

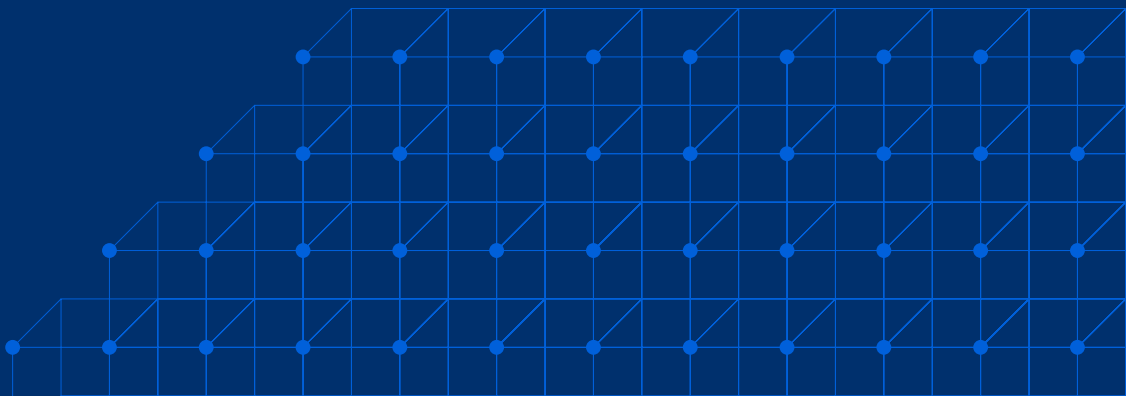
**Yapay Zeka Tarafından Yaratılan Fikir Ürünleri,
5846 Sayılı FSEK Kapsamında Korunabilir mi?**
Av. N. Berkay KIRCI

**Video Oyunlarında Üçüncü Kişi Markalarının Kullanılmasının
Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Işığında Değerlendirmesi**
Av. Mine GÜNER

**Copypat, Lookalike, İmitasyon Ürünler Marka Hakkı
ile Müşterinin Tercih Özgürlüğünü Sağlama
Konusundaki İnce Denge; Aldi Davaları**
Av. Emre KURT

**6769 Sayılı Kanunun Yürürlüğe Girmesinden Sonra
Tasarımların Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
Kapsamında Korunması**
Dr. İsmail FİDAN

**Rekabet Kanunu Kapsamında Bilgi İsteme ve
Yerinde İnceleme**
Av. Nergiz GÜVEN SONGÖR – Av. Oğuzhan SONGÖR





Yıl: 25 • Cilt: 26
Sayı: 2024/1

ISSN 1302-9215

FİTİR

ANKARA BAROSU FİKRİ MÜLKİYET VE REKABET HUKUKU DERGİSİ

FMR

FİKRİ MÜLKİYET VE REKABET HUKUKU DERGİSİ

Yıl:25 Cilt:26

Ankara Barosu yayınıdır

FMR

JOURNAL OF INTELLECTUAL PROPERTY AND COMPETITION LAW

Year:25 Volume:26

published by *Ankara Bar Association*

İletişim Adresi | Contact

Ankara Barosu Başkanlığı

Atatürk Bulvarı No:40 Adliye Sarayı Kat:5 Sıhhiye-ANKARA/TÜRKİYE

T 0312 416 72 00 **F** 0312 416 72 80

www.ankarabarosus.org.tr

fmr@ankarabarosus.org.tr

**Ankara Barosu | Designer of the 100th Anniversary of the
Cumhuriyet'in 100. Yılı Logo Tasarımı | Turkish Republic Logo for the Ankara Bar Association**

Arda ENGİN (Ankara Barosu)

Kapak Tasarımı | Book cover design

Ali Kemal ÇERŞİL (Ankara Barosu)

Dizgi ve Mizanpaj | Typesetting & layout design

Ali Kemal ÇERŞİL (Ankara Barosu)

Basım Tarihi | Printing date

2024

Baskı Adedi | Print run

Baskı ve Cilt | Printing and Bookbinding

**Yayının Adı | Publication Name**

FMR Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi
© 2024 Ankara Barosu Başkanlığı. Tüm Hakları Saklıdır.
Dergide ileri sürülen görüşler yazarlarına aittir.

ISSN 1302-9215

Yayın Türü ve Şekli | Publication Type

FMR, Fikir ve Sanat Eserleri, Sınai Mülkiyet, Haksız Rekabet ve Rekabet Hukuku ile ilgili makaleler, ulusal ve uluslararası kararlar ve diğer ürünleri sunan, üç ayda bir yayımlanan, yerel süreli dergidir.
FMR is published quarterly during the calendar year and present articles, national and international decisions and other materials in the fields of Copyrights, Industrial Property, Unfair Competition and Antitrust Problems.

Yayın Sahibi Ankara Barosu Başkanlığı adına | Owner on behalf of Ankara Bar Association

Av. Mustafa KÖROĞLU

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü | Managing Editor

Av. Deniz Yağmur GÜNEŞ BAŞER

Koordinatör Yönetim Kurulu Üyesi | Coordinator Board Member

Av. Zeynep TEPEGÖZ

Genel Yayın Yönetmeni | Editor in Chief

Av. Osman Umut KARACA, LL.M.

Yayın Kurulu | Editorial Board

Av. Arb. Osman Umut KARACA, LL.M.

Av. Arb. Başak AKGÜN AKİL, LL.M.

Av. Arb. Burak AKİL

Av. İdil Buse KÖK HAZER

Av. Melis ABACIOĞLU VİSKUŞENKO

Av. Zeynep Çağla ÜSTÜN

Av. Arb. Ezgi Çiğdem YILDIRIM

Av. Alara AÇILMIŞ

Editörler | Editors

Av. Arb. Başak AKGÜN AKİL, LL.M.

Av. Arb. Burak AKİL

FMR

FİKRİ MÜLKİYET VE REKABET HUKUKU

DERGİSİ

YAYIN İLKELERİ

1. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde FMR Dergisi bütün yayın hakkına sahiptir. Ankara Barosu Başkanlığının izni olmadan yazılar başka yerde yayımlanamaz.
2. FMR'nin yazı dili Türkçedir. Yabancı dildeki yazılar da Türkçe çevirileri ile birlikte yayımlanmaktadır. İster Türkçe ister yabancı dilde yazılmış olsun yazıların Türkçe ve İngilizce başlıkları ile, 150 sözcüğü geçmeyen Türkçe ve İngilizce özetlerinin yazının sonuna eklenerek yayıma hazır şekilde gönderilmesi gerekmektedir. Türkçe ve İngilizce anahtar sözcüklerin de eklenmesi yazarın tercihindedir.
3. Yazılar "Microsoft Word" programında (.doc) kaydedilmiş (yazı tipi Times New Roman, 12 punto, normal stil) olarak **fmr@ankarabarusu.org.tr** adresine gönderilmelidir. Dipnotların ve internet kaynakları için erişim tarihinin sayfa altında gösterilmesi gerekmektedir.
4. Dergiye gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın e-mail ile gönderilen biçimiyle "baskıya" verdiği kabul edilir. Yazı teslim edildikten sonra baskı düzeltmeleri için ayrıca yazara gönderilmeyecektir. Bu nedenle yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması ve biçimsellik ölçülerine uyulmaması, yazının geri çevrilmesi için yeterli görülecektir.
5. Makale yazarına ait iletişim bilgileri (**ad, soyad, ünvan, iletişim adresi, güncel e-posta adresi, cep telefonu**) makalenin son sayfasına nizami bir şekilde eklenmelidir. Makaleyi gönderen yazarın ismini yazmaması/unutması durumunda makalesi yayımlanmayacaktır.
6. Makale yazarı telif ücreti ödenmeyeceğini kabul etmiştir. Yazısı yayımlanan yazarların belirtmiş oldukları adreslerine yazılarının yayımlandığı FMR Dergisinden iki adet ücretsiz gönderilecektir.
7. Dergide çıkan yazılara atıf yapmak isteyenler "FMR" rumuzunu kullanabilirler.

İÇİNDEKİLER

BAŞKAN'IN KÖŞESİ.....	XI
Av. Mustafa KÖROĞLU	
SUNUŞ.....	XIII
Av. Osman Umut KARACA, LL.M.	
YAPAY ZEKA TARAFINDAN YARATILAN FİKİR ÜRÜNLERİ, 5846 SAYILI FSEK KAPSAMINDA KORUNABİLİR Mİ?	1
Av. N. Berkay KIRCI	
VIDEO OYUNLARINDA ÜÇÜNCÜ KİŞİ MARKALARININ KULLANILMASININ TÜRK HUKUKU VE MUKAYESELİ HUKUK IŞIĞINDA DEĞERLENDİRMESİ	37
Av. Mine GÜNER	
COPYCAT, LOOKALIKE, İMİTASYON ÜRÜNLER MARKA HAKKI İLE MÜŞTERİNİN TERCİH ÖZGÜRLÜĞÜNÜ SAĞLAMA KONUSUNDAKİ İNCE DENGİ; ALDI DAVALARI.....	55
Av. Emre KURT	
6769 SAYILI KANUNUN YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNDEN SONRA TASARIMLARIN FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNU KAPSAMINDA KORUNMASI	71
Dr. İsmail FİDAN	
REKABET KANUNU KAPSAMINDA BİLGİ İSTEME VE YERİNDE İNCELEME	89
Av. Nergiz GÜVEN SONGÖR – Av. Oğuzhan SONGÖR	

BAŞKAN'IN KÖŞESİ

Kıymetli Meslektaşlarım ve Değerli Okuyucular, fikrî yaratımın korunması, fikrî mülkiyete konu değerler de dâhil olmak üzere malların ve hizmetlerin sağlıklı bir rekabet ortamında tüketicilere arz edilmesi sağlıklı, ilerici, geliştirici bir toplum ve hukuk düzeni oluşmasında tartışmasız önemli bir yere sahiptir. Söz konusu duruma ilişkin öngörü ve bilinçle, yaklaşık çeyrek asır önce Baromuz bünyesinde Fikrî Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Kurulu (FMR Hukuku Kurulu) kurulmuştur.

Kurulduğu günden bu yana ilgili sektörde yol gösterici, ufuk açıcı faaliyetler yürüten FMR Hukuku Kurulunun, çalışmalarını taçlandığı bölüm ise Ankara Barosu Fikrî Mülkiyet ve Rekabet Hukuk Dergisi'dir (FMR Dergisi). Bugün ellinin üzerinde sayıya, yüzlerce makalelik bir arşive sahip olan FMR Dergisi Baromuzun da önemli ve muteber yayınlarından.

Bilgi ve tecrübenin işlenerek daha nitelikli bilgiye dönüştüğü her eserde olduğu gibi FMR Dergisi'nin fikir olarak ortaya çıkışında, bugünlere gelmesinde çok sayıda kişinin ortak emeği bulunmaktadır. Bu ortak emeğe atfen okumakta olduğunuz sayı özelinde FMR Hukuku Kurulu Başkanı Av. Osman Umut KARACA olmak üzere, Kurul Divan ve üyelerine, editörlerimize ve dergimizin hazırlanmasında emeği geçen herkese şükranlarımı sunar, Baromuzun bu değerli yayını siz okuyuculara emanet ederim.

Saygılarımla.

Av. Mustafa KÖROĞLU
Ankara Barosu Başkanı

SUNUŞ

Ankara Barosu Fikrî Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Kurulunun (FMR Hukuku Kurulu) önemli ve değerli çalışmalarından olan, çeyrek asra yaklaşan yayım geçmişinde onlarca sayıyı ve yüzlerce özgün ve nitelikli eseri bünyesinde barındıran Ankara Barosu Fikrî Mülkiyet ve Rekabet Hukuk Dergisi'nin (FMR Dergisi) okumakta olduğunuz sayısı da geçmişinden aldığı güç ve sorumluluğu geleceğe taşına göreviyle hazırlanmış ve değerli okuyuculara sunulmuştur. FMR Dergisi'nin okumakta olduğunuz sayısında da FMR Hukuku Kurulunun faaliyet alanına giren konularda, yetkin yazarlarca kaleme alınmış eserler bulunmaktadır.

FMR Hukuku Kurulu Divan Başkanlığının yürüttüğüm dönemde yayımlanan FMR Dergilerinin sonuncusu olan bu sayıya katkılarından dolayı değerli yazarlarımıza, Dergi'nin hazırlık sürecinde desteğini esirgemeyen Ankara Barosu Başkanı Av. Mustafa KÖROĞLU'na, Koordinatör Yönetim Kurulu Üyesi Av. Zeynep TEPEGÖZ'e, Ankara Barosu Yayınları Merkezine, başta Av. Başak AKGÜN AKİL ve Av. Burak AKİL olmak üzere FMR Hukuku Kurulu Divanına teşekkür ederim.

Saygılarımla.

Av. Arb. Osman Umut KARACA
FMR Hukuku Kurulu Başkanı

Yapay Zeka Tarafından Yaratılan Fikir Ürünleri, 5846 Sayılı FSEK Kapsamında Korunabilir mi?

N. Berkay KIRCI*

* Avukat, Ankara Barosu, Marka ve Patent Vekili. (n.berkay@kirci.av.tr)
MSc. ODTÜ – Bilim ve Teknoloji Politikası Çalışmaları (TEKPOL).

YAPAY ZEKA TARAFINDAN YARATILAN FİKİR ÜRÜNLERİ, 5846 SAYILI FSEK KAPSAMINDA KORUNABİLİR Mİ?

ÖZ

Yapay zeka, bu çalışmada genel hatları ile değinilen öğrenme yöntemleri vasıtasıyla kendini sürekli yenileyen, inanılmaz bir gelişim ve değişim içerisinde olan, uygulandığı disipline son derece başarılı ve kısa bir zamanda adapte olabilme özelliğe sahip bir bilimdir. Yapay zekanın bu özelliği, yaklaşık 70 sene önce, ‘acaba makineler insan gibi düşünebilir mi?’ sorusu ile başlayan çalışmaların, önceleri sadece matematiksel işlemler yapabilen veya satranç / GO gibi oyunları oynayabilen akıllı bilgisayarlardan, şu an tıpta tanı/teşhis tedavileri yapabilen, hukuk alanına sözleşme hazırlayabilen ve hatta çeşitli uyuşmazlıkları dahi çözme noktasına gelen bir teknoloji haline gelmesini sağlamıştır. Yapay zeka teknolojileri, günümüzde, o derece yol kat etmiştir ki, artık insandan bağımsız bir şekilde, insana özgü fikir ürünleri dahi yaratılabilmektedir.

Çalışmada, yapay zeka biliminin ortaya çıkışı, tanımı, öğrenme yöntemleri, yapay zeka ve fikri mülkiyet konularının kesiştiği alanlara değinilmesinin ardından, Türkiye’de yürürlükte bulunan 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu koruma şartları ve kapsamı belirlenmekte; sonrasında, halen yürürlükte olan mevcut düzenlemeler, mevzuat ve telif hakkına yön veren temel ilkeler çerçevesinde, çalışmanın temel meselesi olan yapay zeka tarafından meydana getirilen fikri emek ürünlerinin özgün sayılıp sayılmayacağı; bu fikir ürünlerini meydana getiren yapay zeka sistemleri veya bu sistemleri kullanan şahısların eser sahibi olarak addedilip addedilmeyeceği konuları ele alınmakta, ABD Mahkemesi tarafından verilen emsal bir karara atıf yapılarak, meselenin yakın bir gelecekte yeniden değerlendirilmesi gerekebileceği yönündeki öngörülere yer verilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Yapay Zeka, Telif Hakkı, Fikri Hak, Fikri Mülkiyet, Özgünlük

CAN ARTIFICIAL INTELLIGENCE (AI)-GENERATED WORKS BE PROTECTED UNDER THE TURKISH COPYRIGHT LAW?

ABSTRACT

The Artificial Intelligence, which constantly renews itself through the learning methods outlined in this study, is a science that is in an incredible development and change and has the ability to adapt to the discipline it is applied to in a very successful and timely manner. This feature of artificial intelligence has enabled the studies that started about 70 years ago with the question “can machines think like humans?” to evolve from smart computers that could only perform mathematical operations or play games such as chess / GO, to a technology that can now perform diagnostic treatments in medicine, prepare contracts in the field of law and even resolve various disputes. Artificial intelligence technologies have advanced to such an extent that they are now able to generate human-specific intellectual products independently of human beings.

The study firstly addresses the emergence of artificial intelligence, its definition, learning methods, and the areas where artificial intelligence and intellectual property intersect. Following these explanations, the protection terms and scope of the Law No. 5846 on Intellectual and Artistic Works in force in Turkey are determined. The main issue of the study, which is whether the intellectual products created by artificial intelligence can be considered original, and whether the artificial intelligence systems that create these intellectual assets or the persons who use these systems can be considered as authors, is then addressed within the framework of the current regulations, legislation and the basic principles guiding copyright. The article refers to a precedent decision rendered by the US Court and predicts that the issue may need to be re-evaluated in the near future.

Keywords: Artificial intelligence, Copyright, Intellectual Property Right, Intellectual Property, Originality, Authenticity

I. GİRİŞ

CNN: ‘Dünyanın önde gelen yazılım firmalarından Microsoft’un kurucusu Bill Gates, yapay zekanın önümüzdeki beş yıl içinde hayatımızı kökten değiştireceği iddiasında bulundu.’^[1]

BBC News: ‘Elon Musk: Yapay zeka, insanlığın yok olmasına sebep olabilir.’^[2]

Associated Press News: ‘Yapay zeka uygulaması ChatGPT’yi geliştiren OpenAI’nın Üst Yöneticisi (CEO) Sam Altman, herhangi bir kontrol mekanizması olmadan yapay zeka sistemlerinin topluma sunulmasının büyük tehlikelere yol açacağını belirtti.’^[3]

France 24: ‘Metinleri videoya dönüştüren yeni yapay zeka modeli Sora, ChatGPT yaratıcısı OpenAI tarafından, Şubat 2024 itibarıyla tanıtıldı.’^[4]

Bloomberg HT: ‘2024 senesi içerisinde tüm dünya çapında gerçekleşecek seçimlerde yapay zeka üretimi deep fake video ve benzeri diğer üretimlerin kullanılmaması ve bunların önlenmesi konularında dünyanın önde gelen teknoloji şirketleri ortak mutabakat imzaladı.’^[5]

-
- [1] Jordan Valinsky, “Bill Gates explains how AI will change our lives in 5 years.” *CNN* (New York), January 16, 2024, Erişim: 02 Mayıs 2024, <https://edition.cnn.com/2024/01/16/tech/bill-gates-ai-gps-interview/index.html>.
 - [2] “Elon Musk: Yapay zeka insanlığın yok olmasına yol açabilir.” *BBC News*, 01 Kasım 2023, Erişim: 02 Mayıs 2024, <https://www.bbc.com/turkce/articles/c72d2lxlnpjo>.
 - [3] Jon Gambrell, “OpenAI CEO warns that ‘societal misalignments’ could make artificial intelligence dangerous.” *Associated Press (APNews)* (Dubai, United Arab Emirates), February 13, 2024, Erişim: 02 Mayıs 2024, <https://apnews.com/article/uae-openai-sam-altman-artificial-intelligence-9593a03830c0ef83fdef76c68bb87118>.
 - [4] Drew Angerer, “New AI-video tool by maker of ChatGPT worries media creators.” *France24* (Paris), February 16, 2024, Erişim: 02 Mayıs 2024, <https://www.france24.com/en/live-news/20240216-new-ai-video-tool-by-maker-of-chatgpt-worries-media-creators>; Ayrıca bkzn. “Sora: Metni videoya dönüştüren yapay zeka teknolojisi.” *BBC News*, 16 Şubat 2024, <https://www.bbc.com/turkce/articles/cn3n9gg8dr3o>.
 - [5] “Teknoloji devlerinden seçimlerde aldatıcı yapay zeka içerikleriyle mücadele sözü.” *BloombergHT*, 16 Şubat 2024, Erişim: 02 Mayıs 2024, <https://www.bloomberght.com/teknoloji-devlerinden-secimlerde-aldatici-yapay-zeka-icerikleriyle-mucadele-sozu-2347807>.

Euronews: ‘Yapay zeka kontrollü bir ABD askeri drone’u, simülasyon testinde kendi operatörünü ‘öldürdü’. Test, simülasyon olduğu için gerçek hayatta kimse fiziken zarar görmedi.’^[6]

Johan Galtung ve Mari Holmboe Ruge^[7], herhangi bir olayın haber değeri taşıyıp taşımadığı konusunda bazı kıstaslar belirlemiştir. Bu kıstaslar, yıllardır, yeni medya ve gazetecilik alanları başta olmak üzere, ilgili diğer alanlarda, herhangi bir vakianın haber değeri taşıyıp taşımadığı konusu değerlendirilirken adeta bir turnusol kağıdı görevini görmektedir.

Yukarıda yer verilen yapay zeka konusuna ilişkin haberler, bu kriterler çerçevesinde değerlendirildiğinde, ya daha ilgili çekici olabilmesi adına, dünyaca bilinen kişileri de işaret ederek olumsuzla gönderme yapmış ya da bazıları spekülatif (kurgusal, saptırıcı) haber^[8] şeklinde oluşturulmuştur. Yapay zeka ile ilgili haberlere mesafeli olmak ve yine bu konuda ihtiyatlı bir bakış açısı ve duruşa sahip olmak anlaşılabilir ise de, günümüzde, yapay zekanın bizden uzak bir kavram olduğu, bizimle alakasının bulunmadığını iddia etmek neredeyse mümkün değildir.

Evinizdeki çamaşır makinesini yakın bir tarihte değiştirdiyseniz, yüksek bir ihtimalle, yapay zeka teknolojisi sayesinde, makineye koyduğunuz giysileriniz, yıkama alışkanlıklarınız, yıkama aşamasında kullandığınız programlar analiz edilip harmanlanarak size özel yıkama tercihleri sunulacaktır. Aynı teknoloji, evinizdeki kurutma makinesinde, elektrik süpürgesinde de yer alabilir. Yine, akıllı cep telefonunuzda yer alan çeşitli e-ticaret sitelerine ait uygulamalar üzerinden yaptığınız her tür alışveriş, arama motorundaki araştırmalarınız sonrasında sizleri dahi şaşırtacak derecede isabetli olduğunu

[6] Mustafa Bag, “Yapay zeka kontrollü bir ABD askeri drone’u, simülasyon testinde kendi operatörünü ‘öldürdü’.” *Euronews*, 02 Haziran 2023, Erişim: 02 Mayıs 2024, <https://tr.euronews.com/2023/06/02/yapay-zeka-kontrollu-bir-abd-askeri-droneu-simulasyon-testinde-kendi-operatorunu-oldurdu>.

[7] Johan Galtung and Mari Holmboe Ruge. “The Structure of Foreign News.” *Journal of Peace Research*, (Sage Publications, 1965), 64–91, Erişim: 02 Mayıs 2024, <http://www.jstor.org/stable/423011>.

[8] Örneğin, askeri drone’u kullanarak kendi operatörünü öldürdüğü konusunun işlendiği haberin gerçek olmadığı, haberde yer alan simülasyonun hiç yapılmadığı belirtilmiştir. Dilge Temiz, “Yapay zekanın bir simülasyon esnasında operatörünü öldürdüğü iddiası.” *Teyit*, 02 Haziran 2023, Erişim: 02 Mayıs 2024, <https://teyit.org/analiz/yapay-zekanin-bir-simulasyon-esnasinda-operatorunu-oldurdugu-iddiasi>.

düşündüğünüz önerilerin çoğu; spor yaparken, yürürken veya çalışırken dinlediğiniz şarkı, müzik türlerine benzer dinleme listelerini önünüze çıkaran ve size alternatifler sunan uygulamaların çoğu, çalışmaya konu yapay zeka teknolojisi kullanılarak yapılmaktadır. Sadece bu basit tespitler dahi yapay zeka uygulamalarının aslında o kadar da uzağımızda olmadığı ve günlük hayatımıza adeta nüfuz ettiğinin kanıtıdır...

Bazı yöntem ve tekniklerle, ‘düşünme, akıl yürütme, öğrenme, kavramları ve nesneleri zihinde canlandırabilme, sonuç çıkarma, icat edebilme gibi insana özgü yetenek ve becerileri’^[9] edinmeyi hedefleyen yapay zeka teknolojisi ve bu kapsamda ortaya çıkan sistemler, uygulamalar; pazarlama alanından tutun sağlık sektörüne, bilgisayar alanından tutun hukuk sektörüne kadar geniş bir alana yayılma ve birbirinden tamamen farklı pek çok disiplin ile son derece uyumlu bir şekilde çalışabilme özelliğine sahiptir.

Yapay zeka ne demektir? Ne zaman ve nasıl ortaya çıkmıştır? Yapay zekayı oluşturan temel kavramlar nelerdir? Teknolojinin bu denli akıl almaz biçim ve hızla ilerlediği bir ortamda, yapay zeka tarafından yaratılmış fikir ürünlerinin, 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun mevcut hükümleri kapsamında aradığı özgünlük kriterini karşılaması ve bu anlamda FSEK tarafından korunması mümkün müdür? Türkiye’deki mevcut fikri mülkiyet hukuku rejiminde, yapay zeka ve/veya bu teknolojiyi kullananların, eser sahibi olarak nitelendirilmesi imkanı var mıdır? Yapay zeka çalışmalarına ciddi yatırımlar yapan Amerika’daki mahkeme ve ilgili diğer yetkili kurumların, en azından şu an için, konuya bakış açısı nedir? Mevcut çalışmada, bu sorular, sınai mülkiyet, etik/ahlaki, sosyo-politik ve benzeri boyutlar çalışma dışında tutularak, yürürlükteki kural ve ilkeler ışığında ve genel hatları ile cevaplandırılmaya çalışılacaktır.^[10]

[9] *Türk Dil Kurumu Sözlükleri / Genel Türkçe Sözlük*, s.v. “Zeka”, 20.02.2024, <https://sozluk.gov.tr/>. Formun ÜstüFormun Altı

[10] Yapay zeka teknolojisi ve sistemlerinin günümüz yaşantısına etkileri, en azından çalışmanın kaleme alındığı tarihler itibarıyla, öngörülemede ve bu durum, bahse konu alanın geleceğine ilişkin ciddi bir merak uyandırmaktadır. Bu belirsizlik, aynı şekilde, bazı kaygıların da ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Sadece bir örnekle somutlaştırmak gerekirse, Avrupa Birliği, yapay zeka sistemlerinin zararlı sonuçları önlemek adına, bu sistemlerin otomasyon yerine insanlar tarafından denetlenmesi; yapay zeka sistemlerinin güvenli, şeffaf, izlenebilir, ayrımcı olmayan ve çevre dostu olmasının sağlanması gibi hedeflerle yapay zekayı düzenlemek istemektedir. Bu çerçevede, 09 Aralık 2023 tarihinde Avrupa Parlamentosu, yapay zekadan kaynaklanan

II. YAPAY ZEKANIN GELİŞİMİ

1950'lerin başında, İkinci Dünya Savaşı sırasında Alman ENIGMA kodunu kırmakla ünlü olan ve sıkça «bilgisayar biliminin babası» olarak anılan Alan Turing^[11], yapay zekanın matematiksel olasılığını keşfeden bir makale^[12] kaleme almıştır. Turing'in bu makalesinin mantıksal çerçevesi, insanların sorunları çözmek ve karar vermek için mevcut bilgilerin yanı sıra akıllarını da kullandığı, makinelerin de aynı şeyi yapabileceği; bu akıllı

risk düzeyine bağlı olarak sağlayıcılar ve kullanıcılar için yükümlülükler getiren *AB Yapay Zeka Yasası (EU AI Act)* konusunda Konsey ile geçici bir anlaşmaya varmıştır. (European Parliament, *The EU AI Act: first regulation on artificial intelligence*, December 19, 2023, Erişim: 02 Mayıs 2024, <https://www.europarl.europa.eu/topics/en/article/20230601STO93804/eu-ai-act-first-regulation-on-artificial-intelligence>.

Üzerinde anlaşmaya varılan metnin, Avrupa Birliği yasası haline gelmesi için hem Parlamento hem de Konsey tarafından resmen kabul edilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda, 21 Şubat 2024 tarihinde, Komisyon bünyesinde, özellikle genel amaçlı yapay zeka için Yapay Zeka Yasası'nın uygulanmasını desteklemek hedefiyle, Avrupa Yapay Zeka Ofisi kurulmuştur. (Future of Life Institute (FLI), *EU Artificial Intelligence Act Developments*, March 01, 2024, Erişim: 02 Mayıs 2024, <https://artificialintelligenceact.eu/developments/>)

Bu gelişmeler çerçevesinde ve son olarak, **AB Parlamentosu, 13.03.2024 tarihinde bahse konu yasayı büyük bir çoğunluk oyuyla kabul etmiştir.** (European Parliament, *Artificial Intelligence Act: MEPs adopt landmark law*, March 13, 2024, Erişim: 02 Mayıs 2024, [https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20240308IPR19015/artificial-intelligence-act-meps-adopt-landmark-law?xtor=AD-78-\[Social_share_buttons\]-\[linkedin\]-\[en\]-\[news\]-\[pressroom\]-\[artificial-intelligence-act.\]](https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20240308IPR19015/artificial-intelligence-act-meps-adopt-landmark-law?xtor=AD-78-[Social_share_buttons]-[linkedin]-[en]-[news]-[pressroom]-[artificial-intelligence-act.]))

Bu noktada, gelişmiş ülkelerde dahi hukuki kapsam, çatı ve statüsü henüz belirsiz olan yapay zeka ve bu sistemler tarafından yaratılan fikri ürünlere ilişkin kaleme alınan bu çalışmada, **tamamen Türkiye'de yürürlükteki mevzuat, mevcut kural ve düzenlemeler çerçevesinde bir değerlendirme yapılmakta olduğu; yapay zeka tarafından yaratılan fikir ürünlerinin korunması konusuna ilişkin geleneksel/muhafazakar, devrimci, modern veya başkaca bir bakış açısı ile yaklaşılmadığı** bilinmelidir.

[11] Alan Turing ile ilgili detaylı bilgiler için bkzn. Wikipedia, s.v. "Alan Turing," last modified April 29, 2024, Erişim: 02 Mayıs 2024, https://en.wikipedia.org/wiki/Alan_Turing.

[12] Alan M. Turing, "Computing Machinery and Intelligence." *Mind* LIX, no. 236 (October 1950): 433-60. <https://doi.org/10.1093/mind/LIX.236.433>.

makinenin nasıl inşa edileceği ve zekalarının nasıl test edileceği hususları üzerine odaklanmaktadır.^[13]

Ancak, “yapay zekâ” kavramını popüler hale getiren John McCarthy ve Marvin Lee Minsky olup, bu alanın önde gelen araştırmacılarından olan bu iki bilim insanı, 1956 yılında ABD’de bulunan Dartmouth Koleji bünyesinde düzenledikleri “Yapay Zekâ Yaz Araştırması Projesi”nde bu kavramı tanımlamış ve bağımsız bir araştırma alanı haline getirmişlerdir.^[14]

Önceleri ekseriyetle salt matematiksel hesapların çözümünde kullanılagelen yapay zeka, 21. yüzyıl bakımından bilimsel anlamda önemli bir mesafe kat ederek, nihayetinde insanlarla, yine insan benzeri yöntemlerle iletişim kurup etkileşime geçebilir, insan yaşam tarzını deneyimleyerek çıkarımlarda bulunup belirli olguları öğrenebilir ve öğrendiklerinden yola çıkarak kendi kendini eğitebilir yeteneklere erişmiştir.^[15]

III. YAPAY ZEKA TANIMI

Yaklaşık altmış yıllık genç bir disiplin olan ve matematiksel mantık, istatistik, olasılık, hesaplamalı nörobiyoloji ve bilgisayar bilimi gibi bilimler, teoriler ve teknikleri bir araya getiren yapay zeka bilimi, bir makinenin, insanın bilişsel yeteneklerini taklit etmesini sağlamasını amaçlamaktadır.^[16]

Yapay zeka biliminin uğraş konusu, çalışma alanı, hedef ve amaçlarını yukarıdaki biçimlerde ifade etmek, ‘şimdilik’, mümkün gözüktükçe de kapsamı sürekli genişleyen, her gün devinim ve değişim içerisinde olan bu kavramın net bir tanımını yapmanın en azından bu çalışmanın kapsamını aşacağı düşünülmektedir. Zira, doktrinde, halen dahi, yapay zeka tanımının nasıl,

[13] Rockwell Anyoha, “Can Machines Think? *Special Edition on Artificial Intelligence (blog)*, *Science in the News*, August 28, 2017, Erişim: 02 Mayıs 2024, <https://sitn.hms.harvard.edu/flash/2017/history-artificial-intelligence/>.

[14] Hasan Kadir Yılmaztekin, “Türk Fikrî Haklar Hukuku Yapay Zekâ Tarafından Meydana Getirilen Eserleri Korumak İçin Hazır Mı?”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 2, (2020): 1519–1520.

[15] Büşra Kaynak Balta, “Yapay Zekâ Ürünlerinin Hukuki Niteliği ve Fikri Eser Kavramı.” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 24, sy. 3 (Temmuz 2020): 206. <https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.775498>.

[16] Council of Europe. “*What is AI?*”, February 22, 2024, Erişim: 02 Mayıs 2024, <https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/what-is-ai>.

hangi kapsamda olması gerektiği, sınırları ve benzeri hususların ciddi şekilde tartışılmakta olduğu gözlemlenmektedir.^[17]

Durum bu şekilde olmakla birlikte, yapay zeka biliminin gelişmesine önemli katkıları bulunan bilim insanlarının konuya ilişkin izahatlarının önem arz ettiği düşünülmektedir. Bu kapsamda, Yapay Zeka kavramını, *John McCarthy*^[18]: “kendisini biyolojik olarak gözlemlenebilen yöntemlerle sınırlamak zorunda olmaksızın, insan zekasını anlamak için bilgisayarları kullanarak, akıllı makineler, özellikle de akıllı bilgisayar programları yapma bilimi ve mühendisliği”; *Marvin Minsky*^[19]: ‘insanlar tarafından yapıldığında zeka gerektiren şeyleri, makinelere yaptırma bilimi’; *Nils J. Nilsson*^[20]: ‘makinelere zeki hale getirmeye adanmış bir faaliyet’; *Stuart, Russell ve Peter Norvig*^[21]: ‘çevreden algılar alan ve bu çevreyi etkileyen eylemlerde bulunan akıllı ajanların tasarlanması ve inşa edilmesi’; *David Poole, Alan Mackworth ve Randy Goebel*^[22] ise: ‘akıllıca hareket eden hesaplamalı ajanların sentezini ve analizini inceleyen bir alan’ olarak tanımlamıştır.

