuku aykırı bulduğundan¹¹⁵ Almanya tarafından yukarıdaki şekilde kanunî değişiklik yapılmıştır. Bunların dışında haklı gerekçenin bulunduğu hallerde üçüncü bir ülkeden gelen bir yabancı yönetim kurulun onayıyla da üye olarak kaydedilebilmektedir.

d) Üyeliğe Son Verilmesi

GEMA-Tüzüğü'nün ilgili hükümlerine göre aday ve asıl üyeliğe son verilmesi şu şekillerde olabilir;

- Ayrılma,
- İcra kurulunun, yönetim kurulunun da onayını alarak üyelikten tek taraflı çıkartılma kararı,
- Ölüm veya iflâs
- Önemli sebeplerden dolayı yönetim kurul tarafından çıkartılma.

Ayrılma kararının GEMA`ya en geç mâli yılın bitmesinden altı ay önce bildirilmesi zorunludur ve ayrılma mâli yılın sonundageçerli olur. Fakat aday ve asıl üyeliğin sona ermesi yetki sözleşmesinin devamını etkilememektedir.

¹¹⁵ Komisyon'un 02.06.1971 t. ve ABRG 1971, L 134/21 f.; GRUR Int. 1973, s. 86 ve ATM'nin kararı için bkz. GRUR Int. 1994, s. 53.

Bu da GEMA-Tüzüğü'nün 9. maddesi gereğince yetki sözleşmesi süresince hak sahibinin GEMA'ya yararlanan üye olarak kalması anlamına gelmektedir.

Eğer bir üye, kasıtlı veya ağır ihmalle tüzüğü, paylaşırma planını, yetki sözleşmesini, dernek menfaatini veya telif haklarını ihlâl ettiği takdirde önemli sebeple üyelikten çıkarılabilir. Hakların değerlendirilmesi çerçevesinde hukukî statünün, diğer üyelere karşı kötü niyetli olarak istismar edilmesi de üyelikten çıkartılma sebebidir.¹¹⁶ Kişinin üyelikten çıkartılmadan önce dinlenilmesi gerekmektedir. Önemli sebeplerden dolayı çıkartılma söz konusu ise, çıkartılma kararının tebliğinden itibaren üç hafta içinde üyeler olağan genel kurul toplantısının kararını talep edilebilir. Çıkartılmada da yetki sözleşmesi süresince hak sahibi yararlanan üye olarak kalmaktadır.

GEMA-Tüzüğü'nün 9. maddesine göre, asıl üye sonradan GEMA ile veya başka bir meslek birliğiyle müzik kullanıcısı biri olarak sözleşme yaparsa veya müzik kullanıcılarına ekonomik bir bağımlılığı olursa hakların sınırlanması öngörülmüştür. Çünkü asıl üye olmadan önce böyle bir durumda böyle bir kişi ancak GEMA-Tüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, yalnız yönetim kurulu üyeliği için pasif seçim hakkından, yani seçilme hakkından mahrum olması ve müzik kullanıcıları ile yapılan sözleşmelerin tarifelerine ilişkin kararlarda oy verme hakkından yoksun bırakılması halinde asıl üyeliği mümkün olabilecektir.¹¹⁷ Asıl üye olarak kaydedildikten sonra ise bu üye için yönetim kurulu yukarıda bahsedilen sınırların tanınmasının kabul edilmesini isteyebilir. Asıl üye bunu reddederse, bu üye dinlendikten sonra yürürlükte olan mâli yılın sonunda geçerli olmak üzere asıl üyelik yönetim kurulu kararıyla sona erer. Bu karara karşı üç hafta içinde üyeler genel kurula itiraz etmek mümkündür. Genel kurulun kararı kesindir ve asıl üyeler genel kurul toplantısının bitimini izleyen mâli yılında asıl üyelik sona erer.

e) Yararlanan Üyelik

Yukarıdaki bahsedilen aday üyelik şartlarını yerine getiremeyen hak sahipleri bundan dolayı düzenli üye olamazlarsa da yine de yetki sözleşmesi ile verdikleri telif haklarının değerlendirilmesi yetkisiyle yararlanan üyelik söz konusu olmaktadır. Fakat bu üyeler dar anlamda üye statüsüne sahip değildir, çünkü bunlar dernekler hukukunda öngörülen bir şekilde üyeliği kazanmamışlardır. Daha ziyade bu üyeler ile GEMA arasındaki hukukî ilişki sadece yetkilendirme sözleşmesinden kaynaklanmaktadır.

¹¹⁶ *Steinau-Steinrück/Wohlgemuth*, zu § 9, GEMA-Kommentar, s. 132..

¹¹⁷ Bu şekildeki üyelik haklarına ilişkin bir sınırlamanın Alman Temyiz Mahkemesinin bir kararına göre, BGH vom 03.03.1971, BGHZ 55, 381 – UFA– Musikverlage, hukuka uygundur.

Yetkilendirme sözleşmesi ile bağlı olma süresi, AB-Ülkelerinden gelen yararlanan üyeler için üç yıldır.¹¹⁸ Eğer üç yıllık süre tamamlanmadan 6 ay önce bildirmek şartıyla sözleşme fesh edilmemişse, bu üç yıllık süre üçer yıllık periyotlarla uzamaktadır.

Yukarıdakiler dışında diğer yararlanan tüm üyeler için GEMA-Yetkilendirme Sözleşmesinin 10. maddesine göre kullanım sözleşmesinin süresi altı yıldır. Bu sözleşme, sürenin bitiminden 1 yıl önce yazılı bir şekilde başvuru ile fesh edilebilmektedir. Eğer sözleşme süresinde fesh edilmezse bir altı yıl daha kendiliğinden uzamaktadır. Fakat GEMA-Yetkilendirme Sözleşmesinin 16. maddesinde GEMA-Tüzükteki fesih süresinin kullanılabilceğini düzenlemektedir. Böylece yukarıda belirtilen fesih süresi dikkate alınarak üç yıl sonra da sözleşme fesh edilebilir. Gerçi bu üç yıllık fesih süresi rekabet hukukuna göre kısmen sakıncalı görülüyorsa da Alman Kanun Koyucu BGB'nin §309/b.9/c) düzenlemesiyle bu şüphelere karşı koymuş ve meslek birlikleriyle yapılan 2 yıldan daha uzun süreli sözleşmeleri böylece yasak kapsamının dışında tutmuştur.¹¹⁹

f) Editörlerin GEMA'daki Üyelik Sorunu

Editörlerin GEMA'daki üyelikleri Almanya'da sorun olarak tartışılmaktadır ve özellikle doktrinde kısmen eleştirilmektedir. Bunun sebebi GEMA'da yayıncıların sadece güçlü bir konuma sahip olmalarından değil, bundan çok çift statüye sahip olmalarındandır: Bir yandan editör olarak eser üzerine malî haklara sahipler; diğer yandan faaliyet alanlarını kaydırarak artık sadece müzik eserlerinden ekonomik yararlanmasıyla ilgilenmiyorlar, bunun yanında fonogram yapımcısı olarak faaliyette bulunmaktadırlar. Böylece kendileri de müzik kullanıcısı olarak GEMA'dan çoğaltma hakkı için lisans almak zorunda kalmaktadırlar.¹²⁰ Bundan dolayı editörler bir taraftan GEMA'nın üyesi olarak lisans tarifelerini etkileyebilmektedirler ve diğer taraftan fonogram yapımcısı olarak GEMA'nın aldığı tarif kararlarına göre lisanslar almaktadır. Bundan dolayı Almanya'da aşağıdaki konular tartışılmaktadır:

¹¹⁸ Bu süre daha önce AB üyesi ülke vatandaşları için 6 yıldır. Ancak Komisyon'nun GEMA I ve II kararları ile bu süre 3 yıla indirilmiştir. Çünkü 6 yıllık süre ile AB Vatandaşlarının meslek birliğini değiştirebilmesinin ölçüsüz olarak engellendiği kabul edilmiştir. Bkz. ATRG 1971 L 134, s.15 vd. – GEMA-I ve ATRG 1972 L 166, s. 22 vd. – GEMA-II.

¹¹⁹ *Steinau-Steinrück/Wohlgemuth*, GEMA-Kommentar, s. 118.

¹²⁰ Sony-BMG, Polygram, EMI, Warner Musik sadece fonogram yapımcısı olmayıp aynı zamanda müzik editörü olarak da faaliyet göstermektedirler. Bertelsmann Musik Group Yayın Evini 2006 senesinde Vivendi Şirketine sattı.

- Editörleri meslek birliklerden tamamen ayırmak veya
- Oy haklarını azaltmak (indirmek) ya da
- Editörlerin yüksek katılım payını dağıtım oranından azaltmak.¹²¹Goldmann, s. 110..

Fakat şu göz önünde tutulmalıdır ki; editörler meslek birliklerindeki üyelikleri haklı bir sebebe dayanmaktadır. Çünkü eser sahibi ile editör arasında karşılıklı bir bağımlılık ilişkisi vardır. Bunların, çoğaltma, yayma, temsil ve yayın açısından eserin ekonomik başarısına ilişkin menfaatleri vardır.¹²² bundan dolayı da birbirlerinden bir şekilde faydalanmaktadırlar.¹²³ Eser sahibine editör bağlantılarıyla, fonogram yapımcıları ve yabancı alt yayımcıları (Subverlage) ile olan ilişkilerde yardımcı olabilmektedir. GEMA'ya göre eserin propagandasını editör yapmaktadır ve bu sebeple de reklam için çok fazla masraflar ortaya çıkmaktadır. Bu masrafları da editör GEMA'dan elde edeceği gelirden karşılamak zorundadır.¹²⁴ Başka unutulmaması gereken bir başka konu da editörlerin geniş kapsamlı müzik kataloglarına sahip olmalarıdır. Bu kataloglar meslek birliklerinin repertuarının temel taşını teşkil etmektedir. Bütün bu sebepler de müzik editörlerin üyeliğini haklı gösterdiği ifade edilmiştir.¹²⁵

En önemli argüman ise editörlerde oluşan menfaat çatışması halinde GEMA-Tüzüğü buna uygun bir çözüm öngörmesidir. Şöyle ki, GEMA-Tüzüğü'nün 8. maddesinde yukarıda bahsedilen menfaat çatışmaları için yönetim kuruluna seçilememe ve müzik kullanıcıları ile yapılan sözleşmelerin tarifelerine ilişkin kararlarda oy verme hakkından yoksun bırakılması şeklinde üyelik haklarının sınırlandırılması düzenlenmiştir. Eğer bahsedilen menfaat çatışmalarından önce asıl üyelik elde edilmişse ve sonradan böyle bir menfaat çatışması oluştuysa bu takdirde üyelik haklarının sonradan sınırlandırılmasını düzenleyen 9. madde uygulanacaktır.

¹²¹Goldmann, s. 110.

¹²²Schneider, FuR 1990, Nr.12, s. 627 ve 634.

¹²³DPA in UFITA 81 (1978), s. 348 (359).

¹²⁴Stellungnahme der GEMA, UFITA 81 (1978), s. 348 (353 vd.)

¹²⁵Karş. Rossbach/Joos, FS Schrickler, s. 333 ve 340. Buna karşılık Alman öğretisinde Dietz ise yayıncıların üyelikten çıkarılmasını savunmaktadır. Bkz. Dietz, s. 275..

5. GEMA'nın Yönetim Yapısı

GEMA'nın organları:

- Asıl üyelerin oluşturduğu genel kurul
- Yönetim kurulu
- İcra kurulu

Bunların yanında komisyonlar ve kurullar, hakem heyeti ve dahi şikayet kurulu bulunmaktadır.

a) Genel Kurul

GEMA-Tüzüğünde ayrıntılı olarak düzenlenen ve ayrıca toplantı ve seçim yönetmeliği ile tamamlanan¹²⁶ genel kurul, aşağıdaki görevleri yerine getirmektedir:

- Yıl sonu faaliyet raporunun ve yıl sonu kapanış hesabının kabul edilmesi,
- İcra kurulu ve yönetim kurulunun ibra edilmesi,
- Yönetim kurulu üyelerinin seçimi ve azledilmesi,
- Genel kurulun yetkisi dahilinde olan komisyon ve kurulların seçimi ve azledilmesi,
- Yönetim kurulun tavsiyesi üzerine onur üyelerinin ve fahri başkanın atanması,
- Tüzük ve yetkilendirme sözleşmesi değişikliklerine karar verilmesi,
- Paylaştırma planının değiştirilmesi,
- Derneğin kapatılmasına karar verilmesi.

Ayrıca dernekle ilgili olan her konuda genel kurul yetkilidir.¹²⁷ Genel kurul toplantısı senede bir sefer toplanır. Şu hallerde ise;

- yönetim kurulu zorunlu görürse ya da
- asıl üyelerin ve delegeler dahil tüm üyelerin en az %10'u isterse.

¹²⁶ GEMA-Jahrbuch 2005/2006, s. 253 vd.; GEMA-Kommentar, s. 135 vd.

¹²⁷ V.Steinau-Steinrück/Wohlgemuth, GEMA-Kommentar, s. 144..

GEMA-Tüzüğü'nün 10. maddesine göre üyeler olağanüstü genel kurul toplantıya çağrılır. Bu durum GEMA'nın kurulduğundan beri sadece üç defa, o da 1950, 1956 ve 1965¹²⁸ yıllarında gerçekleşmiştir.

Olağan veya olağanüstü genel kurul toplantısına sadece asıl üyeler katılabilmektedir. Fakat meslek birliğine üye olan kişilerin tamamının menfaatlerini temsil zorunluluğu kanunen ön görüldüğü için (UrhWG §6/II) aday ve yararlanan üyeler adına 34 delege de genel kurul toplantısına katılabilmektedir.¹²⁹

Bu delegeler her yıl yapılan aday ve yararlanan üyeler genel kurulu tarafından üç yıl için seçilmektedirler. Bu delegeler, genel kurul toplantısında seçilme hakkı hariç asıl üyeler gibi yetkilere sahiptir.

Ekonomik açıdan ağırlığına bakılmaksızın her asıl üye genel kurul toplantısında sadece bir oya sahiptir.¹³⁰ GEMA-Tüzüğü'nün 10. maddesine göre besteci ve söz yazarları aynı zamanda müzik editörlerin temsilcisi olsalar bile sadece bir oy kullanabilmektedirler. Her üyenin sadece bir oyla sınırlanması ile üyelerin etkileri sınırlandırılmaktadır, ve böylece finansal katkı payına göre uygun oy hakkı verilmesi düşüncesi söz konusu olamamaktadır.¹³¹ GEMA'nın asıl üyelerinin sayısının çok fazla olmasından dolayı (31.12.2004 tarihi itibariyle asıl üye sayısı 2840'dır) tek bir üyenin gerçekten verilen kararlarda etkili olduğu söylenemez. Bundan dolayı bazen GEMA'nın "zorlayıcı özelliği" (Zwangsscharakter) eleştirilmektedir. Zira bir taraftan GEMA'nın tekel yapısından dolayı hak sahibi için ayrılma anlamsız olmakta; diğer taraftan ise bu duruma alternatif çözümler bulunmamaktadır.

GEMA-Tüzüğü'nün 11. maddesine göre oy verme "kurye sistemine" göre olacağı öngörülmüştür. Buna göre üyeler, besteciler, söz yazarları ve müzik editörler olmak üzere üç meslek grubuna ayrılmıştır. Her meslek grubu ilk önce birbirinden ayrı oy kullanmaktadır. Her grupta karar için esas itibariyle 2/3 çoğunluk aranmaktadır. Derneğin feshi için gerekli olan genel kurula katılanların 2/3 çoğunluğu aynı zamanda her bir meslek grubuna bağlı üyelerin

¹²⁸Steinau-Steinrück/Wohlgemuth, GEMA-Kommentar, s. 140.

¹²⁹GEMA-Tüzüğü'nün 12. maddesine göre 34 delegenin:

- 16'sı besteciler arasından, bunlarında en az altısı hukukî haleflerden olması gerekmektedir;
- 8'i söz yazarları arasından;
- 10'da yayıncılar arasından seçilmektedir.

¹³⁰Nordemann, angemessene Bedingungen, GRUR Int. 1973, s. 306/308.

¹³¹Oysa ABD hukukundaki meslek birliğinden ASCAP'de "performance credits" dikkate alınarak üyelerin kullanılabilir oy sayısı belirlenmektedir.

en az yarısına tekabül etmelidir. Yönetim kurulu üyelerinin seçimi için GEMA-Tüzüğü'nün 11. maddesine göre adı çoğunluk yeterli iken; görevden alma için 2/3 çoğunluk gerekmektedir.

Her bir meslek grupları kurullarının toplanmasından sonra bir dördüncü kurul söz konusu olmaktadır. Bu kurul bütün asıl üyelerin ve delegelerin katılabildiği genel kuruldur. Burada her bir meslek grubu bir oya sahiptir.

Bu dördüncü kurul olan genel kurulda aşağıdaki önemli konularda karar alınabilmesi için her üç meslek grubunun oybirliği gerekmektedir:

- Tüzük değişiklikleri,
- Yetkilendirme sözleşmesi veya paylaşırma planı değişiklikleri ve
- Derneğin feshi gibi.

Kurye sistemi olarak adlandırılan bu sistem, gerçi değişikliklerin çok yavaş yerine getirilmesine sebep olmakta, ve böylece tüzük veya sözleşme veya paylaşırma düzenlemeleri uzun süre bekletilebilmektedir. Diğer yandan bu sistemin avantajı, meslek gruplarının uygun değişiklik isteklerinin engellenmemesi için diğer gruplardan daha fazla esneklik ve görüşmeye hazır olunmasını sağlamaktadır. Fakat bu sistemin bir diğer dezavantajı ise, sayıca düşük olan editörlerin temel sorunlarda oranlarına göre büyük etkiye sahip olmalarıdır.¹³²

b) Yönetim Kurulu

Genel kurul tarafından seçilen yönetim kurulu, 15 üyeden oluşmaktadır. Bu üyelerin de 6'sı besteci, 5'i editör ve 4'ü ise söz yazarı olması gerekmektedir. Editörler, GEMA'nın tüm üyeleri içindeki payı %16 olmasına rağmen yönetim kurulu üyelerinin 1/3'ü oranında temsil edilmektedirler.¹³³ Bu da editörlerin diğer üye gruplarına nazaran yönetim kurulunda oranlarına göre yüksek şekilde temsil edilmesine sebep olmaktadır. Bu yüksek temsil oranı tarihî nedenlere dayanmaktadır. Şöyle ki; meslek birliklerinin kurulduğu zamanlarda bir besteci eserinin çoğaltılması için bir editöre ihtiyaç duymaktaydı. Ayrıca editörler müzik eserinden elde edilen gelirin %40'na kadar ulaşan bir pay almaktadırlar.

Yönetim kurulunun görev süresi üç yıldır. Yönetim kurulunun görevleri arasında aşağıdakiler sayılabilir:

¹³² *Goldmann*, s. 114; *Mauhs*, *Der Wahrnehmungsvertrag*, s. 122.

¹³³ 31.12.2004 tarihi itibarıyla toplam 2840 asıl üyenin 1922'si besteciden, 424'ü söz yazarından, 462'si yayıncıdan ve 32'si ise kanunî takipçiler (mirasçılar veya devren iktisap edenler gibi). Bkz. GEMA-Jahrbuch 2005/2006, s. 58.

- İcra kurulunun görevlendirilmesi,
- Komisyonun ve diğer kurulların kurulması veya oluşturulması,
- Tarife sözleşmelerinin onaylanması.

Yönetim kurulu, icra kuruluna talimat verme hakkına sahiptir. Böylece GEMA'daki yönetim kurulu anonim şirketlerindeki yönetim (gözetim) kurulundan fazla yetkisi vardır, çünkü Alman hukukunda anonim şirketlerdeki yönetim kurullarının sadece icra kurulları üzerine gözetim yetkisi bulunur. Ayrıca GEMA yönetim kurulu komisyonların ve heyetlerin kararları bakımından kesin ve son karar hakkına sahiptir, gerekirse onların kararlarını da kaldırabilir. Yönetim kuruldaki oylama adî çoğunlukla olmaktadır. Karar yeter sayısı için yönetim kurulu üyelerinin en az yarısı ve her meslek gruplarından da en az ikişer üyesi bulunması zorunludur. Bestecilerin oy birliği halinde artık karşı bir karar alınamaz.

c) İcra Kurulu

İcra kurulu, yönetim kurul tarafından göreve atanır ve görevden alınır. İcra kurulu birden fazla üyeden oluşabilir; günümüzde icra kurulu üç kişiden oluşmaktadır. Bu durumda GEMA'yı icra kurulundan iki üye birlikte temsil edebilirler. İcra kurulu, hukukî alanda ve diğer alanlarda GEMA'yı temsil ve GEMA'daki çalışanları idare eder.

d) İç Uzlaşma

GEMA-Tüzüğü'nün 16. maddesine göre mahkeme dışı iç uzlaştırılma için üç kurul öngörülmüştür: Uzlaştırma kurulu, tahkim ve şikayet kurulu. Uzlaştırma kurulu (m.16A) GEMA üyesi taraflar arasında olan her türlü anlaşmazlıkların çözümlenmesinde; tahkimde hakem heyeti (m.16B) GEMA'nın üyeleri arasındaki anlaşmazlıklarda ve şikayet kurulu ise (m.16C) GEMA'nın üyeleri ile GEMA arasında oluşan anlaşmazlıklarda yetkilidir.

aa) Uzlaştırma kurulu

GEMA-Tüzüğü'nün m. 16A'da düzenlenmiş olan uzlaştırma kurulu bir başkan ve dört üyeden oluşmaktadır ve her bir anlaşmazlıkta yönetim kurulu tarafından göreve çağrılır. Bu kurulun görevi ise taraflar arasında meydana gelen anlaşmazlıkları çözüme kavuşturmaktır. Fakat bu kurul hukukî geçerliliğe sahip kararlar verememektedir. Bu anlaşmazlığın tarafları hem GEMA üyeleri hem de GEMA'nın kendisi olabilmektedir. GEMA-Tüzüğü'nün diğer maddelerinde düzenlenen iç uzlaşma yolları daha özel nitelikte hükümler

olduklarından iç uzlaştırma kuruluna bu zamana kadar hiç ihtiyaç duyulmamıştır.¹³⁴

bb) Tahkim

Tahkim çerçevesinde hakem heyeti, GEMA'nın üyeleri arasında (yani asıl, aday ve yararlanan üyeler arasındaki) ortaya çıkan anlaşmazlıklar, özellikle tüzüğün yorumlanmasına, paylaşırma planına, yetkilendirme sözleşmelerine, çalışma içtüzüğüne ilişkin olarak ve GEMA'nın kararları ve diğer tedbirleri hakkında yetkilidir.

Hakem heyeti bir başkandan ve dört üyeden oluşmaktadır. Bu dört azayı aralarında sorun çıkan iki taraf ikişer kişi atayarak oluşturur. Başkan mutlaka hukukçu olmalıdır. Hakem heyeti GEMA'nın çalışanlarından ya da GEMA ile sürekli bir iş ilişkisi olan kişilerden oluşamaz.

Hakem heyeti günümüze kadar hiç görevlendirilmemiş olduğundan "ölü kurul" olarak nitelendirilmektedir. Bunun sebebi, eğer bir kez tahkim yoluna başvurulursa artık hukuk mahkemelerine aynı konuda gidilememesi ve hakem kararlarının temyizinin mümkün olmamasıdır. Benzer bir şekilde de, eğer bir uyuşmazlıkta ilk önce hukuk yoluna gidilirse aynı olayda artık tahkim yolu kapanmaktadır. Ayrıca davalının seçim hakkı bulunmadığından, tahkim yolu seçildiği takdirde davalı da hakem heyetinin yargılamasını kabul etme zorunluluğu bulunmaktadır. Bunlardan dolayı üyeler kendi aralarındaki sorunların çözümü için hukuk mahkemelerini tercih etmektedirler.¹³⁵

cc) Şikayet kurulu

Şikayet kurulu, GEMA ile GEMA'nın üyeleri (asıl, aday ve yararlanan) arasındaki üyelik ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümlenmesine yetkilidir. Eğer bir üye menfaatinin çiğnendiğini ileri sürmek istiyorsa, GEMA-Tüzüğü'nün m. 16/C/b.1'e göre şikayet kuruluna başvurabilir. Özellikle Tüzüğü'nün yorumlanmasına, paylaşırma planına, yetkilendirme sözleşmelerine, çalışma içtüzüğüne ilişkin olarak ve GEMA'nın kararları ve diğer tedbirleri hakkında şikayet kuruluna başvurulabilmektedir. Ancak Tüzükte ya da başka bir hükümde farklı bir başvuru yolu öngördüyse şikayet kurulu artık yetkili değildir.¹³⁶

Şikayet kurulu her üç meslek grubunun temsilcisinden, bir başkandan ve bir de başkan yardımcısından oluşmaktadır. Kurul çalışma esasları kendi iç

¹³⁴ *Steinau-Steinrück/Wohlgemuth, GEMA-Kommentar, zu § 16, s. 170..*

¹³⁵ *Steinau-Steinrück/Wohlgemuth, GEMA-Kommentar, zu § 16, s. 171..*

tüzüğünde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu kurulda da başkanın mutlaka hukukçu olması lazımdır.

Tahkim yolunun aksine burada, hukuk mahkemesine başvuru yolu sadece itiraz davası sürdüğü sürece kapalıdır. Üyenin şikayet başvurusu, başvurunun yapıldığı tarihten itibaren 6 ay içinde sonuçlandırılmalıdır.

II. GVL

Alman Orkestra Birliğinin (DOV) 1959 yılında yorumcuların ve icracı sanatçıların menfaatlarını temsil etmek ve korumak için kurulmuştur. Daha sonra İFPI'nin Alman Bölge Grubuyla beraber müzisyenlerin ve fonogram yapımcıların eser sahibinin haklarına komşu haklarını korumak ve bu hakları değerlendirmek amacıyla bir limited şirket (Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH) kuruldu. Böylelikle 1965 yılında çıkarılan yeni Telif Hakları Kanunu ile ilk kez kanunen açıkça düzenlenen bağlantılı haklardan daha önce bu şirket kurulmuştur.

III. Meslek Birliklerinin Kurumsallaşmış Şekilde Birlikte Çalışması

1. Genel Olarak

Almanya'da şu anda 12 meslek birliği bulunmaktadır.¹³⁷ Bu birliklerin çalışmaları sayesinde sadece hak sahiplerinin menfaatlerinin sürekliliğini sağlanmamakta, ayrıca kullanıcılar için de ücret tahsillerinin merkezileşmesi ve ücretlerin tamamının belirlendiği bir çerçeve sözleşme yapabilme imkanları ortaya çıkmıştır. Kullanıcılar yasal ücret sorumluluklarını mümkün olduğu kadar pratik ve fazla idarî külfet oluşmayacak bir şekilde yerine getirebilmektedirler.¹³⁸

Alman meslek birliklerinin çok sayıda olması, hakların değerlendirilmesinin etkin bir şekilde gerçekleştirilmesi için beraber çalışmanın gerekli olduğu düşüncesinin oluşmasını sağladı. Bundan dolayı meslek grupları olan GEMA, VG Wort, VG Bild-Kunst, GVL, VG Musik-Edition, GÜFA, VFF, VGF, AGICOA und GWFF değişik alanlarda beraber çalışmaktadır.¹³⁹

¹³⁶ Farklı başvuru yolları için bkz. *Steinau-Steinrück/Wohlgemuth*, GEMA-Kommentar, zu § 16, s. 174.

¹³⁷ Herbir meslek birliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Schricker/Reinbothe*, vor §1 ff., Rn. 14 ff. "VG Werbung GmbH" adlı 20.12.2000 tarihinde limited şirket olarak kurulan ve reklam konusunda çalışan meslek birliği 26 Ocak 2004 tarihli Alman Patent Kurumu tarafından verilen izinle bu tarihten itibaren meslek birliği olarak faaliyete geçmiştir.

¹³⁸ *Rosbach*, Die Vergütungsansprüche im deutschen Urheberrecht, s. 213.

¹³⁹ *Kreile*, GEMA-Kommentar, s. 711.

2. Genel Bakış

Aşağıdaki tablo GEMA'nın hangi meslek birlikleri ile bareber çalıştığını göstermektedir.¹⁴⁰

Adı	Ortaklar	Ortak Faaliyet Alanı	Kuruluş Yılı
Özel Çoğaltma Hakkı İçin Merkez Zentralstelle für Private Überspielungs- rechte (ZPÜ)	GEMA; VG Wort; VG Bild-Kunst; GVL; VVF; VGF; GÜFA	Cihaz üreticileri ve ithalatçılarına ve boş kaset üreticilerine ve ithalatçılarına karşı telif ücretlerin tahsili; gelirin ortaklara dağıtılması (UrhG §54 vd.)	1963
Kütüphane Kazanç Payı Merkezi Zentralstelle Bibliotheks- tantieme (ZBT)	GEMA; VG Wort; VG Bild-Kunst; GVL; VVF; VGF	Devlet kütüphanelerine, kilise kitaplıklarına ve iş kitaplıklarına karşı bedel tahsili (UrhG §27/2)	
Video Kiralama Merkezi Zentralstelle für Videover- mietung (ZVV)	GEMA, VG Wort, VG Bild-Kunst, GÜFA, GWFF, VGF ve GVL	Fonogramların kiralınmasından doğın telif ücretinin tahsili (UrhG §27/1). Tahsil GEMA bölge müdürlükleri tarafından gerçekleşir	1989
DRAMA İş Birliği Arbeitsge- meinschaft DRAMA	GEMA ve VG Wort	Wahrung der Rechte dramatischer Autoren und Verleger bei gleichzeitiger, vollständiger und unveränderter Übermittlung von Ton- und Fernsehrundfunkprogrammen durch in- und ausländische Kabelsysteme (20 UrhG) Dramatik yazarların ve editörlerin yabancı ve yurt içi kablo sistemlerinden aynı anda, eksiksiz ve değiştirilmeden iletilen televizyon ve radyoyayınlarının korunması (UrhG §20)	1981
Kablolu Yayınların Tahsili Merkezi Inkassostelle Kabelweitersendung	GEMA, VG Wort, GVL, VG Bild-Kunst, AGICOA, VGF, GWFF, olan radyo-tv kurumları	Kablolu devam iletiminde (UrhG §20b) Alman Telekom A.Ş. karşı tahsil Tahsil GEMA tarafından gerçekleşir	1987

¹⁴⁰ Beraber çalışma alanları hakkında toplu bir bakışı için bkz. *Kreile*, GEMA-Kommentar, s. 701 vd.

3. Paylaşırma İlkeleri

Elde edilen gelirin paylaşırılması için Telif Hakları Kanunu (Urheberrechtsgesetz, UrhG) ve Telif Haklarını Değerlendirme Kanunu'nda (Urheberwahrnehmungsgesetz, UrhWG) getirilen düzenlemeler ve bu düzenlemelerdeki ölçüler dikkate alınmak zorundadır.

Federal Adalet Bakanlığı ve Patent Kurumu'na göre ortak olan meslek birliklerinin görevi, gelirlerin uygun şekilde dağıtılablmesinin ölçütlerini belirlemek ve gerektiğinde uzlaşarak bu ölçütleri kararlaştırmasıdır. Aksi takdirde, yani bu konuda uzlaşma sağlanamazsa, mahkeme tarafından bu uyuşmazlık çözüme kavuşturulacaktır.¹⁴¹

4. Meslek Birliklerinin Ortaklığı Alman Patent ve Marka Kurumu (DPMA) Tarafından Denetimi

Hakim görüşe göre yediemin işlevi olmayan mevcut meslek birliklerinin ortaklıkları, sadece tahsil için olduğunu (DRAMA ve CMMV istisnadır, çünkü bunların tahsille bir ilgisi yoktur) gösteriyor. Demek ki, bu ortaklıklarda anlamında bir meslek birliği söz konusu olmamaktadır.¹⁴²

DPMA temsilcisi ZPÜ, ZVV ve CMMV toplantılarına düzenli olarak katılmaktadır; gerektiğinde kablo devam iletim tahsili merkezine toplantılarına da katılmaktadır. Ayrıca malî yıl hesaplamalarının kapanışı, bilançolar, yıllık faaliyet raporları ve protokoller gibi belgelerin DPMA'ya sunulur.¹⁴³

B. ABD'de Müzik Alanında Faaliyet Gösteren Meslek Birlikleri

I. Genel Olarak ABD'deki Mevcut Sistem

ABD'de müzik hakları alanında üç büyük meslek birliği bulunmaktadır. En eskisi ve en büyüğü olarak ASCAP,¹⁴¹ hiç de azımsanamayacak bir pazar

¹⁴¹ *Kreile*, Einnahme und Vergütung, GRUR Int. 1992, s. 24/34.

¹⁴² *Schricker/Reinbothe*, vor § 1ff UrhWG, Rn. 14; *Wandtke/Bullinger/Gerlach*, vor § 1 vd. Urheberwahrnehmungsgesetz, Rn. 16; *Kreile*, GEMA-Kommentar, s. 718. Karşı görüş için bkz. *Vogel*, Wahrnehmungsrecht und Verwertungsgesellschaften, GRUR 1993, s. 513/517.

¹⁴³ *Kreile*, GEMA-Kommentar, s. 719.

¹⁴⁴ *American Society of Composers, Authors and Publishers*, One Lincoln Plaza, New York, New York 10023.

¹⁴⁵ *Broadcast Music, Inc.*, 320 West 57th Street, New York, New York 10019.

payına sahip olan BMI¹⁴⁵ ve bunların en küçüğü olarak SESAC¹⁴⁶ Ayrıca müzik lisansları verebilen ancak çok küçük olan organizasyonlar bulunmakla birlikte, bunlar burada incelenmeyecektir. Kanada'da 1990 yılına kadar birbiriyle rekabet içinde olan meslek birliklerinin 1990 yılında tek bir çatı altında birleşmelerinden sonra, müzik alanındaki hakların kolektif gerçekleştirilmesi için doğrudan rekabet içinde olan birden çok meslek birliğinin bulunduğu ülkeler olarak Dünyada sadece Türkiye ve ABD kalmıştır.

Meslek birliklerinin ki gibi benzer görevleri, ABD Copyright Act'da düzenlenmiş olan zorunlu lisanslar için ABD Telif Hakları Bürosu (*U.S. Copyright Office*) gerçekleştirmektedir. Telif haklarının değerlendirilmesinde aracı olan ajanslar, sendikalar ve derneklerin katılımı da söz konusu olabilmektedir.

II.ASCAP

1. Genel Olarak

1910 yılında besteci ve yayımcıdan (editörden) oluşan 8 kişilik bir grup tarafından kurulmuş ASCAP (The American Society of Composers, Authors and Publishers), ABD'de zamanımızın en önemli meslek birliğidir. Dernek olarak kurulan ASCAP'ın üye sayısı devamlı artmaktadır ve Almanya'daki GEMA gibi sadece besteci, söz yazarı ve editörlerin elinde olarak müzik eserleri üzerindeki hakları değerlendirmektedir. 2006 yılında kendi verilerine göre ASCAP'ın besteci, söz yazarı ve yayıncıların oluşturduğu üye sayısı aşağı yukarı 240.000'dir. Esas itibarıyla müzik yaratıcısı olan herkese üyeliğin açık olduğu ASCAP'ın işletme politikası seçicilik olmayıp, bilâkis eşitlik esasına dayanmaktadır.

ASCAP'ın çalışma esası kâr amaçlı olmayıp, masraflar çıkarıldıktan sonra toplanan tüm gelirlerin yetkili olan kişilere – müzik eserleri sahipleri ve editörler – dağıtılmasıdır. Kendi verilerine göre, özellikle de Amerikan müzik endüstrisinin Dünya çapındaki hâkimiyeti sayesinde ASCAP Dünya çapında en çok gelir toplayan meslek birliğidir.

Günümüzde ASCAP'ın repertuarı 3 milyondan daha fazla korunan eserden oluşmaktadır.

¹⁴⁶ *SESAC, Inc.*, 55 Music Square East, Nashville/Tennessee; 421 West 54th Street, New York, New York 10019,

ASCAP'in repertuarı ciddî ve eğlenceli müziklerden oluşan bir çeşitlilik arz etmektedir. Avrupa'daki meslek birliklerindeki gibi belli bazı haklar veya hak grupları ayırımı yapılmaksızın ASCAP repertuarı, münhasıran bir bütün olarak alınabilmektedir. Bu şekildeki bütün eserleri kapsayan lisans ABD'de "götürü lisans" (blanket license) olarak adlandırılmaktadır. Lisans ücretleri daha önceden tespit edilmiş olan ölçülere göre götürü usulle hesaplanır: Örneğin medya sektöründe, özellikle radyo kuruluşlarında çoğunlukla cironun belli bir yüzdesi, ki bu uygulamada elli yıldan daha uzun zamandır çok sayıda rekabet davasına vesile olmuştur.

2. Hukukî Yapısı

ASCAP, kâr amacı gütmeksizin çalışan ve bundan dolayı yönetim masrafları düşüldükten sonra elde edilen gelirlerin tamamının üyelere önceden kesin bir şekilde tespit edilmiş dağıtım ilkelerine göre dağıtıldığı bir dernektir.

Derneğin amacı, her şeyden önce müzik eserlerinde eser sahibinin ve editörün korunması, fikrî mülkiyetin desteklenmesi, eser sahibi ve editörün korunması için telif haklarının basitleştirilmiş olarak idaresi ve müzik eserlerinin bestecisi, söz yazarı ve editörün menfaatlerinin desteklenmesidir.

a) Yönetim Kurulu ("Board of Directors")

ASCAP'in 24 kişilik yönetim kurulunun 12 üyesi müzik eserleri sahipleri arasından ve 12 üyesi editörler arasından seçilmektedir. Müzik çeşitliliğini gerçekleştirmek ve toplam gelirdeki farklı finansal katılımı yansıtmak için her iki taraftan da seçilen üyelere üçer kişi "ciddî" veya "klasik" müzik alanından olmak zorundadır. Yönetim kurulunun görev süresi iki yıldır. Toplantı için en az 12 üyenin hazır bulunması gerekir; bu 12 sayısı içinde de en az beş müzik eseri sahibi ile beş editör üyenin bulunması gerekir. Karar yeter sayısı ise en az 8'dir.

Yönetim kurulu, yılda en az 9 kere toplanır ve her yıl genel kuruldan sonra bir kez derneğin icracı yöneticilerini seçer.

Yönetim kurulunun seçimi, eser sahipleri ve editörlerin oluşturduğu meslek grupları tarafından ayrı ayrı olarak gerçekleştirir. Aday üye listelerinden editörler ve eser sahiplerine göre ayrılmış olarak her ASCAP üyesi yönetim kurulunu seçer. Bu esnada "*performance credits*" olarak adlandırılan bir üyenin eserlerinin temsil sıklığının dikkate alındığı istatistiksel ağırlığı ile bir üyeye

düşen oy sayısı tespit edilir. Bu şekilde tespit, yani “*performance credits*” dikkate alınarak kullanılabilir oy sayısının belirlenmesi, editör grubu için de geçerlidir. Güncel istatistiksel verilere göre “*performance credits*”i olmayan üyenin, yönetim kurulunun seçimine katılma hakkı da bulunmamaktadır. Çok yüksek pazar payına sahip büyük editörlerin fazla oy hakkının engellenmesi amacıyla oy sayısı için bir üst sınır belirlenmiştir.

Tüzüğünün ilgili maddesine göre yönetim kurulu ve icracı başkan, genel olarak ASCAP'in bütün işlerinin idaresinden sorumludur. Menfaat çatışmalarını önlemek amacıyla bir yönetim kurulu üyesi, kendinin de kişisel veya finansal menfaatinin bulunduğu projelere lisans verilmesi konusundaki kararlara katılamaz.

b) İcracı Başkanlık (“Officers”)

Genel sekreter ve saymana nazaran icracı başkan (müdür) ve iki yardımcısı yönetim kurulu üyeleri arasından olmaları gerekir. Dört pozisyon da iki yıllık periyotlarla ve üçte ikilik çoğunlukla yönetim kurulu tarafından seçilir. Yönetim kurulu üyelerinden sadece eser sahipleri arasından icracı başkan seçilir. İcracı başkan, bütün ticarî işlerle ilgili olarak ASCAP'in yürütme organıdır; yönetim kurulunun almış olduğu tüm kararları yerine getirir. İcracı başkanın iki yardımcısından biri eser sahipleri diğeri ise editör üyeler arasından seçilir. Sayman ve genel sekreter finansal işlerden ve iç tüzüğe riayetden sorumludurlar.

c) Kurullar ve İç Uzlaşma Müessesesi

İcra kurulu, birliğin tüzüğe uygun olarak normal bir şekilde işlemesi görevini ifa eder. Bunun yanında bir de finans kurulu bulunmaktadır. Ayrıca üyelerin şikayet mercii olarak “*Board of Review*” 1996 yılından beri bu görevi yerine getirmektedir. Bu kurul dördü eser sahiplerin diğeri dördü de editörlerden olmak üzere eşit haklara sahip 8 kişiden oluşmaktadır. Bu kişiler de yönetim kurulu kararı ile üyeler arasından seçilirler.

Gelirlerin üyelere dağıtılmasını doğrudan ilgilendiren ASCAP'in bir karar veya kuralından memnun olmayan ASCAP'in her üyesi “*Board of Review*”a şikayette bulunma hakkına sahiptir. “*Board of Review*” bu şikayetleri titizlikle inceler ve karar verir; şikayette bulunan üye, bu karara karşı üç kişilik hakem heyetinden oluşan ve “*Panel*” olarak adlandırılan itiraz mercii'ne başvurabilir.

3. ASCAP Üyeliği

Besteci, söz yazarı ve editörler ASCAP'in üyesi olabilirler. Bu üyelik üç ay önceden her vergi yılı sonunda geçerli olmak üzere yazılı olarak başvurularak sona erdirilebilir. Üyelikten ayrılmış olan üyenin repertuarı önceden verilmiş lisansların süresinin sonuna kadar ASCAP'de kalır ve ayrılmış üyenin bu zaman için de gelirlerden, indirilmiş olarak da olsa, yine de pay alma hakkı vardır.

ASCAP'de üç tür üyelik bulunmaktadır. Bunlar, tam üyelik "*full membership*", yararlanan üyelik "*associate membership*" ve fahrî üyelik. ASCAP'in kurulduğundan beri değişmemiş olan yıllık üyelik aidatı müzik eserleri sahipleri için sadece 10, müzik editörler için ise 50 ABD Doları'dır.

Üyelik elde etmek için bir bestecinin ya ticarî amaçlı olarak kaydedilmiş bir bestesi olmalı ya da umuma arz edilmiş olan bestelerinden biri piyasada alınabilir olmalıdır. Bunların dışında alternatif olarak en azından, müzik parçasının umuma açık olarak ASCAP'in olağan olarak lisansladığı yerde veya medyada temsil edilmiş veya yayımlanmış olmasının ispatlaması gerekir. Bu kriterlerden hiçbiri karşılanmadığı takdirde bu müzik eseri sahibi, eğer ABD Telif Hakları Bürosu'na kayıtlı bir bestesi olduğunu ispat ettiğinde, sadece yararlanan üyelikten "*associate membership*" faydalanabilir.

Kim, düzenli olarak ASCAP'in repertuarını lisans sözleşmesi çerçevesinde kullananlar tarafından temsil edilen veya yayınlanan müzik eserlerini umuma arz ederse ASCAP'de editör olarak üye olabilir. Editör üyelik şartlarını yerine getiremeyenler editörler için eser sahiblerindeki gibi "*associate membership*", yani yararlanan üyelik gibi farklı bir üyelik şekli öngörülmemiştir.

ASCAP üyelerin hepsi, sözleşmeyle dramatik olmayan eserler üzerinde malî hakların basit lisans olarak değerlendirme yetkisini ve kendilerine ait eserlerinin bir listesini verirler.

III. Broadcast Music, Inc. (BMI)

1. Tarihçesi

ABD'de müzik alanında ikinci büyük meslek birliği 1939 yılında kurulan "*Broadcast Music, Inc.*"dir. Günümüzde müzik alanında lisansların verilme oranının ve bunlardan elde edilen gelirlerdeki BMI'nin ABD'de pazar payı bazı alanlarda neredeyse ASCAP'in pazar payına ulaşmıştır. Hatta BMI, radyo ve

televizyonlar için lisans işinde pazar lideridir. ASCAP'e nazaran BMI'nin gelirlerinin ne kadar olduğu konusunda maalesef bilgi verilmemektedir. 90'lı yılların sonunda BMI, artarak devam eden bir trendle ASCAP'in gelirlerinin aşağı yukarı %85'ine ulaşmıştı.

Kendi verilerine göre BMI'nin repertuarı müziğin her dalından toplam 6,5 milyon eserden oluşmakta olup, besteci, söz yazarı ve editörden oluşan üyeleri de toplam 300.000 civarındadır.

Dernek statüsünde olan ASCAP'e nazaran BMI bir anonim şirkettir. Hisseleri doğrudan veya dolaylı olarak radyo endüstrisi ile bağlantılı olan bugün itibariyle arasında bir çok küçük radyo kuruluşlarının da bulunduğu toplam 400 civarında ortak tarafından paylaşılmaktadır. Anonim şirket statüsü nedeniyle diğer meslek birlikleri gibi bir üyelik statüsü mümkün olmamaktadır. Bundan dolayı eser sahipleri ve yayıncılar sadece "*Affiliates*" olarak bir sözleşme ile BMI'ye bağlanmaktadır. BMI, anonim şirket olarak kurulmuş olmasına rağmen kâr amaçlı çalışmaz. Çünkü BMI, hissedarlarına temettü dağıtmayıp, bilâkis elde edilen gelirlerden kendi masraflarının düşülmesinden sonra kalan miktar hak sahiplerine ödenir.

BMI'nin sadece müzik eserlerini kullananlar tarafından yürütülmesi ortaya çıkış tarihçesinden anlaşılmaktadır. Şöyle ki; 1930'lı yılların sonuna kadar ASCAP ABD'de, 1.100 müzik eseri sahipleri ve 140 editörü üyesi olan tek meslek birliği idi. ASCAP, radyo endüstrisine önceden miktarı belirlenmiş bir ücret karşılığı "götürü lisans" (Blankettlizenz) vermesine başlamış olsa da, 1932 yılında bu götürü lisansın yüksekliğinin hesaplanmasında farklı bir usul benimsemiştir. Yeni usulde radyo kuruluşlarının toplam brüt gelirlerinin belli bir yüzdesi lisans ücreti olarak talep edilmekteydi ve ASCAP bu usulü sadece radyo kuruluşları için koymuş olup, oteller, restoranlar gibi işletmeler için kullanmamıştır.

1939 yılında da ASCAP'in tarifelerinin hızlı bir şekilde yükselmesi, ASCAP ile bu yükseltilmiş lisans ücretlerini kabul etmeyen radyo kuruluşlarının arasındaki görüşmelerin kesilmesine yol açmıştır. ASCAP ile radyo endüstrisi arasındaki bu tarife sürtüşmesi 31 Aralık 1940'da başlayan ve aylarca süren karşılıklı boykota kadar gitmiştir. Boykot esnasında radyo kuruluşları ASCAP'in repertuarında olan müzik eserlerini çalmamışlardır. Bunun yerine sadece serbest olan müzik parçaları çalınmıştır ki, bu da sınırlı bir müzik sunumuna yol açmıştır. Bu süreçte, ASCAP'in pazardaki tekel konumuna son vermek amacıyla

radyo kuruluşlarından bir grup kendi repertuarı olan bir organizasyon kurmayı kararlaştırmışlardır. Bunlar arasında büyük "Network"ler, yani federal düzeyde yayın yapan devlet televizyon kuruluşları CBS, ABC ve NBC –bu televizyon kuruluşları daha sonraki bir zamanda BMI'den çıkmışlardır–, ve 500 civarında küçük bağımsız radyo kuruluşları yer almıştır.

Başlangıçtan itibaren BMI, ASCAP gibi üyelerin oluşturduğu bir birlik olarak değil, endüstri ve hak sahipleri arasında aracı olarak kendi repertuarını çoğaltmak amacıyla müzik editörlerin kataloglarını satın almıştır. Bundan dolayı da kuruluşunun ilk on yılında BMI eser sahipleri yerine sadece müzik editörlerine ödeme yapmıştır. Çok kısa bir sürede büyük bir başarı kazanan BMI özellikle Dünya savaşı sonrası popüler olan "Blues", "Western", "Country" ve "Rock'n Roll" gibi müzik alanlarında güçlü bir repertuara sahip olmuştur. Müziğin bu alanlarında BMI, zaman zaman gerçek bir tekel konumuna sahip olmuştur.

2. BMI'nin Faaliyetine Genel Bir Bakış

Gerçek olan şudur ki, BMI sadece radyo kuruluşlarının elinde olup bunlar tarafından işletilmekte olduğu için ASCAP'in konseptinden tamamen farklı bir konseptle faaliyetini yürütmektedir. Eser sahipleri ve yayıncılar yerine müzik eserlerini kullananların elinde olan bu şekildeki bir meslek birliği yapısı, Avrupa'da ve Dünya çapında bir karşılaştırma dikkate alındığında ise, son derece alışılmadık bir yapıdır.

Editörler için en az 5 müzik parçasını umuma arz etme zorunluluğu şartını arayan ASCAP'in başlangıçtaki sınırlı uygulamasına nazaran BMI başlangıçtan itibaren böyle şartlardan vazgeçerek açık kapı politikasını "*open door policy*" benimsemiştir. Böylece henüz yeterli aşama kat etmemiş olan yayıncıların da girişini desteklemiştir. Kuruluşunun ilk on yılında BMI kendi repertuarını, hedeflenmiş bir şekilde sadece müzik editörleri kendine bağlayarak oluşturmuşken bu zamanda müzik eserleri sahiplerini sözleşmenin kapsamı dışında bırakmıştır.

Farklı kökenden gelmelerinden dolayı her iki meslek birliğinin karşı pozisyonlarda faaliyette bulunan kişilerin elinde olmalarından dolayı tahmin edilenin aksine ASCAP ve BMI arasında olan rekabet ortamındaki farklılıklar bugün için çok keskin değildir. Müzik eserleri sahiplerini kendine bağlamak için BMI, günümüzde ASCAP'in kazanç payı dağıtımını karşısında rekabet edebilir olmaktadır.

ASCAP'in her müzik eseri sahibine aynı şartlarda sözleşme sunma zorunluluğu bulunurken BMI her zaman saldırgan bir pazar politikası benimsemiştir. BMI, bazı müzik eserleri sahiplerinin üye olmaları veya bazı ASCAP üyelerin BMI'ye geçmeleri için özel ödemeler veya özellikle daha uygun sözleşme şartları sunabilmektedir. BMI tarafından kullanılan lisans sözleşmeleri ve tarifeler ise ASCAP'deki gibi standartlaştırılmıştır.

3. Hukukî Yapısı

Anonim şirket olan BMI'nin hisseleri yalnızca ABD'deki radyo kuruluşları endüstrisinin elinde bulunmaktadır. Müzik piyasası için ABD'nin tamamına yayılmış olan on binin üzerindeki küçük radyo kuruluşlarının, Almanya'da kamu kuruluşu niteliğindeki radyo-televizyonların oynadığı büyük rol yüzünden çok daha büyük bir önemi bulunmaktadır.

BMI kâr amacı gütmeyen ve hissedarlarına temettü ödemesinde bulunmaz. BMI de ASCAP gibi elde edilen gelirlerden idarî ve umumî mahallelerdeki takiplerin masrafları düştükten sonra kalan miktarı kendine bağlı olan müzik eserleri sahiplerine ve editörlere dağıtmaktadır.

a) Yönetim ve Karar Alma Mekanizması

aa) Yönetim kurulu

BMI'nin yönetim kurulu, hissedar olma zorunluluğu bulunmaksızın görevini fahrî olarak yürüten 16 kişilik bir üye grubundan oluşmaktadır. Yönetim kurulu üyeleri hissedarlar yıllık genel kurulu tarafından seçilir. Görev süresi normal olarak bir yıldır. Yönetim kurulu, BMI'nin denetimi ve işlerinin yürütülmesinde genel yetkilidir.

BMI bünyesinde yer alan editörlerin ve eser sahiplerinin oy kullanma hakları bulunmamaktadır. Böylelikle bunlar lisansların yüksekliği veya elde edilen gelirlerin dağıtılmasındaki kararları da inisiyatif kullanmaksızın kabul etmek zorundadırlar.

bb) İcra kurulu

Yönetim kurulu, her yıl şirkete bir başkan ("President"), bir veya birden fazla başkan yardımcısı ile işlerin idaresi için gereken diğer üyeleri atamaktadır. Başkan hem bu görevi hem de yönetim kurulu başkanlığını birlikte yürütebilmektedir. Başkan, şirketin en üst icracı organı olup yönetim kurulunun

almış olduğu kararları uygulamakla görevlidir. İcra ile ilgili tüm görevliler başkanın emri ve sorumluluğu altındadır. Ayrıca başkan, bir icra kurulları oluşturabilme yetkisine sahiptir. Yönetim kurulu, her zaman çoğunluk oyu ile icracı elemanları azledebilir.

BMI'de kararlar, eser sahipleri ve yayıncıların tarafından herhangi bir etkinin olmadığı radyo endüstrisinin temsilcilerinden oluşan profesyonel olan yönetimin uhdesindedir. Böylesi bir durum, eser sahipleri ile editörler arasındaki menfaat çatışmasının şirketin faaliyetini engellemeyeceğinden dolayı avantajlıdır. Ayrıca karar verici olanlar, elde edilen net kazançların dağıtılmasında doğrudan katılmadıklarından dolayı –eser sahipleri ve editörlerden oluşan meslek birliklerin aksine– ulusal repertuarın özellikle himaye edilmesinde de menfaatleri bulunmamaktadırlar. Bu şekildeki kişisel menfaat eksikliği hak sahiplerinin ücret paylarını da etkilemektedir. Avrupa'daki eser sahiplerinin ve yayıncıların öncelikle yerini güçlendirmeye çalışan telif hakları anlayışı, BMI'nin öncelikli hedeflerinden değildir.

cc) İç uzlaşma

BMI bünyesinde iç uzlaşma yoluna ilişkin bir organ bulunmamaktadır. Şirket ile hak sahipleri arasındaki anlaşmazlıklar dışarıdan bir hakem heyeti tarafından “*American Arbitration Association*” kuralları çerçevesinde çözülmektedir.

b) BMI ile bağlantı

Hakların değerlendirilmesi amacıyla sözleşmeler yaparak sadece gevşek bir şekilde BMI'ye bağlanan müzik eserleri sahipleri ile editörlerin sayısı günümüzde 300.000 civarındadır. BMI'de eser sahiplerinin ve editörlerin işletme politikaları üzerinde etkileyebilme imkanları kabul edilmemiştir, çünkü oy hakları yoktur.

