

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

**HAKSIZ REKABET HALLERİ VE HAKSIZ REKABETİN TESPİTİ
(DOKTORA TEZİ)**

Hazırlayan
Mehmet Ali AKSOY

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Yâdigar İZMİRLİ

Ankara 2011

ONAY

[Mehmet Ali Aksoy tarafından hazırlanan "Haksız Rekabet Halleri ve Haksız Rekabetin Tespiti" başlıklı bu çalışma, 24.10.2011 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda (oybirliği/oyçokluğu) ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından *Özel Hukuk* dalında *Doktora* tezi olarak kabul edilmiştir.



Prof. Dr. Yedigâr İZMİRLİ




Prof. Dr. Rıza AYHAN



Prof. Dr. M. Fadıl Yıldırım



Doç. Dr. Mertol CAN



Doç. Dr. Mehmet ÖZDAMAR

ÖNSÖZ

Haksız rekabet hukuku son yıllarda değişime uğramakta ve yeni yaklaşımlar kabul edilmektedir. Söz konusu yeni yaklaşımlar sonucu haksız rekabet hukuku bir yandan mal ve hizmetlerin serbest dolaşımının bir aracı olarak görülmekte diğer yandan ise sağlıklı işleyen ekonominin ve tüketici menfaatlerinin korunması haksız rekabet hukuku kapsamında değerlendirilmektedir. 6102 sayılı TTK'nin kabulüyle rekabetin korunması yaklaşımı yanında ilave haksız rekabet halleri de kabul edilmektedir. TTK'nin gerekçesinde ifadesini bulduğu üzere¹ TTK'nin ileride 2005/29/AT Yönergesi sistemine göre değişikliğe tabi tutulması gerekmektedir. Bu nedenle söz konusu yönerge hükümlerine de ilgili çalışma yer verilmektedir. Ayrıca kanunda tanımı verilmediği için dürüstlük kuralına aykırılığın belirlenmesinde yararlanılmak üzere haksız rekabetin tespitine yönelik ilkeler ilgili çalışma kapsamında incelenmektedir.

İlgili tez çalışmasının yürütülmesinde bilgi ve deneyimini esirgemeyen tez danışmanım Prof.Dr. Yâdigar İzmirli'ye tezimin her aşamasında yardımını ve desteğini esirgemeyen Prof. Dr. Rıza Ayhan'a ve eşim Emine Ebru Aksoy'a teşekkürlerimi sunarım.

¹ Bakınız 6102 sayılı TTK gerekçesi "54 ila 63. Maddelere İlişkin Genel Açıklamalar"

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	i
İÇİNDEKİLER	ii
KISALTMALAR.....	vii
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM HAKSIZ REKABET KAVRAMI VE TÜRK HUKUKUNDA DÜZENLENİŞİ

1. HAKSIZ REKABET KAVRAMI.....	4
1.1. HAKSIZ REKABETİN TANIMI.....	4
1.2. HAKSIZ REKABETİN ANAYASAL TEMELLERİ.....	5
1.3. HAKSIZ REKABET HUKUKUNUN HUKUKUN DİĞER DALLARI İLE İLİŞKİSİ.....	6
1.3.1. Haksız Rekabet Hukukunun Rekabeti Konu Alan Düzenlemelerle İlişkisi.....	7
1.3.1.1. Haksız Rekabet Hukukunun Rekabet Hukuku İle İlişkisi.....	7
1.3.1.1.1. Rekabet Hukukuyla Amacı Yönünden İlişkisi.....	7
1.3.1.1.2. Haksız Rekabet Hukukunun Rekabet Hukukuyla Ekonomi Politikaları Yönünden İlişkisi.....	10
1.3.1.2. Haksız Rekabet Hukukunun Rekabet Yasağı İle İlişkisi.....	14
1.3.2. Haksız Rekabet Hukukunun Benzer Amaçlara Hizmet Eden Hukuki Düzenlemelerle İlişkisi.....	15
1.3.2.1. Haksız Rekabet Hukukunun Fikri Mülkiyet Hukuku İle İlişkisi.....	15
1.3.2.2. Haksız Rekabet Hukukunun Tüketicinin Korunması Hukuku İle İlişkisi	17
1.3.2.2.1. Tüketicinin Korunması Hukuku İle Amacı Yönünden İlişkisi.....	18
1.3.2.2.2. Tüketicinin Korunması Hukuku İle Kapsamı Yönünden İlişkisi.....	18
1.3.2.3. Haksız Rekabet Hukukunun Etik Kurallarla İlişkisi.....	19
2. TÜRK HUKUKUNDA HAKSIZ REKABETİN DÜZENLENİŞİ.....	21
2.1. 865 SAYILI MÜLGA TÜRK TİCARET KANUNUNDA YER ALAN DÜZENLEME.....	22
2.2. BORÇLAR KANUNUNDA YER ALAN DÜZENLEME.....	23
2.3. TÜRK TİCARET KANUNUNDA YER ALAN DÜZENLEME.....	24
2.4. HAKSIZ REKABETİN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	26
2.5. TTK HÜKÜMLERİNİN TATBİK ALANI.....	26
2.6. HAKSIZ REKABETE İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN KARŞILAŞTIRILMASI.....	30
2.7. HAKSIZ REKABETİN UNSURLARI.....	31
2.7.1. Rekabet Eylemi	32
2.7.2. Zarar.....	35
2.7.3. Uygun İlliyet Bağı.....	37
2.7.4. Kusur	37
2.7.5. Hukuka Aykırılık (Dürüstlük Kurallarına Aykırı Hareket).....	40
2.7.6. İktisadi Faaliyet.....	43

İKİNCİ BÖLÜM

HAKSIZ REKABETİN ULUSLAR ARASI ALANDA DÜZENLENİŞİ

1. HAKSIZ REKABETİN ULUSLARARASI DÜZENLENİŞİ.....	46
1.1. PARİS SÖZLEŞMESİ.....	47
1.2. WİPO DÜZENLEMELERİ VE WİPO MODEL KORUMA.....	51
1.3. DÜNYA TİCARET ÖRGÜTÜ.....	57
1.4. TİCARETLE BAĞLANTILI FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI ANLAŞMASI.....	58
2. HAKSIZ REKABETİN AB MEVZUATINDA DÜZENLENİŞİ	60
2.1. ROMA ANLAŞMASI.....	62
2.2. 84/450/AET ALDATICI REKLAM YÖNERGESİ.....	64
2.3. 97/55/AT KARŞILAŞTIRMALI REKLAM YÖNERGESİ.....	65
2.4. 89/552/AET TELEVİZYON YAYINLARI YÖNERGESİ.....	67
2.5. 2000/31/AT ELEKTRONİK TİCARET YÖNERGESİ	68
2.6. 2002/58/AT GİZLİLİK VE ELEKTRONİK İLETİŞİM YÖNERGESİ.....	68
2.7. 2005/29/AT HAKSIZ TİCARİ UYGULAMALAR YÖNERGESİ.....	69
2.7.1. Yönergenin Amacı	70
2.7.2. Yönergenin Koruma Alanı.....	71
2.7.3. Yönergenin Yapısı.....	74
2.8. ROMA II TÜZÜĞÜ	76
3. HAKSIZ REKABETİN MUKAYESELİ HUKUKTA DÜZENLENİŞİ.....	77
3.1. HAKSIZ REKABETİN İNGİLİZ HUKUKUNDA DÜZENLENİŞİ.....	78
3.2. HAKSIZ REKABETİN İSVİÇRE HUKUKUNDA DÜZENLENİŞİ.....	80
3.3. HAKSIZ REKABETİN ALMAN HUKUKUNDA DÜZENLENİŞİ	81
3.3.1. AB Müktesebatının UWG'ye Etkileri.....	82
3.3.2. UWG'nin Yapısı.....	83
3.4. HAKSIZ REKABETİN DİĞER ÜLKE HUKUK SİSTEMLERİNDE DÜZENLENİŞİ	84

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HAKSIZ REKABET HALLERİ

1. 6762 SAYILI TTK'DE DÜZENLENEN HAKSIZ REKABET HALLERİ.....	87
1.1. KÖTÜLEME.....	87
1.2. GERÇEĞE AYKIRI BİLGİ VERME.....	92
1.3. YANLIŞ VEYA ALDATICI BİLGİ VERME.....	93
1.3.1. Aldatıcı Reklamlar ve Belirleme Kıstasları.....	98
1.3.1.1. Aldatıcı Reklamın Tanımı.....	100
1.3.1.2. Aldatıcı Reklamı Belirlemede Kıstaslar.....	100
1.3.1.2.1. Reklamın Bütün Olarak Ele Alınması.....	100
1.3.1.2.2. Yanlış veya Aldatıcı Olmaması.....	101
1.3.1.2.3. Tüketicinin Aldanma İhtimalinin Bulunması.....	103
1.3.1.2.4. Aldatmanın Önemli Hususlarda Olması.....	103

1.4. MÜSTESNA KABİLİYETTE OLDUĞU ZANNI UYANDIRMA VE HAKKI OLMAYAN AD VE UNVAN KULLANMA.....	103
1.5. İLTİBAS (KARIŞTIRILMA).....	104
1.6. YARDIMCILARI GÖREVİ İHLALE SEVK.....	111
1.7. İMALAT VE TİCARİ SIRLARINI ELE GEÇİRME.....	111
1.8. İMALAT VE TİCARET SIRLARINDAN HAKSIZ YERE YARARLANMA VEYA SIRLARI YAYMA.....	113
1.9. GERÇEĞE AYKIRI ŞAHADETNAME VERME.....	114
1.10. İŞ ŞARTLARINA UYMAMA.....	115
1.10.1. Bilgilendirme Yükümlülüğünün İhlali.....	116
1.10.2. Rekabetin Engellenmesi.....	120
2. 6102 SAYILI TTK'DE DÜZENLENEN HAKSIZ REKABET HALLERİ.....	121
2.1. DÜRÜSTLÜK KURALLARINA AYKIRI TİCARİ UYGULAMALAR.....	122
2.1.1. Karşılaştırmalı Reklamlar.....	122
2.1.1.1. Karşılaştırmalı Reklamın Tanımı.....	123
2.1.1.2. Karşılaştırmalı Reklamın Unsurları.....	123
2.1.1.2.1. Olumlu Unsurlar	123
2.1.1.2.1.1. Karşılaştırılabilirlik.....	123
2.1.1.2.1.1.1. Karşılaştırmanın Objektif Olması	124
2.1.1.2.1.1.2. Esaslı, Önemli ve İspat Edilebilir Niteliklere Yönelik Olması.....	125
2.1.1.2.1.1.3. Şahsi Karşılaştırılabilirlik.....	125
2.1.1.2.1.2. İkame Mal ve Hizmetlerin Karşılaştırılması.....	126
2.1.1.2.1.3. İlişkilendirme	126
2.1.1.2.1.4. İlişkilendirmenin Teşhis Edilebilir Olması.....	127
2.1.1.2.2. Olumsuz Unsurlar.....	128
2.1.1.2.2.1. Aldatıcı Olmama.....	128
2.1.1.2.2.2. Gereksiz Yere Kötüleme Yasağı.....	130
2.1.1.2.2.3. Gereksiz Yere Rakibin Tanınmışlığından Yararlanmama.....	131
2.1.2. Göstermelik İndirim.....	133
2.1.3. Ek Edimlerle Aldatmak.....	134
2.1.4. Saldırgan Ticari Uygulamalar	135
2.1.4.1. Saldırgan Ticari Uygulamaların Sınıflandırılması.....	140
2.1.4.1.1. Güçlü Pozisyondan Yararlanma.....	140
2.1.4.1.2. Fiziki Baskı Uygulanması.....	141
2.1.4.1.3. Psikolojik Baskı Uygulanması.....	141
2.1.4.1.4. Aşırı Prosedür Uygulanması.....	141
2.1.4.1.5. Kanunen Başvurulamayacak Bir Tedbire Tehdit Olarak Başvurulması....	142
2.1.4.2. Reklam Vasıtasıyla Saldırgan Ticari Uygulamalar.....	142

2.1.4.2.1. Gizli Reklamlar ve Ürün Yerleştirme.....	142
2.1.4.2.2. Saldırgan Reklamlar.....	145
2.1.5. Gizleme.....	147
2.1.6. Unvanın, Fiyat ve Fiyat Hesap Usulünün Belirtilmemesi.....	148
2.2. SÖZLEŞMEYİ İHLÂLE VE SONA ERDİRMEYE YÖNELTME.....	149
2.3. BAŞKALARININ İŞ ÜRÜNLERİNDEN YETKİSİZ YARARLANMA.....	151
2.4. DÜRÜSTLÜK KURALLARINA AYKIRI GENEL İŞLEM ŞARTLARI KULLANMA.....	152
DÖRDÜNCÜ BÖLÜM	
HAKSIZ REKABETİN TESPİTİ	
1. HAKSIZ REKABETİN TESPİTİNDE YARARLANILAN İLKELER.....	155
1.1. REKABET HAKKININ DÜRÜSTLÜK KURALINA UYGUN KULLANILMASI İLKESİ...	156
1.2. TÜKETİCİNİN KORUNMASI İLKESİ.....	158
1.3. ORTALAMA TÜKETİCİ İLKESİ.....	162
1.3.1. Ortalama Tüketicinin Davranış Modeli.....	162
1.3.2. Ortalama Tüketici Kavramı	163
1.3.3. Esas Alınacak Ortalama Tüketici.....	165
1.3.4. Ortalama Tüketicinin Dikkat ve İhtiyat Ölçüsü.....	167
1.4. ZAYIF TÜKETİCİNİN TEMEL ALINMASI İLKESİ	169
1.5. MESLEKİ ÖZEN GEREKLERİNİN YERİNE GETİRİLMESİ İLKESİ.....	172
1.6. KAMU YARARININ KORUNMASI İLKESİ.....	174
1.7. REKABETİN KORUNMASI İLKESİ.....	175
1.8. EMEĞE DAYALI REKABET İLKESİ.....	176
1.9. DIŞSALLIK İLKESİ.....	179
1.10. TÜKENME İLKESİ	182
1.11. DOĞRULUK VE AÇIKLIK İLKESİ.....	185
1.12. KÜMÜLÂTİF (ÇOKLU) UYGULAMA İLKESİ.....	187
1.12.1. Tescilsiz Fikri Mülkiyet Hakları Açısından.....	191
1.12.2. Özel Hükümlere Göre Koruma Sağlanamaması Durumunda.....	193
1.12.3. Hakkın Kaybı Durumunda.....	194
1.12.4. Farklı Menfaatlerin Korunması Durumunda.....	195
1.13. ASGARİ ETKİN BOYUT İLKESİ (DE-MİNİMİS KURALI).....	197
1.14. MÜŞTERİNİN KİŞİLİĞİNE SAYGI DUYULMASI İLKESİ.....	201
2. TESPİT DAVASI.....	202
2.1. TESPİT DAVASININ BENZER HUKUKİ MÜESSESELERLE İLİŞKİSİ.....	203
2.1.1. Tespit Davasının Delillerin Tespiti İle İlişkisi	203
2.1.2. İhtiyati Tedbirle İlişkisi	204
2.2. TESPİT DAVASININ ŞARTLARI.....	204
2.2.1. Hukuki İlişki.....	205

2.2.2. Hukuki Yarar	206
2.3. TESPİT DAVASININ ÇEŞİTLERİ.....	208
2.3.1. Müspet Tespit Davası.....	208
2.3.2. Menfi Tespit Davası.....	208
2.4. HAKSIZ REKABETİN TESPİTİ DAVASININ TARAFLARI.....	209
2.4.1. Davacılar.....	209
2.4.1.1. Haksız Rekabete Uğrayan	209
2.4.1.2. Müşteriler	209
2.4.1.3. Belirli Nitelikleri Taşıyan Kuruluşlar.....	210
2.4.2. Davalılar	210
2.4.2.1. Haksız Rekabette Bulunan Kişiler.....	211
2.4.2.2. İstihdam Eden.....	211
2.4.2.3. Basın, Yayın, İletişim ve Bilişim Kuruluşları.....	211
2.5. KARARIN İLANI.....	212
2.6. ZAMANAŞIMI.....	213
2.7. CEZAİ SORUMLULUK.....	213
2.8. GÖREV YETKİ VE YARGILAMA USULÜ.....	215
SONUÇ.....	216
KAYNAKÇA.....	228
ÖZET.....	244
ABSTRACT.....	246

KISALTMALAR

AAD: Avrupa Toplulukları Adalet Divanı

AB.: Avrupa Birliği

AET.: Avrupa Ekonomi Topluluğu

a.g.e.: Adı geçen eser

a.g.m.: Adı geçen makale

Ant.: Antlaşma

AT .:Avrupa Topluluğu

ATAD.: Avrupa Topluluğu Adalet Divanı

AÜHFD.: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

B.: Baskı

BATİDER.: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi

BGE.: Bundesgerichtsentschiede

BGE.: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts

BGH.: Bundesgerichtshof

BGHZ.: Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen

BitÇeşitK.: Yeni Bitki Çeşitlerine Ait İslahçı Haklarının Korunmasına İlişkin Kanun

bkz.: bakınız

BRP.: The Business Protection from Misleading Marketing Regulations 2008

BTHAE.: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü

C.: Cilt

CPR.: The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008

DTÖ.: Dünya Ticaret Örgütü

E.: Esas

EC.: European Commission

ECJ.: European Court of Justice

ECR.: European Court Report

EnDevTopKan.: Entegre Devre Topografyalarının Korunması Hakkında Kanun

- EnTasKHK.:** Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
- f.:** Fıkra
- FİSEK.:** Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
- FMR.:** Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi
- GWB.:** Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
- H.D.:** Hukuk Dairesi
- HGK:** Hukuk Genel Kurulu
- IIC.:** Internationale Review of Intellectual Property and Competition Law
- İBK:** İçtihadı birleştirme kararı
- K.:** Karar
- KHK.:** Kanun Hükmünde Kararname Kararname
- m.:** madde
- MarKHK.:** Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
- Mm.:** mükerrer madde
- MTTK.:** 865 sayılı Mülga Türk Ticaret Kanunu
- No.:** Numara
- OFT.:** Office of Fair Trading
- PatKHK.:** Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
- PS.:** 1883 Tarihli Paris Sözleşmesi
- RA.:** Roma Anlaşması
- RK.:** Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
- RÖK.:** Reklam Özdenetim Kurulu
- RTÜK.:** Radyo Televizyon Üst Kurulu
- RY.:** Reklam Yönetmeliği
- s.:** sayfa
- S.:** Sayı
- T.:** Tarih
- TRIPS.:** Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights
- TKHK.:**4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
- Tüsiad.:** Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği

UWG.: Bundest Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19
Dezember 1986

UWG.: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb

vd.: ve diğerleri

Vol.: Volume

WIPO.: World Intellectual Property Organization

WMP.: The 1996 WIPO Model Provisions

GİRİŞ

Ticaret, tarafların karşılıklı güveni esasına dayanır. Bu nedenle ticaretin ortaya çıkmasından itibaren taraflar, gerekli güveni sağlayacak düzenlemeleri arama olgusu içerisinde girmişlerdir. Ticaretin dürüst bir şekilde yapılması ilk toplumlardan günümüze düzenleme gereği duyulan bir olgudur. Ancak ticarete dürüstlüğü sağlamaya yönelik düzenlemeler toplumların gelişmişlik düzeyine bağlı olarak çeşitlilik göstermektedir. Söz konusu düzenlemeler temelde örf ve adet hukuku şeklinde gelişme göstermiştir. Rekabetin hukuk tarafından düzenlenmesi ise nispeten yeni bir olgudur ve liberal ekonomilerin geçerlilik kazanmasının sonucudur.

Liberal ekonomilerin varlık unsuru ve piyasa ekonomilerinin temel özelliği piyasanın değil piyasa katılanları arasında rekabetin varlığı olarak kabul edilmektedir¹. Liberal ekonomilerin varlığı ve kendisinden beklenileni vermesi ise rekabet özgürlüğüne ve güvenilir, sağlıklı bir rekabet düzenine bağlı görülmektedir. Bu nedenle haksız rekabet hukuku, liberal ekonomilerin sonucu ortaya çıkan yeni bir hukuk dalı ve daha önce ortaya çıkan benzer kurumlardan farklı amaca yönelmiş bir kurum olarak kabul edilmektedir².

Liberal ekonomilerin ve rekabet ortamının dürüst ve sağlıklı şekilde işlemesi, haksız rekabetin önlenmesine en az rekabet sınırlamalarının kaldırılmasına olduğu kadar bağlı görülmektedir. Rekabetin bozulması açısından haksız rekabete, rekabet ihlallerinden daha yaygın, daha kapsamlı

¹Piyasalar, her devirde ve her ekonomide mevcut olduğu için liberal ekonomilerin varlık unsuru olarak görülmemektedir. Hüsnü Erkan (Yayına Hazırlayan), **Sosyal Piyasa Ekonomisinin Rekabet Boyutu**, İzmir, Sosyal Piyasa Ekonomisi Yayınları, 1992, s. 7. Marcus Höpferger, Martin Senftleben, "Protection Against Unfair Competition at the International Level: The Paris Convention, the 1996 Model Provisions and the Current Work of the World Intellectual Property Organisation", **Law Against Unfair Competition**, Editors Reto M Hilty / Frauke Henning-Boweding, Springer, Munich 2007 s. 61-76, s. 61.

² Örneğin Roma Hukukunda kölelerin efendilerinin rakipleri tarafından kısıktılması ve efendilerinin ticari sırlarını açığa çıkartmalarına yönelik actio servi corrupti davası bulunmakta idi. Bakınız Gökçe Türkoğlu Özdemir, Roma Haksız Rekabethukukuna İlişkin Olarak Actio Servi Corrupti, s 213-233, **AÜHFD**, Yıl 2005, C. 54 Sa. 4 s. 213,214

ve rekabet düzeni üzerindeki etkileri çok daha büyük bir olgu³ nazarıyla bakılmaktadır. Liberal ekonomiler rekabet özgürlüğü temeline dayanmakla birlikte özgürlüğe tam ve mutlak bir serbestlik olarak bakılmamakta, belirli sınırları olduğu ve haksız rekabetin himaye görmeyeceği kabul edilmektedir. Liberal ekonomiler için elzem olan dürüst bir rekabet düzeni kurulurken aynı zamanda rekabet özgürlüğü kamu ve özel hukuk normlarıyla korunarak, bu özgürlüğün sınırları da belirlenmiş olmaktadır⁴.

Söz konusu nedenler haksız rekabet hukukuna uluslararası nitelik kazandırmakta ve haksız rekabeti, ulusal düzenlemelerin olduğu kadar uluslararası ve bölgesel düzenlemelerin de konusu haline getirmektedir. Kanunlarının eskiliği ile övünen Almanya'nın yüz yıla yakın süre yürürlükte kalan UWG'sini değiştirmesi⁵, aynı şekilde haksız rekabete ilişkin köklü düzenlemeleri bulunan İsviçre'nin⁶ aynı dönemde kanunlarını değiştirmesi, İngiltere'de köklü düzenlemelere gidilmesi⁷ bir tesadüf değil haksız rekabet hukukuna ilişkin uluslar arası ve bölgesel düzenlemelerin sonucu olarak görülmektedir. Özellikle rekabet hukukuna üçlü koruma prensibinin kabulü ve rekabet politikalarının mal ve hizmetlerin serbest dolaşımı ve temel özgürlüklerle ilgili görülmesi rekabet düzenlemelerine kamu menfaatine hizmet eder bakış açısı kazandırmaktadır.

Ahlaka aykırılıktan kaynaklanan güven sıkıntısı gibi fiili ve güvenlik gereksiniminden kaynaklanan psikolojik rekabet engellerinin kaldırılmasına olanak sağlaması nedeniyle haksız rekabet hükümleri en az gümrük rejimleri ve rekabet sınırlamaları hukuku kadar ticaretin güvencesi olarak

³ ODTÜ-İİBF 2007 Bahar Dönemi Adm 430 Competition Law Dersini Alan Siyaset Bilimi Ve Kamu Yönetimi Bölümü Öğrencileri, "Rekabet Politikası Rekabet Hukuku Ve Politikasının Devletın Diğer Politikalarıyla İlişkisi Üzerine Notlar", **Rekabet Formu**, Hukuk Ekonomi Politika Rekabet Derneği Yayınları s 20-25 S 36, Ankara 2007, Erişim http://www.rekabetderneği.org/rk_bulten/sayi36.doc 21.06.2010,

⁴ Fahri Halil Örs, **Türk Hususi Hukukunda Haksız Rekabet**, Ankara, Ziraat Bankası Matbaası, 1958, s.2.

⁵ 2004 yılında Gesetz Gegen Den Unlauteren Wettbewerb (UWG) kabul edilmiştir.

⁶ 1986 yılında Bundesgesetz Gegen Den Unlauteren Wettbewerb kabul edilmiştir.

⁷ İngiliz hukuku, pek çok düzenlemeyle 2005/29/AT Yönergesi sayesinde tanışmıştır. Howells Geraint, Hans, Micklitz W., Wilhelmsson Thomas, "European Fair Trading Law" **Ashgate E-Book**, Erişim: www.ashgatepublishing.com 25.06.2010, s. 8.

görülmektedir. Uluslararası rekabet politikalarının bir parçası gözüyle bakılması nedeniyle haksız rekabet 1883'ten beri Paris sözleşmesinin gündemindedir. Ayrıca Dünya Ticaret Örgütü Antlaşması ve onun eki durumundaki TRİPS haksız rekabet düzenlemeleri içermektedir.

Haksız rekabet hükümleri Türk Ticaret Kanununun en çok uygulanan hükümler arasında yer almakta; 6102 Sayılı TTK'de ise ulusal ve bölgesel düzenlemelere uyum amacıyla daha kapsamlı hükümlere yer verilmektedir. Ayrıca AB mevzuatının 6102 sayılı TTK'de köklü değişiklikler yapılmasını gerektireceği TTK gerekçesinde belirtilmektedir⁸.

Haksız rekabetin unsurlarının, haksız rekabet halleri ve dürüstlük kuralına aykırılığın belirlenmesinde kullanılan haksız rekabetin tespiti ilkelerinin ortaya konması ve tespit davasının şartları ve genel tespit davasından farklı yönlerinin incelenmesi ilgili çalışmanın amacını oluşturmaktadır. Bu amaçla ilgili çalışmanın birinci bölümünde haksız rekabet kavramı ve Türk hukukunda düzenlenişi, haksız rekabete ilişkin düzenlemelerdeki temel doktrin değişiklikleri; ikinci bölümde haksız rekabetin uluslar arası alanda düzenlenişi; Türkiye'nin uluslar arası ve bölgesel yükümlülükleri, üçüncü bölümünde haksız rekabet halleri dördüncü bölümde ise haksız rekabetin tespiti konuları incelenmiştir.

⁸ 6102 sayılı TTK54-63. Madde Gerekçeleri.

BİRİNCİ BÖLÜM

HAKSIZ REKABET KAVRAMI VE TÜRK HUKUKUNDA DÜZENLENİŞİ

1. HAKSIZ REKABET KAVRAMI

Ticari uygulamalar sırasında ahlaka aykırılıkla tanımlanan haksız rekabet, rekabeti konu alan düzenlemelerle ve benzer amaca hizmet eden düzenlemelerle yakından ilgilidir.

1.1. HAKSIZ REKABETİN TANIMI

İktisadi rekabet, teknik olarak sonsuz miktarda arz kapasitesine sahip iktisadi faaliyette bulunan işletmelerin sınırlı olan toplam talepten en fazla pay alma, bu sayede en fazla menfaati elde etme yarışı şeklinde tanımlanabilir. Yani iktisadi anlamda rekabet, ticari alanda rakipler (aynı meslek ve sanat erbabı) arasında, diğerlerinden öne geçme ve iktisadi başarı sağlama amacıyla yapılan yarışmadır¹.

Rakipler, rekabet ortamında başarıya ulaşmak için üstünlüklerini ortaya koymaktadır. Söz konusu üstünlükler, sözleşmenin karşı tarafının sunulan mal ve hizmetleri tercih etmesini sağlayan fiyat, kalite, markanın tanınmışlığı gibi faktörler; reklam gibi tanıtım ve müşteriye etkileme araçları veya işletmenin verimini artırmak, değişen koşullara uyum sağlamak, yenilikleri takip etmek şeklinde ortaya çıkabilmektedir². Söz konusu faktörler üzerinde tarafların üstünlüklerine dayanan iktisadi alandaki rekabet; başarı yarışı ve başarı rekabeti olarak adlandırılmaktadır³. Başarı rekabetinde karşı tarafa sunulan tercih sebepleri mesleki etiğe uygundur ve rekabet meşru

¹ Turgut S. Erem, **Ticaret Hukuku Prensipleri**, İstanbul, Hüsnütabiat Matbaası, İkinci Baskı, C I, 1962, s. 200. Ekrem Edgü, **Ticaret Hukuku I Umumi Hükümler**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1967, s. 136.

² Edgü, a.g.e., s.137. Yaşar Karayalçın, **Ticaret Hukuku I: Giriş, Ticari İşletme**, Ankara 1968, s. 440.

³ Erkan, a.g.e., s. 8.

vasıtalarda yapılmaktadır. Buna karşılık, karşı tarafa sulan tercih sebeplerinin meşru vasıtalara dayanmaması, dürüstlük kuralına aykırı vasıtalara dayanması durumunda yapılan rekabet ise haksız rekabet olarak tanımlanmaktadır.

Haksız rekabet hukuku açısından dürüst rekabetin temel özelliği, tarafların başarıya haksız bir nedenle veya karşı tarafa kural dışı davranma yoluyla değil çalışma, çaba ve yeteneğine dayanarak ulaşmasıdır⁴. Haksız rekabet ise söz konusu yarışta öne geçmek amacıyla yapılan faaliyetin dürüst kabul edilmeyen uygulamalara dayanması şeklinde ifade edilmektedir. Haksız rekabet düzenlemeleri, söz konusu rekabetin yapılış tarzıyla; meşru vasıtalar yoluyla yapılıp yapılmadığıyla ilgilenmektedir. Haksız rekabet normlarının amacı da rekabet faaliyetinde dürüst kabul edilmeyen vasıtaların kullanılmasının engellenmesidir.

1.2. HAKSIZ REKABETİN ANAYASAL TEMELLERİ

Haksız rekabet hükümleri, temel özgürlüklerle ve devletin rekabet politikalarıyla yakından ilgili görülmekte; bu nedenle iktisadi özgürlüklerle ilgili anayasal düzenlemeler, haksız rekabete dair hükümlerle bağlantılı kabul edilmektedir.

Anayasanın (AY) 48. maddesinde, özel teşebbüs kurmanın serbest olduğu belirtilmek suretiyle, serbest piyasa ekonomisi kabul edilmektedir. Serbest piyasa ekonomisinin temel unsuru ise rekabet ortamının varlığı ve sağlıklı işleyişinin sağlanmasıdır. Sağlıklı işleyen rekabet ortamının oluşturulması ise rekabet sınırlamalarının kaldırılması kadar haksız rekabetin önlenmesi ile de bağlantılı görülmektedir. Ayrıca AY m 48/II'de yer alan "özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri

⁴ Erkan, a.g.e., s. 8.

alma yükümlülüğü”nün ilgilileri ve ekonomiyi haksız rekabete karşı etkili şekilde koruyacak tedbirlerin alınmasını da kapsadığı muhakkaktır.

Devletin, AY'nin 167. maddesinde yer alan, “para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alma” yükümlülüğü rekabeti konu alan hukuki düzenlemeler ve rekabet politikaları vasıtasıyla yerine getirilmektedir. Ayrıca AY m 172’de tüketicinin devletçe korunması ve aydınlatılması yükümlülüğü de tüketicinin korunmasını amaç edinen modern haksız rekabet hukukuyla yakından ilgilidir.

Sonuç olarak haksız rekabet hukuku yalnızca rakiplerin menfaatlerini değil sağlıklı işleyen ekonomiyi de korumayı amaçlamasında ve haksız rekabetin piyasayı ve rekabetin yapısını bozucu etkisinden dolayı devletin, anayasa’da belirtilen amaç ve yükümlülüklerini haksız rekabete karşı etkili bir koruma sağlamadan gerçekleştiremeyeceği kabul edilmektedir⁵.

1.3. HAKSIZ REKABET HUKUKUNUN HUKUKUN DİĞER DALLARI İLE İLİŞKİSİ

Piyasa ekonomisinin geçerli olduğu sistemlerde devletin rekabet düzenlemeleri ve politikası, devletin diğer politikalarını ve hukuki düzenlemelerini doğrudan etkiler niteliktedir. Bu nedenle rekabet düzenlemelerinin diğer hukuk dallarıyla etkileşim ve iletişim içerisinde olması kaçınılmazdır⁶. Hukukumuz açısından rekabet, çeşitli politikalara hizmet eden hukuki düzenlemelere konu olduğu gibi haksız rekabet hukuku da kendisiyle aynı amaca hizmet eden çeşitli hukuk dallarıyla etkileşim içerisinde.

⁵ Hüseyin Ülgen, vd, **Ticari İşletme Hukuku**, Üçüncü Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 450.

⁶ ODTÜ-İİBF 2007 Bahar Dönemi Adm 430 Competition Law Dersini Alan Siyaset Bilimi Ve Kamu Yönetimi Bölümü Öğrencileri, a.g.m. s. 20.

1.3.1. Haksız Rekabet Hukukunun Rekabeti Konu Alan Düzenlemelerle İlişkisi

Türk hukukunda rekabet; haksız rekabet hukukunun yanısıra rekabet hukuku ve rekabet yasağına ilişkin düzenlemelere de konu olmaktadır.

1.3.1.1. Haksız Rekabet Hukukunun Rekabet Hukuku İle İlişkisi

Rekabete yönelik iki temel tehdit, rekabet hakkının dürüstlük kuralına aykırı kullanılması ve rekabetin kanuna aykırı şekilde sınırlandırılmasıdır. Farklı hukuk dalları olarak kabul edilen, farklı amaçlara hizmet eden ve farklı menfaatleri koruyan iki hukuk dalının da temelindeki kavram rekabettir ve ikisi de geniş anlamda rekabet hukukunun kapsamında değerlendirilmektedir⁷. Bu nedenle söz konusu hukuk dallarının etkileşim içinde olması veya en azından belirli bir konunun ikisinin de kapsamına girmesi kaçınılmazdır⁸. Örneğin 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RK) m. 4-6'da sayılan eylemlerin aynı zamanda TTK m. 57 kapsamında haksız rekabet olarak kabul edilmesi mümkün olmaktadır⁹.

1.3.1.1.1. Rekabet Hukukuyla Amacı Yönünden İlişkisi

Rekabet kavramı haksız rekabet hukukunun ve rekabet hukukunun temelindeki kavram olmakla birlikte rekabet kavramını iki hukuk dalı farklı açılardan ele almaktadır. Piyasaya ticari ahlakı hâkim kılmayı amaçlayan haksız rekabet hukuku, rekabet kavramını, rakipler arası çekişme ortamı olarak algılamakta ve rekabetin nasıl olduğu ile ilgilenmektedir¹⁰. Buna karşın rekabet hukuku ise, rekabet kavramını hiçbir teşebbüsün fiyatı veya iş koşullarını tek başına etkileme gücüne sahip olmadığı piyasa şekli olarak

⁷ Sabih Arkan, "Haksız Rekabet ve Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun Hükümleri Arasındaki İlişki" **Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, YY, Ankara 2003.** s. 3-12, s. 3. Kısaltması: Haksız Rekabet

⁸ Ercüment Erdem, "Rekabet Hukuku ve Haksız Rekabet İlişkisi" **Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Armağanı, C I, s. 377-398, İstanbul, Beta, 2002, s. 386.**

⁹ Sabih Arkan, **Ticari İşletme Hukuku, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, Onüçüncü Bası, 2009, s. 306.** Kısaltması: İşletme. Kemal Şenocak, "Haksız Rekabet Açısından Boykot" **BATİDER, Ankara 2009, C XXV S,I, s 67-95** Kısaltması: Boykot, s. 86.

¹⁰ Arkan, Haksız Rekabet, a.g.m., s. 8.

algılamakta¹¹ ve rekabetin niceliği ile ilgilenmekte; bu nedenle rekabet özgürlüğünü ve münhasıran rekabetin varlığını güvence altına almayı amaçlamaktadır¹².

Haksız rekabet hukuku, rekabeti ortadan kaldırmayı veya sınırlamayı amaçlamaktan ziyade, rekabette yasal ve ticari dürüstlük kuralına uygun olmayan metotlara başvurulmasını, başkasına zarar verilmesini ve rekabetin kötüyü ödüllendiren bir mekanizma haline getirilmesini¹³ yani haksız ticareti¹⁴ engelleme amacı taşımaktadır. Bu nedenle iktisadi rekabetin kötüye kullanılmasını engellemeyi amaçlayan haksız rekabet hukukunun doğrudan amacı; rakiplerin, tüketicilerin, mesleki ve iktisadi birliklerin ve kamunun sağlıklı işleyen ekonomiden kaynaklanan yararının korunması iken, mesleki faaliyetlerin ve serbest iktisadi rekabette bulunma hakkının korunması haksız rekabet hukukunun dolaylı amacını oluşturmaktadır¹⁵. Ancak haksız rekabet hükümlerinin, yasaklayıcı hükümler olmadığı başlı başına rekabetçi bir ortam kurmada ve devam ettirmede yetersiz kalacağı belirtilmektedir¹⁶.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ise "bozulmamış", "engellenmemiş", "kısıtlanmamış" rekabeti esas almakta ve engellenmiş, bozulmuş, kısıtlanmış rekabete sonuçlar bağlamaktadır¹⁷. Yani rekabet hukuku bizatihi serbest rekabet ortamı kurmayı ve onun işlerliğini korumayı amaçlamaktadır¹⁸. Ancak rekabet hukuku düzenlemeleri bir gurubun menfaatini diğer guruba karşı korumamaktadır¹⁹.

¹¹ Erdem, a.g.m., s. 384.

¹² Arkan, Haksız Rekabet, a.g.m., s. 8.

¹³ Erdal Türkan, "Haksız Rekabetin Hukuki ve İktisadi Boyutları", **Rekabet Forumu**, S 32, s 2 Erişim: [Http://www.Rekabetdernegi.Org/Rk_Bulten/Sayi32.Doc](http://www.Rekabetdernegi.Org/Rk_Bulten/Sayi32.Doc), 15.09.2006.

¹⁴ Karayalçın, a.g.e., s. 449.

¹⁵ Erdem, a.g.m., s. 382, 384. Karayalçın, a.g.e., s. 449.

¹⁶ Erdem, a.g.m., s. 391.

¹⁷ 6102 Sayılı TTK 54. Madde Gereğesi

¹⁸ Erdem, a.g.m., s. 379. Arkan, Haksız Rekabet, a.g.m., s. 8. Ülgen, vd, a.g.e., s. 454. Oğuz İmregün, **Kara Ticaret Hukuku Dersleri**, İstanbul, Filiz Kitabevi, Onbirinci Bası, 1996, s. 81.

¹⁹ Erdem, a.g.m., s. 381.

TTK'nin haksız rekabete ilişkin hükümleri her alanda uygulanabilecek genel hükümler içerdiği halde, RK sadece mal ve hizmet piyasalarındaki rekabetin sağlanmasını hedeflemektedir²⁰. Haksız rekabet, özel hukuk ilişkilerine uygulanabilir²¹ hükümler içermesine rağmen rekabet hukukunun hem özel hem de kamu hukuku yönü bulunmaktadır²². Zira rekabet hukukunda işletmelerin rekabet kurallarına aykırı olan özel hukuk ilişkileri bir kamu denetimine konu olmaktadır²³. RK'ye aykırı faaliyet nedeniyle zarar görenlerin sahip oldukları hakların düzenlenmesi rekabet hukukunun ikincil amacını oluşturmaktadır²⁴. Serbest iktisadi rekabette bulunma hakkının ve mesleki faaliyetlerin korunması ise haksız rekabet hukukunun dolaylı amacını teşkil etmektedir. Belirtilen farklılıklar söz konusu hukuk dalları arasındaki diğer amaç farklılıklarını oluşturmaktadır.

Belirtilen amaç farklılıklarına rağmen sonuç olarak söz konusu hukuk dalları arasında belirli bir amaç birliğinin bulunduğu ve söz konusu hukuk dallarının amaçsal olarak birbirinin tamamlayıcısı olduğu söylenebilir. 6102 Sayılı TTK'de, İsviçre UWG'sinde olduğu gibi "tüm katılanlar lehine dürüst ve bozulmamış bir rekabetin sağlanması" amaç hükmüne yer verilerek Alman ve İsviçre kanunlarında ve Türk Uygulamasınca kabul edilen rekabet hukuku ile haksız rekabet hukuku arasında amaç birliğinin olduğu görüşü kanuni düzenlemeye kavuşturulmuştur (m 54/1). Söz konusu düzenlemede esas amaç, ülke ekonomisi ve bu ekonomi içinde haksız rekabetin önlenmesi ve dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır²⁵.

²⁰ Rıza Ayhan, **Ticari İşletme Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2. Baskı, 2007s, 459, Kısaltması: İşletme.

²¹ Rıza Ayhan, **Haksız Rekabet Münasebetiyle Elde Edilen Menfaatlerin İadesi**, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 7, Konya 1990, s. 7-10. Kısaltması: Menfaatlerin İadesi

²² Gamze Aşçıoğlu Öz, **Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması**, Ankara, 2000, s. 20.

²³ Öz, a.g.e., s. 20.

²⁴ Erdem, a.g.m., s. 385.

²⁵ Hamdi Yasaman, "Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Kapsamı", **İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku'nun Türk Ticaret Hukuku'na Etkileri**, Vedat kitapçılık, İstanbul 2009, s. 1-83, s. 2.

1.3.1.1.2. Haksız Rekabet Hukukunun *Rekabet Hukukuyla* Ekonomi Politikaları Yönünden İlişkisi

Haksız rekabet hukuku ile rekabet hukuku arasındaki ilişkinin ortaya konmasında, haksız rekabet hükümlerinin ekonomi politikası açısından tarafsız hükümler olup olmadığının belirlenmesi önem arz etmektedir. Ekonomi politikaları açısından tarafsız bir haksız rekabet hukuku, iki hukuk dalının rekabet hukukunun tamamen farklı görünümüleri olduğu anlamına gelmekte böylece haksız rekabet hukukunun kapsamı daralmaktadır. Çünkü haksız rekabet hukukunun ekonomi politikaları açısından tarafsız olduğunun kabulü durumunda rekabet hukuku, yalnızca taraflar arasındaki ilişkileri kapsamına alması sonucunu doğuracağı için rekabet ortamını zedeleyen fiiller haksız rekabet olarak nitelenemeyecektir. Haksız rekabet hukukunun ekonomi politikalarının bir aracı olarak kabulü ise, sağlıklı işleyen rekabet ortamının kurulmasını ve devamını haksız rekabet hukukunun amaçlarından biri haline getirmekte ve koruma konularından birine zarar vermek kaydıyla, rekabet ortamına zarar veren fiillerin de haksız rekabet olarak kabul edilmesini gerektirmektedir.

Haksız rekabet hukukunun ekonomi politikası ile ilişkisine değinen ilk görüşler (ayrımcı görüş) klasik haksız rekabet hukukunun dar anlamda rekabet eylemini kapsamına almasının da etkisiyle, haksız rekabet hükümlerinin ekonomi politikası bakımından içerikten yoksun olduğu düşüncesinden hareket etmektedir. Söz konusu görüşe göre, RK rekabeti mümkün olduğunca genişletmeyi amaçlarken, haksız rekabet hukuku, rekabetin kötüye kullanılmasını engellemek suretiyle rekabete sınırlamalar getirmekte ve kişilerin zararını giderme amacı taşımaktadır²⁶. Bunun sonucu olarak, haksız rekabet hukuku, bir hakkın kötüye kullanılması niteliğindeki uygulamalara yönelik olsa da, rekabeti sınırlama amacı taşımaktadır. Rekabet hukukunun amacı ise rekabeti mümkün olduğu kadar genişletmektir. Belirtilen görüşe göre, rekabet hukuku kurallarıyla haksız rekabete ilişkin

²⁶ İNAN Nurkut, Rekabet Hukukunun Diğer Disiplinlerle İlişkisi, Kısaltması: İlişki Erişim: www.rekabet.gov.tr/dosyalar/perskonfyyn/perskonfyyn89.zip 21.06.2010. s. 10. Örs, a.g.e., s. 28.

kurallar çatışmakta; diğer bir deyimle birbirine zıt amaçlar gütmektedir. Söz konusu amaç zıtlığını gidermek değil makûl bir dengede tutmanın ise rekabet politikasının görevi olduğu kabul edilmektedir²⁷. Belirtilen görüş BK m 48 düzenlemesinde yer bulmakta, söz konusu düzenleme, yalnızca aralarında özel bir güven ilişkisi bulunan rakiplerin menfaatlerini korumayı amaçlamakta; MK m 2'nin yaşama geçirilmesine yönelik rekabet fiilinin piyasa üzerinde doğurduğu etkilerle ilgilenmemektedir²⁸.

Rekabet özgürlüğü meşru sınırlar içerisinde vardır ve rekabet hakkının amacına aykırı olarak kullanılamaması gerekmektedir. Meşru sınırlar içerisinde yapılmayan rekabet, haksız fiil teşkil edeceği gibi ceza hukuku anlamında suç da teşkil edebilir. Bu nedenle haksız rekabet hükümleri rekabet özgürlüğüne getirilen sınırlamalar olduğu ve haksız rekabet hükümleri ile rekabet özgürlüğünün çelişki içerisinde olduğu²⁹ görüşü geniş anlamda rekabet eylemine sonuç bağlayan modern düzenlemelerle uyum içerisinde değildir. Söz konusu hükümler rekabet özgürlüğüne getirilen sınırlamalar olarak kabul edilmelidir³⁰.

Haksız rekabet hükümleri, yalnızca rakipleri değil tüm ilgilileri ve kamuyu koruyan hükümlerdir ve ekonomi politikası açısından tarafsız hükümler olarak algılanmamalıdır. Kötüleme, elde ettiği sırları yayma gibi bazı haksız rekabet hallerinin rakipler dışındaki kimselerce işlenebilecek nitelikte fiiller olması ve tüketicilerin ve meslek kuruluşlarının bazı haksız rekabet davalarını açmaya yetkili olması, başlangıçta yalnızca rakiplerin menfaatlerini korumayı amaçlayan haksız rekabete ilişkin hükümlerin; günümüzde yalnızca iş ahlakını değil rekabet düzenini ve rekabetin fonksiyonlarını yerine getirmesini de korumayı amaçlamaya yönelik hükümler

²⁷ İnan, İlişki a.g.e., s. 10.

²⁸ Arkan, Haksız Rekabet, a.g.m., s. 5.

²⁹ Arkan, Haksız Rekabet, a.g.m., s. 10.

³⁰ Arkan, Haksız Rekabet, a.g.m., s. 10.

olduğunu göstermektedir³¹. Bu nedenle, İsviçre’de 1.3.1988’de yürürlüğe giren Haksız Rekabete Karşı Kanun’a ilişkin genel açıklamalarda belirtildiği üzere; meşru-haksız rekabet ayırımında, iş ahlakı ölçüsünün yanı sıra işlevsel bir rekabet sisteminden beklenen sonuçlarında dikkate alınması ve rekabetin fonksiyonlarını yerine getirmesine engel olan davranışlara karşı rekabet mevzuatı yanında haksız rekabete ilişkin hükümlerle de mücadele edilebileceği görüşü ağırlık kazanmaktadır³². UWG m 1’de kanunun amacı “rakipleri, tüketicileri, ve diğer piyasa katılanlarının menfaatlerini haksız rekabetten korumak” olduğu kadar “hilesiz rekabet ortamından kamunun menfaatini korumak” şeklinde belirtilerek haksız rekabet hukukunun ekonomi politikaları yönünden tarafsız olduğu yönündeki geleneksel anlayış terk edilmiş; genel hükmün (m.1/1) yorumlanmasında ekonomi politikalarının da dikkate alınması gerektiği³³ ve bu sayede rekabetin fonksiyonlarını engelleyen davranışlara karşı sadece RK ile değil haksız rekabet hükümleriyle de mücadele edilebileceği görüşü ağırlık kazanmıştır³⁴. Söz konusu hükümle rakiplere, tüketicilere ve diğer katılanlara zarar veren, rekabetin biçimini bozmaya müsait, haksız ticari uygulamalar yasaklanmakta ve bozulmamış bir rekabetten doğan kamuya has menfaatler muhafaza edilmektedir³⁵. Söz konusu görüş bir adım daha ileriye götürülmüş; UWG’nin amacını belirleyen 1. maddesinde haksız rekabet-kartel hukuku arasındaki yapay ayırımın ortadan kalktığı belirtilmiştir³⁶. Kartel kanununun uygulanmasının söz konusu olmadığı durumlarda rekabetin varlığı, fonksiyonlarını tehlikeye düşüren davranışlarla engellemek için haksız rekabeti düzenleyen

³¹ Ayhan, İşletme, a.g.e., s. 458. Reha Poroy, Hamdi Yasaman, **Ticari İşletme Hukuku**, Beta, İstanbul, Sekizinci Bası, 1998, s. 216. İ. Yılmaz Aslan, Doğan Şenyüz, Mevci Ergün, **İşletme Hukuku**, Bursa,, Ekin Kitabevi, 2005, s. 111. Ülgen, vd, a.g.e., s. 455.

³² Arkan, Haksız Rekabet, a.g.m., s. 5,6. Ayhan, İşletme, a.g.e., s. 458, 459.

³³ Ayhan , İşletme, a.g.e., s. 458.

³⁴ Arkan, Haksız Rekabet, a.g.m., s. 7.

³⁵ Sebastian Heim, “Practice Point, Protection of competitors, consumers and the general public—The new German, Act against Unfair Competition”, **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, Sl. 1, No. 8, s. 528.

³⁶ Arkan, Haksız Rekabet, a.g.m., s. 7. 6102 Sayılı TTK gerekçesi “54 ilâ 63 üncü Maddelere İlişkin Genel Açıklamalar”

hükümlerden yararlanılması gerektiği ifade edilmektedir³⁷. Söz konusu görüşe göre rekabet özgürlüğüne yönelik tehlikeleri önleme konusunda rekabet mevzuatı tek başına yeterli olmamaktadır. Rekabeti önlemeye, ayrımcılık yapmaya yönelik davranışların yerine göre haksız rekabet hükümlerine dayanılarak yasaklanması gerekebilmektedir³⁸. Dürüst ve bozulmamış rekabet kavramları İsviçre öğretisinde savunulan bu görüş uyarınca rekabetin niteliği, başka bir deyişle "kalitesi"ni belirtmektedir³⁹.

Sonuç olarak RK, gerek 6762 sayılı gerekse de 6102 sayılı TTK'nin haksız rekabete ilişkin hükümlerinin uygulanmasına engel teşkil eden özel bir düzenleme değil; tam aksine, RK ile paralel ve birinci derecede uygulanması gereken düzenlemelerdir⁴⁰. Rekabet düzeninin sağlıklı işlemesi, rekabet hakkının dürüstlük kuralıyla ve kamu yararının korunması düşüncesiyle bağdaşır şekilde kullanılmasına bağlıdır ve her iki düzenleme de rekabetin sağlıklı işlemesine hizmet etmektedir⁴¹. Bu nedenle haksız rekabet ve rekabet kanunlarının amaçları arasında ayniyet bulunduğunu kabul eden söz konusu görüş rekabet düzeninin hiçbir boşluk bırakılmadan tam olarak koruma altına alınabilmesi açısından isabetlidir⁴². 6762 sayılı TTK düzenlemesinde, RK'ye aykırılık bağımsız bir haksız rekabet hali olarak sayılmamakla birlikte TTK'de belirtilen haksız rekabet halleri tahdidi olarak belirtilmediğinden boykot veya mal satmayı reddetme gibi rekabet hukuku açısından hakim durumun kötüye kullanılması teşkil eden uygulamaların şartlarını taşıyorsa aynı zamanda TTK m 56 vasıtasıyla haksız rekabet teşkil ettiği sonucuna ulaşılabilmektedir⁴³. Söz konusu nedenle İsviçre'de UWG ile yapılan değişikliklerin TTK'ye aktarılmaması Türk Hukuku açısından aynı sonuca varmaya engel teşkil etmemelidir. Haksız rekabet hukukunun rekabet

³⁷ Arkan, Haksız Rekabet, a.g.m., s. 11.

³⁸ Arkan, Haksız Rekabet, a.g.m., s. 11. Ayhan, İşletme, a.g.e., s. 458.

³⁹ 6102 Sayılı TTK 54. madde gerekçesi

⁴⁰ Arkan, Haksız Rekabet, a.g.m., s. 11.

⁴¹ Huriye Kubilay, "Ticari İşlemlerde Rüşvet ve Yolsuzluk-Haksız Rekabet", **Prof.Dr.Seyfullah Edis'e Armağan**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 2000, s. 543-559,s. 550.

⁴² Arkan, Haksız Rekabet, a.g.m., s. 12.

⁴³ İnan, İlişki, a.g.e., s. 14.

politikalarının bir aracı olarak gören söz konusu görüş 6102 sayılı TTK'nin 1. maddesine amaç hükmü olarak aktarılmıştır. Bu nedenle 6102 sayılı TTK'de rekabeti sınırlamanın Alman Hukukunda olduğu gibi bağımsız bir haksız rekabet hali olarak düzenlenmemesi rekabet sınırlamalarının haksız rekabet olarak kabulüne engel teşkil etmemektedir.

1.3.1.2. Haksız Rekabet Hukukunun Rekabet Yasağı İle İlişkisi

Türk hukukunda rekabeti konu alan bir diğer düzenlemeyi BK ve TTK'de özel düzenlemeleri yer alan rekabet yasağı oluşturmaktadır. Rekabet yasağı, sözleşme ilişkisi içinde bulunan taraflar arasındaki sözleşmeden kaynaklanan sadakat borcunun, sözleşmenin diğer tarafıyla rekabet yaparak ihlal edilmemesi yükümlülüğüdür⁴⁴. TTK'de düzenlenen rekabet yasağı, ortaklık yapısı içindeki hukuki durumdan, kişi ortaklıkları için sınırsız sorumlu ortaklara (Kollektif şirket ortakları için TTK m 172,173, komandit şirkette komandite ortaklar için TTK m 250) veya sermaye ortaklıkları için yönetim kurulu üyeleri (TTK m 335) ve müdürlere (TTK m 547) ve acentelik ilişkisinde acenteye ilişkin olarak düzenlenmektedir. Borçlar hukukunda düzenlenen rekabet yasağı ise işçilere (m 348-352), ticari mümessil ve vekil gibi tacir yardımcılara (m 455); işletmenin devrinde devredene ve adi ortaklık ortaklarına ilişkin (m 526) olarak düzenlenmektedir.

Rekabet yasağına ilişkin hükümler, ilgili kişilerin, işletmenin ticari sırlarına vakıf oldukları varsayımından hareket ederek⁴⁵ rekabet yapılmasının ahlaka aykırı bir hal aldığı durumlarda rekabetin sınırlanması veya tümüyle ortadan kaldırılmasını amaçlamaktadır. Bu açıdan haksız rekabet hukuku gibi rekabet yasağı da kanuna ve dürüstlük kuralına aykırı rekabetin engellenmesi amacını taşımakta ve rekabet yasağına aykırı eylemler, haksız rekabet olarak nitelenebileceği kabul edilmektedir⁴⁶. Ancak haksız rekabet hükümleri sadece rakiplerin iktisadi menfaatlerini değil, diğer ilgililerin iktisadi

⁴⁴ Öz, a.g.e., s. 25.

⁴⁵ Ülgen, vd, a.g.e., s. 453.

⁴⁶ Karayalçın, a.g.e., s. 443-444. Ayhan, Menfaatlerin İadesi,a.g.e., s. 8. Fatih Uşan, **İş Hukukunda İş Sırlarının Korunması**, Ankara, Seçkin, 2003, s. 126.

menfaatlerini ve rekabete dayalı iktisadi düzeni de korumayı amaçlarken⁴⁷ rekabet yasağı, rekabeti bireysel olarak ele almakta ve rekabetin sağlıklı işleyişi ile ilgilenmemektedir. Haksız rekabet hükümleri herkes için geçerliyen rekabet yasağı hükümleri kanunda belirtilen kişiler arasında geçerlidir⁴⁸.

1.3.2. Haksız Rekabet Hukukunun Benzer Amaçlara Hizmet Eden Hukuki Düzenlemelerle İlişkisi

Haksız rekabet hukuku, benzer amaçlara hizmet eden hukuki düzenlemelerle de ilişkilidir. Söz konusu ilişki, haksız rekabet hukukunun fikri mülkiyet hukukuyla ilişkisinde olduğu gibi söz konusu hukuk dalının genişlemesiyle haksız rekabet hukukunun kapsamını daraltıcı nitelikte olabileceği gibi etik kurallarla ilişkisinde olduğu gibi haksız rekabetin belirlenmesine yardımcı nitelikte de ortaya çıkabilmektedir.

1.3.2.1. Haksız Rekabet Hukukunun Fikri Mülkiyet Hukuku İle İlişkisi

Fikri mülkiyet hukuku; buluşlar, markalar, endüstriyel tasarımlar gibi aklın ve hissedip ifade etmenin ortaya çıkardığı fikri ürün olarak adlandırılan sonuç üzerinde mutlak hak sahipliğini düzenleyen ve fikri mülkiyet hakkı sahibinin korunmasını amaçlayan hukuk dalıdır⁴⁹. Fikri mülkiyet hakları uzun süre haksız rekabet hükümlerine göre korunmuş ve bazı şartlar dahilinde korunmaya devam etmektedir⁵⁰. Fikri mülkiyet haklarına ilişkin düzenlemelerin⁵¹ kabulüyle daha önce haksız rekabete dair hükümlerce

⁴⁷ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 01/05/2001 T 2001 / 1828 E 2001 / 3862 K. Bakınız Hukuktürk, erişim: www.hukukturk.com, Tarihi 10.11.2009.

⁴⁸ Murat Oruç, **Haksız Rekabette Maddi Tazminat Davası**, İstanbul, XII Levha 2009, s. 16.

⁴⁹ Ünal Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, İstanbul, Arıkan Basın Yayım Dağıtım ltd şti, IV. Bası 2005, s. 5.

⁵⁰ Örneğin tescil edilmemiş endüstriyel tasarımlar, şartları varsa haksız rekabete dair TTK hükümleri uyarınca korunur. Ancak tescil edilmek şartıyla 554 sayılı KHK'nın 12. maddesi uyarınca koruma tescilden değil başvuru tarihinden itibaren başlar. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 17/06/1999 1999/3314 1999/5431. Bakınız Hukuktürk.

⁵¹ 24.06.1995 tarihli ve 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 24.06.1995 tarihli ve 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 24.06.1995 tarihli ve 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 24.06.1995 tarihli ve 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun hükmünde kararname, 5042 Sayılı Yeni Bitki Çeşitlerine Ait İslahçı Haklarının Korunmasına

korunan menfaatler fikri mülkiyet hakları çerçevesinde korunmakta bu nedenle haksız rekabete ilişkin hükümlerin uygulama alanı, fikri mülkiyet haklarının kabulü ve genişlemesiyle daralmaktadır. Ancak söz konusu düzenlemelerin kabulü, fikri hakların haksız rekabet hükümlerine göre korunamayacağı anlamına gelmemektedir. Bu durumda, fikri mülkiyet hakkıyla korunan bir menfaate karşı dürüstlük ilkesine aykırı müdahalenin ne zaman haksız rekabet; ne zaman fikri mülkiyet haklarına aykırılık teşkil edeceğinin belirlenmesi gerekmektedir. Tasarımı yeni ve ayırt edici olmadığı için iptal edilen bir kişinin ticaret mahkemesinde haksız rekabet hükümlerine dayanarak açtığı davayı kazanmasında olduğu gibi⁵², Türk Hukukunda da fikri mülkiyet hakkına dayanarak koruma sağlanamadığı durumlarda haksız rekabet hükümleri ile koruma sağlanabilmektedir.

Fikri mülkiyet haklarına ilişkin düzenlemeler kendi aralarında ve haksız rekabet hukukuna ilişkin düzenlemelerle kümülatif olarak uygulanmaktadır. Ancak haksız rekabete ilişkin düzenlemeler genel (ve 6762 Sayılı TTK açısından eski tarihli) düzenleme niteliği taşıırken fikri mülkiyet düzenlemeleri özel (ve 6762 Sayılı TTK açısından yeni tarihli) düzenleme niteliği taşımaktadır. Bu nedenle fikri mülkiyet düzenlemeleri ile haksız rekabet düzenlemelerinin kümülatif uygulanması, fikri haklara ilişkin özel düzenlemelerin kendi aralarında kümülatif olarak uygulanmasına göre farklı özellikler arz etmektedir⁵³.

Özel hukuk, genel hukuk ilişkisine rağmen, haksız rekabetin önlenmesi ile fikri mülkiyetin korunması arasında sağlanan korumanın doğasından

İlişkin Kanun ve 12-08-2004 Tarihli ve 25551 Sayılı Resmi Gazetede Yayınlanan Yeni Bitki Çeşitlerine Ait İslahçı Haklarının Korunmasına Dair Yönetmelik; 5147 Sayılı Entegre Devre Topografyalarının Korunması Hakkında Kanun ve 30-12-2004 Tarih ve 25686 Sayılı Resmi Gazetede Yayınlanan Entegre Devre Topografyalarının Korunması Hakkında Kanunun Uygulama Şeklini Gösterir Yönetmelik fikri mülkiyet haklarına yönelik Türk Hukuku düzenlemeleri teşkil etmektedir.

⁵² Davacının çizimlerini yaptığı ve TSE belgesi aldığı panoları "endüstriyel tasarım" niteliğinde değildir. Ancak, davacının emek, masraf ve zaman harcayarak meydana getirdiği çizimlerinden davalıların izin almadan veya ayrıca bir bedel ödemediği yararlanmaları TTK.nun 56. maddesi uyarınca hüsünîyet kaidelerine aykırıdır. Yargıtay 11. HD 27/03/2003 E. 2002/10561 K 2003/2897. Bakınız Hukuktürk.

⁵³ Bakınız kümülatif uygulanma Bölüm IV, 1.12

kaynaklanan farklılıklar bulunmaktadır. WIPO'nun ifade ettiği üzere, fikri mülkiyet öncelikle buluş, marka, endüstriyel tasarım vb üzerindeki hakların⁵⁴ ve söz konusu hak sahiplerinin korunmasıyla ve haksız rekabetin önlenmesiyle ilgilenmektedir. Fikri mülkiyet hakları için münhasır kullanım hakları şeklinde koruma tanındığından söz konusu hakların korunması ortak özellikler taşımaktadır. Buna karşın haksız rekabetin önlenmesi ile amaçlanan, münhasır haklarla ilgili olmayan, ticari sırlar, aldatıcı ticari uygulamalar gibi sınaî veya ticari meselelerle ilgili⁵⁵ olarak dürüstlük ilkesine aykırı ticari yöntem ve uygulamalara karşı emek ilkesi uyarınca, işletmesel çabayı, birikimi ve yatırımı kapsayan emeğin korunmasıdır⁵⁶. Fikri mülkiyet hükümleri sınırları belirli bir hakka dayalı koruma sağladığı halde haksız rekabet hükümleri rakibin herhangi bir hakkının ihlaline değil rekabette bulunan şahsın iktisadi rekabet hakkını kötüye kullanmasına dayanmakta ve rakibin hakkından bağımsız nitelik arz etmektedir.

1.3.2.2. Haksız Rekabet Hukukunun Tüketicinin Korunması Hukuku İle İlişkisi

AB düzenlemelerinde ve AB ülkelerinde tüketici haksız rekabet hukukunun koruma sujelerinden biri olarak ele alınmaktadır. Haksız rekabete ilişkin yönergeler, Avrupa birliği tüketicinin korunması düzenlemeleri kapsamında değerlendirilmekte ancak tüketici hukuku, haksız ticaret terimleri yönergesi gibi haksız rekabet hukuku kapsamında görülmeyen ancak tamamlayıcısı olduğu varsayılan bazı konuları da kapsamına almaktadır⁵⁷. TTK düzenlemelerinde koruma sujelerinden biri olarak ele alınan müşterilerin tüketici kavramını da kapsayan daha geniş bir kavram olduğu aşikardır. Tüketicilerin haksız rekabet hukukunun koruma alanında değerlendirilmesi

⁵⁴ Markalar kanunu imal edilen ürünün şeklini, dizaynını korumayıp tescil edilen yazı resim ve benzerinin bu üründe kullanım hakkını koruma altına alır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 20/10/1992 E 1992 / 4360 K 1992 / 10104. Bakınız Hukuktürk.

⁵⁵ European Generic Association Görüşü, erişim: www.esrc.com/www2/bulten2.asp?BultenID 19.06.2008

⁵⁶ Tekinalp, a.g.e., s. 36.

⁵⁷ Benzer şekilde TKHK m 6'da "sözleşmede haksız şartlar" başlığında genel düzenleme yer almaktadır. 13 Haziran 2003 tarihli resmi gazetede 25137 sayılı Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik yayımlanmıştır.

hatta birinci sujesi olarak görülmesi, tüketiciyi korumayı amaçlayan söz konusu hukuk dalları arasındaki ilişkiye değinmeyi zorunlu kılmaktadır.

1.3.2.2.1. Tüketicinin Korunması Hukuku İle Amacı Yönünden İlişkisi

Tüketicinin korumasına ilişkin temel esaslar başlığını taşıyan Birleşmiş Milletler Deklarasyonunda sekiz temel tüketici hakkı açıklanmaktadır. Söz konusu haklar; güvenlik ve güven duyma hakkı, bilgilendirilme hakkı, seçme hakkı, temsil edilme hakkı, temel ihtiyaçların karşılanması hakkı, tanzim edilme hakkı, eğitim hakkı ve sağlıklı bir çevreye sahip olma hakkıdır⁵⁸. Tüketici hukuku söz konusu hakların korunmasını amaçlamaktadır. Haksız rekabet hukuku, tüketicinin sağlık ve güvenliğinin korunması ve eğitimi gibi menfaatleri ile ilgilenmemekte; tacirlerin dürüstlük kuralına aykırı, yanlış ve yanıltıcı uygulamalarla müşterilerle olan ilişkilerinin etkilenmesini önleme amacı taşımaktadır.

1.3.2.2.2. Tüketicinin Korunması Hukuku İle Kapsamı Yönünden İlişkisi

Türkiye’de tüketici hukuku, bir taraftan aldatıcı reklamlara ilişkin düzenlemeleri; genel işlem şartlarını; tüketici kredileri, kapıdan satışlar, kampanyalı ve promosyonlu sözleşmeler, tatil amaçlı sözleşmeler gibi özel sözleşme türlerine yönelik şartları ve haksız sözleşme koşullarını kapsamına alırken diğer taraftan ise satıcının ayıba karşı tekeffül borcunu, mal ve hizmetin ayıplı olmasından kaynaklanan tüketici haklarını ve ayıplı malın sebep olduğu zarardan sorumluluğu düzenleyen hükümleriyle tüketici menfaatlerinin korunması ve tazminini kapsamına almaktadır. Haksız rekabet hukuku ise tüketicinin maddi menfaatlerinin tazminini kapsamına almakta, ancak sözleşme hukukunu kapsamına almamakta, sözleşmenin geçersizliği veya iptali ile ilgili yaptırımlara yer vermemektedir.

Taksitli satış sözleşmeleri, tüketici kredileri, kapıdan tüketici işlemleri, promosyonlu satışlar gibi tüketici hukuku kapsamında değerlendirilen

⁵⁸ Şebnem Akipek, **Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1999, s. 131 vd. İ. Yılmaz Aslan, **Tüketici Hukuku**, Bursa, Ekin Kitabevi, 2. Baskı, 2004, s. 65.

uygulamaların haksız rekabetin bir vasıtası olarak kullanılması olasıdır. Örneğin kanunda belirtilen sözleşme tipleriyle tüketiciye tanınan hakların satıcının teklifinin ayırt edici unsuru gibi gösterilmesinde olduğu gibi tüketici hukukuna uygun bir uygulama haksız rekabet niteliği taşıyabilmekte veya aldatici reklamlara yönelik veya tüketici kredilerine yönelik düzenlemelerde (6102 Sayılı TTK m 55/l a 11 ve 12. bentleri) olduğu gibi aynı konu hem haksız rekabet mevzuatı içerisinde hem tüketicinin korunması mevzuatı içerisinde düzenlenebilmektedir. Ancak söz konusu durumda dahi haksız rekabet hukuku, rekabetin yapılış tarzıyla ilgilenmekte ve tüketicinin menfaatlerini farklı açıdan korumaktadır. Örneğin aldatici reklam TKHK kapsamında tüketicinin haklarını elde etmesi açısından vasıf vaadi olarak kabul edilebilmekte (TKHK m 4/a) ve mal veya hizmet söz konusu vasıfları taşımadığı için malın ayıplı olması sonucunu doğurabilmektedir. Fakat aldatici reklamın vasıf vaadi olarak değerlendirilemediği durumlarda⁵⁹ tüketici haksız rekabet hükümleri vasıtasıyla zararının tazmini yoluna başvurabilmekte ayrıca zarara uğrayan tüketicinin, reklamla ilgili olarak Reklam Kurulu'na şikâyetle bulunabileceği gibi reklam yayınına haksız rekabet hükümleriyle de engelleyebileceği kabul edilmektedir.

1.3.2.3. Haksız Rekabet Hukukunun Etik Kurallarla İlişkisi

Etik, insanların kurduğu bireysel ve toplumsal ilişkilerin temelini oluşturan değerleri, kuralları, iyi ya da doğru; kötü ya da yanlış olarak adlandırılan değer yargılarını ahlaki açıdan araştıran ölçüler bütünüdür. Etik geleneksel olarak kendiliğinden oluşmakta⁶⁰ ve işletmelerin, rakipler, tüketiciler ve ilgili devlet kurumları ile ilişkisinde ortaya koyduğu ahlaki davranış kurallarını (standartlarını) ve söz konusu kuralları (standartları) haklı çıkaran inanç sistemini ifade etmektedir⁶¹.

⁵⁹ Y. Aslan, a.g.e., s. 262.

⁶⁰ Tüsiad, "Devlette Etikten Etik Devlete: Kamu Yönetiminde Etik" **Kavramsal Çerçeve ve Uluslar Arası Uygulamalar**, cilt I, İstanbul 2005 s, 19, Bankacılık Etik İlkeleri.

⁶¹ Gül Efem, "Etik Ve Hukuki Düzenlemeler Açısından Türkiye" **Rekabet Formu, Hukuk Ekonomi Politika**, Nisan 2005 S 10, s. 6-7, s. 6. Erisim: www.rekabetderneği. Org Tarihi 10/12/2009;

Haksız rekabet hükümlerinin temelini oluşturan dürüstlük kuralının kapsamını ve bu nedenle dürüst rekabet ilkesini kesin olarak ifade etmek mümkün olmamaktadır. Söz konusu ilkeyi ortaya koymak için hakim, gerektiğinde mesleki ve ticari teamülleri dikkate alması ve mesleki teşekküllerden veya odalardan görüş istemesi gerekmektedir⁶². Bu açıdan iyiye ulaşmayı amaçlayan devlet veya bağımsız sivil toplum örgütleri veya meslek kuruluşları tarafından belirlenen⁶³, mevzuat ve etik davranış kodları ile yazılı hale getirilen ilkeler ve standartlarla belirlenen⁶⁴ etik kodlarından da yararlanılmalıdır. Türkiye Reasürans ve Sigorta Şirketleri Birliği tarafından kabul edilen sigortacılık etik ilkeleri⁶⁵ ve Bankalar Birliği tarafından çıkartılan Bankacılık Etik İlkeleri⁶⁶ ile bankalara ve sigorta şirketlerine, “haksız rekabet oluşturan her türlü davranıştan kaçınma” yükümlülüğü⁶⁷ ve duyuru, ilan ve reklamlarında “dürüst ve gerçekçi davranma” ve “diğer şirketleri ve diğer şirketlerin ürün ve hizmetlerini kötüleyen nitelikteki ifade ya da ibarelere yer vermeme”⁶⁸ yükümlülüğü yüklenmesi haksız rekabet hükümleriyle yakından ilgilidir ve söz konusu davranış kurallarının dışına çıkılması haksız rekabete yol açmaktadır. Bu nedenle ticaretin tüm alanlarında olduğu gibi rekabetin kötüye kullanılmasında da mesleki etik ve ahlak kaidelerinin önemli rolü bulunmaktadır⁶⁹. Çünkü etik kurallar, yapılması gerekeni bildirmekte⁷⁰ ve söz konusu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi haksız rekabet teşkil edebilmektedir. Ancak etik ilkeler, iyiye ulaşmak için rekabetle ilgili olmayan ahlaki yükümlülükler de yüklemektedir. Etik kurallar, mesleki kuralları belirlerken bireylerin iktisadi çıkarlarını dolaylı olarak ve haksız rekabet gibi özel düzenlemeler vasıtasıyla korumakta ve bu kurallara aykırılığın

⁶² Karayalçın, a.g.e., s. 454.

⁶³ Tüsiad, a.g.e., s. 59, 60.

⁶⁴ Tüsiad, a.g.e., s. 19

⁶⁵ <http://www.tsrbsb.org.tr/tsrbsb/Birlik/Sigortac%C4%B11%C4%B1k+Etik+%C4%B0lkeleri/>

⁶⁶ http://www.tbb.org.tr/Dosyalar/userfiles/file/onemli_basliklar/etikilkeler.doc söz konusu etik ilkeler 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 75'inci maddesinin ikinci fıkrası, 80'inci maddesinin (c) ve (e) bentleri ile 81'inci maddesinin üçüncü fıkrası hükümlerine dayanılarak hazırlanmıştır

⁶⁷ Sigortacılık Etik İlkeleri II Şirketler Arası İlişkiler Rekabet.

⁶⁸ Sigortacılık Etik İlkeleri II Şirketler Arası İlişkiler, Duyuru İlan Ve Reklamlar benzer şekilde bakınız Bankacılık Etik İlkeleri m 8.

⁶⁹ Karayalçın, a.g.e., s. 440.

⁷⁰ Tüsiad, a.g.e., s. 59.

belirlenmesinde kullanılmaktadır. Bu nedenle teşebbüslerin etik kurallara ne derece önem atfettiği en az rekabet mevzuatı kadar önem taşımaktadır.⁷¹

2. TÜRK HUKUKUNDA HAKSIZ REKABETİN DÜZENLENİŞİ

Mecelle ve Kanun Name-i Ticaret haksız rekabete ilişkin düzenleme içermemekte⁷² bu nedenle haksız rekabet tamamen ahlak kuralları kapsamında değerlendirilmekteydi. Türk Hukukunda haksız rekabet kurumunun düzenlenişi Borçlar Kanunu ve 1926 Tarihli ve 865 Sayılı Mülga Türk Ticaret Kanunu ile başlamıştır. Meri mevzuatımızda ise haksız rekabet esasen TTK içerisinde düzenlenmektedir. TTK düzenlemesi Alman ve İsviçre sisteminde olduğu gibi genel hüküm ve uygulama örnekleri içermekte ve haksız rekabet, tacir ve diğer katılanlar açısından aynı hükümlere tabi tutulmaktadır. Haksız rekabete ilişkin ayrı bir kanunun TTK içerisine iltibası nedeniyle TTK genel hüküm ve uygulama örnekleri yanında usul hükümleri ve cezai yaptırımlar da içermektedir. Haksız rekabete ilişkin Türk Hukuku düzenlemeleri her ne kadar idari ve cezai nitelikte hükümler içerse de haksız rekabet, Kıta Avrupa'sı Hukuk Sistemine uygun olarak özel hukuk kapsamında değerlendirilmektedir.

Türk Hukukunda çeşitli düzenlemeler haksız rekabet mevzuatı kapsamında değerlendirilmektedir. Esasen 01.07.2012 tarihinde itibaren 6102 sayılı TTK yürürlüğe girinceye kadar 6762 Sayılı TTK 56 ve devamı maddeleri haksız rekabete ilişkin temel düzenlemeyi oluşturmaktadır. Ayrıca haksız rekabet BK m 48'de düzenlenmekte, FİSEK'nin 83. ve 84. maddeleri ve TKHK haksız rekabetle doğrudan ilgili düzenlemeler içermektedir. Söz konusu düzenlemelerin yanı sıra fikri mülkiyet mevzuatı, reklamlarla ilgili düzenleme getiren Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama

⁷¹ Tüsiad, a.g.e., s. 6.

⁷² Örs, a.g.e., s. 21.

Esaslarına İlişkin Yönetmelik⁷³ ve Radyo ve Televizyon Yayınlarının Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik⁷⁴ haksız rekabet hukukuyla yakından ilgilidir.

Türk Hukukunda banka, finans ve reklam sektörü dışında haksız rekabeti tespit etmekle veya ilkelerini belirlemekle görevli mesleki veya idari kuruluşlara yer verilmemektedir. Tüzel kişiliği bulunmayan Reklam Kurulu, ticari reklam ve ilanlarda uyulması gereken ilkeleri belirlemekte ve idari nitelikte kararlar vermektedir. Ayrıca bankacılık ve sigortacılık etik kurulları, Reklam Özdenetim Kurulu (RÖK) etik ilkeleri tespit etmektedir. Ayrıca RÖK, haksız rekabet hukuku açısından da öz denetim fonksiyonunu yerine getirmektedir⁷⁵.

2.1. 865 SAYILI MÜLGA TÜRK TİCARET KANUNUNDA YER ALAN DÜZENLEME

Haksız rekabet kurumu, 865 Sayılı MTTK'nin 56 - 62 maddeleri arasında "gayri kanuni rekabet" başlığı altında düzenlemekte idi. MTTK hükümlerinin bir kısmında taraflar arasında rekabet ilişkisi aranmakta, ancak 57, 61, 63. maddelerinde teşebbüsü korumak veya ticaret hakkının kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla rekabet ilişkisi aranmaksızın bazı fiiller men edilmekte⁷⁶; uygulamada ise m 56'nın dar yorumlanması nedeniyle çoğu zaman taraflar arasında rekabet münasebeti aranmaktaydı⁷⁷. Ancak "gayri kanuni rekabet" başlıklı MTTK m 56'da özel düzenlemeler yanında haksız rekabeti men eden genel bir hükmün mevcut olmaması nedeniyle uygulamada MTTK m 2 ileri sürülerek BK m 48'de yer alan genel hükmün uygulanmasından kaçınılmaktaydı⁷⁸. Bu nedenle haksız rekabete dair genel hükme yer verilmemesi MTTK'de yer alan düzenlemenin tahdidi olduğu

⁷³ RG t 14.06.2003, S 25138

⁷⁴ RG t 17.04.2003 S 25082

⁷⁵ Zakir Avşar, **Reklamların Tüketici Politikası Yönünden Değerlendirilmesi**, Yayınlayan Site Editörü 2003/1/1 (3166 okuma) <http://hukukcu.com>.

⁷⁶ Karayalçın, a.g.e., s. 450.

⁷⁷ Karayalçın, a.g.e., s. 450.

⁷⁸ Dipnot 1, Domaniç Hayri, Türk Ticaret Hukuku Umumi Esasları, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1970s. 120. Örs, a.g.e., s. 22.

kanaati uyandırmaktaydı⁷⁹. Söz konusu nedenlerle ilgili düzenleme rekabet dürüstlüğünü sağlamaktan uzak kalmıştır

2.2. BORÇLAR KANUNUNDA YER ALAN DÜZENLEME

Haksız rekabet, BK m 48’de “haksız rekabet” kenar başlığı ile tek maddede “müşteri tenakus eden yahut bunları kaybetmek korkusuna maruz olan kimse” den söz edilerek yalnızca aralarında özel bir güven ilişkisi bulunan rakipler açısından düzenlenmektedir. Ayrıca düzenlemede, rakibe sadece zarara uğrama değil böyle bir tehlikeye maruz kalma halinde de dava açma imkânı tanınmaktadır. Ancak söz konusu düzenleme tüketicilere ve diğer piyasa katılanlarına rekabetin haksız olup olmadığının tespitine yönelik özel bir dava hakkı vermemektedir. Bu nedenle BK haksız rekabetin piyasa üzerindeki etkileri ile ilgilenmediği gibi haksız rekabete tüketiciler, müşteriler ve diğer katılanların menfaati açısından da bakmamaktadır. Yalnızca özel bir güven ilişkisi bulunan rakiplere, ticari ahlaka uygun olmayan fiillerine karşı koruma sağlamaktadır⁸⁰. Ayrıca BK’de haksız rekabet nedeniyle elde edilen menfaatlerin hukuki akıbeti de düzenlenmemektedir⁸¹.

BK m 48’de yer alan düzenleme ihlal edilen haktan yola çıkılarak rakiplerin şahsi haklarına saldırıda bulunulmasını önleme ve bu vasıta ile rekabetin meşru esaslarını himaye amacı taşımaktadır. Bu anlamda haksız rekabet, şahsi hakların ihlalidir⁸². Şahsiyet haklarını ihlal eden fiil olarak algılandığında haksız rekabet temelde TTK anlamında olduğu gibi MK m 2 yerine MK m 24’ün özel görünümü olarak algılanmaktadır⁸³.

6098 Sayılı Borçlar Kanununda (m 57), 818 Sayılı Borçlar Kanunundaki “yanlış ilânlar” şeklindeki ibare, iletişim teknolojisindeki gelişme göz önünde tutularak “gerçek olmayan haberlerin yayılması veya bu tür

⁷⁹ Dipnot 1, Domaniç, a.g.e., s. 120.

⁸⁰ Arkan, Haksız Rekabet, a.g.m., s. 5.

⁸¹ Örs, a.g.e., s. 27.

⁸² Edgü, a.g.e., s.145.

⁸³ Örs, a.g.e., s. 27. Karayalçın, a.g.e., s. 443. Celal Göle, Ticaret hukuku açısından aldatıcı reklamlara karşı tüketicinin korunması, Ankara, BTHAE, Yayın No 149, 1983, s. 158.

ilânların yapılması” şekline dönüştürülmüş⁸⁴ ve bahsi geçen düzenleme aynen korunmuştur.

2.3. TÜRK TİCARET KANUNUNDA YER ALAN DÜZENLEME

Türk hukukunda haksız rekabete dair ana düzenleme TTK m 56-68 arasında yer almaktadır. Söz konusu düzenlemelerin kaynağını ise esas itibariyle mehzazını İsviçre'nin 1988 tarihinde yürürlüğe giren 1986 tarihli "Haksız Rekabete Karşı Federal Kanun"la yürürlükten kaldırılan 1943 tarihli "Haksız Rekabete Dair Federal Kanun"un tasfiye satışı ve primli satışa ilişkin hükümler haricindeki hükümleri oluşturmaktadır⁸⁵.

Modern görüşe uygun olarak TTK m 56'da haksız rekabetin genel bir tanımı verilmemekte ancak rekabet hakkının kötüye kullanılması niteliği taşıyan her türlü ticari uygulamanın dürüstlük kuralına aykırılık ve haksız rekabet teşkil edeceği şeklinde genel hüküm yer almaktadır. Söz konusu düzenlemeye başvuruyu gereksiz yere sınırlamamak ve yeni ortaya çıkacak uygulamalara uyum amacıyla “adil olmama” veya “haksız” kavramları tanımlanmamaktadır. TTK m 57'de ise dürüstlük kuralını ihlâl eden haller on bent halinde örneksime yoluyla sayılarak söz konusu haller somutlaştırılmaktadır. Bu nedenle bir uygulamanın haksızlığına karar verilirken öncelikle uygulamanın belirtilen özel haller kapsamına girip girmediğinin değerlendirilmesi; özel haller kapsamına girmeyen uygulamalar için genel hükme başvurusu gerekmektedir. Böylece genel hükümle, mahkemelere takdir hakkı verilmekte ve teknolojik gelişmeler ve yeni satış teknikleri nedeniyle ortaya çıkacak haksız rekabet hallerinin kanun kapsamı dışında kalması önlenmek istenmektedir.

TTK düzenlemesinde zararın tazminine dair hükümlere yer verildiği gibi maddi hukuk hükümleri yanında husumete dair hükümlere ve dava açmaya yetkili kişiler, ihtiyati tedbirler gibi usul hükümlerine, hatta haksız

⁸⁴ 6098 Sayılı BK 56. Madde gereçesi

⁸⁵ Ülgen, vd, a.g.e., s. 451.

rekabet düzenlemelerinin özel hukuk niteliği ağır basan hükümler olmasına rağmen cezai hükümlere de yer verilmektedir.

Haksız rekabetin önlenmesiyle ilgili modern anlayış, rakiplerin kişisel haklarının korunması amacı dışına çıkarak dürüstlük ilkesine aykırı şekilde iktisadi rekabet hakkının kötüye kullanılmasını önlemek ve toplum içinde ticari hayatın rekabetin kötüye kullanılması nedeniyle bozulmasına engel olma amacını taşımaktadır⁸⁶. TTK m 56'da MK m 2'de ifadesini bulan dürüstlük kuralı iktisadi rekabete aktarılarak⁸⁷ modern görüşü kabul edilmektedir. Modern görüşün kabulüyle, iyi tacirin korunmasına odaklanan klasik haksız rekabet hukukundan, tüm piyasa katılanlarının menfaatini koruyan modern sisteme geçilmekte, ayrıca tüketicinin korunması fikri benimsenmektedir. Ancak haksız rekabet hükümleriyle, kamunun tüm ekonominin sağlıklı işlemesinden kaynaklanan menfaatlerinin gözetilmesi esası, uygulamada kabul gören bir düşünce olmakla birlikte⁸⁸ TTK düzenlemesinde bir amaç hükmü olarak yer almamaktadır. 6102 Sayılı TTK'de ise bütün katılanların menfaatine yönelik olarak, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması kanunun amaç hükmü olarak belirtilerek söz konusu eksiklik giderilmiştir. Ayrıca 6102 Sayılı TTK'de İsviçre UWG'sinden faydalanılarak (1) dürüstlük kurallarına aykırı ticari uygulamalar (2) sözleşmeyi ihlâl ve sona erdirmeye yöneltme, (3) başkalarının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanma, (4) üretim ve iş sırlarını hukuka aykırı olarak ifşa etme, (5) iş şartlarına uymama ve (6) dürüstlük kurallarına aykırı işlem şartları kullanma şeklinde atlı haksız rekabet hali düzenlenmekte; ayrıca söz konusu haksız rekabet halleriyle ilgili yirmi üç adet haksız uygulama örneğine yer verilmektedir. Ancak mevcut kanunda yer alan "gerçeğe aykırı bilgi verme"ye ilişkin uygulama örneğine 6102 Sayılı Kanun düzenlemesinde yer verilmemektedir.

⁸⁶ Poroy, Yasaman, a.g.e., s. 222.

⁸⁷ Erem, a.g.e., s. 201. Karayalçın, a.g.e., s. 454. Aslan, Şenyüz, Ergün, a.g.e., s. 112.

⁸⁸ Örs, a.g.e., s. 32. Göle, a.g.e., s. 167-168.

TTK hükümlerinin, ihlal edilen hakkın niteliği yerine (şahsi haklara bir tecavüz) zarar verici fiili (serbest rekabet hakkının kötüye kullanılmasını)⁸⁹ esas alması haksız rekabet hallerinin kapsamını genişletmektedir. Çünkü söz konusu düzenlemede zarar verici fiilin esas alınmasının tüketiciye veya müşterilere karşı işlenen haksız rekabet fiillerinde rakiplere de dava hakkı verilmesi veya bir kimsenin kendi mallarıyla ilgili gerçek dışı beyanda bulunması durumunda mesleki kuruluşlara dava hakkı verilmesinde olduğu gibi bir kimsenin şahsi menfaatlerine doğrudan zarar verilmeyen hallerin haksız rekabet olarak kabulü gibi pratik sonuçları ortaya çıkmaktadır⁹⁰.

2.4. HAKSIZ REKABETİN HUKUKİ NİTELİĞİ

İster BK düzenlemesinde esas alındığı gibi şahsiyet haklarına aykırılık ister TTK düzenlemesinde esas alındığı gibi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etsin haksız rekabetin haksız fiil teşkil ettiği konusunda doktrin⁹¹ ve uygulamada⁹² görüş birliği mevcuttur.

2.5. TTK HÜKÜMLERİNİN TATBİK ALANI

Haksız rekabetin hukukumuzda BK ve TTK olmak üzere iki temel kanunda düzenlenmesi düzenlemelerin tatbik alanlarının belirlenmesi zorunluluğunu ortaya çıkarmaktadır.

İsviçre’de söz konusu kanun çıkarıldığında İsviçre borçlar kanununun haksız rekabete ilişkin hükümleri ilga edilmiş, daha doğru bir ifadeyle borçlar kanununun mehzını oluşturan düzenleme ile 865 Sayılı Ticaret Kanunu’nun (MTTK) 56–65. maddelerinin mehzını oluşturan düzenlemeler birleştirilmek

⁸⁹ Edgü, a.g.e., s.146–147.

⁹⁰ Edgü, a.g.e., s. 146.

⁹¹ Domaniç, a.g.e., s. 121. Murat Yavaş, “Haksız Rekabet Kavramı ve Bu Alandaki Koruyucu Dava Ve Tedbir Türleri”, **Doç. Dr. Mehmet Somerin Anısına Armağan**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi ; yayına hazırlayan Murat Yusuf Akın s. 771-795, s. 775.

⁹² Haksız rekabet BK m 41 de düzenlenen haksız fiilin iktisadi alanda ihlali sonucunu doğuran şeklidir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 09/11/2006 2005 / 8057 2006 / 11412. Bakınız Hukuktürk.

ve açık ve mufassal bir şekilde düzenlenmek suretiyle ahenkli bir bütün oluşturulmuştur⁹³.

