

T.C. İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

İNTERNETTE HAKSIZ REKABETİN ÖNLENMESİ

DOKTORA TEZİ

Güzide SOYDEMİR

Enstitü No: 0710110006

ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

PROGRAM: ÖZEL HUKUK

TEZ DANIŞMANI: Doç. Dr. Hanife ÖZTÜRK

HAZİRAN 2014

T.C. İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

İNTERNETTE HAKSIZ REKABETİN ÖNLENMESİ

DOKTORA TEZİ

Güzide SOYDEMİR

Enstitü No: 0710110006

ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

PROGRAM: ÖZEL HUKUK

Tezin Enstitüye Verildiği Tarih: 23.06.2014

Tezin Savunulduğu Tarih: 16.07.2014

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Hanife ÖZTÜRK

Diğer Jüri Üyeleri:

Prof. Dr. Merih Kemal OMAĞ

Prof.Dr. Atilla ALTOP

Prof.Dr. Mehmet BAHTİYAR

Prof.Dr. Ayşenur BERZEK

HAZİRAN 2014

ÖNSÖZ

Doktora tez konusu olarak seçtiğim İnternette Haksız Rekabetin Önlenmesi başlıklı çalışmamın her aşamasında yardımlarını esirgemeyen, yapıcı ve destekleyici fikirleri ile bana daima yol gösteren Tez Danışmanım ve değerli hocam Doç. Dr. Hanife Öztürk'e, tez danışma komitemde yer alan, eğitimim sırasında engin bilgi ve tecrübelerin ile çalışmalarına ışık tutan, Prof. Dr. Merih Kemal Omağ'a, Prof. Dr. Atilla Altop'a; Tez Savunma Jürimde görüşleri ile çalışmama ivme kazandıran Prof. Dr. Mehmet Bahtiyar'a ve Prof.Dr. Ayşe Nur Berzek'e;

Çalışmalarım sırasında emeği geçen, beni devamlı teşvik eden, çalışmalarımı yönlendiren değerli hocalarım Prof. Dr. Turhan Esener'e ve Prof. Dr. İlhan Ulusan'a, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a ve Prof. Dr. Ali Necip Ortan'a ve Prof. Dr. Turgut Öz'e,

Manevi destekleri dolayısıyla her zaman yanımda olduğunu hissettiğim çok değerli hocam ve büyüğüm Dr. Altan Edis'e, ayrıca çalışmalarım esnasında manevi desteklerini sürekli yanımda hissettiğim Ekrem Çatay'a, manevi desteği, sevgisi ve sonsuz sabrı ile daima yanımda olan ve beni her konuda destekleyen sevgili annem Kadriye Soydemir'e ve teyzem Hatice Yazıcıoğlu'na, ömrü vefa ettiği sürece her konuda desteğini hissettiğim, çalışmalarımda ilgi ile bana yol gösteren değerli büyüğüm merhum Av. Hûlûsi Yazıcıoğlu'na sonsuz teşekkürlerimi sunarım.

Güzide Soydemir

23.06.2013

İÇİNDEKİLER

| | |
|---------------------|-----|
| ÖNSÖZ..... | ii |
| İÇİNDEKİLER..... | iii |
| KISALTMALAR..... | vii |
| TABLO LİSTESİ | x |
| ÖZET..... | xi |
| GİRİŞ..... | xv |

BİRİNCİ BÖLÜM

HAKSIZ REKABETE İLİŞKİN DÜZENLEMELER KAPSAMINDA DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRI SATIŞ YÖNTEMLERİ VE DAVRANIŞLAR

| | |
|--|----|
| I. HAKSIZ REKABET KAVRAMI..... | 1 |
| II. HAKSIZ REKABETİN TEMEL İLKESİ | 7 |
| III. DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRI REKLAMLAR VE DAVRANIŞLAR | 16 |
| A. DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRI REKLAMLARA İLİŞKİN AB MEVZUATI | 17 |
| 1. 2005/29 Sayılı AB Haksız Ticari Uygulamalar Direktifi | 21 |
| 2. 2005/29 Sayılı Direktif İle Haksız Olduğu Kabul Edilen Spesifik Ticari Uygulamalar | 26 |
| B. DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRI REKLAMLAR VE İNTERNET REKLAMLARI | 32 |
| 1. Haksız Ticari Uygulamalar | 45 |
| 2. Reklam Kurulu'nun Görev ve Yetkisi..... | 47 |
| C. İSTENMEYEN E-POSTALAR | 54 |
| 1. ABD Hukuku - DMCA ("Digital Millenium Copyright Act)..... | 63 |

| | |
|---|------------|
| 2. Opt Out – Opt In Sistemleri..... | 70 |
| D. DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRI SATIŞ YÖNTEMLERİ VE DAVRANIŞLAR..... | 74 |
| 1. Genel İtibariyle Yanıltıcı ve Aldatıcı Beyanlar | 74 |
| 2. Tanınmışlıktan Yararlanmak ve Karşılaştırmalı Reklamlar | 81 |
| 3. Meta-Tagging - Anahtar Kelime Seçimi | 87 |
| 4. İnternette Embed Verilmesi Yoluyla Sunum..... | 90 |
| 5. Dürüstlük Kuralına Aykırı ve Saldırgan Satış Yöntemleri | 92 |
| IV. DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRI “YÖNLENDİRME” VE İŞ ÜRÜNLERİNDEN YETKİSİZ YARARLANILMASI | 98 |
| A. SÖZLEŞMEYİ İHLALE VEYA SONA ERDİRMEYE YÖNELTMEK YOLUYLA HAKSIZ REKABET | 99 |
| 1. Müşterileri Kurulu Sözleşmelere Aykırı Davranmaya Yöneltmek | 100 |
| 2. İşçiler Ve Yardımcı Kişilere Yarar Sağlamak Yoluyla Haksız Rekabet..... | 101 |
| B. BAŞKALARININ İŞ ÜRÜNLERİNDEN YETKİSİZ YARARLANMA | 102 |
| C. İŞ ÜRÜNLERİNDEN YETKİSİZ YARARLANMA KAPSAMINDA DÜRÜSTLÜK KURALINI BOZUCU ÖZEL YÖNTEMLER | 110 |
| 1. Sanayi Casusluğu | 111 |
| 2. Teknoloji Hırsızlığı (Korsan) | 114 |
| 3. Kıyaslama (Benchmarking) | 117 |

İKİNCİ BÖLÜM
İNTERNETTE YAYINLANAN İÇERİK BAKIMINDAN
DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRILIK

| | |
|---|------------|
| I. İNTERNETTE YAYINLANAN İÇERİĞİN TÜRÜ BAKIMINDAN HAKSIZ REKABETİN ÖNLENMESİ | 120 |
| A. İNTERNET SİTESİ VE UNSURLARININ YÖNELDİĞİ HAKLAR BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ | 124 |
| B. İNTERNETTE HAKSIZ REKABETİN KİŞİSEL TEDBİRLER İLE ÖNLENMESİ KAPSAMINDA TEKNİK YÖNTEMLER VE ALTERNATİF ARAYIŞLAR | 135 |
| 1. Haksız Rekabetin Kişisel Tedbirler İle Önlenmesi Adına Dijital Hak Yönetimi ("DRM") Sistemi | 136 |
| 2. Teknolojik Koruma Kapsamında Alternatif Arayışlar | 140 |
| 3. Adil Kullanım Doktrini (Fair Use Doktrin)..... | 145 |
| II. ALAN ADI İHLALİ YOLUYLA DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRI DAVRANIŞLAR..... | 147 |
| A. BİR ALAN ADININ BAŞKASININ MARKA, TİCARET UNVANI, İŞLETME ADI GİBİ KORUNAN BİR HAKKINI İHLAL ETMESİ | 149 |
| B. ALAN ADI İŞGALİ VE ALAN ADI TİCARETİ | 153 |
| C. TANINMIŞ MARKANIN ALAN ADI OLARAK KULLANIMI..... | 156 |
| D. İNTERNET ALAN ADLARININ TAHSİSİ VE İDARİ SİSTEMİ | 170 |
| 1. ICANN Tahkim Usulü..... | 175 |
| 2. Türkiye'de Alan Adlarının Tahsisi ve Yönetimi | 185 |

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HAKSIZ REKABETTEN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUK

| | |
|---|-----|
| I. DAVA YOLLARI VE TALEPLERİN ÇEŞİTLİLİĞİ..... | 200 |
| A. TESPİT DAVASI | 200 |
| B. HAKSIZ REKABETİN MEN'İ DAVASI | 201 |
| C. HAKSIZ REKABETİN SONUCU OLAN MADDİ DURUMUN ORTADAN KALDIRILMASI DAVASI | 202 |
| D. TAZMİNAT DAVASI | 203 |
| 1. Maddi Tazminat Davası..... | 203 |
| 2. Manevi Tazminat Davası..... | 206 |
| II. İHTİYATİ TEDBİRLER..... | 207 |
| A. TTK'DA DÜZENLENEN İHTİYATİ TEDBİR HALLERİ..... | 210 |
| B. USUL HUKUKU YÖNÜNDEN İHTİYATİ TEDBİRİN ŞARTLARI | 210 |
| C. İHTİYATİ TEDBİR TÜRÜ OLARAK DELİLLERİN TESPİTİ | 211 |
| D. DURUM VE ŞARTLARIN DEĞİŞMESİ NEDENİYLE İHTİYATİ TEDBİR KARARLARININ DEĞİŞTİRİLMESİ VE KALDIRILMASI..... | 212 |
| E. TEMİNAT GÖSTERMEK SURETİYLE İHTİYATİ TEDBİRİN DEĞİŞTİRİLMESİ VEYA KALDIRILMASINI TALEP HAKKI | 214 |
| F. TEDBİRE MUHALEFETİN SONUÇLARI | 214 |
| III. HAKSIZ REKABET DAVASININ TARAFLARI | 215 |
| A. DAVACILAR | 215 |
| 1. Rakipler | 216 |

| | |
|---|------------|
| 2. Müşteriler..... | 217 |
| 3. Meslek Birlikleri Ve Kuruluşlar | 219 |
| B. DAVALILAR | 220 |
| 1. Rakipler | 220 |
| 2. Üçüncü Kişiler | 220 |
| C. HÜKMÜN ÜÇÜNCÜ ŞAHISLARA ETKİSİ..... | 227 |
| IV. BASIN, YAYIN, İLETİŞİM VE BİLİŞİM KURULUŞLARININ SORUMLULUĞU | 227 |
| V. ZAMANAŞIMI | 231 |
| VI. CEZA SORUMLULUĞU | 234 |
| SONUÇ | 236 |
| KAYNAKÇA..... | 246 |
| EK I. Directive 2005/29/EC Of The European Parliament And Of The Council (2005/29 Sayılı AB Haksız Ticari Uygulamalar Direktifi) | 247 |

KISALTMALAR

| | |
|----------|---|
| AB | : Avrupa Birliği |
| ABD | : Amerika Birleşik Devletler |
| AÜSBF | : Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi |
| AY | : Anayasa |
| BATİDER | : Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi |
| BK | : Borçlar Kanunu |
| Bkz. | : Bakınız |
| BTK | : Bilgi Teknolojileri Kurumu |
| C. | : Cilt |
| CAN-SPAM | : Amerikan Spam Yasası |
| CC | : Creative Commons |
| COM | : The Commission |
| CPU | : Central Processing Unit |
| CUE | : Computer Users of Europe |
| çev. | : çeviren |
| Der. | : derleyen |
| DMCA | : Digital Millenium Civil Act |
| E. | : Esas |
| EC | : Avrupa Adalet Divanı (European Court) |
| FTC | : Federal Trade Commision |
| FTCA | : Federal Trade Commission Act |

| | |
|--------|---|
| FSEK | : Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu |
| GATT | : General Agreement of Tariffs and Trade |
| GSÜD | : Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi |
| HD | : Hukuk Dairesi |
| HGK | : Hukuk Genel Kurulu |
| HMK | : Hukuk Muhakemeleri Kanunu |
| IANA | : İnternet Assigned Numbers Authority |
| ICANN | : İnternet Corporation for Assigned Names and Numbers |
| IETF | : İnternet Engineering Task Force |
| INTA | : International Trademark Association |
| K. | : Karar |
| KHK | : Kanun Hükmünde Kararname |
| MarKHK | : Markaların Korunması Hakkında KHK |
| md. | : madde |
| MK | : Medeni Kanun |
| NAF | : National Arbitration Forum |
| NİST | : National Institute Of Standards And Technology |
| ODTÜ | : Ortadoğu Teknik Üniversitesi |
| RG | : Resmi Gazete |
| RK | : Reklam Kurulu |
| RKHK | : Rekabetin Korunması Hakkında Kanun |
| S. | : Sayı |
| s. | : Sayfa |
| SAGE | : Software Action Group for Europe |
| t. | : Tarih |

| | |
|--------|--|
| TBV | : Türk Bilişim Vakfı |
| TİB | : Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı |
| TKHK | : Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun |
| TRABIS | : “.tr” uzantılı alan adı başvuru sistemi |
| TRIPS | : Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Including Trade in Counterfeit Goods |
| TSYG | : Kişisel Bilgilerin İşlenmesi Hakkında AB Yönergesi |
| TTK | : 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu |
| UBE | : Unsolicited Bulk Email |
| UCE | : Unsolicited Commercial Email |
| UCPD | : Unfair Competition Practices Direktive |
| UÇHS | : Uyuşmazlıkları Çözüm Hizmet Sağlayıcı |
| UÇK | : Uyuşmazlık Çözüm Kurulu |
| UÇM | : Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması |
| UDRP | : Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy |
| URGH | : Alman Fikri Haklar Kanunu |
| UWG | : Alman Haksız Ticaret Kanunu |
| WIPO | : World Intellectual Property Organisation |
| Yarg. | : Yargıtay |
| ZPO | : Alman Medeni Usul Yasası |

TABLO LİSTESİ

| | | |
|----------------|---|-----|
| Tablo 1 | Dünya Çapında Dijital Ve Dijital Olmayan Harcamalara Yönelik Artış Oranları | xv |
| Tablo 2 | AB Üye Ülkeleri Sosyal Paylaşım Ağı Kullanımı | 78 |
| Tablo 3 | Creative Commons Lisansı ve İçeriği | 142 |
| Tablo 4 | Alan Adı Tahsis Yönetmeliğine göre Belge Karşılığı Tahsis Edilecek Alan Adları Listesi | 195 |

Enstitüsü : Sosyal Bilimler Enstitüsü
Anabilim Dalı : Özel Hukuk Anabilim Dalı
Programı : Özel Hukuk Doktora Programı
Tez Danışmanı : Doç. Dr. Hanife Öztürk
Tez Türü ve Tarihi : Doktora – Haziran 2014

ÖZET

İNTERNETTE HAKSIZ REKABETİN ÖNLENMESİ

Güzide Soydemir

Bu çalışmanın konusu günümüzün gelişen koşullarında internette meydan verilen haksız rekabetin önlenmesine yönelik, AB Direktifleri, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile getirilen ve dürüstlük kuralı prensipleri dahilinde tüm katılanların menfaatine bozulmamış bir iktisadi rekabet ortamının sağlanması yolunda içtihat ve alternatif arayışların araştırılmasıdır. Çalışmanın hedefi, uygulamada internet teknolojileri ile tartışmaya açılan ve iktisadi rekabeti bozucu şartları beraberinde getiren haksız rekabetin spesifik görünüm şekillerini ve basın, yayın ve iletişim kuruluşlarının sorumlulukları ile idari kurumların karar alma mekanizmaları dahilinde araştırmaktır.

Araştırma, Haksız Rekabet Hukukuna dair güncel sorunları irdelemek ve olası çözümleri önermek adına, iletişim teknolojilerinin getirdiği yenilikler çerçevesinde, iktisadi rekabetin uygulamada ele alınış biçimlerini ve bu konuda uyum süreci kapsamında alınabilecek tedbirleri geliştirmeyi amaçlamaktadır.

Çalışma Haksız Rekabet Hukukunun yalnızca tacirler arası uygulama alanı bulan ve bu bakımdan teşebbüslerin serbest piyasaya arz etmekte olduğu ürün ve hizmetlere ilişkin faaliyetlerinde dürüstlük kuralına uygun hareket etmeleri ile sınırlanamayacağını, dürüst ve bozulmamış rekabetin tüm katılanların menfaatine sağlanabilmesi adına, rekabet ortamını bozucu eylem, kural ve davranışların gerektiğinde spesifik olarak sayılarak, rekabet ortamının bozulmasından etkilenecek yahut etkilenme tehlikesi ile karşı karşıya kalacak tüm çevreleri kapsam dahiline alan bir mevzuat çalışması ile düzenlenmesi, internet sitelerinde yer alan içerik ve kapsamdan dolayı ülke düzeyinde yapılan çalışmaların kısıtlı kalacağı ve haksız rekabete meydan veren internet sitelerinin bu düzenlemeler dikkate alınarak geniş

katılım gösteren ülkeler düzeyinde bir engellemesinin yapılması gereğini göstermiştir.

Anahtar Sözcükler: Ticaret, Rekabet, Tüketici, Haksız Rekabet, İnternet, Haksız Ticari Uygulamalar, İnternet Sitesi, Reklam, Alan adı,

Bilim Dalı Sayısal Kodu :

Institute : **Institute of Social Sciences**
Department : **Department of Private Law**
Program : **Private Law Doctoral Program**
Thesis Advisor : **Assoc. Prof. Dr. Hanife Öztürk**
Type and Date of Thesis : **Doctoral – May 2014**

SUMMARY

PREVENTION OF UNFAIR COMPETITION ON INTERNET

Güzide Soydemir

The subject of this study is to research case laws and alternative means to maintain an uncorrupted economic competition environment for the good of all participants in order to prevent instances of unfair competition on the internet environment under the evolving conditions of our day as per EU Directives, the Turkish Commercial Code No. 6102, Law No. 6502 on the Protection of the Consumer and the principles of good faith. This study aims to cover specific forms of appearance of unfair competition that is, in practice, brought into discussion by internet technologies and brings about the conditions which disrupts economic competition, within the framework of the responsibilities of press, media and communication organizations and the decision making mechanisms of administrative bodies.

It also aims to develop measures to address economic competition in practice and measures to be adopted for compliance to examine the current problems in the Unfair Competition Law and suggest possible solutions within the framework of novelties brought by communication technologies.

This study shows that the Unfair Competition Law cannot be limited to transactions between merchants and compliance of enterprises with the principle of good faith in their activities for supplying goods and services to the free market, and that a legislative work is required to list actions, rules and behaviors that might disrupt the competitive environment specifically when required and encompass all circles to be affected by or to face the danger of being affected by disruption of the competitive environment in order to maintain a fair and undisrupted competitive environment for interests of all participants, and that the works aimed at contents and scope of web sites should not be limited to local level and restrictions for web sites allowing unfair competition should extend to a wide range of participant countries with consideration to the said arrangements.

Keywords: Commerce, Competition, Consumer, Unfair Competition, Internet, Unfair Commercial Practices, Website, Advertisement, Domain

Numerical Code of Discipline:

GİRİŞ

İnternet, toplumsal ve kültürel iletişim ağı; ticari, eğitimsel ve sosyal amaçlı bir iletişim sistemidir. Bu sistemin amacı, insanlığa mal olmuş duygu ve düşüncelerin yayılmasını sağlamaktır. İnternetin bu yayılma amacı, uygulamada bir takım yaratıcılık engelleri ile karşılaşmaktadır. Geleneksel iletişim yöntemlerinden farklılık arz eder yapısı dolayısıyla internet¹in ayrı bir mevzuat ile düzenlenmesi ve mümkün merteye ulusal sınırlar ile kısıtlanmaması gerekmektedir. İnternette meydana verilen her türlü hukuka aykırı fiile karşı yapılmakta olan ilk hata, esasen muteber ulusal düzenlemeleri bir ölçüt kabul ederek, bunların internette fizibilitesini ve meşruiyetini ölçmektir.²

Modern kapitalist ekonomi düzenlerinin temeli, bireylerin rekabet özgürlüğüne dayanmaktadır fakat her hak gibi bireyin rekabet özgürlüğü hakkının da, kötüye kullanılmaması için bir takım tedbirlere başvurulması olağandır. Ancak, her kitle iletişim aracı, tarih boyunca kuşku ile karşılanmış ve topluma zarar verebileceği korkusuyla aşırı ve ölçsüz düzenlemelere tabi tutulmuştur.

Rekabet hakkının kötüye kullanılmaması veya Kanun Koyucular tarafından "haksız rekabet" olarak isimlendirilen bu hale karşı, rekabet özgürlüğü korunduğu oranda yaptırımlar öngörülmalıdır. Haksız rekabete meydan veren tarafça, kendi ürünlerinin kalitesini iyileştirecek yerde, bir başka teşebbüsü rakip ilan etmek, bir firma

¹ İnternetin teknik yapısına ilişkin bkz. Scott Winderatt, David Hardisty, David Eastment: **"The Internet"**, Oxford, 2000., s. 5 vd. Jack Lee Goldsmith,, **"Against Cyberanarchy"**, University of Chicago Law School Publications, 1999.; Jack Goldsmith, Tim Wu **"Who Controls The Internet? Illusions of a Borderless World"**, Oxford, 2006., s.2. Sevilay Eroğlu, **"İnternette "Aktif Linkler yoluyla Fikri Haklara Müdahale"**, Prof. Dr. Ünal Tekinalp'e Armağan, İstanbul **"İnternet miktar bakımından sınırsız ve yıllardan bir hızla büyüyen birbirinden bağımsız olarak hazırlanan bağlanmış metinler ağından oluşur. Tüm internet sayfaları HTML (Hypertext Markup Language_ Aktif Metin İşaretleme Dili) dilinde formatlanmışlardır. İnternetin bilgi değeri sadece internete konulan bilgi sayfalarının sayısıyla değil, aynı zamanda linklerin sayısıyla artar. "**, s. 210., dipnot 5., **"Aktif Linkler"**.

² Goldsmith, s. 6., Servet Yetim, **"5651 Sayılı Yasa Kapsamında Tutulan İnternet Trafik Bilgilerinin Özel Hayat ve hayatın Gizliliği Kapsamında Değerlendirilmesi"**, Terazi Hukuk Dergisi, S.36., Ankara 2009., s.55 vd. ("5651")

ürünlerinin kötü nitelikte olduğunu kasten ve haksız yere yaymak, kendi ürün ve hizmetlerine ilişkin haiz olmadığı vasıfları haiz imiş gibi göstermek veya piyasada aranan ve tutulmuş bir markayı taklit ederek kolay ve haksız kazanç sağlamaya çalışmak olasıdır. Bu çalışmaların kitle iletişim araçları ile de işlenmesi ve özellikle haksız rekabete meydan verilmesi, mevzuatça çizilen sınırları dahi zorlayan, kimi araçların ve teknik uzmanlık gerektiren yöntemlerin aktif rol oynaması sonucunu doğurmuştur.

İnternette haksız rekabete meydan verilebilmesi, çalışmamızda örneklemelerine yer verdiğimiz kimi teknik yöntemlerle yapılabileceği gibi, pek tabii işlenmesi teknik uzmanlık gerektiren bu yöntemlerin takibinin ve önlenmesinin yapılması ve bu tür yöntemlerin ortadan kaldırılabilmesi için de, özel bir takım yöntemlere ve araçlara ihtiyaç duyulmaktadır. Çalışmamızda teknik takip zorunluluğu ile internette meydan verilen haksız rekabetin önlenmesi adına mevzuatça sınırları öngörölmüş yöntemler ve dava yollarının spesifik örneklerine yer verilmiştir.

İnternetin hukukun uygulama alanına dahil olduğu ve mevcut hukuki düzenlemelerin internet ortamından kaynaklanan ihtilaflara da uygulanması gerekmektedir. Hukuk kuralları ekonomik ve teknik gelişim için multimedya tekniklerine göre uyarlanmalıdır. Diğer bir deyişle, ulusal hukuk kurallarının internette uygulanmasından ziyade, bu hususta uluslararası özel kanuni düzenlemeler getirilmeli ve dünya genelinde çatışmaların önlenmesi adına geniş katılımcı ulus ötesi bir yeknesaklık sağlanmalıdır.³ İnternetin gelişmesi karşısında meydana gelen haksız durumların bölgesel düzenlemelerin geleneksel görüşleri tamamen zayıflattığı söylenemez, bu etkiler sayesinde bölgesel ve ulusal hukuk kuralları bir genişleme yoluna girmişlerdir.⁴ Bugün uluslararası sözleşmelerin ve bölgesel düzenlemelerin hemen hemen hepsi ulus üstü çıkarların korunmasına hizmet eder tarzda uygulama adına tasarlanmaya başlamıştır.

³ Goldsmith, s. 11., Frank A. KOCH., "**Grundlagen des Urheberrechtsschutz im Internet und in Online-Diensten**", Frank A. KOCH., "**Internet- Recht: Praxishandbuch-mit dem neuen Medien- und Teledienstrecht, Checklisten und Musterverträgen**", München 1998, s.35.; Eroğlu, s. 209 vd.

⁴ Goldsmith, s. 7.

İnternette de özel görünümünün var olduğu kabul edilen rekabet ortamını bozucu davranışların, rekabetin tesisi amaçları paralelinde yaptırma tabii tutulacak olmaları, Kanun Koyucu'nun esas ilkelerinden biridir. Nitekim Pricewaterhousecoopers'ın (PWC) yapmış olduğu 2011 yılına ait global pazar araştırması,⁵ internet sitelerinin kullanılması yolu ile alışveriş yapılmasından gazete okuma ve film izleme alışkanlıklarına kadar geniş bir eğilimi işaret eden, medya ve eğlence sektörüne yönelik tüketici mecra eğilimleri ve harcamalarının, 2011 yılı itibariyle % 4,9 oranında gelişme kaydettiği, eğlence ve medya sektörüne yönelik dijital mecralardan ulaşma eğiliminin büyümeye devam edeceği kaydedilmiştir.

**Dünya Çapında Dijital Ve
Dijital Olmayan Harcamalara
Yönelik Artış Oranları**

| Yıl | Dijital | Dijital olmayan |
|------|---------|-----------------|
| 2011 | 28% | 72% |
| 2016 | 38% | 67% |

Tablo-1

Yukarıda Tablo -1 ile de ele aldığımız, araştırma neticesinde 2011 yılını takip eden, 5 yıl içinde sektörel pazarlama faaliyetleri açısından dijitalin kullanılması oranında büyüme oranı, % 12,1 olacak iken; fiziki ortamların tercih edilmesi ise dijital pazarlama alanları karşısında yalnızca % 2,8 oranında bir artış kaydedebileceği belirtilmiştir. Araştırma verileri, 2016 yılına gelindiğinde tüketici davranışlarının %67 büyüme oranı ile dijital kaynaklara kayacağına işaret etmektedir.

Rakiplerin yanı sıra rakip olmayan diğer piyasa katılımcılarının de menfaatlerinin zarar gördüğü haksız rekabet eylemlerinin ortaya çıkması ile haksız rekabetin

⁵ “*Digital now embedded in ‘business-as-usual’ for Entertainment & Media Industry, says PwC US*”, <http://www.pwc.com/us/en/press-releases/2012/digital-now-embedded.jhtml> (erişim tarihi: 12.03.2013)

önlenmesinde, sadece rakiplerin değil toplumun da ekonomik menfaatinin bulunduğunu kabul eden uluslararası ve ulusal düzenlemelerin de devreye girmesi ile, haksız rekabet tüm pazara katılanlar menfaatine sosyal yönü ağır basan bir kavrama tekabül etmeye başlamıştır. Bu yaklaşımdan hareketle özel kartel kanunları düzenlenmeye başlamıştır. Alman Hukukunda da 1957’de yürürlüğe giren Kartel Kanunu (GWB), haksız rekabet hukuku üzerine etkili olmuş, 6762 sayılı Kanun’u yürürlükten kaldıran 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun, var olan haksız rekabet hükümleri gözden geçirilerek dürüstlük kuralına aykırılık kıstası ile yorumlanmıştır. Ayrıca, haksız rekabet kurallarının kamunun menfaatini gözetici noktasında, özellikle tüketicilerin özgürce ve bilinçli bir şekilde karar almasını engelleyen uygulamalara karşı AB Reklam Yönergeleri ve AB Haksız Rekabet Direktifi ile uyum arz eder nitelikte, yeni bir tüketici mevzuatı belirlemek adına 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hazırlanmıştır. Böylelikle, TTK ile TKHK hükümleri bir kavuşum içinde tüm katılanların menfaatini tesis eder amaçla rekabet ortamın bozulmasını engellemek adına tedbirler alınmasını amaç edinmişlerdir.

Özellikle AB Haksız Ticari Uygulamalar Direktifi⁶ (“UCPD”) ile işaret edilen haksız ticari uygulamaların TKHK kapsamına alınması, tüketici mevzuatının yöneldiği amacı da genişletmiş, ticari faaliyetlere yönelik yaptırım tesis eder cihette yorumlanmalarına yol açmıştır. AB Haksız Rekabet Direktifi ile dikkate alınmış olan spesifik rekabetin bozulmasına meydan veren eylemlerin, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a ikincil mevzuat teşkil eder tarzda haksız ticari uygulamalar yönetmeliği ile belirleneceği Kanun Gereğesinde belirlenmiştir. Dolayısıyla yeni TKHK dönemi ile haksız rekabet hukuku çerçevesinde de önlemlerin alınması gereği, uygulamaların somutlaştırılması açısından yeni bir döneme işaret etmektedir. Burada Kanun Koyucu’nun tüketici yahut ticari teşebbüs ayırt etmeden ekonomik bir amaçla düzenin korunmasını amaç edindiği görülmektedir.

Nihayetinde gerek 6102 sayılı TTK hükümlerinin gerekse 6502 sayılı TKHK hükümlerinin, gelişen teknolojilerin görünümüleri ile birlikte bir doktora tezinde

⁶ 11.05.2005 t., S. 2005/29/EC, L 149/26 sayı ve 11.6.2005 tarihli Resmi Gazete, Directive 2005/29/EC of of 11 May 2005., Concerning Unfair Business-To-Consumer Commercial Practices In The Internal Market.

incelenmesinin faydalı olacağı kanaatine varılmıştır. Bu kapsamda, AB Direktifleri çerçevesinde öngörülen yeknesaklaştırma süreci ile birlikte haksız rekabet uygulamalarının özel görünüm arz eden biçimleri çalışmamızda ele alınan konular arasında yer almaktadır.

Çalışmamızda karşılaştırmalı hukukun verilerinden yararlanmak amacıyla, 6762 ve 6102 sayılı TTK ile 4077 sayılı TKHK ve 6502 sayılı TKHK hükümlerinin yanı sıra konuyla ilgili tartışmaların yoğun olarak yapıldığı Alman hukuklarına başvurulmuş, AB düzenlemeleri kapsamında yoğunlukla, AB Reklam Yönergeleri ve AB Haksız Ticari Uygulamalar Direktifi kapsamında yer verilen düzenlemeler dikkate alınmış, son olarak özellikle istenmeyen elektronik postaların rekabet etkisini bozucu etkisi dolayısıyla ABD hukukları incelenmiştir.

Üç bölümden oluşan çalışmamızın ilk bölümünde, haksız rekabet kavramı ve İsviçre ve Alman Hukuklarında haksız rekabetin engellenmesine ilişkin yasal düzenlemelerin gelişmesi ışığında yürürlüğe giren 6098 sayılı Borçlar Kanunu ile 6102 sayılı TTK'da yer alan paralel kavramlar, AB düzenlemelerine uygun olarak ele alınan 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümleri ile birlikte haksız rekabet kavramının işlevselliği ile kavramın yöneldiği ilke incelenecektir.

Bu kapsamda dürüstlük kuralına aykırı reklamlar ve satış yöntemleri ile diğer hukuka aykırı davranışların meydana geldiği rekabeti bozucu eylemlere ayrıca işaret edilecektir. Bunların AB mevzuatı kapsamında bir gelişim göstermekte olmasından hareketle, gelişmekte olan haksız ticari uygulamalar yaklaşımları ile Türk Hukuk sisteminde dürüstlük kuralına aykırı reklamlar ile reklam faaliyetlerinin ekonomik piyasayı bozucu etkisi birlikte ele alınacaktır. Dürüstlük kuralına aykırı davranışlar ile rekabetin bozulmasına yönelik eylemlere ilişkin aldatıcı ve yanıltıcı beyanların internette görünümü, dürüstlük kuralına aykırı diğer haksız rekabet halleri ile de, sözleşmeleri ihlale ve sona erdirmeye yönelik hareketler ile başkalarının iş ve ürünlerinden teknik imkanlar dikkate alınarak haksız surette yararlanma metodları dikkate alınacaktır. Nihayetinde internette meydana verilen haksız rekabet hallerine fikri haklar kapsamında düzenlenen özel haksız rekabet düzenlemeleri ve internet sitelerinin fikri haklar bakımından korunmasının teknik düzlemi üzerinde durulacaktır.

İnternet sitelerinde hak sahiplerinin rızası hilafına içeriklerin çoğaltılması, yayılması ve kamuya iletimi konusunda sınırlı bir uygulama alanına sahip bulunan ancak

günümüz gelişen teknolojileri ile kişilerin dava yoluna başvurmadan tesis etmesinde fayda bulunan teknik koruma uygulamaları bahsinde, teknik koruma imkanlarına değinilecek olup; bireysel alınabilecek önlemlerden olan ve sık tercih edilen teknik koruma metodlarının iş yöntemi olarak benimsenmesinin ekonomik piyasaya getirileri ile sistem uygulamasının eleştirileri üzerinde durulacaktır.

Son bölümde ise basın, yayın, iletişim ve bilişim kuruluşlarının sorumluluğu ile haksız rekabet hallerinden doğan hukuki ve cezai sorumluluk bahsine değinilecektir. Basın, yayın, iletişim ve bilişim kuruluşlarının günümüz gelişen teknolojileri kapsamında sorumluluğu incelenirken internet sùjeleri olarak bu kuruluşların konumu ve sorumluluklarının sınırı özel önem arz etmektedir. Web 2.0 mantığı ile yayın yapan Facebook, Twitter, Youtube gibi yayın platformlarının fikri haklar temelinde içeriğin kendileri tarafından değil, sağladıkları mecra dolayısıyla sayısı milyonlara varan kullanıcılar tarafından kamuya iletilmesi karşısında doğrudan sorumluluklarının bulunmayışı, uygulamada bu sitelerin bildirim üzerin içeriğin yayından kaldırılmasına ilişkin ikincil ve sınırlı bir sorumluluğu paylaşmalarına kadar indirgenmektedir. Anılan sitelerin sorumluluklarının fikri haklar temelinde hakkaniyet ölçüsü ile tartılması bir yana, içeriklerin çoğaltılmasından ötürü bir haksız rekabet eyleminin gelişmesi ancak bu meselenin mahkeme kararlarının gerekçesinde çoğu zaman yer almaması, konuyu haksız rekabet çerçevesinde değerlendirilmesi ihtiyacını da beraberinde getirmektedir.

Çalışmamız konuyla ilgili yapılan tespitleri ve varılan sonuçları kapsayan bir kısım ile son bulmaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

HAKSIZ REKABETE İLİŞKİN DÜZENLEMELER KAPSAMINDA DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRI SATIŞ YÖNTEMLERİ VE DAVRANIŞLAR

I. HAKSIZ REKABET KAVRAMI

Haksız Rekabet, Türk Borçlar Hukuku'na temel teşkil eden bir kavram olan haksız fiil'in özel bir türüdür.⁷ Haksız rekabet, aldatıcı hareket ve iyi niyet kurallarına aykırı olarak, çeşitli şekillerde ekonomik rekabetin kötüye kullanılmasıdır. Diğer yandan kişinin büyük kuruluşlarca ezilmesine engel olması beklenen bir ekonomik ortamda, yeni firmaların tesisine ve yeni buluşların meydana getirilmesine olanak veren, serbest ticaretin tesis ve devamına engel oluşturan, eylem ve oluşumlar olarak tanımlanabilir.⁸

Türk Anayasası⁹nda rekabet ilkesinden açıkça söz edilmemiştir. Ancak AY md. 48 hükmü, kişilerin diledikleri alanda çalışma, sözleşme yapma ve özel teşebbüsler

⁷ Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz., Kemal Oğuzman, Turgut Öz, **“Borçlar Hukuku Genel Hükümler”**, C.II, Gözden Geçirilmiş 10. Bası, s.2., “C.II”; Aynı yönde, Yarg., 11.HD. 21.2.2010 2008/9072 E. Ve 2010/591 K sayılı kararı., Andrew Terry., **“Unfair Competition And The Misappropriation Of A Competitor's Trade Value” The Modern Law Review**. Londra 2011., s.296 vd.

⁸ Sabih Arkan, **“Ticari İşletme Hukuku.”** Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 8. B 2005., Örs Fahri Halil., **“Türk Hususi Hukukunda Haksız Rekabet”**, Ankara 1958., s.22 vd., Rıza Ayhan., **“Haksız Rekabet Münasebetiyle Elde Edilen Menfaatin İadesi”** Konya 1990., s.2., Berzek Ayşe Nur., **“Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri”**., 9. Bası., İstanbul 2011., s. 85., Sami Karahan, Cahit Suluk, Tahir Saraç, Temel Nal; **“ Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları”**, İstanbul. 2007., s. 333., Mehmet Bahtiyar., **“Ticari İşletme Hukuku”**., Gözden Geçirilmiş Gözden Geçirilmiş 14. Bası., İstanbul 2013., s.112. vd., Ömer, Camcı, **“Haksız Rekabet Davaları –I”**, İstanbul, 2002., s.21.; Mehmet Özdamar, İbrahim Ermenek, **“Haksız Rekabet Kanunları ve Korunan Menfaat”**, Ankara Barosu Dergisi C.7., S. 2007/3, s.45 vd.

⁹ R.G. 09.11.1982 T., S.17863

kurma özgürlüğüne sahip olduklarını ve devletin özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri almakla görevli olduğunu hüküm altına almaktadır.

Serbest piyasa ekonomisi özel girişimlerin faaliyetlerini sağlıklı olarak sürdürmesinin rekabet kavramı ile yakın ilişkide olması ile sağlanır.¹⁰ Haksız rekabet teşkil eden faaliyetleri nedeni ile bir tacirin diğerine karşı neden olduğu zarar sebebiyle sorumluluğu ise, özünde bir haksız fiil sorumluluğudur. Haksız fiil sorumluluğu, Borçlar Hukuku anlamında, kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına verilen zararın giderilmesini amaç edinir. 6098 sayılı yeni Borçlar Kanunu¹¹ madde 49 kapsamında getirilen düzenleme gereği, zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralına dayanılmayan hallerde dahi, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlü kabul edilmelidir. Haksız fiil sebebiyle sorumluluğun doğduğunu kabul edebilmek için, haksız fiil unsurlarının da eylemde gerçekleşmiş olduğunun somut durumda aranması gerekir. Şöyle ki, fiilin haksız nitelikte bulunması, kusur ile zararın mevcudiyeti ve fiille zarar arasında illiyet bağının bulunması haksız fiil sorumluluğunun doğmasına sebebiyet verecektir.¹²

Hukukumuzda haksız rekabet konusunda 6098 sayılı Borçlar Kanunu ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu¹³ hükümlerinde iki ayrı düzenleme mevcuttur. Nitekim Türk Hukukunda haksız rekabet, esas itibariyle TTK'nın 54. ve devamı maddelerinde düzenlenmekle beraber, BK'nın 57. Maddesi de muhafaza edilmiştir.¹⁴ TTK'nın ilgili

¹⁰ Gamze ÖZ, **“Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması”**, Ankara, Rekabet Kurumu Yayını, 2000, s.6; Elif Sevinç, **“Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması”** Yüksek Lisans Tezi, AÜHF; s.80 vd.;

¹¹ 22.04.1986 t. ve 818 no.lu Borçlar Kanunu'nu md. 647 hükmü ile yürürlükten kaldıran, R.G., 04.02.2011., s.27836

¹² Oğuzman/Öz., “C.II”, s.3. vd.

¹³ 29/6/1956 t.ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nu md. 1533 hükmü ile yürürlükten kaldıran, R.G., 14.02.2011., s.27846

¹⁴ TTK madde 52 ve devamı maddeleri ile düzenlenen haksız rekabet bahsinde tercih edilen “ticaret hayatında geçerli olan dürüst uygulamalar”, “dürüst ve bozulmamış rekabet”, “tedarik edenler”, kavramlarının yoruma açık olmasından ötürü eleştirisi hakkında bkz. Mehmet Bahtiyar., **“Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Dili ve İfadeleri Yönünden Değerlendirilmesi”**, Legal Hukuk Dergisi., C.3., S. 31., İstanbul 2005., s.2458.

maddesi gibi, Borçlar Kanunu ikinci ayırımında “Haksız Fiilden Doğan Özel Borç İlişkileri” bahsinde 3. Başlık altında yer bulan madde 57 hükmü de, gerçek olmayan haberlerin yayılması veya bu tür ilanların yapılması ya da dürüstlük kurallarına aykırı diğer davranışlarda bulunulması yüzünden müşterileri azalan veya onları kaybetme tehlikesiyle karşılaşan kişilerin, bu davranışlara son verilmesini ve kusurun varlığı hâlinde zararının giderilmesini isteyebilmesine olanak tanımaktadır. Gerçek olmayan haberlerin yayılması yolunun, özel bir haksız rekabet hali olduğunu benimsenmesi, 6098 sayılı Kanun ile Borçlar Kanunu kapsamına getirilen yeni bir düzenlemedir. BK Tasarı Metni¹⁵ gerekçesi ile BK madde 57 kapsamında getirilen bu değişikliğin, iletişim teknolojisinde meydana gelen gelişmeler göz önünde tutularak hükme alındığı belirtilmiştir. Zira kusur esası gereğince bir kimseyi bir fiilden doğan zararı tazminle yükümlü kılabilmek için o kimsenin kınanmayı gerektiren bir davranışta bulunmuş olması gerekir.¹⁶ Fiil, ticari işlere ait haksız rekabet teşkil etmekte ise, BK amir hükümlerinden evvel, Türk Ticaret Kanunu hükümleri uygulanacaktır. Nitekim BK amir hükümleri ile de TTK'ya atıf yapılmaktadır. Ancak TTK ayrıntılı düzenlemeleri yanında, BK tarafından düzenlenen haksız rekabet halinin paralel bir uygulama alanı teşkil edip etmediği tartışmalıdır.¹⁷

TTK ve BK'da yer alan haksız rekabete ilişkin hükümler dikkate alındığında görülen, paralel düzenleniş tarzının benimsendiğidir. Zira yürürlükten kaldırılan Borçlar Kanunu md. 48 hükmünde de, TTK'nın haksız rekabet hükümlerine bir yollama mevcut idi. Oysaki eski BK mehzazı İsviçre'nin 1936 yılında çıkardığı “Haksız Rekabet Kanunu”dur. İsviçre'de eski BK md. 48 yeni BK md. 57'nin karşılığı olan madde ise, değişen yaşam koşullarının bir haksız rekabet kanunu hazırlanmasını şart koşması karşısında yürürlükten kaldırılarak Haksız Rekabet Kanunu'nun sadece tacirler veya ticari işletmeler arasında uygulanabilirliği değil, TTK

¹⁵Gerekçeli Tasarı Metni için bkz.

<http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamalari/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6098ss.pdf>
(erişim tarihi: 17.12.2013)

¹⁶ Oğuzman/Öz, “C.II”, s. 2.

¹⁷ Arkan, s. 291.; Bahtiyar, s. 139., Mustafa Topaloğlu., “**Bilgisayar Programları Üzerindeki Haklar ve Bu Hakların Korunması**”, Türkiye Bilişim Vakfı Yayınları, İstanbul, 1997.

gerekçesinde de yer verildiği gibi, aynı zamanda “iktisadi rekabetin her türlü kötüye kullanılması” ifadesi ile kapsam genişletilmiştir.¹⁸

Esasen, tam da bu nedenle, BK tarafından ayrıca haksız rekabet halinin düzenlenmiş olması ve Ticaret Kanunu amir hükümlerine halen yollama yapılıyor olması, gereği kalmayan ve değişen yaşam koşullarına uygun ve makul görünmeyen bir prensibi devam ettirmektir. Zira 6102 sayılı TTK hükümlerinin tüm iktisadi rekabet hallerine uygulanacağı tartışmasızdır.

Zira TTK ile yürürlükten kaldırılan, 6762 sayılı Kanun¹⁹da yer alan haksız rekabete ilişkin hükümlerin (m.56-65) kaynağı, İsviçre'nin 30.09.1943 tarihli Haksız Rekabete Dair Federal Kanun'u²⁰dur. İsviçre'de bu Kanunun yerini 19.12.1986 tarihli "Haksız Rekabete Karşı Federal Kanun" almış olmasına rağmen, İsviçre'de 01.03.1988 tarihinde yürürlüğe giren ve çeşitli tarihlerde değiştirilen bu yeni Kanun, TTK'nın haksız rekabet hakkındaki hükümlerin gözden geçirilmeleri sırasında dikkate alınmıştır.²¹

İsviçre'nin 1986 tarihli Kanunu, TTK 54 ve 55 inci maddelerine doğrudan kaynaklık etmiş olup, Kanunun diğer maddelere etkisi birkaç hükümlle sınırlı kalmıştır. Bunun sebeplerinden biri, TTK gerekçesinde, 6762 sayılı Kanunun haksız rekabete ilişkin 56 ve devamı maddelerinin, kanunun en çok uygulanan hükümleri arasında yer aldığı için Türkiye'de mahkeme kararları ve özgün doktrinle İsviçre'den oldukça farklı bir haksız rekabet hukuku oluşması olarak açıklanabilir.

¹⁸ “TTK Kanun Gerekçesi”, www.basabakanlik.gov.tr. (erişim tarihi: 10.10.2013), Ticari işletme kavramı için ayrıca bkz. Merih Kemal Omağ., “**Ticari İşletmenin Yapısı**”, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı., 1. B., İstanbul 2007., s. 923 vd.)

¹⁹ R.G. 09.07.1956., S. 9353.

²⁰ RS 3 521; FF 1943 101; Amended in accordance with ch. I of the Federal Act of 4 Oct. 1991, in force since 15 February 1992 (RO 1992 288, RS 173.110.0 art 1 al 1., FF 1991 II 461).http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=125697 (erişim tarihi: 10.10.2013),

²¹ Arkan, s.288., “TTK Kanun Gerekçesi”, Berzek., s.84., Bahtiyar., s.113., www.basabakanlik.gov.tr. (erişim tarihi: 10.10.2013), Nevhis Deren Yıldırım, “**Haksız Rekabet Hukukunun Başyapıtının Yeni Basisına İlişkin Düşünceler**” Ankara Barosu Dergisi, C.10 S.2. Ankara, 2010, s. 9 vd.

İsviçre haksız rekabet hukukunun 1985 tarihli Karteller ve Diğer Rekabet Sınırlamaları Kanununa koşut bir gelişme izlemiş olmasına rağmen, Türkiye ise 1994 yılına kadar rekabeti koruyan kuralları içeren bir kanuna sahip olmamış, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun²² ise, İsviçre'den değil, Roma Anlaşması²³ nın 85 ve 86 ncı maddelerinden alınmıştır.

AB ile Türkiye arasında yapılan Ankara Antlaşmasının²⁴ 16. maddesinde, akit tarafların, Roma Antlaşmasının, rekabet hukuku, vergi hukuku ve genel olarak hukukların uyumlaştırılmasına ilişkin hükümlerini, taraflar arası ilişkilerde uygulanabilir hale getirmeleri öngörülmektedir.²⁵

İsviçre'nin haksız rekabete ilişkin hükümleri aynı zamanda, İsviçre'ye özgü olan "Fiyatların Gözetimi Kanunu"²⁶ ile de sıkı bağlantı içinde bulunmaktadır. Ayrıca, İsviçre Kanunu'nun usul ve idari hükümlerini de içerdiğinden ötürü Türk Hukukuna göre disiplinler arası bir nitelikte olduğu söylenebilir. TTK ile yürürlükten kaldırılan 6762 sayılı Kanun, Mevaz Kanunu'nu birebir almamış olup, nihayet, İsviçre Kanunu'nun idarî nitelikte öngördüğü, fiyatların tüketicilere bildirilmesi hakkındaki hükümlerin İsviçre'ye özgü olduğu açıktır.

AB, haksız rekabet hukuku ile yakından ilgilenmiştir. İlk olarak sadece reklamlar bağlamında tüketiciyi merkez alarak konuya yaklaşan Birlik, 2005/29 sayılı, "Haksız Ticari Uygulamalar Direktifi" ile yanıltıcı ve agresif iş uygulamalarına ilişkin örnekler temelinde özel hâllere ve otuz bir adet haksız rekabet kabul edilen uygulamalar listesine yer vermektedir. Söz konusu düzenleme, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması

²² R.G.13.12.1994 S. 22140

²³ (Treaty of Rome) Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu Kuran Antlaşma. Belçika, Almanya, Fransa, İtalya ve Lüksemburg arasında 25 Mart 1957 de imzalanmış ve 1 Ocak 1958 de yürürlüğe girmiştir.

²⁴ Türkiye-AT arasında Ortaklık Antlaşması (Ankara Antlaşması), 12.09.1963, O.J. 217, R.G.29.12.1964 ve 12 Şubat 1964 t., S.11631.

²⁵ Öz, s.2

²⁶ "TTK Tasarı Gerekçesi", www.basbakanlik.gov.tr, (erişim tarihi:10.10.2013)

Hakkında Kanun²⁷ ile tüketici mevzuatı dâhilinde milli hukukumuzda teşmil edilmiş olup, TKHK gerekçesinde, anılan listede yer verilen uygulamaların ikincil düzeyde yönetmelik olarak yürürlüğe girmesinin daha uygun olacağı belirtilmektedir.

TTK kapsamında Haksız rekabet kavramının genel bir tanımının yapıldığı, TTK'nın Dördüncü Kısım altında ve Haksız Rekabet başlığı ile incelenen haksız rekabet bahsinde, Kanun Koyucu'nun haksız rekabetin bir tanımının yapılmasından ziyade bir tanım verilmesinin, ortaya çıkabilecek haksız rekabete ilişkin hallerin kısıtlanması sonucunu doğurabileceğinden, yalnızca amaç ve ilkeleri belirlemek yoluna gittiği görülmektedir.

6102 sayılı TTK'nın, haksız rekabete ilişkin getirilmiş hükümlerinin amacı, bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır. TTK'nın 54. Maddesinin ikinci bendinde ise, rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamaların haksız ve hukuka aykırı olacağı hükme bağlanmıştır.

TTK'nın haksız rekabet kısmını düzenleyen hükümlerinin, yürürlükten kaldırılan 6762 sayılı Ticaret Kanununun 56. maddesinden tamamıyla değişik ilkeler üzerine yapılandırıldığı görülmektedir. Bu yeni ilkeler bir anlamda değişik bir sisteme de işaret etmektedir. Nitekim, TTK gerekçesinde de, 6762 sayılı Kanun döneminde dürüst davranış kurallarına aykırılık, aldatıcı hareketler ve benzer yollar gibi sadece kanunî rekabeti ihlâl eden aykırılıklara indirgenmiş olduğuna değinilmektedir.

Dışarıdan düşük fiyatla dış alım yaparak yerli üreticilerle haksız rekabette bulunulmasını önlemek amacıyla hukukumuzda ayrıca yapılan düzenleme 3577 sayılı ithalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun²⁸ olup, bu kapsamda, zarara uğrayan rakibin, "damping" yapan dış alımcıya karşı TTK kapsamında yer

²⁷ RG. 28.11.2013, S.28835.

²⁸ R.G. 01.07.1989., s.20212.

alan genel hükümlerden yararlanması mümkün olduğu gibi işbu özel düzenlemeden de yararlanılabilmesi söz konusudur.²⁹

İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun'un 1. ve 5. Maddelerinde yasanın amacına yer verilmiş olup, esas itibarıyla Türkiye'de yapılan bir dışsatımın, dumpinge konu olup "Türkiye'de bir üretim dalında maddi zarar vermesi veya maddi zarar tehlikesi oluşturması veya piyasanın bozulmasına sebep olması veya yeni kurulacak bir üretim dalının kuruluşunu geciktirecek" nitelikte bulunması halinde, bunu önleyecek önlemlerin alınması kapsam dahilindedir. Bu önlemler de, dumping ve sübvansiyonun sebep olduğu fiyat düşüklüğünü giderecek "vergi" veya "telafi edici vergi" alınması olarak düşünülmüştür.³⁰ Ticaret Hukuku açısından, bu yasa çıkarılmadan önce 6762 sayılı TTK md.56 hükmündeki genel hüküm uygulama alanı bulur iken 6102 sayılı TTK madde 54 hükmü de aynı şekilde bir dumping veya sübvansiyona konu ürünün, rakiplere karşı haksız rekabet oluşturmakta olduğunu kapsam dahilinde belirlemektedir. Zira rakiplerini piyasadan silmek için bir devletten yardım alarak ürününü zararına satmak ve zararı bu yardımla telafi etmek yoluyla rakiplerini silmek ekonomik rekabetin dürüstlük kuralına açıkça aykırı kullanılmasının spesifik bir görüntüsüdür. Bu itibarla, 3577 sayılı Kanun, rekabette yeni bir kuram, yeni bir düzenleme getirmemiştir. Ticaret Hukuku bakımından en büyük önemi, sübvansiyon veya dumping oluşturduğunun kanıtlandığı hallerde zarar gören rakiplerin esasen mevcut olan dava haklarının bir kere daha teyit edilmesi olmuştur.

II. HAKSIZ REKABETİN TEMEL İLKESİ

Haksız rekabet kavramı, ekonomik düzenin katılanların menfaatine olmak üzere sağlanması adına 6102 sayılı TTK ile geliştirilmiş ve tüm çevrelere olan etkisi göz önünde bulundurularak kapsam alanı geliştirilmiştir. TTK gerekçesinde, tüm haksız rekabete ilişkin kuralların, iki taşıyıcı kolon üzerine yapılandırıldığına değinilmiş olup,

²⁹ İmregün, s.105.

³⁰ İmregün, s. 105.

birinci kolonun, bütün katılanların menfaatine dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması gerekliliğini ifade etmekte olduğu yine Kanun gerekçesinde açıklanmıştır. Bu kolon bir taraftan, "bütün katılanlar" kavramı, diğer taraftan da, dürüst ve bozulmamış rekabet kurumu ile tanımlanmaktadır. Dürüst ve bozulmamış rekabet kavramları ayrıca rekabetin niteliğini, başka bir deyişle kalitesini de belirtmektedir. TTK ile yürürlükten kaldırılan, 6762 sayılı Kanun, "iktisadi rekabet"ten söz etmekte olup, kavramın hukukî olmaması, anlam ve içeriği de belirsiz olması ve yorumlanmasının zorluğundan ötürü bu kullanım, 6102 sayılı TTK gerekçesinde eleştirilmiştir.³¹

İktisadî rekabet'in 6762 sayılı Kanun kapsamında yalnızca "rakipler arası rekabet"i akla getiriyor olması, yeni metnin ise, dürüst ve bozulmamış rekabet kavramı ile hukuken tanımlanabilir bir rekabeti vurgulamakta olduğu, oldukça önemli ve diğer özel düzenlemelere temas eden, bağ kuran ilkesel bir yeniliktir. Paralel olarak, RKHK da Kanun'un amacını düzenleyen madde 1 hükmü ile, "bozulmamış", "engellenmemiş", "kısıtlanmamış" rekabeti esas almakta olup, engellenmiş, bozulmuş, kısıtlanmış rekabete sonuçlar bağlamadığını ortaya koymaktadır.

Yürürlükten kaldırılan, 6762 sayılı Kanununun 56. maddesine göre bir eylemin haksız rekabet olabilmesi için dürüst davranış kurallarını ihlâl etmesi ve bu ihlâlin ayrıca iktisadi rekabetin kötüye kullanılması niteliğini taşıması şartı aranmaktadır. TTK md. 54'ün ikinci fıkrasında, diğer bir deyişle haksız rekabetin tanım bulduğu ikinci kolonda ise, dürüstlük kuralı prensibi³²ne yer verilmekte olup, Kanun gerekçesinde, TTK ile yürürlükten kaldırılan 6762 sayılı Kanun'da tercih edilen "suiistimal" kavramının sadeleştirilerek "dürüstlük kuralı" olarak tanımlanmasının günümüz koşullarında daha uygun düştüğü açıklanmıştır.

Haksız rekabetin teşhisinde, bundan böyle belirleyici olacak kavram dürüst davranma kuralı olacak olup, hükmün ilkesi itibariyle hukuka uygun ve bozulmamış

³¹ TTK md.54/1 Gerekçesi.

³² Türk Medeni Kanunu, (R.G. 18.12.2001 T. S.24607); madde 2 hükmü itibariyle Hukukî ilişkilerin kapsamını belirleyen bir ana prensip olarak dürüstlük kuralı ve dürüst davranma ilkesi hükmü., "**Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.**" Hükmünü amirdir.

rekabet ortamında tüm katılanlar, piyasanın tüm aktörlerinin dürüst davranış kurallarına göre hareket edeceğine güven duymalıdır. Dürüstlük kuralının ihlal edilmesi ile bu güvene aykırı hareket edilmesi de, haksız rekabet oluşturacaktır.

Rekabet hükümlerinin, üzerine vurgu yapılmış olan "hukuka uygun" "saf" "dürüst" ve "bozulmamış" rekabeti tüm katılanların menfaatine sağlayacak olması yanında, ayrıca "Tüm katılanlar" ifadesine de Tasarı gerekçesinde açıklık getirilmektedir. "Tüm katılanlar" ile rekabet hukukunun ünlü üçlüsü "ekonomi", "tüketici" ve "kamu" kastedilmiş, böylece haksız rekabet kapsamında yer verilen hükümlerin amacının rakipleri, müşterileri, mesleki ve ekonomik birlikler ile ekonomiyi korumak olduğu vurgulanmıştır.³³ "Katılanlar" gibi çok geniş bir sözcüğün kullanılması ile rekabet kurallarının rakipler arası ilişkilere özgülünmesinin yolu kapatılmıştır.

Rekabetin tüm katılanlar menfaatine sağlanması kapsamında, TTK katılanlar yönünden daha geniş bir koruma getirmiş olup, tabir haksız rekabete meydan verilmesi ile bozulan ekonomik ortamın yeniden tesisi yönünden kamu menfaatinin dikkate alınması adına "geniş yorum" yapılacak olması bakımından bir farkındalık yaratmaktadır. Belirtilen "tüm katılanlar" ifadesinin yanında; TTK'nin Hukuki Sorumluluk bahsinde 56. Maddesinin 1. Fıkrasında dava açma hakkı tanınan kimselerin tanımında bir değişikliğe gidilmeden, 2. fıkrasında dava çeşitliliği bakımından müşterilere ekonomik zarar görmeleri yönünde tehlikenin varlığı halinde tazminat davası açılabilmesine dair getirilen yeni bir düzenleme mevcuttur.³⁴

TTK madde 56 1. Fıkra hükmüne göre, haksız rekabet sebebiyle müşterileri, kredisi, mesleki itibarı, ticari faaliyetleri veya diğer ekonomik faaliyetleri zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek olan "kimse"nin tespit davası, haksız rekabetin men'i davası, haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılması

³³ TTK md. 54 Gerekçesi. www.basbakanlik.gov.tr/docs/kkgm/.../madde%20gerekce.doc (erişim tarihi: 12.02.2013)

³⁴ Aksi yönde; Mehmet Yılmaz, "*Türk Ticaret Kanunu Ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Haksız Rekabete İlişkin Genel Hükümlerin Karşılaştırılması İle Kötüleme Ve Reklamlara İlişkin Özel Haksız Rekabet Halleri*", İstanbul Barosu Dergisi C.80; S.4.; 2006; s. 1494 vd.; ayrıca bkz. Zeynep Derya Tarman., "*Haksız Rekabette ve Aldatıcı reklamlardan Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk*", İstanbul 2011. Hikmet Koyuncuoğlu "*Türk Ticaret Kanunu'nda Haksız Rekabet Düzenlemesi Ve Tüketici Hukuku*", s. 40., C.88 Özel Sayı:1 , İstanbul Barosu Dergisi, 2014., s.218.

davaları başta olmak üzere açabilecekleri diğer davalar değerlendirilirken 6102 sayılı TTK ile yürürlükten kaldırılan 6762 sayılı TTK madde 58 hükmünün 1. fıkrasında yer alan tanımdan şaşılmamış olması, “tüm katılanlar” tanımı dahiline giren kişilerin genişlememiş olduğuna dair yorumun dayanağını oluşturmaktadır. Bununla birlikte, kavramın “dar anlamda” rekabet ilişkisinin dışında kamuya yönelen bir menfaatin tesisini amaçlaması ve özellikle 6502 sayılı Kanun ile uyum arz etmesi karşısında tanımın yenilikçi olduğu söylenmelidir.³⁵ Haksız rekabet davalarının süjeleri bakımından yeni düzenleme ile tüzüklerine göre tüketicilerin ekonomik menfaatlerini koruyan sivil toplum kuruluşlarının ve kamusal nitelikte kurumların da TTK kapsamına 56. Maddenin 3. Fıkrasında eklenmesi, “tüm katılanlar” tabirinin haksız rekabetin piyasalara etkisinin ve ağırlığının özellikle “zarar” kavramının her somut olaya göre yeniden değerlendirilmesi amacına hizmet edecektir. Neticeten, “tüm katılanlar” ve “kamu” tabirleri, önemli bir belirleyicilik unsuru olarak her somut durumda “geniş yorum” yapılması gayesini hedeflemektedir.³⁶

Haksız rekabete ilişkin ilkeyi koyan 54. Maddenin ikinci fıkrası, dürüstlük kuralına aykırılığın ya davranışlarla ya da ticarî uygulamalarla olacağından, davranışlar ve “ticarî uygulamalar”ın da iş etiğine, doğruluğa, dürüstlüğe ters, aldatıcı, yanıltıcı, kandırıcı olacağına dair yeni belirlemelerde bulunmuştur. Bu belirlemeler, Türk Medenî Kanunu’nun 2. maddesinin birinci fıkrası hükmündeki dürüst davranış kuralları ile tam örtüşmeyebilir. Çünkü Türk Medenî Kanununu 2. maddesi anlamında dürüstlük kuralları sözleşmesel veya önsözleşmesel temelde ve yalnızca taraflar arasındaki ilişkide var olan güvenle ilgilidir.³⁷ Rekabet hukukunda ise bu anlamda taraf mevcut olmayabilir. Çoğu kez bir haksız fiil konumu bile söz konusu olabilir.

TTK’nın ne “dürüst” ne de “bozulmamış” rekabeti tanımlamış olması ile kastedilenin geniş anlamı ile, kurallara uygun, dürüst rekabet olduğu, oyunun dürüstlük

³⁵ Yaşar Karayalçın, *“Ticaret Hukuku, Giriş, Ticari İşletme”*. 3. Ankara, 1968.,s. 449.

³⁶ Haksız rekabet hallerinden ötürü hukuki sorumluluk ile davacı ve davalı olma ehliyeti açısından ayrıntılı açıklama için bkz. aş. II. Bölüm s. 195. vd.

³⁷TTK md. 54 Gerekçesi. www.basbakanlik.gov.tr/docs/kkgm/.../madde%20gerekce.doc (erişim tarihi: 12.02.2013)

kurallarına, centilmenliğe uygun olarak oynandığı katışıksız ve "hilesiz" rekabetin amaçlandığı Kanun Gerekçesi'nde açıklanmıştır.

TTK'nın 54. maddesi anlamında dürüstlük kuralına özellikle aykırı sayılan haksız rekabet eylemleri, devamında gelen TTK 55. Madde hükmünde, 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabet Kanununun 3 ilâ 8. maddelerine uygun olarak altı kategori halinde düzenlenmiştir. Bu kategoriler dürüstlük kurallarına aykırı davranışların veya ticarî uygulamaların, mahkemelerde en çok rastlanılan halleri, görünüş şekilleri olup sınırlı sayıda değildir. Kanunun 54. maddesinin ikinci fıkrası hükmüne giren ancak 55. maddede sayılmamış bulunan bir hâl de haksız rekabet oluşturur.³⁸

TTK md. 55 hükmü ile özel olarak sayılan kategorilerden birine giren bir somut olay, kanunen haksız rekabet oluşturmaz. Somut durum, ihlalin, önce kategorinin kapsamında bulunup bulunmadığına dair yorumu gerektirir. Söz konusu altı kategoriye çalışmamızda da başlık kategorileri olarak yer verilmiş olup, bu haller şöyle sıralanabilir:

- (1) dürüstlük kurallarına aykırı reklâm ve satış yöntemleri ve diğer hukuka aykırı davranışlar,
- (2) sözleşmeyi ihlâl ve sona erdirmeye yöneltilmeler,
- (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.

TTK kapsamında ele alınan hükümler davranış kurallarını, davranışları, tutumları ve işletme faaliyetleriyle rekabeti bozabilecek tüm kişilere bozulmamış rekabetin tüm katılanların menfaatine sağlanması için yönelmiştir. Korunan sadece rakipler, onlar bağlamında işletmeler ve soyut anlamda haklı, dürüst, hukuka uygun rekabet değil,

³⁸ TTK, md. 54/1 gerekçesi

tüketicilerdir. Bu sebeple, tedarikçiler ile geniş anlamda alıcılar arasındaki ilişki kuralları kapsama alınmıştır. Alıcının veya tedarikçinin rakip sıfatını taşımasına gerek olmadığına dair getirilen yenilik TTK 54. Madde hükmünün (a) bendinin (6) numaralı alt bendinde belirgindir. Ayrıca, (a) bendinin (2) numaralı alt bendinde gerçeğe aykırı, yanıltıcı, aldatıcı karşılaştırmalar ile korunan gene alıcılardır.

TTK madde 55 hükmü, AB Haksız Ticari Uygulamalar Direktifi ile uyum arz eder nitelikte, rekabet ortamını bozucu iş ve işlemleri gözetmektedir. Nitekim, Alman Hukukunda da bu konuda paralel düzenlemeler yapıldığı görülmektedir.

AB Haksız Ticari Uygulamalar Direktifi'ne uyum kapsamında yayınlanan, Alman Haksız Ticaret Kanunu, (UWG)³⁹ madde 4 hükmü ile haksız rekabet hallerine ilişkin örnek katalog şu şekildedir;

- (a) Karar Verme Özgürlüğü'nün Zedelenmesi⁴⁰
- (b) tecrübesizlikten istifade edilmesi
- (c) reklam niteliğinin gizlenmesi
- (d) promosyonlarda eksik bilgi verilmesi, ödüllü yarışma ilanları
- (e) Rakip Teşebbüslerin itibarının Düşürülmesi
- (f) Rakip teşebbüslerin amaçlı olarak engellenmesi
- (h) Hukuk İhlali

Bu sayılanlar yanında UWG yanıltıcı reklam, karşılaştırmalı reklam ve katlanılmaz taciz başlığı altında taciz edici reklam fiillerine yer vermiştir.

³⁹ BGBl I, 1414.

⁴⁰ Sözleşme yapma Özgürlüğüne için ayrıca bkz. aş. s. 84., Ayrıca bkz., Atilla Altop., "**Türk Borçlar Kanunu Tasarısındaki Genel İşlem Şartları Koşulları**", Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı., 1. B., İstanbul 2007., s. 257 vd.

Alman Haksız Rekabet Kanunu, karşılaştırmalı reklam kavramını bir rakip teşebbüsün ya da bir rakip teşebbüs tarafından sunulan mal veya hizmetleri doğrudan veya dolaylı olarak tanınabilir kılan her türlü reklamın, karşılaştırmalı reklam niteliğinde olduğu belirtilmektedir. Burada karşılaştırmalı reklamlar açısından öngörölmüş olan “rakip teşebbüs” kavramına, ana ürünün üreticisi ile yedek parça ve aksesuarlarını üreten teşebbüslerin birbirine rakip sayılmayacakları, dolayısıyla da bunlar arasında karşılaştırmalı reklamın söz konusu olamayacağı ifade edilmektedir.⁴¹

Alman Haksız Rekabet Kanunu’na göre reklamda yapılan karşılaştırmaların; aynı ihtiyaca ya da amaca yönelik olmayan mal veya hizmetlere ilişkin olarak yapılması; mal veya hizmetlerin bir veya daha fazla esaslı, ilgili, sınanabilir ve tipik özelliğini objektif açıdan ilgilendirmemesi; reklamı yapan ile rakiplerinden biri ya da onun mal veya hizmetleri ya da ticari işaretleri arasında iltibaslara yol açması; rakip teşebbüslerden birisince kullanılan ticari işaretin sahip olduğu tanınmışlığı haksız bir biçimde kullanması veya zedelemesi; bir rakip teşebbüsün malları, hizmetleri, faaliyetleri veya kişisel ya da ticari ilişkilerini küçültücü veya tahkir edici nitelikte olması veya hukuken korunan bir ticari işaret ile piyasaya sürülen bir mal veya hizmetin taklidi niteliğindeki mal veya hizmetlere ilişkin olması durumlarında karşılaştırmalı reklamlar rekabeti bozucu düzeyde uygulanmış sayılacaktır.⁴²

Haksız rekabet hallerine ilişkin örnekleyici hükümlerin en büyük yararının, bunlar sayesinde haksız rekabete ilişkin hukuk uygulamasının şeffaflaştırılmış olması ve söz konusu hükümlerin haksız rekabet nitelendirmesini haklı kılan sebeplerin açık bir şekilde ortaya konulmasını zorunlu hale getirmeleri hususunda yatmaktadır. Bu çerçevede, haksız rekabete ilişkin olarak yanlış davranış biçimleri de ortaya çıkmış olmaktadır.⁴³

⁴¹ Göksoy., s. 162.

⁴² UWG (§ 6 III UWG)

⁴³ Yaşar Can Göksoy., “**Yeni Alman Haksız Rekabet Kanunu ve Haksız Rekabet Alanında Getirdiği Yenilikler**”, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi C.9., S.2. s.143. vd.

TTK'nın Tasarı metninde, haksız rekabet hükümlerine internette yer verilmesi olasılığından bahisle, TTK Tasarı Metninin dilinin sadeleştirilmesi yönünde yapılan düzenlemeler, Alt Komisyonca genel kabul görmüş olmakla birlikte; yaşayan dilin kullanılmasını sağlamak amacıyla, Adalet Komisyonu'nun 03.05.2007 t., 1/1138 E. ve 123 K. Sayılı Adalet Komisyonu Raporu ile tasarı metninde yer alan "web" "internet" kelimesi ile değiştirilmiştir.⁴⁴

TTK, basın, yayın, iletişim ve bilişim kuruluşlarının sorumluluğunu düzenleyen 58. Maddesi ile, iletişim ve bilişim alanındaki son teknik gelişmelerle, ileride meydana gelebilecek gelişmeler dikkate alınarak sorumluluk bahsi ve mecraları, yürürlükten kaldırılan 6762 sayılı Kanun'a nazaran daha geniş bir kapsama kavuşturulmuştur. Ayrıca, eski metnin ifadesinin, haksız rekabetin sadece "yazı" ile gerçekleştirilebileceği şeklinde dar yorumlanmaya müsait olması dikkate alınarak, hükmün bu noktada da genişletilmesinin amaca daha uygun düşeceği sonucuna varılmıştır. Bu sebeple, eski metindeki "yazı" kelimesi yerine "yazılı basında yayınlanan şey" ibaresi tercih edilmiştir. Bu ibare içine yazı, haber, resim, karikatür ve benzeri girmektedir.⁴⁵

TTK 55. Madde hükmü, dürüstlük kuralına aykırı davranışları saymaktadır. Ancak "...Aşağıda sayılan hâller haksız rekabet hâllerinin başlıcalarıdır..." demek suretiyle bu hallerin Kanun nezdinde kısıtlanmadığını, her somut olayda yaşanacak olan haksız rekabet durumlarının da, ayrıca rekabetin haksız surette gerçekleşmesi açısından mümkün görülebileceğini ortaya koymaktadır.⁴⁶ Yürürlükten kaldırılan 6768 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu gibi TTK ile de somut durumun madde 55 deki özel durumlardan birine girip girmediği, 54. Maddedeki "amaç ve ilke" hükümlerine

⁴⁴ Adalet Komisyonu'nun, 3.5.2007 t. Esas No: 1/1138 E. ve 123 K. Sayılı Raporu. www.kazanci.com.tr (erişim tarihi.12.02.2013)

⁴⁵ TTK Kanun Gerekçesi.

⁴⁶ Yürürlükten kaldırılan 6768 sayılı TTK'nın da haksız rekabet hallerini yine sınırlı olmadan saymakta olduğunu ve özel bir takım durumları belirlediği görülmektedir. Sistematik olarak yeni Kanun'un da bu düzeni benimsediği görülmektedir.

başvurma suretiyle belirlenecektir.⁴⁷

Kanun amacı ve ilkesinden yola çıkılarak, haksız rekabetin üç unsurunun; ekonomik rekabet, aldatıcı hareket ve başkaca suretle iyi niyet kurallarına aykırı davranış, rekabet hakkının kötüye kullanılması olarak şekillendiği görülmektedir. TTK, haksız rekabet hususlarını altı bent halinde gruplandırmış, bu şekilde 54. maddenin 2. fıkrasında yer alan haksız rekabetin önlenmesi ilkesine uyumlu bir sistem öngörmüştür.

TTK madde 55 hükmünde sınırlı olmadan sayılan, haksız rekabet halleri, hem madde metninde hem de madde gerekçesinde belirtildiği üzere esas alınacak altı temel kategori olan, dürüstlük kurallarına aykırı reklâm ve satış yöntemleri ve diğer hukuka aykırı davranışlar, sözleşmeyi ihlâl ve sona erdirmeye yönelmeler, başkalarının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanılması, üretim ve iş sırlarının hukuka aykırı olarak ifşa edilmesi, iş şartlarına uyulmaması, dürüstlük kurallarına aykırı işlem şartları kullanılması gibi durumların rekabeti bozucu etkilerinin genele temas etmesinden ötürü, Kanun Koyucu, tüm katılanların menfaatini dürüstlük kuralı çerçevesinde düzenleyen bir rekabet piyasası öngörülmesi amacıyla paralel mevzuatta da düzenleme yapılması gereği oluşmuştur.

Kanun Koyucu'nun 6502 sayılı yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri ile bu Kanun'un yürürlükten kaldırdığı 4077 sayılı Tüketici Kanunu ile uyumlu bir şekilde, tedarik edenler ile müşteriler arasındaki ilişkiler açısından da, rekabet kavramları ile belirlemeye gitmiş olması, konuyu reklamlar, satış yöntemleri, sözleşme ihlalleri, iş sırları ifşası yönlerinden detaylandırması bu kapsamdadır. Ayrıca basın sorumluluğu hükümlerinin genişletilerek bilişim araçları ile haksız rekabete meydan verilmesi hallerinde de muhatap arayışı problemine, madde 58 hükmü ile şimdilik çözüm üretilmiş görünmektedir.

Haksız rekabetten doğan ihtilaflar hakkında hüküm ve karar verme yetkisi, Yargıtay Kanunu⁴⁸ 14. Madde hükümlerine göre işbölümü esasına göre ve Büyük Genel

⁴⁷ Aynı yönde, Oğuz İmregün, "**Türk Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri**", 4. baskı. İstanbul, 2004. s.97 vd., Berzek., s. 85 vd. Bahtiyar., s. 112. vd...

⁴⁸ RG. 08.02.1983 t., S.17953.

Kurulu'nun 2013 yılına ilişkin İş bölümü ve dairelerin ihtisas alanına dair kararı⁴⁹ uyarınca, 11. Hukuk Dairesi'ne tanınmıştır. 11. Hukuk Dairesi'nin, Borçlar-Ticaret Hukuku ihtisas alanında, temel görevinin Ticaret ve Sigorta Hukuku olduğu ayrıca belirlenmiş olup, özel kanunlarda aksine hüküm olmadığı hallerde, Yargıtay TTK'da yer alan Haksız Rekabet ve ilişkilerinden kaynaklanan davalar ile bunlarla sınırlı olmayan özel düzenlemeler kapsamın giren ihtilaflar hakkında⁵⁰, tarafların sıfatlarına bakılmaksızın 11. Hukuk Dairesi hüküm ve karar vermektedir.

Çalışmamızda, tacirler arası ilişkileri konu alan özel haksız rekabet hâlleri yanında 6102 sayılı TTK ile tüm katılanların menfaatine bozulmamış bir ekonomik piyasanın sağlanabilmesi adına, geniş kapsamlı metod ve davranışlar incelenecektir. Zira, TTK hükümleri ile haksız rekabetten doğan hukuki sorumluluk kavramlarına mecralar açısından yeni eklenen iletişim araçları bahsinde, internette ortaya çıkan özel görünüş biçimleri; AB Direktiflerine uyum kapsamında gerek 6102 sayılı TTK ile katılan yeni konular, gerekse yeni TKHK hükümlerinin daha geniş ele alınış tarzı ile korunan kişi ve menfaatlerin inceleme gereğini ortaya koymaktadır.

II. DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRI REKLAMLAR ve DAVRANIŞLAR

Dürüstlük Kuralına aykırı reklamlar ve satış yöntemleri ile bunlarla sınırlı olmadan diğer hukuka aykırı davranışlar, 6102 sayılı Kanun madde 55/1 (a) bendi uyarınca rekabet ortamını bozucu faaliyetler olarak belirlenmiştir. TTK'nın reklamlar ve satış yöntemlerine yer vermesi bir yeniliktir. Kanun Koyucu'nun TTK kapsamında reklam ve satış yöntemlerine ilişkin olarak yapmış olduğu yenilik, internetten doğan reklam kazançlarının son yıllarda gösterdiği artış göz önüne alındığında, tüketicilere

⁴⁹ RG.26.01.2013 t., S. 28540.

⁵⁰ 11. HD'nin iş bölümü; 556 sayılı Markaların Korunması, 551 sayılı Patent Haklarının Korunması, 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması, 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında kanun Hükmündeki Kararnamelerden ve kaynaklanan davalar ile FSEK'le ilgili davaları da içine almaktadır.

ulaşmak üzere benimsenen yeni pazarlama mecrası olarak internetin, tek başına haksız rekabet eylemlerine yer verilerek rekabeti bozucu bir ortam tesis etmesini yeterli kılmaktadır.⁵¹

Türk Hukukunda dürüstlük kuralına aykırı reklamların ve satış yöntemleri ile diğer hukuka aykırı davranışlar yoluyla rekabeti bozucu unsurlara yer verilmesinden önce konunun, AB Hukuku kapsamında değerlendirmesinin yapılması, kullanılan kavram ve tekniklerin yorumlanması açısından önem arz etmektedir. AB Direktif ve Yönergelerine uyum sağlamak ekseninde yeni yürürlüğe giren bir diğer mevzuat olan 6502 sayılı TKHK ile, halihazırda genel geçer reklam ilkelerini ve reklamın esas itibarıyla dürüst, doğru, açık ve anlaşılır yapılması gereğini halihazırda ortaya koymuş olan mülga 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a nazaran, getirmiş olduğu haksız ticari uygulamalar kavramı ile tüketici mevzuatının kapsamını genişletmiş, doğrudan tüketiciye yönelmeyen iş ve işlemlerin doğurduğu etki çevresinin geniş olduğunu kabul ederek bu özel kanun ile de düzenlenmesinde fayda görmüştür.

Türk Hukukunda haksız ticari uygulamaların, yalnız reklam, tanıtım ve benzeri satış yöntemleri doğrultusunda tüketici mevzuatı ile belirlenmesinin eksik mahiyette kalacak olması, diğer yandan salt tacirler arasındaki etki alanının incelenmesi ile düzenlenmesinin de tüm katılanların menfaatine bir koruma sağlayamayacağından ötürü konunun rekabet boyutunun da ayrıca araştırılması gereği, AB Reklam mevzuatının haksız ticari uygulamalar kapsamında ele alınması ile belirlenebilecektir.

A. Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlara İlişkin AB Mevzuatı

AB Mevzuatı çerçevesinde, Avrupa Birliği Parlamentosu tarafından geliştirilen mevzuat, mal ve hizmetlerin serbest dolaşımı ile yerleşme özgürlüğünün güvence altına alındığı, dahili sınırların olmadığı bir alanı kapsar. Üye devletlerin aldatıcı reklamlara ilişkin düzenlemeleri önemli ölçüde farklılık göstermekte olduğundan, üye devletlerin tüketicilerin ekonomik menfaatlerine doğrudan zarar veren, haksız ticari

⁵¹ Sacit ERTAŞ, *“Elektronik Ticaret: Tanımı, Gelişimi, Avantajları, Güvenliği”*, der. Veysel Bozkurt., İstanbul, 2000 s. 9; Eroğlu, “Marka”, s. 462. Aslan İNAN., *“İnternet El Kitabı”*, İstanbul 2000., s. 9 vd.

uygulamalara ilişkin kanunlarını uyumlaştırmak amacıyla reklamlar alanında ilk yayınlanan kapsamlı metin, aldatıcı ve karşılaştırmalı yanıltıcı reklamlara ilişkin Konsey Direktifi⁵², meşru rakiplerin ekonomik menfaatlerine dolaylı olarak zarar veren haksız reklamları da kapsam dahiline alarak, aldatıcı reklamlara ilişkin mevzuatın uyumlaştırılmasına yönelik olarak asgari kriterleri belirlemiştir. Yanıltıcı Reklam Direktifini, karşılaştırmalı reklamları da içerecek şekilde tadil eden Karşılaştırmalı Reklam Yönergesi⁵³ ise, reklam hukukunun rekabet boyutunu kapsamlı olarak ele almıştır. Özellikle, karşılaştırmalı reklamların Yönerge kapsamında ele alınması ile, karşılaştırma işlemi söz konusu olduğunda, karşılaştırmalı reklamın yanıltıcı olmaması, aynı ihtiyaçları karşılamaya ya da aynı amaca yönelik mal ve hizmetleri karşılaştırıyor olması şartı aranmaktadır. Söz konusu mal ve hizmetlerin önemli, ilgili, doğrulanabilir ve temsil niteliği olan özelliklerinden bir ya da birkaçını, bu çerçevede bunların fiyatını, tarafsız şekilde karşılaştırması gerektiği, prensip olarak benimsenmiştir.

AB üye ülkelerinin, yanıltıcı reklamlar hakkındaki yasa, düzenleme ve idari hükümlerinin birbirine uyumlu hale getirilmesine dair Yanıltıcı Reklamlar Yönergesi, üye ülkelerin yasaları arasında hukuki koruma yönünden farklar bulunmasını risk kapsamında görmüş, farklılık arz eden ulusal düzenlemelerin, milli mevzuatın topluluk genelinde yer alan tüm tüketicilerin aynı ölçüde korunmalarının temin edilmesini sağlayamadığı gibi, milli mevzuatlar arasında fark gözetilmesinin ulusal sınırların ötesine taşan reklam kampanyalarının yapılmasını da engelleyebileceği ve bu suretle malların serbest dolaşımını ve hizmetlerin verilmesini etkileyebileceği hususu üzerinde durulmuştur.

AB Haksız Ticari Uygulamalar Direktifi dikkate alınarak düzenlenen, Alman Haksız Ticaret Kanunu madde 5 hükmü de, yanıltıcı reklam (irreführende Werbung), haksız rekabet sayılan örnek durumlar arasına dahil edilmiştir. Böylelikle, Alman Federal Mahkemesi'nin konuyla ilgili son içtihatlarına uygun olarak, reklamın yanıltıcı olup

⁵² L 250 sayılı ve 19.09.1984 tarihli Resmi Gazete, s.17. ("*Yanıltıcı Reklam Direktifi*"), Direktif 97/55/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi ile değiştirilmiştir. (L 290 sayılı ve 23.10.1997 tarihli Resmi Gazete, s. 18). ("*Yanıltıcı Reklamlar Yönergesi*")

⁵³ Bkz. yuk.dipnot.36., Terry., s.300.

olmadığını tayinde; ortalama düzeyde bilgi, dikkat ve algılama sahibi olan tüketici baz alınmış olmaktadır.⁵⁴

Avrupa Adalet Divanı'nın 08.04.2003 tarihli "Pippig & Hartlauer" kararında konuyla ilgili temel esasları ortaya koyulmuştur. Bu çerçevede, Avrupa Toplulukları Mahkemesi tarafından, reklam nedeniyle "ciddi sayıda tüketicinin" satın alma kararlarını hatalı bilgiden kaynaklanan düşüncelere dayandırmış olup olmadıkları ve doğru bilgiye sahip olsalardı bunun satın alma kararlarını değiştirip değiştirmeyeceği hususları tayin edilmek suretiyle değerlendirme yapılması gerektiği ifade edilmiştir.⁵⁵

Anılan kararda, Mahkeme'nin rakiplerin yalnızca isim ve adreslerinden değil aynı zamanda tanımlayıcı işaret ve logolarından da tayin edildikleri, yalnızca fiyat farkını ele alan karşılaştırmalı reklamların sırf bu özelliklerinden ötürü haksız bir itibarda ele alınamayacakları, yerel mahkemelerin ve makamların, AB Haksız Ticari Uygulamalar Direktifi madde 3 (a) hükmü ile tayin edilen esasların tümünün bir arada değerlendirilerek bir çözüm arayışı içinde olmaları gerektiği belirlenmiştir. Karşılaştırma olasılığının varlığı araştırılırken, orta düzeyde ve normal bir müşterinin, dış görünüm olarak algısı ve değerlendirmesi ölçüt alınmaktadır. Fakat ilgili tanıtım aracını taşıyan mal, özel bir alıcı kitlesine hitap ediyorsa bu özel kitlenin yanılma olasılığı üzerinde durulması gerekir.⁵⁶

Buna göre karşılaştırmalı ve yanıltıcı reklamların aşağıda yer alan asgari ölçüleri taşımaları halinde haksız uygulama kapsamına girdiği yönünde belirlemede bulunmuştur. Şu kadar ki, Direktif'in 2. 3. Ve 7. Maddelerinde var olan tanımlara uygun olarak Mahkeme'nin esas aldığı asgari ölçüler;

(a) Yanıltıcı reklamın sunumu itibariyle ulaştığı kitleyi herhangi bir şekilde yanlış yönlendiren ve/veya kitlenin ekonomik davranışlarını aldatıcı mahiyetinden ötürü

⁵⁴ Göksoy.,s.160.Özel kitlenin yanılma olasılığı hakkında bkz. Bahtiyar., s. 115., Berzek. s. 85 vd., aynı yönde 11. HD., 27.09.1976.t., 1976/4091 E. 1976/4234 K sayılı kararı. (Berzek, s. 85. vd.)

⁵⁵Case C-44/01., <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-44/01> (erişim tarihi:12.10.2012)

⁵⁶ Bahtiyar., s. 142. Özel kitleye hitap eden reklamlar bahsinde Alman Federal Mahkemesi'nin vermiş olduğu "Haribo" şekerlemelerine ilişkin karar için bkz. dn. 76.

etkileyen ve bu surette rakibe zarar veren ya da verme tehlikesi bulunan reklamlar kapsamında yer alması ve/veya karşılaştırmalı reklam kapsamında açıkça veya ima yoluyla bir rakip tarafından sunulan bir rakip ya da mal veya hizmetlerini tanımlayan herhangi bir reklam kapsamında değerlendirilmesi;

(b) reklamın, aynı amaca yönelen ve aynı ihtiyaçları karşılayan ürün ve hizmetler ile ilişkili olması,

(c) reklamın, rakip ürün ya da hizmetin fiyatını ihtiva eden bir ya da birden çok maddi, ürün veya hizmetle ilişkilendirilebilir ve o ürün veya hizmetin sunuma yönelik ürün veya hizmetleri ihtiva etmesi,

(d) reklamın ekonomik pazarda karışıklık yaratır tarzda iki reklam verenin veya rakip firmamın ticari markasına, ticaret unvanın veya diğer ayırd edilebilir markasına ürün ve hizmetlerine yönelmesi

(e) reklamın kötülemek ve karalamak maksatlı diğer rakibin ticari markasını, ticaret unvanını, diğer ayırtedici markalarını, ürün ve hizmetlerini, faaliyetlerini ve rakibe ilişkin diğer özellikli unsurları barındırması,

(f) reklama konu menşei aynı iki ürünün var olması,

(g) rakip ticari markanın itibarından, ticaret unvanın ya da diğer ayırtedici bir özelliğinden ötürü haksız çıkar sağlamak amacıyla faaliyette bulunma kastı,

(h) korunmakta olan bir ticari markanın ya da ticaret unvanına ait ürün ve hizmetlerin taklidinin piyasaya sürülmesi olarak belirlenmiştir.

Dahili sınırların olmadığı alanda getirilen en temel ve yeni düzenleme olarak, adil ticari uygulamaların geliştirilmesi, sınır ötesi faaliyetlerin teşvik edilmesi ve geliştirilmesi için öngörülen en yeni tarihli ilgili direktif olan "Haksız Uygulamalar Direktifi" üye devletlerin haksız ticari uygulamalara ilişkin kanunlarının, rekabetin önemli ölçüde bozulmasına yol açması ve iç pazarın düzgün işleminin engellenmesine yol açabilecek derecede gözle görülür farklılıklar içermekte olmasından ötürü, yeknesaklığın sağlanması adına hükümler sağlamayı bu kapsamda amaçlamaktadır.

1. 2005/29 Sayılı AB Haksız Ticari Uygulamalar Direktifi

AB Hukuku mevzuatı kapsamında, ticaret ile ilgili Haksız Ticari Uygulamalar Direktifi, AB reklam düzenlemeleri arasında kabul edilmekte ve aldatıcı ve yanıltıcı mahiyette kabul edilen reklamlar ile karşılaştırmalı reklamlara ilişkin en son kabul gören hükümleri taşımaktadır.

Haksız Ticari Uygulamalar Direktifi, karşılaştırmalı reklamların, rakip firmanın ticari markası, ticari unvanı, mal ve hizmetleri ile karıştırılmasına sebebiyet vermemesi, itibarını zedelememesi ve kötileyici yönde olmaması gerektiğini hükme bağlamıştır.⁵⁷ Bu kapsamda, rakip bir firmanın ticari markasından, ticari unvanından ya da diğer ayırt edici markalarından veya birbirine rakip ürünlerin çıkış noktalarının belirli olmasından kaynaklanan avantajları haksız şekilde kullanması, rekabeti bozucu bir eylem olarak kabul edilmektedir. Diğer yandan, mal ve hizmetlerin, koruma altındaki bir ticari markayı veya ticari unvanı taşıyan malların ve hizmetlerin taklidi veya aynısı şeklinde sunulması da, rekabeti bozucu eylemlerdendir.⁵⁸

Karşılaştırmalı reklamlarda, satışa konu olan mal ve hizmetler hakkındaki herhangi bir karşılaştırma işleminde, söz konusu satışın ne zaman sona erdiği, söz konusu mal ve hizmetin “stoklarıyla sınırlı olduğu” ve özel fiyatın ve diğer şartların hangi tarihten itibaren geçerli olacağını hiçbir yanlış anlaşmaya mahal vermeden, açık olarak belirtilmesi gereği ayrıca ortaya konulmuş bulunmaktadır.

Ayrıca, Direktif kapsamında yer alan taahhütleri uyarınca üye ülkeler, yanıltıcı reklamlarla mücadele edilmesi ve karşılaştırmalı reklamlarla ilgili hükümlere uyulmasını sağlamak üzere tüketiciler, rakip firmalar ve kamu yararı için yeterli ve

⁵⁷ 2005/29 Sayılı Avrupa Parlamentosu Ve Konsey Direktifi Madde 3/a

⁵⁸ European Commission., “**Report From The Commission To The European Parliament, The Council And The European Economic And Social Committee**”, “*First Report on the application of Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council (‘Unfair Commercial Practices Directive’)*” Brüksel, 2013..., s. 9. http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/ucpd_report_en.pdf

etkili önlemlerin alınmasını temin edeceklerdir. Bu önlemler arasında, ulusal yasalar çerçevesinde rekabeti bozucu karşılaştırmalı reklamları yasaklamak veya bunları düzenlemekle yetkili kişilerin ve kurumların alacakları gerekli önlemleri belirleyen yasal hükümlerin bulunması öngörülmüştür.⁵⁹

Nitekim, dengeli ve sürdürülebilir ekonomik faaliyetleri ve ekonomik performansların yüksek derecede rekabetçiliği ve yakınlaştırılması ile haksız rekabetin önlenmesi amacıyla Mevzuatımızda, mülga 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un⁶⁰ yerine yürürlüğe giren 6502 sayılı yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlara İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konsey Yönergesi ile Haksız Ticari Uygulamalar Direktifi ile uyum arz eden düzenlemeler getirilmiştir.⁶¹

Henüz yayınlanmamış dahi olsa, yanıltıcı reklamların ya da amacını aşan karşılaştırmalı reklamların kaldırılmasını öngörmek, bu yolda yasal işlemleri başlatmak, üye devlerin mevzuatlarında belirlemeleri gereken kavramlardan biridir. Ayrıca, üye ülkeler mahkemelere veya idari mercilere, nihai olarak kaldırılmasına karar verilmiş olan yanıltıcı reklamların ya da izin verilmeyen karşılaştırmalı reklamların, sürmekte olan etkilerini gidermelerini sağlayacak yetkileri verebilirler. Bu kapsamda, 6502 sayılı TKHK ile, halihazırda görev yapan Reklam Kurulu'nun görev ve yetkileri mahiyet değiştirmiş ayrıca reklam ilkeleri hususunda içtihad ve mevzuat çalışması yapmak adına bir Reklam Konseyinin teşmil edilmesine karar verilmiştir.⁶²

Haksız Rekabet Direktifi, orantılılık ilkesi gereğince, tüketicileri söz konusu haksız ticari uygulamaların, önem arz eden bazı hallerde sonuçlarından korumanın yanında, tüketiciye yönelik her etkinin aynı seviyede olamayacağını haksız ticari

⁵⁹ Avrupa Birliği Komisyonu'nun Mart 2013 tarihi itibarıyla yayınladığı, Haksız Ticari Uygulamalar Direktifine ilişkin ilk raporunda, üye ülkelerin direktif kurallarının milli hukuka dahil edilmesinde, mevzuat çalışmasının 2013 sınırlı kapsamda kaldığı, Direktifte yer verilen anahtar kavramların yekneşaklaşması adına üye ülkelerin daha çok efor sarf etmesi gereği üzerinde durulmuştur. European Commission., "Report 2013", **s.31**.

⁶⁰ RG. 08.03.1995., S.22221

⁶¹ 6502 sayılı Kanun Gerekçesi, www.basbakanlik.gov.tr

⁶² Ayrıca bakınız Reklam Kurulu'nun Görev Ve Yetkileri aş. s.41.

uygulamaların serbest ekonomiyi bozucu etkisi bulunmaması halinde, bu tip uygulamalara ilişkin getirilecek ulusal düzenlemelerin bu mevzuata tabi olmayacağını belirtmektedir.

Direktif, bu kapsamda, yasaya uygun ürünlerin sunulması, marka farklılaştırma gibi kabul gören reklam ve pazarlama uygulamalarını ya da tüketicilerin ürünü algılama tarzını yasaya uygun olarak etkileyebilecek ve tüketicinin bilinçli karar verme yetisini zedelemeyen davranışlarına tesir edebilecek teşviklerin sağlanmasını engellemeyecektir.⁶³

Haksız Ticari Uygulamalar Direktifi'nin "Aldatıcı Ticari Uygulamalar" başlığını taşıyan, madde 6/1 hükmü ile, aldatıcı ticari uygulamaları tanımlanmış olup, yanlış bilgi içeren, gerçeği yansıtmayan, esasen doğru olsa bile genel sunuluşu itibarıyla yanlış algı uyandırabilecek bir bilginin arz edilmesi hali dahil olmak üzere, herhangi bir şekilde ortalama tüketiciyi aldatan ya da aldatma olasılığı olan, tüketicinin alım kararına doğrudan etki eden ve etme ihtimali bulunan ticari uygulamalar bu kapsamda sayılmıştır.

Direktif kapsamında sayılan Aldatıcı Ticari Uygulamalar hükümleri gereği, ürünlerinin satışı ve bağlantılı garantilerinin belirli hususlarına ilişkin, 25 Mayıs 1999 tarihli ve 1999/44/EC sayılı "Ürün Güvenliği Direktifi"ni de kapsam dahiline alarak, değiştirme ve bedelin iadesi hakkı dahil olmak üzere tüketicilerin hakları ve karşılaşılabilecekleri risklere yer verilmiş olup, ürün ve hizmetlerde tacire ya da ürünün doğrudan ya da dolaylı olarak sponsorlarca desteklendiğine veya tasdik edildiğine ilişkin bir ifade veya sembolün bulunması; ürünün nitelikleri, statüsü, tasdik edilmiş olması, mensubiyeti ve sınai, ticari veya fikri mülkiyet haklarına sahip olması ya da ödül ve nişan kazanmış olması gibi nitelikleri, sıfatları ve hakları hakkında tüketicinin algısını yanıltmayacak uygulamalara yer verilmesi gereği belirtilmiştir.⁶⁴

⁶³ **Hugh Collins**, "Harmonisation by Example: European Laws against Unfair Commercial Practices.", *The Modern Law Review.*, Londra, 2010. s.5 vd.,

⁶⁴ Direktif metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:149:0022:01:en:HTML>

Direktif, madde 6/2 hükmü ile, bir ticari uygulama'nın, ortalama tüketicinin satın alma kararına etki etmesi halinde veya bu yönde bir ihtimal mevcut ise, uygulamanın aldatıcı olduğu kabul edilir. Şöyle ki, ilgili madde hükmü gereğince, karşılaştırmalı reklam verilmesi hali de dahil olmak üzere, rakibinin bir ürünü, markası, ticaret unvanı veya diğer bir ayırd edici özelliği ile karışıklığa sebep olan herhangi bir ürünü pazarlama yöntemi; tacirin, bağlı olmayı taahhüt ettiği davranış kurallarında yer alan yükümlülüklerini yerine getirmemesi bu kapsamdadır.

Direktifte, taciz, fiziksel şiddet dahil cebir veya nüfuzun kötüye kullanılması yoluyla ortalama bir tüketicinin ürüne ilişkin seçim özgürlüğünü veya yaklaşımını ciddi şekilde bozduğu ve bozma olasılığının bulunduğu oranda saldırgan ticari uygulamalar başlığı altında düzenlenmiştir. Tüketicinin satın alma kararına bu tip uygulamalar ile pratik olarak etki edilebiliyor olması, uygulamanın haksız kabul edilebilmesi için yeterlidir.⁶⁵

"Taciz, Cebir Ve Nüfuzun Kötüye Kullanılması" başlığı altında, bir ticari uygulamanın taciz, fiziksel şiddet dahil cebir veya nüfuzun kötüye kullanılmasını içerip içermediğini belirlenirken zamanının ve yerinin, mahiyeti ile ayrıca devamlılığının dikkate alınacağına yer verilmiştir. Şöyle ki, uygulamanın tehdit ya da hakaret içeren söz veya davranışlar içermesinin de bu kapsamda değerlendirileceği, tüketicinin muhakeme yeteneğini bozan ve tacir tarafından da bilinen belirli bir felaket ya da aynı vahamette bir başka durumun tacir tarafından tüketicinin ürüne ilişkin kararını etkilemek için kötüye kullanılması halinde, tüketicinin sözleşmeyi feshetme ya da başka bir ürün talep etmek gibi sözleşme kapsamındaki haklarını kullanmak istemesi karşısında tacir tarafından sözleşme dışı engelleyeceğine dair, tacirin tüketiciye karşı yasal olarak yapılmaması gereken bir eylemde bulunulacağı yönünde tehdidinin de rekabeti bozucu kapsamda değerlendirileceğini sayılmıştır.⁶⁶

⁶⁵ Collins, s. 19., 35., Hamdi Pınar, "**Reklam ve Satış Yöntemlerine İlişkin Haksız Rekabet Halleri**", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.18. S.2. 3. Oturum., İstanbul 2012., s.140.

