YBS Hukuk, Adana Avukatlık Bürosu Av. Yakup Buğrahan SEVDİ
https://www.ybshukuk.com.tr/yargitay-hukuk-genel-kurulu-2020-483-fsek-68-farazi-sozlesme-hukmun-ilani/

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2020/483 K. | FSEK 68 uyarınca bedel isteminde farazi sözleşme ve hükmün ilanı

Yargıtay, Hukuk Genel Kurulu, Esas No: 2017/71, Karar No: 2020/483, Karar Tarihi: 30.06.2020
Kararın resmi kaynağı

Hukuk Genel Kurulu 2017/71 E. , 2020/483 K.

"İçtihat Metni"MAHKEMESİ :Asliye Hukuk Mahkemesi (Fik. ve Sın. Hak. Huk Mah. Sıfatıyla)

1. Taraflar arasındaki “esere tecavüzün tespiti ve ref’i” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda, Alanya 3. Asliye Hukuk Mahkemesince (Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi Sıfatıyla) verilen davanın kabulüne ilişkin karar, davalı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 11. Hukuk Dairesince yapılan inceleme sonunda bozulmuş, Mahkemece Özel Daire bozma kararına karşı direnilmiştir.

2. Direnme kararı davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

3. Hukuk Genel Kurulunca dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüşüldü:

I. YARGILAMA SÜRECİ

Davacı İstemi:

4. Davacı vekili 03.08.2007 tarihli dava dilekçesinde; müvekkillerinin hak sahibi olduğu ve Burak Kut adlı sanatçının icra ettiği "Sonu Geldi" adlı müzik eserinin izinsiz olarak davalının işlettiği otelde umuma iletildiğinin mahkeme kanalıyla tespit edildiğini, bu eylemin 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun (FSEK) 24, 80 ve 41. maddelerini ihlal ettiğini, müvekkilinin söz konusu eser üzerinde FSEK'in 80/1-b maddesi gereğince hak sahibi olduğunu ileri sürerek fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla davalının tecavüzünün tespitine, tecavüzünün ref'ine ve FSEK'in 68. maddesi gereğince şimdilik 1.000,00TL maddi tazminatın haksız fiil tarihinden itibaren işleyecek reeskont faiziyle birlikte davalıdan tahsiline ve kararın ilanına karar verilmesini talep etmiş, yargılama sırasında maddi tazminat talebini 25.697,25TL olarak ıslah etmiştir.

Davalı Cevabı:

5. Davalı vekili 03.06.2008 tarihli cevap dilekçesinde; müvekkilinin hiçbir dönemde lisansa konu bir müzik eserini işletmede kullanmadığını, aynı konu ile ilgili olarak Alanya 3. Asliye Ceza Mahkemesinin 22.05.2007 tarihli ve 2004/576 E., 2007/498 K. sayılı kararı ile müvekkili şirket yetkilileri hakkında beraat kararı verildiğini savunarak davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

İlk Derece Mahkemesi Kararı:

6. Alanya 3. Asliye Hukuk Mahkemesinin (Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi Sıfatıyla) 23.02.2012 tarihli ve 2007/285 E, 2012/106 K. sayılı kararı ile; davacının dava konusu eser üzerinde mali hakları takip ve tahsil yetkilerinin bulunduğu, davaya konu müzik eseri her ne kadar radyo ile dinletiliyor ise de bu dinletinin teknik vasıtalarla işletmenin tamamında umuma iletildiği, bu şekildeki yayının vasıtalı umuma iletim olduğu ve davalının söz konusu eyleminin davacının mali haklarını ihlal ettiği, davacı meslek birliğinin tarifesi gözetilerek FSEK'in 68. maddesi gereğince üç kat tazminatın 25.697,25TL olarak tespit edildiği gerekçesiyle davanın kabulü ile tecavüzün tespitine ve ref'ine; 25.697,25TL tazminatın 31.12.2003 tarihinden itibaren işleyecek faizi ile birlikte davalıdan tahsiline ve kararın ilanına karar verilmiştir.

Özel Daire Bozma Kararı:

7. Alanya 3. Asliye Hukuk Mahkemesinin (Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi Sıfatıyla)

yukarıda belirtilen kararına karşı süresi içinde davalı vekili temyiz isteminde bulunmuştur.

8. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 05.12.2013 tarihli ve 2012/6301 E, 2013/22126 K. sayılı kararı ile; davalı vekilinin sair temyiz itirazlarının reddine karar verildikten sonra, "...2- Dava, davacının FSEK kapsamında hak sahibi olduğu eserlerin davalıya ait otelde izinsiz ve bedeli ödenmeden kullanılması suretiyle meydana gelen tecavüzün tespiti ref'i ile tazminat ve ilan istemlerine ilişkindir. Davanın dayanağını teşkil eden tespit dosyasından, davalının işlettiği otelde davacının mali haklarını devraldığı Universal Müzik Yapım Org. San. ve Tic. A.Ş. unvanlı fonogram yapımcısının üzerinde hak sahibi olduğu eserin çalındığı anlaşılmıştır. Bu durumda, davalının mali haklara tecavüz eylemi nedeniyle 5846 sayılı FSEK 68. maddesi uyarınca istenilen telif bedelinden doğan zararın hesabında, eseri izinsiz ve haksız olarak yayınlanan fonogram yapımcısı yönünden aynı Kanun'un 80, 52 ve 68. maddeleri ile 76/son maddesine göre söz konusu fonogram yapımcısının üzerinde hak sahibi olup, davacı meslek birliğine mali haklarını takip yetkisi verdiği tüm eserlerinin haksız kullanıldığına dair aksi kanıtlanamayan karinenin gerçekleştiği dikkate alınarak, anılan fonogram yapımcısına ait eserlere ilişkin olarak davacı meslek birliği ile davalı arasında bir sözleşme yapılmış olsaydı ödenmesi gereken telif bedeli esas alınarak FSEK 68. maddesi uyarınca belirlenecek tazminata hükmedilmesi gerekirken, yazılı şekilde sadece eseri izinsiz olarak yayınlanan fonogram yapımcısı yönünden değil de davacı meslek birliğinin üyesi olan tüm fonogram yapımcılarının eserlerini kapsayacak şekilde ve meslek birliği tarifesi dikkate alınarak tazminata hükmedilmesi doğru görülmeyip, kararın bu nedenle davalı yararına bozulması gerekmiştir.