Tasarıda yer almasına rağmen TBMM adliye encümeni BK m. 48'in kaldırılması teklifini kabul etmemiş Tatbikat Kanunu⁹⁴ m 41 ile BK. m 48'e ikinci bir fıkra eklenmiş ve ticari işlerde haksız rekabet TTK hükümlerine tâbi kılınmıştır. Tacir olmayan kimseler arasındaki haksız rekabet fiillerinin ticari iş ve ticari dava sayılmasını önlemek düşüncesiyle söz konusu düzenlemenin uygun görüldüğü belirtilmiştir⁹⁵. Bu nedenle Türk Hukukunda ticari işlere ilişkin haksız rekabet ve ticari olmayan işlere ilişkin haksız rekabet şeklinde ikili bir düzenleme ortaya çıkmıştır. TTK'de ise "iktisadi rekabetin her türlü suiistimali" düzenlenmektedir ve yalnızca ticari faaliyetler değil iktisadi rekabetin söz konusu olduğu her türlü faaliyet TTK kapsamında değerlendirilmektedir⁹⁶. Ticari olsun olmasın her türlü haksız ticari uygulamayı kapsamak üzere çıkartılmış özel bir kanunun genel bir kanun içerisine aktarılması, ancak ticari işlere hasredilmesi kanun yapma tekniği bakımından eleştirilere maruz kaldığı gibi⁹⁷ uygulamada da sorunlara yol açmaktadır. Söz konusu ahenksizlik TTK m 58 ile tacir sayılmayanlara da dava hakkı tanınması, m 59 ile tacir sayılmayan müstahdemler ve işçilerin de pasif dava ehliyetinin kabulüyle daha karmaşık bir hal almıştır⁹⁸. 6102 Sayılı TTK'de yer alan uygulamalar içerisinde ise müşteriler yanında tüketici kavramına da yer verilmesi mevcut durumu daha da içinden çıkılmaz hale getirmektedir. Söz konusu karmaşa TTK hükümleri karşısında BK m. 48'in uygulama kabiliyetinin bulunup bulunmadığı tartışmalarına yol açmaktadır.

Türk Hukukunda, TTK'de yer alan düzenlemelerin ticari işlerden doğan uyuşmazlıklara münhasır olduğu; her meslek erbabına TTK hükümlerinin

⁹³ Dipnot 1, Domaniç, a.g.e., s. 120.

⁹⁴ 29.06.2956 Tarih ve 6763 Sayılı Türk Ticaret Kanununun Mer'iyet ve Tatbik Şekli Hakkında Kanun

⁹⁵ Karayalçın, a.g.e., s. 451.

⁹⁶ İmregün, a.g.e., s. 79. Karayalçın, a.g.e., s. 451. Ülgen, vd, a.g.e., s. 452.

⁹⁷ Karayalçın, a.g.e., s. 452.

⁹⁸ Domaniç, a.g.e., s. 125.

uygulanmasının doğru olmayacağı görüşü ileri sürülmektedir⁹⁹. Yargıtay'ın da tacirler arasındaki veya ticari işlere ilişkin haksız rekabete TTK hükümlerinin tacir sayılmayan veya ticari işlere ait olmayan haksız rekabete ise BK hükümlerinin uygulanması gerektiği yönünde görüşleri bulunmaktadır¹⁰⁰. Domaniç ise BK m 48'in menfaatin doğum yerinin bir esnaf veya ticari işletme olmadığı durumlarda uygulanması gerektiği; esnaf işletmesi veya ticari işletmenin mevcut olması durumunda ise TTK hükümlerine başvurulması gerektiğini savunmaktadır¹⁰¹.

Teoride söz konusu ayırım savunulmuşsa da pratikte genel nitelikteki borçlar kanunu hükmü mehzaz kanununda olduğu gibi iktisadi rekabetin her türlü kötüye kullanılmasını kapsayacak tarzda düzenlenen¹⁰² TTK hükümlerinden yararlanılmak suretiyle uygulanmaktadır¹⁰³. Yargıtay'da tacirler arasındaki rekabete TTK hükümlerinin, tacir olmayanlar arasındaki haksız rekabete ise BK hükümlerinin TTK'nin haksız rekabete ilişkin hükümlerinden yararlanılarak uygulaması gerektiğini belirtmektedir¹⁰⁴. Söz konusu yararlanmada BK hükümlerinin yalnızca rakipler arası ilişkileri düzenlediği ve diğer ilgililerin taraf ehliyetinin bulunmadığı gözden kaçırılmamalıdır.

BK hükümleri dar anlamda rekabet eylemini kapsamına almaktadır ve rakipler arasındaki ilişkilerle ilgilenmektedir. Bu nedenle BK düzenlemeleri tüketicilerin veya müşterin veya mesleki kuruluşların menfaatini korumayıp yalnızca rakiplerin menfaatlerini korumaya yöneliktir. TTK hükümleri ise geniş anlamda rekabet eylemini kapsamına almakta ve üçlü koruma prensibini kabul etmektedir. Bu nedenle doktrinde iktisadi rekabetin her türlü

⁹⁹ Erem, a.g.e., s. 201. Arkan, İşletme a.g.e., s. 303.

¹⁰⁰ Yarg. 11. Hd 15/05/1989 T, 1988 / 2889E 1989 / 2929K; Yarg. 11. Hd 14/11/1979T 1979 / 5024E, 1979 / 521K, Yarg. 11. Hd 8;15/05/1989T, 1989 / 2889E, 1989 / 292911K. Yarg. 11. Hd 15.5.1989T, 89/2889/E 89/2929; İBK 18.2.1981, E.1980/1/K.1981/2. Öz, a.g.e., s. 24.

¹⁰¹ Domaniç, a.g.e., s. 126.

¹⁰² İmregün, a.g.e., 79.

¹⁰³ Ernst, E. Hirsch ve Şevket Müftügil, "İsviçre Hukukunun Yeni Türk Ticaret Kanununa Tesiri" **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Ankara 1956, C13, S1-4, s. 26-33, s. 32.

¹⁰⁴ İBK E 1980/1 K 1981/2 T 18/02/1981.

suiistimalinin ticari iş sayılacağı ve ticari olsun olmasın her türlü haksız rekabette ayırım yapılmaksızın TTK hükümlerinin uygulanması gerektiği görüşü hakim olmuştur¹⁰⁵. Zira söz konusu hükümler, ticari alandaki haksız rekabeti düzenlemek için değil ticari olsun olmasın tüm haksız rekabet hallerini düzenlemek üzere konulmuş genel nitelikte hükümlerdir¹⁰⁶. TTK hükümleri, iktisadi rekabetin her türlü kötüye kullanılmasını kapsamına alarak yasa koyucunun açık yollamasına rağmen BK m 48'e uygulama alanı bırakmamaktadır¹⁰⁷. Ayrıca esnaf derneklerine de dava hakkının verilmesi, TTK hükümlerinin tacirler arası ilişkilerle sınırlı olarak benimsenmediğinin zımni kanıtını oluşturmaktadır¹⁰⁸.

Söz konusu ayırım kabul edilse dahi BK düzenlemesi haksız rekabetin piyasa üzerindeki etkileri ile ilgilenmediği ve haksız rekabete müşteriler ve diğer ilgililerin menfaati açısından yaklaşmadığı için ticari nitelik taşımayan uygulamalarda BK hükümlerine; yalnızca rakiplerin ticari ahlaka uygun olmayan fiillerine karşı (dar anlamda rekabet eylemi) başvurulabilecektir. Söz konusu durumda aynı kişiye karşı müşterilerin ve mesleki kuruluşların dava açma yetkisinin kabulü gerekecektir. Bu durumda geniş anlamda rekabet eylemlerine haksız fiille ilgili genel hükümler (MK'nin şahsiyet haklarına ilişkin hükümleri ve BK'nin haksız fiillere ilişkin hükümleri) yerine TTK hükümlerinin uygulanması gerekecektir. Bu nedenle TTK hükümleri; tüketicilerin, mesleki kuruluşların ve kamunun menfaatleri söz konusu olması durumunda benzetme yoluyla değil doğrudan uygulanması gereken hükümler niteliğindedir. Sonuç olarak BK düzenlemesinin uygulama kabiliyeti bulunmamaktadır ve söz konusu düzenleme Türkiye'nin uluslararası ve bölgesel yükümlülüklerini karşılamaktan uzaktır.

Almanya ve İsviçre'de haksız rekabet, üçlü koruma prensibinin kabul edildiği bağımsız kanunlarla düzenlenmişken ve aynı yönde görüşler

¹⁰⁵ Karayalçın, a.g.e., s. 452. Örs, a.g.e., s. 22-27. İmregün, a.g.e., s. 79.

¹⁰⁶ Karayalçın, a.g.e., s. 451.

¹⁰⁷ İmregün, a.g.e., 79.

¹⁰⁸ Ülgen, vd, a.g.e., s. 452.

ülkemizde de ileri sürülmekte iken¹⁰⁹ haksız rekabete ilişkin yalnızca rakipler arası ilişkileri düzenleyen hükme 6098 Sayılı BK düzenlemesinde yer verilmesi eleştiriye açıktır. Çünkü söz konusu hükümlerin konuluş amacı yalnızca tacirlerin faaliyetlerinden kaynaklanan haksız rekabeti TTK ile düzenlemek değil Borçlar Kanunu düzenlemelerinin haksız rekabeti engellemekte yetersiz kalmasıdır¹¹⁰. Rekabet hukukunun ekseninin rakipler arası ilişkiden üçlü koruma prensibine kayması hatta rekabet hukuku kapsamında bakılmaya başlanması ve tüketici menfaatlerine ağırlık verilmesi, haksız rekabet hükümlerinin TTK içerisinden çıkartılarak ayrı bir kanunla düzenlenmesi görüşünü haklı kılmaktadır.

2.6. HAKSIZ REKABETE İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN KARŞILAŞTIRILMASI

Haksız rekabete ilişkin Türk Hukuku düzenlemeleri BK m 48 ve TTK m 56 ve devamı hükümlerinde olmak üzere iki temel kanunda yer almaktadır. Söz konusu düzenlemeler temel aldıkları doktrin yanında maddi hükümlere ilişkin farklılıklar da içermektedirler.

Düzenlemeler arasındaki temel fark TTK hükümlerinin MK m 2'ye dayanırken BK m 48'in iktisadi şahsiyet hakkına bu vesileyle MK m 24'e dayanmasıdır¹¹¹. Bu nedenle TTK düzenlemeleri zarar veren fiili esas alırken BK hükümleri zarara uğrayan hakkı esas almaktadır. BK anlamında haksız rekabetin kabulü için kusur şartı aranmaktadır. TTK manasında haksız rekabetin kabulü için ise diğer ilgililerin ve müşterilerin menfaatleri korunduğu için kusur şartı aranmamaktadır.

TTK düzenlemeleri zarar görene sona erme ve tazminat açısından daha yüksek güvence imkânı tanımaktadır. Her şeyden önce BK'ye göre müşterileri azalan veyahut bunları kaybetmek korkusuna maruz kalan kimse

¹⁰⁹ Arkan, İşletme a.g.e., s. 303. Ayşe Omdan Boztosun, "Haksız Rekabet Hukukunda Emeğin Korunması İlkesinin Yargıtay Kararlar Işığında Değerlendirilmesi", XXI. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, 9-10 Aralık 2005. BTHAE Yayınları, Yayın No: 427 s. 197-235, s. 198.

¹¹⁰ Karayalçın, a.g.e., s. 452.

¹¹¹ Örs, a.g.e., s. 27. Karayalçın, a.g.e., s. 443.

dava hakkına sahip olduğu halde TTK düzenlemesine göre müşterileri, kredisi, mesleki itibarı, ticari işletmesi veya diğer her hangi bir iktisadi menfaati zarar gören kişi, haksız rekabet davalarını açma hakkına sahiptir.

Düzenlemelerin kapsamına aldığı rekabet eylemi açısından da farklılıklar bulunmaktadır. TTK düzenlemesi geniş anlamda rekabet eylemini kapsamına alırken BK düzenlemesi dar anlamda rekabet eylemini kapsamına almaktadır. Çünkü tüm ekonominin sağlıklı işleyişine zarar veren uygulamalar ve tüketicilere yönelik uygulamalar da TTK anlamında haksız rekabet olarak nitelenebilmektedir. Bu nedenle TTK hükümleri, daha geniş bir kitlenin menfaatini korumakta ve daha geniş bir kitleye haksız rekabeti ileri sürme hakkı tanınmaktadır. İktisadi menfaatleri zarara uğrayan müşteriler dava açma hakkını haiz olduğu gibi ticaret odaları, esnaf dernekleri, borsalar ve tüzüklerine göre üyelerinin iktisadi menfaatlerini korumaya yetkili bulunan diğer mesleki ve iktisadi birliklerin bu arada tüketici derneklerinin kendilerinin veya şubelerinin üyelerinin söz konusu davaları açma hakkını haiz oldukları takdirde tazminat davası hariç diğer davaları açma hakkını haiz oldukları kabul edilmektedir(TTK m 58).

Bk m 60'a göre BK kapsamındaki haksız rekabet fiillerinde zamanaşımı süresi haksız fiil zamanaşımına tabi iken TTK'de bir yıl ve üç yıllık zamanaşımı düzenlenmektedir.

2.7. HAKSIZ REKABETİN UNSURLARI

Haksız rekabet, hukuki niteliği itibariyle haksız fiil teşkil ettiği için öncelikle haksız fiilin unsurlarını taşıması gerekmektedir. Ancak klasik haksız fiilin unsuru olan kusur, zarar, illiyet bağı ve hukuka aykırılık unsurları haksız rekabet hukukunun niteliğine bağlı olarak bazı özellikler arz etmektedir. Örneğin haksız rekabet, normal rekabet hakkının suiistimali olarak tanımlandığı için hukuka aykırılık, unsuru dürüstlük kuralına aykırı hareket şeklinde ortaya çıkmaktadır. Ayrıca rekabet ilişkisinin varlığı (iktisadi faaliyet),

iktisadi rekabetin suiistimali tanımından anlaşılacağı gibi haksız rekabetin ilave bir unsuru olarak aranmaktadır.

2.7.1. Rekabet Eylemi

Haksız fiilin ilk unsuru zarara sebep olan bir fiilin varlığıdır¹¹². Haksız rekabet hukuku açısından rekabet fiili sorumluluğu kurmaktadır. Bu aynı zamanda haksız rekabet davasının da bir unsurunu teşkil etmektedir¹¹³. Söz konusu kavram haksız rekabet hukukunun kapsamını belirleyen temel bir kavramdır. Çünkü haksız rekabet hukuku alanına rekabet eylemleri girmekte ve rekabet eylemi rekabet hukukunun kapsamını fiiller itibariyle belirlemekte ve sınırlamaktadır¹¹⁴.

Dar anlamda rekabet eylemi, bir rakibin kazanç sağlayıcı; mal ve hizmetin mübadelesini mümkün kılan veya artıran, rekabet gücünü artırmaya yönelik iktisadi faaliyetlerini kapsamına almaktadır. Bu anlamda rekabet eylemi rakipler dışındakilerin eylemini veya sırf manevi amaç güden eylemleri, başkasının iktisadi faaliyetini veya rekabet ilişkilerini etkilese de kapsamına almamaktadır¹¹⁵. TTK düzenlemesinin dürüstlük kuralına aykırı ticari uygulamaları kapsamına alması ve rakipler ile tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkiler üzerinde durması nedeniyle haksız rekabetin varlığı açısından rekabet ilişkisinin varlığından vazgeçilmiştir¹¹⁶. Geniş anlamda rekabet eylemi ise iktisadi rekabet üzerinde etkili, irade ürünü insan davranışlarını ifade etmektedir. Geniş anlamda rekabet eylemi (Wettbewerbshandlung) Alman UWG'si m 2/1/1'de bir kişinin kendi işletmesi veya diğer bir işletme menfaatine, satışın geliştirilmesi (bir malın satışını temin ve artırmakla ilgili reklam ilan teşhir gibi tüm faaliyetler), malların elde edilmesi, faaliyetin desteklenmesi, hizmetlerin kabulüne yönelik taşınmazları,

¹¹²Fiil insan davranışını ifade eder ayrıca kusur sorumluluğunda sorumluluğu irade ürünü davranışlar kural ve sorumluluk iradi insan davranışlarıyla sınırlıdır. Fikret Eren, **Borçlar Hukuku; Genel Hükümler**, Düzeltilmiş 12.Bası Ankara, Beta, 2010, s. 468.

¹¹³ Yavaş, a.g.m., s. 775.

¹¹⁴ Heim,a.g.m., s. 527.

¹¹⁵ Kemal Şenocak, Boykot, a.g.m., s. 81.

¹¹⁶ Yasaman, a.g.m., s. 2.

hakları ve yükümlülükleri içeren her türlü faaliyeti olarak tanımlanmaktadır¹¹⁷. Haksız rekabet hukuku açısından önemli olan kimden sadır olduğuna bakılmaksızın bir fiilin aldatıcı veya dürüstlük kuralına aykırı biçimde rakipler arasında veya alıcılarla satıcılar arasındaki ilişkiyi etkilemesidir¹¹⁸. Rakip olmayan bir kişinin eylemi veya sırf manevi amaç elde etmeye yönelik eylemler, biçimi veya harice tezahür şekli ve içeriği itibariyle objektif bakış açısından başka bir kimsenin iktisadi faaliyetini veya rekabet ilişkilerini etkilemeye elverişli görülüyorsa geniş anlamda rekabet eylemi söz konusudur¹¹⁹. Bu nedenle geniş anlamda rekabet eylemi, endüstriyel veya ticari faaliyete yönelik olmak şartıyla medya faaliyetlerini, mesleki ve kar amacı gütmeyen faaliyetleri de kapsamaktadır (WMP m 1)¹²⁰. Ayrıca rekabet eylemi AB yasamasında ticari uygulama olarak adlandırılmakta ve haksız ticari uygulamalar kavramı, AB yasaması anlamında ticari iletişime yönelik uygulamaları içerdiği kadar sözleşme öncesini, sonrası uygulamaları ve ticari iletişim dışındaki diğer uygulamaları da içeren geniş bir kavram olarak kabul edilmektedir¹²¹. “Ticari uygulamalar” tacir tarafından yerine getirilen - pazarlama ve reklamı içerir şekilde- herhangi bir hareketi, sözleşmeyi, davranış kuralını, temsili veya ticari iletişimi kapsayan; tüketiciye ürünlerin tanıtımı, dağıtımı satışı ve temini ile bağlantılı faaliyetler olarak kabul edilmektedir. Ticari uygulamanın adil olmaması ile kastedilen ise belirtilen kriterlere göre söz konusu uygulamanın tüketici tarafından kabul edilemez olarak nitelendirilmesidir¹²².

¹¹⁷Schroeder H., “Unfair Competition”, Key Aspects Of German Business Law, Springer, , s. 139-145, Erişim <http://www.springerlink.com/> Tarihi: 21.06.2010, s. 140.

¹¹⁸ İ. Kırca, a.g.m., s. 454.

¹¹⁹ Şenocak, Boykot, a.g.m., s. 82.

¹²⁰ Frauke Henning-Boweding, “International Protection Against Unfair Competition: Article 10 Bis Paris Convention, TRIPS And WIPO Model Provisions” ICC: International Review Of Intellectual Property Ant Competition Law, Vol 30 no 2/1999 Max Planck Institute For Foreign And International Patent, Copyright And Competition Law, Munich, kısaltması: International Protection, s. 183.

¹²¹ Howells, Micklitz., Wilhelmsson, a.g.e., s. 57. Heim, a.g.m., s. 466.

¹²² European Commission, Health And Consumer Protection, Directorate-General, **The Unfair Commercial Practices Directive, New laws to stop unfair behaviour towards consumer**, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, Belgium, 2006, 8 erişim: ec.europa.eu, 21,05,2009, s. 8.

Modern haksız rekabet hukuku, geniş anlamda rekabet eylemini kapsamına almaktadır¹²³. TTK hükümleri incelendiğinde gerek haksız rekabet olgusunun varlığı gerekse değişik talep ve dava şartları bakımından taraflar arasında bir rekabet ilişkisinin varlığını aramamaktadır¹²⁴. Federal mahkeme de davaya sebep olan kişi ile zarara uğratılan kişi arasında rekabet ilişkisinin varlığının UWG'nin uygulanması bakımından bir koşul teşkil etmeyeceğini kabul etmektedir¹²⁵. Haksız rekabet eylemini yapan kişinin haksız rekabet neticesinde ticari bir menfaat elde etmemesi veya faaliyetinin ticari nitelik arz etmemesi de önem arz etmemektedir. Bu nedenle üçüncü kişinin rekabet kabiliyetini desteklemeye yönelik faaliyetler de rekabet eylemi teşkil etmektedir¹²⁶.

Tüm haksız fiillerde olduğu gibi haksız rekabet eylemi de müspet veya menfi fiillerle gerçekleştirilebilmektedir. Özellikle saldırgan ticari uygulamalar; fiili veya psikolojik baskı, bir fiille yanıltma, kötüleme, yardımcıları görevi ihlale sevk gibi haksız ticari uygulamalar müspet bir fiille gerçekleştirilmektedir. Türk hukukunda menfi bir fiilden dolayı bir şahısın ancak bu hususta bir yapma ödevinin bulunması halinde sorumlu tutulabileceği¹²⁷ kuralından hareketle menfi bir fiille haksız rekabetin gerçekleşebilmesi bu hususta bilgilendirme yükümlülüğü gibi bir yapma ödevinin bulunmasına bağlıdır. Bu nedenle aldatıcı ticari uygulamaların bir kişide uyanan yanlış kanaatlerin pekiştirilmesi, bilgilendirme yükümlülüğünün

¹²³ İsmail Kırca, “Bilimsel Araştırma Sonuçlarının Yayınlanması : Haksız Rekabet ve İfade Özgürlüğü”, **Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na Armağan**, İstanbul İstanbul Üniversitesi Hukuku Fakültesi Yayın No: İÜ Rektörlüğü yayın no: 728, 1999, s. 439-466, s. 454. Kemal Şenocak, Boykot, a.g.m., s. 83.

¹²⁴ Ülgen, vd, a.g.e., s. 455. Arkan, İşletme a.g.e., s. 7.

¹²⁵ Federal mahkeme, bir gazetecinin kendi görüşü veya üçüncü kişinin görüşünü açıklaması ile haksız rekabet fiilini işleyebileceğine karar vermiştir. Atf 117 IV 193. Yasaman, a.g.m., s. 9. “Central perk” davasında temyiz mahkemesi, taraflar arasında rekabet ilişkisinin varlığının önemli olmadığı, önemli olanın dava konusu fiillerin iktisadi rekabeti engelleyecek nitelikte olup olmadığının belirlenmesi olduğunu belirterek müşteri elde etmek bakımından objektif olarak bir işletmeye fayda sağlamaya veya mahsur oluşturmaya veya pazar payını azaltmaya veya artırmaya yönelik fiillerin haksız rekabet teşkil edeceği sonucuna ulaşmıştır. Yasaman, a.g.m., s. 6. Karar no 4 central perk kararı gerekçe 2 c karar metni için bakınız Yasaman, a.g.m., s. 42-45.

¹²⁶ Şenocak, İşletme Personelinin Ayarılması Meselesinin Haksız Rekabet Hükümleri Çerçevesinde (TTK m 56 vd.) Değerlendirilmesi, Batider, Ankara, 2001, C 50, S 2, s. 193-246, s. 201.

¹²⁷ Eren, a.g.e., s. 471.

yerine getirilmemesi gibi ticari uygulamalar menfi davranışla gerçekleştirilen haksız ticari uygulamalar kapsamında değerlendirilebilmektedir.

2.7.2. Zarar

Haksız rekabetin oluşması için rekabet fiilinin dürüstlük kuralına aykırı şekilde rakipler, müşteriler ve diğer piyasa katılanları arasındaki ilişkiler veya sağlıklı işleyen ekonomi üzerinde (6102 Sayılı TTK m 54 amaç hükmü) olumsuz bir etkisinin bulunması gerekmektedir¹²⁸. Zarar, zarar görenin malvarlığının zarar verici olaydan sonraki durumu ile söz konusu olay meydana gelmeseydi göstereceği durum arasındaki fark şeklinde tanımlanmaktadır¹²⁹. Zarar, haksız rekabetin bir unsuru olarak aranmakla birlikte diğer haksız fiillerden farklı olarak rakipler açısından zarar tehlikesinin varlığı, haksız rekabetin oluşması açısından yeterli görülmektedir (m 58/I)¹³⁰.

Türk Hukukunda, Alman Hukukunda¹³¹ olduğu gibi müşteriler koruma suheleri arasında kabul edilmekle birlikte açacakları davalar WMP'un tüketicilerin açacakları davalarla ilgili düzenlemesinden farklı olarak iktisadi menfaatlerinin zarar görmesi şartına bağlanmaktadır(m 58/II). Aynı şekilde 6102 Sayılı TTK'de de müşterilerin açacakları davaların zarar şartına bağlanmakta ve ayrıca tüketicilerin araçların ve malların imhasını

¹²⁸ Yasaman, a.g.m., s. 5. Agefi/Edipresse davası, 4 atf 126 I 198 kararı, karar metni için bakınız Yasaman, a.g.m., s. 29-42. Zararın haksız rekabetin bir unsuru olmadığı; haksız rekabet açısından dava şartı olduğu konusunda bakınız, Şenocak, Ayartma, a.g.m, s. 199.

¹²⁹ Eren, a.g.e., 474.

¹³⁰ Yargıtay, gazeteyle verilen ilanda davacı firmada çalışan on bir şoförün kendi firmasına geçtiği, bu nedenle rakip firmada iyi şoför kalmadığını vurgulanması durumunda davacının zarar tehlikesi ile karşı karşıya(Yarg. 11. Hd 15/02/1999 1998T, 1999/ 9296E, 1999 / 856K Bakınız Hukuktürk.) kaldığını; yine ithali yasak bir mamulün Türkiye'de tescil edilmiş kutularının imal edilerek şöhretinden yararlanılması durumunda ithalat engelinin her an kalkması olanaklı olduğundan bahisle zarar tehlikesi ile karşı karşıya (Yarg. 11. Hd 22/11/1985T, 1985 / 4677E, 1985 / 6377K) kaldığını belirterek bir diğer davada ise konusu mamulün ambalaj ebadının şekli ve renginde ayniyat veya aldatici mahiyette benzerliğin iltibasa yol açabileceği açıkça saptanırken, somut olaydan bahisle sonuçta iltibas yoktur denmesi mümkün değildir. mahkemce, bu durumda davanın kabulüne karar vermek gerekirken reddi isabetsiz olduğunu belirtmek suretiyle haksız rekabetin varlığına hükmetmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 14/10/1992T 1992 / 11-445E, 1992 / 573K Bakınız Hukuktürk.

¹³¹ Her ne kadar UWG'ye göre koruma suheleri arasında eşit koruma kabul edilmişse de tüketiciler henüz dava ehliyetine sahip değildir. Tüketici menfaatleri, Alman Hukukunda dava açma yetkisi kabul edilen ve çok sayıda tüketici yerine yüksek harç masraflarını üstlenen dernekler tarafından korunmaktadır. Heim,a.g.m., s. 528.

isteyemeyecekleri hükme bağlanmaktadır (6102 Sayılı TTK m 56/II). Kanunun ifadesine rağmen zarar dava şartı değil haksız rekabetin bir unsuru olarak kabul edilmektedir¹³². Ayrıca zarar veya zarar tehlikesinin varlığı haksız rekabetin oluşumu açısından yeterli kabul edilmekte ve failin kendine bir yarar sağlaması haksız rekabetin varlığı açısından bir unsur olarak aranmamaktadır¹³³.

Haksız rekabet neticesinde zarar, rakiplere, tüketicilere, tedarikçilere veya rekabetin sağlıklı işleyişinin engellenmesinden dolayı kamuya verilmiş olabilir. Ancak haksız rekabet hukuku açısından zararın belirli bir rakibe veya tüketicilere değil de sağlıklı işleyen piyasaya veya tüketicilerin geneline verilmesi durumunda tazminata ilişkin özel bir hüküm Türk Hukukunda yer almamaktadır.

TTK m 58'in ifadesine göre haksız rekabet hukuku açısından zarar kapsamına "müşterilerinin, kredisinin, mesleki itibarının, ticari işletmesi veya diğer iktisadi menfaatleri"nin zarara uğraması veya böyle bir tehlikeye maruz kalması girmektedir. Yani haksız rekabet hukuku anlamında zarar, kişilerin şahsına veya mal varlığına verilen zararları değil Türk Doktrinde "diğer zararlar" olarak adlandırılan ve zarar görenin hayatı, vücut bütünlüğü veya sağlığı dışında kalan; şöhretinin, itibarının veya iktisadi gelişme özgürlüğünün ihlali gibi iktisadi menfaatleri bakımından zararları kapsamına almaktadır. Bu sonuç saldırgan ticari uygulamalar açısından da geçerlidir. Yani saldırgan ticari uygulamalar kapsamında kişiye fiziki veya psikolojik baskı uygulanması durumunda vücut bütünlüğünün ihlalden kaynaklanan maddi ve manevi zararlar haksız rekabet hukuku kapsamında değerlendirilememektedir.

Haksız fiil neticesinde mal varlığındaki azalma, fiili zarar ve yoksun kalınan kar şeklinde ortaya çıkabilmektedir. Ayrıca haksız rekabet hukukunda zararın hesap zorluğu nedeniyle tazminat olarak hakime, haksız rekabet

¹³² Oruç, age, s, 8. Örs, a.g.e., s. 23.

¹³³ Ülgen, vd, a.g.e., s. 455.

neticesinde davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına hükmetme yetkisi verilmesi (m 58) bir zarar tazmin usulü olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak söz konusu yetkinin kullanılması için gerçek zararın araştırılması ve tespit edilememesi gerekmektedir¹³⁴. Ayrıca birbirinden bağımsız biçimde faaliyet gösteren kişilerin, haksız rekabet nedeniyle müteselsilen sorumlu tutulmaları Yargıtay'ca kanuna aykırı olarak görülmektedir¹³⁵.

2.7.3. Uygun İlliyet Bağı

Tüm haksız fiil hallerinde olduğu gibi haksız rekabetten dolayı da bir kişinin sorumlu tutulabilmesi için rekabet eylemi ile ortaya çıkan zarar veya zarar tehlikesi arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekmektedir.

2.7.4. Kusur

Borçlar hukukunda, kural olarak sübjektif sorumluluk yani kusur prensibini kabul edilmektedir. Kanunda belirtilen istisnalar dışında haksız fiille başkasına zarar veren kimse ancak kusurluysa söz konusu zararı tazminle yükümlü tutulmaktadır.

Kusur, kast ve ihmal şeklinde gerçekleşebilir. Kast failin kendi hareketinin hukuka aykırı neticesini bilmesi ve istemesidir. Kastta irade hukuka aykırı neticeye yönelmektedir. Türk Hukukunda hukuka aykırılığın ayrı bir unsur olarak aranmaması nedeniyle kasten hareket edildiğinin söylenebilmesi için gerek hukuki olgunun gerekse hukuka aykırılığın bilmesi gerektiği kabul edilmektedir¹³⁶. Bir kişi hukuka aykırı sonucu istememesine

¹³⁴ Davacı'nın piyasaya sürdüğü ambalaj kutularının, vasat bir tüketiciyi yanıltacak biçimdeki taklidini kullanarak haksız rekabette bulunan davalı aleyhine, makul bir tazminata hükmetmezden önce; davacının gerçek zararının araştırılması, örneğin defter ve kayıtları üzerinde bu yönde inceleme yaptırılması gerekir Yarg. 11. Hd 04/05/1999T, 1998 / 8964E, 1999 / 3645K Bakınız Hukuktürk.

¹³⁵ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 23/06/1992 T, 1991 / 367E, 1992 / 7947K Bakınız Hukuktürk.

¹³⁶ Erwin Deutsch, Çeviren: Şeref Ertuş, "Sorumluluk Hukukunun Temel İlkeleri" **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, İzmir 1983 s. 245-260 s, 250. Selim Kaneti, **Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru**, İstanbul, Kazancı Kitap Ticaret Aş, 2007, s. 27. Bir düşünceye göre hukuka aykırılığın bilinmemesi taksirli de olsa kastı ortadan kaldırmaktadır. Diğer bir görüşe göre ise hukuka aykırılığın taksirli olarak bilinmemesi eğer şartları varsa kastın mevcudiyeti için yeterli kabul edilmektedir. Kaneti, a.g.e., s. 28.

rağmen şartların gerektirdiği dikkat ve özeni göstermemesi halinde ise ihmal söz konusu olmaktadır. BK m 41 kasten ve ihmal ile işlenen hukuka aykırı fiillerin sorumluluk meydana getireceğini belirtmekte ve kusurun haksız fiilin kurucu unsurlarından olduğunu açıklamaktadır. Bu açıdan kast veya ihmal kusurun çeşitlerini oluşturmamakta; kusurun varlığı için gerekli şartları oluşturmakta ve kast veya ihmal kavramına yer vermesi doğru görülmemektedir¹³⁷. BK m 41’de failin kasten veya ihmalle zarar vermesi ayrımı yapılmaksızın tüm zarardan sorumlu tutulacağı düzenlendiğinden kast ve ihmal ayrımı sorumluluk hukukunda ceza hukuku kadar büyük önem taşımamaktadır¹³⁸.

Hükümet gerekçesinde de belirtildiği üzere TTK m 59/d’de “kusur varsa zarar ve ziyanın tazmininin de istenebileceği”nin düzenlenmesi m 58’de yer alan diğer haksız rekabet davalarının açılabilmesi ve haksız rekabetin varlığı açısından kusur şartının aranmayacağını ortaya koymaktadır¹³⁹. Bu nedenle kişi, objektif olarak haksız rekabet sonucunu doğuran rekabet eylemi açısından kusurlu hareket etmese dahi zarar veya zarar tehlikesin doğması durumunda haksız rekabet gerçekleşmiş kabul edilmekte ve kusur, haksız rekabet sebebiyle açılacak davalar açısından önem arz etmektedir¹⁴⁰. Maddi ve manevi tazminat davalarının açılması açısından düzenlemede açıkça ifade edildiği üzere kast değil kusur aranmakta ve tazminat talebi için taksirin varlığı yeterli kabul edilmektedir. Kast ise ceza verilmesi açısından bir unsur olarak aranmaktadır¹⁴¹.

Haksız rekabet hukuku, iktisadi rekabeti etkileyen eylemlerle ilgilenmekle birlikte eylemin haksız rekabet teşkil etmesi için eylemi gerçekleştirenin bu doğrultuda hareket etme iradesini aramamakta ve

¹³⁷ Kaneti, a.g.e., s. 24

¹³⁸ Selçuk Sarıyar, **Kusurun Tanımı ve Öznelliği**, İstanbul, 2008

¹³⁹ Domaniç, a.g.e., s. 124. Arkan, İşletme a.g.e., s. 306. Ülgen, vd, a.g.e., s. 456. Hükümet Gerekçesi IV 17.

¹⁴⁰ Oruç, a.g.e., s. 13

¹⁴¹ Sait Kemal Mimaroglu, **Ticaret Hukuku**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No: 295, 1979, C I, s. 297.

değerlendirme, tamamen objektif bakış açısından yapılmaktadır¹⁴². Yani haksız rekabetin kabulü açısından fiilin rekabet düzeninin normal işleyişine yöneltmesi ve objektif olarak iktisadi rekabeti etkileyici nitelikte olması yeterli kabul edilmektedir. Buna karşılık fiili gerçekleştirenin iktisadi faaliyeti etkileme iradesi taşıyıp taşıyamaması önem arz etmemektedir¹⁴³.

Almanya’da eski kanun döneminde uygulamanın haksızlığı değerlendirilirken subjektif unsurun aranması nedeniyle, UWG açısından da subjektif unsurun aranabilirliğinin sorgulanmış; UWG’nin, haksız rekabetin rakipler üzerindeki etkilerinden ziyade tüketici ve diğer piyasa katılanları üzerindeki olumsuz etkilerine odaklandığı ve haksız rekabetin olumsuz etkilerinin diğer piyasa katılanlarına isabet etme olasılığından dolayı haksız rekabet amacının aranmaması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır¹⁴⁴. Çünkü haksız rekabet hallerinin zarar verici etkisi ticari uygulamanın bir parçası olarak, her hangi bir sübjektif düşünceden bağımsız olarak mevcuttur ve UWG m 3’de beyan edilen şartlar her hangi bir subjektif unsur içermemektedir¹⁴⁵.

Haksız rekabetin oluşumu açısından kusur şartının aranmaması, haksız rekabetten dolayı sorumluluğun bir sebep sorumluluğu olduğunu göstermemektedir. Çünkü haksız rekabetten dolayı sorumluluk, failin iradi davranışına –rekabet eylemine- dayanmakta ancak eylemin rekabeti objektif olarak etkileyip etkilemediğine bakılmakla birlikte kusur (kast veya ihmali) sorumluluğun bir unsuru olarak aranmamaktadır. Bu nedenle doktrinde kusur şartının arandığı maddi ve manevi tazminat davaları açısından BK m 55’deki kurtuluş kanıtının getirilebileceği; diğer davalarda ise getirilemeyeceği görüşü

¹⁴² Şenocak, Boykot, a.g.m, s. 82.

¹⁴³ Yasaman, a.g.m., s. 6,7. Fülürya Yusufoglu, “Haksız Rekabetin Oluşmasının Şartlarından Biri Olarak Haksız Rekabet Oluşturan Fiilin Türkiyede Sonuç Doğurması” **İsviçre Borçlar Kanunu’nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku’nun Türk Ticaret Hukuku’na Etkileri**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 83-113, s 85. Kısaltması: Yusufoglu , Türkiyede Sonuç Doğurma.

¹⁴⁴ Heim,a.g.m., s. 528.

¹⁴⁵ Schroeder, a.g.m., s. 140.

savunulmaktadır¹⁴⁶. Ancak İstihdam edenin, meydana gelen zarardan sorumluluğu kendisinin veya yardımcı kişinin hangi bir kusuruna bağlı değildir¹⁴⁷ ve BK m 55'de yer alan kurtuluş kanıtı niteliği itibariyle bir kusursuzluk kanıtı olmayıp sorumluluktan kurtulma kanıtıdır. Bu nedenle adam çalıştırmanın, zararın meydana gelmemesi için yardımcı kişinin seçiminde ve denetlenmesinde, yardımcı kişiye talimat vermede somut olayın gerektirdiği her türlü objektif dikkat ve özeni gösterdiğini ispat etmesi durumunda -illiyet bağının kesilmesi söz konusu olacağı için¹⁴⁸- belirtilen şekilde bir ayrıma tabi olmaksızın kurtuluş kanıtı getirebileceği kabul edilmelidir.

Alman (UWG m 4 no 10) ve İsviçre Hukuk sistemlerinde subjektif unsur, haksız rekabetin oluşumu açısından bir unsur olarak aranmamakla birlikte Alman Hukukunda, tüm piyasa katılanlarını hedef alan boykot, rekabeti kesmek, talebin gücünü kötüye kullanmak gibi rekabeti sınırlamaya yönelik uygulamaların haksız rekabet teşkil etmesi açısından bir unsur olarak aranmaktadır¹⁴⁹. Ancak söz konusu durumda aranan haksız rekabete yönelik değil rekabeti sınırlamaya yönelik subjektif unsurun varlığıdır. Açık bir düzenleme yer almamasına rağmen Türk Hukukunda da rekabet sınırlamalarının haksız rekabet teşkil etmesi için RK'ya aykırılık bir unsur olarak aranmalı ve doğanın korunması amacıyla boykot yapılmasında olduğu gibi rekabeti sınırlama amacı taşımayan faaliyetler haksız rekabet olarak nitelenmemelidir.

2.7.5. Hukuka Aykırılık (Dürüstlük Kurallarına Aykırı Hareket)

Bk m 41'e göre haksız fiilin meydana gelebilmesi için hukuka aykırı fiille başkasına zarar verilmesi gerekmektedir. Söz konusu hukuka aykırılık sırasında ihlal edilen norm özel hukuk kökenli olabileceği gibi kamu hukuku

¹⁴⁶ İmregün, a.g.e., 88. Erem, a.g.e., s. 211. Edgü, a.g.e., s. 152. Ülgen, vd, a.g.e., s. 475. Örs, a.g.e., s. 81,82.

¹⁴⁷ İBK 27/03/1957 T 1/E, 3/K bakınız, Sefa Reisoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Onaltıncı Bası, İstanbul, Beta, 2004, s. 158.

¹⁴⁸ Eren, a.g.e., 584-586.

¹⁴⁹ Schroeder, a.g.m., s. 145.

kökenli de olabilmektedir. Ancak önem arz eden bir diğer husus ise hukuka aykırılık kavramının hukukumuzda dar anlamda kabul edilmesi ve ihlal edilen normun koruma amacı göz önünde tutularak tanımlanmasıdır. BK m 41/1 anlamında bir davranış kuralının ihlalinin hukuka aykırılık teşkil edebilmesi için toplum menfaati yanında ferdin menfaatinin de normun koruma amacı içerisinde yer alması; zarar görenin mutlak bir hakkını veya iktisadi bir menfaatini korumaya yönelmiş olması gerekmektedir¹⁵⁰. Ayrıca UWG’de yer alan asgari etkin boyut (de minimis) kuralından hareketle bir fiilin haksız rekabete sebebiyet vermesi için iktisadi sonuç doğurmasının tek başına yeterli olmayacağı, aynı zamanda rekabeti etkileyecek nitelikte ve düzeyde olması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁵¹. Ancak rekabet eyleminin hukuka aykırılık ve haksız rekabet teşkil etmesi için rekabeti göz ardı edilecek miktardan fazla etkilemesinin bir unsur olarak aranması Türk Mevzuatıyla bağdaşmayacağı gibi Alman Hukukunda söz konusu durum, Avrupa Birliği müktesebatına aykırılık teşkil ettiği yönünde eleştiriye maruz kalmaktadır¹⁵².

Hukuka aykırılık açısından yazılı hukuk kuralları ile yazılı olmayan hukuk kuralları arasında ayırım yapılmamaktadır. Yazılı olmayan hukuk kuralları içerisinde örf ve adet hukuku ve hukukun genel ilkeleri girmektedir. Başkası nezdinde güven yaratmak, doğru olmayan bilgi vermek veya dürüstlük kuralları cevaplamayı gerektirdiği halde cevaplamamak veya üçüncü kişiyi sözleşmeyi ihlale sevk etmek yazılı olmayan hukuk kurallarına örnek teşkil etmektedir¹⁵³.

TTK m 56’da yer alan “haksız rekabet, aldatıcı hareket yada dürüstlük kurallarına aykırı diğer suretle...” ibaresi aldatıcı hareketin ve dürüstlük kurallarına aykırılığın haksız rekabetin iki ayrı ögesi olduğu izlenimi uyandırmaktadır. Ancak aldatıcı hareket aynı zamanda dürüstlük kuralına

¹⁵⁰ Eren, a.g.e., 556,559.

¹⁵¹ İs. Federal Mahkemesinin 26 Mart 2006 tarih ATF 132 nolu kararı için bakınız, Yusufoglu , Türkiyede Sonuç Doğurma, a.g.e., s .86.

¹⁵² Bakınız Asgari Etkin Boyut İlkesi için bakınız Bölüm III 1.13.

¹⁵³ Eren, a.g.e., 552.

aykırılık teşkil edeceğinden¹⁵⁴ söz konusu hükmün başarılı olduğu söylenememektedir. Sonuç olarak haksız rekabetin asıl unsuru iktisadi rekabetin dürüstlük kuralına (MK m 2'den kaynaklanan yazılı olmayan hukuk kurallarına)¹⁵⁵ aykırı şekilde kötüye kullanılmasına dayanmaktadır¹⁵⁶.

6102 Sayılı TTK gerekçesinde haksız rekabetteki dürüst davranış kuralının, MK m 2 anlamında dürüstlük kuralının sözleşme veya ön sözleşme temelinde ve taraflar arasında ilişkide var olan güvenle ilgili olduğu, rekabet hukukunda ise bu anlamda tarafların söz konusu olmaması nedeniyle TTK m 56'nın MK m 2 anlamında dürüstlük kuralıyla tam uyum sağlamayacağı belirtilmektedir¹⁵⁷. Söz konusu görüş İsviçre Doktrininden kaynaklanmaktadır. İsviçre, baskın görüş olarak ve Türk Hukukunda bazı yazarlar tarafından dürüstlük kuralının bir veya daha fazla kişi arasında belirli bir güven ilişkisi sonucunda oluşması nedeniyle dürüstlük kuralına aykırılığın haksız fiile ilişkin genel bir koruma normu olarak kabul edilmemesi gerektiği kabul edilmektedir¹⁵⁸. Söz konusu görüş taraftarlarına göre, zarar görenle zarar veren arasında özel bir hukuki bağ bulunmaktadır ve bundan dolayı dürüstlük kuralına aykırılık, hukuka aykırılık ve bu nedenle haksız fiil olarak algılanamamaktadır¹⁵⁹. İsviçre federal mahkemesi söz konusu görüşe uygun olarak MK m 2'nin sorumluluk hukukuna ilişkin temel bir koruma normu olmadığını kabul etmiştir¹⁶⁰. Ancak belirtilen görüş, haksız rekabetin haksız fiil niteliğiyle ilgili değildir. Hatta gerekçede de belirtildiği üzere haksız rekabetin haksız fiil niteliği kabul edilmekle birlikte MK m 2'nin uygulandığı istisnai bir kurum olduğu ifade edilmektedir¹⁶¹. Ancak Türk Doktrininde yaygın kanaat MK m 2'de öngörülen dürüstlük ilkesinin, söz konusu hak ister

¹⁵⁴ Ülgen, vd, a.g.e., s. 456.

¹⁵⁵ MK m 2 de yer alan dürüstlük kuralı yazılı olmayan hukuk kuralları içerisinde değerlendirilir Sefa Reisoğlu, a.g.e., s. 142. Eren, a.g.e., 551.

¹⁵⁶ Karayalçın, a.g.e., s. 456.

¹⁵⁷ 6102 Sayılı TTK m 54 gerekçesi

¹⁵⁸ Çiğdem Kırcı, **Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiyeye Karşı Sorumluluk**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2004, s. 41.

¹⁵⁹ Ç Kırcı, a.g.e., s. 41.

¹⁶⁰ BGE 124III 279, 301; 121 III 350, 254; 108 II 305, 311, Ç Kırcı, a.g.e., s. 42'den naklen.

¹⁶¹ 6102 Sayılı TTK 54. madde gerekçesi

kanun, ister sözleşme, ister sözleşme öncesi ilişkiden doğsun bir hakkın kullanılmasına ve bir borç doğmuşsa bu borcun ifasına ilişkin olduğu ve söz konusu düzenlemenin sözleşmeden veya kanundan doğan haklar arasında bir ayırım yapılmadan tüm hakların sınırını çizdiği yönündedir. Bir hukuki müessesenin amacı dışında kullanılması, kanundan doğan bir hakkın kötüye kullanılması niteliğinde görülmekte ve dürüstlük ilkesi kapsamında değerlendirilmektedir¹⁶².

2.7.6. İktisadi Faaliyet

Kanun anlamında iktisadi rekabet, her şeyden önce gelir elde etmeyi amaçlayan bağımsız bir faaliyetin varlığını gerektirmektedir¹⁶³. Borçlar Kanunu düzenlemesinde yer aldığı şekilde dar anlamda rekabet eylemini (rakipler arası ilişkiler) kapsamına alan klasik haksız rekabet hukukunda rekabet ilişkisinin varlığı haksız rekabetin bir unsuru olarak aranmaktadır. Ancak TTK düzenlemesinde yer aldığı üzere geniş anlamda rekabet eylemini kapsamına alan modern düzenlemelerde haksız rekabet hükümleri sadece rakiplerin iktisadi menfaatini değil rekabete dayalı iktisadi düzeni ve diğer ilgililerin menfaatlerini de koruma amacı taşımakta ve haksız rekabetin varlığı açısından tarafların rakip olmaları haksız rekabetin bir unsuru olarak aranmamaktadır¹⁶⁴. Bu sayede modern anlamda haksız rekabet hükümleri, haksız rekabeti değil haksız ticareti “iktisadi rekabetin her türlü suiistimalini” engellemeyi amaçlamaktadır¹⁶⁵. Bu nedenle haksız rekabet, taraflar arasında rekabet ilişkisini “iktisadi rekabetin varlığını” yani geniş anlamda rekabet eylemini zorunlu kılmaktadır ve haksız rekabet hükümleri yalnızca belirli bir rakiple rekabet ilişkisini veya teknik anlamda rekabeti değil anayasayla güvence altına alınan iktisadi rekabette bulunma hakkını güvence altına

¹⁶² Jale G Akipek ve Turgut Akıntürk, **Türk Medeni Hukuku**, İstanbul, Beta, Beşinci Bası, 2004, 177, 178; Bilge Öztan, **Medeni Hukukun Temel Kavramları**, Ankara, Turhan Kitabevi 14. Bası 2004, s. 163, 168.

¹⁶³ Yavaş, a.g.m., s. 772. Edgü, a.g.e., s. 140.

¹⁶⁴ Arkan, İşletme a.g.e., s. 306. Aynı görüşte Göle, a.g.e., s. 162. Yargıtay 11.HD.1.5.2001 E. 1828, K.3862 Zira TTK da rekabet ilişkisini arayan açık bir hüküm bulunmamaktadır. Şenocak, Ayartma, a.g.m, s. 209. İ. Kırca, a.g.m., s. 455.

¹⁶⁵ Karayalçın, a.g.e., s. 449.

almaktadır. Geniş anlamda rekabet eylemi 6762 Sayılı TTK açısından rakipler dışında diğer ilgililere ve mesleki kuruluşlara dava hakkının tanınması, 6102 Sayılı TTK açısından ise ilave olarak “bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması” (m 54) amaç hükmü ile kabul edilmektedir. Ancak 6102 Sayılı TTK’de “iktisadi rekabet” kavramı yerine “rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen” kavramı tercih edilmektedir (m 54)¹⁶⁶. Yargıtay, haksız rekabetin rakiplerin iktisadi çıkarı yanında rekabete dayalı iktisadi düzenin korunmasını da amaçladığını belirterek taraflar arasında rekabet ilişkisi bulunmamasının haksız rekabetin kabulüne engel teşkil etmeyeceğine karar vermiştir¹⁶⁷.

Haksız rekabet faaliyetinden herkesten önce rakipler zarar görmektedir ve rakipler açısından haksız rekabetin söz konusu olması için aynı veya benzer piyasada faaliyet göstermeleri; en azından rakibin faaliyetinden dolayı müşterilerinin azalması veya azalma tehlikesiyle karşı karşıya kalınması gerekmektedir¹⁶⁸. Modern görüş, haksız rekabet yüzünden iktisadi menfaatleri zarar gören müşterilere (TTK m 58/II) ve diğer piyasa katılanlarına da haksız rekabet hükümlerinden yararlanma olanağı tanımaktadır. Bu nedenle ilanı verilen malın defolu örnekler olduğunun anlaşılması veya ilan düzeyine ve tanıtıma göre yeterli stok bulunmadığı halde ilan verilmesi hallerinde olduğu gibi belirli bir rakibe yöneltilmeyen haksız rekabet hallerinde dahi rekabet hakkının kötüye kullanılması ve bu sayede rakiplerin önüne geçme isteği yani iktisadi rekabet unsuru mevcuttur.

Rekabet eylemi endüstriyel veya ticari faaliyete yönelik bir hareket veya uygulamayla gerçekleştirilmelidir (WMP m 1). Aynı iş kolunda faaliyet

¹⁶⁶ Bu kavram hukukî olmadığı, anlam ve içeriği açısından belirsiz olması; karşıt kavramı olan "iktisadî olmayan (gayri iktisadî) rekabet" ile anlamlandırılmak yoluna gidince ise kavramı yorumlamak iyice zorlaşması, ayrıca, iktisadî rekabet "rakipler arası rekabet"i akla getirmesi nedeniyle söz konusu kavrama yer verilmediği belirtilmektedir. 6102 Sayılı TTK m 54 gerekçesi

¹⁶⁷ Yarg 11 HD 26.02.1999T, 99/1155E, 99/1374K; Yarg. 11. HD 08.11.2004T, 04/1757E, 04/10912;K. Yasaman, a.g.m., s. 12.

¹⁶⁸ Yavaş, a.g.m., s. 774.

gösteren iki sendikanın birbirlerini kötölemesinde veya birbirleri hakkında gerçeğe aykırı bilgi yaymalarında olduğu gibi gelir elde etmeyi amaçlamayan faaliyetlerde rekabet hakkının kötüye kullanılması endüstriyel veya ticari faaliyet söz konusu olmadığı için TTK kapsamında haksız rekabet teşkil etmemektedir. Aynı şekilde bir işçinin diğer bir işçiyi kötölemesinde olduğu gibi bağımsız olarak yürütülmeyen faaliyetlerde taraflar arasındaki rekabetin kötüye kullanılması, gelir elde etme amacına yönelse dahi TTK anlamında haksız rekabet meydana getirmeyecektir. Ayrıca iktisadi rekabet, piyasanın varlığını da gerektirmektedir. Piyasanın olmaması durumunda bir kimsenin diğer kimseye göre daha avantajlı durumda olması söz konusu olmayacağı için haksız rekabette söz konusu olmamaktadır¹⁶⁹. Haksız rekabet piyasanın varlığı kadar yasallığını da gerekli kılmaktadır. İsviçre federal mahkemesinin loto score kararında¹⁷⁰ yasal olmayan piyasalar ve iktisadi faaliyetlerin haksız rekabet hukukunun koruma alanı içerisinde değerlendirilemeyeceğine çünkü haksız rekabet hükümleriyle meşru rekabetin korunduğuna karar vermiştir¹⁷¹. EDGÜ'ye göre iktisadi faaliyet kavramı aynı zamanda faaliyetin devamlılığını da gerekli kılar ve bu nedenle müşterilerle ilişkiye girmeyen ve devamlı olmayan faaliyetler TTK'nin haksız rekabete ilişkin hükümlerinden yararlanamaz¹⁷². Ancak bir defaya mahsus olsa dahi iktisadi faaliyetin varlığı haksız rekabetin kabulü açısından yeterli kabul edilmelidir¹⁷³. Son olarak iktisadi faaliyet unsuru, rekabet eyleminin neticesinde bir teşebbüsün avantajlı veya dezavantajlı duruma gelmesini, müşterilerinin artması veya azalmasında¹⁷⁴ olduğu gibi iktisadi alanda sonuç doğurmasını gerektirmektedir.

¹⁶⁹ ATF 126 III 198 kararı gerekçe 2 c bb, Yusufoglu, Türkiye'de Sonuç Doğurma, a.g.e., s. 85.

¹⁷⁰ ATF 126 III 198 gerekçe 2c aa bakımz, Yasaman, a.g.m., s. 5. Yusufoglu, Türkiye'de Sonuç Doğurma, a.g.e., s. 84.

¹⁷¹ Yasaman, a.g.m., s. 5. Yusufoglu, Türkiye'de Sonuç Doğurma, a.g.e., s. 84.

¹⁷² Edgü, a.g.e., s. 139-140.

¹⁷³ Oruç, a.g.e. s. 6.

¹⁷⁴ Yasaman, a.g.m., s. 4.

İKİNCİ BÖLÜM

HAKSIZ REKABETİN ULUSLAR ARASI ALANDA DÜZENLENİŞİ

Küreselleşme ve ticari iletişimdeki gelişmeler neticesinde haksız rekabet konusunda ulusal düzenlemeler kadar ülke mevzuatının uluslararası düzenlemelere uyumluluğu da önem kazanmaktadır. Çünkü haksız rekabete karşı ülke üzerinde en üst düzeyde koruma sağlansa dahi, dünyanın her hangi bir yerinde ülkeye ait bir malın taklidi veya iltibas oluşturan bir malın piyasaya sürülmesi ulusal düzenlemeleri etkisiz kılmaya yetmektedir. Yine ülkeler haksız rekabet düzenlemeleri ile rekabet politikalarını düzenlemekte ve mal ve hizmetlerin serbest dolaşımına haksız rekabet düzenlemeleriyle mani olabilmektedirler. Dünyanın tek bir pazar halini alması ve Avrupa Birliğinde mal ve hizmetlerin serbest dolaşımı ile ilgili görülmesi nedeniyle haksız rekabet, küresel ve bölgesel düzeyde düzenlemelere konu olmakta ve hatta uluslararası düzenlemeler iç düzenlemelere öncülük etmektedir.

1. HAKSIZ REKABETİN ULUSLARARASI DÜZENLENİŞİ

Küresel ticaret engelleri, dünya ülkelerinin aşması gereken bir sorundur. Küreselleşme ve iletişim teknolojilerindeki gelişmelerin sonucu olan söz konusu sorunun aşılması, ülkelerin kanuni ve idari düzenlemelerini küresel bazda uyumlulaştırmalarına bağlıdır. Haksız rekabeti önlemeye yönelik düzenlemeler, gerektiği şekilde uygulanmadığı takdirde ticaret üzerinde bir engel olarak ortaya çıkabilmekte; iç rekabeti¹ ve diğer ülkelerin söz konusu ülkede ticaretlerini engelleyebilmekte veya teknolojik gelişmelerin sunduğu imkânlardan yararlanarak o ülkeden mal alan müşterileri korumasız bırakabilmektedir. Uluslararası ticarete olan güvenin artırılması ve belirtilen engellerin kaldırılması rekabetin sadece ulusal düzeyde değil; uluslararası

¹ Ömür Demir, **Dünya Ticaret Örgütü'nün Yeni Çalışma Konusu; Ticaret Ve Rekabet Politikaları Arasındaki İlişki**,

Erişim: <http://www.dtm.gov.tr/dtmadmin/upload/EAD/TanitimKoordinasyonDb/dnyat.doc>, Tarihi: 21.06.2010

düzyeyde düzenlenmesine; özellikle ölkelerin mevzuatlarını uyumlu hale getirmesine bağılıdır. Ancak uluslararası uyumlulaştırmanın zorluğundan dolayı haksız rekabete ilişkin hükümler içeren az sayıdaki anlaşma büyük önem arz etmektedir².

Haksız rekabet hukukuna ilişkin Türkiye'nin taraf olduğı ilk antlaşma, Sevr Antlaşmasıdır(m 266,267). Lozan Antlaşmasıyla birlikte imzalanan ticaret antlaşmasında söz konusu hükümlere paralel düzenlemeler yer almakta (m 12,13) ancak hükümlerin uygulanmasında karşılıklılık ilkesinin gözetileceğine yer verilmektedir. Ayrıca söz konusu ticaret antlaşmasınının 14. maddesi ile Türkiye Paris Sözleşmesinin Washington metnine katılmayı taahhüt etmiştir³.

Paris Sözleşmesi, WIPO kuruluş sözleşmesi, DTÖ ve TRİPS antlaşmaları Türk Hukukunun haksız rekabete ilişkin uluslararası kaynağını oluşturmaktadır. Ancak haksız rekabete ilişkin söz konusu uluslararası düzenlemelerin tatmin edici düzeyde olmadığı belirtilmektedir⁴.

1.1. PARIS SÖZLEŞMESİ

Türkiye'nin taraf olduğı⁵; on bir ölkce tarafından imzalanan, katılan ölkce sayısının yüz yetmiş bire ulaştığı Sınai Mülkiyetin Korunmasına İlişkin 1883 Tarihli Paris Sözleşmesi (PS), haksız rekabetin uluslararası hukukla korunması fikrinin vücut bulduğı sözleşme olması açısından büyük önem arz etmektedir.

² Henning-Boweding, International Unfair, a.g.e., s. 53

³ Boztosun, a.g.m., s. 97.

⁴ Frauke Henning-Boweding, "International Protection Against Unfair Competition-Article 10 Bis Paris Convention, TRİPS And WIPO Model Provisions" **ICC: International Review Of Intellectual Property Ant Competition Law**, Vol 30 no 2/1999 Max Planck Institute For Foreign And International Patent, Copyright And Competition Law, Munich, s, 187. kısaltması: International Protection

⁵ Sınai Mülkiyetin Korunmasına İlişkin Paris Sözleşmesi 20 Mart 1883 Tarihinde imzalanış ve 14 aralık 1900 tarihinde Brüksel'de, 2 Haziran 1911 de Washington'da, 6 Kasım 1925 tarihinde La haye'de, 2 Haziran 1934 tarihinde Londra'da, 31 ekim 1958 tarihinde Lizbon'da ve 14 temmuz 1967 de Stockholm'de tadil edilmiştir. Türkiye'nin, Stockholm'de değıştirilen metne katılması Bakanlar Kurulu'na 08.08.1975 Tarihinde uygun bulunmuş ve bu durum 22.11.1975 tarihli resmi gazetede yayınlanmış, Ancak Türkiye 1 ve 12. Maddelere çekince ileri sürmüştür. Çekinceler ise 1994 tarihinde kaldırılmış ve bu durum ise 23.09.1994 tarihli resmi gazetede yayınlanmıştır.

PS, yalnız haksız rekabete ilişkin bir sözleşme değil, aksine fikri ve sınai mülkiyetin birçok alanıyla ilgili düzenlemeler getiren hatta birincil amacı sınai hakların uluslararası korunmasını sağlamak olan bir sözleşmedir.⁶ PS'nin birincil koruma alanına marka, patent, tasarım gibi fikri mülkiyet hakları girdiği kadar ticari isimler ve menşe ve mahreç adları da girmektedir.⁷

PS'de, "birlik üyeleri, birlik vatandaşlarına haksız rekabete karşı gerçek bir himaye sağlamaya mecburdur" hükmünü içeren PS Mm 10 ile üye ülkelere haksız rekabete karşı etkili koruma sağlama yükümlülüğü yüklenmektedir⁸. Bu nedenle fikri hakların korunması ana hedefi yanında haksız rekabetin korunması PS'nin ikincil amacını oluşturmaktadır. Fikri hakların korunması antlaşmanın birincil amacını oluşturmakla birlikte söz konusu amacının haksız rekabetin korunması amacına bir önceliği bulunmamaktadır⁹.

PS'de haksız rekabet, Anglo Amerikan Hukukundan çok Kıta Avrupası Hukuk Sistemi ile benzer şekilde bir genel hükümle ve haksız rekabetin en çok bilinen örnekleriyle düzenlenmektedir¹⁰. PS, bağımsız tek tip bir hukuk ve üye ülkelere söz konusu kuralları iç hukuklarına aktarma yükümlülüğü içermek yerine vatandaşa eşit işlem ilkesi ve korumanın asgari koşulların sağlanması ilkesi olmak üzere iki ilke getirmektedir¹¹. Söz konusu ilkeler açısından PS, haksız rekabet hukukuyla ilgili kapsamlı düzenlemeye sahip ülkelere, diğer üye ülke vatandaşlarına eşit işlem yapma yükümlülüğü yüklediği için geniş kapsamlı bir antlaşmadır¹².

⁶ Henning- Boweding, *International Unfair*, a.g.m., s. 53. Hatta PS'nin ilk halinde haksız rekabete ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Henning-Boweding, *International Protection* a.g.e., s.168.

⁷ Ayrıca Bern konferansında telif hakları koruma kapsamında alınmıştır. Henning-Boweding, *International Unfair*, .g.e., s. 53.

⁸ Sebastian Heim, "Practice Point, Protection of competitors, consumers and the general public—The new German, Act against Unfair Competition", **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, Sl. 1, No. 8, s, 525

⁹ Henning- *International Unfair*, .g.e., s. 54.

¹⁰ Henning-Boweding, *International Protection* .g.e., s. 187.

¹¹ Frauke Henning-Boweding, *International Unfair*, a.g.e.,s.54. Üye ülkelerin vatandaşlarına kendi vatandaşlarıyla aynı muameleyi yapma yükümlülüğüne "vatandaşla eşit işlem ilkesi"; kendi vatandaşlarına sağladığı korumanın özel asgari standartlarını; diğer üye ülke vatandaşlarına sağlama yükümlülüğüne ise "korumanın asgari koşullarının sağlanması" ilkesi adı verilmektedir.

¹² Henning-Boweding, *International Protection*, a.g.e., s. 187.

PS Mm 10/2'de haksız rekabetin kapsamı, haksız rekabet fiili ‐ahlaka, örf ve adete aykırı her türlü rekabet‐ şeklinde tanımlanarak bir taraftan geniş şekilde ele alınmakta, diğer taraftan ‐sınai ve ticari konular‐ı kapsamına alarak, rakiplerin menfaatleriyle¹³ sınırlamaktadır. Ayrıca PS Mm 10 kapsamında dışsalıktan yararlanma, ticari sırların ihlali, sulandırma, taklit gibi bazı haksız rekabet halleri düzenlenmemektedir. Bu nedenle düzenlemenin tüm önemli kabul edilen haksız rekabet hallerini kapsadığı söylenememekte¹⁴ ve PS dar anlamda rekabet eylemini kapsamına almaktadır. PS, haksız rekabeti gelişmekte olan ülkeler için yaptırımı düşük üç örnekle düzenlemektedir. Söz konusu nedenlerle PS'nin haksız rekabete ilişkin düzenlemeleri dar kapsamlı olarak nitelenmektedir¹⁵.

PS Mm 10/3 yasalaştırma yükümlülüğü içermemekle birlikte¹⁶ maddede ulusal seviyede yasaklanması gereken bazı haksız rekabet halleri üç bent halinde düzenlenmektedir¹⁷. Düzenlemenin birinci bendi itibasa ayrılmakta ve bir rakibin ticarethanesi, ürünleri; sınai veya ticari faaliyeti ile, her hangi bir manada itibasa neden olan her türlü faaliyetin¹⁸; ikinci bent kötüleme ve itibarsızlaştırmaya ayrılmakta ve ticari faaliyet esnasında bir rakibin ticarethanisini, ürünlerini veya sınai yahut ticari faaliyetini itibardan düşürecek mahiyette asılsız iddiaların yöntem olarak¹⁹ kullanılmasının; üçüncü bentte ise yanıltıcı ibarelere ayrılmakta ve ‐ticaretin yapılışı sırasındaki eşyanın niteliği, imal usulü, vasıfları, kullanılma kabiliyeti veya miktarı konusunda halkı yanıltıcı mahiyette iddialar veya ibarelerin‐ özellikle yasaklanması gereken fiiller olduğu belirtilmektedir. PS Mm 10/3/1'de

¹³ Marcus Höpperger, Martin Senftleben, ‐Protection Against Unfair Competition at the International Level – The Paris Convention, the 1996 Model Provisions and the Current Work of the World Intellectual Property Organisation‐ Law Against Unfair Competition, Editors Reto M Hilty / Frauke Henning-Boweding, Springer, Munich 2007 s, 61-76, s. 69. Tüketicinin korunması veya tüketici menfaatlerini ise kapsamına almamaktadır. Henning-Boweding, International Unfair, a.g.e., s. 57

¹⁴ Höpperger, Senftleben, a.g.m., s. 67.

¹⁵ Henning-Boweding, International Protection a.g.e., s. 187.

¹⁶ Höpperger, Senftleben, a.g.m., s. 65.

¹⁷ Höpperger, Senftleben, a.g.m., s. 65.

¹⁸ Heim, a.g.m., s. 536.

¹⁹ 1934 Londra Konferansında Almanya'nın tacirin mallarının, hizmetlerinin, işletmesinin itibarsızlaştırılması kapsamında karşılaştırılmalı reklamların yasaklanması talebi kabul görmemiştir. Höpperger, Senftleben, a.g.m., s. 67.

rakiplerin mallarının veya ticari-endüstriyel faaliyetlerinin karışmasına olanak verebilecek faaliyetler yasaklanmaktadır²⁰. Söz konusu düzenleme, fikri haklarda iltibasa yönelik olarak değil, rekabet amacıyla yapılan faaliyetlere yönelik olarak getirilmiş bir hükümdür²¹. PS anlamında iltibas Mm 10'da açıkça söz edilmese de, malların kaynağına ilişkin olarak halkın yanıltılması riskini ifade etmektedir²². Bu açıdan ürünler kimlik veya dizayn olarak halk tarafından iltibas riski taşımaları ve iltibas riski ürünlerin aynı kaynaktan geldiğine ilişkin olarak gerçekten var olmalıdır²³. PS Mm 10/3/3'de ürünlerin cinsi, fiyatı, üretim yöntemi, özellikleri, amaca uygun olması veya miktarı gibi hususlarda, faaliyet esnasında ortaya çıkan kamuyu yanıltabilecek ibareler veya iddiaların haksız rekabet teşkil edeceği düzenlenmektedir²⁴. PS'de esasen ticaret ve hizmet markaları, ticari isimler gibi ürün belirleyicileri ve rakiplerin işletmesi, malları veya faaliyetleriyle ilgili özel yükümlülükler yer almakla birlikte, malların doğası veya diğer özellikleri konusunda halkın yanıltılmasıyla ilgili PS Mm 10/3²⁵ hükmü, PS üyelerince bir haksız rekabet hali olarak yanıltmanın açıkça farkına varıldığını²⁶ ve rakiplerin menfaatleri yanında ve eşit önemde tüketici menfaatlerinin korunmasının da düzenleme kapsamında değerlendirildiğini göstermektedir. Bu nedenle söz konusu düzenleme, genel hükmün yalnızca rakiplerin menfaatleri açısından (örnek 1 ve 2) değil, tüketici menfaatleri açısından (örnek 3) da yorumlanmasına olanak sağlamaktadır. Bu sayede 1958 Lizbon konferansında rakiplerin menfaati yanında tüketici menfaatlerinin hesaba katılmasını öneren üçlü koruma prensibi, düşünce olarak PS'ye girmiştir (m 10/3)²⁷. PS ikinci Mm

²⁰ Henning-Boweding , International Protection a.g.e., s. 174.

²¹ Henning-Boweding , International Protection a.g.e., s. 176.

²² Henning-Boweding , International Protection a.g.e., s. 174.

²³ Henning-Boweding, International Protection a.g.e., s. 176.

²⁴ Boztosun, a.g.m., s. 198.

²⁵ Rekabetteki başarının mal ve hizmetlerinin kalitesi veya fiyatına değil yanlış veya yanıltıcı faaliyete veya diğer konularda abartıyla tüketicinin etkilenmesine dayanmasının haksız rekabet oluşturacağını düzenlenmektedir

²⁶ Höpperger, Senftleben, a.g.m., s. 65.

²⁷ Höpperger, Senftleben, a.g.m., s. 69. Bu açıdan 1958 Lizbon konferansı, rakiplerin menfaatlerinin korunması amacıyla bir sapma ve tüketici menfaatlerinin korunmasının kabulü yönünde bir kapının açılması niteliğindedir. Höpperger, Senftleben, a.g.m., s. 67.

10/1²⁸ hükmü ile katılan ülke vatandaşlarına; ikinci fıkrası hükmü ile²⁹ ise katılan ülke kuruluşlarına adli ve idari başvuru yollarından yararlanma olanağı sağlanmaktadır.

1.2. WİPO DÜZENLEMELERİ VE WİPO MODEL KORUMA

Paris Sözleşmesinin revizyonu için 14/07/1967 tarihinde Stockholm'de yapılan bir sözleşmeyle Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (World Intellectual Property Organization -WIPO-) kurulmuş, Türkiye bu sözleşmeye 14/08/1975 tarih ve 7/10540 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla katılmıştır. TRİPS'in aksine WİPO, üye ülkeleri PS m 10'a uygun düzenleme yapmakla zorunlu kılmaktadır³⁰.

WİPO da diğer düzenlemeler gibi haksız rekabetin bir tanımını vermemekte ancak haksız rekabete ilişkin temel koruma sağlamak amacıyla genel bir hüküm içermektedir (WMP m 1/1)³¹. Genel hükümde WİPO "Haksız rekabetin önlenmesinin, dürüst uygulamalara aykırı fiil veya uygulamalara yönelik" olduğunu belirterek modern sistemi benimsemektedir³².

PS gibi³³ WİPO'yu kuran konvansiyonun 2. maddesinde de fikri mülkiyetin haksız rekabetle ilgili olduğu belirtilmekte; ayrıca fikri mülkiyet hakları ile haksız rekabet arasındaki ilişkiye de değinilmektedir. WİPO'ya göre Fikri mülkiyet, öncelikle buluşlar, markalar ve endüstriyel tasarımlar üzerindeki fikri hakların korunmasıyla ve haksız rekabetin önlenmesiyle ilgilidir. Fikri mülkiyet hakları için münhasır kullanım hakları şeklinde koruma sağlanmaktadır. Haksız rekabetin önlenmesi ise münhasır haklarla değil sınai

²⁸ Düzenleme, "birliğe dahil ülkeler, 9. 10. mükerrer maddelerde zikredilen bütün fiil ve hareketleri, etkili bir şekilde yasaklamaya yarayan kanuni müracaat yollarını diğer birlik ülkesi vatandaşlarına temin etmeyi taahhüt eder" hükmünü içermektedir.

²⁹ İkinci fıkra düzenlemesi "birlik ülkeleri, bundan başka 9., 10. ve 10. mükerrer maddelerde geçen fiil ve hareketlerin, yasaklanması amacıyla, ilgili sanayicileri, imalatçıları ve müstahsilleri veya tacirleri temsil eden ve varlıkları ülkeleri kanunlarına aykırı olmayan sendika ve cemiyetlerin himayenin talep edildiği ülke mevzuatının söz konusu sendika ve cemiyetlere izin verdiği ölçüde, adli ve idari makamlara müracaatta bulunmalarına imkan veren tedbirleri almayı taahhüt ederler" hükmünü içermektedir.

³⁰ Henning-Boweding , International Protection a.g.e., s. 182.

³¹ European Generic Association Görüşü. Höpperger, Senftleben, a.g.m., s. 68.

³² Höpperger, Senftleben, a.g.m., s. 68.

³³ Zira PS Mm 10'da haksız rekabetin korunmasını kapsamına almıştır.

veya ticari meselelerde dürüst vasıtalarla yapılmayan uygulamalarla ilgilidir³⁴. Yani haksız rekabet hukuku rekabetin yapılış şekliyle (niteliğiyle; dürüst vasıtalarla yapılp yapılmadığıyla) ilgilenmektedir³⁵.

Avrupa'da uyumlulaştırma çalışmaları, eski sosyalist ülkelerin ve Asya'da bazı ülkelerin haksız rekabetle ilgilenmesi nedeniyle WİPO haksız rekabetle tekrar ilgilenmeye başlamıştır³⁶. WİPO, 1994 yılında kanun koyuculara yol göstermek ve uyumlulaştırmanın itici gücünü oluşturmak maksadıyla yayımlanan³⁷ "Haksız Rekabete Karşı Koruma-Dünyanın Bu Güncü Durumunun Analizi" ve 1996 yılında yayımlanan "Haksız Rekabete Karşı Korumayla İlgili WİPO Modeli" (WMP) çalışmalarını yapmıştır. 1994 çalışması Lizbon konferansında düşünce olarak PS'ye giren rakiplerin ve tüketicinin korunması fikrine WMP'de de yer verilmektedir³⁸.

WMP; WİPO bürosu tarafından basılmasına rağmen, hukuki statüsü itibariyle, haksız rekabete karşı uluslararası antlaşma veya uyum sağlamayı amaçlayan düzenleme teşkil etmemektedir. WMP, toplu tavsiyelerin etkisine benzer bir şekilde, ilgili kuruluşlardan birinin adapte etmesine bağlı olarak kanun koyuculara veya mahkemelere yol gösterici veya referans alınabilir model olmayı amaçlamaktadır. Bu şekilde WMP Paris sözleşmesi ve TRİPS den farklı bir özeliğe sahiptir ve kanunların, içtihatların ve uluslararası genel prensiplerin geliştirilmesinde ve uyumlulaştırılmasında etkili olacak ve göz önünde tutulacaktır³⁹.

1996 WMP, PS Mm 10'u yürürlüğe koymayı amaçlamakta ve sistemini takip etmektedir. WMP, PS'ye gönderme yaparken yalnızca düzenlemeyi yorumlamakla kalmamakta yasaklanması gereken uygulamaları somutlaştıran daha fazla haksız rekabet fiili içererek korumanın kapsamını da

³⁴ European Generic Association Görüşü.

³⁵ Arkan, Haksız Rekabet, a.g.m., s. 8

³⁶ Henning-Boweding , International Protection a.g.e., s.181.

³⁷ Höpperger, Senftleben, a.g.m., s. 67.

³⁸ Höpperger, Senftleben, a.g.m., s. 69.

³⁹ Henning-Boweding , International Protection a.g.e., s. 182. Höpperger, Senftleben, a.g.m., s. 73.

genişletmektedir⁴⁰. WMP’da öncelikle PS de üç olan yasaklanan fiil sayısı müşteri çevresine veya rakibin ününe zarar verilmesi ve ticari sırlar da eklenerek beşe çıkarılmaktadır⁴¹. Ayrıca WMP ve 1994 WIPO çalışması aldaticılığa karar verme yöntemiyle ilgili olarak ortalama tüketici ve zayıf tüketici gibi değişik bakış açıları elde etmesi ve aldaticılığa karar verirken farklı düşünce yargılamaları yoluyla zihinsel verilerden yararlanması açısından PS’den ayrılmaktadır⁴².

WMP’nin genel hükmü olan m 1/1’de “adil uygulamalara aykırı” fiil veya uygulamaların haksız rekabet teşkil edeceğini belirterek PS Mm 10 kapsamında belirleyici rol oynayan “adil uygulama” kavramı devam ettirilmektedir⁴³. Ancak Paris sözleşmesi m 10/II’de yer alan adil piyasa uygulamalarına “rekabet fiilleri” için başvurulacağına ilişkin sınırlamaya WMP 1/1’de yer verilmeyerek WMP’de rakiplerin korunmasına ilişkin gereksinimlerde eksiklik ayrıca haksız rekabet hali olarak kabul edilmektedir⁴⁴. Bu açıdan WPM’de taraflar arasında rekabet ilişkisinin aranmaması ve tüketicinin korumasını kapsamına alması bir yeniliktir. Ayrıca WMP’nin birinci maddesinde endüstriyel veya ticari faaliyete yönelik hareket veya uygulamadan bahsederek haksız rekabetin medya, mesleki ve kar amacı gütmeyen faaliyetleri de kapsar şekilde geniş algılanması gerektiğine vurgu yapılmaktadır⁴⁵.

WMP m 1/1 rekabet fiiline yalnızca genel hükmü referans almamakta ayrıca yasaklanan fiillerin listesini de içermektedir. Ayrıca WMP 1/1b’de yalnızca rakiplere veya federasyonlara değil, haksız rekabetten zarar gören veya zarar görmesi olası tüketici veya tüketici dernekleri gibi gerçek veya tüzel kişilere de haksız rekabeti ileri sürme yetkisi verilmesi, rekabet eyleminin yalnızca rakipler arası ilişkilerle sınırlandırılmadığını aralarında

⁴⁰ Henning-Boweding , International Protection a.g.e., s.,183. Höpperger, Senftleben, a.g.m., s. 68.

⁴¹ Henning-Boweding , International Protection a.g.e., s. 183.

⁴² Höpperger, Senftleben, a.g.m., s. 71.

⁴³ Henning-Boweding , International Protection a.g.e., s.183. Höpperger, Senftleben, a.g.m., s. 68.

⁴⁴ Höpperger, Senftleben, a.g.m., s. 69.

⁴⁵ Henning-Boweding , International Protection a.g.e., s. 183.

rekabet ilişkisi bulunmayan ancak menfaatleri etkilenen taraflar arasında da rekabet ilişkisinin kabul edildiğini ve PS m 10'daki rekabet ilişkisi anlayışını terk edildiğini göstermektedir⁴⁶. Ayrıca kayıtlı olsun olmasın marka ve ticari isim haricindeki kimliklendiriciler, ürünlerin ve hizmetlerin görünüm, takdim şekli, ünü veya iyi bilinen fonksiyonlarına yönelik özel bir düzenleme m 1/2'de yer almaktadır⁴⁷.

WMP korunması garanti edilen fiil ve uygulamaları şekillendirirken yöntem olarak genel hükmün ardından haksız rekabet kabul edilen faaliyetleri tadadi şekilde sıralamaktadır⁴⁸. Uygulama örnekleri PS m 10/3 hükmünün somutlaştırılmış tekrarı niteliğindedir⁴⁹. WMP m 3 ve 6'da ise PS m 10/3 de düzenlenen haksız rekabet fiillerine ilave olarak ön çalışması 1994 çalışmasında yapılan iki haksız rekabet hali daha düzenlenmektedir⁵⁰.

WMP m 2'de bir işletmenin ürünlerinin veya hizmetlerinin veya sınai veya ticari faaliyetlerinin karıştırılmasına neden olabilecek fiiller haksız rekabet hali olarak düzenlenmektedir⁵¹. Söz konusu düzenleme, PS Mm 10/3/1'i referans almakla birlikte WMP yalnızca marka ve ticari isimler gibi tipik ürün tanımlayıcılarına gönderme yapmamakta, ayrıca iyi bilinen zihinsel pazarlama teknikleri ve hatta işletme, faaliyet, ürün veya servisle bağlantılı olarak takdim şekli ve görüntüsüyle ilgili öğelere de gönderme yapmaktadır. Söz konusu yaklaşım 1994 WİPO çalışmasından alınmıştır⁵². WMP m 2/4'de mal ve hizmetlerin coğrafi kaynağına yönelik yanıltmalar düzenlenmekle birlikte düzenleme, başka bir şirketin iştiraki (şirketle bağlantılı) veya bir faaliyetin sponsoru olduğuna yönelik yanıltmaya veya karıştırılmaya imkan verilmesinde olduğu gibi işle bağlantılı her türlü uygulamayı içermektedir⁵³.

⁴⁶ Henning-Boweding , International Protection a.g.e., s.183. Höpperger, Senftleben, a.g.m., s. 69.

⁴⁷ Henning-Boweding , International Protection a.g.e., s. 185.

⁴⁸ Höpperger, Senftleben, a.g.m., s. 68.

⁴⁹ Höpperger, Senftleben, a.g.m., s. 68.

⁵⁰ Höpperger, Senftleben, a.g.m., s. 71.

⁵¹ European Generic Association Görüşü.

⁵² Höpperger, Senftleben, a.g.m., s. 68.

⁵³ Henning-Boweding , International Protection a.g.e., s. 185.

WMP m 3'de bir işletmenin ürünlerinin veya hizmetlerinin veya sınai veya ticari faaliyetlerinin itibarını düşürebilecek asılsız iddiaların (itibarsızlaştırmanın) haksız rekabet oluşturacağı belirtilerek rakiplerin peştemaliyesine veya itibarına zarar veren (m 3) fiiller haksız rekabet hali olarak düzenlenmekte ve düzenlemeyle yeni bir alan açılmaktadır⁵⁴.

WMP m 4'de, PS m 10/3/3 bazı açılardan genişletilmekte⁵⁵ kamuyu, özellikle bir ürünün imalat süreci veya ürünlerin veya hizmetlerin niteliği, niceliği veya başka özellikleri hakkında halkı aldatan ve yanıltan ifadeler veya iddialarda (yanıltıcı iddialar) bulunulması bir haksız rekabet hali olarak düzenlenmektedir⁵⁶. WMP m 4/2'nin PS m 10'da yer almayan malların üretim süreci, amaca uygunluğu, ürünün miktarı ve karakteristiği, satış şartları ve fiyat hesap usulü gibi konuları ve coğrafi işaretleri de içerir şekilde genişletilmesi; özellikle hizmetlere ilişkin olarak karıştırılma tehlikesinin eklenmesi olumlu bir gelişmedir⁵⁷. PS 10/3/3. örnekte düzenlenen "toplumu yanıltan haksız rekabet fiilleri" WMP m 4 de esaslı yanlış bilgi yanı sıra içeriği doğru olsa dahi aldatıcı etki bırakan yanıltıcı bilgiyi de içerir şekilde daha geniş bakış açısıyla ele alınmaktadır⁵⁸. Düzenleme kapsamına her türlü bilgi değil, özellikle önemli bilgiler girmektedir. Ancak söz konusu düzenleme, satış görüşmesi sırasında abartının aldatıcı olarak kabulünü gerektirmemektedir⁵⁹.

⁵⁴ European Generic Association Görüşü. Höpperger, Senftleben, a.g.m., s. 72. Henning Boweding , International Protection a.g.e., s. 186. WMP m 3/1'e göre diğer bir işletmenin müşteri çevresine veya ilişkilerine zarar veren veya zarar vermesi olası her hangi bir fiil veya uygulama; ticari veya endüstriyel faaliyet, uygulamanın karışıklığa sebep olup olmadığına bakılmaksızın haksız rekabet teşkil etmektedir. WMP m 3/2/b'de markanın ayırıcı karakterini veya ürünün kıymetini azaltan faaliyetler peştemaliyenin veya ürünün itibarının zedelenmesi olarak tanımlanmakta ayrıca m 3'de dürüst karşılaştırmalı reklamlar için söz konusu düzenlemeye başvurulamayacağı hükmüne yer verilmektedir. Henning-Boweding , International Protection a.g.e., s. 186. Bu sayede m 3/2/a ve b hükümleriyle, müşteri çevresinin, ticari isimlerin veya diğer ticari tanımlayıcıların, ürünün şeklinin, görünüşünün veya iyi bilinen zihinsel karakterinin itibarsızlaştırılmasına karşı koruma sağlanmaktadır.

⁵⁵ Henning-Boweding , International Protection a.g.e., s. 186.

⁵⁶ European Generic Association Görüşü.

⁵⁷ Henning-Boweding , International Protection a.g.e., s. 186.

⁵⁸ Henning-Boweding , International Protection a.g.e., s. 187. Höpperger, Senftleben, a.g.m., s. 70.

⁵⁹ Henning-Boweding , International Protection a.g.e., s. 187.

WMP m 5'de başkasının markasının ayırt edilme gücünü azaltan veya bu güce başka şekilde zarar veren veya başka bir işletmenin peştemaliesinden veya itibarından haksız şekilde fayda sağlayan fiil ve uygulamaların haksız rekabet teşkil edeceği belirtilmek suretiyle⁶⁰ diğer işletmelerin veya faaliyetlerin itibarsızlaştırılması bir haksız rekabet hali olarak düzenlenmektedir. WMP m 5/II' de yer alan düzenleme PS m 10/1/3/2 de yer alan itibarsızlaştırmaya benzemekle birlikte söz konusu düzenleme, satış şartlarına odaklandığı kadar özellikle reklam ve promosyonlara ilişkin örnekte görüldüğü gibi ürün ve hizmetlerle ilgili iddialara da odaklanması açısından PS'den ayrılmaktadır⁶¹. Çünkü WMP m 5/II düzenlemesi, ürünün veya hizmetin karakteristik listesine ilave olarak coğrafi kökenine gönderme yapan düzenlemeye benzer bir şekilde reklam ve promosyon faaliyetlerine gönderme yapmaktadır⁶². Bu anlamda yalnızca yanlış veya yanıltıcı açıklamaların değil; diğer bir işletmeye veya işletmenin faaliyetine yönelik doğru açıklamaların da seçilen kelimeler nedeniyle itibarsızlaştırmaya neden olabileceği ve adil kabul edilmeyebileceği belirtilmektedir⁶³.

Ticari sırlarla ilgili TRİPS m 39'a benzer bir şekilde⁶⁴ WMP m 6 da gizli bilgilerle ilgili haksız rekabet hali düzenlenmekte ve ticari sıraların gayri meşru yollardan ele geçirilmesi, ifşa edilmesi veya kullanılmasıyla ilgili fiillerin (ticari sırların elde edilmesi ve yayılmasının); haksız rekabet teşkil edeceği belirtilmektedir⁶⁵. WMP m 6/2 güven ihlali ve sözleşmenin ihlali ile ilgilidir. Ayrıca söz konusu örnekler ticari veya endüstriyel casusluğa gönderme yapmaktadır. Ancak 1994 çalışmasında önerilmesine rağmen WMP, bilgi sahibinin gizli bilgileri saklamak için gayret sarf etmesi yönünde bir düzenleme içermemektedir⁶⁶.

⁶⁰ European Generic Association Görüşü.

⁶¹ Höpperger, Senftleben, a.g.m., s. 68.

⁶² Höpperger, Senftleben, a.g.m., s. 70.

⁶³ Henning-Bowding , International Protection a.g.e., s. 187.

⁶⁴ Höpperger, Senftleben, a.g.m., s. 71.

⁶⁵ European Generic Association Görüşü.

⁶⁶ Höpperger, Senftleben, a.g.m., s. 72. 1994 çalışmasında korunacak bilginin önemli olması teklif edilmiştir. Bunun için ilk olarak bilginin işçiler tarafından elde edilmesinin gerekip gerekmediğine bakılması, istihdam boyunca işçiler tarafından elde edilmesi gereken bilginin, becerinin veya

WIPO'nun en yenilikçi etkisi m 1/2'de kümülatif uygulanma prensibinin kabul edilmesidir. WIPO1-6. maddeler arasında düzenlenen korumanın; marka, patent, dizayn gibi fikri mülkiyet hukukuyla ilgili düzenlemelerden bağımsız olduğu ve ilgili kişinin haksız rekabet hukuku veya fikri mülkiyet hukuku koruma normlarından yararlanmak hususunda serbest olduğu kabul edilmektedir⁶⁷.

1.3. DÜNYA TİCARET ÖRGÜTÜ

Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerin çoğunu kapsayan, etkin bir şekilde anlaşmazlıkların çözümü mekanizmasına sahip bir kuruluştur ve DTÖ bünyesinde çeşitli çok taraflı ve çoklu ticaret anlaşmaları yapılmaktadır.

Türkiye 26/1/1995 tarih ve 4067 sayılı Kanunla Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşmasını onaylamıştır. Rekabetle bağlantılı ticaret konuları; büyük ölçüde, DTÖ Anlaşması ekinde yer alan çok taraflı ticaret anlaşmaları bünyesindeki veya çoklu anlaşmalar kapsamındaki konuları içermektedir⁶⁸. Bu sayede fikri mülkiyet haklarının korunması WIPO'dan DTÖ'ya kaymış durumdadır⁶⁹. Ticaretle bağlantılı fikri mülkiyet haklarına yönelik olarak yapılan TRİPS bu bağlamda yapılmış bir anlaşmadır.

deneyimin yasal kullanımının haksız açıklanmış kabul edilmemesi ve bu bilgilerin "kullanımı normal işletme sırları" kapsamında değerlendirilmesi benimsenmektedir. Höpperger, Senftleben, a.g.m., s. 72. Kullanımı normal işletme sırlarından olmayan bilginin ise haksız kullanıldığına karar vermek için üst yönetim tarafından gizlenip gizlenmediğine bakılması, gizlenmemiş bilginin gizli kalmasının da gerekmediği ve bu tür bilgilerin kullanılmasının haksız rekabet teşkil etmeyeceği kabul edilmektedir. Höpperger, Senftleben, a.g.m., s. 72.