⁶⁶ Direktif 9. Madde metni; <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:149:0022:01:en:HTML>

Sonuç olarak, AB Haksız Rekabet Direktifi'nin uygulanmasına ilişkin Avrupa Birliği Komisyonu'nun Mart 2013 tarihi itibariyle yayınladığı, Haksız Ticari Uygulamalar Direktifine ilişkin ilk raporunda, üye ülkelerin anılan ilkeleri mevzuatlarına katmaları yolunda daha çok efor sarf etmeleri gerektiği yönünde kanaat bildirilmiştir. 2013 yılı itibariyle yayımlanan bu ilk rapor ile, dikkat çekilen en önemli konu Direktif'in satış promosyonlarını kısıtlayan ilişkin madde 6 hükmü ve Direktifin eki niteliğinde "Her Hâlükârda Haksız Olduğu Kabul Edilen Spesifik Uygulamalar"ın çok detaylı durumları spesifik olarak belirleyerek, ayrıntılı hükümler sevk etmiş olması dolayısıyla yeni şartların tüketici aleyhine yorumlanabileceğini, piyasadaki kar marjını düşürebileceği endişesi taşıdıklarını ortaya koymuştur. Raporda Danimarka Ticaret Odası'nın Direktif maddelerini desteklemesi bir istisna olarak gösterilmiştir.⁶⁷

Kanaatimizce, Direktifin aşağıda yer vereceğimiz başlık altında öngördüğü haksız ticari uygulamalara ilişkin durum örneklendirmeleri ile belirlemeler yoluna gitmiş olması isabetlidir. Zira, AB politikalarının içtihat edildiği bu uygulamalar Türkiye'de de Reklam Kurulu kararları ile mahkeme kararlarına sıklıkla konu olan uyuşmazlıkların biraraya toplanmasından ileri gelmekte olup, rekabeti bozucu durumları isabetle kaydetmesi yol gösterici niteliktedir. Öte yandan, Direktifin ürüne ilişkin teşvik kampanyaları düzenlenmesine ilişkin oldukça kısıtlı bir tavır içinde olduğu görülmektedir.

Tüketicilerin internet davranışları konusunda AB Haksız Ticari Uygulamalar Direktifi kapsamında "*The Digital Content Sweep*" adı verilen internet sitelerinde yer alan ve özellikle genç ve çocukların istismar edilmesine yönelik haksız ticari uygulamalar barındıran içeriklerle mücadele edilmesine dair yapılan ilki 2007 senesinde yapılan çalışmaya 2012 yılında Norveç ve İrlanda'nın da katılımı ile 28 üye ülkede, bu içerikteki siteler kapatılmıştır. Avrupa Komisyonu'nun 06.12.2012 tarihli sonuç raporunda, Direktif kapsamında tüketicilerin korunmasına ilişkin kurallar kapsamında kalan ve tespit edilen sitelerin %75'inin erişiminin engellendiği belirtilmiştir.⁶⁸

⁶⁷ Rapor 2013., s.12.

⁶⁸ Rapor 2013., s.13., Uta Stenzel, Maria Goretti Sanches Lima, John J Downes, "**Framework Contract: Evaluation Impact Assessment And Related Services; LOT 2: CONSUMER'S POLICY Study on Digital Content Products in the EU Letter of Contract N° 17.020200/12/629623**" IBF International Consulting., s. 2.

Sitelerin işletenlerine ulaşamayan hallerde ise üye ülkelerin yetkili makamlarına siteleri işletenlere yönelik arama ve tespit çalışmaları başlatmaları yönünde ihbarda bulunulmuştur. Üye ülkelerin tespit çalışmalarına ilişkin raporun da ayrıca yayınlanacağı belirtilmektedir.⁶⁹

2. 2005/29 Sayılı Direktif İle Haksız Olduğu Kabul Edilen Spesifik Ticari Uygulamalar

Direktifin birinci eki niteliğinde, “Her Hâlükârda Haksız Olduğu Kabul Edilen Ticari Uygulamalar” başlığını taşıyan metin ile, ticari pratikte uygulanmakta olan bir takım davranışların, içtihatlarla haksız rekabet teşkil ettikleri yönünde uyanan kanaatler kapsamında hiçbir şekilde şüpheye yer vermeyecek şekilde rekabeti bozucu etkisi ortaya konulmuştur. Avrupa Birliği tarafından “Kara Liste” (“Blacklist”) tabir edilen Direktif ekinde yer alan spesifik ticari uygulamalara dönük olarak, üye ülkelerin işbu davranışları kısıtlamaya yönelik düzenlemeleri, Direktif metni ile birlikte milli hukuklarına aktarma çabaları devam etmektedir.⁷⁰

Mevzuatımızda, mülga 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un yerine yürürlüğe giren 6502 sayılı yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında, bu türden spesifik ticari uygulamaların, yayınlanacak bir yönetmelik kapsamında, ikincil mevzuat olarak iç hukuka alınacağına, 6502 sayılı Kanun gerekçesinde değinilmiştir.⁷¹ Bu bakımdan, ilgili AB Direktifi’nin eki niteliğinde kabul edilen Haksız Ticari Uygulama örneklerine burada değinmekte fayda vardır.

Direktif kapsamında, aldatıcı ticari uygulamalar arasında; gerekli izinler alınmaksızın bir güven ve kalite markası ya da benzerini kullanmak, ürün veya hizmetleri, bir kamu kuruluşu ya da diğer bir kuruluş tarafından tasdik edilmediği halde bu iddiada

http://ec.europa.eu/consumers/enforcement/sweep/digital_content/docs/dcs_complementary_study_en.pdf

⁶⁹ Avrupa Komisyonu, “Sweep” Basın Bildirisi., 06.12.2013. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1320_en.htm

⁷⁰ Rapor 2013.,s. 19.-21.

⁷¹ 6502 sayılı Kanun Gerekçesi., <http://www.sayilikanun.com/6502-sayili-tuketicinin-korunmasi-hakkinda-kanunun-gerekcesi/>

bulunmak, ya da bir kamu kuruluşu tarafından verilen izin yahut onayın tasdik ve izinin koşullarını ihlal eder surette kullanılması haksız rekabet eylemleri olarak sayılmaktadır. Belirli bir üretici tarafından yapılan ürüne benzer bir ürünün reklamını kasten ürünün o üretici tarafından yapıldığına inanmaya sevk edecek surette yapmak bu hale örnek olarak verilebilir.⁷²

Diğer bir aldatıcı ticari uygulama ise, cezbedici “yemlik” reklamlar ile; ürünleri belirli bir fiyattan almaya davet ettikten sonra, reklamı yapılan ürünü tüketicilere göstermeyi reddetmek veya söz konusu ürün siparişlerini almayı reddetmek ya da makul bir süre içinde teslim etmemek veya başka bir ürünün reklamını yapmak için diğer ürünün ayıplı bir örneğini göstermek olarak açıklanmıştır. Bu yöneme, “cezbet ve değiştir” de denmektedir.

Direktifin Ek.1. madde 7 hükmü ile, bir ürünün ya da kampanyanın sadece sınırlı süre ile belli şartlar altında satışta olduğunu belirtmek, tüketicilerin ani karar vermelerini sağlamak ve onların bilinçli bir tercih yapabilmeleri için yeterli fırsat veya zamandan mahrum bırakılması amacıyla yapılıyor ise, aldatıcı ticari uygulamalardan sayılmaktadır.

Ek.1. madde 11 hükmü ile, “advertorial” reklamları da, açık ve anlaşılır olarak tanıtım mahiyeti içermediği, tüketicide reklamı yapılan ürünün tanıtımının izlendiğine ilişkin bir algının oluşmadığı yönünden haksız rekabetin tipik bir türü olarak görülmüştür. Medya uygulamamızda sıklıkla yer verilen advertorial uygulamalarının bu kapsamda yeni TKHK ve yayımlanacak yönetmelik hükümlerine aykırılık teşkil edebileceği açıktır. Ancak konunun dar kapsamlı ele alınıp alınmayacağı uygulamada öncelikle Reklam Kurulu kararlarının değerlendirilmesi ile belirlenebilir.

Advertorial içerik, esas itibariyle tüketici tarafından açıkça tanımlanabilen görüntü veya ses ile uygulamanın reklam olduğu belirtilmeksizin uygulanan ve bir ürünün reklamını yapmak için para karşılığında medyanın reklam dışı uygulamalar ile yayını yaptıği içeriktir. Basın bültenleri, açılış ve tanıtımlar ile ürün ve hizmetlere ilişkin geniş bilgilendirmeye yer verilen “advertorial” reklamlar, uygulamada tanıtım

⁷² “Annex I., Commercial Practices Which Are In All Circumstances Considered Unfair”., <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:149:0022:01:en:HTML>, Collins., s.78.

metinlerine mevzuatta bir yeri bulunmasa dahi “bu bir advertorialdır” ifadesi ile yayınlanabilmektedir.

Yürürlükten kaldırılan 4077 sayılı TKHK kapsamında gelişen, reklam uygulamalarına göre, reklamın açık ve anlaşılır olması gereğinden hareketle, özellikle 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Yayınlarının Düzenlenmesi Hakkında Kanun⁷³ ve ilgili ikincil mevzuatından doğan televizyon reklamcılığı başta olmak üzere, gizli ticari iletişim adı verilen her tür tanıtıma izin verilemeyeceği belirtilmekte olup, yazılı ve görsel basında reklamlar “bu bir ilandır.” ifadesi veya “reklam”, ya da reklamın baş harfini temsilen “R” çağrı işareti ile kullanılmaktadır.⁷⁴ Ancak haksız rekabete meydan veren, reklam olduğu anlaşılmayan, tüketicinin kimi zaman haber okumakta olduğunu yahut bir film yahut program izlediğini zannettiği durumlarda; bilgisayar ekranının, gazetenin, televizyonun bir köşesinde bu ifadelerin yer alması halinde dahi mevzuatça belirlenen reklam tanım ve ilkelerini aşan içerikte yayın yapıldığı

⁷³ R.G. 03.03.2011 S.27863., (“RTUK”)

⁷⁴ RTUK kanunu gereği, reklam kuşağında ve program içeriğinde iki tür reklam yapılması mümkün olup, her durumda televizyon ve radyo yayın hizmetlerinde reklamlar ile tele-alışveriş, RTUK madde 10/1 maddesi gereğince, sesli ve/veya görüntülü bir uyarıyla açıkça fark edilebilecek ve program hizmetinin diğer unsurlarından kolaylıkla ayırt edilebilecek biçimde düzenlenir. Yayın Hizmeti Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik ise, R.G. 02.11.2011., s. 28103., madde 4 (b) bendi ile program içerisinde yer verilecek bant reklamların, program yayını esnasında ekrandaki görüntü üzerinde, programın bütünlüğünü bozmamak kaydıyla, tanıtımı yapılan ürün, hizmet veya kuruluşun reklamının görüntüyü çerçevelemek yoluyla ya da alt yazı ile veya logosunu göstermek suretiyle yapılacağını düzenlemektedir. Yönetmeliğin 4. Maddesi (ş) bendi ise, program arasında, reklam kuşağında verilecek reklamlarını reklam kapağı ile birlikte yayınlanması gereğini belirtmektedir. Reklam kapağı, televizyonlarda reklam kuşaklarının girişinde ve çıkışında kullanılan, izleyiciyi reklam yapıldığı yönünde bilgilendirmeye yönelik görüntülü ve sesli uyarı, Reklam ve tele-alışveriş yayınlarının biçim ve sunuşu ifade etmektedir.

RTUK madde 10 hükmü (1) bendi ile reklamlar ve tele-alışverişin ayırt edilebilmesi için; televizyon reklam ve tele-alışveriş kuşaklarının önünde ve bitiminde herhangi bir reklam unsuru içermeyen reklam veya tele-alışveriş kapağı kullanılacak olduğu hükme bağlanmıştır.. Reklam veya tele-alışveriş kapağı en az 3 saniye süre ile ekranda kalır program içerisinde yer verilen bant reklam yayını için ise, bant reklam süresi müddetince, bant reklam logosu yayınlanacağını, bant reklam yayınında reklam alanının görüntü alanının %20’sini aşamayacağını hükme bağlanmıştır. Bant reklam teknikleri kullanılarak yapılan spot ve küçük ilanlar tarzındaki reklamlar; program bütünlüğü, değeri, etkinliği ve mesajın bozulmasını önlemek için sesli olarak yayınlanamaz. Spor karşılaşmalarında sporcuların ve yayınlanan müsabakanın, diğer programlarda oyuncuların, sunucuların ve konuşmacıların görüntülerini kapatacak şekilde yerleştirilemez. Ayrıca, dini tören yayını içine hiçbir şekilde reklam ve tele-alışveriş yayını yerleştirilemez. Haber bültenleri ve çocuklara yönelik programlarda bant reklamlar yayınlanamaz.

kabul edilmelidir. Neticeten, bu tip uygulamaların, spesifik bir reklam metodu olduğunu düşürdüremeye dayalı, “ bu bir advertorialdir.” İbareleri ile yayınlanan her tür yazı ve görsel içerik tek başına yanıltıcılık vasfını taşımaktadır.

Tüketicinin programa diğer tüketicileri dahil etmesinden kaynaklanan bir bedeli kazanma fırsatının vadeden bir “piramit reklam”, “zincir” program kurmak, işletmek veya reklamını yapılması da, haksız rekabet uygulaması olarak sayılmıştır.

Diğer yandan, ürünün piyasa koşulları veya ürünün bulunma olasılığı hakkında önemli ölçüde yanlış bilgi vererek, normal piyasa şartlarından daha elverişsiz koşullarda o ürünü almaya ikna edilmesi, Direktif’e göre her durumda haksız rekabet uygulaması olarak kabul edilecektir.⁷⁵

Uygulamada çok rastlanmakta olan ancak Direktif Ek.1. ile açıkça haksız olduğu ortaya konulan bir uygulama ise, bir ticari uygulamada, müteşebbisin tanıtımını yapmakta olduğu mal ya da servisle ilgisi olmayan sair bir ödül ya da servis edinilmesinin verilmesinin kararlaştırılmasıdır.

Bir reklamda, çocukları reklamı yapılan ürünleri satın almaya ya da ebeveynlerini veya diğer yetişkinleri reklamı yapılan ürünü onlar için satın almaya ikna etmeye yöneltten doğrudan bir teşvik koymak, haksız ticari uygulamalardan sayılmıştır. Ancak bu hüküm dar yorumlanmalıdır.

Esasen bir ödül ya da eşdeğer bir menfaat söz konusu değil iken ya da tüketicinin ödül ya da eşdeğer menfaati talep edebilmek için para ödemesi ya da bir masrafta bulunması gerektiği halde, tüketicinin bir ödül ya da eşdeğer bir menfaat kazandığı, kazanacağı, veya belirli bir eylemde bulunması halinde kazanacağı doğrultusunda yanlış izlenim yaratmak bu ekseninde Direktif Ek.1. ile tayin edilen bir diğer haksız ticari bir uygulamadır. Ürün satılan müşterilere “alan kazanıyor”, “herkese ev, araba” ifadesi ile tanıdık gelen tanıtımlar böyledir. Zira, tüketiciler ürünü almakla esasen ödüle erişmemekte, ödüle hak kazanmak adına ürünün satın alınması yanında bir dizi kampanya şartı ile ödüle ilişkin varsa vergi ve yasal kesintiler kapsamında kalan intikal vergilerinin de taraflarınca ödenmesi gerekebilmektedir.

⁷⁵ Collins. 112.

Çocuklara ve gençlere yönelik yapılan bir reklamda yapılan bir kampanyanın haksız ticari bir uygulama olup olmadığı yönünde Alman Federal Mahkemesi, 12.12.2013 tarihli “Haribo” markasına dair Glükwochen kararında⁷⁶, çocuklar ve gençler arasında popüler olan şekerleme firması tarafından düzenlenen ve yine ödül olarak 5 adet şekerleme alanın 5000 Euro değerinde “Golden Bears” şekerlemesi kazanma şansı elde etmesine ilişkin piyango düzenlenmekte olduğu hakkında yayınlanan televizyon reklamlarının, çocuk ve ergenlerin deneyimsizliklerini istismar etmek suretiyle haksız rekabet teşkil ettiğine ilişkin yerel mahkemenin vermiş olduğu kararı bozmuştur.

Kararın gerekçesinde, 2005/29 sayılı Haksız Ticari Uygulamalar Direktifine göre hazırlanarak yürürlüğe girmiş olan Alman Haksız Rekabet Kanunu (“UWG”) Genel Hükümler başlığını taşıyan 1. Bölümünün Haksız Ticari Uygulamalardan Korunmaya dair hükümlerini barındıran 3./2 hükmü kapsamında anılan ticari uygulamanın şayet belirli bir gruba yönelmesi halinde, bu gruba mensup ortalama seviyede bir üyenin referans olarak alınması gerektiğini, zira bu kişinin zihni ve fiziki gelişimi ile yaşı kapsamında gelişmiş olan bakış açısının bu grubun karar verme yeteneklerini belirlemede yardımcı olduğunu, anılan reklamın değerlendirilmesinde ortalama zeka seviyesindeki bir çocuk ve gencin davranışları dikkate alındığından, uygulamanın haksız bir ticari uygulama teşkil etmemekte olduğuna dair karar verildiği belirtilmektedir.⁷⁷

Mahkeme, somut durumun, bir müteşebbisin tanıtımını yapmakta olduğu kendisine ait ürün ya da hizmetleri kapsayan bir ödül vermeksizin, sair bir ödül verileceğine dair tanıtımlar yapmasını haksız ticari uygulama sayan UWG 4/6 kapsamında bir haksız ticari uygulama da sayılmadığına dair karar vermiştir. Zira UWG 4/6 hükmünden farklı olarak Haribo vakasında, işletmenin piyango neticesi yine kendi ürünlerini ödül olarak göstermekte olmasının, haksız ticari bir uygulama teşkil etmemekte olduğu, bu surette belirlenmiştir.

⁷⁶BGH,-I ZR 192/12 – GLÜCKS-WOCHEN;
<https://www.bundesgerichtshof.de/DE/Service/Newsletter/> (erişim tarihi: 13.12.2013)

⁷⁷ Özel kitlenin yanılgı olasılığı hakkında bkz. Bahiyar ., s. 142.

Tüketicinin ticari uygulamaya karşılık vermek, ürünü elden teslim almak ya da teslimat için yapması gereken kaçınılmaz masraflardan haricinde bir ödeme yapması gereken hallerde, o ürün için “bila bedel”, “bedava”, “ücretsiz” veya bunun gibi tanımlamalarda bulunmak Direktif Ek.1. metni 30. Maddesi ile bir diğer haksız ticari uygulamalardan sayılmıştır.

Almanya Federal Mahkemesi bir kararında⁷⁸, telekomünikasyon hizmetleri veren davacının talebi üzerine, internet erişim hizmeti veren davalının “Frankfurter Allgemeinen Zeitung” isimli gazetenin internet sitesinde yer alan € 35’den başlayan fiyatlarla servis paket hizmetine ilişkin ilanının, her ne kadar Alman sabit hatlar ile görüşme bedeli ve 6 megabit internet bağlantısı hizmetini kapsadığı belirtilse de, € 14 olan kablo bağlantısının toplam fiyata dahil edilmediğini, ayrıca reklamda davacının markası ile haksız bir karşılaştırmaya yer verildiğini, durumun reklamın fiyat bileşenlerini gizleyen fiyat hakkında yanıltıcı bilgi içeren, bu haliyle tüketici nezdinde yanlış izlenim yaratan, reklam dahilinde var olan eşleştirilme dolayısıyla tüketiciler nezdinde göz alıcı bir teklifin var olduğu izlenimi yaratan içerikte ve fiyatın netlik arz etmediğini belirterek, gerçeğin kabul edilen standartlar ve ilkeler çerçevesinde açıkça tayin edilmiş ve kolayca tanımlanabilen ve okunaklı bir şekilde ifade edilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir.

Alman Federal Mahkemesi işbu kararında, “parasız internet”, “nette parasız/özgür” gibi reklamları somut durumda haksız rekabet olarak nitelendirmiştir. Bu tür ilan ve reklamlardan ayrıca bir telefon bağlantı ücretinin ödenmeyeceği şeklinde yanlış bir izlenim doğmaktadır.⁷⁹

⁷⁸BGH, I ZR 34/09.,07.05.2011, “*Leistungspakete im Preisvergleich*” davası, <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=52109e5b31e583af33f24f0f21e776af&nr=56310&pos=1&anz=16>, (erişim tarihi 17.05.2012.)

⁷⁹Aynı yönde, internet sayfasında satış işlemlerini gerçekleştiren bir bilgisayar işletmesinin, taleplerin şubelerinden karşılandığını belirtmesi üzerine, rakip davacının ise durumun böyle olmadığını, yapılan taleplerin ise başka işletmelerden sipariş edilerek karşılandığını tespit etmiştir. Buna karşılık, gerçekte başka işletmelerden bu parçaların temini olayında mahkeme, internet kullanıcılarının bu durumda istedikleri malzemeyi hemen elde etmek istemekte haklı oldukları gerekçesi ile haksız rekabetin varlığına karar vermesi hususunda, bkz. CAN/MEMİŞ, <http://www.basarmevzuat.com/dergi/2004-09/a/04.htm>, erişim tarihi: 17.05.2012

Direktif Ek.1. metninde yer alan, her hâlıkârda haksız olduğu kabul edilen ticari uygulamalar arasında, pazarlamaya ilişkin evrak, ilan ve broşürlere, öyle olmadığı halde tüketiciye pazarlanan ürünü sipariş etmiş olduğu izlenimini verecek şekilde pazarlama malzemesine fatura ya da ödeme yapılmasını öngören benzer bir belge eklenmesi; saldırgan ticari uygulamalar başlığı altında ise, yine sözleşme yapılanda dek tüketicinin iş yerinden ayrılamayacağı izlenimi yaratılmasına da yer verilmektedir. Milli hukukta akdi bir yükümlülüğün yerine getirilmesi için öngörölmüş olması haricinde, tüketicinin terk etme veya geri gelmeme talebine aldırmadan tüketicinin evine ziyaretler yapmak halleri bu kapsamda düzenlenmiştir.⁸⁰

İstenmeyen e-psotaların durumu hakkında ise; Direktif Ek.1. de, telefon, faks, e-posta, veya diğler uzaktan haberleşme araçları ile ısrarlı ve istenmeyen taleplerde bulunmak haksız ticari uygulamalardan görölmüştür.⁸¹ Bu kapsamda, istenmeyen e-postalar da haksız bir ticari uygulama olarak görölerek yaptırıma bağlanması gereğı üzerinde durulmuştur.⁸²

Dürüstlük kuralına aykırı reklamların AB Yönergeleri kapsamında spesifik uygulamaları da dahil eder tarzda belirlenmiş olması, reklamların internet mecrasında yer almalarından doğan ve koruma kapsamını genişletecek düzenlemelerin mevzuatımızda TTK ve TKHK hükümleri paralelinde getirilen yeni uyum düzenlemeleri ile yapılmasını ihtiyacını beraberinde getirmiştir.

B. Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar Ve İnternet Reklamları

6102 sayılı TTK, dürüstlük kuralına aykırı hareketlere yer vermeden önce, yürürlükten kaldırılan 6762 sayılı TTK hükümlerinden farklı olarak dürüstlük kuralına aykırı reklamların da, TTK kapsamında değerlendirileceğini herhangi bir tereddüde meydan vermeksizin ortaya koymuş bulunmaktadır.

⁸⁰ Pınar, s. 140., Ayrıca bkz. Sözleşme yapma özgürlüğü kapsamında aş. 84.

⁸¹ Bu yolda ayrınıt açıklama ve ABD mevzuatı kapsamında getirilen düzenlemelerden CAN- SPAM Kanunu için bkz. aş.s.53 vd.

⁸² İstenmeyen e-postalara ilişkin ayrıca bkz. aş. 52 vd.

Reklamların dürüstlük kuralına uygun, doğru, açık ve sair üçüncü kişilerin ticari itibarını kullanmak yoluyla, ürün karşılaştırmaları gibi yollarla haksız rekabet eylemleri 6502 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılan 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 16. Maddesinde yer alan reklam tanımından hareketle ve iletişim özgürlüğünü temel bir ilke olarak kabul etmiştir. Reklam Kurulunca belirlenen ve reklam veren, reklam ajansları, mecra kuruluşları ve reklamcılık ile ilgili tüm kişi, kurum ve kuruluşların uyması gereken ilkeler ile bu ilkeler çerçevesinde yapılacak inceleme esaslarını belirlemek amacıyla yürürlüğe konan Ticari Reklam Ve İlanlara İlişkin İlkeler Ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik'nin⁸³ muhtelif maddelerinde de bu hususa değinilmiştir.⁸⁴ Anılan yönetmelik ile, reklam ilkeleri gereği ticari reklam ve ilanlarda, olması gereken temel ilkelere madde 5 hükmü ile yer verilmiş; ticari reklam ve ilanların, yasalara, genel ahlaka uygun, doğru ve dürüst olması; her reklamın ekonomik ve sosyal sorumluluk bilinci içinde iş hayatında ve kamuoyunda kabul gören dürüst rekabet ilkelerine uygun olması gereği hükme bağlanmıştır.⁸⁵

İlgili yönetmelik uyarınca yaptırım tesis etmeye yetkili kılınmış olan Kurul, Reklam Kurulu "RK" olup rekabete aykırı fiil sonucun doğuran reklamların son dönemde elektronik mecralarda da yayınlanmasından ötürü ceza tesis ettiği görülmektedir. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun,' AB mevzuatı ile tam uyumun sağlanması adına, 2001/65/AT sayılı henüz mevzuatımıza aktarılmamış olan 2002/65/AT sayılı Finansal Hizmetlerin Mesafeli Satışı, 2005/29/AT sayılı Haksız Ticari Uygulamalar⁸⁶, 2008/48/AT sayılı Tüketici Kredileri Sözleşmeleri, 2008/122/AT sayılı Devre Tatil, Uzun Süreli Tatil Ürünü, Yeniden Satım ve Değişim Sözleşmeleri, 2001/83/EU sayılı Tüketici Hakları Yönergelerinin iç hukukumuza aktarılması

⁸³ RG.14.08.2003; s. 25138.

⁸⁴ Henüz 6502 sayılı TKHK'nın ikincil mevzuatı yayımlanmadığından ötürü, Kanun ifadesinde de yer bulunduğu üzere, 4077 sayılı Kanun'a dair var olan ikincil mevzuatı bu süre içerisinde uygulanmaya devam olunacaktır.

⁸⁵ Arslan Kaya., "**Reklamın Fikri Mülkiyet Hukuku İçindeki Yeri**", Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, s. 460.

⁸⁶ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:149:0022:0039:EN:PDF>

amacıyla hazırlanarak yürürlüğe girmiş olup tüketici hukuku ve reklam ve haksız ticari uygulamalar rekabet ortamına etkileri ile ilgili yeni ilke ve kurallar getirilmiştir.

6502 sayılı Kanun ile 12/12/2006 tarihli Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlara İlişkin, İç Pazarda Hizmetler Hakkında 2006/14/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Yönergesi de iç hukuka aktarılmış olmaktadır.⁸⁷

Hukukumuzda 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun yürürlüğe girmesi ile yürürlükten kaldırılmış olan 4077 sayılı TKHK md. 16 hükmü, ticari ilan ve reklamlar başlığını taşıyan madde hükmünde, tüketiciyi aldatıcı, yanıltıcı veya onun tecrübe ve bilgi noksanlıklarını istismar edici, tüketicinin can ve mal güvenliğini tehlikeye düşürücü, şiddet hareketlerini ve suç işlemeyi özendirici, kamu sağlığını bozucu, hastaları, yaşlıları, çocukları ve özürlüleri istismar edici reklam ve ilanlar ve örtülü reklam yapılamaz düzenlemesini getirmiştir.

İletişim özgürlüğünü temel bir ilke olarak kabul ederek Reklam Kurulunca belirlenen ve reklam veren, reklam ajansları, mecra kuruluşları ve reklamcılık ile ilgili tüm kişi, kurum ve kuruluşların uyması gereken ilkeler ile bu ilkeler çerçevesinde yapılacak inceleme esaslarını belirlemek amacıyla 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 31 inci maddesi ve bu Kanunun 4822 sayılı Kanun ile değişik 16 ve 17 nci maddelerine dayanılarak hazırlan Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik "Tanımlar"⁸⁸ başlığını taşıyan madde 4/h hükmü ile ticari reklam ve ilanları nitelemiştir.⁸⁹

Yönetmelik Madde 4 hükmü gereğince, ticari reklam ve ilanlar; mal, hizmet veya marka tanıtmak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek ve ikna etmek, satışını

⁸⁷ 6502 sayılı Kanun Geçiş Hükümleri uyarınca, öngörülen ikincil düzenlemeler yürürlüğe girinceye kadar, yürürlükten kaldırılan 4077 sayılı Kanun'a dayanılarak çıkarılan yönetmelik ve diğer mevzuatların aykırı olmayan hükümleri uygulanmaya devam olunacaktır.

⁸⁸ 6502 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılan 4077 sayılı TKHK'nın 4822 sK 3. Md. İle değişik 3. Maddesi, Reklam Veren, Reklamcı ve Mecra Kuruluşlarını aynı tanım ile nitelemiştir. TKHK, mecralar hakkında bir tanım vermemiştir.

⁸⁹ 6502 sayılı Kanun Geçiş Hükümleri uyarınca, öngörülen ikincil düzenlemeler yürürlüğe girinceye kadar, yürürlükten kaldırılan 4077 sayılı Kanun'a dayanılarak çıkarılan yönetmelik ve diğer mevzuatların aykırı olmayan hükümleri uygulanmaya devam olunacaktır.

veya kiralanmasını sağlamak ya da arttırmak amacıyla reklam veren tarafından herhangi bir mecrada yayımlanan pazarlama iletişimi niteliğindeki duyuruyu ifade eder. Anılan yönetmelik madde 4/g hükmü ile interneti de kapsayan bir mecra tanımı yaparak, ticari reklam ve ilanların yayınlandıkları mecraları sınırlandırmadan saymaktadır.

Ticari ilan ve reklamlar, reklam ve tanıtım mesajını ileten ve o mesajı alma durumunda olan kişi, grup ya da topluluğun bulunduğu yeri ve ortamı ifade etmektedir. Televizyon, her türlü yazılı basın, internet, radyo, sinema gibi iletişim kanalları ile açık hava, basılı işler gibi reklam taşıyan malzemeler, yönetmelik hükmünde yer aldığı gibi, hüküm gelişen teknolojilere de açık olarak kaleme alınmıştır.

6502 sayılı Kanun metninde Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar başlığı altında yer bulan Ticari Reklam alt başlığında madde 61/1 düzenlemesi kapsamında ticari reklam tanımı; "Ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı olarak; bir mal veya hizmetin satışını ya da kiralanmasını sağlamak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla reklam verenler tarafından herhangi bir mecrada yazılı, görsel, işitsel ve benzeri yollarla gerçekleştirilen pazarlama iletişimi niteliğindeki duyurulardır. Ticari reklamların Reklam kurulunca belirlenen ilkelere, genel ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına uygun, doğru ve dürüst olmaları esastır." Şeklinde ifade edilmektedir. İlkesel olarak geniş tanımlanması öngörölmüş olan tanım itibarıyla, internet sitesinde yapılan yayınlarda yer alan ifadelerle, gereksiz kötüleme ve aldatıcı beyanda bulunması, bu platformun tüketicilere destek amacıyla kurulsun ve ilanlarda hiçbir firma hedef alınmasa dahi haksız rekabetin bir görünümünü teşkil edecektir.⁹⁰

Öte yandan, Yönetmelik hükmü tipik bir haksız rekabet fiili oluşturacak şekilde ve bu sonuca yönelecek olan dürüst olmayan reklamları "ticari itibardan haksız yararlanma" başlığı altında madde 15 hükmü gereğince düzenleme altına almıştır; Buna göre, reklamlarda; bir başka firmanın, kurumun ya da kuruluşun adı veya amblemlerinin, logosunun ve diğer özgün kurumsal kimlik unsurlarının, tüketicinin

⁹⁰ 13.9.2012 t., 2010/6022 E., ve 2012/13207 K. Sayılı kararı. www.kazanci.com.tr, (erişim tarihi. 13.10.2013)

aldanmasına yol açacak şekilde kullanılmayacağı belirlenmiştir. Böylelikle, bir kişinin adından veya bir başka firmanın, kurum veya kuruluşa ait ticari unvan ya da fikri mülkiyete sahip olunan yahut bir reklam kampanyası ile sağlanmış bulunan itibardan, haksız olarak yararlanılmayacağı açıktır. Yönetmeliğin 11. Madde hükmünde yer alan karşılaştırmalı reklam başlığı altındaki düzenleme gereği ise, karşılaştırmalı reklamlara yer verilebilmesinin sınırlı koşulları belirtilmiştir.⁹¹

Reklam verenin, Yönetmelikte belirlenen ilkelere uygun olmayan reklamının daha sonra düzeltilmesi ve telafi etmesi kendisinden beklenen bir davranış olmakla birlikte, bu Yönetmelikte belirlenen ilkelere aykırı hareket edilmesine mazeret oluşturmamaktadır. Reklamı yayımlayan, nakleden veya dağıtan veya sunan mecra kuruluşları veya aracıları reklamın kabulünde ve kamuoyuna sunulmasında gereken mesleki dikkat ve özeni göstermek zorundadır.⁹²

Burada mesleki özen yükümlülüğünün dar yorumlanması bazı sorunları beraberinde getirebilmektedir. Reklam yayımlayan gerekli tedbirleri almakla yükümlü kılınsa da, somut durumda bu tedbirlerin çerçevesinin çizilmemesi hükmün uygulanabilirliğini de sekteye uğratmaktadır. Nitekim, AB Haksız Ticari Uygulamalar Direktifine dair sunulan ilk Komisyon Raporunda mesleki özen kavramının üye ülkeler arasında geniş yorumlanabilmesinden doğan endişelerin var olduğu belirtilmektedir. Komisyon Raporunda, mesleki özen kavramının dürüstlük kavramı ile belirlenmesinin yeterli kabul edilebileceği ve kavramın dar yorumlanmaması gerektiği yönünde görüş belirtmiştir. Kanaatimizce, mesleki özen kavramının dürüstlük ilkesi çerçevesinde ve iyi niyet koşulları dahilinde değerlendirilmemesi, reklam verenlerin kendilerine özgü mevzuatlarının var olduğu ve yayımcıların sektörel yenilikler ile spesifik düzenlemeleri her zaman takdir edemeyeceği açık olduğundan yerinde görülecektir. Bu durumun kabulü, hükmün sevk ediliş amacını da karşılayacak ve esas sorumluluğu asıl süje olan reklamveren teşebbüste bırakacaktır. Diğer yandan, internet reklamcılığının teknik veriler ile elde edilen i

⁹¹ Pınar, s. 130., 147.

⁹² Tekinalp, "...Burada bahsi geçen kamu, dünyanın herhangi bir yerinde, dar veya geniş, belirli veya belirsiz üçüncü kişilerdir. Bahsi geçen 'kamu' kavramına örnek olarak; konferans, seminer vs. katılımcıları, TV seyircileri, yazılı basın okuyucuları, internet kullanıcısı vd. verilebilir..." s.285.

kullanıcıların reklam eğilimlerini tartan ve bu sayede piyasa raporu oluşturan teknik yöntemlerle geliştirilen reklamcılık faaliyetlerinde reklamveren kadar mecranın da sorumlu görülmesi gerekmektedir.

Avrupa Adalet Divanı 19.09.2013 tarihli *Tour Services* kararında⁹³, mesleki dikkat ve özen kavramının her somut olayda ayrıca değerlendirilmesi gerektiğine dair karar vermiştir.

Kullanıcının doğrudan etkileşim içinde olduğu internet sayfası veya uygulamanın gerçekleştirdiği izleme (*First-party tracking*), Kullanıcıların yaş, cinsiyet, alışveriş alışkanlıkları gibi bilgilerini toplayıp ilgi alanlarına göre profiller oluşturulması (*User profiling*) İnternet sitelerinin URL'si, arama kelimeleri ve sayfa anahtar kelimelerinin, gezme alışkanlıklarının hangi sıklıkla yapıldığı ve hangi zaman aralığı içerisinde yapıldığı gibi önceden tanımlanmış mevzuata uygun ve hassas kategorilerden arındırılmış biçimde kategoriler oluşturulması böyledir.⁹⁴

Karşılaştırılan mal, hizmet veya marka adının belirtilmemesi, karşılaştırılan mal veya hizmetlerin aynı nitelikte ve özellikte olması veya aynı istek ve ihtiyaca cevap vermesi, dürüst rekabet ilkelerine uygun olması ve tüketicinin yanıltılmaması halinde ancak karşılaştırmalı reklamlara yer verilebilir. Reklam verenler, reklamcılar ve mecra kuruluşları veya aracılar karşılaştırmalı reklamda dürüst, açık ve anlaşılır reklamlar yapılmasından birlikte sorumludurlar. Reklamcılar ya da reklam ajansları, Yönetmelikte belirtilen ilkelere uygun reklam hazırlayarak reklam verenin yükümlülüklerini yerine getirmesine sağlayacak biçimde çalışmak ve bu konuda onu uyarmak zorundadır.

Reklam veren, mal veya hizmetleri konusunda reklamcıya doğru ve gerçeklere uygun bilgi ve belge vermek zorunda ise de şirketlerin kısa ve orta vadede doğrudan rakiplerini hedef alarak, pazar payı kazanmak istemeleri nedeniyle karşılaştırmalı

⁹³ Case C-435/11, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=138364&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=599088>. (erişim tarihi: (10.09.2013))

⁹⁴ Keser Berber., "Rapor"

reklamların kısıtlanmakta oluşu amaca uygundur.⁹⁵ Nitekim karşılaştırmalı reklam örnekleri rekabetin en yoğun olduğu sektörlerde başvurulan bir yöntemdir.

Bankacılık, GSM ve otomotiv sektörleri son dönemdeki kampanyalarında kendilerini rakipleriyle kıyaslayan içeriklere ağırlık vermesi nedeniyle bu reklamların hemen akabinde yaşanan mahkeme süreçleri ve bu reklamlar için alınan yayın durdurma kararları ile muhatap olmuşlardır.

Reklam Kurulu karşılaştırmalı reklamın sınırlarının aşılmış olduğuna dair vermiş olduğu bir kararında⁹⁶ Avea İletişim Hizmetleri A.Ş.'ye ait "Hepsi Bir" adlı tarifeye ilişkin muhtelif mecralarda yayınlanan "Hemen Avea HepsiBir'li ol, bu avantajdan

⁹⁵ Capital Dergisi; Makale; "Karşılaştırmalı reklam neden yasak?"; Hande Yavuz, 01.11.2011; <http://www.capital.com.tr/Haberler/Detay.aspx?HaberID=23690>; son erişim tarihi: 04.05.2013

⁹⁶ Reklam Kurulu, 12.08.2008.,t., 2008/315 sayılı kararı.,"... Diğer taraftan, adı geçen firmaya ait "Yeter! ", "Bir cepte iki telefon taşımaya yeter!" başlıklı "Avea Kurumsal Tarifeleri" ne ilişkin reklamların Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik'in karşılaştırmalı reklamlarla ilgili hükümlerine aykırılık teşkil ettiği ve tüketicileri yanıltıcı nitelikte olduğu gerekçesiyle, Reklam Kurulu'nun 07.08.2007 tarih ve 143 sayılı toplantısında firma hakkında idari para cezası verilmiş olup söz konusu fiilin bir yıl içerisinde tekrar edilmiş olması nedeniyle, 4077 sayılı Kanun'un değişik 25'inci maddesinin son fıkrasında yer alan "(...) para cezaları, fiilin bir yıl içerisinde tekrarı halinde iki misli uygulanır." hükmü uyarınca idari para cezasının iki kat (59.192 x 2 = 118.384 YTL) uygulanmasına karar verilmiştir."
http://www.tuketici.gov.tr/?wapp=reklamkurulukararlari_tr&open=2 (erişim tarihi:12.08.2010),

Turkcell İletişim Hizmetlerinin Avea'nın "5-3-2" olarak tanınan reklamını rekabete aykırı bularak kapatılan Beyoğlu 2. Asliye Ticaret Mahkemesi'ne başvurmuş ve reklamların durdurulmasına ilişkin ihtiyati tedbir kararı almıştır. Turkcell tarafından konuya ilişkin yapılmış olan yazılı açıklamada "Avea'nın reklam filmleri ekonomik ve sosyal sorumluluk bilinci içinde iş hayatında ve kamuoyunda kabul gören dürüst rekabet ilkelerine uygun olması ilkesini ihlal ediyor. Türkiye'nin lider iletişim ve teknoloji şirketi Turkcell, Avea tarafından yayınlanan "Dünyada 5-3-2'ye yer yok" temalı reklam filmine karşı, filminin "Reklam filmlerinin ekonomik ve sosyal sorumluluk bilinci içinde iş hayatında ve kamuoyunda kabul gören dürüst rekabet ilkelerine uygun olması ilkesini ihlal ettiği, Ticari reklam ilkelerine aykırı olması, kullanılan ifadelerin Turkcell'i, markasını ve ticari faaliyetlerini yanlış, yanıltıcı veya lüzumsuz yere incitici beyanlarla kötülemesi," gerekçesiyle 22.06.2011 tarihinde Beyoğlu 2.Asliye Ticaret Mahkemesi'nde manevi tazminat davası açmıştır. Basın veya müşterileri üzerinden rakip operatörlerle polemığe girmeyi ilkesel olarak doğru bulmayan Şirketimiz, davaya konu olan reklam filminin tüketiciler ve kamuoyu nezdindeki ticari itibarını zedelemeye yönelik unsurlar içermesi nedeniyle, dava sonuçlanıncaya kadar filmin internet, radyo, televizyon, gazete yayınlarının durdurulması için ihtiyati tedbir kararı verilmesini de talep etmiştir. Mahkeme, filmin reklam uygulama ve esaslarına aykırı görüldüğü haliyle bu mecralarda yayımlanmasının dava sonuna kadar tedbiren durdurulması yönünde karar vermiştir." <http://www.bt.net.com.tr/29027-avea-reklam-simdilik-yasak.html> (erişim tarihi., 21.11.2012)

yararlan!” başlıklı reklamlarda, tanıtımı yapılan tarife ile diğer firmanın tarifesi arasında yapılan karşılaştırmada, diğer firmanın, tanıtılan tarifeye aynı nitelikte ve özellikte olan veya aynı istek ve ihtiyaca cevap veren “Bir Fiyat” adlı tarifesi yerine “BizBize Cell” isimli tarifesinin kullanıldığı, diğer yandan, söz konusu karşılaştırmada, diğer firmanın tescilli markası niteliğindeki “BizBize Cell” adlı tarifesinin adına yer verildiği tespit edilmiş olup, söz konusu reklamların Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik'e uygun olmadığına dair karar vermiş ve anılan reklamların durdurulmasına karar vermiştir.

Reklam Kurulu reklamların yanıltıcılık unsurunu dikkate aldığı diğer bir kararında ise, bir ticaret şirketinin “Dr. C. Tuna Alaska Masaj Jeli”, “Dr. C. Tuna Paprika Balsam”, “Dr. C. Tuna At Kestanesi Masaj Jeli”, “Dr. C. Tuna Argan Balsamı”, “Hair/n Şampuan ve Serum” markalı ürünlere ilişkin olarak www.farmasiint.com adresli internet sitesinde ve anılan ürünlerin ambalajlarında yer alan tanıtımlara ilişkin⁹⁷ olarak, reklam mevzuatı uyarınca reklamı yapılan ve haksız rekabete konu edilen mevzuatın emtiasına göre, Kozmetik Yönetmeliğinde “Tanımlar” başlıklı 4 üncü maddesinde yer alan “kozmetik ürün” tanımında yer alan ürünlerden olmadığını belirtmiştir. Reklamlarda yer alan, tedaviye yönelik ve endikasyon gibi belirten ifadelerin ilgili mevzuatta belirtilen kozmetik ürün tanımını aşan ve yanıltıcı nitelikte değerlendirildiği; ayrıca şayet anılan ürünler söz konusu reklamlarda belirtilen iddiaları kanıtlayabilir nitelikte ise, bu durumda “kozmetik ürün” kapsamında değil, “beşeri tıbbi ürün” veya “ilaç” kapsamında ruhsatlandırılması gerektiği, “beşeri tıbbi ürün” veya “ilaç” kapsamında değerlendirilmesi gereken ürünlerin reklamının yapılmasının ise mevzuata uygun olmadığı dolayısıyla her koşulda, söz konusu ürünler ile ilgili olarak yapılan bu nitelikteki tanıtımların mevcut mevzuata aykırılık teşkil ettiğine karar vermiştir.⁹⁸

⁹⁷ Reklam Kurulu'nun 12.03.2013 t. ve 2013/173 K. Sayılı kararı., http://www.tuketici.gov.tr/index.snet?wapp=reklamkurulukararlari_tr&open=2 (erişim tarihi: 04.05.2013)

⁹⁸ Reklam Kurulu, 12.03.2013 t. 2012/777 K. Sayılı kararı., “... Kozmetik Yönetmeliği madde 4 uyarınca, Kozmetik Madde tanımı'nın: “İnsan vücudunun epiderma, tırnaklar, kıllar, saçlar, dudaklar ve dış genital organlar gibi değişik dış kısımlarına, dişlere ve ağız mukozasına uygulanmak üzere hazırlanmış, tek veya temel amacı bu kısımları temizlemek, koku vermek, görünümünü değiştirmek ve/veya vücut kokularını düzeltmek ve/veya korumak veya iyi bir durumda tutmak olan bütün preparatlar veya maddeleri” biçiminde olduğu göz önünde

Reklamların aldatıcı mahiyetlerine ilişkin olarak 11. Hukuk Dairesi⁹⁹ vermiş olduğu bir kararında, daha sonra faaliyete başlamasına rağmen reklamlarında 25 yıllık deneyime sahip olduğuna yer vererek, rekabet kurallarına aykırı, yanlış-yanıltıcı bilgi ile haksız çıkar sağlamaya çalışılmasının, bu ibarenin yer aldığı logonun yer kısıtlaması olmaksızın kullanılmasının haksız rekabet teşkil ettiğine karar vermiş olup, davalının muhtelif medya araçları yolu ile yanlış ve yanıltıcı reklam faaliyetlerine dava açıldıktan hemen sonra son vermiş olmasının dahi, haksız rekabet tutumunu benimsediğini gösterdiğini değerlendirmiştir.

Tüketiciyi aldatıcı veya onun tecrübe ve bilgi noksanlıklarını istismar edici, can ve mal güvenliğini tehlikeye düşürücü, şiddet hareketlerini ve suç işlemeyi özendirici, kamu sağlığını bozucu, hastaları, yaşlıları, çocukları ve engellileri istismar edici ticari reklam yapılamaz.

bulundurulduğunda anılan firmaya ait "Dr. C. Tuna Alaska Masaj Jeli", "Dr. C. Tuna Paprika Balsam", "Dr. C. Tuna At Kestanesi Masaj Jeli", "Dr. C. Tuna Argan Balsamı", "Hair'n Şampuan ve Serum" markalı ürünlere ilişkin olarak www.farmasiint.com adresli internet sitesinde ve anılan ürünlerin ambalajlarında yer alan ifadelerin Kozmetik Yönetmeliği'nin "Tanımlar" başlıklı 4 üncü maddesinde yer alan "kozmetik ürün" tanımına uygun olmadığı; Kozmetik Mevzuatına tabi bulunan tüm kozmetik ürünlerin, insan vücudunun dış kısımlarına uygulanan ve etkileri geçici olan ürünler olması gerektiği; bu bağlamda, anılan ürünlere ilişkin olarak yapılan tanıtımlarda yer alan tedaviye yönelik ve endikasyon belirten ifadelerin ilgili mevzuatta belirtilen kozmetik ürün tanımını aşan ve yanıltıcı nitelikte değerlendirildiği; ayrıca şayet anılan ürünler söz konusu reklamlarda belirtilen iddiaları kanıtlayabilir nitelikte ise, bu durumda "kozmetik ürün" kapsamında değil, "beşeri tıbbi ürün" veya "ilaç" kapsamında ruhsatlandırılması gerektiği, "beşeri tıbbi ürün" veya "ilaç" kapsamında değerlendirilmesi gereken ürünlerin reklamının yapılmasının ise mevzuata uygun olmadığı dolayısıyla her koşulda, söz konusu ürünler ile ilgili olarak yapılan bu nitelikteki tanıtımların mevcut mevzuata aykırılık teşkil ettiği, dolayısıyla bahsi geçen hususların Kozmetik Yönetmeliği ile İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanununun ve nihayetTicari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmeliğin "Temel İlkeler" başlıklı 5/a, 5/e, 7/a, 7/c, 7/g, 13 ve 21 inci maddeler hükümlerine aykırı olduğuna dair karar vermiştir. Buna göre, reklam veren Farmasi Enternasyonel Ticaret A.Ş. hakkında, 4077 sayılı Kanun'un 17 inci maddesi ve 25 inci maddesinin sekizinci fıkrası dahilinde anılan reklamları durdurma cezası verilmesine karar verilmiştir."

⁹⁹ 11. H.D., 04.05.2006. t., 2005/2643 E., ve 2006/5139 K. Sayılı kararı, "...Davalı vekili, müvekkilinin reklam kampanyasında kullandığı "25 inci yıl Aras Kargo Holding" ve "Aras Kargo bir Aras Holding Kuruluşudur." ibarelerinin Aras Holding bünyesindeki ilk şirketin (Aras Ev Eşyaları Ltd. Şti.) kurulduğu 1979 yılından bu yana edinilen birikim ve deneyimin tüketiciye aktarılmasının amaçlandığını ve tüketiciyi yanıltmadığını savunmuştur..." aynı yönde, 11. HD., 08.03.2011 t., E. 2009/3226., ve 2011/2411 K. Sayılı kararı, www.kazanci.com.tr (erişim tarihi: 12.12.2012)., www.kazanci.com.tr, (erişim tarihi: 12.10.2011)

6502 sayılı Kanun 61/5 hükmünde bu tür örtülü reklamların bir tanımı yapılmış, daha sonra ise her türlü mecrada örtülü reklamın yasak olduğu vurgulanmıştır.10/9/1984 tarihi Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlara ilişkin Konsey Yönergesinin 3/a maddesi uyarınca aynı nitelikte veya aynı ihtiyaçları karşılayan mal ve hizmetleri objektif olarak karşılaştıran reklamlar yapılabilir. Ancak bunların dürüst rekabet ilkelerine uygun olmaları ve izleyicileri yanıltmamaları gerekir. Kanun gerekçesinde ayrıca karşılaştırmalı reklamlara ilişkin bir yönetmelikle usul ve esasların belirleneceği belirtilmektedir. Mecra kuruluşlarına da yaptırım uygulanacağı öngörülmüştür.

Reklam olduğu açıkça belirtilmeksizin yazı, haber, yayın ve programlarda, mal ve hizmetlere ilişkin isim, marka, logo veya diğer ayırt edici şekil veya ifadelerle ticari unvan veya işletme adlarının reklam yapmak amacıyla yer alması ve tanıtıcı mahiyette sunulması örtülü reklam olarak kabul edilir. Her türlü iletişim aracında sesli, yazılı ve görsel olarak örtülü reklam yapılması yasaktır.

Aynı ihtiyaçları karşılayan ya da aynı amaca yönelik rakip mal veya hizmetlerin karşılaştırmalı reklamı yapılabilir. Reklam verenler ticari reklamlarında yer alan iddiaların doğruluğunu ispatla yükümlüdür. Reklam verenler, reklam ajansları ve mecra kuruluşları bu madde hükümlerine uymakla yükümlüdür. Ticari reklamlara ilişkin getirilecek sınırlamalar ile bu reklamlarda uyulması gereken usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir.

6502 sayılı Kanun 61. maddesinde, ilan niteliğindeki duyurulara ilişkin bir tanıma rastlanmamaktadır. Kanun gerekçesinde, ilan niteliğindeki duyurularda reklam ya da bilgilendirme amacıyla yapılan bir pazarlama iletişimi niteliğindeki duyuru sıfatını haiz olduğundan söz konusu tanımda ayrıca ilan ifadesine yer verilmesine gerek duyulmadığı belirtilmiştir ki, bizce de yerinde bir tespittir.

6502 sayılı Kanun gerekçesinde, günümüzde çok etkili bir şekilde ağırlığını hissettiren rekabetle birlikte piyasaya her gün çok sayıda yeni ürün girdiği, bu rekabet ortamında firmaların ürünlerini pazarlayabilmeleri için hayatı rol oynar araç olarak görülen reklamların, tüketicilerin satın alma kararı verirken faydalandıkları en önemli araç olduklarından hareket edilmiştir. Rekabet ortamında firmaların ürünlerini pazarlayabilmek için çeşitli reklam türleri ve stratejileri uygulamakta oldukları, satışı arttırmak için çeşitli reklam türleri ve stratejileri uygulanmakta olduğu ancak bunun açık ve dürüst olması ile örtülü olmaması gereğinden bahsedilmiştir.

E- posta kutusu sürekli aldatıcı reklamlarla doldurulan kimse, reklamı yapan kimse veya kuruluş aleyhine TTK'nın haksız rekabet hükümlerine dayanarak; Haksız rekabetin men'i ve uğradığı zararın tazmini için dava açabilecektir.¹⁰⁰

Ticari reklamların doğru ve dürüst olması gereğinden hareketle, Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik, madde 5 hükümleri dairesinde, her reklamın, ekonomik ve sosyal sorumluluk bilinci içinde iş hayatında ve kamuoyunda kabul gören dürüst rekabet ilkelerine uygun olmasına dair emredici hükme yer vererek, dürüstlük kurallarının, istenmeyen ticari e-postalara kapsamında dikkate alınabileceğine olanak tanımaktadır. Hükümün reklamlar ile tipik haksız rekabet hükümleri (BK. m. 48, TTK m.56 vd) arasında bağlantı kurucu özelliği de böylece vurgulanabilecektir.

Diğer yandan, ayrıca ifade etmek gerekir ki, TKHK hükümleri ile reklamların kanunlara uygun olmasından söz edildiğine göre, MK. m.2'nin reklam faaliyetleri için de uygulanması prensip olarak kabul edilmelidir. Esas itibariyle, böyle bir gönderme ihtiyacı gözetmeksizin, dürüstlük kurallarının tüm kural ve davranışlarda ve özellikle reklam faaliyetlerine de uygulanacağından kuşku duyulamaz. Yayıncılığın haksız bir amaç ve çıkara alet edilmemesi ve haksız rekabete yol açamaması, ilan ve reklam niteliğindeki yayınların bu niteliklerinin şüpheye yer bırakmayacak şekilde açıklanması gereği buradan ileri gelmelidir. Bu bakımdan gizli, örtülü reklam yapılması açıkça hukuka aykırı sayılmıştır.¹⁰¹

Alman Haksız Rekabet Kanunu ("UWG") madde 4 hükmü de, paralel olarak, rekabet edici fiillerin reklam niteliğinin gizlenmesini haksız rekabet örneklerinden birisi olarak ele almaktadır. Örnek olarak; sadece bir film ön gösterimi yapılacağını belirterek belirli bir ürünü tanıtan reklam filmi gösterisine yapılan davet ya da bilimsel amaçla

¹⁰⁰ Bu yönde, Türk Hukuku uygulamaları ve piyasada yayılmakta olan elektronik postaların iyiniyet kuralları çerçevesinde bir tüketici şikayeti olarak kabul edilemeyeceği hususunda, bkz. Aş. Başlık. 4.2.1.

¹⁰¹ Güven.,s.180.

yapılan bir görüş anketi görünümü altında reklam yapılması amacına yönelik olarak adres malzemesi toplanması gibi fiiller haksız rekabet olarak nitelendirilmektedir.¹⁰²

6502 sayılı Kanun ile yine örtülü reklam yapılamayacağı açık bir reklam ilkesi olarak yer verilmiş olup, Kanun metninin gerekçesinde; ticari reklamları düzenleyen 61. Maddenin gerekçesinde, yasal ve etik açıdan uyulması gerekli olan kurallar dışında reklamların aldatıcı ve yanıltıcı olabildiğine, kimi zaman izleyici veya okuyucu durumundaki kişilere çeşitli programlar sırasında veya haberlerde örtülü şekilde ticari mesajlar aktararak izleyicilerin veya okuyucuların tüketicilerin konumuna sokulmaya çalışmakta olduğu belirtilmiştir.¹⁰³

Keza, haber ya da program seyrettiğini zanneden izleyicilerin ya da gazetelerde haber okuduğunu zanneden okuyucuların örtülü şekilde bir reklama maruz bırakılarak satın alma tercihlerine etik olmayan bir şekilde müdahale edilmesinin de, gerek 6502 sayılı Kanun Gerekçesinde açıkça sakınılması gereken bir uygulama olduğu belirtilmiştir.¹⁰⁴

Reklam Kurulu bu yönde almış olduğu yeni tarihli bir kararında, Sabah Gazetesi'nin, www.sabah.com.tr internet sitesinde ve Sabah Gazetesinde yayımlanan Ekonomi haberi görünümü olup, "Estetikte dünya markası yarattık" başlıklı yazı içerisinde "Esteworld" isimli sağlık kuruluşunun örtülü/gizli reklamının yapılmasından hareketle, söz konusu fiilin bir yıl içerisinde tekrar edilmiş olması nedeniyle, idari para cezası tesis etmiştir.¹⁰⁵

¹⁰² Göksoy., s. 155.

¹⁰³ TKHK 04.06.2013 tarihli metni <http://www.alomaliye.com/2013/tuketiginin-korunmasi-hakkinda-kanun-tasarisi.pdf> (erişim tarihi, 12.10.2013)

¹⁰⁴ 6502 sayılı Kanun Genel Gerekçesi

¹⁰⁵ Reklam Kurulu., 12.11.2013.t. ve 2013/1069 K., sayılı kararı., http://www.tuketici.gov.tr/?wapp=reklamkurulukararlari_tr&open=2 (erişim tarihi: 12.10.2013)

Reklam Kurulu'nun Milliyet Gazetesinin internet sitesinde yer alan ve kayra şarapları markasının elektronik mecrada örtülü reklamının yapıldığına dair kararı¹⁰⁶'nda ise, gazete tarafından işletilen www.milliyet.com.tr isimli internet sitesinin 14.10.2012 tarihli görünümünde yer alan "Anadolu'dan Bordeaux Şarap Lezzeti" başlıklı yazıda "Kayra" markasının tanıtımına yönelik yapılan örtülü reklamın yayınlandığını "Anadolu'dan Bordeaux Şarap Lezzeti" başlıklı yazıda "KAYRA Türkiye'nin en büyük alkollü içki üreticisi MEY'in bünyesinde şarap damarı... Türkiye'nin ilk 3'ünden biri. 11 marka ve 80'in üzerinde farklı ürünü var. 60 milyon litrelik ve 50 dolaylarında yerli ve yabancı şarap markasının olduğu pazarda en büyük 3 arasında olmak bir iddiayı yansıtıyor.¹⁰⁷ gibi ifadeler kullanılarak ve söz konusu ürün görsellerine yer verilerek Kayra markasına ait ürünlerin örtülü reklamının yapılması dolayısıyla mecra kuruluşu aleyhine idari para cezası kararı vermiştir.

AB Haksız Ticari Uygulamalar Direktifine uyum çalışmaları kapsamında, genişlemiş olan Reklam Kurulu'nun görev ve yetki ağının, haksız ticari uygulamaları da içine alarak internet siteleri üzerine, AB Komisyonu tarafından belli periyotlar ile sürdürülen "temizleme" (sweep) çalışmalarının bir benzer görünümü adına, Türkiye dahilinde yetkili kurum olarak görev alabilmesi mümkün görünmektedir. AB

¹⁰⁶Reklam Kurulu, 12.03.2013 t. ve 2013/173 K sayılı kararı., http://www.tuketici.gov.tr/index.snet?wapp=reklamkurulukararlari_tr&open=2 (erişim tarihi 12.05.2013)

Karar No: 19; Dosya No: 2012/774; Reklam Yayın Tarihi: 2012, 08.06.2012, 23.07.2012; *Yayınlandığı Mecra: İnternet, ambalaj.*, son erişim tarihi: 04.05.2013.

¹⁰⁷ Örtülü reklam kapsamında reklam metnin yer verilen ifadeler; "...*Anadolu'dan Bordeaux Şarap Lezzeti*" başlıklı yazıda "KAYRA Türkiye'nin en büyük alkollü içki üreticisi MEY'in bünyesinde şarap damarı... Türkiye'nin ilk 3'ünden biri. 11 marka ve 80'in üzerinde farklı ürünü var. 60 milyon litrelik ve 50 dolaylarında yerli ve yabancı şarap markasının olduğu pazarda en büyük 3 arasında olmak bir iddiayı yansıtıyor. Şarap sektörüne 2005 yılında girdi. Ülkenin en iyi üzüm bölgelerinde uzun vadeli anlaşmalar yaparak, Fransız bir önolog ile o bağların bakımını da üstlenerek, üretimini sürdürürken, kendi bağlarını da oluşturmaya başladı. Diktiği asmalar 7'nci yılda kalite şarap yapılabilecek kıvama geldi.... KAYRA şimdi kendi bağlarında ürettiği iki şarabı ilk kez tadıma açtı. Bu şarapları "gözbebeğimiz" diye anıyorlar. Şaraplardan biri "Kayra Syrah Viognier..." Adı Kayra Versvs... Anlamı "yansıma..." "Bağcılık serüvenindeki duyguların yansımasını" simgeliyor. Diğeri ise "Kayra Versvs Cabernet Franc..."Bordeaux'un en önemli kırmızı üzümlerinden Cabernet Sauvignon'un atası olarak bilinen Cabernet Franc üzümünden üretilmiş. Türkiye'nin ilk Monosepaj kırmızı şarabı. Izgara et ve av etleriyle, Kars grüyeri, keçi tulumu ve bazı Fransız peynirleriyle "uyumlu." Bu iki şeyi de yılın gözde mekanı Frankie'de tattık. Eşitler arasında benim damağım için bir çit önde olanı Cabernet Franc..."

Komisyonu, anılan çalışmalarla, rekabet ortamını bozucu nitelikte gördüğü internet sitelerine toplu olarak erişimin engellenmesine dair üye ülkeler genelinde toplu kararlar almaktadır.

1. Haksız Ticari Uygulamalar

Tüketicilerin korunmasına ilişkin AB mevzuatının yönergeler aracılığıyla düzenlenmiş olması, bu alanda belirli bir esnekliğe imkan tanımaktadır. 6502 sayılı Kanun gerekçesine göre, tüketicinin korunmasına yönelik olarak piyasayı denetlemeye ilişkin idari bir dizi önlem de, 6502 sayılı Kanun'da yer almaktadır. Özellikle haksız şartların, reklamların, haksız ticari uygulamaların denetlenmesi buna örnek gösterilebilir. Bu önlemler doğrudan piyasaya müdahale eden ve yansıma suretiyle tüketiciyi koruyucu etkisi olan önlemlerdir.¹⁰⁸

Tüketicinin irade özerkliğinin temin edilmesi amacıyla kendisini yanlış yönlendirebilecek her türlü reklam ve haksız ticari uygulama yasaklanmıştır. Bu şekilde tüketici, kafasında uyandırılan yanlış kanaatler sonucunda değil, düşünerek, tartarak, bilinçli bir şekilde hukuki işlem yapabilecektir. 6502 sayılı Kanun ile getirilmiş bütün idari para cezaları da piyasa davranışlarını tüketici lehine yönlendirmenin bir aracıdır.

“Haksız Ticari Uygulamalar” başlığı altında Madde 62 hükmü ile getirilen yeni düzenleme uyarınca, bir ticari uygulamanın; mesleki özenin gereklerine uymaması ve ulaştığı ortalama tüketicinin ya da yöneldiği grubun ortalama üyesinin mal veya hizmete ilişkin ekonomik davranış biçimini önemli ölçüde bozması veya önemli ölçüde bozma ihtimalinin olması durumunda haksız olduğu kabul edilir. Özellikle aldatıcı veya saldırgan nitelikte olan uygulamalar ile çıkarılacak yönetmelik ekinde yer alacak uygulamalar, haksız ticari uygulama olarak kabul edilecektir. Çıkarılacak yönetmelikle kapsamı ayrıntılı olarak belirlenecek bu yeni kavram hakkında Kanun metninde şimdilik yalnızca, tüketiciye yönelik haksız ticari uygulamalar yasaktır

¹⁰⁸ TKHK Tasarısı Genel Gerekçesi., <http://www.alomaliye.com/2013/tuketicinin-korunmasi-hakinda-kanun-tasarisi.pdf> (erişim tarihi 20.08.2013)., Ayrıca Bkz. Alttop., s. 254. vd.)

denilmekle yetinilmiştir. 6502 sayılı Kanun gerekçesine bakıldığında, tüketici işleminde tüketicinin karşısında bulunan, satıcı, sağlayıcı, kredi veren, üretici, ithalatçı gibi ticari uygulamada bulunanlar tarafından tüketicinin kararını etkileyebilecek her türlü uygulamasının yasaklanmış olduğu bu surette belirtilmiştir.¹⁰⁹

Tüketicilere yönelik haksız ticari uygulamaların yasaklanmasının amacı Kanun gerekçesine göre, 6502 sayılı Kanun gerekçesinde tüketicinin hukuki işlemler yaparken özgür iradelerini tam olarak kullanmalarını ve etki altında kalmadan karar verebilmesini temin etmek olarak belirtilmektedir.

Nitekim, ticari uygulamada bulunanın, tüketicilere yaptığı uygulamalarda mesleki özenin gereklerine uymaları gerekmektedir. Diğer yandan, ticari uygulama, ulaştığı ortalama tüketicinin ya da yöneldiği grubun üyesinin mal veya hizmete ilişkin ekonomik davranış biçimini bozmamalıdır. Özellikle, aldatıcı veya saldırgan nitelikteki ticari uygulamalar Kanunda haksız olarak nitelendirilmektedir.¹¹⁰

Haksız ticari uygulamaların yasaklanması ile tüketicilerin bilinçli olarak karar vermelerine imkan tanınacak ve aksi halde vermeyeceği bir satın alma kararının önüne geçilmesi sağlanacaktır. Örneğin, tüketiciye mal veya hizmetin niteliği veya menşei hakkında veya müteşebbisin özellikleri hakkında yanlış bilgi verilmesi veya tüketicinin karar vermesi için gerekli olan bazı bilgilerin kendisinden saklanması hallerinde haksız ticari uygulamaların varlığı kabul edilecektir.

Alman Haksız Ticaret Kanunu ile de, AB Haksız Ticari Uygulamalar Direktifi dikkate alınarak, baskı kullanarak, insan aşağılayıcı şekilde ya da nesnel olmayan uygunsuz diğer herhangi bir şekilde tüketiciler ile diğer pazar katılımcılarının karar verme özgürlüğünü zedeleyen her türlü rekabet edici fiil haksız rekabet sayılmıştır.¹¹¹

¹⁰⁹ Pınar, s.140.

¹¹⁰ Pınar, s. 140.

¹¹¹ Göksoy, 154.

6502 sayılı Kanun madde 62 hükmü 2. bendi, ticari uygulamanın haksız olduğunun iddia edilmesi halinde, ticari uygulamada bulunanın, bu uygulamasının haksız ticari uygulama olmadığını ispatlamakla yükümlü olduğuna değinmektedir. Nitekim, Reklam Kurulu tarafından yapılacak incelemeler ve araştırmalarda ticari uygulamada bulunan, bir ticari uygulamaya ilişkin somut iddialarının doğruluğuna ilişkin delil sunmak zorundadır. Bu delillerin sunulmaması ya da yetersiz bulunması halinde somut iddiaların doğru olmadığı kabul edilecektir.

Haksız ticari uygulamaların reklam yoluyla gerçekleştirildiği hallerde bu Kanununun 61 inci maddesi hükümleri dolayısıyla, reklam ile öngörülen cezalar uygulanacaktır.

6502 sayılı Kanun madde 65/4 hükmü uyarınca, haksız ticari uygulamaların tespit edilmesine ve bunların denetlenmesine ilişkin usul ve esaslar ile her halükarda haksız ticari uygulama olarak kabul edilecek uygulamalar çıkarılacak yönetmelikle belirlenecektir. AB Haksız Ticari Uygulamalar Direktifi' nin ekinde bulunan haksız ticari uygulama örnekleri ile aldatıcı ve saldırgan nitelikteki uygulamalara ilişkin ayrıntılar bu yönetmelikte yer alacağı gerekçede belirtilmiştir.

2. Reklam Kurulu'nun Görev ve Yetkisi

Reklam Kurulu, ticari reklam ve ilanlarda uyulması gereken ilkeleri belirlemek, bu ilkeler çerçevesinde ticari reklam ve ilanları incelemek ve inceleme sonucuna göre, reklam ilkelerine reklam ve ilanları üç aya kadar tedbiren durdurma ve/veya durdurma ve/veya aynı yöntemle düzeltilme ve/veya para cezası verme hususlarında 6502 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılan 4077 sayılı Kanun ile Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile görevli kılınmıştır.

Reklam Kurulu alışmaları hakkında 6502 sayılı Kanun ile yeni düzenleme getirilmiştir. İlgili Kanun Madde 63/1 hükmü uyarınca, Ticari reklamlarda uyulması gereken ilkeleri belirleme ve haksız ticari uygulamalara karşı tüketiciyi korumaya yönelik düzenlemeleri yapma, bu hususlar çerçevesinde inceleme ve gerektiğinde denetim yapma, inceleme ve denetim sonucuna göre durdurma veya aynı yöntemle düzeltilme veya idari para cezası veya gerekli görülen hallerde de üç aya kadar tedbiren durdurma cezası verme hususlarında görevli kılınmıştır.

6502 sayılı Kanun ile Reklam Kurulu ticari reklamların yanı sıra haksız ticari uygulamalar ile ilgili de düzenleme, denetim ve inceleme yapma, idari yaptırım uygulama görevlerini yerine getirecektir. Kurul, aykırı bulduğu ticari reklam veya ticari uygulamalar ile ilgili durdurma ve/veya aynı yöntemle düzeltme ve/veya idari para cezası veya gerekli görülen hallerde de üç aya kadar tedbiren durdurma cezası verebilecektir.

Yeni düzenleme ile, Kurul tedbiren durdurma kararı verme yetkisini Reklam Kurulu başkanına devredebilmektedir. Yeni Kanun ile Reklam Kurulu ile getirilen önemli düzenlemelerden bir tanesi, Kurulun istemesi halinde tedbiren durdurma cezası veren yetkisini Başkana devredebilmesidir.

Kanun gerekçesinde, bu yetki devri gerek duyulan hallerde Reklam Kurulunun standart bir toplantıyı bir ay bekletmeden hızlı bir şekilde karar almasını sağlayacaktır dense de kanımızca bu uygulama alanında uzman olarak seçildiği varsayımı ile piyasa koşullarına tüketici menfaatine yön vermekte olan Reklam Kurulu üyelerinin iradesi aleyhinedir.

Reklam kurulu adına, hüküm ve idari kararların çıkmasına, vakaların gerekli tartışmaların yapılmadan sübjektif olarak yorumlanmasına yol açabileceği için yeni düzenleme yerinde olmamıştır. Zira Kurul adına tek başına karar verme yetkisinin somut durumda Bakanın görevlendireceği ilgili Genel Müdür'de başkan sıfatı ile toplanması ve gerekli müzakerelerin kimi zaman fiziki imkansızlıktan kimi zaman ise şartların öyle yorumlanmasından ötürü yapılamayacak olması, piyasa koşullarının yönlendirilmesi adına Kurul'un varoluş amacına ve reklam ilkelerinin uygulanması adına tehdit oluşturmaktadır.¹¹²

¹¹² Kanun gerekçesinde, Kurul yetkilerinin Başkan'da toplanmasına ilişkin olarak "...Bazı durumlarda tüketicilerin sağlık ve güvenliğini tehlikeye düşürecek bir reklam, Reklam kurulu toplantısından hemen sonra yayınlanmakta olup en iyi ihtimalle o reklamla ilgili bir karar alabilmek için bir sonraki Reklam Kurulu toplantısı beklenmekte ve bu süreç yaklaşık 30 günü bulmaktadır. Reklam yayınlanıp tüketiciler üzerindeki etkilerini oluşturduğu için bir ay sonr karar alınsa da bu karar tüketiciler açısından geç kalınmış bir karar olacağından, Tasarı ile tedbiren durdurma yetkisinin Başkana devredilebilmesi bu problemleri giderecektir. ..." ifadeleri yer almaktadır.

Kanımızda 4077 sayılı Kanun uyarınca dört kişiden oluşan çoğunlukla toplanabilen Reklam Kurulu'nun toplantı yeter sayısının yediye çıkarılması ile anılan gerekçede Reklam Kurulu'nun hızlı karar verme yeteneği kazandırmak adına yetkilerinin Başkan'a devredilmesini öngören Kanun düzenlemesi çelişmektedir. Diğer yandan, günümüz koşullarında şirket genel kurullarının ve yönetim kurulu kararlarının dahi elektronik ortamda alınması mümkün iken Kanun gerekçesinde Kurulun toplanmasında yaşanan güçlüklerin bu tedbirin alınmasına yol açtığına dair açıklamalar tutarlı görünmemektedir. Reklam Kurulu kararlarının özellikle reklamların içeriği konusunda güncel tanıtım ve pazarlama faaliyetlerine direkt etkisinin olması ve Kurul kararlarının emsal niteliğinin takip edilmesi, kararların bağımsız üyelerin birlikte karar alması neticesi uygulamaya konulmasını da önemli derecede vazgeçilmez kılmaktadır. Neticeten, Başkan'ın bu yetkisi dar yorumlanmadığı ve istisnai olarak uygulanmadığı halde Reklam Kurulu kararlarına güvensizlik baş gösterecektir.

6502 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılan TKHK kapsamında Reklam Kurulu, Başkanlığı, Bakanın görevlendireceği ilgili Genel Müdür tarafından yürütülen Reklam Kurulu; yirmibeş üyeden oluşmakta iken 6502 sayılı Kanun ile bu sayı 11'e indirilmiştir.¹¹³ Özellikle Türkiye Barolar Birliğinin görevlendireceği avukat bir üyenin

¹¹³ 6502 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılan 4077 sayılı TKHK md. 17 uyarınca, üyelerin hangi idari kurum ve kuruluşlar ile STÖ'ler ile sendikalardan seçileceği belirlenmiştir. Reklam kurulu madde 17 hükmü uyarınca, Bakanlıkça ilgili Genel Müdür Yardımcıları arasından görevlendirilecek bir üye, Adalet Bakanlığınca, bu Bakanlıkta idari görevlerde çalışan hâkimler arasından görevlendirilecek bir üye, Türkiye Radyo-Televizyon Kurumunca görevlendirilecek reklam konusunda uzman bir üye, Yükseköğretim Kurulunun reklamcılık alanında uzman üniversite öğretim elemanları arasından seçeceği bir üye, Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyinin görevlendireceği doktor bir üye, Türkiye Barolar Birliğinin görevlendireceği avukat bir üye, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğinin değişik sektörlerden görevlendireceği dört üye, Türkiye'deki tüm gazeteciler derneklerinin kendi aralarından seçeceği bir üye, Reklamcılar derneklerinin veya varsa üst kuruluşlarının seçeceği bir üye, Tüketici Konseyinin Konseye katılan tüketici örgütü temsilcileri arasından seçeceği veya üst örgütlerinin görevlendireceği bir üye, Türkiye Ziraat Odaları Birliğinin görevlendireceği bir üye, Türkiye Esnaf ve Sanatkarlar Konfederasyonunun görevlendireceği bir üye, Türk Standartları Enstitüsünden bir üye, Diyanet İşleri Başkanlığından bir üye, Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliğinden bir üye, İşçi sendikaları konfederasyonlarından bir üye, Memur sendikaları konfederasyonlarından bir üye, Türkiye Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliğinin görevlendireceği bir üye, Ankara, İstanbul ve İzmir Büyükşehir Belediyelerinin kendi aralarından seçeceği bir üye, Türk Eczacılar Birliğinden bir üye, Türk Diş Hekimleri Birliğinden bir üye, Tarım ve Köyişleri Bakanlığında ve Sağlık Bakanlığında ikişer üye olmak üzere 25 üyeden oluşmakta iken;

ve RTUK tarafından görevlendirilecek reklam konusunda uzman üyenin yeni Kurul'da yer almadığı, yine 6502 sayılı Kanun madde 63 hükmü ile yeni oluşturulan Tüketici Konseyinden bir üyenin Kurulda yer alacağı ve Türkiye Medya ve İletişim Meclisi üyeleri arasından görevlendireceği bir üyenin de RTUK tarafından görevlendirilecek uzman üye yerine ikame edileceği görülmektedir. Eski Kanun tarafından oluşturulması öngörülen Reklam Kurulu'nda Türk Tabipler Birliği, Eczacılar Birliği, Diş Hekimleri Birliği gibi mevzuatlarında reklam uygulamalarının ilişkin özel düzenlemeler bulunan birliklerin üye temsilcilerinin yeni Kurul'da görev almayacak olması bunun yerine reklam verenler ve tüketici örgütleri temsilcilerine yer verileceği görülmektedir.

Kurul, Başkan dahil en az ondört üyenin hazır bulunması ile toplanır iken 6502 sayılı Kanun ile bu sayı 7 ye yükseltilmiştir. Kurul, toplantıya katılanların çoğunluğu ile karar verir. 6502 sayılı Kanun'a göre Oyların eşit olması halinde Başkanın oy kullandığı taraf çoğunluğu sağlar.

Yeni 6502 sayılı Kanun ile de Reklam Kurulu, ticari reklam ve ilanlarda uyulması gereken ilkeleri belirlemede; ülke koşullarının yanı sıra, reklamcılık alanında evrensel kabul görmüş tanım ve kuralları da dikkate alacağı belirlenmiştir.¹¹⁴

6502 sayılı Kanun ile yeni bir oluşum olarak Reklam Konseyi ile ilgili düzenleme getirilmiştir. İlgili tüm tarafların katılımıyla en az yılda bir kez düzenlenecek olan bu Konsey, Türkiye'de bu alanda bir ilktir. Kanun metni ve gerekçesinde, Bakanlıkça koordine edilecek Konsey'in, çağdaş iletişim uygulamalarını takip ederek ulusal

6502 sayılı Kanun ile, Başkanlığı, Bakanın görevlendireceği ilgili Genel Müdür tarafından yürütülen Reklam Kurulu; Bakanlığın ilgili Genel Müdür Yardımcıları arasından görevlendireceği bir üye, Adalet Bakanlığının, bu Bakanlıkta idari görevlerde çalışan hâkim veya savcılar arasından görevlendireceği bir üye, Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığının görevlendireceği bir üye, Sağlık Bakanlığının görevlendireceği bir üye, Yüksek Öğretim Kurulunun, reklamcılık, iletişim veya ticaret hukuku alanında uzman öğretim üyeleri arasından görevlendireceği bir üye, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğinin, Türkiye Medya ve İletişim Meclisi üyeleri arasından görevlendireceği bir üye, Türkiye Esnaf ve Sanatkarlar Konfederasyonunun görevlendireceği bir üye, Tüketici Konseyinin konseye katılan tüketici örgütü temsilcileri arasından seçeceği bir üye, Reklam verenler derneklerinin veya varsa üst kuruluşlarının seçeceği bir üye, Reklamcılar derneklerinin veya varsa üst kuruluşlarının seçeceği bir üye, olmak üzere başkan dâhil onbir üyeden oluşmaktadır.

¹¹⁴ Reklam Kurulunun ve ihtisas komisyonlarının kuruluşu, görevleri, çalışma usul ve esasları ile sekretarya hizmetleri ve diğer hususlar yönetmelikle belirlenecektir.

reklam politikasının oluşturulması, reklam sektörünün ve reklam denetim işlevinin geliştirilmesine yönelik araştıra ve çalışmalar yapılması ve bu alanda görüş ve öneriler hazırlayarak bu görüş ve önerilerin ilgili mercilere iletilmesi misyonu ile kurulduğu belirtilmektedir.¹¹⁵

6502 sayılı Kanun ile ceza hükümleri düzenlemiş olup, madde 77 hükmü gereğince, Kanunun 61/11 inci maddesinde belirtilen yükümlülüklerle aykırı hareket eden reklam verenler, reklam ajansları ve mecra kuruluşları hakkında durdurma veya aynı yöntemle düzeltme veya idari para cezası ve gerekli görülen hallerde de üç aya kadar tedbiren durdurma cezası uygulanır. Reklam Kurulu, ihlâlin niteliğine göre bu cezaları birlikte veya ayrı ayrı verebilir. Aykırılık; yerel düzeyde, ülke düzeyinde ve internette gerçekleşmiş ise meblağı artış gösteren ayrı idari para cezaları öngörülmüş, en üst sınır olarak internette meydan verilen haksız ticari uygulamalar ve ticari reklamlara ilişkin olarak öngörülmüştür.¹¹⁶ Reklam Kurulu, idari işleme konu ihlâlin bir yıl içerisinde tekrar edilmesi halinde belirtilen idari para cezalarını on katına kadar uygulayabilir.

Kanunun 62/12 nci maddesinde belirtilen yükümlülüklerle aykırı hareket edenler hakkında haksız ticari uygulamanın üç aya kadar tedbiren durdurulması veya durdurulması yaptırımını veya idari para cezası uygulanır. Kurul, ihlâlin niteliğine göre bu cezaları birlikte veya ayrı ayrı verebilir. İdari para cezası, aykırılığın reklam yoluyla gerçekleştirildiğinin tespiti halinde bu maddenin onbirinci fıkra hükümleri uygulanır demektir.

6502 sayılı Kanun ile öngörülen ikincil düzenlemeler yürürlüğe girinceye kadar, yürürlükten kaldırılan 4077 sayılı Kanun'a dayanılarak çıkarılan yönetmelik ve diğer

¹¹⁵ Reklam Konseyinin üyeleri, çalışma usul ve esasları ile diğer hususlar yönetmelikle belirlenecektir.

¹¹⁶ 6502 sayılı Kanun uyarınca, ticari reklam ve haksız ticari uygulamalar 2013 yılı itibarıyla, (a) yerel düzeyde yayın yapan televizyon kanalı aracılığı ile gerçekleşmiş ise onbin Türk Lirası, (b) Ülke genelinde yayın yapan televizyon kanalı aracılığı ile gerçekleşmiş ise ikiyüzbin Türk Lirası, (c) Süreli yayınlar aracılığıyla gerçekleşmiş ise (a) ve (b) bentlerinde belirtilen cezaların yansı, (ç) Yerel düzeyde yayın yapan radyo kanalı aracılığı ile gerçekleşmiş ise beşbin Türk Lirası, (d) Ülke genelinde yayın yapan radyo kanalı aracılığı ile gerçekleşmiş ise ellibin Türk Lirası, (e) İnternet aracılığı ile gerçekleşmiş ise ellibin Türk Lirası, (f) Kısa mesaj aracılığı ile gerçekleşmiş ise yirmibeşbin Türk Lirası, (g) Diğer mecralar aracılığı ile gerçekleşmiş ise beşbin Türk Lirası, idari para cezası verilir.

mevzuatların aykırı olmayan hükümleri uygulanmaya devam olunacaktır. Yönetmelik, madde 5 uyarınca, Reklam Kurulu tarafından ticari reklam ve ilanlarda aranan temel ilkeleri belirlemektedir. Buna göre, reklamlar yasalara, genel ahlaka uygun, doğru ve dürüst olmalı, diğer yandan her reklam ekonomik ve sosyal sorumluluk bilinci içinde iş hayatında ve kamuoyunda kabul gören dürüst rekabet ilkelerine uygun olmalıdır.

Anılan yönetmelik, "Ticari İtibardan Haksız Yararlanma" başlığı altında, madde 15/a hükmü ile, reklamlarda; bir başka firma, kurum ya da kuruluşun adı veya amblem, logo ve diğer özgün kurumsal kimlik unsurları, tüketicinin aldanmasına yol açacak şekilde kullanılamaz; 15/b hükmü ile de, bir kişi adından veya bir başka firma, kurum veya kuruluşa ait ticari unvan ya da fikri mülkiyete sahip olunan yahut bir reklam kampanyası ile sağlanmış bulunan itibardan, haksız olarak yararlanılamayacağını hükme bağlamıştır.

Yönetmelik madde Madde 14 uyarınca, reklamlar, hiçbir firmayı, kurum veya kuruluşu, hiçbir endüstriyel, ticari veya diğer bir faaliyeti veya mesleği, hiçbir malı veya hizmeti aşağılayarak ya da alay konusu ederek veya benzer herhangi bir biçimde kötüleyemez. Yönetmelik madde 11 hükmünde, ayrıca karşılaştırmalı reklamlar hakkında da düzenleme mevcuttur. Şöyle ki, karşılaştırmalı reklamlara ancak; karşılaştırılan mal, hizmet veya marka adının belirtilmemesi, karşılaştırılan mal veya hizmetlerin aynı nitelikte ve özellikte olması veya aynı istek ve ihtiyaca cevap vermesi, dürüst rekabet ilkelerine uygun olması ve tüketicinin yanıltılmaması, halinde yer verilebilir.¹¹⁷

Reklamların, reklam ilkelerine uymayacak ve dürüstlük kurallarına uymayan şekilde, başkasının ticari itibarını sarıcı şekilde ve adil rekabet kurallarına uymayacak surette içerik barındırması halinde yükümlülük; Yönetmelik madde 4/d hükmü ile ürettiği ya da pazarladığı malın/hizmetin tanıtımını yaptırmak, satışını artırmak veya imajını yaratıp güçlendirmek amacıyla hazırladığı, içinde firmasının ya da mal/hizmet markasının yer aldığı reklamları yayımlatan, dağıtan ya da başka yollarla sergileyen gerçek ya da tüzel kişi olarak tanımlanan reklam verenler, 4/e hükmü ile tanım

¹¹⁷ Pınar, s. 147.

bulan, ticari reklam ve ilanları, reklam verenin duyduğu ihtiyaç doğrultusunda hazırlayan ve reklam veren adına yayımlanmasına aracılık eden ticari iletişim uzmanı gerçek ya da tüzel kişi reklamcılar ve Yönetmelik'te madde 4/f hükmü ile mecra kuruluşları olarak nitelendirilen, ticari reklam veya ilanı hedef kitleye ulaştıran iletişim kanallarının ya da her türlü aracın sahibi, işleticisi veya kiralayıcısı olan gerçek veya tüzel kişiler veya aracıları sorumludurlar.

Reklam Kurulu'nun, www.camyagi.com.tr adresli internet sitesinde yer alan tanıtımlarına ilişkin kararı¹¹⁸nda, "Natura Derm Çam Yağı" markalı ürüne ilişkin olarak www.camyagi.com.tr adresli internet sitesinde yer alan iddialar aracılığıyla anılan ürünün alopesi (kellik) adlı hastalık tedavisinde kullanıldığı imajının yaratıldığı ve bu durumun Kozmetik Yönetmeliği'nin "Tanımlar" başlıklı 4 üncü maddesinde yer alan "kozmetik ürün" tanımına uygun olmadığı; kozmetik ürünlerin kozmetik tanımı dışında tedavi edici ibareler ile piyasaya arz edilemeyeceğinden tüketicilerin yanıltıldığı ve diğer taraftan bu ifadenin ispata muhtaç bir iddia olduğu ve durdurulması gerektiği yönünde karar vermiştir. Kararda, tüm bu iddiaların Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde faaliyet gösteren üniversitelerin ilgili bölümlerinden ve/veya akredite olmuş bir test ve değerlendirme kuruluşundan alınmış olan "bilimsel çalışma" ve "test sonuçları" ile ispatlanması şartının sağlanmadığına da ayrıca değinilmiştir.

Reklamcılar ya da reklam ajansları, belirtilen ilkelere uygun reklam hazırlayarak reklam verenin yükümlülüklerini yerine getirmesine sağlayacak biçimde çalışmak ve bu konuda onu uyarmak zorundadır. Reklam veren, mal veya hizmetleri konusunda reklamcıya doğru ve gerçeklere uygun bilgi ve belge vermek zorundadır. Reklam verenin, belirlenen ilkelere uygun olmayan reklamını daha sonra düzeltmesi ve telafi etmesi kendisinden beklenen bir davranış olmakla birlikte, belirlenen ilkelere aykırı hareket edilmesine mazeret oluşturamaz. Reklamı yayımlayan, nakleden veya dağıtan veya sunan mecra kuruluşları veya aracıları reklamın kabulünde ve kamuoyuna sunulmasında gereken dikkat ve özeni göstermek zorundadır.

¹¹⁸ Reklam Kurulu, 12.03.2013 t. ve 2013/26 K. Sayılı kararı. http://www.tuketici.gov.tr/index.snet?wapp=reklamkurulukararlari_tr&open=2 (erişim tarihi: 12.05.2013)

4077 sayılı TKHK md. 25 uyarınca, bu hükümlere hareket edenler hakkında Reklam Kurulu tarafından ihlalin niteliğine göre birlikte veya ayrı ayrı üç aya kadar tedbiren durdurma, durdurma, düzeltme veya altıbin Türk Lirası idarî para cezası uygulaması yetkisi düzenlemiş idi. 16 ncı maddeye aykırılık, ülke düzeyinde yazılı, sözlü, görsel ve sair araçlar ile gerçekleşmiş ise, idarî para cezası on katı olarak tesis edilebilmektedir. 4077 sayılı Kanun'da öngörülen düzenleme ile paralellik kurar şekilde, 6502 sayılı Kanun ile de Reklam Kurulu kararları, ayrıca tüketicilerin bilgilendirilmesi, aydınlatılması ve ekonomik çıkarlarının korunması amacıyla Reklam Kurulu Başkanlığınca açıklanmaktadır. Bu durum evrensel tüketici haklarından biri olarak bilgi edinme hakkının tipik bir örneği olarak kararların kamuoyuna açıklanması ihtiyacından ileri gelmektedir. Zira Kanun Gereğesinde de ifade bulduğu üzere, bir reklamın aldatıcı olduğuna karar verilmesi tek başına yeterli değildir. Bu kararın, reklamın hedef kitlesi olan tüketiciler için anlam ifade edebilmesi için Reklam Kurulu Başkanlığı'nca kamuoyuna duyurulması gerekmektedir.

C. İstenmeyen E-postalar

İnternet reklamları, günümüzde kullanıcıların ziyaret ettikleri sitelerde ekranda sabit ya da dönen görüntü ("banner") olarak ya da ayrı bir pencere ("pop up") ile sıklıkla karşılaşılan bir tanıtım yöntemi olduğu gibi, arama motorlarının ilgili arama sayfalarında, anahtar kelimelerin aranması sırasında, kullanıcıya cazip gelebilecek sonuçların gösterilmesi ("adwords") yolu ile ticari reklam anlaşmaları kapsamında da sağlanabilmektedir. Diğer yandan, "CPM (Cost Per Thousand)" yani her bir 1000 görüntüleme için maliyet ve "CPC (Cost Per Click)" yani tıklama başına maliyet gibi modeller ortaya çıkarılarak çevrimiçi reklamcılık farklı bir boyut kazanmıştır ¹¹⁹

Genelde haber sitelerinde yahut bazen de işletmelerin kendi sitelerinde karşılaşıldığı üzere örtülü ve/veya rakip şirket ile karşılaştırmalı olarak bir marka veya ürünün reklamının yapılması, izleyicinin bu tür içerikleri reklam olduğu algısı uyanmadan

¹¹⁹ Leyla Keser Berber, **"Çevrimiçi Davranışsal Reklamcılık Uygulamaları Özelinde Kişisel Verilerin Korunması"** İnternet Geliştirme Kurulu Online Davranışsal Reklamcılık konulu Raporu., 2013. <http://www.sitemedya.com/internet-ust-kurulu.html>., (erişim tarihi: 12.05.2013)

okumaları şeklinde de tanıtım yapılmaktadır. En yaygın internet reklamı yayma metotlarından biri de, kuşkusuz kullanıcılara e-posta gönderiminde bulunmaktır. Bir işletmeyi övücü yahut o işletmenin ürünleri ile karşılaştırmalı reklama yer veren, benzeri amaçlar ile ilan niteliği taşıyan bu tür e-postaların, internet kullanıcılarının isteği dışında gönderilmesi sıklıkla karşılaşılan bir haksız rekabeti tüm menfaat çevresinde bozan eylemler arasında en üst sıralardadır. Bu tür e-postalar “spam”, olarak anılmaktadır.

İstenmeyen e-postalar, genel olarak internette aynı mesajın sayısız kopyası çıkarılarak mesaj konusu ile ilgili talebi olmayan kişilere ve genelde geniş kitlelere yönelik olarak istek dışında gönderilmiştir.¹²⁰ Herkesin üzerinde hemfikir olduğu, önemli bir toplumsal duyarlılığa sahip bir konu hakkında görüş bildirmek için kitlesel olarak gönderilen bir iletinin de, aslında istenmeyen e-posta olarak nitelendirilebileceği gibi, “spam” çoğunlukla ticari reklam niteliğindedir.

İstenmeyen e-postaların durumu hakkında ise; 2005/29 sayılı Konsey Direktifi Ek.1. ile, telefon, faks, e-posta, veya diğer uzaktan haberleşme araçları ile ısrarlı ve istenmeyen taleplerde bulunmak haksız ticari uygulamalardan görülmüştür. Bu kapsamda, istenmeyen e-postalar da haksız bir ticari uygulama olarak görülerek üye devletlerce bu eylemlerin yaptırıma bağlanması gereği üzerinde durulmuştur.

Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı nezdinde kurulan, İnternet Geliştirme Kurulu'nun¹²¹ 2013 tarihli Online Davranışsal Reklamcılık konulu Raporu¹²² ile e-postaların en çok rağbet gören ve çevrimiçi internet reklam modellerinin yarısını kapsayan bir internet reklamcılığı metodu olduğu belirtilmektedir.

¹²⁰ Metin İkizler/ Sinan Başar, “Spam’in Zararları ve Spam ile Hukuki Mücadele: ABD Örneği ve Türk ve Avrupa Birliği Hukukları ile Karşılaştırması”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı:2, 2006, s.91-114., s. 91., Naci Altan, “Bilgisayar Terimleri Ansiklopedik Sözlüğü”, Sistem Yayıncılık, 3. Bası, İstanbul, 2003., MUSTAFA CAN/ TEKİN MEMİŞ, <http://www.basarmevzuat.com/dergi/2004-09/a/04.htm>, erişim tarihi: 17.05.2012; <http://web.deu.edu.tr/sss/spam.html>, “SPAM Nedir”, erişim tarihi: 17.05.2012.

¹²¹ İnternet Geliştirme Kurulu, 655 Sayılı Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile kurulmuştur. (R.G. 01.11.2011 t., S. 28102)

¹²² Keser Berber, Rapor., s.2

Bu reklamlar sıklıkla güvenilmeyen ürünlerin ve kampanyalarının, yasal olmayan servislerin duyurulması amacıyla yöneliktir. İnternet kullanıcıları üzerindeki etkileri incelendiğinde, bireysel kullanıcıları hedef alan istenmeyen e-postaların en yaygın görülen türü UCE (“Unsolicited Commercial E-mail”) olarak isimlendirilen ve “Junk” (“işe yaramaz”) olarak da bilinen talep edilmemiş ticari e-postalardır. UCE’ler çoğunlukla ticari reklam niteliğinde olmaktadır ve gönderici açısından çok küçük bir harcama ile gerçekleştirilebilir. Ancak mesajın alıcıları ile taşıyıcı veya servis sağlayıcı kurumlar çok büyük bir mali yük ile karşı karşıya kalabilmektedir.¹²³

Diğer yandan, AB mevzuatında reklamların ve ticari iletişimleri de içine alır tarzda, tüketiciyi korumaya yönelik spesifik konularda yayınlanan Direktif ve Yönergelerin katılanların genel menfaatine olmak üzere getirilen diğer özel düzenlemeler arasında, 97/7/EC sayılı “Mesafe Ötesi Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması Hakkında Direktif¹²⁴ yer alır. Zira Direktif’in madde 4. ve 5. Hükümleri, yeni teknolojilerin ortaya çıkması ile tüketicilerin topluluğun herhangi bir yerinde yapılan öneriler hakkında bilgi edinme yollarının sayısı artmış olduğundan hareketle, tüketicileri mesafeli satışlar konusunda korumak amacıyla, bazı üye devletlerin iç pazardaki işyerleri arasındaki rekabet üzerinde zararlı etkisi olan, farklı veya birbirinden ayrılan tedbirleri Topluluk düzeyinde bir asgari ortak kurallar dizisine yerleştirmek amacıyla mal veya hizmet alıcılarını, sipariş edilmemiş mallar için yapılan ödeme taleplerinden ve ısrarcı satış yöntemlerinden koruma ihtiyacının var olduğu kabul edilmektedir.¹²⁵

¹²³ İkizler, Başar., s. 92 vd.; Can/Memiş, s. 17 vd., Tekin Memiş, “**E-Posta Yoluyla Kitlelere Reklam**”, İnet 2001 konferansında verilen bildiri metni, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 2001

¹²⁴ “Directive 97/7/EC Of The European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the Protection of Consumers in Respect of Distance Contracts

¹²⁵ Özel hükümlere getiren direktifler arasında ilk olarak sayılacak olanlar;

(a) Paket seyahat, paket tatil ve paket turlara ilişkin 90/314/EEC sayılı ve 13 Haziran 1990 tarihli Konsey Direktifinin 3. Maddesi;

(b) Taşınmazların devre mülk esasına göre kullanım hakkının satın alınmasına ilişkin sözleşmelerin belirli hususları ile ilgili olarak satın alanların korunması hakkında 94/47/EC sayılı ve 26 Ekim 1994 tarihli Direktifin 3(3) Maddesi,

Kişisel Verilerin Korunması Yönergesi¹²⁶nde, gerçek kişileri tanımlayan ya da tanımlayabilecek nitelikteki bilgilerle ilgili düzenlemeler bulunmaktadır. Bu özelliğiyle gerçek kişilerin e-posta adreslerinin hukuka aykırı bir şekilde elde edilmesi Yönergenin kapsamına girmektedir. Kuskusuz, istenmeyen e-posta göndermek amacıyla bu adreslerin hukuka aykırı şekilde elde edilmesi de Yönergenin kapsamına girmektedir.¹²⁷

Elektronik Ticaret Yönergesinde¹²⁸ de keza, istek dışı ticari e-posta gönderimini yasaklamamış üye ülkelerin, en azından bu tür bir postanın alınır alınmaz açık bir şekilde tanımlanabilir olmasını sağlayıcı tedbirleri almaları gerektiği bildirilmiştir. Yine Yönergede, üye devletlerin bu tür e-postalara karşı, bunları almak istemeyenlerin kendilerini kayıt ettirebilecekleri reddetme sicillerinin (“opt-out registers”) oluşturulmasına önem veren tedbirler alması öngörülmüştür.