Benzer şekilde, *Yılmaztekin*^[23], yapay zekanın ne anlama geldiğinin halen tartışmalı bir konu olduğunu kabul ederek, yapay zekayı: “çeşitli hesaplama, matematik, mantık, mekanik ve biyoloji ilkelerine ve araçlarına başvurularak

[17] Yapay Zekanın tanımı konusunda akademik anlamda ciddi çalışma ve tartışmaların devam ettiğini gösterir örnek için bkznz. Dagmar Monett, Colin W. P. Lewis, and Kristinn R. Th'orisson, “Introduction to the JAGI Special Issue ‘On Defining Artificial Intelligence’—Commentaries and Author’s Response.” *Journal of Artificial General Intelligence* 11, no. 2 (2020): 1-100. DOI: 10.2478/jagi-2020-0003.

[18] John McCarthy, “What is Artificial Intelligence?”, Stanford University–Computer Science Department, last modified November 12, 2007, Erişim: 02 Mayıs 2024, <https://www-formal.stanford.edu/jmc/whatisai.pdf>.

[19] Michael Aaron Dennis, “Marvin Minsky.” in *Encyclopedia Britannica*, January 20, 2024, Erişim: 02 Mayıs 2024, <https://www.britannica.com/biography/Marvin-Lee-Minsky>.

[20] Nils J. Nilsson, *The Quest for Artificial Intelligence: A History of Ideas and Achievements*. (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2009), 13.

[21] Stuart Russell and Peter Norvig. *Artificial Intelligence: A Modern Approach*. (New Jersey, US: Pearson Education Inc., 2003), 54.

[22] David Lynton Poole, Alan K. Mackworth, and Randy Goebel, *Computational Intelligence: A Logical Approach* (Oxford University Press, 1998), 3-6.

[23] Yılmaztekin, “Türk Fikrî Haklar Hukuku,” 1520.

disiplinler arası bir çalışmayla tasarlanan bilgisayar işlevselliği”; *Gözübüyük*^[24]: ‘temel dayanak noktası olarak insan zekasını konu alan ve insan zekasının bir yansıması olan bilişsel faaliyetlerin bilgisayarlar tarafından da yapılabileceğini hedefleyen bir bilim’; *Bozkurt / Bak*^[25] ve *Kara Kılıçarslan*^[26]: ‘insanlara özgü problem çözme yeteneğinin, makineler tarafından da gerçekleştirilebildiği, insanların yapabildiklerini taklit edebilen makineler’; *Kaynak Balta*^[27]: ‘insanın kendi iradesiyle kendisinden daha üstün bir zekaya sahip varlığı meydana getirme uğraşı’; *Zorlu*^[28]: ‘zeki varlıkların gerçekleştirildikleri işlevleri yapma yeteneğine sahip olan sistemlerde bulunan zekâya verilen genel bir isim’; *Özkan*^[29]: ‘insan tarafından geliştirilen teknolojik ürünlere, insan davranışlarının öğretilmesi ve zekâ kavramını, öğretilen programlama sayesinde geliştirmesi’; *Erdoğan*^[30], *Yantaç/Falcıoğlu*^[31] ve *Karaca*^[32]: ‘insanlar tarafından gerçekleştirilen ve zeka gerektiren bilişsel etkinliklerin, yapay sistemlere daha yüksek başarımlı düzeyinde nasıl yaptırılabilirliğini inceleyen bilgisayar biliminin alt dalı’; *Aksu*^[33]: ‘insana özgü bilişsel etkinliklerin doğrudan evrensel makine mahiyetindeki bilgisayarlara

-
- [24] Barış Gözübüyük, “Yapay Zekanın Meydana Getirdiği Fikri Ürünlerle İlişkin 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunundaki Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, *Kırıkkale Hukuk Mecmuası* 1, no. 1 (Nisan 2021): 58.
- [25] Armağan Ebru Bozkurt Yüksel ve diğerleri, “*Futurist Hukuk: Yapay Zeka*”, (İstanbul: Aristo Yayınevi, 2018), 6.
- [26] Seda Kara Kılıçarslan, “Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, sy. 2 (Temmuz 2019): 365, <https://doi.org/10.33432/ybuhukuk.599224>.
- [27] Balta, “Yapay Zekâ Ürünlerinin Hukuki Niteliği ve Fikri Eser Kavramı,” 208.
- [28] Mustafa Zorlu, ‘Yapay Zekâ ve Telif Hakkı.’ *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no.142 (2019): 308.
- [29] Aras Özkan, ‘Yapay Zekâ Tarafından Üretilen Fikir ve Sanat Ürünlerinin Korunması.’ *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no.164 (2023): 212.
- [30] Gökhan Erdoğan, “Yapay Zekâ ve Hukukuna Genel Bir Bakış.” *Adalet Dergisi*, sy. 66 (Mayıs 2021): 123.
- [31] Cavit Yantaç ve Mete Özgür Falcıoğlu, “Yapay Zeka, İnsan ve Hukuk.” *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 11 (Haziran 2020): 33.
- [32] Uğur Karaca, ‘*Yapay Zekanın Haksız Fiillerinden Doğan Hukuki Sorumluluk*.’ (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023), 9.
- [33] Mustafa Aksu, ‘*Yapay Zeka ve Hukuk*.’ (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023), 54-55.

ve/veya bilgisayarların da bir parçasını oluşturduğu yapılara yaptırabilmesi çabası' olarak tanımlamaktadır.

IV. YAPAY ZEKA ÖĞRENME YÖNTEMLERİ

Doktrinde, yapay zekanın, hangi alanla ilgili olduğu, teknolojik zeka gücü, hafıza, tepkiler ve görev tanımlamalarına dayanarak farklı sınıflandırmalara tabi tutulduğu; yine, bu kapsamdaki öğrenme yöntemlerinin de ciddi şekilde farklılaştığı ve çeşitlendirildiği gözlemlenmektedir.^[34]

Yapay zeka bilimi, son derece hızlı şekilde gelişen, değişen ve bu anlamda oldukça dinamik bir yapıya sahiptir. Bu derece derin ve teknik bir konu ile ilgili kavramları, sınırları kesin bir şekilde tespit ederek bazı sınıflandırmalar yapmak, bu çalışmanın sınırlarını aşacaktır. Bu durumun bilincinde olarak, son derece genel hatları ile, yapay zekanın nasıl öğrendiği ve karar verdiği hususlarının anlaşılabilmesi adına, yapay zeka öğrenme yöntemlerini: 'Makine Öğrenimi', 'Derin Öğrenme' ve 'Takviyeli Öğrenme' şeklinde sınıflandırmanın^[35] mümkün olduğu düşünülmektedir.

Makine öğrenme, milyonlarca benzersiz veri noktasından oluşan ve oldukça büyük bir veri setine dayalı olarak akıllı tahminler gerçekleştiren

-
- [34] Yapay zeka türleri ve bu kapsamdaki öğrenme yöntemlerine ilişkin çeşitli sınıflandırmalar için bkz. Somayya Madakam ve diğerleri, "Artificial Intelligence, Machine Learning and Deep Learning (Literature: Review and Metrics)," *Asia-Pacific Journal of Management Research and Innovation* 18, no. 1-2 (2022): 7-23. <https://doi.org/10.1177/2319510X221136682>; bkz. Iqbal H. Sarker, "AI-Based Modeling: Techniques, Applications and Research Issues Towards Automation, Intelligent and Smart Systems." *SN Computer Science* 3, no. 2 (2022): 158. <https://doi.org/10.1007/s42979-022-01043-x>; bkz. Özer Çelik and Serthan Salih Altunaydın, "A Research on Machine Learning Methods and Its Applications." *Journal of Educational Technology & Online Learning* 1, no. 3 (2018): 25-40, Robotik sistemler özelinde yapılan sınıflandırma için ayrıca bkz. Mohsen Soori, Behrooz Arezoo, and Roza Dastres, "Artificial intelligence, machine learning and deep learning in advanced robotics, a review." *Cognitive Robotics* 3 (2023): 54-70, <https://doi.org/10.1016/j.cogr.2023.04.001>; Yapay zeka türleri ile ilgili sınıflandırma için bkz. Hasan Kadir Yılmaztekin, "Yapay Zekânın Eser Sahipliği" (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 59-60.
- [35] Carlos Casado, "AI and Intellectual Property (Pt. 1): Safeguarding Creations in the Digital Age", European Innovation Council and SMEs Executive Agency, October 10, 2023, Erişim: 02 Mayıs 2024, https://intellectual-property-helpdesk.ec.europa.eu/news-events/news/ai-and-intellectual-property-pt-1-safeguarding-creations-digital-age-2023-10-10_en.

geniş bir algoritma yelpazesini ifade eden şemsiye bir terimdir.^[36] Makine öğrenimi, verileri kullanarak gelecekte karşılaşılabilecek bilinmeyenler hakkında tahminlerde bulunan ve iş dünyasındaki risk tahmini gibi, birçok ticari sorunu çözmek için kullanılan ‘tahmine dayalı analitik’ olarak da tarif edilmektedir.^[37] Bu anlamda, kullanılan algoritmaya bağlı olarak yapay zeka sisteminin ürettiği çıktı, onu oluşturan yazılımcıların ve mühendislerin yüklediği girdilerden ve bilgilerden farklı, onlar tarafından dahi öngörülemeyen çıktılar olabilmektedir.^[38]

İkinci yöntem olan Derin öğrenme ise insan beyninin yapısı ve fonksiyonundan esinlenerek oluşturulan yapay sinir ağlarının kullanılmasına dayanan bir makine öğrenmesi tekniği olarak tanımlanabilir.^[39] Sinir ağının fotoğraflardaki kişileri otomatik olarak tanımladığı ve etiketlediği Facebook’ta yüz tanıma özelliği, bu yöntemin uygulandığı örneklerden bir tanesidir.^[40]

Üçüncü ama aynı derecede önemli olan Takviyeli Öğrenme (Reinforcement Learning), yapay zeka güdümlü bir sistemin (bazen ajan olarak da adlandırılır) eylemlerinden geri bildirim kullanarak deneme yanılma yoluyla öğrenmesine olanak tanıyan bir makine öğrenimi alt kümesidir.^[41] Takviyeli öğrenme problemlerinde, sayısal ödül sinyalini en üst düzeye çıkarmak için ne yapılacağı (durumların eylemlerle nasıl eşleştirileceği) öğrenilmeye çalışılmaktadır.^[42] Öğrenme sisteminin eylemleri, daha sonraki girdileri etkilediği için, temel olarak, kapalı döngü problemleri olarak karşımıza

[36] James A Nichols, Hsien W Herbert Chan and Matthew A B Baker, “Machine learning: applications of artificial intelligence to imaging and diagnosis,” *Biophysical reviews* vol. 11,1 (2019): 111. doi:10.1007/s12551-018-0449-9

[37] Sarker, “AI-Based Modeling,” 158.

[38] Osman Güçlütürk ve Rifat Cankat, “*Gelişen Teknolojiler ve Hukuk II: Yapay Zeka ile Oluşturulan Ürünlerin Eser Niteliği ve Eser Sahipliği Meselesi*.” (İstanbul: On İki Levha, 2021), 198.

[39] Esra Karataş ve Uğur Karaca, “Yapay Zeka Tarafından Meydana Getirilen Fikri Ürünlerin 5846 Sayılı Fikir Ve Sanat Eserleri Kanununa Göre Korunması”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 21.1, (2022): 22.

[40] Casado, “AI and Intellectual Property.”

[41] “What is reinforcement learning?”, University of York, February 27, 2024, <https://online.york.ac.uk/what-is-reinforcement-learning/>.

[42] Richard S. Sutton and Andrew G. Barto, *Reinforcement learning: An introduction* (2nd ed.), (London: The MIT Press, 2014, 2015), 2, <https://web.stanford.edu/class/psych209/Readings/SuttonBartoIPRLBook2ndEd.pdf>.

çıkan bu sistemde, birçok makine öğrenimi türünde olduğu gibi, öğrenene hangi eylemleri gerçekleştirmesi gerektiği söylenmemekte, hangi eylemlerin en fazla ödülü verdiğinin, deneyerek keşfedilmesi gerekmektedir.^[43] Takviyeli öğrenme, oyun oynama, robotik ve otonom araç kullanma gibi çeşitli uygulamalarda kullanılabileceği gibi, finans, sağlık hizmetleri ve enerji yönetimi gibi alanlardaki karmaşık sorunları çözmek için de kullanılmaktadır.^[44]

V. YAPAY ZEKA VE FİKRİ MÜLKİYET İLİŞKİSİ

Yapay zeka teknolojileri, günümüzde, o derece yol kat etmiştir ki, üst paragraflarda yer verilen öğrenme yöntemleri vasıtasıyla, artık 'insandan bağımsız'^[45] bir şekilde, insana özgü fikir ürünleri'ni dahi yaratır hale gelmiştir. Bir diğer ifadeyle, yapay zeka, Franz Kafka'nın belirttiği ve 'çözülmesi güç bir muamma'^[46] olduğunu iddia ettiği insanın kodlarını çoktan çözmeye başlamış durumdadır...

Sadece bazı örneklerle somutlaştırılacak olursa, yapay zekâ tarafından üretilen ilk sanat eseri olarak tarihe geçen ve eski ustaların eserlerine benzeyen *Edmond de Belamy* isimli hafif bulanık tuval baskı, Ekim 2018 tarihinde, dünyanın en önemli müzayede evlerinden bir tanesi konumundaki Christie's açık artırmasında, 7.000 ile 10.000 dolarlık tahminini bedelinin çok daha ötesinde bir rakama, toplam 432.500 dolara, satılmıştır.^[47] Ammaar Reshi isimli şahıs, yapay zeka destekli sohbet uygulaması ChatGPT ile bir hafta sonu oynarken, arkadaşlarına verebileceği basit bir çocuk kitabı yapma fikrinden hareket ederek, herhangi bir kalem ve kağıt dahi kullanmadan 12 sayfalık bir resimli kitabı ortaya çıkarıp, Amazon isimli e-ticaret sitesinde

[43] Sutton ve Barto, Reinforcement Learning, 2.

[44] Turing, Reinforcement Learning: What It Is, Algorithms, Types and Examples, Turing Knowledge Base, Date of Access: February 28, 2024, <https://www.turing.com/kb/reinforcement-learning-algorithms-types-examples#applications-of-reinforcement-learning>.

[45] Bu cümledeki 'bağımsızlık' kavramından, yapay zekanın otonom bir biçimde fikri ürün yaratması değil; çalışmada değinilen öğrenme yöntemleri ile farklı ve tahmin dahi edilemeyen sonuçlar çıkarabilmesi özelliği anlaşılmalıdır.

[46] Franz Kafka, *Aforizmalar*, Çev. A. Engin, (İstanbul: Can Yayınları, 2014), 15-20.

[47] Allyssia Alleyne, "A sign of things to come? AI-produced artwork sells for \$433K, smashing expectations." *CNN*, October 25, 2018, <https://edition.cnn.com/style/article/obvious-ai-art-christies-auction-smart-creativity/index.html>.

satmaya başlamıştır.^[48] Yine, Jason M. Allen isimli bir şahıs; metni hiper-realistik grafiklere dönüştürmek için “difüzyon” olarak bilinen karmaşık bir süreç kullanan ve yine milyonlarca görüntüyü açık webden alarak, algoritmaları, bu görüntülerdeki desenleri ve ilişkileri tanıyacak şekilde eğitip, aynı tarzda yeni görüntüler üreten bir yapay zeka platformu olan Midjourney aracılığıyla yarattığı “*Théâtre D’opéra Spatial*” isimli çalışması ile dijital sanatçılar için düzenlenen bir yarışmaya katılıp, ödül kazanmıştır.^[49] Bu hikaye ve haberleri çoğaltmak her zaman mümkündür.

Peki acaba, yapay zeka teknolojisi/sistemler tarafından yaratılan bu fikir ürünleri, 5846 Sayılı FSEK kapsamında eser olarak addedilebilir mi? 5846 Sayılı FSEK koruma kapsamı nedir? Bu fikir ürünleri, 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun aradığı anlamda özgün müdür? Yapay zeka veya bu sistemleri kullanan kimselerin eser sahibi olarak addedilmesi mümkün müdür?

Devam eden başlıklarda bu hususlar incelenmeye çalışılacaktır.

VI. 5846 SAYILI FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNU KAPSAMINDAKİ KORUMADAN YARARLANMA ŞARTLARI ve KAPSAMI

5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda yer verilen özel düzenlemelerden yararlanılabilmesinin temel koşulu, bu Kanun’da yer verilen nitelikleri içeren ve sahibi tarafından yaratılmış bir eserin varlığıdır.

Yasa, bir ürünün eser sayılması ve bunu yaratan kişinin eser sahiplerine tanınan korumadan yararlanabilmesi için özgünlük (sahibinin hususiyetini taşıma) ve Kanun’da yer verilen eser kategorilerinden birine dahil olma şartlarının kümülatif olarak bir arada yer almasını şart koşmaktadır.^[50] Bu

[48] Nik Popli, “He Used AI to Publish a Children’s Book in a Weekend. Artists Are Not Happy About It.” *TIME*, December 14, 2022, Erişim: 02 Mayıs 2024, <https://time.com/6240569/ai-childrens-book-alice-and-sparkle-artists-unhappy/>. Formun ÜstüFormun Altı

[49] Kevin Roose, “An A.I.-Generated Picture Won an Art Prize. Artists Aren’t Happy.” *The New York Times*, September 02, 2022, Erişim: 02 Mayıs 2024, <https://www.nytimes.com/2022/09/02/technology/ai-artificial-intelligence-artists.html>.

[50] Yargıtay kararlarında, insan düşüncelerinin değil, bunların dış âleme yansıdığı biçimin eser olarak koruma altında olduğu gerekçesinden hareketle, fikrî bir çalışmanın, ancak dış dünyaya aksettirildiği ve üçüncü kişilerin duyularına hitap edecek niteliğe büründüğü takdirde eser niteliğini kazanabileceği hususuna önem

iki ana koşuldan birisinin eksikliği halinde yaratılan ürün bir fikir ve sanat ürünü olsa bile eser sayılmayacak, eser sahipliğinden doğan haklardan yararlanamayacak bir başka ifadeyle, 5846 sayılı yasada öngörülen korumalar gündeme gelmeyecektir.^[51]

5846 Sayılı FSEK'te yer alan eser türleri, sınırlı sayı (*numerus clausus*) yöntemi ile belirlenmiş olup; bunlar, İlim ve Edebiyat Eserleri (md.2), Musiki Eserleri (md.3), Güzel Sanat Eserleri (md.4) ve Sinema Eserleri (md.5)'dir. Eser türlerinde *numerus clausus* ilkesi geçerli iken, bir türe giren (ana eser kategorilerinin altında yer alan) eserlerde bu ilke geçerli değildir.^[52]

Kural olarak, eser niteliğindeki bir fikri ürünün yaratılmasıyla ve bu yaratma işlemi dolayısıyla, öncelikle yaratıcının (eser sahibi) malvarlığı ve şahsiyet çevresine ilişkin hak ve yetkilerin birleşiminden oluşan hukuki bir statü meydana gelmektedir.^[53] Bu yaratma olgusu ile eser sahibi, ortaya çıkardığı eser üzerinde mali ve manevi birtakım haklarla donatılmaktadır. Bu haklar, birbirinden kolayca ayrılamayan, eser sahipliğinden kaynaklanan bir tek mutlak hakkın (telif hakkının) sağladığı çeşitli yetkililerdir.^[54]

5846 Sayılı Kanun'da eser sahibine tanınan mali ve manevi haklar da sınırlı sayı (*numerus clausus*) yöntemi ile belirlenmiştir. Bu kapsamda

verildiği; bu anlamda, 'somut bir varlığa bürünme' koşulunun da ek bir koşul olarak arandığı gözlemlenmektedir. (Örnekler için bkzn. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 20.09.2023 tarih, E.2022/11-624; K.2023/849 Sayılı kararı; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 21.6.2023 tarih, E.2021/930; K.2023/639 T. Sayılı kararı; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 22.02.2022 tarih, E.2019/11-24; K.2022/188 sayılı kararı; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 14.10.2021 tarih, E.2017/11-2758; K.2021/1228 sayılı kararı; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 21.10.2020 tarih, E.2017/11-137; K. 2020/806 sayılı kararı; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 24.06.2020 tarih, E.2017/11-134; K.2020/474 Sayılı kararı; Yargıtay 11.Hukuk Dairesi'nin 22.11.2022 tarih, E.2021/7926; K.2022/8166 sayılı kararı ve diğerleri.) Yine, Öğretide, fikri bir emek ürününün eser sayılabilmesi için, yukarıda işaret edilen unsurlara ek bazı kriterlere yer verildiği ayrıca gözlemlenmektedir.

[51] Ahmet M. Kılıçoğlu, "Eser Sayılmayan Fikri Ürünler ve Eserin Adı ve Alametleri Üzerindeki Haklar." *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi* 8, sy. Özel (Haziran 2013): 1586, <https://doi.org/10.19168/jyu.68075>.

[52] Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, (İstanbul: Arıkan Basım, 2005), 107.

[53] Şafak N. Erel, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*, (Ankara: Yetkin Kitabevi, 2009), 14.

[54] Mustafa Ateş, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması*, (Ankara: Şeçkin Yayıncılık, 2003), 93.

eser sahibine tanınan manevi haklar; eserin umuma arz yetkisi (md.14), adın belirtilmesi yetkisi (md.15/1), eserde değişiklik yapılmasını menetme yetkisi (md.16 ve madde 17/2) ve eserin aslına ulaşma ve eseri sergileme hakkı (md.17/1 ve 17/3) şeklindedir. Eser sahibine tanınan mali haklar ise; işleme hakkı (md.21), çoğaltma hakkı (md.22), yayma hakkı (md.23), temsil hakkı (md.24), işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı (md.25) şeklinde ifade edilmiştir. Bununla birlikte, 5846 Sayılı Kanun'da mali ve manevi hakları düzenleyen hükümlerinden farklı bir bölümde düzenlenseler de pay ve takip hakkı (md.45), cayma hakkı (md.58) ve vazgeçme hakkı (md.60) da 5846 Sayılı Kanun'un eser sahibine tanıdığı haklardandır.

Genel hatları ile özetlenmeye çalışılan bu hususlar çerçevesinde, 5846 Sayılı FSEK md.1/A'da: 'Kanun'un, fikir ve sanat eserlerini meydana getiren eser sahipleri ile bu eserleri icra eden veya yorumlayan icracı sanatçıların, seslerin ilk tespitini yapan fonogram yapımcıları ile filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren yapımcıların ve radyo televizyon kuruluşlarının ürünleri üzerindeki manevi ve mali haklarını, bu haklara ilişkin tasarruf esas ve usullerini, yargı yollarını ve yaptırımları ile Kültür Bakanlığının görev, yetki ve sorumluluğunu kapsadığı' belirtilmiştir.

5846 Sayılı FSEK kapsamı bu şekilde belirlendikten sonra, devam eden başlıklar altında yapay zeka tarafından meydana getirilen ürünlerin özgünlüğü ve yapay zeka teknoloji / sistemleri veya bunları çalıştıran kişilerin eser sahibi olarak addedilmesi imkanı olup olmadığı incelenmeye çalışılacaktır.

VII.5846 SAYILI FİKİR ve SANAT ESERLERİ KANUNU'NUN MEVCUT HÜKÜMLERİ KAPSAMINDA, YAPAY ZEKA TARAFINDAN ÜRETİLEN FİKRİ ÜRÜNLER ÖZGÜN MÜDÜR?

A. GENEL OLARAK ÖZGÜNLÜK KAVRAMI

Türk Dil Kurumu, Genel Türkçe Sözlüğü'ne göre, özgünlük: "Özgün olma durumu; orijinalite, orijinallik."^[55] olarak tanımlanmaktadır.

[55] *Türk Dil Kurumu Sözlükleri / Genel Türkçe Sözlük*, s.v. "Özgünlük", erişim tarihi: 28.02.2024, <https://sozluk.gov.tr/>.

Özgünlük kavramı, aslında, bizlere çok uzak bir kavram değildir. Dilimizde yer alan ve sıklıkla kullandığımız ‘Beş parmağın beşi bir olmaz.’^[56]; ‘Her yiğidin bir yoğurt yiyişi vardır.’^[57] şeklindeki atasözleri, özgünlük kavramına atıf yapmaktadır. Klasik Türk müziğinde Bayatı makamında bir şarkı olan, bestesi Fehmi Tokay’a, güftesi ise Rüştü Sarıdağ’a ait ve Müzeyyen Senar isimli ünlü Türk Sanat Müziği sanatçısı tarafından icra edilmiş ve adeta kendisi ile özdeşleşmiş ‘Benzemez Kimse Sana’^[58] isimli eser de özgünlük kavramına yapılan göndermelerden bir diğeri olarak karşımıza çıkmaktadır. Yine, ünlü Fransız sanatçı Ben Vautier’e^[59] ait: “art is only a question of signature and date”^[60] isimli serigrafı eserinde yer alan ‘signature/imza’ ibaresi de doğrudan özgünlük kavramına atıf yapmaktadır. Bu açıklamalar ışığında değerlendirildiğinde, özgünlük kavramının, daha çok farklı olma durumu ile ilişkilendirildiği ileri sürülebilir.

Peki acaba, 5846 Sayılı FSEK kapsamında özgünlük ile kastedilen nedir? Alt başlıkta bu sorunun yanıtı aranmaya çalışılacaktır.

B. 5846 FSEK KAPSAMINDA ÖZGÜNLÜK KAVRAMI

Türkiye’nin de taraf olduğu Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesi’nde, özgünlük kavramı kullanılarak eser, türleri, koruma kapsamı ve benzeri kavramlara ilişkin çeşitli düzenlemeler yapılmış ise de bu metinde özgünlük kavramına ilişkin net bir tanıma yer verilmemiştir. Dünya Ticaret Örgütü’nün kurucu anlaşmasına ek olarak kabul edilen

[56] *Türk Dil Kurumu Sözlükleri / Genel Türkçe Sözlük*, s.v. “Beş parmağın beşi bir olmaz.”, erişim tarihi: 28.02.2024, <https://sozluk.gov.tr/>.

[57] *Türk Dil Kurumu Sözlükleri / Genel Türkçe Sözlük*, s.v. “Her yiğidin bir yoğurt yiyişi vardır.”, erişim tarihi: 28.02.2024, <https://sozluk.gov.tr/>.

[58] *Wikipedia*, s.v. “Benzemez Kimse Sana.”, last modified: February 14, 2024, https://tr.wikipedia.org/wiki/Benzemez_Kimse_Sana#:~:text=Benzemez%20Kimse%20Sana%2C%20Bayati%20makam%C4%B1nda,Senar%20ile%20%C3%B6zde%C5%9Fle%C5%9Fmi%C5%9F%20bir%20eserdir.

[59] *Wikipedia*, s.v. “Ben Vautier,” last modified: February 12, 2024, https://en.wikipedia.org/wiki/Ben_Vautier.

[60] Ben Vautier, “art is only a question of signature and date,” 1972, lithography and serigraph on paper, Collection of The Pontus Hultén Collection, accessed: February 28, 2024, <https://sis.modernamuseet.se/objects/63667/art-is-only-a-question-of-signature-and-date-galerie-gunthe>.

TRIPS (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) Anlaşması'nın 9.maddesinin 2.fıkrası ve yine WIPO Telif Hakları Anlaşması'nın (WCT) 2.maddesinde: 'Telif hakkı korunmasının; fikirleri, usulleri, işletme yöntemlerini veya buna benzer matematik kavramları değil; ifadeleri kapsayacağı' belirtilerek özgünlük kavramından ne anlaşılabilirliği dolaylı da olsa ifade edilmiştir.

5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda özgünlük kavramının karşılığını bulduğu öncelikli kısım, eser tanımının yapıldığı 1/B maddesinin a bendidir. Buradaki tanımlamaya göre eser: '**Sahibinin hususiyetini taşıyan** ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsullerini' ifade etmektedir.

Maddedeki tanımlamadan yola çıkarak, öğretide, özgünlük kavramına ilişkin pek çok yorum ve açıklamanın yapıldığı gözlemlenebilmektedir. Bu anlamda, Kılıçoğlu^[61], özgünlük konusu ile ilgili olarak: 'esere eser olma niteliğini veren unsurun, sahibinin hususiyetini taşıma özelliği olduğunu belirttikten sonra; bilineni tekrar eden, herkesçe yaratılması mümkün ve fikri bir çabanın sonucu olmayan yaratımların eser olmadığı'nı ifade ederek, bu kavramın sınırlarını isabetli bir şekilde belirlemiştir. Hirsch^[62]: "bir düşünce ürünü herkes tarafından vücuda getirilebilecek nitelikte ise bir özellikten söz edilemeyeceğinden, bu gibi ürünlerin korunmasında toplumun herhangi bir yararının bulunmayacağını" belirterek, 5846 Sayılı FSEK kapsamındaki korumanın çerçevesini de çizmeye özen göstermiştir. Tekinalp^[63]: 'her eser türünün kendisine özgü özellikleri bulunduğu için tüm eser grupları için uygulanabilecek tek bir ölçüt verilmesinin mümkün olmadığını belirttikten sonra, hususiyetin, geniş anlamda kendisini anlatım / üslupta gösterdiği' hususunu dile getirmiştir. Erel^[64] bir eserin sahibinin özelliğini taşıyor sayılması için: 'bağımsız bir fikri çalışma ürünü olması ve böylece sahibinin yaratıcı gücünün özelliğini yansıtabilmesi gerektiğini' iddia

[61] Ahmet M. Kılıçoğlu, *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2018), 120-121.

[62] Ernst Hirsch, *Fikrî ve Sınai Haklar* (Ankara: Ar Basımevi, 1948), 131.; Benzer yaklaşım için ayrıca bkz. Nuşin Ayiter. *Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri (En Son Değişiklikler)* (Ankara: Sevinç Matbaası, 1981), 44.

[63] Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, s. 98-100.

[64] Erel, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*, s. 33.

etmektedir. *Arslanlı*^[65] ise: ‘gaspa veya intihale varmamak kaydıyla, toplumun kültür mirasından bir istifadenin söz konusu olabileceğini belirttikten sonra, hususiyetin varlığı için eser sahibine atfedilebilecek az çok bağımsız bir fikri emeğin varlığının gerekli olduğu’nu ifade etmektedir. *Suluk, Karasu ve Nal*^[66]: “fikri bir üründe hususiyet aranırken; anlatım, üslup ve nispeten bağımsızlığın yanında, fikri ürünü yaratanın serbest biçimlendirme alanının, genelin üstünde bir özelliğin ve amaca uygun olanın üstünde bir özelliğin varlığı” gibi kıstasların da aranması gerektiğini belirterek özgünlüğe ilişkin kendi kriterlerini belirlemiştir. *Aksu*^[67] hususiyeti: ‘yaratıcı faaliyette bulunan kişinin, kendi deneyimlerini, bilgisini, özelliklerini, bu ürüne yansıtması; eserin kişisel olması’ olarak nitelemektedir. *Gökyayla*^[68], hususiyetten bahsedebilmek için: ‘eserin bağımsız bir fikri çalışma ürünü olması ve sahibinin zeka, bilgi, çalışma ve yaratıcılığını yansıttığının gerektiği’ni ifade etmiştir. *Bozgeyik*^[69], eserde özgünlük kavramını: ‘eser sahibinin, eserine kendi fikir, düşünce, duygu ve his dünyasından ve fikri temele dayanan yeteneklerinden kattığı özellikler’ olarak tanımlamıştır. *Akgün*^[70]: ‘kanunun saydığı türde bir eseri meydana getirebilmenin en önemli koşulunun hususiyet kavramından geçtiği, sıradanın değil, ancak ve ancak fikri biricikliğin korunabileceği’ni belirterek özgünlük kavramını açıklamıştır. *Suluk ve Orhan*^[71] ise: ‘bir eserin sahibinin hususiyetini taşıyabilmesi için, o eserin, sahibinin fikri bir çabası sonucu meydana gelmiş ve sahibinin hususiyetini yansıtacak düzeyde

[65] Halil Arslanlı, *Fikri Hukuk Dersleri II: Fikir ve Sanat Eserleri*. (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1954), 6.

[66] Cahit Suluk, Rauf Karasu ve Temel Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 42-43.

[67] Mustafa Aksu, “Bilgisayar Programlarının Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Çerçevesinde Korunması”, in Ayşe Kübra Altıparmak (editör), *Fikri ve Sınai Haklar Sempozyumu-Eskişehir, 12 Nisan 2019*, (Ankara: Yetkin, 2020), 36-37.

[68] Emre Gökyayla, *Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi* (Ankara: Yetkin Yayınları, Mayıs 2001), 70.

[69] Hayri Bozgeyik, “Fikir ve sanat eserlerinde hususiyet”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 25, no.3 (2009): 170.

[70] Başak Akgün Akil, “Telif Hukuku’nda İntihal Kavramı, Anonim Kullanımlar ve Tüm Bunların Karşısında Eser Sahiplerinin Fikri İmzası: ‘Üslup’.” *FMR Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi* 21, no. 1 (2019): 60.

[71] Cahit Suluk ve Ali Orhan, *Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku II: Genel Esaslar Fikir ve Sanat Eserleri*, (İstanbul: Arıkan Basım Yayın, 2005), 141.

şekillenmiş olması gerektiğini’ belirtmektedir. Bir *Yargıtay kararı*^[72]nda, özgünlük kavramı: ‘sahibinin hususiyetini yansıtmaya yani orijinallik unsuru; o eser, bir başkası tarafından meydana getirilseydi, aynı şekilde ve özellikle yapılmayacak olmasında gizlidir’ şeklinde tanımlanarak, bu kavram oldukça güzel bir biçimde ifade edilmiştir.