⁶⁷ Henning-Boweding, International Protection a.g.e., s.184.

⁶⁸ Demir, a.g.e..

⁶⁹ Jeffrey L. Dunoff "Uyuşmazlık, Engelleme, Karmaşa Ve Meşruiyet'in Şekillendirdiği Ticaret Rejiminde Kamu Katılımı" Çeviren: Esin Küçük Şengür Makalenin İngilizce metni için bkz. Jeffrey L. Dunoff, Public Participation in the Trade Regime: of Litigation, Frustration, Agitation and Legitimation, 56 RUTGERS L. REV. 961 (2003-2004). Public Participation in the Trade Regime: of Litigation, Frustration, Agitation and Legitimation, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C**, 56 S: 1 Ankara, YY, 2007, s. 321.

1.4. TİCARETLE BAĞLANTILI FİKRİ MÜLKİYET HAKLARI ANLAŞMASI

Paris sözleşmesinden sonra fikri mülkiyet konusunda yapılan en kapsamlı anlaşma olan Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması (TRİPS) DTÖ'yü Kuran Anlaşma'nın 1/C ekidir. TRİPS, Paris Sözleşmesinden farklı olarak vatandaşla eşit işlem ilkesi veya korumanın asgari koşullarının sağlanması (asgari güvence) ilkesi içermemekte; katılan ülkelerin iç hukuklarına aktarılması için PS'ye göre daha kapsamlı ve detaylı hükümler içermektedir⁷⁰. Katılan ülkelerin ulusal hukuklarının izin vermesi durumunda, TRİPS'e direkt olarak başvurulabilmesi de mümkündür. Ayrıca TRİPS'te üye ülkeler arasında ihtilaf önleme ve çözüm üretme prosedürü de yer almaktadır⁷¹. TRİPS, gelişmekte olan devletler de dâhil olmak üzere bütün DTÖ üyelerine içerdiği fikri mülkiyetin korunmasına ilişkin yüksek standartlardan oluşan ayrıntılı düzenlemelerinin bütün halinde kabulünü sağlayarak geniş bir katılıma sahip olmuştur⁷².

TRİPS, üye ülkelerin TRİPS'in içeriğini iç hukuklarına aktarma yükümlülüğü içermesi sayesinde, haksız rekabete ilişkin benzersiz bir koruma sağlayabilecekken fikri mülkiyet hukuku alanında yapılan bir sözleşme olması ve haksız rekabete ilişkin olarak fikri mülkiyet hukukuna ilişkin düzenlemelerine eş bir düzenleme içermemesi nedeniyle söz konusu düzeyde korumayı sağlayamamaktadır. TRİPS'in haksız rekabet hukukuna yönelik içeriği, içeriğindeki birkaç göndermeyle sınırlı kalmaktadır. TRİPS söz konusu hükümleri sayesinde haksız rekabet hukukunda rol oynamakla birlikte düzenlemesinde yer alan ticari sırların, coğrafi işaretlerin korunması, gibi düzenlemelerin hiçbiri rekabet hukukunun temel konusunu oluşturmamakta ve haksız rekabet hukukuyla bağlantılı olduğu kabul edilmekle birlikte söz konusu alanlar üye ülkelerin çoğunda marka hukukunda veya bağımsız düzenlemelerde yer almaktadır⁷³. Ancak TRİPS'in PS Mm 10'u doğrudan

⁷⁰ Henning-Boweding, *International Unfair*, a.g.e., s. 59.

⁷¹ Henning-Boweding, *International Unfair*, a.g.e., s. 59.

⁷² Şengür a.g.m., s. 321.

⁷³ TRİPS'in esasına dair hükümler içeren II ve IV. Bölümlerinde de haksız rekabete ilişkin her hangi bir düzenleme yer almamaktadır. Henning-Boweding, *International Protection* a.g.e., s. 179.

referans alan malların menşeye ile ilgili aldatma ve yanıltmayı düzenleyen 22/2,4 maddesi⁷⁴ haksız rekabet anlamında iltibas riski meydana getirilmesine karşı malların kaynağını koruma yükümlülüğü yüklemektedir⁷⁵. Ayrıca ticari sırların ve açıklanmamış bilgilerin korunmasını düzenleyen 39/1 maddesi açıkça PS Mm 10 a gönderme yapmaktadır⁷⁶. TRİPS, m 39/2 düzenlemesinde, ticari sırlar ve açıklanmamış bilgilere ilişkin olarak, kişilerin rızaları olmadan söz konusu bilgilerin kontrol edilmesi ve dürüst ticari uygulamalara aykırı olarak kullanılmasının haksız rekabet teşkil edeceğini düzenlemekte ve gerçek ve tüzel kişilere kontrolleri altındaki bilgileri koruma yükümlülüğü yüklemektedir⁷⁷. Ancak TRİPS'e göre bilgilerin kullanılmasının haksız rekabet teşkil edebilmesi için bilgilerin gizli olması⁷⁸(m 39/3/a), gizli olduğu için ticari değerinin olması (m 39/3/b) ve yasal olarak bu bilgileri kontrol eden şahıslar tarafından, gizli kalması için, ilgili koşullar altında makul önlemlerin alınmış olması (m 39/3/c) gerekmektedir.

TRİPS m 2/1'de, TRİPS'de düzenlenen konuların PS'ye uygun olması zorunluluğu içeren genel bir gönderme yapılarak üye ülkelerin II, III ve IV. Kısımda düzenlenen konulara ilişkin olarak, anlaşmanın 1-12 maddeleri, ve 19. maddesine riayet etme yükümlülüğü düzenlenmektedir. Fakat söz konusu düzenleme ile TRİPS'in üye ülkeleri PS Mm 10'a uymakla yükümlü kılıp kılmadığı yani TRİPS mekanizmasıyla PS Mm 10'un iç hukuka aktarılmasını

⁷⁴ Söz konusu madde üye ülkeleri PS Mm 10 anlamında haksız rekabet teşkil eden eylemlere veya aldatıcı işaretlere karşı mamullerin coğrafi kökenlerini korumakla yükümlü kılmaktadır m 22/2. madde metni üyeler coğrafi işaretlerle ilgili olarak, aşağıdaki hususları engellemek için ilgili taraflara yasal imkanlar sağlayacaklardır: (a) bir malın sunumunda veya isminde, kamuyu malın menşeye konusunda yanıltacak şekilde, malın menşeyinin gerçek menşeye yeri dışında bir başka coğrafi bölge olduğunu gösteren herhangi bir yöntem kullanılması; (b) PS (1967) m 10 anlamında haksız rekabet fiili oluşturan herhangi bir kullanım. 4. Paragraf 1,2 ve 3 koruma kapsamında, malların menşeye olan ülke, bölge veya yer ile ilgili olarak harfi harfine doğru olmakla birlikte, gerçeğe aykırı olarak kamuya malların menşeyinin bir başka ülke olduğunu beyan eden coğrafi işaretler aleyhinde uygulanacaktır” şeklinde kaleme alınmıştır. Henning-Boweding, *International Unfair, a.g.e.*, s. 59.

⁷⁵ Henning-Boweding, *International Protection a.g.e.*, s. 179.

⁷⁶ Üyeler PS (1967) m 10'un öngördüğü gibi haksız rekabete karşı etkin koruma sağlarken, açıklanmamış bilgileri 2. paragrafa uygun olarak ve hükümetlere veya hükümet kuruluşlarına sunulmuş verileri 3. paragrafa uygun olarak koruyacaklardır. M 39/1

⁷⁷ Henning-Boweding, *International Protection a.g.e.*, s. 179

⁷⁸ Öncelikle bilginin bir bütün olarak veya unsurlarının kesin konfigürasyonunda veya grubunda, normal olarak söz konusu türde bilgilerle ilgilenen çevrelerdeki şahıslarca genelde bilinmemesi veya bu şahıslar tarafından kolaylıkla elde edilememesini ifade etmektedir.

kast edip etmediği konusunda açıklık bulunmamakla⁷⁹ birlikte TRİPS'in DTÖ'ye üye ülkeleri haksız rekabete karşı koruma sağlamakla yükümlü kıldığı görüşü savunulmaktadır⁸⁰. Bu nedenle üye ülkelerin, ancak TRİPS'de düzenlenen haksız rekabet konularıyla ilgili olarak vatandaşla eşit işlem yapılmasını sağlamakla yükümlü oldukları kabul edilmektedir⁸¹. WIPO temiz kurulu ise en azından ticari isimlerle ilgili olarak m 2'nin geniş yorumlanması gerektiğine karar vermiştir⁸².

Son olarak TRİPS'in haksız rekabet kurallarının uyumlulaştırılması için tartışma zemini oluşturduğu⁸³ ve haksız rekabet davalarında ihtiyati tedbir verilmesini kolaylaştırıcı düzenlemelerin ve usullerin gelişmesinde etkili olduğu belirtilmektedir⁸⁴.

2. HAKSIZ REKABETİN AB MEVZUATINDA DÜZENLENİŞİ

Türk Hukuku açısından haksız rekabetin bölgesel düzenlemelerini AB müktesebatı oluşturmaktadır. Türkiye açısından haksız rekabet hukukunun bölgesel düzenlemelerini ise konuyla ilgili ayrıntılı düzenlemelere yer veren Avrupa Birliği Müktesebatı oluşturmaktadır. Ayrıca birlik hukukunun da uluslararası hukukun gereksinimlerine uygun olmak zorunda olduğu belirtilmektedir⁸⁵. Haksız ticari uygulamalar ve yöntemleri, AB gündemine alınmış ve haksız rekabet mevzuatının uyumlulaştırılması bir proje olarak

⁷⁹Frauke Henning-Boweding, *International Unfair*, a.g.e., s. 59.

⁸⁰Höpperger, Senftleben, a.g.m., s. 64.

⁸¹Henning-Boweding, *International Protection* a.g.e., s. 180,189. PS Mm 10 hükmünün uygulanması yükümlülüğü nedeniyle DTÖ'ye üye ülkelerin TRİPS'de yer alması dahi PS'de yer alan ilkeleri göz önüne almakla yükümlü oldukları kabul edilmektedir. PS m 10'daki hususları gözetme yükümlülüğüne, vatandaşla eşit işlem yapma yükümlülüğü de dahildir ve üye ülkeler PS m 10'da belirtilmeyen ancak ulusal hukuklarında olan düzenlemeleri de üye ülke vatandaşlarına sunmakla yükümlü kabul edilmektedir. Henning-Boweding, *International Protection* a.g.e., s. 189. Bu nedenle PS'deki vatandaşla eşit işlem yapma yükümlülüğü, üye ülkelerin ulusal düzenlemelerle vatandaşlarını desteklemelerine engel teşkil etmektedir. Henning-Boweding, *International Protection* a.g.e., s. 180. Ancak söz konusu gönderme TRİPS'de düzenlenen haksız rekabete ilişkin konularla sınırlıdır ve ticari sırlar ve itibas dışında haksız rekabet, TRİPS II III IV. kısımlarda düzenlenmemektedir. Henning-Boweding, *International Protection* a.g.e., s. 180.

⁸²Henning-Boweding, a.g.e., s. 59. Höpperger, Senftleben, a.g.m., s. 61.

⁸³Demir, a.g.m..

⁸⁴Tekinalp, a.g.e., s. 477.

⁸⁵Frauke Henning-Boweding, "International Unfair Competition Law", **Law Against Unfair Competition**, Editors Reto M Hilty / Frauke Henning-Boweding, Springer, Munich 2007, s 53–60, s. 53. Kısaltması: *International Unfair*

yürütülmektedir. Avrupa haksız rekabet hukukunun uyumlulaştırılması, Roma Antlaşmasına dayanmaktadır. Ancak Roma Antlaşması'nda rekabet hukukunda olduğu gibi doğrudan haksız rekabete ilişkin düzenlemeler yer almamaktadır. Bu nedenle Avrupa Birliği mevzuatının uyumlulaştırılması yönergelerle sağlanmakta⁸⁶ ayrıca AAD içtihatlarının da uyumlulaştırmaya katkısı bulunmaktadır⁸⁷.

Avrupa'da haksız rekabet hukukunun uyumlulaştırılması bir proje olarak 1984 yılında Aldatıcı Reklamlar Yönergesiyle başlamış⁸⁸ ve söz konusu yönergenin 1994 yılında karşılaştırmalı reklamları düzenlemek amacıyla değiştirilmesiyle devam etmiştir. 2001 yılında yayımlanan Avrupa Birliği Tüketicinin Koruması Yönergesinde bu alanda yönergenin yapılandırma ihtiyacı açıklanmaktadır⁸⁹. Yönerge önsözünde ise komisyona, AB mevzuatı gereksinimleri için kıta ötesi haksız rekabet mevzuatını inceleme görevi yüklenmektedir⁹⁰. Haksız rekabet hukukuyla ilgili en kapsamlı düzenleme ve uyumlulaştırma prensibinin ana kaynağını ise 2005 tarihli Haksız Ticari Uygulamalar Yönergesi oluşturmaktadır.

⁸⁶ Frauke Henning-Boweding "Secondary Unfair Competition Law", **Law Against Unfair Competition**, Editors Reto M Hilty / Frauke Henning-Boweding, Springer, Munich 2007, s, 111-126, s, 111 kısaltması Secondary Law,

⁸⁷ Örneğin makul bir şekilde iyi bilgilendirilmiş, makul şekilde dikkatli ve ihtiyatlı ortalama tüketici kavramını AAD kararlarıyla rekabet hukukuna girmiş (Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 On Certain Legal Aspects Of Information Society, In Particular Electronic Commerce, In The Internal Market [2000] OJ L178/1) daha sonra düzenlemelerde yerini almıştır. Ancak AAD'nin yargısal uygulamalarına rağmen ulusal düzenlemelerin veya yorumlarının bir hakkı ihlal etmesi durumunda ortaya çıkan yargısal içtihatlar, üye ülkelerin, mevzuatlarını kendiliğinden değiştirmesine dayandığı için, haksız rekabet hukukunun gerçek anlamda uyumlulaştırılmasını sağlayamamaktadır. Avrupa Birliği ülkelerinin haksız rekabet hükümleri arasında düzenleme farklılıklarının sistem farklılığına dayanması, mevzuatın uyumlulaştırılmasını zorlaştırmaktadır.

⁸⁸ Heim, a.g.m., s. 525.

⁸⁹ Thomas Willhelmson, "Harmonizing Unfair Commercial Practices Law: The Cultural And Social Dimensions" **Osgoode Hall Law Journall**, 44osgoode HALL LJ 2006, s, 461-501, s. 474. www.heinonline.org/ erişim tarihi: 21.06.2010. Ayrıca söz konusu düzenlemeler yanında 08/07/2003 tarihli "Tüketicinin Korunmasında İşbirliği Tüzüğü" Önerisi (KOM, 2003, 443) tartışmaya açılmış, Haksız Ticari Uygulamalar Yönergesi yanında 18/06/2003 tarihli Haksız İşletme Uygulamalarına İlişkin bir yönerge önerisi [KOM (2003), 356] hazırlanmıştır. 6102 Sayılı TKT 53 nolu Genel Gerekeçesi

⁹⁰ Willhelmson, Harmonizing, a.g.m., s. 476.

Haksız rekabete ilişkin doğrudan düzenleme getiren yönergeler yanı sıra online yapılan ticaretin menşe ülkesi (ticaretin yapıldığı ülke) kurallarına tabi tutulması ilkesini ortaya koyan elektronik ticarete ilişkin 2000 tarihli yönergeyle, 13. maddesinde pazarlama amacıyla yapılan istenmeyen iletişimle ilgili detaylı hükümler içeren 2002 Tarihli Gizlilik ve Elektronik İletişim Yönergesi⁹¹ de haksız rekabet hukukuyla yakından ilgili kabul edilmektedir.

2.1. ROMA ANTLAŞMASI

Haksız rekabet hukukunun Avrupa düzeyinde uyumlulaştırılması esasen 81. maddesinde rekabet hukukuyla ilgili ayrıntılı hükümler içeren Avrupa Birliği'ni Kuran Roma Antlaşmasına dayandırılmakla birlikte anlaşma, haksız rekabet hukukuyla ilgili doğrudan ve ayrıntılı hükümler içermemektedir⁹². Rekabetin korunması esasen RA m 81 vd. düzenlenmektedir. Ancak anlaşmada yer alan rekabetin korunmasıyla ilgili hükümlerin ve bozulmamış rekabet düzeni oluşturma yükümlülüğünün haksız rekabet hukukunu da kapsadığı kabul edilmektedir⁹³.

Öncelikle Avrupa Birliği Anlaşmasının giriş kısmının 4. paragrafında yer alan “adil rekabetin önündeki engellerin kaldırılması” yükümlülüğü ile haksız rekabete ilişkin düzenlemede bulunulması gereği ima edilmektedir. Zira “adil ticaret” ancak haksız rekabetin engellenmesiyle gerçekleştirilebilir⁹⁴. Rekabetin korunması sistemi, yalnızca rekabet hukukuyla sağlanamamakta; ayrıca iltibas veya aldatma gibi eylemlere karşı haksız rekabet hukukuyla da sağlanmaktadır⁹⁵. Bu nedenle anlaşmanın 81. maddesinde yer alan “rekabetin bozulması” kavramının rekabet hukukuyla sınırlandırılmaması gerekmektedir. “Distortion” rekabetin biçimini bozma rekabeti engelleyen

⁹¹ Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications) [2002] OJ L201/37.)

⁹² Jochen Glöckner, “Unfair Competition and EC Treaty” **Law Against Unfair Competition**, Editors Reto M Hilty / Frauke Henning-Boweding, Springer, Munich 2007, s. 77100, s 78 Kısaltması: Treaty,

⁹³ Glöckner, Treaty, a.g.m., s. 4 78.

⁹⁴ Glöckner, Treaty, a.g.m., s. 78.

⁹⁵ Glöckner, Treaty, a.g.m., s. 78.

tutumlarla faaliyet özgürlüğüne müdahale yanında rekabet şartlarında suni değişiklikleri de içermektedir⁹⁶. Yine anlaşmanın 3/1/g maddesinde biçimi bozulmamış bir rekabet sisteminin garanti edilmesi⁹⁷ yükümlülüğü yalnızca rekabet hukukuna karşı önlem almayı gerekli kılmamakta ayrıca rekabetin fonksiyonlarını bozan haksız rekabet uygulamalarını da kapsamaktadır⁹⁸.

AAD içtihatlarında haksız rekabet hukuku Roma Antlaşması ile bağlantılı olarak incelenmektedir. AAD daha sonra Dassonville Formülü olarak anılacak olan kararında, ticareti fiili veya potansiyel olarak doğrudan veya dolaylı şekilde engelleyebilecek bir ticari düzenlemenin üye ülkelerden birinde kabulünün, rekabet sınırlamasına denk tedbir olarak algılanması gerektiğini kabul etmiştir⁹⁹. Dassonville Formülü ile ortaya çıkan görüş, mahkemenin daha sonra Casis Doktrini olarak adlandırılan Casis De Dijon kararında geliştirilmiştir. Casis Doktrinine göre pazarlamayla ilgili ulusal düzenlemelerin farklılığından kaynaklanan iç ticaret engelleri, ancak mali denetimde etkili olan zorunlu gereksinimlere, halk sağlığının korunmasına, ticari ilişkilerin adilliği ve tüketicinin korunmasına yönelik olması durumunda kabul edilebilir¹⁰⁰. Casis Doktrini, Anlaşmanın 3/1/g ve 81 madde hükümlerini ve “rekabet şartlarına müdahale”yi meşru rekabetin korunmasına hizmet eder şekilde algılaması¹⁰¹ ve ayrıca menşe ülke kurallarının uygulanması ilkesi ile malların serbest dolaşımı arasında bağlantı kurması açısından önem arz etmektedir¹⁰². Söz konusu kararlarda haksız rekabet hukuku vasıtasıyla temel özgürlükler kullanılarak rekabetin sınırlandırılmasına engel olunabileceği vurgulanmış¹⁰³ ve haksız rekabet hukuku RA m 28 anlamında malların serbest dolaşımı ve temel özgürlüklerle ilgili görülmeye başlanmıştır¹⁰⁴.

⁹⁶ Glöckner, Treaty, a.g.m., s. 79.

⁹⁷ Glöckner, Treaty, a.g.m., s. 78.

⁹⁸ Glöckner, Treaty, a.g.m., s. 78.

⁹⁹ Decision Of Ecj July 11 1974 Case 8/74 1974 ECR 837 Dassonvilleg, Glöckner, Treaty, a.g.m., s. 81.

¹⁰⁰ ECJ 20 February 1979 Case 120/78 1979 ECR 649 Casis De Dijon Kararı. Glöckner, Treaty, a.g.m., s. 81.

¹⁰¹ Glöckner, Treaty, a.g.m., s. 79.

¹⁰² Glöckner, Treaty, a.g.m., s. 82.

¹⁰³ Glöckner, Treaty, a.g.m., s. 80.

¹⁰⁴ Glöckner, Treaty, a.g.m., s. 79.

2.2. 84/450/AET ALDATICI REKLAM DİREKTİFİ

84/450/AET Aldatıcı Reklam Yönergesiyle reklamların tüm üye ülkelerce kabul edilen asgari standartları düzenlenmekte¹⁰⁵ ayrıca üye ülkelere, aldatıcı reklamların kontrolü için tüketici menfaatinin korunması amacıyla yeterli ve etkili vasıtaları sağlama yükümlülüğü yüklenmektedir. Ancak üye ülkeler söz konusu vasıtalarla ilgili olarak kişilere veya organizasyonlara yetki vermekte serbest bırakılmaktadır. Bu nedenle İngiltere ve İrlanda gibi bazı ülkelerce tüketici dernekleri, diğerlerinde ise kamu kurumları yetkilendirilmektedir¹⁰⁶.

Yönerge, aldatıcılığın tanımına yer vermediği¹⁰⁷ gibi tüm Avrupa'da uygulanan ve her durumda haksız kabul edilen ticari uygulamalar listesi ve uyumlulaştırılmış tüketiciyi koruyan genel hüküm veya genel kurallar da içermemektedir¹⁰⁸. Ayrıca yönergede üye ülkelerin yönergede yer alan korumadan daha üst düzey koruma sağlamasına yönergenin engel olmadığı düzenlenmekte ve asgari uyumlulaştırma prensibi benimsenmektedir(m 7)¹⁰⁹.

Yönerge, yalnızca haksız rekabete karşı Avrupa düzeyinde koruma fikrinin doğduğu yönerge olması açısından değil üçlü koruma prensibinin ilk kez yer aldığı yönerge olması açısından da önem arz etmektedir. Zira yönergenin birinci maddesinde; rakiplerin, tüketicilerin ve kamu menfaatinin korunmasının amaçladığını belirtilerek üçlü koruma prensibi kabul edilmekte ayrıca söz konusu hüküm yanında reklamın tanımını yapan 2/2 maddesinde de üçlü koruma hedefine gönderme yapılmaktadır¹¹⁰.

¹⁰⁵ Henning-Bowedig, a.g.m., Secondary Law, s. 115. Howells, Micklitz., Wilhelmsson, a.g.e., s.29.

¹⁰⁶ Eczacı ürünleriyle ilgili 92/28/AET Yönergesinde de benzer bir düzenleme yer almaktadır. Peter Rott, The Protection of Consumers' Interests After the Implementation of the EC Injunctions Directive Into German and English Law, Download of Copyright-Protected Internet Content and the Role of (Consumer) Contract Law J Consum Policy (2008) 31:441-457 DOI 10.1007/s10603-008-9081-6 springel s. 402.

¹⁰⁷ Henning-Bowedig, Secondary Law, a.g.m., s. 113.

¹⁰⁸ The unfair commercial practices directive. Questions and the answers, 12 december 2007, erişim: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/07/572&format=HTML&aged=1&language=EN&guiLanguage=tr> 21.06.2010, Daha sonraki atıflar: Questions and the answers.

¹⁰⁹ Henning-Bowedig, Secondary Law, a.g.m., s. 113.

¹¹⁰ Henning-Bowedig, Secondary Law, a.g.m., s. 113.

Yönergeye, reklamın aldatıcılığının kabulü için reklamın alıcının şartlarını etkilemesi veya tüketiciye zarar verme kabiliyetinin bulunması yeterli görülmekte, ayrıca aldatmanın fiili olarak kanıtlanması aranmamaktadır¹¹¹. Yönergede ilave kriter olarak reklamın alıcının bakış açısından değerlendirileceği belirtilmekte ancak aldatıcılığın tanımında ve değerlendirilmesinde temel alınan model alıcı ile ilgili detaylara yer verilmemektedir¹¹².

Aldatıcı reklam yönergesi, esasen doğrudan tüketiciye zarar vermeyen, rakiplere zarar veren aldatıcı reklamları kapsamına almaktadır. Bu nedenle yönerge tüketici menfaatlerine odaklanmamakta ve tüketici menfaatlerini sınırlı olarak korumaktadır. Ancak 2005/29/AT Haksız Ticari Uygulamalar Yönergesi, aldatıcı reklamlara yönelik ayrıntılı uygulama örnekleri içermekte ve tüketiciye yönelik aldatıcı reklamları kapsamına almaktadır. Bu nedenle tacirler arasında gerçekleştirilen uygulamalar için 84/450/AET yönergesine, tüketicilere yönelik uygulamalar için ise 2005/29/AT Haksız Ticari Uygulamalar Yönergesine başvurulması gerekmektedir¹¹³. Ancak haksız Ticari Uygulamalar Yönergesinin, 84/450/AET Yönergesi kapsamındaki AAD içtihatlarının düzenlemeye kavuşturulmasından ibaret olduğu gözden kaçırılmamalıdır¹¹⁴. Bu nedenle söz konusu yönergeler içerik yönünden birbirinden farklı görülmemektedir.

2.3. 97/55/AT KARŞILAŞTIRMALI REKLAM YÖNERGESİ

Aldatıcı reklamların asgari standartları, 1984/450/AET sayılı Aldatıcı Reklam Yönergesiyle belirlenmiş ve yanlış iddialar söz konusu yönergeyle yasaklanmıştır. 97/55/AT Karşılaştırmalı Reklam Yönergesiyle 1984/450/AET Yönergesi değiştirilmiş ve muayyen karşılaştırmalı reklamlara izin verilmek ve karşılaştırmalı reklamların asgari standartları belirlenmek suretiyle yönerge

¹¹¹ Henning-Bowedig, Secondary Law, a.g.m., s. 113.

¹¹² Henning-Bowedig, Secondary Law, a.g.m., s. 114.

¹¹³ Henning-Bowedig, Secondary Law, a.g.m., s. 115.

¹¹⁴ Henning-Bowedig, Secondary Law, a.g.m., s. 115.

güncellenmiştir (m 7) ¹¹⁵. Ancak bu alanda uyumlulaştırılmış düzenlemeye gidilmeyerek ulusal hukuklardaki farklılıklar korunmuştur¹¹⁶. Ayrıca yönergeyle üye ülkelerin yönergede belirlenen standartların üzerinde koruma sağlamasına imkân tanınarak asgari uyumlulaştırma ilkesi benimsenmiştir.

Esas olarak karşılaştırmalı reklamlara izin vermeyi amaçlayan yönerge, karşılaştırmalı reklamların şartlarını ortaya koymakta ve bu konuda üye ülkelere seçim hakkı tanımamaktadır¹¹⁷. Yönergenin 6 nolu başlangıç kısmında, karşılaştırmalı reklamların geniş tutulduğu belirtilmekte ve izin verilebilecek karşılaştırmalı reklamlar tahdidi olarak düzenlenmektedir (m 3/a). Üye ülkeler m 3/a'da düzenlenen karşılaştırmalı reklamları yasaklayamayacaklar; burada belirtilmeyen karşılaştırmalı reklamlara ise izin veremeyeceklerdir¹¹⁸. Ayrıca gerek rakibin ürünlerine gerekse şahsına yapılan doğrudan veya dolaylı karşılaştırmalar yönerge m 2/2/a'da düzenlenmektedir¹¹⁹. Söz konusu yönergede 84/450/AET Yönergesinde olduğu gibi üçlü koruma ilkesini kabul etmektedir. Ancak 2005/29/AT haksız ticari uygulamalar yönergesinin kabulüyle Karşılaştırmalı reklamın unsurlarını hem tüketici – tacir arası uygulamalar hem de tacirler arası uygulamalar açısından belirleyen yönergenin kapsamı daralmış olmaktadır. ¹²⁰.

Sektöre özel düzenleme bulunan hallerde yönerge hükümleri uygulanmamaktadır¹²¹. Ancak karşılaştırma, özel düzenlemede belirtilenden başka bir açıdan örneğin tedavi kabiliyeti açısından değil de fiyat açısından

¹¹⁵ Henning-Bowedig, Secondary Law, a.g.m., s. 115. AAD, söz konusu yönergenin karşılaştırmalı reklamlarla ilgili kuralları tam olarak uyumlulaştırdığı yönünde karar vermiştir. C 44/01 (2003) ECR I – 3095 bakınız Howells, Micklitz., Wilhelmsson, a.g.e., s. 29.

¹¹⁶ Questions and the answers.

¹¹⁷ Savaş Bozbel, Mukayeseli **Hukukta ve Türk Hukunda Karşılaştırmalı Reklam Hukuku**, Ankara, Seçkin, 2006, s. 159.

¹¹⁸ Henning-Bowedig, Secondary Law, a.g.m., s. 115.

¹¹⁹ Bozbel, a.g.e., s. 168.

¹²⁰ Howells, Micklitz., Wilhelmsson, a.g.e., s. 64.

¹²¹ Öncelikle 97/55/AT m 20,21,22'de belirtildiği üzere, belirli mal ve hizmetlerin reklamının genel olarak veya televizyonda sigara reklamı yapılmasının yasak olması gibi belirli mecralar itibarıyla yasak olduğu hallerde yönerge hükümleri uygulanmamaktadır. Aynı şekilde 92/28/AET İlaçların Tanıtılması Yönergesi m 5/b'de bir ilacın başka bir ilaca denk geldiği veya tedavide daha üstün olduğu izlenimi uyandıran reklamların yasak olması gibi özel düzenlemeyle karşılaştırmaya cevaz verilmediği durumlarda, özel düzenlemeye itibar edilmesi gerekmektedir.

yapılmışsa yönerge hükümlerine başvurulacağı kabul edilmektedir¹²². Bu nedenle söz konusu direktifin 87/102/AET, 92/96/AET, 92/49/AET, 97/7/AT direktifleri gibi özel bilgilendirme yükümlülüğü içeren direktifler yanında sözleşme öncesi ilişkiye yönelik genel bilgilendirme yükümlülüğü içerdiği kabul edilmektedir¹²³

2.4. 89/552/AET TELEVİZYON YAYINLARI YÖNERGESİ

Üye ülkeleri yönergede yer alan düzenlemeleri iç hukuklarına kelimesi kelimesine aktarmakla yükümlü kılan yönerge (azami uyumlulaştırma)¹²⁴, üye ülkelerde televizyon yayınlarının asgari standartlarını belirlemektedir. Ayrıca yönergede düzenlemelerin tamamlayıcısı olarak menşe ülkesi (yayın yapıldığı ülkenin) kurallarının uygulanması ilkesine yer verilmektedir. Ancak yalnızca televizyon mecrası yönerge kapsamına girmekte; radyo yayınları veya internet gibi diğer mecralar yönerge kapsamında değerlendirilmemektedir¹²⁵.

Yönerge, reklamlarda tütün reklamlarının yasaklanması, reklam ve tele alışverişte küçüklerin korunması, ayrımcılığın yasaklanması; ırk, cinsiyet ve milliyet konularında ayrımcılık yapılmaması, dini veya politik inançlara saldırıda bulunulmaması, reçete ile satılan ilaç reklamlarının yasaklanması, alkollü içecek reklamlarının şarta bağlanması gibi hükümler ve reklamların düzenine ilişkin niceliksel düzenlemeler içermektedir. Televizyon reklamlarını düzenleyen söz konusu yönerge 97/36/AT yönergesiyle güncellenmiş ve tele

¹²² Alman hukukunda da karşılaştırmanın tedavi kabiliyeti değil fiyat konusunda yapılması durumunda HWG s 1 I II değil genel hüküm olan UWG 6 II kapsamında değerlendirilir. Bozbel, a.g.e., s. 165.

¹²³ Thomas Willhelmsen, *European Rules on Pre-contractual Information Duties?* S, 16-25, s. 1 -22 Erişim, <http://www.springerlink.com/content/1360484377837122/> Tarihi: 10/12/2011.

¹²⁴ Yönergeler, genel olarak azami ve asgari uyum yönergeleri olarak ikiye ayrılmaktadır. Asgari uyum (dikey uyumlulaştırma) yönergelerinde üye ülkelerden mevzuatlarını yönergeyle belirtilen standartlara ulaştırmaları beklenirken azami uyumlulaştırma (yatay uyumlulaştırma) yönergelerinde ise üye ülkelerden yönergede belirtilen kuralları mevzuatlarına aynen aktarmaları beklenmektedir. Zaman paylaşımı ve paket seyahat, tüketici kredileri gibi özel ürünlerle veya mesafeli satışlar, kapıdan satışlar gibi özel satış metotlarıyla ilgili yönergelerin çoğu asgari uyum yönergesi iken Haksız Ticari Uygulamalar Yönergesi azami uyum yönergesidir. Karine Maillard, **The Unfair Commercial Practices Directive**, Ankara, 7 December 2009, s. 6. Erişim: abm.tobb.org.tr, Tarihi: 08.02.2010, Rossella Incardona, Cristina Poncibo, "The average consumer, the unfair commercial practices directive, and the cognitive revolution", *J Consum Policy* (2007) 30:21–38, s. 26 erişim: www.springerlink.com, 21.06.2010, Erişim: www.springerlink.com, Tarihi: 21.06.2010, s. 26.

¹²⁵ Henning-Bowendig, *Secondary Law*, a.g.m., s. 121.

alışveriş yönerge kapsamına alınmıştır¹²⁶. Yönergeyle düzenlenen sponsorluk, tele satış şartları gibi düzenlemelerin üye ülkelerin çoğunda haksız rekabet hukuku kapsamında değerlendirilmesi nedeniyle yönerge, haksız rekabet hukuku ile bağlantılı kabul edilmektedir¹²⁷.

2.5. 2000/31/AT ELEKTRONİK TİCARET YÖNERGESİ

Elektronik ticaretten kaynaklanan her türlü ticari iletişim yönerge kapsamında değerlendirilmektedir¹²⁸. Yönerge, elektronik sözleşmelerin kurulması, servis sağlayıcıların yükümlülükleri ve ticari iletişim düzenlemeleri olmak üzere başlıca üç konuyu kapsamına almaktadır. Ayrıca yönergede menşe ülkesi kurallarının uygulanması ilkesine yer verilmektedir¹²⁹.

Yönerge m 1/1'de yer alan "üye ülkeler arasında bilgi toplumu hizmetlerinin serbest hareketini garanti ederek iç piyasa fonksiyonlarına katkıda bulunmaya çalışma" amacı tüketici güvenine hizmet etmekle birlikte yönergenin kapsamı tüketicinin korunmasıyla sınırlı değildir. Hükümleri, 2005/29 yönergesine aktarılan yönerge, aynı derecede rakipler ve tacirler için yasal belirliliği de amaçlamaktadır¹³⁰.

2.6. 2002/58/AT GİZLİLİK VE ELEKTRONİK İLETİŞİM DİREKTİFİ

İletişim sektöründe kişisel bilgilerin süreci ve elektronik gizliliğin korunması ile ilgili yönerge, haksız rekabet hukukuyla özellikle elektronik iletişimin mahremiyeti¹³¹ ve bilgilerin korunması açısından bağlantılıdır. Ayrıca yönerge m 13/1'de telefon ve faks reklamları düzenlenmektedir¹³².

Söz konusu yönerge, tüzel kişilere, sürekli mesaj gönderen servislere veya sahte göndericilere dava açma yetkisi vermekte ve internet ağlarını

¹²⁶ Vedat Çakır, Birol Günel, Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Türkiye'de Televizyon Yayıncılığına Yönelik Düzenlemeler, s. 208- 223, s. 216. erişim: www.sosyalbil.selcuk.edu.tr/sos_mak/ 11.02.2011

¹²⁷ Henning-Bowedig, Secondary Law, a.g.m., s. 120.

¹²⁸ Henning-Bowedig, Secondary Law, a.g.m., s. 124.

¹²⁹ Henning-Bowedig, Secondary Law, a.g.m., s. 123.

¹³⁰ Henning-Bowedig, Secondary Law, a.g.m., s. 123.

¹³¹ Heim,a.g.m., s. 529.

¹³² Henning-Bowedig, Secondary Law, a.g.m., s. 125.

kötüye kullanan istek dışı ileti (spamm mesajları) gönderenleriyle mücadeleyi kapsamaktadır¹³³. Yönergenin haksız rekabet hukukuyla ilgili düzenlemelerine örnek olarak “doğrudan pazarlama amacıyla ve insan katılımı olmaksızın, otomatik çağrı sistemi vasıtasıyla (otomatik çağrı makineleri) faks makinesi veya e-mail kullanılmasına yalnızca önceden onay alınan abonelerle ilişkide izin verilebileceğine”¹³⁴ ilişkin düzenleme gösterilebilir. Ayrıca mesafeli satış yönergesiyle “geniş kitlelere gönderilen mail ve faksların kabulü için karşı tarafa seçenek sunulmasına ilişkin” daha önce garanti edilen koruma, yönergeyle e-posta reklamlarını ve kısa mesaj reklamlarını da kapsayacak şekilde genişletilmektedir. Ancak yönerge m 13/2’de çeşitli mukavelelerle bağlantılı özel düzenlemelerin istisna teşkil edeceği belirtilmektedir¹³⁵. Diğer tüm uygulamalarda ise ya mesafeli satış yönergesinde doğrudan başvurulmakta ya üye ülkeler sisteme katılmayı kişinin isteğine bırakıp bırakmamakta özgür kabul edilmektedir. Yönergeyle her hangi bir olayda hesap ve şeffaflık gereksiniminin göz önüne alınması ve istenmeyen elektronik postaları engellemek için adres verilmiş olması gereği ayrıca düzenlenmektedir¹³⁶. Söz konusu yönergenin haksız rekabete ilişkin düzenlemeleri 2005/29/AT sayılı yönergeye aktarılmıştır¹³⁷.

2.7. 2005/29/AT HAKSIZ TİCARİ UYGULAMALAR YÖNERGESİ

Avrupa’da ticari uygulamalara ilişkin kuralların AB düzeyinde uyumlulaştırılması, 1984 yılından itibaren gündemde olmakla birlikte haksız ticari uygulamalar yönergesi azami koruma prensibini kabul ederek Avrupa’nın mevcut koruma prensibini değiştirmesi açısından önem arz etmektedir¹³⁸. Yönergenin son kısmında ise üye ülkelerin yönergesi

¹³³ Christopher Hodges, European Union Legislation: The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science 2009; 622; 78 DOI: 10.1177/0002716208328287 <http://ann.sagepub.com/cgi/content/abstract/622/1/78>, s. 6-85, s. 81.

¹³⁴ Henning-Bowedig, Secondary Law, a.g.m., s. 125.

¹³⁵ Henning-Bowedig, Secondary Law, a.g.m., s. 125.

¹³⁶ Henning-Bowedig, Secondary Law, a.g.m., s. 125.

¹³⁷ Henning-Bowedig, Secondary Law, a.g.m., s. 125.

¹³⁸ Madeleine de Cock Buning, Consumer Participation in Dispute Settlement on Unfair Commercial Practices and Commercial Communications Erişim: <http://www.j.u-tokyo.ac.jp/~sota/info/Papers/IPPaper.pdf> Tarihi: 10/12/2011. Willhelmsen, Harmonizing, a.g.m., s. 476. Söz konusu durum Avrupa Birliğinin genişlemesiyle ilgilidir. Yetkililere karşı halkın genelde

uygulama yükümlülüğü düzenlenmektedir¹³⁹. Bu nedenle yönerge, tüketicinin yerel hukukça asgari seviyede korunmasına hizmet etmekle kalmamakta aynı zamanda yönergenin izin verdiğiinden daha geniş ve kapsamlı tüketici koruma mekanizmalarının yasaklanmasını da içermekte¹⁴⁰ ve AB'nin mevcut koruma prensibini değiştirmesi açısından önem arz etmektedir¹⁴¹. Bu nedenle yönerge üye ülkelerin mevzuatlarını önemli ölçüde etkilemektedir.

2.7.1. Yönergenin Amacı

Yönergenin üye ülke tüketicilerinin iktisadi çıkarlarına zarar veren ticari uygulamaları engellemek amacıyla getirilen tamamıyla farklı hukuki düzenlemelerin uyumlulaştırılması¹⁴² ve RA m 14/3'de yer alan üye ülkeler arasında mal ve hizmetlerin hiç bir engelle karşılaşmadan serbestçe dolaşımının (iç pazarın pürüzsüz faaliyetinin) ve tüketicilerin yüksek seviyede korunmasının sağlanması olmak üzere iki temel amacı bulunmaktadır¹⁴³.

Üye ülkelerin haksız rekabete ilişkin mevzuatları yönergeyle uyumlu hale getirinceye kadar mevcut düzenlemeleri yürürlükte olacağı için yönerge, "uyum sağlama" yanında "iç piyasa engellerinin karşılıklı olarak farkında olma" işlevine de sahiptir. Bu sayede yönerge uyumlulaştırma sağlanıncaya kadar üye ülkeler arasındaki iç piyasa engellerinin farklılıklarını ortaya çıkarıcı bir işleve sahip olacaktır¹⁴⁴. Ayrıca yönergede yer alan "fairness" teriminin piyasaya ahlaki boyut kazandırmadığı, çalışabilir piyasayla ilgili olduğu kabul edilmektedir. ahlaki yapı milli kapsamda değerlendirilmektedir¹⁴⁵.

olumsuz bakış açısına sahip olduğu eski demir perde ülkelerinin birliğe dahil edilmesiyle AB, yeni tavırlar geliştirmek zorunda kalmış ve düşük koruma seviyeli ülkelerde korumayı yerleştirmek amacıyla yönergede azami uyumlulaştırma yöntemine başvurmuştur. Willhelmsen, Harmonizing, a.g.m., s. 485.

¹³⁹ Schuhmacher Wolfagan, "The Unfair Commercial Practices Directive" Key Aspects Of German Business Law, Springer, Erişim: <http://www.springerlink.com> Tarihi: 21.06.2010, s. 127.

¹⁴⁰ Willhelmsen, Harmonizing, a.g.m., s. 477.

¹⁴¹ Buning, a.g.m.. Willhelmsen, Harmonizing, a.g.m., s. 476.

¹⁴² Incardona, Poncibo, a.g.m., 26.

¹⁴³ Incardona, Poncibo, a.g.m., s. 26.

¹⁴⁴ European Commission, a.g.e., 9.

¹⁴⁵ Howells, Micklitz., Wilhelmsson, a.g.e., s. 93.

2.7.2. Yönergenin Koruma Alanı

Yönergenin kapsamına, tüketicinin bilinçli karar almasını engelleyen haksız ticari uygulamalar girmektedir¹⁴⁶. Tüketiciyi yasal olarak etkileyen, üründe algılama farkı yaratan yasal ürün yerleştirme, marka farklılaştırması gibi uygulamalar ile tüketicinin bilinçli karar alma yeteneğini bozmaksızın etkileyen özendirici sunuşlar gibi yasal reklam ve pazarlama uygulamaları yönerge kapsamında değerlendirilmemektedir(m 6).

Rakiplerin menfaatlerinin korunması, haksız rekabet hukuku kapsamında değerlendirilmekteyse de yönerge, uyumlulaştırmayı yalnızca tüketiciler açısından ele almaktadır. Söz konusu uygulamaların, dolaylı olarak rakiplerin ticari menfaatlerine zarar vereceği ise açıktır¹⁴⁷. Yönerge, tacirin ticari uygulamaları açısından istisna içermemektedir. Bu nedenle tacir tarafından bir antika veya ikinci el araba alınması yönerge kapsamında değerlendirilmemektedir¹⁴⁸. Sonuç olarak rakiplerin korunması yönergenin ikincil etkisini oluşturmaktadır. Tüketicie zarar vermeksizin yalnız rakiplerin menfaatine zarar veren uygulamalar ise yönergenin kapsamı dışında kabul edilmekte ve taklit üretim gibi üye ülkelerde haksız rekabet kapsamında değerlendirilen konular da yönerge kapsamına kabul edilmemektedir¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Yönergeye göre tüketici gerçek kişi olarak kabul edilmekte; bu nedenle tüzel kişiler yönerge kapsamında değerlendirilmemektedir. Howells, Micklitz., Wilhelmsson, a.g.e., s. 65.

¹⁴⁷ Bu nedenle her şeyden önce tüketicie yönelik uygulamalar yönerge kapsamında değerlendirilmekte Yönerge m 8’le ise tüketicinin korunmasıyla rakip menfaatlerinin korunması arasında bağlantı kabul edilmektedir Schuhmacher, a.g.m., s. 131.

¹⁴⁸ Howells, Micklitz., Wilhelmsson, a.g.e., s. 55.

¹⁴⁹ B. Abbamonte, “The Unfair Commercial Practices Directive: An Example Of The New European Consumer Protection Approach” *Columbia Journal Of European Law* Vol 12 HeinOnline -- 12 Colum. J. Eur. L. 695 2005–2006 s, 695-712, s. 700. Bu nedenle rakiplerin iktisadi çıkarını koruma amacı taşıyan ulusal hukuk düzenlemeleri yönerge kapsamında değerlendirilmemektedir. Üye ülkeler, söz konusu alanda yetki ikamesi kuralını göz önünde tutarak topluluk hukukuna uygun biçimde serbestçe düzenleme yapabilmektedir. Heim, a.g.m., s. Questions and the answers. European Commission, a.g.e., 19. Bu durumda AB içtihat hukuku; ulusal uygulama otoriteleri ve ulusal yargı çevrelerinin mevcut hukuku mümkün olduğu ölçüde yönergede belirtilen yeni standartlar ışığında yorumlamaları ve mevcut eksiklikleri gidermeleri gerektiği açıkça ifade edilmektedir. Bu nedenle TTK hükümlerinin yönergede yer alan amaçlara uygun yorumlanması gerekmektedir. Zira AB kanun koyucusunun hukuka uygun gördüğü bir hususun dürüstlük kuralına aykırı kabul edilmemesi veya hukuka aykırı gördüğü bir hususun dürüstlük kuralına uygun kabul edilmemesi gerekmektedir. BGH AB kanun koyucusunun kural olarak hukuka uygun gördüğü bir hususun dürüstlük kuralına aykırılı teşkil edemeyeceği hususuna vurgu yaparak UWG hükümlerini 97/55/EC aldatıcı reklam yönergesine uygun yorumlamış ve yönergenin kanunlaştırılmasını beklemeden yönergedeki kıstaslara göre karar

Yönerge, azami uyumlulaştırmayı hedeflemesi ve mecra ayrımı yapmaksızın tüm üye ülkelerde tek tip yasak getirmesi yönünden diğer AB düzenlemelerinden ayrılmaktadır¹⁵⁰. Ayrıca yönerge, mal ve hizmetin satışıyla sonuçlanan reklam aşaması gibi ticari işlemin öncesi, ticari işlemin süresince ve satış sonrası şikâyet ve servis yönetimi gibi ticari işlemin sonrası aşamalarını da kapsamına almaktadır¹⁵¹.

Yönerge, geniş koruma alanına sahip olmakla birlikte önemli sınırlamalar da içermektedir. Söz konusu sınırlamalar yönergenin içeriğinde (maddeler kapsamında) düzenlenmemiş olmakla birlikte amaç kısmında yer almaktadır. Hakim durumun kötüye kullanılması, birleşme ve devralmalar gibi rekabet hukuku kapsamında değerlendirilen alanlar yönerge kapsamında değerlendirilmediği gibi¹⁵² mal dağıtımını reddetme gibi haksız rekabet hukuku kapsamında değerlendirilmekle birlikte rakipler arasındaki ticari uygulamalar da yönerge kapsamında değerlendirilmemektedir. Yönergenin giriş kısmında, yönergenin üye ülkelerde geniş ölçüde değişen değerler ve tercihlere ilişkin gereksinimleri kapsamadığı belirtilmektedir. Bu nedenle üye ülkeler, değerler ve tercihlere yönelik ticari uygulamaları yönergede yer alan gerekçelere dayanmaksızın ve tüketicin seçme özgürlüğünü etkileyip etkilemediğine bakmaksızın düzenlemeye devam edebileceklerdir¹⁵³.

Pornografi, dini inançların korunması, şiddet yanlısı¹⁵⁴ ve ırkçılıkla ilgili milli kurallar, cinslerin eşitliği ve cinsellik gibi bazı alanlar kendiliğinden yönergenin kapsamı dışında kabul edilmektedir. Bu nedenle reklamlarda cinslerin eşitliği ile ilgili sorun oluşturacak mesajlar verilmesi veya yetersiz

verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bghz 138, 55= GRUR 1998, 824 = WRP 1998, 718 (testpreis-angebot). Bozbel, a.g.e., s. 159.160537.

¹⁵⁰ Örneğin çocuklara belirli bir ürünü ailelerine aldirmaları için çağrı yapılması “musallat güç” vb uygulamalar daha önceki yönergelerle televizyon mecrası için yasaklanmaktaydı. 2005/29/AT yönergesiyle ise yalnız televizyon mecrasında değil Internet ve radyo mecralarını da kapsayan tüm medyada söz konusu faaliyetler yasaklanmaktadır. Questions and the answers.

¹⁵¹ Maillard, a.g.m., s. 5. Incardona, Poncibo, a.g.m., s 27.

¹⁵² European Commission, a.g.e., 19.

¹⁵³ Willhelmson, Harmonizing, a.g.m., s. 480. Howells, Micklitz., Wilhelmsson, a.g.e., s. 95.

¹⁵⁴ Benetton reklamında AIDS hastaları ve ölü asker görüntülerinin kullanılmasında olduğu gibi şiddet görüntüleri içeren reklamlar. Willhelmson, Harmonizing, a.g.m., s. 480.

giyinmiş insanlardan yararlanılması gibi konularda ülkelerin düzenlemeleri çeşitlilik gösterebilmektedir¹⁵⁵.

Yalnızca ticari uygulamalar yönerge kapsamında değerlendirilmektedir. Bu nedenle tacirle tüketici arasında olmakla birlikte ticari olmayan uygulamalar ve sağlık, güvenlik, zevkler, bilgilendirme kampanyaları gibi ticari olmayan menfaatlerin korunması veya tüketicinin onuru, yaşamı veya namusu gibi menfaatleri yönerge kapsamında değerlendirilmemektedir. Bu nedenle ticari olmayan uygulamalarla ilgili olarak üye ülkelerde farklı düzenlemelerle karşılaşılabilir¹⁵⁶. AB müktesebatında kamu kuruluşlarının faaliyetleri de haksız rekabet kapsamında değerlendirilmekte ve aynı kurallara tabi tutulmaktadır¹⁵⁷. Bu amaçla kamu kuruluşları tarafından yürütülen faaliyetler açısından faaliyetin ticari doğası bulunup bulunmadığına bakılmakta ve ticari doğası bulunan faaliyetler yönerge kapsamında değerlendirilmektedir¹⁵⁸.

Yönerge, rakipler arası uygulamaları kapsamına almamakla birlikte rakipler arası uygulamaları düzenleyen yönergeleri ve reklam yönergelerini kapsamına almaktadır¹⁵⁹. Aynı şekilde etik kurallar, mesleki kurallar ve sözleşmelerin şartları, oluşumu, geçerliliği veya etkisi gibi sözleşme hukukunu düzenlemeleri yönerge kapsamında değerlendirilmemektedir¹⁶⁰. Yönergenin kapsamında değerlendirilmeyen sözleşmeye dayalı uygulamayla kandırılan tüketici, sözleşmenin geçersizliğini haksız rekabet düzenlemelerine dayanarak sağlayamayacağı için sözleşmeyle bağlı kalmaya devam edecektir. Bu nedenle sözleşmenin rekabet düzenlemelerine

¹⁵⁵ Willhelmsen, Harmonizing, a.g.m., s. 480. Söz konusu reklam değerler ve tercihlerin algılanmasına bağlı olarak çeşitli Avrupa ülkelerinde farklı şekillerde değerlendirilmiştir. AAD ise reklamın yönerge kapsamında değerlendirilmemesi gerektiğine karar vermiştir. Willhelmsen, Harmonizing, a.g.m., s. 481

¹⁵⁶ Howells, Micklitz., Wilhelmsson, a.g.e., s. 53. European Commission, a.g.e., 19.

¹⁵⁷ TTK Genel Gerekeşi no: 53

¹⁵⁸ Howells, Micklitz., Wilhelmsson, a.g.e., s. 68.

¹⁵⁹ Heim,a.g.m., s. 537.

¹⁶⁰ European Commission, a.g.e., 19. Maillard, a.g.m., s. 5

nazaran öncelik taşıdığı mahkemeler tarafından göz önüne alınması gereken bir faktördür¹⁶¹.

Avrupa Birliği Müktesebatında bulunan sektöre özel düzenlemelerin yönergeye karşı önceliği bulunmaktadır ve yönerge, ticari uygulamayla ilgili sektöre özel düzenleme getirilmediği takdirde uygulanmaktadır¹⁶². Servis sağlayıcı tarafından genel bilgilendirme yükümlülüğünün ihlal edilmesinde olduğu gibi sektöre özel uygulama kapsamı dışında kalan konularda yönerge hükümlerine başvurulabileceği kabul edilmektedir. Bu nedenle yönergenin tüketicini korunması açısından boşluk doldurma niteliği bulunmaktadır¹⁶³. Tıp ve avukatlık gibi mesleki kurallar yönerge kapsamı dışında değerlendirilmektedir (m 3/8). Kurallarla düzenlenen her türlü faaliyet değil kurallarla düzenlenen mesleki faaliyetler yönerge kapsamı dışında değerlendirildiği için bankacılık, finans, enerji veya telekomünikasyon sektörü gibi faaliyetler yönerge kapsamında değerlendirilmektedir¹⁶⁴.

Ayrıca yönergenin hazırlık aşamasında işaret edildiği üzere, diğer amaçlar yanında ticari iletişim dilinde milli dilin korunmasını veya azınlık dilinin farkına varılmasını amaçlayan düzenlemelerin yönerge vasıtasıyla etkisiz kılınmaması amacıyla çoğulculuk ve milli kültürün korunmasına yönelik düzenlemeler saklı tutulmuştur¹⁶⁵. Bunun yanı sıra yönergenin azami uyumlulaştırmayı ve ülkeler arasındaki hukuki farklılıkları en aza indirmeyi amaçlamasına rağmen uygulanacak hukukun tespitinin yönerge açısından önem arz etmediği belirtilmektedir¹⁶⁶.

2.7.3. Yönergenin Yapısı

Yönerge; genel hüküm, aldatıcı ticari uygulamalar ve saldırgan ticari uygulamalar olmak üzere üç temel kısımdan oluşmaktadır. Genel hüküm, ortalama tüketici ve mesleki ihtimama uygunluk ilkelerine aykırı ticari

¹⁶¹ Abbamonte, a.g.m., s. 700.

¹⁶² Questions and the answers. European Commission, a.g.e., 19. Abbamonte, a.g.m., s. 701.

¹⁶³ Abbamonte, a.g.m., s. 701.

¹⁶⁴ Howells, Micklitz., Wilhelmsson, a.g.e., s. 78.

¹⁶⁵ Wilhelmsson, Harmonizing, a.g.m., s. 481. Howells, Micklitz., Wilhelmsson, a.g.e., s. 97.

¹⁶⁶ Abbamonte, a.g.m., s. 702.

uygulamaları haksız kabul eden geniş bir düzenleme alanına sahiptir¹⁶⁷. Aldatıcı veya saldırgan ticari uygulamaların tespitinde göz önüne alınması gerekli ilkeler ise yönergede detaylarıyla tanımlanmaktadır¹⁶⁸. Ayrıca yönergede iki ek kısmı yer almakta ve ek I kısmında her durumda haksız kabul edilen ticari uygulamalar liste halinde belirtilmektedir.

1) Genel hüküm		
2) Aldatıcı ticari uygulamalar		3) Saldırgan Ticari Uygulamalar
A) Yanlış ve Aldatıcı Ticari Uygulamalar	B) Bilgiendirme Yükümlülüğünün İhlali	
4) Her Durumda Haksız Olarak Kabul Edilen Ticari Uygulamalar (Kara Liste)		
A) Aldatıcı Ticari Uygulamalar Listesi (Madde 1-23)		B) Saldırgan Ticari Uygulamalar Listesi (Madde 24-31)

Yönergenin ek I kısmında yönergenin şartlarını sağlayıp sağlamadığı değerlendirilmeksizin¹⁶⁹ haksız kabul edilen ve uygulamada kara liste olarak adlandırılan ticari uygulamalar listesi yer almaktadır. AAD içtihatlarıyla oluşan 31 adet ticari uygulamanın yirmi üç adeti aldatıcı, sekiz adeti ise saldırgan ticari uygulamadan oluşmaktadır¹⁷⁰. Böylece Yönergeyle, yönergenin genel yapısından farklı olarak ek 1 kısmında düzenlenen uygulamalar açısından ayırım yapılmaksızın¹⁷¹ AB hukukunda genelde olumsuz bakılan kendiliğinden yasak algılamalarına tekrar yer verilmektedir¹⁷².

Yönergenin temel amacı ek kısmının geniş kelimelerle uygulamaya konulması değildir¹⁷³. Yasal kesinliğin garanti edilmesi amacının ancak ek kısmına yasal düzenlemelerde yer verilmesiyle başarılacağı kabul

¹⁶⁷ Willhelmsen, Harmonizing, a.g.m., s. 476

¹⁶⁸ Questions and the answers.

¹⁶⁹ Questions and the answers.

¹⁷⁰ Komisyonun 2003 teklifinde 19 ticari uygulama düzenlenmekte iken, listede yer alan uygulamalar Competitiveness Council Politik tarafından anlaşmayla 29'a çıkartılmış daha sonra Avrupa Parlamentosunda iki adet uygulama daha eklenmek suretiyle 31 adete ulaşmıştır. Schuhmacher, a.g.m., s. 130

¹⁷¹ Schuhmacher, a.g.m., s. 132.

¹⁷² Schuhmacher, a.g.m., s. 132. EK I düzenlemesinde dikkat çeken husus, söz konusu uygulamaların doktrin ve uygulamaya yol göstermek amacıyla tadadi usulle sayılmış uygulama örnekleri olmaması, aksine AAD içtihatlarıyla belirlenen ve en çok rastlanan uygulamaları, tüm Avrupa'da yasaklamasıdır. Questions and the answers. Söz konusu listede belirtilmeyen uygulamalar içinse ayrıca yönergenin genel nitelikteki hükümlerine göre bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.

¹⁷³ Schuhmacher, a.g.m., s. 136.

edilmektedir¹⁷⁴. Listede yer alan uygulamalar ise ancak Avrupa Parlamentosu ve konsül kararıyla ve yönergenin revizyonuyla değiştirilebilmektedir. Bu nedenle ek kısmı ne içtihatlarda takribi olarak yürürlüğe konabilmekte ne içeriğinin iç hukuk kapsamında değerlendirilmesi yeterli kabul edilmektedir¹⁷⁵.

2.8. ROMA II TÜZÜĞÜ

11 Ocak 2009 da yürürlüğe giren Roma II Tüzüğü, tüm üye ülkelerde (Danimarka hariç) özel hukuk ve ticaret hukuku davalarında baş vurulacak hukuku belirlemekte ve haksız rekabet davalarına ilişkin yeni bir sistem kabul etmektedir¹⁷⁶. Tüzükle idare ve aile hukuku gibi bazı alanlar hariç olmak üzere fikri mülkiyet hukuku ve haksız rekabet hukuku gibi düzenleme alanlarına giren akit dışı borç ilişkilerine ilişkin olarak ilgili üye ülkelerin milli hukuklarına göre öncelikli özel bağlama kuralları öngörülmektedir¹⁷⁷. Haksız rekabet ,Roma II Tüzüğü m 6'da düzenlenmektedir. Söz konusu düzenleme, genel hükme getirilmiş bir istisna olmaktan ziyade onun açıklanmasından ibarettir¹⁷⁸. Tüzük m 6/1'de etkilenen piyasa hukuku ve/veya tüketicilerin ortak menfaatlerinin etkilendiği veya etkilenmesi muhtemel yer hukuku olmak üzere iki alternatif bağlama kuralı yer almaktadır¹⁷⁹. Mozaik (etkilenen tüm piyasaların hukukuna başvurulabileceği) prensibi¹⁸⁰ benimsendiği için söz konusu hükmün birden çok ülkede veya dünya genelinde piyasaya sunulan

¹⁷⁴ wolfagan The Unfair Commercial Practices Directive s,136. “concealed” kelimesiyle diğer yönergelerle söz konusu hükümlerin değişikliğinin mümkün olmadığı kabulü suretiyle tüm üye ülkelerde yasal kesinliğin sağlanmaktadır. Schuhmacher, a.g.m., s. 130.

¹⁷⁵ Bu açıdan yönerge m 5'de yer alan, ek I kısmının tüm üye ülkelerde iç hukuka aktarılması ve yönergenin yenilenmesiyle değiştirilebileceği yönündeki düzenleme önem arz etmektedir.

¹⁷⁶ Christopher Waldlow, The Nev Private İnternational Law Of Nfair Competition Ant The “Rome II” Regulation, Journal Of İntellectual Property Law& Practice, 2009, S. 4, No. 11, s,789-797, s,789

¹⁷⁷ Zeynep Derya Tarman, “Akid Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü”, **AUHF Dergisi** C 57 Sa 2 193-221 (Roma II), Erişim, <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2008-57-02/AUHF-2008-57-02-tarman.pdf>

Tarihi: 01.11.2009, s. 194. Christopher Wadlow “The new private international law of unfair competition and the ‘Rome II’ Regulation” Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2009, Vol. 4, No. 11 Erişim: <http://jiplp.oxfordjournals.org/content/4/11/789.full.pdf+html>, s. 789.

¹⁷⁸ Claus Wilhelm Fröhlich, The Private International Law of Non-Contractual Obligations According to the Rome-II Regulation, Hamburg, 2008, s. 78.

¹⁷⁹ Waldlow, a.g.m., s. 791. Tarman, a.g.m., s. 207.

¹⁸⁰ Fröhlich, a.g.e., s. 83.

ürünler açısından uygulamada güçlülere neden olacağı belirtilmektedir¹⁸¹. Tüzük m 6/2'de ise şirket sınırlarının ifşası, ayartma gibi yalnızca belirli bir rakibin menfaatini ihlal eden uygulamalar bakımından haksız fiillere ilişkin genel kural olan m 4/2-3'ün uygulanacağı düzenlenmektedir¹⁸². m 6/4 de ise haksız rekabetin taraf menfaatleri yanında tüketicilerin ve diğer piyasa katılanlarının menfaatlerini de korumayı amaçladığı için¹⁸³ tarafların söz konusu durumda bağlama kuralını seçemeyeceği düzenlenmektedir. Tüzük m 27'de ise topluluk hukukunun akit dışı sorumluluğa ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarının söz konusu tüzükten etkilenmeyeceği düzenlenmektedir¹⁸⁴.

3. HAKSIZ REKABETİN MUKAYESELİ HUKUKTA DÜZENLENİŞİ

Haksız rekabet hukuku, Avrupa Birliği düzeyinde uyumlulaştırılmaya çalışılmakla birlikte, ülkeler arasında derin sistematik farklılıklar bulunmaktadır¹⁸⁵. Söz konusu farklılıklar, haksız rekabetin özel hukuk veya kamu hukuku kapsamında değerlendirilmesi, özel hukuk veya kamu hukuku müeyyidelerine tabi tutulması, düzenlemelerde üçlü koruma prensibinin kabul edilmesi veya rakiplerin korunmasının temel alınması, tüketicinin korunmasının sistemdeki ağırlığı, haksız rekabete uygulanacak kuralları belirleyen idari ve mesleki kuruluşların varlığı (soft law instruments) ve belirlenen kuralların ağırlığı konusunda kendini göstermektedir¹⁸⁶. Öncelikle haksız rekabet hukukunun gelişimi ve yapısı kıta Avrupa'sında ve İngiltere'de farklılık arz etmektedir. Tüm sistemlerde haksız rekabet düzenlemelerinin bazıları özel hukuk bazıları ise idari/cezai nitelik arz etse de¹⁸⁷ kıta Avrupa'sında, haksız rekabet hukuku, haksız fiil hukuku kapsamında gelişme

¹⁸¹ Fröhlich, a.g.e., s. 78.

¹⁸² Tarman, a.g.m., s. 208. Wadlow, a.g.m., s. 792,793. Fröhlich, a.g.e., s. 81.

¹⁸³ Fröhlich, a.g.e., s. 81.

¹⁸⁴ Tarman, a.g.m., s. 208.

¹⁸⁵ Haksız rekabete ilişkin olarak devlet kuruluşları tarafından yürütülen, bağımsız kuruluşlar (özel onbudsmanlar) tarafından uygulanan ve geniş olarak tüketicileri temsil eden kuruluşlarca uygulanan model olmak üzere birbiriyle yarışan üç modelin bulunduğu söz edilmektedir. Rott, a.g.e., s. 401.

¹⁸⁶ Kıta Avrupası ülkelerinin çoğu haksız rekabete ilişkin kural koyma yetkisine sahip idari veya mesleki kuruluşlara ve söz konusu kuruluşların düzenlemelerine (soft law instrument) çok kısıtlı alanlarda genelde reklam sektöründe yer vermektedir. Howells, Micklitz., Wilhelmsson, a.g.e., s. 8. Bu nedenle Kıta Avrupa'sı haksız rekabet hukuku sistemi içerisinde söz konusu düzenlemelerin etkisi sınırlı kalmaktadır.

¹⁸⁷ Howells, Micklitz., Wilhelmsson, a.g.e., s.8.

göstermekte ve özel hukuk kapsamında değerlendirilmektedir. Bu nedenle genelde özel hukuk müeyyidelerine tabi tutulmaktadır. Tüketicinin korunmasının ağırlığı ise kıta Avrupa'sı hukuk sistemleri içerisinde farklılık arz etmektedir¹⁸⁸. İngiliz Hukukunda ise genel hükümlerle veya özel bir düzenlemeyle haksız rekabete karşı koruma sağlanmamış; bunun yerine İngiliz haksız rekabet hukuku common law içerisinde birkaç yargı içtihadıyla şekillenmiştir. Bu nedenle İngiliz haksız rekabet hukukunun kapsamı kıta Avrupa'sına nazaran dardır ve yaptırımları özel hukuk niteliğinden çok cezai ve idari nitelik taşımaktadır.

3.1. HAKSIZ REKABETİN İNGİLİZ HUKUKUNDA DÜZENLENİŞİ

İngiltere'de haksız rekabete ilişkin genel bir düzenleme bulunmadığı gibi haksız rekabet genel bir haksız fiil türü olarak da algılanmamaktadır. Tarihsel olarak İngiliz hukukunda haksız rekabet, haksız rekabetin etkileriyle ilgili yargı içtihatlarıyla şekillenen, yalnızca rakipler arası uygulamaları kapsamına alan, dar kapsamlı bir hukuk dalı olarak algılanmaktadır. İngiliz Hukukunda tüm diğer rakipler için dezavantaj oluşturan faaliyetler ve tüketiciye yönelik faaliyetler haksız rekabet hukuku kapsamında değerlendirilmemekte¹⁸⁹; yalnızca rakiplere yönelik iltibas ve sahtelik faaliyetleri haksız rekabet kapsamında değerlendirilmektedir¹⁹⁰. Bu nedenle Kıta Avrupa'sı Anlamında haksız rekabet hukuku İngiltere'de bilinmediği gibi, İngiliz Hukukunda haksız rekabetin daima haksız fiilin bir türü olarak algılanmadığı da söylenebilir¹⁹¹. İngiltere, haksız rekabete ilişkin olarak İngiltere, bir taraftan self regulatory kurallarına ve idari kuruluşlara yer verirken diğer taraftan yalnızca tüketici derneklerinin oluşturduğu sisteme yer vermektedir¹⁹².

¹⁸⁸ Hennig Boweding Secondary Unfair Competition Law a.g.e., s. 111.

¹⁸⁹ Jennifer Davis, "Unfair Competition Law in the United Kingdom" **Law Against Unfair Competition**, Editors Reto M Hilty / Frauke Henning-Boweding, Springer, Munich 2007, s. 183- 198, s davis age, s, 187. Gill Grassie, "EU Directive on Unfair Commercial Practices—a UK Perspective" **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, Vol. 1, No. 2 s, 107, 112, s107, First published online: December 5, 2005, Erişim: <http://jiplp.oxfordjournals.org>12.10.2009, s. 183, 184.

¹⁹⁰ Davis, a.g.m. s. 184, 185.

¹⁹¹ Fröhlich, a.g.e., s. 78,79.

¹⁹² Rott, a.g.e., s. 401.

İngiltere’de haksız rekabet hukukunun dar kapsamlı olarak algılanması geniş anlamda haksız rekabet hukukuna ilişkin düzenlemelerin yer almadığı anlamına gelmemektedir. Söz konusu düzenlemeler rakipler arası ticari uygulamalardan çok tüketici ile tacir arası ticari uygulamaları içermekte ve özel hukuk yaptırımlarından çok cezai yaptırımlara tâbi kılınmaktadır¹⁹³. Ayrıca İngiliz hukukunda 2005/29/AT yönergesi common law ile ilgili görülmektedir. Bu nedenle haksız ticari uygulamalar yönergesi olarak adlandırılan yönerge, haksız rekabet hukukundan ziyade tacirlerle tüketiciler arasındaki ticari uygulamalarla sınırlı olarak ele alınmakta ve ticari tanımlama kanunuyla ilgili görülmektedir¹⁹⁴. Böylece İngiltere’de Kıta Avrupa’sı anlamında haksız rekabet hukuku bulunmamakta, genel hukuk ve haksız ticari uygulamaların bir mozaik şeklinde düzenlemeler yer almaktadır.¹⁹⁵ Bu nedenle İngiliz hukukuna etkisi, geniş genel hükmün uygulamaya konulması bu alanın çoğunu bağlayıcı olmayan kurullarla düzenleyen ülke için oldukça olağanüstü olarak nitelendirilebilir¹⁹⁶.

¹⁹³ Davis, a.g.m. s. 185.

¹⁹⁴ Davis, a.g.m. s. 186.

¹⁹⁵ Gill Grassie, “Commercial Practices Directive: draft UK regulations published Journal of Intellectual Property Law & Practice”, 2007, Vol. 2, No. 11 s. 724-725, Erişim: <http://jiplp.oxfordjournals.org/content/2/11/724.full.pdf+html>, Tarihi: 10.11.2010, Kısaltması: Commercial, s. 724.

¹⁹⁶ Wilmesson, age, s, 477. Tüketicinin korunmasına yönelik malların üretim metodu boyutu gibi unsurlarda yanlış ve yanıltıcı tanımlamalara ilişkin cezai yaptırım içeren The Trade Description Act, aldatıcı reklamları kontrol düzenlemeleri (Davis, a.g.m. s. 186.) ve haksız ticari uygulamalar yönergesine uyum amacıyla 2008 yılında tüketicinin haksız rekabetten korunmasına yönelik olarak kabul edilen CPR (The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008) ve BPR (The Business Protection from Misleading Marketing Regulations 2008) Kıta Avrupa’sı anlamında haksız rekabete ilişkin İngiliz hukuku düzenlemeleri arasında sayılabilir. Grassie, Commercial, a.g.m., s. 724. 1988 tarihli BRP rakipler arası uygulamaları kapsamına almakla birlikte tüketici menfaatlerini düzenlemediği gibi yönerge anlamında Avrupa birliğine uyum amacıyla içermemektedir. Grassie s, 723. Tacirler arası ticari uygulamalara yönelik İngiliz hukuku düzenlemelerini ise 1979 tarihli malların şekli ve miktarıyla ilgili The Sale of Good Act, Business Efficacy, Misrepresentation and Deceit, Unconscionable Bargain, 1977 tarihli Unfair Contact Term Act, e-ticaret düzenlemeleri oluşturmaktadır. Patrick Van Eecke, Georgia Skouma, **B2B e- Marketplaces a legal analysis of unfair trade practices within the European Union**, s, 201, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2006 Belgium Erişim: <http://bookshop.europa.eu>, 10.12.2009, s. 304, 305. 1998 Tarihli Rekabet Kanunu ve 2002 Tarihli İşletme Kanunu Roma Antlaşmasınının 81 ve 82. maddeleri temel alınarak hazırlanmıştır. Rekabet kanunu, rekabet sınırlamalarını, hakim durumun kötüye kullanılmasını ve piyasayı bozma ihtimali olan ticari uygulamaları düzenlemektedir. Ayrıca rekabet kanununda rekabet komisyonu da düzenlenmektedir.

İngiliz Hukukunda rakiplerin korunması dar kapsamlı common law ile sağlanırken tüketicinin korunması idari kurallarla birlikte mesleki veya idari kurumlarca belirlenmiş çok sayıda kurala (soft law instrument) dayanmaktadır¹⁹⁷. Ancak İngiliz hukuku, mesleki veya idari kuruluşlar tarafından konulmuş kurallara başvuru bir sisteme sahip olmakla birlikte yönergede yer alan düzenlemeler İngiliz hukukunun haksız rekabete ilişkin genel düzenlemelerine göre daha sistematiktir ve geniş kapsamlı koruma sağlamaktadır¹⁹⁸. Bu nedenle söz konusu vasıtaların etkisi sınırlıdır ve İngiliz hukuku pek çok düzenlemeyle yönerge sayesinde tanışmıştır¹⁹⁹.

3.2. HAKSIZ REKABETİN İSVİÇRE HUKUKUNDA DÜZENLENİŞİ

1988 tarihinde yürürlüğe giren 1986 tarihli "Haksız Rekabete Karşı Federal Kanun" İsviçre haksız rekabet hukukunun temel düzenlemesini oluşturmaktadır. Özel hukuk kapsamında değerlendirilen söz konusu düzenleme genel hüküm ve haksız ticari uygulama örnekleri içermektedir. Genelde idari para cezası olarak nitelenen yaptırımlara fiyatın tüketiciye bildirilmemesi gibi idari düzenlemelerde yer verilmektedir²⁰⁰. Ayrıca UWG 9-12 maddeleri arasında usul hükümleri içermektedir.

6102 Sayılı TTK'nin mehzazını oluşturduğu için söz konusu kanun için yapılan açıklamalar büyük ölçüde UWG için de geçerli olacaktır. Ancak Avrupa birliği mevzuatına uyum amacıyla UWG de pek çok değişikliğe gidilmiştir. İsviçre hukukunda haksız rekabete ilişkin kurallar koyma yetkisine sahip mesleki veya idari kuruluşlar ve söz konusu kuruluşlar tarafından konan kurallar (soft law instrument) genellikle münhasır olarak

¹⁹⁷ Howells, Micklitz., Wilhelmsson, a.g.e., s. 5. Grassie, a.g.m., s. 112.

¹⁹⁸ Grassie, a.g.m., s. 107.

¹⁹⁹ Howells, Micklitz., Wilhelmsson, a.g.e., s. 8. CPR'de de mesleki veya idari kuruluşlarca konulan kurallara yer verilmekte (Eecke, Skouma, a.g.e., s. 304, 305.) ancak CPR söz konusu vasıtaları işletme kanunu (Enterprise Act) aracılığıyla yürürlüğe kaymaktadır. Grassie, Commercial, a.g.m., s. 725. İşletme kanununda OFT (Office of Fair Trading) düzenlenmektedir. OFT tüketici açısından piyasanın sağlıklı işleyişinin sağlanmasını amaç edinmiş ve rekabet ortamının sağlanması ve tüketicinin korunmasıyla vazifelendirilmiştir. OFT, öncelikli amaç olarak haksız rekabetin önlenmesinden ziyade piyasa fonksiyonlarına odaklanmakta ve rekabeti sınırlayan uygulamalarla ilgilenmektedir. Davis, a.g.m. s. 185. Yinede yerel bir idare olarak OFT ticaret standartlarını düzenlemekte ve haksız ticari uygulamaları denetlemektedir. Grassie, Commercial, a.g.m., s. 725. Howells, Micklitz., Wilhelmsson, a.g.e., s.8.

²⁰⁰ Wilhelmsson, European Rules, a.g.m., s. 8.

düzenlenmemektedir. Ancak İsviçre, kamu denetçisi sistemini kapsayan sağlam bir tüketiciyi koruma sistemine sahiptir ve idari veya mesleki kuruluşlar tarafından belirlenen kurallar uygulamada büyük öneme sahip kamu denetçisi sistemiyle bağlantılı olarak gelişmektedir. Kamu denetçisi sistemi idare hukuku içerisinde değerlendirilir ve cezai yaptırımlar ticaret standartları ofisi gibi kamu kuruluşları tarafından yürütülmektedir²⁰¹.

3.3. HAKSIZ REKABETİN ALMAN HUKUKUNDA DÜZENLENİŞİ

Alman Hukukunda, haksız rekabet ayrı bir kanunla ve söz konusu kanun içerisinde yer alan genel hükümlerle düzenlenmektedir. Alman Hukukunun haksız rekabete ilişkin temel düzenlemesini Haksız Rekabete Karşı Kanun [Gesetz Gegen Den Unlauteren Wettbewerb (UWG)] oluşturmaktadır²⁰². 2004 yılında Alman Haksız Rekabet Hukukunda Avrupa birliği ile uyum sağlanması amacıyla esaslı reformlar yapılmış ve Alman Haksız Rekabet Hukukunun yargı içtihatlarıyla oturmuş literatürünün (sedes materiae) yasalaştırılması ve genel hükmün örnekleri olarak alınması²⁰³ sonucunda UWG ortaya çıkmış ve neredeyse 100 yıl yürürlükte kalan 1909 tarihli yasanın yerini almıştır. Alman haksız rekabet hukukunun esasını ve temel ilkelerini içeren kanunun asıl başarısı tüketicinin üst düzey korunmasına vurgu yapmasıdır²⁰⁴.

²⁰¹ Willhelmson, European Rules, a.g.m., s. 5,8.

²⁰² Temel düzenlemeyi UWG oluşturmakla birlikte Alman Hukukunda haksız rekabete ilişkin düzenlemeler Markalar Kanunu [Markengesetz (MarkenG)], Alman Medeni Kanunu [Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)], Sağlık Sektöründe Reklamlara Karşı Kanun (Gesetz gegen Werbung auf dem Gebiet des Heilwesens), Yiyecek ve Gıda Maddeleri Kanunu [Lebensmittel- und Futtermittelgesetz (LFGB)] ve Fiyat İndirimlerini Düzenleyen Kanun [Preisangabenverordnung (PAngV)] gibi diğer kanunlarda da yer almaktadır. AB'nin haksız rekabete ilişkin düzenlemeleri de Alman Haksız Rekabet Hukukunun tamamlayıcı parçasını oluşturmaktadır. Ayrıca Almanya haksız rekabete ilişkin hükümler içeren ve devletlere yükümlülükler getiren Paris Sözleşmesinin de tarafıdır. Schroeder, a.g.m., s. 139. Alman Hukukunda rekabet sınırlamalarını düzenleyen rekabet kanunu [Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)], haksız rekabet mevzuatı içinde yer almamaktadır. GWB, 1958 yılından beri yürürlükte olup Alman antitrust hukukunu düzenlemektedir. Rekabet hukukunun amacı ise dürüstlük kuralına aykırı rekabeti engellemek değil rekabet özgürlüğünü (kartel yasağı ve hakim durumun kötüye kullanılması gibi) güvence altına almaktır.

²⁰³ Frauke Henning - Boweding, "A New Act Against Unfair Competition in Germany" ICC: International Review Of Intellectual Property Ant Competition Law, Max Planck Institute For Foreign And International Patent, Copyright And Competition Law, Munich 4/2005 Vol 36421-432, s. 425. Heim, a.g.m., s. 527.

²⁰⁴ Heim, a.g.m., s. 536.

Alman Hukukunda banka ve sigorta gibi finansal sektörlere ve reklam sektörüne yönelik mesleki ve idari kuruluşlara ve söz konusu kuruluşlar tarafından yapılan düzenlemelere (soft law instrument) yer verme eğilimi bulunmaktadır²⁰⁵. Bu nedenle finansal sektörlere ve reklam sektörüne yönelik olanlar haricinde Alman Hukukunda ne haksız rekabetle uğraşan idari bir kuruluş ne mesleki kuruluş bulunmaktadır²⁰⁶.

3.3.1. AB Müktesebatının UWG'ye Etkileri

AB müktesebatına uyum amacıyla 2002/58/AT Elektronik İletişim Yönergenin 13. maddesinin UWG ye taşınması (UWG m 7/2 ve 3) ve e-ticaret yönergesine uyum sağlanması sonrasında Alman Haksız Rekabet Hukukunu liberalleştirmek kanunun temel odağını ve 2005/29/AT yönergesinin²⁰⁷ Alman Hukuku üzerindeki en büyük etkisini oluşturmaktadır²⁰⁸. AB'ye uyum amacıyla tenzilat yasası ve primlerle ilgili düzenlemelerin yürürlükten kaldırılmasından sonra liberalleşme haksız rekabet mevzuatına yöneldi ve yasalaştırma, özgürleştirme ve Avrupa ile uyum UWG'nin anahtar kelimelerini, oluşturdu²⁰⁹.

2005/29/AT Yönergesinin etkisiyle haksız rekabetin tespiti açısından esas alınacak model olan ve Türk Hukukundaki "ortalama tüketici" kavramına

²⁰⁵ Ancak Almanya'da genel bir reklam kanunu bulunmamakta ve Deutscher Werberat'da yalnızca alkolle, çocuklara karşı ayrımcılıkla ve politikacılarla ilgili yapılan reklamlara ilişkin mesleki kurallara yer verilmektedir. Howells, Micklitz., Wilhelmsson, a.g.e., s. 8.

²⁰⁶ Henning Boweding, New Act, a.g.m. 422. Almanya'da geleneksel olarak bağımsız tüketiciyi temsil eden kuruluşların tüketici menfaatlerinin korunmasına en iyi şekilde hizmet ettiği kabul edilmektedir. Rott, a.g.e., s. 401.

²⁰⁷ Yönerge, yalnızca tüketiciye yönelik uygulamaları kapsamına almasına rağmen yönergeye uyum amacı taşıyan UWG, rakipler arası uygulamaları kapsam dışı bırakmamış (Henning Boweding, New Act, a.g.m. 426.) ve asgari etkin boyut ilkesi de dahil olmak üzere hükümlerinin uygulanması açısından faaliyetin rakiplere veya tüketiciye yönelik olması açısından bir fark gözetmemiştir. Heim, a.g.m., s. 537.

²⁰⁸ Heim, a.g.m., s. 525. AB müktesebatına uyum amacıyla eski kanunda düzenlenen ıskonto yönetimi (Rabattgesetz), ikramiyeler (Zugabeverordnung), (Henning Boweding, New Act, a.g.m. 423.), iflasla satış (m 6), direkt satışa yönelik 6a, satın alma otorizasyonu (m 6/b), kartopu sistemi 6c, özel teklif ve satış (m 7), ve temizleme (açık) satış (m 8), fiyat analizli karşılaştırmalı reklamlar ve zihinsel (şok edici) reklamlar ile ilgili sınırlamalar UWG'de yer almamıştır. Heim, a.g.m., s. 536. Söz konusu liberalleşme hareketi sonucunda belirtilen özel satış yöntemleri UWG m 3 kapsamında değerlendirilmediği sürece haksız kabul edilmeyecek (Heim, a.g.m., s. 527.) ve söz konusu uygulamaların haksız kabul edilebilmesi için tüketicinin karar alma özgürlüğünü etkilemesi gerekecektir. Henning Boweding, New Act, a.g.m., s. 427.

²⁰⁹ Henning Boweding, New Act, a.g.m. 424.

karşılık gelen makul bir şekilde bilgilendirilmiş, dikkatli, ihtiyatlı ortalama tüketici “Gud sprihagenda” kavramı Alman Hukukuna girmiştir²¹⁰.

3.3.2. UWG'nin Yapısı

UWG, beş bölümden ve yirmi iki maddeden oluşmaktadır. Birinci bölüm 3-7. maddeler arasında bulunmakta ve temel terimlerin tanımını ve kanunun amacını belirten hükümler içermektedir. UWG sistemi genel hüküm içermekte ve haksız rekabet genel hükümle kimliklendirmektedir²¹¹. UWG m 3 eski kanunun 1. maddesine karşılık gelmekte ve eski kanunun 1. maddesinde olduğu gibi tüketiciler, rakipler ve diğer market ilgilileri açısından rekabeti bozma olasılığı bulunan ticari uygulamaları ahlaka aykırılıkla tanımlamakta ve rakipler, tüketiciler açısından aynı düzenlemeye tabi tutarak²¹² yasaklamaktadır²¹³. Ancak yeni düzenlemede, etik ve hukuktan çok rekabetin piyasa katılanlarının menfaatlerinin, hareket ve seçme özgürlüklerinin korunmasına yönelik fonksiyonlarına gönderme yapılmaktadır²¹⁴. Ayrıca UWG m 3'de asgari etkin boyut ilkesine (de minimis eşiğine) yer verilmektedir.

UWG M 4–7'de genel hükmün ana hatlarını açıklamak amacıyla haksız kabul edilen uygulamaların daha önceki kanun döneminde yargı içtihatlarıyla şekillenmiş, örnekleyici listesine ve haksız ticari uygulamaların özel görünüşleri olan aldatici (m 5), karşılaştırmalı (m 6) ve istenmeyen reklamlarla (m 7) ilgili düzenlemelere yer verilmektedir²¹⁵. Bu sayede UWG bir taraftan eski kanun döneminde tespit edilen prensiplerin devamlılığını

²¹⁰ Heim,a.g.m., s. 525.

²¹¹ Howells, Micklitz., Wilhelmsson, a.g.e., s. 4. Genel hüküm, haksız rekabet düzenlemesinin temelini teşkil etmekte ve kanunun menfaatlerine ve rekabetin fonksiyonlarına vurgu yapmaktadır. Henning Boweding, New Act, a.g.m. 425, 426.

²¹² Howells, Micklitz., Wilhelmsson, a.g.e., s. 3.

²¹³ Eski kanunun 1. maddesi, adil piyasa uygulamalarına aykırı (gute sitten) uygulamaları ahlaka aykırı (contra bonos mores) kabul ederek yasaklarken yeni kanunun “unaluteren” terimini kullanmakta ve aynı sonuca modern bir dil kullanarak ulaşmaktadır. Henning Boweding, New Act, a.g.m., s. 425. Howells, Micklitz., Wilhelmsson, a.g.e., s. 4. Heim,a.g.m., s. 527.

²¹⁴ Henning Boweding, New Act, a.g.m., s. 426.

²¹⁵ Heim,a.g.m., s. 528.

sağlarken diğer taraftan yasal kesinliği ve tahmin edilebilirliği artırmasıyla kanunun şeffaflığını artırmıştır²¹⁶.

Ticari uygulamalar, UWG 4–7. maddeler kapsamına girmemesi durumunda UWG m 3’de tanımlanan koruma hedefi bağlamında haksız uygulama olarak ele alınmaktadır²¹⁷. Diğer bir ifadeyle, genel hüküm UWG’nin temel ilkesi olarak değerlendirilmekle birlikte öncelikle uygulamanın UWG 4 ve devamı maddelerde listelenen örneklerden olup olmadığı incelenmelidir. UWG m 3; uygulama söz konusu maddelerde açıkça ele alınmaması şartıyla nihai olarak başvuru bir düzenlemedir²¹⁸.

3.4. HAKSIZ REKABETİN DİĞER ÜLKE HUKUK SİSTEMLERİNDE DÜZENLENİŞİ

Fransız Hukukunda haksız rekabete ilişkin özel bir düzenlemeye veya Fransız Medeni Kanununda haksız rekabete ilişkin genel bir hükme²¹⁹ gerek görülmemiş, koruma haksız fiile dair medeni kanun hükümlerine dayanan mahkeme içtihatlarıyla şekillendirilmiştir²²⁰. Fransız Medeni Kanununun genel hükümleri ve ticaret kanununun bazı özel düzenlemeleri Fransız haksız rekabet hukukuna ilişkin temel düzenlemeyi oluşturmaktadır²²¹. Bu nedenle Fransız Hukukunda haksız rekabet, haksız fiilin bir çeşidi olarak görülmekte ve zarar veren kişi zarardan sorumlu tutulmaktadır. Korumayı bireysel haklarla genişletmek ise mümkün olmamaktadır²²². Ayrıca söz konusu hüküm

²¹⁶ Heim, a.g.m., s. 529.

²¹⁷ Schroeder, a.g.m., s. 140.

²¹⁸ Schroeder, a.g.m., s. 140.

²¹⁹ Henning Boweding, New Act, a.g.m., a.g.e., s. 421.

²²⁰ Henning Boweding, New Act, a.g.m. s 421. Paolo Auteri, “Rief Report On Italian Unfair Competition Law” **Law Against Unfair Competition**, Editors Reto M Hilty / Frauke Henning-Boweding, Springer, Munich 2007, s. 151. Hennig Boweding, Secondary a.g.e., s. 112.

²²¹ Medeni kanunun haksız fiile ilişkin 1382 ve 1383. maddeleri, rakibe zarar verme, itibarsızlaştırma, rakip ürünlerin taklidinin sunulması gibi haksız rekabet uygulamalarıyla yakından ilgilidir. Söz konusu düzenlemeler yanında medeni kanunda düzenlenen dürüstlük ilkesi ve ticaret kanununda yer alan malların parakende fiyatının altında satılması gibi bazı özel düzenlemeler haksız rekabet hukukuyla yakından ilgili görülmektedir. Eecke, Skouma, a.g.e., s. 202. Ayrıca Fransız haksız rekabet hukuku açısından ceza hukuku, Direction Générale De La Concurrence De La Consommation De La Répression Des Frauds (DGCCRF) denetimi altında önemli rol oynamaktadır. Howells, Micklitz., Wilhelmsson, a.g.e., s. 7.

