

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

**HAKSIZ REKABETİN ELEKTRONİK ORTAMDA
GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ**



YÜKSEK LİSANS TEZİ

MİYALE TANLA ÖZEN

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Sıtkı Anlam Altay

ŞUBAT 2023

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

**HAKSIZ REKABETİN ELEKTRONİK ORTAMDA
GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ**



YÜKSEK LİSANS TEZİ

MİYALE TANLA ÖZEN

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Sıtkı Anlam Altay

ŞUBAT 2023

ÖNSÖZ

Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı kapsamında hazırlanmış bu çalışmada, haksız rekabetin elektronik ortamda görünüm biçimleri incelenmiştir. Teknolojinin bu denli geliştiği, elektronik ortamın günümüz gerçekliği haline geldiği günümüz dünyasında, işletmeler ticari hayatlarını elektronik ortamda sürdürmeye ve kitlelere bu ortamlardan erişmektedir. Mal ve hizmetlere internet üzerinden ulaşmaya çalışan alıcıların aradıkları ürünlerin benzerini sunan birden çok satıcının bir arada bulunduğu platformlara yönelmesi ile rekabetin kıyasıya arttığı düşünüldüğünde hem ülkemizde hem de global anlamda bu ortamların haksız rekabet kapsamında ne şekilde ele alınması gerektiğini anlamak gün geçtikte önemli hale gelmektedir. Bu nedenle elektronik ortamda ve yaygın kullanılan teknolojilerde haksız rekabetin özel olarak ele alınması ve incelenmesi gerekmektedir.

Çalışmamız, haksız rekabet teşkil eden fiilleri, haksız rekabet hukukunun reel dünyada tespit edebildiği gibi, elektronik ortam ve sanal platformlarda faaliyet gösteren işletmeler için de tespit edebilmek ve klasik haksız rekabet görünüm biçimlerinin kapsamını, elektronik ortamın da dahil olacağı şekilde genişletebilmektir. Bu kapsamda; öncelikle haksız rekabetin elektronik ortama özgü cephesi incelenecek, ardından haksız rekabetin görünüş biçimlerinin ayrıntılı ele alınabilmesi adına internet ortamındaki reklamlar, alan adları, yönlendirici kodlar ve anahtar sözcükler incelenecek ve son olarak da link verme ve çerçeveleme vasıtasıyla haksız rekabetin ne şekilde gerçekleşebileceği üzerinde durulacaktır.

Bu çalışma sürecinde tez danışmanım Prof. Dr. Sıtkı Anlam Altay'a, danışmanım olmayı kabul edip bana verdiği çok değerli desteklerinden ötürü çok teşekkür ederim. Yine bu süreçte yanımda olan ve desteklerini esirgemeyen aileme ve arkadaşlarıma da ayrıca teşekkürlerimi sunarım.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	ii
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR	v
RÉSUMÉ	vii
ABSTRACT	x
ÖZET	xiii
GİRİŞ	1
1. HAKSIZ REKABET VE ELEKTRONİK ORTAMA ÖZGÜ CEPHESİ.....	3
1.1. Hukuki Kavram Olarak Elektronik Ortam	6
1.2. İnternet, <i>World Wide Web</i> (Küresel Ağ) ve <i>Web</i> (Ağ) Kavramları.....	9
1.3. Elektronik Ortama Özgü Bir Yaptırım Olarak Haksız Rekabet.....	12
2. İNTERNET ORTAMINDA REKLAMLAR.....	14
2.1. Hukuki Bir Kavram Olarak Reklamın Tanımlanması	15
2.2. Spam ve İstenmeyen Ticari Elektronik İletiler	18
2.2.1. Spam ve İstenmeyen Ticari Elektronik İletilerin Tanımı ve Aralarındaki Farklar	18
2.2.2. İstenmeyen Ticari Elektronik İletiler Konusunda Kabul Edilen Sistemler.....	24
2.2.3. İstenmeyen Ticari Elektronik İletilere İlişkin Yasal Düzenlemeler	27
2.2.3.1. AB Hukuku Kapsamındaki Yasal Düzenlemeler	27
2.2.3.2. Türk Hukuku Kapsamındaki Yasal Düzenlemeler	30
2.2.3.2.1. Türk Hukukunda Benimsenen Sistem	30
2.2.3.2.2. İletinin Kapsamına (İçeriğine) İlişkin Hukuki Analizler	34
2.2.4. İstenmeyen Ticari Elektronik İletilerin Haksız Rekabet Teşkil Ettiği Haller	35
2.2.4.1. Saldırgan Satış Yöntemleri.....	39
2.2.4.2. İş Şartlarına Uymama	44
2.2.4.3. Karşılaştırma	48
2.2.4.4. Kötüleme	50
2.2.4.5. Karıştırma.....	52
2.3. Reklam Bantları (Banner)	54
2.3.1. Reklam Bantları (Banner) Kavramı.....	54
2.3.2. Reklam Bantlarının (Banner) Haksız Rekabet Teşkil Ettiği Haller	56
2.4. Pop-Up Reklamlar	61
2.4.1. Pop-Up Reklam Kavramı	61
2.4.2. Pop-Up Reklamların Haksız Rekabet Teşkil Ettiği Haller	63

3.	ALAN ADI (<i>DOMAIN NAME</i>)	74
3.1.	Alan Adı Kavramı ve Hukuki Niteliği	74
3.2.	Alan Adlarına İlişkin Haksız Rekabet Halleri	82
3.2.1.	Bir Başkası ile Bağlantılı Bir Markanın, İsmi ya da Ayırt Edici İşaretin Alan Adı Olarak Kullanılması	84
3.2.1.1.	Alan Adı Korsanlığı (" <i>Domain Grambling</i> ")	84
3.2.1.2.	Tescil Edilmemiş Bir İsmi, Ayırt Edici İşaretin ya da Başkasına Ait Bir Unvanın Alan Adı Olarak Kullanılması	88
3.2.1.3.	Alan Adında Ad ya da Soyad Kullanılması	92
3.2.1.4.	Tescil Edilmiş Bir Markanın Alan Adı Olarak Kullanılması	93
3.2.2.	Bir Başkası ile Bağlantılı Bir Marka, İsim ya da Ayırt Edici İşaret Kullanılmaksızın Haksız Bir Şekilde Rekabette Rakiplerin Önüne Geçilmesi	103
3.2.2.1.	Cins veya Meslek İsimlerinin Alan Adı Olarak Kullanılması	103
3.2.2.2.	Aldatıcı ve Yanıltıcı Alan Adlarının Kullanılması	105
4.	YÖNLENDİRİCİ KODLAR (META TAGGING) VE ANAHTAR SÖZCÜKLER	108
4.1.	Yönlendirici Kod (Meta Tagging) Kavramı	108
4.1.1.	Anahtar Sözcükler (Adwords/Keywords)	111
4.1.1.1.	Anahtar Sözcük (Adword/Keyword) Kavramı ve Reklamcılığı	111
4.2.	Yönlendirici Kod'un (Meta Tagging) Haksız Rekabet Teşkil Ettiği Haller	116
4.2.1.	Anahtar Sözcük (Adword/Keyword) Reklamcılığının Haksız Rekabet Teşkil Ettiği Haller	126
4.2.1.1.	Anahtar Sözcük (Adwords/Keywords) Reklamcılığında Haksız Rekabetin Çeşitli Ülkelerdeki Yansımaları	133
4.2.1.1.1.	ABD'deki Durum	133
4.2.1.1.2.	AB'deki Durum	138
4.2.1.1.3.	Türkiye'deki Durum	140
5.	BAĞLANTI (LINK) VERME VE ÇERÇEVELEME YOLUYLA HAKSIZ REKABET	148
5.1.	Bağlantı (Link) Verme Kavramı	149
5.1.1.	Bağlantı (Link) Çeşitleri	150
5.1.1.1.	Çerçeveleme Kavramı	151
5.1.2.	Bağlantı (Link) Verme Vasıtasıyla Haksız Rekabet Fiili	153
5.1.2.1.	Çerçeveleme Vasıtasıyla Haksız Rekabet Fiili	160
	SONUÇ	164
	KAYNAKÇA	171
	ÖZGEÇMİŞ	189

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ATF	: Arrêt du Tribunal Fédéral
B.	: Baskı
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
Elektronik Ticaret Yönergesi	: 2000/31/AT Sayılı Bilgi Toplumu Hizmetlerinin Bazı Hukuki Yönleri ve Özellikle İç Pazarda Elektronik Ticaret Konusunda Yönerge
ETDHK	: 6563 Sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun
FSEK	: 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
HD	: Hukuk Dairesi
K.	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
m.	: Madde
Mahremiyet ve Elektronik İletişim Yönergesi	: 2002/58/AT Sayılı Elektronik İletişimde Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğin Korunması Yönergesi
Mesafeli Satış Yönergesi	: 97/7/AT Sayılı Mesafeli Sözleşmelere İlişkin Olarak Tüketicilerin Korunması Hakkında Yönerge
No.	: Numara
pr.	: Paragraf
R.G.	: Resmi Gazete
RKHK	: 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
s.	: Sayfa
S.	: Sayı

SMK	: 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu
T.	: Tarih
TBK	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TKHK	: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu
vb.	: Ve Benzeri
vd.	: Ve Devamı
Veri Koruma Yönergesi	: 95/46/AT Sayılı Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Bu Tür Verilerin Serbest Dolaşımına Dair Bireylerin Korunması Hakkında Yönerge
Y.	: Yıl

RÉSUMÉ

À notre époque de développement technologique et de mondialisation, de nombreuses transactions, y compris le commerce, sont effectuées par voie électronique, et des millions de personnes opèrent chaque jour dans l'environnement électronique. Ce développement rapide de l'environnement électronique a transformé le cours classique des activités commerciales jusqu'aux circonstances actuelles où le droit a commencé à se concentrer sur ce domaine afin de s'adapter aux exigences de l'environnement électronique. Le développement de l'environnement électronique et son importance indéniable ont ouvert la voie aux régulateurs pour définir l'environnement électronique au niveau juridique et réglementer les activités dans ce domaine.

Cet environnement est tel que si les petites entreprises utilisent les bonnes stratégies en matière de promotion, de publicité et de marketing, elles peuvent atteindre un public plus large que les grandes entreprises internationales. Mais comme toutes les entreprises ont la possibilité de prospérer de cette manière, la concurrence dans l'environnement électronique peut être ardue. Comme il est facile d'atteindre de grandes masses dans cet environnement, les dommages qu'un comportement non compétitif peut causer peuvent être graves.

Par conséquent, ce domaine devrait être protégé par la loi et la concurrence déloyale devrait être réglementée dans l'environnement électronique. Dans la première partie de l'étude, l'esprit de la loi sur la concurrence déloyale sera analysé afin de comprendre les perspectives des différents pays en matière de concurrence déloyale. De plus, les principes fondamentaux de la concurrence et de son aspect unique dans l'environnement électronique.

Seront examinées. En outre, en examinant les différentes définitions de "l'environnement électronique" dans diverses doctrines, il a été défini comme suit dans le cadre du présent document: « un sens général d'un environnement où les données sont numérisées, stockées et partagées par le biais de son infrastructure numérique. » En définissant cette matière, les limites du sujet et de l'examen sont clarifiées.

Dans cet article, les types de publicités spécifiques à l'environnement Internet sont examinés. Dans ce contexte, le spam et les messages électroniques commerciaux non sollicités sont analysés. Les différences entre ces deux termes ont été discutées

telles que la commercialité du message, la quantité du message envoyé, et l'anonymat de l'expéditeur et de l'utilisateur. Dans ce contexte, les aspects positifs et négatifs des systèmes opt-in et opt-out ont été soulignés. Dans ce même contexte, la législation sur les messages de spam dans l'Union Européenne et en droit Turc, en particulier la loi sur la réglementation du commerce électronique, est discutée. Du point de vue des méthodes de vente agressives, du non-respect des réglementations et de la diffamation, il a été discuté qu'ils pouvaient induire un comportement non compétitif et causer un préjudice.

En outre, les bannières publicitaires ont été analysées comme étant une autre méthode de publicité dans l'environnement électronique. Dans cette méthode, l'annonceur utilise un site web tiers comme panneau d'affichage ou bannière. Avec ces annonces, l'annonceur et l'hôte peuvent tous deux en tirer profit. Toutefois, une concurrence déloyale peut également se produire dans cette situation. La jurisprudence de la Cour de Cassation de Turquie et celle des tribunaux Européens seront analysées afin de déterminer comment la concurrence déloyale peut être perpétrée par l'utilisation de bannières publicitaires.

Par ailleurs, ce document analyse les fenêtres publicitaires qui s'ouvrent dans un nouveau browser. Il est mentionné que le problème juridique lié aux fenêtres publicitaires concerne généralement les programmes qui créent un lien entre les mots recherchés dans les moteurs et la fenêtre publicitaire intempestive correspondante. Dans la jurisprudence relative aux publicités pop-up, il est discuté que les interprétations prises par les tribunaux sont similaires lorsqu'il s'agit du mot clé déclenchant les publicités pop-up et des critères de sélection de celles-ci. Il a été souligné dans le document que le mot-clé utilisé constitue non seulement un acte de concurrence déloyale mais pourrait également porter atteinte à la protection des marques. Dans la suite de ce document, le concept de nom de domaine et les règles légales concernant le nom de domaine sont examinés, et sous le titre d'utilisation d'une marque, d'un nom ou d'un signe distinctif associé à une autre personne, la piraterie de nom de domaine, l'utilisation d'un nom non enregistré, d'un signe distinctif ou d'un titre appartenant à une autre personne comme nom de domaine, l'utilisation d'un prénom ou d'un nom de famille dans le nom de domaine, l'utilisation d'une marque enregistrée comme nom de domaine sont discutés dans le cadre de la concurrence déloyale. En outre, il a été souligné qu'un comportement de concurrence déloyale pourrait résulter des cas où, sans utiliser une marque, un nom ou un signe distinctif, l'utilisation de noms professionnels comme noms de domaine pour tromper et induire en erreur et obtenir un avantage sur les concurrents.

Un autre cas de concurrence déloyale qui a été discuté dans ce document est celui des codes de référence et des mots-clés. Comme les entreprises de commerce électronique qui hébergent le site sont libres de composer le contenu des mots-clés, cela pourrait conduire à des pratiques de concurrence déloyale. La sélection des mots-clés est prévue pour profiter de la réputation du concurrent afin de le surpasser de manière déloyale. Le traitement de la concurrence déloyale dans le contexte des mots-clés est traité de différentes manières dans diverses juridictions. Par exemple, aux États-Unis, lors de l'examen de la concurrence déloyale par le biais de l'utilisation de mots clés, une évaluation est effectuée en vertu de la loi Lanham. Dans ce cadre, on

évalue l'existence d'une marque protégée et l'absence de consentement du propriétaire de la marque concernant l'utilisation ; et si tel est le cas, on examine si la marque est utilisée dans le commerce et s'il existe une possibilité d'induire les consommateurs en erreur. En droit Turc, cette situation est principalement traitée dans le cadre du droit des marques, tandis qu'en droit français, les juges se sont concentrés sur la question de savoir si le mot clé utilisé crée une tromperie pour le consommateur.

Enfin, dans cet article, les médias électroniques et l'apparition de la concurrence déloyale sous la forme de framing et de linking ont été examinés. Dans ce contexte, différents types de liens, qu'ils soient superficiels ou profonds, externes ou internes, sont analysés d'un point de vue technique, et leurs éventuelles qualités de concurrence déloyale ont été soulignées. Les similitudes entre le cadrage et la technologie des liens sont présentes: dans le cas du cadrage, un site Web renvoie à une page Web et contient le contenu de la page Web liée. La première affaire dans ce contexte a été celle du Washington Post Co. contre Total News Inc. et cette affaire a servi de fil conducteur pour les autres affaires en la matière. En droit Turc, il n'existe pas de réglementation distincte pour le framing, qui est considéré comme un lien dans la loi. La seule nuance est le fait que si le contenu du site web encadré par un autre peut être considéré comme une œuvre dans le cadre de la loi sur les œuvres intellectuelles et artistiques, il peut être considéré comme une œuvre dans le cadre de l'œuvre et l'autorisation de l'auteur serait requise pour l'encadrement.

ABSTRACT

In today's era of technological development and globalisation, many transactions, including trade, are carried out electronically, and millions of people operate in the electronic environment every day. This rapid development of the electronic environment has transformed the classical course of commercial activities to today's circumstances where the law has started to focus on this field in order to adapt to the requirements of the electronic environment. The development of the electronic environment and its undeniable importance has paved the way for the regulators to define the electronic environment at the legal level and to regulate the activities in this field.

This is such an environment that if small enterprises use the right strategies with their promotion, advertising, and marketing, they can reach a larger audience than large-scale international companies. But as all enterprises have an opportunity to prosper in such a way, the competition in the electronic environment can be arduous. Because it is easy to reach large masses in this environment, the damage that uncompetitive behavior can cause could be severe. Therefore, this area of law should be protected by law and unfair competition should be regulated in the electronic environment.

In the first part of the study; unfair competition as it relates to electronic media concepts will be discussed in terms of the fundamentals of competition and its front that is unique to the electronic environment.

In this context, it is revealed how the current laws governing the electronic environment are being applied by examining various definitions of "electronic environment" in various doctrines, in this paper it was defined as follows: a general meaning of an environment where data is digitised, stored, and shared through its digital infrastructure. By defining this matter, the boundaries of the subject and the review are clarified.

In this paper, the types of advertisements specific to the internet environment are examined. In that context, spam and unsolicited commercial electronic messages are analyzed. The differences between these two terms were discussed as the commerciality of the message, the amount of the sent message, and the anonymity of

the sender and the user. In that context, the positive and negative aspects of the opt-in and opt-out systems were emphasised. In that same context, the legislation on spam messages in the European Union and under Turkish law, in particular the Law on the Regulation of Electronic Commerce regulations, are discussed. It was discussed from the perspective of the aggressive sales methods, non-compliance with regulations and defamation that they could induce uncompetitive behaviour and cause harm.

Moreover, advertisement banners were analyzed as being another advertising method in the electronic environment. In this method, the advertiser uses a third party website as a billboard or banner. With these advertisements, both the advertiser and the host could benefit. However, unfair competition may also occur in this situation. Both the case law referred to the Court of Cassation in Turkey and the case law brought before the European competent courts will be analyzed to determine how unfair competition can be perpetrated through the use of advertising banners.

Moreover, in this paper, the pop-up advertisements that suddenly open in a new browser are analysed. It is mentioned that the legal problem relating to pop-up advertisements usually relates to programs that create a link between the words searched in the engines and the related pop-up advertisement. In the case law involving pop-up adverts, it is discussed that the interpretations taken by the courts are similar when dealing with the keyword triggering the pop-up adverts and the criteria for their selection. It was underlined in the paper that the keyword used not only constitutes an act of unfair competition but also could infringe on trademark protection.

In the continuation of this paper, the concept of domain name and legal regulations regarding the domain name are examined, and under the title of use of a trademark, name, or distinctive sign associated with another person, domain name piracy, use of an unregistered name, distinctive sign, or a title belonging to another person as a domain name, use of a first or last name in the domain name, use of a registered trademark as a domain name are discussed within the scope of unfair competition. In addition, it was underlined that unfair competitive behaviour could arise from cases where, without using a trade mark, name or distinctive mark, professional names are used as domain names to deceive and mislead and gain an advantage over competitors.

Another case of unfair competition that was discussed in this paper is through referral codes and keywords. As the e-commerce businesses hosting the site are free to make up the content of the keywords, it could lead to unfair competition practices. The selection of the keywords is planned to take advantage of the competitor's reputation to surpass its competitors unfairly. Dealing with unfair competition in the context of keywords is handled in different ways in various jurisdictions. For example, in the United States, when examining unfair competition through the use of keywords, an assessment is made under the Lanham Act. In that framework, it is assessed whether

there is an existence of a protected trade mark and the lack of consent of the trade mark owner regarding the use; and if so, it is examined whether the trade mark is used in commerce and whether there is a possibility of misleading the consumers. In Turkish law, this situation is primarily dealt with within the scope of trade mark law, while in French law, the judges have focused on whether the keyword used creates misleads the consumer.

Finally, in this paper, the electronic media and the occurrence of unfair competition in the form of framing and linking were examined. In this context, different types of links, from their qualities of being superficial or deep, external or internal, are analysed from a technical point of view, and their possible unfair competitive qualities have been emphasised.

The similarities between framing and linking technology are present whereby with framing, a website links to a web page and contains the content of the linked web page. The first case in this context was the Washington Post Co.'s Total News Inc., and this case has been a guiding light for the other cases on this matter. In Turkish law, there is no separate regulation for framing, which is seen as a link in the law. The only nuance is the fact that if the content of the website framed by another can be regarded as a work within the scope of the Law on Intellectual and Artistic Works, it can be regarded as a work within the scope of the work and the author's permission would be required for the framing.

ÖZET

Teknolojinin geliştiğı ve dünyanın globalleştiğı günümüz düzeninde, ticaret de dahil olmak üzere birçok işlem elektronik ortamda gerçekleşmekte, her gün milyonlarca insan elektronik ortamda faaliyet göstermektedir. Elektronik ortamın bu denli gelişmesi, ticari faaliyetlerin de klasik seyrini günümüz koşullarına adapte etmiş ve hukuk da elektronik ortamının gerekliliklerine uyum sağlayabilmek adına bu alana eğilmeye başlamıştır. Elektronik ortamın gelişmesi ve gün geçtikçe daha da önemli hale gelip hayatın yadsınamaz bir parçası olması, elektronik ortamının tanımının yasal düzlemde de karşılık bulmasının ve bu alanda faaliyetlerin düzenlenmesinin de yolunu açmıştır.

Bu ortam öyle bir ortamdır ki, işletmeler bu ortamdaki tanıtım, reklam, pazarlama faaliyetlerini doğru stratejiler ile ilerletirlerse uluslararası faaliyet gösteren büyük çaplı şirketlerin ulaşabildiğinden daha büyük kitlelere ulaşabilirler. Fakat tüm işletmelerin elinde böyle bir fırsat olduğu için, elektronik ortamda rekabet çok ciddi boyutlarda olabilmektedir. Zira bu ortamda geniş kitlelere erişim kolay olduğu için reelde bir rakibe verilebilecek zarardan daha fazlası verilebilir. Bu nedenle bu alan hukukten korunmalı ve haksız rekabet hukuku çerçevesinde incelenmelidir.

Bu nedenle çalışmamızın ilk kısmında; haksız rekabet hukukunun ruhunun anlaşılabilmesi, ülkelerin haksız rekabeti ele alış biçimlerinin ve perspektiflerinin ortaya konulabilmesi adına haksız rekabetin temel esasları ve elektronik ortama özgü cephesi incelenmiştir.

Bu kapsamda elektronik ortam ile ilgili doktrinde yapılan çeşitli tanımlar incelenerek, elektronik ortam; verilerin sayısallaştırılarak muhafaza edildiğı ortamların genel adı, bilgisayar ve benzeri araçlara sayısal verilerin saklanabildiğı, veri iletim sistemlerine dayanan, verinin işlenebildiğı ve internet ortamına erişim imkanı sağlayan cihazların internet alt yapısı vasıtasıyla, çeşitli verilerin paylaşılmasını olanaklı kılan dijital ortam olarak tanımlanmış ve inceleme konusunun sınırları belirginleştirilmiştir.

Çalışmamızda internet ortamına özgü olan reklam çeşitleri tek tek mercek altına alınarak spam ve istenmeyen ticari elektronik iletiler incelenmiştir. Bu iki kavram arasındaki farkların ticari olma, toplu olarak gönderilme, göndericinin kimliğini gizlemesi, iletinin niteliğı ve iletiye bakış açısı yönlerinden ortaya çıktığı üzerinde durularak istenmeyen elektronik iletiler için kabul edilen opt-in ve opt-out sistemleri olumlu ve olumsuz yönleri ortaya konularak incelenmiştir. İstenmeyen elektronik iletilere ilişkin Avrupa Birliğindeki ve başta Elektronik Ticaretin

Düzenlenmesi Hakkındaki Kanun başta olmak üzere Türk hukukundaki düzenlemelerin üzerinde durulmuştur. İstenmeyen elektronik iletilerle ne şekilde haksız rekabet fiilinin gerçekleşebileceği; saldırgan satış yöntemleri, iş şartlarına uymama, karşılaştırma, kötüleme ve karıştırma kapsamında değerlendirilmiştir.

Elektronik ortamdaki reklam yöntemlerinden bir diğeri de reklam bantlarıdır. Bu yöntemde reklam veren, kendi internet sitesi yerine bir başkasın internet sitesini bir çeşit reklam panosu olarak kullanır. Bu reklamlar ile hem reklam alan hem de reklam veren bir yarar sağlar. Fakat bu yöntemle de haksız rekabet gerçekleşebilir. Çalışmamızda, hem Türkiye’de Yargıtay’a intikal eden hem de Avrupa yetkili mahkemelerinin önüne gelen davalar da incelenerek haksız rekabetin reklam bantları kullanılarak ne şekilde gerçekleşebileceği üzerinde durulmuştur. Daha sonra çalışmamızda, internet kullanıcılarının herhangi bir internet sitesine girdiğinde aniden yeni bir tarayıcı sekmesinde açılan pop-up reklamlar incelenmiştir. Pop-up reklamlar ile ilgili hukuki sorunun genellikle arama motorlarında aranan kelimeler ile ilgili pop-up reklam arasında bağ oluşturan programı tasarlayanların fiilleri sonucu haksız rekabetin oluşması durumları olduğuna değinilmiştir. pop-up reklamların ele alındığı davalarda, pop-up reklamları tetikleyen anahtar kelime seçimlerine ilişkin kıstaslar ve mahkemelerin sergilediği yaklaşımların benzer olduğu belirtilerek, kullanılan anahtar sözcükle yalnızca haksız rekabet fiili değil aynı zamanda marka ihlalinin de gündeme gelebileceği durumların altı çizilmiştir.

Çalışmanın devamında alan adı kavramı ve alan adına ilişkin yasal düzenlemeler incelenerek, bir başkası ile bağlantılı bir markanın, ismin ya da ayırt edici işaretin kullanılması başlığı altında; alan adı korsanlığı, tescil edilmemiş bir ismin, ayırt edici işaretin ya da başkasına ait bir unvanın alan adı olarak kullanılması, alan adında ad ya da soyad kullanılması, tescil edilmiş bir markanın alan adı olarak kullanılması durumları haksız rekabet kapsamında ele alınmıştır. Ayrıca bir başkası ile bağlantılı bir marka, isim ya da ayırt edici işaret kullanılmaksızın haksız bir şekilde rekabette rakiplerin önüne geçilmesi başlığı altında cins veya meslek isimlerinin alan adı olarak kullanılması, aldatıcı ve yanıltıcı alan adlarının kullanılması durumlarında ortaya çıkabilecek haksız rekabet fiilleri incelenmiştir.

Konuya ilişkin incelenen bir diğer elektronik ortamda gerçekleşen haksız rekabet hali yönlendirici kodlar ve anahtar sözcükler yoluyla haksız rekabetin gerçekleşmesidir. İnternet sitesi sahibi olan işletmeler, yönlendirici kodlarının içeriğini oluşturan anahtar kelimelerin seçiminde özgür oldukları için seçilen kelimelerin niteliği itibarıyla web sitesi sahibini haksız bir şekilde rekabette rakiplerinden üst sıraya taşıması söz konusu olabilir. Bu kelimelerin seçiminde genellikle rakibin tanınmışlığından yararlanarak bir işletmenin kendini rekabette üst sıralara taşımaya çalışması haksız rekabet oluşturmaktadır. Anahtar sözcük reklamcılığında haksız rekabetin gerçekleşmesi, çeşitli ülkelerde farklı şekillerde ele alınmaktadır. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri anahtar sözcüklerin kullanımı yoluyla gerçekleşen haksız rekabeti incelerken, Lanham Act kapsamında bir değerlendirme yaparak; korunan bir markanın bulunması ve marka sahibinin kullanıma ilişkin rızasının olmamasına bakarak; markanın ticarete kullanılıp kullanılmadığı ve eğer böyle bir kullanım varsa tüketicilerin karıştırma ihtimalinin olup olmadığını mercek altına alır. Türk hukuku da durumu öncelikle marka hukuku

kapsamında ele alırken Fransız yargıçlar tüketiciler nezdinde kullanılan anahtar kelimenin bir karışıklık yaratıp yaratmadığı üzerinde daha çok durmuştur.

Son olarak çalışmamızda, çerçeveleme ve link verme biçiminde gerçekleşen elektronik ortamda haksız rekabetin gerçekleşmesi durumu incelenmiştir. Bu kapsamda link çeşitleri; yüzeysel ya da derin, harici ya da dahili olarak teknik açıdan ele alınmış ve ardından link çeşitleri özelinde link verme vasıtasıyla haksız rekabet fiili üzerinde durulmuştur. Çerçeveleme teknolojisi de aslında link teknolojisine çok benzerdir. Çerçeveleme ile bir web sitesi, bir web sayfasına bağlantı verir ve bağlantı verdiği web sayfasının içeriğini kendi web sitesine getirilebilir. Bu kapsamda ilk ele alınan dava Washington Post Co.'nun Total News Inc.'e açtığı davadır ve bu dava diğer ele alınan davalar için de yol gösterici olmuştur. Türk hukukundaysa linkler gibi görülen çerçeveleme için ayrıca bir düzenleme yapılmamış olup, yalnızca web sitesinin çerçevelediği web sitesinin içeriği, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında eser olarak değerlendirilebiliyorsa ve bu çerçeveleme için eser sahibinin izninin alınmadığı durumlarda hukuka aykırılıktan bahsedilebileceği üzerinde durulmuştur.

GİRİŞ

Elektronik ortamın günümüz dünyasının gerçekliği olması, işletmelerin faaliyetlerini elektronik ortama taşıması, reel dünyayı düzenleyen hukukun elektronik ortama da eğilmesi gerekliliğini ortaya çıkarmıştır. Zira işletmeler, ticari faaliyetlerini elektronik ortam üzerinden yürütürken daha geniş kitlelere ulaşmak, tanınırlıklarını arttırmak isteyeceklerdir. Bu kapsamda işletmeler bazı durumlarda bu amaçlarını yerine getirmek için elektronik ortamın gücünden de yararlanarak kendilerini haksız bir şekilde de rekabette üst sıralara taşıyabileceklerdir. Bunun önüne geçilebilmesi, hak ve menfaat dengesinin korunabilmesi adına elektronik ortamın da hukuken düzenlenmesi gerekir.

Bu çerçevede haksız rekabetin elektronik ortama özgü cephesi ve elektronik ortamdan ne anlaşılması gerektiğinin belirlenmesi önemlidir. Ardından elektronik ortamda işletmelerce en yaygın kullanılan yöntemlerin belirlenmesi ve bu yöntemlerin kullanılması sonucu klasik öğretideki haksız rekabet kurallarının ne şekilde ihlal edilebileceğinin üzerinde durulması büyük önem taşır.

Çalışmamızın ilk bölümünde, haksız rekabetin elektronik ortama özgü cephesi incelenerek, haksız rekabetin amacı ortaya konulacak, ardından da teknik bir kavram olarak elektronik ortam kavramı üzerinde durulacaktır. Zira elektronik ortamda ortaya çıkan haksız rekabet uygulamalarını incelemek için öncelikle hukukta görece yeni olan elektronik ortam kavramının ele alınması önemlidir.

İlk bölümdeki incelemelerin tamamlanmasının ardından, uygulamada elektronik ortamda işletmelerce en sık kullanılan ve haksız rekabetin gündeme geldiği dört temel alanın her biri ayrı bir bölümde ele alınacaktır. Bu çerçevede, ilk olarak internet ortamındaki reklamlar ele alınacaktır. İnternet ortaya çıkmadan da haksız rekabetin yoğun bir uygulamasına konu olan reklamlar bilindiği üzere internetle birlikte daha da yaygınlaşmıştır ve haksız rekabet açısından daha da ilgi çekici hale gelmiştir. Üçüncü bölümde, internetin esaslı unsurlarından olan alan adlarının ne şekilde haksız rekabete yol açabileceği üzerinde durulacaktır.

Dördüncü bölümde, teknik cephesi oldukça dikkat çekici olan yönlendirici kodlar ve anahtar sözcükler, haksız rekabet bakımından tartışılacaktır. Bu alandaki hukuki analizlerin henüz yaygınlaşmamış olduğu tespit edilmekte ise de, bu iki alan haksız rekabet açısından incelemeye değer bazı hukuki sorunları ortaya koymaktadır. Beşinci ve son bölüm ise, link ve çerçeveleme yoluyla haksız rekabete ayrılmıştır. Esasen

çerçeveleme, link vermenin özel türlerinden biri olsa da hukuki açıdan ayrıca incelenmeyi hak eden özellikler ortaya koymaktadır. Yine teknik özellikleri ağır basan bu iki konunun haksız rekabetin elektronik ortamdaki zengin uygulama alanlarını oluşturmaları nedeniyle önemi büyüktür.

Çalışmamızda, elektronik ortamda haksız rekabetin ortaya çıktığı uygulamaları incelerken, sadece tacirlerin haksız rekabet eylemleri ele alınacak olup TTK kapsamında bir inceleme yapılacaktır. Ayrıca uygulamada en sık haksız rekabet uyuşmazlıklarının gündeme geldiği elektronik ortamlara ilişkin bir değerlendirme yapılırken, sosyal medya kapsamında bir inceleme yapılamayacaktır. Zira konu, haksız rekabetin sınırlarını aşan başka hukuk disiplinlerini de geniş çaplı bir biçimde ilgilendirmektedir. Ayrıca haksız rekabet sorumluluğunun tüm unsurları üzerinde durulmayacak elektronik ortamdaki bu uygulamaların, hangi koşullarda haksız rekabet teşkil ettiği araştırılacaktır.

Elektronik ortak kavramının teknik bir kavram olması ve haksız rekabetin konusu olan uygulamaların teknoloji ve ekonomi alanlarına ilişkin olması, çalışmamızda teknik kavramları ele almamızı zorunlu kılmaktadır. Bununla birlikte, teknik ve ekonomik incelemelerimizi, doğrudan doğruya hukuki kurumları doğru bir biçimde ele almak amacıyla yürüteceğiz ve bu amacın çizdiği çerçeveye sınırlı tutacağız. Çalışmamızda vardığımız sonuçları, Sonuç bölümünde sunacağız.

1. HAKSIZ REKABET VE ELEKTRONİK ORTAMA ÖZGÜ CEPHESİ

Hayatın neredeyse her alanında söz konusu olan, özellikle ticaret alanında kendisini gösteren rekabet, piyasanın olmazsa olmaz ögesidir. Sosyal ve ekonomik hayatın düzenlenmesinde, piyasaların gelişmesinde, toplumsal refahın artmasında rekabetin rolü çok büyüktür¹. Zira rekabetin piyasada etkin olması; üretilen malların, ürünlerin, verilen hizmetin kalitesini yükseltecektir². Ayrıca rekabetin varlığı işletmelerin verimliliğini arttırırken³; bir yandan da rakiplerin birbiri ile yarışmaya çalışmasını kamçılayarak, en etkin ve en iyi olma isteklerini arttırır. Bu durum da kalitenin yükselmesine ve fiyatların düşmesine hizmet eder⁴. Bu nedenle rekabet serbest olmalıdır ve müteşebbislere hareket serbesti imkanı sunabilecek geniş bir alan bırakılmalıdır⁵. Bir yandan da bu alan, özünde korunmalıdır⁶.

Halihazırda piyasa katılımcılarından aynı hedefe yönelenler, aynı mal ve hizmeti sunanlar daima rekabet içerisindeyler⁷. Bu rekabet içindeki katılımcıların asıl amacı, rakiplerinin önüne geçerek faaliyette bulundukları alanda en iyi olmak ve daima kazanmaktır⁸. Ne yazık ki sistem, aynı anda tüm katılanların kazanmasına müsait

¹ Nurkut İnan / Mehmet B. Piker, **Rekabet Hukuku El Kitabı**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, İstanbul, 2007, s.1.

² Sabih, Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, 27. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, s. 335.

³ Fethi Kılıç, **Haksız Rekabet ve Haksız Rekabette Hukuk Davaları (Özel Hukukta Haksız Rekabet Kurumu)**, İstanbul 1999, s. 1.

⁴ Mehmet Ballı, “Türk Ticaret Kanunu’na Göre Haksız Rekabet Kavramı ve Unsurları”, **Gümrük ve Ticaret Dergisi**, S. 5, 2015, s.63.

⁵ Serhan Dinç, **Türk Ticaret Kanunu’na göre Haksız Rekabet Halleri ve Buna İlişkin Davalar**, Ankara 2017, s.14.

⁶ Şeref Ünal, “Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Haksız Rekabet”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Y. 1988, S. 1, s. 71.

⁷ Çağlar Özel / Semih Sırrı Özdemir, “Türk Hukukunda Haksız Rekabete İlişkin Düzenlemeler”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, C.19, Özel Sayı 2017, s.191(Çevrimiçi) <http://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2017/11/6-CAGLAR-OZELSEMIH-SIRRI-OZDEMIR.pdf> (Erişim Tarihi: Kasım 2022)

⁸ Sami Karahan, **Ticari İşletme Hukuku**, 22. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya 2015, s.208; Organisation for Economic Co-operation and Development(OECD), **Glossary of Industrial Organisations Economics and Competition Law**, Paris, 1990.

değildir. Tam da bu nedenle, rakiplerinin yarışabilmeleri ve rekabet edebilmeleri için rekabet belirli bir ölçüde serbest kılınmalıdır⁹ fakat Kanunkoyucu ve rekabet otoritesi bu serbestliğin kötüye kullanılmaması için rekabeti kısıtlayan veya bozan engelleri bertaraf etmeye yönelik düzenlemeler yapmalıdır. Diğer bir anlatımla, yasalar veya rekabet otoritesi tarafından yapılan müdahaleler, rekabeti biçimlendirmemeli, sadece rekabetin önündeki engelleri kaldırmalıdır¹⁰. Zira bu rekabet serbestliğinin kötüye kullanılması, objektif iyi niyet kurallarına aykırı davranılması halinde, tüm pazar katılımcıları ve toplum düzeni zarar görecektir¹¹. Böylelikle önüne geçilemeyecek zararların doğma tehlikesi ortaya çıkacaktır¹². Bu nedenlerle rekabet içindeki kişilerin, hakkaniyete uygun bir şekilde rekabet edebilmelerini sağlamak ve rakiplerin birbirinin önüne geçebilmesi amacıyla hakkaniyet sınırlarını aşan davranışlarını durdurabilmek için haksız rekabetin engellenmesi gerekir¹³.

Türk hukuk sisteminde serbest rekabet bir hak olarak kabul edilmiş, serbest rekabet sistemi benimsenmiştir fakat rekabete ilişkin hususlar da kanunlarla düzenlenmiştir¹⁴. Zaten haksız rekabet müessesinin temel amacı da tüm piyasa katılımcıları ile kamunun menfaatini gözetmek, yasal olarak düzenlenen rekabet hakkının, dürüstlük kuralları çerçevesinde kullanılmasını sağlamaktır¹⁵. Düzenlemelerdeki esas ise şu şekildedir: Bilindiği üzere Türk Hukuku'nda, hakkın kötüye kullanımı 4721 sayılı Medeni Kanunu ("TMK")¹⁶ m. 2'de düzenlenen objektif iyi niyet kuralları çerçevesinde değerlendirilmektedir. Böylelikle, özellikle TTK m. 54 dürüstlük kuralı üzerine inşa edildiği için¹⁷, bir davranışın, rekabeti haksız bir şekilde

⁹ Murat Yavaş, "Haksız Rekabet Kavramı ve Bu Alandaki Koruyucu Dava ve Tedbir Türleri", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Armağan Özel Sayısı**, İstanbul, 2006, C. 12, S. 1-3, s. 771.

¹⁰ Kerem Can Şanlı, **Hukuk ve Ekonomi Öğretisi ve Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Doktora Tezi, İstanbul 2006, s. 56-57 (Çevrimiçi) https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=2Bcn-eP3kT7crGkTlP1HKA&no=4cs5e94dOWyRKGp30M3_Nw (Erişim Tarihi: Aralık 2022);

¹¹ Kılıç, s. 1.

¹² Rezzan İtişgen, "Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Kötüleme Suçu", **Terazi Hukuk Dergisi**, Eylül 2016, C.11, s. 23.

¹³ Zeynep Derya Tarman, **Haksız Rekabetten ve Aldatıcı Reklamlardan Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk**, İstanbul, 2011, s. 6

¹⁴ Yavaş, s. 772.

¹⁵ Mehmet Bahtiyar, **Ticari İşletme Hukuku**, 1. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 168.

¹⁶ R.G. 08.12.2001 – S. 24607.

¹⁷ Neval Okan, **Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet**, Ankara 2011, s. 20.

bozması kapsamında değerlendirebilmek için TMK m. 2 çerçevesinde bir analiz yapılmalı ve davranış bu çerçevede değerlendirilmelidir¹⁸.

Böylelikle rekabet hakkının dürüstlük kuralına aykırı bir biçimde kötüye kullanılmasının nasıl olabileceği kapsamındaki düzenlemeler yapılırken; farklı kanunlarda rekabetin korunması için farklı düzenlemelere yer verilmiştir. Örneğin mevcut rekabet düzenini bozan ya da bozmaya teşebbüs eden rekabet ihlalleri 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (“RKHK”)¹⁹ kapsamında ele alınırken, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (“TTK”)²⁰, 6098 sayılı Borçlar Kanunu (“TBK”)²¹ ve 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda (“FSEK”)²² haksız rekabete ilişkin hususlar düzenlenmiştir²³. Ayrıca 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da (“TKHK”)²⁴ da tüketicilere karşı yapılan haksız rekabet uygulamalarının yasaklandığı bir takım hükümler yer almaktadır.

Bir fiil haksız rekabet kapsamında değerlendirilirken birkaç husus unutulmamalıdır. Türk hukuku kapsamında, haksız rekabet yalnızca rakipler arasında gerçekleşmez²⁵. Bu nedenle fiilin mutlaka rakibe yönelmesi ya da rakibin bir fiili nedeniyle haksız rekabetin gerçekleşmesi beklenmemelidir. Rakip olmayan üçüncü kişiler veya müşteriler de haksız rekabet teşkil edebilecek davranışlarda bulunabilirler. Ayrıca haksız rekabet fiili failinin bir çıkar elde etmiş olması da gerekmemektedir²⁶. Hatta haksız rekabetin gerçekleşmesi için failin mutlaka kusurunun bulunması ya da

¹⁸ Kılıç, s. 2.

