

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TİCARET HUKUKU ANABİLİM DALI**

**TÜRK HUKUKUNDA
KARŞILAŞTIRMALI REKLAMLAR**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Yelda ÜREY

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Hamdi YASAMAN

NİSAN 2010

İÇİNDEKİLER

| | |
|--------------------|-----|
| İÇİNDEKİLER | I |
| KISALTMALAR | V |
| RÉSUMÉ | VI |
| ABSTRACT | XI |
| ÖZET | XVI |
| GİRİŞ | 1 |

BÖLÜM I KARŞILAŞTIRMALI REKLAM KAVRAMI, TANIMI VE UNSURLARI

| | | |
|------|--|----|
| A- | Reklam Kavramı | 5 |
| 1- | Genel Olarak | 5 |
| 2- | Hukuki Niteliği | 10 |
| a. | Reklamın İcap Niteliği | 10 |
| b. | Reklamın İcaba Davet Olarak Değerlendirilmesi | 12 |
| c. | Reklamın İlan Suretiyle Vaat veya Piyango Olarak Değerlendirilmesi | 13 |
| i. | İlan Yoluyla Ödül Vaadi | 14 |
| ii. | Piyango Düzenleme Yolu ile Reklam | 14 |
| iii. | Ödüllü Yarışma Yolu ile Reklam | 15 |
| iv. | Vaatten Dönme | 15 |
| d. | Reklam ve İlan Arasındaki İlişki | 16 |
| e. | Reklam ile Bilgilendirme Arasındaki Fark | 18 |
| f. | Reklamın Eser Olarak Nitelendirilmesi | 18 |
| B- | Reklamın Unsurları | 21 |
| 1. | Birden Çok Kişiyeye Yönelmiş Tanıtım | 22 |
| 2. | Tanıtımın Ticari Amaçlarla Yapılması | 22 |
| 3. | Reklam Veren Kimliğinin Belirtilmesi | 23 |
| 4. | Reklam Vasıtası (Mecra) | 23 |
| 5. | Ücret (Bedel) | 25 |
| C- | Karşılaştırmalı Reklamın Tanımı ve Çeşitleri | 25 |

II

| | | | | | |
|----|---|--|--|---------------------------|----|
| 1. | Tanımı | 25 | | | |
| 2. | Çeşitleri | 28 | | | |
| | a. | Doğrudan Karşılaştırma | 28 | | |
| | b. | Dolaylı Karşılaştırma | 29 | | |
| | c. | Olumlu Karşılaştırma | 29 | | |
| | d. | Olumsuz Karşılaştırma | 29 | | |
| D- | Karşılaştırmalı Reklamların Görünüş Biçimleri | 30 | | | |
| | 1. | Eleştirel Karşılaştırmalı Reklamlar | 30 | | |
| | 2. | Şahsi Karşılaştırmalı Reklamlar | 31 | | |
| | 3. | Rakibin Tanınmışlığına Dayanan Karşılaştırmalı Reklamlar | 32 | | |
| | 4. | Fiyat Karşılaştırmaları | 32 | | |
| | 5. | Zirvede Tek Başına Reklamları | 34 | | |
| E- | Karşılaştırmalı Reklamların Unsurları ve Hukuka Aykırılık Halleri | 36 | | | |
| | 1. | Unsurları | 36 | | |
| | | a. | Karşılaştırma | 36 | |
| | | b. | İlişkilendirme | 36 | |
| | 2. | Hukuka Aykırılık Halleri | 37 | | |
| | | a. | Karşılaştırılabilirlik Bulunmaması | 38 | |
| | | b. | Yanlış ve Yanıltıcı (Aldatıcı) Olma | 40 | |
| | | | i. | Yanıltıcı (Aldatıcı) Olma | 40 |
| | | | ii. | İltibasa Sebepiyet Verme | 45 |
| | | c. | Gereksiz Yere Kötüleme İçerme | 46 | |
| | | d. | Rakibin Ticari İtibarından Gereksiz Yere Yararlanma İçerme | 49 | |
| | | e. | Karşılaştırmalı Reklamın Açık Bir Şekilde Yapılması | 50 | |
| | | f. | Karşılaştırılan Ürün veya Hizmetlerin Farklı Nitelikte ve Özellikte Olması veya Aynı İstek ve İhtiyaca Cevap Vermemesi | 54 | |

BÖLÜM II

TÜRK HUKUKUNDA KARŞILAŞTIRMALI REKLAMLAR

| | | | |
|----|--|--|----|
| A- | Türk Hukuku 'nda Karşılaştırmalı Reklamlara İlişkin Düzenlemeler | 56 | |
| | 1. | Türk Ticaret Kanunu | 56 |
| | 2. | Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun | 59 |
| | 3. | Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik | 60 |

III

| | | |
|----|---|----|
| 4. | Radyo ve Televizyon Yayınlarının Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik | 66 |
| 5. | TTK Tasarısı | 67 |
| a. | TTK Tasarısı'nın Haksız Rekabete İlişkin Düzenlemesi | 67 |
| b. | TTK Tasarısı'nda Karşılaştırmalı Reklamlar | 68 |
| c. | Karşılaştırmalı Reklamların Üçüncü Kişiler Tarafından Yapılması | 71 |

BÖLÜM III **TÜRK HUKUKUNDA KARŞILAŞTIRMALI REKLAMLARA KARŞI** **KORUNMA YOLLARI** 74

| | | |
|-----|--|----|
| A- | İdari Denetim | 74 |
| 1. | Reklam Kurulu | 74 |
| 2. | Radyo Televizyon Üst Kurulu | 79 |
| B- | Reklamın Özdenetimi | 80 |
| 1. | Reklam Özdenetim Kurulu | 80 |
| 2. | İstanbul Ticaret Odasının Dürüst Reklamcılık Konusunda Uyulması Zorunlu Mesleki Karar | 85 |
| C- | Özel Hukuk Davaları | 86 |
| 1. | Genel Olarak | 86 |
| 2. | Borçlar Hukuku Temelli Talepler | 88 |
| a. | Hileye İlişkin Hükümlerin Uygulanması | 88 |
| i. | Borçlar Kanunu'nun Hileye İlişkin Hükümlerinin Reklamlar Bakımından Uygulanmasının Şartları | 88 |
| 1. | <i>Aldatıcılık</i> | 88 |
| 2. | <i>Aldatıcı Reklamın Satıcı Tarafından Yapılması ya da Satıcının Reklamdaki Aldatıcılığı Bilmesi</i> | 89 |
| 3. | <i>Reklamda Aldatma Kastı Bulunması</i> | 90 |
| 4. | <i>Sözleşmenin Yapılmasında Aldatıcı Reklamın Etken Olması</i> | 91 |
| ii. | Karşılaştırmalı Reklam Nedeniyle Aldatılan Tüketiciye Tanınan Haklar | 92 |
| 1. | <i>Sözleşmeyi Feshetme Hakkı</i> | 92 |
| 2. | <i>Sözleşme Sebebiyle Uğradığı Zararı Talep Hakkı</i> | 93 |

| | | |
|-----|---|-----|
| 3. | <i>Daimi Def'i Hakkı</i> | 93 |
| b. | Ayıba İlişkin Hükümlerin Uygulanması | 94 |
| i. | Reklamda Yer Alan Zikir ve Vaat Dolayısıyla Satıcının Sorumluluğuna Gidilebilmesinin Şartları | 95 |
| | 1. <i>Reklamda Satılana İlişkin Vasıf Vaadinin Bulunması</i> | 95 |
| | 2. <i>Reklamın Satıcı Tarafından Yapılması</i> | 95 |
| | 3. <i>Vasıf Zikri ve Vaadinin Sözleşmenin Akdedilmesinde Etkili Olması</i> | 96 |
| | 4. <i>Tüketicinin Kanunun Kendisine Yüklediği Külfetleri Yerine Getirmiş Olması</i> | 96 |
| ii. | Tüketiciye Tanınan Haklar | 98 |
| 3. | Haksız Rekabet | 99 |
| a. | Genel Olarak | 99 |
| b. | Haksız Rekabet Sebebiyle Açılacak Davalar | 101 |
| i. | Hukuk Davaları | 101 |
| | 1. <i>Tespit Davası</i> | 102 |
| | 2. <i>Men Davası</i> | 102 |
| | 3. <i>Ref Davası</i> | 102 |
| | 4. <i>Maddi ve Manevi Tazminat Davası</i> | 103 |
| | 5. <i>İhtiyati Tedbir Talebi</i> | 103 |
| ii. | Ceza Davaları | 105 |
| | SONUÇ | 106 |
| | KAYNAKÇA | 109 |

KISALTMALAR

| | |
|--------------|--------------------------------------|
| AB | Avrupa Birliđi |
| BATİDER | Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi |
| Bkz. | Bakınız |
| C. | Cilt |
| dpn | Dipnot |
| K. | Karar |
| E. | Esas |
| FSEK | Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu |
| HUMK | Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu |
| İTO | İstanbul Ticaret Odası |
| m. | Madde |
| No. | Numara |
| RG | Resmi Gazete |
| S. | Sayı |
| s. | Sayfa |
| T. | Tarih |
| TTK | Türk Ticaret Kanunu |
| TKHK | Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun |
| TTK | Türk Ticaret Kanunu |
| TTK Tasarısı | Türk Ticaret Kanunu Tasarısı |
| Vb. | Ve benzeri |
| Vd. | Ve devamı |
| Vol. | Volume |
| Y. | Yıl |
| YKD | Yargıtay Kararları Dergisi |

RÉSUMÉ

De nos jours la publicité est considérée comme l'un des instruments indispensables de la vie commerciale. Les sociétés utilisent la publicité comme un moyen pour vendre leurs produits et services, augmenter leurs ventes actuelles et se faire un passage entre leurs compétiteurs dans la vie commerciale où la compétition est assez forte.

Dans ce contexte, les produits et services mises au marché sont présentés à l'appréciation des consommateurs; le producteur vise à présenter aux consommateurs de la meilleure façon les produits et services qu'il offre au marché. Quant aux consommateurs ils ont l'intention de s'informer de la meilleure façon sur les produits et services qu'ils achèteront.

Les publicités servent à deux objectifs principaux. D'un coté les entreprises trouvent l'occasion de présenter et augmenter la vente au marché de leurs produits et services, de l'autre coté les consommateurs peuvent se renseigner sur les produits et services objet de la publicité ainsi leur choix des produits et services en question se facilite. Dans ce cadre, les publicités portent le but d'influencer la décision d'achat du consommateur et d'attirer l'attention du consommateur vers les produits et services qui font l'objet de la publicité. La première étape de ce processus d'influencer c'est attirer l'attention du consommateur à la publicité, la deuxième, la perception correcte par le consommateur du message de la publicité et la dernière la préférence par le consommateur des produits ou services qui font l'objet de la publicité en question.

Si l'on considère les objectifs de la publicité exprimés ci-dessus, les publicités comparatives nous apparaissent comme les moyens de publicité qui assurent la réalisation de ces objectifs de la façon la plus efficace. Car, dans ces types de publicité à la fois les annonceurs en mettant en avant les propriétés supérieures de leurs produits par rapport aux produits compétiteurs, trouvent le moyen de faire une meilleure introduction et les consommateurs le moyen de faire des choix plus correctes en évaluant la comparaison faite entre les propriétés positives et négatives des produits mises au marché. Néanmoins, si l'on considère les faits comme le manque d'objectivité dans la comparaison faite, la publicité trompeuse et les renseignements faux, il en peut résulter un bénéfice injuste au profit de l'annonceur ainsi que le risque d'être trompé pour le consommateur. A ce point la nécessité de déterminer les limites des publicités comparatives apparaît évidente. Autrement s'il n'y a aucune limite quelconque, il en peut résulter l'endommagement de la compétition économique et du consommateur à la fois; si au contraire les publicités comparatives étaient interdites, les effets positives qui résulteraient des publicités comparatives et

qui refléteraient sur la compétition et le consommateur seraient empêchés. Ainsi il est obligatoire d'établir la balance entre ces deux pôles opposés, et cette obligation est la base de notre présente étude.

Les publicités comparatives, peuvent se faire par une personne mettant en avant les bonnes particularités uniquement des produits et services produits par cette même personne, aussi bien qu'elles peuvent se faire aux moyens des déclarations explicite ou implicite (couverte) que les produits ou services produits par un compétiteur sont supérieurs ou égaux aux produits ou services qu'elle a produits. Ainsi les consommateurs peuvent se renseigner davantage en comparant les produits et services ayant les mêmes fonctions et un milieu de compétition en faveur du consommateur peut se créer.

Autrement dit, les entreprises lors de leurs activités de publicité peuvent comparer expressément ou implicitement leurs produits et services avec les produits et services des autres compétiteurs en faisant une liaison. Ainsi les entreprises déclarent que leurs produits et services sont meilleurs ou bien qu'ils sont aussi bons que les produits et services compétiteurs. En addition, le consommateur jouit plus profondément de son droit fondamental, le droit de renseignement sur un produit ou service grâce aux publicités comparatives. Grâce à cela, les consommateurs peuvent choisir en pleine facilité les produits et services nécessaires parmi ceux qui leur sont offerts.

Si nous étudions les régulations légales sur les publicités comparatives, nous remarquons que la régulation en Turquie ne permet que les publicités comparatives faites implicitement par opposition aux droits de Suisse et U.E. Dans le cadre des dispositions du règlement concernant les principes et fondements d'implémentation concernant les publicités commerciales et annonces, il est défendu d'utiliser ouvertement dans les publicités les noms et marques des produits et services compétiteurs. Autrement dit, la comparaison directe effectuée par l'expression de la dénomination ou marques du compétiteur, des produits ou services compétiteurs est considérée illégale selon le droit Turc.

En réalité, la loi sur la protection du consommateur ne fait pas de distinction entre la comparaison directe ou indirecte concernant la publicité comparative. A ce point, puisque la loi sur la protection du consommateur ne fait pas une telle distinction, nous pensons qu'il n'est pas utile de faire cette distinction dans les dispositions du règlement concernant les principes et fondements d'implémentation concernant les publicités commerciales et annonces et d'interdire les publicités comparatives directes. Parce qu'une matière non-interdite par la loi, est restreinte par le règlement. Ainsi cette situation est une violation de l'hierarchie des normes. A ce point apparait la nécessité de modifier et de développer les régulations concernant les publicités comparatives du droit Turc dans le sens des droits Suisses et UE. En ce sens, le projet de Code de Commerce Turc constitue un pas positif et important, néanmoins il n'est pas suffisant pour l'achèvement de la modification et du développement. De ce fait, à commencer par les régulations concernant la constitution du comité de publicité, il serait utile de développer et moderniser les régulations secondaires entrant au domaine du droit de publicité.

VIII

Sous la lumière des informations précédentes, selon Notre droit il n'est pas possible d'utiliser dans une publicité le nom, la marque, le logo ou tout autre élément révoquant ceux-ci et appartenant au compétiteur ou aux produits ou services compétiteurs. En conséquence la comparaison qui n'est pas faite d'une façon nette et claire, donne lieu au risque pour le consommateur de ne pouvoir s'informer que médiocrement sur les produits et services dont on fait la publicité. Parce que l'objectif principal de la comparaison c'est de mettre au jour les différences positives ou négatives entre les produits et services comparés, le fait qu'on ne déclare pas avec lesquels des produits ou services on fait la comparaison, cause une faille d'information chez le consommateur. Plus simplement dit, en cas de publicité comparative implicite, le consommateur ne comprend pas très nettement de quel produit ou service, le produit ou service faisant l'objet de la publicité est supérieur. Ainsi les vides dans la publicité sont remplis avec les hypothèses des consommateurs, qui donnent lieu à la formation des jugements faux. Dans le même cadre, nous pensons que les publicités comparatives directes sont plus adéquates pour l'objectif à atteindre. Néanmoins, il est nécessaire de ne pas négliger les inconvénients provenant de la comparaison directe. Dans ce cadre, nous sommes d'avis que les limites de la comparaison directe doivent être définies d'une façon précise et nette. En premier lieu l'utilisation dans la publicité de la dénomination, marque et indications du compétiteur, du produit ou service compétiteur crée le risque de survenance de la compétition injuste.

Ainsi, il est très important que la comparaison soit faite d'une façon correcte et honnête, fondée sur les réalités. Sinon, il est question d'un dommage causé injustement au compétiteur, au produit et service compétiteur ou d'un avantage tiré injustement du prestige de ces derniers auprès du consommateur. Pour empêcher ce risque, un bon mécanisme de contrôle bien établi est nécessaire. A ce point la comparaison doit être faite seulement à l'égard des produits du même type et qualification et le passage au delà de cette limite doit être empêché. Sinon, les produits ou services qui n'ont pas de qualification et propriétés comparables seront comparés ainsi l'annonceur aurait endommagé le compétiteur ou ses produits ou services, ou bien jouir injustement de sa prestige.

Cette position sensible des publicités comparatives, met au jour l'importance de la surveillance des publicités. Il est important de noter que dans ce cas, soit l'auto surveillance, soit la surveillance des mécanismes administratifs ont un rôle très important pour empêcher la survenance de la compétition injuste. Le fonctionnement sain du mécanisme de l'auto surveillance, diminue sans doute considérablement le risque de compétition injuste. L'Auto surveillance des publicités en Turquie est effectuée par "Le comité d'auto surveillance de la publicité-RÖK" établi en 1994. Les activités d'auto surveillance visent essentiellement les suivants : déterminer les standards de publicité, assurer la connaissance et l'adoption de ces standards par tout le secteur de publicité, rendre des services de consultation aux annonceurs et les agences de publicité, surveiller les annonceurs et les agences de publicités s'ils obéissent ou non aux règles, étudier et résoudre les plaintes des consommateurs, compétiteurs et /ou autres intéressés et punir les violations.

D'autre part, la surveillance administrative doit fonctionner d'une manière efficace et fiable. Dans notre pays la surveillance administrative des publicités se fait au moyen de deux organisations. La première de ces organisations c'est le Comité Supérieur de Radio et Télévision, la deuxième, le comité de publicité attaché au Ministère d'Industrie et de Commerce.

Le Comité Supérieur de Radio et Télévision ("CSRT") est une institution autorisée à appliquer les sanctions nécessaires contre les violateurs des règles prévus dans la Loi sur les institutions de radio et télévision et leurs diffusions. L'on ne peut pas avoir accès au contenu des décisions de CSRT ainsi qu'il est impossible d'étudier les décisions en question et de se renseigner si ces décisions sont adéquates. A cet égard l'essentiel à dire sur les applications de CSRT, c'est que ces applications sont extrêmement secrètes et cela est inadmissible pour l'autorité de la loi.

Quant à la structure du comité de publicité, après l'étude faite nous pensons qu'il serait adéquat de faire quelques changements dans la constitution du comité de publicité. En premier lieu, nous observons que la structure actuelle du comité de publicité est insuffisante pour les études concernant les publicités comparatives nécessitant des débats légales et une analyse juridique. Le nombre des juristes dans le comité de publicité étant très peu, il est difficile d'effectuer les analyses nécessaires d'une façon saine et parfaite. Ainsi, nous pensons qu'il serait utile d'augmenter le nombre de juriste dans le comité de publicité.

En outre, lorsqu'on lit les décisions prises par le comité de publicité, on remarque que les motifs des décisions du comité de publicité sont très courts et insuffisants. A ce point, pour certaines des décisions il est très difficile de déterminer sous quels motifs le comité a formulé ce jugement ainsi que ces décisions qui devront être considérées par les annonceurs perdent leurs effets. Puisque les motifs clairs et suffisants assureront que les règles et standards concernant les publicités soient compris parfaitement par les annonceurs, ils sont indispensables.

Si nous examinons les décisions du Comité de Publicité Turque concernant les publicités comparatives, nous observons en général que la raison d'illégalité des publicités ayant fait l'objet de ces décisions n'est pas exprimée avec les motifs. Une raison est brièvement exprimée dans les décisions, néanmoins les fondements légaux de la décision prise ne sont pas abordés en détails. Dans ce cas, les décisions en question ne peuvent pas être prises comme des modèles par les annonceurs, et elles sont assez compliquées ainsi que l'approche et les opinions du comité de publicité sur les publicités comparatives ne sont pas très bien comprises. De ce fait la possibilité des dites décisions d'élucider l'application actuelle est très restreinte. Or, si les décisions comportaient des motifs plus clairs et nets, l'auto surveillance des annonceurs et la détermination des limites concernant les comparaisons inclue dans les publicités seraient autant plus faciles.

En outre, nous remarquons que la plupart des décisions du comité de publicité sont prises avec des études insuffisantes et incomplètes. Il est inutile

de répéter que cela pose de gros inconvénients. Les décisions fausses prises à la fin d'une étude insuffisante et incomplète, peuvent donner lieu à l'application des sanctions injustes aux annonceurs et plus grave encore, causer une perception fautive des restrictions concernant les publicités comparatives. L'inconvénient principal de cette situation, les annonceurs essaieront d'éviter de faire de la publicité comparative puisqu'il n'est pas clair et stable quelles sont les publicités comparatives à sanctionner. Les annonceurs ne sachant pas faire quelle comparaison pour ne pas être puni, essaieront naturellement d'éviter les publicités comparatives. Ainsi les consommateurs seront privés des effets positifs des publicités comparatives

Comme nous venons de l'exprimer ci-dessus, nous pensons que cette situation prend son origine dans la structure du comité de publicité. Car dans le comité de publicité il y a peu de membres juristes. De même que les décisions nécessitant une étude juridique approfondie et détaillée sont prises par un comité de publicité dont le nombre de membres juristes est très peu. Ainsi dès le début la capacité du comité de publicité d'étudier et d'évaluer d'une façon efficace et compétente est bloquée.

A part ces matières nous remarquons que des amendes administratives sévères ont été appliquées dans ces dites décisions. En ce cas, à la fin d'une étude insuffisante et incomplète, les annonceurs sont soumis à des amendes administratives sévères dont les motifs ne sont pas bien expliqués. L'Inconvénient exprimé ci-dessus, l'abstention des annonceurs envers les publicités comparatives réapparaît. A cause de l'ambiguïté des limites et les amendes administratives graves, les annonceurs évitent les publicités comparatives de ce fait, à côté des consommateurs, les annonceurs aussi sont privés des effets positifs des publicités comparatives. Nous pensons que cela empêche la compétition du marché libre. Comme résultat de ces applications, les démarches des entreprises petites et grandes dans le marché deviennent plus difficiles et l'ordre de compétition libre au marché est affecté négativement.

Sous la lumière des points exprimés ci-dessus, nous sommes d'avis que des modifications de l'ordre structurelles devront avoir lieu chez le comité de publicité et le nombre de juristes dans le comité doit être augmenté. Ainsi, des études suffisantes et efficaces, permettront l'adoption des décisions munies des motifs réels et l'application des sanctions proportionnées.

ABSTRACT

Nowadays, advertisements come up with the indispensable tools of commercial life. Companies use advertisements as a tool to sell their products and services, to increase and raise their current sales among competitors in the market where competition is high.

In this respect, products and services put on the market are presented to the appreciation of consumers. Producers aim at providing the best presentation of products and services to consumers. On the other hand, consumers aim at receiving the best information regarding products and services that they will purchase.

Advertisements serve at two fundamental purposes: Undertakers find a chance to increase their sales in the market through promoting their products and services. On the other hand, consumers can be able to reach information regarding products and services of whose advertisements are made and therefore, they can be able to make their choices among those products and services much more easily. In this context, advertisements aim at effecting the purchase decision of consumers and drawing attention of consumers to products or services subject to the advertisement. The first stage of this affection period is drawing attention of consumer to the advertisement and the second stage is the message of the advertisement to be understood accurately by the consumer and the last stage is the product or service subject to the advertisement to be preferred by the consumer.

Taking into consideration of the abovementioned goals, comparative advertisements come up with the most effective tools to reach such goals. In other words, advertisers find an opportunity to make the best representation of their products through introducing their products' best features compared to those of competing products. On the other hand, through comparative advertisements, consumers can be able to make a better choice by assessing negative and positive features of products presented to the market. However, a risk of misleading of consumers or reaching of unjustifiable interest of advertiser may occur by taking into account that the advertisement cannot be based on objective criteria, may be misleading, etc. At this point, the necessity of determining the limitations of comparative advertisements is beginning to arise because in the event that no limitations are determined, this may cause damage to the economical competition or consumers. However, in case of forbidden of comparative advertisements, positive effects that will reflect to competition and consumers would be prevented. Therefore, balance should be established compulsorily between these two opposite poles and this compulsory constitutes the main point of this work.

Comparative advertisements can be made through highlighting the best features of the product or service or indicating expressly or tacitly that the product or service subject to the advertisement is as good as or better than the competing product or service. Thus, consumers can be able to reach much more information by comparing parallel products or services and the competition environment can be therefore established in favor of consumers.

In other words, while undertakings are making their products' or services' advertisements, they can compare their service or products tacitly or expressly by establishing a connection with the other competitors' products or services. In such case, undertakings can be able to mention that their products or services are as qualified and good as or better than the products and services of their competitors. Besides, through comparative advertisements, right of obtaining information of consumers can be provided to them much more comprehensively. Thus, consumers can easily choose the products or services that they require.

When we evaluate the legal legislations relating to comparative advertisements, we see that the legislations in Turkey allow advertisements only to be made tacitly on contrary to the regulations in Swiss and EU laws. According to provisions of the Regulation on Principles and Application Fundamentals Relating to Commercial Advertisements and Announcements, using the name and signs of competing products or services expressly in the advertisements is not allowed. In other words, direct comparison made through using the names or trademarks of competitors, competing products or services in advertisement are not allowed under Turkish law.

In general, no discrimination of direct or indirect way regarding comparative advertisements is governed in the LPC. At this point, we believe that it is not appropriate to make such discrimination and to forbid direct comparative advertisements through the Regulation on Principles and Application Fundamentals Relating to Commercial Advertisements and Announcements taking into consideration that no discrimination is provided in the LPC. In other words, direct comparative advertisements which are not forbidden in the LPC, are forbidden in such Regulation. Therefore, such application is against to the norms hierarchy. In this context, the necessity of modification and improvement of legislations regarding comparative advertisements in line with the Swiss and EU laws is arising. With respect to this matter, although the Turkish Commercial Law Draft constitutes a positive and significant step, it is not solely sufficient in respect of completion of modification and improvement. Therefore, mainly the regulations with respect to the structuring of Advertisement Board and secondary regulations should be improved and developed to reach a modern line.

In light of the foregoing, under Turkish law, the advertiser is not allowed to use its competitors' or their products' or services' names, trademarks, logos or any other item reminding them within its advertisements. As a consequence, since comparative advertisements are not able to be made explicitly, the misinformation of consumers regarding the products or services subject to the comparative advertisement appears. The main goal of the comparison is to put

forth the negative and positive differences among the products or services compared into the consideration. Therefore, not to mention the products or services that are subject to the comparison causes the misinformation of the consumers. In other words, through tacit comparative advertisements the consumers are not able to understand clearly that the products or services subject to the advertisements is much better than which product or service. In this case, the consumer fill in the blanks of tacit comparative advertisements by his own assumptions, and these assumptions may inevitably give rise to wrong judgments.

In this context, we believe that direct comparative advertisements are much more efficient in respect of the purposes of comparative advertisements. However, the problems that may occur because of direct comparison should not be ignored. For that reason, we believe the limits of direct comparison must be clearly determined. At first, the usage of the competitors' or its products' or services' names, trademarks or any other signs in the advertisements causes the risk of unfair competition.

Therefore, it is important that the comparison is true, honest and based on objective facts. Otherwise, unlawful damages incurred on the competitors or on their products or services, as well as unlawful benefits from their reputation before the customers may occur. In order to prevent such risks, a good working and efficient control mechanism is required. At this point, the comparison should be made only among products and services that are at the same quality and kind, and the comparisons that are not within the limitation should be prevented. Otherwise, it may cause comparison of products and services which actually are not at a comparable quality and kind. In this case, the advertiser may unlawfully damage its competitors or their products or services, or benefit from their reputation before the customers.

The delicate situation of comparative advertisements reveals the importance of the supervision of advertisements. In this respect, the self-supervision and administrative supervision mechanisms are substantial for preventing unfair competition. Especially, the efficiency of self-supervision mechanism may reduce to a large extent the risk of unfair competition. In Turkey, the self-supervision of the advertisements is performed by the "Advertisement Self-Supervision Board – ASB" established in 1994. The self-supervision activities principally aim to determine the advertising standards, to ensure the adaptation and application of such standards by the advertisement sector, to provide consultancy services to advertisers and advertising agencies, to supervise the enforcement of the advertising standards by advertisers and advertising agencies, to investigate and resolve the complaints made by consumers, competitors and/or other concerned persons, and to punish advertisers violating the advertising standards.

On the other hand, the administrative supervision is required to be efficient. In Turkey the administrative supervision of advertisements is performed through two institutions. One of these institutions is the Radio and Television Supreme Council, and the other one is the Advertisement Board of the Ministry of Industry and Commerce.

Radio and Television Supreme Council (“RTSC”) is an institution authorized to apply the necessary sanctions to advertisers that are not complying with the provision of Law on Radio and Television Institutions and their Broadcasts. Since the decisions of RTCS are not published or made available to public, review and thus analyses and evaluation of these decisions are not possible. In this respect, RTCS’ decisions and practices are extremely classified and this classification is unacceptable in a state of law.

When we evaluate the structure of the Advertisement Board, we believe that it will be appropriate to make some changes to establishment of such board. Firstly, it is being observed that the structure of the boards is insufficient in respect of analyses including legal discussions and requiring legal evaluations relating to comparative advertisements. In other words, necessary analyses cannot be executed precisely due to the limited number of jurists within the Advertisement Board. In this context, we believe that it will be appropriate to increase the number of jurist members within the board.

Besides, legal grounds of decisions of the Advertisement Board are very short and insufficient. At this point, in some decisions, the legal grounds on which the Advertisement Board based for reaching the result and therefore, the efficiency of these decisions which should be taken into consideration by advertisers lose grounds. Clear and sufficient ground is very essential in order for rules and standards relating to advertisements to be comprehended precisely by advertisers.

When we review decisions of the Advertisement Board, we gather that the reason why such advertisements are against the law is not reviewed and analyzed well-grounded. Although the legal grounds are set forth in the decisions very shortly, the legal details and basis of the decisions are not being taken in hand. In such case, the advertisers face with difficulties to adopt such decisions as precedent and cannot comprehend the approach and opinions of the Advertisement Board regarding the comparative advertisements. Therefore, such decisions cannot constitute a proper instance for the current practice. In fact, ruling decisions with clear legal grounds is very important since this will help advertisers to make their own self-supervision and to determine limitations that should be complied in the advertisements.

In addition, most of the decisions of the Advertisement Board are ruled based on insufficient inspection and this application is not favor of advertisers. In other words, the wrong decisions ruled as a result of insufficient inspections may cause an unjustifiable punishment to be imposed on advertisers and more importantly may cause the limitations relating to comparative advertisements to be understood incorrectly by advertisers. In such case, since which comparative advertisements should be punished would not be gathered clearly and consistently, advertisers may begin to avoid making comparative advertisements. In other words, advertisers who are not able to know for which actions they might be imposed punishment will start not preferring making comparative advertisement inevitably. As a result of such case, consumers will lack positive effects of comparative advertisements.

We believe that, as we mentioned above, these negative cases arise from the structure of the Advertisement Board. Decisions that require comprehensive and detailed legal review are taken without depending on such review due to the limited number of jurists within the Advertisement Board. Therefore, the possibility on effective and accurate analyses of Advertisement Board is being prevented.

Furthermore, it is observed that the Advertisement Board has imposed on advertisers grave administrative monetary fines. In this respect, advertisers are imposed to grave administrative monetary fines as a result of an inadequate and insufficient investigation through a decision lacking proper legal grounds. This problem may cause the risk that advertisers avoid to make comparative advertisements. Due to the ambiguity of the limits and the gravity of the administrative monetary fines advertisers avoid making comparative advertisements, and therefore consumers as well as advertisers devoid of benefits and advantages of comparative advertisements. We believe that this issue negatively effects on the competition. As a result of this attitude of the Advertisement Board, investments and engagements of small and medium size enterprises in market are complicated and the free competition in the market is negatively effected.

In light of the foregoing, we believe that, the structure of the Advertisement Board should be rearranged and the number of member jurists should be increased. With this rearrangements, decisions based on comprehensive legal grounds will be taken and therefore appropriate punishments will able to be imposed on advertisers through sufficient and effective analyses and inspections.

ÖZET

Günümüzde reklamlar ticari hayatın vazgeçilmez araçlarından biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Şirketler rekabetin oldukça yüksek olduğu ticari hayatta, mal ve hizmetlerini satmak, mevcut satışlarını arttırmak ve rakipler arasında yükselmek amacıyla reklamları bir araç olarak kullanmaktadır.

Bu kapsamda, piyasaya sunulan mal ve hizmetler tüketicilerin beğenisine arz edilmekte; üretici piyasaya sunduğu mal ve hizmetlerin en iyi şekilde tüketicilere sunulmasını amaçlamaktadır. Bunun karşısında, tüketiciler ise satın alacağı mal ve hizmetler hakkında en iyi şekilde bilgi sahibi olmak niyetindedir.

Reklamlar, iki temel amaca hizmet etmektedir. Bir yandan işletmeler kendi ürün ve hizmetlerini tanıtarak piyasadaki sürümlerini artırma fırsatı bulurken, diğer yandan tüketiciler, reklamı yapılan ürün ve hizmetler hakkında bilgi sahibi olabilmekte; böylece söz konusu ürün ve hizmetlere yönelik daha kolay seçim yapabilmektedirler. Bu kapsamda reklamlar, tüketicinin satın alma kararını etkilemeyi; tüketicinin dikkat seviyesini reklama konu ürün veya hizmete çekmeyi hedeflemektedir. Bu etkileme sürecinin ilk aşaması tüketicinin dikkatinin reklam üzerine çekilmesi, ikinci aşama ise reklamın mesajının tüketici tarafından doğru bir şekilde algılanması ve son aşama ise söz konusu reklama konu ürün veya hizmetin tüketici tarafından tercih edilmesidir.

Karşılaştırmalı reklamlar, reklamın yukarıda belirtilen amaçları dikkate alındığında, bu amaçların gerçekleşmesini en etkin şekilde sağlayan reklam aracı olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira, bu tür reklamlarda hem reklam veren kendi ürününün rakip ürünlere nazaran iyi olan özelliklerini öne sürerek daha iyi bir tanıtım yapma imkanını bulmakta, hem de tüketici yapılan karşılaştırma neticesinde piyasaya sürülen ürünlerin olumlu ve olumsuz özellikleri arasında değerlendirme yaparak daha doğru tercihlerde bulunma şansını yakalamaktadır. Buna karşın, yapılan karşılaştırmanın objektif nitelikte olmaması, yanıltıcı olması ve yanlış bilgiler içermesi gibi durumlar nazara alındığında, reklam verenin haksız bir çıkar sağlaması söz konusu olabileceği gibi, tüketicinin de yanıltılması riski ortaya çıkmaktadır. Bu noktada, karşılaştırmalı reklamların sınırlarının belirlenmesi gerekliliği oluşmaktadır. Zira, herhangi bir sınırlamanın bulunamaması durumunda iktisadi rekabete zarar verilmesi ve tüketicinin zarara uğratılması söz konusu olabilecek; buna karşın, karşılaştırmalı reklamların yasaklanması durumunda ise, karşılaştırmalı reklamlar ile rekabete ve tüketiciye yansıtacak olumlu etkilerin önüne set çekilmektedir. Dolayısıyla, bu iki zıt kutup arasında denge kurulması zorunluluğu mevcuttur ve bu zorunluluk işbu çalışmamızın temel noktasını oluşturmaktadır.

Karşılaştırmalı reklamlar bir kişinin sadece kendi üretmiş olduğu mal veya hizmetin iyi olan özelliklerini öne çıkarması şeklinde olabileceği gibi; rakibi olan bir kişinin üretmiş olduğu mal veya hizmetin açık veya kapalı (örtülü) bir şekilde kendi üretmiş olduğu mal veya hizmetten üstün olduğunu veya söz konusu mal veya hizmetin ayarında olduğunu belirtmesi yolları ile de yapılabilir. Bu şekilde, tüketiciler aynı işi gören mal veya hizmetleri karşılaştırarak daha çok bilgi edinebilmekte; tüketiciler lehine rekabet ortamı oluşabilmektedir.

Diğer bir ifadeyle, işletmeler ürün veya hizmetlerinin reklamlarını yaparken, açık veya örtülü bir şekilde diğer rakiplerin ürün veya hizmetlerini, kendi ürün veya hizmetleri ile bağlantı kurarak karşılaştırabilmektedir. Bu şekilde işletmeler, kendi ürün veya hizmetlerinin rakip ürün veya hizmetlerden daha iyi ve kaliteli olduğunu veya söz konusu rakip ürün veya hizmetler kadar iyi ve kaliteli olduğunu belirtmektedirler. Bunun yanında, tüketicinin en temel hakkı olan bir mal veya hizmet konusunda bilgilenme hakkı, karşılaştırmalı reklamlar sayesinde tüketiciye daha kapsamlı bir şekilde sağlanmaktadır. Bu sayede, tüketiciler kendilerine sunulan ürün veya hizmetler arasından ihtiyaç duydukları mal veya hizmetleri rahatça seçebilmektedir.

Karşılaştırmalı reklamlara ilişkin hukuki düzenlemeleri incelediğimizde, Türkiye'deki düzenlemenin İsviçre ve AB Hukuklarının aksine karşılaştırmalı reklamların sadece ima yoluyla yapılmasına cevaz verdiğini görmekteyiz. Ticari Reklam ve İlanlara ilişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik hükümleri çerçevesinde rakip ürün veya hizmetlerin ad ve alamatlerinin açık bir şekilde reklam içerisinde kullanılması yasaklanmıştır. Diğer bir ifade ile, rakibin, rakip ürün veya hizmetlerinin ad veya markalarının belirtilmesi suretiyle gerçekleştirilen doğrudan karşılaştırma Türk Hukuku'nda hukuka aykırı olarak kabul edilmektedir.

Gerçekte, TKHK içerisinde karşılaştırmalı reklamlara ilişkin olarak doğrudan ve dolaylı karşılaştırma ayrımı mevcut değildir. Bu noktada, TKHK'da bu şekilde bir ayırım bulunmamakta iken, Ticari Reklam ve İlanlara ilişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik hükümleri ile bu ayırımın gerçekleştirilmesi ve doğrudan karşılaştırmalı reklamların yasaklanmasının isabetli olmadığı düşüncesindeyiz. Zira, Kanun ile yasaklanmamış bir husus böylece Yönetmelik ile sınırlandırılmış olmaktadır. Dolayısıyla, bu durum normlar hiyerarşisine aykırıdır. Bu noktada, Türk Hukuku'nun karşılaştırmalı reklamlara ilişkin düzenlemelerinin İsviçre ve AB Hukukları doğrultusunda değiştirilmesi ve kaldırılması gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Bu doğrultuda, TTK Tasarısı olumlu ve önemli bir adım teşkil etmekle birlikte, değişim ve gelişimin tamamlanabilmesi bakımından yeterli değildir. Dolayısıyla, başta Reklam Kurulu'nun oluşumuna ilişkin düzenlemeler olmak üzere, reklam hukuku kapsamında yer alan ikincil düzenlemelerin de geliştirilmesi ve çağdaş bir hale getirilmesi isabetli olacaktır.