Elektronik Ticaret Yönergesi'nin 6. maddesi ise, e-posta da dahil tüm ticari nitelikli özü itibarıyla, ürün ya da hizmet, firma imajı ve benzer iletişim teknikleri hakkında düzenleme getirmiştir. Bu maddeye göre, ticari iletişimde, kısaca; iletişimin ticari içerikte olduğu, kimin adına ve yararına yapıldığı, promosyon, armağan gibi

(c) Tüketicilere sunulan ürünlerin fiyatlarının belirtilmesinde tüketicinin korunması hakkında 98/6/EC sayılı ve 16 Şubat 1998 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifinin 3(4) Maddesi,

(d) Beşeri tıbbi ürünlerin korunmasına ilişkin Topluluk kuralları hakkında 2001/83/EC sayılı ve 6 Kasım 2001 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifinin 86 ila 100. Maddeleri,

(e) İç Pazarda bilgi toplumu hizmetlerinin bazı hukuki yönleri ve özellikle elektronik ticaret hakkında 2000/31/EC sayılı ve 8 Haziran 2000 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifinin (elektronik ticaret direktifi) 5 ve 6. Maddeleri,

(f) Üye Devletlerin Tüketici kredisine ilişkin kanun, yönetmelik ve idari düzenlemelerinin uyumlaştırılması hakkında 87/102/EEC sayılı Konsey Direktifini değiştiren 98/7/EC sayılı

(g) 16 Şubat 1998 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifinin 1(d) Maddesi

¹²⁶ L 281, 29.11.1995 s.31.

¹²⁷ İkizler/Basar, s.103.

¹²⁸ L 178, 17.07.2000, s.1-16

kampanyaların bu niteliği ve bunlardan nasıl yararlanılabileceği açık ve anlaşılır şekilde ifade edilmiş olmalıdır.

AB düzeyinde istenmeyen elektronik posta ile ilgili son temel düzenleme Telekomünikasyon Sektöründe Gizliliğinin Korunması Kişisel Bilgilerin İşlenmesi Hakkında Yönerge,¹²⁹ ise istek dışı ticari e-postalar hakkında da açık hükümler içermektedir. Bu bağlamda, Yönergenin “istek dışı iletişim” (“Unsolicited Communications”) başlığını taşıyan 13 maddesinde, insan eliyle herhangi bir müdahale olmadan otomatik arama yapan sistemlerin, çağrı merkezlerinin, faks ve e-postaların doğrudan pazarlama amacıyla kullanımının, ancak buna önceden izin veren abonelerine karşı uygulanabileceği ifade edilmektedir. Daha önce bir defaya mahsus olduğu belirtilmeden, tacir ilevar olan bir iletişim dolayısıyla e-posta gönderimini mümkün kılacak bilgilerin edinilmiş olması, Yönerge kapsamında ayrıca bir izin almaksızın tacirin diğer benzer mal ya da hizmetlerinin tanıtımı ve pazarlanması için bu adresleri ve kişisel bilgileri kullanabilmesi haksız uygulama kapsamında görülmemiştir. Ancak bu ihtimalde dahi, muhataplara bu tur e-postaları almayı reddetme ve elektronik iletişim bilgilerinin bu yönde kullanılmaması konusunda iradesini açıklama fırsatı sağlanmış olmalıdır.¹³⁰

Telekomünikasyon Sektöründe Gizliliğinin Korunması Kişisel Bilgilerin İşlenmesi Hakkında Yönerge ile Haksız Ticari Uygulamalar Direktifi'nin birlikte değerlendirmesi neticesinde, aboneli olmayan kişi ve kuruluşlara çağrı yoluyla sistematik olarak ürün ve hizmetleri ile ilgili tanıtım ve bilgilendirme servisleri verilmesinin haksız ticari bir uygulamaya meydan vereceği açıktır.¹³¹

¹²⁹ L 201/37, 31.07.2002.; Directive 02/58/EC of 12 July 2002 Concerning The Processing Of Personal Data And The Protection Of Privacy In The Telecommunications Sector,

¹³⁰ Doğrudan pazarlama amaçlı diğer istenmeyen iletişim tür ve uygulamalarına karşı Yönergede iki yöntem önerilmiş ve bunlardan hangisinin tercih edileceği üye devletlere bırakılmıştır. Bu iki yöntem “opt-in” ve “opt-out” yöntemleridir. Yönerge bunların özünü kısaca, önceden izin alma ve herhangi bir iletişimin alınmasını istememe olarak ifade etmektedir. Opt in sistemi, kendisine e-posta gönderimine opt-in ile olanak tanıyan e-posta alıcısına, bu durumun karsı bir e-posta gönderilerek bildirilmesine (ve böylece teyit ettirilmesine) dayanan bir sistemdir. İkizler, Başar..., s. 108., Berber., “Rapor”.

¹³¹ Berber, Rapor., “...takip çerezleri (“tracking cookie”) veri sahibinin terminal cihazında saklanan “bilgilerdir” bu bilgilere ÇDR uygulamalarının gerçekleştirilmesi amacıyla erişim sağlanmaktadır. Bu yargı doğrultusunda, veri sahibinin bilgilerine erişmek amacıyla çerez vb.

Yönerge'ye göre, göndericinin teşhis edilmesini engelleyici şekilde doğrudan pazarlama ("the direct marketing", "Direktwerbung") amaçlı e-postaların gönderimi da haksız niteliktedir.¹³²

Avrupa Konseyi Siber Suçlarla Mücadele Sözleşmesi¹³³ ve eklerinde de, ister ticari isterse başka amaçlarla olsun çok sayıda gönderilen istenmeyen e-postalarla ilgili açıklamalar bulunmaktadır. Nitekim, sözleşme tarafları bu tür iletilerin iletişimi kasıtlı ve ciddi ölçüde engellemesi durumunu cezalandırılması gereken bir fiil olarak kabul etmektedir; yaptırım türünün belirlenmesi ise üye devletlerin takdirine bırakılmaktadır.¹³⁴

Bugün için AB üyesi ülkelerin çoğunun -bu konudaki mevzuatında ya da yasa tasarılarında, Yönergeye uygun olarak opt-in sistemini tercih ettiği görülmektedir. Örneğin, önceleri genel hükümlere göre¹³⁵ istenmeyen ticari e-postalarla mücadele edilen Alman hukukunda da Yönerge'nin etkisiyle¹³⁶ konunun yasa düzeyinde düzenlenmesi yoluna gidilmiş, Haksız Rekabet Kanununa (UWG) ticari elektronik postalarla ilgili bir madde eklenmiştir. Bu hükümlerle, önceden rızası alınmadan bir

araçların yüklenmesi ve daha önce yüklenmiş çerezlerin kullanılması faaliyetlerinin 2002/58/EC sayılı Direktif'in 5/3. Maddesine uygun şekilde gerçekleştirilmesi gerekmektedir....", <http://www.sitemedya.com/internet-ust-kurulu.html> (erişim tarihi.12.05.2013)

¹³² İkizler, Başar., s.106.

¹³³Convention on Cybercrime, ETS No: 185, 23.11.2001 özellikle Explanatory Report, No:69.; İkizler, Başar., s. 106.

¹³⁴ İkizler, Başar., s.107., Bkz. Marks, E. E., "Spammers Clog In-boxes Everywhere: Will the Can-Spam Act of 2003 Halt the Invasion?," Case West Reserve Law Rev 3/2004, s.952-956; <http://www.euro.cauce.org/en/20reasons.html> (erişim tarihi: 11.01.2007); aynı yönde, Tekin Memiş., "**Hukuki Açidan Kitlelere E-Posta Gönderilmesi**", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, 1-4/2001, s.441.; Yılmaz., s.1501.

¹³⁵Özellikle, §§ 823 Abs. 1, 1004 BGB, §§ 1 UWG. Sester/Mutschler, s.18; Ayrıca yargı kararları için bak. <http://www.online-recht.de/vores.html?Wettbewerbsrecht#E-Mail-Werbung>

¹³⁶"Opt-In Sistemi" de denilen ve kullanıcının önceden rızasının alınmasına yönelik uygulamaları tercih eden ülkelere; İtalya, Belçika, Danimarka, Avusturya, Fransa, Yunanistan örnek verilebilir. Bu konuda bak. OECD, **Background Paper for The OECD Workshop on Spam**, 2004, Annex-1, [http://www.oilis.oecd.org/oilis/2003doc.nsf/LinkTo/dsti-iccp\(2003\)10-final](http://www.oilis.oecd.org/oilis/2003doc.nsf/LinkTo/dsti-iccp(2003)10-final) bkz. <http://www.euro.cauce.org/en/countries/index.html>.

kimseyle; e-posta, faks, otomatik arama makineleri vb.leri yoluyla doğrudan pazarlama/reklam içerikli iletişim kurulması haksız rekabet olarak kabul edilmiştir.¹³⁷

Türk Doktrinde, 6502 sayılı Kanunun yayımından önce spamlerle mücadelede genel hükümlerden yararlanılması önerilmiştir. E-posta ile gönderilen reklamların, özellikle aldatıcı içerikte olması durumunda rekabeti bozucu bir uygulamanın varlığı söz konusu olacaktır.¹³⁸

Meclis Adalet Komisyonunda görüşmeleri devam eden¹³⁹ Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Tasarısı, e-ticaret ile ilgili önemli düzenlemeler içermektedir. Tasarıya göre, e-ticaret yapan kişilerin kim olduğu ve onlara nasıl ulaşılabileceğinin artık internette açıkça yer alacağı, tüketiciye, reklam mesajı göndermeden önce, iletiyi isteyip istemediği sorulacaktır. Yasadan sonra herhangi bir alışveriş ya da başvuru nedeniyle kişilerin iletişim bilgilerini edinenler, sözleşmeye, reklam ve tanıtım içerikli ileti isteyip istemediğimize dair soru ekleyecektir. Bu sayede, örneğin beyaz eşyanın yeni modeliyle ilgili bir ileti, izin alınmamışsa gönderilemeyecektir. Tüketicilere istemediği halde reklam ve tanıtım içerikli SMS veya mail gönderenlere para cezası uygulanacağı da tasarı gerekçesinde belirtilmektedir.

Bu yönde, ayrıca bir mevzuat hazırlanması ihtiyacının kabul edilmesi halinde, mevzuatın ticari içerikli olan spamlere karşı, Opt-in ya da opt-out sistemlerinden birini esas alır tarzda, dava açma hakkı tanınacak olanlar belirlenmelidir.¹⁴⁰ Ancak 6502 sayılı kanun ile de ABD Spam Kanununda olduğu gibi, prensip olarak e-posta alıcılarına şikâyet, servis sağlayıcılarına dava açma hakkı tanınması mümkün görülmektedir. Hukuka aykırılıktan doğan tazminat kapsamında, Rekabet Hukukunda olduğu gibi zararı aşan tazminatın istenebilmesi ise, üçüncü bir kişi

¹³⁷ Keser Berber, "Rapor".

¹³⁸ İkizler, Başar., s. 92 vd.; Can/Memiş, s. 17 vd., Memiş, s.5.

¹³⁹ Elektronik Ticaret Kanun Tasarısı., http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=95756. (erişim tarihi 12.12.2013)

¹⁴⁰ Opt-in ve Opt-out sistemlerine ilişkin olarak bkz. s. 68 vd.

tarafından bir başkasının yararına gönderilen spamlerle mücadelede önem kazanmaktadır. Gerçekten, başkası tarafından gönderilen “spam”le ürünleri tanıtılan ve reklamı yapılan bir satıcı/üretici'nin sırf bu nedenle sorumluluktan kurtulmasını önlenmelidir.

Son olarak, dava açma haklarının yanı sıra spam gönderenlerin ister idari isterse adli açıdan cezalandırılmasına yönelik düzenlemeler kapsamında, zararı aşan tazminat anlayışı, zarar tutarının ispatının güçlük gösterdiği spamlerle mücadele alanında da kullanılabilir. Bunun aksine, spamlerle yasal mücadelede ABD sisteminin opt-out anlayışından uzaklaşmak ve konunun cezai yönünü hukukumuzun önceliklerini ve ispat sistemini dikkate alarak düzenlemek ise kanaatimizce daha uygun olacaktır.

Nitekim, 11. Hukuk Dairesi de vermiş olduğu yeni tarihli bir kararında¹⁴¹, aralarında sözleşme ilişkisi olan iki tacirin, sözleşmeleri feshettikten sonraki dönemde, bir tarafın diğerinin müşteri portföyüne ait iletişim adreslerini temin ederek, müşterilere dünyanın en iyi markası olduklarını iddia eden e-posta tanıtımları gönderdiklerini ve bu müşterileri kendi portföyüne kattıklarına ilişkin açılmış olan bir davada davacı şirketin bazı müşterilerine gönderdiği e-posta mesajlarının tek başına delil değerinin bulunduğu, anılan davalının davacı şirketin müşteri portföyünden yararlandığı ve bazı müşterileri nezdinde iltibas yaratarak mesajların davacı şirketten geldiği izlenimi yarattığı, bu durumun haksız rekabet anlamına geldiği yönünde kanaate varmıştır.

Mevzuatımızda, elektronik haberleşme sektöründe kişisel verilerin işlenmesi, saklanması ve gizliliğinin korunması adına Elektronik Haberleşme Kanunu¹⁴² ve Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi Ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik¹⁴³ hükümleri, istenmeyen e-postalarla ilgili herhangi bir düzenleme getirmiyor olsa da, internet kullanıcılarının kimliklerinin

¹⁴¹ 11. HD., 08.03.2011 t., E. 2009/3226., ve 2011/2411 K. Sayılı kararı, www.kazanci.com.tr (erişim tarihi: 12.12.2012)

¹⁴² R.G. 5.11.2008 t., S.5809.

¹⁴³ R.G. 24.12.2012.,t., S.28363.

teşhir edilmemesi için ilgili kurum ve kuruluşlara yaptırım düzenlenmesini öngörmektedir.

Diğer yandan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından uygulanacak idari para cezalarına ilişkin yaptırım ve tedbirleri düzenleyen İdari Yaptırımlar Yönetmeliği¹⁴⁴ elektronik haberleşme şebekesi sağlayan ve alt yapısını işleten şirketlerin abonelerinin kişisel bilgilerine yalnızca yetkili kişiler tarafından erişilmesini ve kişisel verilerin tutulduğu sistemlerin ve kişisel verilere erişim sağlamak için kullanılan uygulamaların güvenliğini sağlama yükümlülüğünü yerine getirmesi, istem dışı kişisel verilerin ifşa edilmemesi, değiştirilmemesi ve başka bir ortama depolanmaması, haberleşmenin gizliliği gereği hakkında TTK, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlar ile Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun¹⁴⁵, Elektronik Haberleşme Kanunu ve sair mevzuatta yer alan yükümlülükler paralelinde ayrıca, işletenlere bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde üçüne kadar idari para cezası uygulanacağı hükme bağlamıştır.

Yönetmelik kapsamında her ne kadar bir “İşleten” tanımı yer alsa dahi, Yönetmeliğin dayanağının 5651 sayılı Kanun’da bilgilendirme yükümlülüğünü belirleyen 3. Maddesi, İçerik sağlayıcının sorumluluğunu belirleyen 4. maddesi, yer sağlayıcının sorumluluğunu belirleyen 5.maddesi, erişim sağlayanın sorumluluğunu belirleyen 6. maddesi ve erişimin engellenmesi kararları ve yerine getirilmesini düzenleyen 8. Maddeleri olduğunun belirlenmiş olması dolayısıyla “işleten” tanımı, 5651 sayılı Kanun’un işbu maddelerinde tanımlanmış olan aktörler tanımı ile birlikte değerlendirilebilmesi mümkündür.

5651 sayılı Kanun uyarınca, içerik sağlayıcı, internet ortamında kullanıma sunduğu her türlü içerikten sorumlu olan ve esasen tüm internet kullanıcılarını kapsama almakta; yer sağlayıcı, yer sağladığı hukuka aykırı içerikten, ceza sorumluluğu ile ilgili hükümler saklı kalmak kaydıyla, haberdar edilmesi halinde içeriği yayından kaldırmakla yükümlü olan ve internet sitelerini işletenler başta olmak kaydı ile

¹⁴⁴ R.G. 15.02.2014.,t., S.28914.

¹⁴⁵ R.G. 24.10.2007; S. 26680

Facebook, youtube Twitter gibi platformların işletenleri, Erişim sağlayıcı ise, esasen Anılan Yönetmeliğin “işleten” tanımına daha uygun olan ve elektronik haberleşme şebekesi sağlayan ve alt yapısını işleten şirketlerdir.

Anılan Yönetmeliğin Rekabetin İhlali başlığını taşıyan 16. Maddesi ile de, rekabetin tesisi, korunması, rekabetin engellenmesi, bozulması kısıtlayıcı uygulamaların giderilmesine yönelik ilgili mevzuatın ihlal edilmesi veya rekabete aykırı uygulamaların tespit edilmesi halinde yine işletmeciye bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde üçüne kadar idari para cezası uygulanacağına dair düzenleme getirilmiştir. Bu düzenleme kapsamı ile anılan eylemlere meydan veren işletenler hakkında işletilebilecek dava yolları yanında Reklam Kurulu tarafından verilebilecek idari para cezalarına ek olarak Bilgi Teknolojileri İletişim Kurumu tarafından da ayrıca idari para cezası yaptırımını öngörölmüş olması önemlidir.

1. ABD Hukuku - DMCA (“Digital Millenium Copyright Act)

İstenmeyen e-postalar ile hukuki mücadele hususunda, alternatif çözüm arayışlarından olmak üzere, ilk düzenli ve kapsamlı yasanın ABD’nin “İstenmeyen Pornografik ve Pazarlama Tecavüzlerinin Kontrolü Kanunu”¹⁴⁶ olduğu söylenebilir. Federal Kanun kısaca “CAN-SPAM Act” olarak anılmaktadır. 2004 yılı itibariyle yürürlüğe girmiş olan Kanunun amacı, genel itibariyle, e-posta uygulamalarının kötüye kullanılmasını önlemek, aldatıcı içerikli e-posta gönderimlerini ve pornografik materyallerin internet üzerinden dağıtılmasını engellemektedir.¹⁴⁷

Bununla birlikte Kanun, ticari içerikteki tüm e-posta iletilerine uygulanabilecek hükümler de taşır.¹⁴⁸ Yukarıda değinildiği gibi, CAN-Spam, istenmeyen ticari e-

¹⁴⁶“Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing Act.”, Pub.L. No. 108,117 Stat. 2699, codified at 15 U.S.C. 7701 – 7713, “CAN SPAM”.

¹⁴⁷ David J. Ervin and Christopher M. , Loeffler, Kelley Drye and Warren LLP “**E-Mail Marketing: Can-Spam Act Compliance**” Practical Law Company on its PLC Law Department., <http://us.practicallaw.com/0-503-5278>. (erişim tarihi. 10.05.2013)

¹⁴⁸ İvizler/Basar, s.95 vd., Tamer Soysal., “**Elektronik Posta Yoluyla Kisilik Haklarına Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk**” Ankara Barosu Dergisi., Y:65., S.1.; 2007.s. 144-167.

postalarla ilgili en düzenli ve kapsamlı yasalardan biri olup, ABD mevzuatı kapsamına, haksız rekabet hallerinin her somut olayda göz önüne alınmasını öngören ayrıntılı federal ve yerel düzenlemeleri haizdir. Bu düzenlemeler kapsamında yürürlüğe giren The Federal Trade Commission Act¹⁴⁹, ticari faaliyetlerde her türlü yasal olmayan, haksız sayılabilecek rekabet hallerinin, tespitle görevli bir komisyon aracılığıyla yaptırıma bağlanmasını öngörmüştür. Satılan malların ambalajında yanıltıcı ve aldatıcı ibarelere yer verilmesi gibi haksız rekabet hallerinin, tüketicileri de merkeze alan bir tespit mekanizması işletilmek suretiyle belirlendiği görülmektedir.¹⁵⁰

Ticari e-postadan ne anlaşılması gerektiği CAN SPAM ile ayrıca tanımlanmıştır. Buna göre, asıl amacı ticari reklam ya da ticari bir ürün ya da hizmetin reklamı ya da promosyonu olan e-postalar, ticari e-posta olarak kabul edilmektedir. Bu bakımdan, e-posta yoluyla reklam ya da promosyon etkinliğinde bulunulup bulunulmaması ticari e-posta tanımında öne çıkan noktadır.¹⁵¹ Kanun, asıl itibarıyla, çok sayıda gönderilen, spam niteliğindeki, ticari e-postaları hedeflemektedir. Bununla birlikte, tek bir kişiye gönderilen ticari e-postalarda da niteliğine uygun düştüğü ölçüde Kanunun bazı hükümlerinin uygulanması söz konusu olacaktır. CAN-SPAM yasasına göre, bir e-postanın asıl amacının ticari olup olmadığının belirlenmesi görevi Federal Ticaret Komisyonu'na aittir. ("FTC") ye aittir. FTC, bu kavrama açıklık getirici mevzuatı çıkarmakla yükümlüdür.

CAN-SPAM Kanunu, sadece "bulk" e-postaların¹⁵² gönderimini yaptırım altına almamakta aynı zamanda, Kanunun ana amacı itibarıyla, ticari ürün veya hizmetin

¹⁴⁹ The Federal Trade Commission Act of 1914., 15 U.S.C §§ 41-58, "FTCA"

¹⁵⁰ Can/Memiş, s. 3.

¹⁵¹ İkizler/Basar, s.96 vd.

¹⁵² "Bulk E-posta" ya da "UBE", internet standartlarını belirlemek adına biraraya gelen profesyonellerden oluşan organizasyon IETF tarafından oluşturulan ve şu an aktif faaliyetine devam etmeyen çalışma grubu Internet Mail Consortium'un grup raporunda ilk defa 1997 yılında tanımlanmıştır. Rapora göre, alıcıları tarafından talep edilmeyen bir gruba gönderilmiş olan emaileri ifade eder. Alıcı, bir defaya mahsus bir mail talep etti ise de, somut durumda başka email gönderilmesini talep etmemesi ya da reddetmeyi ihmal etmesi halinde gönderilen emailer bu tanımlama ile belirlenmiştir. UBE'nin yaygın kullanım formu olarak "spam", daha saldırgan ve istenmeyen durumlarda kullanılan bir ifade olarak anılmıştır. Grup raporunda daha önce, "UCE", "Unsolicited Commercial Email" ifadesinin

ticari reklam ve promosyonuna yönelik tüm ticari mesajların da kapsam dahiline alınmış olmasından ötürü, sadece ticari internet sitelerinin içeriğinden oluşsa dahi, bu tür e-postaları da yaptırıma bağlamaktadır. Böylelikle Kanun, ticari amaçlı bir son kullanıcı olmayan bu anlamda tüketici olarak anılamayacak rakip müteşebbislere (“business-to-business”) yeni bir ürünün tanıtımı niteliğinde olan duyuruların e-posta olarak gönderilmesini de kapsam dahilindedir.¹⁵³

Bu tip e-postalar da, aslında ticari yaşam ve ilişkilerle ilgili olmakla birlikte, Kanun’un asıl amacının, tarafların önceden üzerinde anlaştığı bir ticari işlemi onaylamak, doğrulamak, kolaylaştırmak ya da tamamlamak olan (ticari) e-postaların ihlal teşkil etmeyeceği hususunu açıklığa kavuşturmaktadır. Bunun gibi, karsı tarafa ürünün garantisi ile ilgili bilgi sağlayan, ürünün geri alınmasını, cayma koşullarını aydınlatan, alıcı tarafından satın alınan ya da kullanılan ticari bir ürünün güvenli kullanımına ilişkin bilgiler içeren e-postalar kapsama dahil edilemez.¹⁵⁴

Abonelik, üyelik benzeri bir özellik içeren ticari ilişkilerin muhataplarının, e-posta alıcısının statüsündeki değişikliklerin ya da bunlarla ilgili -hesap ekstresi gibi- dönemsel bilgilerin e-posta yoluyla gönderimi de spam olarak kabul edilmemiş iken, yine istihdam edenin çalışanlarına gönderdiği e-postalar ile, halihazırda satın alınmış ürünlere dair bakım ve güncelleme e-postaları vb. ile ilgili bilgiler içeren e-postalar da kapsam dışı tutulmuştur.

Kanun kapsamın dışında tutulmuş e-postaların yine kapsamını genişletmek ve/veya daraltmak konusunda FTC yetkili kılınmıştır. FTC, bu konudaki tutumunu e-posta teknolojisi ve uygulamalarındaki gelişme ve değişikliklere göre ve Kanunun amacına uygun hareket ederek belirlemektedir. Nitekim, Kanunun işbu e-postalara ilişkin

daha yaygın bir kullanım alanı ihtiva etmesinden dolayı “UBE” ifadesi ile değiştirildiğine değinilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Paul Hoffman “Unsolicited Bulk Email: Definitions and Problems”, Internet Mail Consortium Report: UBE-DEF IMCR-004, October 5, 1997., <http://www.imc.org/ube-def.html>., erişim tarihi: 10.01.2011.

¹⁵³ <http://business.ftc.gov/documents/bus61-can-spam-act-compliance-guide-business>., “**Facts For Business: The CAN-SPAM Act, A Compliance Guide for Business**”, Federal Trade Center., Breau of Consumer Protection; “**The Can-Spam Act, A Compliance Guide for Business**”, **FTC**, erişim tarihi : 22.05.2012, s.1.,

¹⁵⁴ David J. Ervin and Christopher M. , Loeffler, Kelley Drye and Warren LLP., s. 12.

düzenlemesi dar içerikli görülerek eleştirilere uğramakta, bu konuda daha geniş kapsamlı görülen; önceden mevcut ya da devam etmekte olan ticari ilişkilerle ilgili e-postaları kapsam dışı tutan bir düzenleme önerilmektedir.¹⁵⁵

CAN-SPAM Kanunu ile benimsenen “Opt-out” sistemi ile, e-posta alıcılarının, herhangi bir göndericiden aldığı ticari e-postaları gelecekte almama olanağı tanınmaktadır. Sistem gereği, e-posta alıcısı, istemediğini bildirmek suretiyle o göndericiden ticari içerikli ileti almayı kısmen ya da tamamen reddetmektedir.¹⁵⁶

Burada, ticari e-postaların zorunlu içeriğinden gördüğü e-posta adresinin bildirim gibi düzenlemeler, e-posta alıcılarının reddetme haklarını etkin kullanabilmelerine yönelik düzenlemelerdir.¹⁵⁷ Nitekim reddetme hakkının kullanılması üzerine, gönderici on işgününden daha uzun bir süre istenmeyen ticari e-postaları gönderemeyecektir. Görüldüğü gibi, bu ilk on iş günlük süre içinde istenmeyen e-postanın gönderimini yaptırma bağlamamıştır.¹⁵⁸ Reddedilen göndericinin dolaylı yollarla, örneğin başka bir gönderici aracılığıyla istenmeyen ticari e-postaları göndermeye devam etmesi ya da e-posta alıcısının adresini başka göndericilere transfer etmesi, satması ondaki adreslerle değiş-tokuş etmesi, kısacası bunlar ve benzeri yollarla bir diğerine bildirmesi de yaptırım altına alınmıştır.

ABD hukukunda üçüncü kişiler tarafından gönderilen ticari e-postalardan yararına e-posta gönderilenlerin sorumlu tutulması mümkündür. Ancak bunun için, yararına e-posta gönderilenin bu durumu bilmesi ya da bilmesi gerekmesi, bu gönderilerden ekonomik çıkar elde etmesi ya da elde etmeyi beklemesi ve bu gönderileri önlemek için dava açmamış, durumu tespit ettirmemiş ya da FTC'ye bildirmemiş olması aranmaktadır. Reddetme hakkı kullanıldıktan yani istenmeyen e-posta opt-out yapıldıktan sonra bundan dönülebilir. Bunun için, kendisine ticari e-posta

¹⁵⁵David J. Ervin and Christopher M. , Loeffler, Kelley Drye and Warren LLP,s. 14., İkizler/Basar, s. 98.,

¹⁵⁶ Keser Berber, ”Rapor”.

¹⁵⁷ David J. Ervin and Christopher M. , Loeffler, Kelley Drye and Warren LLP İkizler/Basar, s. 98.

¹⁵⁸ FTC, **“The Can-Spam Act, A Compliance Guide for Business”**, s.2., Erişim tarihi :22.05.2012,

gönderilmesine artık rızası olduğunu (“affirmative consent”) alıcının göndericiye bildirmesi yeterlidir.

CAN-Spam Kanunu, e-postaların, kanun tanımı itibariyle ticari niteliğinin gizlenmesine izin vermemektedir. Bu anlamda, ticari e-postaların bu nitelikte olduğunun alıcı tarafından acık ve kolayca anlaşılabilir şekilde gönderilmesi gerekir. Yani alıcı, adresine gelen postanın reklam ya da promosyon içerikli bir mesaj taşıdığını -örneğin, e-postanın konu kısmından- açıkça anlayabilmelidir. Bu bakımdan, yanlış ya da yanıltıcı başlık kullanılmaması, e-posta ile gönderilen bilgilerin orijinal alan adını ve e-posta adreslerini karşılaması, mesajı atan kişi veya kurumların kimliğinin belirlenebilir olması zorunluluğu, başlık ile konu kısmı arasında uyum olması gerekmektedir. Mesajın “reklam” olarak etiketlenmesi, belirginleştirilmesi gerekmektedir. Kanun, bu konuda şekli bir zorunluluk öngörmemekle birlikte açık ve şüpheye yer bırakmayacak şekilde mesajın bir reklam olduğunun belirtilmesi gereğine vurgu yapmıştır.¹⁵⁹

E-posta alıcılarına güncel faaliyet adresinin de belirtilmesi, sokak- posta kodu gibi bilgilerin verilmesi, alıcıların gelecekte kendilerine gönderilecek olan mailleri almama hakları olarak “opt-out” haklarını nasıl kullanabileceklerine dair bilginin mail içeriğinde verilmesi gerekir.¹⁶⁰ Bu tür postaların gönderimi konusunda e-posta alıcısı göndericiye önceden izin vermişse, bu takdirde artık e-postanın ticari niteliğinin belirtilmemiş olması yasaya aykırı değildir. Ancak bu durumda bile, reddetme (opt-out) hakkının bulunduğu alıcıya bildiri ve e-postanın geçerli fiziki bir posta adresi taşıması zorunludur.

Ticari e-posta gönderilmesinde başvurulabilen bazı davranış türleri için Spam Yasasında daha ağır yaptırımlar öngörülmüştür. Bunlardan başlıcaları, değişik yollarla toplanmış e-posta adreslerine bilerek/kasten spam ileti gönderilmesi şeklinde okunması gereken adres toplanması ve sözlük saldırıları ve otomatik olarak birden çok e-posta hesabının oluşturulmasıdır. Otomatik olarak birden fazla e-postanın aynı anda gönderilmesi yoluyla herhangi bir kişinin spam göndermek

¹⁵⁹ FTC, s.1.,(erişim tarihi: 22.05.2012), İvizler/Basar, s.99.

¹⁶⁰ FTC, s.1., (erişim tarihi: 22.05.2012),

amacı ile çeşitli e-posta hesaplarına otomatik kaydını sağlayan sistemler kullanması yasaklanmaktadır.

Diğer haksız rekabet teşkil eden davranış türlerinden, yetkilendirilmemiş, izin verilmemiş bir network-şebeke sisteminden ticari e-postaların gönderimidir. Böylece, hukuka aykırı e-postalar için, bu üç yoldan biri kullanıldığında yaptırımı ağırlaştırıcı nedenler gerçekleşmiş olacaktır. Can-Spam düzenlemeleri, e-posta alıcılarını, aldatıcı ya da yanıltıcı içerikli e-postalara karşı da korumayı amaçlamaktadır. Kanun, bu konuda, sadece spam iletilere değil, aldatıcı ve yanıltıcılık söz konusu olunca, ticari işlem ya da ilişkilerle ilgili e-postalara da uygulanacak hükümler içermektedir. Şöyle ki, çok sayıda gönderilen aldatıcı ve yanıltıcı içerikli ticari e-postalarda, teknolojik bazı haksız sayılabilecek yöntemlerle¹⁶¹ e-postanın gönderildiği asıl kaynağın görülmesi ya da öğrenilmesi, spam mail atanlar tarafından engellenebilmektedir. Bu durum CAN-SPAM düzenlemeleri ile cezai yaptırımlara bağlanmış, ABD Ceza Kanunu'na ("US Criminal Code") idari para ve hürriyeti bağlayıcı cezaları ihtiva eder maddeler eklenmiştir. E-postanın başlık bilgisinde, alan adında bu yönde oynamalar yapmak ya da yanlış bilgiler vermek ve bu amaçla çok sayıda e-posta adresi alarak bunları spam için kullanmak da aynı şekilde ceza hükümlerine tabidir. Buradaki cezaların uygulanabilmesi için göndericinin kastı özellikle aranmaktadır.¹⁶²

ABD hukukunda, CAN-Spam uygulanmasında en önemli rolü, bağımsız idari otorite niteliği taşıyan FTC üstlenmiştir. Spamlerle mücadele FTC'ye açıkça görevler

¹⁶¹ David J. Ervin and Christopher M. , Loeffler, Kelley Drye and Warren LLP., s.3., "Hacking" ve benzeri yöntemler, göndericinin yetkisiz ve izinsiz olarak bir bilgisayar sistemine girmesini ve buradan e-posta alıcılarına ticari e-postalar göndererek gerçek adres vb. bilgiler konusunda onları aldatmasını mümkün kılmaktadır.

¹⁶² Çok sayıda gönderim yapılması da yine düzenleme çerçevesinde rakamsal olarak somutlaştırılmıştır. Buna göre, "çok sayıda gönderim; 24 saat içinde 100'den fazla, 30 gün içinde 1000'den fazla, 1 yıl içinde 10.000'den fazla e-posta gönderimi yapılmasını ifade etmektedir

Kanun, çok sayıda gönderilmiş olmasa, yani spam niteliği taşımasa da makul bir e-posta alıcısını aldatacak ya da yanıltacak surette bir başlık kullanarak ticari e-posta gönderilmesini yasaklamaktadır. Aynı esas, ticari e-posta olarak kabul edilmeyen, ticari işlem ya da ilişkilerle ilgili e-postalar açısından da geçerlidir.

yüklenmiştir. Hatta kurumun gücünü artıracak şekilde, haksız ve aldatıcı eylem ve uygulamaları düzenleyen “FTC Yasası”nda spamlerle mücadele de kullanılabilceği yasal olarak kabul edilmiştir. FTC'nin SPAM yasasının yürütülmesi ile ilgili görevinin, yasayı ihlaleden davranışlara müdahale etme ile sınırlı görülmesi yanlış olur: FTC'nin yasayı, daha doğrusu yasada yer alan anahtar kavramları görüş, yorum, rapor vb. yollarla yorumlayabilmesi kendisine önemli bir güç kazandırmaktadır.

FTC, bu bakımdan, ABD'de rekabet hukukunun yanı sıra, Spam yasası açısından da bağımsız idari otorite hüviyetine bürünmektedir. FTC'nin bu yorumlama yetkisinin pratikteki en önemli yansıması, e-postaları asıl amacının/ilk amacının (“primary purpose”) netleştirilmesi noktasında görülmektedir. FTC'nin yanı sıra, diğer bazı federal kurum ve kuruluşlara, bunun gibi eyalet ve devlet başsavcılık makamına (“State Attorney General”) da dava açma olanağı tanınmıştır. Son olarak Spam Yasasında internet servis sağlayıcılarının da (“Internet Access Service”), yasaya aykırılıklardan dolayı dava açabileceği düzenlenmiştir.

İnternet servis sağlayıcılarının dava açma haklarının bulunduğu durumlar somut durumda, yaptırımını ağırlaştırıcı yöntemlerin kullanılması suretiyle işlenen ihlallerde ortaya çıkacaktır. Bunun gibi, pornografik içerikli e-postaların sağlayıcıların da dava açma hakkı bulunmaktadır. Dava nedeninin, opt-out kurallarına uyulmamasından zarar görmeye dayandırılması da mümkündür. Bu davalarda sağlayıcılar, maddi ya da olası zararlarının tazmini yanında, zararlarının üç katı tutarına kadar tazminat da isteyebilmektedirler. Zararın üç katına kadar tazminata hükmedilebilmesi için, ihlalde kastın varlığının belirlenmesi gerekir.¹⁶³

¹⁶³ Jeffrey D., Sullivan., Micheal B.de Leeuw., “**Spam After Can-Spam: How Inconsistent Thinkina Has Made A Hash Out Of Unsolicited Commercial E-Mail Policy**”, 20 Santa Clara Computer & High Tech. L.J. 887 (2003-2004) s. 887. Vd. <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/sccj20&div=40&id=&page=>

2. Opt Out – Opt In Sistemleri

6502 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun, ticari reklamların kanunlara, genel ahlaka, kişilik haklarına uygun, doğru ve dürüst olmalarını arayan 16. maddesinden hareketle, e-posta yoluyla doğruluk ve dürüstlük kuralına aykırı olarak yapılan reklamlar hukuka aykırı sayılabilir. Tüketicinin gelen ilk e-posta reklamından sonra, e-adresine reklam istemediğini belirten bir uyarıyı göndericiye herhangi bir şekilde iletmesinin ardından reklamın sürmesi, doğruluk ve dürüstlük kuralına aykırılığın açık bir biçimdir.¹⁶⁴ Reklamın istenmemesine karşın sürdürülmesinin dürüstlük kurallarına aykırı görülmesi durumunda, burada üstü kapalı bir “opt-out” sisteminden varlığından söz edilebilecektir. Opt out sistemi, muhatabın bundan böyle anılan postaların elektronik hesabına düşmemesi için yararlanması gereken olanakların da içeriğinde yer aldığı e-posta tipi olarak, ifade edilmiştir.¹⁶⁵

İster ticari içerikli olsun isterse olmasın, kişilik haklarına aykırı kabul edilebilecek bir içerikle gönderilen e-postalarla, Medeni Kanun’un madde 24 vd. maddelerine göre de koruma sağlanması mümkündür. İçeriklerinin yanı sıra, kişisel veri niteliği taşıyan e-posta adreslerinin yasal olmayan yollardan elde edilmesi ve bu şekilde elde edilen adres vb. bilgilerin bir bedel karşılığında satılması da kişilik haklarına aykırıdır. Nitekim, İnternet Geliştirme Kurulu da, kişi ve kuruluşların e-posta adreslerinin kişisel bilgi olduğu, bu bilgilerin izin alınmaksızın ticarete konu edilmesinin kişilik haklarına açık bir saldırı niteliği taşıdığı görüşündedir.¹⁶⁶ Bununla birlikte, e-postalar açısından MK. m. 24 vd., “spam”lere özgü olmayan ve fakat “spamlere” karşı da koruma sağlayan bir kuraldır. Gerçekten de, MK. m 24 vd. bireylere yönelik bir koruma sağlamakta

¹⁶⁴Memiş, s.442.

¹⁶⁵ İkizler, Başar., s. 109.

¹⁶⁶Memiş, 442-443.

olup, gönderilen kişilik haklarına aykırı- postanın çok sayıda (ve çok alıcıya) gönderilmiş bir “spam” olması gerekmemektedir.

Esasen, doğrudan istenmeyen elektronik postaları konu almamakla birlikte, yasaklanan davranışın e-postaya başvurularak ya da e-posta yoluyla gerçekleştirilmesi durumunda uygulanabilecek hükümleri, sınırlamak doğru olmayacaktır.¹⁶⁷ Bunun gibi, “spam” şeklinde gönderilen e-postada, gıda ürünlerinin yanıltıcı, yanlış vb. bilgiler verilerek reklam ya da tanıtımının yapılması 5179 sayılı Gıda Kanununa aykırılık teşkil edecek, bu yönüyle Reklam Kurulu’nun başvuracağı özel mevzuat hükümleri kapsamında değerlendirilmeye tabi olabilecektir.

Mevzuatımızda “spamlerle” en yakından ilgili hükmün, Telekomünikasyon Sektöründe Kişisel Bilgilerin İsenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik¹⁶⁸ ve Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu İdari Yaptırımlar Yönetmeliği’nde bulunduğu söylenebilir. Telekomünikasyon Sektöründe Kişisel Bilgilerin İsenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmeliğin “İstek Dışı Haberleşmeler” başlığını taşıyan 20. maddesine göre; “İşletmeciler kişi müdahalesi olmadan çalışan fakslar, elektronik posta, kısa mesaj gibi otomatik arama sistemlerini, abonenin önceden izni olmadan siyasi propaganda amacıyla kullanamazlar. Söz konusu otomatik arama sistemlerinin doğrudan pazarlama amacıyla kullanılması halinde kullanıcılara gelen her bir mesajı bundan sonrası için almayı reddetme hakkı ücretsiz ve kolay bir yolla sağlanır. Doğrudan pazarlama amacıyla gönderilen ve kimin adına haberleşme yapıldığı hususunda göndericinin kimliğini saklayan veya alıcının bu iletişimin sonlandırılması konusunda talepte bulunacağı bir adres bulunmayan elektronik mektupların gönderilmesi abonenin bu yöndeki talebi halinde engellenir.”

Yönetmeliğin bu hükmü bakımından, Türk Hukukunda ticari içerikli olmayan spamlerle mücadelede “opt-in” sisteminin, diğer bir deyişle muhatabın e-posta iletimini önceden almayı kabul ederek iletim sistemine dahil olduğu bir yöntemin,

¹⁶⁷ Örneğin, spame ilişkin veri tabanı oluşturmak amacıyla bilgi sağlamaya çalışırken, TCK 243 ve 244 anlamında bilişim suçu islenmesi olasıdır.

¹⁶⁸ RG. 06.02.2004, S. 25365. Telekomünikasyon Kurumu tarafından çıkarılan Yönetmeliğin dayanağı, 04.02.1924 tarihli 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu ile 05.04.1983 tarihli 2813 sayılı Telsiz Kanunudur.

ticari/doğrudan pazarlama amaçlı spamlerle mücadelede ise “opt-out” sisteminin benimsenmiş görünmektedir.

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu İdari Yaptırımlar Yönetmeliği¹⁶⁹ ise, Kayıtlı Elektronik Posta Hizmetine İlişkin İhlaller başlığını taşıyan 21. Madde hükmü ile, kayıtlı elektronik posta sisteminin idari, teknik ve hukuki gereklilikleri ile işleyişinde güvenli ürün ve sistemleri kullanmaması, hizmeti güvenilir bir biçimde yürütmemesi, hizmetlerini belirlenen kalitede sunulabilmesini teminen gerekli idari, teknik imkan ve kabiliyete sahip olmaması, bu sistemlerde kişisel verilerin korunması ve bilgi güvenliğinin sağlanmasına ilişkin belirlenen kurallara aykırı davranması ve ilgili mevzuat hükümlerine uymaması hallerinde yine bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde üçüne kadar idari para cezası uygulanacağı hükme bağlamıştır.

Öte yandan, Adalet Bakanlığı'nca hazırlanan ve 28.12.2006 tarihinde Başbakanlığa sevk edilen Bilişim Ağı Hizmetlerinin Düzenlenmesi Ve Bilişim Suçları Hakkında Kanun Tasarısı¹⁷⁰ ise, amaç itibariyle; içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı, erişim sağlayıcı, ortam sağlayıcı ve toplu kullanım sağlayıcıların sorumlulukları ile Bilişim sistemi veya bilişim ağı kullanılarak islenen suçları, bu suçların soruşturulması ve kovuşturulmasına ilişkin esas ve usulleri düzenlemektir. Tasarıda istenmeyen e-postalara da yer verilmiş ve istenmeyen ileti olarak adlandırılarak; gönderenine ulaşılamayan ve bu nedenle engellenemeyen veya kişinin istemediğini açıkça beyan etmesine rağmen gönderilmeye devam edilen ileti şeklinde tanımlanmıştır. (m.2/o).

Tasarının 6. maddesine göre ise, içerik sağlayıcı, tanıtım ve reklam amacıyla gönderilen iletilerde, kişinin iletiyi almak istemediği takdirde izleyeceği yola ve seçeneklere ilişkin bilgileri kullanıcıların kolayca erişebilecekleri şekilde hazır bulundurmakla yükümlüdür. Bu bilginin sunulmaması ya da istenmeyen ileti göndermeye devam edilmesi durumunda idari para cezası tesis edilebilmesi öngörülmüştür. Tasarı, 2. ve 6. maddesinde yer alan hükümleri ile opt-out sistemini

¹⁶⁹ Konuya ilişkin ayrıca bkz. yuk. s. 62 vd.

¹⁷⁰ Tasarı metni için,
http://www.tbd.org.tr/index.php?dummy=1&sayfa=raporlar&vkid=194&t=1300665963&jfr=true&keepThis=true&TB_iframe=true&height=500&width=800

esas alması, ve bu yönüyle Telekomünikasyon Sektöründe Kişisel Bilgilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmeliğin 20. Maddesi ile de uyumlu olduğu görülmektedir. Tasarı “opt-in sistemi” tabir edilen ve kullanıcıya ancak ön izin ile ileti gönderilmesini öngören sistemi benimsememesi yönüyle eleştirilebilse de, yine de konunun yasa düzeyinde ele alınmasını sağlaması açısından önemlidir.

Kanaatimizce, Kanun Koyucu eliyle “spam”lere ilişkin özel bir düzenleme getirilmesine, 6502 sayılı Kanun’un varlığında ayrıca ihtiyaç bulunmamaktadır. Keza, ilgili yönetmelikler kapsamında bu konudaki iradenin ortaya konulabilmesi mümkün görünmektedir.

Mevzuatımızda ise, ticari reklam ve ilanlarda uyulması gereken kuralları belirleme yetkisi bulunan, 6502 sayılı Kanun ile Reklam Kurulunun, e-posta yoluyla gerçekleşen reklamlar konusunda da düzenlemeler getirebileceği açıktır.¹⁷¹ Tüketicinin istemediği hâlde “opt-out” reklamlara maruz kalmasının, hatta elektronik posta yoluyla reklam için tüketiciden önceden izin alınmamasının “opt-in” tüketicinin korunmasına aykırılığının kabulünü öngören ilkelerin, böylelikle, Reklam Kurulunca ve Bilişim Teknolojileri ve İletişim Kurum tarafından getirilmesi mümkün gözükmektedir.

Kuskusuz, Kanun Koyucu opt-out/opt-in gibi genel sistemler üzerinde tercih yaptıktan sonra, konuyla ilgili teknik gelişmeleri takip edebilecek bir bağımsız idari otorite atayarak istenmeyen e-postalarla etkin mücadele edilmesinin yolunu da açık tutabilecektir. Bu otorite yeni bir otorite olabileceği gibi, Reklam Kurulu ya da Telekomünikasyon Kurulu gibi mevcut bir kurul da olabilir.¹⁷²

Reklam Kurulunun yürürlükten kaldırılan 4077 sayılı Kanun ile, “ticari reklam ve ilanlar” hususu ile sınırlı yetkisi, 6502 sayılı Kanun ile rekabet piyasasını bozucu davranışların her birini içine alacak şekilde genişlemiş olduğundan, bu yönde reklam içerikli “ticari spamlerle” mücadelede yarar sağlanabilecektir. Ülkemizde spamlerle mücadelede temel yaklaşımın Kanun Koyucu tarafından belirlenmesi sağlam bir

¹⁷¹ İkizler, Başar., s.109, Gürsel Öngören, **“İnternet Hukuku”**, <http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/ongoreninternet/bolum5g.htm> (erişim tarihi: 12.12.2012) ; Memiş, s.442.

¹⁷² Aynı yönde İkizler, Başar., s. 112.

hukuki zemin sağlamak açısından zorunludur. AB üye ülkeleri nazara alınarak, istenmeyen e-postalarla ilgili temel ilkelerin belirlenmesi ve bunlarla mücadeleyi haksız rekabet kuralları ve diğer mevcut düzenlemelerle sürdürmek isabetli olacaktır. Diğer yandan, ABD hukukunda olduğu gibi, Anglo-Amerikan hukuk sistemlerine özgü konuyu ayrıca ve ayrıntıları ile ele alarak çözümler getirmenin ise, hukuk sistemimize özgü bir düzenleme teşkil edemeyeceği görüşündeyiz.

Kanaatimizce, AB mevzuatına uyum çerçevesinde yürürlüğe girmiş olan 6502 sayılı Kanuna dayanılarak çıkarılacak olan haksız ticari uygulamalara ilişkin yönetmeliklerde opt-in sistemini temel alan bir hukuki düzenlemeye ülkemizde gereksinim bulunmaktadır.¹⁷³

D. Dürüstlük Kuralına Aykırı Satış Yöntemleri Ve Davranışlar

Türk Ticaret Kanunu md. 54 vd. hükümleri ile haksız rekabet halleri düzenlenmiş olup, günümüzde haksız rekabetin elektronik ortamda ihlal edildiği haller gözlemlendiğinde, ticaret şirketleri arasında var olan haksız rekabet hallerinin yahut ihlal tehlikeleri ile çok daha yaygın ve önlenabilirliği güç bir halde karşıladığı görülmektedir. TTK, yeni bir düzenleme ile dürüstlük kuralına aykırı satış yöntemlerinin de, reklamlar bahsinde değinildiği gibi TTK kapsamında değerlendirileceği herhangi hususunda bir tereddüde meydana vermeksizin ortaya koymuş bulunmaktadır.

Dürüstlük Kuralına aykırı diğer davranışlar, 6102 sayılı Kanun madde 52/a bendinde sınırlı sayıda sayılmamış olup, özellikle bu hallerin ortaya çıkış biçimleri yeni Kanun ile yürürlükten kaldırılan 6762 Sayılı Kanun hükümleri ile benzerlik taşıyor şekilde numaralandırılmıştır.

1. Genel İtibariyle Yanıltıcı ve Aldatıcı Beyanlar

¹⁷³ Aynı yönde, İkizler, Başar., s.113.

TTK md 55/1 (a)(1) maddesinde, "Yanlış, Yanıltıcı Veya Gereksiz Yere İncitici Açıklamalarla Kötülemek" başlığı altında yer verilen düzenleme, başkalarını veya onların mallarını, iş ürünlerini, fiyatlarını, faaliyetlerini veya ticari işlerini yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici açıklamalarla kötülemek rekabet ortamını bozucu olarak nitelenmiş bir kategoridir. Genel olarak "kötülemek" diye adlandırılan bu hüküm, 6105 sayılı TTK ile yürürlükten kaldırılan 6762 sayılı Kanunun 57 nci maddesinin birinci fıkrası hükmünün bir değişiklikle tekrarıdır. Değişiklik "fiyatlarını" sözcüğünün eklenmiş olmasındadır. Kötüleme soyut olaya ve fiyatları da kapsar mahiyette, karalamak, perdelemek, değerini küçümsetmek ve düşürmek gibi yanıltıcı veya gereksiz yere incitici açıklamalarda bulunmak suretiyle ortaya çıkmaktadır. Kanun gerekçesinde, kötülemede bulunanın açıklamaları gerçekse haksız rekabet oluşmaz; denilmiş ise de, Yargıtayımız rekabet ortamının bozulmasına, gerekmediği halde yapılan açıklamalar ile de meydan verilebileceği görüşündedir.¹⁷⁴

Öğretide ve bazı mahkeme kararlarında "yanıltıcılık" kavramı; iş ürününe, faaliyete, mallara veya fiyata ilişkin yapılan açıklamanın veya nitelendirmenin, takdim edilmiş tarzının, seçilen sözcüklerin, resimlerin veya yapılan karşılaştırmanın hedef kitlede veya kişilerde bıraktığı genel izlenimle, açıklama içeren konularda, değişik ve olumsuz algılamaya meydan verilmesi şeklinde ifade edilmiştir. Gereksiz yere incitici beyanlar, amacını aşan değer yargılarıdır; amacın aşılmasıyla eleştiri, gerçekte bağdaşmaz ve hedef kitlenin algısına göre ölçsüz ve gerçek payının mevcudiyetine rağmen üslup dolayısıyla eleştiri kavramı ile uyumsuz bir biçimde olan beyanlardır.¹⁷⁵

Kötüleme sebebiyle hükmün uygulanabilmesi için kusurun varlığı şart değildir. Hüküm "başkasının" yani doğrudan bir kişinin veya kişiliği olmayan bir topluluğun kötülenmesi halinde de uygulanır. Meselâ, "X" firmasının verdiği hasar sebebiyle dava edildiğine ilişkin eleştiri sınırlarını aşan haber-yazılar, ünlü bir sanatçının

¹⁷⁴ TTK Genel Gerekçesi, Bahtiyar., s. 141., Pınar, s. 142.

¹⁷⁵ TTK Genel Gerekçesi.,

çalışamayacak kadar hasta olduğuna ilişkin safsatalar böyledir.¹⁷⁶ Kısaca maddeye göre, gerçeğe uygun bir husus dahi, gerekmesin açıklanırsa bir haksız rekabet hali oluşturabilir.¹⁷⁷ Bu açıdan piyasaya arz edilen tüketim mallarının tüketicinin yararına değerlendirilmesini yapan yayınlarda kasti kötüleme amacı güdülmüş ise, haksız rekabet oluşabilir.¹⁷⁸

Bir görüş, bu yayınların bir tacir tarafından yapılmamış olması halinde de, haksız rekabet fiilinin gerçekleşeceğini savunmaktadır. Yargıtay'ın bu yönde vermiş olduğu kararlar da mevcut olup, kanaatimizce de bu şekilde, bir ticari işletmeyi, markasını, çalışanlarını kötüleyerek, bir şirketin itibarının zedelenmesi, hüsnüniyet kaidelerine aykırı olarak, elektronik posta yolu ile gönderilen beyanlar ile de şirketin tüketiciler ve toplum nezdinde yıllardır kazandığı haklı itibarını bozduğuna kanaat getirilebilir. Yargıtay, bu kapsamda gerekmediği halde özel bir internet sitesinde tacir olmayanların görüş bildirmesini de haksız rekabet hükümleri kapsamında korunması görüşündedir.¹⁷⁹

¹⁷⁶ Göstergelerin yorumlanmasını, üretilmesini veya işaretleri anlama süreçlerini içeren bütün faktörlerin sistematik incelenmesine dayanan bir bilim dalı olan, göstergebilim dalının ünlü profesörü ve tarihçi Umberto Eco'ya göre, aslında çok sıradan ve zararsız bir olay veya olaylar silsilesi anlatıldığında, mesajın ihbar olarak algılanması söz konusu olabilmektedir. Umberto Eco, *"Bir insana gölge düşürmek işten bile değildir. En tehlikeli suçlamalar, kuşku hakkını ihbarın yapıldığı kişiye bırakanlardır. İtiraz edilemezler ama tehlikelidirler. Çok sıradan ve zararsız da olsa, bir olay veya olaylar silsilesi, 'ihbar' gibi anlatıldığında, hepimiz mesajı ihbar olarak algılarız. Sınırları belli belirsiz olan konu zararsızsa eğer, yazarı neden bize bildirsin ki onları?"*, *"Mavi Çorapların Tuhaf Hikayesi"*, Tempo Dergisi, İstanbul, 2009., Ayrıca bkz. Bahtiyar., s. 141.

¹⁷⁷ Berzek., s. 86., İmregün, "Bir gazetecinin yayınlarıyla basın görevini aşarak davacı ortaklığın faaliyetlerini yanlış ve yanıltıcı biçimde kötülemesi haksız rekabettir.", s.99 vd., Pınar s.142.

¹⁷⁸ Poroy, Yasaman, s. 200., aynı yönde İmregün s.99 vd., Berzek., s. 87.

¹⁷⁹ 11. Hukuk Dairesi'nin, 21.2.2010 2008/9072 E. Ve 2010/591 K sayılı kararı; *"...Haksız eylemin özel bir türü olan haksız rekabeti oluşturan eylemin kim tarafından, hangi şekilde, hangi yolla meydana getirilmiş olduğunun bu eylemin sübutu açısından bir önemi bulunmayıp, yapılan eylemin haksız olarak bir ticari işletmeye, ticari faaliyete zarar verip vermediği, güven içinde devam etmesi, işleme gerekli ticari rekabet ortamını bozup bozmadığı hususu üzerinde durulmalıdır. Davacı vekili, davalının müvekkili şirket tarafından üretilen Polaris markalı ürünleri, Polaris markasını, müvekkili şirketi ve şirket çalışanlarını aşağılayarak, yanlış, yanıltıcı ve lüzumsuz yere incitici beyanlarla kötüleyerek müvekkili şirketin ticari itibarını zedelediğini, davalının elektronik posta yolu ile gönderdiği beyanların müvekkili şirketin tüketiciler ve toplum nezdinde yıllardır kazandığı haklı itibarını bozduğunu, davalının işbu eyleminin haksız rekabet teşkil ettiğini ileri sürerek, davalının haksız rekabet*

İnternette sosyal ağları kullanım oranı gün geçtikçe artmaktadır. İnternet kullanıcılarının ve tüketicilerin internetten içerik takip etme modellerine yönelmesi ile, aldatıcı ve yanıltıcı beyanlara internet siteleri ve sosyal ağlar ile rakip olmayan teşebbüsler eliyle de yer verilmesi rekabet ortamını bozucu hareketler olarak AB Komisyonu'nun AB Haksız Ticari Uygulamalar Direktifi Hakkında Çalışma Raporu'nda da yer almaktadır.¹⁸⁰

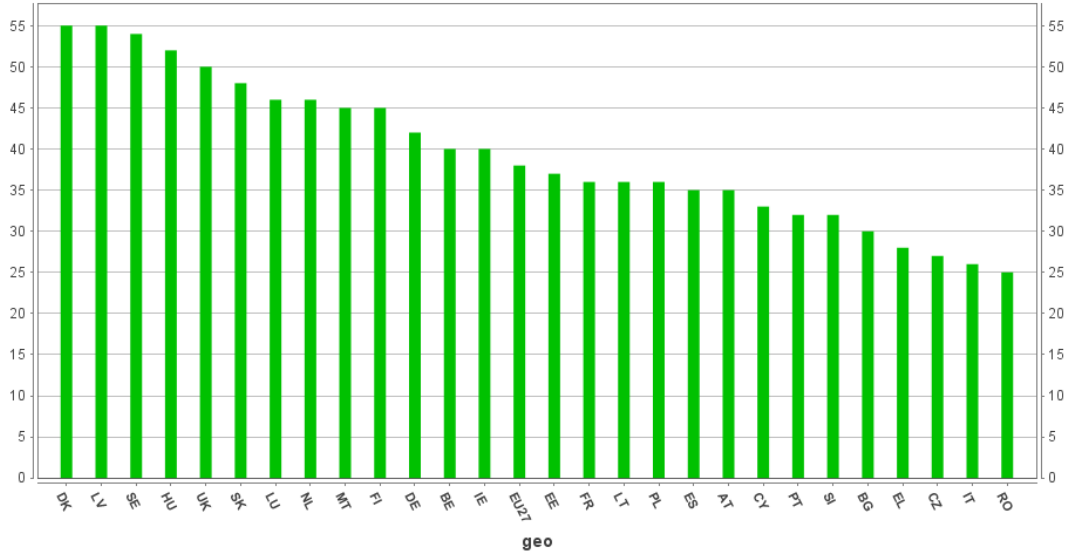
Nitekim, Avrupa Birliğine üye ülkeler arasında bu kapsamda yapılan 16 -74 yaş aralığındaki kişiler arasında yapılan araştırmada üye profili yaratılması, mesaj gönderimi, Facebook ve Twitter gibi sitelerinin kullanım oranının hatırı sayılır seviyelere ulaştığı kaydedilmiştir. Araştırmaya göre İngiltere, Danimarka, Litvanya ve İsveç'de nüfusun yarıdan fazlası bu platformları kullanmakta olup, sosyal platformların en az seviyede kullanım oranı nüfusun %25'ine karşılık gelen Romanya'dır.¹⁸¹ Aşağıda Tablo-2 ile, AB üye ülkelerindeki mevcut sosyal ağ kullanım verilerine, AB Komisyonu tarafından yapılan araştırma neticesi olarak yer vermekteyiz.

teşkil eden eylemlerinin tespiti, önlenmesi ve men'i ile 50.000,00 YTL manevi, fazlaya ait hakları saklı kalmak kaydıyla şimdilik 1.000,00 YTL maddi tazminatın faiziyle birlikte davalıdan tahsili ile hükmün ilanını talep ve dava etmiştir...Bu durumda, somut olaya gelindiğinde davalının davacının ticari faaliyetine zarar verici nitelikteki eylemlerinin tespiti halinde tacir olmaması bu durumun haksız rekabet sayılmasını engellemeyeceğinden mahkemece tarafların dayandıkları delillerin toplanması, gerektiğinde bilirkişi incelemesi yaptırılması suretiyle davalının eylemlerinin haksız rekabet oluşturup oluşturmadığının değerlendirilmesi gerekirken, yazılı şekilde yasal olmayan gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmiştir....” aynı yönde 11.HD'nin, 04.04.2011 t. ve 2009/11362 E. 2009/3864 t. Kararı. www.kazanci.com.tr; (erişim tarihi: 01.09.2012)

¹⁸⁰ Rapor, s.13.

¹⁸¹ Stenzel, Lima Sanches Goretti, Downs., s.49., http://ec.europa.eu/consumers/enforcement/sweep/digital_content/docs/dcs_complementary_study_en.pdf

AB Üye Ülkeleri Sosyal Paylaşım Ağı Kullanımı



Tablo- 2

Sonuç olarak, TTK madde 55 hükmü dahilinde yer verilen yanlış ve yanıltıcı beyanlarla bir işletmenin faaliyetlerinin, ürünlerinin ve hizmetlerinin kötülenmesi, bu yolda gereksiz yere incitici beyanlarda bulunulması, bir işletme tarafından yapılmayacak olsa dahi haksız rekabet hükümleri dahilinde korunabilecektir. Keza, anılan durumun rekabet ortamını bozucu nitelikte algı yaratması ekonomik pazar dengelerinin de bozulmasına yol açacaktır.

Gerek haksız rekabete ilişkin yasal düzenlemeler gerekse Medeni Kanun'un 2. Maddesi gereği de, herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorunda olup, tüm özel hukuk ilişkilerinde uygulama alanı bulunan temel hüküm uyarınca bir ticari işletmeye, şirkete yönelik olarak yapılan eylemlerin haksız rekabet oluşturması için, bu eylemleri yapanların tacir olmaları veya haksız rekabete maruz kalan şahıs, şirket veya işletme ile aynı konularda iştilal etmeleri şartı aranmaz. Haksız eylemin özel bir türü olan haksız

rekabeti oluşturan eylemin kim tarafından, hangi şekilde, hangi yolla meydana getirilmiş olduğunun bu eylemin sübutu açısından bir önemi bulunmayıp, yapılan eylemin haksız olarak bir ticari işletmeye, ticari faaliyete zarar verip vermediği, güven içinde devam etmesi, işlemesi gerekli ticari rekabet ortamını bozup bozmadığı hususu esas itibarıyla önem arz etmektedir.

Gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarda bulunmak yoluyla üçüncü kişiyi rekabette öne geçirmek hususunda, TTK md. 55/1 (a) 2 hükmü, bir işletmenin kendisi, ticari 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 geçirmenin rekabeti bozucu bir kategori olarak saymıştır.

Başkasının mallarını kötülemekten farklı olarak işbu bent, kendini veya üçüncü kişiyi rekabette avantajlı duruma getirmek yoluyla gerçek dışı veya yanıltıcı beyanları yapanın (a) kendisine, (b) rekabette üçüncü kişiye avantaj sağlamasını tanımlamaktadır. Öne geçirmenin övme veya üstünlük belirtici şekilde olması gerekmez; gerçek dışı veya yanıltıcı olması yeterlidir. Bu, aksaklığı, eskimişliği, aşılımlığı, elverişsizliği, sağlığa zararlı maddeyi, meselâ ürünün içerdiği katkı maddesinin miktarını yazmayarak veya oranı küçük göstererek veya etkileşimi saklayarak veya geçiştirerek veya yanlış coğrafî köken vererek, gramajda doğru olmayan rakamlar yazarak olabilir.

Gerçek dışı veya yanıltıcı beyanlar, en geniş anlamda alıcıların alım kararlarını etkilemeye yönelik sınırlı sayıda sayılması tercih edilmemiş yöntemlerdir. Ancak davacının bu amacı ispatı şart değildir. Her iki etkileyici olgu incelenirken, hedef kitlenin ve somut olayın özellikleri dikkate alınması doğru olacaktır.

Hükümde, değinilen satış kampanyaları, her türlü kampanyayı ve promosyonu ve bunlara ilişkin programları kapsama almaktadır. Üçüncü kişiye avantaj sağlanması medya aracılığı ile örneğin bir uzmanlık dergisinde başka bir markaya üstünlük sağlanması gibi gerçekleştirilebilir. Kanun, uzmanların, o konuda niteliğe sahip kişilerin, tüketiciyi aydınlatmak amacıyla yaptıkları bilimsel yöntem ve değerlendirmeleri hükmün kapsamı dışında saymıştır.

TTK ile yürürlükten kaldırılan 6762 sayılı Kanun kapsamına nazaran, Kanun Koyucu'nun yeni TTK ile farklı anlayış getirdiği burada da görülmektedir. 6762 sayılı

Kanun md. 57/3'ün, "*Kendi şahsi durumu, emtiası, iş mahsulleri, ticari faaliyeti veya ticari işleri hakkında yanlış veya yanıltıcı malumat vermek veyahut; üçüncü şahıslar hakkında aynı şekilde hareket etmek suretiyle rakiplerine nazaran onları üstün duruma getirmek;*" hükmünü amir iken, 6102 sayılı TTK'nın "kendi şahsi durumu" ifadesini daha açık belirlediği, "kendisi, ticari işletmesi, işletme işaretleri" kavramlarını da içine alarak bir şema çizdiği açıktır.

Burada her iki ifadeden anlaşılması gereken, haksız rekabete meydan veren tarafın kendisi yani salt tüzel kişiliği ile ilgili olarak yanlış ve yanıltıcı açıklamalar yapması değil, aynı zamanda ticari işletmesi ve işletme işaretleri olan isim ve markasının da bu kapsama dahil edilmesidir. Pek tabii, tüzel kişiliğine ilişkin yanlış ve yanıltıcı beyanda bulunacak olan tarafın, bu yanılsamayı ticari işletmesinin kendisinden kaynaklanan sebeplerle veyahut işletme işaretlerinde iltibas meydana getirmek yoluyla tercih edeceği uygulamada sıkça karşılanan bir sorundur. Kanun Koyucu'nun yapmış olduğu hüküm düzenlemesinde uygulamada yaşanan ve içtihatlar ile doldurulan konulara açıklık getirilmiş olduğu görülmektedir.

Yeni kanun uygulamasında haksız rekabete meydan veren tarafın bunu malları ve ürünleri ile gerçekleştirecek olduğu hallerde, Kanun Koyucu'nun eski Kanun düzenlemesinde salt dili sadeleştirerek emtia yerine malları ve iş mahsulleri yerine ise iş ürünleri ifadesini kullandığı görülmektedir.

Nihayetinde, eski Kanun diliyle, "*...ticari faaliyeti veya ticari işleri hakkında yanlış veya yanıltıcı malumat vermek...*" eylemi, yeni Kanun düzenlemesiyle, "*... faaliyetleri, fiyatları, stokları, satış kampanyalarının biçimi ve iş ilişkileri...*" olarak daha net bir belirlemeye sahip olmuştur.

Alman Haksız Rekabet Kanunu (UWG) madde 7 hükmü de paralel olarak, rakip teşebbüslerin itibarının düşürülmesini ("Herabsetzung") haksız rekabet saymaktadır. Ticari itibarı zedeleyen davranışlar; küçük düşürücü görüş açıklamaları ya da değer yargıları yanında, gerçek olaylara ilişkin iddialar biçiminde de ortaya çıkabilir. Öte yandan, gerçekliği ispatlanmayan olaylara ilişkin iddialar, bu durumu özel olarak düzenleyen UWG md. 4/b.8'deki "karalama (Anschwärzung)" fiili kapsamında

değerlendirilmektedir. Burada irdelenen hüküm, rakip teşebbüslerin işaretlerinin ve özellikle de markalarının itibarının düşürülmesi hallerini de kapsamaktadır.¹⁸²

Nihayetinde, bir işletme hakkında yanlış malumat verilmesi hususunda gerçek kişileri de içine alan bir düzenleme yapılmış olması önem arz etmektedir. Keza sosyal paylaşım ağlarında üye profili oluşturan kişilerin de, belli işletmelerin ürün ve hizmetlerinden faydalanarak bu hususları kaleme alan beyanlarda bulunmaları, yeni pazarlama koridorları olarak görünmeye başlamış olup, çoğu kez bu işletmelerin sponsorluğunda, açık yahut örtülü destek verilmesi ile tüketicinin karar verme mekanizmalarının etkileme yolunda gayret içine girilmektedir.

2. Tanınmışlıktan Yararlanmak ve Karşılaştırmalı Reklamlar

TTK md 55/1 (a) 5. Bendi, 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 geçirilmesini düzenleyen yeni bir hüküm öngörmüştür. ancak 6102 sayılı TTK ile yürürlükten kaldırılan 6762 sayılı TTK ile benzerlik taşımaktadır.¹⁸³

Kaynak İsviçre haksız rekabet hukukuna 1986 Kanunu ile giren, AB'nin 84/450 sayılı Reklam Yönergesinde ve bunda yapılan değişikliği içeren Karşılaştırmalı Reklam Yönergesinde düzenlenen karşılaştırmalı reklam hükmü hukukumuzda da ele alınan ve uygulaması denetlenmekte olan bir mekanizmadır.

Çoğu kez tanınmış markalara yönelen karşılaştırmalı reklâmlarda, bir işletme kendi ürünü ile başkasının ürünü açıkça belirgin vurgu yaparak karşılaştırmaktadır. Karşılaştırmalı reklama örnek olarak, "Süper market (x)'den daha ucuza daha

¹⁸² Göksoy.,s.158.

¹⁸³ Konuyla ilgili açıklama için bkz. Aş. Kıyaslama (Benchmarking) s. 109 vd.

kalitelisi", "Deterjanımız tanıdığınız (X) değildir. Şüphesiz (X)'den daha ucuz, daha etkili, üstelik (X)'den daha çevreci", "Herkesinkinden daha ucuz ve sağlıklı".gibi tanıtımlar örnek olarak verilebilir. Zira, karşılaştırmalı reklâm kural olarak hukuka aykırı olmayıp 6102 Kanun ve diğer yandan 6502 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılan 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile de düzenlenmiştir. Kanunen dürüstlük kurallarına aykırı sayılmamış, yasaklanmamış olan karşılaştırmalı reklamda, hukuka aykırı olan, nesnel yönden gerçek dışı ve ölçüyü aşan abartılı karşılaştırma halleridir.

Karşılaştırma, unsur itibariyle reklamı yapanın kendisi veya rekabette avantajlı duruma getirmek istediği kişi ile rakip veya rakipler arasında olmalıdır. Karşılaştırma konuları, kişiler ve bazen kişilikler, mallar, iş ürünleri, faaliyetler ve fiyatlar olarak öne çıkmaktadır. Dürüstlük kurallarına aykırı olan husus ise, karşılaştırmada beyanların, açıklamaların, ele alınan karşılaştırma unsurlarının doğru olmaması, yani yanlış veya yanıltıcı olması ya da rakibin ününü veya ürünlerinin sömürmesi, yanlış takdim edilmesi, tanıtılması, üstün yanlarının saklanması olacaktır. Buna göre, TTK hükmünün üç karşılaştırmalı reklamı içerdiği görülür: "Yanlış", "yanıltıcı" ve "rakibi sömürücü" karşılaştırmalı reklam. Yanlış karşılaştırmalı reklam, dayandığı olgular yanlış olan, gerçeğe uymayan, gerçeği saptıran, gerçek ortaya konduğunda (ispatlandığında) doğru olmadığı ortaya çıkan reklam anlamında kullanılmaktadır.

Abartılı reklamın yanlış reklam sayılıp sayılmayacağı ise, somut olaya göre ayrıca belirlenmelidir. Abartı, bir reklamı yanlış denilen alana sokabilir. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, "İsviçre'nin en büyük sürücü okulu" tanıtımlarında, öğrenci sayısının mı, cironun mu yoksa diğer hususların mı esas alınması gerektiğinin tartışmalı olduğuna, bu sebeple tanıtımın hem açık olmaması hem de abartılı unsurlar içermesine değinmiştir.¹⁸⁴

Karşılaştırmalı reklamlarda görüş açıklamalarının nasıl değerlendirileceği hususu, görüldüğü üzere yine doğru ve yanlış testine tâbi tutulup tutulmayacağı, hükmün soyut ve genel niteliği dolayısıyla gene somut olay gerçeğine bağlı olarak mahkemeye aittir. Reklâm konusu ürünün, malın, faaliyetin vesairenin hedefi

¹⁸⁴ Kanun Tasarısı için bkz. www.basbakanlik.gov.tr (erişim tarihi 12.10.2012)

("muhatap") olan ortalama tüketicide yanlış anlamalara, zanlara, algılamalara, düşüncelere yol açan açıklamalar, değerlendirmeler, yargılar vs. içeren reklamlar yanıltıcıdır. Yanıltma istatistiki bilgiler, temelleri farklı fiyatlar, önemli ve etkili olanın atlanması, karşılaştırmanın ilgisiz ve önemsizler arasında yapılmasıyla gerçekleştirilir.

Rakibin kendisinden, mallarından, iş ürünlerinden, faaliyetlerinden, tanınmışlığından gereksiz yere yararlanan, bunları gereksiz yere reklâma alan, karşılaştırmalı reklamlar da dürüstlüğe aykırıdır. "Gereksiz yere tanınmışlığından yararlanma" karşılığının tercih edildiği bu tür reklamda rakibin tanınmışlığının sömürsü vardır. İsviçre Federal Mahkemesinin diğer bir kararına konu olan olayda bir yatağın (döşeğin, şiltenin) reklâmı bir rakibin yatağı ile karşılaştırılarak yapılmış olup, Rakibin ürünü "Lattoflex" Reklâmda "Lattoflex'e karşı bir ürün olarak yeni sansasyonel bir yatak geliştirdik, bizimki yeni bico-flex yatak" denilmesi, onun tanınmışlığından, güvenilirliğinden yararlanılmasının tipik bir örneğidir. Karşılaştırmalı reklâmda, kötüleme ve avantajlı duruma getirme sömürü bağlamında birlikte uygulanmaktadır.¹⁸⁵

Fiyatlar da karşılaştırmalı reklâmın özellikle konusunu oluşturur. Karşılaştırma ucuzluk temelinde olup, şartların ve karşılaştırılanların farklı olması söz konusudur. Nihayet karşılaştırmalı reklamın bir diğer uygulama alanı ürün, faaliyet, mal testleri de olabilmektedir.

Son olarak, tüketicuyu uyarma görüntüsü altında rakip firmayı kötülemenin objektif iyiniyet kaidelerine aykırı olarak haksız rekabet teşkil ettiğini belirtmek gerekir.¹⁸⁶ tüketicuyu uyarma görüntüsü altında rakip firmayı kötülemenin objektif iyiniyet kaidelerine aykırı olarak haksız rekabet teşkil ettiğini belirtmek gerekir. Hukuk Genel Kurulu'nun bu yönde ilke kararı; el ilanı ve broşürlerde rakip markayı çağrıştıracak şekilde reklam uygulamalarına gidilmesinin ve doğrudan rakip firmayı kötülemese dahi bu yönde sloganları de eski TTK md. 57/1 hükmü uyarınca hukuka aykırı bulmuştur. Nitekim bizim de katıldığımız görüş uyarınca, rakip firmanın kötülenmesi

¹⁸⁵ Pınar, s. 142.

¹⁸⁶ Pınar, s. 142.

durumu zımnen kabul ederek tevîl etme yoluna başvurulması halinde de, bu durumda, el ilanlarında kullanılan sözcüklerin rakip firmayı hedef aldığı ve ona yönelik olduğu kabul edilmelidir.¹⁸⁷

6102 sayılı TTK'nın madde 55/3 hükmünde, dürüstlük kuralına aykırı davranışlar ve ticari uygulamalar arasında, yürürlükten kaldırılmış olan TTK'da yer alan "yanlış unvan ve meslek adları" ifadesi yerine "doğru olmayan meslek adları" ifadesinin tercih ettiği, bu tanıma ayrıca "doğru olmayan sembollerin kullanılması" ifadesini de eklediği görülmektedir. Bu tür uygulamaların haksız ticaret hükümlerine tabi olduğu hükme bağlanmış; paye, diploma veya ödül almadığı hâlde bunlara sahipmişçesine hareket ederek müstesna yeteneğe malik bulunduğu zannını uyandırmaya çalışmak veya buna elverişli doğru olmayan meslek adları ve sembolleri kullanmak, kullanıcıları yanıltan, işletme ve işletmenin ticari hacmi hakkında yanlış intibalar bırakan beyan ve eylemler haksız rekabet olarak değerlendirilmiştir.

Bir tacirin, hakkı olmayan unvanları, meslek, derece ve sembollerini kullanmaksının haksız rekabet hali oluşturması ifadesi, esasen 6762 sayılı TTK'nın 57. maddesinin (4) numaralı bendinin tekrarı niteliğindedir. 6102 sayılı TTK Gerekçesine göre, öğreti ve mahkeme kararlarıyla oluşmuş bulunan birikimi korumak amacıyla aynen korunmuştur. Kanun tasarısında bu bendin kapsadığı örneklere de değinilmiş olup, "Paris"ten diplomalı terzi", "Christian Dior'un Kalfası", "Ödüllü Çevirmen", "Profesör dışı", "Ellerinde doğal güç bulunan akupunkturcu X" gibi tamlamaların rekabeti bozucu bir ortam tesis ettiğine değinmiştir.¹⁸⁸

¹⁸⁷ HGK'nın, 20.4.1994 tarihli, 1993/11-965 E. Ve 1994/252 K. Sayılı kararı "...Davalı şirket, dağıttığı el ilanlarında (aynen...son günlerde bir firmanın A...gaz'a benzettiği tüplerle mahallelerde dolaşarak A...gaz diye satmaya çalıştığı tüpler türemiştir. Gerek standart ve içine konulan gazın kilosu ve nerede doldurulacağı belli olmayan bu tüplerin, sorumluluk anlayışını takdirlerinize bırakıyorum.- Korsan L....gaz Tüplerinden, muhatap ve sorumluluk taşımayan firmalardan sakınınız. Hanımları ve çocuklarımızı uyaralım) cümlesi ile duyurular yapmıştır.O tarihte, A...gaz'ın tüplerine benzeterek tüp yapan firma, davacı firmadır ve hakkında bu sebeple davalı tarafından haksız rekabet davası açılmıştır. İlandan L....gaz kelimelerinin ilk harfleri büyük harf şeklinde yazılmak sureti ile bu kelimelerin vasıf belirtmek için değil, davacıyı ifade etmek üzere isim olarak bilinçli şekilde kullanıldığı anlaşılmaktadır. Nitekim davalı taraf, bu durumu zımnen kabul ederek tevîl etme yoluna başvurmuştur. Bu durumda, el ilanlarında kullanılan sözcüklerin davacıyı hedef aldığı ve ona yönelik olduğu kabul edilmelidir..."www.kazanci.com.tr; erişim tarihi: 05.04.2013

¹⁸⁸ TTK 55/1 Gerekçesi, Hamdi Pınar, s.130 vd.

Nitekim, bir internet sayfasına konulan ve ziyaretçi giriş sayısını tespit eden sayaçlar ("counter") manipüle edilir ve sayının artırılması için değişik yollarla sayaca müdahale edilir ise durum, yanıltıcı yönü ile bir haksız rekabet teşkil edecektir. Bu durum, internet sayfalarının çok kişi tarafından ziyaret edildiği kanaatini kullanıcılara sunmak için yapılır. Bu hal üçüncü kişileri aldatmaya yönelik olduğundan haksız rekabet sonucunu doğurmaktadır. Sayacın bu şekilde manipüle edilmesi halinde internet kullanıcıları ve müşteri kitlesi yanıltılmış olmaktadır. Yapılan bir reklamda internete giriş için sabit fiyat öngörülmüş olması, belirli hizmetlerin paralı, bazılarının ise ücrete tabi tutulduğu bir internet hizmetinin kullanıcılarına söz konusu durumun bildirilmemesi bir haksız rekabet halidir. Bu durum müşteri tarafından öngörülemeyen ve anlaşılabilir.

TTK madde 55/1 (a)4 bendi ile düzenlenmiş olan başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler alınması, düzenlenmiş olup, bu bent kapsamında düzenlenen karıştırılma hali yani 6762 sayılı Kanunun 57 nci maddesinin (5) numaralı bendinde kullanılan terimle iltibas düzenleyen hükmü ile paralel çerçevededir. (4) numaralı alt bendin ilkeleri ve amacı Kanun Tasarısında, MarkKHK "iltibas" yerine "karıştırılma"yı kullandığı ve bu terim öğreti ve içtihatlarda yerleşmeye başlamasından ötürü tercih edildiğine değinmektedir.¹⁸⁹

TTK Gerekçesinde, "Karıştırılma"nın, yanıltmayı, kandırmayı, yanlış algılatırmayı da kapsayan geniş bir kavram teşkil eder ise de, dış görünüş, tanıtım, takdim-görsellik ile duyurular ve esas benzerlikten doğan karıştırılmanın (meselâ elektrik devrenin veya yarı iletken topografyasının benzerliği) hükmün kapsamı dışında kaldığı belirtilmiştir.¹⁹⁰

Eski Kanun düzenlemesinde 57/5 hükmü ile oldukça ayrıntılı bir açıklama getiren hükmün kısa ve öz anlatımı dikkat çekmektedir. Şöyle ki, "... Başkasının emtiası, iş mahsulleri, faaliyeti veya ticaret işletmesiyle iltibaslar meydana getirmeye çalışmak veya buna müsait bulunan tedbirlere başvurmak,..." ifadesi yerine yukarıda anılan

¹⁸⁹ Nomer, "Alan Adı", s. 407., İltibasın yalnızca işaretlerin aynı ve benzer olmasını değil aynı zamanda arz edilen mal ve hizmetler için de aranması görüşü hakk. Bkz. Kırca., s. 540., Berzek., s. 51.

¹⁹⁰ TTK Genel Gerekçesi.

hüküm tercih edilmiştir. "...hususiyile başkasının haklı olarak kullandığı ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtalarıyla iltibasa meydan verebilecek surette, ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtaları kullanmak veyahut iltibasa meydan veren malları, durumu bilerek veya bilmeyerek, satışa arz etmek veya şahsi ihtiyaçtan başka her ne sebeple olursa olsun elinde bulundurmak;..." bölümü ise anılan ifadelerin yorum güçlüğü taşıması ile MarkKHK'da, EndTasKHK'da, CoğışKHK'da ve unvanla ilgili olarak TK'da ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Burada tekrar edilmeleri hem gereksiz olduğu savı ile yeni kanun düzenlemesinden çıkarılmıştır.

Ancak uygulamada sık karşılaşılan iltibas ve taklit şeklindeki haksız rekabet halleri yaptırımlaştırılmaktadır. Daha önceki TTK'da yer alan "haklı kullanım" keyfiyetini saptamada ölçünün bir tescilin varlığı olup olmadığı tartışmalı olduğundan ötürü uygulamada bir takım sıkıntılar yaşanması, TTK Gerekçesi olmuştur.

Doktrinde iki malın, iş ürününün, faaliyetin veya işin arasında iltibasın bulunup bulunmadığında en önemli ölçü, bu ad, unvan, marka veya işareti haiz ürünlerin hitap ettiği müşteri çevresinde orta zekalı, orta dikkatli bir alıcının satın almada yanılığa düşme olasılığının bulunup bulunmamasıdır.¹⁹¹

İki ürün arasında ad, unvan, marka veya işaret açısından toptancı veya yarı toptancı alıcılar bakımından iltibas olasılığı bulunmamakla beraber, son tüketici açısından böyle bir iltibas olasılığı varsa, iltibas yine mevcut sayılır.¹⁹²

Hakim Yargıtay uygulamaları, tanınmışlık unsuru¹⁹³ içeren uyuşmazlıklarda mahkeme hükmünün özetinin de ilan edilmesinin hükmün amacına hizmet edeceği yönündedir.¹⁹⁴

¹⁹¹ İmregün, s.101., Cahit Suluk, *"Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Tescilsiz Sınai Ürünlerin Haksız Rekabet Hükümleri ile Korunması"*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.18., S.2., İstanbul 2012., s. 163., Berzek.,s .93., Bahtiyar., s.114.

¹⁹² İmregün, s. 102., Berzek. s.89., Bahtiyar., s 115.

¹⁹³ Tanınmış marka kavramı ne uluslararası hukukta ne de 556 sayılı KHK'da tanımlanmamıştır. Mahkeme içtihatları da gelişen teknoloji ve ticari hayat karşısında sınırlayıcı bir tanım vermektan kaçınmaktadır.

Gerçekten de, iltibasa meydan verecek şekilde tanınmış bir markanın işletmenin, faaliyetin ve/veya bir hizmet ya da ürünün adından, tanınırlık seviyesinden faydalanan bir girişimin kamu tarafından algılanması verilen hükmün etkisini de güçlendirecektir.¹⁹⁵

3. Meta-Tagging - Anahtar Kelime Seçimi

“Meta-tag” bir internet sitesinin HTML kodunu, internet sitesinin kapsamını sınıflandırmak için internet arama motoruna yerleştiren anahtar kelimedir.¹⁹⁶ İnternet tarayıcılarının, hazırlanan sayfaya yönlenebilmesi için arama mekanizmalarının meta-tag denilen bir yöntemle manipüle edilmesi gerekmektedir. Bu manipüle, internet sayfasının esas başlığında bulunmayan kelimelerin bir liste halinde arama

¹⁹⁴ Tanınırlık hususunda hükmün ilan edilmesi yönünden gerekçeli kararda hüküm bulunmaması gerekçesiyle; 11. HD'nin 07.02.2005 tarihli; 2004/4412 E. ve 2005/769 K. sayılı kararı; “...Davacı Akbank TAŞ vekili tarafından AKBANK hizmet markası ile bankacılık hizmeti verdiğini, internet alanında da ODTÜ DNS yönetiminden aldığı "Akbank.com." domain ismi ile hizmetlerini sürdürdüğünü, davalının da Atlas Online İletişim Sistemleri A.Ş.'den aldığı "akbank.net" domain ismi altında web sayfası oluşturduğunu ve bu sayfanın bir yıllığına kiraya verileceğini ilan ettiğini, bu kullanımın müvekkilinin ticari itibarını zedeleyeceğini, yine kullanıcı şifrelerinin ele geçirilebileceğini, davalının eyleminin TTK. ve 556 sayılı Markalar hakkındaki KHK'ya aykırı olduğunu, ileri sürerek, marka hakkına tecavüz eden kullanımın durdurulmasına, ticari itibarın sarsılması nedeniyle şimdilik, 10.000.000.000.TL. manevi ve 10.000.000.000.TL. maddi tazminatın davalıdan tahsiline, kararın ilanına karar verilmesini talep etmiştir. Davalı vekili, müvekkilinin internet adresinde bankacılık hizmeti vermediğini, müvekkilinin davacının zararına neden olacak eylemde bulunmadığını savunarak, davanın reddini talep etmiştir...Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamından, davalının iyiniyetli olmadığı, **davacının isminin tanınırlığından yararlanmak düşüncesi ile hareket ettiği**, gerekçesiyle, davanın kısmen kabulü ile davalının eyleminin haksız rekabet teşkil ettiğinin tesbitine ve tecavüzün önlenmesine, dava konusu adresin kullanımının engellenmesine, 1.000.000.000.TL. maddi ve 1.000.000.000.TL. manevi tazminatın dava tarihinden itibaren faizi ile davalıdan tahsiline karar verilmiştir...Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir...Bozma sebep ve şekline göre davacı vekilinin sair temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına karar vermek gerekmiştir...”, www.kazanci.com.tr; (erişim tarihi: 04.04.2013)

¹⁹⁵ Şenocak, “**Tescilli Markanın Aynısının veya Benzerinin Alan Adı (Domain Name) Olarak Kullanılması Suretiyle Marka Hakkının İhlali**”, BATİDER, C:XXV., S.3., Ankara, 2009., s. 89 vd., “Alan Adları”, s. 132., Kırca., s. 527.

¹⁹⁶ Can/Memiş, s. 19.

motorlarına verilmesiyle yapılmaktadır. Meta-tag, internet sitesi içinde kendiliğinden görünmemektedir. Ancak belirli bir anahtar kelimeyi içeren tüm internet sitelerini tarayan bir arama motoru o siteyi bulmakta ve listelemektedir.

Marka sahipleri, internette markalarının meta-tag olarak izinsiz bir şekilde kullanımı ile karşılaşabilmektedirler. Diğer bir önemli sorun, markanın belirli mal ve hizmetleri görmek için değil, araştırmaya cevap verecek belirli internet sitesini arama motoru listesine kaydettirmek için kullanılıyor olmasıdır. Kullanıcı araştırma sonucu listelenen internet sitelerinin içeriğini görmek istiyorsa, tuşlamak durumundadır. İnternette aradığı bir siteye anahtar kelimelerle ulaşmaya çalışan kimsenin karşısına sonuç kabarık bir liste halinde çıkabilmektedir. Bu listeyi gören internet kullanıcıları çoğu zaman bu sayfaların isim ve içeriklerinin aradığı kelimelerle ilgisinin olmadığını görmektedir.

Arama motorunun çalışma sistemini bilmeyen kullanıcı, çoğu kez karşısına çıkan kabarık liste karşısında seçim yapamamakta ve de internet ortamını kaosa benzetebilmektedir. Aramadığı, ilgisiz siteler karşısına çıkan ve internet sayfalarının içeriğini deneme-yanılma yoluyla ziyaret eden kullanıcı, aslında internet sayfalarının arama motorlarına eklenmesinde kullanılan anahtar kelimelerin ağına takılmaktadır.¹⁹⁷

İnternet sayfasının hazırlayıcısı ise anahtar kelimeleri son derece geniş bir yelpazeden seçebilmektedir. Örneğin; İnternette araba yedek parçaları pazarlayan (X)in kendi internet sitesini hazırlarken yazdığı kaynak kodunda¹⁹⁸, her dokümanın ana başlığına *Honda* Marka otomobilleri imal eden/satan (Y)nin markasını yazdığını

¹⁹⁷ Can/Memiş, s. 20.

¹⁹⁸ Can/Memiş, s. 17.; *Kaynak kodu, insan dili ve bilgisayar dili arasındaki ara aşmayı ifade eder ve bilim adamları tarafından okunabilir. Bu nedenle, programdaki gizli bilgi ve tekniklerin insanlar tarafından kolayca anlaşılır olmaması ve kopyacılığının önüne geçilebilmesi için programlar nesne kodu adı verilen şekilde piyasaya sürülmektedir. Aynı yönde Bkz. Sevinç, Elif s.11 vd. ;Aoron D. Charfoos, "How Far We Come, and Where Do We Go From Here: The Status of Global Computer Software Protection Under the TRIPS Agreement", Northwestern Journal of International Law &Business, C.XXII (2001*2002), a. 266.; Kravetz, I. Paul, "Copyright Protection of Computer Programs", Journal of the Patent and Trademark Office Society, C.LXXX (Ocak 1998) s. 46.*

varsayalım. Bu durumda, (X)in internet sayfasında Honda Markası hiçbir zaman görünmez. Ancak arama motoruna Honda kelimesi yazan kişi, öncelikle markanın sahibini değil, markayı *meta-tag* olarak kullanan (X)in internet sayfasına yönlenecektir. Böyle bir yönlendirme ile, marka sahibi'nin (X)e satış ve/veya imalat yetkisi verdiği yönünde yanlış bir izlenimin doğabileceği ve bunun bir haksız rekabet olduğu belirtilmektedir.

Google arama motoru optimizasyonu olarak vermiş olduğu adwords hizmeti, bir meta tag kullanımı olarak, belirli bir ismin aramalarda öne geçirilmesi yoluyla reklam ve tanıtım hizmeti sağlanmasına yöneliktir. Adwords uygulaması pek çok marka ve isim uyumsuzluğuna konu olmuş bir uygulama olarak adından söz ettirmektedir. Bu husus Türkiye'de de yargı kararlarına konu olmaya başlamıştır.

Türkiye'de metataglerin kullanıma ilişkin mahkeme kararları vermeye başlanmıştır. İstanbul 2. Fikri Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'nin vermiş olduğu karar örnek niteliğindedir.¹⁹⁹ Kesinleşmiş karar uyarınca, her ikisi de asansör rayı üreten dava taraflarından davalının markasının unsurlarından olan "DÇ" ibaresine sponsor bağlantı bölümünde yer vermemiş iken, davacının adı arama motorunda aratıldığında çıkan sonuçların hemen yanında davalının internet sitesine yer verilmektedir. Mahkeme somut durumda karıştırılma ihtimalinin yüksek olduğu arama sonuçlarının, davacının markasının esaslı unsurlarından "Asray" ibaresini adwords olarak belirleyen davalının basiretli bir tacir gibi bu markaların karışabileceğini değerlendirerek böyle bir reklam vermekten kaçınması gerektiğine hükmetmiştir. "Adwords" programından haberdar olmayan internet kullanıcılarının markaları karıştırabilecek olup, kullanıcıda sanki davacının markası ile davalı şirket arasında sponsorluk ilişkisi varmış gibi bir algıya yol açtığı görüşündedir.

¹⁹⁹ 02.11.2010 t., 2008/21. E., karar için bkz. , <http://www.aliosmanozdilek.com/turkish-court-held-that-usage-of-registered-trademark-as-adwords-is-a-trademark-infringement/> (erişim tarihi 10.12.2013)

4. İnternette Embed Verilmesi Yoluyla Sunum

Embed; internet kullanıcısı tarafından görülmeyen, internet sitelerine yüklenen video başta olmak üzere her nevi formatta içeriğin başka bir internet sitesinde gösterilebilmesine olanak tanıyan bir sistem olup, “gömme” manasında kullanılmaktadır. Embed sistemi uygulanma itibariyle framing-çerçeveleme mantığı ile değerlendirilmekte olup bu kapsamda, video paylaşımlarının yapıldığı internet sitelerinde videolar oynatılırken aynı zamanda bu videolarla ilgili yayınlanan kodların başka bir internet sitesinde bu gömülü kod sayesinde yayınlanabilmesidir. Böylece kullanıcı, kaynak siteye yönlendirilmemektedir. Söz gelimi, toplu video gösterimine ilişkin platform işletimi sağlayan, bu kapsamda milyonlarca kullanıcının her gün sayısı yüzbinlere varan video paylaşımında bulunduğu Youtube’da yayınlanan ve gömülü (embed) kodu paylaşımına açılmış olan bir video, embed kodu kullanılması ile bir başka sitede yayınlanabilir ve kullanıcı Youtube’a yönelmeden doğrudan bu site dahilinde videoyu izleyebilir. Anılan durumun fikri haklar mülahasası kapsamında değerlendirilmesinde uygulamada sıkıntılar baş göstermiş olmakla beraber,²⁰⁰ kaynak sitenin videonun Embed verilmesinden yana ekonomik menfaati bulunmaktadır. Şöyle ki, video internet mecrasında bu kodlar ile ne kadar yayılır ise, seyredilen her bir mecrada ilgili yeni sayfaların da tıklanma başına sayımı yapılmakta ve bu kapsamda kaynak site reklam geliri toplamaktadır. Ancak bir lisans sözleşmesi kapsamında lisans veren hak sahibinin, anılan içeriğin belirlenen yalnızca bir platformda izlenmesine dair haklı menfaati bulunabilir. İnternette esas itibariyle haksız rekabet mülahasası kapsamında reklam gelirleri açısından değerlendirilebilecek bu konuda, diğer bir sorun, ise meslek birlikleri tarafından açılan davalar olmaktadır. Alman Müzik İcracıları ve Yapımcılar Birliği “GEMA”²⁰¹ tarafından açılan davada, Hamburg Bölge Mahkemesi Youtube aleyhine vermiş

²⁰⁰ Konunun fikri haklar kapsamında değerlendirmesine ilişkin aş. s. 117 vd.

²⁰¹ Society for Musical Performing and Mechanical Reproduction Rights.

olduğu bir kararında²⁰², anılan içeriğin Youtube tarafından yüklenmediği, kullanıcılar tarafından bu platforma yükleme yapıldığından yola çıkarak Youtube'un Alman Fikri Haklar Kanunu ("URGH") kapsamında sorumlu tutulamayacağına, yalnızca haksız kazanç sağlanması ve yaşanan hak kaybı dolayısıyla Youtube'un anılan içeriği bildirim üzerine kaldırmakla yükümlü tutulabileceğine ilişkin bir karar vermiştir.

Alman Federal Mahkemesi, 2013 yılında vermiş olduğu "Die Realität" kararında ise,²⁰³ embed yoluyla bir başkasına ait içeriğin yayılması yine Alman Fikri Haklar Kanunu ("UrGH") kapsamında bir telif hakkı ihlali kapsamında görülmemiştir. Anılan karar, Mahkeme'nin haksız durumun 2011/29 sayılı Bilgi Toplumunda Eser Sahibinin Hakları ve Bağlantılı Hakların Uyumlaştırılması Hakkında Parlamento ve Konsey Direktifi²⁰⁴'nin uygulama alanı kapsamında yer almadığını belirlemesi açısından da ilginç olup, ihtilafın haksız rekabet prensipleri çerçevesinde çözüme kavuşturulması ihtiyacını beraberinde getirmektedir. Karara göre, su filtreleme sistemleri üretimi ve satışı faaliyetinde bulunan bir internet sitesi işleteni, kendisinin izni olmadan, embed yapılarak Youtube'a yüklenen ve su kirliliği problemini konu alan "The Reality" adındaki kısa filmin rızası hilafında bu platformda gösterildiğine ilişkin davacı olmuştur. Bu kapsamda, içeriğin tek başına link verilmesi ve embed yoluyla frame- çerçeveleme yapılarak yabancı bir sitede gösterilmesi, Mahkeme tarafından Alman UrGH md. 19 hükmü kapsamında kamuya iletim tanımına dahil edilmemiş, zira hak sahibinin dilediği zamanda ve yerde içeriği kamuya erişime sunma hakkının Youtube tarafından ihlal edilmediği, bu hususta Youtube tarafından değil, kullanıcılar tarafından embed yönteminin uygulanarak Youtube platformunda içeriğin kamuya arz edildiğine, bunun da kaynak sitenin işleteninin kararı şeklinde yorumlanması gereğine işaret edilmiştir.

²⁰² 310 0 461/10 on 20/04/2012; <https://gmriccio.wordpress.com/2012/04/29/hamburg-district-court-gema-v-youtube-english-translation/>

²⁰³ BGH, Beschluss vom 16. Mai 2013 - I ZR 46/12 - OLG München; <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&id=004d26d4f318181faf417684c944282b&nr=64377&pos=0&anz=2>

²⁰⁴ Directive 2001/29/EC Of The European Parliament And Of The Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:167:0010:0019:EN:PDF>

Mahkeme kararı uyarınca, Avrupa Birliği'nde fikri haklarla ilgili yapılan uyum yönergelerinden en kapsamlı ve önemlisi olarak kabul edilen 2011/29 sayılı Bilgi Toplumunda Eser Sahibinin Hakları ve Bağlantılı Hakların Uyumlaştırılması Hakkında Parlamento ve Konsey Direktifi'nin hak sahiplerinin kamuya erişime dair münhasır mali hakları kendi kararlarına istinaden diledikleri zamanda ve yerde erişimi mümkün kılan Maddesi 1. paragrafı da değerlendirildiğinde, embed sistemi uygulamalarına verilecek cevap açısından 2001/29 no.lu Konsey Direktifinde halihazırda bir açıklık bulunmamaktadır. Mahkeme gerekçesinde bu hususa ayrıca yer vermiştir.