¹⁹ R.G. 13.12.1994 – S. 22140.

²⁰ R.G. 14.01.2011 – S. 27846.

²¹ R.G. 04.02.2011 – S. 27836.

²² RG. 05.12.1951- S. 7981.

²³ Özel/ Özdemir, s.194. Doktrinde, tacir olup olmaması fark etmeksizin TBK hükümlerinin herkese uygulanabilir olduğu yönünde görüşler için bkz.; M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.1, Vedat Kitapçılık, 16.Baskı, İstanbul 2018, s. 162; Murat Aydoğdu, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı”, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Cilt I, **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi**, C.8, Özel Sayı-2013, s. 597-600; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, 10. Baskı, Ankara 2021, s. 230

²⁴ RG. 07.11.2013 – S. 28835.

²⁵ Kılıç; s. 17, Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, s. 342; Nomer Ertan, **Haksız Rekabet Hukuku**, 90.

²⁶ Kemal Şenocak, Tescilli Markanın Aynısının veya Benzerinin Alan Adı (Domain Name) Olarak Kullanılması Suretiyle Marka Hakkının İhlali” **Batider**, Cilt: 25, Sayı: 3, Eylül 2009, s. 201. (Çevrimiçi) <https://jurix.com.tr/article/6635> (Erişim Tarihi: Kasım 2022); Ballı, s. 67.

haksız rekabete uğrayan mutlaka bu fiilden ötürü zarar görmüş olması da zorunlu değildir²⁷.

Günümüzde teknolojinin geldiği durum göz önünde bulundurulduğunda, rakipler için nispeten bakir olan elektronik ortam, bir yandan tüketiciler bir yandan da satıcılar için hızla gelişen bir pazaryeri potansiyeline sahiptir. Ayrıca bu yeni alanda potansiyel müşteri kitlesinin boyutunun bir satıcının fiziki ortamda erişebileceği müşteri kitlesine kıyasla devasa büyüklükte olduğu düşünüldüğünde, rekabetten doğan hukuki sorunların da giriftleşmesi kaçınılmazdır. Bu nedenle rakiplerin birbirlerini elemek ve pazarda kendilerini üstün bir konuma yerleştirebilmek için hukuka uygun olmayan bir takım eylemlerde bulunması da söz konusu olmaktadır. Bu doğrultuda elektronik ortam üzerinden gerçekleşen, haksız rekabet teşkil eden, hukuka aykırı davranışların mevcut yasal düzenlemeler kapsamında nasıl ele alınması gerektiğine ilişkin koşullar incelenmeden önce genel olarak elektronik ortamın ele alınmasında yarar vardır.

1.1. Hukuki Kavram Olarak Elektronik Ortam

İnsan davranışları yüzyıllar içinde değişiklik göstermiş ve göstermeye de devam etmektedir. Yeni teknolojilerin gelişmesi; insan davranışlarının, tüketim alışkanlıklarının değişiminde ve gelişiminde belki de en önemli etkiye sahiptir. Zira elektronik dünyanın insan hayatına dokunmasıyla insanlar daha önce hayal dahi edemeyeceği değişimler yaşamış, yeni alışkanlıklar ve ihtiyaçlar edinmiştir²⁸. Bu değişimlerin ve gelişimlerin de etkisiyle yeni siyasi aktivizm türleri ortaya çıkmış, kültürel alışverişler artmış ve insan haklarının kullanılması da dahil olmak üzere yerel, bölgesel ve küresel faaliyetler için yeni araçlar yaratan dijital bir dünya, insanlığın gerçeği ve yeni yaşam tarzı olmaya başlamıştır. Bu faaliyetlerin sanal olması ve elektronik ortamda gerçekleşmesi bunların aslında "*somut ve gerçek olmaması*" şeklinde düşünülmemelidir²⁹. Aksine, günümüzde insan hayatının önemli bir parçası

²⁷ Ömer Teoman, "Reklamlara İlişkin Haksız Rekabet Uyuşmazlıkları", Makale 6, Tüm Makalelerim, C. 3, 2002-2010, İstanbul 2010, s. 155; Kuşkusuz ki kusur, tazminat sorumluluğu için aranır.

²⁸ Okan, Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet, s. 3.

²⁹ Council of Europe Commissioner for Human Rights, "The Rule of Law on the Internet and in the Wider Digital World", <https://rm.coe.int/16806da51c>, Erişim Tarihi: Mayıs, 2022.

haline gelen elektronik ortam, teknolojinin gelişmesi ve küreselleşme ile birlikte hem yasadışı davranışlar hem ticari alışkanlıklar hem de tüketici davranışlarının gözlenebilmesi için yeni bir alan, bambaşka bir saha yaratmış durumdadır.

Bu ortamın gelişmesi; elektronik postayı, elektronik yayınları ve ilan tahtalarını, konferansları, çevrimiçi bilgi hizmetlerini, dijital kütüphaneleri, elektronik işlemleri, bilgisayar oyun alanlarını vb. ortaya çıkarmıştır. Gün geçtikçe büyüyen ve büyümeye devam eden bir dizi hizmet, ticari hayatı da etkileyen birden çok yenilik ve beraberinde de incelemeyi gerektiren yepyeni bir alan, elektronik ortamın gelişmesi ile meydana gelmiştir. Bu noktada yeni, gelişen ve değişen elektronik ortamın düzenlenebilmesi, sınırlarının belirlenebilmesi ve hukuki düzlemde bu alanın incelenebilmesi için elektronik ortamın tanımının yapılması, bu kavramdan ne anlaşılması gerektiğinin belirlenmesi önemli olacaktır. Bu nedenle gerek Türk mevzuatında gerekse yabancı mevzuatta elektronik ortamın mümkün olduğunca tanımı yapılarak, bu alana ilişkin çeşitli düzenlemeler getirilmiştir.

Elektronik ortamın açıklanabilmesi için üzerinde durulması gereken ilk kavram elektronik kavramıdır. Elektronik; kısaca elektrik kullanarak bilgi işleyen, taşıyan veya depolayan elemanları ve sistemleri inceleyen bilim dalıdır³⁰. Bu durumda elektronik ortam da tamamı bilgisayarlar gibi elektronik cihazlar vasıtasıyla kurulan etkileşim ile eylemlerin koordine edilmesine, bilgilere erişilmesine ve bilgi alışverişinde bulunulmasına olanak tanıyan yeni bir iletişim ortamıdır³¹.

Elektronik ortamın gelişmesi ve gün geçtikçe daha da önemli hale gelip hayatın yadsınamaz bir parçası olması, elektronik ortamının tanımının yasal düzlemde de karşılık bulmasının yolunu açmıştır. Konuya ilişkin yasal düzenlemeler, kavramlar ve tanımlar kronolojik bir şekilde incelenecek olursa; öncelikle Türk hukukunda

³⁰ Habip Oğuz, “Elektronik Ortamda Kişisel Verilerin Korunması, Bazı Ülke Uygulamaları ve Ülkemizdeki Durum”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Y. 2013, C.3, S.3, s.2.

³¹ National Research Council, **Rights and Responsibilities of Participants in Networked Communities**, The National Academies Press, Washington DC, 1994, <https://doi.org/10.17226/4814>.

elektronik ortam kavramının çeşitli kanunlarda, yönetmeliklerde birbirini tamamlar şekilde tanımlandığını ve düzenlendiğini belirtmek yerinde olacaktır.

Elektronik ortama ilişkin Türk hukukunda ilk kez 2007 yılında, Elektronik Ortamda İşlenen Suçların Önlenmesi ile 2559 ve 2937 Sayılı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı'nın³² 2. maddesinde konuya ilişkin bir tanıma yer verildiği görülür. İlgili maddede elektronik ortam; *“İşaret, sembol, ses, görüntü ve elektrik sinyali ve işaretlerine dönüştürülebilen her türlü verinin, kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınmasını sağlayan internet ve bilişim ortamı”* şeklinde tanımlanmıştır. Daha sonra Ticari İletişim ve Ticari Elektronik İletiler Hakkında Yönetmelik'in³³ 4. maddesinde elektronik ortam ile ilgili *“verilerin sayısallaştırılarak işlenmesi, saklanması ve iletilmesinin sağlandığı ortam”* tanımı yapılmıştır. Ardından yine aynı yıl Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdari ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik³⁴ ve 2018 yılında yürürlüğe konulan Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'nde³⁵ elektronik ortam *“bilişim sistemi ve bilişim ağından oluşan toplam ortam”* olarak tanımlanmıştır.

Doktrinde de elektronik ortam tanımlanmaya çalışılmıştır. Doktrinde bir görüşe göre³⁶ elektronik ortam; verilerin sayısallaştırılarak muhafaza edildiği ortamların genel adı olarak tanımlanabilirken, bir görüşe göre³⁷ de bilgisayar ve benzeri araçlara sayısal verilerin saklanabildiği, veri iletim sistemlerine dayanan, verinin işlenebildiği ve internet ortamına erişim imkanı sağlayan cihazların internet alt yapısı vasıtasıyla, çeşitli verilerin paylaşılmasını olanaklı kılan dijital ortamdır.

³² Ulaştırma Bakanlığı, Elektronik Ortamda İşlenen Suçların Önlenmesi ile 2559 ve 2937 Sayılı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı (1/1305, 2/958, Dönem: 22, Yasama Yılı: 5), <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1397m.htm>.

³³ R.G. 15.07.2015 – S. 29417.

³⁴ R.G. 06.08.2015 – S. 29437.

³⁵ R.G. 02.06.2018 – S. 30439.

³⁶ Oğuz, s.3.

³⁷ Mine Kaya, **Elektronik Ortamda Kişilik Hakkının Korunması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 60.

Elektronik ortamın tanımı içtihatlarda da yapılmaya çalışılmıştır. Bazı Yargıtay kararında³⁸ elektronik belgenin, elektronik ortamda sayısal olarak kodlanmış bulunan elektronik verileri ifade belirtilmiştir.

Tüm bu tanımlar göz önünde bulundurulduğunda elektronik ortamı, sayısal verilerin³⁹ saklandığı, işlendiği ve internet vasıtasıyla erişilebilir, paylaşılabılır olduğu dijital platformlar olarak tanımlayabiliriz. Bu noktada elektronik ortamın internetten bağımsız bir şekilde düşünülmesi beklenemeyecektir. Zira elektronik ortamın tüm tanımlarındaki esas nokta, internet vasıtasıyla verilerin saklanabilmesi paylaşılabilmesi ve erişilebilmesidir. Bu noktada konu kapsamında elektronik ortamda gerçekleşen haksız rekabetin incelenebilmesi için asıl üzerinde durulması gereken kavramların internet ve internet ortamı olduğu açıktır.

1.2. İnternet, World Wide Web (Küresel Ağ) ve Web (Ağ) Kavramları

Yaşadığımız yüzyılın hayatımızı derinden etkileyen en önemli keşfinin internet, *world wide web* (“küresel ağ”) ve *web* (“ağ”) olduğu kaydedilebilir⁴⁰. İnternet sayesinde bilgiye ulaşım; her geçen gün daha hızlı, daha ucuz ve daha kolay olmaktadır. Üstelik internetin gelişmesiyle ulusal sınırlar da ortadan kalkmış ve pazarın tanımı da değişmeye başlamıştır⁴¹. Halihazırda internet üzerinden her şeye ulaşım kolaylaştığı için, mal ve hizmetlerin satışı, pazarlaması ve bunlara tüketicilerin erişimi için yepyeni yöntemler, yepyeni ortamlar ortaya çıkmıştır. Günümüzde çevrimiçi reklamlar, ağ reklamları, e-posta kullanımının artması ile pazarlama mesajlarını tüketicilere iletmek için yepyeni yöntemler hayatımıza girmiş ve internetin ticarileşmesi gün geçtikçe daha da ciddi boyutlara ulaşmıştır⁴². Bu durum; kaçınılmaz

³⁸ Yargıtay Kararı – Ceza Genel Kurulu, E. 2016/1065 K. 2017/27 T. 24.1.2017, 11. Ceza Dairesi., E. 2019/887 K. 2021/5243 T. 14.6.2021 (Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ceza-genel-kurulu-e-2016-1065-k-2017-27-t-24-1-2017> (Erişim Tarihi: Aralık 2022)

³⁹ Burada veriden kasıt, elektronik veridir. Elektronik veri ile anlaşılması gereken de 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu’nun 3. maddesinde açıklandığı şekliyle “Elektronik, optik veya benzeri yollarla üretilen, taşınan veya saklanan kayıtlar”dır. Aynı şekilde 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun’un m.2/k bendinde ise elektronik veri, “Bilgisayar tarafından üzerinde işlem yapılabilen her türlü değeri” ifade etmektedir.

⁴⁰ İpek Sağlam, **Elektronik Sözleşmeler**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2007, s. 42.

⁴¹ Okan, **Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet**, s. 3.

⁴² Okan, **Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet**, s. 4.

şekilde yeni hukuki sorunları da beraberinde getirmiştir. Tüm bunların sonucunda da internet, hukuken düzenlenmesi gereken bir alan haline gelmiştir. Zira işletmeler için oluşan bu yeni ve ulusal sınırlara sığmayan pazar yeri; internet öncesinde ve internetin yalnızca bilgiye erişimi mümkün kıldığı dönemde geçerli olan ticari örf adet kurallarının etkisini yitirmesine neden olmuş ve küresel yeni sorunları gündeme getirmiştir.

Kronolojik olarak internetin ortaya çıkışı ve gelişiminin ne şekilde olduğundan bahsedilecek olursa; interneti, 1960 yılında Amerika Savunma Bakanlığı başlatmış, 1970-1980 yıllarında İleri Araştırma Projeleri Faaliyeti Yayın Ağı (*Advanced Research Agency Network (ARPANET)*) isimli açık yayın ağı geliştirilmiş ve daha sonrasında bunun işletmelerce de ticari kullanımına izin verilmiştir⁴³. Önceleri bu ağı üniversiteler, özel organizasyonlar vb. kullanırken, zamanla dünya çapında binlerce insan kullanmaya başlamış ve günümüzdeki internetin doğumu bu şekilde gerçekleşmiştir⁴⁴. Hatta günümüzde, internetin dünyanın en büyük bilgisayar ağı haline geldiği de yadsınamaz bir gerçektir. Zira milyonlarca insan, binlerce bilgisayar ağına bağlanmak için, kimseye ait olmayan ortak bir iletişim kanalı olarak interneti kullanmaktadır. Zamanla gelişen, değişen ve büyüyen internetin ticari alanda kullanım oranı arttıkça da doğal olarak internetin kullanımına, ağlara, ağlar üzerindeki reklamlara, satışlara vb. ilişkin hukuki sorunlar da artmıştır.

Konuya ilişkin tanımları yapmadan önce çoğu kez karıştırıldığı için belirtmekte yarar var ki; internet ve küresel ağ birbirinden farklı kavramlardır. Küresel ağ, internetin sadece bir bölümünü oluşturur. Hatta internetin en büyük, en popüler alt ağının küresel olduğu da söylenebilir fakat internet, küresel ağ da dahil olmak üzere birçok ağdan oluşan daha büyük bir yapıdır. Bu noktada ayrı ayrı internetin ve küresel ağın tanımlarının yapılması önemli olacaktır.

⁴³ Vedder Price - Legal Technology Bytes, "New 'Legal' Borders On The Internet: eBay, Inc. v. Bidder's Edge, Inc.", Temmuz 2000, https://www.vedderprice.com/-/media/files/vedder-thinking/publications/2000/07/new-legal-borders-on-the-internet-iebay-inc-v-bidd/files/1421e3a5e1df4961a8d8ba33dcc4ecd0_document/fileattachment/1421e3a5e1df4961a8d8ba33dcc4ecd0_document.pdf, Erişim Tarihi: Mayıs, 2022.

⁴⁴ Okan, **Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet**, s. 5.

İnternet, doktrindeki bir tanıma göre; tüm dünyadaki bilgisayarları, veri tabanlarını ve ağları birbirine bağlayan yapıya verilen isimdir ve internetin alanı küresel olduğu için, internet; ağ sunucularına dünyanın her yerinden kolaylıkla ulaşılmasını sağlar⁴⁵. Doktrindeki bir diğer tanımına göre de internet; metin, resim, müzik vb. içeren dosyaların, bilgisayar programlarının, bilgisayarlar arasında iletilmesini sağlayarak bilgi alışverişinin kolaylıkla sağlanabildiği ve gün geçtikçe daha da gelişip, büyüyen ortamdır⁴⁶.

Küresel ağ, internetin linklerle (“ilişimlerle”) erişim sağlayan bölümüdür ve küresel ağ aslında ilişim üzerine bilgisayarın faresiyle tıkladığında elektronik bir belgeyi açan bir ekran unsurudur. Üzerine tıklanan unsur, istenilen dokümana özel bir programla ve dokümanın adresiyle bağlanarak o belgeyi açar. Bu adres, aslında internete bağlı olan herhangi bir bilgisayarın sunucusunda bulunan yazılı ya da görsel herhangi bir belgeyi tanımlar. İnternet kullanıcısı, bilgisayarını kullanırken interneti açıp faresi ile linklenen metni tıkladığında genellikle faresinin imlecinin şekli değişir (ok işareti, el işaretine dönüşebilir), ilgili metin renk değiştirir, altı çizili hal alır ya da hem altı çizilir hem de renk değiştirir⁴⁷. Bu değişikliklerin olması ilişimle aktif hale getirilerek ulaşılmak istenen adresteki belgeye erişimin başladığını gösterir⁴⁸.

Küresel ağda en önemli unsur, web sayfalarıdır. Her web sayfasına, kendine has Özgü Bir Yaptırım bir elektronik posta adresi özgülüştür ve adreslere Standart Kaynak Belirleyicisi (*Uniform Resource Locator “URL”*) adı verilir. URL adresleri aslında uzun sayılardan oluşur ve İnternet İletişim Kuralı (*Internet Protocol “IP”*) olarak tanımlanır⁴⁹. Her ne kadar URL sayı dizilerinden oluşsa da, bu sayı dizilerinin hatırlanması zor olacağından internet kullanıcıları için Alan Adı Sistemi (*Domain*

⁴⁵ Ümit Gezder, **Mukayeseli Hukuk Açısından İnternet’te Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması**, Beta Yayınları, İstanbul, 2004, s. 11; Emrehan İnal, **E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005, s. 5; Sağlam, s. 31.

⁴⁶ Volkan Sırabaşı, **İnternet ve Radyo-Televizyon Aracılığıyla Kişilik Haklarına Tecavüz**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s. 55; Kaya, s. 62.

⁴⁷ Bkz.; 2.3.1. başlığı altındaki incelemeler

⁴⁸ Okan, **Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet**, s. 6.

⁴⁹ 651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun’a dayanılarak hazırlan İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik kapsamında, “IP adresi: Belirli bir ağa bağlı cihazların birbirini tanımak, birbirleriyle iletişim kurmak ve birbirlerine veri yollamak için kullandıkları, İnternet Protokolü standartlarına göre verilen adresi,” şeklinde tanımlanmıştır.

Name System “DSN”) geliştirilmiştir. Bu sistemde harfler ve sözcükler, adresi açıklayacak şekilde kurgulanmıştır. Günümüzde erişilebilir web dosyalarının çoğunun standart kaynak belirleyicisi “http://www” ile başlar. Bu belirleyicinin “http” (*Hyper Text Transfer Protocol*) kısmı transfer iletişim kurallarını, küresel ağ (“www”) kısmı sunucuyu tanımlar. Standart kaynak belirleyicinin ardından sırasıyla ikinci düzey alan adı ve üst düzey alan adı gelir⁵⁰.

1.3. Elektronik Ortama Özgü Bir Yaptırım Olarak Haksız Rekabet

Elektronik ortamın ticaret de dahil olmak üzere hayatın her alanında büyük bir kullanım alanına sahip olması, yeni gelişmiş bu alanı rakipler için büyük bir pazar haline getirmekle birlikte birçok şirketin kendini tanıtmaya yardımcı olmuştur. Zira bu alanın bu denli gelişmesinden önce yalnızca çok uluslu faaliyet gösteren büyük ve tanınmış şirketler geniş kitlelere ulaşabilirken, günümüzde herhangi bir kişi yeni teknolojilerden yararlanarak doğru pazarlama taktikleri, reklamlar ve tanıtımlarla rakiplerinin arasından sıyrılabilmekte ve kolaylıkla geniş kitlelere hitap edebilir hale gelebilmektedir. Ayrıca gelişen bu sanal pazar, kendine has üretim, satış, dağıtım, pazarlama tekniklerini de beraberinde getirmiş ve teknolojinin büyük etkisini taşıyan bu yeni ticari davranışları ve uygulamaları hayatımıza sokmuştur⁵¹.

Özellikle ağ bağlantılarının, çevrimiçi hizmetlerin tek bir merkez olmaksızın, düzensiz ve hızlı bir şekilde gelişmesi, buna ilişkin hukuki bir zemin tamamen oluşmadan satıcıların kurlsız bir şekilde rekabet etmesine de yol açmıştır⁵². Zira internetin ulusal sınırlarının olmaması, rakiplerin adil rekabet etmesini ve iyi niyet kuralları doğrultusunda hareket etmesini zorlaştırmıştır. Fakat zamanla internetteki uygunsuz davranışların rekabete etkisinin kontrol edilmesi ihtiyacı, bu alanın hukuki açıdan düzenlenmesi ve mevcut hukuk kurallarının kapsamının elektronik ortamı da

⁵⁰ Alan adları ve alan adlarının sistematiğine ilişkin ayrıntılı bilgi çalışmamızın “Alan Adı” başlığının altında yer almaktadır.

⁵¹ Fatma İslamoğlu, “Elektronik Ortamın Yabancılaşma Unsuru İçeren Haksız Rekabette Uygulanacak Hukuka Etkisi” *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Hukuk Sayısı*, S. 21, 2022 s. 835, (Çevrimiçi), <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/2375434> (Erişim Tarihi: Aralık 2022)

⁵² Sege G. Avakian, “Global Unfair Competition in the Online Commerce Era”, *UCLA Law Review*, C. 46, 1999, s. 910.

kapsayacak şekilde genişletilmesi düşüncesini gündeme getirmiştir⁵³. Böylelikle kanun koyucu, işletmelerin reklamları, satışları ve pazarlamaları için kullanmış olduğu elektronik ortamları da mercek altına alarak haksız rekabetin gerçekleşebileceği alanları tespit etmiş ve haksız rekabetin geleneksel şekillerinin bu alanlarda ne şekilde gerçekleşebileceğini incelemiştir. Bu kapsamda aldatıcı reklamlar, rakibi kötüleme, karışıklığa neden olma da dahil olmak üzere haksız rekabetin geleneksel şekillerinin internet için de geçerli olduğunu görülmektedir⁵⁴. Bunun yanında gerçek dünyada geçerli olmayan farklı haksız kullanımların da elektronik ortamda var olduğu da zaman içinde ortaya çıkmıştır⁵⁵.

Gelişen ve değişen koşullar ve yeni teknolojik imkanlar doğrultusunda sanal gerçeklikte yeni reklam biçimleri, yeni teknoloji alanları ortaya çıkmış, sosyal medya ve sosyal mecralar gelişmeye başlamıştır. Bu doğrultuda internet ortamında verilen reklamlarda, elektronik iletilerde (özellikle istenmeyen ve “spam” olarak adlandırılan e-postalarda), internet alan adlarında (domain name), link verme ve çerçevelemelerde, anahtar sözcüklerde, internet sayfalarının herhangi bir ifadesinde rakiplerin haksız rekabet teşkil edebilecek davranışlara rastlanabilmektedir. Klasik öğretinin gösterdiği hallerin yorumlanması ihtiyacı tam da bu noktada doğmuş ve uyumsuzlukların çeşitlenmesiyle her ülkede elektronik ortamda gerçekleşen haksız rekabet biçimleri incelenmeye başlanmıştır.

Bu çerçevede çalışmamız kapsamında da hala gelişmeye devam etse de teknolojik ilerlemelerin hızı nedeniyle klasikleşmeye başlayan başlıca ağ reklamlarından spam ve ticari elektronik iletiler, reklam bantları, pop-up reklamlar ve uygulamada görece haksız rekabetin en sık karşılaşıldığı ağ teknolojilerinden alan adları, yönlendirici kodlar, bağlantı verme ve çerçeveleme üzerinden incelemeler yapılacaktır.

⁵³ Neval Okan, “İnternette Haksız Rekabet”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2011, C. 2, S. 1, s. 124.

⁵⁴ Neval Okan, “İnternette Haksız Rekabet”, s. 126.

⁵⁵ Vermeer, s.87

2. İNTERNET ORTAMINDA REKLAMLAR

İnternetin yaygınlaşması, küreselleşme ve elektronik ortamın her geçen gün insanlığın gerçekliği haline gelmesi, internet ve çevrimiçi reklamcılığın önemini gün geçtikçe daha da arttırmıştır ve interneti, günümüzde en yaygın kullanılan reklam aracı haline getirmiştir.

Her bir bin görüntüleme için maliyet (“*Cost Per Thousand (CPM)*”) ve tıklama başına maliyet (“*Cost Per Click (CPC)*”) gibi modellerinin ortaya çıkması ve kullanıcılara elektronik ortam vasıtasıyla ulaşma konusunda belirli modellerin oluşması, bundan servis sağlayıcıların ciddi gelirler elde etmesini ve ticari işletmelerin tanınırlığının artmasını tetiklemiştir⁵⁶. Bu gelişmeler de çevrimiçi reklamcılığa farklı boyutlar kazandırmıştır⁵⁷. Zira işletmeler için geleneksel reklamcılık türlerinden olan televizyon, radyo, gazete reklamlarındansa, günümüzde bireylerin daha çok zaman geçirdiği çevrim içi reklam mecralara yönelmenin daha karlı olacağı açıktır⁵⁸.

Çevrimiçi reklamlar, kullanıcıların ziyaret ettikleri sitelerde; ekranda sabit ya da dönen görüntü (“*banner*”) olarak çıkabileceği gibi, ayrı bir pencere (“*pop-up*”) olarak da çıkabilir. Hatta bu reklamlar, bir kullanıcı herhangi bir arama motorunda arama yaparken, kullandığı anahtar kelimeler doğrultusunda ve ticari reklam anlaşmaları

⁵⁶ Özge Evcı Eralp, **Dijital Reklamcılığın Teknik, Hukuki ve Vergisel Boyutu**, Eralp, 2017, s. 24.

⁵⁷ Leyla Keser Berber, **Çevrimiçi Davranışsal Reklamcılık Uygulamaları Özelinde Kişisel Verilerin Korunması**, On iki Levha Yayıncılık, 2014, s. 29.

⁵⁸ David Evans, “The Online Advertising Industry: Economics, Evolution, and Privacy”, **Journal of Economic Perspectives**, 2009, s. 3.

kapsamında kullanıcıya cazip gelebilecek sonuçların gösterilmesi (“adwards”) yolu ile de gerçekleşebilir⁵⁹.

Geleneksel medyada yer alan reklamlara ilişkin olan hukuki konular sadece geleneksel reklamlarla ilgili değil, aynı zamanda çevrimiçi reklamlarla da ilgili olabilir⁶⁰. Bir işletmenin bir haber sitesinde ya da kendi internet sitesinde, internet kullanıcısının içeriğin reklam olduğunu anlayamayacağı bir şekilde; rakibiyle karşılaştırmalı olarak bir marka, ürün ya da işletme tanıtımı yapması ya da bu yönde kısa mesajlar, e-postalar iletmesi şeklinde reklam yapması bu duruma örnektir⁶¹. Böyle bir durumla karşılaşıldığında somut olay değerlendirilmeli ve ilgili reklamların haksız rekabet teşkil edip etmediği mevzuat çerçevesinde incelenmelidir.

Bu bilgiler ışığında çalışmamızın bu bölümde öncelikle hukuki bir kavram olarak reklam tanımlanacak daha sonra uygulamada en sık görülen çevrimiçi reklam biçimleri ve bunların hangi koşullarda haksız rekabet oluşturacağı meselesi üzerinde durulacaktır.

2.1. Hukuki Bir Kavram Olarak Reklamın Tanımlanması

İnternet ortamındaki başlıca reklam teknolojilerini çalışmamızda incelenmeden önce, reklamdan ne anlaşılması gerektiğinin tespit edilmesi son derece önemli olacaktır. Bu kapsamda reklamın birçok tanımının olduğu söylenebilir. Örneğin; Milletler Arası Ticaret Odası Reklamcılık ve Pazarlama İletişimleri Kuralları (*ICC Advertising and Marketing Communications Code*) kapsamında reklam, genellikle ücret ya da herhangi bir bedel karşılığında medya tarafından gerçekleştirilen her türlü pazarlama iletişimi olarak tanımlanmıştır⁶².

⁵⁹ Ahmet Galip Kaplan, **Elektronik Ortamda İşlenen Haksız Rekabet Halleri**, Oniki Levha Yayıncılık, 2020, s. 54.

⁶⁰ Göle, Celal, **Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması**, Ankara, 1983, s. 82.

⁶¹ Okan, **Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet**, s. 91.

⁶² *ICC Advertising and Marketing Communications Code, definitions section 1*; “advertising” or “advertisement” means any form of marketing communications carried by the media, usually in return for payment or other valuable consideration.”

Reklama ilişkin Türk mevzuatında da birçok düzenleme yer almaktadır ve bu düzenlemelerde reklamın tanımına da yer verilmiştir. Örneğin 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un⁶³ 3. maddesi ve Yayın Hizmeti Usul Ve Esasları Hakkında Yönetmelik'in⁶⁴ 4. maddesi kapsamında reklam; *"Taşınmazlar, hak ve yükümlülükler dâhil olmak üzere mal veya hizmetlerin teminini teşvik etmek, bir amaç veya düşünceyi yaymak veya başka etkileri oluşturmak amacıyla ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı gerçek ve tüzel kişi tarafından, bir ücret veya benzeri bir karşılıkla yapılan her türlü duyuru veya öz tanıtım yayını ifade eder"* şeklinde tanımlanmıştır. Ticari reklam da TKHK m. 61 ve Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği m. 4/1 çerçevesinde aynı şekilde tanımlanmıştır. İlgili düzenlemeler gereği ticari reklam; *"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 duyurular"* olarak tanımlanmıştır.

Reklama ilişkin Türk doktrinde de farklı tanımlar yapılmıştır. Örneğin Pınar; yöneltildiği kişi sayısına bakılmaksızın, kişisel alanın, özel alanın ya da bir işletmenin kendi iç işleyiş sınırlarının dışına çıkardığı tüm görünümelerini ya da tanıtımlarını reklam olarak nitelendirirken⁶⁵; Özsunay, mal, hizmet, ürün tanıtımına yönelik ticari faaliyeti reklam olarak tanımlamıştır⁶⁶. Benzer şekilde; Aslan da bir malın, ticari düşüncenin ya da hizmetin bunlarla ilgilenme ihtimali olan kişilere takdim edilmesinin⁶⁷ reklam olduğunu, Teoman ise; reklam vereninin kimliğinin bilinerek bir bedel karşılığında, bir ürünün, hizmetin, fikrin görüşün, markanın, bir işletmenin farklı mecralardaki mesajının reklam olduğunu belirtmiştir⁶⁸. Pınar'a göre de; kişisel, özel

⁶³ RG. 03.03.2011 - S. 27863.

⁶⁴ R.G. 02.11.2011- S. 28103.

⁶⁵ Hamdi Pınar, "Reklam Hukukunun Esasları", Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan, İstanbul, 2008, s. 533.

⁶⁶ Ergün Özsunay, "Reklam Sektöründe Tüketici Hukuku ve Uygulamaları, Aldatıcı ve Örtülü Reklamlar", 6. Tüketici Hukuku Kongresi, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Uygulamalar 2016-2017, Editörler: Hakan Tokbaş/ Fehim Üçışık/ Hamide Zafer/ İsmail Çakır, Mayıs 2017, s. 416

⁶⁷ Yılmaz Aslan, Tüketici Hukuku Dersleri, 7. Baskı, Eylül 2019, s. 65.

⁶⁸ Teoman, "Reklamlara İlişkin Haksız Rekabet Uyuşmazlıkları" s. 59.

alan veya işletmenin kendi iç işleyişine ilişkin çerçevenin dışına çıkan her türlü görünüm veya tanıtım türü, muhatabın sayısına bakılmaksızın reklamdır⁶⁹.

Bu kapsamda genel bir tanım yapılacak olursa kanaatimizce reklam; temel amacı piyasada yer alan mal ve hizmetlerin satışının arttırılması olan⁷⁰, gelişen rekabet ortamında firmaların kendilerine yer bulabilmek, satış amaçlarını gerçekleştirmek ve geliştirmek için kullandığı bir pazarlama yöntemi ve iletişim aracıdır⁷¹.

Bu tanımlar doğrultusunda, bizim de katıldığımız görüşe göre; ticari reklamın üç unsuru olduğundan bahsedilebilir. Bunlar; reklam verenin; mal, hizmet, marka tanıtımını yapması, tanıtımının ticari bir amacının olması ve reklam yapma konusundaki iradesidir⁷².

Günümüzde reklamlar karşımıza birçok farklı şekilde çıkabilir. Televizyonda, gazetelerde, dergilerde yer alan yazılı ya da görsel olabilen reklamların yanında ağ reklamlarına da günümüzde rastlanabilir. Ağ reklamları kapsamında klasik ağ reklamlarının yanında gün geçtikçe popülerleşen sosyal medya mecralarda karşımıza çıkan blog, sanal dünya, sosyal ağ, etkileyici pazarlaması reklamları gün geçtikçe popülerleşmektedir⁷³. Fakat konumuz kapsamında çalışmamızda bu başlık altında yalnızca klasik ağ reklamları⁷⁴ incelenecektir.

⁶⁹ Pınar, s. 533

⁷⁰ Adem Aslan, **Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Karşılaştırmalı Reklamlar**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Ankara 2012, s. 5.

⁷¹ Sevil Yıldız, **Medya ve Hukuk**, Nobel Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2013, s. 174.

⁷² Emrehan İnal/ Başak Baysal, **Reklam Hukuku ve Uygulaması**, Oniki Levha Yayıncılık, B. 1, İstanbul, 2008, s. 7.

⁷³ Okan, s. 43.

⁷⁴ Okan, s. 45.

2.2. Spam ve İstenmeyen Ticari Elektronik İletiler

2.2.1. Spam ve İstenmeyen Ticari Elektronik İletilerin Tanımı ve Aralarındaki Farklar

Spam ve istenmeyen ticari elektronik ileti kavramları, her ne kadar çoğu zaman aynı anlama gelecek şekilde kullanılsa da aslında birbirlerinden farklıdır. Çeşitli hukuk sistemlerinde, istenmeyen iletilere ilişkin düzenlemeler yapılırken genellikle ticari nitelikte olan iletiler dikkate alınmaktadır ve ticari nitelik taşımayan iletiler incelenmemektedir⁷⁵. Bu nedenle öncelikle spam ve elektronik ileti kavramları tanımlanarak, bu iki kavram da ayrıntılı bir şekilde incelenmeli ve aralarındaki farklar belirtilerek bu iletilerin hangi durumlarda haksız rekabet teşkil edebileceği incelenmelidir. Fakat bu noktaya gelmeden önce, çalışmamız kapsamında ilk önce daha temel bir kavram olan elektronik ileti kavramı üzerinde durulacaktır.

Her ne kadar mevzuatta elektronik iletinin tanımı yapılmamış olsa da, 2002/58/AT Sayılı Elektronik İletişimde Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğin Korunması Yönergesi'ne ("Mahremiyet ve Elektronik İletişim Yönergesi") paralel şekilde Ticari İletişim ve Ticari Elektronik İletiler Hakkında Yönetmeliğin⁷⁶ 4. maddesi kapsamında ticari elektronik ileti tanımlanmıştır ve bu tanım doğrultusunda elektronik ileti kavramının hukuki bir bakış açısından tanımlanabilmesinin önü açılmıştır. İlgili tanım doğrultusunda ticari elektronik ileti; *telefon, çağrı merkezleri, faks, otomatik arama makineleri, akıllı ses kaydedici sistemler, elektronik posta, kısa mesaj hizmeti gibi vasıtalar kullanılarak elektronik ortamda gerçekleştirilen ve ticari amaçlarla gönderilen veri, ses ve görüntü içerikli iletidir*. Bu nedenle elektronik ileti için de ticari amaçla gönderilip gönderilmediği fark etmeksizin, telefon, çağrı merkezleri, faks, otomatik arama makineleri, akıllı ses kaydedici sistemler, elektronik posta, kısa mesaj hizmeti gibi vasıtalar kullanılarak elektronik ortamda gerçekleştirilen veri, ses ve görüntü içerikli iletiler şeklinde tanım yapılabilir⁷⁷. Bu doğrultuda

⁷⁵ Aziz Erman Bayram, "İstenmeyen Ticari Elektronik İletilerin Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Düzenlenişi", **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 11, S. 114, Şubat 2016, s. 27.

⁷⁶ RG. 15.07.2015 – S. 29417.

⁷⁷ Madde metninde ticari elektronik ileti kavramı örnek niteliğinde sayılan elektronik araçlarla verilerin, sesin ya da görüntünün gönderilmesi olarak tanımlanarak ve "gibi vasıtalar ifadesi" kullanılarak ticari elektronik ileti tanımı genişletilmiştir. Zira bu şekilde geniş bir tanıma yer verilmesi teknolojik

elektronik ileti bir kısa mesaj olabileceği gibi, faks, elektronik posta, uygulama bildirimi (*push notification*), hatta sosyal medya iletisi de olabilir.

Böylelikle elektronik iletilerin kendi içinde ilk ayrımı, ilgili iletinin ticari nitelik taşıyıp taşımadığına göre yapılabilir. Çalışmamız çerçevesinde ticari olmayan elektronik iletiler, ticari amaç güdülerek paylaşılmadığı ve bu neden haksız rekabet teşkil edemeyecekleri için ayrıca incelenmeyecektir. Bu noktadan sonraki açıklamalarımız da ticari elektronik iletiler kapsamında yapılacaktır. Ticari elektronik iletilerse kendi içinde istenme durumuna göre incelenebilir. Bu kapsamda konumuz çerçevesinde istenmeyen ticari elektronik iletilerin incelenmesi yerinde olacaktır.

Avrupa Birliği (“AB”) Hukukunda 2000/31 AT Sayılı Elektronik Ticaret Yönerge’sinde⁷⁸ ve 2002/58 AT Sayılı Elektronik İletişimde Kişisel Verilerin İzlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Yönerge’sinde⁷⁹ istenmeyen ticari elektronik ileti kavramına yer verilse ve konuya ilişkin düzenlemeler yapılmış olsa da iki yönergede de istenmeyen ticari elektronik iletilere ilişkin herhangi bir tanım yapılmamıştır. Türk hukukunda da durum bundan farklı değildir. Hukukumuzda istenmeyen ticari elektronik iletiler konusunda temel düzenlemeler, 6563 Sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun (“ETDHK”)⁸⁰ kapsamında yapılmıştır. Hatta ETDHK m. 2/1-c’de ticari elektronik ileti kavramı tanımlanmış, 6. maddede ticari elektronik

gelişmeler doğrultusunda ortaya çıkabilecek yeni araçların da kapsama dahil edilebilmesi bakımından yerinde olmuştur. (Murat Gürel, “İstenmeyen Ticari Elektronik İletiler ve Haksız Rekabet”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 90. Kuruluş Yıldönümü Armağanı**, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 560, Ankara, 2017, s. 156.)

⁷⁸ Yönergenin temel amacı; iç sınırları bulunmayan AB’de bilgi toplumu hizmetlerinin de sınırlara takılmadan Avrupa vatandaşlarına sunulmasıdır. Bu yönerge ile "bilgi toplumu hizmetlerinin", "hizmet sağlayıcısının", "yerleşik hizmet sağlayıcısının", "hizmetin alıcısının", "tüketicinin", "ticari bildirimin" ve "düzenlenmiş mesleğin" tanımı yapılmış (m.2), iç pazarda elektronik ticaret (m.3) kuralları belirlenmiş ve çevrimiçi hizmet sağlayıcıları ve aracı hizmet sağlayıcıların yükümlülüklerine dair bir takım düzenlemeler yapılmıştır (8 Haziran 2000 tarihli ve L 178 sayılı Avrupa Birliği Resmi Gazetesi’nde yayınlanan 2000/31/AT sayılı Bilgi Toplumu Hizmetlerinin Bazı Hukuki Yönleri ve Özellikle İç Pazarda Elektronik Ticaret Konusunda Yönerge <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32000L0031> (Erişim tarihi, Kasım 2021))

⁷⁹ Yönerge kapsamında teknolojinin ve elektronik iletişimin yaygınlaşması nedeniyle, Üye Devletlerin kamu elektronik iletişim ağı yolu ile yapılan iletişimin gizliliğini ve elektronik iletişim sektöründe işlenen kişisel verilerin korunmasını sağlamak zorunda oldukları ifade edilmektedir (12 Temmuz 2002 tarihli ve L 201 sayılı Avrupa Birliği Resmi Gazetesi’nde yayınlanan 2002/58/AT sayılı Elektronik İletişimde Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Yönergesi <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32002L0058> (Erişim tarihi: Kasım 2021))

⁸⁰ R.G. 05.11.2014 – S. 29166.

iletilerin gönderilme şartlarına yer verilmiş, 6. maddenin Gerekçe'sinde⁸¹ istenmeyen ticari elektronik ileti kavramından söz edilmiş olmasına rağmen tıpkı AB Hukukunda da olduğu gibi istenmeyen ticari elektronik iletiler tanımlanmamıştır⁸². Fakat bir tanım yapmak gerekirse; ETDHK'in 2. ve 6. maddelerinden yola çıkmak uygun olacaktır. Bu kapsamda, bir ileti; talep edilmediği ya da hukuken talep olmadan gönderilmesine izin verilmediği halde, ETDHK'de sayılan elektronik iletişim araçlarıyla, mesleki ya da ticari bir faaliyet kapsamında ya da ticari olmasa bile elektronik ticaret faaliyetinde bulunan gerçek ya da tüzel kişilerin mallarının ve/ya hizmetlerinin tanıtılmasına, pazarlanmasına doğrudan ya da dolaylı hizmet edecek şekilde ya da bu kişilerin kazanç sağlamasına yönelik olacak şekilde gönderiliyorsa, istenmeyen ticari elektronik iletidir⁸³. Tanım doğrultusunda istenmeyen ticari elektronik iletilerin temelde üç unsuru bulunduğu söylenebilir. Bunlar; istenilmeme, elektronik ileti şeklinde gönderilme ve ticari amaçla gönderilmedir⁸⁴.