BMI, eser sahiplerinden herhangi bir üyelik ücreti almamaktadır. Bir müzik eseri sahibinin yaptığı bağlanma sözleşmesi iki yıl sürelidir. Eğer bu sürenin sona ermesinden üç ay önce bir fesih söz konusu olmazsa bu sözleşme otomatik olarak iki yıl daha uzar.

Editörler BMI'ye bağlanabilmesi için editörlerin üzerinde hakları olan müzik eserlerinin umuma temsil edilmiş olması ve BMI'nin de bu editörün uygun olduğuna karar vermesi lazımdır. Editörler için de yıllık herhangi bir aidat söz konusu olmamakla birlikte giriş bedeli olarak sadece bir defaya mahsus olarak 100 ABD Doları alınmaktadır. Editörler ile yapılan hakların değerlendirilmesi

sözleşmesinin süresi beş yıldır. Eğer bu sürenin sona ermesinden üç ay önce bir fesih söz konusu olmasa bu sözleşme otomatik olarak beş yıl daha uzar.

4. Sadece Bir Meslek Birliğine Ait Olma Zorunluluğu

Müzik eserleri sahipleri ile editörler için aynı anda iki meslek birliğine üyelik söz konusu olamadığı gibi aynı müzik eseri için de birden fazla meslek birliğinden ücret elde edemezler. Sözleşme ile bir hak sahibi veya editör, kendi repertuarını sadece bir meslek birliği repertuarına dahil edebilir. Ancak bir hak sahibi meslek birliğini değiştirmesine ilişkin olarak sözleşmede özel bazı şartlar bulunabilir. Bu şekilde bir değişiklik söz konusu olduğunda eski repertuarın bir kısmı önceki meslek birliğinde kalabilmektedir.

Bu durumdan dolayı hem ASCAP hem BMI ve üçüncü meslek birliği olan SESAC karşılıklı olarak birbirine kapalı repertuarlar üzerinde yetki sahibi olmaktadır ve bundan dolayı esas itibariyle ASCAP'in repertuarına dahil olan bir müzik eseri BMI'nin repertuarında bulunmamaktadır. Bu kuralın tek istisnası, örneğin bir eser iki eser sahibi tarafından oluşturduğunda ve her bir eser sahibi iki farklı meslek birliğine üye olması halinde söz konusu olmaktadır. Bu durumda her iki meslek birliği eseri temsil etmekte ve hak sahiplerinden her birine kendi birliği tarafından ücret payı ödenmektedir. Müzik kullanıcıları açısından ise bu durum, farklı müzik repertuarlarının kesişmemesine ve bundan dolayı pratikte radyo kuruluşları, barlar veya diskotekler gibi hangi parçaları kullanacakları önceden belli olmayan kullanıcıların her üç meslek birliği ile lisans sözleşmesi yapmalarına yol açmaktadır. Sadece bütün meslek birlikleri ile paralel olarak temsil ve yayın lisansına ilişkin kapsamlı bir hak elde etme güvenli olmakta ve böylece telif haklarının ihlâl edilmesi tehlikesi de ortadan kalkmaktadır.

Münhasır üyeliği gerçekleştirmek için ve ASCAP ve BMI'nin büyük öneminden dolayı müzik editörlerin büyük çoğunluğu, amaçlarını gerçekleştirmek için en azından şeklen ayrılmış olan iki işletme birimi yönetmektedirler. Onlardan biri ASCAP'e üye iken diğeri de BMI ile bağlantılıdır. Bu sayede müzik editörler hem ASCAP üzerinde etki sahibi olurken, diğer taraftan BMI'nin ara sıra sunduğu uygun şartlardan repertuara göre faydalanma imkanına sahip olabilmektedir. Müzik eserleri sahiplerinde ise simültane üyelik olarak adlandırılan bu şekilde bir üyelik – başka ad altında olsa bile – mümkün değildir.

IV. SESAC

1. Tarihçe

SESAC, ABD'de üç meslek birliğinin (*Performing Rights Societies*) içinde en az pazar payına sahip olan birliktir. Aynı zamanda Avrupa ile karşılaştırıldığında bu birlikte, hiç de alışılmadık olan bir meslek birliği söz konusudur. 90'lı yılların sonunda bu birlik 3.000 civarından müzik eserleri sahipleri ve müzik editörleri temsil etmekte idi ve “Blues”, “Gospel”, “Jazz” ve güney amerikan müziğinin de dahil olduğu müzik alanında 200.000 eserden oluşan bir repertuara sahip olarak dikkate değer bir kapsama ulaşmıştı. Günümüzde SESAC üyesi olan müzik eserleri sahipleri ve müzik editörlerin sayısı ile repertuarının büyüklüğü hakkında SESAC'ın kendi internet sayfasında bir bilgi verilmemektedir.

SESAC, 1930 yılında müzik editörü olan *Paul Heinecke* tarafından kurulmuştur. SESAC, birliğin tam isminin "*Society of European Stage Authors and Composers*", baş harflerinden oluşmaktadır. İsminden de anlaşılacağı üzere SESAC, başlangıçta sadece Avrupaî müzikten oluşan bir repertuara sahipti ve bu repertuar üzerinde ABD'de temsil lisansları vermekteydi. İkinci Dünya Savaşı sırasındaki sıkıntılar SESAC faaliyetini o zamana kadar temsil etmediği Amerikan repertuarına kaydırmak zorunda bıraktı. Artık günümüzde SESAC bünyesinde ağırlıklı olarak Birleşik Devletler-Amerikan ve Güney Amerikan repertuarını temsil etmektedir.

2. SESAC'ın Faaliyetine Genel Bir Bakış

ASCAP ve BMI ile karşılaştırıldığında önemi çok daha az olmasına rağmen SESAC devamlı büyüyen bir repertuar ve sayıları devamlı artan sanatçı ve editörlerin katılımı ile kendini büyüyen bir meslek birliği olarak görmektedir. Önceleri sadece editör hedefli bir birlik iken 1973'den itibaren SESAC bireysel eser sahiplerini de üye olarak kabul etmeye başlamıştır.

SESAC diğer meslek birliklerinden bir çok açıdan farklıdır. En önemli fark ise, kendisinin kâr amacı gütmesidir. Elde edilen gelirlerin – sabit giderler çıkarıldıktan sonra – sadece %50'si eser sahiplerine ve editörlere dağıtılırken; diğer kısım birliğe kendi kazancı olarak kalmaktadır. Diğer iki büyük meslek birliğine nazaran SESAC kendi kazancını gerçekleştirmeyi hedef olarak benimsemiştir ki, bu da ne hukukî sorunlara ne de müzik piyasasında tartışmalara yol açmıştır.

Diğer iki büyük meslek birliği olan ASCAP ve BMI tarifelerini kullanıcıların elde ettiği cirodan belli bir yüzdelik pay olarak belirlerken SESAC kendi tarifesinde müzik kullanıcılarından sabit ücretler (oranlar/tarifeler) talep etmektedir. Yine farklı bir uygulama radyo kuruluşlarının yayın hakkı elde ettikleri lisanslarda söz konusudur. Şöyle ki: Burada SESAC, lisans bedelleri gerçekten kullanılan repertuar ile bağlantı sağlanarak ve sadece gerçekten çalınan parçalar için lisans bedellerinin ödendiği tekli kullanım esasına dayalı lisanslar sunmaktadır, yani diğer iki meslek birliği gibi sadece “blanket lisans” öngörmemektedir. Bu da "*Broadcast Data System*" (*BDS*), yani yayın veri sistemi olarak adlandırılan SESAC'ın bağlı olduğu ABD'de önemli radyo ve televizyon kuruluşlarının müzik yayınlarının tespit edilip kaydedildiği bilgisayarlı bir sistemle mümkün olabilmektedir. Üyelik statüsünün BMI'deki gibi imkansız olduğu SESAC, elde ettiği gelirleri kendine bağlı olan hak sahiplerine eserin popüler şarkılar içindeki yerine göre belirlenen sabit ücret oranlarına göre ödeme yapmaktadır.

İki büyük meslek birliği ile karşılaştırıldığında SESAC müzik eserleri sahiplerinin üyeliğinde seçici de davranmaktadır. SESAC üyeliğinden yararlanmak ve haklarını SESAC aracılığı ile gerçekleştirmek isteyen sanatçılar eserleriyle başvurmak zorundadırlar. SESAC eşit davranma yükümlülüğü ile bağlı olmadığından müzik eseri sahiplerine farklı sözleşme şartları sunabilmekte ve ASCAP ve BMI'den de düzenli olarak hak sahiplerini kendine kazandırabilmektedir. ASCAP ve BMI'den bir diğer farkı da özel bir işletme olduğundan SESAC, ticarî faaliyet raporunu ve bilançosunu yayınlamakla yükümlü olmadığı gibi hangi eser sahibi ile hangi ücret tarifesi üzerinden anlaşacağını da açıklama zorunluluğu bulunmamaktadır.

Lisans uygulamalarından kaynaklanan sorunlar sebebiyle Amerikan Adalet Bakanlığı veya özel davacılar tarafından çok sayıda rekabet davalarına muhatap olan ASCAP ve BMI ile karşılaştırıldığında SESAC bu zamana kadar Amerikan rekabet otoritesi tarafından problem yaşamamıştır. Bunun esas sebebi, SESAC'ın pazar payının çok az olması ve müzik lisansları alanında daha az etki sahibi olması denilebilir. Bundan dolayı SESAC, lisans sözleşmelerini geniş bir serbesti içinde düzenleme imkanına sahiptir ve üyelerinin senkronize hakları ve mekanik haklarını bile değerlendirebilmektedir. ASCAP ve BMI tarafından hukukî sebeplerden dolayı sunulamayan bu imkanlar SESAC ile bağlantılı çalışan hak sahipleri tarafından kullanılabilir. SESAC ile bağlantılı çalışan hak sahipleri tarafından kullanılabilir.

3. Hukukî Yapısı

Bir kaç yıl öncesine kadar bir yayıncı ailesinin elinde bulunan SESAC müzik endüstrisinden üç kişi ve bir banka tarafından satın alınmıştır. SESAC hâlâ herhangi bir topluluğa ve gruba dahil olmayan özel âdi şirkettir. SESAC'in işletme merkezi Nashville'de (ABD) olup, ayrıca New York, Los Angeles ve İngiltere'de büroları bulunmaktadır.

a) Yönetim Şekli ve Karar Alma Mekanizması

Özel bir şirket olduğundan SESAC, ASCAP ve BMI gibi bilançoju, faaliyetlerini ve kendi iç yapısını açıklama zorunluluğu getiren hükümlere tâbi değildir. Bundan dolayı da SESAC kendi verilerini umuma arz etmemektedir. SESAC için gelirlerin paylaşılmasındaki hesaplarda ve kâr konusunda kesinlikle bir hesap vermekle yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bundan dolayı nasıl bir masraf hesaplaması ile SESAC tarafından temsil ettiği müzik haklarının değerlendirdiği bilenememektedir.

Müzik eserleri sahipleri ve editörler SESAC'in yönetiminde hiçbir etkileri bulunmamaktadır. Profesyonel bir yönetici tarafından yönetilen şirkette hak sahiplerinin kararların alınmasında oy hakları yoktur. SESAC ile hak sahipleri arasındaki uyuşmazlıklarda görevli olacak bir iç uzlaşma organı da bulunmamaktadır.

b) Bağlantılı Olma

SESAC'in organizasyon yapısı sadece telif hakkı sahipleri ile bir bağlantıya izin vermektedir, yani bir üyelik ön görmemektedir. SESAC'e sözleşme ile bağlanan ve "Affiliates" olarak adlandırılan hak sahibi sayısı bilinmemektedir. ASCAP ve BMI'e karşılık SESAC'de akdî bağlanma her defasından seçici usulle ve çoğunlukla da zamanın işletme politikasına göre SESAC'in daveti üzerine gerçekleşmektedir. SESAC, eşit işlem ilkesi ile bağlı olmadığından, kişisel özellikleri dikkate alarak hakların değerlendirilmesinde de farklı imkanlarla piyasadan üye kazanmaktadır.

V. ABD'de Benzer Organizasyonlar

Telif hakları hukuku anlamında meslek birliği olmayan ve bunlardan ayrılması gereken ancak bu alanla bağlantılı organizasyonlar şunlardır:

1. The Harry Fox Agency, Inc. – Çoğaltma Hakkı İçin Yedi eminlik

Daha öncede bahsedildiği gibi ABD'de mekanik çoğaltma hakkı ile senkronize hakkın gerçekleştirilmesi esas itibariyle temsil hakkından ayrı olarak yürütülmektedir. Rekabet hukuku gereğince ASCAP ve BMI, temsil hakkının değerlendirilmesi yanında çoğaltma hakkında yetkili değildirler. Bundan dolayı her iki meslek birliğinden hiçbiri uygulamada çoğaltma haklarını gerçekleştirmemişlerdir; bilâkis bu haklar müzik editörlere bırakılmıştır. Gerçi SESAC mekanik haklar ve senkronize haklar konusunda yetkili olsa da, büyük çoğunlukla bu haklar “*Harry Fox Agency*”e tarafından takip edilmektedir.

a) Tarihçesi

“*Harry Fox Agency*”in geçmişi, 1920'li yıllardan itibaren müzik editörlerin yediemini olarak fonogram yapımcılara lisanslar veren ve lisans ücretlerini toplayan kişi olan *Harry Fox*'un çalışmalarına dayanmaktadır. Bu kişinin ölümünden sonra bu ajans, müzik editörler birliğinin [*National Music Publishers Association, Inc. (NMPA)*] bir şubesi olarak faaliyetini sürdürdü. “*Harry Fox Agency*”de şeklen bir üyelik söz konusu olmamakla birlikte NMPA'nın üyeleri bu ajansın hizmetlerinden yararlanma hakkına sahiptir. “*Harry Fox Agency*”in günümüzdeki görevi, kolektif olarak çoğaltma ve senkronize hakların idaresi ile fonogram ile film yapımcıları tarafından kullanılan repertuarın denetimi ve hak edilen gelirlerin tahsilidir.

Bu amaçla “*Harry Fox Agency*”, 19.000'den daha fazla Amerikan müzik editörünü ve karşılıklı ilkesi anlaşmalarıyla aynı şekilde çoğaltma haklarını değerlendiren yabancı meslek birlikleri aracılığıyla çok sayıda yabancı editörleri temsil etmektedir.

b) Genel Olarak “*Harry Fox Agency*”in Faaliyeti Hakkında

Müzik yayıncıları yararına yediemin olarak çalışan “*Harry Fox Agency*”, müzik editörleri için aracılık ücreti karşılığı mekanik lisansları yönetmektedir. Mekanik lisanslar sadece ABD'nin sınırları için ve ABD'de merkezi/ikametgâhı olan yapımcılara veya ABD'de merkezi/ikametgâhı olan ithalâtçılara verilmektedir.

“*Harry Fox Agency*”, meslek birlikleri gibi lisansların ücretini kendisi belirtmez. Bilâkis “*Harry Fox Agency*”, CA §15'e göre zorunlu lisans (compulsory license) çerçevesinde ortaklaşa belirlenen tarifeleri veya bu tarifelerle bağlı

kalmak istemeyen üyelerinin varlığı halinde bunların belirlediği fiyatı kullanır. Fonogram yapımcıları her zaman daha önceden tespit edilmiş olan tarifelere dayanabileceklerinden dolayı bu tarifeler aynı zamanda uygulamada sözleşme ile ulaşılabilecek en üst sınırı oluşturur. Taraflar arasındaki lisans sözleşmesinde tarifelerden farklı bir lisans ücreti tespit edildiği takdirde fonogram yapımcısının artık zorunlu lisanstan vazgeçtiği kabul edilmektedir.

Harry Fox Agency, yüzde 4,5 oranında bir aracılık ücretini keserek sadece müzik editörlere topladığı ücretleri dağıtmaktadır. Eser sahipleri kişisel olarak ise bu ajanstan herhangi bir kazanç elde etmemektedirler.

“*Harry Fox Agency*”in faaliyeti, gerekli olan temel şartlardan en önemlisini yerine getiremediğinden gerçek mânâda bir meslek birliği olarak kabul edilmemektedir: Bu ajans, haklar tanımak yetkisine sahip olmayıp; bilâkis sadece aracı olarak ortaya çıkmakta ve bu esnada da hakların tamamına değil tekil haklara aracılık etmektedir. Böylece “*Harry Fox Agency*”, ajans olarak editörlerin haklarını korurken aynı zamanda editörlerin haklar katalogları için uygun fonogram yapımcılara ulaşma imkanı sağlama görevini ifa etmektedir. “*Clearing House*”-işlevi olarak adlandırılan bu ajansın bu işlevi kolektif faaliyetin sadece küçük bir kısmı olduğundan meslek birlikleri aracılığı ile gerçekleştirilen kolektif hakların gerçekleştirilmesi kapsamında kabul edilemez. Bu sınırlı yetkiler sebebiyle sadece müzik editörlerin "uzatılmış kolu" olarak adlandırılan “*Harry Fox Agency*” Amerikan idaresi ve mahkemeleri tarafından gerçekleştirilebilecek olan özel bir düzenlemeye de tâbi değildir.

Ayrıca çoğaltma haklarının değerlendirilmesi için “*Harry Fox Agency*”i dünya çapında, yabancı meslek birlikleri veya mekanik haklar için ücret tahsil organizasyonları ile bağlantılı bir ağa içindedir. Bunlar arasında Almanya'daki GEMA'da bulunmaktadır.

2. Topluluklar/Birlikler "Guilds"

Gerçek anlamda bir meslek birliği statüleri olmayan bir çok sanatçı dernekleri ve sendikaları ABD'de bulunmaktadır. Bunlar:

- Rejisörlerin oluşturduğu "*Director's Guild of America*" (DGA);
- Senaristlerin oluşturduğu "*Writers Guild of America*" (WGA),
- Sözleşmeli besteci ve söz yazarların birlikte oluşturduğu "*Composers and Lyricists Guild of America*" (CLGA)

ve

- Televizyon ve radyo sanatçılarının oluşturduğu "*American Federation of Television and Radio Artists*" (AFTRA).

Bu dernek ve federasyonlar arasında müzik endüstrisi için önemli olan müzik eserleri hak sahiplerinin oluşturduğu birlik "*Songwriters Guild of America*" (SGA) olup; yayınlanmış eserler üzerinden telif hakkı sahiplerinin müzik editörlerinden uygun bir pay almalarını bu birlik sağlar. Bunlar gerçek anlamda kolektif olarak hakları gerçekleştirme görevini yerine getirmemektedirler. Fakat bu organizasyonlar ile tekil telif hakkı sahibi açısından, yapımcılarla veya diğer kullanıcılarla yapılan kapsamlı telif hakkı tarifeleri sözleşmelerinde önemli bir katkı sağlanmaktadır. Bu tür yardımlarla bu organizasyonlar meslek birliklerinin işlevlerini önemli bir şekilde tamamlamaktadırlar. Çünkü ABD'de meslek birliklerinin kurulmadığı film, edebî eserler ve tiyatro alanlarında sadece bu organizasyonlar eser sahiplerinin koruma organizasyonları olarak faaliyette bulunmaktadır.

3. Telif Hakları Bürosu – Zorunlu Lisansların Devletçe İdare ve Tahsil Merkezi

a) Genel Olarak Görevleri

Kamu kuruluşu organı olarak ABD Telif Hakları Bürosu'nun ABD'de telif haklarının korunmasında merkezî bir işlevi bulunmaktadır. Buna karşılık olarak Almanya'da benzeri bir kurum yoktur, çünkü fikrî Mülkiyet hakları alanında belirli idarî yetkileri tanınan Alman Patent ve Marka Kurumu'nun telif hakları konusunda ise önemsiz bir konumu vardır.

Telif Hakları Bürosu'nun organizasyonu ve görevleri, CA §§ 701-708'de düzenlenmiştir. Telif Hakları Kanunu'nda (Copyright Act) değişiklik yapan 1998 yılında çıkarılan "*Digital Millenium Copyright Act*" ile Telif Hakları Bürosu'nun konumu daha da genişletilmiştir.

Kongre Kütüphanesinin, (Library of Congress, Washington, D.C.), alt birimi olarak faaliyette bulunan Telif Hakları Bürosu'nun geçmişte iki asıl görevi söz konusu idi. Bunlardan ilki telif hukuku çerçevesinde korunan eserlerin kaydını tutma; diğeri ise bırakılan örnek eserlerin arşivlenmesidir.

Ayrıca Telif Hakları Bürosu, telif hakları çerçevesinde bir çok kamu görevini de ifa etmektedir. Bunlar: Kongre'nin telif hakları hukuku alanındaki kanun

değişikliklerinde ve uluslararası sözleşmelere ilişkin hukukî sorunlarda bu büronun yöneticisi (“Register of Copyrights”), bilgilendirme ve danışmanlık yapmaktadır. Kongre'nin alt birimi olarak icraatta bulunan Telif Hakları Bürosu aynı zamanda Kongre'nin talepleri çerçevesinde yürütülen telif hakları konusunda araştırmaları yaptığından yasama organının bir parçası olup; ayrıca telif hakları sahiplerinin menfaatlerinin desteklenmesi ve telif haklarına ilişkin bilgilerin dokümantasyonları ile görevlendirilmiştir. Telif Haklar Bürosu, genel olarak kapsamlı zorunlu ve kanunî lisanslara karşı görüşleri temsil ettiğinden telif hakları yanında bir eğilimi temsil eder.

b) Zorunlu ve Kanunî Lisanslar İçin İdarî Makam

Bunların dışında Telif Hakları Bürosu, müzik haklarının lisanslanması için iki önemli işlevi yerine getirmektedir:

Telif Hakları Bürosu'nun alt bölümü olan lisans birimi ABD-Copyright Act alanındaki zorunlu lisansların idaresi ile ilgilenir. Copyright Act'ın değişik hükümleri gereğince Telif Hakları Bürosu, radyo ve televizyon yayınlarının uydu veya kablo ile tekrar iletimi üzerinde ve ABD'de dijital müzik aletleri üreticileri ve ithalâtçıların işletici vergisi ile zorunlu lisanslardan yararlanmak isteyenlerin veya boş kasetlerin ve cihazların vergilendirilmesinde merkezî bildirim makamı olarak görev icra etmektedir. Zorunlu lisans ücretlerinin tamamı Telif Hakları Bürosu'na ödenmek zorundadır. Küçük bir miktar olan masrafların çıkarılmasından sonra elde edilen gelirlerin tamamı Telif Hakları Bürosu'nun lisans birimi tarafından daha sonra telif hakları sahiplerine paylaştırılmak üzere yatırılır. Her üç meslek birliği (*Performing Rights Societies*) de kendi üyelerinin paylarına düşen uygun bir kısmı elde etmek amacıyla bir çok menfaat birlikleri ile birlikte Telif Hakları Bürosu tarafından elde edilen gelirlerin dağıtımını sürecine katılırlar. Bu açıdan ABD'de zorunlu lisanslar ve bunlara ilişkin ücret talepleri, devlet tarafından idare edilen telif haklarının değerlendirilmesi enstrümanları olarak vazife görmektedir.

Telif Hakları Bürosu'nun yönetimi altında ayrıca telif hakları çerçevesinde önceden (ad hoc) başvurulabilen bir hakem heyeti (*Copyright Arbitration Royalty Panels*) de bulunmaktadır. Bu heyet, zorunlu lisanslara uygulanan tarifelerin uygunluğu ve lisans ücretlerinden elde edilen gelirlerin dağıtımını hakkındaki uyuşmazlıklarda karar mercîdir.

Meslek birlikleri benzeri görevi ifa eden ve müzik hakları alanı dışında

kuruluşlar ise, örneğin fotokopi ücretleri konusunda yetkili olan “Copyright Clearing Center” gibi, konu kapsamında olmadığından incelenmeyecektir.

VI. Aynı Alanda Faaliyet Gösteren Meslek Birliklerinin Çokluğunun Değerlendirilmesi

1. ABD’deki Durumun Özeti

ABD’de tek bir meslek birliğinin fiilî tekel konumu ve ücret dikte edebilmesi bir alternatif gerektirmiş ve bu da BMI’nin kurulmasına götürmüştür. Müzik dışındaki yaratıcı alanlarda ABD’de kolektif değerlendirme sadece ikincil bir öneme sahiptir. Telif hukukunun diğer önemli başka alanlarında hakların değerlendirilmesi editörler, birlikler (*Guilds*) veya aracılık ajansları – müzik editörlerin temsilcisi olan “*Harry Fox Agency*” gibi – üzerinden olmaktadır. “*Harry Fox Agency*”in kolektiflik açısından sadece küçük bir benzer yönü bulunmaktadır. Çünkü burada da uygulanabilirlik ve ücretlendirme açısından haklar sadece bütün olarak yönetilebilmektedir, kolektif bir ücretlendirme söz konusu olmamaktadır, zira hak sahipleri, tarifeleri bireysel olarak önceden belirlemektedirler ve böylece toplam hesaplamadan karşılıklı yararlanma ve elde edilen gelirlerin paylaşılması da söz konusu olmamaktadır. Bu kuruluşların amacı tekil eser sahibinin korunması olmayıp, bilâkis ağırlıklı olarak ilk değerlendiricinin işinin kolaylaştırılmasıdır. Sadece fonogram yapımcısı ve film üreticisinin haklarının kapsamlı bir kolektif değerlendirmesi, yani kendi meslek birlikleri aracılığı ile değerlendirme ABD’de söz konusu değildir. Böylece meslek birliklerinin faaliyeti müzik eseri temsil haklarının değerlendirildiği, ama zor kontrol ve zor yönetilinen ve editör ile müzik yapımcılarının faaliyette bulunmayı istemedikleri bir alana kaymıştır. Bir kez daha vurgulamak gerekir ki, ABD Telif Hakları Bürosu tarafından ücretlerin tahsili ve dağıtım yetkisi yolu ile kamu tarafından yönetilen telif haklarının değerlendirilmesine büyük bir önem atfedilmektedir.

2. Birbirleri ile Rekabet İçinde Olan Meslek Birliklerinin Pratikteki Sonuçları

Üç farklı yapıdaki müzik meslek birlikleri seçimi imkanı bulunduğundan editör ve eser sahiplerinin bu üç birlikten – *BMI*, *ASCAP* veya *SESAC* – hangisinin tercih edileceğine ilişkin kararları değişik faktörlere bağlıdır. *ASCAP* ve *BMI*’nin repertuarları, müzik eserlerini birlikler aracılığı ile lisanslama yolu ile kullananlar, tarifeler ve yönetim masraflarının payları gibi birbirleri ile

benzeşen özellikler göstermektedir. Zorunlu olarak ASCAP, BMI ve SESAC birbirleri ile editörleri ve eser sahiplerini kazanma açısından doğrudan rekabet içinde bulunmaktadır. Bundan dolayı da telif hakları sahipleriyle meslek birlikleri arasında sözleşmelerin kurulmasında somut sözleşme şartları, reklamlar ve sanatçıların desteklenmesi ile kişisel danışmanlık veya uzmanlık düzeyinde yol gösterici olma da önemli bir rol oynamaktadır. Eser sahipleri meslek birliklerinden birine üyelik konusunda karar vermek zorunda iken; müzik editörleri daha önceden bahsedildiği üzere, ikiye ayırdıkları işletmeleri sayesinde birden fazla meslek birliklerine üye olabilmektedirler.

Karşılıklı olarak meslek birliklerinin, hakların değerlendirildiği değişik alanlarda birbirlerini temsil etme veya ortak bir denetim kuruluşundan yararlanmaları söz konusu olmamaktadır, aksine meslek birlikleri arasında açık bir rekabet ilişkisi bulunmaktadır. Ancak bu meslek birlikleri telif hakları sahiplerinin menfaatlerinin gerçekleştirilmesi amacıyla politik alanda etkinlik göstermek veya ABD Telif Hakları Bürosu nezdinde üyelerinin taleplerini elde etmek için hak sahiplerinin temsilcileri olarak birlikte hareket etmektedirler.

Müzik kullanıcıları kural olarak her üç meslek birliklerinin lisanslarına hep birden sahip olmaktadır. Bunun sebebi, repertuarların içerik olarak birbirinden ayrılamaması, çalınan müzik eserlerinin hangi repertuar içinde yer aldığı belirlenebilmesinin kullanıcı için neredeyse imkansız olması ve kullanıcı için repertuarların birinden vazgeçilememesidir. Müzik kullanıcıları tarafından meslek birliklerinin üzerinde herhangi bir rekabet baskısı söz konusu olmadığından kullanıcılar, her üç meslek birliği ile paralel olarak lisans sözleşmeleri yapma zorunluluğunda kalmaktadırlar.

3. Değerlendirme

ABD’de meslek birlikleri arasında bulunan rekabet ortamı hakkında çok az eleştiri bulunmaktadır. Bu sistemin dezavantajı konusunda neredeyse hiçbir inceleme yapılmamıştır. Buna karşılık Amerikan hukuk öğretisinin ve mahkemelerinin rekabet hukuku anlayışı dikkate alındığında, birbiriyle rekabet eden meslek birliği modelini öncelikle tercih edildiği söylenebilir. Ancak müzik kullanıcılarının, normal tüketim mallarının alıcısı gibi bu malları sunan kişiler arasındaki rekabet sebebiyle daha iyi bir konuma getirilmediği gözden kaçırılmaktadır. Kendi müşterilerinin isteklerini dikkate almak zorunda olan müzik kullanıcısı, sadece daha ucuz olduğu için bir meslek birliğinin repertuarını tercih edememektedir. Bunun aksine müzik kullanıcısı; müşteriler üzerinde

etkili ve popüler olan parçalar genellikle her üç meslek birliğinin repertuarlarına paylaştırıldığı için her üç meslek birliği ile lisans sözleşmesi yapmak zorunda kalmaktadır. Böylece meslek birlikleri arasında müzik kullanıcılarını kazanmak için bir rekabet oluşmamaktadır. Tersine her üç meslek birliği ile lisans sözleşmeleri yapma zorunluluğu hem ücretleri yükseltmekte hem de işi daha karmaşık hale getirmektedir.

C. Türkiye’de Müzik Alanında Faaliyet Gösteren Meslek Birlikleri

I. Tarihî Gelişim

Müzik eserlerinin teknolojik gelişmeler sayesinde hem hızlı bir şekilde yayılması hem de coğrafi olarak yaygın bir alanda kullanımı nedeniyle, özellikle bunlar üzerindeki malî hakların izlenmesi ve hak takibi yapılması bireysel olarak neredeyse imkansız olduğundan meslek birlikleri ortaya çıkmıştır. Meslek birlikleri sayesinde bu hakların takibi, korunması ve malî hak bedellerinin tahsili kolektif olarak gerçekleştirildiğinden hem eser sahipleri hem de kullanıcılar için maliyeti en düşük bir çözüm yolu olmuştur.¹⁴⁷

Eser sahiplerinin haklarının korunması amacıyla ortaya çıkan meslek birlikleri ilk olarak Avrupa’da, Fransa’da 1850, Avusturya’da 1897, Almanya’da 1903 ve İsviçre’de ise 1924; ABD’de ise 1910 yılında kurulmuştur. Türkiye’de 1951 yılında kabul edilmiş olan 5846 sayılı kanunun 42. maddesinde hükümete meslek birliklerinin kurulması görevi verilmiş olmasına rağmen bu görev uzun süre yerine getirilmemiştir. Ayrıca bu kanunun 41. maddesinde umumi yerlerde çalınan eserler için uygun bir bedel talep hakkı ön görülmüş olsa ve bu konuda bu bedeli sadece meslek birlikleri kanalıyla istenebileceğini kanun ön görmüş olsa bile, meslek birliklerinin kurulmaması sebebiyle eser sahipleri yıllarca haklarını alamadılar.¹⁴⁸

1983 yılında yapılan kanun değişikliği ile her biri kendi alanında tek olan dört alanda meslek birliği kurulması esası benimsenirken; 1995 yılında yapılan değişiklikle, tekele karşı rekabetçi fikrin ağırlık kazanması sonucu olarak aynı alanda birden fazla meslek birlikleri kurulabilmesi imkanı getirilmiştir. 2001

¹⁴⁷ Tekinalp, FMH, § 19, N. 2 vd.; Suluk/Orhan, s. 739; Mısır, FMR 2002/4, s. 15 vd.;

¹⁴⁸ Mısır, FMR 2002/4, s. 23 vd.; Tekinalp, § 19, N. 4.

yılında yapılan son değişikle rekabetçi ortamın korunması fikrinin terk edilmediği ancak yeni birliklerinin kurulması şartlarının ağırlaştırıldığı görölmektedir. Meslek birlikleri dışında Kanun aynı alanda sadece tek bir federasyonun kurulabilmesine de izin vermiştir. Federasyonu kurmak için ise aynı alanda kurulmuş en az iki meslek birliği işbirliği yapması yeterli sayılmıştır. 2004 yılında yapılan son değişikle de özellikle meslek birliklerinin yükümlölükleri ve yapacakları tarifelerle ilgili esaslar ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Böylece son derece dinamik olan bir alanda faaliyette bulunan hantal kalmalarından şikayetçi olunan meslek birlikleri açasından rekabet ortamının oluşması amacıyla aynı alanda birden fazla farklı meslek birliği kurulabileceği ve gerektiğinde şubeler de açaabileceği genel kabul görmüştür.¹⁴⁹

Geçmişi çok eskilere dayanmamakla birlikte Türkiye’de meslek birliklerinin sayıları kısa zamanda hızla artmış ve malî hakların gerçekleşmesi yönünde etkin bir güç haline gelmişlerdir. Türkiye’de müzik eserleri alanında ilk meslek birliği 1986 yılında kurulmuş olan MESAM’dır. Günümüze kadar toplam 21 meslek birliği kurulmuş ve hatta bu sayının çokluğu uygulamada özellikle kullanıcılar tarafından en önemli şikayet konularından birini teşkil etmektedir.¹⁵⁰

II. Türkiye’de Meslek Birlikleri

Kasım 2006 itibariyle Kültür ve Turizm Bakanlığı’ndan izin alarak kurulmuş olan toplam 21 meslek birlikleri şunlardır :¹⁵¹

Eser sahipleri bakımından;

- İlim ve edebiyat eserleri sahipleri,
EDİSAM: Edebiyat ve İlim Eseri Sahipleri Meslek Birliği;
BESAM: Bilim ve Edebiyat Eseri Sahipleri Meslek Birliği;
İLESAM: Türkiye İlim ve Edebiyat Eseri Sahipleri Meslek Birliği;
BİYEM: Bilişim ve Yazılım Meslek Birliği;
YESAM: Yazılım Eserleri Meslek Birliği;
- Musiki eserleri sahipleri,
MESAM: Musiki Eseri Sahipleri Meslek Birliği;
MSG: Müzik Eseri Sahipleri Grubu Meslek Birliği

¹⁴⁹ DPT Raporu, s. 69 vd.; Beşiroğlu, s. 335 vd.; *Mısr*, FMR 2002/4, s. 25 vd..

¹⁵⁰ Bkz. Telif Hakları Zirvesi 2005/*Aygün*, s. 16 vd..

¹⁵¹ kulturturizm.gov.tr

- Güzel sanat eserleri sahipleri,
GESAM: Türkiye Güzel Sanat Eserleri Sahipleri Meslek Birliği
- Sinema eserleri sahipleri,
BSB: Belgesel Sinema Eseri Sahipleri Meslek Birliği;
SESAM: Türkiye Sinema Eseri Sahipleri Meslek Birliği;
SETEM: Sinema ve Televizyon Eseri Sahipleri Meslek Birliği
- İşlenme ve derleme eser sahipleri,
ÇEVİR: Kitap Çevirmenleri Meslek Birliği
Bağlantılı hak sahipleri bakımından;
- İcracı sanatçılar,
TOMEB: Tiyatro Oyuncuları Meslek Birliği;
SESBİR: Soslendirme Sanatçıları Meslek Birliği;
MÜYORBİR: Müzik Yorumcuları Meslek Birliği;
OYUNCUBİR: Oyuncular Meslek Birliği
- Fonogram yapımcıları,
MÜYAP: Müzik Yapımcıları Meslek Birliği
- Radyo-televizyon kuruluşları,
RATEM: Radyo Televizyon Yayımcıları Meslek Birliği
- Filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren yapımcılar.
TESİYAP: Televizyon ve Sinema Eseri Yapımcıları Meslek Birliği;
FİYAB: Film Yapımcıları Meslek Birliği
- Yayıncılar bakımından Meslek Birlikleri
YAYBİR: Yayıncılar Meslek Birliği

Müzik eserleri ile doğrudan veya dolaylı olarak ilgili meslek birlikleri kısaca:

MESAM: Besteci, söz yazarı, aranjör ve editörlerden oluşur. Gerek yerli gerekse yabancı müzik eserlerine ilişkin malî hakların takibi konusunda yetkilidir.¹⁵²

MSG: MESAM ile aynı alanda kurulmuş olan ve kendisine üye eser sahiplerinin eserleri için müzik kullanıcılarına kullanım izni ve lisansı veren, malî haklarını toplayan ve üyesi eser sahiplerine dağıtan bir meslek birliğidir.¹⁵³

¹⁵²<http://www.mesam.org.tr/pageStructure.aspx?intPageStructureNo=7&sintLanguageID=0&bytContentType=2&intPageNo=19&strHitCountParam=2171012701832>.

¹⁵³<http://www.msg.org.tr/exact/MSG/content.jsp?cid=7301260176>.

MÜYAP: Müzik yapımcılarını temsil eder. Üyesi olan müzik yapımcılarının “yapımcı belgesi” ile “komşu hak sahibi” sıfatıyla ilk defa tespitini yaparak, ürettiği veya ithal ettiği plak, kaset, cd vb. fonogram ürünlerin ticari kullanımından doğan yapımcı haklarını takip, tahsil, tahakkuk ve korunması ile yetkilidir.¹⁵⁴

MÜYORBİR: Yorumcuların kanun gereği sahip oldukları komşu haklarının takibi, tahsili, tahakkuku ve korunmasını sağlamak amacıyla kurulmuş olan meslek birliğidir.¹⁵⁵

RATEM: Radyo Televizyon Yayıncıları Meslek Birliği.¹⁵⁶

MÜYA-BİR: Bağlantılı Hak Sahibi Fonogram Yapımcıları Meslek birliği¹⁵⁷

III. Meslek Birliklerinin Kuruluşu ve Hukukî Niteliği

1. Kuruluş

Umuma açık mahallerde eser, icra, fonogram, yapım ve yayınların kullanılması ve/veya iletilmesine ilişkin esasları düzenleyen FSEK m. 41’e göre, girişi ücretli veya ücretsiz umuma açık mahaller için hak sahiplerinden veya bunların üyesi oldukları meslek birliklerinden izin alınmasını zorunlu kılmıştır. Kanun koyucu bu maddede umuma açık mahaller için izni zorunlu görünce; bu mahallin ücretli veya ücretsiz olmasının bu izin konusunda fark etmediğini de açıkça ifade etmiştir. Eser sahibinin malî haklarının kullanımının devrine ilişkin izin ancak yazılı bir sözleşme ile olur (FSEK m. 52).

Bireysel olarak eser sahiplerine ulaşmak ve her biri ile tek tek sözleşme yapmanın zorluğu dikkate alınarak FSEK m. 42’de meslek birlikleri kurulmasına ilişkin ayrıntılı bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre, üyelerinin ortak çıkarlarını korumak ve bu Kanun ile tanınmış hakların idaresini ve takibini, alınacak ücretlerin tahsilini ve hak sahiplerine dağıtımını sağlamak üzere meslek birlikleri kurulabilir. Ayrıca meslek birlikleri aracılığı ile eser sahipleri ile bağlantılı hak sahiplerinin malî haklarına bir tecavüz olduğundan bunların tespiti ve bunlarla hukukî mücadele daha kolay olacaktır.

¹⁵⁴ <http://www.mu-yap.org/getdata.asp?PID=245>.

¹⁵⁵ <http://www.kulturturizm.gov.tr/telifsinema/faaliyet.asp?belgeno=52629>.

¹⁵⁶ <http://www.ratem.org/index.htm>.

¹⁵⁷ Söz konusu birlik, Kültür ve Turizm Bakanlığı Telif Hakları ve Sinema Genel Müdürlüğü’nün 22.08.2006 tarih ve 137589 sayılı izni ile faaliyete geçmiştir.

Kültür Bakanlığınca hazırlanan ve Bakanlar Kurulunca onaylanan tüzük ve tip statülere uygun olarak tespit edilecek alanlarda birden fazla meslek birliği kurabileceği kabul edilmiştir. Meslek birliklerinin asgarî üye sayısı zorunlu organlarının asıl üye sayısının dört katı olması gerekmektedir. Ancak yapımcılar veya radyo-televizyon kuruluşları bakımından ise bu organların asıl üye sayısının iki katı kadar üye olma niteliklerini taşıyan gerçek veya tüzel kişilerin bulunması yeterlidir.

Daha önce meslek birliğinin kurulduğu bir alanda, başka bir meslek birliğinin kurulabilmesi için, yukarıda zikredilen kurucu üye sayılarından az olmamak kaydıyla o alanda kurulmuş en fazla üyesi olan meslek birliğinin üye tam sayısının 1/3'ü kadar üye olması zorunludur (FSEK m. 42).

Meslek birlikleri ve federasyonlar, Kültür ve Turizm Bakanlığı'na hazırlanan tüzük ve tip statülerin belirlediği usul ve esaslara uygun olarak kurulabilirler. Birliklerin, ihtiyaç olduğu takdirde şubeler açabileceği kabul edilmiştir.

2. Hukukî Nitelik

Meslek birliklerinin dernek olarak kabul edilip edilmeyeceği konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür.¹⁵⁸ Bunun sebebi ise, FSEK m. 42/5'de Dernekler Kanununun bir çok hükmünün meslek birlikleri ile federasyon için uygulanacağını belirtilmiş olmasıdır. Meslek birliklerinin öncelikli amacı üyelerin malî haklarının takibini yaparak bunları değerlendirmek, idarî masrafları düşükten sonra kalan gelirleri yine üyelerine dağıtmaktır. Bu açıdan bakıldığından dernek olarak kabulü mümkün değildir. Zira Dernekler Kanunu 2. maddeye göre dernek, kazanç paylaşma dışında, kanunlarla yasaklanmamış belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere, oluşturulmuş tüzel kişiliğe sahip kişi topluluklarıdır.¹⁵⁹ Bu hükümden de anlaşılacağı üzere derneklerin amacı ticarî olamaz. Buna rağmen *Tekinalp*, meslek birliklerini dernek olarak kabul edip onlara dernek hükümleri yanında âdi şirket hükümlerini uygulamanın isabetli bir çözüm olacağını belirtmiştir.¹⁶⁰ Oysa meslek birlikleri kendisi olmasa bile üyeleri adına malî haklar üzerinden lisans vermek suretiyle gelir elde ettiğinden ve daha sonra bunları üyelerine dağıttığından bu birliklerde kazanç paylaşma ön plandadır. Bu durum da yürürlükteki Dernekler Kanununa uygun değildir. Bundan dolayı meslek birliklerini, hak sahibi meslek birliklerini

¹⁵⁸Tartışmalar için bkz. *Mısır*, FMR 2002/4, s. 40 vd..

¹⁵⁹RG 23.11.2004 t. ve 25649 sayı..

¹⁶⁰*Tekinalp*, FMH, § 19, N. 7a..

kendi adına kâr amacı gütmeyen ama üyeleri adına ticarî amaç güden nev'i şahsına münhasır (sui generis) özel hukuk tüzel kişisi olarak kabul edilebilir.¹⁶¹

Tekinalp'e göre, Almanya'daki gibi Türk hukukunda da meslek birliğinin limited şirket olarak, hatta limited şirketlerde ortak sayısı 50 ile sınırlandırıldığından diğer bir tür de, yani anonim şirket şeklinde kurulması mümkündür.¹⁶²

Meslek birliklerinin ve federasyonların özel hukuka tâbi tüzel kişi olarak kurulabileceği kabul edilmekle birlikte Kanunda üyelerin katılma yolu ve sorumlulukları açısından açık sınırlamalar getirilmiştir. Buna göre, üyeler sermaye koymak, kâr ve zarara, hukukî mesuliyete iştirak etmekle yükümlü tutulamazlar (FSEK m. 42/3). Türk Ticaret Kanunu çerçevesinde kurulabilecek olan şahıs ve sermaye şirketlerinde ortakların sermaye koyma, şahıs şirketlerinde yine ortakların zarara katılma borcu da bulunduğundan "meslek birliği" olarak TTK çerçevesinde bir ticarî şirketin kurulamayacağı düşüncesindeyiz. Kanundaki bu yasak dışında hak sahiplerinin FSEK'de tanınmış hakları, ülke içinde bu Kanuna göre kurulan meslek birlikleri dışında; başka birlik, dernek ve benzeri kuruluşlar tarafından takip edilemeyeceği açıkça düzenlenmiştir (m. 42/son).

Ancak FSEK m. 48/2'ye göre eser sahibi malî haklarını kısmen veya tamamen isterse gerçek isterse tüzel kişiye devredebilir. Bu devir sonucu devredilen malî haklar üzerinde ruhsat sahibi olan gerçek veya tüzel kişinin kullanma yetkisi vardır.¹⁶³ Böyle bir şekilde malî hakları devralan bir ticarî şirketin bu hakları takibe ve değerlendirmeye "bir meslek birliği" olarak değil, bir hak sahibi olarak kişisel olarak yetkilidir. Nitekim Yargıtay'da daha önceki kararlarından anonim şirket statüsünü kabul etmiştir. 03.08.2000 tarihinde FSEK m. 42'ne göre meslek birliği tüzel kişiliği kazanmadan önce MÜYAP, anonim şirket şeklinde kurulmuş ve hak sahiplerinden devraldığı haklar için hukukî yollara başvurmuştur. Davacı şirketin bir meslek birliği olmadığı ve bu yüzden de hakları takip edemeyeceği yöndeki davalılar tarafından ileri sürülen itiraz, Yargıtay tarafından MÜYAP'ın malî hakları devraldığı gerekçesiyle reddedilmiştir.¹⁶³

Türk hukukunda hak sahipleri için meslek birliği ile sözleşme yapma zorunluluğu söz konusu değildir. Eğer hak sahipleri meslek birliği sözleşme yapıp malî

¹⁶¹ *Mısır*, FMR 2002/4, s. 44..

¹⁶² *Tekinalp*, FMH, § 19, N. 7b..

¹⁶³ Ayrıntılı bilgi için bkz. *Tekinalp*, FMH, § 15, N. 13 vd..

¹⁶³ İlgili Yargıtay kararları için bkz. *Suluk/Orhan*, s 742 vd..

haklarını devretmemişse, bu haklarını bireysel olarak da takip etmelerinde hukukî bir sorun bulunmamaktadır. Meslek birlikleri üyeleri, Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelik çerçevesinde bir yetki belgesini üye oldukları birliğe vermeleri gerekir. Bu yetki belgesinde belirtilen yetkiden fazlasını meslek birliği kullanamayacaktır.¹⁶⁴

Meslek birlikleri ve federasyonların kurulması, organları, üyelik ve çalışma esasları hakkında ayrıntılı bir düzenleme içeren yürürlükteki tüzük (MBF-Tüzük) 1999 yılında çıkarılmıştır.¹⁶⁵

MBF-Tüzük hükümlerine göre eser sahipleri bakımından beş alanda, bağlantılı hak sahipleri açısından ise dört alanda olmak üzere toplam dokuz alanda meslek birlikleri ve federasyonlar kurulabilir.

3. Meslek Birliklerinin Yükümlülükleri

Meslek birliklerinin yükümlülüklerini, hakların idaresi, burada hakkaniyet uygun davranma, bilgi verme ve hesaplarının yeminli malî müşavir denetimine tâbi olması zorunluluğu olmak üzere 4 ana başlık altında toplanması mümkündür.¹⁶⁶ Meslek birliklerinin bu yükümlülükleri FSEK m. 42/A'de sayılmıştır. Bunlar ise

- temsil ettikleri eser, icra, fonogram ve yapımlar ile üyelerine ilişkin tüm bilgileri Bakanlığa bildirmek ve ilgili kişilere açık bu bildirimini her üç ayda bir güncellemek,
- üyesi olan hak sahiplerinin faaliyetlerinden kaynaklanan haklarının idaresini hakkaniyete uygun şartlarda sağlamak,
- üyelerinin haklarının idaresine ilişkin faaliyetlerinden elde ettikleri gelirleri, dağıtım planlarına uygun olarak hak sahiplerine dağıtmak,
- yazılı talepte bulunan ilgili kişilere, temsil ettikleri eser, icra, fonogram ve yapımlar ile ilgili bilgileri vermek,
- sözleşme yapılırken idare ettikleri haklara ilişkin olarak hakkaniyete uygun

¹⁶⁴İlgili Yargıtay kararları için bkz. *Suluk/Orhan*, s. 740 vd..

¹⁶⁵ Bakanlar Kurulu Kararı 10.3.1999 - 99/12574 (RG, 1.4.1999, S. 23653). Tüzükte, 13.8.2002 tarihli ve 2002/4683 no.lu Bakanlar Kurulu Kararı ile değişiklikler yapılmıştır (RG, 24.9.2002 t., 24886 sa.) Bu tüzük ile, 28.3.1986 tarihli ve 86/10534 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla yürürlüğe konulmuş olan Fikir ve Sanat Eseri Sahipleri Meslek Birlikleri ve Federasyonu Tüzüğü yürürlükten kaldırılmıştır..

¹⁶⁶ *Tekinalp*, FMH, § 19, N. 17 vd..

davranmakla, kendi maddi ve/veya manevi menfaatleri bakımından gerekli gördükleri indirim veya ödeme kolaylıklarını sağlamak,

- sözleşme yapılabilmesi için idaresini sağladıkları haklara ilişkin ücret tarifelerini süresinde belirlemek ve belirlenen tarifeleri ve bu tarifelerdeki her türlü değişikliği süresinde duyurmak,
- hesaplarını yeminli malî müşavirlere onaylatmaktır.

IV. Meslek Birliklerine Üyelik ve Organlar

1. Üyelik

Meslek birliklerine asıl ve yararlanan şekilde iki üyelik söz konusudur. Bunların yanında bir statü için meslek birliklerine aday üyelikte mümkündür. Tüzükte öngörülen nitelikleri taşıyan herkes birliğe üye olabilir. Üyeler, yararlanan ve aday üyelere ilişkin kısıtlamalar dışında eşit haklara sahiptirler. Üyelik zorunluluk olmayıp bir tercihtir. Bundan dolayı bir meslek birliğine üye olmaya veya birlikte üye kalmaya hiç kimse zorlanamaz. Ancak bir kişi aynı alandaki her eser türü için bir tek meslek birliğine üye olabilir. Bununla birlikte bir kişi birden fazla FSEK çerçevesinde korunan haklara sahipse, bundan dolayı farklı meslek birliklerine üye olmalarında herhangi bir sakınca da bulunmamaktadır. Örneğin bir kişinin hem söz yazarı, hem besteci hem de yorumcu olduğu durumlarda bu kişinin hem müzik eserleri sahipleri alanında kurulmuş olan hem de icracı sanatçılar alanında kurulmuş olan meslek birliklerine üye olması mümkündür.

Türk kanunlarında göre kurulmuş olmaları şartıyla tüzelkişiler de meslek birliklerine üye olabilirler.

Üyeler, genel kurulca belirlenen giriş ve yıllık aidatları ödemekle yükümlüdürler. MESAM Tüzüğü ve 26.03.2006 tarihli MESAM 9. Olağan Genel Kurulunda alınan kararlar uyarınca Mesam'ın giriş ve yıllık aidatı ise: Besteci, söz yazarı ve aranjör için: Giriş 20 YTL, yıllık 36 YTL; editörler için ise: giriş 100 YTL, yıllık 120 YTL.

Üyelik için yazılı başvuru gereklidir. Kanunda, Tüzükte ve başvuru yapılan birliğin tüzüğünde öngörülen nitelik ve ölçütleri taşıyanlar üyeliğe kabul edilirler. Başvurular yönetim kurulunca karara bağlanır ve başvuru tarihinden itibaren otuz gün içinde ilgiliye yazıyla duyurulur (MBF-Tüzük m. 16). Bu hükümle

meslek birlikleri şartları taşıyan kişiyi, üye olarak kabul etmeye mecbur tutulmuştur. İlgili meslek birliğinin yönetim kurulu, ancak aranılan nitelik ve ölçütlere uygun olmayan bir kişinin başvurusunu reddedilebilir. Bu karar olumlu veya olumsuz olsun otuz gün içinde yazılı olarak duyurulmak zorundadır.

MBF-Tüzük m. 12’de yer alan

“Türk vatandaşı olmak, tüzelkişiler için Türk yasalarına göre kurulmuş olmak”

şartı 13.08.2002 tarihinde yapılan değişiklikte kaldırılmıştır.¹⁶⁷ Böylece artık Tip Statü gereğince yabancı gerçek ve tüzel kişilerin üyeliğine izin verilmiş bulunmaktadır. Burada uyrukluk aramadığı gibi ikâmet şartı da aranmamaktadır.¹⁶⁸

a) Üyelik Çeşitleri

Meslek birliklerine hangi nitelikteki kişilerin asıl ve yararlanan üyelik yanında bir statü için meslek birliklerine aday üyelik olarak kabul edilmesi gerektiği MBF-Tüzükte düzenlenmiştir. Buna göre aşağıdaki nitelikleri taşıyanlar asıl üye olabilirler:

- Eser sahibi veya bağlantılı hak sahibi gerçek veya tüzelkişi olmak,
- Medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olmak,
- Birliklerin koyacağı ölçütlere uygun olmak;¹⁶⁹

¹⁶⁷RG 24.09.2002 ve 24886 sayılı..