²²² Henning-Boweding, International Protection, s, 170. Auteri, a.g.m., s. 151. Frauke Hennig Boweding, Secondary a.g.e., s. 112. Eecke, Skouma, a.g.e., s. 201.

rakipleri ve rakiplerin menfaatlerini korumayı amaçlamaktadır²²³. Fransız hukukunda tüketiciyi koruma ve haksız rekabet düzenlemeleri nadiren ceza ve idare hukuku²²⁴ içerisinde yer alsa veya cezai müeyyideye tabi kılınsa da haksız rekabet hukuku özel hukuk kapsamında değerlendirilmektedir²²⁵. Fransız hukukunda haksız rekabete ilişkin kurallar koyan mesleki ve idari kuruluşlara ve söz konusu kuruluşların koyduğu kurallara (soft law instrument) reklam sektörü dışında sık rastlanmamaktadır²²⁶.

İtalyan Hukuku, Kara Avrupa'sı Hukukunun bir parçasıdır ve Fransız Doktrininden ve Medeni Kanunundan etkilenmiş olmakla birlikte Alman ve Fransız Doktrininin bir karması olarak nitelenmektedir²²⁷. İtalyan Haksız Rekabet Mevzuatı çeşitli düzenlemelerden oluşmaktadır. İtalyan Hukukunda haksız rekabete ilişkin genel hüküm ve uygulama örnekleri Medeni Kanunun 2598. maddesinde yer almaktadır²²⁸. Ayrıca İtalyan hukukunda tüketici menfaatlerini koruyan çeşitli düzenlemeler de yer almakta²²⁹, aldatıcı ve karşılaştırmalı reklamlar ise Tüketici Kanununda (Codice Del Consumo) düzenlenmektedir²³⁰. Söz konusu düzenlemeler yanında dürüstlük kuralıyla ilgili bazı medeni kanun düzenlemelerinin (1175, 1375, 1337 ve 1366 gibi) de haksız rekabet hukukuyla yakından ilgili olduğu kabul edilmektedir²³¹.

²²³ Howells, Micklitz., Wilhelmsson, a.g.e., s. 4. Henning-Boweding, International Protection, a.g.m., s. 170.

²²⁴ Hennig Boweding, Secondary, a.g.e., s. 112.

²²⁵ Hennig Boweding, Secondary a.g.e., s. 112.

²²⁶ Eecke, Skouma, a.g.e., s. 202.

²²⁷ Eecke, Skouma, a.g.e., s. 234.

²²⁸ İtalyan Hukukunda haksız rekabete ilişkin en önemli düzenlemeyi İtalyan Medeni Kanununun 2598. maddesi oluşturmaktadır. İtalya'da, 1865 tarihli medeni kanunda 1942 yılında Paris Sözleşmesine uygun olarak yapılan değişiklikle haksız rekabet, m 2598'de genel hükümle, özel bir haksız fiil türü olarak düzenlenmiş ve haksız rekabet hallerine ilişkin tahdidi olmayan kendiliğinden haksız kabul edilen uygulama örneklerine yer verilmiştir. Auteri, a.g.m., s. 151. Düzenlemenin 3. fıkrasında ise yalnızca rakiplere zarar veren faaliyetlerin değil zarar vermesi olası faaliyetlerin de haksız rekabet teşkil edeceği belirtilmektedir. Auteri, a.g.m., s. 151. Söz konusu düzenleme yalnızca rakiplerin menfaatini korumayı amaçlamakta, tüketicilerin korunması ise düzenlemenin dolaylı amacı teşkil etmektedir. Howells, Micklitz., Wilhelmsson, a.g.e., s. 4. Bu nedenle İtalyan Mevzuatı, tüketicinin korunması açısından zayıf kalmaktadır. Howells, Micklitz., Wilhelmsson, a.g.e., s. 4. Ancak İtalyan Hukukunda AB müktesebatının iç hukuka aktarılması haksız rekabet hukukunun kapsamını genişletmektedir. Auteri, a.g.m., s. 153.

²²⁹ Eecke, Skouma, a.g.e., s. 234.

²³⁰ Auteri, a.g.m., s. 153.

²³¹ Hennig Boweding, Secondary, a.g.e., s. 123.

İtalyan haksız rekabet hukuku düzenlemeleri, Kıta Avrupa'sı hukuk sistemlerine uygun olarak, özel hukuk kapsamında değerlendirilmekte ve genelde kamunun menfaatine idari veya cezai düzenleme içermemektedir²³². Ancak özel bazı haksız rekabet halleri cezai yaptırımlara tabi kılınmaktadır²³³. İtalya'da mesleki teşekküllere de haksız rekabet davalarını açma hakkı tanınmaktadır. Mesleki teşekküllerin genel hükümdeki adil olmayan faaliyetler yanında genel olarak meslek grubunun menfaatine de haksız rekabet davaları açabilecekleri kabul edilmektedir²³⁴.

Genel hüküm içeren ve üçlü koruma sistemini kabul eden²³⁵, Avusturya, Belçika, Finlandiya, Lüksemburg gibi ülkelerde haksız rekabet özel hukuk kapsamında değerlendirmekte ve genelde özel hukuk nitelikli müeyyidelere tabi tutulmaktadır²³⁶. Belirtilen ülkelerden Belçika Mevzuatı aynı yasada tüketici ve tacir için iki ayrı genel hüküm içermektedir. Finlandiya Hukukunda ise haksız rekabet hukuku ve tüketicinin korunması yasası olmak üzere çift odaklı koruma sağlamaktadır²³⁷.

Anglo Amerikan Hukukunda haksız rekabete karşı koruma, rakiplerin korunması odaklıdır ve tüketicinin korunması düşüncesi söz konusu düzenlemenin doğasına yabancıdır²³⁸. Amerikan Hukukunda haksız rekabete karşı koruma, 1914 Tarihli Fedaral Trade Commission Act ile sağlanmaktadır. Söz konusu düzenlemede haksız rekabet, rekabetin dürüst olmayan yöntemleri şeklinde genel olarak tanımlandıktan sonra haksız rekabet hallerinin tespiti yetkisi bir komisyona bırakılmıştır²³⁹.

²³² Auteri, a.g.m., s. 153.

²³³ Auteri, a.g.m., s. 153.

²³⁴ Auteri, a.g.m., s. 152.

²³⁵ Hennig Boweding, Secondary, a.g.e., s. 112.

²³⁶ Hennig Boweding, Secondary, a.g.e., s. 111.

²³⁷ Howells, Micklitz., Wilhelmsson, a.g.e., s. 3.

²³⁸ Henning-Boweding, "International Protection." a.g.m., s. 170.

²³⁹ Kubilay, a.g.m., s. 550.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HAKSIZ REKABET HALLERİ

Modern düzenlemeler haksız rekabet fiiliyle ihlal edilen haktan yola çıkarak haksız rekabetin tanımını vermektense haksız rekabete neden olan fiilden yola çıkarak haksız rekabeti örneklerle açıklamayı tercih etmektedir. Söz konusu uygulama örneklerine başvurulmasının genel hükmün ihmal edilmesine ve bu durumda genel hükmün yalnızca zamana mukavemet açısından önem arz edeceği savunulmaktadır¹.

Türk Hukukunda haksız rekabet halleri, 6762 sayılı TTK'de 10 bent halinde ve 6102 Sayılı TTK'de 6 bende 23 adet uygulama örneğine yer verilerek düzenlenmektedir. 6102 Sayılı TTK'de içtihatlarla gelişen literatür korunmakla birlikte 54 ve 55. maddelerine İsviçre UWG'si doğrudan kaynak kabul edilmek suretiyle ilave haksız rekabet halleri içermektedir. Bu nedenle ilgili çalışmada, 6102 Sayılı TTK açısından 6762 Sayılı kanunda belirtilen hallere gönderme yapılması ve yalnızca yeni düzenlenen uygulama örneklerine yer verilmesi uygun görülmektedir.

1. 6762 SAYILI TTK'DE DÜZENLENEN HAKSIZ REKABET HALLERİ

TTK m 57'de haksız rekabet teşkil eden fiiller on bent halinde düzenlenmekte ve "hüsnüniyet kaidelerine aykırı hareketler hususiyle şunlardır" ibaresi kullanılarak söz konusu düzenlemenin sınırlayıcı olmadığı belirtilmektedir.

1.1. KÖTÜLEME

TTK m 57 I. bendinde "Başkalarını veya onların emtiasını, iş mahsullerini faaliyetlerini yahut ticari işlerini yanlış, yanıltıcı veya lüzumsuz yere incitici beyanlarla kötülemek" haksız rekabet hali olarak düzenlenmektedir. Kötüleme 6102 Sayılı TTK'de ise (m 55/a/1 nolu alt bendi) "başkalarını veya onların mallarını, iş ürünlerini, fiyatlarını, faaliyetlerini veya ticarî işlerini

¹ David Lucas, Jacobs Reto, **Schwizerisches Wettbewerbsrecht**, Stämpfli Verlag AG Bern, 2005, s., 15.

yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici açıklamalarla kötülemek,” şeklinde düzenlenmektedir. Söz konusu düzenlemenin 6762 Sayılı TTK düzenlemesinden tek farklı yönü, kötülemenin fiyatlara ilişkin olarak da gerçekleştirilebileceğinin ayrıca belirtilmesidir². Söz konusu düzenlemenin kaynağını fiyatı mal ve hizmetin niteliği olarak kabul etmeyen İsviçre Doktrininde aramak gerekmektedir.

TTK'ye göre kötüleme, rakiplerin kişiliklerine, mal ve hizmetlerine, iş mahsullerine, faaliyetlerine veya ticari işlerine yönelik olarak gerçekleştirilebilmektedir. Kötüleme beyanı sözle, yazıyla veya her hangi bir yayın vasıtasıyla gerçekleştirilmesi mümkündür³.

Söz konusu hükümde ilk olarak kötülemenin rakiplerin kişiliklerine yöneltilmiş olabileceği düzenlenmektedir. Kötülemenin haksız rekabet oluşturması için iktisadi sonuç doğurması yani rekabet eylemi olarak nitelenmesi gerekmektedir. Alman hukukunda söz konusu unsur işletmenin işlevini veya işletmecinin kredisini zarara uğratmaya uygun olguları iddia etmek veya yaymak⁴ şeklinde iktisadi alanda yapılması gerektiğini belirtmek suretiyle ifade edilmektedir (UWG m 4/8)⁵. Bu açıdan rakibin şahsına yapılan kötülemenin, dolandırıcı olduğu, borçlarını vadesinde ödemediği şeklinde iktisadi alanına yapılması gerekmemekte, iş ilişkileri yanında özel hayatına ve özel alanına yapılan kötülemenin de iktisadi sonuç doğurmak şartıyla haksız rekabet teşkil edeceği kabul edilmektedir⁶.

² 6102 Sayılı TTK m 55/a/1 Gereğesi

³ Mimaroglu, a.g.e., s. 298.

⁴ Heim, a.g.m., s. 531.

⁵ UWG m 4/7–8. bentlerde kötülemeye ilişkin ticari uygulama örnekleri düzenlenmekte ve karşılaştırmalı reklamlara ilişkin UWG m 6'yı tamamlamaktadır. UWG'de kötüleme rakiplerin ticari itibarına zarar veren gerçeğe aykırı iddialarla icra edilmektedir. Doğru olmadığı halde (doğruluğunun ispatlanamaması şartıyla), ya da işletmesi ile ilgili veya işletmecisi yada yönetim kurulu üyesi ile ilgili, işletmenin işlevini işletmecinin kredisini zarara uğratmaya uygun olguları iddia etmek veya yaymak bu şekilde rakibin malları, hizmetleri faaliyeti yada personel veya ticari münasebetlerini değersizleştirmek veya adını kötüye çıkarma'nın haksız rekabet teşkil edeceğini düzenlenmektedir. Heim, a.g.m., s. 531.

⁶ Yasaman, a.g.m., s. 34. (Agefi Edipress Kararı karar no: 3)

Madde ifadesinde gerçek kişi-tüzel kişi ayrımı yapılmadığı için rakip bir tüzel kişinin, yabancı tabiyetinde olduğu veya ortaklarının yabancı olduğu, ülke aleyhine faaliyette bulunan kişilerle bağlantılı olduğu şeklinde ifadeler söz konusu bent kapsamında kötüleme olarak nitelenmektedir. Alman Hukukunda ise kötüleme faaliyetinin işletmeci yada yönetim kurulu üyesinin şahsına(UWG m 4/8) ve işletme personeline, (UWG m 7) yönelik de gerçekleştirilebileceği ayrıca belirtilmektedir⁷. Yargıtay'da, gazeteye verilen ilanda davacı firmada çalışan on bir şoförün kendi firmasına geçtiği, bu nedenle rakip firmada iyi şoför kalmadığının vurgulanması durumunda haksız rekabetin varlığını kabul ederek kötülemenin personele karşı da yapılabileceği yönünde karar vermiştir⁸.

Düzenlemede ikinci olarak kötülemenin başkalarının emtiasına, iş mahsullerine, faaliyetlerine yönelik olabileceğini düzenlemektedir. Söz konusu kavramların tümü, mal ve hizmetleri kapsayan ürün kavramı altında değerlendirilmektedir. Ürün sadece üretilen fiziksel mamülü veya hizmeti değil mamülün markasını, fiyatını, kalitesini, ambalaj yapısını, şeklini, rengini ve satış sonrası hizmeti de kapsamaktadır⁹. Ayrıca bir patent, tasarım, makale, film, sahneye koyuş, bir icra; iş ürünüdür¹⁰. Rakiplerin ürünleri hakkında tehlikeli, işe yaramaz¹¹, pahalı şeklinde iddialarda bulunulması haksız rekabet olarak kabul edilmektedir. 6102 Sayılı TTK'de açıkça belirtilmesine rağmen 6762 Sayılı TTK'de rakibin fiyatlarına ilişkin kötüleme açıkça zikredilmemektedir. Ancak söz konusu durum bir eksiklik olmadığı gibi fiyat bakımından kötülemenin mevcut madde kapsamında değerlendirilmesine de bir engel teşkil etmemektedir. Çünkü fiyat başlı başına bir unsur değil mal ve hizmetlerin kalitesi, imalat malzemesi ve imalat teknolojisi gibi mal ve hizmetlere yönelik bir özelliktir. Bu bakımdan mevcut

⁷ Heim, a.g.m., s. 531.

⁸ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 15/02/1999 T 1998 / 9296 E 1999 / 856 K. Bakınız hukukturk.

⁹ Vasfi Nadir Tekin, **Pazarlama İlkeleri, Politikalar-Stratejiler-Taktikler**, Ankara, Seçkin 2006, s. 100. Kürşat Yalçınar, Emine Ebru Aksoy, **Yatırım Projelerinin Değerlemesi**, Ankara, Detay, 2011 s. 60.

¹⁰ 6102 Sayılı TTK m 55/a/1 Gereği

¹¹ Yargıtay 7. Ceza Dairesi 17/06/1998 T 1998 / 3951 E 1998 / 5722 K Bakınız hukukturk.

kanun açısından da mal ve hizmetlerin fiyatının kötülenmesi “emtiyasının kötülenmesi” kapsamında korunmalıdır.

Kötüleme kapsamında son olarak kötülenin başkalarının ticari işlerine yönelik olarak yapılabileceği düzenlenmemiştir. Bu nedenle bir kişinin ticari itibarını bozmak ve onun müşterileri üzerinde olumsuz etkide bulunmak amacıyla sözde suçlamalarda bulunulması ve dava açılması haksız rekabet teşkil etmektedir¹². Alman hukukunda bilgiyi alan veya açıklayan kimsenin yasal menfaate sahip olması şartıyla kötülenin ayrıca gizli kalması gereken bilgilerin açıklandığını çağrıştırmak suretiyle de gerçekleştirilebileceği düzenlenmektedir¹³.

Kötülemeden bahsedebilmek için rakiplere yönelik beyana ihtiyaç bulunduğu kabul edilmekle birlikte kötülenin belirli bir rakibe yöneltilmesinin zorunlu olup olmadığı konusunda düzenlemede açıklık bulunmamaktadır. ARKAN'a göre kötülemeden bahsedebilmek için belirli bir rakip işletmeye yöneltilmiş beyana ihtiyaç bulunmaktadır¹⁴. 6102 Sayılı TTK gerekçesinde ise düzenlemede yer alan “başkalarını” ibaresinin tüzel kişiliği olmayan toplulukları işaret ettiği belirtilmektedir¹⁵. Yargıtay, “gövdesinde kabartma markası olmayan tüplerin 6 ay içinde kullanımdan kalkacağı, gövde kabartmasız tüpün kullanılmaması, eğer tüp gövde kabartmasız ise gövde kabartmalı tüp ile değiştirilmesi gerektiği yönündeki beyanların davacı ve piyasadaki diğer firmalara ait tüplerin güvenilirliği hakkında objektif olarak yanlış ve aldatıcı bilgilerle, kötüleyici” olduğu yönünde karar vermiştir (TTK'nin 56,57/1-3-10)¹⁶. Söz konusu kararda, beyanın 57/3 kapsamında değerlendirilmesine rağmen, beyanın belirli bir rakibe yöneltilmediği durumda

¹² 1971 T. 1970/4488 E 1971/1986 K; Arkan, Ticari İşletme, a.g.e., s. 307.

¹³ Heim, a.g.m., s. 531.

¹⁴ Arkan, Ticari İşletme, a.g.e., s. 307.

¹⁵ 6102 Sayılı TTK m 55/a/1 Gerekçesi

¹⁶ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 06/10/2005 T, 2004 / 11313 E 2005 / 9341 K Bakınız hukuktürk.; Yargıtay, davalının reklamlarında kullandığı "kokusuz gaz; kokulu oto gaz kalitesizdir, kokulu ve kalitesiz oto gazlarla bir milli servet olan otomobillerinizin ömrünü kısaltmayın" ifadelerinin tüm oto gazların kokulandırılması zorunluluğu karşısında 57/1 ve 3 gereğince haksız rekabet teşkil ettiğini kabul etmiştir. HGK 07/11/2007 T 2007 / 11-839 E, k 2007 / 825 K; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 02/05/2006 T, 2005 / 2636 E, 2006 / 5025 K Bakınız hukuktürk.

kötülemeden bahsetmesi açısından önem arz etmektedir. Yargıtay'ın genel eğilimi, belirli bir rakibe yöneltilmeyen beyanların da kötüleme kapsamında değerlendirilmesi yönündedir ve beyanın belirli bir rakibe yöneltilmesi zorunlu olmayıp¹⁷, belirlenebilir sayıda bir grup için yapılan beyan üyelerin her biri için söylenmiş kabul edilmektedir¹⁸.

Kötüleme, yanlış veya lüzumsuz yere incitici beyanlarla gerçekleştirilmekte ve karalamayı, perdelemeyi, değerini küçümsetme ve düşürmeyi kapsamaktadır¹⁹. Kötüleme, öncelikle yanlış veya aldatıcı yani beyanın içeriği doğru olsa dahi muğlâk, birden fazla anlama gelebilen veya gereksiz yere abartılı beyanlarla²⁰ muhatabın sübjektif düşüncesi ile gerçek arasında çelişki yaratmak suretiyle²¹ gerçekleştirilebilmektedir. Kötülemede önemli olan, uygulamanın serbest ticaret hakkının sınırlarını dürüstlük kuralına göre aşmış olup olmadığıdır. Dürüstlük kuralının sınırını aşan lüzumsuz yere incitici beyanların da kötüleme teşkil edeceği kabul edilmektedir. Lüzumsuz yere incitici beyan, aslında yanlış veya aldatıcılık içermemekle birlikte orantısız bir şekilde ve tarzda aşırıya kaçan ve rakibi veya mal veya hizmetlerini olumsuz bir şekilde takdim etmeye²² rakibin adını kötüye çıkartmaya, ona karşı sempatiyi yok etmeye hizmet eden ifadeler²³ şeklinde tanımlanmaktadır. Ölçsüzlük ve üslup gerçeğin payının mevcudiyetine rağmen eleştiri kavramı ile uyuşmuyorsa, eleştiri (beyan) incitici kabul edilmektedir²⁴.

Ayrıca kötülemenin belirli bir işletmeyi değerlendirme yetkisine sahip kişi tarafından yapılması da önem arz etmemektedir²⁵. Kötüleme açısından önemli olan kim tarafından yapıldığı değil, yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici açıklamalar içmesidir. Tüketicilere yönelik bilimsel görüş

¹⁷ Ömer Teoman, **Tüm Makalelerim**, C III: 2002-2010, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 157.

¹⁸ Ömer Camcı, **Haksız Rekabet Davaları 2**, İstanbul, YY, 2002, CII, s. 53. Kısaltması: CII

¹⁹ 6102 Sayılı TTK m 55/a/1 Gerekçesi

²⁰ Poroy, Yasaman, a.g.e., 224.

²¹ Şenocak, Boykot, a.g.m, s. 92.

²² Şenocak, Boykot, a.g.m, s. 91.

²³ Şenocak, Boykot, a.g.m, s. 91.

²⁴ 6102 Sayılı TTK m 55/a/1 Gerekçesi

²⁵ Oruç, a.g.e., s. 30.

açıklamalarının da gereksiz yere incitici olmaması gerekmektedir. Bilimsel görüş açıklamalarının da hedef kitlenin objektif anlayışına göre alıcıların davranışını etkileyecek biçimde yorumlaması durumunda haksız rekabet teşkil ettiğinin kabulü gerekmektedir²⁶. Bu nedenle verilen bilgiler doğru olmakla birlikte veriliş tarzı itibariyle tüketicide yanlış izlenim doğuran faaliyetlerde aldatıcı kabul edilmektedir²⁷. Bir beyanın kötüleme olarak kabulü için ciddi olması, tüketicinin söz konusu beyana inanıp güvenmesi gerekmektedir²⁸.

Kötüleme, RY'nin kötüleme başlığını taşıyan 14. maddesinde reklamlar açısından özel olarak "reklamlar, hiçbir firmayı, kurum veya kuruluşu, hiçbir endüstriyel, ticari veya diğer bir faaliyeti veya mesleği, hiçbir malı veya hizmeti aşağılayarak yada alay konusu veya benzer herhangi bir biçimde kötüleyemez" şeklinde düzenlenmektedir.

1.2. GERÇEĞE AYKIRI BİLGİ VERME

6762 Sayılı TTK m 57/2'nin 2. bendinde "Başkasının ahlaki veya mali iktidarı hakkında hakikate aykırı malumat verme" fiilinin haksız rekabet teşkil edeceği düzenlenmektedir. Söz konusu bent, Türk Hukukunda uygulaması olmayan istihbarat acenteleri düşünülerek konulmuştur²⁹ ve istihbarat acentelerinin sorumluluğuna dair MTTK m 67 hükmüne karşılık geldiği kabul edilmekle birlikte düzenlemenin kapsamına gerçeğe aykırı bilgi veren tüm kişiler girmektedir³⁰. Söz konusu fiilin kasten işlenmesi ise cezai müeyyideye tabi tutulmaktadır.

Gerçeğe aykırı bilgi verme, başkasının ahlaki veya mali durumu hakkında verilen bilgileri kapsamına almaktadır. Düzenleme kapsamındaki ahlak kavramının, genel anlamda ahlaki değil mesleki tutum ve davranışları

²⁶ İ. Kırca, a.g.m., s. 445-458.

²⁷ Poroy, Yasaman, a.g.e., 296.

²⁸ Ömer Camcı, **Haksız Rekabet Davaları**, İstanbul, Ufuk Reklamcılık, 2002, C I, s. 32.

²⁹ Poroy, Yasaman, a.g.e., 225.

³⁰ 6762 Sayılı TTK m 57 Gereğesi

ifade ettiği ileri sürülmektedir³¹. KARAYALÇIN söz konusu düzenlemenin kötülemenin özel bir uygulaması olduğunu belirtmektedir³² Ancak kötüleme yalnızca aleyhte bir davranışla gerçekleştirilirken gerçeğe aykırı bilgi verme, lehte veya aleyhte davranışla gerçekleştirilebilmesi yönünden kötülemeden ayrılmaktadır³³.

Bir ortaklığın faaliyetini veya ticari işlerini yanlış ve aldatıcı şekilde aksettiren, mali iktidarı hakkında gerçek dışı bilgi veren, uygulama veya basın yoluyla haber verme sırasında basın sınırını aşan ve kamuoyunu aydınlatma görevini aşacak şekilde bir tacirin faaliyetleri veya ticari işleri hakkında gerçek dışı bilgi veren yayın, iktisadi rekabetin kötüye kullanılması niteliği taşımakta ve haksız rekabet teşkil etmektedir³⁴.

1.3. YANLIŞ VEYA ALDATICI BİLGİ VERME

TTK m 57/2/III. bendinde “Kendi şahsi durumu, emtiası, iş mahsulleri, ticari faaliyeti veya ticari işleri hakkında yanlış veya yanıltıcı malumat vermek veyahut; üçüncü şahıslar hakkında aynı şekilde hareket etmek suretiyle rakiplerine nazaran onları üstün duruma getirme”nin haksız rekabet teşkil edeceğini düzenlemektedir. Söz konusu düzenleme kendini veya üçüncü kişiyi destekleme şeklinde tanımlanmakta ve İsviçre UWG’sinde 1995 tarihinde yapılan değişikliği mehz alan 6102 Sayılı TTK m 55/a/2’ye karşılık gelmektedir. Söz konusu düzenleme “kendisi, ticarî işletmesi, işletme işaretleri, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları, stokları, satış kampanyalarının biçimi ve iş ilişkileri hakkında gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarda bulunmak veya aynı yollarla üçüncü kişiyi rekabette öne geçirmek,” şeklinde genişletilerek ifade edilmektedir. Düzenleme, kendisini veya üçüncü bir kişiyi yanlış veya aldatıcı malumat vererek destekleye yöneliktir. Aldatıcılık, 2005/29/AT yönergesinde iki temel haksız rekabet

³¹ Reşat D. Tesal, **Ticaret Hukuku**, İstanbul, İstanbul Matbaası, 1984, 96. Berkant Şengel, “Türk Hukukunda Haksız Rekabet Halleri ve Rekabetin Korunması” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1998, s. 36.

³² Karayalçın, a.g.e., s. 458.

³³ Erem, a.g.e., s. 204. Poroy, Yasaman, a.g.e., 225.

³⁴ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 21.5.1973 T, 1973/1554 E, 1973/2307 K. Arkan, Ticari İşletme, a.g.e., s. 307. Erem, a.g.e., s. 204.

kategorisinden biri olarak düzenlenmekte ve yanlış bilgi kullanmak veya bilgi doğru olsa dahi, bilgiyi tüketicinin aksi takdirde almayacağı kararı almasına hizmet eder şekilde kullanmak suretiyle tüketiciyi aldatan³⁵ ticari uygulamalar olarak tanımlanmaktadır. ilgili yönergeye göre belirli unsurların bulunması kaydıyla tacirin eyleminin aldatma olasılığının bulunması aldatıcı eylemin kabulü açısından yeterli kabul edilmekte ayrıca aldanması veya zarara uğraması bir unsur olarak aranmamaktadır³⁶.

Bir beyanın yanlış, aldatıcı ve lüzumsuz yere inciticiğine beyanın ortalama tüketici üzerindeki etkisine göz önünde tutularak karar verilmektedir. Yanlış, aldatıcı veya gereksiz yere incitici beyanlar iş ürününe, faaliyete, mallara ilişkin açıklamanın niteliğinden, takdim ediliş tarzından dolayı seçilen sözcüklerin, resimlerin veya yapılan karşılaştırmanın ortalama tüketici tarafından, açıklama konusu olduğundan değişik ve olumsuz şekilde algılanması şeklinde ifade edilmektedir³⁷.

Bir beyanın yanlış, aldatıcı ve lüzumsuz yere inciticiğine beyanın ortalama tüketici üzerindeki etkisine göz önünde tutularak karar verilmektedir. Yanlış, aldatıcı veya gereksiz yere incitici beyanlar iş ürününe, faaliyete, mallara ilişkin açıklamanın niteliğinden, takdim ediliş tarzından dolayı seçilen sözcüklerin, resimlerin veya yapılan karşılaştırmanın ortalama tüketici tarafından, açıklama konusu olduğundan değişik ve olumsuz şekilde algılanması şeklinde ifade edilmektedir³⁸.

Kötüleme daha ziyade rakiplerin menfaatleri korunurken söz konusu bent rakiplerin menfaati yanında tüketici menfaatlerini de korumaktadır. Bu nedenle bent kapsamında, ticari uygulamanın mutlaka belirli bir rakibe yöneltilmesi gereği aranmamaktadır³⁹. Ayrıca düzenleme kapsamına

³⁵ Yönerge 6/1. Incardona, Poncibo, a.g.m., 27. Yönergede aldatıcı ticari uygulamalar, yanlış veya aldatıcı ticari uygulamalar ve bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi olmak üzere iki kategoride incelenmektedir.

³⁶ Questions and the answers. European Commission, a.g.e., 11.

³⁷ 6102 Sayılı TTK m 55/a/1 Gerekeşi

³⁸ 6102 Sayılı TTK m 55/a/1 Gerekeşi

³⁹ Erem, a.g.e., s. 204. Poroy, Yasaman, a.g.e., 225.

yalnızca sözleşme kurulmadan önceki safhaya ait bilgilendirme girmemekte; satın alma kararını etkileyen yöntem ve satış terimleri de düzenleme kapsamında değerlendirilmektedir⁴⁰.

Bir ticari uygulamanın aldatıcı olarak değerlendirilebilmesi için ticari uygulamanın yanlış bilgiye dayanması zorunlu olmamakta, güvenilmez bilgiye dayanan ticari uygulama da aldatıcı kabul edilmektedir. Bu durum, bilgilerin verilere dayanmasını ve objektif değerlendirmeye tabi tutulabilmesini, özellikle ürün ve etkileriyle ilgili iddialarda bulunması durumunda söz konusu iddiaların desteklenmesini gerekli kılmaktadır. Birçok izleyici memnun kalmadan ayrılrsa dahi bir film için en iyi film, en komik film gibi sübjektif nitelendirmelerde bulunması kural olarak madde düzenleme kapsamında değerlendirilmemektedir⁴¹.

Madde kötülemede olduğu gibi “yanlış veya aldatıcı” bilgileri kapsamına almaktadır. Bu nedenle destekleme faaliyetinin mutlaka övme suretiyle veya üstünlük belirtici şekilde yapılması gerekmekte, gerçeğe aykırı şekilde bir firma ile bağlantılı (şubesi veya acentesi gibi) bulunduğu veya bir faaliyetin sponsoru olduğu⁴² şeklinde oluşan kanaatin desteklenmesi veya bir dezavantajın gizlenmesi de destekleme olarak değerlendirilmektedir⁴³. Örneğin bilimsel araştırma sonuçlarının doğru şekilde verilmesine rağmen bir kısmının yanlış değerlendirmelere yol açacak şekilde sunulması aldatıcı bilgi teşkil etmektedir⁴⁴. Yargıtay, ürünün birinci olarak nitelenmesinin alanında en iyi olduğu izlenimi uyandıracığı ve diğer ürünleri ikinci konuma iteceği için ürünün birinci olarak nitelenmesinin m 57/3 gereğince aldatıcı, nitelikte olduğuna karar vermiştir⁴⁵.

⁴⁰ Howells, Micklitz., Wilhelmsson, a.g.e., s. 137.

⁴¹ Howells, Micklitz., Wilhelmsson, a.g.e., s. 128.

⁴² Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 08/04/1997 T, 1997/684 E, 1997/2611 K; Yargıtay 7. Ceza Dairesi 09/04/1992 T, 1992/883 E, 1992 / 2347 K Bakınız hukuktürk.

⁴³ HGK 07/11/2007 T, 2007/11-839 E, 2007/825 K; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 02/05/2006 T, 2005/2636 E, 2006/5025 K Bakınız hukuktürk.

⁴⁴ Arkan, Ticari İşletme, a.g.e., s. 308.

⁴⁵ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 22/12/1992 T, 1991/4992 E 1992/11613 K Bakınız hukuktürk.

Aldatıcılık ortalama tüketici açısından değerlendirilmekte ve ortalama tüketicinin, ayrıca makul bir şekilde iyi bilgilendirilmesi veya en azından vasat olarak bilgilendirilmesi⁴⁶ yanında makul seviyede dikkatli davranma yükümlülüğü de göz önünde bulundurulmaktadır. AAD doğal ibaresine yer verilen bir reçelin içinde pektin⁴⁷ kullanılmasını aldatıcılık açısından değerlendirmiş ve ürün kompozisyonuna bağlı satın alma kararı veren ortalama tüketicinin ilkönce ürünün hammadde listesini okuyacağına ve jelleştirme aracı olarak pektin kullanılabileceğine ve pektin kullanıldığının malzeme listesinde belirtildiğine işaret ederek ortalama tüketicinin ürünü basitçe niteleyen “naturally pure” terimiyle aldatılmadığı sonucuna ulaşmıştır⁴⁸. Diğer taraftan ise, tüketici şekillenmemiş bir fikre sahip olarak kabul edilmekle birlikte ürün veya hizmetle ilgili bilgisinin gerekçelendirilmesi gerekmemektedir.

Bir uygulamanın aldatıcı olarak kabul edilebilmesi için aldatmanın tüketicinin karar almasında etkili hususlarda olması gerekmektedir. 6102 sayılı TTK’de söz konusu husus, kendisi, ticarî işletmesi, işletme işaretleri, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları, stokları, satış kampanyalarının biçimi ve iş ilişkileri şeklinde ifade edilmektedir. Yönerge m 6/1’de ise önemli hususlar, ürünün varlığı ve doğası, tacirin taahhütlerinin kapsamı, fiyatla ilgili hususlar, şahsi hususlar, tüketici hakları ve diğer aldatıcı uygulamalar şeklinde ifade edilmektedir.

Ürünün varlığı ve doğası veya TTK düzenlemesi açısından malları ve iş ürünleri ilgili yanlış veya aldatıcı bilgi verilmesi kapsamında (ürünün) elde edilebilmesi, fayda ve mahsurları, işlevi, oluşumu, aksesuarı, satış sonrası müşteri hizmeti (şikâyet ve yardım), üretim metodu ve tarihi, dağıtım, amaca

⁴⁶ August Storck KG v. Office for Harmonization in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM), 10/11/2004, Dava T-402/02; Mag Instruments Inc. v. Office for Harmonization in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM), 7/10/2004, C-136/02, ECR, 2004, I-9165; 16/3/2004, case C-136/02. Incardona, Poncibo, a.g.m., 24.

⁴⁷ Pektin olun meyvelerde bulunan beyaz, amorf, siltüli hidrokarbondur ve koyulaştırıcı özelliği dolayısıyla meyve peltelerinde, güzellik müstazaratında kullanılmaktadır. Hamit Atalay, **İngilizce Türkçe Sözlük**, Türk Dil Kurumu Yayınları, s. 2531.

⁴⁸ Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Ko’ In v. Adolf Darbo AG 4/4/2000, Dava C-465/98, ECR, 2000, I-2297, § 22. Incardona, Poncibo, a.g.m., 24.

uygunluk, kullanım miktarı, coğrafi veya ticari kaynağı, kullanımından beklenen sonuç, ürünün üzerindeki test ve kontrollerin önemli sonuçları gibi ürünün temel vasıfları ile ilgili olarak verilen yanlış veya aldatıcı bilgiler değerlendirilmektedir(Yönerge m 6).

Tacirin taahhütlerinin kapsamı kapsamında taciri ticari uygulamaya yönelten saik, tacirin veya ürünün doğrudan veya dolaylı olarak onaylandığına veya kefil olunduğuna dair herhangi bir ifade veya sembol kullanılması değerlendirilmektedir. Fiyatla ilgili hususlar kapsamında özellikle, fiyat, fiyat hesap usulü veya özel fiyat avantajının varlığı değerlendirilmektedir. Düzenlemede yer alan şahsi hususlar kapsamında gerçek veya tüzel kişi tacirin veya acentesinin; kimliği ve varlığı, statüsü, niteliği, onaylanma, bağlantıları veya ilişkileri, endüstriyel, ticari veya fikri mülkiyet hakları veya ödül ve farkları gibi doğası, nitelikleri ve hakları ile ilgili hususlar değerlendirilmektedir. Tüketicinin, tüketici hakları kapsamında aldatılmasının da haksız rekabet teşkil ettiği kabul edilmektedir. Ayrıca Yönerge m 6/2'de diğer aldatıcı uygulamalar kapsamında rakip ayırt edici işaretleriyle karıştırılmaya neden olacak karşılaştırmalı reklamlara yönelik uygulamalar ve kesin ve kanıtlanabilir olmakla birlikte amaçsal olmayan yükümlülüklerle yer verilmesi, tacirin bağlı olduğu davranış kuralına uymamasına yönelik düzenlemeler içeren uygulamalar aldatıcı olarak kabul edilmektedir. Düzenlemede yer alan yasak olmayan taklit üretimle ilgili düzenleme önem arz etmekte (m 6/2/a) ve düzenleme yalnızca taklit üretimi değil ürünlerin bir ürünün takliti olarak pazarlanmasını da kapsamına almaktadır⁴⁹. Ayrıca PS'de (mükerrer m 10/3/2) miktar da esaslı unsur olarak belirtilmektedir. Bu nedenle çayın 1 veya ½ KG olarak paketlenmesinin teamül olmasına rağmen 850 gr olarak paketlenmesinde olduğu gibi miktar itibarıyla yanıltıcı ticari uygulamalar da aldatıcı kabul edilmelidir.

⁴⁹ Howells, Micklitz., Wilhelmsson, a.g.e., s. 145. Bakınız Bölüm I- 1.1.3.10

TTK'de özel olarak düzenlenmeyen aldatıcı reklamlar ve karşılaştırmalı reklamlar da söz konusu bent kapsamında değerlendirilmektedir⁵⁰. Ancak karşılaştırmalı reklamlar 6102 sayılı TTK m 55/1/a/5 kapsamında düzenlendiği için ilgili bölümde incelenmiştir⁵¹.

1.3.1. Aldatıcı Reklamlar ve Belirleme Kıstasları

TKHK m 16/III, Basın İlan Kanunu Teşkiline Dair Kanun m 40/2; Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun m 3/u; Radyo ve Televizyon Yayınlarının Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik⁵² m 4, 8 Türk Hukukundaki reklamlara ilişkin özel düzenlemeleri oluşturmaktadır.

TKHK m 16'da karşılaştırmalı reklamların şartları ve kamu sağlığı ve güvenliğini ilgilendiren düzenlemeler yanında aldatıcı⁵³, saldırgan⁵⁴ ve örtülü reklamların yapılamayacağı düzenlenmektedir. Ayrıca TTK, Alman ve İsviçre UWG'lerinde olduğu gibi, reklamlara ilişkin özel bir uygulama örneği veya haksız rekabet hali içermemekle birlikte 6762 Sayılı TTK'nin 57. maddesinin ilk 5 bendi reklamlara direkt uygulanabilir⁵⁵ nitelikte düzenlemeler içermektedir.

84/450/AET Yönergesinin 6 numaralı başlangıç kısmına ve MTO tarafından yayınlanan uluslararası reklam uygulama esaslarına göre reklam, yapıldığı mecraaya⁵⁶, nihai tüketicilere veya sınai tüketicilere yönelik olup

⁵⁰ Örs, a.g.e., s. 38. Poroy, Yasaman, a.g.e., 225. Arkan, Ticari İşletme, a.g.e., s. 308. Göle, a.g.e., s. 85.

⁵¹ Bakınız Bölüm III, 2.1.1.

⁵² RG t 17/04/2003 S. 25082.

⁵³ Düzenlemede "aldatıcı, yanıltıcı veya tecrübe ve bilgi noksanlıklarını istismar edici" reklamlar ifadesi ile yer almaktadır.

⁵⁴ Düzenlemede "hastaları, yaşlıları, çocukları ve özürülleri istismar edici reklam" ifadesi ile yer almaktadır.

⁵⁵ Sabih Arkan, "Avrupa topluluğunda karşılaştırmalı reklamlar" **BATİDER**, 2001, c. 21, sa. 1, s. 21-43. s. 21.

⁵⁶ Hayrunisa Özdemir "Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması" **Ankara üniversitesi Hukuk fakültesi Dergisi**, C. 53, S. 3, s. 61-90, s. 66, 67. Bu nedenle Türk Hukukunda bazı düzenlemelerde reklamların bir vasıta ile yapılma ve birden fazla kişiye, umuma karşı yapılma şartı aranmıştır; Fülürya Yusufoglu, "Türk ve İsviçre Hukuklarında Karşılaştırmalı Reklamlar" **İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku'nun Türk Ticaret Hukuku'na Etkileri, İstanbul, Vedat Kitapçılık**, 2008, s. 125 kısaltması: karşılaştırmalı reklam; Bozbel, a.g.e., s. 168.

olmadığına⁵⁷ veya umuma hitap etmesine veya yüz yüze yapılmasına bakılmaksızın⁵⁸ ambalaj, etiket ve satış noktası malzemeleri üzerindeki reklam mesajları da dahil olmak üzere, belirli bir mal, hizmet veya işletmeye olan rağbeti artırmak ve mal ve hizmetlerin, bir düşüncenin tanıtımını yapmak suretiyle⁵⁹ tüketicileri cezp etme ve ticaret yapma amacıyla⁶⁰ her hangi bir şekilde yapılan tanıtımı ifade etmektedir⁶¹. Bu nedenle sosyal, kültürel ve dini reklamlar⁶² ve bağımsız kuruluşlarca hazırlanan karşılaştırmalı test raporları⁶³ mal ve hizmetlerin satışını artırmayı amaçlamadıkları için ticari reklam kapsamında değerlendirilmemektedir.

Reklamlar, malın menşei, özellikleri, üreticisinin nitelikleri ve benzeri konularda aldatıcı hususların kullanılmasına en uygun pazarlama aracıdır. Aldatıcı reklamların haksız rekabet teşkil edeceği açık olmakla birlikte aldatıcılığın saptanması önem arz etmektedir.

⁵⁷ Göle, a.g.e., s. 37.

⁵⁸ Bu nedenle yüz yüze yapılan satış görüşmeleri, telefon, faks ve e posta reklamları da reklam kapsamında değerlendirilmektedir. Bozbel, a.g.e., s. 31. Sanayi ve ticaret bakanlığı tarafından çıkarılan ticari reklam ve ilanlara ilişkin ilkeler ve uygulama esaslarına ilişkin tebliğ'in kapsam başlıklı 2. maddesi benzer bir şekilde tüketiciye ulaştırılan tek tek tüketicilere yönelik yazılı ve sözlü tanıtımları da yani vasitasız mecraları kapsamına alarak (vasitasız reklamlar) reklam kurumunun denetimine almaktadır. İnan, İlişki, a.g.m., s. 12. H. Özdemir, a.g.m., s. 67. reklamın bir mecra vasıtasıyla ve kamuoyuna yapılması bu nedenle yüz yüze satış görüşmelerinin reklam kapsamında değerlendirilemeyeceğiyle ilgili olarak bakınız Göle, a.g.e., s. 35,36,37. Kitleye değil Belirli muhtemel alıcılara hitap eden faaliyetler reklam sayılmayacağı Reklamın kitleye hitap etmesi gerektiği (kişisel olmaması gereği) Çatağlı, age, s, 16 Kitleye hitap etmeyi rekalmın unsuru sayılması onun belirli mecralarla yapılmasını gerekli kılmaktadır. Çatoğu, age, s, 17

⁵⁹ Reklam, söz konusu mala veya hizmete ilişkin bilgiler vermek şeklinde olabileceği gibi; malı veya hizmeti üreten, dağıtan, satan şahsa veya reklam verenin yaymak istediği ticari bir fikre (cam şişe sağlıklıdır), ya da rakibinin olumsuzluklarına ilişkin bilgiler vermek şeklinde de olabilir. H. Özdemir, a.g.m., s. 68. Göle, a.g.e., s. 38.

⁶⁰ H. Özdemir, a.g.m., s. 68. Göle, a.g.e., s. 39.

⁶¹ Göle, a.g.e., s. 38,39. Emrehan İnal, **Reklam Hukuku ve Aldatıcı Reklamlar**, İstanbul, Beta, 2000, s. 125. Fülürya Yusufoglu, "Türk ve İsviçre Hukuklarında Karşılaştırmalı Reklamlar" **İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku'nun Türk Ticaret Hukuku'na Etkileri**, İsanbul, Vedat Kitapçılık, 2008. s. 115. Kısaltması: Karşılaştırmalı Reklam. H. Özdemir, a.g.m., s. 66. Bozbel, a.g.e., s. 28-31. Türk Hukukunda reklamın genel bir tanımını verilmemekte çeşitli düzenlemelerde ilgili oldukları mevzuat açısından reklamın kapsamını belirleyen tanımlara yer verilmektedir. Bu nedenle reklamlar kitle iletişim araçlarıyla yayınlanma veya yayımı için bedel ödemesi veya bir vasıtayla yayımlanmasına ilişkin söz konusu şartı ilgili mevzuat açısından değerlendirmek gerekmektedir. İnal, a.g.e., s. 125. Yusufoglu, Karşılaştırmalı Reklam, a.g.m., s. 115. H. Özdemir, a.g.m., s. 66.

⁶² Bozbel, a.g.e., s. 168.

⁶³ Göle, a.g.e., s. 59.

1.3.1.1. Aldatıcı Reklamın Tanımı

Aldatıcı ve karşılaştırmalı reklamlara ilişkin AB yönergesi aldatıcı reklamları, sunumu da dahil olmak üzere herhangi bir şekilde yöneltildiği veya ulaştığı kişileri aldatan veya aldanması muhtemel olan ve bu nedenle onların iktisadi davranışını etkileyen ve rakibe zarar veren veya zarar vermesi muhtemel reklamlar şeklinde tanımlamaktadır⁶⁴. Bir reklamın lafzı, yazılı ifadesi veya görüntüsü doğru olsa hatta doğruluğu objektif olarak kanıtlanırsa dahi tüketicilerin reklamdaki mal ve hizmetler konusunda yanlış kanaat edinmelerine neden olan reklamlar aldatıcı kabul edilmektedir⁶⁵.

1.3.1.2. Aldatıcı Reklamı Belirlemede Kıstaslar

Tanım hükmünden de anlaşılacağı üzere aldatıcılığın söz konusu olması için reklamın bir bütün olarak ele alınması, yanlış veya aldatıcı bilgi içermesi, söz konusu aldatmanın ciddi olması ve ortalama tüketicinin karar alma kabiliyetini etkilemesi gerekmektedir.

1.3.1.2.1. Reklamın Bütün Olarak Ele Alınması

Tüm aldatıcı ticari uygulamaların belirlenmesinde olduğu gibi reklamın aldatıcılığı belirlenirken de yalnızca ifade ettiği vaatlerin değil, sunuluş şekli, renk ve resimlerin kullanılması gibi görsel öğeleri, ses özellikleri gibi sözlü veya yazılı olmayan yönleri dahil tümünün oluşturduğu izlenimin bir bütün olarak ele alınması gerekmektedir⁶⁶. Reklamdaki ifadeler veya iddialar objektif olarak doğru olsa dahi reklamın tümünün oluşturduğu izlenim aldatıcı ise reklam yine aldatıcı kabul edilmektedir⁶⁷. Ayrıca reklam mesajlarının tüketici tarafından genelde yüzeysel olarak değerlendirildiği gerçeğinin de göz önünde tutulması gerekmektedir⁶⁸.

⁶⁴ Emrehan İnal, Başak Baysal, Reklam Hukuku ve Uygulaması, İstanbul, XII Levha, 2008, s. 23.

⁶⁵ Göle, a.g.e., s. 67,68.

⁶⁶ Göle, a.g.e., s. 60. H. Özdemir, a.g.m., s. 74.

⁶⁷ H. Özdemir, a.g.m., s. 73.

⁶⁸ Alev Ediboğlu, "Tüketicinin Korunması Açısından Aldatıcı Reklamlar" Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2001, s. 58-59.

1.3.1.2.2. Yanlış veya Aldatıcı Olmaması

Reklamlarda aldaticılık, reklamda yer alan bilgilerin gerçeğe aykırı olması şeklinde ortaya çıkabileceği gibi bazı hususlarda susulması, bilginin eksik veya kısmi olarak verilmesi, üründe doğası gereği olan özelliklerinin yeniymiş gibi lanse edilmesi gibi bilginin verilmiş tarzı veya reklamın bütünü itibarıyla objektif değerlendirmeye tabi tutulduğunda gerçeğe uygun olmaması şeklinde de ortaya çıkabilmektedir⁶⁹.

Reklamdaki görüntü veya beyanın tüketicilerin satın alma kararını etkileyecek noktalarda yanlış bilgi içerdiğinin objektif ölçülere göre kanıtlanabildiği durumlarda aldaticılık söz konusu olmaktadır⁷⁰. Tüketicilerin aldatıldığı veya aldatılma ihtimali bulunduğu ölçüde aldaticı reklamlar da haksız rekabet olarak kabul edilmektedir⁷¹.

Reklamın lafzı, yazılı ifadeler ve görüntüsü yanında tüketiciler tarafından nasıl algılandığı da önem arz etmektedir⁷². Reklamda yer alan ifadelerin ve reklamın görsel öğelerinin reklamlar ve vaatle ilişkili olması ve reklamın vaadi desteklemesi gerekmektedir⁷³. Söz konusu ilişkinin bulunmaması durumunda reklam yine aldaticı kabul edilmektedir.

Aldaticılık, olumsuz özelliklerin belirli bir ürünün ayırt edici özelliği olarak vurgulanması⁷⁴, ürüne ait genel özelliklerin söz konusu ürüne özgü özellikler olarak sunulması⁷⁵ şeklinde ortaya çıkabilmektedir. Reklam

⁶⁹ İnal, Baysal, a.g.e., s. 25. RY m 12’de yer alan tanıklı reklamların, gerçek olmayan ve tanıklığına başvuru kişisinin tecrübesine dayanmayan hiçbir tanıklık yada onay ifadesine yer veremeyeceği veya atıfta bulunamayacağı; geçerliliğini yitiren veya başka nedenlerle uygulanamaz duruma gelen tanıklık yada onay ifadelerinin kullanılmayacağına ilişkin hükmü aldaticı reklamlara ilişkin özel bir düzenleme teşkil etmektedir.

⁷⁰ Göle, a.g.e., s. 67.

⁷¹ Göle, a.g.e., s. 60.

⁷² Göle, a.g.e., s. 62. Edgü, a.g.e., s. 149.

⁷³ Reklamında tavuk gıdıklamasına yer veren unlu besinler imalatçısının yumurta yerine yumurta unu kullanması sunulan malın vaadi desteklememesi olarak nitelenmektedir. Yine otomobil boyasını sığağa veya soğuğa karşı koruyan cila reklamında araba üzerinde benzin yakılması ancak beş saniyeden kısa süren yanmanın zaten boyaya zarar vermeyecek nitelikte olması görsel öğeyle vaadin bağdaşmamasına neden olmaktadır. Göle, a.g.e., s. 68, 69.

⁷⁴ Ahmet Türk, Yayın Yoluyla Haksız Rekabet **BATIDER**, Ankara 2000, C XX S, 4, s. 237-242, s. 240. Kısaltması: Haksız Rekabet

⁷⁵ Türk, Haksız Rekabet, a.g.m., s. 239.

yönetmeliği m 7/a'da reklamların, tüketicinin güvenini kötüye kullanacak yada onun tecrübe ve bilgi eksikliklerini istismar edecek biçimde yapılmasının haksız rekabet teşkil edeceği düzenlenmektedir. Bu nedenle reklamların tüketiciler için önemli sayılacak bilgileri yeterince içermemesi (Yönerge m 3/II)⁷⁶, reklamlarda önemsiz noktalar üzerinde çok önemliymiş gibi durulması⁷⁷, anlam karışıklığına yol açarak veya abartılı iddiaların ileri sürülmesi suretiyle yanlış izlenimler oluşturulması (RY m 7/c) veya önemli noktaların gizlenmesi⁷⁸ aldatıcılığa sebebiyet vermektedir. Ayrıca reklamda birden fazla anlama gelebilecek ifade kullanılması ve söz konusu ifadelerden bir tanesinin aldatıcı nitelik taşıması durumunda söz konusu anlamın tüketiciler tarafından esas anlam olarak göz önüne alınması durumunda reklam yine aldatıcı kabul edilmektedir⁷⁹. Yargıtay, reklamda yer alan “korsan likit gaz” ibaresinin tüketicinin ikazı dışında bir anlam taşıdığına ve davacı likit gaz markasını çağrıştırdığını ifade ederek haksız rekabetin varlığına karar vermiştir⁸⁰. Belirsiz kelimelerin veya teknik terimlerin kullanılması, bilimsel araştırma sonuçlarının çarpıtılması nedeniyle tüketicileri yanlış anlamalara sevk etmesi durumunda da aldatıcı reklam söz konusu olmaktadır⁸¹.

⁷⁶ İnal, Baysal, a.g.e., s. 25. Göle, a.g.e., s. 69. Kredi sözleşmesine ilişkin özel bir düzenleme yer almaktadır. Söz konusu düzenlemeye göre yönetmeliğin 7/f bendinde ise “kredi hizmetlerine, ilişkin reklamlarda kredinin türü ve vadesi, istenen teminatlar yada aranan diğer özellikler ve geri ödeme koşulları hususlarında tüketiciyi yanıltabilecek ifadelerle yer verilmesi, Reklamlarda kredinin faiz oranına yer verilmesi durumunda; noter masrafları hariç olmak üzere, sözleşmesel faiz, vergi ve varsa sigorta primi tutarları, kredi sözleşmesine ilişkin yardımcı hizmet giderleri ve değişik isimler altında alınan her türlü masraflar dahil, tüketicinin ödemesi gereken toplam maliyetin aylık ve yıllık yüzde değeri olarak açık ve anlaşılır bir biçimde belirtilmesi zorunlu”luğunu düzenlenmekte belirtilen husuların reklamda yer almamasının reklamı aldatıcı hale getirecektir.

⁷⁷ Göle, a.g.e., s. 70.

⁷⁸ RY m 5/e'de reklamlardaki ana vadin istisnası niteliğindeki ifade ve/veya görüntülerin; Yazılı mecralarda, okunabilir büyüklükte yazılarak,(1) Görsel mecralarda, yalnızca sözle ve/veya okunabilirliğini sağlamak şartıyla yazılı olarak, (2) Sözlü mecralarda, anlaşılabilir biçimde okunarak belirtilmesinin zorunlu(3)” olduğu belirtilmektedir.

⁷⁹ Göle, a.g.e., s. 71.

⁸⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 20/04/194 T, 1993/11-965 E, 1994/252 K. Teoman, a.g.e., s. 157.

⁸¹ Göle, a.g.e., s. 72. Ayrıca RY m 7/g'de Reklamlar, araştırma sonuçlarını veya teknik bilimsel yayınlardan yapılan alıntılarını çarpıtamaz. İstatistikler gerçekte olduklarından farklı sonuçlar doğuracak biçimde sunulamaz. Bilimsel terimler yanıltıcı biçimde kullanılamaz. Reklamlarda, yer alan iddiaları, gerçekte sahip olmadıkları bir bilimsel temele sahipmiş gibi göstermek üzere bilimsel terminoloji ve yersiz bilimsel ifadeler kullanamayacakları düzenlenmektedir.

1.3.1.2.3. Tüketicinin Aldanma İhtimalinin Bulunması

Aldatıcılık, ortalama tüketici ve zayıf tüketici⁸² kıstas alınarak ve ortalama tüketicinin satın alma kararını etkileyen noktalarda aldatma ihtimaline göre değerlendirilmektedir⁸³. Buna mukabil yanlış olduğu herkesçe anlaşılabilir nitelikteki reklam abartılarında olduğu gibi bazen reklamdaki yanlış bilgi aldatıcı olarak nitelenmeyebilmektedir⁸⁴.

1.3.1.2.4. Aldatmanın Önemli Hususlarda Olması

Yanlış veya aldatıcılığın reklam değerlendirmeye tabi tutularak belirlenmesi, tüketicinin satın alma kararını etkileyebilecek nitelikte olması, tüketicinin aksi takdirde almayacağı işlemsel kararı almasına sebep olması yani esaslı ve önemli noktalarda yapılması gerekmektedir⁸⁵. Hangi hususlarda yanıltmanın aldatıcı sayılacağı yönerge m 6/l'de düzenlendiği gibi RY m 7/c'de fiyatla ilgili nitelikler, işletmenin büyüklüğü, donanımı ve eskiliği, malların fonksiyonuna ilişkin nitelikler olarak "özellikle" ifadesinden de anlaşılacağı üzere örnekseme yoluyla sayılmaktadır.

1.4. MÜSTESNA KABİLİYETTE OLDUĞU ZANNI UYANDIRMA VE HAKKI OLMAYAN AD VE UNVAN KULLANMA

6762 Sayılı TTK m 57/IV. bendinde "Paye, şahadetname veya mükafat almadığı halde bunlara sahipmişçesine hareket ederek müstesna kabiliyete

⁸² RY m 18'de zayıf tüketicinin korunması ilkesine yönelik bir düzenleme yer almaktadır. Söz konusu düzenlemeye göre "çocuklara veya reşit olmayanlara yönelik veya onları etkileme olasılığı bulunan reklamlar ile içinde çocukların veya reşit olmayan gençlerin kullanıldığı reklamlar; a) saflıklarını, bilgi eksikliklerini ve tecrübesizliklerini istismar edemez. c) bir mala veya hizmete sahip olmalarının yada kullanmalarının veya yararlanmalarının tek başına yaşlılarına göre fiziksel, sosyal ve psikolojik bir avantaj sağlayacağını veya bu mala veya hizmete sahip olmamanın veya yararlanmamanın aksi yönde bir sonuç yaratacağını ileri sürecek mesajlar içeremez. f) malı veya hizmeti kullanmanın veya yararlanmanın gerektirdiği beceriyi, olması gerekenden az gösteremez. i) reklamı yapılan malın gerçek boyutları, değeri, özellikleri, dayanıklılığı ve performansı hakkında aldanmalarına neden olabilecek ifade veya görsel sunumlar içermemek; malın kullanımının ek malzeme gerektirmesi halinde ya da gösterilen veya tarif edilen sonucu alabilmek için başka malzemelere gerek duyulması halinde ise, bu durumun açıkça belirtilmesine ilişkin hususları içermek zorundadır. j) mal veya hizmetlerin satış veya kiralanmaları için sözleşme yapmalarını ima edecek ifadelerle yer veremez. m) ana-babanın çocuklarına yönelik sevgi, şefkat, bağlılık gibi hassasiyetleri istismar edemez"

⁸³ İnal, Baysal, a.g.e., s. 25. H. Özdemir, a.g.m., s. 75.

⁸⁴ Göle, a.g.e., s. 63,64.

⁸⁵ H. Özdemir, a.g.m., s. 72. İnal, Baysal, a.g.e., s. 28. Buket Çatoğlu, "Türk Ticaret Kanunu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Reklamlar" Yayınlanmamış yüksek lisans buket Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2003, s.154.

malik bulunduğu zannını uyandırmaya çalışmak veya buna müsait olan yanlış unvan yahut mesleki adlar kullanma”nın haksız rekabet teşkil edeceği düzenlenmektedir. Söz konusu düzenleme 6102 Sayılı TTK m 55/a/3. alt bendi hükmüne karşılık gelmektedir. Söz konusu düzenleme; “Paye, diploma veya ödül almadığı hâlde bunlara sahipmişçesine hareket ederek müstesna yeteneğe malik bulunduğu zannını uyandırmaya çalışmak veya buna elverişli doğru olmayan meslek adları ve sembolleri kullanma” şeklinde kaleme alınmıştır. Bir diyetisyenin doktor ünvanı kullanması, söz konusu uygulamaya örnek olarak verilmektedir. Yanlış veya doğru olmayan adlar aldaticılığı da içermektedir. Bu nedenle hukuk doktoru bir kişinin şurup reklamında hukuk doktoru olduğunu belirtmeksizin doktor ünvanı kullanması bent kapsamında haksız rekabet teşkil etmektedir⁸⁶. Ancak tüm haksız rekabet hallerinde olduğu gibi söz konusu uygulamalarında ciddi ve etkili (tüketicinin kararını etkileyebilecek nitelikte) olması gerekmektedir. Bu nedenle bir kokoreççinin kokoreç profesörü ünvanı kullanması, kamoyu gerçek dışı olduğunu bildiği için bent kapsamında haksız rekabet olarak kabul edilmemelidir⁸⁷.

1.5. İLTİBAS (KARIŞTIRILMA)

TTK m 57/V. Bent hükmü “Başkasının emtiası, iş mahsulleri, faaliyeti veya ticaret işletmesiyle iltibaslar meydana getirmeye çalışmak⁸⁸ veya buna müsait bulunan tedbirlere başvurmak, hususiyle başkasının haklı olarak kullandığı ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtmaya vasıtalarıyla iltibasa meydan verebilecek surette, ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtmaya vasıtaları kullanmak veyahut iltibasa meydan veren malları, durumu bilerek veya bilmeyerek, satışa arz etmek veya şahsi ihtiyaçtan başka her ne sebeple olursa olsun elinde bulundurma”nın haksız rekabet teşkil edeceğini düzenlemektedir. Söz

⁸⁶ İlhami Güneş, **Uygulamada Fikri Mülkiyet Hakları Ve Haksız Rekabet Davaları**, Ankara Sekin 2009, s. 144.

⁸⁷ Teoman, a.g.e., s. 164.

⁸⁸ Boztosun emtia, iş mahsulleri, faaliyet veya ticaret işletmesi açısından subjektif olarak iltibaslar meydana getirmeye çalışma iradesinin saptanması gerektiğini diğer hallerde ise objektif olarak kullanımın iltibasa meydan verebilecek surette olup olmadığının belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedir. Boztosun a.g.m., s. 19. Ancak düzenlemenin devamında yer alan “veya buna müsait tedbirlere başvurmak” ifadesinin düzenlemeyi belirtilen şekilde yorumlamaya engel olduğu belirtilebilir.

konusu düzenlemede haksız rekabetin en çok karşılaşılan şekli olan iltibas ve iltibasa konu malların satışa arz edilmesi veya şahsi ihtiyaçtan başka amaçla elde bulundurulması olmak üzere iki farklı haksız rekabet hali⁸⁹ düzenlenmektedir. Söz konusu düzenleme 6102 Sayılı TTK m 55/IV. bendine karşılık gelmektedir. 6102 Sayılı TTK “Başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almak” şeklinde düzenlenmekte ve iltibas terimi yerine karıştırılma terimi kullanılmaktadır. 6762 sayılı TTK düzenlemesinde yer alan “ad, unvan, marka, işaret gibi tanıma vasıtaları” cümle parçacığına kümülatif uygulama ilkesi gereği gereksiz görülmesi nedeniyle ve yorum güçlüklerine yol açmamak amacıyla yer verilmemiştir. Bu nedenle söz konusu düzenlemeler özdeştir⁹⁰. Ayrıca 6102 sayılı TTK’de söz konusu malları ticari amaçla elinde bulundurmaya bir haksız rekabet hali olarak kabul eden düzenlenmeye de yer verilmemektedir. Türk Hukukunda iltibas ayrıca RY m 15/a’da “bir başka firma, kurum ya da kuruluşun adı veya amblem, logo ve diğer özgün kurumsal kimlik unsurları, tüketicinin aldanmasına yol açacak şekilde kullanılamaz” ve 15/ b’de “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 yararlanılamaz” hükümlerine yer verilerek reklamlar açısından düzenlenmektedir.

İltibas, başkalarının iş emtiası, iş mahsulleri, faaliyeti veya ticari işletmesi, ticaret markaları, ticaret levhaları, ürünler hatta düzenleme sanatı dahil pek çok tanıma vasıtası arasında gerçekleştirilebilmektedir⁹¹. Düzenlemede yer alan haklı kullanma, kavramının ise kullanılan işaretin

⁸⁹ Erem, a.g.e., s. 205-207.

⁹⁰ 6102 Sayılı TTK m 55/I/a/IV Gerekçesi

⁹¹ Tanınmış bir sanatçının imalat atölyesinde gelen müşterilerin saçlarından oluşmuş bir koleksiyonu bulunan bu koleksiyonun kendi yaratıcılığında doğduğunu ve dünya yayın organlarında ele alındığını ve Guines Rekorlar Kitabına girdiğini, sırf müvekkilinin bu yaratıcılığın istifade etmek isteyen ve davacıların işyeri ile bitişik yerde aynı alanda faaliyet gösteren davalıların saç koleksiyonu işini aynen taklit edip, iş yeri giriş levhalarını dahi aynı hale getirdiklerini, özgün ve orijinal, enstalasyon (düzenleme) sanatına dönüşmüş fikir eseri olduğu davalıların davacı işyerindeki saç koleksiyonu (müzesi) ile ilgili olmak üzere haksız rekabetlerinin önlenmesine karar verilmiştir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 24/01/2002 T, 2001/8414 E, 2002/450 K Bakınız hukuktürk.

tescil edilmiş olmasını değil, ilk olarak kullanılmasını ifade ettiği kabul edilmektedir⁹².

Emtia, iş mahsulleri ve faaliyet, kötöleme kavramında olduğu gibi fiziksel mamul olarak değil ürün olarak nitelendirilmelidir. Yargıtay da başkalarının mamulünün paket ebadının şekli, dizaynı ve renginde ortalama tüketiciyi aldatacak nitelikte ayniyat veya aldatici mahiyette benzerliğin bulunması⁹³, markalar farklı olsa ve emtialar arasında benzerlik yada iltibas bulunmasa bile, emtianın içinde sunulduğu şişenin davacının ürettiği şişeye benzer olmasının⁹⁴ veya marka olarak tescil edilmemiş ambalaj açısından benzerinin kullanılmasının iltibasa neden olduğu yönünde karar vererek⁹⁵ söz konusu hükümle mamulün tüm unsurlarını taşıyan ürün kavramının korunacağına vurgu yapmaktadır. Ancak söz konusu düzenleme iltibas, dış benzerlik; şekil (tanıtım, takdim-görsellik) ve söyleyiş bağlamında düzenlenmektedir⁹⁶. Şeklin korunması; takdim, şekil, tasarım ve donanım koruması kapsamındadır. İç benzerlikten doğan karıştırılma (meselâ elektrik devrenin veya yarı iletken topografyasının benzerliği) ürün kavramının ve hükmün kapsamı dışında ele alınmaktadır⁹⁷.

İş mahsulleri ile emtiada iltibas arasında nitelik bakımından fark olmamakla ve iltibas aynı şartlarda meydana gelmekle birlikte iş mahsulleri tacirin bizzat ürettiği mal ve hizmetleri ifade etmek için kullanılmaktadır⁹⁸. İş mahsullerinde gerçekleştirilen iltibas FİSEK'in 83-84 maddelerinde özel olarak düzenlenmektedir. Söz konusu düzenlemede iltibas, iş mahsullerinin nitelikleri teker teker belirtilerek "üretilen malların şeklinden, ambalajından

⁹² Bu konuda HGK 14.5.1982 79/11-874E, 83/507 K. İmregün, a.g.e., s. 83.

⁹³ HGK 14/10/1992 T, 1992/11-445 E, 1992/573 K; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 20/04/1998 T, 1998/1250 E, 1998/2519 K; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 07/02/2005 T, 2004/3921 E, 2005/833 K Bakınız hukuktürk.

⁹⁴ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 26/10/1993 T, 1992/7459 E, 1993/6859 K Bakınız hukuktürk.

⁹⁵ Davasına konu ettiği ürünlerini ambalaj olarak adına tescil ettirmediğine ve böyle bir tescil belgesine dayanmadığına göre mahkemece TTK'nin 56 vd. maddeleri uyarınca işin esasının incelenerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir. Yargıtay 11.HD 13/03/2006 T, 2005/2829 E, 2006/2528K Bakınız hukuktürk.

⁹⁶ Arkan, Ticari İşletme, a.g.e., s. 311. 6102 Sayılı TTK m 55/a/4 Gerekeçesi

⁹⁷ 6102 Sayılı TTK m 55/a/4 Gerekeçesi

⁹⁸ Mimaroglu, a.g.e., s. 307.

renk ve kompozisyonundan yararlanılarak bunun aynısını veya benzerini kullanmak suretiyle başkasının emeğinden haksız yere yararlanma” şeklinde ifade edilmektedir. Ticari faaliyet ise tacirin müşteri çekmek amacıyla yaptığı faaliyetlerin tümünü ve tacirin ticari teşebbüs ve buluş kabiliyetini ifade etmektedir⁹⁹ Tanıma vasıtaları markalar, ticaret unvanı, işletme adı ve benzeri adlarda gerçekleştirilebilir.

İltibas yalnızca aynı tanıma vasıtaları arasında değil ticaret unvanı, marka, ilan ve reklam gibi farklı vasıtalar arasında da meydana getirilebilmektedir¹⁰⁰. Türk Doktrininde haklı olarak kullanmanın tescille değil ilk olarak kullanma ile ortaya çıktığı kabul edilmekle birlikte¹⁰¹; Türk Uygulamasında, Alman Hukukundan farklı olarak hakka dayanan adlar arasında TTK anlamında iltibasın ileri sürülmesi söz konusu hak devam ettiği sürece kabul edilmemekte; öncelikle iltibas teşkil ettiği ileri sürülen tescilin iptali şart koşulmaktadır¹⁰². Bu nedenle, coğrafi işaretler sicili, tasarım sicili gibi belirli bir sicile kaydedilmek suretiyle özel koruma kapsamına alınan işaret ve tanıma vasıtalarının sayısının artması söz konusu hükmün kapsamı daraltmaktadır¹⁰³.

İltibas oluşturması için tanıma vasıtalarının mutlaka bire bir aynısının kullanılması gerekmemekte, gerek aynen gerekse telaffuz¹⁰⁴ ve şekil bakımından benzerlerinin kullanılması iltibas oluşumu açısından yeterli kabul edilmektedir¹⁰⁵. Ayrıca düzenlemede yer alan iltibaslar meydana getirmeye çalışmak; buna müsait bulunan tedbirlere başvurmak, ...meydan verebilecek surette, ifadelerinden de anlaşıldığı üzere iltibasın varlığı açısından iltibas tehlikesinin varlığı yani iltibas meydana getirmeye çalışılması veya buna

⁹⁹ Mimaroglu, a.g.e., s. 307.

¹⁰⁰ Poroy, Yasaman, a.g.e., 230. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 27/03/2007T,2005/13709 E, 2006/4854K Bakınız hukukturk.

¹⁰¹ Edgü, a.g.e., s. 150. İmregün, a.g.e., s. 83. Mimaroglu'na göre söz konusu haklar üzerinde tek haklı ve haklı kullanış tescil ve ilanla başlamaktadır. Mimaroglu, a.g.e., s. 309.

¹⁰² Bakınız Bölüm III, 3.2.2.5

¹⁰³ Arkan, Ticari İşletme, a.g.e., s. 311.

¹⁰⁴ Arkan, Ticari İşletme, a.g.e., s. 312.

¹⁰⁵ Erem, a.g.e., s. 205.

müsait tedbirlere baş vurulması, yani faaliyetin iltibas teşkil etmeye objektif olarak elverişli olması yeterli kabul edilmektedir¹⁰⁶. Bu açıdan Yargıtay, Türkiye’de uygulaması olmayan ürünlerin dahi TTK m 57/5 kapsamında korunacağı sonuna ulaşmıştır¹⁰⁷. Ancak iltibas tehlikesini marka hukukunda olduğu gibi soyut bir iltibas tehlikesinin varlığı olarak değil somut iltibas tehlikesinin varlığı olarak algılamak gerekmektedir. Yargıtay’da somut olayda iltibas meydana gelmemesinden bahisle iltibas yoktur şeklinde karar verilemeyeceğini haklı olarak belirtmiştir¹⁰⁸.

"İltibas", ortalama tüketiciyi aldatmayı, kandırmayı, yanlış algılatırmayı kapsamaktadır¹⁰⁹. Bu açıdan tarafların aynı ticaret mevzuu ile iştiğal etmemesi iltibasa engel teşkil etmemektedir¹¹⁰. İşletmelerin farklı alanlarda faaliyet gösterdiği durumlarda dahi benzerliğin diğer bir markanın veya işletmenin ticari itibarından haksız yararlanmaya sebep olması durumunda iltibasın varlığı kabul edilmektedir.

İltibas açısından ürünün hitap ettiği müşteri çevresi de önem arz etmektedir. Malın özel olarak çocuklara yada belirli bir çevreye hitap etmesi durumunda zayıf tüketici kıstasının özellikle nazara alınması gerekmektedir¹¹¹. Ayrıca alıcıların, ürünler arasındaki gözle görülür benzerlik nedeniyle ürünlerin birinin yerine diğerini alıp alamayacakları hususu da araştırılmalıdır¹¹². Ancak lüks kelimesi gibi malların vasıf ve terkiğini

¹⁰⁶ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 24/06/2004 T, 2003/11057 E, 2004/7032 K Bakanlık hukuktur.

¹⁰⁷ Umumen malum malın Türkiye’de imal edilmemesi ve ithal edilmemesi halinde dahi, ülkemize her zaman getirilip satılma olasılığı bulunduğundan, bu malın markasını hatırlatmak ve onun şöhretinden yararlanmak amacıyla bu markanın aynı cins mallar üzerinde kullanılması iyi niyet kurallarına aykırıdır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 20/11/1998 T, 1998/7711 E, 1998/8024 K Bakanlık hukuktur.

¹⁰⁸ HGK 14/10/1992 T, 1992/11-445 E, 1992/573 K Bakanlık hukuktur.

¹⁰⁹ 6102 Sayılı TTK m 55/a/4 Gereğesi

¹¹⁰ Erem, a.g.e., s. 206.

¹¹¹ Poroy, Yasaman, a.g.e., 228.

¹¹² Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 14/03/1989 T, 1988/5517 E, 1989/1602 K Bakanlık hukuktur.

açıklamaya yarayan ibarelerin kullanılması iltibas mahiyetinde kabul edilmemelidir¹¹³.

AAD, markalar ve işletmeler arasındaki benzerliğin makul bir şekilde iyi bilgilendirilmiş, makul bir şekilde dikkatli, ihtiyatlı; marka ve işaretler arasındaki değişikliği yan yana nadiren karşılaştırma şansına sahip ve dikkati sorun olan mala göre değişen ortalama tüketici açısından değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Tüketicinin dikkatinin söz konusu mal ve hizmete göre değişmesinden, mal ve hizmetlerin yüksek değerde olması durumunda dikkat ölçüsünün fazla, mal ve hizmetin değerinin az olması durumunda dikkat ölçüsünün de daha az olması kastedilmektedir. Tüketici, mal ve hizmetleri nadiren yan yana görme olanağı bulacağı için tanınmış marka ve tanınmamış markalar arasında veya günlük kullanıma yönelik mallar arasında farklı dikkat düzeyleri söz konusu olabilmektedir¹¹⁴. İhtihatlarda ortalama tüketici, dikkatli ve ihtiyatlı olarak algılamasına rağmen ortalama tüketici satın aldığı ürünle ilgili eksik bilgi sahibi olabileceği ve hatta ürünün bazı özelliklerine dikkat etmeyebileceği göz önüne alınmaktadır¹¹⁵.

İltibasın varlığına ürünlerin yalnızca benzerlik arz eden yönleri değil renk, ebat gibi özelliklerin tümünü içeren ambalaj kompozisyonu gibi tüm özellikleri bir bütün olarak dikkate alınmak suretiyle¹¹⁶ ürünler arasında görsel, işitsel veya anlamsal benzerlik bulunup bulunmadığına göre karar verilmelidir¹¹⁷. Çünkü tüketiciler farklı mal ve hizmetleri nadiren karşılaştırma olanağı bulur ve güveni “zihninde korudukları eksik resimde ,” ve söz konusu mal ve hizmet kategorisine göre değişiklik göstererek şekillenmekte ve

¹¹³ Erem, a.g.e., s. 206.

¹¹⁴ Incardona, Poncibo, a.g.m., 25.

¹¹⁵ Incardona, Poncibo, a.g.m., 26.

¹¹⁶ Poroy, Yasaman, a.g.e., 229. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 07/02/2005 T, 2004/3921 E, 2005/833 K Bakanlık hukuktürk. Başkasının mallarının ambalaj ve dizaynlarında da benzerlik yaratma hali, haksız rekabetin varlığının kabulünü gerektireceğine ve salt olarak ürün üzerindeki marka esas alınarak hüküm kurulamayacağına davalının kendi ürünleri üzerinde davacıya ait ürünlerin ambalaj ve dizaynlarını bütün olarak bakma gereği ve kafada bıraktığı etki benzetme iradesi, orta düzey alıcının karıştırma durumu, davalı ürünlerinin davacıya ait başka markalı ürünler olduğu izlenimi yaratıp yaratmayacağı ihtimali üzerinde durulmasını bozma nedeni olarak kabul etmiştir.

¹¹⁷ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 27/03/2007 T, 2005/13709 E, 2006/4854 K Bakanlık hukuktürk.

markayı oluşturan tüm unsurlar veya tümüyle görünüşü dikkate alındığında aradaki farklılıklar ortalama tüketici tarafından fark edilemeyecek kadar önemsiz nitelik taşıyabilmektedir¹¹⁸. Bu açıdan ürünlerin müşterilerin zihninde bıraktığı etkinin göz önüne alınması gerekmektedir¹¹⁹. Yargıtay uygulamasında iltibasın bilirkşi vasıtasıyla tespit edilmesi gereği kabul edilmekte ve Yargıtay iltibasın uzman bilir kişi vasıtasıyla tespit ettirilmemesini bozma sebebi olarak kabul etmektedir¹²⁰.

İltibasın tespiti açısından önem arz eden bir diğer olgu ise benzerliğin imalatın teknik zorunluluğundan kaynaklanıp kaynaklanmadığıdır. Biçim ve model benzerliğinin iltibas oluşturması için, teknik zorunluluklar dışında kalan bir nedenle ve başka olanağı bulunmaktayken ayniyet veya ayniyete yakın benzerliğin ve aynı dizaynın gerçekleştirilmesi gerekmektedir¹²¹.

İltibasa konu malları ticari amaçla elde bulundurulması¹²² bir haksız rekabet hali olarak adliye encümeni tarafından ikinci fıkra olarak düzenlemeye eklenmiştir. Haksız rekabetle ilgisi bulunmadığı ve söz konusu durumu bilmeyerek elinde bulunduranları da kapsamına aldığı için eleştirilen¹²³ söz konusu hükme isabetli bir şekilde 6102 Sayılı TTK'de yer verilmemiştir¹²⁴.

¹¹⁸ LTJ Diffusion SA v. SA Sadas Vertbaudet SA, judgement of the ECJ of 20 March 2003, case C-291/00, ECR, 2003, I-2799. Incardona, Poncibo, a.g.m., 26.

¹¹⁹ Yargıtay davacı şirketin kullandığı markanın tescilindeki logonun çift çıplak ayak logosu, davalıların tescilindeki logonun ise tek çıplak ayak logosu olduğu ancak tüketici hafızasında kalan sadece çıplak ayak imajı olduğu; davacı tescilinin daha eski olduğu; gerekçesi ile davalı markasının hükümsüzlüğü ne davalıların hükümsüz sayılabilecek logoyu kullanmalarının haksız rekabet oluşturacağına dair mahalli mahkeme kararının usul ve kanun'a uygun olduğuna karar vermiştir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 08/06/2000 T, 2000/4615 E, 2000/5298 K Bakınız hukukturk.

¹²⁰ Haksız rekabet davasına konu mallarla ve tasarımla ilgili uzman bilirkşilerin düzenlediği raporun sonucuna göre karar verilmesi gerekir. Yargıtay 11. HD 06/11/2008 T, 2007/3913 E, 2008/12409 K Bakınız hukukturk.

¹²¹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 15/05/1997 T, 1997/1493 E, 1997/3570 K; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 15/05/1997 T, 1997/1493 E, 1997/3570 K. Poroy, Yasaman, a.g.e., 229. Teknik zorunluluğun dışında kalan hususlarda, ayniyete yakın benzerlik ve aynı dizaynın benimsenmemesi ve hatta aynı kalıplardan çıkmış gibi üretim de, haksız rekabet meydana gelebilir, öte yanda, bir biçim veya modeli taklit eden kimsenin bu alanda başka olanağı var iken, bunu yapmaması yahut tıpkı aynısını yapması, bir tür haksız rekabeti oluşturur. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 15/05/1997 E 1997 / 1493 K 1997 / 3570 Bakınız hukukturk.

¹²² Satışa arz edilmesi veya şahsi ihtiyaçtan başka amaçla elinde bulundurulması

¹²³ Erem, a.g.e., s. 207.

¹²⁴ Erem, a.g.e., s. 207.

1.6. YARDIMCILARI GÖREVİ İHLALE SEVK

6762 sayılı TTK m 57/VI'de "üçüncü şahısların müstahdemlerine, vekillerine veya diğer yardımcılara, onları vazifelerini ihlale sevk etmek suretiyle kendisine veya başkasına menfaatler sağlamak maksadıyla veya bu kabil menfaatleri sağlamaya elverişli olacak surette, müstahak olmadıkları menfaatler temin veya vaat etme"nin haksız rekabet teşkil edeceği düzenlenmektedir.

Yardımcıları görev ihlale sevk etme olarak adlandırılan haksız rekabet hali 6102 sayılı TTK m 55/b/2'de "üçüncü kişilerin işçilerine, vekillerine ve diğer yardımcı kişilerine, haketmedikleri ve onları işlerinin ifasında yükümlülüklerine aykırı davranmaya yöneltebilecek yararlar sağlayarak veya önererek, kendisine veya başkalarına çıkar sağlamaya çalışmak" şeklinde ifade edilmektedir. Söz konusu hüküm sözleşmeyi ihlale sevk rakibin işçilerine, vekillerine, yardımcı kişilerine yönelik olarak gerçekleştirilmesini düzenlemektedir¹²⁵. Bu açıdan rakibinin yardımcılarını kandırarak kötü iş gördürme yani rakibin üçüncü kişiye olan yükümlülüklerini kötü ifaya sevk etme fiili de haksız rekabet meydana getirmektedir¹²⁶.

1.7. İMALAT VE TİCARİ SIRLARINI ELE GEÇİRME

TTK m 57/VII. Bendinde "Müstahdemleri, vekilleri veya diğer yardımcı kimseleri iğfal suretiyle, istihdam edenin veya müvekkillerinin imalat veya ticaret sırlarını ifşa ettirmek veya ele geçirme"nin haksız rekabet teşkil edeceği düzenlenmektedir. Şaşırtıcı Söz konusu düzenleme 6102 Sayılı TTK m 55/b/3 bendinde "işçileri, vekilleri veya diğer yardımcı kişileri, işverenlerinin veya müvekkillerinin üretim ve iş sırlarını ifşa etmeye veya ele geçirmeye yöneltmek" şeklinde ifade edilmektedir. Söz konusu düzenleme, 6762 Sayılı TTK düzenlemesinin anlam itibariyle tekrarıdır. Ancak tasarıda "iğfal suretiyle" ibaresi yerinde bir düzenlemeyle madde metninden çıkartılmıştır. Çünkü TTK düzenlemesinin lafzı işletme sırlarının yardımcılar iğfal edilmeden

¹²⁵ 6102 Sayılı TTK m 55/b/2 Gerekçesi

¹²⁶ Poroy, Yasaman, a.g.e., 231.

ele geçirilmesinin haksız rekabet teşkil etmeyeceği gibi bir anlam taşımaktadır¹²⁷. Düzenlemede şaşırtıcı bir şekilde rakibin çalışanlarının yardımıyla sonuçlanmadıkça iş sırlarının ele geçirilmesi haksız rekabet olarak görülmemektedir. Rakibin sırlarının bilimsel araştırılmasıyla incelenmesi kanunun amacına göre haksız olarak değerlendirilmez. Düzenlemeye göre öncelikle rakibin sırlarından yararlanma dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder¹²⁸. Teoman'a göre ise yasa koyucu sırların elde edilmesini yeterli görmüştür, bu nedenle elde edilen ticaret sırlarından fiilen yararlanılmış olması gerekli değildir¹²⁹. Düzenleme kapsamında bir imalat veya ticaret bilgisinin sır olarak kabulü için mutlaka yeni ve orijinal nitelikte olması zorunlu bulunmamakta, isim ve adres yanında başka bazı bilgileri de içeren müşteri listesinin ele geçirilmesi¹³⁰ veya bir know-howun öğrenilmesi madde kapsamında haksız rekabet teşkil etmektedir¹³¹. Ayrıca TRIPS ve WPM'de de ifade edildiği üzere bir vakıanın sır olarak kabul edilebilmesi için gizli olması ve gizli tutulması için gerekli tedbirler alınmış olması (bilginin materyal içermesi veya ciddi olması) gerekmektedir¹³². Bilgi açıkça veya örtülü şekilde sır olarak tutulmak için uğraşılmalı ve kamuya açıklanmasına izin verilmemelidir. Tesadüfen gizli kalmış ama ortaya çıkarılabilecek, ulaşılabilir bilgiler de sır olarak kabul edilmemektedir. Bu açıdan bilginin sır olarak kabulü için sınırlı ve sır olarak tutmakla yükümlü kişilere açıklanması

¹²⁷ Poroy, Yasaman, a.g.e., 231. İrfan Dönmez, **Markalar Ve Haksız Rekabet Davaları**, İstanbul, Beta, 1992, s. 212. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 1981 T 1981/3668 E 1981/4664 K; Ayrıca Şenocak'a göre sırların ele geçirilmesinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmesi gerekmektedir. Şenocak, Ayartma, a.g.m, s. 233. Dürüstlük kuralına uygun öğrenilen sırların ifşası TTK m 56 kapsamında değerlendirileceği gibi dürüstlük kuralına aykırı şekilde ele geçirilen ticaret sırlarından iktisadi menfaat sağlanmaması veya söz konusu sırların yayılmaması durumunda belirtilen sırların ele geçirilmesi m 57/7. bent kapsamında değerlendirilmemektedir. Şenocak, Ayartma, a.g.m, s. 234, 235.

¹²⁸ David ve Jacobs, a.g.e., s.,109.

¹²⁹ Ülgen, vd. a.g.e., s 463

¹³⁰ Arkan, Ticari İşletme, a.g.e., s. 313. Ülgen vd, a.g.e. 463.

¹³¹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 1990 1990/8343 E 1990/8476 K Bakınız hukukturk.

¹³² Ayhan, İşletme, a.g.e., s. 488, Uzmanlık alanındakilerce zaten bilinen büyük alıcının adresi, elde edilebilir el kitabının kapsadığı işin öğrenilmesi ciddi olmadığı için federal mahkemece ticari sır olarak kabul edilmemiştir. David ve Jacobs, a.g.e., s. 108.

gerekmektedir¹³³. Bu açıdan iş hukukuna göre sır tutuma yükümlülüğü getirilmesi önem arz edebilir¹³⁴.

1.8. İMALAT VE TİCARET SIRLARINDAN HAKSIZ YERE YARARLANMA VEYA SIRLARI YAYMA

6762 Sayılı TTK'nin m 57/VIII. bendinde "hüsnüniyet kaidelerine aykırı bir şekilde elde ettiği veya öğrendiği imalat veya ticaret sırlarından haksız yere faydalanmak veya onları başkalarına yayma"nın haksız rekabet teşkil ettiği düzenlenmektedir.

TTK düzenlemesinin lafzı, yalnızca dürüstlük kuralına aykırı şekilde ele geçirilen imalat ve ticaret sırlarının haksız kullanılmasının dürüstlük kuralına yakırı kabul edildiği izlenimi vermekteyse de düzenlemenin anlam ağırlığı haksız yere yararlanmadadır. Bu nedenle imalat ve ticaret sırları dürüstlük kuralına aykırı şekilde öğrenilmemiş olsa da söz konusu sırların dürüstlük kuralına aykırı şekilde ve haksız kullanılması haksız rekabet teşkil etmektedir. Örneğin görevi gereği bir işletmeye ait sırları öğrenen personelin sonradan rakip firmaya transferi her ne kadar dürüstlük kuralına aykırılık ve haksız rekabet teşkil etmezse de söz konusu sırları orada kullanması haksız rekabet oluşturduğu kabul edilmektedir¹³⁵.

Söz konusu düzenleme 6102 Sayılı TTK'nin m 55/d bendinde "üretim ve iş sırlarını hukuka aykırı olarak ifşa etme" başlığı altında "üretim ve iş sırlarını hukuka aykırı olarak ifşa etmek; özellikle, gizlice ve izinsiz olarak ele geçirdiği veya başkaca hukuka aykırı bir şekilde öğrendiği bilgileri ve üretenin iş sırlarını değerlendiren veya başkalarına bildiren dürüstlüğe aykırı davranmış olur" şeklinde düzenlenmektedir. 6762 Sayılı TTK'de dürüstlük

¹³³ BGE 103/1977 IV 284.David ve Jacobs, a.g.e., s.107.

¹³⁴ David ve Jacobs, a.g.e., s.108

¹³⁵ Arkan, Ticari İşletme, a.g.e., s 313. Ülgen vd. a.g.e., s.464. Davalının, davacının işbirliği yaptığını ileri sürdüğü firmada elektronik mühendisi olarak çalışırken ayrıldığı ve dava dilekçesinde açıklanan firmada işe başladığı uyuşmazlık konusu değildir. Kanunda iyi niyet kaidelerine aykırı şekilde elde ettiği veya öğrendiği imalat veya ticaret sırlarından haksız yere faydalanmak veya onları başkalarına yaymak durumu da haksız rekabet sayılmıştır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 16/01/2006 T, 2005/148 E, 2006/160 K Bakınız hukuktürk.

kuralına aykırılığa verilen anlam ağırlığının 6102 Sayılı TTK'de "hukuka aykırılık" unsuruna verilmektedir.

İşçinin hizmet sözleşmesi kurulmadan yapılan görüşmeler sırasında iş sırlarına ulaşması mümkün olabilmektedir. İşçinin sır saklama ve sadakat borcu her ne kadar hizmet sözleşmesinin kurulmasıyla hüküm ve sonuçlarını doğursa da ancak söz konusu durum sözleşme öncesi kusur (culpa in contrahendo) durumunu oluşturacağı için söz konusu durumun bir üçüncü kişinin ayartmasıyla iş sırlarını öğrenmek amacıyla yapılması durumunda üçüncü kişi açısından haksız rekabet oluşturacaktır¹³⁶.