İstenmeyen ticari elektronik ileti incelendikten sonra çoğu zaman istenmeyen ticari elektronik iletilerle karıştırılan ve birçok noktada istenmeyen ticari elektronik iletilere de benzeyen spam kavramı üzerinde de durulmalıdır.

Küreselleşen dünyada, internet erişiminin ve elektronik ortamın bulunduğu her yerde yaygın olarak kullanılan *spam*, istenmediği halde, yüksek miktarda ve genellikle geniş kitlelere gönderilen elektronik iletileri karşılar şeklinde kullanılmaktadır⁸⁵. Spamlerin genellikle zaman ve verimlilik kaybına yol açtığı da söylenebilir⁸⁶. Zira spamleri silmek için zaman harcanması, engellemek için birtakım masraflara katlanılması gerekir⁸⁷. Bu iletilerin engellenmesi için herhangi bir aksiyon alınmasa bile, yanlışlıkla bu iletilere tıklanması dahi internet kullanıcıları açısından başlı başına zaman kaybına yol açar ve yer kapladıkları için verimliliği düşürür⁸⁸. Ayrıca spamler

⁸¹ Gerekçe için bkz.; <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss240.pdf>

⁸² Bayram, s. 29.

⁸³ Bayram, s. 30.

⁸⁴ Gürel, s. 171.

⁸⁵ Mustafa Topaloğlu, **Bilişim Hukuku**, Karahan Kitapevi, 1. Baskı, 2005, s. 182.

⁸⁶ Okan, **Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet**, s. 103.

⁸⁷ Metin İkizler / Sinan Başar, "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, Y. 2006, s. 93.

⁸⁸ Elizabeth A. Alongi, "Has the U.S. Canned Spam?", **Arizona Law Review**, 263, Y. 2004, s. 264.

para ve zaman kaybı yaratmanın yanı sıra ticari hayatın akışını da sekteye uğratırlar. Hatta kimi zaman spam niteliğindeki iletileri gönderen kişinin kimliği de belli olmayabilir. Zaten bu durum da spam iletilerin güvenilirliğini düşüren başka bir husustur. Kısacası içeriği zararsız dahi olsa spamler haksız rekabeti de kapsayacak şekilde mülkiyet ve kişilik haklarının ihlaline yol açan ve cezai yaptırımların uygulanmasını gerektiren bir haksız fiil örneğidir⁸⁹.

Spam kelimesinin günümüzdeki tanımı kapsamında istenmeyen elektronik iletileri karşılayan kullanımının dışına çıkan kapsamını saptamak için, bu kelimenin tarihsel çıkış noktasına göz atmakta yarar vardır. Spam ilkin Amerika Birleşik Devletleri (“ABD”) menşeli, teneke içinde özel bir şekil verilmiş, içinde kıyılmış et bulunan bir konserve et markası olarak ortaya çıkmıştır. Şöyle ki; aslında Türkiye’de de tescil edilmiş ABD menşeli, et konserve markası “*Spam*”dır. Fakat Monty Python isimli bir komedi grubunun bir performansında, restoranda sipariş vermeye çalışan çiftin sipariş verecekleri tüm yemeklerin içinde artarak devam eden “*Spam*” kelimesinin sıkça geçmesi üzerine yemek siparişi veremez hale gelmelerine atfen “spam” kelimesi sık sık tekrarlayan ve rahatsız edici olan anlamını da karşılar şeklinde kullanılmaya başlanmıştır⁹⁰. “Spam” kelimesi, bilişim sektöründe ve istenmeyen elektronik iletileri karşılayacak şekilde kullanılmaya da MUD (*Multi-User Dimension or Dungeon*) isimli çevrimiçi bir oyunun türü olan MUSH (*Multi-User Shared Hallucination*) isimli oyunun içinde bu kelimenin defalarca yazılı olduğu bir makronun yaratılması ve bunun diğer oyuncuların oyunu oynayamayacak hale getirecek şekilde müdahale amacıyla kullanılması sonucunda başlamıştır⁹¹.

“Spam” kelimesinin istenmeyen elektronik iletileri de ifade edecek şekilde kullanılmaya başlaması ise *Usernet* adlı bir haber grubundaki bir tartışma ile olmuştur. Şöyle ki, bu tartışmada, tartışma konusuyla alakalı olmayan, hatta tartışma kurallarına aykırı olan makalelerin, normal makale sayısından fazla sayıda ve normal makaleleri

⁸⁹ Okan, **Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet**, s. 104.

⁹⁰ Credence E. Fogo, “The Postman Always Rings 4,000 Times: New Approaches to Crub Spam”, **The John Marshall Journal of Computer & Information Law**, 915, Y. 2000, s. 918.

⁹¹ David E. Sorkin, Technical and Legal Approaches to Unsolicited Electronic Mail, **University of San Francisco Law Review**, Volume 35, No. 2, Winter 2001, s.325

gölgeleyecek şekilde ilgili grupta paylaşılması sonucu, “*Spam*” kelimesi günümüzdeki haline evrilerek teknolojik anlamda da lügatimize girmiştir⁹².

Bu noktada bazı spamlerin elektronik iletinin bir alt türü olarak incelenebileceği söylenebilir. Ayrıca bir elektronik iletinin spam olarak tanımlanabilmesi için dört temel unsur barındırması da gerekecektir. Bunlar; “*istenilmeme, yüksek miktarda gönderilme, geniş bir kitleye gönderilme ve elektronik ileti şeklinde gönderilme*”dir⁹³.

ETDHK öncesinde her ne kadar spam ve istenmeyen ticari elektronik ileti kavramları eş anlamlı olarak kullanılmış olsa da bu kavramların birbirinden farklı olduğu kabul edilmiştir. Zira her istenmeyen ticari elektronik ileti spam kapsamında, her spam de istenmeyen ticari elektronik ileti kapsamında değerlendirilemez. Örneğin; tek bir ticari işletmenin, reklam amacı güderek, tek bir müşterisine, onun önceden iznini almadan gönderdiği tek bir elektronik ileti, istenmeyen ticari elektronik ileti kapsamında değerlendirilir fakat bu istenilmeme şartının yerine gelmesi, bu iletinin spam olarak nitelendirilmesine yol açmayacaktır. Aynı şekilde ticari nitelikte olmayan fakat spam niteliği taşıyan elektronik iletiler de bulunabilir. Örneğin, bir siyasi partinin oy toplamak amacıyla geniş kitlelere ilettikleri kısa mesajlar, spam kapsamında değerlendirilebilirler fakat ticari elektronik ileti olarak değerlendirilemez⁹⁴.

Bu durumda; istenmeyen ticari elektronik ilet ile spam beş temel noktada karşılaştırılabilir. Bunlar; *ticari olma, toplu olarak gönderilme, göndericinin kimliğini gizlemesi, iletinin niteliği ve iletiye bakış açısıdır*. Spamler ticari olan ya da olmayan istenmeyen elektronik iletilerdir. Bazen bu iletiler, bir görüşü ya da düşünceyi yayma amacıyla gönderilebileceği gibi, sırf rahatsızlık verme amacıyla dahi gönderilebilirler. Fakat istenmeyen ticari elektronik iletilerin gönderilme amacı her durumda ticaridir⁹⁵.

⁹² Fogo, s. 917.

⁹³ Okan, **Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet**, s. 113.

⁹⁴ Taiwo A. Oriola, “Regulating Unsolicited Commercial Electronic Mail in the United States and the European Union: Challenges and Prospects”, **Tulane Journal of Technology and Intellectual Property**, 2005, s. 115.

⁹⁵ Bayram, s. 31.

Bir elektronik iletinin spam olarak değerlendirilebilmesi için geniş kitlelere, toplu olarak, çok sayıda gönderilme şartlarını taşıması gerekir. Fakat talep edilmediği ya da hukuken talep olmadan gönderilmesine izin verilmediği halde gönderilen bir tek ticari elektronik ileti bile istenmeyen ticari elektronik ileti olarak değerlendirilebilir⁹⁶.

Spam ve istenmeyen ticari elektronik iletilerin karşılaştırılabileceği bir diğer nokta da yukarıda da bahsedildiği üzere⁹⁷, gönderenin kimliği konusudur. Spam maili gönderen kişinin kimliğini saklaması söz konusu olabilirken; istenmeyen ticari elektronik iletileri, kimin gönderdiği bellidir⁹⁸.

Hem spam hem de istenmeyen ticari elektronik iletiler talep edilmeden gönderilen iletiler olsalar da, iletinin niteliği bakımından birbirlerinden ayrılırlar. Spamler, genellikle hileli, zararlı, yanıltıcı vb. içeriklerden oluşurken; istenmeyen ticari elektronik iletilerde böyle bir durum söz konusu değildir⁹⁹.

Gönderilen iletilerin niteliği bakımından spam iletiler; genellikle gönderen kişi kimliğini sakladığı, yanlış ya da yanıltıcı içeriklere sahip oldukları vb. için kötü bir izlenime sahiplerdir. Fakat istenmeyen ticari elektronik ileti gönderenler, genellikle işletmelerinin gelirini arttırmaya yönelik çalışan işletmecilerdir. Bu yönüyle genellikle iş dünyasında işletmeler, müşteri çevresinin tepkisine yol açabileceği ve işletmeyi olumsuz yönde etkileyebileceği için spamleri kullanmaktan kaçınırlar¹⁰⁰.

Bu durumda görüldüğü üzere, spam ve istenmeyen ticari elektronik ileti kavramları birbirinden farklıdır fakat haksız rekabet oluşturma konusunda kesişim kümeleri bulunur.

⁹⁶ İkizler / Başar, s. 97.

⁹⁷ Bkz., s. 20.

⁹⁸ Bayram, s. 32.

⁹⁹ Okan, **Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet**, s. 105.

¹⁰⁰ Jae K. Shim / Anique A. Qureshi / Joel G. Siegel / Roberta M. Siegel, **The International Handbook of Electronic Commerce**, Published on July 26, 2000 by Routledge, Chicago, s. 121.

Çalışmamızın kapsamı, elektronik iletilerin haksız rekabet teşkil edenlerinin incelenmesi olduğu için, bundan sonraki açıklamalarımız ve incelemelerimiz ticari elektronik iletiler ve bu iletilerin içinde değerlendirilebilecek, ticari nitelik taşıyan spamlar çerçevesinde olacaktır.

2.2.2. İstenmeyen Ticari Elektronik İletiler Konusunda Kabul Edilen Sistemler

Dünyada istenmeyen ticari elektronik iletiler konusunda temelde iki sistem kabul edilmiştir. İlki, alıcıya ilk istenmeyen ticari elektronik iletiyi gönderdikten sonra bir daha bu gibi iletileri almaması için “*ret hakkı tanıyan sistem*” (opt-out sistemi), ikincisi de herhangi bir ticari elektronik ileti atılmadan önce alıcıdan izin alma şartı aranan “*izin sistemi*” (opt-in sistemi) dir.

Ret sistemi, özünde istenmeyen ticari elektronik ileti gönderilmesini yasaklamaz. Bu sistem, kişilerin istenmeyen ticari elektronik iletileri almaları ya da almamaları konusunda kendilerine bir serbestlik tanımaktadır. Zira alıcılar, gönderici ile iletişime geçip, iletişim bilgilerinin elektronik ileti listesinden kaldırılmasını ya da bu bilgilerinin ret listelerine (*opt-out listesi*) eklenmesini talep edebilir ve böylelikle ticari elektronik iletilerin kendilerine ulaşmasını engelleyebilirler¹⁰¹. Fakat bu sistemde, alıcı herhangi bir şekilde, iletilerin kendisine iletilmemesi için aktif bir eylemde bulunmadığı ya da gönderene ulaşarak listeden kaldırılmayı talep etmediği müddetçe, gönderenin alıcıya istenmeyen ticari elektronik iletiler yoluyla ulaşması kural olarak hukuka uygundur¹⁰².

Ret sisteminin olumlu yönü; serbest girişimleri, serbest piyasayı ve ticari işletmelerin tanınırlığını arttırma ve daha kolay ürün ve hizmet tanıtımı yapılabilmesi yönünden desteklemesidir. Fakat bu düşünce günümüzde kişisel verilerin korunması, mahremiyet hakkı gibi bireysel özgürlüklerin ve özel hayatın gizliliğine verilerin önemin, serbest girişimcilikten üstün tutulması dolayısıyla popülerliğini gün geçtikçe

¹⁰¹ Bayram, s. 32.

¹⁰² Gürel, s. 163.

kaybetmektedir. Ayrıca bu sistemin olumsuz yanları da bulunmaktadır. Bu sistemde, kendi talebi olmamasına rağmen kendisine elektronik ileti gönderilen alıcının, bu iletileri almak istemediğini belirtmek için aktif bir davranışta bulunması gerekmektedir¹⁰³. Her ne kadar gönderenin, ticari elektronik iletiyi iletirken redde ilişkin bir açıklama yapması ya da iletinin gönderi adresini belirtmesi gerekse de gönderen, alıcının gerekli bildirimleri yapmasını engellemek suretiyle ret sistemini geçersiz kılabilir. Örneğin bunun için gönderen geçersiz iletişim bilgisi paylaşabilir ya da internet servis sağlayıcısının hizmet vermesini bir şekilde durdurabilir ya da başkaca alternatif yollarla alıcılara ulaşmaya devam edebilir. Böylelikle gönderen, her ne kadar teknik olarak ret sistemini geçersiz kılmış olmasa da ret sistemini alıcı bakımından kullanılamaz hale getirmiş olduğu için hukuka aykırı bir şekilde alıcıya ulaşmaya devam etmiş olacaktır. Eklemek gerekir ki bu sistemde, alıcının kendine iletilen istenmeyen ticari elektronik iletileri önlemek için aktif bir davranışta bulunmasının gerekmesi, gönderenleri teşvik etmekte ve bu nedenle daha fazla ticari elektronik iletinin gönderilmesine neden olmaktadır¹⁰⁴.

İzin sistemi (*opt-in*) ise; önceden alıcıdan izin alınmadan, alıcıya ticari elektronik ileti göndermenin kural olarak hukuka aykırı olduğu sistemdir¹⁰⁵. Bu sistem girişimcilerin serbestçe elektronik ileti göndererek reklam faaliyetinde bulunma serbestisi ile ticari ileti alıcılarının kişilik hakları ve haberleşme özgürlükleri arasında bir denge kurmaya çalışması yönünden, ret sistemine göre daha etkilidir. Fakat izin sisteminin, istisnasız ve katı bir şekilde uygulanması durumunda, sistemin bir sonraki paragrafta açıkladığımız olumlu ve olumsuz yönleri göz önünde bulundurulduğunda bunun çok da elverişli olduğu söylenemez¹⁰⁶.

İzin sistemi ticari elektronik ileti gönderilmesini yasaklayan bir sistem olamamakla birlikte gönderenin ilgili iletileri gönderebilmesi için alıcılara gerekli

¹⁰³ M.Y. Schaub, "Unsolicited Email, Does Europe Allow Spam? : The State Of The Art Of The European Legislation With Regard To Unsolicited Commercial Communications", **Computer Law & Security Report** Volume 18, No.2, 2002, s. 100.

¹⁰⁴ Bayram, s. 33.

¹⁰⁵ Steve Hedley, "A Brief History of Spam", **Information & Communication Technology Law**, Volume 15, No. 3, 2006, s. 229.

¹⁰⁶ Jordan Blanke, "Canned Spam: New State And Federal Legislation Attempts To Put a Lid On It", **Computer Law Review And Technology Journal**, Volume 7, 2004, s. 317.

bilgileri vermesi ve onlardan ticari elektronik ileti gönderimi için izin alması gereken bir sistemdir. Bu sistemin olumlu tarafı; alıcı aktif bir fiili ile bilinçli bir şekilde, ticari elektronik iletiyi alma konusunda ticari elektronik iletiyi gönderen kişiye izin verdiği için, bu iletiyi gönderene ön yargı ile yaklaşmayacaktır ve çoğu zaman iletiyi almak kendi tercihi olduğu için iletilerin içeriğini inceleyecektir. Bu sayede de gönderilen ticari elektronik ileti, amacına daha kolay ulaşabilecek ve bu iletinin gönderilmesinden verim alınabilecektir¹⁰⁷. Fakat bu sistemin olumsuz yanları da bulunmaktadır. Bunlardan ilki ve belki de en önemlisi, bu sistemde alıcılardan önceden izin almadan ticari elektronik iletinin gönderilmesi hukuka aykırı olacağı için sistemin haberleşme özgürlüğünü bir anlamda kısıtlamasıdır¹⁰⁸. Ayrıca işletmeler, izin vermemiş alıcılara, ticari elektronik iletileri gönderemeyeceği için bir işletmeden zamanında bir mal, ürün ya da hizmet almış olan müşteri; henüz kendine ticari elektronik iletilerin gönderilmesi için izin vermediği ya da izin vermek için aktif bir davranışta bulunmadığı için birtakım fırsatlardan haberdar olamayacaktır. Fırsatlardan yararlanmayı kendi istiyor olsa dahi zamanında aktif davranış göstermediği için bu şansı kaçıracaktır¹⁰⁹.

Ret sistemi ABD ve Uzak Doğu Ülkelerinde uygulanırken; izin sistemi AB ülkelerinde uygulanmaktadır¹¹⁰. Türkiye ise AB'ye üyelik süreci ve uyum çalışmaları kapsamında ETDHK m. 6 ile izin sistemini kabul etmiştir¹¹¹ fakat AB'de de olduğu gibi bu sisteme önemli istisnalar getirmiştir. Özellikle ülkemizde izin sisteminin kabulüne rağmen, tacirlere ve esnaflara ticari elektronik ileti gönderilmesi bakımından izin sistemi yerine ret sisteminin geçerli olduğu düzenlendiği için¹¹² ticari elektronik iletilerin alıcılara gönderilmesi bakımından karma bir sistemin benimsenmiş olduğu da söylenebilir¹¹³. Bu hukuk sistemleri üzerinde ayrı ayrı durmakta yarar vardır.

¹⁰⁷ Bayram, s. 34.

¹⁰⁸ Oriola, "Regulating Unsolicited Commercial Electronic Mail in the United States and the European Union: Challenges and Prospects", s. 162.

¹⁰⁹ Bu nedenle doktrinde, ilgili sistemin aslında tüketici aleyhine olduğuna ilişkin açıklamalar için bkz.; Shaub, s. 100.

¹¹⁰ ETDHK Genel Gerekeçesi, s. 7. Erişim için bkz.; <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0488.pdf> (Erişim tarihi: Mayıs 2022)

¹¹¹ İkizler / Başar, s. 109.

¹¹² Kanunkoyucu, ticari faaliyetlerde bulunan kişilerin ticari faaliyetlerden ve ticaret hayatından haberdar olmalarının gerekli olduğunu düşüncesiyle esnaf ve tacirlerin reklam amaçlı elektronik ileti almalarında onaylarına ihtiyaç olmadığını düzenlemiştir. ETDHK madde gerekçeleri, s. 10; <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss240.pdf> (Erişim Tarihi: Aralık 2022)

¹¹³ Bayram, s. 32.

2.2.3. İstenmeyen Ticari Elektronik İletilere İlişkin Yasal Düzenlemeler

2.2.3.1. AB Hukuku Kapsamındaki Yasal Düzenlemeler

AB Hukuku'nda 1990'lı yılların ortalarından itibaren istenmeyen ticari elektronik iletilere ilişkin düzenlemeler yürürlüğe konulmaya başlanmıştır. Bu düzenlemeler, başta kişisel verilerin işlenmesi meselesi istenmeyen ticari elektronik iletilerle de ilgili olduğu için Veri Koruma Yönergesi¹¹⁴ ile ardından da Mesafeli Satış Yönergesi¹¹⁵ gibi yönergelerle dolaylı olarak yapılmıştır. Daha sonrasında 2000 yılında ilk kez Elektronik Ticaret Yönergesi¹¹⁶ ile istenmeyen ticari elektronik iletilere ilişkin doğrudan düzenlemeler yapılmıştır. Nihayetinde de konu 2002/58/AT Sayılı Elektronik İletişimde Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğin Korunması Yönergesi ("Mahremiyet ve Elektronik İletişim Yönergesi")¹¹⁷'nde ayrıntılı olarak kuralla bağlanmıştır.

Veri Koruma Yönergesi'nin, Mahremiyet ve Elektronik İletişim Yönergesi'nin ve ardından 25 Mayıs 2018 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün¹¹⁸ kişisel verilerin işlenmesi ve kişisel mahremiyet hakkı ile ilgili temel çerçeveyi çizdiği düşünüldüğünde, konu bu düzenlemeler kapsamında ele alınmalıdır. Bu kapsamda, bir kişiye ticari elektronik ileti gönderilmesinin aynı zamanda gönderinin iletileceği kişinin kişisel verilerinin işlenmesini¹¹⁹ de

¹¹⁴ 24 Ekim 1995 tarihli ve L 281 sayılı Avrupa Birliği Resmi Gazetesi'nde yayınlanan 95/46/AT sayılı mülga Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Bu Tür Verilerin Serbest Dolaşımına Dair Bireylerin Korunması Hakkındaki Yönerge <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31995L0046> (Erişim tarihi: Aralık 2022)

¹¹⁵ 4 Haziran 1997 tarihli ve L 144 sayılı Avrupa Birliği Resmi Gazetesi'nde yayımlanan 97/7/AT sayılı mülga Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması Hakkında Yönerge, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1997L0007:20071225:EN:PDF> (Erişim tarihi, Aralık 2022)

¹¹⁶ 8 Haziran 2000 tarihli ve L 178 sayılı Avrupa Birliği Resmi Gazetesi'nde yayınlanan 2000/31/AT sayılı Bilgi Toplumu Hizmetlerinin Bazı Hukuki Yönleri ve Özellikle İç Pazarda Elektronik Ticaret Konusunda Yönerge <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32000L0031> (Erişim tarihi, Kasım 2022)

¹¹⁷ 12 Temmuz 2002 tarihli ve L 201 sayılı Avrupa Birliği Resmi Gazetesi'nde yayınlanan 2002/58/AT sayılı Elektronik İletişimde Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğin Korunması Yönergesi <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32002L0058> (Erişim tarihi: Kasım 2022)

¹¹⁸ 4 Mayıs 2016 tarihli ve L 119 sayılı Avrupa Birliği Resmi Gazetesi'nde yayınlanan 2016/679/AT sayılı Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü

¹¹⁹ Kişisel verilerin işlenmesi, Veri Koruma Direktifinin 2. Maddesi doğrultusunda; Kişisel verilerin otomatik ya da otomatik olmayan araçlarla toplanması, saklanması, elde edilmesi, değiştirilmesi, okunması, sorulması, kullanılması, üçüncü taraflara aktarılması, yayılması ya da hazır bulundurulması

gerektireceği açıktır. Böylelikle ticari elektronik iletilerin gönderilmesine ilişkin de dolaylı olarak birtakım düzenlemelerin olacağı aşîkârdır¹²⁰. Zira özellikle elektronik iletişimde; alıcının bir kişisel verisi olan elektronik iletişim adres bilgisinin toplanması, kaydedilmesi, depolanması söz konusudur¹²¹ ve veriler işlenirken, Avrupa Birliği Veri Koruma Tüzüğü'nde yer alan temel prensipler doğrultusunda bu verilerin işlenmesi gerekecektir¹²².

Mesafeli Satış Yönergesi, özünde tüketicilerin yapacakları mesafeli satış sözleşmelerine ilişkin düzenlemeleri içermektedir. Fakat Yönerge'nin 10. maddesi¹²³ dolaylı yoldan da olsa ticari elektronik iletilere ilişkin düzenlemeler yapması yönüyle de dikkat çekicidir. Yönerge'nin 10. maddesinin ilk fıkrasında; insan müdahalesi gerektirmeyen otomatik çağrı sistemi ve faks cihazının tedarikçi tarafından kullanılması, tüketicinin rızasının önceden alınmasına bağlanmıştır. Ayrıca ikinci fıkrasında, "ilk fıkra sayılan durumlar dışında bireysel iletişime olanak sağlayan mesafeli iletişim araçlarının, tüketicinin açıkça itirazı olmadığı durumlarda kullanılabilmesi" düzenlemesini içermektedir. Bu durumda ilgili Yönerge'yle tüketiciye yapılan otomatik aramalar ve faks iletileri bakımında izin sisteminin kabul edildiğini fakat bunun dışındaki mesafeli iletişim araçları kullanılarak gönderilen iletiler için ret sisteminin kabul edildiği anlaşılmaktadır¹²⁴.

Elektronik Ticaret Yönergesi, AB'nin "ticari elektronik ileti gönderilmesi" konusunu ayrıntılı ele alan ilk düzenlemesidir. Zira bu Yönerge, ticari elektronik

için yapılan işlemlerle verilerin kombinasyonu, bloke edilmesi, silinmesi ya da yok edilmesi suretiyle gerçekleştirilen her türlü müdahale "işleme" kabul edilmektedir. (Metnin orijinali için bkz.; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31995L0046> (Erişim Tarihi: Mayıs 2022).

¹²⁰ Yıldırım Keser, "Tüketicinin Kişisel Verisinin İşlenmesinde Açık Rıza", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 28, S. 3, 2020, s-1186.

¹²¹ Ömer Faruk Kuntoğlu, "Elektronik Ticarete Kişisel Verilerin Korunması", **Bilişim Hukuku Dergisi**, C.3, S. 1, 2021, s. 181.

¹²² İlgili prensipler için bkz.; <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/principles/> (Erişim Tarihi: Ağustos 2022).

¹²³ Article 10 Restrictions on the use of certain means of distance communication 1. Use by a supplier of the following means requires the prior consent of the consumer: — automated calling system without human intervention (automatic calling machine), — facsimile machine (fax). 2. Member States shall ensure that means of distance communication, other than those referred to in paragraph 1, which allow individual communications may be used only where there is no clear objection from the consumer. (Ayrıntılı bilgi için bkz.; <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1997L0007:20071225:EN:PDF>)

¹²⁴ John Magee, "The Law Regulating Unsolicited Commercial E-Mail: An International Perspective", **Santa Clara High Technology Law Journal**, S. 333, 2003, s. 366.

iletilerin şekline ve istenmeyen ticari elektronik iletilerin olası menfi sonuçlarına ilişkin düzenlemelere yer vermektedir¹²⁵. Yönerge'nin 7. maddesinde, bir ticari elektronik iletinin hukuka uygun bir şekilde gönderilebilmesi için, AB'nin konuya ilişkin diğer hukuki düzenlemeleri saklı kalmak koşuluyla iki temel yükümlülüğün varlığına işaret edilmiştir. Bunlar *“iletinin açıkça belirlenebilir olmasını temin etme yükümlülüğü”* ve *“ret kayıtlarına riayet edilmesini sağlama ödevi”*. İletin açıkça belirlenebilir olmasını temin etme yükümlülüğü, alıcının ticari elektronik iletiyi alır almaz açıkça ve belirsizliğe yer vermeyecek şekilde bu iletinin, istenmeyen ticari elektronik ileti olduğunun kolaylıkla anlaşılacağı şekilde gönderilmesi anlamına gelmektedir. Temelde ret kayıtlarına riayet edilmesini sağlama ödevi de ticari elektronik ileti gönderenlerin, bu iletileri almak istemeyen alıcıların kendilerini kaydedebilecekleri bir liste oluşturması ve bu listelere kayıtlı alıcılara ulaşılmaması için gerekli tedbirlerin alınmasıdır¹²⁶. Gönderene getirilen bu yükümlülüğün Yönerge'de yer alması, doktrinde; hem göndericiler bakımından ilgili listelerin kontrolü konusunun net bir şekilde düzenlenmemesi sebebiyle bir belirsizliğin olması, hem de ret listelerinin alıcıların gerçek iletişim bilgilerini içermesi bakımından göndericilerin suiistimaline açık olması yönleriyle eleştirilmiştir¹²⁷.

Mahremiyet ve Elektronik İletişim Yönergesi'nin kabulü ise, AB hukukundaki ticari elektronik iletilerin düzenlenmesi açısından en önemli gelişmedir. Bu Yönerge'yle, Elektronik Ticaret Yönergesi'nden farklı olarak ilk kez açıkça gerçek kişilere ticari elektronik ileti gönderimi bakımından izin sistemi kabul edilmiştir. Zira Mahremiyet ve Elektronik İletişim Yönergesi'nin 15. maddesinde bazı istisnai durumlar belirlenmiştir ve durumlar haricinde, alıcılardan önceden onay alınmaksızın ticari elektronik ileti gönderimi yasaklanmıştır. Fakat tüzel kişiler açısından bir ayırım yapılmış ve bu kişilere ticari elektronik ileti gönderilmesine ilişkin düzenlemelerin, üye devletlerin iç hukuk sistemleriyle düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir¹²⁸. Mahremiyet ve Elektronik İletişim Yönergesi'nin 13. maddesiyle, doğrudan pazarlama amacıyla elektronik posta gönderilen durumlarda, gönderenin kimliğinin

¹²⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz.; Schaub, s. 102.

¹²⁶ Bayram, s. 33.

¹²⁷ Ariella Mutchler, “CAN-SPAM Versus the European Union E-Privacy Directive: Does Either Provide a Solution to the Problem of Spam?”, **Suffolk U. L. Rev.** Volume 43, 2010, s.969.; Schaub, s. 101.

¹²⁸ Ariella, s. 971.

değiştirilmesi ya da gizlenmesi yasaklanmış ve alıcının, iletilerin kendine gönderiminin durdurulmasına ilişkin talebini iletebileceği geçerli bir iletişim adresinin mutlaka iletinin içinde yer alması gerektiği de belirtilmiştir¹²⁹.

2.2.3.2. Türk Hukuku Kapsamındaki Yasal Düzenlemeler

2.2.3.2.1. Türk Hukukunda Benimsenen Sistem

Türk hukukunda istenmeyen elektronik iletileri kapsamlı bir şekilde ele alan ilk yasal düzenleme ETDHK'dir. ETDHK'den önce ticari elektronik iletilere ilişkin çeşitli düzenlemeler söz konusu olsa da¹³⁰ ilk kez bu kanunla açıkça yasal bir düzlemde elektronik ticari iletiler ele alınmıştır¹³¹.

ETDHK'den önceki dönemde, pazarlama amaçlı ticari elektronik iletiler daha özgür bir şekilde gönderilmiş ve gönderilerin alıcılara iletilmesi tek başına hukuka aykırılık değerlendirmesine tabi tutulmamıştır. ETDHK öncesinde alıcılara gönderilen iletilerin içeriği kapsamında bir değerlendirme yapılarak içeriğin haksız fiil, - haksız fiilin özel bir görünüm biçimi olarak- haksız rekabet ya da sözleşmeye aykırılığa neden olabileceği üzerinde durulmuştur¹³². Buna karşılık, ETDHK'de salt elektronik ticari ileti göndermenin bile hukuka aykırı sayılabileceği haller düzenlenmiştir¹³³. Zira bu

¹²⁹ Direktifin 13. maddesi için bkz.; Ariella, s. 972.

¹³⁰ ETDHK'den önce 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 reklamların hukuka aykırı sayılabileceği ifade edilmiştir. Ayrıca Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik'in 5. maddesi kapsamında "reklamların doğru ve dürüst olması" gerektiği düzenlemiştir.

¹³¹ İkizler / Başar, s. 109; Bayram, s. 38.

¹³² İkizler / Başar, s. 109.

¹³³ Elektronik iletinin içeriği bakımından hukuka uygun olmasına rağmen ETDHK m. 6 kapsamında alıcıdan usulüne uygun onay alınmadan gönderilmesi durumları bu duruma örnek olarak verilebilir.

kanuna göre; ticari elektronik ileti; içeriği¹³⁴ veya gönderme şartlarına¹³⁵ uyum sağlamaması yönüyle hukuka aykırı olabilir. İçeriğin hukuka aykırı olması durumunda, ileti TTK, TBK, kişilik hakları, tüketici hukuku vb. bakımından değerlendirilebilir¹³⁶ fakat salt iletinin gönderilmesinin hukuka aykırı olduğu haller, Ticari İletişim ve Ticari Elektronik İletiler Hakkında Yönetmelik hükümleri çerçevesinde ayrıntılı düzenlenmektedir¹³⁷.

ETDHK’de ticari elektronik iletilere ilişkin düzenlemeler yapılırken Mahremiyet ve Elektronik İletişim Yönergesi kaynak olarak benimsenmiştir. ETDHK’de elektronik iletiye ilişkin bir tanım yapılmamıştır; fakat Kanun’un 2. maddesi kapsamında, “ticari elektronik ileti” tanımı içinde dolaylı olarak elektronik ileti de tanımlanmıştır ve bu tanım Mahremiyet ve Elektronik İletişim Yönergesi’nin 2. maddesinde yapılan tanıma paraleldir. ETDHK doğrultusunda elektronik ileti; *“telefon, çağrı merkezleri, faks, otomatik arama makineleri, akıllı ses kaydedici sistemler, elektronik posta, kısa mesaj hizmeti gibi vasıtalar kullanılarak elektronik ortamda gerçekleştirilen ve ticari amaçlarla gönderilen veri, ses ve görüntü içerikli iletileri”* ifade eder¹³⁸.

ETDHK m. 6’da, Mahremiyet ve Elektronik İletişim Direktifi’nde olduğu gibi ticari elektronik iletilerin gönderimi konusunda bazı istisnalar da düzenlenerek, izin sistemi kabul edilmiştir. Böylelikle alıcının önceden izni olmaksızın ticari elektronik

¹³⁴ ETDHK m. 5 kapsamında; *“Ticari iletişimde: a) Ticari iletişimin ve bu iletişimin adına yapıldığı gerçek ya da tüzel kişinin açıkça belirlenebilir olmasını sağlayan bilgiler sunulmalıdır. b) İndirim ve hediye gibi promosyonlar ile promosyon amaçlı yarışma veya oyunların bu niteliği açıkça belirlenebilmeli, bunlara katılımın ve bunlardan faydalanmanın şartlarına kolayca ulaşılabilmesi ve bu şartlar açık ve şüpheye yer bırakmayacak şekilde anlaşılır olmalıdır.”* düzenlenmiştir. Ayrıca 7 madde de ticari elektronik iletinin içeriğinin alıcıdan alınan onaya uygun olması gerektiği; iletide, hizmet sağlayıcının tanınmasını sağlayan bilgiler ile haberleşmenin türüne bağlı olarak telefon numarası, faks numarası, kısa mesaj numarası ve elektronik posta adresi gibi erişilebilir durumdaki iletişim bilgilerinin yer alması gerektiği ve iletilerde, haberleşmenin türüne bağlı olarak, iletinin konusu, amacı ve başkası adına yapılması hâlinde kimin adına yapıldığına ilişkin bilgilere de yer verilmiştir.

¹³⁵ ETDHK m. 6 kapsamında ticari elektronik ileti gönderme şartları düzenlenmiştir. İlgili hüküm kapsamında; *“Ticari elektronik iletiler, alıcılara ancak önceden onayları alınmak kaydıyla gönderilebilir. Bu onay, yazılı olarak veya her türlü elektronik iletişim araçlarıyla alınabilir. Kendisiyle iletişime geçilmesi amacıyla alıcının iletişim bilgilerini vermesi hâlinde, temin edilen mal veya hizmetlere ilişkin değişiklik, kullanım ve bakıma yönelik ticari elektronik iletiler için ayrıca onay alınmaz. Esnaf ve tacirlere önceden onay alınmaksızın ticari elektronik iletiler gönderilebilir.”*

¹³⁶ Mehmet Emin Bilge, Tüketicinin Korunması Açısından İnternette Ticari Reklam Yayını, **Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan**, Ankara, 2003, s. 43.

¹³⁷ Büşra Çelik, **Mesafeli Satış Sözleşmesinde Risk ve Masrafların Paylaşımı**, B. 1, 2021, s. 97.

¹³⁸ Gürel, s. 150.

ileti gönderimi, hukuka aykırı olarak kabul edilmiştir. Daha sonra ETDHK'nin uygulamasını gösteren Ticari İletişim ve Ticari Elektronik İletiler Hakkında Yönetmelik hazırlanmış ve yürürlüğe giren bu Yönetmeliğin 5. maddesinde hangi iletiler için onay alınması gerektiği belirtilmiştir¹³⁹. Bu maddeye göre hizmet sağlayıcı; mallarını ve hizmetlerini tanıtmak, pazarlamak, işletmesini tanıtmak ya da kutlama ve temenni gibi içeriklerle tanınırlığını artırmak amacıyla alıcıların elektronik iletişim adreslerine ticari elektronik ileti göndermek istiyorsa mutlaka önceden alıcılardan onay almalıdır¹⁴⁰. Ticari İletişim ve Ticari Elektronik İletiler Hakkında Yönetmelik'in 11. maddesine göre hizmet sağlayıcı, önceden onayını aldığı alıcılara ticari elektronik iletileri bizzat kendisi gönderebileceği gibi bu iletilerin gönderilmesi için aracı hizmet sağlayıcılarla da anlaşabilir¹⁴¹. Fakat ETDHK m. 6 ve Ticari İletişim ve Ticari Elektronik İletiler Hakkında Yönetmelik m. 11 doğrultusunda, ticari elektronik ileti gönderecek kişi, iletiyi kimin adına gönderiliyorsa, gönderen kişiden bağımsız olarak, adına gönderim yapılacak kişiden gönderinin iletimi için onay almalıdır¹⁴². Bu hükmü tamamlar nitelikte Ticari İletişim ve Ticari Elektronik İletiler Hakkında Yönetmelik'in 7. maddesi uyarınca da onayın alındığına ilişkin ispat yükü hizmet sağlayıcıdadır¹⁴³.

¹³⁹ Gürel, s. 156.

¹⁴⁰ Bayram, s. 41.

¹⁴¹ ETDHK m. 2 kapsamında aracı hizmet sağlayıcı Başkalarına ait iktisadi ve ticari faaliyetlerin yapılmasına elektronik ticaret ortamını sağlayan gerçek ve tüzel kişileri karşılayacak şekilde tanımlanmıştır.

¹⁴² Gürel, s. 158.

¹⁴³ ETDHK m. 17 kapsamında elektronik ticarete haksız ticari uygulamaların söz konusu olması durumunda yaptırım olarak önemli idari para cezaları öngörülmüştür. Öne çıkan ceza miktarları şöyledir; “*Haksız ticari uygulamada bulunan her bir elektronik ticaret hizmet sağlayıcı için 10bin'den 100bin liraya kadar idari para cezası uygulanacaktır. Elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcı tarafından satış fiyatında tek taraflı değişiklik yapılması dahil elektronik ticaret hizmet sağlayıcıyı kampanyalı mal veya hizmet satışına zorlayan elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcıya, her bir elektronik ticaret hizmet sağlayıcı için 500 bin lira idari para cezası uygulanacaktır. Kendilerine ait elektronik ticaret ortamları arasında erişim imkanı sunan ve bu ortamlarda birbirinin tanıtımını yapan elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcıya 10 milyon lira, mal veya hizmet ilanlarının yayımlanmasına elektronik ortam sağlaması halinde, aynı ortamda mal veya hizmet teminine yönelik sözleşme yapılmasına ya da sipariş verilmesine imkan sağlayan elektronik ticaret aracı hizmet sağlayıcıya ise 20 milyon lira idari para cezası uygulanacaktır. İdari para cezalarının uygulanmasına rağmen Bakanlıkça verilen süre içinde aykırılığın sonlandırılmaması veya aynı aykırılığın ceza tebligatının yapıldığı tarihten itibaren 1 yıl içinde tekrarı halinde bir önceki cezanın iki katı tutarında idari para cezası uygulanacaktır.İdari para cezalarına ilişkin fiillerin, Bakanlık'ı yanıltmaya yönelik iş ve işlemlerle gerçekleştirilmesi halinde söz konusu cezalar ilgili idari para cezasının 10 katı tutarında uygulanacaktır.*” Elif Çopur, Ahmet Serkan Öksüz, Mehmetcan Sayıntürk, Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'da Önemli Değişiklikler Yapıldı, (Çevrimiçi) <https://www.mondaq.com/turkey/marketing/1215826/elektronik-ticaretin-dzenlenmesi-hakk305nda-kanun39da-nemli-de287i351iklikler-yap305ld305-> (Erişim Tarihi: Aralık 2022)

Ayrıca ETDHK m. 7 doğrultusunda onay alınarak gönderilen ticari elektronik iletinin içeriği, alıcının verdiği onaya uygun olmalıdır. Alıcı sadece belirli bir mal ya da hizmet için onay vermişse, başkaca bir mala ya da hizmete ilişkin alıcıya ticari elektronik ileti gönderilmemelidir¹⁴⁴. Ayrıca ETDHK m.6/1 gereği onay yazılı, elektronik iletişim araçlarıyla alınabilir.

ETDHK m. 6’da eğer alıcı, kendisiyle iletişime geçilmesi için iletişim bilgilerini vermişse, alıcının temin ettiği mal ve hizmete ilişkin değişikliklerin olması, kullanımına ve bakımına ilişkin bir bilgilendirme yapılması söz konusu olacaksa, alıcıdan ayrıca bir onay alınmasına gerek olmadan ticari elektronik ileti gönderilebilecektir. Bu düzenleme “*temin edilen mal veya hizmete ilişkin değişiklik, kullanım ve bakım faaliyetlerine ilişkin*” ifadesi ile ilgili hükmün kapsamı belirlemiştir¹⁴⁵. Öte yandan Mahremiyet ve Elektronik İletişim Yönergesi ele alındığında, ilgili Yönerge’nin 13. Maddesinde bu istisna “*benzer mal veya hizmetlere ilişkin*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu noktada ETDHK’nin Mahremiyet ve Elektronik İletişim Yönergesi’ne kıyasla istisnayı daha dar tuttuğu açıktır ve böylelikle ETDHK ile işletmelerin işinin biraz zorlaştığı söylenebilir¹⁴⁶.