Yukarıdaki bilgiler ışığında, hukukumuzda rakibin, rakip ürün veya hizmetinin adı, markası, logosu veya bunları çağrıştıracak herhangi bir unsurun reklam içerisinde kullanılması mümkün değildir. Bu durumun sonucu olarak, açık ve net bir şekilde yapılamayan karşılaştırma tüketicinin, reklamı yapılan

ürün veya hizmet hakkında eksik bir şekilde bilgilendirilmesi sakıncasını ortaya çıkmaktadır. Zira, karşılaştırmanın temel amacı, karşılaştırılan ürün veya hizmetler arasındaki olumlu ve olumsuz farklılıkları ortaya koymak olup, hangi ürün veya hizmet ile karşılaştırma yapıldığının belirtilmemesi tüketicinin eksik bilgilendirilmesi neticesini doğurmaktadır. Daha basit bir ifade ile, tüketici reklamı yapılan ürün veya hizmetin hangi ürün veya hizmetten daha iyi olduğunu dolaylı karşılaştırmalı reklam ile net bir şekilde anlayamamaktadır. Bu halde, reklam içerisindeki boşluklar tüketici tarafından varsayımlar ile doldurulmakta; bu durum ise doğal olarak yanlış yargıların oluşmasına sebep olabilmektedir.

Bu çerçevede, doğrudan karşılaştırmalı reklamların, amaca daha uygun olduğu düşüncesindeyiz. Ancak, doğrudan karşılaştırma nedeniyle ortaya çıkan sakıncaların göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Bu çerçevede, doğrudan karşılaştırmanın sınırlarının kesin ve net bir biçimde çizilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Öncelikle, rakibin, rakip ürününün veya hizmetinin ad, marka ve alametlerinin reklam içerisinde kullanılması haksız rekabetin meydana gelmesi riskini doğurmaktadır.

Dolayısıyla, karşılaştırmanın doğru ve dürüst bir şekilde, gerçeklere dayanarak yapılması büyük önem arz etmektedir. Aksi takdirde, rakibe, rakip ürün veya hizmetlere haksız bir şekilde zarar verilmesi veya onların tüketici nezdindeki itibarından haksız bir şekilde yararlanılması söz konusu olabilecektir. Bu riskin önüne geçilebilmesi iyi ve sağlam oturtulmuş bir kontrol mekanizmasını gerekli kılmaktadır. Bu noktada, karşılaştırmanın sadece aynı nitelik ve türdeki ürünler bakımından yapılması ve bu sınırın dışına taşılmasının engellenmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, aslında karşılaştırılabilir nitelik ve özellikleri bulunmayan ürün ve hizmetlerin karşılaştırılması söz konusu olacak ve bu durumda reklam yapan ya rakibe veya onun ürün veya hizmetlerine zarar vermiş olacak, ya da onun haksız bir şekilde itibarından yararlanmış olacaktır.

Karşılaştırmalı reklamların bu hassas konumu, reklamların denetiminin önemini ortaya çıkarmaktadır. Bu durumda, gerek özdenetim gerek idari denetim mekanizmalarının haksız rekabetin meydana gelmesinin engellenmesi bakımından büyük önem arz ettiğinin belirtilmesi gerekmektedir. Özdenetim mekanizmasının sağlıklı bir şekilde işlemesi, şüphesiz ki, haksız rekabet riskini büyük ölçüde azaltacaktır. Türkiye’de reklamların özdenetimi, 1994 yılında kurulan “Reklam Özdenetim Kurulu - RÖK” tarafından gerçekleştirilmektedir. Özdenetim faaliyetleri asıl olarak reklamcılık standartlarının belirlenmesi, bu standartların tüm reklam sektörü tarafından bilinmesinin ve kabul edilmesinin sağlanması, reklam verenlere ve reklam ajanslarına danışmanlık sağlanması, kurallara reklam verenler ve ajanslar tarafından uyulup uyulmadığının denetlenmesi, tüketici, rakip ve/veya diğer ilgililer tarafından yapılan şikayetlerin incelenmesi ve çözüme kavuşturulması ve ihlallerin cezalandırılmasını hedeflemektedir.

Diğer tarafta, idari denetimin de iyi ve etkin bir şekilde işlemesi gerekmektedir. Ülkemizde reklamların idari yoldan denetimi iki kurum aracılığıyla gerçekleştirilmektedir. Bu iki kurumdan birincisi Radyo ve

Televizyon Üst Kurulu, ikinci ise Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'na bağlı Reklam Kurulu'dur.

RTÜK ise Radyo ve Televizyon Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'da belirtilen kurallara aykırı hareket edenlere, gerekli müeyyidelerin uygulanması konusunda yetkilendirilmiş bir kurumdur. RTÜK kararlarının içeriğine ulaşılamadığından, söz konusu kararların incelenmesi mümkün olmayıp bu kararların isabetli olup olmadığı konusunda bir bilgi de elde edilememektedir. Bu bakımdan RTÜK uygulamaları hakkında söylenebilecek olan temel husus, bu uygulamaların son derece gizli ve bu durumun bir hukuk devletinde kabul edilemez olduğudur.

Reklam Kurulu'nun yapısını incelediğimizde ise Reklam Kurulu'nun oluşumunda bir takım değişikliklere gidilmesinin isabetli olacağı düşüncesindeyiz. İlk olarak, hukuki tartışmalar içeren ve hukuki analiz gerektiren karşılaştırmalı reklamlara ilişkin incelemeler bakımından Reklam Kurulu'nun mevcut yapısının yetersiz olduğu gözlemlenmektedir. Zira, Reklam Kurulu bünyesinde hukukçuların az sayıda olmaları nedeniyle gerekli analizlerin tam ve sağlıklı olarak yapılması zorlaşmaktadır. Bu bakımdan, kurul bünyesindeki hukukçu üye sayısının artırılmasının isabetli olacağı kanaatindeyiz.

Bunun yanında, Reklam Kurulu tarafından verilen kararlara bakıldığında karar gerekçelerinin oldukça kısa ve yetersiz olduğu da görülmektedir. Bu noktada, bazı kararlarda kurulun hangi gerekçelerle sonuca ulaştığının tespit edilmesi zorlaşmakta ve dolayısıyla reklam verenler tarafından nazara alınması gereken bu kararlar etkilerini bir ölçüde kaybetmektedir. Açık ve yeterli bir gerekçe, reklamlara ilişkin kural ve standartların reklam verenler tarafından tam olarak anlaşılmasını sağlayacağından büyük önem arz etmektedir.

Türk Reklam Kurulu'nun karşılaştırmalı reklamlara ilişkin kararları incelendiğinde, söz konusu kararlara konu reklamların neden hukuka aykırı oldukları hususunun genel olarak gerekçeli bir şekilde ifade edilmediği görülmektedir. Kararlarda, kısaca neden belirtilmekle birlikte, varılan kararın hukuki temelleri detaylı bir şekilde ele alınmamaktadır. Bu durumda, söz konusu kararların reklam verenler tarafından emsal olarak benimsenmesi zorlaşmakta; Reklam Kurulu'nun karşılaştırmalı reklamlara ilişkin yaklaşımı ve görüşleri tam olarak idrak edilememektedir. Dolayısıyla, söz konusu kararların uygulamaya ışık tutması imkanı oldukça azalmaktadır. Halbuki, kararların daha açık ve net gerekçelerle belirtilmesi reklam verenlerin kendi özdenetimlerini yapmaları açısından ve reklamları içerisinde yer verecekleri karşılaştırmalara ilişkin sınırların belirlenmesi bakımından büyük önem arz etmektedir.

Bunun yanında, Reklam Kurulu kararlarının çoğunluğunda eksik ve yetersiz inceleme yapılarak karara bağlandığı anlaşılmaktadır. Bu hususun da, büyük sakınca yarattığı izahtan varestedir. Zira, eksik ve yetersiz inceleme sonucunda verilen hatalı kararlar, karara konu reklam verenin haksız bir şekilde

yaptırıma tabi tutulması sonucunu doğurabilecek, daha da önemlisi karşılaştırmalı reklama ilişkin sınırlamaların yanlış bir şekilde algılanmasına neden olabilecektir. Bu durumun yarattığı en önemli sakınca, hangi karşılaştırmalı reklamlara cezai yaptırım uygulanması gerekeceği hususu belirgin ve istikrarlı bir şekilde ortaya çıkmadığından, reklam verenler tarafından karşılaştırmalı reklam yapılmasından kaçınılması olacaktır. Zira, sınırları tam olarak belirli olmayan bir uygulama neticesinde, ne şekilde karşılaştırma yaparsa cezai yaptırıma tabi tutulmayacağını bilemeyen reklam verenler, doğal olarak karşılaştırmalı reklamlara çekinceli yaklaşacaktır. Bunun sonucu olarak ise, tüketici karşılaştırmalı reklamların olumlu etkisinden mahrum kalacaktır.

Bu durumun, yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere, Reklam Kurulu'nun yapısından kaynaklandığı düşüncesindeyiz. Zira, Reklam Kurulu bünyesinde az sayıda hukukçu üye bulunmaktadır ve dolayısıyla, hukuki açıdan kapsamlı ve detaylı bir inceleme gerektiren kararlar, hukukçu üye sayısı oldukça az bir Reklam Kurulu tarafından verilmektedir. Dolayısıyla, Reklam Kurulu'nun etkin ve yetkin bir inceleme ve değerlendirmenin gerçekleştirilmesi imkanı daha en baştan engellenmektedir.

Belirtilen bu hususların yanı sıra, söz konusu kararlarda ağır idari para cezalarının verilmiş olduğu gözlemlenmektedir. Bu durumda, eksik ve yetersiz bir inceleme neticesinde, gerekçesi tam olarak ifade edilmeksizin reklam verenler ağır idari para cezalarına tabi tutulmaktadır. Yukarıda belirtmiş olduğumuz sakınca, yani reklam verenlerin karşılaştırmalı reklamlar bakımından çekimser davranması, burada da ortaya çıkmaktadır. Zira, sınırlardaki belirsizlik ve verilen ağır idari para cezaları nedeniyle reklam verenler karşılaştırmalı reklam yapmaktan kaçınmakta ve bu durumda tüketicinin yanı sıra, bizzat reklam verenler de karşılaştırmalı reklamın olumlu etkilerinden mahrum kalmaktadır. Bu hususun, serbest piyasa rekabetini engelleyici nitelikte olduğu düşüncesindeyiz. Bu uygulama neticesinde, küçük ve orta büyüklükteki işletmeler piyasadaki girişimleri zorlaştırılmakta ve piyasadaki serbest rekabet düzeni olumsuz bir şekilde etkilenmektedir.

Yukarıda belirtilen hususlar ışığında, kanaatimizce, Reklam Kurulu'nda yapısal değişiklikler gerçekleştirilmeli ve kurul bünyesinde bulunan hukukçu üye sayısı artırılmalıdır. Bu şekilde, yeterli ve etkin bir inceleme ve değerlendirme sonucunda, gerçek gerekçelere sahip kararlar oluşturulabilecek ve orantılı yaptırımlara hükmedilmesi mümkün hale gelebilecektir.

GİRİŞ

Reklamlar günümüzde ticari hayatın vazgeçilmez araçlarından biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Şirketler, rekabetin oldukça yüksek olduğu ticari hayatta, mal ve hizmetlerini satmak, mevcut satışlarını arttırmak ve rakipler arasında yükselmek amacıyla reklamları bir araç olarak kullanmaktadır¹.

Reklamlar aracılığıyla piyasaya sunulan mal ve hizmetler, tüketicilerin beğenisine arz edilmekte; üretici piyasaya sunduğu mal ve hizmetlerin en iyi şekilde tüketicilere sunulmasını amaçlamaktadır. Bunun karşısında, tüketiciler ise satın alacağı mal ve hizmetler hakkında en iyi şekilde bilgi sahibi olmak niyetindedir. Bu açıdan karşılaştırmalı reklamlar, tüketicilere reklama konu ürün veya hizmet ile ilgili en etkin bilgi sağlayan reklam türüdür.

Reklamlar, iki temel amaca hizmet etmektedir. Bir yandan işletmeler kendi ürün ve hizmetlerini tanıtarak piyasadaki sürümlerini artırma fırsatı bulurken, diğer yandan tüketiciler, reklamı yapılan ürün ve hizmetler hakkında bilgi sahibi olabilmekte; böylece söz konusu ürün ve hizmetlere yönelik daha kolay seçim yapabilmektedirler². Bu kapsamda reklamlar, tüketicinin satın alma kararını etkilemeyi; tüketicinin dikkat seviyesini reklama konu ürün veya hizmete çekmeyi hedeflemektedir³. Bu etkileme sürecinin ilk aşaması tüketicinin dikkatinin reklam üzerine çekilmesi, ikinci aşama ise reklamın

¹ **Sabih Arkan**, Avrupa Topluluğu'nda Karşılaştırmalı Reklamlar, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Haziran 2001, C. XXI, S. 1, s. 21; **Joanna D. Beller**, The Law of Comparative Advertising in the US and Around the World: A Practical Guide for US Lawyers and Their Clients, 1995 V: 29, s. 219.

² **Debra Scammon**, Comparative Advertising: A Re-Examination of the Issues, The Journal of Consumer Affairs, 1978, V: 12 (2), s. 381.

³ **Füsun Kocabaş/Müge Elden**, Reklamcılık-Kavramlar, Kararlar, Kurumlar, İstanbul 1998, s. 18.

mesajının tüketici tarafından doğru bir şekilde algılanması ve son aşama ise söz konusu reklama konu ürün veya hizmetin tüketici tarafından tercih edilmesidir⁴.

Karşılaştırmalı reklamlar, reklamın yukarıda belirtilen amaçları dikkate alındığında, bu amaçların gerçekleşmesini en etkin şekilde sağlayan reklam aracı olarak karşımıza çıkmaktadır.

Günümüzde kitle iletişim araçlarının her geçen gün artması nedeniyle karşılaştırmalı reklamlar, televizyon kanalları, radyolar, internet, dergi, gazete ve benzeri kitle iletişim araçlarıyla tüketicilere sunulmaktadır. Bu açıdan, karşılaştırmalı reklamlar rekabetçi piyasanın en önemli araçlarından biri olarak görülmektedir. Diğer bir deyişle, karşılaştırmalı reklamlar, tüketicinin bilgilendirilmesini ve rekabetin aktif bir şekilde olmasını sağlama açısından serbest piyasa ekonomisinin yapı taşlarından birini oluşturmaktadır⁵.

İşletmelerin en önemli pazarlama araçlarından biri olan karşılaştırmalı reklamlar, reklam denetimlerinin de yapılmasını beraberinde getirmiştir. Gerçekten de, tüketicileri hedef alan reklamların, idari ve öz denetimler aracılığıyla tüketicileri aldatmaması ve yanıltmaması hedeflenmektedir.

Teşebbüsler, teknolojinin de gelişimi ile birlikte daha kapsamlı ve değişik reklam araçlarıyla birlikte tüketicileri bir mal veya hizmetin özellikleri, faydaları, avantajları, fiyatı ve benzer özellikleri hakkında bilgilendirmeyi hedeflemektedir⁶.

Karşılaştırmalı reklamlar bir kişinin sadece kendi üretmiş olduğu mal veya hizmetin iyi olan özelliklerini öne çıkarması şeklinde olabileceği gibi, rakibi olan bir kişinin üretmiş olduğu mal veya hizmetin açık veya kapalı

⁴ **William L. Wilkie/ Paul W. Farris**, Comparison Advertising: Problems and Potential, Journal of Marketing, 1975, V:39, s. 10; **Kocabaş/Elden**, s. 19; **Akar Öçal**, Reklam ve Haksız Rekabet , Esader, C.VI, S. 2, 1990, s. 96; **Nergis Akıncı** Reklam ve İşlevleri, RTÜK İletişim Dergisi, S. 21, Ocak-Şubat 2001, s. 29.

⁵ **Oğuz Şahin**, Örtülü Reklamın Yaygınlaşma Nedenleri ve Hukuk Sistemindeki Yeri, Ankara 2004, s. 3.

⁶ **Zakir Avcı/ Müge Elden**, Reklam ve Reklam Mevzuatı, Ankara 2005, s. 32

(örtülü) bir şekilde kendi üretmiş olduğu mal veya hizmetten üstün olduğunu veya söz konusu mal veya hizmetin ayarında olduğunu belirtmesi yolları ile de yapılabilir⁷. Bu şekilde, tüketiciler aynı işi gören mal veya hizmetleri karşılaştırarak daha çok bilgi edinebilmekte; tüketiciler lehine rekabet ortamı oluşabilmektedir⁸.

Diğer bir ifadeyle, işletmeler ürün veya hizmetlerinin reklamlarını yaparken, açık veya örtülü bir şekilde diğer rakiplerin ürün veya hizmetlerini, kendi ürün veya hizmetleri ile bağlantı kurarak karşılaştırabilmektedir⁹. Bu şekilde işletmeler, kendi ürün veya hizmetlerinin rakip ürün veya hizmetlerden daha iyi ve kaliteli olduğunu veya söz konusu rakip ürün veya hizmetler kadar iyi ve kaliteli olduğunu belirtmektedirler¹⁰. Ayrıca, karşılaştırmalı reklamlar diğer reklamlara oranla tüketiciler tarafından daha ilgi çekici olarak görülmekte; böylece tüketicilerin hafızasında daha kolay yer etmektedir¹¹.

Tüketicinin en temel hakkı olan bir mal veya hizmet konusunda bilgilendirme hakkı, bu şekilde tüketiciye daha kapsamlı bir şekilde sağlanmaktadır¹². Bu sayede, tüketiciler kendilerine sunulan mal veya hizmetler arasından ihtiyaç duydukları mal veya hizmetleri rahatça seçebilmektedir¹³.

⁷ **Erdoğan Moroğlu**, Karşılaştırmalı Reklam ve Yargıtay Kararları, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XI, 13-14 Mayıs 1994, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, Ankara 1994, s. 6; **Anabel Idrac**, La Publicité Comparative en Europe, Paris 2000, s. 3.

⁸ **Darrel D. Muehling / Donald E. Stem / Peter Raven**, Comparative Advertising: Views From Advertisers, Agencies, Media and Policy Makers, Journal of Advertising Research, 1989, vol. 29, s. 30.

⁹ **John Philip Jones**, The Advertising Business Operations Creativity Media Planning Integrated Communications, 1999, s. 244.

¹⁰ **Muehling / Stem / Raven**, s. 31.

¹¹ **Debra Scammon**, s. 382.

¹² **Darrel D. Muehling/Jeffrey J. Stoltman**, An Investigation of Factors Underlying Practitioners' Attitudes Toward Comparative Advertising, International Journal of Advertising, 1992, V: 11, s. 173; **Ulf Bernitz**, The EC Directive on Comparative Advertising and Its Implementation in Nordic Countries: Especially in Relation to Intellectual Property, s. 7 (www.cenneth.com/sisl/pdf/42-1.pdf).

¹³ **Peter Miskoloji Bodnar**, Definition of Comparative Advertising, s. 1 (www.uni-miskolc.hu/uni/res/kozlemenyek/2004/DEFINITION.doc).

Çalışmamızda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, karşılaştırmalı reklamların hem olumlu yanları, hem de olumsuz yanları bulunmaktadır. Bu kapsamda karşılaştırmalı reklamlar, piyasadaki şeffaflığı arttırması, piyasaya giriş engellerini kaldırması nedeniyle bir yandan desteklenirken, diğer yandan objektiflikten uzak olması ve reklamın muhataplarını yanıltabilmesi gibi sebeplerle sıklıkla desteklenmemektedir.

Çalışmamızın ilk bölümünde reklam ve karşılaştırmalı reklam kavramları, bu kavramların tanım ve unsurları ele alınacak olup, ikinci bölümde Türk Hukuku'nda karşılaştırmalı reklamlara ilişkin birincil ve ikincil düzenlemeler ortaya konulacak ve bu düzenlemeler kapsamında karşılaştırmalı reklamların Türk Hukuku içerisindeki yeri tespit edilecektir. Çalışmamızın son bölümünde ise reklamlara ilişkin Türkiye'deki denetim mekanizmaları incelenecektir.

Çalışmamız kapsamında, asıl olarak, karşılaştırmalı reklamlar Borçlar Kanunu, Türk Ticaret Kanunu, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve reklamlara ilişkin diğer düzenlemeler çerçevesinde ele alınmış olup Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümleri incelemiz dışında bırakılmıştır.

BÖLÜM I

KARŞILAŞTIRMALI REKLAM KAVRAMI, TANIMI VE UNSURLARI

A- Reklam Kavramı

1- Genel Olarak

Reklam, “*ihtiyaç fikrini yaratan ve ihtiyacın giderilmesi için alıcıyı yönlendiren bir araçtır*”¹⁴. Dolayısıyla reklam, tüketicileri bilgilendirme amacı taşıyan, belli bir ürünü veya hizmeti tercih etmeleri için mal ve hizmetler hakkında bilgi sunan bir araç olarak tanımlanabilir¹⁵.

Reklamın çeşitli şekillerde tanımlandığı ve değişik hukuki metinlerde farklı reklam tanımlarına yer verildiğini görmekteyiz.

Milletlerarası Ticaret Odası tarafından yayınlanmış olan Uluslararası Reklam Uygulama Esasları'nın tanımlar başlığı içerisinde reklamın;

“en geniş anlamıyla, kullanılan mecra ya bakılmaksızın ve ambalaj, etiket ve satış noktası malzemeleri üzerindeki mesajlar da dahil olmak üzere, mal, hizmet ve olanaklar için yapılan her türlü ifadeyi kapsadığı”

belirtilmiştir.

¹⁴ **Savaş Bozbel**, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklam Hukuku, Ankara 2006, s. 28.

¹⁵ **Celal Göle**, Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1983, s. 34; **Idrac**, s. 4; **Wilkie/ Farris**, s. 11.

Bunun yanında, AB müktesebatı içerisinde reklam, Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlara İlişkin 84/450 EEC sayılı AB Direktifi'nin¹⁶ 2. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre, reklam;

“bir ticari işle veya meslek ve sanatla ilgili olarak, gayrimenkuller, haklar ve borçlar da dahil olmak üzere, malların ve hizmetlerin sürümünü artırmak amacıyla yapılan herhangi bir şekildeki tanıtım”

olarak tanımlanmıştır. Bu tanımlamada daha çok reklamın amacı üzerinde durulmuş ve şekli önemszenmiştir¹⁷. Zira, tanıma bakıldığında, sürüm arttırma amacı ile yapılan herhangi bir tanıtım reklam olarak nitelendirilmiş ve bu şekilde tanımın asli unsuru “sürüm arttırmak” olarak belirlenmiştir.

Türk Hukuku'nda ise, reklama ilişkin çeşitli yönetmelik ve kanunlarda çeşitli tanımlar bulunmaktadır. TKHK'nın 16. ve 17. maddelerine dayanılarak hazırlanan Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik'in 4 (h) maddesinde reklam şöyle tanımlanmıştır;

“Reklam, mal, hizmet veya marka tanıtmak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek ve ikna etmek, satışını veya kiralanmasını sağlamak ya da arttırmak amacıyla reklam veren tarafından herhangi bir mecrada yayımlanan pazarlama iletişimi niteliğindeki duyuruyu ifade eder”.

3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 3. maddesinin (u) bendinde ve Radyo ve Televizyon Yayınlarının Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik'in 4. Maddesinde ise reklama ilişkin olarak aşağıdaki tanım verilmiştir:

¹⁶ <http://eur-lex.europa.eu>; ayrıca bkz.; **Idrac**, s. 22 vd.

¹⁷ **Yılmaz Aslan**, En Son Değişikliklerle ve Yargıtay Kararları Işığında Tüketici Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2004, s. 236; **Özgül Özkan**, Tüketici Hukuku Bakımından Ticari Reklamlar ve Tabi olduğu Hükümler, Yargıtay Dergisi, C. XXIV, S. 3, 1998, s. 414– 415.

“Reklam: bir ürün veya hizmetin alım, satım ve kiralanmasını geliştirmek, bir amaç veya düşünceyi yaymak veya reklamcının istediği başka etkileri oluşturmak amacıyla, ücret veya benzer bir karşılık ile iletim zamanında reklamcıya tahsis edilen kamuya yönelik duyurulardır”.

Reklama ilişkin bir diğer düzenleme ise Basın İlan Kurumu Teşkiline Dair Kanun içerisinde yer almaktadır. Söz konusu kanunun 40. maddesinin ikinci fıkrasında *“satışı artırmak gibi ticarî gayelerle veya bir şeye veya bir fikre rağbet sağlamak gibi maddi veya manevi bir menfaat temini maksadıyla gazete ve dergilerde yazı, resim veya çizgilerle yapılan ilânların”* reklam sayılacağı hükme bağlanmıştır.

Radyo ve Televizyon Yayınlarının Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik’in 4. maddesinde ise reklama ilişkin genel bir tanımdan ziyade, sadece açık bir şekilde haksız rekabet teşkil edecek olan reklamlar tanımlanmıştır:

“Haksız Rekabete Yol Açıcı Reklam: Tüketicinin güvenini, saflığını, bilgi ve tecrübe eksikliğini istismar eden reklamlardır”.

Yine benzer bir şekilde aynı yönetmeliğin *“Haksız Rekabete Yol Açıcı Reklam ve Tele-Alışveriş Yayınları ”* başlıklı 8. maddesinde, reklamlarda haksız rekabete yol açacak unsurlar belirtilmiştir:

“Haksız rekabete yol açmamak amacıyla reklam ve tele-alışveriş yayınlarında;

a) Reklamı yapılan ürün ve hizmetlere verilen ödül, madalya ve sertifika gibi üstünlük imâ eden unsurların, en az ülke düzeyinde kabul görmüş yarışma sonuçlarına veya üniversitelerin veya kanunla kurulmuş bilimsel kurumların değerlendirilmelerine dayandırılmadan duyurulmaması, bilimsel ve istatistiki bilgilerin

tüketici tercihlerini gerçek durumun aksine yönlendirecek şekilde verilmemesi,

b) Ürün ve hizmetlerle ilgili sınai mülkiyet hakları ve ticari unvanlar konusunda yanlış ve yanıltıcı bilgi verilmesi, bir başka işletmenin unvanı, amblemi, logo ve diğer özgün kurumsal kimlik unsurlarının haksız biçimde kullanılmaması,

c) Reklamı yapılan ürün ve hizmetlerle birlikte karşılıksız olarak verilen ürün veya hizmetlerin veya ikramiyelerin gerçek durumu yansıtması veya taahhüt edilenden farklı olmaması,

d) Uzun süreden beri pazarlanan bir ürün veya hizmetin, yeni bir ürün veya hizmet olduğu izlenimini verecek şekilde duyurulmaması,

e) Başka ürün ve hizmetlere ait reklamların genel düzeninin, metninin, sloganının, görsel sunumunun, müzik ve ses efektlerinin ve benzeri unsurlarının tüketiciyi yanıltacak ya da karışıklığa yol açacak şekilde taklit edilmemesi,

f) Haksız biçimde, bir başka firma, şirket ya da kurumun adı veya amblem, logo ve diğer özgün kurumsal kimlik unsurlarının; başka reklamların genel düzeninin, metninin, sloganının, görsel sunumunun, müzik ve ses efektlerinin tüketiciyi yanıltacak veya karışıklığa yol açacak biçimde kullanılmaması ve taklit edilmemesi ilkelerine uyulmalıdır.”

TKHK'nın 16. maddesinde ise reklama dair herhangi bir tanım getirilmemiş olup, reklam ile ilgili aşağıdaki açıklamalara yer verilmiştir:

“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, tüketicinin can ve mal güvenliğini tehlikeye düşürücü, şiddet hareketlerini ve suç işlemeyi özendirici, kamu sağlığını bozucu, hastaları,

yaşlıları, çocukları ve özürllüleri istismar edici reklam ve ilanlar ve örtülü reklam yapılamaz.

Aynı ihtiyaçları karşılayan ya da aynı amaca yönelik rakip mal ve hizmetlerin karşılaştırmalı reklamları yapılabilir.

Reklam veren, ticari reklam veya ilanda yer alan somut iddiaları ispatla yükümlüdür.

Reklam verenler, reklamcılar ve mecra kuruluşları bu madde hükümlerine uymakla yükümlüdürler”.

Bu hükümde reklama ilişkin olarak herhangi bir tanım getirilmemiş, ticari reklam ve ilanların kanunlara, Reklam Kurulu tarafından belirlenen ilkelere, genel ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına uygun, dürüst ve doğru olmaları gerektiği vurgulanmıştır. Ayrıca aynı maddede, tüketiciyi aldatıcı, yanıltıcı veya onun tecrübe ve bilgi noksanlıklarını istismar edici, tüketicinin can ve mal güvenliğini tehlikeye düşürücü, şiddet hareketlerini ve suç işlemeyi özendirici, kamu sağlığını bozucu, hastaları, yaşlıları, çocukları ve özürllüleri istismar edici reklam ve ilanların ve örtülü reklamların yapılamayacağı hükme bağlanmıştır.

Görüldüğü üzere, reklam kavramı farklı düzenlemelerde oldukça benzer bir şekilde tanımlanmıştır. Reklamın, reklamı yapılan ürün veya hizmet hakkında tüketiciyi bilgilendirme, ikna etme, tüketicinin zihninde ürünün, hizmetin veya markanın hatırlanmasını sağlama, reklama konu ürün veya hizmete değer katma ve bu ürün veya hizmetin tüketici tarafından satın alınmasını sağlama fonksiyonları göz önüne alındığında bu tanımların yerindeliği ortaya çıkmaktadır¹⁸.

¹⁸ **Ömer Baybars Tek**, Pazarlama İlkeleri Global Yönetimsel Yaklaşım Türkiye Uygulamaları, İstanbul 1999, s. 725 - 727.

Kanaatimizce reklam, mal/ hizmetin veya işletmenin ya da maddi veya manevi gayelerle ilgili bir düşüncenin, bir bedel karşılığında rakiplerinden sıyrılarak, tüketicinin dikkatini çekmesi ve tüketiciyi o mala veya hizmete veya işletmeye veya düşünceye yönlendirmesi için denenen her türlü yoldur.

2- Hukuki Niteliği

a. Reklamın İcap Niteliği

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, reklam, bir mal veya hizmetin satın alınmasını sağlama amacına yönelik olarak yapılmaktadır. Dolayısıyla, reklam nihai olarak, reklam veren ile reklam konusu mal veya hizmet ile ilgilenen kişi arasında bir sözleşmenin yapılmasına yol açabilmektedir¹⁹. Bu çerçevede, temel olarak reklamların, sözleşmenin karşı tarafını teşkil etmesi muhtemel kişileri reklam konusu mal veya hizmeti satın almaya ve dolayısıyla reklam veren ile sözleşme yapmaya davet amacını taşımaları mümkün olduğundan reklamlar, icap olarak karşımıza çıkabilmektedir²⁰.

İcap, tek taraflı bir hukuki işlem olup temel olarak sözleşme yapma çağrısıdır. İcap, bir sözleşmenin yapılması teklifini kapsayan ve bu amaçla zaman olarak sözleşmenin kurulmasından ve karşı tarafın kabul beyanından daha önce yapılan, karşı tarafa ulaşması gerekli, tek taraflı, kesin ve bağlayıcı bir nitelik taşıyan, muhatabın kabulü ile sözleşmenin kurulması sonucunu doğuran irade açıklaması olarak tanımlanmaktadır²¹. İcabin varlığı, içeriğinde sözleşmenin kurulması için gerekli esaslı unsurları barındırmasına bağlıdır. Diğer bir ifade ile, içeriğinde tüm esaslı unsurları barındırmayan bir irade beyanı icap olarak nitelendirilemeyecektir.

¹⁹ Aslan, s. 237.

²⁰ Göle, s. 43; Aslan s. 248; Agah Adak, Türk Hukuku Açısından Haksız Rekabet Müessesesi ve Reklam Yolu ile Haksız Rekabet, Adana İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, 1975, s. 262; Özkan, s. 414– 415.

²¹ Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2009, s. 219 vd; M. Kemal Oğuzman/ M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2009, s. 45 vd; Selahattin Sulhi Tekinay/ Sermet Akman/ Haluk Burcuoğlu/ Atilla Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 82 vd

İcap, örneğin tiyatro veya sinemalarda fiyat gösterilerek ürün teşhir edilmesi durumunda olduğu gibi, belli bir kişi gözetilmeksizin herkese yapılmış olabilir. Reklam da benzer bir şekilde belli bir kişiye yöneltilmemektedir ve sözleşmenin tüm esaslı unsurlarını içermemektedir. Reklamlar genel olarak, sadece sözleşmenin çarpıcı ve ilgi çekici noktalarını taşımakta ve bu şekilde reklam konusu mal veya hizmetin öne çıkan noktalarını tüketiciye göstermektedir²². Reklam ve tanıtım faaliyetlerinde, reklam verenin reklamda belirtilen tüm unsurlar ile bağlanma iradesi veya reklamı izleyen, okuyan her birey ile sözleşme kurma amacı yoktur. Reklamlarda, bir mal ya da hizmetin sınırlı ya da sınırsız kişiler topluluğuna övülmesi, tanıtımının yapılması ve nihayetinde reklam konusu mal ve hizmetlere olan ilginin artırılması veya oluşturulması asıl amaç olarak karşımıza çıkmaktadır.

Ancak, reklamın bu temel görünümü, reklamın icap olarak nitelendirilmesi için gerekli şartları haiz olmasını engellememektedir. Bu durumda, reklam içerisinde bir sözleşmenin kurulması için gereken tüm esaslı unsurlar mevcutsa ve karşı tarafın sadece bunu kabulü ile sözleşme ilişkisi kurulacaksa, söz konusu reklamın bir icap olarak nitelendirilmesi mümkündür²³. Dolayısıyla, bir reklam muhatabın açık veya zımni kabulüyle sözleşme kurulmasına imkan verebilecek nitelikte ise, söz konusu reklamın icap olarak nitelendirilmesi söz konusu olabilecektir. Bu kapsamda, muhatabın kabulü ile satım sözleşmesinin kurulmasına imkan veren doğrudan satış reklamları icap niteliğinde değerlendirilebilecektir²⁴.

Aynı şekilde, bir pizza restoranının dağıttığı el ilanları veya yazılı basına verdiği reklamlar icap niteliğinde kabul edilebilecektir. Zira, söz konusu ilan ve reklamlar içerisinde pizza çeşitleri ve fiyatları ile müşterilere sunulan promosyonlar yer almaktadır. Bu durumda reklama muhatap olan müşterinin tek yapması gereken istediği ürünün siparişini vermek olup hukuki anlamda restoran tarafından gerçekleştirilen icap kabul edilmektedir.

²² Adak, s. 362.

²³ Aslan, s. 237 vd.

²⁴ Emrehan İnal, Reklam Hukuku ve Aldatıcı Reklamlar, İstanbul 2000, s. 15.

b. Reklamın İcaba Davet Olarak Değerlendirilmesi

Reklam içerisinde, reklam veren ile tüketici arasında reklam konusu mal veya hizmete ilişkin bir sözleşme ilişkisinin kurulması bakımından gerekli esaslı unsurlardan biri veya birkaçının bulunmaması durumunda veya reklam içerisinde reklam veren tarafından sunulan teklifin reklam veren açısından bağlayıcı niteliği haiz olmadığına anlaşılması durumunda, söz konusu reklamın icaba davet olarak nitelendirilmesi gündeme gelmektedir.

İcaba davet, beyan sahibinin muhatabı icapta bulunmaya sevk ve teşvik etmesi olarak tanımlanabilir. Bu durumda beyan sahibi, sözleşme ilişkisi kurma iradesini kesin olarak bildirmemekte, sadece böyle bir sözleşmeyi kurmaya ilke olarak hazır olduğunu beyan etmektedir. İcabın temel ve ayırt edici özelliği, muhatabın kabul beyanının sözleşmenin kurulması bakımından yeterli olmasına karşın; icaba davetin özelliği, muhatabın icapta bulunmasını sağlamaktır²⁵.

Göle'ye göre; reklam içerisinde reklam konusu mal veya hizmete ilişkin olarak bir sözleşme ilişkisinin kurulabilmesi için gerekli tüm unsurların bulunması zorunludur. Ayrıca, reklam veren üretici ya da satıcının reklam içerisinde ileri sürdüğü beyanıyla bağlı olmama niyeti, reklamın niteliğinden doğmaktadır. Dolayısıyla, reklamlar genel olarak esaslı unsurlardan bir veya birkaçını (örneğin fiyat, satıcı taraf gibi) içermeksizin yapılmaktadırlar.

Adak ise, reklamın esas itibariyle icap ya da icaba davet olarak kabul edilemeyeceğini ileri sürmektedir. Zira, yazar reklamın ilerde yapılması istenen veya umut edilen bir sözleşmenin çarpıcı noktalarını sergilemenin ötesinde bir anlam taşımadığını ifade etmektedir. Yazara göre reklam, zaman yönünden icap ve icaba davetten önce gerçekleşmektedir²⁶.

²⁵ Eren, s. 222.

²⁶ Adak, s. 362.

Kanaatimizce, reklam birçok farklı şekil, amaç ve içerik ile tüketiciye sunulmakta olup tüm bu hususlar reklama ilişkin değerlendirmenin farklılaşmasına neden olabilmektedir. Bu noktada, reklamın hukuki niteliğine ilişkin olarak kesin ve net bir genel kurala ulaşmak, reklamın her somut örneğe göre farklılaşabilen yapısı ve içeriği gereğince mümkün görünmemektedir. Örneğin, bir teknoloji mağazası tarafından gerçekleştirilen reklamlar içerisinde ürün, ürüne ilişkin temel özellikler, ürünün fiyatı ve ödeme koşullarına ilişkin bilgiler yer alırken, bir araba üreticisi tarafından gerçekleştirilen reklam içerisinde aracın genel özellikleri ile birlikte “tavsiye edilen fiyat” belirtilmektedir. Bu noktada, teknoloji mağazası tarafından gerçekleştirilen reklam icap niteliğinde kabul edilebilirken, araba üreticisi tarafından gerçekleştirilen reklamın niteliği ise ancak icaba davet niteliğinde olabilecektir. Hatta, araba üreticisi tarafından gerçekleştirilen reklamın icaba davet niteliği dahi tartışma konusu edilebilecektir. Zira, reklam üretici tarafından verilmekte ise de, müşteri araç satın almak için yetkili satıcıya başvuruda bulunmakta olup bu noktada müşterinin icap niteliğindeki beyanı reklam verene değil fakat yetkili satıcıya yöneltilmiş olacaktır. Bu noktada, üreticinin satış ağının bir bütün olarak değerlendirilmesi ve dolayısıyla reklam veren tarafından ürünleri satışı hususunda yetkilendirilen yetkili satıcılara yöneltilen icap reklamın bir neticesi olarak ortaya çıktığından reklamın da icaba davet olarak kabul edilmesi düşünülebilecektir. Benzer durum, süpermarket veya marketler bünyesinde müşterilere sunulan sayısız ürün bakımından da geçerli olmaktadır.

Bu çerçevede, yukarıda da belirttiğimiz üzere, her somut olay bazında değerlendirme yapılarak reklamın hukuki niteliğinin tespit edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

c. Reklamın İlan Suretiyle Vaat veya Piyango Olarak Değerlendirilmesi

Reklam, yukarıda açıkladığımız üzere, icap veya icaba davet olabileceği gibi bazen ilan suretiyle vaat, bazen de piyango niteliğini de kazanabilir²⁷.