Dikkat edilecek olursa, aynı kavram, farklı unsurlara ağırlık verilerek, farklı bakış açıları ile ve farklı şekillerde ifade edilmektedir. Sadece bu durum dahi özgünlüğün ne demek olduğunu güzel bir örneğidir...

Tüm bu açıklamaları göz önünde bulundurarak, 5846 Sayılı FSEK anlamında sahibinin hususiyetini taşıma kavramını: “eser sahibinin kendi bilgi birikimi, alt yapısı, tecrübeleri ile şekillenen farklı ifade tarzı/imzasını; yaratıcı faaliyeti ile ortaya çıkardığı ve herkesin bir anda aklına gelemeyecek fikri emek ürününe aksettirmesi” olarak ifade etmek mümkündür.

Gerek Kanun’un lafzı ve gerekse öğretilerde yer verilen görüşler kapsamında bir inceleme yapıldığında, herhangi bir fikri yaratımın eser olarak addedilebilmesi ve 5846 Sayılı FSEK tarafından sağlanan ayrıksı korumadan yararlanabilmesinin temel koşulunun ‘özgünlük’ kavramına bağlı olduğu gözlemlenebilecektir. Bu anlamda, 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda ifadesini bulan özgünlük kavramının, bu Kanun’daki ayrıksı korumanın kapısını açan bir anahtar^[73] işlevi gördüğü ortadadır. Dolayısıyla, yürürlükteki hükümler ve fikri mülkiyet rejimine yön veren ilkeler kapsamında, yapay zeka teknoloji / sistemleri tarafından ister tamamen ister kısmen meydana getirilmiş fikir ürünlerinin, sahibinin hususiyetini ve bu anlamda eser sahibinin imzasını taşıdığı; insanın yaratıcı bir faaliyeti neticesinde gerçekleştirildiğini iddia etmenin mümkün olmadığı düşünülmektedir.

VIII. YAPAY ZEKA SİSTEMLERİ VEYA BUNLARI İSTİHDAM EDEN / KULLANANLAR, 5846 SAYILI KAPSAMINDA, ESER SAHİBİ KABUL EDİLEBİLİR Mİ?

5846 Sayılı FSEK md.1/B’nin b bendinde eser sahibi: eseri meydana getiren kişi olarak tanımlanmaktadır. Kanun’un 8.maddesinin birinci fıkrasında: bir eserin sahibinin, onu meydana getiren olduğu hususu tekrar edilmiştir. Kanun’un 9.maddesi ve 10.maddesinde; eser sahiplerinin birden

[72] Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E.2020/8509; K.2022/3996, 24.05.2022.

[73] ...veya duvar örmeye ve bu sayede tuğlaların bir arada durmasını sağlayan bir harç...

fazla olabileceği belirtilerek, birden fazla eser sahipliği türlerine göre farklı düzenlemelere yer verildikten sonra, 11. ve 12. maddelerde eser sahipliğine ilişkin karineler düzenlenmiştir.

Yargıtay^[74] kararları tetkik edildiğinde, eser sahipliği ile ilgili aşağıdaki prensiplerin halen geçerliliğini koruduğu gözlemlenmektedir:

- Fikri ürün olan bir eserin sahibi, maddi bir fiiliyle o eseri meydana getiren kişi veya kişilerdir.
- Eser sahibi, yaratma faaliyetinin gerçekleşmesi ile eser üzerindeki tüm hakları da iktisap eder.
- Eseri meydana getirmek maddi bir fiil olduğundan, fiil ehliyeti olmayanlar bile bir eser meydana getirerek o eserin sahibi olabilirler. Diğer bir ifade ile, 5846 Sayılı FSEK kapsamında eser sahibi olabilmek için, herhangi bir eğitim veya yeterlilik şartına gerek bulunmadığı gibi, herhangi bir kuruma bağlı çalışmak da eser sahibi olmaya engel olmaz.
- Telif hakkına sahip olabilmek için, sadece eserin meydana getirilmesi yeterli olup; eserin herhangi bir sicile tesciline veya herhangi bir makama tevdiine gerek yoktur.
- Kanunla kabul edilmiş temel prensip: ‘gerçek hak sahipliği’dir.

Öğretide de eser sahipliği konusunda, Yargıtay kararlarında belirtilen hususlara paralel değerlendirmelerin yapıldığı gözlemlenmektedir. Bu anlamda, *Kılıçoğlu*:^[75] “eseri yaratanın, ona hususiyetini veren kişi ve eserin de şahsen yaratılan zihinsel ürün olduğunu belirterek, eser sahibinin sadece

[74] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 21.06.2023 tarih; E.2021/930; K.2023/639 sayılı kararı; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 21.12.2022 tarih, E.2021/5708; K.2022/9316 sayılı kararı; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 24.10.2022 tarih, E. 2021/3351; K. 2022/7326 sayılı kararı; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 19.11.2020 tarih, E.2019/1137; K.2020/5228 sayılı kararı; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 14.10.2020 tarih, E.2019/1017; K.2020/4126 sayılı kararı, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 28.03.2019 tarih, E.2017/3587; K.2019/2414 sayılı kararı; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 24.06.2020 tarih, E.2017/11-134; K.2020/474 Sayılı kararı ve diğer kararlar.

[75] Kılıçoğlu, *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar*, 202.

gerçek kişiler yani insanlar olabileceği”; *Tekinalp*:^[76] “sahibinin hususiye-tini taşıması koşulunun doğal sonucu olarak, eser sahibinin onu meydana getiren kişi olarak kabul edilmesi gerektiği; tüzel kişilerin fikri faaliyetleri olmadığı için fikri ürün vermelerinin de mümkün olmadığı”; *Ateş*:^[77] “eser sahibinin, eseri kendi maddi fiiliyle bizatihi meydana getiren gerçek kişi olduğu; bir kimsenin eser sahibi olabilmesi için, eser sayılan ürünün o kişi tarafından bizatihi meydana getirilmiş olmasının gerektiği; bir eserin meydana getirilmesinde yaratıcı çabası bulunmayan kimsenin eser sahibi sayılmasının mümkün olmadığı, bu nedenle de, bir başkasının emir ve talimatıyla yahut siparişi üzerine yapılan eserin sahibinin dahi, o eseri bizatihi kendi maddi fiil ve entellektüel mesaisiyle meydana getiren kişi olduğu”; *Beşiroğlu*:^[78] “bir tüzel kişinin eser oluşturmaya olanak bulunmadığı, eserlerin gerçek kişilerin düşünce ürünü olduğu” hususlarını dile getirmektedir. *Suluk, Karasu ve Nal*:^[79] da konuya ilişkin olarak oldukça benzer görüşleri ileri sürerek, yaratma gerçeği ilkesi gereği, md.18/2, md.10/4 ve benzeri diğer hükümler kapsamında değerlendirildiğinde, çalışanların da meydana getirdikleri eserlerin sahibi oldukları, tüzel kişilerin eser sahibi olmayacağı yönünde görüş bildirmektedir.^[80]

Tüm bu anlatılmaya çalışılan hususlar ve yürürlükteki mevzuat kapsamında bir değerlendirme yapıldığında, Türkiye’deki fikri mülkiyet rejiminde kabul gören ve 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda ifadesini bulan *yaratma / meydana getirme / gerçek hak sahipliği ilkesi* halen geçerliliğini sürdürmektedir. Bu ilke çerçevesinde tüzel kişilerin dahi eser sahibi sıfatına

[76] Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 134. Benzer görüşler için ayrıca bkznz. Erel, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*, 69.; Levent Yavuz, *Türkey Alıcı ve Fethi Merdivan, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2014), 79.; Fırat Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2008), 82-83.

[77] Mustafa Ateş, “Eser Sahibi Kavramı ve Birden Fazla Kişinin Eser Sahipliği,” *Çalışma İlişkilerinde Fikri Mülkiyet Hakları Uluslararası Sempozyumu* (Ankara, 2019), 58.

[78] Akın Beşiroğlu, *Düşünce Ürünleri Üzerindeki Haklar*, (Ankara: APB, 2002), 134.

[79] Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 76-77.

[80] Tüzel kişilerin FSEK’in öngördüğü anlamda bir eser meydana getirebilmelerinin mümkün olmadığı, dolayısıyla tüzel kişilerin, eser sahibi olamayacağı, ancak, belirli şartlar altında eser üzerindeki bazı mali hakları kullanma yetkisine sahip olabileceği yönündeki görüşler için ayrıca bkznz. Hasan Kadir Yılmaztekin, “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Uyarınca Eser Sahipliği ve Hak Sahipliği ile Bunların Tecavüz Davaları Bağlamında Davacı Sifatına Etkileri.” *Adalet Dergisi*, sayı 65 (Aralık 2020): 507.

sahip olamayacağı işaret edilmekteyken, yapay zeka teknoloji / sistemleri ve/veya bunları md.18/2, md.10/4 ve benzeri kapsamda istihdam eden veya aracı olarak kullanan şahısların eser sahibi olarak kabul edilmesinin, evleviyetle mümkün olmadığı düşünülmektedir.

Mevcut düzenlemeler kapsamında sorulara verilen cevaplar çok netmiş gibi gözüktü de yapay zekanın geleceği de göz önüne alındığında, bu cevapların yakın bir gelecekte yeterli kalmayabileceğinin altının çizilmesi gerektiği düşünülmektedir. Aşağıda, yapay zekaya en çok yatırım yapan ülke konumunda bulunan Amerika Birleşik Devletleri'ndeki bir uyuşmazlığa atıf yapılacak ve ABD Mahkemesi tarafından tesis edilen emsal bir karar çerçevesinde konunun ne derece karmaşık olabileceği hususuna değinilmeye çalışılacaktır.

IX.YAPAY ZEKANIN ESER SAHİPLİĞİ VE GELECEĞİNE İLİŞKİN ABD MAHKEMESİ TARAFINDAN TESİS EDİLMİŞ EMSAL BİR MAHKEME KARARI

Makalenin 10 numaralı dipnotunda belirtildiği üzere, Avrupa Birliği (AB) hukuku bağlamında yapay zeka konusunda yasal düzenlemeler ve standartlar oluşturma çabaları devam etmektedir. Ancak, bu alanda kabul görmüş ve yürürlükte olan kapsamlı bir mevzuat henüz mevcut değildir. Bu durum, yapay zeka teknolojilerinin hukuki çerçevesinin henüz tam olarak oturmadığını göstermektedir. Benzer durum, Amerika, İngiltere gibi ülkeler için de geçerlidir.

Yine, bu ülkelerde, yapay zeka konusuna ilişkin uyuşmazlıkların çeşitlilik gösterdiği gözlemlenmektedir. Örneğin, Amerika'da, Mahkeme veya yetkili kurum / kuruluşlar, yapay zeka yaratımlarının telif hakkı korumasından faydalanıp faydalanmayacağı meselesini tartışmakla kalmamakta; güncel olarak, telif hakkı sahiplerinin, yapay zeka firmalarına karşı açtıkları davalarla da ilgilenmektedir.^[81] Bu kararların tamamına değinmek, çalışmanın kapsamını aşacaktır.

[81] Bu davalar kapsamında telif hakkı sahipleri, yapay zeka öğrenme süreçlerinde, kendilerine ait eserlerin herhangi bir telif ücreti ödemeksizin ve izinsiz olarak kullanıldığını iddia etmektedir. Örneğin, Getty Images isimli firma, kendilerine ait 12 milyondan fazla fotoğraf, bunlarla ilgili altyazılar ve meta verilerin; dünyanın önde gelen açık kaynaklı üretken yapay zeka şirketi olan Stability AI isimli şirket bünyesindeki bazı uygulamalar oluşturulurken, izinsiz ve herhangi bir ücret ödmeden kullanıldığı ve bu durumun telif hakkını ihlal ettiğini iddiasıyla bir dava açmıştır. Konuya örnek teşkil eden bir haber için bkz. John Smith, "Copyright Law and

Ancak, yapay zeka teknoloji / sistemleri vasıtasıyla yaratılan fikir ürünlerine ilişkin gelecekte yeni sınırların ve güçlüklerin ortaya çıkacağı ve mevcut sistemin yetersiz kalabileceğini göstermesi adına, emsal nitelikteki bir ABD Mahkemesi kararına değinilmeye çalışılacaktır.

Amerika’da, 2018 senesinde, Imagination Engines adlı bir sinir ağı firmasının CEO’su olan Stephen Thaler isimli şahıs, Creativity Machine isimli yapay zeka sistemini, sanat eserinin tek yaratıcısı olarak listeleterek, ‘*A Recent Entrance into Heaven (Cennete Yeni Bir Giriş)*’ ismini verdiği bir çizimin, Amerikan Telif Hakkı Tescil Ofisi (US Register of Copyright) nezdinde, kendi adına tescil edilmesi talebinde bulunmuştur. Bahse konu çizim, üç hatlı bir demiryolunun yapraklı, kısmen pikseli bir tünel gibi görünen bir yere doğru ilerlemesini tasvir etmektedir.^[82] Bu talep, ilgili kurum tarafından reddedilmiş ve karar, başvuru yapan şahıs tarafından Mahkeme aşamasına taşınmıştır. Mahkeme gerekçeli kararında, davalı Kurumun, davacıya ait telif hakkı tescil başvurusunu reddederek hata yapmadığı, **Amerika Birleşik Devletler Telif Hakkı Yasası’nın yalnızca insan yaratımı eserleri koruduğu**; telif hakkının zamana uyum sağlamak üzere tasarlandığı, ancak **telif hakkının özünde insan yaratıcılığının olmazsa olmaz (sine qua non) olduğuna** dair tutarlı bir anlayış yattığı; telif hakkının hiçbir zaman, davacının iddia ettiği gibi, yönlendirici bir insan eli olmadan çalışan yeni teknoloji biçimleri tarafından üretilen eserleri koruyacak kadar genişlemediği

Artificial Intelligence: Exploring the Impact of AI on Media.” *The New York Times*, December 30, 2023, Erişim: 02 Mayıs 2024, www.nytimes.com/2023/12/30/business/media/copyright-law-ai-media.html.

Benzer şekilde, The New York Times isimli medya devi, OpenAI ve Microsoft aleyhine, kendileri tarafından yayınlanan milyonlarca makalenin, otomatik sohbet robotlarını eğitmek için kullanıldığı iddiasıyla hukuki bir mücadele başlatmıştır. Detaylı bilgi için ayrıca bkz. Michael M. Grynbaum and Ryan Mac, “The Times Sues OpenAI and Microsoft Over A.I. Use of Copyrighted Work.”, *The New York Times*, December 27, 2023, <https://www.nytimes.com/2023/12/27/business/media/new-york-times-open-ai-microsoft-lawsuit.html>

- [82] John Naughton, “Can AI-generated art be copyrighted? A US judge says not, but it’s just a matter of time.” *The Guardian*, August 26, 2023, Erişim: 02 Mayıs 2024, <https://www.theguardian.com/commentisfree/2023/aug/26/ai-generated-art-copyright-law-recent-entrance-paradise-creativity-machine>.

ve *insan eser sahipliğinin, telif haklarının temel şartı olduğu* hususlarına yer verdiği gözlemlenmektedir.^[83]

Karar bütünüyle incelendiğinde, yapay zeka yaratımlarına kapının tamamen kapatılmadığının altı çizilmelidir.^[84] Karar gerekçesinin ilerleyen bölümlerinde: ‘sanatçıların; yeni görsel ve diğer sanatsal eserlerin oluşturulmasında kullanılmak üzere, yapay zekayı alet çantalarına koydukça telif haklarında yeni sınırlara yaklaşıldığı’ belirtilerek; ‘eserin yaratılması aşamasında insan yaratıcılığının giderek azalması nedeniyle ciddi ve zorlu sorunların ortaya çıkmakta olduğu’nun altı çizilmektedir. Bu anlamda: ‘yapay zeka sistemi kullanıcısının, üretilen bir eserin sahibi olarak nitelendirmek için ne kadar insan girdisinin gerekli olduğu; ortaya çıkan görselin ne kadarı üzerinde korumanın mümkün olduğu; telif hakkının yapay zekayı içeren yaratıcı çalışmaları teşvik etmek için en iyi nasıl kullanılabileceği ve benzeri pek çok sorunla karşılaşılacağı’ ayrıca belirtilmiştir.

Bu noktada, bir önceki başlığın son paragrafında da izah edilmeye çalışıldığı üzere, şu an için, yapay zeka tarafından yaratılan fikir ürünleri üzerindeki telif hakkı korumasına ilişkin: ‘mevcut kurallar çerçevesinde ve sınırları kesin bir biçimde korumadan yararlanma imkanı yoktur’ gibi çıkarım yapılabilirmekte ise de son derece yakın bir gelecekte, bu konunun yeniden değerlendirilmesinin gerekebileceği düşünülmektedir.

[83] United States District Court for the District of Columbia, Stephen Thaler, Plaintiff, v. Shira Perlmutter, Register of Copyrights and Director of the United States Copyright Office, et al., Defendants, Civil Action No. 22-1564 (BAH), Judge Beryl A. Howell. Sayfa 7–8.

[84] Gerekçeli kararının 13.sayfasının son paragrafı ve 14.sayfasının tetkikinde, mevcut uyumsuzluğun herhangi bir insan katkısı olmaksızın, tamamen yapay zeka tarafından oluşturulmuş fikri bir ürüne ilişkin olduğu, ‘*work for hire*’ olarak da adlandırılacak ve 5846 Sayılı FSEK md.18, md.10/4 gibi maddelerde düzenlenen çalışma koşullarına benzer bir iş ilişkisi halinin bulunması ve yaratım esnasında, olası insan katkısı/kontrolü bulunması durumlarına ilişkin kapının açık bırakıldığı gözlemlenmektedir.

X. SONUÇ

Yapay zeka, bu çalışmada örnekleyici olarak ve genel hatları ile değinilen öğrenme yöntemleri vasıtasıyla kendini sürekli yenileyen, inanılmaz bir gelişim ve değişim içerisinde olan, uygulandığı disipline son derece başarılı ve kısa bir zamanda adapte olabilme özelliğe sahip bir bilimdir. Yapay zekanın bu özelliği, yaklaşık 70 sene önce, ‘acaba makineler insan gibi düşünebilir mi?’ sorusu ile başlayan çalışmaların, önceleri sadece matematiksel işlemler yapabilen veya satranç / GO gibi oyunları oynayabilen akıllı bilgisayarlardan, şu an tıpta tanı/teşhis tedavileri yapabilen, hukuk alanına sözleşme hazırlayabilen ve hatta çeşitli uyuşmazlıkları dahi çözme noktasına gelen bir teknoloji haline gelmesini sağlamıştır.

Yapay zeka teknolojileri, günümüzde, o derece yol kat etmiştir ki, çalışmamız özelinde, artık insandan bağımsız bir şekilde, insana özgü fikir ürünlerini dahi yaratır durumdadır. Bu kapsamda, mevcut çalışmada, sadece genel bir çerçeve çizebilmek adına ve son derece genel hatları ile öncelikle, yapay zeka biliminin ortaya çıkışı, tanımı, öğrenme yöntemleri, yapay zeka ve fikri mülkiyet konularının kesiştiği alanlara değinilmesinin ardından, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamındaki korumadan yararlanma şartları ve kapsamı belirlenmeye çalışılmış; sonrasında ise, halen yürürlükte olan mevcut düzenlemeler, mevzuat ve telif hakkına yön veren temel ilkeler çerçevesinde, çalışmanın temel meselesi olan yapay zeka tarafından meydana getirilen fikri emek ürünlerinin özgün sayılıp sayılmayacağı; bu fikir ürünlerini meydana getiren yapay zeka sistemleri veya bu sistemleri kullanan şahısların eser sahibi olarak addedilip addedilmeyeceği konuları ele alınmıştır. Bu kapsamda, mevcut kurallar çerçevesinde bu sorulara olumlu yanıt vermenin mümkün olmadığına değinildikten sonra, yapay zekaya en çok yatırım yapan ülkelerden bir tanesi olan Amerika Birleşik Devletleri Mahkemelerinden bir tanesinde görülmüş emsal bir karara değinilerek, bu konunun yakın zamanda değişim gösterebileceğine işaret edilmeye çalışılmıştır.

Yapay zekanın sanatçılar tarafından kullanımı yaygınlaştıkça ve makineler, yaratıcı eserler üretme konusunda daha iyi hale geldikçe, bir insan tarafından yapılan sanat eseri ile bir bilgisayar tarafından yapılan sanat eseri arasındaki

ayrımın daha da bulanıklaşacağı^[85] yönündeki iddianın her geçen gün daha da somutlaştığı bir dönemdeyiz. Daha da vahimi, yapay zeka teknolojisi, sadece güzel sanatlar alanında değil; telif hakkı korumasının söz konusu olduğu tüm alanlarda aktif bir şekilde kullanılmaktadır.

Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü'ne (OECD) göre, yapay zekaya yapılan yatırımlar, 2012'de 3 milyar dolara eşit olan %4'lük paya karşılık gelmekteyken, 2020'de küresel risk sermayesi yatırımlarının %21'e^[86] yaklaştığı ve yine bu oranların, 2023 senesi itibarıyla %20 oranında arttığı belirtilmektedir.^[87] Sadece bu basit tespit dahi yapay zeka teknolojisine yapılan yatırım ve rekabetin ne denli artmakta olduğunu gözler önüne sermektedir.

Üzerine bu denli yatırım yapılan; arka planda sürekli bir şekilde çalışan, sınırsız öğrenme kapasitesine sahip ve farkında olmasak bile, hayatımıza ciddi şekilde nüfuz eden bir teknolojinin yakın bir dönemde telif hakkı alanında uygulanmakta olan ve bu çalışmada henüz değişmediğini iddia ettiğimiz prensipleri etkilemeyeceğini iddia etmek ne derece mümkündür?

Bekleyelim ve görelim...

[85] Andres Guadamuz, "Artificial Intelligence and Copyright.", *WIPO Magazine*, October 2017, https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2017/05/article_0003.html.

[86] Tahmini olarak 75 milyar dolara tekabül ettiği iddia edilmektedir.

[87] Eli Amdur, "Venture Capital In AI – Where And How Much." *Forbes*, November 16, 2023, <https://www.forbes.com/sites/eliamdur/2023/11/16/venture-capital-in-ai—where-and-how-much/?sh=23c5220320e0>

KAYNAKÇA

- Akgün Akil, Başak. “Telif Hukuku’nda İntihal Kavramı, Anonim Kullanımlar ve Tüm Bunların Karşısında Eser Sahiplerinin Fikri İmzası: ‘Üslup’.” *FMR Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi* 21, no. 1 (2019): 57-76.
- Aksu, Mustafa. “*Yapay Zeka ve Hukuk*.” İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2023.
- Aksu, Mustafa. “Bilgisayar Programlarının Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Çerçevesinde Korunması.” Ayşe Kübra Altıparmak (editör), *Fikri ve Sınai Haklar Sempozyumu*, Ankara: Yetkin, 2020.
- Alleyne, Allyssia. “A sign of things to come? AI-produced artwork sells for \$433K, smashing expectations.” *CNN*, October 25, 2018. <https://edition.cnn.com/style/article/obvious-ai-art-christies-auction-smart-creativity/index.html>
- Amdur, Eli. “Venture Capital In AI – Where And How Much.” *Forbes*, November 16, 2023. <https://www.forbes.com/sites/eliamdur/2023/11/16/venture-capital-in-ai—where-and-how-much/?sh=23c5220320e0>.
- Angerer, Drew. “New AI-video tool by maker of ChatGPT worries media creators.” *France24*, February 2024. <https://www.france24.com/en/live-news/20240216-new-ai-video-tool-by-maker-of-chatgpt-worries-media-creators>
- Anyoha, Rockwell. “Can Machines Think? *Special Edition on Artificial Intelligence (blog)*, *Science in the News*, August 28, 2017. <https://sitn.hms.harvard.edu/flash/2017/history-artificial-intelligence/>.
- Arslanlı, Halil. *Fikri Hukuk Dersleri II: Fikir ve Sanat Eserleri*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1954.
- Ateş, Mustafa. *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003.
- Ateş, Mustafa. “Eser Sahibi Kavramı ve Birden Fazla Kişinin Eser Sahipliği,” Çalışma İlişkilerinde Fikri Mülkiyet Hakları Uluslararası Sempozyumu (Ankara, 2019).
- Ayiter, Nuşin. *Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri (En Son Değişiklikler)*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1981.

- Bag, Mustafa, “Yapay zeka kontrollü bir ABD askeri drone’u, simülasyon testinde kendi operatörünü ‘öldürdü’.” *Euronews*, 02 Haziran 2023. <https://tr.euronews.com/2023/06/02/yapay-zeka-kontrollu-bir-abd-askeri-droneu-simulasyon-testinde-kendi-operatorunu-oldurdu>.
- Balta Kaynak, Büşra. “Yapay Zeka Ürünlerinin Hukuki Niteliği Ve Fikri Eser Kavramı.” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 24, no. 3 (Temmuz 2020): 205-230. <https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.775498>.
- Beşiroğlu, Akın. *Düşünce Ürünleri Üzerindeki Haklar*. Ankara: APB, 2002.
- Bozgeyik, Hayri. “Fikir ve sanat eserlerinde hususiyet”. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 25, no.3 (2009): 170-222.
- Bozkurt Yüksel Armağan Ebru, Başak Bak, Sera Reyhani Yüksel ve Kemale Aslanova. *Futurist Hukuk: Yapay Zeka*. İstanbul: Aristo Yayınevi, 2018.
- Casado, Carlos. “AI and Intellectual Property (Pt. 1): Safeguarding Creations in the Digital Age”. *European Innovation Council and SMEs Executive Agency*. October 10, 2023. https://intellectual-property-helpdesk.ec.europa.eu/news-events/news/ai-and-intellectual-property-pt-1-safeguarding-creations-digital-age-2023-10-10_en.
- Council of Europe. “What is AI?”. February 22, 2024. <https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/what-is-ai>.
- Çelik, Ö., and S.S. Altunaydın. «A Research on Machine Learning Methods and Its Applications.» *Journal of Educational Technology & Online Learning* 1, no. 3 (2018): 25-40.
- Dennis, M. Aaron. “Marvin Minsky.” In *Encyclopedia Britannica*. January 20, 2024. <https://www.britannica.com/biography/Marvin-Lee-Minsky>.
- D.L. Poole, A.K. Mackworth, ve R. Goebel, *Computational Intelligence: A Logical Approach*. Oxford University Press, 1998. <https://books.google.com.tr/books?id=3p6KZSHjD4YC>.
- “Elon Musk: Yapay zeka insanlığın yok olmasına yol açabilir.” *BBC News*, 01 Kasım 2023. <https://www.bbc.com/turkce/articles/c72d2lxlnpjo>.

- Erdoğan, Gökhan. “Yapay Zekâ Ve Hukukuna Genel Bir Bakış”. *Adalet Dergisi*, sy. 66 (Mayıs 2021): 117-92.
- Erel, Şafak N. *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*, Ankara: Yetkin Kitabevi, 2009.
- European Parliament, *The EU AI Act: first regulation on artificial intelligence*, December 19, 2023, <https://www.europarl.europa.eu/topics/en/article/20230601STO93804/eu-ai-act-first-regulation-on-artificial-intelligence>.
- European Parliament, *Artificial Intelligence Act: MEPs adopt landmark law*, March 13, 2024, [https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20240308IPR19015/artificial-intelligence-act-meps-adopt-landmark-law?xtor=AD-78-\[Social_share_buttons\]-\[linkedin\]-\[en\]-\[news\]-\[pressroom\]-\[artificial-intelligence-act\]](https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20240308IPR19015/artificial-intelligence-act-meps-adopt-landmark-law?xtor=AD-78-[Social_share_buttons]-[linkedin]-[en]-[news]-[pressroom]-[artificial-intelligence-act]).
- Future of Life Institute (FLI), *EU Artificial Intelligence Act Developments*, March 01, 2024, <https://artificialintelligenceact.eu/developments/>
- Galtung, Johan, and Mari Holmboe Ruge. “The Structure of Foreign News.” *Journal of Peace Research* 2, no. 1 (1965): 64–91. <http://www.jstor.org/stable/423011>.
- Gambrell, Jon. “OpenAI CEO warns that ‘societal misalignments’ could make artificial intelligence dangerous.” *Associated Press (APNews)*, February 13, 2024, <https://apnews.com/article/uae-openai-sam-altman-artificial-intelligence-9593a03830c0ef83fdef76c68bb87118>.
- Gökyayla, Emre. *Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi*. Ankara: Yetkin Yayınları, Mayıs 2001.
- Gözübüyük, Barış. “Yapay Zekanın Meydana Getirdiği Fikri Ürünlere İlişkin 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunundaki Sorunlar Ve Çözüm Önerileri”. *Kırıkkale Hukuk Mecmuası* 1, sy. 1 (Nisan 2021): 54-81.
- Grynbaum, Michael M. and Ryan Mac. “The Times Sues OpenAI and Microsoft Over A.I. Use of Copyrighted Work”. *The New York Times*, December 27, 2023. <https://www.nytimes.com/2023/12/27/business/media/new-york-times-open-ai-microsoft-lawsuit.html>

- Guadamuz, Andres. "Artificial Intelligence and Copyright." *WIPO Magazine*. October 2017. https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2017/05/article_0003.html.
- Güçlütürk, Osman, and Rifat Cankat. *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk II: Yapay Zeka ile Oluşturulan Ürünlerin Eser Niteliği ve Eser Sahipliği Meselesi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık. 2021.
- Hirsch, Ernst. *Fikrî ve Sınai Haklar*. Ankara: Ar Basımevi, 1948.
- Kafka, Franz. *Aforizmalar*. Çev. A. Engin. İstanbul: Can Yayınları, 2014.
- Kara Kılıçarslan, Seda. "Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar". *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, sy. 2 (Temmuz 2019): 363-89. <https://doi.org/10.33432/ybuhukuk.599224>.
- Karaca, Uğur. 'Yapay Zekanın Haksız Fiillerinden Doğan Hukuki Sorumluluk.' İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023.
- Karaca, Uğur ve Karataş, Esra, Yapay Zeka Tarafından Meydana Getirilen Fikri Ürünlerin 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununa Göre Korunması, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 21.1, (2022): 17-50.
- Kaynak Balta, Büşra. "Yapay Zeka Ürünlerinin Hukuki Niteliği Ve Fikri Eser Kavramı". *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 24, sy. 3 (Temmuz 2020): 205-30. <https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.775498>.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. "Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar." Ankara: Turhan Kitabevi, 2018.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. "Eser Sayılmayan Fikri Ürünler ve Eserin Adı Ve Alametleri Üzerindeki Haklar". *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi* 8, sy. Özel (Haziran 2013): 1585-1636. <https://doi.org/10.19168/jyu.68075>.
- Madakam Somayya, Uchiya Takahiro, Mark Shlomo, and Lurie Yotam. "Artificial Intelligence, Machine Learning and Deep Learning (Literature: Review and Metrics)." *Asia-Pacific Journal of Management Research and Innovation* 18, no. 1-2 (2022): 7-23. <https://doi.org/10.1177/2319510X221136682>.

- McCarthy, John. “*What is Artificial Intelligence?*” Computer Science Department, Stanford University, November 12, 2007. Accessed [February 23, 2024]. <https://www-formal.stanford.edu/jmc/whatisai.pdf>.
- Monett, Dagmar, C. W. Lewis, and Kristinn R. Thórisson. “Introduction to the JAGI Special Issue ‘On Defining Artificial Intelligence’–Commentaries and Author’s Response.” *Journal of Artificial General Intelligence* 11, no. 2 (2020): 1-100. DOI: 10.2478/jagi-2020-0003
- Naughton, John. “Can AI-generated art be copyrighted? A US judge says not, but it’s just a matter of time.” *The Guardian*, August 26, 2023. <https://www.theguardian.com/commentisfree/2023/aug/26/ai-generated-art-copyright-law-recent-entrance-paradise-creativity-machine>.
- Nichols, James A, Herbert Chan HW, and Baker, MAB. “Machine learning: applications of artificial intelligence to imaging and diagnosis.” *Biophysical reviews* vol. 11,1 (2019): 111-118. doi:10.1007/s12551-018-0449-9
- Nilsson, Nils J. *The Quest for Artificial Intelligence: A History of Ideas and Achievements*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2009.
- Özkan, Aras. ‘Yapay Zekâ Tarafından Üretilen Fikir ve Sanat Ürünlerinin Korunması.’ *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no.164 (2023): 207-238.
- Öztan, Fırat. *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*. Ankara, Turhan Kitabevi, 2008.
- Poole, D.L., Mackworth, A.K., and Goebel, R. *Computational Intelligence: A Logical Approach*. Oxford University Press, 1998.
- Popli, Nik. “He Used AI to Publish a Children’s Book in a Weekend. Artists Are Not Happy About It.” *TIME*, December 14, 2022. <https://time.com/6240569/ai-childrens-book-alice-and-sparkle-artists-unhappy/>.

- Roose, Kevin. "An A.I.-Generated Picture Won an Art Prize. Artists Aren't Happy." *The New York Times*, September 02, 2022. <https://www.nytimes.com/2022/09/02/technology/ai-artificial-intelligence-artists.html>.
- Russell, Stuart and Norvig, Peter. *Artificial Intelligence: A Modern Approach*. New Jersey: Pearson Education Inc., 2003.
- Sarker, I.H. "AI-Based Modeling: Techniques, Applications and Research Issues Towards Automation, Intelligent and Smart Systems." *SN COMPUT. SCI.* 3, (2022): 157-176. <https://doi.org/10.1007/s42979-022-01043-x>
- Smith, John. "Copyright Law and Artificial Intelligence: Exploring the Impact of AI on Media." *The New York Times*, December 30, 2023. www.nytimes.com/2023/12/30/business/media/copyright-law-ai-media.html
- Soori, Mohsen, Behrooz Arezoo, and Roza Dastres. "Artificial intelligence, machine learning and deep learning in advanced robotics, a review." *Cognitive Robotics* 3 (2023): 54-70. ISSN 2667-2413. <https://doi.org/10.1016/j.cogr.2023.04.001>.
- "Sora: Metni videoya dönüştüren yapay zeka teknolojisi." *BBC News*, 16 Şubat 2024, <https://www.bbc.com/turkce/articles/cn3n9gg8dr3o>.
- Suluk, Cahit ve Ali Orhan. *Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku II: Genel Esaslar Fikir ve Sanat Eserleri*, İstanbul: Arıkan Basım Yayın, 2005.
- Suluk, Cahit, Rauf Karasu ve Temel Nal. *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Sutton, R. S., and Barto, A. G. *Reinforcement learning: An introduction (2nd ed.)*. London: The MIT Press, 2015. <https://web.stanford.edu/class/psych209/Readings/SuttonBartoIPRLBook2ndEd.pdf>.
- Tekinalp, Ünal. *Fikri Mülkiyet Hukuku*. İstanbul: Arıkan Basım, 2005.