İmalat ve ticaret sırrı ve sır sahibinin gizleme yükümlülüğü ile ilgili TTK'de TRİPS düzenlemesine ve WİPO'nun 1994 çalışmasında¹³⁷ yer alan düzenlemeye benzer bir düzenleme bulunmamaktadır¹³⁸. Yinede bilgi sahibinin sırların saklanması konusunda gerekli önemleri alması gerekmekte ve kamuya açıklanmış sırlar düzenleme kapsamında değerlendirilmemektedir¹³⁹. Ancak sırların zorunlu olarak kısıtlı bir çevreye verilmesi gizliliğini oradan kaldırmamaktadır¹⁴⁰.

1.9. GERÇEĞE AYKIRI ŞAHADETNAME VERME

6762 Sayılı TTK m 57/IX. bendinde "hüsnüniyet sahibi kimseleri iğfal edebilecek surette hakikate aykırı hüsnühal ve iktidar şahadetnameleri verme"nin haksız rekabet teşkil edeceği düzenlenmektedir. Hüsnühal şahadetnamesine uygulamada bonservis adı verilmektedir. Ayrılan memur ve işçilere bonservis verilmesi teamül haline gelmiştir. Ancak söz konusu belgenin gerçeğe uyum olması zorunludur¹⁴¹. Bonservis, 818 sayılı TBK m

¹³⁶ Fatih Uşan, İş Hukukunda İş Sırlarının Korunması, Ankara, seçkin, 2003, s. 87,89

¹³⁷ "Haksız Rekabete Karşı Koruma-Dünyanın Bu Günkü Durumunun Analizi"

¹³⁸ Bakınız Bölüm I, 2.1.4.

¹³⁹ Camcı, CII, a.g.e., s. 102.

¹⁴⁰ Güneş, a.g.e., s. 158.

¹⁴¹ Erem, a.g.e., s. 209.

335, 6098 Sayılı TBK m 426 da ayrıca İş Kanununun 20. maddesinde düzenlenmektedir¹⁴²

1.10. İŞ ŞARTLARINA UYMAMA

6762 Sayılı TTK m 57/X'da "rakipler hakkında da cari olan kanun, nizamname, mukavele yahut mesleki veya mahalli adetlerle tayin edilmiş bulunan iş hayatı şartlarına riayet etmeme"nin haksız rekabet teşkil edeceği düzenlenmektedir. Söz konusu düzenleme 6102 sayılı TTK m 55/e'de "iş şartlarına uymama" başlığı altında "iş şartlarına uymamak; özellikle kanun veya sözleşmeyle, rakiplere de yüklenmiş olan veya bir meslek dalında veya çevrede olağan olan iş şartlarına uymayanlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur" şeklinde yer almaktadır.

Alman Hukukunda iş şartlarına uymamaya ilişkin düzenlemenin karşılığını oluşturan UWG m 4/11. bent hükmü "piyasa katılanları yararına getirilmiş, piyasa davranışını düzenleyen kuralların ihlalini kapsamına alarak piyasadaki iktisadi faaliyete odaklanmakta bu sayede ihlalin piyasa davranışına ve piyasa ekonomilerine etkisini göz önünde bulundurmaktadır. Fiyat gösterme düzenlemeleri (Price Indication Regulation; Preisang abenverordnung) veya mağaza kapanma saati düzenlemeleri (Store Closing Hours Act Ladenschlußgesetz) kapsam dahilinde değerlendirildiği gibi reklamlarla ilgili çeşitli yasal düzenlemelerin ve tüketicinin korunmasıyla ilgili bilgi sağlama yükümlülüklerinin ihlali de düzenleme kapsamında değerlendirilmektedir¹⁴³. Bunun haricinde piyasaya girişle ilgili düzenlemeler madde kapsamında değerlendirilmemekte; avukatlık, doktorluk, eczacılık gibi reklam kuralları kesin olarak belirlenmiş mesleklere yönelik iktisadi faaliyetler

¹⁴² 818 sayılı BK m 335 – İşçi yalnız hizmetinin nevini ve müddetini havi bir şahadetname vermesini, iş sahibinden isteyebilir. İşçi sarahaten talep ettiği takdirde şahadetname, hal ve hareketini ve sa'yinin keyfiyetini de ihtiva etmek lazımdır. 6098 sayılı BK VII. Hizmet belgesi m 426- İşveren, işçinin isteği üzerine her zaman, işin türünü ve süresini içeren bir hizmet belgesi vermekle yükümlüdür. İşçinin açıkça istemde bulunması hâlinde, hizmet belgesinde onun iş görmedeki becerisi ile tutum ve davranışları da belirtilir. Hizmet belgesinin zamanında verilmemesinden veya belgede doğru olmayan bilgiler bulunmasından zarar gören işçi veya işçiyi işe alan yeni işveren, eski işverenden tazminat isteyebilir.

¹⁴³ Schroeder, a.g.m., s. 143.

hedef alınmaktadır¹⁴⁴. Belediyelerin ticari faaliyetleri ile ilgili kamu hukuku nitelikli hükümler de yine piyasa katılanları yararına piyasa faaliyetlerini düzenlemeyi hedef almadığı için madde kapsamında değerlendirilmemektedir¹⁴⁵.

Türk Hukukunda düzenleme kapsamına rakipler içinde cari olan ticari uygulamalar girmekte ve Alman Hukukunda olduğu gibi düzenlemenin piyasa katılanları lehine getirilmesi ve piyasayı düzenlemesi bir unsur olarak yer almamaktadır. Düzenleme anlamda, işletme davranışlarına doğrudan yönelik hükümler içeren 4054 sayılı RK, 4077 sayılı TKHK, hükümlerinin ihlali zikredilmektedir¹⁴⁶. Yargıtay ürünlerin Türk Gıda Kodeksi'ne uygun olmasını¹⁴⁷ ve bir defalık cam şişelerin tekrar piyasaya arz edilmesini söz konusu düzenleme kapsamında değerlendirmiştir¹⁴⁸. Ayrıca Alman Hukukunda olduğu gibi Türk Hukukunda da bilgilendirme yükümlülüğünün ihlaline ilişkin düzenlemeler piyasa davranışını düzenleyen kurallar kapsamında değerlendirilebilir niteliktedir.

1.10.1. Bilgilendirme Yükümlülüğünün İhlali

Tüketicinin yapacağı anlaşmada bilinçli karar verebilmesi için bazı bilgilere ihtiyacı olmakta ve tacir, ortalama tüketicinin bilgilendirilme ihtiyacını karşılamakla ve bu amaçla tüketicinin ihtiyacı olan bilgiyi tüketiciye

¹⁴⁴ Heim,a.g.m., s. 532. Alman Hukukunda, UWG öncesi dönemde, söz konusu uygulamalarla ilgili olarak kusur şartı aranmakta idi. Ancak UWG'de önemli bir değişikliğe gidilerek kusur şartı aranmamıştır. Diğer bir ifade ile fail ihlale katıldığına farkında olmadan hareket etse dahi İhlal meydana geldiğinde haksız rekabet söz konusu olmakta; kusur bir unsur olarak aranmamaktadır. Schroeder, a.g.m., s. 143. Heim,a.g.m., s. 532. Ayrıca Alman Hukuku açısından söz konusu uygulamanın önemli sayılabilecek boyutta olması şartı asgari etkin boyut (de minis) ilke gereği aranmaktadır. Schroeder, a.g.m., s. 143.

¹⁴⁵ Tartışmalı konuyla ilgili olarak yüksek mahkeme, 2002 tarihinde 1909 tarihli kanun m 1'e göre verdiği kararda belediyeye ait düzenlemelerin madde kapsamına girmeyeceğini içtihat olarak kabul etmiş, GURUR 825. UWG ise düzenlemesinde söz konusu içtihadı referans alarak ve belediyeye ait düzenlemelerin m 4/1 in düzenleme amacı dışında olduğunu açıklamıştır. Heim,a.g.m., s. 532.

¹⁴⁶ Ayrıca Efem'e göre franchising ilişkilerine hakim olan etik kurallar (International Franchise Association: Code of principles and standards of Conduct, Washington 1998) düzenleme kapsamında değerlendirilmektedir, Efem, a.g.m., s. 6.

¹⁴⁷ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 09/12/2003 T, 2003/5014 E, 2003/11697 K Bakınız hukukturk.

¹⁴⁸ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 01/05/2001 2001 / 1828 2001 / 3862 Bakınız hukukturk.

sağlamakla yükümlü kabul edilmektedir (bilgilendirme yükümlülüğü)¹⁴⁹. Tüketicinin bilinçli karar alabilmesi için objektif bilgilendirilme ihtiyacı kapsamında gerekli bilginin verilmemesi suretiyle aldatılması haksız rekabet olarak kabul edilmektedir¹⁵⁰. Örneğin yabancı bahçe bitkileri satan bir firmadan bahçede sergilendiğine güvenerek bitki alan tüketicinin, bitkinin saksı bitkisi olduğu konusunda bilinçlendirilmemesi; bahçe merkezinin, vermekle yükümlü olduğu durum ve şartların gerektirdiği anahtar bilgiyi vermediği için aldatıcı kabul edilmektedir¹⁵¹.

Türk Hukukunda bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi genel bir haksız rekabet hali olarak düzenlenmemektedir. Ancak 6102 sayılı TTK'de bilgilendirme yükümlülüğünün ihlali kapsamında değerlendirilebilecek özel haksız rekabet halleri yer almaktadır (m 55/1/a/9 gizleme, m 55/1/a/10 ticaret unvanı ve ürünün fiyatını açıkça belirtmeme, m 55/1/a/11 tüketici kredilerine ilişkin ilanlarda gerekli bilgilerin açıklanmaması). Alman Hukukunda ise satış promosyonlarında yarışma ve piyangolarla ilgili bilgilendirme yükümlülüğüne yönelik ayrıntılı hükümler yer almakta ve tarafların şeffaflığın sağlanması, satış promosyonlarının katılım şartlarından dolayı sorumluluğu ve tüketiciyi bilgilendirme yükümlülüğünü düzenlemektedir (UWG m 4/4–6).

Alman UWG'si m 4/4 satış, özendirme ve hediyelere¹⁵² m 4/5 ise ödüllü yarışma ve çekilişlere¹⁵³ odaklanmak suretiyle tüketicinin bilgilendirilme yükümlülüğünü düzenlemekte ve kampanyaya katılma şartlarının açıkça belirtilmediği, birden fazla anlama gelebilen şartların yer aldığı uygulamaların haksız rekabet teşkil ettiği kabul edilmektedir¹⁵⁴.

¹⁴⁹ Questions and the answers. European Commission, a.g.e., 12.

¹⁵⁰ European Commission, a.g.e., 12. Howells, Micklitz., Wilhelmsson, a.g.e., s. 149. Maillard, agm, s, 12, Questions and the answers.

¹⁵¹ European Commission, a.g.e., 13.

¹⁵² Maddede tüketicilerin "satış özendirme önlemleri sırasında fiyat indirimi, ekstra ve hediye gibi özendirilmelerden yararlanma şartlarının açık ve anlaşılır şekilde bildirilmesi" yükümlülüğü düzenlenmektedir.

¹⁵³ Maddede "ödüllü yarışma ve çekiliş sırasında reklam karakteri ile birlikte katılım şartlarının açık ve anlaşılır bir şekilde bildirilmesi" yükümlülüğü düzenlenmektedir.

¹⁵⁴ Heim, a.g.m., s. 530.

Düzenleme bilgilendirme yükümlülüğüne yönelik olmakla birlikte hangi bilgilerin verilmesi gerektiği düzenlemede yer almamaktadır. Hangi bilgilerin verilmesinin yararlı olacağı veya gerekli olduğu ürünün karakteristiği veya hedef alınan tüketici grubu gibi çeşitli faktörlere bağlı bulunmaktadır. Bu nedenle somut olayda bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamı belirlenirken tüketicinin bilgi gereksinimi araştırılmalı ve her aşamada ortalama tüketici perspektifinden inceleme yapılarak bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamı belirlenmelidir¹⁵⁵.

Alman UWG'si hükümlerinde her ne kadar ortalama tüketicinin bilgilendirilmesine önem verilmekteyse de ortalama tüketici, makul bir şekilde bilgilendirilmiş olmak yanında ve aynı derecede makul derecede dikkatli ve ihtiyatlı da kabul edilmektedir. Federal yüksek mahkeme de tüketicinin ticari amaçla organize edilen oyunları ve ürünü satın alması için ikna edilme riskini yeterince değerlendirme sorumluluğunu taşıdığına vurgu yapmaktadır¹⁵⁶. UWG m 4/6'da¹⁵⁷ mal ve/veya hizmetlerin satışıyla birleştirilmiş yarışma ve piyangoyular halktaki kumar ruhunu sömüreceği ve tüketicinin satın alma kararını aşırı derecede yersiz şekilde etkileyeceği için haksız kabul edilmektedir¹⁵⁸. Bu nedenle tüketicinin kazandığı ödülün verilmesi malların veya hizmetin satın alınması şartına tabi tutulamayacaktır. Yarışmanın ödülü olan malların, satılan mal veya hizmetle bağlantılı olması ve eşya veya hizmetin doğası gereği yarışma veya piyango vasıtasıyla satılması söz konusu düzenlemeye istisnası teşkil etmektedir. Özellikle yazılı medyada yarışma ve çekilişler, gazete, dergi ve yazılı medyanın esaslı bir parçası olarak kabul edilmekte ve uzun yıllara dayanan uygulama nedeniyle yarışma ve ödüllerle yazılı medya arasında düzenlemenin belirttiği anlamda doğal

¹⁵⁵ Schroeder, a.g.m., s. 142. Heim,a.g.m., s. 530.

¹⁵⁶ Heim,a.g.m., s. 530.

¹⁵⁷ Maddede "ödüllü yarışma veya piyango doğal olarak malın iktisabı veya hizmetin kullanılması ile birleşmiş olmadıkça tüketicinin bir ödüllü yarışmaya veya piyangoya katılmasının bir malın iktisabı veya bir hizmetin kullanılması şartına bağlı tutulması" haksız rekabet olarak kabul edilmektedir.

¹⁵⁸ Heim,a.g.m., s. 530.

bağlantı kabul edilmektedir¹⁵⁹. Bu nedenle gazete veya dergide bir bulmacayı çözene ödül verilmesine yayımla ilgili bir seçenek olarak yaklaşılmaktadır¹⁶⁰.

Türk hukukunda haksız rekabet hukuku açısından bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamına ilişkin temel bir düzenleme yer almamaktadır. 2005/29/AT Yönergesinde bilgilendirme yükümlülüğünün ihlali aldatıcı ticari uygulamaların temel bir türü ve ayrı bir haksız rekabet hali olarak düzenlenmektedir. Yönerge ortalama tüketicinin ihtiyacı olan bilginin somut olaya göre belirleneceğini düzenlemekte, bilgilendirme yükümlülüğü kapsamında verilmesi gereken bilgilerin listesini içermemektedir. Ayrıca yönergede söz konusu eksikliklerin ortalama tüketicinin aksi takdirde almayacağı işlemsel kararı almasına sebep olması veya sebep olma olasılığı bir unsur olarak aranmaktadır.

2005/29/AT Yönergesinde sunulması gerekli bilgi materyalleri belirlenirken, bilginin tümüyle ticari uygulama üzerindeki etkisi dikkate alınmakta¹⁶¹ ve ticari uygulama üzerinde etkili olduğu kabul edilen bilgilendirme yükümlülüğü, m 7'de belirtilmektedir. Ticari uygulama değerlendirilirken söz konusu maddede belirtilen hususlarda bilgilendirme yapılıp yapılmadığı veya verilen bilgilerin niteliklerinin bilgilendirme yükümlülüğünü karşılamaya uygun olup olmadığı göz önünde bulundurulmaktadır. Söz konusu hükümde öncelikle durum ve şartların gerektirdiği bilginin verilmesi gereği düzenlenmekte (m 7/1) ve tüketicinin kararını, iletişim araçları sınırlamaları dikkate alındığında durum ve şartların ve uygulamaların önemli öğelerinin gerektirdiği bilgilendirmenin ihmal edildiği durumlarda vermesi durumunda uygulama aldatıcı kabul edilmektedir. Ayrıca durum ve şartlardan anlaşılmasa dahi tacirin, açık olmayan, anlaşılmaz, belirsiz ve birden fazla anlama gelen, yerinde olmayan ifadeler kullanarak tüketicinin, (tacirin) kimliği konusunda aldanmasına neden olmaması veya söz konusu bilgileri veya ticari uygulamanın niyetini gizlemesi durumunda

¹⁵⁹ Heim, a.g.m., s. 530.

¹⁶⁰ Schroeder, a.g.m., s. 142.

¹⁶¹ European Commission, a.g.e., 12.

uygulama aldatıcı kabul edilmektedir (Yönerge m 7/2). Söz konusu bentte sunulması gerekli bilginin saydamlık göstermesi gereği düzenlenmekte ve anlaşılması zor bir bilginin sunulması bilgide eksikliğe eşit kabul edilmektedir. Ayrıca düzenlemeye göre hal ve şartlardan aksi anlaşılmadıkça tüketici, ticari uygulamanın amacı hakkında bilgilendirilmediği sürece uygulama aldatıcı kabul edilmektedir¹⁶². Yönergede kullanılan iletişim vasıtalarına yer ve zaman bakımından sınırlama getirilebileceği ve bu durumunda, bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmesi ve tüketici tarafından bilginin elde edilebilirliğinin tespiti açısından söz konusu sınırlamaların ve tacir tarafından alınan önlemlerin dikkate alınacağı düzenlenmektedir¹⁶³ (Yönerge m 7/3). Yönergede satın alma çağrısı tanımlanmamakla birlikte ürünün veya markanın tanınmış olması gibi durumlarda düzenlemenin esnekliği sağlanarak¹⁶⁴ satın alma çağrısında bilgilendirme yükümlülüğü düzenlenmekte ve durum ve koşullardan aksi anlaşılmadıkça, vasıta ve ürünün temel nitelikleri ile ilgili olarak ortalama bilgilendirme yeterli görülmektedir (m 7/4). Ancak ürünün karakteristik özellikleri, tacirin kimliği ve vergileri de içeren fiyatı gibi sınırlı sayıda bilgi kalemleri¹⁶⁵ (core information items) durum ve koşullardan anlaşılmasa dahi önemli kabul edilmektedir.

1.10.2. Rekabetin Engellenmesi

6102 Sayılı TTK ile bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması amaç hükmü ile uygulamada kabul edilen sağlıklı işleyen rekabet ortamına yapılan müdahalelerin haksız rekabet kapsamında değerlendirilmesi kanuni düzenlemeye kavuşturulmuştur. Ancak kanunda rekabetin engellenmesi özel düzenlemeyle bir haksız rekabet hali

¹⁶² European Commission, a.g.e., 12.

¹⁶³ Howells, Micklitz., Wilhelmsson, a.g.e., s. 153.

¹⁶⁴ Maillard, agm, s, 13

¹⁶⁵ Söz konusu düzenlemeye göre “satın alma çağrısında, durum ve koşullardan anlaşılmasa dahi önemli olarak değerlendirilecek bilgiler”; a) ürün için uygun derecede ürünün temel vasıfları b) Ticaret unvanı, nerede uygulandığı, gibi tacirin coğrafi adres ve kimliği c) vergileri içeren fiyat ve fiyat hesaplama usulüyle ilgili yanlış iddialar d) mesleki ihtimamdan sapması durumunda; ödemelerin düzenlenmesi, dağıtım, performans ve şikâyet mekanizmalarının işleme politikası, e) İptal veya geri çekme hakkını içeren ürün ve işlemler için, bu hakların varlığı şeklinde sıralanmaktadır.

olarak belirtilmemekte ve söz konusu haksız rekabet haline yönelik uygulama örnekleri de kanunda yer almamaktadır.

Alman UWG'si m 4/10'da bir haksız rekabet hali olarak "rekabetin engellenmesinin amaç edinilmesini" düzenlenmekte ve rekabeti engelleme kastı bir unsur olarak aranmaktadır. Söz konusu düzenleme tüm rakipleri korumak ve diğer rakiplerin yalnızca satışlarla değil aynı zamanda reklam, üretim, araştırma ve geliştirme planlama, finanssal insan kaynakları kullanımı vb. alanlarda dahil olmak üzere her hangi bir yoldan herhangi bir alanda büyümesine ve gelişmesine müdahale edilmesinin¹⁶⁶ engellemesine yöneliktir. Örneğin rakibi tarafından satışa sunulan her hangi bir malın stoklarını tüketerek veya dağıtım kapasitesini sınırlayarak satış kampanyasının hileli olduğu izlenimini oluşturmak için ürünlerin tümünün satın alınması, boykot, pazar gücünün kötüye kullanılması, rakiplerin üst seviyede alan adlarının bloke maksadıyla sistematik tescili gibi tüm market katılanlarını hedef alan fiillerle kasten ve haksız olarak rakiplerin piyasa faaliyetlerinin engellenmesi haksız rekabet teşkil etmektedir (UWG m 4/10)¹⁶⁷.

2. 6102 SAYILI TTK'DE DÜZENLENEN HAKSIZ REKABET HALLERİ

6102 Sayılı TTK, 6762 Sayılı TTK'de düzenlenen hallere ilave haksız rekabet halleri içermektedir. Kanun 6 bent halinde haksız rekabet hallerini sınıflandırmakta ve söz konusu hallere yönelik uygulama örneklerine yer vermektedir.

6102 Sayılı TTK m 55'in (a) bendinde dürüstlük kurallarına aykırı reklâm; satış yöntemleri ve diğer hukuka aykırı davranışlara ilişkin on iki adet; (b) bendinde sözleşmeyi ihlale ve sona erdirmeye yöneltmekle ilgili dört adet; (c) bendinde başkalarının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanma ile ilgili üç adet; (d) bendinde üretim ve iş sırlarının hukuka aykır olarak ifşa edilmesi ile ilgili; (e) bendinde iş şartlarına uymamak ile ilgili; (f) bendinde dürüstlük kuralına

¹⁶⁶ Schroeder, a.g.m., s. 142.

¹⁶⁷ Federal Supreme Court [2005] N.J.W. 1503—Literaturhaus. Schroeder, a.g.m., s. 142.

aykırı genel işlem şartları ile ilgili iki adet ticari uygulama örneğine yer verilmek suretiyle 23 adet haksız rekabet hali düzenlenmektedir.

2.1. DÜRÜSTLÜK KURALLARINA AYKIRI TİCARİ UYGULAMALAR

Bir haksız rekabet hali olarak dürüstlük kuralına aykırı ticari uygulamalar 6102 Sayılı TTK m 55/a bendinde on iki adet ticari uygulama örneğine yer verilerek düzenlenmektedir. İlgili çalışmada söz konusu düzenlemenin 1–4. alt bentlerinde belirtilen haksız rekabet halleri 6762 sayılı TTK kapsamında, incelemektedir¹⁶⁸. Bu nedenle söz konusu başlık altında düzenlemenin 5–12. alt bentlerinde düzenlenen haksız rekabet hallerine yer verilmektedir.

2.1.1. Karşılaştırmalı Reklamlar

Karşılaştırmalı reklamlar veya reklamlarda karşılaştırma yapılması başlı başına dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmemekle birlikte karşılaştırma dürüstlük kuralına aykırı pek çok öğeyi bünyesinde taşıyabilmektedir. Bu nedenle karşılaştırmalı reklamların belirtilen haksız unsurlara mahal vermemesi için bazı nitelikleri taşıması gerekmektedir. 6102 Sayılı TTK m 55/a/5'de “kendisini, mallarını, iş ürünlerini, faaliyetlerini, fiyatlarını, gerçeğe aykırı, yanıltıcı, rakibini gereksiz yere kötüleyici veya gereksiz yere onun tanınmışlığından yararlanacak şekilde; başkaları, malları, iş ürünleri veya fiyatlarıyla karşılaştırmak ya da üçüncü kişiyi benzer yollardan öne geçirmek” haksız rekabet hali olarak düzenlenmekte ayrıca TKHK m 16'da aynı ihtiyaçları karşılayan yada aynı amaca yönelik rakip mal ve hizmetlerin karşılaştırmalı reklamlarının yapılabilmesi açıkça düzenlenmekte ve reklam yönetmeliğinde karşılaştırmalı reklamlara ilişkin düzenlemelere yer verilmektedir. Bu nedenle reklamda karşılaştırma kullanılması tek başına haksız rekabet teşkil etmemekte ancak söz konusu düzenleme karşılaştırmalı reklamların hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın kabul edildiği anlamına da gelmemektedir¹⁶⁹. AB müktesebatı da karşılaştırmalı

¹⁶⁸ Bakınız Bölüm II, 2.1

¹⁶⁹ Bozbel, a.g.e. s. 54. Teoman, a.g.e., s. 160.

reklamlara izin verme eğilimindedir. Bu nedenle karşılaştırmalı reklamlara uzun süre izin vermeyen Almanya'da Avrupa Birliği Müktesebatına uyum sağlamak amacıyla 1997'den itibaren izin verilmektedir¹⁷⁰.

2.1.1.1. Karşılaştırmalı Reklamın Tanımı

Karşılaştırmalı reklam; yazı, resim veya semboller gibi hangi bir vasıtayla, iki veya daha fazla, aynı nitelikli¹⁷¹ marka, ürün veya hizmetin genel veya özel niteliklerinin veya rakiplerin şahıslarının açık yada örtülü şekilde karşılaştırıldığı¹⁷² ve dikkatin doğrudan veya dolaylı olarak yalnızca rakip tarafından sunula mal ve hizmetlere çekildiği reklam türüdür (UWG m 6/1)¹⁷³.

2.1.1.2. Karşılaştırmalı Reklamın Unsurları

Bir reklamın meşru bir karşılaştırmalı reklam olarak kabulü için bazı unsurları taşıması bazı unsurların ise reklamda yer almaması gerekmektedir. Bu nedenle söz konusu unsurlar olumlu ve olumsuz unsurlar olarak tasnif edilmektedir.

2.1.1.2.1. Olumlu Unsurlar

Karşılaştırmalı reklamlara ilişkin 97/55/AT Yönergesinde ve 6102 sayılı TTK m 55/1/a/5'de karşılaştırmalı reklamlara izin verilebilmesi için gereken unsurlara yer verilmektedir.

2.1.1.2.1.1. Karşılaştırılabilirlik

Karşılaştırmalı reklamdan söz edebilmek için her şeyden önce tüketicinin bir mal veya hizmeti satın almasında etkili birtakım şahsi veya maddi unsurların açık veya örtülü şekilde karşılaştırılması gerekmektedir¹⁷⁴. Karşılaştırmının haksız rekabet teşkil etmemesi için karşılaştırılan malların

¹⁷⁰ Schroeder, a.g.m., s. 143.

¹⁷¹ Göle, a.g.e., s. 79.

¹⁷² Bozbel, a.g.e., s. 35,98.

¹⁷³ Schroeder, a.g.m., s. 143.

¹⁷⁴ Teoman, a.g.e., s. 160. Bozbel, a.g.e., s. 46. Emrehan İnal ve Başak Baysal, **Reklam Hukuku ve Uygulaması**, İstanbul, XII Levha, 2008, s. 55.

benzer ihtiyaçları hedef alması veya aynı temel maddelere sahip olması; karşılaştırılan konuların önemli, objektif olarak değerlendirilebilir ve rekabete konu malın fiyatı veya kalitesiyle ilgili objektif göndermeler yapan (karşılaştırılabilir) hususlarda yapılması gereği ifade edilmektedir. Söz konusu unsurlar karşılaştırılabilir nitelikler olarak adlandırılmaktadır. karşılaştırılabilir nitelikler, 97/55/AT Yönergesi m 3/a/c'de bir veya daha fazla; objektif, esaslı ve önemli(kayda değer), ispatlanabilir ve tipik nitelikler olarak ifade edilmektedir. Bir niteliğin karşılaştırılabilirliğinin belirlenmesinde kullanılan kıstaslar kümülatif olarak değerlendirilmesi yani karşılaştırılan niteliğin söz konusu dört unsuru aynı anda taşıması gerekmektedir¹⁷⁵. Söz konusu sınırlamayla uygun olmayan, önemsiz hususların abartılması veya alakasız mal ve hizmetlerin karşılaştırılması veya subjektif değer yargılarının objektif doğrular gibi sunulması suretiyle tüketicinin aldatılmasının veya rakip mal ve hizmetlerin itibarından haksız yararlanılmasının engellenmesi amaçlanmaktadır. 6102 Sayılı TTK m 55/a/5'de karşılaştırılabilir niteliklere (olumlu unsurlar) yer verilmemekte ancak rakibin kendisi (şahsı), malları, iş ürünleri, faaliyetleri ve fiyatlarının karşılaştırılması düzenlemek suretiyle karşılaştırılabilir unsurlar belirtilmektedir.

2.1.1.2.1.1.1. Karşılaştırmanın Objektif Olması

Üreticilerin kendi mal ve hizmetlerini aynı nitelikteki diğer mal ve hizmetlerle karşılaştırmak suretiyle reklam yapmalarının aldatıcı kabul edilmemesi, karşılaştırmanın aynı tür ve nitelikteki mallar arasında objektif bir yöntem izlenerek yapılmış olmasına bağlanmaktadır¹⁷⁶. Objektiflik, mukayesenin yapılaş şekli ve tarzı açısından tarafsızlığı değil ama doğrulanabilirliği ve denetlenebilirliği, bilgi aktarımının tüketicinin kararını rasyonel şekilde teşvik etmesini zorunlu kılmaktadır¹⁷⁷. Ancak bu durum, reklamın tüm esaslı unsurlarının ele alınmasını gerektirmemekte, aldatıcı

¹⁷⁵ Bozbel, a.g.e., s. 195.

¹⁷⁶ Göle, a.g.e., s. 80,82. Arkan, Ticari İşletme, a.g.e., s. 309.

¹⁷⁷ Bozbel, a.g.e., s. 193.

olmamak kaydıyla kendi bakış açısından rakibinden üstün niteliklerini ele alması yeterli kabul edilmektedir¹⁷⁸.

2.1.1.2.1.1.2. Esaslı, Önemli ve İspat Edilebilir Niteliklere Yönelik Olması

Reklamda, karşılaştırılan niteliklerin söz konusu tipteki ürünler için tipik olması yani ürünün karşıladığı ihtiyaç ve amaç açısından bu tipteki ürünlerde görünmesi mutat olan, mal ve hizmetin karakteristik niteliklerine ve özelliklerine yönelik olmasını gerektirmektedir¹⁷⁹. Esaslı ve önemli (kayda değer) özelliklerin karşılaştırmaya konu edilebilmesi, karşılaştırmanın gereksiz ve uygunsuz bilgileri içermemesi ve müşterilerin ikincil unsurlar üzerinde yoğunlaşmış yanlış karar vermesinin önlenmesi amacı taşımaktadır¹⁸⁰. İspat edilebilir özelliklerin karşılaştırmaya konu edilebilmesi ise reklamda kullanılan veri ve ifadelerin reklamın hitap ettiği kesim tarafından katlanılabilir bir zahmetle ispat edilebilir olmasını ifade etmektedir. Bu nedenle ispatlanabilir nitelik taşımayan soyut değer yargılarının ve tercihlerin karşılaştırmalı reklamlara konu edilemeyeceği kabul edilmektedir¹⁸¹. 6102 sayılı TTK açısından ise düzenlemede yer alan rakibin kendisi (şahsı), malları, iş ürünleri, faaliyetleri ve fiyatlarının esaslı önemli ve objektif nitelikler olarak kabul edilmekte ve söz konusu unsurlar dışında yapılan karşılaştırma dürüstlük kuralına aykırı kabul edilmektedir¹⁸².

2.1.1.2.1.1.3. Şahsi Karşılaştırılabilirlik

Şahsi karşılaştırmalı reklam, rakip gerçek veya tüzel kişinin ürünleri ile değil de piyasadaki faaliyetleri ve kişisel nitelikleriyle veya işletmesiyle ilgili hususların karşılaştırmaya konu edildiği reklamlardır. Türk hukukun açısından TKHK m 16'da rakiplerin şahsı karşılaştırma yapılabilecek hususlar arasında yer almamaktadır. 6102 Sayılı TTK'de ise karşılaştırmaya konu yapılabilecek nitelikler arasında rakibin "kendisi" belirtilmek suretiyle maddi nitelikler yanında şahsi niteliklerin de karşılaştırmaya konu yapılabileceği

¹⁷⁸ Bozbel, a.g.e., s. 193.

¹⁷⁹ Bozbel, a.g.e., s. 198.

¹⁸⁰ Yusufoğlu, Karşılaştırmalı Reklam, a.g.m., s. 116, 117.

¹⁸¹ Bozbel, a.g.e., s. 196- 197-198.

¹⁸² 6102 sayılı TTK m 55/1/a/5 Madde Gereğesi

açıkça kabul edilmektedir. Bu nedenle Türk hukuku açısından şahsi karşılaştırmanın karakteristik unsurları taşıması şartıyla¹⁸³ gerçek kişi işletmesinin veya tüzel kişinin yurda yayılmış şube ağının olması, eskiliği, cirosunun büyüğü, arge harcamaları gibi işletmesiyle ve sunulan mal ve hizmetlerle alakalı şahsi niteliklerin karşılaştırmalı reklama konu edilebileceğinin kabulü; bunun haricinde din, tabiiyet, ırk gibi karşılaştırılması dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eden ve esaslı, önemli ve objektif olmayan hususların karşılaştırılmasının haksız rekabet teşkil edeceğinin kabulü gerekmektedir¹⁸⁴.

2.1.1.2.1.2. İkame Mal ve Hizmetlerin Karşılaştırılması

TKHK m 16/III'de, RY m 11/b'de ve 84/450/AET Yönergesi 3/A/II/b/a'da karşılaştırılan mal veya hizmetlerin aynı nitelik ve özellikte olması veya aynı istek ve ihtiyaca cevap vermesi halinde rakip mal ve hizmetlerin karşılaştırmalı reklama konu edilebileceği düzenlenmektedir. Söz konusu unsur karşılaştırmaya konu mal ve hizmetlerin reklamın hitap ettiği kesimin kullanım amacı dikkate alındığında, birbirinin ikamesi olmasını ifade etmekte ve karşılaştırmaya konu niteliklerin de aynı, benzer veya eşdeğer olmasını gerekli kılmaktadır¹⁸⁵.

2.1.1.2.1.3. İlişkilendirme

Karşılaştırmalı reklamın ilk şartı, reklamın rakip mal ve hizmetler veya rakibin şahsı arasında rakibin teşhis edilebildiği bir ilişkilendirmenin bulunmasıdır¹⁸⁶. İlişkilendirme, rakiplerin şahsına veya ürünlerine yönelik olarak veya rakip ürünlerden daha üstün veya aynı ayarda olduğunun belirtilmesi suretiyle olumlu veya olumsuz ilişkilendirme şeklinde

¹⁸³ Yusufoglu, şahsi alandaki niteliklerinin karşılaştırmaya konu yapılmasının tüketicinin aydınlatılmasına hizmet etmesi takibin itibarını zedelememesi ve onu küçük düşürmemesi şartıyla hukuka uygun kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Yusufoglu, Karşılaştırmalı Reklam, a.g.m., s. 129.

¹⁸⁴ Örs, söz konusu reklamların MK m 24'e aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle rakibin kişisel özelliklerinden ve geçmişinden bahseden reklamların mutlak şekilde haksız rekabet olarak nitelenmesi gerektiğini savunmaktadır Örs, a.g.e., s. 38.

¹⁸⁵ Teoman, a.g.e., s. 161. Yusufoglu, Karşılaştırmalı Reklam, a.g.m., s. 116, 117.

¹⁸⁶ Bozbel, a.g.e., s. 47, 170.

yapılabilmektedir¹⁸⁷. AB müktesebatında karşılaştırmanın doğrudan yapılabileceği belirtilmekte¹⁸⁸ ve doğrudan veya dolaylı olduğuna bakmaksızın karşılaştırmalı reklamları aynı hükümlere tabi tutulmaktadır¹⁸⁹.

RY m 11/a'da "karşılaştırmalı reklamlara; karşılaştırılan mal, hizmet veya marka adının belirtilmemesi, şartıyla izin verileceği düzenlenerek isabetsiz bir şekilde¹⁹⁰ açık karşılaştırma yasağı getirilmektedir. Türk hukukunun aksine Alman ve İsviçre hukukunda yönergeye uygun olarak rakibin veya ürünlerinin adının zikredilmesinin hukuka aykırı olduğu anlayışı reddedilmektedir¹⁹¹. Ancak Reklam Yönetmeliği ve dayanağı oluşturan kanunun reklamları yalnızca haksız rekabet açısından düzenlememekte, genel sağlık, kamu düzeni ve esenliği açısından da düzenlemektedir. Bu nedenle Türk Hukuku açısından söz konusu düzenlemeye dayanarak açık karşılaştırmalı reklamların haksız rekabet teşkil ettiği sonucuna ulaşılmaması gerekmektedir. Yargıtay açık karşılaştırmalı reklamları haksız rekabet olarak nitelendirmediği gibi¹⁹² 6102 Sayılı TTK'de açık karşılaştırma yapılmasına ilişkin yasaklayıcı bir düzenleme yer almamaktadır. TTK gerekçesinde de diğer firmanın adıyla belirtilmesinin zorunlu olmadığı belirtilerek açık karşılaştırmalı reklamlara izin verildiği ifade edilmektedir.

2.1.1.2.1.4. İlişkilendirmenin Teşhis Edilebilir Olması

97/55/AT Yönergesi m 3/a anlamında karşılaştırmalı reklamdan söz edebilmek için rakiplerin doğrudan veya dolaylı olarak teşhis edilebilir olması gerekmektedir. Söz konusu unsur 6102 sayılı TTK madde gerekçesinde "açıkça belirgin vurgu yapmak" şeklinde ifade edilmektedir. Rakiple ilişkilendirmenin açık bir şekilde vurgulanması gerekmekte

¹⁸⁷ Çatoğlu, a.g.e., s. 92.

¹⁸⁸ Yusufoglu, Karşılaştırmalı Reklam, a.g.m., s. 130.

¹⁸⁹ Çatoğlu, a.g.e., s. 4.

¹⁹⁰ İnal, Baysal, a.g.e., s. 55.

¹⁹¹ Bozbel, a.g.e., s. 180.

¹⁹² Ayrıca Yargıtay gizli karşılaştırma yapılan bir reklama ilişkin kararında ifade etmekle birlikte kararında "açık veya örtülü biçimde karşılaştırılma yapılması"nın olanaklı olduğunu belirtmektedir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 20/02/1998 T, 1997/9233 E, 1998/1026 K. Bakınız hukuktürk.

karşılaştırmanın açık veya zımni şekilde yapılabileceği kabul edilmektedir¹⁹³. Tüm rakiplerin hedef alınmasında olduğu gibi rakibin veya ürünlerinin doğrudan veya dolaylı olarak teşhis edilemediği bu nedenle ferdileştirilemediği durumlarda karşılaştırmalı reklamlardan da bahsedilememektedir¹⁹⁴. Bu nedenle “biz daha iyisini yapana kadar en iyisi bu” gibi belirli bir rakibin ürünlerinin kast edildiği anlaşılabilen, boş ve ilgili kesim tarafından dikkate alınmayan ifade ve abartılı sözler, belirli bir rakibin ürünü ile ilişkilendirme olarak nitelenemeyeceği için söz konusu reklamlar karşılaştırmalı reklam niteliği de taşımamaktadır¹⁹⁵.

2.1.1.2.2. Olumsuz Unsurlar

Karşılaştırmalı reklamda yer almaması gereken unsurlar 84/450/AET Yönergesi m 3a/II/a ve 5/II'de düzenlenmiş olup söz konusu unsurların reklamda yer alması reklamın karşılaştırmalı reklam niteliğini etkilememekte ancak söz konusu reklamın haksız rekabet teşkil ettiği kabul edilmektedir. Bu nedenle, söz konusu unsurlar reklamın karşılaştırmalı reklam niteliğinin belirlenmesi açısından değil karşılaştırmanın hukuka uygun olup olmadığının belirlenmesi açısından önem arz etmektedir. Söz konusu unsurlar (yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici olmaması) kendi şahsi durumu ve mallarına yönelik olduğu kadar rakibin şahsına veya mallarına yönelik de olabilmektedir¹⁹⁶.

2.1.1.2.2.1. Aldatıcı Olmama

6102 Sayılı TTK m 55/a/5. alt bendinde karşılaştırmanın “gerçeğe aykırı, yanıltıcı” olmaması gereği düzenlenmektedir. Benzer şekilde RY m 11/c'de karşılaştırmalı reklamlara ancak “dürüst rekabet ilkelerine uygun olması ve tüketicinin aldatılmaması” yani reklamın aldatıcı olmaması halinde izin verileceği düzenlenmektedir. Aldatıcı olmama, yanlış ve yanıltıcı

¹⁹³ Ayhan, İşletme, a.g.e., s. 484.

¹⁹⁴ Bozbel, a.g.e., s. 182.

¹⁹⁵ Bozbel, a.g.e., s. 183.

¹⁹⁶ Selçuk Öztekin, “Haksız Rekabete İlişkin Yeni İsviçre Düzenlemesinin Öngördüğü Bazı Haksız Rekabet Halleri”, **Jale Akipek'e Armağan**, Konya: Selçuk Üniversitesi Basımevi, 1991, s. 417-430, s. 421.

olmamayı içermekte ve karşılaştırmanın aldatıcı nitelik taşıması durumunda reklamın haksız rekabet teşkil ettiği kabul edilmektedir. Yargıtay'da karşılaştırmalı reklamın doğru ve gerçek verilere dayanması, yanlış ve aldatıcı olmaması gerektiğini kabul etmektedir¹⁹⁷. Karşılaştırmalı reklamlarda yer alan bilgilerin aldatıcı olarak kabul edilip edilmeyeceğine, yalnızca bilgilerin doğruluğu veya yanlışlığına bakılarak değil, ifadeler doğru olsa dahi karşılaştırmada kullanılan ürünlerin önemsiz, esaslı olmayan niteliklerinin karşılaştırılması veya birden fazla anlama gelen ifadelerin kullanılması, bilginin eksik veya kısmi olarak verilmesi, önemsiz bir özelliğe vurgu yapılması, bazı hususlarda susulması veya üründe doğası gereği olan özelliklerin yeniymiş gibi lanse edilmesi¹⁹⁸, doğru verilerin yanlış bir şekilde aksettirilmesi hallerinde olduğu gibi reklamın verilmiş tarzı veya bütünü itibarıyla somut olayda dürüstlük ilkesinin ihlal edilip edilmediğine göre karar verilmesi gerekmektedir¹⁹⁹. Reklamın aldatıcı olmaması için yalnızca karşılaştırılabilir unsurların karşılaştırılması gerekmekte ayrıca doğru beyanlar dahi yanlış fikirleri telkin ettiği takdirde aldatıcı kabul edilmektedir. Önemli unsurlardan hiç bahsetmemek veya önemsiz unsurların karşılaştırılması yanılmaya sevk edici özellik arz etmektedir. Objektif şekilde kaleme alınmamış bir amacı olmayan sırf rakibi zarara uğratmaya yönelik beyanlar ise lüzumsuz yere incitici kabul edilmektedir²⁰⁰

Aldatıcı olmama, objektif ve doğrulanabilir olmayı da gerekli kılmaktadır. Yargıtay da karşılaştırmalı reklamlara ancak sağlam bilimsel gerçeklerle örtüşmesi kaydıyla veya en azından cari olan bilimsel görüş çatışmalarına atıf yapması şartıyla izin verileceğini ve subjektif

¹⁹⁷ Poroy, Yasaman, a.g.e., 226. Yargıtay, bir gazete reklamında "Türkiye 'nin en çok satan gazetesi" ibaresinin yer aldığı ve üzeri "nazar boncuklu 1" rakamının bulunduğu sunum metni ve logonun gerçeği yansıtmamasından dolayı söz konusu reklamın haksız rekabet teşkil ettiği sonucuna ulaşmıştır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 20/02/1998 T, 1997/9233 E, 1998/1026 K. Reklam, bir kimsenin ürettiği mal veya hizmetlerin üstün niteliklerinin açıklanmasıdır. bu reklamlarda, başkalarına ait mal veya hizmetler yönünden açık veya örtülü biçimde karşılaştırılma yapılması da olanaklıdır. ancak, karşılaştırmalı reklamın doğru ve gerçek verilere dayanması, yanlış ve yanıltıcı yapılmaması da gerekir Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 20/02/1998 E 1997 / 9233 K 1998 / 1026 Bakanlık hukukturk.

¹⁹⁸ Ticari ilan ve reklamlara ilişkin yönetmelik 7 b maddesi; 6102 sayılı TTK m 55/1/a/5 Gereğesi

¹⁹⁹ Bozbel, a.g.e., s. 48, 117, 118, 249. Yusufoglu, Karşılaştırmalı Reklam, a.g.m., s. 119.

²⁰⁰ Öztekin, a.g.m., s. 421.

değerlendirmelerin karşılaştırmalı reklama konu edilemeyeceğini karara bağlamıştır²⁰¹. Ancak karşılaştırmalı reklamlar açısından reklamda abartı unsurunun da göz önünde tutulması gerekmektedir²⁰².

2.1.1.2.2.2. Gereksiz Yere Kötüleme Yasağı

6102 sayılı TTK m 55/a/5'de karşılaştırmalı reklamların "rakibini gereksiz yere kötüleyici" olmaması gerektiği, 97/55/AT Yönergenin 3/a/d bendinde ise rakibin malları, hizmetleri, faaliyetleri, şahsı yada iş ilişkilerini (gereksiz yere)²⁰³ kötüleyen yada tahkir eden karşılaştırmaların haksız rekabet teşkil edeceği düzenlenmektedir. Söz konusu düzenleme 6762 sayılı TTK m 57/1 kapsamında değerlendirilmektedir. Bu nedenle kötüleme ile ilgili olarak belirtilen hususlar kötüleyici karşılaştırmalı reklamlar açısından da geçerli kabul edilmektedir. Rakip malların gereksiz yere kötülemesinin gerçek dışı iddialara dayanması, objektif ve doğrulanabilir²⁰⁴ olmaması aynı zamanda aldatıcılık da teşkil etmektedir²⁰⁵.

Karşılaştırmalı reklam yapılmasıyla güdülen amaç, tüketicilerin aydınlatılması ve ürün veya rakip hakkında bilgi verilmesi olduğuna göre tüketicilerin seçim yapabilmelerine olanak sağlayacak bilgilerin bu amacı aşacak şekilde kötüleyici veya rakibi küçük düşürücü şekilde yapılmaması gerekmektedir²⁰⁶. Aynı tür ve nitelikteki mallar arasında yapılan karşılaştırmada kötülemenin gereksiz olup olmadığı objektiflik²⁰⁷, gereklilik,

²⁰¹ Yasaman, a.g.m., s. 8. Karar no 5.

²⁰² Bozbel, a.g.e., s. 248.

²⁰³ Kötüleyemez ifadesinin gereksiz yere kötüleyemez şeklinde anlamak gerekir. Bozbel, a.g.e., s. 61.

²⁰⁴ X marka boyanın birinci olarak nitelenmesi ve onun boya piyasasındaki en iyi mamul olduğu izlenimini doğurduğu ve ne bakımdan olduğu anlaşılmayan birincilik iddiasının aldatıcı nitelik taşıdığı ve diğer firmaları alıcılar nezdinde ikinci plana ittiği nedeniyle haksız rekabetin varlığını kabul etmiştir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 91/4992 E 92/11613 K, BATİDER C. XVII Haziran 1993, S. 1, s. 125.

²⁰⁵ Yargıtay, "kokusuz gaz; kokulu oto gaz kalitesizdir, kokulu ve kalitesiz oto gazlarla bir milli servet olan otomobillerinizin ömrünü kısaltmayın" şeklinde yapılan reklamın tüm oto gazların kokulandırılması zorunluluğu karşısında haksız rekabet teşkil ettiği sonucuna ulaşmıştır. HGK 07/11/2007 T, 2007/11-839 E, 2007/825 K; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 02/05/2006 T, 2005/2636 E, 2006/5025 K Bakınız hukuktürk.

²⁰⁶ Yusufoglu, Karşılaştırmalı Reklam, a.g.m., s. 129.

²⁰⁷ Göle, a.g.e., s. 80,82. Arkan, Ticari İşletme, a.g.e., s. 309.

doğrulanabilirlik ve ölçülülük kıstaslarına göre belirlenmektedir²⁰⁸. Gereklilik, rakibi ve ürünlerinin eleştirilmesinde haklı bir neden bulunmasını, objektiflik rakip ürünlerin olduğundan daha kötü tasvir edilmemesini, ölçülülük ise eleştirinin en az rencide edecek şekilde yapılmasını ifade etmektedir²⁰⁹. Örneğin kendi mal ve hizmetlerinin rakip mal ve hizmetlerden üstün kalitede olduğu veya daha iyi işlev gördüğü şeklinde karşılaştırmalı reklam yapılabilirken rakip malları hapishane işi olarak ifade edilmesi haksız rekabet teşkil etmektedir²¹⁰.

2.1.1.2.2.3. Gereksiz Yere Rakibin Tanınmışlığından Yararlanmama

Karşılaştırmalı reklamlar vasıtasıyla rakibin tanınmışlığından yararlanılmaması, rakip ürünlerle itibasa sebebiyet verilmemesi ve ürünlerin bir malın taklit veya kopyası olarak sunulmaması gerekmektedir. 6102 Sayılı TTK m 55/a/5. alt bendinde karşılaştırmalı reklamların gereksiz yere rakibin tanınmışlığından yararlanılmaması gerektiği düzenlenmektedir. Ancak taklit başlığını taşıyan RY m 16'de rakibin tanıtım faaliyetinden haksız yere yararlanarak sömürülmemesi düzenlenmektedir.

Karşılaştırmalı reklamlar rakip ürünlerin benzerlik ve farklılıklarını belirtmek amacıyla yapılmaktadır. Bu nedenle reklamda rakip mal ve hizmetlerin işaretlerinin veya ticari itibarının kullanılması amacıyla yapılan ilişkilendirme rakibin inhisarı haklarının ihlali anlamına gelmemektedir. Ancak mal ve hizmetlerinin en az rakibininki kadar iyi olduğu şeklinde reklam yapılmasında²¹¹ olduğu gibi karşılaştırmalı reklamın zorunlu unsuru olan ilişkilendirme haricinde, rakibinin ürününün kendi başarısını belirtmek için kullanılması ve itibarının imaj transferi şeklinde reklam sahibine aktarılmasına imkan veren her türlü karşılaştırmaların ticari itibarından haksız yararlanma ve

²⁰⁸İnal ve Baysal, age, s.61. Bozbel, a.g.e., s. 61.

²⁰⁹ Bozbel, a.g.e., s. 252,253.

²¹⁰ Camcı, CII a.g.e., s. 81. Yargıtay da “sahte likit gaz tüplerini almayın” veya “korsan likit gaz tüplerini almayın” şeklinde yapılan reklamı telaffuz yönünden davalıya ait likit gaz markasını çağrıştırdığı için yanlış ve aldatıcı kabul ederek taklit tüp isnadında nesnel anlamda doğru olan verilerin aldatıcı veya gereksiz ölçüde incitici açıklamalarla ortaya konulmasını haksız rekabet olarak kabul etmiştir Hgk 20.04.1994 T, 1993/11-965 E, 1994/252 K

²¹¹ Arkan, Ticari İşletme, a.g.e., s. 309.

haksız rekabet teşkil ettiği kabul edilmektedir²¹². Reklamın tanınmışlığından yararlanma açısından "gerekli sebep", gereksiz yere kötüleme olduğu gibi gereklilik, objektiflik, ölçülülük kistasına göre belirlenmektedir²¹³. Bu nedenle yedek parça üreten kişilerin ürünlerin hangi araç ve modele uyumlu olduğunu göstermesi veya tamir atölyesinde hangi marka veya model araçların tamir edildiğinin belirtilmesi aldatıcı olarak kabul edilmemektedir²¹⁴.

Karşılaştırmalı reklamların iltibasa veya iltibas tehlikesine sebebiyet vermemesi gereği 6102 sayılı TTK m 55/a/5'de düzenlenmektedir. Haksız rekabet hukukunun münhasır hakların yerine getirilmesinden ziyade haksız rekabetin engellenmesi amacı taşıması nedeniyle ticari itibardan haksız yararlanma açısından marka hukukunda olduğu gibi soyut bir iltibas tehlikesinin varlığının değil somut iltibas tehlikesinin aranması gerekmektedir²¹⁵.

84/450/AET Yönergesinin 3/a/g bendinde yer almakta birlikte; 6102 Sayılı TTK m 55/a/5 alt bendi düzenlemesinde karşılaştırmalı reklamlarda bir malın taklit veya kopya olarak sunulmamasına ilişkin bir düzenleme olumsuz unsur olarak yer almamaktadır. Söz konusu hüküm, hukuken korunan marka veya ticari adları taşıyan ürünün orijinal ürünün taklidi olduğu şeklinde taklit ve kopya ürünlere denk tutulduğu reklamların yasaklanmasını²¹⁶ ve korumasız kalan orijinal ürünün korunmasını amaçlamadığı kabul edilmektedir²¹⁷.

²¹² Yusufoğlu, Karşılaştırmalı Reklam, a.g.m., s. 118. Bozbel, a.g.e., s. 203,255. Yargıtay, bir temizlik deterjanının reklamlarında kullandığı "40 derecede üstün temizlik" ve "40 derecede enerji tasarrufu" kavramının deterjan kullanıcıları tüketiciler üzerinde son derece olumlu etki yaptığı ve "büyük beyaz top" reklamının tüketiciler tarafından beğenilip yüksek hatırlanma oranına ulaştığını daha sonra diğer bir marka ürün için davalının "40.000 çorap" ve "lekeler" isimli reklam filmleri hazırlatıp, davacının reklam kampanyası ile sağlamış olduğu itibardan haksız olarak yararlandığı ve bu reklamların davacı şirket reklamlarının genel düzeni, metni, sloganı, görsel sunumu itibarıyla haksız rekabet oluşturduğuna karar vermiştir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 06/02/2007 T, 2005/11256 E, 2007/2983 K Bakınız hukuktürk.

²¹³ Bozbel, a.g.e., s. 254.

²¹⁴ Öztekin, a.g.m., s. 420.

²¹⁵ Incardona, Poncibo, a.g.m., 26. Bozbel, a.g.e., s. 203.

²¹⁶ Bozbel, a.g.e., s. 213.

²¹⁷ Bozbel, a.g.e., s. 212.

2.1.2. Göstermelik İndirim

6102 sayılı TTK m 55/a/VI "seçilmiş bazı malları, iş ürünlerini veya faaliyetleri birden çok kere tedarik fiyatının altında satışa sunmak, bu sunumları reklamlarında özellikle vurgulamak ve bu şekilde müşterilerini, kendisinin veya rakiplerinin yeteneği hakkında aldatmak; şu kadar ki, satış fiyatının, aynı çeşit malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerinin benzer hacimde alımında uygulanan tedarik fiyatının altında olması hâlinde aldatmanın varlığı karine olarak kabul olunur; davalı, gerçek tedarik fiyatını ispatladığı takdirde bu fiyat değerlendirmeye esas olur" hükmünü içermektedir.

"Göstermelik (mostra) ile aldatma" veya "mostra ile avlama" şeklinde ifade edilen söz konusu uygulama, etkin bir fiyat politikasının sonucu olarak değil yalnızca reklam olarak fiyat indirimi yoluyla tüketicinin etkilenmesidir²¹⁸. Belirtilen uygulamada bazı mallar seçilerek tedarik fiyatının altında mostra (göstermelik) olarak satışa sunulması ve böylece tüketici avlanarak aldatılmasıdır²¹⁹. Mostra ile avlamak birkaç amaca yönelik olmakla birlikte TTK düzenlemesi bu amaçlardan yalnızca birini kapsamına almaktadır. Öncelikle, yönergesinin Ek I/5. uygulamada yer alan "reklam ve ilanın derecesi ve ürün fiyatı baz alındığında, stoklar yetersiz olduğu halde reklam yapılması" haksız rekabet hali 6102 Sayılı TTK'de düzenlememekte; yalnızca stokta yeterli miktarda mal bulunmakla birlikte rakipleri kötülemek amacıyla tedarik fiyatının altında satışa sunulması düzenlenmektedir. Mostralı satışla, bilinen birkaç malın, rakibin asla indiremeyeceği tedarik fiyatının altında satışa sunulması, rakiplerin pahalı olarak tanınmasına neden olabileceği gibi söz konusu işletmenin ucuz olarak tanınmasını da sağlayabilmektedir. Bu sayede tacir kendisi veya rakiplerinin yeteneği hakkında müşterilerini aldatmaktadır. Düzenlemede "birden çok kez" ibaresi ile ne amaçlandığı ise açık değildir. Ayrıca gerekçede, söz konusu düzenlemenin yönerge ek I/6'da yer alan, diğer ürünleri desteklemek

²¹⁸ Öztekin, a.g.m., s. 421.

²¹⁹ 6102 Sayılı TTK m 55/a/6 Gerekeçesi

amacıyla tuzak reklam²²⁰ yapılmasını kapsadığı ifade edilmesine rağmen söz konusu düzenlemenin lafzı belirtilen sonuca ulaşmaya elverişli bulunmamaktadır.

Düzenlemede göstermelik indirim karinesine de yer verilmekte ve satış fiyatının, aynı çeşit malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerinin benzer hacimde alımında uygulanan tedarik fiyatının altında olması durumunda indirimin göstermelik olduğu karine olarak kabul edilmekte ve ispat yükü tersine çevrilmektedir. Söz konusu karine adi karine niteliğindedir ve aksi gerçek tedarik fiyatının ispatıyla kanıtlanabilmektedir. Uygulamanın birden çok kez gerçekleştirilmesi, söz konusu hususun reklamlarda özellikle vurgulanması ve bu durumun rakiplerin veya satışı yapanın gücü hakkında yanıltması gerekmektedir²²¹.

2.1.3. Ek Edimlerle Aldatmak

TTK m 55/a/7 bendinde bir haksız rekabet hali olarak “müşteriyi ek edimlerle sunumun gerçek değeri hakkında yanıltma” düzenlenmektedir. Düzenlemenin konusunu müşteriye armağanlar, primler, rabatlar vs ek edimler sunarak müşterinin malın nitelikleri hakkında düşünmesinin ve bilinçli karar almasının engellemesi oluşturmaktadır. Hediye serbest olarak verilebilir ve satıcı malın gerçek değerini bildireceği ve hediye fiyatı alıcıya yüklenmeyeceği için tüketici hediye verilmesinden dolayı nadiren aldanır²²². Söz konusu bent müşterinin karar verme özgürlüğünü müşteriyi yanıltarak etkileme ve malın değerini armağanlar, bedelsiz verilen mallarla gizleme olmak üzere iki tür ticari uygulamayı içermektedir²²³. Müşterinin malı değil ek

²²⁰ Tuzak reklam, diğer ürünü desteklemek amacıyla belirli bir fiyattan ürün alınması için davet yapılması, daha sonra: ilanda yer alan ürünleri tüketiciye göstermeyi ret etme veya makul süre içerisinde sipariş almayı veya dağıtmayı ret etme veya ürünün özürülü örnekler olduğunun ortaya çıkması şeklinde tanımlanabilmektedir.

²²¹ Öztekin, a.g.m., s. 423.

²²² David ve Jacobs, a.g.e., s. 89.

²²³ 6102 Sayılı TTK m 55/a/7 Gerekeçesi

edimi elde etme amacı taşıması ek edimi haksız yapmayacağı gibi ek edimin değeri de adillığın bir unsuru olarak görülmemekte ve sınırlanmamaktadır²²⁴.

İsviçre federal mahkemesi içtihatlarına göre haksız rekabetten söz edilebilmesi için alıcının dikkatinin belirli bir malı satın aldığı zaman verilecek olan hediyeyi öncelikle değerlendirmesi ve de satın alacağı malın gerçek değerli ile satışa sunulan değeri arasındaki farkı değerlendirmeyi düşünmemesine sebep olacak biçimde dikkatinin verilecek hediye üzerinde yoğunlaştırılması, aslında pahalı olan malı ucuza aldığı intibayı uyandırması, ayrıca zararına satışlara karşı getirilen yasağın hediyeli satışlar yoluyla dolandırılması amacı taşımaktadır²²⁵.

2.1.4. Saldırgan Ticari Uygulamalar

6762 sayılı TTK saldırgan ticari uygulamalara ilişkin hüküm içermemekte uygulamada da saldırgan ticari uygulamalara ilişkin içtihatlarla rastlanmamaktadır. 6102 sayılı TTK m 55/a/8'de ise, müşterin karar verme özgürlüğünü özellikle saldırgan satış yöntemleri ile sınırlamanın haksız rekabet teşkil edeceği belirten genel bir düzenleme yer almaktadır. Söz konusu düzenlemede saldırgan ticari uygulamalar bir haksız rekabet hali olarak yer almakla birlikte saldırgan ticari uygulamaların tanımına ve saldırgan ticari uygulamalara ilişkin uygulama örneklerine yer verilmemektedir. Bu nedenle 6102 sayılı kanun saldırgan ticari uygulamaların içeriğini uygulamaya bırakmaktadır. Fiziksel yada psikik baskı, hile gibi tüketicinin kişiliğine saygı ilkesinin ihlal edildiği durumlarda tüketicinin serbest karar verme özgürlüğü kaldırılmış kabul edilmekte²²⁶ ve söz konusu düzenlemeyle müşterilerin makul kabul edilemeyecek uygulamalarla psikolojik açıdan zor duruma sokulması ve satın alma zorunluluğu altında bırakılmasının önlenmesi amaçlanmaktadır. Ancak yasal sert satışla

²²⁴ David ve Jacobs, a.g.e., s. 89, 90.

²²⁵ Öztekin, a.g.m., s. 426. Fethi Kılıç, "Türk Ticaret Kanununda Düzenlenmeyen Gelişmiş Ülkeler Hukuklarında Var Olan Haksız Rekabet Olguları" **Karınca Dergisi**, Ağustos 1999, S, 752 s, 40-44, s. 43.

²²⁶ Şenocak, Boykot, a.g.m, s. 91.

saldırğan ticari uygulamalar arasında ince bir çizgi bulunduğu, bir tarafta yasal ticari uygulama varken diğer tarafta taciz, zorlama ve aşırı etki bulunmakla birlikte somut olayda ayırımın zor olabileceği belirtilmektedir²²⁷. Saldırğan ticari uygulamaların varlığı açısından önemli nokta, somut olayda rekabetçi hareketin makul seviyede iyi bilgilendirilmiş dikkatli, ihtiyatlı ortalama tüketicinin bağımsız ve mantıklı karar alma kabiliyetine aşırı derecede ket vurup vurmadiđıdır²²⁸.

Kapıdan satışlar gibi müşterinin gafil avlandığı bazı sözleşme türleri TKHK'da düzenlenmektedir. Söz konusu düzenlemelerde tüketicie süresi içerisinde cayma hakkı tanınmaktadır (kural olarak yedi gün). Söz konusu hakkı kullanmayan tüketici sözleşme ile bağlı kalmaktadır. Haksız rekabete ilişkin düzenlemeler ise söz konusu hakkın kapsamını genişletmez. Haksız rekabete ilişkin dezenlemelerin amacı tamamlanmamış işlemler açısından dürüstlüğün sağlanmasıdır ve söz konusu düzenlemelerde tüketicie tanınan imkanlardaki eksikliği giderir²²⁹.

TTK'de genel ifadeyle düzenlenen saldırğan ticari uygulamalara ilişkin olarak Alman UWG'sinde ayrıntılı uygulama örnekleri yer almaktadır. Öncelikle "insana sıkıntı veren tarzda baskıyla veya diğer yerinde olmayan ilgisiz etkiyle/(aşırı etki sayılabilecek faaliyetlerle) tüketicilerin veya diğer piyasa katılanlarının bağımsız karar alma kabiliyetlerini azaltacak şekilde icra edilen rekabet eylemleri" (UWG m 4/1) haksız kabul edilmektedir²³⁰. Ayrıca 2005/29/AT Yönergesinde yer alan zayıf tüketicinin korunması ilkesine uygun olarak karşı tarafın zayıflığından avantaj elde edilmesi saldırğan ticari uygulama olarak düzenlenmektedir (UWG m 4/2). Söz konusu düzenlemede özellikle tüketici üzerinde aşırı etki oluşturarak çocukların veya gençlerin ticari deneyimsizliğinden, sağlığından/kolay inanmasından, endişesinden

²²⁷ Howells, Micklitz., Wilhelmsson, a.g.e., s. 168.

²²⁸ Schroeder, a.g.m., s. 141. Heim,a.g.m., s. 530.

²²⁹ David ve Jacobs, a.g.e., s.92.

²³⁰ Schroeder, a.g.m., s. 141.

veya ihtiyaç baskısından²³¹ avantaj elde eden ve ticari uygulamalar haksız kabul edilmektedir. Söz konusu hüküm, tüketicinin ve diğer piyasa katılanlarının serbest seçim hakkını gerçeklere dayanmayan etkilere karşı korumayı amaçlayan ilave bir genel hüküm niteliğindedir ve ortalama tüketici kavramı haksızlığın tespiti açısından önem arz etmektedir²³². Maddenin uygulama alanına daha çok çift teklif²³³, toplu alışveriş (power shopping)²³⁴ bağımsız hediye²³⁵, prim²³⁶ ve iskonto gibi ticari uygulamalar girmektedir²³⁷.

UWG m 4/1'de aşırı etkili (cezp edici) olarak kabul edilen uygulama örnekleri olarak, zihinsel satın alma dürtüsüne baş vuran zihinsel reklam ve tanıtım faaliyetlerine (iskonto reklamları) yer verilmekte ve mahkemelerin yalnızca kötüye kullanmanın kontrolü fonksiyonuna sahip olduğu belirtilmektedir²³⁸. Söz konusu faaliyetlerde garanti edilen parasal menfaatler kadar promosyonun anlamının da göz önüne alınması gerekmektedir. Alman yüksek mahkemesi [Bundesgerichtshof (BGH)] içtihatlarında; promosyon

²³¹ Schroeder, a.g.m., s. 141.

²³² Schroeder, a.g.m., s. 141.

²³³ Çift teklifte mal ve/veya hizmetler birlikte teklif edilmektedir. Yüksek mahkemenin Court (eg [2004] IIC 223, 224—All-in Offer), çeşitli kararlarına göre çift teklif mal ve/veya hizmetler fonksiyonel olarak birbiri ile bağlantılı olmasa veya mal ve hizmetler açık bir şekilde çift mal ve veya hizmetin her birinin kendi fiyatından satışa sunulsa dahi alman haksız rekabet hukukunda kendiliğinden haksız olarak kabul edilmemektedir. Yüksek mahkeme tüketicin, fiyat değerlendirmesi yapma sorumluluğuna vurgu yapmaktadır. Ancak teklifin bedava karakterine vurgu yapmak suretiyle gerçek fiyatın tartışılması durumunda çift teklif haksız ticari uygulama olarak kabul edilmektedir. Heim,a.g.m., s. 529.

²³⁴ Toplu alışveriş terimi özellikle e-ticaret alanında kullanılan, satıcının belirli malları değişik fiyatlardan satışa sunduğu ve belirlenen bir zaman periyodu içerisinde sözleşme yapan alıcılara karşı (alıcı miktarınca) özel fiyatla bağlı kaldığı satış yöntemidir. Böylece ürünün fiyatı belirli zaman dilimi içerisinde ürünü satın alan alıcı miktarına göre çeşitlilik gösteren alışveriş birliği, tüketicilerin üreticilerden toplu indirim elde etmelerine ve taleplerini birleştirmelerine izin vermektedir. Böylece toplu alışveriş tüketicilerin üreticilerden toplu indirim elde etmelerine ve taleplerini birleştirmelerine izin vermektedir. Alman İctihatlarında toplu alışveriş haksız rekabet olarak kabul edilmektedir. Bakınız Cologne Court of Appeal [2002] GRUR-R.R. 40—Power-shopping; Hamburg Court of Appeal [2000] ZUM 510. Heim,a.g.m., s. 529.

²³⁵ Bağımsız hediye, tüketiciyi söz konusu mal ve hizmetleri satın almaya cezp etmek amacıyla, mal ve hizmetlerin satın alma yükümlülüğü olmaksızın ücretsiz sağlanması amacıyla geçici teklifte bulunulmasını ifade etmektedir. Heim,a.g.m., s. 529.

²³⁶ Prim Tüketiciyi belirli mal ve hizmetleri satın almaya teşvik etmek amacıyla satın alınması teklif edilen mal ve hizmetlerden farklı olarak, mal ve hizmetlerin sağlanması için geçici teklifi ifade etmektedir. Heim,a.g.m., s. 529.

²³⁷ Heim,a.g.m., s. 529.

²³⁸ UWG öncesi dönemde promosyon faaliyetlerine izin verilip verilmeyeceğinin tespiti konusunda mahkemelere geniş taktir yetkisi verilmekte ve çok çeşitli karar ortaya çıkmaktaydı. Schroeder, a.g.m., 141.

faaliyetlerine, promosyona konu ürünle ilgili olarak teklifin fiyatı ve kalitesi göz önünde tutulduğunda tüketici üzerinde söz konusu şekilde aşırı etki oluşturmadığı sürece izin verileceğini kabul etmektedir²³⁹.

Saldırgan ticari uygulamalar 2005/29/AT yönergesiyle ilk kez Avrupa Birliği seviyesinde düzenlenmektedir²⁴⁰. Yönerge, saldırgan ticari uygulamalara ilişkin olarak genel hüküm yanında ek I kısmında sekiz adet her durumda yasaklanması kabul edilen uygulama örneği içermektedir²⁴¹.

²³⁹ Schroeder, a.g.m., s. 141.

²⁴⁰ Maillard, agm, s, 14. Questions and the answers.

²⁴¹ Yönergenin Ek I kısmının 24–31. maddeleri arasında her durumda haksız kabul edilen saldırgan ticari uygulamalar düzenlenmektedir. Söz konusu uygulamalar yönergede yer alan şartları karşılayıp karşılamadığına bakılmaksızın saldırgan ticari uygulama olarak kabul edilmektedir. 1. Satış Baskısı: Tacirin, “tüketicinin sözleşme kuruluncaya kadar binadan ayrılmayacağı baskısı, (izlenimini) oluşturma” sı (Ek I/24) her durumda haksız kabul edilmektedir. Söz konusu uygulamaya genç bir çiftin çıktıkları balayında kıydan uzak adalar için otel fiyatlarını sordukları adadaki merkez acentenin onları son uçak kalkıncaya kadar oyalaması, onlara anlaşmaya varılincaya kadar ayrılmayacakları izlenimi vermesi, son uçağı kaçırın çiftin mecburen otelde kalmak zorunda kalması örnek olarak verilmektedir. 2 Saldırgan Kapıdan Satış: Ulusal hukukun mazur gösterdiği haller ve sözleşmeden doğan yükümlülüğün yerine getirilmesi istisna olmak üzere, satıcının; tüketicinin ayrılması veya geri dönmemesi isteğini görmezlikten gelerek, onun evine kişisel ziyaretler düzenlemesi (Ek I/25) her durumda yasaklanması gereken saldırgan ticari uygulama olarak kabul edilmektedir. Kapıdan satış için eve gelen satıcının tüketicinin ilgilenmediğini göstermesine rağmen ürünleri göstermekte ısrar etmesi, bir şey satmadan evden gitmeyeceğini belirtmesi, “hayır”ı cevap olarak kabul etmiyorum”, gibi ifadeler kullanması söz konusu uygulamaya örnek olarak verilmektedir. Bir cep telefonu operatörünün ürününü tanıtmak için tüketiciden randevu alması ve kullandığı operatörden daha iyi şartlarla teklif sunacağını belirtmesi ancak tüketici küçük tasarrufların operatör değiştirmenin zahmetinden daha değersiz olduğuna karar vermesi üzerine defalarca ısrar etmesi ve tüketicinin sırf taciz düzeyine varan ısrardan kurtulmak düşüncesiyle teklifi kabul etmesi söz konusu uygulamaya örnek olarak verilmektedir. 3 Taciz Boyutuna Varan Uygulamalar: 97/7/AT Yönergesinin 10. maddesinde 95/46/AT ve 2002/58/AT de belirtilen haklar mahfuz kalmak şartıyla, ulusal hukukun mazur gösterdiği haller ve sözleşmeden doğan yükümlülüğün yerine getirilmesi istisna olmak üzere; telefon, faks, e-mail, veya diğer uzaktan medya araçlarıyla ısrarlı ve davetsiz tacizlerde bulunulması (Ek I/26) her durumda haksız kabul edilmektedir. Bir minyatür dergisinin tüketicinin kabulü alınmaksızın “senin minyatürle ilgilendiğini biliyoruz ve seni özgürce e-mail listemize kaydediyoruz, tüm Avrupa’daki minyatür toplayıcılarından mail alacaksın” şeklinde mail göndererek tüketiciyi mail listesine eklemesi ve tüketicinin dergiden ve üyelerinden her gün onlarca mail almaya başlaması söz konusu uygulamaya örnek olarak gösterilmektedir. Birden fazla kimseye elektronik posta yolu ile gönderilen bu tür reklamlar “spamming” olarak isimlendirilmektedir. Avrupa Birliği hukukunda 4.6.1997 tarihli “Mesafe Ötesi Sürüm Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması Hakkında Yönerge”yle ele alınan söz konusu mesajların Türk Hukukunda haksız rekabet oluşturduğu kabul edilmektedir. Tekin Memiş, **Hukuki Açıdan Kitlelere E-Posta Gönderilmesi (SPAMMING)** <http://archiv.jura.uni-saarland.de/turkish/TMemis1.html>, Metin İkizler ve Sinan Başar, “Sapam’ın Zararları Ve Spamile Hukuki Mücadele ABD Örneği ve Türk ve Avrupa Birliği Hukukları İle Karşılaştırılması” **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, İzmir 2006, C, 8, S 2, s. 91-114, s. 109. Erişim: <http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/DergiMiz8-2/pdf/mikizler.pdf>. 4 Makul Olmayan Taleplerde Bulunulması: Tüketicinin, sigorta bedelini talep ettiğinde, tüketiciyi sözleşmeden doğan haklarını kullanmaktan vazgeçirmek (kullanmasını imkansız hale getirmek) amacıyla, tüketiciden sigorta bedeliyle makul ve bir meşru ilişkisi bulunup bulunmağı göz önünde tutulmaksızın veya benzer şekilde cevaplanması sistematik olarak yerinde olmayan belgelerin

Yönergede saldırgan ticari uygulamalar “durum ve koşullar göz önüne alındığında; tacizkarlıkla, baskıyla, fiziksel güç kullanarak veya aşırı etkiyle; ortalama tüketicinin seçme özgürlüğünü veya davranışını önemli ölçüde bozan veya bozması olası ticari uygulamalar” olarak tanımlanmakta²⁴² ve tüketiciye aksi taktirde almayacağı sözleşmesel kararı aldırması veya

ibrazının talep edilmesi (Ek I/27) her durumda saldırgan ticari uygulama olarak kabul edilmektedir. Hırsızlığa karşı bagajı sigorta edilen tüketiciye sigorta şirketinin, talep edilen sigorta bedelinin ödenmesi için çalınan yada kaybolan bagajın içerdiği tüm malların makbuzunu yada satın aldığına dair kanıtların ibrazını şart koşması, söz konusu uygulamaya örnek olarak verilmektedir. Çünkü çalınan ya da kaybolan eşyaların tümünün makbuzunu ibraz etmek neredeyse imkânsızdır ve sigorta şirketi bu imkânsızlığı hesaba katarak söz konusu hakların kolayca elde edilmemesini sağlamak veya elde edilmesini imkansız kılmak amacıyla söz konusu şartları ileri sürmektedir. 5. Çocukları Direkt Teşvik Etme: Yönergenin ek I kısmında; televizyon yayınları ile ilgili 89/552/AET Yönergesi m 16’da belirtilen haklar mahfuz kalmak kaydıyla; çocuklara, ilan edilen ürünleri almaları veya ebeveynlerini almaya ikna etmeleri veya diğer yetişkinleri ilan edilen ürünleri onlar için almaya ikna etmeleri tembihini direkt olarak içeren ilanlar (Ek I/28) her durumda saldırgan ticari uygulama olarak kabul edilmektedir. Firmanın reklamında “hey çocuklar... çıktı ailenize almalarını söyleyin; söyle annene alsın” gibi ifadeler kullanması, bu şekilde çocuklara direkt çağrı yaparak ailelerine baskı yapmalarının sağlaması örnek olarak kabul edilmektedir. Ailelere çocuklarının yapacağı baskı, tacirin direkt yapabileceğinden çok daha ağır olabilmekte ve aileler sonuçta söz konusu ürünü almak zorunda kalmaktadırlar. Benzer bir düzenleme RY m 18/e’de yer almakta ve “reklamı yapılan malın veya hizmetin her aile bütçesine uygun olduğu ifade edemeyeceği mal veya hizmetin alınmasını yada kiralanmasını sağlamak üzere ana-babalarını veya başkalarını ikna etmelerine yönelik doğrudan bir çağrıyı” içerebileceği düzenlenmektedir. 6. Atalet Satış: 97/7/AT Yönergesi 7(3) maddesinde ürün yerine verecek malın yeniden yapılandırılması hariç, tüketici tarafından talep edilmemesine rağmen tacirin ödemeleri acilen talep etmesi veya ertelemesi veya ürünü geri istemesi veya ürünün saklanması sağlanması (Ek I/29) her durumda saldırgan ticari uygulama olarak kabul edilmektedir. Tüketici tarafından yapılandırma formunun talep edildiği hatırlanmamasına rağmen tacirin “talep ettiğiniz yapılandırma ekte gönderilmiştir. Kredi kartı detaylarını ekteki formu doldurarak veya şirketin Internet adresine direkt olarak göndermeniz durumunda borcunuzu aylık taksitler halinde ödeyebilirsiniz” şeklinde e-mail gönderilmesi; saldırgan ticari uygulama olarak kabul edilmektedir. Ancak mesafeli satışlarda kataloglar uzun dönemler için düzenlenmekte ve bu nedenle mesafeli satışlar atalet satışın istisnası olarak belirtilmektedir. European Commission, a.g.e., 25. 7 Duygusal Baskı Yapılması: Satıcının, tüketici tarafından ürünleri veya hizmetleri satın alınmazsa, işinin veya geçiminin tehlikeye gireceğini tüketiciye açıkça bildirilmesi (Ek I/30) her durumda saldırgan ticari uygulama olarak kabul edilmektedir. Söz konusu uygulama “satıcı ‘...’yı kaybeder” şeklinde ifade edilmektedir. Tüketici, bir işletmeye gittiğinde satıcının aniden ağlamaya başlaması ve tüketici şaşırınca ona sattığı ürünlerden alması için yalvarması ve eğer aylık kotasını dolduramazsa işini kaybedeceğini bildirmesi ve tüketicinin vicdanına sığınması söz konusu uygulamaya örnek olarak verilmektedir. 8. Ödül Konusunda Aldatmak: Ödül veya eşdeğer menfaat olmadığı halde veya ödül veya eşdeğer menfaat iddiasıyla, tüketiciyi para veya maliyete maruz bırakacak tavırlarla, tüketicinin ödül veya eşdeğer fayda kazandığı, kazanacağı, veya bir eylemde bulunarak kazanacağı yönünde izlenim oluşturulması (Ek I/31) her durumda saldırgan ticari uygulama olarak kabul edilmektedir. Söz konusu uygulamanın en çok rastlanılan hali internette sık sık gönderilen e-postalardır. Şöyle ki; gerçekte ödül ve belirtilen şirket mevcut olmadığı halde ilgili kişinin yüz bin avro ödül kazandığı ve ödülü talep edebilmesi için ikramiyenin vergi ve diğer yükümlülüklerinin yerine getirmesi gerektiği ve bunun için belirtilen hesaba kazanılan ikramiyenin %10’u tutarında para yatırması gerektiğini bildiren e-postanın bir şirket adına gönderilmesi ve tüketicinin e-postayı gönderen kişilerin izini bulması ise mümkündür. Maillard, agm, Questions and the answers. European Commission.

²⁴² Yönerge, uygulamanın saldırgan olarak kabulü için sindirme (harassment), zorlama (coercion) ve aşırı etki (undue influence) içermesi gerektiğini kabul etmektedir. Howells, Micklitz., Wilhelmsson, a.g.e., s. 171, 172.

aldatılmasının olası olması saldırganlığın kabulü açısından bir unsur olarak aranmaktadır (Yönerge m 8). Ancak İstenmeyen e-posta mesajları gibi bazı uygulamalar tüketicinin kararını etkilememekle birlikte rahatsız edicidir ve yönergenin lafzı söz konusu uygulamaların saldırgan ticari uygulama olarak kabulüne engel olmakla birlikte söz konusu uygulamalar pek çok ülkede tüketicinin korunması düşüncesiyle saldırgan ticari uygulama olarak değerlendirilmektedir²⁴³. Uygulamada saldırgan öğeler tacirin ticari ilişkide tüketiciye karşı güçlü pozisyonunu kötüye kullanarak etki etmek amacıyla baskı yapması, ticari uygulamasında tacizkâr, zorlayıcı, fiziksel güç içeren veya aşırı tesirli fiilleriyle baskıya başvurması veya güçlü pozisyonunu kötüye kullanmasa dahi fiziksel güç kullanacağı konusunda tüketiciyi tehdit ederek tüketicinin bilinçli karar alma yeteneğinin önemli ölçüde sınırlandırması şeklinde tanımlanmaktadır²⁴⁴. Yönergenin amacı, şiddet veya tehdit unsurları taşımasa dahi tüketicinin hastalığından, duygusallığından, zihni durumundan veya sadece sabrından yararlanarak karar alma yetisini kayda değer derecede bozan veya bilgi alma yetisine, dikkatine, mantıklı karar alması yetisine kayda değer derecede ket vuran uygulamalardan tüketiciyi korumaktır²⁴⁵.

2.1.4.1. Saldırgan Ticari Uygulamaların Sınıflandırılması

2.1.4.1.1. Güçlü Pozisyondan Yararlanma

Saldırgan ticari uygulamanın belirlenmesi açısından ticari uygulamanın zamanlaması, yeri, doğası veya devamlılığına bakılması gerektiği belirtilerek tacirin, zamanlamadan, uygulamanın doğasından ve devamlılığından kaynaklanan güçlü pozisyonunu kullanmak suretiyle tüketici üzerinde baskı kurulması saldırgan ticari uygulama olarak kabul edilmektedir (Yönerge m 9/a). Genelde tacir tüketiciye nazaran avantajlı durumda bulunmakla birlikte uygulamanın haksız rekabet teşkil etmesi için tacirin genel avantajı yanında

²⁴³ Howells, Micklitz., Wilhelmsson, a.g.e., s. 175,176-178.

²⁴⁴ Questions and the answers. European Commission, a.g.e., 14.

²⁴⁵ Incardona, Poncibo, a.g.m., 28. Howells, Micklitz., Wilhelmsson, a.g.e., s. 184

güçlü pozisyonunu kötüye kullanması gerekmektedir²⁴⁶. Örneğin tüketicinin tacire karşı daima borçlu durumda olması ve tacirin tüketiciye diğer bir ürünü satın alması şartıyla borcunu yeniden yapılandıracağını vaat etmesi saldırgan ticari uygulama olarak kabul edilmekte buna karşın tacirin, tüketiciye alış veriş merkezine özel servis tayin etmesi, alış veriş sırasında hafif ikramlarda bulunması gibi özendirici teklifler aşırı etki olarak nitelendirilmemektedir²⁴⁷. Güçlü pozisyondan yararlanma, iktisadi ve entelektüel gücün kötüye kullanılması ile ilgili kabul edilmekte ve mesleki güç dışında sosyal bağlarda güçlü pozisyon kapsamında değerlendirilmektedir²⁴⁸. Söz konusu uygulama açısından baskının yasal olup olmaması ise önem arz etmektedir²⁴⁹.

2.1.4.1.2. Fiziki Baskı Uygulanması

Yönerge m 9/b bendinde tacirin, uygulama esnasında tehdit veya abes bir ifade tarzı veya davranış kullanılmasının saldırgan ticari uygulama oluşturacağı düzenlenmektedir.

2.1.4.1.3. Psikolojik Baskı Uygulanması

Yönerge m 9/c bendinde a ve b bentlerinde yer alan fiziksel baskı yanında tacirin, tüketicinin ürünle ilgili kararının etkilendiğinin farkında olarak, tüketicinin yargı yeteneğini etkileyecek ciddiyette özel bir kötü şans veya durum ile tüketiciyi sömürülmesi saldırgan ticari uygulama olarak düzenlenmektedir.

2.1.4.1.4. Aşırı Prosedür Uygulanması

Yönerge m 9/d bendinde “tüketicinin sözleşmeyi sona erdirme, diğer bir ürünle değiştirme veya diğer bir tacire aktarma (aboneliğini taşıması) haklarını içeren sözleşme kaynaklı haklarını kullanmak istemesi durumunda, tacir tarafından meşakkatli veya orantılı olmayan ve sözleşmeye dayanmayan engellerin dayatılması” saldırgan ticari uygulama olarak

²⁴⁶ Howells, Micklitz., Wilhelmsson, a.g.e., s. 189.

²⁴⁷ Questions and the answers.

²⁴⁸ Howells, Micklitz., Wilhelmsson, a.g.e., s. 188.

²⁴⁹ Howells, Micklitz., Wilhelmsson, a.g.e., s. 193.

düzenlenmektedir. Söz konusu saldırgan uygulamaya örnek olarak yolculuk sırasında kaybolan bagajı için sigorta şirketine başvuran bir kişiye şirketin zararı karşılayacağını ancak bagajdaki tüm kaybolduğu iddia edilen eşyaların faturalarının teslimi gerektiğini ileri sürmesinde olduğu gibi taciz şartları ileri sürülmesi gösterilmektedir. Söz konusu düzenlemede, tüketicinin sözleşme kaynaklı bir hakkını kullanması aşırı prosedür uygulanarak engellenmektedir.

2.1.4.1.5. Kanunen Başvurulamayacak Bir Tedbire Tehdit Olarak Başvurulması

Yönerge m 9/e bendinde “bir fiilin yapılması için (tacir tarafından) kanunen başvurulamayacak herhangi bir vasıtanın tehdit olarak kullanılıp kullanılmadığının göz önünde tutulması gerektiği” düzenlenmektedir. Kendilerine tatil çıktığı söylenen çiftte, tatil kulübüyle ilgili uzun bir tanıtım yapılması ve ancak depozito yatırımları karşılığında tatile hak kalabileceklerinin bildirilmesi, her ne kadar söz konusu çift ödedikleri depozitoyu alabilecek ve tatil kulübüne para ödemeyecek olsalar da saldırgan ticari uygulama olarak kabul edilmektedir.

2.1.4.2. Reklam Vasıtasıyla Saldırgan Ticari Uygulamalar

2.1.4.2.1. Gizli Reklamlar ve Ürün Yerleştirme

Ticari faaliyetin reklam niteliğini veya ilişkinin ticari niteliğini tüketiciden gizleyerek yapılan reklamların haksız rekabet teşkil edeceği kabul edilmektedir. Kamufle edilmiş reklamlar, gizli reklamlar ve yüceltmek suretiyle yapılan reklamlar olmak üzere iki kategori ticari uygulamayı içermektedir. Tüketicinin medya bilgisine olan güvenin reklam amacıyla sömürüldüğü reklamlar veya ürün yerleştirme içeren reklamlar veya bilinç dışı reklamlarda, tüketicinin reklamın ticari niteliğinin farkında olmadığı kabul edilmektedir²⁵⁰. Satış promosyonu yapan kişi, tüketici veya diğer piyasa katılanları ile ticari olmayan faaliyet peçesi altında temas kurması ve sonradan ticari faaliyete

²⁵⁰Heim,a.g.m., s. 530.

çevirmesi ve tüketicileri ticari alana sevk etmesi durumunda haksız rekabetin varlığı kabul edilmektedir²⁵¹.

Reklam yönetmeliği 5/d bendinde biçimi ve yayımlandığı mecra ne olursa olsun, bir reklamın "reklam" olduğu açıkça anlaşılması ve reklamın haber ve yorum öğeleri içeren bir mecrada yayımlandığı takdirde, "reklam" olduğu kolaylıkla algılanacak biçimde belirtilmesi gereği ve örtülü reklam yapılamayacağı düzenlenmekte ve temel ilke olarak gizli reklamlar yasaklanmaktadır. Söz konusu hüküm 2005/29/AT Yönergesi düzenlemesiyle de örtüşmektedir. Ancak 2005/29/AT Yönergesinin 6 nolu gerekçesinde yönergenin kanunla uygun ürün yerleştirme gibi kabul edilmiş reklam ve pazarlama uygulamalarını etkilemeyeceği belirtilmektedir. 89/552/AET ve 97/36/AT Yönergesinin 10. ve 11. maddelerine göre de tele alışverişin, programın diğer unsurlarından ayrı ve kolaylıkla ayırt edilebilecek biçimde düzenlenmesi gerekmektedir. Ayrıca söz konusu yönergede reklam ve tele alışverişte bilinçaltı tekniklerinin kullanılması yasaklanmaktadır²⁵².

Film içerisindeki görüntüye bilgisayar ortamında istenilen görüntüyü yerleştirmek suretiyle yapılan sanal reklamlar da bu kapsamda değerlendirilmektedir. RY m 7/b'de gözün algılayacağı frekanstan daha yüksek ancak beynin algılayabileceği görüntüler yerleştirmek suretiyle yapılan bilinçaltı reklamları "çok kısa sürelerle imaj veren elektronik aygıt yada başka bir araç kullanılarak ya da yapılarını, izleyenlerin fark edemeyecekleri yada bilemeyecekleri bir biçime sokarak bilinçaltıyla algılanmasını sağlayan reklamlar" şeklinde tanımlanarak yasaklanmaktadır.