²⁷ Göle, s. 45- 46; Adak, s.362.

i. İlan Yoluyla Ödül Vaadi

İlan yoluyla yapılan ödüllü vaatlerde; kişi, ya kendisinin temin edemediği bir sonucu ödül ortaya koymak suretiyle üçüncü kişilere temin ettirmekte ya da en iyi sonucu elde etmek için ödül ortaya koymak suretiyle yarışma amaçlamaktadır²⁸. Örneğin, ilk defa piyasaya sürülecek bir ürüne en uygun ve en orijinal markayı bulana belirli miktar parasal bir ödül verilmesine ilişkin bir reklam²⁹ birinci grupta yer alan ilan yoluyla vaat kapsamına; gazetelerin belirli bir miktar kuponun toplanması karşılığında belirli bir ürünün verilmesini vaat ederek gerçekleştirdikleri promosyon reklamları³⁰ ise ikinci grup kapsamına girmektedir. Her iki örnekte de, reklam sahibi belirli bir vaatte bulunarak sunduğu ürünün tanıtımını gerçekleştirmektedir. Müşterilerin reklam konusu mal veya hizmete gösterdiği talebin artırılması, reklam veren tarafından sağlanan vaat neticesinde gerçekleştirilmektedir. Diğer bir ifade ile temel amaç, mal veya hizmetin tanıtılması olup bu tanıtım bir ödül vaadi ile yapılmaktadır.

ii. Piyango Düzenleme Yolu ile Reklam

Reklamın Borçlar Kanunu'nun 506. maddesinde düzenlenen piyango usulüyle gerçekleştirilmesi de mümkündür. *“Her okuyucuya bir kura numarası verilecek ve noter huzurunda yapılacak çekilişte kazanan kura numarası sahibine Murat marka otomobil verilecektir”* şeklinde gerçekleştirilen bir reklam, piyango usulü ile gerçekleştirilen reklamlara örnek olarak gösterilebilir³¹. Burada, reklam konusu mal veya hizmetin tanıtımı gerçekleştirilmekte, reklam veren tarafından gerçekleştirilecek çekiliş vasıtasıyla müşterilerin söz konusu mal veya hizmete olan talebinin artırılması amaçlanmaktadır.

²⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 468-469.

²⁹ Adak, s. 362.

³⁰ Murat C. Baykal, Tüketicinin ve Rekabetin Korunması Bakımından Gazete Promosyonları, YD, C. XXIII, S.3, 1997, s. 344.

³¹ Adak, s. 362.

iii. Ödüllü Yarışma Yolu ile Reklam

Reklamın piyango usulüne benzer bir şekilde ödüllü bir yarışma düzenlenmesi yolu ile gerçekleştirilmesi de mümkündür. Burada, reklam veren düzenlediği veya sponsor olduğu bir yarışma sonucunda dereceye giren kişilere, kendi mal veya hizmetlerini vaat etmektedir. Örneğin, düzenlenen bir fotoğraf yarışmasına sponsor olan bir fotoğraf malzemeleri üreticisinin, yarışma neticesinde ilk üç dereceye giren yarışmacılara belirli ürünleri ödül olarak vermeyi vaat etmesi durumunda ödüllü yarışma yolu ile reklam söz konusu olmaktadır.

iv. Vaatten Dönme

İlan yoluyla yapılan vaadin bağlayıcı niteliği bir sözleşme kadar güçlü değildir. Nitekim Borçlar Kanunu'nun 8. maddesinin 2. fıkrası çerçevesinde, edim yerine getirilmedikçe ilan yoluyla yapılan vaadin geri alınması kural olarak mümkündür. Bu noktada karşımıza çıkan soru, ilan yolu ile gerçekleştirilen vaadin ne şekilde geri alınması gerektiği hususudur. Zira, Borçlar Kanunu içerisinde bu husus açıkça düzenlenmemektedir. Doktrinde, vaadin geri alınmasına ilişkin ilanın, vaadin yapılmasına ilişkin ilandan daha dar bir kesime hitap etmemesi gerektiği kabul edilmektedir³². Borçlar Kanunu'nun 8. maddesinin 2. fıkrasında, edimin gerçekleştirilmesinden önce bir vaadin geri alınabilmesi tazminat şartına bağlanmıştır. Şöyle ki, yapılan vaade güvenerek zarara uğrayan kişinin bu zararının tazmin edilmesi gerekmektedir³³.

Edim yerine getirildikten sonra ise, vaadin geri alınması mümkün olmayıp vaadin içerik ve kapsamında da değişiklik yapılması imkanı da

³² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 472.

³³ Burada güvenden kaynaklanan menfi zarar söz konusu olmaktadır. Vaadin hüküm ifade edeceğine güvenilerek iyiniyetle yapılan masraflar ve kaçırılan fırsatlar tazminat kapsamında yer almaktadır. Burada menfi zarar, vaat edilen ödülün miktarı ile sınırlıdır. Ancak, vaatte bulunan kişi, vaadini geri almasaydı tazminat isteyen kişi tarafından vaade konu işi gerçekleştiremeyeceğini ispat ederse, o takdirde tazminat yükümlülüğünden kurtulacaktır.

bulunmamaktadır. Edimin ifa edilmiş olması vaade konu için tam olarak gerçekleştirilmiş olmasını ifade etmektedir³⁴.

Vaatten dönme hususu, reklamlar açısından ele alındığında, reklam içerisinde vaat edilen ödülün geri alınması ancak reklam veren tarafından aynı vasıta ile verilecek yeni bir reklam ile mümkün olabilecektir. Bu durumda, örneğin, televizyonda yayımlanan bir reklam içerisinde vaat edilen bir ödül aynı şekilde yine televizyonda yayımlanacak bir reklam ile geri alınabilecektir.

d. Reklam ve İlan Arasındaki İlişki

Kanun koyucu reklama ilişkin düzenlemeler içerisinde, kimi zaman “ilan”a (Borçlar Kanunu m. 48/1)³⁵, kimi zaman “reklam”a (195 sayılı Basın İlan Kurumu Teşkiline Dair Kanun m. 40)³⁶, bazen de her iki terime (TKHK m. 16)³⁷ yer vermiştir. Bu nedenle, ilan ile reklam terimleri arasındaki ilişki ve farklılıkların ele alınması gerektiği düşüncesindeyiz.

Reklam ve ilan terimleri arasındaki farklılıklara ilişkin olarak doktrinde temelde benzer görüşler ileri sürülmüştür. Göle, reklam ve ilan kelimelerinin eş anlamlı olmadığını, ilan kelimesinin daha geniş kapsamlı olup bir üst terim niteliğinde olduğunu ve bu açıdan her reklamın bir ilan olarak nitelendirilebileceğine ancak her ilanın bir reklam olduğunun söylenemeyeceğini ileri sürmüştür. Zira, yazar, bazı ilanların doğrudan doğruya kamuya yönelmiş bir duyuru niteliğinde olabileceğini belirtmiştir³⁸. Yazar, bu noktadan hareket ile, ilana reklamla ilgili hükümlerin uygulanabilmesi için, söz

³⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 472.

³⁵ “Yanlış **ilanlar** yahut hüsnüniyet kaidelerine muğayir sair hareketler ile müşterileri tenakus eden yahut bunları kaybetmek korkusuna maruz olan kimse bu fiillere hitam verilmesi için fail aleyhinde dava ikame ve failin hatası vukuunda sebebiyet verdiği zararın tazminini talep edebilir”.

³⁶ “Satışı arttırmak gibi ticari gayelerle veya bir şeye veya bir fikre rağbet sağlamak gibi maddi veya manevi bir menfaat temini maksadıyla gazete ve dergilerde yazı, resim veya çizgilerle yapılan ilanlar **reklam** sayılır”.

³⁷ “Ticari **reklam** ve **ilanların** kanunlara, Reklam Kurulu’na belirlenen ilkelere, genel ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına uygun, dürüst ve doğru olmaları esastır”.

³⁸ Celal Göle, “Türk Hukukunda Reklâmların Ön Denetimi Sorunu”, AÜSBFD, C.XI, S.1– 3, 1985, s. 255, dpn. 1.

konusu ilanın hem reklamın tüm unsurlarını taşıması hem de mal ve hizmet satışlarını arttırma amacına yönelmesi gerektiğini vurgulamaktadır³⁹.

Adak da, ilan teriminin geniş anlamli yorumlanarak üçüncü kişilere karşı aleniyeti sağlayan yazılı ve sözlü tüm duyuru araçlarını kapsayacak biçimde anlaşılması gerektiğini; reklamın, yayınların, sözlü beyanların bir duyuru ve aleniyet aracı oldukları oranda ilan kavramının içine gireceğini savunmaktadır⁴⁰.

Örs de, ilan ve reklam terimlerinin aynı anlama sahip olmadığını belirtmektedir. Yazara göre; ilan, üreticinin ya da satıcının adresini, malın cinsini ve türünü aracılara ya da müşterilere bildirirken, reklamda ise bu bildirim ötesinde övünme ve cezbetme unsurları ön plana çıkmaktadır. Ancak, ilan ile reklam arasında kesin bir sınırın da çizilemeyeceği Örs tarafından ifade edilmiştir⁴¹.

İnal'a göre ise, ilan, reklamın unsurlarını taşıdığı sürece reklamla eş anlamlıdır. Aksi halde, ilan ya ticari nitelikte değildir ya da bir kimsenin antika piyanosunu satabilmek gibi amaçlarla kamuya yönelttiği alelade bir icaba davet niteliğindedir⁴².

Sonuç olarak, doktrindeki görüşler incelendiğinde ilan ve reklam terimleri arasında farklılık bulunduğu ve ilanın reklamın unsurlarını taşıması durumunda reklam olarak nitelendirilebileceği kanaatine varılmaktadır. Kanaatimizce, ilan, ticari bir amaç ile gerçekleştirilmeyebileceği gibi, bir mal veya hizmetin satışının artırılması gibi bir etkiye de sahip olmayabilecektir. Bu noktada, her reklam ilan olarak nitelendirilebilecek iken, her ilanın reklam olarak nitelendirilmesi mümkün olmamaktadır.

³⁹ **Göle**, Aldatıcı Reklâmlar, s.42 ve dpn. 38, 39.

⁴⁰ **Adak**, s. 357.

⁴¹ **H. Fahri Örs**, Türk Hususi Hukukunda Haksız Rekabet, Ankara 1958, s. 36.

⁴² **İnal**, s. 13.

e. Reklam ile Bilgilendirme Arasındaki Fark

Bilindiği üzere, reklam, belirli bir işletmenin veya onun belirli bir mal veya hizmetinin kamuya tanıtılması ve bu surette ticari bir kaygı güderek piyasadaki sürümünün veya tanınmışlığının arttırılması amacını taşımaktadır. Bu çerçevede, reklamın asıl konusu, reklamı yapılan işletme veya mal veya hizmettir. Bilgilendirmede ise, sadece toplumun yararına bazı tavsiyeler yer almakta, reklam verenin kendisinin veya mal veya hizmetinin özellikleri iletilmemektedir.

Bununla birlikte, bilgilendirmenin kimin tarafından yapıldığı büyük önem arz etmektedir. Zira, örneğin Shell veya BP tarafından çevreye karşı duyarlılığı geliştirmek amacıyla yapılan reklamlarda Shell veya BP'nin ticari kaygısı bulunmakta ve bu şekilde, satışlarını üzerlerine toplumun desteğini çekerek arttırmak amacı güdülmektedir⁴³. Oysa ki, örneğin, sigaranın zararları, orman yangınlarına, erozyona, nüfus artışına karşı korunma yöntemlerine dair dernekler, sivil toplum kuruluşları veya kamu otoriteleri tarafından yapılan toplumu bilgilendirici tanıtımlar salt bilgilendirme olarak kabul edilebilecektir.

f. Reklamın Eser Olarak Nitelendirilmesi

Reklam ilk kullanılmaya başladığı zamanlarda sadece bir tanıtım mantığı içinde şekillenmekte iken, günümüzde artık daha karmaşık, ticari unsurların yanı sıra fikri eser öğelerinin ağır bastığı bir ürün, reklam ajansları tarafından hazırlanmak suretiyle sunulan profesyonel ticari bir faaliyet alanı olarak karşımıza çıkmaktadır⁴⁴. Sunulan ürün veya hizmet sayı ve çeşidinin fazlalığı, ticari başarıyı, doğal olarak her bir ürün veya hizmetin diğerlerinden ayırt edilmesi ile doğrudan ilişkili hale getirmektedir. Üreticiler, ürün veya hizmetlerinin diğer ürün veya hizmetlerden ayırt edilmesini sağlamak ve bu ürün veya hizmetleri müşterilerine tanıtmak amacı ile reklamlara başvurmakta,

⁴³ Göle, s. 41. Yazar; bu tür reklamları "kamuyu aydınlatan reklamlar" olarak tanımlamaktadır.

⁴⁴ Arslan Kaya, Reklamın Fikri Mülkiyet Hukuku İçindeki Yeri, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C. I, 1. Bası, İstanbul, 2002, s. 460.

ürün ve hizmet sayı ve çeşitliliğinin fazlalığı doğal olarak reklamların yapısını karmaşıklaştırmaktadır. Bunun sonucu olarak, reklamlar içerisinde kullanılan unsurların niteliği gelişmekte, özellikle reklam konusu mal veya hizmete ilişkin çağrıcı özelliklerin müşterinin hatırında kalmasının sağlanması için yaratıcı çalışmalar geliştirilmektedir. Teknolojinin gelişimi de reklamların yapısında gerçekleşen bu değişime ivme kazandırmıştır.

Bu ivme sonucunda günümüzde reklamlar, çoğu zaman fikri bir çabanın ürünü olarak ortaya çıkmaktadır. Örneğin, reklam, bazen bir ses, bazen bir şekil, bazen bir film olarak müşteriye sunulmaktadır. Bu noktada, fikri bir çabanın ürünü olarak karşımıza çıkan reklamların eser olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği sorusu ortaya çıkmaktadır. FSEK'in 1. maddesi eser sayılabilmenin şartlarını düzenlemektedir. Dolayısıyla, söz konusu madde içerisinde öngörülen şartları haiz reklamların eser olarak nitelendirilmesi mümkündür⁴⁵. Buna göre, bir reklamın FSEK anlamında eser kabul edilebilmesi için;

- Eser sahibinin hususiyetini taşıması,
- Sahibinin hususiyetini yansıtacak düzeyde şekillenmiş olması,
- FSEK'te öngörülen eser türlerinden birinin içine girmesi (ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar ve sinema),
- Fikri çabanın ürünü olması,

gerekir⁴⁶.

Özellikle reklam sloganları ile ilgili olarak, eser olup olmadıkları noktasında tartışma olmakla beraber, doktrinde reklamın, ifade biçimine göre, ilim ve edebiyat eseri, sinema eseri, musiki eseri veya güzel sanat eseri sayılabileceği kabul edilmektedir. Örneğin, reklam ürünü somut planda estetik

⁴⁵ Ünal Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, 2005, s. 97 vd; Cahit Suluk/Ali Orhan, Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku, C.II, Genel Esaslar, Fikir ve Sanat Eserleri, İstanbul, 2005, s. 118 vd.

⁴⁶ Tekinalp, s. 97; İnal, s. 22; Suluk/Ali, s. 118.

değere sahip bir güzel sanat eseri şeklinde karşımıza çıkabilir. Bu halde, reklam, FSEK kapsamında güzel sanat eseri olarak koruma alanı bulur⁴⁷.

FSEK'te reklamlara ilişkin olarak, sinema eserleri bakımından olduğu gibi müstakil, açık ve özgün bir düzenleme bulunmamaktadır. Gerçekte, reklamlarda çoğu zaman ilim ve edebiyat, musiki ya da sinema eseri gibi muhtelif eser kategorilerine dahil fikri ürünler, bir fikir etrafında bir araya getirilmekte, bunlar topluca bir etki ve sinerjiye sahip olarak yaratıcı içerik ve ifade şeklinde kendini göstermektedir⁴⁸. Bu noktada, temel olarak karşımıza çıkan sorun, FSEK'in eser türlerinden birinin kapsamına girme zorunluluğu karşısında, reklamın söz konusu eser türlerinin hiçbirine tam anlamı ile dahil olamamasıdır. Diğer bir ifade ile, FSEK'e göre bir fikri çabanın eser olarak kabul edilebilmesi, diğer şartların da varlığına bağlı olarak, FSEK içerisinde belirlenen eser türlerinden birine (ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar ve sinema eseri) dahil olmasıdır. Şüphesiz ki, bunun aksine sadece edebi eser, musiki eseri veya sinema eseri olarak nitelendirilebilecek reklamlar mevcuttur. Örneğin, sadece bir şarkıdan oluşan bir radyo reklamının musiki eser olarak nitelendirilmesi veya bir resimden ibaret gazete reklamının güzel sanat eseri olarak nitelendirilmesi mümkündür. Ancak, bazı durumlarda, reklam içerisindeki unsurlar tek tek ele alındığında, her biri söz konusu kategorilerden birine dahil olabilecekken, reklamın bütünü içeriğini oluşturan parçaların toplamından daha fazlasını ifade ettiği düşünüldüğünde reklamın bütün olarak söz konusu kategorilerden herhangi birinin kapsamında kabul edilmesi zorlaşmaktadır. Özellikle, çok boyutlu ve kurumsal veya markasal kimlik yaratmaya yönelik reklam kampanyaları bu kapsamda düşünüldüğünde sorun açığa çıkmaktadır. Zira, kampanyanın unsurlarını oluşturan yazılı, işitsel ve görsel öğeler bir bütün halinde ele alındığında, anılan öğelerin birleşiminin de ötesinde bir yaratım ortaya çıkmaktadır. Söz konusu öğelerin, birbirileri ile

⁴⁷ **Kaya**, s. 469 - 470.

⁴⁸ **Kaya**, s. 471 ve 473. Yazar tarafından verilen örneğe göre, bir gazete sayfasında yer alan fotoğraf ve metinden oluşan ve ancak fotoğraf ve metin birlikte değerlendirildiğinde anlam ifade eden ve etkileyici bir reklam vasfı taşıyan, fotoğraf ve metnin bir arada ayrılmaz bir bütün oluşturduğu bir otomobil reklamında, reklam ajansı, fotoğraf ve metin birlikliğini sağlamakta, reklam konseptini belirlemekte, konseptin temelinde yatan fikri ortaya koymakta, sonra eser olan veya olmayan parçalarını birleştirerek eser sahiplerini bir araya getirmektedir.

uyumu, düzenlenmesi arkasında yer alan fikir buradaki farkı yaratmaktadır. Bu noktada, bu niteliklere sahip bir reklamın FSEK kapsamında bir eser kategorisi kapsamına dahil edilmesi ve dolayısıyla eser olarak nitelendirilmesi zorlaşmaktadır.

Kaya, bu tür yapılara, içeriğini oluşturan unsurlardan ayrı bir anlam vermek suretiyle ve kanunun bazı hükümlerinden yorum yoluyla faydalanarak FSEK kapsamında koruma sağlanabileceği; fakat bir bütünlük arz eden çok unsurlu reklamın fikri hukuk kapsamında ayrıca korunması, reklamı oluşturanlara üzerinde ayrıca bir hak sağlanmasının, ancak kanunda bir değişiklik yaparak ve başta reklam konsepti olmak üzere, reklamı aynen sinema eserinde olduğu gibi ayrı bir eser kategorisi olarak saymakla ve eser sahiplerini de yine ayrı ayrı belirlemekle mümkün olacağı kanaatindedir⁴⁹. Bizim de katıldığımız bu görüş çerçevesinde, FSEK içerisinde bazı temel değişikliklerin gerçekleştirilmesi ve eser kategorilerinin genişletilmesi veya değiştirilmesi gerekmektedir. Zira, özellikle teknolojinin gelişimi karşısında gelişen veya yeni ortaya çıkan eser türleri karşısında FSEK ihtiyacı karşılamakta zorlanmaktadır. Veri tabanlarına ve bilgisayar programlarına ilişkin olarak gerçekleştirilen değişikliklere benzer bir şekilde, FSEK'in daha da modernleştirilmesinin gerektiği düşüncesindeyiz.

B- Reklamın Unsurları

Yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere, gerek doktrindeki yazarlar tarafından yapılan gerekse hukuki metinlerde yer alan reklam tanımları çerçevesinde, reklamın unsurlarını şu şekilde belirlemek mümkündür: 1) Tanıtıcılık (Mesaj); 2) Bu tanıtımın ticari amaçlarla yapılması; 3) Reklâm verenin kimliğinin belirtilmesi ve 4) Ücret.

⁴⁹ Kaya, s. 471 – 472.

1. Birden Çok Kişiyeye Yönelmiş Tanıtım

Reklam mesajı, tüketiciye mal ve hizmetlerle ilgili ulaştırılmak istenen bilgi veya bilgilerin veya tüketici nezdinde bırakılmak istenen etkilerin bir kısmı veya tümüdür. Tanıtıcılık (mesaj) ile, reklam verenin reklamla ulaşmak istediği sonuç çerçevesinde, hedef kitle ikna edilerek harekete geçilmeye çalışılmaktadır.

Reklam mesajı ile ilgili olarak belirtilmesi gereken önemli bir husus da, mesajın yöneldiği bir hedef kitlenin olması; yani reklamın kişisel olmamasıdır. Gerçekten reklam yoluyla mal ve hizmetlerin tüketicilere tanıtılmasında, potansiyel alıcılarla doğrudan doğruya bir ilişki kurulmamakta, tam aksine tüm kamuoyuna ve özellikle ilgili tüketicilere bir duyuru söz konusu olmaktadır. Reklamın, kamuoyuna dolayısıyla tüketicilere seslenip seslenmemesinin saptanmasında, hitap ettiği tüketicilerin sayısı önemli değildir⁵⁰.

2. Tanıtımın Ticari Amaçlarla Yapılması

Malın veya hizmetin sürümünü arttırmaya yönelik reklam, söz konusu mala veya hizmete ilişkin bilgiler vermek şeklinde olabileceği gibi; malı veya hizmeti üreten, dağıtan, satan şahsa veya reklam verenin yapmak istediği ticari bir fikre (“cam şişe sağlıklıdır”, “gazete okuyun” gibi) ya da rakibin olumsuzluklarına ilişkin bilgiler vermek şeklinde de olabilir⁵¹.

Tüketim malının, hizmetin ya da ticari bir düşüncenin tüketicilere tanıtılarak, satışların artırılmasının amaçlandığı reklamlara, “ticari reklamlar” denir⁵². Reklam veren tabiatıyla ticari amaçla, mal ve hizmetinin sürümünü artırma iradesiyle hareket etmektedir. Uygulamada görülen reklamların büyük çoğunluğu bu niteliktedir. Ancak az da olsa ticari nitelik taşımayan reklamlara da rastlanmaktadır. Bu reklamlarda manevi gaye esastır. Örneğin; fakir

⁵⁰ Göle, s. 37.

⁵¹ İnal, s. 14.

⁵² İnal, s. 14.

çocukları okutmak amacını güden Çağdaş Yaşamı Destekleme Derneği'nin para toplayabilmek için veya Kızılay'ın kan bağıışı için veya TEMA Vakfı'nın toprağın kullanımı veya erozyonla mücadele konusunda toplumu eğitmek ve bilinçlendirmek için yaptığı reklamlar, ticari nitelik taşımayan reklamlardır⁵³.

İşbu çalışmamızda ticari reklamları inceleyeceğimizden, reklam kavramını daha çok ticari reklamları ifade etmek için kullanacağız.

3. Reklam Veren Kimliğinin Belirtilmesi

Reklamda reklam veren kişinin kim olduğunun açıklanması veya en azından reklamın şeklinden bu kişinin kim olduğunun anlaşılması gerekir. Bu kişi, herhangi bir malı ya da hizmeti tüketicilere tanıtmayı, dolayısıyla bu mal ve hizmetlerin satışını arttırmayı amaçlayan kişidir⁵⁴. Bu unsur, tüketim malı ya da hizmetin veya bunları piyasaya sunan kişinin adının belirtilmesi olarak da ifade edilir. Reklamdaki mesajı, mesaj kaynağına bağlamak için kullanılacak yegane vasıta, reklamı yapılacak şeyin ya da kişinin adıdır⁵⁵. Bu unsuru reklamda yerine getiren araçlar; ticaret unvanı, işletme adı ve markadır.

4. Reklam Vasıtası (Mecra)

Reklamın içerdiği mesajı hitap ettikleri tüketici kitlesine ulaştırmaları için değişik duyuru araçlarının kullanılması, diğer bir deyişle reklamın çeşitli kanallar aracılığıyla yapılan bir faaliyet olması gerekir⁵⁶. Hukukumuzda da “mecra” düzenlemesi ile reklam araçları kapsamı geniş tutulmuş, tahdidi bir uygulama benimsenmemiştir. Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik'in “Tanımlar” başlıklı 4. maddesinin (g) bendinde yer alan tanıma göre mecra; “*Reklam ve tanıtım mesajını ileten ve o*

⁵³ Göle, s. 38-39.

⁵⁴ Göle, s. 36.

⁵⁵ Ernst Hırsh; “Reklâm Hakları”, Hukuk Dünyası, C. I, S. 1, 1944, s. 3.

⁵⁶ Göle, s. 37-38. Yazar, reklamın mutlaka bir vasıta ile yapılması gerektiğini savunmaktadır. Buna karşılık İnal, reklamların sadece vasıta ile yayınlananlardan ibaret olmadığını, bu nedenle de bir vasıtanın bulunmasının reklamın bir unsuru olarak gerekli sayılmasını isabetsiz bulmaktadır. Bkz. İnal, s. 10 ve 14-15.

mesajı alma durumunda olan kişi, grup ya da topluluğun bulunduğu yeri, ortamı (televizyon, her türlü yazılı basın, internet, radyo, sinema gibi iletişim kanalları ile açık hava, basılı işler gibi reklam taşıyan malzemeler)” ifade etmektedir.

Söz konusu yönetmelik içerisinde yer alan tanımdan da anlaşılacağı üzere, reklam mesajı ile hedef kitlenin bulunduğu ortam, kitle iletişim araçları olabileceği gibi, üzerine reklam yerleştirilebilen otobüs, araba, tramvay gibi ulaşım araçları, binalar, afişler, takvimler, kataloglar, hareketli görüntülerle reklam imkanı sağlayan elektronik reklam panoları ve ürünlerin ambalaj ve etiketleri de olabilir⁵⁷. Belirtilen bu hususların yanında, bilgisayar ortamında tüm dünyaya erişimi sağlayan internet, günümüzün en çok kullanılan ve en etkili reklam mecrası haline gelmiştir.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik içerisinde yer alan mecra tanımı, klasik anlamda mecra kabul edilemeyecek ve reklam tanımındaki bir mecra yayınlama niteliği taşımayacak duyuruları dahi kapsadığından reklam tanımında, bir mecra yayınlama zorunluluğunun aranmaması gerekmektedir. Zira, Reklam Kurulu kararlarında, tanıtımın herhangi bir mecra yayınlaması gereğinin aranmadığı, ambalaj veya etiket üzerinde yazılı bilgiler, bir otel kapısı ya da girişine çizilmiş yıldız sayısı örneklerinde olduğu gibi, bir mecra yayınlanmamış tanıtımların da reklam olarak kabul edildiği ifade edilmektedir⁵⁸.

Kanaatimizce, gelişen iletişim olanakları da nazara alındığında, reklamlar bakımından herhangi bir mecra kısıtlaması öngörülmesi isabetli olmayacaktır. Kaldı ki, reklamın ana amacı tüketiciye ulaşmak ve içerdiği mesajı tüketiciye aktarmak olduğundan, bu amacı yerine getirmesine imkan veren her türlü araç mecra olarak kabul edilmelidir.

⁵⁷ Göle, s. 35–36

⁵⁸ İnal/Baysal, s. 8–9.

5. Ücret (Bedel)

Reklam verenin reklamcıya ödediği ücret ile reklamın unsuru olan ücretin birbiriyle karıştırılmaması gerekir. Reklamcıya ödenen ücret, reklam verenin isteği doğrultusunda reklamın hazırlanması işinin karşılığıdır. Reklamın unsuru olan ücret ise, hazırlanan reklamın mecrada yer alması için ilgili kuruluşa ödenen ücrettir⁵⁹.

Kanaatimizce de, kural olarak, reklam verenin hazırlattığı reklamların ücret ödemeksizin tüketicilere ulaştırabilmesi ticari hayatın akışına aykırıdır. Zira, tabiatıyla reklamları tüketicilere ulaştıran kişiler, bir menfaat karşılığında reklamları tüketicilere ulaştıracaklardır.

C- Karşılaştırmalı Reklamın Tanımı ve Çeşitleri

1. Tanımı

Reklam, bir kimsenin sadece kendisinin, ürettiği malın veya hizmetin niteliklerini belirtmesi şeklinde yapılabileceği gibi, rakibin şahsı, iş koşulları veya ürettiği mal veya hizmet ile açık şekilde veya ima ederek bir ilişki kurulmak yoluyla kendisinin veya mal veya hizmetlerinin rakibinkinden daha ucuz, üstün veya onun ayarında olduğunun belirtilmesi şeklinde de yapılabilir. İşte bu ikinci durumda karşılaştırmalı reklam söz konusu olur⁶⁰. Karşılaştırmalı reklamlar, kısaca, rakibi veya rakibin mal veya hizmetlerini belirten reklamlar olarak tanımlanmaktadır⁶¹.

⁵⁹ Aşar/Elden, s. 41- 42.

⁶⁰ Moroğlu, s. 4; Emrehan İnal/ Başak Baysal, Reklam Hukuku ve Uygulaması, İstanbul 2008, s. 54; Fatma Özyurt, Ticari Reklam ve İlanlarda Karşılaştırma ve Kötüleme, Ankara 2004, s. 7.

⁶¹ Peter Carey, Media Law, Sweet & Maxwell, 1996, s. 124; Julia Mc Cormik, The Future of Comparative Advertising, 1998, V: 20, s. 42; Brunhilde Steckler/ Frank Bachmann, Comparative Advertising in Germany with regard to European Community Law, EIPR 1997, V: 19 (10), s. 580; İnal, s. 63.

Karşılaştırmalı reklamlar, ispatlanabilir verilere dayalı⁶², haksız ve tüketiciyi aldatıcı nitelikte olmadıkları sürece tüketicinin bilgilenmesi, öğrenmesi ve bu kapsamda daha bilinçli bir tercih yapabilmesi açısından önemli bir araç olarak karşımıza çıkar⁶³.

Türk Hukuku'nda, karşılaştırmalı reklamlara ilişkin açık ve kapsamlı herhangi bir tanım bulunmamakla birlikte, AB hukukunda karşılaştırmalı reklamlara ilişkin bir tanıma yer verilmiştir. Aldatıcı reklamlarla ilgili 10 Eylül 1984 tarih ve 84/450/EEC sayılı Konsey Direktifi, karşılaştırmalı reklamları da içerecek şekilde 6 Ekim 1997 tarih ve 97/55/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi⁶⁴ ile değişikliğe uğramıştır. 84/450/EEC sayılı Direktif'in 2 (a) maddesinde karşılaştırmalı reklam; *“açıkça veya ima yoluyla rakibi ya da rakibin mallarını veya hizmetlerini belirten reklamlardır”* şeklinde ifade edilmektedir⁶⁵.

Söz konusu tanıma baktığımızda, tanımın oldukça geniş olduğunu görmekteyiz. Bu kapsamda, bu tanımın içine, üreticinin *“benim ürünüm en güçlü, etkili, ucuz, iyi”* gibi ifadeleri kullandığı bir reklam da girebilecektir. Zira, burada üretici ürününü dolaylı olarak rakip ürünlerle karşılaştırmaktadır⁶⁶.

TKHK'nın 16/3. maddesinde 06.03.2003 tarih ve 4822 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle karşılaştırmalı reklamlara ilişkin olarak *“aynı ihtiyaçları karşılayan ya da aynı amaca yönelik rakip mal ve hizmetlerin karşılaştırmalı reklamları yapılabilir”* şeklinde bir açıklama öngörülmüştür. Burada belirtilmesi gereken önemli bir husus, Türk Hukuku'nda karşılaştırmalı

⁶² Reklam Kurulu'nun 10.12.2002 tarih ve 87 sayılı toplantısından 2002/01 sayılı kararında, Belsan'a ait reklamlarda standart ampul ile “Technova” ampullerinin karşılaştırması yapılmış ve “Technova” ampulün daha uzun ömürlü ve enerji tasarruflu olduğu iddia edilmiş; ancak bu iddialar kanıtlanamadığından reklam TKHK'nın 16. maddesine aykırı bulunmuştur. Aynı yönde bkz. Reklam Kurulu'nun 13.02.2001 tarih ve 5 sayılı toplantısından 2000/97 sayılı kararı; Reklam Kurulu'nun 11.03.2003 tarih ve 90 sayılı toplantısından 2002/137 sayılı kararı.

⁶³ **Mc Cormik**, s. 43; **Celal Köse**, Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicilerin Korunması, s. 85; **D. Darrel, Muehling and Jeffrey J. Stoltman**, s. 174; **Idrac**, s. 19.

⁶⁴ <http://eur-lex.europa.eu>; **Bernitz**, s. 1.

⁶⁵ **Mc Cormik**, s. 580; **Idrac**, s. 22.

⁶⁶ **Bernitz**, s. 5.

reklamları yasaklayan herhangi bir düzenlenmenin bulunmuyor olmasıdır. Bu kapsamda, söz konusu değişikliğin açık bir şekilde kanunda öngörülmesinden önce de karşılaştırmalı reklamların Türk Hukuku'nda kabul edildiğini söyleyebiliriz⁶⁷.

Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik'in 11. maddesi ise;

“Karşılaştırmalı reklamlara;

- a) Karşılaştırılan mal, hizmet veya marka adının belirtilmemesi,*
- b) Karşılaştırılan mal veya hizmetlerin aynı nitelikte ve özellikte olması veya aynı istek ve ihtiyaca cevap vermesi,*
- c) Dürüst rekabet ilkelerine uygun olması ve tüketicinin yanıltılmaması*

halinde yer verilebilir.”

şeklindedir. Söz konusu hüküm aracılığıyla, rakibin açık bir şekilde gösterilmesi; ima edilmesi önlenmek istenmektedir⁶⁸. Bu çerçevede, söz konusu hükmün karşılaştırmalı reklamların açık bir şekilde yapılmasını herhangi bir sınırlama veya kriter göz önünde bulundurulmaksızın ve herhangi bir ayırım yapılmaksızın yasaklıyor olması nedeniyle isabetsiz olduğu düşüncesindeyiz⁶⁹. Diğer bir deyişle, haksız rekabet teşkil etmeyen, doğru ve dürüst olan reklamlar dahi, açık bir şekilde rakip ürünün veya hizmetin adının belirtilmesi halinde yasaklanmaktadır.

⁶⁷ İnal/Baysal, s. 55; Moroğlu, s. 5 - 7; Göle, s. 83; İnal, s. 8.

⁶⁸ İ. Yılmaz Aslan, Tüketici Hukuku, Bursa 2004, s. 253; İnal/Baysal, s. 59.

⁶⁹ Aynı yönde bkz. Bozbel, s. 59; İnal/Baysal, s. 55 - 56.

2. Çeşitleri

Karşılaştırmalı reklamlar, reklam veren tarafından bir malın veya hizmetin doğrudan veya dolaylı olarak bir başka rakip mal veya hizmet ile olumlu veya olumsuz olarak karşılaştırıldığı reklamlardır⁷⁰.

Yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere, Türk Hukuku'nda karşılaştırmalı reklamlara ilişkin herhangi bir tanım bulunmamaktadır. Bunun yanında, söz konusu kavrama ilişkin herhangi bir sınıflandırma da yapılmamıştır. Ancak, karşılaştırmalı reklamları doğrudan veya dolaylı karşılaştırma ve olumlu veya olumsuz karşılaştırma olarak dört sınıfa ayırmamız mümkündür.

a. Doğrudan Karşılaştırma

Doğrudan karşılaştırmalı reklamlarda, rakip malın veya hizmetin adı açık bir şekilde reklamda zikredilmektedir⁷¹. Bu tür karşılaştırmalı reklamlarda, reklam yapan kişi, kendi mal veya hizmetinin rakiplerine nazaran üstün olan özelliklerini öne çıkarmakta ve bir veya daha çok rakibinin unvanını veya onların mal ve hizmetlerinin markasını reklam içerisinde açıkça belirtmektedir⁷².

Yukarıda açıklamış olduğumuz üzere, Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik'in 11. maddesi, rakibin, malının veya hizmetinin ad veya markasını açıkça belirtmek suretiyle karşılaştırılmalı reklamların yapılmasını yasaklamaktadır.

⁷⁰ Özyurt, s. 8.

⁷¹ Özyurt, s. 9; Sak Onkvisit,/ Howard W. Combs/John J. Shaw, Comparative Advertising: A Typology and Research Issues, s. 141

⁷² İdrac, s. 15. Bu tür karşılaştırmalı reklamlara örnek olarak Hewlett Packard şirketinin “Bugünlerde bilgisayar sistemlerinin kaçta mal olduğuna inanamazsınız” sloganı ile yurtdışında yapmış olduğu reklam gösterilmiştir. Hewlett Packard söz konusu reklam içerisinde rakiplerinin isimlerini açıkça belirterek fiyat karşılaştırması gerçekleştirmiştir. Yazar, söz konusu reklama ek olarak Peugeot ve Oldsmobile tarafından gerçekleştirilen karşılaştırmalı reklamları da örnek olarak göstermiştir.

b. Dolaylı Karşılaştırma

Dolaylı karşılaştırmalı reklamlarda, rakibin, malının veya hizmetinin adı veya markası doğrudan tüketiciye sunulmamaktadır⁷³. Bu tür reklamlarda, reklamı yapılan mal veya hizmetin üstünlüğü, rakibin, mal veya hizmetinin ad veya markası belirtilmeksizin ortaya konulmakta; karşılaştırma örtülü olarak gerçekleştirilmektedir⁷⁴.

Dolaylı karşılaştırmalı reklamlarda belli bir rakip mal veya hizmet ima edilebileceği gibi “en iyi”, “birinci”, “diğerlerinden daha ucuz” gibi, genel iddialar kullanılmak suretiyle de karşılaştırmalı reklam yapılabilir. Ancak, burada dikkat edilmesi gereken husus, söz konusu ifadelerin kanıtlanabilir ve ölçülebilir araştırmalara ve kriterlere dayalı olması gerektiğidir⁷⁵.

c. Olumlu Karşılaştırma

Olumlu karşılaştırmaların yapıldığı reklamlarda, reklamı yapılan malın veya hizmetin rakip mal veya hizmete denk olduğu, ancak daha iyi bir özelliğe sahip olduğu belirtilmektedir. Bu şekilde, rakip ürünün piyasada mevcut olan olumlu ticari itibar ve imajından yararlanılmaktadır⁷⁶.

Bu tür karşılaştırmalı reklamların, rakibin ticari itibar ve imajından haksız bir şekilde yararlanılmamak suretiyle yapılmaları gerekmektedir. Aksi halde, bu tür reklamlar haksız rekabetin doğmasına neden olacaktır.

d. Olumsuz Karşılaştırma

Olumsuz karşılaştırmalı reklamlarda, reklam veren rakip ürünün veya hizmetin olumsuz özelliklerini vurgulamaktadır. Bu tür reklamlar, reklam

⁷³ Idrac, s. 17.

⁷⁴ Idrac, s. 18; Özyurt, s. 9; Bozbel, s. 238; Onkvisit / Combs/ Shaw, s. 141.