Görüldüğü üzere, framing yöntemlerinden biri olarak kabul edilse dahi sistematik olarak internette videolar üzerinde Embed yapılması, Embed kodu kaynak site tarafından paylaşılmakta olduğundan zımni rıza kapsamında değerlendirilebilmektedir. Ancak kaynak internet sitesi sahibinden önce video üzerinde hak sahibi olan kişilerce bu çoğaltım yoluna rıza verilmemesi, bu kişiler tarafından fikri haklar paralelinde alt lisans verilmesi amaçlanmamış ve hatta ilgili sözleşmelerinde bu konu açıkça men edilmiş olsa dahi, günümüz teknolojik imkanları dahilinde embed verilmesi kamuya iletim ve çoğaltma konusunda bir alt lisans verilmesine gerek olmaksızın içeriğin aslında pek çok alt mecrada arz ediliyor olmasını beraberinde getirmektedir. İnternette embed yoluyla gösterim yapılması aleyhine dava açılabilir olan kişileri belirlemede de güçlük yaşanmasına sebebiyet vermektedir. Kaynak kodun çalıştırılmaz duruma gelmesi ile, bu hususta kaynak sitenin tespiti yapılabildiği oranda kaynak siteye başvurulması, talep dışı yayın platformlarında gösterimin de önüne geçilmesi adına önem arz eder.

5. Dürüstlük Kuralına Aykırı ve Saldırgan Satış Yöntemleri

Dürüstlük kuralına aykırı diğer haksız rekabet halleri arasında yer alan, tedarik fiyatının altında satış yoluyla haksız rekabet, TTK md. 55/1 (a) 6. bendinde düzenlenmiş olan hüküm icabı, seçilmiş bazı malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerin birden çok kere tedarik fiyatının altında satışa sunulmasının, bu sunumların reklamlarda özellikle vurgulamasının ve bu şekilde müşterilerinin, kendisinin veya rakiplerinin yeteneği hakkında yanıltılmasının rekabet ortamını bozucu eylemlerden olduğu öngörülmüştür.

Madde metni itibariyle, satış fiyatının, aynı çeşit malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerinin benzer hacimde alımında uygulanan tedarik fiyatının altında olması hâlinde yanılmanın varlığı karine olarak kabul edilmektedir. Burada ispat yükü, haksız rekabet fiiline meydan veren davalıda olmakta, bu tür yollara başvuran davalının gerçek tedarik fiyatını ispatlaması halinde bu fiyatın değerlendirmeye esas olacağı belirtilmektedir.

Kanun Gereğesine göre, bu bendin konusu olan haksız rekabet eylemi İsviçre öğretisinde, "göstermelik (mostra) ile aldatma" veya "mostra ile avlama" olarak adlandırılmaktadır. Kastedilen, bazı malların seçilmesi, onların fiyatının tedarik fiyatının altında mostra (göstermelik) olarak satışa sunulması, böylece avlanan tüketicinin aldatılmasıdır. Mostra kullanmak arz (sunma) şeklindedir. Hükümdeki "seçilmiş bazı malların " ibaresi "mostra"yı ifade etmektedir.²⁰⁵

Dürüstlüğe aykırı olan, sunulan malın "mostra" rolü oynaması, yani kalitesi ve tedarik fiyatı ile seçilmiş mallara hatta miktara özgülenmiş bulunmasıdır. Gerçekte sunanın malı, mostranın kalitesi düzeyinde değildir veya mostrayı gösterenin elinde mostranın kalitesinde yeteri kadar mal yoktur veya satıcı o kalitede malı varsa - daha yüksek fiyatla satmakta, satmayı amaçlamaktadır.

Mostralık mal satıcı veya takdim edici tarafından çeşitli amaçlarla kullanılabilir: yüksek kalite, düşük fiyatla avlanan müşteriye başka mal, başka fiyat uygulamak vs. Müşteri toplam arz konusunda yanılabilir. Müşteri satış yerine gittiğinde veya mal kendisine gönderildiğinde, kalitesi, sınıfı ve özellikleri itibarıyla hatta bazen fiyatıyla başka bir malla karşılaştırılabilir ya da o malın bittiği belirtilip başka fiyatta mal verilebilir. Avlanan müşterinin nasıl kötüye kullanıldığı önemli değildir; bu hüküm de belli bir şekle ve kalıba da bağlanmamıştır. Mostra ile avlama yöntemi, bir anlamda ahlâk kuralları ile bağdaşmayabilir. Ancak bu husus hükmün uygulanmasında önem taşımaz.

Hüküm, yanılmanın hangi hallerde varlığının karine olarak kabul edileceğini göstermiştir. Bunun için reklâmı yapılan fiyatın aynı çeşit malların (iş ürünlerinin

²⁰⁵ TTK md. 55 Gereğesi., Ayrıca Bkz. Bahtiyar., s. 144., Altop.,s. 260.

veya faaliyetinin) benzer hacimde alımında uygulanan tedarik fiyatının altında olması gerekir. Başka bir deyişle ancak bu halde yanıltma karinesinin varlığı kabul edilir. Önemli olan aynı çeşit mal, benzer hacimde alımdır. Rakiplerin yeteneği hakkında yanıltıcı beyan vermek ile kastedilen ise, onların kapasitesine ilişkin olarak alıcıların hatalı algılamaya yöneltilmesidir. Tedarik fiyatından o malın satıcıya mâl olma fiyatı anlaşılır.

TTK md.55 /1 (a) 7. bendinde değinilen, müşterinin ek edimlerle sunumun gerçek değeri hakkında yanıltması da, yeni bir düzenleme olup, gerek AB Haksız Ticari Uygulamalar Direktifi gerekse ilan edilen 6502 sayılı TKHK ile paralellik arz etmektedir. Bu bendin konusu, müşteriye armağan gibi avantajlar vaad ederek müşterilerin malın kalitesi, tazeliği, defolu olup olmadığı konusunda fazla düşündürmeden, yöneltilme yapılmasıdır. Hükmün ağırlık merkezi müşterinin sunumun gerçek değeri hakkında yanıltılmasıdır.

Bu bent ile değinilen rekabeti bozucu durum dolayısıyla dürüstlüğe aykırı olan hususlar, müşterinin karar verme özgürlüğünün yanıltma ile etkilenmesi ve malın değerinin, armağan olarak verilen mallarla saklanması suretiyle saptırılmasıdır. Kanunun tasarı görüşmelerinde, hükümdeki "sunum" sözcüğünün, sözleşme ilişkilerinin kurulması adına ürün veya hizmet sunan tarafından satıma arz edilmesi şeklinde yorumlanabilecek, icap anlamını da içereceğine değinilmiştir. Bu husus, aynı zamanda 6502 sayılı TKHK'ya ikincil düzenleme olarak getirilmesi öngörülen ve AB Direktifinin eki niteliğindeki haksız ticari uygulamaların eki niteliğindeki listede sayılmış olup, Alman Federal Mahkemesi'nin bu konuda "Haribo" şekerlemeleri hakkında vermiş olduğu karar emsal niteliğindedir.²⁰⁶

TTK md. 55/1 (a) 8. bendi ile belirlenen diğer bir hüküm olan, müşterinin karar verme özgürlüğünü özellikle saldırgan satış yöntemleri ile sınırlandırılması, yine AB mevzuatı ile uyum kapsamında getirilen bir düzenleme olup her türlü saldırgan satış yöntemini kapsamakta ancak saldırgan reklamları içermemektedir. Zira, satışa yardımcı bir araç olan saldırgan reklamlar, genel hükmün kapsamındadır. Bu düşünce özellikle "Saldırgan" ibaresi ile kastedilen, şaşırtan, beklenmedik evin

²⁰⁶ Karar incelemesi için bkz. yuk. dipnot. 67.

kapısına gelerek yapılan (kapıdan), bir kamyondan veya yoldan zorla çevirerek yapılan müşterinin makbul sayılamayacak güç psikolojik duruma sokularak satın alma zorunluğu altında bırakan satışlardır.²⁰⁷

Kanun gerekçesi, "Özellikle saldırgan" ibaresindeki "özellikle" kelimesi hükmün uygulanabilmesinin şartıdır. Her saldırgan satış yöntemi, haksız rekabet oluşturmaz. Aksi halde, tüm işportacıların, kamyon veya minibüsten satış yapanların, otomobile el sallayıp lokantasına davet edenlerin bu hükmün kapsamına girmesi gerekir. Oysa, amaç bu değildir. Önemli olan saldırganlığın özellik taşıması ve muhatabını adeta köşeye sıkıştırmasıdır. Bu yönden kapıdan satış önem kazanır. Nitekim İsviçre Borçlar Kanunu'nda 1990 senesinde yapılan değişiklikle eklenen ve 24.03.2000'de yürürlüğe giren 40a-40g hükümleri kapıdan satışa önem vermiş ve kapıda işlemler ve benzer sözleşmelerin feshi şartlarını düzenlemiştir.²⁰⁸

Rekabet ortamını bozucu nitelikte görülen, malın veya hizmetin kullanım amaçlarının, yararlarının ve tehlikelerinin gizlenmesi yönüyle yanıtılmaya meydan verilmesi halinin düzenlediği, TTK md. 55/1 (a) 9. bendi ile, genel itibarıyla "gizleme" olarak adlandırılan haksız rekabet haline dair düzenleme getirilmektedir. Gizleme; yanıtmanın, gerçeğe aykırı hareket etmenin özel bir halidir. Burada, malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerinin, özellikleri, miktarı, kullanım amaçları veya tehlikeleri gizlenerek müşteri yanıtılmaktadır.

Bir müteşebbisin gerçeğe aykırı beyan ve tanıtımlarla kendini yahut bir başkasını haksız olarak öne geçirmesi halinden farklı olarak burada, yanıtılma sadece açıklamalarla değil malın biçimi, paketlenme tarzı, etiketteki takdim gibi görsel algılamalar dahil her türlü araçla yapılmaktadır. Büyük bir paketten ancak yarısını dolduracak kadar çerez çıkması, tırnak kadar parfümün büyük bir şişeyi alacak kutuya konulması, kolonya şişesinin doluymuş gibi görünmesine rağmen şişenin iç hacminin çok küçük olması bu hallere örnektir. Ayrıca, bir müteşebbisin gerçeğe aykırı beyan ve tanıtımlarla kendini yahut bir başkasını haksız olarak öne geçirmesi

²⁰⁷ TTK madde 55 Gerekçesi.

²⁰⁸ TTK Gerekçesi, Pınar, s. 140.

halinde, müşteriler de dahil piyasanın rakipler, ara kullanıcılar gibi diğer aktörlerine de yönelme söz konusu iken, burada yalnızca tüketici dikkate alınmaktadır.

Etiketdeki bilgilerin de hatalı olarak gösterilmesi, bu hususta gizlenmeye meydan verilmesi, aldatıcı beyanlar ile haksız rekabet eyleminde bulunulduğu ve tacirin açıklamaları yoluyla yanıltıcılık kastı taşıdığına dair TTK md. 55/1 (a) 2. Bendinde yer alan düzenlemeyi akla getirebilirse de, aslolan bir etikette, olası tehlikeleri, yan etkileri ve sağlığa dokunan diğer hususları gizlemek veya mevcut olmayan nitelik ve özelliklere yer vermenin (2) numaralı alt bentteki açıklamalar değerlendirmesinde yer alan "aktif" bir eylem içermesinin aksine, (9) numaralı alt bentte sayılanlar ise pasif niteliktedir. Ancak iki hüküm arasındaki fark, gene de somut olaya göre belirlenmelidir.

TTK md 55/1 (a) 10,11, 12. Bentleri, taksitle satım sözleşmelerine veya buna benzer hukuki işlemlere ilişkin kamuya yapılan ilanlarda unvanın açıkça bildirilmemesi, maliyetler hakkında yanıltıcı beyan, taksitle satım sözleşmelerine veya buna benzer hukuki işlemlere ilişkin kamuya yapılan ilanlarda unvanını açıkça belirtmemek, peşin veya toplam satış fiyatını veya taksitle satımdan kaynaklanan ek maliyeti Türk Lirası ve yıllık oranlar üzerinden belirtmemek, tüketici kredilerine ilişkin kamuya yapılan ilanlarda unvanını açıkça belirtmemek veya kredilerin net tutarlarına, toplam giderlerine, efektif yıllık faizlerine ilişkin açık beyanlarda bulunmamak, işletmesine ilişkin faaliyetleri çerçevesinde, taksitle satım veya tüketici kredisi sözleşmeleri sunan veya akdeden ve bu bağlamda 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 formleri kullanmak hallerini düzenlemiştir.

TTK madde 55'in işbu üç bendi, doğrudan tüketicinin korunması ile ilgili bulunan haksız rekabet hâlleridir. Amaç tüketici kredilerinde, taksitli satış veya benzeri satış şartlarında, bunlara ilişkin form örneklerinde, ilân ve reklâmlarda kullanılan belirsiz, yanıltıcı, aldatıcı ve kandırıcı ifadeler, lafızlarla tüketicinin korunmasıdır. Form ve sözleşme örnekleri malın fiyatını, taksit şartlarını, taksit maliyetini, gerçek maliyeti karartabilir. Bu eylemler yukarıdaki üç bendin uygulama alanının kapsamındadır.

Taksitle satışın, şartlarında açık olmamak, uygulanan faizi veya vade farkını, ödemelerin nasıl yapılacağını ve taksitle satış yapanın unvanını açıklamamak, dürüstlük kurallarına aykırıdır. Çünkü, tüketiciler, sürpriz sayılabilecek oranda

yüksek vade farkları ve faiz oranları ile karşılaşabilir; ödemelerin Türk Lirası ile yapılmayacağını, kredi kartı kullanılması halinde ek komisyon istendiğini sonradan görebilir. Anılan İlanlar, bir holdingden verilmiş olabilir, satışı yapacak firma açıklanmadığı için, müşteri o grupta tanıdığı şirketten başka, tanımadığı, daha kalitesiz mal satan bir şirketten mal almak durumunda kalabilir.

Bu tür internet üzerinden yapılan sözleşmelerde haksız ticari uygulamalara yer verilmesi hallerinin sık görülmeye başlanması ile, AB Haksız Ticari Uygulamalar Direktifi kapsamında AB Üye Devletleri arasında sözleşme şartlarının açık olmaması sebebiyle rekabeti bozucu nitelikte yorumlanabileceğinden hareketle, internet siteleri üzerine ilk tespit çalışması yapılmıştır. Sweep analizi olarak yorumlanan 2007 senesine ait çalışmada 2007 yılında, uçak bileti satan internet sitelerinin, çalışmaya daha sonra dahil olan Norveç yetkili makamları ile birlikte toplam 15 üye devlet yetkili makamı eliyle sürdürülen sweep çalışmasında, yapılan haksız ticari uygulamalar üç başlık altında rapor edilmiş, fiyat göstergesine ilişkin tespitlerin net olarak yer almadığı, fiyatlar hakkında eksik ve yanıltıcı bilgilerin sunuluyor olduğu ve sözleşme şartlarının sunumuna ilişkin usulsüzlük bulunduğu saptanmıştır. Bu sitelerin idari makamlar tarafından erişiminin engellenmesine bu yönde karar verilmiştir.²⁰⁹

Kanımızca, 6102 sayılı TTK ile 6502 sayılı TKHK hükümlerinin oldukça benzer mahiyette hükümler arz etmesinden de hareketle, Kanun Koyucunun amacının ekonomiye bir bütün olarak değerlendirerek yaptırımların da bu kapsamda öngörülmesi olduğundan ötürü, internette yer alan bu tip rekabeti bozucu faaliyetlerle ilgili savaşıma yöntemi olarak AB üye ülkelerinin uygulamakta olduğu sweep analizi ve site kapsatma yöntemlerine gidilmesi isabetlidir. Nitekim, anılan uygulamaların denetimsiz görülen internet mecrasında yer veriliyor oluşu, kötü niyetli kişiler için bir cazibe alanı yaratmamalıdır. Burada üzerinde durulması gereken ana husus, AB Komisyonu tarafından, üye ülkelerin geneline teşmil edilerek uygulanan bu tip silme çalışmalarının, bir internet sitesinin yalnızca bir ülkede izlenimini engellemek değil, topluluk düzeyinde erişiminin engellenmesidir.

²⁰⁹ Rapor., s.16.

IV. DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRI “YÖNLENDİRME” VE İŞ ÜRÜNLERİNDEN YETKİSİZ YARARLANILMASI

Dürüstlük kuralına aykırı davranışlara yalnızca aldatıcı beyanlar ve reklam uygulamaları yoluyla değil, uygulamada çoğu kez işletmesel temel uygulamalarda dahi görülebilen ve kimi zaman sektörel nitelikte görülen uygulama ilkelerinde de yer verilebilmektedir. Bu uygulamalar temelde müşterileri ve işçileri hedef alabilen ayartma yöntemlerinden ileri gelmektedir.

Bir teşebbüsün, rekabet politikası dahilinde, rakip bir teşebbüsün müşterileri ile kendisinin bizzat sözleşme yapabilmesi için, müşteriler ile rakip teşebbüs arasında var olan sözleşmeyi ihlale yönlendirmek, sözleşmelere aykırı davranmaya yöneltmek yoluyla haksız rekabete meydan verilmesi, temelde müşterilerin yönlendirilme çabalarına dayanan ve rekabeti bozucu kabul edilen iş ve işlemlerle gerçekleşen uygulamalardır.

Öte yandan, rekabeti bozucu eylemler müşterilerin hedef alınması ile gerçekleştirilebileceği gibi, rakip teşebbüslerin işçilerinin ve yardımcı kişilerinin ayartılması, bu kişilerin kullanılarak, üretim ve iş sırlarını ifşa etmeye veya ele geçirmeye yöneltilmeleri yoluyla da gerçekleşebilmektedir.

Başkalarının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanma; iş ortakları arasında ya da çoğu kez bir proje için biraraya gelmiş iki şirketin o proje temelinde yapmış oldukları bilgi alışverişi dolayısıyla, iyi niyetli olarak karşı tarafa aksettirilen her tür bilgidan daha sonra haksız olarak yarar sağlanma çabası olabileceği gibi, kimi zaman ise, aralarında dikey bir pazar ilişkisi olan şirketler arasında da olabilir. Dikey pazar ilişkilerine, bir şirketin üretim yapmayı, diğerinin ise pazarlamayı üstlendiği ilişkiler örnek verilebilir. Üretim faaliyeti yapmakta olan bir şirketin, pazarlama faaliyeti üstlenmeyecek oluşunu taahhüt etmesine rağmen, iş ilişkisinde olduğu şirket ile rekabet etme amacıyla yahut bu sonuca yönelen şekilde, pazarlama faaliyetlerine girişmesi, bu faaliyetleri direk üreticiden halka pazarlama mantığı çerçevesinde daha uygun fiyatlar ile arz etmesi gibi durumlar yaşanabilmektedir.

Diğer yandan, kendisinin uygun bir katkısı olmaksızın başkasına ait pazarlanmaya hazır çalışma ürünlerini teknik çoğaltma yöntemleriyle devralıp onlardan yararlanılması yolu da özellikle internet alanında sıkça rastlanan çoğaltma teknikleri ile internet sitelerinin ve elektronik ticaret yapan sitelerin kaynaklarına yönlendirilme yapılması şeklinde ortaya çıkabilmektedir.

A. Sözleşmeyi İhlale Veya Sona Erdirmeye Yönelmek Yoluyla Haksız Rekabet

Sözleşmeyi ihlale veya sona erdirmeye yöneltilmesi halleri, TTK 55. maddenin b bendinde sözleşmeyi ihlale veya sona erdirmeye yönelik eylemlerin, haksız rekabet teşkil ettiği belirlenmiş olup, bu haller sınırlı olmadan sayılmıştır. TTK gerekçesinde, Sözleşmenin taraflarından birinin sözleşmenin dışından gelen eylemlerle sözleşmeyi ihlale veya sona erdirmeye yöneltilmesini düzenleyen maddenin (b) bendi ile Türk Haksız Rekabet Hukuku'nun yeni bir boyut kazandığına değinilmiştir.²¹⁰ Böylelikle korunmaya değer olan menfaatler saflık, bozulmamış rekabet, rakipler, tüketiciler, tedarik edenler olarak sayılmıştır.

TTK md. 55 hükmünün b bendi, esas itibariyle kaynağını Borçlar Kanunu'nun genel ilkesi olan sözleşme yapma özgürlüğünden almaktadır. 6098 sayılı BK, yürürlükten kaldırılan Borçlar Kanunu madde 19 düzenlemesinin yerine madde 26 hükmü ile yalnızca dilde sadeleşme yapılmak suretiyle, Tarafların, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebileceğinden bahsetmiştir. Oysa sözleşme yapma özgürlüğü bundan çok daha geniş bir kavramdır.²¹¹

Sözleşme yapma özgürlüğü, en önce kişinin hiçbir kayıt ve şart altında başkası tarafından belirli bir sözleşmeyi yapmaya zorlanamayacağına ilişkin bir ilke olmakla birlikte, sözleşmenin tarafını ve biçimini seçme özgürlüğü, sözleşmeyi ortadan

²¹⁰ TTK md. 55 Gerekçesi.

²¹¹ Aydın Zevkliler., *“Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri”*, 10. B., Ankara, 2008., s. 34.

kaldırma ve içeriğini ve çeşidini değiştirme özgürlüğünü de beraberinde getiren ve bu kavramlardan ayrı düşünülemez bir üst kavramdır.²¹²

1. Müşterileri Kurulu Sözleşmelere Aykırı Davranmaya Yönelmek

Muhatapların ayartılması yoluyla haksız rekabet, 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 yöneltilmesi olarak TTK md. 55/1 (b) 4. Bendi uyarınca düzenlenmiştir.

Bir sözleşme, tarafları bağladığı gibi, çok istisnaî kanunî istisnalar bir yana, sadece taraflarca ihlâl edilebilir ve sona erdirilebilir; ancak üçüncü kişiler taraflardan birini sözleşmeyi ihlâl veya sona erdirmeye yöneltebilir. Bir sözleşmenin salt "ihlâlî" hukuka aykırıdır; ihlâl kavramı özünde hukuka aykırılığı içerir ve ifade eder. Bir sözleşmenin bir tarafının, açıkçası müşteri konumunda bulunan kişinin, haklı sebebi varsa, şartlar gerektirirse sözleşmeden doğan bir yükümlülüğünü yerine getirmeyi reddedebilir veya sözleşmeyi sona erdirebilir. Ancak, edimi yerine getirmemek veya sözleşmeyi sona erdirmek bir ihlâl ise hukuka aykırıdır. Sözleşme yönünden üçüncü kişinin sözleşmenin tarafını, yani müşteriyi kendisiyle sözleşme yapsın diye sözleşmeyi ihlâl veya sona erdirmeye yönelmesi haksız rekabettir. Bu eylem zaten Borçlar Kanununun 41 inci maddesinin ikinci fıkrası kapsamında haksız fiildir; (1) numaralı alt bent bunun haksız rekabetteki görünümünü düzenleyen bir özel hükümdür. (lex specialis)

²¹² Zevkililer, s.35. vd.,

2. İşçiler Ve Yardımcı Kişilere Yarar Sağlamak Yoluyla Haksız Rekabet

TTK md 55/1 (b) 2 bendi, 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 çalışmak bir haksız rekabet hali olarak belirlenmiştir.

²¹³

Bu alt bent (1) numaralı alt bent ile aynı düşünceye dayanmakta ve onun işçiler, vekiller, yardımcı kişilerle gerçekleştirilmesini düzenlemektedir. Bu hüküm 6762 sayılı Kanununun 57 nci maddesinin (6) numaralı bendinin tekrarıdır.

Ayartma genel olarak, bir müteşebbisin, diğer bir işletmenin işçi, personel gibi yardımcı şahıslarının iş yerini değiştirmesine yönelik çaba göstermesi şeklinde tanımlanabilir.²¹⁴

Madde hükmü, yürürlükten kalmış olan TTK hükmü madde 57/6 ile paralellik göstermektedir. Yeni Kanun'un üçüncü kişilerin işçilerine, vekillerine ve diğer yardımcı kişilerine yarar sağlanmasının, bu kişilerin hak etmediği yararlar olarak belirlendiği görülmektedir. Hak etmek kavramı, eski kanunda müstehak olmadıkları kavramı ile karşılanmıştır. Ayrıca, vazife ihlali, işlerin ifasında yükümlülüklere aykırı davranılması olarak değiştirilmiştir.

²¹³ Bir ticari işletmenin unsurlarından tacir yardımcıları hakkında ayrıca bkz. Omağ., s. 926. vd.

²¹⁴ Kemal Şenocak, **"İşletme Personelinin Ayartılması Meselesinin Haksız Rekabet Hükümleri (TTK md. 56) Çerçevesinde Değerlendirilmesi"**, C.50:, S.2., AÜHF Dergisi, 2001:, s. 193 vd.

Müşterinin de ayartılması, bu madde hükümleri kapsamında değerlendirilebilecek olup, müşterinin dikkatini kendisine çekmek adına reklam yapılması arasındaki farka değinmekte fayda vardır. Reklam yapmada amaç, müşteri ile rakip işletme sahibi arasında mevcut olan akdi ilişkinin sona erdirilmesi değildir. Ayartmada, ayartan, müşterinin rakip işletme ile arasındaki mevcut akdi ilişkisini, kendisiyle yeni bir akdi ilişkiye girmesi için sona erdirilmesi amacını gütmektedir.²¹⁵

Bir müteşebbis, rakip işletmenin çalışanını, işvereniyle aralarında mevcut akdi ilişkiyi bozmaya teşvik ve tahrik eyleminde bulunması yoluyla haksız rekabet fiilinde bulunur. Çalışanın irade ve serbest karar verme hürriyetinin tahdidi suretiyle yapılan ayartma haksız rekabet teşkil eder. Ayartmada ilgili işletmeye zara verme amacıyla hareket edilmiş olması hainde buna parazit, tufeyli rekabet de denmektedir.²¹⁶ Şirketlerin çalışanlarının bilgi düzeyini ve daha da önemlisi şirket sırlarını ifşaya azmettirmek, başkalarının iş ürünlerinden haksız surette yararlanmak suretiyle de bir haksız yararlanma yoludur. Çalışanların ayartılarak, şirket sırlarını ve her türlü teknik bilgi, patent, iş geliştirmesi, ticari muamelelerini sızdırmak hususunda bilişim araçlarının da devrede olması ile işlenebilmektedir.

B. Başkalarının İş Ürünlerinden Yetkisiz Yararlanma

6102 sayılı Kanun madde 55 hükmü c fıkrası, başkalarının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanmak yoluyla meydana verilen haksız rekabet hallerini özellikle belirtmek suretiyle üç bent halinde sınırlı olmaksızın saymaktadır.

²¹⁵ Şenocak "Ayartma", s. 196.

²¹⁶ Şenocak., s. 232.

Rakibin işçileri, vekilleri veya diğer yardımcı kimselerin kandırılması zorunluluğu olmayıp “sanayi casusluğu” denilen bu eylem son zamanlarda İnternet ve bilgi teknolojilerindeki baş döndürücü gelişmesiyle giderek önem kazanmıştır.²¹⁷

Kendisine emanet edilmiş teklif, hesap veya plan gibi bir iş ürününden yetkisiz yararlanmak, TTK md.55/1 (c) 1. bendi de hukukumuzda yeni olup bir boşluğu doldurmaktadır. Yeni hüküm hukuken korunan fikrî mülkiyet hakları hakkında öngörülmüş değildir; onları da kapsamamaktadır. Hükmün kapsamına giren hukuken özel olarak korunmayan ancak, iş, faaliyet, üretim vs. yönünden önem taşıyan, teklif, hesap, plan gibi ürünlerden yetkisiz yararlanmaktır. Bu fıkra haksız rekabet hukukunu temellendiren emek ilkesinin geniş bir uygulamasıdır. Hükmün koruması, başkalarının emeğinden, iş, sonuç ve deneyimleri haklı olmayan yararlanmaları önlemeyi amaçlamaktadır. Hükümdeki yararlanma, ekonomik yarar elde etmeyi, başkasının emeğiyle haklı olmadığı halde sonuç alınmasına yönelmektedir.

Haksız yolla ele geçirilen bilgiden yararlanılması hususunda, TTK md. 55/1 (c) 1. bendi üçüncü kişilere ait teklif, hesap veya plan gibi bir iş ürününden, bunların kendisine yetkisiz olarak tevdi edilmiş veya sağlanmış olduğunun bilinmesi gerektiği hâlde, yararlanılması kapsamında düzenleme getirmiştir.

Teknik çoğaltma imkânlarının kullanılarak haksız rekabet yapılması, TTK md 55/1 (c) 3. Bendi ile düzenlenmiş olup, kendisinin uygun bir katkısı olmaksızın başkasına ait pazarlanmaya hazır çalışma ürünlerini teknik çoğaltma yöntemleriyle devralıp onlardan yararlanılmasını ifade eder. Bu tür rekabeti bozucu eylemlerden biri olarak internet sitelerinin bir diğer internet sitesine link vermesi yoluyla aleyhine haksız rekabet eyleminde bulunulan sitenin içeriğinden katkı sağlanmaksızın yararlanması halinin bir özel çeşididir.

Haksız rekabet halleri, elektronik ortamın günlük uygulamasının yaygın halde görünmesi ile TTK sınırlandırmasının da yeni görünüşler ile ortaya çıkması söz

²¹⁷ İmregün, s. 102. Berzek.,s 90., “**Sanayi casusluğu**: sanayi devrimi sonrası bir firmanın özel üretim teknolojisini, ürününü veya önemli bir bilgisini, rakip firmalara satılmasıdır.” http://tr.wikipedia.org/wiki/Sanayi_casusu, izleme 05.04.2012.

konusu olmuştur. Hukuki problemler, bilgiye hızla erişim sağlayan kitle iletişim aracı olan internetin teknik özelliklerinden doğmaktadır. Aktif linkler ile kurulan bağlantılar sayesinde birçok internet sitesine ulaşılabilir. Bu olanaktan internette milyonlarca kez yararlanılabilmektedir. Google veya Yahoo gibi arama motorları, organize edilmiş link demetidir. Aktif link ile bağlantı kurma internetin temel özelliğidir.²¹⁸

Kural olarak link vermek başlı başına bir haksız rekabet olarak nitelendirilemez. Fakat bir internet sitesini hazırlayanın özel çabası ve emeğinin sonucunun linkler verilmesi ile alınması halinde haksız rekabet söz konusu olabilmektedir. Rakiplerin internet sayfalarında yapmış oldukları sunumlara verilen linklerle ve içeriklerle müşterilerin yanıltılması ve izleyicilerin bu sitelere kanalize edilmesi hali haksız rekabetin tipik bir örneğidir.

Link verilen sayfaların içeriğinin hukuka aykırı olması, bir ürünün veya rekabetin haksız olarak kötülenmesi halinde de, link verilmesi sureti ile rekabetin ihlali söz konusu olabilmektedir. Böyle bir durumda link verilen sitenin içeriğinin hukuka ve rekabete aykırı olması ve link veren kimsenin bu durumu bilmesi gerekmektedir.

Aktif link kurmak, internette yer alan eserin yapısında, linki kuranın özelliğini yansıtacak şekilde değişiklik yapabildiği gibi, ekonomik olarak da önemli bir yararlanma biçimini gösterir. Bu nedenle linkler internet sayfalarına ilgiyi sağlamakta ve internet sitesinin diğer işletmelerin internet siteler karşısındaki rekabet gücünü de arttırmaktadır. Linkler URL ile teşhis edilen internet sayfaları üzerinde dolaşmayı sağlar. Linke ilişkin bilgilerden onu kimin ve ne zaman kurduğunu anlaşılmamaktadır.

Linkin bağlantı kurduğu içerik, linki kuran kimsenin bundan haberi olmaksızın değişebilir. Link vasıtasıyla bağlantı kurulan internet sayfası sahipleri kurulan linkleri göremedikleri gibi, başka bir içerikten kendi içeriklerine link kurulması üzerinde etkiye de sahip değildirler. Linkler yoluyla bağlantı kurulan iki internet sayfası arasında ekonomik veya başka bir bağın mevcut olduğu izlenimi yaratılabilmektedir. Dolayısıyla aktif link kuran kimse bu yolla internet sitesini şekillendirmekle birlikte,

²¹⁸ Eroğlu, s. 210

daha fazla şeffaflık sağlar ve içerik hukuka aykırı ise, bağlantı kurulan içerikten sorumlu olma tehlikesini de taşır.²¹⁹

Örneğin, “*nerdenevar.com*”²²⁰ adını taşıyan ve İstanbul’daki kültürel aktivitelere ilişkin bilgilere kolay erişimi sağlayan bir internet sitesinde, yaratılan sitenin daha da yararlı hale getirilmesi adına kültür-sanat aktivitelerini organize eden kuruluşların internet sitelerine bağlantılar kurulması (hyperlinking) ve aynı zamanda, gazete ve dergilerin internet siteleriyle de bağlantı kurularak, yayınlamış eleştirilere de ulaşım sağlanmasının istenmesi, bağlantı kurulan diğer internet sitelerinin – tiyatrolar, gösteri merkezleri, gazeteler ve dergiler– sahiplerinden, bağlanmak için onay alması gerekip gerekmediği sorununu gündeme getirmiştir.

Diğer internet sitelerinin sahipleri, bu sitelere, yeni kurulan “nerdenevar” isimli internet sitesi yoluyla erişimini, örneğin, kendi internet sitelerinin ana sayfasına reklam almış olmalarından ötürü talep edebilirler. Yeni kurulan “nerdenevar” isimli internet sitesinin reklamın izlenebilecek olduğu bu sayfayı atlayıp, direk bir iç sayfaya bağlantı yapılması (“deep link”) bir gelir kaybına işaret etmektedir.²²¹

Bu hizmetin, bir de eBay, www.gittigidiyor.com , www.hepsiburada.com , www.sahibinden.com gibi toplama sitelerinin en avantajlısını kullanıcıya sunmak üzere toplama bir site kurulması yoluyla verildiğini düşünelim. Bu site, alıcıların, her satış sitesini ayrı ziyaret edip araştırma yapmaksızın parçaları karşılaştırabilmelerini kolaylaştıracak ve sitenin esas itibarıyla, toplama site olarak anılmasını sağlayacaktır.²²²

²¹⁹ Eroğlu, s. 212., Şenocak, s. 129. Vd.

²²⁰ “nerdenevar” adının ziyaretçilere şehir olanakları sağlayan bir site olarak tasarlandığı varsayımı ile.

²²¹ ebay.com, internet üzerinde bulunan birçok açık arttırma/mezat sitesinden en büyük ve tanınmışlarından biri; Eğer bir kimse eBay’in sitesinden bir malını açık arttırmaya çıkarmak istiyorsa, bu parçayı eBay’e kaydettirmesi ve satış bedelinin belli bir bölümünü de eBay’e vermesi gerekmektedir. Bu aşamanın ardından, açık arttırmada sunulacak parça eBay’in sitesinde ilan edilir ve böylelikle de tüm dünyadaki pey sürücülere sunulmuş olur. Bir grup internet girişimcisinin, değişik açık arttırma sitelerinde satışa sunulan tüm parçaları bir araya toplamak ve bu bilgileri toplu halde sunmak gibi parlak bir fikre sahip olduklarını düşünelim.

²²² Şenocak, s. 106.

Bir toplu satış sitesi çalıştırmak yerine, toplu satışlar arası ve toplu satışa çıkarılan parçalar arasında karşılaştırmayı kolaylaştıran bir toplama hizmeti sunulması için eBay.com, yahoo.com gibi toplu satış sitelerine ilk elden erişebilmeli, araştırabilmeli, bunlara bağlanıp verileri ele geçirebilmelidir. “nerdenevar.com” sitesi de eğer, gazete ve dergilerin internet sitelerine bağlanmayı kontrol etme gücünü verecek bir mülkiyet hakkı tanınacak olursa, yeni kurulan bu sitenin sahibinin bağlantı kuracağı her eleştiri için ücret karşılığı bir basit lisans alması gerekecektir.

Lisans alınması için yapılacak görüşmelerin masraflı oluşu ve her zaman başarılı olmayışı neticesinde yararlı bir internet sitesinin işletmeye alınamaması sorunu ile de karşılaşılmaktadır. Bu halde böyle bir toplu satış sitesi olmadıkça eBay, tanınmışlığını ve pazar gücünü kullanarak, daha fazla tüketiciye ulaşacak ve daha küçük rakipleri ile engelleri arttırmış olacaktır. Konu, hakim durumundaki firmaların Pazar gücünü kuvvetlendirmek ile sonuçlanacaktır. Bu problemler, XML – kaynaklı “internet hizmetleri” ile birlikte daha da çözümsüz hale gelecektir.

Örneğin Microsoft firması piyasaya Microsoft.net teknolojisi dahilinde “hailstorm” isimli bir internet hizmetleri başvurusu çıkarmıştır. Bir site ziyaretçisi, bir bağlantıyı tıkladığında, bağlanan bilgisayar (“linking computer”), bağlanılan sitenin bilgisayar server’ına (“computer sunucu”), belirli bir internet sayfasının kopyasını talep eden bir sinyal gönderir.

Basit Link, kaynak metinde kullanıcı tarafından görülebilen ve tıklanamasıyla aktif hale getirilebilen başka bir içeriğe basit bir bağlantı kurulmaktadır. Harici (ekstern) link atma, “atıf hakkı” ve “kaynak gösterme hakkı” ile karşılaştırılmaktadır.

Dahili Link, intern link, inline link, bu tür link atmada internet sitesi sahibi, kullanıcının aktif bir faaliyeti söz konusu olmaksızın, başka sitedeki bir içeriğe bağlantı kurmaktadır. Zira burada, sabit bir link vardır ve bu link bağlantı kuran sayfaya entegredir. atmada ise, link verilen sayfa sahibinin ihlal edilen bir takım haklarından bahsedilir. Burada ziyaretçiler sitenin kökeni konusunda yanılabilir. Öncelikle link verilen sayfa sahibinin manevi hak açısından çiğnenen bir isim hakkı söz konusudur. Burada, harici (ekstern) linklerde olduğu gibi, site sahibinin örtülü bir izni olduğundan bahsedilemez. Bu durum “atıf hakkı” olarak nitelenemez.

Kullanıcılar, link verilen sayfaya gitmedikleri gibi, bu sayfanın da link veren sayfaya ait olduğunu düşünebilirler.²²³²²⁴

Çerçeveleme (Framing); internet sitesi çerçevelere ayrılmaktadır. Başkasına ait içerik ile bileşik bir internet sayfası oluşturmasına müsaade eden bir uygulamadır. Çerçeveleme içeren bir internet sayfası, bilgisayar ekranında çoklu pencereler gibi kendine özgü biçimde tanımlanmış alanlardan oluşur. Bu şekilde diğer sayfalarla bağlantı kurulması (link) mümkün olur.²²⁵ Çerçeveleme yöntemiyle gerçekleştirilen internet yayınında izleyici tarafından “tıklanmış” olan URL aynı kaldığından ötürü içerideki resmin internet sitesi sahibinin sitesinden veya başkasına ait bir siteden gelmediği anlaşılamamaktadır. Bağlantı kurulan internet sayfası inline link verilmeksizin ayrı bir tam sayfada gösterilir ise bu etki ortadan kalkacaktır.²²⁶

Link verme (çengel atma) özel bir bilgisayar programı ile gerçekleştirilen ve bir internet sayfasından diğerine geçişi mümkün kılan tekniğin ismidir. Frame, link vermekten farklıdır. Dahili linklerde bir internet sayfasının sadece belirli bir metni veya grafiği görüntülenmekte iken frame vermede link verilen tüm sayfa görüntülenebilmektedir.²²⁷ Bir internet sitesinden diğerine embed (“gömme”) yoluyla içerik aktarılması da frame verilmesinin bir sistematik türü olarak bu kapsamda değerlendirilir.²²⁸

²²³ Eroğlu, s. 213.

²²⁴ Eroğlu, s. 213.

²²⁵ Eroğlu, s. 213.

²²⁶ Eroğlu, s. 214.; Şenocak, s. 96.

²²⁷ Frame vermede birbirinden farklı iki teknik uygulanmaktadır. **Harici linklerde** internet kullanıcısı, link verilen sayfada bulunan linklerin tıklanması ile diğer sayfaya ulaşmaktadır. Bu doğru da diğer internet sitesinin ana sayfası olabileceği gibi o site içinde bulunan bir diğer sayfa da olabilir. **Intern linklerde ise** verilen linklerde internet kullanıcısı bir başka sayfaya aktarılmamaktadır. Burada kullanıcı link veren sayfada kalmakta, ancak linkin verildiği sayfa, bu sayfa içinde görülebilmektedir. Dahili linkler sayesinde yüzlerce grafik ve büyük hacimli veriler link veren kimsenin serverı meşgul edilmeksizin kullanılmaktadır. Bu tür linkler, bir eserin sahibinin link veren kimse olduğu görünümü verilerek kötüye kullanılabilir.

²²⁸ Embed verilmesi internette meydana verdiği hak ihlaline ilişkin olarak bkz. yuk. 88 vd.

Surface Link, internet sitesinin başkasına ait ana sayfa ile doğrudan bağlantılı olması. **Deep Link**, surface link'ten farklı olarak başkasına ait internet sitesinin doğrudan doğruya ara sayfaları ile bağlantı kurulması.²²⁹

Yansıtma (Mirroring) ile, bir internet sayfası bir başka internet sayfasında görüntülenebilmektedir. Bu programların uygulandığı internet sayfasında yansıtma yolu ile bir diğer internet sayfasının içeriği aynen verilmektedir. Bu uygulama değişik amaçları gerçekleştirmek üzere yapılabilir. Çok yoğun şekilde ziyaret edilen internet sitelerine ulaşmak için yansıtılan sayfaların kullanılması mümkündür.²³⁰

Arama motorları da yansıtma programlarını sık olarak kullanmaktadır. Bu sebeple artık güncellenmeyen kaldırılan bir internet sayfasının bu tür arama motorlarında bulunabilmesi mümkündür. Bu özelliklerin bir başka faydası, internete atılan bir sayfanın tamamen silinmesinin de imkânsız hale gelmesidir. Bilgisayar ortamında yansıtma yolu ile bir internet sayfasının görüntülenebilmesinde çeşitli motorların kullanılabilmesi de söz konusu olmaktadır. Yansıtma online kullanımda söz konusu olabileceği gibi bir offline kullanımda da söz konusu olabilir.

Örneğin internet bağlantısına sahip bir işyerinde bir gazetenin ya da derginin nüshalarının internet sitesinde yansıtılması mümkündür. Yansıtma usulü ile bir diğer internet sitesinin izinsiz kullanımı söz konusu olabilir. Burada, eser sahibinden izinsiz olarak eserin çoğaltılabilmesi mümkün olmayacağından fikri haklar alanını ihlal eden somut durumlarla karşılaşmak mümkündür.²³¹Yansıtmanın yapılması halinde yansıtılan internet sayfasını hazırlayan kimsenin korunmaya değer bir takım hakları bulunmaktadır. İnternet sayfasını belirli bir ticari amaçla hazırlayan kimsenin, bu sayfasına online ortamda kendi server'ı üzerinden ulaşılmasında ekonomik menfaatleri bulunmaktadır. İnternet sitelerine konulan sayaçlar vasıtasıyla ziyaretçi, sayısı tespit edilebilmektedir. İnternet sayfasının sunumunun belirli bir ticari amaçla yapılması ve özellikle de finansmanın reklama dayanması hallerinde reklam gelirinde düşmenin olması veya belirli bir artışın engellenmesi tabiidir. mirror

²²⁹ Eroğlu, s. 214., Şenocak, s. 131.

²³⁰ Can/Memiş, s. 20.

²³¹ Can/Memiş, s.20

(yansıtma usulü) ile bir diğer internet sitesinin izinsiz olarak kullanılması fikri hukuk bakımından ayrı olarak ele alınmalıdır.²³²

İş şartlarına uymamak yoluyla haksız rekabet TTK 55/1 (e) ile düzenleniş olup, 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. Bu bent 6762 sayılı Kanunun 57 nci maddesinin (10) numaralı bendi ile paraleldir.

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. TTK madde 52/d hükmü ile anılan durum, üretim ve iş sırlarının ifşa edilmesi ve ele geçirilmesi başlığı ile ayrıca düzenlenmiştir. Ticari Sır ("Trade Secret") tanımının kapsamına, patent, plan, program verileri, formüller, her türlü dizayn, prototip, teknik metotlar ile proje ve işletme sistemleri, program ve kodlarını kapsayan soyut ya da somut olup olmadığına bakılmaksızın ya da nasıl saklanır olursa olsun, elektronik, grafiksel, fotografik ya da yazılı olarak derlenmiş her şekilde tespit edilen tüm ekonomik, bilimsel, teknik ve mühendislik bilgilerin tamamı dahildir.

TTK md. 55/1 (b) 3. bendi, İşçileri, vekilleri veya diğer yardımcı kişileri, işverenlerinin veya müvekkillerinin üretim ve iş sırlarını ifşa etmeye veya ele geçirmeye yöneltmek hususunu haksız rekabetin özel bir görünüm şekli olarak belirlemiştir. Üçüncü kişilerin rakibin işçilerini, vekillerini veya diğer yardımcı kişilerini üretim ve iş sırlarını ifşaya veya ele geçirmeye yöneltmesi eski hukukumuzda da düzenlenmişti. Yeni hüküm bir anlamda 6762 sayılı Kanunun 57 nci maddesinin (7) numaralı bendinin tekrarıdır. (d) bendi ile (b) bendinin ortak yönleri vardır. Ancak birincisi elde etme, ikincisi ise kullanmayı esas almaktadır.

Genel işlem şartlarının kullanılması yoluyla haksız rekabet, doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan genel işlem şartlarını kullanılması ve sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullanılması

²³² Haber sitelerinin durumu için bkz. aş.

şeklinde iki tür görünümü vardır. TTK 55/1 (f) hükmü yeni olup, genel işlem şartlarını hukukumuzda ilk defa düzen altına almaktadır. Özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine; doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan veya sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur.

C. İş Ürünlerinden Yetkisiz Yararlanma Kapsamında Dürüstlük Kuralını Bozucu Özel Yöntemler

Son yıllarda büyük şirketler için yeni bir tehlike olarak beliren başta sanayi casusluğu olmak üzere, teknoloji çağında kullanılan yöntemler bakımından özellik arz eden rekabet bozucu eylemler, uluslararası rekabet içindeki şirketler için çok ağır sonuçlar doğurabilmektedir. Örneğin elektronik postalardaki ekler üzerinden şirketlerin bilgisayar sistemlerine sızılması hali böyledir.

Bu surette ticari sırların kaybedilmesine yol açan faaliyetlerinin çoğalması, pek tabii başta internet üzerinden veri alış verişinin artmasıyla açıklanabilir. Özel yöntemler kullanılarak haksız rekabet eylemlerine meydan verilmesi halinde, bu tip olayların kamuoyuna yansımalarının, şirketlerin itibarına zarar vermesinden endişe duyulması sebebiyle çoğu kez karanlıkta kalmaktadır. Bu tip eylemler TTK madde 55/b hükmü ile düzenlemeye alınan, rakip işletmenin işçilerine ve yardımcı kişilerine çıkar sağlamak suretiyle yapılabilen ya da bu kişileri üretim ve iş sırlarını ifşa etmeye veya ele geçirmeye yöneltmek suretiyle de gerçekleştirilen özel haksız rekabet uygulamalarıdır. Diğer yandan, TTK madde 55/c hükmü gereği, başkasının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanma başlığı altında bu tip rekabet ortamını bozucu eylemlere değinildiği gibi, yine TTK madde 55/d hükmü dairesinde, anılan durumlar, üretim ve iş sırlarını hukuka aykırı olarak ifşa edilmesi; özellikle, gizlice ve izinsiz olarak ele geçirdiği veya başkaca hukuka aykırı bir şekilde öğrendiği bilgileri ve üretimin iş sırlarını değerlendiren veya başkalarına bildiren kişilerin de dürüstlüğe aykırı davranmış sayılacağını belirtmektedir. Günümüzde, ticari sırların özel teknik yöntemlerle kaçıırılması mümkün olduğu gibi, bir çalışan tarafından bir e-posta atılması gibi basit bir yöntemle dahi teşebbüslerin yüksek değerli ürün ve faaliyetlerine ilişkin sırlarının güvenliği riske girebilmektedir.

1. Sanayi Casusluğu

Sanayi casusluğu son derece önemli sonuçları olan ve şirketlerin ağır ekonomik kayıplara uğramasına neden olan bir olgudur. Sınai araştırmalar uzun zaman ve geniş maddi kaynaklara ihtiyaç duymaktadır. Sınai haklar bu nedenle koruma altına alınmıştır. Eğer sınai haklar üzerinde var olan koruma söz konusu olmasa idi şirketlerin uzun ve pahalı ar-ge faaliyetlerine girişmek için bir motiveleri olmazdı. Oysa sınai mülkiyet hakları şirketlere araştırmalarının sonuçlarını paraya tahvil etme imkanı tanımaktadır ve bu nedenle şirketler ar-ge faaliyetlerini bir yatırım olarak görmektedirler. Teknolojik gelişmenin sağlanması ortaya koyulan yeniliklerin, buluşların ve ürünlerin etkin korunması ve sahiplerine özel ayrıcalıklar tanınmasına bağlıdır. Doğal olarak kimi yapılanmalarda başta ekonomik nedenler yanında askeri ve stratejik nedenler dolayısıyla “sanayi casusluğu” adı verilen faaliyete yönelmekte ve haksız kazanç arayışına girmektedirler.

Sanayi casusluğu şirketlerin ağır ekonomik sonuçlarla karşı karşıya kalmasına sebep olmaktadır. Özellikle genetik, tohum ve yeni bitki türleri geliştirme çalışmaları ve askeri projelere ilişkin faaliyetler, bu faaliyeti yürüten özel sektör dahi olsa, ulusal düzeyde stratejik önem kazanabilmektedir.

İşçileri, vekilleri veya diğer yardımcı kişileri, işverenlerinin veya müvekkillerinin üretim ve iş sırlarını ifşa etmeye veya ele geçirmeye yönelmek, günümüzde, bilgi teknolojilerinin gelişmesine paralel olarak, casusluk araç ve tekniklerini de farklılaştırmıştır.

Sanayi casusluğu eylemleri şirketlerin tecrübe ve belli bir birikim ile geliştirilmiş imalat ve ticari sırlarının, esaslı ve gizli iş yöntemlerinin rakipler tarafından hukuka uygun olmayan yol ve yöntemlerle kendi ticari iş ve faaliyetlerinde ve bunların geliştirilmesinde kullanılmasına yönelmektedir. Şirketlerin “know-how” tabir edilen ürün ve hizmetlerinin geliştirilmesinde kullandıkları bu esaslı metodlar bütünü tanımlayan Know how kavramı, tamamen uygulama tarafından geliştirilmiş ve ABD’de ortaya çıkmıştır. Know How, nasıl olduğunu bilme anlamında Türkiye’de de genel kabul gören bir nitelendirme olmakla beraber, Türk hukukunda imalat ve ticaret sırları kapsamında Know-how, özel bir kanun ile düzenlenmemiştir. Tabir

açısında, Rekabet Kurumu tarafından yayımlanan Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyet Tebliği'nin 4. maddesinde “know-how; tecrübe ve denemeler sonucu elde edilen uygulamaya yönelik, gizli, esaslı ve belirlenmiş bilgi paketi anlamına gelir” şeklinde tanım bulunmaktadır.²³³

Ticari sırların izinsiz kopyalanmasına dair yapılan araştırmalar özellikle sanayi casusluğunun “elektrikli süpürge” adı verilen bir yöntemle çalışmakta olduğunu, her tür şirket verilerinin (know-how)²³⁴ branş ayırt etmeden hafızalandığı göstermektedir. Elektrikli süpürge yöntemi ile, daha sonra değerlendirmek üzere mümkün olduğunca çok bilginin ele geçirilmesi, böylelikle, faaliyetlerinde atak yapan şirketlerin faaliyetleri ya da branşları için ilginç olabilecek bilgiler üzerine yoğunlaşılması söz konusu olmaktadır.

Şirketler, rakipleri olan bir otomobil üreticisi firmanın çıkartacağı yeni model hakkında bilgi çalma yöntemlerini kullanabilmektedirler. Bir işçinin, öğrendiği üretim ve ticaret sırlarından faydalanmak ya da onları yayması haksız rekabet teşkil eder. Almanya'da, özel sektör bilgi güvenliği çalışma grubu verilerine göre, Alman ekonomisine verdiği zararın sanayi casusluğunun yol açtığı zararın boyutlarının yıllık olarak ortalama 50 milyar € tutarında olduğu açıklanmıştır.²³⁵ ABD'de ise, emniyet makamları nezdinde gerçekleştirilmiş iç araştırma, istihbarat ve yüksek teknoloji suçları araştırma bölümü verilerine göre ise, 2004 senesi verilerine göre 238 milyar USD, sadece sanayi casuslarının Amerikan ekonomisine verdiği zararın büyüklüğüdür. Sanayi casusluğuna ilişkin olarak formüller, iş planları, şirket evlilikleri öncesinde yapılan antlaşmaların haksız rekabete konu edilebildiğini, bilgilerin özellikle borsada işlem gören şirketlere aitse daha çok ilgi çektiği dile getirilmektedir.

Sanayi casusları bu şirketlerin bilgisayar ağ sistemlerine girerek, ya da içerde çalışanların elde ettiği bilgiler doğrultusunda gerçekleşmektedir. Önemli kuruluşların,

²³³ Bkz. Tebliğ No: 2008/2, RG, 23.1.2008, S. 26765.

²³⁴ Know how kavramına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Karahan, Suluk, Saraç, Nal, 1. s. 321 vd.

²³⁵ Bkz. “Wirtschaftsspionage”, 26.05.2010,

müşteri listelerinin dışarıya sızdırılmış olduğu, çeşitli yöntemlerle tespit edilebilmektedir. Bu kapsamda, bir Amerikan şirketinin, kendileri için hayati değerde olan kimyasal formüllerinin çalınması akabinde ARGE bölümüne 4 milyar USD harcayarak yapmış olduğu tespit neticesi, içerde çalışan bir müdürün anılan haksız rekabet eylemlerine kasti olarak yol açtığı sonucuna ulaşmıştır.²³⁶

Yine, İngiltere'de binlerce kişinin telefonlarının dinlenmesi ve özel yazışmalarının okunduğu suçlamaları üzerine gazeteleri soruşturma altında olan Rupert Murdoch'a bağlı medya imparatorluğu ile ilgili bu hususta yeni iddialar gündeme gelmiş ve Murdoch şirketine sanayi casusluğu suçlaması yöneltildiğine dair haberler çeşitli mecralarda geniş yer bulmuştur.²³⁷

Öte yandan, geçtiğimiz yıllarda, temizlik malzemeleri ve kozmetik devi Procter & Gamble, rekabete dayalı bir "istihbarat hareketi" olarak adlandırılan olayda, Unilever'in saç bakım birimi ile ilgili planlarının bulunduğu seksenden fazla dokümanı ele geçirdiği iddiası ile "endüstriyel casusluk" ile suçlanması söz konusu oldu ise de, taraflar kendi aralarında sulh olarak mutabakata varmışlardır. Rekabet ortamını bozucu kural dışı yollara başvurarak Unilever'in ürünleriyle ilgili bilgi toplayan Procter & Gamble, Unilever'e bu sulh anlaşması mukabili 10 milyon USD tazminat ödemeyi kabul etmiştir. Renault'da yaşanan bir diğer sanayi casusluğu olayında ise²³⁸ şirkete gönderilen bir "etik uyarıdan" sonra Renault içindeki sanayi casusluğu iddialarıyla ilgili soruşturma başlatılmış, elektrikli otomobillerle ilgili teknolojik sırları dışarıya sızdırdığından şüphelenilen üç yönetici görevden uzaklaştırılmıştır.

²³⁶ <http://www.socialnewsturkey.com/sirketlerin-korkulu-ruyasi-sanayi-casuslari/>

²³⁷ <http://www.eurovizyon.co.uk/dunya/ingiltere/murdoch-sirketine-sanayi-casuslugu-suclamasi-h6501.html>, "...Independent gazetesinde yer alan, iddialara göre, Murdoch'a ait News Corporation'a bağlı olarak çalışan bilgisayar uzmanları, uydu kanalları piyasasında şirkete rakip olan bir firmanın e-mailerini ele geçirmiş. Suçlamaları su yüzüne çıkaran, İtalyan polisinin operasyon düzenlediği bir internet korsanlığı çetesinin lideri konumundaki bilgisayar uzmanının News Corporation'ın danışmanı olarak çalışmış olması...", izleme, 05.04.2012

²³⁸ Fransa Sanayi Bakanı Eric Besson, yaptığı açıklamada, Fransız otomobil üreticisi Renault'da yaşanan sanayi casusluğu olayını "ekonomik savaş", olarak değerlendirmiştir. <http://www.lefigaro.fr/societes/2011/04/11/04015-20110411ARTFIG00471-renault-le-pdg-carlos-ghosn-ne-partirait-pas.php> (erişim tarihi: 10.12.2012)

Dış İşleri Bakanlığı ve yabancı ülkelerdeki elçiliklerle haberleşmenin yürütüldüğü bir iş sürecinde aynı eylemlerin ortaya çıkması ise, bilgi teknolojilerine ait cihazların kullanımı beraberinde bir takım riskleri getirir. Bu riskler arasında, iş süreçleri dışında gözden kaçırılan film, müzik, fotoğraf, yazı, fıkra, şiir, sunumlar ve benzer örneklerin e-posta trafiğinde araya karışan ve sanayi casusluğu için özel olarak oluşturulmuş tuzak dosyaların bulunmasıdır. Güvenlik duvarı yazılımları ile içeriği filtre edip, ağ trafiğini kontrol etse de, Steganografi ile her türlü dosya gizlenerek, dışarıya bilgi sızdırılabilmektedir. Genelde fotoğraf gönderilmesiyle başlatılan bu süreçlerde, kişisel fotoğraf makinesi ile verilerin, kurum bilgisayarına aktarılmasıyla başlatılan bu güvenlik sorunu, beraberinde bir sanayi casusluğu uygulaması için zemin hazırlamakta olduğu kaydedilmektedir.²³⁹

Sık kullanılan sanayi casusluğu teknikleri, hafıza kartları gibi sökülebilir saklama ortamlarındaki açık ve güvensiz hafıza kart okuyucuları aracılığıyla verilerin izinsiz kopyalanması, belgelerin, üretim tesislerinin, üretim tekniklerinin veya prototiplerin bugünkü yüksek çözünürlüklü kameralı cep telefonları aracılığıyla resmedilmesi, mektup ve e-postaların ele geçirilmesi, telefonların ve internet bağlantılarının izlenmesi olarak karşımıza çıkmaktadır.

2. Teknoloji Hırsızlığı (Korsan)

Teknoloji hırsızlığı, bir birey veya tüzel kişi tarafından geliştirilen, gizli veya korumalı bilgi, taslak, model veya prototip gibi teknolojik bilgilerin kendi kullanımı veya satışı için illegal yoldan elde edilmesidir. Teknoloji hırsızlığı askeri alanda ve özellikle bugün sivil alanda ortaya çıkmaktadır.

Teknoloji hırsızlığı ve endüstriyel casusluk arasındaki fark, teknoloji hırsızlığının yabancı teknolojilerin kullanımını kapsamaması, ama bunun endüstriyel casuslukta zorunlu olmamasıdır. Bu durumda endüstriyel casusluk rakip teknolojinin geliştirme durumu ve teknik imkânlarıyla ilgilenmektedir. Yine teknolojik hırsızlık da casuslukla bağlantılı olmak zorunda değildir. Böyle düşünülürse, korunan bir teknolojinin

²³⁹Cenk Ceylan, "Bilgi Teknolojileri Kapsamında, Kurumlarda Sanayi Casusluğunu Nasıl Önleriz?", 19.06.2009, <http://www.bilgisayarpolisi.com/index.php?sayfa=makaleoku&kategori=1&id=236>, izleme 05.03.2012.

kopyalanması ve satılması da teknolojik hırsızlık anlamına gelmektedir. Buna günümüzde daha çok korsancılık denir.²⁴⁰

Doktrinde örneğin bilgisayar programları için haksız rekabet hukuku korumasının uygunluğuna ilişkin temel sorunun haksız rekabet hukukunun koruma amacının teknolojik yaratıyı koruma amacı gütmemesi ve özellikle korumanın konusunun yaratının korumasından farklı ele alınmıştır. Haksız rekabet hukukunun asıl amacı bilgisayar programı değil programın üretim faaliyetinin korunmasıdır.²⁴¹

Günümüzde, Avrupa Birliğinin bilgisayar programlarının hukuki korumalarına ilişkin çıkarmış olduğu direktifi²⁴² ve WIPO tarafından alınan aksiyonlar neticesinde bilgisayar programlarının tek başına özel bir yasa yahut hukuk yöntemiyle korunması çabası güncelliğini kaybetmiştir. Bunun sebebi ise, bilgisayar programlarının fikri mülkiyet normları ile korunması prensibidir.²⁴³

Avrupa Birliği, fikir ve sanat eserleri alanıyla ilgili ilk Direktifi olan 91/250 sayılı direktifi 1991 tarihinde kabul etmiştir.

Direktifte, teknolojik gelişmeler göz önünde tutularak, bilgisayar yazılımlarının tanımı yapılmamış ancak hakların kime, hangi koşullar altında ait olacağı düzenlenmiş ve fikri hukukun temel ilkelerinden olan eserin eser sahibinin hususiyetini taşıması, başka bir deyişle orijinallik, özgünlük ilkesi korunmuştur.

Direktifte, her biçim altında ifade edilen bilgisayar programları ve bir sonraki aşamada program sonucu doğurması koşuluyla bunların hazırlık tasarımları

²⁴⁰ Bu konudaki ayrıntılı araştırmaları için bkz: Eroğlu, Sevilay; **“Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması”**; Doktora Tezi. İzmir 1999. Yazar bilgisayar programlarının haksız rekabet hükümleri ile korunmasının yetersiz olacağına ilişkin düşüncelerini savunmaktadır. s. 36 vd.

²⁴¹ Bkz. Eroğlu; s. 36 vd., Kaypakoğlu s., 35., Sevinç, s. 80 vd., Memiş, “Bilgisayar Programları”, s 559.

²⁴² AB; 91/250 sayılı ve 14 Mayıs 1991 Tarihli Bilgisayar Programlarının Hukuki Korunmasına Dair Konsey Direktifi

²⁴³ Tekinalp s.110 vd., Bozgeyik, s.204., Eroğlu; s. 37 vd. ; Kaypakoğlu s. 35. Vd., Sevinç, s. 80 vd.,

korumadan yararlandırılırken, bilgisayar programının temelinde yatan fikirler ve prensipler koruma kapsamı dışında bırakılmıştır. Dolayısıyla fikrin tek başına korunması olağan fikri mülkiyet prensiplerinin de dışında olduğundan, haksız rekabet sonucunu doğuracak eylemlerin yine korunması ihtiyacı doğmuştur. İhtiyaca binaen; Veri Tabanlarının Hukuki Korunmasına İlişkin Parlamento ve Konsey Direktifi²⁴⁴ ile, Direktif ile içeriklerinin seçimi veya düzenlenmesi itibarıyla, yaratıcısının kendi fikri yaratımını taşıyan veri tabanları korumadan yararlandığı gibi önemli bir yenilik olarak, özgünlük kriterine uymayan veri tabanları da yapılan hazırlık aşamasının zorluğu ve yüksek maliyeti sebebiyle kendine özgü bir fikri mülkiyet şekli olarak koruma altına alınmıştır.

Direktif ile ayrıca, veri tabanı yapımcısına, onbeş yıllık koruma süresince (Sui Generis Koruma), veri tabanının esaslı bir bölümünün veya tamamının izinsiz olarak alınmasını veya o şekliyle kullanılmasını önleme yetkisini tanımaktadır.

Nihayet yürürlüğe giren, Korsan ve Taklit Mücadele Direktifi, fikri haklar alanında en önemli sorunların başında gelen korsan ve taklit ürünlerle mücadele amacıyla kabul edilmiş olup, hem eser sahipleri ile bağlantılı hak sahiplerinin hem de sınai hak sahiplerinin haklarını koruma amacını taşımaktadır.

Direktif, bir yandan korsan ve taklit ürünlerle mücadele için asgari koruma sınırları getirirken diğer yandan da mücadelenin amacına ulaşabilmesi için ülkeler arasında işbirliği ve bilgi paylaşımının ilkelerini belirlemektedir.²⁴⁵

Hukukumuzda haksız rekabet korumasından yararlanılabilmesi için haksız rekabet unsurlarının gerçekleşmiş olması halinde yeterlidir. Fikir mülkiyet hukuku kapsamında korunmasa bile, bir bilgisayar programının aynen veya oneli ölçüde tüketicileri aldatıcı nitelikte benzerlik gösterecek derecede taklit edilmesi halinde haksız rekabetin varlığından söz edilmelidir.²⁴⁶ Haksız rekabetin bu şekli, özellikle

²⁴⁴ 96/9 sayılı ve 11 Mart 1996 Tarihli Veri Tabanlarının Hukuki Korunmasına İlişkin Parlamento ve Konsey Direktifi

²⁴⁵ Türkekul; Erdem; Turhan Murat; Güçlü, Fatih; "Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ve Fikir Haklarının Korunması ile ilgili Temel Bilgiler", s.2. ; Memiş., "Bilgisayar Programları". s.559.

²⁴⁶ Arkan, s.301, Eroğlu s. 229., Sevinç, s. 80, Kaypakoğlu s. 100.

çoğu kez gizli tutulan kaynak kodlarının elde edilmesi ve bilgisayar programlarının haksız ve ticari bir amaca hizmet eder tarzda kopyalanması durumunda önem arz etmektedir. Ancak FSEK md. 38/3 fıkra hükmü gereği amaca uygun kullanım suretiyle çoğaltma ve 4. Fıkroda düzenlenen yedek kopya yapma hakkının sınırlarının şahsi amaçla aşılması halinde haksız rekabetten söz edilemeyecektir. Zira çoğaltma tek başına ekonomik rekabet hakkının kötüye kullanılmasını teşkil etmemektedir; ayrıca bir ticari amaçla kullanım olduğuna dikkat etmek gerekecektir.²⁴⁷

Çoğaltma, bir işletmenin içerisinde veri gönderme veya kopyalama yoluyla bilgisayar programının çok sayıda eleman tarafından kullanılması halinde de söz konusu olabilir, ancak bu halde de bilgisayar programının sahibi eser sahibi olarak FSEK hükümleri ile sağlanan korumadan yararlanabilir. Zira burada ticari rekabet unsuru bulunmamaktadır.²⁴⁸

FSEK 83. ve 84. Maddesi haksız rekabet hükümlerine yapmakta olduğu atıf dolayısıyla bilgisayar programlarında korumadan yararlanacak olan bölümün bilgisayarın ad ve alametleri olduğunu söylemek gerekir. Zira programın adının ve benzerinin başka bir programda kullanılması tüketiciyi aldatmaktadır.²⁴⁹

3. Kıyaslama (Benchmarking)

İşletmesel manada kıyaslama, işletmenin performansını, sınıfının en iyisi olan işletmeninki ile karşılaştırarak "en iyi" nin bu performans seviyesini nasıl yakaladığını belirleyip, elde edilen bilgileri işletmenin amaç ve hedefleri için bir temel oluşturacak biçimde kullanmaktır. Benchmarking'in temelinde, sürekli gelişim

²⁴⁷ Bu durumda, haksız biçimde çoğaltılan bilgisayar programının kullanım hakkına sahip olan kişi, FESK'in hukuk ve ceza davaları başlığı altında düzenleme getiren 66-72. Madde hükümleri kapsamında korunacaktır.

²⁴⁸ Mustafa Fadıl Yıldırım, "**Fikri Hukuk Korumasının Standart Bilgisayar Program Devir Sözleşmelerine Etkisi**", Kültür Bakanlığı İşbirliği ile Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, Ankara, 2002.s. 643 vd. Eroğlu, s., 223., Sevinç, s. 82.,

²⁴⁹ Şafak Erel., "**Fikri Hukukta Bilgisayar Programlarının Korunması**", AÜSBF Dergisi, C.XLIX., No.1-2., Ocak-Haziran 1994., s.141.-164.; Can/Memiş, s. 22. Sami Karahan, "**Markalarda İtibas**", SÜHFD, 1990, C.III, S.3

ihtiyacı, atılcı ve olumlu bir yaklaşım, taraflar arasında ortak ve karşılıklı bir yararlanma ile ilerleme hedefi bulunmaktadır.²⁵⁰

Benchmarking, kuruluşun amaç ve hedeflerini saptamakta yardımcı olmak, hedef ve amaçlara ulaşmak için en iyi uygulamaları saptamak, hedefleri, amaçları ve uygulamaları geçerli kılmak, şirket kültürünü değiştirmek veya güçlendirmek, şirketin stratejik olarak yönetilmesini sağlamak, şirket içindeki daha iyi uygulamaları açığa çıkartmak, maliyetleri düşürmek, motivasyon, performans arttırımı amaçlarıyla başvurulan bir yöntemdir. Kıyaslama ("Benchmarking"), kimin en iyi olduğunu, kimin standartları geliştirdiğini ve daha da önemlisi standardın ne olduğunu belirleyen araştırma çalışmasıdır. 1900'ü yıllarda ABD'de, gündeme gelmiş, ülkemizde ise henüz çok yeni ve uygulaması son derece sınırlı bir faaliyet niteliğindedir.²⁵¹

Sürekli iyileşme ve değişimin kaçınılmaz olduğundan hareketle, sertleşen rekabet ortamının, işletmelerin sistemlerini sistemli olarak gözden geçirip geliştirmelerini gerektirmektedir. Tüm bu gelişmeler özellikle Amerika ve Avrupa'da birbiri ardına yeni yönetim tekniklerinin geliştirilmesine ve bunun yanında Japonya'nın başı çektiği Kalite Devrimi'nin²⁵² Batı'yı etkisine almasına yol açmıştır. Japonlar, ürünlerini çok daha ucuz maliyetli olarak teknikleri keşfetmelerinden ötürü, ABD XEROX firmasının, Japon firmaları faaliyetleri kapsamında yapmış olduğu incelemeler

²⁵⁰ Örnek alınacak "referans noktası"nın belirlenmesi anlamına gelen benchmarking, 'bir işletmenin rekabet gücünü yükseltmek için, başarılı performansa sahip başka işletmelerin, iş yapma tekniklerini incelemesi, kendi teknikleri ile kıyaslaması ve bu kıyaslamadan elde ettiği bilgileri kendi işletmesinde uygulaması' olarak kullanılmaktadır.

²⁵¹ Robert Camp, "**Benchmarking: The Search for Industry Best Practice That Lead to Superior Performance,**" (Milwaukee: ASQC Quality Pres)," 1989.,s. 5.; Jaffar Razmi, Mohamed Zairi, Yasar F. Jarrar, "**The Application of Graphical Techniques in Evaluating Benchmarking Partners**", Benchmarking An International Journal, Vol. 7, No. 4, 2000., s. 304.

²⁵² Kalite Devrimi, W. Edward Deming, Joseph M. Juran'in ve Philip Crosby'nin 1950'lerde ABD'de başlattıkları çalışmalara dayanmaktadır. Bu kavrama gösterilen ilginin en büyük nedeni Japonya'da 1950'lerde başlayan başarılı uygulamalardır. TKY kavramı üretim sürecinin geliştirilmesi, müşteri ve tedarikçi (kaynak sağlayıcı) katılımı, takım çalışması, müşteriyi tatmin etmeye yönelik eğitim, maliyette düşüş ve hatadan arınmış kaliteli iş üzerinde yoğunlaşır. Ayrıntılı açıklama için bkz. Murat Günaydin., "**Toplam Kalite Yönetimi**", İzmir Yüksek Teknoloji Enstitüsü., İzmir, 2002. s.1.

sonucu benimsenen teknikler ve veri analizleri, sonucu ortaya ıkmiş bir yönetsel araçtır.²⁵³

Rekabet ortamında faaliyette bulunan işletme; etkinlik, verimlilik ve kalite konulu faaliyetlerinde daha başarılı olma ihtiyaı içinde bulunmakta ve bu alanlarda gelişimi gerçekleştirmek amacını güden işletmeler Benchmarking yöntemlerine başvurabilmektedirler. Benchmarking faaliyeti için işbirliği yapacak ve bilgi alışverişinde bulunacak "kıyas edilecek ortak" aynı sektörde rakip bir firma olabileceği gibi farklı sektörlerde faaliyet gösteren başka bir işletme de olabilir. Kıyas ortağının seçiminde en önemli faktör, söz konusu firmanın seçilen kıyaslama konusunda faaliyet alanında başarılı ve üstünlük sahibi olmasıdır.

Benchmarking, başka firmalarla süreçleri kıyaslayarak gelişim sağlayan bir yöntem olduğu için bazen şirketler tarafından haksız rekabeti bozucu etkisinin ağır bastığı yönünde değerlendirilmektedir. Oysa Benchmarking ve Sanayi casusluğu aynı manada kullanılmamaktadır.

²⁵³ Camp, s. 6., Razmi, Zairi, Jarrar, s. 12.

İKİNCİ BÖLÜM
İNTERNETTE YAYINLANAN İÇERİK BAKIMINDAN
DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRILIK

I. İNTERNETTE YAYINLANAN İÇERİĞİN TÜRÜ BAKIMINDAN
HAKSIZ REKABETİN ÖNLENMESİ

İnternet ortamında meydana verilen ve serbest piyasa koşullarını şüphesiz olumsuz etkileyen eylemlerin haksız rekabet hukuku yönünden değerlendirilmelerinin yanında şüphesiz fikri mülkiyet hukukuna yönelik ihlallere de meydana verilmesi söz konusu olmaktadır. Örneğin bilgisayar programlarının ne surette korumaya esas teşkil edeceği ve bir eser kavramının bulunup bulunmadığı tartışılmıştır.²⁵⁴ Kara Avrupa Ülkelerinde bilgisayar programları 1886 tarihli Bern Sözleşmesi bağlamında fikri haklar kapsamında korunmaktadır.

Bern Sözleşmesi, 10 ülke tarafından imzalanmış ve 1887 yılında resmen yürürlüğe girmiştir.²⁵⁵ Bern sözleşmesi ile, ilk kez edebiyat ve sanat eserlerini korumak amacıyla tüzel kişiliği haiz uluslararası nitelikte bir “Birlik” oluşturulmuş ve bu surette eser sahibinin hakları hem kendi ülkesinde hem de Bern Birliğine üye diğer ülke

²⁵⁴ Karahan, Suluk, Saraç, Nal, s. 118., Mehmet Özcan., **“Avrupa Birliğinde Fikri ve Sınai Haklar”**, Nobel Yayınları., Ankara 1999., Eroğlu, s. 209 vd.; Eroğlu, s. 215.

²⁵⁵ “The Bern Convention dor the Protection of Liteary and Artistic Works”, Sözleşmenin imza aşamasında Almanya, Belçika, İspanya, ABD, Fransa, Haiti, İtalya, Japonya, Liberya, İsviçre, İngiltere ve Tunus olmak üzere 12 ülke iştirak etmiş ise de 9.09.1886’da imzalanan sözleşme metnine bu ülkelerden ABD ve Japonya imza koymamıştır. Japonya Bern Birliğine 1899’da ABD ise 1989’da katılmıştır. Ayrıntılar için, Sam Ricketson, Jane Ginsburg, **“International Copyright and Neighboring Rights: The Berne Convention and Beyond.”** B.2., Oxford, 2006., Tekinalp s.69.

sınırlar dahilinde koruma altına alınmak amaçlanmıştır. Sözleşme ile üye ülkeler için müşterek sayılabilecek milli düzenlemeler öngörülmemiş ise de, tüm eser sahiplerine asgari haklar sağlanmıştır. Bu birlik bugünkü adıyla WIPO'dur. Birlik normları, Bern Sözleşmesi'nin 17. Maddesi gereği 20 yıllık periyotlar ile gözden geçirilmekte olup, üye ülkeler iç hukuklarını bu Sözleşme ile paralellik sağlamak üzere gözden geçirmişlerdir.²⁵⁶

Bern Sözleşmesi'ne göre taraf ülkelerden herhangi birinde ilk defa yayımlanmış olan eserlerin diğer üye ülkelerde de, o ülkenin kendi vatandaşları için milli hukukla tanınan korumadan aynen yararlanması ifade edilmektedir. İkinci temel prensip olan otomatik koruma ilkesine göre, birliğe üye yabancı ülke kaynaklı eser için tanınan korumanın tescil ve tevdi gibi belli şart ve formalitelere tabi kılınmamasını ifade eder. Bern Sözleşmesi'ne göre diğer ilke, eserin bağımsız korunmasıdır. Bu ilke, korumanın menşei ülkenin korumasından bağımsız olmasını ifade eder. Buna göre, bir akit ülkenin ulusal normları eser sahiplerine Bern Sözleşmesinde öngörülen minimum standartlardan daha düşük bir koruma sağlıyorsa, kendi ülkesinde korumadan yararlanan yabancıya ait esere Bern Sözleşmesinde öngörülen standartları tatbik etmek zorundadır. Bu prensibin temel bir sonucu olarak üye ülkelerin yalnızca yabancı eserlere üstün koruma sağlaması değil, üye ülkelerin mevzuatlarını bu doğrultuda geliştirmeleri amaçlanmıştır.²⁵⁷

Eser mahiyetinde olmayan her nevi fotoğrafın internette tespit edilmesi veya ticari maksatla çoğaltanlar, bu hak sahipliğini kanıtlamak suretiyle aynı fotoğrafın üçüncü bir kişi tarafından aynı vasıttan faydalanılmak suretiyle çoğaltılmasını veya yayınlanmasını men edebilir.²⁵⁸

Yargıtay, aynı amaca yönelik, aynı işlevi gören birçok yazılım programının piyasada kullanıldığından hareketle, bir bilgisayar programının tamamen özgün olarak

²⁵⁶ Tekinalp.,s .70 vd.; İbrahim Emre Bayamlıoğlu., "**Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Teknolojik Koruma**", 1.bası, İstanbul, Ocak 2008., s. 11. vd.; s. 131.vd.

²⁵⁷http://www.wipo.int/amc/en/domains/statistics/countries_yr.jsp?country_code=TR&party=C

²⁵⁸11.HD.'nin 06.02.2009 tarihli 2007/12297 E. ve 2009/1332 K. tarihli kararı(www.kazanci.com.tr), (erişim tarihi. 10.12.2012)

meydana getirildiğini ve internet sayfasında ziyaretçilerin hizmetine sunulduğunun ve bir bilgisayar programının her hangi bir ögesine temel oluşturan düşünce ve ilkelerin eser sayılmadığını ortaya koymasının ardından, her hangi bir yazılımın gerçekleştirilmesi fikrinin "eser" olarak kabul edilemeyeceği için, yazılımın kopyalanması halinde eserden kaynaklanan haklarına tecavüz edildiği sonucuna varılabilmesi için yazılımın mutlaka eser sahibinin hususiyetini taşıması gerektiği ve bu düzeyde şekillenmiş olması gerektiği, yalnızca tescilli markanın kullanılmasının, eserden izinsiz olarak faydalanma ve haksız rekabet anlamına gelmediği, yazılımın eser vasfında olup olmadığının öncelikle araştırılması gerektiği görüşündedir.²⁵⁹

Günümüzde FSEK kapsamında kabul edilen bilgisayar programları başta olmak üzere eser sıfatını haiz içeriklerin internette temel nitelikte korunmalarının FSEK kapsamında temel nitelikte korunmasının yanında ayrıca tamamlayıcı nitelikte haksız rekabet hükümleri kapsamında korunmasına duyulan ihtiyaç da tartışmalıdır.²⁶⁰

Amerika'da WIPO anlaşmalarına, Bern ve TRIPS sözleşmelerine uyum standartları getirmek ve getirmek amacı ile, ABD yasalarında bir takım değişiklikler ve telif hakkı sahipleri için fikri haklar konusunda teknolojik koruma tedbirleri öngören bir telif hakkı yönetimi sağlamak amacıyla yaptırımlar ihtiva eden 1998 yılında yürürlüğe giren DMCA²⁶¹ ("The Digital Millennium Copyright Act") ile fikri hakların korunması adına teknolojik önlemlerin alınmasını düzenlenmiştir. Bunlardan İnternet'le ilgili olanı ilgili yasanın İkinci Başlığı altında yer almaktadır. DMCA maddeleri, İnternet'e bağlantı servisi sağlayan OSP ve ISP (İnternet Service Provider) gibi şirketleri kapsam dahiline almaktadır. Bu şirketler, telif hakkına sahip kişiden (veya onun kanuni temsilcisinden) telif hakkının ihlal edildiği bilgisini aldıklarında, belirlenen şartları yerine getirdikleri takdirde DMCA kanununun uygulanmasından bağımsızlık kazanacaktır. Bu şartlara göre, OSP veya ISP şirketleri belirli prensiplere uyup telif

²⁵⁹ Hayri Bozgeyik, "**Fikir ve Sanat Eserlerinde Hususiyet**", BATİDER, C:XXV, S.3., s. 171 vd., 11. HD., 13.3.2007 t. ve 2005/13114 E. İle 2007/4345 K. Tarihli kararı (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi. 13.05.2011)., Kaya., s. 477.

²⁶⁰ Tekinalp., s. 131., Eroğlu, 226., Sevinç, 87.; Eroğlu; "Bilgisayar programları", s. 37 vd. ; Kaypakoğlu s. 35. Vd., Bozgeyik, s. 204.

²⁶¹ Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860 (Oct. 28, 1998).

hakkını ihlal eden belgelere ulaşımı engellemeli veya o belgeleri sistemlerinden silmelidirler. (Erişim ve kopyalama kontrolü.)²⁶²

Yasal düzenlemelerin ulusal sınırlarda geçerli olması ile fikri hakların yeterli düzeyde korunamayacağı açıktır. Bu nedenle bu alanda uluslararası anlaşmalar kabul edilmeye başlamıştır. Bu anlaşmaların en önemlileri 1883 tarihli Paris Sözleşmesi, 1886 tarihli Bern Anlaşması, 1994 tarihli TRIPS'dir. AB Düzenlemeleri bazı ülkeler için model teşkil etmektedir. 22 Mayıs 2001'de Avrupa Birliği, DMCA'ye çok benzeyen bir Telif Hakkı Direktifi'ni (EU Copyright Directive – EUCD) yürürlüğe koymuştur.

Fikri haklar, fikir ve sanat eserleri (patentler, faydalı modeller, tasarımlar, markalar, coğrafi işaretler, yeni bitki çeşitleri, entegre devre topografyaları, biyoteknoloji, gen teknolojisi, bilgisayar programları, veri tabanları, ticaret unvanı ve işletme adı, alan adı, know-how'lar ve ticari sırları içeren bir üst kavramdır. Asgari bir yaratıcılık taşıyan entelektüel faaliyetin korunması fikri haklar düzenlemelerin temel prensibi olup, eser sahiplerine ve bağlantılı hak sahiplerine ilişkin haklar ile bu hakların korunması çerçevesinde temel prensiplerinin ele alınış yöntemlerini düzenleyen kanun, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Hakkında Kanun'dur.²⁶³ Haksız rekabet hükümleri fikri mülkiyet hukuku yanında kümülatif olarak tatbik edilir. "Kümülatif uygulama" görüşünün anlamı şudur; haksız rekabet hükümleri, fikri mülkiyet hukuku, örneğin tasarım ya da marka, patent hukuku yanında ikinci derecede değil, gerektiğinde ve koşulları varsa doğrudan ve birinci derecede uygulanabilir. Zira, fikir ve sanat eserleri hukukunun, marka hukukunun, endüstriyel tasarım ve patent hukukunun konusu, sırasıyla eser, marka, tasarım ve patent üzerindeki haklar ve bunlarla sahiplerinin korunması iken, haksız rekabet hukukunun konusu, dürüstlük

²⁶² Tyler T. Ochoa, "**17 U.S.C. § 1202: Protection of Copyright Management Information**", High Tech Law Institute, Santa Clara University School of Law, Conference Resources., 2013. <http://law.scu.edu/hightech/2013-dmca-conf/>, "**15 Year Retrospective of the Digital Millennium Copyright Act**", Santa Clara University, Conference Resources., 2013., <http://law.scu.edu/hightech/2013-dmca-conf/> 10.07.2013 (erişim tarihi. 10.07.2013)

²⁶³ R.G.,13.12.1951 t., S., 7981. "FSEK"

ilkesine aykırı ticaret yönetimi ve uygulamalarına karşı emek ilkesi uyarınca, işletmesel çabayı, birikimi ve yatırımı kapsayan emeğin korunmasıdır.²⁶⁴

FSEK Altıncı Bölümü'nde Çeşitli Hükümler ana başlığı altında, Haksız Rekabet başlığına yer vermiştir. FSEK Madde 83, bir eserin ad ve alametleriyle çoğaltılmış nüshaların şekillerinin, iltibasa meydan verecek surette diğer bir eserde veya çoğaltılmış nüshalarında kullanılmayacağını hükme bağlamış olup; FSEK madde 84 hükmü ise, bir işareti, resmi veya sesi, bunların nakle yarayan bir alet üzerine tespit eden veya ticari maksatla haklı olarak çoğaltan yahut yayan kimse, aynı işaretin, resmin veya sesin üçüncü bir kişi tarafından aynı vasıttan faydalanılmak suretiyle çoğaltılmasını veya yayınlanmasını men edebilir.²⁶⁵

Tecavüz eden tacir olmasa bile birinci fıkra hükmüne aykırı hareket edenler hakkında haksız rekabete müteallik hükümler uygulanır. Eser mahiyetinde olmayan her nevi fotoğraflar benzer usullerle tespit edilen resimler ve sinema mahsulleri hakkında da bu madde hükmü uygulanır.

Fikir ve Sanat Eserleri Yasası kapsamına giren hususlarda, bir eserin ad ve alametleri ile çoğaltılmasının da iki özel haksız rekabet hali oluşturduğu öğretide ileri sürülmektedir.²⁶⁶

A. İnternet Sitesi ve Unsurlarının Yöneldiği Haklar Bakımından Değerlendirilmesi

Bir multimedya ürünü olarak internet sitesi, bir bilgisayar programı desteğiyle bilgilerin ve verilerin işlenmesine üretilmesine ve iletilmesine yarayan bir teknik ile hazırlanır. Fikri hukukun temel kavramlarından biri olan “eser” FSEK md. 1/B Tanımlar maddesinde, sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki,

²⁶⁴ Tekinalp, s. 36, 29-34.; Karahan, Suluk, Saraç, Nal; s. 1.Aynı yönde, 11. HD., 14.12.2005 t., 2004/14760 E. Ve 2005/12302 K. Sayılı kararı (www.kazanci.com.tr., erişim tarihi, 12.09.2012)

²⁶⁵ Tekinalp, s. 288.

²⁶⁶ Tekinalp s. 114. Vd., İmregün, s. 104., Hayri Domaniç “*Ticaret Hukukunun Genel Esasları*”, Genişletilmiş 4. bası. İstanbul, 1988.,s.248.

güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsullerini ifade eder demek suretiyle, bir fikri haklar kapsamında sayılan işbu ürünlerin eser kapsamında korunacak olduğu belirtilmektedir. FSEK, eser sayılabilecek bir fikri ürüne henüz dönüşmemiz olan çalışmalarını da koruma altına almaktadır ve bunları “eser sahibinin hakları ile bağlantılı haklar” adı altında madde 80. ve 82. Hükümlerinde düzenlemiştir.²⁶⁷

Fikri Hukuka göre koruma eserin yaratılması ile oluşur. Bern Sözleşmesi²⁶⁸md. 5/2 fikri hukuk korumasının –tescil, bildirim gibi- herhangi bir formaliteye bağlı olmaksızın verilmesini öngörmüştür.

Fikri hakların sağladığı koruma ile haksız rekabetin korumasına ilişkin hükümlerin temel aldıkları kavramlar ve hizmet ettikleri amaçların birbirinden farklı oluşu ve esas itibarıyla haksız rekabet hükümlerinin “ekonomik özgürlüğü” temel almasına rağmen, fikri hakların ise “özgün yaratımı” koruması; hukuki korumaya bağlı doğacak sonuçlar açısından dolaylı yoldan fayda sağlamakta; fikri mülkiyet prensipleri ile korunmakta olan eser kavramının tamamlayıcı nitelikte haksız rekabet hükümleri tarafından korunduğunu kabul etmek gerekecektir.²⁶⁹ Dolayısıyla haksız rekabet fiilinin unsurlarının gerçekleşmesi halinde fikir ürünü bakımından hak sahibinin her iki koruma imkanından da yararlanabileceğini ifade etmek gerekir. Bir fikir ürününün FSEK anlamında eser olarak kabul edilebilmesi için sahibinin hususiyetini taşıması, sahibinin hususiyetini yansıtacak düzeyde şekillenmiş olması, FSEK’de öngörülen eser türlerinden birine dahil olması, fikri çabanın ürünü olması gerekir. İnternet sitelerinde bu özellik genellikle biçimlendirme şekli ve organizasyon yapısında ortaya çıkacaktır. Bir eserin sahibinin hususiyetini gösterip göstermediği sıradan olmanın aşılığının belirlenmesi ile gerçekleşecektir.

²⁶⁷ Mustafa Reşit Belgesay “**Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi**”, İstanbul 1956, s.13; Erel, s. 32. V.d., Tekinalp, s.132 vd. , Eroğlu, s. 215 vd. , İbrahim Emre Bayamlıoğlu., “**Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Teknolojik Koruma**”, 1.bası, İstanbul, Ocak 2008., s. 11. vd.; s. 246.,vd. Bozgeyik, s. 171

²⁶⁸ R.G. 12.07.1995, s. 22341.; 07.07.1995 tarih ve 4117 sayılı “Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesinde Değişiklik Yapan ve 1979’da Tadil Edilen Paris Metnine Katılmamızın Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun” ile Türkiye Bern Sözleşme’sine taraf olmuştur.

²⁶⁹ Arkan, s.290, Özcan, s. 115., Eroğlu, s.226.,Sevinç s. 88, Bozgeyik, s. 205.

Hirş'e göre hususiyet, fikri ürünü ortaya çıkaran yaratıcı faaliyettir. Eserin hususiyeti itibarıyla, sahibine atfedilebilmesi ve onun eser sahibi olarak kabul edilebilmesini haklı kılan ve kendinden öncekilerden nisbi bağımsız bir faaliyet olarak anılması, belli bir verim değeri ve seviyesi olması gerekir.²⁷⁰

Bu koşullar her internet sitesi için bağımsız olarak şekillenecektir. Sanal ortamda şekillendirme de eserin vücuda gelmesi için yeterlidir.²⁷¹ Doktrinde sıradan internet sitelerinin münferit unsurların seçimi veya sıralanmasında hususiyetten bahsedilemeyeceği ifade edilmektedir.²⁷² Ancak internet sitesinin hazırlanması için kullanılan bilgisayar programları ve münferit durumun koşullarına göre ekrana yansıyan yüzeyler fikri hukuk korumasından yararlanırlar.²⁷³

Resim, ses, film ve yazı gibi farklı unsurlardan oluşan multimedya ürünlerinden biri olan internet sayfalarının, hangi eser türüne göre korunacağı içerdiği unsurlara göre belirlenir. Dijital pek çok unsuru beraberinde barındıran bir internet sitesinde birden fazla eser türü söz konusu olduğundan esasında eser türleri arasındaki farklar da belirsiz hale gelmektedir. FSEK'de eser türleri ilim ve edebiyat eserleri, musiki eserleri, güzel sanat eserleri ve sinema eserleri olmak üzere sınırlı sayıda (numerus clausus) sayıldığından ötürü, Alman Hukuk doktrinine göre internet sitelerinin Alman Fikri Haklar Kanunu UrhG'ye göre korunması hususu, bunların bilgisayar programı, sinema eseri ve veri tabanı olup olmadıkları konusunda yoğunlaşmıştır.²⁷⁴

²⁷⁰ E. Hirş, "**Hukuki Bakımdan Fikri Say**" C.II, Fkri Haklar, İstanbul, 1943., E. HİRŞ; "**Fikri ve Sınai Haklar**" Ankara, 1948., s.131., Halil Arslanlı, "**Fikri Hukuk Dersleri II: Fikir ve Sanat Eserleri**", İstanbul 1954, . 6. Vd., Nuşin Ayiter, "**Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri**", İstanbul 1981, s.40 vd., Tekinalp,s. 298., Şafak Erel, "**Türk Fikir ve Sanat Hukuku**", Ankara 2009., s.52.

²⁷¹ Belgesay, s. 15., Tekinalp, s. 91.; Erel, s.35., Eroğlu, s.216., Tekin Memiş, "**İzinsiz Bilgisayar Kullanımı ve İmha Talebi**" Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2002, s.552.

²⁷² Eroğlu, "IP ve TCP gibi protokoller de teknik metotlardır ve bu nedenle fikri hukuka göre korunmazlar." s. 217

²⁷³ İnternet sitesinin, hızlı ve seri üretime elverişli olmadığından ötürü, endüstriyel tasarım bahsinde korunamayacağına ilişkin bkz. Tekinalp, s. 15., Eroğlu, "Aktif Linkler", s. 218.

²⁷⁴ Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9 September 1965.; Eroğlu, s. 218., Memiş, "Bilgisayar Programları", s. 555.

İnternet sitelerinin bilgisayar programı olarak korunması FSEK md. 2/1 b.1. hükmü dahilinde bilgisayar programı olarak kabul edilmeleri halinde mümkündür. Burada bilgisayar programlarının ara yüzleri (FSEK m.1./B bent h) bilgisayar programlarını oluşturan yazılım unsurları olan ara yüzlerin de korunmaya değer olması bahsi ile alakalıdır. İnternet siteleri sadece ara yüzlerden müteşekkil bir yapıda olmadığından ve beraberinde resim, video, alamet gibi unsurlar da içerdiğinden bilgisayar programı olarak korunamayacağı açıktır.²⁷⁵

İnternet sitelerinin sinema eseri olarak korunmasının mümkün olabileceği, içerdikleri farklı belge türleri sebebiyle ile düşünülebilir. Bir internet sitesinde resimlerin, videoların dahası bilimsel yahut günlük makalelerin paylaşılması halinde internet sitelerinin bilgisayar programı vasfı ile koruma bulmasının FSEK amir hükümlerine göre yerinde olmayacağı açık iken, internet sitesinde yer verilen videonun bir sinema eserine ilişkin olması halinde öncelikle FSEK madde 5 hükmüne bakmak gerekecektir. Zira sinema eserleri, her türdeki sanatsal, bilimsel, öğretici ya da teknik nitelikteki veya günlük olayları tespit eden filmler gibi elektronik veya mekanik araçlarla gösterilebilen, sesli veya sessiz, birbiriyle bağlantılı hareketli görüntüler dizisidir. İnternet sitesinin bu anlamda bir sinema eseri sayılamayacağı ve bir veya birden çok sinema eseri barındırması halinde de bu yorumun yapılamayacağı ifade edilmiştir.²⁷⁶

İnternet sitelerinin veri tabanı olarak korunması düşünülebilir, FSEK md. 61/1 bendinde veri tabanları düzenlenmiştir. Belli bir maksada göre ve hususi bir plan dahilinde verilerin ve materyallerin seçilip derlenmesi sonucu ortaya çıkan ve bir araç ile okunabilir veya diğer biçimdeki veri tabanları derleyeninin hususiyetini yansıtmaktaysa derleme eser olarak kabul edilmektedir. İnternet siteleri de genellikle veri tabanı niteliğinde olduğundan ötürü derleme eser sayılabileceği, FSEK korumasından bu kapsamda yararlanabileceği ifade edilmiştir.

Bunlardan birine girmemesi halinde FSEK madde 83 ve 84 bahsinde değinilen ve haksız rekabetin özel bir türü olan ad ve alametler ile resim ve portrelerin

²⁷⁵ Eroğlu,s. 219.

²⁷⁶ Eroğlu, s. 219.

korunmasının da haksız rekabet hükümlerine göre sağlanması ancak mümkün olabilir.²⁷⁷

Burada tartışılmaya mazhar olan konu, bir eserin sahibinin hususiyetini taşıyıp taşımadığı sorundur. Günümüzde her ticaret şirketinin bir internet sitesi olması TTK amir hükümleri ile hükme bağlanmıştır. Tüm kamu kuruluşlarının birer internet sitesi bulunmaktadır; bunun gibi moda, sanat, haber, aktüalite, spor, hobi alanında sayılamayacak kadar fazla internet sitesinin her saniye meydana getirilmekte olduğu açık iken, bu sitelerin her birinin eser sıfatının yakıştırılması yerinde olamaz. Sistemik verilerin bir araya getirilmesi ile veri tabanı oluşturulabilirse de FSEK kapsamında eser niteliğinde olmayan bir veri tabanının korunması sağlanamaz.²⁷⁸

Veri tabanı ve veri tabanı eseri aynı kavramlar değildir. AB Veri Tabanı Direktifi, bu kavramı geniş olarak düzenlemiştir. Veri Tabanı Direktifi m.1.(2), veri tabanını bağımsız unsurların toplanması olarak tanımlanmıştır. CD ROM'lar ve CD'ler bu kavrama girmekle beraber,²⁷⁹ eser niteliğinde kabul edilmeyen veri tabanlarının korunması da bu kapsamda değerlendirilecektir. Zira veri tabanını hazırlayan sadece bedel karşılığı üçüncü kişiyle paylaşacağı ekonomik menfaati için haksız yararlanmalara karşı korunması icap eder. Başka bir internet sitesine link verilmesi bu anlamda esaslı yatırımlarının korunmasını ile bağdaşmaz.²⁸⁰ Bu menfaat veri tabanı sahibinin sağladığı emek dolayısıyla kendisine tanınmaktadır. Alman Hukukunda aktif linklerin yoğun olarak biraraya gelmesi halinde veri tabanı olarak sui generis korunabileceği belirtilmiştir.

²⁷⁷ Karahan, Suluk, Saraçi Nal, s. 103, Eroğlu, s. 220.

²⁷⁸ Tekinalp, s. 123., Emre K. Gökyayla., “ **Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi**”, 2.B., Ankara 2001., s. 120 vd., Eroğlu, s. 220.

²⁷⁹ CD-ROM, derleme bilgiler, görsel sunumlar, müzik içeren bir ürün olup, FSEK kapsamında “ilim ve sanat eseri” anlamında fikri bir eser olup olmadığı, bu Kanun hükümlerinden doğan her türlü uyuşmazlıkları çözümlenmekle görevlendirilen ihtisas mahkemesi olan Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi’nce tartışılması gerekeceği yönünde, 11. HD.nin, 15.12.2008 t., 2007/10925 E. ve 2008/13943 K. Sayılı kararı (www.kazanci.com.tr., erişim tarihi. 10.10.2013)

²⁸⁰ Terry., s. 6., Eroğlu, s. 220.