3- Öte yandan, FSEK 68. maddesine dayalı olarak açılan işbu davada taraflar arasında farazi bir sözleşme ilişkisi kurulduğu kabul edilmiş olduğundan tecavüz hallerinde uygulanacak olan ilan hükmünün somut olayda uygulanmasına karar verilmesi yerinde olmadığından kararın ilanına ilişkin hükmün de bozulması gerekmiştir..."gerekçesi ile karar bozulmuştur.

Direnme Kararı:

9. Alanya 3. Asliye Hukuk Mahkemesinin (Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi Sıfatıyla) 02.12.2014 tarihli ve 2014/423 E., 2014/803 K. sayılı kararı ile; davacının haklarını devraldığı diğer tüm eserlerin dinletildiği şeklinde bir vakıayı kanıtlamakla yükümlendirilmesinin FSEK'in 76/2 maddesine aykırı olduğu gibi hayatın olağan akışına ve hakkaniyete de aykırı olacağı, tespit anında izinsiz yayın yapan işyerinin yayını o anda durdurmasının kaçınılmaz bir şey olduğu, davacı meslek birliğinin üyesi olan tüm fonogram yapımcılarının eserlerinin izinsiz çalınıp çalınmadığını tespit etmesi için ayrı ayrı işlem yapmasının meslek birliğine katlanılması mümkün olmayan mesai ve maliyet yüklemek anlamına geleceği, bu nedenle davalının bir eseri izinsiz olarak yayınlamasının başka fonogram yapımcılarına ait başka

eserleri de izinsiz yayınladığı yönünde karine teşkil ettiği, FSEK'in 68. maddesi gereğince tazminata karar verilmesiyle taraflar arasında kurulan farazi sözleşme ilişkinin davalının davaya konu eylemlerini yasal hale getirmeyeceği, bu nedenle bu tür tecavüz halleri için ilan yapılmasına karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle direnme kararı verilmiştir.

Direnme Kararının Temyizi:

10. Direnme kararı süresi içinde davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

II. UYUŞMAZLIK

11. Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; müzik eserlerinin umuma açık mahallerde izinsiz olarak kullanılması halinde davacı meslek birliğinin FSEK'in 68. maddesi kapsamında talep ettiği bedelin hesaplanmasında sadece kullanıldığı kanıtlanan eserin fonogram yapımcısı ile sözleşme yapılsaydı ödenmesi gereken bedelin mi yoksa meslek birliğinin takip yetkisine sahip olduğu tüm eserlere ilişkin tarifede belirlenen bedelin mi esas alınacağı ve FSEK'in 68. maddesi gereğince bedele karar verilmesi durumunda somut olayda hükmün ilanının gerekip gerekmediği noktalarında toplanmaktadır.

III. GEREKÇE

12. Dava, esere tecavüz nedeniyle tecavüzün tespiti, ref'i ve Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK)'in 68. maddesi gereğince bedel ile hükmün ilanı istemlerine ilişkindir.

13. Bilgi toplumu olarak adlandırılan günümüz toplumunda bilgi ve fikri emek özel bir önem kazanmıştır. Bu önemine binaen kanun koyucu da fikri emek ürünlerini korumak için genel hukuki düzenlemeden ayrı olarak ve ayrıntılı düzenlemeler yapma ihtiyacı hissetmiştir. FSEK'te eseri ve eser sahibini tanımlayan kanun koyucu, eser sahibinin haklarını da manevi ve mali haklar olarak ikiye ayırmıştır. Oysa gerçekte eser üzerindeki mali ve manevi haklar birbirinden kolayca ayrılamayan, eser sahipliğinden kaynaklanan bir tek mutlak hakkın (telif hakkının) sağladığı çeşitli yetkilerdir (Ateş, Mustafa: Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, Ankara, 2003, s. 93.).

14. Eser sahibinin mali hakları sınırlı sayı ile belirlenmiştir. Mali haklar eserden, ekonomik olarak yararlanma ve bunun şeklini tayin etme olanağını münhasıran eserin sahibine tanır ve ona eserden üçüncü kişilerin bu tarzda yararlanmalarına engel olma yetkilerini verir. Bu kapsamda eser sahibinin mali hakları, işleme hakkı (m. 21); çoğaltma hakkı (m. 22), yayma hakkı (m. 23), temsil hakkı (m. 24), işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı (m. 25), pay ve takip hakkından (m. 45) ibarettir.

15. Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle FSEK'in 25. maddesinde düzenlenen "umuma iletim

hakkı” konusunda kısa bir açıklama yapılmalıdır.

16. FSEK’in 25. maddesine göre; bir eserin aslının veya çoğaltılmış nüshalarının, radyo-televizyon, uydu ve kablo gibi telli veya telsiz yayın yapan kuruluşlar vasıtasıyla veya dijital iletim de dahil olmak üzere işaret ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla yayınlanması ve yayınlanan eserlerin kuruluşların yayınından alınarak başka yayın kuruluşları tarafından yeniden yayınlanması suretiyle umuma iletilmesi, eserinin aslı ya da çoğaltılmış nüshalarının telli veya telsiz araçlarla satışı veya diğer biçimlerde umuma dağıtılması veya sunulması ve gerçek kişilerin seçtikleri yer ve zamanda esere erişimi sağlamak suretiyle umuma iletimine izin vermek veya yasaklamak hakkı münhasıran eser sahibine aittir.