⁷⁵ İnal, s. 65 - 66; Özyurt, s. 9.

⁷⁶ Özyurt, s. 9; Onkvisit/ Combs/ Shaw, s. 141; İnal, s. 65; Bozbel, s. 237.

konusu mal veya hizmete göre rakip mal veya hizmetin eksik yanlarını ön plana çıkarmaktadır⁷⁷.

Olumsuz karşılaştırmalı reklamlarda, rakip mal veya hizmetin özelliklerinin söz konusu mal veya hizmetin piyasadaki ticari itibarını ve imajını zedeleyecek; ona zarar verecek şekilde ifade edilmesi halinde, kötüleme söz konusu olur. Bu çerçevede, bu şekilde yapılan reklamlar haksız rekabetin doğmasına neden olur⁷⁸. Bu çeşit reklamlar pozitif (paraziter) karşılaştırmalı reklamların tam tersi amaç taşıyan reklamlardır⁷⁹. Olumsuz karşılaştırmalı reklamlar, rakip mal veya hizmeti gereksiz yere kötüleyerek rakibi incitecek şekilde yapıldıklarından haksız rekabetin oluşmasına neden olurlar⁸⁰.

D- Karşılaştırmalı Reklamların Görünüş Biçimleri

1. Eleştirel Karşılaştırmalı Reklamlar

Reklam sahibi bir veya birden fazla rakibin mal veya hizmetini eleştirerek kendi mal veya hizmetlerinin üstün olan yanlarını ön plana çıkarıyorsa, eleştirel karşılaştırmalı reklamlar söz konusudur. Bu tür reklamlarda dikkat edilmesi gereken husus, rakiplerin mal veya hizmetlerine ilişkin gereksiz yere kötüleme yapılmamasıdır⁸¹.

⁷⁷ İrfan Dönmez, Markalar ve Haksız Rekabet Davaları, İstanbul 1992, s. 211; Franck Cochoy/ Roland Canu, La Publicité Comparative, ou comment se faire justice a soi-même en passant par le droit, s. 9 (http://hal.archives-ouvertes.fr/docs/00/18/65/64/PDF/RFS_La_publicite_comparative_.pdf).

⁷⁸ Alina Sorescu/ Betsy D. Gelb, Negative Comparative Advertising: Evidence Favoring Fine-Tuning, Journal of Advertising, 2000, 29 (Winter), s. 25 – 40; Onkvisit / Combs/ Shaw, s. 141.

⁷⁹ Franck Cochoy/ Roland Canu, La Publicité Comparative, ou comment se faire justice a soi-même en passant par le droit, s. 9 (http://hal.archives-ouvertes.fr/docs/00/18/65/64/PDF/RFS_La_publicite_comparative_.pdf).

⁸⁰ Bozbel, s. 236.

⁸¹ Bozbel, s. 41.

Reklam Kurulu, Unilever'e ilişkin kararında⁸², Unilever'e ait çeşitli televizyon kanallarında yayımlanan ve "Dove" marka ürün ile diğer sabunların karşılaştırıldığı ifade ve görüntülerin yer aldığı gül testi temalı reklamda, dürüst rekabet ilkelerine aykırı olacak şekilde bilimsel bir dayanağı olmadan sabun kategorisindeki diğer ürünlerin zararlı olduğunun vurgulanarak kötülendiği gerekçeleriyle reklam veren Unilever hakkında durdurma ve idari para cezası verilmesine karar vermiştir.

Reklamda yapılan her karşılaştırma, söz konusu reklamın eleştirel karşılaştırmalı reklam olduğu anlamına gelmez. Zira, bir reklamda reklam sahibinin ürününün plastik olduğunu, rakip ürünün ise metal olduğunun vurgulaması herhangi bir eleştiri ihtiva etmez. Dolayısıyla, eleştirel karşılaştırmalı reklamlardan bahsedilebilmesi için, reklam sahibinin mal veya hizmetinin rakip mal veya hizmetten daha üstün olduğunu tüketiciye belirtmesi gerekmektedir.

2. Şahsi Karşılaştırmalı Reklamlar

Şahsi karşılaştırmalı reklamlarda, reklam sahibi rakip mal veya hizmetin özellikleri yerine, rakibin kendisini kötülemektedir. Bu tür reklamlarda, reklam sahibi mal veya hizmetine yönelik satışları arttırabilmek amacıyla, rakibin örneğin tecrübesini, güvenilirliğini, politik hareketlerini vs. kötülemektedir⁸³.

Kanaatimizce, şahsi karşılaştırmalı reklamlar, gereksiz yere rakibi, mal veya hizmetinden bağımsız olarak salt kötüleme amacı taşıdıklarından hukuka aykırıdırlar. Diğer bir ifade ile, doğrudan rakibin kişiliğine, reklamı yapılan mal veya hizmet ile bağlantısız bir şekilde olumsuz yargı yönelten şahsi karşılaştırmalı reklamların hukuk sistemi içerisinde makul kabul edilebilmesinin mümkün olmadığı düşüncesindeyiz. Kaldı ki, bu nitelikteki bir reklam, malın veya hizmetin sürümünü arttırmaya yöneldiğinden her ne kadar reklam kavramının amacı ile bir ölçüde bağdaşmakta ise de, reklamın asıl ve en önemli

⁸² Reklam Kurulu'nun 14.09.2005 tarih ve 120. sayılı toplantısından, 2005/102 sayılı kararı.

⁸³ **Bozbel**, s. 42.

unsurunun mal veya hizmet olduğu düşünöldüğünde söz konusu amaçtan sapmaktadır.

3. Rakibin Tanınmışlığına Dayanan Karşılaştırmalı Reklamlar

Rakibin tanınmışlığına dayanan karşılaştırmalı reklamlarda, reklam sahibi kendi mal veya hizmetlerinin en az rakip mal veya hizmet kadar iyi ve kaliteli olduğunu vurgulamaktadır. Diğer bir deyişle, reklam sahibinin mal veya hizmetini rakip mal veya hizmet ile denk tuttuğu reklamlardır⁸⁴.

“Y ürünü X ürünü kadar etkili ve güçlüdür” gibi ifadeler bu tür reklamlara örnek olarak verilebilir. Bu tür reklamlarda, reklam sahibinin mal veya hizmeti ile rakip mal veya hizmet arasındaki özelliklere ilişkin farkların vurgulanmasından ziyade, reklam sahibinin mal veya hizmetinin rakip mal veya hizmet kadar iyi olduğu ve benzer özelliklere sahip olduğu vurgulanmaktadır. Bu tür reklamlarda, reklam veren rakibin veya mal ve hizmetlerinin tüketici nezdindeki itibarından faydalanması suretiyle kendi mal veya hizmetini tanıtmaktadır. Bu durumda, reklam veren tarafından gerçekleştirilen faydalanmanın belirli sınırlar dahilinde kalması büyük önem arz etmektedir. Zira, aksi halde, bir başkasının itibarından haksız yararlanılması ve bu şekilde haksız kazanç elde edilmesi riski söz konusu olur. Bu durum ise, haksız rekabete yol açabilecek niteliktedir. Bu bakımdan, rakibin veya mal veya hizmetlerinin tanınmışlığına dayalı karşılaştırmalı reklamlarda haksız yararlanmaya veya haksız kazanç sebep olmayacak unsurların kullanılması gerektiği düşüncesindeyiz.

4. Fiyat Karşılaştırmaları

Bu tür reklamlarda, reklam sahibinin mal veya hizmetleri için ödenecek fiyatlar rakip mal veya hizmetler için ödenecek fiyatlarla karşılaştırılmaktadır. Burada temel husus, fiyatların tüketiciler tarafından ödenecek olan nihai hallerini yansıtır olmalarıdır. Aksi halde, söz konusu reklamlar, tüketiciye

⁸⁴ Bozbel, s. 42 - 43.

reklamda sunulan fiyatların gerçeği yansıtmaması nedeniyle yanıltıcı olarak nitelendirilebilecektir. Dolayısıyla, burada reklam sahibinin en önemli sorumluluğu güncel fiyat verilerini kontrol etmek ve tüketiciye yansıtmaktır⁸⁵.

Nitekim, Reklam Kurulu, Carrefoursa'ya ilişkin kararında⁸⁶, Carrefoursa'nın bünyesinde Çorum, Ordu, Edirne ve Tekirdağ illerinde faaliyette bulunan “*CarrefourSA Express*” mağazalarına ait afiş reklamlarında, yine adı geçen şehirlerde faaliyette bulunan rakip firmaların baş harflerinin de kullanıldığı “*Rakip Fiyat Araştırma Sonuçları*” başlıklı grafikler ile karşılaştırma yapılarak “Carrefour Express” mağazalarında en ucuz fiyatların geçerli olduğu izlenimi uyandırılarak haksız rekabete yol açıldığı ve tüketicilerin yanıltıldığı ve bu durumun, TKHK'nın 16. maddesi hükmüne aykırı olduğu gerekçeleriyle reklam veren Carrefoursa aleyhine idari para cezası ve durdurma cezası verilmesine karar vermiştir.

Reklam Kurulu'nun Galaxy'e ilişkin benzer kararında⁸⁷, Galaxy'ye ait “*Koç.net bizimle konuşabilirsiniz*” başlıklı broşürde Türk Telekomünikasyon'a ait ücret tarifeleri ile yapılan karşılaştırmada tarifelere ilişkin ücretlerin doğru olmadığı ve bu durumun, TKHK'nın 16. maddesi hükmüne aykırı olduğu gerekçesiyle söz konusu reklamlara ilişkin durdurma cezası verilmesine karar verilmiştir.

Paralele bir şekilde, Züriç Mahkemesi'nin 2 Kasım 1994 tarihli kararına konu olaya göre⁸⁸, davalı karara konu reklamda davacının sigorta primlerinin kendi sigorta primlerinden daha yüksek olduğunu belirtmiştir. Kararda, reklamda belirtilen hususların anlaşılmasında, reklamı yapan kişinin iletmek istediği şekilde değil, reklamın yöneldiği, bilgi sahibi olmayan kişilerin iyi niyetli bir şekilde reklama yükledikleri anlamın önemli olduğu belirtilmiş olup, mahkeme reklamın haksız rekabet teşkil ettiğine karar vermiştir.

⁸⁵ **Bozbel**, s. 43 - 44.

⁸⁶ Reklam Kurulu'nun 09.09.2008 tarih ve 156. sayılı toplantısından, 2007/360 sayılı kararı.

⁸⁷ Reklam Kurulu'nun 11.04.2006 tarih ve 127. sayılı toplantısından, 2005/247 sayılı kararı.

⁸⁸ RSPI 1995, 399 – “Züritel” kararı (www.swisslex.ch); **Eberhad**, s. 148.

Rekabet kuralları çerçevesinde, teşebbüsler mal veya hizmet fiyatlarını belirlemede serbestiye sahipleridir. Kanaatimizce, hiçbir rakip teşebbüs, gerekçesi araştırılmaksızın yüksek fiyat belirlemiş olması nedeniyle reklam sahibi tarafından kötülenmemelidir. Zira, söz konusu fiyat yüksekliklerinin altında ürün geliştirilmesi, pazara sunulması veya pazara giriş maliyeti gibi başka sebepler bulanabilmektedir. Bu noktada, fiyata ilişkin karşılaştırma içeren reklamlar bakımından önem arz eden husus, gereksiz yere kötüleyici nitelikte ifadeler içerip içermediğidir. Diğer bir ifade ile, reklam içerisinde fiyat karşılaştırması objektif verilere dayanılarak yapılmalıdır. Örneğin, aynı türdeki iki rakip mal arasında yapılan fiyat karşılaştırmasında, rakiplerden birinin eski model ürünü ile diğerinin yeni model ürünü arasında karşılaştırma yapılması durumunda yeni model ürünün fiyatının doğal olarak yüksek olması beklenir. Bu durumda, ürünler arasındaki model farklılığı belirtilmeksizin reklam içerisinde eski model ürünün fiyatının rakip ürüne nazaran daha düşük olması tüketici nezdinde olumsuz etkiye yol açabilecek nitelikte kabul edilebilecektir.

5. Zirvede Tek Başına Reklamları

Zirvede tek başına reklamlarda reklam sahibi, kendi mal veya hizmetinin tüm rakip mal veya hizmetlerden belirli özellikleri itibarıyla üstün olduğunu vurgular⁸⁹.

“*Dünyanın 1 numaralı maskarası*”, “*Dünyanın en çok satan yüz kremi*” gibi reklamlar zirvede tek başına reklamlara örnek teşkil ederler. Söz konusu reklamlar oldukça hassastırlar. Zira, bu tür reklamların mutlaka bilimsel araştırma ve çalışmalara dayanması; abartılı ifadeler içermiyor olmaları gerekmektedir⁹⁰.

⁸⁹ **Reha Poroy / Hamdi Yasaman**, Ticari İşletme, İstanbul 2004, s. 284.

⁹⁰ **Bozbel**, s. 44; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin E. 1999/3173, K. 1999/7795 ve. 12.10.1999 tarihli kararı (kararın tam metni için bkz. www.kazanci.com.tr).

Yargıtay bir kararında “*bir boya mamulünün birinci olarak nitelenmesi ile onun boya piyasasında en iyi mamul olduğu izleniminin doğmasının kaçınılmaz bulunduğu, ne bakımdan olduğu anlaşılamayan genel bir birincilik iddiasının yanıltıcı özellik taşıdığı ve diğer firmaları alıcılar nezdinde ikinci konuma ittiği, bu durumda davacının zarar görmemesi veya zarar tehlikesi içerisinde olmamasının tabiata ters düştüğü*” gerekçesiyle zirvede tek başına niteliğindeki bir reklamın haksız rekabete sebebiyet verdiği sonucuna varmıştır⁹¹. Bu kararın karşı oy yazısında ise, kullanılan “*birinci*” kelimesinin alışlagelmiş övünme ve mübalağa dışında bir abartılmış reklam niteliğinde olup olmadığının incelenmesi gerektiği belirtilmiştir.

Yine benzer şekilde, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin E. 1988/7434, K. 1989/5174 ve 04.04.1988 tarihli kararına konu olayda⁹², kendi grubuna dahil olan dergileri “*İlanda Karaca 1.*” şeklinde tanıtan davalı, ilanının altında, dergilerle ilgili olarak “*sıralamada ilanlar tam sayfa esası ile dikkate alınmıştır*” ibaresi yer almıştır. Yargıtay kararda “*... ilanda neyin ölçü olarak alınacağı tamamen ürün sahibinin inisiyatifinde bulunduğu, reklamda kullanılan yazı ve reklamların aynı boyda olması şartı da aranmayacağı... Karaca’nın yayınlarında tam sayfa esasına göre ilanda birinci sırayı aldığı çekişmesiz bulunmasına ve davalının verdiği ilanda gerekli notu koyarak okuyucuyu uyarmış bulunması...*” gerekçeleriyle karara konu ifadelerin haksız rekabet teşkil etmediğine karar vermiştir. Kararda yer alan karşı oy yazısında ise, ilanda “1” rakamının çok büyük yazıldığı ve bunun yanıltıcı bir hareket olduğu belirtilmiştir.

⁹¹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 12.12.1992 tarih ve 1991/4992 E. ve 1992/11613 K. sayılı kararı (BATİDER, C. XVII, Haziran 1993, S. 1, s. 125). Aksi görüş için bkz. **Moroğlu**, s. 12. Moroğlu, söz konusu karara konu reklamın hukuka uygun olduğunu ve haksız rekabet teşkil etmeyeceğini, söz konusu reklamın tüketicileri bilgilendirip tercihlerini doğru kullanmalarını sağladığını ileri sürmüş; karşılaştırmalı reklamın haksız rekabet teşkil etmesi için aldatıcı olması ve iyi niyet kurallarına aykırı olması gerektiğini savunmuştur.

⁹² Kararın tam metni için bkz, **Moroğlu**, s. 16 - 17; **Bozbel**, s. 62 - 64.

E- Karşılaştırmalı Reklamın Unsurları ve Hukuka Aykırılık Halleri

1. Unsurları

Bir reklamın karşılaştırma içerdiğinden bahsedilebilmesi için, söz konusu reklamın karşılaştırma ve ilişkilendirme hususlarını ihtiva ediyor olması gerekmektedir.

a. Karşılaştırma

Karşılaştırmalı reklamlarda, adından da anlaşılacağı üzere, reklama konu ürün veya hizmet ile rakip mal veya hizmetin belirli özellikleri karşılaştırılmakta olup, reklam konusu malın veya hizmetin rakip mal veya hizmetten üstün olduğu ve söz konusu mal veya hizmete denk olduğu ima edilir⁹³.

Tüketici söz konusu reklam aracılığıyla reklama konu mal veya hizmet ile rakip mal veya hizmeti karşılaştırma olanağına sahip olur. Bu şekilde, tüketicinin benzer mal veya hizmetler ile ilgili bilgisinin artması; iradesi sonucunda her ikisi arasında bir seçim yapması olanağı doğar⁹⁴.

b. İlişkilendirme

Karşılaştırmaların söz konusu olabilmesi için, reklama konu mal veya hizmet ile rakip mal veya hizmet arasında bir ilişkilendirmenin bulunması gerekmektedir. Bunun için, rakibin doğrudan adının zikredilmesi gerekmez. Ancak, tüketici tarafından söz konusu reklamda hangi rakip ürün veya hizmetin kastedildiğinin anlaşılması gerekmektedir⁹⁵.

⁹³ İnal/Baysal, s. 54.

⁹⁴ Bozbel, s. 47.

⁹⁵ Bozbel, s. 47 - 48.

2. Hukuka Aykırılık Halleri

Karşılaştırmalı reklamlar TTK içerisinde haksız rekabet halleri kapsamında açıkça düzenlenmemiştir. Ancak, TTK'nın 56. ve 57/1-5. maddeleri başta olmak üzere, ilgili mevzuatta yer alan hükümler karşılaştırmalı reklamlar açısından uygulama alanı bulmaktadır.

Karşılaştırmalı reklamların hukuka aykırılık halleri 6 Ekim 1997 tarih ve 97/55/EC sayılı Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlara İlişkin AB Direktifi'nin 3 (a) maddesinde belirtilmektedir. Söz konusu madde aşağıdaki gibidir:

“1. Karşılaştırmalı reklamlar aşağıdaki şartları haiz olması halinde caizdir:

(a) aldatıcı olmaması;

(b) karşılaştırmanın aynı amaca yönelik veya aynı ihtiyacı karşılayan mal veya hizmetlere ilişkin olması;

(c) malların ve hizmetlerin, fiyatları da dahil olmak üzere, önemli, gerekli, kanıtlanabilir ve belirleyici özelliklerin somut olarak karşılaştırılması;

(d) piyasada, reklam veren ile rakibin hüviyetlerinin veya reklam verenin markasının, ticaret unvanının, diğer ayırt edici işaretlerinin, mallarının veya hizmetlerinin rakibinkilerle itibasa yol açmayacak olması;

(e) rakibin markasını, ticaret unvanını, diğer ayırt edici işaretlerini, mallarını, hizmetlerini, faaliyetlerini veya durumunu kötüleyici veya itibarını zedeleyici olmaması;

(f) menşei belirtilen ürünlerde, karşılaştırmanın aynı kökenden gelen ürünlere ilişkin olarak yapılması;

(g) rakibin markası, ticaret unvanı veya diğer ayırt edici işaretleri ile rakip malın menşeinin ticari itibarından haksız olarak yararlanılmaması;

(h) malları veya hizmetleri, hukuken korunan bir marka veya ticaret unvanı taşıyan mal veya hizmetlerin taklit veya sahteleriymiş gibi göstermemesi”.

Madde metninden görüldüğü üzere, karşılaştırmalı reklamlara ilişkin hukuka aykırılık halleri son derece geniş ve detaylı bir şekilde ele alınmıştır⁹⁶.

Türk Hukuku’nda karşılaştırmalı reklamın hukuka aykırılık hallerini belirlerken TKHK’nın 16/3. maddesinde, TTK’nın 56 vd. maddelerinde, Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik’in 11. maddesinde yer alan hükümlerin dikkate alınması gerekmektedir. Bu çerçevede, Türk Hukuku’nda karşılaştırmalı reklamların hukuka aykırı olarak kabul edilmemesi için, altı unsuru içermeleri gerekmektedir⁹⁷. Bunlar, “karşılaştırılabilirlik bulunmaması”, “yanlış veya yanıltıcı (aldatıcı) olma”, “gereksiz yere kötüleme içermesi”, “rakibin ticari itibarından gereksiz yere yararlanma”, “karşılaştırmalı reklamın açık bir şekilde yapılması” ve “karşılaştırılan ürün veya hizmetlerin farklı nitelikte ve özellikte olması veya aynı istek ve ihtiyaca cevap vermemesi”dir⁹⁸.

a. Karşılaştırılabilirlik Bulunmaması

Reklam konusu mal veya hizmetlerin, aynı amaca yönelik veya taşıdığı özellikler itibariyle denk nitelikte olan mal veya hizmetler ile karşılaştırılmaları gerekmektedir⁹⁹. Nitekim, Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik’in 11 (b) maddesinde, söz konusu ilke, karşılaştırılan mal veya hizmetlerin denk nitelikte ve özellikte olması veya aynı istek veya ihtiyaca yönelik olması gerektiği belirtilerek vurgulanmaktadır¹⁰⁰. Bu

⁹⁶ **İdrac**, s. 23; **Ebru Ceylan**, Türk ve İsviçre Hukuklarında Karşılaştırmalı ve Tuzak Reklamlar, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003/2, s. 201 - 203; **İnal**, s. 67 - 68.

⁹⁷ **İnal/Baysal**, s. 59.

⁹⁸ **Bozbel**, s. 112.

⁹⁹ **İnal/Baysal**, s. 60.

¹⁰⁰ **Tatar/Akpoyraz**, s. 18.

hüküm, Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlara İlişkin 84/450 EEC sayılı AB Direktifi'nin 3 a/(b) maddesi ile de uyum içerisindedir.

Bunun yanında, karşılaştırma, benzer mal veya hizmetlerin fiyatlarına ilişkin olarak da yapılabilir. Örneğin reklamda, doğrudan rakip ürüne mal ilişkin ödeme koşullarına; vade farkına ve taksit sayısına açık ve şüpheye mahal vermeyecek bir şekilde yer verilmesi de mümkündür¹⁰¹. Ancak söz konusu reklamların mutlaka yanıltıcı olmaması ve objektif nitelikte olması gerektiği unutulmamalıdır.

Karşılaştırmalı reklamlara ilişkin olarak tartışma konusu olan bir diğer husus ise, şahsi karşılaştırmalı reklamların geçerli olup olmadığı meselesidir. Diğer bir deyişle, rakibin mal veya hizmetinin dışında, rakibin şahsi alandaki nitelikleri karşılaştırma konusu yapıp yapılmayacağı hususu önemli bir konudur. Kanaatimizce, rakiplerin konu edildiği karşılaştırmalı reklamlar tüketicilerin bilgileneşine hizmet etmesi ve rakibin itibarına zarar vermemesi şartıyla hukuka uygundur. Ancak, unutulmamalıdır ki, bu tür karşılaştırmalı reklamların objektiflik, yanlış ve yanıltıcı olmama, gereksiz yere kötüleme içermeme, rakibin itibarından gereksiz yere yararlanmama koşullarına da uygun olması gerekmektedir¹⁰². Nitekim TTK Tasarısı'nın gerekçesinde karşılaştırmalı reklamların "kişiler (gerçek ve tüzel kişiler)" açısından da yapılabileceği belirtilmiştir.

¹⁰¹ **Bozbel**, s. 114 - 115.

¹⁰² **Sabih Arkan** Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2007, s. 307; **Bozbel**, 98-99; **Fülürya Yusufuğlu**, Türk ve İsviçre Hukuklarında Karşılaştırmalı Reklamlar, İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku'nun Türk Ticaret Hukukuna Etkileri, Galatasaray Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Hamdi Yasaman, Ercüment Erdem, Ali Dural, Tolga Ayoğlu, Anlam Altay, Fülürya Yusufuğlu, Sinan Yüksel, İstanbul, 2009, s. 129.

b. Yanlış ve Yanıltıcı (Aldatıcı) Olma

i. Yanıltıcı (Aldatıcı) Olma

TTK'nın 57/3, 4. madde hükümleri, Ticari Reklam ve İlanlara ilişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik'in 11/c maddesi, TKHK'nın 16/2, 4. madde hükümleri ve Radyo ve Televizyon Yayınlarının Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik'in 4 ve 8/a, b, d, e, f madde hükümleri uyarınca, karşılaştırmalı reklamın tüketiciyi aldatmaması; doğru, dürüst ve kanıtlanabilir nitelikte olması gerekmektedir¹⁰³. Zira, reklamda tüketiciye sunulan iddialar doğru bile olsa, söz konusu iddiaların tüketiciyi yanıltmayacak; aldatmayacak şekilde olması, reklamın hukuka aykırı olarak kabul edilmemesi için gereklilik arz etmektedir¹⁰⁴. Dolayısıyla, aldatıcı reklamlar, yanlış beyanlar aracılığıyla yapılabileceği gibi, doğru beyanlar ile de yapılabilir¹⁰⁵.

Reklam Kurulu Ariel markalı ürüne ilişkin kararına¹⁰⁶ konu reklamlarda, P&G Tüketim'e ait reklamın "Ariel" markalı ürünün "Omomatik" markalı ürün ile karşılaştırılmak suretiyle "*Ariel karşılaşmanın galibi, açık ara fark attı, kesin bir üstünlük sağladı*" gibi gerçeği yansıtmayan ibarelerin kullanılması ve söz konusu iddiaların bilimsel araştırma sonuçlarını çarpıtıcı nitelikte olması gerekçeleriyle firma hakkında durdurma ve idari para cezası verilmesine karar vermiştir.

¹⁰³ **Özyurt**, s. 29; **Yusufoğlu**, s. 127; **Poroy/Yasaman**, s. 283- 285. Reklam Kurulu'nun 09.11.1999 tarih ve 50 sayılı toplantısından 1999/54 sayılı "Yataş" kararına konu reklamda, Cerrahpaşa Tıp Fakültesi tarafından gerçekleştirilen araştırma sonucunda hasta şikayetlerinde azalma tespit edildiği iddia edilmiştir. Ancak reklamda sözü edilen araştırma raporunun, Reklam Kurulu tarafından yapılan araştırma neticesinde eksik ve yanlış iletildiği tespit edilmiştir. Reklama konu iddialar ispat edilemediğinden reklam aldatıcı bulunmuştur.

¹⁰⁴ Reklam Kurulu'nun 09.12.1997 tarih ve 27 sayılı toplantısından 1997/58 sayılı kararında, karara konu reklamda "Orkid" markalı ürünün "*Türk Jinekoloji Derneği'nin Onayladığı Tek Marka*" olduğu iddia edilmiştir. Söz konusu marka, Türk Jinekoloji Derneği tarafından onaylanan tek marka olmakla birlikte, onay için başvuruda bulunan tek marka olması sebebiyle, Reklam Kurulu reklama konu iddiayı lafzi olarak doğru bulmasına karşın, rakip markaların onay için başvurup reddedildiği izlenimi vermesi sebebiyle reklamın aldatıcı olduğu sonucuna varmıştır.

¹⁰⁵ **Özyurt**, s. 22 - 23; **Bozbel**, s. 49; Reklam Kurulu'nun 10.03.2009 tarih ve 62. sayılı toplantısından 2009/75 sayılı kararı; Reklam Kurulu'nun 10.03.2009 tarih ve 162 sayılı toplantısından 2008/662 sayılı kararı; Reklam Kurulu'nun 10.03.2009 tarih ve 162 sayılı toplantısından 2008/664 sayılı kararı.

¹⁰⁶ Reklam Kurulu'nun 11.05.2004 tarih ve 104. sayılı toplantısından, 2003/122 sayılı kararı.

Yine benzer bir şekilde, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 1993/11-965, K. 1994/252 ve 20.04.1994 tarihli kararına¹⁰⁷ konu olayda, rakip firma gaz tüplerini ima edecek şekilde “*Likid Gaz*” ibarelerini kullanmış ve “*taklit ve korsan Likid gaz tüplerine aldanıp elinizdeki altın kıymetindeki A...gaz tüplerini kaybetmeyiniz*” şeklinde ilan vermiştir. Yargıtay kararda aşağıdaki tespitlerde bulunmuştur:

“Bu ilanlarda kullanılan “L...gaz” sözcüklerinin davacıya ait “L...gaz” markasını telaffuz yönünden çağrıştırdığı görülmektedir. Bilindiği gibi, Türk Hukuku’nda TTK. 57/b.1’e göre başkalarını veya onların emtiasını, iş mahsullerini, faaliyetlerini yahut ticari işlerini yanlış, yanıltıcı veya lüzumsuz yere incitici beyanlarla kötülemek fiilini haksız rekabet olarak tavsif etmektedir. Aynı Yasanın 57/b.3’e göre, kendi şahsi durumu, emtiası, iş mahsulleri, ticari faaliyeti veya ticari işleri hakkında yanlış ve yanıltıcı malumat vermek suretiyle rakiplerine nazaran onları üstün duruma getirmek, “dürüstlük kuralına” aykırı (TTK. 56) bir haksız rekabet durumu olur. Davalının kullandığı ilan ve reklamların müşterilerin göz, kulak ve zihinlerinde yarattığı etki bakımından kolaylıkla davacı şirket ile bağ kurmasına yol açabilecek niteliktedir. Yanıltıcı, kötüleyici, yalan ilan ve reklamların “teamülün kabul ettiği toleransı aştığı takdirde” bir haksız rekabet hali oluşturacağı kabul edilmektedir. Davalının reklamlarında kullandığı “taklit tüp” isnadının da yanlış ve yanıltıcı ilan olarak kabulü gerekir.”

Reklamların aldatıcı ve yanıltıcı olmaması gerektiği konusunda İsviçre Federal Mahkemesi’nin aynı doğrultudaki 3 Haziran 1999 tarihli “Physikizeitschriften II” kararı¹⁰⁸, son derece önemli bir karardır. Söz konusu

¹⁰⁷ Kararın tam metni için bkz. www.kazanci.com.tr.

¹⁰⁸ 03.06.1999 tarih ve ATF 125 III 286 no.lu karar.(www.swisslex.ch); **Stefan Eberhad**, LCD Jurisprudence 1989-2001 (Edité par François Dessemontet), Lausanne 2002, s.143; Aynı şekilde bkz. Valais Kanton Mahkemesi’nin 21 Eylül 1994 tarihli kararı (RVJ 1995, 157- “Rettungskarte” kararı (www.swisslex.ch) **Eberhad**, s. 154-155). Bu karara göre bir karşılaştırmalı reklamın haksız rekabet teşkil edebilmesi için, reklama konu bilgilerin yanlış ve yanıltıcı olması veya söz konusu bilgiler

karara konu olayda, bir fizik dergisi olan “*Physics Today*” dergisinde, piyasadaki farklı fizik dergilerinin fiyatları karşılaştırılmıştır. Karara göre, yanlış verilere dayanan bir karşılaştırma yanıltıcıdır. Ancak, doğru veriler yanlış bir şekilde ilgili çevreye sunulmuşsa veya eksik veya kısmi olarak sunulmuşsa, doğru verilere dayanarak yapılan bir karşılaştırma da yanıltıcı nitelikte olabilecektir. Zira, bu şekilde reklamın hitap ettiği kesimin büyük bir bölümünün yanılabilmesi söz konusu olabilecektir. Reklama konu bir karşılaştırmanın geçerli olabilmesi için, temel (esaslı) ve önemli unsurların karşılaştırmaya konu edilmesi yeterlidir. Karşılaştırmanın belirli unsurlar üzerinden gerçekleştirilmesi halinde, bu unsurların belirtilmesi gerekmektedir. Söz konusu kararda açık bir şekilde, ancak karşılaştırılabilir hususların karşılaştırmaya esas teşkil edeceği belirtilmiştir. Söz konusu kararda, fizik dergilerinin bilimsel formasyona sahip kişilere hitap ettiği, bu kişilerin istatistiki incelemelerin göreceli olduğunu bilebilecek durumda oldukları ve dolayısıyla, halkın büyük bir kesiminde söz konusu reklamın yanlış şekilde anlaşılmasının dikkate alınmayacağı belirtilmiştir. Diğer bir deyişle, halkın önemli bir bölümü reklamı yanlış anlayabilecek dahi olsa, burada dikkate alınan söz konusu reklamın hitap ettiği kesimin karşılaştırmayı yanlış algılayıp algılamayacağıdır. “*Physikzeitschriften II*” kararı birçok açıdan ilke karar niteliğindedir. Kararda aşağıdaki hususlar üzerinde durulmuştur:

- Yanlış verilere dayanılarak yapılan karşılaştırmalar yanıltıcı niteliktedir.
- Reklamlarda, esaslı ve önemli unsurların karşılaştırılması gerekmektedir ve yeterlidir.
- Karşılaştırmalı reklamın halkın bir bölümü için yanıltıcı olması, söz konusu reklamın yanıltıcı olarak nitelendirilmesi için tek başına yeterli değildir. Söz konusu reklamın, hitap ettiği ilgili çevre tarafından yanlış algılanacak nitelikte olması gerekmektedir.

- Doğru bilgilerin yanlış şekilde veya eksik veya kısmi bir şekilde sunulması halinde de yapılan karşılaştırma yanıltıcı olabilecektir.

Yine benzer şekilde Reklam Kurulu, Türk Telekomünikasyon'a ilişkin kararında¹⁰⁹, açık hava reklamlarında kullanılan “*Sabit Telefon 4 kere daha sağlıklı! 1-Türkiye'nin en geniş kapsama alanı 2- En ucuz tarife 3-En kaliteli ses 4-Sağlığınıza dost bir teknoloji*” şeklinde karşılaştırma içeren reklamlara ilişkin olarak Türk Telekomünikasyon tarafından herhangi bir kanıtlayıcı bilimsel çalışma ve/veya geçerli bilgi sunulmamış olması nedeniyle söz konusu reklamların tüketiciyi yanılttığına karar vermiş ve dolayısıyla söz konusu reklamı Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik'e ve TKHK'ya aykırı bulmuştur.

Bir reklamın tüketiciyi aldatıcı nitelikte olup olmadığının tespit edilmesinde tüketiciler esas alınacaktır¹¹⁰. Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlara İlişkin 84/450 EEC sayılı AB Direktifi'nde ve Türk Hukuku'nda hangi düzeydeki tüketicinin esas alınacağına dair her hangi bir kriter getirilmemiştir. Sadece, Ticari Reklam ve İlanlara ilişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik'in 5 (c) maddesinde reklamların “*ortalama reklam izleyicisinin algılama düzeyine*” göre hazırlanması gerektiği belirtilmektedir. Dolayısıyla, bir reklamın tüketiciyi aldatıcı nitelikte olup olmadığının tespit edilmesinde “ortalama bilgi ve dikkat” seviyesindeki tüketicilerin nazara alınması gerekmektedir¹¹¹.

Bununla birlikte, söz konusu tüketici kıstasının iyi uygulanması büyük önem arz etmektedir. Zira, Göle'nin de belirtmiş olduğu üzere “*söz konusu ölçünün iyi uygulanmaması halinde tüm reklamların yasaklanması ihtimali yüksektir ki, bu durum reklamcılığın gelişimi ve varoluş nedenleri açısından*

¹⁰⁹ Reklam Kurulu'nun 14.10.2008 tarih ve 157. sayılı toplantısından, 2008/490 sayılı kararı.

¹¹⁰ İnal, s. 113.

¹¹¹ Bozbel, s. 121; Oğuz İmregün, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, İstanbul 2001. s. 83; Ania Koralnik, La Publicité Comparative en Droit Suisse et en Droit Européen, in Revue Suisse de Droit des Affaires Nr. 3, 2000, s. 111-120; Arkan, Ticari İşletme, s. 310-312; Hüseyin Ülgen/Ömer Teoman/Mehmet Helvacı/Abuzer Kendigelen/Arslan Kaya/N. Füsün Nomer Ertan, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2009, s. 460-462; Poroy/Yasaman, s. 286-289.

istenen bir sonuç değildir. Özellikle “ortalama tüketici” ölçüsünden uzaklaşarak sadece saf, hiç düşünmeyen, eğitimsiz, kısacası çok düşük seviyeli tüketicilerin esas alındığı hallerde, tüm reklamların aldatıcı olduğu sonucuna varılabilir”¹¹².

Bozbel, ortalama bilgi seviyesine sahip tüketiciyi “*reklam sahibinin vasat bir tüketicide varsaydığı bilgi seviyesine sahip tüketici*” şeklinde açıklamaktadır¹¹³.

Ortalama dikkat seviyesine sahip tüketici ise, yine Bozbel’e göre, “*ürünü ve içerdiği bilgileri doğru algılayabilen tüketici*” olarak açıklanmaktadır. Buna göre, ortalama dikkat seviyesine sahip bir tüketicinin alışagelmiş, normal şekilde sunulan bilgilerden haberdar olması beklenmektedir¹¹⁴.

Biz de Bozbel’in yukarıda yer verilen görüşlerine katılıyoruz. Bu kapsamda, reklam verenin reklamın hazırlanması sırasında, vasat bir tüketicinin sahip olduğu bilgi düzeyini ve normal dikkat seviyesini haiz; reklamda sunulan bilgileri doğru algılayabilen tüketicileri dikkate alması gerekmektedir.

Reklamlar yanlış veya yanıltıcı olsalar dahi, haksız rekabetin söz konusu olabilmesi için fiilin gerçekten de rakipler veya tedarikçilerle müşteriler arasındaki ilişkiyi etkilemesi gerekir. Diğer bir deyişle, ilgili çevrenin hareketlerini etkileyebilecek nitelikte bir fiilin söz konusu olması gerekmektedir.

Yukarıdaki bilgiler ışığında, kanaatimizce reklamlarda sunulan bilgilerin doğru, dürüst ve ispatlanabilir bilgiler olması gerekmektedir. Bu çerçevede, reklamların tüketiciyi aldatmayan, onun bilgi ve tecrübe eksikliğinden yararlanmayan; istismar edici nitelikte olmaması gerekmektedir¹¹⁵.

¹¹² Göle, s. 75; Bozbel, s. 121.

¹¹³ Bozbel, s. 122; Koralmik, s. 111 - 120.

¹¹⁴ Bozbel, s. 122.

¹¹⁵ Ülgen/Teoman/Helvacı/Kendigelen/ Kaya/ Nomer Ertan, s. 458- 459; Arkan, Ticari İşletme, s. 307-310.

ii. İltibasa Sebebiyet Verme

TTK'nın 57/5. maddesi, TKHK'nın 16/2. maddesi ve Radyo ve Televizyon Yayınlarının Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik'in 8/e, f madde hükümleri uyarınca, karşılaştırmalı reklamlarda, rakip ile reklam sahibinin ayırt edilmesi; herhangi bir iltibasa mahal verilmemesi gerekmektedir¹¹⁶. Bu husus, TTK Tasarısı madde 55/I (a)'nın 4. bendinde de vurgulanmaktadır. Söz konusu bentte; “*başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almak*”, dürüstlük kurallarına aykırı bir haksız rekabet hali olarak sayılmıştır¹¹⁷. TTK Tasarısı madde 55/I (a)'nın 4. bendinde belirtildiği üzere, iltibasa yol açan araçlar olarak rakibin faaliyetleri, ürünleri ve işleri sayılmaktadır.