Televizyon mecrasında programlar içerisinde ürün yerleştirilmesi de haksız ticari uygulama olarak kabul edilmektedir. Ancak AB komisyonu, ürün yerleştirme yasağını belirli şartlar çerçevesinde yumuşatmaya

²⁵¹ Schroeder, a.g.m., s. 141. Almanya'da kamufle edilmiş reklamların en sık başvurulan şekillerine katılanlara bazı şeyleri satmak amacıyla ucuz çevre gezintisi: bir günlük otobüs veya bot seyahati ilanı verilmesi örnek olarak gösterilebilir (Faaliyet ucuz olmakla birlikte gizli bir ticari amaç olarak taşınan insanlara belirli şeyler satılmaktadır) Schroeder, a.g.m., s. 142.

²⁵² Vedat Çakır, "Avrupa Birliğine Uyum Sürecinde Türkiye'de Televizyon Reklamlarına Yönelik Düzenlemeler" İletişim. 5(1): s, 198–209, Erişim www.firat.edu.tr Tarihi: 12.10.2010, s. 200.

çalışmaktadır. Söz konusu yönergede değişiklik yapılmasına ilişkin teklifte, haber içerikli ve çocuklara yönelik programlar hariç kalmak şartıyla, belirli şartlar altında ürün yerleştirilmesine ürün yerleştirmenin ayırt edilebilir olmasını sağlamak amacıyla programın başında uygun şekilde belirtmek suretiyle üye ülkelerce izin verilebilmesi teklif edilmiştir²⁵³. 13/12/2005 Tarihinde Sınır Aşan Televizyon Yönergesinin değiştirilmesine yönelik yasama önerisi kabul edilmiş, bu bağlamda komisyon görsel işitsel medya hizmetleri yönergesi adıyla yeni bir yönergenin gayri resmi metnini açıklamıştır. AB konseyi ve parlamentosunda yasalaşma sürecinde olan öneride sınır aşan yayınlar yönergesinde yer alan reklamlarda bilinçaltı tekniklerinin kullanılması ve gizli reklamlarla ilgili yasaklar kalkmakta ayrıca öneri bölünmüş ekran, sanal reklam, küçük gösteri ve etkileşimli reklam gibi yeni tekniklerin kullanılmasını desteklemekte, ayrıca sınır aşan reklam yönergesinde düzenlenmemekle birlikte, söz konusu önergeyle, bağımsız bir yapımlar olan eserlerde ve sinema filmlerinde yaygın olarak kullanılan ürün yerleştirmeye izleyicilerin ürün yerleştirmeden açıkça haberdar olmaları ve ürün yerleştirme içeren programların başlangıcında izleyiciler tarafından herhangi bir karışıklık oluşturmayacak şekilde algılanmaları şartıyla izin verilmektedir²⁵⁴.

2004 yılında sınır aşan yayınlar yönergesinin bazı hükümlerini yorumlayan bildirge yayımlanmış ve söz konusu bildirgede sınır aşan yayınlar yönergesinde düzenlenen sponsorluk, reklamlar ve tele alış verişi ilişkin düzenlemede ek olarak etkileşimli reklam, sanal reklam, bölünmüş reklam gibi yeni reklam tekniklerinin uygulanmasına dair hükümlere yer verilmektedir²⁵⁵. Bildirgede söz konusu reklam tekniklerinin geleneksel reklamcılık kurallarıyla çelişmemesi gereği belirtilerek reklamlara ilişkin genel kurallara tabi kılınmaktadır²⁵⁶.

²⁵³ İnal ve Baysal, age, s,52

²⁵⁴ Çakır, a.g.m., s. 202.

²⁵⁵ Çakır, a.g.m., s. 201.

²⁵⁶ Çakır, a.g.m., s. 201.

2.1.4.2.2. Saldırgan Reklamlar

Reklamlar, saldırgan olduğu kabul edilen bir çok öğeyi geniş kitlelere ulaştırmaya müsait ticari uygulamalardır. İsviçre UWG'sinin saldırgan reklamlara ilişkin düzenlemelerinin iptal edilmesine rağmen saldırgan reklamlar genel hükme göre haksız kabul edilmektedir²⁵⁷. Özellikle zayıf tüketici kitlesine yönelik olarak yapılan reklamlara ilişkin kurallara çeşitli hukuk düzenlemelerinde yer verilmektedir. Yönergede çocukların ilan edilen ürünleri almaları veya ebeveynlerini veya diğer yetişkinleri ilan edilen ürünleri onlar için almaya ikna etmelerini teşvik eden reklamları saldırgan ticari uygulama olarak kabul etmektedir. RY m 18/c'de bir mala veya hizmete sahip olmalarının yada kullanmalarının veya yararlanmalarının tek başına yaşlıtlarına göre fiziksel, sosyal ve psikolojik bir avantaj sağlayacağını veya bu mala veya hizmete sahip olmamanın veya yararlanmamanın aksi yönde bir sonuç yaratacağını ileri sürececek mesajlar içeren reklamların, j'de mal veya hizmetlerin satış veya kiralanmaları için sözleşme yapmalarını ima edecek ifadelere yer veren reklamların, m'de ana-babanın çocuklarına yönelik sevgi, şefkat, bağlılık gibi hassasiyetleri istismar eden reklamların yapılamayacağını belirterek çocukların hislerini istismar eden veya onlar üzerinde baskı oluşturan reklamları haksız olarak kabul etmektedir. Sınır Aşan Yayınlar Yönergesi m 16 da yer alan, reklamların çocukların deneyimsizliği yada saflığından yararlanarak bir ürünü almaları konusunda teşvik edilmeleri ve her hangi bir gerekçe olmadan çocukların tehlikeli durumda gösterilmesi konusunda getirilen sınırlamalar saldırgan reklamların önlenmesine yöneliktir.

Yönergelerde yer alan uygulama örneklerinin tümü çocuklara yöneltilmiş olmasına rağmen saldırgan reklamlar çocuklara yöneltilen uygulamalarla sınırlı değildir. Örneğin mal veya hizmetin tanıtımını yapmaksızın tüketicinin hislerini istismar ederek baskı oluşturmak suretiyle malların satışını yapmayı amaçlayan duygusal sömürüye yönelik reklamlar saldırgan ticari uygulama teşkil etmektedir.

²⁵⁷ David s 26

Reklamlar saldırgan olduğu kabul edilen öğeleri içerebileceği gibi kullanılan vasıta veya tekrar edilmesi itibarıyla de saldırgan nitelik arz edebilmektedir. Çeşitli ülkelerde ısrarla yapılması veya tüketicinin ön kabulünün alınmaması nedeniyle saldırgan ticari uygulama olarak kabul edilen zorla giren reklamlara ilişkin hukuki düzenlemelere yer verilmektedir. Türk hukukunda söz konusu reklamlara ilişkin özel bir hüküm yer almamakta bu nedenle 6102 sayılı TTK açısından saldırgan ticari uygulama, 6762 Sayılı TTK açısından ise genel hüküm kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Alman UWG'sinde ise söz konusu uygulama ayrıntılı bir şekilde düzenlenmektedir²⁵⁸.

Alman UWG'si m 7/1, tanıtıma yönelik faaliyette bulunan bir kişinin piyasa katılanlarını tahammül edilemez şekilde taciz etmesinin m 3 anlamında haksız rekabet teşkil edeceğini düzenleyen genel hüküm içermektedir²⁵⁹. İsrarın hangi şartları taşıması durumunda "dayanılmaz" nitelik kazanacağı UWG m 7/2'de düzenlenmektedir. Söz konusu hükme göre reklamın (ve pazarlamanın) açık şekilde kabul edene karşı ısrarla yapılması durumunda ısrarın "dayanılmaz" nitelik kazandığı kabul edilmektedir. Telefonla pazarlamada ısrar, tüketicinin rızası olmadan veya diğer piyasa katılanları için asgari rıza varsayımı olmadan yapılmaktaysa dayanılmaz (tahammül edilemez) kabul edilmektedir. Kaydedilmiş mesajlarla, faks veya e-mail yoluyla otomatik olarak gerçekleştirilen pazarlama, tüketici ve ticari ilişkilerde alıcının rıza göstermesi durumunda caiz görülmektedir²⁶⁰. UWG m 7/2'de dört bent halinde sayılan şartları taşıyan reklamların özellikle istenmeyen (müdahaleci) reklam kabul edileceği düzenlenmektedir. Söz konusu şartlar (1)"görünüşe göre reklamın kabul

²⁵⁸UWG öncesi dönemde istenmeyen reklamlar, m 1 (genel hüküm) kapsamında değerlendirilmekte idi. AB müktesebatına uyum amacıyla UWG m 7 de direkt pazarlama metodu olarak istenmeyen reklamlar düzenlenmektedir. Düzenlemede tüketicinin korunması amacıyla ön kabul koşulu aranmaktadır ve UWG istenmeyen reklamları sınırlayıcı yapıdadır. Heim, a.g.m., s. 536. Söz konusu düzenleme, pazarlamada yeni yöntemleri engelleyeceği ve modern metotlara kuşkuyla yaklaşılacağı yönüne eleştirilmektedir. Ancak ön kabul koşulu, tüketicinin Alman Anayasasının (Grundgesetz) m 1(1) kişisel saygınlık ve özel ticari menfaatlerin birleşiminden oluşan kişisel gelişim özgürlüğü m 2(1) ve mahremiyetini korumaktadır. Schroeder, a.g.m., s. 143.

²⁵⁹Schroeder, a.g.m., s. 143.

²⁶⁰Schroeder, a.g.m., s. 143.

eden tarafından istenmediğinin belirgin” olması, (2)“telefon görüşmelerinin tüketiciye önceden rızası olmaksızın (ön kabul) veya diğer market katılanlarına en ufak bir muvafakatleri olmaksızın yöneltilmesi”²⁶¹ (3)insanın araya girmesi olmaksızın otomatik çağrı sistemi; direkt pazarlama niyetiyle faks veya e-mail kullanılması (4)“iletişimde reklam bilgisi; gönderenin kimliği; iletişimin kimin namına yapıldığının gizlenmesi veya beyanı kabul eden kişinin (iletişim geçerli adres içermesi halinde) sistemden çıka beyanı haricinde yükümlülük yüklenmeksizin söz konusu iletişimi kesmesini talep etmesi”²⁶² şeklinde belirtilmektedir. Söz konusu şartlar kümülatif olarak değerlendirilmemekte; reklamın söz konusu şartlardan birini taşıması istenmeyen reklam olarak nitelenmesi için yeterli kabul edilmektedir. UWG m 7/3’de e-mail vasıtasıyla yapılan reklamların bazı şartları taşıması durumunda istenmeyen reklamlarla ilgili sınırlayıcı hükümlerden muaf tutulacağı düzenlenmektedir. Bunun için söz konusu bentte yer alan dört şartın tümünün aynı anda sağlanması gerekmektedir. Söz konusu şartlar (1)bir mal ve hizmetin satışı kapsamında elektronik iletişim detaylarının tüketiciden elde edilmesi; (2)işletmecinin elektronik iletişim detaylarını benzer mal ve hizmetler için direkt pazarlamada kullanması (3)müşterinin elektronik iletişim detaylarının kullanılmasına karşı çıkmaması (ön kabul şartı); ve (4)elektronik iletişim detaylarının elde edilmesi sırasında tüketiciye açıkça ve belirgin sistemden çıkma beyanının iletilmesinden başka yükümlülük üstlenmeksizin her hangi bir zamanda sistemden çıkabileceklerinin bildirmesi²⁶³ şeklinde belirtilmektedir.

2.1.5. Gizleme

6102 Sayılı TTK m 55/a/9. bendinde "gizleme" haksız rekabet hali olarak “malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerin özelliklerini, miktarını, kullanım amaçlarını, yararlarını veya tehlikelerini gizlemek ve bu şekilde

²⁶¹ Bakınız Cologne Court of Appeal [2005] GRUR 447, karar: ticari telefonla araması gibi direkt pazarlaması fakat, otomatik olarak kabul edene yeniden yönlendirilen çağrıyı alan kimsenin ön kabulüne ihtiyaç yoktur çünkü tüketiciye direkt pazarlama değildir.

²⁶² Heim, a.g.m., s. 533.

²⁶³ Heim, a.g.m., s. 534.

müşteriyi aldatmak” şeklinde düzenlenmektedir. Söz konusu düzenleme, bilgilendirme yükümlülüğünün haksız rekabet kapsamında incelenmesi açısından önem arz etmektedir. Gizleme, aldatmanın özel bir şekli olarak kabul edilmekle birlikte aldatmadan farklı olarak gizleme sadece açıklamalarla değil malın biçimi, paketleme tarzı, etiketi, takdim şekli gibi görsel algılamalar dahil her türlü araçla yapılabilmektedir. Ayrıca aldatma tüm piyasa ilgililerini kapsamına almakta iken gizleme ile ilgili düzenleme sadece tüketiciyi dikkate almaktadır. Etiketeki bilgiler her ne kadar aldatmayı akla getirmekte ise de bir etikette, olası tehlikelerin, yan etkilerin ve sağlığa zararlı diğer hususların gizlenmesi veya mevcut olmayan nitelik ve özelliklere yer verilmesi aldatma "aktif" gizleme ise pasif nitelikte olduğu için aldatmadan farklılık arz etmektedir. Ancak yinede gizleme veya aldatmanın varlığı somut olaya göre belirlenmelidir. Gizlemeye uygulamanın ortalama tüketicinin bakış açısından karar verilmekte ve tüketici makul seviyede dikkatli kabul edilmektedir²⁶⁴.

2.1.6. Ünvanın, Fiyat ve Fiyat Hesap Usulünün Belirtilmemesi

TTK m 55/a/10,11 ve 12. alt bentleri söz konusu başlık altında incelenmektedir. Söz konusu bentler doğrudan tüketicinin korunmasına hizmet etmesi açısından önem arz etmektedir²⁶⁵.

TTK m 55/a/10. bentinde taksitle satım sözleşmelerine veya buna benzer hukukî işlemlere ilişkin kamuya yapılan ilânlarda unvanını açıkça belirtmemesinin, peşin veya toplam satış fiyatını veya taksitle satımdan kaynaklanan ek maliyeti Türk Lirası ve yıllık oranlar üzerinden belirtmemesinin, 11. bentinde tüketici kredilerine ilişkin kamuya yapılan ilânlarda unvanını açıkça belirtmemesi veya kredilerin net tutarlarına, toplam giderlerine, efektif yıllık faizlerine ilişkin açık beyanlarda bulunmamasının, 12. bentinde ise işletmesine ilişkin faaliyetleri çerçevesinde, taksitle satım veya tüketici kredisi sözleşmeleri sunan veya akdeden ve bu bağlamda

²⁶⁴ 6102 Sayılı TTK m 55/a/9. Bent Gerekçesi

²⁶⁵ 6102 Sayılı TTK 55/a/10,11,12 Gerekçesi

sözleşmenin konusu, fiyatı, ödeme şartları, sözleşme süresi, müşterinin cayma veya fesih hakkına veya kalan borcu vadeden önce ödeme hakkına ilişkin eksik veya yanlış bilgiler içeren sözleşme formülleri kullanmasının haksız rekabet teşkil edeceği düzenlenmektedir. Onbirinci bent hükmü tüketici kredilerini yazımsal ve içerik olarak ele alır ve tüketicinin bilgilendirme yükümlülüğünü yalnızca tüketicinin korunmasının değil piyasada açıklığın sağlanmasının da bir aracı olarak görür²⁶⁶. Düzenleme tüketici kredileriyle ve kamuya yapılan ilanlarla sınırlıdır²⁶⁷.

2.2. SÖZLEŞMEYİ İHLÂLE VE SONA ERDİRMEYE YÖNELTME

TTK m 55/b/1'de sözleşmeyi ihlale IV. bendinde ise sonra erdirmeye yöneltmek 6102 Sayılı TTK ile ilk kez bir haksız rekabet hali olarak düzenlenmektedir²⁶⁸.

Söz konusu bentte müşterilerin ve çalışanların ayartılması düzenlenmektedir. Ayartma, her hangi bir müteşebbise akdi bir bağla bağlı bulunan müşteri, yardımcı şahıslar ve tedarikçileri arasındaki sözleşmeye müdahale edilmek suretiyle sözleşmeyi sona erdirerek bizzat kendisiyle veya üçüncü bir kişiyle yeni bir sözleşme yapması için faaliyette bulunmayı ifade etmek²⁶⁹ yanında muhtemel iktisadi menfaatlere müdahaleyi de içermektedir²⁷⁰. Günümüzde ayartma, tek kişiye değil bir rakip firmanın bir servisinde çalışan timin elde edilmesine yönelik olmaktadır²⁷¹.

Ayartma, sözleşmeyi usulüne uygun sona erdirme, usulüne aykırı sona erdirme ve ihlaline ilişkin olabilmektedir. Sözleşmenin usulüne uygun sona erdirilmesi amacıyla ayartma kural olarak haksız rekabet kabul edilmemektedir. Ancak kullanılan yöntem ve güdülen amaç haksız hale

²⁶⁶ Carl Baudenbacher, **Lauterkeitsrecht**, Helbing ve Lichrtenhang, München 2001, s. 658.

²⁶⁷ Baudenbacher, a.g.e., s. 661

²⁶⁸ 6102 Sayılı TTK m 55/b/II nolu alt bendi “yardımcıları görevi ihlale sevk etme” 6762 sayılı TTK m 56/VI. bendinde, 55/b/III nolu alt bendi “imalat ve ticari sırlarını ele geçirme ve yayma” m 56/7. bendine karşılık gelmektedir

²⁶⁹ Şenocak, Ayartma, a.g.m, s. 194, 195.

²⁷⁰ Camcı, CII a.g.e., s. 136.

²⁷¹ Şenocak, Ayartma, a.g.m, s. 196.

getirebilmektedir. Bu nedenle ayartma eyleminin haksızlığının tespitinde işçilerin ayartılmasının üretim ve ticaret sırlarını elde etme amacıyla yapılması, müşterilerin ayartılmasının rakibin piyasadan silinme amacına yönelik olması gibi uygulanan yöntem ve araç yönünden ve takip edilen amaç yönünden araştırılması gerekmektedir²⁷². Haksız rekabetin tespiti açısından ayartmak amacıyla yapılan fiilin dürüstlük kuralına aykırı olması belirleyici rol oynamakta olup hedeflenen amaca ulaşıp ulaşılmamasının bir önemi bulunmamaktadır²⁷³.

Söz konusu düzenleme dürüstlük kuralına aykırı olduğu kabul elden uygulama örneklerine de yer verilmektedir. Düzenlemede dürüstlük kuralına aykırı olduğu kabul edilen uygulamalar “müşterilerle kendisinin bizzat sözleşme yapabilmesi için, onları başkalarıyla yapmış oldukları sözleşmelere aykırı davranmaya yöneltmek” (55/b/1); “üçüncü kişilerin işçilerine, vekillerine ve diğer yardımcı kişilerine, hak etmedikleri ve onları işlerinin ifasında yükümlülüklerine aykırı davranmaya yöneltebilecek yararlar sağlayarak veya önererek, kendisine veya başkalarına çıkar sağlamaya çalışmak²⁷⁴(55/b/2), İşçileri, vekilleri veya diğer yardımcı kişileri, işverenlerinin veya müvekkillerinin üretim ve iş sırlarını ifşa etmeye veya ele geçirmeye yönelmek²⁷⁵ (55/b/3), “onunla kendisinin bu tür bir sözleşme yapabilmesi için, taksitle satış, peşin satış veya tüketici kredisi sözleşmesi yapmış olan alıcının veya kredi alan kişinin, bu sözleşmeden caymasına veya peşin satış sözleşmesi yapmış olan alıcının bu sözleşmeyi feshetmesine

²⁷² Müşteri tedarikçi ve yardımcı kişilerin bir müteşebbis tarafından kendi işletmesine yarar sağlamak amacıyla kandırılmaya çalışılması serbest iktisadi rekabeti karakteristik özelliğidir. Bu nedenle müşteri veya çalışanın ayartılması kural olarak caizdir Şenocak, Ayartma, a.g.m, s. 193. Ayartmanın faaliyetinin bu kişilerin işlerini gördüğü ve kendileriyle yakın ilişki içerisinde olduğu önceki işyerinin müşteri çevresini de kazanmak amacıyla yapılmaktadır. Ayartma eylemi dürüstlük ilkesini ihlal etmesi durumunda haksız kabul edilmektedir. Burada göz önüne alınması gereken faktör eylemi yapanın amacı karşı tarafı piyasadan silmek amacıyla mı yapıldığı veya eylemin etkisidir. Ayarta eyleminin sık sık yapılması süresi Zamanlaması, gibi faktörlerinde nazara alınması gerekmektedir. Bu tür bir eylemi kim tarafından yapılırsa yapılsın zararlı sonuç mağdur bakımından aynı olacaktır. Rekabet ilişkisinde olmayan üçüncü kişi tarafından yapılması açısından farkı yoktur Şnocak, agm, 211. İşleme personelinin usulüne göre feshi ve usulsüz fesih ve ihlali ayırmak ve hangi şartlar altında dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceğimeseselesi incelenmelidir. Şenocak, Ayartma, a.g.m, s. 204-222.

²⁷³ Şenocak, Ayartma, a.g.m, s. 214.

²⁷⁴ Bakınız Bölüm II, 2.1.7

²⁷⁵ Bakınız Bölüm II, 2.1.6

yöneltmek” (55/b/4) şeklinde ifade edilmektedir. Sözleşmenin nispi niteliği gereği sözleşmeler taraflar açısından hüküm ve sonuç doğurmaktadır. Sözleşmeyi ihlale sevk etme dürüstlük kuralına aykırı olarak nitelendirilebilirse dahi düzenlemede yer alan konut kredisi borç transferi veya tüketici kredisi borç transferi gibi uygulamaları haksız rekabet olarak değerlendiren ve tüketicinin yasal hakkı olan sonra erdirmeye sevki belirli sözleşme türleri için direkt haksız rekabet olarak nitelendiren düzenleme eleştiriye açıktır (Yönergede ve UWG’de tüketicinin söz konusu hakkını kullanmak istemesinin ağır prosedüre bağlanması haksız kabul edilmektedir)²⁷⁶.

2.3. BAŞKALARININ İŞ ÜRÜNLERİNDEN YETKİSİZ YARARLANMA

6102 Sayılı TTK m 55/c bendinde başkalarının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanma fiilleri düzenlemenin I. alt bendinde “kendisine emanet edilmiş teklif, hesap veya plân gibi bir iş ürününden yetkisiz yararlanmak”; II. Alt bendinde “üçüncü kişilere ait teklif, hesap veya plân gibi bir iş ürününden, bunların kendisine yetkisiz olarak tevdi edilmiş veya sağlanmış olduğunun bilinmesi gerektiği hâlde, yararlanmak”; III. Alt bendinde ise “kendisinin uygun bir katkısı olmaksızın başkasına ait pazarlanmaya hazır çalışma ürünlerini teknik çoğaltma yöntemleriyle devralıp onlardan yararlanmak” özellikle ifadesinden de anlaşılacağı üzere örnekleyici şekilde haksız rekabet hali olarak düzenlenmektedir.

Sırların ele geçirilmesi için bilginin gizli tutulması ve gizli bilgilerin ele geçirilmesi için çaba harcanması ve rakibin sır alanından elde edilmesi bir unsur olarak aranmaktadır. Bu açıdan bilginin tesadüfen öğrenilmesi, açıklanması düzenleme kapsamında değerlendirilmemektedir²⁷⁷. Ayrıca yalnızca illegal yararlanma haksız rekabet teşkil eder. yasal olarak rakibin sırlarının bilen kişinin iş yerini değiştirmesi gibi durumlar ise rekabet yasağı sözleşmesi telafi edilebilir. İş sırlarının sistematik toplanmasının ise her

²⁷⁶ Bakınız Bölüm II, 1.2.4.4

²⁷⁷ David ve Jacobs, a.g.e., s. 110.

durumda haksız rekabet teşkil edeceği kabul edilmektedir²⁷⁸. Üretim ve iş sınırlarının ele geçirilmesi 55/b/3 de ve 55/d'de düzenlenmekte ve söz konusu ikili düzenlemenin gereksiz olduğu belirtilmektedir²⁷⁹.

6102 Sayılı TTK düzenlemesinin kapsamına özel olarak korunmayan ancak, iş, faaliyet, üretim vs. yönünden önem taşıyan, teklif, hesap, plan gibi ürünlerden yetkisiz yararlanma²⁸⁰ yanında fikri mülkiyet hakları çerçevesinde koruma sağlanamadığı takdirde kümülatif uygulama ilkesi gereği özel düzenlemeyle korunmayan fikrî ve sınai mülkiyet haklarının da girdiğinin kabulü gerekmektedir. Söz konusu hüküm ayrıca emek ilkesi ile de yakından ilgilidir ve başkalarının emeğinden, iş, sonuç ve deneyimlerinden haksız yararlanmaları önlemeyi amaçlamaktadır²⁸¹.

2.4. DÜRÜSTLÜK KURALLARINA AYKIRI GENEL İŞLEM ŞARTLARI KULLANMA

6102 sayılı TTK m 55/f'de dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartları kullanılması bir haksız rekabet hali olarak düzenlenmektedir. Düzenlemede özellikle aldatıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine; (1.) doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanunî düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan, veya (2.) sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur” hükmüne yer verilmek suretiyle genel işlem şartlarına ilk kez gönderme yapılmaktadır. Söz konusu hükümlerle genel işlem şartlarının kullanılmasının bazı durumlarda haksız rekabet oluşturacağı düzenlenmesi yanında genel işlem şartlarının içerik denetiminin nasıl yapılacağı da düzenlenmektedir²⁸².

²⁷⁸ David ve Jacobs, a.g.e., s. 110.

²⁷⁹ David ve Jacobs, a.g.e., s. 107.

²⁸⁰ 6102 Sayılı TTK 55/c Gereğesi.

²⁸¹ 6102 Sayılı TTK 55/c Gereğesi.

²⁸² Arzu Küçükyalçın, Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınıflandırılması, C 53 Sa 4, **AÜHFD**, 2004, s. 116.

Piyasa katılanlarından birinin rekabette avantaj elde etmek maksadıyla açık bir şekilde tüketicinin deneyimsizliğini ve özellikle bilgi eksikliğini sömürmesi durumunda karşılaşılan risklerden biri de 6102 sayılı TTK kapsamında haksız rekabetin varlığı kabul edilebilmesidir. Böylece mazur görülmeyen sözleşme terimleri kullanılması nedeniyle piyasa katılanları tarafından dava açılabilir. Bu nedenle genel işlem şartları kullanımı çok önemli avantajlar içermesine rağmen dikkatli bir şekilde formüle edilmediği sürece önemli riskleri de bünyesinde barındırmaktadır²⁸³.

²⁸³ A. Stadler, M. Lubert, "General Terms of Business (AGB), Key Aspects Of German Business Law", Springer, s, 139-145 Erişim <http://www.springerlink.com> Tarihi: 21.06.2010. s. 93.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

HAKSIZ REKABETİN TESPİTİ

Tespit, bir hukuki münasebetin var olup olmadığının belirlenmesidir. Somut olayda haksız rekabetin mevcut olup olmadığının ve hangi faaliyetlerin haksız rekabet eylemi olduğunun belirlenmesi, haksız rekabetin tespiti olarak adlandırılmaktadır. Haksız rekabetin ve sınırının tespitiyle meşru olan olmayan rekabet ayrımı yapılabilmekte ve haksız kabul edilen rekabet eylemleri engellenebilmektedir.

Modern düzenlemelerde haksız rekabet, dürüstlük kuranla aykırılıkla tanımlanmakta ancak ne dürüstlük kuralına aykırılığın bir tanımı verilmekte nede haksız rekabet hallerinin ve unsurlarının sınırlandırılması mümkün olmaktadır. Çünkü haksız rekabetle, piyasa katılanları olarak tanımlanan çeşitli kesimlerin hukukça korunan çeşitli menfaatleri ihlal edilmektedir. Haksız rekabet, bir taraftan haksız fiil hukukunun bir bölümünü, bir taraftan tacirler arasındaki özel hukuk ilişkisini, bir taraftan piyasayı düzenleyen kuralları, bir taraftan da rakibin gücünü haksız rekabet eylemlerine karşı koruyan şahsi hakları kapsamına almaktadır¹. Haksız rekabet hukukunca korunan söz konusu menfaatlere, tüketici menfaatlerini ve kamunun, sağlıklı işleyen ekonomiden kaynaklanan menfaatlerini de eklemek gerekmektedir. Bu nedenle haksız rekabet halleri de korunan menfaate göre çeşitlilik göstermektedir.

Geniş bir çeşitlilik arz eden haksız rekabet hallerinin ortaya konulması yargıcı dürüstlük kuralına aykırılıkla tanımlanan genel hükmü tutarlı ve adil bir şekilde uygulayabilmek için ölçütler saptama sorumluluğu altına sokmakta ve söz konusu ölçütlerin belirlenmesini zorunlu kılmaktadır². İlgili çalışmada söz konusu ölçütler haksız rekabetin tespiti ilkeleri olarak adlandırılmaktadır.

¹ Ayşe Altıparmak, **Haksız Rekabetten Doğan Kanunlar İhtilafı**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Mastır Tezi, Ankara, 2000, s. 16.

² Arkan, Ticari İşletme, a.g.e., s. 305. Boztosun a.g.m., s. 203.

6102 Sayılı TTK'de işletme adının ülke çapında korunmasının kabulünde ve yeni bitki çeşitlerine ait ıslahçı haklarının veya entegre devre topografyalarının korunmasında ilişkin kanunların kabulünde olduğu gibi daha önceleri haksız rekabet hukuku kapsamında korunan menfaatlerin özel düzenlemelerle korunmaya başlaması veya fikri mülkiyet haklarının genişlemesi haksız rekabet hukukunun kapsamını daraltırken aldatıcı ve saldırgan ticari uygulamaların; satış öncesi ve sonrası uygulamaların ve tüketici menfaatlerinin haksız rekabet hukuku kapsamında değerlendirilmesi haksız rekabet hukukunun kapsamını genişletmekte; sonuç olarak haksız rekabet hukukunun kapsamı değişmekte; farklı bir mecraya; kamu menfaatlerinin ve tüketici menfaatlerinin korunmasına kaymaktadır. Söz konusu durum genişleyen haksız rekabet halleri açısından ahlaka aykırılığı belirleyecek ilkelerin ortaya konmasına önem kazandırmaktadır. Söz konusu ilkeler hem haksız rekabetin varlığının kabulü hem kapsamının belirlenmesi açısından önem arz etmektedir. Ceza hükümleri içerse dahi haksız rekabet hükümlerinin amacı, haksız rekabette bulunan kişilerin cezalandırılması değil, haksız rekabetin engellenmesi suretiyle güvenilir bir piyasa oluşturmaktır. Bu nedenle alınacak tedbirler, tespit edilen haksızlığı gidererek rekabeti meşru zemine çekilmeye yönelik olmalıdır. Sonuç olarak tespit kavramı, haksız rekabetin varlığı kadar kapsamı ve müeyyideleriyle de ilgili görülmektedir. Yargıtay'da ürünler üzerindeki etiketlerin çıkarılmasıyla haksız rekabetin engellenmesi mümkünken ürünlerin piyasadan toplanmasına karar verilemeyeceği sonucuna ulaşmıştır³.

1. HAKSIZ REKABETİN TESPİTİNDE YARARLANILAN İLKELER

TTK'de haksız rekabetin tanımı ve unsurlarına yer verilmemekte ancak haksız rekabet, fiilden hareket edilmek suretiyle, dürüstlük ilkesine aykırılıkla tanımlanmaktadır. Dürüstlük kuralına aykırılık ise uygulamada çeşitli ölçütler belirlenmek suretiyle ortaya konabilmektedir. Bu nedenle haksız rekabetin somut olayda mevcut olup olmadığı, doktrin ve uygulamada çeşitli ölçütleri içeren ilkelere hareket edilmek suretiyle belirlenmektedir. Haksız rekabetin

³ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 29/01/1991 T, 1989/5294 E, 1991/334 K. Bakınız hukuktürk.

tespiti ilkelerinin meşru rekabet-meşru olmayan rekabetin sınırlarını çizdiği ve somut olayda söz konusu ilkelerden birinin ihlal edilmesinin haksız rekabete sebebiyet verdiği kabul edilmektedir. Bu nedenle söz konusu ilkeler, somut olayda haksız rekabetin mevcut olup olmadığının ve hangi fiillerin haksız rekabet eylemi olduğunun tespitine olanak sağlamaktadır.

1.1. REKABET HAKKININ DÜRÜSTLÜK KURALINA UYGUN KULLANILMASI İLKESİ

Haksız rekabet hukukunun geniş kapsamı ve kategorize edilemeyen içeriği nedeniyle iktisadi ve hukuki olarak haksız rekabeti tanımlamak oldukça zordur. Bu nedenle haksız rekabeti tanımlayan şeyin fiil olduğu kabul edilmektedir⁴. TTK'nin sistemini de oluşturan modern sistemde rekabet hukuku dürüstlük kuralı çerçevesinde düzenlenmekte⁵ ve dürüstlük kuralının ihlal edilmemesinin temini haksız rekabet düzenlemelerinin amacı olarak belirtilmektedir. 6762 sayılı TTK m. 56'da ve 6102 sayılı TTK m 54'de de haksız rekabet dürüstlük kuralı temel alınarak düzenlenmektedir. Söz konusu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere rekabet hakkı esasen MK m.2'ye tabi kılınmakta ve söz konusu hakkın, kötüye kullanılması durumunda ileri sürülemeyeceği kabul edilmektedir⁶. Dürüstlük kuralına aykırı fiil olarak haksız rekabet diğer kimsenin haklarının ihlalini gerektirmemekte⁷; daha çok herkese açık olan bir hakkın kötüye kullanımı olarak algılanmaktadır⁸. Bu sayede rekabete katılan ilgililerin kendilerine tanınan iktisadi özgürlüğü normal sınırlar içerisinde kullanacaklarına duyulan güvenin koruma altına alındığı belirtilmektedir⁹.

Rekabet düzenlemelerinin dürüstlük kuralı çerçevesinde şekillenmesi, dürüstlük kuralını haksız rekabetin tanımlanmasında ve tespitinde belirleyici ve temel ilke haline getirmektedir. Hukuka uygun ve bozulmamış rekabet

⁴ Amanda S. Reid, Trademark Dilution Law: A Cross-Disciplinary Examination Of Dilution And Brand Equity Scholarship 2004, s, 44, 57

⁵ Kubilay, a.g.m., s. 549

⁶ Erdem, a.g.m., s. 383. Arkan, Ticari İşletme, a.g.e., s. 305.

⁷ Reid, a.g.m., s. 45.

⁸ Reid, a.g.m., s. 57.

⁹ Arkan, Haksız Rekabet, a.g.m., s. 7.

ortamında katılanlar, piyasanın tüm aktörlerinin dürüstlük kurallarına göre hareket edeceğine güvenmektedir ve güvenmek hakkını haizdir¹⁰. Rekabeti yada rekabetten beklenen sonuçları tehlikeye düşüren davranışların normal sayılamayacağı; bu tür davranışların da dürüstlük kuralına aykırı bir haksız rekabet hali oluşturacağı ifade edilmektedir¹¹. Bu nedenle dürüstlük kuralına aykırılık ilkesine yalnız rakiplere ve tüketicilere karşı yapılan eylemler açısından değil rekabetin işleyişine karşı yapılan eylemler açısından da haksız rekabetin tanımlama kriteri olarak başvurulmaktadır. Bu ilkeye göre yalnızca müşterilere karşı değil rekipleri de dahil piyasa katılanlarına yönelik olarak dürüstlük ilkesinin hakkı verilmeli ve düş kırıklığı oluşturacak davranışlardan kaçınılmalıdır¹².

MK m 2, haksız rekabete ilişkin TTK düzenlemesinin temeli olarak kabul edilmekle birlikte rekabet hakkının kötüye kullanıldığı iddiasına da dürüstlük kuralına aykırı olarak ileri sürülemeyeceği kabul edilmektedir¹³. Yargıtay bir kararında, kendine ait tüpleri satıp, çeşitli defalar bu tüpleri yine kendi dolum tesislerinde doldurmak suretiyle, davalının bayii gibi davranmasına izin ve icazet veren davacının, tescilli bir markayı taşıyan LPG tüplerinin bayii olmayan davalı tarafından doldurtup satışı arz edilmesinden ve ihtiyaç fazlasının elinde bulundurulmasından dolayı haksız rekabet davası açmasının dürüstlük kurallarına aykırı ve hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğunu belirtmiştir¹⁴.

Dürüstlük kuralı esasen MK m 2 de düzenlenmektedir ancak İsviçre Hukukunda yaygın olarak, Türk Doktrininde ise bir kısım yazarlar tarafından dürüstlük kuralının daha çok güven ilişkisi bulunan kişiler arasında söz

¹⁰ 6102 Sayılı TTK m 54 Gerekçesi.

¹¹ Arkan, Haksız Rekabet, a.g.m., s. 7.

¹² David ve Jacobs, a.g.e., s.16.

¹³ Sami Karahan, "Haksız Rekabet Davalarında Dava Zamanaşimleri ve Sessiz Kalma Nedeniyle Hakkın Kaybedilmesi İlkesi", Prof.Dr.Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, Beta, 2001, C I, s, 293-306, s. 301. Burada ihlale katlanıldığı yönünde bir inanç veya beklenti oluşturulması kıstas alınmaktadır. Veyliye Yanlı, İltibas Nedeniyle Haksız Rekabetin Önlenmesi Davası Açma Hakkının Kaybı Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XXI 9-10 Aralık, Ankara 2006, s.289-336, s. 297.

¹⁴ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 20/04/1999 T, 1998/8351 E, 1999/3058 K Bakınız hukuktürk.

konusu olduğu; ancak sözleşme temelli ilişkilerde veya sözleşme öncesi ilişkilerde uygulama alanı bulabileceği görüşü ileri sürülmektedir¹⁵. Haksız rekabette ise aralarında sözleşme veya ön sözleşme temelli güven ilişkisi bulunan kişiler söz konusu olmadığı; hatta haksız rekabetin çoğu zaman haksız fiil niteliği taşıdığı gerekçesiyle haksız rekabet hukukunda belirtilen dürüstlük kuralının genel anlamdaki dürüstlük kuralı (MK m 2 anlamında) ile tam örtüşmeyeceği görüşü, İsviçre Doktrininden etkilenen 6102 Sayılı TTK gerekçesinde yer bulmaktadır¹⁶. Ancak Türk Doktrininde yaygın kanaat MK m 2'de öngörülen dürüstlük ilkesinin, söz konusu hak ister kanun ister sözleşme ister sözleşme öncesi ilişkiden doğsun bir hakkın kullanılmasına ve bir borç doğmuşsa bu borcun ifasına ilişkin olduğu ve söz konusu düzenlemenin sözleşmeden veya kanundan doğan haklar arasında bir ayırım yapılmadan tüm hakların sınırını çizdiği yönündedir. Bu nedenle Türk Hukukunda yaygın kanat, TTK m 56'da olduğu gibi bir hukuki müessesenin amacı dışında kullanılmasının kanundan doğan bir hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıdığı ve dürüstlük ilkesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönündedir¹⁷.

1.2. TÜKETİCİNİN KORUNMASI İLKESİ

Haksız rekabet açısından sistemler, rakipleri temel alan sistem, rakipleri ve tüketiciyi temel alan sistem ve tüm katılanların menfaatlerini temel alan sistem olarak tasnife tabi tutulmaktadır. Alman, İsviçre, Avusturya ve Türk sistemi, tüm katılanlar lehine dürüst bir rekabet ortamının oluşturulmasını amaç edinmekte; bu nedenle söz konusu hukuk sistemlerinde yalnızca rakiplerin değil tüketicilerin menfaatlerinin korunması da haksız rekabet hukuku kapsamında değerlendirilmektedir.

6762 Sayılı TTK açısından tüketicinin korunması ilkesi, rakipler yanında müşterilere dava hakkı verilmek suretiyle düzenlemeye

¹⁵ 6102 Sayılı TTK m 54 Gerekçesi.

¹⁶ 6102 Sayılı TTK m 54 Gerekçesi.

¹⁷ Jale G Akipek, Turgut Akıntürk, Türk Medeni Hukuku, İstanbul, Beta, Beşinci Bası, 2004, s. 177, 178 Öztan, a.g.e., s. 163, 168.

kavuşturulmaktadır¹⁸. 6102 Sayılı TTK'de söz konusu ilke, amaç hükmü olan 54. maddesinde rakiplerin menfaati yanında bütün katılanların menfaatinin korunduğu belirtilmek suretiyle açıkça düzenlenmekte; ayrıca 6762 Sayılı TTK'den farklı olarak iktisadi menfaatleri zarar görme tehlikesiyle karşılaşabilecek müşterilere dava hakkı tanınması ve tüketiciye yönelik haksız rekabet hallerine de yer verilmesi suretiyle genişletilmiştir.

Modern haksız rekabet hukukunda, rakiplerin menfaatlerinin korunması yanında tüketici menfaatlerinin dürüstlük kuralına aykırı iktisadi faaliyetlere karşı korunması amacı taşımakta ve söz konusu amaç haksız rekabet hukukunun diğer amaçlarına nazaran giderek öncelik kazanmaktadır. Bu da haksız rekabet hukukunun serbest rekabet içerisindeki tacirlerin rakiplerine karşı olduğu kadar tüketicilere karşı da dürüst şekilde davranmalarını sağlayacak tarzda değişme uğradığını ortaya koymaktadır¹⁹. Ayrıca yasal olarak taciri koruyan ve tacire statü veren düzenlemeler tüketici ile iletişimle yakından ilgili olabilmekte ve dolaylı olarak tüketiciyi ve geniş olarak halkı korumayı amaçlayabilmektedir. Bu nedenle tüketici beklentileri ve ihtiyaçları söz konusu kurallarla yakından ilgili olabilmektedir²⁰.

Haksız rekabet hukuku manasında ticari iletişim, sözleşme öncesi, süresince ve sonrası uygulamaları içermektedir. Haksız rekabet hukuku, ticari iletişim düzenlemelerine odaklanmak suretiyle tüketiciye cezp etmeyi amaçlayan sözleşme öncesi iletişimi de kapsamına almaktadır²¹. Böylece haksız rekabet hukuku açısından tüketici kavramı, düzenlemenin değil, haksız rekabet hukuku ticari iletişimi de kapsamına aldığı için iletişimin gönderilenini referans almaktadır²². Ancak haksız rekabet hukuku, tüketici menfaatlerini finansal açıdan korumakta, finansal koruma dışında korumayı²³

¹⁸ BK hükümlerinin yalnızca rakipler arası ilişkileri düzenlemesi karşısında TTK düzenlemesinde yer alan müşteri kavramının, tüketici kavramını da içeren daha geniş bir kavram olarak kabul edilmesi gereğiyle ilgili olarak bakınız. Bölüm I, 2.2.

¹⁹ Boztosun a.g.m., s. 202.

²⁰ Wilhelmsson, agm, s. 467.

²¹ Wilhelmsson, agm, s. 466

²² Wilhelmsson, agm, s. 467.

²³ Schuhmacher, a.g.m., s. 131.

ve sözleşmenin geçersizliği veya iptali gibi bireysel iddiaları kapsamına almamaktadır²⁴.

Tüketicinin korunması ilkesi, tüketici lehine yorum yapılması yani haksız rekabet normlarının tüketici lehine yorumlanmasını ifade etmemekte; tüketiciye karşı yapılan fiillerin de haksız rekabet hukukunun koruma alanı içerisine girmesini ve tüketicinin haksız rekabet hukukunun koruma sujelerinden biri olarak kabul edilmesini ifade etmektedir. Tüketicinin korunması ilkesiyle, tüketicinin iktisadi piyasada yer alan diğer kişilerin eylem ve davranışlarına olan güvenlerinin boşa çıkarılmaması gereği, bu sayede haksız rekabet hukukunun rekabet ilişkisi içinde bulunan taraflar yanında tüketici menfaatlerini de koruma amacı güttüğü kabul edilmektedir²⁵. Bu nedenle tüketiciye psikolojik baskı yapılarak karar almasının sağlanmasında olduğu gibi tüketiciye karşı ika edilen saldırgan ticari uygulamalar gibi dürüstlük kuralına aykırı ticari uygulamaların da haksız rekabet teşkil ettiği kabul edilmektedir.

Haksız rekabetin tespiti açısından ortalama tüketicinin temel alınması ilkesinden farklı olarak tüketicinin korunması ilkesinde haksız rekabet hükümlerinin ayrıca tüketicinin korunmasının bir aracı olarak da kullanılması söz konusu olmaktadır. İyi tacirin korunmasına odaklanan klasik haksız rekabet hukuku, piyasa katılanlarının menfaatini koruyan modern haksız rekabet hukuku kavramına uymamakta ve modern haksız rekabet hukukunun amacı yönünden diğer bir değişim, haksız rekabet düzenlemeleri ile tüketicinin korunması fikrinin benimsenmesi açısından kendini göstermektedir. Hatta üçlü koruma prensibinde korunan sujeler arasında üstünlük tanınmasa dahi tüketici, korumanın en önemli parçası olarak kabul edilmektedir. Söz konusu değişim yalnızca ulusal düzenlemeler açısından kendini göstermekle kalmamakta, uluslararası boyuta²⁶ taşınmakta ve

²⁴ Abbamonte, a.g.m., s. 700. Howells, Micklitz., Wilhelmsson, a.g.e., s. 72.

²⁵ Şenocak, Ayartma, a.g.m, s. 210.

²⁶ Tacirler arasındaki kültürel farklılığın tüketiciler arasındaki kadar yoğun olmadığı ve küresel kültürde tacirlerin, piyasa önlemlerini yerel piyasaya ve kültüre kapalı olarak bağlanan tüketicilere

uluslararası ve bölgesel düzenlemelerde uluslararası tüketicinin korunması kaydına yer verilmektedir²⁷. Bu amaçla TTK, TKHK ve Reklam Yönetmeliği gibi bazı düzenlemelerde tüketiciye yönelik haksız rekabet hallerine yer verilmektedir. Söz konusu düzenlemelerin tüketicileri korumayı amaçlamasına karşın tacirlerin basiretli hareket etme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu nedenle bir tacirin, karşı tarafın anlaşma sırasında sözleşme yapmasam iflas edeceğim, çocuklarım var, işsiz kalacağım şeklinde ağlamaya başlaması nedeniyle sözleşme yaptığını ileri sürerek psikolojik baskı yapmasında olduğu gibi tüketicinin korunması amacıyla haksız rekabet teşkil ettiği kabul edilen bir uygulamanın tacirler arası ilişkide haksız rekabet teşkil etmediği kabul edilebilir. Ayrıca tacirlerin dikkat ve özen yükümlülüğü ve tacirler arası ticari uygulamalarda bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamın da tüketicilere göre farklılık arz etmektedir.

TTK'nin, "müşteri" kavramını kullanarak tüketicileri kapsamına almama, yalnızca tacirler arasındaki faaliyetleri düzenleme niyetinde olduğu düşünülebilirse de müşteri kavramının, tacirler arası ilişkiler yanında, tüketicileri de kapsamına alan daha geniş bir ifade olduğunun ve kanunun ticari olsun olmasın tüm haksız rekabet hallerini düzenleme niyetinde olduğunun kabulü gerekmektedir. Zira Borçlar Kanununun haksız rekabete dair düzenlemeleri, rakipler arası iktisadi faaliyetlere yönelmekte ve müşterilere yönelik faaliyetler Borçlar Kanununun haksız rekabet düzenlemeleri kapsamında değerlendirilmemesi gerekmektedir. Bu nedenle tüketicinin korunması ilkesi TTK açısından da başvurulması gereken bir ilke niteliği taşımaktadır. 6102 Sayılı TTK'de müşterilere dava hakkı verilmesi

nazaran daha kolay benimsedikleri ve ticarete yönelik iletişimde tacirlerin sağlam uluslararası özellikleri olan ticari kültür içerisinde daha sosyal olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle kültürel farklılığın tacirin davranışını etkilediği çok iyi bilinse de, tacirler arası uygulamalarda, uluslararası ticaretin yapılaş şekli ve yapısını yerel veya küresel olarak anlatan lex mercatorianın varlığı kabul edilmektedir. Willhelmsen, Harmonizing, a.g.m., s. 466. Uluslararası alanda, tacirler arasında lex mercatorianın varlığı kabul edilmekle birlikte uluslararası ticaret, tacirler arası ilişkiyle sınırlı kalmamaktadır. Tüketiciler özellikle Internet üzerinden müzik, program vs satın alınmasında olduğu gibi diğer ülkelerden mal almakta; küresel bazda ortaya çıkan söz konusu sorun tüketicinin korunması ihtiyacını ortaya çıkarmaktadır. Willhelmsen, Harmonizing, a.g.m., s. 467. Bu nedenle uluslararası ve bölgesel düzenlemeler, ticari iletişime karşı tüketicinin korunması yönünde gelişme göstermektedir. Willhelmsen, Harmonizing, a.g.m., s. 467.

²⁷ Frauke Henning-Bowedig, agm, Secondary Law,s, 111.

yanında yalnızca tüketiciye yönelik haksız rekabet hallerine yer verilmesi ise söz konusu görüşü destekler ve tüketicinin korunması amacına sınırlı da olsa hizmet eder niteliktedir.

1.3. ORTALAMA TÜKETİCİ İLKESİ

Haksız ticari uygulamanın tespiti bakımından ortalama tüketici kriteri bir çok Avrupa ülkesinde ulusal mahkemeler tarafından kullanılan bir ilkedir. Söz konusu ilke durağan bir kriter olarak kabul edilmemekte, ulusal mahkemeler ve yargı içtihatlarıyla ortalama tüketicinin tipik davranışları belirlenmektedir²⁸. Söz konusu ilkede bir ticari uygulamaların haksız rekabet teşkil edip etmediğinin tespitinde uygulamanın koşulları, uygulamanın ortalama tüketici üzerinde sahip olduğu veya sahip olması olası etki bakımından değerlendirilmektedir²⁹. Ortalama tüketici ilkesi uygulamada kabul gördüğü³⁰ gibi Yargıtay'da içtihatlarında normal, orta seviyedeki alıcıyı ölçü olarak almaktadır³¹. Ayrıca belirtilen ilke 2005/29/AT Yönergesiyle haksız rekabetin tanımlanmasında kullanılan iki temel kriterden birini oluşturmakta ve yönergede ortalama tüketicinin temel alınmasına ilişkin ayrıntılı hükümlere yer verilmektedir.

1.3.1. Ortalama Tüketicinin Davranış Modeli

Haksız rekabet hukukunda, tüketici hukukunda tüketicinin makul beklentilerine başvurulmasında olduğu gibi³² ortalama tüketici referans olarak alınmaktadır. İçeriği tanımlanmadığı için belirsiz olduğu ileri sürülmesine ve en çok karşı çıkılan ilkelere biri olmasına rağmen ortalama tüketici ilkesi³³

²⁸ European Commission, a.g.e., 11.

²⁹ Incardona, Poncibo, a.g.m.,s. 26.

³⁰ Ayhan, İşletme, a.g.e., s. 487.

³¹ Dairemiz yerleşmiş içtihatlarına göre iltibasın objektif olarak mevcudiyeti gerekli olup, iltibasın varlığından bahsedebilmek için normal ve orta seviyede bir alıcının, taklit edilmiş marka veya şekil benzerliği nedeniyle yanıltma ve aldanmaya düşüp düşmeyeceği başlıca ölçü olarak kabul edilmektedir. Y. 11. HD. 22.2.1985 T. ve 1985/616/E 1985/987K.

³² Rott, a.g.e., s. 450.

³³ Incardona, Poncibo, a.g.m., 27-28.

haksız rekabet hukukunun her alanında uygulanması gereken³⁴ tüm diğer haksız rekabetin tespiti ilkelerinin değerlendirilmesinde ve haksız rekabet hallerinin tespitinde temel alınan ana ilke niteliğindedir. Örneğin, yanlış veya aldatıcı ticari uygulamalar, ortalama tüketicinin yanılma olasılığına; iltibas, ortalama tüketicinin ürünleri karıştırma olasılığına veya saldırgan ticari uygulamalar, psikolojik veya fiziksel baskının ortalama tüketicinin karar alma kabiliyetini etkileyip etkilemediğine göre değerlendirilmektedir. Meşru, meşru olmayan rekabet ayrımının belirlenmesinde ve tüm haksız rekabet hallerinin tespitinde temel değerlendirme ölçüsünü oluşturan³⁵ ortalama tüketici kavramı ve söz konusu tüketicinin davranış modeli farazi olarak belirlenmektedir³⁶. Söz konusu ilkede uygulamanın ortalama tüketici üzerinde bıraktığı etki dikkate alınmakta, tüketicinin iktisadi davranışlarını, temel alınan ortalama tüketicinin iktisadi davranışından önemli ölçüde saptıran veya saptırması olası ticari uygulamalar³⁷ haksız olarak kabul edilmektedir. Ayrıca 2005/29/AT Yönergesinde, ortalama tüketicinin davranışından sapan uygulamanın haksız rekabet olarak kabulü açısından uygulamanın tüketicinin bilinçli karar alma kabiliyetini fark edilir derecede bozması ve bu yolla tüketicinin aksi takdirde almayacağı işlemsel kararları almasına sebep olması bir unsur olarak aramaktadır.

1.3.2. Ortalama Tüketici Kavramı

Ortalama tüketici, bir ticari uygulamanın haksız rekabet teşkil edip etmediğinin belirlenmesi açısından uygulamanın ve koşullarının ortalama tüketici üzerinde bıraktığı etki dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade eden ilkedir. Söz konusu değerlendirme kriterini oluşturan farazi tüketici ise ortalama tüketici olarak adlandırılmakta ve uygulamanın hitap ettiği kesimin ortalama üyesi (ortalama tüketici) temel alınarak belirlenmektedir.

³⁴ Örneğin, Reklamlar, ortalama reklam izleyicisinin algılama düzeyi ile reklamın tüketici üzerindeki olası etkisi göz önünde bulundurularak hazırlanır (raklam tüzüğü 5/e).

³⁵ European Commission, a.g.e., 10.

³⁶ European Commission, a.g.e., 10.

³⁷ European Commission, a.g.e., 15.

Söz konusu ilke ile ne tecrübesizce abartılı reklamlarla ikna edilen tüketici ne ticari uygulamanın konusu olan mal ve hizmet hakkında dikkatsiz ve bilgilendirilmemiş tüketici korunmaktadır. Söz konusu ilkeye göre, ortalama tüketici makul bir şekilde bilgilendirilmiş olarak kabul etmekte ayrıca tüketiciye makul bir şekilde dikkatli ve ihtiyatlı davranma yükümlülüğü yüklenmekte ve söz konusu ilkeyle makul şekilde iyi bilgilendirilmiş, ortalama seviyede dikkatli, ihtiyatlı ortalama tüketici (gut sprigenheide) korunmaktadır³⁸. AAD, içtihatlarında, markalar ve işretler arasındaki benzerliğin makul bir şekilde iyi bilgilendirilmiş ve makul bir şekilde dikkatli ve ihtiyatlı tüketici açısından değerlendirmesi gerektiğini kabul etmektedir. AAD, aynı zamanda söz konusu tüketicinin marka ve işretler arasındaki değişikliği yan yana nadiren karşılaştırma olanağına sahip bulunduğunun ve dikkat ölçüsünün sorun olan mala göre değiştiğinin algılanması gereğine de işaret etmektedir³⁹. AAD içtihatları, söz konusu ilkenin kabulü ile ortalama tüketiciyi bilgilendirilmiş, dikkatli ve ihtiyatlı olarak betimlemekle birlikte ortalama tüketicinin satın aldığı ürünle ilgili eksik bilgi sahibi olduğunun ve hatta ürünün bazı özelliklerine dikkat etmeyebileceğinin farkına varmaktadır⁴⁰.

Cassis de Dijon yargılamasıyla başlayan, Dahlhausen, Nissan, Richer, Clinique & Mars yargılamasında ayrıntıları verilen içtihatlarında AAD, tüketicinin piyasa aktörlerinden biri olarak sorumlu olduğunu kabul etmektedir⁴¹. Söz konusu içtihatlarda tüketici, piyasadaki seçimlerinden memnun olmasını sağlayacak bilgileri aktif olarak ve yeterince araştırmakla yükümlü kabul edilmektedir. Ortalama tüketici kavramı (Gut Springenheide) ticari uygulamayı ve reklamdaki mesajı zekice, eleştirel analiz etmekle yükümlü olduğu kadar makul derecede dikkatli ve ihtiyatlı olarak yargısal betimlenmesiyle gelişen AAD sürecinin son adımı olarak kabul edilmektedir. AAD, bir reklam ifadesinin veya uygulamanın tüketiciyi aldatıcı nitelikte olduğuna karar verirken iyi bilgilendirilmiş, dikkatli, ihtiyatlı ortalama

³⁸ Incardona, Poncibo, a.g.m., 27.

³⁹ Incardona, Poncibo, a.g.m., 26.

⁴⁰ Incardona, Poncibo, a.g.m., 26.

⁴¹ Incardona, Poncibo, a.g.m., 29.

tüketicinin farz edilen beklentilerinin değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁴².

Makul bir seviyede bilgilendirilmiş, ortalama dikkat ve ihtiyata sahip ortalama tüketici kavramı 2005/29/AT Yönergesinde haksız rekabetin belirlenmesinde temel kriterlerden biri olarak kabul edilmektedir. Ortalama tüketici ilkesi, her şeye inanan tüketici ilkesi ve çocuklara reklam yapmayı tamamen yasaklayan nodric piyasa düzenlemeleri gibi tüketiciye yönergenin belirlediği kapsamdan daha fazla güvence sağlayan düzenlemelere engel olmaktadır⁴³. Böylece yönerge açık şekilde tacire “her şeye inanan tüketici” (credulous consumer) tanımının önceden çıta olarak kullanıldığı ülkelerden daha fazla faaliyet serbestisi bırakmak suretiyle⁴⁴ ticari faaliyetlere serbesti sağlamaktadır. Diğer taraftan yönerge, her ne kadar makul bir şekilde bilgilendirilmiş, makul bir şekilde dikkatli ve ihtiyatlı tüketici varsayımını kabul etmekte ise de ortalama tüketicinin temel alınması ilkesinin kabulünden önce malların serbest dolaşımıyla ilgili içtihat hukuku, iyi bilgilendirilmiş, eleştirel, ve dikkatli tüketici kavramını kapsayan bilgili tüketiciyi temel aldığı için ortalama tüketici kavramının kabulü ile tüketiciden beklenen dikkat ölçüsü yumuşatılmış olmaktadır⁴⁵. Zira “iyi bilgilendirilmiş tüketici” kıstasında tüketicinin belirli bir eğitim gördüğü ve tüketicinin söz konusu eğitime uygun dikkatte hareket etmesi gerektiği kabul edilmektedir⁴⁶.

1.3.3. Esas Alınacak Ortalama Tüketici

Ortalama tüketici ilkesinde ticari uygulamamanın hitap ettiği tüketici grubunun ortalama üyesi, ticari uygulamanın özel bir tüketici grubuna hitap etmesi durumunda söz konusu tüketici grubunun ortalama üyesi temel alınmak suretiyle tüketicinin davranışının ortalama tüketicinin normal

⁴² Incardona, Poncibo, a.g.m., 27.

⁴³ Thomas Wilhelmson, “Harmonizing Unfair Commercial Practices Law: The Cultural And Social Dimensions” **Osgoode Hall Law Journall**, 44osgoode HALL LJ 2006, s, 461-501, www.heinonline.org/ erişim tarihi: 21.06.2010, s. 479.

⁴⁴ Willhelmson, Harmonizing, a.g.m., s. 479.

⁴⁵ Incardona, Poncibo, a.g.m., 25.

⁴⁶ EDİPOĞLU, Alev, “Tüketicinin Korunması Açısından Aldatıcı Reklamlar” Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2001, s. 63–64.

davranışından fark edilir derecede sapıp sapmadığı belirlenmektedir. Örneğin bir gençlik dergisinde yer alan reklamda tanıtımın yapılan “mükemmel iş fırsatı” ilanının hedef grubu işsiz gençlerdir⁴⁷. Doğal olarak ortalama tüketicinin belirlenmesinde alınacak ölçüt bu ürünün tüketicileri olan orta düzeydeki tüketici (alıcı) kitlesidir. Çünkü alıcı gözünde ilk bakışta uyanan izlenim yanılma için yeterli olabilmektedir⁴⁸. Söz konusu grubun ortalama üyesi ise değerlendirme ölçüsünü oluşturmaktadır. Belirtilen niteliklere sahip ortalama tüketici, mahkeme içtihatlarıyla belirlenir ve belirleme sırasında, sosyal, kültürel faktörler ve dil faktörlerinin göz önüne alınması gerekmektedir⁴⁹.

Ortalama tüketicinin temel alınması ölçüsüyle yönerge, tüketicinin nasıl davranması gerektiğiyle ilgili model de oluşturmaktadır. İsviçre federal mahkemesi içtihatlarında da belirtildiği üzere söz konusu modele göre öncelikle ürünlerin özel bir tüketici çevresine hitap etmesi durumunda halkın büyük bir kesiminde yanlış şekilde anlaşılması olası olsa dahi söz konusu kesimin dikkate alınmaması özel tüketici kitlesinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir⁵⁰. Ancak söz konusu kesimin dikkate alınabilmesi için uygulamanın ortalama tüketici kitlesine hitap ettiğinin önceden öngörülememesi gerekmektedir⁵¹. Ulusal mahkemeler yanında AAD'de haksız rekabet düzenlemelerinin tüketicilerin ve genel halkın korunmasıyla ilgili olduğu durumlarda ortalama tüketici varsayımına dayanmaktadır⁵². Örneğin AAD, CeWe Color AG & Co. OHG, davasında⁵³ reklamların, yalnızca uzman kitleye değil genel olarak halka yöneltildiğini kabul etmektedir. Benzer şekilde In Miles Handelsgesellschaft International

⁴⁷ European Commission, a.g.e., 11.

⁴⁸ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 24/06/2004 T 2003/11057 K 2004/7032 E. Bakınız hukuktürk.

⁴⁹ Incardona, Poncibo, a.g.m., 27.

⁵⁰ Yusufoglu, Türkiye'de Sonuç Doğurma, a.g.e., s. 96. İsviçre federal mahkemesi, Physikizeitschriften II kararında fizik dergilerinin istatistik incelemelerin göreceli olduğunu bilebilecek durumda olan bilimsel formasyona sahip kişilere hitap ettiği, bu nedenle halkın büyük bir kesimi yanlış anlayacak olsa dahi göz önünde bulundurulacak ve karşılaştırmanın yanlış anlaşılıp anlaşılmayacağına esas teşkil edecek kesimin ilgili kişiler olduğu yönünde karar vermiştir. 3 Haziran 1999 atf 125 III 286. Yusufoglu, Karşılaştırmalı Reklam, a.g.m., s. 120.

⁵¹ Incardona, Poncibo, a.g.m., 28.

⁵² Glöckner, Treaty, a.g.m., s. 86. European Commission, a.g.e., 10.

⁵³ CeWe Color AG & Co. OHG v. Office 8/09/2005., T-178/03 ve T-179/03, § 28.

GmbH v. OHIM⁵⁴, kararında ilk derece mahkemesi, motosiklet giysisinin motosikletçiler dışında da satın alınacağını kabul ederek ortalama dikkatli ve ihtiyatlı tüketicinin belirlenmesinde reklamın hitap ettiği motosikletçileri değil tüm tüketici grubunun tepkisini ölçü olarak almış ve kişi ister motosiklete binmek ister yürüyüş için söz konusu kıyafeti alsın ortalama tüketici olarak dikkate alınması gerektiği sonucuna ulaşmıştır⁵⁵. Benzer bir şekilde Fransız Weber gazetesinin sadece uzman kişilere değil aynı zamanda bu konuda bilgisi olmayan okuyuculara da hitap ettiği ve yüz binden fazla sayıda nüsha basıldığı göz önünde bulundurulmak suretiyle, geniş çapta bir halk kitlesinin konuyla ilgili bir gerçekliğin var olduğuna inanacaklarına hükmedilmiştir⁵⁶.

Ortalama tüketici ilkesine göre esas alınacak ortalama tüketicinin iktisadi zarar gördüğünü kanıtlamasına gerek olmadığı gibi zarar görmesi de gerekmemektedir. Çünkü satıcının tüketiciye baskı yaparak defolu mal satması veya orantısız yüksek fiyat ödemesine yönelik baskı yapmasında olduğu gibi bazı uygulamalar tüketiciye iktisadi zarar vermekle birlikte⁵⁷ tüketicinin zarar gördüğünü ve miktarını kanıtlaması imkansız olmaktadır. Adlıca reklamlara yönelik uygulamalarda ise tüketici malı henüz satın almamış olabilmektedir⁵⁸. 6102 sayılı TTK'de de tüketicinin dava açma yetkisi açısından zarar görme tehlikesi yeterli kabul edilmektedir (m 56/2).

1.3.4. Ortalama Tüketicinin Dikkat ve İhtiyat Ölçüsü

Tüketiciler; değişmeyen, tutarlı, homojen bir grup olmadıklarından tüketici üzerinde tek tip etkisi olmayan ticari uygulamanın kontrolü için belirleme kriteri olarak kabul edilmesi gereken ortalama tüketicinin dikkat ve ihtiyat ölçüsünün belirlenmesi önem arz etmektedir⁵⁹. Tüketicinin dikkat ölçüsü genelde tüketicinin ürüne özgü bilgisi ve önceki deneyimleriyle alakalı olduğu kabul edilmektedir. Tüketici, daima, tümüyle veya somut olayda

⁵⁴ Miles Handelsgesellschaft International mbH v. 7/07/2005, Dava T-385/03.

⁵⁵ Incardona, Poncibo, a.g.m., 23

⁵⁶ Yasaman, a.g.m., s. 9.

⁵⁷ Abbamonte, a.g.m., s. 706.

⁵⁸ Abbamonte, a.g.m., s. 706.

⁵⁹ Incardona, Poncibo, a.g.m. s. 26.

dikkatli ve ihtiyatlı olmasa da, ortalama tüketici daima dikkatli ve ihtiyatlı kabul edilmektedir⁶⁰. Ancak, tüketicinin bilgiye yaklaşım tarzı, çeşitli durumlara göre değişebilmektedir. Tüketiciler, yüksek fiyatlı ve dayanıklı teknik ürünleri, sağlıkla ilgili görüldüğü için gıda ürünlerini veya eski deneyimlerine dayanmayan ürünleri alırken günlük alışverişlerinden farklı davranma eğilimi göstermektedirler. Sıradan tüketicinin aldığı kararlarda her zaman kapsamlı, çok boyutlu, avantajlı-dezavantajlı analizler yapmasının beklenmesi ise gerçekçi görülmemektedir⁶¹

Bilinçli alışveriş, batı dünyasının inşa ettiği bir kavram olmakla birlikte mantıllık ve mantıklılık seviyesi batıda dahi oldukça çeşitlilik göstermektedir. Ayrıca planlanmış alışverişin karşıt kavramı olan düşüncesiz alışveriş ve eğlenceli alışveriş, batı kültüründe daha yaygındır. Mantılı alışveriş kadar önemli görülmeyen eğlenceli alışverişin risk içerdiği kabul edilmektedir⁶².

Ayrıca algılama pasif bir süreç olmadığı ve tüketicilerin kendilerini çevreleyen uyarıcıları objektif olarak görmedikleri veya duymadıkları kabul edilmektedir. Yani tüketiciler görmeyi umduklarını görmektedirler ve hislerine basma kalıp olarak güvenmektedirler⁶³. Yargıtay da haksız rekabetin kabulü açısından salt olarak ürün üzerindeki markanın dikkate alınmaması gerektiğini; ürünlerin ambalaj ve dizaynının bir bütün olarak ve tüketicinin zihninde bıraktığı etki dikkate alınmak suretiyle belirlenmesi gerektiğine karar vermiştir⁶⁴.

Ortalama tüketicinin farklı marka veya ürünler arasında ayırım yapabilmesiyle ilgili faktörler çeşitlilik göstermektedir ve söz konusu çeşitliliğin

⁶⁰ Incardona, Poncibo, a.g.m.,s. 23.

⁶¹ Incardona, Poncibo, a.g.m.,s. 33.

⁶² Wilhelmsson, agm, s, 488.

⁶³ Incardona, Poncibo, a.g.m.,s. 32.

⁶⁴ Mahkemece, salt olarak ürün üzerindeki marka esas alınarak hüküm kurulmuş ise de, davalının kendi ürünleri üzerinde davacıya ait ürünlerin ambalaj ve dizaynlarını (bütün olarak bakma gereği ve kafada bıraktığı etki) benzetme iradesi, orta düzey alıcının karıştırma durumu, davalı ürünlerinin davacıya ait başka markalı ürünler olduğu izlenimi yaratıp yaratmayacağı ihtimali üzerinde durulmamış, karar gerekçesinde anılan hususlar tartışılmamıştır. Y.11. HD 07/02/2005 E 2004 / 3921 K 2005 / 833.

mahkemeler tarafından göz önünde tutulması gerekmektedir. Söz konusu çeşitlilik, markanın karakteristiğini içeren pazar payı, kullanım alanı ve genişliği bireysel işletmeden veya kuruluştan kaynaklanan markanın genel olarak halk içerisinde tanınma oranı⁶⁵, ortalama tüketicinin ürünün kullanımı, tanıtımı ve elde edilebilirliği gibi ürüne göre değişiklik gösteren çeşitli algılamaları⁶⁶ benzeri çeşitli hususlarda kendini göstermektedir. Ortalama tüketicinin beklentilerinin de ticari uygulamanın haksız rekabet teşkil edip etmediğinin belirlenmesinde göz önünde tutulması gerekmektedir. Lloyd⁶⁷ davasında AAD, ortalama tüketicinin iltibas olasılığını değerlendirirken, dikkatsiz alıcıların göz önüne alınması gerekmele birlikte temel ve esas olarak markaları algılayan fakat analiz etmeyen ortalama tüketici algısının göz önüne alınması gerektiği sonucuna ulaşmıştır⁶⁸. Ortalama tüketicinin markalar arasında nadiren karşılaştırma yapma olanağına sahip olduğunun ve söz konusu hususta nadiren menfaate sahip olduğunun değerlendirilmesi gereğinin kabul edilmesi ise söz konusu tüketici algılamasının çeşitli detaylarını oluşturmaktadır⁶⁹. Benzer bir şekilde Yargıtay da davacı ve davalı tarafların aynı alanda faaliyet gösterdikleri; davacı şirketin kullandığı markanın tescilindeki logonun çift çıplak ayak logosu, davalıların tescilindeki logonun ise tek çıplak ayak logosu olduğu ancak tüketici hafızasında kalan sadece çıplak ayak imajı olduğu; davacı tescilinin daha eski olduğu; gerekçesi ile davalı markasının hükümsüzlüğüne ve davalıların hükümsüz sayılabilecek logoyu kullanmalarının haksız rekabet oluşturduğuna karar vermiştir⁷⁰.

1.4. ZAYIF TÜKETİCİNİN TEMEL ALINMASI İLKESİ

Ticari uygulamaların tespitinde, ortalama bilgilendirilmiş, ortalama dikkatli, ihtiyatlı tüketici model alınmakla birlikte model tüketici, yalnızca

⁶⁵ Incardona, Poncibo, a.g.m.,s. 25,26.

⁶⁶ Incardona, Poncibo, a.g.m.,s. 24, 25.

⁶⁷ Lloyd Schuhfabrik Meyer & Co. GmbH v. Klijsen Handel BV., 22/06/1999, Dava C-342/97, ECR, 1999, I-3819.

⁶⁸ Incardona, Poncibo, a.g.m.,s. 24.

⁶⁹ 29/10/1998, ECR,1999, I-3819.

⁷⁰ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 08/06/2000 E 2000 / 4615 K 2000 / 5298Bakınız hukuktürk.

uygun bir şekilde bilgilendirilmiş tüketici olarak ele alınmamakta; aynı zamanda temel alınan tüketicinin bilgilendirilme kabiliyetinin de bulunması gerektiği kabul edilmektedir⁷¹. Zayıf tüketicinin korunması ilkesi, uygulamanın özel bir zayıflığı bulunan tüketici kitlesine hitap etmesi durumunda, ortalama tüketicinin değil; söz konusu zayıf tüketici grubunun temel alınması şeklinde tanımlanmaktadır. Ancak zayıf tüketicinin korunması ilkesi kesinlikle çocuklara yönelik reklamlara çok katı sınırlama ve önlemlere yer veren veya bu tür reklamları kesin olarak yasaklayan nordic pazarlama düzenlemesi anlamına gelmemektedir⁷². Türk Hukukunda Reklam Tüzüğü'nün 18/f bendi "malın veya hizmetin kullanma veya yararlanma sonuçları gösterilir veya tanımlanırken, hedef alınan yaş grubundaki ortalama bir çocuğun veya reşit olmayan bir gencin ulaşabileceği sonucun" esas alınması gerektiğini düzenleyerek zayıf tüketicinin korunması gereğini reklamlar açısından düzenlemeye kavuşturmuştur.

2005/29/AT Yönergesi'nde yer alan, makul bir düzeyde dikkatli ve ihtiyatlı, makul bir şekilde bilgilendirilmiş tüketici faraziyesi, zihinsel veya fiziksel zayıflığından, yaşı veya sağlığından dolayı bilgilendirilme, dikkatli ve ihtiyatlı davranma kabiliyeti bulunmayan, zayıf tüketicinin korunmasını içeren koruma düzenlemesi (safeguard clause) ile hafifletilmektedir⁷³. Yönergeye göre kural, ortalama tüketicinin temel alınmasıdır ve zayıf tüketicinin korunması ilkesi söz konusu ilkeye istisna teşkil etmektedir⁷⁴. Zayıf tüketicinin korunmasına ilişkin yönerge m 5/3 düzenlemesinde genel kabul gören reklam uygulamaları istisna tutulmak kaydıyla; ticari uygulama sırasında kullanılan kinayeli veya aşırı abartılı ifadeler nedeniyle, uygulamanın yalnızca zayıflığı veya zihinsel veya fiziksel zaafı yaşı veya sağlığı nedeniyle açıkça incinebilir olarak tanımlanabilen tüketici grubunun iktisadi davranışını önemli ölçüde bozması veya bozmasının olası olması durumunda ticari uygulamada, tacire bir bakıma söz konusu zayıf tüketici grubunun ortalama üyesini öngörmek ve

⁷¹ Glöckner, Treaty, a.g.m., s. 86.

⁷² European Commission, a.g.e., 17. Willhelmson, Harmonizing, a.g.m., s. 479.

⁷³ Incardona, Poncibo, a.g.m.,s. 28. Willhelmson, Harmonizing, a.g.m., s. 479.

⁷⁴ Howells, Micklitz., Wilhelmsson, a.g.e., s. 112.

kıstas olarak almak yükümlülüğü yüklemektedir. Bu sayede yönerge, çocuklar için reklam yapılmışsa reklamın hitap ettiği yaş grubunun ortalama üyesi temel olarak alınması gerekmesinde olduğu gibi uygulamanın zayıf bir tüketici grubunu hedef alması durumunda uygulamanın etkisinin söz konusu tüketici grubunun ortalama üyesi perspektifinden belirleneceğini düzenlemek suretiyle zayıf tüketici grubu için özel koruma temin etmektedir.

Zayıf tüketicinin korunması ilkesi, taciri, yalnızca zayıf tüketiciyi hedef alan uygulamalar açısından değil uygulamanın ortalama tüketici yanında zayıf tüketiciyi hedef aldığından önceden öngörülebildiği uygulamalar açısından da zayıf tüketici grubunu dikkate almakla yükümlü kılmaktadır. Söz konusu durumda zayıf tüketici temel alınabilmesi için öngörülebilirlik kriteri olarak alınmakta ve uygulamanın genel tüketici kitlesine hitap etmesine rağmen zayıf tüketiciye de hitap ettiğinin önceden öngörülebilmesi gerekmektedir. Söz konusu nedenle uygulama, zayıf tüketici grubunu hedef almasa dahi; zayıf tüketiciye yönelik somut uygulamanın söz konusu olduğu durumlarda, zayıf tüketiciyi hesaba katmayan tacir, haksız rekabete ilişkin kuralların uygulanmasından uygulamanın ortalama tüketiciyi hedef aldığı gerekçesiyle kurtulamayacaktır⁷⁵. Örneğin acıyı hafifleten manyetik bilezik reklamlarının veya şans oyunu hilelerinin açıklanacağına yönelik reklamların genel olarak halkı hedef almasına rağmen yalnızca bir grup zayıf tüketicinin söz konusu reklamlardan etkileneceği kabul edilmektedir⁷⁶ ve tacirin söz konusu reklamın tüm halkı hedef aldığından bahisle haksız ticari uygulamalara ilişkin kuralların uygulanmasına engel olmayacağı kabul edilmektedir⁷⁷.

Taciri, ticari uygulamasını saflığı, eğitim düzeyi yaşı ve benzeri nedenlerle çevresinden kolay etkilenen tüketiciye uydurmasını zorunlu tutmanın makul bir çözüm tarzı olmadığı ileri sürülmektedir. Ürünün gençler gibi belirli bir tüketici grubunu hedef alması durumunda ise ortamla tüketici

⁷⁵ European Commission, a.g.e., 17.

⁷⁶ European Commission, a.g.e., 17.

⁷⁷ Incardona, Poncibo, a.g.m.,s. 29.

söz konusu tüketici grubuna göre belirleneceği için özel olarak incinebilir tüketici grubunun göz önünde tutulmasına gerek kalmamaktadır⁷⁸. Ticari uygulamanın meşru piyasa menfaatlerinin gerektirdiğinden daha fazla dikkat ve ihtimam gereksinimi gösterdiğinin önceden öngörülebildiği durumlarda ticari uygulamanın zayıf tüketici aldatılması olası kabul edilmektedir⁷⁹. Yani söz konusu uygulamalar açısından ortalama tüketici, ticari uygulamanın hitap ettiği kitlenin ortalama üyesi olarak belirlenmekte ve tüketicinin dikkat ve ihtimam yükümlülüğü söz konusu tüketicilere göre belirlenmektedir. Bu görüş ışığında, incinebilir tüketici kavramının, gereksiz, korumacı, daima ortalama tüketici standartları varsayımının zorluklarını vurgulayan bir kavram olduğu ileri sürülmektedir. Zayıf tüketici kavramının keyfiliği, ticari uygulamanın kesin olmaması ve muğlak olmasına neden olacağı ve bundan dolayı tacirlerin somut olaydaki kanuni engeli tahmin edemeyecekleri için ticari faaliyette bulunmaktan çekinecekleri eleştirilerine maruz kalmaktadır⁸⁰.

1.5. MESLEKİ ÖZEN GEREKLERİNİN YERİNE GETİRİLMESİ İLKESİ

Yönergenin genel hükmüne göre, ticari uygulamanın haksız olup olmadığının tespitinde kullanılacağı belirtilen ilkelerden ikincisi mesleki özen gereklerinin yerine getirilmesi ilkesidir. Bir uygulamanın mesleki özenin gereklerine aykırı olması durumunda söz konusu uygulama genel hükme göre haksız kabul edilmektedir. Söz konusu ilke Türk Doktrin ve Uygulamasına yabancı olmakla birlikte kabul edilmesi gereken bir ilkedir.

Mesleki özen, dürüst pazar uygulamaları kavramı ve dürüstlük ilkesinin haksız rekabet hukukuna uygulanmasıdır ve üye ülkelerin birçoğunun yasal sisteminde yer alan dürüst iş şartlarına karşılık geldiği kabul edilmektedir⁸¹. Ancak mesleki özen, yalnızca dürüstlüğü kapsamına almamakta ticarete yeterliliği de içermektedir. Bu nedenle dürüstlük kuralından daha geniş bir

⁷⁸ Incardona, Poncibo, a.g.m.,s. 29.

⁷⁹ Incardona, Poncibo, a.g.m.,s. 29.

⁸⁰ Incardona, Poncibo, a.g.m.,s. 29.

⁸¹ European Commission, a.g.e., 15.

kavram olarak kabul edilmektedir⁸². Örneğin gerçek olduğunu düşünerek sahte antika satan tacirin dürüst olduğu kabul edilmekle birlikte söz konusu davranış mesleki özene uygun olarak kabul edilememektedir⁸³. Mesleki özen, tacirin, faaliyet alanındaki dürüst piyasa uygulamaları ve/veya genel dürüstlük ilkesine göre tüketiciye karşı uygulama sırasında makul ve orta derecede yerine getirmesi beklenen veya gözetilmesi zorunlu özel beceri ve dikkat standartları olarak tanımlanmaktadır⁸⁴. Bu anlamda mesleki özen somut olayın özelliklerine göre, dürüst bir tacirden mesleğiyle orantılı olarak yerine getirmesi beklenen özenin ölçüsünü ifade eden bir kavramı ifade etmektedir⁸⁵. Bu açıdan mesleki özen ilkesinin, hukukunda genel olarak yer alan mesleki ihtimamla aynı kavramı ifade ettiği kabul edilmektedir⁸⁶.

Ortalama tüketicinin temel alınması ilkesinde, uygulama tüketici açısından ve uygulamanın temel olarak alınan ortalama tüketici üzerindeki farazi etkisi göz önüne alınmak suretiyle değerlendirilirken mesleki özen gereklerinin yerine getirilmesi ilkesinde, uygulama tacir açısından ve onun objektif bir kriter olan mesleki ihtimam gereklerine göre faaliyette bulunma yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği açısından değerlendirmeye tabi tutulmaktadır. Mesleklerin uymaları beklenen davranışlar ve onaylanan uygulama standartlarının her zaman belirlenmesi kolay olmamaktadır. Somut olayda, ilgili tüm faktörlerin sorgulanarak mesleki ihtimam ölçüsünün değerlendirilmesi gerekmektedir. Müşterin yediği özel bir yemeğe alerjisi olduğu için hastalanmasında lokantacıdan bir doktor gibi müşterisiyle ilgili her türlü hastalığı bilmesi beklenemeyeceği açıktı. Lokantacıdan beklenen özen ve ihtimam, yemeğin esaslı bir şekilde hazırlanması ve servis yapılması, kullandığı malzemelerin taze olması ile sınırlanmaktadır⁸⁷.

⁸² Abbamonte, a.g.m., s. 705.

⁸³ Abbamonte, a.g.m., s. 705.

⁸⁴ Howells, Micklitz., Wilhelmsson, a.g.e., s. 97. European Commission, a.g.e., 14.

⁸⁵ Abbamonte, a.g.m., s. 705.

⁸⁶ Abbamonte, a.g.m., s. 705.

⁸⁷ Abbamonte, a.g.m., s. 706.

1.6. KAMU YARARININ KORUNMASI İLKESİ

Haksız rekabet hukuku hükümlerinin amacı, yalnızca rakiplerin birbirleriyle olan rekabetinde adilliğin sağlanması ve dürüst tacirin korunması değil, tüketicilerin ve diğer market katılanlarının ve kamunun bozulmamış rekabetten doğan menfaatlerinin korunmasıdır⁸⁸. Rekabet hakkının kötüye kullanılması engellenmediği takdirde tüm ekonomi üzerinde olumsuz etki doğurmaktadır. Söz konusu olumsuz etkiler sistemi de etkilemektedir. Bu nedenle rekabetin dürüst, temiz tutulması esasına dayanan bütün hükümler, rekabet hukukunun sadece ferdi gayesi olmadığını, aynı ölçüde sosyal gayesinin de bulunduğunu açıkça ortaya koymakta⁸⁹ ve milli ekonominin ve kamu düzeninin korunması da kolektif rekabetin zarar görmesini önleyici düzenlemelerin araçları arasında kabul edilmektedir⁹⁰. Haksız rekabet hukuku açısından kamu menfaatlerini amaç edinmesi, kamunun bozulmamış rekabet düzeninden kaynaklanan menfaatleriyle sınırlandırılmakta haksız rekabet hukuku düzenlemelerinin işçi menfaatleri ve çevrenin korunması gibi diğer kamu menfaatlerini kapsamına almadığı kabul edilmektedir⁹¹. Bu nedenle atık cam kapların yeniden ekonomiye kazandırılmasından doğan kamu yararı haksız rekabet hukuku kapsamında değerlendirilmemesi gerekmektedir⁹².

Tüm haklarda olduğu gibi rekabet hakkının da amacına ve kamu yararının korunması düşüncesine uygun kullanılması gerekmektedir⁹³. Haksız rekabet hukukunun, kamunun, dürüst bir rekabet düzeninden kaynaklanan menfaatini korumayı hedeflediğinin kabulü; kısa veya uzun zamanda piyasaya mal veya hizmet arz eden işletmelerin ya da bunlar tarafında piyasaya sürülen ürünlerin sayısında azalmaya yol açacak

⁸⁸ Heim, a.g.m., s. 528.

⁸⁹ Osman Tolun, 'Gayri Kanunî Rekabet Hukukunda Amme Menfaatleri', **Adalet Dergisi**, S. 5, 1956, F. 4, s. 522-556, s. 535. Şengel, a.g.e., s. 14.

⁹⁰ Mimaroglu, a.g.e., s. 287. Yasaman, a.g.m., s. 13.

⁹¹ Schroeder, a.g.m., s. 140.

⁹² Aksi görüş için bakınız Yasaman, a.g.m., s. 14.

⁹³ Kubilay, a.g.m., s. 550.

davranışlarda⁹⁴ bulunulmasında olduğu gibi kamu ve sağlıklı işleyen rekabet düzenine karşı eylemlerin haksız rekabet olarak kabul edilebilmesi sonucunu doğurmaktadır⁹⁵.

Kamunun sağlıklı işleyen rekabet ortamından kaynaklanan menfaatlerini korunmasının amaç olarak belirtilmesiyle Rekabet Sınırlamaları Hukuku ile Haksız Rekabet Hukuku arasında amaç birliği olduğu görüşü kabul edilmekte ve söz konusu iki hukuk dalının birbirleriyle amaç bakımından zıt oldukları yönündeki klasik görüş reddedilmiş olmaktadır⁹⁶. Bu nedenle haksız rekabet hukukunun kapsamını da genişlemiş olmaktadır. Ayrıca kamu yararının korunması, rekabet ortamının korunmasıyla sınırlı kalmamakta, rakipler yanında tüketici menfaatleri ve diğer piyasa katılanlarının menfaatlerinin korunması da haksız rekabet hukukunun amaçlarından biri olarak kabul edilmektedir. Söz konusu ilkenin bir sonucu olarak sağlıklı işleyen piyasayı bozmaya yönelik faaliyetler ve tüketiciye yönelik faaliyetler haksız rekabet kapsamında değerlendirilmekte ve TTK m 58 uyarınca ticaret ve sanayi odaları, esnaf dernekleri, borsalar ve nizamnamelerine göre azalarının iktisadi menfaatlerini korumaya yetkili bulunan diğer mesleki ve iktisadi birliklere de haksız rekabet davalarını açma hakkı tanınmaktadır. İsviçre ve Alman uygulamalarına paralel şekilde 6102 Sayılı TTK m 54/(1) düzenlemesinde “haksız rekabete ilişkin bu kısım hükümlerinin amacı, bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır” hükmüne yer verilmek suretiyle uygulamada kabul edilen, bozulmamış bir rekabet ortamından kamunun menfaatlerinin korunması amacı kanuni düzenlemeye kavuşturulmuştur⁹⁷.

1.7. REKABETİN KORUNMASI İLKESİ

Haksız rekabete ilişkin düzenlemeler yalnızca rakiplerin iktisadi menfaatlerini korumakla kalmamakta; “dürüst ve bozulmamış rekabet”in

⁹⁴ Şenocak, Boykot, a.g.m, s. 86.

⁹⁵ Arkan, Ticari İşletme, a.g.e., s. 306.

⁹⁶ Schroeder, a.g.m., s. 140.

⁹⁷ 6102 Sayılı TTK m 54 Gereğesi.

sağlanması genel amacı yanında ve bu sayede rekabete dayalı iktisadi düzenin korunmasının da amaçlandığı kabul edilmektedir. 6762 Sayılı TTK açısından uygulamada kabul edilen söz konusu amaç, 6102 Sayılı TTK m 54'de bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması şeklinde açıkça ifade edilmektedir.

Son yıllarda ağırlık kazanan görüş uyarınca haksız rekabete ilişkin hükümler, ekonomi politikası açısından tarafsız hükümler olarak kabul edilmemektedir. Böylece haksız rekabet hükümleri, yalnızca rakipler arası ilişkiyle ilgilenmemekte; aynı zamanda bozulmamış bir rekabet ortamının da aracı olarak görülmektedir. Bu nedenle haksız rekabet hukukunun amaçları arasında bozulmamış rekabet kurumunun oluşturulmasının da kabulü neticesinde haksız rekabet hükümleri aynı amacı taşıyan rekabet sınırlamaları hukuku ile birlikte ve aynı derecede uygulanması gereken hükümler olarak kabul edilmektedir⁹⁸. Federal mahkeme, haksız rekabet kanununun yalnızca rekabet üzerine bir kanun olmadığı, iktisadi faaliyetleri nazara alan bir düzenleme olduğunu belirterek, hakimin sadece iş ahlakına aykırı eylemleri değil rekabeti bozan her türlü davranışı haksız rekabet olarak niteleyebileceği sonucuna ulaşmıştır⁹⁹. Böylece iş ahlakı gibi rekabetin beklenen fonksiyonlarına yönelik davranışlar da haksız rekabet hukuku kapsamında değerlendirilmekte ve rekabetin beklenen sonuçlarından sapan davranışlar haksız kabul edilmektedir¹⁰⁰. İsviçre UWG'sinin amacı doğru ve gerçek rekabetin temini olarak görülmekte ve yasanın ismi haksız rekabete karşı kanun olarak belirtilmektedir¹⁰¹.

1.8. EMEĞE DAYALI REKABET İLKESİ

İnsanlık, birikimini nesilden nesile aktarmak suretiyle ilerleme kaydetmekte ve insanın gerçekleştirdiği her faaliyet aslında geçmiş nesillerden aktarılan birikimler üzerine kurulmaktadır. Dürüstlük kuralına

⁹⁸ Bakınız Bölüm I. 1.3.1.1.