Ayrıca kanunkoyucu, ticari faaliyette bulunan kişilerin reklam amaçlı elektronik iletilerden haberdar olmalarını ticari hayatın bir gereği olarak görmüş ve tacir ve esnaflardan onay alınmaksızın onlara ticari elektronik ileti gönderilebileceğini düzenlemiştir. Bu düzenlemeyle tacir ve esnaflara elektronik ileti göndermelerinin yolunu açmış olsa da Mahremiyet ve Elektronik İletişim Yönergesinde ilgili istisna tüm tüzel kişiler için getirildiğinden, ETDHK’nin istisnayı yine daha dar tuttuğu söylenebilir¹⁴⁷. Bu durumda kısaca; ETDHK, Mahremiyet ve Elektronik İletişim Yönergesi’nden farklı olarak izin sistemine tüzel kişiler için genel bir istisna getirmediği; yalnızca gerçek kişi esnaflar ve gerçek ve tüzel kişi olması konusunda bir ayırım yapmaksızın tacirler için istisna öngördüğü söylenebilir¹⁴⁸. Ticari İletişim ve

¹⁴⁴ Bayram, s. 40.

¹⁴⁵ Sercan Çavuşoğlu, **Borçlar Hukuku ve Milletlerarası Özel Hukuk Açısından Sınır Ötesi Elektronik Ticarete Açık Artırma Yolu İle Satışlar**, B.1, 2020, s. 98

¹⁴⁶ Bayram, s. 38.

¹⁴⁷ Bayram, s. 39.

¹⁴⁸ Bayram, s.40.

Ticari Elektronik İletiler Hakkında Yönetmelik'in, 6. maddesinde¹⁴⁹ izin alınmasına ilişkin ETDHK'de yer almayan birtakım istisnalara da yer verilmiştir. Bunlar; devam eden abonelik, üyelik veya ortaklık durumu söz konusu olduğunda bilgilendirme amaçlı yapılacak iletişimler; sermaye piyasasında aracılık faaliyetinde bulunan şirketlerin müşterilerine attığı bilgilendirmeler ve Ticari İletişim ve Ticari Elektronik İletiler Hakkında Yönetmelik'in henüz yürürlüğe girmediği dönemde alınan onaylar ve oluşturulan veri tabanları doğrultusunda yapılan iletişimlerdir.

2.2.3.2.2. İletinin Kapsamına (İçeriğine) İlişkin Hukuki Analizler

ETDHK'de ayrıca ticari elektronik iletinin içeriğinin de ne şekilde olması gerektiği de Mahremiyet ve Elektronik İletişim Yönergesine paralel olarak düzenlenmiştir. ETDHK m. 5 doğrultusunda ticari iletide iletişim kimin adına yapılıyorsa, o kişinin açıkça belirlenebilir olması gerektiği düzenlenmiştir. ETDHK'nin 7. maddesinde de iletiyi gönderen kişinin ticari unvanı, işletme adı gibi bilgilerle birlikte, göndericiye ulaşılabilecek faks, telefon numarası e-posta adresi gibi iletişim bilgilerinin de belirtilmesi gerektiğine yer verilmiştir¹⁵⁰. Ayrıca alıcı, kendine elektronik ileti hangi vasıta ile iletiliyorsa o vasıta ile ret beyanını bildirebilmelidir. Hatta alıcı ret beyanını elektronik iletişim vasıtaları dışında da göndericiye iletebilir. Örneğin kısa mesaj ile elektronik ileti alıcıya iletilmişse, gönderen alıcının ret beyanını iletmesi için yalnızca faks yoluyla beyanını iletmesini şart koşamayacaktır¹⁵¹. Aksine

¹⁴⁹ Yönetmeliğin "Onay gerektirmeyen durumlar" başlıklı 6. Maddesi şu şekildedir; "Alıcının kendisiyle iletişime geçilmesi amacıyla iletişim bilgilerini vermesi hâlinde, temin edilen mal veya hizmetlere ilişkin değişiklik, kullanım ve bakıma yönelik ticari elektronik iletiler için ayrıca onay alınmaz.(2)Devam eden abonelik, üyelik veya ortaklık durumu ile tahsilat, borç hatırlatma, bilgi güncelleme, satın alma ve teslimat veya benzeri durumlara ilişkin bildirimleri içeren iletiler ile hizmet sağlayıcıya ilgili mevzuatla getirilen bilgi verme yükümlülüğü durumlarında önceden onay alma zorunluluğu aranmaz. Ancak bu tür bildirimlerde herhangi bir mal veya hizmet özendirilemez veya bunların tanıtımı yapılamaz. (3) Tacir veya esnaf olan alıcıların elektronik iletişim adreslerine gönderilen ticari elektronik iletiler için önceden onay alınması zorunlu değildir. Ancak tacir ve esnafın 9 uncu maddede yer alan reddetme hakkını kullanması halinde onayları alınmadan ticari elektronik ileti gönderilemez. (4) Sermaye piyasasına ilişkin mevzuat uyarınca aracılık faaliyetinde bulunan şirketlerce müşterilerine bilgilendirme amaçlı gönderilen ticari elektronik iletiler için onay alınması zorunlu değildir.(5) Birinci, ikinci ve dördüncü fıkralar kapsamında ileti gönderilmesi halinde İYS üzerinden kontrol yapılmaz. (6) Üçüncü fıkra kapsamında ileti gönderilmesinden önce tacir veya esnaf olan alıcıların elektronik iletişim adresleri hizmet sağlayıcı tarafından İYS'ye kaydedilir ve İYS üzerinden alıcıların ret hakkını kullanıp kullanmadığı kontrol edilir."

¹⁵⁰ Ticari elektronik ileti gönderilmesinde işletmenin tanınılabilirliği için gerekli olan kıstasların TTK m. 39/2'ye paralel olarak düzenlendiği söylenebilir.

¹⁵¹ Gürel, s. 167.

alıcı kendine kısa mesaj yoluyla gelen bir ticari elektronik iletiyi almak istemiyorsa, bu ret beyanını kısa mesaj yoluyla iletebileceği gibi isterse ticari elektronik ileti göndericisine elektronik posta yoluyla iletebileceği gibi elektronik iletişim yolu olmayan bir vasıtayla da iletebilir¹⁵².

2.2.4. İstenmeyen Ticari Elektronik İletilerin Haksız Rekabet Teşkil Ettiği Haller

Ticari elektronik iletilerin alıcılara gönderilmesinin, haksız rekabet teşkil ettiği durumlar ilk olarak iletinin istenmeyen ticari elektronik ileti olup olmaması durumuna göre incelenebilir.

İletin istenmeyen ticari elektronik ileti olması durumu incelendiğinde Alman¹⁵³ ve İsviçre¹⁵⁴ hukukunda istenmeyen ticarî elektronik iletilere ilişkin düzenlemelerin, haksız rekabete özel hazırlanan ayrı kanunlarda düzenlendiği görülmektedir. Bu nedenle de sırf istenmeyen ticarî elektronik ileti göndermenin ayrıca haksız rekabet teşkil ettiği her iki hukuk sisteminde de açıkça kabul edilmiştir¹⁵⁵. Fakat uyumlaştırmanın özel bir kanun olan ve Mahremiyet ve Elektronik İletişim Yönergesi temel alınarak hazırlanan ETDHK ile yapıldığı Türk hukukunda, istenmeyen elektronik iletilerin gönderilmesine ilişkin yaptırım olarak sadece idarî para cezası öngörüldüğü için¹⁵⁶, kanuna aykırı gönderilen ticari elektronik iletilerin

¹⁵² Oğuz, s. 89.

¹⁵³ Alman hukukunda ilk olarak, Traunstein Mahkemesi elektronik posta yoluyla istenmeyen reklamların iletilmesinin haksız rekabet teşkil ettiğine karar vermiştir (LG Traunstein, 2 HK O 3755/97, karar tarihi 14.10.1997; Ayrıntılı bilgi ve Karar metni için bkz.; Tekin Memiş, “Hukuki Açıdan Kitlelere E-Posta Gönderilmesi”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 5, S. 1-4, Y. 2001, s. 435). Daha sonra bu durum Alman Haksız Rekabet Kanununda (AHRK’de) düzenlenmiştir ve istenmeyen ticari elektronik iletilerin, alıcılara gönderilmesi durumu; “katlanılmaz tacizler” başlığı altında, İlgili Kanun’un 7. Maddesi çerçevesinde haksız rekabet olarak değerlendirilmiştir. Bu hüküm doğrultusunda alıcının, önceden açık rızasını olmaksızın alıcıya reklam içerikli elektronik ileti gönderilmesi, kanunu ihlal edici davranış olarak belirlenmiştir. Fakat reklamı yapanın, müşterisinin elektronik posta adresini bir malın satışı ya da hizmetin verilmesiyle bağlantılı olarak öğrenmesi halinde, müşterisinin elektronik posta adresini benzer mal veya hizmetlere yönelik doğrudan reklam amacıyla kullanması durumunu ilgili hükmün istisnası olarak değerlendirmiştir.

¹⁵⁴ İsviçre Haksız Rekabet Kanunu’nun (İHRK’de) 3/1-t maddesi gereğince, bir müşteri ticari amaçlı mesajlar almama ve bilgilerinin üçüncü kişilerle paylaşılmasını istememe yönünde iradesini ortaya koyuyorsa, müşterinin bu iradesine aykırı hareket edilmesi durumunda haksız rekabet söz konusu olacaktır.

¹⁵⁵ Gürel, s. 150.

¹⁵⁶ ETDHK m. 12 kapsamında “ (1) Bu Kanunun; a) 3 üncü maddesindeki yükümlülüklerle, 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendindeki yükümlülüklerle, 6 ncı maddesinin birinci fıkrasına veya 7

haksız rekabet teşkil edip etmediği hususu üzerinde ayrıca durulması ve mevcut yasalar çerçevesinde bir inceleme yapılması gerekir.

İlk olarak, Türk Ticaret Kanunu'nda haksız rekabetin özel görünüm biçimlerini düzenleyen TTK m. 55 hükmünde, ticari elektronik iletilerle ilgili olarak açık bir düzenleme yoktur. Bu itibarla başlı başına istenmeyen ticari elektronik ileti gönderilmesinin TTK m. 55 hükmündeki özel hallerden birine girip girmeyeceği, girmiyorsa TTK m. 54 uyarınca haksız rekabet oluşturup oluşturmayacağı ele alınmalıdır. Ayrıca iletinin içeriği yönünden TTK m. 54 veya 55'in kapsamına girip girmediği incelenmelidir.

Öncelikle, istenmeyen ticari elektronik ileti gönderilmesi, kanımızca TTK m. 55/1-e anlamında iş koşullarına uymamak eylemini oluşturur¹⁵⁷. Gerçekten de tüm teşebbüsler, tanıtımlarını yaparken ve bu kapsamda tanıtım için ticari elektronik ileti gönderirken, bu iletinin istenmeyen ileti haline gelmesinden kaçınmakla yükümlüdür. İstenmeyen ticari elektronik iletinin yasaklanmasının özünde dijital pazarlamanın önem kazanması ve ticari iletişimin yaygınlaşması sonucu bireylerin özgür iradesiyle satın alma faaliyetlerini gerçekleştirmesinin işletmelerce baltanaması fikri yatmaktadır¹⁵⁸. Bu fikir, doğrudan doğruya alıcıların bir mal veya hizmeti satın alırken kendi özgür iradelerini oluşturmalarıyla yakından ilintilidir¹⁵⁹. İstenmeyen iletiler, bu

nci maddesinin birinci fıkrasına aykırı hareket eden hizmet sağlayıcılara ve aracı hizmet sağlayıcılara bin Türk lirasından beş bin Türk lirasına kadar, b) 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendindeki veya aynı maddenin ikinci fıkrasındaki, 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendindeki veya 7 nci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarındaki yükümlülüklerle aykırı hareket eden hizmet sağlayıcılara ve aracı hizmet sağlayıcılara bin Türk lirasından on bin Türk lirasına kadar, c) 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendindeki, 8 inci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarındaki yükümlülüklerle aykırı hareket eden hizmet sağlayıcılara ve aracı hizmet sağlayıcılara iki bin Türk lirasından on beş bin Türk lirasına kadar, ç) 11 inci maddesinin ikinci fıkrasına aykırı hareket edenlere iki bin Türk lirasından beş bin Türk lirasına kadar, d) (Ek:28/11/2017-7061/118 md.) 11 inci maddesinin üçüncü fıkrasına aykırı hareket eden gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişileri hakkında beş bin Türk lirasından yirmi bin Türk lirasına kadar, idari para cezası verilir. (2) Bir defada birden fazla kimseye 6 ncı maddenin birinci fıkrasına aykırı olarak ileti gönderilmesi hâlinde, birinci fıkranın (a) bendinde öngörülen idari para cezası on katına kadar artırılarak uygulanır. (3) Bu maddede öngörülen idari para cezalarını verme yetkisi Bakanlığa aittir. Bu yetki, merkezde Bakanlığın ilgili genel müdürlüğüne, taşrada ise Bakanlığın il müdürlüklerine devredilebilir.” düzenlenmiştir.

¹⁵⁷ Ayrıntılı açıklamalar için bkz.; sf. 44 vd.

¹⁵⁸ Özdemir&Özmen Avukatlık Ortaklığı, Ticari Elektronik İleti ve Hukuki Çerçeve, (Çevrimiçi), <https://www.erdemirozmen.com/hukukta-gundem/makaleler/ticari-elektronik-ileti-ve-hukuki-cerceve> (Erişim Tarihi: Aralık 2022)

¹⁵⁹ Michael W. Carroll, “Garbage In: Emerging Media and Regulation of Unsolicited Commercial Solicitations”, **Berkely Technology Law Journal**, Vol. 11, Issue 2, 1996, s. 234. (Çevrimiçi), https://digitalcommons.wcl.american.edu/facsch_lawrev/1531/ (Erişim Tarihi: Aralık 2022)

iradeyi tehdit etmektedir. Bu yükümlülüğe uymayan teşebbüsler, rakiplerine nazaran yasanın getirdiği sınırları aşan geniş kapsamda tanıtım yapmakta ve kendilerine haksız bir avantaj sağlamaktadır¹⁶⁰. Bu itibarla ortada TTK m. 55/1-e anlamında bir haksız rekabet eylemi bulunduğu¹⁶¹, ayrıca TTK m. 54 bağlamında haksız rekabetin oluşup oluşmadığının tartışılmasına gerek yoktur¹⁶².

İstenmeyen elektronik ileti, kuşkusuz ki, içerik bakımından da haksız rekabet oluşturabilir. Öyle ki iletinin içeriği, istenmeyen veya “istenen”, yani alıcının rızasına dayanan bir iletiyi dahi haksız rekabet eyleme dönüştürebilir¹⁶³. Böylelikle istenmeyen veya izinli elektronik iletilerin içerik yönünden haksız rekabet oluşturması, aynı ekseninde incelenmelidir. İletinin içerik yönünden haksız rekabet oluşturup oluşturmayacağı meselesi, doktrinde ele alınmıştır. Doktrinde bir görüş, kitlelere elektronik posta yoluyla reklam gönderilmesinin haksız rekabet teşkil edebilmesi için reklam içeriğinin mutlaka aldatıcı olması gerektiğini ortaya koymaktadır¹⁶⁴. Bir diğer görüşse, elektronik posta yoluyla gönderilen reklamların içeriklerinin aldatıcı olmasa bile dürüstlük kuralına aykırı olabileceğini ve bu durumda da ilgili iletinin gönderilmesinin haksız rekabet teşkil edebileceğini savunmaktadır. Bu görüşe göre; reklam içerikli bir elektronik postanın, dürüstlük kuralına aykırı olması, yalnızca o reklamın içeriğinin kötüleme teşkil etmesi veya reklamda gerçeğe aykırı bilgi verilmesiyle sınırlı olmaz. Reklam içeren elektronik postanın, hukuken içeriğinde yer alması gereken zorunlu hususları barındırmaması veya o reklamda kullanılan yöntem ya da reklam mecralarının kullanılış biçimi bile haksız rekabet teşkil edebilir¹⁶⁵. Örneğin tüketicilere gönderilen bir elektronik postanın aslında gizli reklam¹⁶⁶ içermesi

¹⁶⁰ Gürel, s. 165.

¹⁶¹ Gürel, s. 175.

¹⁶² Abuzer Kendigelen, **Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, 2. Baskı, 318 İstanbul Kasım 2012, s. 82.

¹⁶³ Burcu Budak, **İnternet Reklamlarında Haksız Rekabet ve Bunun Önlenmesi ve Sona Erdirilmesi**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2021, s. 75.

¹⁶⁴ Tekin Memiş, “Hukuki Açıdan Kitlelere E-Posta Gönderilmesi”, s. 441.

¹⁶⁵ Özdemir, s. 65.

¹⁶⁶ Tüketicilerin kendi tecrübelerine dayanarak bir ürün ya da hizmetle ilgili görüşlerini beyan etmesi günümüzdeki en önemli sosyal medya reklamcılığı yöntemlerindendir. Zira tüketiciler, işletmeler tarafından gerçekleştirilen pazarlama faaliyetlerinden diğer tüketicilerin yorumlarına inanmaya eğilimlidirler. Bunun farkında olan işletmeler, bu iletişimin doğal yöntemlerle gelişmesi yerine bazı noktalarda bu yorumların gelişmesine müdahale ederek kendi ürünlerini ya da hizmetlerini kendi pazarlama amaçları doğrultusunda yönlendirebilirler. Bu müdahalelerle müşterilerin ikna edilmesinin sağlanması gizli reklam kapsamında değerlendirilir. Bu yöntem kullanıldığında, tüketiciler ilgili ürünü veya hizmeti satın almaları için ikna edilmeye çalışıldıklarını da anlamazlar. (Ayrıntılı bilgi için bkz.; Zöhre Akyol/ Mehmet Tokatlı, “How Banned Brands Come To Light: A Content Analysis On Stealth Marketing Cases From Turkey”, 17 June 2019 9Th Business & Management Conference in Prague ,

bu görüş kapsamında haksız rekabet teşkil edecektir¹⁶⁷. Zira bu görüş doğrultusunda gizli reklamlar, açık reklamlara oranla tüketicileri daha fazla etkiler ve dürüstlük kuralına aykırı şekilde tüketicilerin reklamların yönelttiği doğrultuda hareket etmesini kolaylaştırarak, onların reklamlara karşı direncini kolay kırar¹⁶⁸.

Konumuz kapsamı doğrultusunda, TTK çerçevesinde haksız rekabet teşkil eden durumlar üzerinde durulacaktır. Bu nedenle genel bir bilgi olarak TTK kapsamında haksız rekabete ilişkin düzenlemelerin m. 54 ve 55 kapsamında yapıldığını belirtmekte yarar vardır. Türk mahkemelerinin haksız rekabete ilişkin inceleme yaparken öncelikli olarak TTK m. 55 kapsamında düzenlenen halleri dikkate almaya ve bu maddede yer alan örnekler çerçevesinde somut uyuşmazlığa ilişkin çözüm üretmeye eğilimli olduğunu spesifik olarak uyuşmazlıklara ilişkin tespitlere geçmeden belirtmekte yarar vardır¹⁶⁹. Zira TTK m. 55 haksız rekabetin genel koşullarını düzenleyen m. 54'e nazaran daha kapsamlı ve haksız rekabetin özel görünüm biçimlerini ortaya koyan bir hükümdür. Fakat unutulmamalıdır ki; TTK m. 55'de sayılan hallerden birisi doğrudan ya da dolaylı olarak uyuşmazlığa konu olayda mevcut değilse, genel hüküm niteliğindeki TTK m. 54/2'ye¹⁷⁰ göre inceleme yapılması uygun olacaktır¹⁷¹.

https://www.researchgate.net/publication/335335523_HOW_BANNED_BRANDS_COME_TO_LIGHT_A_CONTENT_ANALYSIS_ON_STEALTH_MARKETING_CASES_FROM_TURKEY , s. 5. (Erişim Tarihi: Kasım 2022)

¹⁶⁷ Güzide Soydemir, "İkinci Ekran Uygulamaları Ve Örtülü Reklam", **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 9, S. 100, Aralık 2014, s. 730.

¹⁶⁸ Arzu Erol, **Türk Hukukunda Örtülü Reklam**, İstanbul, Nisan 2018, s. 72.

¹⁶⁹ İstanbul 16. Asliye Ticaret Mahkemesi bir kararında şu ifadeleri kullanmıştır; "TTK m. 55'de ise ticaret hayatında sıklıkla karşılaşılan haksız rekabet halleri sınırlayıcı olmayacak şekilde ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre bir fiil, TTK m. 55'de özel olarak düzenlenen haksız rekabet hallerinden birine girmiyor ve fakat TTK m. 54'deki genel haksız rekabet tamına uyuyorsa, TTK m. 55'de düzenlenmemiş olsa bile TTK m. 54 uyarınca haksız rekabet olarak nitelendirilebilecektir." ([Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri Kararı - İstanbul 16. Asliye Ticaret Mahkemesi, E. 2018/149 K. 2019/825, T. 1.10.2019](#) , (Çevrimiçi), [Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri Kararı - İstanbul 16. Asliye Ticaret Mahkemesi, E. 2018/149 K. 2019/825, T. 1.10.2019](#) (Erişim Tarihi: Aralık 2022)) Ayrıca bkz.; İstanbul Anadolu 1. Asliye Ticaret Mahkemesi, E. 2018/1099 K. 2020/471, T. 13.10.2020, (Çevrimiçi), <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/adli-yargi-ilk-derece-mahkemeleri/istanbollandl-1-asliye-ticaret-mahkemesi-e-2018-1099-k-2020-471-t-13-10-2020> (Erişim Tarihi: Aralık 2022); İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi, 12. Hukuk Dairesi, E. 2018/2290 K. 2020/665 T. 7.7.2020, (Çevrimiçi), <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/bolge-adliye-mahkemesi/istanbul-bam12-hd-e-2018-2290-k-2020-665-t-7-7-2020> (Erişim Tarihi: Aralık 2022)

¹⁷⁰ "Amaç ve İlke" başlıklı TTK m. 54/2' de "rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatici veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamaların haksız ve hukuka aykırı" olduğu belirtilmiştir.

¹⁷¹ Kendigelen, **Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, s. 82.

Konumuzun kapsamı gereği çalışmamızın bu kısmında, reklam ve pazarlama yöntemi olan ticari elektronik iletilerin içeriğinin mevcut yasal düzenlemeler doğrultusunda haksız rekabet oluşturup oluşturmadığı, haksız rekabet unsuru taşımaları durumunda haksız rekabet hükümlerinin uygulama alanı bulup bulmayacağı TTK kapsamında değerlendirilecektir.

2.2.4.1. Saldırgan Satış Yöntemleri

TTK öncesi dönemde satıcılar tarafından sıklıkla kullanılan bir satış yöntemi olan saldırgan satış yöntemlerinin¹⁷² hangi durumlarda haksız rekabet teşkil ettiği TTK m. 55/1 a-8’de düzenlenmiştir. İlgili hüküm kapsamında, “*müşterinin karar verme özgürlüğünü özellikle saldırgan satış yöntemleri ile sınırlamak*” bir haksız rekabet halidir. Hüküm doğrultusunda, saldırgan satış yöntemlerinin kullanılması yoluyla karşı tarafın karar verme serbestisinin sınırlandırılması ve bu yöntemi kullanan kişilerin istedikleri yönde netice almalarını amaç edinmesi söz konusudur¹⁷³. Bu noktada müşterinin karar verme özgürlüğünün yanı sıra, aldatma ya da korkutma sonucu etkilenmesi de önemli değildir. Önemli olan, bunlar söz konusu olmasa dahi müşterinin karar verme özgürlüğünün, saldırgan satış yönteminin kullanılması nedeniyle sınırlanmış olmasıdır¹⁷⁴. Zira saldırgan bir satış yöntemi kullanıldığında, alıcı üzerinde bir baskı kurulumu¹⁷⁵ ve alıcı köşeye sıkıştırılmış olur¹⁷⁶.

¹⁷² Okan, Neval “Saldırgan Satış Yöntemlerine Karşı Tüketicilerin Korunması”, **Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.2, S.4, Temmuz 2016, s. 76.

¹⁷³ Hamdi Pınar, “Reklam ve Satış Yöntemlerine İlişkin Haksız Rekabet Halleri1”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 18, S. 2, Aralık 2012, s. 140; Mustafa Çeker, “Türk Hukukunda Rekabetin Korunması ve Yeni Rekabet Düzeni”, **Banka ve Ticaret Dergisi**, C. 18, S. 31996, s. 86; Firdevs Savaş, **Haksız Rekabet Hukukunda Saldırgan Satış Yöntemleri**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2018, s. 24.

¹⁷⁴ Nomer Ertan, **Haksız Rekabet Hukuku**, s. 241.

¹⁷⁵ Okan, **Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet**, s. 77.

¹⁷⁶ Reha Poroy / Hamdi Yasaman, **Ticari İşletme Hukuku**, 10. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 337, “Saldırgan, müşterinin normal sayılamayacak güç psikolojik duruma sokularak satın alma zorunluluğu altında bırakılmasıdır (şaşırtan, beklenmedik).”

Her saldırgan satış yöntemi haksız rekabet teşkil etmez. Saldırgan satış yönteminin haksız rekabet olarak değerlendirilebilmesi için önemli olan saldırganlığın özellikli olmasıdır¹⁷⁷ ve buradaki “özellik” ifadesinden anlaşılması gereken de saldırganlığın ağır olması, nitelikli olmasıdır. Kısaca, alıcıyı fiziksel ya da psikolojik olarak zorlamasıdır¹⁷⁸.

Saldırgan satış yöntemleri sadece TTK kapsamında düzenlenmemiştir. TKHK m.62/1’de aldatici ya da saldırgan nitelikteki uygulamaların haksız ticari uygulamalar olduğu düzenmiş ve yasaklanmıştır. Ayrıca saldırgan ticari uygulamalar başlığını taşıyan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği¹⁷⁹ m. 31’de de saldırgan ticari uygulamaların belirlenmesinde kullanılan kriterler ayrıntılı olarak düzenlenmiş ve saldırgan satış yöntemlerine örnekler sıralanmıştır¹⁸⁰. Örneğin, beklenmedik bir anda sadece beş dakikalık bir indirim teklifi ile telefonda alıcılara ulaşan ve cezbedici bir konuşma yapan satıcının taktığı bu kapsamda değerlendirilebilir¹⁸¹. Zira burada bir satış işleminin bir an önce yapılması için örtülü bir saldırganlık bulunur. Bu yöntemle hızlıca satışın yapılabilmesi için cezbedici bir konuşmanın muhatabı olan alıcının karar verme serbestliği kısıtlanmış olur¹⁸². Aynı şekilde ABD’de sinema salonlarında, film aralarındaki verilen bir dondurma markası reklamı, her ne kadar saniyenin üç binde biri kadar kısa süren bir reklam olsa da ilgili

¹⁷⁷ Okan, Saldırgan Satış Yöntemlerine Karşı Tüketicilerin Korunması, s. 140.

¹⁷⁸ Hüseyin Ülgen / Mehmet Helvacı / Arslan Kaya/ Füsun Nomer Ertan, **Ticari İşletme Hukuku**, B. 7, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021, s. 552; Kanun Koyucunun “müşterinin karar verme özgürlüğünü sınırlamayı” haksız rekabet olarak kabul ettiği, buna karşılık “saldırgan satış yöntemlerinin” karar verme özgürlüğünün sınırlandırıldığı hallerden biri olarak sayıldığı anlamı çıkmaktadır. Ancak hükmün gerekçesi ile mehzaz olan UWG 3/h birlikte değerlendirildiğinde, bu anlamın doğru olmadığı, hükümde “özellikle ibaresinin yanlış kullanıldığı anlaşılmaktadır. TK 55/1(a)-8’de, saldırgan satış yöntemleri ile müşterilerin karar verme özgürlüğünü sınırlamak haksız rekabet olarak kabul edilmiş ve fakat saldırganlığın ”ağır” farklı ifadeler ile “nitelikli”, “özellikli” olması aranmıştır.”

¹⁷⁹ RG, 10.01.2015, S.29232.

¹⁸⁰ RG, 10.01.2015, S. 29232: “1) Ticari uygulamada bulunan ile tüketici arasında amaçlanan hukuki ilişki kurulana kadar tüketicinin işyerinden ayrılamayacağı izlenimini oluşturmak. 2) Sözleşme yükümlülüğünü yerine getirme hali dışında, tüketicinin meskenini terk etme ve geri gelmeme yönündeki ikazlarına aldırmadan tüketicinin evine ziyaretler yapmaya devam etmek. 3) Taraf olduğu bir hukuki ilişkiye dayanarak herhangi bir talepte bulunan tüketiciden, talebi ile ilgisi olmayan belgeler arz etmesini istemek, ücret ödemesini talep etmek ya da sistematik olarak konuyla ilgili görüşmekten kaçınmak ve bu yollarla onu hukuki haklarını kullanmaktan caydırmaya çalışmak. 4) Tüketicieye, mal veya hizmeti almaması halinde ticari uygulamada bulunanın iş yerinin ya da geçiminin tehlikeye gireceğini söylemek. 5) Ödül veya benzeri bir menfaat söz konusu olmamasına rağmen, tüketicinin bunları talep edebilmek için para ödemesi ya da bir masrafta bulunması gerektiği hallerde, bu ödül veya menfaati kazandığı, kazanacağı veya belirli bir eylemde bulunması halinde kazanacağı doğrultusunda yanlış izlenim oluşturmak.”

¹⁸¹ Ünal Öztürk, “Sanal Ortamda Haksız Rekabet Halleri”, **Konya Barosu Dergisi**, C. 5, S. 1, Haziran 2021, s. 82.

¹⁸² Ünal Öztürk, s. 83.

markanın satış oranlarını yaklaşık yüzde atmış oranda arttırmıştır. Bunun tespiti üzerine de ilgili tekniğin saldırgan bir satış yöntemi olduğu ve haksız rekabet teşkil ettiği kabul edilmiştir¹⁸³.

Konu elektronik ileti göndermesi kapsamında alıcılar açısından değerlendirildiğinde, alıcıların onayı olmaksızın alıcılara ticari elektronik ileti gönderilmesinin doktrinde, başlı başına saldırgan satış yöntemi olarak değerlendirilebileceğini savunan yazarlar bulunmaktadır¹⁸⁴. Bu görüşe göre, kişisel verilerin pazarlama ve reklam amaçlı kullanıldığı ve kullanıcıların çevrimiçi hareketleri ile şekillenen satış tekniklerinin arttığı günümüzün koşullarında, kullanıcıların kişiselleşmiş reklamlara eğiliminin artmasıyla birlikte, satıcılar kimi zaman kullanıcıların kişisel verilerini, internet siteleri vasıtasıyla toplamaktadırlar. Hatta satıcılar, kullanıcıların alışveriş alışkanlıklarını çerezler vasıtasıyla biriktirmektedirler¹⁸⁵ ve daha sonra bu çerezler vasıtasıyla yaratılan algoritmalara dayanan, kullanıcı özelinde daha fazla kişiselleştirilmiş olan ticari elektronik iletileri, alıcı gruplarına pazarlama ve reklam amaçlı iletmektedirler.

Bu yöntemle gönderilen elektronik iletiler, kullanıcı davranışları doğrultusunda şekillenen kişiselleştirilmiş iletiler oldukları için de oldukça gerçekçi, ihtiyaca yönelik ve ikna edicidir. Hatta bazen bu iletilerin içeriğinde korku ve tehdit unsurları da olabilir ve böyle bir durumda, tüketiciye iletilen elektronik ileti; tüketiciyi köşeye sıkıştırmakta, hatta kimi zaman tüketicinin seçim yapma, karar alma özgürlüğünü de zedelemektedir. Böyle bir durumda karar alma özgürlüğü zedelenen tüketici de kararını saldırgan satış yöntemlerinin kendini yönlendirdiği doğrultuda verecektir¹⁸⁶. Zira “saldırgan satış yöntemleri” ile özel alanına tecavüz edilen tüketiciler kendilerine kişiselleştirilmiş elektronik iletiler gönderildiğinde savunmasızlardır¹⁸⁷.

¹⁸³ Firdevs Savaş, “Reklam Vasıtasıyla Ortaya Çıkan Saldırgan Ticari Uygulamalar”, **Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi**, C. 18, S. 2, Y. 2017, s. 243.

¹⁸⁴ Barış Bıdık, “İnternet Yoluyla Haksız Rekabet”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 10, S. 110, Ekim 2015, s. 53; Güven, **Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Koruduğu Menfaatler**, s. 91.

¹⁸⁵ Keser Berber, s. 21.

¹⁸⁶ Budak, s. 80.

¹⁸⁷ Güven, **Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Koruduğu Menfaatler**, s.79.

Bu görüş kabul edildiğinde, ticari elektronik iletilerin kullanıcılara gönderilmesi kapsamında haksız rekabetin gündeme gelmesi konusunda incelenmesi gereken bir diğer husus da, iletilerin gönderilmesindeki ısrarcılıktır. Ticari elektronik iletilerin kullanıcılara gönderilmesinde, mevzuattan doğan yükümlülöklere aykırı hareket edilmese, tüm kurallara uyularak kullanıcılarla iletişime geçilse bile bu iletilerin gönderilme sıklığı, iletilerin gönderilmesi konusundaki ısrarcılık da saldırgan satış yöntemi olarak kabul edilir ve bu durumda elektronik iletinin gönderilmesi haksız rekabet teşkil edecektir¹⁸⁸.

Buna karşılık doktrinde yalnızca elektronik ileti gönderilmesinin saldırgan satış yöntemi kapsamında değerlendirilmemesi gerektiğini savunan yazarlar da bulunmaktadır¹⁸⁹. Buna göre; hem Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliğı¹⁹⁰ Ek-B’de sayılan uygulamalar hem de TTK m. 55/1/a-8’in gerekçesi göz önünde bulundurulduğunda, tek başına alıcılara ticari elektronik ileti gönderilmesi “*saldırgan*” bir uygulama olarak kabul edilmemelidir. Bunun en önemli sebebi, TTK m. 55/1/a-8’in ana unsurunun “satış yöntemi” olması nedeniyle satış yönteminin saldırganlığının değerlendirmesi yapılarak karar verilmesinin uygun olacağı düşüncesidir. Fakat elektronik posta yoluyla reklam yapılması, bir satış yöntemi değildir¹⁹¹. Zira reklam, sadece satışa yardımcı olan bir araçtır. Bu reklamın yapılmasında bir yöntem olarak de elektronik iletinin kullanılması söz konusudur. Ayrıca TTK m. 55/1/a-8’in TTK’ye eklenmesinde esinlenilen İsviçre Haksız Rekabet Kanunu¹⁹² m. 3.1.h’de “*özellikli/nitelikli*” saldırgan satış yöntemleriyle müşterinin karar verme özgürlüğünün sınırlandırılmasından söz edilmektedir ve TTK m. 55/1/a-8’in gerekçesinde¹⁹³ de “*özellikle*” ifadesinin kullanılması ile yukarıda da bahsedildiğı üzere saldırganlığın ağırlığı nitelendirilmektedir. Bu nedenle yalnızca “*özellikli ve nitelikli*” davranışlarla müşterinin karar verme özgürlüğünün sınırlandırılması

¹⁸⁸ Ülgen/ Helvacı/ Kaya/ Nomer Ertan, s. 588.

¹⁸⁹ Pınar, Reklam ve Satış Yöntemlerine İlişkin Haksız Rekabet Halleri, s. 141; Nomer Ertan, **Haksız Rekabet Hukuku**, s. 283.

¹⁹⁰ R.G., 10.01.2015 - S. 29232.

¹⁹¹ Pınar, Reklam ve Satış Yöntemlerine İlişkin Haksız Rekabet Hâlleri, s. 141; Gürel, s. 173; Güven, “Saldırgan Satış Yöntemleri ve Reklamlar”, **Erzurumluoğlu Armağanı**, Ankara Barosu Yayınları, 2012, s. 403.

¹⁹² *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19.12.1986*.

¹⁹³ Bkz. TTK m. 55.1.a.8’e ilişkin Gerekçe, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), TBMM Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 96, s. 90 (<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss96.pdf> , Erişim tarihi: Mayıs 2022).

durumunda saldırgan satış yönteminin kullanıldığı bir haksız rekabet halinden bahsedilebilecektir. Bu durumda, beklenmedik bir anda müşteriye satış yapılmaya çalışılması (yoldan bir müşterinin zorla çevrilerek satış yapılması gibi) “saldırgan satış yöntemi” olarak değerlendirilebilecekken¹⁹⁴ reklamda böyle bir durum söz konusu değildir. Zira elektronik iletiyi alan alıcı, iletinin içeriğine dahi bakmaksızın gelen kutusundan ilgili iletiyi kolayca, herhangi bir korku, utanma gibi bir duyguya kapılmaksızın, silebilir ya da cevapsız bırakabilir¹⁹⁵.

Biz de bu görüşe katılıyoruz ve ticari elektronik ileti gönderilmesinin bir satış yöntemi olmayıp sadece bir reklam faaliyeti olması nedeniyle sadece elektronik ileti göndermenin TTK m. 55/1/a-8 kapsamında haksız rekabet oluşturmayacağını düşünüyoruz. Ayrıca ticari elektronik iletiyi alan bir müşterinin, gelen kutusundan ilgili iletiyi üzerinde herhangi bir baskı hissetmeksizin silebileceği görüşüne de katılıyoruz. Bu yönüyle bir reklam faaliyeti olarak potansiyel alıcılara ticari elektronik ileti gönderilmesi; hem bir satış yöntemi olmaması hem de nitelikli saldırganlık içermemesi yönleriyle TTK m. 55/1/a-8 kapsamında değerlendirilemeyecektir.

Fakat doktrinde bizim de katıldığımız *Okan*’ın savunduğu görüş kapsamında, spamler saldırgan satış yöntemi olarak kabul edilmese dahi haksız bir ticari yöntem olarak uygulanmışsa TTK m. 54’te düzenlenen genel hüküm kapsamında haksız rekabet olarak değerlendirilecektir¹⁹⁶. Fakat bu görüş doktrinde bazı noktalardan *Savaş* tarafından eleştirilmiştir¹⁹⁷. İlgili eleştiri kapsamında her ne kadar saldırgan reklam içeriğine sahip bir ticari elektronik iletinin gönderilmesi TTK m. 54 kapsamında değerlendirildiğinde rekabet düzeni ve tüketiciler korunabilecek olsa da, TTK m. 54 kapsamında bir değerlendirme yapılması gerektiğinde somut olayın koşullarının dürüstlük kuralına uygunluğunun da incelenmesi gerekeceği hatırlatılmıştır. Bu görüş doğrultusunda saldırgan reklam içeriğine sahip bir ticari elektronik iletinin gönderilmesi TTK m. 55/1/a-8 kapsamında saldırgan satış yöntemi olarak değerlendirildiğinde daha etkin bir koruma sağlanabilecektir. Her ne kadar tüketicilerin daha etkin bir şekilde korunması açısından konu değerlendirildiğinde

¹⁹⁴ Pınar, Reklam ve Satış Yöntemlerine İlişkin Haksız Rekabet Halleri, s. 141.

¹⁹⁵ Okan, Saldırgan Satış Yöntemlerine Karşı Tüketicilerin Korunması, s. 104.

¹⁹⁶ Okan, Saldırgan Satış Yöntemlerine Karşı Tüketicilerin Korunması, s. 80.

¹⁹⁷ Savaş, s. 241-242.

Savaş'ın görüşü savunulabilir olsa da TTK m. 55/1 a-8 hükmünün uygulanması için gerekli olan maddi koşulların saldırgan reklam içeriğine sahip bir ticari elektronik iletinin gönderilmesinde oluşmadığını düşünüyoruz. Zira yukarıda da açıkladığımız üzere bir reklam faaliyetinin satış yöntemi kapsamında değerlendirilemeyeceği ve alıcıların herhangi bir baskı altında kalmadan bu iletileri gelen kutularından kolaylıkla silebilecekleri hükmün kapsamını incelerken göz ardı edilmemelidir. Ayrıca bu iletilerin gönderilmesinin haksız rekabet teşkil edip etmediği zaten her koşulda TTK m. 54 kapsamında incelenerek etkin koruma sağlanabilecektir.

2.2.4.2. İş Şartlarına Uymama

TTK m. 55/1/e'de, özellikle kanun veya sözleşmeyle, rakiplere de yüklenmiş olan veya bir meslek dalında veya çevrede olağan olan iş şartlarına uymayanların; dürüstlüğü aykırı davranmış olduğunu düzenlenerek, iş şartlarına uymama yoluyla haksız rekabetin gerçekleşmesi hali tanımlanmıştır¹⁹⁸.

Türk haksız rekabet hükümlerinin düzenlenmesinde esinlenilen İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nun 7. maddesi¹⁹⁹ dikkate alındığında, "*Arbeitsbedingungen*" yani "*Çalışma Şartları*" ifadesinin işletmeler için öngörülen bütün kuralları kapsamaz işçi ve işveren arasındaki ilişkileri, iş hukukuna ait düzenlemeleri (normları) kapsayacak şekilde daha dar yorumlanmıştır²⁰⁰. Öte yandan Türk hukukunda ise "*iş şartlarına uymama*" hükmü çok geniş yorumlanmış ve işletmelere getirilen, rakiplerin uymakla yükümlü olduğu tüm kurallara, yasal yükümlülöklere uyulmaması durumu, haksız

¹⁹⁸ Karahan, s. 236.

¹⁹⁹ Gürel s. 175, dipnot 83 (Örneğin bkz. U. Wickihalder, Basler Kommentar Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), (Hrsg. R. M. Hilty/R. Arpagus), Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2013, Art. 7, N. 3 vd.; P. Jung, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), (Hrsg. P. Jung/P. Spitz), Bern, Stämpfli Verlag, 2010, § 7, N. 2; R. A. Heizmann, Wettbewerbsrecht II Kommentar (Hrsg. M. Oesch/R. H. Weber/R. Zäch), Zürich, Schulthess Verlag, 2011, UWG Art. 7, N. 3.)

