

**T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**HAKSIZ REKABETTEN DOĞAN
UYUŞMAZLIKLARDA UYGULANACAK HUKUK VE
YETKİLİ MAHKEME**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Ayşe İpek SARIÖZ

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL

MAYIS 2011

ÖNSÖZ

Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı'nda yüksek lisans tezi olarak hazırlanan bu çalışma, 30.05.2011 tarihinde Sayın Prof. Dr. Ziya AKINCI başkanlığında, Sayın Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR ve Sayın Doç. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL'ın oluşturduğu jüri karşısında savunulmuş ve başarılı bulunarak oybirliği ile kabul edilmiştir.

Başta saygıdeğer Hocam Sayın Prof. Dr. Ziya AKINCI olmak üzere, değerli jüri üyeleri Sayın Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR ve Sayın Doç. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL'a jüride bulunmayı kabul ettikleri ve değerli görüşlerini benimle paylaştıkları için sonsuz teşekkürlerimi sunuyorum.

Tez, savunulduğu şekliyle basıma hazırlanmış; ancak değerli jüri üyelerinin katkı ve görüşleri dikkate alınarak gözden geçirilmiştir.

Gerek tez konusunun seçiminde, gerekse tezin yazımı süresince her aşamada destek ve ilgisini esirgemeyen, engin bilgi ve tecrübesi ile bütün sorularımı sabırla yanıtlayan, dikkati, özeni ve disiplini ile kendime her zaman örnek aldığım çok değerli Hocam Sayın Doç. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL'a en derin şükranlarımı sunuyorum. Kendisi ile çalışma fırsatı bulduğum için çok şanslı olduğumu belirtmek istiyorum.

Tezin yazımı için kaynak toplamak üzere gittiğim, Lozan'da bulunan İsviçre Mukayeseli Hukuk Enstitüsü'nde (ISDC) aradığım her kaynağa ulaşmamı sağlayan Sadri SAIEB'e çok teşekkür ediyorum. Lozan'da kaldığım sürece bana bir aile ortamı sunan, yakın ilgi ve desteklerini esirgemeyen, beraber geçirdiğimiz günleri hep gülümseyerek anımsayacağım çok değerli aile dostlarımız Sevgi - Yüksel TACAN'a en derin şükranlarımı sunuyorum. Yine Lozan'da geçirdiğim sürede ilgi ve desteği ile bana her zaman yardımcı olan değerli Hocam Sayın Yard. Doç. Dr. Mehmet ERDEM'e çok teşekkür ediyorum.

Tezin yazımı sırasında bilgi ve tecrübeleri ile sorularımı yanıtlayan Sayın Doç. Dr. Fusun NOMER ERTAN'a ve Sayın Yard. Doç. Dr. Aslı MAKARACI'ya çok teşekkür ediyorum. Lisans öğretiminden bu yana her sorumu sabırla yanıtlayan, tezimle ilgili olarak da gerek akademik, gerekse manevi desteklerini her zaman arkamda hissettiğim Dr. Anlam ALTAY ve Dr. Tolga AYOĞLU'na gönülden teşekkürlerimi sunuyorum. Yine manevi desteğini esirgemeyen Dr. Süheyla BALKAR BOZKURT'a çok teşekkür ediyorum.

Son olarak, tez savunmamın öncesinde son düzeltmelerin yapılmasında ve tez savunmam sırasında yanımda bulunarak desteklerini esirgemeyen Doğu Üniversitesi Uluslararası Özel Hukuk Araştırma Görevlisi Ürün TEKİN ve Bahçeşehir Üniversitesi Uluslararası Özel Hukuk Araştırma Görevlisi Begüm ŞERMET'e çok teşekkür ediyorum. Ayrıca Bilgi Üniversitesi Uluslararası Özel Hukuk Araştırma Görevlisi Candan YASAN'a, Bahçeşehir Üniversitesi'nde beraber aynı odada çalıştığımız araştırma görevlileri arkadaşlarım Deniz MERAKLI, Gülen Sinem TEK, Fatma Gül KARAGÖZ, Mert NOMER, Şule SÖKÜCÜ ve tezin yazımı aşamasında katkısı bulunan herkese çok teşekkür ediyorum.

Hayatım boyunca hiçbir fedakârlıktan kaçınmayarak, sonsuz sevgi ve ilgisiyle bana her zaman destek olan, her şeyimi paylaşan, sevgili annem Av. Hatıra TEMUÇİN'e ve ağabeyim Şeref SARIÖZ'e sonsuz teşekkürlerimi sunuyorum ve bu çalışmayı sevgili anneme ithaf ediyorum.

Bahçeşehir Üniversitesi Uluslararası Özel Hukuk Araştırma Görevlisi

A. İpek SARIÖZ

Beşiktaş, 22 Haziran 2011

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	ii
KISALTMALAR	vii
GİRİŞ	1
BİRİNCİ KISIM	5
HAKSIZ REKABET KAVRAMI VE İLGİLİ MEVZUAT	5
I. HAKSIZ REKABET KAVRAMI VE UNSURLARI	6
A. Haksız Rekabet Kavramı: Haksız Rekabetin Tanımı ve Düzenleniş Biçimi	7
1. Haksız Rekabetin Tanımı	7
2. Rekabet Düzenlemelerinin Anayasal Temelleri	10
3. Haksız Rekabetin Düzenleniş Biçimi Açısından Farklı Hukuk Sistemleri	11
a. Topluluk Hukuku Düzenlemeleri	11
b. Fransız, İsviçre ve Türk Hukukunda Haksız Rekabetin Düzenleniş Biçimi	14
4. Haksız Rekabet Hükümlerinin Uygulama Alanı	19
a. Haksız Rekabet Kavramı ile Rekabet Hukuku İlişkisi ve Serbest Rekabet Düzeninin Sağlanmasına Yönelik Bazı Yasal Düzenlemeler	19
b. Haksız Rekabet ve Fikri Mülkiyet Hukuku İlişkisi	21
c. Haksız Rekabet ve Tüketici Hukuku İlişkisi	24
B. Haksız Rekabetin Unsurları	27
1. Hukuka Aykırı Fiil	27
2. İktisadi Rekabetin Bozulması	28
3. Zarar veya Zarar Tehlikesinin Meydana Gelmiş Olması	29
II. HAKSIZ REKABETİN GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ	31
A. Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklam ve Satış Yöntemleri ve Diğer Hukuka Aykırı Davranışlar	32
1. Kötüleme	33
2. Gerçek Dışı ve Yanıltıcı Bilgi Verme veya Bu Yolla Üçüncü Kişiyi Rekabette Öne Geçirme	34
3. Kendini Üstün Yetenekli Gösterme	36
4. Karışıklığa Neden Olma (İltibas)	37
5. Kendi Malları, İş Ürünleri vs. ile Başkasının Mallarını Karşılaştırma veya Bu Yolla Üçüncü Kişileri Rekabette Öne Geçirme	41
6. Seçilmiş Bazı Malları, İş Ürünlerini vs. Birden Çok Kere Tedarik Fiyatının Altında Satışa Sunmak	44
7. Müşteriyi Yanıltmaya Yönelik Diğer Haksız Rekabet Halleri	46
B. Sözleşmeyi İhlale veya Sona Erdirmeye Yönelme	50
C. Başkalarının İş Ürünlerinden Yetkisiz Yararlanma	53
D. Üretim ve İş Sırlarının İfşası	55
E. Üçüncü Kişileri Kandırmaya Elverişli Belgeler Düzenleme	56
F. İş Şartlarına Uymama	57
G. Dürüstlük Kurallarına Aykırı İşlem Şartları Kullanma	57
H. Türk Ticaret Kanunu Dışında Düzenlenen Haksız Rekabet Halleri	59
III. HAKSIZ REKABETİN SONUÇLARI	60
A. Hukuki Sorumluluk	60
B. Cezai Sorumluluk	63
C. İhtiyati Tedbirler ve Zamanaşımı	63

İKİNCİ KISIM	65
HAKSIZ REKABETTEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARDA UYGULANACAK HUKUK	65
I. GENEL OLARAK	67
A. Uluslararası Haksız Rekabet Kavramı	67
B. Haksız Fiillere Uygulanacak Hukuk İle İlgili Değerlendirmeler	70
1. Türk, İsviçre ve Fransız Hukuklarında Haksız Fiillere Uygulanacak Hukuk	71
2. Topluluk Hukukunda Haksız Fiillere Uygulanacak Hukuk	79
a. Tüzüğün Uygulama Alanı:	80
b. Haksız Fiil Sorumluluğuna Uygulanacak Genel Kural: Roma II Tüzüğü m.4	84
C. Haksız Rekabet Uyuşmazlıklarına Özgü Kanunlar İhtilafı Kurallarının Kabulünde Yaşanan Süreç	92
II. HAKSIZ REKABETTEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARDA UYGULANACAK HUKUK	96
A. Belirli Bir veya Birden Fazla Ülke Piyasasını Etkileyen Haksız Rekabet Halleri	97
1. Türk ve İsviçre Hukukunda “Etkilenen Piyasa Kriteri”	97
2. Topluluk Hukuku Düzenlemelerinde “Etkilenen Piyasa Kriteri”	99
3. Etkilenen Piyasa Kriterinin Uygulanması İçin Gerekli Koşullar	104
a. Etkinin “Doğrudan” Olması Gerekliği	105
b. Etkinin “Öngörülebilir” Olması Gerekliği	107
c. Etkinin “Esaslı” Olması Gerekliği	111
4. Piyasa Kavramı ve Haksız Rekabet Fiilinin Birden Fazla Ülke Piyasasını Etkilemiş Olması	113
5. Etkilenen Piyasa Kriterinin Avantajları	116
B. Kitle İletişim Araçları İle Gerçekleştirilen Haksız Rekabet Fiillerine Uygulanacak Hukuk	118
1. Genel Olarak	118
2. Uygulanacak Hukukun Belirlenmesinde Kullanılan Kriterler	119
a. Bağlama Noktalarının Tespiti Açısından Bazı Teknik Terimlerin Açıklanması	120
b. Fiilin İşlendiği Yer Hukuku	120
c. Korumamanın Talep Edildiği Yer Hukuku	122
d. Hakimin Hukuku (<i>Lex Fori</i>)	122
e. Zarar Yeri Olarak Piyasası Etkilenen Ülke Hukuku ve Görüşümüz	123
3. Topluluk Hukukunda Başvurulan Kriterler	126
C. Münhasıran Belirli Bir İşletmenin Menfaatlerini Zedeleyen Haksız Rekabet Hallerine Uygulanacak Hukuk	131
1. Münhasıran Belirli Bir İşletmenin Ticari Menfaatlerini Zedeleyen Haksız Rekabet Halleri	132
2. Uygulanacak Hukukun Tespitinde Kullanılan Kriterler: “Merkez” ve “İşyeri” Kavramları	135
3. Topluluk Hukukunda Uygulama Alanı Bulan Kriterler	141
III. HAKSIZ REKABETE İLİŞKİN MÖHUK. DÜZENLEMESİNDE YER ALAN EKSİKLİKLERE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER	143
A. Daha Sıkı İlişkili Hukuk” Kriterine Yer Verilmemiş Olması	144
B. İrade Serbestisine Yer Verilmemesi	150
1. Türk ve İsviçre Hukukları ile Topluluk Hukuku Düzenlemeleri	150
2. Haksız Rekabete Uygulanacak Hukuk Çerçevesinde Getirilen Öneriler ve Görüşümüz	157
IV. HAKİMİN HUKUKUNUN KAMU DÜZENİ VE DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLARININ UYGULANACAK HUKUKA MÜDAHALESİ	161
A. Hakimin Hukuku Çerçevesinde Kamu Düzeni Müdahalesi	161
B. Hakimin Hukukunun Doğrudan Uygulanan Kuralları	165
V. HAKSIZ REKABETTEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARA İLİŞKİN KANUNLAR İHTİLAFI KURALININ KAPSAMI	166

ÜÇÜNCÜ KISIM	171
HAKSIZ REKABETTEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARDA TÜRK MAHKEMELERİNİN YETKİSİ.....	171
I. GENEL OLARAK	174
II. TÜRK MAHKEMELERİNİN YETKİSİNDE BAŞVURULABİLECEK KRİTERLER	178
A. Haksız Fiillere İlişkin Özel Yetki Kuralı	178
1. Haksız Fiilin Türkiye’de veya Türkiye’nin de Aralarında Bulunduğu Birden Çok Ülkede İşlenmesi	179
2. Zararın Türkiye’de Meydana Gelmesi veya Gelebilecek Olması.....	180
a. Zararın Tamamının Türkiye’de Meydana Gelmesi	181
b. Zararın Bir Kısımının Türkiye’de Meydana Gelmesi.....	185
c. Zarar Tehlikesinin Türkiye’de Oluşması.....	188
3. Zarar Görenin Yerleşim Yerinin Türkiye’de Olması	189
B. Genel Yetki Kuralı.....	190
C. Türkiye’de Yerleşim Yeri Olmayanlara Karşı Açılacak Malvarlığı Davaları	194
D. Yetki Sözleşmesi	195
1. Türk Mahkemelerinin Yetkilendirilmesi	197
2. Yabancı Mahkemelerin Yetkilendirilmesi.....	200
3. Yerleşim Yerleri Türkiye’de Bulunan Tüketicilerin Taraf Olduğu Davalarda Yetki Sözleşmeleri.....	204
E. Türk Mahkemelerinin Yetki İtirazının İleri Sürülmemesi Nedeniyle Yetkili Hale Gelmesi.....	208
III. KİTLE İLETİŞİM ARAÇLARI İLE GERÇEKLEŞTİRİLEN HAKSIZ REKABET FİİLLERİ AÇISINDAN ULUSLARARASI YETKİNİN TESPİTİ	209
SONUÇ.....	216
KAYNAKÇA	220

KISALTMALAR

AB.: Avrupa Birliği

ATAD.(CJCE): Avrupa Topluluğu Adalet Divanı

ATF: Arrêt du tribunal fédéral (İsviçre Federal Mahkemesi Kararı)

AÜHFD: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

b.: bent

Batider: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi

BK.: Borçlar Kanunu

Bkz.: Bakınız

C.: Cilt

DEÜHFD: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

E.: Esas

f.: fıkra

FSEK.: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu

GSÜHFD: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

HD.: Hukuk Dairesi

HGK.: Hukuk Genel Kurulu

HMK.: Hukuk Muhakemeleri Kanunu

HUMK.: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu

İsv. BK.: İsviçre Borçlar Kanunu

İsv. FM.: İsviçre Federal Mahkemesi

İsv. HRK.: İsviçre Haksız Rekabet Kanunu

İsv. MK.: İsviçre Medeni Kanunu

İsv. MÖHK.: İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu

K.: Karar

KHK.: Kanun Hükmünde Kararname

m.: madde

Mar. KHK.: Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname

MK.: Medeni Kanun

MTK.: Milletlerarası Tahkim Kanunu

no.: Numara

Patent KHK.: Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname

RG.: Resmi Gazete

RKHK.: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun

s.: sayfa

TBMM.: Türkiye Büyük Millet Meclisi

TKHK.: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun

TTK.: Türk Ticaret Kanunu

vb.: ve benzeri

vd.: ve devamı

Yeni TTK.: Yeni Türk Ticaret Kanunu

GİRİŞ

Ticari hayat, serbest rekabet ilişkileri üzerinde kuruludur. Ancak, ticari hayatın sürdürülebilmesi, söz konusu serbestinin bazı sınırlara tabi tutulmasına bağlıdır. Evrensel hukuk kaideleri, “herkesin, sahip olduğu özgürlükleri hukukun çizdiği sınırlar dahilinde kullanması” ilkesi üzerine kurulmuştur. Bu nedenle, söz konusu kaideler, dürüstlük kuralına aykırı, hakkın kötüye kullanımı sonucunun doğmasına neden olacak nitelikte hak kullanımlarını yasaklamaktadır.

Haksız rekabet, rekabetin kötüye kullanımı sonucuna yol açacak nitelikte davranışların önüne geçilmesi amacıyla geliştirilmiş ve birçok ülke hukukunda bu temele dayalı olarak düzenlenmiş bir kavramdır. Bu bağlamda, haksız rekabet kavramı, “ticari hayatın serbest rekabet ilişkileri çerçevesinde sürdürülmesinin sağlanması” fikrine dayanmaktadır.

Ticaret Hukukunun önemli bir konusunu oluşturan haksız rekabet, Türk Hukukunda uzun süredir uygulanan ve birçok yargı kararına konu olan bir kurumdur. Bununla beraber, anılan kurum tam da içinde bulunduğumuz bu günlerde pek çok hukukçunun ilgisini çekebilecek bir değişime konu olmaktadır. Zira, 6762 sayılı ve 29.06.1956 tarihli Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlenen bu kurum, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda kavramsal bazı noktaları da içerecek biçimde ciddi değişikliklere uğramıştır.

Haksız rekabet, Türk Uluslararası Özel Hukuku açısından da önemli bir inceleme konusunu oluşturmaktadır. Zira, Ticaret Kanunu’ndaki maddi hukuk hükümlerinde yaşanan sözünü ettiğimiz değişiklik öncesinde, ilk defa, 5718 sayılı ve 12.12.2007 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 37. maddesinde, haksız rekabete özgü bir kanunlar ihtilafı kuralı kabul edilmiştir. Bilindiği üzere, 2675 sayılı ve 20.05.1982 tarihli (mülga) Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’da sadece haksız fiillere ilişkin bir düzenleme yer

almaktaydı. Yalnızca temel konularda hüküm getiren bu Kanun'un değiştirilmesi ihtiyacı haksız rekabet uyuşmazlıklarına özgü bir düzenlemenin kabulünü beraberinde getirmiştir. Henüz üzerinden çok fazla vakit geçmemiş olması nedeniyle, söz konusu düzenleme doktrinde tartışılmamıştır. Bu nedenle, üzerinde fikir birliğine varılamamış pek çok konuyu inceleme fırsatı bulduğumuzu belirtmek isteriz.

Gerek Yeni Ticaret Kanunu'nda, gerekse Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da yer alan düzenlemeler İsviçre Hukukundan esinlenerek kabul edilmiştir. Bu nedenle, hem maddi hukuk hükümlerinin, hem de kanunlar ihtilafı düzenlemesinin İsviçre doktrinine paralel olarak incelenmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Bu bağlamda, anılan düzenlemelerin yorumlanmasında İsviçre doktrininden yararlanma imkanı bulduk. Bununla beraber Türk Uluslararası Usul Hukuku'nda haksız rekabet uyuşmazlıkları açısından da geçerli olacak haksız fiillere ilişkin yetki kurallarının da İsviçre Hukuku ile uyum sağladığını ifade etmek isteriz.

Diğer taraftan Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne tam üyelik yolunda olması nedeniyle, konu ile ilgili olarak, Avrupa Birliği üyesi ülkelerin oluşturduğu sınırlar içinde uygulama alanı bulan Topluluk Hukuku hükümlerini de inceleme ihtiyacı doğmuştur. Zira aslında Topluluk Hukukunda da, haksız rekabete uygulanacak hukuku belirleyen kurallar oldukça yeni bir düzenlemeye konu olmuştur. Söz konusu düzenleme, Avrupa Parlamentosu ve Konseyi tarafından kabul edilen 11.07.2007 tarih ve 864/2007 sayılı "Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Tüzük'de (Roma II Tüzüğü)" yer almaktadır. Roma II Tüzüğü'nün 11.01.2009 tarihinde yürürlüğe girdiği düşünülecek olursa, yukarıda da sözünü ettiğimiz haksız rekabet ile ilgili Türk Ticaret Hukuku ve Türk Uluslararası Özel Hukuku hükümleri ile büyük oranda değiştirilerek yenilenen bir konu üzerinde çalışma fırsatı bulduğumuzu söylemek yanlış olmayacaktır.

Topluluk Hukuku ile ilgili incelemelerimizin sadece haksız rekabetten doğan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuku belirleyen Roma II Tüzüğü'nün ilgili hükümleri ile sınırlı olmadığını da ifade etmek isteriz. Zira, gerek haksız rekabet kavramının açıklanmasında, gerekse yetkili mahkemenin tespitinde Topluluk

Hukukunda düzenlenen Tüzük ve Yönergelerle ilgili doktrine yer vermenin gerekli ve hatta zorunlu olduğu düşüncesindeyiz.

Bu noktada, Türk mahkemelerinin uluslararası yetkisini düzenleyen usul hukuku hükümlerinin de değiştiği ve yeni kabul edilen düzenlemelerde Topluluk Hukuku kuralları ile uyum sağladığını belirtmek gerekmektedir. Türk mahkemelerinin uluslararası yetkisini düzenleyen Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un ilgili hükümleri uyarınca, uluslararası nitelikteki uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin yetkili olup olmadığının tespitinde başvurulacak temel kurallar iç hukukta yer alan kurallardır. Bu nedenle, 18.06.1927 tarih ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan hükümlerin de incelenmesi gerekecektir. Ancak halihazırda yürürlükte olan bu Kanun, 12.01.2011 tarih ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile 01.10.2011 tarihinde yürürlükten kalkacaktır. Dolayısıyla konu ile ilgili yeni usul hukuku hükümlerini de incelememiz gerekmektedir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun haksız rekabet uyuşmazlıklarına uygulanacak yetki kurallarının, Avrupa Konseyi tarafından kabul edilen 22.12.2000 tarih ve 44/2001 sayılı "Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Tüzük ("Brüksel I Tüzüğü")" ile uyumlu olacak şekilde düzenlendiği göz önüne alındığında, bu konuda da Topluluk Hukuku ile ilgili doktrinden faydalanma imkanı doğmuştur.

Haksız rekabetten doğan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun ve yetkili mahkemenin belirlenmesi konusunda ciddi zorluklar yaşanabilecektir. Zira haksız rekabet kurumu, değişen hukuki çehresinin yanında, günümüz teknolojik gelişmelerinin yarattığı yeni pazarlama ve satış teknikleri ile uyumlu olarak yorumlanması gereken bir kurumdur. Özellikle kitle iletişim araçlarının ticari ve hukuki hayatımıza kattığı yenilikler göz ardı edilemeyecek kadar önemlidir. Alışılmış pazarlama tekniklerinin bir tarafa bırakılarak, internet kullanımının ön plana çıkarılması, günümüz ticari hayatının yeniden yapılandırılmasını gerekli kılmış; haksız rekabetin bu çerçevede yorumlanması ihtiyacını doğurmuştur. Söz konusu teknolojik gelişme ve değişimlerin haksız rekabete uygulanacak maddi hukuk hükümlerine de etki ettiği bir gerçektir. Ancak, asıl sorun birden fazla ülkede ve hatta

dünya çapında etki yaratan “dijital” haksız rekabet hallerinden doğan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun ve yetkili mahkemenin belirlenmesi aşamasında ortaya çıkacaktır. Zira aslında uygulanacak hukuk ve yetkili mahkeme tespit edildikten sonra, uyuşmazlık, ilgili maddi hukuk hükümlerinin somut olaya uygulanması ile çözüme kavuşturulabilecektir.

Haksız rekabet kavramı ülkeden ülkeye farklılıklar gösteren bir kavramdır. Ancak, çalışmamızda uluslararası hukukun genel hükümleri içerisinde incelenen “nitelendirme” kavramı ile ilgili açıklamalara yer vermediğimizi belirtmek isteriz. Bununla beraber, özellikle küresel ekonomik aktörlerin, örneğin dünya çapında tanınan markalara sahip işletmelerin taraf olduğu uyuşmazlıklar dikkate alındığında, tüm dünyada geçerli olabilecek bazı ticari kuralların belirlenmesi ve bu çerçevede yeknesak bir haksız rekabet hukukunun oluşturulması gerektiği savunulabilir. Ancak henüz bu noktaya gelinmesi mümkün olmadığı için, halihazırda küresel haksız rekabet halleri için de kanunlar ihtilafı sisteminin uygulanması söz konusudur.

Bu nedenle, çalışmamızın konusu Türk kanunlar ihtilafı sisteminde haksız rekabet uyuşmazlıklarına uygulanacak hukuk ve yine Türk Uluslararası Usul Hukukunda haksız rekabet uyuşmazlıklarında yetkili mahkemenin tespiti. Bu bağlamda, uluslararası özel hukuk çerçevesinde yapacağımız açıklamaların daha iyi anlaşılabilmesi amacıyla, Türk Hukukunun da dahil olduğu Kıta Avrupası Hukuku anlamında haksız rekabet kavramını incelemenin gerekli olduğu kanaatindeyiz. Bu nedenle, çalışmamızın birinci kısmında haksız rekabet kavramı ile ilgili pozitif hukuk düzenlemelerini ele alacağız. Çalışmamızın ikinci kısmında ise, haksız rekabet uyuşmazlıklarına uygulanacak hukukun belirlenmesinde kabul edilen bağlama noktaları ile ilgili açıklamalara yer vereceğiz. Üçüncü ve son kısımda ise, haksız rekabetten doğan uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin yetkisini tesis eden kuralları inceleyeceğiz.

BİRİNCİ KISIM
HAKSIZ REKABET KAVRAMI VE
İLGİLİ MEVZUAT

§ 1. HAKSIZ REKABET KAVRAMI ve İLGİLİ MEVZUAT

I. HAKSIZ REKABET KAVRAMI ve UNSURLARI

Modern zamanın liberal ekonomi düzeni, ticari hayatın temel unsurları olan ticari işletmelerin yani rakiplerin ve ticari hayata katılanların (müşteri ve tüketicilerin) mal ve hizmet sunumu açısından mutlak bir rekabet özgürlüğünden faydalanabilmelerini gerektirmektedir. Dünyanın bütünü için geçerli olan bu yeni ekonomik düzen, “global serbest ekonomi” kavramını yaratmıştır. Söz konusu kavramın gelişimi ticari hayatın değişmesine yol açmıştır. Bu durum, tüketim anlayışı ve pazarlama teknikleri açısından rekabet kurallarının yeniden gözden geçirilmesi ihtiyacını doğurmuştur. Serbest rekabet temeline dayanan bu düzenlemeler ticari hayat açısından giderek artan bir önem taşımaktadır.

Ticari hayatın küreselleşmesi, rekabet kurallarının uygulama alanını da genişletmiştir. Gelişen ekonomik ve teknik koşullar, günümüzde artık ulusal sınırları aşan yeni bir rekabet düzeninin çerçevesinin belirlenmesi gereğini doğurmuştur. Zira, sınırlar arası ekonomik işbirliğine dayalı işlem sayısı gün geçtikçe artmakta, dünya piyasalarında serbest rekabetin sağlanması gitgide zorlaşmaktadır. Bu nedenle, çeşitli devletler serbest rekabet düzeninin oluşturulmasına yönelik yeni birtakım düzenlemeler (ve özellikle anti-tröst ve anti-kartel kanunları) yapmaktadırlar.¹

¹ Amerika Birleşik Devletleri tekel ve kartellerin oluşumunu engellemek amacıyla 1890 yılında Federal bir Kanun olan Sherman Kanunu’nu kabul etmiştir (The Sherman Antitrust Act). Amerikan Rekabet Hukuku ile ilgili daha ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Bilgin Tiryakioğlu**, Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 515 Ankara 1997, s. 6-11. Avustralya ise 1974 yılında Kartel Hukukunda Ticari Uygulamalar Kanunu’nu kabul etmiştir. Başta common law ülkeleri olmak üzere bir çok ülkede rekabet hukukuna ilişkin ayrı hukuki düzenlemeler yürürlüğe konmuştur. Japonya’da ise, 04.01.2006 tarihinde yürürlüğe girmiş olan Serbest Ticaretin Korunması ve Özel Monopollerin Yasaklanması Hakkında Kanun ile 01.01.2010 tarihinde yürürlüğe girmiş olan Anti-Monopol Kanunu kabul edilmiştir. Singapur’da 01.01.2006 tarihinde yürürlüğe girmiş olan Rekabet Kanunu kabul edilmiştir. Hindistan ise, 1969 yılından bu yana Monopol ve Ticareti Kısıtlayıcı Uygulamalara İlişkin Kanunu uygulamaktadır; ancak 2002 yılından itibaren yeni bir Rekabet Kanunu yürürlüğe konmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. The Asia-Pacific Anti-Trust Review 2010, bkz. www.globalcompetitionreview.com.

Türk Hukukunda da gerek rekabeti engelleyici/kısıtlayıcı davranışlar ve gerekse haksız rekabete yol açan eylemler ile ilgili birtakım yeni kanuni düzenlemelerin kabul edildiği görülmektedir. Öncelikle çalışmamızın temelini oluşturan haksız rekabet kavramı ile ilgili yeni yasal düzenlemelerin yapılmakta olduğunu ve mevcut hükümlerin değiştirildiğini belirtmek gerekmektedir. Bununla beraber, haksız rekabet kavramı ile ilişkilendirilen ve fakat aslında tamamen farklı hükümleri düzenleyen rekabet hukuku ile ilgili olarak da yeni düzenlemeler yapıldığını² ve bu düzenlemelerin aşağıda açıklanacağını ifade etmek isteriz.

Türk Hukukunda haksız rekabet, aşağıda ayrıntılarıyla inceleyeceğimiz üzere, aslen 6762 sayılı (R.G. 09.07.1956) Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK.) düzenlenmektedir. Halihazırda yürürlükte olan TTK., Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde (TBMM.) 13.01.2011 tarihinde kabul edilerek yasalaşan ve 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu³ (Yeni TTK.) ile yürürlükten kalkacaktır.⁴ Bu nedenle, aşağıda haksız rekabet kavramı ve haksız rekabet hükümleri ile ilgili açıklamalarımızda her iki kanun hükümlerini de inceleme fırsatını bulduğumuzu belirtmek gerekmektedir.

A. Haksız Rekabet Kavramı: Haksız Rekabetin Tanımı ve Düzenleniş Biçimi

1. Haksız Rekabetin Tanımı

Haksız rekabet kavramının Türk Hukuku'nda ne şekilde düzenlendiğinin incelenmesinden önce, haksız rekabetin tanımı üzerinde durmak yerinde olacaktır. Haksız rekabetin tanımı belirtildikten ve düzenleniş biçimi incelendikten sonra haksız rekabet düzenlemelerinin uygulama alanı ve rekabet hukuku, fikri mülkiyetin

² Aşağıda incelenecek olan 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve ilgili mevzuat.

³ 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu 14.02.2011 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanmıştır. Bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/02/20110214-1-1.htm>

⁴ 6103 sayılı ve 14.01.2011 tarihli Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un (R.G. 14.02.2011) 2. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, "(a) Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önce meydana gelen olayların hukukî sonuçlarına, bu olaylar hangi kanun yürürlükte iken gerçekleşmişlerse, o kanun hükümleri uygulanır. (b) Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önce gerçekleşmiş hukukî fiiller, bağlayıcılıkları ve hukukî sonuçları itibarıyla, bu tarihten sonra dahi, gerçekleştikleri tarihte yürürlükte bulunan kanuna tâbidir. (c) Türk Ticaret Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten sonra meydana gelen olaylara Türk Ticaret Kanunu hükümleri uygulanır."

korunması ve tüketicilerin korunması gibi farklı hukuk disiplinleri ile olan ilişkisine de kısaca değineceğiz.

Türk Hukuku'nda geçerli olan ve 6762 sayılı TTK.'da yer alan haksız rekabet hükümleri düzenlenirken büyük ölçüde 30.09.1943 tarihli İsviçre Federal Haksız Rekabet Kanunu'ndan esinlenilmiştir.⁵ Esas olarak 4721 sayılı (R.G. 08.12.2001) Türk Medeni Kanunu'nun (MK.) 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralının ihlali niteliğinde olan⁶ haksız rekabetin tanımı TTK.'nın 56. maddesinde yapılmıştır.⁷ Bu tanıma göre "*haksız rekabet, aldatıcı hareket veya hüsnüniyet kaidelerine aykırı sair suretlerle iktisadi rekabetin her türlü suiistimali*"dir. İktisadi rekabeti bir bütün olarak gören bu tanım çerçevesinde, "rakiplerin, müşterilerin, mesleki birliklerin ve tüketicilerin tümünün çıkarları açısından dürüst, serbest bir rekabet ortamının sağlanması" amaçlanmaktadır.⁸

Aslında haksız rekabetin tanımında temel ve tartışmasız olan unsur, iktisadi rekabetin dürüstlük kuralına aykırı hareketler ile bozulmasıdır. Fakat, haksız rekabet hükümlerinin koruma alanına giren kişiler açısından bir tereddüt doğabilir. Zira eskiden beri süregelen kabule göre, haksız rekabet hükümlerinin birincil olarak koruduğu menfaat rakiplerin ticari menfaatleridir. Doktrinde de haksız rekabet

⁵ **Reha Poroy/Hamdi Yasaman**, Ticari İşletme Hukuku, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 13. Bası, Vedat Kitapçılık İstanbul 2010, s. 312. Ancak bu Kanun daha sonra 19.12.1986 tarihinde kabul edilerek 01.03.1988 tarihinde yürürlüğe giren İsviçre Haksız Rekabet Kanunu (İsv. HRK.) ile yürürlükten kaldırılmıştır; bkz. Loi fédéral sur la concurrence déloyale (RS 2 945) entrée en vigueur le 01.03.1945 et abrogée le 01.03.1988, <http://www.admin.ch/ch/f/rs/chrono/1943/c19430078.html>

⁶ "*Haksız rekabet hükümleri, kaynağını MK.'nin 2. maddesinde bulan hakkın kötüye kullanılmasının özel bir görünümü olarak, rekabet hakkını da esas itibarıyla MK. m.2'ye tabi kılmakta; şeklen var olan bir hakkın hangi surette kullanılması halinde dermeyeran edilemeyeceğini hüküm altına almaktadır.*" (**Ercüment Erdem**, Rekabet Hukuku ve Haksız Rekabet İlişkisi, Rekabet Hukuku İle İlgili Makaleler, Beta Yayınları İstanbul 2007, s. 146). Yargıtay 11. HD.'nin E. 2004/1757 K. 2004/10912 sayılı ve 08.11.2004 tarihli kararı uyarınca, "*Dürüstlük kurallarına aykırı olmamak koşulu ile herkes başkasının emeğinin sonuçlarından yararlanarak daha iyisini gerçekleştirmek ve rekabete katılmak hakkını haizdir. Ancak, dürüstlük kurallarının ihlal edildiği noktada koruma başlar. Haksız rekabet hukukunun konusu, dürüstlük ilkesine aykırı ticaret yönetim ve uygulamalarına karşı işletmesel çabayı, birikimi ve yatırımı kapsayan emeğin korunmasıdır.*", bkz. www.kazanci.com

⁷ Aşağıda "Haksız Rekabetin Türk Hukukunda Düzenlenişi" başlıklı bölümde ele alacağımız üzere, haksız rekabet 818 sayılı (R.G. 08.05.1926) Türk Borçlar Kanunu'nun (BK.) 48. maddesinde de tanımlanmaktadır. BK.'nin "haksız rekabet" başlıklı 48. maddesine göre, "*Yanlış ilanlar yahut hüsnüniyet kaidelerine mugayir sair hareketler ile müşterileri tenakus eden yahut bunları gaip etmek korkusuna maruz olan kimse bu fiillere hitam verilmesi için faili aleyhinde dava ikame ve failin hatası vukuunda sebebiyet verdiği zararın tazminini talep edebilir.*" BK.'da yer alan bu hüküm ile TTK.'da yer alan hükümlerin uygulama alanı ile ilgili tartışmalar için bkz. "Haksız Rekabetin Türk Hukukunda Düzenlenişi" başlıklı bölüm.

⁸ **Sabih Arkan**, Ticari İşletme Hukuku, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 13. Baskıdan 14. Tıpkı Baskı, Ankara 2010, s. 299; **Pierre Tercier/Christian Bovet (Editeurs)**, Commentaire Romand: Droit de la concurrence, Helbing&Lichtenhahn Bâle-Genève-Münich 2002, s. 3.

fiillerinin doğrudan rakiplere yöneltilmesi nedeniyle, haksız rekabet hükümleri ile korunan menfaatin öncelikle rakiplerin ticari menfaatleri olduğu belirtilmektedir.⁹

Doktrinde ifade edildiği üzere, TTK.'nın 56. maddesinde belirtilen tanım, sadece haksız rekabet fiilinin ana aktörleri olarak görülen rakipleri değil aynı zamanda piyasaya ve dolayısıyla da rekabete yeni dahil olacak olan kişiler ile haksız rekabetin üzerinde doğrudan etki yarattığı müşterileri ve tüketicileri de kapsamakta, böylece “iktisadi rekabet”i bir bütün olarak ele almaktadır.¹⁰ Bu durumun sonucu olarak haksız rekabet, “*rekabeti tehlikeye sokan veya rekabetten beklenen olumlu sonuçların elde edilmesini engelleyen davranışlar*” şeklinde tanımlanmaktadır.¹¹

Doktrinde ifade edilen bu haksız rekabet tanımı, İsviçre doktrininde benimsenen haksız rekabet tanımı ile paralellik taşımaktadır. 30.09.1943 tarihli İsviçre Federal Haksız Rekabet Kanunu’nu 01.03.1988 tarihinde yürürlükten kaldıran Yeni İsviçre Haksız Rekabet Kanunu’nun (İsv. HRK.)¹² 1. maddesinde, Kanunun amacı belirtilmiştir. Buna göre, “ilgili tüm tarafların menfaatine” dürüst ve bozulmamış bir rekabet ortamının yaratılması amaçlanmaktadır. İsv. HRK.’nın 2. maddesinde ise, haksız rekabetin tanımı yapılmaktadır. Buna göre, “*Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatici veya diğer şekillerdeki dürüstlük kurallarına aykırı davranışlar veya ticarî uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır.*” Bu tanım, aynen Yeni TTK.’nın 54. maddesinde de yer almaktadır.

Yeni TTK. m. 54 uyarınca “*haksız rekabete ilişkin hükümlerin amacı, bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır.*” Anılan

⁹ **François-Jerôme Danthe**, Le droit international privé suisse de la concurrence déloyale, Thèse de Licence et de Doctorat présentée à la Faculté de Droit de l’Université de Lausanne, Imprimerie Chabloz Tolochenaz&Lausanne 1998, s. 26; **Erdem**, s. 146-147.

¹⁰ **M. Edmond Martin-Achard**, Les principes généraux de la nouvelle loi, La nouvelle loi fédérale contre la concurrence déloyale, Cedidac Lausanne 1998 (*Kısaltma: Martin-Achard, La nouvelle LCD*), s. 11; **G. Ripert/R. Roblot**, Traité de droit commercial, 18^{ème} Edition, Librairie générale de droit et de jurisprudence (LGDJ) Paris 2001, s. 592; **Arkan**, s. 299. İsv. HRK. ve Yeni TTK.’da benimsendiği üzere, haksız rekabet hukukunun amacı, “bütün katılanların menfaatine dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması”dır. “Katılanlar” ifadesi haksız rekabet fiillerini ve bu fiiller neticesinde kimlerin dava hakkına sahip olabileceğini belirtmektedir. Bu kişiler, müşterileri, kredisi, mesleki itibarı, ticari faaliyetleri veya diğer ekonomik menfaatleri zarar gören veya zarar görme tehlikesine düşen kişilerdir. Haksız rekabet fiilinden zarar gören veya zarar görme tehlikesine düşen ve dolayısıyla da dava hakkına sahip olan kişi, rakip bir işletme olabileceği gibi, müşteri veya esas sözleşmesinde üyelerinin ekonomik menfaatlerini korumaya yetkili mesleki ve ekonomik bir birlik ya da tüketicilerin ekonomik menfaatlerini koruyan sivil toplum kuruluşu ile kamusal nitelikteki bir kurum olabilecektir (**Poroy/Yasaman**, s. 318).

¹¹ **Arkan**, s. 300.

¹² Loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (RS 241) entrée en vigueur le 01.03.1988. Kanun metni için bkz. <http://www.admin.ch/ch/f/rs/c241.html>.

maddenin ikinci fıkrasında ise “*rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkiler*”den bahsedilerek mehz İsv. HRK.’nın 2. maddesinde yer alan düzenlemeye sadık kalınmış ve haksız rekabetin koruma alanı açısından rakipleri, müşterileri (tedarikçi ve alıcıları) ve dolayısıyla da tüm piyasayı kapsayan üçlü bir sistem benimsenmiştir.¹³ Sonuç olarak, İsviçre ve Türk Hukuklarında haksız rekabet hükümleri ile “*bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasının amaçlandığı*” görülmektedir.

2. Rekabet Düzenlemelerinin Anayasal Temelleri

Haksız rekabet hükümlerinin de içinde olduğu serbest rekabet düzeninin korunmasına yönelik farklı hukuk sistemlerinde yer alan pozitif hukuk düzenlemelerinin temelinde, rekabetin korunmasına yönelik anayasal düzenlemeler yer almaktadır. Bu nedenle, haksız rekabete ilişkin pozitif hukuk düzenlemelerinin incelenmesi açısından öncelikle bu anayasal ilkelere değinmek gerektiği düşünülmektedir.

Serbest rekabet düzenine ilişkin temel kurallar anayasal hak ve yükümlülükler arasında gösterilmektedir.¹⁴ Gerçekten de, 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nda haksız rekabete ilişkin özel bir hüküm yer almamakla beraber, rekabet özgürlüğüne ve rekabetin anayasal bir hak olarak ele alınmasına ilişkin bazı hükümlere yer verilmiştir. Anayasa’nın 48. maddesinde “*çalışma ve sözleşme hürriyeti*”ne ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Söz konusu hüküm uyarınca “*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.*” Bu hükmün özellikle ikinci cümlesinde devletin özel

¹³ Doktrinde “artık haksız rekabet hükümlerinin rakip odaklı olmaktan çok tüketici odaklı hale geldiği belirtilmektedir (Ayşe Odman Boztosun/Akın Ünal, Türk Ticaret Kanunu Tasarısındaki Ticaret Unvanına, İşletme Adına ve Haksız Rekabete İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt II Sayı 1 Yıl:2005, s. 402). Yargıtay 11.HD.’nin E. 1999/1155 K. 1999/1574 sayılı ve 26.02.1999 tarihli kararı uyarınca, “*haksız rekabet hükümleri sadece rakiplerin ekonomik çıkarlarını değil, rekabete dayalı ekonomik düzenin de korunmasını amaçlar. İyiniyet kurallarına aykırı iktisadi rekabetin her türlü suistimali haksız rekabet olarak tanımlanmış; bundan zarar gören veya böyle bir tehlikeye maruz kalan kimselere dava hakkı tanınmıştır.*”, bkz. www.kazanci.com.

¹⁴ Ömer Teoman (Hüseyin Ülgen/Mehmet Helvacı/Abuzer Kendigelen/Aslan Kaya/Fusun Nomer Ertan), Ticari İşletme Hukuku, Vedat Kitapçılık İstanbul 2010 (Teoman, (Ülgen, Ticari İşletme Hukuku) N.), s. 449-450; Rıza Ayhan, Ticari İşletme Hukuku, Turhan Kitabevi Ankara 2007, s. 452.

teşebbüslerin işleyişi ile ilgili gerekli tedbirleri alması gerektiği vurgulanmaktadır. Bu düzenleme, temelde özel teşebbüslerin müşteri ve tüketiciler ile kurdukları ilişkilerinden ibaret olan serbest piyasa düzeninin olması gerektiği gibi işlemesine engel olacak haksız rekabet hallerinin önüne geçilmesi için gerekli tedbirlerin alınması ihtiyacını anayasal bir temele oturtmakta ve açıkça rekabet etme özgürlüğünden bahsedilmese dahi bu yönde yapılan yorumları doğru kılmaktadır.

Serbest rekabet düzeninin korunmasını amaçlayan temel anayasal düzenleme Anayasa'nın 167. maddesinde yer almaktadır. Söz konusu hüküm uyarınca, *“Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiilî veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.”* Bu hükmün özellikle birinci kısmı mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli bir şekilde işlemesini öngörmesi nedeniyle haksız rekabet hükümlerinin, hükmün ikinci kısmı ise Resmi Gazete’de 13.12.1994 tarihinde yayınlanarak yürürlüğe giren 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun’un (RKHK.) kabulü ile amaçlanan rekabeti engelleyici ve önleyici fiiller ile ilgili düzenlemelerin anayasal temelini oluşturmaktadır.

3. Haksız Rekabetin Düzenleniş Biçimi Açısından Farklı Hukuk Sistemleri

a. Topluluk Hukuku Düzenlemeleri

Kıta Avrupası ülkeleri (civil law system) tarafından geliştirilen haksız rekabet kavramı, İngiltere gibi anglo-amerikan hukuk sistemine (common law system) dahil olan ülkeler için tanıdık bir kavram değildir. Haksız rekabet kavramı ve düzenlemeleri Avrupa Birliği (AB.) üyesi ülkeler arasında ciddi farklılıklar göstermektedir. Örneğin, Almanya, İsviçre ve Türkiye’de geçerli olan ve rekabeti bir bütün halinde ele alarak gerek tüketici ve müşterileri ve gerekse rakiplerin korunmasını amaçlayan haksız rekabet anlayışı, İtalya ve Hollanda’da benimsenmemektedir; anılan ülkelerde haksız rekabet tamamen rakiplerin kişisel menfaatlerinin korunması çerçevesinde ele alınmaktadır.¹⁵ AB üyesi ülkelerde, üretim

¹⁵ **Bernard Dutoit**, Une convention multilatérale de droit international privé en matière de concurrence déloyale: mythe ou nécessité, E Pluribus Unum, Liber Amicorum Georges A.L.Droz, Martinus Nijhoff Publishers The Hague/Boston/London 1996 (*Kısaltma: Dutoit, Une convention multilatérale de DIP*), s. 52-55.

sırları da dahil olmak üzere ticari sırların ifşası, karşılaştırmalı ve yanıltıcı reklamlar, paralel ithalat konularında da farklı hükümler uygulanmakta, bu durum tüm AB üyesi ülkelerde geçerli olacak bir haksız rekabet hukukunun yaratılması ihtiyacını doğurmaktadır. Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'nın (ATAD.), AB üyesi ülkelerin sınırlarının oluşturduğu iç piyasaya yönelik haksız rekabet ile ilgili verdiği kararların ötesinde yeni bir düzenlemenin yapılmasının gerekli olduğu ifade edilmektedir.¹⁶

Topluluk Hukuku çerçevesinde kabul edilebilecek bir haksız rekabet kavramının tüm AB üyesi ülkeler için bağlayıcı nitelik taşıyacağı açıktır. Bu amaçla, Avrupa Parlamentosu ve Konsey tarafından 11.05.2005 tarihinde 2005/29 sayılı “İç Piyasada (AB’ye üye ülke piyasalarında) Yürütülen Tüketicilere Yönelik Haksız Rekabet Uygulamalarına İlişkin Yönerge” (Haksız Rekabet Yönergesi) kabul edilmiştir.¹⁷ Bu Yönerge, rakipler arası haksız rekabet fiillerinden ziyade, özellikle ve doğrudan tüketicilerin korunmasını (yatay koruma) amaçlamaktadır; ancak bu koruma rakipler arası işlemlerin düzenlenmesi nedeniyle dolaylı olarak rakipler arası haksız rekabeti (dikey koruma) de düzenlemektedir. Anılan Yönerge'nin 5. maddesinin 2. fıkrasında “mesleki özenin gereklerine aykırı veya orta zekadaki bir müşterinin ticari algı ve davranışlarını etkileyerek rekabet ortamını bozabilecek bir fiilin haksız rekabet fiili olduğu” belirtilmiştir. Bu bağlamda mesleki özen, o mesleği icra eden kişiden makul olarak beklenebilecek bilgi ve dikkat seviyesini ifade etmektedir.¹⁸ Yönerge uyarınca, bir fiilin haksız rekabete yol açması için iki unsur gereklidir: mesleki özen yükümlülüğüne aykırı olmak ve bu şekilde ortalama bir tüketicinin ticari algı ve davranışlarını etkileyerek alacağı kararların değişmesini sağlamak.¹⁹

¹⁶ ATAD.'ın bu konuda verdiği kararlar için bkz. **Dutoit**, Une convention multilatérale de DIP, s. 55-57.

¹⁷ Directive 2005/29/CE du Parlement Européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) no 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil («directive sur les pratiques commerciales déloyales»). Tüzüğün metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:149:0022:0039:fr:pdf>.

¹⁸ **Bernard Dutoit**, Un nouveau droit européen (tronqué) de la concurrence déloyale, Mélanges en l'honneur de Roland Bieber, Nomos Baden-Baden 2007, s. 646.

¹⁹ Yönerge'nin 6 ilâ 8. maddelerinde hangi fiillerin haksız rekabet oluşturacağı belirlenmiş, yanıltıcı ve saldırgan ticari uygulamaların bu kapsamda değerlendirileceği ifade edilmiştir. Gerçek olmayan ve yanlış bilgiler içeren reklamlar haricinde, örneğin bir reklamın doğru bilgiler içermekle beraber, bu bilgilerin tüketiciyi aldatma amacıyla verilmesi halinde de “yanıltıcı bir ticari uygulama” söz konusu olacaktır.

ATAD. 1974 ve 1979 yıllarında verdiği “Dassonville”²⁰ ve “Cassis de Dijon”²¹ kararlarında, AB Kurucu (Roma) Sözleşmesi ile güvence altına alınan mal ve hizmetlerin Topluluk sınırları içinde serbest dolaşımı ilkesi karşısında, ticari uygulamaların ulusal haksız rekabet hükümleri ile sınırlandırılmayacağını, söz konusu uygulamaların ancak tüketicilerin sağlık ve güvenliğinin sağlanması çerçevesinde kısıtlanabileceğini belirlemiştir. Bu içtihat ışığında, Haksız Rekabet Yönergesi kapsamındaki fiiller açısından hangi hukukun uygulanması gerektiği üzerinde durulmuştur.

Bu bağlamda, şayet bir mal veya hizmetin üretim veya sunumu ithal edildiği ülkede haksız rekabet oluşturuyor, ancak söz konusu mal veya hizmetin üretildiği ülkede haksız rekabete yol açmıyorsa, bu ticari faaliyetin ithal edildiği ülkede haksız rekabete yol açıyor olması sebebiyle yasaklanması mümkün olmayacaktır.²² Bununla beraber doktrinde, ATAD.’ın daha yakın zamanda verdiği kararlarda, ulusal haksız rekabet düzenlemelerinin koruduğu tüketici menfaati ile mal ve hizmetlerin serbest dolaşımı ilkesinin koruduğu ticari serbesti arasında bir denge kurulmaya çalışıldığı dile getirilmektedir. ATAD. anılan kararlarında, ulusal haksız rekabet düzenlemeleri ile öngörülen yasaklamaların “orantılı” olması halinde kabul edilebileceğini de belirtmektedir.²³

²⁰CJCE, Arrêt Dassonville, affaire 8/74, 11.07.1974 (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61974J0008:FR:HTML>). “*Les Etats membres peuvent prendre des mesures pour prévenir des pratiques déloyales à cet égard à condition que ces mesures soient raisonnables et qu’elles ne constituent pas un moyen de discrimination arbitraire ou une restriction déguisée dans le commerce entre les Etats membres.*”

²¹CJCE, Arrêt Cassis de Dijon, affaire 120/78, 20.02.1979 (http://www.lexinter.net/JPTXT/arret_cassis_de_dijon.htm). “*En l’absence d’une réglementation commune, les obstacles à la circulation intracommunautaire résultant de disparités des législations nationales relatives à la commercialisation d’un produit doivent être acceptés dans la mesure où ces prescriptions peuvent être reconnues comme étant nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives tenant, notamment, à l’efficacité des contrôles fiscaux, à la protection de la santé publique, à la loyauté des transactions commerciales et à la défense des consommateurs.*”

²² **Dutoit**, Un nouveau droit européen (tronqué) de la concurrence déloyale, s. 655. ATAD.’ın 07.03.1990 tarihli GB-Inno-BM kararında, bir işletmenin kendi ülkesi (merkezinin bulunduğu ülke) dışında, diğer AB üyesi ülkeleri de kapsayacak şekilde yürüttüğü reklam kampanyaları ile ilgili olarak yalnızca kendi ülkesinde geçerli olan haksız rekabet hükümlerine uymakla yükümlü olduğu ifade edilmektedir; söz konusu reklam kampanyasının, ürünün ihraç edildiği ülkede haksız rekabet hükümlerine aykırı olmasının önem taşımadığı dile getirilmektedir (**Harry Duintjer Tebbens**, Les conflits de lois en matière de publicité déloyale à l’épreuve de droit communautaire, Revue critique de droit international privé 83(3) Juillet-Septembre 1994, s. 461-462).

²³ **Duintjer Tebbens**, s. 475.

b. Fransız, İsviçre ve Türk Hukukunda Haksız Rekabetin Düzenlenişi

Haksız rekabetin doğumuna yol açan fiiller, borçlar hukuku açısından -bir borcun doğmasına yol açan üç kaynaktan biri olan- haksız fiil olarak nitelendirilmektedir.²⁴ Bu özelliği nedeniyle, bazı hukuk sistemlerinde haksız rekabet kavramına özgü ayrı düzenlemelere yer verilmemiş ve haksız rekabet kavramı haksız fiiller ile ilgili genel hükümler çerçevesinde değerlendirilmiştir. Diğer taraftan, bazı ülkelerde ise haksız rekabete özgü hükümler içeren ayrı bir kanunun kabulü yoluna gidilmiştir. Diğer bir sistem ise, haksız rekabet kavramının mevcut bir kanunun belirli bir bölümü içinde ele alınmasıdır. Bu üç farklı sistemi en iyi açıklayan örnekler Fransız, İsviçre ve Türk hukuk sistemleridir.

Haksız rekabet, Fransız Hukukunda, 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu'nun haksız fiiller ile ilgili 1382 ve 1383. maddeleri çerçevesinde değerlendirilmektedir.²⁵ Fransız Yargıtayı tarafından benimsenen içtihat ve doktrinde ifade edilen fikirler uyarınca, Fransız sisteminde haksız rekabet ile ilgili ayrı bir düzenlemeye gidilmemesinin temelinde, haksız rekabet fiillerinden doğan sorumluluğun aslında bir çeşit "haksız fiilden kaynaklanan hukuki sorumluluk (responsabilité civile)" olduğu gösterilmektedir.²⁶ Bununla beraber, Fransız doktrini "yasal olmayan rekabet" ile "haksız rekabet" ayırımına gitmektedir. Yasal olmayan rekabet, herhangi bir mesleği icra etmeye yetkisi olmayan kişilerin bu meslekleri fiilen icrası sonucunda ortaya çıkan durumu ifade etmek için kullanılan bir kavramdır.²⁷ Haksız rekabet kavramı ise, yukarıda açıklandığı üzere, belli bir müşteri çevresi oluşturmak amacıyla girilen ticari mücadele çerçevesinde, haksız sonuçlar elde etmeye yönelik çeşitli eylemlere başvurulmasını ifade etmektedir.

²⁴ **Kemal Oğuzman/Turgut Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilip Güncelleştirilmiş 8. Baskı Vedat Kitapçılık İstanbul 2010, s. 491. Yargıtay 11.HD'nin E. 2008/9072 K. 2010/591 sayılı ve 21.02.2010 tarihli kararı uyarınca, "Haksız eylemin özel bir türü olan haksız rekabeti oluşturan eylemin kim tarafından, hangi şekilde, hangi yolla meydana getirilmiş olduğunun bu eylemin sübutu açısından bir önemi bulunmayıp, yapılan eylemin haksız olarak bir ticari işletmeye, ticari faaliyete zarar verip vermediği, güven içinde devam etmesi, işlemesi gerekli ticari rekabet ortamını bozup bozmadığı hususu üzerinde durulmalıdır.", bkz. www.kazanci.com.

²⁵ **G. Ripert/R. Roblot**, s. 591; **Jean-Marie Bischoff**, La concurrence déloyale en droit international privé, Travaux du Comité Français de droit international privé 1966-1969, Librairie Dalloz Paris 1970, s. 58.

²⁶ **Jacques Mestre/Marie-Eve Pancrazi**, Droit commercial, 26^{ème} Edition, LGDJ Paris 2003, s. 128; **Yves Serra**, Le droit français de la concurrence, Dalloz Paris 1993, s. 32.

²⁷ Doktrinde "concurrance illégale" terimi kullanılmaktadır (**Yves Serra**, La non-concurrance en matière commerciale, sociale et civile, Dalloz Paris 1991, s. 3).

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, haksız rekabet kavramı İsviçre Hukukunda ayrı bir kanun ile (İsv. HRK.) düzenlenmektedir. Söz konusu İsv. HRK. 29 maddeden oluşmaktadır. İsv. HRK. haksız rekabet kavramını, hangi fiillerin haksız rekabete yol açtığını, haksız rekabetin sonuçlarını ve zarara uğrayan kişilerin haklarını düzenlemekte ve haksız rekabet davasına ilişkin birtakım usuli hükümler içermektedir. Aşağıda, haksız rekabetin görünüm biçimleri ile ilgili açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere, İsv. HRK.'da düzenlenen hükümler Yeni TTK.'da yer alan haksız rekabet ile ilgili hükümlerin de temel kaynağını oluşturmaktadır. Zaten bu durum, Yeni TTK.'nın 54 ilâ 63. maddelerine ilişkin genel gerekçesinde de ifade edilmektedir.²⁸

Alman Hukukunda haksız rekabet 08.07.2004 tarihli Alman Haksız Rekabet Kanunu²⁹ ile düzenlenmektedir. Bu Kanun 1909 tarihli Eski Haksız Rekabet Kanunu'nu yürürlükten kaldırmıştır. Anılan kanun, haksız rekabetin sadece rakipler arasında doğacağını kabul eden eski yorum tarzının aksine, İsv. HRK.'da benimsendiği üzere, rekabetin tüketici ve müşterileri kapsayacak şekilde bir bütün olarak korunmasını öngören modern görüş tarzını benimsemektedir.³⁰ Zira Kanunun 1. maddesinde ifade edildiği üzere, Kanunun amacı, “rakip teşebbüslerin, tüketicilerin ve diğer pazar katılımcılarının haksız rekabete karşı korunması”dır. Ayrıca, maddenin ikinci cümlesinde, Kanunun, kamunun bozulmamış bir rekabete ilişkin menfaatini de korumayı amaçladığı belirtilmiştir.³¹

²⁸ Bkz. <http://www.ticaretkanunu.net/wp-content/uploads/2010/04/Turk-Ticaret-Kanunu-Madde-Gerekceleri.pdf>.

²⁹ Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb UWG vom 3. July 2004 (BGBl. I 2004 32/1414). Yeni Alman Haksız Rekabet Kanunu 08.07.2004 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiş olup, 1909 tarihli eski Alman Haksız Rekabet Kanunu'nu bütünüyle yürürlükten kaldırmış bulunmaktadır.

³⁰ **Yaşar Can Göksoy**, Yeni Alman Haksız Rekabet Kanunu ve Haksız Rekabet Alanında Getirdiği Yenilikler, DEÜHFD, Yıl: 9 Sayı: 2, s. 143, bkz. <http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/dergimiz9-2/cgoksoy.pdf>.

³¹ Kanunun amacına ilişkin m. 1 hükmünden, Kanunun; rakip teşebbüsler, tüketiciler ve diğer pazar katılımcılarını eşit derecede ve eşit düzeyde koruduğu anlaşılmaktadır. Böylelikle, haksız rekabete ilişkin kanuni düzenleme ile tüketicilere bahsedilen hukuki korumanın, sadece rakip teşebbüsler için öngörülen hukuki korumanın bir yan etkisi olmakla kalmadığı ve tüketicinin korunmasının haksız rekabet hukukunda özel bir konuma sahip olduğu açıkça vurgulanmıştır. Böylelikle, haksız rekabete ilişkin yasal düzenlemelerin sadece rakip teşebbüsleri korumaya yönelik olduğu yönündeki normatif model bir yana bırakılmış ve işlevsel rekabet anlayışına paralel olarak, haksız rekabet hukukunun tüketici menfaatlerini de esas aldığı açıkça vurgulanmıştır. Tüketici korumasının açıkça kanunun amaçlarından biri olarak zikredilmesiyle birlikte, haksız rekabete ilişkin yasal düzenlemenin, tacirlere özgü bir haksız fiil hukuku olmanın ötesinde bir konum elde ettiği ve tüketici korumasının temel dayanaklarından biri haline geldiği vurgulanmaktadır (**Göksoy**, s. 144-145).

Türk Hukukunda ise haksız rekabete ilişkin 818 sayılı (R.G. 08.05.1926) Borçlar Kanunu'nun (BK.) 48. maddesinde birtakım düzenlemelere yer verilmekle beraber, konu asıl olarak TTK.'da düzenlenmektedir. Adı geçen iki farklı kanunda yer alan düzenlemelerin uygulama alanları ile ilgili olarak doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. TTK.'da yer alan haksız rekabete ilişkin düzenlemelerin BK.'da yer alan 48. madde hükmünün uygulanabilirliğine imkân sağlamadığına yönelik görüşlere rağmen,³² mevcut düzenlemeler TBMM.'de geçtiğimiz Ocak ayında (Ocak 2011) görüşülerek kabul edilen ve 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6102 sayılı Yeni TTK. ve 6098 sayılı Yeni Borçlar Kanunu'nda (R.G. 04.02.2011 Yeni BK.)³³ da korunmuştur.

Doktrinde hâkim olan görüşe göre, TTK.'daki hükümler ticari olsun olmasın bütün haksız rekabet hallerine uygulanmalıdır.³⁴ TTK.'nın m. 58 / f. 3 hükmünün de bu görüşü desteklediği savunulmaktadır. Anılan hüküm uyarınca esnaf dernek ve üyeleri, haksız rekabet kuralları çerçevesinde dava açma hakkına sahiptirler. Böyle bir düzenlemenin benimsenmiş olması, TTK.'nın haksız rekabet ile ilgili hükümlerinin aynı Kanun'un 17. maddesi uyarınca tacir sayılmayan esnaf hakkında da uygulanabileceğini ortaya koymakta ve bu nedenle haksız rekabet hallerinin sadece ticari işlerle sınırlı tutulmadığı sonucuna varılmasına neden olmaktadır.³⁵

Ancak doktrinde ileri sürülen diğer bir görüşe göre ise³⁶, TTK.'daki hükümler sadece "ticari işlerden doğan" haksız rekabet hallerine uygulanabilecektir. Bunun

³² BK.'nın 48. maddesinde yer alan hüküm İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki (İsv. BK.) haksız rekabet düzenlemesinden alınmıştır. Ancak İsviçre'de kabul edilen –ve daha sonra 19.12.1986 tarihli İsv. HRK. (Loi Fédéral Contre la Concurrence Déloyale) ile yürürlükten kalkan- 30.09.1943 tarihli Federal Haksız Rekabet Kanunu kapsamında BK.'da yer alan hüküm ile aynı düzenlemeyi içeren İsv. BK.'nın 48. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. Buna rağmen BK.'nın 48. maddesi, 29.06.1956 tarihli TTK.'da yer alan hükümlerin "ticari saha dışındaki iktisadi hayatın sahalarında uygulama alanı bulamayacağı" gerekçesiyle yürürlükten kaldırılmamış ve söz konusu hükme "Ticari işlere ait olan haksız rekabet hakkında Ticaret Kanunu hükümleri mahfuzdur" cümlesi eklenmiştir. **İmregün ve Poroy/Yasaman**'a göre, BK. düzenlemesine eklenen bu cümle anılan hükmün uygulanmasını mümkün kılmamaktadır. Zira TTK.'nın 56. maddesi sadece ticari haksız rekabet hallerini değil her türlü haksız rekabet fiillerini kapsayan bir tanım içermektedir. Bu nedenle BK.'da yer alan düzenleme yürürlükten kaldırılmalıdır (**Oğuz İmregün**, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, 13. Bası Filiz Kitabevi İstanbul 2005, s. 79; **Poroy / Yasaman**, s. 324 – 325).

³³ Bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/02/20110204-1.htm>.

³⁴ **İmregün**, s. 79; **Poroy/Yasaman**, s. 325; **Arkan**, s. 303; **Teoman**, (Ülgen, Ticari İşletme Hukuku) N., s. 452; **Ayhan**, s. 456; **Sami Karahan**, Ticari İşletme Hukuku, Güncelleştirilmiş 19. Baskı, Mimoza Yayıncılık Konya 2010, s. 199-200; **Arkan**, s. 303.

³⁵ TTK.'da yer alan haksız rekabet hükümlerinin uygulama alanı ile ilgili tartışmalar için bkz. **Hayri Domaniç/Erol Ulusoy**, Ticaret Hukukunun Genel Esasları, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 5. Bası, Arkan Yayınları İstanbul 2007, s. 273-274.; **Teoman**, (Ülgen, Ticari İşletme Hukuku) N., s. 451-453.

³⁶ **Hayri Domaniç/Erol Ulusoy**, s. 273. "Mevcut hukuk açısından adi işlerde (iki esnaf veya iki avukat arasında olduğu gibi) BK. m. 48'in, ticari işlerde ise TTK. hükümlerinin uygulanması

dışında kalan hallerde yani doktor, mimar, mühendis gibi serbest çalışan fakat ticari bir işletme işletmeyen kişiler arasında doğan haksız rekabet hallerine ise BK.'nın 48. maddesi hükmü uygulama alanı bulacaktır. BK. 48. maddesine “*Ticari işlere ait olan haksız rekabet hakkında Ticaret Kanunu hükümleri mahfuzdur*” cümlesinin eklenmesi de bu görüşü desteklemektedir. Yargıtay’ın da, uyuşmazlığın taraflarının tacir olmadığı durumlarda, ticari olmayan haksız rekabet halinin söz konusu olacağından hareketle BK. m. 48 hükmünün uygulanması gerektiğine yönelik kararları mevcuttur.³⁷

Yeni BK.'nın 56. maddesinde “*Gerçek olmayan haberlerin yayılması veya bu tür ilânların yapılması ya da dürüstlük kurallarına aykırı diğer davranışlarda bulunulması yüzünden müşterileri azalan veya onları kaybetme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu davranışlara son verilmesini ve kusurun varlığı hâlinde zararının giderilmesini isteyebilir. Ticari işlere ait haksız rekabet hakkında Türk Ticaret Kanunu hükümleri saklıdır*” denilmekle mevcut BK.'daki düzenleme ile birebir aynı düzenlemeye yer verilmiştir. Bu durum BK. 48. madde hükmünün TTK.'daki hükümlerden ayrı olarak uygulama alanı bulabileceğine ilişkin görüşü³⁸ destekliyor gibi görünse de, kanımızca aşağıda ele alacağımız haksız rekabet kavramı çerçevesinde bu tür bir ayırımı gidilmesi pek de doğru görünmemektedir.

Öte yandan, Yeni TTK.'da yer alan haksız rekabet hükümlerinin yürürlükteki TTK.'ya paralel olarak tüm haksız rekabet hallerini kapsaması Yeni TTK. açısından bir takım eleştirilerin dile getirilmesine neden olmuştur.³⁹ Söz konusu eleştiriler

gerekmektedir.”(Mehmet Bahtiyar, Ticari İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, Beta Yayınları İstanbul 2010, s. 113).

³⁷ Yargıtay 11. HD'nin E. 1989/2889 K. 1989/2929 sayılı ve 15.05.1989 tarihli kararı uyarınca, “Diğer yandan, TTK.'nın 56-65. maddelerinde haksız rekabeti düzenlemiş, ancak BK.'nın 48. maddesini kaldırmamıştır. Bu suretle tacirler arasındaki haksız rekabete TTK. hükümleri, tacir olmayanlar (iki berber gibi) arasındaki haksız rekabete ise BK.'nın 48. maddesi uygulanacaktır. Nitekim; TTK. Tasarısında, BK.'nın 48. maddesinin kaldırılması öngörüldüğü halde, komisyon “ticari sahadaki haksız rekabet için konulmuş bulunan haksız rekabet hükümleri iktisadi hayatın diğer sahalarında tatbik yeri bulamayacağından BK.'nın 48. maddesinin kaldırılması teklifinin uygun görmediğini” belirtmiş, ancak “BK.'nın 48. maddesindeki hükümle yeni TTK. arasındaki tatbik sahası farkını belirtmek üzere BK.'nın 48. maddesine bir fıkra eklenmesini uygun bulmuş” ve 6763 sayılı TTK. Mer'iyet ve Tatbik Şekli Hakkında Kanun'un 41/II-a maddesi ile BK.'nın 48. maddesine “ticari işlere ait olan haksız rekabet hakkında TTK. hükümleri mahfuzdur” fıkrası eklenmiştir. Bu suretle ticari haksız rekabet ile ticari olmayan haksız rekabet birbirinden açık bir biçimde ayrılmış bulunmaktadır. Ticari haksız rekabetin tacirler arasında söz konusu olabileceği aşikardır. TTK.nun 4. maddesi de her iki taraf için ticari iş sayılan davaların ticari dava olabileceğini belirtmiştir.”, bkz. www.kazanci.com.

³⁸ Tamer İnal, Ticari İşletme Hukuku, Kazancı Yayınları İstanbul 2004, s. 269-271. Yazar adı işler ve ticari işler kapsamında haksız rekabet ayırımı yaparak ilgili hükümlerin farklı uygulama alanlarına sahip olduğu fikrini dile getirmiştir.

³⁹ Erdoğan Moroğlu, Türk Ticaret Kanunu ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarıları, Genişletilmiş 6. Baskı, Vedat Kitapçılık İstanbul 2009, s. 54.

uyarınca, şayet TTK.’da yer almakta olan haksız rekabet hükümlerinin ticari haksız rekabet halleri dışındaki haksız rekabet hallerini de kapsamı düşünülüyorsa, bu hükümlerin sadece TTK. içinde yer alması mümkün değildir; mehz İsviçre Hukuku’nda olduğu gibi ayrı bir haksız rekabet kanunu çıkarılmalıdır.⁴⁰ Ancak görüldüğü üzere, mevcut eleştiriler kanun koyucu tarafından dikkate alınmamış, gerek Yeni BK. ve gerekse Yeni TTK.’da, halen yürürlükte olan sistem korunarak haksız rekabete ilişkin ayrı bir kanun çıkarılması yoluna gidilmemiştir.

Haksız rekabete yol açan eylemlerin önlenmesine ilişkin hükümler birtakım uluslararası sözleşmelerde de düzenlenmektedir. Sınai Mülkiyetin Korunmasına Dair Paris Sözleşmesi’nin sınai hakların kapsamının belirtildiği 1. maddesinin 2. fıkrasına göre “*Sınai hakların korunması, patentler, faydalı modeller, endüstriyel tasarımlar, ticaret markaları, hizmet markaları, ticaret unvanları, menşe adları ve mahreç işaretleri, haksız rekabetin önlenmesi gibi hususları kapsar.*” Yine aynı sözleşmenin haksız rekabet fiillerine ilişkin örneklerin gösterildiği mükerrer 10. maddesi uyarınca, sözleşmeye taraf ülkeler haksız rekabete karşı etkin koruma sağlayacak önlemleri almak ve gerekli kanuni yolların işletilmesini sağlamakla yükümlüdürler.⁴¹ Paris Sözleşmesi haksız rekabet kavramına ilişkin üç ana grupta toplanabilecek örneklere yer vermektedir. Buna göre öncelikle rakip işletmenin malları, ticari veya sınai faaliyeti ile iltibas yaratabilecek önlemler almak, rakip işletmenin malları, ticari veya sınai faaliyeti ile ilgili gerçeğe aykırı iddialarda bulunmak ve yine rakip işletme ile ilgili yanıltıcı bilgi ve beyanlar içeren örneğin reklam vermek gibi eylemlerde bulunarak tüketicilerin yanlış kararlar almasını sağlamak haksız rekabete yol açan fiiller arasında sayılmaktadır.⁴²

⁴⁰ Yeni TTK.’da düzenlenen haksız rekabet hükümlerinin sadece ticari rakipleri korumaktan çok müşteri ve tüketicileri korumaya yönelik hükümler öngörmesi nedeniyle de, haksız rekabet kurallarının Ticaret Kanunu’nda düzenlenmesinin uygun olmadığı dile getirilmektedir (**Odman Boztosun/Ünal**, s. 402).

⁴¹ 20.03.1883 tarihli Paris Sözleşmesi’nin mükerrer 10. maddesine göre, “*Ticari ve sınai hususlarda dürüst uygulamalara aykırı bir rekabet davranışı, bir haksız rekabet davranışını oluşturur.*” Özellikle “*bir rakibin (ticarethanesi) kuruluşu, malları veya sınai veya ticari faaliyetleri ile ilgili olarak herhangi bir şekilde bir karışıklığa yol açacak tipteki bütün davranışlar; ticari faaliyet esnasında ortaya atılan, bir rakibin ticarethanasını, mallarını veya sınai ya da ticari faaliyetlerini itibardan düşürecek cinsten sahte iddialar; ürünlerin cinsi, üretim yöntemi, özellikleri, amaca uygun olmaları veya miktarı gibi hususlarda, ticari faaliyet esnasında ortaya atılan kamuyu yanıltabilecek ibareler veya iddialar*” haksız rekabet oluşturur.

⁴² **Frank Vischer**, The Conflict-of-Law Rules on Unfair Competition, Institute of International Law Yearbook Vol. 60 Part I 1983, Editions A. Pedone Paris 1983, s. 119-120.

4. Haksız Rekabet Hükümlerinin Uygulama Alanı

Haksız rekabet hükümlerinin uygulama alanının belirlenebilmesi için haksız rekabet kavramı ile ilişkilendirilen diğer hukuk disiplinleri ile ilgili açıklamalarda bulunmak gerekecektir. Bu bağlamda, haksız rekabet hükümleri, aşağıda ele alacağımız hukuk disiplinleri ile düzenlenen hükümlerden tamamen ayrı bir uygulama alanına sahip olabileceği gibi, söz konusu hükümler ile beraber (kümülatif olarak) uygulama alanı da bulabilecektir. Aşağıda, öncelikle rekabet hukuku düzenlemeleri ile haksız rekabet hükümlerinin ilişkisinden bahsedeceğiz. Daha sonra fikri mülkiyet hukuku hükümleri ile haksız rekabet hükümlerinin uygulama alanları ile ilgili açıklamalarda bulunacağız. Son olarak, haksız rekabetin tüketicilerin menfaatlerini de kapsayacak biçimde, tüm katılanların nezdinde dürüst ve bozulmamış bir rekabet düzeni sağlamayı amaçladığını belirten modern yaklaşım çerçevesinde tüketici hukuku ile haksız rekabet arasındaki ilişkiye değineceğiz.

a. Haksız Rekabet Kavramı ile Rekabet Hukuku İlişkisi ve Serbest Rekabet Düzeninin Sağlanmasına Yönelik Bazı Yasal Düzenlemeler

Haksız rekabet kavramı ile karıştırılmaya en müsait kavram “rekabetin korunması” kavramıdır. Zira, her iki kavramın da asli unsuru ticari rekabettir. Serbest rekabet düzeninin korunması açısından haksız rekabet hükümleri ve rekabeti engelleyen/kısıtlayan işlemleri yasaklayan rekabet hukuku mevzuatı birbirini tamamlayan düzenlemeler olarak değerlendirilebilir. Zira, her iki kavram da ticari sahada var olan rekabetin bozulmaması gerektiği düşüncesinden hareket edilerek tanımlanmaktadır.⁴³ Ancak aşağıda ayrıntılarıyla ele alınacak olan ve haksız rekabet kavramı kapsamında değerlendirilen -TTK.’nın 57. ve Yeni TTK.’nın 55. maddesinde yer alan- uygulamalar ile rekabetin korunmasına yönelik uygulanan tedbirler arasında bir takım farklar bulunduğunu da belirtmek isteriz. Bu nedenle, “rekabetin korunması kavramı” ile “haksız rekabet kavramı” arasındaki farka kısaca değinmek gerektiği düşüncesindeyiz.

Öncelikle, haksız rekabet hükümleri ile rekabetin engellenmesi/kısıtlanmasını yasaklayan hükümlerin farklı kanunlarda düzenlendiği ve uygulama alanlarının da

⁴³ Erdem, s.146.

tamamen farklı olduğu görülmektedir. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, Türk Hukukunda haksız rekabet, -BK. ve TTK.'da yer alan hükümlerin uygulanma alanları ile ilgili tartışma saklı kalmak kaydıyla- TTK.'da düzenlenmekte ve Ticari İşletme Hukuku çerçevesinde incelenmekte iken, rekabet hukukunun konusunu oluşturan rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı işlemler RKHK. ve ilgili mevzuat çerçevesinde düzenlenmektedir.

Buna ek olarak, iki kavram arasında amaç açısından da farklar bulunmaktadır. Rekabetin korunmasına ilişkin düzenlemelerin temel amacı serbest rekabet düzeninin kendisinin korunması iken, haksız rekabete ilişkin düzenlemeler ile rekabetin öznelere olan tacirler ve müşterilerin korunması amaçlanmaktadır.⁴⁴ Zira, TTK.'nın 56. maddesi uyarınca haksız rekabet iktisadi rekabetin her türlü kötüye kullanımınıdır. Doktrinde de, haksız rekabetin TMK.'nın 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının özel bir görünümü olduğu, bu nedenle aslında haksız rekabet hükümlerinin rekabet hakkını sınırlayıcı nitelikte olduğu belirtilmektedir.⁴⁵ Oysa, RKHK. çerçevesindeki rekabet hukuku düzenlemeleri ile, “mal ve hizmet piyasalarında faaliyet göstermekte olan veya bu piyasaların işleyişini etkileyen teşebbüslerin” aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar ile piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarının ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukuki işlem ve davranışların önüne geçilmesi hedeflenmektedir.⁴⁶ RKHK., rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit ve denetlemeye ilişkin işlemleri düzenlemekte ve bu yönüyle de kamu hukukuna daha yakın olduğu ifade edilmektedir.⁴⁷

Türk hukukunda olduğu gibi, AB. Hukukunda da serbest rekabet düzeninin korunmasına ilişkin özel düzenlemeler yer almaktadır. Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu kuran Roma Anlaşması'nın -01.05.1999 tarihinde yürürlüğe giren Amsterdam Anlaşması ile yeniden numaralandırılan- 81 ilâ 89.maddelerinde başlıca

⁴⁴ “Haksız rekabet hükümleri ile korunan menfaat öncelikle rakiplerin ticari menfaatleridir; bir başka anlatımla bu hükümler taciri korumaktadır. Dolaylı olarak ise, bu hükümler mesleki faaliyetleri ve serbest iktisadi faaliyette bulunma hakkını korur.”(Erdem, s. 146- 147).

⁴⁵ Erdem, s. 146.

⁴⁶ RKHK.'nın 1. maddesine göre, RKHK. “mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarını önleme, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlama” amacını taşımaktadır.

⁴⁷ İ.Yılmaz Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, Güncellenmiş 3. Bası, Ekin Yayınları Bursa 2010, s. 12.

rekabet kuralları sayılmıştır. Daha sonra kabul edilen tüzüklerle de söz konusu ilkelerin uygulanmasına yönelik ayrıntılı düzenlemeler yürürlüğe girmiştir.⁴⁸

Yine AB. Hukuku ile uyum çalışmaları ve GATT (General Agreement on Tariffs and Trade) Anlaşması çerçevesinde 3577 sayılı İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun 01.07.1989 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Anılan Kanun anti-damping ve anti-sübvansiyon hukuku ile ilgili düzenlemeler içermektedir.⁴⁹ Ancak isminde de anlaşılacağı üzere bu kanun Türkiye’ye ithal edilerek Türk piyasasına giren mallar açısından uygulama alanı bulmaktadır.

b. Haksız Rekabet ve Fikri Mülkiyet Hukuku İlişkisi

Fikri mülkiyet hukukunun amacı fikri ürün sahibinin fikri çaba ve emeğinin korunmasıdır. Bu çerçevede fikri ürün üzerindeki mülkiyet hakkının sahibine tanıdığı haklar da koruma altına alınmaktadır. Bir eseri, patent, marka veya tasarımı (fikri ürünü) sahibinin izni olmadan kullanan, bir fikri ürünün taklidini yaparak bundan yararlanan kişi, gerçekte başkasının emeğini sömürmektedir.⁵⁰ Dürüstlük kuralına aykırı bir biçimde gerçekleştirilen bu sömürü fikri mülkiyet hukuku kapsamında engellenmekte, fikri ürün sahibinin hakları korunmaktadır.

Doktrinde, haksız rekabetin ve fikri hakların gerek konularının gerekse amaçlarının birbirinden farklı olduğu ifade edilmektedir.⁵¹ Fikri mülkiyeti koruyan mevzuatın⁵² konusu doğrudan doğruya fikri ürün iken, haksız rekabetin konusu

⁴⁸ Roma Anlaşmanın 81-89. maddeleri arasında düzenlenen başlıca rekabet kuralları şunlardır. a) Rekabeti kısıtlayıcı nitelikteki teşebbüsler arası anlaşmaların yasaklanması (md.81), b) Hâkim durumdaki teşebbüsün bu gücünü kötüye kullanması (md. 82), c) Tekel ve imtiyazlı teşebbüsler (md. 86) d) Devlet yardımları (Ind. 87). Anlaşmada, rekabet hukukun en temel konularından bir diğeri olan ve birden çok teşebbüsün birleşmesi anlamına gelen "yoğunlaşmalar" veya "devralmalar" ile ilgili düzenlemelere yer verilmemiştir. Bu konu, ayrı bir tüzükle ilk kez 1989 yılında "*Merger Regulation*" adı altında 4064/89 sayılı Konsey Tüzüğü ile düzenlenmiştir. Daha sonra gelişen ekonomik koşullara paralel olarak artan yoğunlaşmaların kontrolü amacıyla 139/2004 ve 802/2004 sayılı Konsey Tüzükleri kabul edilmiştir. Son olarak, 802/2004 sayılı Konsey Tüzüğü 1033/2008 sayılı Tüzük ile bazı değişikliklere uğramıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Mustafa Ateş**, Son Yapılan Düzenlemeler Işığında AB Rekabet Hukuku ve Politikasına Genel Bakış, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, Cilt 7 No:2, 2008, s. 47-76 (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/16/1126/13248.pdf>).

⁴⁹ **Poroy/Yasaman**, s. 313.

⁵⁰ **Ünal Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, Güncelleştirilmiş, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, Arıkan Yayınları İstanbul 2005, s. 32.

⁵¹ **Poroy/Yasaman**, s. 307.

⁵² 21.02.2001 tarihli ve 4630 sayılı ve 03.03.2004 tarihli ve 5101 sayılı Kanunlarla Geniş Çaplı Olarak Değiştirilmiş 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (RG. 13.12.1951), 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (R.G. 27.06.1995-Mar.KHK.), 551 sayılı Patent

rekabet ilişkilerinin dürüstlük kuralı çerçevesinde yürümesinin sağlanmasıdır. Dolayısıyla, fikri mülkiyet hukukunun amacı fikri ürünün ve ürün sahibinin korunması iken, haksız rekabet hükümlerinin amacı dürüst rekabet ortamının yaratılması ve sürekliliğinin sağlanmasıdır.⁵³ Tabii ki, dürüst rekabet ortamının sağlanması için fikri ürünün korunması da gereklidir. Ancak, haksız rekabet yalnızca fikri ürünün korunmasını amaçlamamaktadır; daha çok rakiplerin, müşterilerin de dahil olduğu piyasanın korunması ön plandadır. Kanımızca da, fikri mülkiyet hukuku, adından da anlaşılacağı üzere fikri ürünün sahibinin mülkiyet hakları üzerine kurulmuş iken, haksız rekabet hükümleri dürüst bir rekabet ortamından faydalanabilme imkanını esas almaktadır.

Bu noktada karşımıza fikri mülkiyet mevzuatınca korunan fikri ürünler hakkında haksız rekabet hükümlerine başvurulup başvurulamayacağı sorusu çıkmaktadır. Zira, yukarıda da açıkladığımız üzere, fikri mülkiyet mevzuatınca korunamayan fikri ürünlerin haksız rekabet hükümleri uyarınca korunacağı açıktır. Aksi durumda, dürüst bir rekabet ortamının sağlanması mümkün olamayacaktır. Amacımız, fikri mülkiyet hukuku hükümleri ile haksız rekabet hükümlerinin uygulama alanları ile ilgili ayrıntılı bir tartışmaya girmek değildir. Bu nedenle doktrinde savunulan iki farklı görüşü belirtmekle yetineceğiz.

Birinci görüşe göre, eserler ve tescilli marka, patent veya tasarımlar açısından FSEK. ve Marka, Patent ve Endüstriyel Tasarım KHK.'larında yer alan hükümler ile TTK.'da yer alan haksız rekabet hükümleri arasında özel hüküm-genel hüküm ilişkisi bulunmaktadır.⁵⁴ Bu nedenle, öncelikle özel hüküm olarak FSEK ve ilgili KHK.'lar uygulama alanı bulacak, özel hükümlerle özellikle sağlanmayan bir koruma için genel hüküm olarak haksız rekabet hükümlerine başvurma imkanı doğmayacaktır.⁵⁵

Doktrinde savunulan diğer bir görüşe göre ise, haksız rekabet hükümleri ile fikri mülkiyet hukuku hükümlerinin amacı, konusu ve koruduğu menfaatin farklılığı nedeniyle, tescilli bir fikri hak özel olarak düzenlenen kanuni koruma yanında haksız

Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (R.G. 05.11.1995-Patent KHK.) ve 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (R.G. 27.06.1995-Endüstriyel Tasarımlar Hakkında KHK.)

⁵³ **Poroy/Yasaman**, s. 307-308; **Tekinalp Ünal**, s. 36.

⁵⁴ **Poroy/Yasaman**, s. 308.

⁵⁵ Ancak, özel kanunda yer alan boşluklar, özel hükümlerin amacına uygun olmaları koşuluyla, genel hükümlerce doldurulabilir (**Tahir Saraç**, Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması, Seçkin Yayınları Ankara 2003, s. 218-219; **Dilek Cengiz**, Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz, İlgili Mevzuat, Danıştay ve Yargıtay Kararları, Beta Yayınları İstanbul 1995, s. 51-52).

rekabet hükümlerince de korunabilecektir. Bu durumda haksız rekabet hükümleri ile fikri mülkiyet hükümleri birikimli (kümülatif) bir şekilde uygulama alanı bulacaktır.⁵⁶ Kanımızca da, iki kanun hükmü arasında özel hüküm-genel hüküm ilişkisinin doğabilmesi için söz konusu hükümlerin aynı konuyu düzenliyor olmaları gerekmektedir. Oysa fikri mülkiyet mevzuatı, yukarıda da belirttiğimiz üzere, mülkiyet hakkı odaklı bir koruma sağlamakta, bu açıdan yalnızca fikri ürün sahibinin beklentilerini karşılamakta iken, haksız rekabet hükümleri tamamen farklı bir durumu, dürüst ve bozulmamış bir iktisadi rekabetin sağlanmasını amaçlamaktadır. Bu nedenle TTK.'daki şartların oluşması halinde, haksız rekabet hükümlerine de başvurma imkanı doğacaktır. Bir fiilin hem bir fikri hakka tecavüz teşkil etmesi hem de haksız rekabete yol açması halinde, zarar gören fikri hak sahibi iki farklı hükümden daha lehine düzenlemeler içeren hükme başvurarak tazminat talebinde bulunma imkanına sahip olabilecektir. Kaldı ki, iki hüküm arasında özel hüküm-genel hüküm ilişkisinin olduğunu iddia etmek, zarar gören kişinin yalnızca özel hükme başvurmak zorunda bırakılması sonucunu doğuracak ve bu nedenle hak sahibinin menfaatlerinin zedelenmesine yol açabilecektir. Zira zarar gören kişi, “özel hükmün” esirgediği bir korumaya, genel hüküm sayesinde kavuşmak imkanından mahrum edilecektir. Bu durumda, sadece özel hükümlerde yer alan boşluklar genel hükmün yardımıyla doldurulabilecektir.⁵⁷

⁵⁶ “Gerekli şartların bulunması halinde, tecavüz teşkil eden fikri hakkın izinsiz kullanılması, aynı zamanda TTK. m. 57/5’e göre haksız rekabet teşkil edecektir. Aynı fiil her iki hükmü de ihlal etmiş olur; bir yandan ürün izinsiz bir şekilde kullanıldığı için tecavüz bulunurken, diğer yandan izinsiz kullanım aynı zamanda haksız rekabet teşkil edecektir. Bu gibi durumlarda, tecavüzün ve haksız rekabetin varlığının aynı anda bulunduğu ve kümülatif koruma sağladığının kabulü gerekir.” (Poroy/Yasaman, s. 308; Tekinalp Ünal, s. 36). “Marka hakkının korunması açısından, tescilli markalar için 556 sayılı KHK. hükümleri ile birlikte haksız rekabet hükümlerinin (TTK. m. 56 vd.) de kümülatif olarak uygulama alanı bulabileceği şüphesizdir. Buna karşın, tescilli olmayan markalar bakımından, KHK.’nin 6. maddesinin açık hükmü gereğince KHK. normları çerçevesinde koruma sağlanamayacağından, ancak haksız rekabet hükümleri çerçevesinde koruma sağlanması mümkündür.” (Hamdi Yasaman, Marka Hukuku, 556 sayılı KHK Şerhi, Vedat Kitapçılık İstanbul 2004, s. 495 ve s. 1010).

⁵⁷ Bu konu, Yargıtay kararlarında da farklı sonuçlara varılması nedeniyle, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu’nda görüşülerek doktrinde savunulan ikinci görüş ile aynı yönde yorumlanmıştır. Yargıtay İBGK’nın E. 1980/1 K. 1981/2 sayılı ve 18.02.1981 tarihli kararında, eser sahibinin FSEK.’in 14, 15, 16, 17 ve 70. maddelerinde düzenlenen eser sahibinin manevi haklarının ihlali halinde tazminata hak kazanma şartlarının oluşmadığı bir durumda, eser sahibinin haksız rekabet hükümlerine ve dolayısıyla da BK.’nin 49. maddesine göre manevi tazminat hakkının doğup doğmayacağını tartışmıştır. İBGK. olumlu sonuca vararak, FSEK.’de yer alan şartların oluşmamış olması halinde dahi Borçlar Kanunu’nun 49. maddesi uyarınca tazminata hükmedilebileceğini belirtmiştir.

FSEK. yukarıdaki tartışmadan tamamen ayrı tutulması gereken iki hükme yer vermiştir.⁵⁸ FSEK. m. 83 uyarınca, “*bir eserin ad ve alametleri ile çoğaltılmış nüshaların şekilleri, iltibasa meydan verebilecek surette diğer bir eserde veya çoğaltılmış nüshalarında kullanılamaz. Tecavüz eden tacir olmasa bile, bu hükme aykırı hareket edenler hakkında haksız rekabete mütaallik hükümler uygulanır.*” FSEK.’in 84. maddesinde ise, “*bir işareti, resim veya sesi, bunları nakle yarıyan bir alet üzerine tesbit eden veya ticari maksatlarla haklı olarak çoğaltan yahut yayan kimse, aynı işaretin, resmin veya sesin üçüncü bir kişi tarafından aynı vasıttan faydalanılmak suretiyle çoğaltılmasını veya yayımlanmasını menedebilir. Tecavüz eden tacir olmasa bile bu fıkra hükmüne aykırı hareket edenler hakkında haksız rekabete mütaallik hükümler uygulanır. Eser mahiyetinde olmayan her nevi fotoğraflar, benzer usullerle tesbit edilen resimler ve sinema mahsulleri hakkında da bu madde hükmü uygulanır.*” denilmektedir.

Buna göre, fikir ve sanat eserleriyle benzerlikler gösteren bazı haklar ile iltibasa yol açılması halinde TTK.’da yer alan haksız rekabet hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Bir işaret, resim veya ses fikri ürün niteliği taşıyor ise ve özel hükümlerle (FSEK, Marka, Patent veya Endüstriyel Tasarım KHK.’ları) korunuyor ise, yine yukarıda belirttiğimiz üzere gerek fikri mülkiyet hükümleri, gerekse haksız rekabet hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Şayet tecavüze uğrayan hak veya ürün özel hükümlerin koruma alanına girmiyorsa, bu takdirde yalnızca haksız rekabet hükümleri uygulama alanı bulabilecektir.⁵⁹ Kanun koyucu, FSEK. m. 83 ve 84’de iltibas açısından özel bir düzenlemeye giderek, kanımızca, özellikle “tacir olmayanlar hakkında da” haksız rekabet hükümlerinin uygulama alanı bulacağını belirtmek istemiştir.

c. Haksız Rekabet ve Tüketici Hukuku İlişkisi

Haksız rekabetin tanımı yapılırken, iktisadi rekabetin rakipleri, müşterileri (alıcı ve tedarikçileri) ve genel olarak tüm piyasayı koruyan üçlü bir sistemin benimsendiğini belirtmiştik. Yeni TTK.’nın 54. maddesi uyarınca, “haksız rekabet

⁵⁸ Tekinalp Ünal, s. 36.

⁵⁹ Bir eserin ad ve alametleri ve FSEK. ve diğer KHK.’larca korunmayan fikri ürün örnekleri ve ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinalp Ünal, s. 272-273.

hükümlerinin amacı, bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır.”

Bu çerçevede, haksız rekabet hükümlerinin genel olarak ekonomik düzeni korumayı amaçladığını, bununla beraber dolaylı olarak da tüketiciyi koruduğunu belirtmek gerekmektedir.⁶⁰ Zira, bir işletme hakkında yanlış veya yanıltıcı beyanlarda bulunmak, bir işletmenin faaliyetleri, adı, markası veya iş ürünleri ile itibasa meydan verici önlemler alarak tüketiciyi yanıltmak ya da aldatıcı reklamlar veya saldırgan satış yöntemleri ile tüketicinin algı ve kararlarına dürüstlük kuralına aykırı bir biçimde etki etmek sonucunu doğuracaktır. Ancak TTK.’nın haksız rekabet hükümlerinin özellikle tüketicinin korunması amacını ön planda tutmadığını belirtmek isteriz.

Oysa 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un (RG. 08.03.1995 TKHK.) esas ve öncelikli amacı tüketicilerin korunmasıdır.⁶¹ Bu nedenle aslında TKHK.’nin amacı ve konusu ile haksız rekabet hükümlerinin amacı ve konusu tamamen farklıdır. TKHK.’nin 1. maddesi uyarınca, TKHK.’nin amacı “*kamu yararına uygun olarak tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını koruyucu, aydınlatıcı, eğitici, zararlarını tazmin edici, çevresel tehlikelerden korunmasını sağlayıcı önlemleri almak ve tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini özendirmek ve bu konudaki politikaların oluşturulmasında gönüllü örgütlenmeleri teşvik etmeye ilişkin hususları düzenlemektir.*” TKHK.’nin konusu, tüketicilerin bireysel olarak yaptıkları işlemlerde zayıf taraf olarak tüketicinin korunmasıdır. Oysa, haksız rekabet hükümlerinin konusu doğrudan tüketicilerin korunması olmayıp, tüketicilerin de ekonomik olarak faydalanabilecekleri dürüst ve bozulmamış bir rekabet ortamının sağlanmasıdır. Bu nedenle, ancak dolaylı bir korumadan bahsedilebilecektir. Zaten, bu nedendir ki, Yeni TTK.’nın 56. maddesinde sadece tüketicilerin ekonomik menfaatlerini koruyan sivil toplum kuruluşlarına davacı olma imkanı tanınmıştır. Bununla beraber, söz konusu kuruluşlar yalnızca haksız rekabetin tespiti, men’i ve haksız rekabet sonucu doğan maddi durumun ortadan kaldırılması davalarını açabileceklerdir.

Tüketicilerin ekonomik menfaatlerini koruyan sivil toplum kuruluşlarına davacı olma hakkının tanındığı açıktır. Tartışmalı olan husus, tüketicilere de doğrudan

⁶⁰ İ.Yılmaz Aslan, Tüketici Hukuku, 3. Baskı, Ekin Yayınları Bursa 2006, s. 65.

⁶¹ Aydın Zevkliler/Murat Aydoğdu, Tüketicinin Korunması Hukuku, Tümüyle Yenilenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayınları Ankara 2004, s. 38.

haksız rekabet hükümlerine dayanarak dava açma hakkının tanınıp tanınmadığıdır. Bunun için, madde metninde yer alan “müşteri” ifadesinin tüketicileri de kapsayıp kapsamadığı sorusuna yanıt bulmak gereklidir.⁶²

Bu sorunun yanıtını AB. Hukukundaki gelişmeleri dikkate alarak vermekte fayda vardır. Yukarıda belirttiğimiz üzere, gerek Alman ve İsviçre Hukuklarında, gerekse Topluluk Hukukunda kabul gören modern anlayış uyarınca, haksız rekabet hükümleri ile rakipleri, müşterileri ve tüketicileri kapsayacak şekilde üçlü bir korumanın sağlanması amaçlanmaktadır.⁶³ Haksız rekabet hukuku ile ilgili Kıta Avrupası ülkelerinde benimsenen bu yeni anlayışın Türk Hukukunu da etkisi alıp almayacağı doktrin ve içtihat tarafından belirlenecektir.