¹⁶⁸ MESAM ve MÜYORBİR ise internet sitelerinde kimlerin üye olabilecekleri anlatılırken hâlâ “Türkiye Cumhuriyet Vatandaşı Olma” şartı aradıklarını bildirdikleri halde, asıl üyeliği düzenleyen kendi tüzüklerinin (MESAM) 14. ve (MÜYORBİR) 13. maddesinde ise MSF-Tüzüğüne uygun olarak böyle bir şart mevcut değildir. Bkz. www.mesam.org.tr, www.muyobir.org.tr

¹⁶⁹ MESAM’ın asıl üyelik için belirlediği ölçütler:

“Genel Kurul tarihi itibarıyla MESAM üyelikleri en az bir yıl süreyle kesintisiz devam etmekte olan eser sahibi üyeler, MESAM Tüzüğü’nün 14. maddesindeki koşulların yanı sıra;

1- İki yıllık olağan genel kurul dönemi lisanslama bedeline tekabül eden brüt telif getirisi en az 1.500,00 YTL. ise, veya

2- a) En az 2000 (iki bin) adet fabrika baskısı yapılmış ve bandrol alınmış olan fonogramlara kaydedilmek suretiyle veya

b) TRT repertuarına kaydedilmek suretiyle veya

c) MESAM tarafından lisanslanmış olan radyo – televizyon – tiyatro – sinema – müzikal – konser ve benzeri alanlarda temsil edilmek suretiyle,

En az 10 (on) adet eseri umuma arz edilmiş ve meydana gelen kullanımlardan MESAM tarafından mali hak bedeli tahsil edilmiş ise, Asıl Üyeliğe kabul edilirler.” Editörler için belirlenen ölçütler için bkz. www.mesam.org.tr

MSG kendi Tüzüğünde şu ölçütleri getirmiştir. MSG üyeliği için,

“c) 5 eseri ticarete konu olmuş ve/veya bir mali takvim yılı içinde adına brüt 1.000 YTL mekanik ve/veya temsili telif tahakkuk etmiş olmak

d) Eser sahibi olmak ve medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olmak kaydıyla Birliğin onuru ve çalışmalarına katkıda bulunduğu tespit edilmiş üyeler, bir Genel Kurul dönemi içinde, Yönetim Kurulu kararı ile Yönetim Kurulu tam sayısının yarısını geçmemek kaydıyla asıl üye olabilirler.” Bkz. www.msg.gov.tr

MÜYORBİR ise üyelik için en az üç eser şartı aramaktadır.,

- Yapımcı veya yayın kuruluşları bakımından, en az altı aydan beri ticaret siciline kayıtlı olarak fiilen üretimde bulunmak.

Birlik organlarında görev alamayan ve genel kurula ancak oydan yoksun olarak katılabilen yararlanan üyeler ise;

- Eseri meydana getirmeyen ancak, miras ya da devren iktisap yoluyla veya doğrudan eserin malî haklarını kullanma yetkisine sahip olan kişiler,
- Medeni haklarını kullanma ehliyetine sahip olmayanlar adına velileri ya da vasileri.

Asıl ve yararlanan üyelik dışından geçici bir statü ise aday üyeliktir. Aday üyeler, MBF-Tüzük m. 12/b.(d)'de sayılanlar, yani yapımcı ve yayın kuruluşları, asıl üye olana kadar aday üye statüsünde kabul edilmektedir. Bu süre içinde aday üyeler, genel kurulda oy kullanamadıkları gibi ve yönetim organlarında görev alamazlar. Aday üye olabilecek olan yapımcı veya yayın kuruluşları şu iki şartın varlığı halinde ilgili meslek birliği yönetim kurulu kararınca asıl üyeliğe geçebilirler:

(1) en az altı ay süreyle ticaret siciline kayıtlı olma

ve

(2) fiilen üretimde bulunma.

b) Üyelik Konusundaki Uyuşmazlıkta Çözüm Yolları

Üyelik konusunda çıkabilecek uyuşmazlık halinde yargı dışında değişik çözüm yolları öngörülmüştür. Eğer başvuranın hangi birliğe üye olabileceği konusunda birlikler arasında çıkacak uyuşmazlıklarda o alanda kurulmuş olan federasyonca karara bağlanacağı belirtilmiştir. Eğer uyuşmazlığın söz konusu olduğu alanda henüz bir federasyon kurulmamışsa uyuşmazlık Bakanlık kararıyla çözümlenir. Birliklerle üyeleri arasındaki üyelikle ilgili uyuşmazlıkların ise birlik genel kurulunda çözümlenmesi yolu benimsenmiştir.

Öncelikle federasyon yolu ile çözüm yolunun sistemin esasına uygun olmadığı düşüncesindeyiz. Türkiye'deki meslek birlikleri dikkate alındığında aynı alanda birden fazla meslek birliği kurulabilmesi kanunen mümkün olduğuna göre ve şu anda da bir çok alanda birden fazla meslek birliği faaliyet yürütmektedir. Federasyonlar, birden fazla alanda değil, sadece tek bir alanda kurulabildiklerine

göre, birinci çözüm yolunun pratikte hiçbir şekilde uygulama şansı bulunmamaktadır. Örneğin müzik eserleri sahipleri alanında iki meslek birliği (MESAM ve MSG) bulunmaktadır. Bunların bir federasyon kurmaları halinde müzik eseri sahibi olan bir kişinin bu iki meslek birliğinden birini seçmesi halinde seçim açısından hiçbir zaman bir uyuşmazlık çıkmayacaktır. Ayrıca üyelik ve üyelikten ayrılma da serbest olduğuna göre, bir üye istediğinde aynı alandaki başka bir meslek birliği üyeliğine geçebilir. Burada sözleşmenin feshi konusunda herhangi bir süre öngörülmemiştir. Eğer federasyon birden çok alanı kapsayıcı nitelikte, meselâ müzik eserleri ve icracı sanatçıları kapsayacak şekilde, olsa idi, başvuran kişinin hangi birliği üye olması gerektiği konusunda uyuşmazlık olduğunda bu federasyonun çözüm amacıyla devreye girmesi isabetli olurdu. Bakanlıkça bulunacak çözümün benimsenmemesi halinde hukukî yol, idarî nitelikte bir karar söz konusu olduğu için idarî yargı yolu ile iptal davası açılabilir. Ancak federasyonun bulacağı çözümün kesin olup olmadığı konusunda herhangi bir hüküm olmadığı gibi; kabul edilmeyen çözüm için taraflarca bir itiraz yolu olup olmadığı veya bu çözümün yargı önüne nasıl götürülmesi gerektiği konusunda da herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

c) Üyeliğin Sona Ermesi

Meslek birliklerine üyelik,

- (1) ölüm,
- (2) tüzelkişiliğin sona ermesi,
- (3) üyelikten çekilme veya
- (4) üyelikten çıkarılmayla

sona erer. Üyeliğin sona ermesine rağmen bu üye ile birliğin karşılıklı yükümlülükleri, yetki belgelerinin sonuncusunun süresinin bitiminden itibaren bir yıl süre ile devam eder.

Üyelikten çekilmek isteyen üyenin yazılı başvurusu gereklidir. Üyelik, bu başvuruyla sona ereceğinden ilgili meslek birliğinin bu konuda takdir hakkı bulunmamaktadır (MBF-Tüzük m. 18).

Asıl, yararlanan ve aday üyeler aşağıdaki hallerde yönetim kurulunun önerisi ve haysiyet kurulu kararıyla üyelikten çıkarılabilirler (MBF-Tüzük m. 19):

- Kasıtlı eylem ve davranışlarıyla birliğin çalışmasına, amaçlarını gerçekleştirmesine engel olmak,
- Yazılı uyarıya rağmen bir yıl süresince üyelik ödentisini vermemek,
- Yetki belgesine aykırı davranışlarını, yazılı uyarıya rağmen sürdürmek,
- Asıl üyeler yönünden özür bildirmeksizin arka arkaya üç genel kurul toplantısına katılmamak,

İlgili maddede çıkarılma kararının noter aracılığıyla yedi gün içinde ilgiliye bildirileceği belirtilmiştir. Ancak başlıkta yer alan “itiraz”ın hangi süre içinde, nereye ve nasıl olacağı konusunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

2. Organları

1999 yılında çıkarılan Fikir ve Sanat Eseri Sahipleri İle Bağlantılı Hak Sahipleri Meslek Birlikleri Ve Federasyonları Hakkında Tüzük gereğince meslek birliklerinin ve federasyonun tip statülerinde zorunlu organları şunlardır: Genel kurul, yönetim kurulu, denetleme kurulu, teknik-bilim kurulu ve haysiyet kurulu.

a) Genel Kurul

Meslek Birliklerinin asıl üyelerinden oluşan genel kurulun olağan toplantısı iki yılda bir, en geç mart ayının sonuna kadar birlik tüzüğüyle belirlenmiş genel merkezin bulunduğu il merkezinde yapılır. Genel kurulun toplantı çağrısı yönetim kurulunca yapılır. Genel kurul, yönetim kurulu veya denetleme kurulunun gerekli görmesi ya da birlik asıl üyelerinin beşte birinin yazılı isteği üzerine olağanüstü olarak da toplanabilmektedir (m. 23). Genel kurul, üye tam sayısının yarısından bir fazlasıyla toplanır (m. 25). Eğer ilk genel kurulda yeterli çoğunluk sağlanamazsa ikinci toplantısına ilişkin çağrı yazısı toplantı tarihinden en az otuz gün önce taahhütlü olarak veya üyelere imza karşılığında elden verilmesi zorunludur (m. 24). İkinci toplantıda çoğunluk aranmamakla birlikte, ikinci toplantının yapılabilmesi için, katılan üye sayısının, yönetim, denetleme ve haysiyet kurulları asıl üye sayılarının toplamının iki katından az olmaması gerekmektedir (m. 25).

Genel kurulda kararlar, toplantıya katılan üyelerin çoğunluğu ile alınır. Üyeler vekaletname ile bir başka üyeyi de temsil edebilirler. Ancak bu sayı sadece bir üye ile sınırlandırılmıştır. Yani her üye ancak usulüne uygun vekaletnamesi

de varsa iki oy kullanabilir. Ancak yönetim ve denetleme kurulu üyeleri genel kurulda vekaletname ile temsil edilemediği gibi, yönetim ve denetleme kurulu üyeleri de başka bir üyeyi vekaleten dahi temsil edemezler (m. 25).

Genel kurulun görev ve yetkileri ise (m. 22);

- Yönetim kurulu, denetleme kurulu, teknik-bilim kurulu ve haysiyet kurulunun asıl ve yedek üyelerini seçmek,
- Federasyona katılma kararı almak ve federasyon genel kuruluna katılacak temsilcileri seçmek,
- Üyelik türüne ilişkin uyuşmazlıkları karara bağlamak,
- Bütçe tasarısını görüşmek ve karara bağlamak,
- Kurullarca gönderilen raporları incelemek ve karara bağlamak,
- Yönetim kurulunun hesaplarını incelemek ve ibra etmek,
- Merkez müdürlüğü ile şube açılmasına veya kapatılmasına karar vermek,
- Taşınmaz mal alınması ve satılması, bunlar üzerinde aynı haklar tesis edilmesi için yönetim kuruluna yetki vermek,
- Birlik tüzüğündeki değişiklik önerileri ile yönerge önerilerini karara bağlamak,
- Giriş ve yıllık ödenti miktarı ile tahsil olunacak ücret ve tazminatlarından alınacak birlik payını belirlemek,
- Birliğin aynı amaçlı uluslararası kuruluşlara katılmaları veya bunlarla işbirliği yapmaları konularında karar vermek,
- Yönetim kurulunun genel kurulda incelenmesini önerdiği hususları görüşmek ve karara bağlamak,
- Üyelik niteliklerine ilişkin ölçütleri belirlemek,
- Eserlerin, icraların, tespitlerin veya yayınların izinsiz kullanımı ile ilgili tedbirleri saptamak,
- Mevzuat ve birlik tüzüğüyle verilmiş diğer görevleri yapmak.

b) Yönetim Kurulu

Genel kurul tarafından asıl üyeler arasından iki yıl için gizli oyla seçilen yönetim kurulu, en az beş üyeden oluşur ve ayrıca üye sayısınınca da yedek üye seçilir. Seçimi izleyen üç gün içinde yönetim kurulu, bir başkan, bir başkan yardımcısı ve bir sayman üyeyi asıl üyeler arasından seçer. Kurulun ayda en az bir kez toplanması gerekir (m. 26). Toplantı yeter sayısı üç olmasına rağmen karar yeter sayısı üye tam sayısının salt çoğunluğudur. Yani beş üyeli bir yönetim kurulu en az üç üye ile toplandığı takdirde salt çoğunluk yine üç üye ile olduğundan, toplantıya katılan üyeler ancak aynı yönde karar verdikleri takdirde karar yeter sayısına ulaşılmış olacaktır. Ayrıca mazeretsiz olarak üst üste üç toplantıya katılmayan üyenin yönetim kurulu üyeliği düşecektir (m. 27).

Meslek Birliklerin temsil görevi yönetim kurulu başkanı tarafından yerine getirilir. Bununla birlikte temsil yetkisi, gerektiğinde yönetim kurulu kararıyla üyelere bir veya birkaçına devredilebilir. Ayrıca hakların izlenmesinde, birliğin kamu kurum ve kuruluşlarıyla ve üçüncü kişilerle ilişkilerinde genel sekretere ve şubelerin en yüksek görevlisine, yönetim kurulu kararıyla imza yetkisi verilebilir (m. 29).

Yönetim kurulunun görev ve yetkileri aşağıda gösterilmiştir (m. 28):

- Eser sahipleri ile bağlantılı hak sahiplerinin ortak çıkarlarını korumak, haklarının idaresi ve takibi için gerekli çalışmaları yapmak ve üyelerin haklarına tecavüz durumunda ilgili mercilere başvurmak,
- Genel sekreter ile merkez ve şubelerde çalışacak personeli görevlendirmek, görevlerine son vermek, bunların özlük, ücret, sosyal hakları ve çalışma esasları ile diğer hususlara ilişkin usul ve esasları belirlemek,
- Bütçeyi hazırlamak ve genel kurula sunmak,
- Birlik tüzüğünde yapılacak değişiklik önerilerini hazırlamak ve genel kurula sunmak,
- Birlikçe tahsil olunacak tazminat ve telif ücretlerinden kesilecek birlik payına ve kullanım tarzlarına ilişkin tarifeleri yapmak ve genel kurula sunmak,
- Bir eser, icra, tespit ve yayın üzerinde birden fazla hak sahipliği olduğu durumlarda anlaşmazlık halinde ücret dağıtımına ilişkin paylaşım yönergesini düzenlemek ve genel kurula sunmak,

- Asıl üyelik, yararlanan üyelik ve aday üyelik başvurularını karara bağlamak,
- Merkezin ve şubelerin çalışma ve işleyişi ile hak izlemeye ilişkin yönergeleri hazırlamak ve genel kurula sunmak,
- Birliğin izleyeceği haklar için gerekli olan sözleşme tipleriyle, eser, icra, tespit veya yayın sahiplerine yardımcı olmak üzere onların ilgililerle yapacakları sözleşme tiplerini hazırlamak,
- Genel kurul kararlarının ve denetleme kurulu raporlarının birer örneğini, kurula verilmesini izleyen üç gün içinde Bakanlığa göndermek,
- Kuruluş amaçları ile ilgili konularda Bakanlıkla işbirliği yapmak, birliklerince gerçekleştirilecek etkinlikleri Bakanlığa bildirmek,
- Kanununun 81 inci maddesi gereğince kurulacak komisyonda görev alacak birlik temsilcilerini tespit etmek,
- Üyelerin haklarının tecavüze uğraması halinde Kanununun 75 inci maddesinde öngörülen şikayet yetkisini kullanmak,
- Mevzuat ve birlik tüzüğüyle verilen diğer işleri yapmak.

c) Denetim Kurulu

Genel kurul tarafından asıl üyeler arasından iki yıl için gizli oyla seçilen denetleme kurulu en az üç üyeden oluşur ve ayrıca asıl üye sayısınınca yedek üye seçilir. Seçimi izleyen üç gün içinde asıl üyeler arasından kurul başkanı seçilir (m. 30).

Denetleme kurulunun görevi, yönetim kurulunun hesap ve işlemlerini, birlik tüzüğünde belirtilen esas ve usullere göre altı ayı geçmeyen aralıklarla denetleyip, sonuçları düzenleyeceği raporlarla yönetim kuruluna, iki yıllık raporlarla da genel kurula sunmaktır. Denetleme kurulu, hazırladığı raporların bir örneğini ayrıca Bakanlığa da göndermek zorundadır (m. 31).

d) Teknik-Bilim Kurulu

Tip statü gereğince meslek birliklerinin bir diğer organı da teknik-bilim kuruludur. Bu kurul, meslek birliğinin uzmanlık alanına giren konularda inceleme ve araştırmalar yapmak, ilgili kurullara önerilerde bulunmak, yönetim kurulunca incelenmesi istenen konularda raporlar düzenlemek, bunların bir

örneğini yönetim kuruluna, bir örneğini de denetleme kuruluna vermek ve birlik tüzüğünde belirtilen diğer işleri yapmakla görevlidir (m. 33).

Genel kurul tarafından asıl üyeler arasından iki yıl için gizli oyla seçilen teknik-bilim kurulu en az üç üyeden oluşur ve ayrıca asıl üye sayısınınca yedek üye seçilir. Seçimi izleyen üç gün içinde asıl üyeleri arasından kurul başkanı seçilir (m.32).

e) Haysiyet Kurulu

Meslek birliklerinin disiplin yönergesini uygulamakla görevli kurulu haysiyet kuruludur. Üyelikten çıkarma cezası ile disiplin yönergesinde öngörülen diğer disiplin cezaları haysiyet kurulunun yetkisi alanındadır. Bu kararlara karşı itiraz süresi yedi gün olup, bu itiraz ilgili federasyon haysiyet kuruluna yapılır (m. 35). Ancak Türkiye'de henüz bir federasyon kurulmadığı için bu şekilde bir itiraz şu an için mümkün değildir. Bu şekilde bir itiraz yapılmış olmasa bile haysiyet kurulunun kararlarına karşı yargı yolu açıktır.

Genel kurul tarafından asıl üyeler arasından iki yıl için gizli oyla seçilen haysiyet kurulu en az üç üyeden oluşur ve ayrıca asıl üye sayısınınca yedek üye seçilir. Seçimi izleyen üç gün içinde asıl üyeler arasından kurul başkanı seçilir (m. 34).

V. Meslek Birlikleri Federasyonu

Türkiye'de aynı alanda faaliyet gösteren "en az iki" meslek birliği tarafından, Bakanlıkça hazırlanan ve Bakanlar Kurulunca onaylanan tip statüye uygun olarak meslek birlikleri federasyonları kurulabilir. Aynı alanda birden fazla meslek birlikleri ancak tek bir federasyon kurabilirler, yani alanları farklı olan birden fazla federasyon kurulması mümkündür. Yukarıda kurulan meslek birlikleri ve ilgili alanları dikkate alındığında henüz bir federasyon kurulmamış olsa bile, Türkiye'de şu anda 5, ileride tek olan alanlarda birden fazla meslek birliği olduğu takdirde 10'a kadar federasyon kurulması mümkündür. Bu kadar çok sayıda federasyonunun kurulabilmesi ihtimalinin dahi bu alandaki karmaşıklığı daha da artıracığı kabul edilebilir. Yapılması gereken ise sadece basit, herkesin kabul edebileceği ve işleyebilecek bir sistemin kurulmasıdır. Kullanıcıların ödemesi gerekli olan ücretlere ek yükler getiren veya üyelerin gelirden alacağı payları daha da küçültecek nitelikteki bürokratik uygulamalardan kaçınılması gerektiği kanaatindeyiz. Bu sebeple de sistemin herkesin yararına olacak şekilde bu kadar çok sayıda federasyon kurulması düşüncesinden vazgeçilmesi gerekmektedir.

Üçüncü Bölüm

Meslek Birliklerinin Düzenlenişi ve Kontrolü

A. GEMA Örneğinde Almanya'daki Meslek Birliklerinin Düzenleyicilik İşlevi

I. Telif Haklarının Değerlendirmesi Hakkında Kanun Yoluyla Yapılan Düzenlemeler

1. Genel Olarak

Meslek birliklerinin görevleri ve sınırları, 1965 yılında kabul edilen Telif Haklarını Değerlendirme Kanununda (UrhWG) özel olarak düzenlenmiştir. Bunu da kanun hükümlerine uyulup uyulmadığını kontrol eden ve özel olarak kurulmuş idarî bir denetim tamamlamaktadır. Telif Haklarını Değerlendirme Kanunu (UrhWG), 1965 yasama yılında Telif Hakları Kanunu (UrhG) ile aynı anda yürürlüğe girmiştir. Telif Haklarını Değerlendirme Kanunu (UrhWG), Avrupa ülkeleri ile karşılaştırıldığında meslek birlikleri yolu ile malî hakların değerlendirilmesine yönelik çok ayrıntılı bir düzenleme içermektedir. Meslek birlikleri için aşağıda açıklanan özellikleri sebebiyle kanunî bir düzenleme getirilmesi zorunluluğu ortaya çıkmıştır:

- Bu birlikler aynı zamanda yediemin görevi görürler. Ancak tasarruflarında, hak sahiplerinin fazlalığı nedeniyle çoğunlukla bağımsız hareket ederler.
- Bu birlikler, yapıları gereği piyasalara hâkim durumda olduklarından bu konumlarını kullanıcılara ve hak sahiplerine karşı kötüye kullanma tehlikesi vardır.
- Bu birlikler hukukî, yapısal ve sosyal işlevlerinin bir sonucu olarak devletin telif haklarını güvence altına alma görevini ondan devralarak devleti bu yükten kurtarır.¹⁷⁰

¹⁷⁰ Schricker/Reinbothe, vor §§ 1 vd., Rn. 6 vd. .

2. Faaliyet İzni

Meslek Birlikleri, izin almadan herhangi bir faaliyette bulunamazlar. Bunun sebebi de, birliklerin yediemin görevi gördükleri öne sürülmektedir.¹⁷¹ İzin alma yükümlülüğü, iznin hangi şartlar altında verildiği, hangi sebeplerden dolayı verilemeyeceği veya verilmiş bir iznin geri alınacağı UrhWG §§1-5 maddelerinden ayrıntılı belirtilmiştir.

3. Hukukî Yapısı

Meslek birliklerinin ne tür bir yapısı olması gerektiği açıkça düzenlenmemiştir. Almanya'da halen bulunan 12 meslek birliğinden sekizi limited şirket, diğer dördü ise iktisadî bir dernek şeklinde faaliyet göstermektedir.¹⁷²

4. Hak Sahiplerine Karşı Meslek Birliklerinin Hukukî Yükümlülüğü

a) Değerlendirme Zorunluluğu

UrhWG §6'da düzenlenen değerlendirme zorunluluğu ile meslek birliklerinin faaliyet alanlarındaki tekel konumlarının hak sahiplerinin ekonomik yönden zarar görmelerinin önüne geçilebilmiştir. Meslek birlikleri bu şekilde hangi eser sahibinin haklarını değerlendireceklerini kendi çapında karar verememekte ve iki tarafla da sözleşme zorunluluğu altında hareket etme durumundadırlar: UrhWG §6'da hak sahipleri ile; UrhWG §11-12'de ise kullanıcılar ile.

aa) Maddî ve şahsî uygulama alanı

Meslek birliği faaliyetinin kapsam ve sınırlarını kendi belirleyebilir. Bunun için gerekli olan ön şart, tüzükte veya birlik sözleşmesinde sınırların objektif olarak belirlenmiş olmasıdır. Örneğin belirli eser türleri veya belirli kullanım türlerinde olduğu üzere.¹⁷³

Faaliyet alanının subjektif kriterlere göre sınırlandırılması, yani hak sahibinin kişiliğine yönelik kriterlerle sınırlandırılması mümkün değildir.¹⁷⁴ Ancak değerlendirme zorunluluğundan dolayı meslek birliğine üye olarak alınma hakkı çıkmaz. Sadece hak sahibinin bu haklarının değerlendirilmesi yeterlidir.

¹⁷¹ *Schricker/Reinbothe*, vor §§ 1 vd., Rn. 4..

¹⁷² *Schricker/Reinbothe*, vor §§ 1 vd., Rn. 14..

¹⁷³ *Haertel*, Verwertungsgesellschaften, UFITA 50 (1967), s. 7/17..

¹⁷⁴ *Haertel*, Verwertungsgesellschaften, UFITA 50 (1967), s. 18..

UrhWG §6'nın kanun metninden de anlaşılacağı üzere, Anayasaya göre sadece Almanlar değil, Avrupa Birliği üyesi diğer ülkelerin vatandaşları ya da Avrupa Ekonomik Anlaşmasına (AEA) taraf olan diğer bir ülkenin vatandaşları da UrhWG §6'ya dayanabilirler, yani haklarının değerlendirilmesini isteyebilirler. Bir şirketin sahipleri için bu, şirket merkezinin Avrupa Birliğine üye bir ülkede ya da AEA'na taraf olan bir ülkede olması durumunda geçerli olmaktadır. Avrupa Birliği vatandaşı ya da Alman olmayan özel şahısların ikametgâh adreslerinin Almanya'da olması onların bu imkandan yararlanabilmesi için yeterli bir şarttır. Bu durum, Avrupa Birliğin içindeki hizmetlerin, malların ve kişilerin (emeğin) serbest dolaşımına ve Birlik vatandaşının her bir üye ülkede prensipte o ülke vatandaşı ile eşit muamele görmesi konusundaki ayrımcılık yasasına da uygundur.¹⁷⁵

Başka ülke vatandaşlarının telif haklarının uluslararası konvansiyonlarla korunması ilkesine dayanarak eşit muamele görme hakkını güvence altına alan bu temel hükme atıfta bulunarak Federal Almanya'da ikametgâh adresi şartından bağımsız olarak UrhWG §6/1'de düzenlenen değerlendirme talebini iddia edip edemeyeceği konusu bugün de hâlâ tartışmalıdır. Bu türden hak iddia ve talepleri, Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesi'nin (Revize edilmiş Bern Sözleşmesi, RBS) Brüksel metninin 4-6 maddesinde, Paris metninin 1. maddesi 1-3 fıkrasında ve Evrensel Telif Hakları Sözleşmesi (Universal Copyright Convention, UCC)'nin II. maddesindeki vatandaş gibi eşit muamele görme güvencesine dayanarak en azından yalnızca bir meslek birliği aracılığı ile takip edilebilen, örn. izleme hakkı gibi haklar ve talepler söz konusu olduğunda kabul edilebilir.¹⁷⁶ Karşı görüş ise, yabancı telif hakkı sahiplerinin bu haktan yararlanabilmeleri için, karşılıklılık esası çerçevesinde uluslararası ikili anlaşmaları yeterli görmektedir.¹⁷⁷

bb) Uygun şartlarda hakların değerlendirilmesi

Hakkın değerlendirilmesi zorunluluğunun bir diğer kısıtlaması da, hak sahiplerinin hak ve taleplerinin yalnızca uygun şartlarda meslek birlikleri tarafından değerlendirilmesi gerekliliğidir.¹⁷⁸

¹⁷⁵Bkz. bununla ilgili eski hukukî düzenleme, §6/1. Burada bu hak sadece Almanlar ve ikametgâhı Almanya'da bulunan yabancılarla sınırlandırılmıştı; 02.06.1971 tarihli AB Komisyonu kararı için bkz. GRUR Int. 1973, s. 86-GEMA I kararı. 23.06.1995 tarihinde kanun değişikliği ile §6/1 değiştirilmiştir. Bkz. BGBl. I, s. 842. .

¹⁷⁶Schricker/Reinbothe, zu § 6, Rn. 9. .

¹⁷⁷Örneğin bkz. Melichar, Die Wahrnehmung von Urheberrechten durch Verwertungsgesellschaften, s. 36. Dittrich, Der Kontrahierungszwang von Verwertungsgesellschaften, s. 33..

¹⁷⁸Goldmann, s. 187..

Bu durumlarda, edim ve karşı edimlerin dengesine ulaşıldığında genelde şartların uygun olduğu varsayımından hareket edilir. O halde örneğin hakların değerlendirilmesi sözleşmesinin içeriğinin ve sözleşme süresinin dengeli olması gerektiği gibi, tarafların hak ve yükümlülükleri de toplamda/genelde dengeli olmalıdır.¹⁷⁹

Dikkat edilmesi gereken bir nokta, aynı zamanda kullanıcı olarak da meslek birlikleri ile ilişkide olan üyelere, müzik kullanıcıları ile sözleşme tarifelerinin düzenlenmesine yönelik kararların oluşturulması aşamasında üyelik haklarını veya sözleşme ilişkisi sürecinde yönetim kurulu ile ilgili pasif seçim (seçilme) haklarını kullanma izni verilmez. Üyelik haklarının bu şekildeki kısıtlanması ile menfaat çatışmasının diğer üyelerin aleyhinde sonuçlanmasının ve GEMA'nın işlerini olumsuz yönde etkilemesinin önüne geçilir.

b) Gelirlerin dağıtımı

Meslek birliklerinin elde ettiği gelirlerin dağıtımı, keyfi bir yöntemin tamamen önüne geçilebilmesi bakımından bir dağıtım planının önceden belirlenmiş kurallarına göre yapılmak zorundadır.

5. Lisans Alanlara Karşı Meslek Birliğinin Hakları ve Yükümlülükleri

Meslek birliği olarak GEMA, hak sahibi ile kullanıcılar arasında bir aracıdır. Örneğin meslek birliklerinin tarife, taraflarla toplu olarak sözleşme yapması ve bu esnada kullanıcıların sosyal, dini ve kültürel farklılıklarını dikkate alması gibi konular ilgili bölüm olan dördüncü bölümde ayrıntılı olarak incelenecektir. Başlıca önemli noktalar olarak şunlar zikredilebilir: UrhWG §10'a göre bilgi verme yükümlülüğü ve §11/1'e göre taraflarla sözleşme yapma zorunluluğu.

Bu temel esaslar yanı sıra UrhWG'de, meslek birliklerinin faaliyetleri açısından önem arz eden diğer hükümler de mevcuttur. Bunlar arasında:

- UrhWG §8'e göre tedarik ve destekleyici kuruluşların oluşturulması,
- UrhWG §9'a göre hesap verme yükümlülüğü ve kapsamlı bir biçimde yapılacak olan denetim, yine bu hükümde düzenlenmiş olan yıl sonu bilançolarının yayımlanma görevi.

¹⁷⁹ Maus, Der Wahrnehmungsvertrag, s. 52 vd.; Rehbinder, DVBL 1992, s. 216/218..

II. GEMA Üzerindeki Alman Patent ve Marka Kurumu'nun (DPMA) Denetimi

1. Genel Olarak

Telif Haklarını Değerlendirme Kanununun (UrhWG) yürürlüğe girdiği tarihten beri denetim mercii Alman Patent ve Marka Kurumu'dur. Bu denetim mercii, meslek birliklerinin uygulamalarının UrhWG'deki hükümlerine uygun olmasını sağlar.¹⁸⁰

Kanunla düzenlenen bu denetimin sebebi meslek birliklerinin kuvvetli tekel ve yediemin konumlarıdır. Zira bu yetki ve güç kapasitesinin gerek içeride hak sahiplerine gerek ise kullanıcılar ile olan ilişkilerde kötüye kullanılabilceği tehlikesi bilinen bir husustur. Öte yandan Alman kanun koyucu, ekonomik olarak işlev görebilmeleri ve aynı anda kullanıcılara tek elden tüm hakları sunabilmeleri için tüm hakları bir meslek birliğinin inhisarına bırakmayı elzem, amaca ve genel isteğe uygun olarak görmüştür.¹⁸¹ Gerekçe için bkz. BT- Drs. IV 271, s.9.. Bu yüzden Alman kanun koyucu, tarafların haklarını ve yükümlülüklerini özel bir kanun ile düzenlemeyi ve meslek birliklerini devlet denetime tâbi tutma yolunu benimsemiştir.¹⁸²

2. Önemli Görevler

a) İzin Verme Zorunluluğu

Meslek birliklerinin tüm faaliyet alanları için bir yasal tekel düzeni anayasal yönden sakıncalı görüldüğünden getirilmemiştir. Çünkü bu tekelin getirilse idi Alman Anayasası m. 12/1'de düzenlenen ve temel haklardan olan serbest meslek seçimi hakkına sınırsız ve kabul edilemeyecek ölçüde bir sınırlama getirileceği düşünülmüştür.¹⁸³

Telif Haklarını Değerlendirme Kanununun (UrhWG) en önemli unsurlarından biri, sui generis bir statüde¹⁸⁴ bulunan meslek birliklerinin faaliyete başlayabilmesi için izin alma zorunluluğunun bulunmasıdır. Meslek birliklerinin oluşturduğu ortaklıklar için de dolaylı olarak hakların değerlendirildiği

¹⁸⁰Ana esaslar için bkz. *Himmelman*, GEMA-Kommentar, s. 739 vd.; eleştiri için bkz. *Troller*, Eingriffe des Staates in die Verwaltung und Verwertung von Urheberrechtlichen Befugnissen, s. 106; *Möhring*, Verwertungsgesellschaftsgesetz, UFITA 36 (1962), s. 407/412..

¹⁸²Bkz. Gerekçe BT- D rs IV/271, s.9; ayrıca *Himmelman*, GEMA-Kommentar, s.744; *Schricker/Reinbothe*, zu §18, Rn. 1, vor § 1vd., Rn. 6 vd. .

¹⁸³Bkz. Gerekçe BT-Drs.IV/271 s. 11..

¹⁸⁴Ayrıntılı bilgi için bkz. *Lerche*, GEMA-Kommentar, s. 22 vd.

durumlarda bu zorunluluk geçerlidir. Ancak bu zorunluluk, çatı organizasyonun sadece tahsilat yapma işlevi gördüğü ya da muhasebeleştirilmeleri yapılmaksızın veya yönetilmeksizin münferit haklar için tek bir merkezileştirmenin yapıldığı hallerde ortadan kalkar. İzin verme veya izne itiraz işlemi için yetkili kılınan mercii, Alman Patent ve Marka Kurumu'dur. İzin verilirken, Federal Rekabet Kurumu'nun da görüşü alınarak karar verilir.

Bundan dolayı izin verme yükümlülüğü UrhWG §1'de düzenlenmiştir. UrhWG §1'de maddî, §2'de ise şeklî şartlar düzenlenmiştir. Ancak burada belirleyici olan UrhWG §3'dür. Buna göre, aşağıda açıklanan durumlar söz konusu olduğunda izin verilmez:

- Meslek birliğinin tüzüğü, UrhWG hükümlerine uygun olarak yapılmamış ise (bend 1);
- Meslek birliğini temsil eden yetkili kişinin bu faaliyetleri yerine getirebilecek güvenilirliğe sahip olmaması durumunda (bend 2);
- Meslek birliğinin ekonomik gücü, kendisine emanet edilen hak ve talepleri yeterince etkin bir şekilde kullanmasını mümkün kılmıyor ise (bend 3).

Meslek birliğinin ekonomik gücü kavramı, onun iş görme etkinliği ve yetkinliği anlamına gelmektedir. Bir başka deyişle onun kendisine emanet edilen hak ve talepleri kapsamlı ve etkin bir biçimde başkalarına devredebilme ve bunlardan ekonomik olarak yararlanma becerisini ifade eder. Bu bağlamda, önemli faktörler olarak şunlar ifade edilebilir:

- Kullanımın denetimini sağlamaya yönelik bir kontrol sisteminin mevcudiyeti,
- Yurt dışı bağlantılar,
- Üstlenilmiş repertuarın geniş kapsamı¹⁸⁵

UrhWG §3' göre, birbirleri ile rekabet halindeki meslek birliklerinin bu rekabetini önlemek mümkün değilse de, uygulamada özellikle UrhWG §3/1/b.3 hükmünün müzik sektöründeki telif hakları ile ilgili meslek birliklerinin sayısını sınırladığı ve böylece telif verme işinin de ağırlıklı olarak sadece GEMA'ya bırakılmasına yol açmıştır.¹⁸⁶ Bunun gerekçesi ise, bir meslek birliği, rekabete

¹⁸⁵ Bu şartın çok da dar anlamda yorumlanamayacağına ilişkin Baviera Yüksek İdare Mahkemesi bir karar vermiştir, bkz. Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, BfPMZ 1978, 261/262..

¹⁸⁶ 2004'te Münih'te kurulan VG Werbung + Musik GmbH şirketi, reklam sloganları ile bağlantılı olması koşulu ile müzik telif hakları alanında faaliyet göstermektedir..

ne kadar az açık olursa, ekonomik gücü de ters orantı olarak o kadar güçlü olur.¹⁸⁷

Meslek birliği olarak izin faaliyet öncesi alınması gerektiğinden, yeterlilik (yetkinlik) denetim/gözetim mercii tarafından tespit edilir. Bu tespit ise, aşağıda açıklanan unsurlar incelenerek belirlenir:

- Tüzük
- Çalışma alanını ile birlikte organizasyon planı
- Halihazırdaki iç ve dış bağlantılar
- Malî plan.

Burada özellikle de idarî masrafların makul bir çerçevede tutulup tutulmadığına dikkat edilir.¹⁸⁸ Bu şekilde esas belirleyici olan, meslek birliğinin faaliyete geçtiğinde yeterli malî kaynaklara sahip olup olmadığından ziyade, faaliyetini sürekli kılacak yeterince etkin bir organizasyon ve kontrol sistemine sahip olup olmadığıdır.

İtiraz sebepleri/gerekçeleri, UrhWG §4/1’de düzenlenmiştir. Aşağıdaki hallerde izin geri alınır:

- Eğer UrhWG §3/1’de öngörülen izni reddetme sebeplerinden biri daha önceden izin mercii tarafından fark edilememiş olsa veya sonradan bu red sebebi ortaya çıksa ve izin merciiinin belirlemiş olduğu süre içinde bu red gerekçesinin ortadan kalkmaması,

ya da

- uyarıya rağmen meslek birliğinin yine kanunda düzenlenen yükümlülüklerine aykırı hareket etmesinin tekrarı hâlinde.

Gerek izin verme işlemi, gerekse izin reddi, Federal Resmi İlân Gazetesinde ilân edilir.

Eğer bir meslek birliği maddî ve şeklî şartları karşılıyor, yani herhangi bir red gerekçesi mevcut değil ise, DPMA izin vermek zorundadır.

¹⁸⁷ Vogel, Wahrnehmungsrecht und Verwertungsgesellschaften, GRUR 1993, s. 519/516.

¹⁸⁸ Bkz. DPA'nın Gelir Dağılımı ve Dağılım Anlaşmalarına İlişkin Yönerge, ZUM 1981,506/509.

b) Denetimin Kapsamı ve Etkileri

Denetimin yürütülmesi ile ilgili olarak denetim merciinin yetkileri, UrhWG §19/2-5'de düzenlenmiştir. Buna göre, örnek olarak DPMA, uygun izin almadan faaliyette bulunan bir meslek birliğinin faaliyetini sürdürmesini yasaklayabilir. Bu bağlamda UrhWG §19/2'de DPMA'ya, meslek birliğinin yerine getirmesi gereken yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirmesini sağlamak üzere gerekli tedbirleri alması için genel bir yetki verilmiştir. Denetim merciinin araçları aşağıdaki biçimde sıralanabilir:

- UrhWG §19/2'ye göre resmî olmayan şekilde uyarma veya resmî şekilde talimat verme;
- İhtar,
- UrhWG §4/1'e göre faaliyet izninin geri alınması.

Bunun dışında DPMA'nın aşağıdaki yetkileri vardır:

- Yönetimle ilgili tüm hususlar hakkında bilgi alma, aynı şekilde birlik defterleri ve birliğe ait diğer evrakın ibraz edilmesini talep etme (§19/3),
- Kurul toplantılarına katılma (§19/4),
- Temsil ile yetkilendirilmiş kişinin azli (§19/5),
- Zorlayıcı para cezası (§21).

Denetim merciine tartışmalı tedbirlerin yerine kendi önlemlerini alma yetkisi verilmediğinden aşağıdaki konularda da yetki verilmemiştir:

- Tarifeleri tek taraflı olarak değiştirme,
- Uygun görünmeyen toplu sözleşmeleri fesh etme,
- Genel kurulunu (üyeler genel kurulu) toplantıya çağırma.

III. GEMA Üzerindeki Diğer Denetimler, Özellikle de Federal Rekabet Kurumu Yolu ile Denetim

GEMA'nın hukukî yapısı iktisadî bir dernek olduğundan BGB §22, 33 ve 55 gereğince dernekler ile ilgili denetime tâbidir.

Diğer meslek birlikleri limited şirket şeklinde faaliyet gösterdiklerinden, Esnaf ve Zanaatkârlık Kanunundaki ve Alman limited Şirket Kanunundaki (GmbHG) hükümler çerçevesinde denetime tâbidirler.

Bunların yanında Alman rekabet hukuku kapsamında denetimler de söz konusudur. Almanya’da Telif Haklarını Değerlendirme Kanunu (UrhWG) ile kapsamlı bir denetim getirildiğinden, ABD’dekinin aksine meslek birlikleri açısından rekabet düzenlemelerine büyük önem atfedilmez.

Yukarıda da ifade edildiği gibi DPMA, Federal Rekabet Kurumu ile birlikte faaliyet izni verilmesi ile ilgili talepleri ve izin için yapılmış itirazları karara bağlar. Bu esnada da bu denetim mercilerinin aralarında mutabakat sağlamaları şart koşulur. Bu mutabakat mümkün değil ise (ihtilaf çıkarsa), DPMA bu hususu Federal Adalet Bakanlığına iletir. Bakanlık, Ticaret ve Teknoloji Bakanlığının da görüşünü alarak bu iki denetim merciinin arasındaki uyumsuzluğu talimatla çözer.

Alman Rekabet Kanununun¹⁸⁹ 7. reformu ile birlikte GWB §30 yürürlükten kaldırılmıştır. Çünkü Avrupa hukukunun ulusal hukuka nazaran önceliği gereği bu hükmün artık kendi başına bir anlam ifadesi kalmamıştır. Avrupa rekabet hukuku usulündeki gelişmeler ve 1/2003 sayılı Tüzük m. 3’de öngörülen Avrupa hukukunun öncelikle uygulanması zorunluluğu adı geçen maddenin yürürlükten kaldırılmasını zorunlu kılmıştır. Zira 1/2003 sayılı Tüzük m. 3’e göre 1 Mayıs 2004’den itibaren tüm ulusal merciiler (rekabet otoriteleri) ve mahkemeler, kendi rekabet hükümlerini uyguladıkları ihlâlde, eğer bu ihlâl AB üyesi ülkeleri de ilgilendiren bir rekabet ihlâli ise zorunlu olarak AB rekabet hükümlerini uygulamak zorundadırlar. AB rekabet hukukunda meslek birlikleri için özel bir düzenleme öngörülmemiş olduğundan, eski GWB §30’daki gibi ulusal düzeyde bu yönde bir düzenlemeye de böylelikle gerek kalmadığı sonucuna varılmıştır.¹⁹⁰

GWB §30’un yürürlükten kaldırılmasına karşın, hukukî durumlarda önemli değişiklikler olmamıştır. Bunun sebebi, AB rekabet mevzuatının meslek birliklerinin oluşumlarını, faaliyetlerini ve halihazırdaki organizasyon biçimlerini şu ana kadar en azından sorgulamamış olmasıdır. Yine ATM’nin bir çok kararlarında meslek birliklerinin konum ve faaliyetlerini, hak sahiplerinin malî haklarını değerlendirmeleri için zarurî olduğu sürece, AB rekabet hükümlerine göre rekabeti sınırlayıcı olarak görmemiştir.¹⁹¹

¹⁸⁹ Kanunun tam adı: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB-Rekabet Sınırlamalarına Karşı Kanun).

¹⁹⁰ Gerekçe için bkz. BT-Drs. 15/3640, s. 49 vd..

¹⁹¹ Gerekçe için bkz. BT-Drs. 15/3640, s. 49 vd..

IV. Meslek Birliklerinin AB Rekabet Hukuku İçerisindeki Durumları

1. Esaslar

AB rekabet hukukunun normatif esasları kısaca şöyledir:

ATA m. 81'e göre, sınır ötesi etkisi olan kartel anlaşmalar, yani iki ya da daha fazla teşebbüs arasındaki rekabete aykırı anlaşmalar ve uyumlu eylemler yasaklanmıştır.

ATA m. 82'de ise, bir ya da daha fazla teşebbüs aracılığı ile ortak pazarda hâkim durumu tek taraflı olarak kötüye kullanılmasının yasaklanmıştır.

Bu iki hüküm çerçevesinde telif hakkı pozisyonları ve telif haklarının korunması görevi ile tayin edilmiş meslek birlikleri hakkında AB Komisyonu'nun ve ATM'nin kararları bulunmaktadır ve gerek GEMA gerek ise GVL rekabet davalarının konusunu teşkil ediyorlardı.¹⁹²

Öncelikle ATM'nin, ATA m. 81 ve 82'nin meslek birlikleri için uygulanabilirliği yönünde bir tespiti gerekliydi. Meslek birliklerine ATA m. 86/2/c.1 gereğince, genel ekonomik menfaat konularında hizmet vermekle görevlendirilmiş teşebbüslerin öncelikliği tanınmamıştır. Zira meslek birliklerini özel bir kamusal hizmet yapmakla görevlendiren devletin kendisi değildir.¹⁹³ AB Komisyonu'nun GEMA-I ile ilgili bir kararını bu gerekçeyle isabetli bulmuştur; bu içtihat, GVL kararında GVL açısından da AB Komisyonu ve ATM tarafından aynen benimsenmiştir.¹⁹⁴

Öte yandan ATM meslek birliklerinin kuruluşunu ve varlığını hukuka uygun bulmaktadır.¹⁹⁵ Ancak yine de, meslek birliklerinin faaliyetleri ile ilgili olarak AB Komisyonu ve ATM birçok kere müdahalelerde bulunmuşlardır. Bu kararların tamamını burada yer verilemeyeceğinden bunların içinden örnek teşkil edebilmeleri bakımından en önemlileri kısaca şunlardır:

- İkili anlaşmalardaki münhasırlık şartı¹⁹⁶

¹⁹² AB rekabet hukuku uygulamalarında ilgili Komisyon ve ATM kararları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Utku*, FMR 2006/2, s. 64 vd..

¹⁹³ ATM kararı için bkz. Slg. 1974, s. 55 vd.-BRT/SABAM.. ATM,

¹⁹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. *Utku*, FMR 2006/2, s. 74 vd..

¹⁹⁵ Karş. BRT/SABAM kararı. Bkz. *Utku*, FMR 2006/2, s. 71 vd.; ayrıca *Mestmäcker/Schulze*, Urheberrechtskommentar, IntR, 9. Abschnitt, s.50; Gerekçe için RegE BT-Drs. 15/3640, s. 49 vd. .

¹⁹⁶ Slg. 1989, s. 2521, 2573-Ministère Public/Tournier kararı.;

- Fonogram yapımcılarının pazar paylaşımı.¹⁹⁷
- Lisans ücretlerinde ayrımcılık.¹⁹⁸
- Temsil haklarında götürü lisans.¹⁹⁹
- AB Komisyonu'nun GEMA-I ve GEMA-II kararları.²⁰⁰
- Müzik eserlerinin alt bölüm lisansları ve değerlendirmelerin süresi.²⁰¹
- GEMA Tüzüğü kararı.²⁰²
- AB dışında yer alan 3.dünya ülkeleri ile bir Avrupa meslek birliğinin yapmış olduğu sözleşme uygulaması.²⁰³

2. AB Komisyonu'nun Politikasında Yeni Eğilimler

2001 yılı sonlarından itibaren AB Komisyonu'nun bilinçli olarak bir politika değişikliğine gittiği gözlenmektedir.²⁰⁴ Bu çerçevede piyasaya girişin sadece bir sistemin uygulanması yoluyla mümkün olduğu ve bu şekilde de hak sahiplerine çok büyük avantajların sağlandığı hallerde, bu durumun AB'nin rekabet kuralları ile ne denli örtüştüğü konusu araştırılmalıdır. Bu araştırma, iç pazardaki eser sahibin haklarını ve bağlantılı hakları değerlendirme ile ilgili bir bildiriye açıkça ifade edildiği üzere AB içinde meslek birliklerine yönelik uyum ihtiyacını ortaya çıkarmıştır. Bu esnada da meslek birliklerinin güçlü pozisyonlarının önüne geçilmesi, piyasa hâkimiyetlerinin kırılması ve ATA'daki rekabet kurallarının ağırlıklı olarak uygulanması gerektiğinden bahsedilmiştir.²⁰⁵

AB Komisyonu ikili anlaşmaların uygulamasının önemine özellikle dikkat çekmiştir. Komisyon, tüm Birliği kapsayacak şekilde yaygın bir lisanslamaya gidilmesinin mümkün kılınması gerektiği görüşünü savunmaktadır. Buradan hareketle, Birlik üyesi ülkelerde her bir meslek birliğinin sadece kendi ülkesinde değil, tüm birlik sınırları dahilinde lisans verme yetkisi olması gerektiği ifade

¹⁹⁷ C-78/70 sayılı Deutsche Grammophon/Metro-SB-Großmärkte, Slg. 1971, s. 487.;

¹⁹⁸ C-55 ve 57/80 sayılı Musikvertrieb membran und K-Tel International/GEMA kararı, Slg. 1981, s. 147 vd.;

¹⁹⁹ Slg. 1989, s. 2521/2576-Tournier kararı.;

²⁰⁰ Komisyon kararı için 02.06.1971 t., ABRG 1971, L 34-GEMA-I ile GVL kararı Komisyon kararı için ABRG 1981, L 370, s. 49 vd-GVL; ATM'nin kararı için bkz. 02.03.1983 t., Slg. 1983, s. 486-GVL.;

²⁰¹ Komisyon kararı için 02.06.1971 t., ABRG 1971, L 34, s. 15-GEMA-I.;

²⁰² Karş. Komisyon kararı 04.12.1981 t., ABRG 1982, L 94, s. 12 vd.-GEMA-Satzung.;

²⁰³ 25.10.1979 t., Slg. 1979, s. 3275 vd.-SACEM/Greenwich Film kararı; *Dillenz*, in Becker (Herausgeber), Die Verwertungsgesellschaft im Europäischen Binnenmarkt, s. 135/147..

²⁰⁴ AB Komisyonu'nun 1995 yılında çıkardığı Yeşil Kitap'ta meslek birlikleri ve tek muhatap ilkesi hakkındaki görüşleri için bkz. *Utku*, FMR 2006/2, s. 87 vd..

²⁰⁵ KOM (2004) 261, s. 18 vd..

edilmektedir. Bu şekilde de kullanıcıya Birlik lisans başvurusunda bulunacağı üye ülkeyi seçme konusunda seçenek sunulmuş olacaktır. Bu önlem ile meslek birlikleri arasındaki rekabetin teşvik edilmesi, yapay pazar paylaşımının ve ulusal meslek birliklerinin tekel konumlarının ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır. Bu rekabetin işlenmesi için de, idarî harçlar ve lisans ücretlerinin ayrı ayrı gösterilmesi gerektiği savunulmaktadır. Bundan amaç, simulcasting anlaşmasında kararlaştırılan ilkelerin²⁰⁶ Bu konuda bkz. Simulcasting 30.04.2003 t., ABRG Nr. L 107, s. 58 vd. genelleştirilmesidir. Nihayetinde AB Komisyonu SESAC, GEMA ve diğer tüm meslek birliklerine AB ve AEA bulunan ülkelerin müzik hakları ile ilgili olarak 2006 şubatı başında şikayet/eleştiri noktalarını sıraladığı bir bildiri göndermiştir. Bu bildiri de somut olarak aşağıdaki noktalar eleştirilmiştir:

- AB ve AEA ülkesi vatandaşları olan değerlendirme hakkına sahip olanlara yönelik yetkilendirme sözleşmelerinin akdedilebilmesi için ikili anlaşmalarda öngörülen şartlar;
- Uydu yayınları, kablo ile tekrar aktarma ve online kullanımları alanlarındaki ikili anlaşmalarda münhasır ve bölgeyle sınırlandırılmış olarak hakların devri.

Bunun arka planı ise, Komisyon'un yeni teknik imkanlar ve dijital haklar yönetim sistemi temelinde (kısaca DRM), özellikle GEMA-içtihadındaki temel esaslar ile ilgili olarak mevcut mahkeme içtihatlarının yeni bir değerlendirmeye tâbi tutulması gerektiği görüşünde olmasıdır. Zira Komisyon'un görüşüne göre bu yeni sistemler sayesinde hak sahipleri kendi haklarını bizzat kendileri değerlendirebilecek hâle gelmişlerdir ve en azından sadece online haklarının hak sahipleri tarafından bizzat değerlendirilmesi imkanının sağlanması gerekmektedir. Ancak Komisyon'un bizzat kendisi, henüz ülkeler arası işleme teknik alt yapının bulunmamasından dolayı DRM sistemlerinin tüm sistemlerle uyumlu olmadığı ve bugüne kadar bununla ilgili herhangi bir tüketici kabulünün olmadığı gerçeğine dikkat çekmiştir.²⁰⁷

Bununla birlikte DRM sistemleri aracılığı ile online haklarının bireysel olarak değerlendirilmesinin deneyimsiz hak sahiplerinin, ekonomik olarak güçlü olan kullanıcılar tarafından gafil avlanmaları şeklinde tehlikeli sonuçlar da doğurabileceği iddia edilmektedir. Son olarak bu çerçevede ikili anlaşmaların

²⁰⁶ Bu konuda bkz. Simulcasting 30.04.2003 t.,

²⁰⁷ KOM 2004 261, s. 12 vd.; DRM hakkında eleştiri için bkz. *Reinbothe*, *Rechtliche Perspektiven*, ZUM 2003, s. 27 vd. .

uygulaması ile ilgili Birliğin düzenleme yetkisinin olup olmadığı konusu da müzakere edilmesi gerekmektedir.²⁰⁸

Bundan dolayıdır ki Komisyon, 18 Ekim 2005’de üye ülkeler ve piyasa katılımcılarına, yasal online müzik hizmetleri için gerekli olan eser sahiplerinin haklarının ve bağlantılı hakların ülkeler/sınırlar aşan bir şekilde kolektif olarak değerlendirilmesine yönelik bir tavsiye kararı göndermiştir. Komisyon’un tavsiyesi hakkında bkz. GRUR Int. 2006, s. 220–222. . Bu tavsiye kararında diğerlerinin yanı sıra, hak sahibinin bölge kapsamı dahilinde istediği bir meslek birliğine online haklarını değerlendirebilmesini mümkün kılan önemli adımların atılması gerektiği belirtilmektedir. Burada hak sahibinin uyuşması ya da meslek birliğinin merkezi nerde olduğu önemli bir rol oynamamalıdır. Bu bağlayıcı olmayan tavsiye kararının hayata geçirilmesi şu aralar Almanya açısından düşünülmemektedir, çünkü bu tavsiye kararı bazı noktalar açısından sakıncalı olup meslek birlikleri arasında sürekli ve işlevsel bir rekabeti sağlamaktan uzak olduğu kabul edilmektedir.²⁰⁹

B. ABD’de Rekabet Hukuk Problemi Olarak Meslek Birlikleri

I. Genel Olarak

Eser sahiplerine telif hukukuyla verilen mutlak hak ve tekeli dışında fiyat diktatörlüğüne götüren meslek birliklerinde tek bir elde toplanmasına karşı duyulan güvensizlik ve medyanın sürekli saldırıları ASCAP ve BMI’ye karşı rekabet kurulu tarafından davalar açılmasına ve bu davalarda bu konunun “*consent decrees*” (davanın sulh olması, yani tarafların mahkeme önünde davayı bir anlaşmayla bitirmeleri) aracılığıyla düzenlenmesine yol açtı. Buna karşılık müzik piyasasındaki düşük öneme sahip olan SESAC’ın işlemlerine karşı herhangi bir şikayet gelmediği gibi davalarla karşı karşıya kalmadan çalışmalarını rahatça sürdürdü ve bunun sonucunda da uygulamalarına herhangi bir sınırlama getirilmedi.