²⁰⁰ Bu kapsamda İsviçre Haksız Rekabet Kanunu m. 7'nin uygulama alanının asgari ücrete, izin ve çalışma sürelerine, iş güvenliğine ilişkin düzenlemeleri kapsadığı söylenebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz; Nomer Ertan, **Haksız Rekabet Hukuku**, s. 338.

rekabet olarak değerlendirilmiştir²⁰¹²⁰². Bu hüküm doğrultusunda, aynı iş şartlarına tabi olan kişiler, bu iş şartlarına aykırı davranarak, hem o iş şartlarını öngören düzenlemeleri ve hükümleri ihlal etmiş olurlar hem de bu fiilleriyle rakiplerinin önüne dürüst olmayan bir şekilde geçtikleri için bu eylemleri haksız rekabet olarak değerlendirilir²⁰³. Örneğin, bir işletmenin Atık Yönetim Yönetmeliği²⁰⁴’ne aykırı olarak boş şişeleri toplayıp yeniden doldurması²⁰⁵ ya da Kozmetik Yönetmeliği²⁰⁶’ne aykırı olarak ürünü Türkçe kullanma kılavuzu bulunmaksızın piyasaya sürmesi²⁰⁷ bu kapsamda değerlendirilebilir.

İş şartlarına uymama nedeniyle haksız rekabetin gerçekleşmesi için bir kişinin rakipleri gibi uymakla yükümlü olduğu iş şartlarına uymaması sonucunda rakiplerinin önüne haksız bir şekilde geçmesi yeterlidir. Böyle bir durumda iş şartlarına uymayan kişinin haksız bir kazanç ya da avantaj elde edeceği varsayım olarak kabul edilir ve somut olarak haksız bir kazanç elde etmesi şart olarak aranmaz²⁰⁸. Bu durumda haksız rekabetin gerçekleşmesi için zarar şartı aranmayıp, zarar tehlikesinin varlığı yeterlidir²⁰⁹. Ayrıca iş şartlarına aykırı hareket edilmesi nedeniyle açılacak haksız

²⁰¹ Zeynelabidin Poyraz, **İş Şartlarına Uymamak Suretiyle Haksız Rekabet Hali**, Ağustos 2011, s. 64-65; M. Fatih Arıcı, “Haksız Rekabet”, **Yürürlüğünün 5.Yılında Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu 20 Ekim 2017**, Editör: Abuzer Kendigelen, Ocak 2018, s. 13; Abuzer Kendigelen, **Hukukî Mütalaalar**, C.14: 2014-2016, B.1, İstanbul, Şubat 2018, s. 123.

²⁰² 11. HD. 2016/12821 E. 2017/6321 K. sayılı ve 20.11.2017 tarihli kararı, (www.kazanci.com); 11. HD. 2017/3603 E. 2019/358 K. Sayılı ve 15.01.2019 tarihli kararı (www.kazanci.com).

²⁰³ Bkz.; Teoman, **Yaşayan Ticaret Hukuku (Hukukî Mütalâalar)**, C. 2: 1992-1999, 2. Yeniden ve Aynen Dizilmiş Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011, s. 2405; Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, s. 362.Karayalçın, s. 465; Bozer/Göle, s. 230.

²⁰⁴ R.G., 2.14.2015 - S. 29314.

²⁰⁵ Yargıtay 11. HD, 26.02.2015, E. 1999/1155, K. 1999/1574 Kararın tamamı için bkz.; Ömer Teoman, **Yaşayan Ticaret Hukuku**, Hukukî Mütalâalar, C. 2: 1992-1999, 2. Yeniden ve Aynen Dizilmiş Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011, s. 2419 vd.

²⁰⁶ R.G., 23.5.2005, - S. 25823.

²⁰⁷ Yargıtay 11. HD 2012/14895 E., 2013/14465 K. Sayılı ve 08.07.2013 tarihli. (Kaynak: Gürel, (2017), s. 174).

²⁰⁸ Nomer Ertan, **Haksız Rekabet Hukuku**, s. 283.

²⁰⁹ Yargıtay 11. HD 26.06.2013 tarihli ve E. 2012/15770 K. 2013/13387 Sayılı kararı bu iş şartlarına aykırılık durumunda haksız rekabetin tespiti konusunda örnek olarak verilebilir. İlgili davada, davacı İstanbul’daki ekmek üreticilerinin haklarını korumak üzere kurulmuş bir dernektir ve davalı da ruhsatı ve ekmek üretim izni olmadan ekmek üretimi yapmaktadır. Davacı, davalının bu durumunun iş şartlarına uymamak suretiyle haksız rekabete sebep olduğunu ileri sürerek haksız rekabetin tespitini, önlenmesini ve haksız rekabet nedeniyle ortaya çıkan sonucun ortadan kaldırılmasını talep ve dava etmiştir. Mahkeme olayda, iş şartlarına uyulmamasının haksız rekabet teşkil ettiğine ve davacı derneğin TTK 58. maddesi gereğince bu durumun tespitini ve önlenmesini isteme hakkına sahip olduğuna karar vermiştir ve bu karar Yargıtay’ca onanmıştır. Pekdinçer’e göre, kararda davacı derneğin üyelerinin ne derece zarar gördüğünün tartışılmaması, derneğin tazminat davası açamayacak olması açısından isabetli olmuştur. (Remzi Tamer Pekdinçer, **Haksız Rekabet ve Marka Hukukuna İlişkin Bilirkişi Raporları ve Mütalaalar**, Şubat 2015 s.343-344.) Ayrıca zararın boyutunun tartışılmaması, iş şartlarına

rekabet davalarında davacı ve davalının aynı sektörden olması, aynı alanda faaliyet göstermesi, birbirlerinin rakibi durumunda olmaları da gerekmecektir. Zira TTK m. 54 kapsamında haksız rekabet hükümlerinin amacının bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması olduğu göz önünde bulundurulduğunda sadece rakiplere bu davayı açma imkanı sağlanması hükmün amacına aykırı olacaktır²¹⁰.

Yargıtay ve öğretide çoğunluk görüş doğrultusunda, ticari elektronik iletilerin müşterilere gönderilmesinde meydana gelebilecek haksız rekabet durumları incelendiğinde, ilk değinilmesi gereken konu kişiselleştirilmiş elektronik iletilerdir. Günümüzde reklamların kişiselleştirilebilmesi amacıyla kullanıcıların kişisel verileri elektronik ortamda işlenmekte ve kullanıcıların bir nevi davranış haritaları ilgili verilerin işlenmesiyle kolaylıkla ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle elektronik ortamdaki faaliyetleri için işletmeler 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda yer alan veri işleme şartlarına, ilkelerine uygun hareket etmelidirler. Bu kuralların rakiplerin uymakla yükümlü oldukları iş şartlarından olduğu kabul edildiğinde bu kuralların ihlali haksız rekabet teşkil edecektir²¹¹.

Ticari elektronik iletilerin gönderilmesinde işletmelerin uymaları gereken bir diğer düzenleme de Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliğidir. Yönetmeliğin 22. maddesi kapsamında örtülü reklam yasaklanmıştır²¹². Bu kapsamda alıcı gruplarına ilgili yönetmelik kapsamında reklam gibi görünmeyen fakat reklam amacı taşıyan ticari elektronik iletilerin gönderilmesi de bir satıcının uyması gereken iş şartlarına uymaması nedeniyle rakiplerinin önüne haksız bir şekilde rekabette öne geçmesini sağlayacaktır.

uymama durumunun haksız rekabet teşkil etmesi için fiilin ve zarar tehlikesinin yeterli olduğunu gösterir niteliktedir.

²¹⁰ Ömer Teoman, "İş Yaşamı Koşullarına Uymamaya Dayalı Haksız Rekabet Davası (TTK m. 57, Bent 10) Sadece Rakipler Tarafından mı Açılabilir?", **Otuz Yıl Ticaret Hukuku -Tüm Makalelerim- C. 2**, 1982- 2001, Şubat 2001, İstanbul, s. 481; İlhami Güneş, **Uygulamada Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları Haksız Rekabet Davaları**, 5. Baskı, Ankara, Mart 2018, s. 373.

²¹¹ Hayriye Dilara Abbasoğlu, **Sosyal Medya Reklamcılığında Haksız Rekabet**, Seçkin Yayıncılık, B. 1, Ankara, 2021, s. 94.

²¹² Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliğidir. Yönetmeliği m. 22 "*Her türlü iletişim aracında sesli, yazılı ve görsel olarak örtülü reklam yapılması yasaktır.*"

Yukarıdaki açıklamalarda özellikle üzerinde durulan ve ticari elektronik iletilerin gönderilmesindeki temel kuralları belirleyen kanun ETDHK'dir. Kişiselleştirilmiş olup olmadığı fark etmeksizin bir ticari elektronik ileti gönderilmesi söz konusu olduğunda mutlaka ETDHK'de düzenlenen ticari elektronik ileti gönderme şartları dikkate alınmalıdır. Bu kapsamda, ETDHK'ye uygun olmayan bir şekilde alıcılara ticari elektronik ileti gönderen işletmeler; iş şartlarına uymamış sayılacaktır ve işletmelerin bu eylemleri haksız rekabet olarak kabul edilebilecektir.

Örneğin, incelendiği üzere²¹³ ETDHK'nin düzenlediği ticari elektronik ileti gönderme kuralları kapsamında tacir olmayan kişilere gönderilen ticari elektronik iletiler için izin sistemi, tacirlere gönderilenler içinse red sistemi belirlenmiştir. Ayrıca ETDHK m. 8 doğrultusunda da ticari elektronik iletilerin muhatabı olan alıcının istediği zaman herhangi bir gerekçe dahi bildirmeksizin kendine artık bu iletilerin gönderilmemesini isteme ve ticari elektronik iletilerin kendine gönderilmesine ilişkin onayını geri çekme hakkı bulunmaktadır. Bu kapsamda bir işletmenin bu düzenlemelere aykırı bir şekilde onayı olmayan alıcılara ticari elektronik ileti gönderilmesi suretiyle reklam ve tanıtım faaliyetlerini yapmaya devam etmesi, hem ETDHK'ye aykırı olacaktır hem de rakiplerinin ulaşamadığı potansiyel alıcı olabilecek kullanıcılarla iletişimde kalması o işletmeyi rekabette rakiplerinin önüne haksız bir şekilde geçirecektir. Burada kendisine ticari elektronik iletiler gönderilen alıcının, bu reklamlar doğrultusunda kararını değiştirmesi ve diğer rakiplerin ürünleri yerine kendine ETDHK'ye aykırı ulaşan kişiye yönelmesi ya da yönelmemesi haksız rekabetin oluşması kapsamında bir değişiklik meydana getirmeyecektir.

Doktrinde kullanıcıların önceden rızasını almadan onlara elektronik iletilerin (ilanların, mesajların, davetiyelerin, reklamların) gönderilmesini saldırgan satış yöntemi olarak değerlendirerek, bu iletilerin gönderilmesinin haksız rekabet teşkil ettiğini savunan görüşler bulunmaktadır²¹⁴. Kanaatimce alıcının rızası olmaksızın bu iletilerin gönderilmesi, TTK m 55/1/a-8 kapsamında değil TTK m. 55/1/e kapsamında

²¹³ Ayrıntılı bilgi için bkz.; s. 26.

²¹⁴ Nomer Ertan, Haksız Rekabet, s. 246; Ülgen/ Helvacı/ Kaya/ Nomer Ertan, s. 587.

haksız rekabet hali olarak değerlendirilmelidir. Zira burada ön plana çıkan asıl unsur işletmelerin uymaları gerek iş şartlarına uymamasıdır. Buna karşılık, saldırgan satış yönteminin varlığı nedeniyle haksız rekabetin oluşup oluşmaması, iletinin içeriğine bağlıdır.

Tüm bu düzenlemelere ek olarak Türk hukukunda belirli meslek ve faaliyetler bakımından ya da belirli ürünler bakımından reklam yasaklarının bulunduğunu da unutmamak gerekir ve bu yasaklara uygun hareket edilmemesi durumunda da haksız rekabetin vuku bulması kaçınılmaz olacaktır. Zira reklam yasağı hakkında spesifik bir düzenlemenin söz konusu olduğu bir durumda, bu kuralların var olduğu bir meslek grubunda olan²¹⁵ ya da bu kuralların var olduğu ürünleri²¹⁶ ilgilendiren bir faaliyet alanında çalışan bir işletmenin, ilgili kurallara uymaması kendi alanına özgü olarak düzenlenen meslek kurallarına aykırı davrandığını gösterecektir. Aynı zamanda da bu düzenlemeye aykırı davranışlar, failin kendiyle aynı alanda ya da meslek dalında yer alan rakiplerine nazaran rekabette daha üstün konuma geçmesini sağlayacaktır.

2.2.4.3. Karşılaştırma

Karşılaştırmaya sebep olma suretiyle alıcılara elektronik ileti gönderilmesi de bir haksız rekabet hali olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira TTK m. 55/1 a-5 kapsamında *“Kendisini, mallarını, iş ürünlerini, faaliyetlerini, fiyatlarını, gerçeğe aykırı, yanıltıcı, rakibini gereksiz yere kötileyici veya gereksiz yere onun tanınmışlığından yararlanacak şekilde; başkaları, malları, iş ürünleri veya fiyatlarıyla karşılaştırmak ya da üçüncü kişiyi benzer yollardan öne geçirmek”* haksız rekabet hali olarak

²¹⁵ Meslek ve faaliyetler bakımından mevzuatta düzenlenen bir takım reklam yasaklarına; 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu m. 5, 1512 Sayılı Noterlik Kanunu m. 50/2, 3568 Sayılı Serbest Meslek Muhasebeci, Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu m. 45/5, 1219 Sayılı Tababet Ve Şubâtı Sanatların Tarzı İcrasına Dair Kanun m. 24 (hekimler bakımından reklam yasağı) 5580 Özel Öğretim Kurumları Kanunu m. 11/3, 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu m. 80/f, m. 60, m. 150/2, 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu m. 7/3, m. 100/1-2, 5684 Sayılı Sigortacılık Kanunu m. 32/1, 1618 Sayılı Seyahat Acenteleri ve Seyahat Acenteleri Birliği Kanunu m. 19, 2634 Sayılı Turizmi Teşvik Kanunu: Turizm Alanındaki Reklamlar m. 16/1 örnek olarak verilebilir.

²¹⁶ 1262 Sayılı İspençiyari Ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu m. 13, Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği m. 26 kapsamında düzenlenen, İlaçlar Bakımından Reklam Yasağı, 4250 sayılı İspirto ve İspirtolu İçkiler İnhisarı Kanunu m.6, 4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun m. 17/3-5, 2011 tarihli Yayın Hizmeti Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 12. Maddesi kapsamında düzenlenen alkollü içecekler ya da reçeteye tabi ilaçlar gibi bazı ürünlerin ticari iletişimine ilişkin kurallar örnek olarak verilebilir.

düzenlenmiştir. Bu madde ile karşılaştırmanın “yanlış”, “yanıltıcı”, “kötüleyici”, “sömürücü” olduğu reklamların haksız rekabet teşkil edebileceği belirtilmiştir²¹⁷. Ayrıca hüküm kapsamında kural olarak karşılaştırma yoluyla üçüncü kişinin benzer şekillerde öne geçirilmesi tek başına haksız rekabet teşkil etmeyecektir çünkü hakkaniyete uygun ve somut verilere dayanan bir karşılaştırma tüketiciye hizmet eden, yerinde bir karşılaştırma olarak değerlendirilir²¹⁸.

Elektronik iletiler de ticari reklam özelliği taşıdığı için bir diğer incelenmesi gereken mevzuat Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği’dir. İlgili Yönetmeliğin m. 4/1-ğ hükmünde, karşılaştırmalı reklam *“tanıtımı yapılan mal veya hizmete ilişkin hususlarla aynı amaca ya da aynı ihtiyacı karşılamaya yönelik rakip mal veya hizmetlere ilişkin hususların karşılaştırıldığı reklamlar”* olarak tanımlanmıştır.

Elektronik ileti gönderilmesiyle yapılacak bu karşılaştırmalar, bir işletmenin spesifik bir marka ya da diğer işletmeyle kendi işletmesini karşılaştırması şeklinde olabileceği gibi²¹⁹, bir işletmenin kendi ürününü ya da markasını spesifik bir marka ya da ürüne işaret etmeksizin tüm rakipleriyle karşılaştırması şeklinde de olabilir²²⁰. Hatta bu karşılaştırmayı açık bir şekilde yapabileceği gibi üstü kapalı, örtülü bir şekilde de yapabilir²²¹.

Bu hal bir örnek üzerinden açıklanacak olursa, elektronik iletiyi gönderen bir klima üreticisinin, tüketicilere gönderdiği iletide, klimasının satışını yapabilmek için reklam olarak, *“Toshiba olmamasına rağmen Toshiba kadar iyi”* sloganını kullanması, 1939’dan beri dünya çapında tanınırlığı olan bir Japon markası üzerinden, hiç bir karşılık vermeden, haksız bir şekilde kendi ürününün reklamını yapması

²¹⁷ Karahan, s. 221.

²¹⁸ Ülgen/ Helvacı/ Kaya/ Nomer Ertan, s. 580.

²¹⁹ (Çevrimiçi) <http://www.egmcartech.com/2006/08/03/bmw-audi-and-subaru-take-stabs-at-each-other/> (Erişim Tarihi Ekim 2022)

²²⁰ Ergün Özsunay, “Karşılaştırmalı Reklamlar”, **Uluslararası Reklam Hukuku Sempozyumu** (8-9 Mayıs 2008), İstanbul, Ağustos 2009, s. 163

²²¹ Asuman Yılmaz, “Türk Ticaret Kanunu’na Göre Karşılaştırmalı Reklamlarda İtibardan (Tanınmışlıktan) Gereksiz Yere Yararlanma Yasağı”, **BATİDER**, C. 33, S. 2, Haziran 2017, s. 51; Erdoğan Moroğlu, “Karşılaştırmalı Reklam ve Yargıtay Kararları”, **Makaleler**, Kasım 2010, s. 205.

anlamına gelecektir. Böyle bir durumda tanınırlığı bu derece yaygın bir markanın prestijinden herhangi bir karşılık vermeksizin, reklamında karşılaştırma yoluyla yararlanan rakip teşebbüsün müşterilerine ilettiği elektronik iletinin içeriğinin haksız rekabet teşkil ettiği açıktır. Bu örnekten de anlaşılacağı gibi karşılaştırmalı reklamların yapılması TTK kapsamında haksız rekabet olarak değerlendirildiği için bu elektronik iletinin de alıcılara gönderilmesi haksız rekabet teşkil edeceği konusunda bir tereddüt yoktur²²².

Genel yapılan karşılaştırmalara örnek olarak Yargıtay kararına konu olan akaryakıt ana dağıtım şirketi BP ile ilgili karar verilebilir. İlgili kararda Yargıtay, *“BP’de yakıt mükemmel çünkü katık mükemmel”, “yepyeni bir kalorifer yakıtı”* sloganları ile elektronik ileti gönderilmesi de dahil olacak şekilde çeşitli mecralarda pazarlama faaliyetlerini yürüten BP’nin bu sloganlarının doğruluğunu ispatlamak zorunda olduğunu belirtmiştir. Yargıtay, bu sloganların doğruluğunu ispat için BP’nin sadece TSE standartlarına uygun üretim yaptığını kanıtlamasının yeterli olmayacağını, akaryakıt ürünlerine eklenen katkıların ne oranda iyileştirici fark yarattığını bilimsel bir şekilde ortaya koyması gerektiğini de eklemiştir. Bu nedenle BP’nin bu sloganlarla pazarlama yapmasının TTK m. 55/1 a-5 kapsamında haksız rekabet teşkil ettiğine hükmetmiştir²²³.

Tüm bu açıklamalar göz önünde bulundurulduğunda, kötüleme içeren ticari elektronik iletilerin haksız rekabet teşkil ettiğini söylemek yerinde olacaktır.

2.2.4.4. Kötüleme

TTK m. 55/1/a-1’de başkalarını veya onların mallarını, iş ürünlerini, fiyatlarını, faaliyetlerini veya ticari işlerini yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici açıklamalarla kötülemenin haksız rekabet olduğu düzenlenmiştir. Bu doğrultuda düzenleme kapsamında şunlar saptanabilir;

²²² Ünal Öztürk, s. 83.

²²³Nomer Ertan, **Haksız Rekabet Hukuku**, s. 288.

1. Kötüleyici yorumlar, beyanlar gerçek olsa dahi, bu yorumların ve beyanların gereksiz yere incitici olmaları halinde haksız rekabet gündeme gelebilir²²⁴.
2. Kötülemenin haksız rekabet oluşturabilmesi için karşı tarafın ürününün, hizmetinin, markasının ya da işletmesinin küçük düşürülmesi, karalanması gerekir²²⁵.
3. Her olumsuz açıklamanın değil, belirli bir ağırlıkta olan açıklamaların kötüleme olarak nitelendirilmesi gerekir²²⁶.
4. Yapılan yorumlar ya da müşteri beyanları olumsuz olabilir. Fakat bu olumsuz ifadelerin, dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. Zira eleştiri hakkı olan tüketiciler, bu haklarını dürüstlük kuralı çerçevesinde kullanmalıdırlar²²⁷²²⁸.

Konu reklamlar ve elektronik iletiler bağlamında ele alındığında, öncelikli olarak belirtmek gerekir ki; günümüzde sıklıkla ticari işletmeler; ürünleri, markaları, hizmetleri üzerinden rakipleri, müşterileri ya da diğer üçüncü kişiler tarafından kötülenmektedirler ve bu kötüleme teşkil eden beyanlar, gelişen teknolojiyle çok hızlı bir şekilde yayılmaktadır²²⁹. Hatta uygulamada bazen rakipler kendilerini tüketici gibi gösterip birbirlerinin işletmelerini de kötülemektedirler²³⁰. Bu kötüleyici yorumlarını rakiplerinin internet sitelerinde, tüketicilerin ortak görüşlerini paylaştıkları platformlarda ya da çevrimiçi satış platformlarında vb. yapabilmektedirler.

Bu kapsamda; Yargıtay kararları arasından örnek vermek konunun açıklanabilmesi için daha uygun olacaktır. Uyuşmazlığa konu davada davalı; kendi gibi tıbbi malzemeler satan rakibi olan davacı aleyhinde daha önce gerçekleşen ve basına yansıyan suç kovuşturması haberlerini, davacının müşterilerine elektronik posta

²²⁴ Pekdinçer, s. 97, Bozer/ Göle, s. 216, Ayhan / Özdamar / Çağlar, s. 362, Abbasoğlu, s. 105.

²²⁵ Nomer Ertan, **Haksız Rekabet Hukuku**, s 140.

²²⁶ Fülürya Yusufoglu, “Eleştiri Hakkı Işığında Rakip Olmayanların Beyanlarının Haksız Rekabet Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan**, İstanbul, Ocak 2017, s. 856.

²²⁷ N. Füsün Nomer Ertan, Haksız Rekabet, **Yürürlüğünün 7. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu III 18 Ekim 2019**, İstanbul, Ocak 2020, s. 23.

²²⁸ Her ne kadar tüketicilerin eleştiri hakkı bulunsu da içeriğin doğru olmadığı ispatlanan açıklamalar haksız rekabet teşkil edecektir; Yusufoglu, “Eleştiri Hakkı Işığında Rakip Olmayanların Beyanlarının Haksız Rekabet Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, s. 824.

²²⁹ Nomer Ertan, Haksız Rekabet, **Yürürlüğünün 7. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu III 18 Ekim 2019**, s. 24.

²³⁰ Özdemir, , s. 72.

olarak göndermiştir. Somut olayı inceleyen Yargıtay, bu eylemin, davacıyı zarara uğratmak maksatlı, dürüstlük kurallarına uymayan bir fiil olduğunu değerlendirerek; eylemin “kötüleme” yoluyla haksız rekabet teşkil ettiğine karar verilmiştir²³¹.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin incelediği bir davada, davacı vekili, son zamanlarda görsel basında ve medyada ortaya çıkan ve zehirli olarak adlandırılan ayakkabıların fotoğraflarının, davalı tarafından sosyal paylaşım sitesi www.facebook.com adlı internet sitesinde *"Dishe Bayan Ayakkabı"* profil adı altında paylaşıldığını, bu paylaşımların altına yine davalı tarafından *"Deichmann'dan ayakkabı alanların sonu budur. Herkesi Türkiye'de üretilen ayakkabıları almaya davet ediyoruz"* şeklinde yorumlar yapıldığını beyan etmiştir. Bu nedenle davacı, davalının bu paylaşımlarının davacının iş ürünlerini kötülediğini, itibarını sarstığını ve bu nedenle haksız rekabet teşkil ettiğini iddia etmiştir. Yargıtay da somut deliller ışığında davalının, tüketicileri haksız bir şekilde etkileyerek kendi lehine haksız kazanç sağlamaya çalıştığı ve rakibi ve onun iş ürünleri hakkında yanlış, yanıltıcı ve kötüleme içerikli paylaşımlar yaptığı gerekçesiyle, davacı lehine karar vermiştir²³². Bu kararın yerinde olduğu kanaatindeyiz. Zira somut olayda davalının isnatlarında haklı olduğu bir senaryoda dahi hesabında davacının markasına ilişkin yaptığı bu yorumların gereksiz yere incitici olduğu ve her koşulda davacının markasını küçük düşüreceği ortadadır. Ayrıca bu beyanlar eleştiri ya da kamuyu aydınlatma amaçlı bir beyan olarak da değerlendirilemeyecektir. Davalının amacının davacının müşteri kitlesini kendine haksız bir şekilde çekmek ve davacının markasını ve ticari işletmesi karalamak olduğu açıktır.

2.2.4.5. Karıştırma

TTK m. 55/1/a-4 gereği, başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almak bir haksız rekabet halidir. Bu kapsamda bir malın dışardan bakıldığındaki görünüşünde ya da sesindeki benzerlik nedeniyle de ticaret unvanı veya markası bakımından da karıştırılmaya müsait olması bu kapsamda

²³¹ Yargıtay 11. HD. T. 10.01.2013, E. 2011/15161, K. 2013/488, Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: Mayıs, 2022)

²³² Yargıtay 11. HD. 2016/5129 E., 2017/7334 K. 18/12/2017 (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml> (Erişim Tarihi: Ekim 2022)

değerlendirilebilir²³³. Örneğin, Coca Cola²³⁴ ile bir bağlantısı olmayan Adana'da şalgam üreticisi bir tacirin, ürünlerini Coco Cola ile arasında bir bağ olduğunu düşündürecek şekilde (Coca Cola'nın renklerini, tasarımını kullanmak gibi) paketlediğini düşünelim. Bu üretici, ürünlerinin fotoğrafının bulunduğu broşürü içeren elektronik iletiyi, Avrupa'daki bir meşrubat toptancısına göndererek satış teklifinde bulunduğunda, Avrupa'daki toptancı, Coca Cola ile bu şalgam markası arasında bir ortaklık olduğunu, iki markanın anlaştığını vb. düşünebilir. Böyle bir durumda toptancı nezdinde karıştırma gündeme gelebileceği için, Adana'daki üreticinin bu iletiyi göndermesinin haksız rekabet teşkil edeceği açıktır²³⁵. Kısacası bir işletmenin, başkasının tanınmış markasını, iş ürününü, hizmetini kendi işletmesinin tanıtımı için attığı elektronik iletilerde kullanması durumlarında, tüketiciler iki farklı işletme arasında bir bağlantı olduğunu düşünürse ya da böyle düşünülmesi tüketicilerden beklenebilirse bu noktada haksız rekabet gündeme gelecektir. Bu gibi durumlarda, uyuşmazlık mahkeme nezdinde değerlendirildiğinde, elektronik iletinin içeriğinin iltibasa yol açacak şekilde kullanıldığına kanaat getirilirse, karıştırmaya yol açan içeriğin kaldırılmasına ve bu içeriğin paylaşıldığı elektronik iletilerin durdurulmasına hükmedilir²³⁶.

²³³ Ayhan / Özdamar / Çağlar, s. 385.

²³⁴ Burada ticaret unvanı ve marka ile ilgili koruma imkanları bakımından bir ayırım yapılması gerekir. Zira TTK m. 52 bakımından bir tacirin, ticaret unvanı "ticari dürüstlüğe aykırı bir biçimde" bir başkası tarafından kullanıldığında, tacire sahibi olduğu bu hak üzerinde koruma imkanı tanır ve tacirin ticari unvanı ticari dürüstlüğe aykırı kullanıldığı için bir ortaya bir zarar çıkmışsa, bu zarara uğratanın kusurunun ağırlığına göre, tacir, ticari unvanı ticari dürüstlüğe aykırı kullanan diğer kişiden manevi tazminat dahi isteyebilir. Aynı şekilde marka eğer tescilli bir marka ise bu durumda SMK'deki özel hükümlerine göre marka korunacaktır ve yine aynı kanun doğrultusunda marka bir sınai hak olarak korunduğu için markası tecavüze uğrayan hak sahibi hem manevi tazminat talebinde hem de "itibar tazminatı" talebinde bulunabilecektir; ayrıntılı bilgi için bkz.; Ülgen/ Helvacı/ Kaya/ Nomer Ertan s. 422.

²³⁵ Ünal Öztürk, s. 84.

²³⁶ İlgili dava, Pozitif Müzik A.Ş. adına tescilli olan "Babylon" ibareli markanın davalı tarafından www.gardenbabylon.com isimli internet alan adını ve babylon ibaresini içeren elektronik posta adresini kullanmasına ilişkindir. Kararın ayrıntılı metni için bkz.; Yargıtay 11.H.D. T. 15.11.2013, E. 2013/12337, K. 2013/20651, (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: Mayıs, 2022)

2.3. Reklam Bantları (Banner)

2.3.1. Reklam Bantları (Banner) Kavramı

İşletmeler, kendilerine ya da bir başkasına ait web sitesinde reklam yapmakta özgürlerdir²³⁷. Başkalarına ait reklam sitelerinde reklam yayınlayacakları zaman genellikle reklam verdikleri sitenin üst köşelerinde banner (*“reklam bantları”*) kullanırlar²³⁸. Reklam bantları internet ortamındaki ilk reklam reklam verme şeklidir²³⁹ ve ilk kez, 1994 yılında www.wired.com sitesinde kullanılmıştır.

Reklam bantları genellikle görsel olarak hazırlanır ve bu görseller animasyon şeklinde, hareketli ya da hareketsiz olabilecekleri gibi reklam veren işletmenin adı, logosu ya da kısa bir mesajı olacak şekilde de tasarlanabilir²⁴⁰. Reklam bantları, reklamın verildiği web sayfasını ziyaret eden herkese aynı görünen sabit reklamlar şeklinde tasarlanabileceği gibi²⁴¹, internet sayfasını ziyaret eden herkese farklı görünen dönüşümlü ve anahtar sözcüklerin tetiklediği reklamlar olarak da tasarlanabilirler²⁴². Ayrıca reklam bantları, reklam verilen web sayfasının içinde yer alır, yani ayrı bir pencerede görünmez. Bu yönüyle reklam bantlarının yerleştirildikleri web sitelerinde bir nevi reklam panosu işlevi gördüğü söylenebilir²⁴³.

Reklam bantlarının asıl amacı; mal, hizmet, ürün ya da marka tanıtımı yapmaktır. Farklı boyutlardaki ya da yapılarıdaki internet sayfalarının, dikkat çekebilecek ve görünebilecek yerlerine yerleştirilen reklam bantları, bulundukları siteyi ziyaret edip ilgili görsele tıklayarak kullanıcıları, reklam verence belirlenen adrese

²³⁷ İnal/ Baysal, s. 7.

²³⁸ Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, “Elektronik Ortamda Haksız Rekabet”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S. 18, 2014, (s. 79-112), s. 102.

²³⁹ Steven E. Miller, **Civilizing Cyberspace: Policy, Power and the Information Superhighway**, ACM Press, 1996, Newyork, s. 26.

²⁴⁰ Okan, “İnternette Haksız Rekabet”, s. 128.

²⁴¹ Okan, **Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet**, s. 87.

²⁴² Okan, s. 134; Hamburg’da bulunan Landgericht Bölge Mahkemesinin 2000 yılında verdiği bir kararında arama motorları tarafından anahtar kelimelerin satılmasının haksız rekabet teşkil ettiğine hükmedilmiştir (MANN Roger, “Sale of Keywords: Trademark Violation, Unfair Competition or Proper E-Advertising?”, **European Intellectual Property Review**, Y. 2000, N. 8, s. 378, <https://dammmann.de/en/publications/prof-dr-roger-mann/>).(Erişim Tarihi: Mayıs, 2022)

²⁴³ Okan, **Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet**, s. 88.

yönlendiren linkleri barındırırlar²⁴⁴. Reklam bantları genellikle içine yerleştirildikleri sayfasının üst ve yan kısımlarında yer alırlar ve aslında ziyaret edilen sayfadan, reklam veren sayfaya bir nevi kolay ulaşım sağlayan butonlar gibi işlev görürler²⁴⁵.

Reklam bantlarının kullanımına ilişkin konuyu bir örnek üzerinden açıklamak daha anlamlı olacaktır. Örneğin; bir İtalyan menşeli çikolata şirketi olan Ferrero, çikolatanın çocuklar arasında popüler olmasından yola çıkarak satışlarını arttırmak ve müşteri kitlesini genişletebilmek amacıyla çocukların dikkatini çekmek isteyecektir. Bu noktada bir çizgi film kanalı olan Cartoon Network isimli çizgi film kanalın internet sayfasına erişen kitle, Ferrero'nun hitap ettiği ve erişmek isteyeceği bir kitle olarak karşımıza çıkacaktır. Bu durumda Ferrero şirketi, Cartoon Network'e ait internet sitesi olan (<https://www.cartoonnetwork.com.tr/>) adresinde yayınlanmak üzere, kendi reklamını vermesi, Ferrero'nun eriştiği kitleyi genişletebilmesi açısından yararlı olacaktır. Bu durumda reklamını, çizgi film kanalı olan Cartoon Network'ün internet sayfasına koyması karşılığında, internet sayfasının sahibi olan Cartoon Network'e belirli bir ücret ödemesi gerekecektir. Bunun karşılığında da reklam bantları, Cartoon Network'ün internet sitede yayınlanarak, siteyi ziyaret eden kullanıcıların dikkatini çekebilecektir. Reklam, bu kullanıcıların, Cartoon Network'ün internet sitesinde bulunan Ferrero'nun reklam bantlarını görmesi, bu bantlara tıklayarak Ferrero'nun sitesine ulaşması ve belki beğendiği ürünleri sipariş etmesi yoluyla Ferrero satışlarını ve tanınırlığını arttıracaktır. Bu sayede hem Ferrero hem de Ferrero'nun reklam bantlarını kendi internet sitesinde yayınlayan Cartoon Network yarar görecektir²⁴⁶.

Maliyetlerinin düşük olması, görsellerin müşteri kitlelerini etkileyecek şekilde tasarlanabilmesi, erişimlerinin kolay olması sebepleriyle günümüzde de hala reklam bantları yaygın bir şekilde kullanılmaktadır²⁴⁷. Ayrıca reklam bantları, hem reklam alan internet sayfası için ek bir gelir kaynağı olması nedeniyle hem de reklam verenin

Elektronik Ortamda İşlenen Haksız Rekabet Halleri,

²⁴⁴ Güzin Üçışık, "İnternet Üzerinden Yapılan Karşılaştırmalı Reklamlar ve Tüketicinin Korunması", 2. Tüketici Hukuku Sempozyumu Ses Çözümleri ve Makaleleri, Ankara, 2013, s. 585.

²⁴⁵ Kaplan, s. 104.

²⁴⁶ Ünal Öztürk, s. 87-88.

²⁴⁷ Okan, **Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet**, s. 90.

erişebileceği kitleyi genişletmesi nedeniyle hala yaygın bir şekilde kullanılan ve popüler olan bir reklam türüdür²⁴⁸.

2.3.2. Reklam Bantlarının (Banner) Haksız Rekabet Teşkil Ettiği Haller

Reklam bantları, reklam veren internet sayfası ve reklamın yerleştirildiği internet sayfası arasında kolay ulaşım sağlayan butonlar gibi olduğu için reklamı görüp tıklayan müşteri kitlelerini kolaylıkla reklam veren işletmenin kendi adresine yönlendirebilir. Bu nedenle reklam veren ve reklamın yerleştirildiği iki sayfayı birbirine bağlayan linklerin; doğru sayfalara yönlendirme yapması, yalnızca reklam veren sayfanın ürününün, malının, hizmetinin, markasının tanıtımını yapmaya yönelik olması ve reklam içeriğinin hukuka aykırı olmayacak şekilde düzenlenmesi gerekir²⁴⁹.

Bilindiği üzere; TTK m. 55/1/a-1 kapsamında; başkalarını veya onların mallarını, iş ürünlerini, fiyatlarını, faaliyetlerini veya ticari işlerini yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici açıklamalarla kötülemek haksız rekabet teşkil etmektedir. Bu noktada örneğin; reklam verilen sayfaya erişen bir kullanıcı, eğer reklam bandına tıkladığı zaman, reklam verenin bir rakibinin ürününün, markasının, hizmetlerinin kötülendiği ya da rakibinin ticari itibarının zedeleneyeceği içeriklerin bulunduğu bir internet sayfasına yönlendiriliyorsa, bu durumda kullanıcı, kötülenen işletme hakkında farklı fikirler edinecektir. Böylelikle de kullanıcının satın alma davranışları, eğilimleri etkilenecektir²⁵⁰. Şöyle ki; kullanıcılar rakibin ürününü almaktan vazgeçtiğinde ya da rakibe ilişkin farklı fikirler edindiğinde, ilgili reklam bandının kullanımıyla, kötüleme yoluyla haksız rekabetin oluşacağı ortadadır. Aynı şekilde reklam bantlarının reklamın yönlendirdiği internet sitesinde ya da reklamın içeriğinde yer alan ifadeler nedeniyle bir işletmenin rakibinin işletmesiyle karıştırılması yolunu açan ifadeler yer alıyorsa, ya da reklam bantlarının tasarlanış biçimi kullanıcılarda karıştırma yaratma ihtimalini gündeme getiriyorsa yine haksız rekabetin varlığı gündeme gelebilir. Zira TTK m.

²⁴⁸ Sosyal medya reklamcılığının gün geçtikçe popülerleşmesiyle, reklam bantları kullanılarak verilen reklamların tıklama oranları dramatik biçimde düşmüştür. Bu nedenle reklam vermek isteyen işletmeler, reklam bantlarına eskisi kadar yönelmemektedirler; Brandon R. Einstein, “Reading Between The Lines: The Rise Of Native Advertising And The FTC’s Inability To Regulate It”, **Brooklyn Journal of Corporate, Financial, Commercial Law**, Vol. 10, Issue 1, 2015, s. 23.

²⁴⁹ Özge Bosnalı / Büşra Özçelik, “İnternet Ortamında Haksız Rekabet”, **GSI Articleletter**, 2015, s. 56

²⁵⁰ Üçışık, s. 585.

55/1/a-4 kapsamında başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemlerin alınması haksız rekabet olarak değerlendirilmiştir.

Ayrıca TTK m.55/1/a-5'te karşılaştırmalara ilişkin *“Kendisini, mallarını, iş ürünlerini, faaliyetlerini, fiyatlarını, gerçeğe aykırı, yanıltıcı, rakibini gereksiz yere kötileyici veya gereksiz yere onun tanınmışlığından yararlanacak şekilde; başkaları, malları, iş ürünleri veya fiyatlarıyla karşılaştırmak ya da üçüncü kişiyi benzer yollardan öne geçirmek”* hükmü düzenlenerek, hükmün kapsamına giren durumların haksız rekabet teşkil edeceği belirtilmiştir. Bu kapsamda, reklam verenin, bir rakibinin ya da bir üçüncü kişinin ürünleri ile kendi ürünlerinin karıştırılmasına mahal verecek şekilde kendi ürünlerinin tanıtımını reklam bandı kullanarak gerçekleştirmesi durumunda, bu fiilin yine haksız rekabet olduğu söylenebilecektir.

Bu noktada ayrıca reklam bantlarının kullanılmasıyla müşterinin satın alma kararının etkilenebilmesi ihtimali de değerlendirilmelidir. Örneğin TTK m.54/2'de; *“Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır”* düzenlenmiştir. Bu kapsamda bir reklam bandı, hiçbir şekilde müşterinin karar almasını etkilemiyorsa fakat yanıltıcıysa, bu durumda ilgili reklam bandının haksız rekabet teşkil ettiği söylenemeyecektir.

Bu noktaya kadar yapılan açıklamalar mevcut haksız rekabet düzenlemeleri çerçevesinde çözüme kavuşturulabilecek hususlardır. Fakat reklam bantlarına ilişkin olup, mevcut yasal düzenlemelerle çözüme kolaylıkla kavuşturulamayan ve doktrinde tartışmalı olan haksız rekabet konu olabilecek hususlar da mevcuttur. Örneğin; reklam bantlarının (x) tuşuna basılmasıyla kolayca kapanması durumu üzerinden doktrinde bir tartışma gündeme gelmiştir. Şöyle ki; örneğin bir reklam bandını kapatabilmek amacıyla konulmuş olan (x) tuşunun tıklanmasına rağmen reklamın kapanmamasını veya reklam bandının kapatma tuşu olan (x) tuşuna basılması sonucunda başka bir sayfaya ait linke erişim sağlamasını, yalnızca kendi içinde yanıltıcı bulan ve bu durumun müşterinin satın alma kararında bir etkisinin olmaması sebebiyle böyle bir halde haksız rekabetin gerçekleşmediğini savunan bir görüş mevcuttur. Bizim de

katıldığımız bu görüş doğrultusunda; (x) tuşuna basılınca reklam bandının kapanmaması gibi durumların kendi içinde yanıltıcı olduğu kabul edilmelidir, fakat bu durumun müşterinin karar vermesini etkilemeyeceğini düşünülmektedir. Zira reklam bantlarıyla internet sayfasına erişen kullanıcılara yönelik yanıltıcı olan bu eylem, dürüstlük kuralına aykırı sayılabilecek seviyede ileri bir davranış olarak değerlendirmemelidir²⁵¹.