17. Bununla birlikte umuma iletim hakkı FSEK tarafından eser sahipleri dışında FSEK’in 80/1 maddesi gereğince bağlantılı hak sahipleri olarak tanımlanan ve bir eseri sahibinin izniyle özgün bir biçimde yorumlayan icracı sanatçılara (m. 80/1, 1, A, 2), bir icra ürünü olan veya sair sesleri ilk defa tespit eden fonogram yapımcılarına (m. 80/1, 1, B), gerçekleştirdikleri yayınları üzerinde radyo-televizyon kuruluşlarına (m. 80/1, 1, C), filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren film yapımcılarına da (m. 80/1, 2) tanınmıştır.

18. Bu noktada belirtmek gerekir ki; eser, icra, fonogram, yapım ve yayınlarını kullanacak veya iletimini yapacak, girişi ücretli veya ücretsiz umuma açık mal sahipleri, kullanımdan veya iletimden evvel hak sahipleri ile FSEK’in 52. maddesine uygun bir sözleşme yapmak zorundadır. Hak sahiplerinin meslek birliğine üye olmaları halinde, umuma açık mahalleri işleten gerçek veya tüzel kişiler gerekli izni, sadece hak sahiplerinden değil ayrıca meslek birliğinden de alabilirler.

19. Nitekim müzik eserlerinin umuma açık mahallerde kullanımını düzenleyen “Umuma Açık Mahallerde Eser, İcra, Fonogram, Yapım ve Yayınların Kullanılması ve/veya Dinletilmesine İlişkin Esaslar” kenar başlıklı FSEK’in 41/1 maddesinde girişi ücretli veya ücretsiz umuma açık mahallerde eser, icra, fonogram, yapım ve yayınların kullanım ve/veya iletimine ilişkin hak sahiplerinden veya üyesi oldukları meslek birliklerinden izin alınması gerektiğine dair özel düzenleme getirilmiştir. Bu düzenlemeden de açıkça anlaşılmaktadır ki fonogram yapımcılarının hak sahibi olduğu müzik eserlerinin umuma açık mahallerde FSEK’in 25. maddesi gereğince kamuya iletimi, o yapımcıdan veya meslek birliğine üye olması halinde yetki belgesinde belirtildiği yetkiler çerçevesinde meslek birliğinin yazılı izni olmadan diğer gerçek ve tüzel kişiler tarafından yapılamaz.

20. FSEK’in 41. maddesinde “umuma açık mahal” ifadesi ile eser, icra, fonogram ve yapım ve yayınları kullanan veya ileten girişi ücretli veya ücretsiz herkesin girip çıkabileceği halka açık yerler kastedilmektedir. Bu cümleden olmak üzere otel, tatil köyü, motel, pansiyon gibi

konaklama tesisleri; lokanta, restoran, kafe, eğlence yeri, gece kulübü, spor merkezleri, alışveriş merkezi, sinema ve gösteri yerleri gibi yerler kamuya açık mahallerdir. Umuma açık mahallerde kullanılan eser ve icra yayınının herhangi bir başka bir yere nakli de hüküm kapsamındadır. Örneğin otelin restoranında canlı biçimde icra olunan musiki eserine ilişkin seslerin kablo veya teknik bir iletimle otelin odalarına veya başka yerlerine nakli için hak sahiplerinden veya meslek birliklerinden izin alınmalıdır.

21. FSEK'in 76. maddesi bu Kanun'da belirtilen hukuki ilişkilerden kaynaklanan davalarda görevli mahkemeye ve bu mahkemelerde görülecek davalarda uygulanacak ispat usulüne ilişkin düzenlemeler içermektedir. FSEK'in 76/2 maddesinde "Bu Kanun kapsamında açılacak hukuk davalarında mahkeme, davacının iddianın doğruluğu hakkında kuvvetli kanaat oluşturmaya yeter miktar delil sunması halinde korunmakta olan eserler, fonogramlar, icralar, filmler ve yayınları kullananların, bu Kanunda öngörülen izin ve yetkileri aldıklarına dair belgeleri veya tüm yararlanılan eser, fonogram, icra, film ve yayınların listelerini sunmasını isteyebilir. Belirtilen belge veya listelerin sunulamaması tüm eser, fonogram, icra, film ve yayınların haksız kullanılmakta olduğuna karine teşkil eder." hükmü yer almaktadır. FSEK'in 76/2 maddesinde getirilen bu karine ile davacının gerçekten hak sahipliğini ispatladığı eserlere ilişkin olarak tecavüzün varlığı açısından sübjektif ispat yükü tersine çevrilmektedir. Buna göre mahkemece; korunmakta olan eserler, fonogramlar, icralar, filmler ve yayınları kullanmak için gereken izin ve yetkilerin alındığına dair belgeleri veya tüm yararlanılan eser, fonogram, icra, film ve yayınların listelerinin dosyasına ibraz edilmesi istendiği halde ibraz etmeyen davalının artık eser, fonogram, icra, film ve yayınları haksız olarak kullanmadığını genel ispat vasıtaları ile kendisinin ispat etmesi gerekmektedir.