- “Teknoloji devlerinden seçimlerde aldatıcı yapay zeka içerikleriyle mücadele sözü.” *BloombergHT*, Şubat 2024. <https://www.bloomberght.com/teknoloji-devlerinden-secimlerde-aldatici-yapay-zeka-icerikleriyle-mucadele-sozu-2347807>.
- Temiz, Dilge. “Yapay zekânın bir simülasyon esnasında operatörünü öldürdüğü iddiası.” *Teyit*, 02 Haziran 2023, <https://teyit.org/analiz/yapay-zekanin-bir-simulasyon-esnasinda-operatorunu-oldurdugu-iddiasi>.
- Turing, A. M. “Computing Machinery and Intelligence.” *Mind* LIX, no. 236 (01 Ekim 1950): 433-60. <https://doi.org/10.1093/mind/LIX.236.433>.
- Turing. Reinforcement Learning: What It Is, Algorithms, Types and Examples, Turing Knowledge Base. Date of Access: February 28, 2024. <https://www.turing.com/kb/reinforcement-learning-algorithms-types-examples#applications-of-reinforcement-learning>.
- University of York. “What is reinforcement learning?” 2024. <https://online.york.ac.uk/what-is-reinforcement-learning/>.
- Valinsky, Jordan. “Bill Gates explains how AI will change our lives in 5 years.” *CNN*, (New York) January 16, 2024, <https://edition.cnn.com/2024/01/16/tech/bill-gates-ai-gps-interview/index.html>.
- Vautier, Ben. “*art is only a question of signature and date*,” 1972. Lithography and serigraph on paper. Collection of The Pontus Hultén Collection. Accessed: February 28, 2024, <https://sis.modernamuseet.se/objects/63667/art-is-only-a-question-of-signature-and-date-galerie-gunthe>.
- Yantaç C., Falcioğlu, M. Ö., “Yapay Zeka, İnsan ve Hukuk.” *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6.11, (2020): 31-56.
- Yavuz Levent, Türkay Alıcı ve Fethi Merdivan. *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2014.
- Yılmaztekin, Hasan Kadir. “Türk Fikrî Haklar Hukuku Yapay Zekâ Tarafından Meydana Getirilen Eserleri Korumak İçin Hazır Mı?”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 2, (2020): 1513-1586.

Yılmaztekin, Hasan Kadir. “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Uyarınca Eser Sahipliği ve Hak Sahipliği ile Bunların Tecavüz Davaları Bağlamında Davacı Sifatına Etkileri.” *Adalet Dergisi*, sayı 65 (Aralık 2020).

Yılmaztekin, Hasan Kadir. “*Yapay Zekânın Eser Sahipliği*”. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.

Zorluel, Mustafa. ‘Yapay Zekâ ve Telif Hakkı.’ *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no.142 (2019): 305-356.

B. MAHKEME KARARLARI

United States District Court for the District of Columbia, Stephen Thaler, Plaintiff, v. Shira Perlmutter, Register of Copyrights and Director of the United States Copyright Office, et al., Defendants, Civil Action No. 22-1564 (BAH), Judge Beryl A. Howell.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 14.10.2020 tarih, E.2019/1017; K.2020/4126 sayılı kararı.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 19.11.2020 tarih, E.2019/1137; K.2020/5228 sayılı kararı.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 22.11.2022 tarih, E.2021/7926; K.2022/8166 sayılı kararı.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 24.05.2022 tarih, E.2020/8509; K.2022/3996 sayılı karar.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 24.10.2022 tarih, E. 2021/3351; K. 2022/7326 sayılı kararı.

Yargıtay 11.Hukuk Dairesi’nin 21.12.2022 tarih, E.2021/5708; K.2022/9316 sayılı kararı.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 14.10.2021 tarih, E.2017/11-2758; K.2021/1228 sayılı kararı.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 20.09.2023 tarih, E.2022/11-624; K 2023/849 Sayılı kararı.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 21.06.2023 tarih; E.2021/930; K.2023/639 sayılı kararı.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 21.10.2020 tarih, E.2017/11-137; K.2020/806 sayılı kararı.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 22.02.2022 tarih, E.2019/11-24; K.2022/188 sayılı kararı.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 24.06.2020 tarih, E.2017/11-134; K.2020/474 Sayılı kararı.

Video Oyunlarında Üçüncü Kişi Markalarının Kullanılmasının Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Işığında Değerlendirmesi

Mine GÜNER*

* Avukat, İstanbul Barosu, (mine.guner@gmail.com).

VİDEO OYUNLARINDA ÜÇÜNCÜ KİŞİ MARKALARININ KULLANILMASININ TÜRK HUKUKU VE MUKAYESELİ HUKUK IŞIĞINDA DEĞERLENDİRMESİ

ÖZ

Video oyunları veya diğer adıyla “bilgisayar oyunları”, yaklaşık altmış yılı aşkın bir tarihe sahiptir ve ilk olarak bir osiloskop (salınımölçer) üzerinden oynanan “Tennis For Two” (1958) adlı oyun ile ortaya çıkmıştır. Bu tarihlerde gelişiminin daha çok başında olan oyunlar, güncel duruma kıyasla ilkel sayılabilecek niteliktedirler. Zamanla bu oyunlar teknoloji ile doğru orantılı olarak gelişmiş ve de bir sektör oluşturacak çeşitliliğe ve ekonomik nüfuza erişmiştir. Özellikle son otuz yılda görülen değişimlerle oyun sektörü, uluslararası piyasalardaki en büyük şirketleri bünyesinde barındırmaktadır^[1].

Türk Hukuku’nda örneklerinin çok olmaması ile birlikte, video oyunlarından kaynaklanan fikri mülkiyet hukuku uyuşmazlıkları, mukayeseli hukuk içtihatlarına yansımış ve yer bulmuştur. Özellikle Amerika Birleşik Devletleri (“ABD”) ve Avrupa’da örnekleri görülen bu tip davaların, oyun sektörünün Türkiye’de geldiği nokta dikkate alındığında, yakın gelecekte Türkiye’de de yoğun bir mevcudiyet göstereceği aşîkârdır. Oyunlar, gerçeklik ile sanal dünya arasındaki çizgiyi bulanıklaştırmaktadır. Gerçeklik algısının bu seviyede sağlanması, belli başlı sorunları da birlikte getirmektedir. Oyunlar, özellikle mekânsal algının başarılı bir şekilde oluşturulması amacıyla, gerçek hayat-tan esinlenen unsurlar içermektedir. Bu unsurların gerçekliğe benzerliğinin artmasıyla da makale kapsamında incelenecek marka ihlali uyuşmazlıkları çıkmaktadır. Marka hakkı sahipleri ile oyun yapımcıları arasındaki bu hak çatışmasını sonuçlandırmak amacıyla hem mukayeseli hukukta hem de Türk Hukuku’nda çeşitli mahkeme kararları mevcuttur. Kararlar değişiklik göstermekle birlikte baskın görüş, ticaret alanında ve ticari amaçla kullanılmayan ve gerçeklik algısı ve deneyiminin arttırılması amaçlı kullanımların, ihlal teşkil etmeyeceği ve tüketiciyi yanıltıcı nitelikte sayılmayacağı yönündedir.

Bu çalışmamızda, genel tanım ve başlık olarak “video oyunları” kullanılmış olsa da, yer yer aynı kavram “bilgisayar oyunları” olarak da anılabilecektir.

[1] “Activision | ATVI Stock Price, Company Overview & News.” Forbes. 2024. <https://www.forbes.com/companies/activision-blizzard/?sh=1adedcc82599>.

I. VIDEO OYUNLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Video/bilgisayar oyunları, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda ("FSEK") açıkça tanımlanmamaktadır. FSEK, eser olmanın şartlarını ve eser türlerini düzenleyerek, hangi yaratımların eser olarak korunacağını düzenler. FSEK'in 1. maddesinin a bendi uyarınca eser niteliği taşımanın subjektif şartı "sahibinin hususiyetini taşıma" iken objektif şartı ise "ilim ve edebiyat, musikî, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri" kategorilerine girmektir.

FSEK'te eser türleri açısından "*numerus clausus*" ilkesi benimsenmiştir, yasada belirtilmeyen eser türleri dışındaki yaratımlar koruma altına alınmaz.

Bilgisayar programları kendisini dil ile ifade edebilen ve kodlardan oluşan bir yaratım olarak FSEK kapsamında ilim ve edebiyat eseri olarak sayılmıştır. Ancak FSEK'te bilgisayar oyunları açısından bir düzenleme yoktur. Bilgisayar oyunlarının da bilgisayar programı kapsamına girip girmeyeceği, eser niteliğini ortaya koymak anlamında önem taşımaktadır. Doktrinde bir bilgisayar oyununun somut olay değerlendirilerek sinema eseri olarak korunabileceği ya da bilgisayar programına ilişkin korumadan kıyasen yararlanabileceği ifade edilmiş olup, Tekinalp burada sinema eseri olarak korumanın ağır bastığını haklı olarak düşünmektedir. Bu kapsamda Tekinalp^[2], video oyunlarının, bilgisayar programına dayandığını, lakin bu oyunların da saf bilgisayar programı olarak değerlendirilemeyeceğini açıkça ifade etmiştir.^[3] Bilgisayar programları belli bir sonucu elde etmek amacıyla, özel bir yazı diliyle ifade edilen bir yaratımdır. Bu nedenle de FSEK'te ilim ve edebiyat eseri olarak düzenlenmektedir.

Bilgisayar oyunlarının teknik bir sonuç elde etme amacı olmadığı gibi, bunlar çoğunlukla eğlence amaçlıdır. Yazı ile ifade edilmesinin yanında grafik, senaryo, özgün müzik, karakter ve tiplere gibi unsurları da vardır.^[4] Tüm bu unsurlar bir araya geldiğinde, bilgisayar oyunun içinde her ne kadar bilgisayar programı unsuru mevcut olsa da, bir oyun yalnızca programı oluşturan kodun korunmasından ibaret olmayacak, aynı zamanda oyunun

[2] Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, (İstanbul:Vedat Kitapçılık, 2016), 104.

[3] Taylan Kılıç, "Bilgisayar Oyunlarının Eser Niteliği", Yüksek Lisans Tezi, (İstanbul Bilgi Üniversitesi, 2018), 78.

[4] Taylan Kılıç, "Bilgisayar Oyunlarının Eser Niteliği", Yüksek Lisans Tezi (İstanbul Bilgi Üniversitesi, 2018), 91

içinde yer alan unsurların eser niteliği de tartışılarak, koşulları mevcutsa, daha katmanlı bir yapı içinde ve uygulanabilir olduğu ölçüde çok katmanlı bir korumadan yararlanması da söz konusu olabilecektir. Örneğin bilgisayar oyunları içerisinde çoğunlukla senaryo, karakter ve tiplendirme, özgün müzik gibi unsurlar olduğundan görsel işitsel eser veya sinema eseri olarak değerlendirilmesi de gündeme gelmektedir. *Tosun'a göre*, sinema eserine benzer yaratımlardan bilgisayar oyunlarını da içeren farklı yaratımların da anlaşılması mümkündür.^[5]

Her ne kadar, FSEK'te ve pek çok hukuk sisteminde doğrudan böyle bir tanım olmasa da, bu anlamda bilgisayar oyunlarına çoğunlukla “multimedya eser” olarak yaklaşılmaktadır. Türk Dili Kurumu “multimedya” kelimesini “çoklu ortam” olarak tanımlamaktadır. Tekinalp'e göre, her ne kadar multimedya eser tanımı üzerinde fikir birliği olmasa da bilgisayar oyunlarının multimedya kapsamı içine sokulabileceğini ifade etmektedir.^[6]

Bir bilgisayar oyununu oluşturan unsurlar, FSEK'te sayılan farklı eser türlerinden birini teşkil edebilecek durumdadır ve bu nedenle bilgisayar oyunları sıklıkla fikri mülkiyet haklarına ilişkin uyuşmazlıklara konu olmaktadır.

Yargıtay kararları da bahsi geçen kanunla paralel bir şekilde video oyunlarını tanımlamakta eksik kalmıştır; ancak çeşitli kararlarda bu ürünlerin eser niteliğini kabul etmiştir.^[7]

Uygulamada ise video oyunları T.C. Kültür ve Turizm Bakanlığı Telif Hakları Genel Müdürlüğü'nde zorunlu tescile tabi tutulmaktadır. Bu uygulama sinema eserleriyle benzerlik göstermekle birlikte, tanımlama sorunu açısından nihai bir sonuca ulaştırmamaktadır. Bu belirsizliğe Türk Hukuku kapsamında mutlak bir cevap verilememekle birlikte, video oyunlarının eser niteliğinde olduğu ve bu kapsamda hukuki olarak korunacağı aşıkardır.

Uluslararası doktrinde “görsel-işitsel cihaz aracılığıyla oynadığımız ve bir hikâye üzerinde kurgulanabilen oyun”^[8] ibareleri ile diğer medya ürünlerinden ayırtılmaktadır.

[5] Yalçın Tosun, *Sinema Eserleri ve Eser Sahibinin Hakları*, (Ankara: On İki Levha Yayıncılık, 2013), 136.

[6] Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016), 115

[7] Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2017/4915, K. 2019/1825, 05.03.2019.

[8] Nicolas Esposito, “A Short and Simple Definition of What a Videogame Is” (Digital Games Research Conference: Changing Views: Worlds in Play, Vancouver, 2005)

Video oyunları, özgün ve bağımsız bir eser olmakla birlikte, oyun kapsamında müzik, ses efektleri, senaryo ve diyaloglar, karakterler, etkileşim yapılabilecek eşyalar, kurgusal veya gerçek mekânlar, arayüz, teknik unsurlar gibi fikri ve sınai hak korumasına konu olabilecek birçok farklı içerik barındırmaktadır. Bunlar da oyunun eser sıfatını haiz olmasıyla gelen korumalardan yararlanacaktır. Bu koruma ancak ve ancak oyundaki gökyüzü, çimen, ağaç, çiçek, bardak, dolap, giysi, duvar gibi standart öğeler (*scenes à faire*)^[9] için uygulanmayacaktır.

Günümüzde, video oyunlarında yer alan, fikri ve sınai hak korumasına tabi olan içeriklerin kullanımı için oyun şirketleri hak/eser sahipleri ile lisans sözleşmeleri imzalamaktadırlar. Bu sözleşmeler sayesinde kullanım izni kazanan taraf, süreli veya süresiz olarak hak sahibinin markasına, tasarımına veya sair teknik bilgisine oyununda yer verebilmektedir.

Ancak, içeriklerin kullanımının izne tabi olması durumunun bazı istisnaları bulunmaktadır. Örneğin aksiyon oyunlarında, silah üreticileri ile lisans sözleşmesi yapılmadan silah tasarımları kullanılabilir. 2013 öncesinde bu durum mevcut olmamakla birlikte **Electronic Arts (“EA”)** şirketi, 2013’ün Mayıs ayında verdiği bir karar ile o tarih itibarıyla silah üreticileri ile lisans sözleşmesi imzalamayacağını belirtmiştir^[10]. **EA**’ın Amerika Birleşik Devletleri Anayasası Birinci Değişikliği’ndeki ifade özgürlüğü ilkesine dayandığı bu karar ile birlikte diğer birçok büyük çaplı oyun şirketi de (**Activision, Take-Two Interactive, Bethesda Studios, PUBG Corporation, Epic Games**) bu örneği takip etmiştir. Bahsi geçen firmalar ad ve seri numarası kullanmadan silah üreticilerinin tasarımlarını halen oyunlarında kullanmaktadırlar.

[9] Catherine Jewell, “Video Games: 21st Century Art”, *WIPO Magazine*, Ağustos 2012, 11, WIPO.

[10] Josef Donat, Pavel Hejl ve David Slama, “The Use of Trademarks in Video Games in the Light of the Current Case Law”, *CEE Legal Matters*, 08 Mart 2021, <https://ceelegalmatters.com/rowan-legal/16221-the-use-of-trademarks-in-video-games-in-the-light-of-the-current-case-law>.

II. KARŞILAŞTIRMALI HUKUK AÇISINDAN VIDEO OYUNLARINDA ÜÇÜNCÜ KİŞİ MARKALARINA YER VERİLMESİ

Yukarıda belirtilen, ABD’de gündeme gelmiş silah örneğindeki istisna saklı kalmak suretiyle, kullanım izni alınmaksızın ve haklı sebebe dayanmaksızın bir hak sahibinin fikri veya sınıai mülkünün kullanmasının hak ihlali olup olmadığı tartışmalıdır ve somut olayın kurallarına göre değişebilmektedir.

Bir oyun şirketinin haklı sebebe dayanmaksızın tescilli bir markaya oyunlarında belirli mal ve hizmetleri ayırt etmeye yarayacak şekilde, marka sahibinin izni olmaksızın yer vermesi marka hakkına tecavüz fiilini oluşturabilecektir. Ancak, bu gibi kullanımların ve marka ihlali iddialarının bir sınırı vardır. Gerçekten de, bu durumun örnekleri karşılaştırmalı hukuk kapsamında birçok kararda gözlemlenebilmektedir. Bu kararların çoğunluğu ifade özgürlüğü ve gerçekliği arttırma temellerine dayanarak, oyun şirketi lehine sonuçlanmıştır. Aşağıda, ABD çoğunluk olmak üzere karşılaştırmalı hukukta bahsi geçen uyumsuzlıklara benzer olaylara verilen kararlar ve incelemeleri bulunmaktadır.

A. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA VIDEO OYUNLARINDA MARKALAR VE DİĞER FİKRİ HAKLARA YER VERİLMESİNİ KONU EDİNER EMSAL KARARLAR

Aşağıda inceleyeceğimiz, karşılaştırmalı hukuka dair kararlar, bir bilgisayar oyununda mekânsal bir gerçekliğin bir parçası olarak, üçüncü bir kişinin markası ve fikri ürünü aktarıldığında, bu aktarımın sadece mekânsal gerçeklik odaklı yani bir mekânın gerçekliğini koruyarak kullanılması ve bunun üzerine çıkmaması halinde ifade özgürlüğü kapsamında sayılmış ve ihlal kabul edilmemiştir.^[11]

1. ROGERS v. GRIMALDİ KARARI

ABD İkinci Devre İstinaf Mahkemesi tarafından verilen **Rogers v. Grimaldi** kararı aslında bir oyundaki hak ihlali iddiasını içermemektedir. Ancak bu karar aracılığıyla “*Rogers Test*” sistemi ortaya çıkmıştır ki bu test, kararda bir filmdeki marka ihlaline uygulanmış olmakla birlikte sonraki kararlarda

[11] Mete Tevetoğlu, “Dövme Sanatçılarının Telif Haklarına Dair Tartışmaların Fikri Hakların Alışılmadık Bir Sınırı Olan Mekansal Gerçeklik Algısı Bakımından Değerlendirilmesi”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, Haziran 2023, 63-72, <https://doi.org/10.55027/tfm.1198117>

kıyasen **SONY v. VIRAG** ve **E.S.S. Entertainment 2000, Inc. v. Rock Star Videos, Inc** gibi davalarda oyunlara da bu testi uygulamıştır. Bu karar sinema ve video oyunları gibi gerçeklik algısının arttırıldığı düzlemlerde markaya tecavüzün belirlenmesi için bir temel oluşturmuştur.

Karar'daki olay özetle şudur: Ginger Rogers, film yapımcısı Alberto Grimaldi ve film şirketi **Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc.'e (MGM)** “*Ginger and Fred*” adlı filmin üretimi ve dağıtımı sebebiyle dava açmıştır. Film’de Ginger Rogers ve partneri Fred’in kabare gösterisinin parodisi yapılmıştır. Birinci derece mahkemesinin Grimaldi’yi sorumlu bulmayınca Rogers bir üst derece istinaf mahkemesine başvurmuştur. İstinaf mahkemesi de kararı onamıştır ve gerekçesindeki ifadeler sonucunda ortaya “*Rogers Test*” yöntemi çıkmıştır.

Bu yönetime göre a)marka sanatsal amaçlarla kullanılıyorsa ve b) tüketicileri yanlış yönlendirmiyorsa marka tecavüzünden bahsedilemeyecektir.

Markanın sanatsal amaçlarla kullanılması ibaresi aslında 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu m.7/3-d’deki (“SMK”) “ticari etki yaratacak biçimde kullanım” şartına benzerlik göstermektedir. Ticari bir yarar gözetmeksizin, oyunun sanatsal değerini arttırmak amacıyla izinsiz kullanılan markalar tüketicileri (markanın kaynak gösterme fonksiyonu açısından) yanlış yönlendirmedikleri takdirde tecavüze konu olmayacaktır.

Anlaşılaçağı üzere bu karar, sinemaya benzer bir biçimde gerçeklik algısının oluşturulmasını amaçlayan eserler olan video oyunları için de uygulanabilecek, bu düzlemin hareket alanını genişletecek bir yöntem sağlamıştır.

2. ENTERTAINMENT 2000, INC. v. ROCKSTAR VIDEOS, INC. (“ROCKSTAR”)

ABD Dokuzuncu Devre İstinaf Mahkemesi tarafından verilen **E.S.S. Entertainment 2000, Inc. v. Rock Star Videos, Inc.** kararı “*Rogers Test*” yönteminin uygulandığı ve oyunlarda markaya tecavüz durumuna emsal teşkil edecek asli kararlardandır.

Karar’daki olay özetle şudur: **Entertainment 200, Inc.**, davalı **Rockstar Videos, Inc.**’e oyunları “*Grand Theft Auto: San Andreas*”ta bulunan “Pig Pen” adlı striptiz kulübünün kendi markaları “Play Pen Gentlemen’s Club”a tecavüzü iddiasıyla dava açmıştır. İddianın asıl noktası ayırt edici logolarının izinsiz ve tüketiciyi yanıltacak bir biçimde kullanılmış olmasıdır. Birinci

derece mahkemesinin **Rockstar**'ı yükümlü bulmaması sonucunda istinaf yoluna başvurulmuştur. İstinaf mahkemesi, birinci derece mahkemesinin kararını onamıştır.

İstinaf mahkemesi kararda "*Rogers Test*"ı uygulamıştır ve yapılan incelemeler sonunda birinci derece mahkemesini onarken gerekçe olarak oyundaki striptiz kulübünün oyun için **tamamlayıcı nitelikte** olmadığı belirtmiştir. Bu ibareyle mahkeme, bahsi geçen striptiz kulübünün oyunun bütünlüğü için asli bir unsur olmadığını, oyuna hiç eklenmemiş olması durumunda oyunun temelini bozacak bir hasarın oluşmayacağını vurgulamıştır.

3. VIRAG, S.R.L. ("VIRAG") v. SONY COMPUTER ENTERTAINMENT AMERICA LLC. ("SONY")

Kararda, ABD Dokuzuncu Devre İstinaf Mahkemesi, Amerika Birleşik Devletleri Anayasası Birinci Değişikliği'ne dayanarak **VIRAG**'ın **SONY**'ye karşı iddialarını reddetmiştir.^[12] "*Rogers test*" yönteminin yine uygulandığı bu davada mahkeme, uyumsuzluk konusu olayı ifade özgürlüğü kapsamında tutmuştur. Buna ek olarak kararda, önceki emsal kararlarda değinilmemiş ve ileriki süreçte benimsenecek yeni bir kanıt dayanak olarak gösterilmiştir.

Karardaki olay özetle şudur: **VIRAG, S.R.L.**, İtalya merkezli tanınmış bir halı ve döşeme şirkettir. Logolarının **SONY COMPUTER ENTERTAINMENT AMERICA LLC**'ye ait "*Gran Turismo*" oyununda izinsiz kullanımı sonucunda Kuzey Kaliforniya Bölge Mahkemesine başvurmuştur. Belirtilen oyun, gerçekçi bir araba yarışı oyunu olmakla birlikte, içinde gerçek yarış pistleri ve araba modelleri barındırmaktadır. Bu yarış pistlerinden gerçeğe çok yakın yansıtılardan "*Autodromo Nazionale di Monza*"da, **VIRAG**'ın markası pistin üstündeki köprüde detaylı bir biçimde gösterilmektedir. Mahkeme bu bulgular ışığında olayı incelemiş ve davacının taleplerini reddetmiştir. Ret sonucunda **VIRAG**, ABD Dokuzuncu Devre İstinaf Mahkemesi'ne başvurmuştur ki üst mahkeme de önceki kararı onamıştır.

İstinaf mahkemesinin kararındaki asli dayanağı, davalının mekânsal gerçeklik algısının, davacının telif hakkına göre üstün bir korumaya tabi tutulması gerektiridir. Bu dayanak sonucunda gelecek kararlarda kullanılacak

[12] Sean Apple, "Sony Leaves Virag's Trademark Suit over Gran Turismo in the Dust", TYZ Law Group, 06 Ekim 2021, <https://www.tyzlaw.com/gameslaw-blog/2020/5/28/sony-speeds-away-from-virags-trademark-suit-over-gran-turismo>.

olan mekânsal algı savunması ortaya çıkmıştır. Mekânsal algı savunması, markaların sadece ve sadece bir mekândaki gerçekçiliği korumak amacıyla ve mekânı göstermekle sınırlı kalması durumlarında, olağan şartlarda marka hakkının ihlali olarak sınıflandırılacak durumlara göz yumulması gerektiğini vurgular niteliktedir. Bahsi geçen savunma, oyunlarda gerçeklik algısının tüketici açısından özellikle gözetilmesi gerektiğini ve noksanlıkların bulunması durumunda tüketici deneyiminin açıkça ve kesin olarak zarar göreceğini vurgulaması sebebiyle büyük önem arz etmektedir.

4. SOLID OAK SKETCHES LLC VS. TAKE-TWO INTERACTIVE SOFTWARE UYUŞMAZLIĞI

Söz konusu davayı açan dövme sanatçılarının şirketi olan SOLID OAK SKETCHES LLC, NBA oyuncularını olan ERIC BLEDSOE, LEBRON JAMES ve KENYON MARTIN’e yaptıkları dövmelemlerin Take-Two tarafından izinsiz bir şekilde video oyununda kullanıldığını iddia etmiştir. Mahkeme, dövmelemlerin oyun sırasında sadece kısa anlarda görünmelerinden ve oyunun ayrılmaz bir parçası olmadığından ötürü söz konusu kullanımın *de minimis* olduğuna karar vermiştir. TAKE-TWO, dövmelemlerin oyunda kullanılan pazarlama ürünleri arasında yer almadığına ve ticari etki yaratacak şekilde bir kullanım amacına yönelik olarak dahil edilmediklerini belirtmiştir. Ayrıca mahkeme dövmelemlerin, oyuncularını gerçekte oldukları gibi tasvir etme amacıyla kullanıldığını yani gerçeklik algısı yaratmak için kullanıldığını ötesinde bir amacın bulunmadığına da karar vermiştir. Davalıların kullanımlarının marka hakkına tecavüz teşkil etmediğine karar verilmiştir.^[13]

5. RANDY ORTON UYUŞMAZLIĞI

Marka hakkına tecavüzün sağlanması için “ticari etki yaratacak şekilde kullanımın” arandığı bir başka karar da literatüre “Randy Orton Uyuşmazlığı” olarak geçecek davada karşımıza çıkmıştır. Dövme sanatçısı Catherine Alexander, ABD’de tanınan bir güreşçi olan Randy Orton’a yaptığı dövmenin görüldüğü bir güreşçi görselinin, “Take-Two Interactive” oyun şirketi tarafından WWE 2K isimli video oyununda izinsiz şekilde kullanılması karşısında dava açmıştır. Yargıç (“authenticity”) gerçeğe uygunluğun satış

[13] Solid Oak Sketches, LLC v. 2K Games, Inc., 16-CV-724-LTS-SDA, LEXIS 53287 (New York. 2020)

ve karı arttırmada önemli bir faktör olduğunu beyan etmiştir.^[14] Davalılar dövmelemin kullanımının video oyununun satışına bir etkisi olmadığını ileri sürse de sunulan delillerle tüketicilerin video oyununu satın almalarında güreşçilerin “gerçeğe uygun” olan görünümleminin etkisi olduğu kanıtlanmıştır. Dövmeme sanatçısının tasarımları olan dövmelemin, video oyunlarının satışına etkisi olduğu ortaya koyulan söz konusu davada dövme sanatçısının telif hakkının ihlal edildiği kabul edilmiş ve Take-Two şirketi tazminata mahkum edilmiştir. Üçüncü kişilerin markalarının video oyunlarında kullanımının ölçütlerini açıkça ortaya koyan bir karar olmasa da üçüncü kişi markasının “ticari etki yaratacak şekilde kullanımının” tecavüz teşkil etmedeki önemi açısından gelecekte verilecek kararlar için dayanak niteliğinde bir karar olmuştur.

6. FERRARI SPA (“FERRARI”) v. STÉ. TAKE TWO INTERACTIVE SOFTWARE, INC. (“TAKE TWO”)

Emsal kararlardan aslında Türk Hukuku için en çok önem arz eden Fransa Temyiz Mahkemesi’nin Ticaret Daire’sinde hükme bağlanan **FERRARI v. TAKE TWO** kararıdır. Önceki ABD kararlarından farklı olarak Kıta Avrupası Hukuku’na tabi olan bahsi geçen kararda ilginç bir şekilde ABD mahkemeleri ile paralel kavram ve gerekçeler kullanılmıştır.

Karardaki olay özetle şudur: Bilindiği üzere **TAKE TWO**, kendilerine milyarlarca dolar kazanç sağlamış olan “*Grand Theft Auto: V*” (“*GTA*”) oyununun yapımcılarının ana şirketidir (parent company). “*GTA*” bir açık-dünya (openworld) aksiyon oyunu olmakla birlikte, kapsamında araba, tekne, uçak, tank, motosiklet, bisiklet gibi birçok araç barındırmaktadır. Oyuncular bu araçlarla istedikleri şekilde etkileşimde bulunabilmektedirler. **FERRARI** markası ise bir araba imalat şirketidir. Marka ve tasarımları aracılığıyla **TAKE TWO** gibi yıllık milyarlarca dolar net kazanç elde eden^[15] **FERRARI**, kendi tasarımları olan “*Modena 360*” ve “*F40*” model arabalarının tasarımlarının benzerinin *GTA*’da “Turismo” adıyla taklit edildiğini fark edince Fransa’da

[14] Zohaib Tahir, “Randy Orton’s Tattoo Artist Wins Case Over Publisher Of WWE 2k Video Games”, Lawdit Solicitors, 28 Ekim 2022., <https://lawdit.co.uk/readingroom/andy-ortons-tattoo-artist-wins-case-over-publisher-of-wwe-2k-video-games>.

[15] Mathilde Carlier, “Ferrari’s Global Net Revenue From FY 2012 To FY 2021”, Statista, 22 Mart 2022 <https://www.statista.com/statistics/462993/worldwide-net-revenue-of-ferrari/>.

birinci derece mahkemesinde marka ihlali ve haksız rekabet hükümlerine dayanarak dava açmıştır. Taleplerin reddi sonucunda dava temyiz mahkemesine taşınmıştır. Temyiz mahkemesinde yapılan incelemeler sonucunda **TAKE TWO** lehine karar verilmiştir; **FERRARI**'nin tazminat ve diğer talepleri reddedilmiştir.

Yukarıda belirtildiği üzere bu kararın diğer emsal kararlardan daha büyük önem arz etmesinin sebebi diğerlerinin aksine bu kararın Kıta Avrupa'sı sisteminde verilmiş olmasıdır. Buna rağmen kullanılan ibarelerin ABD'deki önceki kararlarla benzeşmesi ise böyle bir kıyasın Türk Hukuku açısından da benimsenebileceğini ortaya koymaktadır.

Aslında davanın asıl konusu tasarım odaklı olsa da marka hakkına tecavüz kapsamında da incelemeler yapılmıştır. Bu kapsamda Temyiz mahkemesi, Ferrari logosunun *GTA*'daki bir araba modelinin üzerinde bulunmasının marka hakkının ihlali anlamına gelmediğini belirtmiştir. Gerekçe olarak bu kullanımın ifade özgürlüğü kapsamında olduğunu ve tüketicinin karıştırma ihtimalinin bulunmadığı olgularını belirtmiştir. Görüldüğü üzere önceki kararlarda üstünde durulan "*Rogers Test*" sadece ABD kapsamında kalmamış ve Fransız mahkemeleri tarafından da uygulanmıştır.

III. TÜRK HUKUKU AÇISINDAN VİDEO OYUNLARINDA MARKA KULLANIMI

Türk Hukuku'nda oyunların hukuki niteliği ve oyunlarda marka hakkının ihlal edildiği durumlar kapsamında kaynaklar ABD ve diğer ülkelere göre yok denecek kadar azdır ve henüz yerleşik bir uygulama mevcut değildir. Ancak kesindir ki, bu konu ilerleyen süreçlerde Türk oyun sektörünün de gelişmesi ile hem doktrin hem de içtihatla büyük önem arz edecektir.

Bilgisayar oyunlarının ve video oyunlarının günümüzde internet üzerinden oynandığı ve internet ile sıkı bağlantı içinde olduğu düşünüldüğünde, konunun markanın internet ortamında kullanılmasına suretiyle ihlali hali ile sıkı bağlantı içinde olduğu kanaatindeyiz.

SMK'nın 7. Maddesinin 3. Fıkrasının (d) bendi uyarınca, "İşareti kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bağlantısı olmaması şartıyla işaretin aynı veya benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük ya da benzeri biçimlerde kullanılması" marka hakkına tecavüz olarak düzenlenmiştir.