Kanımızca, haksız rekabet hükümlerinin tüketicilerin korunmasını da kapsayacak şekilde gösterdiği bu gelişim karşısında, TTK. ve Yeni TTK.’da yer alan “müşteri” ifadesinin tüketicileri de kapsayacak şekilde yorumlanması gerekecektir. Bu durumda, haksız rekabet nedeniyle menfaatleri zedelenen tüketicilere de dava hakkı tanınmış olacaktır. Ancak TKHK. ile TTK.’da yer alan haksız rekabet hükümleri karşılaştırıldığında, TKHK.’nın tüketiciler açısından çok daha lehe hükümler içerdiği de unutulmamalıdır.⁶⁴ Sonuç olarak, her iki kanunun da uygulama alanına giren bir hususta tüketicinin seçimine göre ilgili hükümler uygulanabilecektir. Zira, yukarıda da açıkladığımız üzere, TKHK. hükümleri ile TTK.’da düzenlenen

⁶² Bir görüşe göre, TTK. m. 56 vd. hükümleri müşterilere (tüketicilere) de haksız rekabet davası açma hakkını tanımaktadır. Bu nedenle, tüketicilerin haksız rekabetten doğan zararlara karşı doğrudan korunduğu ifade edilmektedir (Aslan, Tüketici Hukuku, s. 65; Teoman, (Ülgen, Ticari İşletme Hukuku) N., s. 474). Ancak TTK.’nın 58. maddesi uyarınca, haksız rekabet yüzünden iktisadi menfaatleri haleldar olan müşteriler de haksız rekabet (tespit, men, maddi durumun ortadan kaldırılması, maddi ve manevi tazminat) davalarını açabilirler. Ticaret ve sanayi odaları, esnaf dernekleri, borsalar ve nizamnamelerine göre azalarının iktisadi menfaatlerini korumaya yetkili bulunan diğer mesleki ve iktisadi birlikler dahi kendilerinin veya şubelerinin azaları bir ve ikinci fıkralar gereğince dava açma hakkını haiz oldukları takdirde (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı davaları açabilirler. Madde metninde tüketicilerden değil, müşterilerden bahsedilmektedir. Bu durum Yeni TTK.’da yer alan hükümler için de geçerlidir. Zira, Yeni TTK.’nın 56. maddesinde de tüketicilerden değil, müşterilerden bahsedilmekte; “tüzüklerine göre tüketicilerin ekonomik menfaatlerini koruyan sivil toplum kuruluşlarıyla kamusal nitelikteki kurumların” da haksız rekabetten doğan (yalnızca haksız rekabetin tespiti, men’i, haksız rekabet sonucu doğan maddi durumun ortadan kaldırılması) davaları açabileceği belirtilmektedir. Bu durumda, haksız rekabet hükümlerinin tüketicilere doğrudan dava açma hakkı tanıyıp tanımadığı konusu net olarak çözümlenememektedir.

⁶³ Poroy/Yasaman, s. 311. “Kanımızca, (TTK. m. 58/f. 2 hükmünde) herhangi bir kısıtlamaya yer verilmediği için ister toptancı bir tacir olsun, ister bireysel tüketici düzeyinde bulunsun tüm müşteriler, iktisadi menfaatleri haleldar olmak koşulu ile, haksız rekabet davalarını açabilirler.” (Teoman, (Ülgen, Ticari İşletme Hukuku) N., s. 474).

⁶⁴ “Ne var ki, uygulamada, yargı harçlarını ve özellikle davayı bizzat yürütemediği için, avukata ödeyeceği vekâlet ücretini göz önüne alan bir bireysel tüketici fiilen haksız rekabet davalarını açma olanağından yararlanmaktan vazgeçecek, bunun yerine haklı tepkilerini haksız rekabete konu oluşturan ürünü bir daha satın almamak şeklinde ortaya koyacaktır.” (Teoman, (Ülgen, Ticari İşletme Hukuku) N., s. 474).

haksız rekabet hükümlerinin konu ve amaçlarının farklı olması nedeniyle genel hüküm-özel hüküm niteliğinde olamayacakları açıktır. Örneğin, aldatıcı reklam yoluyla bir tüketicinin yanıltılarak zarara uğratılması halinde, tüketici isterse TKHK. m. 16'ya, isterse de TTK. m. 57/3'e başvurarak doğrudan dava açma hakkını kullanabilecektir.⁶⁵ Ayrıca, bir fiilin yalnızca TKHK.'da yer alan hükümlere ya da yalnızca TTK.'daki haksız rekabet hükümlerine aykırı olması halinde, birinci durumda tüketici sıfatıyla TKHK. hükümlerine, ikinci durumda müşteri sıfatıyla haksız rekabet hükümlerine başvurma imkanı doğacağını belirtmek isteriz.

B. Haksız Rekabetin Unsurları

Haksız rekabetin unsurları, yukarıda açıkladığımız haksız rekabet kavramından yola çıkılarak belirlenmektedir. Buna göre haksız rekabetin varlığı için, a) haksız ve hukuka aykırı bir fiil ile, b) iktisadi rekabetin kötüye kullanımı yoluyla, c) bir zarar veya zarar tehlikesinin yaratılmış olması gerekmektedir.

1. Hukuka Aykırı Fiil

TTK.'nın 56. maddesi ve Yeni TTK.'nın 54. maddesinin 2. fıkrasında da yer alan tanımdan yola çıkarak, haksız rekabeti oluşturan fiiller, "aldatıcı veya objektif iyiniyet kurallarına aykırı davranışlar ile normal rekabet düzeninin bozulmasına sebep olan fiiller" şeklinde tanımlanabilir.⁶⁶ Bu yönüyle haksız rekabeti doğuran fiil borçlar hukuku anlamında haksız fiilin kusur sorumluluğuna dayalı özel bir çeşidi olarak nitelendirilmektedir.⁶⁷

⁶⁵ "Aldatıcı reklamla karşılaşan tüketiciler de TTK. m. 58'de sayılan hakları kullanabileceklerdir." (Zevkliler/Aydoğdu, s. 380).

⁶⁶ Aldatıcı hareketler zaten dürüstlük kuralına aykırı davranışlar kapsamında değerlendirildiği için tanımda ayrıca vurgulanması gereksizdir. (Bahtiyar, s. 113). Diğer taraftan madde metninde "haksız ve hukuka aykırı fiil" ibaresi kullanılmıştır. Bunun yerine sadece "hukuka aykırı fiil" ifadesinin kullanılması daha yerindedir (Mehmet Bahtiyar, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Dili ve Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 61 Yıl: 2005 (TTK. Tasarısı'nın Dili), s. 52).

⁶⁷ Oğuzman/Öz, s. 491. Haksız rekabet sorumluluğunun "kusura dayalı bir sorumluluk hali" olarak nitelendirilmesinin sebebi, haksız rekabet sonucu meydana gelen zararın tazmininin failin kusurlu olmasına bağlı olmasıdır. Ancak belirtmek gerekir ki, tazminat hakkı dışında, aşağıda açıklayacağımız haksız rekabetin tespiti ve men'i gibi hakların kullanımı açısından failin kusurlu olması gerekmemektedir.

Bununla birlikte, haksız rekabete yol açan fiilin faili ile mağduru arasında bir rekabet ilişkisinin bulunmasının zorunlu olmadığını da belirtmek gerekir.⁶⁸ Rekabetin işleyişinde eşitsizliğe yol açan her türlü fiil hukuka aykırı olarak değerlendirilmektedir.⁶⁹ Zira daha evvel de belirttiğimiz üzere, haksız rekabete yol açan fiilin engellenmek istenmesindeki temel amaç, sadece söz konusu fiil nedeniyle zarara uğrayan kişinin korunması değil, aynı zamanda ve belki de daha ağırlıklı olarak, rekabet düzeninin bozulmasının engellenmesidir. Zaten bu sebeptir ki, doktrinde parazit rekabet olarak tanımlanan ve rakipler arasında gerçekleşmeyen ve/veya failin kendisi açısından doğrudan bir yarar sağlamayan, fakat genel olarak başkasının emeğinden faydalanmak suretiyle yol açılan haksız rekabet türü de TTK. hükümleri çerçevesinde sağlanan korumanın kapsamına girmektedir.⁷⁰ Ayrıca, haksız rekabetin engellenmesi ile kamu yararının korunmaya çalışıldığı düşünüldüğünde, kamu yararına ters düşen davranışlar da haksız rekabet çerçevesinde hakkın kötüye kullanılması anlamını taşımaktadır.⁷¹

2. İktisadi Rekabetin Bozulması

Kanunda “iktisadi rekabetin suiistimali” olarak ifadesini bulan bu unsur aslında haksız rekabeti doğuran fiilin özünde ekonomik bir değer taşıması gerektiğini ifade etmektedir. Gelir elde etme amacı taşımayan faaliyetler haksız rekabetin konusunu oluşturamaz.⁷² Zaten TTK.’nın 57. maddesinde -ve Yeni TTK.’nın 55. maddesinde- yer alan ve haksız rekabeti oluşturan fiiller ile ilgili örnekler incelendiğinde de, bu fiillerin iktisadi rekabeti doğrudan etkileyecek nitelikte olduğu

⁶⁸ Farklı ticari alanlarda faaliyet göstermekle beraber iltibasa (karıştırılmaya) neden olabilecek benzerlikteki ticaret unvanlarının haksız rekabete yol açabileceği belirtilmektedir (**Arkan**, s. 306). Bir kişinin, doğrudan rakibi olmayan veya daha genel olarak aynı ürün pazarında bulunmayan diğer bir kişinin ticaret ünvanı ile iltibas yaratarak da haksız rekabet hükümlerini ihlal edebileceği dile getirilmektedir (**Erdem**, s. 146). İsviçre Federal Mahkemesi (İsv. FM.) 1.HD. ise, İsv. HRK.’nın amacını belirleyen 1. maddesi kapsamında yaptığı bir değerlendirme çerçevesinde verdiği 19.02.2001 tarihli ve 4P.291/2000 sayılı “Centralperk” kararında, haksız rekabetten söz edebilmek için haksız rekabete yol açan fiilin faili ile mağduru arasında bir rekabet ilişkisinin bulunmasının zorunlu olmadığını ancak iltibasa konu ticaret unvanlarının benzer ticari faaliyet alanlarına konu olması gerektiğini ifade etmiştir. Mahkeme, bu şekilde ticaret unvanlarının kullanımı yoluyla haksız rekabete yol açıldığının kabulü için bir işletmenin bariz bir biçimde avantajlı konuma getirilmesi veya bir işletmenin itibarının objektif kriterler çerçevesinde zedelenmesi gerektiğini belirtmiştir (**Stefan Eberhard**, LCD Jurisprudence 1989-2001, Cedidac Lausanne 2002, s. 2).

⁶⁹ **Yves Serra**, Le droit français de la concurrence, s. 33; **Ayhan**, s. 479.

⁷⁰ **Teoman**, (Ülgen, Ticari İşletme Hukuku) N., s. 455.

⁷¹ **Arkan**, s. 306.

⁷² **Bahtiyar**, s. 113; **Ayhan**, s. 475.

görülmektedir. Bu bağlamda, haksız rekabetin doğumu açısından söz konusu fiillerin yarattığı ekonomik sonucu dikkate almak gerekecektir.

Diğer taraftan söz konusu fiil ile zedelenen rekabetin yasal çerçevede korunan faaliyetlere ilişkin olması da gerekmektedir.⁷³ İsviçre Federal Mahkemesi (İsv. FM.) bir kararında, loto sonuçlarına ilişkin bir reklamın haksız rekabet kapsamında değerlendirilemeyeceğine karar verirken, uyuşmazlık konusu reklamın yasal olmayan bir vaade ilişkin olduğunu, “yasal olmayan bir piyasanın haksız rekabet hükümleri ile korunamayacağını” gerekçe olarak göstermiştir.⁷⁴

3. Zarar veya Zarar Tehlikesinin Meydana Gelmiş Olması

TTK.’nın 58. maddesinin 1. fıkrasında yer alan, “*haksız rekabet yüzünden müşterileri, kredisi, mesleki itibarı, ticari işletmesi veya diğer iktisadi menfaatleri bakımından zarar gören veya böyle bir tehlikeye maruz bulunan kimse*” ifadesi, haksız rekabetin meydana gelebilmesi için iktisadi bir menfaatin ihlal edilmiş olmasının veya böyle bir tehlikenin doğmasının gerekli olduğunu göstermektedir.

Kanunun açık ifadesi uyarınca, haksız rekabetin gerçekleşmesi için zararın meydana gelmiş olması gerekli olmayıp “*zarar tehlikesine maruz kalmış olmak*” yeterlidir. Doğmuş veya gelecekte doğabilecek bu zarar veya zarar tehlikesi, kanunun ifadesinden de anlaşılacağı üzere, bir işletmenin ürünlerinden hukuka aykırı bir biçimde yararlanılması, bir işletmenin müşteri kaybına uğratılması ya da ün veya itibarının zedelenmesi şeklinde ortaya çıkabilir.

Bununla birlikte, haksız rekabet fiilinden zarar gören kişinin maddi tazminat talebinde bulunabilmesi için failin kusurlu olması ve belirli bir zararın gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Maddi tazminat talebi dışında kalan talepler açısından, haksız rekabet failinin kusurlu olup olmadığına bakılmamakta, haksız rekabete yol açma niyeti olmasa dahi haksız rekabet hükümleri uygulama alanı bulabilmektedir. Fiilin objektif olarak rekabet ilişkileri üzerinde haksız rekabete konu olabilecek bir etki doğurması yeterli görülmektedir.⁷⁵ Failin tedbirsizlik veya dikkatsizlik sonucu haksız

⁷³ Eberhard, s. 1

⁷⁴ Arrêt du Tribunal Fédéral Suisse, 1^{ère} Cour Civile, ATF 126 III 198, affaire “Loto Score” , 28.02.2000 (Eberhard, s. 1).

⁷⁵ İsv. F.M.’nin 25.02.1994 tarihli ATF 120 II 76 sayılı kararında, özel bir şirkette çalışan araştırmacı M. Hertel’in mikrodalga fırınlar ile ilgili bir araştırmasının piyasa üzerinde olumsuz etki yarattığına hükmedilmiştir. İsv. FM.’nin bilimsel araştırmalar ile ilgili bu kararı doktrinde, “söz konusu

rekabete yol açmış olması da, failin sorumluluğu açısından herhangi bir özellik arz etmemektedir.⁷⁶

Haksız rekabet nedeniyle tazminat talebinde bulunacak kişinin iktisadi açıdan zarara uğraması yeterli olup, failin kendisine doğrudan veya dolaylı bir biçimde yarar sağlamış olmasına gerek yoktur.⁷⁷ Oluşan zarar veya zarar tehlikesinin haksız rekabete özgü bir özellik taşıdığını belirtmekte fayda vardır. Zira daha evvel de belirttiğimiz üzere, her ne kadar haksız rekabete yol açan fiil özünde bir haksız fiil olsa da, -zarara değil sadece zarar tehlikesine yol açılmış olmasının yeterli olması ve fiilin sebep olduğu zararın tazmini dışında failin kusurlu olmasının gerekmemesi nedeniyle,- doğacak olan hukuki sorumluluk açısından yapılacak değerlendirme diğer haksız fiillere oranla çok daha esnek olacaktır. Sonuç olarak, haksız fiiller sonucu oluşan zarar ve hukuki sorumluluk kavramları çok daha katı bir biçimde yorumlanırken, bu durumun haksız rekabete yol açan fiiller açısından geçerlilik taşımadığını belirtmek gerekmektedir.⁷⁸

Maddi tazminat talepleri açısından, açılan davanın sonunda verilecek karar tarihine kadar doğmuş ve haksız rekabete yol açan fiilin etkilerinin devamı açısından gelecekte de doğabilecek zararlar dikkate alınarak hüküm verilecektir.⁷⁹ Haksız rekabet sonucu doğacak zarar maddi olabileceği gibi manevi de olabilir. Böyle bir durumda, TTK.'nın 58. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendi uyarınca, BK.'nın 49. maddesindeki şartların varlığı halinde manevi tazminat davasının da açılacaktır.

Son olarak, her haksız fiilde olduğu gibi, haksız rekabetin doğmasına neden olan fiil ile oluşacak zarar veya zarar tehlikesi arasında nedensellik bağı olması gerektiğini de belirtmek gerekmektedir. Bununla beraber, haksız rekabet sonucu doğan zarar ve bu zarardan kaynaklanan hukuki sorumluluk kavramları açısından yapılan yorumun burada da geçerli olduğunu, nedensellik bağının tespitinde de diğer

araştırmaların belirli işletmeleri zarara uğratma amacı taşımasa dahi, piyasa üzerinde olumsuz etki yaratabileceği ve böylece haksız rekabete yol açılacağı” şeklinde yorumlanmıştır (**Denis Barrelet**, *Internet et la loi contre la concurrence déloyale, Quelques facettes du droit de l'internet*, Volume 2 2001, s. 42).

⁷⁶ **Serra**, s.34; **G. Ripert/R. Roblot**, s.595.

⁷⁷ **Mestre/Pancrazi**, s. 128; **Teoman**, (Ülgen Ticari İşletme Hukuku) N., s. 455; **Ayhan**, s.480.

⁷⁸ Haksız rekabeti doğuran fiilin mağdurunun yalnızca fiilin varlığını ispatı bile zararın meydana geldiğine hükmetmek için yeterlidir. Zira söz konusu fiiller ticaret özgürlüğünün kötüye kullanımı niteliği taşımaktadır. Ancak yine belirtmek gerekir ki, maddi tazminat talebinde bulunabilmek için doğrudan ve kesin bir zararın veya zarar tehlikesinin ispatı şarttır (**G. Ripert/R. Roblot**, s. 591-596). Doktrinde ifade bulan “kesin zarar tehlikesinin varlığı halinde” maddi tazminat talebinde bulunulabileceğine dair görüş, kanımızca gelecekte doğabilecek bir zarar olarak anlaşılmalıdır. Diğer taraftan zarar tehlikesinin varlığı manevi tazminat taleplerine dayanak teşkil edebilecektir.

⁷⁹ **G. Ripert/R. Roblot**, s. 598.

haksız fiillere oranla daha yumuşak bir değerlendirme yapılması gerektiğini ifade etmek doğru olacaktır.⁸⁰ Haksız rekabete yol açan fiil ile meydana gelen zarar arasında zayıf bir nedensellik bağının varlığı yeterli olup, diğer faktörlerin zararın artışına neden olup olmadığı önemli değildir.⁸¹

II. HAKSIZ REKABETİN GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ

TTK.'nın "hüsünüyet kaidelerine aykırı hareketler" başlığını taşıyan 57. maddesinde belli başlı haksız rekabet fiilleri belirlenmiştir. Ancak, haksız rekabet halleri TTK.'nın 57. maddesinde sayılan fiillerle sınırlı değildir; "hususiyetle" ifadesinden de anlaşılacağı üzere, sadece bazı temel örnekler verilmesi yoluna gidilmiştir.⁸² Haksız rekabetin doğmasına neden olan bir fiilin TTK.'nın 57. maddesinde sayılan hallerin kapsamına girmemesi halinde genel hüküm niteliğindeki TTK.'nın 56. maddesi devreye girecek ve söz konusu fiil bu hüküm çerçevesinde değerlendirilecektir.⁸³ Aynı durum İsv. HRK. açısından da geçerlidir. Zira İsv. HRK.'nın 2. maddesinde de genel bir tanım verilerek devamında (m. 3-8) özel olarak bazı haksız rekabet hallerine yer verilmiştir. Somut olayın İsv. HRK.'nın 3 ilâ 8. maddelerinde sayılan haksız rekabet hallerinden birini oluşturmaması veya bu haksız rekabet halleri için özel olarak aranan unsurların somut olayda yer almaması halinde genel hüküm niteliğindeki 2. madde çerçevesinde inceleme yapmak gerekecektir.⁸⁴

TTK.'nın 57. maddesinde yer alan haksız rekabet fiilleri "kötüleme, gerçeğe aykırı bilgi verme, aldatıcı reklamlar, kendini üstün yetenekli gösterme, iltibas, başkasının yardımcılarını görevlerini kötüye kullanmalarına sevk etme, yardımcılarını kandırarak işletmenin sırlarını ele geçirme, üretim veya ticaret sırlarından yararlanma ve bunları yayma, üçüncü kişileri kandırmaya elverişli belgeler düzenleme ve bu belgeleri kullanma, iş hayatının gerektirdiği şartlara uymama" başlıkları altında toplanmaktadır. TTK.'da sayılan fiiller dışında, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun (FSEK.) 83 ve 84. maddelerinde düzenlenen "bir eserin ad ve alametleri ile çoğaltılmış nüshalarının şekilleri ile iltibas veya işaret, resim veya sesin

⁸⁰ **Domanic/Ulusoy**, s. 272; **Serra**, s. 37.

⁸¹ **G. Ripert/R. Roblot**, s. 597. Örneğin haksız rekabete yol açabilecek herhangi bir fiil ile bir işletmenin müşteri kaybına yol açmak yeterli olacaktır. Söz konusu işletmenin müşteri kaybını arttıran, örneğin piyasa şartlarının değişmesi, talebin düşmesi gibi objektif faktörler dikkate alınmayacaktır.

⁸² **Ayhan**, s. 481.

⁸³ **Teoman**, (Ülgen, Ticari İşletme Hukuku) N., s. 457.

⁸⁴ **Sıtkı Anlam Altay**, İsviçre Federal Mahkemesi'nin İş Mahsullerinden Yararlanma Suretiyle Haksız Rekabete İlişkin İçtihadının Değerlendirilmesi, Erden Kuntalp'e Armağan, GSÜHFD 2004/1, s. 735.

çoğaltılması” ve 3577 sayılı İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun’un 1. maddesinde açıklanan “ithalatta damping veya sübvansiyon yoluyla haksız rekabette bulunma” halleri de haksız rekabet oluşturan fiillerdir.

TTK.’nın bu düzenlemesi mehzaz kanun olan 1943 tarihli İsv. HRK. düzenlemesi ile örtüşmektedir. Yeni TTK.’da yer alan haksız rekabet hükümleri ise hâlihazırda yürürlükte olan İsv. HRK. ile neredeyse aynıdır. Öyle ki, TTK. Tasarısı’nın 2005 yılından önce hazırlanmış ve TBMM’de beş yılı aşkın bir süredir yasalaşmayı beklemiş olması nedeniyle, mehzaz kanunda 2005 yılından sonra yapılan bazı değişiklikler Yeni TTK.’nın mevcut metnine taşınmamıştır.

İsv. HRK. ile Yeni TTK.’da haksız rekabeti doğuran fiiller, “dürüstlük kuralına aykırı reklam ve satış yöntemleri ve diğer hukuka aykırı davranışlar (İsv. HRK m. 3; Yeni TTK. m. 55/a bendi), sözleşmeyi ihlale veya sona erdirmeye yönelme (İsv. HRK m. 4; Yeni TTK. m. 55/b bendi), başkalarının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanma (İsv. HRK m. 5; Yeni TTK. m. 55/c bendi), üretim ve iş sınırlarının ifşası (İsv. HRK m. 6; Yeni TTK. m. 55/d bendi), iş şartlarına uymama (İsv. HRK m. 7; Yeni TTK. m. 55/e bendi) ve dürüstlük kurallarına aykırı işlem şartları kullanma (İsv. HRK m. 8; Yeni TTK. m. 55/f bendi)” olarak belirlenmiştir.

TTK. ve Yeni TTK. hükümleri ve dolayısıyla 1943 ve 1986 tarihli Federal Haksız Rekabet Kanunları içerik olarak benzerlik taşımakla beraber⁸⁵, haksız rekabeti doğuran fiilere ilişkin mevcut başlıklar değiştirilmiş, TTK.’da yer alan düzenlemeler daha ayrıntılı bir biçimde ele alınmış ve birtakım yeni hükümler eklenmiştir. Gerek günümüz pazarlama ve satış teknikleri ışığında değerlendirilmesi gereken mevcut TTK. düzenlemesinin daha iyi anlaşılması, gerekse Yeni TTK. ve mehzaz kanunda benimsenen düzenleme gereği haksız rekabet fiillerinin aşağıdaki başlıklar çerçevesinde ele alınmasının daha doğru olacağı kanaatindeyiz.

A. Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklam ve Satış Yöntemleri ve Diğer Hukuka Aykırı Davranışlar

TTK.’nın 57. maddesinde yer alan haksız rekabet hallerinden ilk beş bentte belirtilen haksız rekabet fiilleri bu başlık altında toplanabilir. Aşağıda da görüleceği

⁸⁵ **Martin-Achard**, La nouvelle LCD, s. 10.

üzere Yeni TTK. ile mevcut düzenlemelere bazı eklemeler yapılarak yeni alt başlıklar oluşturulmuş ve haksız rekabet fiillerinin sayısı arttırılmıştır.

1. Kötüleme

TTK.'nın 57. maddesinin ilk bendi uyarınca, “başkalarını veya onların emtiasını, iş mahsüllerini, faaliyetlerini yahut ticari işlerini yanlış, yanıltıcı veya lüzumsuz yere incitici beyanlarla kötülemek” haksız rekabete yol açmaktadır. İsv. HRK.'nın 3. maddesinin (a) bendi ile benzer bir düzenlemenin yer aldığı Yeni TTK.'nın 55. maddesinin (a) bendinin birinci alt bendinde ise, TTK.'nın 57. maddesinin ilk bendinde yer alan düzenlemeye ek olarak, “başkalarının fiyatlarının” kötülenmesinin de haksız rekabete yol açacağı belirtilmektedir.

Yeni TTK.'nın gerekçesinde, kötülemenin somut olaya göre karalamayı, perdelemeyi, değerini küçümsetmeyi ve düşürmeyi kapsadığı ifade edilmektedir. Rakip işletmelerin kendisi veya onların malları, iş ürünleri, fiyatları, faaliyetleri veya ticarî işleri ile ilgili objektif gerçekler ele alındığında yanlış beyanlarda bulunan bir kişinin haksız rekabete yol açma niyetinde olup olmadığına bakılmamaktadır. Bununla beraber, yanıltıcı ve gereksiz yere incitici beyanlar açısından failin niyeti daha açık bir biçimde ortaya çıkabilmektedir. Zira fail bilmeyerek dahi olsa başka bir işletme ile ilgili olarak yanlış bir bilgi verebilir. Ancak, yanıltıcı veya incitici bir beyanda bulunabilmek için failin bu yönde belirli bir iradesi olmalıdır.

Kanun hükmünde yer alan “gereksiz yere incitici beyanlar” ifadesi eleştiri ile kötüleme arasındaki farkın ortaya konulmasını gerektirmektedir. Zira Yeni TTK.'nın gerekçesinde de üzerinde durulduğu üzere⁸⁶, kötüleme ile eleştiri arasında ciddi bir farkın olduğu yadsınamaz. Burada önemli olan dürüstlük kuralı uyarınca ticari hayat içinde kabul edilebilir ölçülerde yapılabilecek eleştiri sınırlarının aşılmış olup olmadığıdır.⁸⁷ Amacını aşan eleştiriler ticari serbestinin dışında kalarak, “eleştiri ve ifade özgürlüğü hakkının kötüye kullanımını” oluşturmaktadır. Ancak özellikle tüketicileri ve müşterileri aydınlatmaya yönelik, rekabet hayatının sınırları içinde

⁸⁶ Hükmün gerekçesinde eleştirinin sınırlarına dair birtakım belirlemelerde bulunulmuştur. Buna göre, “gereksiz yere incitici beyanlar, amacını aşan değer yargılarıdır; amacın aşılmasıyla yargılar (eleştiri de denilebilir), gerçek dışı veya gerçeğe uymayan, gerçekle bağdaşmayan veya gerçeğe ters hale gelmiştir. Ölçsüzlük ve üslup gerçek payının mevcudiyetine rağmen eleştiri kavramı ile uyumuyorsa, eleştiri (beyan) inciticidir. Ölçsüzlük hatta gerçeğe uygunluk sınırını zorluyorsa, gene gereksiz yere inciticilikten söz edilir.”

⁸⁷ Poroy/Yasaman, s. 327.

kalan, gerçekliği ispatlanmış, objektif, tarafsız ve belirli bir önemi haiz bilgi ve beyanlar haksız rekabetin doğmasına neden olmamaktadır.

Fransız Hukukunda haksız rekabetle ilgili ayrı bir kanuni düzenlemeye yer verilmediğini daha önce belirtmiştik. Bununla birlikte doktrin tarafından ileri sürülen fikirlere ve konu ile ilgili içtihatlarla dayalı olarak haksız rekabete yol açan kötüleme fiilinin varlığından bahsedebilmek için birtakım unsurların bir araya gelmesi gerektiği vurgulanmıştır. Buna göre “belirli veya kolayca belirlenebilir bir kişi, ürün veya hizmet hakkında kötünietli yanıltıcı veya aşağılayıcı beyanlarda bulunulması ve bu beyanların belirli bir müşteri çevresine yayılması ve duyurulması yolu ile söz konusu kişinin itibarının zedelenmesi” kötüleme olarak nitelendirilmektedir.⁸⁸ Doktrinde ifade edildiği üzere, karşılaştırmalı reklamlar yoluyla da kötüleme yapılabilecektir. Ancak karşılaştırmalı reklamlar haksız rekabet hükümleri açısından ayrı bir inceleme konusudur. Bu nedenle konunun aşağıda ayrıca ele alınması gerektiği düşüncesindeyiz.⁸⁹

2. Gerçek Dışı ve Yanıltıcı Bilgi Verme veya Bu Yolla Üçüncü Kişiyi Rekabette Öne Geçirme

TTK.’nın 57. maddesinin 2. bendinde yer alan “başkalarının ahlâkı ya da mali iktidarı hakkında gerçeğe aykırı bilgi vererek haksız rekabete yol açma” hali Yeni TTK.’da yer almamıştır. Zira doktrinde, “gerçeğe aykırı bilgi verme” başlığı altında ele alınan bu düzenlemenin kötülemenin bir çeşidi olarak değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmüş, söz konusu düzenlemenin Türk Hukuku açısından uygulama alanı bulamayacağı dile getirilmiştir.⁹⁰ Bu durumun nedeni olarak da, haksız rekabetin oluşması için gerçeğe aykırı bilgi veren kişi ya da kurumun söz konusu bilgiyi vermeye yetkili olması gerektiği gösterilmiştir.⁹¹ Bankaların müşterileri hakkında verdiği bilgiler örnek olarak verilmiş, bu bilgilerin gerçeğe aykırı bir biçimde aktarılması halinde haksız rekabetin doğabileceğine dikkat çekilmiştir.⁹²

⁸⁸ G. Ripert/R. Roblot, s.602; Arkan, s. 307.

⁸⁹ Bkz. “Kendi Malları, İş Ürünleri vb. ile Başkasının Mallarını Karşılaştırma veya Bu Yolla Üçüncü Kişileri Rekabette Öne Geçirme” başlıklı bölüm.

⁹⁰ Poroy/Yasaman, s. 329.

⁹¹ Teoman, (Ülgen, Ticari İşletme Hukuku) N., s. 458.

⁹² Poroy/Yasaman, s. 328.

TTK.'nın 57. maddesinin 3. bendi Yeni TTK.'nın 55. maddesinin (a) bendinin ikinci alt bendinde “*kendisi, ticarî işletmesi, işletme işaretleri, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları, stokları, satış kampanyalarının biçimi ve iş ilişkileri hakkında gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarda bulunmak veya aynı yollarla üçüncü kişiyi rekabette öne geçirmek*” şeklinde ifade edilmiştir. Yeni TTK.'da benimsenen bu ifade İsv. HRK'nın 3. maddesinin (b) bendinden alınmıştır. Mevcut TTK. düzenlemesinde çok daha geniş kavramlara yer verilmiş, ticari işletme, işletme işaretleri, fiyat, stok, satış kampanyalarının biçimi ve iş ilişkileri terimlerinden bahsedilmemiştir. Bu yönüyle Yeni TTK.'da çok daha ayrıntılı bir düzenleme benimsendiği gözlemlenmektedir.

Hükmün açık ifadesi uyarınca, gerçek dışı ya da aldatıcı beyanlarda bulunan kişi, -bu yolla kendisine avantaj sağlamasa dahi- üçüncü bir kişiye avantaj sağlıyorsa yine haksız rekabet gerçekleşecektir. Yeni TTK.'nın gerekçesinde ifade edildiği üzere, üçüncü bir kişinin rekabette öne çıkarılması şeklinde ifade edilen bu durumun o kişinin övülmesi veya o kişi hakkında üstünlük belirtici beyanlarda bulunulması şekilde olması gerekmez; söz konusu beyanların gerçek dışı veya yanıltıcı olması başlı başına yeterlidir. Bununla beraber, bir reklamda yer alan bilgi gerçeğe uygun olsa da, şayet bu şekilde tüketicilerde yanlış bir algının doğumuna yol açılmakta ise yine söz konusu reklamın aldatıcı olduğu hükmüne varmak gerekecektir.⁹³

TTK.'da, Yeni TTK.'da ve İsv. HRK.'da yer alan bu düzenleme İsviçre ve Türk doktrinlerinde özellikle aldatıcı reklamlar başlığı altında incelenmektedir.⁹⁴ Serbest rekabetin yaratılması ve devamının sağlanması açısından müşteri ve tüketicilere ulaşmanın en kolay yolu reklam vermektir.⁹⁵ Bu şekilde geniş kitlelere ulaşma imkanı doğmaktadır. Ancak bir kişi ya da kuruluşun kendi ürün, hizmet veya

⁹³ Arkan, s. 308

⁹⁴ Teoman, (Ülgen, Ticari İşletme Hukuku) N., s. 459; Poroy/Yasaman, s. 329; M. Edmond Martin-Achard, La loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 Décembre 1986, Payot Lausanne 1988 (Kısaltma: Martin-Achard, La LCD du 19.12.1986), s. 45.

⁹⁵ Türk Hukukunda reklam 4077 sayılı TKHK. İle İlgili Olarak Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmeliğin (R.G. 14.06.2003) 4. maddesinde ve Radyo ve Televizyon Yayınlarının Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmeliğin (R.G. 17.04.2003) 4. maddesinde tanımlanmaktadır. Bu tanımlar çerçevesinde reklamın üç unsurunun bulunduğu ifade edilmektedir. Buna göre reklam, (a) belirli vasıtalarla, (b) umuma karşı (birden çok kişiye hitaben) yapılan ve (c) mal ve hizmetlerin sürümünün artırılması amacını taşıyan bir satış yöntemidir. Ancak 10.09.1984 tarih ve 450/84 sayılı “Aldatıcı Reklamlar Hakkında Avrupa Konseyi Yönergesi” uyarınca reklam “*bir ticaret, iş, zanaat veya serbest mesleğin icrasında gayrimenkuller, haklar ve borçlar da dahil olmak üzere malların satışını veya hizmetlerin ifasını arttırmak amacıyla yapılan her türlü beyandır.*” Bu çerçevede reklamın kamuya karşı yapılmış olması aranmamakta, tek bir kişiye yapılan tanıtım da reklam olarak nitelendirilmektedir. 450/84 sayılı Yönerge’de yapılan bu tanım doktrin tarafından da benimsenmektedir (Poroy/Yasaman, s. 331).

fiyatlarını pazarlamak isterken diğerk bir kişi ya da kuruluşa zarar verme hakkı bulunmamaktadır. Bu kuralı ihlal eden davranışlarla kendisinin veya üçüncü bir kişinin rekabette öne geçmesine neden olmak haksız rekabetin doğumuna yol açar. Bu şekilde, sadece belirli bir rakibe karşı değil, o ürün veya hizmetle ilgili diğerk tüm rakiplere ve bu tür reklamlara inanarak o ürün veya hizmeti satın alan tüm müşterilere karşı haksız rekabete yol açılmış olmaktadır.⁹⁶

Diğerk taraftan, aldatıcı reklamlar yoluyla tüketicilerin algılarının değıştirilmesi ve bu yolla haksız rekabete yol açılması tüketicilerin korunmasını amaçlayan mevzuat açısından da ayrı bir önemi haizdir. Aldatıcı reklamlar sonucu yol açılan haksız rekabet özellikle tüketicilerin doğru bilgi alma, aydınlanma haklarını ihlal etmektedir. 4077 sayılı TKHK.'nın 16. maddesi uyarınca, *“ticari reklam ve ilanların kanunlara, Reklam Kurulunca belirlenen ilkelere, genel ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına uygun dürüst ve doğru olmaları esastır. Tüketiciyi aldatıcı, yanıltıcı veya onun tecrübe ve bilgi noksanlıklarını istismar edici ... reklam ve ilanlar ve örtülü reklam yapılamaz.”* Böylece, TTK.'da yer alan ve gerçeğe aykırı ve aldatıcı beyanlar içeren reklamları haksız rekabet hükümleri çerçevesinde değıerlendirmemizi sağılayan hükümler yanında, tüketicileri söz konusu reklamlara karşı koruyan özel hükümler kabul edilmiş olmaktadır.⁹⁷

3. Kendini Üstün Yetenekli Gösterme

TTK.'nın 57. maddesinin 4. bendi ve Yeni TTK.'nın 55. maddesinin (a) bendinin üçüncü alt bendi gereğı *“paye, diploma veya ödül almadığı hâlde bunlara sahipmişçesine hareket ederek müstesna yeteneğe malik bulunduğu zannını uyandırmaya çalışmak veya buna elverişli doğru olmayan meslek adları ve sembolleri kullanmak”* haksız rekabet oluşturmaktadır. Anılan hüküm İsv. HRK.'nın 3. maddesinin (c) bendi ile benzerlik taşımaktadır.

⁹⁶ İmregün, s.82.

⁹⁷ Zira, *“teşebbüslerin ürettikleri mal ve hizmeti olduğundan daha iyi göstermeye yönelik açıklamaları, bir teşebbüsün kaliteli mal ve hizmet üreten bir başka teşebbüs hakkında gerçeğe aykırı yakıştırmalarda bulunması, tüketicinin kaliteli ve hesaplı ürün ve hizmet satın alma olanaklarını ortadan kaldırmaktadır. Bu nedenle, haksız rekabetin önlenmesine ilişkin etkin düzenlemeler yapılması, tüketicilerin çıkarlarını doğrudan doğruya ilgilendirmektedir.”* (Poroy/Yasaman, s. 335).

Doktrinde genellikle “Prof.Dr.”, “Dr.” gibi ünvanların haksız ve gerçeğe aykırı biçimde kullanımı örneğinin verildiği görülmektedir.⁹⁸ Bununla birlikte herhangi bir mesleğin belirli bir dalında tecrübe kazanmamış olan bir kişinin, uzun süre söz konusu dalda çalışarak uzmanlaşmış olduğunu belirten ifadeler kullanması da bu kapsamda değerlendirilmelidir. Zira kanımızca “üstün yetenekli olduğu zannını uyandırma” sadece belirli bir paye veya ödül gerektiren mesleki özellikler ile sınırlandırılmamalıdır.

4. Karışıklığa Neden Olma (İltibas)

TTK.’nın 57. maddesinin en önemli ve uygulamada da en çok rastlanılan hükmü iltibas yoluyla haksız rekabetin oluşmasına sebep olan davranışları düzenleyen 5. bendi hükmüdür. Anılan hüküm uyarınca, *“başkasının emtiası, iş mahsulleri, faaliyeti veya ticaret işletmesiyle iltibaslar meydana getirmeye çalışmak veya buna müsait bulunan tedbirlere başvurmak, hususiyile başkasının haklı olarak kullandığı ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtalarıyla iltibasa meydan verebilecek surette, ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtaları kullanmak veyahut iltibasa meydan veren malları, durumu bilerek veya bilmeyerek, satışa arz etmek veya şahsi ihtiyaçtan başka her ne sebeple olursa olsun elinde bulundurmak”* haksız rekabete yol açmaktadır.

Yeni TTK.’nın 55. maddesinde yer alan hükümde ise *“başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya müsait önlemler almak”* şeklinde çok daha basit bir düzenleme benimsenmiştir. Yeni TTK.’da yer alan düzenleme İsv. HRK.’nın 3. maddesinin (d) bendi ile birebir aynıdır. Gerek TTK.’da gerekse Yeni TTK.’da yer alan her iki düzenleme de temelde aynı fiili düzenlemektedir. Bununla birlikte mevcut TTK. düzenlemesinde *“iltibasa yol açabilecek tedbirlere ilişkin örnekler”* yer almaktadır. Yeni TTK. düzenlemesinde örnekleme yoluna gidilmemiştir.

İltibas yolu ile haksız rekabete yol açılması ile ilgili düzenlemeler ile esas olarak, başkasının emeğinden ve bu emeğe dayalı olarak yaratılan müşteri çevresinden, bir ürün veya hizmet hakkında söz konusu müşteri çevresinde yaratılmış olan ün, tanınırlık ve itibardan haksız bir biçimde faydalanılmasının engellenmesi

⁹⁸ Teoman, (Ülgen, Ticari İşletme Hukuku) N., s. 459-460; Poroy/Yasaman, s. 335; Martin-Achard, La LCD du 19.12.1986, s. 51.

amaçlanmaktadır. Kanunda, “bir kişinin haklı olarak kullandığı ad, unvan, marka veya işaret” ifadesi kullanılmıştır. Bu ifadedeki “haklı olarak kullanım” söz konusu ad, unvan, marka veya işaretin tescil ettirilmiş olması gerektiği anlamına gelmemektedir. Bir ad, unvan, marka veya işaretin bir kimse tarafından ilk defa kullanılması haklı kullanım koşulunu yerine getirmektedir.⁹⁹

Doktrinde özellikle en çok unvan ve markaların taklit edilmesi suretiyle iltibasa yol açıldığı belirtilmektedir.¹⁰⁰ Bununla birlikte bir ürünün kendisi, ambalajı, şekli (şişe vb.), görünümü, logosu, sunum şekli veya herhangi bir ayırt edici özelliği taklit edilerek de iltibas yaratılabilir. Aynı şekilde, İsv. HRK. ile ilgili olarak doktrinde özellikle slogan, satış kampanyası gibi fikri ürünlerin de iltibasa konu olabileceği belirtilmiştir. Burada önemli olan iltibas konusu unsurun belirli bir müşteri çevresi tarafından ayırt edilebilir bir özelliğe sahip olmasıdır.¹⁰¹ İltibasın var olup olmadığının tesbitinde ise söz konusu müşteri çevresinde orta zekalı bir alıcının yanılgıya düşme olasılığı araştırılır.¹⁰²

Marka sahibinin hakları 556 sayılı Mar. KHK. kapsamında markanın tescil ettirilmesi suretiyle korunur. Ancak, 556 sayılı KHK.’nın 61. maddesinde düzenlendiği üzere, marka hakkına tecavüz edilmesi halinde, marka sahibinin markasını tanıtmak ve belirli bir itibar kazandırmak üzere harcadığı emekten haksız bir biçimde faydalanılması sonucu doğacağı için, marka sahibinin hakları haksız rekabet hükümlerine göre de korunabilir.¹⁰³ Bu noktada, 556 sayılı KHK. uyarınca tescil edilmiş marka ile tescilsiz marka arasında bir ayırım yapmak gerekecektir. Yargıtay tarafından da ifade edildiği üzere, marka hakkına tecavüz tescilsiz marka yönünden, TTK.’nın m. 56, m. 57/1-5. hükümleri anlamında haksız rekabet teşkil ederken, tescilli marka yönünden de 556 sayılı KHK.’nin 61. maddesi gereğince marka haklarına tecavüz oluşturur.¹⁰⁴

Patentlerin korunması 551 sayılı Patent KHK., sınai resim ve modellerin korunması da 554 sayılı Endüstriyel Tasarımlar Hakkında KHK. ile sağlanmaktadır. Patent Enstitüsü’ne kayıt ettirilmiş olan yeni ve ayırt edici tasarımlar da 554 sayılı

⁹⁹ **İmregün**, s. 83; **Teoman**, (Ülgen, Ticari İşletme Hukuku) N., s. 460; **Martin-Achard**, La LCD du 19.12.1986, s. 53.

¹⁰⁰ **Poroy/Yasaman**, s. 337.

¹⁰¹ **Martin-Achard**, La LCD du 19.12.1986, s. 53.

¹⁰² **İmregün**, s. 83; **Poroy/Yasaman**, s. 338.

¹⁰³ **Poroy/Yasaman**, s. 307.

¹⁰⁴ Yargıtay HGK.’nın E. 2007/11-965, K. 2007/961 sayılı ve 12.12.2007 tarihli kararı için bkz. www.kazanci.com.

KHK. kapsamında koruma altındadır.¹⁰⁵ Marka ve patentlerde olduğu gibi, tescilsiz tasarımlar da haksız rekabet hükümlerine göre korunacaktır.¹⁰⁶

İnternet alan adlarının (*domain names*) iltibasa meydan verecek şekilde kullanımı açısından ise -söz konusu alan adının 556 sayılı KHK. ile korunan bir marka ile aynı olmaması halinde- marka, endüstriyel tasarım veya patentler için geçerli olan korumadan bahsetmek mümkün değildir. Bu nedenle alan adlarının haksız kullanımı yoluyla iltibasa neden olunan durumlarda TTK.'nın 57. maddesinin 5. bendine başvurmadan başka bir yol yoktur.

İnternet alan adları, internet sayfalarına (*web*) ulaşmak için kullanılan ve bu sayfaları birbirlerinden ayırmaya yarayan adreslerdir.¹⁰⁷ Özellikle alan adlarının tescili konusunda, “bir alan adının, sadece ilk başvuran, diğer bir ifade ile alan adını adına ilk tescil ettiren kişi tarafından kullanılabileceğini” ifade eden “ilk gelen alır” kuralının işletilmesi nedeniyle haksız alan adı kullanımlarına (*cybersquatting*) sebebiyet verilmekte -ki alan adları hak sahibine daha sonra belirli bir bedel karşılığında satılmaktadır- ve dolayısıyla haksız rekabete yol açılmaktadır.¹⁰⁸

Doktrinde de başkasının haklı olarak kullandığı ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtalarıyla iltibasa meydan verebilecek şekilde alan adı kullanmanın klasik bir iltibas halini oluşturduğu ifade edilmektedir.¹⁰⁹ Alan adı olarak kullanılan ve başkasına ait tescil edilmemiş marka ve diğer ticari isimlerin kullanılması, bir yanılmaya yol açmalıdır veya yanılma tehlikesi bulunmalıdır. Yanılma veya yanılma tehlikesinin varlığına, kullanılan alan adının bütününün göz önünde tutularak karar verilmesi gerekmektedir.¹¹⁰

¹⁰⁵ **Poroy/Yasaman**, s. 341.

¹⁰⁶ Yargıtay 11.HD'nin E. 2004/1757, K. 2004/10912 sayılı ve 08.11.2004 tarihli kararı uyarınca, “*Davalının eyleminin, davacının emek ve bilgisi ile ürettiği aynı aletleri, kısmen kendi emeğini de ekleyip, işleyerek, ucuzaya satması şeklinde gerçekleşmesi karşısında, davalının, davacının kısmen de olsa hazır emeğinden yararlandığının, onun piyasasını daralttığı, böyle bir ürünün tamamen davalının emeğini yansıtmadığının ve tamamen bağımsız yeni bir üretim olmadığı kabulü gerekir. Bu ise, genel olarak iktisadi rekabetin suiistimali demektir. Haksız rekabete ilişkin açıklanan hükümler özünde, emek ilkesine aykırı eylemleri konu edinir. Öte yandan, 554 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 1/2 nci maddesinde, tescilsiz tasarımların genel hükümlere göre korunacağı da öngörülmüştür.*”, bkz. www.kazanci.com.

¹⁰⁷ **Stecher Matthias**, *Unfair Competition and Trademarks on the Internet*, Kluwer Academic Publishers, London 1999, s. 5.

¹⁰⁸ **Fusun Nomer**, *İnternet Alan Adının Hukuki Niteliği ve Marka ve Ticaret Unvanı Gibi Ayırt Edici Ad ve İşaretler İle Arasında Benzerlik Bulunması Sebepiyle Doğabilecek Hukuki Sorunlar*, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, s. 399.

¹⁰⁹ “First come, first served” prensibi, bkz. **Nomer Fusun**, s. 407; **Ali Osman Özdilek**, *İnternet ve Hukuk*, Papatya Yayıncılık İstanbul 2002, s. 137.

¹¹⁰ Doktrinde özellikle ikinci derece alan adlarının farklı ve fakat birinci derece alan adlarının aynı olması durumunda iltibasa sebep olunabileceği belirtilmektedir; örneğin medialex.ch ve medialex.com

TTK. düzenlemesinde iltibasa meydan veren malları, durumu bilerek veya bilmeyerek, satışa arz eden veya şahsi ihtiyaçtan başka her ne sebeple olursa olsun elinde bulunduran kişilerin de haksız rekabete yol açtıkları ifade olunmuştur. Bu hüküm ile iltibasa konu ürünü üreten veya hizmeti sunan kişiler dışında, bu ürün veya hizmetin toptan veya perakende satışını ve pazarlamasını yapan kişilerin de sorumluluk altına sokulduğu ifade olunmaktadır.¹¹¹ Bu durum iltibas ile ilgili haksız rekabet hükmünün uygulama alanını bir hayli genişletmekte, tüketicinin mümkün olduğu kadar etkin bir biçimde korunmasını sağlamaktadır.

Fransız doktrini iltibas konusunda Türk ve İsviçre doktrinleri ile karşılaştırıldığında daha geniş bir bakış açısını benimsemektedir. Zira ad, unvan, marka gibi bir işletmeyi tanıtan unsurlar dışında, bir işletme tarafından herhangi bir ürün veya hizmetin tanıtılması için yapılan reklamların ya da bir işletmenin tanınmasını sağlayan dış görünüm ya da tasarımların taklit edilmesi sonucunda da iltibas yaratılabileceği kabul edilmiştir.¹¹² Tabii ki, söz konusu reklam ya da tasarımların ayırt edici nitelik taşıması koşulu aranmaktadır. Doktrinde, iltibasın varlığını inceleyen içtihadın çok sıkı şartlara tabi tutulduğu;¹¹³ örneğin, bir işletmenin uzun bir süredir kullanılan iç veya dış dekorasyonunun kendine özgü karakteristik özellikler taşıması koşuluyla iltibasa konu olabileceği belirtilmektedir. Fransız doktrininde benimsenen bu yaklaşım, bir işletmenin müşteri ve tüketiciler nezdinde tanınmasını sağlayan her türlü unsurun iltibasa neden olabileceği fikrinden çıkmaktadır. Ancak, iltibas ile ilgili bu yaklaşımın varabileceği nokta düşünüldüğünde, iltibasın varlığının gerçekten çok katı koşullara bağlanması gerekmektedir. Bu bakımdan her somut olayın kendi içerisinde değerlendirilmesi doğru olacaktır.

Son olarak Yeni TTK.'nın gerekçesinde karıştırılmanın *dış görünüş* (tanıtım, takdim-görsellik) ve *duyuruşu* (ses yönünden benzerlik) da kapsadığının belirtildiğini ifade etmek gerekmektedir. Ancak gerekçede “dış görünüş” ve “duyuruş” kavramları açıklanmamıştır. Bu durum karşısında, doktrinde iltibasın Fransız Hukukunda olduğu

(.ch ve .com birinci, medialex ise ikinci derece alan adıdır) alan adlarının iltibasa neden olacak biçimde ayırt edilmesi zor alan adları olduğu ifade edilmektedir (**Barrelet**, s. 56).

¹¹¹ **Teoman**, (Ülgen, Ticari İşletme Hukuku) N., s. 462.

¹¹² Doktrinde “imitation de publicité” ve “imitation de la présentation extérieure de l’entreprise” terimleri kullanılmaktadır (**Serra**, s. 40-41).

¹¹³ **G. Ripert/R. Roblot**, s. 608.

şekliyle daha kapsamlı bir biçimde ele alınıp alınamayacağı konusunun tartışılmaya başlanacağı açıktır.¹¹⁴

5. Kendi Malları, İş Ürünleri vs. ile Başkasının Mallarını Karşılaştırma veya Bu Yolla Üçüncü Kişileri Rekabette Öne Geçirme

Mevcut TTK. düzenlemesinde yer almamakla beraber, Yeni TTK.'nın 55. maddesinin (a) bendinin beşinci alt bendinde yer alan hükme göre, *“kendisini, mallarını, iş ürünlerini, faaliyetlerini, fiyatlarını, gerçeğe aykırı, yanıltıcı, rakibini gereksiz yere kötüleyici veya gereksiz yere onun tanınmışlığından yararlanacak şekilde; başkaları, malları, iş ürünleri veya fiyatlarıyla karşılaştırmak ya da üçüncü kişiyi benzer yollardan öne geçirmek”* haksız rekabete yol açmaktadır. Anılan hüküm İsv. HRK.'nın 3. maddesinin (e) bendinden alınmıştır.

Uygulamada sıklıkla görülen “karşılaştırmalı reklamlar”ın söz konusu hükmün uygulama alanına gireceği açıktır. Karşılaştırmalı reklam, *“doğrudan ya da dolaylı bir biçimde bir rakip veya rakibin mal ya da hizmetleri ile bağlantı kuran ve bağlantı kurulan rakip veya mal ya da hizmet ile karşılaştırmanın yapıldığı reklam türüdür.”*¹¹⁵ Doktrinde bir görüş, karşılaştırmalı reklamların her koşul ve şartta haksız

¹¹⁴ Yargıtay 11.HD.'nin E. 1987/8850 ve K. 1988/4339 sayılı ve 28.06.1988 tarihli kararında *“Tarafların ürettiği dava konusu ütüler arasında bütün otomatik elektrik ütüsü tiplerine şamil bulunmayan ve teknik zorunluluklardan kaynaklanmayan dış görünüş ve dizayn benzerlikleri bulunmasına ve bu benzerliğin müşteriler üzerinde aldatıcı etkisinin bulunmasına göre haksız rekabetin kabulü gerekeceği”* belirtilmiştir. Bkz. www.kazanci.com.

¹¹⁵ Uyuşmazlığa konu reklamda ismen belirli bir rakipten söz edilmemesi veya rakibin dolaylı bir şekilde de olsa belirlenebilir olmaması halinde karşılaştırmalı reklamdan bahsedilemeyeceği belirtilmektedir. Bu açıdan en iyi, en kaliteli, en ucuz ifadelerinin kullanıldığı reklamların karşılaştırmalı reklam olarak nitelendirilemeyeceği ifade edilmektedir. Diğer taraftan, reklamda kullanılan ifadenin objektif bir biçimde denetlenebilir bir bilgi ya da veri olması gerektiği vurgulanmaktadır. Dolayısıyla bu tür reklamların karşılaştırmalı reklam olarak nitelendirilemeyecekse de, aldatıcı nitelik taşıyıp taşımadığı üzerinde durmak gerekecektir. (Erdoğan Moroğlu, Karşılaştırmalı Reklam – Haksız Rekabet, Hukukî Mütalâalar, Vedat Kitapçılık İstanbul 2007 (Moroğlu, Karşılaştırmalı Reklam), s. 334-336).

Yargıtay HGK.'nin E. 2007/11-839, K. 2007/825 sayılı ve 07.11.2007 tarihli kararı uyarınca, *“Dava, davalı tarafın reklamlarında kullandığı "Kokusuz Gaz; Kokulu Otogaz Kalitesizdir, Kokulu ve Kalitesiz Otogazlarla Bir Milli Servet Olan Otomobillerinizin Ömrünü Kısaltmayın" ifadelerinin haksız rekabet teşkil ettiği iddiasına dayalı olarak açılmıştır. Tüm otogazların kokulandırılması zorunludur. Tüm LPG satıcılarının da Yönetmelik ve TSE kurallarına riayet etmesi gerekmektedir. Sattığı otogazın standartlara uygun olduğunu belirten davalı tarafın ürünleri de kokulu olmak durumundadır. Davalı tarafın kullandığı reklam metninde "TSE kurallarına uygun şekilde kokusu bulunduğu" yada "bu kurullarda belirtilen koku dışında koku bulunmadığı" şeklinde bir ibare bulunmamakta olup, kullanılan reklam metninde "davalı tarafın ürününün hiç kokusu bulunmadığı" kastedildiği anlaşılmaktadır. TTK.'nın 57/3.maddesi gereğince, kendi şahsi durumu, emtiası, iş mahsulleri, ticari faaliyeti veya ticari işleri hakkında yanlış veya yanıltıcı malumat vermek veyahut; üçüncü şahıslar hakkında aynı şekilde hareket etmek suretiyle rakiplerine nazaran onları üstün duruma getirmek*

rekabete yol açabileceğini dile getirirken, diğer bir görüş karşılaştırmalı reklamların müşteri ve tüketicileri bilinçlendirici özelliğinden yola çıkarak “dürüst ve doğru bilgilere dayanan” karşılaştırmalı reklamların haksız rekabete yol açmayacağını ileri sürmüştür.¹¹⁶ Yargıtay’ın da doktrinde ileri sürülen bu ikinci görüşü destekleyen kararları mevcuttur.¹¹⁷ Zaten 4077 sayılı TKHK.’nın 16. maddesine göre de “*aynı ihtiyaçları karşılayan ya da aynı amaca yönelik rakip mal ve hizmetlerin karşılaştırmalı reklamları yapılabilir.*”

Gerçeğe aykırı bilgi ve beyan içermeyen, bilgilendirici nitelikteki karşılaştırmalı reklamların tam tersine rekabeti güçlendirici bir etki yaratacağı kuşkusuzdur. Bu durum reklam konusu edilen ürün veya hizmetlerin tüm özellikleri için geçerlidir. Buna karşın, yapılan karşılaştırmaların yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici olması ya da iltibasa meydan verici nitelikte olması ve bu şekilde diğer ürünün itibarının zedelenmesi halinde haksız rekabetin ortaya çıkacağı açıktır.¹¹⁸ Uygulamada özellikle fiyat ve satış kampanyaları çerçevesinde tüketicilere sunulan imkanların karşılaştırması yoluyla reklam yapıldığı görülmektedir.

Burada önemli olan husus, rakip veya üçüncü bir kişi tarafından yapılan karşılaştırmaların objektif, doğru ve kesin bilgilere dayanması gerektiğidir. Bununla beraber, söz konusu karşılaştırmaların doğru bilgilere dayanmasına rağmen müşteri ve tüketici algısında yanlış fikirlerin doğmasına neden olacak biçimde yanıltıcı unsurlar içermemesi gerekmektedir. Diğer taraftan, sadece “karşılaştırılabilir” şeylerin karşılaştırmaya konu edilebileceği ifade edilmektedir.¹¹⁹ Örneğin, benzer fakat aynı olmayan iki ürün aynı ürünmüş gibi karşılaştırılarak birinde olmayan bir özellik ön

eylemi" hüsnüniyet kaidelerine aykırı hareket olup, davalı tarafın reklam metninde kullandığı ifadelerin haksız rekabet teşkil edeceği gözetilmelidir."

¹¹⁶ **Moroğlu**, Karşılaştırmalı Reklam s. 332-333.

¹¹⁷ Bkz. Yargıtay 11. HD.’nin E. 1997/9233, K. 1998/1026 sayılı ve 20.02.1998 tarihli kararı: “*Reklam bir kimsenin ürettiği mal veya hizmetlerin üstün niteliklerinin açıklanmasıdır. Bu reklamlarda, başkalarına ait mal veya hizmetler yönünden açık veya örtülü biçimde karşılaştırılma yapılması da olanaklıdır. Ancak, karşılaştırmalı reklamın doğru ve gerçek verilere dayanması, yanlış ve yanıltıcı yapılmaması da gerekir.*”

¹¹⁸ **François Dessemontet**, Quelques questions actuelles en droit de la publicité, Revue suisse de jurisprudence Octobre 1983, İsv. FM.’nin 18.05.1976 tarihli ve RO 102 II 292 (JdT 1977 I 516) sayılı Bico-flex c. Lattoflex kararı, bkz. (https://www.swisslex.ch/cms_swisslex/slx/Index.aspx?NumberOfFrames=1&Src1=http://swisslex.eur.ospider.com/php/http/index.php%3Flang=fr&menu_id=9000).

¹¹⁹ **Martin-Achard**, La LCD du 19.12.1986, s. 58. Karşılaştırmalı reklamın aldatıcı ve rakibi veya rakibin ürününü kötüleyici olmaması, karşılaştırılan mal veya hizmetlerin aynı nitelikte ve özellikte olması veya aynı istek ve ihtiyaca cevap vermesi, başkasının itibarından haksız yere faydalanılmaması (karşılaştırmalı parazit reklamlar) veya iltibasa meydan verilmemesi ve rakibin kimliğinin açık bir şekilde belirtilmemesi gerekmektedir (**Poroy/Yasaman**, s. 332-333).

plana çıkarılmakta ise, bu yanlış ve tüketiciyi yanıltma amacı taşıyan bir karşılaştırma olacak ve bu durum haksız rekabete yol açacaktır.

Tüm bu şartlara ek olarak, yapılan karşılaştırmanın tüketicileri bilinçlendirmesi ve dolayısıyla da rekabeti güçlendirici etki yaratması açısından gerekli ve gerekçelendirilebilir bir karşılaştırma olması gerekmektedir. Bu nedenle, sadece rakip bir üreticinin ürün veya hizmetlerini tüketici nezdinde daha değersiz kılmak amacıyla yapılan karşılaştırmalar kabul görmemektedir. Özellikle yapılan karşılaştırmada amaca uygun orantılı ifadelerin kullanılmasına özen gösterilmesi gerektiği açıktır.

Fransız Hukukunda da bir kişinin ürün, hizmet veya fiyatlarının karşılaştırmalı reklamlara konu edilebilmesi birtakım şartlara bağlanmıştır.¹²⁰ Özellikle karşılaştırmaya konu olan ürünlerin aynı ve belirli olmaları aranmaktadır. Söz konusu ürünlerin doğru, kesin ve objektif kriterlere göre karşılaştırılması yoluyla tüketicilerin bilinçlendirilmesine yönelik reklamların haksız rekabet yaratmayacağı kabul edilmiştir.¹²¹

Günümüzde en çok ve en sık rastlanılan durum reklam yoluyla yapılan ürün ve hizmet karşılaştırmalarıdır. Bu nedenle, İsviçre doktrininde söz konusu hükümle ilgili olarak özellikle “karşılaştırmalı parazit reklamlar” üzerinde durulmuştur.¹²²

Parazit rekabet daha önce de değindiğimiz üzere, belirli bir müşteri çevresini paylaşan rakip işletmeler arasında bu işletmelerin birbirlerinin ün ve itibarından haksız biçimde faydalanması şeklinde ortaya çıkmaktadır.¹²³ Burada failin amacı, mali veya fikri bir çaba göstermeksizin, başka bir işletme tarafından yaratılan müşteri çevresini kendi lehine kullanmak ve bu şekilde ekonomik çıkar sağlamaktır.

Karşılaştırmalı parazit reklamlar ise, bir işletmenin kendisi veya bir ürünü hakkında yaratılan ün ve itibardan ölçüsüz bir biçimde ve söz konusu durumu haklı kılan bir neden olmaksızın karşılaştırmalı reklamlar yaparak faydalanılması şeklinde

¹²⁰ **Mestre/Pancrazi**, s. 131.

¹²¹ **Matthias Stecher**, Webvertising, Unfair Competition and Trademarks on the Internet, AIJA Law Library, Kluwer Law International 1999, s. 11; **Serra**, s. 45.

¹²² **Bernard Dutoit**, Les nouveaux délits de concurrence ou le droit à la poursuite de son ombre, La nouvelle loi fédérale contre la concurrence déloyale, Cedidac Lausanne 1988 (*Kısaltma: Dutoit, Les nouveaux délits de concurrence*), s. 18; **Martin-Achard**, La LCD du 19.12.1986, s. 59; **Dessemontet**, s. 317.

¹²³ **G. Ripert/R. Roblot**, s. 614.

ortaya çıkmaktadır.¹²⁴ Yeni TTK.'nın gerekçesinde yer alan ifade uyarınca, “rakibin tanınmışlığının sömürüldüğü” bu tür reklamlarda fail, kendisi veya ürettiği ürün ile ilgili olarak oluşturmak istediği olumlu fikirleri başkasının kimliğini veya başkasının ürünlerini kullanmak suretiyle yaratmaktadır. Örneğin, piyasaya yeni sürülecek bir ürün halihazırda çok satılmakta olan başka bir ürün üzerinden tanıtılmak istenebilir. Burada söz konusu yeni ürünle veya çok satılan diğer ürünle ilgili yanlış bir bilgi verilirse ve diğer ürünün değeri düşürülmeye çalışılmasa dahi, bir ürünün itibarından haksız (parazit) biçimde faydalanılması söz konusu olacaktır. Bu nedenle, bir üreticinin “kendi ürettiği malın en az bir başka üreticinin ürettiği mal kadar kaliteli olduğu” yönünde ifadeler içeren reklamlar haksız rekabete yol açmaktadır.¹²⁵

Yine doktrinde özellikle üçüncü kişiler tarafından yapılan karşılaştırmalar ve bilimsel araştırmalar üzerinde durulmuştur. Objektif verilere dayalı olarak yetkili kişiler tarafından yapılan karşılaştırmalar dışında kalan ve bir kurum tarafından özellikle tüketici algısını etkilemeye yönelik ve reklam amacı ile yapılan karşılaştırmalı testler de haksız rekabete yol açmaktadır.¹²⁶ Buradan yola çıkarak, kanun hükmünün sadece rakipler arasında yapılan karşılaştırmalar için değil, üçüncü kişilerce yapılan ve belirli bir kişi ya da ürünü diğerine oranla daha avantajlı bir konuma getiren karşılaştırmalar için de geçerli olduğunu belirtmek gerekmektedir.

6. Seçilmiş Bazı Malları, İş Ürünlerini vs. Birden Çok Kere Tedarik Fiyatının Altında Satışa Sunmak

Yine mevcut TTK. düzenlemesinde yer almamakla beraber Yeni TTK.'nın 55. maddesinin (a) bendinin altıncı alt bendinde yer alan bir diğer hüküm uyarınca, “*seçilmiş bazı malları, iş ürünlerini veya faaliyetleri birden çok kere tedarik fiyatının altında satışa sunmak, bu sunumları reklamlarında özellikle vurgulamak ve bu şekilde müşterilerinin, kendisinin veya rakiplerinin yeteneği hakkında yanıltılmak*” da haksız rekabete yol açmaktadır. Söz konusu hüküm İsv. HRK.'nın 3.maddesinin (f) bendinden alınmıştır. İsviçre doktrini tarafından kısaca “davet fiyatı” başlığı altında incelenen söz konusu düzenleme, özellikle müşterileri yanıltmak ve kandırmak

¹²⁴ Dutoit, Les nouveaux délits de concurrence s. 19; Martin-Achard, La LCD du 19.12.1986, s. 59.

¹²⁵ Arkan, s. 309.

¹²⁶ Dutoit, Les nouveaux délits de concurrence, s. 20; Martin-Achard, La LCD du 19.12.1986, s. 60; Dessemontet, s. 318.

amacıyla gerçek dışı fiyat politikalarının izlenmesini ve bu yolla belli bir müşteri çevresinin edinilmesini önlemek amacıyla kabul edilmiştir.¹²⁷

Yeni TTK.'nın gerekçesinde, yine İsviçre doktrinine atıfla, "numune (mostra) ile aldatma" kavramına yer verilmiştir. Buna göre, gerçekte sunulan mal veya ürün, numunenin kalitesi düzeyinde değildir veya mostrayı gösterenin elinde mostranın kalitesinde yeteri kadar mal yoktur veya satıcı o kalitede malı -şayet elinde varsa- daha yüksek fiyatla satmakta veya satmayı amaçlamaktadır.¹²⁸

İsviçre doktrinini ve Federal Mahkeme içtihatlarında, bir ürün veya hizmetin tedarik fiyatının yani asgari maliyet fiyatının altından satışa sunulmasının işletmelerin fiyat belirleme özgürlükleri çerçevesinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışılmıştır.¹²⁹ Söz konusu tartışmalar sonucunda, yasa koyucu tedarik fiyatının altında mal arzını yasaklamamış ve aslında söz konusu durumun başlı başına haksız rekabete yol açmayacağını kabul etmiştir. Bu bağlamda, kanunda yer alan açık ifade uyarınca, bir malın "sistemik bir biçimde birden çok kere" tedarik fiyatının altında arzı haksız rekabete yol açmaktadır.

Ayrıca Yeni TTK. düzenlemesinin devamında bir "*yanıltma karinesi*" kabul edilmiştir.¹³⁰ Buna göre, "*satış fiyatının, aynı çeşit malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerinin benzer hacimde alımında uygulanan tedarik fiyatının altında olması hâlinde yanıltmanın varlığı karine olarak kabul olunur*" denilmekte ve davalıya bir imkan tanınmaktadır. Şayet davalı, gerçek tedarik fiyatını ispatlayabilirse bu fiyat değerlendirmeye esas olacak ve haksız rekabete yol açılmadığına kanaat getirilecektir. Böylece, işletmelerin fiyat politikalarını belirleme özgürlüğü ile özellikle büyük işletmelerin söz konusu fiyat politikaları ile diğer işletmeleri zor durumda bırakarak ve bu suretle de müşteri elde ederek haksız rekabete yol açılması ihtimali arasında bir denge sağlanmış olmaktadır. Bu yönüyle söz konusu düzenleme hem nispeten daha küçük ölçekli işletmeleri hem de tüketici ve müşterileri koruma amacını taşımaktadır. Zira aslında tedarik fiyatının altında mal arzı yoluyla indirim yapıldığı izlenimi yaratılarak müşteri çekilmekte ancak bu durum diğer ürünlerin satılması için bir pazarlama tekniği olarak kullanılmaktadır.

¹²⁷ Doktrinde "*prix d'appel*" terimi kullanılmaktadır (**Martin-Achard**, La LCD du 19.12.1986, s. 61).

¹²⁸ Hükmün gerekçesinde, yüksek kalite, düşük fiyatla avlanan müşteriye başka mal, başka fiyat uygulamak yoluyla müşterinin toplam arz konusunda yanıltılabileceği ifade edilmektedir.

¹²⁹ **Dutoit**, Les nouveaux délits de concurrence, s. 21.

¹³⁰ Hükmün gerekçesinde "*yanıltma karinesi*" ifadesi kullanılmıştır.

7. Müşteriyi Yanıltmaya Yönelik Diğer Haksız Rekabet Halleri

Yeni TTK.'nın 55. maddesinin devamında müşterileri yanıltma amacı taşıyan diğer haksız rekabet halleri sayılmıştır. Mevcut TTK. düzenlemesinde yer almayan ancak İsv. HRK.'dan alınan bu hükümlere de kısaca değinmek gerektiği düşüncesindeyiz.

İsv. HRK'nın 3. maddesinin (g) bendinden yola çıkarak kabul edilen Yeni TTK.'nın 55. maddesinin 1. Fıkrasının (a) bendinin yedinci alt bendi hükmüne göre, *“müşteriyi ek edimlerle sunumun gerçek değeri hakkında yanıltmak”* da bir haksız rekabet halidir. İsv. HRK.'da “prim” ifadesi kullanılmıştır. Yeni TTK.'da ise “ek edim” ifadesi benimsenmiştir. Her ne kadar hükmün gerekçesinde “ek edim” ifadesi tam olarak açıklanmıyor ise de, kanımızca bu durum hükmün uygulama alanını biraz daha genişletmektedir. Zira “ek edim” ifadesi, *“sunumu ya da satışı yapılan ürün dışında maddi değer taşıyan her türlü imkân”* şeklinde yorumlanmalıdır.

Burada ifade edilmek istenen husus, ek hediye veya imkanlar sunularak, müşterilerin aynı veya benzer ürünlerin fiyatları arasında karşılaştırma yapmalarını engelleyecek biçimde yanıltılmaları ve özellikle müşterilerin dikkati sunulan imkanlara çekilerek belli bir ürünü almaya yönlendirilmeleridir.¹³¹ Örneğin bir ürünün yanında diğer bir ürünün hediye verilmesi suretiyle söz konusu ürünün çok avantajlı bir fiyata satıldığı izlenimini yaratmak bu şekilde değerlendirilmektedir. Kanımızca uygulamada sıkça görülen ve müşterilerin yaptığı alışveriş karşılığında verilen “alışveriş indirim çekleri” de bu kapsamda değerlendirilebilir. Zira aslında çok dar bir kullanım alanı sunan bu çekler müşterileri yapmakta oldukları alışverişin gerçek değerleri konusunda yanıltmaktadır. Yine, alışveriş merkezlerinde yapılan alışverişler karşılığında verilen “çekiliş biletleri” de bu kapsamda değerlendirilebilir. Müşteriler söz konusu çekilişlere katılma hakkını kazanmak amacıyla gerçekte yapmak istedikleri harcama miktarlarını aşarak aslında almak istedikleri ürünlerin fiyatları konusunda yanıltılmaktadırlar.

Yeni TTK.'nın (a) bendinin İsv. HRK.'nın 3. maddesinin (h) bendi ile paralellik taşıyan sekizinci alt bendi hükmüne göre, *“Müşterinin karar verme özgürlüğünü özellikle saldırgan satış yöntemleri ile sınırlamak”* da haksız rekabete

¹³¹ Dutoit, Les nouveaux délits de concurrence, s. 31.

yol açmaktadır. Öncelikle uygulamada sıkça rastlanan ve kanun hükmünün konusunu oluşturan “saldırgan satış yöntemleri” ifadesinin açıklanması doğru olacaktır. Söz konusu kavram ile, “müşterilerin kendilerini belli bir ürünü satın almak zorunda hissetmelerine yol açmak amacıyla başvuru her türlü imkan” anlatılmak istenmektedir.¹³² Anılan hüküm ile özellikle müşterilerin belli bir psikolojik baskı altına alınarak karar verme özgürlüklerine müdahalede bulunulması engellenmeye çalışılmaktadır. Örneğin sokakta, telefonla arayarak, birden çok kere ve sistematik olarak el ilanları veya faks göndermek suretiyle veya müşterilerin evlerine gidilerek yapılan satışlarda müşteriler söz konusu ürünleri almak zorunda bırakılmaktadırlar.¹³³ Yine kişilerin evlerine posta yolu ile aslında sipariş etmedikleri bir ürünü (örneğin teknik servis elemanları ile) göndermek suretiyle kişileri söz konusu ürünü geri gönderme külfeti altına sokmak da saldırgan satış yöntemlerine örnek olarak gösterilebilir.

İsviçre doktrininde hükmün uygulama alanı ile ilgili tartışmalar kapsamında saldırgan reklam uygulamalarının da söz konusu hüküm çerçevesinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkin fikirler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre satış yöntemleri reklam uygulamalarını da kapsamaktadır. Bu nedenle saldırgan reklam uygulamaları da söz konusu hükmün uygulama alanına girmektedir.¹³⁴ Diğer bir görüşe göre ise, reklam uygulamalarının da satış yöntemleri arasında değerlendirilmesine rağmen, kanun hükmünde açıkça saldırgan reklam yöntemlerinden bahsedilmemesi nedeniyle bu tip uygulamalar hükmün uygulama alanı dışında kalmakta ve söz konusu uygulamalar açısından haksız rekabeti düzenleyen genel hükme başvurulması gerekmektedir.¹³⁵ Kanımızca, kanun hükmünün açıkça “saldırgan reklam yöntemleri” ifadesine yer vermesine gerek yoktur. Zira zaten reklam kampanyaları günümüzde en çok kullanılan satış yöntemidir. Reklam uygulamalarını hükmün uygulama alanı dışında bırakmak, hükmün uygulamasını çok dar bir alana hapsedmek anlamını taşıyacaktır. Bu nedenle ikinci görüşe katılmanın mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Bununla beraber, Yeni TTK.’da da İsv. HRK.’da kullanılan “satış yöntemi” ifadesine yer verilmiş olduğu

¹³² **Martin-Achard**, La LCD du 19.12.1986, s. 66.

¹³³ Yine saldırgan satış yöntemleri arasında sayılabilecek olan “müşteriler tarafından istenmediği halde telekomünikasyon ve özellikle internet yoluyla toplu reklam göndermek suretiyle yapılan satışlar” İsv. HRK.’da ayrı bir hükümde düzenlenmektedir. Bkz. İsv. HRK.’nın 3. maddesinin (o) bendi ile ilgili açıklamalar.

¹³⁴ **Martin-Achard**, La LCD du 19.12.1986, s. 66.

¹³⁵ **Dutoit**, Les nouveaux délits de concurrence, s. 28.

görülmektedir. Bu durum, İsviçre doktrinindeki tartışmanın Türk Hukukuna da yansiyebileceği ihtimalini doğurmaktadır.¹³⁶

Yeni TTK. m. 55/f. 1/ (a) bendinin dokuzuncu alt bendi hükmü “*malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerin özelliklerini, miktarını, kullanım amaçlarını, yararlarını veya tehlikelerini gizlemek ve bu şekilde müşteriyi yanıltmak*” yoluyla haksız rekabete yol açılabileceğini ifade etmektedir. İsv. HRK.’nın 3. maddesinin (i) fıkrasından alınan bu hüküm özellikle tüketicilerin korunmasına yönelik olarak kabul edilmiş bir hükümdür. Yasa hükmünde aranan temel koşul, belli birtakım hususların saklanması yoluyla müşterilerin aldatılmasıdır. Hükümün gerekçesinde, “gizleme”nin de yanıltmanın, gerçeğe aykırı hareket etmenin özel bir hali olduğu ve bu nedenle anılan hükmün 55. maddenin 1. fıkrasının (a) bendinin (2) numaralı alt bendinden farklılığının belirlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Kanımızca burada, müşterinin o ürün veya faaliyet konusunda oluşan algısından çok, işletme sahiplerinin ilgili hususu gizleme niyeti önem taşımaktadır. Zira sadece belirtilmesi gereken bir hususun belirtilmemesi, yani müşterilerin yanıltılması ihtimaline yol açılması dahi haksız rekabetin oluşması için yeterlidir.

Yeni TTK.’nın 55. maddesinin “dürüstlüğe aykırı reklam ve satışlar” ile ilgili (a) bendinde son olarak, taksitli satım sözleşmeleri ve tüketici kredilerine ilişkin hükümler yer almaktadır. Söz konusu hükümler, Fed HRK.’nın 3.maddesinin (k), (l) ve (m) bendleri ile benzer düzenlemelerdir. Adı geçen hükümler uyarınca, “*taksitle satım sözleşmelerine veya buna benzer hukukî işlemlere ilişkin kamuya yapılan ilânlarda unvanını açıkça belirtmemek, nakit veya toplam satış fiyatını veya taksitle satımdan kaynaklanan ek ödemeyi Türk Lirası ve yıllık oranlar üzerinden belirtmemek*”, “*tüketici kredilerine ilişkin kamuya yapılan ilânlarda unvanını açıkça belirtmemek veya kredilerin net tutarlarına, toplam giderlerine, efektif yıllık faizlerine ilişkin açık beyanlarda bulunmamak*” ve “*işletmesine ilişkin faaliyetleri çerçevesinde, taksitle satım veya tüketici kredi sözleşmeleri sunan veya akdeden ve bu bağlamda sözleşmenin konusu, fiyat, ödeme şartları, sözleşme süresi, müşterinin dönme veya fesih hakkı veya kalan borcu vadeden önce ödeme hakkına ilişkin eksik*

¹³⁶ İsv. HRK.’da “*méthode de vente*” ifadesi kullanılmıştır.

veya yanlış bilgiler içeren sözleşme formleri kullanmak” haksız rekabete yol açmaktadır.

Günümüzde müşteriler tarafından sıklıkla tercih edilen taksitle satımların nedenli yaygın olduğu düşünüldüğünde bu konuda yasal bir düzenlemeye gidilmesinin ne kadar gerekli olduğu ortaya çıkmaktadır. Diğer yandan, kamu ve özel kredi kuruluşları tarafından verilen tüketici kredilerinin şartları ve bu kredi sunumlarının yaratacağı haksız rekabet ortamı konusunda da yasal bir çerçeve çizilmek istenmiştir. Kanımızca, özellikle son zamanlarda bankaların tüketiciler üzerindeki baskıları göz önüne alındığında, bazen tüketicilerin onayını dahi almaya gerek görmeksizin verdikleri tüketici kredileri ile ilgili daha ayrıntılı bir düzenleme yapılması düşünülebilir. Diğer taraftan kredi kartları ile ilgili ayrı bir düzenlemeye gidilmesinin daha doğru olacağı kanaatindeyiz. Zira gerek kredi kartlarının verilmesinde, gerekse mevcut kartların limitlerinin yüksektirmesinde müşterilerin rızasına aykırı hareket edilerek haksız rekabete yol açıldığı bir gerçektir.

İsv. HRK.’nın 3. maddesinin (o) bendinde telekomünikasyon yoluyla toplu reklam gönderilmesine ilişkin bir hüküm yer almaktadır. Ancak söz konusu hüküm Yeni TTK.’ya alınmamıştır. Anılan hüküm, müşteri ve tüketiciler tarafından istenmediği veya bilgi verilmesi istenilen ürünler ile hiçbir alakası olmadığı halde belirli aralıklara reklam gönderilmesi ile ilgilidir. Özellikle internet ortamında e-posta yolu ile gelen ve çoğu zaman müşteri ve tüketicilerin taciz edilmesi sonucunu doğuran toplu reklamlar ile ilgili bu düzenlemenin Yeni TTK.’ya neden alınmadığı konusunda hükmün gerekçesinde hiçbir açıklama getirilmemiştir. Kanımızca, gelişen pazarlama teknolojileri dikkate alındığında, bu tür bir düzenlemenin gerekliliği açıktır. Ancak, tipik bir haksız rekabet hali oluşturmasına karşın, ayrı bir düzenleme ile ele alınmamış olması nedeniyle, toplu reklamlar gönderilmesi ile ilgili olarak haksız rekabete ilişkin genel hükümlere başvurulması gerekecektir. Diğer taraftan, işletmelerin “takıntılı bir biçimde” e-posta göndermeleri ve özellikle bu e-postalar vasıtasıyla müşteri ve tüketicilerin sipariş vermeye veya ürünü almaya zorlanmaları saldırgan satış yöntemleri arasında da değerlendirilmektedir.¹³⁷ Bu bağlamda, telekomünikasyon yoluyla toplu reklam gönderilmesine ilişkin bir hükmün saldırgan

¹³⁷ Barrelet, s. 49.

satış yöntemlerine ilişkin hüküm ile paralel bir biçimde değerlendirilmesinin daha uygun olacağı düşüncesindeyiz.

B. Sözleşmeyi İhlale veya Sona Erdirmeye Yönelme

TTK.'nın 57. maddesinin ilk beş bendinde yukarıda “dürüstlük kuralına aykırı hareketler” başlığı altında incelediğimiz haksız rekabet halleri yer almaktadır. Yeni TTK.'da bu hükümlere ek olarak bazı yeni düzenlemeler getirilmiştir. Benzer durum TTK.'nın 55. maddesinin devamında yer alan haksız rekabet halleri için de geçerlidir.

TTK.'nın 57. maddesinin altı ve yedinci bentlerinde yer alan ve “başkasının yardımcılarını görevlerini kötüye kullanmalarına sevk etmek” ve “yardımcıları kandırarak işletmenin sırlarını ele geçirmek” başlıkları altında incelenen haksız rekabet halleri Yeni TTK.'da benzer ifadeler ile korunmuştur. Ancak Yeni TTK. yine bazı eklemeler yaparak dört alt bent halinde düzenlenen haksız rekabet hallerini “sözleşmeyi ihlale veya sona erdirmeye yönelik davranışlar” başlığı altında toplamıştır. Yeni TTK.'nın bu düzenleme şekli yine mehz kanun olan İsv. HRK. ile paralellik taşımaktadır. İsv. HRK., Yeni TTK. ile aynı başlığı taşıyan 4. maddesinde Yeni TTK. ile birebir aynı hükümlere yer verilmiştir.

Yeni TTK.'nın 55. maddesinin (b) bendinin ilk alt bendinde “*kendileriyle sözleşme yapmalarını sağlamak amacıyla, müşterileri başkalarıyla yapmış oldukları sözleşmelere aykırı davranmaya yönelme*”nin haksız rekabete yol açacağı hükme bağlanmıştır. Hükümün gerekçesinde, bu durumun BK.'nın 41. maddesi anlamında bir haksız fiil oluşturduğu, bununla birlikte anılan açık düzenlemenin BK.'nın 41. maddesinin haksız rekabetteki görünümünü düzenleyen bir “*lex specialis*” olduğu dile getirilmiştir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, kanunda düzenlenen tüm haksız rekabet hallerinin temelinde birer haksız fiil olduğu gerçeği göz önüne alındığında, bu tür bir gerekçenin yerinde olup olmadığı tartışmalıdır.

İsviçre doktrininde, tarafı olduğu sözleşmeyi sona erdirmek konusunda haklı sebepleri olan müşterilerin başkaları tarafından sözleşmeyi sona erdirmek konusunda teşvik edilmeleri halinde haksız rekabetin doğmayacağı dile getirilmiştir.¹³⁸

¹³⁸ **Martin-Achard**, La LCD du 19.12.1986, s. 72. Yeni TTK. m. 55/(b) bendi/1.alt bendi gerekçesinde “*Bir sözleşmenin bir tarafının, açıkçası müşteri konumunda bulunan kişinin, haklı sebebi varsa, şartlar gerektirirse sözleşmeden doğan bir yükümlülüğünü yerine getirmeyi reddedebilir veya sözleşmeyi sona erdirebilir. Ancak, edimi yerine getirmemek veya sözleşmeyi sona erdirmek bir ihlâl ise hukuka aykırıdır*” denilmektedir. Bir kişinin haklı sebeplere dayalı olarak kullandığı bir hak zaten

Kanımızca zaten burada sözleşmenin ihlali veya sona erdirilmesi bir hakkın kullanımından ibaret olduğu için haksız fiil söz konusu olmayacak ve dolayısıyla da haksız rekabet hali doğmayacaktır.

Son olarak, İsviçre doktrinde paralel ithalatın anılan hüküm çerçevesinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği de tartışılmıştır. Bilindiği üzere, paralel ithalat bir ürünün tek satıcılık sözleşmesi çerçevesinde pazarlanması ve satışı halinde başka bir kişi (yetkisiz satıcı) tarafından aynı piyasaya yönelik satışı sonucu ortaya çıkmaktadır.¹³⁹ Doktrinde ileri sürülen ve Yargıtay tarafından da benimsenen görüşe göre, özellikle markalı ürünlerin bu kapsamda ithali ve satışı başlı başına haksız rekabet oluşturmaz.¹⁴⁰ Zira haksız rekabetin varlığı için yetkisiz satıcının kötüniyetle üreticiyi tek satıcılık sözleşmesini ihlale teşvik etmesi gerekmektedir.¹⁴¹ Bu durumda genel hükümler uyarınca haksız rekabete yol açıldığı savunulabilecektir. Bununla beraber, İsviçre doktrinde paralel ithalatın İsv. HRK.'nın 4. maddesinin birinci fıkrası –Yeni TTK.'nın 55. maddesinin (b) bendinin ilk alt bendi- hükmünün uygulama alanı dışında kaldığı belirtilmiştir. Zira paralel ithalatın faili konumundaki

ihlal niteliğinde olamaz. Kanımızca burada tartışılmak istenen husus, İsviçre doktrinde belirtildiği üzere, bir kişinin (müşterinin) tarafı olduğu sözleşmeyi ihlale veya sona erdirmeye teşvik edilmesi sonucunda bu kişinin haklı sebeplere dayanarak sözleşmeyi ihlali veya sona erdirmesi halinde haksız rekabetin doğup doğmayacağı meselesidir.

¹³⁹ **Poroy/Yasaman**, s. 271-272.

¹⁴⁰ **Hamdi Yasaman**, Marka Hukuku ile İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Birlikçi Raporları III, Vedat Kitapçılık İstanbul 2008, s. 268; **Teoman**, (Ülgen, Ticari İşletme Hukuku) N., s. 419. Yargıtay 11.HD.'nin E. 1999/3243, K. 1999/ 5170 sayılı ve 14.06.1999 tarihli kararı uyarınca, “*markalı malların Türkiye’de piyasaya sunulmasından sonra marka hakkı sahibi, bu malları yurt dışına satar (veya yurt dışında menşe ülkeden başka bir ülkede üretirse), bunların üçüncü kişiler tarafından yurt dışından satın alınarak Türkiye’ye ithaline (paralel import) engel olamaz.*” Yine, Yargıtay 11.HD.'nin E. 1999/2086, K. 1999/4505 sayılı ve 26.05.1999 tarihli kararı uyarınca, “*tek satıcılık sözleşmesinde, sözleşmelerin nisbiliği ilkesi uyarınca kural olarak edimler ve yükümlülükler bu sözleşmenin tarafları arasında yani yapıcı ile tek satıcı arasında karşılıklı olup, üçüncü kişilere herhangi bir yükümlülük getirmemektedir. Zira, tek satıcıya o bölgedeki tekel hakkını tanımak ve bu olanağı sağlamak yapıcıya düşen akdi bir edim olmaktadır. O halde tek satıcının bu hakkını 3. kişilere karşı haksız rekabet yolu ile koruması ilke olarak mümkün değildir. Ayrıca tek satıcının Türkiye’de reklam yapmak suretiyle pazar bağlaması, tamir ve bakım sağlaması da Türkiye’de aynı malı kanuni yollardan menşe ülkesinden başka ülkelerden orijinal şekilde ithal edip satan kişilerin bu eylemlerinin haksız rekabet kuralları uyarınca men edilmesi de mümkün değildir.*” Bkz. <http://www.kazanci.com>.

¹⁴¹ **Poroy/Yasaman**, s. 271; **Nurkut İnan**, Tek Satıcılık Sözleşmesi ve Üçüncü Kişiler, Konferanslar Serisi (8), Batider c. XVII, s. 2 Aralık 1993, s. 65. İnan’a göre, tek satıcılık sözleşmesi konusu olan ürünün üçüncü kişi tarafından salt ithali ve satışı emek ilkesine rağmen haksız rekabet oluşturmaz. Ancak, Teoman’a göre ise, tek satıcıların da üçüncü kişilerin tek satıcılık sözleşmesini ihlallerine ve bu ihallerin yarattığı sonuçlara karşı haksız rekabet hükümleri çerçevesinde korunmaları gerekmektedir (**Ömer Teoman**, Tek Satıcılık Hakkının Üçüncü Kişiler Tarafından İhlali Durumunda Haksız Rekabete İlişkin Kuralların Uygulanma Olanağı, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu X 1993, s. 38).

yetkisiz satıcı, yetkili satıcının (rakibin) yerine geçmek amacıyla hareket etmemektedir.¹⁴²

Sözleşmenin ihlali veya sona erdirilmesine teşvik kapsamında değerlendirilen bir diğer hüküm ise TTK.'nın 57. maddesinin altıncı bendinde yer alan hükümdür. Aynı düzenleme Yeni TTK.'nın 55. maddesinin (b) bendinin ikinci alt bendinde hükme bağlanmıştır. Buna göre, *“üçüncü kişilerin işçilerine, vekillerine ve diğer yardımcı kişilerine, hak etmedikleri ve onları işlerinin ifasında yükümlülüklerine aykırı davranmaya yöneltebilecek çıkarlar sağlayarak veya önererek, kendisine veya başkalarına çıkar sağlamaya çalışmak”* haksız rekabete yol açmaktadır. Kanun hükmünün açık ifadesi uyarınca, ekonomik çıkar sağlamak amacıyla, hükümde belirtilen kişilere işlerinin gerektirdiği yükümlülüklere aykırı davranmalarını sağlayabilecek nitelikte herhangi bir teklifte bulunmak dahi yeterlidir, bu teklifin kabul edilip edilmediğine bakılmaz.¹⁴³ Yeni TTK.'da da korunan bu hüküm İsv. HRK.'nın 4. maddesinin ikinci fıkrasından alınmıştır. Ancak anılan hüküm, 27 Ocak 1999 tarihli Avrupa Konseyi Yolsuzlukla Mücadeleye İlişkin Ceza Hukuku Sözleşmesinin Onaylanması ve Yürürlüğe Girmesi Hakkında 07 Ekim 2005 tarihinde alınan Federal Kararın 2.maddesi uyarınca, 01 Temmuz 2006 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yürürlükten kaldırılmıştır.¹⁴⁴

TTK.'nın 57. maddesinin yedinci bendinde ve Yeni TTK.'nın 55. maddesinin (b) bendinin üçüncü alt bendinde, mevcut TTK. düzenlemesi çerçevesinde *“yardımcıları kandırarak işletmenin sırlarını ele geçirmek”* başlığı altında incelenen haksız rekabet hali hükme bağlanmıştır. Anılan düzenleme uyarınca, *“işçileri, vekilleri veya diğer yardımcı kişileri, işverenlerinin veya müvekkillerinin üretim ve iş sırlarını ifşa etmeye veya ele geçirmeye yöneltmek”* haksız rekabete yol açmaktadır. Hükmün gerekçesinde hükümde yer alan *“üretim ve iş sırları”* ifadesinin kapsamı ile ilgili herhangi bir belirleme yapılmamıştır. İsviçre doktrininde *“üretim sırrı”* ifadesi, *“söz konusu sırrı bilen kişinin haklı bir sebebe dayanarak açıklamak istemeyeceği, herkes tarafından ulaştırılması mümkün olmayan ve belli bir ayırt edici özelliğe sahip - orijinal- herhangi bir bilgi veya istihbarat”* olarak tanımlanmaktadır.¹⁴⁵ Gerek Türk gerekse İsviçre doktrinlerinde de dile getirildiği üzere, ticari rekabet açısından belli

¹⁴² **Dutoit**, Les nouveaux délits de concurrence, s. 32; **Martin-Achard**, La LCD du 19.12.1986, s. 73.

¹⁴³ **Martin-Achard**, La LCD du 19.12.1986, s. 73.

¹⁴⁴ Söz konusu Yolsuzlukla Mücadeleye İlişkin Ceza Hukuku Sözleşmesi Türkiye Cumhuriyeti tarafından da 14.01.2004 tarih ve 5065 sayılı Kanun (R.G. 20.01.2004) ile onaylanmıştır.

¹⁴⁵ **Martin-Achard**, La LCD du 19.12.1986, s. 75.

bir özelliğe sahip olması şartıyla, rakip işletmeye ilişkin halihazırda var olan veya gelecekte gerçekleştirilmesi planlanan her türlü bilgi, plan veya proje bu kapsamda değerlendirilmektedir.¹⁴⁶

Son olarak, mevcut TTK. düzenlemesinde yer almamakla beraber Yeni TTK.'nın 55. maddesinin (b) bendinin dördüncü alt bendinde, yukarıda açıklanan taksitli satış ve tüketici kredileri ile ilgili düzenlemeye paralel olarak yeni bir haksız rekabet hali öngörülmüştür. Buna göre, “*kendisi ile bu tür bir sözleşme yapabilmesi için, taksitle satış, peşin satış veya tüketici kredisi sözleşmesi yapmış olan alıcının veya kredi alan kişinin, bu sözleşmeden caymasına veya peşin satış sözleşmesi yapmış olan alıcının bu sözleşmeyi feshetmesine yönelten*” kişi haksız rekabetin doğmasına yol açmış olacaktır. Söz konusu düzenleme, Yeni TTK.'nın 55. maddesinin (b) bendinin ilk alt bendinde incelediğimiz hükme paralel olarak İsv. HRK.'nın 4. maddesinin (d) bendinden alınmıştır.

C. Başkalarının İş Ürünlerinden Yetkisiz Yararlanma

Mevcut TTK. düzenlemesinde yer almamakla beraber Yeni TTK.'nın 55. maddesinin (c) bendinde düzenlenen hüküm ile başkasının özellikle fikri mülkiyet kapsamında korunmayan iş ürünlerinden faydalanılmasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır.¹⁴⁷ Aynı hükümler İsv. HRK.'nın 5. maddesinde düzenlenmektedir. Başkalarının iş ürünlerinden veya bu ürünler ile elde edilen ün veya itibardan faydalanılması Fransız doktrininde genel olarak parazit rekabet kavramı içinde değerlendirilmektedir.¹⁴⁸

Yeni TTK.'nın 55. maddesinin (c) bendinin ilk alt bendi, failin, haksız rekabeti oluşturan yararlanmaya konu iş ürününe belli bir iş ilişkisi sonucunda sahip olduğu durumu düzenlemektedir. Buna göre, “*kendisine emanet edilmiş teklif, hesap veya plân gibi bir iş ürününden yetkisiz yararlanan*” kişi haksız rekabetin doğmasına yol açacaktır. İsviçre doktrininde de dile getirildiği üzere, söz konusu iş ürünü mesleki olarak kullanmamak ve fakat o üründen sadece özel amaçlı yararlanmak

¹⁴⁶ Teoman, (Ülgen, Ticari İşletme Hukuku) N., s. 463; Martin-Achard, La LCD du 19.12.1986, s. 75.

¹⁴⁷ Hükümün gerekçesinde, hükümün “*hukuken özel olarak korunmayan ancak, iş, faaliyet, üretim vs. yönünden önem taşıyan, teklif, hesap, plan gibi ürünlerden yetkisiz yararlanma*”yı kapsamakta olduğu ifade edilmektedir.

¹⁴⁸ G. Ripert/R. Roblot, s. 616-617.

haksız rekabete yol açmamaktadır.¹⁴⁹ Örneğin, bir ürünün tasarım ve üretimi için anlaşmaya varılan tasarım şirketinin, sözleşme feshedildikten sonra söz konusu ürünün örneğini sadece kendi özel kullanımına özgü olarak üretmesi ve kullanması halinde haksız rekabet söz konusu olmayacaktır.

Yeni TTK.'nın 55. maddesinin (c) bendinin ikinci alt bendinde ise, üçüncü kişiye ait iş ürünlerinden faydalanılması düzenlenmiştir. Anılan hükümde, “*söz konusu iş ürünlerinin kendisine yetkisiz olarak tevdi edilmiş veya sağlanmış olduğunun bilinmesi gerektiği hâlde, üçüncü kişilere ait teklif, hesap veya plân gibi bir iş ürününden yararlanmak*” bir haksız rekabet hali olarak düzenlenmiştir. Bu düzenleme, yukarıda ele alınan hükmü tamamlayıcı niteliktedir. Aslında söz konusu hükümler uygulamada sıkça görülebilecek iki durumu düzenlemektedir.