22. Bu noktada hemen belirtmek gerekir ki; umuma açık mahalleri işletenler, hak sahibi yapımcıdan izin almaksızın o yapımcıya ait fonogramları kullanması eser sahibinin, icracı sanatçının ve fonogram yapımcısının mali haklarına tecavüz niteliğindedir. Kullanımın veya iletimin doğrudan kaset, CD, DVD veya benzeri materyallerdeki kayıtlarından veya yayın kuruluşlarının yayınlarından yararlanmak veya internet üzerinden alınan iletim yoluyla gerçekleştirilmesi arasında bir fark yoktur. Bu durumda mali veya manevi hakları tecavüze uğrayan kimse, mütecavize karşı, hal ve şartlara göre tecavüzün ref'i veya men'i yahut tazminat davası açabilir. Bu davalardan biri olan tecavüzün ref'i davası, Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 25. ve 983. maddeleri doğrultusunda bir düzenleme olup, FSEK'in 66, 67 ve 68. maddelerinde ayrıntılı olarak belirtilmiştir. Tecavüzün ref'i davası ile mevcut bir tecavüzün ortadan kaldırılması ve sonuçlarının giderilmesi amaçlanmaktadır (Öztan, Fırat: Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara, 2008, s. 633.).

23. FSEK'de düzenlenen ref davası, sadece tecavüzün giderilmesini değil, aynı zamanda tekrarlanmasını önleyecek tedbirlerin alınmasını ve hatta mali haklara tecavüz halinde hak

sahibine ödenen bir çeşit para cezası taleplerini de kapsamaktadır (Tekinalp, Ünal: Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2012, s. 311.). Gerçekten FSEK'in 68. maddesinde düzenlenen mali haklara tecavüz halinde hak sahibine "bedelin üç kat fazlasının" ödenmesine karar verilmesi, mütecavizi caydırmaya yönelik kanuni bir ceza hükmündedir. Ancak buradaki "ceza" ile kastedilen Ceza Hukuku'ndaki veya 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 179. maddesi (818 sayılı Borçlar Kanunu'nun (BK) 158. maddesi) anlamında bir ceza olmayıp, tamamen bir özel hukuk cezasıdır, diğer bir deyişle "medeni ceza"dır (Öztan, s. 649.). Bu itibarla FSEK'in 68. maddesi gereğince mütecavize bedelin üç katı "medeni ceza" ödetilerek hem mütecavizin haksız davranışlarının sonuçlarına katlanması hedeflenmekte, hem de tecavüzün izlerinin tamamen silinmesi sağlanmaktadır (Tekinalp, s. 319.).

24. Ayrıca FSEK'in 68. maddesinde düzenlenen "bedelin üç kat fazlası" ile hak sahibini, zararını ispat külfetinden kurtarmak ve böylece ispat edilemeyen zararın hak sahibinin sırtında kalmasına engel olunmak istenmektedir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 20.03.2002 tarihli ve 2002/11-176 E., 2002/214 K sayılı kararı).

25. Mali haklara tecavüz halinde ref yöntemlerini belirleyen ve özel bir hüküm olan FSEK'in 68. maddesi gereğince açılacak "bedel" davası kusurlu davranış unsuru aranmadan açılan bir dava olup, haksız fiil sebebiyle açılan tazminat davalarıyla karıştırılmamalıdır. Zira mali haklara tecavüz halinde kusurlu davranış unsuruna bağlı olarak ve haksız fiile ilişkin hükümler çerçevesinde açılacak maddi tazminat davası FSEK'in 70/2 maddesinde düzenlenmiştir. FSEK'in 68. maddesine dayanılarak açılan bir davada ayrıca FSEK'in 70/2 maddesi gereğince maddi tazminat talep edilmesi mümkün değildir (Öztan, s. 650.). Çünkü FSEK'in 68/1 maddesi gereğince bedelinin üç katına hükmedilmesiyle hak sahibinin zararı rahatlıkla karşılanacaktır. Ancak FSEK'in 68/1 maddesi gereğince hükmedilen "medeni ceza" niteliğindeki bedel hak sahibinin zararının altında kalıyorsa, mütecavizin kusurunun ispat edilmesi şartıyla FSEK'in 70/2 maddesi gereğince maddi tazminat talebinde bulunulmasının önünde engel yoktur (Öztan, s. 650.).

26. FSEK'in 68/1 maddesi "Eseri, icrayı, fonogramı veya yapımları hak sahiplerinden bu Kanuna uygun yazılı izni almadan, işleyen, çoğaltan, çoğaltılmış nüshaları yayan, temsil eden veya her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletenlerden, izni alınmamış hak sahipleri sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedelin veya bu Kanun hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedelin en çok üç kat fazlasını isteyebilir." hükmünü haizdir. Buna göre, hak sahibi, mali haklarının ihlali durumunda, özel bir tecavüzün ref'i yöntemi olarak "bu hakların bir sözleşme ile kullanılması halinde isteyebileceği bedelin" veya "bu Kanun hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedelin" en çok üç kat fazlasını isteyebilecektir.

27. Buradan FSEK'in 68/1 maddesi gereğince belirlenecek bedelin, farazi bir bedel olduğu ve bu bedelin belirlenmesi bakımından da iki yöntemin benimsendiği, sadece tecavüzün haksız fiil olduğu varsayımından hareket edilmediği anlaşılmaktadır. Bu yöntemlerden birincisi, bedelin "hak sahipleri ile sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedele" göre belirlenmesi, ikincisi ise "bu Kanun hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedele" göre belirlenmesidir. Bu yöntemlerin uygulanma alanları farklı olduğu için iki yöntem arasında bir öncelik, sonralık veya alternatif olma ilişkisi de mevcut değildir.

28. FSEK'in 68/1 maddesi gereğince farazi bedele esas alınacak tutarın "hak sahipleri ile sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedele" göre tespit edilmesinde, tecavüze konu mali hakkın, hak sahibinin rızası ile bir sözleşme çerçevesinde kullanılmış olması varsayımında ödenecek bedel ne olacaksa farazi bedel de bunun üzerinden hesaplanacaktır.