Dolayısıyla, internet üzerinde bir işareti kullanan kişinin eyleminin marka hakkına tecavüz oluşturmaması için iki temel şart dikkati çekmektedir: (i) bu işaretin kullanımı için meşru bağlantısı olmalıdır (ii) kullanım ticari etki yaratmamalıdır. Bir başka ifade ile marka sahibinin 3. Fıkra hükmünde belirtilen faaliyetleri yasaklayabilmesi için, ancak 2. Fıkra'da öngörülen ihtimallerden birinin söz konusu olması halinde mümkündür.^[16] Dolayısıyla, markanın bir bilgisayar oyununda kullanılmasının engellenebilmesi için markanın koruma kapsamındaki mal ve hizmetler için kullanılması ve bunun sonucunda da tüketici nezdinde karıştırılma ihtimali doğması gerekmektedir.

Markanın ticari alanda kullanımından kasıt, söz konusu markanın ticari faaliyet kapsamında ve ekonomik menfaat gözetilerek kullanılması durumudur. Oyun şirketlerinin yukarıdaki örnek olaylarda olduğu gibi marka ihlali iddiası ile karşılaştığı durumlarda ticari alanda kullanım için bu markanın bir işletmenin mal ve hizmetlerini diğer işletmenin mal ve hizmetlerinden ayırt etmek için kullanıp kullanılmadığına ve ticari etki yaratıp yaratmadığına bakılacaktır.

Mal ve hizmetler ile ilgili kullanım da lafzından anlaşılabileceği üzere belli bir mal ve hizmetin kaynağını gösteren ve ayırt edici niteliği olan kullanımdır. Görüleceği üzere bu kullanım Türk Hukuku'ndaki markasal kullanımdır.

Ticari etki ise markanın belli bir coğrafyada ticari etki yaratmasıdır. Örnek olarak makalemizin konu aldığı Türk Marka Hukuku'nda ticari etki incelenirken, Türk kullanıcıların hedeflenip hedeflenmediğine bakılacaktır.

Bilgisayar oyunu, kullanıcıya sanal bir deneyim sunmaktadır. Söz konusu deneyimin bir parçası olan oyuncunun, oyunun bir parçası olan nesneler üzerinde belli başlı işaretleri görmesi halinde ne düşüneceği önemlidir. Zira SMK'nın 7/3-d anlamında, bilgisayar oyunu içinde bir markanın veya benzerinin kullanılması halinde, marka hakkına tecavüzden söz edilebilmesi için markanın kullanımının ticari etki yaratması ve bu kullanımın tüketici nezdinde karıştırılmaya yol açması gerekmektedir. Şayet, bir bilgisayar oyunu içinde bir markanın veya benzerinin kullanımı, tüketiciye bir mal veya hizmet sunmak amaçlı değilse ve yalnızca oyunun oyuncusuna sağlanan gerçeklik algısını artırma amaçlı ise, ilgili kullanım açısından ticari etki yaratacak bir markasal kullanım söz konusu olmayacaktır. Kanaatimizde, bu tip bir

[16] Zeynep Yasaman, *Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda İnternette Marka Hakkının İhlali*. (İstanbul: On İki Levha, 2020), 113.

arttırılmış gerçeklik amaçlı kullanımının, SMK'nın sistematığı açısından marka hakkının ihlaline yol açması mümkün olmayacaktır.

Aynı işaretin aynı mal ve hizmetlerde kullanılması halinde, SMK 7/2-b ile AB Marka Yönergesi m.10/2-b uyarınca benzer mal ve hizmetlerde aranan karıştırılma şartı aranmaz. Aynı işaretin aynı mal ve hizmetlerde kullanılması mutlak bir koruma teşkil eder. Bu kapsamda Türk Hukuku'nda işaretler ve mal ve hizmetler üzerinde aynıyet bulunması durumunda marka hakkına tecavüzün varlığına karar verilirken Avrupa Birliği uygulamasında Avrupa Birliği Adalet Divanı ("ABAD") başka kriterlerin de sağlanmasını aramaktadır. Bu kriterlerden biri üçüncü kişinin markasının kullanımının "marka fonksiyonlarından birini olumsuz etkilemesidir."^[17]

Arsenal kararında ABAD^[18], markanın üçüncü kişi tarafından kullanılması durumunda bu kullanımın markanın fonksiyonlarından birini olumsuz yönde etkilemesi şartının sağlandığı takdirde marka sahibinin markasının kullanılmasını engelleme hakkını haiz olduğunu kabul etmiştir. Markanın esas fonksiyonu olan kaynak gösterme fonksiyonu ve diğer fonksiyonları olarak adlandırabileceğimiz garanti, iletişim, yatırım ve reklam fonksiyonları bu kapsamda değerlendirilir.

ABAD^[19], OPEL'in, logosunu oyuncak araba modelleri üzerinde kullanan Autec firmasına markanın ticari olarak kullanımının önlenmesi talebiyle açtığı davada, markanın oyuncak arabalar üzerindeki kullanımının kaynak gösterme fonksiyonuna zarar vermediğine karar vermiştir. Divan'dan ön yorum talebinde bulunan Yerel Mahkeme, ortalama tüketicinin, oyuncak modellerin gerçek hallerine olan benzerliklerine alışık olduğuna, OPEL logosunu oyuncak arabalar üzerinde gören ortalama tüketicinin bunun bir reproduksiyon olduğunu anlayacağına ve bu oyuncak arabalar ile OPEL firması arasında ekonomik bir bağlantı kurmayacağına ve markanın kaynak gösterme fonksiyonuna zarar vermediğine karar vermiştir.^[20]

[17] Zeynep Yasaman, *Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda İnternette Marka Hakkının İhlali*. (İstanbul: On İki Levha, 2020), 54

[18] Arsenal v. Matthew Reed, C-206/01 CJEU (12.11.2002).

[19] Opel v. Autec, C-48/05 CJEU (25.01.2007).

[20] Zeynep Yasaman, *Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda İnternette Marka Hakkının İhlali*. (İstanbul: On İki Levha, 2020), 55

Divanın, 2009 tarihinde verdiği l'Oreal v. Bellure^[21] kararında ise OPEL ve Arsenal içtihatlarında belirtilen marka fonksiyonlarından birinin olumsuz etkilenmesi gerekliliği tekrar edilmiş buna ek olarak markanın üçüncü bir kişi tarafından kullanımı ile esas fonksiyonu olan kaynak gösterme fonksiyonu zarar görmese de markanın diğer fonksiyonlarını oluşturacak garanti, iletişim, yatırım ve reklam fonksiyonlarının zarar görmesinin markaya tecavüz teşkil edebileceğini belirtmiştir.^[22]

Önemli nitelikte bir başka saptamaya da 2018 tarihli Yargıtay 11. Hukuk Dairesi kararına konu Şikayetvar davasında yer verilmiştir.^[23] Davacı, davalılara ait şikayetimvar.com adlı internet sitesinde ticaret unvanı, logo ve benzeri tanıtım vasıtalarının izinsiz ve hukuka aykırı kullanıldığı iddiası ile haksız rekabet davası açmıştır; ancak tüketicilerce bildirilen muhtelif şikayetlerin yayınlanmasının haksız rekabet olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığı ve bunun şikayet, eleştiri ve ifade özgürlüğü hakkı kapsamında olması nedeniyle anayasal haklardan olduğu nedeniyle dava reddedilmiştir.

AB Adalet Divanı içtihatları doğrultusunda, markanın ancak ekonomik yarar sağlamak gayesiyle ticari bir faaliyet kapsamında kullanıldığı zaman ticaret alanında kullanım şartının yerine geldiği söylenebilir.^[24] Nitekim ticari alanda kullanılmayan bir işaret marka işlevi gösteremez, sonuç olarak da markanın fonksiyonlarına da zarar verme olasılığı yoktur. Bunu kanıtlar şekilde Yargıtay, Yurtiçi Kargo şirketi tarafından işten çıkarılan çalışanların protesto görüntülerinin olduğu www.yurticikargomagdurlari.com alan adlı internet sitesinin içeriğinin ve alan adının ticari amaç taşımaması, dolayısıyla ticari etki doğurmaması sebebiyle marka hakkına tecavüz teşkil etmediğine karar vermiştir.^[25]

Bu kararlar ışığında marka hakkı sahibinin ancak ticari faaliyetler kapsamında kalan üçüncü kişi kullanımlarını engelleyebileceğinin kabulü gerekir.

[21] l'Oreal v. Bellure NV, C-487/07 CJEU (18.06.2009).

[22] Zeynep Yasaman, *Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda İnternette Marka Hakkının İhlali*. (İstanbul: On İki Levha, 2020), 56

[23] Yarg. 11. HD. 2016/14151 E. 2018/5088 K. 10.09.2018 T.

[24] Zeynep Yasaman, *Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda İnternette Marka Hakkının İhlali*. (İstanbul: On İki Levha, 2020), 16

[25] İstanbul 4. FSHHM 2012/137 E. 2013/ 117 K. 02.07.2013 T.

Aşikârdır ki bu şartlara ek olarak markanın benzer/aynı mal veya hizmet kapsamında olması ve işaretin benzer/aynı olması şartları da evleviyetle aranacaktır. AB Marka Yönergesi m.10/2’de marka hakkı sahibinin ancak “mal ve hizmetlerle ilgili” üçüncü kişi kullanımlarını engelleyebileceği belirtilmiştir. Aksi halde, söz konusu kullanım SMK anlamında marka hakkına tecavüz doğurması söz konusu olmayacaktır.

IV. SONUÇ

Türk Hukuku’nda oyunların hukuki niteliği ve oyunlarda marka hakkının ihlali konusunda kaynaklar, ABD ve diğer ülkelerle karşılaştırıldığında oldukça sınırlıdır ve henüz net bir uygulama bulunmamaktadır. Ancak, oyun sektörünün gelişmesiyle birlikte bu konunun önemi, hem doktrin hem de içtihat açısından artacaktır.

Türk Hukuku’nda bu hakka tecavüz durumlarına uygulanabilecek genel prensipler bulunmaktadır (ticaret alanında kullanım, mal ve hizmetler ile ilgili kullanım, ticari etki şartı); ancak, karşılaştırmalı hukuktaki bazı savunma ve ilkeler daha Türk uygulamasında yer bulamamıştır. Özellikle “*Rogers test*” ve mekânsal algı savunması, Türk içtihadında ilerleyen süreçte yüksek ihtimalle görülecektir. ABD kaynaklı bu savunmaların Kıta Avrupası’na da sirayet edebildiği yukarıdaki Fransa kararında da gözlemlenmiştir. Bu sebeple Türk hâkiminin ABD’deki emsal kararlardan yararlanabileceğini söylemek yersiz olmayacaktır.

Sonuç olarak, markanın veya bir markanın video oyunlarında yer alması durumunda, eğer bu kullanım ticari amaç taşııyorsa, ticari etki yaratmıyorsa ve belirli bir mal ve hizmetin ticari kaynağını göstermek amacı güdülmüyorsa, bu tür kullanımın ifade özgürlüğü ve oyun deneyimini arttırma amacıyla yapılmış bir kullanım olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Karşılaştırmalı hukuk bağlamında, benzer durumlarda pek çok emsal kararda ifade özgürlüğüne ağırlık verildiği göz önüne alındığında, marka kullanımının bu bağlamda sınırlı bir şekilde ele alınması daha uygun olacaktır. Bu yaklaşım, marka haklarının korunması ile birlikte ifade özgürlüğü ve sanatın özgürlüğü arasında denge sağlama çabasını yansıtmaktadır.

KAYNAKÇA

- Apple, Sean. “Sony Leaves Virag’s Trademark Suit over Gran Turismo in the Dust”, TYZ Law Group, 06 Ekim 2021, <https://www.tyzlaw.com/gameslaw-blog/2020/5/28/sony-speeds-away-from-virags-trademark-suit-over-gran-turismo>.
- Carlier, Mathilde. “Ferrari’s Global Net Revenue From FY 2012 To FY 2021”, Statista, 22 Mart 2022 <https://www.statista.com/statistics/462993/worldwide-net-revenue-of-ferrari/> .
- Donat, Josef, Pavel Hejl ve David Slama, “The Use of Trademarks in Video Games in the Light of the Current Case Law”, CEE Legal Matters, 08 Mart 2021, <https://ceelegalmatters.com/rowan-legal/16221-the-use-of-trademarks-in-video-games-in-the-light-of-the-current-case-law>.
- Esposito, Nicolas. “A Short and Simple Definition of What a Videogame Is”, Digital Games Research Conference: Changing Views: Worlds in Play, Vancouver, 2005.
- Forbes, “Activision | ATVI Stock Price, Company Overview & News.” 2024. <https://www.forbes.com/companies/activision-blizzard/?sh=1adedcc82599>.
- Jewell, Catherine. “Video Games: 21st Century Art”, *WIPO Magazine*, Ağustos 2012, 11, WIPO.
- Kılıç, Taylan. “Bilgisayar Oyunlarının Eser Niteliği”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi, 2018.
- Lindemeier, Chris. “The Use Of Trademarks In Video Games: Does “Realism” Serve As A Defense To Infringement?”, Savitt Bruce & Willey LLP, 15 Mart 2023, <https://www.sbwllp.com/the-use-of-trademarks-in-video-games-does-realism-serve-as-a-defense-to-infringement/>.
- Sinha, Maitrayee, ve Akash Dudhwa, “Use of Third-Party Trademarks as Keywords in Online Advertisements”, Sagacious IP, 02 Mayıs 2024, <https://sagaciousresearch.com/blog/use-of-third-party-trademarks-as-keywords-in-online-advertisements/>
- Solid Oak Sketches, LLC v. 2K Games, Inc., 16-CV-724-LTS-SDA, LEXIS 53287 (New York. 2020)

- Tahir, Zohaib. “Randy Orton’s Tattoo Artist Wins Case Over Publisher Of WWE 2k Video Games”, Lawdit Solicitors, 28 Ekim 2022,. <https://lawdit.co.uk/readingroom/andy-ortons-tattoo-artist-wins-case-over-publisher-of-wwe-2k-video-games>.
- Tekinalp, Ünal. *Fikri Mülkiyet Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016.
- Tevetoğlu, Mete. “Bir Başkasının Marka veya Tasarımının Kullanılması”, Hubogi, 07 Şubat 2018, <https://www.hubogi.com/bir-baskasinin-marka-veya-tasariminin-kullanilmasi/>
- Tevetoğlu, Mete. “Döyme Sanatçılarının Telif Haklarına Dair Tartışmaların Fikri Hakların Alışılmadık Bir Sınırı Olan Mekansal Gerçeklik Algısı Bakımından Değerlendirilmesi”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, Haziran 2023, <https://doi.org/10.55027/tfm.1198117>.
- Tosun, Yalçın. *Sinema Eserleri ve Eser Sahibinin Hakları*, Ankara: On İki Levha Yayıncılık, 2013.
- Yasaman, Zeynep. *Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda İnternette Marka Hakkının İhlali*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.

Copypcat, Lookalike, İmitasyon Ürünler Marka Hakkı ile Müşterinin Tercih Özgürlüğünü Sağlama Konusundaki İnce Denge; Aldi Davaları

Emre KURT*

* Avukat, Ankara Barosu. (emre@emrekurt.av.tr).

COPYCAT, LOOKALIKE, İMITASYON ÜRÜNLER MARKA HAKKI İLE MÜŞTERİNİN TERCİH ÖZGÜRLÜĞÜNÜ SAĞLAMA KONUSUNDAKİ İNCE DENGİ; ALDİ DAVALARI

ÖZ

Cuthbert the Caterpillar kekinden, Noel Cin Şişelerine, Saucy Fish'in somon fümelerine ve en son Taurus içeceğine kadar, copypcat, lookalike products denilen 'imitasyon' ürünler marka hukukunda her zamankinden daha fazla gündemde. Bu tip iddialarla en çok karşılaşan uygun fiyatlı süpermarket zinciri de kuşkusuz Aldi. Uyuşmazlıklarda çizilecek sınırdaki marka hakkı sahibinin emeği ile müşterinin seçenek özgürlüğü arasındaki denge gibi dikkate alınacak birçok faktör vardır. Aldi'ye yöneltilen uyuşmazlıklar üzerinden bu konuyu aşağıda uygulamalı olarak izah edeceğim.

COPYCAT, LOOKALIKE, IMITATION PRODUCTS THE FINE BALANCE BETWEEN TRADEMARK RIGHTS AND ENSURING CUSTOMER'S FREEDOM OF CHOICE; ALDI CASES

ABSTRACT

From Cuthbert the Caterpillar cake to Christmas Gin Bottles, Saucy Fish's smoked salmon and the latest Taurus drink, copypcat, lookalike products are more popular than ever in Europe. The affordable supermarket chain Aldi is undoubtedly the most exposed to such allegations. There are many factors to consider in disputes, such as where to draw the line and the balance between the trademark rights holder and the consumer's freedom of choice. I will explain this issue in practice below through the disputes against Aldi.

I. COPYCAT, LOOKALIKE' ÜRÜN NEDİR?

Esasen, bu ürünler orijinaline benzemek için yapılmış, ancak birkaç temel farklılığı olan imitasyonlardır. Mesela aşağıdaki Thatcher v Taurus örneğinde olduğu gibi esaslı unsur olarak kabul edilen kelimeler açısından ürünlerin farklılaşması nedeniyle müşterilerin iki ürünü karıştırmayacağı kabul edilse de ürünün sunumundan neyin alternatifi olduğu hiç tereddütsüz anlaşılmaktadır. Süregiden en temel tartışma da bunun sınırının ne olduğu ile alakalıdır. İmitasyon ürünler orijinaline alternatif yaratan piyasadaki sağlıklı rekabeti tesis eden ürünler midir yoksa haksız rekabet yaratan, önceki markanın ününden haksız faydalanan ürünler midir? Haklı avantaj sağlama diye bir şey olabilir mi? Aldi ile alakalı aşağıdaki kararlardan da görüleceği üzere özellikle Birleşik Krallık ve Avustralya gibi Angolo Sakson Hukukunun uygulandığı ülkelerde imitasyon ürünlere karşı daha esnek bir bakış sergilenmekteyse de cin şişeleri gibi kimi davalar bunun bir sınırı olduğunu da ortaya koymaktadır.

II. TÜKETİCİ KARİŞIKLIĞINI KANITLAMA

Bir marka ihlali davası genellikle bir isim veya logoya ve tüketiciler için karışıklığa neden olma potansiyeline odaklanır. Sorun, bu karışıklığı kanıtlarken ortaya çıkar, çünkü özellikle isim veya logo tescilli marka ile aynı değilse, bunu tespit etmek zor olabilir.

Ayrıca TAURUS ya da Miracle Oil örneğinde olduğu gibi iltibas yarattığı öne sürülen unsur marka olmayabilir ya da markaların farklı olduğu da kabul edilebilir. Yani yeni bir marka veya bir market ürünü kendi benzer ürününü satmak için orijinalin olumlu çağrışımlarını kullanır (renk, şekil, tasarımlar gibi (get up)). Bu nedenle, imitasyon davaları genellikle 'haksız rekabet'i ve "haksız avantaj sağlama"yı temel alır.

Ancak Moroccan Oil davasında olduğu gibi bunu kanıtlamak da zor olabilir lakin değerlendirme müşterilerin bakış açısından yapılacağından ve müşteriler de bu tip imitasyon ürünlerin varlığı konusunda eğitim ve tecrübe kazandığından haksız avantaj elde etmenin kanıtlanması da her zaman kolay olmayabilir^[1].

[1] Martin Noble, UK: No One Likes A Copycat: How Can Brands Protect Their Products? 12 July 2021 <https://www.mondaq.com/uk/trademark/1090126/no-one-likes-a-copycat-how-can-brands-protect-their-products>

III. ALDİ KARŞI AÇILAN DAVALARDA TEMEL FAKTÖRLER

Mahkemeler taklit iddialarını değerlendirirken çeşitli faktörleri göz önünde bulundurur:

- **Önceki Markanın, Tasarımın, Ürünün Ayırt Ediciliği:** Önceki ürünün ayırt ediciliği ne kadar yüksekse haksız avantaj sağlama ihtimali de o kadar yüksek olabilecektir.
- **Ürünlerin Benzerliği:** Renkler, şekiller, logolar ve ifadeler de dahil olmak üzere ambalajın ve ürünün genel görünümü ve hissi karşılaştırılır.
- **Karışıklık Olasılığı:** Mahkemeler, makul bir tüketicinin Aldi’nin tanınmış bir markayla karışıklık yaratıp yaratmadığını ilgili tüm faktörleri dikkate alarak değerlendirir.
- **Benzer Görünüm:** Aldi ürünleri bilinen markaların renk şemalarını, yazı tiplerini ve genel tertibini taklit eder. Örneğin, Aldi’nin “Choceur” çikolataları ile Mondelez’in “Milka” barları veya Aldi’nin “Cutilicious” nemlendiricisi ile Nivea’nın ambalajı arasındaki benzerlikler uyumsuzluklara neden olmuştur.



- **Taklit mi yoksa Müşterilere Alternatif Sunma Mı:** Aldi, ürünlerinin sadece popüler markalardan esinlendiğini ve tüketicilere benzer bir deneyimi daha düşük fiyata sunduğunu savunuyor. Ancak marka sahipleri, bu kadar yakın benzerliğin pazarda karışıklık yarattığını ve potansiyel olarak marka itibarlarına zarar verdiğini savunuyor.

[2] <https://sparkemotions.com/2021/06/16/understanding-aldi-and-lidls-brand-imitation/>

- **Sulandırma:** Bu durum, bir markanın tanınmış bir markanın ayırt ediciliğini zayıflatması halinde ortaya çıkar. Örneğin, tüketiciler belirli bir renk şemasını sürekli olarak belirli bir marka ile ilişkilendiriyorsa (Milka, Red Bull) aynı renkleri kullanan başka bir marka orijinal markanın ticari markasını sulandırabilir.

- **İltibas:** Bu durum, bir ürünün tasarımı veya ambalajı tüketicileri ürünün başka bir markadan geldiğine inandırdığında ortaya çıkar. Burada, malların sunumunun bir karışıklık olasılığı yaratıp yaratmadığına odaklanılır.

- **Kasıtlı Kopyalama:** Aldi'nin bilinen bir markayı kasıtlı olarak taklit ettiğini gösteren kanıtlar, aleyhlerindeki davayı güçlendirebilecek bir faktör olabilir.

IV. ALDI'NİN DAVALARINDAN ÖRNEKLER

A. Thatcher's Cider v Aldi[2024] EWHC 88 (IPEC) 24.01.2024^[3]

Geçtiğimiz günlerde İngiltere ve Galler Yüksek Adalet Mahkemesi, Aldi ile Thatcher's arasında görülen ve pek çok kişi tarafından sonucu merakla beklenen marka ihlali davasında kararını verdi. Mahkeme, Aldi tarafından herhangi bir marka ihlali ya da haksız faydalanma olmadığına hükmetti. İki ürün arasında “düşük derecede benzerlik” olduğu ve Aldi ambalajının “ortalama bir tüketicinin zihninde bir bağlantıya neden olmasına” rağmen, karıştırılma olasılığı bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Ayrıca Aldi ürününün mevcut ürününün itibarından haksız bir şekilde faydalanmadığı ve Thatcher'ın markasının itibarına hiçbir şekilde “zarar vermediği” tespit edilmiştir^[4].

[3] <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2024/01/Thatchers-v-Aldi-FINAL-Judgment-IP-2022-000076.pdf>

[4] Alan Harper, 24.02.2024; UK: Unpacking Thatchers v Aldi: Lessons For UK Food Businesses And Beyond <https://www.mondaq.com/uk/trademark/1427414/unpacking-thatchers-v-aldi-lessons-for-uk-food-businesses-and-beyond>



Thatcher's cider, Aldi'nin "Cider Manor" ambalajının kendi ambalajlarına çok benzediğini iddia etti.

Mahkeme, her iki ürün arasında renk düzeni gibi hususlarla ilgili olarak bazı görsel benzerlikler olduğunu kabul etmekle birlikte, genel olarak düşük derecede benzerlik olduğu ve her iki ürünün daha baskın yönleri arasındaki farklılıklara daha fazla ağırlık verildiği sonucuna varmıştır.

Mahkeme, baskın yönlerin Thatchers Ürünündeki "THATCHERS" kelimesi ile Aldi Ürünündeki "TAURUS" kelimesi ve boğa başı görüntüsü olduğunu ve bunların birbirine benzemediğini tespit etmiştir.

Aldi'nin Thatchers markasındaki tanınmışlığın Thatchers markasının bütününe ilişkin değil THATCHERS kelime markasına atfedilmesi gerektiği Thatchers markasının bir bütün olarak tanındığı yönündeki görüşü kabul etmemiştir.

Kararda, ortalama tüketicinin Aldi'nin TAURUS Ürünü ile karşılaştığında THATCHERS markasını hatırlayacağını ancak bunun haksız avantaj sağlama sonucu doğurmayacağına hükmetmiştir.

Mahkeme, limon mesajını vermek için Aldi'nin ambalajında limon resimleri olmasına rağmen, TAURUS'un boğa başı figürü nedeniyle kendi tarzından ayrıldığına dikkat çekmiştir.

Ayrıca, Aldi'nin işareti kullanmasının tüketicilerin davranışlarını değiştirmesine neden olduğunun kanıtlanamadığına, Aldi'nin Thatchers'ın

[5] Alan Harper 24.02.2024 <https://www.mondaq.com/uk/trademark/1427414/unpacking-thatchers-v-aldi-lessons-for-uk-food-businesses-and-beyond>

markasının tanınmışlığını istismar etmeye çalışmadığına ve işareti kullanmasının böyle bir etkisi olmadığına karar verilmiştir.

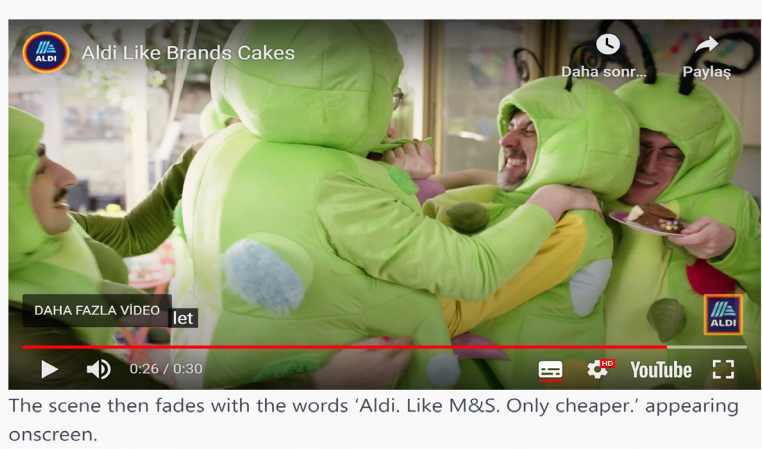
İddialardan bir diğeri ise iki ürün arasındaki kalite farklılığının Thatchers'ın itibarına zarar verecek olmasıdır; Bunun üzerine, mahkemenin Sayın Yargıcı Melissa Clarke'ın iki ürün arasında kör bir tat testi gerçekleştirmiş olması neticesinde; iki ürünün tadını çok benzer bulmuşsa da farklı olduklarını da kabul etmiştir. Ancak bu farklılığın Thatchers'ın markasına zarar verici bir etki doğurmadığını Aldi'yi beğenenin Aldi'yi tercih edeceğini beğenmeyen Thatcher'ı alacağını ifade etmiştir(Par. 140).

B. MIL v Aldi ([2014] EWHC 1686 (IPEC), 29.05. 2014)^[6]

MIL'in karıştırılma ihtimaline dayanan iddiası ispatlanamadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Mahkeme önceki markanın bilinirliği nedeniyle “satın alma öncesi karıştırma”(initial interest confusion) kapsamında yorum yapmak istememiş anlık(momentary confusion) tereddütten doğan karıştırılmanın tüketicinin ürünü alırken ortadan kalkacağına hükmetmiştir^[7].

[6] <https://www.judgments.fedcourt.gov.au/judgments/Judgments/fca/single/2017/2017fca0823>

[7] Scott Gardiner, UK: Sailing Close To The Wind: Budget 25.05.2021 Brands <https://www.mondaq.com/uk/trademark/1072390/sailing-close-to-the-wind-budget-brands>



[11]

Bu olay marka stratejisi açısından da ilginç bir özellik taşıyor, lakin eskiden bu tip taklit davaları taklit iddiasına muhattap olan Aldi gibi marketler için bir prestij sorunu yaratıyordu. Oysa davanın açılmasından hemen sonra Aldi'nin resmi hesabında yaptığı “Cuthbert’e özgürlük”, “Cuthbert suçlu bulundu, Cuthbert’e özgürlük” gibi hashtaglerle paylaştığı biraz da M&S’i ve açtığı davayı tiye alan gönderiler basında da büyük ilgi yaratmıştır. Mesela aşağıdaki görsel Birleşik Krallık’ın en çok satan gazetelerinden Metro’dan alınmıştır. Bu yeni durum, Dünya’nın her yerinde gıda fiyatlarının ve özellikle gıdayı da kapsayan yaşam masrafları krizinin(cost of living crisis)^[12] imitasyon ürünlere ihtiyacı ve dolayısıyla sempatiyi arttırmasından da kaynaklanmaktadır.

[11] Georgia Wright 02.05.2023 <https://www.retailgazette.co.uk/blog/2023/05/aldi-reignites-ms-caterpillar-cake-war/>

[12] Cost of Living Crisis: What is it and when will it end?, <https://www.bbc.co.uk/newsround/68370090> 23.02.2024



D. ICELANDÍC SEACHÍLL V ALDÍ STORES LTD [2016] EWHC 1134 (CH)^[14]

Bu dava, Icelandic Seachill (The Saucy Fish Co) tarafından Aldi'ye karşı hem ticari marka ihlali hem de passing off nedeniyle açılan bir davayı içermektedir.

Uyuşmazlığın temelinde Aldi'nin vakumlu paketlenmiş somon füme ürününün The Saucy Fish Co'nun kendi ürün ambalajına çok benzeyen ambalajlarda satmasıydı.

[13] James Hockaday, 17.04.2021, <https://metro.co.uk/2021/04/17/aldi-mocks-ms-over-colin-the-caterpillar-vs-cuthbert-the-caterpillar-14425138/>

[14] <https://knyvet.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2016/1134.html>



Yukarıda izah edilen Morcon Oil / Miracle Oil davasından farklı olarak, The Saucy Fish Co, (i) THE SAUCY FISH COMPANY, balık figürünün versiyonları ve ürün ambalajının tasarımı için tescilleri de davanın dayanakları içerisindeydi. Ayrıca The Saucy Fish Co tanınmış markaya da dayandı^[16].

Dava, Aldi'nin ürün ambalajını revize etmeyi kabul etmesiyle mahkeme dışında sonuçlandı^[17].

E. MARKS AND SPENCER PLC V ALDI STORES LIMITED [2023] EWHC 178^[18]

M&S, Aralık 2021'de Aldi'nin 'Infusionist' cin ürünlerinin M&S'in 'Snow Globe' cin ürünlerinde kullandığı tescilli tasarım haklarını ihlal ettiği iddiasıyla dava açmıştır. M&S'in şişesinde dahili bir ışık, altın rengi 'kar' taneleri, 'botanik' bir şekil ve yan tarafında tasvir edilen bir kış manzarası silueti bulunuyordu^[19].

[15] Sean Poulter, <https://www.dailymail.co.uk/news/article-2618116/Supermarkets-forced-remove-copycat-products-small-British-fish-business-wins-injunction-against-Aldi.html> 02.05.2014

[16] Scott Gardiner, 25.05.2021, <https://www.mondaq.com/uk/trademark/1072390/sailing-close-to-the-wind-budget-brands>

[17] Julia Glotz, 13.11.2014, <https://www.thegrocer.co.uk/buying-and-supplying/aldi-and-icelandic-settle-saucy-fish-copycat-case-out-of-court/373568.article>

[18] <https://www.judiciary.uk/live-hearings/aldi-stores-ltd-defendant-appellant-v-marks-and-spencer-plc-claimant-respondent/>

[19] Rory Graham, Georgia Davis, <https://www.rpc.co.uk/perspectives/ip/clear-as-gin-ms-and-aldi-take-liquor-bottle-battle-to-the-court-of-appeal/> 26.01.2024



[20]

Mahkeme küçük farklılıklar olsa da şişe tasarımlarının genel izlenim itibarıyla benzer olduğuna hükmetti ve Aldi'nin “teknik zorunluluk” savunmasını kabul etmedi.

Bu dosya özellikle tasarımın markadan daha güçlü bir koruma sağlayıp sağlamadığı sorusunu gündeme getirdi. Ülkemizde de Ferrero, Nestle(2008/03136, 2004/00833), Eti(2005/00028) gibi markalar özellikle tanınmış ürünlerinin sunum biçimlerini aynı zamanda tasarım olarak da tescil ettirerek bu şekilde copycat, lookalike denilen imitasyon ürünlere karşı bir alternatif geliştirmeye çalışmaktadır.

V. GENEL DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Son tahlilde genel bir değerlendirme yapmak gerekirse; marka hukukumuzda da özellikle çikolata, gorfret, sigara gibi mallar açısından imtisyon ürünlerle alakalı davalar görülmüş/görülmekte olmakla birlikte bu davalar Aldi gibi indirim marketlerine ya da daha çok büyük gıda veya sigara firmalarının daha sonra piyasaya giren küçük firmalara karşı açtığı davalar şeklinde gerçekleşmektedir.

Yukarıdaki davalardaki kararları okurken en ekileyici bulduğum taraf hakimın davanın içine ne kadar aktif bir şekilde girdiği, iddiaları ne kadar dikkatli bir şekilde irdelediğidir. Mesela en son görülen THATCHERS/TAURUS davasında cider adı verilen Birleşik Krallık'ta çok popüler uyuşmazlık konusu içecekler arasındaki tad farkını değerlendirmek için hakim bizzat kendisi “blind test” denilen içtiğinin hangisi olduğunu bilmeden bir

[20] Lynsey Barber, <https://www.thesun.co.uk/money/17055310/marks-spencer-al-di-court-copycat-glitter-globe-gin-cake/>

tad denemesi yapmış ve bu denemeyle davacının “kalitesiz ürün sunularak itibarın zedelendiği” iddiasını değerlendirmiştir. Ayrıca aynı kararda Hakim “kendisini potansiyel müşterinin yerine koyarak(Par. 122) haksız avantaj sağlama” değerlendirmesi yapmış ve ürünlerde büyük oranda benzerlik gösteren “limon” figürlerinin limonlu içecek için jenerik bir unsur olduğu neticesine varmıştır(Par. 129).