Fakat reklam bandını kapatabilmek amacıyla konulmuş olan (x) tuşunun, reklamın verildiği web sayfasının ziyaretçilerince tıklanmasına rağmen, tıklama eyleminin reklamı kapatmaması veya başka bir sayfaya ait linke erişim sağlamasının yanında ayrıca müşterinin satın alma konusunda karar verme sürecinin²⁵² etkilendiği de pazarlama alanında uzman bilirkişiler tarafından tespit edilebiliyorsa bu durumda haksız rekabetin olması ihtimali değerlendirilebilecektir. Şöyle ki; reklamı kapatmak için (x) tuşuna basıldığında, reklam kapanmayıp, reklam verilen sayfadan reklama konu ürünün stoktaki son ürün olduğu söylenen bir sayfaya erişim sağlanıyorsa ya da ürünün sadece beş dakikalığına indirimde olduğu söylenerek müşterinin karar vermesi etkileniyorsa, bu durumda TTK m.55/1/a-8 kapsamında müşterinin karar verme özgürlüğünün özellikle saldırgan satış yöntemleri ile sınırlandığı savunulabilir²⁵³.

Uygulamadan reklam bantlarına ilişkin davalar incelenecek olursa, örneğin Amerika Birleşik Devletleri’nde açılmış olan Playboy Enterprises Inc. (“Playboy”) ve Netscape Communications Corp. (“Netscape”) arasındaki dava incelemeye değerdir. İlgili davaya konu olayda anahtar sözcüklerin tetiklediği reklam bantlarına ilişkin bir uyuşmazlık söz konusu olmuştur. Şöyle ki; Netscape bir arama motorudur ve aynı zamanda arama sonucu sayfalarında reklam bantlarına da yer vermektedir. Somut olayda, Netscape, “playboy”, “playmate” Playboy’un markaları olmasına rağmen arama sayfalarındaki reklam bantlarında, bu sözcüklerinin kullanımını Playboy’un

²⁵¹ Savaş Bozbel, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Haksız Rekabet**, epubli, 5. Baskı, 2018, s. 625; Kaplan, s. 105.

²⁵² Pazarlama çalışmaları, tüketicilerin karar verme yetisini her zaman görüldüğü şekilde kolaylıkla kullanmadığını ve kararların bazen bir takım görünmeyen faktörler doğrultusunda verilebildiğini göstermektedir. (Ayrıntılı bilgi için bkz.; Yıldırım, “Tüketicinin Satın Alma Karar Sürecinde Bilgi Kaynakları ve Güvenirlikleri: Referans Grubu Olarak Yakın Çevrenin Etkisinin İncelenmesi”, **Akademik Yaklaşımlar Dergisi**, C. 7, S. 1, 2016 (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/269309> (Erişim Tarihi: Aralık 2022)

²⁵³ Güven, **Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Koruduğu Menfaatler**, s. 89.

rakiplerine satmıştır. Böylelikle ilgili arama motoruna internet kullanıcıları bu kelimeleri yazdığında, Playboy'un rakiplerinin reklamlarını reklam bandı şeklinde görüntülemektedirler. Bu reklam bantlarında her ne kadar “burayı tıklayın” gibi bir ifade geçmese de reklamın kaynağına ilişkin herhangi bir bilgi de yer almaktadır. Bu hususları değerlendiren mahkeme, Netscape'in bu uygulamasının ticari kullanım ve marka ihlali oluşturduğuna ve karıştırma olasılığı doktrinine göre bu davranışının hukuka aykırı olduğuna kanaat getirmiştir. İlgili sözcüklerin kullanımının da haklı bir kullanım olmadığı sonucuna ulaşmıştır²⁵⁴.

Somut olayda davalı Nescape, Google gibi arama motorundaki sonuç sayfasında yer alan aranan kelimeyle, bu kelimenin ilgili olabileceği sonuç bağlantılarını gösteren bir şirket olsa da, Google'dan farklı olarak, Nescape sözcük gruplarını bir havuz şeklinde alıcılara sunmaktadır ve alıcılar bir bedel karşılığında bu sözcüklerin kendilerine işaret etmesini sağlayabilmektedir. Şöyle ki; alıcılar tanıtımları için kendileriyle bağlantısız da olsa bu kelimeleri kullanabildikleri için bu gruptaki bir kelimenin kullanıcılar tarafından aratılması durumunda kullanıcıların karşısına arama sonuçlarından bağlantısız da olsa o alıcının reklam bandı şeklindeki reklamını çıkarmaktadır. Bu davanın temyiz incelemesi yapılırken; ABD Temyiz Mahkemesi Dokuzuncu Daire, burada ilk izlenimde karışıklık yaratma doktrini kapsamında kararını vermiştir. İlgili doktrine göre; böyle bir kullanım gündeme geldiğinde; müşteriler, marka sahibi olan firma yerine, bu firmanın rakibi olan firmadan ürün aldıklarını anlasalar bile, rakibinin markasının bu şekilde kullanılmasıyla Playboy'un bu kullanımdan ticari fayda sağlayacağı düşünülebilir. Bu kapsamda da böyle bir kullanım haksız rekabet teşkil edecektir. Zira davalının arama motoru vasıtasıyla müşteri çekmektedir ve aratılan kelimeyle reklam bantlarında karşılaşılan reklamlar birbiriyle bağlantılı olmalıdır. Ayrıca marka sahibi firma ile özdeşleşen kelimelerdir.

Yerel yargı kararları bakımından bir inceleme yapılacaktır; olursa Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin, İstanbul (Kapatılan) 3.Fikrî ve Sınaî Haklar Hukuk Mahkemesince verilen kararının istinaf incelemesinde vermiş olduğu kısmen kabul kararı dikkat

²⁵⁴ *Playboy Enterprises v. Netscape Communications*, 55 F. Supp. 2d 1070 (C.D. Cal. 1999) Ayrıntılı bilgi için bkz.; <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/55/1070/2376431/> (Erişim Tarihi: Mayıs, 2022).

çekicidir²⁵⁵. Davacı Jehan Barbur markasının sahibidir. Davalı *markafoni.com* isimli internet sitesinin sahibidir. Davada, Davacı, kendisine ait Jehan Barbur markasının isminin, davalıya ait *markafoni.com* isimli internet sitesinde kullanılarak, *markafoni.com* adresinin ticari kazanç elde edildiğinin tespit edilmesini talep etmiştir. Bununla birlikte yine bu isim kullanılarak çeşitli ayakkabı ve bot ürünlerinin pazarlanıp satıldığını da iddia etmiştir. Jehan Barbur, bu isim üzerindeki hak sahipliğinin kendine ait olduğunun tespitini, davacının isim ve markasının yer aldığı ayakkabı çizme ve benzeri ürün ve emtianın satışının önlenmesini, mevcutların toplatılmasını ve imhasını, maddi, manevi tazminata hükmedilmesini, isme ve markaya tecavüzün men edilmesini talep etmiştir. İlgili davanın konusu aslında *markafoni.com* isimli elektronik ticaret sitesinden, davacıya ait marka kullanılarak bot, ayakkabı gibi ürünlerin perakende satışının, pazarlanmasının reklam bantları kullanılarak yapılmasıdır. Fakat ilk derece mahkemesi davayı incelerken, davalının reklam panosu yaratarak davacıya ait markayı kullanıp ürün ve hizmetlerini pazarlamasını, bundan ticari fayda elde edilmesini ve bu durumun aslında haksız rekabet teşkil etmesini tartışmamıştır²⁵⁶. Zira hala reklam panolarının hukuka uygunluğunun niteliği ve ispat vasıtaları bu dava incelenirken belli değildi.

Konumuz her ne kadar ispat hukukunu meselelerini kapsamasa da ek bir bilgi olarak; 1512 sayılı Noterlik Kanunu²⁵⁷ m. 198/A çerçevesinde hazırlanmış olan Noterlik İşlemlerinin Elektronik Ortamda Yapılmasına Dair Yönetmelik²⁵⁸ kapsamında internet üzerinden işlenen hukuka aykırı fiiller ya da suçlarla ilgili tespitlerde, ilgili sitenin ekran görüntüsünün ne şekilde alınabileceği belirtilmiştir. Bu doğrultuda reklam bantları kullanılarak yapılan marka ihlali ve haksız rekabetin tespitinde ve ispatında ekran görüntüsünün nasıl alınacağı, mahkemenin hangi ispat vasıtalarını hukuka uygun delil olarak kabul edeceği sorularının yanıtları bulunmaya çalışılmıştır²⁵⁹. Fakat bilindiği üzere, her durumda dijital ortamda, ekran görüntüleri

²⁵⁵ Yargıtay 11. HD. 13.05.2019 tarihli 2018/2197E. 2019/3702K. (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml/#> (Erişim Tarihi: Kasım, 2022)

²⁵⁶ Budak, s. 108.

²⁵⁷ RG. 05.02.1972 – S. 14090.

²⁵⁸ RG. 11.07.2015 – S. 29413.

²⁵⁹ Türkiye Noterler Birliği Başkanı Yunus Tutar: “Artık sosyal medyada veya internet sitelerinde gördüğünüz ya da okuduğunuz bir yayını, haberi kayıt altına alılabileceksiniz. Bu yenilikle TNB portala girerek tespit edilmesini istediğiniz yeri online belirleyebileceksiniz. Sistem arka planda her adımı kaydediyor, hangi sayfayı açtınız, nereyi tıkladınız gibi tüm bilgiler kaydediliyor. Bu veriler ve iz

üzerinde oynamalar, değişiklikler kolaylıkla yapılabilmektedir ya da reklam bantlarının bağlı olduğu linkler hızlıca değiştirilebilir ve reklam bandı ve bağlı olduğu sayfa arasındaki bağlantı ortadan kaldırılabilir. Bu gibi durumlarda ispat sorunu söz konusu olacağı için davacılar, dava konusunu reklam bandı olarak belirlemek yerine, örnekteki davada da olduğu gibi marka ihlalinin ispatlamak için davalı *markafoni.com* isimli internet sitesinden ürün alma yolunu tercih etmişlerdir. Bu yolla Yargıtay davalının davacıya ait marka ve davacının isminin ticari tanıtım vasıtası olarak kullanıldığını tespit ederek davalının maddi tazminat talebini haklı bulmuştur²⁶⁰.

2.4. Pop-Up Reklamlar

2.4.1. Pop-Up Reklam Kavramı

İnternet kullanıcılarının herhangi bir internet sitesine girdiğinde, aniden yeni bir tarayıcı penceresinde karşısına çıkan reklamlar “*pop-up reklam*” olarak tanımlanırlar. Bu reklamlar bir web sitesine girildiği zaman, asıl site açıldığında onunla birlikte açılan istenmeyen reklam pencereleridir²⁶¹. Pop-up reklamlar farklı boyut ve ölçülerde tasarlanabilirler ve genellikle “*kapat*”, “*büyüt*”, “*küçült*” gibi komutlar şeklinde sayfanın bir kısmını kaplayacak şekilde görünürler²⁶². Ayrıca bu reklamlar belirli bir sürenin geçmesinin ardından ya da kullanıcıların pop-up reklam olarak açılan sekmeyi kapatmalarıyla kapanırlar ve böylelikle ana sayfa daha kolay görüntülenebilir hale gelir²⁶³.

Pop-up reklamlar, reklam bantlarına göre kullanıcıların giriş yaptığı internet sitesinde daha geniş yer kaplarlar ve uygulamada pop-up reklamlar, kullanıcılara e-posta reklamcılığına göre daha az rahatsızlık verirler. Zira pop-up reklamla karşılaşan

kayıtları özet bilgileri alınarak zaman damgası ile damgalandıktan sonra değiştirilemez bir şekilde TNB Bilgi Sistemleri'ne kaydediliyor ve size bir başvuru numarası veriliyor. Ertesi gün size verilen başvuru numarasıyla ya da TNB web sayfasındaki e-başvuru bölümünden istediğiniz noteri seçip başvuru yaparak noterden tespit tutanağınızı alıyorsunuz.” “Elektronik Ortamda Tespit”, (Çevrimiçi) Profelis, <https://www.profelis.com.tr/tr/hakimizda/basari-oykuleri/e-tespit/> (Erişim Tarihi: Aralık 2022)

²⁶⁰ Budak, s. 109.

²⁶¹ Bozkurt Yüksel, s. 102.

²⁶² Ünal Öztürk, s. 86.

²⁶³ Üçışık, s. 585.

bir kullanıcı, “kapat” komutu olan (x) tuşunu tıklayarak, istemediğinde bu reklamları görmeyi daha kolay bir şekilde engelleyebildiği için, diğer reklam çeşitlerine kıyasen pop-up reklamlar için şikayet yoluna daha az başvurulmaktadır²⁶⁴.

Pop- up reklamların, reklam verenler için cazip olmasının sebebi, bu reklamların kullanıcıların gezindiği web sitesinden ayrı bir şekilde ve yeni bir sekmede açılması nedeniyle daha kolay dikkat çekmesidir²⁶⁵. Ayrıca bazen pop-up reklamlar kullanıcıların elektronik posta adreslerini talep etmek için de kullanılırlar²⁶⁶.

Günlük hayatta internet sitelerini ziyaret ederken, pop-up reklamlar çok farklı şekillerde karşımıza çıkabilirler. Örneğin bir yemek tarifi araştırırken girilen bir sitede, araştırılan konuyla bağlantılı şekilde bir yemek kitabının satın alınabileceği sayfanın linklendiği bir pop-up karşımıza çıkabileceği gibi, araştırılan konuyla bağlantısız bir şekilde resim kursu indirimlerine ilişkin bir siteye yönlendirme yapan bir pop-up da karşımıza çıkabilir. Kısacası pop-up reklamlar, kullanıcıların gezindiği internet sitelerinin amacı ile bağlantılı olabileceği gibi, bunu bir zorunluluk olarak da düşünmemek gerekir²⁶⁷.

Pop-up reklamlar, her zaman kullanıcıların girdiği sayfadan ayrı bir pencere olarak açılmazlar. Bu reklamlar yaygın olarak ayrı bir pencere şeklinde karşımıza çıksa da pop-up reklamların bir diğer türü olan pop-under reklamlarla da karşılaşmak ihtimal dahilindedir. Pop-under reklamlar, diğer pop-up reklamlardan farklı olarak, kullanıcının girmiş olduğu internet sitesinin penceresinin arkasında yeni bir pencere olarak açılırlar²⁶⁸. Bu nedenle kullanıcılar, diğer pop-up reklamlarda olduğu gibi asıl girmek istedikleri ve ziyaret ettikleri internet sayfasını görmek, bu sayfada gezinmek için reklamı kapatmak zorunda kalmazlar. Fakat yeni bir sekme olarak açılan

²⁶⁴ Geoffrey **Wilson**, “Internet Pop-up Ads: Your Days are Numbered”, Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review, C. 24, S. 3-4, 2004, s. 569.

²⁶⁵ Okan, **Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet**, s. 87.

²⁶⁶ Bozkurt Yüksel, s. 102.

²⁶⁷ Ünal Öztürk, s. 87.

²⁶⁸ Okan, **Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet**, s. 88.

pencerede pop-under reklam bulunduğu için kullanıcılar bu reklamı ayrıca açmış ve ilgili sayfayı ziyaret etmiş gibi olurlar²⁶⁹.

Ayrıca pop-up reklamların bulunduğu sayfalarda, kullanıcı ziyaret ettiği sayfayı kapattığı zaman pop-up reklam da kapanırken, pop-under reklamlar, bağlantılı oldukları ve kullanıcıların ziyaret ettiği ana sayfanın kapanmasıyla otomatik olarak kapanmazlar. Onları ayrıca kullanıcının kapatması gerekecektir. Zira pop-under reklamların linkleri ile yepyeni bir sayfa olarak açılmış bir sekme gündeme gelmektedir. Bu yönüyle, sürekli yeni pencerelerin açılması müşteri deneyimi açısından olumsuz bir durum yarattığı için Google, kullanıcılara, reklam verenlere ve yayıncılara eşit değeri verdiği ve bu kapsamdaki reklam politikalarının kullanıcı deneyimini arttırmaya yönelik olduğunu belirtmiştir. Bu kapsamda da pop-under reklamların “sinir bozucu” olması sebebiyle kullanıcı deneyimini olumsuz etkilediğini bunun da hem yayıncıları hem de reklam verenleri etkileyeceğini de ekleyerek, Google, reklam politikalarında “pop-under” reklamların uygun bir reklam verme şekli olmadığını ifade etmiştir²⁷⁰.

2.4.2. Pop-Up Reklamların Haksız Rekabet Teşkil Ettiği Haller

Pop-up reklamlar da her reklam gibi, içeriği itibariyle TTK m. 54 vd. hükümleri uyarınca haksız rekabet oluşturabilir. Ancak, bu tür reklamlara özgü haksız rekabet durumunu incelememiz gerekirse, temel hukuki sorun, genellikle arama motorlarında aranan kelimeler ile ilgili pop-up reklam arasında bağ oluşturan programı tasarlayanların fiilleridir. Zira bu fiiller sonucu haksız rekabetin oluşup oluşmadığı incelenmelidir²⁷¹. Örneğin Türk hukuku kapsamında; Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği’nin “Reklamların ayırt edilmesi” kenar başlıklı 6. maddesinin 2. fıkrasında “çok kısa sürelerle imaj veren elektronik aygıt ya da başka bir araç kullanılarak veya yapılarını izleyenlerin fark edemeyecekleri ya da bilemeyecekleri bir biçime sokarak bilinçaltıyla algılanmasını sağlayan reklamlar

²⁶⁹ Kaplan, s. 106.

²⁷⁰ Açıklamaların ayrıntıları için bkz.; <https://www.blog.google/products/adsense/clarification-around-pop-unders/> (Erişim Tarihi: Mayıs, 2022).

²⁷¹ Bozkurt Yüksel, s. 102.

yapılamaz.” şeklinde bir düzenleme bulunmaktadır. Bu kapsamda pop-up reklamlar hazırlanacağı zaman bu hüküm dikkate alınmalıdır ve reklamlar bu hükme uygun tasarlanmalıdır. Ayrıca konuya ilişkin olarak Amerikan hukukunda pop-up reklamlarla ilgili en önemli davalardan olan WhenU.com’a açılan davalar da pop-up reklamlarla haksız rekabetin ne şekilde gerçekleşebileceğine ilişkin değerlendirme yaparken aydınlatıcı olacaktır.

Uygulamada pop-up reklamlara ilişkin en önemli davalardan olabilecek WhenU.com aleyhine açılmış üç adet dava bulunur²⁷². Bu davalarda davalı When.U.com, internet kullanıcılarının arama motorlarında aratmış oldukları kelimeler ve pop-up reklamlar arasında bağ oluşturan ve pop-up reklamları geliştirme amacı olan “Save” ve “SaveNow” adında iki yazılım programının dağıtıcısı ve pazarlayıcısıdır. Yüklenen bilgisayar programının hüküm ve şartlar kısmı birçok kişi tarafından incelenmediği ve okunmadan onaylandığı için WhenU.com’un programları da diğer birçok programlarla birlikte kullanıcıların bilgisayarına yüklenmekteydi. Bazı programlar ile birlikte kendiliğinden istenerek veya istenilmeden ücretsiz olarak yüklenen programlar, içinde markaların da bulunduğu veri tabanındaki sözcüklerden birinin, bir internet kullanıcısı tarafından aratılması durumunda, aratılan anahtar sözcüklerle sözcüğe uygun pop-up reklamlarını eşlemekte ve kullanıcıların karşısına pop-up reklamları çıkarmaktaydı ve Savenow’ın yol açtığı reklamların farklı bir internet sayfasında açılması, kullanıcıları pop-up reklamların gezindikleri asıl internet sitelerinin sponsor reklamları olduğu düşüncesinden uzaklaştırmaktaydı²⁷³.

Bu yazılıma ilişkin davaların ilki, davacının U-Haul International, Inc.’s, (“U-Haul”) ve davalının WhenU. com, Inc.’s, (“WhenU”) olduğu davadır²⁷⁴. Bu dava, pop-up reklamların haksız rekabet teşkil etmesini inceleme kapsamında önemli bir davadır.

²⁷² James Suh, “Intellectual Property Law and Competitive Internet Advertising Technologies: Why ‘Legitimate’ Pop-Up Advertising Practices Should Be Protected”, *St. John’s Law Review*, Volume 79, N. 1, 2005, s. 161.

²⁷³ Greg, Lastowka, Google’s Law, *Brooklyn Law Review*, Volume 73 Issue 4, Article 2, 2008, https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol73/iss4/2?utm_source=brooklynworks.brooklaw.edu%2Fblr%2Fvol73%2Fiss4%2F2&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages, Erişim Tarihi: Kasım 2022.

²⁷⁴ 279 F.Supp.2d 723 (2003) U-Haul International, Inc., Plaintiff, V. Whenu.Com, Inc., Et Al., Defendants. No. CIV.A. 02-1469-A. United States District Court, E.D. Virginia, Alexandria Division. September 5, 2003 (Çevrimiçi) <https://h2o.law.harvard.edu/cases/4495> (Erişim Tarihi: Kasım 2022)

Davacı U-Haul bu davada, kullanıcıların davacının internet sitesine girdiğinde davalı WhenU'ya ait yazılımlar nedeniyle, U-Haul'un internet sitesinin görünmesi yerine haksız yere pop-up reklamların ekranda belirmesi sonucu U-Haul'un marka hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Ayrıca U-Haul, kullanıcıların ekranını dolduran ve U-Haul'un web sitesinin görüntülenmesini engelleyen pop-up reklamların, tescilli ticari markasını ihlal etmesinin yanı sıra, telif hakkı ihlali oluşturduğunu ve haksız rekabet teşkil ettiğini de iddia etmiştir.

Yukarıda da açıklandığı üzere Save-Now yazılımı ziyaret edilen internet sitelerinde, arama motorlarında genellikle aranılan kelime gruplarının direktifleri ve anahtar sözcüklerin algoritmalarını kullanarak, bunları indirildiği kullanıcının internet hareketleri ile karşılaştırmaktadır ve eşleşme olup olmadığını taramaktadır. Eşleşme bulunduğunda da ilgili pop-up reklamı internet kullanıcılarının önüne yeni bir sayfa olarak açmaktadır.

Davada U-Haul'un öne sürdüğü argümanlar; kendi internet sitesiyle birlikte tek görsel sunumu şeklinde pop-up reklamın belirmesi, yazılım direktifinde markasının pop-up reklamının gösteriminde tetikleme aracı olarak kullanılması ve müşterilerinin, kendi internet sitesinde gezinirken müdahaleye uğraması üzerinedir. Mahkeme de ilgili şikâyeti, WhenU'nun internet kullanıcılarının, internette mal ve hizmet aradığında açılan reklamları sunan bilgisayar yazılımının, bir ticari marka veya telif hakkı ihlali veya haksız rekabet hali olup olmadığı kapsamında değerlendirerek, bir takım tespitlerde bulunmuştur. İlk olarak; kullanıcıların, WhenU'nun ürettiği yazılım programını istemeden ya da kasten bilinçli bir şekilde indirmeleri nedeniyle, internette yaptıkları aramalar ile bağlantılı birtakım reklamların ayrı pencerelerde karşısına çıkmasının, marka hakkı ihlali veya haksız rekabet teşkil etmeyeceğine kanaat getirilmiştir. Zira U-Haul, markasının WhenU tarafından ticari amaçla ve karışıklığa yol açacak şekilde reklamlarda kullanıldığını kanıtlayamamıştır. Ayrıca mahkeme, U-Haul'e ait markanın haksız yere ticari kullanımının ön şartı olan tescilli markanın ticari

olarak kullanılması şartının somut olayda sağlanmadığı yönünde hükmünü tesis etmiştir²⁷⁵.

Mahkeme bu hükmü tesis ederken de kullanıcıların, erişmek istedikleri internet sitesini görüntüleyebilmek için bu kadar çok tıklama yapmasının ve ilgi alanlarına giren veya alakasız birçok pop-up reklam penceresini kapatmak zorunda kalmasının, kullanıcılar nezdinde bir çeşit ceza gibi algılanıp algılanmadığını sorgulamıştır. Daha sonra kullanıcıların bir takım ücretsiz yazılımları indirdikleri sırada, aslında karşlarına çıkacak olan reklamlara izin verdiklerine, bu davada da WhenU'nun yazılımları nedeniyle karşlarına çıkan pop-up reklamların gönderim sebebinin bu izne dayandığına kanaat getirmiştir. Ayrıca söz konusu pop-up reklamların, U-Haul'un markasını kullanmaması, tanıtmaması, değiştirmemesi, engellememesi, müdahale etmemesi ve reklamların farklı pencerelerde belirmesi nedenleriyle mahkeme marka hakkının tecavüzünün veya haksız rekabetin somut olay kapsamında bulunmadığına karar vermiştir²⁷⁶. Ek olarak mahkeme, somut olayda WhenU'nun Cybersquatting²⁷⁷ yapmaması, U-Haul'a ait markayı alan adı olarak kullanmaması, kendi internet sitesi lehine U-Haul'e ait markadan yararlanarak trafik sağlamaması nedenleriyle de ticari bir kullanımın olmadığına kanaat getirmiştir²⁷⁸. Özetle; mahkeme; WhenU.com'un pop-up reklamlarının, U-Haul'un web sitesinden ayrı ve farklı olması; WhenU.com'un U-Haul'un markasını veri tabanında kullanmış olmasıyla U-Haul markasını anahtar kelime olarak satmış, markayı desteklemiş ya da reklamını yapmış olmaması ve son olarak WhenU.com'un yazılımının U-Haul'un web sayfasına kullanıcıların erişmesini engellememesi nedenleriyle U-Haul'un iddialarını ve taleplerini reddetmiştir²⁷⁹.

²⁷⁵ Neel E. Chatterjee / Connie E. Merriett, "U-Haul International, Inc. v. Whenu.com, Inc., Wells Fargo & Co. v. Whenu.com, Inc. and 1-800 Contacts Inc. v. Whenu.com, Inc.: Pop-up Advertising as Use in Commerce under the Lanham Act: A Case Analysis", **Santa Clara High Technology Law Journal**, Volume 20 Issue 4 Article 8, s.1117, (Çevrimiçi) <https://digitalcommons.law.scu.edu/chtlj/vol20/iss4/8/> (Erişim Tarihi Kasım 2022)

²⁷⁶ Neel E. Chatterjee / Connie E. Merriett, s. 1117-1119.

²⁷⁷ Tanınmış bir şirket adı yahut ticari markanın alan adı olarak bir başkası tarafından alınması veya ileride satılmak amacıyla kötü niyetli kişilerin benzer alan adlarını tescil etmesi şeklinde tanımlanabilir; Merve Ayşegül Kulular İbrahim, "Markanın Alan Adı Olarak Kullanılması: Türkiye, ABD ve Avustralya Örnekleri", s. 91(Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/775044>, (Erişim Tarihi: Kasım 2022)

²⁷⁸ Misha Gregory Macaw, Google, Inc. V. American Blind & Wallpaper Factory, Inc.: a justification fort he use of trademarks as keywords to trigger paid advertising placement in Internet search engine results., **Rutgers Computer & Technology Law Journal**, 2005, Volume 32, Issue 1, <http://thefreelibrary.com> (Erişim Tarihi: Mayıs, 2022).

²⁷⁹ "U-Haul Davalının Çerçeveleme yaparak Davacıya ait markanın Lanham Act'e aykırılık teşkil edecek şekilde hukuka aykırı olarak kullanıldığını iddia etmiş olsa da, Mahkeme Microsoft'un

Kanaatimizce, WhenU'nun pop-up reklam tasarlayan yazılımlarının, kullanıcıların indirmek istediği programlarla birlikte otomatik olarak kullanıcıların bilgisayarına inmesi ve bunun kullanıcılar için zorunlu bırakılması muhakkak ki ticari etki yaratacaktır. Böylelikle ticari etkisi olan bu fiilin, haksız rekabet teşkil edip etmeyeceğini değerlendirmek için TTK m. 54 ve 55 kapsamında bir analiz yapılması uygun olacaktır. Bu kapsamda öncelikli olarak TTK m. 55/1/a-4 kapsamında bir değerlendirme yapıldığında; somut olaydaki birkaç hususun üzerinden geçmek yerinde olacaktır. Somut olayda, WhenU'nun yazılımları nedeniyle oluşan pop-up reklamlar, kullanıcıların daha önce indirdikleri yazılımlar ve izin verdikleri reklamlara dayanmaktadır ve reklamların, U-Haul'un markasını kullanmaması, tanıtmaması, değiştirmemesi, engellememesi veya müdahale etmemesi nedeniyle karışıklığa sebep olmamaktadır.

Bu nedenle kanaatimizce TTK m.55/1(a)-4'e göre de haksız rekabet oluşmamıştır. TTK m. 54/2'ye göre haksız rekabet değerlendirmesi yapılması için de öncelikle kullanıcıların ücretsiz bir şekilde indirdiği programlarla bilgisayara kaydolun ve pop-up reklamları tetikleyen yazılımların aldatıcı veya diğer herhangi bir şekilde dürüstlük kuralına aykırı sayılıp sayılmayacağı incelenmelidir. Bizim de katıldığımız bir görüşe göre²⁸⁰; bu inceleme iki şekilde yapılmalıdır. İlk olarak, kullanıcıların ücretsiz indirebildikleri bir uygulamanın yanında WhenU'nun programladığı pop-up reklamı tetikleyen yazılımın, kullanıcıları bu yazılımı indirilmek zorunda bırakıldığı göz önünde bulundurulmalıdır ve kullanıcıların ücretsiz yazılımı indirmeme seçenekleri de bulunmaktadır. Kullanıcılar bu ücretsiz yazılımı indirirken gelen bu programın bedava olması karşılığında, reklam izlemeye katlanmaları aslında kullanıcıların bir nevi ödemesi gereken bir bedel ya da karşılık olarak düşünülebilir ve bu durum dürüstlük kuralına aykırı değildir. Dolayısıyla haksız rekabet oluşturmamaktadır. Yalnızca somut olayda WhenU'nun yazılımı, kullanıcıların program indirilmesi sırasında otomatik olarak bilgi verilmeden veya gizli bir şekilde arka planda kullanıcıların bilgisayarlarına yüklendiyse, bu durumda bu yöntemin

kullanıcılara aynı ana ayrı pencerelerde görüntüleme imkanı sunmasından ötürü ihlal olarak değerlendirmedeği gibi bunu karşılaştırmalı reklam olarak hukuka uygun olduğu kanaatine varmıştır.”
Neel E. Chatterjee / Connie E. Merriett, s.1118.

²⁸⁰ Budak, s. 112-113.

aldatıcılığının gündeme gelebileceği söylenebilir ve böylelikle TTK m. 54/2 kapsamında haksız rekabetin varlığı savunulabilir.

Davaların ikincisi Wells Fargo&Co. ("*Wells Fargo*") ve WhenU arasındaki davadır²⁸¹. Dava, Michigan eyalet yerel mahkemesi tarafından incelenmiştir. Davada Wells Fargo bankası, WhenU'nun SaveNow isimli yazılımının, "wells fargo" ve "hızlandırılmış kredi" anahtar sözcüklerini, markalarını tetikleyici sözcük grubu olarak kullanarak, kullanıcıların pencerelerinin üzerine pop-up reklamlar çıkarması nedeniyle davayı açmıştır. Mahkeme Wells Fargo'nun iddialarını marka ihlali veya haksız rekabet olarak değerlendirmemiştir ve bu anahtar sözcüklerle tetiklenen pop-up reklamları karşılaştırmalı reklamın meşrulaştırılmış bir örneği olarak kabul etmiştir. Bu davanın pop-up reklamların haksız rekabet teşkil etmesini inceleme konusunda önemli bir dava olması nedeniyle davanın ayrıntılı bir şekilde incelenmesi uygun olacaktır. İlgili davada WhenU, savunmasında; öncelikle reklamlarının teknik detaylarını sıralanmıştır. Sonra ayrı pencerelerde pop-up reklamları açıldığı gibi kullanıcıya açılan pop-up reklamlarının, yazılım tarafından önerildiğini detaylı olarak açıklamış, kullanıcılara indirecekleri programla birlikte bir yazılım grubunun ücretsiz olarak bilgisayarlarına indirilme seçeneği veya kullanıcıların indirdikleri yazılımın ücretinin ödenmesi alternatiflerini sunulduğunu, kullanıcıların, bu yazılımların ücretsiz indirilmesini kendi iradesiyle seçtiğini belirtmiştir.

Ek olarak, WhenU savunmasında; reklamları ayrı pencerelerde kullanıcıya sunduğunu, Wells Fargo'nun markasını hiçbir şekilde kullanmadığı, sadece dizin rehberinde Wells Fargo'nun URL'sinin kategori tayin etmek için bulunduğunu beyan etmiştir. Böyle bir şekilde rehberde yer almanın da ticari olarak marka kullanımı olarak sayılmayacağını, pop-up reklamların Wells Fargo'nun internet sitesinde bir değişiklik yaratmadığını, siteden farklı bir pencerede pop-up reklamın yerleştirilmiş olduğunu, işbu internet sitesinin çerçevelenmediğini, kullanıcılarının güvenliğinin ve gizliliğinin koruduğunu da eklemiştir. Burada da mahkeme; WhenU.com'un Wells Fargo'nun web sayfasına ulaşımını engellemediği, ayrı pencerede gözüken pop-up reklamlarda

²⁸¹ SaveNow yazılımı ve reklam detayları için bkz. 293 F. Supp. 2d 734 (2003) Wells Fargo & Co., Et. Al., Plaintiffs, V. Whenu.Com, Inc. 19 Kasım 2003 Tarihli Mahkeme Kararı (Çevrimiçi) <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/293/734/2294652/> (Erişim Tarihi: Kasım 2022)

markanın yer almadığı, markanın itibarsızlaştırılması ya da kullanımından dolayı bir karışıklığın gündeme gelmesinin söz konusu olmadığı ve veri tabanı yazılımında Wells Fargo'nun markalarının yer almasının yalnızca internet kullanıcılarının ilgilendikleri kategorideki reklamlara kolay ulaşması amaçlı olması gerekçeleriyle WhenU.com'un marka ihlalinin somut durumda söz konusu olmadığına karar vermiştir. Ayrıca mahkeme, Wells Fargo'nun haksız rekabet iddialarına dair bir kanıtın bulunamadığı, telafisi mümkün olmayan bir zararının varlığının ispatlanamadığı ve WhenU'nun Wells Fargo'nun internet sitesiyle bir bağlantısının olmadığı sebepleriyle davanın reddine karar vermiştir²⁸². Bu dava, yazılımın, kullanıcı kitlesinin ilgi alanına bakarak ve bir takım analizler yaparak, bir işletmenin rakip firmasının pop-up reklamını, o işletmenin sitesinden farklı bir pencerede göstermesi durumunun dürüstlük kuralına aykırı olmadığını ve bu nedenle bu durumun haksız rekabet teşkil etmeyeceğini tespit etmesi yönünden önemlidir²⁸³.

Son olarak 1-800 Contacts, Inc.'in ("*1-800*") davacı, WhenU ve Vision Direct, Inc.'in ("*Vision*") davalı olduğu uyuşmazlığı incelemenin konu açısından yararlı olacağını düşünüyoruz. 1-800, kendi ürettiği kontakt lensleri pazarlayarak satmaktadır. Vision ise 1-800'ün doğrudan rakibidir. 1-800, davada WhenU tarafından sağlanan reklamların, sitesini ziyaret edenleri, rakiplerinin internet sitelerine yönlendirmesi ve WhenU'nun yazılımı nedeniyle, Vision'ın reklamlarının, 1-800'ün internet sitesine giren kullanıcıların karşısına pop-up reklam olarak çıkması sebebiyle bu reklamların aldatıcı olduğunu, kullanıcılarda yanlış kanaat uyandırarak onları 1-800'ün rakibi olan Vision'ın internet sitesine yönlendirdiğini, bunun ticari bir kullanım olduğunu iddia etmiştir. Bölge mahkemesi başta WhenU aleyhine karar vermiş ve kararında davacı 1-800'ün markasını WhenU'nun kullanmasının marka ihlali teşkil edeceğine dayanmıştır. Zira mahkemenin görüşüne göre, 1-800'ün web sitesine girilmeye çalışıldığı sırada çıkan pop-up reklamlar, 1-800'ün markasının kullanımını oluşturmaktaydı. Fakat ilgili karar temyiz edildiğinde ve ilgili uyuşmazlığı ABD Federal Mahkemesi 2. Daire incelemiştir ve 2. Daire 27 Haziran 2005 tarihli kararında²⁸⁴ daha önceki WhenU davalarındaki gerekçelere dayanarak bölge

²⁸² Ayrıntılı bilgi için bkz; <https://law.justia.com/cases/federal/districtcourts/FSupp2/293/734/2294652/> (Erişim Tarihi: Mayıs, 2022).

²⁸³ Budak, s. 114.

²⁸⁴ United States Court Of Appeals, Second Circuit. 1-800 Contacts, Inc., Plaintiff-Appellee, V. Whenu.Com, Inc. And Vision Direct, Inc., Defendants-Appellants. Docket Nos. 04-0026-Cv(L), 04-

mahkemesinin kararını bozmuştur²⁸⁵. Söz konusu kararda, WhenU’nun programının kullanımı için 1-800’ün markasını sistemine kaydetmesinin, marka işlevini etkileyen bir husus olmadığını ve bu durumda ticari ve ekonomik fayda elde edilse dahi, bu kullanımın dahi aktif bir ticari kullanım olmayacağını belirtmiştir. Bu nedenle de ilgili yazılımla ortaya çıkan pop-up reklamların ve bu reklamları tetikleyen anahtar sözcük kullanımının dava edilebilir bir marka ihlali olarak değerlendirilmeyeceğini belirtmiştir. Ayrıca bu dava ABD mahkemelerinde de pop-up reklamlar konusunda emsal oluşturmıştır.

Yukarıda verilen mahkeme kararı örneklerinin birbirinden farklı olması markanın ticari olarak kullanımının incelenmesinin önemini ortaya koymaktadır. Yukarıdaki örneklerde de görüldüğü üzere, pop-up reklamların ele alındığı davalarda pop-up reklamlara yönlendiren anahtar kelime seçimlerine ilişkin kıstaslar ve mahkemelerin sergilediği yaklaşımlar benzerdir. Ayrıca *Öztürk*, pop-up reklamların haksız rekabet teşkil etmesine ilişkin Türk hukuku kapsamında, uygulamada şimdilik bu reklamların aldatmaya yönelik hazırlanmasına ya da yanıltıcı nitelikte olmasına ilişkin davalarla karşılaşıldığını belirtmiş fakat çalışmasında bu kapsamda herhangi bir karara yer vermemiştir.²⁸⁶

Belirtmek gerekir ki; pop-up reklamdaki bilginin yanıltıcı olması için mutlaka o bilginin yanlış olması zorunlu değildir. Bilgi doğru da olsa, sunuluş tarzı da bu kapsamda önem arz edecektir. Zira bilginin sunuluş tarzı, karşısına pop-up reklam çıkan kullanıcı nezdinde yanlış algılanacak şekildeyse, ilgili pop-up reklam yine “aldatıcı” olarak kabul edilecektir²⁸⁷. Bir şirketin markasını tescil ettirmesi varsayımında zaten bu gibi aldatıcı reklamlar 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (“SMK”) ²⁸⁸ m. 7 kapsamında marka ihlali olarak değerlendirilerek²⁸⁹ aynı kanun

0446-Cv(Con). Decided: June 27, 2005 (Çevrimiçi), <https://caselaw.findlaw.com/us-2ndcircuit/1439019.html> (Erişim Tarihi: Kasım 2022)

²⁸⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz.; <https://h2o.law.harvard.edu/cases/4421> (Erişim Tarihi: Mayıs, 2022).

²⁸⁶ Ünal Öztürk, s. 87.

²⁸⁷ Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, s. 345.

²⁸⁸ R.G., T. 10.01.2017 - S. 29944.

²⁸⁹ Yargıtay’ın incelediği uyuşmazlıkta; davalının tescilli markası olan “Gaziantep’li Hacı Bekir Küneç ve Oğulları + Şekil” işaretini, davacı “Hacı Bekir” vurgusunu ön plana çıkararak davacının tescilli markası olan “Hacı Bekir + Şekil” ibaresine yaklaştırması sebebiyle davalının davacının marka hakkına iltibas suretiyle tecavüz ettiğine hükmedilmiştir. (YHGK, E. 2013/11-1521 K. 2015/852 T. 25.2.2015, (Çevrimiçi), www.kazanci.com , (Erişim Tarihi: Aralık 2022)).

kapsamında da korunacaktır²⁹⁰. Ayrıca tescilli markanın bulunduğu bir durumda SMK'deki özel hükümlere göre koruma gerçekleşeceği için, SMK m. 149 kapsamında sınai mülkiyet hakkı tecavüze uğrayan hak sahibi manevi tazminat talebinde bulunabilir ya da manevi tazminat talebinin yanı sıra SMK m. 150 kapsamında “itibar tazminatı” talebinde de bulunabilir²⁹¹. Fakat eğer marka tescil olmamışsa, ilgili kişi bu durumda yalnızca TTK kapsamında haksız rekabet hükümlerine başvurulabilecektir²⁹².

Belirtmek gerekir ki; pop-up reklamda yer alan bilgiler doğruysa fakat bu reklam yalnızca abartılı ve şaşalı bir şekilde kullanıcıların göreceği şekilde konumlandırılmış ya da tasarlanmışsa, bu durumda o reklamın sadece bu sebepler gözetilerek aldatıcı olduğu söylenemez²⁹³. Örneğin bir pop-up reklamda özellikleri belirtilerek tanıtımı yapılan ürün, satın alındığında ürünün tanıtıldığı gibi çıkmaması ya da tanıtımda belirtilen özelliklere sahip olmamasını durumunda TTK m. 55/1/a-2 kapsamında haksız rekabetin varlığından bahsedilebilir. Ayrıca burada 6502 Sayılı Tüketicinin

²⁹⁰ Pop-up reklamlar, Türk Hukuku açısından SMK m.7/3-d uyarınca marka ihlâli oluşturabilecektir. Bu düzenleme kapsamında; “işareti kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bağlantısı olmaması şartıyla işaretin aynı veya benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük ya da benzeri biçimlerde kullanılması,” SMK m. 2. uyarınca yasaklanabilecektir; Öztürk, s. 91; Sabih Arkan, **Marka Hukuku Cilt 2**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 1997, s.212.