Son olarak, Yeni TTK.'nın 55. maddesinin (c) bendinin üçüncü alt bendinde, “*kendisinin uygun bir katkısı olmaksızın başkasına ait pazarlanmaya hazır çalışma ürünlerini teknik çoğaltma yöntemleriyle devralıp onlardan yararlanma*”nın haksız rekabete yol açacağı düzenlenmiştir. Madde metnindeki “uygun katkı” ifadesi ile, mehaz kanun düzenlemesine uygun olarak, haksız faydalanmaya konu olan söz konusu ürünlerin yaratılmasında belli bir fedakarlık göstererek azımsanamayacak bir katkıda bulunmuş olması ifade edilmek istenmiştir. Yeni TTK.'nın bu düzenlemesi İsv. HRK.'nın 5. maddesinden alınmıştır. İsv. HRK.'da “piyasaya sunulmaya hazır çalışma ürünleri” ifadesi kullanılmıştır. İsviçre doktrininde haklı olarak hükmün açık olmadığı, “piyasaya sunulmaya hazır iş ürünleri” ifadesinden ne anlaşılması gerektiğinin belirlenemediği konusunda eleştiriler dile getirilmiştir.¹⁵⁰ Kanımızca bu düzenleme, Yeni TTK.'da da kullanılan ifade göz önüne alındığında, üzerinde yapılan çalışmalar tamamlandıktan sonra piyasaya sunulmadan önce son halini almış olan ürünlerin yazılı, görsel veya işitsel olarak alınmış kopyaları veya bu ürünlere çok benzeyen, üzerinde ayırt edilemeyecek kadar ufak değişiklikler yapılmış ürünleri kapsamaktadır.

Federal Mahkeme, parazit haksız rekabet hallerinin en temel örneklerinden biri olan “başkasının iş ürünlerinden faydalanma” halinin oluşabilmesi için, basit bir taklit fiilini yeterli görmemekte, başka bir takım unsurların varlığını aramaktadır. Buna göre, failin söz konusu iş ürünü birebir olmasa bile doğrudan, yani sanki o ürünü kendi oluşturmuşçasına taklit etmiş (doğrudan alıntılanma koşulu) ve söz

¹⁴⁹ **Martin-Achard**, La LCD du 19.12.1986, s. 79.

¹⁵⁰ **Martin-Achard**, La LCD du 19.12.1986, s. 81.

konusu ürünü elde etmek için makul bir harcama yapmamış olması gerekmektedir.¹⁵¹ Bu unsurların yokluğu halinde fiil, İsv. HRK. m. 5/c bendi (Yeni TTK. m. 55/(c) bendinin üçüncü alt bendi) kapsamında değil, haksız rekabete ilişkin genel hükümler kapsamında değerlendirilecektir.

D. Üretim ve İş Sırlarının İfşası

TTK.'nın 57. maddesinin 8. bendinde düzenlendiği üzere, iyiniyete aykırı biçimde elde edilmiş üretim ve ticaret sırlarından haksız yere faydalanmak ve bu sırları yaymak haksız rekabete yol açmaktadır. İsv. HRK.'nın 6. maddesinde yer alan aynı düzenleme benzer şekliyle Yeni TTK.'da da korunmuştur. Yeni TTK.'da biraz daha farklı bir ifade benimsenmiştir. Öncelikle, üretim ve iş sırlarının hukuka aykırı olarak ifşa edilmesinin haksız rekabet yaratacağı dile getirilmiş, daha sonra ise “hukuka aykırı olarak” ve “ifşa etmek” ifadeleri açıklanmıştır. Buna göre, “*özellikle, gizlice ve izinsiz olarak ele geçirdiği veya başkaca hukuka aykırı bir şekilde öğrendiği bilgileri ve üretenin iş sırlarını değerlendiren veya başkalarına bildiren dürüstlüğü aykırı davranmış olur.*” Böylece Yeni TTK.'da her ne kadar ilk bakışta sadece söz konusu sırların ifşasının haksız rekabete yol açacağı düzenlenmiş gibi görünse de, bu sırların “değerlendirilmesi” de haksız rekabet hallerine dahil edilmektedir. TTK.'da benimsenen “iyiniyet kurallarına aykırı olarak elde edilen üretim ve ticaret sırları” ifadesi Yeni TTK.'da “iş ve üretim sırlarının hukuka aykırı olarak ifşası” şeklinde düzenlenmiştir. Halihazırda doktrinde “iyiniyet kurallarına aykırı olarak elde edilen üretim ve ticaret sırları” ifadesinin söz konusu sırların sadece elde edilmesini değil, bu sırların kullanılmasını veya ifşasını da kapsadığı dile getirilmektedir.¹⁵² Aksi yorumun haklı olarak hükmü uygulanamaz kılacağı savunulmaktadır. Zira aksi yorum ile, iyiniyet kurallarına uygun olarak elde edilmekle beraber söz konusu üretim ve ticaret sırlarından haksız bir biçimde faydalanılması halinde haksız rekabete yol açılmayacağı sonucuna varılacaktır. Dolayısıyla, hukuka aykırılık gerek söz konusu sırların elde edilmesi, gerekse kullanımı açısından geçerlidir.¹⁵³ Yeni TTK.'da “iyiniyet kurallarına aykırılık” yerine kullanılan “hukuka aykırılık” ifadesi,

¹⁵¹ “*Yararlanmanın dürüstlük kuralına aykırı düşmemesi ve haksız rekabet teşkil etmemesi için mahsulü meydana getiren kişi ile ondan yararlanan kişinin yaptığı harcamalar arasında bir dengesizlik bulunmalıdır.*” (Altay, s. 737-738-739).

¹⁵² Teoman, (Ülgen, Ticari İşletme Hukuku) N., s. 464.

¹⁵³ Martin-Achard, La LCD du 19.12.1986, s. 84.

düzenlemenin devamında yer alan “hukuka aykırılık karinesi”nden de anlaşılacağı üzere “dürüstlük kuralına aykırılık” olarak anlaşılmaktadır.

Diğer taraftan, elde edilen sırların kullanımından mutlaka kişisel bir çıkar elde edilmesi de aranmamaktadır. Elde edilen sırların herhangi bir şekilde “değerlendirilmesi” veya “başkalarına aktarılması” yeterlidir. Doktrinde bu durumun önüne geçilmek amacıyla işletmelerin çalışanları ve özellikle üst düzey yöneticileri ile imzaladıkları anlaşmalara birtakım “gizlilik kayıtları” koydukları ifade edilmiştir.¹⁵⁴ Bunun dışında uygulamada yine işverenlerin çalışanları ile aralarında yaptıkları sözleşmelere “rekabet etmeme” kayıtları koydukları görülmektedir. Bu şekilde çalışanların işten ayrıldıktan sonra belli bir süre içinde aynı iş veya sektörde çalışmalarının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.¹⁵⁵ Böylece, haksız rekabet hükümleri ile korunan menfaat sözleşmesel yükümlülükler ile de koruma altına alınmaktadır.

Doktrinde TTK.’nın 57. maddesinin 8. bendinde yer alan düzenlemenin bazı özel kanun hükümleri ile de koruma altına alındığı belirtilmiştir. Örnek olarak, anonim ortaklığın ticari defterlerini inceleme yetkisine sahip pay sahipleri ile ilgili TTK. m. 363 hükmü, sermaye piyasasında işlem yapan kişilerin elde ettikleri sırlar ile ilgili Sermaye Piyasası Kanunu’nun “cezaî sorumluluk” başlıklı 47. maddesinin A fıkrasının ilk bendinde yer alan hüküm ve Bankacılık Kanunu’nun “sırların saklanması” başlıklı 73. maddesindeki düzenlemeler gösterilmektedir.¹⁵⁶

E. Üçüncü Kişileri Kandırmaya Elverişli Belgeler Düzenleme

TTK.’nın 57. maddesinin 9. bendinde yer alan düzenleme uyarınca, iyiniyet sahibi kişileri kandırabilecek surette gerçeğe aykırı iyi hal ve iktidar şahadetnameleri vermek haksız rekabete yol açmaktadır. Anılan düzenleme Yeni TTK.’da ve İsv. HRK.’da yer almamaktadır. Söz konusu iyi hal ve iktidar belgeleri bir işletme sahibi tarafından kendi çalışanı ile ilgili verilebileceği gibi, üçüncü bir kişi tarafından bir işletme hakkında da verilebilir. TTK.’nın bu düzenlemesi, yine Yeni TTK.’da yer almayan 57. maddenin 2. bendi ile paralellik taşımaktadır.

¹⁵⁴ Teoman, (Ülgen, Ticari İşletme Hukuku) N., s. 465.

¹⁵⁵ Fransız doktrininde bu tür kayıtları ifade eden “*obligation de non-concurrence*” terimi kullanılmaktadır (Yves Serra, La non-concurrence en matière commerciale, sociale et civile, s. 5 vd.).

¹⁵⁶ İmregün, s. 84; Poroy/Yasaman s. 342.

F. İş Şartlarına Uymama

Gerek mevcut TTK.'nın 57. maddesinin 10. bendinde, gerekse Yeni TTK.'nın 55. maddesinin (e) alt bendinde yer alan düzenlemeye göre, *“kanun veya sözleşme ile belirlenmiş ya da bir meslek dalında uyulması gerekli iş şart ve kurallarına uymamak”* haksız rekabete yol açmaktadır. Zira söz konusu kurallara uymama yoluyla rakiplere oranla ciddi bir ekonomik menfaat sağlanabilmektedir. Bu bakımdan özellikle yasal iş şartlarına uyulmaması halinde, ilgili mevzuat çerçevesinde alınabilecek cezai tedbirler de haksız rekabet hükümleri ile gözetilen ekonomik menfaati korumaya yetmemektedir. Doktrinde bu hükmün uygulanması hakkında özellikle meslek birliklerinin belirlediği dönemler dışında indirimler yapmak, sigortasız işçi çalıştırmak, haftalık azami çalışma sürelerine uymamak, gece çok geç saatlere kadar veya tatil olarak belirlenen günlerde hizmet vermek gibi gerek yasal ve gerekse mahalli birtakım kurallara aykırılıklar örnek olarak gösterilmektedir.¹⁵⁷ Söz konusu düzenleme İsv. HRK.'nın 7. maddesinde de yer almaktadır.

G. Dürüstlük Kurallarına Aykırı İşlem Şartları Kullanma

Mevcut TTK.'nın haksız rekabet halleri arasında sayılmamakla birlikte Yeni TTK.'nın 57. maddesinin son fıkrasında *“haksız rekabete yol açabilecek nitelikteki genel işlem şartları”*na ilişkin bir hüküm yer almaktadır. Diğer haksız rekabet hallerinde olduğu gibi bu düzenleme de İsv. HRK.'nın 8. maddesinden alınmıştır. Madde metninde tercümeden kaynaklanan bir takım anlam bozukluklarının var olduğu görülmektedir. Yeni TTK.'da yer alan düzenleme uyarınca, *“dürüstlük kurallarına aykırı işlem şartları kullanmak”* haksız rekabete yol açmaktadır. Düzenlemenin devamında hangi genel işlem şartlarının dürüstlük kuralına aykırı olduğunu belirleyen bir hüküm vardır. Buna göre, *“özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak yasal düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan veya sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar*

¹⁵⁷ **Teoman**, (Ülgen, Ticari İşletme Hukuku) N., s. 466-467. Yasaman'a göre,örneğin bazı bankalar öğle tatili yaparken, bazı bankaların öğle arası vermemeleri haksız rekabete yol açmaktadır. Yine, sigortasız işçi çalıştırmanın yaptırımları da sosyal güvenlik mevzuatı kapsamında belirlenmektedir. Bu nedenle sigortalı işçi çalıştıran işletmeler ile sigortasız işçi çalıştıran işletmeler arasında haksız rekabete yol açıldığını kabul etmek mümkün değildir (**Poroy/Yasaman**, s. 343-344).

dağılımını öngören önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur."¹⁵⁸

Halihazırda TTK.'da veya BK.'da genel işlem şartları ile ilgili herhangi bir düzenleme yoktur. Ancak Yeni BK.'nın 20 ilâ 26. maddeleri arasında genel işlem şartları düzenlenmektedir. Yeni BK.'nın 20. maddesinde yer alan tanım uyarınca genel işlem şartları, "bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir." Yeni BK.'nın 21. maddesinde ise Yeni TTK.'da "dürüstlük kuralına aykırı" olarak nitelenen genel işlem şartları tanımına benzer bir düzenleme yer almakta ve yaptırım olarak da bu şartların "yazılmamış sayılacağı" belirtilmektedir.¹⁵⁹ Yeni TTK.'da yer alan genel işlem şartları ile ilgili hüküm, Yeni BK.'nın genel hükümleri kapsamında yer alan bu düzenlemelerin haksız rekabet hükümlerine yansımaları olarak görülmektedir.

Haksız rekabet hükümleri içerisinde genel işlem şartları ile ilgili hükümlere yer verilmesinin en önemli nedeni bu şartların niteliğinden kaynaklanmaktadır. Zira genel işlem şartları, tek taraflı iradeye dayalı olarak belirlenen ve karşı tarafa müzakere etme olanağı vermeyen koşullardır. Özellikle ticaret hayatının gerekleri göz önüne alındığında, her tüketici veya müşteri için ayrı ayrı sözleşme hazırlama imkânına sahip olamayan işletmeler, daha önceden sadece kendi hukuki çıkarlarını koruma kaygısı ile hazırladıkları sözleşmeleri kullanmaktadırlar. İsviçre doktrininde de ifade edildiği üzere, İsv. HRK.'nın 8. maddesinde yer alan genel işlem şartları ile ilgili hüküm özellikle ticaret hayatına olan kamusal güveni sağlama amacını gütmektedir.¹⁶⁰

Madde metninde yer alan "doğrudan veya yorum yolu ile uygulanacak kurallar" ifadesi farklı sözleşme tipleri düşünülerek kullanılmıştır. Borçlar Kanunu anlamında tipik sözleşmelere kanun, doktrin ya da içtihatlar ile belirlenen düzenlemeler doğrudan uygulanmakta iken, bu düzenlemeler isimsiz (kanunda

¹⁵⁸ Doktrinde "önceden yazılmış genel işlem şartları ifadesi haklı olarak eleştirilmiştir. Bahtiyar'a göre, "Genel işlem şartlarının tipik özelliklerinden birisi de "önceden yazılmış bulunmaları" olduğuna göre, Tasarı'da yalnızca "genel işlem şartları" denmesi yeterli olup, bilineni tekrara gerek yoktur. Şayet İsviçre kanun koyucusu "önceden yazılmış" olmaya özel bir anlam yüklüyor ise, madde gerekçesinde bunun da ayrıca açıklanması gerekirdi." (Bahtiyar, TTK. Tasarısı'nın Dili, s. 54).

¹⁵⁹ Yeni BK.'nın 21. maddesi uyarınca, "Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır. Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır."

¹⁶⁰ Martin-Achard, La LCD du 19.12.1986, s. 87.

düzenlenmeyen) sözleşmeler hakkında yorum yolu ile uygulanmaktadır. Bununla birlikte, düzenlemenin ikinci kısmında yer alan “*sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören*” ifadesinin sınırlarını belirlemek özellikle isimsiz sözleşmeler açısından büyük güçlükler yaratacaktır.¹⁶¹ Zira bu tür sözleşmelerde taraflara yüklenen edim dağılımının sınırları her bir sözleşme tipi için ayrı birer tartışma konusudur.

Hüküm ile anlatılmak istenen temel husus, genel işlem şartlarının tüketici ve müşterilerin tercihleri üzerinde yanıltıcı bir etki yaratması gereğidir. Zira, daha ağır koşullar içermesine rağmen tüketici tarafından bilinçli bir şekilde kabul edilen genel işlem şartları haksız rekabete yol açmaz. İsviçre doktrininde dile getirildiği üzere, buradaki “yanılma” Borçlar Hukukunun “hata” ile ilgili genel hükümleri anlamında bir yanılma değildir. Söz konusu genel işlem şartlarının tüketicileri hata yapmaya sevk edici nitelikte olması haksız rekabetin doğması açısından yeterlidir.¹⁶²

H. Türk Ticaret Kanunu Dışında Düzenlenen Haksız Rekabet Halleri

TTK.’da yer alan haksız rekabet halleri dışında, yukarıda haksız rekabet ile fikri mülkiyet hukuku arasındaki ilişkiyi incelerken belirttiğimiz üzere, 5846 sayılı FSEK.’in 83 ve 84. maddelerinde özel bir haksız rekabet düzenlenmektedir.¹⁶³ Anılan FSEK. hükümleri TTK.’nın 57. maddesinin 5. bendinde yer alan iltibas ile ilgili hükmün fikir ve sanat eserlerine uygulanmasından ibarettir. FSEK.’de yukarıda belirtilen düzenlemelere yer verilmemiş olsaydı dahi, TTK.’daki haksız rekabet hükümlerine başvurarak amaçlanan korumanın sağlanabileceği şüphesizdir.¹⁶⁴ FSEK. kapsamında sağlanan korumadan faydalanılamaması (haksız rekabetin konusunu oluşturan emeğin “eser” olarak nitelendirilememesi) halinde ise yine haksız rekabetle ilgili TTK.’nın genel hükümlerine başvurma imkanı vardır.¹⁶⁵

¹⁶¹ Anılan ifadenin “sözleşmeden doğan hak ve borçların, sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı bir biçimde dağılımını öngören” şeklinde değiştirilmesi ifade edilmek istenen anlam açısından daha doğru olacaktır.

¹⁶² **Martin-Achard**, La LCD du 19.12.1986, s. 88.

¹⁶³ **İmregün** s. 84; **Poroy/Yasaman** s. 344; **Karahan**, s. 210.

¹⁶⁴ **Poroy/Yasaman** s. 344.

¹⁶⁵ Yargıtay 11.HD.’nin E. 2004/11522 ve K. 2005/9010 sayılı ve 30.09.2005 tarihli kararı uyarınca, “*davacılar vekili müvekkillerinin bir grup halindeki özgün tarz ve dansları ile tanıttıklarını iddia ettiği karaktere verdikleri "M..." adına yönelik tecavüzün önlenmesini talep ettiğine ve FSEK’nın 83. maddesi ve TTK’nın haksız rekabet hükümlerine dayandığına göre; davacıların bu isim ile yarattıkları karakterin öncelikle 5846 sayılı FSEK hükümlerine göre "eser" sayılıp sayılmayacağı ve bu yolla "M..." adının FSEK’nın haksız rekabet başlığı altında düzenlenen 83. maddesi hükümlerinin*

Ayrıca, 14.06.1989 tarih ve 3577 sayılı İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun'da yer alan düzenlemeler ile dampinge veya sübvansiyona konu olan ithalatın sebep olduğu zarara karşı bir üretim dalının korunması ve haksız rekabetin önlenmesi amaçlanmaktadır.¹⁶⁶

III. HAKSIZ REKABETİN SONUÇLARI

Yukarıda açıklanan haksız rekabet hallerinin varlığı halinde kimlerin, hangi kanuni yollara başvurabilecekleri TTK.'nın 58 ilâ 65. maddelerinde düzenlenmektedir. Buna göre, kanunda belirtilen şartların varlığı halinde haksız rekabet failinin hukuki ve cezai sorumluluğu doğmaktadır. Aynı düzenlemeler Yeni TTK.'nın 56 ve devamı maddelerinde de yer almaktadır.

A. Hukuki Sorumluluk

TTK.'nın 58. maddesine göre, haksız rekabeti doğuran fiilin varlığı iddiasında olan davacı taraf i) Fiilin haksız olup olmadığının tespiti talebiyle bir tespit davası; ii) Haksız rekabetin men'i davası; iii) Haksız rekabetin neticesi olan maddi durumun ortadan kaldırılması, haksız rekabet yanlış veya yanıltıcı beyanlarla yapılmışsa bu beyanların düzeltilmesi davası; iiiii) kusur varsa uğranılan zararın tazmini davası ve BK.'nın 49. maddesinde gösterilen şartlar mevcutsa manevi tazminat davası açabilir.

TTK.'nın 58. maddesinde yer alan tespit davası, HUMK.'un 368 vd. maddelerinde düzenlenen tespit davasından farklıdır.¹⁶⁷ Zira HUMK.'da düzenlenen delil tespitidir ve kesin hüküm tesis etmemektedir. Oysa TTK.'da düzenlenen tespit davası, sadece haksız rekabet fiilinin varlığının saptanmasının haksız rekabetin ortadan kaldırılması için yeterli olabileceği durumlar için düzenlenmiştir ve davanın konusunu oluşturan haksız rekabet fiilinin tespiti açısından kesin hüküm teşkil etmektedir.¹⁶⁸

uygulanamaması halinde ise; bu kez de uyuşmazlığın TTK'ca düzenlenen haksız rekabet ilkeleri gözetilerek çözüme kavuşturulması zorunludur." Bkz. <http://www.kazanci.com>.

¹⁶⁶ Poroy/Yasaman s. 344.

¹⁶⁷ İmregün s. 85; Ayhan, s. 492; Teoman, (Ülgen, Ticari İşletme Hukuku) N., s. 467. Aynı hükümler 6100 sayılı Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK. R.G. 04.02.2011) 400 vd. maddelerinde düzenlenmektedir.

¹⁶⁸ Teoman, (Ülgen, Ticari İşletme Hukuku) N., s. 468.

Haksız rekabetin men'i davası ise bir eda davası niteliğindedir ve haksız rekabetin devam ettiği durumlarda başvurulabilecek bir davadır. Bununla birlikte haksız rekabet fiilinin tekrarlanması tehlikesinin varlığı halinde de bu dava açılabilir.¹⁶⁹ Haksız rekabetin etkileri sona erdiğinde veya söz konusu fiilin tekrarlanması ihtimali kalmadığında, haksız rekabetin men'i davası açma hakkı da sona ermektedir.

Haksız rekabetin neticesi olan maddi durumun ortadan kaldırılması, haksız rekabet yanlış veya yanıltıcı beyanlarla yapılmışsa bu beyanların düzeltilmesi talebiyle açılan dava ile haksız rekabet sonucu doğan mevcut durumun önceki duruma iadesi istenmektedir. Bu nedenle doktrinde bu dava için "eski hale iade davası" ifadesi kullanılmaktadır.¹⁷⁰ Anılan dava ile haksız rekabetin yarattığı tüm etkilerin ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır. Örneğin, iltibasın varlığı halinde, iltibasa konu ürünlerin toplatılması ve imhası istenebilir; yanıltıcı ve gerçek dışı beyanlarla haksız rekabete yol açıldığı durumlarda ise bu beyanların düzeltilerek, durumun gerçeğe uygun şekilde ilanı talep edilebilecektir. Ancak eski hale iade davası maddi tazminat davasından ayrılmaktadır. Zira haksız rekabet fiilinin mağduru, ortaya çıkan maddi zararın tazmini amacıyla ayrı bir tazminat davası açmak durumundadır.¹⁷¹

Haksız rekabet sonucu doğan maddi zararın tazmini talebi ise, daha evvel de belirttiğimiz üzere, diğer taleplerin aksine failin kusurlu olduğunun tespitini gerektirmektedir. Bununla beraber, maddi tazminat davasının kabulü davacının somut bir zarara uğramış olmasını ve dava konusu fiil ile zarar arasında nedensellik bağının mevcudiyetini gerektirmektedir. Gerek zararın, gerekse haksız rekabete yol açan fiil ile zarar arasındaki nedensellik bağının mevcudiyetini ispat yükü davacıdadır. Ancak, TTK.'nın 58. maddesinde (ve Yeni TTK.'nın 56. maddesinde), uğranılan zararın gerçek sebep ve miktarını tespit etmenin zorluğu göz önüne alınarak, hâkimin tazminat olarak "haksız rekabet neticesinde davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına" hükmedebileceği düzenlenmiştir.¹⁷²

¹⁶⁹ İmregün s. 85.

¹⁷⁰ Teoman, (Ülgen Ticari İşletme Hukuku) N., s. 468; Ayhan, s. 496.

¹⁷¹ Ayhan, s. 496.

¹⁷² Yargıtay 11.HD.'nin E. 1997/4268 K. 1997/4712 sayılı ve 16.06.1997 tarihli kararı uyarınca, "TTK.'nin 58/1. maddesi uyarınca haksız rekabet nedeniyle davacının uğradığı zarar, davalının elde ettiği kar miktarı olmayıp, elde etmekten yoksun kaldığı kar miktarıdır. Bu zarar miktarı tarafların ticari defterleri ve diğer kanıtlar birlikte değerlendirilmek suretiyle bilirkişilerce saptanmalıdır. Yasa koyucu, zararın bu şekilde saptanmasındaki güçlüğü de göz önüne alarak haksız rekabet sonucunda davalının elde etmesi mümkün görülen zararın karşılığına da hükmedebileceğini açıklamıştır. Amaç, davacının haksız rekabet sonucunda satamadığı mal miktarı üzerinden karşı tarafın bu tutarda mali

Son olarak, zarar gören kişi (haksız rekabet davacısı), BK.'nın 49. maddesinde yer alan şartların varlığı halinde, uğradığı manevi zararın tazminini de isteyebilecektir. Manevi tazminat davası da, failin kusurlu olması ihtimalinde kabul edilebilecektir. Bu dava, gerçek kişiler tarafından açılabileceği gibi tüzel kişiler tarafından da açılabilmektedir.¹⁷³

TTK.'nın 58. maddesi uyarınca yukarıda açıkladığımız davaları, “*haksız rekabet yüzünden müşterileri, kredisi, mesleki itibarı, ticari işletmesi veya diğer iktisadi menfaatleri bakımından zarar gören veya böyle bir tehlikeye maruz bulunan kişiler*” ile “*haksız rekabet yüzünden iktisadi menfaatleri zarar gören müşteriler*” de açabilmektedirler. Bununla beraber, ticaret ve sanayi odaları, esnaf dernekleri, borsalar ve tüzüklerine göre üyelerinin iktisadi menfaatlerini korumaya yetkili bulunan diğer mesleki ve iktisadi birlikler veya bu birliklerin şubelerinin üyeleri de maddi ve manevi tazminat davası dışında kalan davaları açmaya yetkilidirler. Yeni TTK.'nın 56. maddesinde yer alan düzenlemede, anılan mesleki birlik ve kuruluşlara ek olarak, tüzüklerine göre tüketicilerin ekonomik menfaatlerini koruyan sivil toplum kuruluşlarıyla kamusal nitelikteki kurumların da maddi ve manevi tazminat davası dışında kalan davaları açabilecekleri belirtilmiştir.

Haksız rekabet davasının davalısı ise, haksız rekabete yol açan fiili işleyen rakipler olabileceği gibi, iltibasla ilgili düzenleme gereği, iltibas konusu malı bilerek ya da bilmeyerek satışa arz eden veya şahsi ihtiyacından fazlasını elinde bulunduran kişilerle, diğer haksız rekabet halleri ile ilgili olarak haksız rekabet fiiline doğrudan veya dolaylı olarak katılan kişiler de olabilirler. TTK.'nın 59. maddesi gereğince, haksız rekabet fiili, hizmet veya işlerini gördükleri esnada müstahdemler veya işçiler tarafından işlenmiş olursa, maddi ve manevi tazminat davası dışında kalan davalar bu kişilere karşı da açılabilecektir.

Son olarak, basının sorumluluğunu düzenleyen TTK.'nın 60. maddesine göre, haksız rekabet fiilinin basın vasıtasıyla işlenmiş olduğu durumlarda, yine maddi ve manevi tazminat davası dışında kalan davalar, yazı sahibi veya ilan veren aleyhine açılabilir. Ancak, yazı veya ilan, yazı sahibinin yahut ilan verenin haberi olmaksızın veyahut rızalarına aykırı olarak yayınlanmışsa; yazı sahibi veya ilan verenin kim

satmasından dolayı elde edebileceği yararın saptanmasıdır. O halde yapılacak iş; öncelikle davacının söz konusu dönemde haksız rekabet nedeniyle uğradığı zararın ticari defterleri üzerinde inceleme yapılarak saptanması, mümkün olmadığı takdirde T.T.K.nun 58/e maddesi dikkate alınarak maddi tazminat miktarına hükmedilmesi gerekir.” Bkz. <http://www.kazanci.com>.

¹⁷³ **İmregün** s. 86; **Ayhan**, s. 499; **Teoman**, (Ülgen Ticari İşletme Hukuku) N., s. 471.

olduğunun bildirilmesinden kaçınılmışsa ya da başka sebepler yüzünden yazı sahibi veya ilanı verenin meydana çıkarılması veya aleyhlerine bir Türk mahkemesinde dava açılması mümkün olmazsa, anılan davalar, yazı işleri müdürü, eğer bir ilan söz konusu ise ilan servisi şefi, yazı işleri müdürü ve ilan servisi şefi gösterilmemiş veya yoksa yayınlayan, bu da gösterilmemişse yayınevi sahibi aleyhine de açılabilir.

B. Cezai Sorumluluk

TTK.'nın 64. maddesi haksız rekabet fiilini işleyenler hakkında ceza davası açılabilmesinin şartlarını düzenlemektedir. Buna göre, TTK.'nın 58. maddesi gereği hukuk davası açma hakkına sahip olan kişilerin şikâyeti üzerine ceza davası açılabilecektir. Bununla birlikte haksız rekabetin men'i hakkındaki kesinleşmiş ilama rağmen haksız rekabet fiiline aynen veya tali değişikliklerle devam eden kişiler hakkında re'sen dava takip olunur.

TTK.'nın 65. maddesinde ise, tüzel kişilerin cezai sorumluluğu düzenlenmektedir. Aynı düzenleme Yeni TTK.'nın 63. maddesinde yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre, *“tüzel kişilerin işleri görmeleri sırasında bir haksız rekabet fiili işlenirse, cezai sorumluluğu düzenleyen madde hükmü, tüzel kişi adına hareket eden veya etmesi gerekmiş olan organın üyeleri veya ortaklar hakkında uygulanır.”* Ayrıca Yeni TTK.'da, haksız rekabet faili tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirlerine hükmedilebileceği de belirtilmektedir.

C. İhtiyati Tedbirler ve Zamanaşımı

TTK.'nın 63. maddesi, 58. madde gereği dava açma hakkı olan kişilerin mevcut durumun korunması, haksız rekabetin men'i ve haksız rekabet fiilinin doğurduğu sonuçların düzeltilmesine ilişkin olarak HUMK.'un ilgili hükümleri uyarınca ihtiyati tedbire hükmedilebileceğini düzenlemektedir. Bu şekilde haksız rekabet mağduru davacının geçici bir süreyle dahi olsa korunması sağlanmış olmaktadır.¹⁷⁴

¹⁷⁴ Poroy/Yasaman s. 347; Karahan, s. 216.

TTK.'nın 62. maddesinde yer alan düzenlemede haksız rekabet davalarına ilişkin zamanaşımı süreleri belirlenmiştir. Buna göre, yukarıda açıklanan ve TTK.'nın 58. maddesinde düzenlenen davalar, davaya hakkı olan tarafın bu hakların doğumunu öğrendiği günden itibaren bir yıl ve her halde bunların doğumundan itibaren üç yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Bununla birlikte, şayet söz konusu fiil ceza davasına konu bir fiilse ve bu fiil hakkında Ceza Kanunu gereğince daha uzun bir zamanaşımı öngörülmekte ise, bu zamanaşımı süresi hukuk davası ile ilgili olarak da uygulama alanı bulacaktır. Devam eden haksız rekabet fiilleri ile ilgili zamanaşımı süreleri, söz konusu fiillerin bitiminden itibaren başlayacaktır. Bu durumda haksız rekabet fiili devam ettiği sürece zamanaşımı süreleri de işlemeyecektir.¹⁷⁵ TTK.'da düzenlenen zamanaşımı süreleri Yeni TTK.'da da aynen korunmuştur.

¹⁷⁵ Haksız rekabet davasının çok uzun bir süre sonra açılmasının hakkın kötüye kullanılmasına yol açacağı ifade edilmektedir (**Poroy/Yasaman** s. 346). Hak sahibinin yasal bir hakkını uzun süre kullanmadığı takdirde, söz konusu hakka dayalı olarak dava açması MK.'nın 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralına aykırılık olarak nitelendirilmekte ve buna cevaz verilmemektedir. Bu durum doktrinde, “sessiz kalarak hakkın yitirilmesi” şeklinde tanımlanmaktadır (**Tekinalp Ünal**, s. 162).

İKİNCİ KISIM
HAKSIZ REKABETTEN DOĞAN
UYUŞMAZLIKLARDA
UYGULANACAK HUKUK

§2. HAKSIZ REKABETTEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARDA UYGULANACAK HUKUK

Çalışmamızın birinci kısmında genel olarak haksız rekabet kavramından ve haksız rekabet fiillerinin bazı yasal düzenlemelerde ele alınış biçimlerinden bahsetmiştik. Bu çerçevede haksız rekabet kavramını ulusal hukuk düzleminde ele almış ve konuyu uluslararası hukuk açısından incelememiz için gerekli bazı temel unsurları açıklamıştık.

Çalışmamızın bu kısmında ise uluslararası alanda doğan haksız rekabet kavramına ve uluslararası özel hukukun uygulama alanına giren haksız rekabet hallerinden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuka ilişkin açıklamalarda bulunacağız. Bunun için öncelikle “uluslararası haksız rekabet” kavramına değinmek ve kanunlar ihtilafı kurallarının belirlenmesi açısından yaşanan süreç ve gelinen noktaya ilişkin bazı açıklamalar yapmak gerektiği düşüncesindeyiz. Daha sonra ise farklı hukuki düzenlemeler çerçevesinde kabul edilen bağlama noktalarını inceleyerek 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK.)’un¹⁷⁶ 37. maddesinde belirlenen haksız rekabetten doğan uyuşmazlıklara ilişkin kanunlar ihtilafı kuralının içeriğini ayrıntılı bir biçimde ele almaya çalışacağız. Bu bağlamda, 18.12.1987 tarihinde kabul edilerek 01.01.1989 tarihinde yürürlüğe giren İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (İsv. MÖHK.)’ndaki¹⁷⁷ düzenlemelerle ilgili açıklamalarda bulunacağız. Zira, İsviçre Hukuku, haksız rekabete ilişkin maddi hukuk hükümlerinde olduğu gibi, haksız rekabetten doğan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuku tespit eden kanunlar ihtilafı kuralları açısından da Türk Hukukuna örnek olmuştur. Yine AB. yasama çalışmaları çerçevesinde Avrupa Konseyi ve Parlamentosu tarafından 11.07.2007 tarihinde kabul edilen ve akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuka dair yeknesak kurallar içeren Roma II

¹⁷⁶ 5718 sayılı MÖHUK. TBMM.’de 27.11.2007 tarihinde kabul edilmiş ve 12.12.2007 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.

¹⁷⁷ Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (RS 291), entrée en vigueur le 01.01.1989 (RO 1988 1827), <http://www.admin.ch/ch/f/rs/2/291.fr.pdf>.

Tüzüğü'nde¹⁷⁸ yer alan haksız rekabete uygulanacak hukuka ilişkin düzenlemeyi de inceleme imkanı bulacağız.

I. GENEL OLARAK

Uluslararası rekabet açısından kullanılan pazarlama ve satış teknikleri ve globalleşen piyasa koşulları karşısında günümüzde artık salt ulusal rekabet hallerinden bahsedebilmek gittikçe zorlaşmakta; ulusal haksız rekabet halleri, yerini uluslararası haksız rekabet hallerine bırakmaktadır. Zira, artık bir haksız rekabet fiili genellikle birden fazla ülke piyasası üzerinde ekonomik etkiler yaratmaktadır. Bu durumun en somut sonucu ise, birden fazla ülke piyasasını etkileyen bu tür uluslararası haksız rekabet hallerine ilişkin uyumsuzluklarda uygulanacak hukukun tespiti konusunda yaşanan zorluklardır.

Çalışmamızın birinci kısmında da belirttiğimiz üzere ulusal hukuk sistemlerinde kabul edilen haksız rekabet kavramına ilişkin temel unsurlar, uluslararası haksız rekabet kavramının da temelini oluşturmaktadır. Bu bakımdan, özellikle son zamanlarda taraftar bulan ve ekonomik rekabeti bir bütün halinde ele alarak, haksız rekabet fiillerinin gerek ticari yaşamın ana aktörleri olan rakipleri ve gerekse piyasaya ve dolayısıyla da rekabete yeni dahil olacak olan kişiler ile haksız rekabetin üzerinde doğrudan etki yarattığı müşterileri ve tüketicileri de kapsamakta olduğunu kabul eden modern yaklaşım, haksız rekabete uygulanacak hukukun ve bu anlamda bağlama noktalarının belirlenmesinde önemli rol oynamaktadır.

A. Uluslararası Haksız Rekabet Kavramı

Uluslararası özel hukuk hükümlerinin ve dolayısıyla kanunlar ihtilafi kurallarının uygulama alanı bulabilmesi için, somut uyumsuzluğun yabancılik unsuru taşınması ve özel hukuka ilişkin bir uyumsuzluğun söz konusu olması gerekmektedir. Çalışmamızın birinci kısmında haksız rekabet kavramının temelde haksız fiilden kaynaklanan akit dışı bir borç ilişkisi olduğundan ve hatta Fransız Hukukunda haksız

¹⁷⁸ Règlement (CE) No. 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles («Rome II»), Journal Officiel de l'Union Européenne L 199/40 31.07.2007, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:199:0040:0049:FR:PDF>.

fiillere ilişkin düzenlemeler çerçevesinde ele alındığından bahsetmiştik.¹⁷⁹ Dolayısıyla haksız rekabetten doğan uyuşmazlıkların özel hukuka ilişkin olduğu konusunda şüphe yoktur. Bununla birlikte, haksız rekabetten doğan bir uyuşmazlığın uluslararası özel hukukun uygulama alanına girebilmesi için söz konusu uyuşmazlığın yabancı bir veya birden çok hukuk düzeni ile ilişkili olması, yani “yabancılık unsuru” taşıması gerekmektedir.¹⁸⁰

Yabancılık unsuru kavramı uluslararası özel hukukun her bir bağlama konusu açısından farklılık göstermekte ve her kanunlar ihtilafı kuralı açısından farklı bir değerlendirmeye tabi tutulmaktadır. Örneğin, uyuşmazlığın taraflarından birinin yabancı olması, yerleşim yerinin veya mutad meskeninin yabancı bir ülkede bulunması, uyuşmazlığa konu hukuki işlemin yabancı bir ülkede yapılmış olması veya uyuşmazlığın doğmasına neden olan fiilin yabancı bir ülkede meydana gelmesi durumlarında yabancılık unsurundan bahsedilmektedir.

Haksız rekabettten doğan uyuşmazlıkların bu çalışmaya konu kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasını gerektiren bir uyuşmazlık olması, söz konusu uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşımasına bağlıdır. Hiçbir yabancılık unsuru içermeyen ve dolayısıyla da Türk hakiminin çalışmamızın birinci kısmında ele aldığımız TTK.’da yer alan haksız rekabet hükümlerini uygulayacağı uyuşmazlıklar açısından herhangi bir sorun olmadığı açıktır. Bu çerçevede, hangi durumlarda yabancılık unsuru içeren bir haksız rekabet fiilinden bahsedilebileceğinin açıklığa kavuşturulması ihtiyacı doğmaktadır.

Haksız rekabetten doğan uyuşmazlıklar açısından yabancılık unsuru, uyuşmazlığın taraflarından birinin yabancı olması, uyuşmazlığa konu fiilin yabancı bir ülkede gerçekleşmiş olması veya söz konusu fiilin sonuçlarının yabancı bir ülkede doğmuş olması şeklinde karşımıza çıkabilir. Sonuç olarak bir haksız rekabet fiilinden doğan uyuşmazlığın birden fazla ülke ile ilişkili olması halinde uluslararası özel hukukun uygulama alanı bulacağını belirtmek doğru olacaktır. Örneğin, yabancı bir şirket tarafından Türk piyasalarını etkileyecek bir haksız rekabet fiilinin işlenmesi halinde, Türk hakimi MÖHUK.’da yer alan kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamak durumundadır. Yine failin Türk vatandaşlığına sahip gerçek veya tüzel bir kişi olduğu

¹⁷⁹ Bkz. “Haksız Rekabet Düzenlemelerine İlişkin Farklı Hukuk Sistemleri” başlıklı bölüm.

¹⁸⁰ **Ergin Nomer**, Devletler Hususi Hukuku, Yenilenmiş 18. Bası: Nomer/Şanlı, Beta Yayınları, İstanbul 2010 (**Nomer/Şanlı**), s. 5; **Aysel Çelikel/Bahadır Erdem**, Milletlerarası Özel Hukuk, Yenilenmiş 10. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2010, s. 8.

ve Türkiye'nin de aralarında bulunduğu birden fazla ülkenin piyasasını etkileyen haksız rekabet hallerinde, zarar yerinin Türkiye dışında gerçekleşmesi halinde de yabancılik unsuru taşıyan bir haksız rekabet hali söz konusu olacaktır. Haksız rekabet fiilinin Türkiye dışında işlenmesi ve bu fiil sonucunda Türk piyasalarının etkilenmesi de yine kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasını gerektiren bir durumdur.

Doktrinde, haksız rekabet fiilleri açısından teorik bir ayrıma yer verilmekte ve “objektif ve sübjektif yabancılik unsuru”ndan bahsedilmektedir.¹⁸¹ Bu çerçevede, iki veya daha fazla ülkeyi içine alan uyuşmazlıklarda “objektif yabancılik unsuru” söz konusudur. Örneğin idare merkezi Türkiye’de bulunan ve Fransa’ya mal ihracatı yapan bir Türk şirketinin Fransız piyasalarında etki doğuracak bir haksız rekabet fiiline yol açması halinde böyle bir durumdan bahsedilebilir. Zira burada hangi ülke yargısına başvurulduğundan bağımsız olarak uluslararası özel hukukun uygulama alanına girecek bir haksız rekabet uyuşmazlığından bahsedilmektedir. Bu durumda, somut uyuşmazlığın ilişkili olmadığı diğer bir ülke hakimi objektif yabancılik unsurunun varlığından hareketle uluslararası özel hukuk hükümlerini ve kanunlar ihtilafı kurallarını uygulama yoluna gidecektir. Burada, Türkiye veya Fransa dışındaki üçüncü bir devlet açısından iki farklı yabancılik unsurunun varlığından söz edilebilir. Örneğin, uyuşmazlığın Alman Mahkemeleri önüne geldiğini varsayacak olursak, haksız rekabet faili yabancı ülke vatandaşıdır ve haksız rekabet fiilinden doğan sonuç yabancı ülkede gerçekleşmiştir.

Diğer taraftan, yabancılik unsurunun başvuru alanı ülke hakiminin takdirine dayalı olarak tespit edildiği hallerde “sübjektif yabancılik unsuru”ndan bahsedilmektedir.¹⁸² Yukarıda verilen örnekte Türk veya Fransız hakimi açısından durum böyledir. Böyle bir durumda Türk veya Fransız hakimi kendi kanunlar ihtilafı sistemine bağlı olarak yabancılik unsurunu tespit edecektir. Çünkü olaya Fransız veya Türk hakimi açısından bakılacak olursa, sadece tek bir yabancılik unsurunun varlığından bahsetmek mümkün olacaktır. Türk hakimi açısından, haksız rekabet fiilinin sonucu yabancı ülkede doğmuştur ve bu nedenle yabancılik unsuru söz konusudur. Fransız hakimi açısından ise haksız rekabet faili yabancı bir kişi olduğundan yabancılik unsurunun bulunmaktadır. Şunu da belirtmek gerekir ki yabancılik unsurunun objektif veya sübjektif olması teorik bir ayırımdan öteye geçmemektedir. Zira, zaten yabancılik unsuru hangi ülke yargısına başvurulduysa o

¹⁸¹ Danthe, s. 40.

¹⁸² Danthe, s. 40.

ülkenin hakimi tarafından kendi uluslararası özel hukuk sistemi çerçevesinde tespit edilecektir.

B. Haksız Fiillere Uygulanacak Hukuk İle İlgili Değerlendirmeler

Yabancılık unsuru taşıyan ve dolayısıyla uluslararası özel hukukun uygulama alanına giren uyuşmazlıklarda en önemli hususlardan biri de söz konusu uyuşmazlığın temelinde yatan işlem ve fiillerin hukuki anlamda nitelendirilmesi sorunudur. Haksız rekabetten doğan uyuşmazlıkların hangi bağlama konusu içinde değerlendirildiğine ilişkin yaşanan sürece ışık tutmak amacıyla uluslararası özel hukukun ana konularından biri olan kanunlar ihtilafı sisteminin temelini oluşturan bazı genel açıklamaların yapılmasının doğru olacağı kanaatindeyiz.

Uygulanacak hukukun tespitinde başvuru kanunlar ihtilafı kuralları zorunlu olarak iki unsur içermektedir: bağlama konusu ve bağlama noktası. Bağlama konusu, uyuşmazlığın temelindeki hukuki ilişkinin hangi hukuki kavram çerçevesinde ele alınması gerektiğini tespit etmek için kullanılırken, bağlama noktası söz konusu hukuki ilişkinin hangi ülkenin hukuk sistemine göre çözüme kavuşturulması gerektiğini belirlemektedir.¹⁸³ Bağlama konuları bağlama noktaları vasıtasıyla belirli bir devletin hukuk sistemine bağlanır ve böylece somut uyuşmazlık söz konusu devletin ilgili hükümlerince çözüme kavuşturulur.¹⁸⁴ Örneğin bir fiilin haksız rekabet kavramı içinde değerlendirilmesi kanunlar ihtilafı kuralı açısından bağlama konusunun tespiti anlamını taşımaktadır. Somut olaya konu uyuşmazlığın haksız rekabet kavramı çerçevesinde değerlendirilmesi ise bağlama konusunun nitelendirilmesi ile ilgili bir husustur. Yine haksız rekabet örneğinden hareket edecek olursak, MÖHUK.'un 37. maddesindeki kanunlar ihtilafı kuralı uyarınca, haksız rekabetten doğan taleplerin haksız rekabet sebebiyle piyasası doğrudan etkilenen ülke hukukuna tabi olacağı belirtilmektedir. Madde metnindeki “piyasası doğrudan etkilenen ülke” ifadesi bağlama noktasını ifade etmektedir. Böylece, bağlama konusu uyuşmazlık bağlama noktası ile belirlenen ülkenin hukuk sistemine bağlanmakta ve bu şekilde tespit edilen yetkili hukuka göre (*lex causae*) çözümlenmektedir.

¹⁸³ **Gülören Tekinalp**, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 2007 Tarihli MÖHUK Uyarınca Güncelleştirilmiş 10. Bası, Vedat Kitapçılık İstanbul 2009, s. 35; **Nomer/Şanlı**, s. 95-96 ve 103.

¹⁸⁴ **Çelikel/Erdem**, s. 63.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere haksız rekabet kavramı temelde haksız fiiller çerçevesinde değerlendirilmektedir.¹⁸⁵ Bu durumun sonucu olarak tıpkı maddi hukuk kurallarında olduğu gibi, haksız fiillerin özel bir görünümü olan haksız rekabetten kaynaklanan uyuşmazlıklarda uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralları açısından da haksız fiillere ilişkin düzenlemeler uygulama alanı bulmuştur. Bu durum haksız rekabete ilişkin özel kanunlar ihtilafı kurallarının kabul edildiği yakın zamana kadar sürmüştür.

Bu nedenle, haksız rekabetten doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk ile ilgili incelemelerde bulunmadan önce, yukarıda da belirttiğimiz üzere haksız rekabetin haksız fiilin özel bir türü olarak nitelendirilmesi nedeniyle, öncelikle haksız fiillere uygulanacak hukuk ile ilgili bazı ülke düzenlemelerine kısaca değinmek gerektiği düşüncesindeyiz. Bu çerçevede özellikle İsviçre, Fransa ve Türk Hukuklarında benimsenen düzenlemeler ile Topluluk Hukuku çerçevesinde uygulama alanı bulacak olan Roma II Tüzüğü hükümleri üzerinde duracağız.

1. Türk, İsviçre ve Fransız Hukuklarında Haksız Fiillere Uygulanacak Hukuk

Haksız fiiller ile ilgili içlerinde Almanya, Hollanda, İtalya, İspanya, Rusya, İngiltere, İsviçre, Fransa ve Türkiye olmak üzere yirmiden fazla ülkede kabul edilen temel bağlama noktası haksız fiilin işlendiği yer hukukudur (*lex loci delicti*).¹⁸⁶ Gerek içtihat ve gerekse doktrinde ileri sürülen görüşler, fiilin işlendiği yer hukukunun fiil ile en sağlam ve kesin ilişkiyi kurduğunu ifade etmektedir.¹⁸⁷ Diğer taraftan yetkili mahkemenin tespiti ile ilgili olarak aynı bağlama noktasının kabulünün, *lex causae* ile

¹⁸⁵ **Thomas Kadner Graziano**, La responsabilité délictuelle en droit international privé européenne, Helbing&Lichtenhahn (Bâle-Genève-Munich)/Bruylant (Bruxelles)/LGDJ (Paris) 2004, s. 87; Adair Dyer, Unfair Competition in Private International Law, Collected Courses of The Hague Academy of International Law 1988 IV, Martinus Nijhoff Publishers Dordrecht-Boston-London 1990, s. 408; **Vischer**, s. 121.

¹⁸⁶ **Pierre Bourel**, Du rattachement de quelques délits spéciaux en droit international privé, Recueil des cours de l'Académie de Droit International 1989 II, Martinus Nijhoff Publishers Dordrecht Boston London 1990, s. 279-282; **Marie-Ange Moreau Bourles**, Structure du rattachement et conflits de lois en matière de responsabilité civile délictuelle, Thèse pour le doctorat d'état en droit, Université de Droit, d'Economie et des Sciences Sociales de Paris, s. 27; Haksız fiiller açısından benimsenen ve farklı ülkelerde geçerli olan çeşitli bağlama noktaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Graziano**, La responsabilité délictuelle en droit international privé européenne, s. 20 vd.

¹⁸⁷ Fiilin işlendiği yer hukukunun tercih edilmesine ilişkin gerekçeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Donggen Xu**, Le droit international privé de la responsabilité délictuelle, Editions Universitaire Fribourg Suisse 1992, s. 7-9.

¹⁸⁷ Fiilin işlendiği yer hukukunun tercih edilmesine ilişkin gerekçeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Donggen Xu**, Le droit international privé de la responsabilité délictuelle, Editions Universitaire Fribourg Suisse 1992, s. 7-9.

*lex forin*in örtüşmesi sonucunu doğuracağı dile getirilmiştir. Ancak daha sonra *lex loci delicti* prensibinin karmaşık haksız fiiller (haksız fiilin taraflarının ve fiil ya da zarar yeri gibi unsurlarının farklı ülkelerin hukuk düzenleri ile ilişkili olduğu durumlar) açısından yetersiz kalışı ve haksız fiil ilişkisinin temelde bir borç ilişkisi olması ve borç ilişkilerinde meydana gelen zararın tazmininin amaçlanması nedeniyle, failden ziyade mağdurun korunması gerektiği fikri farklı bağlama noktalarının belirlenmesini gerektirmiştir.¹⁸⁸ Bu nedenle, modern kanunlar ihtilafı anlayışının ve iletişim tekniklerinin doğurduğu ihtiyaçlar da göz önüne alınarak, temel bağlama noktası olarak *lex loci delicti* prensibinin uygulanmasından kısmen vazgeçilmiş ve bazı özel veya fer'i bağlama noktaları kabul edilmiştir.

Türk Hukukunda haksız fiillere uygulanacak hukuk, haksız fiillere ilişkin genel kanunlar ihtilafı kuralı olan MÖHUK.'un 34. maddesinde belirtilmektedir. 34. maddeyi izleyen dört maddede ise, özel haksız fiil halleri olan kişilik haklarının ihlalden doğan sorumluluk, imalatçının sözleşme dışı sorumluluğu, haksız rekabet ve rekabetin engellenmesinden doğan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuka ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları yer almaktadır.

Haksız rekabet uyuşmazlıkları, özel haksız fiil türlerine özgü kanunlar ihtilafı kurallarına yer veren 5718 sayılı MÖHUK.'un kabulünden evvel, 20.05.1982 tarih ve 2675 sayılı MÖHUK.'un 25. maddesinde düzenlenen haksız fiillere ilişkin kanunlar ihtilafı kuralı çerçevesinde değerlendirilmekteydi.¹⁸⁹ 2675 sayılı (mülga) MÖHUK.'un 25. maddesinde, haksız fiillerin işlendiği yer hukukuna, fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı ülkelerde olması halinde ise zararın meydana geldiği yer hukukuna tabi olacağı belirtilmekte; haksız fiilin başka bir ülke ile daha yakın irtibatlı olması halinde bu ülke hukuku uygulanabileceği ifade edilmektedir.

Buna göre, haksız fiillerden doğan uyuşmazlıklarda öncelikle fiilin işlendiği yer hukukunun (*lex loci delicti*) uygulama alanı bulacağı görülmektedir.¹⁹⁰ Ancak

¹⁸⁸ **Fausto Pocar**, Le lieu du fait illicite dans les conflits de lois et de juridictions, Travaux du Comité Français de Droit International Privé 1984-1985, s. 72; Xu, s.21-22

¹⁸⁹ **Çelikel/Erdem**, s. 409.

¹⁹⁰ Yargıtay 4. HD'nin, E. 2003/10163, K. 2004/1408 sayılı ve 13.02.2004 tarihli kararında, "haksız fiillere işlendiği yer hukukununun uygulanacağını" belirtilmektedir. Uyuşmazlığa konu kararda, Almanya'da ikamet etmekte olan iki Türk vatandaşının arasında geçen bıçaklama olayına uygulanacak hukukun Alman Hukuku olduğu ifade edilmektedir. Tarafların ikisinin de Türk vatandaşı olmalarına rağmen, gerek fiil ve gerekse zararın Almanya'da gerçekleşmiş olması nedeniyle Yargıtay haklı bir biçimde yetkili hukukun Alman Hukuku olduğunu tespit etmiştir. Zira tarafların ortak milli hukukları uyuşmazlık ile daha sıkı ilişki kurmaya yeterli değildir. Fiilin ve zararın gerçekleştiği yerin aynı

hemen 2. fıkrada, “fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı olması halinde” yani mesafeli haksız fiiller ile ilgili olarak, zararın meydana geldiği yer hukukuna öncelik tanınmaktadır.¹⁹¹ Doktrinde ileri sürülen fikirler göz önüne alındığında, kanun koyucunun haksız fiilden zarar gören kişinin menfaatini ön planda tuttuğu anlaşılmaktadır. Ayrıca, zarar yerinin fiil ve fiilin yarattığı sonuçlar ile daha yakın bağlantı sağladığı düşüncesinden hareket edildiği görülmektedir. Bu durum haksız rekabet fiilleri için de geçerlidir. Zira, haksız rekabet halinde de fiilden çok, ortaya çıkan ekonomik sonuçlar önemlidir. Haksız rekabet yasağı ile korunması amaçlanan menfaat de göz önüne alındığında, zarar yeri hukukunun uygulanması gerektiği sonucuna varılacaktır.

2675 sayılı MÖHUK.’un son fıkrasında ise, haksız fiilin ilk iki fıkra ile belirlenen hukuktan başka bir ülke hukuku ile daha yakın irtibatlı (sıkı ilişkili) olması halinde, öncelikle bu hukukun uygulanabileceği belirtilmiştir.¹⁹² Fiilin veya zararın birden fazla ülkede gerçekleşmesi ve bu yerlerin belirlenememesi halinde veya fiilin ve zararın tamamen tesadüfi bir yerde gerçekleşmesi ancak tarafların milli hukuk, mutad mesken hukuku gibi ortak bir hukuka tabi olmaları¹⁹³ veya haksız fiilin taraflar

zamanda tarafların ortak mutad meskenlerinin bulunduğu yer olması nedeniyle Alman Hukukunun uygulama alanı bulması gerekecektir. Bkz. www.kazanci.com.

¹⁹¹ Bu hüküm 5718 sayılı MÖHUK.’un 34. maddesinde de korunmuştur. Diğer taraftan, İsv. MÖHK. m. 133 uyarınca, zarar yeri hukukunun uygulanabilmesi, fiilin “zararın o yerde gerçekleşebileceğini” öngörmesine bağlıdır. MÖHUK.’da ise zararın meydana geldiği yer hukukunun uygulanabilmesi için böyle bir şart aranmamış, fiil ile zararın farklı yerlerde gerçekleşmiş olması yeterli bulunmuştur. Haksız fiil tek bir yerde ika olunmuş ve fakat birden fazla ülkede zararın doğmasına neden olmuş ise, her bir sonuç yeri yalnızca oradaki zararlı sonuçları kapsayacak ve her ülkede meydana gelen zarar hakkında o ülke hukuku uygulama alanı bulacaktır; fiil birden fazla ülkede ika olunmuş ve aynı zamanda birden fazla ülkede zarara yol açmış ise, yine her bir zarar yeri hukuku o ülkede meydana gelen zararlar için uygulama alanı bulacaktır. Fakat bu haksız fiilin nerede zarara yol açtığı tam olarak belirlenemiyorsa, her bir fiil hakkında ika yeri hukuku uygulanacaktır (**Tekinalp**, s. 434).

¹⁹² Doktrinde, 2675 sayılı MÖHUK.’da yer alan ve hakime uyumsuzluk ile daha yakın irtibatlı hukuku uygulama konusunda takdir yetkisi tanıyan ifadenin 5718 sayılı MÖHUK.’da terk edildiği belirtilmekte ve daha sıkı ilişkili hukukun tespiti halinde bu hukukun uygulanmasının zorunlu olacağına hükme bağlandığı dile getirilmektedir. **Bilgin Tiryakioğlu**, Genel Olarak Haksız Fiiller, Haksız Rekabete ve Rekabetin Engellenmesine Uygulanacak Hukuk, Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Dizisi-2, İstanbul 2010 (Tiryakioğlu, Haksız Fiiller), s. 213; **Çelikel/Erdem**, s. 393.

¹⁹³ Gerek 2675 sayılı, gerekse 5718 sayılı MÖHUK. düzenlemeleri, İsv. MÖHK.’dan farklı olarak, tarafların mutad meskenlerinin ortak bir ülkede bulunması halini ayrı bir hüküm olarak ele almamıştır. Oysa aşağıda görüleceği üzere, İsv. MÖHK. m.133/f.1 hükmü bu durumu açıkça düzenlemekte ve tarafların ortak mutad meskeni hukukunu “birincil-asıl” bağlama noktası olarak kabul etmektedir. Gerek zarar yeri hukukunun uygulanmasının, “fiilin zarar yeri ile fiil yerlerinin ayrı ülkelerde gerçekleşmesini öngörebilmesi gerektiği” koşuluna bağlanmamış olması ve gerekse tarafların mutad meskenlerinin ortak bir ülkede bulunması halinde ortak mutad mesken hukukunun uygulanacağına dair açık bir düzenlemenin yer almaması nedeniyle, MÖHUK. düzenlemesi haksız fiil mağdurunu aşırı derecede koruyucu bir bağlama noktasını benimsediği gerekçesiyle eleştirilebilir.

arasında önceden var olan bir hukuki ilişkiyi ihlal ediyor olması hallerinde taraflar açısından fiilin veya zararın gerçekleştiği ülke hukuklarından daha sıkı ilişkili bir ülke hukukunun bulunduğu kabul edilmektedir.¹⁹⁴

İsv. MÖHK.'da haksız fiillere uygulanacak hukuk ile ilgili genel hükümler 132 ve 133. maddelerde yer almaktadır. 132. madde haksız fiillerde hukuk seçimini, 133. madde ise hukuk seçimi yapılmayan hallerde uygulanacak olan objektif bağlama noktalarını düzenlemektedir. 132. madde uyarınca taraflar, haksız fiilin meydana gelmesinden sonra ancak hakimin hukukunu yani İsviçre Hukukunu seçme imkanına sahiptirler.¹⁹⁵ Haksız fiiller açısından hukuk seçimine ilişkin bu düzenleme yalnızca genel hüküm niteliğindeki 132. maddede belirtilmektedir. İsviçre doktrininde, hukuk seçiminin haksız rekabet fiilleri için de geçerli olmak üzere diğer özel haksız fiil türleri bakımından da uygulanıp uygulanamayacağına ilişkin olarak çeşitli fikirler ileri sürülmüştür.¹⁹⁶

Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde haksız fiillerden doğan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuk İsv. MÖHK.'un 133. maddesine göre belirlenecektir. Anılan hükmün ilk fıkrasında, fail ile mağdurun mutad meskenlerinin aynı ülkede olması halinde, bu ülke hukukunun (*lex communis*) uygulanacağı belirtilmektedir.¹⁹⁷ Bu hükmün amacı, fail ile mağdurun ortak sosyal çevrelerine atfı yapılarak, taraflara ve dolayısıyla da haksız fiil ilişkisine en yakın ülke hukukunun uygulanmasıdır.¹⁹⁸ İkinci fıkrada ise, “fail ile mağdurun mutad meskenlerinin aynı

¹⁹⁴ Doktrinde bu hüküm ile ilgili olarak çıkış noktasının New York Eyalet Mahkemesi tarafından 1963 yılında verilen *Bobcock v. Jackson* kararı olduğu ifade edilmektedir (**Tekinalp**, s. 440 vd., **Nomer/Şanlı**, s. 346-348; **Çelikel/Erdem**, s. 393).

¹⁹⁵ Ancak taraflar bu hukuk seçimini Kantonal Usul Hukukunun izin verdiği ölçüde yargılama sonuna kadar herhangi bir aşamada yapabilmektedirler (**Bernard Dutoit**, *Droit international privé suisse*, *Commentaire de la loi fédérale du 18 Décembre 1987*, 4^{ème} Edition Revue et Augmentée, Helbing&Lichtenhahn 2005 (*Kısaltma: Dutoit, Commentaire de LDIP*), s. 460).

¹⁹⁶ Bkz. aşağıda “Haksız Rekabet Fiillerine İlişkin MÖHUK. Düzenlemesinde Yer Alan Eksikliklere İlişkin Değerlendirmeler” başlıklı bölüm.

¹⁹⁷ Haksız fiil ilişkisinin taraflarının mutad meskenlerinin aynı ülkede olması halinde, fiilin işlendiği yer hukuku yerine tarafların ortak mutad meskenlerinin bulunduğu yer hukukunun uygulanmasına yönelik Federal Mahkeme tarafından verilen ilk karar ATF 99 II 315 sayılı *Vögtli c. Muller* kararıdır (**Anne-Catherine Imhoff-Scheier/Paolo Michele Patocchi**, *L'acte illicite et enrichissement sans cause dans le nouveau droit international privé suisse*, Schulthess Verlag 1990, s. 42).

¹⁹⁸ **Xu**, s. 31. Ayrıca, haksız fiil ilişkisine tarafların ortak milli hukuklarının veya ortak mutad mesken hukuklarının uygulanmasına ilişkin Kıta Avrupası ülkelerinde verilen çeşitli yargı kararları için bkz. **Xu**, s. 31-34. tarafların ortak mutad meskenlerinin bulunduğu ülkenin -federal devletlerde olduğu gibi- birden fazla hukukun geçerli olduğu bir ülke olması halinde ise m.133/f.1'in uygulanmaması gerektiği belirtilmektedir. Böyle bir durumda, m.133/f.1'in uygulanabilmesi için, tarafların mutad meskenlerinin aynı hukuk sistemine dahil eyalet veya kantonlarda olması gerekecektir (**Andreas Bucher**, *Les actes*

ülkede bulunmaması halinde, fiilin işlendiği yer hukukunun uygulanacağı” ifade edilmektedir. Ancak fıkranın devamında, zararın farklı bir ülkede gerçekleşmesi halinde, failin zararın bu ülkede gerçekleşmesi ihtimalini öngörebilmesi şartıyla, zararın gerçekleştiği yer hukukunun uygulanacağı hükme bağlanmıştır.¹⁹⁹

Bu durumda gerek fiilin işlendiği yer hukukunun gerekse zararın gerçekleştiği yer hukukunun uygulanması şarta bağlanmış bulunmaktadır. Şayet fiil ve zarar farklı ülkelerde gerçekleşmişse ve failin de bu durumu öngörebilmesi mümkün ise, zararın gerçekleştiği yer hukuku uygulanacaktır. Şayet fail zararın fiilin işlendiği yerden farklı bir ülkede gerçekleşebileceğini öngöremeyecek ise, bu takdirde fiilin işlendiği yer kriteri uygulama alanı bulacaktır. Her halükârda 133. maddenin 3. fıkrasında, “haksız fiilin, taraflar arasında daha önceden var olan bir hukuki ilişkiyi ihlal etmesi halinde, söz konusu hukuki ilişkiye uygulanacak hukukun haksız fiil açısından da uygulanacağı” düzenlenmiştir. Bu ihtimal özellikle tarafların aralarında daha önce akdi bir ilişkinin varlığına dayanmaktadır. Ancak taraflar arasında aile hukuku veya şirketler hukukuna dayalı bir hukuki ilişki de olabilir.²⁰⁰ Doktrinde, 3. fıkra yer alan ve fer’i bağlama noktası olarak tanımlanan hükmün ilk iki fıkra düzenlemelerine oranla öncelikli olarak uygulama alanı bulacağı dile getirilmektedir.²⁰¹

illicites dans le nouveau droit international privé, Le nouveau droit international privé suisse, Cedidac Lausanne 1998 (*Kısaltma: Bucher, Les actes illicites*), s. 118).

¹⁹⁹ Doktrinde bir görüşe göre, bu konuda ispat yükü davacıdır. Yani davacı, failin “zararın fiilin işlendiği yerden farklı bir yerde gerçekleşeceğini öngörebileceğini” ispat etmelidir (**Bucher**, *Les actes illicites*, s. 117). Ancak diğer bir görüşe göre, failin zararın farklı bir ülkede gerçekleşeceğini öngöremeyeceğini ispat etmesi gerekir; dolayısıyla, bu görüş uyarınca ispat yükü zarar görene yüklenemez (**Dutoit**, *Commentaire de LDIP*, s. 464; **Xu**, s. 23). Burada, İsviçre kanun koyucusunun, “fiilini gerçekleştirdiği ülke hukukuna uygun davranan kişilerin, herhangi bir sorumluluk altına sokulamayacağı; bu durumun fiilin farklı bir ülkede sonuç doğurabileceğini öngöremeyen kişiler için de geçerli olduğu” düşüncesinden hareket ettiği anlaşılmaktadır.

Doktrinde, fiilin işlendiği yer hukuku ile zararın gerçekleştiği yer hukukunun birikimli (kümülatif) olarak uygulanıp uygulanamayacağı da sorgulanmış, ancak olumsuz sonuca varılmıştır. Zira burada bir fiile birden fazla ülke hukukunun uygulanması gibi bir sonuç doğmaktadır. Fiilin haksız fiil olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunda iki farklı hukukun aynı anda uygulanmasının ve fiilin her iki hukuk açısından da haksız fiil unsurlarını taşıması gerektiğinin kabulü, faili gereksiz bir biçimde avantajlı konuma getirecektir (**Pocar**, s. 74-75).

²⁰⁰ **Bucher**, *Les actes illicites*, s. 119. Bununla beraber, haksız fiilin doğrudan, yani haksız fiilin meydana gelmesinden önce var olan hukuki ilişkinin tarafları arasında gerçekleşmiş olmasının gerekip gerekmediği de tartışılmıştır. Örneğin, haksız fiil taraflardan birinin işçisi tarafından gerçekleştirilebilir. Bu durumda fail ile mağdur arasında “dolaylı bir hukukî ilişkinin varlığından” bahsedilecektir. Bir mühendisin, işverenin çalışanları tarafından denetlenen şantiyede yaralanmasına yol açılması halinde, mühendis ile işveren arasında önceden akdedilmiş bir eser sözleşmesi vardır; ancak haksız fiil işveren tarafından değil, işverenin çalışanları tarafından gerçekleştirilmiştir. Böyle bir durumda da haksız fiile işveren ile mühendis arasındaki eser sözleşmesi açısından yetkili hukukun uygulanmasının gerekeceği savunulmaktadır (**François Knoepfler/Philippe Schweizer/Simon Othenin-Girard**, *Le droit international privé suisse*, 3^{ème} Edition, Staempfli Editions Berne 2005, s. 290).

²⁰¹ **Dutoit**, *Commentaire de LDIP*, s. 463.

Sonuç olarak, 132 ve 133. maddeye göre, öncelikle tarafların seçtiği hukuk (İsviçre Hukuku) uygulanacaktır; şayet böyle bir seçim yoksa, haksız fiilin taraflar arasında daha önceden var olan bir hukuki ilişkiyi ihlal edip etmediğinin araştırılması gerekecektir. Yalnız bu ihtimalde de, şayet İsv. MÖHK. m. 15’de düzenlendiği üzere²⁰² haksız fiil ile daha sıkı ilişki kurabilecek bir hukuk belirlenebiliyorsa, o hukukun tarafların arasında var olan hukuki ilişkiye nazaran öncelikli olarak uygulanması gerektiği unutulmamalıdır.²⁰³ Şayet 3. fıkrada düzenlenen durum da gerçekleşmediyse, tarafların mutad meskenlerinin ortak bir ülkede olup olmadığına bakılacaktır. Son olarak ise, zararın farklı bir yerde meydana gelmemesi veya zarar farklı bir ülkede meydana gelse bile failin bu durumu öngöremeyecek olması ihtimalinde, fiilin işlendiği yer hukuku uygulanacaktır. Aşağıda İsv. MÖHK.’un haksız rekabetten doğan uyuşmazlıklarla ilgili düzenlemesini incelerken, kabul edilen bağlama noktasının, haksız fiiller açısından uygulanan zarar yeri kriterinin bir görünümü olan “piyasası etkilenen ülke hukuku” olduğunu göreceğiz. Ancak şunu belirtmek gerekir ki, kanun koyucu haksız rekabet fiilleri açısından “zarar yeri olarak piyasası etkilenen ülke hukukunun uygulanmasını” herhangi bir şarta bağlamamıştır. Bu durumda, İsv. MÖHK.’un 133. maddesinin 2. fıkrasındaki koşul haksız rekabet fiilleri bakımından geçerli olmayacaktır.

Fransız Hukukunda ise, haksız fiillere uygulanacak hukukun belirlenmesi bakımından eskiden beri kullanılan bağlama noktası fiilin işlendiği yer hukukudur (*lex loci delicti*).²⁰⁴ Fransız Yargıtayı ilk defa 25.05.1948 tarihinde verdiği Lautour kararında, “haksız fiil sorumluluğunun mağdur veya diğer ilgililerin vatandaşlıklarından ve kararın icra yerinden bağımsız olduğunu, haksız fiillerin

²⁰² İsv. MÖHK. m. 15 uyarınca, “*somut olayın bütün şartları göz önüne alındığında, İsv. MÖHK.’da yer alan kurallar uyarınca belirlenen hukuk dışında, olay ile daha sıkı ilişkili olduğu anlaşılan başka bir hukukun belirlenmesi halinde, istisnai olarak bu hukuk uygulanır. Bu hüküm tarafların hukuk seçimi yaptıkları durumlarda uygulanmaz.*” Genel hüküm niteliğindeki bu düzenleme İsv. MÖHK.’da düzenlenen tüm uyuşmazlıklar açısından geçerlidir.

²⁰³ Fer’i bağlama noktasının ancak m.15’de yer alan istisna hükmü çekincesi ile uygulanabileceği ifade edilmektedir (l’application du rattachement accessoire sous réserve de l’intervention de la clause d’exception). Örneğin tarafların aralarında önceden akdettikleri sözleşmeye uygulanacak hukuku seçmiş olmamaları ve bu hukukun objektif kritere göre belirlenmesi halinde, sözleşme açısından yetkili hukukun haksız fiil ilişkisi ile sıkı ilişkiyi kuramama ihtimali vardır (**Simon Othenin-Girard**, *Les actes illicites dans le projet de règlement européen sur la loi applicable aux obligations non-contractuelles (Rome II), Quelques points de divergence et de convergence avec la LDIP, Mélanges en L’Honneur de François Knoepfler, Helbing&Lichtenhahn 2005*, s. 80).

²⁰⁴ **Bernard Audit**, *Droit international privé*, Economica 5^{ème} Edition 2008, s. 162 vd.; **Pierre Mayer/Vincent Heuzé**, *Droit International Privé*, Montchrestien 9^{ème} Edition Paris 2007, s. 510.

meydana geldikleri ülkenin iç hukukunu ilgilendirdiklerini” belirtmiştir.²⁰⁵ Bu karar doktrinde de, fiilin işlendiği yer hukukunun tarafsız (*neutre*) bir bağlama noktası olması, haksız fiillerin meydana geldikleri ülkede geçerli olan davranış ve emniyet kuralları ile yakın ilişkisinin varlığı, fiilin işlendiği yer hukukunun taraflar açısından hukuki istikrar ve güveni sağladığı ve fiilin işlendiği yeri belirlemenin diğer bağlama noktalarına oranla daha kolay olduğu gerekçeleri ile desteklenmiştir.²⁰⁶ Ancak daha sonra Paris İstinaf Mahkemesi, 18.10.1955 tarihinde verdiği bir kararda, haksız fiillere uygulanacak hukukun tespitinde fiilin işlendiği yerden ziyade zarar yerinin dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir.²⁰⁷ Doktrinde ise, haksız fiilden doğan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun tespitinin tek bir bağlama noktası ile sınırlandırılması, çok katı ve kesin ancak bir o kadar da basit ve olağan bir tercih olarak nitelendirilmiştir.²⁰⁸ Kanunlar ihtilafı sisteminin uyuşmazlık ile en sıkı ilişkili hukukun tespiti üzerine kurulduğu düşüncesi göz önüne alındığında, fiilin işlendiği yerin tesadüfi olabileceği ve bazı uyuşmazlıklar açısından fiilin işlendiği yerin belirlenmesinde yaşanan zorluklar nedeniyle haksız fiillere uygulanacak hukukun tespiti açısından daha farklı bir bağlama noktasının kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.²⁰⁹

Günümüzde Fransız doktrininde ve Fransız Yargıtayı tarafından verilen kararlarda haksız fiil sorumluluğuna uygulanacak hukuk konusunda yeni bir anlayışın benimsendiği görülmektedir. Bu çerçevede, özellikle internetin kullanımı neticesinde haksız fiilin birden çok ülkede zarara yol açması, yani zararın meydana geldiği yer ile fiilin işlendiği yerin farklı ülkelerde olması halinde, fiilin işlendiği yer hukuku (*lex*

²⁰⁵ **Nihal Uluocak**, Milletlerarası Haksız Fiil İhtilaflarında Fransız İçtihadındaki Yeni Gelişmeler, Ergin Nomer’e Armağan, MHB Yıl: 22 Sayı: 2 İstanbul 2002, s. 950; **William Tetley**, International Conflict of Laws, Coomon Civil and Maritime, International Shipping Publications Montreal 1994, s. 427.

²⁰⁶ **Audit**, s. 164; **Mayer/Heuzé**, s. 510; **Moreau Bourles**, s. 29; **Graziano**, La responsabilité délictuelle en droit international privé européenne, s. 22.

²⁰⁷ **Xu**, s. 22; **Moreau Bourles**, s. 48’den atfen Fransız Yargıtayı 08.02.1983 tarihli kararı.

²⁰⁸ Fiilin işlendiği yer kriterinin tek bağlama noktası olarak kabulü ile ilgili ileri sürülen eleştiriler ve teoriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Gwendoline Lardeux**, Sources extra-contractuelles des obligations: Détermination de la loi applicable (date de fraîcheur: 04.07.2008), JurisClasseur droit international, Fasc. 553-1, s. 13-19 (<http://library.bahcesehir.edu.tr/>, e-veritabanları, LexisNexis JurisClasseur); **Moreau Bourles**, s. 34 vd.

²⁰⁹ **Audit**, s. 165; **Graziano**, La responsabilité délictuelle en droit international privé européenne, s. 23; **Xu**, s. 25; **Tetley**, s. 428. Bu konuda, özellikle hava ve deniz taşıma araçlarında meydana gelen haksız fiiller örneği verilmektedir. Bilindiği üzere, gemilerde gerçekleşen haksız fiiller açısından fiilin işlendiği yer geminin bayrağını taşıdığı ülke olarak belirlenmektedir. Hava taşıtları için ise, bu yer hava taşıtının sicile kayıtlı olduğu ülkedir. Hava ve deniz taşıtlarının karıştığı kazalardan doğan haksız fiil sorumluluğuna uygulanacak hukuk ile ilgili tartışmalar için bkz. **Lardeux**, s. 29-30 ve **Moreau Bourles**, s. 60 vd.

loci delicti) yerine zararın gerçekleştiği yer hukukunun (*lex loci damni*) uygulanması ve hatta yeni bağlama noktalarının kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.²¹⁰ Buna karşın Fransız Yargıtayı'nın, özellikle basın yoluyla gerçekleşen kişilik haklarının ve özel hayatın ihlali veya haksız rekabet fiilleri ile ilgili olarak, hem basım hem de yayım yerini fiilin işlendiği yer olarak kabul ederek *lex loci delicti* prensibini uyguladığı kararları mevcuttur.²¹¹ Bu durum, Fransız Yargıtayı'nın haksız fiillere ilişkin kanunlar ihtilafı hukuku konusundaki gelişmeleri reddettiği ve bu yönüyle diğer Avrupa ülkelerinin hukuklarından ayrıldığı eleştirilerinin ileri sürülmesine neden olmuştur.²¹²

Yargıtay uygulamasının eleştirildiği Fransız doktrininde, gerek Amerikan Hukukunda ve gerekse diğer Kıta Avrupası ülkelerinde kabul edilmeye başlanan “*proper law*” akımı doğrultusunda, haksız fiil ilişkisine -fiilin veya zararın gerçekleştiği yer hukuku gibi- önceden belirlenmiş bir hukukun uygulanması yerine somut olayın tüm şart ve özellikleri araştırılarak uyumsuzluk ile daha sıkı ilişkili hukukun (*principe de proximité*) tespitine çalışılması gerektiği belirtilmiştir.²¹³ Ancak, bu tür bir bağlama noktasının hukuki güvenlik ve öngörülebilirliği zedeleyebileceği düşüncesinden hareketle, sıkı ilişkili hukukun tespitinde tarafların ortak mutad mesken hukukunun uygulanması gibi birtakım “destekleyici” bağlama

²¹⁰ **Lardeux**, s. 3; **Stecher**, s. 82. Özellikle haksız rekabet fiillerinde olduğu gibi fiil ile zararın gerçekleştiği yerlerin farklı ülkelerde olması halinde zarar yerinin tercih edilmesi gerektiği belirtilmektedir (**Bischoff**, s. 60).

²¹¹ Cour de Cassation, 1^{ère} chambre civile, affaire Groupe Gordon c. AIP, 14.01.1997: “*Attendu que la loi applicable à la responsabilité extra-contractuelle est celle de l'Etat du lieu où le fait dommageable s'est produit ; que ce lieu s'entend aussi bien de celui du fait générateur du dommage que du lieu de réalisation de ce dernier...*”, bkz. **Muriel Santa-Croce**, La loi applicable à l'action en concurrence déloyale par la publication aux USA d'ouvrages constitutifs de dénigrement, diffusés en France, Recueil Dalloz 1997, Jurisprudence 177, Fransız Yargıtayı 1.HD 14.01.1997 tarihli Groupe Gordon-AIP Karar İncelemesi (<http://library.bahcesehir.edu.tr/>, e-veritabanları, LexisNexis JurisClasseur). Yazar, kararda yayım yerinin zararın gerçekleştiği yer olarak nitelendirilmediğini, fiilin iki farklı yerde gerçekleştiğinin kabul edildiğini ve bu nedenle mesafeli bir haksız fiilin, basit bir haksız fiil haline getirildiğini ifade etmektedir. Burada Fransız Yargıtayı fiilin işlendiği yer kavramını zararın gerçekleştiği yeri de kapsayacak şekilde genişletmiştir. Bu durumda yayım yeri isabetsiz bir şekilde hem “ikinci fiil yeri” hem de zararın gerçekleştiği yer olarak kabul edilmektedir.

²¹² **Thomas Kadner Graziano**, Le nouveau droit international privé communautaire en matière de responsabilité extracontractuelle: Règlement Rome II, Revue critique de droit international privé (<http://library.bahcesehir.edu.tr/>, e-veritabanları, LexisNexis JurisClasseur) (*Kısaltma: Graziano, Règlement Rome II*), s. 445; Marie-Elodie Ancel, Un an de droit international privé du commerce électronique, Communication Commerce électronique no.1, Janvier 2008, chron.1, Document 5/9 (<http://library.bahcesehir.edu.tr/>, e-veritabanları, LexisNexis JurisClasseur), s. 2. Yazar, içtihadın konu ile ilgili gelişmelerin gerisinde kaldığını ifade etmektedir.

²¹³ **Mayer/Heuzé**, s. 511; Cour de cassation 1^{ère} Chambre civile, affaire *Société Mobil North Sea et autres c. Compagnie française d'entreprises métalliques et autres*, 11.05.1999 (<http://library.bahcesehir.edu.tr/>, e-veritabanları, LexisNexis JurisClasseur); Cour de cassation 1^{ère} Chambre civile, affaire *SISRO c. Société Ampersand Software BV et autres*, 05.03.2002 (<http://library.bahcesehir.edu.tr/>, e-veritabanları, LexisNexis JurisClasseur).

noktalarının kabulü gerektiği de vurgulanmıştır.²¹⁴ Bununla beraber, tüm haksız fiil uyuşmazlıklarının tek ve genel nitelikte bir kanunlar ihtilafı kuralı ile çözümlenemeyeceği dile getirilerek, kişilik haklarının ihlali, haksız rekabet, çevre zararları gibi özel haksız fiil türleri (*délits spéciaux*) için özel kanunlar ihtilafı kurallarının kabulü gerektiği ileri sürülmüştür.²¹⁵ Son olarak Fransız doktrininde, tıpkı sözleşmelerde olduğu gibi, haksız fiil uyuşmazlıklarında da taraflara hukuk seçimi (*loi d'autonomie*) imkanının tanınması yönünde gelişmelerin yaşandığı da ifade edilmiştir.²¹⁶

Görüldüğü üzere, haksız fiillere ilişkin kanunlar ihtilafı uygulamalarının ülkeden ülkeye farklılık göstermesi nedeniyle, davacı taraf yetkili hukukun kendi menfaatlerine uygun bir biçimde belirlenebileceği ülkede dava açma yoluna (*forum shopping*) gidebilmektedir.²¹⁷ Bu durumun engellenmesi ve Fransa'nın da dahil olduğu AB ülkeleri bakımından uygulama alanı bulacak olan kanunlar ihtilafı kurallarının yeknesaklaştırılması amacıyla birtakım çalışmalar sürdürülmektedir. Bu çerçevede, Avrupa Konseyi ve Parlamentosu tarafından Roma I, Roma II ve Roma III Tüzükleri kabul edilmiştir.²¹⁸ Aşağıda haksız fiiller de dahil olmak üzere akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuku belirleyen Roma II Tüzüğü ile ilgili bazı açıklamalara yer verilecektir.

2. Topluluk Hukukunda Haksız Fiillere Uygulanacak Hukuk

AB ülkeleri nezdinde gerçekleştirilen yasama çalışmaları çerçevesinde, uluslararası uyuşmazlıklarda mahkemelerin yetkisi ve mahkeme kararların tanınması ve tenfizine ilişkin 1968 tarihli Brüksel ve 1988 tarihli Lugano Konvansiyonları kabul

²¹⁴ **Audit**, s. 170.

²¹⁵ **Bourel**, s. 280-283-284.

²¹⁶ **Carine Brière**, Le règlement (CE) n° 864/2007 du 11 Juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non-contractuelles ("Rome II") , Journal du droit international privé (Clunet) no. 1, Janvier 2008, doctr.2, Document 6/6 Règlement Rome II, (<http://library.bahcesehir.edu.tr/>, e-veritabanları, LexisNexis JurisClasseur) (*Kısaltma: Brière, Règlement Rome II*), s. 19; **Bourel**, s. 300. Fransız Yargıtayı tarafından 19.04.1988 tarihinde verilen *Roho-Caron* kararı (*Cass. Ire civ., 19 avr. 1988, Roho c/ Caron : Rev. crit. DIP 1989*) uyarınca, taraflara -serbestçe tasarruf edebilecekleri haklarından doğan uyuşmazlıklar açısından- uygulanacak hukuku belirleme imkanının tanınması gerekmektedir.

²¹⁷ **Graziano**, Règlement Rome II, s. 445.

²¹⁸ 17.06.2008 tarih ve 593/2008 sayılı Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü, 11.07.2007 tarih ve 864/2007 sayılı Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma II Tüzüğü ve 29.12.2010 tarih ve 1259/2010 sayılı Boşanma ve Yasal Ayrılıklarda Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma III Tüzüğü.

edilmiştir. Avrupa Konseyi daha sonra 22.12.2000 tarihinde Brüksel Tüzüğü'nü yasalaştırmıştır. Uluslararası uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuk alanında ise öncelikle 19.06.1980 tarihinde Akdi Borç İlişkilerine Dair Roma Konvansiyonu -ve bu Konvansiyonun tüzük haline getirilmesi amacıyla 17.06.2008 tarihinde Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma I Tüzüğü²¹⁹ - kabul edilmiştir. Akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukukun belirlenmesi amacıyla da 11.07.2007 tarihinde Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma Tüzüğü (Roma II) kabul edilmiştir. Bu çerçevede Roma II Tüzüğü'nün yukarıda anılan Tüzükler ile beraber yorumlanması ve uygulanması gerektiği dile getirilmektedir.²²⁰

a. Tüzüğün Uygulama Alanı:

Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin 864/2007 sayılı Roma II Tüzüğü'nün birinci bölümünde Tüzüğün uygulama alanı belirlenmiştir. Tüzüğün 1. maddesinde hangi konuların Tüzüğün uygulama alanı dışında kaldığı belirtilmektedir. Buna göre Tüzük, ticari ve özel hukuk konuları²²¹ dışında kalan vergi, gümrük ve idare hukuku uyuşmazlıkları ile devlet tarafından kamu gücünün kullanılması çerçevesinde gerçekleştirilen fiil ve ihmaller (*acta iure imperii*) neticesinde doğan sorumluluklar hakkında uygulama alanı bulamayacaktır. Bu hüküm ile devlet tarafından kamusal bir faaliyeti görmek üzere atanmış veya devlet adına kamusal bir görev ifa etmekte olan kişilerin sorumluluk doğurucu fiillerinin kapsam dışında

²¹⁹ Règlement CE n° 593/2008 du Parlement Européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0006:FR:PDF>.

²²⁰ **Valérie Pironon**, L'entrée du droit de la concurrence dans le règlement "Rome II": bonne, mauvaise idée?, Europe no. 2 Février 2008, Etude 2 Document 1/3, (<http://library.bahcesehir.edu.tr/>, e-veritabanları, LexisNexis JurisClasseur), s. 3; **Xandra Kramer**, The Rome II Regulation on the law Applicable to Non-Contractual Obligations: The European private international law tradition continued, Introductory observations, scope, system and general rules, Published in Netherlands International Privaatrecht (NIPR) 2008, N° 4 s. 414-424; bkz. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1314749. Zaten Tüzüğün 7 no.lu gerekçesinde de, Tüzüğün uygulama alanının ve hükümlerinin Brüksel I Tüzüğü ve akdi borç ilişkilerine uygulanacak hukuku düzenleyen diğer Topluluk Hukuku kuralları ile uyumlu olması gerektiği ifade edilmiştir.

²²¹ ATAD. Brüksel I Tüzüğü'nün uygulanması ile ilgili verdiği *LTU-Eurocontrol* kararında (Arrêt *LTU Lufttransportunternehmen GmbH & Co. KG c. Eurocontrol*, affaire 29/76, 14.10.1976), "ticari ve hukuki mesele" kavramının belirli bir ülke hukukuna göre belirlenmemesi; Brüksel I Tüzüğü'nün bütününe öngördüğü sistem içinde bağımsız bir yoruma tabi tutulması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61976J0029:FR:HTML>.

bırakıldığı dile getirilmektedir.²²² Tüzüğün 1. maddesinin 2. fıkrasında sırasıyla, nafaka yükümlülüğü de dahil olmak üzere aile hukuku ve benzeri ilişkilerden (a bendi)²²³, evlilik ve eşler arası ilişkiler kapsamındaki mal rejimleri hukukundan (b bendi)²²⁴, kambiyo hukukundan (c bendi)²²⁵, mal toplulukları, şirketler ve tüzel kişiler hukukundan (d bendi), tröst hukukundan (e bendi)²²⁶, nükleer zararlardan (f bendi)²²⁷ ve kişilik haklarının ihlalden (g bendi) doğan akit dışı borçların Tüzüğün uygulama alanı dışında kaldığı ifade edilmektedir. Son olarak 3. fıkrada, Tüzüğün 21 ve 22. maddeleri saklı kalmak kaydıyla, ispat ve usule ilişkin konuları kapsamadığı dile getirilmiştir.

Yukarıda sayılan ve Tüzüğün uygulama alanına girmeyen konular arasında en çok kişilik haklarının ihlalden doğan sorumluluğun uygulama alanı dışında bırakılması eleştiri konusu olmuştur. Tüzük taslağında ayrı bir hükmün öngörülmüş olmasına rağmen, kişilik haklarının medya yoluyla ihlali halinde uygulanacak hukukun tespiti ve medya kavramının tanımlanması konusunda yaşanan zorluklar, bu konunun Tüzüğün uygulama alanı dışında bırakılması sonucunu doğurmuştur. Ancak bu durum Roma II Tüzüğü açısından ciddi bir eksiklik olarak değerlendirilmektedir.²²⁸ Zira, İsviçre ve Türk MÖH(U)K.'ları da dahil olmak üzere

²²² **Peter Stone**, Rome II Regulation on Choice of Law in Tort, Ankara Law Review, Vol 4 No 2 (Winter 2007), s. 97-98, bkz. <http://auhf.ankara.edu.tr/journals/alr-archiv/ALR-2007-04-02/alr-2007-04-02-stone.pdf>.

²²³ Bu konuda 02.10.1973 tarihli Lahey Sözleşmesi (Convention de La Haye du 02 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires) mevcuttur; bkz. <http://www.admin.ch/ch/f/rs/i2/0.211.213.01.fr.pdf>.

²²⁴ Bu konuda 14.03.1978 tarihli Lahey Sözleşmesi (Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux) mevcuttur; bkz. http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.pdf&cid=87.

²²⁵ Bu konuda 07.06.1930 ve 19.03.1931 tarihli Cenevre Sözleşmeleri (Convention du 7 juin 1930 portant loi uniforme sur les lettres de change et billets à ordre et Convention du 19 mars 1931 portant loi uniforme sur les chèques) mevcuttur; bkz. http://www.admin.ch/ch/f/rs/c0_221_554_1.html ve http://www.admin.ch/ch/f/rs/c0_221_555_1.html.

²²⁶ Bu konuda 01.07.1985 tarihli Lahey Sözleşmesi (Convention de La Haye du 01 juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance) mevcuttur; bkz. http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=59.

²²⁷ Bu konuda 29.07.1960 tarihli Paris Sözleşmesi (Convention sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire (Convention de Paris) du 29 juillet 1960 amendée le 28 janvier 1964 et le 16 novembre 1982) mevcuttur; bkz. http://www.oecd-nea.org/law/nlparis_conv-fr.html.

²²⁸ **Zeynep Derya Tarman**, Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü (Roma II), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2008 Cilt: 57 Sayı: 2, s. 197, bkz. <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2008-57-02/AUHF-2008-57-02-tarman.pdf>. Özel hayatın gizliliği ve kişilik haklarının korunması ile basın özgürlüğü arasında bir denge kurulmaya çalışıldığı, ancak Komisyon'a gelen baskılar nedeniyle hükmün kapsam dışı bırakıldığı belirtilmiştir (**Lardeux**, s. 6). Ancak şunu da belirtmek gerekir ki Tüzüğün 30. maddesinin 2. fıkrasında, özel hayat ve kişilik haklarının ihlalden dair bir kanunlar ihtilafı kuralının tespiti ile ilgili çalışmanın Komisyon tarafından 31.12.2008 tarihine kadar Parlamento'ya sunulacağı belirtilmiştir. Ancak bu çalışma ile ilgili henüz bir sonuca ulaşılamamıştır.

birçok ülkede ayrı bir kanunlar ihtilafı kuralına konu olan -kişilerin özel hayatına ilişkin bilgilerin ifşası, kişisel verilerin korunmasının ihlali ve hakaret fiilleri de dahil olmak üzere- kişilik haklarının ihlalinden doğan zararların özellikle kapsam dışı tutulması kanunlar ihtilafı kurallarının yeknesaklaştırılması amacına ulaşılmasını engellemektedir. Kişilik haklarının ihlalinden kaynaklanan zararlarda her ülkenin kendi iç hukukunda halihazırda mevcut kanunlar ihtilafı düzenlemeleri uygulama alanı bulacaktır.²²⁹

Tüzüğün 2. maddesinde ise, hangi ilişkilerin “akit dışı borç ilişkisi” kapsamında değerlendirildiği belirtilmiş; ancak “akit dışı borç ilişkisi” kavramı açıklanmamıştır. Bu nedenle doktrinde Roma Konvansiyonu, Roma I ve Brüksel Tüzükleri bağlamında açıklanan “akdi borç ilişkisi” kavramının karşıt anlamından yola çıkılabileceği belirtilmektedir.²³⁰ Bu çerçevede ATAD. tarafından verilen bazı kararlara atıf yapılmaktadır. ATAD., 17.06.1992 tarihinde verdiği *Jakob Handte* kararında, “ tarafların birbirlerine karşı serbestçe üstlendikleri yükümlülüklerin varlığı halinde akdi bir ilişkiden (taahhüt) bahsedilebileceğini” ifade etmektedir.²³¹ Bununla beraber yine ATAD.’ın 27.09.1988 tarihinde verdiği *Kalfelis* kararında, haksız fiilden doğan tazminat hakkının bağımsız bir tanımı yapılmaktadır.²³² Buna göre, Brüksel Konvansiyonu’nun 5. maddesinin 1. fıkrası anlamında akdi bir ilişkiden kaynaklanmayan (akdi sebebe dayanmayan) ve davalının sorumluluğunu ortaya koyan tüm talepler bu kavrama dahil edilmektedir.²³³

Roma II Tüzüğü’nde haksız fiil, sebepsiz zenginleşme, vekaletsiz iş görme ve sözleşmelerin akdedilmesinden önce taraflar arasındaki ilişkiden doğabilecek (*culpa*

²²⁹ **Joseph Lookofsky/Ketilbjorn Hertz**, European Union Private International Law in Contract and Tort, DJOF Publishing Copenhagen 2008, s. 124.

²³⁰ **Cécile Legros**, Le règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 Juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (dit règlement “Rome II”), L’articulation du règlement avec les autres instruments communautaires ou internationaux, Petites Affiches 06 Août 2008 no. 157, s. 1.

²³¹ Arrêt *Jacob Handte c. Traitements mécano-chimiques des surfaces SA*, affaire C.26/91, 17.06.1992: “Il s’ensuit que la notion de « matière contractuelle », au sens de l’article 5, point 1, de la convention, ne saurait être comprise comme visant une situation dans laquelle il n’existe aucun engagement librement assumé d’une partie envers une autre.”; bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61991J0026:FR:PDF>.

²³² Arrêt *Kalfelis c. Bankhaus Schröder*, affaire 189/87, 27.09.1988: “Des lors, il y a lieu de considérer la notion de matière délictuelle ou quasi délictuelle comme une notion autonome qu’il faut interpréter, pour l’application de la Convention, en se référant principalement au système et aux objectifs de celle-ci afin d’en assurer la pleine efficacité. En vue d’assurer une solution uniforme dans tous les Etats membres, il convient d’admettre que la notion de « matière délictuelle ou quasi délictuelle » comprend toute demande qui vise à mettre en jeu la responsabilité d’un défendeur et qui ne se rattache pas à la « matière contractuelle » au sens de l’article 5 paragraphe 1 ; bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61987J0189:FR:HTML>).

²³³ **Brière**, Règlement Rome II, s. 6; **Legros**, s. 1.

in contrahendo) sorumluluk hakkında uygulanacak hukuku belirleyen hükümler yer almaktadır. Tüzükte haksız fiil kavramı tanımlanmamıştır. Ancak haksız fiil kavramının sözleşmenin ihlali dışında kalan haksız, belirli bir zarara -veya zarar tehlikesine- yol açan ve zarar gören kişiye tazminat hakkı tanıyan herhangi bir fiili ifade etmek istediği açıktır.²³⁴ Haksız fiiller ile ilgili genel kanunlar ihtilafi kuralı Tüzüğün 4. maddesinde yer almaktadır. Tüzüğün 5 ilâ 9. maddeleri arasında ise haksız rekabet fiilleri de dahil olmak üzere özel haksız fiil türlerine uygulanacak hukuku belirleyen kanunlar ihtilafi kuralları yer almaktadır.

Roma II Tüzüğü'nün uygulanabilmesi için uyuşmazlığın AB. üyesi iki ülke ile ilgili olması gerekmekte; üçüncü bir ülke ile bağlantılı uyuşmazlıklar açısından da Tüzük uygulanabilmektedir.²³⁵ Diğer taraftan, Tüzüğün 3. maddesi gereği, Tüzüğün uygulanması sonucu belirlenecek olan hukuk AB üyesi ülkelerden birinin hukuku olmasa dahi Tüzük hükümleri uygulama alanı bulabilecektir. Zira, Tüzükte yer alan kanunlar ihtilafi kuralları çerçevesinde benimsenen bağlama noktalarının uygulanması, sonuç olarak üye ülke hukuklarından birine ulaşılmasına bağlı değildir.²³⁶ Örneğin zararın gerçekleştiği yer hukuku kriterinin uygulanması açısından zarar yerinin üye ülkelerden birinde olmasına bakılmamaktadır. Tüzüğün 1. maddesinin 4. fıkrası uyarınca, Tüzük Danimarka dışında tüm AB. üyesi ülkelerde uygulanacaktır. Yani, Danimarka dışındaki diğer tüm AB üyesi ülke hakimleri, önlerine gelen ve yabancılik unsuru taşıyan akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuku belirlemek amacıyla, uygulanacak hukukun üye ülkelerden birinin hukuku olup olmadığına bakmaksızın Roma II Tüzüğü'nü uygulayacaklardır. Bu durum Topluluk içi (*inter-community*) ve Topluluk dışı (*extra-community*) uyuşmazlık ayırımının gözetilmediği şeklinde yorumlanmaktadır.²³⁷

Son olarak, Tüzüğün 27. maddesinde, Roma II Tüzüğü'nün, akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuku belirleyen diğer Topluluk Hukuku düzenlemelerinin ve uluslararası anlaşma hükümlerinin uygulanmasına engel olmayacağı belirtilmiştir. Tüzüğün gerekçesinde, aynı konulara ilişkin kanunlar ihtilafi kurallarının birden çok

²³⁴ Stone, s. 98.; Kramer, s. 5. Tüzüğün m. 2/f. 2 hükmünde "Tüzüğün meydana gelmesi muhtemel zararlar için de uygulama alanı bulacağı" açıkça belirtilmiştir.