Sonuç olarak ucuzluk marketlerinde uygulanan iş modeli orjinal ürünlere benzer olup, orjinal ürünlerle aynı tadda, aynı kokuda, aynı içerikte, aynı tipte ürünler sunulduğu mesajını müşterilere vermektir. Ucuzluk marketleri özellikle gıda fiyatlarındaki artışın tüm dünyada gündemde olduğu bir dönemde müşterilere alternatif sunmak konusunda önemli bir görev üstlense de önceki marka veya ürün üzerindeki emek de dikkate alınarak titiz bir dengenin kurulması gerektiği açıktır.

KAYNAKÇA

- Alan Harper, 24.02.2024; UK: Unpacking Thatchers v Aldi: Lessons For UK Food Businesses And Beyond <https://www.mondaq.com/uk/trademark/1427414/unpacking-thatchers-v-aldi-lessons-for-uk-food-businesses-and-beyond>
- Cost of Living Crisis: What is it and when will it end?, <https://www.bbc.co.uk/newsround/68370090> 23.02.2024
- Claire Agius, Alison Laughlin, 08.09.2017, <https://www.herbertsmithfreehills.com/insights/2017-09/%E2%80%9Clike-brands-only-cheaper%E2%80%9D%E2%80%933-aldi-gets-up-on-copying-but-falls-on-natural-claim>
- Georgia Wright 02.05.2023 <https://www.retailgazette.co.uk/blog/2023/05/aldi-reignites-ms-caterpillar-cake-war/>
- James Hockaday, 17.04.2021, <https://metro.co.uk/2021/04/17/aldi-mocks-ms-over-colin-the-caterpillar-vs-cuthbert-the-caterpillar-14425138/>
- Julia Glotz, 13.11.2014, <https://www.thegrocer.co.uk/buying-and-supplying/aldi-and-icelandic-settle-saucy-fish-copycat-case-out-of-court/373568.article>
- Laura Onita, 01.02.2024, <https://www.telegraph.co.uk/business/2022/02/01/marks-spencer-aldi-call-truce-colin-caterpillar-cake-war/>
- Lynsey Barber, <https://www.thesun.co.uk/money/17055310/marks-spencer-aldi-court-copycat-glitter-globe-gin-cake/>
- Sean Poulter, <https://www.dailymail.co.uk/news/article-2618116/Supermarkets-forced-remove-copycat-products-small-British-fish-business-wins-injunction-against-Aldi.html> 02.05.2014
- Scott Gardiner, UK: Sailing Close To The Wind: Budget Brands <https://www.mondaq.com/uk/trademark/1072390/sailing-close-to-the-wind-budget-brands>

Martin Noble, UK: No One Likes A Copycat: How Can Brands Protect Their Products? 12 July 2021 <https://www.mondaq.com/uk/trademark/1090126/no-one-likes-a-copycat-how-can-brands-protect-their-products>
<https://sparkemotions.com/2021/06/16/understanding-aldi-and-lidls-brand-imitation/>
<https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2024/01/Thatchers-v-Aldi-FINAL-Judgment-IP-2022-000076.pdf>
<https://www.judiciary.uk/live-hearings/aldi-stores-ltd-defendant-appellant-v-marks-and-spencer-plc-claimant-respondent/>
<https://knyvet.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2016/1134.html>
<https://www.judgments.fedcourt.gov.au/judgments/Judgments/fca/single/2017/2017fca0823>

6769 Sayılı Kanunun Yürürlüğüne Girmesinden Sonra Tasarımların Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Korunması

Dr. İsmail FİDAN*

* Hukukçu, Türk Patent ve Marka Kurumu Sınai Mülkiyet Uzmanı.
(isfidan@gmail.com)

I. GİRİŞ

Mevzuatımızda tasarımlara ilişkin ilk özel düzenleme olan 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname^[1] 1995 yılında yürürlüğe girmiş sonrasında ise 554 sayılı KHK, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ile 2017 yılında yasalaşmıştır^[2]. Özel düzenlemelerin yapılmasına karşılık tasarım hukuku yine de çok sayıda problemle karşı karşıyadır. Bu problemlerin önemli bir kısmı tasarımın *sui generis* yapısından sağdır olmaktadır.

Tasarımlar *sui generis* yapıda olmaları nedeniyle bazen fikrî haklara, bazen sınai haklara, bazen de her iki alana birden benzerlik göstermektedir. Fikrî mülkiyet hukukunun diğer alanlarına olan bu benzerlik nedeniyle tasarımcı karışımıza kimi zaman eser sahibi kimi zaman da buluşçu olarak çıkabilmektedir. Bu özelliği tasarımları, sadece teknik alandaki buluşlara koruma sağlayan patent veya faydalı modellerden veya sadece sahibinin özelliklerini taşıyan fikir ve sanat eserlerini koruyan fikrî haklardan ayırmaktadır^[3]. Yine bu karma yapıları nedeniyle tasarımların korunmasında zaman zaman fikrî ve sınai haklara ilişkin diğer düzenlemelerden yararlanılması da söz konusu olmaktadır.

Bu bağlamda, tasarımların fikir ve sanat eserleri mevzuatı kapsamında korunup korunamayacağı, öteden beri tartışılan bir konu olup, kümülatif koruma ilkesini kabul eden sistemlerde, tartışma korumanın mümkün olduğu biçiminde açıklığa kavuşturulmuştur^[4].

-
- [1] Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname çıkartılması 08.06.1995 tarihli ve 4113 sayılı Kanunun verdiği yetkiye dayanarak Bakanlar Kurulunca 24.06.1995 tarihinde kararlaştırılmıştır. 554 sayılı KHK, 27.06.1995 tarih ve 22326 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.
 - [2] Tasarımlara ilişkin 554 sayılı KHK dahil sınai mülkiyete ilişkin tüm KHK’ların bir arada kanunlaşması amacıyla hazırlanan Sınai Mülkiyet Kanunu, Mecliste 22.12.2016 tarihinde kabul edilmiş 10.01.2017 tarih ve 29944 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.
 - [3] Feyzan Hayal Şehirali Çelik, “Türk Hukukunda Tasarımlara Yönelik Uygulamalar (Özellikle Tescilsiz Tasarımların Korunma Yolları)”, Türkiye’de Fikri ve Sınai Hakların Etkin Uygulanması Konulu Uluslararası Sempozyum, İstanbul, 2004. Erişim: 15.12.2011. <http://www.abgm.adalet.gov.tr/8-2-TR-Sehirali.pdf>, 3.
 - [4] Kümülatif koruma birden çok mevzuatla koruma anlamına gelmekte olup, tasarımların *sui generis* yapısı nedeniyle söz konusu korumadan yararlanması gerektiği görüşü

Tasarımların fikir ve sanat eserleri mevzuatı çerçevesinde korunup korunamayacağına ilişkin tartışmanın odak noktasında, fikir ve sanat eserleri mevzuatı kapsamında tasarım hukukuna oranla çok uzun süre koruma sağlanması ve söz konusu uzun sürenin tasarımların korunmasında amacı aşan ve piyasadaki rekabet ortamını olumsuz etkileyen sonuçlara yol açabileceği düşüncesi yer almaktadır^[5]. Özellikle fonksiyonel tasarımların fikir ve sanat eserleri mevzuatı kapsamında uzun süreli olarak korunmasının, bu tür olumsuzlukları beraberinde getirebilmesi olasılığı bulunmaktadır. Bu olumsuzluklar da beraberinde, fikir ve sanat eserleri mevzuatında öngörülen koruma şartlarının tasarımlar açısından daha katı uygulanıp uygulanamayacağı sorusunu gündeme getirmektedir. Daha katı uygulama, tescilsiz üç yıl ve tescilli şekilde en fazla yirmi beş yıl süren tasarım hakkının, hiçbir formaliteye gerek olmaksızın tescilsiz olarak elde edilen ve sahibinin ölümünden sonra yetmiş yıl süren eser koruması karşısında anlamını yitirmesini önlemeye yöneliktir^[6].

savunulmaktadır. Kümülatif koruma düzenlemelerine örnek olarak, tasarım korumasının üye ülke milli hukuklarındaki uygulamaları ile Avrupa Birliği tasarım hukuku arasındaki ilişkiyi hükme bağlayan “*Bu tüzüğün hükümleri, Topluluk hukukunun hükümlerine veya tescilsiz tasarımlar, markalar veya diğer ayırt edici işaretler, patentler ve faydalı modeller, kişilik hakları ve haksız rekabete ilişkin üye ülke hukuklarına hâle gelmeksizin uygulanır. Topluluk tasarımı ile korunan bir tasarım, tasarımın meydana getirildiği veya herhangi bir şekilde tespit edildiği tarihten itibaren üye ülkelerin fikrî hak korumasından da yararlanır. Yararlanılan korumanın kapsamı, koşulları ve aranan orijinallik düzeyi her üye ülke tarafından belirlenir.*” 6/2002 sayılı Topluluk Tasarımları Hakkındaki Konsey Tüzüğü (Tüzük) m.96 düzenlemesi ve “*Bu Kanun kapsamında sağlanan tasarım koruması, 5/12/1951 tarihli ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda aranan şartları taşıması hâlinde söz konusu Kanunla öngörülen korumaya hâle getirmez*” düzenlemesini içeren SMK m.58/3 fıkra hükmü gösterilebilir. İngiliz hukukunda da benzer şekilde tasarımların fikrî hak kapsamında korunması mümkündür. Ayrıntılı bilgi için bkz. David I. Bainbridge, *Intellectual Property*, Sixth Edition, (Glasgow: Pearson, 2007), 544,545. Alman Hukukunda da, tasarım konusu ürün aynı zamanda eser ise, bu ürün hem fikir ve sanat eseri olarak hem de tasarım olarak korunur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Rudolf Nirk ve Helmut Kurtze, *Geschmacksmustergesetz Kommentar*, (Köln/Berlin/Bonn/München, 1989), 26 vd.

[5] Holger Zenner, *Designschutz Ohne Registereintragung in Deutschland*, (Hamburg, 2008), 81.

[6] Şehirali, 35-36.

Belirtilen sakıncaların yanı sıra çeşitli ülkelerin, fikir ve sanat eserleri mevzuatlarının farklılığı da, tescilsiz tasarımların fikir ve sanat eseri olarak korunmasında zorluk çıkarmaktadır. Bazı ülkeler, uygulamalı sanatları diğer bir deyişle sınaî ürünlerin de yer aldığı eserleri korumada, daha ağır koşullar öngörmektedir. Örneğin Almanya’da bir tasarımın, fikir ve sanat eseri olarak korunması daha ağır koşulları gerektirirken, Fransa’da fikir ve sanat eseri korunması daha kolay elde edilmektedir^[7]. Bu bağlamda Fransa’da bir diz üstü bilgisayar fikir ve sanat eseri olarak kabul edilebilecekken, Almanya’da kabul edilmeyecektir.

A) SMK KAPSAMINDAKİ TASARIMLARIN ESER OLMASI

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda tasarımların korunması konusunda özel hükümler yer almamaktadır. Bu nedenle SMK kapsamındaki tasarımlar ancak FSEK kapsamında, eser sayılmalı koşuluyla, diğer eser türlerine sağlanan haklar kapsamında korunabilir. FSEK, eseri, tanımlar başlıklı 1/B maddesinin (a) bendinde “*Sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsullerini*” biçiminde tanımlamıştır^[8]. Tanımdan hareket edildiğinde bir işaretin FSEK kapsamında korumadan yararlanabilmesi için iki koşula sahip olması gerektiği anlaşılmaktadır. Bunlardan ilki subjektif koşul olarak nitelendirilen eserin, sahibinin hususiyetini taşıması, ikincisi objektif koşul olarak tanımlanan kanunda sayılı eser kategorilerinden birine girmedi. FSEK’te sayılan eser kategorileri; ilim ve edebiyat eserleri, musiki eserleri, güzel sanat eserleri ve sinema eserleri olmak üzere dört gruba

[7] A. Folliard, *AB’de Tasarım: Tasarımın Tescilli Olmasının Avantajları*, Avrupa Birliğinde Marka ve Tasarım Koruma Yolları Seminer Kayıtları, İstanbul Ticaret Odası Yayın No:2003–46, İstanbul 2003, 12.

[8] FSEK’te eser kavramının tanımlanmasına karşılık uluslararası düzenlemelerde ayrıntılı bir eser tanımı yapılmamaktadır. Örneğin fikrî haklar konusunda en eski sözleşme olan ve fikrî hakların anayasası olarak nitelendirilen 1886 tarihli Bern Sözleşmesinde eser tanımlanmamış ancak eser türlerinin sayıldığı 2. maddede eserin iki önemli niteliğinden bahsedilmiştir. Söz konusu nitelikler eserlerin özgün olması ve eserlerin yaratıcı düşünce ürünü olmasıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Akın Beşiroğlu, *Düşünce Ürünleri Üzerinde Haklar-Fikir Hukuku*, 3. Bası, (İstanbul: Beta Basım Yayın, 2004), 65.

ayrılmıştır^[9]. Ayrıca, öğretilde bu iki temel unsura ilaveten eserin “*sahibinin hususiyetini yansıtacak düzeyde şekillenmiş olması*” ve “*fikri bir çabanın ürünü olması*” gerektiği üzerinde de durulmakla birlikte^[10] söz konusu kriterlerin kabul edilmesinde doktrinde tam bir fikir birliği bulunduğunu söylemek mümkün değildir.

Eser sayılma yönünden, belirtilen koşulların dışındaki hususlar önem taşımaz. Bu bağlamda eserin dünyada yeni olması yani objektif yenilik koşulunu taşıması, eserin bir amacının bulunması, belirli bir gruba hitap etmesi, kaliteli olması, nicelik sınırı, oluşturması için gereken emek ve sermaye sınırı, eserin alenileşmesi veya oluşturulmasında kullanılan yöntemin önemi bulunmamaktadır^[11].

Benzer şekilde ATAD’da bir kararında^[12] koruma süresi dolan ve kamuya mal olan tasarımların bile fikir ve sanat eseri olarak korunmasının mümkün olduğunu, Tasarımların Yasal Olarak Korunması Hakkındaki 98/71 sayılı Direktifin(Direktif) 17 nci maddesinin^[13], Direktifin yürürlüğe giriş

[9] FSEK m.6’da belirtilen işlenmeler ve derlemeler ise bağımsız eser kategorileri değildir. FSEK’in tanımlar başlıklı 1/B maddesinin (c) bendine göre işlenme eser “*diğer bir eserden istifade suretiyle vücuda getirilen ve bu esere nispetle müstakil olmayan fikir ve sanat mahsullerini*”, (d) bendine göre derleme eser ise “*özgün eser üzerindeki haklar saklı kalmak kaydıyla, ansiklopediler ve antolojiler gibi muhtevası seçme ve düzenlemelerden oluşan ve bir düşünce yaratıcılığı sonucu olan eseri*”, ifade eder. İşlenme ve derleme eser hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Fırat Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2008), 156-184, Engin Erdil, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İşlenme Eserler*, (İstanbul: Beta Basım Yayın, 2003), 37 vd.

[10] Görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 4. Baskı, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2005), 97 vd.

[11] Eser sayılma açısından önem arz etmeyen hususlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Öztan, 99 vd.

[12] Söz konusu karar, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı(ATAD) 2. Daire tarafından 27.01.2011 tarihinde Flos SPA ile Semerrio Casa e Famiglia SPA arasındaki estetik ve biçimsel özellikleri birbirine benzeyen “Arco lamb” ve “Fluida Lamb” biçiminde adlandırılan lambalar arasında ortaya çıkan uyumsuzluk nedeniyle 23.10.2006 tarihinde Milan’da açılan dava nedeniyle verilmiştir. Karar metni için bkz. <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62009CJ0168:EN:HTML>>, (Erişim Tarihi: 30.10.2011)

[13] Direktifin 17. maddesi “*Fikri Haklarla İlişki(Relationship to Copyright)*” başlığını taşımakta olup düzenleme “*Direktife göre, tescili yapıla bir üye devlette korunan*

tarihinden önce kamuya mal olan tasarımların fikrî hak koruması dışında bırakan üye ülke mevzuatlarının uygulanmasını engellediği biçiminde yorumlanması gerektiğini belirtmiştir. Söz konusu karar, Direktifin 17 inci maddesinin yürürlüğe girmesinden önce kamuya mal olan tasarımların da fikri hak korumasından istifade edebileceğini, buna aykırı hükümler içeren üye ülke mevzuatlarının uygulanmasının Direktif m.17 uyarınca engellen-
diğini belirttiği ve bu şekilde kümülatif korunmanın kapsamını genişlettiği için önem taşımaktadır.

1- Sahibinin Hususiyetlerini Taşıma

FSEK açısından bir ürünün eser olarak nitelendirilebilmesi için gerekli ilk koşul sahibinin hususiyetini taşımadır. Bu koşulla, eserin, yaratıcısının ruhundan kaynaklanan birtakım özellikleri arz etmesi gerektiği belirtilmektedir^[14]. Bu özellik ise, bilineni tekrar etmemeyi gerektirir^[15]. Hususiyet unsuru sayesinde bir eserle, gündelik kullanıma yönelik yığınsal üretim arasındaki fark belirlenir. Zanaatkarların seri olarak ürettiği eşyalar, ne kadar güzel ve sağlam olursa olsun sahibinin hususiyetini taşıyor sayılamaz^[16]. Sahibinin hususiyetini taşımada kalite, güzellik ve sağlamlık gibi ölçütler de önemli değildir. Kötü, kalitesiz veya çirkin eserler de olabilir. Önemli olan husus eserin, sahibinin ruhunu yansıttmasıdır.

Eserin sahibinin hususiyetini taşıması koşulunun gerçekleştiğinin, hangi durumlarda kabul edileceği konusunda öğretilerde farklı görüşler ileri

tasarım, ilgili üye devletin fikir ve sanat eserleri hukukuna göre de koruma hakkına, tasarımın gerçekleştirildiği veya herhangi bir şekilde sabit hale getirildiği tarihten itibaren sahip olur. Bu biçimdeki korumanın kapsamı ve şartları, çalışmanın orijinallliği gibi konular üye devletlerce karara bağlanır” biçimindedir.

[14] Öztan, 96. *Hirsch* ise sahibinin hususiyetini taşıma koşulu için herkes tarafından meydana getirilme ölçütü öngörmektedir. Yazara göre, herkes tarafından yaratılamayacak ürünlerde hususiyet bulunduğundan, ancak böylesi ürünler eser olarak korunmalıdır. Herkes tarafından meydana getirilebilecek nitelikte ise, hususiyet oluşmayacağından, böylesi ürünleri korumak konusunda toplumun bir menfaati bulunmamaktadır. (Ernst E. Hirsch, *Fikri ve Sınai Haklar*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1948) 12).

[15] Ahmet M. Kılıçoğlu, *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2006) 115.

[16] Öztan, 94.

sürülmektedir^[17]. Bizim de katıldığımız hâkim görüşe göre^[18] eserin sahibinin hususiyetini taşıması koşulunu kanunun uygulama alanını daraltmayacak şekilde yorumlayıp, yenilik gibi katı kriterler aramamak gerekir. Buna göre önemli olan, çalışmanın sahibinin özelliklerini bir şekilde yansıtmaması olup, bunun dışında çalışmanın nitelik olarak belli bir yaratım düzeyine ulaşması veya estetik olması gibi koşullar aranmamalıdır.

Yargıtay ise hususiyeti özellik, orijinallik, hiçbir kaynaktan kopya edilmemiş olma, yenilik, özgünlük, eserin yaratıcı özellik taşıması gibi kavramlarla tanımlamaya çalışmaktadır^[19]. Ancak Yargıtay hususiyetin tespiti konusunda somut bir ölçüt ortaya koymamaktadır. Yargıtay bir ürünün eser sayılabilmesi için iki koşul bulunduğunu belirtmekte ve hususiyeti sübjektif koşul olarak nitelendirmektedir^[20]. Ayrıca Yargıtay hususiyetin olup olmadığının, bilirkşi marifetiyle tespit edilmesi gerektiğini belirtmektedir^[21].

Hususiyet, eserin sahibinin özelliklerini bir şekilde yansıtmak şeklinde yorumlandığında FSEK anlamında eserde, tasarım hukuku anlamındaki

-
- [17] Doktrinde bir görüş hususiyet koşulunun katı şekilde yorumlanması ve ancak genel kültürü zenginleştiren düşünce ürünlerine tanınması gerektiğine işaret etmektedir. (Hirsch, 131). Doktrindeki diğer bir kısım yazarlar ise eserin sahibinin yaratıcı gücünü yansıtmaması gerektiğini belirterek, bunun eserde daha önce duyulmamış ve görülmemiş mutlak bir orijinalite anlamına gelmeyeceğini, mevcut malzemenin başka türlü şekillendirilmesi, tasnifi veya mevcut bir fikir veya anlayışın farklı tarzda incelenmesinin, açıklanmasının veya yorumunun da korumadan yararlanacağını vurgulayarak, yaratıcılığın “var olandan başkasını meydana getirmek” şeklinde anlaşılması gerektiği tespitinde bulunmaktadır. (Öztan, 97; Nuşin Ayiter, *Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri*, 2. Bası, (Ankara: Sevinç Matbaası 1981).44, Beşiroğlu, 75).
- [18] Doktrinde bu görüş Öztan, Ayiter ve Beşiroğlu tarafından savunulmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. dn.15.
- [19] Hayri Bozgeyik, “Fikir ve Sanat Eserlerinde Hususiyet”, Batider, 2009, C.XXXV, S.3. 174.
- [20] Yargıtay 4. HD, 01.07.1977, E.1976/5913, K.7617 (Nazif Kaçak, *Açıklamalı ve İçtihatlı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu*, (Ankara: Kartal Yayınevi, 2004), 40).
- [21] Yargıtay 11. HD, 11.10.2002, E.8275, K.8839 (YKD, C.XXXIX, S.3, Ankara 2003, sh.383). Ayrıca hususiyet konusunda ki Yargıtay uygulaması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Barlas, D.: “5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda Eser Sayılmanın Koşulları”, Legal FSHD, 2009, C.5, S.17, 79–80.

mutlak yenilik şartının aranmadığı ortaya çıkmaktadır^[22]. Diğer bir şekilde ifade edilecek olursa, eser sayılabilme için FSEK açısından subjektif yenilik yeterlidir^[23]. Subjektif yeniliğini bulunup bulunmadığı, eserin yaratıldığı anda, piyasada bulunan diğer ürünlerle karşılaştırma sonucu tayin edilir^[24]. Buna göre FSEK kapsamında eser olarak nitelendirilebilecek bazı ürünler, 6769 sayılı SMK'de öngörülen yenilik kriterini taşımadıkları için SMK kapsamında tescilli veya tescilsiz tasarım olarak nitelendirilemeyeceklerdir. Yukarıda açıklanan nedenlerle, SMK kapsamındaki yenilik koşulunun, FSEK kapsamındaki hususiyet koşulundan daha katı olduğu sonucuna ulaşılmaktadır^[25].

2- Kanunda Belirtilen Eser Kategorilerinden Birine Girme

Bir tasarımın FSEK kapsamında eser sayılabilmesi için gerekli olan ikinci koşul, objektif koşul olarak nitelendirilen, kanunda sayılan eser kategorilerinden birine girmedir. Kanunda sayılan kategorilerde yer alan eser türlerinden bir kısmı, tasarım hukuku anlamında ürün sayılamayacaklarından, tasarımların bu eser türlerine girmesi mümkün olmayacaktır. Örneğin FSEK m. 2, b.1 anlamında eser sayılan bilgisayar programları, tasarım hukuku anlamında ürün sayılmadıklarından, bunların tasarım korumasından yararlanması mümkün değildir^[26]. Yine raks, koreografi eserleri, pandomima ve benzeri sözsüz sahne eserleri (FSEK m.2, b.2) ile musiki eserleri (FSEK

[22] Benzer şekilde Alman Hukukunda yenilik kriteri açıkça belirtilmemekle birlikte Urheberrechtsgesetz (Alman Telif Hakkı Kanunu URHG)'in 2'nci maddesinin 2'nci fıkrasından yola çıkılarak var olduğu kabul edilmektedir. Alman Hukukunda eserin sahibinin kişisel yaratımı sonucunda ortaya çıkması zorunludur. Söz konusu yaratım fiili nedeniyle eserde yenilik kriterinin bulunduğu kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Zenner, 66.

[23] Öztan, 97.

[24] Zenner, 66.

[25] Şehirli, 37.

[26] Buna karşılık arayüzler (*interfaces*), *icon* ve *menus* gibi grafik tasarımların yeni ve ayırt edici nitelikte olmaları şartıyla tasarım korumasından yararlanmalarının mümkün olduğu kabul edilmektedir (Nefise Koç Çelik, *Tasarımların Ulusal ve Uluslararası Hukukta Tescili ve Korunması*, (Ankara: Adalet Yayınları, 2009), 14, Cahit Suluk, Ali Orhan, *Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku Cilt III Tasarımlar*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008), 30).

m. 3) SMK kapsamında ürün sayılmadıklarından tasarım korumasından yararlanamayacaklardır.

a) Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu 2'nci Maddesi Açısından

FSEK'te belirlenmiş kategorilere girip aynı zamanda tasarım olarak nitelendirilebilecek eserler özellikle FSEK m. 2 ve m. 4'te düzenlenmiş olanlardır. Tasarım hukuku açısından önemli olan ilk eser grubu, FSEK'in 2'inci maddesinde sayılan ilim ve edebiyat eserleridir. FSEK'in 2'inci maddesinin başlığı "ilim ve edebiyat eseri" olmasına rağmen, maddede sayılan tüm eserleri bu kapsama dâhil etme imkânı bulunmamaktadır. Örneğin maddede geçen "her nevi raks", "pantomima" ve "sözsüz sahne eserleri", "ilim ve edebiyat eseri" kapsamına dâhil edilemez. Ancak bu eserler, FSEK'de yer alan diğer eser kategorilerine^[27] sokulamadıkları için ilim ve edebiyat eseri kategorisine dâhil edilmiştir.

FSEK'in ilim ve edebiyat eserleri başlıklı 2'nci maddesinin konumuz açısından önemli 3'üncü bendine göre "*Bedii vasfı bulunmayan teknik ve bilimsel fotoğraflar, haritalar, planlar, projeler, krokiler, resimler, coğrafya ve topoğrafyaya ait maket ve benzerleri, her çeşit mimarlık ve şehircilik tasarım ve projeleri, mimari maketler, çevre ve sahne tasarım ve projeleri, mimari maketler, endüstri, çevre ve sahne tasarım ve projeleri*" eser niteliğindedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, bu bentte kullanılan "*tasarım*" ifadesi, bizim de katıldığımız görüşe göre tasarım hukuku anlamında kullanılmış olmayıp, sadece ürünlerin geliştirilmesindeki hazırlık aşamasını, bir başka ifadeyle ürünle bütünleşmemiş çizimsel eskizleri ifade etmektedir^[28]. Bu yorum, kanun koyucunun aynı maddenin son fıkrasında endüstriyel tasarımlar için "*endüstriyel model ve resim*"^[29] ifadesini kullanmış olmasıyla kuvvetlenmektedir. Ancak, doktrinde, söz konusu bentte geçen "*tasarım*"

[27] FSEK'de sayılan diğer eser kategorileri 3'üncü maddedeki "mûsiki eserleri", 4'üncü maddedeki "güzel sanat eserleri" ile 5'inci maddedeki "sinema eserleri"dir.

[28] Cahit Suluk, *Tasarım Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003), 595.

[29] Türk hukukunda 554 sayılı KHK'ye kadar tasarım sözcüğünü karşılamak üzere resim ve model kavramları kullanılmıştır. Aynı şekilde endüstriyel tasarım ifadesini karşılamak için de sınaî model kavramı kullanılmıştır. Model üç boyutlu eşyayı, resim ise desen, motif gibi iki boyutlu düzeyleri ifade etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinalp, 606 vd., Hamdi Yasaman, "Sınaî Resimler ve Modeller", Batider, 1984, C.XII, S.2-3, 93-95.

ifadesinin “*endüstriyel tasarım*” anlamında kullanıldığını ileri süren görüş de savunulmaktadır^[30].

FSEK m. 2, b.3’te sayılan eser türleri aynı zamanda tasarım hukukuna konu olabilir. Bu bağlamda, sahibinin hususiyetini taşıyan FSEK m. 2, b.3 kapsamında bir eser, örneğin gemi maketi, tasarım hukuku açısından da yeni ve ayırt edici ise aynı zamanda SMK hükümleri uyarınca tescilsiz veya tescil edilip korunabilecektir. Ancak, gemi maketi SMK açısından korunamayacak nitelikte olsa bile, FSEK’deki koşulları sağlaması durumunda eser olarak korunabilecektir.

b) Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu 4’üncü Maddesi Açısından

Tasarım olabilecek ikinci tür eserler FSEK m. 4’te sayılmıştır. Madde de belirtilen güzel sanat eserlerinden bazılarının da tasarım olarak korunması mümkündür. Madde kapsamında yağlı ve suluboya tablolar, heykeller, mimarlık eserleri, el işleri^[31] ve küçük sanat eserleri^[32], güzel yazı, desen, grafik eser, süsleme sanatı ürünleri ile tekstil ve moda ürünleri gibi eserler aynı zamanda tasarım korumasından da yararlanabilecektir. Maddenin uygulanmasında önemli olan husus, bu kapsamdaki eserlerde tasarım hukukunda aranmayan bir unsur olan *estetik değere sahip olma* şartının aranmasıdır^[33]. Ancak bu estetik değer ölçütünden maksat, ürünün güzel olup olmaması değil estetik iddia taşımasıdır^[34]. Bu şart, tasarımların FSEK kapsamında korunmasında, FSEK’in uygulama alanını daraltma olanağı tanıyan önemli bir ölçü olarak karşımıza çıkmaktadır. Özellikle seri üretime elverişli el işleri ve küçük sanat eserlerindeki estetik niteliğin tespitinde daha titiz davranılması

[30] Bilge Kılıç, “Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda “Eser” Kavramı”, Legal FSHD, 2005, C.1, S.1, 116.

[31] Özgün tasarıma sahip bir sehpanın güzel sanat eseri olarak korunabileceği konusundaki Yargıtay kararı örneği için bkz. Yargıtay 11. HD, 11.05.2006, E.2005/3153, K.5491(Suluk, Orhan, 791-792).

[32] Peri bacası motifli süslü duvar tabağı ve şarap şişesi tasarımlarının eser olduğu hakkındaki Yargıtay kararı örneği için bkz. Yargıtay 11. HD, 18.03.1996, E.1313, K.1792(Suluk, Orhan, 793-794).

[33] Mustafa Ateş, *Fikrî Hukukta Eser*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2007), 219.

[34] Ayiter, 55, Engin Erdil, *İçtihatlı ve Gerekeçeli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi*, 3. Bası, C.1, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009), 172.

ve estetik değer eşiğinin yüksek tutulması sayesinde[35], FSEK ile sağlanan uzun süreli ve tescilsiz korumanın, SMK kapsamındaki tescilli ve tescilsiz korumayı anlamsız ve gereksiz kılması gibi istenmeyen bir sonucun önüne geçmek mümkün olabilecektir.

Ayrıca FSEK m.4’de kümülatif korunmaya ilişkin hüküm de yer almaktadır. Düzenleme de kroki, resim, maket, tasarım ve benzeri eserlerin endüstriyel model ve resim olarak kullanılmasının, düşünce ve sanat eseri olma vasfını etkilemeyeceği de açık olarak belirtilmiştir (FSEK m.4/Son).

B) TASARIMLARA FSEK İLE SAĞLANAN KORUMANIN KAPSAMI

Eser olma vasıflarını karşılayan bir tasarım, sahibine FSEK kapsamında haklar sağlayacaktır. FSEK kapsamında eser sahibine tanınan haklar iki kategori olup, bunların ilki malî haklar ikincisi ise manevî haklardır. Manevî haklar, eser sahibinin mutlak haklarından olup, devredilemez, mali haklar devredilse de manevi haklar kural olarak eser sahibinde kalır, manevi haklar mirasçılara intikal etmez, ancak FSEK’de belirtilen kişiler belli bir süre ile bu hakları kullanma yetkisine sahiptir (FSEK m.19). FSEK’de belirtilen manevî haklar umuma arz hakkı, eseri hakkında bilgi vermek hakkı, adının belirtilmesini talep hakkı, eserinde değişiklik yapılmasını men hakkı ile eserine ulaşabilme hakkıdır[36]. Doktrinde, manevî haklarda *numerus clausus* ilkesinin geçerli olduğu yolunda bizimde katıldığımız çoğunluk görüşü olmakla birlikte[37], aksi görüş de savunulmaktadır[38]. Eserin sahibine sağladığı malî haklar ise çoğaltma hakkı, yayma hakkı, temsil hakkı, umuma iletim hakkı ile takip (pay) hakkıdır[39].

[35] Benzer şekilde İstanbul 2. FSHHM yayınlanmayan 01.05.2007 tarih, 2004/452 Esas, 2007/100 Karar sayılı ilamında yüksek estetik değere sahip olma koşulu “... dalga şeklinin 4. maddede sayılan grafik eserler arasında girebileceği düşünülebilir ise de, bunun için de estetik değere sahip olması gerekmektedir. Oysa dalga şeklinin yüksek tutulması gereken estetik değere sahip olma eşiğine ulaşmadığı, bu düzey ve yeterlikte olmadığı, bu nedenle FSEK kapsamında eser olarak kabul edilemeyeceği kanaatine varılmıştır...” biçiminde ifade edilmiştir. Karar hakkında bilgi için bkz. Suluk, Orhan, 795.

[36] Ayrıntılı bilgi için bkz. Öztan, 293 vd.

[37] Öztan, 293; Tekinalp, 151; Erel, 135; Ateş, Eser, 15.

[38] Arslanlı, 79-80.

[39] Ayrıntılı bilgi için bkz. Öztan, 293 vd.