“*Consent decrees*” ile meslek birliklerinin –açıkça fonksiyonlarını tanımadan– uygulamalarını ağırlıklı olarak yasaklarla ve yükümlülüklerle sınırlandırılmaktadır. İlk “*consent decrees*” 1941 yılında ASCAP’e karşı açılan davada tarafların anlaşması ile aşağıdaki ASCAP uygulamaları yasaklanmıştır:

²⁰⁸ Schwarze, GEMA-Kommentar, s. 64; Riesenhuber/v. Vogel, EuZW 2004, s.519/521..

²⁰⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht zu Händen der Bundesministeriums für Justiz, GRUR Int. 2006, s. 222–225. .

- Benzer lisans alanlar arasında keyfi bir ayırmacılık yapılması;
- Lisans yetkisi verilmeyen eserleri yayımlayan yayın kuruluşlarından gelirleri oranında belli bir oranın lisans bedeli olarak talep edilmesi;
- Bir ağa istasyonundan birbirini takip eden programlar dolayısıyla birden fazla ayrı ayrı lisans ücreti talepleri.

Yine ASCAP karşı açılan bir dava sebebiyle de 1950 yılında kabul edilen ikinci “*consent decrees*” ile aşağıdakiler kabul edildi:

- Kullanıcılara lisans verme yükümlülüğü;
- Eğer taraflar 60 gün içinde anlaşamazlarsa hâkim tarafından uygun bir lisans bedelinin tespit edilmesi;
- Götürü usule gerçek bir alternatif olan program başına lisans arzı, yani gerçekten ASCAP repertuarından kullanılan eserlerin kullanıldığı programlar için lisans ücretleri ödeme;
- Eser sahibi, besteci ve yayımcıyı üye olarak alma yükümlülüğü;
- ASCAP’in eser sahiplerinden sade inhisari olmayan (basit) lisans alma yükümlülüğü.

Uzun yıllar süren davalar sonunda “*ABD Supreme Court*” sonunda götürü usulün rekabeti ihlâl etmediğine, bilâkis müzik piyasasının kapsamlı bir iktisadî analizi yapıldığında götürü lisans (blankettlizenz) usulünün meşrû olduğuna karar vermiştir. Çünkü yüksek mahkemin de vurguladığı gibi götürü lisans, hem masrafları düşürmeye yardımcı olmakta ve hem de kullanıcılar lisans almak için her bir eser sahibi ile görüşüp anlaşmak yerine meslek birliklerinden kolayca götürü usulle lisans elde edebilmektedirler.

Bu sonuçlar, kolektif bir koruma ve götürü lisans bakımından, zayıf bile olsa yeterli bir destek oluşturmaktadır, çünkü bu husus içtihatla sürekli olarak devamlı bir şekilde yeniden tereddütle karşılanmaktaydı. Götürü lisansa karşı verilen alt mahkemelerin kararları yüksek mahkemeler tarafından her zaman *Supreme Court*'in “*BMI v. CBS*” kararındaki görüşüne uygun hale getirilmektedir.

II. ABD'deki Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi

Meslek birliklerinin hukukî çerçeve şartlarını ülkeler düzleminde ele alınacak olursa, özel olarak devletçe kontrolün olmadığı ve tek başına rekabet hukukunun, medeni hukukun ve şirketler hukukunun işe yarayacağına güvenildiği sistemlerle; devlet eliyle yürütülen kolektif bir korumanın münhasır yetkiye sahip bir resmi daire üzerinden resmi ellere terkine dek geniş bir tabloyla karşı karşıya kalınmaktadır.

ABD'de meslek birlikleri (Performing Rights Societies) hiçbir yasal mevzuatta açıkça düzenlenmemektedir ve böylece kolektif bir koruma için gerekli yasal bir yetkilendirmeden mahrum bulunmaktadır. Birleşik Devletler, meslek birlikleri bakımından tercihinin anti tröst yasalarına güvenmek yönünde kullanırken, zorunlu lisans ve ücret talepleri için mevcut tablonun diğer bir ucunda bulunan bir yöntem başvurmakta ve bunların yönetim ve muamelelerini baştan sona Telif Hakları Bürosu'na emanet etmektedir, ki bu da zorunlu olarak telif haklarının devletleştirilmesi sonucuna götürmektedir.

ABD yargı yolu ile en azından meslek birliklerinin asgarî düzeyde tanınması prensibini kabul edilmiştir. Bu da fiyat anlaşmalarına karşı düşmanca bir yaklaşımın sergilendiği rekabet hukukunda götürü lisansa karşı anlayış gösterilmiş sayılmaktadır. Çünkü bütüncül bir lisansa şimdiye dek uygulanabilir bir alternatif bulunamamış olması nedeniyle hâkimler tarafından götürü lisans “nahoş ancak gerekli” olarak görülmüş ve, en yoğun haliyle ASCAP için, meslek birliklerinin hareket alanı asgarî düzeye çekilmiştir.

Kati nitelikli bir hukukî yapı ve düzenleyici yüksek bir hedef eksik olsa da, rekabet hukuku tarihinde önemli davalar olarak yerini alan davalarla ortaya çıkan “*consent decrees*” sayesinde meslek birliklerinin uygulamaları bakımından belli bir kurumsal çerçeve sağlanmıştır. Başka ülkelere göre “*consent decrees*” koruması görece daha zayıf koruyor görünse de mevcut durum – Almanya'dan bakıldığında yetersiz kalsa bile – meslek birliklerine ABD'de özel bir konum kazandırmak gibi temel bir işlevi yerine getirmiştir.

ABD'de herhangi özel bir kontrolün bulunmaması meslek birliklerine faaliyetleri için kapsamlı bir hareket alanını tanımamakta, bilakis rekabet hukukundaki hükümlerin uygulamasını beraberinde getirmektedir. Meslek birlikleri üzerindeki kontrol, bir taraftan rekabet hukukunun mevcut araçları katı bir şekilde

uygulandığından, diğer taraftan da kolektif korumaya ilişkin düzenlenmeye ihtiyaç duyulan bir dizi hususu düzenlemeyip boşluklar bıraktığından tatmin edici gözükmemektedir. Öncelikle “*consent decrees*” ve içtihat hukuku yoluyla tek tek vakaların ele alınarak düzenlenmesi ASCAP, BMI ve SESAC arasında eşitsizliğe yol açmakta, bu da birliklere bundan sonra nasıl davranmaları gerektiği konusunda açıkça bir yol göstermemektedir. Hak güvenliği, eşitlik ve öngörülebilirlik gerçekleştirilememiştir. SESAC örneğinde görüldüğü gibi, sanki bir birlik ne kadar güçlü bir şekilde normal kazanç elde etmeye yöneliyor ve böylelikle de olağan bir ticarî teşebbüs olarak kendini ortaya koyuyorsa, rekabet kurumlarından da bir o kadar yumuşak muamele görüyor. Buna karşılık ASCAP’ta olduğu gibi, örgütlenme bakımından Avrupa’daki modellere yaklaşıldığında ise kapsamlı bir düzenlemeyle karşılaşılıyor. *Harry Fox Agency* ve *CCC* gibi aracı acenteler, fiyatları bireysel olarak belirlediklerinden rekabet hukuku bakımından bir sakınca teşkil etmiyor. Çünkü bunlar yalnızca ilk kullanıcıların daha geniş çaplı bir kolu olarak hareket ediyorlar. Bununla birlikte bir alternatif olarak yurtdışındaki telif haklarının taşeron yayınevleri üzerinden korunması ise *Harry Fox Agency*’nin hizmetlerini vazgeçilmez olmadığını gösteriyor.

Bundan birkaç yıl öncesine kadar BMI’nin tarifeleri hiçbir kontrole tabi değildi. Hatta bu SESAC için günümüzde de geçerli. Mahkemenin, lisans tipini ve diğer şartları denetleyebilmesi için gerekli denetim yetkisi bulunmuyor; ki bu da hak korumasında idarî bir denetimle kapatılabilecek nitelikte bir boşluk teşkil ediyor. Eşit muamele yükümlülükleri, hakları gerçekleştirme ve birliğe üye olarak kabul mecburiyeti bir yaklaşım olarak hayata geçmişse de, bunlar tek tip bir yapıdan yoksundur. Bu noktada kazanç amacına yönelmiş olan SESAC’ın, yalnızca pazar payı düşük olduğundan bu yükümlülüklerin dışında tutulması eleştirilmesi gereken bir husustur.

Uzun süre devam eden ve çok pahalıya mal olan rekabet davalarının önünü kesememiş olması da “*consent decrees*” yoluyla yapılan düzenlemelerin etkinliği konusunda şüphe uyandırmaktadır.

Gerçi ABD’de “*consent decrees*”, kabul edilebilir uzlaşmalar olarak görülse de, Almanya’da benimsenen çözüm başta olmak üzere uluslararası alanda yapılacak bir karşılaştırmada ABD’de gündeme gelen ihtilaflar yine ABD’de bir hayli sıkı olan rekabet hukuku ile telif hakları hukuku arasında henüz olgunlaşmamış bir çıkar dengesi teşkil etmektedir. Rekabet hukuku, telif haklarının

gerçekleştirilmesinde tekelleri kontrol etmek bakımından yalnızca “kaba” bir araç olarak tanımlanabilir. Meslek birlikleri rekabetin rekabet hukuku ile teşvik edilmesi, belki de hakların masraflarının düşmesine yol açıyor ama, meslek birliklerinin konumlarının suiistimalinin önlenmesine yönelik özel düzenlemeler genel olarak bakıldığında daha tercih edilir bir husustur. Yalnızca rekabet hukuku açısından düzenlenen ve mevcut gerçekliklerle uyuşmayan bir mekanizma ile meslek birliklerinin tatmin edici bir şekilde kontrol edilebilmesi mümkün değildir.

III. Meslek Birliklerinin Tekilliği mi Yoksa Çoğulluğu mu?

Rekabet hukukundaki düzenlemelere yukarıda yapılan eleştirilere bakılarak, kolektif meslek birlikleri ile belli bir rekabetin hiç istenmeyen bir şey olduğu sonucu çıkartılmamalıdır. Gerçi geniş ölçüde müzik hakları arasında gerçek bir rekabet ortaya çıkamasa da, meslek birlikleri telif hakları sahiplerine karşı getirmiş oldukları şartlar açısından eser yaratıcılarının işine yarayacak rekabet ortamları düşünülebilir. Bir müzik kullanıcısı açısından çok sayıda meslek birliği ile karşı karşıya kalmak, istenen bir durum değildir, çünkü zaten hepsinden bir bütüncül lisans almak zorundadır. Oysa eser sahipleri için yetkilendirme sözleşmesinin yapılandırılmasında hiçbir etkisi olmayacağı için farklı meslek birliklerinin şartları arasında bir tercihte bulunabilmeleri büyük bir avantajdır. AB bünyesinde bu türden bir rekabetin oluşması Avrupa Komisyonu'nun ve ATM'nin içtihatlarıyla desteklenmektedir; ancak Avrupa'daki meslek birlikleri arasındaki serbest dolaşım uygulamada çok küçük ölçüde gerçekleşmiştir.

Ancak bu şekilde bir rekabeti teşvik etmek ABD'deki deneyimlere bakıldığında olumsuz sonuçlar da doğurabilmektedir. Örneğin getirisi yüksek bir sanatçı ya da eser yaratıcısı için yürütülecek bir ayartma politikası, meslek birliklerine karşı piyasa kozunu kullanamayacak durumdaki tanınmamış sanatçıların ihmal edilmesine neden olabilir. Diğer bir dezavantaj ise müziğin umuma açık yerlerde olan temsil ya da iletiminin denetiminin kalitesinde kendisini gösterir: Gerçi ülke içindeki rekabet, meslek birliklerini etkin ve mümkün mertebe düşük maliyetle çalışmaya zorlasa da, bu kullanılmakta olan denetim araçlarını olumsuz etkileyecektir. Zira diğer yandan idarî masrafların payı ve dağıtılan para açısından diğer meslek birlikleriyle rekabet edilebilme zorunluluğu

bulunmaktadır. Bu nedenle de ABD’de birden çok sayıdaki meslek birliklerinin rekabetinden ne eser sahipleri ne de müzik kullanıcıları gerçek bir fayda sağlayabilmiştir. Böylesi bir durumda rekabet halindeki meslek birlikleri müzik kullanıcılarından ikili ya da üçlü müzik lisansı zorunlu kılmakta ve birbirinin benzeri ve aynı zamanda da maliyetli denetim ve tahsil araçları kullanmaktadır. Bu şekilde yükselen maliyet, eser sahiplerinin artan çıkarlarıyla dengelenememektedir, çünkü meslek birliklerinin rekabet şartları kullanıcılara karşı piyasadaki konumunu zayıflatmakta ve toplamda daha düşük bir tarife seviyesine yol açmaktadır.

Meslek birlikleri arasında bir rekabetin ortaya çıkmamasının çok çeşitli sebepleri olabilir. İlk sebep resmî düzenlemenin yalnızca tek bir birliğe izin vermesidir. Ne Almanya’da ne de ABD’de böylesi sınırlayıcı kurallar getirilmiştir. İkinci olarak üyelerin erişimi ve eşit muamele ile ilgili kuralların yalnızca tek bir meslek birliğinin ortaya çıkmasını sağlamış olmasıdır. Bütün ülke çapında tek bir meslek birliğinin bulunmasının üçüncü sebebi ise bu birliğin kullanıcılar ve eser yaratıcıları açısından, piyasaya başka bir birliğin girmesi için herhangi itici bir sebep olmayacak şekilde etkin çalışmasıdır. Bu son sebep Almanya’daki tekil sistemin sebebi olabilir. Eser sahiplerinin ya da kullanıcıların kendisine karşı açtıkları çok az sayıdaki davanın da ispatladığı gibi gerçekten de GEMA, hem telif hakları hem de rekabet hukuku açısından konumunu kuvvetlendiren “iyi niyetli” yasal düzenlemelerden destek alarak özenli ve etkin bir şekilde çalışmaktadır. GEMA’nın piyasadaki dokunulmaz konumu ve geleneğinden dolayı, imkansız olmasa da ikinci bir meslek birliğinin GEMA’ya rakip bir meslek birliği olarak Alman müzik piyasasında kendisini kanıtlanması son derece güçtür.

Bu sebeple bir bütün olarak birden çok sayıda meslek birliği arasındaki bir rekabet hak sahipleri ve kullanıcılar için mümkün olan en iyi şartların oluşturulması yönündeki istenen etkiyi ortaya çıkaramamaktadır. Böylece de geriye yalnızca tekel olan birliği kapsamlı bir şekilde denetleme imkanı kalmaktadır. Buna göre, eksik rekabetin ortaya çıkardığı boşluğu doldurmak üzere meslek birliği bünyesindeki dağıtım planları ile lisans şartları mümkün mertebe sıkı bir kontrole tâbi tutulması zorunludur.

IV. Sonuç

Meslek birliklerinin geçmişindeki davalara bakıldığında, tek başına rekabet kanunlarının meslek birlikleri için yeterince spesifik bir düzenleme modelinin yaratılmasına uygun olmadığı görülmektedir. Rekabet davaları hem uzun süre sürmekte hem pahalıya mal olmakta hem de yalnızca götürü lisans vermenin belli bazı alanlar için sınırlandırılması imkanını sağlamaktadır. Ancak bunlar tek tek olay bazında, örneğin tarifeler gibi, diğer lisans şartlarını düzenleyememektedir. Sonuç olarak bunlar eser sahiplerinin haklarının kolektif olarak gerçekleştirilmesine ilişkin olumlu ölçütlerin belirlenmesi bakımından verimliliği düşürücü niteliktedir. Böylece rekabet hukuku bir düzenleyici olarak, bu alana uyarlanmış denetim mekanizmaları gibi daha yumuşak araçlara sahip olmadığından bir yandan çok katıdır; diğer yandan da rekabet hukuku kapsamı dışında uygulanacak düzenlemeler getirilemediğinden de zayıf kalmaktadır. Bu yüzden de rekabet hukuku bu hassas kültürel alanda etkin düzenlemeler için yetersiz kalmaktadır.

Buna karşılık Almanya'daki özel denetim sistemi meslek birliklerini yalnızca daha iyi bir konuma getirmekle kalmamakta, bununla birlikte Telif Haklarının Değerlendirilmesi Hakkındaki Kanunda düzenlenen avans ve buna bağlanan tarifelere ilişkin uzlaşma yolu sayesinde kullanıcı ve eser sahibi arasında hızlı ve bürokrasiden arındırılmış bir şekilde bir çıkar dengesi sağlamaktadır.

C. Türkiye'de Meslek Birliklerinin Denetimi

Türk hukukunda Dernekler Kanunu m. 19'a göre İçişleri Bakanlığı veya mülkî idare amirinin denetimine tâbi olduğu halde FSEK çerçevesinde kurulan meslek birlikleri idarî ve malî açıdan Kültür ve Turizm Bakanlığının denetimine tâbidir. Ayrıca Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun (RekabetK) açısından da bu birlikler "teşebbüs" olarak değerlendirildiği için Rekabet Kurumu'nun denetimine tâbidir. Nitekim bu konuda ilk karar 2002'de verilmiş olup meslek birlikleri dört kere Rekabet Kurulu'nun kararına konu olmuştur. Bunun dışında Alman hukukunda denetimde yetkili olan Patent ve Marka Kurumu'nun karşılığı olan Türk Patent Enstitüsü'nün bu alanda hiçbir yetkisi yoktur.

I. Meslek Birliklerinin Denetimi

Birlikler ve federasyonlar tüzel kişiliklerini, Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından hazırlanan ve Bakanlar Kurulunca onaylanan tip statülere uygun biçimde düzenlenmiş tüzüklerinin eklendiği kuruluş bildirisinin Bakanlığa verilmesiyle kazanırlar.

FSEK m. 42/B'ye göre, meslek birlikleri, idarî ve malî açıdan Bakanlığın denetimine tâbidir. Bakanlık, meslek birliklerinin bu FSEK'le belirlenmiş görev ve yükümlülükleri yerine getirip getirmediğini her zaman kendisi denetleyebileceği gibi bu denetimin bağımsız denetim kuruluşlarına yaptırılmasını meslek birliklerinden de isteyebilir. Yani denetim konusunda hangi yolun tercih edileceği Bakanlığın yetkisindedir. Eğer bağımsız denetim kuruluşlarınca denetim yapılırsa buna ilişkin raporların bir örneği Bakanlığa gönderilmek zorundadır.

Denetimler sırasında, denetim yapmakla görevlendirilenler tarafından istenecek her türlü defter, belge ve bilgilerin ibraz edilmesi veya verilmesi, kasa veya veznenin kontrol ettirilmesi, yönetim yerleri, şubeler ve eklentilerine girme gibi taleplerin yerine getirilmesi zorunludur.

Yapılan bu denetimde meslek birlikleri tarafından;

- 1.FSEK 42 ve 42/A maddeleri ile bu maddede belirlenen görev ve yükümlülüklerin yerine getirilmediği,
- 2.Sözleşmelere uygun tahsilat veya dağıtımın yapılmadığı ya da yanlış ve haksız dağıtım yapıldığı,
- 3.Tarifelerin bu Kanunun 42/A maddesinin üçüncü fıkrasında belirlenen esaslara göre düzenlenmediği,

tespit edildiği takdirde, bu birlikler Bakanlıkça yazılı olarak bir defa uyarılır. Bu uyarının tebliği tarihinden itibaren otuz gün içinde söz konusu kusurun giderilmemesi halinde, meslek birliği ikinci kez uyarılır.

İkinci uyarıya rağmen otuz gün içinde de bu kusurun giderilmemesi veya yapılan denetimlerde, birlik kayıtlarında ve diğer iş ve işlemlerinde mevzuata aykırılık tespit edilmesi halinde, Bakanlık en geç üç ay içinde olağanüstü genel kurul yapmak üzere üyeleri davet eder. Olağanüstü genel kurul yapılınca kadar, birliğin iş ve işlemlerinde suiistimali görülenler tedbiren işten el çektirilir.

Bu durumda Bakanlık isterse bu kişilerin yerine yeni atama yapılabilir. Ancak Bakanlık uygun gördüğü takdirde sırası gelen yedek üyeyi de görevlendirebilir.

II. Rekabet Hukuku Açısından Meslek Örgütlerinin Denetimi

Fahiş fiyatlandırmaya ilişkin ATM'nin *SACEM* kararına²¹² benzer bir konuda Rekabet Kurulu'nun 2002 yılında verdiği bir kararına konu olmuştur.²¹³ Somut olayda başta Türkiye Musikî Eser Sahipleri Meslek Birliği (*MESAM*) olmak üzere diğer meslek örgütlerinin radyo, televizyon ve çeşitli işletmelerde yayınlanacak müzik eserleri için fahiş ücret talep ettiğini iddia eden bir grup yayıncı, meslek örgütlerini bu haklarını kötüye kullandıkları iddiası ile Rekabet Kurulu'na şikayet etmişlerdir.

Konuyu inceleyen Rekabet Kurulu, meslek birliklerinin RekabetK kapsamına girip girmediğini belirlemek için öncelikle bu birliklerin bir "teşebbüs" olup olmadığını incelemiştir. Meslek birliklerinin üyelerinin haklarını kullanma biçimi, üyeler adına sözleşme yapılması, elde edilen bedelin bir kısmının doğrudan meslek birliğine gelir olması, üyelerin kendi eserlerinin bedelini tayin etme imkanlarının olmaması gibi hususlar göz önünde bulundurulduğunda, kâr amacı gütmeseler dahi üyeleri adına ticarî faaliyette buldukları ve elde edilen gelirlerin üyeler arasında paylaştırıldığını tespit eden Rekabet Kurulu dolayısıyla da bu birlikleri "teşebbüs" olarak nitelendirilmiştir.

Meslek birliklerinin hâkim durumda olup olmadığını inceleyen Rekabet Kurulu, bunların kendi alanlarında hâkim durumda olduğunun tespitinden sonra bu durum kötüye kullanıp kullanılmadığını tartışmıştır. Kararında meslek örgütlerinin eserin kullanım izni karşılığında radyo ve televizyonlardan talep ettikleri bedellerin, RekabetK m. 6 çerçevesinde ihlâlâ yol açacak nitelikte fahiş fiyat uygulaması olarak değerlendirilebilmesi için yeterli bilgi ve belgenin bulunmadığına oybirliği ile karar vermiştir.

Bu kararda Rekabet Kurulu fiyat araştırması yapmamıştır. Rekabet Kurulu'na göre, fikir ve sanat eserlerinin değerinin söz konusu eseri yaratan kişi ve kişilerce sübjektif olarak tayin edildiğinden müzik eserlerinin maliyetine ilişkin bir tespitinin yapılması mümkün değildir. Karar metninde sadece ilgili meslek kuruluşlarının talep ettiği fiyatlar yer almıştır. Bu fiyatları Rekabet Kurulu,

²¹²ATM 13.7.1989 t., 110/88, 241/88 ve 242/88 sa. *SACEM* kararı, Slg. 1989, 2811.

²¹³07.05.2002 t., 02-27/290-118 sa. *MESAM* kararı, RG 17.10.2003, sa. 25262..

- ürünün maliyeti,
- istenen bedelin kullanıcının toplam geliri veya gideri içindeki yeri
- ürünün niteliği gereği eserlerin yayıncılar tarafından kullanılmasının hak sahiplerine yüklediği maliyetler

açısından çok kısaca ve genel ifadelerle değerlendirmiştir. Oysa hiçbir şekilde fiyat karşılaştırması yapılmamıştır. Türkiye’de istenen ücretin fahiş olup olmadığının tespitinde emsal fiyat araştırması, daha doğrusu başka bir ülkedeki, örneğin AB üyelerindeki, ücretlerle bir karşılaştırma ve ATM’nin benzer kararlarını da dikkate alarak Rekabet Kurulu’nun bir değerlendirme yapması daha yerinde olurdu. Böylece başka ülkelerdeki ücretlerle karşılaştırmalı olarak ayrıntılı bir şekilde yapılacak fiyat analizi ile fiyatların fahiş olup olmadıkları tespit edilebilir.

Aynı konu 2005 yılında bazı yerel radyo kuruluşları tarafından tekrar Rekabet Kurulu'nun önüne getirilmiş olmasına rağmen önceki kararındaki görüşünde ısrar eden Kurul, bu şikayetleri ilk inceleme aşamasında reddetmiştir.²¹⁴

Rekabet Kurulu, MESAM ve MSG arasında imzalanan ve yürürlüğe girişinden itibaren telif yükümlüsü teşebbüslere (umumî mahaller ve yayıncı kuruluşlar) uygulayacakları ortak tarifesinin belirlenmesi, ortak tarifinin uygulanması ve gelirin paylaşılması hakkındaki esasların belirlenmesine ilişkin "Ortak Lisanslama Protokolü" isimli anlaşmaya menfî tespit belgesi verilmesini oybirliği ile kabul etmiştir.²¹⁵

Bu kararın gerekçesinde FSEK m. 41/6 ve MBF-Tüzük m. 7/4'e²¹⁶ atıf yapılarak, Kanun ve ikincil düzenleme ile ortak tarife belirlemeye ilişkin açıkça tanınan bir yetkinin kullanılmasının RekabetK kapsamından ne rekabeti sınırlayıcı bir anlaşma (m. 4) ne de hâkim durumu kötüye kullanma (m. 6) olarak değerlendirilemeyeceği ifade edilmiştir. Ancak bu Protokol'de karşılaştırılan

²¹⁴26.05.2005 t., 05-36/451-104 sa. karar ve 21.07.2005 t., 05-48/683-177 sa. karar için bkz. . .

²¹⁵22.09.2005 t., 05-59/882-239 sa. karar için bkz. . .

²¹⁶ MBF-Tüzük 7. maddenin 4. fıkrası bulunmamaktadır. Rekabet Kurulu kararının tarihi 22.09.2005 olması rağmen ve söz konusu Tüzük ile ilgili en son değişiklik 2002 yılında yapıldığı halde neden böyle bir maddî hata yapıldığı anlaşıl原因amamıştır. Tarifeler konusunda asıl ilgili hükmüm FSEK m. 42/A'dır. Özellikle bu maddenin 4 ve 5. fıkralarda, meslek birliklerinin tarife tespitinde birlikte hareket edebilecekleri ve ortak tarife yapılması halinde ise buna ilişkin oranları tespit ederek Bakanlığa bildirmeleri ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Ayrıca "Eser, İcra, Yapım ve Yayınların Kullanılması ve/veya İletilmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik" (RG 8.6.2004 t., 25486 sa.) m. 7/(b)'de ortak tarife yapılabilmesi ve yapıldığı takdirde bu tarifinin protokole taraf meslek birlikleri açısından bağlayıcı olduğu açıkça ifade edilmiştir.

indirim sisteminin, RekabetK m. 6/2/b)'de yasaklanan, "eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık" yapılması eylemine dönüştürülmemesi gerektiği konusunda açıkça bir uyarıya yer verilmiştir. Zira aksi durum RekabetK kapsamında bir ihlâl teşkil eder. Yanlış anlamaya sebebiyet vermemek için Rekabet Kurulu, verilecek olan menfî tespit belgesinin tarifeye onay verildiği anlamını taşımayacağı konusunda da haklı olarak dikkat çekmiştir.

Dördüncü Bölüm

Almanya, ABD ve Türkiye’de Meslek Birlikleri Yolu ile Malî Hakların Değerlendirilmesi ve Lisans Verme

A. Almanya’da Malî Hakların Değerlendirilmesi ve Lisans Verme – GEMA Örneğinde Almanya Uygulaması

I. Hak Sahipleri ile Hukukî İlişki

1. Genel Olarak

Telif haklarını değerlendirme sözleşmesi, yedieminlik sözleşmesi, şirket sözleşmesi, hizmet sözleşmesi ve iş görme sözleşmesi başta olmak üzere görevlendirme sözleşmesinden parçalar içeren telif haklarına ilişkin kendine özgü bir lisans sözleşmesi olarak görülmelidir.²¹⁷

Bu sözleşmeyle üstlenen hakların idaresi, meslek birlikleri bu hakları yalnızca söz konusu yetkilendirme sözleşmesinin ve tüzüğün tanıdığı imkanlar çerçevesinde gerçekleştirebildiğinden bir yedieminlik olarak görülmektedir.²¹⁸

GEMA böylece sadece bir temsilci ya da bir tahsil makamı olmakla kalmamakta aynı zamanda da müzik kullanıcılarına karşı kendi adına da harekete geçebilmektedir. İhtilaf halinde GEMA, hak sahibinin kendisine tanınan hakları için bir dava takipçisi (Prozeßstandschafterin) olmakta ve bu hakları mahkeme huzurunda kendi adına dermeyan etmektedir.²¹⁹

2. Hak Tanımının Kapsamı

a) Maddî Hakların Devri

GEMA’nın standart yetkilendirme sözleşmesiyle²²⁰ eser sahibi ve yayınevi (editör) meslek birliğine sözlü ya da sözsüz ses sanatı eserleri üzerindeki malî

²¹⁷ *Schricker/Schricker*, vor §§ 28 ff., Rn. 39; örn. bkz. BGH GRUR 1966, 567/568f. – GELU kararı; BGH GRUR 1968, 321/327 – Haselnuss kararı..

²¹⁸ Bkz: Kanun Gerekçesi, UFITA Band 46 (1976) s. 277; *Schricker/Reinbothe*, vor §§ 1 vd., Rn. 6; BGH GRUR 1966, s. 567/568–GELU kararı; BGH GRUR 1968, s. 321/327–Haselnuss kararı; BGH 1982, s. 308/309–Kunsthändler kararı.

²¹⁹ Ayrıntılar için bkz. GEMA Yetkilendirme Sözleşmesi § 3..

²²⁰ Bkz: GEMA-Jahrbuch 2005/2006, s. 183 vd.

haklar için münhasıran ruhsat verir; ücret talepleri ve yalnız meslek birliği kanalıyla öne sürebileceği ücret taleplerini de devreder. Buna göre birlik örnek olarak şu hakları üstlenir.²²¹

- Televizyon, hoparlör ve fonogramlar üzerinden gerçekleşen iletim ile bütün umuma iletim imkanları dahil olmak üzere sözlü ya da sözsüz müziğin temsil ve yayım hakları; “büyük haklar” denilen haklar, yani dramatik-müzikal eserlerin sahnelenmesi bunun dışında tutulmaktadır;
- Umuma erişebilir kılma hakkı;²²²
- Ses, resim, multimedya ve diğer veri taşıyıcıları üzerine mekanik çoğaltma hakkı ve bunların çoğaltma ve yayma hakkı;²²³
- Kanunen düzenlenmiş olan ücretlendirme talepleri.

b) Münhasır Hak Tanıma

GEMA, Yetkilendirme Sözleşmesi §1’de belirtilen hakları *münhasıran* üstlenir. Bu, sözleşmedeki “Yediemin Olarak Telif Haklarının Değerlendirilmesi” formülüyle garantiye alınır, çünkü bunun için hak sahiplerinin UrhG §31/3’teki anlamıyla malî haklar üzerinde münhasır olarak GEMA’ya ruhsat vermeleri gerekir.²²⁴ Bunun sonucunda da sözleşmenin akdinden sonra aşağıdaki hususlar ortaya çıkar:

- Üçüncü şahıslara basit ruhsat tanımaya tek başına GEMA yetkili olup, UrhG §35/1/b.2 uyarınca her seferinde hak sahibinden izin alınması gerekmemektedir, çünkü tanınan bu haklar telif hakkı sahibinin kendi çıkarının gerçekleştirilmesine yöneliktir;
- Hatta artık hak sahibinin kendisi bile kendi malî hakları üzerinde tasarrufta bulunamaz;

Σ Hak sahibi, haklarını değerlendirmeye yönelik olarak kendi kendine faaliyette bulunmaktan vazgeçmek zorundadır.²²⁵

²²¹ Ayrıntılar için bkz. GEMA Yetkilendirme Sözleşmesi § 1.:

²²² Bkz. GEMA Yetkilendirme Sözleşmesi §1/b.h) (28./29.07.2005 tarihli metni), GEMA-Jahrbuch 2005/2006, S. 183 ff. ;

²²³ Bkz. GEMA Yetkilendirme Sözleşmesi § 1/b.l. ;

²²⁴ *Staudt*, GEMA-Kommentar, s. 248 ve BGH, GRUR 1968, s. 321/325–Haselnuss kararı. Bu şekildeki münhasır devir hem AB Komisyonu (02.06.1971 t. ABl. EG L 134, s. 22–GEMA-I kararı) hem de ATM (27.03.1974 t., C-1227/73 sayılı BRT-II kararı, Slg. 1974, 313 Rn. 9/11) esas itibarıyla geçerli olarak kabul etmişlerdir.

²²⁵ Günümüze kadar sadece müzik editörü olan ve GEMA-üyelerinden *Freibank* mekanik hakları bağımsız olarak değerlendirme konusunda bir serbestiyi elde etmiştir. .

Bu yüzden mesela bir eser sahibi kendi eserleriyle bir fonogram üretmek isterse, ama daha önce GEMA'ya malî haklarını yetkilendirme sözleşmesiyle akdetmişse, bunun için GEMA'dan mekanik çoğaltma lisansı almak zorundadır. Telif hakkı sahibinin bizzat kendisi ücretten feragat ettiği bir temsilde dahi organizatörün söz konusu onayı ilgili tarifeyi ödeyerek GEMA'dan alması gerekmektedir. Hakların GEMA'ya tanınmasıyla birlikte kullanımı yasaklama hakkı da ortadan kalktığından, telif hakkı sahibinin herhangi bir kullanıma karşı itiraz hakkı da bulunmamaktadır. Bunun yerine UrhWG §11 uyarınca meslek birlikleri için akit zorunluluğu getirilmiş olup, buna göre eserlerinin herkes tarafından kullanılabilir olmasını sağlamak amacıyla meslek birliğinin her kullanıcıya bu hakları aynı şartlarla tanınması zorunludur.

c) Halihazırdaki ve Gelecekteki Bütün Haklar Üzerinde Tasarruf

Telif haklarını yetkilendirme sözleşmesiyle hak sahibi, halihazırdaki ve gelecekteki bütün haklar üzerinde tasarrufta bulunur.²²⁶

“Halihazırdaki haklar”dan, sözleşmenin akdedildiği tarih itibariyle bütün mevcut kendi müzik eserleri üzerindeki haklar yanı sıra, üçüncü şahıslara ait eserler üzerinde olan haklar ile hak sahibinin hukukî halef sıfatıyla edindiği bütün malî haklar anlaşılmalıdır.²²⁷

Hak sahibi, kendi eserleri ile üçüncü şahıslara ait eserler üzerinde ileride doğacak malî hakları ile hukukî halef olarak ileride elde edeceği hakları üzerinde yetkilendirme sözleşmesiyle tasarruf etmektedir. Böylelikle yeni ortaya çıkan eserler ile yeni elde edilen haklar için yetkilendirme sözleşmesinin yenilenmesine gerek yoktur; bu da ek malîyet getirmeyen idarî işlemlerle mümkün etmektedir.²²⁸ Bunun sonucunda da örneğin eser sahibinin sözleşmenin yürürlük süresi boyunca bestelediği yeni müzik parçaları üzerinde GEMA görevlidir. Eser sahibi böylece örneğin parçasının önce tanınırlığını artırmak ve eser üzerindeki hakların ancak bundan sonra GEMA üzerinden değerlendirilmesini sağlamak üzere internet ortamında ücretsiz olarak umuma arz edilmesine gerçekleştiremez.

²²⁶Bkz. AB Komisyonunun 02.06.1971 t., ABl. EG L 134, s. 22–GEMA-I kararı ve ATM 27.03.1974 t., C-1227/73 sayılı BRT-II kararı, Slg. 1974, 313 Rn. 9/11..

²²⁷ Staudt, GEMA-Kommentar, s. 249..

²²⁸ Vogel, Wahrnehmungsrecht und Verwertungsgesellschaften, GRUR 1993, s. 513/525, Staudt, GEMA-Kommentar, s. 250..

d) Yeni Malî Haklar

Yetkilendirme sözleşmesinin §1/b.I'ye göre, sözleşmenin akdedildiği sırada henüz mevcut olmayan yeni yararlanma türleri için dahi şimdiden malî hak tanınır. Bu düzenleme son derece tartışmalıdır, çünkü UrhG §31/4'e göre ileride çıkan yeni yararlanma türleri üzerinde önceden tasarruflar hükümsüzdür. Ancak, telif haklarının değerlendirilmesi amacıyla meslek birliklerine tanınacak malî haklarda bu hükmün uygulanamayacağı ya da UrhG §35/1/c.2 ışığında sınırlandırılması gerektiği öne sürülmektedir, çünkü yeni hakların mümkün olduğunca erken bir süre içerisinde meslek birliklerince değerlendirilmeye alınmasının eser sahibinin çıkarına olduğundan bahsedilmektedir.²²⁹ Ancak bu şekildeki bir düzenleme ancak meslek birliğine üyelik gerektiren hakların söz konusu olması halinde eser sahibinin çıkarına olabilir.²³⁰ Bunların dışındaki yeni faydalanma türleri için tek tek olay bazında bu hakları kendisinin değerlendirmesi eser sahibinin çıkarına olabilir. Mahkeme içtihatlarında her bir olayda menfaat dengesini gözetmektedir: Buna göre BGH (Alman Federal Temyiz Mahkemesi), yetkilendirme sözleşmelerinde yeni faydalanma türleri üzerinde kapsamlı bir şekilde lisans verilmesini sinema filmlerinin video kasetlerde yeniden değerlendirilmesine yönelik geçersiz saymıştır. Buna karşılık üretim en başından itibaren video şeklinde değerlendirmeye yönelik olursa, UrhG §31/4 uyarınca GEMA'nın uygulamasının önünde bir engel teşkil etmez.²³¹

Bundan dolayı artık yetkilendirme sözleşmesinin §1/I'de bir somutlaştırma yoluna gidilmiş ve yetkilendirme sözleşmesinin §1/b.a)-i)'de tanınmış bulunan haklara uygun oldukları taktirde, ileride muhtemel yeni teknik gelişmeler ya da kanun değişiklikleri neticesinde ortaya çıkan ve gelişen yeni kullanım türleri yetkilendirme sözleşmesiyle GEMA'ya tanınmıştır.

e) Maddî Sınırlandırma

Yetkilendirme sözleşmesinin §1'e göre, esas itibariyle bütün malî hakların kapsamlı bir şekilde GEMA'ya tanındığı tespit edilmişse de, AB ülkelerinin vatandaşları açısından başka bir düzenleme geçerlidir. Bu kişiler, GEMA-Tüzüğü'nün m. 3/b.2 ile bağlantılı olarak yetkilendirme sözleşmesi §16 uyarınca

²²⁹ Farklı görüşler hakkında genel olarak bkz. *Schricker/Schricker*, zu § 31 Rn. 29. .

²³⁰ *Schricker/Schricker*, zu § 31 Rn. 29.

²³¹ Bkz. BGH GRUR 1986, s. 62/65-GEMA-Vermutung I kararı. Genel kurul kararı ile yeni kullanım türlerinin otomatik olarak sözleşmeye kabul edilmesinin geçersiz olduğuna ilişkin olarak bkz. BGH GRUR 1986, s. 296-GEMA-Vermutung VI kararı. .

ruhsat verecekleri malî haklarını belli bazı türlerle sınırlandırabilmektedir. Diğer faydalanma türleri üzerindeki haklar bu durumda ya hak sahibinin kendisi tarafından değerlendirilebilir ya da bu haklar başka bir ülkedeki meslek birliğine tanınabilir.²³² Uygulamada, verginin ödenmesi ya da yerleşme açısından bir AB ülkesinde oldukları takdirde üçüncü ülkelerin vatandaşlarına da bu türlere göre lisanslama imkanı tanınmaktadır.²³³

AB üyesi ülkelerin vatandaşları için ayrıca, Alman vatandaşları ile üçüncü ülke vatandaşlarının aksine, malî haklarını değerlendirme yetkisini bütün Dünyada geçerli olacak şekilde tanımak yerine belli devletlerle sınırlandırma imkanı da bulunmaktadır. Böylelikle AB vatandaşları, malî haklarının hangi ülkelerde başka meslek birliklerince daha iyi değerlendirilebileceğini belirleyebilmekte ya da karşılıklılık sözleşmesiyle değerlendirme yetkisini GEMA'ya tanıyabildiği gibi, hak sahipleri bizzat bu işi belirlediği devletlerde ya da devlette kendisi de yapabilmektedir. Uygulamada, verginin ödenmesi ya da yerleşme açısından bir AB ülkesinde oldukları takdirde üçüncü ülkelerin vatandaşlarına da bu imkanı tanınmaktadır.²³⁴

Telif Hakları Kanunu tarafından tanınmış maddî bir sınırlama, eser sahibinin manevî haklarına ilişkin hususlarda da söz konusudur. Bu örneğin, senkronizasyon veya işleme hallerinde söz konusudur. Bunun sebebi de eser sahibinin manevî haklarına ilişkin yetkilerin üçüncü şahıslara tanınmaması ve böylelikle de meslek birliklerince değerlendirilmeyecek olmasıdır. Bunun sonucunda da aşağıdaki durumlar ortaya çıkmaktadır:

- Bir eserin sinema eseri meydana getirmek üzere kullanılması söz konusuysa hak sahibi (pratikte çoğunlukla müzik editörü) için bir rüçû hakkı tanınmıştır. “Herstellungsrecht” (Üretim hakkı) olarak adlandırılan bu hak, bir bozucu şart ile birlikte öngörülmüştür. Bir sinema filmi meydana getirmek amacıyla müzik eserini kullanma izni için GEMA'ya başvurduğunda, bu başvuru GEMA tarafından hak sahibine bildirilir. Hak sahibinden söz konusu ruhsatı GEMA'nın mı yoksa kendisinin mi vereceğini beyan etmesi istenir. Eğer hak sahibi, bu ruhsatı kendisinin vereceğini bildirirse, bozucu şart devreye girer.²³⁵ Bu “üretim hakkı” bir sinema filmin, video kaseti olarak ikincil değerlendirmesinde söz konusu değildir, çünkü burada sinema filmi sadece yeni bir agregat durumuna,

²³² Bu AB Komisyonunun GEMA-I (ABl. EG L 134, 15) ve GEMA-II (ABl. EG L 166, 22) kararının bir sonucudur.

²³³ Staudt, GEMA-Kommentar, s. 367. .

²³⁴ Staudt, GEMA-Kommentar, s. 369. Bu da AB Komisyonunun GEMA-I (ABl. EG L 134, 15) ve GEMA-II (ABl. EG L 166, 22) kararının bir sonucudur..

²³⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Staudt, GEMA-Kommentar, s. 327 vd; Ventroni in: Schwarz, Recht im Internet, Zif. 3-2.3, s. 13, 19..

yani video kasetine konmaktadır.²³⁶ Hem kamu hukuku televizyon kuruluşların hem de özel televizyon kuruluşların²³⁷ televizyonda yayın için yaptıkları film prodüksiyonlarında ise öncelikle yetkilendirme sözleşmesi §1/b.i)/3'te yer alan ve yukarıda bahsettiğimiz rüçû hakkının geçerli olmadığı yayıncı imtiyazına dikkat edilmesi gerekir.

- Müzik eserlerinin telefonlarda zil sesi olarak ya da telefon açılırken hat alındığında arka planda çalınmak üzere kullanımına ilişkin malî hak lisansı, esas itibariyle yetkilendirme sözleşmesi §1/b.h)/4 uyarınca verilmiş kabul edilir. Yalnız bu konuda yetkilendirme sözleşmesi §1/b.k/2'de bir sınırlama getirilmiştir. Buna göre, eserin işlenmiş ya da yapısı değiştirilmiş olarak kullanılabilmesine ilişkin her seferinde eser sahibinden ayrıca onay alınması gerekmektedir.

- Müziğin radyo ve televizyon reklamlarında²³⁸ sinema salonlarında ve internette gösterilen reklamlarda²³⁹ kullanılabilmesi için yine eser sahibinin onayını almak zorunludur.

Sonuç itibariyle, GEMA'nın, eserin önceden belirlenmiş kendi genel izlenimi ile kullanıldığı haller için lisans verebildiği tespit edilebilir. Buna karşılık işleme, yapı değişikliği ya da bağlantı yapıldığı takdirde bu hak doğrudan eser sahibi tarafından değerlendirilir.

f) Tüzükte Değişikliklerinin ve Dağıtım Planlarının Devamlı Olarak Dikkate Alınması

Yetkilendirme Sözleşmesi §6/b.a)/1 ile, tüzük ve dağıtım planlarının her zaman için yürürlükteki hâlleriyle bu yetkilendirme sözleşmesinin bir parçasını oluşturduğu garanti altına alınmıştır. Böylece hem bütün sözleşmelerin birbiri ile aynı şekilde olması sağlanmakta; hem de iktisadın bir gereğidir, çünkü böylesi bir düzenleme aksi takdirde dağıtım planlarında bir değişiklik yapılması hâlinde bunların doğrudan uygulanması mümkün olmayacaktır.²⁴⁰ Bu, hukuk dogmatikliği açısından bakıldığında BGB (Alman Medeni Kanunu) §315 uyarınca sonradan yapılması caiz olan bir edim belirlemesi olarak kabul edilmektedir.²⁴¹

²³⁶BGH,GRUR 1994, s.41/42-Videozweitauswertung il kararı.

²³⁷Staudt, GEMA-Kommentar, s. 337.

²³⁸Karş. OLG Hamburg GRUR 1991, s. 599-Rundfunkwerbung kararı. .

²³⁹Staudt, GEMA-Kommentar, s. 344.

²⁴⁰Staudt/Czapla, GEMA-Kommentar, s. 357..

²⁴¹Riesenhuber, s. 121..

Yetkilendirme sözleşmesi §6/b.a)/2 ile, genel kurulda gelecek için kararlaştırılan değişiklikler ve eklemeler, hak sahibinin bu değişikliklerin güncel “GEMA-Mektubu”nda²⁴² yazılı olarak bildirilmesinden sonraki 12 haftalık süre içerisinde itirazda bulunmaması halinde, söz konusu yetkilendirme sözleşmesinin bir parçası haline gelir.²⁴³

g) Sözleşmenin Yürürlük Süresi

AB vatandaşları ile AB sınırları içinde yerleşik müzik yayımcıları (editörler) ve Alman vatandaşları için yetkilendirme sözleşmesi §10’da altı yıllık bir yürürlük süresi belirlenmiştir. Ancak telif haklarını değerlendirme sözleşmesinin üçer yıllık sürelerin sonu itibariyle altı aylık ihbar süresine uyularak feshedilmesi mümkün olduğundan uygulamada bu süre üç yıl olarak kısalmış durumdadır. Bunun sebebi de bu düzenlemede ATA m. 82 uyarınca fazla uzun sözleşme süresi ve geçiş dönemiyle sözleşme tarafının haksız olarak bağlandığı görüldüğünden AB Komisyonu’nun 1971 ve 1972 yıllarında aldığı kararlardır. AB üyesi olmayan ülkelerin vatandaşları içinse buna göre zamanından önce feshetme imkanı olmaksızın altı yıllık sözleşme süresi ve zamanında feshedilmezse de altışar yıllık otomatik uzama geçerliliğini koruyacaktır. Ancak pratik olması bakımından üçüncü ülkelerin vatandaşları için de yetkilendirme sözleşmelerinde üç yıllık sözleşme süresi ve yukarıda belirttiğimiz fesih imkanı öngörülmektedir.²⁴⁴

h) Değerlendirme

Eser sahibi, telif hakları üzerindeki malî haklarını GEMA’ya kapsamlı bir şekilde ve münhasıran tanımakla eserlerinden nasıl faydalanacağı konusunda karar alma özgürlüğünün önemli ölçüde kısıtlanmasına katlanmak zorundadır. Halihazırda buna karşılık GEMA’nın güçlü konumu sebebiyle eser sahibine sağlanan faydalar ağır basmaktadır. Eser sahibinin menfaatleri ilgili mevzuat hükümleri ile garanti altına alınmaktadır. Bu da, GEMA’nın yetkilendirme sözleşmesinin içeriğinin UrhWG (Telif Hakları Değerlendirme Kanunu) ve GWB (Rekabet Kısıtlamalarına Karşı Kanun) hükümlerine ve BGB'deki Genel İşlem Şartları (AGB) ile UrhG §31 ve devamındaki maddeler uyarınca telif haklarına ilişkin sözleşmelerle ilgili hükümlere tâbi olmasıdır. Geçmişte bu yüzden yetkilendirme sözleşmesinin bazı şartları ilgili kanunlar ile ATA'daki hükümler dikkate alınarak değiştirilmesi gerekmişti.

²⁴²GEMA’nın yayımladığı ve GEMA ile ilgili haberler, telif hukukundaki gelişmeleri ve diğer müzik ile ilgili malî hakların değerlendirilmesindeki gelişmeleri konu yapan bir dergidir.

²⁴³Bundan önceki düzenlemeyi BGH, UrhG §31/4’ye uymadığını belirtmişti, bkz. BGH, GRUR 1988, s. 296/298–GEMA-Vermutung IV kararı. .

²⁴⁴Staudt, GEMA-Kommentar, s. 366. .

Ancak eser sahibinin bir taraftan müzik eserleri üzerindeki malî haklarını koruyabilmek için GEMA'ya üye olmak zorunda olması, diğer taraftan da kendisine GEMA'nın yetkilendirme sözleşmesi üzerinde etkide bulunabilmek için çok az imkan tanınıyor olması pek tatmin edici değildir. Böylelikle eser sahibi yalnızca görece sabit şartlara sahip telif haklarını yetkilendirme sözleşmesini kabul etmek zorunda kalmamakta, aynı zamanda ücretlendirme sistemi, dağıtım esasları ve kullanım usulleri bakımından da pasif kalmaktadır.

Mekanik hakların GEMA'dan alınarak bunun yerine bu hakların müzik editörlerince tek başlarına tanınması yolu üzerinde düşünülebilir. Ancak editörler kendilerine ait lisans departmanları kurmamayı ve GEMA'dan bu hakkı standart şartlar içerisinde ayıklamadıkça böylesi bir değişiklik gerçekleşmeyecektir. Ayrıca mekanik hakların meslek birliklerince değerlendirilmesi küçük editörlerin korunmasına da hizmet ettiği unutulmamalıdır. Mekanik hakların editörler tarafından verilmesi, ağırlıklı olarak kapsamlı repertuarlara sahip büyük müzik editörlerinin lisanslarının talep görmesine ve repertuarları sınırlı olan daha küçük müzik editörlerinin ise pazardan silinmelerine yol açabilir.²⁴⁵

II. Müzik Eserleri Kullanıcılarına Lisans Verme ve Tarife Düzenleme

1. Lisans Verme Uygulamaları

a) Çifte Akit Yapma Zorunluluğu ve Bilgilendirme Yükümlülüğü

UrhWG §11 uyarınca meslek birliği, repertuarı üzerindeki malî hakkını ilgilenen bütün kullanıcılara eşit işlem ilkesini gözetmek suretiyle ruhsat vermekle yükümlüdür. Diğer taraftan da GEMA, UrhWG §6 ile getirilmiş sınırlar içerisinde, hak sahipleri ile yetkilendirme sözleşmesi akdetmekle yükümlü olduğundan, “çifte akit yapma zorunluluğu”na tâbidir.²⁴⁶ Ayrıca burayla bağlantılı olarak UrhWG §10'da bir bilgilendirme yükümlülüğü getirilmiş olup, buna göre GEMA, herkese yazılı başvuru üzerine belli bir eser üzerindeki malî haklarının kendisince değerlendirilip değerlendirilmediği hakkında bilgi vermekle yükümlüdür. Daha önceden tespit edilmiş tarifelerle, herkesin aynı şartlar altında müziği kullanabilmesi garantiye alınır. Böylelikle müzik kullanıcılarının tüm Dünya'daki müzik repertuarının büyük bir kısmına merkezî ve yasal yolla erişebilmesi ve her bir hak sahibi ile şartları ayrı ayrı görüşmek

²⁴⁵Davies, Copyright, s. 81/85; Goldmann, s. 303 f..

²⁴⁶Dreier/Schulze-Schulze, zu § 10, Rn. 2; Schack, Rn. 1208; Riesenhuber/v. Vogel, GEMA-Kommentar, s. 644. .

zorunda kalmaması ve kullanım haklarının kendilerine verilmesinden kaçınılamaması sağlanmaktadır.