²³⁵ Bu konuda, Brüksel I Tüzüğü örnek gösterilerek, davalının yerleşim yerinin AB üyesi ülkeler dışında olması halinde dahi Brüksel I Tüzüğü'nün uygulanabileceğini ifade edilmektedir. Roma II Tüzüğü için geçerli olan bu durum, Roma Konvansiyonu ve Roma I Tüzüğü için de geçerlidir (Othenin-Girard, s. 72; Tarman, s. 198; Brière, Règlement Rome II, s. 4; Lardeux, s. 7).

²³⁶ Andrew Dickinson, The Rome II Regulation: The Law Applicable to Non-Contractual Obligations, Oxford University Press New York 2008, s. 276.

²³⁷ Stone, s. 100.

uluslararası anlaşma, tüzük veya yönergede bulunması halinde, bu düzenlemelerde yer alan farklılıkların uygulama açısından sorunlar yaratabileceği, bu durumun mümkün olduğunca engellenmesi gerektiği belirtilmiştir. Uluslararası anlaşma, tüzük veya yönergelerde bulunan bu kuralların Roma II Tüzüğü'nde belirlenen kanunlar ihtilafı kurallarını bertaraf edebilmesi için, Roma II Tüzüğü'ne oranla özel hüküm niteliğinde olmaları gerekmektedir.²³⁸ Doktrinde Tüzüğün 27. maddesinin, AB üyesi ülkelerin Roma II Tüzüğü ile düzenlenen konularda yeni uluslararası anlaşmalara taraf olmalarına engel olacağı belirtilmektedir.²³⁹

b. Haksız Fiil Sorumluluğuna Uygulanacak Genel Kural: Roma II Tüzüğü m.4

Roma II Tüzüğü 4. maddesinde, haksız fiillere uygulanacak hukuk hakkında genel bir kural kabul edilmiştir. Doktrinde bu kuralın, fiil ile en iyi (sıkı) ilişkide olan ülkenin belirlenmesini amaçladığı; bu bağlamda, haksız fiil ilişkisini en iyi şekilde idare edeceği düşünülen ya da en uygun çözümü sağlayabilecek hukukların tespiti gibi bir amaç güdülmediği ifade edilmektedir.²⁴⁰ İlk olarak, fiilin işlendiği ve fiilin dolaylı sonuçlarının doğduğu yere bakılmaksızın, haksız fiil neticesinde zararın meydana geldiği yer hukukunun (*lex loci damni*) uygulanması gerektiği öngörülmektedir. İkinci fıkrada ise, zararın meydana geldiği sırada fail ile mağdurun mutad meskenlerinin aynı ülkede bulunması halinde, haksız fiil ile en sıkı ilişkiyi sağlayacağı düşüncesi ile, bu ülke hukukunun (*lex communis*) uygulanması gerektiği belirtilmiştir. Yani tarafların mutad meskenlerinin aynı ülkede olması halinde, bu ülke hukuku; tarafların mutad meskenlerinin aynı ülkede olmaması halinde ise zarar yeri hukuku uygulama alanı bulacaktır.²⁴¹ Tüzüğün 23. maddesinin 1. fıkrasında ise, ticari şirketlerin de dahil olduğu tüzel kişiler açısından mutad meskenin tüzel kişiliğin idare merkezinin bulunduğu yer olacağı belirtilmiştir. Sorumluluğa sebep olan fiilin veya

²³⁸ Legros, s. 4.

²³⁹ Carine Brière, Reflexions sur les interactions entre la proposition de règlement "Rome II" et les conventions internationales, Journal du Droit International, No 1/2005, s. 681; Legros, s. 6.

²⁴⁰ Richard Fentiman, The Significance of Close Connection, The Rome II Regulation on Applicable Law to Non-Contractual Obligations Edited by John Ahern&William Binchy, Martinus Nijhoff Publishers Leiden/Boston 2009, s. 87.

²⁴¹ Stone, s. 103; Fentiman, s. 89; Gérard Légier, Le règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations extracontractuelles, La Semaine Juridique Edition Générale no. 30, 25 Juillet 2007, act. 348, Document 3/7, s. 3, bkz. (<http://library.bahcesehir.edu.tr/>, e-veritabanları, LexisNexis JurisClasseur).

zararın bir şube acente, veya diğer bir işyerinin faaliyetleri çerçevesinde gerçekleşmesi halinde, şube, acente ya da ilgili işyerinin bulunduğu yerin de mutad mesken sayılacağı kabul edilmiştir.

Ayrıca, Tüzük metninde, “sorumlu olduğu ileri sürülen kişi ile zarar görenin mutad meskenlerinin *aynı ülkede* olmasından” bahsedilmektedir. Ancak doktrinde, tarafların mutad meskenlerinin farklı ülkelerde olması, ancak buna karşın söz konusu ülke hukuklarının haksız fiil hükümlerinin -zararın gerçekleştiği ülkenin haksız fiil hükümlerinden farklı ve fakat birbirlerine kıyasla- aynı olması (*équivalence*) halinde de, zarar yeri hukuku yerine m. 4/f. 2'nin uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir.²⁴² Örneğin, Fransa'da işlenen bir haksız fiilin failinin mutad meskeninin İsviçre'de, zarar gören kişinin mutad meskeninin ise Almanya'da olduğu varsayımında, m. 4/f. 1 uyarınca uygulanacak hukuk zararın meydana geldiği yer olan Fransız Hukuku'dur. Ancak fail ile mağdurun mutad meskenlerinin İsviçre'de olması halinde m. 4/f. 2 uyarınca İsviçre Hukuku uygulama alanı bulacaktır. Doktrinde ileri sürülen görüş uyarınca, şayet Alman ve İsviçre Hukuklarının haksız fiil hükümleri aynı ise, yine m. 4/f.2 hükmü uygulama alanı bulmalıdır. Zira, fail ile mağdurun mutad meskenleri fiziken farklı ülkelerdedir ancak bu ülke hukuklarının öngördüğü hukuki sonuç aynıdır.

Tüzüğün 4. maddesinin 1. fıkrası ile ilgili tartışma yaratan bir diğer husus ise haksız fiil ilişkisinin bütününe tek bir hukukun uygulanıp uygulanamayacağıdır. Zira madde metninde “haksız fiil ilişkisinden kaynaklanan bir akit dışı borca uygulanacak hukuk” ifadesi yer almaktadır. Bu ifadeden yola çıkan bir görüşe göre, haksız fiil ilişkisinin neden olduğu birbirinden bağımsız borç ilişkileri farklı hukuklara tabi olabilecektir; zira 4. maddenin 1. fıkrasında yer alan bu ifadeye karşın 3. fıkrada “haksız fiilin tereddüde yer vermeyecek biçimde diğer bir ülke ile sıkı ilişkili olmasından” bahsedilmektedir.²⁴³ Tüzüğün gerekçesinde bu konu ile ilgili bir açıklama yapılmamıştır. Ancak, Avrupa Parlamentosu Önerisi'nde²⁴⁴ dile getirilen “Tüzüğün 4. maddesine, uyuşmazlığı çözmekle yükümlü mahkemenin uygulanacak

²⁴² Stone, s. 109.

²⁴³ Fentiman, s. 87.

²⁴⁴ European Parliament legislative resolution on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the law applicable to non-contractual obligations (“Rome II”) (COM (2003) 0427-C5-0338/2003-2003/0168 (COD)), P6_TA (2005) 0284, Article 4 (4); Jan Von Hein, The New European Choice-of-Law Revolution: Lessons for The United-States? Contract and Tort Law, Something Old and Something Borrowed, but Nothing New - Rome II and the European Choice-of-Law Evolution, Tulane Law Review Volume: 82 No: 5 May 2008, s. 1687., bkz. <http://heinonline.org>.

hukuku tespit ederken, uyuşmazlığın içerdiği her bir meseleyi ayrı ayrı incelemesini öngören son bir fıkra eklenmesine dair görüş” Komisyon tarafından 22.07.2003 tarihinde verilen Rapor’da²⁴⁵ yer almamıştır. Bu durum, Roma II Tüzüğü’nde, haksız fiillere uygulanacak hukukun tespitinde uyuşmazlığın farklı meselelere bölünerek her bir meseleye ayrı hukukun uygulanması gerektiği görüşünün benimsenmediğini ortaya koymaktadır.²⁴⁶

Kanımızca, anılan iki fıkrada (m.4/f.1 ve f.3) farklı ifadelere yer verilmiş olması böyle bir sonuca ulaşabilmek için yeterli değildir. 4. maddenin 1. fıkrasında “haksız fiilden doğan akit dışı bir borç ilişkisi” ifadesi geniş anlamda borç ilişkisini ifade etmek üzere kullanılmıştır. Tüzüğün uygulanacak hukukun kapsamını belirleyen 15. maddesinde verilen geniş ve ayrıntılı liste dikkate alındığında, uygulanacak hukukun haksız fiil ilişkisinin bütününe kapsayacak şekilde yorumlanması gerektiği kanısı ağırlık kazanmaktadır.²⁴⁷ Kaldı ki haksız fiil ilişkisi borç kaynaklarından biri olmakla beraber, sözleşmelerde olduğu gibi taraflara birbirinden tamamen bağımsız borçlar yüklememektedir. Bir haksız fiil ilişkisinde örneğin bir fiilin haksız olup olmadığının tespitinin -ki bu husus haksız fiil ilişkisinin doğurduğu bağımsız bir borç ilişkisi değildir- bir ülke hukukuna, tazminat hakkının doğumu veya kapsamının ise başka bir ülke hukukuna göre belirlenmesi gerektiğini savunmak kanımızca mümkün değildir.

Üçüncü ve son fıkrada, halin tüm şartları göz önüne alındığında, haksız fiil ilişkisinin ilk iki fıkra ile belirlenen ülke hukukları dışında başka bir ülke ile açıkça (tereddüde yer vermeyecek biçimde) daha sıkı ilişki sağlaması halinde, bu ülke hukukunun uygulanacağı ifade edilmiştir. Devamında ise, “açıkça daha sıkı ilişkiyi sağlayan ülke hukuku” hakkında bir karineye yer verilmektedir. Şayet taraflar arasında, haksız fiilin gerçekleşmesinden önce, söz konusu haksız fiil ile sıkı ilişki kuran -örneğin bir sözleşme gibi- bir hukuki ilişki varsa, bu durumda 3. fıkrada yer alan ihtimal gerçekleşmiş olacaktır. Bu hüküm, münhasıran belirli bir işletmenin

²⁴⁵ Commission of the European Communities, Proposal for a Regulation of the European parliament and the Council on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations (“Rome II”) 22.07.2003 COM (2003) 427 final, 2003/0168 (COD).

²⁴⁶ **Brière**, Règlement Rome II, s. 20. Common law ülkelerinin kanunlar ihtilafı sistemlerinde kabul gören ve kanunlar ihtilafı adaletinden ziyade somut olay (maddi hukuk) adaletini sağlamayı amaçlayan bu metodun uygulanmasının, haksız fiillere uygulanacak hukukun belirlenmesi açısından hakimlerin daha esnek davranabilmelerine olanak sağlayacağı belirtilmektedir: “*issue-by-issue analysis*” (*dépeçage*), **Alex Mills**, The Application of Multiple Laws Under the Rome II Regulation, The Rome II Regulation on Applicable Law to Non-Contractual Obligations Edited by John Ahern&William Binchy, Martinus Nijhoff Publishers Leiden/Boston 2009, s. 136 vd.

²⁴⁷ Aynı yönde, **Stone**, s. 103.

menfaatlerinin zedelenmesi halinde Tüzüğün 4. maddesinin uygulanacağını öngören m. 6/f. 2 hükmü gereğince uygulama alanı bulacaktır. Örneğin, haksız rekabet fiilleri açısından fail ile mağdurun arasında daha önceden bir tedarik sözleşmesi, satım veya tek satıcılık sözleşmesinin varlığı halinde bu hüküm uygulanabilecektir. Doktrinde bu hükmün istisna hükmü olduğunun ve ancak ilk iki fıkra ile belirlenen hukuklardan daha sıkı ilişkiyi objektif olarak sağlayacak bir hukukun varlığı halinde bu hükmün uygulama alanı bulabileceğinin altı çizilmektedir.²⁴⁸

Tüzük metninde açıkça belirtilmese de, bu hükme dayanarak taraflar arasında önceden var olan ilişkiye uygulanacak hukukun haksız fiil ilişkisine de uygulanması gerektiği söylenebilir.²⁴⁹ Taraflar arasında daha önceden var olan hukuki ilişki kavramı geniş bir yoruma tabi tutulmaktadır. Komisyon çalışmalarında bu hukuki ilişkinin geçerli olarak kurulmuş olmasının gerekli olmadığı ve bu çerçevede sözleşme öncesi müzakere sürecinin de dikkate alınabileceği belirtilmiştir.²⁵⁰ Taraflar arasında önceden var olan hukuki ilişkiye uygulanacak hukukun belirlenmesinde hakimin hukukunun kanunlar ihtilafı kuralları dikkate alınacaktır. Bu bağlamda, Komisyon'un verdiği raporlarda, Roma I ve Roma II Tüzükleri ile düzenlenen ve hukuki ilişkinin zayıf tarafı konumunda olan kişilerin korunmasını sağlayan hükümlerin bertaraf edilemeyeceğine dikkat çekilmektedir.²⁵¹ Yalnız, m. 4/f. 3 hükmünün uygulanabilmesi için uyuşmazlığın tüm koşullarının dikkate alınması ve uygulanacak hukukun uyuşmazlık ile “tereddüde yer vermeyecek derecede açık bir ilişki” kurduğu kanaatine varılması gerekmektedir. Bu konuda hakimin takdir yetkisinin bulunduğu, dolayısıyla bu hükmün kendiliğinden uygulanmasının mümkün olmadığı dile getirilmektedir.²⁵² Bu nedenle, davacının talebi ile ilgili olarak ileri sürdüğü vakıaların araştırılması ile yetinilmeyip, zarara yol açan fiil ve bu fiilin yarattığı -dolaylı sonuçlar da dahil olmak üzere- tüm sonuçları kapsayacak biçimde çok daha geniş bir inceleme yapılması gerekecektir.²⁵³ Bu bağlamda ispat yükünün,

²⁴⁸ **Lardeux**, s. 26. Tüzüğün hazırlık çalışmalarında, m. 4/f.3 hükmünün uygulanmasının ayrı bir şarta bağlanmış olduğu belirtilmektedir. Ancak, ilk iki fıkra ile belirlenen hukukun uyuşmazlık ile esaslî bir ilişki kuramaması halinde üçüncü fıkra hükmünün uygulama alanı bulacağına dair bu şart Tüzüğün son şeklinde yer almamıştır. **Brière**, Règlement Rome II, s. 14.

²⁴⁹ **Michael Hellner**, Unfair Competition and Acts Restricting Free Competition, The Rome II Regulation: An Overview, Yearbook of Private International Law, Vol IX 2007, s. 58.

²⁵⁰ **Dickinson**, s. 346. Buna karşın aynı düzenlemeyi içeren İsv. MÖHK. m. 133/f. 3 hükmünün uygulanması için, taraflar arasında önceden var olan ilişkinin geçerli olması gerektiği dile getirilmektedir. **Dutoit**, Commentaire de LDIP, s. 465.

²⁵¹ **Dickinson**, s. 345.

²⁵² **Othenin-Girard**, s. 80.

²⁵³ **Dickinson**, s. 341.

uyuşmazlık ile daha sıkı ilişkili bir hukukun varlığı sebebiyle 4. maddenin ilk iki fıkrası ile belirlenen hukukun uygulanmaması gerektiğini ileri süren tarafa ait olduğu ifade edilmektedir.²⁵⁴

Doktrinde, Tüzüğün m. 4/f. 3 hükmünün açık ve belirleyici bir şekilde kaleme alınmadığı dile getirilmiş, “uyuşmazlığın somut şartları” göz önüne alındığında “hangi bağların uyuşmazlık ile ne şekilde sıkı bir ilişki” sağlayabileceğinin belirlenmesi gerektiği savunulmuştur.²⁵⁵ Amerikan Hukuk Enstitüsü’ne (*American Law Institute*) göre, zararın gerçekleştiği yer, zarara yol açan davranışın gerçekleştiği yer, tarafların milli hukukları, yerleşim yerleri, mutad meskenleri veya işyerlerinin ya da tarafların arasında var olan ilişkinin merkezinin bulunduğu yer uyuşmazlık ile sıkı ilişkiyi sağlayabilecektir.²⁵⁶ Hakim takdir hakkını kullanırken, kendi ülkesinin ve uyuşmazlık ile ilgili diğer ülkelerin kurallarını, tarafların makul beklentilerini, vereceği hüküm açısından hukuki güvenlik, öngörülebilirlik ve uyumu (*uniformité*) gözetmelidir.²⁵⁷

Tüzüğün 4. maddesinin 3. fıkrasında yer alan düzenlemenin taraflar arasında önceden hukuki bir ilişkinin varlığı ihtimalinden başka hangi durumlarda uygulanabileceğine dair Tüzük metninde herhangi bir açıklama getirilmemiştir. Ancak, herhalükârda uyuşmazlığın çözümü açısından en uygun hukukun tespitinin ilk iki fıkra ile yapılamaması halinde, 3. fıkra hükmünün uygulama alanı bulacağını belirtmek gerekir. Bu durum, Tüzüğün m. 4/f. 3 düzenlemesinin, ilk iki fıkranın yaratabileceği zayıflıkları düzeltici etkisi olduğu şeklinde yorumlanmaktadır.²⁵⁸ Doktrinde böyle bir duruma örnek olarak, aynı haksız fiilin birden çok kişi bakımından zarara yol açması ve zarar gören kişilerden biri için m. 4/f. 2 hükmünün, diğeri için zarar yeri kriterinin uygulanması sonucunda kabul edilemeyecek bir ayırım/farkın ortaya çıkması gösterilmektedir.²⁵⁹ Bu durumda m. 4/f. 2 karşısında, m.

²⁵⁴ Dickinson, s. 342.

²⁵⁵ Stone, s. 113-114.

²⁵⁶ Stone, s. 114; Xu, s. 46, dipnot 228.

²⁵⁷ Stone, s. 114. Sıkı ilişkili hukukun tespiti ile ilgili ayrıntılı incelemeler için bkz. Fentiman, s. 91 vd.

²⁵⁸ “*La fonction correctrice du principe de proximité*”, Cyril Nourissat/Edouard Trepoz, Quelques observations sur l’avant-projet de proposition de règlement du Conseil sur la loi applicable aux obligations non-contractuelles (Rome II), Journal de Droit International 2003, s. 27. Bir görüşe göre, sıkı ilişkili hukuk teorisinin uygulanması, fiilin veya zararın gerçekleştiği yer hukukunun yetkili olduğunu öngören klasik kanunlar ihtilafı metodunun terk edildiği anlamına gelmemekte; ancak sadece klasik metodun uygulanması sonucunda ortaya çıkan tatmin edici olmaktan uzak bazı sonuçların giderilmesine çalışılmaktadır. Xu, s. 49.

²⁵⁹ Stone, s. 115.

4/f. 3 hükmünün zarar yeri hukukunun uygulanmasını haklı kılacak sıkı ilişkiyi kurmak için kullanılabileceği ifade edilebilir. Örneğin, mutad meskeni İngiltere’de olan bir sürücü (X) tarafından kullanılan ve İngiliz trafik siciline kayıtlı olan aracın Almanya’da, içinde yine mutad meskeni İngiltere’de olan bir kişi (İ) ile mutad meskeni Fransa’da olan bir başka kişinin (F) olduğu araca çarpması sonucu (İ) ve (F)’nin yaralanması halinde, m. 4/f. 2 uyarınca (İ) açısından İngiliz , m.4/f.1 uyarınca (F) açısından ise Alman Hukuku uygulama alanı bulacaktır. Bu durum, şayet (İ) ve (F) hakkında çok farklı ve (F)’yi mağdur edecek bir sonuca yol açıyor ise, m. 4/f. 3 uygulanarak, örneğin aracın İngiliz siciline kayıtlı olması ve aracın İngiliz vatandaşı (İ) tarafından kullanılıyor olması nedeniyle, (F) için de İngiliz Hukuku’nun uygulanmasının sağlanması mümkün olacaktır.

Görüldüğü üzere Tüzük haksız fiillere uygulanacak hukuk açısından önceliği zararın gerçekleştiği yere vermektedir. Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Dair 44/2001 sayılı Brüksel I Tüzüğü’nün m. 5/f. 3 hükmünün aksine, fiilin işlendiği yerin önemi olmadığı ise ayrıca belirtilmiştir. Zarar yerinin tercihinin, özellikle tazminat hakkını ön planda tutan “modern hukuki sorumluluk anlayışı”na uygun olduğu, zarar yerinin haksız fiile ilişkin (örneğin bir kaza halinde, kaza yerinin incelenmesi, raporların hazırlanması vb. gibi) usuli saptamaların yapıldığı yer ile aynı olması nedeniyle uygulamada da kolaylık sağlayacağı dile getirilmiştir.²⁶⁰ Bu düzenleme, özellikle fiil ile zararın gerçekleştiği yerlerin farklı ülkelerde olduğu mesafeli haksız fiiller açısından önem arz edecektir.²⁶¹

Komisyon çalışmalarında, özellikle halen Alman içtihadına hakim olan ve zarar gören kişiye fiil ya da zararın gerçekleştiği yer hukuklarından birini seçme imkanı tanıyan “aynı anda her yerde uygulanma teorisinin (*théorie de l’ubiquité*)” terk edildiği görülmektedir.²⁶² Zarar yeri hukukunun haksız fiil ilişkisinin tarafları arasında denge sağlayabilecek en uygun kriter olduğu vurgulandıktan sonra, haksız fiillere uygulanacak hukuk konusunda hakim olan modern görüşün benimsendiği dile getirilmektedir.²⁶³ Böylece Fransa, İsviçre ve Hollanda gibi birçok Avrupa ülkesinde

²⁶⁰ **Légier**, s. 3.

²⁶¹ **Tarman**, s. 198.

²⁶² **Dickinson**, s. 297; Zararın ya da fiilin işlendiği yer hukuklarından birinin seçilmesi ile ilgili olarak bkz. **Pocar**, s. 77.

²⁶³ Tüzüğün 16 no.lu gerekçesi.

haksız fiillere uygulanacak hukuk açısından kabul gören bağlama noktasının yeknesak kurallar çerçevesinde uygulanmasına olanak sağlanmıştır.

Tüzüğün uygulanması açısından zarar kavramı 2. maddede açıklanmıştır. Tüzük, zarar kavramını olabildiğince geniş yorumlamaktadır. Buna göre zarar, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme, vekaletsiz iş görme veya *culpa in contrahendo* sorumluluğuna sebep olabilecek herhangi bir sonucun ortaya çıkması halinde söz konusu olacaktır. Haksız fiiller açısından genel olarak zarar yerinin belirlenmesi oldukça kolaydır. Ancak kişilik veya fikri mülkiyet haklarının ihlali ya da haksız rekabet veya rekabeti kısıtlayan fiiller gibi özel haksız fiil türleri için zarar yerinin belirlenmesi her zaman çok kolay olmayabilir. Bu zorluk daha çok zarar ile fiilin neden olduğu kayıpların (dolaylı zararlar) ayırt edilmesi noktasında yaşanabilecektir.²⁶⁴ ATAD. Brüksel Konvansiyonu'nun 5. maddesinin 3. fıkrasının uygulanması ile ilgili olarak 1995 yılında verdiği bir kararda, zarar yerinin “asıl zarardan kaynaklanan ekonomik kazanç kayıplarının” gerçekleştiği yerden farklı olduğunu belirlemiştir.²⁶⁵ ATAD.'ın kararına konu olan olayda, Mr. Marinari (davacı) Lloyd Bankası nezdinde adına düzenlenen poliçenin tahsilini talep etmiştir. Davalı banka ise İngiliz polisine başvurarak Mr. Marinari'nin tutuklanmasını ve söz konusu senede el konulmasını sağlamıştır. Bunun üzerine Mr. Marinari İtalya'da dava açarak senet bedelinin kendisine ödenmesini ve tutuklanması dolayısıyla uğradığı kazanç kayıpları ile itibarının zedelenmesi sonucu ortaya çıkan zararının tazminini talep etmiştir. Mahkeme kararında, “zarar yerinin mağdurun ilk talebinin doğumuna yol açan olayın ekonomik sonuçlarının meydana geldiği yeri kapsayacak şekilde geniş algılanamayacağını” ifade etmiştir. Mahkeme, ilk talebe konu olayın zaten belirli bir zararın doğumuna yol açtığına, bu zararın başka ülkelerde gerçekleşebilecek farklı zararları tetiklemesi halinde dolaylı zarar yerinin dikkate alınamayacağına hükmetmiştir.²⁶⁶

²⁶⁴ Hellner, s. 53.

²⁶⁵ Arrêt Marinari c. Lloyds Bank, affaire C-364/93, 19.09.1995 (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61993J0364:FR:PDF>), Hellner, s. 53. ATAD'ın 1990 yılında verdiği Dumez v. Hessische Landesbank kararında (Arrêt Dumez c. Hessische Landesbank, affaire C-220/88, 11.01.1990, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61988J0220:EN:HTML>), davalı bankanın bir inşaat projesinin yapımı amacıyla alınan krediyi haksız bir biçimde iptali sonucunda, zararın projenin durdurulduğu ve davacının iş ortağının iflas ettiği yerde doğmakta olduğu ancak fiil nedeniyle ortaya çıkan kaybın davacının ikametgahının bulunduğu ülkeden farklı bir ülkede gerçekleştiği belirtilmektedir (Stone, s. 111).

²⁶⁶ Dickinson, s. 314.

Zararın birden fazla ülkede meydana gelmesi halinde ise, zararın meydana geldiği ülke hukukları ayrı ayrı uygulama alanı bulacaktır.²⁶⁷ Genel olarak haksız fiiller açısından geçerli olan bu ihtimal, haksız rekabet fiilinin birden fazla yerde zarara yol açması halinde de geçerli olacaktır. Bu nedenle, haksız rekabet fiilinin birden çok ülkede zarara yol açması ihtimali haksız rekabete uygulanacak hukuk ile ilgili bölümde ayrıca incelenecektir.²⁶⁸

Son olarak, Roma II Tüzüğü 17. maddesinde, yetkili hukukun uygulanmasında sorumlu olduğu ileri sürülen kişinin davranışının değerlendirilebilmesi açısından, sorumluluğa yol açan olayın gerçekleştiği an ve yerdeki emniyet, asayiş ve yürütme kurallarının dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir.²⁶⁹ Bu noktada yetkili hukuk çerçevesinde geçerli olan emniyet, asayiş ve yürütme kuralları ile haksız fiilin işlendiği ülkede geçerli olan kurallar arasında eşitlik ve uyum sağlanmaya çalışılmalıdır.²⁷⁰ Hakim, her somut olay açısından, failin söz konusu kurallara uymamasının Tüzüğün 4. maddesine göre belirlenecek yetkili hukuk (*lex causae*) çerçevesinde hangi hukuki sonuçlara yol açacağını takdir edecektir.²⁷¹ Bu konuda verilen örneklerin çoğu trafik kazalarına ilişkindir. Örneğin, kazanın gerçekleştiği ülkede geçerli olan hız sınırı, emniyet kemerinin takılması zorunluluğu gibi kurallar failin sorumluluğunun değerlendirilmesi açısından uygulanacak hukuk kapsamında dikkate alınması gereken emniyet, asayiş ve davranış kurallarındandır.²⁷² Bu bağlamda, A ülkesinde geçerli olan emniyet ve asayiş kuralları uyarınca emniyet kemeri takmak zorunludur. Buna karşın, B ülkesinde böyle bir zorunluluk yoktur. A ülkesinde gerçekleşmiş bir trafik kazası sonucunda zararın B ülkesinde meydana

²⁶⁷ **Mills**, s. 134-135; **Audit**, s. 663; **Graziano**, Règlement Rome II, s. 445 vd. Doktrinde neredeyse fikir birliğine varılmış olan bu husus ile ilgili olarak zararın birden fazla ülkede meydana gelmesi halinde hakimin hukukunun uygulanacağı görüşü için bkz. **Pironon**, s. 4-5. Fakat, yazar, neden hakimin hukukunun uygulanması gerektiğine dair herhangi bir açıklama yapmamaktadır. Roma II Tüzüğü'nün rekabetin engellenmesinden doğan uyumsuzluklarda uygulanacak hukuku belirlemeye yönelik m. 6/f. 3/b bendinde, zarar gören kişinin hakimin hukukunun uygulanmasını seçebileceği belirtilmektedir. Ancak aynı hükmün haksız rekabet fiilleri açısından kabul edilmediği göz önüne alınırsa, yazarın görüşünü destekleyecek farklı gerekçelerin gösterilmesi gerektiği açıktır.

²⁶⁸ Bkz. "Haksız Rekabet Fiilinin Birden fazla Ülke Piyasasını Etkilemiş Olması" başlıklı bölüm.

²⁶⁹ **Tarman**, s. 203. Aynı hükmün İsv. MÖHK.'un 142. maddesinin 2. fıkrasında da yer aldığı belirtilmektedir (**Simon Othenin-Girard**, Les actes illicites dans le projet de règlement européen sur la loi applicable aux obligations non-contractuelles (Rome II), Quelques points de divergence et de convergence avec la LDIP, Revue Suisse de Jurisprudence Nr. 16/17 01 Septembre 2009, s. 384). Roma II Tüzüğü'nün 17. madde hükmü biraz daha ayrıntılı düzenlenmiş olmakla beraber İsv. MÖHK.'undaki hüküm ile aynı sonucu doğurmaktadır.

²⁷⁰ **Bucher**, Les actes illicites, s. 124.

²⁷¹ **Légier**, s. 3.

²⁷² Örneğin, fail ile zarar görenin ortak mutad mesken hukukları olması nedeniyle İngiliz Hukuku'na tabi olan ancak Fransa'da gerçekleşmiş bir trafik kazasında, sürücünün Fransa'da geçerli olduğu üzere yolun sağ tarafından gidip gitmediğine bakılacağı belirtilmektedir (**Stone**, s. 104).

gelmesi halinde, failin sorumluluğu A ülkesinde geçerli olan emniyet kemeri takma zorunluluğu göz önüne alınarak B ülkesi hukukuna göre belirlenecektir. Zira Tüzüğün 4. maddesi uyarınca, uygulanacak hukuk (*lex causae*) zararın gerçekleştiği yer hukukudur. Genel olarak ifade etmek gerekirse, failin sorumluluğunun değerlendirilmesi açısından büyük önem arz eden “özen yükümlülüğüne ilişkin kaideler ve bu kaidelerin oluşturduğu standartların tespitinde” fiilin işlendiği yer hukukunun dikkate alınması gereklidir.²⁷³ Kanımızca bu durum haksız fiillerden doğan uyuşmazlıkların fiilin işlendiği yer hukukuna tabi olması gerektiğini savunan görüşün dayandığı temel gerekçenin bir yansımasıdır. Zira bu görüş, haksız fiillerin öncelikli olarak meydana geldikleri ülke hukukunun düzen ve davranış kurallarına tabi olması gerektiğini ileri sürmektedir. Ayrıca kanımızca, Tüzüğün 17. maddesinde yer alan bu hüküm aracılığıyla aslında zararın gerçekleştiği yer hukuku kriterinin koruduğu menfaat ile fiilin işlendiği yer hukuku kriterinin koruduğu menfaat arasında bir denge kurulmaya çalışıldığı da söylenebilir.

C. Haksız Rekabet Uyuşmazlıklarına Özgü Kanunlar İhtilafı Kurallarının Kabulünde Yaşanan Süreç

Haksız fiillere uygulanacak hukuk ile ilgili değerlendirmelerimiz çerçevesinde, haksız fiiller açısından fiilin işlendiği yer hukukunun uygulama alanı bulunduğunu ifade ettik. Bununla beraber, Topluluk Hukukunda da benimsenen son gelişmeler ile birlikte, haksız fiillere uygulanacak hukuk açısından zararın meydana geldiği yer kriterinin ön plana çıktığını gördük. Haksız fiiller için geçerli olan bu durum haksız rekabete uygulanacak hukukun belirlenmesine ilişkin kurallara da yansımıştır. Haksız rekabet uyuşmazlıklarına özgü kanunlar ihtilafı kuralının incelenmesine geçmeden önce, haksız fiiller açısından yukarıda incelediğimiz bağlama noktalarının haksız rekabet açısından ne şekilde uygulama alanı bulduğuna kısaca değinmek gerektiği düşüncesindeyiz.

Haksız rekabete yol açan fiillerin temelde haksız fiil olarak nitelendirilmesi, bu fiiller için de fiilin vuku bulunduğu (işlendiği) yer hukukunun (*lex loci delicti*) uygulanması sonucunu doğurmuştur. Ancak, Uluslararası Haksız Rekabet Cemiyeti'nin 1967 tarihli Nice Kongresi'nde, özel bir haksız fiil türü olarak fiziki

²⁷³ Fentiman, s. 90.

zarardan çok ekonomik zarara yol açan haksız rekabet fiilleri açısından “fiilin işlendiği yer”in farklı bir biçimde yorumlanması gerektiği ileri sürülmüş, bu bağlamda fiilin işlendiği yerin “ekonomik menfaatlerin çatıştığı yer” olarak anlaşılması gerektiği kararlaştırılmıştır.²⁷⁴ Uluslararası Haksız Rekabet Cemiyeti’nin fiilin işlendiği yere ilişkin bu farklı değerlendirmesi, fiilin işlendiği yerden ziyade zarar yerinin ifade edilmek istendiği şekilde yorumlanmıştır.²⁷⁵

İsviçre Uluslararası Özel Hukuku’nda ise, İsv. MÖHK.’un kabulüne kadar haksız rekabete özgü bir kanunlar ihtilafı düzenlemesi yer almamaktaydı. İsv. MÖHK.’un 136. maddesinden önce İsviçre Hukuk doktrini ve Federal Mahkeme içtihadı haksız rekabete ilişkin uyumsuzlukları sistemli bir biçimde haksız fiillere ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları çerçevesinde değerlendirmekte ve dolayısıyla da haksız fiillere uygulanan “fiilin işlendiği yer hukuku (*lex loci delicti*)” kriterini bağlama noktası olarak kabul etmekteydi.²⁷⁶ İsviçre Federal Mahkemesi ilk kez 1950 yılında verdiği bir kararda, haksız fiilin işlendiği yer ile söz konusu fiil sonucu doğan zararın farklı yerlerde meydana gelmesi durumunu ele almış ve “mesafeli haksız fiiller kavramı”nı açıklama imkanı bulmuştur.²⁷⁷ Federal Mahkeme, gerek fiilin işlendiği gerekse zararın meydana geldiği yer hukukunun uygulanabileceğine karar

²⁷⁴ Dyer, s. 418.

²⁷⁵ Dyer, s. 418.

²⁷⁶ Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard, s. 286-287; Danthe, s. 54.

²⁷⁷ Arrêt du Tribunal fédéral, affaire *Ch. Braendli AG c. Copex Expedienbedrijf GA*, ATF 76 II 110, 11-112, JdT 1950 I 378, 11.05.1950: Söz konusu karara konu olayda, Hollanda’da dağıtılan ve İsviçre’de faaliyet göstermekte olan bir işletmenin sahibi hakkında yanlış bilgiler içeren mektupların aynı zamanda yerleşim yeri İsviçre’de bulunan kişilere de gönderilmesi yoluyla haksız rekabete yol açıldığı iddia edilmektedir. Mahkeme somut olay açısından yalnızca haksız fiilin işlendiği yer olarak Hollanda Hukuku’nun veya haksız rekabet fiilinin sonuçlarının doğduğu yer olan İsviçre Hukuku’nun uygulanmasına ilişkin görüşler karşısında, her iki hukukun da uygulanabileceğine karar vermiş, Hollanda’da dağıtılan mektuplardan doğan zarar için Hollanda Hukuku’nun, İsviçre’ye gönderilen mektuplar için ise İsviçre Hukuku’nun uygulama alanı bulacağına hükmetmiştir. Federal Mahkeme., 1961 yılında verdiği başka bir kararda (Arrêt du Tribunal fédéral, affaire *Ing. W. Ortlí Aktiengesellschaft c. AG für Olfeuerungen et Consorts*, ATF 87 II 113, JdT 1961 I 600, 09.05.1961), yine gerek haksız rekabeti doğuran fiilin işlendiği yer hukukunun ve gerekse haksız rekabet fiilinin sebep olduğu zararın meydana geldiği yer hukukunun uygulanabileceğine hükmetmiş ancak bu sefer haksız rekabet mağduruna bu iki hukuktan birini seçme imkanının tanınması gerektiğini dile getirmiştir. Federal Mahkeme 1961 yılında verdiği bu kararı takiben sistematik bir şekilde içtihadını sürdürmüştür. Bkz. Arrêt du Tribunal fédéral, affaire *Carl Zeiss Jena c. Firma Carl Zeiss Heidenheim*, ATF 91 II 117, 124, JdT 1965 I 635, 30.03.1965; Arrêt du Tribunal fédéral, affaire *Sihl Zürcher Papierfabrik an der Sihl c. Faserprodukte GmbH&Co*, ATF 92 II 257, 264, JdT 1967 I 611, 15.11.1966; Arrêt du Tribunal fédéral, affaire *Micco c. Armellin La San Marco SA*, ATF 107 II 356, 06.10.1981; Arrêt du Tribunal fédéral, affaire *Computerland Europe Sarl c. Computerland AG*, ATF 109 II 483, JdT 1984 I 295, 15.11.1983.

vermiştir. Doktrin Federal Mahkemece kabul olunan bu uygulamayı “aynı anda her (birden çok) yerde uygulanma teorisi (*théorie de l’ubiquité*)” olarak adlandırmıştır.²⁷⁸

Federal Mahkeme’nin bu içtihadı doktrinde eleştirilmiştir. Bu çerçevede, haksız rekabetten doğan uyuşmazlıklara özgü, haksız fiillerden ayrı bir kanunlar ihtilafı kuralının kabul edilmesi gerektiği savunulmuştur.²⁷⁹ Her ne kadar özel bir haksız fiil türü olsa da, haksız fiiller bakımından uygulama alanı bulan bağlama noktalarının (fiilin işlendiği veya zararın doğduğu yer kriterleri) haksız rekabete yol açan fiiller açısından yetersiz kaldığı dile getirilmiştir. Bu bağlamda, haksız rekabetten doğan uyuşmazlıkların söz konusu fiiller neticesinde “piyasası etkilenen ülke hukuku”na tabi olması gerektiği sonucuna varılmıştır.²⁸⁰

Diğer taraftan doktrin tarafından geliştirilen yeni yaklaşımın uygulanabilmesi için, haksız rekabet fiillerinin kendi içinde sınıflandırılması gerektiği de ileri sürülmüştür. Buna göre “doğrudan belirli bir ülke piyasasını etkileyen haksız fiiller” ile “belirli bir rakibin üretim faktörlerini hedef alan ve bu şekilde söz konusu faaliyetlerin sürdürüldüğü ülke piyasasını dolaylı olarak etkileyen haksız fiiller” ayırımına gidilmiştir.²⁸¹ İsviçre Federal Mahkemesi içtihadı ve doktrin tarafından ileri sürülen görüşler ışığında yaşanan süreç sonunda 18.12.1987 tarihinde İsv. MÖHK. kabul edilmiş ve anılan kanunun 136. maddesinde haksız rekabete ilişkin özel bir kanunlar ihtilafı kuralı kabul edilmiştir.²⁸²

Yukarıda belirttiğimiz üzere, Türk Hukukunda haksız rekabet fiilleri, 5718 sayılı MÖHUK.’un kabulünden evvel, haksız fiiller çerçevesinde

²⁷⁸ **Bucher**, Les actes illicites, s. 116; **Danthe**, s. 57.

²⁷⁹ **Graziano**, La responsabilité délictuelle en droit international privé européenne, s. 88; **Danthe**, s. 64.

²⁸⁰ **Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard**, s. 289; **Danthe**, s. 65. Bu görüşler çerçevesinde haksız rekabetten etkilenen ülke piyasasının tespiti amacıyla, “haksız rekabete konu malın satıldığı veya hizmetin sunulduğu ülke piyasası”, “haksız rekabet sonucu ekonomik aktörlerin kararlarının etkilendiği ülke piyasası” ve “haksız rekabet sonucu rakiplerin ekonomik çıkarlarının çatıştığı ülke piyasası” gibi bazı çeşitli bağlama noktası önerileri sunulmuştur (**Danthe**, s. 66).

²⁸¹ **Danthe**, s. 67.

²⁸² Çalışmamızın haksız rekabete ilişkin maddi hukuk hükümleri ile ilgili ilk kısmında belirttiğimiz üzere, ticaret ünvanlarının korunması da haksız rekabet hükümleri ile sağlanmaktadır. İsv. MÖHK.’un 157. maddesinde İsviçre’de ticaret siciline kayıtlı olan şirketlerin ticaret ünvanlarının korunması ile ilgili özel bir kanunlar ihtilafı kuralı düzenlenmektedir. Tek yanlı bir kural olan 157. maddenin kapsamına giren şirketlerin ticaret ünvanlarının İsviçre’de meydana gelen bir ihlale karşı korunması hakkında uygulanacak hukuk İsviçre Hukuku’dur; ancak, 157. maddenin 2. fıkrası, söz konusu şirketlerin İsviçre’de herhangi bir ticaret siciline kayıtlı olmaması halinde, İsv. MÖHK.’un haksız rekabetten doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuku belirleyen kanunlar ihtilafı kuralı da dahil olmak üzere, haksız fiiller ile ilgili kanunlar ihtilafı kurallarına atıf yapmaktadır (**Bucher**, Les actes illicites, s. 131).

değerlendirilmekteydi.²⁸³ 5718 sayılı MÖHUK.'un 37. maddesinde, haksız rekabet fiilleri için ayrı bir kanunlar ihtilafı kuralı belirlenmiştir. Dolayısıyla, artık Türk Hukuku'nda da haksız rekabet uyuşmazlıklarına ilişkin özel bir kanunlar ihtilafı kuralı olduğundan, haksız fiillere ilişkin genel kanunlar ihtilafı kuralına gitmeye gerek kalmamıştır. Aşağıda ayrıntılı bir biçimde inceleyeceğimiz bu hüküm, İsv. MÖHUK'un 136. maddesinde yer alan temel ayrıma atıf yaparak, belirli bir ülke piyasasını etkileyen fiiller için “piyasası etkilenen ülke hukukunun”, münhasıran belirli bir işletmenin ticari faaliyetine yönelik fiiller için ise, “zarar gören işletmenin işyerinin bulunduğu ülke hukukunun” uygulanacağını düzenlemektedir.

Kanımızca da, haksız rekabet uyuşmazlıkları açısından haksız fiillere uygulanacak hukuku belirleyen kurallardan farklı bir düzenlemenin kabul edilmesi ve haksız rekabet fiillerinin kendi içinde “belirli bir ülke piyasasını etkileyen fiiller” ve “münhasıran belirli bir işletmenin ticari faaliyetine yönelik fiiller” şeklinde ayrılması çok yerinde olmuştur. Zira, özellikle belirli bir piyasayı etkileyen haksız rekabet fiillerinin yasaklanmasındaki temel amaç söz konusu piyasanın ve dolayısıyla da kamunun korunmasıdır. Münhasıran belirli bir işletmenin ticari faaliyetlerini zedeleyen haksız rekabet fiilleri açısından ise kamu menfaatinin korunması gibi bir durum söz konusu değildir.

Belirli bir ülke piyasasını etkileyen haksız rekabet açısından haksız fiillerde uygulama alanı bulan “fiilin işlendiği yer”, “ tarafların ortak yerleşim yeri veya mutad meskeni”, “ taraflar arasında önceden var olan ilişkiye uygulanacak hukukun haksız rekabet ile sıkı ilişki sağlaması” gibi kriterlere başvurmak mümkün olmayacaktır. Bu tür haksız rekabet fiilleri sonucu meydana gelen zararın fail ile veya fiilin işlendiği yer ile hiçbir ilişkisi yoktur. Önemli olan zarar gören piyasanın korunmasıdır. Bu açıdan taraflara uygulanacak hukuku seçme imkanının tanınması da mümkün olamayacaktır. Haksız fiillerine uygulanan “zararın meydana geldiği yer” kriteri de haksız rekabete özgü ve farklı bir biçimde yorumlanmalıdır. Zira haksız rekabet fiilleri açısından doğan zarar fiziki değil, ekonomik bir zarardır.

Tüm bu gerekçeler, haksız rekabet fiillerine özgü yeni kanunlar ihtilafı düzenlemelerine gidilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır. Bu bağlamda aşağıda, modern kanunlar ihtilafı anlayışı çerçevesinde benimsenen ve haksız rekabetten

²⁸³ 2675 sayılı MÖHUK.'un yürürlüğe girmesinden önce uygulanmakta olan 1330 tarihli Muvakkat Kanun'da da haksız fiiller açısından öngörülen bağlama noktasının fiilin işlendiği yer hukuku olduğu ifade edilmektedir (Çelikel/Erdem, s. 389).

doğan uyuşmazlıklarda uygulama alanı bulacak olan kanunlar ihtilafı kuralını ayrıntılarıyla inceleme fırsatı bulacağız.

II. HAKSIZ REKABETTEN DOĞAN UYUşMAZLIKLARDA UYGULANACAK HUKUK

Haksız rekabete yol açan fiillere özgü bir kanunlar ihtilafı kuralı oluşturuluncaya kadar yaşanan süreçte haksız rekabete yol açan fiillerin haksız fiilin özel bir türü olarak ele alındığından ve haksız fiillere ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarının uygulama alanı bulduğundan bahsettik. Bu çerçevede haksız rekabet fiillerini kapsayan kanunlar ihtilafı kurallarında kabul edilen bağlama noktasının esas olarak ‘‘haksız rekabet fiilinin etkilediği piyasa kriteri’’ olduğunu dile getirdik. Bununla beraber anılan bağlama noktası çeşitli kanuni düzenlemelerde farklı biçimlerde ifade edilmiştir. İsv. MÖHK.’un 136. maddesinde ‘‘haksız rekabet fiil(ler)inin sonuçlarının doğduğu ülke piyasası’’ndan bahsedilirken, MÖHUK.’un 37. maddesinde ise ‘‘piyasası söz konusu fiillerden doğrudan etkilenen ülke hukuku’’ ifadesi benimsenmiştir. Roma II Tüzüğü’nn 6. maddesinde ise ‘‘rekabet ilişkilerinin veya tüketicilerin ortak menfaatlerinin etkilendiği veya etkilenebileceği piyasa hukuku’’ ifadesi kullanılmıştır. Genel olarak ‘‘piyasası etkilenen ülke hukuku’’ kriteri olarak adlandırabileceğimiz bu bağlama noktası, İsviçre ve Türk MH(U)K.’larından başka Avusturya, Hollanda, Rusya, Romanya ve tek taraflı bir kanunlar ihtilafı kuralı olarak İspanya MÖHK. düzenlemelerinde de kabul edilmektedir.²⁸⁴

Bu noktada, belirli bir piyasayı etkileyen haksız rekabet fiilleri ile yalnızca belirli bir işletmeyi etkileyen haksız rekabet fiilleri arasında ayrıma gidildiğini ve bu iki grup haksız rekabet hali için farklı bağlama noktalarının kabul edildiğini belirtmek gerekmektedir. Bu nedenle, haksız rekabete uygulanacak hukuk ile incelemelerin gerek İsviçre ve Türk Hukukunda, gerekse Topluluk Hukukunda kabul gören bu ayrıma sadık kalınarak farklı başlıklar altında incelenmesi uygun olacaktır. Diğer taraftan, günümüz teknolojisi haksız rekabet fiillerinin kitle iletişim araçları vasıtasıyla gerçekleştirilebilmesini sağlamaktadır. Özellikle kitle iletişim araçlarının kullanımı ile gerçekleşen ve bir veya birden fazla ülke piyasasını etkileyen bu tür haksız rekabet

²⁸⁴ **Graziano**, La responsabilit dlictuelle en droit international priv europenne, s. 88-89.

fiillerinin de ayrı bir başlık altında incelenmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Çalışmamızın haksız rekabette doğan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuk ile ilgili kısmının sonunda uygulanacak hukukun kapsamı ile haksız rekabet açısından hakim hukukun kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kurallarının uygulanacak hukuk üzerindeki etkilerine yer vereceğiz.

A. Belirli Bir veya Birden Fazla Ülke Piyasasını Etkileyen Haksız Rekabet Halleri

Gerek İsv. MÖHK., gerekse MÖHUK.'da yer alan haksız rekabete özgü kanunlar ihtilafı kurallarında kabul edilen bağlama noktası, haksız rekabetin sonuçlarının doğduğu, yani haksız rekabetin etkilerinin hissedildiği piyasadır. Haksız rekabete uygulanacak hukuku belirleyen Roma II Tüzüğü'nde de rekabet ilişkilerinin veya tüketicilerin ortak menfaatlerinin etkilendiği veya etkilenebileceği yer hukukunun uygulanacağı belirtilmektedir. Söz konusu ifadeler farklı bağlama noktalarına işaret etmemektedir. Bu nedenle, gerek Türk ve İsviçre Hukukunda, gerekse Topluluk Hukukunda, belirli bir veya birden fazla ülke piyasasına yönelik haksız rekabet fiillerinden doğan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuk ile ilgili inceleme ve değerlendirmeler “etkilenen piyasa kriteri”nin açıklanmasına yöneliktir.

1. Türk ve İsviçre Hukukunda “Etkilenen Piyasa Kriteri”

MÖHUK.'un 37. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, “haksız rekabette doğan talepler, haksız rekabet sebebiyle piyasası doğrudan etkilenen ülke hukukuna tabidir.” İsv. MÖHK.'un 136. maddesinin birinci fıkrasında ise, “haksız rekabette doğan taleplerin, haksız rekabetin sonuçlarının doğduğu ülke hukukuna tabi olacağı” belirtilmiştir.

Haksız fiillere uygulanacak hukukun tespitinde genel olarak kabul gören fiilin işlendiği yer hukuku (*lex loci delicti*) uygulamasının özellikle “mesafeli haksız fiiller”e ilişkin uyuşmazlıklar açısından doğru sonuçlara yol açmadığından hareketle ikinci bir bağlama noktası olarak “haksız fiil sonucu doğan zararın meydana geldiği yer” kriteri uygulanmaya başlamıştır. Uluslararası anlamda haksız rekabete yol açan fiiller niteliği gereği “mesafeli haksız fiiller” içinde yer aldığından, haksız rekabete

yol açan fiillere uygulanacak hukukun belirlenmesinde, haksız fiiller açısından uygulama alanı bulan “zararın meydana geldiği yer” kriterinin özel bir görünümü olan “haksız rekabet fiili sonucunda piyasası etkilenen ülke hukuku” kriteri bağlama noktası olarak kabul edilmektedir.²⁸⁵ Zira haksız rekabet fiili neticesinde meydana gelen zarar söz konusu fiilden etkilenen ülke piyasası üzerinde doğmaktadır. Burada zarar, “haksız rekabet sonucunda belirli bir veya birden çok ülke piyasası üzerinde doğan etki” olarak karşımıza çıkmaktadır.

Doktrinde, haksız rekabet fiilleri açısından özel bir bağlama noktası olarak piyasası etkilenen ülke hukuku kriterinin kabulünün gerektiği 1980’li yılların başından itibaren dile getirilmiştir.²⁸⁶ Yukarıda da belirttiğimiz üzere, artık birçok ülkenin kanunlar ihtilafı sisteminde kabul gören etkilenen piyasa hukuku, çeşitli kanuni düzenlemelerde farklı şekillerde ifade edilmiştir. Örneğin, “haksız rekabet fiilinin sonuç doğurduğu ülke hukuku”, “rakip işletmelerin ticari menfaatlerinin çatıştığı yer hukuku”, “müşterilere yönelik aldatıcı davranışlarda bulunulması ihtimali olan yer hukuku”, “mal ve hizmetlerin rekabet halinde olduğu yer hukuku” ve “fiilin rekabet ilişkilerini etkilediği yer hukuku” gibi ifadelere yer verilmektedir.²⁸⁷

Haksız fiiller açısından bağlama noktası olarak kabul edilen “piyasası etkilenen ülke” kriteri, kanunlar ihtilafı kurallarının temel niteliklerinden biri olan iki yanlı (*bilateral*) olma özelliğini taşımaktadır.²⁸⁸ Zira anılan kriterin uygulanması yoluyla tespit edilecek olan hukuk (*lex causae*) hakim kendi hukuku (*lex fori*) olabileceği gibi yabancı bir ülke hukuku da olabilecektir.²⁸⁹ Bu bağlamda yetkili hukuk (*lex causae*) bütünü ile yani emredici hükümleri (söz konusu piyasada geçerli olan ve ekonomik politika ve asayiş ile ilgili tüm hükümleri) de dahil olmak üzere uygulama alanı bulacaktır.²⁹⁰

²⁸⁵ Tiryakioğlu, Haksız Fiiller, s. 214-215.

²⁸⁶ Moreau Bourles, s. 745.

²⁸⁷ Graziano, La responsabilité délictuelle en droit international privé européenne, s. 88.

²⁸⁸ Danthe, s. 73.

²⁸⁹ “Tek taraflı kanunlar ihtilafı kuralları yalnız vatandaşlar, yalnız yabancılar veya yalnız o ülkede bulunan mallar için, mahalli hukukun veya yabancı hukukun tatbiki amacını taşıyan kurallardır. Çok taraflı kanunlar ihtilafı kuralları ise bir ilişkiye hakim kendi hukuku veya yabancı hukukun uygulanacağı konusunda açıklık getirmeden, konuyu genel olarak düzenleyen kurallardır.” (Çelikel/Erdem, s. 74-75). Bu çerçevede, örneğin, “haksız rekabet fiili sonucunda Türk piyasalarının etkilenmesi halinde Türk Hukuku uygulama alanı bulacaktır” şeklindeki bir kural tek taraflı kanunlar ihtilafı kuralıdır.

²⁹⁰ Dutoit, Commentaire de LDIP, s. 485. İsv. MÖHK.’un 13. maddesinin 2. cümlesi uyarınca “uygulanacak hükmün kamu hukuku düzenlemesi olarak nitelendirilmesi, söz konusu hükmün uygulanmasına engel değildir.”

Haksız rekabet hükümlerinin, ilgili ülke piyasasında rekabetin düzgün işleyişinin sağlanması ve bu işleyişi engelleyebilecek davranışların yasaklanması amacıyla kabul edildiği göz önüne alındığında bağlama noktası olarak “piyasası etkilenen ülke hukuku”nun tercih edilmesi doğaldır. Piyasası etkilenen ülke hukuku kriterinin kabulünün temelinde haksız rekabete ilişkin ulusal maddi hukuk düzenlemelerinin de temelini oluşturan ve iktisadi rekabeti bir bütün halinde ele alan modern görüşün etkisi vardır. Zira daha evvel de açıkladığımız üzere, burada artık sadece rakiplerin değil, haksız rekabet fiilinin etki alanındaki tüm tüketici ve müşterilerin menfaatlerinin, kısacası tüm piyasanın korunması amaçlanmaktadır.²⁹¹ Bu nedendir ki, haksız rekabet fiillerine karşı söz konusu fiillerden etkilenen piyasanın tümünün korunması ve bağlama noktası olarak da piyasası etkilenen ülke hukukunun kabulü yoluna gidilmiştir.

2. Topluluk Hukuku Düzenlemelerinde “Etkilenen Piyasa Kriteri”

Roma II Tüzüğü’nün 6. maddesi haksız rekabet ve rekabeti kısıtlayıcı fiillere uygulanacak hukuku tespit etmek amacıyla özel olarak kabul edilmiş bir düzenlemedir. Maddenin ilk iki fıkrasında haksız rekabete ilişkin düzenlemeler yer alırken, üçüncü fıkrada rekabeti kısıtlayıcı fiillere ilişkin bağlama kuralı yer almaktadır. Doktrinde, bir fiilin aynı zamanda hem haksız rekabete hem de rekabeti kısıtlayıcı sonuçlara yol açabileceği belirtilmekte, iki durum arasındaki ayrımın yapılmasının zorluklarından bahsedilmektedir.²⁹²

Tüzüğün 6. maddesinin 1 ve 2. fıkralarının uygulanması açısından Tüzük metninde veya gerekçede “bağımsız” bir haksız rekabet kavramına yer verilmemiştir.

²⁹¹ “*la fonction tridimensionnelle du droit de la concurrence*”: Anne-Marie Luciani, Regards critiques sur l’article 6 du règlement “Rome II” relatif à la loi applicable à la concurrence déloyale et aux actes restreignant la libre concurrence, La semaine juridique entreprise et affaires no.48, 27 Novembre 2008, Document 7/9, s. 1, bkz. (<http://library.bahcesehir.edu.tr/>, e-veritabanları, LexisNexis JurisClasseur).

²⁹² Luciani, s. 4. Kanımızca, uyumsuzluğa bakan hakim Topluluk Hukuku hükümleri ile beraber kendi iç hukukunun öngördüğü düzenlemeleri yorumlayarak vasıflandırmayı yapmak ve uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralını seçmek durumundadır. Zira, vasıflandırma açısından burada yaşanacak sorun, kanunlar ihtilafı sisteminde zaten hep yaşanabilecek olan bir sorundur. Örneğin *culpa in contrahendo* sorumluluğu bazı hukuk sistemlerinde haksız fiilden, diğer bazılarında ise sözleşmeden doğan sorumluluk kapsamında değerlendirilmektedir. Roma II Tüzüğü 12. madde düzenlemesi ile tercihini haksız fiil sorumluluğundan yana yapmıştır.

Haksız rekabet kavramı ile ilgili birinci kısımda belirttiğimiz üzere, Türk Hukukunda rekabetin korunmasına ilişkin hükümler ile haksız rekabet hükümlerinin konusu ve amacı tamamen farklıdır. Bu nedenle kanunlar ihtilafı kuralları arasında da herhangi bir nitelendirme sorunu yaşanmayacağı düşüncesindeyiz. Bkz. “Haksız Rekabet Hükümlerinin Uygulama Alanı” başlıklı bölüm.

Bu durum haksız rekabet kavramının AB üyesi ülkeler arasında farklılık göstermesi nedeniyle eleştirilmiştir.²⁹³ Ancak, haksız rekabet fiilleri Topluluk Hukuku'na dahil ülkeler açısından 2005/29 sayılı “Haksız Rekabet Uygulamaları Yönergesi” ile tanımlanmaktadır.²⁹⁴ Anılan Yönerge ile düzenlenen hak ve yükümlülöklere ilişkin davalarda uygulanacak hukukun (*lex causae*) tespiti için Roma II Tüzüğü'nün 6. maddesinin uygulanması gerekecektir.

Tüzüğün 4. maddesinde kabul edilen “zarar yeri” kavramı, 6. madde açısından “*rekabet ilişkilerinin veya tüketicilerin ortak menfaatlerinin etkilendiği veya etkilenebileceği yer*” olarak düzenlenmiştir. Doktrinde ve Tüzüğün gerekçesinde, 6. maddede yer alan bağlama kuralının 4. madde bağlamında bir istisna hükmü olmayıp, sadece 4. maddede yer alan kuralın haksız rekabet fiilleri açısından açıklığa kavuşturulmasından ibaret olduğu dile getirilmektedir.²⁹⁵ Haksız rekabet fiilleri açısından zararın bizatihi rekabet ilişkileri üzerinde doğmasından hareketle zarar yerinin, sorumluluğa yol açan hükümlerce korunan menfaatin bulunduğu yani haksız rekabet fiili sonucunda rekabet ilişkileri etkilenen piyasanın bulunduğu yer olduğu dile getirilmektedir.²⁹⁶ Bununla beraber, diğeri bir görüşe göre, Tüzüğün, haksız rekabet fiilinden doğan zararın meydana geldiği yer ile etkilenen piyasanın bulunduğu yerin çoğu zaman örtüşeceği fikri üzerine yoğunlaşmasına karşın, zarar her zaman rekabet ilişkilerinin etkilendiği yerde yani haksız rekabete konu piyasanın bulunduğu yerde doğmayabilir.²⁹⁷ Bu görüş, idare merkezleri aynı ülkede (A ülkesi) bulunan ve idare merkezlerinin bulunduğu ülkeden farklı bir ülkede (B ülkesi) ticari faaliyette bulunan iki şirket arasındaki haksız rekabet örneğinden yola çıkarak, zararın aslında A ülkesinde doğmakta olduğunu, etkilenen piyasanın ise B ülkesinde yer aldığını ifade etmektedir. Ancak kanımızca burada asıl zarar zaten B ülkesinde doğmaktadır. Çünkü korunan menfaat mağdur şirketin ticari menfaati olmayıp, B ülkesinde gerçekleştirilen ticari faaliyetlerin ve iktisadi rekabetin doğru ve dürüst bir şekilde

²⁹³ **François Mélin**, Le règlement (CE) no 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 Juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (dit règlement “Rome II”), Les règles spéciales (commentaire des articles 5 à 9 du règlement “Rome II”, Petites Affiches 06 Août 2008 no. 156, s. 6.

²⁹⁴ **Luciani**, s. 4. 2005/29 sayılı “Haksız Rekabet Uygulamaları Yönergesi” hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Haksız Rekabet Kavramı, Unsurları ve Haksız Rekabet Kavramı ile İlgili Bazı Yasal Düzenlemeler başlıklı birinci kısım, “Haksız Rekabet Düzenlemelerine İlişkin Farklı Hukuk Sistemleri” başlıklı bölüm.

²⁹⁵ **Brière**, Règlement Rome II, s. 8; Tüzüğün 21 no.lu gerekçesi.

²⁹⁶ **Hellner**, s.54.

²⁹⁷ **Mélin**, s. 6.

yürütülmesidir. Bu nedenle aslında 6. maddenin 1. fıkrası hükmü, bizatihi zarar yerinin haksız rekabet fiillerine özgü bir biçimde yorumlanmasından ibarettir.

Doktrinde bazı yazarlar Tüzüğün 6. madde hükmünü eleştirmiş, haksız rekabetten doğan uyuşmazlıklar açısından “rekabet ilişkilerinin veya tüketicilerin ortak menfaatinin etkilendiği veya etkilenebileceği yer” hukukunun bağlama noktası olarak kabul edilmemesi gerektiğini ileri sürmüştür.²⁹⁸ Bu görüş uyarınca, haksız rekabet fiilleri için ayrı bir düzenleme yapılmasına gerek yoktur; Tüzüğün genel hüküm niteliğindeki 4. maddesinin uygulanması yeterlidir. Zira kanunlar ihtilafı kuralının kabulü yalnızca haksız rekabet fiili neticesinde doğan (tazminata hak kazanılması gibi) hukuki sonuçlara uygulanacak hukukun tespiti için gereklidir. Oysa 6. madde ile haksız rekabetten doğan (örneğin haksız rekabetin varlığının tespiti, men’i gibi) bütün meseleler etkilenen piyasa hukukunun uygulama alanına sokulmaktadır. Şayet etkilenen piyasanın da korunması hedefleniyorsa, bunun o piyasanın bulunduğu ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının dikkate alınması ile sağlanması mümkündür. Ancak Tüzüğün 16. maddesinde yalnızca hakimin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarından bahsedilmesi nedeniyle bu imkan bertaraf edilmiş bulunmaktadır.²⁹⁹

Kanımızca bu görüşe katılmak kesinlikle mümkün değildir. Zira, öncelikle, gerçekten de Tüzük üçüncü bir ülkenin doğrudan uygulanan kuralları ile ilgili herhangi bir düzenleme öngörmemektedir. Bununla birlikte, üçüncü bir ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınması, uluslararası sözleşmeler hukukunda geçerli olan bir durumdur. Uluslararası sözleşmeler hukukunda yer bulan “üçüncü bir ülkenin doğrudan uygulanan kuralları ile ilgili düzenlemeler”, haksız (rekabet) fiiller(i) açısından geçerli olsaydı dahi, m. 6/f. 1 hükmünün kapsamındaki haksız rekabet fiilleri açısından, üçüncü ülkenin (yani piyasası etkilenen ülkenin) doğrudan uygulanan kuralları ancak “dikkate alınabilirdi”, yani doğrudan uygulanamaz, ancak yetkili hukukun uygulanmasında bu kurallara etki tanınabilirdi.³⁰⁰ Ayrıca, doğrudan uygulanan kuralların kapsamı yalnızca ilgili devletin üstün ekonomik ve sosyal

²⁹⁸ Pironon, s. 2.

²⁹⁹ Pironon, s. 2.

³⁰⁰ Üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınması ile ilgili bkz. **Hatice Özdemir Kocasakal**, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Yayınları Kasım 2001(*Kısaltma: Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kurallar*).

çıkarlarının gözetildiği hükümler açısından geçerlidir, haksız rekabete ilişkin tüm piyasa kurallarının doğrudan uygulanan kural olarak tanımlanması beklenemez.

Diğer taraftan bu görüş, Roma II Tüzüğü'nün reddettiği haksız fiil sorumluluğunun farklı meselelere bölünerek (*dépeçage/ issue-by-issue analysis*) çözümlenmesi gerektiği fikri ile aynı sonucu doğurmaktadır. Etkilenen piyasa kriterinin kabulünün amacı, birçok defa dile getirildiği üzere, bütün tüketici ve rakip işletmeleri de içerecek şekilde rekabetin tümünün korunmasıdır.³⁰¹ Zaten tam da haksız rekabetten doğan hukuki sonuçların hangi hukuka tabi olması gerektiği noktasında bu tercih yapılmıştır. Şayet m. 6/f. 1 kapsamındaki fiillerin Tüzüğün 4. maddesinde yer alan kanunlar ihtilafı kuralına tabi olması gerektiği kabul edilecek olursa, piyasanın korunması amacının gerçekleşmesi mümkün olmayacaktır. Zaten Tüzük, belirli bir ülke piyasasını etkileyen haksız rekabet fiilleri ile belirli bir rakip işletmeye yönelik haksız fiillerin koruduğu menfaatlerin farklı olmasından yola çıkarak, ikinci grup haksız rekabet fiilleri için genel hüküm niteliğindeki 4. maddenin uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Şayet bu iki grup haksız rekabet fiilleri arasında bir fark olmadığı düşünülse idi, zaten haksız rekabetten doğan uyuşmazlıklar için özel bir kanunlar ihtilafı kuralının kabulü yoluna gidilmezdi. Sonuç olarak, etkilenen piyasanın sadece doğrudan uygulanan kurallarının “dikkate alınması” suretiyle, etkilenen ülke piyasası hukukundan başka bağlama noktalarının kabulü kanımızca mümkün değildir.

Son olarak, 6. maddenin uygulanması ile ilgili olarak da, yukarıda 4. madde çerçevesinde yaptığımız açıklamalarda yer verdiğimiz üzere, haksız rekabetten doğan uyuşmazlığın yarattığı meselelerin farklı hukuklara tabi olması gerektiği (*dépeçage*) yönünde görüşlere yer verilmiştir. Buna göre, haksız rekabetin tanımlanması konusunda etkilenen piyasa hukukunun, tazminat talepleri açısından ise genel hükümlerin uygulanması gerektiği savunulmuştur.³⁰² Ancak, Tüzüğün 4. maddesi kapsamında incelediğimiz üzere, Tüzük böyle bir imkanı öngörmemekte, haksız rekabetten doğan uyuşmazlık kapsamında çözülecek her mesele için kanunlar ihtilafı kuralı ile belirlenen yetkili hukukun uygulanması gerektiğini kabul etmektedir.

Tüzüğün m. 6/f. 1 hükmünde yer alan bağlama noktalarının uygulanması açısından bazı kavramların açıklanmasında fayda vardır. Roma II Tüzüğü'nün

³⁰¹ **Pironon**, s. 2-3. Zaten, yazarın kendisi de bu amacın gözetildiğini dile getirmektedir.

³⁰² **Luciani**, s. 7-8. Ancak yazarın yaptığı açıklamalarda, tazminat hakkının kazanılmasının mı, yoksa tazminatın kapsamının mı genel hükümlere tabi olması gerektiği konusunda bir açıklık yoktur.

uygulanmasında “tüketici kavramı”, Topluluk Hukuku’nda kabul edilen “mesleki veya ticari bir amaç dışında hareket eden kişi” tanımından daha geniş bir biçimde ele alınmaktadır. Buna göre tüketici, mal veya hizmet alımı amacını taşıyan kişidir.³⁰³ Madde metninde yer alan “tüketicilerin ortak menfaati” kavramının tam olarak neyi ifade ettiğinin de açıklanması gerekmektedir. Söz konusu kavram, Konsey ve Parlamento’nun 19.05.1998 tarihinde kabul ettiği 98/27 sayılı “Tüketici Menfaatlerinin Korunmasına İlişkin Tedbirler” başlıklı Yönerge’de³⁰⁴ kullanılmıştır. Anılan Yönerge’nin gerekçesinde, “tüketicilerin ortak menfaati” kavramının zarara yol açan bir fiil neticesinde birden çok tüketicinin menfaatlerinin toplamından ibaret olmadığı; zira her bir tüketicinin zaten kendisi açısından doğan zararın tazmini için dava hakkı olduğu belirtilmiştir. Yine, Konsey ve Parlamento’nun 27.10.2004 tarihinde kabul ettiği 2006/2004 sayılı Tüketicilerin Korunmasına Yönelik İşbirliğine Dair Tüzük’te³⁰⁵ de “tüketicilerin ortak menfaati” kavramından bahsedilmiş ancak kavram yetersiz bir şekilde “birden fazla tüketicinin menfaatinin ihlali” olarak tanımlanmıştır. Kanımızca, tüketicilerin ortak menfaatinin ihlali ile “belirli bir tüketici kesiminin ticari bir ilişkinin tarafı olarak korunmasını gerektiren durumlarda, diğer tarafın (satıcı, sağlayıcı veya haksız rekabet ilişkisindeki rakip işletmenin) bu amaca aykırı biçimde davranması” anlatılmak istenmektedir. Haksız rekabet ilişkisi açısından bu menfaatin ihlali, tüketicilerin herhangi bir şekilde aldatılması sonucu rekabet ilişkilerinin bozulması sonucunun doğmasıdır.

Tüzüğün 6. maddesinin 1. fıkrasında yer alan kuralın uygulanması ile ilgili olarak haksız rekabet fiilinin nasıl bir etki yaratması gerektiği açık olarak düzenlenmemiştir. Ancak Komisyon çalışmalarında bu etkinin doğrudan ve esaslı bir etki olması gerektiği vurgulanmıştır.³⁰⁶ Haksız rekabete ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanabilmesi için haksız rekabet fiilinin ilgili piyasa üzerinde doğrudan ve esaslı bir etki yaratması gerektiği konusunda doktrin ve yargı organları nezdinde fikir birliğine varılmıştır. Bu çerçevede arz ettiği önem nedeniyle

³⁰³ Dickinson, s. 414.

³⁰⁴ Directive 98/27/CE du Parlement Européen et du Conseil du 19 mai 1998 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs; bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:166:0051:0055:FR:PDF>.

³⁰⁵ Règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil du 27 octobre 2004 relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs (“Règlement relatif à la coopération en matière de protection des consommateurs”); bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:364:0001:0011:FR:PDF>.

³⁰⁶ Dickinson, s. 415.

“doğrudan ve esaslı etki kavramı” aşağıda ayrıntılı bir şekilde incelenecektir. Diğer taraftan, haksız rekabet fiilinin birden fazla ülke piyasasını doğrudan ve esaslı bir biçimde etkilemesi ihtimali de ayrı bir inceleme konusudur. Yine aşağıda açıklayacağımız bu ihtimalde, haksız rekabet fiilinden etkilenen her ülke piyasasında doğan zararlar açısından o ülke hukukları ayrı ayrı uygulama alanı bulacaktır.

Haksız rekabet fiilleri ile ilgili 6. maddenin 2. fıkrasında ise, haksız rekabet fiilinin belirli bir rakibin menfaatlerini etkilemesi halinde yukarıda açıkladığımız 4. madde düzenlemesinin uygulanacağı kabul edilmiştir. Aynı düzenlemenin İsv. MÖHK.’un 136. maddesinin ve MÖHUK’un 37. maddesinin 2 .fıkralarında yer alması nedeniyle bu konu ile ilgili ayrıntılı açıklamalar daha sonra yapılacaktır. Ancak şunu belirtmek gerekir ki, Tüzüğün m. 6/f. 2 hükmünün benimsediği sonuç ile İsviçre ve Türk Hukuku’nda benimsenen sonuç farklıdır. Zira, İsviçre ve Türk Hukukunda, sadece belirli bir işletmenin ticari menfaatlerinin zedelenmesi halinde, mağdur işletmenin merkezinin (işyerinin) bulunduğu ülke hukukunun uygulanması gerektiği belirtilmektedir.

Roma II Tüzüğü’nün 6. maddesinin uygulanmasında ATAD.’ın Topluluk içi haksız rekabet uyuşmazlıkları ile ilgili verdiği kararlar büyük önem taşımaktadır. Zira doktrinde de ifade edildiği üzere, uyuşmazlığı çözmekle yükümlü olan hakimin, Roma II Tüzüğü ile tespit edilen yetkili hukuku uygularken, uyuşmazlığın Topluluk Hukuku boyutunu ve bu hukukun öngördüğü menfaatleri de dikkate alması gerekecektir.³⁰⁷ ATAD.’ın haksız rekabet ile ilgili uyuşmazlıklarda “*favor commercii ilkesi*” uyarınca, mal ve hizmetlerin serbest dolaşımını gözetilen bir içtihat oluşturduğu göz ardı edilmemelidir.³⁰⁸

3. Etkilenen Piyasa Kriterinin Uygulanması İçin Gerekli Koşullar

Piyasası haksız rekabet nedeniyle etkilenen ülke hukukunun uygulanması ile aslında somut olay açısından “ekonomik sonucun doğduğu yer kriteri” bağlama noktası olarak kabul edilmektedir. Ancak bu kriterin uygulanması bazı koşulların gerçekleşmiş olmasına bağlıdır. Bu çerçevede, haksız rekabetten doğan

³⁰⁷ Duintjer Tebbens, s. 476.

³⁰⁸ Bkz. “Haksız Rekabet Kavramı, Unsurları ve Haksız Rekabet ile İlgili Bazı Yasal Düzenlemeler” başlıklı birinci kısım, “Haksız Rekabet Düzenlemelerine İlişkin Farklı Hukuk Sistemleri” başlıklı bölümde açıklanan ATAD. kararları.

uyuşmazlıklara uygulanacak hukuku belirlemek amacıyla kabul edilen “piyasası etkilenen ülke kriteri”nin uygulanabilmesi için açıklanması gereken iki temel kavram vardır. Bunlardan ilki haksız rekabet fiili sonucu doğan etki, diğeri ise bu etkinin doğduğu piyasa kavramlarıdır. Öncelikle bu iki kavramın ne ifade ettiğinin açıklığa kavuşturulmasının doğru olacağı düşüncesindeyiz.

Uluslararası özel hukuk kanunlar ihtilafı sisteminin temelinde somut uyuşmazlık ile en sıkı ilişkili olan hukukun uygulanması fikri yatmaktadır. Haksız rekabet fiili sonucu belli bir ülke piyasası üzerinde doğan ekonomik etkinin, haksız rekabet fiili ile uygulanacak ülke hukuku arasında makul bir ilişki kurabilecek nitelikte olması gerekmektedir. Bunun için söz konusu etkinin belirli bir düzeye ulaşmış olması aranmaktadır. Haksız fiil sonucu doğan ekonomik etkinin söz konusu düzeye ulaşmış olup olmadığına bakılması gerekmektedir.³⁰⁹

a. Etkinin “Doğrudan” Olması Gerektiği

İsv. MÖHK.’un 136. maddesinde yer alan ve haksız rekabetten doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuku belirleyen kanunlar ihtilafı kuralında haksız rekabet sonucu doğan etkinin “doğrudan” olması gerektiği belirtilmemiştir. Buna karşın rekabetin engellenmesine yönelik fiillerle ilgili 137. maddede “rekabetin engellenmesi sonucu ilgili ülke pazarının doğrudan etkilenmesi gerektiği” ifade edilmiştir. Ancak gerek Federal Konsey’in 10.11.1982 tarihinde yayınladığı mesaj³¹⁰ ve gerekse doktrinde ileri sürülen fikirler çerçevesinde, rekabetin engellenmesi nedeniyle doğan uyuşmazlıklar için kabul edilen doğrudan etki koşulunun haksız rekabet fiilleri açısından da kabul edilmesi gerektiği yönünde görüş birliğine varılmıştır.³¹¹

MÖHUK.’un 37. maddesinin 1. fıkrasında ise açıkça, ilgili ülke piyasası üzerinde doğan etkinin “doğrudan” olması gerektiği vurgulanmıştır. Bir haksız

³⁰⁹ Danthe, s. 85.

³¹⁰ Message du Conseil fédéral du 10 Novembre 1982 concernant une loi fédérale sur le droit international privé.

³¹¹ **Günseli Öztekin Gelgel**, Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Düzenlemesi, Beta Yayınları 2006, s.202; **Tiryakioğlu**, s. 85; **Danthe**, s. 86; **Dutoit**, Commentaire de LDIP, s. 485; **Imhoff-Scheier/Patocchi**, s. 67.

rekabet fiili birden çok ülke piyasası üzerinde çeşitli şekil ve düzeylerde ekonomik sonuçlar doğurabilmektedir. Bu nedenle, yetkili hukukun tespitinde ilgili ülke piyasası üzerinde doğan etkinin niteliğine bakılmaktadır. Zira uyuşmazlığa, haksız rekabet fiilinin doğrudan etkilediği piyasa hukuku yerine, diğer bir ülke hukukunun uygulanması gibi istenmeyen sonuçların engellenmesi amaçlanmaktadır. Uygulanacak hukukun belirlenmesinde dikkate alınması gereken husus, somut uyuşmazlığa konu ekonomik sonucun, yani haksız rekabet fiilinin meydana getirdiği zararın, ani ve derhal doğan veya doğabilecek olan etki (*incidence immédiate*) sonucunda meydana gelip gelmediğidir.³¹²

Bir haksız rekabet fiilinin doğrudan yarattığı etkiyi belirleyebilmek için söz konusu fiilin yarattığı doğrudan ve dolaylı etkilerin ayırt edilerek fiilin doğrudan etki yarattığı piyasaların belirlenmesi gerekmektedir. Örneğin, Türkiye’de faaliyet göstermekte ve Almanya’ya ihracat yapmakta olan iki Türk şirketinden birinin diğeri hakkında Almanya’da yanlış bilgiler veya beyanlar içeren el ilanları dağıtması, reklam yoluyla veya herhangi bir biçimde bu beyanların kamuoyuna ulaşmasını sağlaması sonucunda, haksız rekabet fiili sebebiyle mağdur olan Türk şirketinin örneğin İstanbul Menkul Kıymetler Borsası’nda değerinin düşmesi ile ortaya çıkan zarar ekonomik açıdan Türk piyasalarının da etkilenmesine yol açmaktadır. Ancak burada haksız rekabet fiilinin doğrudan hedef aldığı ve etki yarattığı piyasa Alman piyasalarıdır. Türkiye’de doğan etki ise Almanya’da yaratılan haksız rekabet ortamının dolaylı bir yansımasıdır. Örneğimizden yola çıkarak haksız rekabet fiili ile doğrudan ilişki sağlayacak hukukun Alman Hukuku olacağı açıktır. Burada fiil ile en yakın (doğrudan) ilişkili hukuku bulmak amacıyla “haksız rekabet sonucu doğan ekonomik etkinin sınırlandırılması” söz konusu olmaktadır. Yine, haksız rekabet fiilinin merkezi Fransa’da olan bir şirkete (holding şirketi) bağlı olarak Türkiye’de faaliyet göstermekte olan diğer bir şirketin (bağlı şirket) iflasına yol açması halinde, zarar esas olarak Türkiye’de doğmaktadır. Bağlı şirketinin iflas etmesi holding şirketi nezdinde de zarara yol açacaktır; ancak Fransa piyasalarında doğacak olan bu zarar dolaylı zarar niteliğindedir. İsviçre Federal Mahkemesi de 1996 yılında verdiği bir kararda, uygulanacak hukukun tespiti bakımından haksız rekabet fiilinin sonucunun

³¹² Danthe, s. 86-87.

doğduğu yerin (piyasanın) belirlenmesi gerektiğini, buna karşın söz konusu fiilin yaratabileceği olası mali etki ve sonuçların dikkate alınmayacağını ifade etmiştir.³¹³

Diğer taraftan doğrudan/dolaylı etki ayırımı daha sonra ayrıntılı bir biçimde ele alacağımız -İsv. MÖHK.'da da yer alan- MÖHUK.'un 37. maddesinin 1. ve 2. fıkraları açısından da önem arz etmektedir. Zira 37. maddenin ilk fıkrasında haksız rekabet fiili sonucunda belirli bir ülke piyasasının etkilendiği haller düzenlenmektedir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise haksız rekabet fiilinin belirli bir işletmenin menfaatlerini etkilediği haller düzenlenmiş ve bu haller için ayrı bir bağlama noktası kabul edilmiştir. Aslında burada haksız rekabet fiilinin yarattığı etkilerin doğrudan ve dolaylı sonuçlarını ayırt etmek pek de kolay olmamaktadır. Zira belirli bir işletmenin etkilenmesi dolaylı olarak o işletmenin faaliyet gösterdiği piyasanın da etkilenmesi anlamına gelmektedir. Ancak daha sonra da inceleyeceğimiz üzere bu gibi durumlarda yine haksız rekabet fiilinin yarattığı doğrudan etkiler dikkate alınmalı ve 37. maddenin 2. fıkrasındaki düzenleme uygulanmalıdır. Kanımızca burada özel hüküm/genel hüküm ilişkisine benzer bir durum söz konusudur. Bir haksız rekabet fiilinin doğrudan belirli bir işletmeyi etkilemesi ve ilgili piyasa üzerinde ancak dolaylı bir etki doğmasına neden olması halinde, özel hüküm olarak söz konusu işletmenin işyerinin bulunduğu yer hukuku uygulama alanı bulabilecektir. Aksinin kabulü halinde m.37/f.2 (İsv. MÖHK. m. 136/f.2) hükmünün uygulama alanı bulamayacağı açıktır.

Bununla beraber belirtmek gerekir ki, haksız rekabet fiili sonucu doğan etkinin doğrudan olup olmadığının ve buna bağlı olarak da hangi ülke hukukunun uygulama alanı bulacağını tespiti uyuşmazlığı çözmek üzere kendisine başvuru hakim tarafından kendi hukukuna uygun olarak yapılacaktır.

b. Etkinin “Öngörülebilir” Olması Gerektiği

Yetkili hukukun tespitinde, tarafların ortaya çıkacak sonucu öngörebilmeleri kanunlar ihtilafı sistemi açısından büyük önem arz etmektedir. Zira ancak bu şekilde hukuki istikrar ve güvenlik sağlanabilecektir. Bu durum haksız rekabetten doğan uyuşmazlıklar için de geçerlidir.

³¹³ Danthe, s. 87, dipnot 306: Arrêt de la 1^{ère} Cour Civile du 1^{er} Novembre 1996, bkz. Revue du droit de la propriété intellectuelle, de l'information et de la concurrence, s. 600-601.

Haksız rekabet fiili sonucunda doğacak etkinin ve dolayısıyla da zararın öngörülebilirlik koşuluna bağlanması gerektiği fikri karşısında, haksız rekabet failinin çoğunlukla tacir olacağından hareketle, basiretli bir tacirin fiilinin ekonomik sonuçlarının nerede doğabileceğini makul bir biçimde öngörebilmesi gerektiği dile getirilmektedir.³¹⁴ Diğer taraftan, özellikle Amerikan doktrini tarafından aranan bu koşulun aslında gerekli olmadığı, doğrudan bir etkinin zaten aynı zamanda öngörülebilirlik özelliğini de taşıdığı dile getirilmiştir.³¹⁵

MÖHUK.'un çeşitli hükümlerinde öngörülebilirliğin sağlanması amacına yönelik düzenlemelerin yapıldığı görülmektedir. Örneğin MÖHUK.'un tüketici sözleşmeleri ile ilgili 26. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan düzenlemede, mal veya hizmeti sağlayan tarafın tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanacağını öngörebilmesine yönelik bazı koşullar kabul edilmiştir. Bunun için söz konusu mal veya hizmeti sağlayan tarafın ticari faaliyetini tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkeye yöneltmiş olması aranmaktadır. Aynı şekilde MÖHUK'un kişilik haklarının ihlali sonucunda doğacak sorumluluğa ilişkin 35. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde, kişilik haklarının medya yoluyla veya internet gibi kitle iletişim araçları ile ihlali ve zarar verenin zararın o ülkede gerçekleşebileceğini bilecek durumda olması halinde zararın meydana geldiği ülke hukukunun uygulanabileceği düzenlenmektedir.

Gerek İsv. MÖHK., gerekse MÖHUK.'un haksız rekabetten doğan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuku düzenleyen hükümlerinde haksız rekabet fiili sonucu doğan etkinin öngörülebilir olması gerektiğine dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak bu noktada doktrinde, bir kişinin ticari itibarının medya yoluyla veya diğer kitle iletişim araçları kullanılarak zedelenmesi sonucunda haksız rekabete yol açılması halinde, kişilik haklarının ihlalinde olduğu gibi, "öngörülebilirlik" koşuluna gerek olup olmadığı sorusu üzerinde durulmuş ve bu konuda farklı görüşler dile getirilmiştir.³¹⁶

Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün 1983 tarihli bir kararında³¹⁷, haksız rekabet fiilinin uyuşmazlığa konu sonucu doğurabileceğinin makul bir biçimde

³¹⁴ **Moreau Bourles**, s. 748.

³¹⁵ **Tiryakioğlu**, s. 87.

³¹⁶ **Danthe**, s. 89.

³¹⁷ Résolution de l'Institut de Droit International (Session de Cambridge 1983), Les règles de conflit de lois en matière de concurrence déloyale, bkz. http://www.idi-iiil.org/idiF/resolutionsF/1983_camb_01_fr.PDF.

öngörülebilmesi halinde etkilenen piyasa kriterinin uygulanması gerektiği belirtilmiştir.³¹⁸ Bu çerçevede, yetkili hukukun tespiti açısından failin, haksız rekabete yol açan bilgi veya beyanın ilgili ülkede yayınlanmasını öngöremeyeceğine dair delilleri sağlaması gerektiği, yani failin söz konusu beyanların o ülkede yayınlanmasını öngöremeyeceğini ispatlamak zorunda olduğu da dile getirilmiştir. Ancak böyle bir ispatın gerçekleşmesi ve bu şekilde faili koruyan bir hükmün kabulü sonucunda öngörülebilirlik koşulunun sağlanamaması halinde mağdurun aleyhine doğabilecek hukuki boşluğun ne şekilde doldurulabileceği ayrı bir tartışma konusu olarak karşımıza gelmektedir. Böyle bir durumda, haksız rekabet fiili, fiilin sebep olduğu zarar ve zarar gören kişi ile en sıkı ilişkili hukukun uygulanması gerektiği belirtilmektedir. Bu hukukun çoğu zaman haksız rekabete yol açan fiilin işlendiği yer hukuku olması çeşitli eleştirilere konu olmuştur. Zira fiilin işlendiği yer hukukunun uygulanması, bir kişinin ticari itibarının zedelenmesi halinde doğan ekonomik sonuçlar ile ilgisi olmayan bir ülke hukukunun uygulanmasına da yol açabilecektir. Tüm bu hususlar dikkate alındığında, doktrinde medya veya diğer kitle iletişim araçlarının kullanımı yoluyla bir kişinin ticari itibarının zedelenmesi sonucunda ortaya çıkan haksız rekabet halleri ile ilgili olarak böyle bir öngörülebilirlik koşulunun getirilmemesi gerektiği yönünde görüşler ileri sürülmüştür.³¹⁹ Bu görüşler uyarınca, bir haksız rekabet fiilinden doğan sorumluluk tespit edilirken, failin söz konusu fiilin sonucunun nerede doğacağını ve dolayısıyla da hangi hukukun uygulama alanı bulabileceğini öngörebilmesi aranmamalıdır. Aksi takdirde “etkilenen piyasa kriteri”nin uygulama alanı bulamayacağı savunulmuştur. Bu görüşler, failin kusurlu olup olmadığının ve özellikle de niyetinin haksız rekabetin gerçekleşmesi için gerekli unsurlar arasında yer almadığı, kusurun sadece tazminat için aranan bir koşul olduğu fikrine dayandırılmıştır.³²⁰

Kanımızca, bir haksız rekabet fiilinin belirli bir ülke piyasası üzerinde doğurduğu etkinin öngörülebilir olmasının gerekip gerekmediği meselesi ancak failin kastını ve öngörüsünü aşan haller için söz konusu olabilecektir. Çalışmamızın birinci kısmında haksız rekabetin unsurları ile ilgili yaptığımız açıklamalarda, haksız rekabetin oluşumu açısından failin niyetine bakılmadığını dile getirmiştik. Fakat, uyumsuzluğa uygulanacak maddi hükümler dışında kanunlar ihtilafı sistemi ve

³¹⁸ Danthe, s. 90.

³¹⁹ Danthe, s. 91.

³²⁰ Danthe, s. 91.

uygulanacak hukukun tespiti açısından bakıldığında, failin öngörüsü ile mağdurun uğradığı zarar arasında bir denge kurulmaya çalışılması gerektiği düşüncesindeyiz.

Özellikle telekomünikasyon, medya ve internet dahil diğer kitle iletişim araçlarıyla gerçekleştirilen haksız rekabet fiilleriyle ilgili olarak failin zararın nerede doğabileceğine dair öngörüsünün aranması fiilin yarattığı sonuçlar açısından dengesizliğe yol açacaktır. Zira günümüzde artık çeşitli iletişim araçlarının kullanımı yoluyla failin öngöremediği etki ve sonuçlar doğabilmektedir. Bu durum zaten ilgili iletişim aracının kullanımının doğal sonucudur. Burada dikkate alınması gereken husus, fiilin yarattığı etkinin nitelik ve mahiyetidir. Unutmamak gerekir ki, her zaman haksız rekabet fiilinden doğrudan etkilenen piyasa hukuku uygulama alanı bulacaktır. Bu nedenle belirli bir ülke piyasasının etkilendiği durumlarda, haksız rekabet fiili neticesinde doğan etkinin fail tarafından öngörülebilir olması çok da önem arz etmemektedir. Bu gibi -sadece söz konusu piyasanın korunması amaçlanan- durumlarda failin niyet ve öngörüsü de dahil olmak üzere hiçbir koşula gerek olmaksızın etkilenen piyasa kriteri uygulama alanı bulmalıdır.

Diğer taraftan, haksız rekabet fiilinin sadece belirli bir kişi ya da işletmeyi hedef alması durumunda, yetkili hukukun belirlenmesinde öngörülebilirlik koşulunun aranması gerekebilir. Zira burada failin amacı sadece belirli bir işletmenin menfaatlerinin zedelenmesine yöneliktir. Örneğin rakip bir işletme ile sözleşme ilişkisi içinde olan müşterilerden birine, sadece o müşterinin haberdar olabileceği bir şekilde, o işletmeyi kötüleyici veya o müşterinin rakip işletmeye karşı sözleşme ilişkisinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmesini engellemeye yönelik teşvik edici beyanlar içeren bir mektup gönderilmesi halinde bu tür bir durum söz konusudur. Peki, anılan müşterinin bu mektubu kamuoyuna duyurması halinde ne şekilde davranılmalıdır? Zira bu durumda failin öngöremeyeceği bir sonuç doğabilecektir. Bu tür beyanlar içeren bir mektubun kamuoyuna duyurulması halinde zarar, sadece o işletmenin menfaatleri üzerinde değil, o işletmenin faaliyet gösterdiği piyasanın bütünü üzerinde doğacak ve dolayısıyla da yetkili hukukun belirlenmesinde farklı bir bağlama noktası –zarar gören işletmenin işyerinin bulunduğu ülke hukuku yerine, piyasası etkilenen ülke hukuku- uygulama alanı bulacaktır.

Kanımızca, örnekteki gibi bir durumda mektubu gönderen failin fiili ile piyasa üzerinde doğan sonuç arasındaki illiyet bağı kesilmektedir. Piyasa üzerinde doğan etki bizzat mektubun muhatabı olan müşterinin söz konusu mektubu kamuoyuna

duyurması sonucu ortaya çıkmıştır. Bu nedenle, mektubu gönderen fail hakkında aşağıda inceleyeceğimiz MÖHUK. m. 37/f. 2 hükmü uygulanırken, mektubu kamuoyuna duyuran müşteri hakkında m. 37/f. 1 hükmü uygulama alanı bulmalıdır. Aslında böylece, dolaylı olarak fail açısından doğabilecek öngörülebilirlik sorunu da çözüme kavuşturulmuş olacak ve failin öngörüsü ile mağdurun uğradığı zarar arasında makul bir denge kurulacaktır. Zira burada sadece belirli bir kişiye gönderilen bir mektup söz konusudur. Aynı durum internet ve diğer kitle iletişim araçlarının kullanımı yoluyla sebep olunan zararlar açısından uygulanamaz.

Sorunun çıkış noktası olan bir kişi ya da işletmenin ticari itibarının medya veya diğer kitle iletişim araçlarının kullanımı yoluyla zedelenmesi halinde, uygulanacak hukukun tespitinde fiilin doğuracağı etki açısından öngörülebilirlik koşulunun aranmasının haksız rekabette doğan uyuşmazlıkların çözümünde başvurulacak kanunlar ihtilafı sisteminin doğasına ters düşeceğini kabul etmek gerekir. Kanunlar ihtilafı sistemi içinde yetkili hukukun tespitinde dikkate alınmaması gereken bu koşul, uyuşmazlığa uygulanacak -piyasası etkilenen ülkenin- maddi hukuk hükümleri çerçevesinde dikkate alınabilir. Eğer yetkili hukukun haksız rekabet hükümleri, fiil sonucu doğan zararın tazmini için dahi failin kusurlu olmasını aramıyorsa zaten öngörülebilirlik koşulunu aramanın da bir anlamı kalmayacaktır. Zira bu durumda, somut sonuç açısından fail doğacak etkiyi öngörmese dahi, fiil haksız rekabet hükümleri çerçevesinde değerlendirilerek tazminata hükmolünacaktır. Şayet Türk Hukuku'nda olduğu gibi tazminata hükmedebilmek için failin kusuru aranmakta ise, zararın failin kusuruna dayalı olarak meydana gelmesi gerektiği için öngörülebilirlik koşulunu bu çerçevede değerlendirme imkanı doğacaktır.

c. Etkinin “Esaslı” Olması Gerektiği

Uyuşmazlığa konu haksız rekabet fiilinin söz konusu ülke piyasası üzerinde esaslı bir etki yaratmış olması gerekmektedir. Esaslı etki kavramından ne anlaşılması gerektiği tartışmalıdır.³²¹ Esaslı etkinin “*rekabet karşıtı, ihlaline sebebiyet verdiği hükümün kurucu unsurlarından olan, önemli ve önde gelen bir etki olması gerektiği*”

³²¹ Tiryakioğlu, s. 88-89.

ifade edilmiştir.³²² Bu bağlamda basit, ikincil ve önemsiz etkilerin dikkate alınmayacağı belirtilmiştir.³²³ Haksız rekabet sonucu doğan etkinin doğrudan olup olmadığının tespitinde olduğu gibi, söz konusu etkinin esaslı olup olmadığının tespitinde de hakim kendi hukukunda yer alan kavramları esas alarak karar verecek ve vardığı sonuç doğrultusunda kanunlar ihtilafı kuralını uygulayacaktır. Kanımızca, bu noktada söz konusu etkinin sadece piyasadaki dürüst rekabet düzenini etkileyecek nitelik ve özellikte olması, yani haksız rekabetin oluşumu açısından “iktisadi rekabetin bozulması” unsurunu karşılayacak bir etkinin varlığı yeterlidir.

Haksız rekabet fiilinin yarattığı etkinin esaslı olup olmadığının tespitinde haksız rekabet fiilinden etkilenen piyasanın bütün koşulları değerlendirilmeli, piyasada faaliyet gösteren aktörlerin çıkarları açısından somut olay çerçevesinde doğan sonuçlar dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda haksız rekabetin ne şekilde ve hangi araçlar kullanılarak yaratıldığı, etkilenen coğrafi alanın büyüklüğü ve ulaşılan müşteri/tüketici sayısı göz önünde bulundurulmalıdır.³²⁴

Çalışmamızın birinci kısmında yer verdiğimiz haksız rekabet ile ilgili maddi hukuk hükümlerine paralel olarak, haksız rekabet sonucu doğan bu etkinin somut zarar şeklinde meydana gelmiş olması gerekmemektedir. Haksız rekabet fiilinin yarattığı etkinin zarar tehlikesine yol açması yeterlidir.³²⁵ Bu durum söz konusu etkinin esaslı olmadığı anlamını da taşımamaktadır. Bununla beraber, haksız rekabete yol açan fiilin haksız rekabete yol açabilecek “hazırlık hareketleri”nden ayırt edilmesi gerekmektedir. Örneğin, Türkiye’de faaliyet göstermekte olan iki şirketten birinin, diğerinin ürettiği ve Avrupa ülkelerine ihraç ettiği malın taklidini Bulgaristan’da imal etmekte ve bu malları Avrupa ülkelerine ihraç etme niyetinde olduğu varsayımında, rakip şirketin kendi mallarının taklidi olan bu malların piyasaya sunumu ve dolayısıyla da haksız rekabete yol açılmasını önlemek için hangi hukuk çerçevesinde hangi tedbirlere başvurabileceği konusunda Uluslararası Hukuk Enstitüsü bir karar almıştır.³²⁶ Bu karar uyarınca, haksız rekabete yol açabilecek nitelikteki hazırlık

³²² **Öztekin Gelgel**, s. 203. Fakat kanımızca bu özellikleri taşımayan bir etkinin söz konusu olması halinde zaten bir haksız rekabet halinin varlığından söz edilemez. Dolayısıyla haksız rekabetten doğan uyuşmazlıklar için öngörülen kanunlar ihtilafı kuralı da uygulama alanı bulamaz.