Manevî haklar kural olarak süreye bağlı değildir. Ancak bu hakkı kullanacak kişilere hakların geçişi ve maddi haklarla bağlantısı dikkate alındığında, manevî hakların m.19/II uyarınca eser sahibinin ölümünden sonra geçecek 70 yıllık süre zarfında, m.19/I'de[40] sayılan şahıslardan en son hayatta kalanın ömrüyle sınırlı olarak kullanılabileceği sonucuna ulaşılmaktadır[41]. FSEK kapsamında korunan malî haklar ise eserin aleniyet ve yayım tarihinden başlayarak sahibinin hayatı boyunca ve ölümünden itibaren 70 yıl boyunca korunur(FSEK m.27/I). Eser sahibinin ölüm tarihinden itibaren 70 yıl geçtikten sonra eser alenileşmese bile artık korunmaz. Sahibinin ölümünden sonra alenileşen eserde koruma süresi, ölüm tarihinden itibaren 70 yıldır (FSEK m.27/II). Müstear adla yayınlanan ve alenileşen eserlerde koruma süresi yayından itibaren 70 yıldır. Ancak bu süre dolmadan eser sahibinin ismi açıklanırsa, koruma süresi aleniyetten itibaren onun hayatı boyunca ve ölümünden sonra ki 70 yıl boyunca devam eder (FSEK m.27/III).

Malî ve Manevî haklara tecavüzde bulunulması durumunda, yasa koyucu eser sahibine bazı taleplerde bulunma imkânı ile hukuk ve ceza davaları açma hakkı öngörmüştür. FSEK'de yer alan cezaî hükümler “Manevi, Mali veya Bağlantılı Haklara Tecavüz” başlıklı 71. madde, “Koruyucu Programları Etkisiz Kılmaya Yönelik Hazırlık Hareketleri” başlıklı 72. madde ve “Haklara Tecavüzün Önlenmesi” başlıklı 81. maddede düzenlenmiştir. FSEK m.81'de düzenlenen ve uygulamada bandrol suçu denilen suç şikâyeteye tabi olmayıp resen soruşturmaya ve kovuşturmaya tabidir. Bu nedenle bu suç türü fikri mülkiyetin diğer alanlarındaki suçlardan takibi itibariyle farklılık göstermektedir.

FSEK kapsamında açılacak davalar ile ileri sürülebilecek talepler ise fikrî mülkiyet hukukunun diğer alanlarındaki düzenlemeler ile benzerlik göstermektedir. Bu kapsamda tasarımı aynı zamanda eser niteliği taşıyan

[40] FSEK m.19/I “Eser sahibi 14 ve 15 inci maddelerin birinci fıkralarıyla kendisine tanınan salahiyetlerin kullanılış tarzlarını tesbit etmemişse yahut bu hususu her hangi bir kimseye bırakmamışsa bu salahiyetlerin ölümünden sonra kullanılması, vasiyeti tenfiz memuruna; bu tayin edilmemişse sırasıyla sağ kalan eşi ile çocuklarına ve mansup mirasçılarına, ana-babasına, kardeşlerine aittir” hükmünü 19/II ise “Eser sahibinin ölümünden sonra yukarıdaki fıkrada sayılan kimseler eser sahibine 14, 15 ve 16 ncı maddelerin üçüncü fıkralarında tanınan hakları eser sahibinin ölümünden itibaren yetmiş yıl kendi namlarına kullanabilirler” hükmünü içermektedir.

[41] Erel, 113.

tasarımcı haklarının korunması için FSEK’te belirtilen ihtiyati tedbir talep edilmesi, haklarına tecavüz eden eser nüshalarına gümrüklerde geçici olarak el konulması ve hükmün ilanı taleplerinde bulunabileceklerdir. Ayrıca eser sahipleri, FSEK uyarınca tecavüzün men’i, tecavüzün ref’i ve tazminat davası biçiminde hukuk davaları açma hakkını da haiz olacaklardır.

II. SONUÇ

SMK'de düzenlenen tescilsiz ve tescilli tasarımların Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında nasıl korunacağı konusu yukarıda incelenmiş bulunmaktadır. Söz konusu korunma için, tasarımların, FSEK'de düzenlenen eser olma şartlarını taşıması gerekir. Bu şartlar sahibinin hususiyetini taşıma ve FSEK'de düzenlenen eser kategorilerinden birine girmedir. Ancak burada unutulmaması gereken husus SMK kapsamındaki tescilli veya tescilsiz tasarım korumasında söz konusu olan yenilik koşulunun, FSEK kapsamındaki koruma koşulu olan sahibinin özelliklerini taşıma şartına nazaran daha güçlü olduğudur. Zira sahibinin hususiyetini taşıma, eserin sahibinin özelliklerini taşıması, çalışmanın sahibinin kişisel özelliklerini ifade etmesi olup, bunun dışında çalışmanın nitelik olarak belli bir yaratım düzeyine ulaşması, dünyadaki diğer çalışmalardan farklı olması veya estetik olması gibi koşullar aranmaması, biçiminde yorumlanmalıdır. Bu yorumdan hareket edildiğinde tasarım korumasında söz konusu olan mutlak yenilik şartının, FSEK'te aranmadığı, sahibinin özelliklerini taşımanın yenilik koşuluyla özdeş olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Mutlak yenilik koşulu olmadığı için, FSEK kapsamında eser olarak nitelendirilebilecek bazı ürünler, SMK düzenlemeleri uyarınca korunamayacaklardır. Bu koşulları taşıyan tasarımlar, alenileşme ve yayından itibaren yaratıcılarının yaşam süresi ve ilave olarak 70 yıl boyunca FSEK hükümleri ile korunacaklardır.

SMK'de düzenlenen tescilsiz ve tescilli tasarımların FSEK kapsamında girebilecekleri eser kategorileri, m. 2 ,b. 3'de düzenlenen bedii vasfı bulunmayan teknik ve bilimsel fotoğraflar, haritalar, planlar, projeler, krokiler, resimler, coğrafya ve topografyaya ait maket ve benzerleri, her çeşit mimarlık ve şehircilik tasarım ve projeleri, mimari maketler, çevre ve sahne tasarım ve projeleri, mimari maketler, endüstri, çevre ve sahne tasarım ve projeleri ile FSEK m. 4'te belirtilen güzel sanat eserleridir. FSEK m.4 kapsamında yağlı ve suluboya tablolar, heykeller, mimarlık eserleri, el işleri ve küçük sanat eserleri, süsleme sanatı ürünleri ile tekstil ve moda ürünleri gibi eserler aynı zamanda tasarım olabilir. Ancak, FSEK m.4 kapsamında eser kategorilerine dâhil olmak için estetik değere sahip olma şartı da aranmaktadır. Bu nedenle madde de belirtilen tasarımların eser olması için aynı zamanda estetik değere sahip olma şartı bulunmaktadır. Bu şart ise, tasarımların FSEK kapsamında korunmasında, FSEK'in uygulama alanını daraltmaktadır. Bu nedenle, tasarımların ancak küçük bir bölümü FSEK kapsamında eser olma

koşullarını sağlayabilecektir. Ayrıca, ispat külfeti açısından FSEK içinde tescil müessesesi de bulunan tasarım, patent, faydalı model ve marka hukukundan daha elverişsiz koşullar içermektedir. Ancak eser olma koşullarını sağlayan ve kopyalanmayı ispatlayabilecek nitelikte olan tescilli ve tescilsiz tasarımlar açısından FSEK kapsamında koruma, en elverişli koruma modellerinden birisidir.

Eser olma niteliğini de taşıyan SMK kapsamındaki tasarımlar sahiplerine FSEK kapsamında malî ve manevî haklar sağlayabileceklerdir. FSEK kapsamında korunan tasarımların sahipleri, tecavüz durumunda haklarını korumak için FSEK’te belirtilen ihtiyati tedbir, haklarına tecavüz eden eser nüshalarına gümrüklerde geçici olarak el konulması ve hükmün ilanı taleplerinde bulunabileceklerdir. Ayrıca eser sahipleri, FSEK uyarınca tecavüzün men’i, tecavüzün ref’i ve tazminat davası biçiminde hukuk davaları ile ceza davası açma hakkını da haiz olacaklardır.

KAYNAKÇA

- Arslanlı, Halil.** *Hukuk Dersleri II, Fikir ve Sanat Eserleri*, (İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1954).
- Ateş, Mustafa.** *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003).
- Ateş, Mustafa.** *Fikrî Hukukta Eser*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2007), (Ateş, M.: Eser).
- Ayiter, Nuşin.** *Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri*, 2. Bası, (Ankara: Sevinç Matbaası 1981).
- Bainbridge David I.** *Intellectual Property*, Sixth Edition, (Glasgow: Pearson, 2007).
- Barlas, D.** “5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda Eser Sayılmanın Koşulları”, *Legal FSHD*, 2009, C.5, S.17, sh.75–87.
- Beşiroğlu, Akın.** *Düşünce Ürünleri Üzerinde Haklar-Fikir Hukuku*, 3. Bası, (İstanbul: Beta Basım Yayın, 2004).
- Bozgeyik, Hayri.** “Fikir ve Sanat Eserlerinde Hususiyet”, *Batider*, 2009, C.XXV, S.3, sh.169–222.
- Çelik Koç Nefise,** *Tasarımların Ulusal ve Uluslararası Hukukta Tescili ve Korunması*, (Ankara: Adalet Yayınları, 2009).
- Erdil, Engin.** *Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İşlenme Eserler*, (İstanbul: Beta Basım Yayın, 2003).
- Erdil, Engin.** *İçtihatlı ve Gerekçeli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi*, 3. Bası, C.1, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009).
- Erel, N. Şafak.** *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*, 3. Bası, (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2009).
- Folliard, A.** “AB’de Tasarım: Tasarımın Tescilli Olmasının Avantajları”, *Avrupa Birliğinde Marka ve Tasarım Koruma Yolları Seminer Kayıtları*, İstanbul Ticaret Odası Yayın No:2003–46, İstanbul 2003.
- Gürler, Cemalettin.** “Takı Tasarımlarında Hukuki Korunma”, *FMR*, 2002, C.2, S.4, 51–62.

- Hirsch, Ernst E.** *Fikri ve Sınai Haklar*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1948)
- Nazif Kaçak.** *Açıklamalı ve İctihatlı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu*, (Ankara: Kartal Yayınevi, 2004).
- Kılıç, Bilge.** “Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda “Eser” Kavramı”, Legal FSHD, 2005, C.1, S.1, 106–128.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.** *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2006).
- Nirk, Rudolf ve Helmut Kurtze.** *Geschmacksmustergesetz Kommentar*, (Köln/Berlin/Bonn/München, 1989).
- Öztan, Fırat.** *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2008).
- Suluk, Cahit.** *Tasarım Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003).
- Suluk, Cahit, Ali Orhan.** *Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku Cilt III Tasarımlar*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008).
- Şehirli Çelik Feyzan Hayal.** “Türk Hukukunda Tasarımlara Yönelik Uygulamalar (Özellikle Tescilsiz Tasarımların Korunma Yolları)”, Türkiye’de Fikri ve Sınai Hakların Etkin Uygulanması Konulu Uluslararası Sempozyum, İstanbul, 2004. Erişim: 15.12.2011. <http://www.abgm.adalet.gov.tr/8-2-TR-Sehirli.pdf>.
- Tekinalp, Ünal.** *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, 4. Baskı, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2005).
- Tekinalp, Ünal.** “Derleme Eser, Düşünce Yaratıcılığı ve Bunun “Hususiyet” Üzerindeki Etkisi”, FMR, 2005, C.5, S.1, 69–76.
- Yasaman, Hamdi.** “Sınai Resimler ve Modeller”, Batider, 1984, C.XII, S.2–3, sh.93–99.
- Zenner, Holger.** *Designschutz Ohne Registereintragung in Deutschland*, Hamburg 2008.

Rekabet Kanunu Kapsamında Bilgi İsteme ve Yerinde İnceleme

Av. Nergiz GÜVEN SONGÖR* – Av. Oğuzhan SONGÖR**

* Avukat, Ankara Barosu LL.M.

** Avukat, Ankara Barosu LL.M.

I. GİRİŞ

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna göre; Rekabet Kurumu mal ve hizmet piyasalarının serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde teşekkülünün ve gelişmesinin temini ile Kanunun uygulanmasını gözetmek ve Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirmek için kurulmuş olup, Rekabet Kurulu'nun yetkilerini de düzenlemektedir. Rekabet Kurulu, Kanunun kendisine verdiği görevlerin yanında 14. maddede düzenlenen “Bilgi İsteme” ve 15. maddede düzenlenen “Yerinde İnceleme” yetkileri de yer almaktadır.

Rekabet Kurulu; rekabet ihlalleri, birleşme ve devralmalar, muafiyet ve menfi tespit gibi konularda karar verebilmek için bilgi ve belgeye ihtiyaç duyabilir.^[1] Rekabet ihlallerine ilişkin araştırma ve soruşturmalarda netice elde edilmesi delillere ulaşılması ile mümkün olabilmektedir. Bu delillerin veya belgelerin ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerince kolayca yok edilmesi veya karartılması tehlikesi (olasılığı) kanun koyucu tarafından öngörüldüğünden, bu hükümler çerçevesinde Rekabet Kurulu'na; gerekli görmesi halinde tüm teşebbüslerden ve teşebbüs birliklerinden bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkisi tanınmaktadır.

A) BİLGİ İSTEME

4054 sayılı Kanunun 14. maddesi,

“Kurul, bu Kanun'un kendisine verdiği görevleri yerine getirirken, gerekli gördüğü her türlü bilgiyi tüm kamu kurum ve kuruluşlarından, teşebbüslerden ve teşebbüs birliklerinden isteyebilir.

Bu makamlar, teşebbüsler ve teşebbüs birliklerinin yetkilileri istenen bilgileri Kurul'un belirleyeceği süre içinde vermek zorundadır.” şeklinde düzenlenmiştir.

4054 sayılı Kanun çerçevesinde, Rekabet Kurulu bilgi isteme yetkisine sahiptir. Bu yetki, Rekabet Kurulu'nun rekabet ihlallerini araştırmak ve delil toplamak için kullandığı araçlardan birisidir.

[1] Elif N. Şarbak, AB ve Türk Rekabet Hukukunda Bilgi İsteme Yetkisi ve Buna İlişkin Yaptırımlar, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:219 (Ekim 2022).

4054 sayılı Kanunun 14. Maddesinde açıkça belirtildiği üzere, Rekabet Kurulu ihtiyaç duyduğu her türlü bilgiyi özel veya kamu kuruluşu ayırımı olmaksızın isteyebilmektedir. Kuruluşların istenen bilgiyi belirlenen süre içerisinde Rekabet Kurulu'na vermesi zorunludur.

4054 sayılı Kanunun “Delillerin Toplanması ve Tarafların Bilgilendirilmesi” başlıklı 44. maddesine göre; Kurul adına hareket eden ve Kurul tarafından belirlenip, görevlendirilen raportörlerden oluşan bir heyet, soruşturma safhasında bu Kanunun 14. maddesinde düzenlenen “Bilgi İsteme” ve 15. maddesinde düzenlenen “Yerinde İnceleme” yetkilerini kullanabilir. Belirlenen bu süre içinde gerekli gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilginin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden istenebileceği düzenlenmiştir.

Rekabet Kurulu'nun Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'in 59. maddesi çerçevesinde; önaraştırma yapmakla görevlendirilen raportörler yapacakları önaraştırma ile ilgili olmak kaydıyla, Kurul adına Kanunun 14 ve 15 inci maddelerinde düzenlenen bilgi isteme ve yerinde inceleme yetkilerine sahiptirler. Verilecek süre içerisinde gerekli görülen evrakların gönderilmesi ve her türlü bilginin verilmesi taraflardan ve diğer yerlerden istenebilmektedir.

Bilgi mutlak suretle yazılı olarak istenilmeli ve cevaplarda yazılı olarak verilmelidir. Kurul'un alacağı karardan sonra yazılan bilgi isteme yazısında, bilginin verilmesi için gerekli olan uygun süre ile birlikte eksik, yanlış veya yanıltıcı bilgi verilmesi veya hiç bilgi verilmemesi halinde uygulanacak yaptırımında yer alması gerekmektedir.

4054 sayılı Kanunun 16. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde ve 17. maddesinin (c) bendinde, Kanunun 14 ve 15. maddelerinin uygulanmasında eksik, yanlış ya da yanıltıcı bilgi veya belge verilmesi ya da bilgi veya belgenin belirlenen süre içinde ya da hiç verilmemesi halinde uygulanacak yaptırım düzenlenmiştir.

Kanunun 16. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendine göre; “... Kanunun 14 ve 15 inci maddelerinin uygulanmasında eksik, yanlış ya da yanıltıcı bilgi veya belge verilmesi ya da bilgi veya belgenin belirlenen süre içinde ya da hiç verilmemesi hallerinde,

... (c) bentlerinde belirtilenler için teşebbüsler ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya

bunun hesaplanması mümkün olmazsa karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin binde biri oranında idari para cezası verileceği” hükme bağlanmıştır.

20.12.2023 tarihli 2024/1 Tebliğ No’lu 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 16. maddesinin Birinci Fıkrasında Öngörülen İdari Para Cezası Alt Sınırının 31/12/2024 Tarihine Kadar Geçerli Olmak Üzere Artırılmasına İlişkin Tebliğ’e göre;

“4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 16. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiş olan idari para cezası alt sınırı^[2], 25/11/2023 tarihli ve 32380 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği (Sıra No: 554)’nde tespit edilen 2023 yılı için yeniden değerlendirme oranı olan %58,46 (elli sekiz virgöl kırk altı) artış esas alınarak, 1/1/2024 tarihinden 31/12/2024 tarihine kadar geçerli olmak üzere 167.473 TL olarak belirlenmiştir.”^[3]

4054 sayılı Kanunun 17. maddesinin (c) bendine göre; “Kanunun 14 ve 15 inci maddelerinin uygulanmasında, istenen bilgi veya belgenin belirlenen süre içinde verilmemesi, durumunda her gün için, ilgili teşebbüsler ile teşebbüs birlikleri velveya bu birliklerin üyelerinin karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan, bunun hesaplanması mümkün olmazsa karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin onbinde beşi oranında idari para cezası verir.” Şeklinde dir.

[2] Rekabet Kurulu, 11.05.2023, 2023-4-005 Dosya, 23-21/410-140 Karar.

[3] 20.12.2023 tarihli Tebliğ No: 2024/ 1 “4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 16. Maddesinin Birinci Fıkrasında Öngörülen İdari Para Cezası Alt Sınırının 31/12/2024 Tarihine Kadar Geçerli Olmak Üzere Artırılmasına İlişkin Tebliğ”.

1- Rekabet Kurulu'nun Eksik, Yanlış Ya Da Yanıltıcı Bilgi veya Belge Verilmesi Hakkında Kararları

a) MARTI KARARI (21.07.2022 tarihli 2022-6-013 Dosya Sayılı, 22-33/527-213 Karar Sayılı Rekabet Kurulu Kararı)^[4]

Rekabet Kurulunun 14.04.2022 tarih ve 22-17/285-M sayılı kararı ile yürütülen önaraştırma kapsamında 14. madde çerçevesinde bilgi talebine Martı İleri Teknoloji A.Ş. tarafından yanlış/yanıltıcı cevap verdiği gerekçeyle para cezası verilen kararda;

MARTI'nın ilgili ürün pazarında hâkim durumda bulunduğu ve hâkim durumunu kötüye kullanmak suretiyle 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettiği iddiasının tespiti amacıyla ön araştırma başlatılmıştır.

Kurul kararı ile yürütülen önaraştırma kapsamında, 14. maddede yer alan yetki kullanılmak suretiyle e-skuterlerin açılış ve dakika başı ücretleri ile uygulanan kampanyalara ilişkin olarak MARTI'dan bilgi talep edilmiştir. Şirket tarafından verilen cevap yazısında; e-skuter hizmetlerinde 2019-2022 yılları arasında uygulanan fiyatları günlük, haftalık, aylık veya mevsimlik olan kampanyalar ile değişmektedir denilerek temel fiyatlar sunulduğunu belirtmiştir. Bunun üzerine uzmanlar tarafından elektronik posta yolu ile "Yalnızca İstanbul, Ankara ve İzmir illeri için (il bazında ayrı ayrı olmak üzere), 2019-2020- 2021-2022 yıllarına (ay bazında olmak üzere) ait scooter kullanımı için açılış ve dakika ücretleriniz (ay bazında fiyat bilgisi verilememesi halinde kampanya zamanlarının ve kampanya içeriğinin sunulması gerekmektedir)," denilerek özellikle aylık fiyat verilemese dahi kampanya bilgilerinin sunulması istenilmiştir.

Martı bu maile cevap yazısında; "Martı A.Ş.'nin yalnızca İstanbul, Ankara ve İzmir illerinde (il bazında ayrı ayrı olmak üzere), 2019-2020-2021-2022 yıllarına (ay bazında olmak üzere) ait scooter kullanımı için açılış ve dakika ücretleri ay bazında liste fiyatları ve uygulanan ortalama indirimleri de gösterir" şekilde cevap verilmiştir. "EK-8 altında Sayın Kurum'a sunulan açılış ve dakika ücretlerine ilişkin ay bazında liste fiyatları ilgili ayda en uzun süre uygulanan ücretler dikkate alınarak oluşturulmuştur. Diğer yanda herhangi bir tereddüt olmaması için aşağıda Martı A.Ş tarafından gerçekleştirilen fiyat geçiş tarihlerine yer verilmiştir. (.....) denilerek

[4] Rekabet Kurulu, 21.07.202, 2022-6-013 Dosya, 22-33/527-213 Karar.

Ankara ili için 01.01.2020–18.11.2020 tarih aralığında başlangıç fiyatı (.....) TL, dakika fiyatı (.....) TL” olarak belirtilmiştir.

Ancak bahse konu tarihlerdeki kullanıcı verileri ve şikâyet dilekçesi ekinde sunulan görseller dikkate alındığında ilgili dönemde uygulanan fiyatların MARTI tarafından sunulan fiyatlardan farklı olduğu Kurum uzmanları tarafından anlaşılmıştır ve MARTI şirketi ile görüşülmüş ve doğru olan verilerin iletilmesi talep edilmiştir. Uzmanlar tarafından özellikle kampanyalı fiyatlar hakkında bilgi istenmesine rağmen, MARTI’nın doğru fiyat bilgileri vermediği, elinde hangi dönemde/lokasyonda ne kadarlık indirim yapıldığı hususunda toplu bir veri olmadığını ve bu nedenle ayrıntılı veri veremediğini iddia etmiş daha sonra uzmanların kullanıcı verilerinin MARTI’nın verilerinden farklılaştığının MARTI’ya iletilmesinden sonra doğru verileri ayrıntılı olarak Kuruma temin etmiştir.

Sonuç itibarıyla Rekabet Kurulu tarafından yapılan değerlendirmeler ışığında; MARTI’nın yanlış ve yanıltıcı bilgi verdiği, dolayısıyla 4054 sayılı Kanun’un 16. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi uyarınca adı geçen teşebbüse idari para cezası uygulanması gerektiği sonucuna varılmıştır. İdari para cezası MARTI’nın 2021 yılı gayrisafi geliri üzerinden hesaplanmış ve böylelikle MARTI’ya 2021 yılı cirosunun binde biri oranında olmak üzere para cezası verilmesine karar verilmiştir.

b) UNTAD KARARI (17.08.2020 tarihli 2023-2-015 Dosya Sayılı 23-39/730-251 Karar Sayılı Rekabet Kurulu Kararı)^[5]

Rekabet Kurulunun 13.07.2023 tarihli ve 23-31/594-M sayılı kararı ile Aksaray Unlu Mamülleri Gıda Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi’nin, alıcılarının yeniden satış fiyatını belirlemek suretiyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 4. maddesini ihlal edip etmediğinin tespitine yönelik olarak yürütülen soruşturma kapsamında, önaraştırma sürecinde Kanun’un 14. maddesine dayanılarak Aksaray Unlu Mamülleri Gıda Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi’nden talep edilen ve teşebbüs tarafından gönderilen belgelerin Kanun’un 16. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde yer alan yanlış ya da yanıltıcı bilgi kapsamında değerlendirilmesi hakkındaki kararında;

[5] Rekabet Kurulu, 17.08.2020, 2023-2-015 Dosya, 23-39/730-251 Karar.

UNTAD hakkında yürütülen önaraştırma kapsamında 14.06.2023 tarihinde UNTAD'da gerçekleştirilen yerinde incelemede; UNTAD Bayi Satış Muhasebe Uzmanı (.....) tarafından UNTAD Yetkili Müdürü (.....)'a gönderilen, UNTAD Ortağı (.....)'un bilgide yer aldığı 12.01.2018 tarihli ve "BAYİ SÖZLEŞMELERİ" konulu ekinde yedi adet taslak sözleşmenin yer aldığı bir e-posta elde edilmiştir. Söz konusu taslak sözleşmelerin Rekabet Hukukunu ilgilendiren bölümleri bakımından; ilgili sözleşmelerin belirsiz süreli olarak düzenlendiği, rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin hükümler içerdiği ve sözleşmelerde yeniden satış fiyatının belirlenmesine yönelik hükümlerin yer aldığı tespit edilmiştir.

Yerinde incelemede elde edilen ve rekabet hukukuna aykırı olabilecek hükümler içeren taslak bayilik sözleşmelerinin fiiliyatta imzalanıp imzalanmadığını tespit etmek amacıyla UNTAD'dan müşterileri ile akdetmiş olduğu farklı tipteki tüm sözleşmelerin birer örneği talep edilmiştir.

Kurum tarafından sözleşmelerin talep edilmesi sonrasında sözleşmelerde değişiklik yapılabileceği ve Kuruma değiştirilmiş sözleşmelerin ibraz edilebileceği ihtimaline binaen, taslak sözleşmelerde yer alan rekabete aykırı hükümlerin UNTAD tarafından akdedilen asıl sözleşmelerde yer alıp almadığına yönelik şüpheleri tamamen bertaraf etmek amacıyla soruşturma döneminde yeniden yerinde inceleme yapılmış ve UNTAD'ın bayileri ile yapmış olduğu 35 adet ıslak imzalı sözleşmenin birer nüshası Yerinde İnceleme Tutanağının eki olarak alınmıştır.

Önaraştırma sürecinde UNTAD tarafından gönderilen sözleşmede, soruşturma sürecinde gerçekleştirilen yerinde incelemede elde edilen asıl sözleşmede yer alan bazı hükümler rekabet hukuku açısından endişe doğurabilecek nitelikte olduğu ve teşebbüs tarafından gönderilen sözleşmede bu hükümler bulunmadığı tespit edilmiştir. Yerinde incelemede elde edilen sözleşmede yer alan hükümlerin, sözleşme örnekleri Kuruma gönderilirken sözleşmeden çıkarıldığı kanaati oluşmuştur. UNTAD tarafından gönderilen ve yerinde incelemede elde edilen sözleşmelerde farklılık arz eden kısımların tamamının rekabetçi açıdan endişe doğurabilecek nitelikte olması da dikkate alındığında, sözleşmeler arasındaki farklılığın sebebinin sadece UNTAD çalışanının hatasından kaynaklandığı iddiasına itibar edilememiştir. Sonuç itibarıyla Rekabet Kurulu tarafından yapılan değerlendirmeler ışığında; yanlış ya da yanıltıcı bilge veya belge verilmesi nedeniyle 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi uyarınca UNTAD'a 2022 yılı

gayri safi gelirinin binde biri oranında idari para cezası uygulanmasına karar verilmiştir.

B) YERİNDE İNCELEME

4054 sayılı Kanunun 27. maddesinin (a) bendinde, “*Kanun’da yasaklanan faaliyetler ve hukukî işlemler hakkında, başvuru üzerine veya re’sen inceleme, araştırma ve soruşturma yapmak ve Kanun’da düzenlenen hükümlerin ihlal edildiğinin tespit edilmesi üzerine, bu ihlallere son verilmesi için gerekli tedbirleri alıp bundan sorumlu olanlara idari para cezaları uygulamak*” Kurul’un görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. Kanun koyucu, denetim faaliyetinin yerine getirilebilmesini sağlamak amacıyla inceleme, araştırma ve soruşturma aşamalarında her türlü bilgi ve belgeye ulaşılabilmesini sağlayacak çeşitli yöntemler öngörmüştür. Bu yöntemlerden biri de Kanun’un 15. maddesi kapsamında düzenlenmiş olan “Yerinde İnceleme” yöntemidir.

4054 sayılı Kanunun 15. maddesi,

“Kurul, bu Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirirken gerekli gördüğü hallerde, teşebbüs ve teşebbüs birliklerinde incelemelerde bulunabilir.

Bu amaçla teşebbüslerin veya teşebbüs birliklerinin:

a) Defterlerini, fiziki ve elektronik ortam ile bilişim sistemlerinde tutulan her türlü verilerini ve belgelerini inceleyebilir, bunların kopyalarını ve fiziki örneklerini alabilir,

b) Belirli konularda yazılı veya sözlü açıklama isteyebilir,

c) Teşebbüslerin her türlü mal varlığına ilişkin mahallinde incelemeler yapabilir.

İnceleme, Kurul emrinde çalışan uzmanlar tarafından yapılır. *Uzmanlar incelemeye giderken yanlarında incelemenin konusunu, amacını ve yanlış bilgi verilmesi halinde idarî para cezası uygulanacağını gösteren bir yetki belgesi bulundurlar.*

İlgililer istenen bilgi, belge, defter ve sair vasıtaların suretlerini vermekle yükümlüdür. Yerinde incelemenin engellenmesi veya engellenme olasılığının bulunması durumunda sulh ceza hakimi kararı ile yerinde inceleme yapılır.” şeklinde düzenlenmiştir.

Anayasa Mahkemesinin 09.11.2022 tarihli, 2020/67 E. ve 2022/139 K. sayılı kararının 48. paragrafında, 4054 sayılı Kanunun 15. maddesi ile ilgili olarak; “*Kurulun görevlerini yerine getirirken gerekli gördüğü hallerde teşebbüslerin veya teşebbüs birliklerinin bilgi, defter, belge ve verilerinin kopyalarını ve fiziki örneklerini alabileceğinin öngörülmesinin rekabete aykırı davranış ya da işlemlerin tespit edilmesini kolaylaştıracağı...*” değerlendirmesinde bulunmuştur.^[6]

Anayasa Mahkemesi mezkûr kararın 49. paragrafında; 4054 sayılı Kanunun 15. maddesi ile ilgili olarak; “İletişim, veri depolama ve pazarlama gibi alanlardaki teknolojik gelişim ve dönüşüm gözetildiğinde rekabet ihlallerinin teşebbüslerin içyapıları ve piyasa gücü gibi veriler üzerinde uzman incelemesi yapılmaksızın ortaya çıkarılması mümkün değildir. Bu durum teşebbüsler bünyesinde bulunan defter, kayıt, belge ve elektronik verilerin elde edilmesini ve değiştiremeyecek ya da ortadan kaldırılamayacak şekilde saklanmasını gerektirmektedir...” değerlendirmelerinde bulunarak yerinde incelemeler ile bu kapsamda elde edilebilecek belgelerin önemine 11.05.2023 tarihli Rekabet Kurulu Kararında vurgu yapılmıştır.^[7]

Kurul’un yetkilendirdiği soruşturma heyeti soruşturma sırasında gerekli gördükleri durumlarda, teşebbüs veya teşebbüs birliklerinde incelemelerde bulunabilir. Teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin bütün binalarında, eklentilerinde, şube veya temsilcilerinde veya işlerin idaresi ile bağlantılı olan tüm birimlerinde yerinde inceleme yapılabilir. Bütün masaüstü/dizüstü bilgisayar, defterler, kayıtlar, her türlü evrak ve belgeler, mali kayıtlar, üretim, satışlara ilişkin kayıtlar, toplantı notları, iç ve dış yazışmalar, kullanılan telefon ve taşınabilir elektronik cihazlar, CD, USB, DVD, elektronik posta kayıtları, WhatsApp yazışmaları, bulut servisi gibi bilişim sistemleri vs. incelemenin konusunu oluşturur.

Son dönemde teknolojideki gelişmeler ve iş hayatında yaşanan dijitalleşme nedeniyle 2020 yılında yapılan değişiklik ile Kurul’un dijital veriler üzerindeki yetkileri de genişletilmiş ve detaylandırılmıştır. Kurum tarafından “Yerinde İncelemelerde Dijital Verilerin İncelenmesine İlişkin Kılavuz” Rekabet Kurulu’nun 08.10.2020 tarihli 20-45/617 sayılı kararı ile yayınlanmıştır.

[6] AYM, 09.11.2022, E.2020/67, K.2022/139.

[7] Rekabet Kurulu, 11.05.2023, 2011-4-045 Dosya, 23-21/412-141 Karar.

“Yerinde İncelemelerde Dijital Verilerin İncelenmesine İlişkin Kılavuz”a göre; teşebbüslerin elektronik ortam ile bilişim sistemlerinde tutulan her türlü verilerinin ve belgelerinin mahallinde incelenmesine ve/veya bunların kopyalarının alınarak Rekabet Kurumu merkezine getirilerek incelenmesine ve muhafazasına ilişkin genel esasları belirlenmiştir. “Yerinde İncelemelerde Dijital Verilerin İncelenmesine İlişkin Kılavuz”da, 4054 sayılı Kanunun 15. maddesi uyarınca dijital verilerin incelenmesi süreçlerinde uygulanacak usule ilişkin açıklamalar yer almaktadır.

1- Yerinde İncelemelerde Dijital Verilerin İncelenmesine İlişkin Kılavuz İle Belirlenen Usul Ve Esaslar^[8]

– Görevli Meslek Personeli (Rekabet Başuzmanı, Rekabet Uzmanı ve Rekabet Uzman Yardımcısı) teşebbüse ve teşebbüs birliklerine ait sunucu, masaüstü/dizüstü bilgisayar, taşınabilir cihaz gibi bilişim sistemleri ile CD, DVD, USB, harici hard disk, yedekleme kayıtları, bulut servisleri gibi depolama araçlarında inceleme yapmaya yetkilidir. Görevli Meslek Personeli, teşebbüse ait sistemlerdeki anahtar kelime arama araçlarından ya da dijital verilerde nitelikli arama yapılmasına imkân tanıyan adli bilişim yazılım ve donanımlarından faydalanabilir.

– Görevli Meslek Personeli taşınabilir iletişim cihazlarının (cep telefonu, tablet vb.) teşebbüse ait dijital veri içerip içermediğinin tespiti amacıyla yapılacak hızlı gözden geçirme sonucunda bu cihazların incelemeye tabi tutulup tutulmayacağına tarafından karar verebilecektir.