Görünürde kanun herhangi bir istisnaya izin vermeksizin kullanıcıya karşı bir akit yapma zorunluluğundan hareket etse de, öğretide ve mahkeme kararlarında istisnalar ortaya çıkmıştır. Akit yapma zorunluluğu sebebi, tekel konumlarının meslek birliklerince kötüye kullanılmasının önlemek istenmesidir. Eğer birlikler haklı menfaatler ileri sürebilirlerse, böylesi bir kötüye kullanma da olmayacaktır. Aşağıdaki hallerde de kullanıcıya karşı akit yapma zorunluluğu bulunmamaktadır:

- ilgili kullanıcının meslek birliğinin zararına bilinçli ve tekrar eden bir şekilde hak ihlâli yapması,²⁴⁷
- verilecek lisansın eser sahibinin manevî haklarının ağır bir şekilde ihlâli sonucunu doğuracak nitelikte olmasının bilinmesi,²⁴⁸
- eser sahibi kanaat değiştirerek rüçû hakkını (UrhG §42) kullanması halinde,²⁴⁹
- istenen kullanımın meslek birliği bünyesinde hak sahibinin onayını gerektirmesi.²⁵⁰

b) Toplu Olarak Sözleşme (Gesamtvertrag) Yapılması

UrhWG §12 ile toplu sözleşmeler yapılması öngörülmüştür. Meslek birlikleri “üyeleri Telif Hakları Kanunu uyarınca korunan eserler ya da bağlantılı hakları kullanan ya da bu Kanun uyarınca ücret ödemekle yükümlü olan iktisadî/meslekî birliklerle/odalarla, değerlendirdikleri haklar ve alacaklar hakkında uygun şartlarla toplu sözleşmeler” akdetmek zorundadır. Böyle bir durumda kural olarak ilgili tarife üzerinden %20’lik bir indirim sağlanmaktadır.²⁵¹ Bu indirimin sebebi, toplu olarak yapılan sözleşmelerle idarî ve denetim masraflarında bir azalmanın da ortaya çıkmasıdır.²⁵² Toplu olarak yapılan sözleşmelerde kararlaştırılan ücretlendirme oranları yalnızca, bu sözleşmenin akdedildiği söz konusu birliğe/odaya üye olan kullanıcılar için geçerlidir. Üçüncü şahıslar ne doğrudan bu sözleşmeye isnat edebilir, ne de münferit tarifelerin uygunluğu açısından bu ücretlendirme oranlarına bakarak bir sonuç çıkartabilir.²⁵³

²⁴⁷ OLG Hamburg’un bir kararı için bkz. NJW-RR 1999, s. 1133/1136.

²⁴⁸ Loewenheim/Melichar, zu § 48, Rn. 12.

²⁴⁹ Wandtke/Bullinger-Gerlach, zu § 11 UrhWG, Rn. 8.;

²⁵⁰ Riesenhuber/v. Vogel, GEMA-Kommentar, s. 647; karş. OLG Hamburg, NJW-RR 1999, s. 1133/1136.

²⁵¹ Schulze, GRUR 1989, s. 257/258.

²⁵² BGH, GRUR 1974, s. 35/37-Musikautomat kararı.

²⁵³ Riesenhuber/v. Vogel, GEMA-Kommentar, s. 653; BGH, GRUR 1974, s. 35/37-Musikautomat kararı. .

Ancak toplu olarak yapılan bu sözleşmeler, meslek birliğinden beklenebilecek ölçüde akdedilebilir. UrhWG §12 uyarınca özellikle de, birliğin çok az sayıda üyeye sahip olması halinde veya akdedilecek toplu sözleşmenin idarî ve denetim masraflarında bir azalmaya yol açmayacak olması halinde meslek birliğinden beklenebilecek bir durum da söz konusu değildir.²⁵⁴

Toplu sözleşmenin akdi ya da bu sözleşmede yapılacak değişikliklere ilişkin uzlaşmazlıklarda önce hâkeme başvurulmalı ve hâkem yolu işletilmelidir (UrhWG §14/1/b.b). Ancak bundan sonra mahkeme yoluna başvurula bilinir (UrhWG §16/1). UrhWG §16/4 uyarınca toplu olarak belirlenen tarifelerin içeriklerinin mahkeme yolu ile belirlenmesinde mahkemelerin geniş bir takdir alanı bulunmaktadır. Burada eserin kullanılmasıyla ortaya çıkan paraya eşdeğer fayda, taraflar arasında daha önce yapılmış olan anlaşmalar ve benzer toplu olarak yapılan sözleşmeler dikkate alınacaktır.²⁵⁵

c) Lisans Verme Yolu

aa) Önceden yapılan başvuru

Repertuar kullanılmadan önce başvuru yapılmalı ve ilgili tarife ödenmelidir. Ancak ücretin tutarı konusunda bir uzlaşma sağlanamamışsa, ücret, kullanıcı tarafından kabul edildiği kadarıyla ödenmelidir. Bunu aşan tutarla ilgili olarak ise kullanıcının iki imkanı bulunmaktadır: Ya UrhWG §11/2 gereğince ihtirazî kayıtlarla ödeme yapacak; ya da emaneten tevdi yolunu seçecektir. Böylelikle hakkın tanınmasını hiçbir tarafın geciktirememesi sağlanmaktadır. Uygulamada ödemenin ihtirazî kayıtlarla, örneğin bloke bir hesaba yatırılması tercih edilmektedir. Çünkü emaneten tevdi yolu tercih edildiğinde Emanet Düzeni (Hinterlegungsordnung) §8'e göre yıllık sadece %1 faiz işlemektedir.²⁵⁶

Eser kullanılmadan önce, yani zamanında onay alınmazsa kullanıcı, UrhG §97'deki anlamıyla telif hakkı ihlâli yapmış olur ve kullanıcı maddî zararı tazmin etmekle yükümlüdür. GEMA bu durumda maddî zararın tazmini olarak tarifenin iki katını talep edebilir.

bb) Uygulamada kullanıcının yönlendirilmesi

GEMA bünyesindeki üç ayrı müdüriyet üzerinden kullanıcıya hizmet verilir: Dış Hizmetler, endüstri ve radyo-televizyon ve yeni kitle iletişim araçları. Her

²⁵⁴ *Riesenhuber/v. Vogel*, GEMA-Kommentar, s. 653.

²⁵⁵ Bkz. BGH, GRUR 2001, s. 1139/1142 – Gesamtvertrag privater Rundfunk kararı.

²⁵⁶ *Riesenhuber/v. Vogel*, GEMA-Kommentar, s. 651.

bir müdüriyet müziklerin farklı kullanım türleri hakkında hizmet vermektedir.

• **Dış Hizmetler Müdürlüğü (Bölge Müdürlükleri olarak da adlandırılır):** Müziğin umuma açık halde temsil ve iletimi.

• **Endüstri Müdürlüğü:** Müziğin cd, görsel ya da işitsel dvd'ler gibi taşıyıcılar üzerine çoğaltılması ve yayılması ile müziğin online kullanımı.

• **Radyo-televizyon ve Yeni Kitle İletişim Araçları Müdürlüğü:** Müziğin radyo ve televizyon programları ile internet ortamındaki radyo ve televizyonlarda yayını.

Müzik kullanılmadan önce, hangi eserin hangi formda kullanılacağı GEMA'ya bildirildikten sonra GEMA ilgili lisans ücretini hesaplar. Etkinliğin ardından organizatör, meslek birliğine kullanılmış bulunan eserlerin bir listesini vermekle yükümlüdür.

i) Dış Hizmetler Müdürlüğü

Bölge müdürlükleri sayesinde GEMA, müzik kullanıcılarına yerinde yardımcı olunabilmesini sağlamaktadır. Bu müdürlükler üzerinden, örneğin muayenehaneler, lokantalar, oteller, konser salonları, dükkanlar, tiyatrolar ve derneklerde olduğu gibi bölgesel müzik kullanımı takip edilmektedir. Bu müdürlükler ayrıca tahsilat da yapmakta ve örneğin organizatörün kullanılmış bulunan eserlerin listesini verme yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğini kontrol etmek yoluyla müzik piyasasında denetleme görevini de yerine getirmektedir. Almanya'da halihazırda farklı bölgelerde yetkili olan on adet dış hizmetler müdürlüğü bulunmaktadır.²⁵⁷

Müzik eseri kullanmak isteyen kişiler bu bölge müdürlükleriyle telefonla, posta yoluyla ya da internet üzerinden irtibat kurabilmektedir.

Kullanılmış bulunan eserlerin listesi ise "Müzik" formunda ayrı ayrı gösterilir. Burada verilen bilgiler sayesinde, alınan lisans ücretleri eser sahibine dağıtılabilmektedir. Eser sahibiyle daha ince hesap doğrudan takas (Direktverrechnung) adı verilen işlemle görülmektedir.

²⁵⁷Ayrıntılı bilgi ve adresler için bkz. GEMA-Jahrbuch 2005/2006, s. 37 vd.; www.gema.de/wirueberuns/bezirkdirectionen/index.shtml

ii) Endüstri Müdürlüğü

Endüstri müdürlüğü, Münih'teki Genel Müdürlükte bulunmaktadır. Bu müdürlüğün müşterileri arasında esas itibariyle fonogram yapımcıları (bunlar "label" olarak da adlandırılmaktadır) ve online müzik sunucuları vardır. Endüstri müdürlüğü, 2002'den beri internet üzerinden online hizmet verdiği için en modern lisanslama imkanını tanımaktadır.

Sözleşme Türü	Endüstri Sözleşmeleri			
	Normal Sözleşme	VUT/VDM Sözleşmesi	Münferit Onay	Özel Baskı
Sözleşme tarafı	Fonogram (Kesintisiz ses taşıyıcısı) üretimi gerçekleştiren IFPI üyeleri	Yılda 2 ya da 3 yayın yapan VUT ya da VDM-üyeleri (küçük Labeler)	Münferit ses taşıyıcısı üretimlerinin üreticileri	Üçüncü şahısların siparişi üzerine çalışan üretim yerleri/şirketleri
Asli hususlar	Tercihli ücretlendirme oranları Sözleşmede indirim İade düzenlemesi Ücretsiz numuneler Çeyrek yıllık hesap dönemi	Tercihli ücretlendirme oranları Sözleşmede indirim İade düzenlemesi Ücretsiz numuneler		

Fonogram üretimine verilen lisanslarda münferit izinler ile endüstri sözleşmelerini birbirinden ayırmak gerekir. Yukarıdaki listede de görüldüğü gibi endüstri sözleşmeleri içerisinde de yeniden normal sözleşme ile VUT/VDM/DRMV sözleşmesini birbirinden şu şekilde ayrılmaktadır:

Normal sözleşme, IFPI²⁵⁸ ile toplu olarak yapılan bir sözleşmeye dayanır.²⁵⁹ IFPI Derneği'nin Almanya grubu GEMA ile toplu sözleşme akdetmiştir. Bu nedenle IFPI üyeleri GEMA ile, toplu olarak yapılan bu sözleşmeye dayanarak normal sözleşme akdedebilmekte ve tarifede tespit edilmiş ücret üzerinden %20 indirim kazanabilmektedir. Yukarıdaki tabloda da görüldüğü gibi, normal sözleşmenin akdedilmesi başka kolaylıklar da getirmektedir. Ancak normal sözleşmenin akdedilebilmesi için, sözleşme tarafının GEMA'ya

- bir çeyrek yıl içerisinde asgari 2.500.- € (Euro) gelir garanti etmesi,
- katalog çıkarması,

²⁵⁸ IFPI, Dünya çapında fonogram yapımcılarının haklarını temsil eder. Birçok ülkede ülke grubu vardır. Almanya'daki ise IFPI e.V. (IFPI für International Federation of Phonographic Industry) olup, bu derneğe 400'ün üzerinde firma üyedir.

²⁵⁹ Nicklas/Wolf, GEMA-Kommentar, s. 705. .

- perakende satış fiyat listesi vermesi,
- asgarî 2.500.- ğ'5f (Euro) teminat yatırması ya da banka kefaleti temin etmesi,
- Fonogram girdi ve çıktılarının kaydının tutulabileceği merkezî bir depo göstermesi

şarttır.

VUT/VDM/DRMV-sözleşmeleri adı verilen sözleşmeler de birer endüstri sözleşmesidir. Bu imkan, çok sayıda daha küçük çaplı labeler bir normal sözleşmenin şartlarını yerine getiremediğinden ortaya çıkmıştır. VUT (Verband Unabhängiger Tonträgerunternehmen, Musikverlage und Musikproduzenten e.V., yani “Bağımsız Fonogram Yapımcısı Şirketleri, Müzik Yayımcıları ve Müzik Prodüksörleri Derneği”) ya da VDM (Verband deutscher Musikschafter, yani “Alman Müzik Yapımcıları Birliği”) ya da DRMV’ye (Deutscher Rock-Musikverband, yani “Alman Rock Müzik Birliği”) üye oldukları takdirde, bu küçük Labeler uygun şartlarla fonogram lisansından yararlanabilmektedir. Yapılan görüşmeler sonucunda GEMA bu birliklerle toplu sözleşmeler akdetmiştir. Bir VUT/VDM-sözleşmesinin akdedilebilmesi için, sözleşme tarafı olan fonogram yapımcısının en az 750,00.- ğ'5f (Euro) ücret geliri garanti etmesi şarttır. Bu fonogramlar, tıpkı IFPI üyeleri için geçerli olan şartlar uyarınca ücretlendirilmektedir. Normal sözleşmede verilen kolaylıklardan ücretsiz numune miktarı sayısında ve hesap dönemine ilişkin kolaylıklar VUT/VDM üyeleri için kısıtlamalar yapılmaktadır.

Münferit onay	IFPI üyeleri	VUT ya da VDM üyeleri
Ses taşıyıcısı başına ücret		
Net nihai tüketici fiyatından yüzde 10 ya da satıcıya net teslim fiyatından yüzde 13,75 yüzde 9,009	Net nihai tüketici fiyatından yüzde 7,4 ya da satıcıya net teslim fiyatından	
Ses taşıyıcısı başına en düşük ücret		
Single-CD 0,2480 EURO Longplay-CD 0,6199 EURO	Single-CD 0,1984 EURO Longplay-CD 0,49960 EURO	
İlk baskıda promosyon amaçlı azamî ücretsiz numune adedi		
GEMA üyeleri için demo taşıyıcısı	1.200 Single-CDs ya da 900 Longplay-CDs	500 birim

iii) Radyo-televizyon ve Yeni Kitle İletişim Araçları Müdürlüğü

Bu müdürlük de yine Münih'teki Genel Müdürlük bünyesindedir. Telif haklarıyla korunan eserlerin radyo ya da televizyonda veya internet radyosu ya da internet televizyonu işletenlerce kullanılacak olması halinde bu kişilerin bu lisansları veren bu Müdürlüğe başvurması gerekmektedir. Eğer bu kullanımlarda bir ses taşıyıcısı kullanılıyorsa bağlantılı hak sahiplerinin hakları dolayısıyla ilgili meslek birliği olan GVL'den ayrı bir lisans alınmalıdır.

2. Tarifelerin Belirlenmesinde Temel Esaslar

a) Genel Olarak

GEMA'nın karmaşık tarife sistemini aşağıda analiz edip ayrıntılı olarak ortaya koymak bu çalışma kapsamında mümkün değildir. Burada temel esaslar ele alınacaktır.

Meslek birlikleri kanun gereği, kendileri tarafından değerlendirilen malî haklarının lisansları için talep ettikleri ücretlendirme oranları hakkında bir tarife çıkarmakla yükümlüdür (UrhG §13/1). Ancak bu yükümlülük yasa koyucunun yasal tarifeler belirlememiş olması halinde söz konusudur.²⁶⁰ Yasal tarifeler güzel sanat eserlerinin satış bedellerinden pay hakkı (izleme hakkı, Folgerecht) (UrhG §26/1) ve şahsen kullanım amaçlı çoğaltmalar için (UrhG §54 vd.) geçerlidir. Meslek birliğince tespit edilmiş bulunan tarifeler ve bunlardaki değişikliklerin derhal Federal Resmî Gazete'de yayımlanması gerekir (UrhWG §13/2).

Tarife hazırlama yükümlülüğü ile kanun koyucu, kamu yararına uygun olarak, eşit nitelikli olaylarda meslek birliklerinin eşit işlem yapmasını sağlamayı amaçlamaktadır.²⁶¹ Ancak buradan, akla gelebilecek her bir kullanım için kendine has ayrı bir tarife hazırlanması gerektiği sonucu çıkartılmamalıdır.²⁶² Gerektiğinde kullanıma en denk düşen tarife uygulanmak zorundadır, bu da mümkün değilse ücretlendirme olay bazında tespit edilmesi gerekir.²⁶³

Tarifeler hazırlanırken UrhWG §13/3 esas alınır. Buna göre tarife hazırlanırken dört yasal ölçüt göz önünde bulundurulmalıdır:

²⁶⁰ *Schricker/Reinbothe*, zu § 13 UrhWG, Rn. 1.

²⁶¹ Bkz. Amtl. Begr. zu § 13 RegE, BT-Drucks. IV/271, s. 17.

²⁶² *Schricker/Reinbothe*, zu § 13 UrhWG, Rn. 1; *Dreier/Schulze-Schulze*, zu § 13, Rn. 1.

²⁶³ *Himmelman*, GEMA-Kommentar, s. 785.

- Kullanımla gelen nakdî değeri olan fayda;
- Nakdî bir değer teşkil etmeyen diğer faydalar (örneğin okullarda ya da dini cemaatlerde),
- Bütün kullanım kapsamında eserlerin kullanım oranlarının uygun bir şekilde dikkate alınması;
- Dinsel, kültürel ve sosyal faydaların dikkate alınması.

Hesaplamlarda, kullanıcının cebine kalan kâr değil, brüt gelirler esas alınır.²⁶⁴

Tarifenin uygunluğu her zaman için bir sorun teşkil etmektedir. Bir görüş, mahkemece aksi tespit edilmediği müddetçe, yayınlanmış bulunan bir tarifenin uygun olduğunu savunmaktadır.²⁶⁵ Bu açıdan ayrıca tarifenin denetim kurumunca da kontrol edilebileceği öne sürülmektedir.²⁶⁶ Diğer taraftan da denetim kurumunun müdahale etmemesinin tarifenin yalnızca bütün olarak uygunsuz olmadığına işaret edebileceğine²⁶⁷ böylece tarifenin bütün olarak mahkeme denetlenebilir olduğuna da dikkat çekilmektedir.²⁶⁸

Hâkim görüş, tarifenin taraflar arasındaki sözleşmeyle kararlaştırılmış olması –bu durumlarda yönetim kurulunun onayına ihtiyaç vardır– ve uygulanması halinde uygunluğunun artık kontrol edilmemesi gerektiğinden hareket etmektedir. Bu sonuca sözleşme özgürlüğü ilkesini esas alarak ve uygulamada iki tarafın da bu tarifeyi uygun bulmuş olduğu gerçeğinden hareketle varılmaktadır.²⁶⁹

Taraflar bir tarife üzerinde uzlaşamazsa, tahkime başvurulması ve tahkim sürecinin sonuç getirmemesi halinde ise UrhWG §14/1 gereğince yetkili mahkemelerce tarifenin uygunluğunun açıklığa kavuşturulması gerekir. Tarife henüz uygulamaya geçmemişse GEMA, bu tarifenin uygun olduğunu ispatlamak zorundadır.²⁷⁰

²⁶⁴ Hakem heyetinin 14.07.1988 tarihli uzlaşma teklifi hakkında bkz. ZUM 1988, s. 471/478 ve *Himmelmann*, GEMA-Kommentar, s. 786. Kullanıcılar ise bunu reddetmektedirler karşı. örn. *Weißbuch der Musikveranstalter*, UFITA 133 (1997), s. 275/289. Bunun yerine organizatörün kârı üzerinden hesaplanmasını talep etmektedirler. Karşı görüş için bkz. *Kreile*, Antwort auf Weißbuch der Musikveranstalter, UFITA 134 (1997), s. 317/ 326.

²⁶⁵ BGH, GRUR 1974, S. 35/37-Musikautomat kararı; BGH GRUR 1983, s. 565/566-Tarifüberprüfung II kararı. Aynı yönde bkz. *Goldmann*, s. 305.

²⁶⁶ *Fromm/Nordemann-Nordemann*, zu § 13 UrhWG, Rn. 1.

²⁶⁷ *Schricker/Reinbothe*, zu § 11 UrhWG, Rn. 6; *Häußer*, FuR 1980, 57/66.

²⁶⁸ BGH, GRUR 1986, s. 377-Filmmusik kararı.

²⁶⁹ BGH, GRUR 1984, s. 52/54-Tarifüberprüfung I kararı.

²⁷⁰ BGH, GRUR 1986, s. 376/379-Filmmusik kararı; *Schricker/Reinboth*, zu § 11 UrhWG, Rn. 6.

Uygulamada hazırlanacak tarifelerde toplu olarak yapılan sözleşmelerin belirleyici bir etkisi vardır. UrhWG §13/1'de, toplu olarak yapılan sözleşmelerde kararlaştırılan ücretlendirme oranlarının tarife olarak geçerli olduğu belirlenmiştir. Bir kullanıcı grubu ile uzlaşarak toplu olarak yapılan sözleşme üzerinden belirlenen ücretlendirme oranları kararlaştırıldıktan sonra, bu ücretlendirme oranları GEMA tarafından bu grubun dışındaki kullanıcılar için de tarife olarak belirlenmektedir, ancak bunlar için %20 indirim geçerli olmamaktadır.²⁷¹

b) Tarife Sistemi

aa) Genel olarak

GEMA'nın tarife sistemi, kullanım haklarına ilişkin 13 ana alana ve kullanım tipine özgü 73 münferit tarifeye ayrılır.

Ana alanlar şunlardır:

- 1) Temsil (canlı müzik);
- 2) Görsel ve işitsel (fonogram) aletlerle iletim;
- 3) Radyo-televizyon yayınlarının iletimi;
- 4) Film temsilleri;
- 5) Görsel ve işitsel (fonogram) aletlerle iletimin başka bir yere nakli;
- 6) Radyo-televizyon (telsiz) yayınlarının başka bir yere nakli;
- 7) Fonogramlarına tespiti ve bunları yayma;
- 8) Görsel ve işitsel (fonogram) aletlerle üzerinde çoğaltma ve bunları yayma;
- 9) Görsel ve işitsel (fonogram) aletlerin üretimi;
- 10) Görsel ve işitsel taşıyıcıların yayını ve çoğaltımı;
- 11) Kayıtlı fonogramların ihlali;
- 12) Kayıtlı fonogramların ve görsel ve işitsel (fonogram) aletlerin kiraya verilmesi ve ödünç verilmesi;
- 13) Müziğin online kullanımı

Bu kapsamlı tarifelerle, her bir kullanım şartının mümkün merteye uygun bir şekilde karşılanması sağlanmak istenmektedir. Bunlara son olarak örneğin bilgisayar oyunları için bestelenmiş müziklerin kullanımına ilişkin tarife ve

²⁷¹Himmelmann, GEMA-Kommentar, s. 783 vd.

gençlik tarifesi²⁷² hobi olarak yayın yapan internet radyoları tarifesi²⁷³ ve kâr amaçlı yapılmayan podcastlar tarifesi²⁷⁴ eklenmiştir. Tarifelerde eğlence müziği/popüler müzik (tarifelerde U-müziği olarak adlandırılır) ile sanat müziği/ciddî müzik adı verilen müzikler (tarifelerde E-müzik olarak adlandırılmaktadır) arasında ayırım da yapılmaktadır. Böylelikle bu müzik türlerinin ticarileştirilebilirlikleri arasındaki farkların yeterince dikkate alınması sağlanmak istenmektedir.

Tarife belirlenirken esas alınan ilke, ödenmesi gereken ücretin kullanıcının brüt gelirlerinin aşağı yukarı %10'u kadar olması gerektiğidir.²⁷⁵ Bu kuralın temelinde İsviçre Hâkem Komisyonunun 14.07.1960 tarihli yol gösterici nitelikteki kararı yatmaktadır.²⁷⁶ Yayıncı kuruluşlardan alınan toplam ücret tam da bu %10'luk sınırın hemen altındadır.²⁷⁷ Buna karşılık özel kablo televizyon işletmecileri ise lisans ücreti olarak GEMA'ya brüt gelirlerinin %4-5'ini ödemektedir.²⁷⁸ Müzik video-DVDler (VHS Videoları dahil) için satıcıya net teslim fiyatından %6,99 GEMA'ya ödenmektedir.²⁷⁹

Kanun koyucu tarafından belirlenmiş bulunan tek tarife, UrhG §54h'da şahsen kullanım yüzünden hak sahiplerine her türlü taşıyıcı materyallerle fikir ve sanat eserlerinin çoğaltmasına yarayan her türlü teknik cihazı imal veya ithal edenlerden alınacak bedel tarifesidir. Bu tarife için UrhG değiştirme kanun taslağında değiştirilmek ve yeni üst sınırlar yürürlüğe konulmak istenmektedir. Bu da hak sahipleri ve GEMA tarafından eleştirilmektedir.²⁸⁰ Güzel sanat eserlerinin satış bedellerinden pay alma hakkı (izleme hakkı, Folgerecht) için UrhG §26'da, ücretlendirmenin satış bedeli üzerinden belli bir yüzdellik pay olması gerektiğini tespit edilmiştir (halihazırda % 5'tir). Bu zorunluluk satış bedelinin 50,- §5f (Euro)'nun altında kaldığında ortadan kalkmaktadır.

²⁷² Bkz. *Kreile*, GEMA-Jahrbuch 2005/2006, s. 14 vd.

²⁷³ Bkz. GEMA-Mektubu Mayıs 2006, sa. 58, s. 3.

²⁷⁴ Bkz. GEMA-Mektubu Eylül 2006, sa. 59, s. 12.

²⁷⁵ *Stritmatter*, Tarife vor der urheberrechtlichen Schiedsstelle, s. 146 vd.; bkz. Hakem heyetinin 13.10.1986 tarihli uzlaşma kararı, ZUM 1987, s.183.

²⁷⁶ *Goldmann*, s. 306.

²⁷⁷ Bkz. Hakem heyetinin 14.07.1988 tarihli uzlaşma teklifi hakkında bkz. ZUM 1988, s. 471/478; *Goldmann*, s. 306.

²⁷⁸ *Goldmann*, s. 307.

²⁷⁹ Bkz. GEMA-Mektubu Mart 2006, sa. 57, s.10.

²⁸⁰ Bkz. GEMA-Haberleri Haziran 2006, sa. 173, s.13 vd..

bb) Örnekler

i) Fonogramları çoğaltma ve yayma tarifesi

Piyasalardaki alışılmış fonogramlarda bunları çoğaltma ve yayma için kullanılan tarife (Tarif VR-T-H1), satıcıya net teslim fiyatının ya da net nihaî tüketici fiyatının belli bir yüzdelik payı olarak belirlenir ya da yüzde üzerinden ücretlendirmenin tarifede belirlenmiş bulunan asgarî ücretlendirmenin altında kalması halinde de fonogram başına asgarî ücretlendirme üzerinden belirlenir.

Örnek:

Münferit onay	IFPI üyeleri	VUT ya da VDM üyeleri
Ses taşıyıcısı başına ücret		
Net nihaî tüketici fiyatından yüzde 10 ya da satıcıya net teslim fiyatından 13,75	Net nihaî tüketici fiyatından yüzde 7,4 ya da satıcıya net teslim fiyatından yüzde 9,009	
Ses taşıyıcısı başına en düşük ücret		
Single-CD 0,2480 g'5f Longplay-CD 0,6199 g'5f	Single-CD 0,1984 g'5f Longplay-CD 0,49960 g'5f	
İlk baskıda promosyon amaçlı azami ücretsiz numune adedi		
GEMA üyeleri için demo taşıyıcısı	1.200 Single-CDs ya da 900 Longplay-CDs	500 birim

Burada fonogram başına asgarî ücretlendirme yapılırken, Single-cd'nin azamî çalma süresinin 20 dakika ve en fazla beş eser ya da on iki eser parçası içermesine; Longplay-cd'nin 80 dakikalık çalma süresini aşmamasına ve en fazla 20 eser ya da 40 eser parçası içermesine dikkat edilir. Buradaki anlamıyla eser parçası, eserin tamamı bu kadar olmadığı takdirde, eserden alınan ve 1.45 dakikayı geçmeyen kısımdır.

Ayrıca IFPI, VUT ya da VDM üyelerine söz konusu tarifede belirlenmiş bulunan ücretlendirme oranları üzerinden %20 indirim tanınan endüstri sözleşmelerine de dikkat çekmek gerek. Bir fonogramın ilk baskısında promosyon amacıyla hazırlanan ücretsiz numunelerden telif ücreti alınmaması da tabii fonogram üreticilerinin yararına. Bu bağlamda ücretsiz numune sayısı IFPI üyeleri için 1200 single-cd ya da 900 longplay-cd; VUT ve VDM üyeleri için ise 500 adettir. Münferit onayla yapılan baskılarda GEMA üyelerinin, fonogramın üzerine "satılamaz" ilişkin ibarenin eklenmesi şartıyla demo olarak ücretsiz numuneler alma hakları vardır.

ii) Fonogramların umuma iletimi

Fonogramlar üzerinden umuma açık yerlerde çalınan müzikte öncelikle fonogramın düzenli ya da düzensiz çalındığına bakılır. Düzensiz etkinliklerde lisans ücretinin belirlenmesinde belli bazı kullanım türleri için ayrı ayrı ücretlendirme oranları belirlenmiştir. Genel ücretlendirme oranlarında ücretin miktarı etkinlik başına bilet ücretine ve etkinlik mekanının büyüklüğüne bakılarak belirlenir.

Eğer müzik düzenli bir şekilde çalınıyorsa, ücretin miktarı büyük çoğunlukla mekanın büyüklüğüne göre belirlenir. Götürü olarak belirlenen ücret oranı bu durumda en az bir aylığına ödenir ve çeyrek yıllık ya da bir yıllık sözleşme akdedilmesi halinde de buna mukabil indirimler yapılır. Son olarak GEMA çeşitli birliklerle/gruplarla toplu sözleşmeler akdetmiş olup, bu birliklerin/grupların üyelerine ayrıca %20'lik bir iskonto daha yapılmaktadır.

Fonogramların umuma yerlerde çalınmasında, fonogram yapımcısının ve icracı sanatçının da komşu haklarını da ilgilendirmekle birlikte, kullanıcının yalnızca GEMA'dan lisans alması yeterlidir. Bunun sebebi de, GEMA'nın ilgili meslek birliği olan GVL ile bir tahsilat anlaşması yapmış olması ve bu anlaşma uyarınca tahsilatı GVL adına yapmasıdır. Bu nedenle GEMA, GVL için aşağıdaki şekilde ücret artışı uygular:

- ses taşıyıcılarının diskolar hariç umuma açık yerlerde iletimi karşılığında %20;
- diskolarda umuma açık olarak iletimi karşılığında %57,5;
- Radyo veya televizyon kuruluşların yayınlarının ve video kliplerin umuma açık yerlerde iletimi karşılığında %26²⁸¹

Tahsilat işlemi karşılığında GEMA, GVL'den tahsilat komisyonu alır. Bu komisyon, dağıtılan kâr payının 20 milyon €'5f (Euro) kadar olması halinde %20, bunu geçmesi halinde de %15'tir.²⁸²

iii) İşitsel ve görsel taşıyıcılarının yayını

Yayın alanında ilk olarak kamu kuruluşu olan radyo-televizyon, özel radyo-televizyon ve kablo üzerinden aktarımları birbirinden ayırmak gerekir.

²⁸¹Bkz. „Zur Information der Berechtigten“ von der GVL vom März 2006, s. 4.

²⁸²Bkz. „Zur Information der Berechtigten“ von der GVL vom März 2006, s. 4.

Kamu Radyo-Televizyon Kuruluşu:

GEMA, ARD, ZDF ve DeutschlandRadio'nun eyalet radyo-televizyon yayın kuruluşları ile götürü sözleşmeler imzalamaktadır. Önceden radyo-televizyon harcı ödeyen hane başına belli bir tutar tespit edilmişse de, günümüzde artık sabit bir yıllık ücret götürü ücret tutarı olarak tespit edilmektedir. Burada müzik kullanımının sıklığı ve kurumun elde ettiği ekonomik fayda bu ücretin belirlenmesinde parametreler olarak değerlendirilir.²⁸³

Özel Radyo-televizyon Kuruluşları:

Özel yayın kuruluşlarda ise ilk olarak radyo ve televizyon arasında bir ayırım yapılır. Burada programlardan elde edilen gelirlerden, yalnızca reklam gelirleri, sponsorluklar ve abonelik ücretlerinin değil, bunların yanı sıra örneğin izleyicilerin ücrete tâbi telefon çağrıları da dahil olmak üzere bütün para eder faydaların anlaşılması gerektiği önceden açıklığa kavuşturulmalıdır.²⁸⁴

Radyo: Ücretlendirme oranları radyo kuruluşları birlikleri olan APR ve VPRT ile toplu sözleşmelerde belirlenmiştir. 2004 yılından²⁸⁵ beri müzik payına göre kademeli tarife geçerli olup, başlangıç oranı programlardan doğan gelirlerin %0,78'i (müzik payı %10'a kadar), azamî oran ise %7,75'idir (müzik payı %80'in üzerinde).

Televizyon: Büyük özel televizyon kuruluşları VPRT üyesi olduğundan, bunlar için toplu televizyon sözleşmesi geçerlidir. Bu sözleşme dört yıllık dönemler halinde yeni gelişmelere uyulanır. Free TV, Abo TV ve Teleshopping için örnek münferit sözleşmeler öngörülmüştür. Götürü ücret için radyoda olduğu gibi kademeli tarife öngörülmüş olup, bu tarifede kullanılan müziğin payı dikkate alınmaktadır. Müzik payına göre programlardan doğan gelirlerin %0,32'si (müzik payı %10'a kadar) ile %5,63'ü (müzik payı %80'in üzerinde) ücretlendirilir.²⁸⁶

Bir birliğe üye olmayan yerel ve bölgesel televizyon kuruluşları için bölgesel televizyon tarifesi esas alınır.

²⁸³ Pappi, GEMA-Kommentar, s. 700.

²⁸⁴ Pappi, GEMA-Kommentar, s. 701

²⁸⁵ 2004'den önceki durum için bkz. Goldmann, s. 307.

²⁸⁶ Pappi, GEMA-Kommentar, s. 701.

Kablolu aktarım

*Bölgeler üstü ağ: 2002 yılı sonuna kadar GEMA ve diğer meslek birlikleri ile Deutsche Bundespost (Alman Posta Kurumu) arasında akdedilmiş bulunan “global kablo sözleşmesi” geçerliydi. Daha sonraki dönem için ise o dönemdeki posta ağının hukukî halefi ile anlaşmalı bir sözleşme akdedilmiştir.*²⁸⁷

Bölgesel ağlar: Bunun için kablo birlikleri olan ANGA, FRK ve Konut Ekonomisi Genel Birliği (Gesamtverband der Wohnungswirtschaft GdW) ve meslek birlikleriyle toplu olarak sözleşmeler akdedilmiştir. Bir kablo ağı işletmecisi, GEMA üzerinden yazı, görüntü, müzik ve film hakları ile kamu yayın kuruluşlarının ve bir kısım özel yayıncının program hakları için lisanslar almaktadır. Özel yayın kuruluşlarının çoğu 2003 yılından beri yayınları üzerindeki bağlantılı haklarını *Medya Meslek Birliği* (Verwertungsgesellschaft Media, VG Media) tarafından değerlendirilmesine izin vermektedir. Kablo ağı işleticilerinin bu nedenle VG Media'dan ayrıca lisanslar almaları gerekmektedir, bu yüzden bu işleme “two-stop-shop” denmektedir.²⁸⁸

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşıldığı gibi, Almanya'da, tarife tutarının kullanıcının brüt gelirlerinin aşağı yukarı %10'unu olması gerektiği yönündeki ana kural, her zaman hayata geçirilememektedir. Özellikle de GEMA ile toplu sözleşmeler akdeden birliklerin/grupların üyeleri için yeniden önemli miktarda indirim yapılmaktadır.

Dışarıdan bakıldığında, GEMA'nın tek tek örneklerde tarifeyi nasıl belirlediği anlaşılmadığından GEMA'nın tarife sistemine eleştiriler yöneltilmektedir. Birden çok sayıda tarife bir arada ya da birbirinin seçeneği olarak uygulandığından bu tarife sistemi hem derli toplu olmaktan uzak hem de şeffaflıktan uzaktır.²⁸⁹ Buna karşılık söylenmesi gereken, tarifelerin çok önemli bir kısmının kullanıcıların oluşturduğu çıkar birlikleri/grupları ile toplu olarak yapılan anlaşmalarla belirlendiğidir ve bu tarife sistemiyle her kullanım türüne uygun bir tarife sunabilmek amaçlanmıştır. Böylesine karmaşık bir tarife düzeninde, bu tarifeleri daha derli toplu tertip etmek tabii ki mümkün değildir.

²⁸⁷ Pappi, GEMA-Kommentar, s. 702. .

²⁸⁸ Pappi, GEMA-Kommentar, s. 702.

²⁸⁹ Eleştiri için bkz. Baral/Stark, Goldesel für die GEMA?, s. 50 vd.; Goldmann, s. 307 vd.

3. Tahsil ve Denetim

a) Temsil İşlemlerinin Denetimi

Yayın kuruluşları, yayınlanan programları ve kullanım çizelgelerini GEMA'ya verdiği için radyo-televizyon yayınlarını denetlemek nispeten kolay olmaktadır.

Fonogramların çoğaltılmasında ise bunların üretimi ile basımına ancak GEMA tarafından izin verilmesinden sonra başlanması sebebiyle GEMA'nın işi kolaylaşmaktadır.

Ayrıca GEMA umuma açık temsil ve iletimleri, gazetelerdeki etkinlik bilgilerini tarayarak da denetlemektedir. Diğer bir denetim yolu ise, tüm Almanya çapında müzik temsil ve iletimleri, münferit etkinlikleri ve restoranlar, dans okulları, mağazalar ve diğer işletmelerde çalınan müzikleri kontrol eden denetim kuruluşları ağı ile gerçekleşmektedir.

b) Lisans ücretlerinin toplanması ve hayata geçirilmesi

İçtihatlar yoluyla geliştirilen “GEMA-Varsayımı” (GEMA-Vermutung) ve “GEMA-Denetim Zammı” (GEMA-Kontrollzuschlag) adı verilen araçlar GEMA'nın kendi adına dermeyan edebildiği lisans ücretlerini hayata geçirmesini son derece kolaylaştırmaktadır.

aa) “GEMA Varsayımı”

“GEMA-Varsayımı” adı verilen aracın geliştirilmesiyle Alman içtihadı, GEMA'ya ve GEMA'nın selefi olan STAGMA'ya²⁹⁰ çok önceden bir ispat kolaylığı sağlamıştır. Bu araç, yasal olmayan kullanıcıların GEMA'nın davada taraf olma ehliyetine itirazda bulunmaları ve yalnızca meslek birliğinin hak sahibi olmadığı eserler çaldıklarını iddia etmeleri durumunda zorunlu olmuştur. Böylece bir durumda da meslek birliklerinin gerekli delilleri toplamaları için yüksek idarî masraflar yapmaları gerekmektedir. Bu da masrafların hak sahiplerine dağıtılacak olan gelir üzerinde olumsuz etkilerine sebep olmuştur.²⁹¹

GEMA-Varsayımı sayesinde, umuma açık olan eğlence müziği etkinliklerinde, radyo ve televizyon yayınlarıyla umuma açık yerlerde müziklerin iletiminde

²⁹⁰ Tarihçe için bkz. *Riesenhuber/Rosenkranz*, UFITA 2005/II, s. 467 vd.

²⁹¹ *Schricker/Reinbothe*, zu § 13b, Rn. 1; *Riesenhuber/v. Vogel*, GEMA-Kommentar, s. 637.

ya da restoranlarda cd/plaktan çalınan müziklerde ve belli şartlar varlığı altında çoğaltma ve yaymada²⁹² GEMA'nın davada aktif dava ehliyetinin bulunduğu kabul edilmektedir²⁹³ "GEMA-Varsayımı" adındaki bu araç sayesinde bu şekilde kullanılan müziğin karine olarak

- kanunen koruma kapsamında bir eser olduğu ve
- eser üzerindeki malî hakların değerlendirilmek üzere GEMA'nın yetkilendirilmiş olduğu

kabul edilmektedir. Bu araç, GEMA'nın Almanya'daki tekel konumunun bir sonucudur, çünkü neredeyse bütün yayınevleri (editörler) ve besteciler GEMA'ya üyedir ve GEMA bütün dünyada yabancı meslek birlikleriyle karşılıklılık sözleşmeleri akdetmiş bulunmaktadır. BGH'nın GEMA-III kararında da belirtildiği gibi kullanılan bütün eserlerin tek tek ve bu eserler üzerinden hak sahibi olanların belirtilmesi ve böylelikle de GEMA'ya tanınmış bulunan malî hakların ihlal edilmediğinin ispatlanması gereklidir.²⁹⁴ Diğer bir ifade ile ispat yükümlülüğünün tersine dönmesini demektir.²⁹⁵

İçtihatla geliştirilen "GEMA-Varsayımı", aktif dava ehliyeti, bilgi edinme, zararın tazmini ve men taleplerini kapsamaktadır.²⁹⁶

Dava ehliyeti açısından GEMA için kolaylık getiren bu kural da yine istisnasız değildir. Buna göre örneğin video olarak sinema filmlerinin ikincil değerlendirilmesi gibi olaylarda GEMA'nın tekel konumunun bulunmadığı hâllerde kısıtlamalar mevcuttur.²⁹⁷

Ancak "GEMA-Varsayımı", Almanya'da bir tekel konumuna sahip olsalar dahi başka meslek birliklerine teşmil edilemeyen özel bir durumdur. Bunun gerekçesi de, diğer meslek birliklerinin kısmen de olsa şahsen korunabilecek olan hakları bünyelerinde bulundurmalarıdır.²⁹⁸ Bundan dolayı Almanya'da kanun koyucu 1985 yılında UrhWG §13b/1 ve 2'de "kanunî varsayımı" getirmiştir. Buna göre artık her bir meslek birliği, kullanıcılardan, somut

²⁹² BGH, UFITA 40 (1963), s. 362–Tonbänder-Werbung kararı; BGH GRUR 1964, s. 94–Tonbandgeräte-Händler kararı; BGH GRUR 1986, s. 66–GEMA-Vermutung II kararı.

²⁹³ Schrickler/Reinbothe, zu § 13b, Rn. 2. .

²⁹⁴ BGH, ZUM 1988, s. 199/201, GEMA-Vermutung III kararı. Bu kararlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Schulze, ZUM 1988, s. 232 vd.

²⁹⁵ Karş. Goldmann, s. 309.

²⁹⁶ OLG Hamburg, 4.11.2004 tarihli kararı; bkz. Riesenhuber/v. Vogel, GEMA-Kommentar, s. 638

²⁹⁷ BGH, GRUR 1986, s. 62–GEMA-Vermutung I kararı; Goldmann, s. 309.

²⁹⁸ Kararlar için genel olarak bkz. Schrickler/Reinbothe, zu § 13b, Rn. 3.

uyuşmazlığa ilişkin hangi eser sahibini ve bağlantılı hak sahibini temsil ettiğini açıklama yükümlülüğü bulunmaksızın bilgi talep etme hakkına sahiptir. Ancak bu bilgi talebi meslek birliği yükümlülüğü sebebiyle ortaya çıkan bilgi edinme talepleri ile sınırlıdır. UrhWG §13b, böylelikle tekel konumuna sahip olması gerekli olmaksızın, tamamen usul hukuku açısından meslek birliklerinin aktif dava ehliyetini düzenlemektedir.²⁹⁹

UrhWG §13b/1'deki "varsayım kuralı" meslek birliği yükümlülüğü sebebiyle ortaya çıkan bilgi edinme talepleri için geçerlidir. Bunlar şunlardır:

- İzleme hakkı (Folgerecht) (UrhG §26/3-6);
- Görüntü ve ses kaydı yoluyla ve dahi fotokopiyle çoğaltma (UrhG §54g, §54h)

Ücret talep etme hakları için meslek birliği yükümlülüğü varsa bu haklar için de bilgi edinme konusunda da kanunî varsayım geçerlidir.³⁰⁰

Kanunun ön gördüğü bazı ücret talepleri için de meslek birliklerinin aktif dava ehliyeti ön görülmüştür (UrhG § 27, 54, 54a/1 ve 2, 77/2, 85/4 ve de 94/5). Eğer birden fazla meslek birliğinin bu ücret talebinde bulunabileceği bir durum olursa, bu birliklerin söz konusu talebi müştereken ileri sürmeleri gerekmektedir (UrhWG §13b/2).

bb) “GEMA Denetim Zammı”

Yukarıda da anlatıldığı gibi, önceden izin alınmaması halinde GEMA'ya tarifenin iki katı ücret ödenmektedir. Bu fark, kullanıcının ödemesi gereken tarife ücretinin %100'ü artışı olan ve ihlâl zammı adı verilen tutardır. Bu GEMA zammı, içtihatla geliştirilmiştir. Çünkü telif haklarının ihlâli kolay olduğundan kullanıcı, ilgili tarife üzerinden ve önceden belirlenmiş şekilde zamanında izin almaya teşvik edilmiş ve izin alınmadan müziğin kullanılması müzik kullanıcısı için bu zam bir risk teşkil etmiş olacaktır.³⁰¹ Ayrıca hukuka aykırı kullanımlar dolayısıyla meslek birlikleri kapsamlı bir denetim mekanizması çalıştırmak zorunda kalıyor; bu denetim zammı GEMA'ya tanınmamış olsa,

²⁹⁹ *Schricker/Reinbothe*, zu § 13b UrhWG, Rn. 4.

³⁰⁰ Mesela UrhG §§ 20b/2, 27/3, 45a/2/c. 2, 49/1/c.3, 52a/4/c.2 da olduğu gibi, bkz.: *Riesenhuber/v. Vogel*, GEMA-Kommentar, s. 641.

³⁰¹ *Goldmann*, s. 310; karşı. BGH, GRUR 1966, s. 570/571–Eisrevue III kararı; BGH, Grur 1955, s. 549–Betriebsfeier kararları; BGH GRUR 1973, s. 379–doppelte Tarifgebühr kararı; bunlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Maaß*, der Kontrollzuschlag der GEMA bei unberechtigter Musikwiedergabe und seine Erweiterungsfähigkeit, s. 10 vd..

bundan dolayı oluşan masraflar ya eser sahibi tarafından (ona yapılan meslek birlikleri tarafından ödemelerin azalmasıyla) ya da tarifede artış yapmak suretiyle hukuka uygun davranan kullanıcılar tarafından karşılanması gerektiğinden böyle bir durumun da âdil olmadığı haklı olarak ileri sürülmektedir.³⁰²

"GEMA Denetim Zammı", Alman hukukunda yine GEMA'ya özgü bir istisna ve hatta Alman tazminat hukukundaki esaslara açıkça aykırıdır. Çünkü bu zammın temelini UrhG §97/1 teşkil etmektedir. Alman tazminat hukukunun esaslarına göre yalnızca, zarara sebebiyet veren kişinin uygun bir nedensellik içerisinde sebep olduğu zararı tazmin etmesi gerekir. Ancak böyle bir durum da, ihlâlden önce ve ondan bağımsız olarak ortaya çıkmış olan bu denetim masrafları ihlâl eden kişiye yükletilemeyeceğinden, denetim ve kontrol sistemlerinde söz konusu olmaz. Yine tazminat hukukunda aynen iade esası geçerlidir, yani zarar gören kişi, zarara sebep olan olay ortaya çıkmamış olsaydı aslında bulunacak olduğu duruma getirilmelidir. Bunun sonucunda da aslında zarara sebep olan kişinin tarifenin iki katını değil normal tarifeyi ödemesi gerekmektedir. Bu yüzden "GEMA Denetim Zammı" eleştirilmektedir.³⁰³ Böylece "GEMA Denetim Zammı" içtihadı, GEMA'nın kendine özgü konumuna bakılarak ele alınması gereken özel bir içtihat olarak görülmelidir.³⁰⁴ İçtihadta, bu prensibin diğer alanlarda uygulanması, örneğin patent ihlâllerinde, her defasında reddedilmiştir.³⁰⁵

Şimdiye kadar içtihat bu denetim zammını sadece temsil hakkı ile sınırlandırmıştır. Esas itibarıyla izinsiz mekanik çoğaltmalar için bu zam kabul edilmemektedir.³⁰⁶ Bunun gerekçesi olarak da içtihadlarda, umuma açık sayısız temsilin/iletimin GEMA'nın zorunlu olarak yüksek bir malîyet getiren denetim aracının bu zammı haklı gösterdiği ve bu kontrol mekanizmasının masraflarının da sadece ne eser sahiplerine ne de tarifeler aracılığıyla yasalara saygılı müzik kullanıcılarınca karşılanmak zorunda bırakılmamasının doğru olacağı belirtilmiştir.³⁰⁷ 29.04.2004 tarih ve 2004/48 sayılı Fikrî Mülkiyet Haklarının

³⁰² BGH, GRUR 1973, s. 379/381–Doppelte Tarifgebühr kararı.

³⁰³ *Maaß*, Der Kontrollzuschlag der GEMA bei unberechtigter Musikwiedergabe und seine Erweiterungsfähigkeit, s. 30 vd.; *Troller*, Eingriffe des Staates in die Verwaltung und Verwertung von urheberrechtlichen Befugnissen, s. 127.

³⁰⁴ *Goldmann*, s. 311.

³⁰⁵ BGH kararı için bkz. BGHZ 75, s. 230/237; *Palandt/Heinrichs*, Vorbem. vor § 249, Rn. 44.

³⁰⁶ *Goldmann*, s. 310; BGH GRUR 1986, s. 376–Filmmusik kararı. Farklı görüş için OLG München, GRUR 1983, s. 578/582–Musiknutzung bei Video-Kassetten kararı.

³⁰⁷ BGH GRUR 1986, s. 376–Filmmusik kararı.

Hayata Geçirilmesi Hakkındaki AB Yönergesinde³⁰⁸ ihlâl eden kişilerden iki katı tarife ücreti alınmasına ilişkin bir hüküm getirilmemişse de öğreti BGH'nin yeni bir kararını.³⁰⁹ da dikkate alarak ortaya çıkan zararın tazmini ile ihlâl eden kişinin bu ihlâl sebebiyle elde ettiği kârın iade edilmesi arasında dogmatik bir ayırım yapılabileceği görüşündedir.³¹⁰ Böylelikle, dürüst bir lisans alıcısının bu kadarlık bir kâr marjı olduğundan hareketle, lisans ücretinin %100'ü kadar götürü bir ihlâl zammı önerilmektedir.³¹¹

4. GEMA'nın Dağıtım Sistemi

a) Toplanan Ücretlerin Dağıtımı

Esas itibariyle GEMA yalnızca, kullanıcılardan önceden lisans bedeli olarak alınmış olan gelirleri dağıtır. Dağıtımda hak sahiplerinin, müziklerinin ticarî başarısıyla mümkün olduğunca doğru orantılı olarak yararlanması ve bu dağıtımda keyfiliğin kesinlikle söz konusu olmamalıdır (UrhWG §7). İdarî masraflar ve sosyal ve kültürel amaçlar ile çalışanların sosyal yardım sandığı için ayrılması gereken paralar düşüldükten sonra kalan miktar, yani net dağıtım tutarı paylaşılır.³¹²

UrhWG §7 gereği Almanya'daki meslek birliklerinin dağıtım planlarını ortaya koyma yükümlülüğü bulunmaktadır. Ayrıca dağıtım sırasında kültürel açıdan önem taşıyan eserler ve edimlerin de hesaba katılması gerekmektedir.

GEMA bu yükümlülüğünü bir dağıtım planı çıkartarak yerine getirir. Bu dağıtım planı oluşturulurken temsil/iletim ve yayın hakkı (kısaca Dağıtım Planı A olarak adlandırılır), mekanik çoğaltma hakkı (Dağıtım Planı B olarak adlandırılır)³¹³ ve online kullanım alanı için geçici dağıtım planı (Dağıtım Planı C olarak adlandırılır) birbirinden ayrılarak hazırlanır.³¹⁴

Kültürel açıdan önem taşıyan eser ve bunlara ilişkin bağlantılı hakları destekleme yükümlülüğü ise, örneğin Dağıtım Planı A'nın yürürlük hükümlerinde hak

³⁰⁸ ABl. L 195 vom 02.06.2004, GRUR Int. 2004, s. 615.

³⁰⁹ BGH, GRUR 2001, s. 329–Gemeinkostenanteil kararı.

³¹⁰ Tilmann, GRUR 2003, s. 647 vd.; Lehmann, GRUR Int. 2004, s. 762.

³¹¹ Schricker/Wild, zu § 97 UrhG, Rn. 74 b. Internationalen Vereinigung für den Schutz geistigen Eigentums (AIPPI) teklif ise, ihmalde 1,5 kat; kasıta ise 2 kat ücretlendirir. Bkz. GRUR Int. 2005, 403. Eleştiriler için bkz. Haedicke, GRUR 2005, s. 529.

³¹² Müller, GEMA-Kommentar, s. 376.

³¹³ Müller, GEMA-Kommentar, s. 495.

³¹⁴ Müller, GEMA-Kommentar, s. 372 vd.

sahibi için daha uygun olan hesaplama usulü belirlenmek suretiyle dikkate alınmaktadır.

Dağıtım Planları A, B ve C'nin her biri bölümlere ("Sparten") ayrılmıştır.³¹⁵ Bu bölümler, malî hakların nasıl kullanıldığına bakılarak oluşturulmuştur. Her bir bölüm için ayrı bir hesap kuralı öngörülmüştür ve bu kurallarda bu bölüm içinde toplanan gelirlerin hak sahiplerine nasıl dağıtılacağı ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.

Hak sahiplerinin bütün gelir içerisindeki katkılarını âdil bir dağıtım yapmak amacıyla tek tek belirleyebilmek ne kadar zor olduğunu göstermek amacıyla bir örnek olarak U-bölümü, yani eğlence müziği temsilleri için dağıtım usulü, ana hatlarıyla şu şekildedir:

İlk olarak bu bölüm için dağıtılacak tutar belirlenir. Bu tutar, temsil hakkının her bir eğlence müziği etkinliğine tanınması karşılığında elde edilmiş tutar üzerinden hesaplanır. VK bölümü için (varyete, kabare ve sirk etkinlikleri) ayrı bir hesaplama yapılmadığından, bu bölümden elde edilen gelir de ortak dağıtım tutarı olarak bir arada toplanır.³¹⁶

Dağıtım ilk olarak şu beş ölçüte göre belirlenir:

- (1) Temsil sayısı;
- (2) PRO-faktör;
- (3) Bir eserin puan değeri;
- (4) Bir puanın nakdî değeri;
- (5) Bir eser üzerindeki hak sahipleri.

aa) Temsil sayısı

Temsil sayısını tespit etmek için önce, her bir müzik organizatörünün "Müzik Sıralaması" ('Musikfolge') formunda ne gibi beyanlarda bulunduğu tespit edilir.