³²³ **Dutoit**, *Commentaire de LDIP*, s. 485.

³²⁴ **Danthe**, s. 93.

³²⁵ **Danthe**, s. 94.

³²⁶ **Duintjer Tebbens**, s. 455; **Danthe**, s. 95; Résolution de l’Institut de Droit International (Session de Cambridge 1983): “*les actes préparatoires à un acte de concurrence déloyale peuvent faire l’objet d’une mesure d’interdiction ordonnée en application de la loi de l’Etat où ces actes préparatoires sont accomplis.*”

hareketlerinin önlenmesi amacıyla söz konusu fiillerin yapıldığı ülke hukukunun öngördüğü tedbirlere başvurulabilecektir. Önleyici tedbirler konusunda her zaman *lex forin*in uygulanması gerektiği göz önüne alındığında bu çözüme başvurulması çok doğaldır. Örneğimizde söz konusu malların imalatının durdurulması ve piyasaya sunulmadan toplatılması gibi fiili tedbirler için Bulgar Hukuku uygulama alanı bulacaktır.

Yukarıda anlatıldığı üzere, tüm piyasa koşullarının incelenmesini kapsayacak derecede ayrıntılı bir piyasa araştırması yapılmasının uygulanacak hukuku belirleme aşamasında gerekli olup olmadığı yönünde farklı görüşler ileri sürülebilir. Ancak zaten haksız rekabet fiilinin etki alanının -yani fiil ile belirli bir piyasanın mı yoksa sadece belirli bir işletmenin menfaatlerinin mi etkilendiğinin- tespiti için bu tür bir inceleme yapmak gerektiği açıktır. Zira bu iki durum için farklı bağlama noktaları uygulama alanı bulmaktadır. Somut olayın hangi durum çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini belirleyebilmek için haksız rekabet fiilinin yarattığı etkinin mahiyetini tespit etmek gerekecektir. Böylece özellikle birden çok ülke piyasasının etkilenmesi halinde, hangi ülke piyasasının esaslı bir biçimde etkilendiği ve söz konusu etkinin münhasıran bir işletmeye yönelik olup olmadığı da belirlenmiş olacaktır.

Aşağıda inceleyeceğimiz üzere, bir haksız rekabet fiili birden çok ülke piyasasını etkileyebilmektedir. Ancak dikkatle altı çizilmelidir ki, böyle bir durumun ortaya çıkması ancak söz konusu ülke piyasalarının her birinin haksız rekabet fiilinden esaslı bir biçimde etkilenmiş olması halinde söz konusu olabilecektir. Bir ülke piyasasını doğrudan, bir diğerini ise dolaylı ve esaslı olmayan bir biçimde etkileyen haksız rekabet fiilleri için böyle bir uygulama söz konusu olamaz.

4. Piyasa Kavramı ve Haksız Rekabet Fiilinin Birden Fazla Ülke Piyasasını Etkilemiş Olması

Haksız rekabetten doğan uyuşmazlıklar ile ilgili olarak uygulama alanı bulacak kanunlar ihtilafı kuralının incelenmesinde “etki” kavramından sonra “piyasa” kavramının da açıklanması gerektiği düşüncesindeyiz. Uluslararası özel hukukta “piyasa” kavramı belirli bir ülkenin coğrafi sınırları içinde kalan ve bir ekonomik

aktörün (rakip işletmenin) ürünlerini pazarladığı ve diğer rakipleri ile ekonomik mücadeleye girdiği ekonomik alanı ifade etmektedir.³²⁷ Şüphesiz ki, daha evvel de belirttiğimiz üzere, bu ekonomik alan tüketicilerin ve müşterilerin ticari menfaatlerinin de çatıştığı alandır.³²⁸ Haksız rekabet fiilinden zarar gören işletmenin faaliyet gösterdiği ülkenin sınırları kanunlar ihtilafı kuralı açısından söz konusu piyasanın da sınırlarını çizmektedir.

Bu çerçevede haksız rekabet fiilleri açısından önem taşıyan konu, bir fiilin birden fazla ülke piyasasını doğrudan ve esaslı bir şekilde etkilemesi halinde kanunlar ihtilafı kuralı ile belirlenen bağlama noktasının yani etkilenen ülke piyasası kriterinin ne şekilde uygulanacağı meselesidir. Gerek İsv. MÖHK.'un 136. maddesinde yer alan “haksız rekabet fiilinin sonuç doğurduğu ülke piyasası” ve gerekse MÖHUK'un 37. maddesindeki “haksız rekabet sebebiyle piyasası doğrudan etkilenen ülke” ifadeleri, haksız rekabet fiilinin birden fazla ülke piyasasını etkilemesi durumunda hangi ülke hukukun uygulanacağını belirtmemekte; bu ihtimali değerlendirme dışı bırakmaktadır.

Böyle bir ihtimalde çeşitli görüşler savunulabilir. Birden çok ülkenin piyasasını etkileyen haksız rekabet hallerinde uygulanacak hukukun zarar görenin seçimine bırakılması gerektiği ileri sürülebilir. Kanunun açık olmayan ifadesinden böyle bir sonuç çıkabileceği dile getirilmektedir.³²⁹ Ancak kanımızca, kanunun ifadesinden bu sonuca varmamız mümkün değildir. Zira, gerek İsv. MÖHK.'un 136. maddesinde, gerekse MÖHUK.'un 37. maddesinde yer alan ifadelerde açık bir şekilde “haksız rekabetten hangi ülke piyasası etkilendiyse, o ülke hukukunun uygulanacağı” belirtilmiş; birden fazla ülkenin söz konusu olması halinde, bu ülke hukukları arasında seçim yapılabileceğine dair herhangi bir ifadeye yer verilmemiştir.

Diğer taraftan, bir haksız fiilin birden çok ülkede zarara yol açması halinde, her bir ülkede doğan zarar için o ülke hukukunun uygulanmasının pratik açıdan mümkün olmadığını ve hakimin uygulamada çok karmaşık bir durum içinde bırakılabileceğini savunan bir görüşe göre, bu tür durumlarda fiilin işlendiği yer hukukunun veya İsv. MÖHK.'un m.133/f. 2 hükmünde yer alan “öngörülebilirlik koşulu” ile zararın gerçekleştiği yer hukukunun uygulanması daha doğru olacaktır.³³⁰

³²⁷ **Dutoit**, Une convention multilatérale de DIP, s. 63; **Danthe**, s. 95.

³²⁸ **Vischer**, s. 125.

³²⁹ **Danthe**, s. 96.

³³⁰ **Nourissat/Trepoz**, s. 25. Ayrıca yazarlar, haksız fiillerin sadece zarara değil zarar tehlikesinin doğumuna da yol açabileceğinden hareketle “zarar yeri” kriterinin uygulanmasının yanlış olduğunu

Bu görüşü haksız rekabet fiilleri bakımından değerlendirirsek, özellikle fiilin de tek bir yerde gerçekleşmeyebileceği veya fiilin işlendiği yerin tam olarak belirlenemeyeceği ihtimalleri düşünüldüğünde, bu görüş çerçevesinde bir sonuca varılamayacağı düşüncesindeyiz. Örneğin, kitle iletişim araçları ile (internet veya medya yoluyla) gerçekleştirilen fiiller açısından, fiilin işlendiği yer hukukunun uygulanması görüşünün isabetsiz sonuçlara yol açabileceği aşağıda ayrıntılı bir biçimde ele alınacaktır.³³¹ Öngörülebilirlik koşulu ile ilgili olarak ise, yukarıda da belirttiğimiz üzere, özellikle belirli bir ülke piyasasını etkileyen haksız rekabet fiilleri açısından öngörülebilirlik koşulunun aranmaması gerektiği veya -özellikle internet yoluyla gerçekleşen fiiller ile ilgili olarak- ispat yükü failin üzerinde olmak kaydıyla öngörülebilirlik koşulunun haksız rekabet fiilinden zarar gören kişiyi mağdur etmeyecek biçimde çok esnek bir şekilde uygulanabileceği düşüncesindeyiz.

Gerek uygulanacak hukukun zarar görenin seçimine bırakılmasının ve gerekse zarara yol açan fiilin işlendiği yer hukukunun uygulanmasının, en sıkı ilişkili hukukun uygulanmasını hedefleyen kanunlar ihtilafı sistemine uygun bir sonuca varılmasını sağlamayacağı da bir gerçektir. Zira birden çok ülke piyasasının etkilenmesi halinde, haksız rekabetten doğan uyuşmazlığa bu ülkelerden sadece birinin haksız rekabetle ilgili maddi hukuk hükümlerinin uygulanması tam tersine çok yanlış sonuçlar da doğurabilecektir. Özellikle haksız rekabetle ilgili farklı ve hatta çelişebilecek hükümler içeren hukuk sistemlerini kabul eden ülkelerin söz konusu olması durumunda, zarar görenin seçimine göre bir tek ülkenin maddi hukuk hükümlerinin haksız rekabet fiilinin farklı ülke piyasalarında doğan bütün sonuçları açısından uygulama alanı bulmasını kabul etmek pek de mümkün görülmemektedir.

Haksız rekabete uygulanacak hukuku belirleyen İsviçre ve Türk MÖH(U)K. kuralları çerçevesinde, haksız rekabet fiilinden birden fazla ülke piyasasının etkilenmesi halinde söz konusu ülkelerin hepsinin haksız rekabet hükümleri ayrı ayrı uygulama alanı bulacaktır. Bu durum doktrinde “birden çok ülke hukukunun

belirtmektedir. Ancak gerek Roma II Tüzüğü, gerekse ulusal kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması ile ilgili olarak, zarar yeri kriterinin benimsenmesinin yalnızca “haksız fiil neticesinde zararın meydana gelmesi hallerini” kapsamadığı, aynı zamanda zarar tehlikesinin ortaya çıkması durumunda da bu kuralların uygulanabileceğinin açıkça belirtilmesi karşısında böyle bir gerekçenin kabulü mümkün değildir. Zarar yeri kavramı gerek zararın ve gerekse zarar tahikesinin doğduğu veya doğabileceği yeri ifade etmektedir.

³³¹ Bkz. “Kitle İletişim Araçları İle Gerçekleştirilen Haksız Rekabet Fiillerine Uygulanacak Hukuk” başlıklı bölüm.

dağıtılmış (*mosaique*) şekilde uygulanması şeklinde tanımlanmaktadır.³³² Bu bağlamda haksız rekabet fiilinin sonuçları her bir ülke piyasası için ayrı ayrı ele alınacak ve uyuşmazlıktan doğan talepler her bir ülke hukukunun maddi hukuk hükümlerinin uygulanması yoluyla çözüme kavuşturulacaktır. Birden fazla ülke piyasasını etkileyebilecek haksız rekabet halleri düşünüldüğünde, akla ilk olarak kitle iletişim araçları ile (medya veya internet yoluyla) gerçekleştirilen haksız rekabet halleri gelmektedir. Özellikle bu tür ihlallerde failin haksız rekabette etkilenen farklı ülke hukuklarının ayrı ayrı uygulanması sonucu ortaya çıkacak duruma katlanmasını beklemek yanlış olmaz.

Böyle bir durumda, birden çok ülke hukukunun haksız rekabetle ilgili maddi hukuk hükümlerinin uygulanmasının bazı sorunlara yol açabileceği düşünülebilir. Özellikle söz konusu ülke hukuklarının birbiriyle çelişen hükümler içermesi halinde ne yapılması gerektiği sorusu ortaya çıkmaktadır. Bu sorun farklı talepler için ayrı ayrı incelenebilir. Haksız rekabet nedeniyle tazminat hakkının doğup doğmadığı veya doğacak tazminat taleplerinin miktarı ile ilgili olarak her bir ülke piyasasında doğan zarar için o ülke hukukunun öngördüğü tazminat miktarlarına hükmedilir. Haksız rekabet fiilinin önlenmesi ve etkilerinin ortadan kaldırılması talebiyle açılan davalarda ise, yine farklı ülke piyasaları açısından ilgili ülke hukukunun ayrı ayrı uygulanması yoluyla çözüme ulaşılmalıdır.

5. Etkilenen Piyasa Kriterinin Avantajları

Haksız rekabette doğan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun tespiti için başvuru alan “haksız fiilin doğrudan etkilediği piyasanın bulunduğu ülke hukuku” kriteri tek başına uygulanacak, alternatif olmayan bir bağlama noktasıdır.³³³ Gerek Türk ve İsv. MÖH(U)K’larında ve gerekse Roma II Tüzüğünde, kanun koyucu söz konusu kriterden farklı ya da söz konusu kriterle alternatif uygulama alanı bulabilecek başka bir bağlama noktası belirlememiştir. Yine bu kriterin yanında tali (ikincil) olarak uygulama alanı bulabilecek bir kriter de kabul edilmemiştir. Oysa kanunlar ihtilafı kurallarının birçoğunda alternatif veya ikincil olarak uygulanabilecek bağlama noktaları düzenlenmekte veya belirlenen bağlama noktalarının uygulanması

³³² **Graziano**, La responsabilité délictuelle en droit international privé européenne, s. 88; **Dickinson**, s. 330; **Othenin-Girard**, s. 77; **Dutoit**, Commentaire de LDIP, s. 484; **Danthe**, s. 96.

³³³ **Danthe**, s. 82.

için bazı koşulların varlığı aranmaktadır. Örneğin MÖHUK.'un haksız fiillere ilişkin 34. maddesinde yer alan kanunlar ihtilafı kuralında birincil bağlama noktası olarak fiilin işlendiği yer hukuku kabul edilmiştir. Ancak 2. fıkrada fiilin işlendiği yer kriterini bertaraf eden başka bir bağlama noktası uygulama alanı bulmaktadır. Buna göre şayet fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yer farklı ülkelerde ise, zararın meydana geldiği ülke hukuku uygulanacaktır. Bununla beraber, aynı maddenin 3. fıkrasında haksız fiilden doğan uyuşmazlıkla daha sıkı ilişkili hukukun varlığını tespit etmek amacıyla, haksız fiilden doğan borç ilişkisinin ilk iki fıkrada belirlenen bağlama noktalarının uygulanması ile bulunan yetkili hukuktan başka bir ülke ile daha sıkı ilişkili olması halinde bu hukukun uygulanacağı belirtilmiştir.

Haksız rekabet ile ilgili kanunlar ihtilafı kuralında ise yalnızca piyasası haksız fiilden etkilenen ülke hukukunun uygulanacağı belirtilmiştir. Yine MÖHUK'un 37. maddesinin ikinci fıkrasında, haksız rekabet fiilinden belirli bir ülke piyasasının değil, sadece belirli bir kişinin münhasıran işletmesinin etkilendiği hallere ilişkin ayrı bir bağlama noktası kabul edilmiştir. Haksız rekabet fiilinin belirli bir işletmenin ticari menfaatlerini zedelemesi halinde, söz konusu işletmenin işyerinin bulunduğu ülke hukuku uygulama alanı bulacaktır. Bu ikinci hal birinci fıkrada düzenlenen durumdan tamamen farklı olup, bu tür haksız rekabet fiilleri açısından da alternatif bir bağlama noktasına yer verilmemiştir. Bu düzenleme, kanunlar ihtilafı sistemi açısından hukuki istikrar ve öngörülebilirlik sağlamakta, haksız rekabet fiillerinden doğan uyuşmazlıklar açısından tüm piyasa aktörleri açısından eşit ve objektif bir sonuca varılmasına imkan vermektedir.³³⁴

Diğer taraftan etkilenen piyasa kriterinin uygulanması üzerine kurulan bu sistem haksız rekabet fiili neticesinde zarar gören ekonomik aktörlerin çıkarlarını en iyi koruyan sistemdir. Zira mağdur çoğu zaman haksız rekabet fiilinin nerede işlendiğini bilme olanağına sahip olamamaktadır.³³⁵ Böyle bir bilgiye sahip olursa dahi, bir haksız rekabet fiilinin belirli bir piyasada veya belirli bir kişi üzerinde yarattığı etki en iyi o piyasanın şartları içinde değerlendirilebilir. Ayrıca söz konusu sonucun doğduğu ülkedeki kamu yararı da dikkate alındığında, o ülke piyasasındaki rekabet ortamının bozulmasına yol açan fiiller açısından söz konusu ülkenin ekonomik politikalarının uygulanması gerektiği görülmektedir. Aslında bu durum fiil ile bağlama noktası arasındaki makul ilişkiyi de doğrulamaktadır.

³³⁴ Danthe, s. 82-83.

³³⁵ Danthe, s. 83.

B. Kitle İletişim Araçları İle Gerçekleştirilen Haksız Rekabet Fiillerine Uygulanacak Hukuk

1. Genel Olarak

Haksız rekabet fiillerinin özellikle birden çok ülke piyasasını etkilemeye yönelik iletişim araçlarının kullanımı yoluyla gerçekleştirilmesi halinde, hangi ülke piyasalarının söz konusu fiil nedeniyle etkilendiğinin tespiti önemli bir husustur. Bu bağlamda elektromanyetik dalgalar kullanılarak yapılan radyo ve televizyon yayınları ve internet kullanımı yoluyla gerçekleştirilen haksız rekabet fiillerinin hangi ülke piyasalarını etkileyebileceği üzerinde durulması gerektiği düşüncesindeyiz.

Günümüzde uydu yayınları vasıtasıyla bir ülkede yapılan radyo ve televizyon yayınlarının diğer birçok ülkeden izlenebilmesi mümkün olmaktadır. Aynı şekilde aralarındaki ortak bir protokol sayesinde bilgi ve belgelerin akışına olanak sağlayan bilgisayar ağlarını birbirine bağlayan uluslararası bir iletişim ağı olan internet (*interconnected network*) yoluyla yapılan yayınlar da bu ağa bağlı olan bilgisayarlar üzerinden takip edilebilmektedir.³³⁶ Gerek radyo ve televizyon gerekse internetin geniş çaplı ticari kullanımı haksız rekabet fiilleri açısından da ayrıcalık arz etmektedir. Bu noktada, haksız rekabete ilişkin iç hukuk düzenlemeleri arasındaki farklar da göz önüne alındığında, yazılı ve görsel medya veya internet yoluyla yapılan reklamların, haksız rekabete ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması açısından büyük önem taşıdığı ifade edilmektedir.³³⁷

Günümüzde, teknolojik gelişmeler açısından gelinen noktada, özellikle internetin ticari amaçlı olarak birçok şekilde kullanılabilirdiği görülmektedir. İşletmeler kendi web siteleri üzerinden ürünlerini tanıtılabilmekte, interneti adeta elektronik bir vitrin olarak kullanmaktadırlar.³³⁸ Bununla beraber, diğer web sitelerine verilen ilan ve reklamlar yoluyla tüketicilere ulaşılması hedeflenmekte ve birçok web sitesi üzerinden elektronik pazarlama ve satış yapılabilmektedir. Elektronik pazar yerleri adı verilen ortamlarda çeşitli işletmelerin ürettiği ve sunduğu mal ve hizmetler

³³⁶ **Hatice Özdemir Kocasakal**, Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümüne Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti, Vedat Kitapçılık İstanbul 2003 (*Kısaltma: Özdemir Kocasakal, Elektronik Sözleşmeler*), s. 13.

³³⁷ **Anne-Catherine Imhoff-Scheier**, La loi applicable à la publicité internationale en droit international privé suisse, Annuaire Suisse de Droit International Volume XLI 1985, Schulthess Verlag Zürich 1985, s. 60.

³³⁸ **Danthe**, s. 99.

tanıtılmakta, açık arttırma ile alış ve satış işlemleri gerçekleştirilerek internet üzerinden adeta elektronik bir satış merkezi yaratılmaktadır.³³⁹ Çeşitli web sitelerinde açılan forumlar da ticari amaçla kullanılabilen, bu yolla bireysel anlamda müşteri ve tüketicilere ulaşmak mümkün olabilmektedir. Diğer taraftan internetin en yaygın kullanım biçimlerinden biri de tüketicilere istenmeyen ticari e-postalar göndermek (*spamming*) suretiyle tanıtım ve satış yapılmasıdır. Dünyanın sadece herhangi bir bölgesine yapılan yayınların aksine, dünyanın her yerine ulaşmaya imkan sağlayan bu iletişim ağının kullanımı haksız rekabet fiilleri açısından piyasalar üzerinde yaratılan etkiyi arttırıcı bir özellik taşımaktadır.³⁴⁰

Aslında internetin tüketicilere ulaşmak konusunda sağladığı tüm bu imkanlar ve internet üzerinden yapılan ticari faaliyetlerin geldiği nokta göz önüne alındığında, internet üzerinden yapılan e-ticaretin özel birtakım hukuki kurallara bağlanması gerektiği de savunulabilir. Ancak internet üzerinden gerçekleştirilen bir haksız rekabet fiilinden etkilenen ülkelerin bütünü için ortak bir hukuki zemin yaratmak pek de mümkün gözükmemektedir. Bu nedenle, halihazırda uluslararası özel hukuk açısından kabul gören “piyasası etkilenen ülke hukuku” kriterinin internet üzerinden gerçekleştirilen haksız rekabet fiilleri açısından ne şekilde uygulanacağına açıklanması gerekmektedir.

2. Uygulanacak Hukukun Belirlenmesinde Kullanılan Kriterler

Haksız rekabet uyuşmazlıklarında uygulama alanı bulabilecek üç hukukun varlığından bahsedilmektedir: haksız rekabete konu bilgi/beyan veya reklamı internet ortamına yükleyen kişinin bulunduğu yer hukuku, internete bağlantıyı sağlayan servis sağlayıcının bulunduğu yer hukuku veya bu bilgi/beyan veya reklamın kitlelere ulaştığı yer hukuku.³⁴¹ Aslında bu hukuklardan ilk ikisinde fiilin ika yerinin, sonuncusunda ise zarar yerinin bağlama noktası olarak kabul edildiğini görmekteyiz.

³³⁹ Özdemir Kocasakal, Elektronik Sözleşmeler, s. 31.

³⁴⁰ Danthe, s. 98.

³⁴¹ Alexander Thünken, Multi-State Advertising Over the Internet and the Private International Law of Unfair Competition, The International and Comparative Law Quarterly, Volume:51 No:4 (October 2002), s. 921. Yazar, haksız rekabete konu bilgi/beyan veya reklamı internet ortamına yükleyen kişinin bulunduğu yer hukuku (*the law of the country where the advertiser is based*) ifadesinin somut olarak hangi hukukun uygulanması sonucunu doğuracağını belirtmemektedir. Bununla beraber bu ifadede, söz konusu kişinin gerçek kişi olması halinde yerleşim yeri veya mutad meskeninin bulunduğu, tüzel kişi olması halinde ise –örneğin bir ticaret şirketi ise- merkezinin bulunduğu yerin anlaşılması gerektiği sonucuna varılabilir.

Fiilin ika yerinin tespit edilmesi için ise, internete bağlantı sağlanan sunucunun (server) bulunduğu yerin, internet servis sağlayıcısının veya içerik sağlayıcıların ya da internete aktarılan bilginin saklandığı hostun bulunduğu yerin belirlenmesi gerekmektedir.

a. Bağlama Noktalarının Tespiti Açısından Bazı Teknik Terimlerin Açıklanması

İnternet yolu ile gerçekleşebilecek haksız rekabet hallerinde uygulanacak hukukun tespiti açısından öncelikle bilişim dünyasında kullanılan bazı terimlerin açıklanması gerekmektedir. Zira ancak bu şekilde haksız rekabet fiilleri açısından başvurulabilecek bağlama noktalarının ifade ettiği anlam anlaşılabilir.

Sunucu, internete bağlanmaya yarayan, herhangi bir ağ üzerinde bir programı veya bir bilgiyi farklı kullanıcılara/sistemlere paylaştıran/dağıtan donanım veya yazılıma verilen genel isimdir.³⁴² İnternet kullanıcıları bu sunucular üzerinden bağlantı sağlayabilmektedirler. İnternet servis sağlayıcıları, ana sunucuya bağlanmak amacıyla geçiş sunucusu olarak hizmet veren aracı unsurlardır.³⁴³ İçerik sağlayıcılar, internet ortamında yayılan içeriği hazırlayan ve bu içeriği internete aktaran kişilerdir.³⁴⁴ *Host* ise internete yüklenen bilgilerin saklandığı depodur.³⁴⁵ Bu tanımlardan çıkan sonuca göre, internet servis sağlayıcıları internete erişim açısından en önemli unsurlardan biridir. Bir internet servis sağlayıcısı aynı zamanda sunucu olabileceği gibi, hosting servisini de verebilmektedir.³⁴⁶

b. Fiilin İşlendiği Yer Hukuku

Doktrinde savunulan bir görüş uyarınca, “*medya ve internet gibi kitle iletişim araçlarının kullanımı yoluyla gerçekleştirilen haksız fiiller (ve dolayısıyla haksız rekabet fiilleri) açısından “zarar yeri” kriterinden vazgeçilerek “fiilin işlendiği yere*

³⁴² Ayrıntılı bilgi için bkz. www.pclabs.com.tr.

³⁴³ **Ayfer Uyanık Çavuşoğlu**, İnternet Ortamında İşlenen Haksız Fiil Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk, Ergin Nomer’e Armağan, MHB Yıl:22 Sayı:2 İstanbul 2002, s. 971; Özdemir Kocasakal, Elektronik Sözleşmeler, s. 14.

³⁴⁴ **Özdemir Kocasakal**, Elektronik Sözleşmeler, s. 15; **Öztekin Gelgel**, s. 210.

³⁴⁵ **Öztekin Gelgel**, s. 210.

³⁴⁶ **Uyanık Çavuşoğlu**, s. 971; **Öztekin Gelgel**, s. 210.

bağlanma” tercih edilmelidir.”³⁴⁷ Zira bu şekilde birden çok hukuka değil tek bir hukuka bağlanma ve böylece tek bir hukukun uygulanması kolaylığı sağlanacaktır.³⁴⁸ Yine bu görüş uyarınca, internet üzerinden işlenen fiillerde, haksız fiil failinin bilgisayarını kullandığı yer hukukunun uygulanması doğru olacaktır. Bu şekilde “*failin şahsına ilişkin bir bağlanma noktası*” tercih edilecektir.³⁴⁹

Kanımızca, bu görüşün kabulü gerek teknik ve gerekse hukuki sebeplere dayalı olarak, mümkün değildir. Aksi durumda kanunlar ihtilafı adaletine tümüyle aykırı sonuçlar doğabilecektir. Zira, internete bağlanılan yer ile bağlantı için kullanılan sunucunun fiziki olarak aynı yerde bulunmasına gerek yoktur. Örneğin Almanya’da bulunan bir sunucu üzerinden Türkiye’den internete bağlanılabilir. Yine, kullanılan sunucu ile servis sağlayıcısı da farklı yerlerde olabilmektedir. Bu durumlarda fiilin ika yeri yine servis sağlayıcısının bulunduğu ülkede olacaktır. Ancak herhalükârda fiilin işlendiği yerin tespiti oldukça güçtür. Diğer taraftan, fiilin işlendiği yer (failin taşınabilir bir bilgisayar ile seyahat halindeyken fiili işlenmesinde olduğu gibi) çok tesadüfi de olabilir. Tüm bu bilgiler failin haksız fiilin ika yerini seçme imkanı olduğunu göstermektedir. Bu bakımdan faile uygulanacak hukuku tespit etme imkanı tanınmaktadır.³⁵⁰ Doktrinde, “*failin kendisini güvende hissettiği dünyanın herhangi bir ülkesini off-shore merkezi olarak seçebileceği*” ifade edilmektedir.³⁵¹

Diğer taraftan, servis sağlayıcının fiziken hangi ülkede bulunduğu tespit de her zaman kolay olmamaktadır.³⁵² Bu nedenlerle, internet üzerinden gerçekleştirilen haksız fiiller açısından bağlama noktası olarak fiilin gerçekleştirildiği yeri esas almak uygulanacak hukukun tespiti açısından isabetli bir seçim olmayacaktır.³⁵³ Aşağıda ifade edileceği üzere, medya ve internet gibi kitle iletişim araçlarının kullanımı yoluyla gerçekleştirilen haksız rekabet fiilleri açısından yine

³⁴⁷ **Nomer/Şanlı**, s. 344. Birden fazla ülkede sonuç doğuran haksız rekabet fiilleri açısından birden fazla hukukun uygulanmasının mümkün olamayacağı görüşünde olan bazı yazarların da fiilin işlendiği yerin bağlama noktası olarak kabulü gerektiğini savunduklarını belirtmiştik. Uygulanacak hukukun tespiti ile ilgili bir sorun yaşanması halinde, ilk çözüm olarak fiilin işlendiği yer hukukunun uygulanması gerektiğini savunan bu görüşlere katılmak mümkün değildir.

³⁴⁸ Ancak, söz konusu görüş dile getirildikten sonra, bu görüşün gerek Kıta Avrupası Hukuklarında ve Roma II Tüzüğü bağlamında uygulama alanı bulamayacağı da ifade edilmektedir. **Mills**, s. 135.

³⁴⁹ **Nomer/Şanlı**, s. 344.

³⁵⁰ **Thünken**, s. 930.

³⁵¹ **Uyanık Çavuşoğlu**, s. 978.

³⁵² **Öztekin Gelgel**, s. 211.

³⁵³ **Lardeux**, s. 38.

zarar yeri yani etkilenen piyasa kriterinin bağlama noktası olarak kabulü kanımızca en doğru sonuca ulaşmamızı sağlayacaktır.

c. Korumanın Talep Edildiği Yer Hukuku

Bir diğer görüşe göre ise, internet üzerinden gerçekleşen haksız rekabet fiillerine uygulanacak hukuk, korumanın talep edildiği ülke hukuku olmalıdır.³⁵⁴ Daha çok fikri mülkiyet haklarının ihlalden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk açısından benimsenen “korumanın talep edildiği ülke” kriteri, haksız rekabet uyuşmazlıkları bakımından etkilenen piyasa kriteri ile aynı sonucu doğuracaktır. Zira, örneğin internette yayınlanan bir reklam sonucunda zarar gördüğünü ileri sürerek zararının tazminini isteyen bir işletmenin “koruma talep ettiği ülke”, zaten “internette yayınlanan reklam sonucu piyasası etkilenen ülke” ile aynı olacaktır. Bir işletmenin faaliyet gösterdiği ve dolayısıyla haksız rekabet fiili neticesinde piyasası etkilenen ülkeden farklı bir ülke hukukunun korumasını talep edebileceğini düşünmek uygulama açısından pek mümkün gözükmemektedir. Ancak yine de, teorik olarak, internet yoluyla gerçekleştirilen haksız rekabet açısından korumanın talep edildiği ülke hukukunun uygulanması gerektiğini savunmak, zarar görene seçim hakkı tanıma sonucunu doğuracaktır. Zira zarar yeri ile korumanın talep edildiği yer örtüşmeyebilir. Bu gibi bir durumda, haksız rekabet sonucu piyasası etkilenen ülke hukukunun uygulanması engellenmiş olacaktır. Sonuç olarak, korumanın talep edildiği yer hukukunun da haksız rekabet fiilleri açısından isabetli sonuçlar yaratmayacağı kanaatindeyiz. Zira, belirli bir veya birden fazla ülke piyasasını etkileyen haksız rekabet hallerinde, piyasası etkilenen ülkenin kamusal menfaatinin korunması ancak zarar yeri hukukunun uygulanması ile mümkün olacaktır.

d. Hakimin Hukuku (*Lex Fori*)

İnternet yoluyla gerçekleştirilen haksız rekabet fiilleri açısından hakimin hukukunun uygulanmasına ilişkin bir görüş ileri sürülmüştür. Ancak, bu görüş, hakimin hukukunun hangi gerekçelere dayanarak tercih edilebileceğine dair herhangi

³⁵⁴ Stecher, s. 83.

bir açıklama yapmamaktadır.³⁵⁵ Örneğin, Fransa, Almanya, Belçika, Hollanda ve İsviçre’de faaliyet göstermekte olan bir işletmenin ürünleri hakkında internette yayımlanan bir karşılaştırmalı reklam veya kötüleme/yanlış bilgi ve beyanlarda bulunma yoluyla söz konusu ülke piyasalarında haksız rekabete yol açılması halinde, zarar gören kişi Almanya’da dava açmaya karar verdiği takdirde, Alman Hukuku uygulama alanı bulacaktır. Sonuç olarak, birbirinden farklı haksız rekabet hükümlerinin geçerli olduğu beş ayrı ülkede doğan etki için tek bir hukukun uygulanması söz konusu olacaktır. Bu durum, bir ülke piyasasında doğan etkiye başka bir ülke hukukunun uygulanması anlamına gelmektedir. Diğer taraftan, davacıya hangi ülkenin kanunlar ihtilafı kuralları kendi lehine ise o ülkede dava açma imkanı (*forum shopping*) da tanınmış olacaktır. Kanımızca, sadece birden fazla hukukun uygulanmasının önüne geçmek amacıyla, özellikle haksız rekabet fiilleri gibi ekonomik zarara dayalı sorumluluk halleri açısından, gerek modern kanunlar ihtilafı anlayışı ve gerekse usuli sakıncaları nedeniyle, internet yoluyla gerçekleşen fiiller için *lex forin*in bağlama noktası olarak kabulü mümkün değildir.

e. Zarar Yeri Olarak Piyasası Etkilenen Ülke Hukuku ve Görüşümüz

İnternet üzerinden gerçekleştirilen haksız rekabet fiilleri açısından da fiilin ika yeri değil, fiilin sonuçlarının doğduğu ülke piyasaları “zarar yeri” olarak dikkate alınmalıdır. Ancak zarar yeri olarak piyasası etkilenen ülke hukuklarının uygulama alanı bulmasını isabetsiz bulan görüşler de ileri sürülmüştür. Bu görüşler uyarınca, piyasası etkilenen ülke hukuku kriteri internet yoluyla gerçekleştirilen haksız rekabet fiilleri bakımından çok geniş bir alanı kaplamakta ve bu durum fail açısından orantısız bir durum yaratarak serbest ticarete engel olmaktadır.³⁵⁶ Ancak internet yoluyla gerçekleştirilen haksız rekabet fiilleri açısından hangi ülke piyasalarının doğrudan ve esaslı bir biçimde etkilendiğinin tespiti ile,³⁵⁷ söz konusu ülke hukuklarının uygulanması bakımından bir sınırlama yapılarak zarar yeri (piyasası etkilenen ülke hukuklarının) kriterinin seçiminin doğuracağı sorunların giderilebileceği kanaatindeyiz.

³⁵⁵ Lardeux, s. 38.

³⁵⁶ Öztekin Gelgel, s. 209-211. Ancak piyasası etkilenen ülke hukukunun uygulanmaması gerektiğini ileri süren bu görüş çerçevesinde herhangi bir karşı öneride bulunulmamıştır.

³⁵⁷ Théorie de “focalisation” (odaklanma teorisi), bkz. Lardeux, s. 38-39.

Tıpkı kişilik haklarının medya, internet veya diğer kitle iletişim araçları ile ihlal edilmesinden doğan uyuşmazlıklarda, mağdurun en çok tanındığı yer olması nedeniyle, zarar görenin mutad meskeni hukukunun kabul edilmesinde olduğu gibi, internet yoluyla gerçekleştirilen haksız rekabet fiilleri için de söz konusu fiilden en çok etkilenen veya etkilenme ihtimali olan ülke piyasalarının belirlenmesi gerekmektedir. Bu noktada söz konusu haksız rekabet fiilinin -ne şekilde gerçekleştirildiği de dikkate alınarak- neden olduğu sonuçlar bakımından bir inceleme yapılmalıdır. Örneğin rakip işletmenin ürünleri hakkında yanlış veya yanıltıcı bilgiler içeren bir e-postanın belirli sayıdaki müşteri veya tüketiciye gönderilmesi halinde, söz konusu müşteri veya tüketicilerin yer aldığı piyasanın etkilenmiş olması nedeniyle, ilgili ülke hukuku uygulama alanı bulacaktır.³⁵⁸ İnternet üzerinden yapılan bir karşılaştırmalı parazit reklam söz konusu olduğunda, belirli bir ülkeden internete bağlanıldığında söz konusu reklamın görülebilmesi yeterli olmayıp, bu reklamın ilgili ülke piyasasında bir “zarar veya zarar tehlikesi” yaratmış olması gerekmektedir. Haksız rekabet fiilinin yarattığı etkinin değerlendirilmesi ve söz konusu ülke piyasasının etkilenip etkilenmediğinin tespiti açısından birtakım incelemelerin yapılması zorunludur. Örneğin internet üzerinden yayınlanan bu reklamın belirli bir veya birkaç ülke piyasasına yönelik olarak yapılmış olması gerekmektedir. Bunun tespiti için, internet yayınının (satış koşullarının, yasal uyarıların veya genel işlem şartlarının) ilgili ülke(ler)de konuşulan lisan ile veya yine o ülke(ler)de geçerli olan para birimi kullanılarak veya belirli bir ülkeye özgü vergi mevzuatına dair bilgilere yer verilerek ya da açıkça söz konusu reklam veya beyanın hangi ülkelere yönelik yapılmakta olduğunun veya pazarlama ve ürün tesliminin hangi ülkeleri kapsadığının belirtilmesi yoluyla yapılmış olması gibi kriterlerden yararlanılabilir.³⁵⁹

³⁵⁸ Haksız rekabete neden olan e-postaların birden çok ülkedeki müşteri veya tüketicilere gönderilmek suretiyle, söz konusu ülke piyasalarının etkilenmesine yol açılması halinde, ilgili ülke hukukları ayrı ayrı uygulama alanı bulacaktır (**Marika Vermeer**, *Electronic Unfair Competition and Applicable Law: An Open Spot in the European Jungle*, s. 3, bkz. <http://www.ejcl.org/75/art75-9.doc>). Haksız rekabete konu e-postanın yalnız belirli bir müşterisine gönderilmesi halinde ise, aşağıda inceleyeceğimiz üzere, münhasıran belirli bir işletmenin ticari faaliyetlerini zedeleyen bir haksız rekabet fiilinden bahsetmek gerekecektir. Bu durumda uygulanacak hukuk ile ilgili bkz. “Münhasıran Belirli Bir İşletmenin Menfaatlerini Zedeleyen Haksız Rekabet Hallerine Uygulanacak Hukuk” başlıklı bölüm.

³⁵⁹ **Thünken**, s. 923; **Imhoff-Scheier**, s. 80; **Danthe**, s. 99; **Stecher**, s. 83; **Vermeer**, s. 2.

Bu kriterlerin yetkili mahkemenin belirlenmesi için de kullanılabileceği dile getirilmektedir. Buna göre, yetkili mahkemenin kendi haksız fiile (ya da haksız rekabete) ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarını uygulayarak yetkili hukuku tespit edebileceği belirtilmekte; fakat bu durumda, mağdurun, haksız fiilin farklı ülkelerde doğurduğu zararlar için o ülkelerde ayrı ayrı dava açması gerekeceği de eklenmektedir (**Lardeux**, s. 38-39). Bu çerçevede, Fransız Yargıtayı, Fransız Mahkemelerinin internet üzerinden gerçekleştirilen haksız rekabet fiillerinden doğan uyuşmazlıkların çözümünde yetkili olabilmeleri için,

Birden çok ülkede takip edilebilen radyo ve televizyon kanalları veya internet üzerinden yapılan yayımlarla birden fazla ülke piyasasını doğrudan ve esaslı bir şekilde etkileyen haksız rekabet fiilleri ile ilgili olarak daha evvel de belirttiğimiz üzere her bir ülke piyasası için o ülke hukuku uygulama alanı bulacaktır. Zira böyle bir durumda hakim, korunan haklar (ticaret ünvanı, marka vb.) bakımından geçerli olan ülkesellik prensibi gereği somut uyuşmazlıkta zararın olduğu ülke hukuklarını ayrı ayrı uygulamak durumundadır.³⁶⁰ Örneğin birden çok ülke piyasasında aynı yoğunlukta faaliyet gösteren ve tanınan bir işletme hakkında internette kötüyelici veya yanıltıcı beyanlar içeren bir reklamın yayınlanması durumunda, kötüyelici ve/veya yanıltıcı beyanlarda bulunan failin bu fiilinden birden çok ülke piyasasının etkileneceğini ve doğan zararlar hakkında bu ülke hukuklarının ayrı ayrı ve birikimli (kümülatif) olarak uygulanacağını bilmesini beklemek yanlış olmaz.

İnternet yoluyla gerçekleştirilecek haksız rekabet fiilleri açısından verilen bir diğer örnek ise internet alan adlarının (*domain name*) kullanımınıdır. Üçüncü bir kişiye ait ticaret ünvanı, marka vb. ayırt edici işaretlerin haksız kullanımı yoluyla hak sahibinin ticari itibarından faydalanılması veya iltibas yaratılması sonucu söz konusu alan adının görülebildiği tüm ülke piyasalarında haksız rekabete yol açılması söz konusu olacaktır.³⁶¹ Bu nedenle yine ülkesellik prensibi uyarınca, iltibasa konu ayırt edici işaretin korunduğu tüm ülke piyasaları dikkate alınarak, piyasası etkilenen her bir ülke açısından anılan ülke hukuklarının ayrı ayrı uygulanması gerekecektir.

haksız rekabet fiilinin gerçekleştirildiği internet sitesine Fransa'dan ulaşılabilir olması (site actif accessible) yeterli bulmamakta, söz konusu ticari aktivitenin Fransa'ya yönelik yapıyor (örneğin ürünün Fransa'da pazarlanıyor) olmasını aramaktadır (Cour de Cassation, Chambre commerciale, financière et économique, arrêt no. 82, 11.01.2005). Yargıtay'ın bu uygulaması uyarınca, internet yoluyla gerçekleştirilen fiilin, mutlaka bir şekilde Fransız halkına yönelik olması (*activité visant un impact économique sur le public français*) gerekmektedir. Zira aksinin, yani internet sitesine ulaşılabilirliğin yetki tesisi için yeterli olduğunun kabulünün, aşkın yetki olarak değerlendirilebileceği ve bunun sonucu olarak Fransız Mahkemelerince verilen kararların tanınması ve tenfizine yönelik engeller çıkabileceği ifade edilmektedir.

Ayrıca bkz. "Haksız rekabette Doğan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Yetkisi" başlıklı kısım, "Kitle İletişim Araçları İle Gerçekleştirilen Haksız Rekabet Fiilleri Açısından Yetkili Mahkeme" başlıklı bölümdeki açıklamalar.

³⁶⁰ Dutoit, Commentaire de LDIP, s. 488.

³⁶¹ Dutoit, Commentaire de LDIP, s. 488.

3. Topluluk Hukukunda Başvurulan Kriterler

Avrupa Parlamentosu ve Konseyi tarafından 08.06.2000 tarihinde kabul edilen E-Ticaret Yönergesi³⁶² iç pazara yönelik bilişim hizmetlerinin şartlarını, servis sağlayıcılarının sorumluluklarını, elektronik sözleşmelerin tabi olacağı kuralları ve Yönerge kapsamına giren hususlardan doğan uyumsuzlukların yargısal ve yargı dışı çözüm yollarını düzenlemektedir. Anılan Yönerge çerçevesinde bilişim hizmetlerinden kaynaklanan uyumsuzluklarda uygulanacak hukuka dair herhangi bir belirleme yapılmamaktadır. Bununla beraber, mal ve hizmet sağlayan işletmelerin sorumluluğunun esas olarak mal veya hizmetin sağlandığı (yani söz konusu kuruluşların fiilen faaliyet gösterdikleri) menşe (orijin) ülkesinde geçerli olan kurallara göre belirleneceğinin kabul edildiği görülmektedir.³⁶³ Bu durum, mal veya hizmet sağlayıcı(ları)nın faaliyet gösterdikleri menşe ülke hukukunun haksız rekabet kuralları açısından bağlama kriteri olarak kabul edilebileceği görüşünün ileri sürülmesine neden olmuştur.³⁶⁴ Ayrıca Milletlerarası Ticaret Odası'nın 02.04.1998 tarihinde kabul ettiği İnternet Üzerinden Yapılan Reklam ve Pazarlama Usullerine İlişkin Genel Prensipler'in 1. maddesinin 2. fıkrasında da, reklam ve pazarlamaya ilişkin içeriğin mal veya hizmet sağlayıcılarının faaliyet gösterdikleri menşe ülke hukukuna uygun olması gerektiği kabul edilmiştir.³⁶⁵ İnternet yoluyla gerçekleşen haksız fiiller açısından menşe ülke hukukunun uygulanması gerektiğini savunan görüşe dayanak olarak, internet ortamında reklam verenin dünya üzerinde geçerli haksız rekabet hükümleri açısından en yüksek koruma standartlarını öngören ülke

³⁶² Directive 2000/31/CE du Parlement Européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur ("directive sur le commerce électronique"), bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:178:0001:0016:FR:PDF>.

³⁶³ **Özdemir Kocasakal**, Elektronik Sözleşmeler, s. 157. Ayrıca bkz. Yönerge'nin 22 no.lu gerekçesi. Örneğin Fransa'nın anılan yönergeyi iç hukukuna taşımak için kabul ettiği 21.06.2004 tarihli Kanun'da, uyumsuzluğun Fransa ile ilişkili olması halinde özellikle mutad meskeni Fransa'da olan tüketiciler için, Fransız doğrudan uygulanan kurallarının uygulanacağını düzenlemektedir. Bkz. **Sylvaine Poillot-Peruzzetto**, La Semaine Juridique no. 5, 02.02.2005, Chronique collective du laboratoire de droit international européen des affaires.

Yönerge'nin 12. maddesinde "basit aktarım (*simple transport* – mal veya hizmet sağlayıcısının yalnızca internete bağlanma hizmeti sunduğu durumlar) hizmetleri" açısından, mal veya hizmet sağlayıcıların aktarımın menşesinde (kaynağında) olmamaları, hizmetin iletileceği kişileri ve aktarımın konusunu oluşturan bilgileri belirlemedikleri veya değiştirmedikleri sürece aktarılan bilgilerden sorumlu olmadıkları hükme bağlanmıştır.

³⁶⁴ **Graziano**, La responsabilité délictuelle en droit international privé européenne, s. 94; **Öztekin Gelgel**, s. 208.

³⁶⁵ ICC Guidelines on Advertising and Marketing on the Internet, Principles for Responsible Advertising and Marketing over the Internet, World Wide Web, Online Services and Electronic Networks, bkz. <http://www.ftc.gov/bcp/icpw/comments/iccguidelines.htm>.

hukukuna uygun hareket etmesinin beklenemeyeceği, bu durumun ekonomik gerçeklere aykırı sonuçlar doğuracağı, reklam verenin interneti kullanmasının onun aslında dünyanın her yerinde bulunan kişilerle ticari ilişkiye girmek istediği anlamına gelmediği fikirleri ileri sürülmüştür. Ayrıca, menşe ülkesi hukukunun kabulü ile internet üzerinden gerçekleşen haksız rekabet fiilleri açısından yeknesak bir uygulamaya kavuşulabileceği ve bu şekilde hukuki güvenliğin sağlanabileceği dile getirilmiştir.³⁶⁶

Ancak diğer bir görüş uyarınca ise, menşe ülkesi hukuku kriteri aslında sadece AB. Roma Sözleşmesi ile güvence altına alınan hizmet sağlama özgürlüğü çerçevesinde, mal veya hizmet sağlayıcıları menşe ülkesi dışında, hizmet sağladığı diğer Avrupa Birliği ülkelerinde geçerli olan idari kuralların kontrolünden kurtarmak için kabul edilmiştir. Dolayısıyla, sadece mal veya hizmet sağlayıcıları tek taraflı olarak koruyan bu kuralın uluslararası özel hukukla ilgili uyumsuzluklarda, özellikle internet üzerinden gerçekleştirilen haksız fiillerden doğan uyumsuzluklarda uygulama alanı bulamayacağı ifade edilmiştir.³⁶⁷ Bununla beraber, menşe ülke hukukunun haksız rekabet de dahil olmak üzere internet yoluyla gerçekleştirilen haksız fiillere uygulanacak hukukun tespiti açısından bir kriter olarak kabul edilmesinin gerekip gerekmediği konusunda bir fikir birliğinin oluşmadığını belirtmek isteriz.

Kanımızca, mal veya hizmet sağlayıcının faaliyet gösterdiği menşe ülke hukukunun internet yoluyla işlenen haksız rekabet fiilleri açısından kabulünün tek sebebi, bu gibi durumlarda internetin yapısı ve hizmet ettiği amaç gereği birden çok ülke hukukunun uygulama alanı bulacak olması ve bu nedenle serbest ticaretin sekteye uğrayacağı endişesidir. Bununla beraber bir ülke mevzuatında haksız rekabet olarak nitelendirilen bir davranışın diğer bir ülke mevzuatında tamamen yasal olabileceği dile getirilmektedir.³⁶⁸ Bu nedenle uygulanacak hukukların sayısının azaltılması gerektiği savunulmaktadır. Oysa örneğin Fransa'da faaliyet göstermekte olan bir mal veya hizmet sağlayıcısının, diğer Avrupa ülkelerinde faaliyet göstermekte olan bir işletmenin ürünleri ile yapılan bir karşılaştırma sonucu haksız rekabete yol açması halinde, burada menşe ülkesi olması nedeniyle sadece Fransız Hukuku'nun uygulanması haksız rekabet hükümlerinin doğasına ve bu hükümlerle

³⁶⁶ Thünken, s. 921-937.

³⁶⁷ Julia Hörnle, The UK Perspective on the Country of Origin Rule in the E-Commerce Directive-A Rule of Administrative Law Applicable to Private Law Disputes, International Journal of Law and Technology, Volume:12 No:3, s. 353 ve 363 (sonuç kısmı).

³⁶⁸ Thünken, s. 921.

korunan menfaate aykırıdır. Sadece uygulanacak hukukun belirlenmesi açısından kolaylık sağlanması amacıyla menşe ülke hukukunun uygulanması kabul edilemez.

Diğer taraftan, “internetin bölünmezliği” gereği etkilenen piyasa kriterinin ve dolayısıyla da birden çok ülke hukukunun uygulama alanı bulmasının mümkün olmadığı, internetin diğer geleneksel pazarlama ve satış yöntemlerinden farklı olduğu, geleneksel pazarlama yöntemlerinin kullanılması halinde reklam verenin reklamın ulaşacağı ülkeleri belirleme imkanı olduğu, buna karşın internetin kullanılması halinde böyle bir imkanın olmadığı fikirlerine karşı³⁶⁹, internet kullanımının uygulanacak hukukun tespiti ile ilgili olarak haksız rekabet failine ne gibi bir ayrıcalık sağlayabileceğini de anlayabilmiş değiliz. İnternet yoluyla işlenen haksız rekabet fiilleri açısından mal veya hizmet sağlayıcılarının faaliyet gösterdiği menşe ülke hukukunu seçmek adeta kişileri diğer satış ve pazarlama yöntemlerini kullanmamaya teşvik etmek anlamını taşıyacaktır. Kanımızca bu şekilde özellikle haksız rekabet fiilleri açısından hukuki güvenliğin sağlanması mümkün değildir. Diğer taraftan, haksız rekabet mevzuatı açısından faili koruyan hükümlerin geçerli olduğu ülkedeki mal ve hizmet sağlayıcılarının gereksiz bir şekilde avantajlı konuma getirilmesinin sakıncalı olduğu da aşıkardır.

Akit dışı uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuku belirleyen Roma II Tüzüğü de internet üzerinden gerçekleşebilecek haksız rekabet fiilleri açısından ayrı bir düzenleme öngörmemektedir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, Tüzüğün 6. maddesinde haksız rekabetten doğan uyuşmazlıklar açısından rekabet ilişkisinin veya tüketicilerin ortak menfaatlerinin etkilendiği veya muhtemelen etkileneceği yer kriterinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla, Roma II Tüzüğü kapsamında da, internet de dahil olmak üzere, kitle iletişim araçları ve medya yoluyla gerçekleşen fiiller açısından her bir ülkede doğan zarar için o ülke hukuku uygulanacaktır.³⁷⁰

Tüzüğün 27. maddesinde ise, akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuka dair diğer Topluluk Hukuku düzenlemelerinin uygulanmaya devam edeceği ifade edilmiştir. Yukarıda anılan Elektronik Ticaret Yönergesi'nin de bu kapsamda olduğu, Roma II Tüzüğü'nün internet yoluyla işlenen haksız fiiller ile ilgili herhangi bir düzenleme içermediği, dolayısıyla kanunlar ihtilafı alanında e-ticaret yoluyla işlenen haksız rekabet fiillerinde Roma II Tüzüğü'nün 6. maddesinde düzenlenen “etkilenen piyasa hukuku” kriteri yerine mal veya hizmet sağlayıcının menşe ülkesi hukukunun

³⁶⁹ **Thünken**, s. 935.

³⁷⁰ **Ancel**, s. 4.

uygulama alanı bulacağı dile getirilmektedir.³⁷¹ Bununla beraber Tüzüğün 6. maddesinde yer alan etkilenen piyasa kriterini tamamen uygulama dışı bırakacak bu görüş karşısında, aslında 6. maddenin internet yoluyla işlenen haksız rekabet fiillerine ilişkin açık bir düzenleme içermediği; bu nedenle menşe ülke hukukunun yalnızca “tercih edilebilir” olduğu belirtilmektedir.³⁷²

Daha evvel de belirttiğimiz üzere, herhangi bir uluslararası anlaşma, tüzük veya yönergede bulunan bir kanunlar ihtilafı kuralının Roma II Tüzüğü’ne oranla öncelikli olarak uygulanabilmesi için, bu kuralın her şeyden önce özel hüküm niteliğinde bir kanunlar ihtilafı kuralı olması gereklidir. Oysa E-Ticaret Yönergesi’nde kabul edilen menşe ülkesi prensibi esasa ilişkin bir maddi hukuk hükmüdür; dolayısıyla kanunlar ihtilafı kuralı niteliği taşımamaktadır.³⁷³ Bu durumda, kanımızca gerek kanunlar ihtilafı kuralı olmaması ve gerekse maddi içeriğinin özellikle haksız rekabet fiillerine uygun bir sonuç yaratmaması sebebiyle “menşe ülkesi hukuku”nun Roma II Tüzüğü’ne oranla öncelikli olarak uygulanması mümkün değildir. Ancak altını çizmek gerekir ki, Roma II Tüzüğü’nün haksız rekabet ile ilgili 6. madde düzenlemesi internet kullanımı açısından herhangi bir hüküm içermemesi nedeniyle eleştirilmekte, mevcut düzenlemeler yeterli bulunmamaktadır.³⁷⁴

Diğer taraftan, internet üzerinden satış ve pazarlama konusunda haksız rekabet hükümleri ile korunmak istenen en önemli unsur tüketici haklarıdır. Bu konuda 17.06.2008 tarihli Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü’nün 6. maddesinde bir düzenleme yer almaktadır.³⁷⁵ Anılan düzenleme uyarınca, tüketici sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda tüketici lehine olacağı düşünüldükçe, tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanması gerektiği kabul edilmiştir. Bu hüküm, söz konusu uyuşmazlıklarda tüketicinin bulunduğu yer hukukunun, yani piyasası etkilenen ülke hukukunun uygulanması sonucunu

³⁷¹ **Tarman**, s. 208.

³⁷² **Thünken**, s. 937.

³⁷³ Aksinin kabulü halinde E-Ticaret Yönergesi kapsamındaki fiiller için “menşe ülke” kriterinin, Yönerge kapsamına girmeyen fiiller için ise Roma II Tüzüğü’nün 6. maddesinde yer alan “etkilenen piyasa” kriterinin uygulama alanı bulması gerekecektir. Bu durum, elektronik ortamda gerçekleştirilen haksız rekabet fiilleri için farklı bağlama noktalarının uygulanması sonucunu doğuracak ve kanunlar ihtilafı sisteminin çok daha karmaşık bir hale gelmesine neden olacaktır (**Von Hein**, s. 1678; **Vermeer**, s. 3). Zaten Yönerge’nin 23 no.lu gerekçesinde, “*Yönergenin uluslararası özel hukukun konusunu oluşturan kanunlar ihtilafı kurallarını düzenlemek gibi bir amaç taşımadığı*” açıkça belirtilmiştir.

³⁷⁴ **Luciani**, s. 6; **Öztekin Gelgel**, s. 211.

³⁷⁵ 17.12.2009 tarihinden sonra akdedilmiş sözleşmelere uygulanacak olan 593/2008 sayılı Roma I Tüzüğü, Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka Dair 1980 tarihli AET Sözleşmesi’nin Tüzük haline getirilmesi amacıyla kabul edilmiştir.

doğurmaktadır. Roma II Tüzüğü'nün 19.06.1980 tarihli AET Sözleşmesi'ni (Roma Konvansiyonu) tamamlayıcı nitelikte hükümler içerdiği göz önüne alındığında³⁷⁶, internet üzerinden gerçekleşen haksız rekabet fiilleri açısından Tüzüğün 6. maddesi hükmünün Elektronik Ticaret Yönergesi ile bertaraf edilmesi doğru değildir.

Sonuç olarak, tüm bu bilgiler ışığında kanımızca da internet üzerinden gerçekleşen haksız rekabet fiilleri ile ilgili açık bir düzenlemeye ihtiyaç vardır. Zira yukarıda da açıkladığımız üzere, Elektronik Ticaret Yönergesi'nin 3. maddesinde yer alan menşe ülke hukuku ilkesi haksız rekabet fiilleri açısından doğru bir çözüm getirmemektedir.³⁷⁷ Bunun yerine Roma II Tüzüğü'nün 6. maddesinde kabul edilen piyasası etkilenen ülke hukuku kriterinin internet kullanımını açısından uyarlanarak tekrar gözden geçirilmesi ve “etkilenen ülke piyasalarının daha objektif bir biçimde belirlenebilmesi ve bu şekilde uygulanacak ülke hukuku sayısının sınırlanması” amacıyla kullanılmak üzere bazı kıstasların kabulü gerektiği düşüncesindeyiz. Bu kıstaslar daha evvel de değindiğimiz üzere, haksız rekabete neden olan bilgi/beyan veya reklamın dili, kullanılan para birimi, pazarlama veya ürün teslimine ilişkin şartları içeren düzenlemeler olabilecektir.

Çalışmamızın bu bölümüne kadar belirli bir veya birden çok ülke piyasasının bütününe etkileyen haksız rekabet fiilleri açısından uygulanacak hukuku belirleyen kanunlar ihtilafı kurallarını ve bağlama noktalarını inceledik. Çalışmamızın birinci kısmında de ele aldığımız üzere, haksız rekabet fiilleri bir ülke piyasasının bütününe yönelik olabileceği gibi yalnızca belirli bir rakibin münhasıran işletmesine yönelik zararların doğmasına da neden olabilmektedir. Bu nedenle çalışmamızın bu bölümünde, münhasıran belirli bir işletmenin ticari menfaatlerinin zedelenmesine yol açan haksız rekabet fiilleri için uygulanacak olan hukukun tespitinde kullanılan kanunlar ihtilafı kuralını inceleyeceğiz.

³⁷⁶ **Tarman**, s. 196.

³⁷⁷ Doktrinde, elektronik haksız rekabet fiillerine uygulanacak hukuk açısından yasal bir boşluğun var olduğu belirtilmektedir. Zira, gerek Roma II Tüzüğü'nde gerekse E-Ticaret Yönetmeliğinde açık bir düzenlemenin var olmadığı görülmektedir (**Vermeer**, s. 4).

C. Münhasıran Belirli Bir İşletmenin Menfaatlerini Zedeleyen Haksız Rekabet Hallerine Uygulanacak Hukuk

Buraya kadar yapılan incelemeler çerçevesinde, belirli bir veya birden çok ülke piyasasının bütünü, yani bir ülkenin ekonomik politikasını etkileyen haksız rekabet fiilleri açısından piyasası etkilenen ülke hukuku kriterinin kabul edilmekte olduğunu belirledik. Fakat, bu tür “kamusal (*publique*) haksız rekabet fiilleri” dışında kalan ve yalnızca belirli bir işletmenin ekonomik çıkarlarını hedefleyen haksız rekabet fiilleri açısından daha farklı bir bağlama noktası tespit edilmektedir. İsv. MÖHK.’un 136. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, “*haksız rekabet fiilinin münhasıran belirli bir rakip işletmenin menfaatlerini etkilemesi halinde, mağdur işletmenin merkezinin bulunduğu yer hukuku uygulanır.*” MÖHUK’un 37. maddesinin 2. fıkrası uyarınca ise “*haksız rekabet sonucunda zarar görenin münhasıran işletmesine ilişkin menfaatleri ihlâl edilmişse, söz konusu işletmenin işyerinin bulunduğu ülke hukuku uygulanır.*”

MÖHUK.’un 37. maddesinin gerekçesinde İsv. MÖHK. düzenlemesinden esinlenildiği belirtilmiştir. Ancak gerek maddenin yukarıda belirtilen 2. fıkra düzenlemesinde yer alan farklılığın, gerekse İsv. MÖHK. hükmünün devamında yer alan düzenlemeye (fer’i bağlama noktası) MÖHUK.’da yer verilmeyişinin gerekçeleri açıklanmamıştır. Bunun yanında, maddenin ilk fıkrası ile ikinci fıkrasının uygulama alanının ne şekilde belirlenebileceğine dair bir bilgi de yoktur.

Doktrinde, bir haksız rekabet fiilinin belirli bir işletmenin menfaatlerini zedelemesi halinde dolaylı da olsa o işletmenin faaliyet gösterdiği piyasanın da etkileneceğini, söz konusu piyasanın zaten mağdur işletmenin faaliyet gösterdiği piyasa olması nedeniyle ayrı bir bağlama noktasının kabulüne gerek olmadığını ve piyasası etkilenen ülke hukuku kriterinin her iki durum için de uygulanabileceğini savunan görüşler de yer almaktadır.³⁷⁸ Bu nedenle, gerek İsviçre gerekse Türk MÖH(U)K.’larında benimsenen ikinci fıkra düzenlemesinin uygulama alanının açıkça belirlenmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Bu çerçevede öncelikle münhasıran belirli bir işletmenin ticari menfaatlerini zedeleyen haksız rekabet hallerine ilişkin açıklamalara yer vereceğiz. Daha sonra bu tür haksız rekabet fiillerine uygulanacak hukukun tespitinde kullanılan kriterleri inceleme fırsatı bulacağız.

³⁷⁸ Imhoff-Scheier, s. 73.

1. Münhasıran Belirli Bir İşletmenin Ticari Menfaatlerini Zedeleyen Haksız Rekabet Halleri

Bir haksız rekabet fiilinin sadece belirli bir işletmenin yönetimini ve iç işleyişini hedef alarak söz konusu işletmenin ticari menfaatlerine zarar vermesi durumunda “münhasıran belirli bir işletmenin ticari faaliyetine yönelik haksız rekabet hali”nden bahsetmek gerekecektir. Zira bu ihtimalde henüz söz konusu işletmenin faaliyet gösterdiği piyasa üzerinde herhangi bir ekonomik etkinin varlığından bahsedilemeyecektir.³⁷⁹ Bununla beraber, şayet bir haksız rekabet fiili, belirli bir işletmeyi hedef almakla beraber, piyasanın diğer aktörleri olan tüketici veya müşterilerin algısının değişmesine yol açmış ise, burada münhasıran belirli bir işletmenin ticari menfaatlerinin zedelendiğinden bahsetmek mümkün olmayacak; piyasanın bütününün etkilenmesinden hareketle piyasası etkilenen ülke hukuku uygulama alanı bulacaktır. Zira bu durumda söz konusu piyasa haksız rekabet fiili neticesinde doğrudan etkilenmiş olacaktır. Bu durumun en iyi örneği, sadece belirli bir işletmeyi hedef alan kötüleme, gerçeğe aykırı bilgi ve beyan verme, bu yönde tanıtım yapma veya karşılaştırmalı reklamlar yapma gibi fiillerdir. Bu gibi durumlarda aslında sadece belirli bir işletme hedef alınmaktadır. Ancak bu fiillerin kamuoyu önünde gerçekleştirilmesi ile “kamusal” bir haksız rekabet hali yaratılarak, müşteri ve tüketicilerin ekonomik karar ve eylemleri yönlendirilmeye çalışılmaktadır. Bu durumda hedef alınan işletmenin ekonomik olarak zarar göreceği aşikardır. Fakat söz konusu fiiller doğrudan piyasanın etkilenmesine yönelik fiillerdir. Bu nedenle her ne kadar sadece belirli bir işletme hedef alınsa dahi, söz konusu işletmenin faaliyette bulunduğu piyasa üzerinde dolaylı değil doğrudan ekonomik bir etki yaratılmaktadır. Aksinin kabulü haksız rekabet kavramının özüne aykırı olurdu. Zira haksız rekabet hükümleri rakipler kadar, müşteri ve tüketicilerin ekonomik çıkarlarını koruma amacı taşımaktadır.

Her haksız rekabet fiilinin amacı piyasa içinde ekonomik açıdan daha avantajlı bir konum elde etmektedir. Ancak bazı fiiller piyasa üzerinde ancak ve ancak dolaylı bir etki yaratabilmektedir.³⁸⁰ Bir işletmenin iç işleyişini etkilemeye yönelik haksız rekabet fiilleri bu çerçevede değerlendirilmektedir. Özellikle bir işletmenin

³⁷⁹ Tiryakioğlu, Haksız Fiiller, s. 215.

³⁸⁰ Danthe, s. 125.

çalışanlarının görevlerini ihlale teşvik ederek failin kendi işletmesinin veya bir başka rakip işletmenin yararına çalışmasını sağlamak, bir işletmenin çalışanları vasıtasıyla ticari sırlarını elde ederek bunları (piyasayı etkileyecek nitelikte olmayacak bir biçimde) ifşa etmek³⁸¹, bir işletme ile sözleşme ilişkisi içinde olan belirli bir müşterinin bu sözleşmeyi ihlal etmesini veya feshetmesini teşvik edici eylemlerde bulunmak, bir işletmenin ticari iş ve ürünlerinden haksız bir biçimde faydalanmak gibi haksız rekabet fiilleri söz konusu işletmenin doğrudan ve münhasıran etkilenmesine yol açacaktır. Ancak kategorik olarak MÖHUK.'un 37. maddesinin –ve İsv. MÖHK.'un 136. maddesinin- 2. fıkrasının uygulama alanına gireceğini belirttiğimiz bu fiillerin bazı durumlarda piyasayı doğrudan etkileyerek 1. fıkranın uygulama alanına girebilmesi mümkün olabilir.³⁸² Örneğin bir işletmede üst düzey bir mevkiide çalışan ve konusunda çok iyi bilgi ve tecrübeye sahip, piyasadaki aktörlerin birçoğu tarafından tanınan ve başka bir işletmede çalışması halinde müşteri ve tüketicilerin ticari algı ve kararlarının değişmesine yol açabilecek bir çalışanın ayartılarak başka bir işletmede çalışmaya başlamasının sağlanması durumunda, kanımızca artık sadece mağdur edilen işletmenin menfaatlerinin zedelendiğinden bahsetmek mümkün olmayacaktır. Zira burada söz konusu işletmenin faaliyet gösterdiği piyasa da doğrudan etkilenecektir. Yine örneğin Türkiye'de üretim ve satış faaliyetleri olan ve ürettiği ürünleri Almanya'da ticari bir mümessil vasıtasıyla satmakta olan bir işletmenin çalıştığı temsilcinin ayartılması sonucu söz konusu ürünlerin Almanya'da satışının önüne geçilmesi halinde de sadece belirli bir işletmenin değil, Alman piyasasının bütününe etkilenmesi söz konusudur.³⁸³ Kanımızca, müşteri ve tüketicilerin ticari kararlarının değişmesine yol açabilecek önem ve nitelikteki haksız rekabet fiilleri, ilgili piyasayı doğrudan etkilemesi sebebiyle, piyasası etkilenen ülke hukuku kriterinin uygulanmasını gerekli kılmaktadır. Yani, bir ülke piyasasının herhangi bir haksız rekabet fiilinden doğrudan

³⁸¹ Örneğin, dünyaca ünlü ve çok satılan bir içecek firmasının kullandığı formülün, özellikle söz konusu içeceğin daha az satılmasını sağlamak amacıyla ifşası halinde, formülün ifşa edildiği tüm piyasalar açısından haksız rekabetin doğumuna sebep olabilecektir.

³⁸² Doktrinde, belirli bir ülke piyasasını etkileyen haksız rekabet fiilleri ile belirli bir işletmenin ticari menfaatlerini zedeleyen haksız rekabet fiillerini ayırt etmenin çok zor olduğu belirtilmektedir; zira bu iki grup fiil arasında niteliksel bir fark bulunmadığı, sadece derece farkı olduğu dile getirilmektedir. Ayrıca, bir haksız rekabet fiilinin belirli birden fazla rakip işletmenin menfaatlerini zedelemesi halinde ne yapılması gerekeceği sorusu da sorulmaktadır (**Luciani**, s. 5). Kanımızca, burada karmaşık bir durum yoktur; zira kanunlar ihtilafı hükmü menfaati etkilenen işletmeler (farklı davacılar) için ayrı ayrı uygulama alanı bulacaktır. Yeter ki, sadece belirli bir (veya birden fazla) işletmenin ticari menfaatleri söz konusu olsun.

³⁸³ **Danthe**, s. 126.

ya da dolaylı olarak etkilendiğinin tespit edilmesinde esas alınması gereken husus budur.

Diğer taraftan, münhasıran belirli bir işletmenin ticari menfaatlerini zedeleyen bir haksız rekabet fiili, bu fiil sonucunda mağdur olan işletmenin merkezinin (ya da MÖHUK. düzenlemesi uyarınca işyerinin) bulunduğu ülkenin veya bu işletmenin faaliyet gösterdiği başka bir ülkenin piyasasını etkilemeye yönelik diğer bir haksız rekabet fiilinin gerçekleştirilmesi için de kullanılabilir. Bu durumda, birden çok haksız rekabet fiili söz konusu olacaktır ve İsviçre ve Türk MÖH(U)K.'larının 1. ve 2. fıkralarında yer alan düzenlemeler bu fiiller açısından ayrı ayrı uygulama alanı bulacaktır. Örneğin, merkezi Türkiye'de olan ancak hem Türkiye ve hem de Fransa'da faaliyet göstermekte olan bir işletmenin çalışanı vasıtasıyla Türkiye ve Fransa'daki müşteri listesini çalmak, münhasıran söz konusu işletmenin menfaatlerini zedelemeye yönelik bir haksız rekabet fiilidir. Şayet elde edilen bu bilgiler ışığında Türk şirketin Fransa'daki müşterilerine yönelik olarak gerçek dışı veya kötüleyici beyanlar içeren mektuplar gönderilmesi yoluyla mağdur şirketin Fransız piyasasındaki ticari itibarı zarara uğratılırsa, bu durumda belirli bir ülke piyasasını etkileyen ayrı bir haksız fiilin varlığından hareketle piyasası etkilenen ülke hukuku yani Fransız Hukuku uygulanacaktır.

Yukarıdaki örnekte, hem Türkiye ve hem de Fransa'da faaliyet göstermekte olan bir işletmenin çalışanı vasıtasıyla Türkiye ve Fransa'daki müşteri listesinin çalınması halinde, münhasıran söz konusu işletmenin menfaatlerini zedelemeye yönelik bir haksız rekabet fiilinin söz konusu olacağını dile getirdik. Bu durumda uygulanacak hukukun tespiti açısından kullanılan kriterler bizi farklı sonuçlara götürebilecektir. Zira İsv. MÖHK. m. 136/f. 2 hükmü uyarınca, zarar gören işletmenin merkezinin bulunduğu yer hukukunun, MÖHUK. m. 37/f. 2 uyarınca ise, zarar gören işletmenin işyerinin bulunduğu yer hukukunun uygulanacağını belirtmiştik. Bu nedenle aşağıda İsviçre ve Türk MÖH(U)K.'larında düzenlenen bu iki farklı kriterin uygulanması halinde varılacak sonuçlara ilişkin açıklamalara yer vereceğiz.

2. Uygulanacak Hukukun Tespitinde Kullanılan Kriterler: “Merkez” ve “İşyeri” Kavramları

MÖHUK.’un 37. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen “işyeri” kriteri ile ilgili açıklamalarda bulunmadan önce İsv. MÖHK.’un 136. maddesinin 2. fıkrasında kabul edilen “zarar gören işletmenin merkezinin bulunduğu yer hukuku” kriteri ile ilgili birkaç noktaya değinmek gerektiği düşüncesindeyiz.

İsv. MÖHK.’ta yer alan kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasında başvurulacak “yerleşim yeri”, “mutad mesken” ve “şirket merkezi” gibi kavramlar 20 ve 21. maddelerde açıklanmıştır. İsv. MÖHK.’un 20. maddesinin 1. fıkrasında gerçek kişiler için kullanılacak yerleşim yeri (*domicile*), mutad mesken (*résidence habituelle*) ve işyeri (*établissement*) kavramları açıklanmıştır. Anılan maddenin 2. fıkrasında ise, İsv. MK.’nın yerleşim yeri ve mutad meskene ilişkin hükümlerinin uygulama alanı bulamayacağı ifade edilmiştir. Buna göre, gerçek bir kişinin yerleşim yeri, yerleşmek niyetiyle oturduğu yerdir. Mutad mesken ise, belirli bir süre ile sınırlı olmak kaydıyla bir kişinin yaşamını sürdürdüğü yerdir. Haksız rekabet fiilleri açısından önem arz eden işyeri kavramı ise, gerçek kişiler için mesleki ve ticari faaliyetlerin sürdürüldüğü yer olarak tanımlanmaktadır. İsv. MÖHK.’un 21. maddesi şirket ve mal toplulukları ile ilgili “merkez” (*siège et établissement des sociétés et des trusts*) kavramını açıklığa kavuşturmaktadır.³⁸⁴ Söz konusu maddenin 2. fıkrasına göre, şirketin merkezi, şirket sözleşmesi veya statüsünde belirtilen yerdir. Şayet böyle bir belirlemede bulunulmamışsa, şirketin fiilen idare edildiği yer şirket merkezi sayılır. 21. maddenin 4. fıkrası uyarınca, bir şirketin işyeri, şirket merkezinin veya şirketin şubelerinden birinin bulunduğu yerdir. Burada belirtilmesi gereken bir başka

³⁸⁴ Tröstler (kayımlık) ise İsv. MÖHUK’un 149a maddesinde açıklanmıştır. Buna göre, kayımlık sözleşme ile kurulmuş ve 01.07.1985 tarihinde kabul edilerek 01.01.1992 tarihinde yürürlüğe girmiş olan Tröstlere Uygulanacak Hukuka İlişkin Lahey Sözleşmesi’nin (Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et sa reconnaissance) 2. maddesinin belirlediği mal topluluklarıdır. Kayımlık belirli bir amaç doğrultusunda kurulan ve belirli bir malvarlığının kayımlı tarafından idare edilmesini düzenleyen bir kurumdur (Art. 2 de la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et sa reconnaissance: “Aux fins de la présente Convention, le terme «trust» vise les relations juridiques créées par une personne, le constituant – par acte entre vifs ou à cause de mort – lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d’un trustee dans l’intérêt d’un bénéficiaire ou dans un but déterminé. Le trust présente les caractéristiques suivantes: (a) les biens du trust constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du trustee; (b) le titre relatif aux biens du trust est établi au nom du trustee ou d’une autre personne pour le compte du trustee; (c) le trustee est investi du pouvoir et chargé de l’obligation, dont il doit rendre compte, d’administrer, de gérer ou de disposer des biens selon les termes du trust et les règles particulières imposées au trustee par la loi.” Bkz. <http://www.admin.ch/ch/f/as/2007/2855.pdf>

husus da, İsv. MÖHK. açısından şirket kavramının sadece ticari şirketleri değil, kanunla düzenlenmeyen her türlü kişi ve mal topluluklarını ifade ettiği'dir.³⁸⁵ Zaten bu tanım İsv. MÖHK.'un 150. maddesinde de yer almaktadır. Bu durumda, ticari işletme işleten tüm dernek, vakıf ve benzeri tüzel kişiliği haiz veya tüzel kişiliği olmayan kişi ve mal toplulukları açısından “merkez” kavramının esas alınması gerekecektir.

Haksız rekabet mağduru, ticari bir şirket yani bir tüzel kişi olabileceği gibi, gerçek kişi tacir veya tüzel kişiliği haiz olmayan (örneğin adi şirket gibi) bir işletme de olabilir. Bunun dışında, çalışmamızın birinci kısmında açıkladığımız üzere, haksız rekabet yalnızca ticari faaliyete yönelik olmak zorunda değildir; ekonomik bir sonucu olması kaydıyla bir kişi mesleki faaliyetleri dolayısıyla da haksız rekabet mağduru olabilmektedir. Bu nedenle İsv. MÖHK. m. 136/f. 2’de yer alan “haksız rekabetten münhasıran etkilenen işletmenin merkezi” ifadesi ticari şirketlerle ile kişi ve mal toplulukları dışındaki işletmeler yani gerçek kişiler açısından “işyeri” şeklinde anlaşılmalıdır. Şayet somut olayda haksız rekabet mağduru bir işletmenin şubesi ise, sadece işletmenin merkezinin değil şubenin bulunduğu ülke hukuku da uygulama alanı bulabilecektir.

MÖHUK’un 37. maddesinin 2. fıkrasında ise İsviçre’deki düzenlemeden farklı olarak “merkez” yerine “işyeri” kavramına yer verilmiştir. MÖHUK., İsv. MÖHK.’da olduğu gibi yerleşim yeri, mutad mesken, işyeri, şirket merkezi gibi kavramlar ile ilgili olarak ayrı bir hükme yer vermemektedir. Bununla beraber, kanunlar ihtilafı kurallarında kabul edilen bağlama noktalarının *lex fori*’ye göre nitelendirileceğine dair genel görüş karşısında³⁸⁶, bu kavramların Türk Hukuku’nda benimsenen tanımlar çerçevesinde yorumlanması gerekecektir. Yalnız bu noktada, iç hukukta benimsenen tanımların uluslararası özel hukuka özgü bazı özelliklerinin olup olamayacağı, söz konusu kavramların uluslararası özel hukuk açısından farklı bir anlam taşıyıp taşımadığı hususu üzerinde durmak gerektiği düşüncesindeyiz. Zira özellikle İsv. MÖHK.’un 20. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “İsviçre Medeni Kanunu’nun (İsv. MK.) yerleşim yeri ve mutad meskene ilişkin hükümlerinin İsv. MÖHK. çerçevesinde uygulama alanı bulamayacağı” ifadesi karşısında bu husus daha da önemli bir hale gelmektedir. Bir görüşe göre, “*bağlama kavramının kanunlar ihtilafı hukukuna ait müstakil, kendine has manaya sahip bir kavram olabileceği ihtimali gözden*

³⁸⁵ Andreas Bucher/ Andrea Bonomi, Droit international privé, 2^{ème} Edition, Helbing&Lichtenhahn Bâle/Genève/Münich 2004, s. 311.

³⁸⁶ Nomer/Şanlı, s. 105; Çelikel/Erdem, s. 93.

kaçırılmamalıdır. Ancak itiraf etmek gerekir ki, bugün için bu kavramların iç hukukta kullanılanlardan farklı devletler hususi hukukuna öz(gü) anlamlara sahip olabileceği pek iddia edilemez.”³⁸⁷ Diğer bir fikir uyarınca, TTK. ve İş Kanunu çerçevesinde yapılan işyeri ve ticari işletme tanımlarının uluslararası özel hukuk bakımından yetersiz kalması nedeniyle, “uluslararası özel hukukun kendi ihtiyaçlarına uygun bir işyeri kavramını geliştirmesi” gerekmektedir.³⁸⁸

İşyeri kavramı uluslararası sözleşmeler kapsamında da tanımlanmaktadır. Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu bünyesinde hazırlanan Uluslararası Sözleşmelerde Elektronik İletilerin Kullanılması Hakkında Konvansiyon’un³⁸⁹ 4. maddesinin (h) bendinde verilen tanım uyarınca, “işyeri taraflardan birinin, mal veya hizmetlerin geçici olarak sağlanması dışında kalan bir ekonomik faaliyetin sürdürülmesi için sahip olduğu, geçici olmayan bir yerleşim birimi”dir. Bu tanımda, hem faaliyetin fiziki olarak sürdürüldüğü (yani işyerinin bulunduğu) yerin sabit olması, hem de burada sürdürülen faaliyetin süreklilik arz etmesi gerektiği belirtilmektedir.³⁹⁰

Türkiye’nin de taraf olduğu Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler (Vienna) Sözleşmesi’nin³⁹¹ uygulama alanını belirlemek için sözleşme taraflarının işyerlerinin (*place of business*) iki ayrı akit devlette olması gerekmektedir. Vienna Sözleşmesi çerçevesinde “işyeri” kavramı tanımlanmamıştır.³⁹² Ancak doktrinde ileri sürülen görüşler uyarınca işyeri, bir kişinin sabit olarak iş ilişkilerini sürdürdüğü, hukuki açıdan bağımsız olmasına veya ticari bir idare merkezi

³⁸⁷ Nomer/Şanlı, s. 105.

³⁸⁸ **İşıl Özkan**, Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi, Naturel Yayınları Ankara 2003, s. 88.

³⁸⁹ Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, adoptée le 23 novembre 2005 par l'Assemblée générale, bkz. http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce/2005Convention.html.

³⁹⁰ **Hatice Özdemir Kocasakal**, Uluslararası Sözleşmelerde Elektronik İletilerin Kullanılması, GSÜHFD Yıl: 2007 Sayı: 2, s. 269.

³⁹¹ United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) [CISG], bkz. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/treaty.html>. Türkiye Cumhuriyeti'nin Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne (Vienna Sözleşmesi) katılımının uygun bulunduğuna ilişkin 2.4.2009 tarihli, 5870 sayılı yasanın 14 Nisan 2009 tarihli Resmi Gazete'de yayımından sonra Bakanlar Kurulu Kararnamesinin 7 Nisan 2010 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmasıyla antlaşma Türkiye'de yürürlüğe girmiştir.

³⁹² **Yeşim Atamer**, Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG), XII Levha Yayınları İstanbul 2008, s. 17 (47 no.lu dn.); **Ali Gümrah Toker**, Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin Uygulama Alanı, Seçkin Yayınları Ankara 2005, s. 34.

vasfını taşımasına gerek olmayan yerdir.³⁹³ 22.12.1986 tarihli Milletlerarası Mal Satımı Hakkında Sözleşmelere Uygulanan La Haye Sözleşmesi³⁹⁴ çerçevesinde ise işyeri, satıcının mesleki faaliyetini yaptığı yerdir.³⁹⁵

Türk Hukuku açısından yerleşim yeri, işyeri gibi MÖHUK.'da sıklıkla kullanılan kavramlar iç hukukumuzda düzenlenmektedir.³⁹⁶ Haksız rekabetten doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk açısından önem taşıyan kavram ise işyeri kavramıdır. Türk Hukuku'nda işyeri kavramı temel olarak 4857 sayılı İş Kanunu'nun "tanımlar" başlıklı 2. maddesinde ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 156. maddesinde düzenlenmektedir.³⁹⁷ İş Kanunu'nda verilen tanıma göre "*işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir.*" Doktrinde, anılan maddede mal ve hizmet üretiminden söz edilmesi nedeniyle, işyerinde ticari veya sınai bir faaliyetten başka "meslek veya hizmet kesimine giren" herhangi başka bir faaliyetin de yürütülebileceği ifade olunmaktadır.³⁹⁸ Bu bağlamda, bina, dükkan, makine gibi eşya (maddi unsur), patent ve alacak hakları gibi haklar, tecrübe, buluş gibi maddi olmayan kıymetler ve beşeri işgücü (emek) işyerinin temel unsurlarıdır.³⁹⁹ Ancak bir işin ifası amacıyla birden fazla yerin kullanımı halinde işyerine bağlı bu yerlerin de işyerine

³⁹³ **Toker**, s. 37; **Özdemir Kocasakal**, Uluslararası Sözleşmelerde Elektronik İletilerin Kullanılması, s. 270.

³⁹⁴ Convention de La Haye du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises, bkz. http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=61.

³⁹⁵ **Özkan**, s. 45.

³⁹⁶ Yerleşim yeri Türk Medeni Kanunu'nun 19. maddesinde tanımlanmaktadır. Anılan hüküm uyarınca, "*yerleşim yeri bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir.*" Ticari ve sınai kuruluşlar hariç olmak üzere bir kimsenin ancak tek bir yerleşim yeri olabilir. Aynı kanunun 20. maddesinde ise, önceki yerleşim yeri belli olmayan, yabancı ülkedeki yerleşim yerini bırakmış olmasına ve Türkiye'de yaşamasına rağmen henüz burada bir yerleşim yeri edinmemiş olan kişilerin oturmakta oldukları yerin bu kişilerin yerleşim yeri sayılacağı hükme bağlanmıştır. Türk kanunlar ihtilafı sisteminde özellikle aile hukuku ile ilgili ihtilafalarda sıklıkla başvurulanan mutad mesken kavramı ise, Türk Hukuku çerçevesinde herhangi bir kanuni düzenlemede açıkça tanımlanmamış olmakla beraber, doktrin tarafından bazı uluslararası sözleşmeler çerçevesinde tanımlanmıştır. Uluslararası anlamda kabul gören tanım uyarınca, mutad mesken İsv. MÖHK.'un 20. maddesinde verilen tanımdan farklı olarak, kişinin devamlı ve fiilen hayat ilişkilerinin merkezi haline getirdiği yerdir. (**Nomer/Şanlı**, s. 120; **Çelikel/Erdem**, s. 188 , **Tekinalp**, s. 64). Doktrinde bir görüş, mutad mesken gibi kendiliğinden açıklayıcı (self-explanatory) kavramların kanunda düzenlenmelerine gerek olmadığını savunmaktadır (**Gerhard Hohloch**, Place of Injury, Habitual Residence, Closer Connection and Substantive Scope: The Basic Principles, The Rome II Regulation: An Overview, Yearbook of Private International Law, Vol IX 2007, Sellier European Law Publishers (Münich) Staempfli Publishers (Berne) 2008, s.11-12).

³⁹⁷ TTK'nın 10 ila 12.maddelerinde ise ticari işletmenin (ticarethane ve fabrika ve ticari şekilde işletilen diğer müesseselerin) tanımı yapılmıştır. Ancak ticari işletme açısından işyerinin ne şekilde anlaşılması gerektiğine dair bir tanım yoktur. Anılan hükümler daha çok ticari işletmeler ile esnaf işletmeleri arasındaki farkı ortaya koymaktadır. Yine Yeni TTK.'nın 11. maddesinde ticari işletmenin tanımına yer verilmiştir. Ancak burada da işyeri kavramına yer verilmemiştir.

³⁹⁸ **Sarper Süzek**, İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Bası, Beta Yayınları İstanbul 2008, s. 173.

³⁹⁹ **Nuri Çelik**, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 23. Bası, Beta Yayınları İstanbul 2010, s. 58.

dahil olabilmesi için, söz konusu yerlerin işyerine nitelik yönünden bağlı ve aynı yönetim altında örgütlenmiş olmaları gerekmektedir.⁴⁰⁰ Vergi Usul Kanunu'nda yer alan tanım uyarınca ise işyeri, *"ticari, sınai, zirai ve mesleki faaliyette işyeri, mağaza, idarehane, muayenehane, imalathane, şube, depo, kahvehane, eğlence ve spor yerleri, çiftlik ve hayvancılık tesisleri, dalyan ve voli mahalleri, maden ve ocakları, inşaat şantiyeleri ve vapur büfeleri gibi ticari ve mesleki bir faaliyetin icrasına tahsis edilen veya bu faaliyetlerde kullanılan yerdir."* Kanımızca, İş Kanunu'nda yer alan tanım - doğal olarak- daha çok ilgili Kanun'un uygulama alanı bakımından özellik arz etmektedir. İşyeri kavramının somutlaştırılması amacıyla bazı örneklerin verildiği Vergi Usul Kanunu'ndaki tanımda ise işyeri tanımının temelinde *"ticari ve mesleki bir faaliyetin icrasına tahsis edilen veya bu faaliyetlerde kullanılan yer"* ifadesi vardır. Kanunlar ihtilafı hukuku açısından bu ikinci tanımın daha doğru sonuçlar doğuracağını kabul etmek gerekir. Zira bir işletmenin faaliyet gösterdiği yerin "işyeri" olarak kabul edilmesi için, söz konusu yerde fiziki veya beşeri bir örgütlenmenin var olmasına gerek olmadığı düşüncesindeyiz. Mesleki veya ticari bir faaliyetin, söz konusu işyerinde sürekli ve sabit bir biçimde yürütülüyor olması yeterli olmalıdır.⁴⁰¹

Kanımızca, MÖHUK. hükümleri açısından özellik arz eden mutad mesken, işyeri, esas işyeri, idare merkezi gibi kavramların MÖHUK. çerçevesinde "tanımlar" başlıklı bir maddede ayrıca düzenlenmesinde yarar vardır. Zira, iç hukukumuzda geçerli olan tanımlamalar MÖHUK.'un uygulanması bakımından her zaman yeterli olamamakta, bazı kavramlar uluslararası özel hukuk bağlamında daha farklı anlamlar taşıyabilmektedir. Özellikle ulusal hukuk sistemlerinde yaklaşık olarak bir fikir birliği sağlanmış olan yerleşim yeri ve mutad mesken kavramlarının dışında, işyeri ve merkez kavramlarının ayrıca tanımlanması gerektiği düşüncesindeyiz. Fikrimizce, MÖHUK.'un uygulanması açısından çok daha esnek anlamlar taşıyabilecek bu kavramların tanımlanması uygulamada hakimlerin takdir hakkını kısıtlamayacak, tam tersi uygulamanın önünü açacaktır.⁴⁰²

Münhasıran belirli bir işletmenin menfaatlerini etkileyen haksız rekabet hallerine uygulanacak MÖHUK.'un 37. maddesinin 2. fıkrasında yer alan hüküm açısından işyeri kavramı ayrı bir özellik arz etmektedir. Zira yukarıda da belirttiğimiz

⁴⁰⁰ Süzek, s. 175; Çelik, s. 58.

⁴⁰¹ Özdemir Kocasakal, Uluslararası Sözleşmelerde Elektronik İletilerin Kullanılması, s. 270.

⁴⁰² İşyeri kavramı ile ilgili olarak MÖHUK.'un 24. maddesinin gerekçesinde, "kanunda işyeri ile ilgili bir tanım vermekten kaçınılarak doktrin ve tatbikatın önünün açık bırakılmak istendiği" savunulmaktadır.

üzere, İsv. MÖHK.'undaki düzenlemede ticaret şirketleri de dahil olmak üzere tüm kişi ve mal toplulukları için söz konusu işletmenin merkezinin bulunduğu yer hukuku uygulama alanı bulmaktadır. Böylece İsv. MÖHK.'da kabul edilen bağlama noktasının uygulanması ile yetkili hukunun tespiti çok daha kolay olabilecektir. MÖHUK.'un 37. maddesinin 2. fıkrasında yer alan kuralın uygulanması ise kanımızca İsv. MÖHK.'undan daha zor olacaktır. Zira uygulamada sıklıkla rastlanılacak bir ihtimal olan zarar gören işletmenin birden çok işyerinin bulunması halinde uygulanacak hukukun tespiti pek de kolay olmayacaktır. Kanunun gerekçesinde de bu ihtimale yer verilmemiştir.

Örneğin, merkezi Türkiye'de bulunan bir Türk şirketi Romanya'da ürettiği malları Fransa'daki temsilciliği vasıtasıyla Fransa ve İsviçre'ye ithal etmekte iken, Fransa'da faaliyet göstermekte olan başka bir işletme tarafından Türk şirketinin Fransa'daki temsilciliğinde çalışan bir işçisi vasıtasıyla Fransa ve İsviçre'deki müşteri listesinin çalındığı varsayımında, MÖHUK. m. 37/f. 2 ne şekilde uygulanacaktır? Uyuşmazlık Türk hakiminin önüne geldiğinde, Türk hakimi madde metninde yer alan “işyeri” kavramını ne şekilde yorumlamalıdır? Zira yukarıda açıkladığımız üzere, Türk Kanunlar İhtilafı Hukuku açısından işyeri ticari veya mesleki faaliyetlerin yürütüldüğü yerdir. Bu durumda hakim Türk Hukuku'nu mu, Romanya Hukuku'nu mu, yoksa Fransız Hukuku'nu mu uygulamalıdır? Bir görüşe göre “işletmenin işyeri” ifadesi “zarar gören işletmenin hukuku” olarak anlaşılmalıdır.⁴⁰³ Pekiyi bu durumda zarar gören işletmenin hukuku hangisidir?

Kanımızca burada zarar görenin hukuku, söz konusu işletmenin “esas işyeri hukuku” olarak yorumlanmalıdır. Aslında esas işyeri kavramına MÖHUK.'un iş sözleşmelerine ve eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuku belirleyen 27 ve 29. maddelerinde yer verilmektedir. Anılan iki maddenin de gerekçesinde “esas işyeri” kavramının ne ifade ettiğine dair herhangi bir bilgi yoktur. Doktrinde de konu çok fazla açıklanmamış olmakla beraber, esas işyerinin MÖHUK. m. 9'da yer alan “idare merkezi hukuku” olduğu dile getirilmektedir.⁴⁰⁴ Aslında esas işyeri kavramının ilgili işletmenin merkezinden başka ne gibi bir anlam ifade edebileceği de pek anlaşılammamaktadır. Zira MÖHUK m. 37/f. 2'de düzenlenen durumda “zarar gören işletmenin hukuku” uygulama alanı bulacaktır ve bu kavramı en iyi şekilde açıklayabilecek hukuk söz konusu işletmenin merkezinin bulunduğu yer

⁴⁰³ Tekinalp, s. 450.

⁴⁰⁴ Tekinalp, s. 404.

hukuku olmalıdır. Bu durumda işletmeye ait diğer işyerlerinin hangi ülkelerde bulunduğu uygulanacak hukukun tespiti açısından önem taşımamalıdır. Yukarıda verdiğimiz örnek olayda da Türk Hukuku'nun uygulanması gerekecektir. Çünkü somut örnekteki eylemde Türk Şirketi'nin Fransa ve İsviçre'de iş yapmakta olduğu müşteri listesinin çalınması, henüz bu kişilere yönelik (örneğin kötüleme gibi) bir haksız rekabet fiilinin gerçekleştirilmemesi nedeniyle, söz konusu ülke piyasalarını etkileyen bir fiil değildir. Burada sadece Türk şirketinin ticari faaliyetlerine yönelik bir haksız durum yaratılmıştır. Bu durumda uygulanması gereken hukuk ilgili Türk şirketine en yakın olan, “zarar gören işletmenin hukuku” olarak tanımlayabileceğimiz hukuk olmalıdır. Bu da, şirketin idare merkezinin bulunduğu yer hukuku olarak Türk Hukukudur. Ancak İsv. MÖHK.'da şubeler ile ilgili kabul edilen hükmün Türk Hukuku açısından da uygulanması gerektiğini kabul etmek gerekecektir. Böylece, şayet haksız rekabet fiili bir işletmenin şubesinin bulunduğu yerde zarara yol açmış ise, işletmenin esas işyeri hukuku yerine zarar gören şubenin bulunduğu yer hukuku da uygulanabilecektir. Sonuç olarak, zarar gören şirketin merkezi veya şubesinin bulunduğu yer hukuklarından hangisi somut olay ile doğrudan ilişki sağlıyorsa o hukukun uygulanması gerekecektir.