²⁹¹ Ünal Öztürk, s. 85.

²⁹² Nomer Ertan, **Haksız Rekabet Hukuku**, s. 173; Yargıtay 11. HD, E. 2002/2440, K.2002/5406, T. 30.5.2002 “İlk defa yurt dışında kamuya sunulmuş bir tasarımın, belli bir süre sonra Türkiye’de kullanılması durumunda, şayet bu tasarımı Türkiye’de ilk defa kullanan kişi, büyük emek ve para harcayarak, bu tasarımın kullanıldığı ürünü tanıtmış ve bir başkası da sırf bu tanınmışlıktan istifadeye yönelik olarak bu tasarımı kullanmaya kalkışmış ise, bu davranışın, haksız, rekabet olduğunun kabulü gerekir.” (çevrimiçi) www.kazanci.com (Erişim Tarihi: Kasım 2022)

²⁹³ Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, s. 325.

Korunması Kanunu'nun²⁹⁴ aldatıcı reklamlara ilişkin 61.²⁹⁵ ve 62.²⁹⁶ maddelerindeki hükümlerden de yararlanılabilir.

Pop-up reklamların haksız rekabet teşkil ettiği bir diğer durum da reklamın içeriğinin karşılaştırmaya konu olmasıdır. Eğer bir karşılaştırma söz konusu olacaksa, bu yapılacak karşılaştırmının gerçeğe aykırı olmaması, yanıltıcı olmaması ya da rakibin ürününü, hizmetini ya da markasını kötülemeyecek şekilde olması gerekir²⁹⁷. Aksi takdirde ilgili reklam haksız rekabet teşkil edecektir²⁹⁸. Örneğin bir pop-up reklamda üstünlük bildiren bir şekilde “alanında lider kahve makinesi” gibi genel bir kıyaslama yazılıyorsa, bu reklam TTK m. 55/1/a-5 kapsamında karşılaştırmalı reklam

²⁹⁴ RG. 28.11.2013- S. 28835.

²⁹⁵ Ticari reklam başlıklı 61. madde kapsamında; “(1) Ticari reklam, 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.(2) Ticari reklamların Reklam Kurulunca belirlenen ilkelere, genel ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına uygun, doğru ve dürüst olmaları esastır.(3) 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.(4) Reklam olduğu açıkça belirtilmeksizin yazı, haber, yayın ve programlarda, mal veya 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.(5) Aynı ihtiyaçları karşılayan ya da aynı amaca yönelik rakip mal veya hizmetlerin karşılaştırmalı reklamı yapılabilir.(6) Reklam verenler ticari reklamlarında yer alan iddiaların doğruluğunu ispatla yükümlüdür.(7) Reklam verenler, reklam ajansları ve mecra kuruluşları bu madde hükümlerine uymakla yükümlüdür.(8) Ticari reklamlara ilişkin getirilecek sınırlamalar ile bu reklamlarda uyulması gereken usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir.” düzenlenmiştir.

²⁹⁶ Haksız ticari uygulamalar başlıklı 62. madde kapsamında; “(1) 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 yönetmelik ekinde yer alan uygulamalar haksız ticari uygulama olarak kabul edilir. Tüketicilere yönelik haksız ticari uygulamalar yasaktır. (2) Ticari uygulamanın haksız olduğunun iddia edilmesi hâlinde, ticari uygulamada bulunan, bu uygulamasının haksız ticari uygulama olmadığını ispatla yükümlüdür. (3) Haksız ticari uygulamanın reklam yoluyla gerçekleştirildiği hâllerde bu Kanunun 61 inci maddesi hükümleri uygulanır.(4) Haksız ticari uygulamaların tespit edilmesine ve bunların denetlenmesine ilişkin usul ve esaslar ile her hâlikârda haksız ticari uygulama olarak kabul edilecek uygulamalar yönetmelikle belirlenir.” düzenlenmiştir.

²⁹⁷ Doğrulanabilir nitelikte olmayan, sübjektif değer yargılarına dayanan bilgiler çerçevesinde karşılaştırma yapılamaz. Karşılaştırma yapılacaksa mutlaka objektif veriler üzerinden yapılmalıdır. (Fülürya Yusufoglu, “Türk ve İsviçre Hukuklarında Karşılaştırmalı Reklamlar”, **İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80.Yılında İsviçre Borçlar Hukuku'nun Türk Ticaret Hukuku'na Etkileri**, İstanbul, 2009, s. 117)

²⁹⁸ Moroğlu, 212; Karayalçın, s. 459; Özsunay, “Karşılaştırmalı Reklamlar”, s. 163; fakat bu görüşün aksini savunan Arkan, rakiplerin yalnızca yeterince belli edilmiş olduğu reklamlarda karşılaştırmadan bahsedilebileceğini savunmaktadır. Örneğin “... caddesinde satılan en iyi ayakkabı” bu kapsamda değerlendirilebilir. (Sabih Arkan, “Avrupa Topluluğunda Karşılaştırmalı Reklamlar”, **BATİDER**, Cilt: 21, Sayı: 1, Haziran 2001, s. 26)

niteliğindedir ve haksız rekabet teşkil edecektir²⁹⁹. Zira böyle bir durum varsa bunun gerçekliği somut bir şekilde ortaya konulmalıdır. Fakat böyle bir ifadenin kullanılması somut gerçekleri gözler önüne sermez çünkü hangi kapsamda alanının lideri olduğu açık değildir ve bu nedenle ispatlanabilir bir kıstas oraya konulamayacaktır. Fakat reklamın içeriğinin haksız rekabet teşkil edip etmediğine ilişkin değerlendirmeler çevrimiçi reklamlar, geleneksel reklamlar ve ağ reklamlarının tümü için geçerli olacağından burada bu ihtimallerin üzerinde spesifik olarak durmaya gerek olmadığı görüşündeyiz. Bu nedenle çalışmamızda bu durumları pop-up reklamlar özelinde tek incelemeyeceğiz.

²⁹⁹ Kaplan, s. 107.

3. ALAN ADI (DOMAIN NAME)

3.1. Alan Adı Kavramı ve Hukuki Niteliği

Günümüzün gelişen teknolojisi, bilgiye ve hizmete erişimin kolaylaşmasını da beraberinde getirmiştir. Bu nedenle ticari işletmelerin; markalarını, faaliyetlerini, mal ve hizmetlerini tanıtımları ve çağımızda aktif olabilmeleri için elektronik ortamda da varlıklarını ortaya koymaları bir gereklilik haline gelmiştir. Hatta ticari işletmeler varlıklarını elektronik ortamda sadece göstermekle de kalmayıp bu yeni ortamda tanınırlıklarını arttırmayı, daha geniş kitlelere ulaşabilmeyi de amaç olarak edinerek faaliyetlerinin birçoğunu da elektronik ortama geçirmeye başlamışlardır. Bu nedenle de doğrudan satış yapmak ve şirketlerinin varlıklarını internet ortamına taşımak suretiyle işletmeler, gün geçtikçe elektronik ortama daha entegre yapılar kurmaktadır. Bu durumlar da e-ticaretin gelişmesine yardımcı olmuş ve bunun gibi birçok faktörle birlikte bu alanın düzenlenmesi ihtiyacı hasıl olmuştur. Böylelikle bu alana ilişkin yasal düzenlemeler yapılmaya başlamış ve çağımıza uyum sağlamak amacıyla getirilen bazı zorunlulukların da gündeme gelmesiyle günümüzde neredeyse her işletme internet üzerinde de bir adres edinmek zorunda kalmıştır³⁰⁰. Zira herhangi bir ürüne, hizmete, markaya ulaşabilmesi için işletmelerin kendilerine ait bir adresinin olması her nasıl bir ihtiyaç³⁰¹ olarak görülüyorsa işletmelerin bir internet adresinin olması da böyle bir ihtiyaç olarak görülmeye başlanmıştır.

Bu noktada teknik açıdan bu adresler incelenirse; alan adının teknik olarak internetin sağladığı hizmetlerden biri olan dünya çapında ağ'a (*world wide web* (www)) dahil olan bir bilgisayarın (*web server*) bir nevi adresi olduğunu söylemek

³⁰⁰ N. Berkay Kırıcı, **Markanın İnternet Yoluyla Haksız Kullanımı**, Turhan Kitapevi, Ankara, 2009, s.75-76; TTK. 397/3 kapsamında, denetime tabi olan şirketler için internet sitesi açma zorunluluğu getirilmiştir. TTK md.397(4) gereği hangi şirketlerin denetim kapsamında olacağı Bakanlar Kurulu'nun 23.01.2013 tarih ve 28537 Sayılı Resmi Gazete 'de yayınlanan 2012/4213 Sayılı "Bağımsız Denetime Tabi Olacak Şirketlerin Belirlenmesine İlişkin Karar"ı ile belirlenmiştir.

³⁰¹ Bozkurt Yüksel, s. 99.

doğru olacaktır³⁰² ve internetteki bu adresler, mal veya hizmet sunan kişinin bilgisayarını tanımlayan adresler olarak düşünülecektir³⁰³. Bu internet üzerindeki adresler, internet sitelerinin adıdır ve alan adları da internet sayfalarına ulaşmak için kullanılan ve farklı internet sayfalarını birbirinden ayırmaya yarayan adreslerdir denebilir³⁰⁴.

Daha açık bir ifadeyle; dünya çapında ağ, internete bağlı olan birçok bilgisayarın ortak bir formatta (Hypertext Markup Language-HTML formatı) sundukları bilgi içeriklerinden yani ağ (web) sitelerinden³⁰⁵ oluşmaktadır³⁰⁶. Telefon, faks sahibi olan insanların birbirleriyle iletişime geçebilmeleri için bir numaraya sahip olmasının gerekmesi gibi internete bağlı olan her bilgisayarın da bir şekilde dünyayla iletişime geçebilmesi için bir adrese ihtiyacı vardır. İnternete bağlı her sitenin bu nedenle bir adresi bulunur. Bu adresler numaralardan oluşur ve bu numaralara kısaca internet protokol adresi adı verilir³⁰⁷. Bir adres 32 bitlik bir sayıdır ve 8 bitlik dört kısımdan oluşur. Aslında bu adresler dört kısım olan 189.65.351.67 gibi numaralardan ibarettirler³⁰⁸. Fakat bu numaraların akılda tutulması zor olacağı için harflerdeki ve sözcüklerdeki adresi açıklayan alan adı sistemi geliştirilmiştir³⁰⁹. Bu durumda örneğin 189.65.351.67 numarası, www.xyz.com ile aynı anlamı karşılayacak şekilde bir sistem geliştirilmiştir³¹⁰.

³⁰² Matthias Stecher, **Unfair Competition and Trademarks on the Internet**, Kluwer Academic Publishers, London 1999, s. 5.

³⁰³ Füsün Nomer, “İnternet Alan Adının (Domain Name) Hukuki Niteliği ve Marka ve Ticaret Unvanı Gibi Ayırt Edici Ad ve İşaretler ile Arasında Benzerlik Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukuki Sorunlar”, **Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı**, C. 1, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2001, s. 395-418, s.400.

³⁰⁴ Ayşe İpek Sarıöz, “İnternet Alan Adlarının (Domain Names) Kullanımından Doğan Haksız Rekabet Halleri ve Uygulanacak Hukuk”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 10, S. 1, Ocak 2011, s. 619-652, s. 621.

³⁰⁵ Çalışmamızda ağ sitesi ya da web sitesi demek yerine anlatımın kolay olması açısından “internet sitesi” ifadesi kullanılmaktadır.

³⁰⁶ Füsün Nomer, “İnternet Alan Adının Hukuki Niteliği ve Marka ve Ticaret Unvanı Gibi Ayırt Edici Ad ve İşaretler ile Arasında Benzerlik Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukuki Sorunlar”, **Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı**, s. 396.

³⁰⁷ İnternet Alan Adları Yönetmeliği m. 3/f kapsamında, internet protokol adresi: *Belirli bir ağa bağlı cihazların birbirini tanımak, birbirleriyle iletişim kurmak ve veri alışverişinde bulunmak için kullandıkları İnternet Protokolü standartlarına göre verilen adrestir.*

³⁰⁸ Bıdık, s. 50.

³⁰⁹ Savaş Bozbel, “İnternet Alan Adı (Domain Name) Müracaat ve Tescil Uygulamaları - Dünyadaki Uygulamalar Eşliğinde Türkiye Uygulamasının Değerlendirilmesi”, **Mevzuat Dergisi**, Yıl 8, S.92, Ağustos 2005, s.1, www.mevzuatdergisi.com/2005/08a/01.htm (Erişim Tarihi: Mayıs, 2022).

³¹⁰ İnternet Alan Adları Yönetmeliği m. 3/1-e kapsamında; “İnternet alan adı sistemi okunması ve akılda tutulması kolay olan ve genelde aranan adres sahipleri ile ilişkilendirilebilen simgesel isimlerle yapılan

Özetle, alan adları sistemi akılda kalması kolay olan ve genelde aranılan adresin sahibi ile bağlantılı simgesel isimlerle adreslenebilen, internet protokol adresini bulup kullanıcıya ilgili siteyi gösteren sitemdir. Alan adıysa bu internet protokol adreslerinin adıdır³¹¹.

Alan adları ABD’de Ulusal Bilim Vakfı sponsorluğunda çalışan Network Solution Inc. (NSI) tarafından tahsis edilmektedir ve internet protokol adresleri de 1997’den beri ABD’de bulunan İnternet Tahsisli Sayılar Kurumu (*Internet Assigned Numbers Authority-IANA*) tarafından verilmektedir. AB’de alan adı tahsisi RIPE (*Réseaux Internet Protocol Européens*) ve Asya’da APNIC (*Asia – Pasific Network Information Center*) tarafından gerçekleştirilir³¹². Türkiye’de de Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından alan adları tahsis edilir³¹³.

Alan adını anlayabilmek adına bir web adresini oluşturan unsurlarla birlikte alan adını da oluşturan unsurlara değinmek gerekecektir. Örneğin; <http://www.tanlaozen.com.tr> şeklindeki bir internet sitesini bölümlerine ayırarak incelemek gerekirse; “http://” uzantıları teknik detay arz ettiğinden ötürü ayırt ediciliği bulunmayan kısımdır fakat transfer iletişim kurallarını (*Hyper Text Transfer Protocol*) ifade eden kısımdır. “www” (*world wide web*) sunucuyu (*server*) ifade eder. Alan adları sisteminde “.com”, “.net”, “.org” birinci derece alan adı (*Top Level Domain-TDL*) olarak isimlendirilir. “tanlaozen” kısmı ikinci derece alan adıdır (*Secondary Level Domain-SLD*)³¹⁴. “.tr” ülke üst düzey alan adı (*Country Code Top Level Domain-ccTLDs*) olarak tanımlanır. <http://www.tanlaozen.com.tr> ise kök etki alan adı (*root domain name*) olarak adlandırılır. Kısacası alan adı ile ilgili bir uyuşmazlığın gündeme gelmesi durumunda; alan adı olarak anlaşılması gereken ve haksız rekabet tartışmaları

adreslemede, karşılığı olan İnternet protokol adresini bulan ve kullanıcıya veren sistemi ifade eder.” düzenlenmiştir.

³¹¹ Özdelek, “Web Sitelerinde Çerçeveleme (Framing) Teknolojisi ve Getirdiği Yasal Problemlere Kısa Bir Bakış”, s. 128.

³¹² Gürsel Öngören, **İnternet Hukuku**, Öngören Hukuk Yayınları, İstanbul 2006, s. 182.

³¹³ Ortadoğu Teknik Üniversitesi (ODTÜ) tarafından 1991 yılından bu yana verilmekte olan “.tr” uzantılı alan adlarının tahsis yetkisi, 2019 yılında Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu’na geçmiştir.

³¹⁴ Matthew Edward Searing, “What’s in a Domain Name?”: A Critical Analysis of the National and International Impact on Domain Name Cybersquatting, **Washburn Law Journal**, Volume 40, 2000, s. 113-114, dn. 31.

yönünden önem taşıyan kısım, ikinci düzey alan adı ve kök etki alan adı olacaktır³¹⁵. Ayrıca bir marka, alan adı veya işaret arasındaki benzerlik ya da kötüye kullanımın değerlendirilmesi ikinci düzey alan adına bakılarak yapılır. İkinci düzey alan adları tescil makamınca yalnızca bir kez tescil edilebilir ve teknik olarak ikinci kez aynı ikinci düzey alan adı tescil edilemeyecektir. Üst düzey alan adlarının seçimi eskiden yaygın olarak şirketlerin faaliyetlerine göre belirlense de bu ayrım günümüzde oldukça azalmıştır³¹⁶.

Alan adları iki tür adlandırma sistemine tabidir. Bunlardan ilki belli bir ülkeye aidiyeti gösteren kodları içeren alan adı (*Country Code Top Level Domain*) sistemidir. Bu alan adları Türkiye için “.tr” (yukarıdaki <http://www.tanlaozen.com.tr> örneğinde de olduğu gibi), Fransa için “.fr”, Almanya için “.de” gibi ülke kodlarını barındırırlar. Bu kodlar ülkeye aidiyet ifade ettikleri için her ülkenin kendi yetkili kurumu tarafından verilirler. İkincisi sistem ise ülke kodu içermeyen ve sadece alan adı sahibinin niteliğini gösteren kodu içeren (*Generic Top Level Domain-gTLD*) alan adları³¹⁷ sistemidir. Ülke kodu içermeyen alan adları, dünyanın her yerinde isteyen herkes tarafından, alan adı veren herhangi bir kuruluşa başvuru yoluyla edinilebilir. Bu alan adları dünyanın her yerinde kullanılan alan adlarıdır. Örneğin eğitim ve araştırma kurumları için “.edu”, askeri kurum ve kuruluşlar için “.mil”, resmi kuruluşlar için “.gov” kullanılması buna örnektir³¹⁸.

Son olarak bir işletme hem coğrafi bir üst düzey alan adı, hem de dünya çapında bir üst düzey alan adını birlikte kullanabilir. Bu yolu genellikle birçok ülkede faaliyet gösteren ve uluslararası mecrada tanınırlığı olan şirketler izlemektedirler. Örneğin

³¹⁵ “What are Domains?”, MOZ Software Company, (Çevrimiçi) <https://moz.com/learn/seo/domain> , (Erişim Tarihi: Mayıs, 2022).

³¹⁶ Tamer Soysal, “İnternet Alan Adları Sistemi ve Tahkim Kuruluşlarının UDRP Kurallarına Göre Verdikleri Kararlara Eleştirel Bir Yaklaşım – 1”, **Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Y. 2006/2, S. 21, s. 490 vd. (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/219359> (Erişim Tarihi: Mayıs, 2022).

³¹⁷ Nomer, “İnternet Alan Adının Hukuki Niteliği ve Marka ve Ticaret Unvanı Gibi Ayırt Edici Ad ve İşaretler ile Arasında Benzerlik Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukuki Sorunlar”, **Prof. Dr. Hayri Domanıç’e 80. Yaş Günü Armağanı**, s. 397.

³¹⁸ Sarıöz, s. 622.

“Sony” firması, Japonya’daki web sayfası için “sony.co.jp” alan ismini kullanırken Amerika’daki web sayfası için “sony.com” ismini kullanmaktadır³¹⁹.

Ülkemizde internet alan adlarının yönetimine ilişkin usul ve esasları düzenleyen İnternet Alan Adları Yönetmeliği³²⁰ bulunmaktadır. İlgili yönetmelik kapsamında bir takım tanımlar ve alan adlarına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. İnternet Alan Adları Yönetmeliği m. 3/d kapsamında, internet üzerinde bulunan bilgisayar veya internet sitelerinin adresini belirlemek için kullanılan internet protokol adresini tanımlayan adlar, internet alan adı olarak tanımlanmıştır.

Alan adı sistemi de İnternet Alan Adları Yönetmeliği m. 3/e kapsamında; *“okunması ve akılda tutulması kolay olan ve genelde aranan adres sahipleri ile ilişkilendirilebilen simgesel isimlerle yapılan adreslemede, karşılığı olan internet protokol adresini bulan ve kullanıcıya veren sistem”* olarak tanımlanmıştır. Kısacası alan adı, internet sitesini tanımlayan ya da sitenin internetteki yerini gösteren ve internet ortamında birini diğerinden farklı kılmaya yarayan internet sitesinin adı ve adresi olan teknolojik bir sembol³²¹, sahip olunan web sitesinin adıdır³²².

Alan adının önemi şu açıdan da düşünülebilir; kullanıcılar bir işletmenin internet sitesini ararken, çoğunlukla aradıkları sitenin internet protokol adresini değil, alan adını aratırlar. Örneğin bir kullanıcı bir şey satın almak istiyorsa, o şeyin satıcısının web adresini bilmesede satıcının alan adını arama motorunda aratarak satın almak istediği şeyin satıcısına ulaşabilmektedir³²³. Bu nedenle günümüzde bir işletmeye kolay ulaşılabilmesi için o işletmenin akılda kalıcı, erişilebilir bir alan adının olması son derece önemlidir.

³¹⁹ Tekin Memiş, “İnternette Cins ve Meslek İsimlerinin Alan Adı Olarak Kullanılması ve Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar”, **AÜEHFD**, C. IV, S. 1-2, 2000, s. 466.

³²⁰ RG.07.11.2010 - S. 27752.

³²¹ Bosnalı / Özçelik, , s. 54.

³²² Ünal Öztürk, s. 91.

³²³ Ünal Öztürk, s. 91.

İnternette yer alan her işletme, internet sayfalarına mümkün olduğunca çok kullanıcının kolaylıkla erişebilmesini ister. Fakat uygulamada, internet protokol adreslerinin telefon rehberi gibi yer aldığı bir rehber bulunmadığı için kendilerini tanıtabilmek ve varlıklarını internette kullanıcılara en kolay şekilde gösterebilmek adına çaba sarf etmelidirler. Bu nedenle de işletmeler kendilerini tanınır, kolay erişilebilir duruma getirebilecek alan adlarını seçmek isterler. Bunu da diğerler işletmelerin alan adlarından farklı ve kendi işletmelerinin özelliklerini ya da markalarını yansıtabilecek şekilde alan adı seçerek yapmaya çalışırlar³²⁴. Her ne kadar alan adları başlangıçta sadece internet erişimini kolaylaştırmak ve kullanıcılara deneyim rahatlığı yaşatabilmek amacıyla düşünülmüş olsa da artık günümüzde alan adları ticari alanda iş yerini belirleyen bir kimlik olarak da görülmektedir³²⁵. Bu nedenle alan adları gün geçtikçe işletmeler için ticari değer kazanmaktadır ve çevrimiçi marka işlevindedir³²⁶. Hatta alan adlarının hem büyük bir reklam gücüne hem pazar ve tanıtım gücüne sahip olduğu da söylenebilir³²⁷. Bir ileri aşamada da alan adlarının günümüzde çevrimiçi marka olarak görüldüğünü söylemek de yanlış olmayacaktır³²⁸.

Bir diğer yönüyle alan adı, kaynağa işaret etmesi yönüyle markaya da benzer fakat markalar bölgeselken internetin bir sınırı olmadığı için alan adlarının da sınırı olmayacaktır. Bu yönüyle de alan adlarının önemi büyüktür³²⁹. Fakat bir işletme markasını kendi ülkesinin marka hukuku kapsamında koruyabiliyorken, alan adlarının bir sınırının olmaması, alan adının marka hukuku kapsamında korunamayacağı anlamına gelir³³⁰³³¹. Bu nedenle işletmelerin alan adlarını da markalarını zamanında

³²⁴ Nomer Ertan, **Haksız Rekabet Hukuku**, s. 400

³²⁵ Tekin Memiş, “Alan İsmi Etrafında Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar”, **Bilişim Toplumuna Giderken Psikoloji, Sosyoloji ve Hukukta Etkiler Sempozyumu**, Ankara, 2001, s. 7.

³²⁶ Okan, **Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet**, s. 92.

³²⁷ Nomer, “İnternet Alan Adının (Domain Name) Hukuki Niteliği ve Marka ve Ticaret Unvanı Gibi Ayırt Edici Ad ve İşaretler ile Arasında Benzerlik Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukuki Sorunlar”, **Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı**, s. 400.

³²⁸ Bozkurt Yüksel, s. 100.

³²⁹ Bıdık, s. 51.

³³⁰ Seniha Dal, “Türk Hukukunda İnternet Alan Adları (Domain Names) ve Bu Alandaki Son Gelişmeler”, **Marmara Üniversitesi İ.İ.B.F. Dergisi**, C. 28, S. 1, İstanbul, 2010, s. 489.

³³¹ Aslında bu durum uluslararası alanda da üzerinde önemle durulan ve çözüm aranan sorunlardan biridir. Bu konuya ilişkin öne sürülen çözüm önerilerinden bir alan adlarının tesciline “ön inceleme” sisteminin getirilmesidir. Bu sisteme göre alan adı tesis edilmeden önce, tescil edilen markalarla, tescil edilmek istenen alan adlarının kıyaslanması ve olası bir ihtilafın doğmasının bu sayede önüne geçilmesidir. Önerinin detayı için bkz.; Mustafa Alkan / Cafer Canbay, “Çok Dilli Alan Adları ve Çözüm Önerileri”; www.tk.gov.tr/Etkinlikler/Ulusal (Erişim Tarihi: Eylül 2022)

tescil ettirdikleri gibi farklı bir şekilde tescil ettirmeleri gerekir. Her ne kadar alan adlarının ve markaların birbirlerinden farklı şekilde tescil ettirilmesi gerekse de işletmelerin alan adlarını markalarını da içerecek şekilde belirlemeleri de önemli olacaktır. Zaten günümüzde genellikle işletmeler alan adı olarak ürün veya hizmetleriyle ya da markalarıyla bağlantılı adları alan adı olarak alma eğilimindedirler. Bazen de direk tescil ettirdikleri markalarını da içeren farklı isimleri alan adı olarak seçerler³³². Böylelikle bir markaya ya da marka sahibinin web sitesine ulaşmak isteyen kullanıcılar, internette markanın adını arattıklarında kolaylıkla ilgili işletmeye ulaşabilmektedirler ki bu durum işletmenin hem ününün markası aracılığı ile arttırmasının önünü açacaktır hem de kullanıcıların yanılgısının önüne geçecektir³³³. Çünkü kullanıcıların gözünde, markanın sahibiyle alan adı ile ulaştığı internet sitesinin sahibi aynı kişidir³³⁴. Zaten kullanıcıların bu kanıya varması olağan kabul edildiği için aşağıda inceleyeceğimiz üzere birçok haksız rekabet hali de gündeme gelmektedir.

Bilindiği üzere internet ağının bir sahibi yoktur ve internet ağı belli bir ülkeye ait olmadığı için ağın tamamında geçerli olacak bir hukuk sisteminden ya da bir mülkiyet hakkının varlığından da söz edilemez. Her ülkenin internetle ilgili kendi düzenlemeleri bulunur ve bu düzenlemeler sadece kendi ülkeleri ile sınırlıdır³³⁵. Alan adlarının da bu nedenle ülkeden ülkeye hukuki niteliği değişebilmektedir.

Ayrıca alan adının tescile dayalı bir kullanımı vardır. Bu durumda bir tescil sözleşmesinin varlığına ihtiyaç duyulur ve bu sözleşmenin süresi boyunca alan adı mevcudiyetini korur. Bu yönüyle alan adlarına ilişkin olarak, alan adlarının, tescil

³³² Bozkurt Yüksel, s. 100.

³³³ Okan, **Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet**, s. 95.

³³⁴

Can, Mustafa / Memiş, Tekin, “Elektronik Ortamda Haksız Rekabet Halleri”, **Mevzuat Dergisi**, Y. 7, S. 81, Eylül 2004, s. 21 (Çevrimiçi) <https://www.mevzuatdergisi.com/2004/09a/04.htm> (Erişim Tarihi: Mayıs, 2022)

; “... tüketici ulaşmak istediği sitenin adresini bilmiyorsa, o firmanın markasını veya adından oluşan adresleri deneyerek istediği siteye ulaşabilmektedir.”

³³⁵ Nomer, “İnternet Alan Adının Hukuki Niteliği ve Marka ve Ticaret Unvanı Gibi Ayırt Edici Ad ve İşaretler ile Arasında Benzerlik Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukuki Sorunlar”, **Prof. Dr. Hayri Domanıç’e 80. Yaş Günü Armağanı**, s. 398; Örneğin Türkiye ele alınacak olursa Türkiye’de alan adlarının tahsisi için çalışan ODTÜ alan adlarının tahsisi için birtakım kurallar öngörmektedir. Kurallarla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.; <https://www.nic.tr/forms/politikalar.pdf> (Erişim Tarihi: Mayıs, 2022)

sözleşmelerine ya da lisans sözleşmelerine benzediği söylenebilir³³⁶. Fakat tescil sözleşmesi ve lisans sözleşmesinden alan adları çok önemli bir noktada ayrılmaktadır. Şöyle ki; tescil sözleşmesi kurulmadan önce tescili yapan kişi veya kuruluş, alan adına sahip değildir hatta alan adı üzerinde herhangi bir hakka da sahip değildir³³⁷. Bu kişilerin ya da kurum ve kuruluşların, yalnızca o adın alan adı olarak tescilini isteyen kişinin, o kişi tarafından kullanabilmesi için onay veren bir mercii olarak hareket etme fonksiyonu bulunur. Fakat lisans sözleşmesinde durum böyle değildir³³⁸.

Alan adlarına ilişkin tüm dünyada kabul edilen evrensel ilke kapsamında, bir alan adı kaydedildiğinde, o alan adını bir başkası alamaz³³⁹. Böylece o alan adını kaydedenin, kaydettiği ad üzerinde tek hak bulunur³⁴⁰. Özetle, alan adı tahsisini ilk yaptıran kişi ya da kuruluş, alan adı üzerinde web sitesi, e-posta, ağda dosya transferi açısından tek hak sahibi olacaktır. Bu ilke aynı zamanda “*ilk gelen ilk alır (first come, first served)*” olarak da bilinir³⁴¹. Zaten bu ilke sebebiyle aşağıda ayrıntılarıyla açıklanacak olan alan adı korsanlığı (“*domain grabbing*”) gibi birçok haksız rekabet hali gündeme gelmektedir³⁴². Bunun dışında da bir alan adını kendi adına tescil ettiren bir kişi, kendinden başkasının o alan adını kullanmasını men edebilecektir. Fakat bu kullanan kişinin, kullanımda meşru bir sebebi bulunuyorsa, o halde o kişinin başkası adına da tescil edilmiş olsa ilgili alan adını kullanması engellenemez³⁴³.

Bir diğer düşünülmesi gereken husus da alan adının, öncelikli ve üstün hakka dayalı bir ticaret unvanı, işletme adı ya da markadan türetilmiş olması durumudur. Böyle bir durumda, eğer bir alan daha önceden başkası tarafından tescil edilmişse ve o isim üzerinde hak sahibi olduğunu iddia eden kişi, ilgili alan adını ilk tescil ettiren kişinin kullanmasını istemiyorsa, o alan adı üzerinde öncelikli ve üstün bir hakkının

³³⁶ Okan, **Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet**, s. 92.

³³⁷ Okan, **Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet**, s. 93.

³³⁸ Okan, **Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet**, s. 93.

³³⁹ “What are Domains?”, MOZ Software Company, (Çevrimiçi) <https://moz.com/learn/seo/domain> , (Erişim Tarihi: Mayıs, 2022).

³⁴⁰ Oğuz, s. 61.

³⁴¹ Okan, **Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet**, s. 94.

³⁴² Öngören, s. 181.

³⁴³ Soydemir, **İnternette Haksız Rekabetin Önlenmesi**, s. 164. (s.93-94’te yer alan Milka kararı bu duruma örnek teşkil eder.

olduğunu ispat etmelidir. Eğer bu kişi, üstün hakkını iddia ederse “*ilk gelen ilk alır* (*first come, first served*)” ilkesi doğrultusunda alan adını ilk alan korunmayacaktır. Böylelikle de aslında alan adını tescil aslında tescil eden kişiye tescil ettiği alan adı üzerinde mutlak bir hak tanımayacaktır³⁴⁴.

3.2. Alan Adlarına İlişkin Haksız Rekabet Halleri

Yukarıda da ayrıntılı bir şekilde belirtildiği gibi alan adlarında marka kullanımı internetteki en yaygın kullanım şeklidir ve alan adları özünde IP numaralarının hatırlanmasını kolaylaştırmak için kullanılan sembolik adreslerdir³⁴⁵.

Alan adlarının, internet sitelerine kullanıcı trafiği sağlanması, kullanıcıların dikkatinin çekilmesi gibi önemli fonksiyonları bulunur. Bu nedenle de alan adlarına ilişkin yasal olmayan birçok davranış gündeme gelebilir. Her ülkenin alan adlarını ele alış biçimi, alan adlarının tahsis ve tescilinde edindiği tutum, alan adların korunmasına ilişkin çizmiş olduğu çerçeve birbirinden farklıdır³⁴⁶. Örneğin; Türk hukukunda özellikle alan adına yönelik ve alan adına özgü belirli bir yasal düzenleme bulunmazken, Amerikan hukukunda “*Alan adı Korsanlığına Karşı Tüketiciyi Koruma Yasası (Anti-cybersquatting Consumer Protection Act (ACPA))*” isimli alan adı istismarının hukuka aykırılığını düzenleyen bir düzenleme bulunmaktadır³⁴⁷. Fakat alan adları ile ilgili evrensel bir prensip bulur. Bu da “*ilk gelen ilk alır*” prensibidir³⁴⁸. Bu prensip doğrultusunda, kural olarak bir alan adı yalnızca bir kişi üzerine kaydedilebilir. Bu nedenle alan adları sınırlıdır ve zaten alan adları sınırlı olduğu için de bazı işletmeler arasında alan adlarına ilişkin mücadelelerin ve hukuki uyuşmazlıkların gündeme gelmesi kaçınılmazdır.

³⁴⁴ Bu nedenle konu haksız rekabet açısından da değerlendirilerek hak sahibi korunmalıdır. Şenocak, s. 106.

³⁴⁵ Yasaman, s. 98.

³⁴⁶ Nomer Ertan, **Haksız Rekabet Hukuku**, s. 399.

³⁴⁷ Budak, s. 59.

³⁴⁸ Yasaman, s. 129.

Alan adları, ticari olarak kullanıldıkları sürece marka, ticari unvan veya şirket adı gibi ayırt edici bir işaret görevi görebilirler. Nitekim bir Yargıtay kararlarında³⁴⁹ da belirtildiği gibi, alan adları; patent, faydalı model, tasarım, ticari unvan, şirket adı ve marka gibi bir sınai mülkiyet hakkı olarak kabul edilmektedir. Bu itibarla, alan adları yalnızca bir adres işlevi görmedikleri sürece, “*sui generis*” ayırt edici işaretler olarak kabul edilerek³⁵⁰ haksız rekabet hükümleri kapsamında korunabilirler³⁵¹. Bu bağlamda, bir alan adının, başka bir alan adıyla ya da bir marka ile aynı veya benzer olması durumunda, alan adı sahipleri arasında ya da alan adı sahibi ve marka sahibi arasında haksız rekabet çerçevesinde uyuşmazlıklar gündeme gelecektir. Böyle bir senaryoda, alan adı sahibinin haksız rekabet iddiasını kanıtlayabilmesi için ihtilaf konusu adlar arasında karıştırılma ihtimalinin varlığına işaret etmesi ve söz konusu alan adının etkin kullanıldığını kanıtlaması gerekir. Öte yandan, bir marka, telif hakkı, coğrafi işaret veya bir tasarımın sahibinin izni olmaksızın bu ayırt edici işaretlerin, alan adı olarak kullanılması halindeyse 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu³⁵² uygulanacaktır ve marka haklarının ihlalden söz edilebilecektir³⁵³. Öte yandan bu gibi durumlarda aşağıda da inceleneceği gibi haksız rekabet iddialarının da gündeme gelmesi de olasıdır³⁵⁴. Bu doğrultuda günümüzde alan adları ile ilgili marka hakkı ihlalleri, ad ya da ticari adların ihlalleri gündeme gelebileceği gibi, alan adlarına ilişkin haksız rekabet çerçevesinde uyuşmazlıklarla da karşılaşılacaktır³⁵⁵.

³⁴⁹ Yargıtay 11. HD., E. 2009/15031, K. 2011/17122, T.15.12.2011; İlhami Güneş, **Marka Hukukunda Önceye Dayalı Haklar**, Dokuz Eylül Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2012, s. 122; İlgili davada davalı şirketin, markayı tescilsiz biçimde uzun yıllar kullandıktan sonra, 17.02.2003'te tescil başvurusu yapıp, zaten oluşturmuş, yaratmış olduğu markayı, kendi adına anılan sınıflarda tescillemesinin ardından ilgili davada, davacı, kendisinden önce yine aynı sınıf için aynı işaret ile tescil başvurusu yapmış olmasının davalının önceye dayalı kullanımını ortadan kaldıramayacağına karar vermiştir. Bu nedenle davalı Nil İnşaat'ın tescilsiz markası olarak, 1995 yılından beri geçici konaklama ve otel hizmetleri alanında ve 1989'dan beri de lokantacılık hizmetlerinde faaliyet gösterdiği göz önünde bulundurulduğunda, her ne kadar tescil başvurusu yapmakta gecikse bile, zaten marka sahibi olduğu mahkemede kabul edilmiştir. Ayrıca, davacı Simtan Turizm San. Tic. A.Ş.'nin tescilsiz davalı markasından haberdar olmasının da beklenemeyeceğine kadar veren mahkeme markanın hükümsüzlüğünü gerektiren bir sebep bulamamış ve her iki markanın birlikte var olabileceğine karar vermiştir.

³⁵⁰ Hasibe Işıklı, **İnternet Alan Adları Sistemi**, DPT Yayınları, Ankara 2001, s.44

³⁵¹ Mehmet Emin Bilge, **Ticari Ad ve İşaretler Arasında Karıştırılma Tehlikesi**, Ankara 2014, s.184.

³⁵² RG. 10.01.2017 – S. 29944.

³⁵³ Zeynep Yasaman, **Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Marka Hakkının İnternet Üzerinde İhlali**, Marmara Üniversitesi / Avrupa Birliği Enstitüsü / Avrupa Birliği Hukuku Ana Bilim Dalı / Avrupa Birliği Hukuku Bilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul 2019, s. 98.

³⁵⁴ SMK m. 4 kapsamında amaç bir markanın ayırt edici olma özelliğini ön plana alarak karıştırılmayı önlemektir. Karıştırılma aynı zamanda Türk haksız rekabet hukukunda iltibasa yol açma şeklinde yorumlanacaktır. Amerikan hukukunda Lanham Act'e göre de “karıştırılmaya yol açacak etkenler” (likelihood of confusion) kapsamında yani bu durum değerlendirilir. (Clark, s. 1342)

³⁵⁵ Can / Memiş, s. 23.

Çalışmamız kapsamında alan adlarına ilişkin haksız rekabete sebep olabilecek başlıca uyumsuzluk konuları üç ana kategori altında incelenecektir. Bunlar; bir başkası ile bağlantılı bir ismin alan adı olarak kullanılması, aldatıcı ve yanıltıcı alan adlarının kullanılması ve cins ve meslek isimlerinin alan adı olarak kullanılmasıdır.

3.2.1. Bir Başkası ile Bağlantılı Bir Markanın, İsmi ya da Ayırt Edici İşaretin Alan Adı Olarak Kullanılması

3.2.1.1. Alan Adı Korsanlığı (“Domain Grambling”)

Alan adı korsanlığı, tescilli olan bir markanın ya da tescilli olmayan fakat tanınmış olan bir marka ya da bir şirketin ticaret unvanıyla veya “tr” dışındaki bir alan adının aynısının ya da ayırt edilemeyecek derecede benzerinin alan adı olarak seçilmesi durumlarında karşımıza çıkar³⁵⁶. Bugüne kadar alan adlarına ilişkin uyumsuzluklar, en fazla alan adı korsanlığından kaynaklan uyumsuzluklardır³⁵⁷. Bu uyumsuzluklar farklı şekillerde ve çeşitli amaçlarla çıkabilir. Örneğin; alan adı korsanlığını gerçekleştiren kişinin amacı rakibinin tanınmışlığından, ününden, markasından, işaretlerinden yararlanarak rakibinin müşterilerini kendine yönlendirmek olabileceği³⁵⁸ gibi bu yolla reklamını yaparak kullanıcıların rakibiyle kendini karıştırmasını sağlamak da olabilir³⁵⁹.

Alan adı korsanlığı yapan kişi tanınmış markanın ayırt edilemeyecek kadar çok benzer halini alan adı olarak seçerek amacına ulaşabileceği gibi, tanınmış markayı da içerecek ve kullanıcıların ilgisini çekerek³⁶⁰ onları kendi sitesine yönlendirecek şekilde

³⁵⁶ Bozkurt Yüksel, s. 100.

³⁵⁷ Okan, **Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet**, s. 96.

³⁵⁸ Okan, **Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet**, s. 95.

³⁵⁹ Bosnalı / Özçelik, s. 55.

³⁶⁰ “Alan adı korsanlığı 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 pornografik internet sitesi trafiği için kullanılması gibi durumlar söz konusu olabilmektedir.” Soydemir, **İnternette Haksız Rekabetin Önlenmesi**, s.169.

bir alan adı seçerek de amacına ulaşabilir³⁶¹. Bu yöntem bir nevi başkasının arazisine tecavüzün siber alandaki karşılığıdır³⁶². Bu durumda; TTK m. 54/2 kapsamında, rakipler arasındaki veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı ya da dürüstlük kuralına aykırı diğer davranışlar ile ticari uygulamaların haksız ve hukuka aykırı olduğu düzenlendiği için, ilgili alan adının rakip tarafından bu gibi nedenlerle tescil edilmesi haksız rekabet olarak değerlendirilecektir.