Alman hukuk doktrinde koruma boşluğunu doldurmak için internet sitesinin UrhG’de anılmayan, bütünüyle bağımsız yeni bir eser türüne dahil olduğu görüşü de savunulmuştur. Ancak internet sitesinin teknik özellikleri dikkate alındığında bu durumun yeni bir eser türü olarak nitelendirilerek korunmasına imkan olmadığı açıktır. Tekinalp’e göre²⁸¹ multimedya eserler, yeni bir eser türü oluşturmaz ve büyük bölümü işleme eser niteliğindedir. İnternet sitelerinin işleme eser sayılması halinde FSEK korumasından yararlanabileceği belirtilmektedir.²⁸²

İnternet siteleri arasında aktif link verilmesi FSEK anlamında tek başına eserin çoğaltılması hali teşkil etmez. Link kurmak umuma iletim hakkı ile ilgili bir eylem değildir. Zira umuma iletilen bir eser ile sadece bağlantı kurulmaktadır; umuma iletim eylemi bizzat gerçekleştirilmemektedir. İşleme hakkını da ihlal etmemektedir zira eserin kendisi ile değil sadece URL’si ile kurulmaktadır.²⁸³

Link verilen eserden ekonomik olarak yararlanmak için sahibinin muvafakatine ihtiyaç bulunmaktadır. Aktif link nedeniyle internet sitesinden ortalama bilgiye sahip yararlananlar esere ilişkin olarak yanıltıcı etki ortaya çıkarsa, FSEK md. 15 ile düzenlenen “eser sahibi olarak tanıtılmak hakkı” ihlal edilebilir. Özellikle inline link ve Frame verilmesinde bu tehlike mevcuttur. Dolayısıyla link verenin FSEK md. 15 hükmünü ihlal etmemek adına gerekli tedbirleri alması gerekmektedir. Link sayesinde ulaştığı sitedeki eserden şahsi kullanım amacı dışında yararlanan kullanıcı, bu eylemden sorumlu olmasına rağmen, link kuran sorumlu olmamalıdır. Ancak internet sitesi sahibi tarafından link kurmak açıkça yasaklanmışsa, kullanıcıların mali hakları ihlal etmeleri nedeniyle, link kuranın yardım veya teşvik eden olarak sorumluluğu söz konusu olacaktır.²⁸⁴ Kullanıcı ile birlikte özellikle link bağlantısı kuran birlikte sorumludur. Hakkı tecavüze uğrayan, bunlara karşı birlikte veya ayrı ayrı FSEK hükümlerine göre tecavüzün ref’i ve tecavüzün men’i ile tazminat davası açabilir.

²⁸¹ Tekinalp, s. 116.

²⁸² Eroğlu, s. s. 222.

²⁸³ Eroğlu, s .224-228.

²⁸⁴ Karahan, Suluk, Saraç, Nal, s. 301., Eroğlu, s. 240.

Uygulamada, FSEK, EK madde 4 düzenlemesi ile, eser üzerindeki haklardan herhangi birinin, bilgilerin ve bu bilgileri temsil eden sayıların veya kodların dijital iletim de dahil olmak üzere işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla iletimi halinde hak sahiplerin işbu madde hükmü kapsamında ihlâlle konu eserlerin içerikten çıkarılmasını Cumhuriyet Savcılıkları nezdinde yapacak oldukları başvurular ile talep edebilmektedirler. Bunun için hakları haleldar olan gerçek veya tüzel kişi öncelikle bilgi içerik sağlayıcısına başvurarak üç gün içinde ihlâlin durdurulmasını istemekte, ihlâlin devamı halinde bu defa, Cumhuriyet savcısına yapılan başvuru üzerine, üç gün içinde servis sağlayıcıdan ihlâlle devam eden bilgi içerik sağlayıcısına verilen hizmetin durdurulması istenmektedir.

İnternet ortamında, sitelerin içeriklerinden bir diğer internet sitesine link verilmesi yolu, internet haberciliği için de bir tehdit oluşturmaktadır. Gazetelerin ve süreli yayın yapan yayınların, internette yayıncılığa geçmelerinin günümüz teknolojisi karşısında vazgeçilemez bir koşulu olması yanında, internet yayıncılığı kapsamında yer alan haber ve makale içeriklerinin istek dışı yayılması güncel çözüm arayışlarını beraberinde getirmiştir.

İnternet haberlerinin diğer sitelere link verilmesinden doğan ilk dava olması ile mütalaa edilen “Shetland Times” Vakası, İngiltere’de davaya konu durumun, CDPA’ya (the United Kingdom's Copyright Designs and Patents Act) muhalefet teşkile ettiği savı ile,²⁸⁵ “Shetland Times” yöneticileri tarafından açılmıştır. Davada uyuşmazlık, günlük haberlerinin bir kısmını internet ortamında da yayınlayan Shetland Times gazetesi ile, Shetland News isimli internette yayın yapan bir haber gazetesi arasında baş göstermiştir. Bu gazete, kendi internet sayfasında “Shetland Times” dan bir habere link vermiştir. Anılan linkin, kaynak site bilgisini içermekte olduğundan, (“deep link”) dolayısıyla, internet kullanıcısı söz konusu linki tıklayarak Shetland News internet haber sitesinin ana sayfasına erişmeden, ara sayfalarına ulaşabilmektedir. Kararda, anılan ihlalin CPDA’ya muhalefet teşkil edemeyeceğine zira, bir internet sitesinin eser sıfatını haiz olmadığı belirlendikten sonra; verilen linklerin her biri için bir logo ile birlikte “A Shetland Times Story” ilavesi

²⁸⁵Karar için bkz. <http://www.lectlaw.com/files/elw10.htm>; eleştirisi için, <http://www.netlitigation.com/netlitigation/cases/shetland.htm>; ayrıca bkz. Can/Memiş, s. 16.

bulundurulması gereği ve ayrıca Shetland Times ana sayfası için ayrı bir link konulmasının hakkaniyetli olacağı sonucuna varmıştır.²⁸⁶

Aynı yönde olmak üzere 20.02.1997 tarihinde vermiş olduğu kararla “Total News” Vakası,²⁸⁷ Washington Post, Reuters ve CNN’in de içinde bulunduğu sekiz ayrı değişik haber organizasyonu, internet tabanlı haber toplama sitesi olan Total News Inc.’e karşı açmış oldukları davada internet sitelerinin ve içeriklerinin Frame verilmesi yoluyla kopyalandığı yönünde iddiada bulunmuşlardır.

Total News haber kuruluşlarının bilgilerini kendi internet sayfasında görüntülemek için “framing” yapmakta ve “deeplink” vermekte, orijinal bir içerik üretmemekte, çerçevelerin etrafında kendi reklamını yapmaktadır. Bu davada haber kuruluşları; Total News’in internet sitesinin kendi sitelerine hyperlink verilmesinin ve “çerçeveleme” kullanılmasının kişilerin internet sitelerini okuma tarzlarını değiştirdiğini, zira Total News’in reklam verenlerinin reklamlarını içerdiğini iddia edilmiştir. Haber kuruluşları davada Total News’e karşı, kötüye kullanma, marka tecavüzü, telif hakkı tecavüzü ve haksız rekabet iddiasında bulunmuşlardır. Haber kuruluşları Total News’in sitesinin, tüketicilerin yanılgıya kapılarak, Total News’in haber siteleriyle yakın bir ilişkisi olduğuna veya haber siteleri tarafından sponsorluğunun yapıldığı ya da kabul edildiğine veya bu sitelerden izin almış olduğuna dair algı uyandırmakta olduğunu iddia etmişlerdir. Mahkeme buna karşılık, sitenin içerik sağlayıcıların logolarını belirgin bir şekilde göstermek suretiyle yayın yapmasını imkan sağlar tarzda bir yayın gerçekleştirilmesine müsaade etmiş, ancak davacılara ait içeriğin Frame verilmesi şeklinde yayınlanmamasına dair bir karar vermiş, davacıların durumunun verilmiş örtülü bir izin kapsamında değerlendirmiş ve bu izni her zaman talepleri halinde kaldıracabileceklerine hükmetmiştir.²⁸⁸

²⁸⁶ Karar için bkz. <http://www.netlitigation.com/netlitigation/cases/post.htm> ., Can/Memiş, s. 16.

²⁸⁷ The Washington Post, et als. v. TotalNews, Inc., et als., Southern District of New York, Civil Action Number 97-1190.; Ali Osman Özdilek, “Web Sitelerinde Çerçeveleme (Framing) Teknolojisi ve Getirdiği Yasal Problemlere Kısa Bir Bakış”, s.3.

²⁸⁸ Karar için bkz., <http://www.netlitigation.com/netlitigation/cases/post.htm>

Avrupa Birliği 7. ereve Programı dahilinde yayınlanan 2006 tarihli Sonuç Raporu,²⁸⁹ günümüzde basılı yayın yapan ve internet ortamında faaliyetlerini geliştirmekte olan yayıncıların, tüketicilerin internette haber okuma alışkanlığının gelişmesi, rakiplerin internette haber içeriklerine ana siteden bağlantı yapıldığı belli olmadan *deep-linking* yöntemi ile bağlantı kurması karşısında, yayıncıların reklam gelirlerinin ve potansiyel okuyucularının kaybolmasından duydukları endişeye yer vermiştir. Bu kapsamda yayıncıların, haber içerikleri için, tedarik edilen hikaye ve fotoğraf gibi materyallere demiş oldukları telif bedellerinin maliyetlerine vurgu yapmaları savunmalarında dikkat çekmektedir. Rapor içeriğinde Belçika'da yayın yapan ve Google arama motorlarında haberlerinin içeriğine rastlayan *Copiepresse* isimli gazetenin Google'a karşı açmış olduğu haksız rekabet davasını kazandığını örnek olarak gösterilmiş olmakla, Google'a yahut haber toplama sitelerine açılan bu tip davalarda bir emsalin de olmadığı, kimi davaların aynı kapsamda olsalar dahi farklı gerekçelerle kabul yahut reddedildiğine, kararlar kapsamında ye devletler nezdinde bir yeknesaklığın bulunmadığına işaret edilmektedir. Rapor, dijital yayıncıların içeriklerinin kopyalanmasına karşı kişisel koruma tedbiri olarak ACAP Protokolünü ("Automated Content Access Protocol") nermektedir.²⁹⁰ Dijital yayıncılık dünyasında *deep-linking* yöntemi ile içeriklerin çoğaltılması, içeriklerin merkez internet adresinden kopyalandığının görülememesi karşısında yayıncı tarafından verilecek izinlerin kapsamını ve konusunu belirleyen protokol, okuyucuların menfaatine olmak üzere yayıncıların haklarının makineler tarafından algılanmasını sağlayan, üçüncü kişilerin içeriği haksız çoğaltmasını engellemek amacıyla Avrupa Yayıncılar Birliği, Dünya Gazeteciler, Uluslararası Yayıncılar Birliği ve Uluslararası Basın Telekomünikasyon Birliği tarafından oluşturulan bir protokoldür. Bu protokol temelde, Arama motorlarının internette yaptığı arama faaliyetinde internet sitelerini taramasını sağlayan *spider ya da web crawler* adı verilen programların okumaları için metin şeklinde hazırlanan ve internet sitesinin ara yüzüne yerleştirilen dosya ile arama motorlarının sitenin içeriğini kopyalamasını engellemek adına *robot.txt* dosyası adı verilen dosyalar üzerinden içerik sağlanmasına dayanmaktadır. ACAP protokolü, tüm yayıncıların ileride gelişecek

²⁸⁹ http://www.fp7.org.tr/tubitak_content_files//308/4.3/DG-INFISO_report.pdf ., s. 292.

²⁹⁰ Kişisel Tedbirler konusunda bakınız **aş. s.**

teknolojiyi de göz önüne alarak robot.txt dosyaları üzerinden internete içerik sağlamaya ve gerekli teknik önlemleri almaya yönlendirmektedir.²⁹¹

FSEK madde 36 hükmü kapsamında, basın veya radyo tarafından umuma yayılmış bulunan günlük havadisler ve haberler serbestçe alıntı yapılabilir. ²⁹² Gazete veya dergilerde çıkan içtimai, siyasi veya iktisadi günlük meselelere temas eden, makale ve fıkraların iktibas hakkı açıkça saklı tutulmamışsa aynen veya işlenmiş şekilde diğer gazete ve dergiler tarafından alınması ve radyo vasıtasıyla veya diğer bir suretle yayılması serbesttir. İktibas hakkı mahfuz tutulsa bile sözü geçen makale ve fıkraların kısaltılarak basın özetleri şeklinde alınması, radyo vasıtasıyla veya diğer bir suretle yayılması mümkün kılınmıştır. Bütün bu hallerde, iktibas edilen gazete, dergi ve ajansın ve eğer bunlar da başka bir kaynaktan alınmışlarsa o kaynağın adı, tarih ve sayısından başka makale sahiplerinin adı, müstear adı veya alametine yer vermek gerekecektir. Anılan hallere günümüz gelişen teknolojik imkanları dolayısıyla internetin de dahil olduğu şüphesizdir.²⁹³

11. Hukuk Dairesi de, yalnızca siyasi ve iktisadi günlük meselelere temas eden gazete haberlerinin iktibas hakkının saklı tutulabileceği, haberlere ilişkin özel fedakarlık sonucu elde edilen haber, yazı ve resimlerin başka mevkuteler tarafından yayınlanmasında mahsur bulunmadığına ilişkin vermiş olduğu kararında, bütün gazete haberlerinin hususi fedakarlık sonucu elde edildiğine dair gerekçenin de kabulü mümkün bulunmamaktadır, görüşündedir.²⁹⁴

Diğer yandan Bern Konvansiyonu madde 10 hükmü ile basın lehine bazı düzenlemeler getirmiş bulunmaktadır. Kamusal düşünceden hareketle düzenlenen madde gereği, güncel olaylarla ilgili gazete veya dergilerden alıntı yapmak, atıf

²⁹¹ Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. <http://www.the-acap.org/index.php>

²⁹² İktibas serbestisi, fikrî mülkiyet hukukuna hâkim olan genel ilkelerden “Yararlanma ve Benzetme Serbestisi İlkesi”nin bir sonucudur. Bu ilke hakkında detaylı bilgi için bkz. Tekinalp, s. 32.

²⁹³ Hirsh, “Fikri Say”, s. 169., Ayiter, s. 132; Erel, s. 248; Tekinalp, s. 191;

²⁹⁴ 11. HD., 03.07.2000 t. ve 2000/5382 E. ve 2000/6257 K. Sayılı vermiş olduğu kararı. www.kazanci.com.tr (erişim tarihi .10.04.2011)

vermek şartı ile mümkündür. Gazete ve dergilerdeki günlük, ekonomik, politik dini konularla ilgili yazıların veya benzer nitelikli radyo –TV yayınlarının, yazılı, sesli ve görsel basın tarafından yayımlanması ve kablolu iletişim araçlarıyla nakli eser koruması kapsamında bağıştıktır.²⁹⁵

Inline link ve Frame tekniğinin uygulanması ile, ortaya bir takım özel haksız rekabet halleri çıkmaktadır. Bu surette referans site ile link verilen site işleticilerinin karıştırılması ve referans sitenin kimi bölümlerinin alıntılanmaması mümkündür. (reklamların gizlenmesi gb)

Bu link atmaların teknik olarak önlenmesi imkanı var ise de, bu surette emeğin sömürülmesi tek başına bir açık haksız rekabet ihlalidir. Link ve frame ile dolaylı da olsa, belirli yasakların aşılması söz konusu olabilmektedir. İnternet ve dijital teknoloji ile her biri yasal sitelerin içerikleri bir araya getirilerek yasal olmayan bir sonuca, yani yasal olmayan içerikli bir internet sayfasına ulaşılabilir. Bu duruma örnek olarak karşılaştırmalı reklamın yapılması verilebilir.

Bir mal ve ürünün kaliteleri sergilendikten sonra benzeri ve özellikle de link veren işletmenin seçtiği ürünlerle karşılaştırma imkanı veren link ve framelerde haksız rekabet durumu söz konusu olur. link verilen bir sayfa internet sitesi sahibinin ilanları ile çerçvelenmemeli, başka bir siteden internet sitesi sahibinin sitesine içerik çerçvelenmeden önce digger site (referans site) sahibinden izin alınmalı, eğer görüntülenen içerik başka bir sitenin içeriği ise, tarayıcının url adresi kısmında çerçvelenen sitenin url adresinin görünmesi sağlanmalı.

Frame verilmesinde, bir internet sayfasında birbirinden bağımsız bölümlerde birden çok doküman görülebilmektedir. Modern internet tarayıcıları kullanıcının ekranının bölünebilmesini sağlamaya elverişlidir. Frame tekniği ile internet sayfası yapımcısı bir başkasına ait internet sayfasını kendi sayfası içine monte etme imkanını elde eder. Her frame verilmesinde, internet kullanıcısının ekranında yabancı internet sayfaları görülebilmektedir. Link vermenin değerlendirilmesinde, öncelikle internet sayfalarının özellikleri göz önünde bulundurulmalıdır.

²⁹⁵ Bayamlıoğlu, s.141.

B. İnternette Haksız Rekabetin Kişisel Tedbirler İle Önlenmesi Kapsamında Teknik Yöntemler ve Alternatif Arayışlar

İnternet sitelerinin teknolojik yöntemlerle korunabilmesi için FSEK kapsamında tayin edilen ve sınırlı sayı ilkesi çerçevesinde korunana eser sahibinin mali haklarından FSEK madde 25 hükmü ile belirlenen “kamuya iletim hakkı” elektronik ortamda çoğaltma ve yayını da düzenler tarzda ele alınmıştır. FSEK madde 80 yoluyla bağlantılı hak sahiplerinin de kamuya iletim hakkı bulunduğu hükme bağlanmıştır. Alınabilecek teknolojik önlemlerin korunabilmesi için ise, öncelikle kamuya iletmeye hakkının internet ve diğer iletişim ağları üzerindeki faaliyetleri de kapsayacak şekilde düzenlenmesi gerekmiştir.²⁹⁶

Teknolojik koruma bakımından en önemli düzenleme, FSEK Ek Madde 4 ile edilmiş olup, Ek Madde fıkra 1 uyarınca eser sahibi ve eser sahibi ile, eser üzerindeki haklardan herhangi birinin sahibi tarafından öngörölmüş bilgiler ve bu bilgileri temsil eden sayılar veya kodlar yetkisiz olarak ortadan kaldırılamaz ve değiştirilemez. Görüldüğü üzere, esere erişimi veya kopyalamayı engelleyen teknolojik önlemlerin de korunmasına ilişkin olarak ayrı bir hüküm bulunmamaktadır. Bu tür koruma ayrı bir ihlal tipi olarak düzenlenmemiştir.²⁹⁷

Çalışmamızda internet ortamında içeriğin teknik korumasına ilişkin alınabilecek kişisel tedbirlerin yanında, bu tedbirlere ihtiyaç duyulmasından önce koruma tanımının günümüz sosyal ihtiyaçları paralelinde tekrar yorumlanmasını hedef alan organizasyonların belirlemelerine de ayrıca değinilmiştir.

²⁹⁶ Bayamlıoğlu, s.246.

²⁹⁷ Bayamlıoğlu,s. 247.

1. Haksız Rekabetin Kişisel Tedbirler İle Önlenmesi Adına Dijital Hak Yönetimi (“DRM”) Sistemi

Haksız rekabete meydan veren davranışların önlenmesi adına alınabilecek teknik yöntemler bahsi içinde, “Dijital Hak Yönetimi Sistemi”²⁹⁸ nin özel bir önemi vardır. Doktrinde ve uygulamada DRM Sistemi olarak kullanılan bu teknik tabir, daha çok teknolojinin imkan verdiği uygulamalar ve yenilikler kapsamında geliştirilen kurallardır. Şu kadar ki, gelişen teknoloji evresinde kurgusal olarak geliştirilen tüm yöntem ve araçların belki de panzehiri olarak üretime tabi olan araçlara günümüzde kişiler dava yollarından önce başvurulmakta ve bir sistemler bütünü olarak sıklıkla benimsenmektedir. DRM sistemi kapsamında, internete yüklenen içeriğin coğrafi olarak sınırlandırılması “geo-blocked” yöntemi tabir edilen alan sınırlandırılmasının örnek olarak verilebileceği bu uygulamalar, bir iş yöntemi olarak kişisel koruma yöntemi sunmaktadır. İnternete yüklenen içeriğin, yükleyen tarafından alan sınırlandırılmasına tabi olarak yüklenmesi, yalnızca belli lisans bölgelerinde (“territory”) gösterime açılması ve fakat bu alanlar dışında kalan mahallerde gösterime imkan verilmemesi, hakların dijital olarak yönetimi alanında içeriği aynı zamanda farklı mahallerde gösterime sunmasından dolayı hak kazanılacak ekonomik menfaati sağlanmasına yardımcı olabileceği gibi, bu sınırlamanın hak sahipleri tarafından talep edilmesi güncel lisans sözleşmelerinin de kapsamı dahilinde geliştirilecektir. Diğer yandan uluslararası kabul görmüş standartlara sahip kripto sistemlerinin verilerin kullanılması için kullanılması da sıkça başvurulan yöntemler arasındadır.

Kişisel tedbirler kapsamında yazılım şirketleri tarafından üretilen metodlar özellikle “birlikte çalışabilirlik” (“interoperability”) anlamında çözüm arayışına yönelmiştir. Bu kapsamda internet ortamında işbirlikleri geliştirilmesi, haksız ticari uygulamaların

²⁹⁸ DRM sistemi hakkında ayrıntılı açıklama için bkz.; Bayamlıoğlu., s. 303.vd.

spesifik bir görünüm teşkil edip etmediği de ayrıca tartışılmıştır. Anılan sistem, yeni aktörlerin piyasaya girmesini engellemeye yönelik eylemleri beraberinde getirdiği gibi, fiyatlara karar verme yetkilerinin kendilerinde toplanması tehlikesine de işaret etmektedir. DRM kapsamında birlikte çalışabilirlik esası, içerik yükleyenlerce, içeriklerin henüz internet ortamına aktarılırken gerekli önlemler alındıktan sonra dağıtımı esnasında haksız rekabete karşı şifreleme (“locked-in”) ve izin denetim moderasyon sistemleri (“gatekeeper”) gibi araçlara başvurulmaksızın en etkili yayma yöntemlerinin kullanılarak dağıtılması anlamına gelmektedir.²⁹⁹

Uluslararası alanda, üretilen çeşitli DRM sistemleri arasında öncü çözümler geliştirmiş örnekler dikkat çekmektedir. Bunlardan Windows Media Player tarafından kullanılan ve masaüstü bilgisayarları başta olmak üzere Windows Media Player’ın kullanıldığı her tür depolama aygıtında videonun ya da müzik dosyasının çalıştırılırken diğer yandan korsanla mücadele edilmesi adına geliştirilen sistemler bütünü olan Windows Media DRM; bilgisayar, taşınabilir aygıt ve ağ aygıtlarında, kayıttan yürütülmek üzere içerikleri koruma ve güvenli şekilde dağıtma üzerine bir formül sunmaktadır.³⁰⁰ Dijital şifreleme protokollerinin kullanıldığı sistemde, çok çeşitli korsanlık önleme teknikleri kullanılmaktadır. Bu sayede, doğrudan veya dolaylı yoldan lisans almaya yönelik ya da abonelik hizmetleri ya da online kiralama, online video gösterimi (“VOD- video on demand”) yapan ve gösterim başına ödeme talep eden (“PPV- pay per view”) hizmetleri sağlayan internet sitelerinin içeriği korunabilmektedir. Örneğin, dijital ortam dosyasının dağıtımı mümkün olmayıp lisans yoluyla edinen kişinin bu veriyi dağıtması için tekrar lisans alınması gerekmektedir. Bu sayede Windows DRM koruması altında olan bir video’nun dijital araçlarla gösteriminin sınırlandırılması, Windows DRM modülüne uyum sağlayan cihazlardan anılan videonun satın alınabilmesi, hak sahibine takip konforu

²⁹⁹ Urs Gasser, John Palfrey, **“Case Study Drm-Protected Music Interoperability And Innovation Breaking Down Digital Barriers”** Berkman Publication Series, The Berkman Center for Internet & Society, Harvard University., November 2007., <http://cyber.law.harvard.edu/interop>; Avrupa Birliği High Level Group on Digital Rights Management, **“Final Report”**, March-July 2004, s.9-10, http://ec.europa.eu/information_society/europe/2005/all_about/digital_rights_man/doc/040709_hlg_drm_2nd_meeting_final_report.pdf

³⁰⁰ İstanbul Bilgi Üniversitesi Bilişim Teknolojisi Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, **“Sayısal Haklar Yönetimi”**, T.C. Kültür ve Turizm Bakanlığı, İstanbul 2006., s. 73. vd., <http://windows.microsoft.com/tr-tr/windows/media-player-drm-faq#1TC=windows-7>

sağlamakta ancak sistemin beraber çalışabilirlik özelliği dolayısıyla videonun bazı cihazlar ile ancak izlenebilmesi tekeli dev bir distribütör kurmakta olduğu için eleştirilmiştir.³⁰¹

Windows Media DRM sistemini piyasa gelişimini desteklemek amacıyla üçüncü kişilere lisans kapsamında tanımaktadır. Bu kapsamda online müzik mağazaları olan DirectSong, MTV's URGE ve Unbox Windows lisansını kullanmaktadırlar.

Apple tarafından işletilen online müzik ve video satın alımı hizmeti veren i-tunes isimli online marketin DRM koruma sistemleri ile teknik korumaya tabi olması ise, Fransa Rekabet Kurulu'nun emsal teşkil edecek bir kararına konu olmuştur.³⁰² Apple tarafından geliştirilen DRM yöntemlerinin lisansa açık olması ve durumun adil kullanım bahsi dairesinde değerlendirilmesi gereği hakkında Virgin Mega isimli şirketin Fransız Rekabet Kurulu'na yapmış olduğu başvuru Kurul, DRM yöntemlerinin hukuki anlamda online müzik endüstrisinin gelişmesi kapsamında zaruri olmadığı ve Virgin Mega isimli şirketin müşterilerinin tersine mühendislik metodları kullanarak DRM yöntemlerini elverişsiz hale getirebileceği savı ile reddedilmiştir. Anılan karar kapsamında, DRM yöntemlerinin de haksız rekabet hukuku dairesinde korunması, şirket faaliyetleri kapsamında üretilen teknik yöntemler ve know-how veriler dahilinde haksız rekabet hükümleri kapsamında korunmaya değer mülahazada değerlendirilmesi amaca uygun olacaktır.³⁰³

İnternete yüklenen bir içeriğin kişisel tedbirler mülahazası ile haksız rekabet teşkil eden fiillerden korunması kapsamında AES ("Advanced Encryption Standard"; gelişmiş şifreleme standardı)³⁰⁴ standartları çerçevesinde kurgulanmış şifreleme

³⁰¹ İstanbul Bilgi Üniversitesi Bilişim Teknolojisi Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, s. 75. vd.

³⁰² Décision n° 04-D-54 du 9 novembre 2004; <http://www.utoritedelaconurrence.fr/pdf/avis/04d54.pdf>, (erişim tarihi: 07.03.2014)

³⁰³ Urs Gasser, John Palfrey, s. 65.

³⁰⁴ Joan Daemen ve Vincent Rijmen tarafından tasarlanan, 2001 yılında ABD'de National Institute Of Standards And Technology ("NIST")'in açtığı yarışmayı kazanmış olan AES, 128, 192 ve 256 bitlik anahtarlara sahip olabilen ve kırılması imkansız sayılmış simetrik şifreleme algoritmasıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. www.nist.gov. (erişim tarihi: 12.03.2014)

yöntemi bir içeriğin internete yüklenmesi neticesinde bu içeriğin korsan üretiminin yapılması ve yayılması da güçleşmektedir. DRM kapsamında, internet kullanıcılarına yönelik erişim kontrolüne değinen sistemler şifreleme yöntemleriyle kopyalama kontrolü sağlarken, diğer yandan kimlik belirleme, ödeme esasları getirerek sınırlama, programlama dilinde yapılan katkılar yoluyla işlemektedir. Bu alanda müzik endüstrisinin öncü rol üstlendiği söylenebilir.

Avrupa Birliği 2011/29 sayılı Direktifi kapsamında fikri mülkiyet ve bağlı haklar çerçevesinde dijital hakların yönetimine ilişkin olarak 22 Mayıs 2001 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Direktifin 6. Maddesi gereğince, üye ülkeler dijital içeriğin çoğaltılması, yayılması ve umuma ulaştırılması ve korsanla mücadele hususunda hak sahiplerinin menfaatlerini gözetir ve amaca yönelik gerekli teknik önlemleri almakla yükümlüdür. Avrupa Birliği tarafından Avrupa Birliği Araştırma Komisyonu adına yönetilen 1990 yılından bu yana hizmet veren kamusal araştırma ve geliştirme bilgi servisi CORDIS- “Community Research and Development Information Service” ar- ge çalışmaları kapsamında birlik düzeyinde proje üretilmesine ve desteğine katkı sağlamaktadır. Bilgi toplumu ve medya alanında yayınlanan İnteraktif İçeriklerin Bilgi Toplumuna Etkisi konulu AB 7. Çerçeve Raporu’nda³⁰⁵ etkili (DRM) sistemlerinin, dijital kapsamda içerik koruması için önerilen teknik çareler arayışı içinde öneriler getirilmiştir.

Yazılım üreticilerine internet üzerinden güvenli satım olanağı sunan *Softwrap* ise, dijital bir pazarlama ve dağıtım sistemi olup, yazılımı korsana karşı korumaktadır. Elektronik yazılımın sorunsuz ve güvenli teslimini, hile kontrolünü sağlar. Yine *Elicence* sistemi, içerikleri internete yükleyen kullanıcılara korunmuş içeriği wrapper tabir edilen şifreleme tekniği ile doğrulamaktadır. *Cinea DRM*, yasa dışı kopyaların orjinaline kadar geriye doğru izlenmesi esasına dayanan, bir diskin çalındığı her bir oynatıcı için dijital kimlik basılması yoluyla korsan kopyanın üretildiği kullanıcıyı tespit eden bir yöntemdir. Bu sistemlerin yöneldiği ana amaç, kamuya yayma anlamında kullanıcıya kısıtlama getirir iken, olağan veri alışverişini de engellememektir.

³⁰⁵ http://www.fp7.org.tr/tubitak_content_files//308/4.3/DG-INFSO_report.pdf

DRM sistemlerinin uygulamaya alan cihazların geliştirilmesi ile, korsan ürünlerin üretilmesi ve yayılması da engellenebilecektir. DRM sistemleri bu kapsamda internet dağıtım kanalını desteklediği kadar, uydu, kablo veya karasal üzerinden yayın yapan farklı dağıtım kanallarını da desteklemeli, x kere gösterim, x saat gösterme, x kere kopyalama gibi farklı kullanım kurallarını destekleyebilmesi gerekmektedir.³⁰⁶ Neticeten, Avrupa Birliği 7. Çerçeve Raporunda, İnternet medyasında haksız rekabetin kişisel tedbirler mülahazası ile engellenmesinin, yeni iş modelleri kapsamında geliştirilecek spesifik teknoloji programlarının da kanun koyucular tarafından dikkate alınması gereğine işaret edilmiştir.³⁰⁷

2. Teknolojik Koruma Kapsamında Alternatif Arayışlar

Eserin üzerinde hak sahibi olan kişi ve kişilerce eseri temsil eden ve bir internet sitesinde çoğaltılması ve kamuya iletimine imkan veren sayı ve kodların, veri tabanlarının, ara yüzlerin eser sahibinin iznine tabi olmaksızın, teknolojinin gelişimine yarar sağlaması bakımından, vücuda getirilmesi sırasında eser sahibinin izni ile kopyalanmaları, çoğaltılmaları ve işlenmelerine izin verilmesi uygulamada taraftar kazanan bir akımın temel prensibini oluşturmaya başlamıştır; bir Özgür Yazılım ("free software"), kullanıcıya çalıştırma, kopyalama, dağıtma, inceleme, değiştirme ve geliştirme özgürlükleri tanıyan yazılım türüdür. Özgür yazılım ile kastedilen özgürlük, yazılımın kullanım hakları ile ilgili olup, özgür yazılımlar çoğunlukla ücretsiz olarak umuma arz edilmektedirler.³⁰⁸

Günümüzde bazı endüstriler, kendi araştırma ve geliştirmeleri için özgür yazılım geliştirmeye benzer teknikler kullanmaya başladı. Mesela bilim adamları, daha açık geliştirme süreçleri ararken mikroçip gibi donanımlar da copyleft lisanslarıyla geliştirilmeye başlandı ("OpenCores Projesi" gibi). Creative Commons ve serbest kültür hareketi, özgür yazılım hareketinden çok etkilenmişlerdir. Özgür kabul edilen

³⁰⁶ CORDIS, 6. Çerçeve Programı kapsamında proje yürüten delegelerinin yayınladığı ve ortak DRM gereksinimlerini içeren liste hakkında bkz. http://ec.europa.eu/research/fp6/index_en.cfm

³⁰⁷ http://www.fp7.org.tr/tubitak_content_files//308/4.3/DG-INFOS report.pdf , s. 268.

³⁰⁸ http://tr.wikipedia.org/wiki/%C3%96zg%C3%BCr_yaz%C4%B1l%C4%B1m

lisanslar, Özgür Yazılım Vakfı³⁰⁹ tarafından listelenmektedir. En yaygın kullanılan özgür yazılım lisanslarının başında GPL lisansı gelmektedir. Aşağıdaki listede belli bazı özgür yazılım lisansları alfabetik olarak listelenmiştir.³¹⁰

Türkiye'de özgür yazılım topluluğu 1992 yılından bu yana Bilkent Üniversitesi'nde bir topluluk olarak toplanmıştır. 1995'ten 2000 yılı ortasına kadar Türkiye Linux Kullanıcıları Grubu adı ile bir birlik oluşturan Türk özgür yazılım gönüllüleri, 2000 Mayıs ayında başlatılan girişimler ile bir derneğe kavuşarak, Linux Kullanıcıları Derneği'ni kurmuşlardır. Şu anda da Türkiye'deki Linux ve özgür yazılım topluluğu varlığını büyüyerek sürdürmektedir.

Özgür yazılım anlayışının yanında eserin kamuya iletimi bahsinde eser sahibine alternatif yöntemler tavsiye eden bir başka hareket ise, Creative Commons, kâr amacı gütmeyen, fikri haklar alanında esneklik ve paylaşımı yaygınlaştırmak amacıyla kurulmuş bir düşünce hareketi ve organizasyonudur.³¹¹ Creative Commons, 2001 yılında Center for the Public Domain kuruluşunun desteğiyle başlayan ve aralarında fikri mülkiyet konusunda uzman sanatçı ve entelektüellerin bulunduğu bir grup tarafından kurulmuştur. Creative Commons amacına ulaşmak için sanatçılara ve genel olarak tüm eser sahiplerine, fikri hukuktan doğan kimi hakları kamuya paylaşabilmelerine imkân verecek, özel olarak hazırlanmış telif lisansı sözleşmeleri önermektedir. Özgür Yazılım Vakfı tarafından daha önce meydana getirilen GNU Genel Kamu Lisansı (GNU GPL) metinlerini temel alan bu sözleşmelerin özelliği, yaratıcı kişilere, telif hakkından tamamen feragat etmeksizin eserlerini paylaşımına açmalarına imkân tanınmasıdır.



³⁰⁹ Özgür Yazılım Vakfı (Free Software Foundation), Özgür yazılım hareketi ve GNU projesini desteklemek üzere 1985 yılında Richard Stallman tarafından kurulan, bir sivil toplum örgütüdür.

³¹⁰ Özgür Yazılım Vakfı tarafından serbest kabul edilen lisanslar; Apache Lisansı, Avrupa Birliği Kamu Lisansı (EURL), BSD Lisansı, Eclipse Kamu Lisansı (EPL), GNU Genel Kamu Lisansı (GPL), GNU Kısıtlı Genel Kamu Lisansı (LGPL), MIT Lisansı, Mozilla Kamu Lisansı (MPL) vb..serbest yazılım listesi için ayrıca bkz. <http://www.gnu.org/licenses/license-list.html>;

³¹¹ http://tr.wikipedia.org/wiki/Creative_Commons; <http://www.centerpd.org/bod.htm>

CC tarafından hazırlanıp, üye ülkelerdeki temsilci kuruluşlarca ilgili hukuka göre uyarlanan bu sözleşmeler, özellikle dijital platformda eserlerin izinsiz kopyalanması konusunda yaşanan hukuki kaosa değişik bir bakış açısıyla yaklaşmaktadır. Eser sahibi, bu prensipte CC lisansı sözleşmesi adı altında kamuya eser sunması halinde, internetin bilgiye erişim platformu olma yönünü destekler tarzda kamuya katkı sağlamak istemektedir. Eser sahibi, CC lisansı ile internete koymakta olduğu eseri için alışlagelmiş “all rights reserved” yerine “some Rights reserved” ibaresini metinlere ekleyecektir.

Creative Commons'un eser sahibinin isteğine uygun olabilecek değişik lisansları mevcuttur. Creative commons araçları sadece lisanslardan ibaret olmayıp buna kimi işaret, etiket ve diğer belgeler de eklenebilir.³¹² Etiketinin bir eserle ilgili olarak kullanılması, eser sahibinin bazı haklarını elde tutarken, kimi bazı haklarını da kamuya paylaştığı anlamını taşır. Aşağıda açıklanacak 6 tip lisans için de aynı etiket kullanılır. Bir başka araç olan “commons deed”, kısaca kamuya ilgili lisans tipiyle ilgili bilinmesi gerekenleri açıklar. Aynı zamanda her bir lisans için kullanım kapsamını açıklayan basit semboller de bulunmaktadır.

| Lisansın kısa adı | Şartlar | Lisansın logosu | Açıklaması |
|-------------------|---|---|--|
| by | <ul style="list-style-type: none"> Eserin ilk sahibi belirtilecektir |  | Bu lisansa sahip esere kopyalanabilir, üzerinde değişiklik yapılarak işlenebilir, ticari amaçla kullanılabilir. Sağlanması gereken tek şart, eserin tüm nüshalarında eserin ilk sahibinin belirtilmesidir. |
| by-sa | <ul style="list-style-type: none"> Eserin ilk sahibi belirtilecektir İlk lisans modeli korunacaktır |  | <p>Bu lisansa sahip eser kopyalanabilir, üzerinde değişiklik yapıp işleme eser üretilebilir, ticari amaçla kullanılabilir. Sağlanması gereken iki şart mevcuttur; İlki, eserin tüm nüshalarında eserin ilk sahibinin belirtilmesi. İkincisi, eserin tüm nüshalarında veya eserden üretilmiş yeni eserlerde de aynı veya benzer lisansın kullanılmaya devam edilmesi.</p> <p>Bu lisans özgür bir lisans modeli olarak kabul edilmektedir.</p> |

³¹² Bundan başka, CC lisanslı eserlerin İnternet tarayıcı programlar tarafından algılanmasını sağlayan elektronik etiket (tag) de mevcuttur.

| | | | |
|----------|--|--|--|
| by-nd | <ul style="list-style-type: none"> Eserin ilk sahibi belirtilecektir Özgün hali korunacaktır | | Eserin tüm kopyalarında eserin ilk sahibinin belirtilmesi ve eserin özgün halinin korunması şartı ile bu lisansa sahip eser kopyalanabilir ve ticari amaçla kullanılabilir. |
| by-nc | <ul style="list-style-type: none"> Eserin ilk sahibi belirtilecektir Ticari kullanılamayacaktır | | Bu lisansa sahip eser, eserin tüm kopyalarında eserin ilk sahibinin belirtilmesi ve eserden hiçbir ticari kopya üretilmemesi kaydı ile kopyalayabilir ve üzerinde değişiklik yapıp yenisini üretilir. |
| by-nc-sa | <ul style="list-style-type: none"> Eserin ilk sahibi belirtilecektir. Ticari kullanılamayacaktır İlk lisans modeli korunacaktır | | Bu lisansa sahip eser, eserin tüm kopyalarında eserin ilk sahibinin belirtilmesi ve eserden hiçbir ticari kopya üretilmemesi kaydı ile kopyalayabilir ve üzerinde değişiklik yapıp yenisini üretilir. Sağlanması gereken bir üçüncü şart ise, eserin tüm kopyalarında veya eserden üretilmiş yeni eserlerde de aynı veya benzer lisansın kullanılmaya devam edilmesidir. |
| by-nc-nd | <ul style="list-style-type: none"> Eserin ilk sahibi belirtilecektir Ticari kullanılamayacaktır Özgün hali korunacaktır | | Bu lisansa sahip eser, eserin tüm kopyalarında eserin ilk sahibinin belirtilmesi ve eserden hiçbir ticari kopya üretilmemesi kaydı ile kopyalayabilir ve üzerinde değişiklik yapıp yenisini üretilir. Sağlanması gereken bir üçüncü şart, esere dokunulmaması ve eserin özgünlüğünün korunmasıdır. |

Tablo 3


Bütün lisans türleri kullanıcıya dünya genelinde bedelsiz, münhasır olmayan (“non-exclusive¹) ve sürekli kullanım hakkı vermektedir. Buna göre her lisans, eserin reprodüksiyonuna, derleme eserler içine alınmasına, dağıtılmasına, kamuya sunumuna ve icrasına izin vermektedir. İşlemeye izin veren lisanslar, aynı zamanda ortaya çıkan işlemin kopyalarının dağıtılmasına ve icrasına da izin verir.³¹³

CC projesi ile eser lisansına getirilen lisansların mahkemelerce tanınmaya başlanmıştır. Özellikle eser sahibinin adının belirtilmesi, ticari olmayan kullanım ve “aynen paylaşım” kuralına uyulması önemlidir.

Avrupa’da 2006 Mart ayında Hollanda Mahkemeleri CC lisansının hukuki etkisini teyit etmiştir. Dava konusu, bir müzik kanalında sunucu olan davacının kendisine ve ailesine ait CC lisanslı fotoğrafları “aynen paylaşım” kurallı CC lisansı ile internette

³¹³ <http://creativecommons.org/about/history.>, <http://creativecommons.org/licenses/>

yayınlanmaktadır. Weekend isimli tabloid gazetesi davacı ile ilgili haberde bu fotoğrafları kullanmış ve davacı CC lisansı hükümlerinin ihlal edildiği iddiası ise davacı olmuştur. Gazete savunmasında lisansla ilgili işaretlerin açık olmadığını ve davacının internette paylaşım yapmasından ötürü onayına gerek bulunmadığı yönde savunması mahkemece dinlenmemiş ve fotoğrafların lisans kapsamında değerlendirmeye alınacağına hükmetmiştir. Yine 2006 yılının Şubat ayında İspanyol Mahkemelerine taşınan uyuşmazlıkta benzer bir hüküm alınmıştır.³¹⁴

Amerikan Devlet Başkanlık seçiminde Barack Obama'nın seçim içeriklerini yayınlayan www.change.gov isimli internet sitesi, Digital Millennium Copyright Act (DMCA)³¹⁵ ile uyumlu olarak, Creative Commons projesi kapsamında  lisans kapsamına alındığını duyurmuştur. Böylece, Barack Obama, seçim ekibi ve diğer içerik paylaşımları, içeri, eser sahibinin adının belirtilmesi kaydı ile ve başka bir koşul aranmaksızın tüm dünyada, herhangi bir yer ve bölge sınırı olmaksızın münhasır olmayan ("non-exclusive"), bedelsiz ve süresiz olarak paylaşılabilirliğine rıza göstermektedirler.³¹⁶

İnternette fotoğraf ve video paylaşımı amacıyla kurulmuş olan Flickr isimli internet sitesi, sitede yer alan sayısız içerikte resim ve videonun paylaşanları tarafından farklı CC lisanslama türleri altında lisanslanmasına dair seçenek sunmaktadır. Buna göre fotoğraflarını yükleyen kişiler, fotoğrafın tüm haklarını saklı tutabilecekleri gibi, ticari olmayan kullanıma açabilmekte ve/veya fotoğraf üzerinde işleme hakkı tanıyabilecek seçeneklerden en uygunu kapsamında seçim yapabilmektedirler.³¹⁷

³¹⁴ Rachel Cobcroft, **"Building an Australasian Commons: Creative Commons Case Studies Volume 1"**, <http://creativecommons.org.au/learn-more/publications/casestudiesvol1>, 2008. , <http://dern.okfn.org/node/99>; Emre Bayamlıoğlu, **"Creative Commons"**, 5. Linux ve Özgür Yazılım Şenliği, ODTÜ Pengence Yayınları, Ankara 2006, s.11 vd.; <http://www.linux.org.tr/wp-content/uploads/2010/04/pengence-sayi5.pdf>

³¹⁵ Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860 (Oct. 28, 1998).

³¹⁶ ABD Başkanlık seçim sitesi, fikri haklar uyarı metni için bkz.; http://change.gov/about/copyright_policy

³¹⁷ Flickr sitesine üye olan kişilerce yüklenen resimlerin internette kısıntısız paylaşımına izin verilebilmektedir. Joi İto isimli kullanıcı 2004 tarihinde Birleşik Arap Emirlikleri'nde çekmiş olduğu Sultan Suud El- Kasemi'nin fotoğrafı için izleyicilere kısıntısız CC lisansı tanımıştır. Örnek resim için Bkz. <http://www.flickr.com/photos/joi/5165089663/> Pek tabii, fotoğrafa konu

3. Adil Kullanım Doktrini (Fair Use Doktrin)

Bir internet sitesinin sadece gerçekleri yansıtan verilerden elde edilmesi, kendi başına bir haksız rekabet hali olarak kabul edilemeyeceği gibi, fikri haklar hususunda bir ihlal de teşkil etmeyecektir. Ancak, bir internet sitesinden aktarılan bilgilerin içerisinde, korunmaya hak kazanacak derecede orijinal ve yaratıcı olan seçim, koordinasyon ve düzenlemeler de yer almakta ise, konu haksız rekabet ve fikri hakların ihlal edilmesi hususunda incelenmelidir.

Bir internet sitesinden diğerine link verilmesi, ilk anlamda fikri haklar anlamında eserin bir çoğaltılması şekli olarak düşünülebilir. FSEK madde 22 hükmü ile belirlenen ve eser üzerindeki mali haklardan biri olan çoğaltma hakkı, Bir eserin aslını veya kopyalarını, herhangi bir şekil veya yöntemle, tamamen veya kısmen, doğrudan veya dolaylı, geçici veya sürekli olarak çoğaltma hakkı münhasıran eser sahibine aittir. Eserlerin bir kopyasının çıkarılması ya da eserin işaret, ses ve görüntü nakil ve tekrarına yarayan, bilinen ya da ileride geliştirilecek olan her türlü araca kayıt edilmesi, her türlü ses ve müzik kayıtları ile mimarlık eserlerine ait plan, proje ve krokilerin uygulanması da çoğaltma sayılır.

Zira, bir internet sayfasının çağırılması, tipik bir çoğaltma olarak kabul edilmektedir. Bir internet sayfasının işleticisinin internet sayfasında sunum yapması halinde onun en azından kendi internet sayfasına başkalarının link vermesini zımni olarak kabul ettiği varsayılmaktadır. Çünkü link verme, internet sayfasında sunulan hizmetten biridir ve link verilen sayfaya da ulaşabilme imkânı internet sitesi sahibi tarafından sağlanmaktadır.³¹⁸ Link verilmesinde, eğer sunucu, bu talebi karşılamayı kabul ederse, bağlanan bilgisayarın internet sayfasını yeniden düzenlemekte kullanacağı elektronik bir sinyal ile karşılık verir. Sonuç orijinal sunucuda kalmak üzere, sayfanın bir kopyasının bağlanan sitede kalmaktadır.

olan kişi ve kişilerin fotoğrafın kendi izinleri olmaksızın yayılması ve üzerinde işleme yapılmasına dair bir izinlerinin bulunmaması, bu lisans kapsamının yaygın kullanılmasının önündeki en büyük engeldir. CC lisanslarının niteliği gereği kullanılabilmesi için yerel hukukun buna uygun düzenlemeleri kendi içinde yapması gerekmektedir.

³¹⁸ Şebnem Akipek, Esra Dardağan., *“Sanal Ortamda Telif Hakları”*, BATİDER, C. XXI, S.1., Ankara., 2001., s. 65 vd.

Anglo- Amerikan hukuk düzenlerinde özellikle DMCA, Amerikan telif yasası kapsamında “adil kullanım” bir ölçüt olarak belirlenmeye gayret edilmiştir.³¹⁹ Adil kullanım kurallarına göre, eserlerin eleştiri, yorum, haber, eğitim –öğretim veya araştırma gibi amaçlarla çoğaltılmasının ve ses kayıtları yapılmasının bir telif hakkı ihlali oluşturmayacağı kabul edilmiştir.³²⁰

İnternet sitelerinin kopyalanmasının telif hakkı ihlali teşkil edip etmediği; elektronik transferin kopyalama olarak nitelenip nitelenemeyeceği veya bu durumun adil kullanım doktrini (“fair use doktrin”) ya da örtülü onay çerçevesinde sorumluluktan kurtulup kurtulamayacağı gibi, birçok sorun ile birden ilişkilidir.

FSEK kapsamında, yayımlanmış bir eserin, tüm eğitim ve öğretim kurumlarında, yüzyüze eğitim ve öğretim maksadıyla doğrudan veya dolaylı kar amacı gütmeksizin temsili, eser sahibinin ve eserin adının mutad şekilde açıklanması şartıyla madde 33 hükmü ile temsili serbest olduğu belirlenmiştir.

11. Hukuk Dairesi, eğitim ve öğretim amaçlı bilimsel bir çalışmanın meydana getirilirken, yayınlanmış musiki, ilim ve edebiyat eserlerinden ve alenileşmiş güzel sanat eserlerinden, maksadın haklı göstereceği bir nispet dahilinde iktibaslar yapılabileceğini haklı görmekle beraber, ancak bir şairin her kitabından örnek şiirler seçilirken genelde % 90`ının, bazı şiir kitaplarının da aynen alınmasını, serbest kullanım mülahazası ile değerlendirmemiş, bu durumu iktibas yoluyla işleme yapılması şeklinde yorumlamıştır. Bu durumda maksadın haklı göstereceği nispetin aşıldığına kanaat getirmiştir.³²¹

Diğer yandan, hususi Menfaat Mülahazası başlığı ile eserlerin kullanımına madde 38/1 ve devamı bentleri ile özellikle bilgisayar programları dikkate alınarak getirilen istisna ile, bütün fikir ve sanat eserlerinin kar amacı güdülmeksizin şahsen kullanmaya mahsus çoğaltılması mümkündür. Ancak bu çoğaltma hak sahibinin

³¹⁹ Ochoa, s.5, Akipek, Dardağan s. 67.

³²⁰ Akipek, Dardağan.,s .68.

³²¹ 11. HD, 18.11.2000.,t. ve 2000/7065 E. ve 2000/9425 K. Sayılı kararı. www.kazanci.com.tr (erişim tarihi:10.09.2011)

meşru menfaatlerine haklı bir sebep olmadan zarar veremez ya da eserden normal yararlanmaya aykırı olamaz. Aynı zamanda, FSEK madde 35 ile düzenlenen, İktibas Serbestisi bahsinde, Bir eserden alıntı yapılabileceği haller düzenlenmiş olup, alenîleşmiş bir eserin bazı cümle ve fıkralarının müstakil bir ilim ve edebiyat eserine alınması; yayımlanmış bir bestenin en çok tema, motif, pasaj ve fikir nevinden parçalarının müstakil bir musikî eserine alınması; alenîleşmiş güzel sanat eserlerinin ve yayımlanmış diğer eserlerin, maksadın haklı göstereceği bir nispet dahilinde ve münderecatını aydınlatmak maksadiyle bir ilim eserine konulması; alenîleşmiş güzel sanat eserlerinin ilmî konferans veya derslerde, konuyu aydınlatmak için projeksiyon ve buna benzer vasıtalarla gösterilmesi suretiyle yapılabileceği belirlenmiştir. İktibasın belli olacak şekilde yapılması lâzımdır. İlim eserlerinde, iktibas hususunda kullanılan eserin ve eser sahibinin adından başka bu kısmın alındığı yer belirtilir.

III. ALAN ADI³²² İHLALİ YOLUYLA DÜRÜSTLÜK KURALINA AYKIRI DAVRANIŞLAR

Türkiye’de alan adları üzerindeki hakların korunmasını konu alan ilk yasal düzenleme, elektronik haberleşme sektöründe düzenleme getirilmesi ve denetleme yoluyla etkin rekabetin tesisi, tüketici haklarının gözetilmesi ve bunlara ilişkin usul ve esasların belirlenmesi amacıyla yürürlüğe giren 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu ve Elektronik Haberleşme Kanunu’nun 5., 34. ve 35. maddelerine dayanılarak hazırlanan İnternet Alan Adları Yönetmeliği³²³dir. Yönetmeliği takiben İnternet Alan adları ile İlgili Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmasının İşletilmesine ve uyuşmazlık çözüm hizmet sağlayıcılara ilişkin tebliğler yayınlanmıştır.

³²² Alan adı, hukuki anlamda marka değildir. Alan adı internette bir objeyi kişiselleştirme ve tespit etme işlevine sahiptir. Bu anlamda alan adı yalnızca bir araçtır.” Eroğlu, “Marka”, s. 464., Karahan, Suluk, Saraçi Nal, s. 330.

³²³ R.G. 07.11.2010 t., S. 27752.

5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu, Tanımlar başlığını taşıyan, 3. Maddesi ile internet alan adının bir tanımını yapmış olup, buna göre, alan adları, internet üzerinde bulunan bilgisayar veya internet sitelerinin adresini belirlemek için kullanılan internet protokol numarasını tanımlayan adlar olarak ifade edilmiştir. Kanunun 5. Maddesi ile, numaralandırma, internet alan adları gibi kıt kaynaklara dayalı elektronik haberleşme hizmetlerine ilişkin strateji ve politikaları belirlemek ile Ulaştırma Bakanlığına bağlı olarak tesis edilen Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunu, yetkilendirilmiştir.

Elektronik Haberleşme Kanunu, “Haczedilemezlik ve Haberleşmenin Sürekliliği” başlığı altında düzenlenen 34. Madde hükmü ile elektronik haberleşme hizmetleri ile ilgili olarak abone veya kullanıcılara tahsis edilen frekans, numara ve hat kullanımı ile internet alan adları gibi intifa ve kullanım hakları ile işletmecilerin yetkilendirmelerinin hiçbir şekilde haczedilemeyeceğini hükme bağlamıştır. 34. Maddenin 3. Bendi ile, elektronik haberleşme alt yapısına mahkeme kararı veya ilgili mevzuatı uyarınca Kurum, Bakanlık veya diğer yetkili merciler tarafından alınmış bir karar olmadıkça, elektronik haberleşmenin aksamasına neden olacak biçimde müdahalelerde bulunulamayacağı hükme bağlanmıştır.

Kanun’un 8. Maddesi “Rekabetin Sağlanması” başlığı altında, Kurum, 4054 sayılı RKHK hükümleri saklı kalmak kaydıyla, elektronik haberleşme sektöründe rekabete aykırı davranış ve uygulamaları re’sen veya şikâyet üzerine incelemeye, soruşturmaya ve rekabetin tesisine yönelik gerekli gördüğü tedbirleri almaya, görev alanına giren konularda bilgi ve belgelerin sağlanmasını talep etmeye yetkilidir.

Alan adlarının bir ticari işletme için önemini oldukça arttırdığı günümüz şartlarında, başkasına ait bir markanın alan adı olarak Türkiye’de yahut Dünya’nın herhangi bir bölgesinde tescil edilmiş olması halinin, marka mevzuatının konusunun kapsamına girmesi söz konusu ise de, bununla beraber haksız fiil arz eden durumun, esasen bir rekabeti bozucu nitelik arz etmesinden ötürü, çalışmamızda yer verilmesi tercih edilmiştir.

İnternette, bir teşebbüsün aldatici beyan ve reklamlar yoluyla haksız rekabet hallerine meydan verebilmesi mümkün iken bazen de yalnızca kullanmakta haklı bir menfaati olmayan alan adını haksız surette tescil ettirmesi ile de haksız rekabete meydan verilebilmektedir. Bu husus her ne kadar, TTK madde 55/4 hükmü dahilinde, Başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol

açan önlemler alınması kapsamında değerlendirilecek bir davranış olsa dahi, alan adlarının tescil makamları tarafından gözetilen spesifik haksız şartların varlığı da haksız rekabete meydan verilmesini tespit eder nitelikte olmaktadır.

A. Bir Alan Adının Başkasının Marka, Ticaret Unvanı, İşletme Adı Gibi Korunan Bir Hakkını İhlal Etmesi

Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair 5833 sayılı Kanun³²⁴ ile madde 9 hükmüne eklenen (e) bendine göre, marka sahibi işareti kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bir bağlantısı olmaması ve dolayısıyla kötü niyetli olması koşullarıyla, işaretin aynı veya benzerinin internette ticari etki yaratacak biçimde, alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük veya benzeri biçimlerde kullanılmasını men edebilir.

Ancak kullanan kişinin kullanımını meşru kılan bağlantılı durumların varlığı halinde, alan adının kullanılması marka sahibi tarafından engellenemez.³²⁵ Tescil ettirenin MarKHK md.12 hükmünden yararlanılabilmesi mümkündür. Bu hükme göre, dürüstçe ve ticari veya sanayi konularıyla ilgili olarak kullanılmaları koşuluyla üçüncü kişilerin ad ve adresini mal veya hizmetlerle ilgili cins, kalite, miktar kullanım amacı, değer, coğrafi kaynak, üretim veya sunuluş zamanı veya diğer niteliklere ilişkin açıklamaları kullanmaları marka sahibi tarafından engellenemez. Alan adı, sahibinin adından ve/veya soyadından oluşuyorsa bu tipik bir örnek oluşturur.

Markalar Hakkında 556 sayılı MarKHK³²⁶ madde 5 hükmünde aynı zamanda hangi işaretlerin marka olabileceğini düzenlemiştir. Buna göre, marka, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla, kişi adları dahil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar,

³²⁴ R.G. 28.01.2009., s.27124.

³²⁵ Tekinalp, s. 29., Şenocak, s. 109.

³²⁶ R.G. 27.06.1995., S. 22326., "MarKHK"

"malların biçimi veya "ambalajları"" gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaretleri içerir.

Günümüzde, internette mal ve hizmet arzının bir marka üzerinde kurucu etkisinin bulunması ve bir markanın korunması bakımından da ayrıca etkisi olabileceği doktrinde incelenmiştir. Bir işaretin alan adı olarak kullanılmasının marka hakkına etkisinin olması kaçınılmazdır. İşletlere alan adı olarak yer verilmesi, internette marka hakkının kullanımının olağan görünümüleri arasındadır.³²⁷ Bu yolda, dava süreci ile zaman kaybetmemek adına, işletmelerine doğrudan alan adı çağırma işaretleri olan (www.xsite.com, www.xsite.net) gibi işaretleri de ekleyerek, bir URL görünümünde çağrı işaretinin Türk Patent Enstitüsü nezdinde marka olarak tescil edilmesini talep etmeleri de söz konusu olmaktadır.

Nitekim 11. Hukuk Dairesi³²⁸ eğilimi de, bu tür tescil taleplerinin TPE tarafından reddi kararlarının iptali gerektiği, bu tür işaretlerin ticaret alanında herkesin kullanımına açık bir işaret olarak nitelendirilmesinin doğru olmadığı ve işaretin uzun süreli bir kullanımın var olması halinde ayırdedicilik vasfını kazanmış olmasından ötürü markanın tescil edilmesi yönündedir.

³²⁷ Tekinalp.,s. 30., Kemal Şenocak, . 89 vd., Sevilay Eroğlu, **"Marka Hakkını Kurucu ve Koruyucu Olarak İnternette Marka Hakkından Yararlanma"**, GÜHFD, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan., s.1., Ocak 2002 s. 461-483., "Marka", Savaş Bozbel., **"Domain Names" (İnternet Alan Adları) ve ICANN- Tahkim Usulü"**, Prof.Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı., C.1., İstanbul, 2002., s.21.

³²⁸ 11. HD., 05.07.2013. t., 2011/13756 E. ve 2013/14368 K. Sayılı kararı., "...Dava, davacının "www.sahibinden.net" ibareli markasının tescili talebinin davalı TPE tarafından 556 sayılı KHK'nın 7/1-c maddesi gereğince nihai olarak reddine dair YİDK kararlarının iptali istemine ilişkindir. "SAHİBİNDEN" ibaresinin, reddedilen 35. sınıftaki hizmetler için doğrudan cins, vasıf vb. şekilde karakteristik özellik belirten tasviri bir işaret olarak kabulü mümkün olmadığı gibi, davacı şirket tarafından başvuru konusu hizmetler üzerinde kullanılacağından aynı KHK'nın 7/1-f bendi anlamında yanlıcılık söz konusu olamayacağından ticaret alanında herkesin kullanımına açık bir işaret olarak da nitelendirilmesi doğru değildir. Davacının "SAHİBİNDEN" asıl unsurlu internet alan adı altında 1999 yılından beri elektronik ticaretle iştigal ettiği de dosyadaki açıklama ve belgelerden de anlaşılmaktadır. Bu durumda, dava konusu başvuruyu oluşturan işaretin ayırt edicilik vasfının bulunması nedeniyle mahkemece davanın kabulü yerine reddine karar verilmesi doğru görülmüştür...", www.kazanci.com.tr (erişim tarihi. 12.12.2013)

İnternet sitesi, kullanımlarında rakibin tescilli markasının ön plana çıkartılmış ve vurgulanmış olması, alan adı olarak seçilmesi, rakibin markasının yararlanmak amacıyla markasal olarak kullanma arzusunda olduğu kabul edilmektedir. 11. Hukuk Dairesi vermiş olduğu bir kararında³²⁹, dar olan aynı sektörde yer alan rakiplerin birbirinin varlığını bilmesi gerektiğinden yola çıkarak, markaya temas eden internet adresi kullanan rakiplerin bu surette tanıtım ve reklam yaptığını, anılan kullanımların aleyhine haksız rekabette bulunulan rakibin markası ile iltibasa neden olduğunu kabul etmiştir.

Türk Hukukunda marka, ticaret unvanı veya işletme adı birbirinden üstün değildir. Ayırt edici nitelikte olmak kaydıyla sözcükler, grafikler, tasarımlar, logolar, malların ve ambalajların biçimi, sözcük –şekil bileşimleri, üç boyutlu biçimler, melodiler, renkler, sayılar vs. marka olarak tescil edilebilir. (MarKHK md.5)

İnternet kullanıcıları, alan adları arasında belirli ölçülerde benzerliğin bulunacağını ve alan adında yer alacak farklı bir harfin dahi farklı bir adresi ifade edeceğini bilirler. Bu yüzden marka ile alan adı arasında iltibas tehlikesinin varlığını tespitte katı davranmamak, markalar arasında iltibas yaratan benzerliklerin, alan adları bakımından iltibas oluşturmayacağını kabul etmek gerekir.

Başka bir ifade ile burada iltibasın çitası yükseltilmelidir. “Alba” markası daha önce tescil olunmuş “alpi” markası ile iltibas yaratırken, “alba” sözcüğünün ikincil düzey alan adı (“second level domain”) olarak kullanılması “alpi” markası ile iltibas oluşturmayacak dolayısıyla kullanım hak ihlaline sebep olmayacaktır.

MarKHK dahilinde marka hakkının ihlali nedeniyle alan adının kullanılmasının yasaklanmasının şartlarına göre alan adı sahibi, öncelikli ve üstün hal sahibidir.³³⁰

Günümüzde internette yazılım arz eden bir ticari işletmenin internet dışında bir reklam faaliyetinde bulunmasa dahi, bu yolla tanınmış bir marka seviyesine ulaşması mümkündür.

³²⁹ 11. HD, 05.04.2010 t., 2008/8488 E. ve 2010/3849 K. Tarihli kararı., www.kazanci.com.tr (erişim tarihi: 12.12.2013)

³³⁰ Şenocak., “Alan Adları”,s.105.,

MarkHK md. 7 hükmü, tescilden önce ayırdedicilik vasfı kazanmış markaların bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmesi koşulu aranmaz, kişi adları dahil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar "malların biçimi veya "ambalajları"" gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaretler, ticaret alanında cins, çeşit, "vasıf", kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten veya malların üretildiği, hizmetlerin yapıldığı zamanı gösteren veya malların ve hizmetlerin diğer karakteristik özelliklerini belirten işaret ve adlandırmaları münhasıran veya esas unsur olarak içeren markalar, ticaret alanında herkes tarafından kullanılsa dahi veya belirli bir meslek, sanat veya ticaret grubuna mensup olanları ayırt etmeye yarayan işaret ve adları münhasıran veya esas unsur olarak içerse dahi tescili reddedilemez.

MarkHK md. 7 kapsamında, tescili reddedilemeyecek unsurlar, internette var olan kullanım sonucunda markanın ayır edici bir nitelik kazanmış sayılıp sayılmayacağı yönünden değerlendirilmelidir. Ancak bunun belirlenmesini takiben şayet markanın internette ayırdedicilik vasfı kazanmış ise, tescilinin reddedilemeyeceğinden bahsetmek gerekir. İnternette var olan kullanımın markHKK madde 7 hükmünde aranan tescilden önce ayırdedicilik vasfı kazandıran bir mecra olarak kabul edilmesi halinde, tescilsiz bir işaret kullanma sonucu ayır edici nitelik kazanmış ise aynı veya benzer işaret daha önce tescil edilmiş veya tescil başvurusu daha evvel başka kimselerce yapılmış olmasına rağmen alan adı kullanıcısı tarafından tescil de ettirilebilir.³³¹

MarkHKK md. 7 hükmü, marka üzerindeki hakkın kullanım ile kazanılması ve tescilli markaya nazaran öncelik elde edilmesi anlamına gelmemektedir. Bu nedenle, markayı önce kullanan kişi, tescilli markanın terkinini talep edememekte, sadece kendi işaretinin de marka olarak tescilini isteyebilmektedir. İnternette bir işareti alan adı olarak seçen kişinin de marka hakkını tescilden önce kullanım ile kazandığı kabul edilse dahi, bu işaret hakkında tescilli bir marka var ise, bu markanın sicilden terkin edilmesi söz konusu olmayacaktır.

³³¹ Sabih Arkan, "Marka Hukuku", C.I., Ankara., 1997., Eroğlu, "Marka", s. 470., Şenocak, ., s. 109.

Sonuç olarak, herhangi bir sebeple tescil edilmemiş bir işareti, tanınması için büyük paralar harcayan ve bu suretle kendisine bağlayan ve herkese bunu tanıtan işletme, bu işareti tescil ettirebilmeli; fakat başkaları daha önce tescil ettirmişse terkinini isteyememelidir. Bir işaretin bu şekilde tanınması her zaman marka şeklinde olmayabilir. Bu nedenle internet alan adının adres amacının ötesinde slogan olarak ürünün reklamlarında, ürünün sunulduğu poşetlerde kullanılması halinde de işaretin ayırt edici nitelik kazanması mümkündür.

B. Alan Adı İşgali Ve Alan Adı Ticareti

Alan adlarının, başkasının unvan, işletme adı gibi tanıtmaya işaretlerinin alan adı olarak korunması halinde haksız rekabet hükümlerine göre koruma sağlanması söz konusu olacaktır.

Alan adı işgali ve alan adı ticareti'nin ("Cybersquatting"), en çok karşılaşılan metodu, alan adı tescilinde bulunan kişinin başkasına ait marka isim, ticaret unvanı, işletme adı ve vb., ileride gerçek hak sahibine çok yüklü bir meblağ karşılığında satmak amacıyla internet alan adı olarak kendi adına tescilini yaptırmasıdır.³³²

Başkasının üzerinde hak iddia edebileceği bir alan adının tescilini kötü niyetli olarak önlemek, onunla rekabet etmek veya tescil edilen alan adının, gerçek hak sahibi ile ilgisiz hatta unvanını zedeleyici internet sitelere yönlendirilmesi hallerinden hepsi birer alan adı işgali teşkil eder. Alan adı tescilinde bulunan, bu alan adını, ileride gerçek hak sahibine, tescil masraflarının çok üstünde bir meblağ karşılığında satabileceğini hesaplayarak tescil yaptırmaktadır. Kötü niyetli bir tescil işlemlerine karşı korunma için cybersquatting'in değişik görünüm şekilleri hakkında bilgi sahibi olunması da önem arz etmektedir. Cybersquatting kapsamında bir işletmenin, müşterileri cezbetmek için rakip konumundaki işletmenin internet sitesi varyasyonundan türeteceği bir isimle internet sitesi açması, pornografik içerikli site işletenlerin daha yaygın izleyici çekmek adına alan adının bir varyasyonunun

³³² Goldsmith., s.15.,

pornografik internet sitesi trafiği için kullanılması gibi durumlar söz konusu olabilmektedir. İnternet sitesinin alan adının yanlış yazılması halinde, izleyici otomatikman bu sitelere yönlendirilmektedir.³³³

Bir işletme ile iş ilişkisi sona ermiş çalışanın şirket sırlarının ifşası ve/veya şirketi kötüleme amaçlı olarak açabileceği siteler, memnuniyetsiz müşteriler tarafından, açılan nefret siteleri, birer internet fenomeni haline gelmiştir. Günümüzde tüketici davranışları, bir ürünü satın almadan önce ürünü arz eden işletme adını internet arama motorlarında aratmak yerine o ürün hakkında şikayet arz eden siteleri aratmak yönünde değiştiği gözlemlenmektedir.³³⁴

Bu halde, alan adı olarak tescil edilen isim, genelde bir gerçek kişi veya şirket adı, ünlü bir marka veya bir gazete, dergi veya bir televizyon adı olabilmektedir.

Bir internet sitesinin en fazla 35 USD maliyetle bir varyasyonun kayıt altına aldırılabilmesi günümüz koşullarında yalnızca dakikalar almaktadır. Bu kayıtlarda ne bir sahiplik belgesi ne de bir marka araştırması yapılmamakta ve işlem otomatikman gerçekleşmektedir.³³⁵ İngiltere’de ikamet den bir kimse aleyhine haksız olarak alan adı tescilinden dolayı Amerika’da bulunan tescil makamına karşı Türkiye’de dava açıp daha sonra alınan ilamın yerine getirilmesinin çok zor olduğu ve benimsenemeyeceği aşikardır.

“tr” uzantılı alan adlarının tescili otoritesi ODTÜ, uygulama ve politikaları ile, haksız alan adı tescillerine engel olmuş ise de, uygulanan sıkı politika dolayısıyla, başvuru sahipleri Türkiye’den kayıt başvurusu yaptırmak yerine, genelde yurtdışı tescil başvuruları yaptırmaya yönelmiştir. Kişiler “tr” uzantılı alan adı tescilini sağlayamaz ise yahut bazen bu yola hiç başvurmaksızın, yurtdışından yalnızca com, net, org, info, info, biz gibi jenerik uzantılı isimleri tescil ettirerek kötü niyetli amaçlarına ulaşmaktadırlar. Bu anlamdan ODTÜ tescil politikalarının, kötü niyetli alan adı

³³³ Special Report, www.betterwhois.com. (erişim tarihi:12.12.2012)

³³⁴ Special Report, www.betterwhois.com. (erişim tarihi:12.12.2012), Bozbel.s, 231.

³³⁵ Şenocak, s. 92., Bozbel.,s s.219., Kirca., s. 528., “**Special Report: Have you protected your domain from cybersquatters?**”, <http://www.betterwhois.com/cybersquatters.htm> (erişim tarihi.12.08.2012)

tescillerinde bir önleyiciliği olmamaktadır. Cybersquatters, internet sitelerine karşı oldukça önemli bir tehdit olarak varlığını sürdürmektedir.

Kendi alan adlarını tescil etmeyi ihmal eden kuruluşlar, kötü niyetli kişiler tarafından talep edilen, uçuk meblağları ödeyip alan adlarına kavuşmak ya da hukuki yollara başvurmak seçeneklerinden birini tercih edeceklerdir. Hukuki yollara müracaat ise internet yapısı gereği uygulamada karmaşık gelebilmektedir. Hakkı tecavüze uğrayan kişinin, Amerika'daki tescil makamı ICANN'e başvuruda bulunup onu sonuçlandırması, başvurusunun olumlu sonuçlandığı farz edilse bile bunun icra edilmesi, bu prosedürlerin beklenmesi, tek başına zaman ve para kaybına sebebiyet vermektedir.

İşletmelerin anılan durumların herhangi birine meydan verilmesi halinde, durumun marka uyumsuzluğu ve haksız rekabet davalarına konu edilmesi, tahkime gidilmesi ve sair yasal yollara başvurulması, bir defa "cybersquatter" ihlaline meydan verildiyse, ve özellikle site yabancı bir ülkede tescil ettirildi ise, hakkı zedelenen kimse için zaman, itibar ve para kaybına sebebiyet verebilmektedir. Bu durumlarının önüne geçilmesi adına, pratik olarak önerilen, henüz zarar meydana gelmeden birden fazla varyasyon ile alan adı tescili sağlanmasıdır.

Özellikle,

(1) Alan adının yalnızca bir uzantı ile değil, com/biz/net/info/org uzantılı alan adlarının da birlikte alınması (2) Hyphenation (heceleme) adı verildiği üzere, şayet işletme adı birden çok kelimedenden oluşuyor ise, hem bitişik yazılış metodu ile hem de heceleme yöntemi tercih edilerek, iki tip alan adı tescil ettirilmesi (usair.com vs. us-air.com gibi), (3) Tekil/Çoğul kullanım: Alan adının çoğul kullanıma müsait olması halinde (fordkamyon.com vs. fordkamyonları.com; fordtruck.com vs. fordtrucks.com gibi) çoğul kullanımını da birlikte tescil ettirilmesi (4) Ortak Yazım (Common Misspellings): Alan adı kolayca yanlış yazılmaya müsait ise, ortak imla hataları içeren varyasyonların da birlikte tescil edilmesi (volkswagen.com vs. volkswagen.com) gibi, (5) Kötü kullanım tescili: Bir çok deneyim, marka hakkında fikir edinmek isteyen kullanıcıların, şirket isimlerinin önüne ve arkasına kötü ibareler

yahut "şikayet", "kötü", "berbat" gibi kelimeler getirerek internette arama yaptığını haklı göstermiştir.

Bu tür kelimelerle birlikte tescilin sağlanması da önerilen metodlar arasındadır.³³⁶

C. Tanınmış Markanın Alan Adı Olarak Kullanımı

Tanınmış marka kavramı ne uluslararası hukukta ne de 556 sayılı KHK'da tanımlanmamıştır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi içtihatlarında Tanınmış marka için bir kabul ettiği tanım uyarınca tanınmış marka, bir şahsa veya teşebbüse sıkı bir şekilde matufiyet, garanti, kalite, kuvvetli reklam, yaygın bir dağıtım sistemine bağlı, müşteri, akraba, dost, düşman ayırımı yapılmadan coğrafi sınır, kültür, yaş farkı gözetilmeksizin aynı çevredeki insanlar tarafından refleks halinde ortaya çıkan bir çağrışımdır.³³⁷

Bir markanın tanınmış marka olarak değerlendirilebilmesi için bir takım kriterlere uyması gereği de hakim mahkeme içtihatlarında yer almaktadır. 11. Hukuk Dairesi daha sonra dönmüş olduğu görüşünde, bir markanın tanınmış bir marka olarak mütalaa edilebilmesi için ileri sürülen kriterleri ele almak yerine daha ziyade bir markanın ne kadar çok ülkede tescil edildiğini temel alarak bu ihtilafı sonuca bağladığı gözlemlenmektedir. 11. Hukuk dairesinin vermiş olduğu ilke kararı, kriterin yüzden fazla yabancı ülkede tescilli olmasından başka bir kriter aramamış olması dolayısıyla doktrinde eleştirilmiştir.^{338 339}

³³⁶ Special Report., www.betterwhois.com. (erişim tarihi 12.12.2012) İngilizce "berbat" manasında kullanılan "sucks" kelimesinin markaların arama sonuçlarında en çok karşılaşılan kötüleme biçimi olduğu ifade edilmektedir.

³³⁷ 11. HD., 13.03.1998 t., 1997/5647E. 1998/1704K.ve 23.03.2000 t., 1999/8859E. 2000/2229K. İle aynı yönde 28.06.2004., 2003/13167 E. Ve 2004/7103 K.; 03.04.2007 t., 2005/14028 E. Ve 2007/5223 K. Sayılı kararları. (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 10.10.2013)

³³⁸ 11. HD.; 08.06.2000 t., 2000/4138 E. Ve 2000/5287 K. Sayılı Kararı., " Davacı vekilleri, müvekkileri adına tescilli, çok tanınmış "GLASURİT" markası ile davalılar tarafından yaptırılan "GLASSERİT" markası arsında iltibas bulunduğunu ileri sürerek, davalı markasının sicilinden terkinini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, davacı markasının tanınmış olmadığını ve markalar arasında benzerlik bulunmadığını savunarak davanın reddini istemiştir.

Yargıtay sonraki tarihli kararlarında bir markanın tanınmışlık düzeyinde kabul edilebilmesi için yalnızca birden fazla ülkede tescilin gerçekleşmesi ve belirli bir tanınmışlık düzeyine erişilmesini değil, aynı zamanda da markanın tanıtımı için hazırlanan internet sitesi, katılınan fuarlar, kazanılan ödüller, basında çıkan haberler dikkate alındığında markanın ilgili sektörde tanınmış marka olmasının da tespit edilmesi gereğini aramıştır.³⁴⁰ Ancak bir markanın sektörde tanınmış olmasının markayı tanınmış bir marka olarak nitelendirilmesinde yeterli olmadığına ilişkin kararları da mevcuttur.³⁴¹

Doktrinde; tanınmış marka kavramı ile, bir ülkenin bir veya bir kaç yöresinde tutunmuş markalar değil, dünya çapında olmasa bile, yurtiçi ve yurtdışında ilgili çevrelerce bilinen Paris Sözleşmesine üye devletlerden birinin vatandaşına veya o ülkelerden birinde yerleşik olan ya da ticari veya sınai işletmeye sahip kişilere ait bulunan markaların tanınmış marka olduğuna değinilmiştir. Yine öğretilerde, markanın ülke ve uluslararası alanda bu niteliğe sahip olabilmesi için bir işletmeyi veya mamüllerinin hizmetlerini simgelemesi yada süper bir kaliteye sahip olduğunun

Mahkemece toplanan deliller ve yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucuna göre, markaların farklı sınıflara giren emtialar için tescil edildiği, davalı markasının davacıya ait markanın itibarına zarar verebilecek nitelikte olmadığı ve ayırt edici karakterini zedeleyici sonuçlar doğurmasının da mümkün bulunmadığı yolundaki bilirkişi raporu benimsenerek davanın reddine karar verilmiştir. Dava, tanınmış olduğu ileri sürülen markaya, başka mallarda kullanılmak üzere tescilli yapılan markanın yarattığı iltibas nedeniyle sicilden terkin istemine ilişkindir. Davacı markasının yüzden fazla yabancı ülkede tescilli olduğunun ve tanınmışlık düzeyine eriştiğinin kabulü gerekmektedir. Hükme dayanak alınan bilirkişi raporu ve mahkemenin kabulü de bu yöndedir. Davada halli gereken çekişme, bu markanın başka mal ve hizmetlerde kullanılmasının mümkün olup olmadığına ilişkindir....Somut olayda, davacının tanınmış markası davalı tarafından başka mallarda kullanılmak üzere tescil edilmiştir. Davalı markasının davacının tanınmış markasının toplumda yarattığı isimden yararlanacağı ve satışlarını bu surette arttıracığı, yani kendisine haksız avantaj sağlayacağı kuşkusuzdur. Hal böyle olunca 556 sayılı Markalar Hakkında KHK'nın9/1-c maddesinde öngörülen koruma halinin gerçekleştiğinin kabulüyle davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, aksine düşünceyle yazılı şekilde hüküm tesisi yerinde görülmediğinden kararın bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmiştir." www.kazanci.com.tr , (erişim tarihi 10.08.2013)., 11. Hukuk Dairesi'nin aynı yönde kararı için bkz. dipnot.69.

³³⁹ Kararın eleştirisi için bkz. Ali Dural., “**Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin Tanınmış Markalara İlişkin 08.6.2000 Tarihli Kararı Hakkında Düşünceler**”, GÜHFD; C.1. s.1. Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan; İstanbul 2000.; s.857-866

³⁴⁰ 11. HD., 4.5.2006 t., 2005/5063 E. ve 2006/5171 K. Sayılı kararı

³⁴¹ Bkz. Aş. Dipnot. 99., Şenocak, ., s. 92.

büyük halk kitleleri tarafından kabul edilmesi gerekir. Buna göre tanınmış markanın iki fonksiyonu vardır. Bunlardan ilki her markada olduğu gibi, diğer rakip mallardan ve hizmetlerden kendi mal ve hizmetini ayırt etmesi, diğeri ise her türlü rekabet kaygısı dışında yüksek bir kaliteyi temin etmesidir.³⁴²

Doktrinde hakim olan görüşe göre, bir markanın tanınmışlık düzeyine erişmesi, toplumda ulaştığı tanınmış düzeyinin yüksek olması ile değerlendirilebilir. Tanınmış markanın en öne çıkan yönü sadece kullanıldığı mal veya hizmetlerin alıcı olan kişilerce değil toplumun büyük bir kesimi tarafından belli bir mal veya hizmetle bağlılık içinde algılanmasıdır. Markanın sadece hedef kitlesi tarafından tanınması bu anlamda markanın MarkHK m.8/IV anlamında tanınmış kabul edilmesi için engeldir. Tanınmış markanın hedef kitlesi dışında tanınıyor olması ve ticari değeri ve şöhretinin beraberinde getirdiği üstün reklam gücü kendi mal veya hizmetleri dışındaki mal ve hizmetlerin pazarlamasında da etkili olacak piyasaya yeni sürülen ürünlerin tanıtımını büyük ölçüde kolaylaştırmalıdır.³⁴³³⁴⁴

³⁴² Tekinalp, s. 379. Vd.; Yasaman s. 691., Şenocak "Alan Adları", s. 131 vd., Kemal Şenocak, "**Toplumda Tanınmışlık Düzeyine Erişmiş Bir Markanın Farklı Mal veya Hizmetlere İlişkin Korunması (556 sayılı KHK 8/IV)**", BATİDER 2009, S.2., s.140 vd., aynı yönde 11.H.D. 15.12.1997 gün 1997/5784-9233 sayılı kararı (www. kazanci.com.tr., erişim tarihi 10.02.2013)

³⁴³ Arıkan s. 105., Hamdi Yasaman, "**Tanınmış Markalar**" Halil Aslanlı'nın Anısına Armağan., İstanbul 1978, s. 695.; Füsün Nomer, "**Tanınmış Marka: Nike**" Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Armağanı, İstanbul 1999., s. 500 vd., Dural, s. 861.,

³⁴⁴ aksi yönde 11. HD'ni, 06.03.2007., 2006/13097 E., 2007/4024K. Tarihli kararı., "Davacı TPE'ne başvurarak, markasına "tanınmış marka" kararı verilmesini istediğini, Markalar Dairesi'nin ASELSAN markasının "sektörel tanınmış marka" olduğunun tespitine karar verdiğini, yapılan itirazın kabul edilmediğini ileri sürerek, ret kararının iptalini, ASELSAN markasının Tanınmış Marka olduğunun hükmen tespitini ve hükmün ilanı talep etmiştir. Davacıya ait ASELSAN markasının Türkiye haricinde tüm Avrupa Birliği Ülkelerinde geçerli olmak üzere Topluluk Markası olarak tescil ettirildiği, ürünlerinin markası altında yurt içinde yurt dışında yoğun bir şekilde pazarlandığı, markanın tanınmış marka olduğu, asgari sektörel tanınmışlık koşulunun sağlanması halinde, markaya tanınmış markadan kaynaklanan korunmasının verilmesi gerektiği, yasada olmayan bir olguya yer verilmek suretiyle, tanınmış markaları derecelere ve basamaklara ayırıp, sektörel tanınmış marka, sektörler üstü tanınmış marka veya Türkiye'de tanınmış marka gibi ayırımlara gitmenin doğru olmayacağı gerekçesiyle, YİDK kararının iptaline, markanın tanınmış marka olduğunun tespitine, ilan isteminin reddine karar vermesi hukuka uygundur. "(www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 12.09.2013)

Tanınmış markKHK md. 8/IV c.2. ile tanınmış marka olarak ifade edilen bu tür markalar lehine bir düzenleme öngörülmüş ve tanınmış bir markanın sahibine, markasının farklı mal veya hizmetlerde kullanılmasına itiraz etme hakkı tanınarak, bir markanın sadece aynı veya benzer mal veya hizmetlerde kullanılmayacağı kuralına bir istisna getirilmiştir.³⁴⁵

Tekinalp'e göre "toplumda tanınmışlık düzeyine erişme" deyimini "tanınmış marka" kavramından farklı olup ondan daha geniştir. Her tanınmış marka aynı zamanda toplumda tanınmışlık düzeyine ulaşmıştır. Ancak belli mahallelerde tanınan markalar tanınmış marka kavramı içine girmeyebilir. Coca-Cola veya Pepsi Cola tanınmış marka iken bir bölgede bilinen "Le'Cola" gibi bir marka toplumda tanınmışlık düzeyine ulaşmış kabul edilse dahi tanınmış marka mertebesinde görülemez.³⁴⁶

MarKHK'nın 9/1-c madde, fıkra ve bendi uyarınca, marka sahibi, markasının aynı veya benzeri olan bir işaretin, markanın tescil edildiği mal ve hizmetlerde kullanılmasını, bu kullanım tescilli markanın itibarı dolayısıyla kullanana haksız avantaj sağlıyor veya tescilli ayırtedici karakterine zarar eriyorsa, kullanımı men edebilir.³⁴⁷

MarKHK ile getirilen bu hükümlerle, tescilli markanın ulaştığı tanınmışlık düzeyi dolayısıyla toplumda yarattığı güven ortamından haksız yararlanılması veya tanınmış markanın kalitesiz mal veya hizmetler ürettiği itibarına yol açacak şekilde,

³⁴⁵ Şenocak, ., s. 104.,133., Bozbel.s. 227.

³⁴⁶ Tekinalp, s. 392.; Dural., s. 862. Aynı yönde 11. HD.'nin 28.6.2004 t., 2003/13167 E. Ve 2004/7103 K. No.lu kararı; "...markanın "tanınmış marka" yada "tanınmışlık düzeyine erişmiş marka" olmasının sonuçları da farklı olmaktadır. Mahkemece hükme dayanak alınan bilirkişi raporunda bu ayırımın yeterince vurgulanmadığı ve davacıya ait markanın 556 sayılı KHK'nin 7/h maddesi uyarınca mı, yoksa anılan KHK'nin 8.maddesi kapsamında mı korunacağını açıkça ortaya konulmadığı görülmektedir. Bu durumda mahkemece, yeni bir bilirkişi yada bilirkişi heyetinden rapor alınarak hasil olacak sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi ve özellikle davacı markasının hiçbir anlamı olmadığı halde davalı tarafından aynen tescilinin talep edilmesinin de somut olayın özelliği olarak davacı markasının itibarına zarar verip, v ermeyeceğinin değerlendirilmesi gerekirken yetersiz bilirkişi raporuna istinaden yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış ve kararın açıklanan nedenle davacı yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir...." www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 12.03.2013

³⁴⁷ Tekinalp s. 399., Bozbel.s, 231. Aynı yönde 11. HD.'nn "Daily News Kararı", 17.01.2002., 2001/8828 E. Ve K. 2002/219 K. Sayılı kararı www.kazanci.com.tr , erişim tarihi 10.11.2013

tanınmış marka tarafından bu tanınmışlığı sağlayan mal ve hizmet üretimi kalitesinden düşük nitelikte mal veya hizmet üretilmesi suretiyle tanınmış markanın itibarına zarar verilmesi engellenmek istenmiştir. Kanun koyucunun amacı, tanınmışlık düzeyi yüksek olan markaların toplumun geniş kesimleri tarafından tanınmasıdır. Bazı markaların sahip oldukları reklam gücü ve toplumda kalite sembolü haline gelmeleri nedeniyle, bu markalar dolayısıyla hiçbir emek sarf etmeden haksız kazançlar sağlanmasını engellemek amacıyla bu tür tanınmışlık düzeyi yüksek markaların sahiplerine, farklı mal veya hizmet kategorileri için tesciline itiraz etme imkanı tanınmıştır.

Nihayetinde yalnızca küçük bir sektörde tanınan yahut belli bir iş kolunda faaliyet gösteren küçük bir bölgeye mahsus markaya MarKHK md. 8/IV c.2. anlamında bir koruma sağlanması mümkün görülmemelidir. Aksi durumun kabulü bir istisna hükmünün genişletilmesi sonucuna bizleri götürecektir.³⁴⁸

Tanınmış marka konusunda uluslararası boyuttaki çalışmalar ise Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı ("WIPO") bünyesinde yürütülmektedir.³⁴⁹ WIPO, uzmanlar komitesince benimsenen A/34/13 no.lu tavsiye kararı³⁵⁰nda bir markanın tanınmış olup olmadığının tesbitinde, markanın kullanım süresi, yaygınlığı, kapsamı ve coğrafi alan genişliği, ekonomik değeri, reklam, temsil, promosyon, fuarlara katılım ve fuar düzenleme, kataloglar hazırlama gibi tanıtım faaliyetleri, bu çalışmaların kapsamı, süresi ve mali bütçesi, işletmenin büyüklüğü, cirosu, marka hakkının hangi etkinlikte ve verimlilikte korunduğu, tanınmışlığa yönelik mahkeme ve diğer yetkili makamların kararları gibi olguların göz önünde bulundurulması kararlaştırılmıştır. Bu karar her ne kadar üye ülkeler yönünden bağlayıcı değil ise de, somut olay özelliklerine göre tanınmışlığın tespitinde 'nazara alınması mümkün kriterlerdir.

³⁴⁸ Dural., "İstisna teşkil eden bir hüküm dar yorumlanmalıdır.", s. 862

³⁴⁹ 13.12.2013 tarihi itibarıyla WIPO'ya üye devlet sayısı 186'ya ulaşmış olup, 2008'den bu yana WIPO başvurularında hızlı bir artış gözlemlenmektedir. Başvuru sayısı 2000 yılında ilk kez yalnızca 3 dosya için iken, 2013 yılında bu sayı 49'a yükselmiştir

³⁵⁰ WIPO, t. 04.08.1999., s. A/34/13., "**Joint Resolution Concerning Provisions On The Protection Of Well-Known Marks**",
http://www.wipo.int/edocs/mdocs/govbody/en/a_34/a_34_13.pdf

Nitekim, sınai hakların korunması hususunda Paris Sözleşmesi³⁵¹ 1. Mükerrer 6. Maddesinde belirtilen herkesçe bilindiği mütalaa edilen veya umumen malum markalar o mal veya hizmetle ilgili çevrenin büyük bir kesimince bilinen markalardır ve bu markaların aynı veya benzer markalar için tescili mümkün değildir. Ayrıca pek çok ülkede tanınmış sayılan bir markanın Türkiye’de de (“de facto”) olarak tanınmış sayılacağına ilişkin tek bir kriterin uygulanmasının beraberinde getirdiği diğer bir sorun, kötüye kullanımdır. Toplumda tanınmışlık düzeyine erişmeyen bir markanın sahibi, markasının farklı mal veya hizmetlerde kullanımını engellemek için markasını birçok ülkede tescil ettirme yoluna başvurması bugünün teknolojik ve ekonomik koşullarında çok zor olmayan bir durum olup kötüye kullanım amacıyla başvurulabilecek bir yöntemdir.³⁵²

Uluslararası anlaşmalarda da tanınmış marka kavramı belirlenmeye çalışılmıştır. 556 Sayılı KHK'nın 7/1-i bendinde sahibi tarafından izin verilmeyen tanınmış markaların Türkiye'nin de katıldığı Paris Sözleşmesi'nin 1.mükerrer 6. maddesine göre tescil edilemeyeceği belirtilmiştir. Sözleşmenin tarafı olan bir ülkede tescilli tanınmış marka ve bu markalı ürünler Türkiye'ye hiç getirilmemiş olsa dahi, sözü edilen Sözleşmenin 1. mükerrer 6 ncı maddesi gereğince Ülkemizde himaye görecektir. Anılan Sözleşmeye göre, üye ülkeler kötüniyetle tescil edilmiş olan markanın terkinini talep için süre koyamazlar. Bir markanın tanınmış sayılabilmesi için dünya markası olması, hatta birlik Ülkelerinde bilinmesi gerekmez, önemli olan Türkiye'de bilinebilmesidir. Nitekim Paris Sözleşmesinde de bir markanın herkesçe fiilen bilinmesinden değil, bilindiğinin mütalaa edilmesinden söz edilmektedir. Bir markanın herkesçe bilinip bilinmediği tespit edilirken herhangi bir kişi değil, bu markanın Türkiye'de hitap ettiği müşteri kitlesi dikkate alınmalıdır. Tanınmışlık, toplumun önemli bir kesiminde ve en azından genel hedef kitledeki orta düzeydeki müşterilerce bilinmeyi gerektirir.

³⁵¹ Paris Convention for the Protection of Industrial Property as amended on September 28, 1979., http://www.wipo.int/treaties/en/ip/paris/trtdocs_wo020.html. Türkiye bu sözleşmenin 1967 tarihinde Stoocholm’de değiştirilmiş bulunan metninin 1 ve 12. maddeleri dışında kalan kısmına, yine bu sözleşmesinin 20. maddesinin birinci fıkrasına göre katılmıştır., Ayşe Nur Berzek., **“556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname’de Markaların Düzenlenmesi”**., Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul 1988., s. 77 vd.

³⁵² Dural., s. 865.

Tanınmış marka tanımında uygulama yeri bulunan bir diğer uluslararası anlaşma da Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması TRİPS'in³⁵³ 16/2 nci maddesi olup, tanınmışlık olgusuna daha net ölçütler getirilmiş, markanın ilgili sektörde herkesçe bilinebilir olmasının tanınmış marka kabulünde etken olduğu vurgulanmıştır. Anılan anlaşmanın 16/3. maddesi ile de Paris Sözleşmesinin 1. mükerrer 6. maddesinin uygulama alanı genişletilmiş, tanınmış markaların farklı mal ve hizmetler yönünden de korunması sağlanmıştır.

TRİPS 16/3. maddesine göre, hizmet markasının tescili halinde tanınmış marka sahibi ile arasında bir bağlantı olduğunu göstermesi ve bu kullanım şekli nedeniyle tescilli ticari marka sahibinin menfaatlerinin zarar görme olasılığı bulunduğunu kanıtlaması gereklidir. "İlgili sektör" ise markanın kullanıldığı ürün ve hizmetlerin Türkiye'deki gerçek ve potansiyel alıcıları, bu alandaki iş çevreleri ve markanın kullanılacağı ürün ve hizmetlerin dağıtım kanallarında yer alan kişiler ve satıcılar olarak tanımlanabilir. Anılan yasal düzenleme çerçevesinde toplumda tanınmışlık düzeyinin davalı yanca kanıtlanması gerekmektedir.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, bazı kararlarında, tanınmış markaların değerlendirilmesi kriterleri için, Mahkemenin toplumda tanınmışlığın tespitinde esas alması gereken kriterler Kanun Hükmünde Kararname de belirtilmemiş olmasına rağmen 1999 tarihli "WIPO Ortak Tavsiye Kararları" adı altındaki ölçütlerden yararlanılması gereği yönünde hüküm tesis etmektedir.³⁵⁴

Bu ölçütler kısaca;

(a) Toplumun ilgili kesiminde markanın tanınma derecesi,

(b) Markanın kullanıldığı coğrafi alan, kullanım süresi ve yoğunluğu,

³⁵³ "**Agreements on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights Including Trade in Counterfeit Goods**" Bu anlaşma, Dünya Ticaret Örgütünü (DTÖ) Kuran Anlaşmanın 1 C ekidir. Kanun No: 4067, Kabul tarihi 26.1.1995 (RG, 29.1.1995, S.22186). Anlaşma metni ve ekleri (RG, 25.2.1995, S.22213 mük.) yayımlanmıştır.

³⁵⁴ 11. HD'nin 03.04.2007 t., 2005/14028 E. Ve 2007/5223 K. Sayılı kararları. (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 10.10.2013)

- (c) Marka promosyonlarının hedef aldığı alan, promosyon süresi ve yoğunluğu,
- (d) Markanın tesciller veya tescil başvuruları ile korunduğu coğrafi alanın büyüklüğü,
- (e) Markanın resmi makamlarca tanınmışlığına delalet eden karar ve uygulamaları,
- (f) Markanın ekonomik değeridir.

Ancak, bu ölçütlere uygunluğun belirlenmesi açısından teknik bilirkişi incelemesi yapılması gerektiği kararda ayrıca belirtilmiştir.

Nihayetinde, tanınmış bir markanın farklı mal veya hizmetlerde kullanılması, kendiliğinden (“ipso iure”) haksız avantaj sağlandığı sonucuna ulaştırmaz. Arkan’ın da belirttiği gibi³⁵⁵ önemli olan markanın farklı mal ve hizmetler için kullanılmasının markanın, ayırt edici karakterine zarar verip vermeyeceği ya da çekici gücünden haksız biçimde yararlanılmasına neden olup olmayacağıdır. Bu hususun belirlenebilmesi için, markanın tanınmışlık düzeyinin yanı sıra piyasada bir markanın aynının veya bir benzerinin kullanılmakta olup olmadığı, markanın ne ölçüde orijinal olduğu, markanın imajı yani bir diğer deyişle sahip olduğu reklam değeri ile hafızalarda yer edinip edinmediği araştırılmalıdır. Bu hususun her somut olayda ayrıca irdelenmesi gerekmektedir.

Marka açısından tanınmışlık bir vakia olup her somut durumda ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Alman doktrini ve uygulamasında bir markanın tanınmış marka olarak nitelendirilebilmesi için toplumun en az 2/3’ü tarafından tanınması koşulu aranmaktadır.³⁵⁶ Bunun yanı sıra bir markanın tanınmış marka olarak

³⁵⁵ Arkan, s. 106., 11. HD, aynı yönde Real Madrid ve ac Milan gibi dünya çapındaki futbol kulüplerinin forma sponsoru olması sebebiyle “bwin” isimli bahis şirketine ait markanın tanınmış marka kabul edilerek, bu marka ile tüketici nezdinde bahis oyunlarında kullanılan bir markayla Türkiye’de tekstil sektöründe başörtüsü üreten ve pazarlayan bir firmanın “bwin” markasının karıştırılma ihtimalinin bulunduğundan ileri gelerek, Türkiye’de tekstil sektöründe “bwin” markası ile tescil talebinde bulunan firmanın, tanınmış markayla kendine haksız kazanç sağlama amacı olduğunu, tanınmış markanın ayırt ediciliğini zedelendiğini, ve itibarına zarar verdiğini, bu durumun tanınmış markanın ticaret unvanına da tecavüz oluşturduğu yönünde karar vermiştir. Karar için bkz. Yuk. Dipnot.69.

³⁵⁶ Arkan, s.105 dipnot. 156:, Dural s. 863., Ayşe Nur Berzek., “**Tescilli Markanın Korunmasına İlişkin Sorunlar**”, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e Armağan., İstanbul 1995., s. 49 vd.

nitelendirilmesinde, markayı taşıyan mal veya hizmeti edinme imkanı olan kimselerin sayısının bir önemi yoktur.³⁵⁷

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, bir markanın tanınmış marka olarak kabul edilebilmesi için sektöründe yeterli tanınmış düzeyine erişmiş olmasını yeterli kabul ediyor görünmektedir.³⁵⁸

Bir markanın tanınmış marka kapsamında değerlendirilmesi için günümüzde uzun yahut kısa kullanım müddetinin bir kriter olarak ele alınmaması gereği savunulmaktadır. Ticari hayatın modern bir imkanı olan internette reklam pazarlaması gücü, markanın topluma ulaşmasını ve kısa sürede toplum nezdinde bilinir kılınmasını oldukça kolaylaştırmaktadır.³⁵⁹ Uygulamada bu husus, pek çok markanın tanınırlık düzeyine erken erişmesi için bir kriter olarak ele alınır ise yine istisna kapsamında olan bir hükmün geniş yorumlanması gibi usulü bir hataya düşülmüş olunacaktır.