29. Hak sahibinin tecavüzün ref'i kapsamında FSEK'in 68/1 maddesi gereğince bedel ödenmesini tercih ettiği takdirde sadece tecavüze konu mali hak kullanımları için mütecaviz ile farazi bir sözleşme yapılma iradesini açıkladığı, bu talebin kabul edilmesi halinde ise sadece tecavüze konu mali hak kullanımları için farazi sözleşme ilişkisinin kurulduğu kabul edilmelidir (Arslanlı, Halil: Fikri Hukuk Dersleri II, İstanbul, 1954, s. 218; Kılıçoğlu, Ahmet: Fikri Hakların İhlalinde Hukuksal Koruma Yolları, TBB Dergisi, S. 54, 2004, s. 72; Yavuz, Levent/Alıca, Türkay/Merdivan, Fethi: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu C. II, Ankara, 2015, s. 2080; Tekinalp, s. 319; Öztan, s. 647.). Bunun sonucu olarak mütecavizin dava konusu mali hak kullanımları farazi sözleşme kapsamında yasal kullanımlar haline dönüşecek ve hak sahibi FSEK'in 68/1 maddesi gereğince belirlenen bedelin kapsadığı kullanımların ref'ini isteyemeyecektir (Yavuz/Alıca/Merdivan, s. 2080). Başka bir deyişle FSEK'in 68. maddesi gereğince bedel veya bunun en çok üç katını talep eden hak sahibi, tecavüz tarihine kadar, tecavüz konusuyla ilgili, çoğaltılmış ya da dağıtılmış olan eserin toplatılması, imha edilmesi gibi diğer ref taleplerinde bulunması düşünülemez (Kılıçoğlu, s. 72.). Zira burada tecavüzün, hak sahibinin talebi doğrultusunda farazi sözleşme ile ref'ine karar verilmektedir. Başka bir deyişle hak sahibi tarafından FSEK'in 68. maddesi gereğince bedel veya bunun en çok üç katının talep edilmesi, mütecavizin mali haklara tecavüzüne sonradan hak sahibi tarafından icazet verilmesi ve farazi olarak sözleşmesel temele oturtulması suretiyle yapılan kendine özgü bir ref yöntemidir. Esasen bu husus FSEK'in 68/6 maddesinde, "Bedel talebinde bulunan kişi, tecavüz edene karşı onunla bir sözleşme yapmış olması halinde haiz olabileceği bütün hak ve yetkileri ileri sürebilir." şeklinde ifade edilmiştir. Bu itibarla hak sahibi, örneğin dava tarihi öncesine ilişkin tecavüz oluşturan ve dolaşımdaki nüshalarının toplanması veya imhası suretiyle tecavüzün ref edilmesini istiyor ise FSEK'in 68/1 maddesi gereğince bedel ödenmesini değil, FSEK'in 70/2 maddesi gereğince tazminat veya 70/3 maddesi gereğince mütecavizin elde ettiği karı talep etmelidir.

30. FSEK’in 68/1 maddesi gereğince farazi bedel talep edilmesinin bir başka sonucu da zamanaşımı noktasında ortaya çıkmaktadır. FSEK’in 68/1 maddesi gereğince farazi bedel talep edildiğinde taraflar arasında farazi sözleşme ilişkisi kurulduğu için zamanaşımı süresinin de sözleşme zamanaşımı süresine tabi olduğu kabul edilmelidir. Başka bir deyişle bu durumda zamanaşımı süresi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK)'nun 147. (818 sayılı Borçlar Kanunu (BK)'nun 125.) maddesi gereğince 10 yıldır.

31. Hemen belirtilmelidir ki, farazi sözleşme, bedeli ödenen mali hak kullanımları dışında, mütecavizin eylemini tümüyle hukuka uygun hale getirmeyeceği gibi, bu bedel kapsamına girmeyen dava tarihinden sonra devam eden ya da etmesi muhtemel ihlalleri de yasal hale getirmeyecektir. Zira farazi sözleşme gereğince yasal hale gelen kullanım, dava konusu olan ve dava tarihinden önceki mali haklar ile sınırlıdır. Manevi haklara yönelik ihlaller farazi sözleşme kapsamında yasal hale dönüşmez. Dolayısıyla FSEK’in 67. maddesi çerçevesinde hak sahibinin manevi haklarına yönelik tecavüzün ref’i talebi mali haklardan bağımsız olarak değerlendirilmelidir (Yavuz/Alıca/Merdivan, s. 2080.).

32. Yapılan açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; davacı meslek birliğinin mali haklarını kullanma konusunda yetki aldığı yapımcı Universal Müzik Yapım Org. San. ve Tic. A.Ş.’ye ait Burak Kut adlı sanatçının icra ettiği “Sonu Geldi” adlı müzik eserinin davalıya ait umuma açık mahalde (otelde) izinsiz olarak dinlettirildiği tespit edilmiştir. Mahkemece, FSEK’in 76/2 maddesine yanlış anlam verilerek davacı meslek birliğinin yetki aldığı tüm fonogram yapımcılarının eserlerinin umuma açık mahalde izinsiz dinletilmiş gibi meslek birliğinin FSEK’in 42/A maddesi gereğince 2003 yılı için belirlediği ücret tarifesi üzerinden FSEK’in 68/1 maddesi gereğince ücret tarifesinin üç katına hükmedilmiştir. Oysa FSEK'in 76/2 maddesi gereğince davacının sunduğu deliller meslek birliğine kayıtlı tüm yapımcılara ait fonogramların kullanıldığına değil, sadece tespite konu fonogram yapımcısının birliğe takip yetkisi verdiği tüm fonogramların kullanıldığına karine oluşturmaktadır. Zira davalıya ait işyerinde sadece bir yapımcıya ait eserin çalındığının tespit edilmesi karşısında bir işletmenin davacı meslek birliğine yetki veren tüm yapımcılara ait fonogramları kendisine ait umuma açık mahalde kullanmış olması genel hayat tecrübelerine ve hakkaniyete de aykırı olacaktır.