Rakibin faaliyetleri, ürünleri veya işlerinin yanı sıra, reklam sahibinin rakip ile hukuki bir bağının olduğuna (örneğin yavru şirketi, bağlı şirketi, iştiraki) ilişkin bir intiba yaratılması da iltibas haline girer. Hatta, reklam sahibinin rakip markanın işaret ve renklerini veya ürününün tasarımını kullanması halinde de iltibasa yol açabilecektir¹¹⁸.

Dolayısıyla, karşılaştırmalı reklamların hazırlanması sırasında yukarıda yer verilen hususlara dikkat edilerek rakip ile iltibasa mahal vermeyecek şekilde reklamlar hazırlanmalı ve tüketiciye sunulmalıdır.

Zürih Kanton Mahkemesi'nin 8 Temmuz 1999 tarihli kararına konu olayda¹¹⁹, davalı, orijinal Chanel parfüm reklamlarında kullanılmış olan dekoratif unsurları kendi yapmış olduğu reklamlarda kullanmıştır. Davacı Chanel, kendi reklamında yer alan dekoratif unsurların davalının reklamında aynen kullanılmasının, haksız rekabet teşkil ettiğini iddia etmiştir. Mahkemenin kararında, davacının kullanmış olduğu dekoratif unsurların davalı tarafından

¹¹⁶ **Bozbel**, s. 123; **Yusufoğlu**, s. 130

¹¹⁷ **Poroy/ Yasaman**, s. 287.

¹¹⁸ **Bozbel**, s. 124.

¹¹⁹ Sic! 2000, 307- “Chanel 3” kararı (www.swisslex.ch); **Eberhad**, s. 145.

aynen kullanımının zorunlu olmadığı ve söz konusu reklamda kullanılabileceği, ancak birçok dekoratif unsurun varlığına rağmen orijinal Chanel reklamında kullanılan dekoratif unsurların kullanılmasının davacının reklamı ile benzer bir reklam yapma ve dolayısıyla davacının reklamından doğrudan doğruya yararlanma niyetinin bulunduğu belirtilmiştir.

c. Gereksiz Yere Kötüleme İçerme

TTK'nın 57/1. maddesi ve Ticari Reklam ve İlanlara ilişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik'in 14. maddesi uyarınca, karşılaştırmalı reklamların gereksiz yere rakip ürün veya hizmeti kötüleyici, rakibi küçük düşürücü nitelikte olmaması gerekmektedir¹²⁰. Gereksiz yere "kötüleme içermeme hususu" ayrıca TTK Tasarısı'nın 55/1 (a)-5. maddesinde de belirtilmektedir.

Bu kapsamda, bir reklamda yapılan kötülemenin gereksiz olup olmadığının tespit edilmesi büyük önem arz etmektedir. Bu tespit yapılırken üç kriter nazara alınmalıdır: objektiflik, ölçülülük ve gereklilik¹²¹.

Buna göre, birinci olarak reklamın objektif unsurlara dayalı olması gerekmektedir¹²². Diğer bir ifadeyle, reklamlar ispatlanabilir ve doğrulanabilir olaylara, bilgilere ve araştırmalara dayalı olmalıdır. Dolayısıyla, gerçek ve doğru bilgilere dayalı, gereksiz yere incitici ve kötüleyici olmayan reklamların bu unsuru taşıdığını kabul etmek gerekir¹²³.

¹²⁰ Arkan, Ticari İşletme, s. 307; Ülgen/Teoman/ Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s. 457-458.

¹²¹ İnal/Baysal, s. 61-62; Bozbel, s. 126 - 127.

¹²² Bozbel, s. 126.

¹²³ Julia Huston/ Sarah C. Peck, Defamation, Commerical Disparagement and False Advertising, Boston, s. 8 (http://www.sunsteinlaw.com/media/JH_SCP_MCLE_Article.pdf); Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin E. 1997/9233, K. 1998/1026 ve 20.02.1998 tarihli kararı (kararın tam metni için bkz. www.kazanci.com.tr)

İkinci olarak, rakip mala veya hizmete ilişkin olarak yapılan eleştirinin kaçınılmaz olması gerekmektedir¹²⁴. Diğer bir ifadeyle, reklam konusu mal veya hizmetin özelliklerinin rakip mal veya hizmet ile bağlantı kurulmaksızın anlatılamaz olması zorunludur¹²⁵. Buradaki gereklilik kriteri, karşılaştırmalı reklamlarda tüketicinin menfaati göz önüne alınarak değerlendirilmeli ve kötülemenin tüketici bakımından üstün bir fayda taşıyıp taşımadığı tahlil edilmelidir¹²⁶.

Üçüncü kriter ise, eleştirinin ölçülü olması gerekliliğidir¹²⁷. Eleştirinin ölçülü olmasından kastedilen, reklamda bağlantı kurulan rakip mal veya hizmetlerin en az incitici şekilde yapılmasıdır¹²⁸. Burada önem arz eden husus, ölçülülüğün ne şekilde belirleneceğidir¹²⁹.

Reklam Kurulu bir kararında, Netone'un reklamında internet, şehirlerarası telefon, veri/data/VPN, yüksek tarife, formaliteler ve uluslararası telefon ve faturalara ilişkin hizmetlerin yumak şeklinde gösterilmesi ile Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin gereksiz yere kötülendiğini belirtmiştir¹³⁰. Söz konusu kararın isabetsiz olduğu düşüncesindeyiz. Zira, söz konusu karışık yumak görünümünde telefon kabloları ile Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin tarifelerinin ve hizmetlerinin karışık olarak nitelendirilmesinin "gereksiz yere kötüleme" olarak kabul edilmesinin karşılaştırmalı reklamın sınırlarını çok büyük oranda daraltacağı düşüncesindeyiz. Dolayısıyla, söz konusu kararda Reklam Kurulu, ölçülülük ilkesini gözetmeksizin karara varmış ve gerçekte

¹²⁴ İnal/Baysal, s. 61.

¹²⁵ Bozbel, s. 126.

¹²⁶ İnal, s. 70 vd.

¹²⁷ Reklam Kurulu'nun 08.04.2003 tarih ve 91 sayılı toplantısından 2002/61 sayılı kararına konu reklamda, P&G firmasına ait Shantu markalı şampuanın saçlara canlılık kazandırdığı, sertlik ve taranma zorluğunu ortadan kaldırdığı; oysa diğer ekonomik şampuanların tam tersi nitelikleri haiz olduğu ve bu şampuanların ancak çocuklara oyuncak olacağı veya kazak şampuanı olarak kullanılacağı ifade edilmiş olduğundan, söz konusu reklamın gereksiz kötüleme içerdiği sonucuna varılmıştır. Aynı yönde bkz. Reklam Kurulu'nun 08.09.1998 tarih ve 36 sayılı toplantısından 1998/42 sayılı kararı; Reklam Kurulu'nun 12.06.2001 tarih ve 70 sayılı toplantısından 2000/273 sayılı kararı; Reklam Kurulu'nun 15.10.2002 tarih ve 85 sayılı toplantısından 2002/03 sayılı kararı.

¹²⁸ Dönmez, s. 211.

¹²⁹ Bozbel, s. 127.

¹³⁰ Reklam Kurulu'nun 10.01.2005 tarih ve 112 sayılı toplantısından 2004/176 sayılı kararı.

gereksiz yere kötüleyici olarak nitelendirilmeyecek olan bir reklamı haksız bir şekilde cezai yaptırıma tabi tutmuştur.

Buna karşın, Reklam Kurulu, Digitürk'e ilişkin kararında¹³¹, Digitürk'e ait olup, 12.04.2005 tarihli Akşam Gazetesi ile 2005 yılı Nisan ayı boyunca çeşitli televizyon kanallarında yayınlanan *“Digital Yayına Geçmeden Önce Komşunuza Sorun”* başlıklı reklamlarda, Uydu Yayını Lisans ve İzin Yönetmeliği hükümlerine göre bir Uydu Platformu olan Digitürk'ün, yine aynı yönetmelik hükümlerine göre sadece uydu yayını yapan dijital uydu alıcıları ile karşılaştırmasının yapılarak daha avantajlı olduğu temasının işlendiği; dolayısıyla aynı nitelikte ve özellikte olmayan hizmetlerin karşılaştırmasının yapıldığına ve ayrıca dijital uydu alıcılarının kötülendiğine karar vermiştir.

Konuya ilişkin İsviçre Hukuku uygulamasına baktığımızda, Zoug Kanton Mahkemesi'nin 26 Nisan 1996 tarihli kararı iyi bir örnek olarak karşımıza çıkmaktadır¹³². Söz konusu karara konu olayda, kalça protezi yapan davalı, karara konu reklamda yine aynı şekilde kalça protezi yapan davacının *“ürününün optimal üretim ve kontrol usulünün bulunmadığını ve ayrıca ürünlerinin güvenlik riski taşıdığını ve kendi ürününün kötü bir taklidi olduğunu”* ifade etmiştir. Davacı, bu kapsamda haksız rekabetin önlenmesini ve bu konuda ihtiyati tedbir kararının verilmesini mahkemeden talep etmiştir. Kararda, mahkeme ancak karşılaştırılabilir konuların karşılaştırmalı reklama esas olabileceğini ve bir karşılaştırmalı reklamın yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici olmaması gerektiğini belirtmiştir. Bir rakibin ürünlerinin kullanılamaz, defolu veya ayıplı olduğunun belirtilmesi, “kötüleme” teşkil etmektedir. Kanton mahkemesinin kararına göre, davalı tarafından *“davacının ürünlerinin optimal üretim ve kontrol usulü bulamadığının ve davalının ürünlerinin kötü bir taklidi olduğunun belirtilmesinin”* kötüleme teşkil ettiği; bu haliyle haksız rekabet oluşturduğuna karar verilmiştir.

¹³¹ Reklam Kurulu'nun 11.04.2006 tarih ve 127. sayılı toplantısından, 2006/7 sayılı kararı.

¹³² Sic! 1997, 316- “Hüftgelenkimplantate” kararı (www.swisslex.ch); Eberhad, s. 147.

İsviçre Hukuku'nda Rekabet Komisyonu'nun, 15 Temmuz 1991 tarihinde yayınlanan reklam hakkında verdiği karar, karşılaştırmalı reklamlarda karşılaştırma yapılan ürünlerin açık bir şekilde zikredilmesinin gerekip gerekmediği konusunda son derece önemli bir karar niteliğindedir¹³³. Reklamı yapan şirketin reklamı şu şekildedir: “*Fransız'lardan bir adım önde - Taze İsviçre peynirlerinin en tazesini*”¹³⁴. Rekabet Komisyonu, rakip malların açık bir şekilde belirtilmemiş olması halinde dahi karşılaştırmalı reklamın söz konusu olabileceğini belirtmiştir. Bu kapsamda Rekabet Komisyonu örtülü karşılaştırmalı reklamların yapılabileceğini açık bir şekilde ifade etmiştir. “*Taze peynirlerin en tazesini*” şeklinde bir reklam yapan davalının, ürünün kalitesi için zorunlu olmayan bir unsur, yani ürünün rakip ürünlerden de taze olduğu hususunu, ayrıcalıklı bir durum olarak ön plana çıkarmıştır. Bu şekilde davalı, rakip Fransız ürünleriyle kendi ürünlerini yanıltıcı ve gereksiz yere incitici bir şekilde karşılaştırmaktadır. Rekabet Komisyonu tarafından söz konusu reklamın haksız rekabet teşkil ettiğine karar verilmiştir.

d. Rakibin Ticari İtibarından Gereksiz Yere Yararlanma İçerme

TTK'nın 57/2. maddesi, Ticari Reklam ve İlanlara ilişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik'in 15. maddesi ve Radyo ve Televizyon Yayınlarının Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik'in 8/b, f maddesi uyarınca, karşılaştırmalı reklamlara ilişkin hukuka aykırılık hallerinden bir diğeri ise, rakibin veya mal veya hizmetlerinin tanınmışlığından gereksiz yere yararlanmadır¹³⁵.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, her faydalanmanın haksız rekabet hali teşkil etmediği; bir faydalanmanın haksız rekabet hali teşkil edebilmesi için söz konusu faydalanmanın haklı bir sebebe dayanmaksızın yapılması gerektiğidir¹³⁶. Diğer bir deyişle, bir ürün veya hizmete ilişkin özellikler,

¹³³ RSPI 1992, 121- “Frischester Frischkase” kararı (www.swisslex.ch); Eberhad, s. 151.

¹³⁴ *Une longueur d'avance sur les Français - Le plus frais des fromages frais suisses*

¹³⁵ Bozbel, s. 128.

¹³⁶ İnal/ Baysal, s. 62 – 63; Yusufoglu, s. 129. Ayrıca bkz. Reklam Kurulu'nun 13.05 2003 tarih ve 92 sayılı toplantısından 2001/156-155 sayılı kararı. Söz konusu kararda, Özel Muhittin Güzel Başkan

tanınmış rakip mal veya hizmet ile ilişkilendirme yapılmaksızın anlatılamayacak ise, o takdirde söz konusu faydalanmanın yerinde olduğu düşünülebilecektir¹³⁷.

Dolayısıyla, karşılaştırmanın rakibin ticari itibarından gereksiz yararlanma içerip içermediği hususunun tespiti objektiflik, ölçülülük ve gereklilik kıstaslarına göre belirlenecektir¹³⁸. Burada gereklilik kriteri, reklamda rakibin ticari itibarının belirtilmesinin tüketicinin bilgilendirilmesi bakımından gerekli ve faydalı olup olmadığına göre değerlendirilecektir¹³⁹. Ancak, Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik'in 11. maddesinde, açık karşılaştırmalı reklamların yapılması yasaklanmış olduğundan, rakibin ve/veya rakibin mal veya hizmetinin belirtildiği reklamlar uygulamada az sayıda bulunmaktadır.

e. **Karşılaştırmalı Reklamın Açık Bir Şekilde Yapılması**

Karşılaştırmalı reklama konu mal veya hizmet ile karşılaştırılması yapılan rakibin mal veya hizmetinin veya kimliğinin açık bir şekilde belirtilip belirtilmemesine ilişkin düzenlemeler TKHK'nın 16. maddesi, Ticari Reklam ve İlanlara ilişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik'in 11/a maddesi ve Radyo ve Televizyon Yayınlarının Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik'in 8/f maddesinde yer almaktadır.

Ticari Reklam ve İlanlara ilişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik'in 11/a maddesine göre, karşılaştırmalı reklamlarda, karşılaştırılan mal, hizmet veya markanın belirtilmemesi gerekmektedir. Ancak bu düzenleme, diğer kanuni düzenlemelere ve öncelikle TKHK'da yer alan; tüketicinin karşılaştırmalı reklama konu mal veya hizmet hakkında tam ve eksiksiz bilgi

Dershane, Tümay Özel Eğitim Dershane'sinin kadrosunda bulunan öğretmenleri kendi kadrosunda bulunuyormuş gibi göstermiş; bu husus Reklam Kurulu tarafından rakibin itibarından haksız yararlanma olarak nitelendirilmiştir.

¹³⁷ **Sanjay Putrevu/ R. Kenneth Lord**, Comparative and Non-Cooperative Advertising: Attitudinal Effects under Cognitive and Affective Involvement Conditions, Journal of Advertising, 1994, V: 23, s. 24.

¹³⁸ **İnal/ Baysal**, s. 61 - 62.

¹³⁹ **İnal/ Baysal**, s. 63. Objektiflik ve ölçülülük kavramlarına ilişkin açıklamalarımız için bkz. s. 25-26.

alma ihtiyacının karşılanması kuralı ile çelişmektedir¹⁴⁰. Bunun yanında, TKHK'nın 16/3. maddesinde karşılaştırmalı reklamlara ilişkin açık veya örtülü yapılması hususunda herhangi bir kısıtlama öngörülmezken, Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik'in 11. maddesinde açık karşılaştırmalı reklamların yasaklanması hususu kanunlar hiyerarşisine aykırıdır.¹⁴¹

Ayrıca, AB ve İsviçre Hukuklarında karşılaştırmalı reklamların açık bir şekilde yapılmasına izin verilmektedir. Dolayısıyla, karşılaştırmalı reklamlarda rakibin kimliğinin, karşılaştırılan mal, hizmet veya markanın belirtilmesi yasaklanmamalıdır. Nitekim, Yargıtay'ın da karşılaştırmalı reklamların açık bir şekilde yapılmasına cevaz verdiği kararı mevcuttur¹⁴².

Ancak, konuya ilişkin Reklam Kurulu kararlarını incelediğimizde, Reklam Kurulu'nun Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik'in 11. maddesi çerçevesinde açık bir şekilde yapılan karşılaştırmalı reklamlara ceza verdiği görülmektedir. Nitekim Reklam Kurulu'nun Avea'ya ilişkin kararında¹⁴³, Avea'ya ait olan "Karşılaştırmalı Paket ve Tarifeler Kılavuzu" başlıklı reklama konu tarifelerin rakip firmaların tarifeleri ile karşılaştırılmasına ilişkin olarak, söz konusu reklamlarda rakip firmaların hizmetlerinin adlarının Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik'in 11. maddesine ve TKHK'nın 16. maddesine aykırı bir şekilde açıkça belirtilmiş olması sebebiyle hukuka aykırı bulunmuştur. Ayrıca, söz konusu reklamda karşılaştırmanın yapıldığı Süper Tarife'nin, uygulamanın aksine yalnızca aynı tarifedekilere avantajlı fiyattan görüşme sağladığı izlenimi uyandırılması nedeniyle de TKHK'nın 16. maddesine aykırı bulunmuştur.

¹⁴⁰ Bozbel, s. 61; Örs, s.38.

¹⁴¹ İnal/Baysal, s. 55 - 56.

¹⁴² Yusufoglu, s. 130.

¹⁴³ Reklam Kurulu'nun 10.02.2009 tarih ve 161 sayılı toplantısından, 2009/2 sayılı kararı.

Reklam Kurulu'nun Vatan Gazetesi'ne ilişkin kararında¹⁴⁴ ise, Bağımsız Gazeteciler Yayıncılık A.Ş.'ye ait olan Vatan Gazetesi'nde “*Türkiye'de birinci gazete belli. İkinci kim? VATAN mı, SABAH mı?*” ifadelerini kullanan şirket aleyhine para cezası verilmesine hükmedilmiştir. Söz konusu reklamda açık bir şekilde rakibin isminin belirtilmesi, Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik'in 11. maddesine ve TKHK'nın 16. maddesine aykırı olup, Vatan Gazetesi, tüketiciyi yanıltacak şekilde Türkiye'de en çok okunan gazetelerden biri olarak ön plana çıkarılmıştır.

Aynı şekilde, Reklam Kurulu'nun Türk Henkel'e ilişkin kararında¹⁴⁵, Türk Henkel'e ait “Pril Perfect” reklamında karşılaştırma yapılan rakip Calgonit markasının Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik'in 11. maddesine aykırı bir şekilde açıkça belirtilmiş olduğuna karar verilmiştir. Dolayısıyla, söz konusu reklam da Reklam Kurulu tarafından TKHK'nın 16. maddesine aykırı bulunmuştur.

Yine paralel olarak, Reklam Kurulu'nun Tesco'ya ilişkin kararında¹⁴⁶, Tesco'nun Aydın, Bornova ve Balçova Kipa mağazalarında kullanılan kartlarda “Rakip T”, “Rakip M” belirterek; yani örtülü olarak piyasada mevcut olan Tansaş ve Migros'u kastederek reklam yaptığı gerekçesiyle, anılan reklamlar Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik'in 11. maddesine ve TKHK'nın 16. maddesine aykırı bulunmuş ve Tesco aleyhine idari para cezası ve durdurma cezası verilmiştir.

¹⁴⁴ Reklam Kurulu'nun 10.02.2009 tarih ve 161 sayılı toplantısından, 2009/79 sayılı kararı.

¹⁴⁵ Reklam Kurulu'nun 13.01.2009 tarih ve 160 sayılı toplantısından, 2008/668 sayılı kararı. Reklam Kurulu'nun 07.08.2008 tarih ve 143. sayılı toplantısından, 2007/242 sayılı “Avea-Şimdiye Kadar Yeter Tarifesi” benzer kararı. Bu kararda Reklam Kurulu “15.03.2007 tarihi itibarıyla Turkcell'in “Büyük Şirketlere Özel” tarifelerdir” denilmek suretiyle reklamda rakip firma olan Turkcell'in adının açık bir şekilde zikredilmiş olması ve karşılaştırma yapılan firmanın “Şirket içi bedava” tarifesine reklamda değinilmemiş olması nedeniyle tüketiciyi yanıltıcı olduğu gerekçeleriyle Avea aleyhine, durdurma ve idari para ceza vermiştir.

¹⁴⁶ Reklam Kurulu'nun 16.12.2008 tarih ve 159. sayılı toplantısından, 2008/601 sayılı kararı.

Reklam Kurulu'nun Avea'ya ilişkin kararı da¹⁴⁷ yukarıda belirtilen Tesco kararıyla benzer niteliktedir. Karara konu reklamda, Avea'ya ait reklamlarda Avea'nın yürüttüğü "Toplan Gel Tarifesi" ile "Bizbize Canımın 3'ü" tarifesi karşılaştırılmıştır. Söz konusu reklamda karşılaştırılması yapılan "Bizbize Canımın 3'ü" tarifesinin açık bir şekilde belirtilmiş olması Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik'in 11. maddesine ve TKHK'nın 16. maddesine aykırı bulunmuştur.

Yukarıda belirtilen Reklam Kurulu kararları incelendiğinde, Reklam Kurulu'nun Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik'in 11/a maddesi uyarınca, karşılaştırmalı reklamlarda, karşılaştırılan mal, hizmet veya markanın belirtilmemesi gerektiği yönünde karar verdiği görülmektedir. Ancak kanaatimizce Reklam Kurulu'nun bu yaklaşımı, diğer kanuni düzenlemelere ve öncelikle TKHK'da yer alan; tüketicinin karşılaştırmalı reklama konu mal veya hizmet hakkında tam ve eksiksiz bilgi alma ihtiyacının karşılanması kuralı ile bağdaşmamaktadır. Zira, TKHK'nın 16/3. maddesinde karşılaştırmalı reklamlara ilişkin açık veya örtülü yapılması hususunda herhangi bir sınırlama öngörülmezken, Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik'in 11. maddesinde açık karşılaştırmalı reklamların yasaklanması hususu kanunlar hiyerarşisine aykırıdır.

147 Reklam Kurulu'nun 16.12.2008 tarih ve 159. sayılı toplantısından, 2008/558 sayılı kararı; Reklam Kurulu'nun 12.08.2008 tarih ve 155. sayılı toplantısından, 2008/315 sayılı benzer "Avea Hepsi Bir Tarifesi" kararı. Bu kararda Reklam Kurulu rakip firmanın tescilli "BizBize Cell" adlı tarifesinin isminin reklamda açık bir şekilde kullanılması ve söz konusu tarifenin aynı hizmet ve ihtiyaçlara cevap vermeyen bir tarife olması nedeniyle, Avea aleyhine idari para cezası ve durdurma cezası vermiştir. Reklam Kurulu'nun 15.04.2008 tarih ve 151. sayılı toplantısından, 2007/423 sayılı benzer "Mobil Öğrenci Tarifesi" kararı. Bu kararda da Avea'ya ait "Mobil Öğrenci" tarifesine ilişkin muhtelif mecralarda yayınlanan, "Avea Mobil Öğrenci", "Diğer Operatörleri Aramada Türkiye'nin En Avantajlı Teklifi (Çözüm Abla)" başlıklı reklamlarda yapılan karşılaştırmalarda; "Diğer Operatör - BizBize" , "Diğer Operatör - CepÖğrenci" ve "Karşılaştırmalar, Turkcell BizBizeCell tarifesinin kampanyasız arama fiyatlarıyla yapılmıştır." ifadeleri kullanılmak suretiyle karşılaştırılan firma ve tarife adlarına açık bir şekilde yer verildiği, karşılaştırılan hizmetlerin aynı nitelikte, aynı istek ve ihtiyaca cevap veren hizmetler olmadığı, bahsi geçen "Mobil Öğrenci" tarifesine kayıt için gerekli olan "150 kontör" ya da "50 kontör" ücretinin ödeneceğine ilişkin bir bilginin anılan reklamlarda yer almadığına karar vermiştir.

Sonuç olarak, rakibi veya ürünü kötülemeyen, rakibin itibarından haksız yere yararlanma amacı taşımayan ve iltibasa sebebiyet vermeyen reklamlarda, tüketiciye bilgi vermek amacıyla rakibin veya ürünün adının, markasının, alametinin açık bir şekilde belirtilmesi hukuka uygun olarak kabul edilmelidir. Bu yaklaşım TKHK'nun 16. maddesi ile de paraleldir. Zira, tüketicinin salt bilgilenmesini, karşılaştırmaya konu ürünler arasında farkları anlamasına yardımcı olan doğrudan karşılaştırmalı reklamlar yukarıda belirtilen özellikleri haiz oldukları sürece, tüketicinin bilgilenmesine en iyi şekilde hizmet eden araçlar olarak karşımıza çıkmaktadır.

f. Karşılaştırılan Ürün veya Hizmetlerin Farklı Nitelikte ve Özellikte Olması veya Aynı İstek ve İhtiyaca Cevap Vermemesi

TTK madde 56, Ticari Reklam ve İlanlara ilişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik'in 11/b ve TKHK'nın 16/3. maddelerinde karşılaştırmalı reklamların sadece aynı nitelik ve türdeki ürünler bakımından yapılması gerektiği belirtilmektedir. Bu sınırın belirlenmesi büyük önem arz etmektedir. Zira, aksi takdirde, aslında karşılaştırılabilir nitelik ve özellikleri bulunmayan mal ve hizmetlerin karşılaştırılması söz konusu olacak ve bu durumda reklam yapan ya rakibe veya onun mal veya hizmetlerine zarar vermiş olacak, ya da onun haksız bir şekilde itibarından yararlanmış olacaktır¹⁴⁸.

Bu çerçevede, kanaatimizce karşılaştırmaya konu ürünlerin ve hizmetlerin birbirleri yerine ikame edilebilir, eşdeğer nitelikte veya aynı amaca

¹⁴⁸ Örs, s. 38; Yusufoglu, s. 128; Bozbel, s. 112- 116. Reklam Kurulu'nun 12.08.2008 tarih ve 155. sayılı toplantısından, 2008/315 sayılı "Avea Hepsi Bir Tarifesi" kararı. Bu kararda Reklam Kurulu rakip firmanın tescilli "BizBize Cell" adlı tarifesinin isminin reklamda açık bir şekilde kullanılması ve söz konusu tarifinin aynı hizmet ve ihtiyaçlara cevap vermeyen bir tarife olması nedeniyle, Avea aleyhine idari para cezası ve durdurma cezası vermiştir. Reklam Kurulu'nun 15.04.2008 tarih ve 151. sayılı toplantısından, 2007/423 sayılı benzer "Mobil Öğrenci Tarifesi" kararı. Bu kararda da Avea'ya ait "Mobil Öğrenci" tarifesine ilişkin muhtelif mecralarda yayınlanan, "Avea Mobil Öğrenci", "Diğer Operatörleri Aramada Türkiye'nin En Avantajlı Teklifi (Çözüm Abla)" başlıklı reklamlarda yapılan karşılaştırmalarda; "Diğer Operatör - BizBize" , "Diğer Operatör - CepÖğrenci" ve "Karşılaştırmalar, Turkcell BizBizeCell tarifesinin kampanyasız arama fiyatlarıyla yapılmıştır." ifadeleri kullanılmak suretiyle karşılaştırılan firma ve tarife adlarına açık bir şekilde yer verildiği, karşılaştırılan hizmetlerin aynı nitelikte, aynı istek ve ihtiyaca cevap veren hizmetler olmadığı, bahsi geçen "Mobil Öğrenci" tarifesine kayıt için gerekli olan "150 kontör" ya da "50 kontör" ücretinin ödeneceğine ilişkin bir bilginin anılan reklamlarda yer almadığına karar vermiştir.

ve ihtiyaca hizmet eden ürün veya hizmetler olmaları gerekmektedir. Birbiri yerine ikame edilmesi mümkün olmayan farklı nitelik ve özellikteki mal veya hizmetlerin karşılaştırmalarının yapılmıyor olması önemlidir.

BÖLÜM II

TÜRK HUKUKUNDA KARŞILAŞTIRMALI REKLAMLAR

A- Türk Hukuku'nda Karşılaştırmalı Reklamlara İlişkin Düzenlemeler

1. Türk Ticaret Kanunu

TTK'nın haksız rekabet hükümleri arasında karşılaştırmalı reklamlara ilişkin herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Bu noktada, mevcut hukuk sistemi içerisinde karşılaştırmalı reklamların haksız rekabet hukuku bakımından değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁴⁹.

TTK'nın 56. maddesinde haksız rekabet “*rekabetin aldatıcı hareket veya hüsnüyet kaidelerine aykırı sair suretlerle iktisadi rekabetin her türlü suiistimali*” olarak ifade edilmiştir. TTK'nın 57. maddesinde ise, haksız rekabet halleri sayılmış; ancak karşılaştırmalı reklamlara değinilmemiştir.

Borçlar Kanunu'nun 48/1. maddesinde, yanlış ilanlar veya hüsnüniyet kaidelerine aykırı olan sair hareketlerle yapılan fiillerin haksız rekabet teşkil ettiği hükme bağlanmıştır.

Haksız rekabetin hem Borçlar Kanunu, hem de TTK'da düzenlenmiş olmasından doğan sakıncaların giderilmesi amacıyla, Borçlar Kanunu'na “*ticari işlere ait olan haksız rekabet hakkında Türk Ticaret Kanunu hükümleri saklıdır*” şeklinde bir hüküm eklenmiştir¹⁵⁰. Bu çerçevede, teorik olarak, ticari faaliyetler

¹⁴⁹ Bozbel, s. 52.

¹⁵⁰ TTK'nın meclise sunulan ilk tasarısında Borçlar Kanunu'nun 48. maddesinin yürürlükten kaldırılmasının öngörülmüş; fakat söz konusu tasarıyı gözden geçiren komisyon tarafından TTK hükümlerinin ticari saha dışındaki iktisadi hayata uygulanmayacağı gerekçesi ile söz konusu

dışındaki işlere Borçlar Kanunu'nun 48. maddesi, ticari faaliyetlerde ise, TTK'nın 56 ila 65 arasındaki madde hükümleri uygulama alanı bulabilecektir¹⁵¹. Ancak TTK'nın 56. maddesi ile ortaya konan haksız rekabet tanımı, her türlü haksız rekabet hali kapayacak derecede geniştir¹⁵². Bu noktada, ticari niteliği sahip olmayan haksız rekabet hallerinin de TTK'nın 56 ve devamı maddeleri kapsamında değerlendirilebileceği düşünülebilecektir. Özellikle, yaptığı işler ticari nitelikte kabul edilmeyen esnaf dernekleri ve üyelerinin TTK'nın 58. maddesinin 3. fıkrası çerçevesinde haksız rekabet hükümleri uyarınca dava açabileceklerinin düzenlenmiş olması da bu düşüncüyü destekleyici niteliktedir¹⁵³. Bu kapsamda, doktrinde Borçlar Kanunu'nun 48. maddesinin artık uygulanma imkanına sahip olmadığı ileri sürülmüştür¹⁵⁴. Bu tartışmalar neticesinde, 48. madde, hazırlanan Borçlar Kanunu Tasarısı içerisine alınmamıştır. Bu çerçevede, işbu çalışmamız içerisinde, haksız rekabete ilişkin inceleme ve değerlendirmelerimizde TTK'nın 56 ve devamı maddeleri esas alınmıştır.

Kanaatimizce, TTK'da karşılaştırmalı reklamlara ilişkin açık bir hükmün düzenlenmemiş olması, bu kurumun yasaklandığı şeklinde yorumlanmamalıdır¹⁵⁵. Bizim de katıldığımız, *Moroğlu*'nun görüşüne göre,

“Karşılaştırmalı reklamın herhalde ve doğrudan haksız rekabet olarak nitelendirilmesi, ne reklamın tarafları olan rakipler ile müşterilerin çıkarlarıyla ve ne de reklam kurumunun amacı ve temel işlevleri ile bağdaşır bir tutumdur. Reklamı haklı ve hukuken kabul edilebilir kılan iki temel işlevinden biri üreticinin

maddenin kalması yönünde karar verilmiş ve 48. maddenin 2. fıkrasının Borçlar Kanunu'na eklenmiştir (**Poroy/Yasaman**, s. 277).

¹⁵¹ **Bozbel**, s. 52; **Adak**, s. 352. Ayrıca bkz. **Halil Arslanlı**, Ticari Bey, İstanbul 1955, s. 222. Yazar, iktisadi rekabet niteliği taşımayan fiillere örnek olarak, bir hayır derneğinin kazanç gayesi gütmeksizin işlettiği müesseseye karşı iyi niyete aykırı hareketleri göstermiş ve fakat bu tür örneklerin yok denecek derecede az olduğunu vurgulamıştır.

¹⁵² **Poroy/Yasaman**, s. 281; **Ülgen/Teoman/Helvaci/Kendigelen/ Kaya/ Nomer Ertan**, s. 451-452.

¹⁵³ **İrfan Dönmez**, Markalar ve Haksız Rekabet Davaları, İstanbul, 1992, s. 298.

¹⁵⁴ **Ülgen/Teoman/Helvaci/Kendigelen/ Kaya/ Nomer Ertan**, s. 453. Ayrıca bkz. **Poroy/Yasaman**, s. 281. Yazar, Borçlar Kanunu'nun 48. maddesinin kaldırılması gerektiğini ileri sürmüştür.

¹⁵⁵ **Moroğlu**, s. 3; **Poroy/Yasaman**, s. 284.

malını veya hizmetini müşterilerine tanıtmak ise, diğeri de aynı işi görmek veya aynı ihtiyacı karşılamak üzere piyasaya arz edilen birden çok ürün, mal veya hizmet arasından en uygun olanı seçip alabilmesini sağlamak bakımından müşterileri aydınlatmaktadır.

Karşılaştırmalı reklam bu işlevi en etkin bir şekilde yerine getirebilen bir reklam türüdür. Böyle bir reklamın doğrudan doğruya haksız rekabet olarak nitelenmesi, onun belirtilen ve ileri ekonomilerde genel kabul gören tüketiciyi aydınlatma işlevi ile bağdaşmayan yanlış bir nitelemedir. Ayrıca, karşılaştırmalı reklamın doğrudan haksız rekabet olarak nitelenip menedilmesi, Anayasanın 48. ve 167. maddesi ile tanınmış olan rekabet hakkına ve hatta 26. maddesi ile tanınmış olan düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğüne de aykırıdır.

Hangi şekilde yapmak istenirse istensin, Anayasaya göre esas ve kural olan, iktisadi rekabet ve bunu reklam yoluyla veya diğer bir şekilde açıklama ve yayma özgürlüğünün varlığıdır. Doğru ve aydınlatıcı olan reklamlar için Türk Ticaret Kanunu'nun 56. ve müteakip maddeleriyle veya diğer mevzuat ile herhangi bir yasak getirilmemiş olmasına göre, karşılaştırmalı reklamın men edilmesi Anayasaya aykırıdır¹⁵⁶.”

Bu durumda, karşılaştırmalı reklamların ancak, TTK'nın 56. maddesinde belirtilen hallerin varlığı halinde haksız rekabet yarattığından bahsedilebilecektir¹⁵⁷.

Dolayısıyla, karşılaştırmalı reklamlar, kural olarak haksız rekabete sebebiyet vermemekte olup, ancak reklamlarda, başka teşebbüslerin, ürünlerinin, hizmetlerinin veya faaliyetlerinin yanlış, yanıltıcı veya gereksiz

¹⁵⁶ Moroğlu, s. 3 - 4; aynı yönde bkz. Bozbel, s. 54 - 55.

¹⁵⁷ Bozbel, s. 56 - 57; Arkan, s. 21.

yere incitici beyanlarla kötülenmesi ve gerçek olmayan bilgilerin verilmesi durumunda haksız rekabete neden olmaktadır¹⁵⁸.

2. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun

TKHK'nın 16. maddesinde reklamlarda yer alması gereken hususlar belirtilmiş olup TKHK'nın 16. maddesine 06.03.2003 tarih ve 4822 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucunda karşılaştırmalı reklamlara ilişkin bir üçüncü fıkra eklenmiştir. Maddenin bu değişikliği de içeren son hali aşağıdaki gibidir:

“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, tüketicinin can ve mal güvenliğini tehlikeye düşürücü, şiddet hareketlerini ve suç işlemeyi özendirici, kamu sağlığını bozucu, hastaları, yaşlıları, çocukları ve özürlüleri istismar edici reklam ve ilanlar ve örtülü reklam yapılamaz.

Aynı ihtiyaçları karşılayan ya da aynı amaca yönelik rakip mal ve hizmetlerin karşılaştırmalı reklamları yapılabilir.

Reklam veren, ticari reklam veya ilanda yer alan somut iddiaları ispatla yükümlüdür.

Reklam verenler, reklamcılar ve mecra kuruluşları bu madde hükümlerine uymakla yükümlüdürler”.

¹⁵⁸ **Öçal Akar**, Dünyada ve Türkiye’de Reklamcılık: Reklam Gücü, İstanbul 1998, s. 400.

TKHK'nın 16/3. maddesinde "karşılaştırmalı reklam" kurumu kabul edilmiştir¹⁵⁹. Bu maddede, karşılaştırmalı reklamlarda, aynı ihtiyaçları karşılayan veya aynı amaca yönelik rakip mallara ve hizmetlere ilişkin olarak karşılaştırmaların yapılması koşulu aranmıştır¹⁶⁰.

Türk Hukuku'nda söz konusu değişiklik öncesinde karşılaştırmalı reklamları yasaklayan herhangi bir hüküm bulunmamaktaydı¹⁶¹. Dolayısıyla, bu hükmün kabulünden önce de karşılaştırmalı reklamlar Türk Hukuku'nda caiz olarak kabul edilmekteydi¹⁶². Madde metni incelendiğinde, karşılaştırmalı reklamlar bakımından, yukarıda hukuka aykırılık halleri altında incelemiş olduğumuz hususlar ile paralel bir düzenlemeye gidildiği görülmektedir. Bununla birlikte, söz konusu madde içerisinde, karşılaştırmalı reklamın açık bir şekilde yapılmamasına dair herhangi bir düzenleme bulunmamakta; bu husus Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik'in 11. maddesinde düzenlenmektedir.

3. Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik

Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik'in 11. maddesi karşılaştırmalı reklamlara; "*a) karşılaştırılan mal, hizmet veya marka adının belirtilmemesi, b) karşılaştırılan mal veya hizmetlerin aynı nitelikte ve özellikte olması veya aynı istek ve ihtiyaca cevap vermesi ve c) dürüst rekabet ilkelerine uygun olması ve tüketicinin yanıltılmaması halinde izin verileceğinden*" bahsetmektedir.

Belirtilen hüküm, karşılaştırmalı reklamların açık bir şekilde yapılmasına cevaz vermemekte olduğundan isabetsiz bir hüküm olduğu

¹⁵⁹ İnal/ Baysal, s. 56.

¹⁶⁰ İnal/ Baysal, s. 59.

¹⁶¹ Moroğlu, s. 5 - 7; Göle, s. 83; İnal, s. 8.