³¹⁵Örn. dağıtım planı A, 20 bölüme; dağıtım planı C ise 13 bölüme ayrılmıştır.

³¹⁶Müller, GEMA-Kommentar, s. 441.

bb) PRO yöntemi

GEMA, organizatörlerin yalnızca bir kısmının müzik sıralamasını bildirdiğini bildiğinden, uygun bir tahmini hesaplamanın yapılması gerekli olduğu için 1998 yılına dek bütün eğlence müziği organizatörlerinden yalnızca 1/7'sinin GEMA'ya müzik sıralamalarını verdiğini varsaymakta ve "Müzik Sıralaması" formunda belirtilen eserleri 7 ile çarpmaktaydı. 1998'den beri GEMA bu sistemden vazgeçip PRO-yöntemi adı verilen yöntemle çalışmaya başlamıştır. Bu yöntemde de tahmini bir hesaplama yapılmakta; bu hesaplama çerçevesinde beyan edilen "müzik sıralaması" yolu ile belirlenen temsil sayısı, tespit edilen temsil yerleri ve zamanı istatistiksel değerlendirmeler ve ağırlık puanlandırmalar ilave edilmesiyle düzeltilmektedir.³¹⁷ PRO-faktörü, bir eser ne kadar sık ve ne kadar farklı bölgede temsil edilirse o kadar artmaktadır.

Henüz dağıtım planında düzenlenmemiş olsa da bu yöntem, gelirlerin hakkaniyet çerçevesinde dağıtılmasını sağlamak amacıyla BGB §315 gereğince BGH tarafından kabul edilmiştir.³¹⁸

cc) Puanlama sistemi

Puanlama sistemi ile masraflı ya da kültürel açıdan değerli eserlerin aynı temsil sayısına karşılık daha az masraflı olan eserlere nazaran daha yüksek ücret almasını sağlaması amaçlanmaktadır.

Bu sistemde de yine eğlence müziği ile (U-müziği) sanat müziği (E-müziği) arasında bir ayrıma gidilmektedir. Sanat müziğinde örneğin opus ve ton türü hakkında bilgi verilmesi zorunludur. Ayrıca oyun süresi ve müzisyen sayısı da belirtilmelidir. Bu bilgilere bakılarak esere verilecek puan belirlenir. Yani süre ne kadar uzunsa ve kadro ne kadar kalabalıksa verilen puan da o kadar yüksek olur.³¹⁹ Esas itibarıyla hesaplama anahtarında E-müzikler, U-müziklere göre daha yüksek puana sahiptir.

E-müziği ile U-müziği arasındaki temel ayrımındaki önemli bir unsur, eserin temsil edildiği yerdir. Klasik müzik konserlerinin verildiği bir etkinlik mekanında gerçekleştirilmiş olan bir konser E-müziği kategorisinde değerlendirilir.

³¹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Müller, GEMA-Kommentar, s. 425.

³¹⁸ BGH 19.05.2005 tarihli Proverfahren kararı için bkz. GEMA-Jahrbuch 2005/2006, s. 499 vd.

³¹⁹ Müller, GEMA-Kommentar, s. 460.

Sahne müzikleri, ticarî filmlerdeki müzikler, telefonda beklerken dinletilen müzikler ile yüksek okullarda, açık havada, happening adı verilen etkinliklerde kullanılan müzikler için puan sistemine, yani hesaplama anahtarına göre bir değerlendirme yapılmaz. Bunun yerine "net münferit hesaplama" söz konusu olur.³²⁰ GEMA Dağıtım Planı A Yürürlük Hükümleri XIII. Kısım.

Son olarak ne E-müziği ne de U-müziği olarak değerlendirilebilen, ne de "net münferit hesaplama" yöntemine göre hesap çıkartılabilen eserler için GEMA'nın "Dağıtım Planı A Yürürlük Hükümleri XII. Kısım" altında belirlenmiş bulunan kendine özgü bir puan değerlendirmesi öngörülmüştür. Tereddüt halinde, söz konusu eserin E-müziği mi yoksa U-müziği mi olduğuna GEMA Eser Kurulu karar verir.

dd) Puanın nakdî karşılığı

Bir puanın parasal değeri, U bölümünden elde edilen dağıtım tutarı miktarının, bu bölüm altında temsil edilen eserler için belirlenmiş bulunan toplam puana bölünmesi ile belirlenir.³²¹

Sonuç olarak hak sahibine dağıtım, temsil sayıları, PRO-faktörü, puan değeri ve bir puanın nakdî değerinin çarpılmasıyla gerçekleştirilir.

ee) Birden çok sayıda hak sahibi arasında dağıtım

Bir eser üzerinde birden çok sayıda hak sahibi varsa sonuç itibariyle çeşitli hak sahipleri arasında da bir dağıtım esasının belirlenmesini gerektirmektedir. Yani meselâ besteci bir söz yazarı ile beraber bir müzik eseri ortaya koyduysa GEMA tarafından toplanan telif ücretleri bunlar arasında hangi oranla paylaşılacaktır? Ya bu eseri işleyen (meselâ bir aranjör) de katkıda bulduysa? Bir de editör tarafından ele alındıysa? Bu dağıtım esasları, temsil ve yayın için Dağıtım Planı A §4'de, mekanik çoğaltım için Dağıtım Planı B §3/5'de ön görülmüştür. Örnek olarak Dağıtım Planı A §4'da ön görülmüş hesaplama şudur:

³²⁰ GEMA Dağıtım Planı A Yürürlük Hükümleri XIII. Kısım.

³²¹ Müller, GEMA-Kommentar, s. 442. .

Besteci	Söz yazarı	İşleyen	Editör
12/12			
8/12	4/12		
11/12 (10/12)			1/12 (2/12)
7/12 (6/12)	4/12	1/12 (2/12)	
8/12		4/12	
5/12	3/12		4/12
7/12 (6/12)		1/12 (2/12)	4/12
4/12	3/12	1/12 (2/12)	4/12 (3/12) ³²²

b) Sosyal ve Kültürel Amaçlara Ayrılacak Kaynak

Sosyal ve kültürel amaçlara ayrılacak olan kaynak, temsil ve yayın haklarından elde edilen gelirlerin dağıtım tutarının %10'u ile faiz gelirleri, GEMA'ya üyelik ücreti, idarî harçlar ve cezaî şart gibi dağıtılmayan paralardan oluşur.

Sosyal yardım sandığının³²³ finansmanı için öngörülen para düşülmesinden sonra kalan tutar, değerlendirme yöntemi (Wertungsverfahren) çerçevesinde bütün üyelere, yaşlılık sigortası çerçevesinde asıl üyelere ve taktir yöntemi çerçevesinde (Schätzungsverfahren) işleme hakkı sahiplerine aşağıdaki dağıtım esaslarına³²⁴

Değerleme Yöntemi E	Değerleme Yöntemi U	Yaşlılık Sigortası	İşleme hakkı sahipleri için taktir yöntemi
% 30,07	% 58,67	% 6,90	% 4,36

Değerleme ve taktir yöntemi sayesinde kültürel açıdan önem taşıyan eserler bir kere daha teşvik edilmekte ve bu bağlamda da üyelik süresi, sanatsal kişilik ve eser sahibinin toplam yarattığı ilave bir değerlendirmeye tâbi tutulmaktadır. Bu ilave ücretlendirme, değerlendirme komisyonları tarafından gerçekleştirilir ve ayrıntılara ilişkin esaslar çalışma tüzüklerinde düzenlenmiştir.³²⁵

³²²Parantez içinde verilen dağıtım şeması belirli bölümler için ön görülmüştür, bkz. Dağıtım Planı A §4'deki dipnot 2, GEMA-Jahrbuch 2005/2006, s. 284.

³²³Riesenhuber, GEMA-Kommentar, s. 617 vd.

³²⁴Müller, GEMA-Kommentar, s. 378. göre dağıtılır:

³²⁵Bkz. Besteciler için GEMA-Jahrbuch 2005/2006, s. 347 vd.; söz yazarları için, GEMA-Jahrbuch 2005/2006, s. 355 vd.; yayımcılar (editörler) için GEMA-Jahrbuch 2005/2006, s. 356 vd.; eğlence ve dans müziği için bkz. GEMA-Jahrbuch 2005/2006, s. 359 vd.; işleme hakkı sahipleri taktir yönetimi için GEMA-Jahrbuch 2005/2006, s. 367 vd..

5. GVL'nin Dağıtım Sistemi

Aşağıda, icracı sanatçıların ve fonogram yapımcılarının meslek birliği olan GVL'nin çok daha basit bir mekanizmaya göre işleyen dağıtım sistemi kısaca ele alınacaktır.

GVL'nin elde ettiği gelirler de idarî masrafları, sosyal ve kültürel amaçlara yönelik giderleri düşüldükten sonra hak sahiplerine dağıtılır.

a) Dağıtılacak Tutarın Bölünmesi

Öncelikle ilk adımda dağıtılacak olan tutar iki ayrı tutara bölünür, çünkü UrhG §86 uyarınca fonogram yapımcılarının kendi fonogramlarının kullanılmasında icracı sanatçının ücretine uygun bir şekilde iştirak etmedileri gerekmektedir. Ancak bu iştirak miktarı kullanımın türüne göre değişir. Fonogramların ve videoların yayını, kiralama ve ödünç verme karşılığında ücretler açısından icra eden sanatçı ile fonogram yapımcısı arasında yarı yarıya bölümlenme yapılırken, umuma açık yerlerde iletimde ve şahsen kullanım için elde edilen ücretlerde %64'ü icracı sanatçıya ve %36'sı fonogram yapımcısına gidecek şekilde bölümlenme yapılır.

Hak kullanım türü	İracı sanatçı	Fonogram yapımcısı
Yayın	50	50
umumi iletim ve şahsen kullanım	64	36
Kiralama ve ödünç verme	50	50

Toplam gelir bu şekilde iki ayrı tutara bölündükten sonra, icracı sanatçılar ve fonogram yapımcıları için her birinin kendine özgü dağıtım sistemi uyarınca bir hesaplama daha yapılarak ücret hakları belirlenir.

b) İracı Sanatçılar İçin Dağıtım Sistemi

İracı sanatçılara ödeme, tespit edilmesi zor olduğundan ikinci ya da üçüncü değerlendirme ışığında yapılmaz. Yani bir yayında, umuma açık bir iletiminde ya da özel çoğaltmada bir müzisyenin hangi ediminin (Leistung) kullanıldığını gerçekten tespit etmek nerdeyse imkansızdır. Ayrıca radyo-televizyon yayını yapan kuruluşlar her bir icracı sanatçının edimini (Leistung) belgelememekte, yalnızca fonogram yapımcısının edimlerini belgelemektedir.

Buna göre icracı sanatçılara dağıtılacak olan para miktarı, birincil değerlendirmeden elde edilen gelirlere göre belirlenir. Yani birincil değerlendirmede yüksek bir gelir elde eden müzisyenlerin sanatsal edimlerinin ikincil ve üçüncül değerlendirmede daha sık kullanıldıkları ve buna göre de daha yüksek ücretlendirilmeleri gerektiği kabul edilmektedir.

Buradan çıkan sonuç ise, cd ve video prodüksiyonu, sahne çalışmaları ve üstlendiği diğer sanatsal görevler için sanatçının elde ettiği gelirin miktarının yüksekliği, ikincil ve üçüncül değerlendirme için GVL tarafından da ödenecek paranın da belirleyicisidir. Başka bir ifadeyle, bir yapımda (prodüksiyonda) ücret almadan görev alan sanatçılar ikincil ve üçüncül değerlendirme için de GVL'den ücret almaz.

Ayrıca, yalnızca bir kere ödenen bir ücret karşılığında bir cd çıkartan sanatçıların yalnızca bu cd'nin çıkarıldığı yıl içerisinde ücret almasına dikkat edilir.

Çok yüksek bir gelir elde etmiş bulunan sanatçıların ikincil ve üçüncül değerlendirmede de GVL üzerinden çok büyük bir fayda elde etmemeleri için, inen bir kademelendirme getirilmiş olup, bu kademelendirmeye göre sanatçıların gelirleri her zaman tamamı itibariyle dikkate alınmamaktadır. Birincil değerlendirmeden elde edilen gelirlerin 50.000.- 5f (Euro)'yu geçen tutarları sadece belli bir kısım için dikkate alınır. Gelirlerin üst sınırı 1,5 milyon 5f (Euro)'dur; yani sanatçının bunun üzerindeki gelirleri dağıtımda dikkate alınmaz.

İracı sanatçılara dağıtılacak ödeme oranı, onlar için belirlenmiş olan tutarın ilk değerlendirmeden elde edilen gelir toplamına bölünmek suretiyle tespit edilir.

Bu şekilde tespit edilen dağıtım oranı ödenecek ücreti tespit etmek amacıyla her bir icracı sanatçı için ayrı ayrı dikkate alınır.

c) Fonogram Yapımcısı İçin Dağıtım Sistemi

Fonogram yapımcılarına dağıtılacak para, yayın dakikasına bakılarak belirlenir.

GVL' e üye olan fonogram yapımcıları, GVL tarafından üye olur olmaz tek kendi şirketine mahsus "Labelcode" olarak adlandırılan bir tescil numarası verilir. Fonogram yapımcısı her ürettiği fonograma bu "Labelkodunu" koyar. Radyo-tv istasyonlarında bir fonogramın yayın süresi Label'in "Labelkodu" ile birlikte not tutulur. Çeyrek yıl sonunda da bir Label'in bütün yayın dakikaları toplanır.

Ücret tutarının tespit edilmesi için önce yayın dakikası başına düşen ücret miktarı belirlenir. Bunun için GVL'nin fonogramların yayınlanması karşılığında elde ettiği toplam gelir, bütün yayın dakikalarının toplamına bölünür. Her bir Label'in ücreti ise, yayın dakikası başına düşen ücret miktarı Label'in yayın dakikası ile çarpılmak suretiyle belirlenir.

Bu şekilde hesaplanan ücretler, çeyrek yıllık dönemler halinde fonogram yapımcısına ödenir.

B. ABD’de Malî Hakların Değerlendirilmesi ve Lisans Verme

I. Telif Haklarının Yetki Sözleşmesinden Dolayı Hak Sahipleri İle Hukukî İlişkiler

1. ASCAP’in Yetki Sözleşmesi

a) Tanınan Hakların Kapsamı

ASCAP, besteciler, söz yazarları ve editörler için aynı standart sözleşmeyi kullanmaktadır ("*ASCAP Membership Agreement*").

Hak sahibi, *Membership Agreement* ASCAP madde 1 uyarınca bestelediği, sözünü yazdığı, iktisap ettiği ya da yayımladığı müzik eserlerinin halihazırdaki ve gelecekteki temsil haklarını devreder. Bu hak devrinin, açıkça münhasır olmadığı belirtilmese de, ASCAP, bu haklara münhasıran sahip olmaz. Bu husus hem Madde 1 (a) ila (d) altında sayılan münhasır olmayan temsil haklarından hem de *Membership Agreement*'in *ASCAP consent decrees*'in geçerliliğine ilişkin 12 numaralı maddesinden anlaşılmaktadır. Bir hakkın ASCAP'a tanınması, Dünya çapında ve eserin dramatik olmayan umuma açık yerlerde temsil ve yayınlarının gerçekleştirilmesi amacıyla söz konusu olur.

Madde 1/(d)/(i) uyarınca "büyük hak" adı verilen, opera, operet, müzikal ya da tiyatro oyunları gibi dramatik eserlerin ve dramatik bir bağlam içerisinde eserin bütünü bakımından tipik bir sahne dekoruyla gösterildikleri taktirde bunların içerdiği her bir kompozisyonun temsil ve yayınları tanınan bu hakların dışındadır.

b) Hakların Tanınmasının Süresi

Bu haklar ASCAP'e esas itibariyle belli bir süre ile sınırlandırılmaksızın tanınır. Ancak *Amended Final Judgment* Sec. IV (G) uyarınca üye, her yıl, yıl sonu itibariyle üç aylık ihbar süresine uymak şartıyla sözleşmeyi fesh etme hakkına sahiptir. Daha önce müzik kullanıcılarına verilmiş lisanslar dolaylı, bir fesih hali söz konusu olsa bile bu haklar belli bir geçiş dönemi boyunca ASCAP'te kalır. Ortak bir eserin eser sahiplerinden biri ASCAP'teki üyeliğini sürdürürken, bir diğerinin ASCAP'ten ayrılması halinde bu müzik parçası ASCAP'in repertuarının bir parçası olarak kalmaya devam ettiği gibi bu parçaya ait lisanslar bundan sonrasında da yine ASCAP tarafından verilir. Ayrılan eser sahibi, başka bir

meslek birliğine üye oluncaya kadar ASCAP'ten para almaya devam eder. Ortak eser sahipleri her birinin farklı meslek birliklerine üye olması halinde ise her bir meslek birliği kendi üyesinin kâr paylarını gerçekleştirir.

c) Hakların Kullanılması

Eser sahibi, tıpkı kendisinin yapacağı şekilde telif hakkı ihlallerini takip etmek, maddî tazminatı talep etmek ve kendi adına ya da ASCAP adına dava açmak üzere ASCAP'i yetkili kılar. Münhasır olmayan hak devrinin bir sonucu olarak her hak ihlallerinde ASCAP dava açmıyor, bazen de eser sahibi açıyor.

d) Gelirin Dağıtılması

Membership Agreement, belli bazı ücretlendirme oranlarının tespitinden feragat etmek suretiyle birliğin yürürlükteki dağıtım düzenlemelerine atıfta bulunur. ASCAP'e, kâr paylarının her zaman için âdil ve düzgün bir şekilde dağıtılmasını sağlamak üzere, dağıtım oranlarında periyodik uyarlamalar yapma hakkı tanınır.

e) Sözleşmeye Dahil Edilen Diğer Hükümler

Membership Agreement 12. maddesi, Telif Haklarını Yetki Sözleşmesi'ni ayrıca 1950 tarihli *ASCAP-consent decrees'e* (Amended Final Judgement) tâbi kılar. Tüzüğe göre üyenin, ASCAP'in onayı olmaksızın kâr payını temlik etmesi yasaktır. Bu şart, hem eser sahibinin korunmasına hem de meslek birliğine kabul şartlarını yerine getirmeyen kişilerin bir şekilde bundan yararlanmasının önlenmesine yöneliktir.

f) Üyelik Başvurusu

Asıl telif haklarının değerlendirilmesi sözleşmesi yanı sıra besteci ya da editör, tam ya da muavin ASCAP üyeliği için üyelik başvurusunda bulunur. Eser sahibi ayrıca tek başına ya da başka kişilerle birlikte kaleme aldığı müzik eserini ispatlaması ya da bu eserin Telif Hakları Bürosu'na tevdi ettiğini belgelemesi gerekir. Başvuruda ayrıca ortaklar kurulunun ileride alacağı kararların zımnen tanınması ve meslek birliğine giriş şartlarını oluşturan eser üzerindeki hakların müzik editör dışında üçüncü şahıslara devredilmemiş olduğunun garanti edilmesi gerekir. Eser yaratıcısı o tarihe dek BMI, SESAC ya da başka bir meslek birliğine üyeyse, söz konusu birlikten çıkmış olduğunu da belgelemelidir.

Editörler ise başvuru dilekçelerinde ayrıca, olası çıkar çatışmalarının önüne geçilebilmesi amacıyla editördeki yetkililerin aynı zamanda müzik endüstrisinde çalışıp ya da çalışmadıklarını belirtmelidirler.

Her bir üye ASCAP'e bestelediği, sözünü yazdığı ya da yayınladığı eserlerin bir dizinini verir. Ancak bu eserler ASCAP bünyesinde tescil edildikten sonradır ki, kâr payı almaya hak kazanılır ve meslek birliği için hesap işleri başlar.

2. BMI'nin Yetki Sözleşmesi

a) Eser Sahipleri İçin Yetki Sözleşmesi

aa) Hak tanımının kapsamı

BMI'ye de madde 4'e gereğince müzik eserlerin Dünya çapında münhasır olmayan temsil ve yayın hakkı tanınır. BMI'ye tanınan hakların kapsamı, eser sahibinin BMI'ye ihbarda bulunmak suretiyle ABD bünyesinde doğrudan lisans vermeye devam etme hakkına açıkça sahip olmasıyla sınırlandırılır, ama eser sahibi kendi repertuarını başka bir meslek birliğine devredemez. Sözleşmedeki bu şartla BMI'ye bağlı eser sahibinin yurtdışında ister meslek birliği olsun ister müzik kullanıcısı olsun doğrudan lisans vermesi yasaktır. Eser sahibi başkasına doğrudan kullanma izni verirse bunu on günlük mühlet içerisinde BMI'yi ihbar etmesi gerekir. Bu yükümlülüğün ihlâli halinde BMI, yapılacak ödemeleri durdurabilir.

BMI ile imzalanan *Writers Agreement*'teki anlamıyla müzik eserleri dramatik-müzikal eserlerdeki kompozisyonları da içerir ve eser sahibinin yalnızca temsil haklarının üçüncü şahıslara verilmemiş bulunan eserlerini kapsar.

Ayrıca BMI açıkça ve münhasır olmayacak şekilde, ileride radyo ya da televizyonda yayınlanması amacıyla CA §112 uyarınca geçici çoğaltma hakkını ilgilendirdiği kadarıyla müziği banda, filme ya da elektronik yayın tertibatlarına kaydetme hakkını devralır. Ancak BMI'ye tanınan bu hak, satılmak üzere fonogram üretimi amacıyla mekanik çoğaltma hakkını ve film yapmak için senkronize hakkını kapsamaz.

BMI'nin kanaatine göre başkalarının telif haklarını ihlâl eden ya da sadece telif hakkı bulunmayan eserlerin işlemeleri olan eserleri BMI, sözleşme dışı tutabilir ve böylelikle de bunlar üzerindeki haklar eser sahiplerinde kalır. Bunlar, kesinlikle BMI'yi elde edilen gelirden kâr payı ödeme yükümlülüğüne

sokmaz. BMI, eser sahiplerine, kendilerince oluşturulmuş müzik eserlerinin BMI tarafından tescil edilmesi ve bu listenin sürekli güncel tutulması yükümlülüğünü getirir.

bb) Hakların tanınmasının süresi

BMI ile hakların değerlendirilmesi sözleşmesi iki yıllığına akdedilir ve yürürlük süresinin sona ermesinden en erken altı ay en geç üç ay önce yazılı olarak feshedilmediği takdirde iki yıllık sürelerle otomatik olarak uzar. BMI, eser sahibinin ücret karşılığında başkaları için beste yapması, söz yazması ya da müzik yapıtları yayınlaması, bunların reklamını yapması ya da bunları başka şekillerde ekonomik olarak değerlendirmesi halinde sözleşmeyi istediği gibi feshetme hakkını saklı tutar. Bu düzenlemenin sebebi bir yandan eser sahibi böylelikle “*works made for hire*” düzenlemesindeki anlamıyla faaliyette bulunmaması ve sipariş üzerine bestelediği ya da sözünü yazdığı eserler üzerinde telif hakkı elde etmemesi olabilir. Diğer taraftan da yayıncılık benzeri bir faaliyet yürütmekle eser sahibi besteci ya da söz yazarı olarak statüsünü yitirebilir, ki bu da BMI için hesap çıkarma ve dağıtma işlemleri ile söz konusu repertuarların tescilini şüpheli hale getirir.

Eser sahibi, BMI ile olan sözleşmesine son vermesi halinde, ASCAP’tekinden farklı olarak eserlerini de o tarih itibariyle meslek birliğinden çekebilir. Ayrılan eser sahibinin eserlerini BMI’de bırakması halinde ise BMI, söz konusu eser sahibinin eserlerinin lisanslarını vermeye devam eder, eser sahibi de o zamana kadar süregelen hesaplama esasları çerçevesinde ücret almaya devam eder. Bu durum yalnızca eser sahibi başka bir meslek birliğine girinceye kadar devam eder.

cc) Meslek birliğinin ücret ödeme yükümlülüğü

BMI, yürürlükteki dağıtım tarifesini esas alarak ücret öder. Editör ve eser sahiplerinin payları esas itibariyle aynı iken; bu pay sadece eser sahipleri için daha farklı münferit anlaşmalarla artırılabilir. Eser yayınlanmamışsa, eser sahibi editörün de payını alır. BMI’nin onayı olmaksızın kâr pay taleplerinin üçüncü kişilere temlikli yasaktır. Eser sahibi, yayın kuruluşları tarafından yapılan yayınların istatistiksel olarak tespit edilmiş bulunan yayın değerlerinin bütün müzik temsilleri için referans büyüklüğü olarak bütün temsil işlemleri için esas alınmasını kabul ettiğini beyan eder.

b) Editörler İçin Yetki Sözleşmesi (“Publishers Agreement”)

aa) Hak tanımının kapsamı

Müzik editörlerce devredilen haklar, kapsamaları bakımından eser sahibleri tarafından devredilen haklarla aynıdır ve aynı eser türleri ile temsil haklarını ilgilendirir.

bb) Hak tanımının süresi

BMI ile akdedilen telif haklarını gerçekleştirme sözleşmesi müzik editörlerince beş yıllığına imzalanır. Bu sözleşme sona erdikten sonra feshedilmediği takdirde beşer yıl otomatik olarak uzar.

cc) Diğer hükümler

Diğer hususlar, geniş ölçüde eser sahipleri için geçerli olan düzenlemelerle aynıdır.

Editörlerin de telif haklarını yetki sözleşmesini imzalamanın yanı sıra BMI'ye üyelik başvurusunda bulunması gerekir.

3. SESAC'ın Sözleşmesi (“Writer Affiliation Agreement”)

a) Hak Tanımının Kapsamı

Tıpkı BMI gibi SESAC da umuma açık yerlerdeki temsil ve yayınlar üzerinde hakları devralır. Bir *consent decree* ile buna yükümlü olmamakla birlikte SESAC da eser sahibinin, müzik kullanıcılarına doğrudan lisans verme hakkını tanımaktadır. Ancak eser sahibi, doğrudan verdiği lisansları on günlük mühlet içerisinde SESAC'a bildirmesi gerekir. Sözleşmenin şartlarına göre yurtdışındaki müzik kullanıcılarına lisans verilebilse de, ASCAP ve BMI'de olduğu gibi rakip bir meslek birliğine hak verilmesi caiz değildir. Yetki sözleşmesi dramatik-müzikal eserleri de kapsar; mekanik çoğaltma hakkı ise canlı programların daha ileri tarihte yayınlanmasına yönelik geçici ses kayıtları ile arşiv amaçlı ses kayıtları için değerlendirilmektedir.

Görsel-işitsel eserler için senkronize hak ile sahneleme benzeri gösterimler için dramatik-müzikal eserlerdeki haklar açıkça sözleşmenin dışındadır. Eser sahibinin, sözleşmenin imzalanmasından sonra da bir *“works made for hire”* düzenlemesi aracılığıyla, sipariş sahibinin telif hakkı sahibi olacağı bir eser bestelemesi ya da söz yazmasına izin verilmektedir. Bu türden eserler için eser

sahibi, telif hakkı sahibi meslek birliğine başvurarak açıkça telif ücretlerinin eser sahibine ödenmesi talimatını vermedikçe SESAC'dan ödeme alamaz.

b) Hak Tanımının Süresi

SESAC'la sözleşme üç yıllığına akdedilir ve feshedilmediği takdirde üçer yıl olmak üzere kendiliğinden uzar. SESAC'ın ayrıca eser sahibinin belli bir süre kâr payı kazanamaması ya da başka eser sahibleri için için müzik editörlüğü faaliyeti yürütmesi halinde de fesih hakkı vardır.

c) SESAC'ın Ödeme Yükümlülükleri

SESAC, eser sahiplerine yılda dört kere ödeme yapar. Eser sahibinin sözleşmeyi ihlâl etmesi halinde ödemeler durdurulabilir. SESAC, götürü lisanslar aracılığıyla ya da yurtdışındaki meslek birlikleri üzerinden alınan paraları kendi bünyesinde yürürlükte bulunan ve kamuoyuna açıklanmayan dağıtım tarifeleri uyarınca dağıtır. Eser sahibinin eserleri kendisi tarafından yayınlaması halinde eser sahibi dağıtılan paradan editörün de payını alır.

Sözleşmenin yürürlük süresinin dolmasının ardından birliğe dahil edilmiş bulunan eserler, dört çeyrek takvim yılından oluşan bir geçiş dönemi süresince SESAC'ın repertuarında kalmaya devam eder. Bir müzik kullanıcısına verilmiş bulunan her bir lisans, eser sahibi repertuarını bağlamaya devam eder ve icabında telif haklarını yetki sözleşmesinin yürürlük süresini de aşar.

d) Diğer Düzenlemeler

Eser sahibi, SESAC'ın, sözleşmenin ihlâlinden doğan bütün zararlarını üstlenir. Eser sahibi, kendi repertuarıyla ilgili olarak telif haklarının ihlâli gerekçesiyle takibe uğradığında SESAC'ı desteklemekle yükümlüdür. SESAC, eser sahibinin haklarını dava yoluyla arama hakkını sahip olmakla birlikte bununla yükümlü değildir. Davanın başarıyla sonuçlanması halinde SESAC, elde edilen tutarın % 50'sini kendisi alır ve kalan yarısını da dağıtım şartlarına uygun olarak eser sahibine ve editöre öder.

ASCAP ve BMI'nin aksine SESAC'ın yetki sözleşmesi SESAC'ın internet sayfasından takip edilememektedir. Bu sözleşme, herkese açık bir belge değildir.

4. Müzik Kullanıcı İçin Lisanslama ve Tarife Belirleme

a) ASCAP

aa) Temsil lisansları

ASCAP, müzik kullanıcılarına kendi repertuarına ilişkin aşağı yukarı yüz farklı lisans türü sunar ve bunlar eser kullanımının hangi çerçevede ve hangi amaçla gerçekleşeceğine bakılarak uygulanır.³²⁶ Bir lisans tipi örneğin lokantaları, barları, gece kulüplerini ve benzeri eğlence kuruluşlarını kapsarken, bir başka lisans türü de otel ve motelleri kapsar. Dans okulları ve konserler için de yine farklı bir hesaplama öngören lisanslar verilir. Bununla birlikte basketbol ve futbol spor gibi spor etkinliklerinde, alışveriş merkezleri, sirkler, ünlülerin mumya müzeleri ya da şehir merkezlerinde kullanılacak müzikler için de yine özel lisanslar uygulanır. Belli bir müzik parçasının ASCAP repertuarının bir parçası olup olmadığı, internet sayfasından³²⁷ ASCAP repertuarında “ACE Title Search” yardımıyla öğrenilebilir.

Örneğin GEMA'nın çok çeşitli tarifelerindekine benzer bir şekilde bu lisanslar da farklı tarife ölçütlerine bağlıdır: Otel ve motellerdeki canlı gösterilerde tarife örneğin, otelin toplam müşteri eğlendirme maliyetine göre (“*all entertainment on the premises*”) bir tablo halinde derecelendirilmiştir. Buna karşılık otellerde fonogramlardan yapılan iletimler, oda sayısı ile oda fiyatına olduğu kadar, ücretli ya da ücretsiz dans etkinliklerinin bulunup bulunmadığına göre de belirlenir. Konserler için koltuk sayısı ve bilet ücreti bir ilişki içinde beraberce dikkate alınır. Buna karşılık bir şirket içerisinde kullanılan müziklerde çalışan sayısı, yüksek okul ve üniversitelerde öğrenci sayısı esas alınır. *Consent decrees* uyarınca ASCAP, prensipte bütün müzik kullanıcılarına aynı muameleyi yapmak zorunda olduğundan, mekan olarak aynı büyüklükteki biri New York'ta, diğeri de Kentucky'de bulunan iki lokanta aynı ücreti öder.

Ancak her bir lisans tipine ilişkin sözleşmelerin her bir düzenlemesi de karmaşık bir yapıya sahiptir. Otel ve moteller için lisanslar üç yıllığına verilirken; dans okulları ve lokantalar ile barlar için bu lisans yalnızca bir yıllığına verilir ve feshedilmediği takdirde de kendiliğinden uzar. Esas itibarıyla müzik kullanılmadan önce ASCAP'tan onay alınmalı ve ücret de önceden ödenmelidir.

³²⁶ Çeşitli lisans türlerine internet'te <http://www.ascap.com/licensing/about.html> adresinden ulaşılabilir.

³²⁷ Bkz. <http://www.ascap.com/ace/>.

Bütün temsil lisanslarında ortak olan şey ise, her bir kullanımın tam olarak işaret edilmek suretiyle belirlenmesi, tespit edilmiş bulunan lisans ücretinin kullanıcı tarafından her çeyrek yılda bir peşinen ödenmesi ve ilgili hesaplama esasında bir değişiklik olması halinde uygulanan tarifenin yukarı ya da aşağıya doğru uyarlanmasıdır. Hesaplamaya temel alınan kullanım esasında bir değişikliğin lisans alan tarafından ASCAP'e bildirilmesi gerekir. Ayrıca ASCAP, lisans alanın sözleşmeden doğan kendi yükümlülüklerini ihlal etmesi halinde ya da şartların değişmesi neticesinde ASCAP'ın lisans alana karşı hakları değerlendirilmesi uygun olmayan bir şekilde zorlaştırılması halinde dahi fesih hakkı saklı tutulur.

Örneğin *American Hotel and Motel Association*, *National Licensed Beverage Association* ya da *American Council on Education* gibi ilgili iktisadî/meslekî birliklerle toplu olarak yapılan sözleşme (Gesamtvertrag) görüşmelerinde –tıpkı Almanya'da olduğu gibi– bu birliklerin üyeleri için asıl tarifeden gereklere uygun olacak şekilde indirimler görüşmelerle belirlenir.

bb) Yayın lisansları

Temsil lisanslarından ayrı olarak ASCAP, radyo ve televizyon yayını lisansları verir ve tarifeler ve sözleşme şartları otuzlu yıllardan bu yana radyo ve televizyon endüstrisi, *Television Music License Committee* ve *Radio Music License Committee* ile yürütülen toplu sözleşme görüşmelerinde ele alınmaktadır.

Götürü lisanslar için lisans ücreti de kural olarak radyo yayıncısının toplam brüt gelirinin yüzdelik bir oranı ışığında belirlenir. Program lisansı ise yalnızca müzik programlarını dikkate alan karmaşık bir formüle göre hesaplanır. Yani yalnızca müzik programları hesaplanır. Bir radyo istasyonu devamlı olarak metin yayınlıyorsa ve haftada bir ya da iki kere birkaç saatliğine müzik yayınlıyorsa, yalnızca bu müzik yayınları hesaplama dahil edilir. ASCAP'ın verdiği bilgilere göre, radyo programlarının %55'inden fazlasında ASCAP'ın müziklerinin kullanılıyor olması halinde götürü lisans bir bütün olarak daha hesaplıdır.

Program lisanslarında televizyon yayıncılarının her ay kullandıkları ASCAP repertuarını ve buna bağlı reklam gelirlerini belgelemesi gerekmektedir ve belgelenen bu bilgiler esas alınmak suretiyle de ASCAP, ücreti belirler. Yayıncı götürü lisans ile program lisansı arasında bir tercih yaparsa da tercih ettiği lisans tipini yılda iki kez olmak üzere değiştirebilir. Bütün televizyon istasyonlarının yalnızca %12'si program lisansından yararlanmaktadır.

b) BMI

BMI de lokanta ve restoranlar için çeşitli lisanslar sunarken, *American Hotel & Motel Association* ya da *National Restaurants Association* gibi çeşitli birliklerle çoğunlukla toplu sözleşmeler imzalıyor. Belli bir amaca yönelik başvurular karşılığında tarifeleri hakkında bilgi alınabilen BMI'nin tarifeleri yayınlanmıyor ya da başka şekillerde umumum erişimine sunulmuyor.

BMI'nin faaliyetlerinin ağırlık noktasını yine geleneksel olarak radyo istasyonlarına verilen lisanslar teşkil ediyor. Radyo ve televizyon gibi kitle iletişim araçlarında BMI hâlâ küçük bir farkla ASCAP'ın önünde liderliğini sürdürüyor.

c) SESAC

ASCAP ve BMI gibi akla gelebilecek her tür eğlence kuruluşuna temsil lisansları veren SESAC'ta götürü lisans tarifeleri yine belli bazı piyasa faktörleri ve başka sabit belirleyiciler yardımıyla tespit ediliyor. SESAC da imkanlar çerçevesinde ilgili meslek kuruluşlarıyla toplu sözleşmeler imzalıyor. İki büyük rakibi gibi SESAC da kablolu televizyon da dahil olmak üzere televizyon ve radyo kuruluşlarına ve online müzik kullanımına yönelik lisanslar veriyor. Tarifeleri ise, hesaplamalarda ASCAP ve BMI'de olduğu gibi yayıncının brüt geliri yerine sabit ölçütler esas alındığından dolayı farklılık gösteriyor. Bu bakımdan bir yayıncının ulaştığı dinleyici sayısı, coğrafi konum ve yayınlanan reklamların dakikası başına istenen fiyat belirleyici oluyor. Bu konuda rekabet düzenlemesi bulunmadığından SESAC için, hesaplamalarını götürü lisansa alternatif olarak program lisansı bazında da yapma yükümlülüğü bulunmuyor. Gerçi program lisansı vermese de SESAC, 1994 yılından bu yana dijital ses kayıtlarının tanınmasında kullandığı (Broadcast Data System – BDS adı verilen) dijital tespit sistemi sayesinde günün yirmi dört saati belli radyo programlarında yayınlanan SESAC repertuarını tespit edebilecek durumdadır. Broadcast Data System, 1.200'ün üzerinde radyo istasyonunun müzik yayınlarını kayıt altına alıyor. Bu teknik yenilik SESAC'a, farklı müzik türleri için lisans verme ve bunları daha sonra Broadcast Data System üzerinden takip edilen gösterimler ışığında tam olarak ücretlendirme imkanı tanıyor. SESAC'ın tarifeleri de yayınlanmadığından daha yakından incelenmesi ya da diğer meslek birliklerinin tarifeleriyle karşılaştırılması mümkün olmuyor.

ABD'deki bu üç meslek birliğinin her birinin repertuar kataloğuna artık internet üzerinden erişim mümkünse de, radyo istasyonları ile lokantaların ve alışveriş

merkezlerinin hâlâ hangi eser sahibinin hangi eserinin hangi meslek birliği tarafından temsil edildiğini bilmesi mümkün olmadığından hâlâ üç meslek birliğinin de lisansına alma ihtiyacı duyuluyor. ASCAP, BMI ve SESAC, dışarıya verdikleri görünüm itibariyle eserler üzerinde kapsamlı haklara sahip olunabilmesi için üç meslek birliğinden de lisans alınmasını gerekli kılıyor.

d) İnternet Lisanslarının Verilmesi

ASCAP, internet üzerinden müzik kullanımına 1995 yılından bu yana lisans veriyor. 2005 yılından beri de, internet'teki müzik kullanımları için biri etkileşimli internet sayfaları ve kullanım işlemlerine, diğeri de etkileşimli olmayan internet sayfaları ile kullanım işlemlerine yönelik olmak üzere iki tip lisans sunuyor.³²⁸ Ancak bu lisanslar parçaların çoğaltılmasını ve belli bir ses kaydının internet üzerinden yayınlanmasını içermiyor. Bu kullanım işlemleri ile ilgili olarak ASCAP, *Harry Fox Agency* ve *Recording Industry Association of America*'dan (*RIAA*) lisans alınması gerektiğine işaret ediyor.

ASCAP, zil sesleri için de ayrı bir tip lisans sunmaktadır.

BMI de 1985 yılından bu yana *public performance right* altında internet kullanımları için lisans vermektedir.³²⁹

SESAC da yalnızca temsil haklarını kapsayan internet lisansı sunmaktadır.³³⁰

Bu üç meslek birliklerinin birbirinden daha da ayrı nitelikler taşıyan lisans uygulamaları, ABD'de şimdiye kadar müzik temsil ve online üzerinden indirme işlemlerini tek tip bir kullanım işlemi olarak lisans verebilecek durumda olan merkezî bir biriminin bulunmadığını açıkça ortaya koymaktadır. İnternet sitesi işleticilerinin bu üç ayrı meslek birliğinden de lisans alması ve bundan ayrı olarak da muhtemel bir çoğaltma işlemi (download) için müzik editörlerden ve ses endüstrisinden lisans almaları gerekmektedir.

II. Tahsil ve Denetim

1. Medyanın Denetimi

ASCAP ve BMI, repertuarlarının kullanımını ve gösterim sıklığını tespit etmek için farklı sistemler kullanmaktadır. İki şirketin de radyo ve televizyondaki

³²⁸Bu konuda daha fazla bilgiyi ve söz konusu örnek lisans sözleşmelerini <http://ascap.com/weblicencedadresinde> bulmak mümkündür.

³²⁹Çeşitli tip lisansları <http://bmi.com/licencesing/wescaster> adresinde görmek mümkündür.

³³⁰Bkz. <http://www.sesac.com/licensing/internetlicensing.asp>.

yayınlarla yönelik yöntemleri istatistik bir hesaplama ve kayda alınmış ve değerlendirilmiş programların görece küçük kısımlarının tahmini olarak hesaplanmasına dayanıyor. Yöntemler, ayrıntılarında birbirinden farklılıklar gösteriyor.

ASCAP, yıl boyunca ABD'nin çeşitli yerlerinde muhtelif müzik kullanımlarının ses kayıtlarından tesadüfî yöntemle numune alırken BMI, yayınların hesaplanmasını, temsil kabiliyetine sahip, bölgesel radyo ve televizyon istasyonlarının yayınlarını bir yıl içerisinde yalnızca bir hafta boyunca kaydeden bağımsız pazar araştırma şirketlerine bırakıyor. Halka açık diğer temsiller ve konserler dikkate alınmıyor. Bu tek bir hafta içerisinde çalınan müzik böylece bütün bir yıl için yapılacak hesaplamanın temelini oluşturuyor.

Televizyon kuruluşları için ASCAP de, yine kendi bünyesi dışında hesaplattığı bu “*logging*”-sisteminden ve bu arada *Broadcast Data System* aracılığıyla da dijital hesaplama yönteminden yararlanmaktadır. Barlar, diskolar ve işyerlerindeki temsilleri ASCAP de temsil rakamlarına dahil etmemekteyse de, canlı konserler artık dikkate alınmaktadır.

Tesadüfî yöntemle elde edilen veriler karmaşık bir hesaplama sistemi içerisinde, kaydı tutulan programın türünü, kullanım yoğunluğunu –arka plan müziği ya da ana program gibi– yayının gün içerisindeki saati ve muhtelif başka faktörleri dikkate alan belli bir ağırlık oranlamasına tâbi tutulur. Her bir temsil ya da yayına bu şekilde bir puan verilir.

Anlattığımız bu “*logging*”-yönteminin dezavantajı, yılın tek bir haftası içerisinde birkaç radyo istasyonunda çalınan müziğin ABD'nin tamamında bütün bir yıl boyunca yayınlanan müzikleri yeterince temsil ettiği varsayımıyla hareket edilmesidir. Esas alınan bu hafta içerisinde çalınmamış bulunan müziklerin hiçbir şekilde dikkate alınmamasına neden olduğundan bu sistem zorunlu olarak eksikliklere yol açmaktadır.

SESAC, daha geniş ölçüde kendi araştırmalarına kullanma imkanı bulunmadığından, şebeke programları (Network-Programme) ile yerel radyo ve televizyon yayınlarında tesadüfî yöntemle numune almakta, ortaklaşa yayınlanan radyo programları hakkında bilgi toplamakta ve popüler parça ölçütleri (Hitparaden) ve raporları dikkate almaktadır.

2. Dışarıda Yürütülen Çalışmalar

Kitle iletişim araçları dışındaki müzik kullanımlarıyla ilgili olarak ASCAP de tıpkı BMI gibi, haksız müzik kullanımlarını tespit etmek ve kullanıcıları lisans sözleşmesi akdetmeye zorlamak için, ilan edilen etkinliklerin değerlendirilmesine ve yerinde yani dışarıda yürütülecek zahmetli çalışmalara muhtaçtır. Otuzlu ve kırklı yıllarda geçici olarak eyaletler bazında meslek birliklerine yasal kısıtlamalar getirme denemelerinde bulunulmasının ardından birkaç yıldır da, meslek birliklerinin lisans verme ve denetim uygulamalarını kırmak amacıyla ABD'nin bazı eyaletlerinde yeniden yasal düzenlemelere gitme çabaları görülmektedir. 1997 yılında bu türden ikinci dalga yasal inisiyatifler çerçevesinde 22 eyalette yasal düzenlemeler getirilmiş olup, söz konusu eyaletlerde de hemen meslek birlikleri tarafından yürürlükteki Copyright Act'in ihlâl edildiği gerekçesiyle davalar açılmıştır. Bu yasalar örneğin, meslek birliklerinin temsilcilerinin denetim ziyaretlerini işletmelere 72 saat öncesinden ihbar etmelerini ve tespit edilen telif hakları ihlalleri nedeniyle de hak düşürücü süre olarak üç gün içerisinde suç duyurusunda bulunmalarını öngörmektedir. Henüz lisans almamış müzik kullanıcıları için meslek birliklerince gönderilen temsilciler ağır şartlara tâbidir: Bu temsilciler meslek birliğinin eksiksiz bir repertuar listesini ibraz edebilecek durumda olmalı, kullanıcıları, kendilerinin telif haklarını ihlâl etmekle suçlandıkları konusunda önceden bilgilendirmeli ve meslek birliğinin tarifelerini tamamen beyan etmelidir.

Eyaletlerin meslek birliklerinin gündelik uygulamalarını sınırlandırma denemeleri, ABD'deki, Copyright lisanslarını haksız malî yükler olarak gören perakende ve eğlence sektörünün baskılarından kaynaklanmaktadır. Tam da kullanıcılara aynı şekilde dostane bir yaklaşım gösteren *Fairness of Music Licensing Act* ile birlikte düşünüldüğünde bu, etkin bir Copyright korumasından, ABD'deki meslek birliklerinin konumunu son derece zorlaştıran ve hatta lisans sözleşmesi akdetmek ve üyelerinin çıkarlarının korunması için hak ihlallerini tespit etmek için yürüttükleri çabaları sonuçsuz bırakan bir gerilemedir.

III. Elde Edilen Gelirlerin Hak Sahiplerine Dağıtımı

1. ASCAP

ASCAP'ın gelirleri idarî masraflar düşüldükten sonra tamamen hak sahiplerine ödenir. Bu bağlamda bir esere düşen kâr payının %50'sini editör, geri kalan %50'sini ise söz yazarı ve besteci birlikte almaktadır.

ASCAP'ın kendi içinde gerçekleştirdiği bu dağıtım, son derece karmaşık olan ve mahkemece ASCAP *consent decrees*'i tamamlamak üzere 1960 yılından bu yana ayrıntılı bir şekilde tespit edilmiş bulunan bir hesaplama sistemine dayanmaktadır. Gelir, çeşitli lisans türlerine ayrılarak tutulur ve "*follow-the-dollar*" adı verilen prensibe göre bu gelirlerin, örneğin bölgesel televizyon istasyonları gibi belli bir lisans tiplerinin yüzdelik payı toplam geliri yansıtacak şekilde dağıtılmalıdır. Bu da, televizyon istasyonlarından elde edilen lisans gelirlerinin üyelere eserlerinin televizyonda, radyo istasyonlarından elde edilen gelirlerin radyoda vs. yayınlanması karşılığında dağıtılması demektir. Tesadüfî yöntemle ve bunun ardından yapılan tahmini hesaplamayla, tespit edilen temsiller bir temsil puanlama sistemi aracılığıyla ("*performance credits*") paylaşılır. Ana programda kullanılan her bir müzik parçasına bir puan verilirken, arka plan müziklerine ya da jingle'lara ondalık puan verilir. Ekonomik bir açıdan belirlenen multiplikatorların ışığında da ortaya çıkan bu sayılar dolar cinsine çevrilir. Ardından hak sahibi kendisine yapılacak ödemelerin son dört çeyrek yılın sonuçları baz alınarak gerçekleştirilmesini ya da ödemelere eser sahibinin güncel gösterim puanları ile eskiden kalma gösterim puanlarından oluşan karma bir formül uyarınca devam edilmesini öngören daha da karmaşık bir yapıya sahip "*four-fund*"-formülü uyarınca gerçekleştirilmesini tercih edebilir. Dağıtılacak her bir kâr payını hesaplamak için temsil puanları güncel "*performance credit value*" ile çarpılır. Bununla birlikte temsil puanlarının – tam olarak tespit edilmiş – diğer ağırlıkları (*weighting formula*), özellikle yüksek temsil ya da yayın sayılarına özel ikramiyeler öngören başka ölçütlere göre belirlenir. Böylelikle bütün müzik eserleri ve eser sahiblerine ilk etapta eşit muamele yapılırken, belirleyici olan yalnızca bir eserin gösterim sıklığı ve ticarî başarısıdır.³³⁰

Ancak ASCAP'ın, meslek birliğinin elde ettiği toplam gelirin %3,5'ini aşmamak kaydıyla özellikle önemli ya da başarılı söz yazarları ve bestecilere özel ödemeler yapmasına izin vardır. 1993 yılına kadar canlı klasik konserleri temsili için eser sahiplerine özel ikramiye dağıtmaktaydıysa da, bu durum ticarî müzik besteci ve söz yazarlarınca eleştirilmiş olup, bu eleştirilerin sonucunda da klasik müziğin ödemelerle desteklenmesinde hissedilir bir düşüşe neden olmuştur.

³³⁰Gelirin dağıtımı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <http://ascap.com/asout/payment/royalties.html>.

2. BMI

BMI de idarî masrafları düştükten sonra kalanın tamamını hak sahiplerine dağıtmakta ve elinde kâr tutmamaktadır. Hissedarlara temettü ödenmemektedir. Ödenecek tutarlar yarı yarıya editör ve eser sahiblerine dağıtmakta, yayıncının payına karşılık eser sahibinin payının artırılması ise “*Co-publishing-Agreements*” adı verilen anlaşmalarla düzenlenebilmektedir. Eser gelir getirmesi amacıyla yayımlanmamışsa, yazar editörün payı da dahil olmak üzere dağıtılan paranın tamamını almaktadır. Hesaplamalar ve dağıtım çeyrek yılda bir yapılmaktadır. Bununla birlikte BMI'nin temel dağıtım planı asgari ücretlendirme oranını öngörse de, BMI elde edilen paranın tamamını dağıttığından bu tutar şimdiye kadarki uygulamalarda her zaman aşılmıştır. BMI, kendi bünyesinde bir dağıtım düzenlemesine rekabet kurallarına göre tâbi olmadığından, şirketin saygınlığı için özel bir önem atfettiği eser sahibi ya da editöre bu aradaki farkı kendi takdirine göre dağıtabilecek durumdadır.

Müzik yayınlarında tesadüfî yöntemle elde edilen sonuçlardan yapılan tahmini hesaplama sonucunda gerçekleştirilen bu ödemelerin yanı sıra eser sahiblerine ve editörlere, bir şarkının özellikle yüksek bir yayın sıklığına erişmesi halinde özel ikramiye verilmektedir. Bu ikramiye ödemeleri ücretleri şarkı başına bir buçuk ila dört katı kadar artırmaktadır. Ayrıca müzik eserlerinin televizyon ya da sinema filmlerinde kullanılması halinde de ikramiye ödenmektedir.

ASCAP ve BMI, elde edilen gelirlerin üyelere âdil bir şekilde dağıtılması için çaba gösterse de, zaman zaman büyük farklar ortaya çıkabilmektedir. Örneğin bir olayda ortak eser sahiblerden biri bir meslek birliğinden 21.800 ABD \$ alırken, aynı eser için diğer eser sahibi rakip bir meslek birliğinden 56.200 ABD \$ almıştır.

3. SESAC

SESAC, elde edilen gelirden öncelikle miktarını açıklamadığı idarî masrafları düşmekte ve esas itibariyle diğer iki rakibinden daha farklı bir hesaplama yolu izlemektedir. Kalan kârdan yalnızca %50'si eser sahiplerine ve editörlere dağıtılırken, yine miktarı açıklanmayan kalan para da SESAC tarafından kendi kârı olarak elde tutulmaktadır. Bu kârın ne kadar olduğu bilinmemektedir. Bir editör kural olarak bir esere düşen payın yarısını almaktadır. Daha farklı düzenlemeler ancak %50'lik editör payı sınırına kadar yapılabilmektedir.

SESAC bir eserin popüler parçalar içindeki konumunun o eserin ağırlığının

belirlenmesinde en âdil esası oluşturduğu kanaatinde olduğundan, söz konusu tutarlar da buna uygun bir formülle belirlenmektedir (“*Chart Payment System*” adı verilen sistem). Pop, caz, Country, Ritim ve Blues gibi türlere ayrılmak suretiyle elde edilen gelirin bir kısmı yayınlanan ses taşıyıcı başına ödenmekte; diğer bir kısmı da popüler parçalar içindeki konuma göre ödenmektedir. Bu noktada ödenecek olan ikramiye şarkının “Chart”larda kaldığı süreye bakılarak belirlenirken, ölçü alınacak olan popüler şarkı ölçeği (Hitparade), şarkının türüne göre seçilmekte ve böylece pop müzik için kuzey Amerikalı hıristiyan zencilerin dini müziği olan Gospels’ten farklı bir hitparade’nin esas alınmasına neden olmaktadır. Bir şarkı, birden çok sayıda hitparade de boy gösterecek kadar (yani “*Crossovers*” adı verilen durumda) popüler olduğunda, bu da ayrıca dikkate alınmakta ve ücretlendirilmektedir. Ücret tutarı parçanın ulaştığı konum için bir tablo halinde önceden belirlenmiş olup bu tablo her hak sahibi tarafından görülebilmektedir.

Her üç meslek birliği için de kendi sözleşmeleri uyarınca, eser sahiblerine daha ileri tarihteki dağıtımlarla ancak elde edilen kâr paylarından önemli miktarlarda avans ödemesi yapmak mümkündür. Bu imkanı en çok kullanan SESAC’dır. Bu uygulama, meslek birliklerinin kendi aralarında üye ayartmaya yaramaktadır. Bu bağlamda alınan “ödüllerin”, meslek birlikleri tarafından açılan besteci yarışmalarından elde edilen para ödüllerinin de göz ardı edilmemesi gerekir. Bununla birlikte yeni yetişen müzisyenler için burslar verilmekte ve özel teşvikler uygulanmaktadır, ki bunlar da yine eser sahipleri çevresinde rekabet savaşına ve üye ayartma çabalarına hizmet etmektedir.