11. Hukuk Dairesi'nin görüşü ayrıca, Yurtdışında tescilli ve tanınmış olan bir markanın Türkiye'de tescil edilebilmesi için, benzer nitelikteki markanın Türkiye'de tescilli olması halinde tanınmış marka sahibini tescilli bu markanın terkinini istemeden kendi markasını tescil ettirebileceği yönündedir.³⁶⁰ 11. Hukuk Dairesi

³⁵⁷ Dural., "Paris İstinaf Mahkemesi'nin vermiş olduğu 18.02.1993 tarihli kararında, tanınırlık unsurunun markayı taşıyan mal veya hizmeti edinme imkanı olan kimselerin sayısıyla ölçülemeyeceğini, zira ticari hayatta meydana gelen gelişmelerin, lüks tüketim maddelerinin, fiyatlarının pahalı olması nedeniyle satın alamamalarına rağmen toplumun geniş bir kesimi tarafından tanındığı sonucuna varmıştır." s. 863.

³⁵⁸ 11. HD., 2006/13097E., 2007/4024 K., 06.03.2007 tarihli kararı (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi, 10.10.2013)

³⁵⁹ Dural., s.864.

³⁶⁰ 11. HD., E. 2003/4210., K. 2003/11563., 8.12.2003 tarihli kararı. (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 09.10.2013) "Davacı vekili, müvekkilinin ticaret ünvanında esaslı unsurunu oluşturan, dünyanın çeşitli yerlerinde müvekkili adına tescilli olan "Marc O'polo" markasının Uluslararası Tescil Bürosu (Ompı/Wıpo) nezdinde, T.C.'yi de kapsar biçimde tescilli için davalıya başvurduğunu, davalı tarafından tescil başvurusunun 117325 tescil nolu "OKAN MARCO POLO CLUB", 124690 tescil nolu "CLUB MARCO POLO", 150236 tescil nolu "MARCO POLO" ve "96/10041 kod nolu "MARC O'POLO" ibareli marka tescil başvurusu gerekçe gösterilerek bir kısım ürünler için reddedildiğini, itiraz üzerine Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu tarafından 96/10041 nolu başvurunun, itirazın incelendiği tarihte hükümden düşmüş olduğundan "giyisiler" için itirazın kabul edildiği halde, diğer itirazların reddedildiğini, oysa OKAN MARCO POLO CLUB ve CLUB MARCO POLO" markalarının

gerekçesinde, ayırd edici nitelik kazanmış markalar bakımından getirilen bu özellik, Paris Sözleşmesi'nin 1 nci mükerrer 6 ncı maddesi hükmü uyarınca sözleşmeye dahil tüm ülkelerde üstünlük tanınmış bulunan "tanınmış markaya" evleviyet ilkesi uyarınca tanınması gereğine değinmiştir.

Hukuk Genel Kurulu,³⁶¹ son tarihli içtihadı birleştirme kararında bu tartışmalara bir çözüm getirebilecek nitelikte, tanınmış marka kavramının tespiti konusunda çeşitli kriterler geliştirilmiş olduğundan hareketle, bu nedenle markanın promosyon sonucunda kazanılan herkesçe bilinme durumunun dikkate alınması, toplumun

inceleme tarihinde hükümdün düştüğünü, OKAN MARCO POLO CLUB markası ile müvekkiline ait markanın benzer olmadığını, sözkonusu markanın 1990 tarihinde tescil edildiği halde, müvekkilinin markasının 1966 yılında tescil edildiğini, müvekkilinin dünya çapında tanınmış marka olduğunu, markalar arasında benzerlik bulunmadığını, müvekkili firmanın ticaret ünvanında ayırt edici unsuru olduğunu ileri sürerek, Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu'nun 14.11.2000 gün ve M-1561 sayılı kararının iptaline, müvekkiline ait anılan karara konu 1999/10106 başvuru kod nolu markanın başvurusundaki tüm ürün ve hizmetler için tesciline karar verilmesini talep etmiştir. Davalı vekili, davacı adına "MARC O'POLO" ibaresinin tüm sınıflar için uluslararası marka olarak tescil başvurusunun Wipo aracılığıyla yapıldığını, itiraz üzerine Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu tarafından MARC O'POLO başvurusunun, 99/10106 kod nolu markanın itirazın incelendiği tarihte hükümden düşmüş olması nedeniyle bu başvuruya dayanılarak çıkartılan mallar için kabul edilip, diğer itirazların reddedildiğini savunarak, davanın reddini talep etmiştir. Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamından, davanın kısmen kabulü ile, Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu'nun 14.11.2000 gün ve M-1561 sayılı kararının 117-325 sayılı "OKAN CLUB MARCO POLO" markasından çıkartılan malların davacı başvurusuna ilave edilmek suretiyle iptaline, fazla istemin reddine karar verilmiştir. Kararı, taraf vekilleri temyiz etmiştir. ... Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, davadaki uyuşmazlığın odaklanma noktası, tanınmış marka niteliğini kazanmış yurt dışında tescilli bir markanın, Türkiye'de tescil edilebilmesi için benzer nitelikteki markanın Türkiye'de tescilli olması halinde tanınmış marka sahibini tescilli bu markanın terkinini istemeden kendi markasını tescil ettirip, ettiremeyeceği hususunda toplanmaktadır. ... Diğer bir deyişle, böyle bir halde yasa koyucu, ayırt edici nitelik kazanmış bir marka sahibine önceki benzer tescilli markanın terkinini istemeden bu markayı tescil ettirebileceğini öngörmüş bulunmaktadır. Ayırd edici nitelik kazanmış markalar bakımından getirilen bu özellik, Paris Sözleşmesi'nin 1 nci mükerrer 6 ncı maddesi hükmü uyarınca sözleşmeye dahil tüm ülkelerde üstünlük tanınmış bulunan "tanınmış markaya" evleviyet ilkesi uyarınca tanınması gerekir. Zira, doktrinde de değinildiği üzere, "556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, kazanılan ayırt edici nitelik dolayısı ile piyasada aynı veya benzer markanın varlığından rahatsızlık duymamakta, kazanılan ayırt edici niteliğin birden ziyade aynı ve benzer marka arasındaki karıştırılma riskini ortadan kaldıracığını kabul etmekte..." dir. Aynı ilkelerin tanınmış markaya da uygulanması halinde, tanınmış marka sahibinin, kendinden önce tescilli markayı terkin ettirme yoluna gitmeden kendi markasının tescilini isteyebilmelidir. Ve böyle bir halde, terkin davası açma yükümlülüğü tanınmış marka sahibine değil, bu niteliği taşımayan önceki tescilli marka sahibine ait olmalıdır. Mahkemece, bu hususlar üzerinde ve öncelikle tanınmışlık iddiası üzerinde durulup, değerlendirilmeden eksik inceleme ile davanın reddine karar verilmiş olması isabetli görülmemiş ve kararın davacı yararına bozulması gerekmiştir." www.kazanci.com.tr. (erişim tarihi: 10.10.2011)

³⁶¹ HGK'nın 21.09.2013 t., 2005/11-476 E. Ve 2005/483 K. Sayılı kararı www.kazanci.com.tr

önemli bir kesiminde belirli bir mal ve hizmete ilişkin olarak gerekli çağrışımı yapabilmesi, en azından o markanın kullanıldığı emtiaları tüketen orta düzeydeki alıcılar açısından tanınması, emtia söylenildiğinde akla o markanın gelmesi, ait olduğu sektörde iyi bilinen ve geniş bir dağıtım, pazarlama ağına sahip olması gibi özellikleri taşıması gerektiği yönünde görüş belirtmiştir. Açıklanan kriterlere göre davacının markasının tanınmış marka olarak değerlendirilmesi halinde bu markayı davalının farklı mal ve hizmetlerde dahi kullanması mümkün olmayacaktır. Ayrıca tanınmış marka olarak kabulü halinde de hükümsüzlük davasının tescili tarihinden itibaren 5 yıllık süre içinde açılması, ancak markanın tescilinde kötüniyetin varlığı durumunda ise iptal davasının süreye bağlı olmaması nedeniyle öncelikle mahkemece davacı markasının tanınmış olup olmadığı hususunda gerekli delillerin toplanarak değerlendirilmesi, tanınmış olduğunun kabulü halinde de davalının tescilinin kötü niyetli olduğunun ispatı gerekmekte olup, buna göre davanın süreye tabi olup olmadığı hususlarının belirlenmesi zorunlu bulunmaktadır.

HGK, ayrıca, markanın menşe memleket ve Paris Sözleşmesi'ne taraf iki ülkede tescilli olmasının da tek başına tanınmışlığa karine teşkil etmediğini de anılan kararında belirlemiş bulunmaktadır.

İnternette, "URL Kaçırma" ya da "typosquatting" olarak ifade edilen, tanınmış markalardan fayda elde etmek suretiyle alan adının kullanılması bir haksız menfaat elde etme yöntemi olup; MarKHK md.9/1-(c) hükümüne göre koruma mümkün olabilecektir. Tescilli marka sahibi tarafından, tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsamına giren mal ve/veya hizmetlerle benzer olmayan, ancak Türkiye'de ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle tescilli markanın itibarından dolayı haksız bir yarar elde edecek veya tescilli markanın itibarına zarar verecek veya tescilli markanın ayırd edici karakterini zedeleyecek nitelikteki nitelikteki herhangi bir alan adının kullanılması yasaklanabilecektir. Ancak, bu markanın Türkiye'de tanınmışlık düzeyine erişmesi şarttır.

Tanınmışlığın tespitinde, Avrupa Adalet Divanının Markaların Korunmasına ilişkin, CHEVY³⁶² kararında belirtilen ilkeler esas alınabilecektir. Karara göre, ABD menşeli

³⁶² EC., 14.09.2013 t. C-375/97., Karar için, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=chevy&docid=44685&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=977144#Footnote1>

otomotiv devi General Motors şirketinin, Belçika'da, temizlik ürünleri sektöründe faaliyet gösteren şirket Yplon SA. aleyhine açmış olduğu CHEVY markasının haksız kullanılmasına ilişkin davada, Mahkeme, halkın önemli bir kesimince tanınan markanın, tanınmışlık derecesine ulaşmış olduğuna, markanın Belçika'nın da içinde bulunduğu Benelux coğrafyasında tanınmış bir marka olduğu, markanın pazar payı, kullanım süresi, kullanıldığı coğrafik alanın genişliği, kullanım yoğunluğu, işletmenin markanın tutunması için yapmış olduğu promosyon faaliyetleri kapsamındaki yatırımlar değerlendirildiğinde haksız bir kullanımın bulunmadığına dair karar vermiş bulunmaktadır³⁶³

Alan adı, tanınmış markanın oluşturulmasında tipik daktilo hataları dikkate alınarak oluşturulmuşsa ("typosquatting") daima ayırd edici güç zarar görür.³⁶⁴ Alan adında yer alan işareti kullanan kişinin kullanıma ilişkin bir hal ve meşru bir bağlantısının olmaması gerekir. Alan ismi sistemi yönetimi ve kök sunucu sistemi yönetimi işlevlerinden sorumlu kâr amacı gütmeyen bir kurum olan ICANN alan adı uyuşmazlık politikalarına göre, davalı alan adını veya alan adında yer alan ismi ihtilaf iddasından önce mal ve hizmetlerin pazarlaması için iyi niyetli olarak kullanmışsa veya bu tür kullanıma hazırlık yaptığını ispat etmişse meşru hak sahibidir. tescilli markanın koruma alanı dışında olan mal veya hizmet ürünlerinin pazarlanmasında alan adının kullanılması iyiniyetli kullanımdır. Marka sahibinin logosunu onun izni olmaksızın internet sitesinde kullanan veya internet sitesini marka sahibinin internet sitesi izlenimi uyandıracak şekilde dizayn eden alan adı sahibinin kötü niyetinden söz edilebilir.

Tanınmış kişilerin isimlerinin kullanıldığı, ürünlerin hayran kitlesine pazarlanması amacıyla, isim üzerinde marka hakkı kazanmış bu kişilerin isimlerinin alan adı olarak kullanılması da kötü niyetli kullanımdır. Örneğin, Micheal-owen.com meşru bir bağlantı değildir. Bayi, acente, distribütör gibi araçların hangi şartlar altında

³⁶³ Tekinalp., s. 25., Şenocak, s. 131., Şenocak., "Tanınmış Marka", s. 140., Berzek, s. 51.

³⁶⁴ Teknilap., s. 25. Şenocak, s. 135.

üreticilerin markasını aynen veya benzer şekilde alan adı olarak kullanmaya yetkili olduğu hususu tartışmalıdır.³⁶⁵

Alan adı sahibi, alan adı üzerinde 556 sayılı KHK'nın 9. maddesine dayanan marka sahibine oranla daha önce işletme işareti hakkı elde etmişse, alan adı üzerindeki öncelikli ve üstün hakkına dayanabileceğinden, alan adının kullanımı engellenemeyecektir. Ancak alan adı sahibinin sicil bölgesi ile sınırlı olan faaliyetlerinde hiç bir değişiklik gerçekleşmiyorsa, bu şekilde bir alan adının tescili ve kullanılması engellenemez. Amazon.com, ebay.com. altavista.com gibi. alan adı, ticaret unvanının kısaltılmış şekli veya onun baş harflerinin kombinasyonu ise ayırt etme gücünü haiz ve ilgili ticari çevrede tanıtıcı kısaltma olarak (örneğin, American International Group Sigorta A.Ş, www.aigsigorta.com.tr) işletmesel kökene işaret olarak kabule elverişli ise özel bir koruma meydana gelecektir.

Alan adı üzerindeki koruma, söz konusu kısaltma sadece sanal dünyada kullanılıyor; gerçek yaşamda tabela veya sözleşme gibi evraklarında kullanılmıyor olsa bile meydana gelecektir. İnternet ortamında ticari etki yaratacak biçimde kullanma var olmalıdır. Bir alan adı içerisinde sponsor bağlantılar şeklinde dahi olsa reklam bulunan bir internet sitesi için kullanılması, ticari etkili kullanımın kabulü için yeterlidir. İnternet ortamında, bir ürüne sponsorluk kapsamında destek verenlerin, ödediği ücretler yalnızca internet hizmetlerinin karşılanması için kullanılıyor ise, alan adının ticari etkili kullanılmakta olduğu sonucu çıkarılması her zaman hakkaniyetli görünmese de, MarkHK uyarınca, marka sahibi, markasının aynı veya benzeri olan alan adının internet ortamında ticari etki yaratabilecek şekilde marka yönlendirici kod ve anahtar sözcük vb. biçimde kullanılmasını engelleyebilecektir. Burada, marka hakkını ihlal eden kullanma'dan bahsetmek gerekir. Marka hakkını ihlal eden kullanma, markanın aynısının alan adı olarak kullanılması şeklinde olabileceği gibi benzerinin kullanılması şeklinde de olabilir.³⁶⁶

Bir işaretle marka arasında ayniyetin bulunup bulunmadığının tespitinde, ortalama bilgi sahibi, dikkatli ve makul düşünen ortalama bir tüketicinin bakış açısından bir

³⁶⁵ Bu hususta verilmiş kararlar için ayrıca bkz. aş. s. 139. vd.

³⁶⁶ Tekinalp., s.28., Şenocak, s. 113.

değerlendirme yapmak gerekir. Ancak, ortalama bir tüketicinin gözünden kaçabilecek küçük çapta önemsiz farklılıkların bulunması halinde de marka ile işaret arasında ayniyetin varlığı kabul edilecektir.³⁶⁷

556 sayılı KHK md. 9/1, a ve v uyarınca, tescilli bir markanın aynı veya benzeri, tescil kapsamına giren aynı veya benzeri mal veya hizmetler için kullanılamaz. Ancak alan adının yapısından kaynaklanan özelliklerden dolayı marka ile alan adı arasında hangi durumlarda ayniyet veya benzerlik bulunduğu hususu tartışmalıdır. Örneğin, “verbindung” sözcüğünün marka olarak tescil ettirildiğini ve başka bir kişinin de www.vebingdung.com veya www.verbindung.com.tr şeklinde alan adını kullandığı varsayımında, ancak “verbindung” markası ile söz konusu alan adları arasında ayniyet ya da benzerlik bulunup bulunmadığını tespit ederken, sadece ikincil düzey alan adı olan “verbindung” sözcüğünün dikkate alınması yeterli olup, ayrıca ‘.com’ ve ‘.tr’ jenerikleriyle bir bütün olarak göz önünde bulundurulması şartı aranmaz.

Zira, alan adında ayırt edici, yani esas unsur, ikincil düzey alan adı olup, gerek jenerik üst düzey alan adının gerek ülke kodlu üst düzey alan adının ayırt edici işlevi bulunmamaktadır. Çünkü söz konusu üst düzey alan adları, alan adında zorunlu olarak bulunurlar. Bu yüzden söz konusu adlar, marka ile alan adı arasındaki ayniyet veya benzerliğin belirlenmesinde hesaba katılmamalıdır.

Ülkemizde böyle bir sorun, marka olarak tescil olunmuş bir sözcüğün, daha çok ABD’deki yetkili kuruluşlardan alınan, dolayısıyla ülke belirtecinin bulunmadığı alan adlarında özellikle “.com” jenerik üst düzey alan adı altında ya da Türkiye dışında başka bir ülke kodu altında ikincil düzey alan adı olarak yer alması ve alan adı sahibinin Türkiye’de ticari faaliyette bulunması halinde gündeme gelebilir. Alan adında yer alan unsurlar arasındaki hiyerarşinin, alan adının sağından soluna doğru buldukları yere göre tayini, marka ile alan adı arasındaki iltibasın tespitine rol oynamamalıdır. Özellikle markanın aynısı veya benzeri işaretin üçüncül seviyede bulunup, ikincil seviyede bir jenerik adın veya bir servis sağlayıcısının adının bulunması halinde durum böyledir.

³⁶⁷ Tekinalp., s. 28., Şenocak, s. 117.

556 sayılı KHK md. 9/1-a hükmü çifte ayniyet şartı getirmektedir. Hem işaretler arası ayniyet, hem de markanın tescil kapsamına giren mal ve hizmetler açısından ayniyet var olmalıdır. Markanın benzerinin alan adı olarak kullanılması hallerinde ise, tasvir edici kavramlardan oluşan markaların da ayırt etme gücü yoktur ve işaret gücü zayıftır. Bu sebeple, karıştırılma tehlikesinin önlenmesi için alan adında küçük farklılıkların bulunması yeterlidir. Ortalama veya güçlü işaretlerde ise tek başına kullanılan bir harfin ilave edilmesi veya yazılmaması ya da başka bir harfin yazılması veya yerinin değiştirilmesi, karıştırılma tehlikesinin ortadan kaldırılması için yeterli olmaz. Örneğin, “Persil” markası ile ikinci düzey alan adı persiel, pesil, bersil veya presil olan adlarında 556 sayılı KHK md. 9/1-b hükmü anlamında bir benzerliğin varlığı kabul edilmelidir. Marka Sahibinin 556 sayılı KHK’nın 9/1-b hükmü kapsamında korumadan yararlanabilmesi için, tescilli marka ile aynı veya benzer olan bir işaretin tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerin aynı veya benzeri mal veya benzeri mal veya hizmetler için kullanılması gerekir.

D. İnternet Alan Adlarının Tahsisi Ve İdari Sistemi

1998’de kurulan ICANN, (“The Internet Corporation for Assigned Names and Numbers”) – (“Tahsis Edilmiş Rakamlar ve İsimler İçin İnternet Kurumu”) merkezi ABD Los Angeles’da bulunan, (ICANN) uluslararası düzeyde organize olmuş, İnternet Protokolü (IP) adresi alanı tahsisi, protokol tanıtıcı ataması, genel (gTLD) ve ülke kodu (ccTLD) Üst Düzey Alan ismi sistemi yönetimi ve kök sunucu sistemi yönetimi işlevlerinden sorumlu kâr amacı gütmeyen bir kurumdur. Bu servisler ilk olarak ABD hükümeti ile yapılan sözleşme gereği İnternet Tahsisli Sayılar Otoritesi (IANA) ve diğer kurumlar tarafından gerçekleştiriliyor iken, günümüzde IANA’nın işlevini ICANN gerçekleştirmektedir. Özel-kamuya açık bir ortaklık olarak ICANN İnternetin çalışma kararlılığının korunması, rekabetin desteklenmesi, küresel İnternet topluluklarının daha geniş bir katılımı ile temsilinin sağlanması ve tabandan gelen, uzlaşma temelli süreçlerle görevine uygun politikaların geliştirilmesi için çalışmaktadır.³⁶⁸

³⁶⁸ Tekinalp., s.29., ICANN archive documents., <http://archive.icann.org/tr/turkish.html> (erişim tarihi:10.01.2012)

Alan adlarının tek bir merkezden yönetimi, hepsinin eşsiz olmasını ve tahsislerde karmaşa yaşanmamasını sağlamaktadır. Alan adı tescillerinde genelde, tescil ettirenin, tescili yapılan alan adının üçüncü bir kişinin haklarını ihlal etmediğine dair beyanı ile yetinilir.³⁶⁹ Kendi ismini, markasını, ticaret unvanını tescil ettirmeyi ihmal eden gerçek hak sahibinin bu ihmalinin bedelinin dönüşü ağır olabilir. Alan Adları ihtilafları, ICANN tahkim divanında, ICANN tarafından getirilen usul ve kurallara göre görüşülüp karara bağlanmaktadır.³⁷⁰ ICANN tarafından ruhsatlı olarak, önceden yalnızca görevli kuruluş Network Solutions Inc. ("NSI") iken, internet kullanımının artması bu kuruluşların da artması sonucunu doğurmuştur. NSI, internet alan adları sisteminin ilk zamanlarında "first-come-first served, İlk gelen-ilk alır" kuralına dayalı olarak dağıtmakta iken, internet alanındaki düzenleme eksikliği, düşük alan adı kayıt ücretleri ile birleşince, bu alandaki boşluklar kimilerince değerlendirilmeye çalışılmıştır.

Tanınmış ve meşhur markaların ve ünlü kişilerin adlarını kendi adlarına daha önce tescil ettiren kişiler, bu yolla kısa yoldan zenginleşmeyi amaçlamışlardır. Bu girişim "cybersquatting" kavramını ortaya çıkarmıştır. Bu temel farklılıktan dolayı İnternet alan adları ile markalar arasında çatışma kaçınılmaz olmaktadır. Sonuç olarak, bu konuda bir düzenleme eksikliği kendini hissettirmiş, ilgili kuruluşlar ile birlikte WIPO'nun ortak çalışmaları sonucunda ICANN, 24 Ekim 1999 tarihinde "Alan İsmi Anlaşmazlıklarının Halli için Yeknesak Politikaları (The Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy-UDRP) kabul etmiş, 29 Kasım 1999 tarihinde, ilk servis sağlayıcı kurum olarak WIPO onaylanmış ve politikalar 1 Aralık 1999'da uygulamaya konmuştur.³⁷¹

Türkiye'nin de üyesi bulunduğu WIPO'yu oluşturan ülkeler, sınai ve fikri hakların korunması ile ilgili olarak daha önce kurulmuş bulunan birliklerin tüzel kişiliklerinin korunmasını öngörmüşler ve tüm dünyada fikri mülkiyet haklarının korunmasını

³⁶⁹ "Special Report", www.betterwhois.com (erişim tarihi. 12.10.2012)

³⁷⁰ Tekinalp., s. 29., Dilek Üstün, "**Fikri ve Sınai Haklarla İlgili Uyuşmazlıklarda Altrnatif Çözüm Yolları ve İnternet Alan Adı (Domain Name) Uyuşmazlıkları**", Legal Hukuk Dergisi, C.2., S.20., İstanbul., 2004., s.2225 vd.; Bozbel s. 219., Şenocak.,s. 94.

³⁷¹ Michael, Froomkin, "**ICANN's Uniform Dispute Resolution Policy-Causes and Partial Cures**", **Brooklyn Law Review**, Volume 67, Number 3, 2002, s.608., Üstün, s. 2226.,

teşvik etmeyi ve bu alanda faaliyet gösteren kurum ve kuruluşlarla birlikte ulusal ve uluslararası fikri hukuk düzenlemelerini geliştirmeyi amaç edinmişlerdir.³⁷² WIPO'nun 2002 yılında fikri hakların internette korunmasına ilişkin yayınladığı raporunda³⁷³ alan adları ile ilgili yer alan bölüm alan adlarını iki kategoriye ayırmaktadır.

Birincisi, "generic top level domain names" (gTLDs) olarak, diğer bir deyişle, ikinci derece alan adı olarak, alan adının mahiyetini, cinsini belli eden ibare gTLDs olarak anılmaktadır. İkincil seviyedeki alan adları (gTLDs) tamamen "first come, first served"/ "ilk gelen alır" ilkesi doğrultusunda tescil edilmektedirler. gTLDs'ler ".net", ".org" olarak örneklendirilebilecek olup, ayrıca yürürlüğe giren ".aero" ".asia" ".biz" ".cat" ".coop" ".jobs" ".museum" ".name" ".pro" ".travel" isimli uzantılar da kullanıma açılmıştır. ICANN'ın "new gTLDs program" olarak tanımladığı ve internet alan adı sistemini destekleyen yeni gTLD'leri sağlanmasını amaçlayan programı neticesinde, bir veri tabanı işletmeciliği kurmaya ve işletmeye talip olan adaylar, internet altyapısının bir kısmını işleten yeni bir gTLDs işletmecisi olacaklardır.

Hali hazırda, 2013'ün ilk döneminde sunulan yeni alan adlarını işletmeyle görevli kılınan şirketler açıklanmıştır.

Yeni alan adları programına göre diğer alan adları şöyledir; ".buzz" ".support" ".recipes" ".computer" ".academy" ".careers" ".cab", ".domains" ".viajes" ".company" ".camp" ".limo" ".management" ".photos" ".shoes", ".center" ".ruhr" ".menu" ".uno", ".diamonds" ".tips" ".photography", ".directory" ".enterprises" ".kitchen" ".today" ".pearl" ".plumbing" ".graphics" ".contractors" ".gallery" ".sexy" ".construction" ".tattoo" ".technology" ".estate", ".land" ".bike" ".ventures" ".camera" ".clothing" ".lighting" ".singles" ".voyage" ".guru" ".holdings" ".equipment",

³⁷² WIPO tarafından 20.12.1996 tarihinde İsviçre'nin Cenevre kentinde "Fikri Haklar" adı altında bir anlaşma metni düzenlenmiştir. Bu anlaşma, WIPO'nun öncülüğünde yürürlüğe konulan ve uluslararası alanda fikir ve sanat eseri sahibinin hakları ile ilgili en son metin niteliğindedir. www.wipo.org.

³⁷³ "Intellectual Property On The Internet: A Survey Of Issues" <http://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/ecommerce/pdf/survey.pdf>, WIPO, 2002.

Ayrıca, Yeni alan adları arasında Rusça, Japonca, Çince ve Arapça isimler de yer almaktadır. İleri dönemlerde Türkçe “ç”, “ş”, “ğ” “ö” “ü” harfleri ile de yeni alan adları açılacağı ayrıca duyurulmuştur.³⁷⁴

Çince, “bağış” kelimesi, . 公益 (xn--55qw42g)

Çince “hükümet” kelimesi., ".政务(xn--zfr164b)”

Japonca “herkes” kelimesi; “.みんな (xn--q9jyb4c)

Arapça “internet/ağ” kelimesi, “. شبكة (xn--ngbc5azd)”,

Rusça “çevrimiçi” kelimesi, “. Онлайн (xn--80asehdb),

Rusça “site” kelimesi,” “.сайт (xn--80aswg)”

Çince “oyun” ve “oyunlar” kelimesi, “.游戏(xn--unup4y)”

İkincisi, internet sitesinde kendisini temsil eden isim ve işaretler ile 200 ülkeyi temsil eden işaretler olan "country code top level domain" (ccTLDs) kategorisidir.³⁷⁵ Örnek vermek gerekirse, İstanbul Kültür Üniversitesi tarafından işletilen www.kultur.edu.tr isimli internet sitesinde “kultur” ibaresi, top level domain name; “edu” ibaresi, generic top level domain name olarak, “.tr” uzantısı ise, menşei ülkesini belirlemekte olup Türkiye’yi temsil etmekte ve country code top level domain name olarak anılmaktadır.

Ülke tanımını yapan alan adı uzantılarından bazı ülke kısaltmaları oldukça revaç görmektedir.³⁷⁶ Söz gelimi, “tv” üst alan adı Tuvalu için üst alan kısaltması olup

³⁷⁴ <http://newgtlds.icann.org/en/program-status/delegated-strings> (erişim tarihi:21.12.2013)

³⁷⁵ Tekinalp., s. 29. Füsün Nomer, **“İnternet Alan Adının (Domain Name) Hukuki Niteliği Ve Marka Ve Ticaret Unvanı Gibi Ayırt Edici Ad Ve İşaretler İle Arasında Benzerlik Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukuki Sorunlar”**, Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001., s. 395 vd., Bozbel.,s.219., Üstün. s. 2227.

³⁷⁶ Ayrıca 2013 yılında,.FO Faroe Islands .GR Greece., MK Macedonia., PY Paraguay alan adları tahsis edilmiştir. Bkz. **“ICANN Annual Report 2013, a New Season at ICANN”**, s.3., <http://www.icann.org/en/about/annual-report/annual-report-2013-en.pdf>., Revaç gren ülkelere

televizyon yayın ve yapım şirketleri tarafından tercih edilmektedir. Antik ve Barbuda adalarının üst alan kısaltması olan “.ag” ise, özellikle Almanya’daki anonim şirketler tarafından tercih edilmektedir. Anonim şirket kısaltması AG’nin (“Aktiengesellschaft”) kısaltması olarak tercih edilmektedir. Türkmenistan’ın kısaltması olan “.tm” alan adının ticari marka sahipleri tarafından tercih edilmesi söz konusudur. Zira, “tm” ticari marka kısaltmasıdır. (“Trade Mark”)³⁷⁷

ICANN tarafından oluşturulmuş olan UDRP (“Alan Adları Uyuşmazlık Çözüm Politikaları”) tüm jenerik üst düzey alan adları ve birçok ülke üst düzey alan adı için kullanılmaktadır. Gerek çözüm oluşturulan vaka sayısı gerekse bu yöntemle çözüm sağlanan alan adı sayısı olarak bakıldığında, en fazla tercih edilen çözüm mekanizmasıdır.³⁷⁸

ICANN sistemi temel olarak WIPO tarafından önerilen tahkim sistemi ile aynı şekilde çalışmaktadır. Uyuşmazlıkların çözümü için marka ve alan adları konularında teknik olarak ve hukuken bilgi ve deneyime sahip tarafsız ve bağımsız bir veya üç hakem seçilmekte ve bu hakemlerin verdiği karar uygulanmaktadır. Bu işlemler yetkilendirilmiş merkezler tarafından yapılmaktadır. Bu hususta WIPO otorite olan uluslararası merkezlerdendir. Ayrıca, Asian Domain Name Dispute Resolution Center, ICANN ile aynı politikaları uygulamakta ve aynı zamanda ICANN tarafından akredite edilmiş bir kurum olması sıfatı ile .cn (Çin), .hk (Hong Kong), .pw (Palau), .ph (Filipinler) haricinde diğer uyuşmazlıklara da bakmaktadır. Çek Tahkim Mahkemesi (CAC-Czech Arbitration Court) yine aynı şekilde ICANN tarafından akredite edilmiş bir şekilde uyuşmazlıkları çözmektedir. Singapur yine aynı şekilde kendi yasası ile ICANN politikalarını birleştirmek sureti ile bu konuda kendi çözümünü oluşturmuştur. INTA (International Trademark Association) bu konuda ICANN tarafından uygulanan sistemin sadece marka haklarına yönelik ve kötü niyet

örnek olarak; AC (Ascension Island) .AG (Antigua& Barbuda) .AS (American Samoa).BS (Bahamas) .BZ (Belize).CC (Cocos Islands) .CY (Cyprus) .EC (Ecuador) .FJ (Fiji) .GT (Guatemala) .LA (LaoPeoples Democaratic Republic) .MX (Meksika).NA (Namibya) .NU (Niue) .PA (Panama) .PH (Filipinler) .PN (Pitcaim Adaları) .RO (Romanya).SH (St. Helena) .TT (Trinidad and Tabago).TV (Tuvalu) .VE (Venezuela) .WS (Weste) verilebilir.

³⁷⁷ Tekinalp.,s. 29., Şenocak, .s.93., Bozbel.s.219.

³⁷⁸ Tekinalp. ,s. 29, Bkz. “Rapor”, s. 2., Can/Memiş, s. 13., Üstün .s. 227.

ile sınırlı olmasının yanlış olduğu ve ülke adları için daha başka metotlar geliştirilmesi gerektiğini savunmaktadır.

ICANN; yeniden yapılanma süreçleri ve küresel yayılma stratejileri çerçevesinde genel merkezleri olan ABD, Los Angeles dışında İstanbul'da ve Singapur'da olmak üzere iki yeni merkez açmıştır. ICANN'ın ilk bağlantı ofisi özelliğini taşıyan ofis, 25.05.2013 tarihinde, ICANN İstanbul'da açılmıştır. ICANN, İstanbul'un bilgi iletişim teknoloji sektöründeki potansiyeli ve Avrupa, Orta Doğu, Afrika ve yakın kültürel ve coğrafi yakınlığı dolayısıyla İstanbul'u seçtiğini duyurmuştur.³⁷⁹

1. ICANN Tahkim Usulü

Haksız rekabet veya marka hukuku hükümlerine dayalı olarak haksız alan adı kullanımlarına ilişkin yerel mahkemelerde dava açılması ve sonuçta davanın kabulü halinde konu çözüme kavuşmamaktadır. Zira, internet kişilere ülkesel ve bölgesel sınırları olmayan bir tanıtım ve pazarlama imkanı sunmaktadır. Alınacak mahkeme ilamının, internet sitesinin yurt dışından yayın yapması halinde, ICANN tahkim usulüne başvurulması halinde, yapılan tahkim yargılamasının adından şartlarının varlığı halinde alan adı, şikayette bulunan tarafa tahsis edilmektedir.

Bir başkasının haklı olarak kullandığı isim, marka, ticaret unvanı ve işletme adı gibi ayırt edici ad ve işaretlerini içeren sözcüklerin, üçüncü kişilerce alan adı olarak kullanılması durumunda, marka ve ticaret unvanı sahibinin bunu ICANN tahkim usulüne başvurarak engellemesi, alan adını kendi adına tahsisini mümkün kılmaktadır.³⁸⁰

ICANN tahkim usulüne göre, bir şikayetin hukuki mahiyetini belirleyen maddi şartlar, genel olarak, tescilli gerçekleştiren alan adının, şikayetçinin adı, markası, unvanı, iş ürünleri ve hizmetler ile (a) aynı veya benzer işaretler'in kullanılması ya da

³⁷⁹ ICANN News Release. "<http://www.wireprime.com/wp-content/uploads/2013/09/release-25apr13-en.pdf>.,2013 "*ICANN Annual Report 2013, a New Season at ICANN*", s.3., <http://www.icann.org/en/about/annual-report/annual-report-2013-en.pdf>

³⁸⁰ Tekinalp., s. 29., Nomer., "Alan Adları", s. 388

karişıklığa (iktibasa) mahal vermesi, (b) alan adı ile ilgili olarak bir hakkın veya haklı bir menfaatin mevcut olması, (c) kötü niyetli tescil ve kullanma'dır.³⁸¹

UDRP kurallarına göre, alan adı ile şikayetçinin adı, markası, unvanı, ürünleri ve hizmetleri arasında karişıklığın varlığı second domain name alan adına (gTLDs) bakılarak tespit edilmektedir. Ayırt edici özelliğın kuvvetli yahut zayıf olması dikkate alınmadan, alan adı ile kariştırılma tehlikesi oluşturan haklı durumların varlığı dikkate alınmaktadır.³⁸²

Temel olarak bir alan adı üzerindeki uyuşmazlığın çözümlü için uygulanan kurallara göre, alan adının itiraz sahibinin markası ile birebir veya kariştırılabilecek kadar yakın olması ve bu alan adı üzerinde alan adı sahibinin hiçbir hakkı veya ilgisi olmaması ve alan adının kötü niyetle tahsis edilmiş ve kullanılıyor olması şartları altında, alan adı itiraz sahibine tahsis edilmektedir, bu şartların oluşmadığı her durumda itiraz reddedilmektedir.³⁸³

Tahkim Divanı, İngilizce şehir hizmetleri manasına gelen City Utilities isimli enerji piyasasında faaliyet gösteren şirketin, "cityutilities.com" alan adının kendisine devredilmesi yönündeki talebini reddetmiştir. Alan adını tescil ettiren kişinin, alan adını 75.000 USD'ye satmak için kuruma teklif götürmüş olmasına rağmen, Tahkim Divanı, şehir hizmetleri ibaresinin, genel bir ifade olup, şikâyetçinin anılan alan adının kendi adına transfer edilmesinde herhangi bir hukuki menfaati olmadığına dair karar vermiştir.³⁸⁴

Tahkim Divanı, Hürriyet Gazetesi lehine vermiş olduğu son tarihli kararlarında, hurriyetemlak.org., hurriyetport.com, hurriyet.org., hurriyet.tv alan adlarının Hürriyet

³⁸¹ Tekinalp., s. 29. Nomer., "Alan Adları", s. 387.

³⁸² Tekinalp., s. 30. Bozbel., s. 223.

³⁸³ şenocak, s. 103.

³⁸⁴ Karar no. D2000-0407., <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2000/d2000-0407.html>

Gazetecilik ve Matbaacılık A.Ş.'ye tahsis edilmesine karar vermiştir.³⁸⁵ Tahkim Divanı, ihtilafli alan adının hürriyet ve hurriyetemlak.com markalarıyla aynı olduğunu veya iltibas oluşturacak kadar benzerliğinin var olduğunu, hurriyetemlak.com markasının “.org” uzantısıyla kullanımının, şikâyet eden'in markalarıyla karıştırılma ihtimalini ortadan kaldırmadığını, özellikle, şikâyet edenin, şikâyet edilene hürriyet ve/veya hurriyetemlak.com markaların kullanılması ile ilgili herhangi bir hak veya lisans vermemiş olması yönünde sunulan iddianın, şikayetçi tarafından ispat şartlarını yeterince sağlamış olduğundan yola çıkarak alan adının, şikayet edene tahsis edilmesine karar vermiştir.

Hurriyetport.com alan adını tescil ettirmiş olan şikayet edilenin ise, ön isminin Hürriyet olması söz konusudur. Bu durumda, hurriyetport.com alan adının tescil edilerek, şikayet edilen tarafından, hürriyet gazetesi ile benzer içerikte internet haberleri yayınlarak, meşru bir menfaati olmadan şikayet edenin marka tanınırlığından ve itibarından yararlanmak suretiyle haksız rekabette bulunduğu kanaatine varılmıştır

Hurriyet.org isimli alan adının Amerika'da yaşayan bir Türk vatandaşı tarafından tescil edilmiş olduğu diğer hurriyet.org kararında ise, şikayet edilen “hürriyet” ibaresinin genel kullanım arz ettiği, zira Türkçede özgürlük ve bağımsızlık manasına geldiği, dahası şikayet edilenin siteyi tescil ettirme amacının gazete okuyucularını yanıltmak ya da gazete ile rekabet etmek olmadığı yönündeki savunmasına rağmen

³⁸⁵ Karar No.D 20120163.,<http://www.wipo.int/amc/en/domains/search/text.jsp?case=D2012-0163>,

Karar No. D2011-01902., <http://www.wipo.int/amc/en/domains/search/text.jsp?case=D2011-1902>.,

Karar No., D2008-0126., <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2008/d2008-0126.html>.,

Karar No. D2007-0596.,<http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2007/d2007-0596.html>.,

Karar No. DTV2013-0002.,
<http://www.wipo.int/amc/en/domains/search/text.jsp?case=DTV2013-0002>

şikayet edileni kötü niyetli bularak tanınmış marka sahibinin, alan adını lehine tescil ettirmesinde menfaati bulunduğuna karar vermiştir.

Divan Kararları incelendiğine görülen, hak sahiplerinin markalarında olmayan (-) işaretinin alan adına konması yoluyla tescil ettirilen siteler hakkında menfaat ileri sürmekte zorlandıkları, yönündedir. Diğer yandan, markanın adında olan boşluğun alan adında olmaması da marka ihtilafına yönelik iddialarda olumlu karar alınmasını engelleyebilmektedir.

Tahkim Divanı, Telstra Corporation isimli şirketin markasının alan adı olarak kötü niyetli bir başvuru olarak tescil edildiğine ilişkin yapmış olduğu başvuruya dair– www.telstrashop.com,³⁸⁶ alan adının tescil ettirenin savunmalarını tutarsız bulmakla birlikte, şikayetçinin markasının, alan adının aynısı olmadığı ve kendisinin de "The Tel en Trash Op" adı verilen, bir internet tabanlı açık artırma, satış veya takas sitesi faaliyetlerine ilişkin iş kurma sürecinde olduğundan hareketle alan adının bu kapsamda tescil ettirildiği savunmasını haklı görmüştür.

Bir alan adında markanın tamamı yer alıyor ise, alan adında ilaveler olması da kötü niyetli tescilde bulunanların başvurduğu savunma yöntemlerindedir. Tahkim Divanı EAuto, L.L.C isimli otomotiv ve otomotiv yedek parçaları sektöründe faaliyet gösteren firmanın, yine aynı sektörde faaliyet gösteren başka bir firma tarafından tescil edilen www.eautolamps.com isimli alan adını, tescilini sağlayan tarafından kullanılmasında kötü niyet bulunmadığı ve tescilin meşru olduğu yönünde karar vermiştir. Zira, İngilizce oto lambaları manasına gelen alan adını, bu hali ile şikayetçinin markası ile karıştırılma riski olmadığı görüşündedir.³⁸⁷

UDRP'ye göre, alan adının şahsi olarak kullanılması, marka sahibinin haklarına tecavüz teşkil etmez. Burada, alan adı ile ilgili bir hakkın veya haklı bir menfaatin

³⁸⁶ Karar No. D2000-1672 <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2000/d2000-1672.html>

³⁸⁷ Karar No. 2000-0047., <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2000/d2000-0047.html>

mevcut olduğu görüşü hakimdir. Ancak tescil edilen alan adının ileride ticari amaçla kullanılacağıının bildirilmesi halinde artık şahsi kullanımdan bahsedilemez.³⁸⁸

Alan adını tescil ettirenin haklı menfaati, marka hakkı sahibinin durumdan haberdar edilmiş ve duruma itiraz etmemiş olması halinde mevcut sayılmaktadır. Ancak, tescil ettirenin marka ve ürünleri eleştirmek amacı ile bu internet sitesini kullanması halinde, haklı bir menfaatten söz edilemeyecektir. Diğer yandan, tescil edilen alan adının daha sonra ticari amaçlarla kendi ürün ve hizmetleri için kullanılacağıının planlanması halinde yahut alan adının tescil edilip daha sonra bunun satışa sunulması halinde de, alan adı sahibinin haklı bir menfaatinden söz edilemez.

Yazım hatasından kaynaklanan alan adlarında da marka sahibinin haklı menfaati mevcuttur.³⁸⁹ Markaya bir harf eklenmesi ve eksiltilmesi halinde, alan adının kötü niyetli kullanıldığına açık bir delil teşkil edip etmediği, Tahkim Divanın her somut durumda ayrı nitelendirmede bulunduğu görülmektedir. Microsoft Corporation'ın şikayeti üzerine, tescilli markaya harf eklenerek tescili sağlanan microsoft.com isimli alan adının görsel ve fonetik olarak şikayetçinin markasına benzerliğinden ötürü, kötü niyetin varlığı kabul edilerek, alan adının şikayetçiye transfer edilmesine dair karar verilmiştir.³⁹⁰ Yine, L'TUR isimli turizm şirketi tarafından yapılan şikayet üzerine, www.eltour.com isimli alan adının şikayetçiye tahsis edilmesine, zira şikayetçinin markası ile ayırdedilemeyecek benzerliğin var olduğuna, farkın yalnızca Fransızca L'TUR kelimesinin okunuşu dikkate alınarak, alan adı tesciline konu edilmiş olmasında dayandığı, bunun ise bir kötü niyetli tescil sayılması gerektiğine dair karar verilmiştir.³⁹¹

³⁸⁸ Şenocak, s. 135., Bozbel s. 235.

³⁸⁹ Bozbel.,s.235.

³⁹⁰ Karar No.2001-0362., <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2001/d2001-0362.html>

³⁹¹ Karar No. D2003-0665., <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2003/d2003-0665.html>

Alan adı sahibi, ticari hayatta bir marka ile karışıklık meydana getirip, kendisinin veya başka birisinin internet sitesine müşteri çekmek suretiyle kazanç elde etmeyi amaçlıyor ise burada da kötü niyetli bir tescilin var olduğu sonucuna varılacaktır.³⁹² Örneğin, amazon.com tarafından işletilmekte olan www.imdb.com (“International Movie Data Base”) isimli internet sitesi sinema ve televizyon sektörünün güncel ansiklopedisi niteliğinde bir veri tabanı olup, bu haliyle özgün bir içerik sunmaktadır. Uluslararası bir referans kaynağı olan sitenin yüksek tanınırlık düzeyinden yararlanmak suretiyle, kötü niyetli olarak www.imbd.com gibi bir alan adı ile tescilin sağlanması bu duruma başka bir örnektir.

Alan adının, hem tescilde hem de kullanılmasında kötü niyetin varlığı aranmaktadır. Kendi adına tescil ettirdiği alan adının, bu alan adının satışa sunulduğu başka bir internet sitesine yönlendirilmesi, alan adının satılmak amacıyla tescil edilmiş olması sebebiyle kötü niyetli tescil edildiğini ve ayrıca internet sitesi adresinin kötü niyetli kullanıldığını gösterir. (www.ilovelucy.com)³⁹³

Jenerik olarak tanımlanan alan adlarının, (gTLDs) herhangi bir sektörü ya da sektörün bir kısmını tanımlayan ve başvuru sahibine doğrudan veya dolaylı haksız kazanç ve öncelik sağlayabilecek nitelikte olması halinde, bu alan adları, hiçbir kuruluşa verilmemektedir. Nitekim, kitap.com.tr, avukat.org.tr gibi cins ve meslek isimleri alan adı olarak kaydedilemeyecektir.³⁹⁴ Dolayısıyla, bir cins veya meslek ismini alan adı olarak tescil ettiren, bu alan adı altında hiçbir faaliyette bulunmayıp sırf bu alan adını ilgilienlere satmayı amaçlıyor ise, bu halde dahi ICANN tahkim usulü uygulanabilmelidir.

³⁹² Şenocak, s.113., Bozbel. s.235.

³⁹³ 11.HD., 21.12.2011 t., 2011/14012 E. ve 2011/17390 K. Sayılı kararı., “Kural olarak, tescilli unvanın kullanımı haksız rekabet teşkil etmez. Ancak, kusurlu ve kötüniyetli tescil halinde meydana gelen zarardan tescil ettiren sorumludur.” www.kazanci.com.tr, (erişim tarihi: 12.04.2012)

³⁹⁴ Tamer SOYSAL “İnternet Alan Adları Sistemi Ve Tahkim Kuruluşlarının UDRP Kurallarına Göre Verdikleri Kararlara Eleştirel Bir Yaklaşım – 1” Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi Sayı : 21 Yıl : 2006/2., s. 481-507.

UDRP uyarınca alan adının ticareti amacıyla, sair bir hukuki menfaat bulunmadan elde bulunduruluyor olması halinde, kötü niyetli tescil ve kullanma mevcuttur. Alan adını kendi adına tescil ettiren, alan adını marka sahibine veya rakiplerinden birine satmak, kiralamak veya başka şekilde devretmek amacıyla tescil ettirdi ise bu durum aynı zamanda “domain grabbing” olarak tanımlanmaktadır. Tescil sahibi, sadece tescil masraflarının – yıllık yaklaşık 50 USD- talep ederek sahip olduğu alan adını devretmek niyetinde ise burada kötü niyetin bulunmadığı belirtilmektedir. Ancak, satış rakamı belirtilmeyen tekliflerde, tescil masraflarını aşan bir meblağın talep edildiği kabul edilecektir. Yine, alan adı sahibinin, ticari hayatta marka sahibinin markasını alan adı olarak kullanmasına engel olmak amacıyla tescil yaptırmış olması, kötü niyetli tescil halidir. Tescilin, öncelikle rakip firmaya zarar vermek amacıyla yapılması, dürüstlük kuralına aykırıdır.

Roman Club International isimli şirket aleyhine 8.02.2001 tarihinde Cem Yılmaz tarafından yapılan başvuruda, 1999 yılında adının, davalı tarafından alan adı olarak tescil edilmesine ilişkin olup başarı ile sonuçlanmıştır.³⁹⁵ Karara göre, davalının Cem Yılmaz’ı New York’taki gösteriden sonra kuliste ziyaret edip ortak bir internet sitesi kurmayı teklif etmiş ancak sonuç alamamıştır. Davalı bunun üzerine, Cem Yılmaz adının kayıt tescilini sağlayarak, bunu kendi internet sitesine yönlendirmiş ve türkçe olarak “Cem Yılmaz’ın resmi internet sitesi 30.08.2000’de açılıyor, bizi tekrar ziyaret edin, teşekkürler” ibaresi yer alan bir yazı yayınlamış, alan adını ise, 10.000 USD’ye satmayı teklif etmiştir. Tahkim Divanı, Cem Yılmaz’ın, isminin yaygın olarak bilinen bir isim olmaması karşısında, TPE nezdinde gerçekleştirmiş olduğu marka başvurusuna göre de, alana adının şikayetçiye transferine karar vermiştir.

Jim Cashel isimli şahsın, hertz.com³⁹⁶, trumps.com, esquire.com gibi toplam 18 tanınma oranı yüksek olan şirket ve derginin ismini kendisi adına tescil ettirdiği bilinmektedir. Gazeteci Jashua Quittner, “mcdonalds.com” işaretini alan adı olarak

³⁹⁵ Karar No. D2000-1541, www.wipo.int/domains/decisions/html/2000/d2000-1541.html (erişim tarihi: 10.10.2009)

³⁹⁶ Karar No. D2009-0615 <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2009/d2009-0615.html>

kendi ismine tescil ettirmiş, McDonald's firması 3500 USD karşılığı bu alan adını, pazarlık sonucu geri almıştır.³⁹⁷

Alan adı sahibi, kendi adına tescilli alan adının, bir marka olduğu hususundan haberdar değil ise, kötü niyetli kullanımda bulunduğu iddia edilemez. Bu durumda, alan adı sahibi, bu adresi kendi mal veya hizmetlerinin pazarlaması amacıyla kullanmayı amaçladığını, en azından planladığı yönünde savunma yapabilmelidir.

Piyasada çok tanınan bir markanın tescil edilip kullanılmaması, alan adının yalnızca rezerve edilmesi halinde de bu tutum kötü niyetli addedilebilir. Alan adının tescil ettirilmesi ile kullanması farklı iki durumdur. Zira, bir alan adı tescil edildiğinde, o alan adı tescil edenin adına tescil makamına işlenmektedir. Bu duruma İngilizce, park etmek manasına gelen "parking" adı verilmektedir. Bu durumda alan adı herhangi bir internet sitesine yönlendirilmemiştir ancak, başka birisi aynı alan adını almak istediğinde bu mümkün olamamaktadır. Alan adlarının, kimler tarafından bu surette kayıt altına alındığı bilgisine "whois databank" adı verilen sistemden öğrenmek mümkündür.³⁹⁸

WIPO Tahkim ve Arbuluculuk Merkezi tarafından, Amerikalı aktör Rip Torn'un adı ile Kanada'da bir kişinin alan adı tescilinde bulunduğu, sitenin aktif olarak işletilmediği ve siteye giriş yapıldığında, site yapım aşamasındadır ibaresi ile karşılaşıldığı, bu durumun kötü niyetli tescil olduğu ve alan adının kişiye transfer edilmesi gereğine karar vermiştir.³⁹⁹ Benzer şekilde, ünlü oyuncular, Julia Roberts ve Nicole Kidman ile ünlü futbol oyuncusu Daniel C.Marino'nun isimlerinin de, UDRP kuralları gereğince, herhangi bir tescil ve kayda bağlı olmaksızın, tanınmış ve

³⁹⁷ Nomer, "Alan Adları" s. 399., dipnot.8

³⁹⁸ Kullanıcılar, kayıt ettirmek istedikleri alan adlarının sorgusunu öncelikle www.whois.com ve varyasyonları ile hizmet veren kayıt görüntüleme sayfalarından sorgulamaktadırlar. Aynı şekilde alan adı ihtilaflarında, bir sitenin içeriği hakkında yanlış ve yanıltıcı beyanlara yer verildiğine ilişkin iddialar da bu veri tabanından site sahibi ve sitenin kayıt işlemleri için hizmet sağlayan aracı kuruluşların isim ve adresleri istisnai durumlar haricinde öğrenilebilmektedir.

³⁹⁹ WIPO Arbitration and Mediation Center., D2001-0850., <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2001/d2001-0850.html>,

herkesçe bilinen isimler olmalarından ötürü, başkaları tarafından kötü niyetli olarak tescil edilmiş alan adlarının sahiplerine transfer edilmesine karar vermiştir.⁴⁰⁰

Tescil edilen alan adı, ancak bir internet sitesine yönlendirildiği andan itibaren "internette kullanıma" açılmış olmaktadır. Alan adı altındaki internet sitesinin rakip bir firmanın veya pornografi içerikli bir internet sitesine yönlendirilmesi, başkasına ait alan adının bilerek tescil ettirilmesi, kendisi hak sahibi olmadığı halde yazım hatalarından faydalanarak yapılan alan adı tescilleri bilinçli olarak yanlış iletişim adresleri verilmesi kötü niyetli tescil halleridir.

Başvuru sahibi aleyhine yapılan bir şikayete karşı savunma yapılmaması da, UDRP kurallarına göre kişinin, kötü niyetli tescil ve kullanımda bulunduğunu kabul ettiği varsayımını taşımaktadır. Burada UDRP kurallarının susma durumuna kabul iradesi bağladığından bahsedilmelidir.

İnternette marka kullanımı, program adı, internet reklamları ve markalı mal ve hizmetlerin arzı şeklinde ortaya çıkabileceği gibi işaretlerin alan adı olarak seçilmeleri tarzında da kullanım teşkil edebilir.⁴⁰¹ Alan adları ile internet dışında kullanılan bir işaret arasında veya diğer alan adıyla öncelikli olmak hususunda uyumsuzluk yaşanabilmektedir. Bu durumda, alan adı ayrıca marka olarak tescil edilmemişse, bu uyumsuzluklar, alan adının hukuki niteliğine ve dosyanın durumuna göre çözülebilir.⁴⁰²

ICANN Tahkim Divanı, Milwaukee Tool Corporation ile aracısı arasındaki milwaukeetool.com alan adına ilişkin olarak, somut olayda, şikayet edilenin, şikayetçinin markası sözleşme ile reklamlarda kullanmaya yetkili olmasından ve

⁴⁰⁰ **aynı yönde**, Julia Roberts kararı, No. D2000-0210 (WIPO May 29, 2000); Nicole Kidman kararı, No. D2000-1415 (WIPO Jan. 23, 2001), Daniel C. Marino kararı., No. D2000-0598 (WIPO Aug. 2, 2000) <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2001/d2001-0850.html>,

⁴⁰¹ Eroğlu, "Marka"., s. 462., yazılımların bilgisayar ortamında satılması halinde markanın ekran üzerinde optik olarak görüntülenmesinin markanın hakkı koruyucu olarak kullanımı için yeterli sayılmasına ilişkin ayrıca bkz. Eroğlu s. , 478., markaların internet reklamları şeklinde kullanılmasına ilişkin bkz. Yuk. S.15 vd.

⁴⁰² Şenocak, s. 132. Vd., Eroğlu, "Marka"., s. 464.

uzun süreden beri ürünlerin meşru şekilde pazarlanmasına aracılık etmesinden bahisle alan adının markaya benzer ve özdeş oluşturulup kullanılmasında haklı bir menfaatin bulunduğu en azından kötüniyetli kullanım söz konusu olmadığı sonucuna varmıştır. Türk Hukuku için de en kabul edilebilir olan bir ICANN Tahkim Divanı kararı “okidataparts.com”⁴⁰³ ihtilafında alınmış olup, şu şartların bütünü ile gerçekleştirilmesine önem atfedilmiştir:

üreticinin markasının araçlar tarafından alan adı olarak kullanılabilmesi için,

- (a) aracının, bu sitede gerçekten mal ve hizmetleri pazarlıyor olması,
- (b) sitenin sadece söz konusu malların pazarlanması için kullanılıyor olması,
- (c) internet sitesinde, marka sahibi ile olan bağlantı doğru ifade edilmeli,
- (d) kullanıcılar site sahibinin üretici olduğu yanılsamasına düşürülmemelidir.
- (e) site sahibi alan adları piyasasını kontrole ve bu suretle marka sahibini kendi markasını alan adında kullanma imkanından mahrum etmeye çalışmamalıdır.
- (f) Site sahibi, üreticinin mallarını pazarladığı siteyi çeşitli alan adları varyasyonları altında tescil ettirdi ise, kötü niyetli sayılmalıdır.

Sonuçta, alan adı tahsis ettiren her kişinin alan adının sahibi olamayacağı açıktır, alan adının üzerinde hakimiyet sadece teknik zorunluluk dolayısıyla ilk tescil edilene tanınmıştır. Marka sahibi, markasına ilişkin bir hakkı veya bir bağlantısı olmayan kişilerin bu markanın aynı veya benzerini internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde, alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük veya benzeri biçimlerde kullanılmasını engelleyebilecektir.

Alan adı işaretini kullanan kişinin işaretin kullanımına ilişkin hakkı olmaması veya meşru bir bağlantısı olmaması ve dolayısıyla kötü niyetli olması koşullarıyla işaretin aynı veya benzerinin internette ticari etki yaratacak biçimde, alan adı, yönlendirici

⁴⁰³ D2001-0903., <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2001/d2001-0903.html> (erişim tarihi: 12.06.2012)

kod, anahtar sözcük veya benzeri biçimlerde kullanılması ICANN politikaları ile haksız kullanım olarak kabul edilmektedir. Bir markanın, tanınmış seviyede kabul edilmediği sürece aynı marka farklı mal ve hizmetler bakımından farklı işletmelerce kullanılabilmesi, gerçek kişi ticaret unvanlarının da tescil edildiği sicil çevresi dışında başkalarının kullanılabilmesi mümkündür. Ancak, bir alan adının yalnızca bir kişiye veya işletmeye tahsis edilebilmesi, örneğin “mehtap” ismini farklı mal ve hizmetlerde marka olarak kullananlardan ve yine “mehtap” işaretini işletme adı olarak kullananlardan sadece bir tanesinin işletmesi için mehtap.com.tr alan adını tescil ettirebilecek olması söz konusu olacaktır. Tescile hak kazanan kişi, “ilk gelen alır prensibi” gereğince alan adı için ilk talepte bulunan kişi olacaktır. Aynı işareti tanıtmaya vasıtası olarak kullanan diğer kişilerin, ilk başvuranın söz konusu işareti taşıyan alan adını kullanması halinde, menfaat sağlamak için bir alan adı tahsisi söz konusu olmadığı kabul edilmektedir⁴⁰⁴

2. Türkiye’de Alan Adlarının Tahsisi ve Yönetimi

Ülke alan adlarının tescilinde ülkeler kuralları kendileri koymaktadırlar. Ülkemizde, “.tr” üst düzey alan adı ve onun altında yer alan ikinci seviye alan adlarının yönetimi ve koordinasyonu hâlihazırda ODTÜ tarafından yürütülmektedir. Bu hususta ODTÜ tarafından belirlenmiş olan “.tr” Alan Adları Politikalar, Kurallar ve İşleyiş” kuralları tahsis yönteminde belirleyici olmaktadır.⁴⁰⁵ Anılan kurallara göre, “.tr” Alan adı, T.C. kamu ortak malı olarak nitelenmektedir. Tüm vatandaşların, özel ve tüzel kişiliklerin bu hizmetten hakça ve eşit olarak yararlanmaları esas kılınmıştır. Alan adlarının satışı, devri ve kiralanması yasak kapsamında sayılmış olup, bu halin tespiti halinde alan adının terkin edileceği madde 2 ile belirlenmiştir. Politikalar madde 10 ile de, temel ilke olarak, fikri haklara tecavüz ve alan adı ticareti teşvik edilmediği belirlenmiştir. Ancak Elektronik Haberleşme Kanunu kapsamında yürürlüğe giren Alan Adları Yönetmeliği alan adının satışını ve devrini mümkün kılmıştır. TRABİS

⁴⁰⁴ Kırca., s. 531.

⁴⁰⁵ *NIC.TR “.tr” Alan Adları Yönetimi “.tr” Alan Adları Politikalar, Kurallar ve İşleyiş Sürüm 5.1.2”.*, <https://www.nic.tr/forms/politikalar.pdf?PHPSESSID=138759028978185143213246331>,

sisteminin faaliyete geçmesi ile birden fazla olarak konuşlandırılacak olan kayıt kuruluşlarının, satış ve devri yasaklayan politikalar ileri sürmemesi beklenmektedir.

ODTÜ Politikaları madde 3 uyarınca, yabancı bir ülkede yerleşik kişi ya da kuruluşlar tarafından, yabancı menşeli belgelere dayalı olarak yapılan “.tr” uzantılı alan adı kayıt başvurularının sonuçlandırılması, alan adının (alan adının kılavuz unsurunu oluşturan ibarenin), alan adı sahibi ya da yetkilendirmiş olduğu kişi ya da kuruluşlar tarafından Türkiye’de kullanılıyor olması ya da bu yönde girişimlerde bulunulduğunun belgelerle kanıtlanması halinde mümkün sayılmıştır. Bu anlamda Politikalar, tanınmış markanın ülke düzeyinde bu etkisinin var olduğunu aramakta olduğu bu doğrultuda Yargıtay kararları ile uyum arz ettiği açıktır.

Başvurular ODTÜ’nün alan adı tahsis birimi olarak kurulmuş olan www.nic.tr adresinden internet başvurusu yolu ile yapılmaktadır. Ülke alan adlarının verilmesi de, bu makamlar üzerinden olduğu için çıkan hukuki uyuşmazlıklar ODTÜ aracılığıyla veya yerel bir mahkemede çözümlenmektedir. Türk Hukukunda, mahkeme kararları doğrudan ODTÜ yönetimi tarafından uygulanmaktadır.

ODTÜ’nün 2012 tarihli Politikalarında, Yönetmelik ile uyumlu olarak belgeli ve belgesiz alan adı tesciline imkan sağlandığı görülmektedir. Madde 12 hükmüne göre, “.tr” alan adları, tahsis aşamasında, “Belgeli” ve “Belgesiz” olarak iki kategoride sınıflandırılmaktadır. Başvurular NIC-tr web sayfaları aracılığı ile yapılmaktadır. “Belgesiz” alan adları (web.tr, gen.tr, name.tr, tel.tr, vb.) başvurularında alan adı tahsisi anında gerçekleşir. “Belgeli” alan adları (com.tr, info.tr, biz.tr, net.tr, org.tr vb.) başvuruları ise, “.tr” Alan Adı Yönetimi’nce bu dokümanda yer alan kurallar kapsamında değerlendirilerek sonuçlandırılmaktadır. oluşabilecek herhangi bir itiraz, U Alan Adları Yönetmeliği’ne göre adları ile ilgili ihtilafların çözüm sürecini hakemler veya hakem heyetleri vasıtasıyla yürüten kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarını, üniversiteleri veya uluslararası kuruluşlarından oluşacak bir Uyuşmazlık Çözüm Hizmet Sağlayıcı (UÇHS) kurulana kadar geçecek müddet içerisinde halen, UÇK (Uyuşmazlıklar Çözüm Kurulu) tarafından değerlendirilir ve karara bağlanmaktadır.

MarkKHK md. 7 (c) ve (d) bendlerinde düzenlenen ve herkesin kullanıma açık tutulması gereken tasviri işaretler, ODTÜ’nün alan adı verme sistemine göre alan adı olarak tahsis edilmemektedir. Bu nitelikte işaretlerin alan adı olarak seçilmesine izin verilse idi, bir çok internet kullanıcısı bu yolla belirli bir işletmenin ana sayfasına

yönlendirilebilirdi. Bu da karmaşık alan adı seçmek zorunda olan rakibe zarar verirdi. Bu yasak aynı zamanda, alan adı seçiminde teknik sınırlılık ve alan adı veren kuruluşun sistemini ağır işlemesi gibi sakıncaları da beraberinde getirirdi.⁴⁰⁶

ODTÜ'nün alan adı verme sisteminde jenerik olarak tanımlanan alan adları herhangi bir sektör ya da bu sektörün bir kısmını tanımlayan ve başvuru sahibine doğrudan veya dolaylı olarak haksız kazanç veya öncelik sağlayacak olan alan adları hiçbir kuruluşa verilmemektedir.⁴⁰⁷ denilse de ODTÜ'nün alan adları sisteminde bir marka başvurusu yapmış olan işletmenin, henüz o marka TPE nezdinde değerlendirmeye alınmadan başvuru evrakları ile birlikte alan adı tescilini talep edebildiği ve bu adla internet sitesi işletebildiği de fiili bir haksız durum yaratmaktadır. Spekülatif bir isimle pekala marka başvurusunda bulunmuş bir işletme, bu başvurusu TPE tarafından MarkKHK md. 7/II (c) ve (d) hükümlerine göre işaret, jenerik (genel) bulunduğundan ötürü reddi kaçınılmaz olsa dahi, TPE nezdinde inceleme devam ederken ODTÜ sistemine kayıt olabilmekte ve.tr uzantılı bir alan adını işletebilmektedir. Çoğu zaman ODTÜ ile TPE nezdinde kurulmuş olan bir iletişim birimi de geliştirilmediğinden hakkı haleldar olan bir tarafın itiraz etmemesi halinde ODTÜ tarafından tanınmış olan bu alan adı da bir markaya bağlanmamışsa dahi hükmen kayıttan düşmemekte, itiraz askısında kalmaktadır.

Politikalar madde 19.a göre, Marka tescil belgesi için başvuru yapmış fakat başvurusu sonuçlanmamış kuruluşlara başvurdukları alan adı, tescil başvuruları sonuçlanana değin geçici olarak verilir. 3. kişilerin itiraz hakkının söz konusu olduğu bu tür alan adı tahsislerinde; tahsis edilen alan adı, bu itiraza olanak tanınması için kamuya duyurulmak amacıyla 6 ay süre ile ilgili internet sitesi üzerinde yer alan itiraz askısında ilan edilir. Bu süre içinde yapılabilecek bir itirazın UÇK'ca geçerli kabul edilmesi; ya da süre sonunda marka tescil başvurusunun olumsuz sonuçlanması ya da kesinleşmiş marka tescilinin ".tr" Alan Adı Yönetimi'ne iletilmemesi durumlarında, geçici olarak tanımlanmış olan alan adı geri alınır. Söz konusu alan adı için ilgili kuruluşa geri ödeme yapılmaz. Ancak, (UÇK'nın kararı ile) alan adının 2 (iki) yıl süre

⁴⁰⁶ Eroğlu., "Marka"., s. 470., Tekinalp, s. 25 No.41. 42, Kutlu Oytaç, Kutlu, **"Karşılaştırmalı Markalar Hukuku"**, Genişletilmiş İkinci Baskı, 2002

⁴⁰⁷ Eroğlu., s. 472.

ile aktif olarak kullanılması ve bu dönem içinde haklı bir itiraz bildirilmemesi durumunda, marka başvurusunun tescille sonuçlanıp sonuçlanmadığına bakılmaksızın, alan adı “Nic.tr” kayıtlarında yer alan alan adı sahibi kişi ya da kuruluşa kayıtlı olarak kalabilir.

Neticeten, bir süpermarket zinciri www.supermarket.com.tr isimli bir alan adını ODTÜ sistemine kaydettiremeyecek ve bu adla bir alan adı işletemeyecek olsa dahi, pratikte TPE'ye yapılmış bir başvurunun bulunması halinde, ODTÜ kaydı kabul etmektedir.⁴⁰⁸ Böyle bir alan adının rakip firma tarafından alınması, sektörel kelimeden diğer rakiplerin alan adı olarak yararlanamamasına neden olabileceği gibi, bu durumda TTK amir hükümlerinde sayılan haksız rekabet hükümlerinden yararlanılacaktır. Ancak haksız rekabet hükümlerinden yararlanılması her olayda ekonomik rekabetin kötüye kullanılması koşulunun aranmasına da sebebiyet vermektedir.

Haksız rekabet hükümlerinin, markKHK ve koşulları varsa bir işletmenin eser niteliğindeki bir kıymetinin haksız dolaşımı dolayısıyla FSEK hükümleri yerine tamamlayıcı olarak tercih edilmesi, haksız rekabet hükümlerinin ayrıca ekonomik rekabetin kötüye kullanılması koşulunun aranması dolayısıyla pratik olmadığı savunulsa da⁴⁰⁹ günümüzde internet sitelerinin reklam kazancının izleyicilerin “tıklama” “tık alma” tabir edilen, site sayfalarını açma ve izleme sayıları dikkate alınarak arttığını ve katlandığı bir gerçektir.

İnternet siteleri bu kazançlarının katlanmasından ötürü, rakiplerinin emtiasından, ürün ve mahsullerinden alan adı yoluyla fayda sağlamak ve/veya bu içerikleri yahut bunlardan türettikleri benzer görselleri sitelerinde yayınlamayı kar amacı olarak görmektedir. İnternet uygulamalarının reklam piyasasının yeni mecrası olmasından ötürü, bir uyuşmazlıkta haksız rekabet hükümlerine tamamlayıcı unsur olarak

⁴⁰⁸ Eroğlu, s. 472. bu hususta www.supermarket.tr/nin alan adı olarak alınamayacağını belirtse de, www.supermarket.com.tr alan adının, ideasoft firması tarafından işletilmekte olduğu görülmektedir.(Erişim tarihi, 08.12.2013):

⁴⁰⁹ Eroğlu., s. 472.

gidilmesi ve öncelikle uyuşmazlığa temas eden bir özel kanun yahut kararname hükmü arayışı pratik olmamaktadır.⁴¹⁰

Özetle, internette ekonomik kazanç sağlayan müteşebbis başkasının markasını, sitesinde kullanarak yahut genel kullanımda olan bir genel ibareyi alan adı olarak tescil ettirmekle, rakiplerinden sadece tanınırlık yönüyle değil aynı zamanda da dikkat çekici bir reklam mecrası olma yönüyle de öne geçmektedir.

Kanımızca, özellikle herkesin kullanımına açık olması gereken bir ismin alan adı olarak tescil edilmesi halinde, bunun markKHK hükümlerine göre çözümünün aranması ve ODTÜ sistemine bu şekilde bir bildirimde bulunulmasından ziyade, haksız rekabet hükümlerine öncelikle başvurulması, ODTÜ alan adları sistemine de durumun haksız rekabet teşkil etmesinden yola çıkılarak bir haklı bildirimde bulunulması amaca daha uygun olacaktır. Nitekim yeni TTK hükümleri de, reklam alanlarının internette geniş yer bulmasından ve internetin önemli bir pazar olmasından hareketle, haksız rekabet hükümlerini yeni gelişen teknolojik koşullarda rekabet gücünün korunması adına geliştirmiştir.

Bir markanın internette alan adı ve mal ve/veya hizmet arzında kullanımının, markayı kesintisiz ve ara verilmeksizin kullanılması sayılıp sayılmayacağı tartışılmıştır.⁴¹¹ MarKHK, md. 14 hükmü, markanın, tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde, haklı bir neden olmadan kullanılmaması veya bu kullanıma beş yıllık bir süre için kesintisiz ara verilmesi halinde, markanın iptal edileceğini hükme bağlamıştır. Bu belirlemenin ardından madde 14 hükmü markayı kullanma kabul edilen alanları saymıştır. Buna göre, tescilli markanın ayırt edici karakterini değiştirmeden markanın farklı unsurlarla kullanılması, markanın yalnız ihracat amacıyla mal ya da ambalajlarında kullanılması, markanın, marka sahibinin izni ile kullanılması, markayı

⁴¹⁰ İnternet sitelerinde yapılan haksız rekabet fiilerinden ötürü, dava açmaya menfaati olan kişilerin haksız fiil neticesi gerçekleşen karlılık oranının tespiti, tazminat miktarını da tayin etmektedir. Tazminat davalarına ilişkin açıklama için bkz. aş. s.191.

⁴¹¹ Eroğlu s. 477. Dural, s, 864., markanın yalnızca internette kullanımının markanın Türkiye’de kullanılabilir olduğuna ilişkin tek başına doğrulanabilir bir yanı bulunmadığına dair bkz. 11. HD., E.2012/15320 E., 2013/13189 K., 24.6.2013 tarihli kararı.

taşıyan malın ithalatı hallerinde markanın kesintisiz ve ara verilmeksizin kullanıldığı hükümlerle sabittir.

11. Hukuk Dairesi hakim içtihatlarında yer verilen görüşe göre, markanın yalnızca internette kullanımının markanın Türkiye’de kullanılabilir olduğuna ilişkin tek başına doğrulanabilir bir yanı bulunmamaktadır.⁴¹²

Bir markanın alan adı olarak seçilmesi ve yalnız bu surette kullanılması, markKHK madde 14 ile belirlenen markanın kesintisiz kullanılması hallerden biri olarak sayılıp sayılmayacağı önemlidir. Buna göre, markanın alan adı olarak seçilmesi onun ayırdedici unsurlarını değiştirmeksizin farklı unsurlarla kullanılması hallerinden birine girebileceği gibi, elektronik ortamda ticaret yapılan hallerde markanın ithalatın bir parçası olarak önemle kullanıldığı hallerde belirleme yapmak hususunda bir tartışma olmasa da her somut durumda alan adının markanın kullanım sahası olarak kabul edilmesinin tespiti kolay olmamaktadır.

MarkKHK madde 14 (a) hükmünde belirlendiği üzere markanın ayırt edici karakterini değiştirilmeksizin farklı unsurlarla kullanılması hali, pekâlâ elektronik ortamda alan adı işareti olarak kullanılmalarına örnek teşkil eder. Zira, internet adresinde genelde bir markadan tescil edildiği gibi yararlanılması mümkün değildir. Markayı oluşturan kelimeye <http://www>. veya üst alan adı gibi diğer işaretler eklenir.⁴¹³

Tescilli markanın anlamını bozan bir yazı biçimi ise, ayırd edici niteliği etkileyen esaslı bir değişiklik olarak kabul edilebilir. Bu nedenle tescilli markanın yabancı kelimeyi işaret etmesi halinde okunuşu ile tescil ettirilmesi söz konusu olur ise, internet alan adı olarak ise yabancı yazılışı ile bir tahsis yapılması halinde bu defa markanın haklı kullanımından söz edilemeyeceği belirtilmektedir. Diğer yandan Türk alfabesinde kullanılan “ğ”, “ü”, “ö” gibi harfler ile marka tescili sağlanmış ise, bu

⁴¹² Bkz. Dipnot.69.

⁴¹³ Arkan, C.II., s.150., Hanife Öztürk (Dirikkan) **“Tescilli Markayı Kullanma Külfeti”**, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul 1998., s. 251., Bu eklerin markKHK md. 14/II (a) kapsamında önemsiz ek olarak kabul edilebileceği hakkında bkz. Eroğlu, s. 480.-481., Berzek.,s 88.

harflerin internet alan adlarında kullanılmaması da söz konusudur. Bu durumun da markanın kullanımını bozup bozmadığı tartışma konusudur.⁴¹⁴

İnternet alan adında bir markaya yer verilmesi halinde, internet sitesinde markanın tescilli olduğu ürün ve hizmet sınıflarında özdeş ve benzer mal veya hizmetler ile ilişkili mal ve hizmetler kullanılmıyor olabilir. Bu durumda markanın alan adı olarak seçilmesi kesintisiz kullanıma bir örnek teşkil edemeyeceği gibi aynı zamanda markasının haksız surette internet alan adı olarak tahsis edildiği iddiasında olan bir tacir markKHK hükümlerine dayanarak marka hakkına tecavüz edildiğini de sağlayamama tehlikesi ile karşı karşıyadır. Burada haksız rekabet hükümlerinin uygulama alanı bulacağı açıktır. Zira yine burada o markanın alan adı olarak seçilmesi yoluyla markanın tanınmışlığından yararlanarak ticari olmayan bir site açmış kişi de sitesine ziyaretçi çekerek internet reklamcılığı dolayısıyla bir haksız kazanç sağlayacaktır. Bu durumda en tipik örnek bir markanın kötülenmesi yoluyla açılan internet sitelerinde yaşanmaktadır.

Tacirin markası kötülenmesi amacıyla önüne ve arkasına bazı kötü sıfatlar getirilerek bir takım internet sitelerinde kötüleyici yayın yapılması söz konusudur. Tacirin markasının adının arama motorlarından aranması halinde tacirin sitesi ile birlikte hatta bazen daha üst sıralarda kötüleyici yayın yapılan site ile karşılaşılması halinde, düşüncenin yayılmak istendiği bu platformun yine markanın tanınmışlığından yola çıkarak bu hedefine ulaşabilmesi mümkün olduğundan haksız rekabet hükümlerine göre korunabilmelidir. Zira bu sitelerin ziyaretçi başına reklam geliri elde etmesi söz konusudur.⁴¹⁵

Diğer yandan şayet markanın alan adı olarak seçilmesi, markayı kullanma olarak kabul edilir ise, ülke içinde yararlanmakta olan bir markanın dünya çapında çağrılabilir kılınması manasını da gelecektir.⁴¹⁶

⁴¹⁴ Eroğlu, “*“Bonyour” yerine “Bonjour” kelimesi kullanılırsa, markanın haklı kullanımından söz edilemeyecektir.*”, s. 481.

⁴¹⁵ Mobilya üretim ve satış faaliyeti konusunda “Coastal Homes” Mobilya isimli sitenin alan adı olan www.coastalhomes.com.tr isimli sitenin aranması sırasında, ziyaretçiler www.coastalhomes-zedeler.com isimli site ile karşılaşmaktadır. (erişim tarihi.12.12.2013)

⁴¹⁶ Eroğlu, s. 477., Dural s. 864.

Alan adlarına ilişkin BTK tarafından mevzuat çalışmaları yapılmaya başlanmasının erken dönemi, aşağıda yer verilen Yargıtay kararı ışığında değerlendirilecektir. Şu kadar ki, Hâkim Yargıtay görüşü itibariyle, bir alan adının başkasının marka, ticaret unvanı işletme adı gibi korunan bir hakkını ihlal etmesi halinde hak sahibi, haksız rekabet hükümlerine göre dava açabilecektir.⁴¹⁷ Alan adlarına ilişkin getirilen yasal

⁴¹⁷ 11.HD.;2007/1677 E.; 2008/4071 K.; 28.03.2008 tarihli kararı. "Taraflar arasında görülen davada (Ankara Sekizinci Asliye Ticaret Mahkemesi)'nce verilen 19.07.2006 tarih ve 2004/227-2006/320 sayılı kararın Yargıtay'ca incelenmesi ... Davacı-karşı davalı vekili, müvekkilinin 17.06.2002 tarihinde kurularak ticaret siciline kayıt edildiğini, şirketin mimari proje üretip uygulamak, dekorasyon, düzenleme işleri yapmak konularında faaliyet gösterdiğini, davacının yaptığı çalışmalar sonucunda m... proje unvanını aynı sahada faaliyet gösteren diğer işletmelerden ayırt edici hale getirdiğini, davalı şirketin ticaret unvanında yer almayan "m... proje" sözcüğünü içeren "M... proje com. tr."yi alan adı olarak kullandığını, internet alan adının ODTÜ tarafından kullanılmasına izin verilmesinin ticaret unvanına saldırıyı ortadan kaldırmayacağını İleri sürerek, karşı davanın reddine, haksız rekabetin ve tecavüzün önlenmesine karar verilmesini talep ve dava etmiş ve ıslah dilekçesi ile de 15.000 YTL manevi tazminata hükmedilmesini istemiştir. Davalı-karşı davacı vekili, müvekkilinin davacı şirketin daha önce 22.11.1998 tarihinde kurularak ticaret siciline tescil edildiğini, davalının mühendislik proje yapım alanında faaliyet gösterdiğini, "M... Proje com. tr." ibaresini ODTÜ bünyesinde yetkili DNS yönetimine başvurarak alan adını kullanma hakkını iktisap ettiğini savunarak, davanın reddini istemiş, davacı-karşı davalının yaptığı haksız rekabetin önlenmesini ve ticaret unvanının sicil kaydından silinmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Mahkemece, İddia, toplanan kanıtlar ve tüm dosya kapsamına göre, (www.M...proje.com.tr) alan adının davalıya yapılan tahsisinin iptal edildiği ve 23.11.2005 tarihi itibariyle davacı adına kaydedilerek 29.11.2010 tarihine kadar da geçerliliğini sürdüreceği, karşı davanın ise işlemiden kaldırılarak süresinde yenilenmediği gerekçesiyle, asıl dava yönünden davanın konusuz kalması sebebiyle karar verilmesine yer olmadığına, karşı dava yönünden ise açılmamış sayılmasına karar verilmiştir.Kararı, davacı-karşı davalı vekili temyiz etmiştir. Davacı vekili, müvekkilinin tescilli ticaret unvanının ayırt edici unsuru olan "m... proje" İbaresinin davalı tarafından alan adı olarak kullanılması suretiyle haksız rekabet yaratıldığını iddia etmiştir. Dosyada mevcut belge ve yazışmalardan "M... Proje com.tr"de oluşan alan adının dava tarihinde davalıya tahsis edildiği, ancak, yargılama sırasında bu tahsisin iptal edilerek 23.11.2005 tarihi itibariyle de davacıya tahsis edildiği anlaşılmaktadır. Türkiye için kullanılan "tr" ülke kodlu alan adları ODTÜ "tr" Alan Adı Yönetimi tarafından tahsis edilmektedir. Alan adları yürürlükteki mevzuatlarda düzenlenmediğinden, TTK'nın 5715. maddesindeki "işaret" ve "tanıtma vasıtalar" olarak nitelendirilip değerlendirilmesi gerekir. Öte yandan, alan adları her ne kadar belli bir organizasyon ve kurallar çerçevesinde ODTÜ "tr" Alan Adı Yönetimi tarafından tahsis edilip, itiraz ve yönetim işlemleri de anılan kuruluş tarafından yerine getirilmekte ise de, bir alan adı başkasının marka, ticaret unvanı, işletme adı gibi koruma haklarını ihlal etmekte ise, hak sahibi, alan adını veren kuruluş nezdinde itiraz edebileceği gibi, hakkının korunması için mahkemeye de başvurabilir. Alan adlarına ilişkin bir yasal düzenleme bulunmadığından, alan adının korunan bir işareti ya da hakkı ihlal etmesi halinde TTK'nın 56. vd. maddelerine dayalı haksız rekabetin tespiti ve önlenmesi davası açılması mümkündür ve alan adı tahsisine yetkili kuruluş bu yetkisini kanundan almadığından dolayı, tahsis edilen alan adının sicilden terkin edilinceye kadar olan kullanımında haksız rekabet oluşturması mümkündür. Somut uyuşmazlıkta, davacı adına tescilli ticaret unvanının ayırt edici eki "M... Proje" davalı adına tescilli ticaret unvanının ayırt edici eki ise "m..." sözcükleridir. Bu bakımdan, davalının unvandaki "m..." sözcüğü yerine davacı unvanının esaslı unsuru olan "m... proje" ibaresini

düzenlemeler, alternatif çözüm yollarına ilişkin olup, ayrıca denetlenmeye muhtaç olduklarından, bir alan adının başkasının marka ticaret unvanı, işletme adı gibi korunan bir hakkını ihlal etmesi halinde hak sahibi haksız rekabet hükümlerine göre dava açacaktır.

Somut durumda, davacı adına tescilli ticaret unvanının ayırt edici eki olan (x proje), davalı adına tescilli ticaret unvanının ayırt edici eki ise "x..." sözcükleridir. Bu bakımdan, davalının unvandaki "x..." sözcüğü yerine davacı unvanının esaslı unsuru olan "x... proje" ibaresini alan adı tanıtma vasıtası olarak kullanması TTK'nın 56. vd. maddeleri uyarınca haksız rekabet oluşturur, denilmiştir. Kararda yine, davalıya tahsis edilen "x... Proje.com.tr" alan adı yargılama sırasında ODTÜ Alan Adı Yönetimi tarafından iptal edilmiş ise de, söz konusu tahsisin iptaline rağmen, davalı gazetede yayımlanan iş ilanlarında elektronik yazışma adresi olarak "x... Proje" ibaresini kullanmaya devam ettiğine göre, davacının anılan ibarenin kullanımının haksız rekabet oluşturduğunu mahkeme kararıyla tespiti ve önlenmesini istemekte hukuki yararı bulunmaktadır., denilmektedir.

11. Hukuk Dairesi konuya ilişkin vermiş olduğu kararında, Türkiye için kullanılan "tr" ülke kodlu alan adları ODTÜ "tr" Alan Adı Yönetimi tarafından tahsis edilmiş olmasının ve alan adlarının yürürlükteki mevzuatlarda düzenlemediğinden, TTK'nın 57/5. maddesindeki "işaret" ve "tanıtma vasıtalar" olarak nitelendirilip değerlendirilmesi gerektiğini içtihad etmiştir.⁴¹⁸

alan adı tanıtma vasıtası olarak kullanması TTK'nın 56. vd. maddeleri uyarınca haksız rekabet oluşturur. Her ne kadar, davalıya tahsis edilen "M... Proje.com.tr" alan adı yargılama sırasında ODTÜ Alan Adı Yönetimi tarafından iptal edilmiş ise de, söz konusu tahsisin iptaline rağmen, davalı gazetede yayımlanan iş ilanlarında elektronik yazışma adresi olarak "M... Proje" ibaresini kullanmaya devam ettiğine göre, davacının anılan ibarenin kullanımının haksız rekabet oluşturduğunu mahkeme kararıyla tespiti ve önlenmesini istemekte hukuki yararı bulunmaktadır. Bu bakımdan alan adı tahsisi iptal edildiğinden konusu kalmayan haksız rekabete yönelik dava hakkında bir karar verilmesine yer olmadığına ilişkin mahkeme kararı gerekçesi yerinde değildir...Bu bakımdan, işin esasının incelenerek hasil olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, kararda yazılı gerekçelerle asıl dava yönünden konusu kalmayan haksız rekabet davası hakkında bir karar verilmesine yer olmadığına ve manevi tazminat davasının reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir.", www.kazanci.com.tr; içtihad bilgi bankası (erişim tarihi:: 01.04.2012)

⁴¹⁸ ODTÜ tarafından belirlenen alan adı tahsis ve işleyiş kurallarının, alan adı tahsisine ilişkin adli uyuşmazlıklarda dikkate alınması yönünden bkz. 11. HD; 19.10.2004 tarihli, 2003/13570 E. Ve 2004/10024 K. Sayılı kararı; "...Davacı vekili, asıl ve birleşen dava dilekçelerinde, tr alan adlarının davalılardan ODTÜ tarafından tahsis edildiğini, müvekkilinin "www.e...com."

Karar, diğ er yandan, alan adlarının her ne kadar belli bir organizasyon ve kurallar çerçevesinde ODTÜ "tr" Alan Adı Yönetimi tarafından tahsis edilmekte ise de, bir alan adı başkasının marka, ticaret unvanı, işletme adı gibi koruma haklarını ihlal etmekte ise de, alan adının korunan bir işareti ya da hakkı ihlal etmesi halinde TTK'nın 56. vd. maddelerine dayalı haksız rekabetin tespiti ve önlenmesi davası açılmasını mümkün görmüştür; diğ er bir nokta 11. Hukuk Dairesinin ilgili kararının alan adı tahsisine yetkili kuruluşun bu yetkisini kanundan almadığını belirtmesi olmuştur.

Gerçekten de 11. Hukuk Dairesi'nin isabetle kaydettiği gibi idari yoldan tahsis edilen alan adının sicilden terkin edilinceye kadar olan kullanımında haksız rekabet oluşturması mümkündür. ODTÜ "tr" Alan Adı Yönetimi'nin⁴¹⁹ "tr" uzantılı alan adlarını tahsis etmesi konusunda da açık bir kanun hükmü yer almaması ve tahsis gayesi ve

*alan adını 03.07.1997 tarihinde elde ettiğini, işlemlere aracılık eden bir firma tarafından ilk tescil bedelinin ve sonraki yıllara ait aidatların ödendiğini, hal böyle iken ODTÜ'nün taraflar arasında oluşan sözleşmeyi elektronik posta göndererek feshettiğini ve müvekkiline ait olan alan adını diğ er davalıya tahsis ettiğini, oysa sözleşmenin feshi gibi esasa dair bir hususta müvekkiline yapılmış hiçbir bildirim bulunmadığını, elektronik posta ile yapılan ihbar ve sözleşmenin iptalinin hukuka aykırı olduğunu belirterek, "www.elit.com. " alan adının müvekkiline iadesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir. ...Mahkemece alınan bilirkişi raporu doğrultusunda, esasen davalı ODTÜ ile ilişkiye geçenin dava dışı B...-NET şirketi olduğu, bu şirketin ODTÜ'den aldığı kullanma hakkını ücreti mukabili davacı şirkete devrettiği kabul edilerek bir sonuca ulaşılmaya çalışılmış ise de, bu hususta ayrıntılı bir inceleme yapılmadığı gibi, karar yerinde de yeterince tartışılıp, değerlendirilmemiştir, davacının iddiası davaya konu alan adının kendisine ait olduğu ve dava dışı B...NET'in sadece davacı adına işlem yapan aracı kurum olduğu yönündedir. Davacının iddiasının doğruluğu halinde söz konusu alan adı üzerinde gerçek hak sahibin davacı olacağı izahtan varestedir. **Bu durumda, mahkemece, dava dışı B...-NET şirketinin hukuki konumunun belirlenmesi, bu şirketin aracı kurum olduğunun tespiti halinde davalı ODTÜ tarafından açığa yayınlanan kurallar irdelenerek, somut olayın teknik ve hukuki değerlendirilmesinin yapılması, bu hususta uzman bilirkişilerden görüş alınması ve tüm bunlardan sonra davalı ODTÜ'nün açığa yayınladığı kurallara uygun davranıp, davranmadığı belirlenerek, hasil olacak sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken, somut olayı çözümlenmekten uzak ve yetersiz bilirkişi raporuna da dayanılarak, yazılı şekilde hüküm tesisi hatalı olmuş ve kararın açıklanan nedenle davacı yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir.**", www.kazanci.com.tr; erişim tarihi : 01.06.2013*

⁴¹⁹ ODTÜ; alan adı tahsisini günün koşullarına göre güncellemekte olduğu işleyiş kuralları ile yerine getirmektedir. ODTÜ; alan adı tahsisine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz; " **"Tr" Alan Adları, Kurallar Ve İşleyiş, Nic.Tr Alan Adları Yönetimi" İsimli Hizmet Kuralları**", **Sürüm 5.1.2.; Aralık.2012**

yöntemi konusunda ODTÜ politikalarının açık yasa hükmüne bağlanmayı önem arz etmektedir.⁴²⁰⁴²¹ Karar Elektronik Haberleşme Kanunu⁴²² ve buna bağlı olarak Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 5 inci, 34 üncü ve 35 inci maddelerine dayanılarak hazırlanan İnternet Alan Adları Yönetmeliği⁴²³ ile ilgili İnternet Alan adları ile İlgili Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmasının İşletilmesine ve uyuşmazlık çözüm hizmet sağlayıcılara ilişkin tebliğ tebliğlerinin yürürlüğünden önce tarihidir. Ancak 11. Hukuk Dairesi'nin alan adı tahsis işleyiş ve kuralları açısından ODTÜ tarafından uygulanan politikaların da dikkate alınmasını savunan kararları da mevcuttur.

Günümüzde ODTÜ'nün Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezi'ne hazırlı kapsamında DNS Çalışma Grubu koordinatörü olarak çalışmakta olduğu işleyişe geçilmiştir. Ancak bu gelişmelerin hiç biri alternatif ve idari çözüm önerilerinin ötesinde değildir. Bu bakımdan, 11. Hukuk Dairesinin yukarıda yer verilen ilgili kararının adli imkânlar bakımından güncelliğini koruduğunu kayıt düşmek gerekir.

Dns Çalışma Grubu ve TRABİS Sistemi, Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 5., 34. ve 35. maddelerine dayanılarak hazırlanan İnternet Alan Adları Yönetmeliği ile ".tr" uzantılı İnternet alan adları yönetimine ilişkin usul ve esasları düzenlenmiştir.

Yönetmelik ile genel olarak, devamlılık, ayırım gözetmeme, düzenlilik, verimlilik, nesnellik, orantılılık, şeffaflık, kaynakların etkin kullanılması, serbest ve etkin rekabet ortamının sağlanması ve korunması ile tüketici haklarının korunması, uluslararası uygulamaların ve standartların dikkate alınması, Alan adlarına yönelik uygulamaların ülke koşullarına uygun, etkin ve uzun vadeli çözümler olması, makul koşullarda, kolaylıkla faydalanılabilecek uygulamaların teşvik edilmesi, gerçek ve tüzel kişilerin talep ettikleri hizmet dışında herhangi bir hizmeti satın almak zorunda bırakılmaması, Üçüncü kişilerin haklarının korunması amaçlanmaktadır.

⁴²⁰ Nomer, "Alan Adı", s. 402., Şenocak, s. 97., 112 vd., Kırca., s.531.,

⁴²¹ Sonra tarihli kararlar ile, **"Tr" Alan Adları, Kurallar Ve İşleyiş, Nic.Tr Alan Adları Yönetimi" İsimli Hizmet Kuralları'nın** genel işlem şartı olarak kabul görmekte olduğuna ilişkin bkz. Aş. "Bing.Com.Tr" Alan Adı Davası" dipnot.138.

⁴²² R.G. 5.11.2008 t. S.5809

⁴²³ R.G. 07.11.2010 t., S. 27752.

“tr” uzantılı Alan Adı tahsisi yapılması düzenlenmekte olup, Yönetmelik madde 8 uyarınca, tahsis en az bir en fazla beş yıl müddetle alan adı tahsisi yapılması imkanı getirilmiş olup, belgeli⁴²⁴ veya belgesiz olarak iki yöntemle tahsis başvurusunda bulunulmasının önü açılmıştır. Belgesiz alan adı tahsisi “ilk gelen ilk alır” kuralının geçerli olduğu tahsislerdir. Burada Network Solutions Inc. Tarafından getirilen ve uluslararası alan adı tahsisinde dikkate alınan ilkeye göre tahsis yapılmasının planlandığı görülmektedir. Belgeli alan adı tahsisi, ilgili Yönetmelik uyarınca, ilgili bilgi ve/veya belgelerin başvuru sahibi tarafından Kayıt kuruluşuna verilmesini ve bu bilgi ve/veya belgelerin TRABİS’e ulaştırılmasını müteakip yapılan tahsislerdir, şeklinde tanım bulmaktadır.

Yönetmeliğin 23. maddesinin birinci fıkrası uyarınca alan adları ile ilgili ihtilafların alternatif olarak Uyuşmazlık Çözüm Hizmet Sağlayıcıları (UÇHS) tarafından işletilen uyuşmazlık çözüm mekanizması vasıtasıyla çözüleceğinin hüküm altına alınması dolayısıyla Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından BTK tarafından başta ICANN ve IANA olmak üzere dünya uygulamaları incelenmiş ve kamu kurumlarının, sivil toplum kuruluşlarının, üniversitelerin ve diğer ilgililerin de görüşleri alınarak hazırlanan İnternet Alan Adları Tebliği⁴²⁵ yürürlüğe girmiştir. İlk gelenin tespitinde,

⁴²⁴Aşağıda yer alan alt alanlar belirtilen taraflara Kurumun belirleyeceği belgeler karşılığında tahsis edilir.

| Alt Alan | Tahsis Edilecek Taraf |
|----------|---|
| “.av” | Türkiye Barolar Birliğine kayıtlı serbest avukatlar, hukuk büroları ve avukatlık ortaklıkları |
| “.bel” | İçişleri Bakanlığı kayıtlarında yer alan belediyeler |
| “.dr” | Türk Tabipler Birliğine kayıtlı tıp doktorları, doktor ortaklıkları, hastaneler ve Sağlık Bakanlığı birinci basamak sağlık kuruluşları |
| “.edu” | T.C. Yüksek Öğretim Kurumu (YÖK) tarafından tanınan yüksek eğitim kurumları |
| “.gov” | Kamu kurum ve kuruluşları |
| “.pol” | Emniyet Genel Müdürlüğü ve bünyesindeki birimler |
| “.k12” | Milli Eğitim Bakanlığı (MEB) tarafından onaylanmış okul öncesi eğitim veren kreş, anaokulu, ilköğretim, lise ve dengi öğretim kurumları |
| “.tsk” | Türk Silahlı Kuvvetleri bünyesinde yer alan birimler |

Tablo 4

⁴²⁵ R.G. 21.08.2013, s. 28742.

alan adı başvurusunun TRABİS'e ulaştığı zaman kaydı esas alınması Tebliğ ile öngörülmektedir.

Tebliğ, İnternet Alan Adları Yönetmeliği kapsamında kayıt kuruluşlarının belirlenmesine, faaliyet göstermelerine ve ".tr" uzantılı internet alan adlarına ilişkin usul ve esasları düzenlemektir.

Mezkûr yönetmelik kapsamında UÇHS, alan adları ile ilgili ihtilafların çözüm sürecini hakemler veya hakem heyetleri vasıtasıyla yürüten kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, üniversiteler veya uluslararası kuruluşlar olarak tanımlanmıştır. Konuyla ilgili yayımlanan İnternet Alan Adları Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması Tebliğ⁴²⁶i uyarınca, internet alan adları ile ilgili uyuşmazlık çözüm mekanizmasının işletilmesine, uyuşmazlık çözüm hizmet sağlayıcıların belirlenmesine ve yükümlülüklerine ilişkin usul ve esasları düzenlenmiş olup, henüz sistem faaliyete geçmemiştir.

Bu doğrultuda, internet alan adları ile ilgili uyuşmazlık çözüm mekanizmasının işletilmesi ile uyuşmazlık çözüm hizmet sağlayıcıların belirlenmesine ve yükümlülüklerine ilişkin usul ve esasları düzenlemek amacıyla dünya uygulamalarına paralel olarak Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması öngörülmüştür. Söz konusu Tebliğ ile, ülkemizde internet alan adları ile ilgili ihtilafların alternatif olarak çözülmesi amacıyla Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması işletilmeye başlanacaktır.⁴²⁷

⁴²⁶ R.G. 21.08.2013, s. 28742.