Tümüyle şahsi kullanıma özgü olduğu tespit edilen taşınabilir iletişim cihazları inceleme konusu yapılamayacaktır.

Teşebbüse ait veri içerdiği tespit edilen taşınabilir iletişim cihazları ise adli bilişim araçları vasıtasıyla incelenir.

İnceleme neticesinde dosya kapsamında delil niteliği taşıdığı düşünülen veriler ayrıştırılır ve delil niteliğinde görülmeyen diğer bütün veriler, geri getirilemeyecek şekilde kalıcı olarak silinir.

[8] “Yerinde İncelemelerde Dijital Verilerin İncelenmesine İlişkin Kılavuz” Rekabet Kurumu, 08.10.2020, <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/kilavuzlar/yerinde-inceleme-kilavuz1-20201009091644514-pdf>.

– Görevli Meslek Personeli, teşebbüse ait her türlü veriyi bulunduran dijital ortamlarda inceleme yapmaya yetkilidir. İncelencek verilerin tutulduğu dijital ortam, inceleme boyunca Meslek Personeli tarafından kontrol altında tutulur. İnceleme süresince, inceleme kapsamındaki verilere ve verilerin tutulduğu ortama müdahale edilmesini engellemek teşebbüsün sorumluluğundadır. Teşebbüs yetkilileri, Meslek Personelinin bilişim sistemlerine yönelik talep ettiği hususlarda tam ve aktif destek vermek zorundadır. Örneğin teşebbüs; kullanılan bilişim teknolojileriyle ilgili yazılım ve donanımlar hakkında bilgi vermek, sistem yöneticisi yetkilerini sağlamak, teşebbüs çalışanlarının e-posta hesaplarına uzaktan erişim hakkı tanımak, bilgisayar ve sunucuları ağ ortamından izole etmek, kullanıcıların kurumsal hesaplarına erişimlerini sınırlandırmak, yedeklenmiş kurumsal verileri geri yüklemek gibi hususlarda yükümlülük altındadır.

– İnceleme esnasında görevli Meslek Personelince gerekli görülmesi durumunda; incelencek dijital veriler, adli bilişim yöntemleri ile kısmen veya bütün olarak ayrı veri depolayıcılarına kopyalanır. Adli bilişim yöntemi ile alınan kopya, verinin orijinalliğinin bozulmadığını teminat altına alan mantıksal ve fiziksel yolla elde edilen eş kopyadır. Adli bilişim yöntemleri ile kopyası alınan verilerin orijinal halleriyle birebir aynı oldukları, hash değerleri hesaplanarak teyit edilir.

– Adli kopyası alınan veriler, ilgili incelemede görevlendirilmiş Meslek Personeline Kurum tarafından tahsis edilen ve adli bilişim yazılımı yüklü bulunan bilgisayara kopyalanır. Kopyalanan veriler, Meslek Personelince indekslenip incelenir.

– İnceleme sonunda gerekli görülen dijital veriler iki ayrı veri depolayıcısına kopyalanır. Elde edilen kopyalardan biri teşebbüse teslim edilir. İnceleme sonunda hazırlanacak tutanak ekinde söz konusu dijital verilerin hash değerlerine yer verilir. Tutanak, görevli Meslek Personeli ve teşebbüs yetkilisi tarafından imzalanır. Teşebbüs yetkilisinin tutanağı imzalamaktan imtina etmesi halinde, bu durum tutanağa yazılır ve tutanak, en az iki Meslek Personeli tarafından imzalanır. İki nüsha olarak düzenlenen tutanağın bir nüshası teşebbüs yetkilisine verilir.

– İnceleme bitiminde, tutanak ekinde teşebbüse teslim edilen ve Meslek Personelince bir örneği alınan dijital verileri içeren veri depolayıcıları hariç

olmak üzere, inceleme süresince kullanılan tüm veri depolayıcıları, içerdiği veriler geri getirilemeyecek şekilde silinir.

– İncelemenin teşebbüse ait yerleşkede tamamlanması esastır. Ancak gerekli görülmesi durumunda incelemeye Kurum bünyesindeki adli bilişim laboratuvarında devam edilmesine karar verilebilir.

– Cep telefonlarından elde edilen dijital verilerin incelenmesi her halükârda teşebbüs yerleşkesinde tamamlanır. Kurum merkezinde incelenecek dijital veriler eşdeğer kopyalar halinde hash değerleri hesaplanıp karşılaştırıldıktan sonra üç ayrı veri depolayıcısına aktarılır. Kopyalardan bir tanesi teşebbüse bırakılıp diğer iki kopya zarfa konularak Meslek Personeli tarafından mühürlenmek suretiyle fiziki güvenlik altına alınır. İlgili teşebbüs, mühürlü zarfın açılması anında ve Kurumun adli bilişim laboratuvarında devam edecek inceleme sırasında bir temsilci hazır bulundurmak üzere Kurum tarafından yazılı olarak davet edilir. Kurul tarafından gerekli görülmesi halinde, alınacak bir kararla söz konusu mühürlü zarf, açılmadan ilgili teşebbüse iade edilebilir.

Yerinde İnceleme Kılavuzu; Kurum’un dijital ortamlarda inceleme yapma yetkisi, inceleme yaparken izleyeceği usul ve teşebbüs yetkililerinin yerinde inceleme esnasında sorumlulukları gibi hususlara ilişkin düzenlemeler içermektedir.

Yukarıda bahsedilen Yerinde İnceleme Kılavuzu ile belirlenen usul ve esaslara göre Kurul, gerekli gördüğü teşebbüslerin elektronik ortam ile bilişim sistemlerinde tutulan her türlü verilerini ve belgelerini de inceleyebilmekte, bunların kopyalarını alabilmektedir. İş hayatında yaşanan dijitalleşme ile birlikte çalışanlar arasında WhatsApp gibi anlık mesajlaşma platformlarının kullanımı artmıştır. Bu kapsamda, yapılan değişikliklerle yerinde incelemeler sırasında teşebbüslerin yazılı kayıtlarının yanı sıra bulut sistemleri ve yerel sunucularda tutulan yazışmaları veya çalışanların iş amaçlı kullandıkları bilgisayar yahut cep telefonları inceleme altına alınabilmektedir.

İlgililer istenen bilgi, belge, defter ve diğer doküman veya vasıtalarının incelenmesine izin vermekle birlikte bunların birer suretini de görevli meslek personelinin ihtiyaç duymaları halinde almalarına izin vermekle yükümlüdürler. Görevli Meslek Personeli tarafından gerekli görülenlerin suretleri de alınabilir.

Ayrıca gerekli görüldüğü takdirde teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin temsilcileri veya çalışanlarından yazılı veya sözlü açıklama istenebilir. Yerinde

inceleme sırasında teşebbüs veya teşebbüs birlikleri yasal danışmanlarının (avukatlarının) beklenmesini talep etmeleri halinde savunma hakkının kısıtlanmaması için bu imkan tanınmalıdır. Ancak danışmanın veya avukatın gelmesi uzun bir süre alacak ise ya da yerinde incelemenin zamanı ilgililere daha önceden bildirilmiş ise danışman veya avukatın gelmesini beklemeden yerinde incelemenin başlatılmasına da bir engel bulunmamaktadır. Sonradan gelen danışman veya avukat başlatılmış bulunan yerinde incelemeye katılabilirler.

Yerinde incelemelere ilişkin diğer önemli bir konu da; Yerinde inceleme sırasında kopyalanan veriler, avukat-müvekkil gizliliği ilkesi kapsamında korumadan yararlanıp yararlanamayacağıdır.

“Yerinde İncelemelerde Dijital Verilerin İncelenmesine İlişkin Kılavuz”un 12. maddesine göre; Yerinde inceleme sırasında kopyalanan veriler, avukat-müvekkil gizliliği ilkesi kapsamında korumadan yararlanır. Müvekkili ile arasında işçi-işveren ilişkisi bulunmayan bağımsız avukat ile müvekkil arasında, müvekkilin savunma hakkının kullanılması amacıyla yapılan yazışmalar mesleki ilişkiye ait kabul edilir ve avukat müvekkil gizliliği ilkesi kapsamında korumadan yararlanır.

Ancak, savunma hakkının kullanımıyla doğrudan ilgisi bulunmayan, özellikle de bir rekabet ihlaline yardım etmek veya devam eden ya da ileride işlenecek bir ihlali gizlemek gibi konularda yapılan yazışmalar anılan korumadan yararlanamaz.

Rekabet Kurulu’nun kararlarına bakıldığında; belgelerin avukat-müvekkil gizliliğinden faydalanabilmesi sadece belirli şartlar altında mümkündür. Kurul’un 17.08.2023 tarihli 23-39/735-252 sayılı yerinde incelemenin engellenmesine ilişkin kararında^[9];

“Avukatın müvekkili ile olan mesleki ilişkisinden kaynaklanan bilgi ve belgelerin gizliliği ilkesi, teşebbüslerin ve bireylerin avukatları ile yaptıkları yazışmaların ve onlara verdikleri bilgilerin ifşasını engelleyerek onlara koruma sağlamaktadır. Bu korumanın amacı, savunma hakkının gerektiği gibi kullanılabilmesini sağlamaktır. Bu ilkeye göre, müvekkili ile arasında işçi-işveren ilişkisi bulunmayan bağımsız avukat ile müvekkil arasında, müvekkilin savunma hakkının kullanılması amacıyla yapılan yazışmalar

[9] Rekabet Kurulu, 17.08.2023, 2023-3-018 Dosya, 23-39/735-252 Karar.

korumadan yararlanmaktadır. Buna karşılık, savunma hakkının kullanımı ile doğrudan ilgisi bulunmayan, herhangi bir ihlale yardım etmek veya devam eden ya da ileride işlenecek bir ihlali gizlemek amacıyla yapılan yazışmalar korumadan yararlanamamaktadır.”

Yerinde incelemelerde alınan belgelerle ilgili olarak ileri sürülen avukat-müvekkil yazışmalarının gizliliği ilkesine dayanan itirazlarla ilgili olarak Kurulun geçmiş tarihli kararlarında, öncelikle avukatın müvekkili ile arasında işçi-işveren ilişkisi bulunup bulunmadığının değerlendirildiği, eğer işçi-işveren ilişkisi bulunuyorsa belgelerin iddia sahibine iade edilmediği; bağımsız avukat ile yapılan yazışmaların ise savunma hakkının kullanımıyla doğrudan ilgisinin bulunup bulunmadığının değerlendirildiği ve sonuca göre karar verildiği görülmektedir.

Rekabet Kurulu’nun kararları doğrultusunda; belgenin avukat-müvekkil gizliliğinden faydalanabilmesi için; müvekkili ile arasında işçi-işveren ilişkisi bulunmayan bağımsız avukat ile müvekkil arasında olması ve ilgili belgenin savunma hakkının kullanımına ilişkin olması gerekmektedir.^[10]

“Yerinde İncelemelerde Dijital Verilerin İncelenmesine İlişkin Kılavuz” da düzenlenen diğer önemli bir konu uzmanlar tarafından yapılan inceleme sonucunda delil niteliğinde görülerek dosya kapsamına alınan dijital veriler içerisinde yer alan ticari sır niteliğinde verilerin bulunması durumunda nasıl işlem yapılacağıdır.

“Yerinde İncelemelerde Dijital Verilerin İncelenmesine İlişkin Kılavuz” un 11. maddesi “*Teşebbüs yerleşkesinde veya Kurum merkezinde yapılan inceleme sonucunda delil niteliğinde görülerek dosya kapsamına alınan dijital veriler içerisinde ticari sır niteliğinde veri bulunduğu hususunun ilgili teşebbüs tarafından ileri sürülmesi durumunda 2010/3 sayılı “Dosyaya Giriş Hakkının Düzenlenmesine ve Ticari Sırların Korunmasına İlişkin Tebliğ” kapsamında işlem yapılır.*” şeklinde düzenlenmiştir. 2010/3 sayılı Tebliğ ile tarafların dosyaya giriş haklarını kullanmalarına dair usul ve esaslar ile 4054 sayılı Kanunun uygulanması sırasında elde edilen bilgilerin ticari

[10] Gediz Çınar ve Aslı Ak, ABD ve AB Uygulaması Işığında Türk Rekabet Hukukunda Avukat Müvekkil Gizliliği, Baseak CORE Papers No: 7, 2021. (2021).

sır niteliklerinin tespiti ve ticari sır olarak tasnif edilen bilgi ve belgelerin korunmasına yönelik usul ve esaslar düzenlenmektedir.^[11]

4054 sayılı Kanun ve Kılavuz kapsamında; Görevli Meslek Personeli incelemelerde yanlarında yetki belgelerini bulundururlar. Yetki belgesinde soruşturmanın konusu ve amacı, personelin kimliği, inceleme yapılacak teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin unvanı ve adresi açıkça yer almalıdır. Bütün bunların yanında, yetki belgesinde, yerinde inceleme sırasında eksik, yanlış veya yanıltıcı bilgi verilmesi veya yerinde incelemenin engellenmesi durumunda uygulanacak yaptırımın da bulunması gerekmektedir.

Yerinde incelemenin engellenmesi veya engellenme olasılığının bulunması durumunda sulh ceza hâkimi kararı ile yerinde inceleme yapılabilir. Yerinde incelemenin mahkeme kararı ile gerçekleştirilmesi, yerinde incelemenin engellenmesi ve zorlaştırılmasına ilişkin olarak Kanunda öngörülen idarî para cezasının uygulanmasını engellemez.

Kanunun 16. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi;

“...d) Yerinde incelemenin engellenmesi ya da zorlaştırılması,

hallerinden (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilenler için teşebbüsler ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin binde biri oranında, (d) bendinde belirtilenler için ise aynı şekilde saptanacak olan gayri safi gelirlerinin binde beşi oranında idarî para cezası verir. Ancak bu esasa göre belirlenecek ceza onbin Türk Lirasından az olamaz.” şeklinde düzenlenmiştir.^[12]

Öte yandan Kanunun 17. maddesi uyarınca; 16. maddede belirtilen cezalar saklı kalmak kaydıyla, yerinde incelemenin engellendiği ya da zorlaştırıldığı her gün için, ilgili teşebbüsler ile teşebbüs birlikleri ve/veya bu birliklerin

[11] Dosyaya Giriş Hakkının Düzenlenmesine Ve Ticari Sırların Korunmasına İlişkin Tebliğ, Tebliğ No: 2010/3 (18.04.2010).

[12] 4054 Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 16. Maddesinin Birinci Fıkrasında Öngörülen İdari Para Cezası Alt Sınırının 31/12/2024 Tarihine Kadar Geçerli Olmak Üzere Artırılmasına İlişkin Tebliğ, Tebliğ No: 2024/1 (20.12.2023), uyarınca 2023 yılı için yeniden değerlendirme oranı olan %58,46 (elli sekiz virgül kırk altı) artış esas alınarak, 1/1/2024 tarihinden 31/12/2024 tarihine kadar geçerli olmak üzere 167.473 TL olarak belirlenmiştir.

üyelerinin karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan, bunun hesaplanması mümkün olmazsa karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin onbinde beşi oranında idarî para cezası verilecektir. Bu maddeye göre verilecek idarî para cezası, fiilin gerçekleştiği günü takip eden günden itibaren verilebilir.

2- Rekabet Kurulu’nun Yerinde İncelemenin Engellemesi ve Zorlaştırılması Hakkında Kararları

a) CANON KARARI (28.04.2023 tarihli 2023-4-006 Dosya Sayılı, 23-19/365-127 Karar Sayılı Rekabet Kurulu Kararı)^[13]

Dosya kapsamında CANON çalışanlarının kullandığı bilgisayarlar üzerinde yapılan incelemeler esnasında CANON, Outlook uygulamasında kurulu e-posta üzerinden gerçekleştirdiği birtakım yazışmaları teşebbüse giriş saati olan 10.34’ten sonrasına tekabül eden 10.48 ila 10.54 saatleri arasında sildiği tespit edilmiş ve silinmeye ilişkin “Recover Deleted Items From Server” yöntemiyle elde edilen ekran görüntülerine yerinde inceleme tutanağının ekinde yer verilmiştir. Ayrıca, silme işleminin gerçekleştiği zaman dilimi teşebbüs vekili tarafından teşebbüs çalışanlarına gönderilen ve veri silinmemesi uyarısını ihtiva eden e-postanın saati olan 10.41’den de sonrasına tekabül etmektedir.

Bununla birlikte, CANON tarafından ileri sürülen silme işleminin rutin bir işlem olduğu ve denetimden haberdar olmadığı iddia edilmiştir. Söz konusu iddialara yönelik somut herhangi bir delil sunulamamıştır. Teşebbüse giriş saati olan 10.34’ten sonraki bir zaman dilimine tekabül eden, münferiden ve tek bir defaya özgü olarak gerçekleştirilen silme eyleminin, rutin bir işlem olarak kabul edilmesi olanak dâhilinde olmadığı ve saat 10.48 ila 10.54 arasında gerçekleştirildiği tespit olunan silme eyleminin, yerinde inceleme heyetinin veri elde etmesini engelleme amacı taşımayan rutin bir işlem olduğu yönündeki beyan ispata muhtaç olup ispata elverişli bilgi ve belgeler yerinde inceleme heyetine sunulamamıştır.

Silinen verilerin yerinde inceleme yapmak ile yetkilendirilmiş meslek personelinin çabası ile geri getirilebilmiş olması silme işleminin varlığını ortadan kaldırmamaktadır. Zira 4054 sayılı Kanun’un 16. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde açık bir şekilde “yerinde incelemenin

[13] Rekabet Kurulu, 28.04.2023, 2023-4-006 Dosya, 23-19/365-127 Karar.

engellenmesi ya da zorlaştırılması” eylemi, teşebbüslere idari para cezası verilmesini gerektiren hallerden biri olarak sayılmış olup silme işlemine konu verilerin geri getirilmiş olması söz konusu eylemin hukuki niteliğini değiştirmemektedir. Kurul kararlarında da silinen verilerin daha sonra incelenememiş olmasından bağımsız olarak salt veri silme işleminin ihlal olarak değerlendirilmiştir.

Sonuç olarak, CANON’da gerçekleştirilen yerinde inceleme esnasında kullanılan Microsoft Outlook hesabında gerçekleştirilen e-posta silinmesi şeklinde tezahür eden veri silme eylemi 4054 sayılı Kanun’un 16. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi uyarınca yerinde incelemenin engellenmesi veya zorlaştırılması şeklinde değerlendirilmiş ve bu doğrultuda teşebbüse 2021 yılı gayri safi gelirinin binde beşi oranında idari para cezası verilmesine karar verilmiştir.

b) UNMAŞ KARARI (20.05.2021 tarihli 2020-3-039 Dosya Sayılı, 21-26/327-152 Karar Sayılı Rekabet Kurulu Kararı)^[14]

Kurulun 20.05.2021 tarihli ve 21-26/327-152 sayılı kararında; Unmaş Unlu Mamuller Sanayi ve Ticaret AŞ’de (UNMAŞ) gerçekleştirilen yerinde incelemede, yerinde inceleme ekibi tarafından saat 10.00’da teşebbüs vekiline teşebbüs çalışanlarının söz konusu inceleme tamamlanana kadar bilgisayarlarından, e-posta kutularından ya da teşebbüse ait veri içeren sabit veya taşınabilir nitelikte herhangi bir cihazdan hiçbir suretle bilgi, belge veya yazışma silmemeleri konusunda bilgilendirme yapıldığı, yerinde inceleme yapılacak çalışanların teşebbüs binasında olmadığına öğrenilmesi üzerine ise mobil cihazlardaki veri bütünlüğünün bozulmaması adına saat 10.15’te bu cihazlardaki verilerin silinmemesi hususunun teşebbüs vekiline ayrıca hatırlatıldığı fakat saat 10.38 ve 10.44 arasında UNMAŞ Ticaret Direktörü tarafından Whatsapp uygulaması içinde silme işleminin gerçekleştirildiğinin tespit edildiği belirtilerek teşebbüs hakkında idari para cezası uygulanmasına karar verilmiştir.

İlaveten, ilgili kararda “Diğer taraftan silinen verilere adli bilişim cihazları yardımıyla erişilebilmiş olmasının, fiilin yerinde incelemenin engellenmesi/ zorlaştırılması niteliğine bir etkisinin bulunmadığı değerlendirilmektedir. Aksi bir durumun kabulünün, teşebbüslerin söz konusu verileri sildiği

[14] Rekabet Kurulu , 20.05.2021, 2020-3-039 Dosya, 21-26/327-152 Karar.

ancak adli bilişim cihazları tarafından silme işleminin tespit edilemediği bir durumda bu teşebbüsler bakımından bir ödüllendirme anlamına gelebileceği düşünülmektedir.” tespiti yer almaktadır.

c) ÇOŞKUN HAZIR BETON KARARI (13.03.2019 tarihli 2018-5-38 Dosya Sayılı, 19-12/146-67 Karar Sayılı Rekabet Kurulu Kararı)^[15]

Kurulun 13.03.2019 tarihli ve 19-12/146-67 sayılı kararında; Coşkunlar Hazır Beton İnş. Taah. San. ve Tic. AŞ’ye ait elektronik posta adresinde yerinde inceleme esnasında ilk açıldığı anda hesapta yaklaşık 1.300 adet e-postanın bulunduğu, yerinde incelemeye başladıktan kısa bir süre sonra saat 11.00’de elektrik kesintisi yaşandığı, saat 11.30 itibariyle elektriğin gelmesinden sonra da yaşanan aksaklıklar sebebiyle söz konusu e-posta hesabına erişim sağlanamadığı yeniden erişim sağlandığında açılan ekranda “hesap devre dışı bırakıldı” yazısı görülmüş, şirket çalışanı Muhasebe Yetkilisi (.....) tarafından e-posta hesabına tekrar erişilmeye çalışıldığında “şifreniz son bir saat içerisinde değiştirildi” uyarısı ile karşılaşılmış ve erişim sağlanamamıştır. Konuyla ilgili olarak teşebbüs yetkililerince bu durumun sunucularda yaşanan sıkıntıdan kaynaklandığı, kısa bir süre içerisinde erişim sağlanacağı ifade edilmiş olup hesaba erişimin yeniden sağlandığı saat 13.38 itibariyle e-posta hesabında 44 adet e-postanın kaldığının anlaşılması nedeniyle teşebbüs hakkında idari para cezası uygulanmasına karar verilmiştir.

d) SIRMA KARARI (19.10.2023 tarihli 2023-2-038 Dosya Sayılı, 23-49/945-337 Karar Sayılı Rekabet Kurulu Kararı)^[16]

Kurul’un 19.10.2023 tarihli ve 23-49/945-337 sayılı kararında; yapılan yerinde incelemede, meslek personelinin incelemeye başladığı saat olan 10.30’dan sonra Hayat Marka Müdürü tarafından kullanılan mobil cihazda saat 10.58’de WhatsApp hesabında yer alan bütün sohbetlerin silindiği tespit edilmiş olup silme işlemine istinaden teşebbüs yetkilileri tarafından; yerinde inceleme başladıktan sonra mobil cihazında silme işlemi yaptığının yönelik bir şüphe bulunmamaktadır. Bu husus kendisi ve teşebbüs yetkilileri tarafından da kabul edilmiştir. Yapılan açıklamalar ve sunulan belgeler

[15] Rekabet Kurulu, 13.03.2019, 2018-5-38 Dosya, 19-12/146-67 Karar.

[16] Rekabet Kurulu, 19.10.2023, 2023-2-038 Dosya, 23-49/945-337 Karar.

incelendiğinde, Hayat Marka Müdürü yerinde inceleme gününde mobil cihazını değiştirecek olduğu açıkça görülmektedir. Ancak bu durumun silme eyleminin yerinde incelemenin engellenmesi veya zorlaştırılması amacıyla yapılmadığı kanaatine varmak için yeterli olmadığı değerlendirilmektedir.

Hayat Marka Müdürü saat 10.50’de SIRMAGRUP yetkilileri tarafından teşebbüs çalışanlarına gönderilen ve yerinde incelemeyi zorlaştıracak davranışlardan kaçınmalarına ilişkin e-postayı toplantıda olması nedeniyle alamadığı/okuyamadığı ifade edilmiş ve söz konusu tarihteki toplantı çizelgesi inceleme heyetine sunulmuştur. Toplantı çizelgesi incelendiğinde, Hayat Marka Müdürü yerinde inceleme günü saat 09.00-17.00, 10.00-11.15 ve 13.00-13.30 saatleri arasında kalabalık bir grup şirket çalışanıyla toplantı planı olduğu görülmektedir. Buna karşılık, adı geçen kişinin saat 10.58’de mobil cihazındaki WhatsApp uygulamasında yer alan bütün yazışmaları silmiş olduğu sabittir. Adı geçen teşebbüs çalışanının toplantı saatinde mobil cihazında silme işlemini gerçekleştirebildiği veri alındığında ilgili saatlerde toplantıda olmasının mobil cihazına erişimini kısıtlamadığı anlaşılmakta, ayrıca ilgili kişinin toplantıda olmasının teşebbüste gerçekleştirilen yerinde incelemeden haberdar olmasına bir engel teşkil etmeyeceği değerlendirilmektedir.

Hayat Marka Müdürü’nün belirtilen saatte diğer çalışanlarla toplantı halinde olduğu göz önüne alındığında, kendisine gönderilen e-postaları kontrol etmemiş olsa dahi, teşebbüste çalışan diğer personelden yerinde incelemeye dair bilgi almaması çok olası görülmemektedir. Bunun yanı sıra, teşebbüste yönetici pozisyonunda bulunan Hayat Marka Müdürü’nün iş ile alakalı kullanmış olduğu eski mobil cihazı yeni mobil cihaz ile değiştirirken eski mobil cihazda var olan verilerini yeni mobil cihaza taşımayı tercih etmeyecek tüm sohbetleri silmesi de yukarıda belirtilen şüpheleri pekiştirmektedir. Yerinde inceleme başladığı andan itibaren teşebbüs çalışanlarının herhangi bir verinin değiştirilmemesi, silinmemesi konusunda sorumlu olduğu, çalışanlara bu konuda gerekli uyarıları yapma yükümlülüğünün teşebbüse ait olduğu, bahsi geçen uyarının yapılmamış olmasının veya teşebbüs çalışanlarının yerinde inceleme yapıldığından haberdar olmamasının incelemeye konu verilerin silinmesinden dolayı oluşan yasal sorumluluğu ortadan kaldırmayacağı, silme eyleminin varlığının eylemin amacına bakılmaksızın yerinde incelemenin engellenmesi/zorlaştırılması olarak değerlendirileceği ve ilgili teşebbüse idari para cezası verilmesine karar verilmiştir.

Danıştay 13. Dairesinin 2008/5890 E., 2013/847 K. sayılı kararında,

“..... dosya konusu olayda incelemeye konu Koçak Petrol Ürünleri Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. yetkilisi tarafından gerçekleştirilen eylemler nedeniyle incelemeye iki saatlik bir gecikmeyle başlanması ve yaşanan bu süreçte yapılan uyarılara rağmen anılan teşebbüse ait bilgisayardan bir klasörün silinmesine ilişkin olarak Mahkeme tarafından; yerinde incelemenin doğası gereği teşebbüslere haber verilmeksizin, ansızın, süratli ve kesintisiz biçimde gerçekleşmesi gereken bir uygulama olduğu, incelemeye başlanması için teşebbüs avukatının makul bir süre beklenebileceği ancak bu süre içinde teşebbüs tarafından dosyalarda oynama yapılmaması ve hiçbir şekilde delil karartmaya yönelik davranışlarda bulunulmaması gerektiği ifade edilerek incelemenin iki saat süreyle geciktirilmesi ve yapılan sözlü uyarılara rağmen teşebbüs yetkilisinin bilgisayardan bir klasörü silmesi nedeniyle yerinde incelemenin engellendiğine hükmedilmiştir. Söz konusu karar daha sonra temyiz edilmiş ve Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunda görüşülerek 2013/3389 E., 2016/23 K. sayılı karar ile onanmıştır.”

Ankara 13. İdare Mahkemesinin 2013/1598 E. 2014/1495 K. sayılı kararı ile de,

“.... TTNet AŞ’de yapılmak istenen yerinde inceleme esnasında inceleme yapılan teşebbüs çalışanının bilgisayarındaki bir klasörden bazı belgelerin silindiğine yönelik yapılan tespitler neticesinde incelemenin engellendiğine yönelik Kurul kararı hukuka uygun bulunmuştur.”

Ankara Bölge İdare Mahkemesi 8. İdari Dava Dairesi’nin 2023/207 E. sayılı kararında 18. İdare Mahkemesi’nin 2022/318 E. 2022/3124 K. sayılı kararına değinilerek,

“..... silinen e-postaların içeriğinin (özel ya da iş ile ilgili olup olmaması) ya da geri getirilip getirilememesinin cezai müeyyideye bağlanan halin oluşmasına herhangi bir etkisinin bulunmadığı, silinen e-posta içeriği yazışmalar yerinde incelemeyi gerçekleştiren uzmanlar tarafından geri getirilmiş olsa dahi verilere uzmanların geç ulaşması nedeniyle yerinde incelemenin zorlaştırıldığı hususunun açık olduğu” ifade edilmiştir.

19.10.2023 tarihli Rekabet Kurulu Kararında;

Sonuç olarak, “...mesajların silinmesi eyleminin yerinde incelemeye başlanmasından sonra gerçekleştiği, bu şekilde inceleme heyetinin olası

delillere erişiminin engellendiği ve bu kapsamda SIRMAGRUP'un yerinde incelemeyi engellediği/zorlaştırdığı kanaatine ulaşılmış, bu nedenle 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi gereğince SIRMAGRUP'a gayri safi gelirlerinin binde beşi oranında idari para cezası verilmesine..." karar verilmiştir.

II. SONUÇ

Yerinde inceleme ve bilgi isteme süreçleri, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun etkin bir şekilde uygulanması ve rekabet ihlallerini tespit etmek, delil toplamak ve gerekli yaptırımları uygulamak için kullanılan araçlardır. Bu süreçlerin adil, şeffaf ve hukuka uygun bir şekilde yürütülmesi hem işletmelerin hem de tüketicilerin çıkarlarına hizmet ederek piyasada rekabetin sağlıklı bir şekilde işlenmesini sağlamaktadır.

Rekabet Kurulu'nun yapacağı inceleme, araştırma ve soruşturmalarda bilgi isteme ve yerinde incelemelerde kamu kurum ve kuruluşları ile teşebbüs ve teşebbüs birlikleri gerekli özen ve dikkati göstermekle yükümlüdür. Kurul'un yerinde inceleme usulü ile elde edeceği bilgi ve belgelerin sürecin ilerlemesi açısından önem arz etmesi sebebiyle; yerinde incelemenin engellenmesi veya zorlaştırılması olarak değerlendirilen davranışlardan kaçınılması gerekmektedir.

Son dönemde teknolojiadaki gelişmeler ve iş hayatında yaşanan dijitalleşme nedeniyle verilerin dijital ortamda tutulması artış göstermiştir. Elektronik ortam ile bilişim sistemlerinde tutulan her türlü verilerin ve belgelerin mahallinde incelenmesi, kopyalanması ve 4054 sayılı Kanunun 15. maddesi uyarınca dijital verilerin incelenmesi süreçlerinde uygulanacak usule ilişkin "Yerinde İncelemelerde Dijital Verilerin İncelenmesine İlişkin Kılavuz" ile Rekabet Kurulu'nun dijital veriler üzerindeki yetkileri belirlenmiş ve genişletilmiştir.

KAYNAKÇA

- 1- 2020/67 Esas, 2022/139 Karar, Anayasa Mahkemesi (09.11.2022).
- 2- Çınar, Gediz ve Ak, Aslı. ABD ve AB Uygulaması Işığında Türk Rekabet Hukukunda Avukat-Müvekkil Gizliliği, Baseak Core Paper No: 7, 2021. (2021).
- 3-Şarbak, Elif Nurdan. AB ve Türk Rekabet Hukukunda Bilgi İsteme Yetkisi ve Buna İlişkin Yaptırımlar, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:219 (Ekim 2022).
- 4- Dosyaya Giriş Hakkının Düzenlenmesine Ve Ticari Sırların Korunmasına İlişkin Tebliğ, Tebliğ No: 2010/3 (18.04.2010).
- 5- 4054 Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 16. Maddesinin Birinci Fıkrasında Öngörülen İdari Para Cezası Alt Sınırının 31/12/2024 Tarihine Kadar Geçerli Olmak Üzere Artırılmasına İlişkin Tebliğ, Tebliğ No: 2024/1 (20.12.2023).
- 6- 2018-5-38 Dosya, 19-12/146-67 Karar, Rekabet Kurulu (13.03.2019).
- 7- 2023-2-015 Dosya, 23-39/730-251 Karar, Rekabet Kurulu (17.08.2020).
- 8- “Yerinde İncelemelerde Dijital Verilerin İncelenmesine İlişkin Kılavuz” Rekabet Kurumu, 08.10.2020, <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/kilavuzlar/yerinde-inceleme-kilavuz1-20201009091644514-pdf>.
- 9- 2020-3-039 Dosya, 21-26/327-152 Karar, Rekabet Kurulu (20.05.2021).
- 10- 2022-6-013 Dosya, 22-33/527-213 Karar, Rekabet Kurulu (21.07.2022).
- 11- 2023-4-006 Dosya, 23-19/365-127 Karar, Rekabet Kurulu (28.04.2023).
- 12- 2023-4-005 Dosya, 23-21/410-140 Karar, Rekabet Kurulu (11.05.2023).
- 13- 2011-4-045 Dosya, 23-21/412-141 Karar, Rekabet Kurulu (11.05.2023).
- 14- 2023-3-018 Dosya, 23-39/735-252 Karar, Rekabet Kurulu (17.08.2023).
- 15- 2023-2-038 Dosya, 23-49/945-337 Karar, Rekabet Kurulu (19.10.2023).



Atatürk Bulvarı No: 40 Adliye Sarayı
Kat: 5 Sıhhiye-ANKARA / TÜRKİYE



T 0312 416 72 00
F 0312 416 72 80



www.ankarabarusu.org.tr
ankarabarusu@ankarabarusu.org.tr