33. Ayrıca ihlale konu müzik eserinin, eser sahiplerinin ayrı bir meslek birliğine, icracı sanatçının ayrı bir meslek birliğine ve fonogram yapımcısının ayrı bir meslek birliğine yetki vermesi ve bu meslek birliklerinin hepsinin ayrı ayrı dava açması durumunda tarifelerin baz alınarak FSEK’in 68/1 maddesi gereğince bedele hükmedilmesi halinde, davalının tüm eser sahiplerinin, tüm icracı sanatçıların ve tüm fonogram yapımcılarının eserlerini umuma açık mahalde kullanmış gibi bir sonuç ortaya çıkacaktır ki bu hususun hakkaniyet aykırı olduğu aşikardır.

34. O halde mahkemece davalı tarafın fiilen 2003 yılında gerçekleştirdiği tespit edilen tecavüz eylemi nedeniyle FSEK'in 68/1 maddesi gereğince istenilen farazi bedelin hesabında, fonogramları izinsiz olarak umuma iletilen yapımcı Universal Müzik Yapım Org. San. ve Tic. A.Ş. yönünden aynı Kanun'un 80, 52 ve 68. maddeleri ile 76/2 maddesine göre, sadece bu fonogram yapımcısının ihlalin tespit edildiği tarihe denk gelen bir yıllık dönem hesabıyla davalı ile umuma açık mahallin özelliği, konumu, coğrafi bölgesi de dikkate alınarak sözleşme yapması halinde talep edebileceği farazi sözleşme bedelinin tespit ettirilerek, bu bedel üzerinden davacı meslek birliğinin üyesini temsilen FSEK'in 68/1 maddesi gereğince en çok üç katını talep edebileceği dikkate alınarak hüküm kurulmalıdır.

35. Bununla birlikte mahkemece, FSEK'in 68/1 maddesi gereğince bedele hükmedilmesi karşısında taraflar arasında farazi sözleşme ilişkisinin kurulduğu kabul edilmesine rağmen hükmün ilanına karar verilmiştir. Ayrıca taraflar arasında farazi sözleşmesi ilişkisinin kurulduğu, Özel Dairenin davalının zamanaşımına ilişkin temyiz itirazlarının reddine dair birinci bendinde de belirtilmiştir. "Hükmün İlanı" başlıklı FSEK'in 78/1 maddesinde "67 nci maddenin ikinci fıkrasında yazılı halden maada, haklı olan taraf, muhik bir sebep veya menfaati varsa, masrafı diğer tarafa ait olmak üzere, kesinleşmiş olan kararın gazete veya buna benzer vasıtalarla tamamen veya hulasa olarak ilan edilmesini talep etmek hakkını haizdir." hükmü yer almaktadır. Buna göre hükmün ilanına karar verilebilmesi için haklı bir sebep veya menfaatin bulunması gerekmektedir. Başka bir deyişle hükmün ilanını talep edenin, hükmün ilan edilmesinde hukuki yararının bulunması lazımdır. Oysa somut olayda yukarıda da bahsedildiği üzere, davacının tecavüzün ref'ini FSEK'in 68/1 maddesi gereğince bedel olarak talep etmesi ve mahkemece buna hükmedilmesi karşısında taraflar arasında sadece tecavüze konu mali hak kullanımları için farazi sözleşme ilişkisi kurulmuştur. Somut olayda davacının tecavüze konu tek mali hakkı, umuma iletim hakkıdır. Davacının bu hakkı yönünden de taraflar arasında farazi sözleşme ilişkisi kurulmuş ve böylece davalı kullanımı yasal hale dönüşmüştür. Başka bir deyişle davacının umuma iletim hakkı haricinde bir başka mali hakkına (veya manevi hakkına) tecavüz söz konusu olmadığı için hükmün ilanına karar verilmesinin haklı bir sebebi ve tespit tarihinden kararın kesinleşeceği tarihe kadar geçecek süre ile farazi sözleşme ilişkisinin kurulması gözetildiğinde davacının hükmün ilanında menfaati de bulunmamaktadır. Bu itibarla FSEK'in 78/1 maddesi gereğince hükmün ilanına karar verilmesi yerinde değildir.

36. Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında; mahkemenin FSEK'in 68/1 maddesi gereğince bedelin hesaplanmasına ilişkin direnme kararının doğru olmadığı, bu hususa yönelik bozma kararının ikinci bendinin isabetli olduğu, ancak FSEK'in 66 vd. maddelerinde düzenlenen tecavüzün ref'i davasının meydana gelmiş bir tecavüzün bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasını amaçladığı, FSEK'in 68/1 maddesi gereğince

hükmedilecek üç kat bedelin ise tecavüze bağlanan bir sonuç olduğu, bu bedelin istenmesinin taraflar arasında sözleşme ilişkisinin kurulduğu şeklinde yorumlanamayacağı gibi tecavüzün tamamen kaldırılmasının sonucu olan kararın ilanını da engellemeyeceği, zira caydırıcı nitelikte olan üç kat bedel ödemenin bir yükümlülük olduğu nazara alındığında mütecavizin kanunen hak sahibi haline geldiğini düşünmenin borçlar hukukunun genel ilkelerine aykırı olacağı, bu nedenle mahkemenin hükmün ilanına yönelik direnme kararının uygun olduğu görüşü ileri sürülmüş ise de bu görüş yukarıda açıklanan nedenlerle Kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir.

37. Hal böyle olunca Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uymak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

IV. SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun geçici 3. maddesi atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince FSEK'nin 68/1 maddesi kapsamında bedelin hesaplanması yönünden oy birliği ile hükmün ilanı yönünden ise oy çokluğu ile BOZULMASINA,

İstek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine,

Aynı Kanun'un 440. maddesi gereğince kararın tebliğinden itibaren on beş gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 30.06.2020 tarihinde karar verildi.