⁴²⁷ Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmaları Çalışma Grubu, (GRUP); **"Alan Adları Ulusal Koordinasyon Kurulu Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmaları Çalışma Grubu Raporu"**. Çalışma Gurubu, Ankara: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, 2012.; s. 1, *İlgili Tebliğin kamuoyuna sunulmasının ardından TÜRKİYE ODALAR VE BORSALARI BİRLİĞİ, Üniversiteler, TÜRK PATENT ENSTİTÜSÜ, KOÇ NET, TÜRK TELEKOM, TTNET gibi servis sağlayıcıların bir araya gelerek "Alan Adları Ulusal Koordinasyon Kurulu Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmaları Çalışma Grubu Raporu" hazırlamışlardır. Rapor'da özetle, Türkiye'nin ihtiyaçlarına cevap verebilecek Uyuşmazlıkları Çözüm Mekanizmalarının oluşturulmasına yönelik olarak yapılan araştırma ve çalışmalar doğrultusunda, Adalet Bakanlığı tarafından, gerekli yasanın hızlı bir şekilde uygulanabilmesi adına, uyuşmazlıkların teknik uzmanlar tarafından karara bağlanması ve uzman kararlarına itirazın ise oluşturulacak bir kurula yapılabilmesi şeklinde özgün bir yapı kurulması gerekliliği bildirilmiştir.*

Ülkemizde mevcutta uyuşmazlık çözüm mekanizması olarak DNS Çalışma Grubu görev yapmaktadır. Grup kamu, özel sektör, sivil toplum örgütleri ve üniversite temsilcileri olmak üzere 11 kişiden oluşmakta ve gelen uyuşmazlıkları mevcut .tr Alan Adı Tahsis Politikaları çerçevesinde inceleyerek karar vermektedir. Ayrıca grup bu görevi 9 seneden bu yana yürüttüğü için bir içtihat da oluşmuş ve gelen vakalarda bu içtihat doğrultusunda da kararlar verilmektedir.⁴²⁸

İnternet kullanımındaki hızlı artış ve beraberinde ortaya çıkan elektronik ticaretteki gelişmelerle birlikte, alan adlarının önem ve fonksiyonu her geçen gün daha da artmakta, bu ise alan adları üzerindeki uyuşmazlıkları ortaya çıkarmaktadır.

Güçler ayrılığı ilkesinin diğer bir işlevi, dünyadaki örneklerine benzer bir anlayışla Uyuşmazlıkları Çözüm Mekanizması (UÇM)'dir. UÇM'nin oluşturulmasına yönelik çalışmaları halen DNS Çalışma Grubu koordinatörlüğünde devam etmektedir. Bu bağlamda, 2000 yılından bu yana DNS Çalışma Grubu politika ve kuralları belirleme ("yasama işlevi"), ODTÜ ise tahsis ("yürütme") işlevini yerine getirmektedir.

Dns çalışma grubu tarafından uygulanan Politikalar, mevzuat ile uyumlu genel işlem şartı olarak kabul görmektedir. Bu yönde ilişkin olarak "bing.com.tr" alan adı davası⁴²⁹ "bing.com.tr" alan adının tescil ettirilmiş olmasına rağmen, Microsoft Corporation'ın itirazı üzerine ODTÜ tarafından silinmiş olması nedeniyle açılmıştır.

⁴²⁸ Şenocak, " Alan Adları" s. 93 vd., DNS Çalışma Grubu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz; www.btk.com.tr

⁴²⁹ Ankara 4. Fikri Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi; 2010/162 E.; 2012/61 K.; 13.11.2012 tarihli kararı; Alan Adı Yönetimi nezdinde (X) Firması yaptığı başvuru sonucu *bing.com.tr* alan adını kendi adına tahsis ettirmiş ve fakat, Microsoft Corporation tarafından haksız rekabete neden olduğu ve kötüniyetle dosyalandığı gerekçesiyle dosyalanan itiraz neticesinde, işbu tahsisin İnternet Kurulu DNS Çalışma Grubu tarafından iptal edilerek, alan adının muteriz firmaya tahsis edilmesi dolayısıyla (x) firması tarafından dava açılmıştır. Mahkeme tarafından; Asli müdahilin çok daha önceden Bing markası üzerinde hak sahibi olduğu, Bir ticaret erbabı olan davacının yurtdışında tescilli ve Türkiye'de de başvuru halinde olan Bing markasını ve asli müdahil Microsoft firmasını bilmemesinin mümkün olmadığı, Söz konusu alan adı başvurusunun haksız kazanç elde etmek üzere, kötüniyetle dosyalandığı sabit görülerek davanın reddine karar verilmiştir. <http://www.deris.com.tr/tr/internet-alan-adi-%E2%80%93marka-ihlal-bing.aspx>; Son güncelleme:30.04.2012

Microsoft Corporation, mevcut durumun marka ihlali ve haksız rekabet teşkil etmesinden ötürü, ww.bing.com.tr isimli alan adının kendi adına tahsis edilmesini, ODTU Alan Adı Yönetimine yaptığı başvuruyu takiben, bing.com.tr isimli alan adı, ODTU Alan Adı Yönetimi tarafından terkin edilmiş ve Microsoft Corporation adına tahsis edilmiştir. Alan adını Türkiye’de ilk olarak tescil ettiren firmanın, ODTU’nun terkin ve yeniden tahsis işleminin iptali talebiyle dava açmış⁴³⁰ olduğu davada, “ilk gelen ilk alır” prensibi gereği önceki tarihli başvuru sahibi olarak bing.com.tr alan adının kendi adına tahsis edilmesi gerektiğini, iki firmanın faaliyet alanlarının birbirinden farklı olduğu, dolayısıyla iki şirketin karıştırılma ihtimalinin olmadığı, iyi niyetle dosyalanan ve önceki tarihli bing.com.tr alan adı başvurusunun korunması gerektiği savunulmuştur.

Davalı ODTU - Alan Adı Yönetimi tarafından ise; tüm bu başvuru, itiraz, iptal ve tahsis sürecinin, herkese uygulanmakta olduğu şekilde “-.Tr” Alan Adı Politikalar, Kurallar Ve İşleyiş’e uygun olarak gerçekleştiği belirtilerek, davanın reddi talep edilmiştir. Hakkı muhtel olabileceği ve itirazı sonucunda sözkonusu alan adını iptal ettiren sıfatıyla davalı safında davaya müdahil Microsoft Corporation ise cevap dilekçesinde; marka başvurusunun dosyalandığı 2 Mart 2009 tarihinden itibaren “bing” markasının Türkiye’de kendi adına korunmakta olduğu, alan adı tahsis başvurusunun ise bu tarihten çok daha sonra, anlatılan tüm sürecin Alan Adı Kuralları’na uygun olduğu ve dolayısı ile aynı gerekçelerle davanın reddi talep edilmiştir.

Mahkeme, öncelikle hukuki uyumsuzluğun çözümünde uygulanacak hukuk kuralları tartışılmış, “ “-.Tr” Alan Adı Politikalar, Kurallar Ve İşleyiş” *adıyla alınan kuralların, esasen genel işlem şartları niteliğinde olduğunu*, bu itibarla hukuki uyumsuzluğun çözümünde “kanun” niteliğini haiz genel kuralların uygulanacağını belirterek, konunun “İnternet Alan Adları Yönetmeliği”nin “tr.” Uzantılı alan adlarına ilişkin usul ve esasları dahilinde var olan düzenlemeleri ve MK ve TTK haksız rekabet hükümleri kapsamında değerlendirmek suretiyle, önceki tahsis işleminin dürüstlük kuralına

uygun olmayan ve haksız rekabet teşkil etmesi suretiyle tahsisinin gerçekleşmiş olduğundan ötürü ODTÜ'nün terkin ve tahsis işlemini yerinde bulmuştur.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HAKSIZ REKABETTEN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUK

I. DAVA YOLLARI VE TALEPLERİN ÇEŞİTLİLİĞİ

A. Tespit Davası

TTK md. 56/1 (a) hükmüne göre haksız rekabet halinde açılacak davalardan ilki davalının davranışının haksız rekabet olup olmadığının tespiti davasıdır. Bu davanın HMK madde 400 vd. hükümleri ile düzenlenen delil tespiti ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Delil tespiti, delillerin yitirilmesini önleme açısından başvurulacak bir önlem olup, kesin hüküm oluşturmaz. Buna karşın bir eylemin haksız rekabet oluşturup oluşturmadığına ilişkin verilen karar, temyizden geçtikten sonra kesin hüküm niteliği kazanır.⁴³¹

Davada sadece haksız rekabetin varlığı saptanacak olup, önlenmesi, maddi veya manevi tazminat istenmiyorsa, bu hususların ayrıca dava edilmesi gerekir. Diğer davaların bir kısmının veya tümünün tespit davası ile birlikte açılması olanaklı ise de

⁴³¹Domaniç, Hayri, “*Türk Ticaret Kanunu Şerhi*”, C.1., İstanbul 1988, s.213.; Cengiz Dilek., s.154.,Berzek.,s. 92., İmregün, s.106.; İnal, s.286., Karahan, Suluk, Saraç, Nal, s. 337., Özdamar, Ermenek. ,s. 47.

zorunlu değildir. Tespit davası açılıp, haksız rekabetin varlığı kesinleştikten sonra diğer davalar açılabilir.⁴³²

Bu dava ile bir zarar ziyan değil, dava konusu fiilin nitelenmesi, yani haksız rekabet hallerinden birine girip girmediği mahkemece karar altına alınacaktır.⁴³³ Bu şekli ile haksız rekabette tespit davası, hukuk usulündeki “eda davası açma olanağı varken tespit davası açılmayacağı” kuralına bir istisnayı oluşturur ve akabinde açılacak men davalarında kılavuzluk eder.⁴³⁴

B. Haksız Rekabetin Men’i Davası

Haksız rekabetten doğan bir dava da, haksız rekabette bulunan kişinin haksız rekabetinin ortadan kaldırılması davasıdır. Haksız rekabet tehlikesinin varlığı veya haksız rekabetin devam ettiği ya da tekrarlanma tehlikesinin varlığı halinde açılabilir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun görüşüne göre, hukuka aykırı davranışların tekrarlanma tehlikesi var oldukça önleme davası da varlığını sürdürür ve zamanaşımı da bu davalarda işlemez.⁴³⁵

Haksız rekabetin ortadan kaldırılması davasının önleyici nitelik arz etmesinden ötürü, kusur şartı aranmaz. Burada mahkemenin ortadan kaldırmaya ilişkin verecek olduğu karar, tespit davasından farklı olarak icrai bir nitelik barındırmaktadır. Haksız rekabete meydan veren kişi aleyhine açılan davada verilecek hüküm, haksız rekabete konu malları, doğrudan veya dolaylı bir şekilde ondan ticari amaçla elde etmiş olan kişiler hakkında da icra olunacaktır.

⁴³² İmregün, s. 106.. Berzek.s.92.

⁴³³ Mimaroglu, s. 413., Özdamar, Ermenek s. 48.

⁴³⁴ Sami Karahan, **“Ticari İşletme Hukuku”**, XIII, Bası, Konya 2005., s. 211., Sami Karahan, **“Haksız Rekabet Davalarında Dava Zamanaşimleri ve Sessiz Kalma Nedeniyle Hakkın Kaybedilmesi İlkesi”**, Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001., s.293., Hüseyin Ülgen, Ömer Teoman, Mehmet Helvacı, Abuzer Kendigelen, Arslan Kaya, Füsün Nomer, **“Ticari İşletme Hukuku”**, İstanbul, 2006., s. 467., İmregün, s.106.

⁴³⁵ Berzek.,s 92., Karahan, s.211., aynı yönde HGK; 19.11.1969 t., 485/130 sayılı Kararı (www.kazanci.com.tr ., erişim tarihi: 10.02.2011); aynı yönde 11. HD., 25.06.1992 t., 1991/993 E. Ve 1992/2689 K. Sayılı kararı, www.kazanci.com.tr, erişim tarihi, 10.02.2011.

C. Haksız Rekabetin Sonucu Olan Maddi Durumun Ortadan Kaldırılması Davası

TTK md. 56/1 (c) hükmü ile düzenlenmiş olan bu dava, izale davası olarak da anılmakta olan ve yürürlükten kaldırılan TTK md. 58/1-c ile düzenlenmiş olan, bir dava türüdür. Bu dava türü itibariyle, ortaya çıkan maddi durumun ortadan kaldırılması, haksız rekabet yanlış ve yanıltıcı beyanlarla yapılmışsa bu beyanların düzeltilmesi talebine konu oluşturur.⁴³⁶

Bu dava türünde tecavüz eden unvanın sicilden terkinini, tecavüz eden markanın veya işaretin sinilip çıkarılması mümkün olan hallerde, mallar üzerinden silinmesi veya çıkarılması, bu mümkün olamıyorsa malların imhası, tecavüz konusu malların üretim araçlarına el konulması, rekabet yanlış veya yanıltıcı beyanlarla yapılmış ise bu beyanların düzeltilmesi istenebilecektir.⁴³⁷

Bu davanın açılabilmesi için kusur ve zarar şartı aranmamaktadır. Haksız rekabete meydan veren durumun ortadan kaldırılmasını talep edecek olan davacının, sadece zararın ortaya çıkma ihtimalinin varlığını ortaya koyması yeterli kabul edilecektir. Söz konusu davanın tek başına açılabilmesi için haksız rekabetin durmuş ve tekrarlama ihtimalinin olmaması gerekir.⁴³⁸ Verilmiş olan hüküm, haksız rekabete konu malları, doğrudan veya dolaylı bir şekilde ondan ticari amaç elde etmiş olan kişiler hakkında da icra olunur.

TTK kapsamında yeni getirilen bir dava çeşidi olarak Haksız Rekabet Yanlış Veya Yanıltıcı Beyanlarla Yapılmışsa Bu Beyanların Düzeltilmesi Davası adı altında

⁴³⁶ Karahan, s. 211., Arkan, s. 311., İmregün., s. 106., Karayalçın., s. 68., S. Kale, “**Haksız Rekabet Hukukunda Eski Hale Getirme Davası**”, İstanbul, 2004., s.32. vd., Berzek.s., 92..

⁴³⁷ Karahan, 294.

⁴³⁸ Karahan, s.193., dipnot. 43.,

düzenlenen dava türünde, ticaret unvanına tecavüz varsa bunun düzeltilmesi, haksız rekabeti oluşturan unvanı içeren tabelaların yeniden yazılması, yanlış ve yanıltıcı bildirimlerin bir açıklama ile düzeltilmesi⁴³⁹ talepli olarak, verilmiş olan hüküm, haksız rekabete konu malları, doğrudan veya dolaylı bir şekilde ondan ticari amaç elde etmiş olan kişiler hakkında da icra olunur, demektir. Ancak bu davanın tek başına açılabileceği gibi, uygulamada haksız rekabete meydan veren durumun ortadan kaldırılması talebi ile birlikte ileri sürülmesi söz konusudur.

Haksız rekabetin işlenmesinde etkili olan araçların ve malların imhası hakkında dava da keza TTK tarafından getirilen bir düzenleme olup, tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise başvurulacağı belirtilen bu dava türünde, ekonomik çıkarları zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek müşteriler bu yola başvuramazlar. verilmiş olan hüküm, haksız rekabete konu malları, doğrudan veya dolaylı bir şekilde ondan ticari amaçla elde etmiş olan kişiler hakkında da icra olunur.

D. Tazminat Davası

Haksız rekabet neticesinde, mağdur olan tarafından maddi veya manevi zararının ortaya çıkması halinde bunun tazmini, kusurlu failden istenebilir. Tazminat talebi için zarar ve kusurun varlığı gereklidir. Kusursuz sorumluluğun kabul edilmediği bu durumda, hafif kusur dahi, davanın açılabilmesi için yeterli olup, kusurun ağırlığı hükmedilecek tazminatın miktarının belirlenmesinde öncem taşımaktadır. Tazminat davaları bu kapsamda zarar gören mağdurun açabileceği, haksız rekabetten doğan en önemli davadır.

1. Maddi Tazminat Davası

TTK md. 56/1 (d) hükmüne göre, haksız rekabet fiilinde bulunan failin kusuru varsa, meydana gelen zarar ve ziyanın tazmini için aleyhine bir tazminat davası açılabilecektir. Bu düzenleme yürürlükten kaldırılan Türk Ticaret Kanunu hükümleri ile de paralellik arz etmektedir.

⁴³⁹ İmregün, S.107.

Maddi tazminat davası için aranacak koşullar, haksız rekabetin özünde haksız fiilin özel bir türü olmasından dolayı, haksız fiil halinde açılacak tazminat davası için aranan şartları incelemek gerekecektir. Kusur, zarar ve illiyet bağı, haksız fiil sorumluluğunun unsurları olup, kusurun varlığı maddi tazminat davalarını, haksız rekabet fiilinin işlenmesi halinde açılacak davalardan özellikle ayırarak ayrı bir yere koymaktadır.⁴⁴⁰

Tazminat davasında zararın ispatı kural olarak davacıya aittir. Ancak uygulamada haksız rekabet davalarında, davanın zararını ispat etmesi her zaman çok kolay olmayacaktır. TTK hükümlerinin BK yollaması ile gerçek olmayan haberlerin yayılması veya bu tür ilanların yapılması ya da dürüstlük kurallarına aykırı diğer davranışlarda bulunulması yüzünden müşterileri azalan veya onları kaybetme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu davranışlara son verilmesini ve kusurun varlığı hâlinde zararının giderilmesini isteyebilir. Öte yandan, 56. Maddenin 2. Fıkrası ile müşterilere de ekonomik yönden zarar görme tehlikesinin varlığı halinde dava açma hakkı tanınmıştır.

BK hükümleri çerçevesinde, uğradığı zararını talep eden davacının, haksız rekabet neticesi sağlanan büyük karların netice itibariyle failden tazmin edemeyecek olması hakkaniyete aykırı bir durum teşkil edeceğinden 6102 sayılı TTK, madde 56/e hükmü ile, haksız rekabet neticesi davalının elde etmesi mümkün görülen karların karşılığında da şartlarının varlığı halinde hükmedilmesi gerekeceğini hükme bağlamıştır. Kanun'un failin temin ettiği karın tazminine yönelik olarak bu belirlemesi, yürürlükten kaldırılan TTK ile düzenlenen haksız rekabet fiilinin işlenmesi halinde açılacak tazminat davaları bahsinde değinilmediği için, doktrinde tartışmalara sebebiyet vermiştir.⁴⁴¹ Bu bahiste, davacının muhtemel karı isteyebilmesi için, hem

⁴⁴⁰ Domaniç, s.214., Berzek.,s. 93., İmregün s. 106., Karahan, "Sessiz Kalma" s. 294., Mimaroglu, s.415. Ayhan, s.87, Özdamar, Ermenek s.52.

⁴⁴¹ Ayhan, s. 163., Nesim Franko., "**Haksız Rekabette elde Edilmesi Muhtemel Menfaate Hüküm**", BATİDER, C:XIII, S. 3-4, s.194.

kendisinin bir zarara uğradığını hem de davalının haksız rekabet nedeni ile bir kar elde edebileceğini ispatlaması yeterli sayılmalıdır.⁴⁴²

11.Hukuk Dairesi de vermiş olduğu yeni tarihli kararında⁴⁴³, haksız fiil oluşturan davranışlarından ötürü karlılığı belirlemek adına, yıllara göre yapılan ihracat bedelinden ne kadarının aleyhine haksız rekabet yapılan tacirin müşterilerine ait olduğu ve anılan ihracatı aleyhine haksız rekabet yapılan tacirin yapması halinde ne kadar kar elde edebileceği tespit edilerek bulunacak meblağa göre tazminata hükmedilmesi yönünde karar vermiştir.

Diğer yandan, 11. Hukuk Dairesi, İnternette yer alan yanıltıcı tanıtımın sınırlı bir kitle tarafından takip edildiğinden ileri gelerek, bir müteşebbisin tescilli ünvanının sadece internet sitesinde kullanılmasının haksız rekabet oluşturmayaacağı ve davalının haksız rekabet teşkil ettiği kanısına varılan internet tanıtımının, genel hayat tecrübeleriyle sabit olduğu üzere takip kitlesinin darlığı sebebiyle, tek başına kar artışındaki düşüşün sebebi olamayacağı görüşünde olmasına rağmen ticaret ünvanının fiiliyatta da kötü niyetli olarak kullanılmasının haksız rekabet fiilin teşkil ettiği görüşündedir.^{444 445}

⁴⁴² Aynı görüşte, Domaniç, s. 214., Franko., s.240., 11. HD., 04.12.2012 t. 2011/12970 E., 2012/19689. K sayılı kararı www.kazanci.com.tr ., (erişim tarihi:12.02.2012)

⁴⁴³ 11. HD'nin, 08.03.2011 t., E. 2009/3226., ve 2011/2411 K. Sayılı kararı www.kazanci.com.tr., (erişim tarihi:12.02.2012)

⁴⁴⁴ 11. HD., 11.11.2010 t., 2010/10093 E. Ve 2010/11623 K. Sayılı kararı., , 11. HD'nin, 05.04.2010 t., 2008/8488 E. ve 2010/3849 K. Tarihli kararı., "...Baskın unsur ve vurgu "TACAR" ibaresi üzerinde toplanmış olup, bunun ön plana çıkartılmış olması, marka tecavüz edilmesi bakımından yeterlidir. Davalının kart vizit üzerindeki kullanımı, fuar standındaki kullanım şekilleri, Dergi'deki kullanım tarzı, Bakırköy Sulh Hukuk Mahkemesi'nde belirlenen kullanım, internet site adındaki kullanım ve hazırlık dosyasında belirlenen kullanım şekilleri tecavüz oluşturmaktadır." www.kazanci.com.tr., (erişim tarihi: 10.12.2012).

⁴⁴⁵ 11. HD., 21.12.2011 t., 2011/14012 E. ve 2011/17390 K. Tarihli kararı., "...davalı şirketin müvekkili ünvanında yer alan "ÖZDİLEK" ibaresini ünvanında kullanarak müvekkili itibarından haksız bir şekilde fayda sağladığını, davalıya 06.06.2005 tarihinde "ÖZDİLEK" ibaresini ticaret ünvanından terkinin amacıyla ihtarname yolladığını, davalının ihtarname üzerine 18.07.2005 tarihinde ünvanındaki ÖZDİLEK kelimesini "ÖZDİBEK" olarak değiştirdiğini, fakat bir yıl sonra tekrar ÖZDİLEK ünvanını kullanmaya başladığını ileri sürerek, haksız rekabetin tespiti ve durdurulmasını, anılan ibarenin davalının ticaret ünvanından terkinini, www.bostanciozdilek.com, www.ozdlek.info internet sitelerinin kapatılmasını, şimdilik 3.000 YTL. maddi, 7.000 YTL. manevi tazminatın tahsilini ve hükmün

Kural olarak, tescilli unvanın kullanımı haksız rekabet teşkil etmez. Ancak, kusurlu ve kötü niyetli tescil halinde meydana gelen zarardan tescil ettiren sorumludur ticaret unvanı kanuna aykırı olarak başkası tarafından kullanılan kimse bunun men'i ve değiştirilmesini veya silinmesini ve zarar görmüş ise kusur halinde bunun da tazmini isteyebilir. Ayrıca Türk Borçlar Kanununun 58 inci maddesinde öngörülen şartların varlığında manevi tazminat verilmesini isteyebileceği gibi, davacı lehine tazminat olarak hâkim, haksız rekabet sonucunda davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına da karar verebilir.

2. Manevi Tazminat Davası

TTK md. 56/e'ye göre, davacı, BK'nın 58 inci maddesinde öngörülen şartların varlığında manevi tazminat verilmesini isteyebilir. Davacı lehine ve (d) bendi hükmünce tazminat olarak hâkim, haksız rekabet sonucunda davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına da karar verebilir. TTK hükümlerinin BK yollaması ile zarar gören davacı, uğradığı zarara karşılık tazminat olarak bir miktar para ödenmesini isteyebilir. Bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedilebilecektir.⁴⁴⁶ BK md. 58 hükmünce kusurun ve zararın özellikle aranması şartı bulunmamaktadır. Manevi tazminat davasının şartlarının bu anlamda hafif öngörüldüğü söylenebilecektir. Zira bu dava ile davacının servetine servet katmak değil, ıstırapın ve elemin giderilmesi, bu surette mağdurun manevi olarak tatmin edilmesi amaçlanmaktadır.

ilanını talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, müvekkili şirket ticaret unvanı ile davacı şirket ticaret unvanının iltibasa neden olmadığını, kaldı ki davacının sessiz kalmak suretiyle hak kaybına uğradığını, ayrıca davalı tarafından ÖZDİLEK kelimesinin davacı şirketten önce kullanılmaya başlandığını, dolayısıyla ÖZDİLEK kelimesi üzerinde gerçek hak sahibinin davalı şirket olduğunu savunarak, davanın usul ve esas yönünden reddini istemiştir. Mahkemece toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna göre, davacı şirketin ticaret unvanı tescilinin (16.02.1982 Bursa), davalı şirketin tescilinden (01.11.1993 İstanbul) önce olması nedeniyle davacı şirketin tescil önceliğinin bulunduğu, bu nedenle davacının TTK'nun 54. maddesi uyarınca davalı unvanının sicilden terkinini isteme hakkına sahip olduğu, gerek taraf sicil kayıtlarının farklı yerde olması, gerekse 2005 yılında yapılan ihtar üzerine davalının unvanını değiştirerek bir yıl sonra tekrar dava konusu unvanına dönmüş olması nedeniyle davalı lehine iyiniyet ilkesinin gerçekleşmediğinin ... kabulü gerekir.”, www.kazanci.com.tr (erişim tarihi 15.11.2013)

⁴⁴⁶ Arkan, s.312., Örs., 94., Domaniç., s.214., Karahan., s. 93., Karahan, Suluk, Saraç, Nal., s. 302.; Özdamar, Ermenek. s.55.

II. İHTİYATİ TEDBİRLER

Gelişmiş bir rekabet piyasasında ve ticari hayatta zaman büyük önem taşımaktadır. Davacının açmış olduğu davasının kazanılması her zaman etkin koruma ihtiyacını karşılamadığı görülmektedir. Bu durumda, haksız rekabet fiilinin işlenmesi dolayısıyla dava açabilecek olan kişiler için ihtiyati tedbirlerin önemi ortaya çıkmaktadır. Günümüzde geçici hukuki koruma olan ihtiyati tedbir kararlarının asıl yargılamanın yerini alması, ihtiyati tedbirlerin asıl amacının hakları teminat altına almak olduğundan başka ifa amaçlı tedbirlerin de geçerli sayılması gerekmektedir.⁴⁴⁷ Hakkın, ihtiyati tedbirler yoluyla geçici olarak gerçekleştirilmesinin artık gündelik hayatın vazgeçilmez bir unsuru olduğu kabul edilmelidir.

İhtiyati tedbir kararlarının veriliş aşamasında katı ispat kurallarının geçerli olmaması sebebiyle asıl dava ile ihtiyati tedbir talebinin kabul edildiği dava arasındaki bağlantının sıkı olması gerekir. TTK'da ve yerine göre MarKHK'da bu husus özel olarak düzenlenmemiş olduğundan tedbir kararının verildiği tarihten itibaren Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁴⁴⁸ madde 397/1 hükmü uyarınca iki hafta içinde asıl davanın açılması gerekir. Aksi takdirde ihtiyati tedbir kararı kendiliğinden kalkacaktır.

Alt Komisyonca, Tasarınının 61 inci maddesinde, ihtiyati tedbirler bahsinde fikrî mülkiyet hukukuna ilişkin düzenlemeler ile uyumlu hâle getirilmesi amacıyla, maddeye ikinci, fıkra hükmü olarak, hak sahibinin yetkilerine tecavüz oluşturması hâlinde cezayı gerektiren haksız rekabet konusu mallara, ithalat veya ihracat

⁴⁴⁷ Baki Kuru, Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz., "**Medeni Usul Hukuku**" Genişletilmiş 16. Bası., Ankara, 2005., Karahan, Suluk, Saraç, Nal, s.298., Arkan, s. 226. Vd., Nevhis Deren Yıldırım, "**Marka Hukukunda İhtiyati Tedbirlere İlişkin Bazı Sorunlar**", Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C.II., Beta Yayınevi, s. 199 -207.; s. 201., Nevhis Deren Yıldırım, "**Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Mülkiyet Hukukunda İhtiyati Tedbirler**," II. Bası, İstanbul 2002., Özdamar, Ermenek. s.59., Karahan, Suluk, Saraç, Nal. s. 298.

⁴⁴⁸ R.G., 04.02.2011., s.27836

sırasında hak sahibinin talebi üzerine, gümrük idareleri tarafından ihtiyati tedbir niteliğinde el konulabilir. İfadesi ile üçüncü ve dördüncü fıkralar El koyma ile ilgili uygulama hakkındaki uygulanacak mevzuat ile gümrük idarelerindeki tedbir veya el koyma kararının tebliğinden itibaren on gün içinde, esas hakkında ilgili mahkemede dava açılmaz veya mahkemeden tedbir niteliğinde karar alınmazsa idarenin el koyma kararı ortadan kalkmasına ilişkin değişiklik kabul edilmiştir.

Komisyonca, Tasarının 56 ncı maddesinin birinci fıkrasının (c) bendine fikrî mülkiyete ilişkin mevzuat ve bu Kanunun 52 nci maddesiyle gerekli uyumun sağlanabilmesi ve aynı zamanda ihtiyati tedbirlere dair 61 inci maddenin anlam kazanabilmesi için gereğinde araçların ve malların imhasına ilişkin hüküm Komisyonca eklenmiştir. Ancak, ikinci fıkrada yapılan düzenlemeyle, müşterilerin araç ve malların imhasını isteyebilmeleri uygun görülmemiştir.

Nitekim internet ortamında meydana verilen hukuka aykırı durumun ortadan kaldırılabilmesi adına, 11. HD' de internet sitesinin içeriğinin mahkemesine ibrazını ve bu surette bir kısım delillerin yeterli kabul edilmesinin yeterli olduğuna dair karar vermiştir. Buna göre, ihtiyati tedbir kararı verilmesi gerekirken yargılamayı gerektirmenin ve sonradan tazminat talep edebilecek olmanın ihtiyati tedbir talebinin reddine gerekçe olamayacağı, yargılamayı gerektirir hallerde ihtiyati tedbir istenebilecek olması hususunun gözden kaçırılmaması gerekmektedir. Böylelikle 11. HD yeni tarihli bir kararında,⁴⁴⁹ yanlış ve yanıltıcı beyanlarda bulunmak suretiyle açılmış olan www.aveadansikayetciyim.com isimli internet sitesine hizmet sağlayan hosting firması aleyhine açılmış olan bir davada, ihtiyati tedbir olarak talep edilen HMK'nın 389 ve TTK'nın 61. maddesi uyarınca HMK'nın 390/2 maddesi uygulanarak ve teminatsız olarak <http://www.aveadansikayetciyim.com> internet sitesinin içeriğinin yayınının durdurulması ve engellenmesi anlamında söz konusu siteye erişimin tedbiren engellenmesi gerektiğini karara bağlamıştır.

⁴⁴⁹ İnternet sitelerinde kişilik haklarını ihlal eden yanlış ve yanıltıcı beyanlara yer verilmesi hakkında; 11. HD., 25.02.2013 t., 2013/1854 E. ve K. 2013/3274 sayılı kararı. www.kazanci.com.tr (erişim tarihi. 13.07.2013)

Alman ve İsviçre Mahkemeleri haksız rekabetten kaynaklanan uyuşmazlıklarda ihtiyati tedbir kararlarından sonra asıl davanın açılmamasına sık rastlanmaktadır.⁴⁵⁰ Almanya'da uyuşmazlıkların ancak %10'unun ihtiyati tedbir kararlarını davanın izlediği belirtilmektedir. Zira Alman Medeni Usul Kanunu'nda HMK'da olduğu gibi bir asıl dava açılması zorunluluğu bulunmamaktadır.⁴⁵¹ Doktrinde bir kısım yazarlar, ihtiyati tedbir kararının alınmasını takiben süresi içinde markalar hakkında uygulanan prosedür uyarınca asıl davanın açılmasının kazai olarak tanınmasının daha uygun olduğunu savunmaktadırlar. Ancak ispat ölçüsünün ihtiyati tedbir kararlarında düşük tutulması ve aleyhine ihtiyati tedbir kararı verilenin uyuşmazlığı asıl davayla çözüm yoluna kavuşturulmasındaki haklı talebi uyarınca Türk Hukuk sisteminde var olan kanuni sürenin kısa tutulmuş olması ve zorunlu tutulması usul ekonomisine daha uygundur.

İhtiyati tedbir taleplerinin neticesinde belirli bir tedbirin talep edilmesinin ileri sürülmesinin talep edilmesine gerek olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre,⁴⁵² buna gerek bulunmamaktadır. Ancak ifa talebine ilişkin verilecek olan ihtiyati tedbirlerin dilekçede bulunması önem arz etmektedir.⁴⁵³

İhtiyati tedbire yönelik netice-i talebin dilekçede gösterilmesi, internet mecralarındaki tecavüzlerin durdurulması ve ortadan kaldırılması söz konusu olduğunda kolay olmayacaktır. Hasmin haksız rekabette bulunduğunu ve markanın tescilinden doğan hakların ihlal edildiğini belirten talepler, bazen sadece kanun lafzının tekrarı olarak kalmaktadır.

⁴⁵⁰ Deren Yıldırım, Nevhis, s. 202.

⁴⁵¹ ZPO im Wettbewerbsverfahren, WRP 1976, s. 661-666

⁴⁵² Saim Üstündağ, "İhtiyati Tedbirler", İstanbul 1981., s. 46.,

⁴⁵³ Deren Yıldırım, s. 203., geniş bilgi için ayrıca bkz. Kamil Yıldırım, "**İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku**" (Der. Kamil Yıldırım), Genişletilmiş 3. Bası, İstanbul 2002., s. 17-66.

A. TTK'da Düzenlenen İhtiyati Tedbir Halleri

6102 sayılı Kanun, Madde 61/1, gereği, haksız rekabete meydan veren halin ortaya çıkması halinde, mahkeme, mevcut durumun olduğu gibi korunmasına, 56 ncı maddenin birinci fıkrasının (b) ve (c) bentlerinde öngörüldüğü gibi haksız rekabet sonucu oluşan maddi durumun ortadan kaldırılmasına, haksız rekabetin önlenmesine ve yanlış veya yanıltıcı beyanların düzeltilmesine ve diğer tedbirlere, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ihtiyati tedbir hakkındaki hükümlerine göre karar verebilir. Ayrıca, 6102 sK madde 61/2 uyarınca yeni getirilen bir düzenleme olarak, ayrıca, hak sahibinin yetkilerine tecavüz oluşturması hâlinde cezayı gerektiren haksız rekabet konusu mallara, ithalat veya ihracat sırasında hak sahibinin talebi üzerine, gümrük idareleri tarafından ihtiyati tedbir niteliğinde el konulabilir.

B. Usul Hukuku Yönünden İhtiyati Tedbirin Şartları

HMK md. 389, mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hâle geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hâllerinde, uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyati tedbir kararı verilebilir.

HMK madde 389 hükmü gereği, özellikle internet ortamında meydana verilen haksız rekabet hallerinin, geciktirilmesinde tehlike veya önemli zarar olacağı anlaşılan hallerden biri olması dolayısıyla, ihtiyati tedbir kararlarının internet ortamından doğan uyuşmazlıklarda esas uygulama alanını oluşturmakta olduğunu söylemek gerekir.⁴⁵⁴

⁴⁵⁴ Kuru, Arslan, Yılmaz., s. 698.,

C. İhtiyati Tedbir Türü Olarak Delillerin Tespiti

HMK md. 400 kapsamı ile düzenlenmiş olan ihtiyati tedbir çeşidinde, internet ortamında meydana verilen haksız rekabet hallerinin ispata elverişli delil kıymeti taşıyan her türlü materyalin çok hızlı bir biçimde faili tarafından bir takım teknik imkanlarla üstünün örtülmesi mümkün olduğundan ve kimi zaman faileri delillerin tespit edilmesine yönelik, fiilin işlenmesinden önce veya sonra kendi tedbirlerini almakta olduğundan internet ortamında haksız fiil hallerinin tespit edilebilmesi ve delillerin kaybolmasını engellemek için en az delillerin tespit edilmesi yönünde ihtiyati tedbir türü kadar açılmasında menfaat bulunan dava türüdür. Bunun yanında uygulamada, teknik anlamda uzmanlaşmış bilirkişilerden uzman görüşü alınarak bu adımın atlanması da tercih edilmektedir. Nitekim tespit davası gibi işbu geçici hukuki tedbir türü de, haksız fiilin ortadan kaldırılması ve men'i ile tazminat davalarına öncelik teşkil eden bir niteliği haizdir.

Delillerin tespiti, tespit davasından farklıdır. Delil tespiti, ilişkin olduğu davaya bağlı bir işlem iken, tespit davası ise, başlı başına bir davadır. Bu nedenle delil tespiti yoluna bir tespit davasının ispatına yarayacak delillerin tespiti için de başvurulabilir. Tespit davası hukuki ilişkiler ile ilgilenirken, delil tespiti talep eden taraf maddi vakıaları vakit kaybetmeksizin tespit ettirmek istemekte, bu yönde menfaati bulunmaktadır.⁴⁵⁵

HMK md. 400 hükmünce, görülmekte olan bir davada henüz inceleme sırası gelmemiş davada ya da ileride açılması muhtemel bir davada ileri sürülecek bir vakıanın tespiti amacıyla keşif yapılması, bilirkişi incelemesi yaptırılması ya da tanık ifadelerinin alınması gibi her türlü delilin tespitine dair işlemlerin yapılması delil tespitinin konusunu oluşturmaktadır. Pek tabii, delil tespitinde hukuki yarar da bulunmalıdır. Delil tespiti istenebilmesi için Kanunda açıkça öngörülen hâller dışında, delilin hemen tespit edilmemesi hâlinde kaybolacağı yahut ileri sürülmesinin

⁴⁵⁵ Kuru, Arslan, Yılmaz., s.710. vd.

önemli ölçüde zorlaşacağı ihtimal dâhilinde bulunuyorsa hukuki yararın varlığının varlığı ileri sürülebilir.⁴⁵⁶

Delillerin tespit edilmesi hususunda, bilişim araçlarından elde edilecek verilerden öncelikli olanların toplanmasına gayret edilmeli, en alt seviyede de olsa tüm kullanıcıların tespit edilmesinden imtina edilmemesi, delillerin orijinalliği ve üzerindeki zaman damgası bozulmamalı, delillerin tespiti sırasında mümkünse eylemler video kaydına alınmalı, olay görüntüleyici kütükler gözden geçirilmeli, dosya ve kayıt sistemi kontrol edilmeli, bağlı olunan ağ bilgisi kontrol edilmeli, antivirüs program kütükleri kontrol edilmelidir.⁴⁵⁷

D. Durum Ve Şartların Değişmesi Nedeniyle İhtiyati Tedbir Kararlarının Değiştirilmesi Ve Kaldırılması

Yeni vakıa ve delillerin ortaya çıkması halinde, HMK md. 395 hükmü paralelinde Hakim, ihtiyati tedbir kararlarının değiştirilmesine veya ortadan kaldırılmasına karar verebilir. Burada madde 394 hükmünde ihtiyati tedbir kararına karşı itiraz prosedürü hükme bağlanmış olup, 394. Maddenin (3) ve (4) fıkraları durum ve şartların değişmesi nedeniyle madde 395/2 hükmü gereği kıyasen uygulanacaktır. Madde 394/3 hükmü gereği, İhtiyati tedbir kararının uygulanması sebebiyle menfaati açıkça ihlal edilen üçüncü kişiler ihtiyati tedbiri öğrenmelerinden itibaren bir hafta içinde ihtiyati tedbirin şartlarına ve teminata itiraz edebilirler.

İhtiyati tedbir kararları gerekçesi açık şekilde yazılması gerekmekte olup, HMK 394/4 gereği ise, itiraz eden, itiraz sebeplerini açıkça göstermek ve itirazının dayanağı olan tüm delilleri dilekçesine eklemek zorundadır. İtiraz üzerine mahkeme, tedbir kararını değiştirebilir veya kaldırabilir.

⁴⁵⁶ Servet Yetim, **“Adli Bilişim ve Canlı Bilişim Sistemlerinde Dijital Delil Araştırma Yöntemleri”**, Terazi Hukuk Dergisi, S.11., Ankara 2007., s. 123 vd., Tekin Memiş., **“İzinsiz Bilgisayar Programları Kullanımı Ve İmha Talebi”**., Prof.Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2002...s 549.

⁴⁵⁷ Yetim,” Deliller”, s. 125 vd., Memiş, .s551., Kürşat Kayral., **“İnternet Sitelerinde Erişimin Engellenmesi Kararları”**., Prof. Dr. Sulhi Dönmezer’e Armağan., C.II., Ankara., 2008. s.957 vd.

Uygulamada, iki tacir arasında var olan iş ilişkisini hiçe sayar tarzda satış yapılması yönünden anılan eylemlerin müvekkilinin müşterilerini de kendi internet sitesinde referans olarak göstermek suretiyle işlenmesinin davalının bu eylemlerinin haksız rekabet teşkil ettiğini ileri sürerek davalının kendi internet sitesinde yapılan bu yayının durdurulması, davalının müvekkillerinin reklam ve katalogları ile iltibas yaratacak şekildeki reklam ve katalog yayınlarının durdurulması talep edilebilmektedir.⁴⁵⁸

Burada üzerinde durulması gerekli olan bir diğer nokta, yeni vakıaların ve delillerin ortaya çıkmamasına rağmen ihtiyati tedbir kararının değiştirilip değiştirilemeyeceğidir. Kanımızca ihtiyati tedbir nedeninin değişmesi, verilmiş olan ihtiyati tedbir kararının etkisiz kalması, marka hakkının korunma süresinin dolması, yeni delillerin ortaya çıkması halinde durum değişmiş sayılmalıdır.⁴⁵⁹

İhtiyati tedbir talebinde bulunan tarafın internet sitesinden içeriğin kaldırılmasını talep etmesi ve bu yönde tedbir kararı almış olmasında rağmen, hasmı tarafından yeni bir sitede benzer içeriklerle yayın yapılması tedbir kararının hasım üzerinde etkisiz kaldığı anlamını taşıyacaktır. Bu durumda tedbir talep edenin korunması sağlanamamış olacağından, yeniden içeriğin kaldırılmasına ilişkin verilecek olan bir talebin de etkisiz kalacağı aşikârdır. Öyle ki, aynı kişinin internette başka bir ortamda site açarak hatta sosyal paylaşım sitelerinde anılan içeriği yaymaya devam etmesi kaçınılmazdır. Bu sebeple değişen koşulların varlığı dikkate alınarak Hâkim yeniden verecek olduğu ihtiyati tedbir kararında hasmın sosyal medya hesaplarının kapatılmasından, erişim sağlayıcılara bildirim yapılarak ileriye dönük hizmet verilmesinin önceden engellenmesinin talep edilmesinden, sitelerin kapatılmasından, anılan içerik fiili hayatta da var olan bir eşyanın tanıtımına yönelik ise bunlara el konulmasına kadar çeşitli pek çok talebe dair karar verebilmesi mümkündür. Nitekim 6102 sayılı Kanun, Madde 61/1, TTK'da sayılmayan "diğer tedbirlere" de hükmedilebileceğini öngörmüştür.

⁴⁵⁸ 11. H.D'nin 23.01.2013 t. 2013/249 E. ve 2013/1461 K. Sayılı kararı, www.kazanci.com.tr (erişim tarihi: 10.06.2013)

⁴⁵⁹ Aynı yönde Deren Yıldırım, s. 205., Kayral., s. 960.

Haksız rekabette bulunan kişi ya da kuruluşun, rakip işletmenin açtığı her bir yeni sosyal medya hesabı veya internet sitesi “yeni bir vakıa” olarak görülmelidir.

E. Teminat Göstermek Suretiyle İhtiyati Tedbirin Değiştirilmesi Veya Kaldırılmasını Talep Hakkı

HMK md. 395/1 hükmüne göre, aleyhine ihtiyati tedbir kararı verilen veya hakkında bu tedbir kararı uygulanan kişi, mahkemece kabul edilecek teminatı gösterirse, mahkeme, duruma göre tedbirin değiştirilmesine veya kaldırılmasına karar verebilir. Teminatın tutarı, tedbirin değiştirilmesi veya kaldırılmasına göre; türünü ise HMK 87 nci maddeye göre hâkim serbestçe tayin eder. Ancak, tarafların teminatın şeklini sözleşmeyle kararlaştırmaları hâlinde, teminat ona göre belirlenir. Teminatı gerektiren durum ve koşullarda değişiklik olması hâlinde, hâkim teminatın azaltılması, artırılması, değiştirilmesi ya da kaldırılmasına karar verebilir.

394/3 hükmü gereği, mahkemece kabul edilecek teminatın tutarı ve türüne ilişkin olarak, menfaati açıkça ihlal edilen üçüncü kişiler ihtiyati tedbiri öğrenmelerinden itibaren bir hafta içinde ihtiyati tedbirin şartlarına ve teminata itiraz edebilirler. 394/4 gereği ise, itiraz eden, itiraz sebeplerini açıkça göstermek ve itirazının dayanağı olan tüm delilleri dilekçesine eklemek zorundadır. İtiraz üzerine mahkeme, verilmiş olan teminatın tutarını ve türünü değiştirebilir veya kaldırabilir.

Hem hakimlerin hem de bireylerin internet mecralarında tedbir taleplerinin farklı bir bakış açısıyla ele almaları gerekir. Bu amacı sağlamak üzere tarafların ihtiyati tedbir taleplerini mahkemeye yöneltirken daha büyük özen göstermeleri, ihtiyati tedbir şartlarının gerçekleştiğini gösteren unsurlara dilekçede yer vermek, delillerini ikame etmek, belirli bir netice-i talepte bulunmaları zorunludur.

İhtiyati tedbir şartlarının her birinin somut olayda yerine getirilip getirilmediğinin incelenmesi suretiyle, bu şartlar yerine getirilmiş ise tedbir talebi verilmesinden kaçınılmamalıdır.

F. Tedbire Muhalefetin Sonuçları

HMK md. madde 398/1 hükmü uyarınca, ihtiyati tedbir kararının uygulanmasına ilişkin emre uymayan veya tedbir kararına aykırı davranan kimse, bir aydan altı aya kadar disiplin hapsi ile cezalandırılır. Görevli ve yetkili mahkeme, esas hakkındaki

dava henüz açılmamışsa, ihtiyati tedbir kararı veren mahkeme; esas hakkındaki dava açılmışsa, bu davanın görüldüğü mahkemedir. Rehin ve el koyma kararı ortadan kalkar.

III. HAKSIZ REKABET DAVASININ TARAFLARI

A. Davacılar

Haksız rekabet davalarının koruduğu menfaatler icabı, menfaati ihlal edilenlerin haksız rekabet sebebiyle müşterileri, kredisi, meslekî itibarı, ticari faaliyetleri veya diğer ekonomik menfaatleri zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek olan kimseler olduğunu belirtmek gerekir. Ekonomik çıkarları zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek müşterilerin de araçların ve malların imhasını isteyememekle birlikte dava açma hakları bulunmaktadır.⁴⁶⁰

Nitekim 11. Hukuk Dairesi bir kararında⁴⁶¹, Devlet kuruluşlarının ekonomik çıkarın zarar görmesi yahut böyle bir tehlike ile karşılaşma olasılığı bulunmadığından hareketle, Devleti temsil eden kuruluşlarca yayımlanan vasıttan kendi müstakil tespitlerini çoğaltıp, internet ortamına aktarıp yayımlanması eyleminin haksız rekabet oluşturmayacağına hükmetmiştir.

⁴⁶⁰ İmregün, s.105., Şirin Güven, "6102 Sayılı TTK'nun Haksız Rekabete Dair Düzenlemelerinin Amacı ve Koruduğu Menfaatler Çerçevesinde Dürüst ve Bozulmamış Rekabet Kavramı", Marmara Üniversitesi hukuk Fakültesi Dergisi, C.18., S.2., İstanbul 2012., s. 180 vd.

⁴⁶¹ 11. HD., 22.6.2000 t., 2000/2638 E. ve 2000/5836 K. Sayılı kararı, "...Devlet kuruluşlarının ekonomik çıkarın zarar görmesi yahut böyle bir tehlike ile karşılaşma olasılığı bulunmadığından hareketle, Devleti temsil eden kuruluşlarca yayımlanan ve fotokopi, tarayıcı, optik okuyucu gibi, kolaylık sağlayan araçlardan veya aynı vasıttan değil de emek, para ve zaman harcayarak, bilgisayar klavyesi ile yeniden yazmak suretiyle, kağıt türünden olmayan disket, hard disk gibi unsurlar üzerine yeniden kendi müstakil tespitlerini çoğaltıp, elektronik ortamda ve "Elektronik Resmi Gazete" olarak internet ortamına aktarıp yayımlanması eyleminin haksız rekabet oluşturmayacağı..." www.kazanci.com.tr, (erişim tarihi: 12.10.2011)

1. Rakipler

TTK md. 56/1 hükümleri kapsamında, haksız rekabet fiilinin bizzat ilgili kişiye yönelmiş olması şart olmaksızın rakiplerin de dava açabilmesi mümkündür.⁴⁶² Zira müşterileri, kredisi, meslekî itibarı, ticari faaliyetleri veya diğer ekonomik menfaatleri zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek olan kimseler haksız rekabet fiilinde bulunan faillerin rakipleri konumundadır. BK md. 58 düzenlemesi ile, yürürlükten kaldırılan Borçlar Kanunu'nun paralel düzenlemesi olan eski 48. Hüküm ile aynı prensipte olmak üzere, gerçek olmayan haberlerin yayılması halini de haksız rekabet eylemlerinin özel bir görünüm çeşidi olarak benimsemiş, ancak dava açma hakkı olanları bu tür eylemler sonucunda müşterileri azalan ya da bunları kaybetme tehlikesi ile karşı karşıya kalan kişilere tanımıştır.⁴⁶³

Nitekim 11. Hukuk Dairesi vermiş olduğu bir kararında, aralarında daha öncesinde iş ilişkisi olan ancak sözleşmelerini feshetmelerini takiben, davalı şirketin kullanmakta olduğu internet sitesinde, "CANİAS ERP'yi bıraktı" başlıklı bir yazı yayınlanmasının, bu yazıda kullanılan ifadelerin TTK uyarınca haksız rekabet teşkil ettiğine dair karar vermiştir. Böylelikle, davaya konu edilen yazının internet sitesinden kaldırılmış olsa dahi, davacının aralarındaki sözleşmede öngörülen taahhütlerini yerine getirmemesi sebebiyle müvekkilinin büyük zarara uğradığı için anılan haber-yazının yayımlandığını, davacının kötülenmesi dahi, haberin basın yoluyla düşünce açıklama hakkı kapsamında değerlendirilemeyeceği eğilimindedir.⁴⁶⁴

⁴⁶² Karahan, Suluk, Saraç, Nal, " rakibe asılsız ödül verilmesi halinde durum böyledir.", s. 338., Aynı yönde, 11.H.D., 08.03.2011 t., E. 2009/3226., ve 2011/2411 K. Sayılı kararı www.kazanci.com.tr (erişim tarihi 12.03.2012)

⁴⁶³ Arkan, s. 313., Örs., 77., Cengiz Dilek., "**Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz**", İstanbul 1995.,s.163., Özdamar, Ermenek. s.60.

⁴⁶⁴ 11. HD., 28.06.2011, 2009/14701 E. ve 2011/7792 K. Sayılı kararı.www.kazanci.com.tr (erişim tarihi: 26.12.2012)

Haksız rekabet oluşturan eylem kimseyi hedef tutmuş olmasa dahi, Haksız rekabet sebebiyle müşterileri, kredisi, meslekî itibarı, ticari faaliyetleri veya diğer ekonomik menfaatleri zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek olan herkes “rakip” sıfatı ile haksız rekabet davalarının birini, birkaçını veya tamamını açabilir. Nitekim rakiplerin müşteri portföyünde yer alan iletişim bilgilerinin kopyalanmak suretiyle bu muhataplara e-postalar gönderilmesi hali tipik bir haksız rekabet görünümüdür.⁴⁶⁵ Dava hakkını kullanması için mutlak zarar görmesi şartı aranmamaktadır. Zarar tehlikesinin varlığı yeterlidir.⁴⁶⁶

2. Müşteriler

TTK md. 56/2 hükmü gereğince, haksız rekabet eyleminden fiilen zarar görmüş olmaları halinde müşteriler de, fiil bizzat kendilerine yönelmiş olmamakla birlikte haksız rekabete karşı dava açma hakkını haizdirler. Burada zararın varlığı yürürlükten kaldırılan 6762 sayılı TTK hükümlerine göre bir şart iken, zarar tehlikesi ile karşı karşıya kalan müşterilerin bu davayı açma hakları 6102 sayılı Kanun sistematigi uyarınca 56. Madde'nin 2. Fıkrası uyarınca bulunmaktadır. Müşterilerin haksız rekabet neticesinde elde etmesi muhtemel kara hükmedilmesini talep etmelerinin amaca uygun olmadığı, tazminat davaları için zararın varlığının aranacağı tartışılabilir.⁴⁶⁷ Müşterilerin araçların ve malların imhasını isteyemeyecekleri de ayrıca belirlenmiş olsa da, ekonomik menfaatlerinin zarar tehlikesi altında olsa da yeni getirilen düzenleme ile tazminat davalarını

⁴⁶⁵ dipnot. 237.

⁴⁶⁶ İmregün, s. 106., Berzek., s. 92 vd., Bahtiyar.,s. 148.

⁴⁶⁷ Tarman. s. 40., Koyuncuoğlu,s.218. Aksi yönde Yılmaz, "tüm katılanlar lehine dürüst ve bozulmamış rekabetin korunması" ifadesiyle rakiplerin, müşterilerin, meslekî ve ekonomik birlikler ile ekonominin korunmasının amaçlandığının vurgulanmasına karşın, Tasarı'nın korunan kişiler yönünden mevcut TTK'nın öngördüğü koruma kapsamından daha geniş bir koruma getirdiğinin söylenemeyeceğini; çünkü dava açma hakkına ilişkin maddenin(TTK Tasarı m. 56/1), TTK m. 58/1'in tekrarı olduğunu, sadece meslekî ve ekonomik birliklerin dava hakkının yumuşatıldığını, korunacak kimselerin kapsamı açısından, TTK'daki düzenlemelerden farklı bir hüküm getirilmediğini ileri sürmüştür.", **Yılmaz**, s. 1494-1495.; Bahtiyar s. 149.

açabilecekleri hükme bağlanmıştır. Müşteriler ifadesinden genel olarak tüm tüketicileri kapsadığı doktrinde ifade edilmiştir.⁴⁶⁸

Dürüst ve bozulmamış rekabetin temin edilmesine ilişkin tüketiciler dahil tüm ilgililerin menfaatlerinin korunmasını sağlamak amacıyla İsviçre hukukunda, rakiplerin yanı sıra müşterilere de zarar görme tehlikesinin varlığı halinde 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabete Karşı Kanunu'nun 9'uncu maddesi uyarınca dâva açma hakkı tanınmıştır.

Müşterilerin gerek yalnızca zarar görme tehlikesinin varlığı halinden ileri gelerek dava açabilecek olmalarına dair getirilen yeni düzenleme, gerekse haksız rekabet fiilinin gerçekleşmesi dolayısıyla eylemde bulunulmasa idi muhtemel kar kalemlerine hükmedilmesini talep edebilecek olmaları dava süjeleri arasında müşterilerin farklı bir alanda değerlendirilmelerine yol açmaktadır. Şu kadar ki, müşterilerin haksız rekabet iddiası ile dava açabilmelerinde Kanun Koyucu'nun amaçladığı hedef bozulan ekonomik dengenin yeniden tesis edilebilmesi adına haksız rekabetten etkilenen ve bir menfaat sahibi olarak kendisine yer verilen tüketicilerin haklarını korumak olmaktadır. Bu kapsamda haksız ticari uygulamalar barındıran bir e-postanın alıcısı konumundaki bir tüketicinin bu sebeple dava açması için e-posta iletimi fiilinden ötürü zarar gördüğünü kanıtlaması gerekmeksizin anılan davaları açabilecek olmasının önü açılmıştır.

Kanımızca, günümüz gelişen ekonomik koşulları değerlendirildiğinde, müşterilerin bu tip e-postalardan zarar görmeleri, haksız uygulamadan ötürü sunulan ürün ve hizmetten fiilen faydalanmış ve beklentileri dolayısıyla yanlış yönlendirilmiş olmalarının ekonomik olarak temellendirilebildiği ölçüde tazminat davalarının konusu olması caydırıcılık açısından oldukça önemlidir. E-postaların müşterilerin bu yönde açık izinleri olmadan bir sistem içinde devamlı adreslerine iletilmesi ve adreslerinin bir reklam mecrası olarak algılanmış olmasından, bu yönde saldırgan ticari uygulamalara maruz kalmalarından ötürü ekonomik menfaatlerinin ne derece zarar görme ihtimali doğurduğu ise her somut olayda belirlenmesi gereken 6102 sayılı Kanun madde 56/2 paralelinde yer bulsa dahi uygulamada tüketici dernekleri

⁴⁶⁸ Cengiz., s. 163., Domaniç., s. 317., İmregün. ,s 107., Özdamar, Ermenek., s. 64.

tarafından açılacak davalar arasında tazminat davalarının sayılmaması ve TTK Gerekçesinde müşteriler tarafından açılacak davalar arasında yeni bir dava türünün eklendiğine değinilmiyor oluşu, uygulamada müşterilerin zarar tehlikesinin varlığı sebebiyle açacak oldukları tazminat davalarını gerek ispat yönünden elverişsizlik gerekse hakim içtihadın illiyet bağı araması dolayısıyla uygulama alanı istisnai nitelikte kalacak bir düzenlemedir.⁴⁶⁹ Bu hususta ayrıca zarar tehlikesinin yeterli sayılması, bundan sonra rakip işletmelerin bundan sonra birbirlerine karşı müşteri görünümünde bazı kişiler aracılığıyla dava açmalarına, kötü niyetli taleplere yol açabileceği, bu kötü niyetin kanıtlanmasındaki zorluk yaşanacağı kuvvetle muhtemeldir.⁴⁷⁰

Öte yandan, rekabetin tüm katılanlar menfaatine sağlanması kapsamında, TTK'nın katılanlar yönünden daha geniş bir koruma getirmiş olması ve bozulan ekonomik ortamın yeniden tesisi yönünden kamu menfaatinin dikkate alınması adına "geniş yorum" yapılacak olması içtihadın düzenlenmesinde hakim rol oynayacaktır.

3. Meslek Birlikleri Ve Kuruluşlar

Haksız rekabetin toplumun ekonomik faaliyetlerini zedelediği düşüncesi ile, Yürürlükten kaldırılan Türk Ticaret Kanunu⁴⁷¹ Ticaret ve sanayi odaları, esnaf odaları, borsalar ve tüzüklerine göre üyelerinin ekonomik menfaatlerini korumaya yetkili bulunan diğer meslekî ve ekonomik birliklerin kendilerinin veya şubelerinin üyeleri rakip ve müşteri sıfatı ile haksız rekabet davası açmaya yetkili oldukları hallerde tespit, men ve eski hale iade davalarını açabilmekte idiler.

6102 sK madde 56 hükmü 3. Fıkrasına getirilen ek cümle ile bu aktörlere ayrıca tüzüklerine göre tüketicilerin ekonomik menfaatlerini koruyan sivil toplum

⁴⁶⁹ Bahtiyar., s. 149., Henning-Bodewig, "A New Act Against Unfair Competition in Germany", s. 432.; Şirin Güven., "**Haksız Rekabet Hukukunun Amacı Ve Koruduğu Menfaatler**", Doktora Tezi, Ankara, 2011., 53. vd.

⁴⁷⁰ Bahtiyar., s. 149.

⁴⁷¹ 6768 sK md. 58/3.

kuruluşlarıyla kamusal nitelikteki kurumlar da eklenmiştir. Ancak meslek birlikleri ve belirtilen kuruluşlar yine tazminat davaları açmamaktadırlar.⁴⁷²

B. Davalılar

1. Rakipler

Dava açılacak ilk kişi haksız rekabet fiilini gerçekleştiren rakip işletme sahibidir. Rakip aleyhine, tüm davalar açılabilir. Ancak, tazminat davası açılabilmesi için, haksız rekabette bulunan rakibin kusuru aranır. Burada fail aleyhine dava açabilmek için mağdurla aralarında bir rekabet ilişkisinin varlığı aranmayacaktır.⁴⁷³

2. Üçüncü Kişiler

Haksız rekabet davasında davalı mutlaka rakip olmayabilir. Dava haksız rekabet eylemine dolaylı veya dolaysız olarak katılan üçüncü kişilere karşı da açılabilir. TTK md. 56/4 hükmü gereğince, haksız rekabetin men'ini, haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılmasını, haksız rekabet yanlış veya yanıltıcı beyanlarla yapılmışsa bu beyanların düzeltilmesini ve tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise, haksız rekabetin işlenmesinde etkili olan araçların ve malların imhası hakkında verilen kararlar bu kişilere de icra olunabilecektir. Haksız rekabet fiili, hizmetlerini veya işlerini gördükleri sırada çalışanlar veya işçiler tarafından işlenmiş olursa çalıştırmanın aleyhine de açılabilir.⁴⁷⁴

Ticari hayatta rekabetin; işletmelerin verimini arttırıcı, üretilen mal ve hizmetlerin kalitesini yükseltici ve fiyatları düşürücü fonksiyonları bulunduğu ileri sürülmekte olup; bu yönüyle yararlı olan rekabetin dürüstlük kuralları içinde yapılması ve kötüye kullanılmaması gerekir. Hizmet akdinin sona ermesinden sonra işçiyi işverene karşı rekabet oluşturacak faaliyetlerden kaçınmakla yükümlü kılan rekabet yasağı

⁴⁷² Dava yolları ve taleplerin çeşitliliği bakımından aş. 436 vd.

⁴⁷³ Berzek., s 94., Cengiz, s. 168., Örs., s.80., Bahtiyar., s. 117.

⁴⁷⁴ Özdamar, Ermenek. s. 65.

sözleşmesi, piyasa ekonomisinin ve teknolojideki gelişmelerin bir ürünü olarak yirminci yüzyıldan itibaren önem kazanmaya başlamıştır⁴⁷⁵

BK'nın 57. maddesinde, haksız rekabete ilişkin yer verilen genel düzenleme yanında, 547 ve devamı maddelerinde yer verilen, ticari mümessiller ve ticari vekiller bahsi ile 600. ve devamı maddesinde adi ortaklar bakımından özel düzenlemeler gereği, 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabete ilişkin genel düzenlemeleri

Zira, özen ve bağlılık yükümü ile rekabet yasağı, Borçlar Kanunu, madde 626 hükmü ile müdürler ve yönetimle görevli kişiler hakkında düzenlenmiş olup, bu kişiler, görevlerini tüm özeni göstererek yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini, dürüstlük kuralı çerçevesinde, gözetmekle yükümlüdürler. Ancak BK hükümleri uyarınca rekabet yasağının uygulandığı kişiler sadece müdürler ve yönetimle görevli kişiler hakkında uygulanmaz. İşçinin sadakat borcu, ayrıca BK madde 396 hükmü ile düzenlenmiş olup, işçi, yüklendiği işi özenle yapmak ve işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatsiz davranmak zorundadır. İşçi, işverene ait makineleri, araç ve gereçleri, teknik sistemleri, tesisleri ve taşıtları usulüne uygun olarak kullanmak ve bunlarla birlikte işin görülmesi için kendisine teslim edilmiş olan malzemeye özen göstermekle yükümlüdür. İşçi, hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, sadakat borcuna aykırı olarak bir ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette bulunamaz ve özellikle kendi işvereni ile rekabete girişemez.

Diğer yandan, işçi, iş gördüğü sırada öğrendiği, özellikle üretim ve iş sırları gibi bilgileri, hizmet ilişkisinin devamı süresince kendi yararına kullanamaz veya başkalarına açıklayamaz. İşverenin haklı menfaatinin korunması için gerekli olduğu ölçüde işçi, hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonra da sır saklamakla yükümlüdür.

Rekabet yasağı, koşulları Borçlar Kanunu'na göre, sözleşmenin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde meydana verilecek rekabeti kapsadığı gibi, özellikle işçinin kendi hesabına rakip bir işletme açmaktan, başka bir rakip işletmede çalışmaktan veya bunların dışında, rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine

⁴⁷⁵ Berzek., s.95., Arkan, s.308.; Polat Soyer, "**Rekabet Yasağı Sözleşmesi**", Ankara 1994., s.3., Bahtiyar., s. 118.

girişmekten kaçınmayı yazılı olarak üstlenebilir. Rekabet yasağı kaydı, ancak hizmet ilişkisi işçiye müşteri çevresi veya üretim sırları ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkânı sağlıyorsa ve aynı zamanda bu bilgilerin kullanılması, işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikteyse geçerlidir.

Rekabet yasağı, işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürecek biçimde yer, zaman ve işlerin türü bakımından uygun olmayan sınırlamalar içeremez ve süresi, özel durum ve koşullar dışında iki yılı aşamaz. Ancak, aşırı nitelikteki rekabet yasağını, bütün durum ve koşulları serbestçe değerlendirmesi ve işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edimi de hakkaniyete uygun biçimde göz önünde tutulması suretiyle, bu kapsam ve süre ilgili mahkemesince sınırlandırabilir. Rekabete aykırı davranışlarının bir sonucu olarak da BK madde 446 hükmü uyarınca, rekabet yasağına aykırı davranan işçinin, işverenin uğradığı bütün zararları gidermesi söz konusu olacaktır.

Yasağa aykırı davranış bir ceza koşuluna bağlanmışsa ve sözleşmede aksine bir hüküm de yoksa, işçi öngörülen miktarı ödeyerek rekabet yasağına ilişkin borcundan kurtulabilir; ancak, işçi bu miktarı aşan zararı gidermek zorundadır. İşveren, ceza koşulu ve doğabilecek ek zararlarının ödenmesi dışında, sözleşmede yazılı olarak açıkça saklı tutması koşuluyla, kendisinin ihlal veya tehdit edilen menfaatlerinin önemi ile işçinin davranışı haklı gösteriyorsa, yasağa aykırı davranışa son verilmesini de isteyebilir.

BK madde 447 hükmüne göre, rekabet yasağı, işverenin bu yasağın sürdürülmesinde gerçek bir yararının olmadığı belirlenmişse sona erer. Sözleşme, haklı bir sebep olmaksızın işveren tarafından veya işverene yüklenebilen bir nedenle işçi tarafından feshedilirse, rekabet yasağı sona erer. Rekabet memnuniyetine dair olan şart; ancak işçinin müşterileri tanimasından ve esrara nüfuzundan istifade ederek iş sahibine hissölunacak derecede bir zarar husulüne sebebiyet verebilecek ise caizdir. "öz ticaret hayatına mahsus olup ayrı bir ihtisas cephesi arz eden" hususlardan doğan davalar mutlak ticari dava olarak sayılmış olup; mutlak dava terimi, tarafların sıfatı veya işlem ve fiilin ilgili olduğu işletmenin ticari olup olmadığı olgusu dikkate alınmaksızın bu davaların kendiliğinden ticari dava niteliğini taşıdığını ortaya koymaktadır. Borçlar Kanunu'nda hizmetlinin rekabet yasağı ile ilgili 348-352

maddelerinden doğan davalar, rekabet yasağı kavramının ticaret mahkemesince daha isabetli olarak değerlendirilebileceği düşünülerek ticari sayılmıştır⁴⁷⁶

Rekabet etmeme borcu ise işçinin öteki borçları gibi her iş sözleşmesi için söz konusu olan borçlardan değildir. İş akdinin devamı süresince işçinin işverenle rekabet etmemesi sadakat borcu içinde yer alan bir yükümlülüktür. Buna karşılık, taraflar iş ilişkisi devam ederken sözleşmenin bitiminden sonra işçinin rekabet etmeyeceğine ilişkin bir hükmün iş akdine konulmasını veya bu konuda ayrı bir sözleşme, rekabet yasağı sözleşmesi, yapılmasını kararlaştırabilirler. İş akdi sona erdikten sonra işçinin işverenle rekabet etmeme borcu ancak böyle bir yükümlülük sözleşme ile kararlaştırıldığı takdirde söz konusu olmaktadır. İş sözleşmesi devam ederken, işçinin rekabet sayılacak davranışları ise “doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlar olup” İş Kanunu'nun 25/II-e kapsamına girer ve işveren için haklı fesih nedeni oluşturur. Rekabet yasağına aykırı hareket edilmesi halinde ise işçi, BK.'nın hükümleri gereğince zararı tazmin ile mükelleftir⁴⁷⁷

HGK'nın konuya ilişkin vermiş olduğu kararında işçinin rekabet yapmama taahhüdüne aykırı olarak hareket ettiği hizmet akdinin sona ermesinden sonra gerçekleşen rekabet yasağının, iş ile işveren arasındaki davaya dayanak olan taahhüdün iş hukuku kapsamında bulunmadığı ve ticari dava olduğu, bu taahhüde rağmen istifa ile işten ayrılan işçinin başka firmada işe başlaması nedeniyle açılan tazminat davasının ticari dava mahiyetinin gözetileceği görüşündedir.⁴⁷⁸

⁴⁷⁶ Poroy, Yasaman s.103.,104.

⁴⁷⁷ Sarper Süzek, “**İş Hukuku**”, Yenilenmiş 9. Bası, İstanbul 2012. s.277., Çelik Nuri, “**İş Hukuk Dersleri**”, Yenilenmiş 25. Bası, İstanbul 2012.,s.136 vd.; Kenan Tunçomağ, Tankut Centel, “**İş Hukukunun Esasları**”, B.6., İstanbul, 2013.,s.101.; Hamdi Mollamahmutoğlu, “**İş Hukuku**”, İstanbul., 2012, s.,367;

⁴⁷⁸ HGK, 27.02.2013 t., E. 2012/9-854 E. ve 2013/292 K. Sayılı kararı., “...göstermektedir ki, iş akdinin devamı sırasında işçinin sadakat borcundan kaynaklanan rekabet etmeme yasağına aykırılık halinde, bu tür davalara bakmakla görevli mahkeme iş mahkemesidir. İş akdinin sona ermesinden sonra rekabet yasağına aykırı hareket edilmesi halinde ise, buna dayalı olarak açılacak dava niteliği itibariyle 818 sayılı BK'nun 348. maddesi kapsamına girmekle ve bu kapsamdaki davalar TTK.nun 4/1-3 maddesinin açık hükmü karşısında tarafların sıfatına bakılmaksızın mutlak ticari davalardan olmakla, bu tür davaların ticaret mahkemesinde incelenip karara bağlanması gerekir...” aynı yönde HGK'nın 29.02.2012 t. 2011/11-781 E., 2012/109 K. sayılı kararı.,www.kazanci.com.tr (erişim tarihi. 12.11.2013)

Böylelikle, tacire rakip olan veya olma potansiyeli bulunan veyahut bu konumda bulunan şirketlerle aralarında ortaklık ilişkisi bulunan ya da aynı şirketler grubu içerisinde yer alan yerli veya yabancı şirketlerde veya işletmelerde hizmet veya vekalet akdi ile çalışmayacağını bu şirket veya işletmelerde ortak olamayacağını, doğrudan veya dolaylı, bedeli mukabil veya bedelsiz olarak hizmet veya destek vermeyeceğini, danışmanlık veya işbirliği yapmayacağını, bu mahiyetteki şirketler kurmayacağını ve işletmeyeceğini, aynı alanda faaliyet gösteren başka bir firmada çalışmaya başlaması nedeniyle işçinin, işten ayrıldığı tarihten sonraki bir zamanda rekabet etmemeyi taahhüt etmesine karşın, rekabet yasağına aykırı davrandığından dolayı tazminat talepli davalar açılabilir.

a. Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu

6102 sayılı TTK, Madde 57/1 hükmü, haksız rekabet fiili, hizmetlerini veya işlerini gördükleri sırada çalışanlar veya işçiler tarafından işlenmiş olursa, tespit davası, haksız rekabetin ortadan kaldırılması ve haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılması davalarının çalıştıranlara karşı da açılabilirliğini hüküm altına almaktadır. Eski Kanun düzenlemesiyle aynı olup dilin sadeleştirilmesi yoluna gidildiği görülmektedir.

Çalıştıranların dava ehliyeti TTK md 57'de düzenlenmiş bulunmaktadır. Haksız rekabet fiili hizmet veya işlerini gördükleri sırada müstahdemler veya işçiler tarafından işlenmiş olursa, haksız rekabet davaları bunları istihdam edenlere karşı da açılabilir. Bu davaları açabilmek için işçilerin veya işçilerinin kusurlu olması gerekmediği gibi, istihdam edenin de kusurlu olması gerekmez. Tüzel kişiler de organlarının işledikleri haksız rekabet fiilinden sorumludur.⁴⁷⁹

Ancak maddi ve manevi tazminat davalarında istihdam eden, BK md. 66 (eski 55) kurtuluş beyanesini kanıtlayarak sorumluluktan kurutulabilir. BK yollaması ile çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği

⁴⁷⁹ Berzek., s 95., Arkan, s.307., aynı yönde 11. HD. 26.10.1999., 1999/6619 E., 1999/8386 K. Sayılı karar ile Tüzel kişilerin sorumluluğu hakkında, "...organların işlediği haksız rekabet eylemlerinden tüzel kişilerin de sorumlu tutulacağı TTK amir hükümleri ile hükme bağlanmış bulunmasına, bu durumda şikayet vaki olsun olmasın uzamış ceza zamanasının davalı tüzel kişilik hakkında da uygulanmasının gerekmesine göre, davalının karar düzeltme isteğinin reddi gerekir..."., www.kazanci.com.tr, (erişim tarihi. 10.10.2010)

zararı gidermekle yükümlü ise de adam çalıştıran, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmayacaktır. İstihdam edenler böylelikle, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat eder iseler, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle mesul tutulamazlar. İstihdam eden, ödediği tazminat için, zarar veren çalışana, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir.

b. Haksız Rekabetin İletişim Araçlarıyla İşlenmesi Halinde Sorumluluk

Yürürlükten kaldırılan 6762 sayılı Ticaret Kanun, madde 60 hükmü ile basın haksız rekabet halinde sorumluluğunu düzenlemekte idi. TTK md. 58 basının sorumluluğunu hüküm dili sadeleştirilmek suretiyle aynen aldığı görülmektedir. TTK md. 58 kapsamında, kapsamında, haksız rekabet basın yoluyla işlenmiş ise, tespit, men, eski hale getirme davaları kural olarak basında yayımlanan şeyin, programın; ekranda, bilişim aracında veya benzeri ortamlarda görüntülenenin; ses olarak yayımlananın veya herhangi bir şekilde iletilenin sahipleri ile ilan veren kişiler aleyhine açılabilir.⁴⁸⁰

Yazılı basında yayımlanan şey, program, içerik, görüntü, ses veya ileti, bunların sahiplerinin veya ilan verenin haberi olmaksızın ya da onayına aykırı olarak yayımlanmışsa ve yazılı basında yayımlanan şeyin, programın, görüntünün, ses veya iletinin sahibinin veya ilan verenin kim olduğunun bildirilmesinden kaçınılırsa, başka sebepler dolayısıyla yazılı basında yayımlanan şeyin, programın, görüntünün, sesin, iletinin sahibinin veya ilan verenin meydana çıkarılması veya bunlara karşı bir Türk mahkemesinde dava açılması mümkün olmazsa, davalar, yazı işleri müdürü, genel yayın yönetmeni, program yapımcısı, görüntüyü, sesi, iletiyi, yayın, iletişim ve bilişim aracına koyan veya koyduran kişi ve ilan servisi şefi; bunlar gösterilemiyorsa, işletme veya kuruluş sahibi aleyhine dava açılabilir gibi, bu kişilerden birinin kusuru hâlinde ayrıca sıraya bakılmaz.⁴⁸¹

⁴⁸⁰ Yürürlükten kaldırılan 6762 sayılı TTK, yazı sahibi veya ilan veren aleyhine açılabilir.

⁴⁸¹ Arkan.s.,308., Özdamar, Eremenek s. 67

TTK md. 58 son hükmü, haksız rekabet fiilinin iletimini başlatmamış, iletimin alıcısını veya fiili oluşturan içeriği seçmemiş veya fiili gerçekleştirecek şekilde değiştirmemişse, bu maddenin birinci fıkrasındaki davalar hizmet sağlayıcısı aleyhine açılmayacağı ve tedbir kararı verilemeyeceğine dair hüküm sevk etmiştir.

İnternette rakibin markasını haksız surette kullanan işletmenin ayrıca bir faaliyetine gerek bulunmadan, sektörel olarak adının bu şekilde rakip işletmenin markasını kullanmak suretiyle duyurulduğunu ve basın kuruluşlarının bir kusurunun ve bilgisinin bulunmadığını kabul etmek gerekir. Ancak, yayınlarda bir işletmenin ürünlerinin yerleşim biçimine işletmenin katkısı ve talebi olmamasına rağmen, işletmenin bu kullanıma onay vermesi ve karşı çıkmayarak benimsemesi korunamaz ve sessiz kalması işletmenin eylemini markaya tecavüz hali olmaktan çıkarmaz, burada iltibasın oluşmuş olup, en azından iltibas olasılığının mevcut olduğunu kabul etmek gerekir.⁴⁸²

Mahkeme haksız rekabet eyleminin olumsuz sonuçlarının kapsamlı veya vereceği zararın büyük olacağı durumlarda ilgili hizmet sağlayıcısını da dinleyerek, haksız rekabet fiilinin sona erdirilmesini veya önlenmesine ilişkin tedbir kararını hizmet sağlayıcı aleyhine de verebilir veya içeriğin geçici olarak kaldırılması dâhil somut olaya uyan uygulanabilir başka tedbirler alabilir.

6502 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesini takiben, haksız ticari uygulamalara ilişkin olarak Reklam Kurulu'na ayrıca idari para cezası tesis etme yetkisi tanınmış olup, haksız rekabete meydan veren bu itibarla haksız ticari uygulamaların internet yoluyla işlenmesi halinde 6502 sayılı Kanun ile öngörülen idari para cezası geniş bölgesel etkisi dolayısıyla ağırlaşacaktır.⁴⁸³

⁴⁸² Aynı yönde, 11. HD., 05.04.2010 t., 2008/8488 E. ve 2010/3849 K. Tarihli kararı., www.kazanci.com.tr (erişim tarihi:12.03.2013)

⁴⁸³ Youtube'un haksız rekabete meydan veren müzik videolarının platformdan kaldırılması sonucuna yönelen emsal Hamburg Bölge Mahkemesi'nin kararı için bkz. dn. 202.

C. Hükümün Üçüncü Şahıslara Etkisi

TTK md. 56/4 hükmüne göre, men ve hukuka aykırı durumların ortadan kaldırılması davalarının neticesinde verilen hüküm, haksız rekabete konu olan malları haksız rekabete konu malları, doğrudan veya dolaylı bir şekilde ondan ticari amaçla elde etmiş olan kişiler hakkında da icra olunur. Bu hüküm ile mağdur duruma düşenlerin hakları daha etkili bir koruma gücünden yararlanacaktır.⁴⁸⁴ Dava dışı üçüncü kişilerin iyi niyetine bakılmaksızın hükmün icra edileceği belirtilmekte olduğundan, Kanun Koyucu'nun asıl amacı haksız rekabetin mutlak surette önlenmesidir. Zira mahkemesi tarafından verilen ve kesinleşen kararlar nisbi nitelikte olup savanın tarafları hakkında geçerli olur iken, özellikle markanın taklit edilmesi ve bu durumun tespiti durumunda taklit markayı taşıyan ürünleri ticaret amacıyla elinde bulunduran kişiler hakkında da söz konusu karar uygulanacaktır. Bu durum, geleneksel usul hukuku ilkelerine de bir istisna niteliğindedir.⁴⁸⁵

IV. BASIN, YAYIN, İLETİŞİM VE BİLİŞİM KURULUŞLARININ SORUMLULUĞU

TTK, madde 58, haksız rekabetin, her türlü basın, yayın, iletişim ve bilişim işletmeleriyle, ileride gerçekleşecek teknik gelişmeler sonucunda faaliyete geçecek kuruluşlar aracılığıyla işlenmesi halinde özel olarak düzenlemiş bulunmaktadır. Kanun, kuruluşların tanımını yapmakla günümüz ve ileride gelişecek teknolojilerin

⁴⁸⁴ Ülgen, Teoman, Helvacı, Kendigelen, Kaya, Nomer Ertan., s. 471., Özdamar, Ermenek. s. 66.,

⁴⁸⁵ Arkan.s. 316.,

etki alanını kapsam dahiline almış olup, önceki Kanun lafzı bu hususta sūje olarak yalnızca “basın” tanımı yapmakta idi. TTK, 56 ncı maddenin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı davalar, ancak, basında yayımlanan şeyin, programın; ekranda, bilişim aracında veya benzeri ortamlarda görüntülenenin; ses olarak yayımlananın veya herhangi bir şekilde iletilenin sahipleri ile ilan veren kişiler aleyhine açılabilir; demekle internet ortamı gözetildiğinde “bilişim aracı sahibi”nden ne anlamak gerektiği açık değildir. Ancak; Yazılı basında yayımlanan şey, program, içerik, görüntü, ses veya ileti, bunların sahiplerinin veya ilan verenin haberi olmaksızın ya da onayına aykırı olarak yayımlanmışsa, Yazılı basında yayımlanan şeyin, programın, görüntünün, ses veya iletinin sahibinin veya ilan verenin kim olduğunun bildirilmesinden kaçınılırsa, başka sebepler dolayısıyla yazılı basında yayımlanan şeyin, programın, görüntünün, sesin, iletinin sahibinin veya ilan verenin meydana çıkarılması veya bunlara karşı bir Türk mahkemesinde dava açılması mümkün olmazsa, yukarıda anılan davalar, yazı işleri müdürü, genel yayın yönetmeni, program yapımcısı, görüntüyü, sesi, iletiyi, yayın, iletişim ve bilişim aracına koyan veya koyduran kişi ve ilan servisi şefi; bunlar gösterilemiyorsa, işletme veya kuruluş sahibi aleyhine açılabilir.

Basın davalarından kaynaklanan uyuşmazlıklarda muhatap bulunamaması ihtiyacını karşılamış görünmektedir. Eski kanun, bu davalar, yazı işleri müdürü eğer bir ilan mevzubahis ise ilan servisi şefi; yazı işleri müdürü ve ilan servisi şefi gösterilmemiş veya yoksa naşir; bu da gösterilmemişse matbaacı; aleyhine de açılabilir. (2) Birinci fıkrada öngörülen hâller dışında, aynı fıkrada sayılan kişilerden birinin kusuru hâlinde sıraya bakılmaksızın dava açılabilir.

Getirilen yeni düzenlemeyle, haksız rekabet fiilinin iletimini başlatmamış, iletimin alıcısını veya fiili oluşturan içeriği seçmemiş veya fiili gerçekleştirecek şekilde değiştirmemişse, bu maddenin birinci fıkrasındaki davalar hizmet sağlayıcısı aleyhine açılmaz; tedbir kararı verilemez. Mahkeme haksız rekabet eyleminin olumsuz sonuçlarının kapsamlı veya vereceği zararın büyük olacağı durumlarda ilgili hizmet sağlayıcısını da dinleyerek, haksız rekabet fiilinin sona erdirilmesini veya önlenmesine ilişkin tedbir kararını hizmet sağlayıcı aleyhine de verebilir veya içeriğin geçici olarak kaldırılması dâhil somut olaya uyan uygulanabilir başka tedbirler alabilir.

TTK, basın, yayın, iletişim ve bilişim kuruluşlarının sorumluluğunu düzenleyen 58. Madde hükmü, haksız rekabet fiillerinin bilişim yoluyla işlenmesi halinde bilişim

aracında veya benzeri ortamlarda görüntülenenin; ses olarak yayımlananın veya herhangi bir şekilde iletilenin sahipleri ile ilan veren kişiler aleyhine dava açılabileceğini öngörmüştür.

TTK 58/son hükmü ile; haksız rekabet fiilinin işlenmesinden ötürü dava açılabilecek olanlar arasında internet ortamında bu hallerin yaşanması halinde, yalnızca internet yayınında içerik temin edenleri değil, “hizmet sağlayıcı” şirketleri de göstermiştir. Nitekim, anılan madde;

“Haksız rekabet fiilinin iletimini başlatmamış, iletimin alıcısını veya fiili oluşturan içeriği seçmemiş veya fiili gerçekleştirecek şekilde değiştirmemişse, bu maddenin birinci fıkrasındaki davalar hizmet sağlayıcısı aleyhine açılmaz; tedbir kararı verilemez. Mahkeme haksız rekabet eyleminin olumsuz sonuçlarının kapsamlı veya vereceği zararın büyük olacağı durumlarda ilgili hizmet sağlayıcısını da dinleyerek, haksız rekabet fiilinin sona erdirilmesini veya önlenmesine ilişkin tedbir kararını hizmet sağlayıcı aleyhine de verebilir veya içeriğin geçici olarak kaldırılması dâhil somut olaya uyan uygulanabilir başka tedbirler alabilir.” Hükmünü amirdir.

Hüküm, görüldüğü üzere, uygulamada karşılaşılan problemlerin ve ölçüsüz ihtiyati tedbir kararlarının önüne geçmesi anlamında bir yol haritası özelliğini taşımaktadır. Aynı zamanda internette haksız rekabet fiillerinin işlenmesi halinde meydana verilen hukuka aykırı durumun ortadan kaldırılmasına ilişkin olarak bir muhatap da göstermektedir.

Hizmet Sağlayıcısı kavramı TTK kapsamında yer almamakta olup, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi Ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun hükümleri uyarınca da tanımı yapılmış değildir. Bu anlamda hizmet sağlayıcı kavramından anlaşılması gerekenin yine 5651 sayılı Kanun hükümleri uyarınca belirlemek amaca daha uygun olacaktır. Buna göre, 5651 sayılı Kanun hükümleri kapsamında Kanunu Koyucu madde 2 hükümleri kapsamında “yer sağlayıcı” ve “erişim sağlayıcı” tanımı vermiş olup; yer sağlayıcı'nın, hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek veya tüzel kişileri ifade ettiği, erişim sağlayıcının ise kullanıcılarına internet ortamına erişim olanağı sağlayan her türlü gerçek veya tüzel kişileri tanımladığı belirtilmiş; madde 6 hükmünde erişim sağlayıcının sağladığı hizmetler sırasında tabi oldukları yükümlülükler sayılmıştır. Buradan hareketle TTK madde 58 hükmü ile esasında “hizmet sağlayıcı” kavramından anlaşılması gereken kişilerin gerek 5651 sayılı

Kanun uyarınca erişim sağlayıcı gerekse yine aynı Kanun uyarınca yer sağlayıcılar olduğu anlaşılmaktadır.

İnternet yer sağlayıcı kuruluşları, aynı zamanda uygulamada “hosting firmaları” olarak da anılmakta olup, kendi bünyelerinde hosting hizmeti verenler ile ticari amaçla hosting hizmeti verenler olmak üzere iki grupta toplanmaktadır. Başta bankalar ve medya kuruluşları olmak üzere, büyük kurumsal şirketlerin, kendi bünyelerinde internete sağladıkları içeriklerin yine kendi hosting şirketleri aracılığıyla bir bütün olarak yer sağlama hizmeti sunulmakta iken, küçük çaplı işletmelerin ve internet kullanıcıların, internete sağladıkları içerikler için yer sağlama hizmetlerini ücret karşılığında temin eden ticari amaçlı şirketler bu grubun iki aktörüdür.

5651 sayılı Kanunla verilen görevler, Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde bulunan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'na yerine getirilmektedir. Yer veya erişim sağlayıcı olarak faaliyet icra etmek isteyen kişilere, telekomünikasyon yoluyla iletişim konusunda yetkilendirme belgesi olup olmadığına bakılmaksızın, yer veya erişim sağlayıcı olarak faaliyet icra etmesi amacıyla yetkilendirme belgesi verilmesi Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'na sağlanmaktadır.⁴⁸⁶

Diğer yandan, Basın Kanunu⁴⁸⁷ madde 4 hükmü gereği, gerçeğe aykırı yayın yapılması halinde, bundan zarar gören kişinin yayım tarihinden itibaren iki ay içinde göndereceği suç unsuru içermeyen, üçüncü kişilerin hukuken korunan menfaatlerine aykırı olmayan düzeltme ve cevap yazısını; sorumlu müdür hiçbir düzeltme ve ekleme yapmaksızın, günlük süreli yayınlarda yazıyı aldığı tarihten itibaren en geç üç gün içinde, diğer süreli yayınlarda yazıyı aldığı tarihten itibaren üç günden sonraki ilk nüshada, ilgili yayının yer aldığı sayfa ve sütunlarda, aynı puntolarla ve aynı şekilde yayımlamak zorundadır. Düzeltme ve cevabın birinci fıkrada belirlenen süreler içinde yayımlanmaması halinde yayım için tanınan sürenin bitiminden itibaren, birinci fıkra hükümlerine aykırı şekilde yayımlanması halinde ise yayım

⁴⁸⁶ 5651 sayılı Kanun uyarınca, kendi bünyelerinde hosting hizmeti veren şirketler ile ticari amaçlı hosting hizmeti veren şirketlerin güncel listesi için bkz. http://www.tib.gov.tr/tr/menu-57-yer_saglayicilar_listesi.html (erişim tarihi: 12.12.2012)

⁴⁸⁷ R.G. 26.06.2004, S. 25504

tarihinden itibaren onbeş gün içinde cevap ve düzeltme talep eden kişi, bulunduğu yer sulh ceza hâkiminden yayımın yapılmasına veya bu Kanun hükümlerine uygun olarak yapılmasına karar verilmesini isteyebilir. Sulh ceza hâkimi bu istemi üç gün içerisinde, duruşma yapmaksızın, karara bağlar. Sulh ceza hâkiminin kararına karşı acele itiraz yoluna gidilebilir. Yetkili makam üç gün içinde itirazı inceleyerek karar verir. Yetkili makamın kararı kesindir.

Düzeltilme ve cevabın yayımlanmaması halinde, madde 18 hükmü gereği, kesinleşmiş hakim kararlarına uymayan sorumlu müdür ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili adli para cezasıyla cezalandırılmaktadır. Sorumlu müdür ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili hakkında verilen adli para cezasının ödenmesinden yayın sahibi, sorumlu müdür ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili ile birlikte müteselsilen sorumludur. Düzeltme ve cevap yazısının yayımlanmaması veya 14 üncü maddenin birinci fıkrasında belirtilen şartlara uyulmaksızın yayımlanması hallerinde hakim ayrıca, masraflar yayın sahibi tarafından karşılanmak üzere, bu yazının tirajı yüzbinin üzerinde olan iki gazetede ilan şeklinde yayımlanmasına da karar verir.

V. ZAMANAŞIMI

TTK md. 60 hükmü gereğince, haksız rekabet davaları, davaya hakkı olan tarafın bu hakların doğumunu öğrendiği günden itibaren bir yıl ve her hâlde bunların doğumundan itibaren üç yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Ancak zamanaşımı bir defa olup ancak ileri sürülmesi halinde yararlanılabilir.⁴⁸⁸ Şu kadar ki, haksız rekabet fiili aynı zamanda Türk Ceza Kanunu⁴⁸⁹ gereğince daha uzun dava zamanaşımı

⁴⁸⁸ 11.HD.,13.9.2012 t., 2010/6022 E. ve 2012/13207 K. Sayılı kararı www.kazanci.com.tr (erişim tarihi: 13.10.2013)

⁴⁸⁹ RG. 26.09.2004 t. S.5237.

süresine tabi olan cezayı gerektiren bir fiil niteliğinde ise, bu süre hukuk davaları için de geçerli olur. Hüküm önceki kanun düzenlemesi ile aynı yöndedir.

Haksız fiilin men'i ve ortadan kaldırılması davalarında, Öğretide⁴⁹⁰ ve Yargıtay⁴⁹¹ uygulamalarında kökleşmiş şekilde kabul edildiği üzere, süregelen eylemlerde zamanaşımı gerçekleşmez. Zira eylem sürdükçe zarar ve zarar tehlikesi devam etmektedir. Dolayısıyla, zamanaşımının geçmesi nedeniyle bu davayı açma hakkı da düşmez. Bu davayı açma hakkı ancak tekrarlanma tehlikesinin sona ermesi ile düşecektir.⁴⁹²

Tecavüz halinin tespitini amaçlayan tespit davalarında da zamanaşımının işlemeyeceği kabul edilmektedir. Bu prensip men davaları ile kıyaslanarak benimsenmiştir.⁴⁹³

Men ve tespit davalarında olduğu gibi, haksız durumun ortadan kaldırılması ve el koyma taleplerinde de talepler alacağa değil eyleme yöneliktir. Burada da, haksız rekabet fiilinin neticelerinin ortadan kaldırılması söz konusudur. Bu hallerde de , zamanaşımı süresi tecavüz eyleminin sona ermesi anında başlamalıdır. Haksız rekabet fiilini sona ermiş ve tekrarlama ihtimali olmasa dahi bu fiilin sonuçları hala duruyorsa bunların ortadan kaldırılması amacıyla ortadan kaldırma davası açılabilir.⁴⁹⁴

Doktrinde bu hususta önemli bir tartışma konusu, haksız rekabete uğrayan tarafın uzun süre sessiz kalması halinde, bu duruma örtülü olarak rıza gösterdiği şeklinde

⁴⁹⁰ Bahtiyar., s. 151., Ülgen, Teoman, Helvacı, Kendigelen, Kaya, Nomer Ertan.,s. 476., İmregün, s.111, Arslanlı, Halil. "**Kara Ticaret Hukuku Umumi Prensipler.**" 3. Bası. İstanbul, 1960., s. 257., Örs, S. 114., Poroy, s. 204.; Berzek., s. 96., Özdamar, Ermenek., s. 58., Karahan, 295.

⁴⁹¹ 11. HD., 25.06.1992., 1991/993 e. VE 1992/7969 k. sayılı kararı., ""Haksız rekabete yol açan unvanın kullanılmaya devamı, bundan doğan taleplerin zamanaşımına uğramasını önler." www.kazanci.com.tr, (erişim tarihi: 12.11.2013)

⁴⁹² Karahan., s. 296.

⁴⁹³ Tekinalp,s. 484., Karahan, s. 296.

⁴⁹⁴ Tekinalp,s .484., Karayalçın., s.476-477., Karahan., s. 296.

yorumlanmasının mümkün olup olmadığı yönündedir.⁴⁹⁵ Özellikle, tescilli bir markanın veya ticaret unvanının aynının veya benzerinin kullanımına belirli bir süre ses çıkarılmaması ve sonradan dava açılmasının hakkın kötüye kullanımını teşkil edebileceği kabul edilmektedir. Ancak burada, kullanıma sessiz kalındığına ilişkin sürenin marka hakkına tecavüz oluşturan kullanım şekillerinin öğrenilmesi tarihinden başlaması gerekir⁴⁹⁶

Yargıtay, durdurma davalarında zamanaşımının işlemeyeceğini benimsemiş ise de, HGK, sessiz kalmanın dava hakkının kaybına yol açacağını kabul etmektedir. 11. Hukuk Dairesi vermiş olduğu kararlarında, sorunu dürüstlük kuralı çerçevesinde ele almakta, ancak koşulları varsa sessiz kalma savunmasının dinlenemeyeceğine ve sessiz kalma halinin, zımni bir kabul beyanı olduğu şeklinde yorumlanamayacağına hükmetmektedir.⁴⁹⁷

⁴⁹⁵ Tekinalp, s. 484., Karayalçın., s. 476-477., Karahan., s. 296., Cengiz, s. 179.

⁴⁹⁶ Ülgen, Teoman, Helvacı, Kendigelen, Kaya, Nomer Ertan., s. 476.,

⁴⁹⁷ HGK, 19.2.1969 t. ve 485/130 sayılı kararı, aynı yönde 11. HD. 10.03.1997., t. 1996/9094 E. ve 1997/1587 K. Sayılı kararı., **Aksi yönde bkz.** Koşulların oluşması halinde, sessiz kalma savunmasına dayanılamayacağı hakkında bkz; 11. HD., 21.12.2011 t., 2011/14012 E. ve 2011/17390 K. Tarihli kararı, aynı yönde, 11.HD.,05.04.2010 t., 2008/8488 E. ve 2010/3849 K. Tarihli kararı., www.kazanci.com.tr.(erişim tarihi: 15.11.2013) aş. dipnot. , Deren Yıldırım., s.11. vd.

VI. CEZA SORUMLULUĞU

TTK md. 62 hükmü ile, haksız rekabet fiillerinden birini kasten işleyenler,⁴⁹⁸ kendi icap ve tekliflerinin⁴⁹⁹ rakiplerinininkine tercih edilmesi için kişisel durumu, ürünleri, iş ürünleri, ticari 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,⁵⁰⁰ fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, 56 ncı madde gereğince hukuk davasını açma hakkını haiz bulunanlardan birinin şikâyeti üzerine, her bir bent kapsamına giren fiiller dolayısıyla iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılırlar.

6772 sayılı Kanun'un yürürlükten kaldırılan ceza sorumluluğuna ilişkin maddeleri gereğince anılan fiillerden ötürü cezai sorumluluk kapsamında bir aydan bir yıla kadar ceza verilmesini öngörür iken, TTK'nın cezayı gerektiren haksız rekabete ilişkin 62 nci maddesi, ceza sınırlarını yükseltmiştir. Esasında Tasarı metninde işbu ceza hükümleri yine daha alt bir sınır olan "bir yıla kadar" şeklinde düzenlenmesi ile Meclis Alt Komisyonu'na sunulmuş iken, hapis cezasının maddede öngörülen fiillerin

⁴⁹⁸ "...55. Maddede yazılı..." ibaresinin ceza sorumluluğunu kısıtladığının eleştirisi hakkında bkz. Moroğlu, Erdoğan., *"Türk Ticaret Kanunu Tasarısı"*, İstanbul Barosu., 2. Bası, Mayıs 2005., İstanbul., s. 42.

⁴⁹⁹ Kanunda yer alan icap ve teklifler ibaresinin her ikisinin de öneri anlamına gelmesinden ötürü, kullanımın eleştirisi hakkında bkz. Moroğlu., s. 42.

⁵⁰⁰ Maddede kullanılan "fiil" sözcüğünün yerine "eylem" sözcüğünün tercih edilmesi önerisi hakkında bkz. Moroğlu, s.42.

ağırlığı ile orantılı olmaması nedeniyle Alt Komisyon tarafından iki yıla çıkarılması öngörülmüştür. Alt Komisyonca yapılan bu değişiklik, bu hali ile yürürlüğe girmiştir.

TTK, Madde 63/1 hükmü ile tüzel kişilerin işlerini görmeleri sırasında bir haksız rekabet fiili işlenmesi halini düzenlemiş olup, 62 nci madde hükmü, tüzel kişi adına hareket eden veya etmesi gerekmiş olan organın üyeleri veya ortakları hakkında uygulanır. Haksız rekabet fiilinin bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine de karar verilebilmektedir.⁵⁰¹

⁵⁰¹ Maddede yer alan “.organın üyeleri veya ortaklar...” ibaresi, ceza yaptırımının bunlardan sadece biri hakkında uygulanabilmesine yol açacağı, haksız rekabet eyleminin her iki grup tarafından birlikte de işlenebileceği, bu nedenle “veya” sözcüğünün “ve/veya” olarak düzeltilmesi yönünde madde eleştirisi hakkında bkz. Moroğlu., s. 42-43.