3. Topluluk Hukukunda Uygulama Alanı Bulan Kriterler

Roma II Tüzüğü'nün belirli bir rakip işletmenin ticari menfaatlerini etkileyen fiiller için öngördüğü çözüm haksız fiiller ile ilgili genel düzenleme olan 4. maddenin uygulanmasıdır. Buna göre bu tür haksız rekabet fiilleri için öncelikle zararın meydana geldiği yer hukuku uygulama alanı bulacaktır. Zararın meydana geldiği yer hukukunun, mağdur işletmenin zarara uğratıldığı yer hukukunu ifade ettiği ileri sürülmektedir.⁴⁰⁵ Bu durum şöyle bir örnekle açıklanmaktadır: Alman piyasasında faaliyet göstermekte olan iki Fransız şirketten birinin diğer şirketin Fransa'da çalışmakta olan işçisini ayartması halinde zarar Fransa'da meydana gelmekte, ancak fiilin ticari etkileri aslında Alman piyasasında yürütülen ticari ilişkiler üzerinde doğmaktadır. Böyle bir durumda zararın meydana geldiği yer ile ticari ilişkilerin etkilendiği yerin farklı ülkelerde olduğu, bu nedenle 6. maddede kabul edilen “rekabet ilişkilerinin etkilendiği ülke hukuku” kriteri ile 4. maddede yer alan “zarar yeri”

⁴⁰⁵ Hellner, s. 57.

kriterinin örtüşmediği belirtilmektedir.⁴⁰⁶ Kanımızca, verilen bu örnekte Alman piyasaları ancak dolaylı olarak etkilenebilir. Zaten söz konusu fiil tam da bu sebeple “münhasıran belirli bir işletmenin ticari faaliyetlerini etkileyen haksız rekabet halleri arasında gösterilmektedir. Bu nedenle, zararın meydana geldiği yer ile etkilenen piyasanın bulunduğu yerin örtüşmemesi gayet doğaldır. Yukarıda verilen örnekte zarar yeri olarak Fransız Hukuku’nun uygulanması gerekecektir. Zira her ne kadar Almanya’da faaliyet göstermekte olsa da, zarar gören şirket Fransız şirkettir. Burada korunan menfaat mağdur olan şirketin ticari menfaatidir. Bu nedenle piyasası etkilenen ülke hukuku olarak Alman Hukuku’nun uygulanması yanlış olur.⁴⁰⁷

İkinci ihtimalde ise, fail ile mağdur işletmelerin mutad meskenlerinin aynı ülkede olması durumu söz konusu olacaktır. 4. maddenin 2. fıkrasında sadece “mutad mesken” kavramından bahsedilmekte, 6. maddede haksız rekabet ilişkisi içindeki işletmeler açısından geçerli olabilecek herhangi bir açıklama yapılmamaktadır. Ancak, kanımızca burada tüzel kişiler açısından idare merkezinin esas alınması daha doğru olacaktır. MÖHUK.’un 37. maddesinin 2. fıkrasında kullanılan “işyeri hukuku” ifadesi ile ilgili yukarıda yaptığımız açıklamalar ve dolayısıyla vardığımız sonuç Roma II Tüzüğü düzenlemesi için de geçerlidir. Bu açıklama ışığında yukarıda verilen örneğe dönecek olursak, iki şirketin idare merkezlerinin aynı ülkede bulunmasından hareketle, uygulanacak hukuk yine Fransız Hukuku olacaktır.

Son olarak, 4. maddenin 3. fıkrası uyarınca, haksız rekabet ilişkisinin faili ile mağduru arasında önceden -sözleşme gibi- haksız rekabet fiili ile sıkı ilişkili olan bir hukuki ilişkinin varlığı halinde, söz konusu hukuki ilişkiye uygulanacak hukukun haksız rekabet fiili açısından da uygulama alanı bulacağı düzenlenmektedir. Anılan hukukun haksız rekabet fiili ile herhangi bir bağlantı sağlamaması halinde ise bu hukukun sadece tarafların daha evvel aralarında var olan hukuki ilişkiye uygulanacağı açıktır.⁴⁰⁸

⁴⁰⁶ **Hellner**, s. 57. Zira aslında söz konusu iki şirketin ticari rakip olarak faaliyet gösterdiği piyasa Alman piyasasıdır. Her ne kadar haksız rekabet fiili Fransa’da işlense ve zarar Fransa’da doğsa da, söz konusu fiil Alman piyasasını etkileyecektir.

⁴⁰⁷ Doktrinde, böyle bir durumda da 6. maddenin ilk fıkrasında olduğu gibi piyasa hukukunun uygulanması gerektiği; zira, asıl zarar yerinin işletmelerin faaliyet gösterdiği piyasa olduğu belirtilmektedir (**Luciani**, s. 5).

⁴⁰⁸ **Hellner**, s. 58.

III. HAKSIZ REKABETE İLİŞKİN MÖHUK. DÜZENLEMESİNDE YER ALAN EKSİKLİKLERE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

Yukarıda ayrıntılı bir biçimde incelediğimiz üzere, MÖHUK.'un 37. maddesi, bütünüyle bir ülke piyasasını veya münhasıran bir işletmenin ticari faaliyetini etkileyen haksız rekabet fiillerine uygulanacak hukuku belirleyen hükümler içermektedir. Ancak bu düzenlemede, gerek haksız fiillere uygulanacak hukuka ilişkin modern kanunlar ihtilafı sisteminin, gerekse yaşanan teknolojik gelişmelerin gerektirdiği birtakım değişikliklerin yapılmasının uygun olacağı kanaatindeyiz.

Yukarıda incelediğimiz üzere, birden çok ülke piyasasının etkilenmesi halinde, özellikle internet veya diğer kitle iletişim araçlarının kullanımı yoluyla gerçekleştirilen haksız fiillere uygulanacak hukukun belirlenmesi ile ilgili olarak, haksız fiillere ilişkin genel hükümde veya haksız rekabete ilişkin hükümde herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiş olması ciddi bir eksikliklerdir. Özellikle kişilik haklarının ihlaline ilişkin kanunlar ihtilafı kuralında (MÖHUK. m.35) internet, medya veya diğer kitle iletişim araçları yoluyla gerçekleştirilen zararlar ile ilgili özel bir hükmün kabul edilmesi karşısında bu eksiklik daha da açık bir biçimde ortaya çıkmaktadır.

Diğer taraftan, MÖHUK.'un 37. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen kanunlar ihtilafı kuralında, münhasıran belirli bir işletmenin faaliyetlerini etkileyen haksız rekabet fiilleri açısından uygulanacak hukukun belirlenmesi konusunda kabul edilen “işyeri” kavramı ile ilgili bazı sorunların doğabileceğini, dolayısıyla bu hükmün açıklığa kavuşturulması gerektiğini belirtmiştik. Bununla beraber, İsv. MÖHK.'un 136. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen “haksız rekabet fiili ile sıkı ilişkili hukukun tespiti” ile ilgili hükme MÖHUK.'un 37. maddesinde yer verilmemiş olduğu görülmektedir. Diğer taraftan, gerek MÖHUK. ve İsv. MÖHK.'da ve gerekse Roma II Tüzüğü'nde yer alan ve haksız fiillere ilişkin genel hüküm niteliğindeki kanunlar ihtilafı kurallarında düzenlenen hukuk seçimi imkanının haksız rekabette doğan uyuşmazlıklarda da uygulanıp uygulanmaması gerektiği konusunda farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bu çerçevede, öncelikle haksız rekabet fiilleri açısından sıkı ilişkili hukukun tespitine ilişkin değerlendirmelere yer vermek gerektiği düşüncesindeyiz. Daha sonra ise, haksız rekabet fiillerinden doğan uyuşmazlıklara

uygulanacak hukukun tespitinde taraflara hukuk seçimi imkanının tanınmasına ilişkin farklı görüş ve düzenlemeler hakkında açıklamalarda bulunacağız.

A. Daha Sıkı İlişkili Hukuk” Kriterine Yer Verilmemiş Olması

Çalışmamızın “haksız fiillere uygulanacak hukuk” ile ilgili bölümünde ifade ettiğimiz üzere, haksız fiillere uygulanacak hukuku belirleyen kanunlar ihtilafi kurallarında yer alan ve fiil ile daha sıkı ilişkili hukukun uygulanmasına imkan veren düzenleme haksız rekabete uygulanacak hukukun belirlenmesi açısından da uygulama alanı bulacaktır. Ancak İsv. MÖHK.’da ve Topluluk Hukukunda geçerli olan bu kriter MÖHUK. kapsamında yer verilmemiştir. Bu nedenle MÖHUK. düzenlemesinde yer alan bir eksiklik olarak değerlendirdiğimiz bu konunun bu bölümde incelenmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

İsv. MÖHK.’un 136. maddesinin 3. fıkrası haksız fiillerle ilgili genel düzenleme olan 133. maddenin 3. fıkrasına atıf yapmaktadır. Anılan düzenleme uyarınca, *“bir haksız fiilin, fail ile zarar gören arasında daha evvelden var olan bir hukuki ilişkiyi ihlal etmesi durumunda, söz konusu haksız fiile ilişkin talepler taraflar arasında var olan hukuki ilişkiye uygulanacak hukuka tabidir.”* Bu düzenleme, haksız fiil ile daha sıkı ilişkili hukukun tespiti amacını taşımaktadır.⁴⁰⁹ İsv. MÖHK.’unda yer alan bu hükme benzer bir hüküm MÖHUK.’un 34. maddesinin 3. fıkrasında yer almaktadır. MÖHUK. m. 34/f. 3’e göre, *“haksız fiilden doğan borç ilişkisinin başka bir ülke ile daha sıkı ilişkili olması halinde bu ülke hukuku uygulanır.”*

Gerek İsviçre, gerekse Türk doktrinlerinde bu düzenleme, haksız fiilin fer’i bağlanma noktası olarak ele alınmaktadır.⁴¹⁰ Ancak şunu da unutmamak gerekir ki, tarafların arasında var olan hukuki ilişkinin özellikle akdi bir ilişki olması halinde, tarafların belirledikleri -sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda uygulanacak- hukukun haksız fiil ilişkisi ile sıkı ilişkiyi sağlaması gereklidir. Haksız fiilin, örneğin söz

⁴⁰⁹ Centre of gravity theory, bkz. **Xu**, s. 42 vd.

⁴¹⁰ **Nomer/Şanlı**, s. 346; **Danthe**, s. 133. Haksız fiilden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun tespitinde, haksız fiil ilişkisi ile daha sıkı ilişkili bir hukuka ulaşılmaya çalışılmasının temelinde kanunlar ihtilafi adaletinin ve hukuki güvenliğin sağlanması amacı yatmaktadır. Doktrinde taraflar arasında daha önceden var olan hukuki ilişkiye uygulanacak hukukun haksız fiil ilişkisine de uygulanmasının tarafların muhtemel meşru beklentilerini de karşılayacağı ifade edilmektedir. Diğer taraftan, bu durumun taraflara, haksız fiil düzenlemelerinde yer almayan “irade serbestliği” imkanını taniyacağı da dile getirilmiştir (**Danthe**, s. 136).

konusu sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ifası çerçevesinde gerçekleşmiş olması ve haksız fiil ile akdi ilişkinin ihlal edilmiş olması gerekmektedir. Bu durumda doktrinde, haksız fiilin daha evvel taraflar arasında var olan hukuki -akdi- ilişki ile iç bağlantıyı (*connexité interne*) sağlayacağı dile getirilmektedir.⁴¹¹ Bu nedenle kanımızca bu durumda, taraflara tanınmış tam bir irade serbestisinden bahsedilemez; ancak sadece objektif bağlama noktası olan fiilin -veya zarar farklı bir yerde doğduysa zararın- gerçekleştiği yer hukukunu taraflar açısından bertaraf edebilecek bir imkandan bahsedilebilir. Zira sonuç olarak taraflara, sözleşmelere uygulanacak hukuk seçiminde geçerli olduğu üzere, haksız fiil ile ilişkisi olmayan bir hukukun seçilmesi imkanı tanınmamaktadır. Kanımızca burada ancak “sınırlı bir dolaylı hukuk seçimi”nden bahsedilebilecektir.

İsv. MÖHK. ve MÖHUK.’da yer alan iki düzenleme arasında açık bir fark olduğu görülmektedir. İsv. MÖHK.’unda haksız fiilin hangi koşulda ve hangi hukuk ile daha sıkı ilişki sağlayacağına dair somut bir düzenlemeye yer verilirken, MÖHUK.’da soyut bir hüküm benimsenmiş, haksız fiil ile daha sıkı ilişkili ülke hukukunun hangi durumlarda tespit edilebileceği doktrin ve içtihata bırakılmıştır. Türk doktrininde ilk olarak gösterilen örnek, İsv. MÖHK.’da somut olarak düzenlenen durumdur. Yani haksız fiilin tarafları arasında daha evvel -akdi ilişki gibi- bir hukuki ilişkinin varlığı ve haksız fiilin bu ilişkiyi ihlal etmesi halinde, söz konusu ilişkiye uygulanacak hukuk haksız fiile de uygulanacaktır.⁴¹² Bu hükmün uygulanması için taraflar arasında daha önce var olan hukuki ilişkinin geçerli olarak kurulmuş olmasının gerekip gerekmediği konusunda İsviçre doktrininde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, kanunun lafzına uygun olarak taraflar arasındaki ilişkinin geçerli olarak kurulmuş olması gerekmektedir. Ancak kanımızca haksız fiil ilişkisine de uygulanacak hukuku belirleyen ve daha evvel taraflar arasında var olan hukuki ilişkinin geçerli olarak kurulmuş olmasını hükmün uygulanmasının bir şartı olarak değerlendirmeyen diğer görüş daha isabetlidir. Zira, -özellikle taraflar arasında akdi bir ilişkinin varlığı durumunda- sözleşmenin geçersizliği, sözleşmenin geçerli olması halinde tarafların uygulanacak hukukun seçimine dair iradelerini ortadan kaldırmamaktadır. Taraflar arasındaki hukuki ilişkinin geçersizliği, haksız fiil ile söz konusu ilişki arasındaki sıkı ilişkiyi bertaraf edebilecek nitelikte değildir.

⁴¹¹ Danthe, s. 140-141.

⁴¹² Tekinalp, s. 438; Nomer/Şanlı, s. 346.

Sıkı ilişkili hukukun tespitinde doktrinde verilen diğer örnek ise, haksız fiilin tesadüfi bir yerde gerçekleşmesi ve/veya zararın burada doğması ancak fail ile mağdurun milli hukuk, yerleşim yeri veya mutad mesken gibi sıkı ilişkiyi gerçekleştirebilecek ortak bir hukuka tabi olmalarıdır.⁴¹³

İsv. MÖHK.'dan farklı olarak, Roma II Tüzüğü m. 6/f. 2 hükmünde, sadece belirli bir rakip işletmenin menfaatlerini etkileyen haksız rekabet fiilleri ile ilgili olarak, 4. maddeye atıf yapılmaktadır. Bu çerçevede 4. maddenin 3. fıkrasında yer alan “haksız fiil ile sıkı ilişkili hukukun tespiti” ile ilgili düzenleme bu tür haksız rekabet fiilleri açısından da uygulama alanı bulacaktır.

Sonuç olarak, haksız fiillerle ilgili genel düzenleme niteliğinde olan İsv. MÖHK.'un m. 133/f. 3 ve MÖHUK.'un m. 34/f. 3 hükümleri birbirinden farklı biçimlerde kaleme alınmakla beraber, doktrin tarafından yapılan yorumlarda iki hüküm açısından da aynı sonuca ulaşılmaktadır. İsviçre kanun koyucusu haksız fiillere ilişkin 136. maddede, 133. maddenin 3. fıkrasına özel bir atıf yapmakta iken, Türk kanun koyucusu buna gerek görmemiştir. Bu durumda, haksız rekabet fiilleri açısından “sıkı ilişkili hukukun tespiti” halinde ne yapmak gerekeceği sorusu ortaya çıkmaktadır.

Sıkı ilişkili hukukun tespiti açısından doktrinde haksız fiillerle ilgili olarak verilen örnekleri haksız rekabet fiilleri açısından ayrıca değerlendirmek gerektiği düşüncesindeyiz. İlk olarak, fiilin veya zararın tesadüfi bir yerde gerçekleşmesi ancak fail ile mağdurun ortak bir hukuka tabi olmaları halini değerlendirmek gerekirse, bu örneğin haksız rekabet fiilleri açısından uygulamada çok sık rastlanabilecek bir durum olmadığı düşüncesindeyiz. Zira haksız rekabet fiilleri açısından temel alınan bağlanma noktası piyasası etkilenen ülke hukukudur. Haksız rekabet fiilinin belirli bir ülke hukukunu doğrudan etkilemesi halinde zaten bu ülke hukuku uygulanacaktır. Bir haksız rekabet fiilinin sonucunun “tesadüfi” olarak bir ülke piyasası üzerinde doğabileceğine dair bir örnek düşünmek oldukça zordur. Kaldı ki böyle bir örnek düşünülse dahi, tesadüfi olarak o ülke piyasası üzerinde doğan sonucun söz konusu piyasayı “doğrudan” etkileyecek nitelikte olup olmayacağı ayrıca sorgulanması gereken bir husustur.

Sıkı ilişkili hukukun tespiti açısından doktrinde verilen diğer örnek haksız rekabet fiilleri açısından da uygulama alanı bulabilecektir. Zira, haksız rekabet fiilinin

⁴¹³ Çelikel/Erdem, s.393-394; Tekinalp, s. 438; Nomer/Şanlı, s. 347.

faili ile mağduru arasında daha önceden tedarik, satım veya tek satıcılık sözleşmesi gibi akdi bir ilişki var olabilir. Bu ihtimali de, haksız rekabet fiilinin belirli bir ülke piyasasına veya münhasıran belirli bir işletmenin ticari faaliyetine yönelik olması durumlarına göre, iki ayrı şekilde değerlendirmek gerektiği düşüncesindeyiz.

Kanımızca, haksız rekabet fiilinin faili ile mağduru arasında daha önceden akdi bir ilişki var olmasına rağmen, fiil belirli bir ülke piyasasını etkilemişse, taraflar arasındaki ilişkiye bakılmaksızın piyasası etkilenen ülke hukukunun uygulama alanı bulması gerekmektedir. Zira burada piyasası etkilenen ülke hukukunun uygulanması için herhangi bir şart aranmamakta; fiilin o ülke piyasasını etkilemesi yeterli görülmektedir. Belirli bir ülke piyasasına yönelik haksız rekabet fiilleri açısından uygulanacak hukuk, fiil ile taraflar arasında değil, ancak ve ancak fiil ile fiilin yarattığı sonuç arasında sıkı ilişkiyi kurmaya yönelik olmalıdır. Haksız rekabet fiillerinin özelliği ve haksız rekabet hükümlerinin koruduğu menfaaat gereği öncelik her zaman piyasada doğan sonuç ile sıkı ilişkinin sağlanmasıdır. Kaldı ki, kanımızca hiçbir hukuk, haksız rekabet fiili ile fiilin yarattığı sonuçlar arasında haksız rekabet fiili sonucunda piyasası etkilenen ülke hukukundan daha sıkı bir ilişki kuramaz. Zaten piyasası etkilenen ülke hukuku kriterinin kabulünün temelinde de bu düşünce vardır. Doktrinde bu konuyla ilgili olarak verilebilen tek örnek paralel ithalat örneğidir.⁴¹⁴ Belirli bir ülke piyasasında, tek satıcılık sözleşmesi çerçevesinde satışa sunulan bir ürünün başka bir kişi (yetkisiz satıcı) tarafından anılan piyasaya yönelik satışı sonucu doğan paralel ithalat durumunda, imalatçı -tek satıcıyı etkileyecek bir biçimde- ilgili piyasada haksız rekabetin doğumuna yol açmaktadır. Ancak burada da belirli bir ülke piyasasının etkilenmesi söz konusudur. İmalatçı ile tek satıcının aralarında yapmış oldukları sözleşme çerçevesinde uygulanacak hukuku seçmiş olmaları fiil ile herhangi bir sıkı ilişkinin doğmasına yol açamaz. Zor da olsa, paralel ithalat örneği dışında farklı durumlar düşünülebilir. Örneğin ürettiği malları Fransa'ya ihraç etmekte olan bir Türk şirketinin, Fransa'da faaliyet göstermekte olan ve reklam işleri ile uğraşan bir Fransız şirketi ile, ürettiği ürünlerin Fransa'da tanıtımı konusunda anlaşmış ve tarafların aralarındaki sözleşmeye Türk Hukuku'nun uygulanmasına karar vermiş olduklarını düşünelim. Şayet Fransız reklam şirketi, Türk şirketinin ürettiği ürünlerle ilgili reklamı yaptıktan sonra, benzer bir ürüne ilişkin olarak başka bir şirket için de farklı bir reklam filmi hazırlar ve bu reklam filminde -Türk şirketi ile aralarında

⁴¹⁴ Danthe, s. 142-143.

imzaladıkları sözleşmeye aykırı olarak- Türk şirketinin ürünü ile diğer ürün arasında haksız rekabete yol açacak biçimde karşılaştırma yapacak olursa, Fransız piyasasını etkileyecek bir haksız rekabet fiili gerçekleştirmiş olur. Böyle bir ihtimalde, Türk şirketinin açacağı tazminat davasında, tarafların daha evvel aralarında imzalamış oldukları reklam hizmetlerine ilişkin sözleşmeye uygulanacak hukuk olan Türk Hukuku'nun haksız rekabet fiili açısından da uygulama alanı bulabileceğini düşünmek mümkün değildir. Zira, her ne kadar haksız rekabet fiili ile tarafların akdettikleri sözleşme arasında sıkı ilişki kurulmuş olsa da, bu durumda piyasası etkilenen ülke hukuku olarak Fransız Hukuku'nun uygulanması gerekecektir. Aksi düşünce, gerek haksız rekabet alanında geçerli olan maddi hukuk hükümleri ve gerekse kanunlar ihtilafı kuralları açısından yanlış sonuçların doğmasına yol açar.

Diğer taraftan, Türk kanun koyucusununun 37. maddenin 1. fıkrasında haklı olarak yer vermediği “haksız rekabet fiili ile sıkı ilişkili hukukun uygulanması” hükmü, aynı maddenin 2. fıkrası çerçevesinde, yani haksız rekabet fiilinin belirli bir ülke piyasasını değil de, sadece belirli bir işletmenin menfaatlerini zedelemesi halinde uygulama alanı bulabilecektir. Zira bu ihtimalde, 1. fıkranın aksine, fiil ile sonuç arasında değil, fiil ile zarar gören (mağdur) arasında doğrudan ilişki kurulması amaçlanmaktadır. Bu çerçevede, birçok örnek verilebilmektedir. Örneğin, yine Türkiye’de üretim yapmakta olan ve ürettiği malları Fransa’ya ihraç etmekte olan bir şirket ile bu malların Fransa’da satış ve pazarlamasını yapacak olan bir Fransız şirketi arasında uluslararası mal satımına dair bir sözleşme imzalanmış ve söz konusu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklara -karakteristik edim borçlusu olan satıcının hukuku olarak- Türk Hukuku'nun uygulanmasına karar verilmiş olsun. Bu çerçevede, sözleşmenin ifası sırasında, söz konusu malların üretimi ve satışı konusunda uzmanlaşmış ve Türk şirketinin bünyesinde çalışmakta olan bir kişinin Fransız şirketi tarafından istifaya teşvik edilerek kendi şirketlerinin bünyesinde çalışmaya başlaması halinde, Türk veya Fransız piyasalarını etkilemeyecek fakat Türk şirketinin ticari menfaatlerinin zedelenmesine yol açacak bir haksız rekabet fiili gerçekleştirilmiş olacaktır. Bu durumda, taraflar arasındaki sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ifası ile sıkı ilişkili bir haksız rekabet fiili söz konusudur. İsv. MÖHK. m. 136/ f.3’de yer alan hükmün MÖHUK. çerçevesinde de kabulü halinde, Türk ve Fransız piyasalarını etkilemeyen bu fiil ile ilgili olarak tarafların daha evvel aralarında imzalamış oldukları sözleşmeye uygulanacak hukuk olan Türk Hukuku'nun uygulanması sonucu

doğacaktır. Bu örnekte, tarafların aralarındaki sözleşmeye Türk Hukuku'nun uygulanmasını kararlaştırmaları nedeniyle, halihazırdaki MÖHUK. m. 37/f. 2'de benimsenen hüküm ile aynı sonuca varılmaktadır. Zira, MÖHUK. m. 37/f. 2'de, zarar gören işletmenin işyeri hukukunun uygulanacağı belirtilmiştir. Yukarıda ele aldığımız üzere bu hukuk, söz konusu işletmenin esas işyeri yani idare merkezinin bulunduğu yer hukuku olarak örneğimizde Türk Hukuku olacaktır. Fakat, şayet taraflar daha evvel aralarında imzalamış oldukları sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda -Türk Hukuku dışında bir hukukun- örneğin Fransız Hukuku'nun uygulanmasına karar vermiş olsalardı, MÖHUK. m. 37/f. 2 hükmü ile ulaştığımız sonuçtan farklı bir sonucun doğması söz konusu olabilirdi. Bu nedenle, kanımızca İsv. MÖHK.'da yer alan ve tarafların daha evvel aralarında bir hukuki ilişkinin var olması ve haksız rekabet fiilinin bu ilişkiyi ihlali halinde uygulanacak hukuku düzenleyen hükmün MÖHUK. m. 37/f. 2 açısından da kabulü uygun olurdu. Daha evvel de belirttiğimiz üzere, 37. maddenin 1. fıkrası açısından haklı olarak benimsenmeyen bu düzenlemeye 2. fıkra açısından ihtiyaç duyulduğu bir gerçektir.

Son olarak, haksız rekabet fiilinin aynı zamanda, taraflar arasında önceden akdedilmiş olan sözleşme hükümlerini ihlal etmesi halinde, haksız rekabet sorumluluğun yanında akdi sorumluluğun doğması söz konusu olabilecektir. Bu durumda, uygulanacak hukukun (*lex causae*) maddi hukuk hükümleri çerçevesinde hakların yarışması teorisi uygulama alanı bulacaktır. Buna göre, zarar gören taraf, uygulanacak hukukun - ki bu hukuk tarafların sözleşmeye uygulanmasını kararlaştırdıkları ve haksız fiil ile de sıkı ilişkiyi kuran hukuk olacaktır- ister haksız rekabet, isterse sözleşmeye aykırılık ile ilgili hükümlerine başvurabilecektir. Yalnız şunu da belirtmek gerekir ki, bu durum ancak tarafların aralarındaki sözleşme çerçevesinde hukuk seçimi yapmış olmaları halinde söz konusu olabilecektir. Zira ancak bu durumda aynı zamanda haksız fiil niteliği taşıyan sözleşmeye aykırılık fiili ile uygulanacak hukuk (*lex causae*) arasında sıkı ilişki sağlanmış olacaktır. Buna karşın, taraflar arasında daha evvel hukuk seçimi yapılmamış olması ve bu nedenle sözleşmeye uygulanacak hukukun objektif kritere göre tespiti halinde böyle bir sıkı ilişkiden bahsetmek mümkün olamaz. Bu ihtimalde, yukarıdaki durumdan farklı olarak haksız fiil ile sözleşmeye uygulanacak hukuk arasında sıkı ilişkinin kurulamaması nedeniyle, haksız fiile ilişkin kanunlar ihtilafı kuralının uygulama alanı bulması gerekecektir. Sonuç olarak, aynı zamanda sözleşmeye aykırılık sonucunu

doğuran haksız fiil hakkında, ilki sözleşmelere uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralı ile belirlenen, ikincisi ise haksız fiillere uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralı ile belirlenen iki ayrı hukukun uygulanabilmesi mümkün olabilecektir. Bu durum, uluslararası özel hukukta “taleplerin yarışması” kavramı altında ele alınmakta ve böyle bir durumda sözleşme statüsünün tercih edilmesi gerektiği vurgulanmaktadır.⁴¹⁵ Haksız fiil ilişkisinde üçüncü kişilerin de yer almaları halinde ise, bu kişiler açısından hukuk güvenliğinin sağlanması amacıyla sözleşme statüsü yerine haksız fiil statüsünün uygulanması gerektiği de dile getirilmektedir.⁴¹⁶

B. İrade Serbestisine Yer Verilmemesi

Öncelikli olarak uluslararası sözleşmeler hukukunda düzenlenen hukuk seçimi imkanının haksız fiillerden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk hakkında da tanınmasının gerekip gerekmediği konusunda çeşitli fikirler ileri sürülmektedir. Belirtmek gerekir ki, taraflarca yapılabilecek bir hukuk seçimi, tüm kanunlar ihtilafı sorunlarının önüne geçerek, hukuki güvenliğin kesin bir şekilde sağlanmasında en temel işlevi görmektedir. Bu nedenle, haksız fiiller açısından uygulama alanı bulan irade serbestisine yönelik düzenlemelerin haksız rekabet fiillerini de kapsayacak şekilde genişletilip genişletilemeyeceği önemli bir tartışma konusudur. Aşağıda ilk olarak haksız rekabet fiillerinde irade serbestisi ile ilgili pozitif hukuk düzenlemelerini inceleyeceğiz. Daha sonra ise, haksız rekabet fiilleri açısından kabul edilmesi önerilen çözüm tarzını ele alacağız.

1. Türk ve İsviçre Hukukları ile Topluluk Hukuku Düzenlemeleri

MÖHUK.’un haksız rekabetten doğan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuku belirleyen 37. maddesinde, tarafların hukuk seçimi yapabileceğine dair herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Buna karşın, haksız fiillere uygulanacak hukuku belirleyen 34. maddenin 5. fıkrasında, tarafların haksız fiilin meydana gelmesinden sonra uygulanacak hukuku “açıkça” seçebileceklerine dair bir düzenleme yer almaktadır.

⁴¹⁵ Tekinalp, s. 357-360. Bu durumda, sözleşmeye uygulanacak hukuku belirleyen kanunlar ihtilafı kuralı ile belirlenen hukukun (*lex causae*) haksız rekabet fiili ile de sıkı ilişkiyi sağlaması halinde, bu hukukun ister sözleşmeye aykırılık, ister haksız rekabet hükümlerine gidilebilecektir.

⁴¹⁶ Tekinalp, s. 360.

Kanun koyucu burada sözleşmelere uygulanacak hukukun belirlenmesinde taraflara tanıdığı zımni hukuk seçimi imkanına yer vermemiştir. Haksız fiillere uygulanacak hukuku belirleyen genel düzenlemenin dışında, MÖHUK.'da yer alan özel haksız fiil -kişilik haklarının ihlali, imalatçının sözleşme dışı sorumluluğu, haksız rekabet ve rekabetin engellenmesi- hallerine ilişkin diğer kanunlar ihtilafi kurallarının hiçbirinde hukuk seçimine dair bir düzenlemenin var olmadığını da belirtmek gerekmektedir.

İsv. MÖHK.'da ise benzer fakat biraz daha farklı bir düzenleme yer almaktadır. MÖHUK.'da olduğu gibi, haksız rekabet fiillerine ilişkin İsv. MÖHK. m. 136'da da tarafların hukuk seçimi yapabileceklerine dair bir düzenleme yer almamaktadır. Diğer özel haksız fiil hallerine ilişkin olarak da böyle bir seçim imkanından bahsedilmemektedir. Ancak MÖHUK.'da olduğu gibi, haksız fiillere ilişkin genel düzenleme olan 132. maddede hukuk seçiminden bahsedilmektedir. Buna göre, taraflar haksız fiilin meydana gelmesinden sonra, MÖHUK'un aksine, ancak *lex fori* yani İsviçre Hukuku'nu uygulanacak hukuk olarak belirleyebilmektedirler. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, taraflar arasında önceden hukuki bir ilişkinin varlığı halinde bu hukuki ilişkiye uygulanacak hukukun haksız fiil ilişkisine de uygulanacağını belirten m.133/f.3 hükmü, taraflara İsviçre Hukuku dışında başka bir hukuku seçebilme imkanını dolaylı olarak tanımaktadır.⁴¹⁷

İsviçre doktrininde, taraflara sadece İsviçre Hukuku'nu seçme imkanı tanınmasının temelinde, tarafların dostane çözüm yollarını tercih etmelerine ve yargılama sürecinin daha kolay bir biçimde sürdürülmesine imkan tanınabileceği fikrinin yer aldığı ileri sürülmüştür.⁴¹⁸ Kanımızca bu görüş, kanunlar ihtilafi sistemi çerçevesinde pek de savunulamayacaktır. Zira sadece usuli bir kolaylıktan yola çıkarak taraflara tanınan hukuk seçimi imkanının kısıtlanması mümkün değildir. Kaldı ki, kanunlar ihtilafi kurallarının iki yanlı özelliği de bu sonuca varmamıza engel olmaktadır. Taraflara hukuk seçimi tanınmayan diğer kanunlar ihtilafi kurallarının - sözleşmelere uygulanacak hukuk dışında neredeyse bütün kanunlar ihtilafi kurallarının- uygulanması sonucunda yetkili hukukun *lex fori* dışında bir hukuk olması ihtimali sıklıkla karşılaşılabilecek bir ihtimaldir. Ayrıca, İsviçre Hukuku

⁴¹⁷ **Imhoff-Scheier/Patocchi**, s. 46. Üstelik bu hukuk seçimi, m. 133/f. 3'ün amacı doğrultusunda, haksız fiilin meydana gelmesinden önce yapılabilecektir.

⁴¹⁸ **Bucher/Bonomi**, s. 292; **Danthe**, s. 155. Şüphesiz ki, uyuşmazlığa bakan hakim kendi hukukunu çok daha kolay uygulayabilecek, dolayısıyla yargılama çok daha hızlı bir şekilde yapılabilecektir. Ancak, yine de tarafların hukuk seçimi imkanının sadece bu fikre dayanarak kısıtlanmasının kabul edilemeyeceği düşüncesindeyiz.

uygulansa dahi, tarafların dostane çözüm yollarına başvurmak konusunda anlaşabileceklerine dair hiçbir güvence verilemez.

Taraflarca yapılacak hukuk seçimine dair diğer hususlar ile ilgili olarak, İsv. MÖHK.'un sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuku ve taraflarca yapılabilecek hukuk seçimini düzenleyen 116. maddesinin kıyasen uygulama alanı bulacağı ifade edilmektedir.⁴¹⁹ Bu doğrultuda, taraflarca yapılan hukuk seçiminin (*lex fori* olarak İsviçre Hukuku'nun uygulanacağına dair seçimin) açık veya halin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen bir hukuk seçimi olması (m.116/f.2) ve üçüncü kişilerin haklarını zedeleyecek sonuçlara yol açmaması gerekmektedir (m.116/f.3).

İsv. MÖHK.'un 132. maddesinin diğer özel haksız fiil türlerine de uygulanmasının mümkün olup olmadığı konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür.⁴²⁰ Bir görüşe göre kanun koyucu, haksız fiillere uygulanacak hukuk konusunda öncelikle “genel olarak” başlığı altında 132 ve 133. maddelere⁴²¹, daha sonra “özel olarak” başlığı altında ise 134 ilâ 140. maddelerde altı ayrı özel haksız fiil türüne yer vermiştir. Bu nedenle zaten kanun sistematığı göz önüne alındığında 132. maddenin özel haksız fiil hallerine uygulanması mümkün değildir.⁴²² Bu görüşü destekleyen diğer bir görüş de, 136. maddenin 3. fıkrasının 133. maddenin 3. fıkrasına yaptığı atıf nedeniyle, haksız fiile ilişkin 132 ve 133. madde hükümlerinin 134 ilâ 139. maddelerde düzenlenen özel haksız fiil uyuşmazlıkları açısından uygulama alanı bulamayacağını belirtmektedir.⁴²³ Ancak, diğer bir görüşe göre ise, kanun koyucu hukuk seçimi düzenlemesinde genel ve özel haksız fiil türleri arasında herhangi bir ayırım yapmamıştır; ayrıca bu konuda eskiden beri süregelen amaçsal yorumların da dikkate alınması gerekmektedir.⁴²⁴ Bu bakımdan, özel haksız fiil türleri arasında bir ayrıma gidilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Amaçsal yorum doğrultusunda, imalatçının (m. 135) ve bina sahibinin sorumluluğu (m.138) ile kişilik haklarının ihlalden doğan sorumluluğa (m. 139) uygulanacak hukukun belirlenmesinde taraflara hukuk seçimi imkanının tanınması gerektiği savunulmakta iken, haksız

⁴¹⁹ **Dutoit**, Commentaire de LDIP, s. 460; **Danthe**, s. 156; **Imhoff-Scheier/Patocchi**, s. 46.

⁴²⁰ **Othenin-Girard**, s. 78.

⁴²¹ Bkz. İsv. MÖHK. (a) m. 132: Hukuk Seçimi; (b) m.133: Hukuk Seçimi Yapılmamış Olması Hali.

⁴²² **Bucher/Bonomi**, s. 292.

⁴²³ **Imhoff-Scheier/Patocchi**, s. 44 ve s. 80-81. Ancak, yazarlar diğer taraftan, amaçsal yorum yapılarak 132 ve 133. madde hükümlerinin, özel haksız fiil türlerine uygulanacak hukuku belirleyen kanunlar ihtilafı kurallarını tamamlayıcı nitelikte olduğunun kabul edilebileceğini ifade etmektedirler.

⁴²⁴ **Dutoit**, Commentaire de LDIP, s. 460.

rekabet (m.136) ve rekabetin kısıtlanması (m.137) fiillerinden doğan sorumluluk açısından uygulanacak hukukun tarafların seçimine bırakılmayacağı ileri sürülmektedir.⁴²⁵ Trafik kazalarından doğan sorumluluk konusunda ise tartışma yoktur. Zira İsviçre'nin 04.05.1971 tarihli Lahey Sözleşmesi'ne taraf olması nedeniyle uygulanacak hukukun anılan sözleşme hükümleri dairesinde belirleneceği zaten 134. maddede belirtilmektedir.

İsviçre ve Türk Hukuklarında olduğu gibi, Roma II Tüzüğü'nde de, akit dışı uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun taraflarca seçilebileceği belirtilmektedir.⁴²⁶ Hukuk seçimini öngören Tüzüğün 14. maddesi uyarınca taraflar, zarara yol açan olayın gerçekleşmesinden sonra (*post factum*) veya tarafların ticari faaliyet sürdürmekte olmaları halinde zarara yol açan olayın gerçekleşmesinden önce aralarında serbestçe müzakere ettikleri bir anlaşma ile⁴²⁷ hukuk seçimi yapabileceklerdir. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, kanunlar ihtilafı hukukunun taraf iradesini düzenleyen genel kaideleri uyarınca, tarafların ancak bir ülke hukukunu seçebilme imkanları vardır. Tarafların bir ülke hukuku dışında atıf yaptığı kurallar ancak yetkili hukukun emredici kurallarının izin verdiği ölçüde uygulama alanı bulacaktır.

Görüldüğü gibi, gerek Türk ve İsviçre MÖHUK.'ları (MÖHUK. m. 34/f. 5; İsv. MÖHK. m. 132) ve gerekse Roma II Tüzüğü (m. 14) düzenlemelerinde asıl olarak, tarafların ancak "haksız fiilin meydana gelmesinden sonra" hukuk seçimi yapabilecekleri belirtilmiştir. Bu düzenlemelerin kabulünde gerekçe olarak tarafların haksız fiilin meydana gelmesinden önce, böyle bir öngöründe bulunmalarının çok zor

⁴²⁵ **Dutoit**, Commentaire de LDIP, s. 461; **Imhoff-Scheier/Patocchi**, s.82.

⁴²⁶ Roma II Tüzüğü'nün kabulünden önce, haksız fiillerden doğan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun belirlenmesine ilişkin AB.'ye üye ülke mahkemelerince verilen yargı kararlarında, belirli şartlarla da olsa taraflara hukuk seçimi imkanı tanındığı görülmektedir (**Graziano**, Règlement Rome II, s. 445 vd.: Mines de potasse d'Alsace (MPA) kararı (Handelswekerei G.J. Bier B.V. t. Mines de potasse d'Alsace SA, première instance : Rechtbank Rotterdam 8 janvier 1979, *Nederlandse Jurisprudentie (NJ)* 1979, n° 113, et 16 décembre 1983, *NJ* 1984, n° 341 ; deuxième instance : Hof 's-Gravenhage, 10 septembre 1986, *NIPR* 1986, n° 464 ; dernière instance : Hoge Raad 23 septembre 1988, *NJ* 1989, n° 743). Hollanda Mahkemesi'nin verdiği bu kararda, MPA tarafından Ren Nehrine bırakılan zehirli tortuların kirlettiği suyu kullanan bir işletmenin zarar görmesi sonucu doğan uyuşmazlıkta, tarafların Hollanda Hukuku'nun uygulanması konusunda anlaştıkları belirtilmektedir.

⁴²⁷ Genel işlem şartları veya iltihaki sözleşmelerde olduğu gibi tarafların serbestçe müzakere etmedikleri anlaşılan hükümlerce öngörülen hukuk seçiminin kabul edilmeyeceği dile getirilmektedir. Bkz. **Graziano**, Règlement Rome II, s. 445 vd. Bununla beraber, "ticari faaliyet" ifadesinin bazı hukuk sistemlerinde yer almadığı, bunun yerine "mesleki faaliyet" ifadesinin kullanılmasının daha doğru olacağı belirtilmektedir (**Lardeux**, s. 28). Ancak, kanımızca burada, haksız fiilin meydana gelmesinden önce hukuk seçimi yapabilme imkanının sadece tacirlere tanınması amaçlanmaktadır; bu açıdan tacir sıfatı taşımayan meslek sahiplerinin bu hükmün kapsamı dışında tutulması daha doğru olacaktır. Mesleki faaliyet ifadesi ise, tacir sıfatı taşımayan meslek sahiplerini de kapsayacaktır.

olduğu, haksız fiilin faili ile mağdurunun ancak fiilin meydana gelmesinden sonra belli olabileceği ileri sürülmektedir.⁴²⁸ Ayrıca, mağdur, ancak haksız fiilin meydana gelmesinden sonra kendisi için hangi hukukun daha lehe hükümler içerdiğine karar verebilecektir. Fakat unutmamak gerekir ki, failin de mağdurun lehine hükümler içeren bu hukukun seçimi konusunda irade beyanında bulunması gerekecektir.⁴²⁹ Bununla beraber, taraflara fiilin meydana gelmesinden önce hukuk seçimi imkanı vermenin bazı sakıncalar doğurabileceği; haksız fiil ilişkisinde zayıf konumda olan tarafın haklarını zedeleyebileceği ve hukuk seçimi imkanının kötüye kullanımına sebep olabileceği dile getirilmiştir.⁴³⁰ Ancak her halükârda, taraflara hukuk seçimi imkanı tanınması gerektiği; mağdurun haksız fiilden doğan hak ve taleplerini ileri sürmemek gibi bir hakkı olduğu ve tarafların mahkemeye başvurmak yerine uzlaşma yolunu tercih edebilecekleri de göz önüne alındığında, hukuk seçimi imkanının

⁴²⁸ **Bucher/Bonomi**, s. 291; **Danthe**, s. 156.

⁴²⁹ Haksız fiil hükümlerinin çeşitli ülkelerde farklılık göstermesi nedeniyle failin kendi aleyhine hükümler içeren bir ülke hukukunu seçmek konusunda irade beyanında bulunmayacağına ve dolayısıyla taraflara hukuk seçimi imkanı tanınmanın gereksiz olduğuna ilişkin görüşlerin varlığından bahsedilmektedir (**Thomas Kadner Graziano**, Freedom to Choose the Applicable Law in Tort, The Rome II Regulation on Applicable Law to Non-Contractual Obligations Edited by John Ahern&William Binchy, Martinus Nijhoff Publishers Leiden/Boston 2009, s. 114).

⁴³⁰ **Th. M. De Boer**, Party Autonomy and Its Limitations in the Rome II Regulation, The Rome II Regulation: An Overview, Yearbook of Private International Law, Vol IX 2007, Sellier European Law Publishers (Münich) Staempfli Publishers (Berne) 2008, s. 27; **Xu**, s. 39; **Kramer**, s. 16. Federal Konsey'in 10.11.1982 tarihli mesajında (Message du Conseil fédéral du 10 novembre 1982 concernant une loi fédérale sur le droit international privé), haksız fiil hukukunda geçerli olacak hukuk seçimi konusunda aşırı liberal bir düzenlemenin benimsenmesinin haksız fiil ilişkisinin zayıf tarafının istismarı sonucunu doğurabileceği belirtilmiştir. Zaten bu sebeptir ki, Roma II Tüzüğü 14. maddesinde, "haksız fiilin meydana gelmesinden önce hukuk seçimi yapabilmeye imkanını", tarafların ticari faaliyetleri çerçevesinde serbestçe müzakere edecekleri bir anlaşmanın varlığına bağlanmaktadır. Roma II Tüzüğü m. 4/f. 3'de yer alan hüküm ile m.14'de düzenlenen hukuk seçimi imkanı arasındaki ilişki hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Graziano**, Freedom to Choose the Applicable Law in Tort, s. 124 vd. Roma II Tüzüğü'nün m. 4/f. 3 ve m. 14 düzenlemelerinin birlikte veya ayrı ayrı uygulanmalarının, özellikle tüketici ve iş sözleşmeleri gibi, sözleşmenin bir tarafının diğer tarafa oranla daha zayıf konumda olduğu sözleşmeler açısından önem taşıdığı dile getirilmektedir. Zira m. 4/f. 3 hükmü fail ile mağdurun daha evvel aralarında akdettikleri sözleşmeye uygulanacak hukuka atıf yapmakta, bu açıdan taraflardan birinin daha zayıf konumda olması haline ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer vermemektedir. Bu durum, Tüzüğün m. 4/f. 3 düzenlemesinin m. 14'den tamamen ayrı bir şekilde uygulanması halinde, m. 14'de yer alan şartların ve -tarafların ancak ticari bir faaliyet çerçevesinde haksız fiilin meydana gelmesinden önce hukuk seçimi yapabileceklerinin kabulü ile-korunan menfaatin bertaraf edilebileceği endişesine yol açmaktadır. Sonuç olarak, tüketici ve iş sözleşmeleri açısından, tüketici ve işçinin aleyhine sonuçlar doğurması halinde, m. 4/f. 3 hükmünün uygulanmaması gerektiğini vurgulanmaktadır. Tabii bu durum ancak Roma I Tüzüğü'nün 6 ve 8. maddelerinin kapsamına girmeyen tüketici ve iş sözleşmeleri için geçerlidir. Zira, aksi takdirde zaten sözleşmeye uygulanacak hukuk tüketici ve işçiyi koruyan hükümler içerecektir. Bkz. **Graziano**, Règlement Rome II, s. 445 vd.

tanınmamasının kanunlar ihtilafı hukuku açısından ciddi bir eksiklik olacağı savunulmaktadır.⁴³¹

Roma II Tüzüğü çerçevesinde taraflarca yapılabilecek hukuk seçiminin açık veya halin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen bir hukuk seçimi olması gerekmektedir. Görüldüğü üzere, taraflarca zımnî hukuk seçimi de yapılabilecektir. Zımnî hukuk seçimi ile ilgili sözleşmelere uygulanacak hukuk kapsamında yapılan açıklamaların burada da uygulama alanı bulacağı şüphesizdir. Yine 14. maddede yer alan düzenleme uyarınca, tarafların seçtikleri hukuk üçüncü kişilerin haklarına zarar veremez. Zarara yol açan fiilin meydana geldiği anda, olayın tüm şartlarının tek bir ülke ile bağlantılı olması ve tarafların bu ülke hukukundan farklı bir ülke hukukunu seçmiş olmaları halinde, seçilen hukukun hükümleri olayın tüm şartlarının bağlantılı olduğu ülke hukukunun emredici (tarafların anlaşma ile bertaraf edemeyecekleri) hükümlerini ihlal edemez.⁴³² Haksız fiil olayının tüm şartlarının tek bir ülke ile bağlantı sağlamasından ise, fiilin ve zararın gerçekleştiği ülkenin aynı zamanda tarafların mutad meskenlerinin bulunduğu ülke vb. olmasının anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir.⁴³³ Zarara yol açan fiilin meydana geldiği

⁴³¹ **Graziano**, Freedom to Choose the Applicable Law in Tort, s. 115. Gerçekten de tarafların her zaman uyumsuzluğu yargı organları önüne götürmeden çözebilmek gibi bir imkanları vardır. Bu durumda taraflar, kendi aralarında uygun buldukları çözüm yoluna gideceklerdir. Uyuşmazlığın yargı organlarının çözümünde dahi, tarafların sulh ve feragat gibi bir takım usuli yolları tercih edebilecekleri bir gerçektir. Buradan yola çıkarak, doktrinde de, bu imkanlara sahip olan tarafların hukuk seçimi yapmalarına engel olmanın bir anlamı olmadığı savunulmaktadır.

⁴³² **Tarman**, s. 203. Tüzüğün 14. maddesinin 2. fıkrasının İngilizce metni: “Where all the elements relevant to the situation at the time when the event giving rise to the damage occurs are located in a country other than the country whose law has been chosen, the choice of the parties shall not prejudice the application of provisions of the law of that other country which cannot be derogated from by agreement.” Görüldüğü üzere, Tüzük açıkça tarafların anlaşmaları ile bertaraf edemeyecekleri hükümlerden yani emredici hukuk kurallarından bahsetmektedir.

⁴³³ Böyle bir durumda, tarafların uygulanacak hukuk olarak yabancı bir ülke hukukunu seçmiş olmalarının başlı başına yabancılık unsurunu sağladığından bahsedilmektedir (**Th. M. De Boer**, s. 23). Ancak haksız fiille ilgili tüm şartların (örneğin tarafların milli hukukları, yerleşim yerleri, mutad meskenlerinin fiilin ve zararın gerçekleştiği yer ile aynı ülkede olması halinde) aynı ve tek bir ülke ile bağlantılı olması halinde, kanımızca taraflar açısından yabancı hukukun seçilmiş olması yabancılık unsurunun sağlanması ve dolayısıyla Türk Hukuku açısından MÖHUK. hükümlerinin uygulanması açısından yeterli görülemez. Bu husus, MÖHUK.’un sözleşmelere uygulanacak hukuku belirleyen 24. maddesinin uygulama alanı ile ilgili olarak da tartışılmıştır. Bir görüşe göre, “yabancı bir hukukun seçimi için, akdin bir yabancılık unsuru taşıması şart değildir; zira yabancı bir hukuk seçimi ile, o hukuk ilişki yabancı unsurlu bir hukuki ilişki haline gelir.” (**Nomer/Şanlı**, s. 308). Diğer bir görüşe göre, “milletlerarası akit kavramının tespitinde yabancılık unsurunun bulunması her zaman zorunlu değildir; sözleşmenin ekonomik karakteri ve milletlerarası ticaretin yarar alanına girme kriterleri rol oynamaktadır.” (**Çelikel/Erdem** s. 319). Ancak, bu noktada “yabancılık unsuru” taşımayan bir sözleşmenin, nasıl olup da “milletlerarası ticaretin yarar alanına girebileceği” konusunda herhangi bir açıklama yapılmamaktadır. Kanımızca örneğin Türkiye’de ve Türk vatandaşlığını haiz kişiler arasında kurulan, alacak ve borçların Türkiye’de ifa edileceği, kısaca tüm bağlama noktalarının Türkiye ile bağlantılı olduğu sözleşmeler açısından, yalnızca tarafların yabancı bir ülke hukukunun uygulanmasını kararlaştırdıkları sözleşmeler MÖHUK. bağlamında “yabancılık unsuru taşıyan bir hukuk ilişkisi”

anda, olayın tüm şartlarının bir veya birden fazla AB üyesi ülke ile bağlantılı olması ve tarafların bu ülke hukukundan farklı bir ülke hukukunu uygulanacak hukuk olarak seçmiş olmaları halinde ise, seçilen hukukun hükümleri Topluluk hukukunun emredici hükümlerini ihlal edemez.⁴³⁴

Görüldüğü üzere, Tüzük, akit dışı borç ilişkileri açısından taraflara uygulanacak hukuku seçme imkanı tanımış olmakla beraber, bu hukuk seçimini kısıtlayıcı birçok koşul getirmiştir. Bu şartlardan bazıları akdi borç ilişkilerine uygulanacak hukuku belirleyen Roma I Tüzüğü kapsamında öngörülen hukuk seçimi düzenlemelerinde de yer almaktadır. Örneğin, Roma I Tüzüğü'nün hukuk seçimini düzenleyen 3. maddesinde önceden seçilmiş olan hukukun taraflarca daha sonra değiştirilmesi halinde üçüncü kişilerin haklarının saklı kalacağı belirtilmektedir. Yine aynı maddenin 3 ve 4. fıkralarında, Roma II Tüzüğü 14. maddesinin 2 ve 3. fıkralarında yer alan düzenleme ile birebir aynı sonucu doğuracak düzenlemelere yer verilmiştir.

Roma II Tüzüğü'nün 6. maddesinin 4. fıkrasında ise, haksız rekabet ve rekabetin engellenmesinden doğan ihtilaflar açısından, taraflara hukuk seçimi imkanı tanıyan genel düzenleme niteliğindeki 14. maddenin uygulama alanı bulamayacağı ifade edilmiştir. Bu düzenleme, yukarıda anılan İsv. MÖHK. m. 136 ve MÖHUK. m. 37 kapsamında benimsenen çözüm ile aynı doğrultudadır. Aşağıda da ele alınacağı üzere, bu düzenlemeler çeşitli eleştirilere konu olmaktadır.

olarak nitelendirilemez. Zira aksinin kabulü MÖHUK.'un 1. maddesinin uygulanmaması sonucunu doğuracaktır. Nitekim, Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuku belirleyen 593/2008 sayılı Roma I Tüzüğü'nün 3. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, *“bir sözleşmenin tüm öğelerinin hukuk seçimi yapıldığı anda tek bir ülke ile bağlantılı olması halinde, taraflarca yapılan hukuk seçimi ile söz konusu ülke hukukunun emredici hükümleri bertaraf edilemez.”* Taraflarca yapılan hukuk seçiminin, seçilen hukukun emredici kuralları dahil olmak üzere, seçilen hukukun bütün hükümlerinin uygulanması sonucunu doğurduğu göz önüne alındığında, aslında burada tam bir hukuk seçiminin yapılamayacağı sonucu çıkmaktadır. Tüzük, bu düzenlemesiyle taraflarca yapılan “hukuk seçimi”ni sınırlama yoluna gitmiştir. Zaten Roma I Tüzüğü'nün 15 no.lu gerekçesinde, Roma II Tüzüğü'nün 14. maddesinin 2 ve 3. fıkralarına atıf yapılarak söz konusu düzenlemelerin aynı yönde yorumlanması gerektiği ifade edilmiştir.

⁴³⁴Roma II Tüzüğü'nün 14. maddesinin 3. fıkrasında da yine aynı şekilde *“ilgili ülkenin emredici kurallarının bertaraf edilemeyeceğinden”* bahsedilmektedir. Tüzüğün İngilizce metni şu şekildedir: *“Where all the elements relevant to the situation at the time when the event giving rise to the damage occurs are located in one or more of the Member States, the parties' choice of the law applicable other than that of a Member State shall not prejudice the application of provisions of Community law, where appropriate as implemented in the Member State of the forum, which cannot be derogated from by agreement.”*

2. Haksız Rekabete Uygulanacak Hukuk Çerçevesinde Getirilen Öneriler ve Görüşümüz

Yukarıda haksız rekabet fiillerini de kapsayan haksız fiillere uygulanacak hukuk çerçevesinde irade serbestisine ilişkin hükümleri genel olarak inceleme fırsatı bulduk. Ancak, yine belirttiğimiz üzere, bu düzenlemeler haksız rekabet fiilleri açısından uygulama alanı bulmamaktadır. Oysa doktrinde aksi yönde fikirlerin ileri sürülmekte olduğu görülmektedir. Aşağıda bu fikirlere ve konu ile ilgili görüşümüze yer vereceğiz.

Haksız rekabetten doğan uyuşmazlıklarda taraflara hukuk seçimi imkanının tanınmasının gerekip gerekmediği konusunda farklı fikirler ileri sürülmektedir. İsviçre doktrininin yanı sıra Avusturya doktrininde de farklı görüşler dile getirilmiştir. Avusturya MÖHUK.'un 35. maddesi tüm borç ilişkilerini kapsayacak bir hukuk seçimi imkanına yer vermekte; fakat doktrinde bu imkanın özellikle belirli bir ülke piyasasını etkileyen haksız rekabet fiilleri açısından uygulanıp uygulanamayacağı noktasında önemli çekinceler dile getirilmektedir.⁴³⁵ Zira daha evvel de değindiğimiz üzere, modern haksız rekabet anlayışı, bu tür haksız rekabet hallerinde sadece belirli bir kişinin (mağdurun) değil, diğer tüm müşteri ve tüketicileri kapsayacak şekilde etkilenen piyasanın bütününe korunması gerektiğini ortaya koymaktadır.⁴³⁶ Burada sadece belirli kişilerin değil, ortak ve üstün bir menfaatin korunduğu dile getirilmektedir.⁴³⁷ Bu çerçevede, sadece haksız rekabet ilişkisinin taraflarına hukuk seçimi imkanının tanınması ve bu şekilde etkilenen piyasa hukuku uygulamasının bertaraf edilmesi mümkün görülmemektedir.

Kanımızca da, belirli bir ülke piyasasına yönelik haksız rekabet fiilleri açısından taraflara hukuk seçimi imkanı tanınması doğru değildir. Zira, bir taraftan, fiil sonucunda doğan zarar veya zarar tehlikesi mağdur olan rakibin şahsında, fakat doğrudan fail ile mağdurun faaliyet göstermekte olduğu piyasa üzerinde doğmaktadır. Bu durumda haksız rekabet ilişkisinin tarafları görünürde iki rakip işletme olabilir ve fakat haksız rekabet ilişkisinin gerçek tarafları fail ile etkilenen piyasadır. Haksız rekabet hükümleri ile sağlanan koruma bir zararın doğumuna yönelik değildir. Bu

⁴³⁵ Danthe, s. 157.

⁴³⁶ Roma II Tüzüğü'nün 21 no.lu gerekçesinde de bu husus dile getirilmiş, ancak "rekabet ilişkilerinin veya tüketicilerin ortak menfaatlerinin etkilendiği veya etkilenebileceği ülke hukuku" kriterinin kabulü halinde haksız rekabet hükümleri ile korunması amaçlanan menfaate ulaşılabileceği ifade edilmiştir.

⁴³⁷ Th. M. De Boer, s. 24.

hükümler ile piyasada faaliyet göstermekte olan rakiplere belirli bir şekilde davranma yükümlülüğü getirilmektedir. Korunan menfaat belirli bir ekonomik politika doğrultusunda sürdürülmesi gereken ticari ilişkilerin temelinde piyasanın bütününe yöneliktir; söz konusu ticari ilişkinin taraflarına kendi menfaatlerine uygun olarak başka bir hukuku seçme hakkı tanınmamalıdır. Diğer taraftan, böyle bir hukuk seçimi imkanı tanınması halinde, etkilerini aynı piyasa içinde doğurmuş haksız rekabet fiillerine farklı ülke hukuklarının uygulanması sonucu doğacaktır. Bu durumda, aynı hukuki sebebe dayanan olaylara farklı hukuki sonuçların uygulanması söz konusu olacak ki, bu da hukuki birliğin bozulmasına sebep olacaktır.

Kanunlar ihtilafı sisteminde, taraflara hukuk seçimi imkanı tanınması çoğunlukla sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar açısından kabul görmektedir. Bunun temelinde, evrensel bir anlayış olan irade serbestisi ilkesi yatmaktadır. Oysa, belirli bir ülke piyasasını etkileyen haksız rekabet fiilleri ile ilgili olarak böyle bir serbestiden bahsetmek mümkün değildir. Bu tür haksız rekabet fiilleri sadece tarafları açısından sonuç doğuran basit bir haksız fiil hali olarak düşünülemez. Bu nedenle, genel olarak haksız fiiller açısından kabul edilen hukuk seçimi imkanı, belirli bir ülke piyasasını etkileyen haksız rekabet fiilleri için uygulanmamalıdır.

Buna karşın, münhasıran belirli bir işletmenin ticari menfaatlerini zedeleyen haksız rekabet halleri açısından bu imkanın tanınması uygun olacaktır.⁴³⁸ Zira burada artık belirli bir piyasanın korunması söz konusu olmamaktadır. Haksız rekabet ilişkisinin gerçek tarafları fail ve ticari menfaatleri zedelenen rakip işletmedir. Aslında İsviçre doktrininde ileri sürülen bir görüşe göre, münhasıran belirli bir işletmenin menfaatlerini ilgilendiren haksız fiiller için dahi taraflara hukuk seçimi imkanının tanınması doğru olmayacaktır. Zira bu halde de rekabetin işleyişi etkilenmekte ve dolayısıyla kamusal bir zarar doğmaktadır.⁴³⁹

Roma II Tüzüğü bu tür haksız rekabet fiilleri için haksız fiillere ilişkin genel düzenleme olan 4. maddenin uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Tüzüğün 4. maddesinin uygulanması halinde ise, zararın gerçekleştiği yer hukukunun -ki bu hukuk haksız rekabet fiilleri açısından etkilenen piyasa hukuku olabilecektir- veya fail ile mağdurun mutad meskenlerinin (tüzel kişiler için idare merkezlerinin) ortak bir ülkede olması halinde bu ülke hukukunun veya haksız rekabet fiili ile daha sıkı ilişkili

⁴³⁸ Aynı yönde **Kramer**, s. 17.

⁴³⁹ **Dutoit**, Commentaire de LDIP, s. 461.

bir başka hukukun uygulanması gibi sonuçlar doğacaktır.⁴⁴⁰ Kanımızca, Tüzüğün münhasıran belirli bir işletmenin ticari faaliyetlerini zarara uğratan haksız rekabet fiilleri açısından 4. maddeye atıf yapması, bu tür fiillerin taraflara hukuk seçimi imkanı verilen diğer haksız fiiller ile aynı çerçevede değerlendirildiği anlamına gelmektedir. Şayet tarafların ortak idare merkezleri hukukunun uygulanabileceği kabul ediliyorsa, şüphesiz ki haksız rekabet fiili ile daha sıkı ilişkiyi sağlayacak olan tarafların seçmiş oldukları hukukun uygulanmasına da engel olunmamalıdır.⁴⁴¹ Zaten Tüzüğün hukuk seçimini yasaklayan m. 6/f. 4 hükmünün m. 6/f. 2’de yer alan durum (belirli bir rakibin menfaatlerini zedeleyen haksız rekabet fiilleri) açısından uygulama imkanı bulamayacağını kabul eden görüşler de vardır.⁴⁴²

Haksız rekabet fiili ile sıkı ilişkili hukukun tespiti ile ilgili savunduğumuz görüş doğrultusunda, burada da tarafların ortak iradelerinin ön planda tutulması ve taraflara hukuk seçimi hakkının tanınması gerektiği düşüncesindeyiz. Şunu da ifade etmek gerekir ki, taraflar arasında daha evvel bir sözleşme ilişkisinin olması halinde, münhasıran belirli bir işletmenin ticari faaliyetlerini zarara uğratan haksız fiiller açısından sıkı ilişkiyi sağlaması nedeniyle tarafların sözleşmeye uygulanmak üzere seçtikleri hukukun haksız rekabet fiiline de uygulanacağını kabulü, taraflara haksız fiilin meydana gelmesinden önce de hukuk seçimi imkanının tanınması sonucunu doğuracaktır. Bu çerçevede gerek MÖHUK., gerek İsv. MÖHK. ve gerekse Roma Tüzüğü düzenlemelerinde, belirli bir ülke piyasasını etkileyen haksız rekabet halleri ile sadece belirli bir işletmenin ticari faaliyetlerine yönelik haksız rekabet hallerinin ayrı ayrı değerlendirilerek farklı düzenlemelere yer verilmesinin daha doğru bir

⁴⁴⁰ Yukarıda da belirttiğimiz üzere, haksız rekabet fiili ile sıkı ilişkili hukukun uygulanması açısından belirli bir ülke piyasasını etkileyen fiiller ile münhasıran belirli bir işletmenin ticari menfaatlerini zedeleyen fiiller arasında ayırma gidilmesi gerekmektedir. Bu çerçevede, belirli bir ülke piyasasını etkileyen haksız rekabet fiilinin faili ile mağduru olan şirketlerin idare merkezlerinin aynı ülkede olması halinde bu ülke hukukunun uygulanmasının doğru sonuçlara yol açmayacağı dile getirilmiştir. Örneğin, iki Fransız şirketinin Çin piyasasında faaliyet göstermekte olmaları ve birinin diğerinin mallarını kötüleyici reklam yapması halinde örneğin daha serbest hükümler içeren Çin Hukuku yerine, -tarafların ortak idare merkezlerinin bulunduğu ülke olması nedeniyle- çok daha ağır haksız rekabet hükümlerinin geçerli olduğu Fransız Hukukunun uygulanmasının, fail Fransız şirketini Çin piyasasında faaliyet göstermekte olan diğer şirketlere oranla çok daha güçsüz konuma getirecektir. Diğer taraftan, söz konusu iki Fransız şirketinin birden fazla ülke piyasasında faaliyet göstermekte olmaları halinde, bu ülke hukuklarının ayrı ayrı uygulanmasının mümkün olamayacağı; ortak idare merkezinin bulunduğu ülke olarak Fransız Hukukunun uygulanması gerektiği de savunulmaktadır. Zira, bu şirketlerin yabancı ülke piyasalarına yönelik ticarete başlamadan evvel kendi iç hukuklarındaki ihracat ve haksız rekabet hükümlerine uygun davranmak zorunda oldukları belirtilmektedir (**Bischoff**, s. 63). Daha önce de belirttiğimiz üzere, kanımızca bir haksız rekabet fiilinin belirli bir ülke piyasasını etkilemiş olması halinde, fail ile mağdurun ortak bir (mutad mesken veya idare merkezi) hukukları olsa dahi, piyasası etkilenen ülke hukukundan başka hiçbir hukukun uygulanabilmesi mümkün değildir.

⁴⁴¹ **Th. M. De Boer**, s. 24-25.

⁴⁴² **Dickinson**, s. 426; **Luciani**, s. 7.

sonuca ulaşmamızı sağlayacağı düşüncesindeyiz. Sonuç olarak, sadece kamusal olmayan haksız rekabet fiilleri için, haksız fiil ile sıkı ilişkili hukukun uygulanmasına olanak tanınması ve buna paralel olarak taraflara haksız fiilin meydana gelmesinden önce hukuk seçimi yapma imkanının verilmesi pratik açıdan en doğru düzenleme olarak gözükmektedir.⁴⁴³ Zaten Roma II Tüzüğü m.14/f. 1’de *post factum* hukuk seçimi ile ilgili olarak, tarafların ikisinin de ticari faaliyet sürdürüyor olmaları halinde, serbestçe müzakere edecekleri bir anlaşma ile haksız fiilin meydana gelmesinden önce de hukuk seçimi yapabilecekleri düzenlenmiştir. Kanımızca bu ihtimal yine tarafların aralarında daha evvel akdedilmiş bir sözleşme ilişkisinin varlığına dayanmaktadır.

Sadece belirli bir işletmenin ticari menfaatlerini etkileyen haksız rekabet fiilleri ile ilgili olarak taraflara tanınması gerektiğini düşündüğümüz hukuk seçiminin hangi sınırlamalara tabi olacağını da belirlemek gerekecektir. Örneğin İsviçre doktrininde özel haksız fiil türlerine ilişkin hukuk seçimi ile ilgili tartışmaların İsv. MÖHUK’un 132. maddesi çerçevesinde sürdüğünü belirtmiştik. Bu bağlamda hukuk seçimi imkanının tanınması tartışmasının yanında, m.132’de yer alan hükmün olduğu gibi uygulanıp uygulanamayacağını da tartışılması gerektiği açıktır. Zira daha evvel de belirttiğimiz üzere, m.132 çerçevesinde yalnızca *lex fori* yani İsviçre Hukuku seçilebilecektir. Hukuk seçimi imkanını ciddi bir biçimde sınırlayan bu hükmün özellikle haksız rekabet fiillerine uygulanacak hukuk açısından uygun olmadığı düşüncesindeyiz. Zira amaç taraf iradelerinin ön plana çıkarılmasıdır. Taraflara yalnızca *lex fori*yi seçme imkanı tanınmanın usuli açıdan kolaylık sağlayacağını kabul etmekle beraber, bu durumun modern kanunlar ihtilafı sisteminde kabul gören taraf iradesi anlayışı ile örtüşmeyeceğini ifade etmek gerekir. Hele ki, kamusal olmayan haksız rekabet fiillerinde tarafların tacir oldukları düşünüldüğünde, tarafların hukuk seçimi açısından bu denli sınırlandırılmalarının haklı bir gerekçesi olamayacağı kanaatindeyiz.⁴⁴⁴ Bu nedenle, gerek MÖHUK. m. 34/f. 5 ve gerekse Roma II Tüzüğü

⁴⁴³ Haksız fiiller ile ilgili genel düzenleme niteliğindeki kanunlar ihtilafı kuralları çerçevesinde, taraflara haksız fiilin meydana gelmesinden önce de hukuk seçimi imkanının tanınması gerektiğini ifade eden görüşler vardır (Bourel, s. 301).

⁴⁴⁴ Kanımızca, özellikle her iki tarafında da tacir olduğu durumlar açısından taraflara önceden hukuk seçimi imkanı tanınmasında fayda vardır. Bir tarafın tüketici olduğu haksız rekabet uyuşmazlıkları genelde belirli bir piyasaya yönelik haksız rekabet hallerinden doğan uyuşmazlıklardır. Münhasıran belirli bir işletmenin ticari menfaatlerinin zarar gördüğü durumlarda ise, failin tüketici olması ihtimali failin rakip bir işletme olması ihtimalinden çok daha düşüktür. Ancak böyle bir ihtimalde dahi, tüketici ile haksız rekabet mağduru işletme arasında önceden hukuk seçimi yapılabileceğini öngörmek pratikte pek de mümkün gözükmemektedir. Bu nedenle, sadece MÖHUK. m. 37/f. 2 kapsamında kabul

m. 14/f. 1 hükümleri uyarınca, tarafların uygulanacak hukuku serbestçe seçebilmelerine olanak sağlanması daha doğru olacaktır.

IV.HAKİMİN HUKUKUNUN KAMU DÜZENİ ve DOĞDUDAN UYGULANAN KURALLARININ UYGULANACAK HUKUKA MÜDAHALESİ

A. Hakimin Hukuku Çerçevesinde Kamu Düzeni Müdahalesi

Uluslararası özel hukuk uyuşmazlıkları açısından kanunlar ihtilafı kuralları ile belirlenen yetkili hukukun uygulanması konusunda hakimin hukukunda (*lex fori*) yer alan kamu düzeni kavramı büyük önem arz etmektedir. Haksız fiil alanında da kanunlar ihtilafı kuralları ile belirlenen hukukun uygulanması, hakimin hukuku bakımından geçerli olan uluslararası kamu düzeni kavramına aykırı sonuçların doğmasına sebep oluyorsa, bu durumda hakim yetkili hukuku uygulamayabilecektir.⁴⁴⁵ Bilindiği üzere, kamu düzeni kavramı, uluslararası özel hukuk açısından iç hukuklarda geçerli olan kamu düzeni kavramından daha farklı ve daha dar yorumlanmaktadır. Bu durum sadece Türk Hukuku açısından değil, diğer birçok ülke hukuku açısından da geçerlidir.

Örneğin, Fransız Yargıtayı'nın gerek haksız fiillere uygulanacak hukuk ve gerekse bu çerçevede benimsenmesi gereken uluslararası kamu düzeni kavramını ilk defa ele aldığı 25.05.1948 tarihli Lautour kararında, “iç kamu düzeni kurallarının, milletlerarası açıdan mutlak değeri haiz adalet prensipleri arasında yer alamayacağı” belirtilmiştir.⁴⁴⁶ Fransız Yargıtayı'nın bu ifadesinden, farklı ülkelerin iç hukuklarında öngörülen kamu düzeni hükümlerinin uluslararası alanda fikir birliğine varılmış ilkeleri yansıtmadığı anlamı çıkmaktadır.⁴⁴⁷ Bu çerçevede, iç hukukta emredici

edilmesi gerektiğini düşündüğümüz hukuk seçimi imkanının haksız rekabet fiilinin gerçekleşmesinden önce yapılabileceği kanaatindeyiz.

⁴⁴⁵ Tekinalp, s. 445; Nomer/Şanlı, s. 344; Çelikel/Erdem, s. 156.

⁴⁴⁶ Bu bağlamda doktrinde, haksız fiil sonucu doğan zararın miktarının saptanmasına veya örneğin yetkili hukukta (*lex causae*) manevi tazminat hakkının tanınmamış olmasına ilişkin düzenlemelerin uluslararası kamu düzeni kavramına dahil olamayacağını öngören kararlara yer verilmektedir (Uluocak, s. 959).

⁴⁴⁷ Lardeux, s. 44-45: Manevi tazminatı, kusursuz sorumluluğu reddeden veya kusurun ispatına ilişkin Fransız Hukukundan farklı düzenlemeler içeren yabancı hukuk hükümlerinin uluslararası kamu düzeni kavramına aykırı olmadığı yönünde bkz. Fransız Yargıtayı 1. Hukuk Dairesi'nin 30.05.1967, 04.05.1976 ve 04.04.1991 tarihli kararları, Versay İstinaf Mahkemesi'nin 30.01.1989 tarihli kararı.

hüküm niteliğini haiz kuralların tümünün uluslararası özel hukuk açısından kamu düzeni müdahalesini gerektiren kurallar olmayacağı açıktır.⁴⁴⁸

MÖHUK.'un 5. maddesi uyarınca, “*Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hallerde Türk Hukuku uygulanır.*” Benzer bir hüküm İsv. MÖHK.'un 17. maddesinde de yer almaktadır. Türk doktrininde verilen tanıma göre, “*kamu düzeni kuralları, bir memlekette kamu hizmetlerinin iyi yapılmasını, devletin emniyet ve asayişini ve fertler arasındaki münasebetlerde huzur ve ahlak kaidelerine uygunluğu temine yarayan müessese ve kaidelerin tümüdür.*”⁴⁴⁹ Bu kaideler yazılı hukuk kuralları olabileceği gibi din/dil/ırk ayırımının yasaklanması, hak arama eşitliği, hukuki ilişkilerde zayıf tarafın korunması gibi temel ilkeleri de içerebilir. Somut uyuşmazlığın hakimin hukuku ile sıkı ilişkili olması kamu düzeni müdahalesini arttırır. Kamu düzeni kavramının zaman içinde değişebilen bir kavram olması nedeniyle, kamu düzeni müdahalesi açısından esas alınması gereken kurallar güncel kamu düzeni anlayışını yansıtmalıdır.⁴⁵⁰

Doktrinde, kamu düzeninin hem olumsuz ve hem de olumlu bir işleve sahip olabileceği belirtilmektedir.⁴⁵¹ Buna göre, kamu düzeninin olumsuz etkisi, yabancı kanun hükmünün hakimin hukukunun kamu düzeni ile ters düşmesi nedeniyle söz konusu hükmün uygulanmamasını ifade etmektedir. Kamu düzeninin olumlu etkisi ise, yabancı kanun hükmünün hakimin hukukunun kamu düzeni engeli ile karşılaşması nedeniyle uygulanamaması halinde doğacak boşluğun hakimin hukukunda geçerli olan hükümlerce doldurulması ile ortaya çıkmaktadır. Ancak, haklı olarak “*kamu düzeni istisnasının asıl rolünün, yabancı hukukun kendisiyle çelişen hükümlerinin uygulanmasını önlemeye yönelik olumsuz rolü*” olduğu ifade edilmektedir.⁴⁵² Zira, kanımızca da, aslında kamu düzeninin olumlu işlevinden bahsedebilmek için, öncelikle -yabancı hukuk hükmünün uygulanmasının engellenmesini gerektiren- kamu düzeninin olumsuz işlevinin devreye girmesi gerekecektir. Ancak bu takdirde hakimin hukukunun ilgili hükümleri uygulanabilecek, kamu düzeninin olumlu etkisi ortaya çıkabilecektir.

Nomer/Şanlı'ya göre, “*Fransız Hukukundaki “uluslararası kamu düzeni (ordre public international) kavramı” Türk iç hukukunun kamu düzeni anlayışıyla örtüşmektedir.*” bkz. s. 162.

⁴⁴⁸ **Nomer/Şanlı**, s. 167.

⁴⁴⁹ **Çelikel/Erdem**, s. 149.

⁴⁵⁰ **Nomer/Şanlı**, s. 170-175.

⁴⁵¹ **Çelikel/Erdem**, s. 160; **Nomer/Şanlı**, s. 164; **Tekinalp**, s. 50;

⁴⁵² **Özdemir Kocasakal**, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 21.

Doktrinde kamu düzeni müdahalesinin istisnai niteliği üzerinde durulmakta, hakimın kamu düzeni gerekçesiyle uygulanacak hukuku bertaraf etme yoluna gitmesinin engellenmesi gerektiği dile getirilmektedir.⁴⁵³ Gerçekten de hakimler, yabancı kanun hükümlerinin kendi hukukları ile farklı çözümler öngörmesi halinde, söz konusu hükmün uygulanması ile ortaya çıkacak sonucun kendi kamu düzeni ilkeleri açısından ortaya çıkarabileceği aykırılığın derecesine bakmadan, açık bir aykırılığın gerçekleşmemesi halinde dahi kendi hukuklarını uygulama yolunu tercih ettikleri görülmektedir.

Bu bağlamda, doktrin tarafından haklı olarak dar anlamda yorumlanması gerektiği ileri sürülen uluslararası kamu düzeni kavramı Yargıtay tarafından çoğu kez Türk Hukuku'nun emredici kurallarını da kapsayacak şekilde geniş yorumlanmış, ulusal kamu düzeni kavramı ile uluslararası kamu düzeni kavramı arasında ayırım yapılamayarak, iç hukukun kamu düzeni ilkeleri uluslararası özel hukuka taşınmıştır.⁴⁵⁴

MÖHUK.'un 5. maddesinde yer alan hükmün metninden de açıkça anlaşılacağı üzere, kamu düzeni kuralları ancak, yabancı hukukun belirli bir hükmünün somut olaya uygulanması halinde doğacak sonucun hakimın hukukunun kamu düzenine "açıkça" aykırı olması halinde uygulama alanı bulabilecektir. Yani, yabancı hukuk hükmünün soyut olarak hakimın hukukunun öngördüğü kamu düzeni ilkelerine ters düşmesi halinde, söz konusu yabancı hukuk hükmünü uygulamadan ve dolayısıyla da doğacak sonucu öngörmeden, doğrudan kamu düzenine ilişkin kuralların uygulanması mümkün değildir. Zaten bu durum, kamu düzeni müdahalesinin istisnai niteliğini ortaya koymakta ve kamu düzeni kurallarını doğrudan uygulanan kurallardan ayırmaktadır.⁴⁵⁵

Kamu düzeni kavramı ile ilgili olarak verilen tanımlardan da anlaşılacağı üzere, kamu düzeni müdahalesi daha çok aile ve şahsın hukuku alanlarında devreye girmektedir. Sözleşmeler hukuku alanında ise daha çok zayıf olan tarafın korunması ile ilgili kamu düzeni kurallarına rastlamak mümkündür. Haksız fiillerden doğan

⁴⁵³ **Tekinalp**, s. 49. "Yabancı hukukun bizim hukukumuzdan farklı bir düzenlemeye sahip olması kamu düzenimizin müdahalesi için asla yeterli bir sebep değildir." **Nomer/Şanlı**, s. 160-161.

⁴⁵⁴ Yargıtay şu ana kadar haksız fiil veya haksız rekabetin unsurlarına veya verilebilecek tazminatın kapsam ya da miktarına ilişkin bir karar vermemiştir. Ancak, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı erkeğin yabancı eşinin soyadını almasının Türk kamu düzenine açıkça aykırı olduğunu belirten (Yarg. 18. Hukuk Dairesi E. 1997/288 K. 1997/1496 sayılı ve 25.02.1997 tarihli) kararı göz önüne alındığında, Yargıtay'ın uluslararası kamu düzeni konusunda nasıl bir uygulamayı benimsediği ile ilgili fikir sahibi olunabilir. Bkz. www.kazanci.com.

⁴⁵⁵ **Özdemir Kocasakal**, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 22.

sorumluluk hükümleri ile ilgili olarak ise sorumluluk şartları, tazminata hak kazanılması, tazminat miktarı ve zamanaşımı gibi konularda kamu düzeni müdahalesinden bahsedilebilecektir. Fakat özel bir haksız fiil türü olan haksız rekabet fiilleri ile ilgili olarak, özellikle tarafların tacir tüzel veya gerçek kişi olacakları da düşünüldüğünde kamu düzeni müdahalesinin alanı oldukça daralmaktadır.⁴⁵⁶

İsviçre ve Türk MÖH(U)K.'larında yer alan ve kanunlar ihtilafı sisteminde kamu düzeni müdahalesini açıklayan düzenlemeler, gerek İsv. MÖHK.'un 137. maddesinin 2. fıkrasında, gerekse MÖHUK.'un 38. maddesinin 2. fıkrasında rekabetin engellenmesinden doğan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuku belirleyen kanunlar ihtilafı kuralında uygulama alanı bulmaktadır. Rekabetin engellenmesi nedeniyle doğacak zararın tazmini için gerekli miktarın sınırlandırılmasına ilişkin MÖHUK.'un anılan düzenlemesi uyarınca, "*Türkiye'de rekabetin engellenmesine yabancı hukuk uygulanan hâllerde, Türk hukuku uygulansaydı verilecek tazminattan daha fazla tazminata hükmedilemez.*" İsv. MÖHK.'daki düzenleme ile birebir aynı olan bu hükme haksız rekabet ile ilgili kanunlar ihtilafı kuralında yer verilmemesi İsviçre doktrini tarafından eleştirilmiş ve kamu düzeni ile ilgili bu tür bir müdahalenin haksız rekabetten doğan uyuşmazlıklarda da uygulama alanı bulması gerektiği konusunda ortak bir fikre ulaşılmıştır.⁴⁵⁷

Roma II Tüzüğü 26. maddesinde, Tüzük ile belirlenen hukukun (*lex causae*) uygulanmasının hakim'in hukuku bakımından açıkça kamu düzenine aykırılığa neden olması durumunda, yetkili hukukun ilgili hükümlerinin uygulanamayacağı belirtilmiştir. Tüzüğün 26. maddesi yalnızca hakim'in hukukuna yapılan atıf nedeniyle eleştirilmektedir. Tüzüğün hazırlık çalışmalarında, kamu düzeni kavramının Topluluk Hukukunun öngördüğü ilkeleri (*ordre public européen*) ifade ettiği; ancak daha sonra Tüzüğün son halinde yalnızca hakim'in hukukunun kamu düzenine atıf yapıldığı belirtilmektedir.⁴⁵⁸ Doktrinde, İsviçre ve Türk Hukuklarına paralel olarak, uygulanacak hukukun aşırı miktarlarda tazminata hükmedilmesine izin vermesinin veya uygulanacak hukukta öngörülen zamanaşımı sürelerinin aşırı derecede uzun ya da kısa oluşunun, hakim'in hukuku açısından kamu düzenine aykırılığa yol

⁴⁵⁶ Haksız rekabet hükümlerinin tüketici ve müşterileri de koruduğu düşünüldüğünde, kamu düzeni kavramı ancak taraflardan birinin tacir olmadığı uyuşmazlıklar ile sınırlı olarak uygulama alanı bulabilecektir.

⁴⁵⁷ Dutoit, *Commentaire de LDIP*, s. 486; Danthe, s. 80; Nomer/Şanlı, s. 344.

⁴⁵⁸ Luciani, s. 9; Von Hein, s. 1695.

açabileceği ifade edilmektedir.⁴⁵⁹ Zaten, Tüzüğün gerekçesinde de, “aşırı miktarlarda tazminata hükmedilmesini geçerli kabul eden cezalandırıcı tazminat düzenlemelerinin uygulanmaması gerektiği” belirtilmektedir.⁴⁶⁰

B. Hakimin Hukukunun Doğrudan Uygulanan Kuralları

Uluslararası özel hukuk uyuşmazlıkları açısından önem arz eden bir diğer husus hakimin hukukunda geçerli olan doğrudan uygulanan kuralların yetkili hukuka müdahalesidir. İsv. MÖHK.’un 18. maddesinde İsviçre Hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının (*dispositions impératives*) yetkili hukukun öngördüğü hükümlere bakılmaksızın uygulanacağı belirtilmiştir. MÖHUK.’un 6. maddesinde ise, düzenleme amacı ve uygulama alanı açısından Türk Hukuku’nun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hallerde, yetkili hukukun hükümleri yerine söz konusu kuralların uygulanacağı belirtilmiştir. Roma II Tüzüğü 16. maddesinde “akit dışı borç ilişkisine hangi hukuk uygulanırsa uygulansın, hakimin hukukunun uyuşmazlık açısından uygulanması zorunlu hükümlerinin Tüzük’te yer alan kurallar ile bertaraf edilemeyeceği” belirtilmektedir. Tüzük metninde, “hakimin hukukunda yer alan bu kuralların, uygulanacak hukukun hükümlerini bertaraf edeceği açıkça belirtilmektedir. Bu nedenle, söz konusu kurallar doktrinde “müdahaleci/doğrudan uygulanan kurallar” olarak adlandırılan kuralları ifade etmektedir.⁴⁶¹ Zira doğrudan uygulanan kurallar bir devletin ekonomik, sosyal ve politik çıkarlarının korunması amacını taşıyan, koruduğu menfaatler gereği uygulanacak hukuka kaçınılmaz bir biçimde müdahale edebilecek ve ilgili devlet ile bağlantılı olan tüm hukuki ilişkiler açısından uygulama alanı bulabilecek kurallardır.⁴⁶² Roma II Tüzüğü’nün 16. maddesinde düzenlenen “hakimin hukukunun doğrudan uygulanan kuralları” kavramının Topluluk Hukukunu

⁴⁵⁹ Brière, Règlement Rome II, s. 23-24; Stone, s. 117.

⁴⁶⁰ Tüzüğün 32 no.lu gerekçesi.

⁴⁶¹ Tarman, s. 200; Mayer/Heuzé, s. 518. Tüzüğün 17. maddesi “*dispositions impératives dérogatoires*” başlığını taşımaktadır. Türk Hukukunda “doğrudan uygulanan kurallar” ile ifade edilmek istenen kavramın karşılığı olarak Fransız Hukukunda “*lois de police*” veya “*lois d’application immédiate*” terimleri kullanılmaktadır. Tüzükte ise, daha çok İsviçre Hukukunda kullanılmakta olan “*lois/dispositions impératives*” ifadesi kullanılmıştır. Terminolojik bilgi için bkz. Xu, s. 65-66.

⁴⁶² Nomer/Şanlı, s. 182-183; Tekinalp, s. 55-56; Brière, Règlement Rome II, s. 22. Yazar 23.11.1999 tarihli ATAD kararına atıf yapmaktadır. Doğrudan uygulanan kuralların tanımı ve ayırt edici unsurları ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 8 vd.

da içerecek şekilde geniş yorumlanması ve Topluluk Hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının bir bütün olarak ele alınması gerektiği dile getirilmektedir.⁴⁶³

Örneğin, bir devletin özellikle haksız rekabete ilişkin uyuşmazlığa konu malların piyasaya girişi (ithalatı) ile ilgili olarak koyduğu kota veya yasaklar, perakende satışlarda yapılan indirimler veya hediyeli satışlar ile ilgili düzenlemeler, ithal edilen malların başta kamu sağlığını ilgilendiren koşullar olmak üzere sahip olması gereken standartları belirleyen düzenlemeler ve genel olarak zayıf tarafta olması nedeniyle tüketicinin korunmasına yönelik düzenlemelerin doğrudan uygulanan kuralların kapsamına girdiği belirtilmektedir.⁴⁶⁴

V. HAKSIZ REKABETTEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARA İLİŞKİN KANUNLAR İHTİLAFI KURALININ KAPSAMI

MÖHUK.'da yer alan haksız fiil ile ilgili hükümlerde, bu hükümlerin uygulanması sonucunda tespit edilecek yetkili hukukun (*lex causae*) hangi konuları çözüme kavuşturabileceğine yani uygulanacak hukukun kapsamına dair herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Doktrinde ise sadece MÖHUK. m. 37'de yer alan hükmün uygulama alanından bahsedilmekte ve TTK.'nın 55 vd. maddelerine atıf yapılmaktadır.⁴⁶⁵ Bununla beraber, haksız fiillere uygulanacak hukuku belirleyen 34. maddenin kapsamı ile ilgili olarak yapılan açıklamaların haksız rekabet fiillerine uygulanacak hukukun kapsamının belirlenmesi için de geçerli olacağı açıktır. Bu bağlamda, haksız fiillere uygulanacak hukukun haksız fiil ehliyeti, kusursuz sorumluluk ve üçüncü kişinin fiilinden sorumluluk halleri dahil olmak üzere haksız fiilde kast veya ihmal, haksız fiil sonucunda doğabilecek tazminat talepleri ve bu taleplerin kapsamı hakkında uygulanması gerektiği dile getirilmektedir.⁴⁶⁶

Buna karşın Roma II Tüzüğü'nün 15. maddesinde akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukukun kapsamını belirleyen bir hüküm yer almaktadır. Anılan hükmü haksız fiiller açısından değerlendirecek olursak, failin tespiti, haksız fiil sorumluluğunun kapsam ve şartları, sorumluluğun sınırlandırılması veya ortadan

⁴⁶³ Brière, Règlement Rome II, s. 22.

⁴⁶⁴ Vischer, s. 123.

⁴⁶⁵ Tekinalp, s. 451.

⁴⁶⁶ Tekinalp, s. 439.

kaldırılması, zarar veya tazminat hakkının varlığı ve niteliğinin tespiti, -hakimin hukukunun öngördüğü usuli sınırlar içerisinde kalmak koşuluyla- zararın önlenmesi/kesilmesi amacıyla mahkemenin alabileceği tedbirler, tazminat hakkının miras yolu da dahil olmak üzere temlik, şahsen gördükleri zararın tazmini hakkına sahip kişilerin tespiti, üçüncü kişinin fiilinden doğan sorumluluk ve sorumluluğun tabi olduğu zamanaşımı süresi (zamanaşımı süresinin durması veya kesilmesi) gibi konular uygulanacak hukukun kapsamı içindedir. Ayrıca 20. madde uyarınca, birden fazla sorumlunun varlığı durumunda, sorumluların kendi içlerinde ileri sürebilecekleri talepler ile 22. madde kapsamındaki ispat yüküne ilişkin meseleler de yetkili hukukun kapsamında çözümlenecektir.⁴⁶⁷

İsv. MÖHK.'un 142. maddesinde ise, haksız fiillerle ilgili kanunlar ihtilafı kurallarının tümü için geçerli olan ve uygulanacak hukukun kapsamını belirten bir hüküm yer almaktadır. Anılan hüküm uyarınca, “haksız fiillere uygulanacak hukuk, haksız fiil ehliyetini, haksız fiilden kim(ler)in sorumlu olacağını, haksız fiil sonucunda doğan sorumluluğun kapsam ve şartlarını düzenlemektedir.”

Bu bağlamda haksız fiil ehliyeti, ehliyete ilişkin genel kanunlar ihtilafı kurallarının (İsv. MÖHUK m. 34 vd., MÖHUK m. 9) uygulanması sonucunda değil, haksız fiile uygulanacak hukukun ehliyete ilişkin hükümleri çerçevesinde belirlenecektir. Bu hukuk aynı zamanda kimlerin sorumlu olacağını da belirleyecektir. Örneğin, haksız fiilin bir tüzel kişi tarafından gerçekleştirilmesi halinde, tüzel kişiliğin temsili ile görevli organın sorumluluğu veya failin fiilinden üçüncü bir kişinin sorumlu olup olmayacağı (ifa yardımcısının fiilinden doğan sorumluluk) gibi meseleler de uygulanacak hukuk kapsamında çözüme kavuşturulacaktır.

Diğer taraftan, yetkili hukuk haksız fiil (rekabet) sorumluluğunun doğması için gerekli şartlar ve tazminat talepleri hakkında da uygulama alanı bulacaktır.⁴⁶⁸ Bu çerçevede, bir fiilin hukuka aykırı bir biçimde haksız rekabete yol açıp açmadığı, sorumluluğun doğumu açısından failin kusurlu olmasının gerekip gerekmediği, (tüzel kişinin veya üçüncü kişilerin fiili ile ilgili olarak) sorumluluğu kısıtlayan veya ortadan kaldıran kayıtların geçerli olup olmayacağı, zarar veya zarar tehlikesinin var olup olmadığı, fiil ile zarar arasındaki illiyet bağı ve zararın niteliğine ilişkin bütün sonuçlar yetkili hukukun uygulanması sonucunda değerlendirilecektir. Tazminat

⁴⁶⁷ Léger, s. 5.

⁴⁶⁸ Audit, s. 670.

taleplerinin içeriği de yine bu hukukun uygulama alanı içindedir. Ayrıca, tazminat hakkının temlik edilip edilemeyeceği, zamanaşımı ve ispat yükü gibi meseleler de yine yetkili hukukun uygulanması sonucunda çözülecektir. Ancak tüm bu hükümlerin uygulanması ile ilgili olarak kamu düzeni müdahalesinin her zaman mümkün olabileceği de unutulmamalıdır.

Son olarak, uygulanacak hukukun kapsamına giren bir diğer konu ise haksız rekabet fiili sonucunda kimlerin hangi davaları açabileceği meselesidir.⁴⁶⁹ Örneğin, TTK. ve İsv. HRK., haksız rekabet yüzünden müşterileri, kredisi, mesleki itibarı, ticari işletmesi veya diğer iktisadi menfaatleri bakımından zarar gören veya böyle bir tehlikeye maruz bulunan kişiler ve haksız rekabet yüzünden iktisadi menfaatleri zarar gören müşterilere dava açma hakkı tanımaktadır. Bununla beraber, ticaret ve sanayi odaları, esnaf dernekleri, borsalar ve tüzüklerine göre üyelerinin iktisadi menfaatlerini korumaya yetkili bulunan diğer mesleki ve iktisadi birlikler veya bu birliklerin şubelerinin üyeleri de maddi ve manevi tazminat davası dışında kalan davaları (fiilin haksız olup olmadığının tespiti, haksız rekabetin men'i, haksız rekabetin neticesi olan maddi durumun ortadan kaldırılması ve haksız rekabet yanlış veya yanıltıcı beyanlarla yapılmışsa bu beyanların düzeltilmesi davalarını) açmaya yetkilidirler.

Haksız rekabetten doğan uyuşmazlıkları konu alan davalar çerçevesinde verilebilecek ihtiyati tedbir kararları hakkında hangi hukukun uygulanması gerektiği meselesi ise farklı görüşlerin ileri sürülmesine neden olmuştur. İsviçre doktrininde ileri sürülen bir görüşe göre, diğer tüm konularda yetkili olan hukukun ihtiyati tedbirler konusunda da uygulanması gerekmektedir.⁴⁷⁰ Bu görüş, esasa ilişkin yabancı bir ülkede görülmekte olan davada verilemeyecek bir tedbirin İsviçre mahkemeleri tarafından kabulünün bir anlam taşımayacağı veya bu tedbirlerin yabancı bir ülke açısından uygulanmasının mümkün olamayabileceği fikrine dayanmaktadır. Ancak, diğer bir görüş, ihtiyati tedbirler hakkında genel hüküm olarak kabul edilen İsv. MÖHK. m. 10 hükmünün zımnen *lex foriye* atıf yapmakta olduğunu savunmaktadır.⁴⁷¹ Anılan hüküm uyarınca, “İsviçre Mahkemeleri, bir davanın esası hakkında karar vermeye yetkili olmasa dahi, kendisine başvurulması halinde ihtiyati

⁴⁶⁹ Dutoit, Commentaire de LDIP, s. 484.

⁴⁷⁰ Danthe, s. 188.

⁴⁷¹ Bucher/Bonomi, s.49.

tedbir kararları vermeye yetkilidir.” Üçüncü bir görüş uyarınca ise, ihtiyati tedbir kararlarının kural olarak davanın esasına uygulanacak hukuka tabi olması gerekmektedir, ancak ikincil olarak, yetkili hukukun ilgili hükümlerinin makul bir süre içinde tespit edilememesi halinde ise, durumun aciliyeti sebebiyle hakimin hukuku uygulanabilecektir.⁴⁷²

Yukarıda ele aldığımız Roma II Tüzüğü’nün 15. maddesinde ise, zararın önlenmesi/kesilmesi amacıyla mahkemenin alabileceği tedbirlerin uygulanacak hukukun kapsamı dahilinde olduğu belirtilmiştir. Ancak, hakimin bu tedbir kararlarını alırken, kendi hukukunun öngördüğü usuli hükümlerin tanıdığı yetkiler ile bağlı olduğu belirtilmiştir. Sonuç olarak Roma II Tüzüğü ihtiyati tedbirlerin uygulanacak hukuka tabi olduğunu ifade etmektedir.

Türk Uluslararası Özel Hukuku’nda, ihtiyati tedbirlere uygulanacak hukuk ile ilgili MÖHUK.’da herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak, doktrinde “gecikmesinde sakınca bulunan hallerde hakimin derhal karar vermesinin gerektiği ve bu tür durumlarda yabancı hukukun içeriğinin tam ve doğru olarak tespitinin mümkün olamayacağı” düşüncesiyle, ihtiyati tedbir ve haciz kararlarının *lex foriye* tabi olmasının daha doğru olacağı ileri sürülmüştür.⁴⁷³ MÖHUK.’un 14. maddesinin 4. fıkrasında, “geçici tedbir taleplerine Türk Hukuku’nun uygulanacağı” belirtilmektedir. Bu durumda, yabancılık unsuru taşıyan boşanma ve ayrılık davalarında uygulanacak hukuk tespit edilmeden önce Türk Hukuku (Medeni Kanun m. 169) uyarınca ihtiyati tedbir kararı verilebilecektir.⁴⁷⁴ Bu düzenlemenin kıyasen diğer bağlama kuralları hakkında da uygulama alanı bulabileceği söylenebilir. Zira ihtiyati tedbir kararları ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilebilmektedir. Bu durumun, sadece boşanma ve ayrılık konusuna ilişkin uyuşmazlıklar açısından değil, diğer tüm uyuşmazlıklar açısından geçerli olacağı açıktır. Kanımızca asıl sorun, söz konusu kararın uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk tarafından kabul edilip edilmemesi değildir; asıl sorun alınan tedbir kararının uygulanması aşamasında doğabilecektir. Ancak, zaten ihtiyati tedbir kararları nerede uygulanmak isteniyorsa, o ülkenin yargı organlarına başvurmanın daha doğru olacağı

⁴⁷² Imhoff-Scheier, s. 88.

⁴⁷³ Nomer/Şanlı, s. 194, dipnot 228; Tekinalp, s. 256; Çelikel/Erdem, s. 242.