IV. Meslek Birlikleri Uygulamasının Özeti

Meslek birlikleri ile hak sahipleri arasındaki hukukî ilişkiler birlikten birliğe değişiklik göstermektedir. Ancak telif haklarını yetki sözleşmelerinin tamamında ortak olan nokta, repertuarın münhasır olmayacak şekilde kazanılması ve çok uzun bağlayıcı süreler içermediğinden rakip bir meslek birliğe geçmeyi mümkün kılan sözleşme şartlarıdır.

Meslek birliklerince kaydı tutulan ve hesaplamalarda esas alınan kullanım, önemli ölçüde müziklerin kitle iletişim araçları üzerinden yapılan kullanımıyla sınırlıdır. Burada yeni gelişen teknoloji çalınan müziğin zamanla daha doğru bir şekilde kayıtlara geçirilmesine olanak tanımaktadır.

Hak sahiplerine yapılacak ödemeler müzik eserinin neredeyse tamamen ticarî

başarısını esas almaktadır. Kültürel açıdan önem taşıyan eserlere ise yalnızca ASCAP tarafından, o da çok küçük bir çapta olmak üzere özel ödeme yapılmaktadır. Hak sahiplerine ödenen ücretler ve dağıtım açısından yalnızca ASCAP sıkı bir denetim altında faaliyetini sürdürmektedir. Oysa BMI ve SESAC bu işlemleri kendi açılarından son derece serbest bir şekilde gerçekleştirebilmektedir. Hak sahipleri için bu meslek birlikleri bünyesinde yürütülen dağıtım işlemleri önemli ölçüde şeffaflıktan uzak bir şekilde gerçekleştirilmekte; BMI ve SESAC'da bu işlemler üzerinde eser sahiplerinin bir etkisi olamamaktadır. SESAC, elde edilen gelirin yarısını kâr olarak elinde tuttuğundan ve görünen o ki, SESAC'a bağlı hak sahipleri açısından kabul edilebilir ve hatta cazip miktarda ödemeler yapılabilmesini de sağladığından bu usul, özel bir yere sahip olmakta ve bu sebeple de SESAC bünyesindeki yerini sağlamlaştırmaktadır. SESAC, bu uygulamasıyla, küçük eser sahiplerinden oluşan yığınların ihtiyaçlarına uygun olan bir meslek birliği olmadığını bir kez daha ortaya koymuştur.

Lisans verme uygulamalarına bakıldığında, uzun bir süredir bir alternatif olarak program lisansları sunulmasına karşın radyo yayını yapan kurumlarda götürü lisansın baskın olduğu görülmektedir. Kullanılan tarifeler incelendiğinde, meslek birliklerinin hiçbirinde ücretlerin şeffaf bir şemaya göre belirlenebildiği söylenemez.

Müzik kullanıcıları kural olarak çeşitli repertuarları kapsayabilmek için üç meslek birliğiyle de lisans anlaşması yapmaktadır. Bununla birlikte meslek birlikleri, kitle iletişim araçlarına verdikleri lisanslara karşılık ABD'deki tek tek işletmeler, kulüpler, festivaller ve konser etkinliklerinin bütün alanı kapsayacak şekilde lisans verme için görece daha az çaba harcamaktadır, yani lokaller, diskolar, dükkanlar ve müzik çalınan diğer işletmelere verilen lisanslardan oluşan ağ, örneğin Almanya'daki kadar sıkı değildir. Buna uygun olarak denetimler de bu türden lokalleri sadece önemsiz bir şekilde kapsamaktadır.

V. Bağımsız Kuruluşlar Yolu ile Meslek Birliklerinin Tarife Belirlemelerinin Denetimi ve ABD’de Arabuluculuk

1. Library of Congress Copyright Arbitration Royalty Panels ve Copyright Royalty Tribunal – Zorunlu Lisanslar için Hakemlik Yeri.

Copyright Royalty Tribunal (CRT) ile 1993 yılında CRT’yi ortadan kaldıran *Copyright Royalty Arbitration Panels (CARP)*, arabuluculuk organizasyonlarıdır ve Telif Hakları Bürosu'nun faaliyetleriyle ilgili olarak ve yalnızca Telif Hakları Bürosu tarafından zorunlu lisanslarla alınan paralarla ilgili ihtilaflarda hakemlik heyeti görevi görür. *CRT*, böylelikle meslek birliklerinin (Performing Rights Societies) faaliyetleri ile ilgili özel bir tâhkim yeri olmayıp, bunlar üzerinde de bir yetkisi yoktur. Meslek birliklerinin çalışmalarıyla arada bir bağlantı ancak, telif hakkı sahibinin çoğu zaman bir tarife belirlenmeden önce toplu görüşmelerde ASCAP ve BMI’nin temsilciliğinden yararlanması halinde ortaya çıkmaktadır. Telif haklarının devlet eliyle değerlendirilmesi ve özel meslek birliklerince kolektif olarak değerlendirilmesine yönelik uygulamalar burada bir temas noktası bulur.

Bu organizasyonlar meslek birlikleri için tarifelerin belirlenmesinde arabuluculuk organı olmadığından, bu açıdan dikkate alınmaması gerekmektedir.

2. Meslek Birliklerinin Tarifeleri Üzerinde Hâkim Denetimi

ABD District Court for the Southern District of New York’taki (S.D.N.Y.) dava yolu:

Copyright Arbitration Panels’in sayısız zorunlu lisans ile ücret talepleriyle ilgili yetkilerine karşılık, 1960 tarihli *ASCAP consent decree* tarifeleri üzerinde geleneksel bir mahkeme denetimi getirmiştir. Bu ancak 1994 yılından itibaren BMI için de geçerlidir. Normal şartlarda bir müzik kullanıcısı meslek birliğine başvurarak belli bir müzik kullanımını için tarife bilgisi ister. Kullanıcı tarifeyi yüksek bulursa, bunun uygun olup olmadığını denetletmek üzere *District Court*’a (S.D.N.Y.) başvurur. Uygulanan tarifenin uygun olduğunu ispatlamak meslek birliğinin uhdesindedir. Eğer birlikler bunu ispatlayamazsa, uygun bir ücreti mahkeme saptar. Mahkeme süresince ise, eski tarife uygulanmak şartıyla repertuarın kullanımına izin veren geçici bir lisans anlaşması yürütülür ve buradaki tarife adli ihtilafın çözülmesinin ardından geriye işleyecek şekilde lisans sözleşmesinin bütün süresi için uyarlanır.

3. Ademî Merkeziyetçi (Desentralizasyon) Çabalar

Ekim 1998’de yürürlüğe giren *Fairness in Music Licensing Act, District Court for the S. D. N. Y.*’nin mevcut yetkisine alternatif olarak ABD’de çeşitli mahkemelerde tarife davalarının gerçekleşmesini ve burada *consent decrees* şartları ile faaliyette bulunan iki meslek birliği olan ASCAP ve BMI’nin lisans oranları hakkında karara varılmasını öngörmektedir. Bu değişikliğin amacı bütün bir ABD’ye yayılmış durumdaki müzik kullanıcıları için yargılama adaleti getirmek ve böylelikle de müzik kullanıcıları New York’ta kendileri için çok zahmetli ve masraflı olan bir dava açmaya mecbur kalmak yerine, yerel *District Court*’ta dava açma yoluna gidebilmelerini sağlamaktır. Dava sürerken kullanıcı repertuarı geçici bir lisansla kullanma hakkına sahiptir. Karar, yalnızca tarafları bağlamaktadır. Kanun, açık bir şekilde meslek birliğini, aynı kategorideki diğer müzik kullanıcılarına da dava ile elde edilen tarifeyi tanımakla yükümlü kılma yoluna gitmemiştir. Yerel hâkimin kararı bundan sonra ikinci derecede, *consent decrees*’i gözeten mahkeme olarak *District Court of the S. D. N. Y.* tarafından kontrol edilmektedir. Bu bakımdan, şimdiye kadar tarifelerle ilgili karmaşık ihtilaflarda esasa ilişkin yetkinin bir bütün olarak kendisine tanınmış ve bu konuda uzmanlık kazanmış tek yetkili New York’taki mahkemenin artık tek yetkili olmaması yeni gelişmenin olumsuz yanını teşkil etmektedir. Zira farklı heyetlerden oluşan mahkemelerin içtihatlarındaki birlik ve devamlılık, yerel davalarla sağlanamamaktadır.

Ancak senatoda, tarifeye ilgili her ihtilafı hakeme götürme çabaları retle karşılaştı. Tarifeye ilgili ihtilaflar ABD çapında yalnızca 12 yerde dava edilebiliyor. Söz konusu *Performing Rights Society*’nin tarifesinin uygun olmadığını ispatlama yükümlülüğü de kullanıcıya aittir.

4. District Court for the S.D.N.Y. Kararları

Öncelikle belirtmek gerekir ki, mahkeme dışı anlaşmalar bir mahkeme kararına ihtiyaç duymadığından yetkili tarife mahkemesi, 1989 yılına kadar uygulamada tarife konusunda arabuluculukla ilgilenmemiştir. 1989 yılında karşımıza çıkan ilk olay ASCAP’in, kablo televizyon yayıncısı *Showtime/The Movie Channel*’dan almak üzere hesapladığı lisans ücretleri ile ilgilidir. Mahkemenin tespit ettiği miktar, ASCAP’i rekabet hukuku açısından sakıncalı olmayan hâkim bir konuma yerleştirdi ve ASCAP üyelerinin müziğin ve götürü lisansların avantajlarının dikkate alındığı uygun görülen bir değer üzerinden ücret almaları kabul edilmiştir.

Diğer bir problem de ASCAP'ın tarifeleri ile ilgili başka iki kararda ele alınmıştır:

Mahkeme, *Application of Shenandoah Valley Broadcasting, Inc.* ile ilgili olan ve üç yüzü aşkın bölgesel radyo kuruluşların götürü lisansın geleneksel yapısına yeniden karşı koyduğu kararda, tarafların sözleşme hürriyetine bir müdahale teşkil edeceğinden, *Amended Final Judgment Sec. IX*'un kendisine belli bir lisans tipini tespit etme iznini vermediğini ortaya koymuştur.

Application of National Broadcasting Co., Inc. kararında hâkimler aynı konumu korumuştur. Burada bir televizyon ağı olan NBC'nin tamı tamına 2217 adet müzik eseri için lisans almaya çalıştığı bir dava söz konusu idi. Burada tartışılan NBC'nin birçok ana programında kullanılan temel nitelikli bir standart repertuardı. ASCAP, kendi repertuarı içerisinde böyle seçilmiş eserler üzerinden lisans vermemektedir. NBC, *Amended Final Judgment Sec. VI ve IX*'a dayanarak sadece münferit lisanslar üzerinden lisans almak için talepte bulunmuştur. Mahkeme ise burada, kendisinin belli bir içeriğe sahip belli bir tip lisans belirleme yetkisinin bulunmadığına ve münferit lisansların istisnâî durumlar için düşünülmüş olduğunu; oysa bunun kullanılabilir müziklerin öngörülemez olmasından dolayı münferit lisanslarla çalışamayacak olan NBC gibi yığınla müzik kullanan bir kullanıcı için uygun olmadığına karar vermiştir.

Sonuç itibariyle ABD'de, tariflere üzerinde mahkemeler ya da hakemler aracılığıyla etkin bir denetim mekanizması hâlâ bulunmamaktadır. Şimdiye kadar, neyin uygun olduğu yönünde ölçütler içeren bir içtihat birliği oluşmamıştır. Genel itibariyle ABD'deki mahkemeler, meslek birliklerinin (Performing Rights Societies) lisans uygulamalarına çok fazla karışmaktan ve kendi içtihatlarını oluşturmaktan çekinmektedir.

ABD'deki telif haklarının değerlendirilmesine ilişkin uygulamaları uluslararası bir karşılaştırmada Almanya'daki telif hakkı yetki sözleşmelerinden ayıran tek şey tanınan hakların münhasır olmaması ve sözleşmelerin eser sahiplerinin meslek birliklerini değiştirmeye cesaretlendiren esnek yürürlük süreleri değildir. Bu iki ülke arasındaki en önemli fark kendisini daha çok müzik kullanıcılarına lisans verme uygulamalarında kendisini göstermektedir.

ASCAP, BMI ve SESAC kendilerine özgü lisans verme sistemlerini geliştirmişler ve tek tip bir standardı takip etmeyen belli bazı müzik kullanıcılarında ağırlık noktaları belirlemişlerdir. ABD'de, ülkenin egemenlik alanı ve kültür gibi

unsurlara bağlı gerekçelerle geçmişte lisans verme öncelikli olarak kitle iletişim araçlarının ihtiyaç duyduğu yayın hakları üzerinde yoğunlaşmışken; GEMA'da, müzikle ilgili lisans verme uygulamalarında genel müzik temsilleri her zaman için ön planda olmuş ve böylelikle de sonuç itibariyle ABD'deki kardeş birliklerine nazaran daha sıkı dokunmuş bir lisans sözleşmeleri ağı ortaya koyabilmiştir.

Bu üç meslek birliğinin (Performing Rights Societies), hak sahiplerinin meslek birliği içerisindeki konumları, kendi bünyelerinde uygulanan pay dağıtım kuralları ve birliğin yönetim ve çalışma politikaları bakımından sergiledikleri düzensiz tablo, tarifelerin denetimi konusunda da kendisini göstermeye devam etmektedir.  meslek birliği için de aynı derecede yetkili olabilecek, genel bir yetkiyle donatılmış bir arabuluculuk kurumu bulunmamaktadır. *Consent decrees'e* ek (Annex) olarak halihazırdaki hukukî duruma göre mahkeme yolu ile bir tarife denetimi yalnızca *ASCAP* ve *BMI* için söz konusu olduğundan, ihtilaflara açık bir alan olan lisans verme içlerinde tek tip bir denetim mekanizması bulunmamaktadır. Müzik kullanıcılarının fahiş lisans ücretlerine karşı geliştirdikleri protestolarda ya da zaman zaman karşımıza çıkan eleştirilmeye muhtaç lisans verme uygulamalarında ihtilafları hızlı ve etkin bir şekilde ortadan kaldıracak bir mekanizma bulunmuş olsaydı, geçmişte *ASCAP*, *BMI* ve kitle iletişim endüstrisi arasındaki rekabet hukukuna dayalı çatışmaların büyük bir kısmına tahminen engel olunabilirdi. şimdiye dek ABD Copyright Act'ta kısa bir süre önce kararlaştırılan değişikliklere rağmen bütün meslek birlikleri için yetkili olacak tek tip bir arabuluculuk kurumu oluşturmak için gerekli esasların geliştirilebilmesi mümkün olmamıştır.

C. Türkiye’de Meslek Birlikleri Yolu ile Malî Hakların Değerlendirilmesi ve Lisans Verme

Malî hakların meslek birlikleri yolu ile değerlendirilebilmesi için ise taraflar arasında malî hakları kullanma yetkisinin devrine ilişkin bir sözleşmenin yapılması gereklidir. Bu da uygulamada "Yetki Belgesi" altında gerçekleşmektedir. Bu sözleşmeyle üstlenen hakların idaresi, meslek birlikleri yalnızca söz konusu yetkilendirme sözleşmesinin ve ilgili mevzuatın tanıdığı imkanlar çerçevesinde gerçekleştirebildiğinden Alman hukukundaki gibi bir yedieminlik olarak görülmek gerekir. Nitekim MESAM "Yetki Belgesi"inde şu şekilde bir ifade yer almaktadır:

"...yukarıda anılan malî haklarımın takibi, telif ücretlerimin tahsili ve bu ücretlerin dağıtımı, yediemin sıfatıyla bundan böyle temsilcim olan MESAM tarafından yapılacaktır."

Türk hukukunda müzik eserlerinin malî haklarının değerlendirilmesine ilişkin olarak meslek birliklerinin tarife tespitine ilişkin esaslar 2004 yılında yapılan değişiklikle FSEK m. 42/A'da ve yeni "Eser, İcra, Yapım ve Yayınların Kullanılması ve/veya İletilmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik"³³²le belirlenmiştir.

I. Hak Sahipleri ile Hukukî İlişki

1. Münhasır Hak Tanıma

FSEK m. 48/2'ye göre eser sahibi malî haklarını kısmen veya tamamen isterse gerçek isterse tüzel kişiye devredebilir. Bu devir sonucu devredilen malî haklar üzerinde ruhsat sahibi olan gerçek veya tüzel kişinin kullanma yetkisi vardır. Buradaki "ruhsat" kavramı ile "lisans" kastedilmektedir. FSEK çerçevesinde malî hakların ruhsat yolu ile devrinin anlamı, bu hakların ruhsat verenin malvarlığında kalması, ruhsat sahibinin sadece kullanma yetkisi kazanmasıdır. Lisans sözleşmesi, Türk öğretisinde kanunda düzenlenmemiş "isimsiz akitler" arasında sayılmaktadır.³³³

³³²RG 08.06.2004, 25486 sa.

³³³Erel, s. 251 vd.; karş. Tekinalp, FMH, § 15, N. 13 vd..

Ruhsat inhisari, yani tam ruhsat olabilir. Bu durumda mal sahibi artık başka birine ruhsat veremez. Malî hak sahibin başkasına da aynı ruhsatı verebilmesi ancak inhisari olmayan, yani basit lisanslarda mümkündür.³³⁴

Türk hukukunda hak sahipleri için meslek birliği ile sözleşme yapma zorunluluğu söz konusu değildir. Eğer hak sahipleri meslek birliği ile sözleşme yapıp malî hakları için ruhsat (lisans) vermemişlerse, bu haklarını bireysel olarak da takip etmelerinde hukukî bir sorun bulunmamaktadır. Bireysel hak takibinin günümüz şartlarında henüz pek mümkün olmadığı bir gerçektir. Zaten meslek birlikleri de bu yüzden ortaya çıkmıştır. Hak takibi yaptırmak için meslek birlikleri üyeleri, Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelik çerçevesinde bir yetki belgesini üye oldukları birliğe vermeleri gerekir. Bu yetki belgesinde belirtilen yetkiden fazlasını meslek birliği kullanamayacaktır.³³⁵

Uygulamada meslek birliklerine üyelik için verilen ruhsatın (lisansın) inhisari lisans olarak verilmektedir. Münhasırlık konusu MESAM Yetki Belgesi'nde şu şekilde ifade edilmektedir:

*"Eser sahipliğinden veya üzerinde hak sahipliğinden doğan malî hakkımı, Türk Kanun ve mevzuatının ve bütün uluslar arası konvansiyonların bana tanıdığı çoğaltma, temsil, Radyo-TV ile yayın suretiyle faydalanma, izin verme veya yasaklama haklarını **münhasıran**, üyesi bulunduğum MESAM – Türkiye Musiki Eseri Sahipleri Meslek Birliği'ne devrediyorum."*

2. Lisans Sözleşmesinin Konusu

Eser sahibi ile meslek birliği arasındaki lisans (ruhsat) sözleşmesinin konusunu halihazırdaki mevzuatın tanıdığı malî haklar teşkil eder.

Yeni malî haklar konusunda FSEK m. 51 hükmü dikkate alınmalıdır. Buna göre, ileride çıkarılacak mevzuatın eser sahibine tanınması muhtemel malî hakların devrine veya bunların başkaları tarafından kullanılmasına müteallik sözleşmeler bâttır. Aynı şekilde ileride çıkarılacak mevzuatla malî hakların şümulünün genişletilmesi veya koruma süresinin uzatılmasından doğacak yetkilerden vazgeçmeyi yahut bunların devrini ihtiva eden sözleşmeler hakkında aynı hüküm uygulanır. Yani bu takdirde sözleşme geçersizdir.³³⁶

³³⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. *Tekinalp*, FMH, § 15, N. 13 vd.; üçüncü kişilerin iktisapları açısından lisans sözleşmesinin etkisi açısından tartışmalar hakkında bkz. *Gökyayla*, s. 49 vd.

³³⁵ İlgili Yargıtay kararları için bkz. *Suluk/Orhan*, s. 740 vd.

³³⁶ İlgili kararlar için bkz. *Suluk/Orhan*, s. 631 vd..

FSEK m. 52'ye göre, malî haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi gerekmektedir. Burada yazılı şekil şartı geçerlilik şartıdır.³³⁷ Ayrıca sözleşmede açıkça yazılmamış olan hak devir kapsamına girmeyecektir. Nitekim Yargıtay'ın bir kararına konu olayda, *Nejat Uygur* ve ekibince sahnelenen “*Miğferine Çiçek Eken Asker*”, “*Şeyini Şey Ettiğimin Şeyi*” ve “*Makro Paşa*” adlı üç ayrı tiyatro eserinin video çekim ve bu kasetlerin yayın haklarının devri konusunda davacı firma ile yazılı sözleşme yapmıştır. Ancak Nejat Uygur tarafından daha sonra bu görüntülerin TV'deki yayın hakkı bir TV kanalına satılması ve bu kanalda da gösterilmesi üzerine video gösterim hakkını elinde bulunduran davacı firma yayının hakkının da kendisine ait olduğunu ileri sürerek her iki tarafa da tazminat davası açmıştır. Bu talebi haklı bulan yerel mahkemenin kararı Yargıtay tarafından, FSEK m. 52 hükmü dikkate alındığında taraflar arasındaki sözleşmede TV'deki yayın hakkı devrinin açıkça gösterilmediğine göre bu sözleşmenin TV'de yayın hakkını da kapsayacak şekilde geniş yorumlanmasının mümkün olmadığı gerekçesi ile bozulmuştur.³³⁸

Müstakbel bir eser üzerindeki taahhüt işlemleri yapmaya engel olmadığından eser sahibi bu taahhütle, eser yaratıldığı ve malî haklar doğduğu anda ruhsatı devretmek ve şayet bu mümkün değilse sözleşmenin karşı tarafına tazminat ödemek yükümlülüğü altına girmektedir. O halde müzik eserlerinin sahipleri ile meslek birlikleri arasından da benzer bir taahhüdü içeren bir sözleşme yapılması mümkündür.

3. Aktif Dava Ehliyeti

Meslek birliği sadece bir temsilci ya da bir tahsil makamı olmakla kalmamakta aynı zamanda da bir hak ihlâli halinde aktif dava ehliyeti konusunda düzenlemelerdeki yetersizlik Türk hukukunda eleştirilere sebep olmuştur. FSEK m. 42/A/7'deki hükmündeki "hakların takibi" ibaresinin açıklıktan ve hukukî güçten yoksun olduğu vurgulanmıştır. Bu yetkinin önceden alınıp alınamayacağı konusunda ise önceden böyle bir yetkinin alınmasının daha uygun olacağı isabetli olarak belirtilmiştir.³⁴⁰ O halde böyle bir yetkinin açıkça alınmasından sonra ilgili meslek birliği, hak sahibinin kendisine tanınan haklar için bir dava takipçisi olmak ve bu hakları mahkeme huzurunda kendi adına dermeyan etme imkanına sahip olacaktır.³⁴¹ Bu durum MESAM "Yetki Sözleşmesi"inde şu şekilde ifade edilmektedir:

³³⁷ 11 HD. 26.06.1997, E. 1997/4504, K. 1997/5130 (*Suluk/Orhan*, s. 627 vd.).

³³⁸ 11. HD. 18.11.1999, E. 1999/2264, K. 1999/9338. Karar için bkz. *Aslan*, s. 214; *Suluk/Orhan*, s. 619 vd.

³³⁹ *Erel*, s. 253.

³⁴⁰ Bkz. *Tekinalp*, FMH, § 19, N. 8.

³⁴¹ İlgili Yargıtay kararları için bkz. *Suluk/Orhan*, s. 714 vd..

"Verdiğim yetki doğrultusunda MESAM, bu haklarımı kendi adına kullanmaya, karşılığında ödenen telif ücretini teslim almaya, tamamen veya kısmen bir üçüncü şahsa devretmeye veya kullanmaktan men etmeye, kullanma izni vermeye, bu hakların takibi ve tahsili için her türlü idarî, kazaî ve icraî yollara müracaat etmeye ve takip etmeye, bunun için başkalarını tevkil etmeye, ilgili mevzuatın meslek birliğine verdiği tüm hakları kullanmaya yetkilidir."

Yabancı bir meslek birliği ile yapılan sözleşme gereği bir Türk meslek birliğinin, bu yabancı meslek birliğinin idare ettiği sanatçıların Türkiye'deki haklarını takip edebilmesi için ayrı ayrı her sanatçı adına yetki belgesi alınması gerektiği belirtilmektedir. Böyle bir durumun fiilen imkansız olacağı ortadadır. Bu sorunu Kültür ve Turizm Bakanlığının bir düzenleme ile çözme yetkisinin de olmadığına göre.³⁴² geriye sadece FSEK'de açıkça bu sorunun çözümüne ilişkin bir düzenlemenin yapılması gerekmektedir.

4. Sözleşmenin Eser Sahibi Tarafından Feshi

Eser sahibi ile meslek birliği arasında malî hakların kullanılmasının devri lisans (ruhsat) sözleşmesi ile gerçekleşmektedir. Sözleşmenin feshi konusunda ise FSEK m. 58 hükmü uygulanacaktır. FSEK m. 58/1'e göre, taraflar sözleşmede bir süre kararlaştırmışlarsa bu süreye uymak şartıyla cayma hakkını kullanabilir. Bu hakkını kullanmak isteyen eser sahibi sözleşmedeki hakların kullanılması için noter vasıtasıyla diğer tarafa münasip bir mehil vermeye mecburdur (FSEK m. 58/2). Ancak FSEK m. 58/5'e göre, cayma hakkından önceden vazgeçme caiz olmadığı gibi bu hakkın dermeyanını iki yıldan fazla bir süre için meneden tazyitler de hükümsüzdür.³⁴³

Uygulamada meslek birlikleri ile yapılan sözleşmelerde bir yıllık fesih süresi öngörülmektedir. Örneğin MESAM "Yetki Belgesi"ne göre, Yetki Belgesi imza tarihinden itibaren 6 (altı) yıl süre için geçerlidir. Sürenin sona ermesinden bir yıl önce Noter aracılığı ile yetki belgesini feshedilmediği takdirde bir defaya mahsus olmak üzere aynı süre için uzatılmış olacaktır.

FSEK m. 58/5 dikkate alındığında da, MESAM "Yetki Belgesi"ndeki 6 yıllık süreyi –eğer eser sahibi cayma hakkını kullanmadığı takdirde– sözleşmenin geçerli olacağı süre olarak anlamak gerekir. Ancak eser sahibi cayma hakkını

³⁴² Tekinalp, FMH, § 19, N. 8.

³⁴³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Erel, s. 256 vd.; Tekinalp, FMH, § 15, N. 40 vd..

kullanmak isterse, FSEK m. 58/5 gereğince bu hakkını kullanması en fazla iki yılla sınırlandırılabilirdiğine göre, 5. yılın sonunu beklemeye gerek de yoktur. İki yıldan daha uzun bir süre için sözleşmenin feshini sınırlayan sözleşme şartları geçersiz olacaktır.

II.Müzik Eserlerini Kullananlar İçin Lisans Alma ve Tarife Düzenleme

1. Lisans Alma Zorunluluğu

Meslek Birlikleri, “Yetki Belgesi” ile müzik eserleri üzerindeki malî hakların takibi konusunda münhasıran yetki sahibi olmaktadır. Bu eserlerin kullanıcıları da hâliyle meslek birliği ile sözleşme yapmak zorundadırlar. FSEK m. 52’e göre, bu sözleşme yazılı olmalı ve sözleşmenin konusu olan malî hakların ayrı ayrı gösterilmesi gerekmektedir. Bu konu FSEK m. 43’de ise radyo-televizyon kuruluşları için ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Lisans verilmesinde uyuşmazlığın en önemli konusu tarife yapılması ve bu tarifedeki anlaşmazlıklardır.

2. Tarife Yapılması

FSEK m. 42/A'ya göre tarifelerin tespit edilmesinde;

- (1) tarifelerin uluslararası uygulamaların ülkenin ekonomik ve toplumsal şartlarına uygunlukları dikkate alınarak yararlanılmalı,
- (2) teknolojik alandaki değişimlerin göz önünde tutulmalı,
- (3) eser, icra, fonogram, yapım ve yayınların yaratıldığı ve kullanıldığı sektörlerin yapısını tahrip edici, üretimi ve kullanımı engelleyici ve genel kabul görmüş uygulamalara zarar verici bir etkiye izin verilmemeli,
- (4) rekabeti bozucu şartlar oluşturulmamalıdır.

Bunların dışında yapılan sınıflandırmada, ilgili sektörlerdeki ürün fiyatları ve bu sektörlerin gayrisafi milli hasıladaki payı, eser, icra, fonogram, yapım ve yayınların kullanım ve/veya iletim sıklığı, birim fiyat veya götürü usulü ödeme, ödeme planı ve benzeri hususlar esas alınmak zorundadır.

MBF-Tüzük m. 40A'ya göre meslek birlikleri, aldıkları yetki belgesi çerçevesinde eserlerin, icraların, tespitlerin ve yayınların kullanımına ve tarifelere ilişkin sözleşmeleri yaparken aşağıdaki ölçütleri de gözönünde bulundurmaları gerekmektedir:

- Eserlerin topluma yaygın bir şekilde iletiminde devamlılık sağlanmalı,
- Ulusal ve uluslararası uygulamalar dikkate alınarak, eserlerin yayınlarda kullanımı karşılığı ödenecek ücretler makul seviyede belirlenmeli,
- Rekabeti bozucu şartlar oluşturulmamalı,
- Yayın kuruluşunun yayın alanı (ulusal, bölgesel, yerel) ve izleyici/dinleyici sayısı,
- Eserlerin kullanım sıklığı,
- Pazar oranı,
- Kullanılan her eser başına bir ücret,
- Sabit ücret,
- Saniye veya dakika bazında birim ücret.

Aynı alanda faaliyet gösteren meslek birlikleri ortak tarifeler de yapabilirler. FSEK m. 42/A'nın 4 ve 5. fıkralarına göre, ortak tarifenin hazırlanmasında meslek birlikleri birlikte hareket edebilecekler; ve ortak tarife yapılması halinde ise her takvim yılının başında, alandaki temsil kabiliyetleri ile temsil ettikleri eser, icra, fonogram, yapım ve yayınlara ilişkin kullanım oranlarını tespit ederek Bakanlığa bildirmek zorundadırlar.

"Eser, İcra, Yapım ve Yayınların Kullanılması ve/veya İletilmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik"de benzer hükümler aynen tekrar edilmiştir.

Ortak tarife yapılmış olması halinde, aynı alanda faaliyet gösteren meslek birlikleri, tarifelere esas olmak üzere her takvim yılının başında, alandaki temsil kabiliyetleri ile temsil ettikleri eser, icra, fonogram, yapım ve yayınlara ilişkin kullanım oranlarını tespit ederek Bakanlığa bildirmek zorundadırlar. Ortak tarifeler protokole taraf meslek birlikleri açısından bağlayıcıdır [Yön. m. 7/(b)].

Meslek birlikleri, tarifeler veya ortak tarifeleri her yılın Eylül ayında kullanıcıları temsil eden meslek kuruluşları ile Bakanlığa bildirmek ve kamuoyuna duyurmakla yükümlüdürler. Ancak bu tarifeler de değişmez değildir. Zira mahaller veya yayın kuruluşları, müzakere ve sözleşme yapılmasına ilişkin verecekleri bağlayıcı nitelikteki yetki belgeleri ile üye oldukları meslek kuruluşları aracılığıyla da tarifeleri veya ortak tarifeleri müzakere edebilir ve sözleşme yapabilir (Yön. m. 10/1).

Tarifeleri üzerindeki pazarlıkta taraflar açısından bir sınırlama getirilmiştir. Buna göre tarifelerin götürü usulde tespit edilmesi halinde umuma açık mahaller sadece meslek kuruluşları aracılığı ile müzakere edebilir ve sözleşme yapabilir (Yön. m. 10/2). Yani meslek kuruluşları dışında müzik kullanıcılarının bir araya gelerek oluşturduğu bir menfaat grubunun toplu olarak görüşme şansı kaldırılmıştır. Bu hükme göre, örneğin büyük bir alışveriş merkezindeki mağazalar, restoranlar, cafeler gibi diğer eğlence yerleri bir araya gelip müzik eserlerinin kullanımında bir müzik eseri meslek birliği ile tarife pazarlığı yapamayacaktır. Oysa FSEK'de yer almayan böyle bir sınırlamanın yönetmelikle getirilemeyeceği açıktır.

3. Uzlaşmazlık Hâli

Kullanıcıların temsilcileri ile meslek birlikleri arasında tarifeler veya ortak tarifeler üzerinde Ekim ayında uzlaşma sağlanamaması ve sözleşme yapılamaması halinde, en geç bu ayın sonuna kadar, meslek birlikleri ve/veya meslek kuruluşları tarafından bu tarifelerin Bakanlıkça oluşturulacak uzlaştırma komisyonunda müzakere edilmesi talep edilebilir (Yön. m. 11).

Bu durumda FSEK m. 42/A'ya göre, uzlaşma sağlanıncaya kadar, sözleşme yapmış kullanıcılar, ödemeleri gereken meblağı, Bakanlığın talebi üzerine mahkemece belirlenmiş tevdi mahalline yatırır. Burada toplanan meblağ, komisyon çalışma giderleri mahsup edildikten sonra, ilgili meslek birlikleri arasında, komisyonca tespit edilen orana ya da herhangi bir aşamada, birliklerin aralarında anlaşmaları halinde, mutabakata vardıkları kullanım oranına göre paylaşılır.

4. Uzlaştırma Komisyonu

Uzlaştırma komisyonu, Bakanlık, Rekabet Kurumu ve ilgili meslek birliklerini temsilen birer kişiden oluşur. Bu Komisyonda müzik eserlerinin kullanıcıları adına bir temsilcisinin olmaması önemli bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır.

Zira Yönetmelikteki "meslek birlikleri" kavramından kasıt FSEK m. 42'ye kurulmuş olan birliklerdir. Oysa kullanıcıların adına görüşmeleri Yönetmeliğe göre "meslek kuruluşları" yürütmektedir.

Bu Komisyon, talep tarihinden itibaren, Bakanlık tarafından onbeş gün içinde Uzlaştırma Komisyonu oluşturulur. Bakanlık temsilcisi aynı zamanda komisyon başkanıdır. Komisyon kararlarına yargı yolu açık olup, görevli mahkeme ilgili Fikrî ve Sınaî Mülkiyet Hakları Mahkemesi'dir. Aynı usulle, komisyon üye sayısı kadar yedek üye seçilir.

Komisyonun sekretarya hizmetleri Bakanlık ilgili birimi tarafından yürütülür.

Komisyon, oluşturulduğu tarihten itibaren onbeş gün içinde, raporunu hazırlayarak, Bakanlığa ve taraflara bildirir. Umuma açık mahaller, yayın kuruluşları ve meslek birlikleri, Komisyon raporunun açıklandığı tarihten itibaren onbeş gün içinde, meslek birliklerinin açıklamış oldukları tarifeleri veya müzakereler neticesinde uzlaşmaya vardıkları tarifeleri sözleşmeye bağlayabilir.

Tarifelere ilişkin sözleşmelerde takvim yılı esas alınır ve bu tarifeler takvim yılı başından itibaren geçerli olur (Yön. m. 12).

Yukarıda anlatıldığı üzere teorik olarak Uzlaştırma Komisyonu uyuşmazlığın yargı yoluna gidilmeden çözülmesi için getirilmiş ve böylece uyuşmazlığın daha hızlı ve masrafsız çözümünü kolaylaştıran bir yol olarak görülebilir. Ancak bu Komisyonun bağlayıcı karar alamaması sebebiyle pratikte uyuşmazlıklara çözüm bulmada hiçbir etkisi kalmamaktadır. Çünkü uygulamada taraflar uyuşmazlık konusunu yargı yoluna götürmeyi tercih etmektedirler.³⁴⁴

5. Yargı Yolu

Yargı yoluna uyuşmazlığın götürülmesi halinde ise, yargılama sürecinde, bir önceki yıl sözleşme yapmış olan mahaller veya yayın kuruluşları ilgili meslek birlikleri aksini bildirmedikçe, dava konusu tarifenin 1/4'ünü dava sonuçlanıncaya kadar her üç ayda bir meslek birlikleri adına açılmış banka hesabına yatırmak suretiyle eser, icra, fonogram, yapım ve yayınları kullanabilir ve/veya iletebilir. Bir önceki yıl sözleşme yapmamış umuma açık mahaller veya yayın kuruluşları ile ilk defa sözleşme yapacak olanların bu fıkroda öngörüldüğü şekilde eser, icra, fonogram, yapım ve yayınları kullanabilmeleri ve/veya iletebilmeleri ise

³⁴⁴ Eleştiriler için bkz. *Suluk*, s. 175 vd.; Telif Hakları Zirvesi 2005/*Kılıçoğlu*, s. 61..

ilgili meslek birliklerinin iznine bağlıdır. Dava sonuçlanıncaya kadar bu şekilde ödenen miktar, mahkeme kararıyla tespit edilen tarife bedelinden mahsup edilir (Yön. m. 13/1).

Burada Türkiye Radyo Televizyon Kurumu için özel bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre, yukarıdaki fıkranın uygulanması bakımından, TRT yayınlarında yer verdiği eser, icra, fonogram ve yapımları her üç ayda bir meslek birliklerince belirlenen yıllık tarifenin 1/4'ünü yatırmak suretiyle kullanabilir (Yön. m. 13/2). Bu düzenleme FSEK m. 43/6'ya dayanmaktadır.³⁴⁵

6. Kullanım Oranlarının Bildirilmemesi

Meslek birlikleri ortak tarife yapmış olmalarına rağmen tarifelere esas olmak üzere her takvim yılının başında, alandaki temsil kabiliyetleri ile kullanıcıların beyanları doğrultusunda temsil ettikleri eser, icra, fonogram, yapımlar ve yayınlara ilişkin kullanım oranlarını tespit ederek Bakanlığa bildirmemeleri halinde ilgili meslek birliklerinin dağıtımına ilişkin hesabına Bakanlıkça, yükümlülüklerini yerine getirinceye kadar tedbir konulması yetkili mahkemeden istenebilecektir.

Bu oranların tespitinde anlaşma sağlanamaması ve/veya bu oranların Bakanlığa bildirilmemesi halinde, Bakanlıkça bir Tespit Komisyonu oluşturulacaktır. Komisyon Bakanlık, Rekabet Kurumu ve ilgili meslek birliklerini temsilen birer kişiden oluşmaktadır. Bakanlık temsilcisi aynı zamanda komisyon başkanıdır. Komisyon kararlarına yargı yolu açık olup, görevli mahkeme Fikrî ve Sinaî Mülkiyet Hakları Mahkemesi'dir.

Komisyonun görevi, kullanıma göre bu tespiti yapmaktır. Bu zamana kadar geçen süre içinde, sözleşme yapmış kullanıcılar, ödemeleri gereken tutarı, Bakanlığın talebi üzerine mahkemece belirlenmiş tevdi mahalline yatırmaları gerekmektedir.

Burada toplanan meblağ, komisyon çalışma giderleri mahsup edildikten sonra, ilgili meslek birlikleri arasında, komisyonca tespit edilen orana ya da herhangi bir aşamada, birliklerin aralarında anlaşmaları halinde, mutabakata vardıkları kullanım oranına göre paylaşılır (Yön. m. 15).

³⁴⁵Eleştiriler için bkz. *Suluk*, s. 176 vd..

III. Veri Tabanının Oluşturulması

Meslek birliklerinin yükümlölüklerinden biri de veri tabanın oluşturulmasına katkıda bulunmaktır. Meslek birlikleri temsil ettikleri eser, icra, fonogram ve yapımlar ile üyelerine ilişkin bilgileri, Bakanlığa bildirmek zorundadır. Bu bildirimler her üç ayda bir güncellenir ve Bakanlıkça gerekli görölen bilgiler oluşturulan ortak veri tabanı üzerinden ilgili taraflara açılır [Yön. m. 7(a)].

IV. Meslek Birlikleri Gelirleri Dağıtım Sistemi

MBF-Tüzük m. 41'e göre meslek birliklerince tahsil olunan ücretler, birlik payı düşöldükten sonra yılda dört kez, tazminat bedelleri ise, tahsil giderleri ile birlik payı düşöldükten sonra tahsilini izleyen onbeş gün içinde hak sahiplerine ödenmesi gerekmektedir. Ayrıca ödeme planları üçer aylık dönemler halinde Bakanlıkça bildirilme zorunluluğu bulunmaktadır.

Bu çalışmanın kapsamını aşmamak için müzik alanındaki meslek birliklerinden biri olan MESAM'ın ana hatlarıyla gelirlerinin dağıtım sistemi şu şekildedir:

MESAM Üyelerine ve anlaşmalı yabancı telif birliklerine yapılacak malî hak bedeli dağıtım esaslarını, BIEM ve CISAC'ın ilgili teknik komitelerinin prensiplerini de dikkate alarak, düzenlemek amacıyla MESAM Dağıtım ve Dokümantasyon Yönergesi çıkarılmıştır.

Bu Yönergenin m. 5/c'ye göre, dağıtım, kullanıcılardan bu Yönergede belirtilen formatlarda düzenlenmiş olarak temin edilen eser kullanım bildirimleri esas alınarak yapılır. Kullanıcılardan dağıtıma uygun liste elde edilemediği veya aşağıdaki listede belirtilen asgari tutarın altında kalan durumlarda, örnekleme, analogi (projeksiyon) vb. yöntem kullanılarak dağıtım yapılır.

KULLANIM ALANI	YILLIK ASGARİ BEDEL
TELEVİZYON	60.000,00 YTL
RADYO	15.000,00 YTL
*OTEL	5.000,00 YTL
*RESTORAN/BAR vb. MAHALLER	3.000,00 YTL
*DİĞER MAHALLER	2.000,00 YTL

(*) Eser sayısı 20'nin altında olan özel kullanımlarda ve/veya kapalı devre sisteminde müzik yayını yapılması halinde asgari sınırlara bakılmaksızın liste üzerinden dağıtım gerçekleştirilir.

MESAM Yönergesi m. 10'da dağıtım oranları düzenlemiştir. Eser paylaşım planları ve paylaşım kuralları aşağıdaki kategoriler dahilinde, tablolar vasıtasıyla düzenlenmiştir:

(1) Sözsüz (Enstrümantal) Müzik Eserleri için

Rol	Kod	Temsili Pay (%)	Mekanik Pay (%)
Besteci	C	100	100
*Besteci	C	90	90
*Aranjör	Ar	10	10

(*) Aksi yönde bildirim bulunmuyor ise, aranjörün alacağı standart pay oranları gösterilmiştir.

(2) Sözlü müzik eserleri için:*

Rol	Kod	Temsili Pay (%)	Mekanik Pay (%)
Besteci	C	50	50
Söz Yazarı	A	50	50
Besteci	C	45	45
Söz Yazarı	A	45	45
Aranjör	Ar	10	10

(*) Aksi yönde bildirim bulunmuyor ise, belirtilen rollerin alacağı standart pay oranları gösterilmiştir.

(3) Anonim eserler* için:

Rol	Hak Sahibi	Kod	Temsili Pay (%)	Mekanik Pay (%)
Besteci	Anonim	C	100	100
Besteci	Anonim	C	50	50
Söz Yazarı	Anonim	A	50	50
Besteci	Anonim	C	50	50
Söz Yazarı		A	50	50
Besteci		C	50	50
Söz Yazarı	Anonim	A	50	50
Besteci	Anonim	C	45	45
Söz Yazarı		A	45	45
Aranjör		Ar	10	10
Besteci		C	45	45
Söz Yazarı	Anonim	A	45	45
Aranjör		Ar	10	10
Besteci	Anonim	C	50	50
Söz Yazarı		A	50	50
Derlemeci		D	0	0
Besteci		C	50	50
Söz Yazarı	Anonim	A	50	50
Derlemeci		D	0	0

(*) Anonim olarak belirtilen rollerle ilgili editör payı söz konusu olamaz. Ancak anonim olmayan rollerle ilintili olarak editör payı verilebilir.

Anonim eserlerde derlemeci rolü (D) paylaşım planında görülür ancak pay verilmez.

(4) *Adapte eserler** için:

Rol	Kod	Temsili Pay (%)	Mekanik Pay (%)
Besteci – Söz Yazarı	CA	75	75
Adaptör	SA	25	25
Besteci	C	50	50
Söz Yazarı	A	25	25
Adaptör	SA	25	25
Besteci	C	45	45
Söz Yazarı	A	22,5	22,5
Adaptör	SA	22,5	22,5
Aranjör	Ar	10	10

(*) 01.01.1999 tarihi öncesinde alenileşmiş olan Türkçe sözlü yabancı müzik eserleri için; asıl eser sahibinin aksi yönde bir bildirim olmadığı takdirde, söz payının %50'si Türkçe söz yazarına ödenir ve yapımcıdan taahhütname alınır.

01.01.1999 tarihi ve sonrasında adapte edilmiş olan Türkçe sözlü yabancı müzik eserleri için; eserin Türkçe sözlerle kullanılması hususunda izin/pay verilir verilmemesine ilişkin, asıl (orijinal) eser / mali hak sahibinin bağlı olduğu meslek birliğine yapılacak yazılı başvuru sonucuna göre işlem yapılır.

(5) *Yabancı Telif Birliklerinin Üyelerinin Payları (m. 16):*

Aksi bu Yönergede belirtilmiş bir formatta (FICHE INTERNATIONAL, WWL, WID veya CUE-SHEET formu) MESAM yayımcı (editör) üyeleri tarafından bildirilmediği sürece, aşağıdaki tabloda yer alan değerler uygulanır.

Rol	Kod	Temsili Pay (%)	Mekanik Pay (%)
Besteci	C	100	100
Besteci	C	50	50
Söz Yazarı	A	50	50
Besteci	C	45	45
Söz Yazarı	A	45	45
Aranjör	Ar	10	10
Besteci	C	90	90
Aranjör	Ar	10	10
Besteci	C	50	0
*Editör	E	50	100
Besteci	C	25	0
Söz Yazarı	A	25	0
*Editör	E	50	100
Besteci	C	22,5	0
Söz Yazarı	A	22,5	0
Aranjör	Ar	5	0
*Editör	E	50	100

(*) Editörün, tabloda belirtilen tüm hak sahipleri ile sözleşmeli olduğu durum dikkate alınarak, Anglo – Amerikan ve Kanada repertuarı için hazırlanmıştır.

Dağıtım Kesintileri:

Malî hak bedeli dağıtımlarında MESAM tarafından yapılan kesintiler aşağıda gösterilmiştir (m. 29).

TEMSİLİ LİSANSLAMA	BİRLİK PAYI (%)	SAĞLIK VE SOSYAL YARDIMLAŞMA FONU (%)	STOPAJ* KESİNTİLERİ (%)
YURT İÇİ LİSANSLAMA	%23	%7	17%
YURTDIŞINDAN GELEN	%8	%2	17%
YURTDIŞINA GİDEN	%23	%7	17%**
MOBİL – İNTERNET ORTAMI			
YURT İÇİ LİSANSLAMA	%8	%2	17%
YURTDIŞINDAN GELEN	%8	%2	17%
YURTDIŞINA GİDEN	%8	%2	17%**
MEKANİK LİSANSLAMA			
YURT İÇİ LİSANSLAMA	%8	%2	17%
YURTDIŞINDAN GELEN	%8	%2	17%
YURTDIŞINA GİDEN	%8	%2	17%**

(*) Stopaj oranlarında Bakanlar Kurulu tarafından yapılacak değişiklikler, bu tabloya aynen yansıtılır.

(**) Çifte vergilendirme durumuna göre kesilir.

V. Yönetmelik Hükümlerine Aykırı Davranma

FSEK m. 42/A/3 ile bu Yönetmelikte belirlenen esaslara göre tarifelerin düzenlenmediği tespit edildiği takdirde, meslek birlikleri Bakanlıkça yazılı olarak bir defa uyarılır. Eğer bu uyarının tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde kusurun giderilmemesi halinde, meslek birliği ikinci kez uyarılır. Kusurun ikinci uyarının tebliğ tarihini takip eden otuz gün içinde de giderilmemesi halinde ise, Bakanlık tarafından en geç üç ay içinde olağanüstü genel kurul yapmak üzere üyeleri davet edilir (Yön. m. 16).

Beşinci Bölüm

Dijital Çağda Meslek Birliklerinin Rolü

A. Avrupa Birliği Alanında Uyum

I. Yasal Çerçeve

AB Konseyi'nin ATA m. 94 ve 95'e göre, AB üyesi ülkelerin hukukî ve idarî kurallarının birbirlerine uyumlu hale getirilmesi, ve böylece iç pazarın işleyişinin oluşmasını doğrudan etkileyen yönergeler çıkarmak yetkisine sahip olmasına rağmen, şimdiye kadar AB düzeyinde eser sahibinin ve bağlantılı hak sahiplerinin meslek birlikleri aracılığı ile kolektif olarak değerlendirilmesinin uyumlaştırılması ve denetimi eksik bırakılmıştır.³⁴⁶ Sadece telif haklarının maddî hukuk yönü ile ilgili yedi yönerge çıkarılmıştır.

II. Birlik Düzeyinde Yürütülen Çalışmalar

Özellikle bu çalışmanın 3. bölümünde belirtildiği üzere, AB Komisyonu ve ATM, hakların kolektif olarak meslek birlikleri aracılığı ile değerlendirilmesi konusu ile telif hakları alanında yönergeler tartışılmasından çok daha önce meşgul olmuşlardı. Ancak bilgi toplumunun ortaya çıkması ve bu sayede ortaya çıkan yeni imkanlar ve dijital hizmetler ile hakların kolektif olarak değerlendirilmesi konusu da önem kazanmaya başlamıştır.³⁴⁷ Meslek birlikleri ve bunlar arasındaki uyum konusu ile ilgili tartışmalar, 1995 yılında çıkarılan "Bilgi Toplumunda Telif Hakkı ve Bağlantılı Haklar" hakkındaki Yeşil Kitaba dayanmaktadır. 1996 yılındaki Floransa Konferansından beri AB Komisyonu'nun düzenlediği tüm uluslararası düzeydeki telif hakkı konferanslarında bu konu tartışılmaktadır.³⁴⁸

Tartışılan konular arasında en önemli yeri, meslek birliklerinin sahip olduğu kontrol mekanizmalarının denetimi konusu tutmaktadır. AB Komisyonu'nun, meslek birliklerinin denetimine yönelik yaptırmış olduğu bir araştırmanın ortaya çıkardığı sonuca göre; meslek birliklerinin izni, tarifelerin kontrolü ve gelirlerin dağıtımı ile ilgili olarak yeknesak ölçülerin uygulanması durumunda,

³⁴⁶Bunun için bkz. *Hilty*, Vergütungssystem, GRUR 2005, 819 vd

³⁴⁷*Reinbothe*, Rechtliche Perspektiven für Verwertungsgesellschaften im Europäischen Binnenmarkt, ZUM 2003, s. 27.

³⁴⁸*Reinbothe*, ZUM 2003, s. 27.

AB içinde hakların kolektif olarak değerlendirilmesi kuralı daha iyi işleyecektir.³⁴⁹

16 Nisan 2004 tarihinde iç pazarda eser sahibinin hakları ve bağlantılı hakların değerlendirilmesi hakkında AB Komisyonu bir bildiri yayımlamıştır. Burada şu tespitte bulunulmuştur: Mevcut farklılıklar, AB dahilindeki meslek birliklerinin kontrolü sırasında iç pazarı olumsuz yönde etkilediği inkar edilemez ve bu durum da görmezlikten gelinemez. Üye ülkelerin meslek birliklerinin kontrolüne ilişkin birbirinden farklı hukukî düzenlemeleri, aynı ölçüde hak sahipleri ile kullanıcıların menfaatlerinin gerçekleştirilmesine yönelik sınırlar teşkil etmektedirler. Birçok meslek birliğinin tekel konumu ve onların ikili anlaşmalar ağı sebebiyle, uygun dış denetim mekanizmalarının oluşturulması gerekli görülmektedir. Bu dış denetim mekanizmalarına işlerlik kazandırabilmek için dış denetim için belirli parametrelerin oluşturulması, mercilerin yetkileri için ortak ilkelerin tespit edilmesi, yapılarının ve kararlarının hukukî açıdan yerinin belirlenmesi gerekmektedir.³⁵⁰

AB Komisyonu'nun, "Birliğin telif haklarının sınır aşan kolektif değerlendirmesine yönelik girişimi" ile ilgili olarak 07.07.2005 tarihli çalışmada³⁵¹ sadece İngiltere ve Almanya'da tarifelere itiraz imkanı olup dışarıdan kontrolü mümkün kılan hâkem heyetleri oluşturulduğu tespit edilmiştir.

AB Komisyonu, yasal online müzik hizmetleri için gerekli eser sahibin ve bağlantılı hak sahibinin haklarının sınır aşan bir şekilde kolektif olarak değerlendirilmesine yönelik 18 Ekim 2005 tarihli bir tavsiye kararını üye ülkelere ve yasal online müzik hizmetine ihtiyaç duyan pazar katılımcılarına bildirmişti. Burada sadece online müzik alanında tüm Avrupa'yı kapsayan bir "one-stop-shops" lisans sistemi (kullanıcıya tek elden lisans verilme) tavsiye edilmiştir. Bu tavsiye karardan ayrıca meslek birlikleri için de uyulması gereken aşağıdaki kriterler de belirtilmiştir.³⁵²

- Büyük bir itina ile hak sahiplerinin menfaatlerinin değerlendirilmesi;
- Temsil ettikleri repertuar, tüm mevcut ikili anlaşmalar ve tarifeler hakkında hak sahiplerine ve ticarî kullanıcılara bilgi verilmesi;
- Temsil ettikleri repertuardaki değişikliğe ilişkin olarak uygun bir süre içerisinde

³⁴⁹ "Etude sur la gestion collective des droits d'auteur dans l'Union Européenne", Deloitte & Touche, Brüssel 2000; ayrıca bkz. *Reinbothe*, FS Dietz, s. 517/525.

³⁵⁰ Komisyon'un bildiri için bkz. 16.04.2004 t., (KOM (2004) 261 endg., s. 22.

³⁵¹ Bkz. *Himmelmann*, GEMA-Kommentar, s. 808. 20.09.2005 tarihli Alman hükümetinin görüşleri hakkında bkz.