SONUÇ

Gelişen teknolojiler ve hakim pazar payının herhangi bir ülke sınırı olmaksızın yeknesak rekabet ilkeleri ile korunması ihtiyacı yanında, hiçbir milli sınırı olmayan iletişim kaynaklarının da yeknesak ilkelerle korunması ihtiyacı, ekonomik ihtiyaçlar ile internette meydan verilen haksız uygulamalara karşı tasarlanan davranışların birlikte gelişim göstermelerine yol açmıştır. İnternet ortamında yapılan yayınların ülke sınırı olmaksızın korunması ve bir ölçüde ilke kurallarının belirlenmesi gerekir. Bu saptama, henüz internet teknolojilerinin emekleme aşamasında olduğu, her evde birden fazla bilgisayarın olmadığı, kablosuz ağ teknolojilerinin gelişmemiş olduğu 1990'lı yıllarda Chicago Üniversitesi'nde internet çalışmaları üzerine kaynak görüş kabul edilen Prof. Dr. Jack Lee Goldsmith tarafından ileri sürülmüş ve birçok araştırmacıya ilham kaynağı olmuştur.

Goldsmith "Against Cyberanarchy" isimli eserinde sansasyonel bir örnekten yola çıkarak bir dizi soru sormuştur. L.D Lawrance tarafından henüz 1928 yılında yazılmış klasik ve sansasyonel bir aşk romanı olan "Lady Chatterley's Lover" (Lady Chatterley'in Aşığı) günümüzde halen içeriğinin müstehcen kabul edilmesi dolayısıyla eleştiriler almaktadır. Bu kitabın elektronik kitap sürümünün dünya çapında yayınlanması halinde, kitabın ulaşılabilir olduğu ülkelerde kitap hangi kategoride internet yayınına konu teşkil edecektir? Kitabın Singapur'da sansasyonel kabul edilip pornografik içeriği haiz olmasından dolayı, yayıncı internet sitesinin kapatılması yahut içeriğinin kaldırılması mı talep edilecektir? Bu mülahazalar hangi devletin hukukuna göre yapılan tanımların geçerli olması sonucu ortaya çıkacaktır? Kitabın müstehcen olduğunun herkesçe genel geçer olarak kabul edilmesi halinde nasıl bir yargı süreci işletilecektir?

İnternette yapılan yayınların düzenlenmesi hususunda ortak bir bilincin ortaya çıkmaya başladığı 1990'lı yıllarda, Prof.Dr. Goldsmith tarafından, bir ülkenin hukukuna göre yayınlar konusunda bir belirleme yapılmasının zorluğu ("kavramlarda yeknesaklığa gidilmesinin zorluğu") birinci problem olup ikincisi de mahkeme

kararının uygulanabilirliğine ilişkin süreçlerdir. Singapur sosyolojik yapısına göre müstehcen bulunarak aleyhine yaptırım işletilen bir kitabın yalnızca o ülke elektronik sahasında hüküm almaya muktedir bir mahkemeden alınması yalnızca ülkeyi global ağdan koparmaktadır. Pek tabii, Singapur mahkemelerinin kitabın müstehcen olduğuna dair verdiği karar örneğinin Rusya’da tanınmaz. (“Mahkeme kararlarının tanınması”) Diğer yandan bu yaptırım kitabın fikri haklar çerçevesinde tanımı yapılmış eser kavramının da yerle bir edilmesi demektir.

Tüm bu açıklamaların ışığında, Prof. Dr. Goldsmith’in de vardığı sonuç gibi, internetin hali hazırda var olan hukuk kurallarından ayrı değerlendirilmesinin imkansız olacağı ve yalnızca ortak tanımların geçerli kabul edileceği, öncesinde ulusüstü çok katımlı anlaşmalar ile ilkesel kararlar çerçevesinde yine çok uluslu bir yasama –yürütme ve yargı birliğini oluşturmak, internette yapılan yayınlara karşı ortak bilinç oluşturulması gerekmektedir.

Hızla yaygın hale gelen internet kullanımı ve iletişim teknolojilerinin gelişimi internet ile hukuk kurallarının uyumunu gerekli kılmıştır. En temel hukuk kavramlarından olan haksız fiil kavramı yoluyla bir zararın meydana getirilmesi hali, ekonomik piyasayı bozucu etkide ise, ekonomik piyasanın tüm katılanları leyhine bir ortak müktesebat geliştirilmesi, ekonomi piyasalarının hücresel veri tabanı olan alım satım ilişkileri gibi her spesifik tacir- tacir ve tacir-tüketici ilişkisinde dürüstlük kuralı ilkelerinden yola çıkılarak bir ortak noktada birlik sağlanması şarttır.

Bu doğrultuda, AB Haksız Ticari Uygulamalar Direktifi, uygulama örneklerine de yer veren, üye ülkelerin ulusal mevzuatını aynı doğrultuda düzenlemeleri ile etkisini gösterebilecek kapsamlı bir düzenlemedir. AB’ye üye ülkeler arasında müktesebatı bu ticari uygulamalara temas eden ülkeler bir uyum süreci yaşayacak, İngiltere gibi bu konuda hali hazırda bir mevzuatı bulunmayan üye ülkeler ise ad hoc, fiili düzenlemeler yapılması suretiyle bu katılıma nüfuz edeceklerdir.

Ülkemizde, 6102 sayılı TTK kapsamında getirilen yeni düzenlemeler kapsamında Haksız Rekabet kavramı geniş ölçüde değerlendirilmeye başlanmış olup, internet teknolojilerini de içine alan, herhangi bir mecra ve muhatap sınırı olmaksızın ekonomik piyasayı bozucu her neviden iş, eylem ve şartın haksız ticari uygulamaların rekabet piyasasını bozucu etkisinin var olduğu ana ilke olarak benimsenmiştir. Buradan yola çıkarak yalnızca tacirler arasındaki mal ve hizmet emtiasının rekabeti bozucu pazarlanmasından yahut bu gayretten ötürü, rakip

teşebbüsler nezdinde kısıtlayıcı etkisinin yahut sonucunun ortaya çıkmasının engellenmesi, yeni TTK hükümlerinin amaçlarının yalnızca bir kısmını açıklamaktadır. TTK diğer yandan, yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile de müşterek hükümler arz etmekte ve dürüst bir rekabet piyasasının teşmil edilebilmesi adına tüm sınırlamalardan kaçınmaktadır.

Çalışmamızda, AB Haksız Ticari Uygulamalar Direktifi eksenli olarak yeni TTK ve TKHK kapsamında yer verilmekte olan dürüstlük kuralına aykırı reklam ve satış yöntemleri yoluyla haksız rekabet halleri ile diğer haksız rekabet halleri, yeni gelişmekte olan bir düzene işaret ettiği oranda incelenmiştir. Türk Hukukunda internette meydan verilen alan adı ihlali, başkasının marka ve ticaret unvanından haksız surette yararlanılması, internette yer verilen içeriğin izinsiz rahat kopyalanması, ticari sırların teknoloji casuslarınca aşırılması, ticari sırların ifşası gibi metodik haksız rekabet halleri, yargılama sefahatinde tanımlanılmakta güçlük çekilen olgular olarak davacısına, davalısına, yargılamaya bakan mahkemesine güçlük yaşatmıştır.

Bir uyuşmazlıkta bizzat tüketicilerin müşterileri, işletme hakkında karalayıcı yorumlarda bulunur ise, internette bu beyanların hızla yayılmasına karşılık mahkemelerden uyuşmazlığın görev ve yetki alanı tartışılmaktadır. Bu uyuşmazlığın konusu kimi zaman markalar hakkında mevzuat, kimi zaman fikri haklara tecavüz, kimi zaman, Medeni Kanun'dan doğan isim hakları muvacehesinde değerlendirilmiş, yürürlükten kaldırılan 6762 sayılı TTK paralelinde, uyuşmazlığın bir tarafının kendi mallarını öne geçirmeye çalışmadan eleştiri yapıyor görünmesinden ötürü Ticaret Mahkemeleri konuya uzak kalmıştır. Bu durum ise, uyuşmazlıkları genel manada sürüncemede bırakmıştır. 5651 sayılı İnternette Yapılan Yayınların Düzenlenmesi Hakkında Kanun, ne yazık ki adının iddiasını karşılayamamıştır. Bu Kanun ile sayılan birkaç katalog suç dışında, taraflar ayrıca kendilerine yönelen ve rekabet ortamının bozulmasından ötürü gelen Kanun kapsamında korunmaya alınmayan spesifik uyuşmazlıkların çözümünde markalar mevzuatına yahut fikri haklar prensibine göre korunamayacak olan ihtilaflarda haksız rekabet hükümlerinin işletilmesi gereğinden emin olmalıdırlar.

Çalışmamızda her başlık altında yer verilme gayreti gösterildiği gibi, Yargıtay tarafından etki alanı çok geniş olduğu için şüphesiz koruma görmesi gereken tanınmış markaların ülke genelinde bir tanınmışlık düzeyine erişip erişmediği yönünde belirleme yapılmaktadır. Esasında doğru olan da marka hukuku

prensiplerine göre markanın tanınmışlık iddiası karşısında, bu unsurların varlığının tartışılmasıdır. Marka hukuku prensiplerin internet ortamında koruma sağlamaya yetmemesi ise problemin farklı kaynaklardan incelenmesi gereğine dikkat çekmektedir. Tanınmış markanın ülke düzeyinde bu seviyeye ulaşmaması yahut sektörel kalarak son tüketici tarafından tanınmıyor oluşu, internette tanınmış markanın ihlaline sebebiyet verilmesi halinde, marka sahibinin herkesin bildiği ve kolaylıkla hakkını teslim edeceği tanınmışlık olgusundan hareketle her zaman hak iddiasını somut durumda ileri sürememesine yol açmaktadır.

Diğer yandan internette rekabet ortamını bozan bir fiilin fikri haklara temas etmediği bir nokta, örneğin internet haberciliği yapan bir gazetenin emek ürünü olarak meydana getirdiği ve aynı zamanda çağın bir zorunluluğu olarak internet ortamında da yayınlamakta olduğu haber ve makale içeriklerine, tek bir tıklamayla link verilerek haksız rekabet yapılması halinde, gazete içeriği ve haberler fikri haklar kapsamında korunamadığından ötürü, ancak çerçevesi yeni iletişim teknolojileri ile güncel olarak çizilmiş ve çağa hitabeden bir haksız rekabet müktesebatı ile hak korumasına konu olabilecektir. Keza, mahkemeler tarafından alınması gerekli olan tedbirler aynı ölçüde başta AB Haksız Uygulamalar Direktifi ve ekinde getirilen Her halukarda Haksız Kabul Edilen Ticari Uygulamaların irdelenmesi ile çağa ayak uydurmalıdır. Ancak bu seviyenin ardından gelen etkileşimlerle internet ortamında alınan kararların bir başka ülke tarafından tanınması ve tenfiz edilmesi beklenebilir ve bu olasılık mümkün görülebilir. İnternet ortamında Google gibi dev teknoloji şirketlerinin ekonomik pazar payına etki eder uygulamaları piyasaya sürmesi, örneğin bir ticaret şirketinin reklam vermesi ile, internet arama sonuçlarında diğer bir şirketten önce yer alması da aynı şekilde, çoğu somut durumda haksız uygulamalar doğmasına yol açmaktadır.

İnternette meydan verilen haksız rekabetin aynı zamanda fikri hakların konusuna girmesi ve fakat burada, paylaşılan içeriğin örneğin eser mahiyetinde görülmemesinden yahut internete yükleyen kişinin, yayılmasına zımni bir izin vermiş sayılması gibi varsayımlardan ötürü fikri haklar prensipleri karşısında koruma görmemesi ve konunun haksız rekabet ilkeleri çerçevesinde de yorumlanamaması tehlikesi, alternatif olarak fikri haklara ilişkin çözüm yöntemleri geliştirilmesine de yol açmıştır. Örneğin creative commons hareketi ile eserini internete yükleyen kişinin, Flickr gibi popüler fotoğraf sitelerinde görmekte olduğumuz seçimlik hakları olmasına dayanan bu görüş, fikri mülkiyet temelinde “ya izin ver ya da verme”

“lisans dahilinde kullanım” gibi tek bir yol haritasının internet ortamında beliren spesifik ihtiyaçlara cevap vermemesinden dolayı ileri sürülmüştür. Creative Commons hareketi ile örneğin internete fotoğraf yükleyen bir kişinin, fotoğrafı ticari olarak paylaşılmadığı ve kendisine referans verildiği sürece yayılmasına mani olmadığını belirten özel lisanslama logoları ile yüklemesi halinde sınırlı bir izin verdiğini kabul etmek gerekecektir. Bu durum kısaca “some rights reserved” (bazı haklar saklıdır.) olarak anılmaktadır. Ancak, bu alternatif çözüm ihtiyacının da fikri hakların temelindeki eser olma hususiyetini taşıyan taşımanın her türlü içeriğe konulması, uygulamasının yaygınlaşmasının önündeki en büyük engeldir. Bu anlamda içerik yükleyenler, içeriklerinin sınırlı izin kapsamında yayılmakta olup olmadığını tayin etmekte güçlük yaşayacak olup, içeriklerini yükler iken, önleyici tedbir niteliğinde yeterli mekanizmaları geliştirdikleri noktada da emin bir harekette bulunmamış olacaklardır.

İnternette meydan verilen rekabet ortamını bozucu fiiler, bilişim sektörünün öncü kuruluşlarından olan Windows, Google, Apple gibi teknoloji devlerinin öncülüğünde bir DRM (digital rights management) sisteminin doğmasına ve ilkesel olarak bu fiillerin önlenmesine ilişkin alınabilecek teknik tedbirler çerçevesinde önlenmesi yönünde eğilim göstermektedir. Bu şirketlerin internete yüklenen içerikleri, korsana ve yasal olmayan içeriğin yüklenmesine ilişkin koruma çabası, içeriklerin internette anılan şirketlerin kontrolü dışında dolaşımını genel manada engellemeye yönelmeye başlamakta ve bu defa rekabeti kısıtlayıcı yönde kısıtlayıcı uygulamaların doğmasına sebebiyet vermektedir. Teknoloji devi şirketlerin ve sonrasında her bir internette varlık gösteren ticaret şirketlerinin bu kapsamda uygun gördükleri programlar ile içerik yüklemesine izin veren koruma sistemleri, internette içerik yüklemesini ve bilginin serbest dolaşımını da genel olarak engellemekle, yeni aktörlerin piyasaya girmesini önleyebilecektir. Bu bakımdan teknik koruma sistemlerinin de rekabeti bozucu etkisini göz önüne alan ulusal üstü mevzuatın hazırlanması bir gereklilik olarak doğmaktadır.

Şirketlerin, iş ve iş yöntemlerini korumak bakımından, internette meydan verilen haksız rekabet fiillerine karşı önleyici koruma tedbirleri almaları bilişim programları vasıtası ile gelişmekte iken, konu yerel mevzuatlarda bu tür teknik koruma tedbirlerinin gözetilmesi gereğini de beraberinde getirmektedir. Aksi halde, internet ortamının bilgiye ulaşımı desteklemek, bilginin serbest dolaşımına katkı sağlamak amacıyla yürütülmeye başlanan ana faaliyet konusu zedelenecek ve teknoloji devi

şirketlerin, erişim sağlayıcıların, toplu yer sağlayıcılarının başta ekonomik çıkarlarını gözeten uygulamalar geliştirilmesi karşısında, internetin kamu menfaatini gözeten serbest dolaşım yönü de, içerik korumasının ticaret şirketlerinin inisiyatifine terk edilmesinden ötürü işletilemez olacaktır. Bu bakımdan, internette hukuka aykırı içeriğin yayılmasını engellemek, internette söz gelimi kişilerin güvenli e-posta hizmeti almaları adına denetlenemeyen nicelikte ücretler ödemesine yol açacağından güvenli internet kullanımının ekonomik menfaatlerin sermaye gruplarında toplanan bir yönde seyretmesinin önüne geçilmelidir. Pek tabii, bu alanda AB kapsamında hazırlanan çalışma raporları dikkate alınarak yerel mevzuatın güncellenmesi düşünülebilirse de, idari yaptırımlar ile internet ortamını güvenli kılmaya çalışmak hukuk güvenliğini bertaraf etmemelidir. İnternet ortamında adli makamların denetiminden muaf tutmak, idari makamlara yetki verilmesi ile de mümkün olmaktadır. Bu yönde BTK gibi idari makamların RTUK benzeri üst oluşum ve karar mekanizması olması bir polis devleti yaratacak olduğundan, ihtilafa bakmaya yetkili adli makamların idari kurumları görevlendirmesi, idari kurumların içeriğin kaldırılmasına ve engellemesine yönelik kararlarının istisnai nitelikte kalması icap eder.

İdari makamlar bahsinde ayrıca, haksız ticari uygulamalar ile rekabet ortamını bozucu eylemlerde bulunan kişilerin, bu eylemlerini pazarlama yöntemlerinin genelinde benimsemesi, Reklam Kurulu'na da ayrı bir görev yüklemektedir. Nitekim yeni TKHK ile de Reklam Kurulu'nun yetkisi reklamların dışında, bu türden haksız ticari uygulamalar paralelinde de genişletilmiştir. Haksız ticari uygulamalar yönünden, tüketici son tahlilde zarar gören bazen yalnızca rekabetin bozulmasından etkilenen taraf iken, TKHK kapsamında Reklam Kurulu'na adeta piyasayı denetleme yetkisi de bahşedilmektedir. Bu konuda otorite olmak üzere hukukumuzda bir ilk olarak düzenlenmiş Reklam Konseyi ilke kararları almak suretiyle piyasa kurallarına da yön verecektir. Dolayısıyla bir reklam kültürünün oturması için amaç ve araç dengeleri doğru kurulmuş görünmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, Reklam Kurulu yahut Konseyi, RTUK gibi konsorsiyumların tek elden yönetilmesi ile ancak belli grupların tek başına karar vermesi ile geliştirilecek bir piyasa düşünmesi, tüm katılanların ortak menfaatine yönelmeyecektir. Yeni TKHK ile internet çağında reklamların hızla yayılması ve hedef kitlesine saniyelere varan hızla ulaşması karşısında Reklam Kurulu üyelerinin her zaman fiziken biraraya gelmelerinin mümkün olamayacağına yeni TKHK gerekçesinde değinilmiş olması, toplanmada yaşanan güçlükler dolayısıyla yalnızca Başkan tarafından verilecek kararlar ile

yaptırım uygulayabilmesine olanak sağlanması, kanımızca yerinde olmamıştır. Reklam Kurulu Başkanı, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından belirlenecek olduğundan ötürü, tek bir otoritenin görüşünü yansıtır tarzda reklam uygulamaları geliştirilmesi ve bazı sektörel reklamlara tek bir bakış açısı ile yaklaşılması yoluyla alınacak yayın durdurma kararları, asıl rekabet ortamını bozucu etkileri ticaret yaşamının gelişiminin önüne geçebilir. Nitekim TKHK ile tüketici kredilerinin reklamlarına ilişkin de geniş bir düzenleme getirilmiş bu hususta Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun ilgili mevzuatı ve Kurum'un getirmekte olduğu tebliğler kapsamında uygulanan idari yaptırım kararları yanında, Reklam Kurulu da Bankalara doğrudan idari yaptırım uygulamaya başlayabilecektir.

AB Komisyonu tarafından AB Haksız Ticari Uygulamalar Direktifi paralelinde, belli periyotlar ile sürdürülen "temizleme" (sweep) çalışmaları kapsamında, Reklam Kurulu'nun haksız ticari uygulamaları da içine alarak Türkiye dahilinde yetkili kurum olarak görev alabilmesi mümkün görünmektedir. AB Komisyonu, anılan çalışmalarla, rekabet ortamını bozucu nitelikte gördüğü internet sitelerine toplu olarak erişimin engellenmesine dair üye ülkeler genelinde toplu kararlar almaktadır. AB Komisyonu çalışmamızda da yr verdiğimiz gibi 2007 senesinde uçak bileti satan siteler aleyhin bu yaptırıma gidilmesini öngörmüş, 2012 senesinde ise tüketicilerin dijital pazarlama eğilimlerine yönelen haksız ticari uygulamalar bazında bu çalışmayı gerçekleştirmiştir.

Nihayetinde, Yeni TKHK kapsamında, satıcının ayıptan ötürü sorumluluğunun internet reklamları aracılığıyla bulunduğu taahhütlere aykırı durumun meydana gelmesi halinde ürünün ayıplı sayılmasından doğacak sorumluluğun, bundan böyle içtihadattan öte açık Kanun hükmü ile belirlenmesi, haksız rekabeti bozucu eylemlerin yalnızca internet yayını yoluyla da yapılması ve bu yayınların tüketici mevzuatına aykırılık teşkil etmesinde delil niteliği taşıması konusunda tartışmalar da ortadan kalkacaktır.

İnternet ortamında haksız rekabetin yeni düzenlemeler ile Reklam Kurulu tarafından da önlenebilecek olması yanında Elektronik Haberleşme Kanunu kapsamında alan adı uyuşmazlıklarına yeni Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması getirilmesi ve tr uzantılı alan adı tahsisinin TRABİS adı verilen sistematik kurulum ile yalnızca ODTÜ tarafından değil, diğer kurum ve kuruluşlar tarafından da yapılacak olması olumlu görülebilecek önlemler arasındadır. Alan adı ihtilafının varlığı dolayısıyla konunun

marka uyuşmazlığı çerçevesinde değerlendirilebilmesine ilişkin mevzuatımızda her ne kadar MarKHK'ya getirilen ek düzenleme ile alan adlarının da korunması amaçlanmış da olsa, yukarıda değindiğimiz gibi bu defa da marka hakkının korunmaya müstehak olup olmamasına göre sair problemler baş gösterecektir. Uyuşmazlık Çözüm Hakemleri kapsamında konuşlanacak hakem heyetlerinin konusunda uzman çevrelerden seçilerek alacakları özgün kararlar ile yeni emsaller gelişecektir. Zira bugüne kadar ODTÜ'nün alan adı tahsisi konusunda tek yetkili kurum olması ve uyuşmazlıkların ODTÜ'nün geliştirdiği alan adları politikası kapsamında kapalı devre çözümlenmesi, alan adları konusunda bir içtihad geliştirilmesini de engellemiştir. Elektronik Haberleşme Kanunu kapsamında yürürlüğe giren Alan Adları Yönetmeliği ve tebliği ile rekabet ortamının güvenilir tesisi ve haksız ticari uygulamalara en az derecede meydan verilmesini temin eder uygulamaların geliştirilebileceğini de umuyoruz.

Alan adları hususunda uluslararası tahsis birimi ve otoritesi ICANN'in 2013 yılının ilk yarısında İstanbul'da bir iletişim ofisi kurması ayrıca değerlendirilmesi gereken bir gelişmedir. Zira alan adı tehditlerine ilişkin Türk Hukukunda bir uyum standardının henüz sağlanamamış oluşu ve daha da önemlisi sağlansa dahi yalnızca tr uzantılı alan adı ihtilafları hususunda mahkemelerin istisnai belirlemeler yapabiliyor olmaları yanında alan adı uyuşmazlıkları yalnızca ICANN tarafından oluşturulan Tahkim Divanı tarafından ve ICANN tarafından oluşturulan kural ve ilkelere göre sağlanabilmektedir. Maliyetler ve yabancı dil problemleri yanında ayak uydurulması gereken yeni düzenlemelerin takip edilmesini gerekli kılan uluslararası hakem yargılaması, alan adı uyuşmazlıklarının da ancak sınırlı çevrelerce uyuşmazlığa taşınabilmesine imkan vermektedir. ICANN'in İstanbul'da var olan iletişim ofisi ile, bu başvuruların ileride İstanbul'da fiziken görülmesi dahi mümkün görülebilmektedir. Bu bakımdan Türkiye'nin ileride internet ortamında haksız rekabet teşkil eden alan adı ticareti, alan adına yapılan saldırılar gibi güncel hususlarda, o beklenen ulusüstü içtihadın geliştirilmesine katkı sağlayacak olması kuvvetle muhtemeldir.

Yeni TTK ile basın ve yayın kuruluşlarının yanında iletişim ve bilişim kuruluşlarına da haksız rekabet konusunda yükümlülükler getirilmiş olması, internette meydan verilen hukuka aykırı durumlar dolayısıyla özel kanun araştırılması ve konu için belirlenecek somut norm arayışı problemlerine de bir çözüm getirmiş görünmektedir.

5651 sayılı İnternette Yapılan Yayınların Düzenlenmesi Hakkında Kanun hükümleri ile internette yer alan aktörler sayılmış olup, bu çevrelerin esas itibarıyla gelişen

teknolojiler karşısında tanımlanmasında yaşanan güçlük ayrı bir tartışma konusudur. TTK, 5651 sayılı Kanun ile belirlenen hizmet sağlayıcı ve erişim sağlayıcı kuruluşları da rekabetin bozulması ölçüsünde muhatap kabul ederek, uygulamada mahkemeler tarafından verilen kararların icra edilmelerinde yaşanan güçlüklerin de önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Bu raddeye kadar, internette yer alan haksız rekabet ürünü olan bir içeriğin, o içeriği yükleyen tarafından kaldırılmaması yahut kaldırılamaması halinde, ilamın etki edeceği muhataplardan sorumluluk beklenmesi, bu beklentilerin aynı düzenlemede açıklanması yerinde olmuştur.

Gerek AB Haksız Ticari Uygulamalar Direktifine uyum çalışmaları gerekse, internet sitelerinin artık reklam gelirinin profesyonel olarak yönetilmeye başlanması noktasında internette yayın yapılması, meydan verilen hukuka aykırı durumların haksız rekabet ilkeleri çerçevesinde daha kolay himaye olmasına zemin hazırlamıştır. Zira internet ortamında içerik sağlayıcılar, meydan verdikleri haksız fiillerle en hafif ihtimalle bir başkasının ticari itibarını sarsmamakta aynı zamanda sitenin ziyaret edilmesi oranına göre bir reklam mecrası olarak söz hakkı geliştirmektedir.

Nitekim Twitter gibi çoklu içerik paylaşımına izin verilen ortamlarda, içerik yükleyen kişilerin kişisel sayfasının uygulamayı kullanan diğerlerince takip edilme oranının sıklığına göre, ürün ve hizmet sağlayıcılarının bu sayfaları ve bu kişileri, yeni pazarlama mecraları olarak değerlendirmeleri söz konusu olmuştur. Aynı şekilde internette “blog yazarı” tabir edilen kişilerin, sayfalarına reklam yayını dahil ederek veya etmeyerek, internette yazmakta oldukları yazılar ile ticari mal ve hizmetlere ilişkin deneyimlerini aktarmalarına mecra oluşturmakta oluşu, pazarlama alanında yeni bir koridor yaratmıştır. İnternette markaların hedef kitlelerini yazıları ile etkileyen kimselerin tacir olmaması yahut markaya rakip ürünleri arz etmiyor oluşuna rağmen, AB Haksız Ticari Uygulamalar Direktifi ve yeni TTK kapsamında hiçbir tereddüte mahal vermeksizin sorumlu davranmalarını da gerekli kılmaktadır.

AB Haksız Ticari Uygulamalar Direktifi ve beraberinde sayılan her halukarda haksız kabul edilen ticari uygulamalar ile, Türkiye’de halihazırda genel kabul görmüş tacir eğilimlerinin dahi kısıtlanma potansiyeli söz konusu olacak, bu durum reklam sektöründe yeni gelişmeleri de beraberinde getirecektir. Zira, yeni TKHK Gerekçesinde yer verildiği üzere, bu tür spesifik ticari uygulamaların TKHK kapsamında yayınlanacak haksız ticari uygulamalar yönetmeliği ile belirleneceğine değinilmiştir. Bu durumda, tüketicilere çekilişle ev ve araba verilmesi gibi menfaatler

sağlanması, medyada gizli reklam olarak tanımlanmaktan kaçınılan “advertorial” reklam türünün gizli reklam bahsinde değerlendirilmeye alınmaması, hizmetlerini tanıtmak isteyen bir şirketin sunduğu hizmetlere üye getirene indirim vaad eden “piramit reklam” tabir edilen servis kampanyaları, bu uygulamaların e-posta yahut kişisel internet siteleri gibi denetlenmediği zannedilen mecralarla sınırlı tutularak sunulması gibi haksız ticari uygulamaların da rekabeti bozucu etkisinin varlığı, AB Haksız Ticari Uygulamalar Direktifine tam uyumun sağlanması mümkün olduğu ölçüde genel kabul görecektir, böylece getirilen uyum düzenlemeleri tüm menfaatlerin lehine geniş katılımcılara hitap eder bir ekonomik piyasanın gelişmesinin yolunu açacaktır.

Kanımızca, 6102 sayılı TTK ile 6502 sayılı TKHK hükümlerinin oldukça benzer mahiyette hükümler arz etmesinden de hareketle, ekonomi dinamikleri kadar internet ağının da bir bütün olarak değerlendirilerek yaptırımların da bu kapsamda öngörülmesi olduğundan ötürü, internette yer alan bu tip rekabeti bozucu faaliyetlerle mücadele yöntemi olarak AB üye ülkelerinin uygulamakta olduğu sweep analizi ve site kapsatma yöntemlerine gidilmesi isabetlidir. Nitekim, anılan uygulamaların denetimsiz görülen internet mecrasında yer veriliyor oluşu, kötü niyetli kişiler için bir cazibe alanı yaratmamalıdır. Burada üzerinde durulması gereken ana husus, AB Komisyonu tarafından, üye ülkelerin geneline teşmil edilerek uygulanan bu tip silme çalışmalarının, bir internet sitesinin yalnızca bir ülkede izlenimini engellemek değil, topluluk düzeyinde erişiminin engellenmesi, internette meydana verilen haksız ticari uygulamaların teknik kapsamda önlenmesi doğrultusunda gelişen teknoloji ve bilişim sektörünün tekelleşmesinin önüne geçmek adına oluşturulacak yerel mevzuatın teknik koruma tedbirlerini de içine alır tarzda bir koruma ihtiyacına cevap vermesidir. Bu yönden geliştirilecek mevzuat, gerek adli kararların alınmasında güncel ihtiyaçlara cevap verebilecek ve gerekse uygulamada yaşanan güçlükleri de zaman, yer ve uygulanacak hukuk açısından bir düzene kavuşturacaktır.

KAYNAKÇA

AKİPEK, Şebnem, DARDAĞAN, Esra., *Sanal Ortamda Telif Hakları*, BATİDER, C. XXI, S.1., Ankara, 2001., s. 65 vd.

ALTAN, Naci., *Bilgisayar Terimleri Ansiklopedik Sözlüğü.*, 3. Baskı. İstanbul., 2003.

ALTOP Atilla., *Türk Borçlar Kanunu Tasarısındaki Genel İşlem Şartları Koşulları.*, Prof.Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı., 1. B., İstanbul 2007., s. 254. vd.

ARKAN, Sabih., *Marka Hukuku*, C.I., Ankara., 1997

ARKAN, Sabih., *Ticari İşletme Hukuku.*, VIII. B. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2011.

ARSLAN Kaya., *Reklamın Fikri Mülkiyet Hukuku İçindeki Yeri*, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2002., s. 460 vd.

ARSLANLI, Halil., *Kara Ticaret Hukuku Umumi Prensipler.*, 3. bası. İstanbul, 1960.

ARSLANLI, Halil., *Fikri Hukuk Dersleri II: Fikir ve Sanat Eserleri, İstanbul 1954.*

AYHAN, Rıza,R., *Haksız Rekabet Münasebetiyle Elde Edilen Menfaatin İadesi*, Konya., 1990.

AYİTER, Nuşin., *Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, İstanbul 1981, s.40 vd.*

BAHTİYAR, Mehmet, *Ticari İşletme Hukuku, Yeni TTK'ya Uyarlanmış 14. Bası.*, İstanbul 2013.

BAHTİYAR, Mehmet.,*Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Dili ve İfadeleri Yönünden Değerlendirilmesi.*, Legal Hukuk Dergisi., C.3., S. 31., İstanbul 2005., s.2458., "TTK Tasarısı"

BAYAMLIOĞLU, İ. Emre., *Creative Commons*, 5. Linux ve Özgür Yazılım Şenliği, ODTÜ Pengence Yayınları, Ankara 2006, s.11 vd.;

BAYAMLIOĞLU, İ. Emre., *Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda Teknolojik Koruma.*, 1.bası., İstanbul, Ocak 2008.,

BELGESAY, Mustafa Reşit., *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, İstanbul 1956.*

BERZEK, Ayşe Nur., *Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri.*, 10. Bası., İstanbul 2013

BERZEK, Ayşe Nur., 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de Markaların Düzenlenmesi"., Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1988., s.77 vd. "556 Sayılı KHK"

BERZEK., Ayşe Nur., Tescilli Markanın Korunmasına İlişkin Sorunlar., Prof. Dr. Hayri Domaniç'e Armağan., İstanbul 1995., s. 49 vd., "Koruma"

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu. www.btk.gov.tr. <http://www.btk.gov.tr>

BOZBEL Savaş, Domain Names" (İnternet Alan Adları) ve ICANN- Tahkim Usulü, Prof.Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı., C.1., İstanbul, 2002., s.21.

BOZGEYİK, Hayri., *Fikir ve Sanat Eserlerinde Hususiyet*, *BATİDER*, C:XXV, S.3., s.171 vd.,

Bundesgerichtshof., www.bundesgerichtshof.de.

CAMCI, Ömer., *Haksız Rekabet Davaları -I*. İstanbul, 2002.

CAMP Robert, "Benchmarking: The Search for Industry Best Practice That Lead to Superior Performance," (Milwaukee: ASQC Quality Pres)," 1989.

CAN Mustafa, MEMİŞ Tekin., *Elektronik Ortamda Haksız Rekabet Halleri*. <http://www.basarmevzuat.com/dergi/2004-09/a/04.htm...>, 2004.

CENGİZ, DİLEK., *Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz*, İstanbul 1995.,s.163

CEYLAN, Cenk., *Bilgi Teknolojileri Kapsamında, Kurumlarda Sanayi Casusluğunu Nasıl Önleriz?.*, 2009. <http://www.bilgisayarpolisi.com/index.php?sayfa=makaleoku&kategori=1&id=236> (05.04.2012 tarihinde erişilmiştir).

CHARFOOS, Aaron D., *How Far We Come, and Where Do We Go From Here: The Status of Global Computer Software Protection Under the TRIPS Agreement.*, Cilt C.XXII. Northwestern Journal of International Law & Business, 2001-2002.

COBCROFT, Rachel., *Building an Australasian Commons: Creative Commons Case Studies Volume 1*. Avustralya, 2008.

COLLINS, Hugh *Harmonisation by Example: European Laws against Unfair Commercial Practices.*, The Modern Law Review, Londra, 2010. S. 5 vd.

ÇELİK, Nuri., *İş Hukuk Dersleri, Yenilenmiş 25. Bası*, İstanbul 2012.

DEREN YILDIRIM, Nevhis., *Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Mülkiyet Hukukunda İhtiyati Tedbirler, II. Bası*, İstanbul 2002.

DEREN YILDIRIM, Nevhis., *Marka Hukukunda İhtiyati Tedbirlere İlişkin Bazı Sorunlar, Bilgi Toplumunda Hukuk*, Ünal Tekinalp'e Armağan, C.II., Beta Yayınevi, s. 199 -207.

DEREN YILDIRIM, Nevhis., *Haksız Rekabet Hukukunun Başyapıtının Yeni Basısına İlişkin Düşünceler Ankara Barosu Dergisi, C.10 S.2. Ankara, 2010, s. 9 vd.*

DEUTSCHEWELLE., *wirtschaftsspionage nimmt zu.*, 2010.
<http://www.dw.de/dw/article/0,,5605659,00.html> (03 30, 2012 tarihinde erişilmiştir).

Dokuz Eylül Üniversitesi., <http://web.deu.edu.tr/sss/spam.html>. 17.05.2012.

DOMANIÇ, Hayri., *Ticaret Hukukunun Genel Esasları.*, Genişletilmiş 4. bası.
İstanbul, 1988.,s.248.

DOMANIÇ, Hayri., *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C.1.*, İstanbul 1988,

DOMANIÇ, Hayri., *Ticaret Hukukunun Genel Esasları.*, Genişletilmiş 4. bası.
İstanbul, 1988.

DURAL, Ali., *Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin Tanınmış Markalara İlişkin 08.6.2000 Tarihli Kararı Hakkında Düşünceler.*, GÜHFD; C.1. s.1. Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan; İstanbul 2000.; s.857-866.

ECO, Umberto., *Mavi Çorapların Tuhaf Hikayesi, Tempo Dergisi, İstanbul, 2009.*

EREL, N. Şafak., *Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 3. Bası, Ankara, 2009.*

EREL., N. Şafak., *Fikri Hukukta Bilgisayar Programlarının Korunması.*, AÜSBF Dergisi, C.XLIX., No.1-2., Ocak-Haziran 1994., s.141.-164.

EROĞLU, Sevilay., *Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması.* İzmir: Doktora Tezi, 1999.

EROĞLU, Sevilay., *İnternette Aktif Linkler yoluyla Fikri Haklara Müdahale*, Prof. Dr. Ünal Tekinalp'e Armağan, istanbul s. 209 vd.

EROĞLU, Sevilay., *Marka Hakkını Kurucu ve Koruyucu Olarak İnternette Marka Hakkından Yararlanma*, GÜHFD, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan., s.1., Ocak 2002 s. 461-483.

ERTAŞ, Sacit., *Elektronik Ticaret: Tanımı, Gelişimi, Avantajları, Güvenliği.*, der. Veysel Bozkurt., İstanbul, 2000.

Europäische EDV-Akademie des Rechts, E.

ERVİN, David J. Ervin; LOEFFLER Christopher M., DRYE Kelley., *E-Mail Marketing: Can-Spam Act Compliance.*, Practical Law Company on its PLC Law Department.,

FEDERAL TRADE CENTER, BUREAU OF CONSUMER PROTECTION., *The Can-Spam Act: A Compliance Guide For Business.*, <http://business.ftc.gov/documents/bus61-can-spam-act-compliance-guide-business>. 09 2009. (17.05.2012 tarihinde erişilmiştir).

FRANKO, Nesim., *Haksız Rekabette Elde Edilmesi Muhtemel Menfaate Hüküm*, BATİDER, C:XIII, S. 3-4, s.194.

GASSER, Urs, PALFREY John., Case Study Dm-Protected Music Interoperability And Innovation Breaking Down Digital Barriers” Berkman Publication Series, The Berkman Center for Internet & Society, Harvard University., November 2007.

GOLDSMITH Jack Lee, WU Tim., *Who Controls The Internet? Illusions of a Borderless World*, Oxford, 2006.,.

GOLDSMITH, Jack Lee., *Against Cyberanarchy*, U. Chicago.L. Rev, 1999.

GÖKYAYLA, Emre K., *Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi*, 2.B., Ankara 2001.

GÖKSOY, Yaşar Can., *Yeni Alman Haksız Rekabet Kanunu ve Haksız Rekabet Alanında Getirdiği Yenilikler*, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi C.9., S.2. s.143. vd.

GÜVEN Şirin, *6102 Sayılı TTK'nun Haksız Rekabete Dair Düzenlemelerinin Amacı ve Koruduğu Menfaatler Çerçevesinde Dürüst ve Bozulmamış Rekabet Kavramı.*, Marmara Üniversitesi hukuk Fakültesi Dergisi, C.18., S.2., İstanbul 2012., s. 180 vd.

GÜVEN Şirin, *Haksız Rekabet Hukukunun Amacı Ve Koruduğu Menfaatler*, Doktora Tezi, Ankara, 2011

HENNING-BODEWIG, F. *A New Act Against Unfair Competition in Germany*, IIC Vol. 36, 4/2005.

HİRŞ, Ernst., *Fikri ve Sınai Haklar* Ankara, 1948.

HİRŞ, Ernst., *Hukuki Bakımdan Fikri Say.*, C.II, *Fikri Haklar*, İstanbul, 1943.

INTERNET MAİL CONSORTIUM, <http://www.imc.org/ube-def.html>.

İKİZLER Metin, BAŞAR Sinan., *SPAM'in Zararları ve SPAM ile Hukuki Mücadele: ABD Örneği ve Türk ve Avrupa Birliği Hukukları ile Karşılaştırılması.*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C:8, S:2, 2006: 91-114.

İMREGÜN, Oğuz., *Türk Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri.*, 4. baskı. İstanbul, 2004.

İNAN, Aslan., *İnternet El Kitabı*, İstanbul 2000.

İstanbul Bilgi Üniversitesi Bilişim Teknolojisi Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, *Sayısal Haklar Yönetimi.*, T.C. Kültür ve Turizm Bakanlığı, İstanbul 2006., s. 73. vd.

KALE, S., *Haksız Rekabet Hukukunda Eski Hale Getirme Davası*, İstanbul, 2004.

KAPLAN, Yavuz. *İnternet Ortamında Fikri Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuku*. Ankara, 2004.

KARAHAN Sami, SULUK Cahit, SARAÇ Tahir, NAL Temel., *Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları*, İstanbul. 2007.

KARAHAN, Sami., *Markalarda İltibas*, SÜHFD, 1990, C.III, S.3.

KARAHAN, Sami., *Haksız Rekabet Davalarında Dava Zamanaşimleri ve Sessiz Kalma Nedeniyle Hakkın Kaybedilmesi İlkesi*, Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001., s.293

KARAHAN, Sami., *Ticari İşletme Hukuku, XIII, Bası, Konya 2005.*

KARAYALÇIN, Yaşar., *Ticaret Hukuku, Giriş, Ticari İşletme. 3.* Ankara, 1968.

KAYPAKOĞLU, Serhat., *Bilgisayar Programlarının Hukuki Korunması.*, İzmir, 1997

KAYRAL. KÜRŞAT, *İnternet Sitelerinde Erişimin Engellenmesi Kararları.*, Prof. Dr. Sulhi Dönmezer'e Armağan., C.II., Ankara., 2008. s.957 vd.

KESER BERBER, Leyla *Çevrimiçi Davranışsal Reklamcılık Uygulamaları Özelinde Kişisel Verilerin Korunması.*, İnternet Geliştirme Kurulu Online Davranışsal Reklamcılık konulu Raporu., 2013. <http://www.sitemedya.com/internet-ust-kurulu.html>., (erişim tarihi: 12.05.2013)

KIRCA İSMAIL, *Tescilli Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Alan Adı Olarak Kullanılması.*, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı.,2002., İstanbul s.527 vd.

KOCH, Frank A., *Grundlagen des Urheberrechtsschutz im İnternet und in Online-Diensten*, Frank KOCH, *İnternet- Recht: Praxishandbuch-mit dem neuen Medien- und Teledienstrecht, Checklisten und Musterverträgen*, München 1998.

KOCH, Frank A., *İnternet- Recht: Praxishandbuch-mit dem neuen Medien- und Teledienstrecht, Checklisten und Musterverträgen*, München 1998.

KOYUNCUOĞLU, Hikmet.,*Türk Ticaret Kanunu'nunda Haksız Rekabet Düzenlemesi Ve Tüketici Hukuku.*, s. 40., C.88 Özel Sayı:1 , İstanbul Barosu Dergisi, 2014. s.211 vd.

KRAVETZ, I. Paul., *Copyright Protection of Computer Programs.*, Cilt LXXX. Journal of the Patent and Trademark Office Society, Ocak 1998.

KURU Baki, ARSLAN Ramazan, YILMAZ Ejder., *Medeni Usul Hukuku Genişletilmiş 16. Bası.*, Ankara, 2005.

MARKS, E. E., *Spammers Clog In-boxes Everywhere: Will the Can-Spam Act of 2003 Halt the Invasion?*, Case West Reserve Law Rev 3/2004.

MEMİŞ, Tekin., *E-Posta Yoluyla Kitlelere Reklam*, İnet 2001 konferansında verilen bildiri metni, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 2001.

MEMİŞ, Tekin., *Hukuki Açından Kitlelere E-Posta Gönderilmesi*, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, 1-4/2001, s.441.

MEMİŞ, Tekin., *İzinsiz Bilgisayar Kullanımı ve İmha Talebi Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı*, İstanbul 2002, s.55 vd.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi., *İş Hukuku, İstanbul.*, 2012, MOROĞLU, Erdoğan. *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı*. 2. Bası. İstanbul: İstanbul Barosu, Mayıs 2005.

NOMER, Füsün., *Tanınmış Marka: Nike*, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Aramağanı, İstanbul 1999., s. 500 vd.

NOMER, Füsün, *İnternet Alan Adının (Domain Name) Hukuki Niteliği Ve Marka Ve Ticaret Unvanı Gibi Ayırt Edici Ad Ve İşaretler İle Arasında Benzerlik Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukuki Sorunlar*, Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001., s. 395 vd

TARMAN Zeynep Derya, *Haksız Rekabetten ve Aldatıcı reklamlardan Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk.*, İstanbul 2011.

OCHOA, Tyler T. , *17// U.S.C. § 1202: Protection of Copyright Management Information*, High Tech Law Institute, Santa Clara University School of Law, Conference Resources., 2013

ODTÜ., *-Tr Alan Adları, Kurallar Ve İşleyiş, Nic.Tr Alan Adları Yönetimi.*, Ankara., ODTÜ, Aralık 2012.

OĞUZMAN Kemal, ÖZ Turgut., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.I, Gözden Geçirilmiş 10. Bası, İstanbul 2013.*

OĞUZMAN, Kemal, ÖZ, Turgut., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.II, Gözden Geçirilmiş 10.B. İstanbul, 2013.*

OMAĞ, Merih Kemal *Ticari İşletmenin Yapısı.*, Prof.Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı., 1. B., İstanbul 2007., s. 923 vd.

OYTAÇ, Kutlu., *Karşılaştırmalı Markalar Hukuku*, Genişletilmiş İkinci Baskı, 2002.

ÖRS, Fahri Halil,F. H., *Türk Hususi Hukukunda Haksız Rekabet*, Ankara 1958.

ÖZ, Gamze., *Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması.*, Ankara: Rekabet Kurumu, 2000.

ÖZCAN, Mehmet., *Avrupa Birliğinde Fikri ve Sınai Haklar*, Ankara., 1999.

ÖZDAMAR Mehmet Özdamar, ERMENEK İbrahim., *Haksız Rekabet Kanunları ve Korunan Menfaat*, Ankara Barosu Dergisi C.7., S. 2007/3, s.45 vd.

ÖZTÜRK, Hanife., *Tescilli Markayı Kullanma Külfeti*, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998., s. 219.-280.

PINAR Hamdi, *Reklam ve Satış Yöntemlerine İlişkin Haksız Rekabet Halleri.*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.18. S.2. 3. Oturum., İstanbul 2012., s.130 vd.

POROY Reha, YASAMAN Hamdi., *Ticari İşletme Hukuku 14.B, İstanbul, 2012.* 6.b., C.1. İstanbul,

RAZMİ, Jaffar Razmi, ZAİRİ Mohamed JARRAR Yasar F. *The Application of Graphical Techniques in Evaluating Benchmarking Partners*, Benchmarking An International Journal, Vol. 7, No. 4, 2000.

Reklam Kurulu., *Reklam Kurulu 210 no.lu Bülteni* .www.tuketici.gov.tr. http://www.tuketici.gov.tr/index.snet?wapp=reklamkurulukararlari_tr&open=2 (05.04.2013 tarihinde erişilmiştir).

RICKETSON Sam, GINGSBURG Jane., *International Copyright and Neighboring Rights: The Berne Convention and Beyond., B.2., Oxford, 2006.*

SEVİNÇ, Elif., *Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması.,* Yüksek Lisans Tezi. Ankara: AÜHF, 2007.

socialnewsturkey.Sanayi Casusluğu., <http://www.socialnewsturkey.com/sirketlerin-korkulu-ruyasi-sanayi-casuslari/> (05.04.2012 tarihinde erişilmiştir).

SOYER, Polat., *Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Ankara 1994.*

SOYSAL, Tamer, “Elektronik Posta Yoluyla Kisilik Haklarına Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk” Ankara Barosu Dergisi., Y:65., S.1.; 2007.s. 144-167.

SOYSAL, Tamer, *İnternet Alan Adları Sistemi Ve Tahkim Kuruluşlarının UDRP Kurallarına Göre Verdikleri Kararlara Eleştirel Bir Yaklaşım – 1.,* Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi., S: 2., 2006., s. 481-507.

STENZEL Uta, LİMA SANCHES GORETTİ Lima, DOWNS John J., *Framework Contract: Evaluation Impact Assessment And Related Services; LOT 2: CONSUMER’S POLICY Study on Digital Content Products in the EU Letter of Contract N° 17.020200/12/629623.,* IBF International Consulting., http://ec.europa.eu/consumers/enforcement/sweep/digital_content/docs/dcs_complementary_study_en.pdf

SULUK Cahit, *Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Tescilsiz Sınai Ürünlerin Haksız Rekabet Hükümleri ile Korunması,* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.18., S.2., İstanbul 2012., s. 160 vd., (“Haksız Rekabet”)

SÜZEK, Sarper., *İş Hukuku, Yenilenmiş 9. Bası, İstanbul., 2013.*

ŞENOCAK, Kemal., *İşletme Personelinin Ayarılması Meselesinin Haksız Rekabet Hükümleri (TTK: md. 56) Çerçesinde Değerlendirilmesi,* C.50:, S.2., AÜHF Dergisi, 2001. s. 194 vd.

ŞENOCAK, Kemal., *Tescilli Markanın Aynısının veya Benzerinin Alan Adı (Domain Name) Olarak Kullanılması Suretiyle Marka Hakkının İhlali., BATİDER, C:XXV., S.3., Ankara, 2009., s. 89 vd.*

ŞENOCAK, Kemal., *Toplumda Tanınmışlık Düzeyine Erişmiş Bir Markanın Farklı Mal veya Hizmetlere İlişkin Korunması (556 sayılı KHK 8/IV)*, *BATİDER* 2009, S.2., s.140 vd.

TERRY, ANDREW, *Unfair Competition And The Misappropriation Of A Competitor's Trade Values" The Modern Law Review.*, Londra 2011. s.296 vd.

The Berkman Center For Internet And Society, Harward Law School,
<http://cyber.law.harvard.edu>

TOPALOĞLU, Mustafa., *Bilisim Hukuku.*, Adana, 2005.

TOPALOĞLU, Mustafa., *Bilgisayar Programları Üzerindeki Haklar ve Bu Hakların Korunması.* Türkiye Bilişim Vakfı Yayınları, İstanbul, 1997.

TUNÇOMAĞ Kenan, CENTEL Tankut. *İş Hukukunun Esasları, B.6., İstanbul, 2013.*

UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM MEKANİZMLARI ÇALIŞMA GRUBU., *Alan Adları Ulusal Koordinasyon Kurulu Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmaları Çalışma Grubu Raporu.*, Çalışma Gurubu, Ankara: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, 2012.

ÜLGEN, Hüseyin, TEOMAN Ömer, HELVACI Mehmet, KENDİGELEN Abuzer, KAYA Aslan, NOMER ERTAN Füsün., *Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2006.*, s. 467.,

ÜSTÜN, Dilek., *Fikri ve Sınai Haklarla İlgili Uyuşmazlıklarda Alternatif Çözüm Yolları ve İnternet Alan Adı (Domain Name) Uyuşmazlıkları.*, Legal Hukuk Dergisi, C.2., S.20., İstanbul., 2004., s.2225 vd.

ÜSTÜNDAĞ, Saim., *İhtiyati Tedbirler.*, İstanbul 1981.

WİKİPEDIA. *Sanayi Casusluğu.*, http://tr.wikipedia.org/wiki/Sanayi_casusu (04.05.2012 tarihinde erişilmiştir).

WINDEATT Scott, HARDISTY David, EASTMENT David., *The Internet, Oxford, 2000.*

YASAMAN, Hamdi., *Tanınmış Markalar.*, Halil Aslanlı'nın Anısına Armağan., İstanbul 1978.

YETİM, Servet, *5651 Sayılı Yasa Kapsamında Tutulan İnternet Trafik Bilgilerinin Özel Hayat ve hayatın Gizliliği Kapsamında Değerlendirilmesi*”, Terazi Hukuk Dergisi, S.36., Ankara 2009., s.55 vd.

YETİM, Servet, *Adli Bilişim ve Canlı Bilişim Sistemlerinde Dijital Delil Araştırma Yöntemleri*, Terazi Hukuk Dergisi, S.11., Ankara 2007., s. 123 vd.

YAVUZ, Hande., *Karşılaştırmalı Reklam Neden Yasak?.*, *Capital Dergisi*, İstanbul Eylül, 2011

YILDIRIM, Kamil., *İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku.*, (Der. Kamil Yıldırım)., Genişletilmiş 3. Bası, İstanbul 2002., s. 17-66.

YILDIRIM, Mustafa Fadıl., *Fikri Hukuk Korumasının Standart Bilgisayar Program Devir Sözleşmelerine Etkisi*, Kültür Bakanlığı İşbirliği ile Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, Ankara, 2002., s. 643 .

YILMAZ Mehmet., *Türk Ticaret Kanunu Ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Haksız Rekabete İlişkin Genel Hükümlerin Karşılaştırılması İle Kötüleme Ve Reklamlara İlişkin Özel Haksız Rekabet Halleri*, İstanbul Barosu Dergisi C.80; S.4.; 2006; s. 1479.

YÜRÜTEN, Mehmet; KESMEN Nedim., OSMAN İsmail., *Deutsch-Türkisches Wörterbuch Der Rechtswissenschaft; Almanca Türkçe Hukuk Terimleri Sözlüğü.* İstanbul, 1983.

Zevkliler, AYDIN, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 10. B., Ankara, 2008., s. 34.

www.kazanci.com.tr

www.nist.gov

www.wipo.org.

DIRECTIVE 2005/29/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL**of 11 May 2005****concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council****(‘Unfair Commercial Practices Directive’)****(Text with EEA relevance)**

THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION,

Having regard to the Treaty establishing the European Community, and in particular Article 95 thereof,

Having regard to the proposal from the Commission,

Having regard to the opinion of the European Economic and Social Committee ⁽¹⁾,

Acting in accordance with the procedure laid down in Article 251 of the Treaty ⁽²⁾,

Whereas:

- (1) Article 153(1) and (3)(a) of the Treaty provides that the Community is to contribute to the attainment of a high level of consumer protection by the measures it adopts pursuant to Article 95 thereof.
- (2) In accordance with Article 14(2) of the Treaty, the internal market comprises an area without internal frontiers in which the free movement of goods and services and freedom of establishment are ensured. The development of fair commercial practices within the area without internal frontiers is vital for the promotion of the development of cross-border activities.
- (3) The laws of the Member States relating to unfair commercial practices show marked differences which can generate appreciable distortions of competition and obstacles to the smooth functioning of the internal market. In the field of

advertising, Council Directive 84/450/EEC of 10 September 1984 concerning misleading and comparative advertising ⁽³⁾ establishes minimum criteria for harmonising legislation on misleading advertising, but does not prevent the Member States from retaining or adopting measures which provide more extensive protection for consumers. As a result, Member States’ provisions on misleading advertising diverge significantly.

- (4) These disparities cause uncertainty as to which national rules apply to unfair commercial practices harming consumers’ economic interests and create many barriers affecting business and consumers. These barriers increase the cost to business of exercising internal market freedoms, in particular when businesses wish to engage in cross border marketing, advertising campaigns and sales promotions. Such barriers also make consumers uncertain of their rights and undermine their confidence in the internal market.

- (5) In the absence of uniform rules at Community level, obstacles to the free movement of services and goods across borders or the freedom of establishment could be justified in the light of the case-law of the Court of Justice of the European Communities as long as they seek to protect recognised public interest objectives and are proportionate to those objectives. In view of the Community’s objectives, as set out in the provisions of the Treaty and in secondary Community law relating to freedom of movement, and in accordance with the Commission’s policy on commercial communications as indicated in the Communication from the Commission entitled ‘The follow-up to the Green Paper on Commercial Communications in the Internal Market’, such obstacles should be eliminated. These obstacles can only be eliminated by establishing uniform rules at Community level which establish a high level of consumer protection and by clarifying certain legal concepts at Community level to the extent necessary for the proper functioning of the internal market and to meet the requirement of legal certainty.

⁽¹⁾ OJ C 108, 30.4.2004, p. 81.

⁽²⁾ Opinion of the European Parliament of 20 April 2004 (OJ C 104 E, 30.4.2004, p. 260), Council Common Position of 15 November 2004 (OJ C 38 E, 15.2.2005, p. 1), Position of the European Parliament of 24 February 2005 (not yet published in the Official Journal) and Council Decision of 12 April 2005.

⁽³⁾ OJ L 250, 19.9.1984, p. 17. Directive as amended by Directive 97/55/EC of the European Parliament and of the Council (OJ L 290, 23.10.1997, p. 18).

- (6) This Directive therefore approximates the laws of the Member States on unfair commercial practices, including unfair advertising, which directly harm consumers' economic interests and thereby indirectly harm the economic interests of legitimate competitors. In line with the principle of proportionality, this Directive protects consumers from the consequences of such unfair commercial practices where they are material but recognises that in some cases the impact on consumers may be negligible. It neither covers nor affects the national laws on unfair commercial practices which harm only competitors' economic interests or which relate to a transaction between traders; taking full account of the principle of subsidiarity, Member States will continue to be able to regulate such practices, in conformity with Community law, if they choose to do so. Nor does this Directive cover or affect the provisions of Directive 84/450/EEC on advertising which misleads business but which is not misleading for consumers and on comparative advertising. Further, this Directive does not affect accepted advertising and marketing practices, such as legitimate product placement, brand differentiation or the offering of incentives which may legitimately affect consumers' perceptions of products and influence their behaviour without impairing the consumer's ability to make an informed decision.
- (7) This Directive addresses commercial practices directly related to influencing consumers' transactional decisions in relation to products. It does not address commercial practices carried out primarily for other purposes, including for example commercial communication aimed at investors, such as annual reports and corporate promotional literature. It does not address legal requirements related to taste and decency which vary widely among the Member States. Commercial practices such as, for example, commercial solicitation in the streets, may be undesirable in Member States for cultural reasons. Member States should accordingly be able to continue to ban commercial practices in their territory, in conformity with Community law, for reasons of taste and decency even where such practices do not limit consumers' freedom of choice. Full account should be taken of the context of the individual case concerned in applying this Directive, in particular the general clauses thereof.
- (8) This Directive directly protects consumer economic interests from unfair business-to-consumer commercial practices. Thereby, it also indirectly protects legitimate businesses from their competitors who do not play by the rules in this Directive and thus guarantees fair competition in fields coordinated by it. It is understood that there are other commercial practices which, although not harming consumers, may hurt competitors and business customers. The Commission should carefully examine the need for Community action in the field of unfair competition beyond the remit of this Directive and, if necessary, make a legislative proposal to cover these other aspects of unfair competition.
- (9) This Directive is without prejudice to individual actions brought by those who have been harmed by an unfair commercial practice. It is also without prejudice to Community and national rules on contract law, on intellectual property rights, on the health and safety aspects of products, on conditions of establishment and authorisation regimes, including those rules which, in conformity with Community law, relate to gambling activities, and to Community competition rules and the national provisions implementing them. The Member States will thus be able to retain or introduce restrictions and prohibitions of commercial practices on grounds of the protection of the health and safety of consumers in their territory wherever the trader is based, for example in relation to alcohol, tobacco or pharmaceuticals. Financial services and immovable property, by reason of their complexity and inherent serious risks, necessitate detailed requirements, including positive obligations on traders. For this reason, in the field of financial services and immovable property, this Directive is without prejudice to the right of Member States to go beyond its provisions to protect the economic interests of consumers. It is not appropriate to regulate here the certification and indication of the standard of fineness of articles of precious metal.
- (10) It is necessary to ensure that the relationship between this Directive and existing Community law is coherent, particularly where detailed provisions on unfair commercial practices apply to specific sectors. This Directive therefore amends Directive 84/450/EEC, Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts ⁽¹⁾, Directive 98/27/EC of the European Parliament and of the Council of 19 May 1998 on injunctions for the protection of consumers' interests ⁽²⁾ and Directive 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 concerning the distance marketing of consumer financial services ⁽³⁾. This Directive accordingly applies only in so far as there are no

⁽¹⁾ OJ L 144, 4.6.1997, p. 19. Directive as amended by Directive 2002/65/EC (OJ L 271, 9.10.2002, p. 16).

⁽²⁾ OJ L 166, 11.6.1998, p. 51. Directive as last amended by Directive 2002/65/EC.

⁽³⁾ OJ L 271, 9.10.2002, p. 16.

- specific Community law provisions regulating specific aspects of unfair commercial practices, such as information requirements and rules on the way the information is presented to the consumer. It provides protection for consumers where there is no specific sectoral legislation at Community level and prohibits traders from creating a false impression of the nature of products. This is particularly important for complex products with high levels of risk to consumers, such as certain financial services products. This Directive consequently complements the Community *acquis*, which is applicable to commercial practices harming consumers' economic interests.
- (11) The high level of convergence achieved by the approximation of national provisions through this Directive creates a high common level of consumer protection. This Directive establishes a single general prohibition of those unfair commercial practices distorting consumers' economic behaviour. It also sets rules on aggressive commercial practices, which are currently not regulated at Community level.
- (12) Harmonisation will considerably increase legal certainty for both consumers and business. Both consumers and business will be able to rely on a single regulatory framework based on clearly defined legal concepts regulating all aspects of unfair commercial practices across the EU. The effect will be to eliminate the barriers stemming from the fragmentation of the rules on unfair commercial practices harming consumer economic interests and to enable the internal market to be achieved in this area.
- (13) In order to achieve the Community's objectives through the removal of internal market barriers, it is necessary to replace Member States' existing, divergent general clauses and legal principles. The single, common general prohibition established by this Directive therefore covers unfair commercial practices distorting consumers' economic behaviour. In order to support consumer confidence the general prohibition should apply equally to unfair commercial practices which occur outside any contractual relationship between a trader and a consumer or following the conclusion of a contract and during its execution. The general prohibition is elaborated by rules on the two types of commercial practices which are by far the most common, namely misleading commercial practices and aggressive commercial practices.
- (14) It is desirable that misleading commercial practices cover those practices, including misleading advertising, which by deceiving the consumer prevent him from making an informed and thus efficient choice. In conformity with the laws and practices of Member States on misleading advertising, this Directive classifies misleading practices into misleading actions and misleading omissions. In respect of omissions, this Directive sets out a limited number of key items of information which the consumer needs to make an informed transactional decision. Such information will not have to be disclosed in all advertisements, but only where the trader makes an invitation to purchase, which is a concept clearly defined in this Directive. The full harmonisation approach adopted in this Directive does not preclude the Member States from specifying in national law the main characteristics of particular products such as, for example, collectors' items or electrical goods, the omission of which would be material when an invitation to purchase is made. It is not the intention of this Directive to reduce consumer choice by prohibiting the promotion of products which look similar to other products unless this similarity confuses consumers as to the commercial origin of the product and is therefore misleading. This Directive should be without prejudice to existing Community law which expressly affords Member States the choice between several regulatory options for the protection of consumers in the field of commercial practices. In particular, this Directive should be without prejudice to Article 13(3) of 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 ⁽¹⁾.
- (15) Where Community law sets out information requirements in relation to commercial communication, advertising and marketing that information is considered as material under this Directive. Member States will be able to retain or add information requirements relating to contract law and having contract law consequences where this is allowed by the minimum clauses in the existing Community law instruments. A non-exhaustive list of such information requirements in the *acquis* is contained in Annex II. Given the full harmonisation introduced by this Directive only the information required in Community law is considered as material for the purpose of Article 7(5) thereof. Where Member States have introduced information requirements over and above what is specified in Community law, on the basis of minimum clauses, the omission of that extra information will not constitute a misleading omission under this Directive. By contrast Member States will be able, when allowed by the minimum clauses in Community law, to maintain or introduce more stringent provisions in conformity with Community law so as to ensure a higher level of protection of consumers' individual contractual rights.

⁽¹⁾ OJ L 201, 31.7.2002, p. 37.

- (16) The provisions on aggressive commercial practices should cover those practices which significantly impair the consumer's freedom of choice. Those are practices using harassment, coercion, including the use of physical force, and undue influence.
- (17) It is desirable that those commercial practices which are in all circumstances unfair be identified to provide greater legal certainty. Annex I therefore contains the full list of all such practices. These are the only commercial practices which can be deemed to be unfair without a case-by-case assessment against the provisions of Articles 5 to 9. The list may only be modified by revision of the Directive.
- (18) It is appropriate to protect all consumers from unfair commercial practices; however the Court of Justice has found it necessary in adjudicating on advertising cases since the enactment of Directive 84/450/EEC to examine the effect on a notional, typical consumer. In line with the principle of proportionality, and to permit the effective application of the protections contained in it, this Directive takes as a benchmark the average consumer, who is reasonably well-informed and reasonably observant and circumspect, taking into account social, cultural and linguistic factors, as interpreted by the Court of Justice, but also contains provisions aimed at preventing the exploitation of consumers whose characteristics make them particularly vulnerable to unfair commercial practices. Where a commercial practice is specifically aimed at a particular group of consumers, such as children, it is desirable that the impact of the commercial practice be assessed from the perspective of the average member of that group. It is therefore appropriate to include in the list of practices which are in all circumstances unfair a provision which, without imposing an outright ban on advertising directed at children, protects them from direct exhortations to purchase. The average consumer test is not a statistical test. National courts and authorities will have to exercise their own faculty of judgement, having regard to the case-law of the Court of Justice, to determine the typical reaction of the average consumer in a given case.
- (19) Where certain characteristics such as age, physical or mental infirmity or credulity make consumers particularly susceptible to a commercial practice or to the underlying product and the economic behaviour only of such consumers is likely to be distorted by the practice in a way that the trader can reasonably foresee, it is appropriate to ensure that they are adequately protected by assessing the practice from the perspective of the average member of that group.
- (20) It is appropriate to provide a role for codes of conduct, which enable traders to apply the principles of this Directive effectively in specific economic fields. In sectors where there are specific mandatory requirements regulating the behaviour of traders, it is appropriate that these will also provide evidence as to the requirements of professional diligence in that sector. The control exercised by code owners at national or Community level to eliminate unfair commercial practices may avoid the need for recourse to administrative or judicial action and should therefore be encouraged. With the aim of pursuing a high level of consumer protection, consumers' organisations could be informed and involved in the drafting of codes of conduct.
- (21) Persons or organisations regarded under national law as having a legitimate interest in the matter must have legal remedies for initiating proceedings against unfair commercial practices, either before a court or before an administrative authority which is competent to decide upon complaints or to initiate appropriate legal proceedings. While it is for national law to determine the burden of proof, it is appropriate to enable courts and administrative authorities to require traders to produce evidence as to the accuracy of factual claims they have made.
- (22) It is necessary that Member States lay down penalties for infringements of the provisions of this Directive and they must ensure that these are enforced. The penalties must be effective, proportionate and dissuasive.
- (23) Since the objectives of this Directive, namely to eliminate the barriers to the functioning of the internal market represented by national laws on unfair commercial practices and to provide a high common level of consumer protection, by approximating the laws, regulations and administrative provisions of the Member States on unfair commercial practices, cannot be sufficiently achieved by the Member States and can therefore be better achieved at Community level, the Community may adopt measures, in accordance with the principle of subsidiarity as set out in Article 5 of the Treaty. In accordance with the principle of proportionality, as set out in that Article, this Directive does not go beyond what is necessary in order to eliminate the internal market barriers and achieve a high common level of consumer protection.
- (24) It is appropriate to review this Directive to ensure that barriers to the internal market have been addressed and a high level of consumer protection achieved. The review could lead to a Commission proposal to amend this Directive, which may include a limited extension to the derogation in

Article 3(5), and/or amendments to other consumer protection legislation reflecting the Commission's Consumer Policy Strategy commitment to review the existing *acquis* in order to achieve a high, common level of consumer protection.

- (25) This Directive respects the fundamental rights and observes the principles recognised in particular by the Charter of Fundamental Rights of the European Union,

HAVE ADOPTED THIS DIRECTIVE:

CHAPTER 1

GENERAL PROVISIONS

Article 1

Purpose

The purpose of this Directive is to contribute to the proper functioning of the internal market and achieve a high level of consumer protection by approximating the laws, regulations and administrative provisions of the Member States on unfair commercial practices harming consumers' economic interests.

Article 2

Definitions

For the purposes of this Directive:

- (a) 'consumer' means any natural person who, in commercial practices covered by this Directive, is acting for purposes which are outside his trade, business, craft or profession;
- (b) 'trader' means any natural or legal person who, in commercial practices covered by this Directive, is acting for purposes relating to his trade, business, craft or profession and anyone acting in the name of or on behalf of a trader;
- (c) 'product' means any goods or service including immovable property, rights and obligations;
- (d) 'business-to-consumer commercial practices' (hereinafter also referred to as commercial practices) means any act, omission, course of conduct or representation, commercial communication including advertising and marketing, by a trader, directly connected with the promotion, sale or supply of a product to consumers;
- (e) 'to materially distort the economic behaviour of consumers' means using a commercial practice to appreciably impair the consumer's ability to make an informed decision, thereby causing the consumer to take a transactional decision that he would not have taken otherwise;
- (f) 'code of conduct' means an agreement or set of rules not imposed by law, regulation or administrative provision of a Member State which defines the behaviour of traders who undertake to be bound by the code in relation to one or more particular commercial practices or business sectors;
- (g) 'code owner' means any entity, including a trader or group of traders, which is responsible for the formulation and revision of a code of conduct and/or for monitoring compliance with the code by those who have undertaken to be bound by it;
- (h) 'professional diligence' means the standard of special skill and care which a trader may reasonably be expected to exercise towards consumers, commensurate with honest market practice and/or the general principle of good faith in the trader's field of activity;
- (i) 'invitation to purchase' means a commercial communication which indicates characteristics of the product and the price in a way appropriate to the means of the commercial communication used and thereby enables the consumer to make a purchase;
- (j) 'undue influence' means exploiting a position of power in relation to the consumer so as to apply pressure, even without using or threatening to use physical force, in a way which significantly limits the consumer's ability to make an informed decision;
- (k) 'transactional decision' means any decision taken by a consumer concerning whether, how and on what terms to purchase, make payment in whole or in part for, retain or dispose of a product or to exercise a contractual right in relation to the product, whether the consumer decides to act or to refrain from acting;
- (l) 'regulated profession' means a professional activity or a group of professional activities, access to which or the pursuit of which, or one of the modes of pursuing which, is conditional, directly or indirectly, upon possession of specific professional qualifications, pursuant to laws, regulations or administrative provisions.

*Article 3***Scope**

1. This Directive shall apply to unfair business-to-consumer commercial practices, as laid down in Article 5, before, during and after a commercial transaction in relation to a product.

2. This Directive is without prejudice to contract law and, in particular, to the rules on the validity, formation or effect of a contract.

3. This Directive is without prejudice to Community or national rules relating to the health and safety aspects of products.

4. In the case of conflict between the provisions of this Directive and other Community rules regulating specific aspects of unfair commercial practices, the latter shall prevail and apply to those specific aspects.

5. For a period of six years from 12 June 2007, Member States shall be able to continue to apply national provisions within the field approximated by this Directive which are more restrictive or prescriptive than this Directive and which implement directives containing minimum harmonisation clauses. These measures must be essential to ensure that consumers are adequately protected against unfair commercial practices and must be proportionate to the attainment of this objective. The review referred to in Article 18 may, if considered appropriate, include a proposal to prolong this derogation for a further limited period.

6. Member States shall notify the Commission without delay of any national provisions applied on the basis of paragraph 5.

7. This Directive is without prejudice to the rules determining the jurisdiction of the courts.

8. This Directive is without prejudice to any conditions of establishment or of authorisation regimes, or to the deontological codes of conduct or other specific rules governing regulated professions in order to uphold high standards of integrity on the part of the professional, which Member States may, in conformity with Community law, impose on professionals.

9. In relation to 'financial services', as defined in Directive 2002/65/EC, and immovable property, Member States may impose requirements which are more restrictive or prescriptive than this Directive in the field which it approximates.

10. This Directive shall not apply to the application of the laws, regulations and administrative provisions of Member States relating to the certification and indication of the standard of fineness of articles of precious metal.

*Article 4***Internal market**

Member States shall neither restrict the freedom to provide services nor restrict the free movement of goods for reasons falling within the field approximated by this Directive.

CHAPTER 2

UNFAIR COMMERCIAL PRACTICES*Article 5***Prohibition of unfair commercial practices**

1. Unfair commercial practices shall be prohibited.
2. A commercial practice shall be unfair if:
 - (a) it is contrary to the requirements of professional diligence,

and

 - (b) it materially distorts or is likely to materially distort the economic behaviour with regard to the product of the average consumer whom it reaches or to whom it is addressed, or of the average member of the group when a commercial practice is directed to a particular group of consumers.

3. Commercial practices which are likely to materially distort the economic behaviour only of a clearly identifiable group of consumers who are particularly vulnerable to the practice or the underlying product because of their mental or physical infirmity, age or credulity in a way which the trader could reasonably be expected to foresee, shall be assessed from the perspective of the average member of that group. This is without prejudice to the common and legitimate advertising practice of making exaggerated statements or statements which are not meant to be taken literally.

4. In particular, commercial practices shall be unfair which:

(a) are misleading as set out in Articles 6 and 7,

or

(b) are aggressive as set out in Articles 8 and 9.

5. Annex I contains the list of those commercial practices which shall in all circumstances be regarded as unfair. The same single list shall apply in all Member States and may only be modified by revision of this Directive.

Section 1

Misleading commercial practices

Article 6

Misleading actions

1. A commercial practice shall be regarded as misleading if it contains false information and is therefore untruthful or in any way, including overall presentation, deceives or is likely to deceive the average consumer, even if the information is factually correct, in relation to one or more of the following elements, and in either case causes or is likely to cause him to take a transactional decision that he would not have taken otherwise:

(a) the existence or nature of the product;

(b) the main characteristics of the product, such as its availability, benefits, risks, execution, composition, accessories, after-sale customer assistance and complaint handling, method and date of manufacture or provision, delivery, fitness for purpose, usage, quantity, specification, geographical or commercial origin or the results to be expected from its use, or the results and material features of tests or checks carried out on the product;

(c) the extent of the trader's commitments, the motives for the commercial practice and the nature of the sales process, any statement or symbol in relation to direct or indirect sponsorship or approval of the trader or the product;

(d) the price or the manner in which the price is calculated, or the existence of a specific price advantage;

(e) the need for a service, part, replacement or repair;

(f) the nature, attributes and rights of the trader or his agent, such as his identity and assets, his qualifications, status, approval, affiliation or connection and ownership of industrial, commercial or intellectual property rights or his awards and distinctions;

(g) the consumer's rights, including the right to replacement or reimbursement under Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees ⁽¹⁾, or the risks he may face.

2. A commercial practice shall also be regarded as misleading if, in its factual context, taking account of all its features and circumstances, it causes or is likely to cause the average consumer to take a transactional decision that he would not have taken otherwise, and it involves:

(a) any marketing of a product, including comparative advertising, which creates confusion with any products, trade marks, trade names or other distinguishing marks of a competitor;

(b) non-compliance by the trader with commitments contained in codes of conduct by which the trader has undertaken to be bound, where:

(i) the commitment is not aspirational but is firm and is capable of being verified,

and

(ii) the trader indicates in a commercial practice that he is bound by the code.

Article 7

Misleading omissions

1. A commercial practice shall be regarded as misleading if, in its factual context, taking account of all its features and circumstances and the limitations of the communication medium, it omits material information that the average consumer needs, according to the context, to take an informed transactional decision and thereby causes or is likely to cause the average consumer to take a transactional decision that he would not have taken otherwise.

⁽¹⁾ OJ L 171, 7.7.1999, p. 12.

2. It shall also be regarded as a misleading omission when, taking account of the matters described in paragraph 1, a trader hides or provides in an unclear, unintelligible, ambiguous or untimely manner such material information as referred to in that paragraph or fails to identify the commercial intent of the commercial practice if not already apparent from the context, and where, in either case, this causes or is likely to cause the average consumer to take a transactional decision that he would not have taken otherwise.

3. Where the medium used to communicate the commercial practice imposes limitations of space or time, these limitations and any measures taken by the trader to make the information available to consumers by other means shall be taken into account in deciding whether information has been omitted.

4. In the case of an invitation to purchase, the following information shall be regarded as material, if not already apparent from the context:

- (a) the main characteristics of the product, to an extent appropriate to the medium and the product;
- (b) the geographical address and the identity of the trader, such as his trading name and, where applicable, the geographical address and the identity of the trader on whose behalf he is acting;
- (c) the price inclusive of taxes, or where the nature of the product means that the price cannot reasonably be calculated in advance, the manner in which the price is calculated, as well as, where appropriate, all additional freight, delivery or postal charges or, where these charges cannot reasonably be calculated in advance, the fact that such additional charges may be payable;
- (d) the arrangements for payment, delivery, performance and the complaint handling policy, if they depart from the requirements of professional diligence;
- (e) for products and transactions involving a right of withdrawal or cancellation, the existence of such a right.

5. Information requirements established by Community law in relation to commercial communication including advertising or marketing, a non-exhaustive list of which is contained in Annex II, shall be regarded as material.

Section 2

Aggressive commercial practices

Article 8

Aggressive commercial practices

A commercial practice shall be regarded as aggressive if, in its factual context, taking account of all its features and circumstances, by harassment, coercion, including the use of physical force, or undue influence, it significantly impairs or is likely to significantly impair the average consumer's freedom of choice or conduct with regard to the product and thereby causes him or is likely to cause him to take a transactional decision that he would not have taken otherwise.

Article 9

Use of harassment, coercion and undue influence

In determining whether a commercial practice uses harassment, coercion, including the use of physical force, or undue influence, account shall be taken of:

- (a) its timing, location, nature or persistence;
- (b) the use of threatening or abusive language or behaviour;
- (c) the exploitation by the trader of any specific misfortune or circumstance of such gravity as to impair the consumer's judgement, of which the trader is aware, to influence the consumer's decision with regard to the product;
- (d) any onerous or disproportionate non-contractual barriers imposed by the trader where a consumer wishes to exercise rights under the contract, including rights to terminate a contract or to switch to another product or another trader;
- (e) any threat to take any action that cannot legally be taken.

CHAPTER 3

CODES OF CONDUCT

Article 10

Codes of conduct

This Directive does not exclude the control, which Member States may encourage, of unfair commercial practices by code owners and recourse to such bodies by the persons or organisations referred to in Article 11 if proceedings before such bodies are in addition to the court or administrative proceedings referred to in that Article.

Recourse to such control bodies shall never be deemed the equivalent of foregoing a means of judicial or administrative recourse as provided for in Article 11.

CHAPTER 4

FINAL PROVISIONS

Article 11

Enforcement

1. Member States shall ensure that adequate and effective means exist to combat unfair commercial practices in order to enforce compliance with the provisions of this Directive in the interest of consumers.

Such means shall include legal provisions under which persons or organisations regarded under national law as having a legitimate interest in combating unfair commercial practices, including competitors, may:

(a) take legal action against such unfair commercial practices;

and/or

(b) bring such unfair commercial practices before an administrative authority competent either to decide on complaints or to initiate appropriate legal proceedings.

It shall be for each Member State to decide which of these facilities shall be available and whether to enable the courts or administrative authorities to require prior recourse to other established means of dealing with complaints, including those referred to in

Article 10. These facilities shall be available regardless of whether the consumers affected are in the territory of the Member State where the trader is located or in another Member State.

It shall be for each Member State to decide:

(a) whether these legal facilities may be directed separately or jointly against a number of traders from the same economic sector;

and

(b) whether these legal facilities may be directed against a code owner where the relevant code promotes non-compliance with legal requirements.

2. Under the legal provisions referred to in paragraph 1, Member States shall confer upon the courts or administrative authorities powers enabling them, in cases where they deem such measures to be necessary taking into account all the interests involved and in particular the public interest:

(a) to order the cessation of, or to institute appropriate legal proceedings for an order for the cessation of, unfair commercial practices;

or

(b) if the unfair commercial practice has not yet been carried out but is imminent, to order the prohibition of the practice, or to institute appropriate legal proceedings for an order for the prohibition of the practice,

even without proof of actual loss or damage or of intention or negligence on the part of the trader.

Member States shall also make provision for the measures referred to in the first subparagraph to be taken under an accelerated procedure:

— either with interim effect,

or

— with definitive effect,

on the understanding that it is for each Member State to decide which of the two options to select.

Furthermore, Member States may confer upon the courts or administrative authorities powers enabling them, with a view to eliminating the continuing effects of unfair commercial practices the cessation of which has been ordered by a final decision:

(a) to require publication of that decision in full or in part and in such form as they deem adequate;

(b) to require in addition the publication of a corrective statement.

3. The administrative authorities referred to in paragraph 1 must:

(a) be composed so as not to cast doubt on their impartiality;

(b) have adequate powers, where they decide on complaints, to monitor and enforce the observance of their decisions effectively;

(c) normally give reasons for their decisions.

Where the powers referred to in paragraph 2 are exercised exclusively by an administrative authority, reasons for its decisions shall always be given. Furthermore, in this case, provision must be made for procedures whereby improper or unreasonable exercise of its powers by the administrative authority or improper or unreasonable failure to exercise the said powers can be the subject of judicial review.

Article 12

Courts and administrative authorities: substantiation of claims

Member States shall confer upon the courts or administrative authorities powers enabling them in the civil or administrative proceedings provided for in Article 11:

(a) to require the trader to furnish evidence as to the accuracy of factual claims in relation to a commercial practice if, taking into account the legitimate interest of the trader and any other party to the proceedings, such a requirement appears appropriate on the basis of the circumstances of the particular case;

and

(b) to consider factual claims as inaccurate if the evidence demanded in accordance with (a) is not furnished or is deemed insufficient by the court or administrative authority.

Article 13

Penalties

Member States shall lay down penalties for infringements of national provisions adopted in application of this Directive and shall take all necessary measures to ensure that these are enforced. These penalties must be effective, proportionate and dissuasive.

Article 14

Amendments to Directive 84/450/EEC

Directive 84/450/EEC is hereby amended as follows:

1. Article 1 shall be replaced by the following:

'Article 1

The purpose of this Directive is to protect traders against misleading advertising and the unfair consequences thereof and to lay down the conditions under which comparative advertising is permitted.;

2. in Article 2:

— point 3 shall be replaced by the following:

'3. "trader" means any natural or legal person who is acting for purposes relating to his trade, craft, business or profession and any one acting in the name of or on behalf of a trader.;

— the following point shall be added:

'4. "code owner" means any entity, including a trader or group of traders, which is responsible for the formulation and revision of a code of conduct and/or for monitoring compliance with the code by those who have undertaken to be bound by it.;

3. Article 3a shall be replaced by the following:

'Article 3a

1. Comparative advertising shall, as far as the comparison is concerned, be permitted when the following conditions are met:
 - (a) it is not misleading within the meaning of Articles 2(2), 3 and 7(1) of this Directive or Articles 6 and 7 of Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market (*);
 - (b) it compares goods or services meeting the same needs or intended for the same purpose;
 - (c) it objectively compares one or more material, relevant, verifiable and representative features of those goods and services, which may include price;
 - (d) it does not discredit or denigrate the trade marks, trade names, other distinguishing marks, goods, services, activities, or circumstances of a competitor;
 - (e) for products with designation of origin, it relates in each case to products with the same designation;
 - (f) it does not take unfair advantage of the reputation of a trade mark, trade name or other distinguishing marks of a competitor or of the designation of origin of competing products;
 - (g) it does not present goods or services as imitations or replicas of goods or services bearing a protected trade mark or trade name;
 - (h) it does not create confusion among traders, between the advertiser and a competitor or between the advertiser's trade marks, trade names, other distinguishing marks, goods or services and those of a competitor.

4. Article 4(1) shall be replaced by the following:

1. Member States shall ensure that adequate and effective means exist to combat misleading advertising in order to enforce compliance with the provisions on comparative advertising in the interest of traders and competitors. Such means shall include legal provisions under which persons or organisations regarded under national law as having a legitimate interest in combating misleading advertising or regulating comparative advertising may:
 - (a) take legal action against such advertising;

or

- (b) bring such advertising before an administrative authority competent either to decide on complaints or to initiate appropriate legal proceedings.

It shall be for each Member State to decide which of these facilities shall be available and whether to enable the courts or administrative authorities to require prior recourse to other established means of dealing with complaints, including those referred to in Article 5.

It shall be for each Member State to decide:

- (a) whether these legal facilities may be directed separately or jointly against a number of traders from the same economic sector;

and

- (b) whether these legal facilities may be directed against a code owner where the relevant code promotes non-compliance with legal requirements.;

5. Article 7(1) shall be replaced by the following:

1. This Directive shall not preclude Member States from retaining or adopting provisions with a view to ensuring more extensive protection, with regard to misleading advertising, for traders and competitors.'

(*) OJ L 149, 11.6.2005, p. 22.;

Article 15

Amendments to Directives 97/7/EC and 2002/65/EC

1. Article 9 of Directive 97/7/EC shall be replaced by the following:

'Article 9

Inertia selling

Given the prohibition of inertia selling practices laid down in Directive 2005/29/EC of 11 May 2005 of the European Parliament and of the Council concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market (*), Member States shall take the measures necessary to exempt the consumer from the provision of any consideration in cases of unsolicited supply, the absence of a response not constituting consent.

(*) OJ L 149, 11.6.2005, p. 22.;

2. Article 9 of Directive 2002/65/EC shall be replaced by the following:

'Article 9

Given the prohibition of inertia selling practices laid down in Directive 2005/29/EC of 11 May 2005 of the European Parliament and of the Council concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market (*) and without prejudice to the provisions of Member States' legislation on the tacit renewal of distance contracts, when such rules permit tacit renewal, Member States shall take measures to exempt the consumer from any obligation in the event of unsolicited supplies, the absence of a reply not constituting consent.

(*) OJ L 149, 11.6.2005, p. 22.'

Article 16

Amendments to Directive 98/27/EC and Regulation (EC) No 2006/2004

1. In the Annex to Directive 98/27/EC, point 1 shall be replaced by the following:

'1. Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market (OJ L 149, 11.6.2005, p. 22).'

2. In the Annex to Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council of 27 October 2004 on cooperation between national authorities responsible for the enforcement of the consumer protection law (the Regulation on consumer protection cooperation) (1) the following point shall be added:

'16. Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market (OJ L 149, 11.6.2005, p. 22).'

Article 17

Information

Member States shall take appropriate measures to inform consumers of the national law transposing this Directive and shall, where appropriate, encourage traders and code owners to inform consumers of their codes of conduct.

Article 18

Review

1. By 12 June 2011 the Commission shall submit to the European Parliament and the Council a comprehensive report on the application of this Directive, in particular of Articles 3(9) and 4 and Annex I, on the scope for further harmonisation and simplification of Community law relating to consumer protection, and, having regard to Article 3(5), on any measures that need to be taken at Community level to ensure that appropriate levels of consumer protection are maintained. The report shall be accompanied, if necessary, by a proposal to revise this Directive or other relevant parts of Community law.

2. The European Parliament and the Council shall endeavour to act, in accordance with the Treaty, within two years of the presentation by the Commission of any proposal submitted under paragraph 1.

Article 19

Transposition

Member States shall adopt and publish the laws, regulations and administrative provisions necessary to comply with this Directive by 12 June 2007. They shall forthwith inform the Commission thereof and inform the Commission of any subsequent amendments without delay.

(1) OJ L 364, 9.12.2004, p. 1.

They shall apply those measures by 12 December 2007. When Member States adopt those measures, they shall contain a reference to this Directive or be accompanied by such a reference on the occasion of their official publication. Member States shall determine how such reference is to be made.

Article 20

Entry into force

This Directive shall enter into force on the day following its publication in the *Official Journal of the European Union*.

Article 21

Addressees

This Directive is addressed to the Member States.

Done at Strasbourg, 11 May 2005.

For the European Parliament
The President
J. P. BORRELL FONTELES

For the Council
The President
N. SCHMIT

ANNEX I

**COMMERCIAL PRACTICES WHICH ARE IN ALL CIRCUMSTANCES
CONSIDERED UNFAIR**

Misleading commercial practices

1. Claiming to be a signatory to a code of conduct when the trader is not.
2. Displaying a trust mark, quality mark or equivalent without having obtained the necessary authorisation.
3. Claiming that a code of conduct has an endorsement from a public or other body which it does not have.
4. Claiming that a trader (including his commercial practices) or a product has been approved, endorsed or authorised by a public or private body when he/it has not or making such a claim without complying with the terms of the approval, endorsement or authorisation.
5. Making an invitation to purchase products at a specified price without disclosing the existence of any reasonable grounds the trader may have for believing that he will not be able to offer for supply or to procure another trader to supply, those products or equivalent products at that price for a period that is, and in quantities that are, reasonable having regard to the product, the scale of advertising of the product and the price offered (bait advertising).
6. Making an invitation to purchase products at a specified price and then:
 - (a) refusing to show the advertised item to consumers;
 - or
 - (b) refusing to take orders for it or deliver it within a reasonable time;
 - or
 - (c) demonstrating a defective sample of it,with the intention of promoting a different product (bait and switch)
7. Falsely stating that a product will only be available for a very limited time, or that it will only be available on particular terms for a very limited time, in order to elicit an immediate decision and deprive consumers of sufficient opportunity or time to make an informed choice.
8. Undertaking to provide after-sales service to consumers with whom the trader has communicated prior to a transaction in a language which is not an official language of the Member State where the trader is located and then making such service available only in another language without clearly disclosing this to the consumer before the consumer is committed to the transaction.
9. Stating or otherwise creating the impression that a product can legally be sold when it cannot.

10. Presenting rights given to consumers in law as a distinctive feature of the trader's offer.
11. Using editorial content in the media to promote a product where a trader has paid for the promotion without making that clear in the content or by images or sounds clearly identifiable by the consumer (advertorial). This is without prejudice to Council Directive 89/552/EEC ⁽¹⁾.
12. Making a materially inaccurate claim concerning the nature and extent of the risk to the personal security of the consumer or his family if the consumer does not purchase the product.
13. Promoting a product similar to a product made by a particular manufacturer in such a manner as deliberately to mislead the consumer into believing that the product is made by that same manufacturer when it is not.
14. Establishing, operating or promoting a pyramid promotional scheme where a consumer gives consideration for the opportunity to receive compensation that is derived primarily from the introduction of other consumers into the scheme rather than from the sale or consumption of products.
15. Claiming that the trader is about to cease trading or move premises when he is not.
16. Claiming that products are able to facilitate winning in games of chance.
17. Falsely claiming that a product is able to cure illnesses, dysfunction or malformations.
18. Passing on materially inaccurate information on market conditions or on the possibility of finding the product with the intention of inducing the consumer to acquire the product at conditions less favourable than normal market conditions.
19. Claiming in a commercial practice to offer a competition or prize promotion without awarding the prizes described or a reasonable equivalent.
20. Describing a product as 'gratis', 'free', 'without charge' or similar if the consumer has to pay anything other than the unavoidable cost of responding to the commercial practice and collecting or paying for delivery of the item.
21. Including in marketing material an invoice or similar document seeking payment which gives the consumer the impression that he has already ordered the marketed product when he has not.
22. Falsely claiming or creating the impression that the trader is not acting for purposes relating to his trade, business, craft or profession, or falsely representing oneself as a consumer.
23. Creating the false impression that after-sales service in relation to a product is available in a Member State other than the one in which the product is sold.

⁽¹⁾ Council Directive 89/552/EEC of 3 October 1989 on the coordination of certain provisions laid down by Law, Regulation or Administrative Action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities (OJ L 298, 17.10.1989, p. 23). Directive as amended by Directive 97/36/EC of the European Parliament and of the Council (OJ L 202, 30.7.1997, p. 60).

Aggressive commercial practices

24. Creating the impression that the consumer cannot leave the premises until a contract is formed.
25. Conducting personal visits to the consumer's home ignoring the consumer's request to leave or not to return except in circumstances and to the extent justified, under national law, to enforce a contractual obligation.
26. Making persistent and unwanted solicitations by telephone, fax, e-mail or other remote media except in circumstances and to the extent justified under national law to enforce a contractual obligation. This is without prejudice to Article 10 of Directive 97/7/EC and Directives 95/46/EC ⁽¹⁾ and 2002/58/EC.
27. Requiring a consumer who wishes to claim on an insurance policy to produce documents which could not reasonably be considered relevant as to whether the claim was valid, or failing systematically to respond to pertinent correspondence, in order to dissuade a consumer from exercising his contractual rights.
28. Including in an advertisement a direct exhortation to children to buy advertised products or persuade their parents or other adults to buy advertised products for them. This provision is without prejudice to Article 16 of Directive 89/552/EEC on television broadcasting.
29. Demanding immediate or deferred payment for or the return or safekeeping of products supplied by the trader, but not solicited by the consumer except where the product is a substitute supplied in conformity with Article 7(3) of Directive 97/7/EC (inertia selling).
30. Explicitly informing a consumer that if he does not buy the product or service, the trader's job or livelihood will be in jeopardy.
31. Creating the false impression that the consumer has already won, will win, or will on doing a particular act win, a prize or other equivalent benefit, when in fact either:
 - there is no prize or other equivalent benefit,
 - or
 - taking any action in relation to claiming the prize or other equivalent benefit is subject to the consumer paying money or incurring a cost.

⁽¹⁾ Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (OJ L 281, 23.11.1995, p. 31). Directive as amended by Regulation (EC) No 1882/2003 (OJ L 284, 31.10.2003, p. 1).

ANNEX II

**COMMUNITY LAW PROVISIONS SETTING OUT RULES FOR ADVERTISING
AND COMMERCIAL COMMUNICATION**

Articles 4 and 5 of Directive 97/7/EC

Article 3 of Council Directive 90/314/EEC of 13 June 1990 on package travel, package holidays and package tours ⁽¹⁾

Article 3(3) of Directive 94/47/EC of the European Parliament and of the Council of 26 October 1994 on the protection of purchasers in respect of certain aspects of contracts relating to the purchase of a right to use immovable properties on a timeshare basis ⁽²⁾

Article 3(4) of Directive 98/6/EC of the European Parliament and of the Council of 16 February 1998 on consumer protection in the indication of the prices of products offered to consumers ⁽³⁾

Articles 86 to 100 of Directive 2001/83/EC of the European Parliament and of the Council of 6 November 2001 on the Community code relating to medicinal products for human use ⁽⁴⁾

Articles 5 and 6 of Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on electronic commerce) ⁽⁵⁾

Article 1(d) of Directive 98/7/EC of the European Parliament and of the Council of 16 February 1998 amending Council Directive 87/102/EEC for the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning consumer credit ⁽⁶⁾

Articles 3 and 4 of Directive 2002/65/EC

Article 1(9) of Directive 2001/107/EC of the European Parliament and of the Council of 21 January 2002 amending Council Directive 85/611/EEC on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to undertakings for collective investment in transferable securities (UCITS) with a view to regulating management companies and simplified prospectuses ⁽⁷⁾

Articles 12 and 13 of Directive 2002/92/EC of the European Parliament and of the Council of 9 December 2002 on insurance mediation ⁽⁸⁾

Article 36 of Directive 2002/83/EC of the European Parliament and of the Council of 5 November 2002 concerning life assurance ⁽⁹⁾

⁽¹⁾ OJ L 158, 23.6.1990, p. 59.

⁽²⁾ OJ L 280, 29.10.1994, p. 83.

⁽³⁾ OJ L 80, 18.3.1998, p. 27.

⁽⁴⁾ OJ L 311, 28.11.2001, p. 67. Directive as last amended by Directive 2004/27/EC (OJ L 136, 30.4.2004, p. 34).

⁽⁵⁾ OJ L 178, 17.7.2000, p. 1.

⁽⁶⁾ OJ L 101, 1.4.1998, p. 17.

⁽⁷⁾ OJ L 41, 13.2.2002, p. 20.

⁽⁸⁾ OJ L 9, 15.1.2003, p. 3.

⁽⁹⁾ OJ L 345, 19.12.2002, p. 1. Directive as amended by Council Directive 2004/66/EC. (OJ L 168, 1.5.2004, p. 35).

Article 19 of Directive 2004/39/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on markets in financial instruments ⁽¹⁾

Articles 31 and 43 of Council Directive 92/49/EEC of 18 June 1992 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to direct insurance other than life assurance ⁽²⁾ (third non-life insurance Directive)

Articles 5, 7 and 8 of Directive 2003/71/EC of the European Parliament and of the Council of 4 November 2003 on the prospectus to be published when securities are offered to the public or admitted to trading ⁽³⁾

⁽¹⁾ OJ L 145, 30.4.2004, p. 1.

⁽²⁾ OJ L 228, 11.8.1992, p. 1. Directive as last amended by Directive 2002/87/EC of the European Parliament and of the Council (OJ L 35, 11.2.2003, p. 1).

⁽³⁾ OJ L 345, 31.12.2003, p. 64.

ÖZGEÇMİŞ

Güzide Soydemir 1984 yılında İstanbul'da doğdu. İlköğretimini Şişli Terakki Lisesi İlköğretim Okulu'nda; ortaokul ve lise öğrenimini Vefa Lisesi'nde tamamladı. Güzide Soydemir, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden Haziran 2006 döneminde başarıyla mezun olmuş, 2007 senesinde İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı'nda Özel Hukuk Doktora Programı'na kabul edilmiştir. Soydemir, İstanbul Barosu'na 34823 sicil numarası ile kayıtlı olarak avukatlık faaliyetini sürdürmekte, halen özel bir şirkette Hukuk Müşavirliği görevini yürütmektedir. Güzide Soydemir'in Finansal Kiralama Sözleşmelerinde Tarafların İflası Halinde Sözleşme'nin Durumu isimli makalesi Legal Hukuk Dergisi'nin Ağustos 2009 sayısında yayınlamış olup, panelist olarak katıldığı 2010 Mayıs ayında İstanbul Barosu ile İstanbul Ticaret Üniversitesi işbirliği ile gerçekleşen Bilişim Hukuku Paneli isimli panel İstanbul Barosu tarafından 2012 tarihinde 212 Genel Yayın Numarası ile yayın haline getirilmiştir. İstanbul Barosu Bilişim Hukuku Komisyonunda görev alan Soydemir, televizyon ve sinema sektöründe görsel-işitsel eser üretimleri gerçekleştiren ileri gelen sinematografik eser yapımcılarının biraraya geldiği Türk Yapımcılar Derneği nezdinde, temsilci üye olarak görev almaktadır. Sinema eserlerine ilişkin hukuki mevzuatın üretimine katkı sağlaması amacıyla, Yapımcılar Derneği tarafından 13.12.2012 tarihinde, "Türkiye Dizi Sektörünün Temel Hukuki Sorunlarının Tespiti ve Tip Sözleşmeler Çalıştayı", 11.01.2013 tarihli, "6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile Sanatsal, Kültürel, Reklamcılık ve Sportif Faaliyetlerde Çalışan Çocuklarla İlgili Yapılacak Mevzuat Düzenlemesi Çalıştayı"nda, etkin görev almıştır. Soydemir, eğitmen olarak Türkiye'de İnternet Hukuku Alanında Güncel Gelişmeler I-II; Reklam Hukuku, Karşılaştırmalı ve Parazit ve Gizli Reklam konulu eğitimleri başta olmak üzere, Hukukçu Olmayanlar İçin Temel Hukuk Kuralları, Borçlar Hukuku ve Ticaret Hukuku Kuralları dersleri ile özel şirketlerde eğitmen ve panelist olarak görev almaktadır. Güzide Soydemir iyi derecede İngilizce ve başlangıç düzeyinde Almanca bilmektedir.