⁴⁷⁴ Ziya Akıncı/Cemile Demir Gökyayla, Milletlerarası Aile Hukuku, Vedat Kitapçılık İstanbul 2010, s. 41.

düşüncesi karşısında bu sakınca da bertaraf edilmiş olmaktadır.⁴⁷⁵ Örneğin, haksız rekabet failinin Türkiye’de mallarının olması varsayımında, gecikmesinde sakınca olan hallerde Türk hakimine başvurulması mümkün olabilecektir. Bu durumda, davanın esasına yabancı bir ülke hukuku uygulanacak olsa ve Türk Hukukunun öngördüğü tedbirler bu hukukda yer almasa dahi, ihtiyati tedbir kararının Türk Hukukuna göre alınmasının ve kararın Türkiye’de uygulanmasının, esasa ilişkin davada uygulanan hukuk bakımından herhangi bir sakınca yaratmayacağı düşüncesindeyiz.

⁴⁷⁵ 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun (HUMK.-R.G. 02-04.07.1927) ihtiyati tedbirler açısından yetkili mahkemeyi belirleyen 104. maddesi uyarınca, “ *dava açılmadan önce ihtiyati tedbir isteniyorsa, tedbir en az masrafla ve en çabuk nerede yerine getirilebilecekse o yer mahkemesi yetkili olacaktır. Davaya açılırken veya açıldıktan sonra her türlü ihtiyati tedbir ancak davaya bakan mahkemeden istenebilir.*” Aynı konuda 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (HMK.-R.G. 04.02.2011) 390. maddesi uyarınca “*İhtiyati tedbir, dava açılmadan önce, esas hakkında görevli ve yetkili olan mahkemeden; dava açıldıktan sonra ise ancak asıl davanın görüldüğü mahkemeden talep edilir.*” Ayrıca İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (RS 272: Code de procédure civile du 19 décembre 2008, entrée en vigueur: 1^{er} janvier 2011) 13. maddesi uyarınca “*a) Davaya esastan bakmaya yetkili olan ve b) ihtiyati tedbirin icra edileceği yer mahkemeleri ihtiyati tedbir kararı verebilirler.*” Her ne kadar, ihtiyati tedbirler açısından yetkili mahkemeyi düzenliyor olsalar da, söz konusu hükümler aslında ihtiyati tedbir kararının, tedbirin uygulanacağı yerde alınmasını öngören hükümlerdir. Zira ihtiyati tedbir kararlarının uygulanması için öngörülen süreler çok kısadır (örneğin HMK: m. 393 uyarınca, “İhtiyati tedbir kararının uygulanması, verildiği tarihten itibaren bir hafta içinde talep edilmek zorundadır. Aksi hâlde, kanuni süre içinde dava açılmış olsa dahi, tedbir kararı kendiliğinden kalkar). İhtiyati tedbirin ağırlıklı yönünü oluşturan icrai niteliği de göz önüne alındığında, tedbir kararının tedbirin icrası istenen yerde alınmasının ve tedbir kararını veren hakimın kendi hukukunu uygulamasının daha doğru olacağı kanaatindeyiz.

ÜÇÜNCÜ KISIM
HAKSIZ REKABETTEN DOĞAN
UYUŞMAZLIKLARDA TÜRK
MAHKEMELERİNİN YETKİSİ

§3. HAKSIZ REKABETTEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARDA TÜRK MAHKEMELERİNİN YETKİSİ

Çalışmamızın birinci kısmında haksız rekabet kavramı ve haksız rekabet ile ilgili bazı iç hukuk düzenlemelerini, ikinci kısmında ise haksız rekabetten doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuka ilişkin sorunları ele almıştık. Çalışmamızın üçüncü ve son kısmında, haksız rekabetten doğan uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin yetkisine ilişkin düzenlemeleri inceleyeceğiz.

Türk mahkemelerinin uluslararası uyuşmazlıklara ilişkin yetkisini incelerken iç hukukta düzenlenen yetki kurallarının yanında, yine ilk iki kısımda olduğu gibi, Topluluk Hukuku'nda ve İsviçre Hukuku'nda geçerli olan yetki düzenlemelerinden de yararlanacağız. Bu çerçevede öncelikle genel olarak Türk Uluslararası Özel Hukuku'nda benimsenen yetki sisteminden, daha sonra haksız rekabetten doğan uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin yetkili olabilmesi için başvurulabilecek kriterlerden ve son olarak da, yetkili hukukun tespiti açısından arz ettiği önem nedeniyle ayrı bir başlık altında incelediğimiz medya veya internet yoluyla gerçekleştirilen haksız rekabet fiillerinde yetki tesisine ilişkin değerlendirmelerden bahsedeceğiz.

Çalışmamızın bu kısmında Türk mahkemelerinin uluslararası yetkisine ilişkin açıklamalara yer vereceğimizi ifade etmiştik. Ancak, uluslararası haksız rekabet hallerinden doğan uyuşmazlıkların yetkili Türk mahkemeleri nezdinde çözümüne ilişkin açıklamalardan önce, söz konusu uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünün mümkün olup olmayacağı konusuna da kısaca değinmek gerektiği düşüncesindeyiz.

Türk Hukukunda yabancılık unsuru içermeyen (iç) tahkime ilişkin düzenlemeler HUMK.'da, yabancılık unsuru içeren milletlerarası tahkime ilişkin düzenlemeler ise Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda (MTK.) yer almaktadır.⁴⁷⁶ Gerek HUMK.'un 518. maddesinde, gerekse MTK.'nın 1. maddesinde hangi

⁴⁷⁶ **Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz**, Medeni Usul Hukuku, Değiştirilmiş 21. Baskı, Yetkin Yayınları Ankara 2010, s. 847. Bir uyuşmazlığın MTK.'ya (R.G. 05.07.2001) tabi olabilmesi için MTK. m.2'de düzenlenen yabancılık unsurunu taşımasının gerekli olmadığına ilişkin olarak bkz. **Ziya Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, 2. Baskı, Seçkin Yayınları Ankara 2007, s. 58-59.

uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğu belirtilmektedir. Buna göre, “iki tarafın iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıklarda tahkim uygulanmaz.” Tarafların dava konusu üzerinde kabul veya sulh yolu ile serbestçe tasarruf edebilecekleri hallerde tahkime başvurabilecekleri ifade edilmektedir.⁴⁷⁷ Bununla beraber, tahkimin konusunun kamu düzenine ilişkin olmaması gerektiği de belirtilmektedir.⁴⁷⁸ Son olarak, örneğin iş ilişkisinde olduğu gibi bazı hukuki ilişkilerde, zayıf tarafın korunması amacıyla, tahkim yoluna ancak bazı sınırlamalar dahilinde başvurulabileceği dile getirilmektedir.⁴⁷⁹

Doktrinde, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri hakların tespitinde malvarlığından veya borç ilişkisinden doğan uyuşmazlıkların esas alınmakta olduğu görülmektedir; bu nedenle özel hukuk alanında aile ve kişi hallerine ilişkin talepler hariç olmak üzere malvarlığına ilişkin uyuşmazlıklar açısından herhangi bir tahkim engelinin bulunmadığı dile getirilmektedir.⁴⁸⁰ İsviçre doktrininde de haksız fiillerden ve dolayısıyla haksız rekabetten doğan uyuşmazlıkların tahkim dışı bırakılması için hiçbir sebebin olmadığı ifade edilmektedir.⁴⁸¹ Bu görüşler ışığında, haksız rekabetten doğan ve özellikle tazminat taleplerine ilişkin uyuşmazlıkların da, tarafların tacir oldukları ihtimalde, tahkim yoluyla çözülebileceği sonucuna varılmaktadır. Bir tarafın tüketici olduğu durumlarda ise, zayıf taraf olan tüketicinin korunması amacıyla tahkim yoluna başvurulamayacağı kabulü gerekir.

⁴⁷⁷ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 851; **Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özkes**, Medeni Usul Hukuku, 9. Baskı, Yetkin Yayınları Ankara 2010, s. 698.

⁴⁷⁸ **Pekcanitez/Atalay/Özkes**, s. 698. Tahkime elverişlilik konusunda sadece tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri hakların esas alınması gerektiği, kamu düzeni kıstasının ikinci bir sınırlama olarak kabul edilemeyeceği yönünde bkz. **Burak Huysal**, Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, Vedat Kitapçılık İstanbul 2010, s. 202.

⁴⁷⁹ **Akıncı**, s. 75-77. Genel olarak, iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda, tahkim şartının güçlü taraf olan işverence dayatılarak işçi haklarının ihlal edilebileceği belirtilmektedir. Bu nedenle özellikle işçiye karşı açılan davalarda tahkim yoluna gidilemeyeceği kabul edilmektedir. Ancak, işçinin uyuşmazlığı tahkim yoluyla çözmek konusundaki iradesi ve bu yönde tahkime başvurması halinde tahkim yargılaması devam edecektir. Diğer taraftan 4857 sayılı İş Kanunu’nun 20. maddesi uyarınca, “İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilir. Taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür.” Görüldüğü üzere bu hüküm, iş sözleşmesinin fesih sebebi ve dolayısıyla da geçersizliği ile ilgili olarak taraflara uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümü konusunda imkan tanımaktadır. Bu hüküm, iş sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda tahkim yoluna gidilemeyeceği yönündeki görüşleri zayıflatmaktadır.

⁴⁸⁰ **Huysal**, s. 200-201. İsviçre hukukunda da, çok sık rastlanmasa da, haksız fiillerden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünün mümkün olduğu ifade edilmektedir (**Imhoff-Scheier**, s. 37).

⁴⁸¹ **Danthe**, s. 205.

I. GENEL OLARAK

5718 sayılı MÖHUK.'un 1. maddesi uyarınca, yabancılık unsuru taşıyan özel hukuk ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuka ve Türk mahkemelerinin yetkisine ilişkin sorunlar MÖHUK.'daki düzenlemeler ışığında çözümlenecektir. Bu nedenle, uluslararası haksız rekabet uyuşmazlıklarında Türk mahkemelerinin yetkisi MÖHUK.'un 40 ilâ 47. maddeleri arasında yer alan kurallara dayalı olarak tesis edilebilecektir.

MÖHUK.'un 40. maddesine göre, *“Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları tayin eder.”* Bu genel kuralın yanında, Türklerin kişi hallerine ilişkin davalarda, yabancıların kişi hallerine ilişkin bazı davalarda, miras davalarında ve iş, tüketici ve sigorta sözleşmelerine ilişkin davalarda başvurulabilecek ayrı hükümlere (m. 41-46) yer verilmiştir. Ayrıca, MÖHUK.'un 47. maddesinde, yabancılık unsuru taşıyan bir borç ilişkisinden doğan uyuşmazlıklarda, taraflarının yabancı bir mahkemeyi yetkilendirebilmelerine olanak sağlayan yetki anlaşmalarına ilişkin hükümler yer almaktadır.

MÖHUK.'a göre, uluslararası nitelikteki uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin yetkili olup olmadığının tespitinde başvurulacak temel kurallar iç hukukta yer alan kurallardır. Yani bu kurallara göre yer itibariyle yetkili bir mahkemenin varlığı Türk mahkemesinin uluslararası yetkisinin doğumu için yeterlidir; bu anlamda, kanun koyucu iç hukukun yetki kurallarını yabancılık unsuru taşıyan meseleleri de kapsayacak şekilde “çifte görevli kaideler” olarak nitelendirmiştir.⁴⁸²

Türk Hukukunda yer itibariyle yetki kuralları 1086 sayılı HUMK.'da düzenlenmekle beraber, 4722 sayılı Türk Medeni Kanunu, 4857 sayılı İş Kanunu, çalışmamızın birinci kısmında yer verdiğimiz TTK. gibi diğer bazı kanunlarda ve uluslararası anlaşmalarda da yetki tesisine ilişkin düzenlemelere rastlamak mümkündür.⁴⁸³ Kanun koyucunun, iç hukukta yer alan yetki kurallarının yanında,

⁴⁸² Ergin Nomer, Milletlerarası Usul Hukuku, Beta Yayınları 2009, s. 79.

⁴⁸³ HMK.'nin 5. maddesi uyarınca, *“Mahkemelerin yetkisi, diğer kanunlarda yer alan yetkiye ilişkin hükümler saklı kalmak üzere, bu Kanundaki hükümlere tabidir.”* Uluslararası anlaşmalarda düzenlenen yetki kurallarına örnek olarak, Uluslararası Hava Taşımalarına İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkında Anlaşma'nın 28. maddesi (RG. 03.12.1977 s.16128), Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Anlaşma'nın 1. maddesi (RG. 02.02.1983

yukarıda yer verdiğimiz “tamamlayıcı” nitelikteki kuralları koyarak, iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarının yetersiz kaldığı durumlarda ortaya çıkabilecek meseleleri çözmeyi amaçladığı ve bu şekilde karma nitelikli bir uluslararası yetki sisteminin kabul edildiği dile getirilmektedir.⁴⁸⁴

İsviçre Hukukunda ise, İsviçre mahkemelerinin uluslararası yetkisini tayin eden kuralların tümü İsv. MÖHK.'unda yer almaktadır ve bu kurallar Kantonal ve Federal Usul Hukuku kurallarının doğrudan veya yorum ile uygulanmasını bertaraf etmektedir.⁴⁸⁵ Bu nedenle İsviçre’de Türk Hukukundan farklı olarak bağımsız milletlerarası yetki sisteminin benimsendiğini belirtmek gerekir.⁴⁸⁶ İsv. MÖHK.’da benimsenen sistem uyarınca tüm uluslararası uyuşmazlıklarda uygulama alanı bulacak ortak yetki kuralları 2 ilâ 9. maddede düzenlenmektedir. Bununla beraber her hukuki uyuşmazlık için uygulanacak hukuka ilişkin düzenlemelerin yanında özel yetki kuralları da kabul edilmiştir. Örneğin haksız fiillere ilişkin özel yetki kuralları 129 ilâ 131. maddelerde düzenlenmektedir. Haksız fiillere ilişkin genel yetki kuralı 129. maddede yer almaktadır; 130. maddede ise nükleer zararlara ilişkin özel bir hüküm bulunmaktadır. İsv. MÖHK.’un 131. maddesi tüm haksız fiil hallerini kapsayacak şekilde sigortacıya doğrudan dava açılabilmesini sağlayan özel bir yetki kuralına yer vermektedir.

İsviçre, AB.’ye üye olmayan bir ülke olarak, 16.09.1988 tarihli Lugano Konvansiyonu’na -01.01.1992 tarihinden itibaren yürürlükte olmak üzere- taraftır. Bu nedenle, Lugano Konvansiyonu’na üye 16 devlet (Almanya, Avusturya, Belçika, Danimarka, İspanya, Finlanda, Fransa, Yunanistan, İrlanda, İtalya, Lüksemburg, Hollanda, Portekiz, Birleşik Krallık, İsveç, Polonya) ile İsviçre arasındaki

s.17966), Uluslararası Demiryolu Taşımalarına İlişkin Andlaşma (Ek A)’nın 52. Maddesi (RG. 01.06.1985 s.18771) gösterilebilir (Nuray Ekşi, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, 2. Bası, Beta Yayınları İstanbul 2000, s. 18, dipnot 70).

⁴⁸⁴ Çelikel/Erdem, s. 487; Ekşi, s. 44. Gerçekten de bir taraftan iç hukuktaki yetki kurallarına atıf yapılması, diğer taraftan MÖHUK.’da bazı yetki kurallarına yer verilmesi nedeniyle Türk Uluslararası Usul Hukukunda karma bir yetki sistemi kabul edilmektedir. MÖHUK.’da düzenlenen yetki kurallarına bakıldığında kanun koyucunun, iç hukuktaki yetki kurallarının Türk mahkemesinin yetkisini tesis etmekte yetersiz kaldığı durumlarda, bazı meselelerde mutlaka bir Türk mahkemesinin karar vermesi menfaatini gözettiği görülmektedir (m.41 ve 42). Bunun yanında uluslararası kamu düzeni çerçevesinde zayıf tarafın korunması ilkesinin göz önüne alındığı (m. 44-46) söylenebilir. MÖHUK.’un 47. maddesinde ise, HUMK.’da düzenlenmeyen bir durum yer almaktadır.

⁴⁸⁵ Bucher, Les actes illicites, s. 108; Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard, s. 337; Imhoff-Scheier/Patocchi, s. 28. İsv. MÖHK.’da yer alan ve uluslararası bir uyuşmazlığın varlığı halinde uygulama alanı bulacak olan tek bir yetki kuralı aynı zamanda kantonlar içi ve kantonlararası yetkinin tesisi için de kullanılacaktır.

⁴⁸⁶ “Milletlerarası yetkinin taraflar arasında uygulanacak maddi hukuktan usul hukukuna kadar her konuda etkili olması onun ülke içi yetkiden ayrı ve kendine ait özellikleri olan bir müessese haline gelmesine sebep olmuştur.” Bkz. Ekşi, s. 42

uyuşmazlıklar açısından Lugano Konvansiyonu uygulama alanı bulacaktır.⁴⁸⁷ Bu nedenle, aşağıda İsviçre mahkemelerinin yetkisi ile ilgili incelenen düzenlemeler (İsv. MÖHK. m. 2-9 ve m. 129) çerçevesinde başvurulacak yetki kriterlerinin Lugano Konvansiyonu'na taraf ülke mahkemelerini işaret etmesi halinde, İsviçre mahkemelerinin yetkisi anılan Konvansiyon çerçevesinde belirlenecektir.

AB. üyesi ülkeler arasında mahkemelerin yetkisi ve mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi ile ilgili kurallar Brüksel ve Lugano Konvansiyonları ile düzenlenmektedir. AB. Kurucu (Roma) Sözleşmesi ile, üye devletler, diğer üye devletlerde verilen kararların tanınması ve tenfizinin kolaylaştırılması yükümlülüğü altına girmişlerdir.⁴⁸⁸ Bu amaçla önce 1968 yılında Brüksel, daha sonra ise 1988 yılında Lugano Konvansiyonları kabul edilmiştir. Çalışmamızın ikinci kısmında belirttiğimiz üzere, uluslararası uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuku belirleyen kanunlar ihtilafı kurallarının yeknesaklaştırılması ile ilgili olarak yürütülen çalışmalar neticesinde 19.06.1980 tarihli Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma Konvansiyonu kabul edilmiş, daha sonra Konvansiyon Roma I Tüzüğü haline getirilmiştir. Aynı çalışmalar uluslararası usul hukuku çerçevesinde de yürütülerek Brüksel ve Lugano Konvansiyonlarının yerini almak ve her iki Konvansiyon kapsamında düzenlenen konuları güncelleştirerek daha ayrıntılı bir biçimde düzenlemek üzere 22.12.2000 tarihinde 44/2001 sayılı Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Tüzük ("Brüksel I Tüzüğü") kabul edilmiştir.⁴⁸⁹

Brüksel I Tüzüğü'nün 2 ilâ 32. maddelerinde, Danimarka dışında AB üyesi ülkelerde geçerli olacak yer itibariyle yetki kurallarına, 32 ilâ 53. maddelerinde ise üye devlet mahkemelerinde verilen kararların tanınması ve tenfizi ile ilgili

⁴⁸⁷ Davalının yerleşim yerinin Lugano Konvansiyonu'na taraf ülkelerden birinde bulunması halinde veya -Konvansiyon'un 16. maddesi uyarınca- dava konusunun Konvansiyon'a taraf ülke mahkemelerinden birinin kesin yetkisine girmesi halinde veya tarafların -Konvansiyon'un 17. maddesi uyarınca- Konvansiyon'a taraf devlet mahkemelerinden birini yetkili kılmaları halinde Lugano Konvansiyonu uygulama alanı bulacaktır (**Bernard Dutoit**, Guide pratique de la compétence des tribunaux et de l'exécution des jugements en Europe, Les Conventions de Bruxelles et de Lugano, le Règlement "Bruxelles I", Collections Fiches, Fiches juridiques Suisses Genève 2007 (*Kısaltma: Dutoit, Règlement Bruxelles I*), s. 4; **Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard**, s. 339).

⁴⁸⁸ **Lookofsky/Hertz**, s. 41.

⁴⁸⁹ Règlement (CE) n°44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001R0044:FR:HTML>. Tüzüğün 68. maddesinde açıkça "Tüzüğün Brüksel Konvansiyonu'nun yerine geçeceği" belirtilmektedir (**Dan Jerker B. Svantesson**, Private International Law and the Internet, Kluwer Law International 2007, s. 210).

düzenlemelere yer verilmiştir. Tüzüğün uygulama alanı 1. maddede açıklanmıştır. Buna göre, Tüzük hukuki ve ticari meselelere ilişkin olarak uygulama alanı bulacaktır. Roma II Tüzüğü'nde olduğu gibi Brüksel Tüzüğü de vergi ve gümrük mevzuatından doğan uyuşmazlıklar ve idari davalar açısından uygulama alanı bulamayacaktır. Bu nedenle Roma II Tüzüğü'nün uygulama alanı ile ilgili olarak yaptığımız açıklamalar burada da geçerliliğini korumaktadır. Tüzüğün 1. maddesinin 2. fıkrasında, (a) gerçek kişilerin hal ve ehliyeti, eşler arası mal rejimleri, vasiyetname ve miras ile ilgili; (b) iflas, konkordato ve benzer durumlar ile ilgili; (c) sosyal güvenlik ve; (d) tahkim ile ilgili uyuşmazlıkların Tüzüğün kapsamı dışında bırakıldığı belirtilmiştir.⁴⁹⁰

Diğer taraftan, Brüksel I Tüzüğü esas olarak yerleşim yeri üye devletlerde bulunan kişileri kapsamaktadır. Ancak, uyuşmazlık konusunun, davanın üye devletlerden birinin mahkemelerinde görülmesini zorunlu kılan kesin yetki kurallarının (m. 22) uygulama alanına girmesi veya tarafların davanın üye devlet mahkemelerinden birinde (veya birkaçında) görülmesi konusunda anlaşmaları (m.23) halinde, yine Tüzüğün ilgili maddelerinin uygulanması gerekecektir.⁴⁹¹ Tüzüğün 4. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, yerleşim yeri üye devletlerden birinde bulunmayan kişiler ile ilgili olarak, davalının yerleşim yerine bakılmaksızın belirlenen kesin yetki kuralları ve yetki sözleşmelerini düzenleyen Tüzüğün 22 ve 23. maddeleri saklı kalmak kaydıyla, her devletin iç hukuk (uluslararası yetki ve tanıma/tenfiz) düzenlemeleri geçerli olacaktır.⁴⁹²

Çalışmamızın bu bölümünde, uluslararası yetkili mahkemelerin tespitinde uygulanacak hükümlerin düzenlendiği kanun ve sistemler hakkında genel olarak verilen bu bilgilerden sonra, haksız rekabet uyuşmazlıkları açısından Türk

⁴⁹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Ulrich Magnus/Peter Mankowski (Editors)**, Brussels I Regulation, European Commentaries on Private International Law, Sellier European Law Publishers 2007, s. 46 vd.

⁴⁹¹ Bu üç ihtimalde (davalının yerleşim yerinin üye devletlerden birinde olması veya dava konusunun üye devletlerden birinin kesin yetkisine girmesi veya tarafların anlaşmaları), dava ile yetkili mahkeme arasında yeterli bağlantının kurulduğu belirtilmektedir (**Georges A. L. Droz/Hélène Gaudemet-Tallon**, La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 Septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, Revue critique de droit international privé 90(4) octobre-décembre 2001, s. 608).

⁴⁹² Mamafih, İtalya gibi bazı devletlerin kendi iç hukuklarındaki hükümleri de Brüksel I Tüzüğü'nde yer alan hükümler ile uyumlu hale getirmeleri nedeniyle, Brüksel I Tüzüğü hükümleri dolaylı olarak yerleşim yeri üye devletlerde bulunmayan kişiler için de uygulanabilir hale gelmektedir (**Svantesson**, s. 210).

mahkemelerinin yetkisi ile ilgili hükümlerin açıklanmasına geçeceğiz. Haksız rekabet fiillerden doğan sorumluluğun hukuki temelinde haksız fiil sorumluluğunun yer aldığını daha önce de belirtmiştik. Bu nedenle aşağıda genel yetki kuralının yanında haksız fiiller için özel olarak düzenlenmiş olan özel yetki kuralını (HUMK. m. 21 ve Yeni HMK. m.16) inceleyeceğiz. Ancak bu kuralların yanında, haksız rekabet ilişkisinin özel hukuka ilişkin bir borç ilişkisi olması nedeniyle yetki sözleşmesi ile ilgili açıklamalara da yer verilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Türk Hukukunda düzenlenen yetki kuralları ile ilgili yapacağımız açıklamalarda, yeri geldikçe İsv. MÖHK.'da ve Brüksel I Tüzüğü'nde yer alan hükümlere de değineceğiz.

II. TÜRK MAHKEMELERİNİN YETKİSİNDE BAŞVURULABİLECEK KRİTERLER

MÖHUK.'un 40. maddesi uyarınca, Türk mahkemelerinin uluslararası yetkisinin iç hukukta düzenlenen yer itibariyle yetki kuralları çerçevesinde belirleneceğini ve bu kuralların esas olarak HUMK.'da düzenlendiğini ifade etmiştik. HUMK.'un 9 ilâ 23. maddeleri arasında Türk mahkemelerinin yer itibariyle yetkisini düzenleyen kurallara yer verilmiştir. Buna göre HUMK.'un 9. maddesinde genel yetkili mahkeme belirtilmekte, devamındaki hükümlerde ise özel yetkili mahkemeler düzenlenmektedir. Aşağıda, öncelikle haksız fiillerden ve dolayısıyla da haksız rekabet fiillerinden doğacak uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin yetkisini belirleyen özel yetki kuralını ele alacağız. Haksız fiillere ilişkin yetki kuralının Türk mahkemelerinin uluslararası yetkisi açısından münhasır yetki tesis etmemesi sebebiyle, Türk mahkemelerinin yetkisi diğer genel ve özel yetki kurallarına göre tesis edebilecektir. Bu nedenle, haksız fiillere özgü yetki kuralından sonra Türk mahkemelerinin yetkisinin tesisinde geçerli olan genel yetki kuralına ve yetki sözleşmelerini de kapsayan diğer özel yetki kurallarına ilişkin açıklamalara yer vereceğiz.

A. Haksız Fiillere İlişkin Özel Yetki Kuralı

HUMK.'un 21. maddesinde, haksız fiillere ilişkin özel bir yetki kuralı kabul edilmiştir. Bu hüküm, HUMK.'un 9. maddesine göre belirlenecek genel yetkili

mahkemenin yetkisini ortadan kaldırmamaktadır. Davacı isterse genel yetkili mahkemede isterse aşağıda belirleyeceğimiz özel yetkili mahkemede dava açabilecektir.⁴⁹³ HUMK.'a ve Brüksel I Tüzüğü'ne paralel hükümler içeren HMK.'nın haksız fiillere özgü yetki kuralı açısından farklı düzenlemelere yer verdiği görülmektedir. Bu bağlamda, haksız fiillerden doğan davalarda kabul edilen yetki kriterleri aşağıda ayrı başlıklar altında incelenecektir.

1. Haksız Fiilin Türkiye'de veya Türkiye'nin de Aralarında Bulunduğu Birden Çok Ülkede İşlenmesi

HUMK.'un haksız fiillere özgü yetki kuralını düzenleyen 21. maddesinde *“haksız bir fiilden mütevellit dava o fiilin vuku bulduğu mahal mahkemesinde ikame olunabilir”* denilmektedir. Bu çerçevede, “haksız fiilin vuku bulduğu yer” kavramının açıklanması gereklidir. Bir görüşe göre, bu kavram, “haksız fiilin işlendiği veya haksız fiilin tamamlandığı yer”i ifade etmektedir.⁴⁹⁴ Bu çerçevede, örneğin, haksız fiilin televizyon yayını yoluyla işlenmesi halinde, fiilin tamamlandığı yer olarak yayının ulaştığı her yerde -ve dolayısıyla yayının Türkiye'ye ulaşması halinde Türkiye'de- dava açılabilirliği belirtilmektedir. Kanımızca, bu gibi durumlarda, zarar çoğu zaman yayının ulaştığı yerde doğmaktadır. Zira örneğin haksız rekabet yaratan bir reklam ancak o piyasada faaliyet göstermekte olan bir işletmeye yönelik olabilecektir. O piyasada satılmakta olmayan bir ürün hakkında kötuleyici beyanlarda bulunmak veya karşılaştırma yapmak failin amaçladığı ticari etkiyi doğurmaz. Dolayısıyla, bu durumda zaten, zarar yeri aynı zamanda fiilin tamamlandığı yer olacaktır.⁴⁹⁵

Haksız fiilin birden çok ülkede işlenmesi halinde, hem fiilin işlenmeye başladığı ülke mahkemeleri, hem de tamamlandığı ülke mahkemeleri milletlerarası

⁴⁹³ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 159; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 123.

⁴⁹⁴ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 125.

⁴⁹⁵ Diğer bir görüşe göre ise, *“milletlerarası yetkinin doğumunda haksız fiil sebebiyle meydana gelen “zarar”, borçlar hukukunda haksız fiil sorumluluğunun doğumunda gerekli bir unsur olmakla beraber haksız fiilin bir unsuru olmadığından, -haksız fiile uygulanacak hukuktaki düzenlemeden farklı olarak- mahkemenin milletlerarası yetkisini tesis edici bir etkiye sahip değildir. Bu bakımdan haksız fiil bir zarara sebebiyet vererek gerçekleşmiş olsa da, sadece “fiilin işlendiği veya fiilin tamamlandığı (sonuçlandığı) yer”, haksız fiilin vuku bulduğu mahal olarak milletlerarası yetkili mahkemenin belirlenmesini temin eder. Haksız fiilin meydana geldiği veya tamamlandığı (sonuçlandığı) yargı alanının dışında meydana gelmiş olan bir zarar, tek başına milletlerarası yetkiyi tesis edemez.”* Bkz. Nomer s. 94.

yetkiye sahip olur.⁴⁹⁶ Burada dikkat edilmesi gereken nokta, fiilin birden çok ülkede zarara neden olmasından bahsedilmemesidir. Zira bir fiil, bir ülkede işlenmeye başlayıp diğer bir ülkede sona erebilir ancak söz konusu fiilin sonuçları başka bir ülkede doğabilir. Örneğin, bir geminin Libya karasularında denize boşaltmaya başladığı ve Yunan karasularında boşaltmayı tamamladığı zehirli atıkların, akıntı yoluyla Türkiye sahillerinde bulunan bir balık çiftliğindeki bütün balıkların telef olmasına yol açması halinde, zarar fiilin tamamlandığı yerden farklı bir yerde doğmaktadır. Yukarıdaki görüş uyarınca, HUMK.'un 21. maddesi çerçevesinde Türk mahkemelerinin yetkili olmadığı sonucuna varmamız gerekecektir. Zira haksız fiil birden çok ülkede gerçekleşmekte ve fakat zarar bu ülkelerden farklı bir ülkede doğmaktadır. Bu nedenle kanımızca, milletlerarası yetkinin -zararın meydana geldiği ülke dikkate alınmayarak-, sadece fiilin gerçekleşmeye başladığı ve tamamlandığı ülke ile bağlantılı olacağını savunmak pek de mümkün görülmemektedir. Zararın genellikle haksız fiilin tamamlandığı ülkede doğacağını kabul etmekle beraber, bu gibi mesafeli (fiilin tamamlandığı yer ile zararın gerçekleştiği yerin farklı olması) haksız fiillerde, uluslararası yetkinin zarara bağlı olarak da doğabileceği düşüncesindeyiz.⁴⁹⁷

2. Zararın Türkiye’de Meydana Gelmesi veya Gelebilecek Olması

HUMK.'un 21. maddesinde yer alan ve haksız fiillerden doğan uyuşmazlıklarda yetkili mahkemeyi belirleyen kuralda yalnızca “fiilin vuku bulunduğu yer” mahkemeleri yetkilendirilirken, 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girecek olan HMK.'nın 16. maddesinde “*Haksız fiilden doğan davalarda, haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer ya da zarar görenin yerleşim yeri mahkemesinin de yetkili olacağı*” ifade edilmiştir.⁴⁹⁸ Bu

⁴⁹⁶ Nomer, s. 94.

⁴⁹⁷ Aksi görüşte bkz. Nomer, s. 94. “Genellikle zarar haksız fiilin tamamlandığı ülkede meydana gelir. Bu durumda, haksız fiil yeri ile zararın meydana geldiği yer aynı olur. Ancak, milletlerarası yetki, zarara bağlı olarak değil, fakat haksız fiilin tamamlandığı yere bağlı olarak doğmuştur.”

⁴⁹⁸ HMK.'nın bu düzenlemesi İsv. MÖHK.'da yer alan haksız fiillere ilişkin yetki kuralı ile benzer sonuçlara yol açmaktadır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, İsv. MÖHK.'un 129 ilâ 131. maddelerinde haksız fiillere özgü özel yetki kuralları düzenlenmiştir. İsv. MÖHK.'un 129. maddesinin 1. fıkrasına göre, davalının yerleşim yeri, yerleşim yerinin İsviçre’de bulunmaması halinde ise, mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemeleri yetkilidir (Buchner, Les actes illicites, s. 107). Aslında burada İsviçre kanun koyucusunun genel yetki kuralını (İsv. MÖHK. m. 2) haksız fiiller açısından özel olarak -bir kere daha- belirtmek ihtiyacı duyduğu görülmektedir. Haksız fiiller için özel olarak düzenlenen asil yetki kuralı hükmün 2. cümlesinde yer almaktadır. Buna göre, fiilin işlendiği veya sonuçlarının

nedenle aşağıda zararın tamamının veya bir bölümünün Türkiye’de meydana gelmesi veya zarar tehlikesinin Türkiye’de oluşması halinde yetkili mahkemenin belirlenmesinde başvurulabilecek kurallar ile ilgili açıklamalarda bulunacağız.

a. Zararın Tamamının Türkiye’de Meydana Gelmesi

Yukarıda haksız fiilin işlendiği veya tamamlandığı yerin Türkiye’de olması halinde Türk mahkemelerinin yetkili olacağına dair görüşlere yer verdik. Bununla beraber, fiilin işlendiği yer ile ilgili verilen örnekten yola çıkarak, zararın meydana geldiği yer mahkemelerinin de yetkili olabileceğine dair görüşümüzü dile getirdik. Zira, bir görüşe göre, fiilin işlendiği yer, zararın meydana geldiği yeri kapsayacak şekilde yorumlanmaktadır.⁴⁹⁹ Doktrinde, haksız fiilin işlendiği yerin fiilin esaslı unsurlarını içerecek şekilde yorumlandığı, “fiil” ve “zarar” unsurlarının haksız fiilin asli unsurları olmasından hareketle, bunlardan birinin meydana geldiği yerde dava açılacağı ifade edilmektedir.⁵⁰⁰

Nitekim, Yargıtay tarafından da kabul edilen diğer bir yoruma göre, haksız fiilin vuku bulduğu yer “haksız fiilin işlendiği veya tamamlandığı veya haksız fiilin sonucunun meydana geldiği yer”dir.⁵⁰¹ Buna göre, haksız fiilin işlendiği (veya

doğduğu yer mahkemelerinde de dava açılabilir. İsviçre’de bulunan işyerinin (şube, acente veya herhangi bir işyeri) faaliyetleri ile ilgili davalar, söz konusu işyerinin bulunduğu yerde de açılabilir. Ancak önemli olan nokta, ancak failin yerleşim yerinin veya mutad meskeninin İsviçre’de bulunmaması halinde fiilin işlendiği veya sonuçlarının (zararın) doğduğu yer mahkemelerinde dava açılacağıdır. Bu bakımdan hükmün 2. cümlesinde yer alan yetki kuralı kademeli olarak başvurulabilecek bir yetki kuralıdır (**Bucher**, Les actes illicites, s. 108; **Imhoff-Scheier**, s. 29). Zararın birden fazla ülkede gerçekleşmesi halinde, zararın bir bölümünün İsviçre’de gerçekleşmesi İsviçre mahkemelerinin uluslararası yetkisinin doğması için yeterlidir. Bu noktada yukarıda bahsettiğimiz üzere, İsviçre’nin Lugano Konvansiyonu’na taraf olduğunu ve uyuşmazlığın Lugano Konvansiyonu’na taraf ülkelerden biri ile ilgili olması halinde Konvansiyon’un uygulama alanı bulacağını hatırlatmak isteriz. Örneğin, yerleşim yeri İsviçre’de bulunan davalının haksız fiil sorumluluğuna ilişkin davalar, haksız fiilin işlendiği ya da zararın gerçekleştiği yerin Almanya’da bulunması halinde Almanya’da da açılabilir. Aslında gerek genel yetki kuralı, gerekse haksız fiillere ilişkin özel yetki kuralı hem İsv. MÖHK.’da hem de Lugano Konvansiyonu’nda benzer şekilde düzenlenmiştir. Ancak mesela, aşağıda açıklanacağı üzere, haksız fiillere özgü yetki kuralının düzenlendiği İsv. MÖHK. m. 129’da, öncelikle davalının yerleşim yerinin, yoksa mutad meskeninin bulunduğu, bu da yoksa (yani kademeli olarak) fiilin işlendiği veya zararın gerçekleştiği yerde dava açılacağı belirtilmektedir. Lugano Konvansiyonu ise mutad meskenden bahsetmemektedir. Bu nedenle yetkili mahkemenin tespiti ancak davalının yerleşim yerine göre yapılabilir.

⁴⁹⁹ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 166; **Ekşi**, s. 104.

⁵⁰⁰ **Ekşi**, s. 104.

⁵⁰¹ Yargıtay bunu “zararın tecelli ettiği ve bu suretle haksız fiilin tamam olduğu yer” şeklinde anlamaktadır. **Baki Kuru**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, 6. Baskı, Demir Demir Yayıncılık İstanbul 2001, s. 483’den naklen, Yargıtay 3.HD’nin 24.12.1956 tarih ve 8766/6523 sayılı kararı. Ayrıca bkz. Yargıtay 4. HD E. 2003/16353 ve K. 2004/1080 sayılı, 09.02.2004 tarihli kararı, bkz.

tamamlandığı) veya haksız fiil sonucunda zararın doğduğu yerin Türkiye’de olması halinde, Türk mahkemelerinin yer itibariyle yetkili olacağını belirtmek gerekir. Hem fiil hem de zarar yabancı ülke(ler)de gerçekleşmiş ise, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi doğmayacaktır.⁵⁰²

Yargıtay ve doktrinin bir kısmı tarafından kabul gören bu yorum tarzı Brüksel I Tüzüğü’nün 5. maddesinin 3.fıkrasında yer alan hükme ilişkin ATAD. tarafından yapılan yoruma paraleldir. Zira Brüksel I Tüzüğü’nün haksız fiillere ilişkin yetki kuralını düzenleyen 5. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, haksız fiillerden doğan davalar zarara yol açan fiilin işlendiği veya işlenebileceği yer mahkemesinde görülecektir.⁵⁰³ Bu bağlamda “zarara yol açan fiilin meydana geldiği yer”i tespit etme zorunluluğu doğmuştur. Brüksel Konvansiyonu’nun 5. maddesinin 3. fıkrasından alınan bu hüküm ile ilgili olarak ATAD. tarafından 30.11.1976 tarihinde verilen kararda⁵⁰⁴, zarara yol açan fiilin meydana geldiği yerin gerek fiil ve gerekse zararın gerçekleştiği yeri

www.kazanci.com: “HUMK.’un 21. maddesi uyarınca haksız eylemin olduğu ve zararın ortaya çıktığı yer mahkemesi de yetkilidir.”

⁵⁰² Ekşi, s. 102.

⁵⁰³ Tüzüğün m. 5/f. 3 hükmünün Fransızca metni: “en matière délictuelle ou quasi délictuelle, devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire.”

Haksız fiillerden doğan sorumluluğun tüm üye devletlerde geçerli olmak üzere bağımsız bir anlamının kabulü hakkında bkz. II. Kısım (Haksız Rekabette Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk)’da Roma II Tüzüğü’nün uygulama alanı ile ilgili bölümde ele alınan *Kalfelis* kararı: “Akdi sebebe dayanmayan ancak davalının sorumluluğunu ortaya koyan tüm talepler haksız fiil sorumluluğuna dahildir.” **Pierre Mercier/Bernard Dutoit**, L’Europe judiciaire: les conventions de Bruxelles et de Lugano, Helbing&Lichtenhahn, Bâle 1991, s. 57. Bazı yazarlar haklı olarak, “akdi sebebe dayanmayan ve davalının sorumluluğunu ortaya koyan” her sorumluluk sebebinin haksız fiiller içinde nitelendirilemeyeceği belirtmektedirler (“*Extra-contractual and tortious are not synonymous.*”). **Magnus/Mankowsky**, s. 184-185. Buna göre Tüzüğün 5. maddesinin 3. fıkrası kapsamına trafik kazalarından, kişilik haklarının ihlallerinden, haksız rekabet veya rekabetin önlenmesinden, telif/patent/marka ihlallerinden, fiziksel zararlardan, imalattan doğan zararlardan, sermaye piyasalarında etki doğuran haksız fiillerden doğan sorumluluklar girmektedir. **Magnus/Mankowsky**, s. 188-189; **Dutoit**, Règlement Bruxelles I, s. 24.

⁵⁰⁴ Arrêt Bier et Reinwater c. Mines de potasses d’Alsace, affaire 21/76, 30.11.1976 (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61976J0021:FR:HTML>); Arrêt Réunion européenne SA c. Spliethoff’s Bevrachtungskantoor, affaire C-51/97, 27.10.1998: “Il y a lieu de rappeler ensuite que, dans les arrêts précités Mines de potasse d’Alsace, points 24 et 25, et Shevill e.a., point 20, la Cour a considéré que, dans le cas où le lieu où se situe le fait susceptible d’entraîner une responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle et le lieu où ce fait a entraîné un dommage ne sont pas identiques, l’expression «lieu où le fait dommageable s’est produit» figurant dans l’article 5, point 3, de la convention doit être entendue en ce sens qu’elle vise à la fois le lieu où le dommage est survenu et le lieu de l’événement causal, de sorte que le défendeur peut être attiré, au choix du demandeur, devant le tribunal de l’un ou l’autre de ces deux lieux..” (

kapsayacak şekilde yorumlanması gerektiği ifade edilmiştir.⁵⁰⁵ Bunun sonucu olarak, seçim hakkı kendisine ait olmak üzere, davacı fiilin veya zararın gerçekleştiği yer (ülke) mahkemelerinden birinde dava açabilecektir.⁵⁰⁶ Zararın gerçekleştiği yer ise, doğrudan mağdurun (*victime directe*) malvarlığındaki azalmanın (asli ve yakın/derhal meydana gelen zarar) meydana geldiği yer olarak nitelendirilmektedir; bu açıdan zarar görenin malvarlığında doğan dolaylı zararlar (*dommage indirect/préjudice par ricochet*) dikkate alınmayacaktır.⁵⁰⁷

Haksız fiillerden doğan davalarda yetkili mahkemenin tespiti için kabul edilen ve yukarıda açıklanan kriterlerin haksız rekabetten doğan davalarda uygulanmasına ilişkin bazı noktaların açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Özellikle zarar yerinin uluslararası yetkinin doğumunda etkili olup olmayacağına ilişkin tartışma haksız rekabet fiilleri açısından ayrı bir önem arz etmektedir. Öncelikle ekonomik zarara yol açan özel ve çoğu zaman mesafeli bir haksız fiil türü olan haksız rekabet fiilleri açısından fiilin işlendiği yerden ziyade zararın gerçekleştiği yer mahkemelerinin yetkisinin ön planda tutulması gerektiği düşüncesindeyiz.⁵⁰⁸ Kanunlar ihtilafı kuralında benimsendiği üzere, belirli bir ülke piyasasını etkileyen haksız rekabet fiilleri ile belirli bir işletmenin faaliyetlerini etkileyen haksız rekabet fiilleri arasında ayırım yapılması ve konunun bu şekilde incelenmesi daha doğru olacaktır.

Belirli bir ülke piyasasını etkileyen haksız rekabet fiilleri açısından, zararın doğduğu yer olarak piyasası etkilenen ülke mahkemelerinin, haksız rekabet fiili ve meydana gelen sonuçlar ile en yakın bağlantıyı kurduğu bir gerçektir. Bu nedenle, haksız rekabet fiilinin işlendiği yer yanında, piyasası etkilenen ülke mahkemelerinin de yetkili olması gerekecektir. Haksız rekabet fiilinin işlendiği yer ile piyasası etkilenen ülkenin aynı olması halinde bir sorun yaşanmayacaktır. Örneğin, Fransız şirketinin ürünleri ile iltibas yaratacak bir ürünün Türkiye’de piyasaya sunulması halinde, fiil de zarar da Türkiye’de gerçekleşecek ve doğal olarak Türk

⁵⁰⁵ **Bourel**, s. 351; **Lookofsky/Hertz**, s. 67; **Christopher Withers**, Jurisdiction and Applicable Law in Antitrust Tort Claims, The Journal of Business Law 2002, Sweet&Maxwell London 2002, s. 259-260.

⁵⁰⁶ **Magnus/Mankowski**, s. 190-191.

⁵⁰⁷ **Mercier/Dutoit**, s. 58-59. Ayrıca doğrudan/dolaylı zarar kavramı ve Brüksel Konvansiyonu’nun (aynı zamanda Brüksel I Tüzüğü’nün) 5. maddesinin 3. fıkrası kapsamına giren zararlar ile ilgili olarak bkz. İkinci kısımda atf yaptığımız ATAD.’ın *Marinari* (Arrêt *Marinari c. Lloyds Bank*, affaire C-364/93, 19.09.1995) ve *Dumez* (Arrêt *Dumez c. Hessische Landesbank*, affaire C-220/88, 11.01.1990) kararları. **Dutoit**, Règlement Bruxelles I, s. 25; **Svantesson**, s. 214; **Magnus/Mankowski**, s. 203.

⁵⁰⁸ Bu noktada, zararın yalnızca piyasası doğrudan ve esaslı bir şekilde etkilenen ülkelerde doğacağını hatırlatmak gerekmektedir. **Withers**, s. 261. Bkz. II. Kısım (Haksız Rekabetten Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk)’da yer alan “etkinin doğrudan ve esaslı olması gerektiği” ile ilgili açıklamalar.

mahkemelerinin uluslararası yetkisi doğacaktır. Ancak, haksız rekabet fiilinin başka bir ülkede gerçekleşmesi ve fakat zararın Türk piyasaları üzerinde doğması halinde, yine Türk mahkemelerinin yetkili olduğunun kabulü gerekecektir. Bu çerçevede, medya (basın-yayın) veya internet yoluyla gerçekleştirilen haksız rekabet fiilleri en sık rastlanılan haller olarak örnek gösterilebilir. Ancak bu şekilde gerçekleştirilen haksız rekabet fiillerinden doğan davalarda hangi mahkemenin yetkili olacağı aşağıda özel olarak incelenecektir.⁵⁰⁹ Bununla beraber, örneğin her yıl Almanya’da düzenlenen, dünya çapında geniş katılımın sağlandığı ve sektöründe lider firmaların ürünlerinin tanıtıldığı bir yapı ürünleri fuarında, Alman şirketinin ürettiği ve Türkiye’de satılmakta olan pencere sistemleri ile Türk şirketinin ürettiği ve yine Türkiye’de satılmakta olan pencere sistemlerinin haksız rekabete yol açacak şekilde karşılaştırılması ve bu şekilde önde gelen Türk yapı şirketlerinin (müteahhit firmaların) temsilcilerinin yanlış bir biçimde yönlendirilmesi halinde, haksız rekabet fiili Almanya’da işlenmekte, ancak fiilin sonuçları Türkiye’de gerçekleşmektedir. Bu durumda, yine zararın doğduğu (etkilenen piyasanın bulunduğu) yer olması sebebiyle Türk mahkemelerinin yetkili olacağı açıktır.

Belirli bir piyasayı etkilemeyen ancak sadece belirli bir işletmenin ticari faaliyetlerini etkileyen haksız rekabet fiilleri için ise, davacının seçimine göre fiilin işlendiği veya zararın gerçekleştiği yer mahkemesinde dava açılabilir. Belirli bir işletmenin ticari faaliyetlerini etkileyen haksız rekabet fiilleri daha çok o işletmenin “şahsına bağlı hakları” ihlal etmesi nedeniyle, ekonomik açıdan zarar işletmenin merkezinin bulunduğu yerde doğmaktadır. Zaten bu görüşten yola çıkılarak, kanunlar ihtilafı düzenlemelerinde de uyuşmazlık ile en yakın ilişkiyi kuracak olması nedeniyle zarar gören işletmenin merkezinin bulunduğu ülke hukukunun uygulanacağı kabul edilmiştir. Buna göre, örneğin bir Türk şirketinin Almanya’daki şubesinde çalışan bir kişinin görevini ihlale teşvik edilmesi (ancak bu ayartmanın Alman piyasasını etkilemeyecek nitelikte olması) halinde, zarar şirketin işletmesinde (şahsında) yani Türkiye’de meydana gelecektir. Dolayısıyla, Türk mahkemelerinin uluslararası yetkisi doğacaktır. Yine Türk şirketine ait ticari sırların veya üretim sırlarının Türk şirketinin çalışanı vasıtasıyla elde edilmesi halinde de zarar şirketin merkezinin bulunduğu yer olarak Türkiye’de doğacak ve bu tür bir uyuşmazlığın çözümünde Türk mahkemeleri yetkili olacaktır.

⁵⁰⁹ Bkz. “Medya veya İnternet Yoluyla Gerçekleşen Haksız Rekabet Fiilleri Açısından Uluslararası Yetkinin Tespiti” başlıklı bölüm.

b. Zararın Bir Kısımının Türkiye’de Meydana Gelmesi

Yukarıda belirttiğimiz üzere, haksız fiil sonucunda zararın tamamının Türkiye’de gerçekleşmesi halinde, zararın gerçekleştiği yerdeki Türk mahkemeleri yetkili olacaktır. Bu durum, zararın sadece bir kısmının Türkiye’de gerçekleşmesi halinde de geçerli olacaktır. Zira gerek HUMK. kapsamında fiilin vuku bulduğu yerin zararın meydana geldiği yeri de kapsayacak şekilde yorumlanmasına ilişkin değerlendirmelerde, gerekse HMK.’nın 16. maddesinde sadece “zararın meydana geldiği yer”den bahsedilmekte; zararın tümünün Türkiye’de meydana gelmesi aranmamaktadır. Bu açıdan kanımızca haksız fiil sonucunda doğan zararın bir kısmının Türkiye’de meydana gelmesi Türk mahkemelerinin yetkisinin tesisi için yeterlidir.

Zararın birden fazla ülkede doğması halinde, zararın gerçekleştiği ülke mahkemelerinin yetkisinin sınırları ayrı bir tartışma konusudur. Türk Hukukunda yer alan haksız fiillere özgü yetki kuralında, zararın birden fazla ülkede meydana gelmesi ihtimalinde Türk mahkemelerinin yetkisinin sınırı ile ilgili herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu nedenle Türk mahkemelerinin zararın yalnızca Türkiye’de gerçekleşen kısmı hakkında mı, yoksa zararın tümü hakkında mı yetkili olacağı konusu belirsizdir.

Konu, Topluluk Hukukunda ATAD.’ın verdiği kararlardan yola çıkılarak tartışılmıştır. ATAD., basın yoluyla hakaret sonucu doğan zararlar hakkında yetkili mahkemenin ne şekilde belirleneceğine ilişkin içtihat niteliğindeki *Shevill* kararında, zararın farklı ülkelerde doğması halinde, her ülke mahkemesinin ancak kendi ülkesinde doğan zararlar hakkında yetkili olduğuna ve ancak bu zararlara ilişkin karar verebileceğine; buna karşın yayıncının işyerinin bulunduğu yer mahkemesinin ise zararın tümü hakkında karar vermeye yetkili olduğuna hükmetmiştir.⁵¹⁰ ATAD.’ın bu kararının bir sonucu olarak doktrinde, fiilin işlendiği yer mahkemelerinin zararın

⁵¹⁰ Arrêt Fiona Shevill, Ixora Trading Inc., Chequepoint SARL, Chequepoint International Ltd. c. Presse Alliance, affaire 68/93, 07.03.1995: “25. Le tribunal du lieu d’établissement de l’éditeur de la publication diffamatoire doit dès lors avoir compétence pour connaître de l’action en réparation de l’intégralité du préjudice causé par l’acte illicite. (...) 31. Il en résulte que les juridictions de chaque État contractant dans lequel la publication diffamatoire a été diffusée et où la victime prétend avoir subi une atteinte à sa réputation sont compétentes pour connaître des dommages causés dans cet État à la réputation de la victime.” (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61993J0068:FR:HTML>).

tümü hakkında, zararın gerçekleştiği yer mahkemelerinin ise, yalnızca o ülkede gerçekleşen zararlar hakkında yetkili olduğu ifade edilmiştir.⁵¹¹ Örneğin, bir fiilin Fransa'da gerçekleşmesi ve hem Fransa hem de Almanya'da zarara yol açması halinde, Fransız mahkemeleri zararın tümü açısından, Alman mahkemeleri ise yalnızca Almanya'da gerçekleşen zarar açısından yetkili olacaktır.

ATAD. tarafından yapılan bu yorum doktrinde zarar gören kişinin “sınırlı korunması” şeklinde yorumlanarak desteklenmiştir.⁵¹² Buna göre, zarar gören kişiye zararın gerçekleştiği birden fazla ülkede dava açma hakkının tanınması davacının korunması sonucunu doğurmaktadır. Ancak bu korumanın bazı sınırlara tabi tutulması ve böylece zarar gören davacı ile davalı arasında belirli bir dengenin sağlanması gerekmektedir. Ayrıca, zararın meydana geldiği ülke mahkemelerinden birinin zararın tümü hakkında vereceği kararın, zararın meydana geldiği ülke mahkemelerinde verilebilecek başka kararlar ile çelişebileceği ifade edilmektedir.⁵¹³ Zararın birden çok ülkede meydana gelmesi halinde, her devlet mahkemesinin yalnızca kendi ülkesinde gerçekleşen zararlar hakkında yetkili olması, çelişkili kararların ortaya çıkması tehlikesini bertaraf edecektir.

Diğer taraftan, ATAD.'ın *Shevill* içtihadı doktrinde bazı yazarlarca eleştirilmektedir.⁵¹⁴ Bu görüşe göre, Shevill kararı, zarar gören kişiyi fiilin işlendiği yer mahkemesinde dava açmaya zorlamaktadır. Fiilin işlendiği yer çoğu zaman davacının yerleşim yerinin veya mutad meskeninin bulunduğu ülkeden farklı bir ülkede bulunabilmektedir. Bu durumda, davacı (zarar gören) yerleşim yerinin veya mutad meskeninin bulunduğu ülkeden farklı bir ülkede dava açmak zorunda kalır ki, bu da davacıya gereksiz bir biçimde zorluk çıkarılması sonucunu doğuracaktır. Diğer taraftan, şayet fiilin işlendiği yer mahkemesi diğer ülkelerde gerçekleşen zararlar için de yetkili olabiliyorsa, zararın bir kısmının gerçekleştiği yer mahkemesinin de, zararın tümü (yani diğer ülkelerde gerçekleşen zararlar) için yetkili olabileceğinin kabulü gerekmektedir. Bununla beraber, tüm zarar için tek bir mahkemenin karar verebiliyor olmasının Brüksel I Tüzüğü'nün amacına hizmet edeceği de vurgulanmaktadır.⁵¹⁵ Gerçekten de, Brüksel I Tüzüğü'nün amacı ve tanıma/tenfiz ile ilgili hükümleri de

⁵¹¹ Lookofsky/Hertz, s. 69.

⁵¹² Magnus/Mankowski, s. 193.

⁵¹³ Magnus/Mankowski, s. 193.

⁵¹⁴ Bourel, s. 353-354.

⁵¹⁵ Bourel, s. 354.

dikkate alındığında⁵¹⁶, bir üye devlette verilen kararın diğer bir üye devlette tanınması ve tenfizinin, o ülkede tekrar dava açılmasından çok daha az zahmetli olacağı açıktır. Kaldı ki, ikinci kısımda incelediğimiz üzere, Roma II Tüzüğü sayesinde, üye devletlerin tümünde aynı kanunlar ihtilafı kuralları geçerli olacaktır. Bu durumda varılacak sonuç açısından da çok büyük farklılıklar doğmayacaktır. Bu nedenle, zararın belirli bir kısmının gerçekleştiği ülkenin zararın tümü hakkında yetkili olması gerektiği görüşü ağırlık kazanmaktadır.

ATAD.'ın Brüksel I Tüzüğü kapsamında vardığı sonucun ve doktrinde ileri sürülen eleştirilerin Türk Uluslararası Özel Hukuku açısından değerlendirilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Soruna haksız fiiller çerçevesinde ve haksız rekabet fiilleri özelinde bakacak olursak, zararın doğduğu ülkelerden birinde -ki bu ülke çoğu zaman

⁵¹⁶ Tüzüğün 6 no.lu gerekçesinde, “mahkeme kararlarının serbest dolaşımı” amacına ulaşılabilmesi için, yetki ve tanıma/tenfiz hükümleri hakkında tüm üye ülkelerde geçerli olacak bir Topluluk Hukuku düzenlemesine ihtiyaç duyulduğu belirtilmektedir. Brüksel I Tüzüğü'nün temel amacı, üye devletler arasında yargılama faaliyetlerinin en kolay ve en hızlı şekilde sağlanmasıdır. Üye devletler arası yargısal işbirliğinin (AB ülkelerinin oluşturduğu) iç piyasada yürütülmekte olan ticari faaliyetleri de destekleyebileceği düşüncesinden hareket ederek, üye devletlerde geçerli olan uluslararası yetki ve yabancı (üye devlet mahkemelerinde verilen) kararların tanınması/tenfizi hükümlerinin yeknesaklaştırılması yoluna gidilmiştir. Tüzük, bu açıdan mahkeme kararlarının serbest dolaşımını sağlamaktadır (**Magnus/Mankowski**, s. 7; **Faye Fangfei Wang**, *Internet Jurisdiction and Choice of Law*, Cambridge University Press New York 2010, s. 36).

Tüzüğün tanıma ile ilgili 33. maddesinin 1. fıkrasında “üye bir devlette verilen kararın tanıma davasına gerek olmaksızın diğer üye devletlerde tanınacağı” hükmüne bağlanmıştır. (*Les décisions rendues dans un État membre sont reconnues dans les autres États membres, sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure.*) Bir görüşe göre, bu hüküm “derhal ve kendiliğinden tanıma (reconnaissance immédiate et automatique)” şeklinde yorumlanmaktadır (**Dutoit**, *Règlement Bruxelles I*, s. 72). Diğer bir görüşe göre ise Tüzüğün bu düzenlemesi, bir üye devlet mahkemesi tarafından verilen kararın icrai gücünün diğer bir üye devlette -neredeyse- kendiliğinden (*quasi automatique*) sonuç doğurduğu sonucuna varmamızı sağlamaktadır (**Droz/Gaudemet-Tallon**, s. 611).

Tanıma ve tenfizde esas girme yasağı söz konusudur (m. 36). Bir üye devlet mahkemeleri tarafından verilen karar ancak, “tanınması istenen ülkede açıkça kamu düzenine aykırılığa yol açacak” ise (m. 34/1), “davalının savunma hakları ihlal edilmiş” ise (m. 34/2); “tanıma istenen devlette veya başka bir üye devlette daha evvel aynı taraflar hakkında çelişkili bir karar verilmiş” ise (m. 34/3-4) tanıma talebi reddedilebilecektir.

Tanımanın aksine, yabancı (üye) devlet mahkemesinin kararları kendiliğinden icrai kabiliyeti haiz olamayacaktır (m. 38). Bir üye devlet mahkemesinin verdiği kararın tenfiz edilebilmesi için tenfizi isteyen kişinin bazı yükümlülükleri yerine getirmesi gereklidir. Tenfiz için gerekli belgelerin (ilam ve kesinleşme şerhi vb.) tamamlanması ile beraber karar icrai kabiliyeti kazanacaktır (m. 41) (**Dutoit**, *Règlement Bruxelles I*, s. 83). Tenfiz için gerekli belgelerin sunulması hakkında şekli bir inceleme yapıldıktan sonra, ilgili kararın diğer bir üye devlette tenfizine imkan sağlanmaktadır. Bu işlem hakim tarafından değil, mahkeme kalemi (greffe) tarafından yapılabilecektir. Tanıma/tenfizin reddi sebeplerinin mahkemece re'sen araştırılması söz konusu olmayacaktır (**Droz/Gaudemet-Tallon**, s. 611; **Dutoit**, *Règlement Bruxelles I*, s. 84-85). Bu aşamada bir üye devlet mahkemesi tarafından verilen karar, tenfizi istenen devlette “tenfize uygunluk karinesinden (*présomption de régularité*)” faydalanmaktadır. Yani ilk aşamada tenfizin reddi sebeplerinin var olmadığından hareket edilmektedir. Ancak söz konusu kararın tenfiz edilebilir olduğuna hükmedildikten sonra, kendisine karşı tenfiz talebinde bulunulan kişi, yabancı (üye) devlet kararının tenfiz şartlarını taşımadığını iddia edebilecektir. Bu durumda yapılan başvuru çekişmeli yargı (*procédure contradictoire*) hükümleri uyarınca tenfiz davası çerçevesinde ele alınacaktır (m. 43/f. 3) (**Dutoit**, *Règlement Bruxelles I*, s. 89-90).

kendi yerleşim yeri veya mutad meskeninin bulunduğu ülke olacaktır- dava açacak olan haksız rekabet mağduru davacı açısından diğer ülkede doğan zararların da tek bir davada karara bağlanması her zaman davacının lehine olacaktır. Davaya bakan mahkeme, şayet fiil birden fazla ülke piyasasını etkilemişse, bu ülke hukuklarını ayrı ayrı uygulamak durumunda olacaktır. Tabii ki her ülke hukukunu en iyi şekilde o ülke mahkemeleri uygulayacaktır. Ancak, zaten uluslararası özel hukuk (iki yanlı kanunlar ihtilafı kuralları) sisteminin temelini, bir ülke hukukunun davaya bakan diğer bir ülke mahkemesi tarafından uygulanması durumu oluşturmaktadır. Bu nedenle, davacı lehine yorum yapılarak, zarar göreni en iyi şekilde koruyan görüş benimsenmelidir. Şayet davacı, başvurduğu ülke mahkemelerinde yalnızca o ülkede doğan zararını talep etmekteyse zaten sorun çıkmayacaktır. Ancak aksi halde, mahkemenin davacının talebi doğrultusunda haksız rekabet fiilinin neden olduğu zararın bütünü ile ilgili karar vermesi gerekecektir. Birden fazla ülke mahkemelerinde kendini savunmak zorunda kalmanın davalı açısından da ayrı bir yük getireceği kanaatindeyiz. Sonuç olarak, gerek fiilin işlendiği gerekse zararın gerçekleştiği yer mahkemelerinin zararın tümü hakkında yetkili olması en uygun çözümdür. Bu açıdan, haksız rekabet fiilinin Türkiye'nin da aralarında bulunduğu birden çok ülkede zarara yol açması ve davacının Türkiye'de yetkili mahkemeye başvurması halinde, Türk mahkemesinin zararın tümü hakkında hüküm verebileceği kanaatindeyiz.

c. Zarar Tehlikesinin Türkiye'de Oluşması

HUMK.'un 21. maddesi ve Brüksel I Tüzüğü'nün 5. maddesinin 3. fıkrası ile ilgili yorumlar haksız fiillere ilişkin farklı bir kanuni düzenleme yapılması ihtiyacını doğurmuştur. HMK.'nın haksız fiillerden doğan davalarda yetkili mahkemenin tespitine ilişkin 16. maddesi bu ihtiyaca cevap verecek şekilde düzenlenmiştir. HMK.'nın 16. maddesinde, “ ... zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer mahkemesinin yetkili olacağı” belirtilmektedir. Görüldüğü üzere, HMK. yalnızca zararın meydana geldiği yere değil, zararın meydana gelebileceği öngörülen ve bundan korkulan (tehditkâr) yer mahkemesine de yetki tanımaktadır. Bu hükmün temelinde Brüksel I Tüzüğü m. 5/f. 3 hükmü yer almaktadır.⁵¹⁷ Hükmün

⁵¹⁷ Brüksel Konvansiyonu'nda yer alamayan bu hüküm Brüksel I Tüzüğü'ne eklenmiştir (Droz/Gaudemet-Tallon, s. 636-637; Lookofsky/Hertz, s. 70; Withers, s. 259, dipnot 40).

gerekçesinde de “henüz bir zarar meydana gelmeden önce, zararı önleme amacı ile açılacak davalar için yetkili mahkemenin açıkça gösterildiği” ifade edilmiştir.⁵¹⁸

Diğer taraftan, zararın haksız rekabetin oluşumu için gerekli bir unsur olmadığı, zarar tehlikesinin doğmasının yeterli olacağı düşünüldüğünde, muhtemel zarar yeri kriterinin kabulünün özellikle haksız rekabet fiilleri açısından önemli olduğunun altı çizilmelidir.

3. Zarar Görenin Yerleşim Yerinin Türkiye’de Olması

HMK.’nın 16. maddesine göre, haksız fiilden doğan davalarda, zarar görenin yerleşim yeri de yetkilidir. Buna göre, zarar gören gerçek veya tüzel kişi kendi yerleşim yeri mahkemesinde dava açabilecektir. HMK.’da haksız fiilden doğan davalarda zarar yeri mahkemesinin yetkili olacağının açıkça belirtilmesinden başka, davacının yerleşim yeri mahkemesinin de yetkili kılınması, davacıyı (zarar gören) koruyan yerinde bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır. Aşağıda inceleyeceğimiz üzere, özellikle, medya veya internet yoluyla işlenen uluslararası haksız rekabet fiillerinde, davacıya zarar gördüğü yerde bulunan Türk mahkemelerine başvurma imkanının tanınması çok yerinde olmuştur. Zira fiilin işlendiği yerin tesadüfî, zararın gerçekleştiği yerin ise tartışmalı olabileceği bu tür (medya veya internet yoluyla işlenen) haksız rekabet fiillerinde, zarar görenin yerleşim yerinin bulunduğu yerde dava açabilecek olması Türk mahkemelerinin yetkisi bakımından birçok sorunun çözümlenmesine yardımcı olacaktır. Diğer taraftan, münhasıran belirli bir işletmenin ticari faaliyetlerin etkileyen haksız rekabet fiillerinde de zarar, yukarıda belirttiğimiz üzere, zarar görenin yerleşim yerinde (işletmenin merkezinde)

⁵¹⁸ “*Actions for preventing future damages*”. Bir haksız fiilin ancak iki ihtimalde sonradan zarar doğmasına sebep olabileceği ifade olunmaktadır. Buna göre birinci ihtimalde, fiil işlenmiş ve bir kısım zarar doğmuştur. Bu ihtimalde, sonradan doğabilecek zararların da, önceden doğan zarar ile aynı yerde doğabileceği düşünülebilir. Ancak ikinci ihtimalde, fiil işlenmiş ancak henüz zarar doğurmamıştır. Bu ihtimalde, fiilin sonradan doğurabileceği zararın nerede gerçekleşeceğine dair tahmin yürütmek gerekecektir (Magnus/Mankowski, s. 214-215). Kanımızca zaten, davanın, haksız fiilin doğuracağı düşünülen zararın gerçekleşeceği yer mahkemesinde açılacağı düşünüldüğünde, davalının yetki itirazında bulunması halinde mahkeme kendi yetkisi ile ilgili karar verirken, zararın orada gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine dair bir inceleme yapacaktır. Şayet zararın davanın açıldığı yerde gerçekleşme ihtimali yoksa, mahkeme yetkisiz olduğuna karar verecektir. Diğer taraftan, davalının yetki itirazında bulunmaması halinde, HUMK. m. 23 uyarınca, (HMK. m. 19) davanın zararın gerçekleşebileceği yerde açılmamış olması ihtimalinde dahi mahkeme yetkili hale gelecektir. Bu nedenle pratik açıdan, muhtemel zararın gerçekleşebileceği yerin tespitinin hakime bırakılması gerektiği düşüncesindeyiz.

doğmaktadır. Bu tür haksız rekabet fiilleri açısından da, zarar görenin yerleşim yeri mahkemesine açıkça yetki tanınmış olmasının doğru olduğu düşüncesindeyiz.

B. Genel Yetki Kuralı

Türk mahkemelerinin yer itibarıyla yetkisine ilişkin genel kural HUMK.'un 9. maddesinde yer almaktadır. 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girecek olan HMK.'nın 6. maddesinde de düzenlenen bu hüküm uyarınca, "*Genel yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir.*" Davalının yerleşim yerinin hangi hukuka göre belirleneceği bir nitelendirme işlemidir. Davalının yerleşim yerinin tespitinde *lex fori* yani Türk Hukuku esas alınacaktır.⁵¹⁹ Zaten bu durum HUMK. m. 9'da da belirtilmiştir.⁵²⁰ Buna göre gerçek kişilerin yerleşim yeri MK. m. 19'a göre belirlenecektir. MK. m. 19 uyarınca, "*yerleşim yeri bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir.*" Davalının yerleşim yerinin tespit edilememesi halinde, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 48 ilâ 53. maddeleri uyarınca, yetkili mahkemenin belirlenmesinde nüfus müdürlükleri tarafından tutulan kayıtların esas alınması gerekecektir.⁵²¹

MK. m. 20/f. 2 uyarınca, Türkiye'de yerleşim yeri olmayan (önceki yerleşim yeri belli olmayan) veya yabancı ülkedeki yerleşim yerini bıraktığı hâlde Türkiye'de henüz bir yerleşim yeri edinmemiş olan kimsenin "halen oturduğu yer" o kişinin yerleşim yeri olarak kabul edilir. Emniyet makamlarından sürekli yerleşim izni almış olanların sakin oldukları yer, o kişilerin yerleşim yeri olarak kabul edilebilir.⁵²² Bu hükümlere rağmen, gerçek kişi davalının yerleşim yeri belirlenemiyorsa, HUMK. m. 9/f. 1 uyarınca dava, söz konusu kişinin Türkiye'de son defa oturduğu yer mahkemesinde açılır.

Türk Hukukunda tüzel kişilerin yerleşim yeri MK. m. 51'e göre belirlenmektedir. MK. m. 51 uyarınca, "*Tüzel kişinin yerleşim yeri, kuruluş belgesinde başka bir hüküm bulunmadıkça işlerinin yönetildiği yerdir.*" Merkezi Türkiye'de bulunan bir şirketin (tüzel kişinin) davalı olması halinde, genel yetki kuralı dahilinde şirketin merkezinin bulunduğu yerde dava açılabileceğini

⁵¹⁹ Çelikel/Erdem, s. 490; Eksi, s. 93.

⁵²⁰ HMK.'nın 6. maddesinin 2. fıkrasında da, "*yerleşim yerinin, 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre belirleneceği*" ifade edilmiştir.

⁵²¹ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 152.

⁵²² Çelikel/Erdem, s. 491.

belirtmiştik. Ancak, bu noktada Türkiye’de şubesi vasıtasıyla veya herhangi bir acente aracılığıyla faaliyette bulunan yabancı tüzel kişiler hakkında Türkiye’de hangi mahkemelerin yetkili olacağına da değinmek gerektiği düşüncesindeyiz.

HUMK.’un 17. maddesi uyarınca, iflas davası hariç olmak üzere, yabancı tüzel kişinin Türkiye’deki şubesinin muamelelerinden dolayı açılacak davalarda şubenin bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir.⁵²³ Ancak davalı şube değil, yabancı tüzel kişiliktir. Bu bakımdan taraf ehliyetinde bir değişiklik yoktur.⁵²⁴

Dava konusu işlemin yabancı tüzel kişinin acentesi vasıtasıyla gerçekleştirilmesi halinde, genel hüküm uyarınca acentenin muamele merkezinin bulunduğu yerde de dava açılabilir.⁵²⁵ TTK.’nın 119. maddesi (Yeni TTK.’nın 105. maddesi) uyarınca, acente müvekkili namına dava açabileceği gibi, aynı sıfatla kendisine karşı da dava açılabilir. Bununla beraber, TTK.’nın 117. maddesinin 3.bendinde (Yeni TTK.’nın 103. maddesinin (b) bendi), Türkiye Cumhuriyeti içinde merkez veya şubesi olmayan yabancı ticari işletmelerin nam ve hesabına ülke içinde işlemlerde bulunanlar hakkında da acentelik hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir. Bu nedenle sürekli veya tek seferlik verilen temsil yetkisine dayalı olarak yabancı tüzel kişiler ad ve hesabına Türkiye’de işlem yapanlar hakkında da Türkiye’de dava açılabilir.⁵²⁶ Dava sıfatını düzenleyen bu hükümler uyarınca, haksız rekabet fiilinin yabancı tüzel kişinin şubesi veya acentesi veya bu kişiyi

⁵²³ Yeni TTK.’nın 40. maddesinin 4. fıkrası uyarınca, “Merkezleri Türkiye dışında bulunan ticarî işletmelerin Türkiye’deki şubeleri, kendi ülkelerinin kanunlarının ticaret unvanına ilişkin hükümleri saklı kalmak şartıyla, yerli ticarî işletmeler gibi tescil olunur. Bu şubeler için yerleşim yeri Türkiye’de bulunan tam yetkili bir ticarî mümessil atanır. Ticarî işletmenin birden çok şubesi varsa, ilk şubenin tescilinden sonra açılacak şubeler yerli ticarî işletmelerin şubeleri gibi tescil olunur.” Ayrıca bu konu ilgili olarak, 6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un 12. maddesinde “merkezleri Türkiye dışında bulunan bir ticarî işletmenin veya ticaret şirketinin şubesinin Türkiye’de tescil edilebilmesi için, merkez işletmenin bulunduğu kaynak ülke hukukunun, işletmeler ile ticaret şirketlerinin türlerine göre şubelerinin tescilinde aradığı şartların gerçekleşmiş olmasının gerekli olduğu” belirtilmektedir.

⁵²⁴ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 122.

⁵²⁵ Ekşi, s. 114; Yargıtay 11. HD E. 1982/2182 ve K. 1982/2207 sayılı, 10.05.1982 tarihli kararı, www.kazanci.com. Zaten, bir ticari işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık etmeyi veya o işletme adına sözleşme akdetmeyi üstlenen ve o işletmeye tabi olmaksızın çalışan bağımsız bir ticari işletme niteliğinde olan acenteye karşı, Türkiye’deki idare merkezinde HUMK. m. 9 uyarınca dava açılabilmesi gerektiğinin kabulü gayet doğaldır. Diğer taraftan, 1330 tarihli Ecnebi Anonim ve Sermayesi Eshama Münkasem Şirketlerle Ecnebi Sigorta Şirketleri Hakkında Muvakkat Kanun 10. maddesinde, “yabancı anonim ve sermayesi paylara bölünmüş şirketlerin Türkiye’deki şube ve acenteliklerinin onların kanuni ikametgahları sayıldığı” belirtilmekteydi. Ancak bu Kanun, 6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un 41. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

⁵²⁶ Yabancı ticari işletme nam ve hesabına yapılan muamelelerin süreklilik taşıması gerekmez. Yapılan muamele tek bir işe dair olsa dahi acentelik hükümlerinin uygulama alanı doğmuş olacaktır. “muamele” kavramının en geniş şekliyle yorumlanması ve sözleşmeler dışında kalan muamelelerin de TTK. m. 117/ b. 3 kapsamına dahil edilmesi gerekmektedir. Bkz. Ekşi, s. 109-114.

temsilen hareket eden vekili tarafından gerçekleştirilmesi halinde genel hükümler uyarınca işlemin gerçekleştirildiği işyerinin bulunduğu yer mahkemelerinde dava açılabilir.

Haksız rekabet fiilinin yabancı tüzel kişinin Türkiye'deki şubesi tarafından gerçekleştirilebileceği konusunda tereddüt olmamasına karşın, bu tür fiillerin yabancı tüzel kişiliği temsilen işlem yapan acente veya temsilciler tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği konusunda farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre, şubelerin gerçekleştirdikleri muamelelerden dolayı açılacak davalar, haksız rekabet fiillerinin de içinde olduğu haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme uyuşmazlıklarını da kapsamaktadır.⁵²⁷ Buna karşın, TTK'nın 119. maddesinde yer alan "*acentenin aracılıkta bulunduğu veya akdettiği mukaveleler*" kavramının yalnızca "*müvekkil ile müşteri arasındaki sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar*"ı kapsadığını savunan bir görüş vardır.⁵²⁸ Buna göre, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan bir dava acenteye karşı yöneltilemez. Kanımızca da bu son görüş daha isabetlidir. Bununla beraber, Türkiye'de faaliyet göstermekte olan acente veya temsilcinin işlemleri ile ilgili olarak genel hükümler uyarınca, söz konusu acente veya temsilcinin işyerinin bulunduğu yerde dava açılabilir. Bu açıdan, haksız rekabet failinin başkasının ad ve/veya hesabına işlem yapıp yapmadığı önemli değildir. Bu durumda, haksız rekabet davasının tarafı (davalısı), ad ve/veya hesabına işlem yapılan yabancı tüzel kişilik değil, acente veya temsilcinin kendisi olacaktır.

Brüksel I Tüzüğü'nün 5. maddesinin 5. fıkrasında, şube, acente veya temsilciler (herhangi bir kuruluş) tarafından gerçekleştirilen fiiller ile ilgili yetkili mahkemenin tespitine ilişkin bir hüküm, da yer almaktadır. Buna göre, bir şube, acente veya herhangi bir kuruluşun faaliyetlerinden doğan davalar o işyerinin (şube veya acentenin) bulunduğu yerde açılabilir.

HUMK. m. 9/f. 2'ye göre, birden fazla davalının olması halinde, dava bu kişilerden birinin yerleşim yeri mahkemesinde açılabilir. Buna göre, davalılardan birinin Türkiye'de yerleşim yerinin bulunması halinde, diğer davalılar bakımından da Türk mahkemelerinin uluslararası yetkisi doğacaktır.⁵²⁹ HUMK. m. 9/f. 2 hükmünün devamında, "kanunda dava sebebine göre davalıların tamamı hakkında ortak yetkiyi

⁵²⁷ Kuru, s. 471.

⁵²⁸ Sıtkı Anlam Altay, Acentenin Müvekkilini Davada Temsil Etmesi, Fırat Öztan'a Armağan Cilt I, Turhan Kitabevi Ankara 2010, s. 253.

⁵²⁹ Nomer, s. 89.

taşıyan bir mahkeme belli edilmiş ise, davaya o mahkemede bakılacağı” belirtilmektedir. Bu durumda, haksız rekabet fiiline sebebiyet vermiş olan davalıların yerleşim yerlerinin farklı yerlerde olması halinde, bütün davalılar için yukarıda incelediğimiz üzere, haksız fiillere özgü yetki kurallarına göre yetkili mahkemede (haksız rekabet fiilinin işlendiği yer veya -HMK. m. 16 uyarınca- zararın gerçekleştiği yer ya da zarar görenin yerleşim yer mahkemesinde) dava açılabilir.⁵³⁰

Davalının yerleşim yeri ile ilgili tüm bu düzenlemelerde dava tarihindeki yerleşim yeri esas alınacaktır. Dava açıldıktan sonra davalının yerleşim yerini değiştirmesi mahkemenin yetkisini etkilemez,⁵³¹ davanın açıldığı tarihte davalının yerleşim yerinin bulunduğu yer mahkemesi davayı görmeye devam eder.⁵³²

İsv. MÖHK.’un 2. maddesinde de, davalının yerleşim yerinin bulunduğu yer mahkemesi genel yetkili mahkeme olarak düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm tüm uyuşmazlıklar açısından uygulama alanı bulacak ortak yetki kurallarından biridir. Diğer taraftan, İsv. MÖHK.’un 3. maddesinde, “İsv. MÖHK.’da yer alan yetki kurallarının hiçbirinin yetkili bir İsviçre mahkemesinin belirlenmesine imkan tanımadığı ve davanın yabancı bir devlet mahkemesinde de açılmadığı veya davanın yabancı bir devlet mahkemesinde açılması zorunluluğunun makul bir sebebe dayandırılmaması halinde, uyuşmazlık ile yeterli bağlantıyı kuran yerdeki İsviçre mahkemesinin yetkili olacağı” düzenlenmektedir.⁵³³

Brüksel I Tüzüğü’nde ise genel yetki kuralı 2. maddede düzenlenmektedir. Buna göre, yerleşim yeri üye ülkelerden birinde bulunan davalıya karşı, o ülke mahkemelerinde dava açılması gerekmektedir. Bu bağlamda, davalının vatandaşlığına bakılmaz.⁵³⁴ Tüzüğün 2. maddesinin 2. fıkrasında da, yerleşim yerinin bulunduğu ülke vatandaşlığına sahip olmayan kişiler için de, söz konusu ülke vatandaşları

⁵³⁰ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 122. Haksız fiilin birden fazla kişi tarafından işlenmesi halinde ortak yetkili mahkemenin tespiti ile ilgili olarak bkz. Yargıtay 4. HD E. 2003/8610 K. 2003/10502 sayılı ve 23.09.2003 tarihli kararı, www.kazanci.com. Aynı hüküm İsv. MÖHK. m.129/f.2’de de yer almaktadır. Bu durumda ilk olarak başvuru mahkeme, diğer davalılar açısından da yetkili olacaktır (**Bucher**, Les actes illicites, s. 109-110).

⁵³¹ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 120.

⁵³² **Ekşi**, s. 96.

⁵³³ Bu hükmü haksız fiillere uygulayacak olursak, davalının yerleşim yerinin (İsv. MÖHK. m. 2) veya mutad meskeninin (İsv. MÖHK. m. 129/f. 1), fiilin ya da zararın gerçekleştiği yerlerin İsviçre’de bulunmaması ve fakat yine de uyuşmazlığın İsviçre ile yeterince yakın bir bağlantısının olması halinde, dava uyuşmazlık ile bağlantılı yer mahkemesinde görülebilecektir. İsv. MÖHK.’da “zorunlu yetki (for de necessité)” başlığı altında düzenlenen bu hüküm, adalet ilkelerinin İsviçre mahkemelerinin yetkili olmasını zorunlu kıldığı takdirde, olağanüstü durumlarda uygulama alanı bulabilecektir (**Imhoff- Scheier**, s. 35).

⁵³⁴ **Magnus/Mankowski**, s. 73.

hakkında geçerli olan yetki kurallarının uygulanacağı belirtilmektedir.⁵³⁵ Yerleşim yerinin hangi hukuka göre tanımlanması gerektiği ise, gerçek kişiler için Tüzüğün 59. maddesinde, tüzel kişiler için ise Tüzüğün 60. maddesinde belirlenmektedir.⁵³⁶ Brüksel I Tüzüğü'nün 2. maddesinde düzenlenen genel yetki kuralı, 5. maddenin 3. fıkrasında yer alan haksız fiillere özgü (özel) yetki kuralının yanında uygulama alanı bulabilecektir.⁵³⁷

C. Türkiye'de Yerleşim Yeri Olmayanlara Karşı Açılacak Malvarlığı Davaları

Haksız rekabet sonucunda, fiilin haksız olup olmadığının tespiti, haksız rekabetin men'i davaları açılabilmesi gibi, haksız rekabet failinin kusurlu olması halinde mağdur olan kişi zararının tazminini isteme hakkına sahip olacaktır. Söz konusu tazminat hakkının sonuç olarak bir alacak hakkı olması ve malvarlığına ilişkin bir dava hakkı tanınması nedeniyle, Türkiye'de yerleşim yeri olmayan kişilere karşı açılacak malvarlığı davalarına özgü özel yetki kuralının da incelenmesi gerekecektir.

HUMK.'un 16. maddesi ile malvarlığına ilişkin (mamelek hukukundan doğan) davalarda geçerli olmak üzere özel bir hüküm kabul edilmiştir. Buna göre, *“Türkiye’de yerleşim yeri olmayanlar aleyhindeki mal davaları, Türkiye’de sakin oldukları yer mahkemesinde ve Türkiye’de bilinen meskeninin olmaması halinde mallarının veya dava konusu şeyin veya teminatı varsa, o teminatın bulunduğu yer mahkemesinde görülür.”* Hükümde yer alan “davalının malları” ifadesinin, davalının hisse senedi veya kıymetli evrak gibi taşınır veya taşınmaz bir malını ya da üçüncü kişilerde bulunan alacak haklarını ifade ettiği belirtilmektedir.⁵³⁸ Davalının

⁵³⁵ Withers, s. 258.

⁵³⁶ Anılan hükmün 1. fıkrası uyarınca, bir kişinin yerleşim yerinin, mahkemesine başvuru ülkesinde olup olmadığının tespitinde hakim kendi iç hukuk kurallarını uygulayacaktır. 2. fıkraya göre ise, yerleşim yerinin tespiti gereken kişinin yerleşim yerinin, mahkemesine başvuru ülkesinde bulunmaması halinde, bu kişinin yerleşim yerinin başka bir üye devlette bulunup bulunmadığı o ülkenin iç hukuk kurallarına göre tespit edilecektir. Örneğin, dava Alman mahkemelerinde açıldıysa ve davalının yerleşim yerinin Almanya’da olup olmadığının tespitine çalışılıyorsa Alman Hukuku uygulama alanı bulacaktır. Şayet bu kişinin yerleşim yerinin örneğin Fransa’da olduğu iddia ediliyorsa, davalının Fransa’da yerleşik olup olmadığının tespiti Fransız Hukuku’na göre yapılacaktır.

Tüzel kişilerin ve şirketlerin yerleşim yeri Tüzüğün 60. maddesine göre belirlenecektir. Buna göre, bir tüzel kişinin veya şirketin yerleşim yeri (a) kuruluş belgesinde yer alan merkezinin; (b) fiili idare merkezinin veya (c) esas işyerinin bulunduğu yerdir.

⁵³⁷ Lookofsky/Hertz, s. 66.

⁵³⁸ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 120. Davalı, Türkiye’de yerleşim yeri olan veya Türkiye’de oturan bir üçüncü kişiden alacaklı ise, davalının Türkiye’de malı var demektir ve davalıya borçlu olan üçüncü

Türkiye’de bulunan mallarının değeri dava konusu alacağın tümünü karşılamaya yeterli olmasa dahi, söz konusu malın bulunduğu yerde dava açılabilir.⁵³⁹ Ancak “üzerinde durulmayacak derecede değersiz bir malvarlığı” milletlerarası yetkinin doğumu için yeterli değildir; aksi halde Türk mahkemesinin aşırı yetkisinden bahsedilebilir.⁵⁴⁰ Davalının Türkiye’de herhangi bir teminatının olması da yeterlidir. Söz konusu teminatın davalıya ait olması gerekmez; üçüncü kişilerin davalı adına gösterdiği teminatın bulunduğu yerde de dava açılabilir.⁵⁴¹ Kanımızca, malvarlığı unsurunun değeri ile ilgili yorum burada da geçerlidir. Teminat miktarının da aşırı yetkiye yol açacak derecede az olmaması gerekecektir. HUMK.’un 16. maddesi çerçevesinde açılacak davalarda tarafların vatandaşlıklarının hiçbir önemi yoktur.⁵⁴²

HMK.’nın 9. maddesinde, Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayanlar hakkında genel yetkili mahkemenin, o kişinin mutad meskeni mahkemesi olduğu belirtilmiştir.⁵⁴³ Bu kişiler hakkında açılacak malvarlığı haklarına ilişkin davalarda ise uyuşmazlık konusu malvarlığı unsurunun bulunduğu yer mahkemesinin yetkili olacağı hükme bağlanmıştır. Görüldüğü üzere, HUMK.’da yer alan ve 16. maddenin uygulanması açısından tartışmalara yol açan kriterler HMK.’da kabul edilmemiştir. Buna göre, Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayanlar hakkında, yalnızca uyuşmazlık konusu malvarlığı unsurunun Türkiye’de bulunması halinde Türk mahkemelerinin yetkisi doğabilecektir.

D. Yetki Sözleşmesi

Tarafların aralarında doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıklar konusunda yetkili mahkemeyi tayini yetkide sübjektif esası oluşturmaktadır.⁵⁴⁴ Bu bağlamda

kişinin yerleşim yerinde (yoksa oturduğu yerde) dava açılabilir. Davalının üçüncü kişideki alacağı için Türkiye’de bir teminatı varsa, davalıya karşı bu teminatın bulunduğu yerde de dava açılabilir. Bkz. **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 155.

⁵³⁹ **Ekşi**, s. 141.

⁵⁴⁰ **Nomer**, s. 92; **Ekşi**, s. 57.

⁵⁴¹ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 155.

⁵⁴² Keza davalının yerleşim yerinin yabancı ülkede olup olmaması da önemli değildir. Bkz. **Nomer**, s. 91.

⁵⁴³ Bu hüküm ile ilgili olarak da MK.’nın 20. maddesinin hatırlatılmasında fayda vardır. Zira mutad mesken, bir kişinin yerleşim yerinin belirlenmesine ilişkin olarak “sakin olunan yer”den çok daha kesin bir yargıyı ifade etmektedir.

⁵⁴⁴ **Ekşi**, s. 124.

tarafklar, aralarında akdettikleri sözleşmeye koyacakları bir yetki şartı ile ya da ayrı bir sözleşme ile yetkili mahkemeyi belirleyebileceklerdir.⁵⁴⁵

Çalışmamızın ikinci kısmında incelediğimiz üzere, haksız fiillerden ve dolayısıyla haksız rekabetten doğan uyuşmazlıklarda, bazı şartlara bağlı olmak kaydıyla, taraflara uygulanacak hukuku seçme imkanının tanınması gerektiği kabul edilmektedir. Bunun sonucu olarak, uluslararası haksız rekabet uyuşmazlıklarında taraflara yetkili mahkemeyi tayin etme imkanının da tanınması düşünülebilir. Nitekim, İsviçre Hukukunda haksız fiillerden doğan uyuşmazlıklarda yetki sözleşmesi yapılabileceği kabul edilmektedir.⁵⁴⁶ Bu nedenle, konunun Türk Hukuku çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bununla birlikte, haksız rekabet fiili ile en sıkı ilişkili hukukun tespitinde, tarafların önceden aralarında var olan hukuki ilişkiye atıf yapıldığını incelemiştik. Yetkili mahkemenin tespiti, her ne kadar çoğu zaman sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar için geçerli olsa da, özellikle taraflar arasında daha önceden var olan sözleşmeyi ihlal eden haksız rekabet fiilleri için yetkili mahkeme tespit edilebilir. Zira uluslararası sözleşmelerde yer alan yetki şartları çoğu zaman örneğin, “işbu sözleşmeden kaynaklanabilecek tüm uyuşmazlıkların çözümünde İstanbul Mahkemeleri yetkilidir” şeklinde düzenlenmektedir. Bu durumda, aynı zamanda sözleşme ile sıkı ilişkili bir haksız rekabet uyuşmazlığında da yetkili mahkeme tespit edilmiş olacaktır.⁵⁴⁷

Bilindiği üzere, taraflar aralarında doğabilecek her türlü uyuşmazlık için Türk mahkemelerini yetkilendirebilecekleri gibi, yabancı bir mahkemeyi de yetkilendirebilirler. Tarafların Türk mahkemelerini yetkilendirebilmeleri için uyuşmazlığın Türkiye ile herhangi bir ilişkisinin bulunması şart değildir.⁵⁴⁸ Tarafların Türk mahkemelerini yetkilendirmeleri halinde, yetki anlaşmasının şekli ve diğer geçerlilik şartları HUMK.’a göre belirlenecektir.⁵⁴⁹ Tarafların yabancı bir ülke mahkemesini yetkilendirmeleri halinde ise, MÖHUK.’daki yetki sözleşmesine ilişkin

⁵⁴⁵ Kuru, s. 556.

⁵⁴⁶ Danthe, s. 197. İsv. MÖHK. m. 5/f. 1 uyarınca, taraflar aralarındaki belirli bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek malvarlığı uyuşmazlıklarının hangi mahkemede çözümleneceği konusunda anlaşabilirler. Anlaşma yazılı olarak veya telex ya da faks gibi yazılı olarak ispat imkanı veren herhangi bir iletişim arası vasıtasıyla yapılabilir. “*En matière patrimoniale, les parties peuvent convenir du tribunal appelé à trancher un différend né ou à naître à l’occasion d’un rapport de droit déterminé. La convention peut être passée par écrit, télégramme, télex, télécopieur ou tout autre moyen de communication qui permet d’en établir la preuve par un texte.*”

⁵⁴⁷ Danthe, s. 197.

⁵⁴⁸ Nomer, s. 110.

⁵⁴⁹ Nomer, s. 109; Çelikel/Erdem, s. 538; Eksi, s. 125.

düzenlemeler geçerli olacaktır.⁵⁵⁰ Her iki ihtimal aşağıda iki ayrı başlık altında incelenecektir.

1. Türk Mahkemelerinin Yetkilendirilmesi

Tarafların Türk mahkemelerini yetkilendirmeleri halinde uygulama alanı bulacak olan hüküm HUMK.'un 22. maddesidir.⁵⁵¹ HUMK.'un 22. maddesi uyarınca, mahkemenin yetkisinin kamu düzeni esasına göre belirlenmediği hallerde, taraflar bir veya birden çok belirli uyuşmazlık hakkında yetkili olmayan bir mahkemeyi yazılı şekilde yetkilendirebilirler. Böyle bir durumda, taraflarca yetkilendirilen mahkeme davaya bakmak zorundadır.

Mahkemelerin yetkisinin “kamu düzeni esasına göre tayin olunmadığı haller” ifadesinden, “tarafların üzerinde serbestçe tasarruf yetkisine sahip oldukları” hususların anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir.⁵⁵² Buna göre kamu düzenini ilgilendiren hallerin bazılarında mahkemelerin kesin yetkili oldukları kabul edilirken, bazılarında ise kesin yetkili mahkemenin varlığı şart koşulmamıştır.⁵⁵³ Buna göre, (a) taşınmazın aynından doğan davalarda (HUMK. m.13), (b) mirasçılar arasında terekenin taksimine ilişkin davalarda (HUMK. m. 11), (c) iflas davalarında (HUMK m. 17/c.1; İİK. m.154/III), (d) şirket, dernek ve vakıfların kendi işlerine ilişkin olarak üyeleri aleyhine ve üyelerin bu sıfatla diğer üyelere karşı açacağı davalarda (HUMK. m.17/c.2), (e) vekil (avukat) ile takip edilen işlerde vekalet ücreti ve yargılama giderlerinden doğan davalarda (HUMK. m. 15) kesin yetki söz konusudur.⁵⁵⁴ Kamu düzenini ilgilendiren ve fakat kesin olmayan yetki kuralları ise, (a) sigorta sözleşmelerinden doğan tazminat davalarına ilişkin HUMK.'un 19. maddesinde, (b) iş

⁵⁵⁰ Çelikel/Erdem, s. 538.

⁵⁵¹ Taraflar yetkisiz bir Türk mahkemesini aralarında yapacakları anlaşma ile yetkilendirebilirler ancak yetkili bir Türk mahkemesinin yetkisini ortadan kaldıramazlar; yani olumsuz yetki sözleşmesi yapamazlar. Pekantez/Atalay/Özekes, s. 129; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 181. HUMK.'un 22. maddesi çerçevesinde yapılan bu yorum, MÖHUK. m. 47'de düzenlendiği üzere, yabancı bir devlet mahkemesinin yetkilendirilmesi halinde geçerli olamayacaktır. Bkz. aşağıda “Yabancı Mahkemelerin Yetkilendirilmesi” başlıklı bölüm.

⁵⁵² Nur Bolayır, Medeni Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri, Beta Yayınları İstanbul 2009, s. 79.

⁵⁵³ Bolayır, s. 79.

⁵⁵⁴ Pekantez/Atalay/Özekes, s. 127-128-129; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 175-176; Bolayır, s. 84-112; Ekşi, s. 174. HMK.'da da kesin yetkili mahkemeler açıkça belirtilmiştir. Buna göre m.11/f.1'de düzenlenen ve mirastan doğan davalarda, m.12'de düzenlenen taşınmazın aynına ilişkin davalarda, m.14/f.2'de düzenlenen özel hukuk tüzel kişilerinin ortak veya üyelerine karşı veya ortak yahut üyelerin birbirlerine karşı açacağı davalarda, m.15/f.2'de düzenlenen can sigortalarından doğan davalarda belirtilen mahkemeler kesin yetkilidir.

sözleşmelerinden doğan davalara ilişkin İş Kanunu'nun 5. maddesinde, (c) tüketici sözleşmesinden doğan davalara ilişkin 4077 sayılı TKHK.'nın 23. maddesinin 3. fıkrasında, (d) boşanma davalarına ilişkin MK.'nin 168. maddesinde ve (e) soybağına ilişkin davalar ile ilgili MK.'nin 283. maddesinde yer almaktadır.⁵⁵⁵

Buna göre, haksız fiilden ve dolayısıyla haksız rekabetten doğan davalarda yetkili mahkemeyi belirleyen kurallar (genel yetki kuralı dışında kalan HUMK. m. 16 ve m. 21) kamu düzenini ilgilendiren (kesin veya kesin olmayan) yetki kurallarından değildir.⁵⁵⁶ Bu nedenle haksız rekabet uyuşmazlığının tarafları uyuşmazlığın çözümünde bir Türk mahkemesini yetkilendirebileceklerdir. Ancak tarafların bir Türk mahkemesini yetkilendirebilmeleri, kamu düzenine ilişkin yetkinin mevcut olmamasını öngören koşul dışında, diğer bazı şartlara bağlanmıştır. Bu şartlara da kısaca değinmek gerektiği düşüncesindeyiz.