¹⁶² Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 1997/9233 E., 1998/1026 K. sayılı ve 20.02.1998 tarihli kararı.

kanaatindeyiz¹⁶³. Zira, TKHK'nın 16/3. maddesinde karşılaştırmalı reklamlara ilişkin açık veya örtülü yapılması hususunda herhangi bir kısıtlama öngörülmezken, Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik'in 11. maddesinde açık karşılaştırmalı reklamların yasaklanmasının yerinde olmadığı aşikardır¹⁶⁴. Bu şekilde, gerçekten tüketiciyi bilgilendiren, yanıltıcı olmayan doğru ve dürüst reklamlar açık bir şekilde rakip ürün veya hizmet ile karşılaştırma içermeleri halinde tüketiciye sunulamayacaklardır.

Gelişmiş hukuk sistemlerinde (örneğin İsviçre ve AB Hukuklarında) karşılaştırmalı reklamlara ilişkin bu yönde bir kısıtlama öngörülmezken, açık şekilde karşılaştırmalı reklamların yapılmasının Türk Hukuku'nda yasaklanması isabetsizdir. Tam tersine hukuk düzenlemelerinde açık şekilde karşılaştırmalı reklamlara izin verilmesi ve bu tarz reklamların teşvik edilmesi gerekmektedir¹⁶⁵. Zira, örtülü şekilde yapılan karşılaştırmalı reklamların birçok olumsuz yanı bulunmaktadır. Söz konusu olumsuzluklar aşağıdaki şekildedir¹⁶⁶:

- Tüketiciler, örtülü yapılan karşılaştırmalar sonucunda daha az bilgi sahibi olurlar.
- Reklama konu mal veya hizmet ile karşılaştırılması yapılan rakip mal veya hizmet konusunda tüketicinin kafasında daha çok belirsizlik oluşabilir. Bu şekilde, tüketici yanılabılır. Oysa ki, doğru ve dürüst, tüketiciyi yanıltmayan karşılaştırmalı reklamlar sayesinde tüketicilerin daha net ve doğru bilgi edinmeleri mümkün olabilecektir.
- Piyasanın daha rekabetçi ve yenilikçi bir nitelik kazanmasının önü kesilmektedir.

¹⁶³ Bozbel, s. 59.

¹⁶⁴ İnal/Baysal, s. 55 - 56.

¹⁶⁵ Aslan, s. 254; İnal, s. 60.

¹⁶⁶ İnal/Baysal, s. 57-59.

Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik'in aksine Yargıtay'ın açık şekilde karşılaştırılmalı reklamın yapılabileceğini kabul ettiği kararı da bulunmaktadır¹⁶⁷. Kaldı ki, TKHK'da yasaklanmamış bir düzenlemenin Yönetmelik ile yasaklanmış olmasının da hukuka aykırı olduğu kanaatindeyiz. Anayasa Mahkemesi tarafından da ifade edilmiş olduğu üzere, “*idarenin düzenleme yetkisi sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir*”¹⁶⁸. Dolayısıyla, idarenin söz konusu düzenleme yetkisini kanunda yer alan düzenlemenin kapsamını daraltmak veya genişletmek suretiyle kullanmaması gerekmektedir”¹⁶⁹.

Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik'in 11. maddesinde, karşılaştırmalı reklamlarda “*rakip mal, hizmet veya markanın*” belirtilmemesi gerektiği belirtilmiştir. Bu noktada, rakiplerin ticaret unvanının veya işletme adının karşılaştırmalı reklamda açık bir şekilde zikredilip zikredilemeyeceği sorusu gündeme gelmektedir¹⁷⁰.

Burada, söz konusu madde hükmünün amacının dikkate alınması yerinde olacaktır. Kanun koyucunun, yönetmelik ile açık bir şekilde mal, rakip hizmet veya markanın reklamda belirtilmemesini hükme bağlamış iken, söz konusu hükmün rakibin ticaret unvanının ya da işletme adının reklamda belirtilmesine izin verdiği şeklinde yorumlanmaması isabetli olacaktır¹⁷¹. Ancak, yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere, TKHK'da karşılaştırmalı reklamlara ilişkin olarak herhangi bir sınırlamanın getirilmemiş olması karşısında, Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik ile açık bir şekilde (doğrudan) karşılaştırmalı reklamların yapılmasının yasaklanması isabetli olmadığından, yukarıda belirtilen madde hükmünü dar yorumlayarak karşılaştırmalı reklamlarda sadece hükümde belirtilen rakip hizmet, mal veya

¹⁶⁷ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 1997/9233 E., 1998/1026 K. sayılı ve 20.02.1998 tarihli kararı.

¹⁶⁸ 25.02.2995 tarih ve 22213 sayılı RG'de yayımlanan Anayasa Mahkemesi'nin 06.07.1993 tarih ve 1993/5 E. ve 1993/25 K. sayılı kararı.

¹⁶⁹ İnal/Baysal, s. 58; Aslan, s. 254.

¹⁷⁰ Aslan, s. 253 - 254.

¹⁷¹ Aslan, s. 253.

markanın belirtilmemesi gerektiği şeklinde bir sonuca varmak da mümkündür¹⁷².

Bunun dışında, Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik'in 11. maddesinin (b) hükmünde “*karşılaştırılan mal veya hizmetlerin aynı nitelikte ve özellikte olması*” gerektiği vurgulanmaktadır. Burada tartışılmasında fayda gördüğümüz husus, söz konusu hükmün mal veya hizmet kalitesini kapsamadığı hususudur. Aksi halde, farklı kalitede mallar arasında karşılaştırma yapılamayacağı sonuca varmak gerekir ki, bu da yönetmelik kapsamında neredeyse çok düşük sayıda karşılaştırmalı reklamın yapılmasını gündeme getirmektedir¹⁷³.

Dolayısıyla, söz konusu hükümde bahsedilen “*mal veya hizmetlerin aynı nitelikte ve özellikte*” olması gereğinin, fiyat, etki, miktar gibi hususları kapsadığı düşüncesindeyiz.

Söz konusu (b) hükmünün devamında ifade edilen karşılaştırmalı mal veya hizmetlerin “*aynı istek ve ihtiyaca cevap vermesi*” özelliği, 4822 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle TKHK'nın 16/3. maddesi ile ve Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlara İlişkin 84/450 EEC sayılı AB Direktifi'nin 3 (a)/1 (b) maddesi ile paralel olarak düzenlenmiştir.

Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik'in 7. maddesinin (c) bendinde reklamların;

“... eksik bilgi vererek, anlam karışıklığına yol açarak veya abartılı iddialar ileri sürerek yanlış izlenimler yaratmak suretiyle tüketiciyi doğrudan ya da dolaylı olarak yanıltabilecek ifadeler ya da görüntüler içermeyeceği”

ifade dilmektedir.

¹⁷² İnal/Baysal, s. 59.

¹⁷³ İnal/Baysal, s. 75.

Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik'in 7. maddesinin (g) bendinde ise;

“reklamların araştırma sonuçlarını veya teknik bilimsel yayınlardan yapılan alıntuları çarpıtamayacağı, istatistiklerin gerçekte olduklarından farklı sonuçlar doğuracak biçimde sunulamayacağı, bilimsel terimlerin yanıltıcı biçimde kullanılamayacağı, reklamlarda yer alan iddiaların gerçekte sahip olmadıkları bir bilimsel temele sahipmiş gibi gösterilmek üzere bilimsel terminoloji ve yersiz bilimsel ifadeler içermeyeceği”

hükme bağlanmıştır.

Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik'in 14. maddesinde;

“Reklamların, hiçbir firmayı, kurum veya kuruluşu, hiçbir endüstriyel, ticari veya diğer bir faaliyeti veya mesleği, hiçbir malı veya hizmeti aşağılayarak ya da alay konusu ederek veya benzer herhangi bir biçimde kötüleyemeyeceği”,

şeklinde belirtilmektedir.

Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik'in 15. maddesinde ise;

“a) reklamlarda bir başka kurum veya kuruluşun adı veya amblem, logo ve diğer özgün kurumsal kimlik unsurları, tüketicinin aldanmasına yol açacak şekilde kullanılamayacağı;
b) bir kişi adından veya bir başka firma, kurum veya kuruluşu ait ticari unvan ya da fikri mülkiyete sahip olunan yahut bir reklam

kampanyası ile sağlanmış bulunan itibardan, haksız olarak yararlanılamayacağı”

hükme bağlanmıştır.

Yukarıda yer alan hükümler ışığında, karşılaştırmalı reklamların dürüstlük ve doğruluk ilkelerine uygun, doğru ve ispatlanabilir, kötüleme içermeyecek ve haksız rekabete mahal vermeyecek bir şekilde tüketiciyi yanıltmayan ve abartılı olmayan ifadeler içermesi gerektiğini söylemek mümkündür¹⁷⁴.

Bu hususa ilişkin ispat külfeti ise, Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik'in 13. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu madde aşağıdaki gibidir:

“Doğrulanabilir olgularla ilgili tanımlamalar, iddialar ya da örnekli anlatımlar kanıtlanmak zorundadır.

Reklam verenler, bu Yönetmelikte belirlenen ilkelerin uygulanışını denetlemekle yetkili ve görevli olanlara böyle bir kanıtı hemen göstermekle yükümlüdür.”

Madde hükmünden görüldüğü üzere, ispat külfeti reklam veren üzerindedir. Bu kapsamda, Reklam Kurulu nezdinde başlatılan soruşturmalarda, reklam veren, reklamda kullanılan ifadelerin, iddiaların, anlatımların, görüntülerin doğru olduğunu kanıtlamak yükümlülüğü altındadır¹⁷⁵.

¹⁷⁴ Özyurt, s. 22 - 23; Bozbel, s. 49.

¹⁷⁵ İnal, s. 155; Göle, s. 204; Bozbel, s. 145.

4. Radyo ve Televizyon Yayınlarının Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik

Türk Hukuku'nda reklamlara ilişkin bir diğer düzenleme ise, reklam yayınları hakkında hükümler içeren Radyo ve Televizyon Yayınlarının Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik'tir. Söz konusu yönetmelikte açıkça karşılaştırmalı reklamlara ilişkin düzenlemeler yer almamakta ise de, genel olarak reklamların yayınlanması hakkında getirilen düzenlemeler dolaylı olarak karşılaştırmalı reklamları da kapsamaktadır.

Bu çerçevede, yönetmeliğin karşılaştırmalı reklamlar açısından önem arzettiğini düşündüğümüz ilgili hükümlerine aşağıda yer verilmektedir.

Radyo ve Televizyon Yayınlarının Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik'in 4. maddesinde haksız rekabet olarak nitelendirilecek reklamlara ilişkin olarak tanım verilmiştir:

“Haksız Rekabete Yol Açıcı Reklam: Tüketicinin güvenini, sağlığını, bilgi ve tecrübe eksikliğini istismar eden reklamlardır”.

Radyo ve Televizyon Yayınlarının Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik'in 5. maddesinin (j) bendinde, reklamlara ilişkin yayınların haksız bir amaç ve çıkara alet edilemeyeceği, gerçek ya da tüzel kişi veya kişilerin her türlü özel amaç ve çıkarlarına hizmet edecek veya haksız rekabete yol açacak reklam yayınlarına yer verilemeyeceği hükme bağlanmıştır.

Söz konusu yönetmeliğin 5. maddesinin (m) bendinde ise, halkı aldatıcı, yanıltıcı ve haksız rekabete yol açabilecek nitelikte reklamların yayınlanamayacağı ifade edilmektedir. Yukarıda yer verilen hükümlere paralel olarak yönetmeliğin 6. maddesinin (a) ve (b) bentlerinde reklamların adil ve dürüst olması gerektiği, yanıltıcı ve tüketicinin çıkarlarına zarar verecek nitelikte olmaması gerektiği belirtilmektedir.

Yönetmeliğin “Haksız Rekabete Yol Açıcı Reklam ve Tele-Alışveriş Yayınları” başlıklı 8. maddesinde ise haksız rekabete yol açacak reklamlar ayrıntılı bir şekilde açıklanmıştır.

Yukarıdaki bilgiler ışığında Radyo ve Televizyon Yayınlarının Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik’te karşılaştırmalı reklamların yasaklanmamış olduğu ve hukuka aykırılık hallerinin belirlendiği görülmektedir¹⁷⁶.

İlaveten, söz konusu Yönetmelikte Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik’in 11. maddesinin aksine, rakibin veya ürün veya hizmetlerinin adının veya markasının belirtilemeyeceği hükme bağlanmamıştır. Sadece, söz konusu Yönetmeliğin haksız rekabete ilişkin 8. maddesinde bir başka işletmenin unvanı, amblemi, logo ve diğer özgün kurumsal kimlik unsurlarının “haksız biçimde” kullanılamayacağı belirtilmiştir. Kanaatimizce, bu hükmün mefhumu muhalifinden karşılaştırmalı reklamlarda rakibin, ürününün veya hizmetinin ad ve markasının haklı bir gerekçe ile kullanılabilmesi ortaya çıkmaktadır. Zira, söz konusu yönetmeliğin 8. maddesinin bu şekilde yorumlanması TKHK’nın 16/3. maddesi ile de örtüşmektedir. Aksi halde, kanunda yasaklanmamış bir hususun yönetmelik ile yasaklanmış olduğunun kabul edilmesi normlar hiyerarşisine aykırı olacaktır.

5. TTK Tasarısı

a. TTK Tasarısı’nın Haksız Rekabete İlişkin Düzenlemesi

TTK Tasarısı’nda haksız rekabet hükümleri 54 ila 63. maddeler arasında düzenlenmiştir. Tasarının 54. maddesi aşağıdaki gibidir:

“1) Haksız rekabete ilişkin aşağıdaki hükümlerin amacı bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır.

¹⁷⁶ Şahin, s. 77.

2) *Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya diğer şekillerdeki dürüstlük kurallarına aykırı davranışlar veya ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır.”*

Yukarıda belirtilen madde hükmünde, haksız rekabete ilişkin hükümlerin amacının hukuka uygun ve bozulmamış rekabetin sağlanması olduğu ifade edilmektedir. Bu kapsamda, gereksiz yere incitici, kötüleyici beyanlar, abartılı reklamlar, rekabeti bozucu satış yöntemleri ve benzeri hususlar dürüstlük kurallarına aykırı davranış ve ticari uygulama olarak kabul edilmiştir¹⁷⁷.

Hangi davranışların dürüstlük kurallarına aykırı olduğu ise TTK Tasarısı'nın 55. maddesinde örneksime yolu ile sınırlı sayıda olmaksızın sayılmıştır. Buna göre, 55. maddenin 1. fıkrasının (a) bendinde, dürüstlük kurallarına aykırı reklam ve satış yöntemleri haksız rekabet hali olarak düzenlenmiş; söz konusu bendin 5. alt bendinde ise, karşılaştırmalı reklamlara gerçek dışı ve aldatıcı olmadığı, reklamda anılan ürün ve rakiplerin gereksiz yere kötülenmediği veya onun ününden yararlanılmadığı sürece izin verildiği hükmüne yer verilmiştir¹⁷⁸.

b. TTK Tasarısı'nda Karşılaştırmalı Reklamlar

TTK Tasarısı'nın 55/I(a)-5. maddesi karşılaştırmalı reklamı düzenlenmektedir. Söz konusu madde;

“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”

¹⁷⁷ Bozbel, s. 86.

¹⁷⁸ Bozbel, s. 94.

şeklindedir.

TTK Tasarısı'nın yukarıda belirtilen hükmünün temelini İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nun 3/e maddesi oluşturmaktadır. İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nun 3/e maddesi aşağıdaki gibidir:

“Kendisini, mallarını, ürünlerini, faaliyetlerini veya fiyatlarını, bir rakip ile karşılaştıran veya bu tür karşılaştırmalarla üçüncü kişiyi avantajlı duruma getiren kişi haksız rekabet fiilini işler”.

TTK Tasarısı'nın haksız rekabete ilişkin hükümlerinde İsviçre Haksız Rekabet Kanunu mehz alınarak hazırlanmıştır. Dolayısıyla, TTK Tasarısı'nın 55/I(a)-5 maddesine yönelik olarak aşağıda yapmış olduğumuz açıklamalar İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nun karşılaştırmalı reklamlara yönelik 3/e maddesi bakımından da geçerlidir.

Görüldüğü üzere, TTK Tasarısı'nda karşılaştırmalı reklamlar mefhumu kabul edilmiştir. TTK Tasarısı'nda AB ve İsviçre Hukukları ile uyumlu bir şekilde açık karşılaştırmalı reklamların yapılamayacağına dair bir yasaklama öngörülmemiştir. Karşılaştırmalı reklamların tüketici ve rakiplere ilişkin olumlu etkileri göz önüne alındığında, açık karşılaştırmalı reklamların TTK Tasarısı'nda yasaklanmamış olmasının isabetliği olduğu düşüncesindeyiz.

TTK Tasarısı'nın 55/1(a) – 5. maddesinde *“Kendisini ... başkalarıyla ... karşılaştırmak”* şeklinde belirtilen karşılaştırma unsuru, tüketicinin bir ürünü veya hizmeti almasını teşvik edecek bazı unsur ve niteliklerin karşılaştırılmasını içermektedir.

Karşılaştırmalı reklamlar açısından önem arz eden karşılaştırma, reklam sahibinin kendi ürünlerinin veya ürünlerinin özelliklerinin ve üstünlüklerinin rakip ürünlerle karşılaştırılmasını veya reklamı yapılan ürünün rakip ürünle aynı olduğunun ima edildiği karşılaştırmayı içermektedir¹⁷⁹.

¹⁷⁹ Bozer, s. 102.

Bir karşılaştırmanın mevcut olmadığı hallerde karşılaştırmalı reklamlardan bahsedilemeyecektir. Örneğin, reklam sahibi tarafından rakiplerin ürünlerine, hizmetlerine veya rakiplerin kendisine ilişkin yapılan eleştirilerde karşılaştırmalı reklamlardan söz edilemeyecektir. Bu konuya ilişkin daha somut bir örnek vermek gerekirse, “*Y şirketi işletmeler arasında itibar kaybediyor*” şeklindeki bir ibare bu nedenle bir karşılaştırma içermez ve TTK Tasarısı’nın 55/1-(a) maddesi kapsamında bir ticari itibar zararına neden olmaz.

TTK Tasarısı’nın genel gerekçesinde de ifade edilmiş olduğu üzere, karşılaştırmalı reklamlar kural olarak hukuka aykırı değildir; meğer ki söz konusu reklamlar, hukuka aykırı, gerçek dışı, abartılı ve tüketiciyi yanıltıcı olmasınlar¹⁸⁰.

TTK Tasarısı’nın gerekçesinde karşılaştırma konularının kişiler, mallar, iş ürünleri, faaliyetler ve fiyatların olabileceği belirtilmektedir. Ayrıca, yanlış veya yanıltıcı veya rakibin ününü veya ürünlerini sömürücü nitelikteki reklamların dürüstlük kuralına aykırı olduğu kabul edilmektedir¹⁸¹. Bilindiği üzere, yürürlükteki mevzuat kapsamında şahsi karşılaştırmalı reklamların geçerli olup olmadığı meselesi açık değildir. Zira, bu hususa ilişkin mevzuat içerisinde herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Dolayısıyla, TTK Tasarısı ile birlikte bu konu açıklığa kavuşturulmuş; rakibin mal veya hizmetinin dışında, rakibin şahsi alandaki nitelikleri karşılaştırma konusu yapılabileceği TTK Tasarısı’nın gerekçesinde belirtilmiştir.

TTK Tasarısı’nın 55/I(a)-5 maddesi incelendiğinde, hükmün üç çeşit karşılaştırmalı reklamı kapsadığı görülmektedir. Bunlar, yanlış, yanıltıcı ve rakibi sömürücü karşılaştırmalı reklamlardır.

Yanlış karşılaştırmalı reklamlar, gerçek olmayan ve gerçeği saptıran olgulara dayanan reklamlardır. Abartılı reklamların yanlış reklam olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği, somut olaya göre değişebilmektedir.

¹⁸⁰ **Bozbel**, s. 93.

¹⁸¹ **Bozbel**, s. 94.

Örneğin, reklamda bir restoranın “bir numara” olduğu belirtiliyorsa, bu reklamın yanlış ve abartılı olarak kabul edilmesi mümkündür. Zira, burada “bir numara” özelliğinin restoranın cirosuna mı yoksa gelen müşteri sayısına mı dayandığı hususlarının tartışılması gerekmektedir.

Yanıltıcı karşılaştırmalı reklamlar ise, ortalama bilgi ve dikkat seviyesindeki bir tüketici tarafından yanlış anlaşılabilen, yanlış değerlendirme ve algılara yol açan reklamlardır¹⁸². Tüketicinin yanıltılması ise, istatistiki verilerin ve önemli bilgilerin reklamda belirtilmemesi, karşılaştırmanın daha az öneme sahip konular arasında yapılması sonucunda gerçekleşebilir¹⁸³.

Rakibi sömürücü karşılaştırmalı reklamlar ise, rakibin ürün veya hizmetinden, faaliyetlerinden, ününden, itibarından veya tanınmışlığından gereksiz yere yararlanarak bu hususların kullanıldığı reklamlardır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, her faydalanmanın haksız rekabet hali teşkil ettiği yönünde bir peşin hükme varılmaması gerekliliğidir. Zira, söz konusu faydalanmanın haksız rekabet teşkil etmesi için, haklı bir sebebe dayanmaksızın yapılması gerekmektedir¹⁸⁴.

c. Karşılaştırmalı Reklamların Üçüncü Kişiler Tarafından Yapılması

TTK Tasarısı'nın 55/I(a)-5. maddesinde “... üçüncü kişiyi benzer yollardan rekabette avantajlı duruma geçirmek” ifadesi kullanılmıştır. Söz konusu ifadeden anlaşıldığı üzere, bir reklamın rakip veya üçüncü bir kişi tarafından yapılması arasında herhangi bir ayırım gözetilmemiştir.

Örneğin, ürün testlerini tüketici yararına gerçekleştiren kuruluşların teste konu ürünü objektif bir şekilde değerlendirebilmeleri için test edilen ürünün sahibinin şirketten bağımsız olması gerekmektedir. Bu şekilde ürünleri

¹⁸² İmregün, s. 81; Korallnik, s. 111 - 120.

¹⁸³ Özyurt, s. 29.

¹⁸⁴ İsviçre Temyiz Mahkemesi'nin 18.04.1991 tarihli ve ATF. 117 IV 193 sayılı “Bernina” kararında, üçüncü kişi konumundaki köşe yazarının ortalama düzeydeki okuyucu kitlesi üzerinde belirli bir etkiye sahip olduğu belirtilmiştir. Bozbel, s. 93.

genellikle test edenler tüketici dernekleri olmakla birlikte, gazeteciler de köşe yazılarında ürünleri karşılaştırıp değerlendirebilmektedir. Bu kapsamda, söz konusu kişilerin bağımsız olmaları son derece büyük önem arz etmektedir¹⁸⁵. Zira, tüketiciler bu kişilere güvenerek rakip ürünler hakkında bilgi edinmekte ve bir değerlendirmeye varmaktadır¹⁸⁶.

Söz konusu kişiler tarafından ürünlere ilişkin testler gerçekleştirilirken birbirine rakip ürünlerin sadece karşılaştırılabilir niteliklerinin karşılaştırılması ve sonuçları objektif ve tüketiciyi yanıltmayacak şekilde tüketiciye sunulmaları gerekmektedir. Ayrıca, bu değerlendirmeler yapılırken gereksiz yere rakipleri kötülemekten kaçınılmadır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, bu testler sonucunda ürüne ilişkin olarak ortaya çıkan eksikliklerin objektif bir şekilde tüketiciye sunulmasının gereksiz yere kötüleme teşkil etmeyeceğidir¹⁸⁷.

Bu kapsamda, TTK Tasarısı'nın 55/I(a)-5. maddesi uyarınca, rekabete dahil kişilerin sorumlulukları, rakip bir kişinin sahip olduğu sorumluluklar ile aynıdır. Diğer bir deyişle, üçüncü kişilere ilişkin olarak yapılan karşılaştırmalı reklamlar da gerçeğe aykırı ve yanıltıcı olmamalı ve başkasının ürününü gereksiz yere kötüleme içermemelidir.

Burada ayrıca incelenmesi gereken husus, karşılaştırmanın rekabete dahil olmayan bir kişi tarafından yapılması halinde, tüketicinin söz konusu kişinin bu tür bir karşılaştırmadan herhangi bir menfaatinin olmayacağı düşüncesiyle ve daha tarafsız ve bağımsız olması nedeniyle, söz konusu karşılaştırmaya daha çok güveneceği hususudur. Oysa, rakip firmalar tarafından yapılan karşılaştırmalı reklamlarda, tüketiciler reklama otomatik olarak daha şüpheli bir şekilde yaklaşmakta; hemen inanmamaya eğilimli olmaktadır¹⁸⁸. Dolayısıyla, tüketicilerin korunmasını sağlamak amacıyla, rekabete dahil olmayan kişiler

¹⁸⁵ **Bozbel**, s. 112.

¹⁸⁶ **Bodnar**, s. 17.

¹⁸⁷ **Bozbel**, s. 111.

¹⁸⁸ **Bozbel**, s. 112.

tarafından yapılan karşılaştırmalı reklamların daha sıkı incelenmesi; hukuka aykırılık hallerinin daha detaylı bir şekilde kontrol edilmesi yerinde olacaktır.

BÖLÜM III
TÜRK HUKUKUNDA KARŞILAŞTIRMALI REKLAMLARA KARŞI
KORUNMA YOLLARI

A- İdari Denetim

Ülkemizde reklamlar resmi iki kurum aracılığıyla denetlenmektedir. Bu iki kurumdan birincisi Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'na bağlı Reklam Kurulu, ikincisi ise, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'dur.

1. Reklam Kurulu

TKHK'nın 17. maddesi kapsamında kurulan Reklam Kurulu, bir idari denetim organı olarak ticari reklam ve ilanlarda uyulması gereken esasları belirlemektedir. Bu çerçevede Reklam Kurulu, ticari reklam ve ilanları incelemek ve söz konusu inceleme sonucunda TKHK'nın 16. maddesi uyarınca durdurma ve/veya tedbiren durdurma ve/veya düzeltme ve/veya para cezası verme hususlarında yetkilidir¹⁸⁹.

Hukuka aykırı reklamlarla mücadelede öncelikli amaç, hukuka aykırı reklam yapanın cezalandırılması değil, tüketicinin, rakibin, serbest rekabetin ve ahlaki değerlerin korunmasıdır. Bu husus da, ancak hukuka aykırı reklamın en kısa süre içerisinde durdurulması ile ve dolayısıyla zararın en düşük seviyede tutulmasıyla sağlanmaktadır¹⁹⁰. Hukuka aykırı reklamın en etkin ve kısa sürede

¹⁸⁹ Şahin, s. 76.

¹⁹⁰ Alexander G. Fraser, The Federal Trade Commission Enforcement Against Deceptive Advertising, 1985 Annual Survey of American Law, Advertising Law Issue, 1986, s. 544; Ross D. Petty, Let's Not Dam(n) the Courts with more Damage Litigation: A Comment on Frederickson's Recovery for False Advertising, American Business Law Journal, 1993, V: 31 (1), s. 167.

durdurulmamasına karşın reklam verenin ağır idari para cezasına çarptırılması tüketicilerin, rakiplerin, serbest rekabetin ve ahlaki değerlerin korunması bakımından yetersiz kalacaktır¹⁹¹. Zira, bu halde şirketler daha fazla talep yaratmak amacı ile hukuka aykırı reklamları ceza ödemeyi göze alarak gerçekleştirebileceklerdir. Dolayısıyla, buradaki amaç reklamcılığın engellenmesi veya sınırlanması değil; fakat tüketicilerin zararına olan reklamların durdurulmasıdır¹⁹².

Reklam Kurulu'nun tüzel kişiliği bulunmamaktadır ve söz konusu kurul Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'na bağlıdır. Bu kapsamda, kurul kararları Bakanlık tarafından uygulanmaktadır (TKHK m. 17/1). Reklam Kurulu Sanayi ve Ticaret Bakanı tarafından görevlendirilen bir genel müdür önderliğinde yürütülmekte olup, yirmi dokuz kurul üyesinden oluşmaktadır. Söz konusu kurul çeşitli meslek ve sivil toplum örgütleri ile kamu kurum ve kuruluşlarının temsilcilerinden oluşmaktadır. (TKHK m. 17/3).

TKHK'nın 17. maddesine göre, kurul üyelerinin görev süreleri üç yıldır. Süresi biten üyeler yeniden görevlendirilebilir veya seçilebilir. Üyelikler herhangi bir nedenle boşaldığı takdirde boşalan yerlere bir ay içerisinde yeni bir üye görevlendirilir veya seçilir. Kurul en az ayda bir defa veya ihtiyaç duyulduğu her zaman Reklam Kurulu Başkanı'nın çağrısı üzerine toplanır. Kurul Başkan dahil en az on dört üyenin hazır bulunması ile toplanır ve toplantıya katılanların çoğunluğu ile karar verir¹⁹³ (TKHK m. 17/6).

Reklam Kurulu'nun karar alma mekanizmasının isabetli olmadığı düşüncesindeyiz. Zira, on dört üyenin hazır bulunmasının kararın alınmasında yeterli olması, kararların o günkü toplantıya katılan üyelerin ağırlığına göre

¹⁹¹ **F. O. Ranke**, Maxiner/Schottöfer (Ed.), Advertising Law Europe and North America, Kluwer, 1992, s. 111.

¹⁹² **Göle**, s. 71; **Timothy J. Muris**, Economics and Consumer Protection, Antitrust Law Journal, V. 60(1), 1991, s. 116 - 117.

¹⁹³ **Şahin**, s. 76; **Bozbel**, s. 133.

farklılık arz etmesine yol açabilecektir¹⁹⁴. Bu durumda da, Reklam Kurulu kararlarında istikrarın sağlanması sektöre uğrayabilecektir¹⁹⁵.

Bunun yanında, TKHK'nın 17/3-b,f madde hükmü uyarınca, yirmi dokuz kişilik bir kurulda sadece iki üyenin hukukçu olması gerekliliği oldukça isabetsizdir. Zira, bu şekilde reklam hukukuna ilişkin olarak yaşanan sorunların hukuki açıdan incelenmesi ve değerlendirilmesi yapılmaksızın, üyelerin salt şahsi kanaatleri ve tecrübeleri doğrultusunda kararların alınması hukuk güvenliğini bozmaktadır¹⁹⁶. Bunun yanında, Reklam Kurulu tarafından alınan kararlar içerisinde, karara konu reklamların neden hukuka aykırı oldukları tatmin edici bir şekilde belirtilmemektedir¹⁹⁷.

Reklam Kurulu'na başvurular yazılı olarak yapılır. Başvuru sahibinin (gerçek veya tüzel kişi) adı veya ticari unvanı ve adresini içermeyen başvurular Reklam Kurulu tarafından incelemeye alınmamaktadırlar. Başvurular aynı zamanda Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın resmi internet sitesinden de yapılabilmektedir¹⁹⁸.

TKHK'nın 16. maddesine aykırı hareket ettiği tespit edilenlere, TKHK'nın 25/8. maddesinde belirtilen cezalar uygulanmaktadır. Bu maddeye göre, TKHK'nın 16. maddesine aykırı hareket edenler hakkında Reklam Kurulu tarafından ihlalin niteliğine göre birlikte veya ayrı ayrı üç aya kadar tedbirin durdurma, durdurma, düzeltme veya 6.720 Türk Lirası tutarında idari para cezası verilmektedir. Söz konusu maddeye aykırılık, ülke düzeyinde yazılı, sözlü, görsel ve sair araçlar ile gerçekleşmiş ise, idari para cezası on katı olarak uygulanmaktadır. Ayrıca, ihlalin bir yıl içerisinde tekrar edilmesi halinde, söz konusu para cezası iki misli olarak uygulanacaktır. TKHK'nın 26/2. maddesi

¹⁹⁴ **Hamdi Pınar**, Reklam Hukukunun Esasları, Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan, İstanbul 2008, s. 539.

¹⁹⁵ Aynı yönde bkz. **İnal/Baysal**, s. 81.

¹⁹⁶ **İnal/Baysal**, s. 82.

¹⁹⁷ **Ezgi Aygün**, Sağlık Sektöründe Reklam, Ankara 2007, s. 54.

¹⁹⁸ www.sanayi.gov.tr

gereğince, cezalar yedi gün içerisinde Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından ilgilinin mensup olduğu meslek kuruluşuna da bildirilmektedir¹⁹⁹.

TKHK'nın 16. maddesi kapsamında verilen idari para cezalarına karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içerisinde yetkili idare mahkemelerinde itiraz edilebilir. Söz konusu itiraz, Reklam Kurulu tarafından verilen para cezasının yerine getirilmesini durdurmamaktadır. İtiraz üzerine, yetkili idare mahkemesi tarafından verilen karar kesin karar niteliğindedir²⁰⁰.

İtirazı takiben idare mahkemesi tarafından verilen kararlar aleyhine temyiz yoluna başvurulamayacak olunmasının isabetsiz olduğu düşüncesindeyiz. Bu durum Reklam Kurulu'nun oluşumu nazara alındığında büyük önem arz etmektedir. Zira, Reklam Kurulu üyelerinin yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere, az sayıda hukukçu içermesi, itiraz üzerine idare mahkemesi tarafından verilen kararlar aleyhine temyiz yoluna başvurulamaması nedeniyle büyük bir sakınca arz etmektedir. Buna karşın, Danıştay tarafından Reklam Kurulu kararlarına ilişkin idare mahkemesi kararlarının, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 51. maddesi uyarınca kanun yararına temyiz olunabileceği kabul edilmektedir²⁰¹.

Reklam Kurulu tarafından verilen para cezaları her ne kadar caydırıcılık niteliğini haiz olsa da, çok sık uygulanıyor olması ve ceza miktarlarının oldukça yüklü miktarları ihtiva ediyor olması serbest piyasanın olumsuz yönde etkilenmesine neden olabilmektedir. Zira, rakipler tarafından salt ekonomik zarar vermek amacıyla Reklam Kurulu'na şikayetler yapılabilmekte; bu durum da serbest piyasanın özgür bir şekilde işlemlerini engelleyebilmektedir. Dolayısıyla, Reklam Kurulu tarafından verilen para cezalarının derin bir

¹⁹⁹ **Bozbel**, s. 134.

²⁰⁰ **Bozbel**, s. 134.

²⁰¹ **İnal/Baysal**, s. 83; Danıştay 10. Dairesi'nin 2002/4988E., 2002/3681K. sayılı ve 09.10.2002 tarihli kararı; Danıştay 10. Dairesi'nin 2002/5427 E., 2002/3682 K. sayılı ve 09.10.2002 tarihli kararı; Danıştay 10. Dairesi'nin 2004/11660 E., 2005/1181 K. sayılı ve 21.03.2005 tarihli kararı.

süzgeçten geçirilerek uygulanması hem işletmeler, hem de mecra kuruluşları açısından yerinde olacaktır²⁰².

Türk Reklam Kurulu'nun karşılaştırmalı reklamlara ilişkin kararları incelendiğinde, söz konusu kararlara konu reklamların neden hukuka aykırı oldukları hususunun genel olarak gerekçeli bir şekilde ifade edilmediği görülmektedir. Kararlarda, kısaca neden belirtilmekle birlikte, varılan kararın hukuki temelleri detaylı bir şekilde ele alınmamaktadır. Bu durumda, söz konusu kararların reklam verenler tarafından emsal olarak benimsenmesi zorlaşmakta; Reklam Kurulu'nun karşılaştırmalı reklamlara ilişkin yaklaşımı ve görüşleri tam olarak idrak edilememektedir. Dolayısıyla, söz konusu kararların uygulamaya ışık tutması imkanı oldukça azalmaktadır. Halbuki, kararların daha açık ve net gerekçelerle belirtilmesi reklam verenlerin kendi özdenetimlerini yapmaları açısından ve reklamları içerisinde yer verecekleri karşılaştırmalara ilişkin sınırların belirlenmesi bakımından büyük önem arz etmektedir.

Bunun yanında, Reklam Kurulu kararlarının çoğunluğunda eksik ve yetersiz inceleme yapılarak karara bağlandığı anlaşılmaktadır. Bu hususun da, büyük sakınca yarattığı izahtan varestedir. Zira, eksik ve yetersiz inceleme sonucunda verilen hatalı kararlar, karara konu reklam verenin haksız bir şekilde yaptırıma tabi tutulması sonucunu doğurabilecek, daha da önemlisi karşılaştırmalı reklama ilişkin sınırlamaların yanlış bir şekilde algılanmasına neden olabilecektir. Bu durumun yarattığı en önemli sakınca, hangi karşılaştırmalı reklamlara cezai yaptırım uygulanması gerekeceği hususu belirgin ve istikrarlı bir şekilde ortaya çıkmadığından, reklam verenler tarafından karşılaştırmalı reklam yapılmasından kaçınılması olacaktır. Zira, sınırları tam olarak belirli olmayan bir uygulama neticesinde, ne şekilde karşılaştırma yaparsa cezai yaptırıma tabi tutulmayacağını bilemeyen reklam verenler, doğal olarak karşılaştırmalı reklamlara çekinceli yaklaşacaktır. Bunun sonucu olarak ise, tüketici, karşılaştırmalı reklamların olumlu etkisinden mahrum kalacaktır.

²⁰² Bozbel, s. 135.

Bu durumun, yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere, Reklam Kurulu'nun yapısından kaynaklandığı düşüncesindeyiz. Zira, Reklam Kurulu bünyesinde az sayıda hukukçu üye bulunmaktadır ve dolayısıyla, hukuki açıdan kapsamlı ve detaylı bir inceleme gerektiren kararlar, hukukçu üye sayısı oldukça az bir Reklam Kurulu tarafından verilmektedir. Dolayısıyla, Reklam Kurulu'nun etkin ve yetkin bir inceleme ve değerlendirmenin gerçekleştirilmesi imkanı daha en baştan engellenmektedir.

Belirtilen bu hususların yanı sıra, söz konusu kararlarda ağır idari para cezalarının verilmiş olduğu gözlemlenmektedir. Bu durumda, eksik ve yetersiz bir inceleme neticesinde, gerekçesi tam olarak ifade edilmeksizin reklam verenler ağır idari para cezalarına tabi tutulmaktadır. Yukarıda belirtmiş olduğumuz sakınca, yani reklam verenlerin karşılaştırmalı reklamlar bakımından çekimser davranması, burada da ortaya çıkmaktadır. Zira, sınırlardaki belirsizlik ve verilen ağır idari para cezaları nedeniyle reklam verenler karşılaştırmalı reklam yapmaktan kaçınmakta ve bu durumda tüketicinin yanı sıra, bizzat reklam verenler de karşılaştırmalı reklamın olumlu etkilerinden mahrum kalmaktadır. Bu hususun, serbest piyasa rekabetini engelleyici nitelikte olduğu düşüncesindeyiz.

Yukarıda belirtilen hususlar ışığında, kanaatimizce, Reklam Kurulu'nda yapısal değişiklikler gerçekleştirilmeli ve kurul bünyesinde bulunan hukukçu üye sayısı artırılmalıdır. Bu şekilde, yeterli ve etkin bir inceleme ve değerlendirme sonucunda, gerçek gerekçelere sahip kararlar oluşturulabilecek ve orantılı yaptırımlara hükmedilmesi mümkün hale gelebilecektir.

2. Radyo Televizyon Üst Kurulu

3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 8/1. maddesinde RTÜK'ün yine aynı kanunun 19 ile 22. maddeleri arasında belirtilmiş olan reklamlara ilişkin kurallara aykırı hareket edenlere gerekli müeyyidelerin uygulanması konusunda yetkilendirilmiş olduğu görülmektedir. Bu çerçevede, RTÜK tarafından Radyo ve Televizyon

Yayınlarnın Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik yayınlanmış olup, söz konusu yönetmelikte reklamlara ilişkin usul ve esaslar belirlenmiştir²⁰³.