KARŞI OY

1.Yerel Mahkeme ile Özel Daire arasında temel uyuşmazlık "esere tecavüz nedeniyle 5846 sayılı Fikri ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 66 ncı maddesi uyarınca tecavüzün tespiti ve ref'i ile aynı kanunun 68 nci maddesi gereğince tazminat isteminin, farazi sözleşme ilişkisi kapsamında kalması nedeni ile haksız fiil niteliğinden çıkarak sözleşme ilişkisinin kurulup kurulmadığı ve buna bağlı olarak haksız fiile bağlanan aynı zamanda kararın ilanı isteminde bulunup bulunmayacağına" ilişkindir.

2. Çoğunluk görüşü ile Özel Dairenin bozma gerekçesi benimsenerek, esere tecavüz nedeni ile tecavüzün refi ile birlikte kanunun 68 nci maddesi uyarınca tazminat isteminde bulunulması halinde madde uyarınca farazi sözleşme ilişkisi kurulması nedeni ile haksız fiile bağlı olan kararının ilanının istenemeyeceği" belirtilerek yerel mahkemenin bu konudaki

direnme kararı bozulmuştur.

3. Öncelikle esere tecavüzün refi yanında 68. Madde uyarınca “izni alınmadığından hak sahibi davacının seçenek olarak haksız fiille bağlanan diğer haklar gibi (tespit, refi, maddi ve manevi tazminat gibi) sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedelin veya bu Kanun hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedelin en çok üç kat fazlasını isteyebileceği” açıktır. Bu konuda bir tartışma bulunmamaktadır. Bu yönde Özel Dairenin iki numaralı bendindeki bozma isabetlidir.

4. Ancak, çoğunluk görüşüne aşağıda açıklanan gerekçeler ve özellikle 68. Madde kapsamında sözleşme yapılmış gibi sonuç bağlanmasının haksız fiili ortadan kaldırmaması, anılan üç misli tazminatın haksız eyleme bağlanan bir ceza yaptırım niteliğinde olması nedeni ile katılınmamıştır. Zira;

5. Fikri haklara yönelik bir saldırı halinde hak sahibi, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda düzenlenen hukuk davalarına başvurmak suretiyle saldırıya karşı korunma ve şayet vuku bulmuşsa ihlalin sonuçları yönünden giderilmesini isteyebildiği gibi, ihlal sebebiyle uğramış olduğu zararın tazmin edilmesini de talep edebilmektedir (Sarıkaya, Murat, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda DüzenlenenTazminat Talepleri Üzerine İnceleme.TAÜHFD. 2019 1(2). S: 59-90).

6. Bu taleplerin hukuki normatif düzenlemeleri ise 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun "Hukuk ve Ceza Davaları" başlığını taşıyan beşinci bölümünde kurallara bağlanmıştır.

a) 66 ila 68 maddeler arasında düzenlenen tecavüzün ref'i,

b) 69 ncı madde de düzenlenen tecavüzün men'i (FSEK m. 69) ve

c) 70 nci madde de düzenlenen tazminat (fiili zarar veya yoksun kalınan kara ilişkin maddi tazminat ile kişilik haklarının ihlali nedeni ile manevi tazminat) davalarıdır.

7. Kanunun 70/2 maddesinde düzenlenen maddi tazminat yanında eser sahibine tecavüzün refi ile birlikte 68 nci madde de bu zararına karşılık seçimlik 70 nci madde de seçimlik olarak “sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedelin veya bu Kanun hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedelin en çok üç kat fazlasını” talep etme hakkı tanınmıştır. Kısaca eser sahibine maddi tazminat isteminde seçimlik hak olarak 68. Madde ile üç kat bedel oranında isteme ile 70. madde uyarınca zararını veya mahrum olduğu karı isteme hakkı verilmiştir.

8. Tecavüzün ref’i davası çerçevesinde hak sahibinin üç katı bedel oranında parasal bir talep

ileri sürebilmesi, mali hakların eser ile eser sahibi arasındaki ekonomik ilişkiyi ilgilendirmesi ve bu sebeple davanın telif ücretini karşılamaya yönelik olarak düzenlenmesiyle açıklanmaktadır (KILIÇOĞLU Ahmet M.,Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018 s: s. 396., YAVUZ Levent / ALICA Türkay / MERDİVAN Fethi, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, C. II, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014. s: 2080). Üç kat bedel istemede 70. Madde deki zarar ve yoksun kalınan kara ilişkin maddi tazminat aranan kusur ve zarar, 68. Madde deki üç katı bedel de kural olarak aranmaz. Ancak elbette üç katına kadar bedelde hakimin bedele hükmederken haksız fiil olması nedeni ile kusuru da dikkate alması gerekir. Zira Anayasa Mahkemesi iptal istemi ile açılan davada iptal istemini reddederken "hükmün hakimin taleple bağlı olduğuna yahut takdir yetkisini kullanamayacağına ilişkin bir düzenleme içermediğini, istenebilecek bedele üst sınır getirdiğini ve bu sınır içerisinde hakimin dosya içeriği ve talebi gözeterek takdir yetkisi kullanacağını, eserin bedelini belirleme görevi de hakime bırakıldığından takdir yetkisinin olmadığından söz edilemeyeceğini" gerekçe olarak belirtmiştir (AYM. T. 28.02.2013 E. 2012/133 K. 2012/33., R.G.: 12.07.2013 T. 28705 S.). Hükmün "üç katına kadar" ibaresi ile üst sınırı belirlediği, hakimin daha altında takdirinde yasaya aykırı bir durum olmayacağı açıktır. Yasanın bu kabulü, buradaki üç katı bedelin bir sözleşmeden kaynaklanan alacak olmadığını göstermektedir. Burada kanuni bir ceza öngörüldüğü doktrinde hakim görüştür (TEKİNALP Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012 s: 53; ÖZTAN Fırat, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008. s. 649; BOZBEL Savaş, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012 s. 555; DEMİRBAŞ Ali, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Eser Sahibinin Mali Haklarına Tecavüz Halinde Hak Sahibine Sağlanan Hukuki Koruma, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 83, Sarıkaya, s: 71).