HUMK.'un 22. maddesi uyarınca, yetki sözleşmesinin geçerli olabilmesi yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır.⁵⁵⁷ Ancak yetki sözleşmesinin zımnen de yapılabileceği ifade edilmektedir.⁵⁵⁸ Bununla beraber, yetki sözleşmesinin konusunu oluşturan uyuşmazlığın ve taraflarca seçilen mahkemenin belirli olması gerekmektedir.⁵⁵⁹ Bu nedenle, genel olarak Türk mahkemelerinin yetkilendirilmesi ile HUMK. m. 22 anlamında geçerli bir yetki sözleşmesinin kurulmuş sayılamayacağı, dolayısıyla da Türk mahkemelerinin uluslararası yetkisinin doğamayacağı belirtilmektedir.⁵⁶⁰ Doktrinde çoğunluk tarafından kabul edildiği üzere, taraflar ancak tek bir yer mahkemesinin (örneğin İstanbul Mahkemelerinin) yetkili olacağı konusunda anlaşabilirler.⁵⁶¹ Yetki sözleşmesi ile belirlenen mahkemenin münhasıran yetkili olup olmadığı, kanunda genel veya özel olarak yetkilendirilen mahkemelerin yetkisini ortadan kaldırıp kaldırmayacağı konusu tartışmalıdır. Ancak, doktrinde çoğunluk tarafından kabul edilen görüş uyarınca, taraflarca HUMK. m. 22

⁵⁵⁵ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 177; **Bolayır**, s. 112-131; **Ekşi**, s. 174.

⁵⁵⁶ **Kuru**, s. 486.

⁵⁵⁷ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s.130; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 180; **Ekşi**, s. 126; **Bolayır**, s. 133.

⁵⁵⁸ Aşağıda inceleyeceğimiz HUMK. m. 23'te yer alan durumda, davalının yetkisiz mahkemede açılan davada yetki itirazında bulunmaması halinde, taraflar arasında zımni bir yetki sözleşmesinin yapılmış olacağı belirtilmektedir. Bkz. **Bolayır**, s. 143.

⁵⁵⁹ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s.131; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 180-181; **Ekşi**, s. 127; Ayrıntılı bilgi için bkz. **Bolayır**, s. 148-159.

⁵⁶⁰ **Ekşi**, s. 129-130.

⁵⁶¹ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 181; **Bolayır**, s. 156-157. Ancak diğer bir görüşe göre, taraflar, açıkça belirtmek kaydıyla birden fazla mahkemeyi, örneğin İstanbul ve İzmir Mahkemelerini de yetkili kılabilirler. Bkz. **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s.131. Yargıtay'ın da bu konuda farklı kararlar vermiş olması nedeniyle içtihadın birleştirilmesi yoluna gidilmesi gerektiği savunulmaktadır. Bkz. **Bolayır**, s. 156, 484 no.lu dn.

çerçevesinde yetkilendirilen mahkeme, genel ve özel yetkili mahkemelerde dava açılmasına engel teşkil etmez; yalnızca taraflara genel ve özel yetkili mahkemeler yanında, seçtikleri mahkemede de dava açma konusunda seçim hakkı tanınmaktadır.⁵⁶²

HMK.'nın yetki sözleşmesi ile ilgili 17. maddesi HUMK. çerçevesinde yapılan tartışmaların çoğunu sonlandıracak niteliktedir; ancak diğer bazı tartışmaları da beraberinde getirecektir. Anılan hüküm uyarınca, *“tacirler veya kamu tüzel kişileri, aralarında doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlık hakkında, bir veya birden fazla mahkemeyi sözleşme ile yetkili kılabilirler.”* Hükümün devamında, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece davanın sadece sözleşmeyle belirlenen mahkemede görüleceği açıkça belirtilmektedir.

Bu hüküm yetki sözleşmeleri konusunda yeni bir koşul öngörmektedir. Buna göre yetki sözleşmeleri ancak tacirler ve kamu tüzel kişileri tarafından yapılabilecektir. Bu durumda hükümün uygulama alanı oldukça daraltılmaktadır. Diğer taraftan, tarafların aralarında “doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlık” hakkında yetki sözleşmesi yapabilecekleri belirtilmekle, uyuşmazlığın “belirliliği” koşulunun yumuşatıldığı söylenebilir. Madde metninde yer alan “doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlık” ifadesi uygulama ile uyumu sağlayabilecek bir hükümdür. Ancak tarafların aralarında birden çok hukuki ilişkinin varlığı halinde yapılacak yetki sözleşmelerin hangi uyuşmazlığı kapsayacağı sorusu doğabilir. HUMK. m. 22’de yer alan ve yetki sözleşmesinin geçerliliği “yazılı şekil şartına” bağlayan kural da terk edilmiştir. Yetki sözleşmesinin tarafları konusunda getirilen kısıtlama düşünüldüğünde, yazılılık şartı ile korunan menfaatin ortadan kalktığı düşünülebilir. Zira, yazılı şekil şartının amacı, tarafları yaptıkları tasarruf konusunda dikkatli olmaya sevk etmektir.⁵⁶³ Yetki sözleşmesinin taşıdığı önemi kavramaları açısından tacirlerin ve kamu tüzel kişilerinin diğer kişilere oranla daha az korunmasını beklemek gayet doğaldır.

Bununla beraber, HUMK. m. 22 çerçevesinde ileri sürülenin aksine, taraflar birden fazla mahkemenin yetkili olabileceği konusunda anlaşabileceklerdir. Böylece konu açıklığa kavuşturulmuş olmaktadır. Ayrıca, yetki sözleşmesi ile belirlenen mahkemenin münhasıran yetkili olup olmadığı tartışması da olumlu

⁵⁶²Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 181. Doktrinde ileri sürülen farklı görüşler ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. Bolayır, s. 160-163.

⁵⁶³Bolayır, s. 134.

sonuçlandırılmıştır. Buna göre, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, dava genel ve özel yetkili diğer mahkemelerde açılmayacaktır.

Tüm bu açıklamalar ışığında, halihazırdaki HUMK. düzenlemesi uyarınca, haksız rekabetten doğan uyuşmazlıklarda da, tarafların belirli bir uyuşmazlık için belirli bir mahkemeyi yazılı olarak yetkilendirmeleri halinde, yetki sözleşmesi ile belirlenen Türk mahkemesinin uluslararası yetkisi doğacaktır. Daha evvel de belirttiğimiz üzere, özellikle tarafların daha evvel akdetmiş oldukları sözleşme çerçevesinde yetkili mahkemeyi belirlemiş olmaları ve haksız rekabet fiilinin bu sözleşme ile sıkı ilişkili olması halinde, yapılan yetki sözleşmesi haksız rekabetten doğan uyuşmazlık için de sonuç doğuracaktır.

2. Yabancı Mahkemelerin Yetkilendirilmesi

Tarafların yabancı bir mahkemeyi yetkili kılmak amacıyla yapacakları anlaşmaların şartları ve sonuçları MÖHUK.'un 47. maddesinde düzenlenmektedir. Aslında bu hüküm, yabancı mahkemenin hangi koşullara bağlı olarak yetkili olabileceğini düzenlememektedir; yalnızca tarafların yabancı bir mahkemeyi yetkilendirebilmeleri için Türk Uluslararası Usul Hukuku gereğince uyulması gereken şartları belirlemekte ve bu yetkilendirmenin Türk mahkemelerinin yetkisi üzerindeki etkisini açıklığa kavuşturmaktadır.⁵⁶⁴ Zira, yabancı bir devlet mahkemesini yetkili kılan anlaşmanın, mahkemesi yetkilendirilen devletin usul hukuku kurallarına uygun olması gerekmektedir.⁵⁶⁵ Yetkilendirilen mahkeme, yetki sözleşmesinin geçerli olup olmadığını kendi uluslararası özel hukuk hükümlerine göre belirleyecektir.⁵⁶⁶

MÖHUK. m. 47 uyarınca, “*yer itibarıyla yetkinin münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği hallerde, taraflar, aralarında yabancılık unsuru taşıyan ve borç ilişkisinden doğan uyuşmazlığın yabancı bir devletin mahkemesinde görülmesi konusunda anlaşabilirler.*” Buna göre, (a) münhasıran Türk mahkemelerinin yetkisine girmeyen hallerde, (b) yabancılık unsuru taşıyan ve (c) borç ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda yabancı bir mahkeme yetkilendirilebilir.

⁵⁶⁴ “Her devlet kendi mahkemelerinin milletlerarası yetkisini kendisi tayin eder.” **Ekşi**, s. 179; **Nomer**, s. 55-56; **Çelikel/Erdem**, s. 486.

⁵⁶⁵ **Nomer**, s. 112.

⁵⁶⁶ **Ekşi**, s. 179.

Münhasır yetki kavramının usul hukukunda yer alan “kesin yetki” kavramından farklı olduğu dile getirilmektedir.⁵⁶⁷ Münhasır yetki kavramı ile amaçlanan sonuç, uyuşmazlığın mutlaka Türk mahkemelerinde çözüme kavuşturulmasıdır. HUMK. m. 22’de düzenlenen “yetkinin kamu düzeni esasına göre tayin edildiği haller” göz önüne alındığında, münhasır yetki kavramının da tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri uyuşmazlıkları kapsadığı sonucuna varılabilir.⁵⁶⁸ Zira, kamu düzenine ilişkin yetki kurallarının kesin ve kesin olmayan yetki kurallarını kapsadığını yukarıda açıklamıştık. Buna göre, Türk mahkemelerinin kesin yetkili olduğu hallerde taraflarca yabancı bir mahkemenin yetkilendirilebilmesi mümkün değildir. Kamu düzenine ilişkin kesin olmayan yetki kurallarına baktığımızda, bu kuralların sigorta, iş ve tüketici sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar ile boşanma ve soybağı gibi aile ve kişiler hukuku uyuşmazlıklarını kapsadığı görülmektedir. Bu çerçevede aile ve kişiler hukuku ile ilgili uyuşmazlıklarda yabancı bir mahkemenin yetkilendirilmesi mümkün değildir. Zira bu uyuşmazlıklar borç ilişkisinden doğan uyuşmazlıklar kapsamına girmemektedir. Sigorta, iş ve tüketici sözleşmelerine ilişkin olarak ise MÖHUK.’da üç ayrı özel yetki kuralı (m. 44-m. 45-m. 46) kabul edilmiş ve MÖHUK. m. 47/f.2’de açıkça “sigorta, iş ve tüketici sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda yabancı mahkemelerin yetkili kılınarak Türk mahkemelerinin yetkisinin bertaraf edilemeyeceği” belirtilmiştir.⁵⁶⁹ Sonuç olarak, borç ilişkisinden doğan uyuşmazlıklar göz önüne alındığında, Türk

⁵⁶⁷ Nomer, s. 111.

⁵⁶⁸ “Münhasır yetki kuralı aynı zamanda kamu düzeni esasına göre tayin edilen yetkiyi de ifade eder. Münhasır yetki olarak kabul edilen yetki halleri içine iç hukuktaki kamu düzeninden sayılan yetki kuralları da girer.” Bkz. **Çelikel/Erdem**, s. 541.

⁵⁶⁹ Sigorta, iş ve tüketici sözleşmelerinden kaynaklanan yetkinin kamu düzeninden olduğunun kabulü, bu konularda yapılacak yetki anlaşmalarının ancak uyuşmazlığın doğumundan sonra veya zayıf olan taraf lehine yapılmış olmaları halinde kabul edilecekleri belirtilmektedir. Somut olayda, zayıf tarafın korunmasını gerektiren bir durumun kalmamış olması halinde ise yetki sözleşmesine cevaz verilmektedir (**Fügen Sargın**, Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları, Yetkin Yayınları Ankara 1996, s. 45). Zaten 5718 sayılı MÖHUK.’un 47. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen bu hükmün kabulünden önce de Yargıtay, özellikle iş ve tüketici sözleşmelerinden kaynaklanan davalarda yabancı mahkemenin yetkilendirilemeyeceğini öngören kararlar vermiştir. Bkz. Yargıtay 9.HD.’nin E. 2007/12043, K. 2007/17765 sayılı ve 04.06.2007 tarihli kararı: “5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu gereğince iş mahkemelerinde açılacak her dava, açıldığı tarihte ... işçinin işini yaptığı işyeri için yetkili mahkemede de bakılabilir. Bunlara aykırı sözleşme muteber sayılmaz. 2675 sayılı MÖHUK.’un 31. maddesinde de, yer itibarıyla yetkinin kamu düzeni veya münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği hallerde, taraflar aralarındaki yabancılık unsuru taşıyan ve borç ilişkisinden doğan uyuşmazlığın yabancı bir devlet mahkemesinde görülmesi konusunda anlaşabilecekleri belirtilmiştir. ... gerek 5521 sayılı Kanununun 5. maddesi, gerekse 2675 sayılı Kanununun 31. maddesi karşısında tarafların yetki sözleşmesine itibar edilemez.” Yargıtay bir kararında, sigorta şirketinin rücu tazminat talebinden doğan davada, tarafların yabancı bir mahkemeyi yetkilendirdikleri anlaşmayı geçerli saymıştır (Yargıtay 11. HD.’nin E. 2005/12955, K. 2006/13462 sayılı ve 18.12.2006 sayılı kararı, bkz. www.kazanci.com).

Usul Hukukunun kesin yetki kuralları ile belirlenen mahkemelerin MÖHUK. m. 47 anlamında münhasıran yetkili olacağı görülmektedir.

MÖHUK. m. 47’de belirtilen bir başka husus ise, uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıması gerektiğidir. Aslında bir uyuşmazlığın MÖHUK.’un uygulama alanına girebilmesi için zaten yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin bir borç ilişkiden kaynaklanması gerekmektedir. Ancak burada altı çizilmesi gereken nokta, (tarafların vatandaşlıkları, borcun ifa yeri, borç ilişkisine sebebiyet veren olayın yabancı ülkede gerçekleşmesi vb.) hiçbir yabancılık unsuru taşımayan bir uyuşmazlıkta, tarafların yabancı bir mahkemeyi yetkilendirmiş olmalarının başlı başına yabancılık unsuru olarak kabul edilemeyeceğidir.⁵⁷⁰

Son olarak, yabancı bir mahkemenin yetkilendirilebilmesi için, uyuşmazlığın borç ilişkisinden doğması gerekmektedir. Borç ilişkisi kavramının Türk hukukuna göre yorumlanması gerekir.⁵⁷¹ Buna göre, sözleşmelerden, haksız fiilden ve sebepsiz zenginleşmeden doğan uyuşmazlıkların MÖHUK. m. 47 kapsamında olduğu sonucu doğmaktadır.⁵⁷²

MÖHUK.’un 47. maddesinde yetki sözleşmelerinin geçerliliğine ilişkin bir şekil şartı kabul edilmemiştir. Buna göre, taraflar açıkça veya zımnen yabancı bir mahkemenin yetkili olacağı konusunda anlaşabileceklerdir.⁵⁷³ Anılan hükümde, “*anlaşmanın, yazılı delille ispat edilmesi halinde geçerli olacağı*” belirtilmektedir. Buna göre, yazılı şekil bir geçerlilik şartı olarak değil, ancak bir ispat şartı olarak kabul edilmektedir. Bu ispat, anlaşmanın içeriğinin yazılı olarak tespitine imkan verecek herhangi bir iletişim aracıyla yapılabilecektir.⁵⁷⁴ Ayrıca, taraflarca yetkilendirilen mahkemenin “belirli” olması gerektiği ifade edilmektedir. Ancak, bu yetkilendirmenin yer itibarıyla yetki mahkemenin tespitinden çok, belirli bir devletin mahkemelerinin yetkilendirilmesine yönelik olması yeterlidir.⁵⁷⁵

⁵⁷⁰ Ekşi, s. 180.

⁵⁷¹ Ekşi, s. 180.

⁵⁷² Nomer, s. 114; Çelikel/Erdem, s. 541; Ekşi, s. 180. “*Önceden tahmin edilmeleri konusundaki güçlüğe rağmen, haksız fiillerden doğan borç ilişkilerini belirli bir devletin mahkemelerinin yetkisine tabi kılan taraf iradelerine etki tanınmaktadır.*” (Sargın, s. 44).

⁵⁷³ Nomer, s. 113; Ekşi, s. 182.

⁵⁷⁴ Nomer, s. 114; Çelikel/Erdem, s. 542.

⁵⁷⁵ Nomer, s. 115; Sargın, s. 171. Tarafların örneğin “işbu sözleşmeden doğabilecek uyuşmazlıkların çözümünde Alman mahkemeleri yetkilidir” şeklinde düzenledikleri bir yetki şartı MÖHUK m. 47 çerçevesinde kabul görecektir. Bir görüşe göre, yetki anlaşmaları ancak tüm ayrıntıları ile belirlenmiş bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek olan uyuşmazlıklar için yapılabilecektir. Bkz. Sargın, s. 56-175. Aslında HUMK. m. 22’den yola çıkarak taraflar arasındaki uyuşmazlığın da belirli olması gerektiğini ileri süren görüşlerin pratik açıdan bir anlam taşımadığı, gerek mahkemenin gerekse uyuşmazlığın belirli olması gerektiğine ilişkin koşulun ancak mahkemesi yetkilendirilen ülke

Tüm bu koşullar göz önüne alındığında, haksız rekabetten doğan uyuşmazlıklar ile ilgili olarak yabancı bir mahkemenin yetkilendirilebileceği görülmektedir. Zira, haksız rekabetten doğan uyuşmazlıklara ilişkin yetki kuralının kamu düzenine ilişkin olmadığını daha önce de belirtmiştik. Bu bakımdan, uluslararası haksız rekabetten doğan bir uyuşmazlıkta Türk mahkemelerinin yetkisinin münhasır olduğunu söylemek mümkün değildir. Haksız rekabet uyuşmazlıklarının borç ilişkisinden (haksız fiilden) doğduğu göz önüne alındığında, yabancılık unsusu taşıyan bu tip uyuşmazlıklarda tarafların yabancı mahkemenin yetkili olacağı konusunda anlaşmalarına engel bir durum yoktur.

Tarafların böyle bir anlaşma ile yabancı bir mahkemeyi yetkili kılmaları halinde, yetkilendirilen mahkeme uyuşmazlığı çözme konusunda münhasıran yetkili olacaktır.⁵⁷⁶ Zira MÖHUK. m. 47 uyarınca, *“dava, ancak yabancı mahkemenin kendini yetkisiz sayması veya Türk mahkemelerinde yetki itirazında bulunulmaması halinde yetkili olacaktır.”*⁵⁷⁷ Bu durum İsviçre Hukuku açısından da geçerlidir. İsv.

hukukuna göre belirlenebileceği ifade edilmektedir. Bkz. **Eksi**, s. 181-182. Kanaatimizce de, mahkemenin ve uyuşmazlığın belirliliği konusunda geçerli olacak hukukun yabancı ülke hukuku olması nedeniyle bu görüş isabetlidir. Zira, MÖHUK. m. 47’de bu konuya ilişkin herhangi bir belirleme yapılmadığı görülmektedir. Nasıl ki biz Türk Hukukuna göre (HUMK. m. 22), Türk mahkemelerinin yetkilendirilebilmesi için mahkeme ve uyuşmazlığın belirli olması şartını arıyor isek, mahkemesi yetkilendirilen devlet hukuku da bu şartı arayabilir ya da aramayabilir. Bu husus Türk Uluslararası Özel Hukukunu ilgilendiren bir husus değildir.

⁵⁷⁶ Aslında burada “tam bir münhasırlık”tan bahsedilememektedir. Zira Türk mahkemesi taraflar arasında yapılan yetki sözleşmesini re’sen nazara almamaktadır. Davanın Türk mahkemesinde görülmesine engel olmak isteyen taraf (davalı), yetki sözleşmesinin varlığını ileri sürerek yetki itirazında bulunmalıdır.

⁵⁷⁷ **Nomer**, s. 116; **Çelikel/Erdem**, s. 545; **Eksi**, s. 185-188. 2675 sayılı MÖHUK.’un yetki anlaşmalarını düzenleyen 31. maddesine ilişkin Yargıtayca verilen çelişkili kararlar (*“2675 sayılı Yasanın 31. Maddesinin öngördüğü biçimde yapılmış bir yetki sözleşmesi Türk mahkemesinin yetkisini ortadan kaldırmaz.”* Yargıtay HGK.’nın E. 1988/11-26, K. 1988/76 sayılı ve 15.06.1988 tarihli kararı; *“... genel ve özel yetki kuralları uyarınca Türk mahkemelerinin uluslararası yetkisinin bulunmaması olgusu karşısında sözleşme ile belirtilen yabancı mahkemenin yetkisi, münhasır yetki niteliğindedir.”* Yargıtay 15. HD.’nin E. 1994/967, K. 1994/3183 sayılı ve 16.05.1994 tarihli kararı (Görüldüğü üzere Yargıtay önce HUMK. uyarınca yetkili bir Türk mahkemesinin bulunup bulunmadığını incelemiş ve yetkili mahkeme bulunmaması üzerine taraflarca yetkilendirilen yabancı mahkemenin münhasır yetkili olduğuna karar vermiştir); *“Önceden belirtelim ki, yabancı bir devlet mahkemesini yetkilendiren ve anılan maddenin (2675 sayılı MÖHUK. ’un 31. maddesi) öngördüğü koşullara uyan geçerli bir yetki sözleşmesinin varlığı halinde, yetkisi kararlaştırılan yabancı devlet mahkemesi “münhasıran” yetkili bir mahkeme kimliğini kazanmış olur.”* Yargıtay HGK.’nin E. 1998/12-287, K. 1998/325 sayılı ve 06.05.1998 tarihli kararı ve doktrinde ileri sürülen çeşitli fikirler çerçevesinde yapılan tartışmalar 5718 sayılı MÖHUK.’un 47. maddesinde kabul edilen açık ifade ile son bulmuştur. Yetki sözleşmesi ile ilgili yukarıda anılan kararların metinleri için bkz. **Ata Sakmar/Nuray Eksi/İlhan Yılmaz**, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Mahkeme Kararları, Yenilenmiş 3. Bası, Beta Yayınları İstanbul 2001, s. 209-213, 218-228 MÖHUK. m. 47 (eski m. 31) çerçevesinde münhasır yetkinin kabulü ile ilgili doktrinde ileri sürülen ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. **Sargin**, s. 194-202. Tarafların yabancı bir mahkemeyi yetkili kılmaları halinde, Türk mahkemesinde dava açılırsa ve davalı taraf yetki sözleşmesini gerekçe göstererek yetki itirazında bulunursa, Türk mahkemesi itirazın kabulü yoluyla davayı reddetmek zorundadır. Diğer taraftan, dava yetkili yabancı mahkemede görülürken aynı

MÖHK. m. 5’de düzenlenen yetki sözleşmeleri, aksine hüküm olmadığı sürece münhasır niteliktedir.⁵⁷⁸

Brüksel I Tüzüğü’nün yetki sözleşmelerini düzenleyen 23. maddesi uyarınca, taraflardan en az birinin yerleşim yerinin üye devletlerden birinde bulunması halinde, taraflar belirli bir hukuki ilişkiden doğan ve doğabilecek olan uyuşmazlıkların çözümünde bir ya da birden fazla üye devlet mahkemesinin yetkili olabileceği konusunda anlaşabilirler.⁵⁷⁹ Tüzüğün 22. maddesinde belirtilen kesin yetki kurallarını bertaraf eden yetki sözleşmeleri geçersizdir.⁵⁸⁰ Anlaşmanın yazılı olması veya sözlü yapılması halinde yazılı şekilde teyit edilmesi gerekmektedir. Tarafların, aralarında daha evvel var olan ilişkiden kaynaklanan alışkanlıklarına uygun bir şekilde yapılan anlaşmalar da geçerlidir. Uluslararası ticaretten doğan uyuşmazlıklarda, o faaliyet alanında sıklıkla kullanılan ve tarafların bildiği veya bilecekleri varsayılan teamüllere uygun yetki anlaşmaları da geçerli kabul edilmektedir. Tarafların, aralarında belirli bir süre elektronik iletişim vasıtalarıyla müzakere ettikleri anlaşmalar da yazılı şekil şartını yerine getirmiş sayılır.⁵⁸¹ Taraflar aksini belirtmedikleri sürece yetki sözleşmesi ile belirlenen mahkeme uyuşmazlığın çözümünde münhasıran yetkili olacaktır.⁵⁸²

3. Yerleşim Yerleri Türkiye’de Bulunan Tüketicilerin Taraf Olduğu Davalarda Yetki Sözleşmeleri

Çalışmamızın bir ve ikinci kısımlarında modern haksız rekabet kavramından bahsetmiş, haksız rekabetin sadece rakipleri değil, müşteri ve tüketicileri de kapsayacak şekilde yorumlandığını ifade etmiştik. Bunun sonucu olarak, TTK. m. 58/f.2’de (Yeni TTK. m. 56/f.2) haksız rekabet yüzünden ticari menfaatleri zedelenen müşterilerin (ve tüketicilerin) ve Yeni TTK. m. 56/f.3’de tüzüklerine göre tüketicilerin menfaatlerini koruyan sivil toplum kuruluşlarının da dava açabilecekleri kabul edilmiştir.

zamanda Türk mahkemesinde de açılırsa, Türk mahkemesinde davalı olan taraf derdestlik itirazında bulunabilecektir. **Nomer**, s. 116-117.

⁵⁷⁸ **Imhoff-Scheier**, s. 35; **Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard**, s. 349.

⁵⁷⁹ Tarafların yalnızca belirli bir üye devletin mahkemelerini yetkili kılmaları yeterlidir; yer itibarıyla yetkili mahkemenin belirtilmesine gerek yoktur. **Wang**, s. 38-39.

⁵⁸⁰ **Dutoit**, Règlement Bruxelles I, s. 53.

⁵⁸¹ **Svantesson**, s. 211.

⁵⁸² **Dutoit**, Règlement Bruxelles I, s. 57; **Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard**, s. 349-350.

Buna göre, tüketiciler veya tüketici örgütleri tarafından açılacak davalarda 4077 sayılı TKHK.'nın 23. maddesi uygulama alanı bulacaktır. Anılan madde uyarınca, TKHK.'da düzenlenen hak ve yükümlülüklerle ilişkin davalar tüketici mahkemelerinde görülür. TKHK. m. 23/f. 3 hükmünde, HUMK.'da öngörülen yetki kurallarının yanında uygulanacak özel bir yetki kuralına yer verilmiştir. Buna göre, *“tüketici davaları tüketicinin ikametgahı mahkemesinde de açılabilir.”* Türk Usul Hukukunda tüketici sözleşmesinden doğan davalarda yetki sözleşmesini yapılmasını yasaklayıcı bir hükme yer verilmemiştir. Bu nedenle, tüketici sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda da HUMK. m. 22 ve MÖHUK. m. 47 çerçevesinde yetki sözleşmesi yapılabilecektir. Her ne kadar, HUMK. m. 22 hükmü münhasır yetkili mahkeme tesis etmese ve tüketici kendi ikametgahı mahkemesinde dava açabilecekse de, *“olması gereken hukuk açısından tüketici sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, tarafların yetki sözleşmesi yapmalarına izin verilmemesi gerektiği”* savunulmaktadır.⁵⁸³ Ancak, belirtmek gerekir ki, HMK.'nın yetki sözleşmelerini düzenleyen 17. maddesi uyarınca, yetki sözleşmeleri ancak tacirler ve kamu tüzel kişileri arasında yapılabilecektir. Kanımızca, yetki sözleşmesine münhasırlık tanıyan bu düzenlemenin tüketicileri kapsam dışı bırakması gayet isabetli olmuştur.

Yabancılık unsuru taşıyan tüketici sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda ise MÖHUK. m. 45 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Buna göre, bu tür uyuşmazlıklarda, tüketicinin seçimine göre, tüketicinin yerleşim yeri veya mutad meskeni ya da karşı tarafın (satıcı ya da sağlayıcı) işyeri, yerleşim yeri veya mutad meskeninin bulunduğu Türk mahkemeleri yetkilidir. Aynı hükmün ikinci fıkrası uyarınca ise, tüketiciye karşı açılacak davalarda yetkili mahkemenin tüketicinin Türkiye'deki mutad meskeni mahkemesidir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, MÖHUK. m. 47/ f.2 hükmü göz önüne alındığında, tüketici sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda yabancı mahkemenin yetkilendirilmesi yoluyla MÖHUK.'un 45. maddesinde belirtilen Türk mahkemelerinin yetkisinin bertaraf edilmesi mümkün olmayacaktır.⁵⁸⁴ Buna göre ancak m. 45'de belirtilen mahkemeler dışında, tüketiciye alternatif yetkili mahkemeler sunan yetki sözleşmeleri geçerli olabilecektir.

İsv. MÖHK.'un 114. maddesinde tüketici sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda yetkili mahkeme belirtilmektedir. Buna göre, tüketicinin seçimine

⁵⁸³ **Özdemir Kocasakal**, Elektronik Sözleşmeler, s. 203; **Bolayır**, s. 125.

⁵⁸⁴ **Nomer**, s. 112; **Çelikel/Erдем**, s. 547.

göre, (a) kendi yerleşim yerinin veya mutad meskeninin veya (b) satıcı ya da sağlayıcının yerleşim yerinin, yoksa mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemeleri yetkili olacaktır. Tüketicinin yerleşim yerinin veya mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesinin yetkisini bertaraf eden yetki sözleşmeleri geçersizdir.⁵⁸⁵

Brüksel I Tüzüğü'nün 16. maddesinde, tüketici sözleşmelerinden doğan davalara ilişkin yetki kuralları yer almaktadır. Buna göre tüketicinin açacağı davalarda, karşı tarafın (satıcı ya da sağlayıcının) yerleşim yeri mahkemesi veya tüketicinin kendi yerleşim yeri mahkemesi yetkilidir. Karşı tarafın tüketiciye karşı açacağı davalar ise ancak tüketicinin yerleşim yeri mahkemesinde açılabilir. Tüzüğün 17. maddesinde tüketici sözleşmelerine ilişkin yetki sözleşmeleri düzenlenmektedir. Buna göre, ancak uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra veya, 16. maddede belirlenen mahkemeler dışında diğer (alternatif yetkili) mahkemelere de başvurma hakkı tanıyorsa veya, tüketici sözleşmesi akdedildiği sırada tüketicinin ve sözleşmenin karşı tarafının yerleşim yerlerinin veya mutad meskenlerinin aynı ülkede bulunması halinde, bu ülke mahkemelerini yetkili kılan sözleşmeler geçerli olabilecektir. Son ihtimalde, tüketicinin ve sözleşmenin karşı tarafının yerleşim yerlerinin veya mutad meskenlerinin bulunduğu ülke hukukunun bu tür yetki sözleşmelerinin akdedilmesine izin vermesi gerekmektedir. Bu düzenlemeler, MÖHUK.'un 45. maddesinde öngörülen yetki kuralları ile büyük ölçüde örtüşmektedir. Ancak, tüketici sözleşmeleri açısından tarafların yetkili mahkemeyi belirleyebilmelerine ilişkin Brüksel I Tüzüğü'nün 17. maddesinin 1. fıkrasında yer alan (uyuşmazlığın ortaya çıkmasından sonra yetki sözleşmesi yapılabileceğine dair) hükme yer verilmemiştir.⁵⁸⁶

Tüm bu bilgiler ışığında uluslararası haksız rekabet davaları açısından, tüketici ile haksız rekabet faili satıcı ya da sağlayıcı arasında herhangi bir sözleşmenin bulunmaması durumunda, haksız fiile ilişkin uyuşmazlıklarda yetkili mahkemeyi belirleyen genel ve özel yetki kuralları (HUMK. m. 9- m. 16- m. 21, m. 23 ve TKHK. m. 23) uygulanacak ve Türk mahkemelerinin yetkisi bu kurallara göre tesis edilecektir. Ancak, tüketici ile haksız rekabet faili satıcı ya da sağlayıcı arasında tüketici sözleşmesinin varlığı ve haksız rekabet fiilinin bu sözleşmeyi ihlal ettiği

⁵⁸⁵ Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard, s. 348.

⁵⁸⁶ 5718 sayılı MÖHUK. Tasarısı'nda düzenlenen bu hüküm kanunun son halinde yer almamaktadır. Öte yandan, doktrinde tüketici aleyhine açılan davalar açısından yetki sözleşmesine imkan tanınmaması gerektiği de ileri sürülmektedir (Özdemir Kocasakal, Elektronik Sözleşmeler, s. 203).

varsayımında ise iki ayrı durum ortaya çıkabilecektir. Şayet taraflar yabancı bir mahkemeyi yetkilendiren bir yetki sözleşmesi yapmamışlarsa, yine genel ve özel yetki kurallarının belirlediği Türk mahkemeleri yetkili olacaktır. Şayet, taraflar yabancı bir mahkemeyi yetkili kılmışlarsa, MÖHUK. m. 45 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Bu durumda, m. 45’de düzenlenen Türk mahkemelerinin yetkisi, m. 47 uyarınca yapılacak bir yetki anlaşması ile bertaraf edilemeyecektir.

Bu noktada, yetki şartlarının (anlaşmalarının) tüketici sözleşmelerinin çoğunun içerdiği genel işlem şartları (standart form sözleşmeler) içinde yer aldığı göz önüne alındığında, genel işlem şartları ile tüketiciye dayatılan ve yabancı mahkemeleri yetkilendiren hükümler hakkındaki değerlendirmelere de değinmek gerektiği düşüncesindeyiz. Genel işlem şartları, genelde ekonomik güce sahip satıcı ya da sağlayıcı tarafından düzenlenen, tüketicinin okuyamadan kabul ettiği ve dolayısıyla da inceleyemediği hükümlerdir. Yetkili mahkemeyi belirleyen anlaşmanın, hukuki ilişkinin güçlü tarafının gücünü kötüye kullanması suretiyle zayıf olan tarafı olduğundan daha güç bir duruma düşürecek nitelikte olması halinde söz konusu yetki anlaşmasına etki tanınmaz.⁵⁸⁷ Nitekim, İsv. MÖHK.’un 5. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, taraflarca akdedilen yetki sözleşmesinin (élection du for), taraflardan birini İsviçre Hukukunun ilgili hükümlerince yetkili kılınan devlet yargısının güvence altına aldığı korumadan yoksun bırakacak sonuçlara yol açmaması gerekmektedir; aksi takdirde yetki sözleşmesi, hakkın kötüye kullanımı sonucunu doğurması nedeniyle, geçersiz olacaktır. Burada dikkate alınacak olan husus, yetki sözleşmesinin tarafların karşılıklı müzakereleri sonucunda kabul edilip edilmediğidir. Yetki sözleşmesini geçersiz kılan husus, pazarlık gücü arasındaki dengesizlik değil, bu dengesizliğin zayıf olan tarafın irade özgürlüğü üzerindeki etkisidir.⁵⁸⁸

Türk Uluslararası Özel Hukukunda İsv. MÖHK.’da yer alan hükümde olduğu gibi açık bir hüküm kabul edilmemiş olmakla beraber, yetki sözleşmelerine ilişkin yukarıda açıklanan MÖHUK. m.47/f.2 hükmü ekonomik ilişkilerde zayıf olan tarafı korumak amacıyla kabul edilmiştir. Doktrinde ise, genel işlem şartları içinde yer alan yetki sözleşmelerinin kabul edilmemesi gerektiği ifade edilmektedir.⁵⁸⁹

⁵⁸⁷ Sargin, s. 49.

⁵⁸⁸ Sargin, s. 49.

⁵⁸⁹ “Genel işlem şartlarını kabul ettiren taraf, ekonomik ve sosyal açıdan sahip olduğu üstünlüğünü, diğer tarafın yabancı devlet mahkemesine yetki veren böyle bir şartı kabul etmesini zaruri kılacak şekilde kullanmış ise, böyle bir yetki sözleşmesinin “ahlaka aykırılık” sebebiyle geçerli olmaması (BK. m.19/f.2) gerekir.” (Nomer, s. 114).

E. Türk Mahkemelerinin Yetki İtirazının İleri Sürülmemesi Nedeniyle Yetkili Hale Gelmesi

HUMK.'un 23. maddesi uyarınca, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklarda, yetkili olmayan bir mahkemede aleyhine dava açılan kimse esasa girişilmeden önce mahkemenin yetkisiz olduğuna dair itirazda bulunmazsa, o mahkemenin yetkisini kabul etmiş sayılır. Bu çerçevede ileri sürülmesi gereken yetki itirazı HUMK.'un 187. maddesi anlamında bir ilk itirazdır ve davalı tarafından süresi içinde ileri sürülmelidir; aksi takdirde dava yetkisiz mahkemede görülmeye devam eder.⁵⁹⁰

Uluslararası haksız rekabetten doğan uyuşmazlıkların tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri (Türk mahkemelerinin yetkisinin kamu düzeni esasına göre tesis edilmediği) türde bir uyuşmazlık olması nedeniyle, HUMK. m. 23'de düzenlenen kural uyarınca, davanın Türk mahkemelerinden birinde açılması ve davalının yetki itirazında bulunmaması halinde, dava Türk mahkemesinde görülmeye devam edecektir. Davalının Türk mahkemesinin yetkili olmadığına dair uluslararası yetki itirazında bulunması halinde ise, Türk mahkemesi iç hukukta yer alan genel veya özel yetki kuralları uyarınca yetkili olmaması veya tarafların yukarıda açıkladığımız üzere yabancı bir mahkemeyi yetkilendirmiş olmaları halinde, davayı yetkili olmadığı gerekçesiyle reddedecektir.⁵⁹¹ HUMK.'da kabul edilen bu kural, Türk mahkemelerinin uluslararası yetkisinin tesisinde aynen uygulanacaktır. Bu açıdan, davanın Türk mahkemesi ile hiçbir bağlantısı olmamasına rağmen, davanın başında esasa girişilmeden önce yetki itirazında bulunulmaması halinde, dava Türk mahkemesinde görülmeye devam edecektir.⁵⁹²

HUMK.'un 23. maddesinde düzenlenen bu kural, İsv. MÖHK.'un 6. maddesinde de yer almaktadır. Anılan kuralın uygulama alanına malvarlığından

⁵⁹⁰ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 132. Yazılı yargılama usulünde, yetki itirazı ancak esasa cevap süresi içinde, yani kural olarak on gün içerisinde yapılmak zorundadır. Yetki itirazında bulunulmaması halinde, taraflar arasında zımnî bir yetki sözleşmesi doğduğu belirtilmektedir (**Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 183-185; **Bolayır**, s. 143). Ancak diğer bir görüşe göre, yetki itirazı yalnızca davalı tarafa olumlu bir yükümlülük getiren usulî bir muameledir. Davalı dava dilekçesine hiç cevap vermese dahi, dava yetkisiz (davalının cevap dilekçesi vermemesiyle yetkili hale gelen) mahkemede görülmeye devam eder. (**Ekşi**, s. 137).

⁵⁹¹ Ancak bu takdirde, davalının HUMK. m. 23'ün iç hukukta uygulandığı şekliyle, hangi devlet mahkemesinin uluslararası yetkiye sahip olduğunu belirtmesi beklenemez (**Nomer**, s. 108).

⁵⁹² "23. maddenin Türkiye açısından bütün unsurlarıyla yabancı olan bir davanın Türk mahkemelerinde görülmesine imkan sağladığı açıktır." **Ekşi**, s. 138.

doğan uyuşmazlıklar girmektedir. Doktrinde, davalının uyuşmazlığın esasına ilişkin savunmalarını, mahkemenin yetkisine dair herhangi bir çekince belirtmeksizin ileri sürmesi halinde, mahkemenin yetkisini kabul etmiş sayılacağı ifade edilmektedir.⁵⁹³

Çalışmamızın bu bölümüne kadar, Türk Usul Hukuku (HUMK. ve MÖHUK.) hükümleri çerçevesinde haksız rekabette doğan uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin yetkisinin hangi kriterlere göre belirleneceği konusunda açıklamalarda bulunduk. Çalışmamızın bu bölümünde ise, medya veya internet yoluyla gerçekleştirilen haksız rekabet fiillerinden doğan uyuşmazlıklarda yetkili mahkemenin tespiti ile ilgili değerlendirmelere yer vereceğiz.

III. KİTLE İLETİŞİM ARAÇLARI İLE GERÇEKLEŞTİRİLEN HAKSIZ REKABET FİİLLERİ AÇISINDAN ULUSLARARASI YETKİNİN TESPİTİ

Günümüzde, işletmelerin dünya çapında faaliyet göstermekte olması haksız rekabet fiillerini küresel ekonominin bir konusu haline getirmiştir. Gelişen iletişim teknolojileri ile beraber, haksız rekabet fiilleri uygulamada sıklıkla medya veya özellikle internet yoluyla işlenmeye başlanmıştır. Bu durum, bu tür haksız rekabet fiilleri açısından fiilin işlendiği ve zararın gerçekleştiği yer(ler)in tespiti ihtiyacını doğurmuştur. Bu tespit, diğer haksız (rekabet) fiiller(in)e oranla çok daha zordur. Bu çerçevede, hangi devlet mahkemelerinin yetkili olması gerektiği konusunda çeşitli fikirler ileri sürülmektedir.

Çalışmamızın başından itibaren haksız rekabet fiillerinin belirli bir ülke piyasasını etkileyen fiiller ile münhasıran belirli bir işletmenin ticari faaliyetlerini etkileyen fiiller olarak ikiye ayrılması gerektiğinden bahsetmiştik. Bu bağlamda, özellikle belirli bir ülke piyasasına yönelik haksız rekabet fiillerinin medya veya internet yoluyla gerçekleştirilebileceği düşünülebilir. Kamusal olmayan haksız rekabet fiilleri arasında sayılan ve özellikle bir işletmenin çalışanlarının görevlerini ihlale teşvik edilerek failin kendi işletmesinin veya bir başka rakip işletmenin yararına çalışmasını sağlamak, bir işletmenin çalışanları vasıtasıyla ticari sırlarını elde etmek, bir işletme ile sözleşme ilişkisi içinde olan belirli bir müşterinin bu sözleşmeyi ihlal

⁵⁹³ Imhoff- Scheier, s. 36; Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard, s. 350.

veya feshetmesine yönelik teşvik edici eylemlerde bulunmak, bir işletmenin ticari iş ve ürünlerinden haksız bir biçimde faydalanmak gibi haksız rekabet fiillerinin internet veya medya yoluyla işlenmesi çok sık rastlanacak durumlar değildir.⁵⁹⁴

Çoğu zaman medya (basın-yayın kuruluşları) veya internette yayımlanan ilanlar, aldatıcı/iltibasa meydan verici/karşılaştırmalı reklamlar, tüketici anketleri, bilimsel araştırma adı altında belirli bir ürün veya hizmeti satın almaya yönlendiren test veya yazılar yoluyla ya da tüketicilere istenmeyen e-posta gönderilmesi suretiyle haksız rekabete yol açılabilmektedir. En basit ve sıklıkla rastlanır örnek, gazete/dergi ya da televizyonlarda veya internet sitelerinde yer alan karşılaştırmalı veya aldatıcı reklamlardır. Örneğin Türkiye’de faaliyet göstermekte olan bir işletme hakkında, Türkiye’den ulaşılabilen dergi veya internet sitesinde aldatıcı unsurlar içeren bir reklamın yayınlanması halinde Türk piyasasını etkileyen (zararın Türkiye’de doğduğu ve bu nedenle Türk mahkemelerinin yetkili olacağı) bir haksız rekabet fiilinden bahsedilebilecektir.

Basın-yayın kuruluşlarında haksız rekabete yol açabilecek nitelikte yayınların yapılması (gazete/dergi ve televizyonlarda yapılan yayınlar) halinde, yukarıda değindiğimiz ATAD.’ın *Fiona Shevill* kararından da yola çıkarak⁵⁹⁵, haksız rekabet fiilinin gerçekleştiği yer olan basının/televizyon kanalının merkezî yayınının yapıldığı ülke (örneğin bir Türk televizyon kanalının söz konusu olması halinde Türk) mahkemelerinde veya zararın gerçekleştiği yer olarak yayının dağıtımının yapıldığı veya televizyon yayınının ulaştığı ülke mahkemelerinde dava açılabilir. Ancak gazete ve dergi gibi yazılı medya araçlarının dağıtımını yapılan ülke mahkemelerinin yetkili olabilmesi için dağıtımın düzenli olarak yapılması gerektiği belirtilmektedir.⁵⁹⁶ Örneğin, dünyanın farklı ülkelerinde düzenli olarak -yayının yapıldığı ülkede konuşulan dilde- yayımlanan bir dergide yapılan reklamların haksız rekabete yol

⁵⁹⁴ Örneğin bir işletmenin çalışanın görevini ihlale teşvik edilmesi e-posta göndermek suretiyle gerçekleştirilebilir. Ancak böyle bir ihtimalde de, “fiilin işlendiği yer”, fiilin tamamlandığı yer olarak e-postanın okunduğu yer olmalıdır. Fakat, fiilin tamamlandığı, yani e-postanın (örneğin seyahat halindeyken) okunduğu yerin çok tesadüfi olabileceği göz önünde tutulduğunda, bu gibi bir durumda da yetki tesisi açısından “zararın meydana geldiği yer” kriterinin uygulanması daha doğru olacaktır. Zararın meydana geldiği yer ise, kanunlar ihtilafı sisteminde uygulanacak hukukun belirlenmesinde ulaşılan sonuca uygun olarak, çalışanın görevini ihlale teşvik edilmesi sonucunda zarar gören işletmenin merkezinin bulunduğu yerdir.

⁵⁹⁵ CJCE, Arrêt Fiona Shevill, Ixora Trading Inc., Chequepoint SARL, Chequepoint International Ltd. c. Presse Alliance, affaire 68/93, 07.03.1995.

⁵⁹⁶ “İlgili yayın, yayımcı (editör) tarafından o ülkenin satış yerlerine düzenli olarak gönderilmekte ise, o ülkenin milletlerarası yetkisi doğar. İlgili yayının bir ya da birden çok sayısının tesadüfen getirildiği bir ülkede, bu yayınlarda yer alan haksız fiil teşkil eden ihlaller için mahkemelerin milletlerarası yetkisi doğmaz.” (Nomer, s. 95).

açması halinde, derginin dağıtımının yapıldığı ülke piyasasında zarara yol açılmış olması nedeniyle, o ülke mahkemelerinin uluslararası yetkisinin doğduğunu kabul etmek gerekecektir.

Haksız rekabete dünyanın her yerinden ulaşılabilen bir internet sitesinin kullanımı ile yol açılması halinde ise, hangi devlet mahkemelerinin yetkili olacağı farklı değerlendirmelere konu olmuştur.⁵⁹⁷ Zira gazete/dergi ya da televizyon gibi basın-yayın araçlarına oranla hem daha yeni bir iletişim teknolojisi olması, hem de teknik özelliklerinin hukuki açıdan bazı zorluklar yaratması nedeniyle, internet yoluyla gerçekleştirilen haksız (rekabet) fiiller(i) konusunda henüz net bir yargıya varılması mümkün olmamıştır. Bu nedenle, haksız rekabete yol açan yayının internet üzerinden gerçekleşmesi halinde, hangi devlet mahkemelerinin yetkili olabileceği konusunda ayrıntılı bir inceleme yapmak gerekecektir. Tartışma özellikle haksız rekabet fiilinin sonuç doğurduğu yerin yani zarar yerinin tespitine yöneliktir. Diğer taraftan internet üzerinden gerçekleştirilen haksız (rekabet) fiiller(in)de fiilin işlendiği yer kriterinin uluslararası yetkinin tesisi açısından birtakım zorluklar çıkaracağı da bir gerçektir.

İnternet üzerinden gerçekleşen haksız rekabet uyuşmazlıklarında uygulanacak hukukun tespiti tartışmalarında ele aldığımız üzere⁵⁹⁸, fiilin işlendiği yerin belirlenmesi bir hayli zordur. Bu yerin çoğu zaman tesadüfi olabileceği de dikkate alındığında, fiilin işlendiği yer kriterinin uluslararası yetkili mahkemenin tespiti açısından uygulanmasının pek mümkün olmadığı, şayet uygulanacaksa da davalının yerleşim yeri gibi bir takım ek kriterler ile beraber uygulanması gerektiği ifade edilmektedir.⁵⁹⁹ Kanımızca da, internet yoluyla gerçekleşen fiillerde, fiilin işlendiği yer çoğu zaman uyuşmazlık ile hiçbir bağlantı sağlamayan bir yer olabilecektir.⁶⁰⁰ Davalının yerleşim yeri mahkemesinin yetkisi ise, zaten genel yetki kuralı olarak kabul edilmektedir. Yani davalının yerleşim yerinde dava açılabilmesi için fiilin işlendiği yer ile örtüşmesine gerek yoktur. İnternet yoluyla işlenen haksız (rekabet)

⁵⁹⁷ “İnternet yoluyla yapılan haksız fiillerde yetki konusu henüz netlik kazanmamıştır.” (Nomer, s. 95).

⁵⁹⁸ Bkz. “Haksız Rekabette Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk” başlıklı II. Kısım, “Medya veya İnternet Yoluyla Gerçekleştirilen Haksız Rekabet Fiilleri” başlıklı bölüm.

⁵⁹⁹ **Bernard Dutoit**, *Compétence législative et compétence judiciaire en cas d’actes illicites commis sur internet en droit international privé suisse*, Etudes en l’Honneur de Baptiste Rusconi, Editions Bis et Ter Lausanne 2000 (*Kısaltma: Dutoit, Actes illicites commis sur internet*), s. 161-162.

⁶⁰⁰ İnternet üzerinden yapılan yayının (internet sitesine veri yüklenmesinin) bir ülkeden başka bir ülkeye giderken taşınabilir bir bilgisayar vasıtasıyla bile yapılması mümkündür (**Dutoit**, *Actes illicites commis sur internet*, s. 162). Bu nedenle, bu tür haksız (rekabet) fiiller(i) ile ilgili olarak fiilin işlendiği yerin önem taşımadığı kabul edilmelidir.

fiiller(in)de, fiilin işlendiği yer kriterinin yetkili mahkemenin belirlenmesinde ayrı bir kriter olarak uygulanamaması nedeniyle zararın gerçekleştiği yerin uluslararası yetkinin tesisinde daha önemli olduğunu düşünmekteyiz. Bu nedenle aşağıda, internet yoluyla işlenen fiillerde zarar yerinin tespiti ile ilgili değerlendirmelere yer vereceğiz.

İnternet yoluyla işlenen haksız fiillerde zarar yerinin tespiti ayrı bir inceleme konusudur. Haksız fiilin (rekabetin) gerçekleştirildiği internet sitesine herhangi bir ülkeden ulaşılabilir olmasının, zararın o ülkede doğduğunun ve dolayısıyla o ülke mahkemelerinin yetkili olduğunun kabulü için yeterli olup olmadığı noktasında farklı yaklaşımlar sergilenmektedir. Bir görüşe göre, haksız rekabete neden olan bilgilerin internet yoluyla elde edilebildiği her ülke mahkemesinin söz konusu fiilden doğan uyuşmazlıklarda uluslararası yetkisinin var olduğunu kabul etmek gerekir.⁶⁰¹ Diğer bir görüşe göre ise, haksız rekabete yol açabilecek nitelikte bilgi/beyan veya reklam içeren internet sitelerine belirli bir ülkeden ulaşılabilir olması, o ülke mahkemelerinin söz konusu bilgi/beyan veya reklamdaki uyuşmazlıkların çözümünde yetkili olacağı için yeterli değildir. Bu çerçevede, örneğin, mağdurun yerleşim yerinin (veya mutad meskeninin, tüzel kişi olması halinde ise merkezinin) de internet sitesine ulaşılabilen ülkede bulunması gerekmektedir.⁶⁰² Yabancı ülke mahkemelerinin bu konuda değişik kararlar aldığı görülmektedir.⁶⁰³

⁶⁰¹ Nomer, s. 95.

⁶⁰² Örneğin, internet üzerinden gerçekleşen bir haksız rekabet fiilinden doğan uyuşmazlıklarda İsviçre mahkemelerinin yetkili olabilmesi için, ya ekonomik zararın İsviçre’de doğması, ya da davacının yerleşim yeri veya mutad meskeni gibi uyuşmazlığın İsviçre ile ilişkilendirilmesini sağlayacak başka faktörlerin bulunması gerekmektedir (Dutoit, Actes illicites commis sur internet, s. 164).

⁶⁰³ Örneğin konunun tartışıldığı Amerikan mahkemeleri önceleri yerleşim yeri Amerika Birleşik Devletleri’nde (ABD) olan bir kişi tarafından reklamın yayımlandığı internet sitesine ulaşılabilir olunmasını yeterli bulmuştur. Ancak daha sonra, bu durumunun evrensel yetkili mahkeme kavramını yaratması riski karşısında, reklamın yayımlandığı internet sitesinin ABD eyaletlerinden birine yönelik ticari faaliyetlerinin bulunması koşulu aranmıştır (Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard, s. 296). Fransız Yargıtay, Fransız Mahkemelerinin internet üzerinden gerçekleştirilen haksız rekabet fiillerinden doğan uyuşmazlıkların çözümünde yetkili olabilmeleri için, haksız rekabet fiilinin gerçekleştirildiği internet sitesine Fransa’dan ulaşılabilir olmasını (site actif accessible) yeterli bulmamakta, söz konusu ticari aktivitenin Fransa’ya yönelik yapılıyor (örneğin ürünün Fransa’da pazarlanıyor) olmasını aramaktadır (Cour de Cassation, Chambre commerciale, financière et économique, arrêt no. 82, 11.01.2005: “Attendu ... que constitue un usage de marque en France l’utilisation d’une marque sur un support accessible en France, tel qu’un site Internet ; qu’en décidant en l’espèce que l’usage des marques “Boss” sur le site Internet de la société Reemtsma ne constituerait pas une infraction à l’interdiction de tout usage de ces marques prononcée par le jugement du 23 juin 2000, car ledit site, rédigé en langues étrangères et dont il résultait que les produits n’étaient pas disponibles en France, n’aurait pas visé le public de France, tout en constatant que ce site était accessible depuis la France et comportait une page d’accueil avec le mot “bienvenue” à destination du public francophone, la cour d’appel n’a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations.”). Yargıtay’ın bu uygulaması uyarınca, internet yoluyla gerçekleştirilen fiilin, mutlaka bir şekilde Fransız halkına yönelik olması (activité visant un impact économique sur le public français) gerekmektedir. Zira aksinin, yani internet sitesine ulaşılabilirliğin yetki tesisi için yeterli

Kanımızca burada tartışılması gereken nokta, haksız (rekabet) fiil(in)e yol açan internet sitesine herhangi bir ülkeden ulaşılabilir olmasının, o ülkenin mahkemelerinin yetkisinin tesisinde yeterli olup olmayacağı meselesi değildir. Zira günümüzde internet bağlantısının olduğu her ülkede -ki, neredeyse dünyanın her yerinde- herhangi bir internet sitesine erişilebilmektedir. Bu açıdan ülke mevzuatlarında veya yargı kararlarında getirilen sınırlama ve yasaklamaların uygulanması teknik olarak mümkün değildir. Bir ülkede erişimi yasaklanan bir internet sitesine başka bir ülkede yer alan sunucu üzerinden bağlanmak her zaman mümkündür. Kısacası, haksız rekabete yol açan yayının yapıldığı internet sitesine erişilebilirlik uluslararası yetki tesisinde uygulanabilecek bir kriter değildir. Aksinin kabulü internete erişimin sağlandığı tüm ülke mahkemelerinin yetkili (compétence universelle) olacağı sonucunu yaratır.

Bir devlet mahkemesinin internet yoluyla işlenen -haksız rekabet fiilleri de dahil olmak üzere- herhangi bir haksız fiil açısından yetkili olabilmesi için, o devletin ülkesinde söz konusu haksız fiil nedeniyle bir zararın meydana gelmiş olması gerekmektedir.⁶⁰⁴ Burada açıklığa kavuşturulması gereken husus, haksız rekabete konu internet yayınının hangi ülkede ekonomik zararın doğumuna yol açtığıнын tespitidir. Zira, haksız rekabet fiilinin belirli bir yerde zarara yol açması, o ülke mahkemelerinin yetkisinin tesisi için yeterlidir. Davalının veya davacının yerleşim yerlerinin o ülkede bulunmasına gerek yoktur.⁶⁰⁵

Örneğin, Türk mahkemelerinin yetkisinin tesisi için, Türk piyasalarında faaliyet göstermekte olan bir işletme ile ilgili olarak gerçeğe aykırı veya aldatıcı beyanlar içeren bir reklamın internette yayınlanması yeterlidir. Zarar gören işletmenin veya haksız rekabet failinin yerleşim yerinin (veya merkezinin) Türkiye dışında olması önemli değildir. Asıl zorluk, internetteki yayının Türkiye’de herhangi bir zararın doğmasına neden olup olmadığının tespitinde yaşanabilecektir. Bu noktada, internet yoluyla gerçekleştirilen haksız rekabet fiillerine uygulanacak hukukun

olduğunun kabulünün, aşkın yetki olarak değerlendirilebileceği ve bunun sonucu olarak Fransız Mahkemelerince verilen kararların tanınması ve tenfizine yönelik engeller çıkabileceği ifade edilmektedir (**Lardeux**, s. 39-40).

⁶⁰⁴ “*endroit de localisation du dommage économique*” (**Dutoit**, Actes illicites commis sur internet, s. 164).

⁶⁰⁵ Yukarıda belirttiğimiz üzere, haksız fiillere özgü yetki kuralı olan HMK.’nın 16. maddesinde, fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği veya gelebileceği yer yanında, zarar görenin yerleşim yeri mahkemesinin de yetkili olacağı ayrıca hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla, burada sadece zararın meydana geldiği yeri tespit etmemiz gerekmektedir. Zararın meydana geldiği yer yetkili mahkemenin tespitinde başlı başına uygulama alanı bulacak bir kriterdir.

tespitinde faydalandığımız kriterlere başvurmamız gerekecektir.⁶⁰⁶ Bu bağlamda, internet yayınının (reklam veya beyanın) hangi dilde yapıldığı önemli kriterlerden biridir. Örneğin yayının İngilizce veya başka bir dilde yapılması, yayının ulaşacağı kitleyi daraltacak ve yaratacağı etkiyi ciddi bir biçimde azaltacaktır. Yine de rekabetin hedeflediği müşteri/tüketici kitlesinin özelliklerinin de dikkate alınması gerekecektir.⁶⁰⁷

İnternet yoluyla gerçekleştirilen haksız rekabet fiilleri açısından, internette haksız rekabete yol açabilecek nitelikte yayınlar yapılabileceği gibi, haksız rekabete yol açabilecek şekilde ürün satışı da yapılabilmektedir. Bu durumda, internet yayınının yani internet sitesinin ticari faaliyetinin Türk piyasasına yönelik yapıp yapılmadığının tespitinde yayının yapıldığı lisan dışında başka bazı kriterlerden de yararlanılabilecektir. Örneğin, Türk piyasasında satılmakta olan bir ürün ile iltibasa meydan verebilecek başka bir ürünün internet üzerinden satışı halinde, internet sitesinde yer alan pazarlama/sipariş ve ürün teslimi ile ilgili bilgiler veya kullanılan para birimi, Türk piyasasının hedeflenip hedeflenmediği konusunda belirleyici olabilecektir.

Bu çerçevede, herhangi bir internet sitesi vasıtasıyla yapılan satışlarda belirli bir ülke piyasasının hedeflenip hedeflenmediğinin tespitinde, Brüksel I Tüzüğü'nün tüketici sözleşmeleri ile ilgili 15. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendi ile ilgili olarak yapılan değerlendirmelerden faydalanılabilecektir. Anılan hükümde, bir kişinin ticari veya mesleki faaliyetlerini tüketicinin yerleşim yerinin bulunduğu ülkede yürütmesinden veya herhangi bir araçla bu ülkeye veya bu ülke ile birlikte birden çok ülkeye yöneltmesinden bahsedilmektedir. Komisyon tarafından hazırlanan -Tüzüğün taslağı ile ilgili- açıklayıcı raporda, “ticari veya mesleki faaliyetin herhangi bir ülkeye yönelik yürütülmesi veya o ülkeye yöneltilmesi” kavramı ile “tüketicinin yerleşim yerinin bulunduğu ülkeden erişilebilen *interaktif* internet sitelerinin faaliyetlerinin” ifade edilmek istendiği belirtilmektedir. Bu bağlamda tüketiciye davet gönderen veya tüketiciden sipariş alan sitelerin *interaktif* siteler olduğu ifade

⁶⁰⁶ Bkz. “Haksız Rekabette Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk” başlıklı II. Kısım, “Medya veya İnternet Yoluyla Gerçekleştirilen Haksız Rekabet Fiilleri” başlıklı bölüm, “odaklanma teorisi” ile ilgili açıklamalar.

⁶⁰⁷ Bir ürünün özellikli (spesifik) bir müşteri kitlesine yönelik olarak pazarlandığı durumlarda, müşteri kitlesinin eğitim ve sosyo-ekonomik düzeyi önem taşıyacaktır. Örneğin, tıp ürünlerinin tanıtıldığı bir internet sitesinde tıp sektöründe kullanılan herhangi bir ürünle ilgili olarak İngilizce yapılan bir reklam dahi hedef kitlenin özellikleri nedeniyle etkili olabilecek ve ekonomik bir zararın doğumuna yol açabilecektir.

edilmektedir.⁶⁰⁸ Ayrıca, bir ticari faaliyetin belirli bir ülkede yürütüldüğünün veya o ülkeye yöneltildiğinin kabulü için, söz konusu faaliyete aracılık eden (*interaktif*) internet sitesinin faaliyetinin devamlı olması gerektiği de vurgulanmaktadır.⁶⁰⁹

Bu bilgiler ışığında, Türkiye’de pazarlama faaliyetlerinde bulunulan, özellikle Türkiye’den sipariş alan ve Türkiye’ye ürün teslimi yapan veya açıkça Türk piyasalarının hedeflendiğinin belirtildiği internet sitelerinin faaliyetinin Türk piyasasına yönelik olduğunun kabulü gerekecektir. Bu açıdan, internet sitesinin dili ve satışlarda kullanılan para biriminin Türk piyasalarının hedeflenip hedeflenmediğinin tespitinde yardımcı kriterler olabileceği bir gerçektir. Ancak kanımızca, sitenin Türkçe olmaması veya yapılan satışlarda Türk para biriminin kullanılmaması başlı başına söz konusu sitenin faaliyetlerinin Türk piyasasına yönelik olduğunun reddi için yeterli olmamalıdır.

Bir internet sitesinde yapılan ürün pazarlamasının/satışının Türk piyasasına yönelik olarak yapıldığının tespiti zarar yerinin de Türk piyasası olduğu sonucuna varmamızı sağlayacaktır. Bu nedenle haksız rekabet fiilinin zarar doğurduğu yer olarak Türk mahkemelerinin uluslararası yetkisinin doğacağını kabul etmek gerekecektir. Sonuç olarak, şayet internet sitesinde yer alan bilgi/beyan veya reklamın ya da ürün pazarlanması veya satışının Türk piyasasında haksız rekabete ve dolayısıyla da ekonomik bir zarara yol açtığı sonucuna varabiliyorsak Türk mahkemelerinin uluslararası yetkisi doğacaktır. Aksi takdirde zararın Türkiye’de gerçekleşmemesi nedeniyle Türk mahkemelerinin yetkili olabileceğini kabul etmek mümkün olamayacaktır. Bu açıdan, davalının ya da davacının yerleşim yerlerinin Türkiye’de bulunmasına da gerek yoktur. Zira zarar yerinin Türk piyasası olması Türk mahkemelerinin yetkisinin tesisi için başlı başına yeterli olacaktır.

⁶⁰⁸ Svantesson, s. 212; Wang, s. 60. İnteraktif olmayan yani herhangi bir ürünün satışı dışında sadece ürün tanıtımlarının yapıldığı internet sitelerinin Tüzüğü’nün 15. maddesinin uygulama alanına girmediği belirtilmektedir (Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard, s. 349).

⁶⁰⁹ Wang, s. 62.

SONUÇ

Çalışmamızın haksız rekabet kavramını ele aldığımız birinci kısmında belirttiğimiz üzere, haksız rekabet düzenlemelerine, müşteri ve tüketicileri de kapsayacak şekilde piyasanın tümünün korunduğu modern bir anlayış hakim olmuştur. Yeni TTK. düzenlemeleri ile Türk Hukuku'nu da etkileyecek olan bu anlayış, haksız rekabet hükümlerinin uygulama alanını da genişletmiştir. Diğer taraftan, uluslararası ticari faaliyetin günden güne artması ve adeta “küresel bir ticari piyasa”nın oluşması, haksız rekabet hükümlerinin önemini daha da arttırmıştır. Günümüzde, özellikle kitle iletişim araçlarının kullanıldığı modern pazarlama teknikleri de dikkate alındığında, uluslararası haksız rekabet fiillerinin sayısının gün geçtikçe artacağı aşikârdır. Bu nedenle, MÖHUK. çerçevesinde, haksız rekabet uyumsuzluklarına özgü ayrı bir kanunlar ihtilafı kuralının kabulünün yerinde olduğu kanaatindeyiz.

Bununla beraber, her ne kadar İsviçre Hukuku başta olmak üzere, Kıta Avrupası ülkeleri -ve bu bağlamda Topluluk Hukuku mevzuatı- ile uyumlu hale getirilmek istense de, MÖHUK.'un haksız rekabete uygulanacak hukuk ile ilgili düzenlemesinin birtakım eksiklikleri olduğu kanaatindeyiz. Zira, MÖHUK.'un 37. maddesinin gerekçesinde de İsviçre Hukukundan esinlenildiği belirtilmektedir. Ancak, İsv. MÖHK.'un haksız rekabete uygulanacak hukuku düzenleyen 136. maddesi çerçevesinde İsviçre doktrininde ileri sürülen fikirlerin değerlendirme dışı bırakıldığı görülmektedir. Diğer taraftan, Topluluk Hukuku'ndaki gelişmelerin de dikkate alınmayarak, gerek İsviçre Hukuku'na, gerekse Topluluk Hukuku'na oranla çok daha basit bir kanunlar ihtilafı kuralının düzenlendiği düşüncesindeyiz.

Çalışmamız kapsamında “ Haksız rekabete ilişkin MÖHUK. düzenlemesinde yer alan eksiklikler” başlığı altında ifade ettiğimiz bazı noktalar gerek İsv. MÖHK.'da, gerekse Roma II Tüzüğü'nde yer alan düzenlemeler ile ilgili olarak eleştirilen konulardır. Bu nedenle MÖHUK.'un yasama çalışmaları kapsamında bu

eleştirilerin dikkate alınması daha doğru olurdu. Zira kanunlar ihtilafı hukukunun arz ettiği özellikler dikkate alındığında, uygulamada yargı organları açısından mümkün olduğu kadar açık ve net kuralların düzenlenmesi gerektiği bir gerçektir. Haksız rekabete uygulanacak hukuku belirleyen MÖHUK. hükmünün bu halinin uygulama açısından yeterli olduğunu söylemek mümkün değildir.

Özellikle, kitle iletişim araçlarının kullanımı yoluyla gerçekleştirilen haksız rekabet halleri de dahil olmak üzere, birden fazla ülke piyasasını etkileyen haksız rekabet fiilleri açısından herhangi bir düzenlemenin yer almaması uygulama açısından sıklıkla rastlanacak bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır. Diğer taraftan, münhasıran belirli bir işletmenin ticari menfaatlerini zedeleyen haksız rekabet fiilleri açısından, İsv. MÖHK.'dan farklı olarak, zarar gören işletmenin “işyeri” hukukunun uygulanmasının öngörülmesi, zarar gören işletmenin birden çok işyeri olması halinde bazı karışıklıklara yol açacak niteliktedir. Yine münhasıran belirli bir işletmenin ticari menfaatlerini zedeleyen tür haksız rekabet hallerine ilişkin olarak daha sıkı ilişkili hukukun uygulanması ve tarafların hukuk seçimi yapmaları imkanının tanınmaması en önemli eleştiri noktalarını oluşturmaktadır. Bu nedenle, MÖHUK.'un 37. maddesinde düzenlenen kanunlar ihtilafı kuralının aşağıdaki gibi düzenlenebileceği kanaatindeyiz.

“MÖHUK. Madde 37- Haksız rekabet

(1) *Haksız rekabetten doğan talepler, haksız rekabet sebebiyle piyasası doğrudan etkilenen ülke hukukuna tabidir. Haksız rekabet fiilinin birden fazla ülke piyasasını etkilemesi halinde, her bir ülkede doğan zarar için piyasası etkilenen ülke hukukları ayrı ayrı uygulama alanı bulur.*

(2) *Haksız rekabet sonucunda münhasıran belirli bir işletmenin ticari menfaatleri ihlal edilmişse, tarafların hukuk seçimi yapmış olmaları halinde, seçilen ülke hukuku uygulanır. Hukuk seçiminin yapılmamış olması halinde, zarar gören işletmenin merkezinin bulunduğu yer hukuku uygulanır. Ancak, haksız rekabet fiilinin başka bir ülke ile daha sıkı ilişkili olması halinde bu ülke hukuku uygulanır.”*

Böylece, birinci fıkra dahilinde, teknolojik gelişmelere uygun olarak, internet başta olmak üzere, kitle iletişim araçlarının kullanımı yoluyla gerçekleştirilen haksız

rekabet fiillerinin birden fazla ülke piyasasını etkilemesi ihtimali çözüme kavuşturulmuş olacaktır. İnternet yoluyla gerçekleştirilen fiilin söz konusu ülke piyasasını -ya da piyasalarını- etkileyip etkilemediğinin belirlenmesinde kullanılacak kriterler doktrin yardımıyla belirlenmelidir.

İkinci fıkrada düzenlenen münhasıran belirli bir işletmenin ticari menfaatlerini zedeleyen haksız rekabet fiilleri açısından, irade serbestisine yer verilmesi ve fiil ile daha sıkı ilişkili ülke hukukunun uygulanmasına imkan tanınması daha doğru olacaktır. Zira çalışmamızda da belirttiğimiz üzere, belirli bir piyasanın ve dolayısıyla da kamusal menfaatlerin korunmadığı bu tür haksız rekabet halleri genel hükümler dahilinde değerlendirilmektedir. Bu durumda haksız fiiller ile ilgili genel hükümlerde tanınan imkanların burada da tanınmasına engel olacak bir durum yoktur.

Her ne kadar, yukarıda önerdiğimiz kanunlar ihtilafı kuralının çok ayrıntılı olduğu düşünülebilir ise de, MÖHUK.'un kişilik haklarının ihlalden doğan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuku belirleyen 35. maddesinin de benzer nitelikte ayrıntılı bir düzenleme olduğu görülmektedir. Haksız fiiller ile ilgili hükümler dışında, örneğin tüketici ve iş sözleşmelerine uygulanacak hukuku belirleyen kurallarda da (MÖHUK. m. 26 ve 27) haklı olarak oldukça ayrıntılı düzenlemelerin kabul edildiği bir gerçektir. Bazı hukuki konuların kendilerine özgü niteliklerinden kaynaklanan sebeplerle, kanunlar ihtilafı hukukunda daha ayrıntılı bir şekilde düzenlenebileceğini kabul etmek gerektiği düşüncesindeyiz.

Çalışmamız içerisinde, Türk Hukuku'nun uluslararası haksız rekabet uyuşmazlıklarına uygulanacak hukuku belirleyen MÖHUK. hükümleri dışında, bu tür uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin uluslararası yetkisini düzenleyen yetki kurallarını da inceleme fırsatı bulduk. MÖHUK.'un Türk mahkemelerinin uluslararası yetkisini düzenleyen hükümlerinin, "iç hukukun yer itibarıyla yetki kurallarının uygulanacağını" ifade etmesi sebebiyle, HUMK. ve HMK.'da yer alan yetki kuralları ile ilgili açıklamalara yer verdik. İç hukuka ilişkin genel ve özel yetki kurallarının yanında, haksız rekabet fiilleri açısından uygulama alanı bulacak en önemli kuralın HUMK.'un 21. maddesi (HMK.'nın 16.maddesi) olduğu düşünüldüğünde, özellikle anılan yetki kuralına ilişkin değişikliklerin tartışılması gerekecektir.

HUMK.'dan farklı olarak, HMK.'nın 16. maddesinde, fiilin işlendiği yer kriteri yanında açıkça “zararın meydana geldiği veya gelebileceği yer” kriterinin öngörülmesi gayet isabetlidir. Fakat, internet başta olmak üzere kitle iletişim araçlarının kullanımı yoluyla işlenen fiiller açısından ayrı bir hükmün kabul edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Ancak böyle bir düzenlemeye yer verilmemiş olması nedeniyle, mevcut düzenleme dahilinde, zararın gerçekleştiği yer kriterinin kitle iletişim araçları ile işlenen haksız rekabet fiilleri açısından yorumlanması gerekecektir. Bu tür fiiller sonucunda, zararın tamamının veya bir kısmının Türkiye’de meydana gelmiş olması yeterli olacaktır. Zararın Türkiye’de meydana gelip gelmediğine ilişkin kriterler yine doktrin tarafından belirlenecektir. Bu bağlamda kitle iletişim araçlarının kullanımı yoluyla gerçekleştirilen haksız rekabet fiillerine uygulanacak hukukun tespitinde kullanılan kriterlerden faydalanabilecektir. Bununla beraber, HMK.’da kabul edilen bir diğer kritere göre, haksız rekabet sonucunda zarar gören kişinin yerleşim yerinin Türkiye’de olması halinde, Türk mahkemeleri yetkili olabilecektir. Bu nedenle, örneğin internetin kullanımı ile yol açılan bir haksız rekabet halinde, şayet zarar görenin yerleşim yeri Türkiye’de ise, Türk mahkemelerinde dava açılabilmesi için zararın Türkiye’de gerçekleşmiş olup olmadığının araştırılmasına gerek kalmayacaktır. Bu açıdan, söz konusu kriter, yerleşim yeri Türkiye’de olan davacılar açısından önemli bir avantaj sağlamaktadır.

Haksız rekabetten doğan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun ve yetkili mahkemenin tespiti ile ilgili bu çalışmamızda, değerlendirme konumuzu oluşturan hükümlerin düzenlenmesinde esinlenen mevzuat ile ilgili tartışmalara mümkün olduğunca yer vermeye ve bu şekilde söz konusu hükümlerin uygulanmaları sırasında ortaya çıkabilecek sorunlara ışık tutmaya çalıştık. Ancak, tam da çalışmamızı bitirdiğimiz sırada tümüyle yenilenen bu hükümlerle ilgili olarak doktrin ve uygulamada birçok farklı sorunun gündeme gelebileceği de unutulmamalıdır.

KAYNAKÇA

- Akıncı Ziya,** Milletlerarası Tahkim, 2. Baskı, Seçkin Yayınları Ankara 2007.
- Akıncı Ziya/**
- Demir Gökyayla Cemile,** Milletlerarası Aile Hukuku, Vedat Kitapçılık İstanbul 2010.
- Altay Sıtkı Anlam,** Acentenin Müvekkilini Davada Temsil Etmesi, Fırat Öztan'a Armağan Cilt I, Turhan Kitabevi Ankara 2010.
- Altay Sıtkı Anlam,** İsviçre Federal Mahkemesi'nin İş Mahsullerinden Yararlanma Suretiyle Haksız Rekabete İlişkin İçtihadının Değerlendirilmesi, Erden Kuntalp'e Armağan, GSÜHFD 2004/1.
- Ancel Marie-Elodie,** Un an de droit international privé du commerce électronique, Communication commerce électronique no.1, Janvier 2008, chron.1, Document 5/9.
- Arkan Sabih,** Ticari İşletme Hukuku, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 13. Baskıdan 14. Tıpkı Baskı, Bankacılık Enstitüsü Yayınları Ankara 2010.
- Aslan İ.Yılmaz,** Rekabet Hukuku Dersleri, Güncellenmiş 3. Bası, Ekin Yayınları Bursa 2010.
- Aslan İ.Yılmaz,** Tüketici Hukuku, 3. Baskı, Ekin Yayınları Bursa 2006.
- Atamer Yeşim,** Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG), XII Levha Yayınları İstanbul 2008.
- Ateş Mustafa,** Son Yapılan Düzenlemeler Işığında AB Rekabet Hukuku ve Politikasına Genel Bakış, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, Cilt 7 No:2, 2008.

- Audit Bernard,** Droit International Privé, Economica 5^{ème} Edition Paris 2008.
- Ayhan Rıza,** Ticari İşletme Hukuku, Turhan Kitabevi Ankara 2007.
- Bahtiyar Mehmet,** Ticari İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, Beta Yayınları İstanbul 2010.
- Bahtiyar Mehmet,** Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Dili ve Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 61 Yıl: 2005. (*Kısaltma: Bahtiyar, TTK. Tasarısı'nın Dili*)
- Barrelet Denis,** Internet et La Loi Contre La Concurrence Déloyale, Quelques Facettes du Droit de L'Internet Volume 2, 2001.
- Bischoff Jean-Marie,** La concurrence déloyale en droit international privé, Travaux du Comité Français de Droit International Privé 1966-1969, Librairie Dalloz Paris 1970.
- Bolayır Nur,** Medeni Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri, Beta Yayınları İstanbul 2009.
- Bourel Pierre,** Du rattachement de quelques délits spéciaux en droit international privé, Recueil des cours de l'Académie de Droit International 1989 II, Martinus Nijhoff Publishers Dordrecht Boston London 1990.
- Brière Carine,** Le règlement (CE) no. 864/2007 du 11 Juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non-contractuelles ("Rome II"), Journal du droit international privé (Clunet) no. 1, Janvier 2008, doct.2, Document 6/6. (*Kısaltma: Brière, Règlement Rome II*)
- Brière Carine,** Reflexions Sur Les Interactions Entre La Proposition de Règlement "Rome II" et Les Conventions Internationales, Journal Du Droit International, No 1/2005.
- Bucher Andreas,** Les actes illicites dans le nouveau droit international privé, Le Nouveau Droit International Privé Suisse,

Cedidac Lausanne 1998. (*Kısaltma: Bucher, Les actes illicites*)

Bucher Andreas/

Bonomi Andrea,

Droit International Privé, 2^{ème} Edition Helbing&Lichtenhahn Bâle-Genève-Münich 2004.

Cengiz Dilek,

Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz, İlgili Mevzuat, Danıştay ve Yargıtay Kararları, Beta Yayınları İstanbul 1995.

Çelik Nuri,

İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 23. Bası, Beta Yayınları İstanbul 2010.

Çelikel Aysel/

Erdem Bahadır,

Milletlerarası Özel Hukuk, Yenilenmiş 10. Bası, Beta Yayınları İstanbul 2010.

Danthe François-Jerôme,

Le droit international privé suisse de la concurrence déloyale, Thèse de Licence et de Doctorat présentée à la Faculté de Droit de l'Université de Lausanne, Imprimerie Chabloz Tolochenaz&Lausanne 1998.

De Boer Th. M.,

Party Autonomy and Its Limitations in the Rome II Regulation, The Rome II Regulation: An Overview, Yearbook of Private International Law, Vol IX 2007 Sellier European Law Publishers (Münich) Staempfli Publishers (Berne) 2008.

Dessemontet François,

Quelques questions actuelles en droit de la publicité, Revue suisse de jurisprudence Octobre 1983.

Dickinson Andrew,

The Rome II Regulation: The Law Applicable to Non-Contractual Obligations, Oxford University Press New York 2008.

Domanıç Hayri/

Ulusoy Erol,

Ticaret Hukukunun Genel Esasları, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 5. Bası, Arıkan Yayınları İstanbul 2007.

Droz Georges A. L./

Gaudemet-Tallon Hélène,

La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 Septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la

compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *Revue critique de droit international privé* 90(4) Octobre-Décembre 2001.

- Duintjer Tebbens Harry,** Les conflits de lois en matière de publicité déloyale à l'épreuve de droit communautaire, *Revue critique de droit international privé* 83(3) Juillet-Septembre 1994
- Dutoit Bernard,** Compétence législative et compétence judiciaire en cas d'actes illicites commis sur internet en droit international privé suisse, *Etudes en l'Honneur de Baptiste Rusconi*, Editions Bis et Ter Lausanne 2000. (*Kisaltma: Dutoit, Actes illicites commis sur internet*)
- Dutoit Bernard,** Droit international privé suisse, Commentaire de la loi fédérale du 18 Décembre 1987 (Commentaire de LDIP), 4^{ème} Edition Revue et Augmentée, Helbing&Lichtenhahn Bâle-Genève-Münich 2005. (*Kisaltma: Dutoit, Commentaire de LDIP*)
- Dutoit Bernard,** Guide pratique de la compétence des tribunaux et de l'exécution des jugements en Europe, Les Conventions de Bruxelles et de Lugano, le Règlement "Bruxelles I" (Règlement Bruxelles I), Collections Fiches, Fiches juridiques Suisses, Genève 2007. (*Kisaltma: Dutoit, Règlement Bruxelles I*)
- Dutoit Bernard,** Les nouveaux délits de concurrence ou le droit à la poursuite de son ombre, La nouvelle loi fédérale contre la concurrence déloyale, Cedidac Lausanne 1988. (*Kisaltma: Dutoit, Les nouveaux délits de concurrence*)
- Dutoit Bernard,** Un nouveau droit européen (tronqué) de la concurrence déloyale, Mélanges en l'honneur de Roland Bieber, Nomos Baden-Baden 2007.
- Dutoit Bernard,** Une convention multilatérale de droit international privé en matière de concurrence déloyale: mythe ou nécessité, *E Pluribus Unum, Liber Amicorum Georges A.L.Droz*,

- Martinus Nijhoff Publishers Hague-Boston-London 1996. (*Kısaltma: Dutoit, Une convention multilatérale de DIP*)
- Dyer Adair,** Unfair Competition in Private International Law, Collected Courses of The Hague Academy of International Law 1988 IV, Martinus Nijhoff Publishers Dordrecht-Boston-London 1990.
- Eberhard Stefan,** LCD Jurisprudence 1989-2001, Cedidac Lausanne 2002.
- Ekşi Nuray,** Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, 2. Bası, Beta Yayınları İstanbul 2000.
- Erdem Ercüment,** Rekabet Hukuku İle İlgili Makaleler, “Rekabet Hukuku ve Haksız Rekabet İlişkisi” adlı makele, Beta Yayınları İstanbul 2007.
- Fentiman Richard,** The Significance of Close Connection, The Rome II Regulation on Applicable Law to Non-Contractual Obligations Edited by John Ahern&William Binchy, Martinus Nijhoff Publishers Leiden-Boston 2009.
- Göksoy Yaşar Can,** Yeni Alman Haksız Rekabet Kanunu ve Haksız Rekabet Alanında Getirdiği Yenilikler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Yıl: 9 Sayı: 2.
- Graziano Thomas Kadner,** Freedom to Choice the Applicable Law in Tort, The Rome II Regulation on Applicable Law to Non-Contractual Obligations Edited by John Ahern&William Binchy, Martinus Nijhoff Publishers Leiden-Boston 2009.
- Graziano Thomas Kadner,** La responsabilité délictuelle en droit international privé européenne, Helbing&Lichtenhahn (Bâle-Genève-Munich)/Bruylant (Bruxelles)/LGDJ (Paris) 2004.
- Graziano Thomas Kadner,** Le nouveau droit international privé communautaire en matière de responsabilité extracontractuelle: Règlement Rome II, Revue critique de droit international privé, s. 445. (*Kısaltma: Graziano, Règlement Rome II*)

- Hellner Michael,** Unfair Competition and Acts Restricting Free Competition, The Rome II Regulation: An Overview, Yearbook of Private International Law, Vol IX 2007 Sellier European Law Publishers (Münich) Staempfli Publishers (Berne) 2008.
- Hohloch Gerhard,** Place of Injury, Habitual Residence, Closer Connection and Substantive Scope: The Basic Principles, The Rome II Regulation: An Overview, Yearbook of Private International Law, Vol IX 2007, Sellier European Law Publishers (Münich) Staempfli Publishers (Berne) 2008.
- Hörnle Julia,** The UK Perspective on the Country of Origin Rule in the E-Commerce Directive-A Rule of Administrative Law Applicable to Private Law Disputes, International Journal of Law and Technology, Volume:12 No: 3.
- Huysal Burak,** Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, Vedat Kitapçılık İstanbul 2010.
- Imhoff-Scheier Anne-Catherine,** La Loi Applicable à La Publicité Internationale En Droit International Privé Suisse, Annuaire Suisse de Droit International Volume XLI 1985, Schulthess Verlag Zürich 1985.
- Imhoff-Scheier Anne-Catherine/**
- Patocchi Paolo Michele,** L'acte illicite et enrichissement sans cause dans le nouveau droit international privé suisse, Schulthess Verlag Zürich 1990.
- İmregün Oğuz,** Kara Ticareti Hukuku Dersleri, 13. Bası Filiz Kitabevi İstanbul 2005.
- İnal Tamer** Ticari İşletme Hukuku, Kazancı Yayınları İstanbul 2004.
- İnan Nurkut,** Tek Satıcılık Sözleşmesi ve Üçüncü Kişiler, Konferanslar Serisi (8), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi C. XVII s. 2 Aralık 1993.
- Karahan Sami,** Ticari İşletme Hukuku, Güncelleştirilmiş 19.Baskı, Mimoza Yayınları Konya 2010.
- Knoepfler François/**

- Schweizer Philippe/
Othenin-Girard Simon,** Le droit international privé suisse, 3 e Edition, Staempfli Editions Berne 2005.
- Kramer Xandra,** The Rome II Regulation on the law Applicable to Non-Contractual Obligations: The European private international law tradition continued, Introductory observations, scope, system and general rules, Published in Netherlands International Privaatrecht (NIPR) 2008, N° 4 s. 414-424.
- Kuru Baki,** Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, 6. Baskı, Demir Demir Yayıncılık İstanbul 2001.
- Kuru Baki/
Arslan Ramazan/
Yılmaz Ejder,** Medeni Usul Hukuku, Değiştirilmiş 21.Baskı, Yetkin Yayınları Ankara 2010.
- Lardeux Gwendoline,** Sources extra-contractuelles des obligations: Détermination de la loi applicable (date de fraîcheur: 07.07.2008), JurisClasseur droit international, Fasc.553-1.
- Légier Gérard,** Le Règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations extracontractuelles, La Semaine Juridique Edition Générale no. 30, 25 Juillet 2007, act. 348, Document 3/7.
- Legros Cécile,** Le règlement (CE) no 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 Juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (dit règlement “Rome II”), L’articulation du règlement avec les autres instruments communautaires ou internationaux, Petites Affiches 06 Août 2008 no. 157.
- Lookofsky Joseph/
Hertz Ketilbjorn,** European Union Private International Law in Contract and Tort, DJOF Publishing Copenhagen 2008.

- Luciani Anne-Marie,** Regards critiques sur l'article 6 du règlement "Rome II" relatif à la loi applicable à la concurrence déloyale et aux actes restreignant la libre concurrence, La semaine juridique entreprise et affaires no.48, 27 Novembre 2008, Document 7/9.
- Magnus Ulrich/**
- Mankowski Peter(Editors),** Brussels I Regulation, European Commentaries on Private International Law, Sellier European Law Publishers München 2007.
- Martin-Achard M. Edmond,** La Loi Fédérale Contre la Concurrence Déloyale du 19 Décembre 1986, Payot Lausanne 1988. (*Kısaltma: Martin-Achard, La LCD du 19.12.1986*)
- Martin-Achard M. Edmond,** Les Principes Généraux de la Nouvelle Loi, La Nouvelle Loi Fédérale Contre La Concurrence Déloyale, Cedidac Lausanne 1998. (*Kısaltma: Martin-Achard, La Nouvelle LCD*)
- Matthias Stecher,** Unfair Competition and Trademarks on the Internet, Kluwer Academic Publishers, London 1999.
- Mayer Pierre/**
- Heuzé Vincent,** Droit International Privé, Montchrestien 9^{ème} Edition Domat Droit Privé Paris 2007.
- Mélin François,** Le règlement (CE) no 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 Juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (dit règlement "Rome II"), Les règles spéciales (commentaire des articles 5 à 9 du règlement "Rome II", Petites Affiches 06 Août 2008 no. 156.
- Mercier Pierre/**
- Dutoit Bernard,** L'Europe judiciaire: les conventions de Bruxelles et de Lugano, Helbing&Lichtenhahn, Bâle-Genève-München 1991.
- Mestre Jacques/**

- Pancrazi Marie-Eve,** Droit Commercial, 26^{ème} Edition, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (LGDJ) Paris 2003.
- Mills Alex,** The Application of Multiple Laws Under the Rome II Regulation, The Rome II Regulation on Applicable Law to Non-Contractual Obligations Edited by John Ahern&William Binchy, Martinus Nijhoff Publishers Leiden-Boston 2009.
- Moreau Bourles Marie-Ange,** Structure du rattachement et conflits de lois en matière de responsabilité civile délictuelle, Thèse pour le doctorat d'état en droit, Université de Droit, d'Economie et des Sciences Sociales de Paris.
- Moroğlu Erdoğan,** Karşılaştırmalı Reklam – Haksız Rekabet, Hukukî Mütalâalar, Vedat Kitapçılık İstanbul 2007.
- Moroğlu Erdoğan,** Türk Ticaret Kanunu ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarıları, Genişletilmiş 6.Baskı, Vedat Kitapçılık İstanbul 2009.
- Nomer Ergin,** Milletlerarası Usul Hukuku, Beta Yayınları İstanbul 2009.
- Nomer Ergin/
Şanlı Cemal** Devletler Hususi Hukuku, Yenilenmiş 18. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2010.
- Nomer Füsun,** İnternet Alan Adının Hukuki Niteliği ve Marka ve Ticaret Unvanı Gibi Ayırt Edici Ad ve İşaretler İle Arasında Benzerlik Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukuki Sorunlar, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı Beta Yayınları İstanbul 2001.
- Nourissat Cyril/
Trepoz Edouard,** Quelques Observations sur l'Avant-Projet de Proposition de Règlement du Conseil Sur La Loi Applicable Aux Obligations Non-Contractuelles (Rome II), Journal de Droit International 2003.
- Odman Boztosun Ayşe/
Ünal Akın,** Türk Ticaret Kanunu Tasarısındaki Ticaret Unvanına, İşletme Adına ve Haksız Rekabete İlişkin Hükümlerin

Değerlendirilmesi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt II Sayı 1 Yıl:2005.

Oğuzman Kemal/

Öz Turgut,

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilip Güncellenmiştir 8. Baskı Vedat Kitapçılık İstanbul 2010.

Othenin-Girard Simon,

Les actes illicites dans Le projet de règlement européen sur la loi applicable aux obligations non-contractuelles (Rome II), Quelques points de divergence et de convergence avec la LDIP, Revue suisse de jurisprudence Nr. 16/17 01.09.2009.

Othenin-Girard Simon,

Les actes illicites dans le projet de règlement européen sur la loi applicable aux obligations non-contractuelles (Rome II), Quelques points de divergence et de convergence avec la LDIP, Mélanges en L'Honneur de François Knoepfler, Helbing&Lichtenhahn Bâle-Genève-Münich 2005.

Özdemir Kocasakal Hatice, Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Yayınları İstanbul 2001. (*Kısaltma: Özdemir Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kurallar*)

Özdemir Kocasakal Hatice, Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümüne Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti, Vedat Kitapçılık İstanbul 2003. (*Kısaltma: Özdemir Kocasakal, Elektronik Sözleşmeler*)

Özdemir Kocasakal Hatice, Uluslararası Sözleşmelerde Elektronik İletilerin Kullanılması, GSÜHFD Yıl. 2007 Sayı: 2.

Özdilek Ali Osman,

İnternet ve Hukuk, Papatya Yayıncılık İstanbul 2002.

- Özkan Işıl,** Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi, Naturel Yayınları Ankara 2003.
- Öztekin Gelgel Günseli,** Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Düzenlemesi, Beta Yayınları İstanbul 2006.
- Pekcanitez Hakan/
Atalay Oğuz/
Özekes Muhammet,** Medeni Usul Hukuku, 9. Bası, Yetkin Yayınları Ankara 2010.
- Pironon Valérie,** L'entrée du droit de la concurrence dans le règlement "Rome II": bonne, mauvaise idée?, Europe no. 2 Février 2008, Etude 2 Document 1/3.
- Pocar Fausto,** Le lieu du fait illicite dans les conflits de lois et de juridictions, Travaux du Comité Français de Droit International Privé 1984-1985.
- Poillot-Peruzzetto Sylvaine,** La Semaine Juridique no. 5, 02.02.2005, Chronique collective du laboratoire de droit international européen des affaires.
- Poroy Reha/
Yasaman Hamdi,** Ticari İşletme Hukuku, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 13. Bası Vedat Kitapçılık İstanbul 2010.
- Ripert G./
Roblot R.,** Traité de Droit Commercial, 18^{ème} Edition, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence (LGDJ) Paris 2001.
- Sakmar Ata/
Ekşi Nuray/
Yılmaz İlhan,** Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Mahkeme Kararları, Yenilenmiş 3. Bası, Beta Yayınları İstanbul 2001.

- Santa-Croce Muriel,** La loi applicable à l'action en concurrence déloyale par la publication aux USA d'ouvrages constitutifs de dénigrement, diffusés en France, Recueil Dalloz Paris 1997.
- Saraç Tahir,** Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması, Seçkin Yayınları Ankara 2003.
- Sargın Fügen,** Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları, Yetkin Yayınları Ankara 1996.
- Serra Yves,** La non-concurrence en matière commerciale, sociale et civile, Dalloz Paris 1991.
- Serra Yves,** Le droit français de la concurrence, Dalloz Paris 1993.
- Stecher Matthias,** Webvertising, Unfair Competition and Trademarks on the Internet, AIJA Law Library, Kluwer Law International London-Hague-Boston 1999.
- Stone Peter,** Rome II Regulation on Choice of Law in Tort, Ankara Law Review, Vol 4 No 2 (Winter 2007).
- Süzek Sarper,** İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Bası, Beta Yayınları İstanbul 2008.
- Svantesson Dan Jerker B.,** Private International Law and the Internet, Kluwer Law International Leiden 2007.
- Tarman Zeynep Derya,** Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü (Roma II), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2008 Cilt: 57 Sayı: 2.
- Tekinalp Gülören,** Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 2007 Tarihli MÖHUK Uyarınca Güncelleştirilmiş 10. Bası, Vedat Kitapçılık İstanbul 2009.
- Tekinalp Ünal,** Fikri Mülkiyet Hukuku, Güncelleştirilmiş, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Arıkan Yayınları İstanbul 2005.
- Teoman Ömer,** Tek Satıcılık Hakkının Üçüncü Kişiler Tarafından İhlali Durumunda Hakısız Rekabete İlişkin Kuralların

Uygulanma Olanığı, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu X 1993.

Tercier Pierre/

Bovet Christian,

Commentaire Romand: Droit de la Concurrence, Helbing&Lichtenhahn Bâle-Genève-Münich 2002.

Tetley William,

International Conflict of Laws, Coomon Civil and Maritime, International Shipping Publications Montreal 1994.

Thünken Alexander,

Multi-State Advertising Over the Internet and the Private International Law of Unfair Competition, The International and Comparative Law Quarterly, Volume:51 No:4 (October 2002).

Tiryakioğlu Bilgin,

Genel Olarak Haksız Fiile, Haksız Rekabete ve Rekabetin Engellenmesine Uygulanacak Hukuk, Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr.Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Dizisi-2, İstanbul 2010.

Tiryakioğlu Bilgin,

Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 515 Ankara 1997.

Toker Ali Gümrah,

Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin Uygulama Alanı, Seçkin Yayınları Ankara 2005.

Uluocak Nihal,

Milletlerarası Haksız Fiil İhtilaflarında Fransız İctihadındaki Yeni Gelişmeler, Ergin Nomer'e Armağan, MHB Yıl: 22 Sayı: 2 İstanbul 2002.

Uyanık Çavuşoğlu Ayfer,

İnternet Ortamında İşlenen Haksız Fiil Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk, Ergin Nomer'e Armağan, MHB Yıl:22 Sayı:2 İstanbul 2002.

- Ülgen Hüseyin/
Teoman Ömer/
Helvacı Mehmet/
Kendigelen Abuzer/
Kaya Aslan/
Nomer Ertan Füsün,
Vermeer Marike,** Ticari İşletme Hukuku, Vedat Kitapçılık İstanbul 2010.
Electronic Unfair Competition and Applicable Law: An Open Spot in the European Jungle, <http://www.ejcl.org/75/art75-9.doc>.
- Vischer Frank,** The Conflict-of-law rules on unfair competition, Institute of International Law Yearbook Vol. 60 Part I 1983, Editions A. Pedone Paris 1983.
- Von Hein Jan,** The New European Choice-of-Law Revolution: Lessons for The United-States? Contract and Tort Law, Something Old and Something Borrowed, but Nothing New - Rome II and the European Choice-of-Law Evolution Tulane Law Review Volume: 82 No: 5 May 2008.
- Wang Faye Fangfei,** Internet Jurisdiction and Choice of Law, Cambridge University Press New York 2010.
- Withers Christopher,** Jurisdiction and Applicable Law in Antitrust Tort Claims, The Journal of Business Law 2002, Sweet&Maxwell London 2002.
- Xu Donggen,** Le droit international privé de la responsabilité délictuelle, Editions Universitaire Fribourg Suisse 1992.
- Yasaman Hamdi,** Marka Hukuku, 556 sayılı KHK Şerhi, Vedat Kitapçılık 2004.
- Yasaman Hamdi,** Marka Hukuku ile İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Birlikçi Raporları III, Vedat Kitapçılık İstanbul 2008.
- Zevkliler Aydın/
Aydoğdu Murat,** Tüketicinin Korunması Hukuku, Tümüyle Yenilenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayınları Ankara 2004.

Yararlanılan İnternet Siteleri ve E-veritabanları:

www.kazanci.com (Yargıtay Kararları)

www.admin.ch (İsviçre Hukuku ile ilgili tüm Mevzuat ve Yargı Kararları)

www.eur-lex.europa.eu (Topluluk Hukuku Düzenlemeleri ve ATAD. Kararları)

www.courdecassation.fr (Fransız Yargıtay Kararları)

www.swisslex.ch (İsviçre Federal Mahkemesi Kararları)

www.hcch.net (Lahey Sözleşme Metinleri)

www.lexisnexis.com

www.lextenso.fr

www.globalcompetitionreview.com

www.resmigazete.gov.tr

<http://ua.mfa.gov.tr/>

www.tbmm.gov.tr

www.hukuki.net

www.uncitral.org

www.cisg.law.pace.edu

www.heinonline.org

www.ejcl.org

<http://www.lexinter.net>

<http://www.ticaretkanunu.net>