Radyo ve Televizyon Yayınlarının Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik'in 22. maddesinde yönetmelik kapsamında belirlenmiş olan usul ve esaslara aykırı surette yapılan reklamların radyo ve televizyonlarda yayınlanmasından yayıncı kuruluşun sorumlu olacağı; yayıncı kuruluşların, reklamların kendi kuruluşlarının dışında hazırlandığı, içeriğine veya biçimine müdahale imkanlarının olmadığı veya bu tür reklamların başka araçlarla da duyurulduğu gerekçeleri ile sorumluluktan kurtulamayacakları hükme bağlanmıştır²⁰⁴.

RTÜK kararlarının içeriğine ulaşamadığından, söz konusu kararların incelenmesi mümkün olmayıp bu kararların isabetli olup olmadığı konusunda bir bilgi de elde edilememektedir²⁰⁵. Bu bakımdan RTÜK uygulamaları hakkında söylenebilecek olan temel husus, bu uygulamaların son derece gizli ve bu durumun demokratik bir ülkede kabul edilemez olduğudur²⁰⁶.

B- Reklamın Özdenetimi

1. Reklam Özdenetim Kurulu

Türkiye'de reklamların özdenetimi, 1994 yılında kurulan "Reklam Özdenetim Kurulu - RÖK" tarafından gerçekleştirilmektedir. RÖK, 27 Nisan 1994 tarihinde Reklam Verenler Derneği ve Reklamcılar Derneği üyeleri tarafından kurulmuş olup reklam veren, reklam ajansları, televizyon, basın, açık hava ve radyo mecralarından, üniversitelerden ve İstanbul Barosu'ndan olmak üzere toplam 23 temsilciden oluşmaktadır²⁰⁷ (RÖK İçtüzüğü § 2.1).

²⁰³ Bu konuda detaylı mevzuat açıklamaları için bkz. **Avşar/ Elden**, s. 153 vd.

²⁰⁴ **Avşar**, s. 15; **Şahin**, s. 77.

²⁰⁵ **İnal/Baysal**, s. 100.

²⁰⁶ **İnal/Baysal**, s. 100; **Aygün**, s. 54 - 55.

²⁰⁷ <http://www.rok.org.tr/ilkeler.html>

RÖK, tüketiciler, tüketici örgütleri, meslek kuruluşları veya rakipler tarafından yapılan şikayetleri Milletlerarası Ticaret Odası'nın Reklam Uygulama Esasları içerisinde belirlenen hükümler kapsamında karara bağlamaktadır. RÖK'ün bir diğer işlevi ise, reklam ajansı, reklam verenler veya mecra kuruluşları tarafından talep edilmesi halinde yayın öncesi reklamlara ilişkin danışmanlık hizmeti sağlamasıdır. Ayrıca, RÖK, reklam sektöründeki gelişmeleri dikkate alarak reklam esaslarını belirleme, geliştirme ve zenginleştirme görevini de üstlenmiş bulunmaktadır²⁰⁸ (RÖK İçtüzüğü § 3).

RÖK, Uluslararası Reklam Uygulama Esasları'na aykırı bulduğu reklamların düzeltilmesini veya yayınlanmamasını reklam verenden talep edebilmektedir. RÖK, bu görevini yasal bir zorunluluğa dayalı olarak değil, kamuoyuna vermiş olduğu taahhüt gereği yerine getirmektedir²⁰⁹.

İlk Milletlerarası Ticaret Odası Reklam Uygulama Esasları, uluslararası düzeyde kabul görececek biçimde, 1937 yılında yayımlanmıştır. O tarihten bu yana da, söz konusu esaslar sürekli olarak güncellenmiş ve zaman içinde satış promosyonu, sponsorluklar, doğrudan pazarlama, elektronik mecralar, çevreye duyarlı reklam, pazar araştırması, doğrudan satış gibi alanlar için ayrı ayrı uygulama esasları getirilmiştir.

Uluslararası Reklam Uygulama Esasları'nın birincil amacı, ticari iletişim alanında özdenetim esaslarını ortaya koymaktır²¹⁰. Bunun yanı sıra, söz konusu esaslar uygulamadaki yasalar çerçevesinde mahkemeler tarafından kaynak belge olarak kullanılmaktadır.

²⁰⁸ **Avşar/ Elden**, s. 87 - 90.

²⁰⁹ **Bozbel**, s. 130; **İnal/Baysal**, s. 101.

²¹⁰ **Avşar/ Elden**, s. 43.

1 Nisan 1994 - 30 Haziran 2009 tarihleri arasında RÖK'e toplam 2171 adet başvuru yapılmış, bunlardan 1179 adet başvuru esasa aykırı bulunmuştur. Karşılaştırmalı reklamlarla ilgili olarak ise 80 adet başvuru yapılmış, bunlardan 54 adedi esasa aykırı bulunmuştur²¹¹.

Uluslararası Reklam Uygulama Esasları aşağıdaki amaçların gerçekleştirilmesini hedeflemektedir²¹²:

- Tüm dünyada reklam ve pazarlama iletişimi konularında sorumlu davranış biçimini ve en iyi örnekleri sergilemek, kamuoyunun genel anlamda pazarlama iletişimine olan güvenini artırmak,
- Kişilik haklarına ve tüketici tercihlerine saygı göstermek,
- Özellikle çocuklara ve gençlere yönelik olarak gerçekleştirilen pazarlama iletişiminde sorumlulukları göz ardı etmemek,
- Pazarlama iletişimini gerçekleştiren kişilerin ifade özgürlüğünü sağlamak,
- Pratik ve esnek çözümler sunmak,
- Yasal uygulamalara olan gereksinimi en aza indirmek.

Uluslararası Reklam Uygulama Esasları'nın 1. maddesi aşağıdaki gibidir:

“Bütün pazarlama iletişimi yasal, ahlaki, dürüst ve doğru olmalıdır. Reklamın yasal olması, mevzuata (yasa, tüzük, yönetmelik, genelge, tebliğ) uygunluğu ifade eder.

Tüm pazarlama iletişimi toplumsal ve profesyonel sorumluluk bilinciyle hazırlanmalı ve iş yaşamında genel kabul gören dürüst rekabet ilkelerine uygun olmalıdır.

Hiçbir iletişim, kamuoyunun reklama olan güvenini sarsıcı nitelikte olmamalıdır.”

²¹¹ <http://www.rok.org.tr/incelenendosya.asp>

²¹² Avşar/ Elden, s. 87.

Uluslararası Reklam Uygulama Esasları'nın 26. maddesi ise,

“Hiçbir reklam veren, iletişim uygulamacısı veya reklam ajansı, yayıncı, mecra ya da aracısı, ilgili özdenetim organı tarafından uygun bulunmayan bir reklam ya da pazarlama iletişiminin yayınına ya da dağıtımına katılmamalı, aracılık etmemelidir.”

şeklinde hükme bağlanmıştır. Bu madde ile kurallara aykırı reklamların durdurulması ve/veya düzeltilmesi hedeflenmektedir. RÖK tarafından verilen kararlara reklamcılar çoğunlukla uymaktadırlar. RÖK tarafından verilen kararlara uyulmamasının herhangi bir yaptırımını bulunmamasına rağmen, reklam verenler tarafından sıklıkla uyulduğu gözlemlenmektedir²¹³.

Özdenetimin yukarıda belirtilen işlevi sayesinde, mahkemelerin ve idari denetimlerin iş yükü hafifletmekte ve bu sayede daha ucuz ve hızlı bir şekilde özdenetim gerçekleştirilmektedir²¹⁴. Reklamların denetiminde en önemli hususun hukuka aykırı reklamın en kısa sürede durdurulması ve/veya düzeltilmesi olduğu göz önüne alındığında, özdenetimin ne kadar etkili ve önemli bir denetim mekanizması olduğu görülmektedir.

Özdenetim faaliyetleri asıl olarak aşağıdaki hususların yerine getirilmesini kapsamaktadır²¹⁵:

- Reklamcılık standartlarının belirlenmesi,
- Söz konusu standartların tüm reklam sektörü tarafından bilinmesinin ve kabul edilmesinin sağlanması,
- Reklam verenlere ve reklam ajanslarına danışmanlık sağlanması,

²¹³ **Bozbel**, s. 130; **İnal**, s. 96.

²¹⁴ **Zakir Avşar**, Reklamların Tüketici Politikası Yönünden Değerlendirilmesi Denetimi ve Türkiye, RTÜK İletişim Dergisi, Mayıs-Haziran 2000, S. 17, s. 13.

²¹⁵ **J.J. Boddewen**, Advertising Self-Regulation and Outside Participation: A Multinational Comparison, Quorum Boks, 1988, s. 2 - 5.

- Kurallara reklam verenler ve ajanslar tarafından uyulup uyulmadığının denetlenmesi,
- Tüketici, rakip ve/veya diğer ilgililer tarafından yapılan şikayetlerin incelenmesi ve çözüme kavuşturulması,
- İhlallerin cezalandırılması.

Uluslararası Reklam Uygulama Esasları'nın 8. ve 11. maddesi incelendiğinde, RÖK'ün karşılaştırmalı reklamlara ilişkin olarak nasıl bir uygulama içinde olduğu görülmektedir. Bu maddelerde, rakip ürün markasının, kendisinin ve/veya ambalajının reklamda gösterilmemesi; gerekli olması halinde mozaikleme yapılması²¹⁶ veya karşılaştırılan ürün veya hizmetin aynı nitelikte veya aynı ihtiyacı²¹⁷ karşılıyor olması gerektiği vurgulanmaktadır. Bunun yanında, ayrıca rakip ürünün markasının veya ambalajının hiçbir surette tüketiciye çağrıştırılmıyor olması da belirtilmektedir. Söz konusu uygulamanın TKHK'nın 16. maddesi ve TTK Tasarısı'nın 55/I(a)-5 maddesi ile bağdaşmadığı düşüncesindeyiz. Zira, hem TKHK, hem de TTK Tasarısı'nda karşılaştırmalı reklamların açık veya örtülü yapılması hususunda herhangi bir kısıtlama öngörülmemektedir²¹⁸. Dolayısıyla, Uluslararası Reklam Uygulama Esasları'nda yer alan karşılaştırmalı reklamlara ilişkin düzenlemelerin TTK Tasarısı ve TKHK'ya göre daha sıkı olduğu görülmektedir.

Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik'te olduğu gibi Uluslararası Reklam Uygulama Esasları'nda da açıkça rakibin markasının kullanılamayacağı ifade edilmektedir. Her iki yerde de belirtilen “marka” ifadesinin net olmadığı ve burada kullanılan “marka”

²¹⁶ Reklam Kurulu'nun 14.05.2002 tarih ve 80 sayılı toplantısından 2001/127 sayılı “Calgon” kararına konu reklamda, kötülünen firmanın ürünü olan “konuk” markalı ürünün ambalajının reklamda görüntülenmesi, ayrıca üretici firma adının ambalajının üzerinde okunabilmesi ve “bip” sesinin çıkmasına rağmen ürün adının anlaşılabilmesi sebebiyle, söz konusu reklam TKHK'nın 16. maddesine aykırı bulunmuş ve reklam veren aleyhine idari para cezasına hükmedilmiştir.

²¹⁷ Reklam Kurulu'nun 08.04.2003 tarih ve 91 sayılı toplantısından 2002/112 sayılı kararında, reklamda aynı tür ve cinsten ürünlerin karşılaştırılmadığı gerekçesiyle reklam TKHK'nın 16 maddesine aykırı bulunmuş ve reklam veren aleyhine idari para cezasına hükmedilmiştir. Aynı yönde bkz. Zürih Kanton Mahkemesi'nin 24 Nisan 1997 tarihli kararı (ZR 1997, 141- “Denner Preisvergleich” kararı (www.swisslex.ch); Eberhad, s. 153).

²¹⁸ Bozbel, s. 131, dpn. 253.

kavramının ayrıca rakibin ticari unvan veya ayırt edici işaretlerini de kapsadığı düşüncesindeyiz²¹⁹.

Karşılaştırmalı reklamlarla dolaylı olarak ilgili olan Uluslararası Reklam Uygulama Esasları'nın 12. maddesinde ise, reklamların, doğrudan veya ima yoluyla, hiçbir şirketi, ürünü, ticari faaliyeti aşağılayıcı veya alay edici bir biçimde kötüleme içermemesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Yine, karşılaştırmalı reklamlarla dolaylı olarak ilgili olan 15. maddesinde ise, reklamların bir başka firma, şirket ya da kurumun adını, parafını ve/veya amblem, logo, diğer özgün kurumsal kimlik unsurlarını haksız biçimde kullanmaması gerektiği hükme bağlanmıştır. Görüldüğü üzere, söz konusu 12. ve 15. maddeler haksız rekabet kurallarına paralel hükümlerdir. Her iki madde de, karşılaştırmalı reklamların yapılması sırasında rakip ürün veya hizmete ilişkin olarak haksız yere incitici veya kötüleyici beyanlarda bulunulmamasını sağlamaktadır.

2. İstanbul Ticaret Odasının Dürüst Reklamcılık Konusunda Uyulması Zorunlu Mesleki Karar

İTO'nun dürüst reklamcılık konusundaki mesleki kararının amacı reklamların yürürlükteki mevzuata ve genel ahlak kurallarına uygun olmasını temin ederek reklamların dürüst ve doğru olarak kamuya sunulmasını sağlamaktır. Buna göre, İTO tarafından alınan mesleki karar içerisinde, öncelikle uyulması gereken genel esaslar belirlenmiştir. Bu esaslar, Milletlerarası Ticaret Odası tarafından yayınlanmış olan Uluslararası Reklam Uygulama Esasları ile paralellik göstermektedir²²⁰.

Karara uymadığı gerekçesiyle şikayet edilen reklamların kontrolü ise yine İTO tarafından kurulan Değerlendirme Kurulu tarafından gerçekleştirilmektedir.

²¹⁹ Bozbel, s. 133.

²²⁰ Göle, s. 144-145.

Kurul, İTO yönetim kurulundan bir üyenin başkanlığında iki reklam firması sahibi veya yöneticisi, üç gazetenin reklam müdürü, İTO Hakem-Uzlaştırıcı Hakem Bilirkişi listesinden seçilecek 3 üye, TRT'den bir temsilci, iki özel televizyon kuruluşu ile iki özel radyo kuruluşundan birer temsilci, reklam verenleri temsilen seçilecek bir üye ve merkezi İstanbul'da bulunan tüketici derneklerinin kendi aralarından seçecekleri bir temsilciden oluşmaktadır.

Mesleki karara aykırılığın tespiti halinde, uygulamanın durdurulması veya reklam verenden, daha sonraki reklamlarda karara uymayan hususları düzeltici duyurma veya uygulama yapması talep edilebilmektedir²²¹.

Görüldüğü üzere, İTO'nun dürüst reklamcılık konusundaki mesleki kararı gerek reklamların özdenetimi gerekse hukuka aykırı karşılaştırmalı reklamlar yapılması halinde, uygulanabilecek müeyyideler açısından önemli bir düzenlemedir. Ancak kararın sadece İTO'nun faaliyet sınırları içerisinde yapılan reklamlar ile sınırlı olması nedeniyle, söz konusu mesleki kararın etkinliği büyük ölçüde azalmaktadır. Dolayısıyla bu nitelikteki bir mesleki kararın diğer ticaret odaları tarafından da kabul edilmesi ve uygulanması gerekmektedir²²².

C- Özel Hukuk Davaları

1. Genel Olarak

TKHK kapsamında tüketicinin hukuka aykırı reklamlar karşısında başvurabileceği yollar oldukça sınırlıdır. TKHK'nın 16. ve 17. maddeler ve yönetmelik hükümleri doğrultusunda, tüketicinin Reklam Kurulu'na başvurması mümkündür. Ayrıca, karşılaştırmalı reklamın aldatıcı nitelik taşıması durumunda tüketici TKHK'nın 4. maddesinde düzenlenen ayıplı mal ve hizmete ilişkin olarak öngörülen şartların gerçekleşmesiyle, söz konusu maddede tanınan haklardan faydalanması da söz konusu olabilecektir.

²²¹ Vildan Yazıcı, Reklamcılık Sektör Profili, İstanbul Ticaret Odası, Mayıs 2004, s.14.

²²² Göle, s. 146.

Belirtilen bu seçenekler dışında; tüketiciler genel hükümler çerçevesinde, aldatıcı nitelikteki karşılaştırmalı reklamlar sebebiyle dava açma imkanına sahiptir. Bu imkanların başında, TTK'nın haksız rekabete ilişkin düzenlemeleri gelmekte, ayrıca tüketicinin Borçlar Kanunu'nun hileye ve ayba karşı tekeffüle ilişkin hükümlerinden yararlanması da mümkün görülmektedir. Ancak, tüketicinin aldatıcı reklamlarla ilgili olarak bu hükümlerden her zaman faydalanması mümkün olmamaktadır. Zira bu hükümlerin uygulanabilmesi, öngörülen şartların gerçekleşmesine bağlıdır. Burada belirtmek gerekir ki, karşılaştırmalı reklamlar bakımından ayba karşı tekeffül ve hileye ilişkin hükümlerin uygulanması temelde karşılaştırmalı reklamın yanlış ve yanıltıcı ibareler içermesine ve dolayısıyla aldatıcı niteliği haiz bulunmasına bağlıdır. Bu noktada, aslında, karşılaştırmalı reklamlara ilişkin olarak ayba karşı tekeffül ve hileye ilişkin hükümlerin uygulanması, karşılaştırmalı reklamın aynı zamanda aldatıcı reklam olarak nitelendirilmesine bağlıdır.

Bunun yanında, tüketicilere ek olarak, rakipler tarafından da karşılaştırmalı reklam verene karşı dava açılması mümkündür. Bu kapsamda açılacak dava, karşılaştırmalı reklamın kötüleme, aldatıcılık veya benzeri bir hukuka aykırılık nedeni ile haksız rekabete sebebiyet vermesi durumunda söz konusu olacaktır.

Aşağıda, karşılaştırmalı reklama karşı tüketiciler ve rakipler tarafından açılacak özel hukuk davaları, dayanılan hukuki sebeplere göre sırasıyla hile, ayıp ve haksız rekabet incelenecektir. Bu davaların tüketiciler tarafından Borçlar Kanunu ve TKHK kapsamında açılabilmesi için ön koşul olarak bu tüketicilerin zarar görmüş olmaları gerekmektedir. Buna karşılık, rakipler zarar görme ihtimalinin varlığı halinde dahi TTK kapsamında karşılaştırmalı reklamın durdurulmasına yönelik dava açabilmektedir. Ayrıca, müşterilerin (tüketicilerin) iktisadi menfaatlerinin zedelenmesi durumunda, haksız rekabet hükümlerine dayanarak dava açmaları mümkündür. Dolayısıyla, tüketicinin hem Borçlar Kanunu hem TKHK hükümleri hem de TTK hükümlerine dayanarak dava açması söz konusu olabilmektedir. Bu durumda, tüketicilerin Borçlar Kanunu ve TKHK kapsamında zarar görmüş olması ve dolayısıyla bu kanunlar kapsamında

dava açması halinde, sözleşmeden dönme, ürünün iadesi, ürün değişimi ve benzeri hak ve taleplerden yararlanması mümkün olabileceken, TTK hükümlerine dayanarak dava açmaları halinde ise, sadece haksız rekabet nedeniyle uğradıkları zararın tazmini talep edebileceklerdir.

2. Borçlar Hukuku Temelli Talepler

a. Hileye İlişkin Hükümlerin Uygulanması

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, karşılaştırmalı reklamların hukuka aykırılık durumlarından biri de yanlış veya yanıltıcı nitelikte olmalarıdır. Bu kapsamda, yanlış veya yanıltıcı nitelikte olan karşılaştırmalı reklamların tüketiciyi aldatıcı nitelikte olması söz konusu olabilecektir.

Hile, iradeyi sakatlayan sebeplerden biri olarak Borçlar Kanunu'nun 28. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin ilk fıkrasına göre, taraflardan biri, diğer tarafı kasıtlı şekilde aldatarak bir sözleşme yapmaya sevk etmiş ise, hata esaslı olmasa bile, sözleşme aldatılan tarafı için bağlayıcı değildir²²³. Hile, bilerek ve isteyerek yani kasten sözleşmenin karşı tarafını aldatmayı ifade eder. Hile, iradenin oluşumu sırasındaki bir sakatlıktır²²⁴. Bu kapsamda, aldatıcı nitelikteki bir karşılaştırmalı reklam etkisiyle mal veya hizmet satın alan tüketici, Borçlar Kanunu'nun 28. maddesi kapsamında dava açmak hakkına sahip olabilecektir.

i. Borçlar Kanunu'nun Hileye İlişkin Hükümlerinin Reklamlar Bakımından Uygulanmasının Şartları

1. Aldatıcılık

Hileye ilişkin hükümlerin uygulanması için öncelikle, karşılaştırmalı reklamın aldatıcı bir niteliğe sahip olması ve tüketiciyi reklam konusu mal veya

²²³ Oğuzman/ Öz, s. 93 vd.

²²⁴ Safa Reisoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2010, s. 119.

hizmete ilişkin olarak yanılgıya düşürmesi gerekmektedir. Zira, hilenin varlığı için gereken ilk şart, sözleşmenin karşı tarafını aldatmaya yönelik bir davranışın bulunmasıdır. Aldatma fiili, doğru olmayan niteliklerin ileri sürülmesi veya bazı hususların gizlenmesi gibi çeşitli şekillerde kendini gösterebilir²²⁵. Birinci halde, eyleme dayanan hile; ikinci halde, susmaya dayanan hile söz konusudur²²⁶. Karşılaştırmalı reklamlar bakımından ise asıl olarak, doğru olmayan niteliklerin ileri sürülmesi ve reklam konusu mal veya hizmetin karşılaştırma konusu edilen rakip mal veya hizmete nazaran daha iyi olduğunun doğru olmayan iddia ve beyanlarla desteklenmesi söz konusu olabilmektedir.

2. *Aldatıcı Reklamın Satıcı Tarafından Yapılması ya da Satıcının Reklamdaki Aldatıcılığı Bilmesi*

Borçlar Kanunu'nun 28. maddesinin 1. fıkrasında "*diğer tarafın hilesiyle akit icrasına mecbur olan tarafın hatası esaslı olmasa bile o akit ile ilzam olunamaz*" denilmektedir. Bu kapsamda, söz konusu hükmün reklamlar bakımından uygulanabilmesinin ikinci şartı, aldatıcı reklamın sözleşmenin tarafı olan kişi tarafından gerçekleştirilmiş olmasıdır. Burada, sadece satıcı "diğer taraf" durumundadır. Dolayısıyla, ancak, reklamın satıcı tarafından yapılması halinde Borçlar Kanunu'nun 28. maddesinin 1. fıkrası uygulama alanı bulabilecektir. Reklamın satıcı tarafından değil de üçüncü bir kişi tarafından, daha açık bir ifade ile üretici veya pazarlayıcı firma tarafından yapıldığı durumlarda, hileye ilişkin hükümlerin uygulanması imkanı kalmayacaktır²²⁷. Bu durumda, örneğin, bir deterjan markasına ilişkin karşılaştırmalı reklam içerisinde hile olarak nitelendirilebilecek derecede aldatıcı unsurların var olması halinde, bu reklam nedeni ile söz konusu ürünü almaya karar veren tüketici satım akdini market veya benzeri bir perakendeci ile kuracağından Borçlar Kanunu'nun 28. maddesinin 1. fıkrasına başvurulması mümkün olmayacaktır. Zira, söz konusu reklam üretici veya distribütör tarafından yayımlanmakta iken, alım satım ilişkisi tüketici ile reklam veren üretici veya distribütör arasında

²²⁵ **Reisoğlu**, s.119-120.

²²⁶ Susmanın hile sayılmasına ilişkin olarak bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s. 446-447; **Eren**, s. 359-360.

²²⁷ **Göle**, Aldatıcı Reklamlar, s. 150.

değil, perakendeci arasında kurulmaktadır. Bu durumda, aldatıcı hareket satım akdinin tarafınca gerçekleştirilmediğinden Borçlar Kanunu'nun 28. maddesinin 1. fıkrasına başvurulması imkanı söz konusu olmayacaktır. Ancak, üreticinin satış ağının bir bütün olarak değerlendirilmesi ve dolayısıyla reklam veren tarafından ürünleri satışı hususunda yetkilendirilen yetkili satıcılar ile kurulan sözleşme kapsamında tüketicinin hile hükümlerine dayanarak dava açabilmesi imkanının kabul edilmesi de düşünülebilecektir. Zira, geniş dağıtım ağı içerisinde tüketici çoğunlukla reklam veren ile birebir ilişki kurmamakta ve fakat onun yetkilendirdiği kişiler ile sözleşme ilişkisine girmektedir. Bu noktada, hakkaniyet gereği tüketicinin korunması için, böyle bir imkanın tanınabilmesi isabetli olacaktır.

Borçlar Kanunu'nun 28. maddesinin 2. fıkrasında ise, üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilen hile düzenlenmiş ve kural olarak üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilen hilenin sözleşmenin akıbetine etki etmeyeceği belirtilmiştir. Ancak, sözleşmenin tarafı (satıcı), sözleşmenin kurulması aşamasında üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilen hileyi biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, aldatılan tarafın hileye ilişkin hükümlere başvurusu imkanı söz konusu olacaktır. Dolayısıyla, aldatıcı reklamın üretici ya da distribütör tarafından yapıldığı durumlarda, Borçlar Kanunu'nun 28. maddesinin 2. fıkrasından faydalanmak isteyen kişi, satıcının reklamdaki aldatıcılığı bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat etmesi gerekecektir²²⁸. Bu durumda, az önce verdiğimiz örnek ele alındığında, perakendeci deterjan reklamı içerisindeki aldatıcı unsurunu biliyor veya bilmesi gerekiyor ise tüketicinin hileye ilişkin hükümlere başvurusu mümkün olabilecektir.

3. *Reklamda Aldatma Kastı Bulunması*

Hilenin varlığından bahsedilebilmesi için, aldatıcı nitelikteki davranışların kasten yapılmış olması gerekmektedir. Aldatma kastı; hile yapan kişinin, karşı tarafı sözleşme yapmaya sevk etmek için bilerek ve isteyerek

²²⁸ Aslan, s. 263.

gerçek dışı beyanda bulunmuş olması anlamına gelmektedir²²⁹. Aldatıcı reklamlar bakımından hileye ilişkin hükümlerin uygulanması için, aldatıcı reklam yapan kişide, tüketiciyi aldatmak ve tüketicinin gerçeği bilmesi halinde yapmayacak olduğu bir sözleşmeyi yapmaya sevk etmek niyetinin bulunması gerekmektedir. Ancak, hilenin gerçekleşmesi için aranan kasıt ispat bakımından büyük zorluk içerdiğinden, tüketicinin hileye ilişkin hükümlerden faydalanabilmesi bakımından en büyük engel olarak karşımıza çıkmaktadır²³⁰.

Bu noktada, reklam içerisinde abartılı ifadelerin kullanılmasının aldatıcı bir etkiye sahip olduğu durumlarda, hilenin varlığından söz edilip edilemeyeceği sorusu gündeme gelmektedir. Reklam içerisinde, abartılı unsurların kullanılması sıklıkla karşılaşılan bir unsur olup reklam verenler, reklam konusu mal veya hizmetlerini övmek amacı ile abartılı unsur ve ifadeler kullanmaktadırlar. Kanaatimizce, kural olarak, övünme amacıyla söylenmiş abartılı sözler, hile oluşturmamaktadır. Ancak, reklam veren övünmek amacı ile gerçekleştirdiği gerçek dışı beyanların, tüketici tarafından sözleşmenin yapılmasına yol açtığını biliyorsa hile hükümlerinin uygulanabilmesi söz konusu olabilecektir. Bu noktada, reklam niteliğinde abartılmış ifadeler hile sayılmazken, tüketicinin malı satın almasına etki edebilecek objektif konularda yanlış, yanıltıcı veya abartı sınırlarını aşan ifadeler hile niteliğinde sayılabilecektir²³¹.

4. *Sözleşmenin Yapılmasında Aldatıcı Reklamın Etken Olması*

Aldatıcı nitelikteki karşılaştırmalı reklamlar bakımından hileye ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi için bir diğer şart ise, satım sözleşmesinin, aldatıcı nitelikteki reklam sonucunda kurulmuş olması, yani illiyet bağıdır. Sözleşme, aldatıcı reklam etkisi ile değil de başka etkenlerin sonucu olarak kurulmuşsa, illiyet bağı kurulmamış olacaktır²³². Bu durumda, tüketicinin aldatıcı nitelikteki

²²⁹ Eren, s. 358 vd.

²³⁰ Göle, Aldatıcı Reklamlar, s. 150.

²³¹ Örs, s. 29.

²³² Kılıçoğlu, s. 141.

karşılaştırmalı reklam nedeniyle reklam konusu mal veya hizmeti satın alması gerekmektedir. Aksi takdirde, reklamda kullanılan aldatıcı ifadeler nedeni ile reklam konusu mal veya hizmeti satın almayan bir tüketicinin hileye ilişkin hükümlere başvurması mümkün olmayacaktır. Karşılaştırmalı reklam içerisinde kullanılan yanlış veya yanıltıcı ifadeler, gerçekten aldatıcı nitelikte olsa dahi, reklam nedeni ile reklam konusu mal veya hizmeti satın almayan bir tüketicinin, sonradan reklam içerisinde kullanılan beyanların aldatıcı nitelikte olduğundan bahisle hileye ilişkin hükümlere dayanması imkanı bulunmamaktadır.

ii. Karşılaştırmalı Reklam Nedeniyle Aldatılan Tüketicinin Tanınan Hakları

1. Sözleşmeyi Feshetme Hakkı

İrade sakatlığı hallerinden biri olan hile, hileye uğrayan kişiye, öncelikle sözleşmeyi feshetme hakkını vermektedir. İrade sakatlığı altında yapılan bir sözleşmenin akıbeti, iradesi sakatlanan tarafın karar ve davranışına bağlıdır²³³. İradesi sakatlanan kişi sözleşmeyle bağlı kalmazken, diğer taraf, kendisine karşı akdin hükümsüzlüğü ileri sürülmediği müddetçe, akdettiği sözleşme ile bağlı olacaktır. Ancak aldatılan taraf sözleşmenin hükümsüzlüğünü ileri sürdüğünde, sözleşme, her iki taraf için de geçersiz hale gelmektedir.

Hile ile iradesi sakatlanan taraf sözleşme ile bağlı olmadığını, tek taraflı ve karşı tarafa varması gerekli bir irade beyanı ile kullanır. Bu beyan, yenilik doğurucu nitelikte olup karşı tarafa ulaşmakla sözleşmeyi baştan itibaren geçersiz hale getirir²³⁴. Bu beyanın bir yıllık hak düşürücü süre zarfında kullanılması gerekir. Süre hilenin anlaşıldığı tarihten itibaren işlemeye başlar²³⁵. Diğer bir ifade ile, tüketicinin, aldatıcı nitelikteki bir karşılaştırmalı reklam sebebiyle akdettiği sözleşmeyi feshetme hakkını, reklamda kullanılan ifadenin gerçek olmadığını anladığı ve öğrendiği andan itibaren bir yıl içerisinde

²³³ Reisoğlu, s. 119-120; Aslan, s. 267.

²³⁴ Oğuzman/Öz, s. 96.

²³⁵ Oğuzman/Öz, s. 96; Kılıçoğlu, s. 141; Aslan, s. 297.

kullanması gerekmektedir.

2. *Sözleşme Sebebiyle Uğradığı Zararı Talep Hakkı*

Sözleşmenin kurulmasında etkili olan ve irade sakatlığına yol açan hile, aynı zamanda haksız fiil niteliğindedir. Bu noktada, aldatıcı nitelikteki karşılaştırmalı reklam neticesinde aldatılan tüketicinin, akdedilen sözleşme nedeniyle uğradığı zararın giderilmesi için tazminat isteme hakkı mevcuttur²³⁶. Bu kapsamda, aldatıcı nitelikteki ifadeler nedeni ile zarara uğramış olan tüketici, söz konusu zararını haksız fiile ilişkin tazminat talepleri çerçevesinde reklam verenden talep edebilecektir.

3. *Daimi Def'i Hakkı*

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, aldatıcı nitelikteki unsurların karşılaştırmalı reklamlar içerisinde kullanılması haksız fiil teşkil etmektedir. Bu kapsamda, Borçlar Kanunu'nun 60. maddesinin 2. fıkrası ele alındığında, haksız fiilin mağdur aleyhine bir alacak doğmasına yol açması durumunda, haksız fiil sebebiyle tazminat isteme hakkı zamanaşımına uğramış olsa dahi, mağdurun borcu ödemekten kaçınabileceğinin düzenlendiği görülmektedir. Hüküm karşılaştırmalı reklamlar açısından değerlendirildiğinde, aldatıcı nitelikteki karşılaştırmalı reklam ile karşı karşıya kalan tüketicinin de söz konusu hükümden yararlanmasının mümkün olduğu sonucuna varılacaktır²³⁷. Hileye maruz kalan tüketici, bir yıllık hak düşürücü süre içinde sözleşmeyi feshetmemiş olsa dahi, eğer kendi edimini yerine getirmemişse, satıcının ifa talebine karşı daimi def'i hakkını ileri sürerek ifadan kaçınabilecektir²³⁸.

²³⁶ **Göle**, Aldatıcı Reklamlar, s. 150.

²³⁷ **Göle**, Aldatıcı Reklamlar, s. 151.

²³⁸ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 455-456.

b. Ayıba İlişkin Hükümlerin Uygulanması

Ayıba karşı tekeffül, satım sözleşmesinde satılan şeyin satıcının zikrettiği ve vaat ettiği nitelikleri taşımamasından veya bu şeyin değerini, sözleşme gereğince ondan beklenen yararları azaltan veya kaldıran eksiklikler bulunmasından dolayı sorumluluk olarak tanımlanmaktadır²³⁹. Ayıp ya zikir ve vaat olunan vasıfların satım konusu mal veya hizmette bulunmaması ya da lüzumlu vasıfların mevcut olmaması olmak üzere iki şekilde gerçekleşebilmektedir.

Karşılaştırmalı reklamlarda bir malın ya da hizmetin belirli özelliklere sahip olduğunun veya sahip olmadığının belirtildiği durumlarda, belirtilen söz konusu durum bir vasıf vaadi niteliğindedir. Reklamlarda yer verilen vasıfların reklam konusu mal ya da hizmette bulunmaması ya da ileri sürülen vasıflarda noksanlıkların bulunması malın ayıplı sayılması sonucunu doğurmaktadır²⁴⁰.

Karşılaştırmalı reklamda yanlış veya yanıltıcı ifadelere yer verildiği ya da reklamın aldatıcı olduğu durumlarda, tüketiciler söz konusu reklama dayalı olarak, reklamlarda vaat edilen vasıfların tükettikleri mal ya da hizmetlerde var olduğu haklı beklentisi içine gireceklerdir. Zira aldatıcı reklam aracılığıyla, reklamı yapılan mal ya da hizmete ilişkin olarak, bazen doğrudan bazen de dolaylı yollardan belli vasıf vaadinde bulunmaktadır. TKHK'da "Ayıplı Mal" ve "Ayıplı Hizmet" ayrımı yapılarak, kanunun 4. maddesinde satıcı tarafından reklam ve ilan edilen vasıfların malda bulunmaması ve 4/A maddesinde de sağlayıcı tarafından reklam ve ilan edilen vasıfların reklamı yapılan hizmette bulunmaması ayıp olarak sayılmıştır.

²³⁹ **Haluk Tandoğan**: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C. I/I, İstanbul, 1988, s. 163; **Cevdet Yavuz**, Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul, 1989, s. 96 vd.

²⁴⁰ **Aslan**, Tüketici Hukuku, s. 280.

i. Reklamda Yer Alan Zikir ve Vaat Dolayısıyla Satıcının Sorumluluğuna Gidilebilmesinin Şartları

1. Reklamda Satılana İlişkin Vasıf Vaadinin Bulunması

Satıcının vasıfları zikretmekle bir tasavvur açıklaması yaptığı kabul edilmektedir²⁴¹. Vasıf ise, herhangi bir şeyi diğerlerinden ayırt etmeye yarayan, yaygın kaniya göre o şeyle ilgili olan ve onun değerini etkileyen bir kavramdır²⁴². Bu durumda, reklam verenin reklam konusu mal veya hizmete ilişkin olarak bazı unsurlarını diğer mal veya hizmetlere nazaran ayırt edici olduğunu ileri sürmesi ve bu şekilde tüketicinin değer yargılarını etkilemesi vasıf vaadini ortaya çıkarmaktadır. Vasıfların zikri olumsuz veya olumlu ya da açık veya zımni şekilde yapılabilir²⁴³. Reklamda, reklam konusu mal veya hizmetin belirli özellikleri gösterilmek veya ifade edilmek suretiyle vasıf vaadinde bulunulması, ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanması için gerekmektedir.

2. Reklamın Satıcı Tarafından Yapılması

Ayıba karşı tekeffül hükümlerinden istifade edebilmek, satılana ilişkin zikir ve vaadin satıcı tarafından yapılmasını gerektirmektedir. Reklamın, tüketicinin ürünü doğrudan satın aldığı kişi olan satıcı dışındaki üretici veya distribütör tarafından yapıldığı hallerde, reklamı yapılan mal veya hizmeti satın alarak zarara uğrayan tüketici, ayıba karşı tekeffül hükümlerinden faydalanamayacaktır²⁴⁴. Bu durumda, yukarıda hileye ilişkin açıklamalarımız içerisinde de belirttiğimiz üzere, süpermarket ve market gibi dağıtım ağının son halkası olan işletmeler tarafından satılan mallara ilişkin reklamlar üretici veya distribütör tarafından gerçekleştirildiğinden; ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurulması mümkün görünmemektedir. Zira, bu tür işletmelerde, üretici veya

²⁴¹ **Cevdet Yavuz**, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2009, s. 54 vd.

²⁴² **Yavuz**, Borçlar Hukuku, s. 52.

²⁴³ **Aslan**, s. 117.

²⁴⁴ **Göle**, Aldatıcı Reklamlar, s. 152.

distribütör Türkiye çapında reklam kampanyalarını idare etmekte; işletme sadece ürünü pazarlamakta ve tüketiciye sunmaktadır. Dolayısıyla, reklam veren ile satıcı aynı kişi olmadığından, ayıba karşı tekeffül hükümlerini işletmek imkanı ortadan kalkmaktadır. Ancak, üreticinin satış ağının bir bütün olarak değerlendirilmesi ve dolayısıyla reklam veren tarafından ürünleri satışı hususunda yetkilendirilen yetkili satıcılar ile kurulan sözleşme kapsamında tüketicinin ayıba karşı tekeffül hükümlerine dayanarak dava açabilmesi imkanının kabul edilmesi de düşünülebilecektir. Zira, geniş dağıtım ağı içerisinde tüketici çoğunlukla reklam veren ile birebir ilişki kurmamakta ve fakat onun yetkilendirdiği kişiler ile sözleşme ilişkisine girmektedir. Bu noktada, hakkaniyet gereği tüketicinin korunması için, böyle bir imkanın tanınabilmesi isabetli olacaktır.