⁹⁹ Atf 117 193 karar no: 1 Yasaman, a.g.m., s. 4.

¹⁰⁰ David ve Jacobs, a.g.e., s.16. Atf 117 IV 193 Yasaman, a.g.m., s. 4.

¹⁰¹ Fethi Kılıç, "Mukayeseli Hukukta Haksız Rekabet", **Karınca Dergisi**, S. 752, Temmuz 1999, s 27-30, s, 28. Kısaltması: Mukayese.

aykırı olmamak şartıyla herkes başkasının emeğinin sonuçlarından yararlanmak suretiyle daha iyisini gerçekleştirme ve rekabete katılma hakkına sahip kabul edilmektedir¹⁰². Ancak rekabete katılma hakkının hiç kimseye söz konusu hakkı kötüye kullanmak suretiyle başkasının emeğini sömürmek veya işletme adı, sınai mülkiyet hakları gibi hukuken korunan iktisadi varlıklarını ihlal etmek veya başkasının kazancını engellemek suretiyle kendi ticaretini ön plana çıkarma hakkı vermediği kabul edilmektedir. Bu nedenle bir kimsenin kendi emeği ve gayretine dayanan rekabet meşru rekabet; uygun bir emeği ve gayreti olmadan, kısmen veya tamamen başkasının iktisadi faaliyetine mani olmak suretiyle veya onun iktisadi faaliyetinden haksız yere yararlanmak suretiyle yapılan rekabet ise haksız rekabet olarak kabul edilmektedir¹⁰³. Söz konusu ilke "Emek İlkesi" (Leistungsschutz)¹⁰⁴ olarak adlandırılmakta ve haksız rekabetin varlığını tespit etmek için başvurulacak ölçütlerden biri olarak kabul edilmektedir.

Emek ilkesinde, haksız rekabetin tespitinde ve kapsamının belirlenmesinde bir tacirin elde ettiği kazançla, o kazancı elde etmek için harcamış olduğu emek ve gayret arasındaki denge ölçü olarak alınmaktadır¹⁰⁵. Emek ilkesi esasen, toplumsal yaşamın her alanında; özellikle ticari hayatta başarı kazanmak, iktisadi faaliyetlerini geliştirmek, kendi mal ve hizmetlerinin tanıtımını yapmak, iş hacmini genişletmek, talebini arttırmak veya benzer faaliyetlerde bulunmak isteyen kişinin söz konusu faaliyetlerini kendi haklı çalışma emek ve gayretine dayandırmak zorunda olmasını ifade etmektedir¹⁰⁶. Söz konusu kazançla harcanan emek arasında bir dengesizliğin bulunması ve söz konusu dengesizliğin bir başkasının emeğinin sömürülmesi niteliği taşıması¹⁰⁷ ve bir kişinin rakibin engellenmesi

¹⁰² Tekinalp, a.g.e., s. 32.

¹⁰³ Kubilay, a.g.m., s. 449.

¹⁰⁴ Nurkut İnan, "Tek satıcılık sözleşmesi ve üçüncü kişiler" Batider, 1993, cilt. XVII, S. 2, s. 55-77, Kısaltması: Tek Satıcılık, s. 64.

¹⁰⁵ ÖZ AŞÇIOĞLU Gamze, Avrupa Topluluğu ve Türk Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s.6, Ankara 2000 (Rekabet Kurumu Yayını no.0051, www.rekabet.gov.tr/tezler); Karayalçın, a.g.e., s. 455.

¹⁰⁶ Karayalçın, a.g.e., s. 440.

¹⁰⁷ Karayalçın, a.g.e., s. 455.

veya kötülenmesi, karıştırılma tehlikesine neden olunması, yabancı fikri hakların ihlali, başkalarının ticari sırlarından yararlanılması ve benzeri surette¹⁰⁸ işin külfetine katlanmadan nimetlerinden yararlanması dürüstlük kuralına aykırı ve haksız rekabet olarak kabul edilmektedir¹⁰⁹.

Emek ilkesi, özellikle uygulamada haksız rekabetin bir türü olarak kabul edilen ve önceleri "tüfeyli rekabet"¹¹⁰ olarak adlandırılan "parazit rekabet"¹¹¹ kavramının belirlenmesinde bir ilke olarak kullanılmaktadır¹¹².

Haksız rekabet hukukunun konusu, dürüstlük ilkesine aykırı ticaret yöntem ve uygulamalarına karşı, emek ilkesi uyarınca, işletmesel çabayı, birikimi ve yatırımı kapsayan emeğin korunmasıdır¹¹³. Bu nedenle emeğe dayalı rekabet ilkesi, Alman ve İsviçre Haksız Rekabet Düzenlemelerinde¹¹⁴ ve TTK düzenlemesi açısından doktrin tarafından incelenen ve meşru rekabetin sınırlarının tespiti açısından kabul edilen bir ilke olmanın ötesinde korumanın temelini ve konusunu oluşturmaktadır¹¹⁵. Ancak emek ilkesinin TTK m 57/5'de düzenlenen iltibas¹¹⁶ ile veya parazit rekabet ile sınırlı

¹⁰⁸ David ve Jacobs, a.g.e., s.17.

¹⁰⁹ Reid, a.g.m., s. 57.

¹¹⁰ Ülgen, vd, a.g.e., s. 455.

¹¹¹ Yarg. 11.HD.25.5.1998T, ve 98/2026E,98 /3741K, sayılı kararında parazit rekabet kavramı kullanılmıştır.

¹¹² Yargıtay da "Başlama veya çıkış mamülü", "Hazır Mamül" olarak adlandırılan ilk satın alınan oyuncağın daha sonra satın alınan parçalarla sınırsız bir şekilde büyütülmesi, geliştirebilmesi, azaltabilmesi olanağını bünyesinde taşıyan yapı-taşları sistemi veya eklenen tren rayları sisteminin herkes tarafından uygulanması serbest olan bir sistem olduğuna belirtmekle birlikte ekleme taşlar-modüller üreten bir firmanın ürettiği seri içine, başka bir işletme kendi mamulünü, önceki firmanın ürettiği seri içine sokmak amacıyla o işletmenin mamulünü kopya etmek, aynı ebatta kalıplar kullanmak suretiyle yabancı seri içine sokmasını dürüstlük kuralına aykırı bir davranış olarak kabul ederek haksız rekabetin varlığına karar vermiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 27/03/1996 T, 1995 / 1037 E, 1996 / 206KBakınız hukuktürk.

¹¹³ Tekinalp, a.g.e., s. 36.

¹¹⁴ Kubilay, a.g.m., s. 449.

¹¹⁵ Tekinalp, a.g.e., s. 32.

¹¹⁶ Davacının çizimlerini yaptığı ve TSE belgesi aldığı panoları "endüstriyel tasarım" niteliğinde değildir. Ancak, davacının emek, masraf ve zaman harcayarak meydana getirdiği çizimlerinden davalıların izin almadan ... TTK.nun 56. maddesi uyarınca hüsnüniyet kaidelerine aykırıdır. Yargıtay 11. HD. 27/03/2003 T. 2002/1051 E. 2003/2897 K. Bakınız hukuktürk. .Söz konusu karar ayrıca endüstriyel tasarım niteliğine sahip olmayan tasarımın haksız rekabet hükümleri uyarınca korunması açısından önem arz etmektedir.

olmadığı açık olmakla birlikte tüm haksız rekabet hallerinin de emek ilkesi çerçevesinde açıklanamayacağı¹¹⁷ aşıkardır¹¹⁸.

İlkenin içeriğinin, yalnızca rakipler açısından değil, haksız rekabet hukukunun koruma sujelerine uygun olarak müşteriler, diğer katılanlar ve sağlıklı işleyen rekabet ortamından doğan kamu menfaatleri açısından da dikkate alınmak suretiyle doldurulması gerekmektedir¹¹⁹. Bu nedenle bir işletmenin başarıyı kendi emek ve çabasıyla elde etmemesi (başarı rekabeti)¹²⁰ yanında rakiplerin emek ve çabasının piyasaya aksettirmelerinin engellenmesi¹²¹, müşterilerin ürünler arasında karşılaştırma yapma olanağının elinden alınması ve rakiplerin kötülenmesinin de emek ilkesine aykırılık ve bu vesileyle haksız rekabet teşkil ettiği kabul edilmektedir¹²².

1.9. DIŞSALLIK İLKESİ

Emek ilkesi, kişinin emeğine dayanmayan tüm kazançların dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmesini gerektirmemektedir. Emek ilkesiyle karşı çıkılan başkalarının emeğinin sömürülmesi, elde edilen menfaatlerin başkalarının vasıtalarına dayandırılmasıdır. Bu nedenle elde edilen menfaatlerin, bu sonuca ulaşmak için gerekli olan gayret ve emek harcanmadan, ancak dış etkenler sonucunda gerçekleşmesinin haksız rekabet teşkil etmeyeceği belirtilmektedir¹²³. Bunun sonucunda emek ilkesi dışsallıkla birlikte incelenmesi gereken bir ilke olarak görülmekte ve dışsallık kavramının, emek ilkesinin koruma sınırlarını belirleyen bir kavram olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

¹¹⁷ Karayalçın, a.g.e., s. 453-456.

¹¹⁸ Boztosun, 6102 Sayılı TTK m 55/1/c düzenlemesinin mevzuatımız açısından emeğin korunması ilkesinin mutlak ve genel olarak kabul edildiği şekilde yorumlanmaması gerektiği; tam aksine özellikle fikri mülkiyet haklarıyla korunabilen unsurlar açısından haksız rekabet hükümlerinin uygulama alanını daralttığını savunmaktadır. Boztosun a.g.m., s. 205.

¹¹⁹ Şenocak, Boykot, a.g.m, s. 85.

¹²⁰ David ve Jacobs, a.g.e., s. 17.

¹²¹ Şenocak, Boykot, a.g.m, s. 85.

¹²² Şenocak, Boykot, a.g.m, s. 85.

¹²³ İnan, Tek Satıcılık, a.g.m., s. 64.

Türk Hukukunda ise emek ilkesinin, Yargıtay kararlarıyla şekillenmesine rağmen, söz konusu kararlarda dışsallık kavramı olarak dahi belirtilmemektedir. Ancak her ne kadar kavram olarak belirtilmese de genelde tek satıcılıkla ilgili davalarda dışsallıktan yararlanmanın haksız rekabet teşkil etmeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır¹²⁴. Aksi yönde içtihatları da bulunmakla birlikte¹²⁵ Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarında, başkasının tanıttığı, reklam yaparak pazar sağladığı ürünlerin yasal olarak getirilip satılmasının ve bu sayede dışsallıktan yararlanılmasının haksız rekabet teşkil etmeyeceği yönündedir¹²⁶. Bu nedenle bir ürünün tanıtılmasının kişiye o ürünün satışı konusunda tekel hakkı vermeyeceği kabul edildiği gibi ürünle ilgili tek satıcılık gibi bir sözleşme yapılmasının da sözleşmenin nispi niteliğinden dolayı¹²⁷ sözleşmenin taraflarına sözleşmeyi üçüncü kişilere karşı ileri sürülme hakkı vermeyeceği kabul edilmektedir.

Dışsallıkta önemli olan husus, kişinin tanıtımında emek ve çaba harcadığı, bir piyasa oluşturduğu ürünlerin yasal olarak getirilmesidir. Bu nedenle dışsallık ilişkisine göre söz konusu ürünlerle iltibas oluşturan veya söz konusu ürüne haksız rekabet teşkil eden ürünlerin yasal olarak getirilmesi dışsallık olarak kabul edilmemektedir¹²⁸. Yine yasal yoldan getirilen ürünlerin değiştirilip satılması, garanti ve yedek parça hizmetinin

¹²⁴ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 25/06/1992 T 1990/8223 E 1992/7964 K; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 01/06/2004 T 2004/5538 E 2004/6175 K. Bakınız hukuktürk.

¹²⁵ İlk defa yurt dışında kamuya sunulmuş bir tasarım belli bir süre sonra Türkiye'de kullanılması durumunda şayet, Türkiye'de bu tasarımı ilk defa kullanan kişi büyük emek ve para harcayarak bu tasarımın kullanıldığı ürünü tanıtmış ve bir başkası da sırf bu tasarımın kullanıldığı ürünü tanıtmış ve bir başkası da sırf bu tanınmışlıktan yararlanmaya yönelik olarak bu tasarımı aynen kullanmaya kalkışır ise, bu davranışın haksız rekabet olduğunun kabulü gerekir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 01/06/2004 T 2004 / 5538 E 2004 / 6175 K Bakınız hukuktürk.

¹²⁶ Tek satıcının Türkiye'de reklam yapmak suretiyle pazar sağlaması, aynı malı yasal yollardan menşee ülkesinden başka ülkelere ithal edip satan kişilerin haksız rekabet kuralları uyarınca men edilmesine neden teşkil etmez" Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 12/03/1999 T 1998/7997 E 1999/2098 K; Tek satıcılık sözleşmesinde, edimler ve yükümler kural olarak bu sözleşmenin tarafları - yapımçı ve tek satıcı arasında karşılıklı olup bu sözleşme tarafı olmayan üçüncü kişilere herhangi bir yükümlülük getirmez Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 25/06/1992E 1990/8223K 1992/7964. Bakınız hukuktürk.

¹²⁷ Tek satıcılık sözleşmesinde, edimler ve yükümler kural olarak bu sözleşmenin tarafları - yapımçı ve tek satıcı arasında karşılıklı olup bu sözleşme tarafı olmayan üçüncü kişilere herhangi bir yükümlülük getirmez" Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 25/06/1992 T 1990/8223 E 1992/7964 K

¹²⁸ Tescilli markanın bulunduğu ürünlerin aynısını veya benzeri olan bir işletmeni taşıyan malların bir başka kişi tarafından ithal ve ihracı marka hakkına tecavüz fiilini oluşturur. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 26/05/1999 T 1999/2086 E 1999/4505 K.

verilememesi gibi nedenlerle ürünün itibarının zedelenmesi ve satışlarının etkilenmesi durumunda haksız rekabetin varlığı kabul edilmektedir. Yargıtay'da belirtilen görüşe uygun olarak, davalının, 110 voltluk ürünlerin 220 volta dönüştürüp orijinalini bozması, söz konusu durumun nedeniyle sık sık arızaya sebep olan ürünlerden dolayı davacının satışlarının etkilemesi ve Türkçe karakter setlerinin (chip) kopya edilip satışa sunmasının (söz konusu mamullerin değiştirilerek satmasının) haksız rekabet oluşacağına karar vermiştir¹²⁹.

Alman UWG'sinde dışsallıktan yararlanmanın haksız rekabet oluşturmayacağı açıkça belirtilmektedir ve UWG m 4/9'da dışsallık (free-riding) diye anılan ve her hangi bir bedel ödemeksizin dışsallıktan yararlanan ticari uygulamalarla ilgili haksız ticari uygulama örnekleri düzenlenmektedir. Söz konusu düzenlemede özel olarak korunmadığı sürece "rakibinin mal ve hizmetlerinin benzeri mal ve hizmetlerin sunulması" bu surette rakibin mal ve hizmetlerinin dışsallığından yararlanılmasının kendiliğinden haksız rekabet teşkil etmeyeceği prensip olarak kabul edilmektedir. Düzenlemenin devamında ise rakibin mal ve hizmetlerinin benzerinin sunulmasının hangi hallerde haksız rekabet teşkil edeceği belirtilmektedir. Söz konusu düzenlemeye göre rakibin mal ve hizmetlerinin benzerlerinin sunulması ancak "müşterinin kaynağı hakkında kaçınılmaz derecede aldanmasına sebep olması" (UWG m 4/9/a) veya "taklit mal veya hizmetlerin örnek alınan mal ve hizmetlerden uygun olmayan şekilde yararlanması veya söz konusu mal ve hizmetlere zarar vermesi" (UWG m 4/9/b) veya "taklidi için gerekli bilginin veya belgenin yasadışı yollardan ele geçirilmesi" (UWG m 4/9/c) durumunda haksız rekabet teşkil edeceği düzenlenmektedir¹³⁰. Yargıtay'da iltibasın bulunmadığı bir durumda sır ürünler arasında benzerlik bulunmasının doğrudan haksız rekabetin kabulünü gerektirmeyeceği yönünde karar vermiştir¹³¹.

¹²⁹Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 01/03/1991 T 1991/171 E 1991/1406 K. Bakınız hukuktürk.

¹³⁰Heim,a.g.m., s. 531.

¹³¹Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 24.06.2004 T, 2003/11057 E, 2004/032 K, Boztosun a.g.m., s. 216, 217.

1.10. TÜKENME İLKESİ

Fikri mülkiyet haklarını içeren ürünün bizzat hak sahibi veya onun izniyle üçüncü bir kişi tarafından ilk kez piyasaya sürülmesiyle söz konusu hakların tükeneyeceği bu nedenle hak sahibinin, sattığı mallara müdahale imkanının ortadan kalkacağı ve hak sahibinin, söz konusu malları tekrar piyasaya arz eden üçüncü kişilere karşı bir denetim hakkı ileri süremeyeceği kabul edilmektedir. Tükenme ilkesi, fikrî mülkiyet haklarının hak sahibine tanıdığı olduğu ilgili malların imal edilmesi ve bunların ilk satışı konusundaki mutlak hakkın sınırını çizmektedir. MarKHK m 13'de düzenlenen tükenme ilkesi; haksız rekabet hukuku açısından paralel ithalat kapsamında Yargıtay kararlarına konu olmaktadır. Ancak malların kötüleştirilmesi, itibarının zedelenmesi veya bayii olmayan kişilerin bayii gibi davranılmasının ayrı bir haksız ticari uygulama oluşturacağı kabul edilmektedir¹³².

Tükenme ilkesi paralel ithalat, geri ithalat ve gri mallar ticaretinin hukuki temelini oluşturmaktadır. Paralel ithalat, marka hakkı sahibi tarafından veya onun izniyle bir başkası tarafından, ülke dışında piyasaya sunulan markayı taşıyan özgün malların, marka sahibinden izin alınmaksızın ülkeye ithal edilmesidir. Geri ithalat, fikri mülkiyet koruması altındaki malların yasal yollardan üretildiği ülkeden yurt dışına ihracından sonra aynı ürünün çeşitli nedenlerle tekrar ihracat ülkesine ithali olarak tanımlanmaktadır. Hem paralel ithalatta hem de geri ithalatta ithalata konu mal birbirinin tamamen aynısı olan özgün mallarıdır. Ancak korsan olmayan söz konusu malların nevi ve evsafı itibarıyla ithalat ülkesi mallarından farklı olması durumunda gri ticaret söz konusu olmakta ve gri mallar ticaretinde her türlü tükenme rejimi engellenebilmektedir¹³³.

¹³² Hamdi Pınar, **Uluslararası Rekabette Fikrî Mülkiyet Haklarının Önemi ve Türkiye**, İstanbul Ticaret Odası Yayın no: 2004-71, 2004, s. 26; Hamdi Pınar, "Fikrî Mülkiyet Hukukunda Hakların Tükenme İlkesi ve Haksız Rekabet İlişkisi – Bir Yargıtay Kararı İncelemesi" **Rekabet Formu**, Hukuk Ekonomi Politika, S, 17, s. 21-22, s. 22.

¹³³ Adem Aslan, **Türk ve AB Hukukunda Fikri Mülkiyet Hakların Tükenmesi**, İstanbul, Beta, 2004, 1. Bası, s. 56, 65.

Fikri mülkiyet haklarının tükenmesi konusunda malların sürülmesiyle hakların tükendiği piyasalar açısından ulusal, bölgesel ve uluslararası tükenme ilkesi olmak üzere üç sistem kabul edilmektedir. Ülkesel tükenme ilkesinde mal ve hizmetlerin ancak söz konusu ülkede piyasaya sürülmesiyle fikri mülkiyet hakkı sahibinin haklarının tükeneceği kabul edilmektedir¹³⁴. Ülkesel tükenme ilkesi, fikri mülkiyete konu malların hak sahibinin kendisi ya da onun izniyle üçüncü kişiler tarafından piyasaya sunulmasından sonra hak sahibinin bu malların takip eden satışlarına müdahale edememesi anlamına gelmektedir¹³⁵. Ülke sınırları dışında piyasaya sunulan markalı mallar üzerindeki hak, bu piyasaya sunum marka sahibinin rızası dâhilinde yapılmış olsa dahi tükenmiş kabul edilmez. Bu nedenle ülkesel tükenme ilkesinin kabul edildiği hukuk sistemlerinde her türlü paralel ithalât hak sahibinin iznine bağlanmaktadır.

Bölgesel tükenme ilkesi ise birden çok bağımsız ülkenin bir anlaşma etrafında bir araya gelerek belirli bir bölgede tek bir ülke gibi hareket etmeleri ve söz konusu bölgede tükenme ilkesini kabul etmeleri olarak tanımlanmaktadır ve fikri mülkiyet hakkına konu malların bölge dışından bölge pazarlarına ithalatı hak sahibinin iznine tâbi tutulmaktadır¹³⁶. Uluslararası tükenme ilkesinde ise mal ve hizmetlerin dünyanın her hangi bir yerinde piyasaya sürülmesiyle fikri mülkiyet hakkı sahibinin haklarının tükeneceği ve hak sahibinin müdahale hakkının ortadan kalkacağı kabul edilmekte bu nedenle uluslararası tükenme ilkesinin kabulü paralel ithalatın serbest bırakılması anlamına gelmektedir.

Türk Hukukunda fikri mülkiyet haklarının tükenmesiyle ilgili olarak farklı mevzuatlarda farklı ilkeler benimsenmektedir. 551 sayılı PatentKHK'nın 76; 554 sayılı EndTasKHK'nın 24; 556 sayılı MarkaKHK'nın 13; FİSEK'nın 23. maddesinde "Türkiye'de piyasaya sunulmasından sonra"; hakların tükeneceğinden 5042 sayılı BiÇK 31. maddesinde ise "yurt içinde satılmış

¹³⁴ Camcı, c I a.g.e., s. 65.

¹³⁵ A Aslan, a.g.e., s. 67.

¹³⁶ A Aslan, a.g.e., s. 70.

veya pazarlanmış” hakların tükeneceğinden bahsedilmek suretiyle söz konusu mevzuatlar açısından ulusal tükenme ilkesi kabul edilmektedirken 5147 sayılı EntDevTop Kanununun 12. maddesinde “yurt içinde veya yurt dışında piyasaya sürülmesinden sonra” söz konusu hakların tükeneceğinden bahsedilmek suretiyle uluslararası tükenme ilkesi kabul edilmektedir¹³⁷. ARIKAN, kanunun lafzına bağlı kalınarak ülkesel tükenme ilkesinin kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır¹³⁸. PINAR ise Gümrük Birliği Sözleşmesine taraf olunması nedeniyle, fikri mülkiyet haklarının tükenmesi açısından Türk Hukukunda bölgesel tükenme ilkesinin kabul edilmesi gerektiği yönünde görüş bildirmektedir¹³⁹. Konuyla ilgili hakim görüş ve Yargıtay uygulaması ise hem ülkesel hem uluslararası tükenmeyi beraber kabul etmektedir¹⁴⁰.

Tükenme ilkesinin kabulüyle aynı malı, menşei ülkesinden başka ülkelerden Türkiye'ye kanunî yollardan orijinal şekilde ithal edip satan kişilerin eylemleri tek satıcının, Türkiye'de reklâm yapmak suretiyle pazar oluşturması, tamir ve bakım sağlaması dolayısıyla emek ilkesi uyarınca haksız rekabet olarak kabul edilmemektedir¹⁴¹. Ancak fikri mülkiyette konu malların marka veya patent bakımından aynı olsa bile nitelik ve kalite yönünden farklı özelliklere sahip olması (gri mallar ticareti) durumunda hak sahibinin haklı sebep kavramı çerçevesinde söz konusu ithalatı önleyebileceği kabul edilmektedir¹⁴². Benzer şekilde ithal eden kişinin malı kötüleştirerek piyasaya sunması durumu da haksız rekabetin varlığı kabul edilmelidir. Yargıtay da markalı bir ürünün, marka sahibi veya onun izni ile

¹³⁷ Hamdi Pınar, Fikrî Mülkiyet Hakları ve Rekabet Hukuku, **Rekabet Dergisi**, s. 30-85 Erişim; <http://www.rekabet.gov.tr/word/dergi23/5-hamdipinar.doc> Tarihi: 21.06.2010, s. 70.

¹³⁸ Arıkan, İKVD 1996, Sa. 129, s. 43; a.k., Perşembe Konferansları, s. 118.

¹³⁹ Hamdi Pınar, “Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi – EFTA-Mahkemesi’nin “Maglite”, Avrupa Toplulukları Mahkemesi’nin “Silhouette” ve Yargıtay’ın “Police” Kararları Çerçevesinde Bir İnceleme”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, İstanbul, 2000, s. 855-915, s. 897. Pınar, Oğuzman’a Armağan age, s. 897.

¹⁴⁰ Pınar, Oğuzman’a Armağan agm, s. 897 vd.; Pınar, fikri mülkiyet hakları, agm, s 74;77

¹⁴¹ Pınar, Fikri Mülkiyet Hakları, a.g.m., s. 75. Tek satıcının Türkiye'de reklâm yapmak suretiyle pazar sağlaması, aynı malı yasal yollardan menşei ülkesinden başka ülkelerden ithal edip satan kişilerin haksız rekabet kuralları uyarınca men edilmesine neden teşkil etmez. Yarg. 11. Hd. 12/03/1999T, 1998 / 7997E, 1999 / 2098K.

¹⁴² A Aslan, a.g.e., s. 65.

münhasır lisans sahibi tarafından piyasaya sürülmesiyle, marka tescilinden doğan hakların tükeneceğini, artık o markayı taşıyan malın sonraki satışlarına marka veya lisans sahibinin müdahale etme hakkının ortadan kalktığına; ancak marka sahibinin, malın piyasaya sunulmasından sonra, üçüncü kişiler tarafından değiştirilerek veya kötüleştirilerek ticari amaçlı kullanılmasını önleme yetkisine sahip¹⁴³ olduğuna hükmetmiştir.

Uluslararası ticari uygulamalar açısından tükenme ilkesi Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarında kabul görmekle birlikte; Yargıtay, ulusal ticari uygulamalar açısından tükenme ilkesine aykırı olarak markalı ürünlerin bayi olmayan kişilerce Türkiye sınırları içinde bir şehirden alınıp başka bir şehirde pazarlanmasının haksız rekabet teşkil edeceği yönünde karar vermiştir¹⁴⁴. Söz konusu olayda dava konusu uyuşmazlık bir malın imalatına ilişkin haksız rekabet olmayıp sadece satış yoluyla oluşturulan bir haksız rekabet olduğu Yargıtay tarafından açıkça ifade edilmektedir¹⁴⁵. Yargıtay, söz konusu kararlar uluslararası nitelik taşımayan ticari uygulamalarda tükenme ilkesine yer vermemiştir.

1.11. DOĞRULUK VE AÇIKLIK İLKESİ

Modern sistemde rekabet hukuku rekabet düzeninin korunmasının bir aracı olarak da görülmekte ve yalnızca rekabetin tarafları değil haksız rekabet nedeniyle menfaatleri zarar gören müşteriler ve diğer katılanlar da haksız rekabet hükümlerinin koruması kapsamında değerlendirilmektedir. Bu

¹⁴³ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 09/11/2000T, 2000 / 7381E, 2000 / 8746KBakınız hukuktürk.

¹⁴⁴ Yargıtay X şirketi ile bayilik veya tâli bayilik ilişkisi bulunmayan gerçek veya tüzel kişilerin, bayii gibi davranarak, davacının bayisi olduğu ürünleri, tekrar bunun ticareti ile uğraşan işyerlerine pazarlaması, hukuken himaye edilemez ve haksız rekabet olduğunun kabulü zorunludur". şeklinde karar vermiştir Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 8.4.1997 T., 1997/684 E., 1997/2611 K., Kazancı veri tabanı.

¹⁴⁵ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 20.4.1999 T., 1999/8304 E., 1999/3064 K., yayımlanmamıştır. Pınar, Fikri Mülkiyet Hakları, a.g.m., s. 74. Benzer bir şekilde Yargıtay, davacıya ait hurda tamburların toplanıp markalarının silinerek kendi markalarının yazılması suretiyle tekrar piyasaya sürülmesinin kısmen kendi emeğini de ekleyip işleyerek ucuza satmasının kısmen de olsa davacının hazır emeğinden yararlanma niteliği taşıdığını böyle bir ürünün tamamen davalının emeğini yansıtmadığını ve tamamen bağımsız yeni bir üretim olmadığını belirterek haksız rekabet teşkil ettiği yönünde karar vermiştir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 08/11/2004T, 2004 / 1757E, 2004 / 10912KBakınız hukuktürk.

nedenle haksız rekabetin tespitinde tüketicinin ve diğer katılanların menfaatlerinin korunması gereği dikkate alınmaktadır¹⁴⁶. Haksız rekabet hukukunun amaçlarından biri olan sağlıklı işleyen rekabet düzeninin temini ve tüm katılanların menfaatlerinin korunması ise ancak piyasada doğruluk ve açıklığın sağlanmasıyla gerçekleştirilebilmektedir. Piyasada doğruluk ve açıklığın sağlanması, meşru – meşru olmayan rekabet ayrımında ve haksız rekabetin belirlenmesinde bir ilke olarak kabul edilmektedir¹⁴⁷ ve söz konusu ilkeye aykırı hareket edilmesinin dürüstlük kuralını ihlal edeceği kabul edilmektedir¹⁴⁸.

Söz konusu ilke uyarınca rekabet açık olmalı ve tüketici kendisine yapılan teklifi tam ve iyi anlamalıdır¹⁴⁹. Bu nedenle söz konusu ilke uyarınca gizli reklamlar yasaklanmakta reklamda yer alan bilgilerin objektif olması ve tüketiciyi yanıltmaması gerekmektedir¹⁵⁰. Ayrıca söz konusu ilke, tüketiciyi bilgilendirme yükümlülüğüyle yakından ilgili kabul edilmektedir. Tüketicinin korumasına ilişkin temel esaslar başlığını taşıyan Birleşmiş Milletler Deklarasyonunda açıklanan sekiz temel tüketici hakkından biri olan aydınlatılma hakkı, özellikle, tüketicinin satın alacağı mal, hizmet ve bunların satıcısı hakkında doğru ve sağlıklı bir seçim yapmasına yetecek derecede bilgi sahibi olmasını amaçlamakta ve satış öncesi aydınlatılmayı ifade etmektedir. Tüketicinin bilinçli karar alması, satın aldığı malı veya hizmeti iyi tanıması, bunlara ilişkin doğru ve dürüst bir şekilde aydınlatılmasına bağlıdır¹⁵¹. Tüketicilerin okumak ve yargılamak için sağlanan bilgileri seçerek kullandığı ve çok fazla bilgi sağlanmasının insanın dikkatli davranmasını ve etken faktörlerin seçimini zorlaştırdığı kabul edilmektedir¹⁵². Söz konusu durum, sağlanması gerekli bilgi kalemlerinin önemini artırmakta ve gereksiz ve fazla bilgi sağlanması da tüketiciyi aldatıcı nitelikte kabul edilebilmektedir.

¹⁴⁶ Arkan, Ticari İşletme, a.g.e., s. 306.

¹⁴⁷ Arkan, Ticari İşletme, a.g.e., s. 305. Kubilay, a.g.m., s. 550. Şenocak, Boykot, a.g.m, s. 85.

¹⁴⁸ Hamdi Pınar, “Haksız Rekabet Hukuku”, **Rekabet Formu**, S. 5, s. 11-12 2004, Erişim: www.rekabetderneği.org. Org. Tarihi: 10.12.2009. s. 11.

¹⁴⁹ Kılıç, Mukayese, a.g.m., s. 28.

¹⁵⁰ David ve Jacobs, a.g.e., s. 17.

¹⁵¹ Avşar, Hukukcu.com

¹⁵² Incardona, Poncibo, a.g.m.,s. 32.

Belirtilen ilkeye göre piyasaya mal ve hizmet arz edenlerin amaçlarını açık bir şekilde ortaya koymalarını yanında tüketiciler nezdinde oluşturulan beklentileri de karşılamaları gerekmektedir¹⁵³. Mal ve hizmetlerin reklamlar yoluyla oluşturulan beklentiyi karşılayacak düzeyde olmaması, tüketicilerin alacağı ürünün özellikleri ve kullanım amacı, tehlikeleri gibi konularda kapsamlı ve doğru bir şekilde aydınlatılmaması, doğruluk ve açıklık ilkesine aykırılık meydana getirmektedir¹⁵⁴. Söz konusu ilkeye aykırı hareket edilmesinin ise yönerge (Ek I/15)'de yer alan işin kesilmesi veya taşınmasıyla ilgili yanlış iddialarda bulunulmasında olduğu gibi aldatıcı ve yanıltıcı ticari uygulamalara sebebiyet vereceği kabul edilmektedir. Doğruluk ve dürüstlük ilkesine uygun hareket edilip edilmediğinin tespitinde ticari ahlakın yanında iktisadi rekabetin tam işlev görmesini sağlayan kuralların da ihlal edip edilmediğinin araştırılması gerekmektedir¹⁵⁵. Bilgilendirme yükümlülüğü ile ilgili düzenlemelerin temel amacı ve haksız rekabet hukuku kapsamında değerlendirilmesinin nedeni de piyasada tüketici yararına daha fazla şeffaflığın sağlanmasıdır¹⁵⁶. Ayrıca piyasada açıklığın sağlanması ve hukuki belirsizliğin önüne geçilmesi, tüketiciler açısından olduğu kadar tacirler açısından da önem arz etmektedir. Piyasanın açık olmaması, tacire işlem belirsizliği ve yargısal maliyet ortaya çıkarmaktadır. Haksız rekabet hukuku açısından işlem belirsizliği ve çeşitliliğinden doğan problemler sözleşme hukukuna göre daha karmaşık yapıdadır¹⁵⁷. AB yönergesinin uyumlulaştırma çabasındaki temel amaç uluslararası ticaretin önündeki en büyük engel olan belirsizliğin önlenmesi ve piyasada açıklığın sağlanmasıdır.

1.12. KÜMÜLÂTİF (ÇOKLU) UYGULAMA İLKESİ

Fikri mülkiyet düzenlemelerinin sayısının artması ve haksız rekabet hükümlerine göre korunan menfaatlerin fikri mülkiyet hukuku çerçevesinde

¹⁵³ David ve Jacobs, a.g.e., s. 17. Şenocak, Boykot, a.g.m, s. 85.

¹⁵⁴ Şenocak, Boykot, a.g.m, s. 85.

¹⁵⁵ İ. Kırca, a.g.m., s. 25.

¹⁵⁶ Schroeder, a.g.m., s. 142. Heim,a.g.m., s. 530.

¹⁵⁷ Wilhelmsson, agm, s, 471.

hakka dayalı olarak korunmaya başlanması, haksız rekabet düzenlemelerinin kapsamını daraltmaktadır. Türk Hukukunda, fikri mülkiyet haklarına ilişkin düzenlemelerin kendi aralarında ve haksız rekabet hukuku düzenlemeleri arasındaki ilişkinin ortaya konulması haksız rekabetin tespiti açısından önem arz etmektedir. Bu açıdan söz konusu fikri mülkiyet haklarının özel düzenlemeye yer verilmeden önce korunduğu haksız rekabet hükümlerine dayanılmak suretiyle ne derece korunacağına ortaya konması gerekmektedir.

Fikri ve sınai haklar arasında kümülatif uygulama ilkesi kabul edilmektedir. Söz konusu ilkeye göre bir faaliyetin marka, endüstriyel tasarımlar gibi birden fazla fikri hakkın konusuna girmesi durumunda, şartları varsa; söz konusu düzenlemelerin tümünün birinci derecede uygulanacağı ve hak sahibinin söz konusu düzenlemelerden birine dayanmasının zorunlu olmadığı, düzenlemelerin tümüne veya bir kaçına birlikte de dayanabileceği kabul edilmektedir¹⁵⁸. Söz konusu durumda korumanın kapsamı, her bir düzenleme açısından ayrı ayrı değerlendirilmekte ve hakkın kapsamı her bir düzenleme açısından ayrı ayrı belirlenmektedir. Örneğin bir markanın konusu aynı zamanda endüstriyel tasarım veya ticaret unvanı niteliğinde ise hak sahibinin söz konusu haklardan birine dayanmasının diğerlerinden doğan haklarının sona erdiği veya diğer fikri haklardan kaynaklanan taleplerinden vazgeçtiği anlamına gelmediği kabul edilmektedir¹⁵⁹. Söz konusu ilkeye EntDevTopK m. 1/2'de olduğu gibi bazen ilgili düzenlemede yer verilmektedir¹⁶⁰. Ancak 6102 sayılı TTK gerekçesinde bahsedilmekle birlikte¹⁶¹, Türk Hukukunda fikri mülkiyet hukuku kapsamında korunan

¹⁵⁸ Cahit Suluk, "Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Tasarımların Kümülatif Olarak Korunması (Çoklu Koruma)" **Ankara Barosu Fikri Mülkiyet Ve Rekabet Hukuku Dergisi FMR**, C I, S 3, 1/2001, s. 43-67, s. 45.

¹⁵⁹ Aynı şekilde dış görünüşün ön planda olduğu tasarımlar açısından, hem Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK uyarınca tescilli korumadan hem de Fikir ve Sanat Eserleri Kanuna dayanılarak tescilsiz korumadan yararlanılabileceği kabul edilmektedir. Boztosun a.g.m., s. 225.

¹⁶⁰ Dipnot 70, Boztosun a.g.m., s. 226. Hukukumuzda tescilli tasarımların tasarım mevzuatı yanında fikir ve sanat eserleri mevzuatına göre korunacağını düzenleyen açık hüküm En Tas KHK m 1/III ve benzer bir düzenleme FİSEK m, 4 de yer almaktadır. Ayrıca model belgesiyle korunan bir ürünün tasarımının da korunacağı kabul edilmektedir. Pat KHK m 169; Suluk, Çoklu Koruma, a.g.m., s. 53.

¹⁶¹ 6102 sayılı TTK m 55/1/a/4. Bent Gerekçesi.

hakların haksız rekabet hükümlerine göre de korunabileceğine dair genel bir hüküm bulunmamaktadır.

Kümülatif uygulama ilkesinin kabulüyle fikri mülkiyet hakları kapsamındaki koruma ile haksız rekabet hukuku kapsamında sağlanan koruma bağımsızlaştırılmakta; ihlal şartlarının gerçekleştiğinin her mevzuat açısından ayrı ayrı değerlendirilmesi gereği kabul edilmektedir¹⁶². Bu nedenle haksız rekabet düzenlemeleriyle fikri mülkiyet düzenlemelerinin kümülatif olarak uygulanacağını kabul edilmesi durumunda; haksız rekabet hükümleri her konuda tamamlayıcı hükümler olarak görülmeyecektir¹⁶³. Böylece zaman aşımına uğrayan bir talebin veya tescilli mümkün olmayan bir hakkın haksız rekabet hükümlerine göre ileri sürülmesine imkan verilir verilemeyeceği veya söz konusu düzenlemelere baş vurulamayan durumlarda haksız rekabete dair kurallara başvurmayla olanak tanınıp tanınmayacağını ortaya konması gerekmektedir¹⁶⁴.

Türk Hukukunda haksız rekabet kapsamında korumanın kümülatif koruma kapsamında değerlendirilmesi ile ilgili çeşitli görüşleri kabul edilmektedir. Boztosun haksız rekabet kapsamında korumanın kümülatif koruma ilkesi kapsamında görülmesini doğru bulmamaktadır¹⁶⁵. Camcı, fikri mülkiyet hakları kapsamında korunan bir hakkın ihlalinin söz konusu olması durumunda hem ilgili fikri mülkiyet mevzuatı kapsamında hem de haksız rekabet hukuku kapsamında koruma talep edilebileceği; hatta belirtilen hakların ihlalinin söz konusu olmadığı durumlarda dahi haksız rekabetin söz konusu olabileceğini belirtmektedir¹⁶⁶. Aslan ise tescil edilen haklara ilişkin olarak haksız rekabet hükümlerinin uygulama kabiliyetinin kalmadığını

¹⁶² Örneğin Boztosun, ayrıca işlevselliğin ön planda olduğu tasarımların taklidinin iltibasa meydan verebileceği ve söz konusu halde haksız rekabet hükümlerine başvurulabileceğini belirterek tasarımların 551 Sayılı PatentKHK'nın kapsamında faydalı model belgesi alınarak da korunması mümkün olduğunu ancak burada tasarımın işlevinin korunduğunu ve söz konusu durumda iltibasın söz konusu olmayacağını belirtmektedir. Boztosun a.g.m., s. 225.

¹⁶³ Tekinalp, a.g.e., s. 36.

¹⁶⁴ Tekinalp, a.g.e., s. 36.

¹⁶⁵ Dipnot 70, Boztosun a.g.m., s. 226.

¹⁶⁶ Camcı, C II, a.g.e.,s. 34. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 20.01.2000T, 1999/8929 E, 2000/160 K Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 3/11/1998 T, 1998/3291E 1998/7394 K.

savunmaktadır¹⁶⁷. Suluk'a göre, haksız rekabet hükümleri ile fikri mülkiyet hukuku düzenlemeleri arasında özel hüküm genel hüküm ilişkisi bulunmaktadır ve taraflar arasındaki ilişkiye hukukun genel ilkelerinden hareketle öncelikle özel kanunun hükümlerinin uygulanması gerekmektedir¹⁶⁸. Ancak tarafların genel hükme de başvurmaları ancak usul hukukundaki hâkimin taleple bağlı olma ilkesi uyarınca özel hükmün karşı tarafı koruması durumunda mümkün olmadığını belirtmektedir¹⁶⁹.

Özel kanun-genel kanun (6762 Sayılı TTK açısından ayrıca eski tarihli kanun-yeni tarihli kanun) ilişkisine rağmen söz konusu kanunların koruma alanı ve korunan menfaatler birbirinden farklılık arz ettiği durumlar ortaya çıkabilmektedir¹⁷⁰. Bu nedenle fikri mülkiyet haklarıyla ve haksız rekabete dair düzenlemelerle korunan menfaatlerin farklı olması durumunda ilgili mevzuatların kümülatif olarak uygulanması gerektiği kabul edilmelidir¹⁷¹. Kümülatif uygulama ilkesi uyarınca fikri mülkiyet hukuku kapsamında korunan bir menfaat için haksız rekabet hükümlerine başvurulup başvurulamayacağına ise ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Bazı yazarlar tarafından özellikle hakkın korunmasına ilişkin koşulların sağlanamadığı, hükümsüz kılındığı veya koruma süresi dolduğu bir dönemde nesnel durumun gereği söz konusu korumadan mahrum kalınması durumunda fikri mülkiyet hukuku kapsamında tanınan tekel korumasının

¹⁶⁷ Yılmaz Aslan, Endüstriyel Tasarım Haklarının Kullanılması, Haksız Rekabet Ve Rekabet Hukuku İlişkileri: Bir Mahkeme Kararı Üzerine Düşünceler, **FMR**, S: 2001-1, s, 19-42, s. 25.

¹⁶⁸ Suluk, Çoklu Koruma, a.g.m., s. 46. Ayrıca marka hukuku ile haksız rekabet hukuku arasında özel hüküm genel hüküm ilişkisi bulunduğu konusunda bakınız, Sabih Arkan, **Marka Hukuku**, CII AÜHF Yayınları Yayın no 533, Ankara, 1998, s. 225. Kısaltması: Marka. Oruç, a.g.e., s. 18.

¹⁶⁹ Suluk, Çoklu Koruma, a.g.m., s. 46.

¹⁷⁰ Suluk, Çoklu Koruma, a.g.m., s. 45. Tekinalp, Fikri Mülkiyet, a.g.e. s. 36. Markalar kanunu, imal edilen ürünün şeklini, dizaynını, korumayıp, tescil edilen yazı, resim ve benzerinin bu üründe kullanılma hakkını koruma altına alır. İlk defa Türkiye'de yapılmış özgün bir model olmayan mamuller haksız rekabete konu olmaz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 20/10/1992 T, 1992/4360 E, 1992/10104 K, Markalar farklı olsa ve emtialar arasında benzerlik yada iltibas bulunmasa bile, emtianın içinde sunulduğu şişenin davacının ürettiği şişeye benzer olması haksız rekabet teşkil eder. Yargıtay 11. HD, 26/10/1993 T, 1992/7459 E, 1993/6859 K. Bakınız hukuktürk.

¹⁷¹ Yargıtay'da bir kararında bir firma adına tescilli markanın aynısını, eşini, benzerini kullanarak satışa arz edenlerin eylemi markalar kanununa aykırılık taşıdığını ancak firmanın bayisi olmadığı halde ona ait markayı taşıyan gaz tüplerine gaz doldurup satan kimsenin eylemi haksız rekabet oluşturduğunu belirtmiştir. Yargıtay 7. Ceza Dairesi 26/03/1991 T, 1991/866 E, 19Bakınız hukuktürk.91/3527 K. Bakınız hukuktürk.

haksız rekabet hükümleriyle tanınmasının doğru olmayacağı görüşü savunulmaktadır¹⁷². Bu nedenle kümülatif uygulama ilkesinin koşulu olarak özel düzenleme ile sağlanan korumasının devam ediyor olması bir unsur olarak aranmaktadır. Söz konusu görüşe göre özel hükmün koruması sona ermişse genel hükmede başvurulamayacağından söz konusu haklar için haksız rekabet hükümlerine de başvurulamaması gerekmektedir¹⁷³.

1.12.1. Tescilsiz Fikri Mülkiyet Hakları Açısından

İlk olarak özel düzenlemeler kapsamında korunan bir hakkın, kanunda aranılan şartlar yerine getirilmediğinden dolayı hakkın elde edilmediği bir dönemde haksız rekabet hükümlerine göre korunmasının mümkün olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir. Doktrinde Boztosun fikri mülkiyet hukuku kapsamında korunabilen tescilsiz ürünlerin haksız rekabet hukuku hükümlerine göre de korunması gerektiği görüşünü savunmaktadır¹⁷⁴. Yargıtay, markayı tescil ettiren veya tescilsiz kullananın tacir olmasının gerekmeceğini ve markanın haksız kullanımı, tescilsiz marka yönünden haksız rekabet, tescilli marka yönünden ise marka hakkına tecavüz sayılacağını belirtmektedir¹⁷⁵. Ancak tescil ettirilmeme durumunda haksız rekabet hükümlerinden yararlanmaya hatta bazen süresiz yararlanmaya olanak tanınması, tescilli hakların ise süreli olarak korunması veya tescilin iptali durumunda söz konusu hakların korunmasız bırakılması nedeniyle bir çelişki ortaya çıkmaktadır. Örneğin EndTaskHK'nın 1. maddesine göre tescilli tasarımlara 5'er yıllık dönemler halinde maksimum 25 yıl koruma

¹⁷² Boztosun a.g.m., s. 222,228.

¹⁷³ Oruç, a.g.e., s. 19.

¹⁷⁴ Boztosun a.g.m., s. 229.

¹⁷⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 12/12/2007 T, E 2007 / 11-965 K 2007 / 961 benzer şekilde ARKAN ve ORUÇ'A göre tescilsiz marka haksız rekabet hükümlerine göre korunur veya tescilli marka farklı mal ve hizmetler için kullanılması durumunda marka hukukuyla korunmayan hak, haksız rekabet hükümlerine göre korunması gerekir. Oruç, a.g.e., s. 20. Arkan, Marka, a.g.e., s. 225. Yargıtay'da davacının tescilsiz terlik tasarımlarının davacı tarafından taklit edilmesinin haksız rekabet teşkil edeceğine karar vermiştir 11. HD 30.05.2002 T 2002/2440 E, 2002/5406 K; Bozosun, a.g.e., s. 214. Bir ürünün başka bir ülkede tescil edilmiş dizayn ve modellerinin, bunların aynı biçimde tescili imkanı tanınmayan Türkiye'de, TTK.'nın haksız rekabet hükümleri uyarınca korunması doğaldır Y. 11. HD 27/01/1989T, 1988/10003E, 1989/326K. Y 11. HD 01/06/2004 E 2004/5538 K 2004/6175; Endüstriyel tasarım tescil edilmemiş ise şartların oluşması halinde TTK. 56 vd. maddelerinin uygulanması mümkündür. Yargıtay 11. HD 17/06/1999T, 1999/3314E, 1999/5431K. Bakınız hukuktürk.

sağlanırken tescilsiz tasarımlar TTK'nin haksız rekabet hükümleri çerçevesinde süresiz koruma sağlanmaktadır¹⁷⁶. Bu nedenle kümülatif uygulama ilkesinin özel hüküm genel hüküm ilişkisi karşısında nasıl uygulanacağını belirlemek gerekmektedir. Örneğin birleşik ürün sahiplerinin yedek parça üretme konusundaki menfaatleri ile yedek parça üreticilerinin çatışan menfaatleri arasındaki denge görsel zorunluluk arz eden tasarımlar¹⁷⁷ açısından EndTasKHK m 22 ile sağlanmaya çalışılmaktadır. Düzenlemeye göre 3 yıllık süre ile yedek parça üretimi yasaklanmakta daha sonra ise bazı koşullar altında¹⁷⁸ onarım amaçlı yedek parça tasarımlarına izin verilmektedir¹⁷⁹. Benzer şekilde diğer fikri mülkiyet hakları da süreli olarak korunmaktadır. Süre dolunca söz konusu haklar kamu malı haline gelmesi ana prensiptir. Ancak süresi dolan tasarımın kamuyu ve üçüncü kişileri yanıltacak şekilde kullanılmasında olduğu gibi koruma kapsamı dışında haksız rekabet hükümlerine başvurulabileceği kabul edilmektedir¹⁸⁰. Ancak haksız rekabet hükümlerine özel hükümlerle tanınan hakkı genişletmek için başvurulmaması ve özel hükmün varlık nedeni ortadan kaldırmaması için özel düzenlemeyi işlevselsizliğe götürecek uygulamalardan kaçınılması ve özel düzenlemeyle sağlanan haklardan fazlasının genel düzenleme olan haksız rekabet düzenlemeleriyle sağlanmaması gerekmektedir¹⁸¹. Bu

¹⁷⁶ Cahit Suluk, Fikri Mülkiyet Hakları: Uygulamada Yaşanan Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Kazancı **Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimleri Dergisi** C I, S. 7, 2005, s. 7 – 14, s. 12. Erişim: www.fikrimulkiyet.com/makalelerim/cevirilenler/FMHUYSCO.pdf; Tarihi: 10/12/2011 Bakınız dipnot 241. Cahit Suluk, “Avrupa Birliği ve Hukukunda Tasarımların Kümülatif Olarak Korunması”, **FMR**, C I S. 1, 2001-3, s. 43-72, s. 60.

¹⁷⁷ Yedek parça tasarımları yeni ve ayırt edici bir niteliği haiz ise kural olarak herhangi bir ürünün tasarımı gibi tescil tescil edilmek suretiyle hukukî korumadan (25 yıla kadar) yararlanmaktadır (EndTasKHK m. 5) EndTasKHK 10/2’de ise görsel zorunluluk arz eden tasarımların korumadan faydalanamayacağı düzenlenmektedir.

¹⁷⁸ Tasarlanan veya tasarımın uygulandığı ürünün piyasaya sürüldüğü tarihten itibaren üç yıl geçmiş olmalı; tasarlanan ürünün, bileşik bir ürünün parçası olmalı; tasarlanan ürünün görünümü söz konusu bileşik ürüne bağımlı olmalı, tasarlanan ürün, bileşik ürüne orijinal görünümünü yeniden kazandırmak üzere, bileşik ürünün onarımında kullanılmalı ve onarım için kullanılan bu ürünün kaynağı konusunda kamuoyu yanıltılmamalıdır.

¹⁷⁹ Hamdi Pınar, “Haksız Rekabet ve Rekabet Hukuku Açısından Türk Ve Avrupa Hukukunda Araba Yedek Parçaları” Rekabet Formu, Hukuk Ekonomi Politika, Mart 2005, S 9 s, 10,11, (Kısaltması: Yedek Parça I)

¹⁸⁰ Suluk, Çoklu Koruma, a.g.m., s. 60.

¹⁸¹ Hamdi Pınar, Yedek Parça I, a.g.m., s. 10,11. Y Aslan, a.g.m., s. 25. Süreyi aşmasının söz konusu olmaması gereği konusunda bakınız Oytaç Kutlu, “Marka Hukuku Korumasının Endüstriyel Tasarım ve Haksız Rekabetin Hükümleri İle Birlikte Ele Alınması”, **FMR** s. 57-68, C III 2003-2.

nedenle süre sonunda fikri mülkiyet hakları kapsamındaki ihlale yönelik olarak haksız rekabet hükümlerine başvurulamaması gereği haklı olarak savunulmaktadır¹⁸². Sonuç olarak özel hükmün dürüstlük kuralının ve meşru ticaret sınırlarını belirlediği; haksız rekabet hükümlerine söz konusu sınırları genişlemek için başvurulamayacağı ilke olarak kabul edilmelidir¹⁸³.

1.12.2. Özel Hükümlere Göre Koruma Sağlanamaması Durumunda

Özel düzenlemeler kapsamında koruma sağlanamayan emek ve çabanın haksız rekabet hükümleri uyarınca korumadan yararlanılıp yararlanılamayacağı belirlenmesi gerekmektedir. Örneğin EndTasKHK ile sadece tescilli tasarımlar korunmaktadır¹⁸⁴. Tasarımların korunması açısından ise yenilik bir unsur olarak aranmaktadır. Türk Hukukunda tescilsiz tasarımlar için nispi yenilik ilkesi kabul edilmekte iken tescilli tasarımlar açısından AB mevzuatından farklı olarak yenilik mutlak yenilik olarak algılanmaktadır¹⁸⁵. Orijinallik unsuru taşımadığı için endüstriyel tasarım kapsamında korunamayan emek ve çaba için; özel düzenleme kapsamında

¹⁸² Suluk, Çoklu Koruma, a.g.m., s. 55.

¹⁸³ Pınar, Yedek Parça I, a.g.m., s. 10,11. Y Aslan, a.g.m., s. 25.

¹⁸⁴ 13 Ekim 1998 tarihinde kabul edilen AB'ye üye ülkelerdeki farklı hukukî uygulamaları uyumlaştırmak amacıyla hazırlanan 98/71/AT sayılı Topluluk Yönergesi; 12 Aralık 2001 tarihli Topluluk Markası'na paralel olarak yine aynı Ofise (Alicante/İspanya) tescil yetkisi veren Topluluk Tasarımı Tüzüğü tasarımlara ilişkin AB müktesebatını oluşturmaktadır. Söz konusu düzenlemelerde markalardaki sistem, (yani bir taraftan her ülkenin tasarıma ilişkin mevzuatını Tasarım Yönergesiyle uyumlaştırıp muhafaza eden diğer taraftan AB sınırlarını kapsayan Topluluk Tasarımlarını kabul eden sistem) 5 Mart 2003 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. Yönerge ve tüzükte tasarımların; marka, patent ve faydalı model gibi topluluğun fikri mülkiyet mevzuatı ile üye ülke hukukunda yer alan fikri mülkiyet mevzuatlarına göre ayrıca korunmasına engel olmadığı düzenlenmekte ve tasarım sahibinin tasarım hakkını topluluk tasarım mevzuatı yanında topluluk patent, marka ve haksız rekabet mevzuatına dayanmak suretiyle veya üye ülkelerin fikri mülkiyet ile ilgili mevzuatına dayanarak da koruyabilecekleri düzenlenmekte ve AB hukukunda kümülatif koruma ilkesi açıkça kabul edilmektedir. Bu nedenle AB hukukunda tasarımlar açısından diğer fikri mülkiyet hakları ile tasarım mevzuatı arasında kümülatif uygulama ilkesinin kabulü zorunluluk arz etmektedir. Yönergenin aksine Topluluk Tasarım Tüzüğü ile tüzük kapsamında hem tescilli hem de tescilsiz tasarımların korunması suretiyle ikili sistem kabul edilmektedir. Bu sisteme göre tescilsiz tasarımlar, kamuya açıklandıktan itibaren üç yıl süreyle Tüzük kapsamında korunurken; tescilli Topluluk Tasarımları beşer yıllık dönemler halinde toplam 25 yıllık bir korumadan yararlanmaktadırlar. Green paperde süresi dolan tasarımların haksız rekabet hükümlerince korunacağı kabul edilmek suretiyle süreli bir hakkın süresiz olarak korunmasına olanak tanınmaktadır için bakınız Suluk, Çoklu Koruma, a.g.m., s. 63. Hamdi Pınar, Haksız Rekabet ve Rekabet Hukuku Açısından Türk ve Avrupa Hukukunda Araba Yedek Parçaları (II), **Rekabet Formu: Hukuk Ekonomi Politika**, Nisan 2005 S 10, s. 15 Erisim: www.rekabetderneği.org Tarihi 10/12/2009; Suluk, Çoklu Koruma, a.g.m., s. 48, 49. Erisim: www.rekabetderneği.org Tarihi 10/12/2009.

¹⁸⁵ Suluk, Çoklu Koruma, a.g.m., s. 64.

değerlendirilecek niteliklere sahip olmadığından bahisle haksız rekabet hukuku kapsamında koruma talep edilmesinin mümkün olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir.¹⁸⁶ Yargıtay'da bir ürünün başka bir ülkede tescil edilmiş dizayn ve modellerinin bunların aynı biçimde tesciline imkan tanımayan Türkiye'de TTK'nin haksız rekabete dair hükümleri uyarında korunacağına karar vermiştir¹⁸⁷.

1.12.3. Hakkın Kaybı Durumunda

Üçüncü olarak kamu malı haline gelmiş bir patentin haksız rekabet hükümlerine kapsamında korunmasının talep edilmesinde olduğu gibi özel düzenleme kapsamında korunan hakkın kaybı durumunda haksız rekabet hükümlerine göre korumanın devam edip etmeyeceğinin belirlenmesi gerekmektedir. Tekinalp'e göre haksız rekabet hükümlerine göre korumanın sağlanabilmesi için özel kanunun sağladığı korumanın ve söz konusu hakkın devam ediyor olması gerekmektedir¹⁸⁸. Bu durumda hakkın sonra erdiği durumlarda haksız rekabet hükümlerine göre de koruma sağlanamayacaktır. Benzer bir şekilde Boztosun'da Yargıtay'ın tescili iptal edilen bir endüstriyel tasarımla ilgili olarak emek ve para harcanmış bir tasarımın taklidinin per-se haksız rekabet teşkil edeceğine hükmettiğini belirtmek suretiyle¹⁸⁹ fikri mülkiyet haklarının sona ermesinden sonra söz konusu ürünün kamuya ait hale gelmesi ve serbestçe kullanılabilmesinin fikri mülkiyet hukukunun temel ilkelerinden bir olduğunu savunarak söz konusu durumda haksız rekabete ilişkin hükümlerin uygulanmasının yanlış olduğu görüşünü savunmaktadır¹⁹⁰. Yargıtay ise özel kanun tarafından sağlanan hakkın sonra ermesi veya kaybedilmesi durumunda dahi özel düzenlemenin sağladığı hak kapsamı

¹⁸⁶ Benzer şekilde Özel mevzuat kapsamında, eser olarak kabul edilmeyen tasarımlar, Türk Hukukunda ancak haksız rekabete ilişkin hükümler kapsamında korunmaktadır.

¹⁸⁷ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 27/01/1989 T, 1988/10003 E, 1989/326 KBakınız hukuktürk. Ancak Yargıtay bir kararında, Fransa'da tescil edildiği için haksız rekabet hükümlerince korunan bir tasarımın haksız rekabete yol açtığına ilişkin ilk derece mahkemesinin kararını onamış karar doktrinde eleştiriye maruz kalmıştır . (Y) Arslan, a.g.e. s. 19. Haksız rekabet bakımından korumanın süresiz olduğu dolayısıyla bir tasarımın süresi dolmuş olsa dahi bu tasarımın kamuya mal olmayacağı ve haksız rekabet hükümlerine göre korunmanın süreceği ileri sürülmektedir. Y 11 HD 26/03/1997T 1997/2514 E, 1997/4904 K; Suluk, Çoklu Koruma, a.g.m., s. 54.

¹⁸⁸ Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 36.

¹⁸⁹ Yargıtay 11.HD 01/06/2004 T, 2004/5538 E, 2004/6175 K. Bakınız hukuktürk.

¹⁹⁰ Boztosun a.g.m., s. 216.

dışında haksız rekabet hükümlerine göre korunmaya değer işletmesel çaba ve emeğin bulunması durumunda haksız rekabet hükümlerinden yararlanabileceğini belirterek tescili iptal edilen tasarımın haksız rekabet hükümlerine göre korunacağı yönünde karar vermiştir¹⁹¹. Ancak bu durumda dahi haksız rekabet hükümlerine özel hükmün kapsamını genişletmek için başvurulamayacağı ilke olarak kabul edilmelidir. Tecil süresi uzatılmadığı için hakkın kaybı durumunda da söz konusu kişilere haksız rekabet hükümlerince tescil edilmeyen fikri mülkiyet haklarına sağlanan korumanın, kanunda belirtilen azami süre için sağlanması gerekmektedir.

1.12.4. Farklı Menfaatlerin Korunması Durumunda

Özel mevzuata göre koruma sağlanmış bir hakka karşı haksız rekabet hükümleri uyarınca korumanın talep edilip talep edilemeyeceğinin belirlenmesi gerekmektedir. Kümülatif uygulama prensibinin kabulü durumunda söz konusu düzenlemelerin koruma alanları farklı olduğu için haksız rekabet hükümlerinin hakka dayanan kullanmalara karşı da ileri sürülebileceğinin kabulü gerekmektedir. Bunun sonucu olarak marka hakkı sahibinin markayı haksız rekabet teşkil edecek şekilde kullanması durumunda haksız rekabet hükümlerine başvurulabilmesi veya A'nın B'nin markasına benzer bir marka kullanması durumunda markaların aynı teşebbüse ait bir seri marka izlenimi oluşturması¹⁹² veya işbirliğinin sona ermesinden sonra diğer tarafın kullanmakta olduğu ancak tescil edilmeyen markanın daha önce tescil ettirilmesi durumunda haksız rekabetin kabulü gerektirir¹⁹³. Yargıtay, bir kararında hukuken var olan bir hakkın fiilen kullanılmasının engellenemeyeceği bu nedenle marka hakkına tecavüzde bulunduğu iddia eden davacının, davalı limitet şirketin unvanındaki "tömer" kelimesinin ticaret sicilinden terkinini istemeden fiili durumun ortadan kaldırılmasını istemesinin mümkün olmadığı yönünde karar vermiştir¹⁹⁴. Söz konusu karardan da anlaşılacağı üzere Yargıtay'ın genel kanaati, bir hakka

¹⁹¹ Yargıtay 11. HD 01/06/2004 T,2004/5538 E 2004/6175 K. Bakınız hukuktürk.

¹⁹² Yasaman, a.g.m., s. 71.

¹⁹³ Yasaman, a.g.m., s. 71.

¹⁹⁴ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 03/07/2000 T, 2000/5334 E, 2000/6307 K Bakınız hukuktürk.

(fikri mülkiyet haklarından birine) dayanan korumanın varlığı halinde kullanımını hakka dayandıran kişiye karşı söz konusu hak ortadan kaldırılmadan haksız rekabet hükümlerine göre talepte bulunulamayacağı yönündedir¹⁹⁵.

İsviçre Mark K m 14 önceden kullanılan markayı başkasının tescilinden önce kullanan kişi söz konusu markayı tescile kadar kullandığı kapsamlı sınırlı olmak kaydıyla kullanma hakkına sahip olacağını öngörmektedir. İsviçre öğretisinin bir kısmı, söz konusu hükmün özel hüküm niteliğinde olduğunu, tescilden önceki kullanmaların yalnızca söz konusu hüküm kapsamında korunacağı, haksız rekabet hükümlerinden yararlanılamayacağı aksi takdirde tescil ilkesinin delinerek şeffaflığını yitireceği görüşünü savunmaktadır¹⁹⁶. Konuyla ilgili olarak İsviçre hukukunda yer alan diğer bir görüş ise markalar kanununun haksız rekabet kurallarına nazara özel hüküm niteliği taşımadığı yönündedir¹⁹⁷ federal mahkeme konuyla ilgili olarak ikinci görüşü benimsemiştir.

Sonuç olarak haksız rekabette ilişkin düzenlemelerle fikri mülkiyet düzenlemeleri arasında özel hüküm genel hüküm ilişkisi bulunması, fikri mülkiyet haklarının kendi arasında kümülatif olarak uygulanması ile haksız rekabet hukukuyla fikri mülkiyet haklarının kümülatif uygulanması açısından farklılıklara neden olmaktadır. Bu nedenle haksız rekabet hukukunun telif hakkı veya tasarım hakları gibi özel yasalarla korunmanın gereksinimlerini karşılamak, sınırlarını genişletmek¹⁹⁸ veya etkisiz hale getirmek için kullanılamayacağının kabulü gerekmektedir. Ancak tescil ettirilmeme veya süresi uzatılmadığı için kamu malı haline gelme gibi bir nedenle fikri mülkiyet hukuku kapsamında koruma elde edilememesi durumunda kümülatif uygulama ilkesi uyarınca haksız rekabet hukuku hükümlerinden

¹⁹⁵ Davalı tasarımının hükümsüzlüğüne karar verdirmeden tasarım sahibinin kullanımının haksız rekabet teşkil ettiğine karar verilemeyeceği...2007/589 K; e 2000 / 5334 k 2000 / 6307 11. hukuk dairesinin 03/07/2000 tarihli kararı, bakınız; Yargıtay 11. HD 22/01/2007 T, 2005/13778 E, 2007/589 K; Yargıtay, 11. HD 03/07/2000T, 2000/ 5334 E, 2000/6307 K Bakınız hukuktürk.

¹⁹⁶ Yasaman, a.g.m., s. 71.

¹⁹⁷ Yasaman, a.g.m., s. 71.

¹⁹⁸ Heim, a.g.m., s. 531.

yararlanılabileceğinin kabulü gerekmektedir. Haksız rekabet hukukuyla ilgili fikri mülkiyet hukukunun farklı menfaatleri koruması durumunda ise¹⁹⁹ söz konusu fikri mülkiyet haklarının kullanılması, aldatıcı veya yanıltıcı ticari uygulamaya sebebiyet vermesi durumunda haksız rekabet hükümlerine başvurulabileceği kabul edilmektedir²⁰⁰. Korunan menfaatlerin farklı olmasına ve haksız rekabetin söz konusu olmasına ilişkin temel ölçüt olarak Alman Hukukunda ürünün menşei konusunda alıcıların yanıltılması²⁰¹ ve üretilen ürünle satışa sunulan ürünlerin orijinal ürünlere nazaran aldatıcı şekilde kalite açısından düşük seviyede olması²⁰² gösterilmektedir.

1.13. ASGARİ ETKİN BOYUT İLKESİ (DE-MİNİMİS KURALI)

Haksız rekabet Hukuku açısından asgari etkin boyut (de minimis) kavramı, önemsiz, dikkate değer olmayan veya rekabeti bozucu etkisi hissedilmeyecek kadar küçük olan ihlallerin haksız rekabet hukuku yaptırımlarına konu olmamasını öngören bir kural veya doktrin olarak tanımlanabilir.

Türk Hukukunda haksız rekabet düzenlemeleri kapsamında asgari etkin boyut (de minimis) ilkesinin kabulü halinde bir fiilin TTK m 57 de belirtilen örneklerden olması tek başına haksız rekabet oluşturması açısından yeterli görülmeyecek; aynı zamanda yapılan faaliyetin dürüst rekabeti hissedilir derecede engellemesinin haksız rekabetin bir unsuru olarak

¹⁹⁹ Kutlu, a.g.m., s. 62.

²⁰⁰ Suluk, Çoklu Koruma, a.g.m., s. 55. Ürünün hangi marka araca uyduğunun yada bir atölyede hangi tip araçların tamir edildiğini göstermek gayesiyle otomobil markası ve tip adlarının kullanılması haksız rekabet oluşturmamaktadır. Y Aslan, a.g.m., s. 23.

²⁰¹ Ancak aksi durumda bu parçaların bileşik üründe kullanılması imkansız olacağı için yedek parçaların orijinalleriyle aynı ölçülere uygun olarak üretilmesi zorunluluk arz etmektedir. Ayrıca yedek parçaların hangi orijinal bileşik ürünlere uyabildiğinin belirtilebilmesinin de aldatıcılık teşkil etmeyeceği belirtilmektedir ancak Yargıtay bir kararında otomobil yedek parçalarının üretilmesini başlı başına haksız rekabet olarak kabul etmektedir. Y 11. HD 28/06/1988 T, 1987/8850 E, 1988/4339 K. Dönmez, a.g.e., s. 181. Ürünün kaynağında yanıltma, doğrudan alımı ve sistemi kopyalama haksız rekabeti oluşturan başlıca eylemleridir eğer taklit eden kişi ürünün kaynağında yanıltıcı unsurları gidererek taklit etmişse kural olarak haksız rekabet gerçekleşmeyecektir. Suluk, Çoklu Koruma, a.g.m., s. 59.

²⁰² Örneğin Münih istinaf mahkemesi orijinali pasa karşı on yıl garantili yedek parçanın başka işletme tarafından galvanize edilmeden üretilip satışa sunulmasının haksız rekabete yol açacağına karar vermiştir Pınar, Yedek Parça I, a.g.m., s. 7.

aranması gerekecektir²⁰³. Bu nedenle kanuni düzenlemelerde yer almayan söz konusu ilkenin Türk Hukuku açısından uygulama kabiliyeti olup olmadığının ve haksız rekabetin belirlenmesinde söz konusu ilkeye başvurulabilirliğin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Alman UWG'sinin temel ilkesi olarak değerlendirilen ve kanunun en önemli maddesi olarak kabul edilen UWG m 3'de haksız rekabeti yasaklayan genel bir düzenleme yer almaktadır. Söz konusu düzenleme "geri kalan rakipler, tüketiciler ve diğer piyasa katılanları aleyhine önemsiz sayılacak dereceden fazla zarar verme kabiliyeti olan, adil olmayan rekabet yöntemlerini yasaklar" hükmünü içermektedir. Belirtilen düzenlemede göze çarpan husus, düzenleme ile haksız rekabet hukukunun üçlü korumasının kabul edilmesi yanında düzenlemede asgari etki boyut (de minimis) ilkesine de yer verilmesidir²⁰⁴. Söz konusu ilke, haksız rekabetin kabulü için bir eşik koyması açısından önem arz etmektedir²⁰⁵. Alman UWG'sinin genel hükmünü oluşturan 3. maddesinde yer alan asgari etkin boyut (de minimis) eşiğiyle tanıştırmayı; yalnızca haksız rekabet hukukunun aleyhinde etkisi olan, önemsiz, uygulamaları kapsam dışı bırakılmasının Alman Haksız Rekabet Hukuku üzerinde liberalleştirici etkisi olduğu savunulmaktadır²⁰⁶. Lafzından da anlaşılacağı üzere, söz konusu düzenlemeyle önemsiz ihlallerle daha fazla uğraşılmak zorunda kalınmaması, ticari uygulamanın ancak rakiplerin, tüketicilerin veya diğer piyasa katılanlarının menfaatlerine kafi derecede zarar vermesi ve sakınca ortaya çıkarması durumunda kovuşturulması amaçlanmaktadır²⁰⁷.

Alman UWG'sinin 5-7 maddelerinde yer alan aldatıcı, karşılaştırmalı ve istenmeyen reklamlara ilişkin düzenlemelerde, genel hükme (UWG m 3)

²⁰³ Centrel perk kararı gerekçesi 2 c için bakınız Yasaman, a.g.m., s. 6, 43. Loto Score Kararı için bakınız Yasaman, a.g.m., s. 27. Yusufoglu, Türkiyede Sonuç Doğurma, a.g.e., s. 84.

²⁰⁴ Henning-Boweding, International Protection s,426. Heim,a.g.m., s. 536.

²⁰⁵ Schroeder, a.g.m., s. 140.

²⁰⁶ Heim,a.g.m., s. 536.

²⁰⁷ Schroeder, a.g.m., s. 141. Heim,a.g.m., s. 528.

yani asgari etkin boyut (de minimis) ilkesine gönderme yapılmaktadır²⁰⁸. Bu nedenle asgari etkin boyut (de minimis) eşiğine başvurulması; aldatıcı, karşılaştırmalı ve istenmeyen reklamlara ilişkin uygulamalar açısından sorun oluşturmaktadır²⁰⁹. Çünkü söz konusu hallerin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği kanunen belirtildiği için ayrıca genel hüküm kapsamında dürüstlük kuralına aykırılığın araştırılmasına gerek olmamasına rağmen asgari etkin boyut eşiğine ulaşıp ulaşılmadığının genel hüküm kapsamında araştırılması gerekmektedir²¹⁰.

Benzer bir şekilde İsviçre Federal mahkemesi de haksız rekabetin kabulü açısından haksız davranışın rakipler, tedarikçiler ve müşteriler arasındaki ilişkiler üzerinde etkisinin bulunmasının yeterli olamayacağını belirtmekte; haksız rekabetin kabulü açısından ayrıca eylemin iktisadi rekabet ve pazar üzerinde bir iz bırakması gereğini aramaktadır²¹¹. Ancak burada Alman Hukukunda olduğu gibi etki oluşturmakla birlikte söz konusu etkinin göz ardı edileceği asgari bir ölçüye verilmemektedir. Yinede söz konusu karar, rekabet eyleminin İsviçre UWG'sinin 3-8 maddelerinde yer alan fiillerden biriyle işlenmesinin başlı başına haksız rekabete sebebiyet vermeyeceğinin ayrıca bir unsur olarak eylemin nesnel olarak rekabeti etkileyecek düzeyde olmasının ve fiilin rekabetin işleyişini ve pazarın dengesini etkilemesinin bir unsur olarak aranması açısından önem arz etmektedir²¹².

Söz konusu ilke Türk Hukukunun da bir parçasını oluşturan AB yönergeleri ile uyum açısından incelenmiştir. ABBAMONTE'E göre yönergenin tanım kısmında yer alan "fark edilecek şekilde" terimi asgari etkin boyut ilkesine gönderme yapmaktadır. Yine söz konusu yazara göre haksız rekabet olarak kabul edilen, tüketicinin yeni mal alması şartıyla sözleşmenin yeniden ihya edilmesinin önerilmesi, tüketici üzerinde olumlu etki yapmakla birlikte tüketicinin kararını etkilemekte veya almayacağı sözleşmesel kararı

²⁰⁸ Heim, a.g.m., s. 528.

²⁰⁹ Heim, a.g.m., s. 528.

²¹⁰ Schroeder, a.g.m., s. 140. Heim, a.g.m., s. 528.

²¹¹ Yasaman, a.g.m., s. 4, 5. atf 126 I 198.

²¹² Yasaman, a.g.m., s. 4,6. Yusufoglu, Türkiye'de Sonuç Doğurma, a.g.e., s. 84.

almasına neden olmamaktadır. Bu nedenle asgari etki bırakmadığı için (tüketici üzerinde bu yolla baskı oluşturulmadığı sürece) yönerge kapsamında haksız uygulama olarak değerlendirilmemesi gerekmektedir²¹³. Ancak söz konusu gerekçe asgari etkin boyut ilkesine değil uygulamanın ciddi olması unsuruna gönderme yapmaktadır ve genel kanaat olarak asgari etkin boyut ilkesinin (minima non curat praetor presibi) haksız rekabetle ilgili yönergelerle aktarılmadığı ve söz konusu yönergelerin benzer istisnalar içermediği kabul edilmektedir²¹⁴. Yani haksız rekabetle ilgili yönergeler ülkelerin söz konusu eşiği aramasını ne zorunlu kılmakta nede tavsiye etmektedir. Ancak yönergelerin ülkelerin mevzuatlarında söz konusu eşiğin yer almasına izin verip vermediğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Aldatıcı reklamlara ilişkin 1984 tarihli yönerge, ülkelerin asgari etkin boyut (de minimis) eşiğine yer vermesine izin verecek esnekliktedir. Bununla birlikte 97/55/AT Karşılaştırmalı Reklam Yönergesinde ve 2002/58/AT Gizlilik ve Elektronik İletişim yönergesini 13. maddesinde asgari etkin boyut (de minimis) ilkesi ile ilgili açıklık bulunmamaktadır²¹⁵. Alman Doktrini tarafından 2005/29/AT haksız Ticari Uygulamalar Yönergesinin tacir, tüketici arasındaki ticari uygulamalara ilişkin 5/2 maddesinde ve saldırgan ticari uygulamalara ilişkin 8. maddesinde asgari etkin boyut (de minimis) eşiğine yer verildiği ileri sürülmektedir²¹⁶. Ancak söz konusu anlayış yönergenin Almanca metninden kaynaklandığı; diğer dillerdeki çeviride söz konusu eşiğe yer vermediği ifade edilmektedir. Gerçekten yönergenin İngilizce ve diğer dillerdeki karşılığında asgari etkin boyut (de minimis) ilkesine yer verilmediği gibi düzenlemelerde söz konusu eşiğe yer verilmesi yönergenin azami uyumlulaştırma yönergesi olma özelliğine de aykırılık teşkil etmektedir.

Mevzuatımızda Alman Mevzuatındaki gibi rekabetin sonucunun önemsiz sayılacağı veya kovuşturmanın yapılmayacağı bir ölçü yer

²¹³ Abbamonte, a.g.m., s. 707.

²¹⁴ Heim,a.g.m., s. 528.

²¹⁵ Heim,a.g.m., s. 529.

²¹⁶ Heim,a.g.m., s. 529.

almamakla birlikte haksız rekabetin söz konusu olabilmesi için faaliyetin nesnel olarak rekabeti etkileyecek ölçüde olması gerektiği belirtilmektedir²¹⁷. Örneğin kötüleme faaliyeti, iktisadi rekabet alanında sonuç doğurmadığı sürece söz konusu faaliyetin haksız rekabet olarak nitelenmeyeceği kabul edilmektedir. Ancak söz konusu unsurun aranması, haksız rekabetin haksız fiil olmasından kaynaklanmakta ve haksız fiilin unsurlarından biri olan zarar unsurunu ifade etmektedir. Söz konusu zararın belirli bir boyuta ulaşması ise haksız rekabetin oluşması açısından bir unsur olarak aranmamakta ve söz konusu unsurun aranmasını haklı gösterecek bir düzenleme de Türk Hukukunda yer almamakta aksine Türk Hukuku açısından rekabet eyleminin zarar doğurma tehlikesi taşıması yeterli görülmektedir. Ayrıca AB düzenlemelerinde yer alan ve bireysel tüketiciye yönelik uygulama örneklerinde zararın genelde az olacağı gözden kaçırılmaması gerekmektedir. Söz konusu nedenlerle Türk Hukuku açısından asgari etkin boyut ilkesine haksız rekabetin tespiti ilkesi ve tanımlama kıstası olarak başvurulamayacağı kabulü gerekmektedir.

1.14. MÜŞTERİNİN KİŞİLİĞİNE SAYGI DUYULMASI İLKESİ

Müşterinin kişiliğine saldırıda bulunarak iktisadi rekabetin kötüye kullanılması saldırgan ticari uygulama olarak nitelenmektedir. Pazarlama stratejileri açısından ticari iletişim, tüketicinin karar almasında rol oynamakta ve ticari iletişim sırasında müşterinin kişiliğine saygı duyulmaması ve iletişimin dürüstlük kuralına aykırı unsurlar içermesi uygulamanın haksız rekabet olarak nitelenmesine sebep olmaktadır. Kollektivist kültürlerde tüketicinin karar alırken kullandığı bilgi kaynakları ve söz konusu bilgi kaynaklarının ağırlığı bireysel kültürler göre farklılık arz etmektedir. Piyasaya doğru tutum ve davranışlar ve pazarlamayı kabul etme de kültürler arasında değişkenlik göstermektedir²¹⁸. Ticari iletişim, önceden tahmin edilmeyen yeni saldırgan pazarlama yöntemlerinin doğmasına olanak

²¹⁷ Yasaman, a.g.m., s. 7.

²¹⁸ Wilhelmsson, agm, s, 490.

vermektedir²¹⁹. Bu nedenle ürün yerleştirme reklamlardaki tanıklık beyanları gerçek deneyimlere dayanmaması müşterinin kişiliğine saygı duyulması nedeniyle haksız rekabet olarak kabul edilmektedir.

Saldırgan ticari uygulamaların temelinde müşterinin kişiliğine saygı duyulmaması yatmaktadır. Bu nedenle müşterilerin psikolojik olarak taciz edilmesi, baskı altına alınması, saldırgan reklam ve satış yöntemleri, kasten alıcı aleyhine genel işlem şartları kullanılması, korku salan reklamlarla panik havası yaratılması suretiyle tüketicileri düşünmeden mal veya hizmetleri satın almaya sevk edilmesi gibi ticari uygulamalar²²⁰ haksız rekabet olarak kabul edilmektedir.

2. TESPİT DAVASI

Davalar, mahkemeden istenen hukuki korumanın çeşidine göre, eda davaları, inşai davalar ve tespit davaları olmak üzere üçe ayrılmaktadır²²¹. Ancak 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda söz konusu sınıflandırma ile ilgili genel nitelikte hüküm²²² ve dolayısıyla tespit davasını düzenleyen genel nitelikte bir kanun hükmü bulunmamaktadır. 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun ikinci kısmının birinci bölümünde söz konusu sınıflandırmaya ilişkin genel hükümler bulunmakta ve tespit davası 106. maddesinde düzenlenmektedir. Ayrıca çeşitli kanunlarda bu arada TTK m 58'de tespit davasını düzenleyen hükümlere yer verilmektedir.

Tespit davası, bir hukuki ilişkinin veya bir hakkın varlığı, yokluğu veya içeriği hakkında tespit hükmü elde etmek için açılan ve taraflar arasındaki hakkın veya ilişkinin varlığı, yokluğu veya tereddütlü içeriğinin (yahut bir

²¹⁹ Örneğin reklamlarda tek kişinin gösterilmesi, kolektivistlere göre ürünün kötü olduğunu gösterebilmektedir. Yine Çin'de dondurma ve bira satıcıları ürünlerini dışarıya karşı tüketiciler tarafından kullanılmış görünmesi için çaba harcarlar ve restoranlarda çalışanların boş şileleri masaların üzerinde bırakmalarını isterler. Bazı kültürlerde ise ürünün arkadaşı çevresi veya ünlü kişiler tarafından kullanılması reklamlardan daha etkili olabilmektedir. Söz konusu davranış bu kültürde tüketicilerin kararını etkilemenin en iyi yolu olarak görülmektedir. Wilhelmsson, agm, s, 491

²²⁰ David ve Jacobs, a.g.e., s. 17. Şenocak, Boykot, a.g.m, s. 85.

²²¹ Baki Kuru, **Tespit Davaları**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, no: 186, Ajans Türk Matbaası, 1963, s. 6. Kısaltması: Kuru, Tespit.

²²² Ahmet Türk, **Menfi Tespit Davası**, Ankara, Yetkin, 2006, s. 36. Kısaltması: Menfi Tespit.

belgenin sahte olup olmadığının) tespit edilmesine ilişkin davadır (HMK m 106/1)²²³. Haksız rekabet halinde ise bu dava, fiilin hukuki karakterinin haksız olup olmadığının tespitine yönelmekte ve ileride açıklanan tarzdaki hareketi bertaraf etme imkanı vermektedir²²⁴. Belirli bir faaliyetin haksız rekabet teşkil edip etmediğinin tespiti hususunda dava hakkı tanınmasa idi tarafların ya rekabet etmemesi yada yapılan faaliyet sonucunda karşı tarafa ağır tazminat ödemek zorunda kalması söz konusu olacaktı. Ancak tespit davalarında davalıya yöneltmiş herhangi bir emir bulunmadığından bu ilamların ilamlı icra yoluyla icraya konulmasına olanak bulunmamaktadır²²⁵.

2.1. TESPİT DAVASININ BENZER HUKUKİ MÜESSESELERLE İLİŞKİSİ

2.1.1. Tespit Davasının Delillerin Tespiti İle İlişkisi

Bir davada delil olarak kullanılabilen hususların tespiti, tespit davasının değil delil tespitinin konusunu oluşturmaktadır. Delillerin tespiti, ihtiyati tedbirler gibi, esas dava ile ilgili delillerin inceleme sırası gelmeden önce toplanarak emniyet altına alınması işlemidir²²⁶. İnceleme sırası gelmişse delil tespiti değil delillerin incelenmesi söz konusu olmaktadır²²⁷. Tespit davası, bir rekabet eyleminin haksız rekabet teşkil edip etmediğinin belirlenmesine yönelik iken delillerin tespiti, ileride açılacak bir davada ileri sürülecek delillerin toplanarak korunmasına yönelik bir davadır. Tespit davası haksız rekabetin varlığını konu almaktayken delil tespitinin konusunu dava içerisinde kullanılacak her türlü delil oluşturabilmektedir²²⁸. Delillerin tespiti, esas davaya bağlı bir işlemdir²²⁹. Bu nedenle dava açmaya bağlanan sonuçlar oluşmamaktadır. Örneğin delillerin tespitiyle zaman aşımı süreleri kesilmemekte, delil tespitinin kabulü ve reddi yönündeki kararlar kesin hüküm teşkil etmemekte, temyiz edilememektedir. Ancak karşı taraf delil tespitinin

²²³ Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammet Özekes, **Medeni Usul Hukuku**, Ankara, Seçkin 2. Bası, 2001, s. 276.

²²⁴ Örs, a.g.e., s. 84.

²²⁵ Türk, Menfi Tespit, a.g.e., s. 36.

²²⁶ Kuru, Tespit a.g.e., s. 74. Pekcanitez, Atalay, Özekes, a.g.e., s. 574.

²²⁷ Pekcanitez, Atalay, Özekes, a.g.e., s. 574.

²²⁸ Pekcanitez, Atalay, Özekes, a.g.e., s. 574.

²²⁹ Kuru, Tespit a.g.e., s. 75.

kabulüne ilişkin karara itiraz edebilmektedir²³⁰. Tespit davasında ise verilen hüküm gerek şekli gerekse maddi manada kesin hüküm teşkil ettiği kabul edilmektedir²³¹.

2.1.2. İhtiyati Tedbirle İlişkisi

Haksız rekabete ilişkin ihtiyati tedbirler, 6762 sayılı TTK m 63'de ve 6102 sayılı TTK m 61'de düzenlenmekte ve esasen HMK (HUMUK) hükümlerine tabi kılınmaktadır. 6102 sayılı TTK'de fikri mülkiyet hukukuyla uyumlu hale getirilerek talepler genişletilmiştir. Haksız rekabet hukuku açısından büyük öneme sahip ihtiyati tedbirler, davacının açtığı davayı kazanmasına rağmen davalının bu süre içinde yaptığı işlemlerden dolayı zarar görmesini önleme işlevine sahiptir. Bu açıdan ihtiyati tedbirler ile bizzat maddi hukuka ilişkin hak değil hakkın gerçekleştirilmesi garanti altına alınmaktadır²³². Tespit davası ile ise bizzat hak garanti altına alınmaktadır.

2.2. TESPİT DAVASININ ŞARTLARI

Tespit davasının dinlenebilmesi için genel dava şartları haricinde hukuki ilişki ve hukuki yarar olmak üzere iki şartın daha gerçekleşmesi gerekmektedir ki söz konusu şartlar tespit davasının özel dava şartlarını oluşturmaktadır. Dava şartı olduğu için söz konusu şartların davanın başından sonuna kadar mevcut olması ve hakim tarafından söz konusu iki şartın mevcut olup olmadığının davanın her aşamasında re'sen dikkate alınması gerekmektedir. Söz konusu iki şartın mevcut olmaması veya davanın her hangi bir aşamasında ortadan kalkması durumunda, hakimin davayı, davanın esasına girmeden mesmu olmadığı gerekçesiyle ret etmesi gerekmektedir²³³. Söz konusu husus kesin hüküm açısından önem arz etmektedir. Dava mesmu olmadığından dolayı ret edilmesi durumunda, davacı başka bir hukuki menfaate dayanarak veya hukuki menfaatin yeniden

²³⁰ Kuru, Tespit a.g.e., s. 75.

²³¹ Kuru, Tespit a.g.e., s. 75.

²³² Yıldırım Nevhis Deren, **Haksız Rekabet Hukuku İle Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku'nda İhtiyati Tedbirler**, 2. Baskı Alkım, İstanbul 2002, s. 3.

²³³ Kuru, Tespit a.g.e., s. 43.

doğmasına dayanarak, davasını tekrar edebilmektedir. Ancak davanın esastan reddedilmesi durumunda, kesin hükmün herhangi bir menfaatten dolayı davanın tekrarlanmasına engel olduğu kabul edilmektedir²³⁴.

2.2.1. Hukuki İlişki

Tespit davasının konusunu kişiler veya kişiler ile eşya arasın mevcut ve somut bir olaydan doğan hukuki ilişkiler oluşturmaktadır. Somut bir olaya ilgili olmayan, bağımsız hukuki meselelerin, soyut hukuki sorunların tespit davasının konusunu oluşturmayacağı kabul edilmektedir²³⁵. Ayrıca tespit davasının konusunu vakıaların mevcudiyeti değil bu vakalar nedeniyle haksız rekabetin mevcut olup olmadığı oluşturmaktadır²³⁶. Bu nedenle bir hukuki ilişki için önemli olsalar dahi maddi olaylar asla tek başlarına tespit davasının konusunu oluşturmayacağı kabul edilmektedir (HMK m 106/3)²³⁷.

Hukuki ilişki tespit davasının şartlarından biri olarak kabul edilmekle birlikte davanın hukuki ilişkinin taraflarınca açılması zorunlu değildir. Menfaati olmak kaydıyla üçüncü kişinin de tespit davası açarak hukuki ilişkinin tespitini isteyebileceği kabul edilmektedir²³⁸. TTK m 58 düzenlemesinde de haksız rekabetin tespiti davasının yalnızca rakipler tarafından değil mesleki kuruluşlar ve tüketiciler tarafından da açılabileceği kabul edilmektedir.