9. Davacının tecavüzün refi ile birlikte 68 nci maddedeki "bedelin en çok üç kat fazlasını" talep ettiğiaçık olup esasen tartışma konusu değildir. Davacının haksız fiilin refine bağlı bu üç katı bedeli istemesi, taraflar arasında farazi olarak sözleşme kurulmasına da neden olur mu? Özel Daire ile çoğunluk görüşünden ayrıldığımız nokta bu temeldedir. Esasen sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları gereklidir (6098 sayılı TBK Mad. 1) Taraflar arasında bir sözleşmenin kanun tarafından ihdas edilmesi hukuk sistemimize yabancıdır (Sarıkaya, ...e. s: 72). Davacının talebi sözleşme kurulmasına ilişkin olmayıp, yasanın yaptırım olarak seçenek olarak belirlediği bedeli istemesidir. Bu bedeli de sözleşme yapılmış faraziyesine dayandırmıştır. Bu bir sonuçtur, sonuç olan ve farazi sözleşmeye göre belirlenen bedelden yararlanmadır. Bu yararlanma sözleşme kurulduğu anlamına gelmez.

10. Farazi sözleşme ilişkisinde veya lisans örneksemesinde amaç, tazminat miktarının

hesaplanmasını, davacının seçimine binaen yeknesak yöntemlere bağlayarak kolaylaştırmaktır. Bu kavramların, taraflar arasında, hem de geleceğe inhisar edecek boyutta, fiilen bir sözleşme kurduğunu sanmak, varsayım ile gerçeği karıştırmaktır (Tüzüner, Özlem, Farazi Sözleşme İlişkisi Hakkında Bir Yargıtay Kararının Tazminat Hukukunun Esasları Çerçevesinde İncelenmesi.Ankara Barosu Dergisi. 2012/2. s:88)

11. Taraflar arasında bir sözleşme kurulmadığı açıktır; ancak kanun koyucu, böyle bir sözleşme olsaydı yürürlükte olacak hukuki sonuçları, fikri hak ihlali sonrasında üç kata kadar bedel ödenmesi halinde de geçerli kılmak gereksinimi duymuştur. Elbette bu sonuçların faraziyeye başvurulmadan düzenlenmesi de mümkündür; fakat faraziyeye başvurulması kanun koyucuya kolaylık sağlamaktadır (Sarıkaya, …e. s: 72., adı geçen eserden Andreas Von Tuhr /Hans Peter, Allgemeiner Teildes Schweizerischen Obligationenrechts, C. I (mit Supplement), 3. Auflage, Schulthess, Zürich, 1984, s. 165, 166; TOPUZ Gökçen, Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 63, 64).

12. Diğer taraftan 68 nci maddenin son fıkrasında yer alan “Bedel talebinde bulunan kişi, tecavüz edene karşı onunla bir sözleşme yapmış olması halinde haiz olabileceği bütün hak ve yetkileri ileri sürebilir.” düzenlemesi de eser sahibinin bu yetkiyi kullanması halinde sözleşme ilişkisi kurulacağı yorumu da doğru değildir. Bu yetkinin kullanılması fikri hak ihlaline sebebiyet veren eylemi, geçmişe etkili olarak hukuka uygun hale dönüştürmez. Aksi düşünce eser sahibinin üç kata kadar bedel ödenmesiyle karşılanamayan zararı için kanunun 70 nci uyarınca tazminat isteyebilmesinin hukuki temeli ortadan kaldırır. Oysa hak sahibi, mütecavizin hukuka aykırı fiili sebebiyle FSEK m. 68 çerçevesinde hükmolunan ödemeyle karşılanamayan zararı için -şartları mevcutsa- tazminat talep edebilir. Nitekim FSEK m. 68/II hükmünde, izinsiz çoğaltılmış kopyalar bakımından hak sahibine tanınan seçimlik hakların mütecavizin hukuki sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır (Sarıkaya,…e. 73).

13. Kanun koyucunun amacının eseri izinsiz yayımlanan ve haksız fiile maruz kalan hak sahibine 68 nci madde uyarınca farazi sözleşme ilişkisi sonucu olarak üç katı bedel talep etme verirken, bir ceza öngörmüştür. Sözleşme ilişkisi kurulmuş olsa idi burada cezadan değil, alacaktan söz etmek gerekirdi. Ancak anılan üç katına kadar bedel üst sınırı belli olan sözleşmeden kaynaklanan bir alacak değildir.

14. FSEK.’in 66 ve devamındaki madde hükümlerine konu tecavüzün ref’i davası, meydana gelmiş bir tecavüzün bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasını amaçlamaktadır. Bu bir haksız fiildir. 68 nci madde de “üç katına kadar bedel” haksız fiile bağlanan bir sonuçtur. Bu bedelin istenmesi sözleşme ilişkisinin kurulduğu şeklinde yorumlanamayacağı gibi haksız fiilin tamamen kaldırılmasının sonucu olan kararın ilanını da engellemez. Zira hak sahibi aynı

zamanda tecavüzün refini de istemiştir. Açıklanan nedenlerle yerel mahkemenin bu yönde bozma nedenine direnmesi yerindedir. Sayın çoğunluğun aksi yöndeki bozma gerekçesine katılınmamıştır.