³⁵² *Handig*, GRUR Int. 2006, s. 365/366.

meslek birliklerinin kendi aralarında ve meslek birlikleri ile ticarî kullanıcılar arasında duyurulması;

- Ayrımcılık gözetmeksizin, objektif kriterlere göre lisans verilmesi;
- Elde edilen gelirlerin temsil ettikleri hak sahipleri arasında âdilane bir şekilde dağıtımı;
- Hak sahibinin meslek birliği ile olan sözleşme ilişkisini düzenleyen sözleşmede ve üyelik statüsü hükümlerinde, hakkın değerlendirilmesi hizmeti karşılığı elde edilen gelirlerin başka amaçlar için mahsup edilip edilmeyeceği ve eğer edilecekse bunun hangi ölçülerde yapılabileceği konuları tespit edilmelidir;
- Hak sahiplerine dağıtımda hakkın değerlendirilmesi hizmeti dışındaki elde edilen gelirden sağlanan ve başka amaçlar için olan giderin listelenmesi;
- Tüm sunulan değerlendirme hizmetine çerçevesinde her kategorideki hak sahibine eşit muamele;
- Dahili karar süreçlerine tüm hak sahiplerinin âdil ve dengeli katılımları;
- Verilen lisanslar, uygulanabilir tarifeler ve tahsil edilen ve ikili anlaşmalarla temsil edilen hak sahipleri de dahil olmak üzere temsil edilen hak sahiplerine dağıtılan lisans gelirleri hakkında düzenli hesap verme yükümlülüğü;
- Özellikle tarife, lisans şartları ile ilgili olarak üye ülkeler aracılığı ile efektif uzlaşma mekanizmalarına sahip olma durumu.

Gelişme şunu göstermektedir ki kısa ya da uzun vadede eser sahibi ve bağlantılı hak sahiplerinin haklarının kolektif değerlendirilmesinin uyumlu hale getirilmesine ilişkin olarak bir AB yönergesi çıkarılması gerekmektedir.³⁵³ Bu yönergenin yapıcı olması ve telif hukukunun özel olan temel esaslarını ve hak sahiplerinin birbirinden farklı menfaatlerini de dikkate alması arzu edilmektedir. Ayrıca yönergede dikkate alınması gereken bir diğer husus ise meslek birliklerinin özel sektör işletmeleri ile eş değer tutulmamasıdır.

³⁵³Reinbothe, ZUM 2003, s. 27/28. Hilty, Vergütungssystem, GRUR 2005, s. 819/827..

B. GEMA'nın Çalışmaları

I. Genel Olarak

Müzik piyasasındaki büyük yapısal değişiklikler ve çerçeve şartlarının değiştirilmesi, AB Komisyonu'nun aktiviteleri sonucu meslek birliklerinin ulusal düzeydeki tekellerindeki yumuşamalar dolayısı ile GEMA gelecekte, rekabet ortamındaki konumunu gelecekte de muhafaza etmeye yönelik olarak bazı kararlar almıştır. 25 Nisan 2006 tarihli GEMA yönetim kurulu toplantısında bundan ötürü yeni bir strateji benimsenmiştir. Bu yeni stratejinin başlıca özellikleri şunlardır:

- Mevcut sahip olunan işlerin en verimli hâle getirilmesi;
- Hakların uluslararası düzeyde değerlendirilmesini;
- Yeni hizmetlerin sunulması.

Bunun yanı sıra, GEMA üyelerine ve CISAC'a ait Ortak Bilgi Sistemi (Common Information System-“CIS”) üzerinden GEMA'nın yurt dışındaki yetkililerine daha iyi, eksiksiz ve seri faturalama yapılması planlanmaktadır. 70 civarında meslek birliğinin birbirleri ile bağlantılı oldukları CIS ağı üzerinden eser dokümantasyonu yapılabilmektedir.³⁵⁴

II. Özelde

Meslek birlikleri giderek normal birer işletme olarak görüldüğünden (özellikle de AB Komisyonu tarafından), GEMA için pazarlama konusu da önem ihtiva etmektedir. Özellikle Avrupalı meslek birliklerinin rekabet çevresi içerisinde ürün ve hizmet sunumu önemli birer rekabet faktörüdür. Bu yüzden ki, gelecekte piyasalarda daha aktif biçimde yer alabilmek için yeni bir pazarlama müdürlüğü oluşturulması planlanmaktadır.

Bilişim teknolojisinin gelecekte de geliştirilmesine devam edilecektir. Gelecekte örneğin lisanslama, faturalama, dağıtım ve belgeleme gibi alanlarda bilişim teknolojisi hizmeti sunan biri olarak diğer meslek birlikleri adına bu hizmetleri devralacaktır.

³⁵⁴ GEMA-Mektubu Mart 2006, Sayı 57, s.10..

Özellikle de online kullanımı alanında arz edilen müzik eserlerinin kapsamı giderek genişletilmektedir. GEMA 2006 Nisan ayı başından beri internet'te hobi şeklinde yayın yapan radyolara lisanslar vermektedir. Bu esnada iş akışında önemli rasyonalizasyonlar sağlamak üzere modern internet ve bilgisayar tekniğinin tüm imkanları sonuna kadar kullanılmaktadır. Lisans verme işlemi 24 saat kesintisiz online yapılmakta, birkaç dakika içinde verilmekte ve kullanımına hemen başlanılabilmektedir. Lisans süresi 2, 3 veya 6 ay süre ile ya da 1 yıl olabilir. Lisans alan ve internet radyoları ile ilgili tüm gerekli bilgiler, elektronik ortamda oluşturulmaktadır. Bu yöntem sayesinde GEMA'nın maliyetleri hatırı sayılır ölçüde düşmüştür. Bir başka özellik de, lisans alan tüm İnternet radyolarının isim ve internet adreslerinin güncel olarak GEMA'nın kendi özel internet sitesinde yayınlanmasıdır. Bunun faydaları ise,

- Dinleyiciler kısa zamanda internet radyo sitelerindeki güncel müzik programlarına ulaşabilir;
- İnternet radyo işleticileri, GEMA sayfasında kendi linkleri yayınlandığından resmî olarak yasal olduklarını belgelemiş olurlar (reklam ve iş ortakları için ilgi çekici).

Olumlu deneyimlerin ışığında, müşteriye memnun eden etkin ve modern lisanslama imkanlarından sonuna kadar yararlanmak için, lisans satışları gelecekte de gelişmeye devam edecektir.

AB Komisyonu tarafından arzu edilen, tüm Avrupa'yı kapsayan "one-stop-shop" için de ilk adımlar atılmış durumdadır. Gelecekte amaçlanan tüm Avrupa çapında online haklarının lisanslanması işlemi için GEMA, İngiliz meslek birliği olan MCPS-PRS ve EMI Music Publishing (EMI) şirketi, Avrupa çağında online ve telsiz iletim kullanıcıları için EMI'nin İngiliz-Amerikan şarkı repertuarı haklarının açıklığına yönelik bir "one-stop-shop" geliştirmişlerdir.³⁵⁵ Bu da AB Komisyonu'nca da tüm Avrupa'yı kapsayıcı lisans edinimi ile ilgili olarak atılmış en önemli ilk adım olarak görülmektedir.

³⁵⁵ GEMA-Mektubu Mart 2006, Sayı 57, s. 5.

Değerlendirme ve Öneriler

A. Karşılaştırmalı Açından Değerlendirme Sonuçları

1. Müzik Eserleri Üzerindeki Telif Hakları ve Hak Sahipleri

ABD hukukunda Copyright ile Alman ve Türk Telif Hukuku arasında temel esasa ilişkin anlayıştan kaynaklanan çok farklı bir koruma seviyesi vardır. Bu durum da malî hakların kapsamı ve sınırlandırılması ile manevî hakların düzenlenişinden anlaşılmaktadır. ABD hukukunda malî haklar tamamen devredilebilir olmasının kabul edilmesi eser sahibi ile ilk kullanıcı için münhasır haklar ve lisanslar sahipliği açısından bir fark bulunmamaktadır. Amerikan kanun koyucu, ücret talepleri ile zorunlu lisansları menfaat dengesinin sağlanmasında çok kullanılan bir şekli olarak kabul etmektedir ve zorunlu lisansları zorunluluk doğuran hâllerle sınırlamamıştır. Böylece zorunlu lisanslar, devlet eliyle fiyatların düzenlendiği bir karakter hâlini almıştır. Farklı olarak basamaklandırılmış ihtiyarî olmayan lisanslar aracılığı ile telif hakkından doğan istenilmeyen tekel durumu, sorunsuz olarak kullanımlar sağlanarak çözülmek istenmiştir.

Buna karşılık, Alman telif hukuku, kara Avrupa'sı geleneğindeki öğretinin kabul ettiği gibi ücret taleplerinin yaygın olarak kullanımını kabul etmez. Otomatik olarak ortaya çıkan münhasır faydalanma hakkı eser sahibine, kullanıcılardan uygun bir ücret alınmasında bir baskı aracı olarak tanınmıştır. Sadece bağlantılı hak sahiplerine, eser sahibinin eserinin değerlendirilmesinde bir engel teşkil edememesi için münhasır hak yerine belli durumlarda sadece ücret talep hakkı tanınmıştır.

Türk telif hukukunun yapısı kara Avrupa'sı sistemine daha yakındır. Yaşayan eser sahibi açısından sahip olunan hakların tamamının bir bütün olarak devri mümkün değildir. Buna karşılık malî haklar FSEK m. 48 ve 49 gereğince aslen ve devren iktisap etmek ve FSEK m. 58'e göre de inhisari ve inhisari olmayan lisans vermek mümkündür. Burada Alman hukuku daha katı bir tutum benimsemiştir. Buna göre, malî hakların tek tek devri mümkün değildir. Bunun yerine sadece bu haklardan doğan eser üzerindeki malî haklar için ruhsat verilebilmektedir. Alman hukukunda da Türk hukukundaki gibi eser sahibin hakların tamamını bir bütün hâlinde devretmesi mümkün değildir. Bu da her iki hukuk sisteminde manevî hakların devredilemezliği ile sağlanmıştır. Münhasıran eser sahibine tanınmış olan malî hakların kapsamı ve Alman ve

Türk hukukundaki ücret talepleri ile neredeyse yok sayılacak zorunlu lisanslar da göstermektedir ki, Türk telif hukuku, aynı Alman hukuku gibi, ABD hukukundan anlayış olarak açıkça farklılık arz etmektedir.

2. Meslek Birliklerinin Sistem İçindeki Yeri ve Kurumsal Yapıları

Amerikan hukuk öğretisinin rekabet hukuku anlayışından ve mahkeme kararlarından dolayı meslek birliklerinin birbiri ile rekabet içinde bulunduğu bir sistem tercih edilmiştir. Bu sistem kabul edilirken meslek birliklerinin rekabet durumlarının olmadığı diğer sistem gerçek anlamda incelenmemiş, eleştirilmemiş ve tartışılmamıştır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, müzik kullanıcıları ile diğer tüketim mallarının kullanıcıları karşılaştırılmaz. Diğer tüketim mallarını kullanan kişiler, arz edilen ürünlerden kendi ihtiyacına göre uygun kalite ve fiyatta olanı seçebilirler. Ancak müzik kullanıcıları böyle seçme hakkına sahip değildir. Bilâkis onlar, ABD’de halkı etkileyici repertuarı dağıtan 3 meslek birliğinden hepsinde lisans almak zorunda kalmaktadırlar. Yani kullanıcılar için meslek birlikleri arasında gerçek anlamda bir rekabet söz konusu olmamaktadır. Daha çok Amerikan sistemi müzik kullanımını daha pahalı ve karışık yapmaktadır, ki bu da ücretlerde son kullanana yansıtılmaktadır.

Meslek birliklerinin teşkilat, örgüt, iç organizasyon ve amaç bakımından karşılaştırıldığından en uygunu GEMA ile ASCAP’i karşılaştırmaktır. Her iki kuruluşa sadece müzik eseri sahibi ve yayıncının menfaatlerini temsil etmektedir ve bunun dışında kendi özel amaçları bulunmamaktadır. Fakat yine de üyelerin kararlara katılmalarında ve üyelerin birliğe bağlı oldukları süreler açısından her iki meslek birliğinde farklılıklar görülmektedir.

Asıl üyeliğin elde edilmesi bakımından ASCAP`de düşük olan ölçütler yerine getirildiğinde üyelik hemen gerçekleşirken; GEMA`da ise asıl üyelik oldukça geç elde edilmektedir. Aynı zamanda seçme hakkının alınabilmesi ancak asıl üyeliğin elde edilmiş olması ile mümkündür. Bu da daha az sayıdaki üyenin karar alma sürecine katılması sonucunu doğurmaktadır. GEMA'daki böyle bir durum, üyelerin karar alma sürecini etkilemeleri ile pazar payları arasında dengesizliği ortaya çıkarmaktadır.

ASCAP`de üyeler, genel kurulda ticarî başarılarına uygun olarak daha yüksek bir oranda oy sayısına sahip olurken; GEMA`da ise her asıl üyenin elde ettiği gelirden bağımsız genel kurulda sadece tek bir oyu bulunmaktadır. Bundan dolayı üye ticarî bakımından ne kadar başarılı olursa olsun, karar verme sürecini

etkilenmesi oldukça düşüktür. İki uc noktada bulunan sistemlerin özelliklerinin birleştirildiği yeni bir sistem de tercih edilebilir. Bu durumda bir tarafta ASCAP'de olduğu gibi hak sahibinin gelirlerini göz önünde bulundurarak oy ağırlığını tespit etmek; diğer taraftan da bir denge de oluşturmak gerekiyor. Böylece meslek birliklerine kültürel bir sorumluluk yüklemek gerekli ve gelir durumu iyi olan hak sahiplerinin kendi etkilerini geliri düşük hak sahiplerinin aleyhine kullanmaları da engellenmiş olmalıdır.

Yetkilendirme sözleşmesi ile GEMA'ya bağlılık süresi uzunluğu sebebiyle sürekli eleştirilmektedir. Ayrıca GEMA'nın müzik eserleri hakkının değerlendirilmesinde uygulamada tekel olmasından dolayı olumsuzluklar (dezavantajlarda) da görülebilmektedir.

BMI'yi daha farklı değerlendirmek gerekir. BMI çatısı altında -Avrupa meslek birlikleri anlayışına yabancı olarak- telif hakları sahipleri değil, kullanıcı endüstrisi birleşmiştir. BMI, iktisadî gücünden dolayı yeterince besteci ve söz yazarını kendisine bağlayabilmektedir. Bununla beraber bu kişiler, bu birliğin menfaatleri hakkında hiç bir şekilde etki sahibi değildirler. BMI altında birleşmenin amacı telif haklarına ilişkin meslek birliklerinin tekeli kırarak ve kendi radyo sanayisi için yeterli repertuar oluşturmaktır.

SESAC ise Almanya ve Avrupa'daki meslek birliklerinden, öncelikle kazanç elde etme amacının bulunması, hesap ve masraflardaki yetersiz şeffaflık ve üyelerinin seçici bir şekilde kabulü bakımından farklılık göstermektedir.

Türk hukukunda öncelikle meslek birliklerinin dernek olarak kabul edilip edilmeyeceği konusunda tartışmalar bulunmaktadır. Bunun sebebi ise, FSEK m. 42/5'de Dernekler Kanununun bir çok hükmünün meslek birlikleri ile federasyon için uygulanacağını belirtmiş olmasıdır. Meslek birliklerinin öncelikli amacı üyelerin malî haklarının takibini yaparak bunları değerlendirmek, idarî masrafları düşükten sonra kalan gelirleri yine üyelerine dağıtmaktır. Bu açıdan bakıldığında dernek olarak kabulü mümkün değildir. Zira Dernekler Kanunu 2. maddeye göre dernek, kazanç paylaşma dışında, kanunlarla yasaklanmamış belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere, oluşturulmuş tüzel kişiliğe sahip kişi topluluklarıdır. Ayrıca derneklerin kurulması ve denetimi İçişleri Bakanlığı teşkilatı bünyesinde olurken, meslek birlikleri Kültür ve Turizm Bakanlığında izin alınarak kurulmakta ve denetim de yine bu bakanlık tarafından yapılmaktadır. Bundan dolayı meslek birliklerini, hak sahibi meslek birliklerini kendi adına kâr amacı gütmeyen ama üyeleri adına ticarî amaç güden nev'i şahsına münhasır (sui generis) özel hukuk tüzel kişisi olarak kabul edilmesi gerekir.

Türk hukukunda getirilen sistemin, yani aynı alanda birden çok meslek birliği kurulması uygulamada çok büyük sorunlara yol açtığı her kesimce kabul edilmektedir. Özellikle müzik eserlerini işyerlerinde kullanan işadamları tarafından muhatabın çokluğu nedeniyle eleştirilmektedir. Çünkü aynı alanda birden fazla meslek birliği bulunması ve henüz sistemin tam olarak işlememesi sebebiyle hangi eserin ve hangi sanatçının hangi meslek birliğine üye olduğunun tespiti amacıyla kullanılabilir bir veritabanlarının oluşturulmamış olmasının karmaşaya neden olduğu ileri sürülmüştü. Şu an veri tabanları oluşturulmuş olmakla birlikte ve internet üzerinden bunlara ulaşılma imkanı bulunmasına rağmen bu sistemin çok işlerlik kazanacağı konusunda büyük bir şüphe mevcuttur. Zira çok tercih edilen sanatçıların farklı meslek birliklerine üye olmaları ve aranılan müzik eserlerinin de farklı meslek birliklerinin repertuarında olması nedeniyle kullanıcı açısından ABD'deki gibi birden fazla muhatapla sözleşme yapma zorunluluğu bulunmaktadır. Bu zorunluluk aynı zamanda her bir meslek birliğine ayrı ayrı ödeme yükümlülüğü getirmektedir ki, bu da kullanıcılar açısından kabul edilebilir sınırın üzerindedir. Ayrıca da bağlantılı hak sahiplerinin de meslek birlikleri tek tek lisans verdikleri ve ücret talep ettikleri için, durum ABD'deki sistemden de karışık oluyor ve müziğin meslek birlikleri tarafından değerlendirilmesi bir karmaşaya dönüşüyor.

Kurumsal düzenleniş açısından Türkiye'deki müzik eser sahiplerinin meslek birlikleri Almanya'daki GEMA'ya benzemektedir. ABD'deki rekabetçi sisteme nazaran Alman hukukunda eser sahibinin bir taraftan müzik eserleri üzerindeki malî haklarını koruyabilmek için GEMA'ya üye olmak zorunda olması, diğer taraftan da kendisine GEMA'nın yetkilendirme sözleşmesi üzerinde etkide bulunabilmek için çok az imkan tanınıyor olması eleştirilen konularından biridir. Böylelikle eser sahibi yalnızca görece sabit şartlara sahip telif haklarını yetkilendirme sözleşmesini kabul etmek zorunda kalmamakta, aynı zamanda ücretlendirme sistemi, dağıtım esasları ve kullanım usulleri bakımından da pasif kalmaktadır. Türkiye'de de meslek birlikleri üyeleri açısından da sistem aynı şekilde işlediğinden benzer eleştirileri Türk hukuku için de getirmek mümkündür.

3. Rekabet Hukuku Açısından Meslek Birlikleri

ABD'de rekabet hukukundaki davalar meslek birlikleri üzerinde belirleyici bir rol oynamıştır. Bu sayede meslek birliklerinin rekabet ettiği bir ortam ve “*consent decrees*” (*davanın sulh olması, yani tarafların mahkeme önünde davayı bir anlaşmayla bitirmeleri*) ile meslek birliklerinin uygulamalarını

ağırlıklı olarak yasaklarla ve yükümlülüklerle sınırlandırıldığı sistem ortaya çıkmıştır.

Buna karşılık Alman ve AB sisteminde ABD hukukundaki gibi rekabet hukukunun sistemi düzenleyici önemli bir etkisi söz konusu olmamıştır. ATM meslek birliklerinin kuruluşunu ve varlığını hukuka uygun bulmakla birlikte yine de, meslek birliklerinin faaliyetleri ile ilgili olarak AB Komisyonu ve ATM birçok kere müdahalelerde bulunmuşlardır. Bundan dolayı 2001 yılı sonlarından itibaren AB Komisyonu'nun bilinçli olarak bir politika değişikliğine gittiği de gözlenmektedir. Özellikle piyasaya girişin sadece bir sistemin uygulanması yoluyla mümkün olduğu ve bu şekilde de hak sahiplerine çok büyük avantajların sağlandığı hallerde, bu durumun AB'nin rekabet kuralları ile ne denli örtüştüğü konusu tartışılmaktadır. Meslek birliklerinin güçlü pozisyonlarının önüne geçilmesi, piyasa hâkimiyetlerinin kırılması ve ATA'daki rekabet kurallarının ağırlıklı olarak uygulanması gerektiği görüşü AB Komisyonu tarafından benimsenmiştir. Bu amaçla Birlik üyesi ülkelerde her bir meslek birliğinin sadece kendi ülkesinde değil, tüm birlik sınırları dahilinde lisans verme yetkisi olması gerektiği ifade edilmektedir. Böylece kullanıcıya Birlik lisans başvurusunda bulunacağı üye ülkeyi seçme konusunda seçenek sunulmuş olacaktır. Bu önlemlerin neticesi olarak meslek birlikleri arasındaki rekabetin teşvik edilmesi, yapay pazar paylaşımının ve ulusal meslek birliklerinin tekel konumlarının ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır.

Türk hukukunda meslek birliklerinin mevcut sistemi ve uygulamaları 4 kere Rekabet Kurulu'nun önüne gelmiştir. Rekabet Kurulu bu kararlarında mevcut sistemi ve işleyişi rekabet aykırı bir durum olarak değerlendirmemiştir. Ancak Rekabet Kurulu'nun son kararında meslek birlikleri arasındaki Protokol'de kararlaştırılan indirim sisteminin, RekabetK m. 6/2/b)'de yasaklanan, "eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık" yapılması eylemine dönüştürülmemesi gerektiği konusunda açıkça bir uyarıya yer verilmiştir. Zira aksi durum RekabetK kapsamında bir ihlâl teşkil edecektir. Ancak Rekabet Kurulu burada yanlış anlamaya sebebiyet vermemek için, verilecek olan menfi tespit belgesinin tarifeye onay verildiği anlamını taşımayacağı konusunda da haklı olarak dikkat çekmiştir.

4. Malî Hakların Değerlendirilmesi, Lisanslama ve Tarife Düzenleme

Malî hakların değerlendirilmesi, lisans verme ve tarif düzenleme konusunda meslek birliklerin yapısı ve yetkileri açısından Alman hukukundaki GEMA ile Türk hukukunda düzenlenen meslek birlikleri büyük bir benzerlik arz etmektedir. Özellikle meslek birliklerinin yedimlilik görevi üstlenmesi, aktif dava ehliyeti gibi konularda esas itibariyle benzerlik arz etmektedir. Ancak özellikle tarife düzenleme, tahsil ve denetim ile özellikle elde edilen gelirlerin dağıtımını konusunda uygulama açısından ayrıntılarda farklılıklar bulunmaktadır. GEMA'nın uzun bir geçmişine dayanan yerleşmiş uygulamalarına nazaran Türkiye'de ilgili tarafların çoğunluğunca sistem henüz kabul edilebilir olarak dahi görülmemektedir. ABD'deki rekabetçi ortam maalesef uygulamada kullanıcılar yararına olmamaktadır. Zira kullanıcıların hukukî bir sorun yaşamamak için her üç meslek birliği ile de sözleşme yapmak zorunda kaldığı görülmektedir. Bu da ödenen ücretlerin daha yüksek, yani hizmetin daha pahalı bir şekilde elde edilmesine sebep olmaktadır.

Tarife tespitindeki uyuşmazlıklarında mevzuatta ayrıntılı düzenlemeler yapılmakla Türkiye'de sorun çözülmüş olmamaktadır. Bu çözümsüzlükte, getirilen müesselerin kararlarının bağlayıcı olmaması etkili olmaktadır. Ayrıca neticede yine mahkeme yoluna gitme zorunda kalınması hem zaman ve hem emek kaybına yol açmaktadır.

Elde edilen gelirlerin üyeler arasında dağıtımını konusunda Dünya'da henüz hakkaniyete uygun tam bir hesaplama sistemi bulunmamaktadır. ABD tahmini hesaplama yanında tekniğin en son imkanlarının verdiği araçlarla yapılan hesaplamalarda da herşeyin tam olarak hesabının yapılması mümkün görünmemektedir. Almanya'da GEMA'da birden fazla ölçüler yardımıyla en iyi bir şekilde tahmini bir hesaplama yapmaktadır. Türkiye'de eser kullanım bildirimlerin özel sektöre getirdiği maliyet yüzünden bu bildirimlerin istisnaî durumlar dışında yapılmadığı bilinmektedir. Bu durumda meslek birlikleri elde ettikleri gelirleri kendi belirledikleri oranlarda dağıtmaktadırlar. Ancak bu birliklerin dağıtım konusunda yeterince şeffaf olmadıkları görülmektedir. Zira kendi internet sayfalarında önceki dönemlere ait elde edilen gelirlerin toplamı, bunların hangi miktarda nerelere sarf edildiği ve üyelerin ne kadar gelir elde ettikleri açıklanmamaktadır.

B. Öneriler

Müzik alanında faaliyet gösteren meslek birliklerinin sayısının kolay bir şekilde mevcut şartlar altında bire indirilmesi mümkün değildir. Gerçi çok kısa bir süre önce yapılan genel kurullarında MESAM ve MSG birleşme sürecini başlattılar ve bunu da 2006 yılı sonuna kadar da tamamlama yönde prensip kararı aldıklarını duyurmalarına rağmen bu sürecin sonunda gerçekten bir birlik çıkacağı ve bunun da nasıl bir şekil alacağı henüz netleşmiş değildir. Ayrıca müzikle ilgili diğer alanlardaki meslek birlikleri ile Almanya'daki tek bir muhatap olma Türkiye için ancak yasal düzenlemelerle getirilebilir düşüncesindeyiz. Ancak bu da her alanda federasyonların kurulabildiği ve neredeyse olması gereken meslek birliği sayısı kadar bir de federasyonların kurulacağı bir sistemle mümkün değildir.

Özellikle AB'de yeni bir gelişme olan "one-stop-shop" olarak adlandırılan ve sınır aşan bir şekilde müzik arzı başlamıştır. Bundan dolayı düşüncemize göre, müzik alanında faaliyet gösteren meslek birliklerinin hepsi için hem lisans verme hem de tahsil için yeni ortak bir birlik aracılığı ile gerçekleştirilmesi elzemdir. Böylece sıkça ortaya çıkan, kullanılan müzik için ücret talep eden meslek birliğinin gerçekte yetkili olan meslek birliği olup olmadığı konusunda kullanıcılar nezdinde doğan tereddütlerin de önüne geçilmiş olacaktır.

Tarifelerin ölçülülüğü daha iyi bir yolla garanti altına alınması gerekir. Bu konuda Türk kanun koyucusu tarafından FSEK m. 42/A'da temel esaslar düzenlenmiştir. Özellikle Türkiye'deki çeşitli bölgelerdeki ekonomik gelişmişlik ve toplumsal şartlar dikkate alınmak zorundadır. Buna daha fazla ağırlık verilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Bu konuda daha somut bir yasal düzenleme yapılarak sistemin işlemesine daha fazla yardımcı olunabilir.

Meslek birlikleri ile kullanıcılar arasındaki tarife uyumsuzluklarındaki mevcut hukukî sistemdeki çözüm usulü Almanya'daki sisteme benzerlik göstermekle birlikte Türkiye'de genel olarak sistemi yavaşlattıran ve etkinliğini kaybettiren bir unsur olarak kabul edilmektedir. Burda hızlı ve kesin olacak uygulanabilir bir çözümün getirilmesi gerekmektedir.

Masrafların azaltılması için meslek birlikleri –bazen kendi alanlarını da aşarak– ortak çalışmaları ve burdan doğacak sinerji etkisini kullanmaları gerekmektedir.

Böyle bir ortaklık, sadece lisans verilmesinde ve tahsilatta değil, denetim alanında da olmalıdır.

Hak sahibi açısından üyesi olduğu meslek birliğinin nasıl bir idarî masrafla çalıştığını bilemediği durumlarda bu birliğin etkin olarak çalışmalar yürütüp yürütemeyeceği açık olmayacaktır. Bundan dolayı da lisans ücreti ile meslek birlikleri için idarî harçlar ayrı ayrı olarak gösterilen şeffaf bir sistemin meslek birliklerinde benimsenmesi gereklidir.

Müzik alanında meslek birliklerinin gelir kaynakları geniş bir alana yayılmalıdır. Böylece gerçekten bütün ticarî kullanıcıların ücret ödemeleri garanti altına alınmış olur. Burada büyük bir potansiyel bulunmaktadır. Almanya ve ABD sisteminin karşılaştırması da göstermiştir ki, denetim ve tahsil sisteminin titizlikle ve etkin bir şekilde uygulanması halinde yüksek bir gelir elde edilmektedir.

Teknik imkanların her zaman daha iyiye gittiği günümüzde artık alt bölümler arzı olduğu gerçeği, meslek birliklerini de alt bölüm lisansları arzına götürmektedir. Bu yüzden ilk etapta kullanılan hakların yeni teknik imkanlarla kontrollü mümkün olan durumlarda alt bölümler için götürü lisans alınması ve böylece daha az ücret ödenmesi sağlanması gerekli.

Önerilerin uygulanabilmesi için öncelikle müzik alanında faaliyette bulunan meslek birlikleri ilk adımda ortaklaşa olarak lisans verme, tahsil ve denetim yapan bir birlik kurmaları gerekmektedir. Elde edilen gelirlerin dağıtım esasları üyeler tarafından belirlenmelidir. Bu dağıtım da herbir meslek birliğinin üye sayısı dikkate alınarak yapılmalıdır.

İşleyen bir sisteme sahip olunduğu takdirde meslek birlikleri, hakların değerlendirmesini daha az masrafla yapabileceklerinden ve etkili bir şekilde ücret taleplerini gerçekleştirerek gelirlerini yükselteceklerinden kullanıcılara da daha uygun tarifeler sunabileceklerdir. Tek bir muhatabın olması kullanıcılar açısından hukukî güvenliği ortaya çıkaracaktır. Ayrıca kullanıcılar bu tek muhataba ödeme yapacaklarından şimdiye kadar gerçekleşen ve birden çok meslek birliğine ödenmek zorunda kaldığından yüksek olan toplam ödemeye nazaran bu ödeme daha az olacaktır. Hakların değerlendirilmesinde eser paketleri arzı yolu geniş bir alanda yaygın bir şekilde ücret taleplerinin elde edilmesi ve böylece ücret yükünün paylaştırılmış olması ile daha fazla hakkaniyet sağlanmış olacaktır.

Türkiye'de tarife düzenlemenin zorluğu da dikkate alınarak kanun koyucu, meslek birlikleri için tarife düzenlemelerinin çerçevesini açık ve ayrıntılı bir şekilde belirlemelidir. FSEK m. 42/A/3'deki hüküm yeterli değildir. Tarifelerin tespitinde herşeyden önce radyo ve televizyon ile internet radyo ve streaming, eserleri internet üzerinden indirme imkanı tanıyan internet sunucusu ve içlerinde umuma açık olarak müzik yayını yapılan otel, diskotek ve bar gibi diğer kuruluşlar arasında bir ayırım yapılmalıdır. Örneğin, internet sunucusu için indirimlerde indirilen eser başına sabit bir ücret dikkate alınabileceği halde, internet radyo, streaming, radyo-televizyonlarda ise bu kuruluşların reklam gelirinin dikkate alınarak belirlenen bir oran üzerinden ücret alınmalıdır. Ancak işletmelerin gelirleriyle orantılı olmayan ve önceden tespit edilmiş meslek birliklerinin asgarî ücret tarifeleri kaldırılmalıdır.

Diğer işletmeler aracılığı ile umuma tekrar iletim halinde bu işletmelerin büyüklüğü ile orantılı olarak bir tarife belirlenmelidir. Türkiye gibi büyük ve iktisadî kalkınmışlıkları çok farklı bölgelerden oluşan bir ülke için birden fazla alt bölgelere göre bir ayırım yapılması daha uygundur. Gelişmiş bölgelere nazaran daha az gelişmiş bölgelerden de daha az ücret talep edilmelidir. Türk ticaret hukukunda geçerli olan esnaf ve ticarî işletme ayırımı esas alınarak esnaf işletmelerinin ücretlendirmeden muaf tutulması yolu benimsenmelidir.

İlk kez tarife anlaşması yapmak isteyen ancak meslek birliği ile bu konuda anlaşamayan kullanıcıların durumu kanunda açıkça düzenlenmelidir. Böyle bir düzenleme ile meslek birliği tarafından belirlenen tarifenin belli bir oranı kullanıcı tarafından ödendiği takdirde mahkeme veya uzlaşma yolu gibi yolların benimsendiği durumlarda bu süreçlerin tamamlanmasını beklemeden repertuarın kullanıcı tarafından kullanılmasına izin verilmelidir.

FSEK m. 44/3'de benzer şekilde elde edilen gelirlerin dağıtımı konusunda 2004 yılında yapılan değişiklikle şu hüküm getirilmiştir:

“Bu hesapta kalan miktarlar fikri mülkiyet sisteminin güçlendirilmesi ile kültürel ve sanatsal faaliyetlerin yürütülmesi amacıyla kullanılır. Bu hesapta kalan miktarın dağıtımı ve kullanımına ilişkin usul ve esaslar Kültür ve Turizm Bakanlığınca çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir. Yurt içindeki ve yurt dışındaki kültür mirasının korunmasına yönelik faaliyetler için Bakanlık bütçesine gerekli ödenek konulur.

Ancak Bakanlıkça bu amaçla bir yönetmeliğin çıkarılmadığı görülmektedir.

Bu eksikliğin bir an önce giderilmesi ve elde edilen gelirlerin kanun metnine uygun olarak kullanılmasına derhal başlanmalıdır. Böyle bir durumda sosyal ve kültürel yararlar açısından bir denge kurularak, öncelikle fikrî mülkiyet hukuku özellikle de korsanla mücadele konusunda toplumsal bilinçlendirmenin ve bilgilendirilmesinin sağlanmasına yönelik faaliyetlere destek verilmelidir. Bununla birlikte yurt içinde ve dışında Türk kültür ve sanatını tanıtıcı çalışmalar yapılmalıdır. Ayrıca popüler müzik dışında kalan sanatsal müzik ve eserlerin ortaya çıkmasına yönelik teşvikler uygulanmalıdır. Bunun yanında bu gelirlerin kullanılmasında eser sahibinin ve icracı sanatçıların sosyal yararları da gözönünde tutulmalıdır. Bu uygulamaların planlanmasında Bakanlığın meslek birlikleri ile ortak çalışmalar yürütmesi esası benimsenmelidir.

Netice itibariyle telif hukukunda eser sahipleri, bağlantılı hak sahipleri, meslek birlikleri ve kullanıcıların arasında menfaat çatışması değil, bilâkis menfaat paralelliği olduğu unutulmamalıdır. Ekonomik gelişmeye paralel olarak gelirler arttığında bundan herkes de yararlanacaktır. Tarafların konuya yaklaşımı, öncelikle muhatabını destekleme ve koruma amaçlı olmalıdır. Aksi durumun kendi sonunu da getireceği unutulmamalıdır.

KAYNAKLAR:

- AKKAYAN YILDIRIM, Ayça: 4630 Sayılı Kanun Değişikliği ve Gelişmeler Işığında 'Sinema Eserleri' ve 'Sinema Eserleri Sahipliği', Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001, s. 1-45.
- ARKAN, Azra: Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar, İstanbul 2005
- ARSLANLI, Halil: Fikri Hukuk Dersleri II, İstanbul 1954
- ASLAN, Adem: Türk ve AB Hukukunda Fikri Mülkiyet Haklarının Tükenmesi, İstanbul 2004
- ATEŞ, Mustafa: Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, Ankara 2003
- AYİTER, Nuşin: Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, 2. Bası, Ankara 1981
- BARAL, Gerhard/STARK, Doris: Goldesel für die GEMA?, Essen 1992
- BEŞİROĞLU, Akın: Düşünce Ürünleri Üzerindeki Haklar - Fikir Hukuku, C. I: Temel Kurallar, 3. B., Ankara 2004
- DAVIES, Gillian: The Public Interest in Collective Administration of Rights, Copyright 1989, S. 81-89 (kıs.: Public Interest)
- DIETZ, Adolf: Das Urheberrecht in der Europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden 1978
- DITTRICH, Robert: Der Kontrahierungszwang von Verwertungsgesellschaften, Wien 1992
- DREIER, Thomas/SCHULZE, Gernot: Urheberrechtsgesetz, 2. Bası, München 2006
- EREL, Şafak N.: Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 2. Bası, Ankara 1998
- EREL, Şafak N.: Fikri Hukuk Açısından Müzik Klipleri, FMR 2006/2, s. 55 vd.
- FROMM, Friedrich Karl/NORDEMANN, Wilhelm: Urheberrecht, Kommentar, 9. Auflage (zit.: FROMM/NORDEMANN/Bearbeiter)
- GENÇ, Arzu: Sinema ve Müzik Eserleri Açısından 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile 3257 Sayılı Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunu'nun Karşılaştırılması, Bilgi Toplumunda Hukuk, Prof. Dr. Ünal Tekinalp'e Armağan, C. II, İstanbul 2003, s. 249-288
- GENÇ ARIDEMİR, Arzu: Türk Hukukunda Eser Sahibinin Çoğaltma ve Yayma Hakları, İstanbul 2003

- GOLDMANN, Bettina C.: Die kollektive Wahrnehmung musikalischer Rechte in den USA und Deutschland, München 2001
- GÖKYAYLA, K. Emre: Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi, 2. Bası, Ankara 2001
- HANDIG, Christian, Das neue österreichische Verwertungsgesellschaftsgesetz, GRUR Int. 2006, 365-373
- HAEDICKE, Maximilian: Die Gewinnhaftung des Patentverletzers, GRUR 2005, 529-535
- HAERTEL, Kurt: Verwertungsgesellschaften und Verwertungsgesellschaftengesetz, UFITA Band 50 (1967), S. 7-12 (kıs.: Verwertungsgesellschaften)
- HAFT, Klaus/DONLE, Christian/EHLERS, Jochen/NACK, Ralph: Internationale Vereinigung für den Schutz des geistigen Eigentums (AIPPI) – Bericht der Deutschen Landesgruppe für die Sitzung des Geschäftsführenden Ausschusses der AIPPI vom 25. bis 29. September 2005 in Berlin – Strafschadensersatz als strittige Frage der Rechte des geistigen Eigentums, GRUR Int. 2005, 403-407 (kıs.: Strafschadensersatz als stritte Frage)
- HÄUSSER, Erich: Praxis und Probleme der Aufsicht über Verwertungsgesellschaften, FuR 1980, Nr. 2, S.57-71
- HÄUSSER, Erich: Aufsicht über Verwertungsgesellschaften und Vereinsautonomie, in: HERSCHEL/HUBMANN/REHBINDER(Hrsg.), Festschrift für Georg Roeber zum 10. Dezember 1981, Freiburg 1982, S. 1113-130 (kıs.: FS für Roeber)
- HILTY, Reto M.: Vergütungssystem und Schrankenregelungen an den Gesetzgeber, GRUR 2005, 819-828 (kıs.: Vergütungssystem)
- HUBMANN, Heinrich: Das Verwertungsgesellschaftengesetz und die Berner Übereinkunft, UFITA Band 48 (1966), S. 22-45
- KATZENBERGER, Paul/PUTTFARKEN, Hans-Jürgen/SCHRICKER, Gerhard/SCHULZE, Erich/SCHULZE: Marcel (Hrsg.): Quellen des Urheberrechts, München, 55. Lieferung Nov. 2004, Deutschland/V/2/A
- KREILE, Reinhold: Einnahmen und Verteilung der gesetzlichen Geräte- und Leerkassettenvergütung in Deutschland, GRUR Int. 1992, S. 24-36 (kıs.: Einnahme und Vergütung)

- KREILE, Reinhold: Zum Weißbuch der Bundesvereinigung der Musikveranstalter e.V. zum Urheberrecht vom 14. November 1996 – Scheiben des Vorstands und Generaldirektors der GEMA vom 26. Mai 1997 an den Rechtsausschuß des Deutschen Bundestags samt Anlage, UFITA Band 134 (1997), S. 317-320 (kıs.: Antwort auf Weißbuch der Musikveranstalter)
- KREILE, Reinhold (Hrsg.): GEMA JAHRBUCH 2005/2006, 15. Jahrgang, Berlin 2005
- KREILE, Reinhold/BECKER, Jürgen: Muldimedia und die Praxis der Lizenzierung von Urheberrechten, GRUR Int. 1996, S. 677 – 692 (kıs.: Lizenzierung von Urheberrechten)
- KREILE, Reinhold/BECKER, Jürgen/RIESENHUBER, Karl (Hrsg.): Recht und Praxis der GEMA, Handbuch und Kommentar, München 2005 (kıs.: Autor, GEMA-Kommentar)
- LEHMANN, Michael: Präventive Schadensersatzansprüche bei Verletzungen des geistigen und gewerblichen Eigentums, GRUR Int. 2004, 762-765
- LOEWENHEIM, Ulrich: Handbuch des Urheberrechts, München 2003 (zit.: Loewenheim/Bearbeiter)
- MAASS, Günther: Der Kontrollzuschlag der GEMA bei unberechtigter Musikwiedergabe und seine Erweiterungsfähigkeit, Pfaffenweiler 1986
- MAUHS, Angela: Der Wahrnehmungsvertrag, Baden-Baden 1991
- MELICHAR, Ferdinand: Die Wahrnehmung von Urheberrechten durch Verwertungsgesellschaften, München 1983
- MENTHA Bénigne: Verwertungsgesellschaften und die Berner Übereinkunft, UFITA Band 45 (1965), S. 61-68
- MENZEL, Hans-Jürgen: Die Aufsicht über die GEMA durch das Deutsche Patentamt, Heidelberg 1986 (kıs.: Die Aufsicht über die GEMA)
- MEMİŞ, Tekin: Fikrî Hukuku Bakımından İnternet ortamında Müzik Sunumu, Ankara 2002
- MESTMÄCKER, Ernst-Joachim/SCHULZE, Erich: Kommentar zum deutschen Urheberrecht, Kommentar, Neuwied; Kriftel; Berlin 1996
- MISIR, Mustafa Bayram: Fikrî Hakların Korunmasında Meslek Birliklerin Yeri, FMR 2002/4, s. 15 vd.
- MÖHRING, Philip: Der Regierungsentwurf eines Gesetzes über Verwertungsgesellschaften auf dem Gebiet des Urheberrechts, UFITA Band 36 (1962), s. 407-427

- NAL, Temel: Probleme des türkischen Urheberrechts aus der Sicht des deutschen und europäischen Rechts, München 2000
- NAL, Temel: Das türkische Urheberrecht – Grundlagen und gegenwärtiger Entwicklungsstand, GRUR Int. 2000, s. 1-28
- NAL, Temel: Developments in Turkish Copyright Law, IIC 2001, s. 795-824
- NIPPERDEY, Hans Carl: Marktbeherrschende Unternehmen beim musikalischen Urheberrecht?, NJW 1953, S. 881-884 (kıs.: Marktbeherrschende Unternehmen)
- NORDEMANN, Wilhelm: Der Begriff der “angemessenen Bedingungen” in § 6 Abs. 1 Wahrnehmungsgesetz, GRUR Int. 1973, S. 306-310 (kıs.: angemessene Bedingungen)
- PALANDT, Otto (Hrsg.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 65. Auflage München 2006 (zit.: Palandt/Bearbeiter)
- PLUGGE, Walther/ROEBER, Georg: Das musikalische Tantiemerecht in Deutschland, Berlin 1930
- PINAR, Hamdi: Uluslararası Rekabette Fikrî Mülkiyet Haklarının Önemi ve Türkiye, İstanbul 2004
- REHBINDER, Manfred: Mängel der Staatsaufsicht über die deutschen Verwertungsgesellschaften, DVBl 1992, S. 216-222
- REINBOTHE, Jörg: Rechtliche Perspektiven für Verwertungsgesellschaften im Europäischen Binnenmarkt, ZUM 2003, S. 27-33 (kıs.: Rechtliche Perspektiven)
- REINBOTHE, Jörg: Die kollektive Wahrnehmung von Rechten in der Europäischen Gemeinschaft, in: GANEA, Peter/HEATH, Christopher/SCHRICKER, Gerhard (Hrsg.), Urheberrecht – Gestern – Heute – Morgen, Festschrift für Adolf Dietz zum 65. Geburtstag, München 2001, 517-531 (kıs.: FS Dietz)
- RIESENHUBER Karl: Die Auslegung und Kontrolle des Wahrnehmungsvertrages, Berlin 2004
- RIESENHUBER Karl/ROSENKRANZ, Frank: Das deutsche Wahrnehmungsrecht 1903-1933 – Ein Streifzug durch Rechtsprechung und Literatur, UFITA 2005/II, 467-516.
- RIESENHUBER Karl/v. VOGEL, Alexander: Europäisches Wahrnehmungsrecht – Zur Mitteilung der Kommission über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten im Binnenmarkt, EuZW 2004, 519-523
- ROEBER, Georg: 30 Jahre musikalisches Tantiemerecht in Deutschland, Baden-Baden 1958

- ROSSBACH, Claudia: Die Vergütungsansprüche im deutschen Urheberrecht, Baden-Baden 1990
- ROSSBACH, Claudia/JOOS, Ulrich: Vertragsbeziehungen im Bereich der Musikverwertung unter besonderer Berücksichtigung des Musikverlags und der Tontreherhersteller, in: Beier/Götting/Lehmann/Moufang (Hrsg.): Urhebervertragsrecht, Festgabe für Gerhard Schricker zum 60. Geburtstag, München 1995, S. 333-387 (kısaca: FS für Schricker)
- SCHNEIDER, Albrecht: Musikverlag und Tonträgerproduktion, FuR, Nr. 12, S. 627-636
- SCHRICKER, Gerhardt (Hrsg.): Urheberrecht, Kommentar, 3. Bası (atıf: Schricker/Diğerleri yazar ismi)
- SCHULZE, Erich: Tarife und Gesamtverträge von urheberrechtlichen Verwertungsgesellschaften, GRUR 1989, s. 257-258
- SCHULZE, Gernot: Geschätzte und geschützte Noten – Zur Geschichte der Verwertungsgesellschaften, Weinheim 1995 (kıs.: Geschätzte und geschützte Noten)
- SCHULZE, Gernot: Vergütungssystem und Schrankenregelungen - Neue Herausforderungen an den Gesetzgeber, GRUR 2005, s. 825-837
- SCHULZE, Marcel: Die GEMA-Vermutung in der jüngsten Rechtsprechung des BGH, ZUM 1988, s. 232-233
- SINACORE-GUINN, David: Collective Administration of Copyrights and Neighboring Rights, Boston/Toronto/London 1993 (kıs.: Collective Administration)
- STRITTMATER, Angelika: Tarife vor der urheberrechtlichen Schiedsstelle, Berlin 1994
- SULUK, Cahit: Telif Hakları ve Korsanlıkla Mücadele, İstanbul 2004
- SULUK, Cahit / ORHAN, Ali: Uygulamalı Fikrî Mülkiyet Hukuku, C. II: Genel Esaslar, Fikir ve Sanat Eserleri, İstanbul 2005
- TEKİNALP, Ünal: Fikrî Mülkiyet Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2005
- TILMANN, Winfried: Gewinnherausgabe im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht – Folgerungen aus der Entscheidung “Gemeinkostenanteil”, GRUR 2003, 647-653
- TROLLER, Alois: Eingriffe des Staates in die Verwaltung und Verwertung von urheberrechtlichen Befugnissen, Berlin und Frankfurt 1960

- TÜRKEKUL, Erdem / TURHAN, Murat / GÜÇLÜ, M. Fatih: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu – İlgili Temel Bilgiler, Ankara 2004
- UTKU, Doruk: Avrupa Birliği Hukukunda Telif Hakları Meslek Birliği, FMR 2006/2, s. 47 vd.s
- ÜSTÜN, Gürsel: Fikri Hukukta İşleme Eserler, İstanbul 2001
- VENTRONI, Stefan: Die Verwertungsgesellschaften als Ansprechpartner für den Erwerb von digitalen Rechten, in: Schwarz, Recht im Internet, Augsburg, Stand 9. Ergänzungslieferung Februar 1999, Ziff. 3-2.3, S. 13-31
- VOGEL, Martin: Wahrnehmungsrecht und Verwertungsgesellschaften in der Bundesrepublik Deutschland, GRUR 1993, S. 513-531 (kıs.: Wahrnehmungsrecht und Verwertungsgesellschaften)
- WANDTKE, Arthur-Axel/BULLINGER, Winfried (Hrsg.), Praxiskommentar zum Urheberrecht, 1. Bası München 2002, Ärgenzungsband 2003, 2. Bası 2006 (zit.: Wandtke/Bullinger/Bearbeiter)
- WÜNSCHMANN, Christoph: Clearingstelle für Multimedia-Produkte und europäisches Wettbewerbsrecht, ZUM 2000, 572- 580
- YILDIZ, Burçak: Eser Sahibinin Yayma Hakkının Tükenmesi, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003, s. 579-616 (kıs.: Tükenme)
- YILDIZ, Burçak: Exhaustion and parallel importation of copyright goods under Turkish law, Journal of Intellectual Property Law & Practice (JIPL), Vol. 1, No. 8, s. 550-552

DİĞER:

TELİF HAKLARI ZİRVESİ 2005: Radyo – Televizyon Yayınlarında ve Kamuya Açık Alanlarda Eserlerden Yararlanma ve Telif Hakları Zirvesi, Ankara 2005 (Bu kitap katılımcıların sunduğu çok sayıdaki tebliğlerden oluşmaktadır. Her bir alt tebliği başlığı yerine dipnotta “Telif Hakları Zirvesi 2005/*Yazar*,” kısaltması kullanılarak bu kitaba ve ilgili yazarların tebliğlerine atıf yapılmıştır.)

İTO YAYINLARI (2006)

- 2006-1 Avrupa Birliği Rehberi
- 2006-2 AB Mesleki Eğitim Programı Leonardo da Vinci İçin Proje Hazırlama Teknikleri
- 2006-3 Elektronik Ticaret Rehberi
- 2006-4 İstanbul Ticaret Odası İş Rehberi 2005/2006
- 2006-5 Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelerde Elektronik Tedarik Sistemleri ve Avantajları
- 2006-6 Gelişmiş Ülkelerde İthalatın ve Dış Rekabetin Kontrolü
- 2006-7 İşletmelerin Tüketici Odaklı Marka Stratejisi
- 2006-8 Fiyat İndeksleri
- 2006-9 Sınai Mülkiyet Hakları ve Ekonomik Değerleri
- 2006-11 Kırmızı Et Sanayi Sorunları ve Çözüm Önerileri
- 2006-12 Organik Tarım Analizi ve AB Pazarı Fırsatı
- 2006-14 Türkiye Lojistik Sektörü Altyapı Analizi
- 2006-15 2813 Sayılı Telsiz Kanunun'da Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ve Uygulamaları
- 2006-16 Türk Yan Sanayi Borsası Üye Profili Araştırması
- 2006-17 Vergi Rehberi
- 2006-18 Yurtdışı Fuarlar Rehberi 2006
- 2006-19 Vadeli İşlemler ve Opsiyon Borsaları
- 2006-20 Ekonomik Göstergeler
- 2006-22 Motorlu Taşıtlar Dağıtım ve Servis Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti
- 2006-23 Katı Atıkların Ekonomide Değerlendirilmesi
- 2006-24 Uluslararası Pazarlarda Türk Gıda Sektörünün Rekabet Gücü ve İhracatta Aranılan Kriterler/ Karşılaşılan Engeller
- 2006-25 Yeniden Yapılanmanın Eşğinde Sosyal Güvenlik Reformu
- 2006-26 Unlu Mamul Üreten ve Satan İşyeri Mevzuatı ve Avrupa Birliği Uyum Raporu
- 2006-27 Konut Amaçlı Arazi Yatırımlarında Fizibilite ve Pratik Bir Metot Önerisi
- 2006-28 Yemek Hizmet Alım İhalelerinde Yaşanan Sorunlar ve Çözüm Önerileri
- 2006-29 Kuş Gribi, Merdivenaltı Üretim ve Gıda Terörü Gölgesindeki Gıda Sektörü ve Beklentileri
- 2006-30 5084 Sayılı Kanun ve Teşvik Uygulama Rehberi
- 2006-31 Türkiye'de Yazılım Endüstrisinin Yapısı ve Gelişimi
- 2006-32 Sağlıklı Beslenme, Sağlıklı Yaşam
- 2006-33 İskandinav Ülkeleri Otomotiv Yan Sanayi Pazar Araştırması

- 2006-34 Yayıncıların Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile İlgili Sorunları ve Çözüm Önerileri
2006-35 Özel Öğretim Kurumlarının Problemleri ve Çözüm Yolları
2006-36 Türkiye’de Bakliyat Üretimindeki Sorunların Çözümü ve Dışa Bağımlılığı Azaltacak Politikaların Geliştirilmesi (Güncelleştirilmiş 2.bs.)
2006-37 Kağıt Sektörünün Sorunları ve 2006 Yılında Türkiye Ekonomisinin Beklentileri
2006-38 Başarılı İhracatçılar 2005
2006-39 Bitki Sağlığı Önlemlerine Yönelik Ahşap Ambalaj Malzemelerinin İşaretlenmesi
2006-40 2005 Yılı İstanbul Küçük Sanayi Kapasite Araştırması
2006-42 Rakamlarla Türkiye Ekonomisi
2006-44 Otomotiv Sektör Raporu,2006

İTO YAYINLARI (2007)

- 2007-1 Sigortacılık Yasa Tasarısının Getirdikleri
2007-10 Fiyat İndeksleri

Mart 2007 itibariyle



Fikri haklar alanında özel bir yeri bulunan, müzik eserleri üzerindeki telif hakları konusunda hazırlanan bu yayıнымızda, Almanya, ABD ve Türkiye'deki sistemler kıyaslamalı bir şekilde incelenmektedir. Tüm ilgililere yararlı olacağını düşündüğümüz eserde telif hukuku sisteminin temel esasları, meslek birliklerinin yapısı, denetimi, uyumsuzluklarla ilgili çözüm yolları, konunun rekabet hukuku boyutu ve son yıllarda önemi artan dijital hakların yönetimi konuları ele alınmaktadır.