Kural olarak tespiti istenen hukuki ilişkinin, dava sırasında mevcut olması gerekmekte, müstakbel hukuki ilişkilerin kural olarak tespit davasına konu olmayacağı kabul edilmektedir²³⁹. Ancak TTK m 58 haksız rekabet tehlikesi altında bulunan kimseye dava açma hakkı tanımakta; bu nedenle haksız rekabete maruz kalacağına dair kuvvetli emareler bulunan kimsenin, haksız rekabete maruz kalmadığı ancak haksız rekabet tehlikesinin

²³⁴ Kuru, Tespit a.g.e., s. 44.

²³⁵ Kuru, Tespit a.g.e., s. 24. Türk, Menfi Tespit, a.g.e., s. 38.

²³⁶ Yavaş, a.g.m., s. 778.

²³⁷ Kuru, Tespit a.g.e., s. 25. Türk, Menfi Tespit, a.g.e., s. 39. Örs, a.g.e., s. 86.

²³⁸ Türk, Menfi Tespit, a.g.e., s. 39.

²³⁹ Kuru, Tespit a.g.e., s. 24.

bulunduğu bir dönemde tespit davası açabileceği kabul edilmektedir²⁴⁰. Bk m 48 düzenlemesinde ise rekabetin haksız olup olmadığının tespitine yönelik özel bir dava hakkı tanımamaktadır.

2.2.2. Hukuki Yarar

Bir hukuki ilişkinin var olması yalnız başına tespit davası açma yetkisi vermemekte; hukuki himaye fikrinden ortaya çıkan bir sonuç olarak, kanunlarda belirtilen istisnai durumlar dışında, tespit davası açabilmek için tespit davası açmakta hukuken korunmaya değer güncel bir yararının bulunması gerektiği kabul edilmektedir (HMK 106/2)²⁴¹.

Tepsi davası açısından hukuki yarar, hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığının hemen tespitine yönelmelidir²⁴². Hukuki yarar, her dava için dava şartı olmakla birlikte tespit davalarında özellikle bir dava şartı olarak incelenmektedir. Çünkü eda davaları ve inşai davaların aksine tespit davalarında davacının dava açmakta hukuki yararı olduğu kural olarak kabul edilmemekte, bu nedenle tespit davalarında hukuki yararın bulunduğu özelliikle kanıtlanması gerektiği kabul edilmektedir²⁴³. Söz konusu yarar hukuka uygun olmak koşuluyla, davacının hukuki durumuyla ilgili olabileceği gibi fiili bir duruma ilişkin de olabileceği kabul edilmektedir²⁴⁴.

Hukuki yarar şartın kabulü için söz konusu tehdidin objektif olarak değerlendirildiğinde davacı için zarar doğurabilecek nitelikte olması gerekmektedir²⁴⁵. Tespit davasının açılmasının bekletilmesi davacıya bir zarar verecek nitelikte ise ve bu zarar ile tespit davasının açılması arasında uygun illiyet bağı bulunmaktaysa davacının, davanın hemen açılmasında hukuki yararı bulunduğu kabul edilmektedir²⁴⁶. Hukuki yararın kabulü için ayrıca tespit davası neticesinde verilecek ve yalnız ideal bakımdan kesin

²⁴⁰ Örs, a.g.e., s. 85.

²⁴¹ Örs, a.g.e., s. 86.

²⁴² Kuru, Tespit a.g.e., s. 30.

²⁴³ Türk, Menfi Tespit, a.g.e., s. 39.

²⁴⁴ Türk, Menfi Tespit, a.g.e., s. 39.

²⁴⁵ Kuru, Tespit a.g.e., s. 30.

²⁴⁶ Kuru, Tespit a.g.e., s. 30.

hüküm niteliği taşıyan ancak icra kabiliyeti bulunmayan mahkeme hükmünün²⁴⁷ söz konusu tehlikeyi ortadan kaldıracak nitelikte olması gerekmektedir²⁴⁸.

Tespit davasının açılabilirliğinin kanunla açıkça düzenlendiği durumlarda söz konusu şartın gerçekleştiği kural olarak kabul edilmekte ve söz konusu kural, eda davasının açılabilirliği durumlarda tespit davasının açılmayacağına dair ana kuralın istisnasını teşkil etmektedir²⁴⁹. TTK düzenlemesinde yalnızca haksız rekabete maruz kalan kimseye değil haksız rekabet tehlikesi altındaki kimseye de haksız rekabete maruz kalmadan önce müstakbel hareketin önlenmesi amacıyla dava açma hakkı vermekte ve söz konusu durumda da hukuki yararın varlığı karine olarak kabul edilmektedir²⁵⁰. Ancak, hukuki yarar şartının varlığı kural olarak kabul edilmekle birlikte söz konusu istisna, hukuki yarar şartının aranmayacağı anlamına gelmemektedir. Örneğin gerçekleşmiş ve sona ermiş bir haksız rekabetten dolayı ortaya çıkan zararın tazmininin gerekli olduğu durumlarda tespit talebi ret edilmelidir zira söz konusu durumda ifa davasının açılması için doğrudan doğruya sebepler bulunmaktadır²⁵¹. Bu nedenle hukuki yarar şartının açıkça bulunmadığı durumlarda, kanundaki söz konusu düzenlemeye rağmen, hukuki yararın bulunmadığı gerekçesiyle davanın ret edilebilmesi gerekmektedir²⁵². Ayrıca bazen fiilin haksız rekabet teşkil ettiğine dair ihtilaf bulunmamakla veya söz konusu husus daha önce bir dava ile tespit edilmekle birlikte haksız rekabet neticesinde ortaya çıkan zararın miktarının bilinmemesi söz konusu olabilmektedir. TTK m 58'de fiilin haksız olup olmadığının tespitine yönelik tespit davası düzenlenmektedir. Bu nedene zarar miktarının tespiti söz konusu düzenle kapsamında dışında

²⁴⁷ Örs, a.g.e., s. 86. Kuru, Tespit a.g.e., s. 29.

²⁴⁸ Kuru, Tespit a.g.e., s. 29.

²⁴⁹ Karahan, a.g.m. s. 293.

²⁵⁰ Örs, a.g.e., s. 85.

²⁵¹ Örs, a.g.e., s. 86.

²⁵² Türk, Menfi Tespit, a.g.e., s. 188.

değerlendirilmekte ve zarar miktarına ilişkin tespit davalarının genel hükümlere tabi tutulması gerekmektedir²⁵³.

2.3. TESPİT DAVASININ ÇEŞİTLERİ

Tespit davası, ilişkinin mevcut olduğunun veya olmadığıнын tespitinin mahkemeden talep edilmesine bağlı olarak müspet tespit davası ve menfi tespit davası olarak tasnife tabi tutulmaktadır.

2.3.1. Müspet Tespit Davası

Davacının, tarafından iddia edilen fakat davalı tarafından ret edilen hukuki ilişkinin mevcut olduğunun tespiti için açtığı dava müspet tespit davası olarak adlandırılmaktadır²⁵⁴. Davanın kabulü halinde söz konusu ilişkinin varlığının, reddi halinde ise söz konusu ilişkinin mevcut olmadığıнын kesin olarak tespit edildiği kabul edilmektedir²⁵⁵. TTK m 58 düzenlemesinde müspet tespit davası düzenlenmektedir ve davacının söz konusu davayı açmakta hukuki yararı olduğu kabul edilmektedir. Yavaş'a göre hukuki yarar şartının kabul edildiği söz konusu tespit davası vakaların tespitine yönelik değil hukuki ilişkinin varlığına yönelik olmalıdır²⁵⁶.

2.3.2. Menfi Tespit Davası

Davacının, davalı tarafından açık veya zımni bir şekilde varlığını iddia ettiği hukuki ilişkinin, mevcut olmadığıнын tespiti için açtığı dava menfi tespit davası olarak adlandırılmaktadır²⁵⁷. Davanın kabulü halinde söz konusu ilişkinin mevcut olmadığıнын, reddi halinde ise söz konusu ilişkinin varlığının kesin olarak tespit edildiği kabul edilmektedir. Müspet tespit davası ile eda davası arasında ayırım yapmanın güçlük arz etmesine rağmen menfi tespit davası ile eda davası arasında ayırım yapmanın daha kolay olduğu kabul

²⁵³ Örs, a.g.e., s. 85. Mehmet Özdamar ve İbrahim Ermenek, "Haksız Rekabet Davaları ve Korunan Menfaat", **FMR**, C. VII S. 3, s. 43-71, s.48

²⁵⁴ Kuru, Tespit a.g.e., s. 21.

²⁵⁵ Kuru, Tespit a.g.e., s. 21.

²⁵⁶ Yavaş, a.g.m., s. 778.

²⁵⁷ Kuru, Tespit a.g.e., s. 21.

edilmektedir²⁵⁸. TTK m 58'de müspet tespit davası düzenlenmektedir. Bu nedenle menfi tespit davasının genel hükümlere tabi tutulması ve davacının davayı açmada hukuki yararının bulunduğunu kanıtlaması gerekmektedir.

2.4. HAKSIZ REKABETİN TESPİTİ DAVASININ TARAFLARI

2.4.1. Davacılar

Tespit davası da dahil olmak üzere haksız rekabet davasının kimler tarafından açılabileceği TTK m 58'de (56) sınırlayıcı bir şekilde düzenlenmektedir. Söz konusu düzenlemeye göre haksız rekabet davaları üç grup şahıs tarafından açılabilmektedir²⁵⁹.

2.4.1.1. Haksız Rekabete Uğrayan

TTK m 58 haksız rekabet yüzünden müşterileri, kredisi, mesleki itibarı, ticari işletmesi veya diğer iktisadi menfaatleri bakımından zarar gören veya böyle bir tehlikeye maruz bulunan kimse”den bahsedilmek suretiyle tespit davası açısından dava açma yetkisine sahip ilk grup olarak haksız rekabete maruz kalan kimse düzenlenmektedir. 6102 Sayılı TTK açısından söz konusu düzenleme içerik bakımından aynen korunmaktadır(56/1). Ayrıca talepleri içerisine fikri mülkiyet mevzuatıyla uyum sağlanması amacıyla diğer talepler yanında “araçların ve malların” imhasının istenebileceği hükmü ilave edilmiştir (m 56/1.c). Söz konusu grup doktrin tarafından her ne kadar rakipler olarak adlandırılrsa da haksız rekabetin oluşumu açısından tarafların rakip olmasının gerekmemesi karşısında haksız rekabete uğrayan ifadesinin kullanılmasının daha uygun olduğu belirtilmektedir²⁶⁰.

2.4.1.2. Müşteriler

Haksız rekabet davalarını açabilecek ikinci grup olarak müşteriler düzenlenmektedir. Ancak 6762 sayılı TTK'de müşterilerin dava açma yetkisi iktisadi çıkarlarının zarar görmesi şartına bağlıyken 6102 sayılı TTK m

²⁵⁸ Kuru, Tespit a.g.e., s. 22.

²⁵⁹ Rıza Ayhan, Mehmet Özdamar, Hayrettin Çağlar, Ticari İşletme Hukuku: Genel esaslar, Ankara, Turhan Kitabevi, 4. bası 2011, s. 244.

²⁶⁰ Ülgen, vd, a.g.e., s. 473.

56/2'de söz konusu hak iktisadi çıkarları zarar görme tehlikesiyle karşılaşabilecek müşterilere tanınmak suretiyle genişletilmiştir. Ancak müşterilerin araçların ve malların imhasını istemeleri uygun görülmemiştir.

Müşteri kavramı, tüketici kavramını da kapsayan bir üst kavramdır. 6102 sayılı TTK'de tüketicilere yönelik haksız rekabet hallerinin düzenlenmesi söz konusu görüşü desteklemektedir. Ayrıca müşteri kavramı haksız rekabet hukuku ticari iletişimin öncesi süresince ve sonrası uygulamaları içermesi açısından da tüketici hukukundaki müşteri kavramından daha geniştir. Çünkü müşteri kavramı, haksız rekabet hukukunda tüketici kavramında olduğu gibi ticari uygulamanın veya reklam gibi yayın vasıtasıyla yapılması durumunda ticari iletişimin gönderilenini ifade etmektedir.

2.4.1.3. Belirli Nitelikleri Taşıyan Kuruluşlar

TTK m 58/3'de ticaret ve sanayi odalarının, esnaf derneklerinin, borsaların ve tüzüklerine göre üyelerinin iktisadi menfaatlerini korumaya yetkili mesleki ve iktisadi birliklerin de, tazminat davası dışında diğer davaları açabileceği düzenlenmektedir. Söz konusu düzenlemede mesleki ve iktisadi birliklerin dava açma yetkisi bizzat kendilerinin yada şubelerinin üyelerinin dava açma yetkisine sahip bulunmasına bağlanmaktadır. 6102 sayılı TTK'de ise esnaf derneklerinin dava açma yetkisi anayasal kurum olan esnaf odalarına bırakılmaktadır. Ayrıca tüzüklerine göre tüketicilerin iktisadi menfaatlerini koruyan sivil toplum kuruluşlarıyla kamusal nitelikteki kurumlar da ayrıca zikredilmektedir.

2.4.2. Davalılar

Haksız rekabette bulunan kişiler, istihdam eden ve bazı durumlarda basın, yayın, iletişim ve bilişim kuruluşları haksız rekabet davalarının davalılarını oluşturmaktadır.

2.4.2.1. Haksız Rekabette Bulunan Kişiler

Öncelikle haksız rekabet davaları haksız rekabette bulunan kişi aleyhine açılabilir. Burada haksız rekabette bulunan kişinin rakip olması zorunlu olmadığı gibi faaliyetinde ticari nitelik taşıması gerekli değildir.

2.4.2.2. İstihdam Eden

Haksız rekabet eyleminin işleri gördükleri sırada çalışanlar veya işçiler tarafından işlenmesi durumunda tespit davasının çalıştıranlara da yöneltilebileceği, kusurun bulunması durumunda maddi ve manevi tazminat davasının müstahdem aleyhine açılabilir ve söz konusu durumda borçlar kanunu hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmektedir(6762 sayılı TTK m 59/1 ve 6102 sayılı TTK m 57/1) Bu nedenle istihdam edenlerin kurtuluş kanıtı getiremeyeceği doktrin tarafından kabul edilmektedir. Ancak borçlar kanununda düzenlenen kurtuluş kanıtı kusursuzluk kanıtı değil illiyet bağı ile ilgilidir. İlliyet bağı olmadan sorumluluk da söz konusu olmayacağı için söz konusu düzenlemenin kurtuluş kanıtının getirilmesine engel kabul edilmesi gerekmektedir²⁶¹.

2.4.2.3. Basın, Yayın, İletişim ve Bilişim Kuruluşları

6762 sayılı TTK düzenlemesinin kural olarak tespit davasının kural olarak yazı sahibi veya ilan veren aleyhine açılabilir düzenlenmektedir. Ancak yazı veya ilanın yazı sahibinin veya ilanı verenin haberi olmaksızın veya rızalarına yakırı olarak yayınlanması veya kimliklerinin bildirilmesinden kaçınılması veya diğer her hangi bir sebeple söz konusu kişilerin ortaya çıkarılması veya bir Türk mahkemesinde dava açılmasının mümkün olmaması durumunda tespit davasının yazı işleri müdürü veya ilan servisi şefi, bunlar yoksa veya bildirilmemişse basımcı, basımcıda gösterilmemişse matbaacı aleyhine açılabilir düzenlenmektedir (TTK m 60/I). Ancak söz konusu kimselerden her hangi birine bir kusurun isnat edilebileceği durumlarda söz konusu davalar kusurlu olan aleyhine açılabilir(TTK m 60/II).

²⁶¹ Bölüm I, 2.7.4.

6102 Sayılı TTK'de söz konusu düzenleme daha geniş bir kapsama kavuşturulmuştur. Söz konusu düzenlemeye göre haksız rekabet, basın, yayın, iletişim ve bilişim işletmeleri aracılığıyla işlenmesi durumunda maddi ve manevi tazminat davaları dışındaki tüm davalar, kural olarak, basında yayınlanan şeyin, programın; ekranda, bilişim aracında veya benzeri ortamlarda görüntülenenin; ses olarak yayınlananın veya herhangi bir şekilde iletilenin sahipleri ile ilân veren kişiler aleyhine açılabileceği düzenlenmektedir. Ancak; yazılı basında yayınlanan şey, program, içerik, görüntü, ses veya ileti, sahiplerinin veya ilân verenin haberi olmaksızın ya da onayına aykırı olarak yayımlanması veya kimliklerinin bildirilmesinden kaçınılması veya başka sebeplerden dolayı söz konusu kişilerin meydana çıkarılması veya bunlara karşı bir Türk mahkemesinde dava açılması mümkün olmaması durumunda söz konusu davaların yazı işleri müdürü, genel yayın yönetmeni, program yapımcısı, görüntüyü, sesi, iletiyi, yayın, iletişim ve bilişim aracına koyan veya koyduran kişi ve ilân servisi şefi; bunlar gösterilemiyorsa, işletme veya kuruluş sahibi aleyhine tespit davası açılabileceği kabul edilmektedir (m 58/1). Ancak TTK m 58/1 ayrıca söz konusu kişilerden birinin kusurunun bulunması durumunda sıraya bakılmaksızın söz konusu davalar açılabilir (TTK m 58/2)

Hizmet sağlayıcılar haksız fiil oluşturan içerikle ilgili olmadıkları için haksız rekabetten dolayı kural olarak sorumlu tutulmayacakları ve kural olarak tedbir kararlarının verilemeyeceği düzenlenmektedir²⁶². Ancak 4. fıkra hükmü ile haksız rekabet fiilinin iletimini başlatmış, iletimin alıcısını veya fiili oluşturan içeriği seçmiş veya fiili gerçekleştirecek şekilde değiştirmiş olmasına bağlı olarak hizmet sağlayıcılar sorumlu tutulmaktadır (TTK m. 58/4).

2.5. KARARIN İLANI

6762 sayılı TTK m 61'de ve 6102 sayılı TTK m 59'da mahkemenin, davayı kazanan tarafın istemiyle, gideri haksız çıkan taraftan alınmak üzere, hükmün kesinleşmesinden sonra hükmün ilân edilmesine de karar verebileceği ve

²⁶² 6102 sayılı TTK m 58/4 Gerekçesi.

ilânın şeklinin ve kapsamının mahkemece belirleneceği düzenlenmektedir. Özellikle tespit davaları açısından kararın ilanı ile yalnız ideal bakımdan kesin hüküm niteliği taşıyan ancak icrai kabiliyeti bulunmayan mahkeme hükmü ile söz konusu tehlike ortadan kaldırılabilmektedir.

2.6. ZAMANAŞIMI

Haksız rekabet nedeniyle açılacak davalar bu arada tespit davası, davaya hakkı olan tarafın bu hakların doğumunu öğrendiği günden itibaren bir yıl ve her hâlde haksız rekabet fiilinin sonra ermesinden itibaren itibaren üç yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Ancak haksız rekabet fiili aynı zamanda 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu gereğince daha uzun dava zamanaşımı süresine tâbi olan cezayı gerektiren bir fiil niteliğinde ise, söz konusu dava zamanaşımı süresi hukuk davaları açısından da geçerli olur (6762 sayılı TTK m 62; 6102 sayılı TTK m 60). Zamanaşımının başlaması için haksız rekabet fiilinin sona ermesi gerekmektedir. Bu nedenle haksız rekabet fiili devam ettiği sürece zamanaşımının işlemeyeceği kabul edilmektedir²⁶³. Tespit davaları açısından fiil devam ettiği sürece zamanaşımının söz konusu olmayacağı hususu men dalarıyla kıyaslanarak kabul edilmiştir²⁶⁴. Ancak dava açılmamasının zımni rıza olarak kabul edilmemesi ve suskun kalma nedeniyle hakkın kaybına neden olmaması gerekmektedir.

2.7. CEZAI SORUMLULUK

6762 sayılı TTK m 64/l'de kötüleme, gerçeğe aykırı bilgi verme, müstesna kabiliyette olduğu zannı uyandırma ve hakkı olmayan ad ve unvan kullanma, iltibas (karıştırılma), yardımcıları görevi ihlale sevk, imalat ve ticaret sırlarından haksız yere yararlanma veya sırları yayma, gerçeğe aykırı şahadetname verme eylemlerinden birini kasten işleyenler, kendi icap tekliflerinin rakiplerinkine tercih edilmesi için şahsi durumu emtiası iş

263 Ülgen, vd, a.g.e., s. 476. İsmail Doğanay, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, C.I Beta Dördüncü Bası, s. 440. Tarık Başbuğolu, **Uygulamalı Türk Ticaret Kanunu: Açıklamalar-İçtihatlar**, C. I Ankara, Özkan, 1988, s. 144. Yanlı, a.g.m., s. 293.

264 Karahan, a.g.m. s. 296.

mahsulleri, ticari faaliyeti ve işleri hakkında kasten yanlış veya yanıltıcı bilgi verenler; müstahdemleri, vekilleri veya diğer yardımcı kimseleri istihdam edenin veya müvekkillerinin imalat veya ticaret sırlarını ifşa etmelerini veya ele geçirmelerini temin için iğfal edenler; istihdam edenler veya müvekkillerden işçilerinin veya müstahdemlerinin veyahut vekillerinin işlerini gördükleri sırada cezayı müstelzim olan bir haksız rekabet fiilini işlediklerini öğrenip de bu fiili menetmeyen veya gerçeğe aykırı beyanları düzeltmeyenlerin hukuk davası açmaya yetkili olanların birinin şikayeti üzerine ceza mahkemesince bir aydan bir yıla kadar hapis veya beş yüz liradan on bin liraya kadar ağır para cezasıyla veya her ikisiyle birlikte cezalandırılacağı hükme bağlanmaktadır. Ayrıca düzenlemenin ikinci fıkrasında haksız rekabetin men'i hakkında kesinleşmiş ilama rağmen haksız rekabet fiiline aynen veya tali değişikliklerle devam eden kimsenin altı aydan aşağı olmamak üzere hapis ve beş bin liradan on bin liraya kadar ağır para cezasına mahkum edileceği ve söz konusu suçun re'sen takip edileceği düzenlenmektedir. 6102 sayılı TTK'de ise düzenlemenin sistemi ile TCK sistemi arasında uyum sağlanmıştır. Söz konusu düzenlemeye göre öncelikle TTK m 55'de düzenlenen ve "özellikle" ifadesinden sonra yer alan fiillerden birini kasten işleyenler, kendi icap ve tekliflerinin rakiplerinkine tercih edilmesi için kişisel durumu, ürünleri, iş ürünleri, ticarî faaliyeti ve işleri hakkında kasten yanlış veya yanıltıcı bilgi verenler; çalışanları, vekilleri veya diğer yardımcı kimseleri, çalıştırmanın veya müvekkillerinin üretim veya ticaret sırlarını ele geçirmelerini sağlamak için aldatanlar; çalıştıranlar veya müvekkillerden, işçilerinin veya çalışanlarının ya da vekillerinin, işlerini gördükleri sırada cezayı gerektiren bir haksız rekabet fiilini işlediklerini öğrenip de bu fiili önlemeyenler veya gerçeğe aykırı beyanları düzeltmeyenler için ceza hükmü öngörülmektedir. Söz konusu fiili işleyenler, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, TTK m 56 gereğince hukuk davasını açma hakkını haiz bulunanlardan birinin şikâyeti üzerine, her bir bent kapsamına giren fiiller dolayısıyla iki yıla kadar hapis veya adlî para cezasıyla cezalandırılırlar. Haksız rekabetin oluşumu

için kast aranmamakla birlikte, haksız rekabet suçlarının oluşumu açısından kast bir unsur olarak aranmaktadır.

2.8. GÖREV YETKİ VE YARGILAMA USULÜ

Ne 6762 sayılı TTK ne 6102 sayılı TTK düzenlemesinde haksız rekabet davalarına ilişkin olarak görev ve yetkiye ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Bu nedenle görev ve yetki HUMUK (1 Ekim 2011 Tarihinde yürürlüğe girmesinden sonra 6100 sayılı HMK) hükümlerine tabi kabul edilmektedir.

Usul hukukunun yetkiye ilişkin kuralları haksız rekabet davalarına da uygulanmaktadır (1068 sayılı HUMUK, m 9-27 6100 sayılı HMK m 10-28). Bu nedenle haksız rekabet davaları genel yetki kuralı gereği davalının ikametgâhında, haksız fiil niteliğinden dolayı fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yer mahkemelerinde de açılabilir²⁶⁵. Haksız rekabet davaları ticari dava niteliğindedir (6762 sayılı TTK m 4). Bu nedenle genel kural gereği haksız rekabet davaları yazılı yargılama usulüne tabidir. Ancak Ticari davaya miktardan dolayı sulh hukuk mahkemesi bakıyorsa (sulh hukuk mahkemelerinde basit yargılama usulü uygulandığı için) basit yargılama usulüne göre görülmelidir. (507/1, 176/ 10). HMK'da miktar ve değerle ifade edilen mal varlığına ilişkin davaların asliye hukuk mahkemelerinde görülmesinin kabulü karşısında 6102 sayılı TTK'de ise HMK ile uyum amacıyla ticari davaların ticaret mahkemelerinde görüleceği düzenlenmektedir.

²⁶⁵ Ülgen vd. a.g.e., s. 477, Dönmez, a.g.e., s. 190.

SONUÇ

Gelişen teknolojiler sonucu tüketicilerin komşu ülkelerden alışverişe başlaması ve iletişim olanaklarının güçlenmesi haksız rekabet hukukunun uluslararası ve bölgesel düzenlemelerin gündemine alınmasına neden olmuştur. Paris sözleşmesi (1883), WİPO kuruluş sözleşmesi, DTÖ ve TRİPS Anlaşmaları, Türk Hukukunun haksız rekabete dair hükümler içeren uluslararası kaynağını oluşturmaktadır. Paris Sözleşmesi, asıl amacı fikri hakların korunması olmakla birlikte, birlik ülkelerini haksız rekabete karşı etkili koruma sağlamakla yükümlü kılması nedeniyle haksız rekabetin korunmasını da ikincil amaç olarak ele almakta ve fikri hakların korunması amacının söz konusu amaca bir üstünlüğü bulunmamaktadır. PS klasik görüşü kabul etmekle birlikte bazı düzenlemelerinin tüketici menfaatlerine işaret ettiği kabul edilmektedir. Modern sistemi benimseyen WİPO ise haksız rekabete ilişkin genel bir hüküm içermekte; WİPO'yu kuran konvansiyonda fikri mülkiyet haksız rekabet ilişkisine değinmekte, haksız rekabetin önlenmesinin münhasır haklarla değil sınai ve ticari meselelerde dürüst vasıtalarla yapılmayan uygulamalarla ilgili olduğu belirtilmektedir. Ayrıca WİPO'da kümülatif uygulama ilkesine de yer verilmektedir. TRİPS fikri mülkiyet konusunda yapılan en kapsamlı anlaşmayı olmakla ve üye ülkelerce iç hukuklarına aktarılması gereken detaylı hükümler içermekle birlikte haksız rekabet konusunda fikri mülkiyet düzenlemelerine eş bir düzenleme içermemektedir. Bu nedenle TRİPS, haksız rekabet hukuku alanında rol oynamakla birlikte ticari sırlar, iltibas, malların menşei konusunda yanıltma gibi düzenlemelerinin hiçbiri haksız rekabet hukukunun ana düzenlemesini oluşturmamaktadır.

AB düzenlemeleri Türk Haksız Rekabet Hukukunun bölgesel kaynağını oluşturmakta ve 1980'lerden itibaren rekabet hukuku, Avrupa Birliği ve Hukukunun gündeminde yer almaktadır. Avrupa Haksız Rekabet Hukukunun uyumlulaştırılması Roma Antlaşmasına dayanmakla birlikte Roma Antlaşmasında rekabet hukukuna ilişkin düzenlemelerde olduğu gibi

doğrudan haksız rekabete ilişkin düzenlemeler yer almamaktadır. Ancak Roma Antlaşmasının amaçlarından biri olan adil ticaretin ancak haksız rekabetin engellenmesiyle sağlanabileceği belirtilmekte ve Roma antlaşması m 81 de yer alan “distortion” kavramı rekabeti engelleyen tutumlar yanında rekabet şartlarında suni değişiklikleri de içerdiği kabul edilmektedir. Tüketicinin korunması, kamu yararının korunması ve rekabetin korunması ilkelerine gönderme yapan ifadeler haksız rekabete ilişkin modern düzenlemelerde yer almaktadır. Bu nedenle modern düzenlemelerde rekabet hukukunun ekonomi politikaları açısından tarafsız olduğu yönündeki klasik görüş terk edilmekte ve rekabet hukukunun yalnızca taraf menfaatlerini değil; tüm ilgililerin ve kamunun sağlıklı işleyen rekabet ortamından doğan menfaatlerini de kapsamına aldığı kabul edilmekte; haksız rekabetin tespitinde iş ahlakı ölçüsü yansıra işlevsel bir rekabet sisteminden beklenen sonuçlarda dikkate alınmaktadır.

Haksız rekabet birlik düzeyinde esasen yönergelerle düzenlenmektedir. Aldatıcı reklamların tüm üye ülkelerce kabul edilen asgari standartlarını düzenleyen ve haksız rekabete karşı Avrupa düzeyinde koruma fikrinin doğduğu yönerge olan, 84/450/AET Aldatıcı Reklam Yönergesinde rekabetin üçlününün korunması fikrine ilk kez birlik düzeyinde yer verilmiştir. Söz konusu yönerge 97/55/AT karşılaştırmalı reklam yönergesiyle değiştirilmiştir. Azami uyumlulaştırma niteliği taşıyan 89/552/AET Televizyon Yayınları Yönergesinde, televizyon yayınlarının asgari standartları belirlenmektedir. Söz konusu yönerge 97/36/AT Yönergesi ile güncellenmiş ve tele alışverişi de kapsamına almıştır. Yönergenin sponsorluk ve tele alışveriş gibi düzenlemeleri birlik ülkelerinin çoğunda haksız rekabet hukuku kapsamında görülmektedir. 2000/31/AT Elektronik Ticaret Yönergesi, elektronik ticaretten kaynaklanan her türlü iletişimi düzenlemektedir. Yönerge 2005/29/AT Yönergesine aktarılmıştır. İletişim sektöründe kişisel bilgilerin süreci ve gizliliğin korunmasına ilişkin 2002/58/AT Gizlilik ve Elektronik İletişim Yönergesi, Spamm mesajları ile mücadeleyi kapsamına almaktadır. Söz konusu yönerge 2005/29/AT Yönergesine aktarılmıştır. Birlik düzeyinde

haksız rekabete ilişkin en kapsamlı düzenlemeyi ise 2005/29 haksız ticari uygulamalar Yönergesi oluşturmaktadır. Yönerge azami uyumlulaştırmayı amaçlaması, mecra ayrımı gütmeksizin tek tip yasak getirmesi ve her durumda haksız kabul edilen ticari uygulamalar listesi içermesi açısından diğer yönergelerden ayrılmaktadır. Yönergede azami uyumlulaştırma amaç edinildiği için üye ülkelerce daha kapsamlı koruma mekanizmaları geliştirmesini engellemekte ve bu nedenle ülke mevzuatlarını önemli ölçüde etkilemektedir.

Türk Hukuku açısından haksız rekabet kurumunun düzenlenişinin Borçlar Kanunu ve 1926 Tarihli Mülga Türk Ticaret Kanunu ile başladığı kabul edilmektedir. Haksız rekabete ilişkin Türk Hukuku düzenlemeleri her ne kadar idari ve cezai nitelikte hükümler içerse de haksız rekabet, Kıta Avrupa'sı Hukuk Sistemine uygun olarak özel hukuk kapsamında değerlendirilmekte ve reklam ve bankacılık sektörü dışında idari kuruluşlara rastlanmamaktadır. Esasen 01.07.2012 tarihinden itibaren 6102 sayılı TTK yürürlüğe girinceye kadar 6762 Sayılı TTK 56 ve devamı maddeleri Türk Hukukunda haksız rekabete ilişkin temel düzenlemeyi oluşturmaktadır. TTK düzenlemesinde, modern görüşün kabul edilerek iyi tacirin korunmasına odaklanan klasik haksız rekabet hukukundan tüm piyasa katılanlarının menfaatini koruyan modern haksız rekabet hukukuna geçilmiştir. 6102 Sayılı TTK'de ise bütün katılanların menfaatine yönelik olarak, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması kanununun amaç hükmü olarak belirtilerek söz konusu eksiklik giderilmiştir. BK düzenlemesi ise haksız rekabeti, yalnızca aralarında özel bir güven ilişsi bulunana rakipler açısından düzenlemekte bu nedenle haksız rekabetin piyasa üzerindeki etkileriyle ilgilenmedi gibi tüketiciler, müşteriler ve diğer katılanların menfaatlerini de kapsamına almamaktadır. Ayrıca BK'de haksız rekabet nedeniyle elde edilen menfaatlerin akıbeti de düzenlenmemektedir. Fikri mülkiyete ilişkin mevzuat, tüketicinin korunması mevzuatı gibi bazı düzenlemeler de haksız rekabet hukuku ile yakından ilgili görülmektedir.

TTK'de "iktisadi rekabetin her türlü suiistimali" düzenlenmektedir ve yalnızca ticari faaliyetler değil iktisadi rekabetin söz konusu olduğu her türlü faaliyet TTK kapsamında değerlendirilmektedir. Ticari olmayan ilişkilere uygulanmak üzere BK hükümlerinin korunması Türk Haksız Rekabet Hukukunda ikili bir yapı oluşturmaktadır. Teoride söz konusu ayırım savunulabilirse de pratikte genel nitelikteki BK hükmü mehzaz kanununda olduğu gibi iktisadi rekabetin her türlü kötüye kullanılmasını kapsayacak tarzda düzenlenen TTK hükümlerinden yararlanılmak suretiyle uygulanmaktadır. Söz konusu yararlanmada BK hükümlerinin yalnızca rakipler arası ilişkileri düzenlediği ve diğer ilgililerin taraf ehliyetinin bulunmadığı gözden kaçırılmamalıdır. Söz konusu ayırım kabul edilse dahi BK düzenlemesi, haksız rekabetin piyasa üzerindeki etkileri ile ilgilenmediği ve haksız rekabete müşteriler ve diğer ilgililerin menfaati açısından yaklaşmadığı için BK hükümlerine yalnızca ticari nitelik taşımayan uygulamalarla sınırlı olarak; rakiplerin ticari ahlaka uygun olmayan fiillerine karşı rakipler tarafından başvurulabilecektir(dar anlamda rekabet eylemi). Söz konusu durumda aynı kişiye karşı müşterilerin ve mesleki kuruluşların dava açma yetkisinin bulunduğu ve haksız fiille ilgili genel hükümler (MK'nın şahsiyet haklarına ilişkin hükümleri ve BK'nin haksız fiillere ilişkin hükümleri) yerine TTK hükümlerine tabi olduğunun kabulü gerekmektedir.

Haksız rekabet, hukuki niteliği itibariyle haksız fiil teşkil ettiği için öncelikle haksız fiilin unsurlarını taşıması gerekmektedir. Ancak klasik haksız fiilin unsuru olan kusur, zarar, illiyet bağı ve hukuka aykırılık unsurları haksız rekabet hukukunun niteliğine bağlı olarak bazı özellikler arz etmektedir.

Dar anlamda rekabet eylemi, bir rakibin kazanç sağlayıcı; mal ve hizmetin mübadelesini mümkün kılan veya artıran, rekabet gücünü artırmaya yönelik iktisadi faaliyetlerini kapsamına almaktadır. Bu anlamda rekabet eylemi rakipler dışındakilerin eylemini veya sırf manevi amaç güden eylemleri kapsamına almamaktadır Geniş anlamda rekabet eylemi ise iktisadi rekabet üzerinde etkili, irade ürünü insan davranışlarını ifade etmektedir. Bu nedenle

geniş anlamda rekabet eylemi, endüstriyel veya ticari faaliyete yönelik olmak şartıyla medya faaliyetlerini, mesleki ve kar amacı gütmeyen faaliyetleri de kapsamakta ve ticari iletişime yönelik uygulamaları içerdiği kadar sözleşme öncesini, sonrası uygulamaları ve ticari iletişim dışındaki diğer uygulamaları da içerdiği kabul edilmektedir¹.

Haksız rekabetin oluşması için rekabet fiilinin dürüstlük kuralına aykırı şekilde rakipler, müşteriler ve diğer piyasa katılanları arasındaki ilişkiler veya sağlıklı işleyen ekonomi üzerinde (6102 Sayılı TTK m 54 amaç hükmü) olumsuz bir etkisinin bulunması gerekmektedir. Zarar, haksız rekabetin bir unsuru olarak aranmakla birlikte diğer haksız fiillerden farklı olarak rakipler açısından zarar tehlikesinin varlığı, haksız rekabetin oluşması açısından yeterli görülmektedir (m 58/l). Ayrıca haksız rekabet hukukunda zararın hesap zorluğu nedeniyle tazminat olarak hakime, haksız rekabet neticesinde davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına hükmetme yetkisi verilmesi (m 58) bir zarar tazmin usulü olarak karşımıza çıkmaktadır.

Hükümet gerekçesinde de belirtildiği üzere TTK m 59/d bendinde “kusur varsa zarar ve ziyanın tazmininin de istenebileceği”nin düzenlenmesi 58. maddede yer alan diğer haksız rekabet davalarının açılabilmesi ve haksız rekabetin varlığı açısından kusur şartının aranmayacağını ortaya koymaktadır. Haksız rekabetin kabulü açısından fiilin rekabet düzeninin normal işleyişine karşı yöneltmesi ve objektif olarak iktisadi rekabeti etkileyici nitelikte olması yeterli kabul edilmekte; buna karşın fiili gerçekleştirenin iktisadi faaliyeti etkileme iradesi taşıyıp taşıyamaması önem arz etmemektedir. Bu nedenle kişi haksız rekabet kastıyla hareket etmese dahi zarar veya zarar tehlikesin doğması durumunda haksız rekabetin gerçekleştiği ve kusurun, haksız rekabet sebebiyle açılacak davalar açısından önem arz ettiği kabul edilmektedir.

¹ “Ticari uygulama” tacir tarafından yerine getirilen - pazarlama ve reklamı içerir şekilde- herhangi bir hareketi, sözleşmeyi, davranış kuralını, temsili veya ticari iletişimi kapsayan; tüketiciye ürünlerin tanıtımı, dağıtımını satışı ve temini ile bağlantılı faaliyetler olarak kabul edilmektedir.

Haksız rekabet, dürüstlük kuralına aykırılıkla tanımlanmaktadır. 6102 Sayılı TTK Gerekçesinde ise dürüstlük kuralının sorumluluk hukukuna ilişkin temel bir koruma normu olmadığı; sözleşme veya ön sözleşme ilişkisi içerisinde bulunan taraflar arasında söz konusu olacağı; bu nedenle TTK düzenlemesinin MK m 2 anlamında dürüstlük kuralıyla tam uyum sağlamayacağı belirtilmektedir. Ancak Türk Doktrinine yaygın kanaat, dürüstlük kuralını sözleşme veya ön sözleşme ilişkilerine hasretmemek ve temel bir koruma normu olarak kabul etmek yönündedir.

TTK düzenlemesinde yer aldığı üzere geniş anlamda rekabet eylemini kapsamına alan modern düzenlemelerde haksız rekabet hükümleri sadece rakiplerin iktisadi menfaatini değil rekabete dayalı iktisadi düzeni ve diğer ilgililerin menfaatlerini de koruma amacı taşımakta ve haksız rekabetin varlığı açısından tarafların rakip olmaları yerine iktisadi rekabetin varlığı haksız rekabetin bir unsuru olarak aranmaktadır. İktisadi rekabet her şeyden önce piyasanın varlığını ve yasallığını gerektirmektedir. Bu nedenle gelir elde etmeyi amaçlayamayan, bağımsız olarak yürütülmeyen faaliyetler, iktisadi rekabet söz konusu olmadığı için haksız rekabet hükümlerinin uygulama alanı dışında kabul edilmektedir.

Modern düzenlemelerde olduğu gibi Türk Hukukunda da rekabet fiiliyle ihlal edilen haktan yola çıkılarak haksız rekabetin tanımı verilmemekte; dürüstlük kurallarına aykırılıkla tanımlanan haksız rekabet, fiilden yola çıkılarak uygulama örnekleriyle açıklanmaktadır. TTK m 57'de haksız rekabet teşkil eden fiiller; kötüleme, gerçeğe aykırı bilgi verme, yanlış ve aldatıcı bilgi verme, müstesna kabiliyette olduğu zannı uyandırmak ve hakkı olmayan ad ve unvan kullanmak, iltibas, yardımcıları görevi ihlale sevk, imalat ve ticari sırlarını ele geçirme, imalat ve ticaret sırlarından haksız yere yararlanma veya sırları yayma, gerçeğe aykırı şahadetname verme, iş şartlarına uymama²,

²Türk Hukukunda düzenleme kapsamına rakipler için de geçerli olan iş şartlarına uymama girmektedir. Alman hukukunda ise düzenlemenin kapsamı tüm piyasa katılanları yararına getirilmiş, piyasaları düzenleyen davranış kuralları ile sınırlandırılmaktadır. Bunun haricinde piyasaya girişle ilgili düzenlemeler madde kapsamında değerlendirilmemektedir.

olmak üzere on bent halinde düzenlenmekte ve “hüsnüniyet kaidelerine aykırı hareketler hususiyle şunlardır” ibaresi kullanılarak söz konusu düzenlemenin tahdidi olmadığı belirtilmektedir. 6102 Sayılı TTK, 6762’sayılı TTK’de düzenlenen hallere yer vermek suretiyle içtihatlarla gelişen literatürü korumakla birlikte İsviçre UWG’sinden iltibas edilen ilave haksız rekabet halleri de içermekte ve m 55’in (a) bendinde dürüstlük kurallarına aykırı reklâm; satış yöntemleri ve diğer hukuka aykırı davranışlara ilişkin on iki adet; (b) bendinde sözleşmeyi ihlale ve sona erdirmeye yöneltmekle ilgili 4 adet; (c) bendinde başkalarının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanma ile ilgili üç adet, (d) bendinde üretim ve iş sırlarının hukuka aykır olarak ifşa edilmesi ile ilgili; (e) bendinde iş şartlarına uymamak ile ilgili; (f) bendinde dürüstlük kuralına aykırı genel işlem şartları ile ilgili iki adet ticari uygulama örneğine yer verilmek suretiyle 23 adet haksız rekabet hali düzenlenmektedir. 6762 sayılı TTK saldırgan ticari uygulamalara ilişkin hüküm içermemekte uygulamada da saldırgan ticari uygulamalara ilişkin içtihatlarla rastlanmamaktadır. 6762 sayılı TTK m 55/a/8’de ise, müşterin karar verme özgürlüğünü özellikle saldırgan satış yöntemleri ile sınırlamanın haksız rekabet teşkil edeceği belirten genel bir düzenleme yer almaktadır. Saldırgan ticari uygulamalar, bir haksız rekabet kategorisi olarak 6102 Sayılı TTK ile ilk kez kanuni düzenlemeye kavuşturulması önem arz etmektedir. Tacirin, uygulamasında tacizkâr, zorlayıcı, fiziksel güç içeren veya aşırı tesirli fiilleriyle baskıya başvurması veya güçlü pozisyonunu kötüye kullanmasa dahi fiziksel güç kullanacağı konusunda tüketiciyi tehdit ederek tüketicinin bilinçli karar alma yeteneğini önemli ölçüde sınırlandırması saldırgan ticari uygulama olarak kabul edilmektedir. saldırgan ticari uygulamalar fiziksel baskı yanında psikolojik baskıyla da gerçekleştirilebilmektedir.

6102 sayılı TTK’de karşılaştırmalı reklamlar da özel olarak düzenlenmektedir (m 55/1/a/5). Karşılaştırmalı reklam; yazı, resim veya semboller gibi her hangi bir vasıtayla, iki veya daha fazla, aynı nitelikli marka, ürün veya hizmetin genel veya özel niteliklerinin veya rakiplerin şahıslarının açık yada örtülü şekilde karşılaştırıldığı ve dikkatin doğrudan veya dolaylı

olarak yalnızca rakip tarafından sunula mal ve hizmetlere çekildiği reklam türü olarak tanımlanmaktadır.

Karşılaştırmalı reklamlar kendiliğinden haksız rekabet kabul edilmemekte ancak bir reklamın meşru bir karşılaştırmalı reklam olarak kabulü için bazı unsurları taşıması; bazı unsurların ise reklamda yer almaması gerektiği kabul edilmektedir. Öncelikle karşılaştırmanın objektif, esaslı, önemli ve ispat edilebilir hususlarda yapılması, karşılaştırılan mal ve hizmetlerin birbirinin ikamesi olması ve karşılaştırmanın söz konusu mal ve hizmetlerin karakteristik niteliklerine yönelik olması gerekmekte, karşılaştırmanın varlığı açısından doğrudan veya dolaylı bir ilişkilendirmenin varlığı ise yeterli kabul edilmektedir. Karşılaştırmalı reklam açısından karşılaştırılan niteliklerin şahsi veya maddi nitelik olması önem arz etmemekte, karşılaştırılan hususların esaslı, önemli ve doğrulanabilir olması kaydıyla şahsi karşılaştırmalı reklamların yapılabileceğinin de kabulü gerekmektedir. Ayrıca reklamın meşru bir karşılaştırmalı reklam olarak kabulü için, aldatıcı olmaması, rakibi gereksiz yere kötülememesi, gereksiz yere rakibin tanınmışlığından yararlanmaması, iltibasa sebebiyet vermemesi, söz konusu malın taklit veya kopya olarak sunulmaması gerekmektedir. Söz konusu unsurların reklamda yer alması reklamın karşılaştırmalı reklam niteliğini etkilememekte ancak söz konusu reklamın haksız rekabet teşkil ettiği kabul edilmektedir.

Haksız rekabetin tespiti ise genel hükmü tutarlı ve adil şekilde uygulayabilmek için tanımlama kriteri olarak kabul edilen çeşitli ilkelere yola çıkılarak yapılmaktadır. Söz konusu ilkelere bir kısmının dayanağı TTK hükümlerinde yer almakta, bazıları ise uygulamada ortaya çıkmaktadır.

Ortalama tüketici ilkesi, haksız rekabeti tanımlamakta kullanılan bir ilke olmanın ötesinde tüm diğer haksız rekabetin tespiti ilkelerinin değerlendirilmesinde ve haksız rekabet hallerinin tespitinde temel alınan ana ilke niteliğindedir. Söz konusu ilkede uygulamanın ortalama tüketici üzerinde bıraktığı etki dikkate alınmakta ve tüketicinin iktisadi davranışlarını, temel

alınan ortalama tüketicinin iktisadi davranışından önemli ölçüde saptırması olası, ticari uygulamaların kullanılması suretiyle tüketicinin bilinçli karar alma kabiliyetini fark edilir derecede bozan ve bu yolla tüketicinin aksi takdirde almayacağı kararları almasına sebep olan ticari uygulamalar haksız kabul edilmektedir. Ortalama tüketici ilkesi, makul şekilde iyi bilgilendirilmiş, ortalama seviyede dikkatli, ihtiyatlı ortalama tüketiciyi korumaktadır. Ortalama tüketici ilkesinde ticari uygulamamanın hitap ettiği tüketici grubunun ortalama üyesi, ticari uygulamanın özel bir tüketici grubuna hitap etmesi durumunda söz konusu tüketici grubunun ortalama üyesi temel alınmak suretiyle tüketicinin davranışının ortalama tüketicinin normal davranışından fark edilir derecede sapıp saptığı belirlenmektedir. Ancak söz konusu kesimin dikkate alınabilmesi için uygulamanın ortalama tüketici kitlesine hitap ettiğinin önceden öngörülememesi gerekmektedir.

Ortalama tüketici, yalnızca uygun bir şekilde bilgilendirilmiş tüketici olarak ele alınmamakta; aynı zamanda temel alınan tüketicinin bilgilendirilme kabiliyetinin de bulunması gerekmektedir. Ortalama tüketici faraziyesi, zihinsel veya fiziksel zayıflığından, yaşı veya saflığından dolayı bilgilendirilme, dikkatli ve ihtiyatlı davranma kabiliyeti bulunmayan, zayıf tüketicinin korunmasını içeren koruma düzenlemesi ile hafifletilmekte ve zayıf tüketicinin korunması ilkesi uygulamanın özel bir zayıflığı bulunan tüketici kitlesine hitap etmesi durumunda, ortalama tüketicinin değil; söz konusu zayıf tüketici grubunun temel alınması şeklinde tanımlanmaktadır.

Mesleki özen ilkesi ise, bir uygulamanın mesleki özen gereklerine aykırı olması durumunda haksız kabul edileceğini ifade etmektedir. Söz konusu ilke, dürüst pazar uygulamaları kavramı ve dürüstlük ilkesinin haksız rekabet hukukuna uygulanmasıdır ve üye ülkelerin bir çoğunun yasal sisteminde yer alan dürüst iş şartlarına karşılık gelmektedir. Ancak mesleki özen, yalnızca dürüstlüğü kapsamına almamakta ticarete yeterliliği de içermektedir.

Haksız rekabet hukuku tüm katılanlar lehine dürüst bir rekabet ortamının oluşturulmasını amaç edinmekte bu suretle yalnızca rakiplerin menfaatlerini zedeleyen eylemlerin değil tüketici menfaatlerini zedeleyen eylemlerin de haksız rekabet teşkil ettiği kabul edilmektedir (tüketicinin korunması). Haksız rekabet hukuku, ticari iletişim düzenlemelerine odaklanmak suretiyle tüketiciye cezp etmeyi amaçlayan sözleşme öncesi iletişimi de kapsamına almakta ve haksız rekabet hukuku açısından tüketici kavramı, düzenlemenin değil, iletişimin gönderilenini ifade etmektedir. Tüketicinin korunması ilkesi, tüketici lehine yorum yapılması yani haksız rekabet normlarının tüketici lehine yorumlanmasını ifade etmemekte; tüketiciye karşı yapılan fiillerin de haksız rekabet hukukunun koruma alanına girmesini ve tüketicinin haksız rekabet hukukunun koruma sujelerinden biri olarak kabul edilmesini ifade etmektedir. Haksız rekabet hukukunun dürüst ve bozulmamış rekabet'in sağlanması genel amacı yanında ve bu sayede rekabete dayalı iktisadi düzenin korunmasının da amaçlandığı ve sağlıklı işleyen rekabet ortamına karşı yalpan faaliyetlerin de haksız rekabet teşkil edeceği kabul edilmektedir. Rekabet faaliyeti sonucuna elde edilen menfaatle harcanan emek arasında bir dengesizliğin bulunması ve söz konusu dengesizliğin bir başkanın emeğinin sömürülmesi niteliği taşıması dürüstlük kuralına aykırı ve haksız rekabet olarak kabul edilmektedir (emek ilkesi). Ancak özel olarak korunmadığı sürece rakibinin mal ve hizmetlerinin benzeri mal ve hizmetlerin sunulması bu surette rakibin mal ve hizmetlerinin dışsallığından yararlanılmasının kendiliğinden haksız rekabet teşkil etmeyeceği prensip olarak kabul edilmektedir (dışsallık ilkesi). Ayrıca fikri mülkiyet haklarını içeren ürünün bizzat hak sahibi veya onun izniyle üçüncü bir kişi tarafından ilk kez piyasaya sürülmesiyle söz konusu hakların tükeneceğini ifade eden tükenme ilkesi de haksız rekabet hukukuyla yakından ilgili görülmektedir (tükenme ilkesi). Kümülatif uygulama ilkesi ise şartları varsa; fikri mülkiyet haklarına ilişkin düzenlemelerin tümünün birinci derecede uygulanacağı ve hak sahibinin söz konusu düzenlemelerden birine dayanmasının zorunlu olmadığını ifade etmektedir. Ancak haksız rekabet hukuku açısından fikri mülkiyet hukuku ile özel hüküm genel hüküm ilişkisinin

göz ardı edilmemesi; genel hükmün, özel hükmü etkisiz kılacak veya özel hükmün varlık nedenin ortadan kaldıracak şekilde uygulanmaması, özel hükümle tanınan hakkı genişletmek için başvurulmaması, özel düzenlemeyle meşru kabul edilen bir faaliyetin genel hükümle yasaklanmaması gerektiği kabul edilmektedir. Haksız rekabet Hukuku açısından asgari etkin boyut (de minimis) kavramı, önemsiz, dikkate değer olmayan veya rekabeti bozucu etkisi hissedilmeyecek kadar küçük olan ihlallerin haksız rekabet hukuk yaptırımlarına konu olmamasını öngören bir kural veya doktrin olarak tanımlanmakta ancak Türk Hukuku açısından asgari etkin boyut ilkesine haksız rekabetin tespiti ilkesi ve tanımlama kriteri olarak başvurulamayacağı kabul edilmektedir.

Davalar, mahkemeden istenen hukuki korumanın çeşidine göre, eda davaları, inşai davalar ve tespit davaları olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Söz konusu davalardan tespit davası, bir hukuki ilişkinin veya bir hakkın varlığı, yokluğu veya içeriği hakkında tespit hükmü elde etmek için açılan ve taraflar arasındaki hakkın veya ilişkinin varlığı, yokluğu veya tereddütlü içeriğinin (yahut bir belgenin sahte olup olmadığının) tespit edilmesine ilişkin davadır. Haksız rekabet halinde ise bu dava, fiilin hukuki karakterinin haksız olup olmadığının tespitine yönelmekte ve ileride açıklanan tarzdaki hareketi bertaraf etme imkanı vermektedir. Tespit davasının dinlenebilmesi için genel dava şartları haricinde hukuki ilişki ve hukuki yarar olmak üzere iki şartın daha gerçekleşmesi gerekmektedir. Hukuki himaye fikrine bağlı ortaya çıkan bir sonuç olarak aranan hukuki yarar şartı, kanunlarda tespit davasının açılabileceği düzenlenen istisnai durumlarda kural olarak kabul edilmekte ve söz konusu kural, eda davasının açılabileceği durumlarda tespit davasının açılmayacağına dair ana kuralın istisnasını teşkil etmektedir. TTK düzenlemesinde yalnızca haksız rekabete maruz kalan kimseye değil haksız rekabet tehlikesi altındaki kimseye de haksız rekabete maruz kalmadan önce müstakbel hareketin önlenmesi amacıyla dava açma hakkı vermekte ve söz konusu durumda da hukuki yararın varlığı karine olarak kabul edilmektedir. TTK m 58'de fiilin haksız olup olmadığının tespitine yönelik müspet tespit

davası düzenlenmektedir. Bu nedene zarar miktarının tespiti söz konusu düzenle kapsamı dışında değerlendirilmekte ve zarar miktarına ilişkin tespit davaları ve menfi tespit davaları genel hükümlere tabi tutulmaktadır.

Tespit davası haksız rekabete uğrayanlar, müşteriler ve belirli nitelik taşıyan kuruluşlarca açılabilir. Ayrıca 6762 sayılı TTK'de müşterilerin dava açma yetkisi iktisadi çıkarlarının zarar görmesi şartına bağlıyken 6102 sayılı TTK m 56/2'de söz konusu hak iktisadi çıkarları zarar görme tehlikesiyle karşılaşabilecek müşterilere tanınmak suretiyle genişletilmiştir. TTK m 58/3'de ticaret ve sanayi odalarının, esnaf derneklerinin, borsaların ve tüzüklerine göre üyelerinin iktisadi menfaatlerini korumaya yetkili mesleki ve iktisadi birliklerin de, tazminat davası dışında diğer davaları açabileceği düzenlenmektedir. 6102 sayılı TTK da ise esnaf derneklerinin dava açma yetkisi anayasal kurum olan esnaf odalarına bırakılmaktadır.

Haksız rekabette bulunan kişiler, istihdam eden ve bazı durumlarda basın, yayın, iletişim ve bilişim kuruluşları ise haksız rekabet davalarının davalılarını oluşturmaktadır.

KAYNAKÇA

ABBAMONTE, B., "The Unfair Commercial Practices Directive: An Example Of The New European Consumer Protection Approach", **Columbia Journal Of European Law**, Vol, 12, HeinOnline -- 12 Colum. J. Eur. L. 695 2005-2006, s. 695-712.

AKİPEK, Jale G, AKINTÜRK, Turgut, **Türk Medeni Hukuku**, İstanbul, Beta, Beşinci Bası, 2004.

AKİPEK, Şebnem, **Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1999.

ALTIPARMAK, Ayşe, Haksız Rekabetten Doğan Kanunlar İhtilafı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Master Tezi, Ankara, 2000.

ARKAN, Sabih, Haksız Rekabet ve Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun Hükümleri Arasındaki İlişki", **Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan**, YY, Ankara, s. 3–12, 2003. Kısaltması: Haksız Rekabet

ARKAN, Sabih, **Marka Hukuku**, CII AÜHF Yayınları Yayın no 533, Ankara, 1998, Kısaltması: Marka.

ARKAN, Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Onüçüncü Bası, Ankara, 2009. Kısaltması: İşletme.

ARKAN, Sabih, "Avrupa Topluluğunda Karşılaştırmalı Reklamlar" **BATİDER**, 2001, c. 21, sa. 1, s. 21-43.

ASLAN, Adem, **Türk ve AB Hukukunda Fikri Mülkiyet Haklarının Tükenmesi**, İstanbul, Beta, 1. Bası, 2004.

ASLAN, İ. Yılmaz, ŞENYÜZ, Doğan, ERGÜN, Mevci, **İşletme Hukuku**, Bursa, Ekin Kitabevi, 2005.

ASLAN, İ. Yılmaz, **Tüketici Hukuku**, Bursa, Ekin Kitabevi, 2. Baskı, 2004.

ASLAN, Yılmaz, Endüstriyel Tasarım Haklarının Kullanılması, Haksız Rekabet ve Rekabet Hukuku İlişkileri: Bir Mahkeme Kararı Üzerine Düşünceler, **FMR**, S. 2001-1, s, 19-42.

ATALAY, Hamit, **İngilizce Türkçe Sözlük**, YY, Türk Dil Kurumu Yayınları, YY, s, 2531

AUTERİ, Paolo, "Rief Report On Italian Unfair Competition Law" **Law Against Unfair Competition**, Editors Reto M Hilty / Frauke Henning-Boweding, Springer, Munich 2007.

AYHAN, Rıza, **Haksız Rekabet Münasebetiyle Elde Edilen Menfaatlerin İadesi**, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 7, Konya 1990 Kısaltması: Menfaatlerin İadesi.

AYHAN, Rıza, **Ticari İşletme Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2. Baskı, 2007 Kısaltması: İşletme.

AYHAN, Rıza, ÖZDAMAR, Mehmet, ÇAĞLAR, Hayrettin, Ticari İşletme Hukuku: Genel esaslar, Ankara, Turhan Kitabevi, 4. bası, 2011.

AVŞAR, Zakir, Reklamların Tüketici Politikası Yönünden Değerlendirilmesi, 2003. Erşim: <http://hukukcu.com>. Tarihi:1.1.2009

BAŞBUĞOLU, Tarık, **Uygulamalı Türk Ticaret Kanunu: Açıklamalar-İçtihatlar**, C. I, Ankara, Özkan, 1988.

Baudenbacher, Carl, **Lauterkeitsrecht**, Helbing ve Lichrtenhang, München 2001.

BOZBEL, Savaş, **Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklam Hukuku**, Ankara, Seçkin, 2006.

BAŞBUĞOLU, Tarık, **Uygulamalı Türk Ticaret Kanunu: Açıklamalar-İçtihatlar**, C. I, Ankara, Özkan, 1988,.

BOZTOSUN, Ayşe Omdan, “Haksız Rekabet Hukukunda Emeğin Korunması İlkesinin Yargıtay Kararlar Işığında Değerlendirilmesi”, **XXI. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu**, 9-10 Aralık 2005. BTHAE Yayınları, Yayın No: 427, s. 197-235.

BUNİNG, Madeleine de Cock, Consumer Participation in Dispute Settlement on Unfair Commercial Practices and Commercial Communications Erişim: <http://www.j.u-tokyo.ac.jp/~sota/info/Papers/IPPaper.pdf> Tarihi: 10/12/2011.

CAMCI, Ömer, **Haksız Rekabet Davaları 2**, İstanbul, YY, 2002, CII, Kısaltması: CII.

CAMCI Ömer, **Haksız Rekabet Davaları**, İstanbul, Ufuk Reklamcılık, 2002, C. I.

Commercial Practices Directive, New laws to stop unfair behaviour towards consumer, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, Belgium, 2006, Erişim: ec.europa.eu, 21,05,2009

ÇAKIR, Vedat, “Avrupa Birliğine Uyum Sürecinde Türkiye’de Televizyon Reklamlarına Yönelik Düzenlemeler” s. 198–209. Erişim www.firat.edu.tr: 12.10.2010.

ÇAKIR, Vedat, GÜNAL, Birol, **Avrupa Birliği’ne Uyum Sürecinde Türkiye’de Televizyon Yayıncılığına Yönelik Düzenlemeler**, s. 208-223, Erişim : www.sosyalbil.selcuk.edu.tr/sos_mak/ Tarihi: 11.02.2011.

ÇATOĞLU, Buket, “**Türk Ticaret Kanunu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Reklamlar**” Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2003

DAVIS, Jennifer, “Unfair Competition Law in the United Kingdom” **Law Against Unfair Competition**, Editors Reto M Hilty / Frauke Henning-Boweding, Springer, Munich 2007, s, 183- 198.

DEMİR, Ömür, **Dünya Ticaret Örgütü'nün Yeni Çalışma Konusu; Ticaret Ve Rekabet Politikaları Arasındaki İlişki**,

Erişim:<http://www.dtm.gov.tr/dtmadmin/upload/EAD/TanitimKoordinasyonDb/dnyat.doc>, Tarihi: 21.06.2010.

DEUTSCH, Erwin, Çeviren: ERTAŞ Şeref, “Sorumluluk Hukukunun Temel İlkeleri”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, İzmir, 1983, s.245-260.

DOĞANAY, İsmail, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, C.I, Beta Dördüncü Bası,

DOMANIÇ, Hayri, **Türk Ticaret Hukuku Umumi Esasları**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1970.

DÖNMEZ, İrfan, **Markalar ve Haksız Rekabet Davaları**, İstanbul, Beta, 1992.

DUNOFF, Jeffrey L. Çeviren: Esin Küçük Şengür “Uyuşmazlık, Engelleme, Karmaşa Ve Meşruiyet’ İn Şekillendirdiği Ticaret Rejiminde Kamu Katılımı” Makalenin İngilizce metni için bkz. Jeffrey L. Dunoff, Public Participation in the Trade Regime: of Litigation, Frustration, Agitation and Legitimation, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 2007 C. 56 S. 1.

ECKE, Patrick Van,SKOUMA, Georgia, B2B e- Marketplaces a Legal Analysis of Unfair Trade Practices Within the European Union, Luxembourg:

Office for Official Publications of the European Communities, 2006 Belgium
Erişim: <http://bookshop.europa.eu>, Tarihi: 10.12.2009.

EDGÜ, Ekrem, **Ticaret Hukuku I Umumi Hükümler**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1967.

EDİPOĞLU, Alev, “Tüketicinin Korunması Açısından Aldatıcı Reklamlar”
Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek
Lisana Tezi, Ankara, 2001

EFEM, Gül, “Etik Ve Hukuki Düzenlemeler Açısından Türkiye” **Rekabet Formu, Hukuk Ekonomi Politika**, Nisan 2005 S. 10, s, 6-7 Erisim: www.rekabetderneği.org Tarihi 10/12/2009.

ERDEM, Ercüment, “Rekabet Hukuku ve Haksız Rekabet İlişkisi”, **Prof. Dr Ömer Teoman’a 55. Yaş Armağanı**, s. 377-398, C I, İstanbul, Beta, 2002.

EREM, Turgut S., **Ticaret Hukuku Prensipleri**, İstanbul, Hüsnütabiat Matbaası, İkinci Baskı, C I, 1962.

EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku; Genel Hükümler**, Ankara, Beta, 7.Bası, 2001.

ERKAN, Hüsnü (Yayına Hazırlayan), **Sosyal Piyasa Ekonomisinin Rekabet Boyutu**, İzmir, Sosyal Piyasa Ekonomisi Yayınları, 1992.

European Commission, Health And Consumer Protection, Directorate-General, **The Unfair Commercial Practices Directive, New laws to stop unfair behaviour towards consumer**, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, Belgium, 2006, Erişim: ec.europa.eu, 21,05,2009

European Generic Association Görüşü, erişim: www.esrcr.com/www2/bulten2.asp?BultenID Tarihi: 19.06.2008.

FRÖHLICH, Claus Wilhelm, **The Private International Law of Non-Contractual Obligations According to the Rome-II Regulation**, Hamburg 2008.

GLÖCKNER, Jochen, “Unfair Competition and EC Treaty” **Law Against Unfair Competition**, Editors Reto M Hilty / Frauke Henning-Boweding, Springer, Munich 2007, s. 77100, Kısaltması: Treaty.

GÖLE, Celal, **Ticaret hukuku açısından aldatıcı reklamlara karşı tüketicinin korunması**, , Ankara, BTHAE, Yayın No 149, 1983.

GRASSİE, Gill, “Commercial Practices Directive: draft UK regulations published Journal of Intellectual Property Law & Practice”, 2007, Vol. 2, No. 11 s. 724-725,

Erişim: <http://jiplp.oxfordjournals.org/content/2/11/724.full.pdf+html>, Tarihi: 10.11.2010, Kısaltması: Commercial.

GRASSİE, Gill, “EU Directive on Unfair Commercial Practices: a UK Perspective” **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, Vol. 1, No. 2 First published online: December 5, 2005, Erişim: <http://jiplp.oxfordjournals.org>, Tarihi: 12.10.2009 ,

GÜNEŞ, İlhami, **Uygulamada Fikri Mülkiyet Hakları Ve Haksız Rekabet Davaları**, Ankara, Sekin, 2009.

HEİM, Sebastian, “Practice Point, Protection of competitors, consumers and the general public: The new German, Act against Unfair Competition”, **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, S. 1, No. 8 Erişim <http://jiplp.oxfordjournals.org/content/suppl/2007/04/23/1.13.DC3/Index.pdf>.

HENNING – BOWEDİNG, Frauke, “A New Act Against Unfair Competition in

Germany”, **ICC: International Review Of Intellectual Property Ant Competition Law**, Max Planck Institute For Foreign And International Patent, Copyright And Competition Law, Munich, 4/2005 Vol 36.

HENNING-BOWEDİG, Frauke “Secondary Unfair Competition Law”, **Law Against Unfair Competition**, Editors Reto M Hilty / Frauke Henning-Boweding, Springer, Munich, 2007, s. 111-126, Kısaltması: Secondary Law.

HENNING-BOWEDİNG, Frauke, “International Protection Against Unfair Competition-Article 10 Bis Paris Covention, TRİPS And WIPO Model Provisions” **ICC: International Review Of Intellectual Property Ant Competition Law**, Vol 30 no 2/1999 Max Planck Institute For Foreign And International Patent, Copyright And Competition Law, Munich, Kısaltması: International Protection.

HENNING-BOWEDİNG, Frauke “International Unfair Competition Law”, **Law Against Unfair Competition**, Editors Reto M Hilty / Frauke Henning-Boweding, Springer, Munich 2007, s. 53-60, Kısaltması: International Unfair.

HİRSCH, Ernst, E., MÜFTÜGİL, Şevket, “İsviçre Hukukunun Yeni Türk Ticaret Kanununa Tesiri”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Ankara, 1956, C13, S1-4, s, 26-33.

HODGES, Christopher, European Union Legislation The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science 2009, 622; 78 DOI: 10.1177/0002716208328287. s. 6-85

Erişim: <http://ann.sagepub.com/cgi/content/abstract/622/1/78>, Tarihi: 15.09.2006.

HOWELLS, Geraint, Hans, MİCKLİTZ, W., WİLHELMSSON, Thomas, “European Fair Trading Law” Ashgate E-Book, Erişim: www.ashgatepublishing.com, Tarihi: 25.06.2010.

HÖPPERGER, Marcus, SENFTLEBEN, Martin, "Protection Against Unfair Competition at the International Level: The Paris Convention, the 1996 Model Provisions and the Current Work of the World Intellectual Property Organisation", **Law Against Unfair Competition**, Editors Reto M Hilty / Frauke Henning-Boweding, Springer, Munich 2007, s, 61-76.

INCARDONA, Rossella, PONCİBO, Cristina, The average consumer, the unfair commercial practices directive, and the cognitive revolution, *J Consum Policy* (2007) 30:21–38, s. 26 Erişim: www.springerlink.com, Tarihi: 21.06.2010

İKİZLER, Metin, BAŞAR, Sinan, "Sapam'in Zararları ve Spamile Hukuki Mücadele ABD Örneği ve Türk ve Avrupa Birliği Hukukları İle Karşılaştırılması", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, İzmir 2006, C, 8, S 2, 91-114.

Erişim: <http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/DergiMiz8-2/pdf/mikizler.pdf>

İMREGÜN, Oğuz, **Kara Ticaret Hukuku Dersleri**, İstanbul, Filiz Kitabevi, Onbirinci Bası, 1996.

İMREGÜN, Oğuz, **Kara Ticareti Hukuku Dersleri**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, Yedinci Bası, 1984.

İNAL, Emrehan, BAYSAL, Başak, **Reklam Hukuku ve Uygulaması**, İstanbul, XII Levha, 2008.

İNAL, Emrehan, **Reklam Hukuku ve Aldatıcı Reklamlar**, İstanbul, Beta, 2000.

İNAN, Nurkut, "Tek Satıcılık Sözleşmesi ve Üçüncü Kişiler" *Batider*, 1993, C. XVII, S. 2, s. 55-77, Kısaltması: Tek Satıcılık.

İNAN, Nurkut, **Rekabet Hukukunun Diğer Disiplinlerle İlişkisi**,

Erişim: www.rekabet.gov.tr/dosyalar/perskonfyyn/perskonfyyn89.zip, Tarihi: 21.06.2010.

KADEROĞLU, Murat, "Marka Davalarının İşleyişi Ve Hak Sahibinin Talepleri", Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2005.

KANETİ, Selim, **Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru**, Kazancı Kitap Ticaret Aş, İstanbul, 2007 .

KARAHAN, Sami, "Haksız Rekabet Davalarında Dabva Zamaaşımları ve Sessiz Kalma Nedeniyle Hakkın Kaybedilmesi İlkesi", **Prof.Dr.Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı**, İstanbul, Beta, 2001, C I, s, 293-306.

KARAYALÇIN, Yaşar, **Ticaret Hukuku I: Giriş, Ticari İşletme**, Ankara 1968,

KILIÇ, Fethi, "Mukayeseli Hukukta Haksız Rekabet", *Karınca Dergisi*, S. 752, Temmuz 1999, s. 27-30, Kısaltması: Mukayese.

KILIÇ, Fethi, "Türk Ticaret Kanununda Düzenlenmeyen Gelişmiş Ülkeler Hukuklarında Var Olan Haksız Rekabet Olguları", **Karınca Dergisi**, Ağustos 1999, S. 752.

KIRCA, Çiğdem, **Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2004.

KIRCA, İsmail, "Bilimsel Araştırma Sonuçlarının Yayınlanması: Haksız Rekabet ve İfade Özgürlüğü", **Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na Armağan**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuku Fakültesi Yayın No: İÜ Rektörlüğü yayıno 728, 1999, s. 439-466 .

KUBİLAY, Huriye, "Ticari İşlemlerde Rüşvet ve Yolsuzluk-Haksız Rekabet", **Prof.Dr.Seyfullah Edis'e Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İzmir, 2000, s. 543-559.

KURU, Baki, **Tespit Davaları**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, no: 186, Ajans Türk Matbaası, 1963, Kısaltması: Tespit.

KUTLU, Oytaç, "Marka Hukuku Korumasının Endüstriyel Tasarım Ve Haksız Rekabetin Hükümleri İle Birlikte Ele Alınması", **FMR**, s. 57-68, C. III 2003-2.

KÜÇÜKYALÇIN, Arzu, "Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınıflandırılması", C. 53, S. 4, **AÜHFD**, 2004.

LUCAS, David, RETO, Jacobs, **Schwizerisches Wettbewerbsrecht**, Stämpfli Verlag, AG Bern, 2005.

MAILLARD, Karine, The Unfair Commercial Practices Directive, Ankara, 7 December 2009. Erişim:

[http://abm.tobb.org.tr/haberler/taieux/hakticuygulama/2-](http://abm.tobb.org.tr/haberler/taieux/hakticuygulama/2-Uniform%20implementation-K.Maillard.ppt)

Uniform%20implementation-K.Maillard.ppt Tarihi: 1.6.2009.

MEMİŞ, Tekin, Hukuki Açidan Kitlelere E-Posta Gönderilmesi (SPAMMING)

<http://archiv.jura.uni-saarland.de/turkish/TMemis1.html>, Tarihi: 1.6.2009.

MİMAROĞLU, Sait Kemal, **Ticaret Hukuku**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No: 295, 1979, C I.

ODTÜ-İİBF 2007 Bahar Dönemi Adm 430 Competition Law Dersini Alan Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü Öğrencileri, "Rekabet Politikası Rekabet Hukuku Ve Politikasının Devletin Diğer Politikalarıyla İlişkisi Üzerine Notlar", **Rekabet Formu, Hukuk Ekonomi Politika**, Rekabet Derneği Yayınları, s. 20-25, Ankara, 2007, Erişim http://www.rekabetderneği.org/rk_bulten/sayi36.doc, Tarihi: 21.06.2010.

ORUÇ, Murat, **Haksız Rekabette Maddi Tazminat Davası**, İstanbul, XII Levha, 2009.

ÖRS, Fahri Halil, **Türk Hususi Hukukunda Haksız Rekabet**, Ankara Ziraat, Bankası Matbaası, 1958.

ÖZ, Gamze Aşçıoğlu, **Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması**, YY, Ankara, YY, 2000, Rekabet Kurumu Yayını no.0051, Erişim; www.rekabet.gov.tr/tezler, Tarihi: 21.06.2010.

ÖZDAMAR Mehmet ve ERMENEK İbrahim, “Haksız Rekabet Davaları ve Korunan Menfaat”, **FMR**, C. VII S. 3, s, 43-71.

ÖZDEMİR, Gökçe Türkoğlu, “Roma Haksız Rekabethukukuna İlişkin Olarak Actio Servi Corrupti”, s. 213-233, **AÜHFD**, Yıl 2005, C. 54.

ÖZDEMİR, Hayrunisa “Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması”, **Ankara üniversitesi Hukuk fakültesi Dergisi**, C. 53, S. 3, s. 61,90.

ÖZTAN, Bilge, **Medeni Hukukun Temel Kavramları**, Ankara, Turhan Kitabevi, 14. Bası, 2004.

ÖZTEK, Selçuk, “Haksız Rekabete İlişkin Yeni İsviçre Düzenlemesinin Öngördüğü Bazı Haksız Rekabet Halleri”, **Jale Akipek’e Armağan**, Konya : Selçuk Üniversitesi Basımevi, 1991, 417-430.

PEKCANITEZ, Hakan, ATALAY, Oğuz, ÖZEKES, Muhammet, **Medeni Usul Hukuku**, Ankara Seçkin 2. Bası 2001.

PINAR, Hamdi, “Fikrî Mülkiyet Hukukunda Hakların Tükenme İlkesi ve Haksız Rekabet İlişkisi: Bir Yargıtay Kararı İncelemesi”, **Rekabet Formu**, Hukuk Ekonomi Politika, S. 17, s. 21-22.

PINAR, Hamdi, Fikrî Mülkiyet Hakları ve Rekabet Hukuku, **Rekabet Dergisi**, s. 30-85, Erişim; <http://www.rekabet.gov.tr/word/dergi23/5-hamdipinar.doc> Tarihi: 21.06.2010.

PINAR, Hamdi, “Haksız Rekabet Hukuku”, **Rekabet Formu**, S. 5, s. 11-12 2004, Erişim: www.rekabetdernegi.org. Tarihi: 10.12.2009.

PINAR, Hamdi, “Haksız Rekabet Ve Rekabet Hukuku Açısından Türk ve Avrupa Hukukunda Araba Yedek Parçaları”, **Rekabet Formu, Hukuk Ekonomi Politika**, Mart 2005, S. 9, s. 10,11. Kısaltması: Yedek Parça I, www.rekabetdernegi.org, Tarihi: 10.12.2010.

PINAR, Hamdi, “Haksız Rekabet ve Rekabet Hukuku Açısından Türk ve Avrupa Hukukunda Araba Yedek Parçaları (II)”, **Rekabet Formu, Hukuk Ekonomi Politika**, Nisan 2005, S. 10, s. 15, Erişim: www.rekabetdernegi.org. Tarihi: 10/12/2009.

PINAR, Hamdi, “Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi: EFTA-Mahkemesi’nin “Maglite”, Avrupa Toplulukları Mahkemesi’nin “Silhouette” ve Yargıtay’ın “Police” Kararları Çerçevesinde Bir İnceleme”, **Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan**, İstanbul, 2000, s. 855-915.

PINAR, Hamdi, **Uluslararası Rekabette Fikrî Mülkiyet Haklarının Önemi ve Türkiye**, İstanbul Ticaret Odası Yayın no: 2004-71, 2004.

PINAR, Hamdi, “Fikrî Mülkiyet Hukukunda Hakların Tükenme İlkesi ve Haksız Rekabet İlişkisi: Bir Yargıtay Kararı İncelemesi”, **Rekabet Formu, Hukuk Ekonomi Politika**, S. 17, s. 21-22, Erişim: www.rekabetdernegi.org. Tarihi: 10/12/2009.

REİSOĞLU, Sefa, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Beta, İstanbul, On Altıncı Bası, 2004.

POROY, Reha, YASAMAN, Hamdi, **Ticari İşletme Hukuku**, Beta, İstanbul, Sekizinci Bası, 1998.

REID, Amanda S., Trademark Dilution Law: A Cross-Disciplinary Examination of Dilution and Brand Equity Scholarship 2004.

ROTT, Peter, **The Protection of Consumers' Interests After the Implementation of the EC Injunctions Directive Into German and English Law, Download of Copyright-Protected Internet Content and the Role of (Consumer) Contract Law J Consum Policy (2008)** 31:441–457
DOI 10.1007/s10603-008-9081-6 Springel, Erişim
<http://www.springerlink.com>, Tarihi: 21.06.2010.

SARIYAR, Selçuk, **Kusurun Tanımı ve Öznelliği**, İstanbul, 2008.

SCHROEDER, H., “Unfair Competition”, **Key Aspects Of German Business Law**, Springer, s, 139-145 Erişim <http://www.springerlink.com/> Tarihi: 21.06.2010.

SCHUHMACHER, Wolfagan, “The Unfair Commercial Practices Directive” **Key Aspects Of German Business Law**, Springer,Erişim: <http://www.springerlink.com> Tarihi: 21.06.2010.

STADLER, A. ve LUBER, M., **General Terms of Business (AGB) 81-93 Key Aspects Of German Business Law**, Springer, s. 139-145, Erişim <http://www.springerlink.com>, Tarihi: 21.06.2010.

SULUK, Cahit, “Avrupa Birliği ve Hukukunda Tasarımların Kümülatif Olarak Korunması”, **FMR**, C. I, S. 1, 2001–3, s. 43-72.

SULUK, Cahit, “Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Tasarımların Kümülatif Olarak Korunması (Çoklu Koruma)”, **FMR**, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, C. I, S. 3, 1/2001, s. 43-67.

SULUK, Cahit, “Fikri Mülkiyet Hakları: Uygulamada Yaşanan Sorunlar Ve Çözüm Önerileri”, **Kazancı Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimleri Dergisi**, C. I, S. 7, 2005, s. 7/14,
Erişim:www.fikrimulkiyet.com/makalelerim/cevirilenler/FMHUYSCO.pdf;Tarih: 10/12/2011.

ŞENGEL, Berkant, “Türk Hukukunda Haksız Rekabet Halleri ve Rekabetin Korunması” Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1998.

ŞENOCAK, Kemal, “Haksız Rekabet Açısından Boykot” **BATİDER**, Ankara 2009, C. XXV, S.1, s. 67-95, Kısaltması: Boykot.

ŞENOCAK, Kemal, “İşletme Personelinin Ayartılması Meselesinin Haksız Rekabet Hükümleri Çerçevesinde (TTK m 56 vd.) Değerlendirilmesi”, **Batider**, Ankara, 2001, C. 50, S. 2, s. 193-246.

TARMAN, Zeynep Derya, “Akid Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü”, **AÜHFD**, C 57 Sa 2 193-221 (Roma II), s. 194. <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2008-57-02/AUHF-2008-57-02-tarman.pdf>

TEKİNALP, Ünal, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, İstanbul, Arıkan Basın Yayım Dağıtım Ltd şti, IV. Bası, 2005.

TEKİN, Vasfi Nadir, **Pazarkana İlkeleri, Politikalar-Stratejiler-Taktikler, Ankara, Seçkin**, 2006.

TEOMAN, Ömer, **Tüm Makalelerim**, C. III, 2002-2010, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.

TESAL, Reşat D. **Ticaret Hukuku**, İstanbul, İstanbul Matbaası, 1984.

The unfair commercial practices directive. Questions and the answers, 12 december 2007, Erişim: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/07/572&format=HTML&aged=1&language=EN&guiLanguage=tr> Tarihi: 21.06.2010, Atıflar: Questions and the answers.

TOLUN, Osman., 'Gayrî Kanunî Rekabet Hukukunda Amme Menfaatleri', **Adalet Dergisi**, S. 5, 1956, F. 4, s. 522-556.

TÜRK, Ahmet, **Menfi Tespit Davası**, Ankara, Yetkin, 2006. Kısaltması: Menfi Tespit.

TÜRK, Ahmet, Yayın yoluyla haksız rekabet, **BATİDER**, 2000 C. XX, S. 4, s. 237-242. Kısaltması: Haksız Rekabet.

TÜRKAN, Erdal, "Haksız Rekabetin Hukuki ve İktisadi Boyutları", **Rekabet Forumu**, S. 32, s. 2,

Erişim: Http://Www.Rekabetdernegi.Org/Rk_Bulten/Sayi32.Doc, Tarihi: 15.09.2006.

TÜSİAD, "Devlette Etikten Etik Devlete: Kamu Yönetiminde Etik", **Kavramsal Çerçeve Ve Uluslar Arası Uygulamalar**, C. I, İstanbul, 2005.

UŞAN, Fatih, **İş Hukukunda İş Sırlarının Korunması**, Ankara, Seçkin, 2003.

ÜLGEN, Hüseyin, vd, **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, Üçüncü Bası, 2009.

WADLOW, Christopher "The New Private International Law Of Unfair Competition And The 'Rome II' Regulation" *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2009, Vol. 4, No. 11 Erişim: <http://jiplp.oxfordjournals.org/content/4/11/789.full.pdf+html>, Tarihi: 15.09.2006.

WILHELMSON, Thomas, "Harmonizing Unfair Commercial Practices Law: The Cultural And Social Dimensions", **Osgoode Hall Law Journall**, 44osgoode HALL LJ 2006, s, 461-501, s. 474, Erişim: www.heinonline.org Tarihi: 21.06.2010, Kısaltması: Harmonizing.

WILLHELMSON, Thomas, European Rules on Pre-contractual Information Duties? **ERA Forum**, S, 16-25, V 7, NO: 1 Erişim, <http://www.springerlink.com/content/1360484377837122/>, Tarihi: 10/12/2011, Kısaltması: European Rules.

YALÇINER, Kürşat, AKSOY, Emine Ebru, **Yatırım Projelerinin Değerlemesi**, Ankara, Detay, 2011.

YANLI, Veyliye, “İltibas Nedeniyle Haksız Rekabetin Önlenmesi Davası Açma Hakkının Kaybı”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu**, XXI 9-10 Aralık, Ankara, 2006, s. 289-336.

YASAMAN, Hamdi, “Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Kapsamı”, **İsviçre Borçlar Kanunu’nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku’nun Türk Ticaret Hukuku’na Etkileri**, Vedat kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 1-83.

YAVAŞ, Murat, “Haksız Rekabet Kavramı ve Bu Alandaki Koruyucu Dava Ve Tedbir Türleri”, **Doç. Dr. Mehmet Somer’in Anısına Armağan**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi ; Yayına Hazırlayan: Murat Yusuf Akın, s. 771-795.

YILDIRIM, Nevhis Deren, **Haksız Rekabet Hukuku İle Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku’nda İhtiyati Tedbirler**, İstanbul, Alkım, 2. Baskı, 2002.

YUSUFOĞLU Fülürya , “Türk ve İsviçre Hukuklarında Karşılaştırmalı Reklamlar”, **İsviçre Borçlar Kanunu’nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku’nun Türk Ticaret Hukuku’na Etkileri**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008.

YUSUFOĞLU, Fülürya, “Haksız Rekabetin Oluşmasının Şartlarından Biri Olarak Haksız Rekabet Oluşturan Fiilin Türkiyede Sonuç Doğurması”, **İsviçre Borçlar Kanunu’nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku’nun Türk Ticaret Hukuku’na Etkileri**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 83-113, Kısaltması: Türkiyede Sonuç Doğurma.

ÖZET

AKSOY Mehmet Ali, Haksız Rekabet Halleri ve Haksız Rekabetin Tespiti, Doktora Tezi, Ankara, 2011

Sosyal piyasa ekonomilerinde, piyasa katılanları arasında serbest rekabetin her boyutuyla düzenlenmesi gerekmekte ve haksız rekabet hukuku, tüm katılanlar lehine bu tür düzenlemelerin sağlanması araçlarından birini oluşturmaktadır. Haksız rekabete ilişkin olarak Türk Hukuku düzenlemelerinin en büyük ve önemli parçasını 6762 Sayılı TTK'nin genel hüküm olan 54. maddesi ve haksız rekabet hallerini düzenleyen 55. maddesi oluşturmaktadır¹. Düzenlemenin amacı, rakipleri, tüketicileri ve diğer piyasa katılanlarını ve bu sayede kamunun menfaatlerini haksız rekabete karşı korumaktır. Türk hukukunda haksız rekabet ilişkin düzenlemeler Borçlar Kanunu, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun gibi çeşitli düzenlemelerde bulunmaktadır ayrıca adil ticaret dolaylı olarak Türk Özel Hukukunun fikri mülkiyet hukuku gibi çeşitli alanlarıyla da bağlantılı kabul edilmektedir.

Haksız rekabete ilişkin AB müktesebatının birincil (roma anlaşmasının 3, 10, 28, 49. maddeleri gibi) ve ikincil hukuk olarak anılan AB Yönergeleri de ayrıca Türk Haksız Rekabet Hukukunun kaynağı olarak kabul edilmekte ve Türk Hukukunu etkilemektedir. AB Hukukunu uyumlulaştırma projesi 97/55/AT Yönergesiyle karşılaştırmalı reklamları da içerir şekilde değiştirilen 84/450/AET Yönergesiyle başlamıştır. 2005/29/AT Haksız Ticari Uygulamalar Yönergesi ise mayıs 2005'de kabul edilmiştir. Yönerge, tüketiciye yönelik ticari uygulamalarda tüketicinin iktisadi menfaatlerini doğrudan korumaktadır. Haksız ticari uygulamalar aldatıcı ticari uygulamalar ve saldırgan ticari uygulamalar olmak üzere iki kategoride ele alınmakta ayrıca Yönerge ek I

¹ 6102 Sayılı TTK'nin haksız rekabete ilişkin temel düzenlemesini genel hükmü oluşturan 56. maddesi ve uygulama örneklerini düzenleyen 57. maddesi oluşturmaktadır. Kanun haksız rekabet hallerini daha detaylı düzenlemek yanında AB Müktesebatına uyum amacı da taşımaktadır.

kısımında her durumda haksız kabul edilen 31 adet ticari uygulama içermektedir.

Ayrıca Paris Sözleşmesi, TRİPS gibi Türkiye'nin taraf olduğu uluslara arası anlaşmalar da Türk Haksız Rekabet Hukukunun kaynağını oluşturmaktadır.

Anahtar Sözcükler

1. Haksız Rekabet Hukuku
2. Haksız Rekabet Halleri
3. Haksız Rekabetin Tespiti
4. Ortalama Tüketici
5. 2005/29/AT Yönergesi

ABSTRACT

AKSOY Mehmet Ali, "Categories and Characterization Criteria of Unfair Competition", Doctorate Thesis, Ankara, 2011

It is generally recognized that in a social market economy, free competition among the market players has to be regulated to a certain extent. The law on unfair competition has the task of providing such regulation to the business activities of all the players in a fair and reasonable manner. In Turkey, the greater and most essential part of the legislation concerning unfair competition is systematically contained in article 54 (general clause) and 55 (objectionable practices) of the Turkish Commercial Act (6762) [Türk Ticaret Kanunu(TTK)] which last amended TTK (6102)¹. The purpose of the Act is to protect competitors, consumers, and other market participants against unfair competition as well as to protect the interests of the general public.

Competitive regulations can furthermore be found in other laws, for instance, Code of Obligations, Law on the Protection of Consumers (4077) and the principle of fair trade is indirectly invoked in several areas of the Turkish private law, for instance, in the Trademark Decree Law (556) and other intellectual property law regulations.

The body of laws of the European Community also contain partial regulation of legal matters involving unfair competition. Both primary laws (EC agreements m 3, 10, 28, 49) and secondary laws (ordinances, directives, decisions) contain regulations that impact Turkish domestic law. The

¹ The core provisions of the new Act are found in sections 56 general clause and m 57 unfair commercial practices. The new TTK is detailed and complex, since it seeks not only to regulate or restrain a large number of objectionable practices but also to take account of the requirement to implement various European Union Directives.

European harmonization process on unfair competition law started with the 84/450/EEC Directive on Misleading Advertising, which was amended 97/55/EC Directive so as to include comparative advertising. *2005/29/EC Directive on Unfair Commercial Practices was adopted in May 2005.* The Directive directly protects consumer economic interests from unfair business to- consumer commercial practices. Unfair competition is elaborated by rules on the two most common types of commercial practices, misleading commercial practices and aggressive commercial practices. Annex I to the Directive enumerates 31 commercial practices which are in all circumstances considered unfair.

There are also other laws of international relevance deserving of attention, such as, for instance, the Paris Convention and bilateral treaties for protection against unfair competition.

Key Words,

1. Unfair Competition Law
2. Unfair Commercial Practices
3. Characterization Criteria of Unfair Competition
4. Average Consumer
5. 2005/29/EC Directive