3. *Vasıf Zikri ve Vaadinin Sözleşmenin Akdedilmesinde Etkili Olması*

Sorumluluk hukukunun temel prensibi olan, illiyet bağı doğal olarak ayıba karşı tekeffül bakımından da geçerlidir. Aldatıcı niteliği haiz karşılaştırmalı reklamlar bakımından ayıba karşı tekeffül hükümlerinin işletilmesi, reklamın reklam konusu mal veya hizmetin satın alınmasında etkili olması şartına bağlanmıştır²⁴⁵.

4. *Tüketicinin Kanunun Kendisine Yüklediği Külfetleri Yerine Getirmiş Olması*

Borçlar Kanunu'nun 198. maddesinde, alıcıya, açıkça malın muayenesi külfeti yüklenmesine rağmen TKHK'da tüketiciye satın aldığı malı muayene etmesi yönünde bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Buna göre, tüketici, ayıplı malın teslim tarihinden ya da ayıplı hizmetin ifa edildiği tarihten itibaren otuz gün içerisinde ayıbı ve ayrıca kanunda belirtilen seçimlik haklardan hangisini seçtiğini bildirecektir (TKHK m. 4- f .2 ve m. 4/A- f .2). Aslan'a göre TKHK'da tüketiciye, satın aldığı malı muayene külfeti yüklenmemiş olup kanunda bu

²⁴⁵ Göle, Aldatıcı Reklamlar, s. 152.

seçim bilinçli olarak yapılmıştır²⁴⁶. Yazar, TKHK'nın pek çok teknolojik özellik taşıyan malların tüketici tarafından muayenesinin mümkün olmadığının bilinciyle bu şekilde bir düzenlemeye yer verdiğini savunmakta ve hiçbir uzmanlığı olmayan tüketicilerin satın aldığı malları muayene etmesi ya da genellikle dar gelirli olan tüketicilerin uzman kişilere, çeşitli masraflara katlanarak malı muayene ettirmesinin söz konusu olamayacağını belirtmektedir. Yine yazara göre, kanun, malın alelade ayıplarının otuz günlük bir süre içinde anlaşılacağını varsaymıştır²⁴⁷. Aksi görüşte olan Zevkliler'e göre de, muayene külfeti, Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi teslimden itibaren gecikmeksizin yerine getirilmelidir²⁴⁸. Kanaatimizce, aldatıcı nitelikteki karşılaştırmalı reklam neticesinde reklam konusu malı satın alan tüketicinin, malı muayene külfeti bulunmayıp, reklamda vaat edilen vasıfların bulunmaması halinde, malın teslim ya da hizmetin ifa tarihinden itibaren otuz günlük süre içerisinde ayıbı ve ayrıca kanunda belirtilen seçimlik haklardan hangisini seçtiğini bildirmesi gerekmektedir.

Tüketici tarafından ayıba ilişkin olarak satıcı ya da sağlayıcıya yapılacak olan ihbarda varlığı iddia olunan ayıpların açık ve somut bir şekilde tanımlanarak belirtilmesi gerekmektedir. İhbar içerisinde, satım konusu mal veya hizmetin “tatmin edici olmadığı” veya “ayıplı olduğu” gibi soyut ibarelere yer verilmesi yeterli olmamakla birlikte ayıbın sebeplerinin açıklanması gerekmemektedir²⁴⁹. Ayrıca yapılan ihbarda söz konusu ayıplar nedeni ile tüketicinin satım konusu mal veya hizmeti kabul etmek istemediği yönündeki iradesi de anlaşılmalıdır. Tüketici tarafından seçimlik hakların kullanımı için iki yıllık zamanaşımı süresi öngörülmüş olup, buna göre tüketicinin seçimlik

²⁴⁶ **Aslan**, Tüketici Hukuku, s. 137–138. Aynı yönde bkz. **Ayşe Nur Berzek**, “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Üzerine Düşünceler”, Vergi Sorunları Dergisi, S. 83, 1995, s. 9. Yazara göre TKHK'nın açık hükmü karşısında, tüketiciye malın normal kullanımı dışında muayenesi külfetinin yüklenmesi mümkün görülmemektedir. Bu konuda kanunda bir boşluk yoktur. Kanun mal normal kullanılırken ayıplı olmasının anlaşılması halinde otuz gün içinde ihbarda bulunulmasını istemiştir. Kanunun tüketiciyi koruma amaçlı bir kanun olduğu göz önünde tutulacak olursa, tüketiciyi Borçlar Kanunu ile getirilen bazı yükümlülüklerden kurtarmak istediği sonucuna daha kolay ulaşılabilir.

²⁴⁷ **Aslan**, Tüketici Hukuku, s. 136.

²⁴⁸ **Zevkliler / Aydoğdu**, s. 74 vd. Aynı yönde bkz; **Hayrunnisha Özdemir**, Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicilerin Korunması, AÜHFD, C. 53, S. 3, 2004, Ankara, s. 79.

²⁴⁹ **Tandoğan**, s. 180; **Aslan**, Tüketici Hukuku s. 138

haklarından hangisini kullandığının ayıba ilişkin ihbarda belirtilmesi gerekmemektedir²⁵⁰.

TKHK'nın 4 ve 4/A maddelerinin 2. fıkralarına göre ayıp ihbarının, malın tesliminden veya hizmetin ifasından itibaren otuz gün içerisinde yapılması gerekmektedir. TKHK m. 4/3'de yer alan "*satılan malın ayıbı gizli nitelikte ise veya ayıp tüketiciden hile ile gizlenmişse, satıcı on beş gün içerisinde kendisine başvurulmadığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz*" hükmü kanundan çıkarılmıştır. Bu durumda gizli ayıpların ihbarına ilişkin olarak Borçlar Kanunu'nun 198. maddesi uygulanacaktır²⁵¹. 198. madde uyarınca, ayıbın gizli bir ayıp teşkil ettiği durumlarda, ayıp sonradan çıkmış olsa bile derhal ihbarı gerekmekte olup, derhal ihbar yapılmadığı takdirde mal o halde kabul edilmiş sayılır. Ayrıca Borçlar Kanunu'nun 200. maddesine göre, satıcının ayıbı hile ile gizlediği durumlarda satıcının ayıbın kendisine vaktinde ihbar edilmemiş olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kurtulması mümkün değildir.

ii. Tüketicie Tanınan Haklar

TKHK'nın 4. maddesinin 2. fıkrası uyarınca tüketici ayıp durumunda bedel iadesini de içeren sözleşmeden dönme, malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi veya ayıp oranında bedel indirimi ya da ücretsiz onarım isteme haklarına sahiptir. Ayrıca satıcı, tüketicinin tercih ettiği bu talebi yerine getirmekle yükümlüdür.

Bunun yanında, aynı fıkrada tüketicinin bu seçimlik haklarından biri ile birlikte ayıplı malın neden olduğu ölüm ve/veya yaralanmaya yol açan ve/veya kullanımdaki diğer mallarda zarara neden olan hallerde üreticiden tazminat isteme hakkına da sahip bulunmaktadır. Aynı şekilde TKHK'nın 4/A maddesinin 2. fıkrasında da tüketicinin ayıp durumunda sözleşmeden dönme, hizmetin yeniden görülmesi veya ayıp oranında bedel indirimine sahip olduğu

²⁵⁰ Özdemir, s. 79. Bkz. Zevkliler / Aydogdu, s. 296

²⁵¹ Aslan, Tüketici Hukuku, s. 140–142.

düzenlenmiş ve tüketicinin sözleşmeyi sona erdirmesinin durumunun gereği olarak haklı görülemediği durumlarda bedelden indirim ile yetinilebileceğine hükmedilmiştir. Aynı fıkra hükmünde tüketicinin bu seçimlik haklarında biri ile birlikte 4. maddede belirtilen şartlar çerçevesinde tazminat da isteyebileceği ve sağlayıcının tüketicinin seçtiği bu talebi yerine getirmekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. TKHK’da yer alan bu düzenlemeler çerçevesinde aldatıcı nitelikli karşılaştırmalı reklam neticesinde reklamda yer alan aldatıcı vasıf vaadine güvenerek mal ya da hizmet satın alan tüketici, söz konusu seçimlik haklara sahip olacak, ayrıca ayıplı mal ya da hizmet nedeniyle meydana gelen zararlar nedeniyle tazminat talebinde de bulunabilecektir.

3. Haksız Rekabet

a. Genel Olarak

TTK’nın 56. maddesinde genel olarak haksız rekabet ifadesi tanımlanmış ve bu tanıma giren tüm fiillerin haksız rekabet olarak kabul edileceği hükme bağlanmıştır. Bu maddeye göre haksız rekabet; *“aldatıcı hareket veya hüsnüniyet kaidelerine aykırı sair suretlerle iktisadi rekabetin her türlü suiistimalidir”*.

TTK’nın 57. maddesinde ise, uygulamada sıkça görülen haksız rekabet halleri sayılmıştır. Söz konusu maddede sayılan haller sınırlı sayıda olmayıp, örnek teşkil etmektedirler²⁵². Diğer bir ifadeyle, bu maddede sayılmayan ancak 56. maddedeki haksız rekabet tanımının içine giren bir fiilin de haksız rekabet olarak kabul edilmesi mümkündür.

TTK’nın 56. maddesi uyarınca bir fiilin haksız rekabet olarak kabul edilebilmesi için i) ekonomik (iktisadi) rekabet etme hakkının kötüye kullanılmış olması gerekmekte; ii) söz konusu kötüye kullanım sonucunda bir başkasının ekonomik menfaatlerinin zarar görmüş olması ya da iii) zarar görme tehlikesi altında bulunması gerekmektedir. Dolayısıyla, TTK’nın 56. maddesi

²⁵² Poroy/ Yasaman, s. 282.

kapsamında haksız rekabetten bahsedilebilmesi anılan şartların bulunması halinde mümkün olacaktır²⁵³.

Haksız rekabet fiilini işlemiş olan kişinin kusurlu olup olmaması haksız rekabetin belirlenmesinde önem taşımamaktadır. Her ne kadar kusur şartı haksız rekabetin oluşması için gerekli bir şart olmasa da, kusur haksız rekabet nedeniyle ikame edilecek tazminat davalarının türünün ve söz konusu dava sonucunda mahkeme tarafından hükmolunacak tazminatın miktarının belirlenmesinde dikkate alınmaktadır²⁵⁴.

Yukarıdaki bilgiler ışığında, reklam verenlerin, ekonomik rekabet etme haklarını kullanarak hüsünüyet kurallarına uygun bir şekilde reklam yapmalarının mümkün olduğunu söyleyebiliriz. Aksi halde, söz konusu reklamlar TTK'nın 56. maddesi kapsamında haksız rekabet olarak kabul edilebilecektir.

Bu noktada, karşılaştırmalı reklamların TTK'nın hangi haksız rekabet hükümlerine göre değerlendirileceği önem arz etmektedir. Kanaatimizce, karşılaştırmalı reklamlara TTK'nın 56 ve 57/b, 1, 2, 3 ve 5. madde hükümleri uygulanmalıdır. Zira, bu şekilde, karşılaştırmalı reklamlar öncelikle 56. maddede belirtilen dürüstlük kuralı nazara alınarak değerlendirilecek, daha sonrasında ise karşılaştırmalı reklamların TTK'nın rakipleri kötüleme yasağı (TTK m. 57/b, 1), gerçeğe aykırı bilgi verme (TTK m. 57/b, 2), aldatıcı olmama (TTK m. 57/b, 3) ve rakiplerin ürün veya hizmetleriyle iltibasa sebebiyet vermeme (TTK m. 57/b, 5) hükümleri kapsamında değerlendirilerek haksız rekabete sebebiyet verip vermediği incelenecektir²⁵⁵.

²⁵³ **Bozbel**, s. 56 - 57; **Arkan**, s. 21.

²⁵⁴ **Göle**, s. 167.

²⁵⁵ **Bozbel**, s. 140. Bu kapsamda yapılacak inceleme, yukarıda "Hukuka Aykırılık Halleri" başlığı altında ele alınan hususlar çerçevesinde gerçekleştirilecektir (bkz. s. 36 - 55).

b. Haksız Rekabet Sebebiyle Açılacak Davalar

i. Hukuk Davaları

Karşılaştırmalı bir reklam nedeni ile haksız rekabet ile karşı karşıya kalan rakipler ve tüketiciler, çeşitli hukuk davalarından bir ya da bir kaçını açma yoluna başvurabilirler. Örneğin, haksız rekabete neden olacak şekilde aldatıcı niteliği haiz bir karşılaştırmalı reklamın devamı durumunda tüketiciler ve rakipler, fiilin haksız olup olmadığının tespiti amacıyla tespit davası açabilirler. Aynı şekilde, devam etmekte olan bu anlamdaki bir aldatıcı nitelikteki reklamın durdurulması, önlenmesi için men davası da açılabilirler.

TTK'nın 60. maddesinde haksız rekabetin basın vasıtasıyla işlenmesi durumunda özel bir düzenlemeye yer verilerek, 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 düzeltilmesine ilişkin davaların ancak yazı sahibi veya ilan veren aleyhine açılacağı düzenlenmiştir. Aynı hüküm uyarınca; *“a)Yazı veya ilan, yazı sahibinin yahut ilan verenin haberi olmaksızın veyahut rızalarına aykırı olarak yayınlanmışsa; b)yazı sahibi veya ilan verenin kim olduğunun bildirilmesinden imtina olunursa; c)başka sebepler yüzünden yazı sahibi veya ilanı verenin meydana çıkarılması veya aleyhlerine bir Türk mahkemesinde dava açılması mümkün olmazsa; bu davalar, yazı işleri müdürü eğer bir ilan mevzuubahis ise ilan servisi şefi; yazı işleri müdürü ve ilan servisi şefi gösterilmemiş veya yoksa nasir; bu da gösterilmemişse matbaacı; aleyhine de açılabilir... Bu haller dışında, yazı işleri müdürüne, ilan servisi şefine, nasir ve matbaacıya bir kusur isnat edilebilirse yukarıdaki fıkrada yazılı sıraya bakılmaksızın kusurlu olanlar aleyhine dava açılabilir”*.

TTK'nın 62. maddesi gereğince de haksız rekabet teşkil eden karşılaştırmalı reklamlara karşı açılacak davalar, rakibin veya tüketicinin bu dava hakkının doğumunu öğrendiği tarihten itibaren bir yıl ve her halde bunların doğumundan itibaren üç yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacaktır.

1. *Tespit Davası*

TTK'nın 58. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi uyarınca, haksız rekabet halinde tespit davası ikame edilmesi mümkündür. Buna göre, davalı tarafından gerçekleştirilen fiillerin haksız rekabete sebebiyet verip vermediği hususunun tespit edilmesi yetkili mahkemeden talep edilebilecektir. Bu kapsamda, yayımlanmış bir reklamın, haksız rekabete sebep olup olmadığı hususunun tespiti istemi ile mahkemeye başvurulması mümkündür.

2. *Men Davası*

Men davası ise, devam eden veya tekrarlanma tehlikesi bulunan haksız rekabet hallerine ilişkin olarak ikame edilir ve haksız rekabete sebep olan fiillerin durdurulması talep edilir. Dolayısıyla, mevcut bir reklamın yayımına son verilmesi istemi ile ikame edilen bir dava, haksız rekabetin men'i davası niteliğinde olacaktır.

3. *Ref Davası*

Bunlardan başka, karşılaştırmalı reklam öncesindeki halin iadesini, reklam sonucu oluşan maddi durumun ortadan kaldırılmasını, yanlış ya da yanıltıcı beyanların varlığı halinde bunların düzeltilmesini istemek amacıyla eski hale iade davası yoluna da başvurulabilecektir. Aldatıcı reklamlar bakımından, reklamlarda verilen mesajların reklamın durdurulmasına hükmedilse bile bir süre daha etkilerini sürdüreceği dikkate alındığında, bu etkilerin silinmesi eski hale iade için şarttır.

TTK'nın 58. maddesinin (c) bendi uyarınca, haksız rekabet, yanlış veya yanıltıcı beyanlarla yapılmışsa bu beyanın düzeltilmesi mümkündür. Fakat, bu düzeltmenin ne şekilde yapılacağına dair herhangi bir hüküm bulunmamakta olup, bu hususta hakime takdir hakkı tanınmıştır. Göle'ye göre düzeltmenin ne şekilde yapılacağına belirtilmemesi bir boşluk olarak değerlendirilirken²⁵⁶,

²⁵⁶ Göle, s. 181. Yazara göre, bu dava sonucunda alınan ilam davacının talebiyle ilan edilmiş olsa bile

Aslan, bu durumun bir boşluk olarak değerlendirilemeyeceğini ifade etmektedir. Yine yazara göre, yanlış veya yanıltıcı beyanın düzeltilmesi amacıyla en uygun yolu bulma konusunda, kanun koyucu tarafından, hakime geniş bir takdir hakkı tanınmıştır. Bu kapsamda, düzeltici reklamlar yoluyla, aldatıcı reklamın devam eden etkilerinin halin icabına göre gerektiği şekilde ortadan kaldırılarak, eski halin iadesinin sağlanmasına karar verilmesi mümkündür²⁵⁷.

4. *Maddi ve Manevi Tazminat Davası*

Ayrıca, hukuka aykırı karşılaştırmalı reklam nedeniyle zarara uğrayan rakiplerin ve tüketicilerin reklam verenin kusurlu olması durumunda maddi ve manevi tazminat davası açma hakları da mevcuttur²⁵⁸. Haksız rekabet teşkil eden karşılaştırmalı reklamın basın yoluyla işlenmesi durumunda TTK'nın 60. maddesi uyarınca Borçlar Kanunu'nun 41 ve devamı maddeleri uygulanacaktır.

5. *İhtiyati Tedbir Talebi*

Kesin hükme kadar, aldatıcı reklamlara devam edilmesinin tehlikeli ya da önemli bir zarara neden olacağına anlaşıldığı durumlarda, tüketiciler, TTK'nın 63. maddesinde yer alan “*dava açmak hakkını haiz olan kimsenin dilekçesi üzerine mahkeme, mevcut vaziyetin olduğu gibi muhafaza edilmesine, 58 inci maddenin birinci fıkrasının (b) ve (c) bentlerinde yazılı olduğu veçhile haksız rekabetin neticesi olan maddi durumun ortadan kaldırılmasına, haksız rekabetin men'ine ve yanlış veya yanıltıcı beyanların düzeltilmesine ve diğer tedbirlerin alınmasına Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun ihtiyati tedbir hükümlerine göre karar verebilir*” hükmü gereğince tedbir talebinde bulunabilirler. İhtiyati tedbir kararı dava açılmadan önce alınmış ise, bu karar Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 109. maddesi gereğince, uygulanmış olsun veya olmasın, on gün zarfında haksız rekabete ilişkin esas davanın açılmaması halinde kendiliğinden ortadan kalkacaktır.

haksız rekabetin olumsuz etkilerini tam anlamıyla silemeyecektir.

²⁵⁷ Aslan, Tüketici Hukuku, s. 285.

²⁵⁸ Maddi tazminata ilişkin detaylı bilgi için bkz. **Murat Oruç**, Haksız Rekabette Maddi Tazminat Davası, İstanbul 2009, s. 74 vd.

ii. Ceza Davaları

TTK'nın 64. maddesi uyarınca, TTK'ın 57. maddesinin 1, 2, 4, 5, 6, 8 ve 9. bentlerinde yazılı haksız fiillerden birini kasten işleyenler ve kendi icap ve tekliflerinin rakiplerinininkine tercih edilmesi için kasten yanlış veya yanıltıcı bilgi verenler, TTK m. 58 gereğince hukuk davası açmaya hakkı olanlardan birinin (yani rakipler veya tüketiciler veya meslek birlikleri) şikayeti üzerine, ceza mahkemesince bir aydan bir yıla kadar hapis ve/veya para cezasıyla cezalandırılır. Bunun yanında, haksız rekabetin men'i hakkındaki kesinleşmiş ilama rağmen, haksız rekabet fiiline aynen veya tali değişikliklerle devam eden kimse, şikayete bağlı olmaksızın re'sen takip olunarak altı aydan aşağı olmamak üzere hapis ve para cezasına mahkum edileceği hükme bağlanmıştır.

SONUÇ

Karşılaştırmalı reklamlar günümüzde, reklam verenlerin ürünlerinin veya hizmetlerinin rakip ürün veya hizmetlere kıyasla kalite, fiyat, özellik, ve benzeri açılardan sahip oldukları avantajların, benzerliklerin veya üstünlüklerin en etkin şekilde tüketicilere sunulmasını sağlayan araçlar olarak görülmektedir. Karşılaştırmalı reklamlar, işletmelere ait ürün veya hizmetlerin tüketicilere tanıtılmasını sağlayan en etkin ve önemli reklam türü olarak karşımıza çıkmaktadır.

Karşılaştırmalı reklamlar, tüketicilere reklama konu ürün veya hizmet ile rakip ürün veya hizmet arasında karşılaştırma yapma; dolayısıyla söz konusu ürün veya hizmetler arasındaki farklılıkları ve/veya benzerlikleri görebilme fırsatı tanımaktadır. Bu şekilde, tüketiciler diğer reklam türlerine oranla karşılaştırmalı reklamlar aracılığıyla ürün ve hizmetler açısından daha ayrıntılı bilgiye sahip olabilmektedir. Ayrıca, karşılaştırmalı reklamların bu özelliği, rekabetin artmasını teşvik etmekte; serbest piyasa dinamiklerinin güçlenmesini sağlamaktadır. Bunun yanında karşılaştırmalı reklamlar, piyasadaki şeffaflığı arttırmakta ve böylece piyasaya giriş engellerinin kalkmasına yardımcı olmaktadır.

Karşılaştırmalı reklamlara ilişkin hukuki düzenlemeleri incelediğimizde ise, Türkiye'deki düzenlemenin İsviçre ve AB Hukuklarının aksine karşılaştırmalı reklamların sadece ima yoluyla yapılmasına cevaz verdiğini görmekteyiz. Diğer bir ifade ile, rakibin, rakip ürün veya hizmetlerinin ad veya markalarının belirtilmesi suretiyle gerçekleştirilen doğrudan karşılaştırma Türk Hukuku'nda, hukuka aykırı olarak kabul edilmektedir. Bu kapsamda, hukukumuzda rakibin, rakip ürün veya hizmetinin adı, markası, logosu veya

bunları çağrıştırarak herhangi bir unsurun reklam içerisinde kullanılması mümkün değildir. Bu durumun sonucu olarak, açık ve net bir şekilde yapılamayan karşılaştırma, tüketicinin, reklamı yapılan ürün veya hizmet hakkında eksik bir şekilde bilgilendirilmesi sakıncasını ortaya çıkmaktadır. Zira, karşılaştırmanın temel amacı, karşılaştırılan ürün veya hizmetler arasındaki olumlu ve olumsuz farklılıkları ortaya koymak olup, hangi ürün veya hizmet ile karşılaştırma yapıldığının belirtilmemesi tüketicinin eksik bilgilendirilmesi neticesini doğurmaktadır. Daha basit bir ifade ile, tüketici reklamı yapılan ürün veya hizmetin hangi ürün veya hizmetten daha iyi olduğunu dolaylı karşılaştırmalı reklam ile net bir şekilde anlayamamaktadır. Bu halde, reklam içerisindeki boşluklar tüketici tarafından varsayımlar ile doldurulmakta; bu durum ise doğal olarak yanlış yargıların oluşmasına sebep olabilmektedir.

Yukarıda belirtilen hususlar nedeniyle, doğrudan karşılaştırmalı reklamların, amaca daha uygun olduğu düşüncesindeyiz. Ancak, doğrudan karşılaştırma nedeniyle ortaya çıkan sakıncaların göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Bu noktada, doğrudan karşılaştırmanın sınırlarının kesin ve net bir biçimde çizilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Öncelikle, rakibin, rakip ürününün veya hizmetinin ad, marka ve alametlerinin reklam içerisinde kullanılması haksız rekabetin meydana gelmesi riskini doğurmaktadır. Bu noktada, karşılaştırmanın doğru ve dürüst bir şekilde, gerçeklere dayanılarak yapılması büyük önem arz etmektedir. Aksi takdirde, rakibe, rakip ürün veya hizmetlere haksız bir şekilde zarar verilmesi veya onların tüketici nezdindeki itibarından haksız bir şekilde yararlanılması söz konusu olabilecektir. Bu riskin önüne geçilebilmesi, iyi ve sağlam oturtulmuş bir kontrol mekanizmasını gerekli kılmaktadır. Bu noktada, karşılaştırmanın sadece aynı nitelik ve türdeki ürünler bakımından yapılması ve bu sınırın dışına taşılmasının engellenmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, aslında karşılaştırılabilir nitelik ve özellikleri bulunmayan ürün ve hizmetlerin karşılaştırılması söz konusu olacak ve bu durumda reklam yapan ya rakibe veya onun ürün veya hizmetlerine zarar vermiş olacak, ya da onun haksız bir şekilde itibarından yararlanmış olacaktır.

Karşılaştırmalı reklamların bu hassas konumu, reklamların denetiminin önemini ortaya çıkarmaktadır. Bu durumda, gerek özdenetim, gerek idari denetim mekanizmalarının haksız rekabetin meydana gelmesinin engellenmesi bakımından büyük önem arz ettiğinin belirtilmesi gerekmektedir. Özdenetim mekanizmasının sağlıklı bir şekilde işlemesi, şüphesiz ki, haksız rekabet riskini büyük ölçüde azaltacaktır.

Diğer tarafta, idari denetimin de iyi ve etkin bir şekilde işlemesi gerekmektedir. Bu noktada, Reklam Kurulu'nun oluşumunda bir takım değişikliklere gidilmesinin isabetli olacağı düşüncesindeyiz. İlk olarak, hukuki tartışmalar içeren ve hukuki analiz gerektiren karşılaştırmalı reklamlara ilişkin incelemeler bakımından Reklam Kurulu'nun mevcut yapısının yetersiz olduğu gözlemlenmektedir. Zira, Reklam Kurulu bünyesinde hukukçuların az sayıda olmaları nedeniyle gerekli analizlerin tam ve sağlıklı olarak yapılması zorlaşmaktadır. Bu bakımdan, kurul bünyesindeki hukukçu üye sayısının artırılmasının isabetli olacağı kanaatindeyiz.

Bunun yanında, Reklam Kurulu tarafından verilen kararlara bakıldığında, karar gerekçelerinin oldukça kısa ve yetersiz olduğu da görülmektedir. Bu noktada, bazı kararlarda kurulun hangi gerekçelerle sonuca ulaştığının tespit edilmesi zorlaşmakta ve dolayısıyla reklam verenler tarafından nazara alınması gereken bu kararlar etkilerini bir ölçüde kaybetmektedir. Açık ve yeterli bir gerekçe, reklamlara ilişkin kural ve standartların reklam verenler tarafından tam olarak anlaşılmasını sağlayacağından büyük önem arz etmektedir.

Reklam Kurulu bakımından söz konusu olan bir diğer sorun ise, kurul tarafından yetersiz gerekçeler ile çok sık bir şekilde idari para cezası yaptırımının uygulanıyor olmasıdır. Bu uygulama neticesinde, küçük ve orta büyüklükteki işletmeler piyasadaki girişimleri zorlaştırılmakta ve piyasadaki serbest rekabet düzeni olumsuz bir şekilde etkilenmektedir.

Son olarak belirtmek istediğimiz bir diğer husus da, normlar hiyerarşisine ilişkindir. Daha önce de belirttiğimiz üzere, TKHK içerisinde karşılaştırmalı reklamlara ilişkin olarak doğrudan ve dolaylı karşılaştırma ayrımı mevcut değildir. Bu noktada, TKHK’da bu şekilde bir ayrım bulunmamakta iken, Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik hükümleri ile bu ayrımın gerçekleştirilmesi ve doğrudan karşılaştırmalı reklamların yasaklanmasının isabetli olmadığı düşüncesindeyiz. Zira, kanun ile yasaklanmamış bir husus böylece yönetmelik ile sınırlandırılmış olmaktadır. Bu husus, normlar hiyerarşisine aykırıdır.

Yukarıda belirtilen bütün hususlar değerlendirildiğinde, Türk Hukuku’nun karşılaştırmalı reklamlara ilişkin düzenlemelerinin İsviçre ve AB Hukukları doğrultusunda değiştirilmesi ve geliştirilmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Bu doğrultuda, TTK Tasarısı olumlu ve önemli bir adım teşkil etmekle birlikte, değişim ve gelişimin tamamlanabilmesi bakımından yeterli değildir. Dolayısıyla, başta Reklam Kurulu’nun oluşumuna ilişkin düzenlemeler olmak üzere, reklam hukuku kapsamında yer alan ikincil düzenlemelerin de geliştirilmesi ve çağdaş bir hale getirilmesi isabetli olacaktır.

KAYNAKÇA

- Adak, Agah** Türk Hukuku Açısından Haksız Rekabet Müessesesi ve Reklam Yolu ile Haksız Rekabet, Adana İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, 1975, S. 4
- Akar, Öçal** Dünyada ve Türkiye’de Reklamcılık: Reklam Gücü, İstanbul 1998
- Akar, Öçal** Reklâm ve Haksız Rekabet, Esader, C.VI, S. 2, 1990, s. 96.
- Arkan, Sabih** Avrupa Topluluğu’nda Karşılaştırmalı Reklamlar, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Haziran 2001, C.XXI, S.1
- Arkan, Sabih** Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2007
- Akıncı, Nergis** Reklam ve İşlevleri, RTÜK İletişim Dergisi, S. 21, Ocak-Şubat 2001, s. 29.
- Aslan İ., Yılmaz** En Son Değişikliklerle ve Yargıtay Kararları Işığında Tüketici Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2004, Tüketici Hukuku, Bursa 2004

- Aslan, Yılmaz/ Şenyüz, Doğan/
Ergün, Mevci** İşletme Hukuku, Bursa 2005
- Arslanlı, Halil** Ticari Bey, İstanbul 1955
- Avşar, Zakir/Elden, Müge** Reklam ve Reklam Mevzuatı, Ankara 2005
- Avşar, Zakir** Reklamların Tüketici Politikası Yönünden Değerlendirilmesi Denetimi ve Türkiye, RTÜK İletişim Dergisi, S. 17
- Aygün, Ezgi** Sağlık Sektöründe Reklam, Ankara 2007
- BATİDER** C. XVII, Haziran 1993, S. 1
- Baykal, Murat C.** Tüketicinin ve Rekabetin Korunması Bakımından Gazete Promosyonları, YD, C. XXIII, S.3, 1997, s. 344.
- Bereskin, Daniel R. Q.C./McKenzie,
Jennifer** Bereskin & Parr, November 2001
Comparative Advertising: Canada and the United States,
www.bereskinparr.com/French/.../Mrktg%20Compare%20Bereskin.

- Boddewen, J.J.** Advertising Self-Regulation and Outside Participation: A Multinational Comparison, Quorum Boks, 1988
- Beller, Joanna D.** The Law of Comparative Advertising in the US and Around the World: A Practical Guide for US Lawyers and Their Clients, 1995 V: 29
- Bernitz, Ulf** The EC Directive on Comparative Advertising and Its Implementation in Nordic Countries: Especially in Relation to Intellectual Property, www.cenneth.com/sisl/pdf/42-1.pdf
- Berzek, Ayşe Nur** Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Üzerine Düşünceler, Vergi Sorunları Dergisi, S. 83, 1995
- Bodnar, Peter Miskoloji** Definition of Comparative Advertising, www.uni-miskolc.hu/uni/res/kozlemenyek/2004/DEFINITION.doc
- Bozbel, Savaş** Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklam Hukuku, Ankara 2006
- Chalikia, Eleftheria Papazoglou** La Publicité Comparative
- Carey, Peter** Media Law, Sweet & Maxwell, 1996

- Ceylan, Ebru** Türk ve İsviçre Hukuklarında Karşılaştırmalı ve Tuzak Reklamlar, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003/2
- Cochoy, Franck /Canu, Roland** La Publicité Comparative, ou comment se faire justice a soi-même en passant par le droit (http://hal.archivesouvertes.fr/docs/00/18/65/64/PDF/RFS_La_publicite_comparative.pdf).
- Cormik, Julia Mc** The Future of Comparative Advertising, 1998, V: 20
- Yıldırım, Nevhis Deren** Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku'nda İhtiyati Tedbirler, İstanbul 2002
- Dianoux, Christian / Herrmann, Jean-Luc** La Publicité Comparative en Europe: Bilan et Perspectives, Metz (<http://www.escpeap.net/conferences/marketing/pdf/dianoux.pdf>)
- Dönmez, İrfan** Markalar ve Haksız Rekabet Davaları, İstanbul 1992
- Eberhad, Stefan** LCD Jurisprudence 1989-2001 (Edité par François Dessemontet), Lausanne 2002

- Eren, Fikret** Borçlar Genel Hükümler, İstanbul 2006
- Fraser, Alexander G.** The Federal Trade Commission Enforcement Against Deceptive Advertising, 1985 Annual Survey of American Law, Advertising Law Issue, 1986
- Göle, Celal** Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1983
- Huston, Julia / Peck, Sarah C.** Defamation, Commerical Disparagement and False Advertising, Boston, (http://www.sunsteinlaw.com/media/JH_SCP_MCLE_Article.pdf)
- Hirsh, Ernst** Reklâm Hakları”, Hukuk Dünyası, C. I, S. 1, 1944, s. 3.
- Idrac, Anabel** La Publicité Comparative en Europe, Paris 2000
- İnal, Emrehan** Reklam Hukuku ve Aldatıcı Reklamlar, İstanbul 2000

- İmregün, Oğuz** Kara Ticareti Hukuku Dersleri, İstanbul 2001
- Labbé, Éric** Le Guide Jurdique du Commerçant Electronique, La Publicité en Ligne, (www.jurisint.org/pub/05/fr/guide_chap7.pdf)
- Kaya, Arslan** Reklamın Fikri Mülkiyet Hukuku İçindeki Yeri, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C. I, 1. Bası, İstanbul, 2002.
- Kılıçoğlu, M. Ahmet** Borçlar Genel Hükümler, Ankara 2004
- Kılıçoğlu, İ. Yılmaz** Tüketici Hukuku ve İlgili Mevzuat, Bursa 1996
- Kocabaş, Füsün / Elden, Müge** Reklamcılık-Kavramlar, Kararlar, Kurumlar, İstanbul 1998
- Koralnik, Ania** La Publicité Comparative en Droit Suisse et en Droit Européen, in Revue Suisse de Droit des Affaires Nr. 3, 2000
- Moroğlu, Erdoğan** Karşılaştırmalı Reklam ve Yargıtay Kararları, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XI, 13-14 Mayıs 1994, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, Ankara 1994

- Muehling, Darrel D./
Stem, Donald E./Raven, Peter** Comparative Advertising: Views From Advertisers, Agencies, Media and Policy Makers, Journal of Advertising Research, 1989, V: 29
- Muehling, Darrel D. /
Stoltman, Jeffrey J.** An Investigation of Factors Underlying Practitioners' Attitudes Toward Comparative Advertising, International Journal of Advertising, 1992, V: 11
- Muris, Timothy J.** Economics and Consumer Protection, Antitrust Law Journal, V. 60(1), 1991
- Jones, John Philip** The Advertising Business Operations Creativity Media Planning Integrated Communications, 1999
- Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2009
- Oruç, Murat** Haksız Rekabette Maddi Tazminat Davası, İstanbul 2009
- Özgül, Özkan** Tüketici Hukuku Bakımından Ticari Reklamlar ve Tabi Olduğu Hükümler, YKD Temmuz 1988, C. 24/3, 1998
- Özdemir, Hayrunnisha** Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicilerin Korunması, AÜHFD, C. 53, S. 3, 2004, Ankara

- Pınar, Hamdi** Reklam Hukukunun Esasları, Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan, İstanbul 2008
- Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi** Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2004.
- Putrevu R., Sanjay/ Lord, Kenneth** Comparative and Non-Cooperative Advertising: Attitudinal Effects under Cognitive and Affective Involvement Conditions, Journal of Advertising, 1994, V: 23
- Petty, Ross D.** Let's Not Dam(n) the Courts with more Damage Litigation: A Comment on Frederickson's Recovery for False Advertising, American Business Law Journal, 1993, V: 31 (1)
- Ranke, F. O.** Maxiner/Schottöfer (Ed.), Advertising Law Europe and North America, Kluwer, 1992
- Reisoglu, Safa** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010
- Scammon, Debra** Comparative Advertising: A Re-Examination of the Issues, The Journal of Consumer Affairs, 1978, V. 12 (2)
- Sorescu, Alina /Gelb, Betsy D.** Negative Comparative Advertising: Evidence Favoring Fine-Tuning,

- Journal of Advertising, 2000, 29
(Winter)
- Steckler, Brunhilde / Bachmann,
Frank** Comparative Advertising in
Germany with regard to European
Community Law, EIPR 1997, V: 19
(10)
- Şahin, Oğuz** Örtülü Reklamların Yaygınlaşma
Nedenleri ve Hukuk Sistemindeki
Yeri, Ankara 2004
- Sungurbey, İsmet** Ticaret Unvanının Korunmasına
İlişkin Haksız Rekabetin Önlenmesi
Davaları, Yasa Hukuk Dergisi, C. IV,
S. 4
- Suluk, Cahit/ Orhan, Ali** Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku,
C.II, Genel Esaslar, Fikir ve Sanat
Eserleri, İstanbul, 2005.
- Onkvisit, Sak / Combs, Howard W.
/John J. Shaw** Comparative Advertising: A
Typology and Research Issues
- Tatar, Muhammet / Akpoyraz,
Duygu** Türk Reklam Mevzuatı, Ankara
2006
- Tek, Ömer Baybars** Pazarlama İlkeleri Global Yönetimsel
Yaklaşım Türkiye Uygulamaları,
İstanbul 1999

- Tekinay, Selahattin Sulhi / Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk /Altop, Atilla** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993
- Tekinalp, Ünal** Fikrî Mülkiyet Hukuku, İstanbul, 2005
- Tandoğan, Haluk** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C. I/I, İstanbul, 1988
- Teoman, Ömer** Yaşayan Ticaret Hukuku, İstanbul 1992, C. I/1
- Üstündađ, Saim** Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I-II, İstanbul 1997
- Ülgen, Hüseyin, Teoman, Ömer,** Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2009, s. 458- 459.
- Helvacı, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/ Kaya, Arslan/Ertan, N. Füsün Nomer**
- Yasaman, Hamdi /Altay, Anlam /** Marka Hukuku, 556 sayılı KHK
- Ayoğlu, Tolga/ Yusufoğlu, Fülürya/ Yüksel, Sinan** Şerhi, İstanbul 2004, C. II
- Wilkie, William L. / Farris, Paul W.** Comparison Advertising: Problems and Potential, Journal of Marketing, 1975, V: 39
- Yavuz, Cevdet** Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul, 1989

Yavuz, Cevdet

Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler,
İstanbul, 2009 (Anılış: Borçlar Hukuku)

Yazıcı, Vildan

Reklamcılık Sektör Profili, İstanbul
Ticaret Odası, Mayıs 2004

Yusufoğlu, Fülürya

Türk ve İsviçre Hukuklarında
Karşılaştırmalı Reklamlar, İsviçre
Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80.
Yılında İsviçre Borçlar Hukuku'nun
Türk Ticaret Hukukuna Etkileri,
Galatasaray Hukuk Fakültesi Ticaret
Hukuku Anabilim Dalı, Hamdi
Yasaman, Ercüment Erdem, Ali Dural,
Tolga Ayoğlu, Anlam Altay, Fülürya
Yusufoğlu, Sinan Yüksel, İstanbul,
2009