Uygulamada alan adı korsanlığı; üçüncü kişiler tarafından o zamana kadar alınmamış fakat alınma ya da talep edilme ihtimali yüksek olan alan adlarının, ileride bu adları kullanmak isteyen kişilere yüksek meblağlar karşılığında satılabilmesi amacıyla alınması şeklinde de gerçekleştirilebilir³⁶³. Bu uygulamalara aynı zamanda alan adı park etme (*domain name parking*) de denilmektedir³⁶⁴. Alan adı park etme yoluyla günümüze kadar birçok tanınmış markanın firmanın ismi, alan adı olarak başkaları tarafından alınmış ve alınan bu alan adları, sonradan ilgililerine yüksek meblağlar karşılığında satılmaya çalışılmıştır³⁶⁵. Zira alan adları “*ilk gelen ilk alır*” ilkesine göre verildiği için zaman zaman kötü niyetli kişiler bu durumdan yararlanmışlardır.

Uygulamada iyi niyetli olmayan ve ilk gelen ilk alır prensibinden yararlanmak isteyen kişilerin artması, hukuki uyuşmazlıkların da çoğalmasını gündeme getirmiştir. Böylelikle alan adlarının verilmesinde uygulanan kurallar, günümüzde değişmiştir. Günümüzde alan adlarının en üst seviyede yönetimini yapan organizasyon olan *INTERNIC (The Internet's Network Information Center-İnternet Ağ Bilgi Merkezi)*, alan adı almak isteyen kişinin, almak istediği alan adını tescil ettirebilmesi konusunda

³⁶¹ Yasaman, s. 129.

³⁶² Yasaman, s. 142; Bozkurt Yüksel, s. 100.

³⁶³ Esra Gültekiner, “Bilişim Hukuku ve Alan Adları”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 87, S. 2013/2, 2013, s. 453.

³⁶⁴ Elizabeth M. Flanagan, "No Free Parking: Obtaining Relief from Trademark-Infringing Domain Name Parking" (2007). Minnesota Law Review. 580. <https://scholarship.law.umn.edu/mlr/580>, s. 498.

³⁶⁵ Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü'ne göre, dünya çapında kayıtlı 120 milyon web adresinin önemli bir kısmını, alan adı satın alma, satma ve park etme işi yapan şirketler oluşturmaktadır. Buna ek olarak, her ay on milyonlarca alan adı bir süreliğine elde tutulmak için geçici olarak kaydedilir ve yalnızca çok tanınan ya da önemli trafik oluşturan adlar korunur. Ayrıntılı bilgi için bkz.; Flanagan, s. 500.

meşru menfaatinin ya da bir hakkının olduğunu ispat etmesini gerektiren bir sistem getirerek bu konudaki uyuşmazlıkların önüne geçmeye çalışmıştır³⁶⁶.

Alan adı korsanlığı kapsamındaki uyuşmazlıklara ilişkin hem Türkiye’de hem de dünyada yıllar içinde birçok dava açılmıştır ve zaman içinde alan adlarına ilişkin korumalar da hem ulusal hem de uluslararası düzlemde gelişmiştir. Örneğin; 1994 yılında McDonalds.com alan adı, Jashua Quittner isimli biri tarafından tescil edilmiştir ve bunu öğrenen McDonalds, alan adını alabilmek için dava açmış fakat “*ilk gelen ilk alır*” prensibi o dönemde daha sıkı korunduğu için³⁶⁷ davayı kaybederek günün sonunda 3500 ABD Doları ödeyip alan adını Jashua Quittner’dan satın almıştır³⁶⁸. Fakat zamanla bu gibi alan adı korsanlıklarının önünün açılmaması için düzenlemeler getirilmiş ve mahkemelerin olayı ele alış şekli farklılaşmıştır.

2005 yılında Fransa’da Hotels Méridien’in SEDO ve Stéphane Hellequin aleyhine açmış olduğu davada, Paris İlk Derece Mahkemesi Sedo GmbH’yi marka ihlalden sorumlu bularak, masraflarla birlikte 10.000 Euro ödemeye mahkum etmiştir ve istinaf mahkemesi de bu kararı onamıştır. Davaya konu olayda; Sedo GmbH; ABD, Birleşik Krallık, Fransa, İspanya ve Hollanda’da faaliyet gösteren, çok sayıda veri tabanına sahip olan, kullanıcılar tarafından alan adı alım-satımının yapıldığı bir çevrimiçi alan adı platformu işletmecisidir ve Stéphane Hellequin de bu platformda “hotelmeridien.fr” alan adının satışı için reklam veren bir gerçek kişidir. İlgili davada, Sedo GmbH, Stéphane Hellequin adlı şahsın Hotels Méridien’in haklarını ihlal ettiğini bilmesine rağmen kendi platformunda Hotels Méridien’in haklarını ihlal ederek alan adını tescil ettirmiş olan Stéphane Hellequin’e yardımcı olması sebebiyle suçlu bulunmuştur. Dava istinaf mahkemesine intikal ettiğinde de mahkeme, öncelikle Sedo GmbH doğrudan alan adı alıp satmasa da, alan adları için alıcı ve satıcıların buluştukları bir pazaryeri olarak hareket ettiğini ortaya koymuştur. Bu nedenle istinaf hakimleri öncelikle işletmelerin pazarda azami dikkati göstermeleri, rakiplerinin faaliyetlerini engellemeleri gerektiğini belirtmiştir. Ardından bu iki

³⁶⁶ Bozkurt Yüksel, s. 101.

³⁶⁷ M. Erdem Aybay, Alan Adları ve Ortaya Çıkan Uyuşmazlıklar, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, No. 2, İstanbul, 2002, s. 101.

³⁶⁸ Michael Leventhal, “Who Can Stake a Claim in Cyberspace” <http://www.wiredlaw.com/wiredlaw/articles/domain.html> (Erişim Tarihi: Mayıs, 2022)

hususun serbest ticaret ilkeleri kapsamında işletmelerin yükümlülükleri olduğunu belirterek, somut olayda Sedo GmbH'nin haksız fiil sorumluluğunun bulunduğu kanaat getirmiş ve birinci derece mahkemesinin kararını onamıştır³⁶⁹.

Konuya ilişkin bir diğer karar³⁷⁰ da Yargıtay 11. Hukuk Dairesi huzurunda görülen bir dava sonucunda verilmiştir. Akbank A.Ş.'nin davacı olduğu ilgili karara konu olayda; Akbank A.Ş., AKBANK hizmet markası ile bankacılık hizmeti vermektedir. ODTÜ DNS yönetiminden aldığı “akbank.com.tr.” alan adı ile hizmetlerini sürdürmektedir. Davalı Atlas Online İletişim Sistemleri A.Ş. ise bu davada davalı konumundadır. Davalı, “akbank.net” domain ismini alarak, bir internet sayfası oluşturmuş ve bu sayfayı bir yıllığına kiraya verileceğini ilan etmiştir. Bu doğrultuda davacı Akbank A.Ş., böyle bir kullanımın, Akbank A.Ş.'nin ticari itibarını zedeleyeceği gibi aynı zamanda da bu kullanımla, kullanıcı şifrelerinin de ele geçirilebileceği hususlarının altını çizerek davalının fiilinin, hem haksız rekabet hükümleri hem de markaların korunması kapsamında haksız olduğunu öne sürmüştür.

Somut olayı ve iddiaları inceleyen Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, dava konusu talebi haklı bulmakla birlikte vermiş olduğu gerekçeli kararda, alan adının karıştırmaya yol açması veya alan adı casusluğuna ilişkin somut olay çerçevesinde bir açıklama yapmamıştır. Kanaatimizce uyuşmazlığın çözümüne ilişkin bir açıklama yapılması gerekirse; davalının, somut olayda “akbank.net” alan adını almasının Akbank A.Ş.'nin markasının tanınırlığından yararlanmak amacıyla olduğu ya da bu alan adının belki bir noktada Akbank A.Ş.'ye satılması amacı ile satın alındığı, hatta alan adı casusluğunun somut olayda bulunduğu söylenebilir.

Alan adı korsanlığının bir diğer görülme şekli de yazılış hatalarını öngörerek (*typosquatting*) alan adının tescil edilmesidir. Bu yöntemde tanınmış olup olmadığı fark etmeksizin tescilli alan adı sahiplerinin alan adlarının ya da bir markanın adının çok benzerinin hatta sadece birkaç harfi farklı olan halinin, bir üçüncü kişi tarafından

³⁶⁹<https://www.lexology.com/commentary/intellectual-property/france/lovells-llp/domain-name-marketplace-organizers-appeal-dismissed> (Erişim Tarihi: Mayıs, 2022)

³⁷⁰ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2004/4412 K. 2005/769 T. 7.2.2005.

alan adı olarak tescil edilmesi söz konusudur. Böylelikle, yazılış hatalarını öngörerek alan adı tescil eden kişi; kendisiyle asıl marka ya da alan adı sahibi arasında karıştırma söz konusu olacağı için tescil ettirdiği sitesine trafik elde edecektir, tanınır hale gelecektir. Böylelikle de ekonomik ve ticari kazanç sağlayabilecektir. Öte yandan bu durum yazım hatasıyla karışıklığa sebep olunan alan adı sahibinin zarar etmesine de yol açabilir. Bu konuya ilişkin uygulamadan örnek vermek gerekirse; Amerikan hukuku kapsamında incelenen Kaliforniya Mahkemesinde (US District Court of Northern District of California) Facebook Inc. (“Facebook”) ve Banana Ads LLC.(“Banana”) arasında görülen dava³⁷¹ önemli olacaktır. 19.04.2013 tarihli davaya konu uyuşmazlıkta; Banana “*facebokk.com*”, “*facebooj.com*”, “*ffacebook.com*” ve “*facebookwelcome.com*” alan adlarını tescil ettirmiştir. Facebook’da bu şekilde yazım hatası görünümüyle alan adı oluşturan Banana’nın yazılış hatalarını öngörme yoluyla “facebook.com” markasını kötü niyetle kullandığını, bu durumun karışıklığına sebebiyet verdiğini, markasının itibarını zedelediğini, Banana’nın kendi sitelerinin reklam ve tanıtımını, markasından haksız yararlanarak yaptığını iddia etmiş ve zararının tazminini ve haksız rekabetin tespiti mahkemeden talep etmiştir. Mahkeme, Facebook’un iddialarını haklı bularak Banana’nın haksız ekonomik çıkar sağlaması nedeniyle alan adı başına 5000 ABD dolarıyla 25.000 ABD doları arasında değişen toplamda 2.8 Milyon ABD doları tazminat ödenmesine karar vermiştir³⁷².

3.2.1.2. Tescil Edilmemiş Bir İsmi, Ayırt Edici İşaretin ya da Başkasına Ait Bir Unvanın Alan Adı Olarak Kullanılması

Tescil edilmemiş fakat başkasına ait olan bir işaretin ya da adın bir üçüncü kişi tarafından alan adı olarak kullanıldığı durumlar da karşımıza çıkabilmektedir. Başkasına ait fakat tescil edilmemiş olan bir işaret ya da ad, alan adı olarak kullanıldığında, diğer alan adı uyuşmazlıklarında da olduğu gibi ilk olarak ikinci düzey alan adına bakılmalıdır³⁷³. Sonra haksız rekabetin tespiti için bu alan adının kullanıcılar için karıştırma, karıştırma tehlikesi yaratması durumu ya da bir başkasının tanınırlığından haksız yararlanılması durumu incelenmelidir. Eğer bir kişinin adının,

³⁷¹ US District Court of Northern District of California 19.04.2013 tarihli Facebook Inc. V. Banana Ads Llc. Case No.: 11-CV-03619 YGR (Çevrimiçi) <https://www.complexip.com/facebook-winsmillions-from-defaulted-cybersquatting-defendant/> (Erişim Tarihi Kasım 2022)

³⁷² Yasaman, s. 142.

³⁷³ Kaplan, s. 63; Yasaman, s. 136

unvanının ya da işaretinin alan adı olarak bir başkası tarafından kullanılması; kullanıcılar nezdinde karıştırma, karıştırma tehlikesi yaratıyorsa ya da bu kullanım adı, unvanı ya da işareti kullanılan kişinin tanınırlığından haksız yararlanma durumunu gündeme getiriyorsa bu noktada haksız rekabetin varlığından bahsedilebilir³⁷⁴. Zira bir adın, unvanın ya da işaretin bir kimse tarafından alan adı olarak ilk kez kullanılıyor olması, haklı kullanım koşullarını yaratmayacaktır³⁷⁵ ve bir kimsenin bir adı, unvanı ya da işareti haklı olarak kullanması için mutlaka bunları tescil ettirmesi de gerekmemektedir³⁷⁶.

Haklı kullanım için incelenmesi gereken, iltibas konusu unsur olacak adın, unvanın ya da işaretin belirli bir müşteri kitlesi tarafından ayırt edici niteliklerinin olması nedeniyle ön plana çıkmasıdır³⁷⁷. İltibası incelerken bakılması gereken, ortalama zeka seviyesine sahip bir kullanıcıdır³⁷⁸.

Bu kriterler doğrultusunda; bir üçüncü kişi, başkasına ait fakat tescil edilmemiş olan bir işareti ya da adı, alan adı olarak kullanıldığında, kullanıcı nezdinde bir başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri ya da işaretleri ile karıştırmaya yol açabilecek durumlar yaratıyorsa, TTK m. 55/1/a-4 kapsamında bu hareketi haksız rekabet olarak değerlendirecektir. Eğer bir üçüncü kişi, ilgili alan adını bir başkasının ad ya da işaretinden yararlanmak ya da kullanıcıları işaretin ya da adın sahibi ile alan adının sahibini karıştırmaya itiyorsa, bu noktada haksız rekabetin varlığından bahsedilecektir³⁷⁹.

³⁷⁴ Ünal Öztürk, s. 93.

³⁷⁵ Oğuz İmregün, **Kara Ticareti Hukuku Dersleri**, B. 13. Filiz Kitapevi İstanbul, 2005, s. 83.

³⁷⁶ Bir işaretin marka olarak tescilli olması, hak sahibinin başta haksız fiil olmak üzere, haksız rekabet, adın korunması da dahil olmak üzere genel hükümlere başvurma hakkını elinden almamaktadır. Bu konuya ilişkin Yargıtay kararları da bulunmaktadır. Yargıtay 11. H.D. 2001/4502 E. 2001/6197 K. sayılı ilamında “*Davacının tescilli markası yazılış, okunuş, görsel açıdan aynıyet derecesinde taklit edilmesi marka haklarına tecavüz olduğu gibi, ürün ambalajlarında da dizayn, renk, kompozisyon bakımından iltibas yaratacak derecede benzerlik haksız rekabet teşkil eder.*” hükmetmiştir. (www.kazanci.com) Aynı doğrultuda, Yargıtay 11. H.D. 2014/6008 E. 2014/11969 K. sayılı ilamında: “...davalının "Euro" ibaresini markasal olarak kullanmasının davacının marka hakkına tecavüz ve aynı zamanda haksız rekabet oluşturduğu...” şeklinde vermiş olduğu kararında da bu hususu vurgulanmıştır. (www.kazanci.com) Nitekim uygulamada da hemen hemen açılan her marka ihlaline dayalı davada, aynı zamanda haksız rekabetin tespiti, men’i ya da maddi durumun ortadan kaldırılması taleplerinde bulunmaktadır.

³⁷⁷ Sariöz, s. 634.

³⁷⁸ Poroy / Yasaman, s. 312.

³⁷⁹ Sariöz, s. 640.

Konuya ilişkin bir diğer husus da aynı mal ve hizmetleri veren birden çok kişinin aynı ticaret unvanı, ayırt edici işareti ya da adı kullanması durumudur. Hatta aynı mal ve hizmeti veren birden çok kişiden birinin unvanı diğerinin markası ile aynı da olabilir. Bu durumda karıştırılmaya neden olmaksızın aynı adı ya da işareti farklı kişiler kullanabiliyor olsa da bilindiği üzere alan adlarının tahsisindeki kural her alan adının sadece bir kez verilebilmesi olduğu için, alan adı tahsisinde bir işletmenin diğerinden üstün tutulabilip tutulamayacağı sorusu da düşünülmelidir³⁸⁰. Örneğin Yargıtay 11. Hukuk Dairesine intikal eden bir davaya konu uyuşmazlıkta; davacı ve davalının ticari unvanları birbirine benzemektedir. Davalı “*intel*” markasının sahibidir ve ticaret unvanında da bu kelimeyi kullanmaktadır. Davalı da ticaret unvanında ve alan adında çekirdek unsur “*intel-anka.com*” olarak kullanmaktadır. Davacı davalının bu kullanımının marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet olduğunu iddia ve dava konusu etmiştir. Mahkeme, davayı kabul etmiştir ve davacı lehine hükmü kurarak, somut olayda haksız rekabetin varlığına kanaat getirmiştir. Ayrıca davalının alan adına erişiminin engellenmesine karar vermiştir. Bu minvalde davalının on sekiz yıl ticaret unvanında yer alan aynı ibarenin, davalı tarafından alan adı olarak kullanılması mahkeme kararıyla engellenmiştir³⁸¹. Kanaatimizce Yargıtay bu davayı incelerken, tarafların alan adlarının benzerliğini markanın benzerliği kadar katı yorumlamamalı ve kullanılan alan adının haksız rekabet teşkil edecek şekilde kullanılma durumunu tarafların hangi alanda faaliyet gösterdiği, ürün ve hizmetlerinin benzeyip benzemediği, bu kullanımın ticari etki yaratıp yaratmadığı üzerinden değerlendirmeliydi.

Bu durum için aynı ticari unvanını kullanan kişilerden birinin alan adı alırken diğerinden üstün tutulup tutulamayacağı meselesi de incelenmelidir. Bu kapsamda İsviçre Federal Mahkemesi’nin bir kararı³⁸² dikkat çekici olacaktır. İlgili kararda; kanun koyucunun konuya ilişkin herhangi bir düzenleme getirmediğinden yola çıkarak, her iki işaretin de değerinin aynı olduğundan ve isim üzerindeki hakla, marka

³⁸⁰ Sarıöz, s. 639.

³⁸¹ Yargıtay 11. HD. 2012/10875 E., K.2013/9979, 15.05.2013 tarihli karar (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi Kasım 2022)

³⁸² ATF 125 III 91, kararın Fransızca metni için bakınız; <http://relevancy.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=BGE-125-III-91&lang=fr&zoom=OUT&system=clir> (Naklen) Sarıöz, s. 640.

hakkının ve haksız rekabet kurallarının her somut olay için ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğinden bahsedilmiştir. İlgili karara göre her somut olayda mevcut çıkarlar ayrı ayrı değerlendirilerek karara varılmalıdır³⁸³. Aynı şekilde Türk Hukukunda da her ne kadar SMK m. 7/3-d kapsamında “İşareti kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bağlantısı olmaması şartıyla işaretin aynı veya benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük ya da benzeri biçimlerde kullanılması” durumunda marka sahibinin bu fiilin önlenmesini talep edebileceği düzenlense de; alan adını kullanan kişinin bu adı kullanmada hakkının ya da meşru bir bağlantısının olmaması gerekecektir. İlgili hüküm kapsamında, bir işareti kullanan bir kişi eğer o işaretin kullanımına ilişkin hakkı ya da meşru bağlantısı olmadan o işareti alan adı olarak kullanıyorsa; bu durumda bu kullanımının internet ortamında ticari etki yaratacak bir kullanım olup olmadığı değerlendirilmelidir. Eğer bu kullanım haksız bir kullanımsa ve internette ticari etki yaratacak şekilde kullanılıyorsa, bu durumda hem haksız rekabet hem de marka ihlali söz konusu olacaktır³⁸⁴. Bu nedenle her somut olayın kendi içinde değerlendirilmesi gerektiği söylenebilir³⁸⁵.

Aynı ismi alan adı olarak tescil ettirmek isteyen iki kişi arasında meydana gelen uyuşmazlıklarda öncelikli olarak alan adının dayandığı marka, ticaret unvanı ya da isimler arasındaki yanıltma ihtimalinin ortadan kaldırılması için öncelik prensibi³⁸⁶ doğrultusunda bir incelenme yapılması gerekir³⁸⁷.

³⁸³ Konuya ilişkin Türk Hukukunda Sarıöz’de bizim de katıldığımız bu görüşü savunmaktadır (Ayrıntılı bilgi için bkz.; Sarıöz, s. 639-641).

³⁸⁴ Buradaki itibar hem reel hem de elektronik ortamdaki sanal itibardır ve sanal itibara da reel itibar kadar dikkat edilmesi gerekir. Zira bir işletmenin sanal itibarının sarsılması reel itibarını da aynı ölçüde etkileyecektir. Örneğin bir işletmenin alan adının kullanıcıları yasal olmayan bahis sitelerine ya da içeriği uygunsuz sitelere yönlendirmesi durumunda o işletmenin her sanal hem de reel itibarı sarsılacaktır ve bu durumun unutulurak işletmenin itibarını geri kazanması belki de yıllarını alacaktır. (Ayrıca bkz.: Mete Tevetoğlu, “Online Ticari ve Kişisel İtibarın İhlali ve Korunması”, **Fikrî ve Sınai Haklar Dergisi**, Legal Yayınları, C. 8, S. 32, 2012, s. 13.)

³⁸⁵ Nomer, “İnternet Alan Adının (Domain Name) Hukuki Niteliği ve Marka ve Ticaret Unvanı Gibi Ayırt Edici Ad ve İşaretler ile Arasında Benzerlik Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukuki Sorunlar”, **Prof. Dr. Hayri Domanic’e 80. Yaş Günü Armağanı**, s. 414.

³⁸⁶ Yukarıda bahsedilen *ilk gelen ilk alır (first come, first served)*” prensibidir.

³⁸⁷ Burada önemli olan öncelik prensibinin hakkaniyetli bir şekilde uygulanabilmesidir. Hakkaniyetli bir şekilde öncelik prensibini uygulayabilmek için de önceliğe sahip olan hakkın aynı zamanda hukuk tarafından da korunmaya değer bir hak olarak değerlendirilebilmesi gerekir. Öncelik hakkına sahip olduğu belirlenen dışındaki marka, ticaret unvanı ya da isim sahipleri de kendilerinde öncelik hakkı bulunmadığı için eğer ortada bir yanıltma ihtimali varsa bu ihtimali gidermekle yükümlüdürler; Tekin Memiş, “Alan İsmi Etrafında Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar”, <http://www.geocities.ws/hukukakademisi/Alan.htm> (Erişim Tarihi: Mayıs, 2022).

3.2.1.3. Alan Adında Ad ya da Soyad Kullanılması

Alan adı uyuşmazlıklarının haksız rekabet kapsamında incelenmesine ilişkin üzerinde durulması gereken bir diğer husus da alan adında isim ya da soy isim kullanılması durumudur. Prensip olarak hiç kimse ismini kullanmaktan mahrum bırakılmamalıdır. Öte yandan, bir alan adı uyuşmazlığında, uyuşmazlık konusu alan adını edinen taraflardan birinin bu alan adını, isim hakkına dayanarak edindiğine ilişkin yapacağı savunmada, diğer taraf tescilli markası kapsamında bu adı kullanıldığını belirtirse uyuşmazlığın ne şekilde çözüleceği üzerinde düşünülmesi gerekir³⁸⁸. Bu kapsamda Fransız yargıçları, bir kişi toplumda kendi adıyla ünlü statüsü kazanmadıkça, o kişinin ilk adının, alan adı uyuşmazlıklarında kendine üstün bir hak tanımayacağı kanaatindedirler³⁸⁹. Bu hükme vardıkları kararı incelemek gerekirse; karara konu davada, davalı ünlü bir Fransız tasarımcısı olan Bayan Milka Budimir'dir ve "*milka.fr*" alan adını tescil edilmiştir. Mahkeme, Milka markasının tanınmışlığı ve ünü nedeniyle, "*Milka*" ticari markasının sahibi olan Kraft Foods'un, "*Milka*" markasının başka bir kişi veya kuruluş tarafından alan adı olarak kullanılması konusunda itirazı olabileceği sonucuna varmıştır. Bu noktaya kadar hem Bayan Milka'nın hem de Milka markasının sahibinin bu alan adını kullanmada hakkının olduğu ve bu nedenle haksız rekabetin söz konusu olmayacağı savunulabilir fakat bu davada özel bir durum söz konusudur.

Bayan Milka, ismini kullanarak aldığı alan adının bağlantılı olduğu internet sitesini "*Milka*" markası ile ilişkilendirilebilecek şekilde leylak renginde tasarlamıştır. Bu noktada Mahkeme, "*Milka*" markasının dünya çapında tanınan ve büyük bir üne sahip bir ticari marka olduğu gözetilerek, Bayan Milka'nın, gerek alan adıyla gerekse internet sitesinin tasarımıyla "*Milka*" markasının tanınırlığından güçlü ayırt edici gücünden haksız bir şekilde yararlanmaya teşebbüs ettiğine ve alan adının davacıya devrine karar vermiştir³⁹⁰. Kanaatimizce mahkemenin verdiği karar yerinde bir

³⁸⁸ Yasaman, s. 187.

³⁸⁹ Pantov Ventsislav, "The Prevention of Cybersquatting in Europe: Diverging Approaches and Prospects for Harmonization", Münih Fikri Mülkiyet Hukuku Merkezi Yüksek Lisans Tezi, Münih, 2012, s. 50..

³⁹⁰ Yasaman, s. 187.

karardır. Zira Bayan Milka ve “*Milka*” markasının faaliyet alanları, ticari kullanımları farklı olduğu için iltibastan bahsedilemese de burada müşterilerin gözünde iki farklı alanda faaliyet gösteren sitenin bir şekilde birbiri ile bir bağlantısı olduğu kullanıcılar tarafından rahatlıkla düşünülebilir. Bu nedenle “*Milka*” markasının itibarından Bayan Milka’nın faydalanması bizce de haksız rekabet teşkil edecektir.

Konuya ilişkin Türk hukuku kapsamında uygulamadan bir örnek vermek gerekirse; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin vermiş olduğu karar³⁹¹ son derece dikkat çekicidir. Davada, davacı konumunda bulunan kişi, alanında oldukça tanınmış başarılı bir uzman jinekologdur ve bir dönem hastane işleten davalı şirketin sağlık merkezinde çalışmıştır. Davacı, artık davalı ile bir ilişkisi bulunmamasına rağmen, davalının, kendisinden izin alınmadan, kendi adı ve soyadından oluşan www....com alan adını alarak bir internet sitesi oluşturduğunu ve bu sitesinin de davalı şirketin işlettiği hastaneye yönlendirme yaptığını iddia etmiş ve haksız rekabet kapsamında taleplerini sıralamıştır. Dosya kapsamında bir değerlendirme yapan Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, somut olayda, davalı şirketin, davacının unvanı, iş potansiyeli ve tanınmışlığını kullanarak müşteri potansiyelini arttırmayı amaçlamadığını ve bu durumun haksız rekabet teşkil ettiğini belirterek, davacı lehine karar vermiştir³⁹². Kanaatimizce böyle bir durumda, hem kullanıcılarda davacı ile davalı arasında bir bağlantı olduğu izlenimi yaratılacaktır; hem hastane, doktorun tanınmışlığından yararlanarak diğer rakiplerinin önüne haksız bir şekilde geçebilecektir. Bu kapsamda Yargıtay’ın kararının yerinde olduğunu düşünüyoruz.

3.2.1.4. Tescil Edilmiş Bir Markanın Alan Adı Olarak Kullanılması

Markanın temelde üç adet fonksiyonu bulunur. Bunlar; kaynak gösterme, garanti, tanıtmaya ve reklam fonksiyonudur³⁹³. Bu temel fonksiyonların alan adları için

³⁹¹ Yargıtay 11. HD., E. 2018/5532, K. 2019/6839, T. 05.11.2019; <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi: Eylül 2022)

³⁹² <https://nalbantoglu.av.tr/hekim-olan-davaci-adina-olusturulan-alan-adinin-hastane-web-sitesine-yonlendirilmesi/>

³⁹³ Ünal Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 5. Bası, İstanbul, 2012, s. 378; Sabih Arkan, **Marka Hukuku Cilt 2**, s. 181; Çağlar Özel, **Marka Lisansı Sözleşmesi**, 2. Bası, Ankara, 2015, s. 29; Lerzan Yılmaz, **Marka Olabilecek İşaretler ve Mutlak Tescil Engelleri**, İstanbul 2008, s. 53.

de geçerli olduğu söylenebilir³⁹⁴. Bu nedenle çoğunlukla tanınmış kişi ve kurumlar, markalarının içinde yer alacağı şekilde alan adlarını seçmeye çalışırlar³⁹⁵.

Bir üçüncü kişinin markasını alan adı olarak tescil ettiren kişiler bu tescili birçok nedenden yaptırabilirler. Bu başkasının markasını alan adı olarak tescil ettiren kişinin amacı, markanın bilinirliğinden yararlanmak olabileceği gibi, tescilli markayla aynı kategoride ve sınıfta olan ürünlerini ön plana çıkarma ya da mallarını, hizmetlerini o alan adı altında kullanıcılara sunarak kullanıcılar nezdinde karıştırılmaya yol açmak da olabilir³⁹⁶. Hatta bu kişinin amacı marka sahibinin kendi markasıyla elektronik ortamda var olmasının önüne geçerek müşteri kitlesini daraltmak³⁹⁷ ya da o markanın itibarını sarsmak da olabilir. Şöyle ki; bir üçüncü kişinin markasını gerek jenerik birinci derece alan adı olarak gerek ulusal tescil kuruluşlarının müsaade ettiği ölçüde alan adı olarak tescil ettiren kişi, bu alan adında uygunsuz içeriklere sahip internet sitelerine yönlendirme yapabileceği gibi, bu alan adı altında bizzat uygunsuz içeriklerin gösterimini de gerçekleştirebilir³⁹⁸. Bu gibi durumlarda tescilli marka sahibinin kullanıcılar nezdinde karıştırılması söz konusu olabileceği gibi karıştırma olmasa bile markanın hem reel hem de sanal itibarının zedelenmesi de gündeme gelebilir³⁹⁹⁴⁰⁰.

³⁹⁴ Okan, **Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet**, s. 97.

³⁹⁵ Yasaman, s. 107.

³⁹⁶ Kırıcı, s. 79.

³⁹⁷ Ezgi Öztürk, “İnternet Yoluyla Markanın Haksız Kullanımı”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Mayıs 2010, S. 45, s. 71.

³⁹⁸ Gregory D. Phillips, “Necessary Protections for Famous Trademark Holders on the Internet”, **Hastings Communication & Entertainment Law Journal**, Volume 21:635, 1999, s. 638. https://repository.uchastings.edu/hastings_comm_ent_law_journal/vol21/iss3/5 (Erişim Tarihi: Mayıs, 2022).

³⁹⁹ Sariöz, s. 636.

⁴⁰⁰ Fakat karıştırma ihtimali söz konusu olmasa bile bir başkasının markasının kullanımı o markanın itibarını zedeleyebilir. Bu durumda da haksız rekabetin gündeme geleceği söylenebilir. Zira ABD hukuku kapsamında değerlendirilen bir davada, Candyland markasının sahibi “candyland.com” adresinin sahibine dava açmıştır ve davada Candyland lehine hüküm kurulmuştur. Burada Candyland bir çocuk oyunu markasıdır ve “candyland.com” adresinde pornografik içerikler paylaşılmaktadır. Her ne kadar burada bir karıştırma ihtimalinden bahsetmek mümkün olmasa da bu kullanım çocuk oyunu markası olan Candland’in repütasyonuna zarar verecek bir kullanım olacağı için mahkeme markanın kullanımını karıştırma ihtimali kapsamında değil marka sahibinin repütasyonu kapsamında değerlendirmiştir. (Ayrıntılı bilgi için bkz.; https://itlaw.fandom.com/wiki/Hasbro_v._Internet_Entertainment_Group#:~:text=Hasbro%20Inc.%2C%20the%20owner%20of,with%20a%20sexually%20explicit%20website (Erişim Tarihi: Kasım 2022))

Başkasına ait tescilli bir markanın her ne amaçla olursa olsun aynısının ya da çok benzerinin bir üçüncü kişi tarafından alan adı olarak tescil ettirilmesi durumlarında, marka sahibinin hakları SMK m. 7/3-d kapsamında korunmaktadır. İlgili hüküm çerçevesinde, işaretin kullanımına ilişkin hakkı ya da meşru bağlantısı olmadan işaretin aynısını veya benzerini internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde alan adı olarak haksız şekilde kullanan kişinin bu davranışı, marka ihlali teşkil edecektir. Böyle bir durumda marka sahibi, bu haksız kullanımı yasaklayabilecektir. Fakat Soydemir'in görüşüne göre; marka ile alan adı arasında karışıklık tehlikesinin varlığını incelerken katı kurallarla davranmamak gerekir. Ayrıca karışıklık çıtasının yükselmesi ve markalar arasında karışıklık yaratan benzerliklerin yorumlandığı şekilde alan adlarındaki benzerlikler yorumlanmamalıdır. Bu nedenle karıştırma ihtimalinin incelenmesinde somut uyuşmazlıklar bazında bir inceleme yapmak daha doğru olacaktır⁴⁰¹.

Markanın alan adı olarak haksız kullanımı durumlarında marka korumasına ilişkin hükümlerin mi, haksız rekabete ilişkin hükümlerin (özellikle iltibas çerçevesinde) mi uygulanacağı sorusunun yanıtının bulunması konu kapsamında önem teşkil eden bir diğer husustur. Bu hususa ilişkin Nomer Ertan'ın görüşüne göre; sicile tescil edilmemiş olan bir ticaret unvanı, işletme adı veya marka, haksız rekabet hükümleri çerçevesinde korunurken; özel sicile tescil edilmiş bir marka veya ticaret siciline tescil edilmiş bir ticaret unvanı taklit edildiğinde haksız rekabet hükümleri (TTK m.54 vd.) ve SMK hükümleri birlikte uygulanmalıdır⁴⁰². Zira Yargıtay 11. Hukuk Dairesi de başkasına ait markaların kullanıcılarda karışıklığa sebep olacak şekilde kullanılmasına ilişkin incelediği davaları hem haksız rekabet hem de markaya tecavüz kapsamında değerlendirerek, her iki kapsamdaki hükümleri kümülatif olarak somut uyuşmazlığa uygulamaktadır⁴⁰³.

⁴⁰¹ Soydemir, **İnternette Haksız Rekabetin Önlenmesi**, s. 167.

⁴⁰² Ülgen/ Helvacı/ Kaya/ Nomer Ertan, s. 574-575.

⁴⁰³ Konuya ilişkin örnek niteliğinde olabilecek davalar; Yargıtay 11. HD. 2015/3685 E., 2015/13586 K. 17.12.2015 tarihli karar (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi Kasım 2022), Yargıtay 11. HD. 2012/2093 E., 2013/2977 K. 20.02.2013 tarihli karar (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi Kasım 2022)

Başkasının markasının alan adı olarak kullanımına ilişkin uygulamadan örnekler vermek gerekirse; alan adı olarak bir ticari işletmenin markasının bir kısmının kullanılması ve kötülenmesi kapsamında Yargıtay 11. Hukuku Dairesi'nce değerlendirilen uyuşmazlık, üzerinde özellikle durulması gereken bir uyuşmazlıktır. Şöyle ki; Yargıtay 11. Hukuk Dairesine intikal eden davaya konu olayda; davalı, “*www.tunçmatikalmayin.com*” alan adını tescil ettirmiş ve bu alan adı altında yer alan internet sitesinde “*tunçmatikALMAYIN*” gibi sayfa başlıklarını kullanmıştır. Yargıtay davacının “*Tunçmatik*” markasının bir üçüncü kişi tarafından alan adı olarak kullanılmasının ve bu alan adı altında marka sahibine ilişkin olumsuz beyanlarda bulunulmasının haksız rekabet teşkil edip etmediğini incelemiştir. Bu kapsamda üç temel hususu değerlendirerek haksız rekabete ilişkin tespitlerini yapmıştır. Bunlar; davalının bu kullanımının ifade özgürlüğü kapsamında sayılıp sayılmayacağı, söz konusu kullanımın karıştırılma olasılığı yaratıp yaratmadığı ve bir karalama eylemi oluşturup oluşturmadığıdır. Bu kıstaslar doğrultusunda hakimlerin tespitleri şu şekildedir; davacının markasının alan adı olarak davalı tarafından tescil ettirilmesi markanın ticari kullanımı kapsamında değerlendirilemeyecektir. Burada ticari bir kullanım bulunmamaktadır. Fakat her ne kadar bu adın, alan adı olarak kullanılması ve marka sahibine ilişkin olumsuz beyanlara ilgili sitede yer verilmesi ticari marka kullanımı olarak değerlendirmese de davalının fiili incitici, iftira niteliğinde ve davacı için aşağılayıcıdır. Ayrıca davacının ticari unvanı olan “*tunçmatik*” ve “*tunçmatik*” markalı ürünlerin temel unsurları olan hem alan adı hem de alan adının kullanımı sonucu oluşan olumsuz imaj nedeniyle davacının satışları kaçınılmaz bir şekilde azalacaktır. Bu nedenle davalının bu kullanımı haksız fiil ve haksız rekabet teşkil edecektir⁴⁰⁴.

Marka ihlali ve haksız rekabet iddialarının incelendiği bir uyuşmazlığa konu olayda da Yurtiçi Kargo davacı, işten çıkardığı eski çalışanları da davalı konumundadır. Yurtiçi Kargo, işten çıkardığı çalışanların protesto ve tezahürlerine ilişkin haber, fotoğraf, video ve değerlendirmelerin yer aldığı “*www.yurticikargomagdurlari.com*” alan adını taşıyan internet sitesi aleyhine dava açmıştır. Davayı gören İstanbul 4. Fikrî ve Sınâî Haklar Hukuk Mahkemesi 2.7.2013

⁴⁰⁴ Yargıtay 11. HD., E. 2013/12525, K. 2014/2599, T. 14.02.2014; <http://rega.basbakanlik.gov.tr/Fihrist/fihrist.asp> (Erişim Tarihi: Eylül 2022)

tarihinde, düşünce ve ifade özgürlüğü açısından, davacı şirket tarafından görevden alınan kişilerin yaptığı protesto ve açıklamaların, karalayıcı ve aşağılayıcı olmamak kaydıyla ifade özgürlüğü ve kanun yollarına başvurma hakkı kapsamında olduğu kanaatine varmıştır. Öte yandan, mahkeme; internet sitesinde davacının ticari markaları bulunsa da bu kullanım herhangi bir mal veya hizmetin sunulması ile ilgili olmadığını, herhangi bir markanın itibarından haksız bir şekilde yararlanmanın somut olay çerçevesinde gerçekleşmediğini, davalı tarafından açılan bu internet sitesinde ticari bir amaç güdülmediğini ve bu alan adı kullanımının ticari bir etki yaratmadığını, bu nedenle böyle bir kullanımın, ticari marka kullanımı olarak değerlendirilmeyeceğini belirtmiştir. Öte yandan, bu kullanımın marka ihlali olmadığı düşünülse dahi, davalının tescil ettirdiği alan adı içinde yer alan “yurticimağdurları” ifadesinin olumsuz bir çağrışım oluşturduğu gerekçesiyle, mahkeme bu kullanımının haksız rekabet oluşturduğunu belirtmiştir⁴⁰⁵.

Hüküm doğrultusunda davacı açısından, bu gibi düşüncelerin kamuya açıklanması ve dolayısıyla bu alan adının kullanılması davacıyı karalamakta ve itibarını zedelemektedir. Bu nedenle bu davada davacı lehine hüküm kurulmuştur. Ayrıca ilk derece mahkemesinin gerekçesinin dayanağı, internet sitesi alan adında, marka ile birlikte “mağdurları” ifadesinin kullanılması ve dolayısıyla şirketin ticari itibarının zedelenmesi nedeniyle davacıların bu davranışlarının haksız rekabet teşkil etmesidir⁴⁰⁶. İlk derece mahkemesinin bu kararına itiraz ile Yargıtay’a konu intikal ettiğinde, Yargıtay da ilk derece mahkemesinden farklı bir gerekçelendirme yapmamıştır. Fakat Yargıtay 11. Hukuk Dairesi üyesi Levent Yavuz, yukarıda belirtilen bu karara katılmamış ve davacının faaliyetlerinin eleştirildiği sitenin alan adının, tek başına haksız rekabet olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir⁴⁰⁷.

⁴⁰⁵ Poroy / Yasaman, s. 401.

⁴⁰⁶ İstanbul 4. FSHM, E. 2012/137, K. 2013/117, T. 02.07.201, (Çevrimiçi), www.kazanci.com (Erişim Tarihi: Aralık 2022)

⁴⁰⁷ Muhalefet şerhi; “ilgili şirket tarafından mağdur edildiklerini düşünen ve bu konuda yargıya başvurarak mağduriyetlerinin giderilmesini talep eden bazı eski şirket çalışanlarının şirkete karşı gerçekleştirdikleri eylem ve etkinliklerle ilgili bilgilerin adı geçen internet sitesinde yer alması “haksız rekabet”, olarak değil, eski çalışanlarının ifade özgürlüğü çerçevesinde şirketin bazı uygulamalarına yönelik eleştirileri olarak değerlendirilmelidir. İnternet sitesinin adında yer alan “mağdurları” ibaresi şirketin bazı eski çalışanlarının, şirketle yaşadıkları iş ilişkisinden kaynaklanan sorunları kendi bakış açılarına göre ifade etme ve yorumlama biçimidir. Bu kişiler kendilerinin şirket tarafından mağdur edildiğini düşünmektedirler. İnternet sitesi kuran ve kullanan kişilerin ilgili şirketin mağdur edilmesi veya zarara uğratılmasından ziyade, kendilerine göre mağduriyetlerini ve bundan kaynaklanan deneyimlerini kendi aralarında paylaşmak ve bu konuda kamuoyunu bilgilendirmek amacı taşıdıkları söylenebilir.”

Levent Yavuz'un görüşüne göre; davalının bu alan adını kötü niyetle ve davacıya zarar vermek amacıyla kullandığına dair herhangi bir delil bulunmamaktadır ve sitede yer alan içeriğin haksız rekabet oluşturup oluşturmadığı da tespit edilememiştir⁴⁰⁸.

Yine bu dava ile ilgili olarak *www.yurticikargomagdurlari.com* alan adının sahibi olan davalı, bu karara karşı Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur⁴⁰⁹. Başvurunun konusu, ihtilaflı alan adı altında siteye erişimin engellenmesiyle ifade özgürlüğünün ihlaline ilişkindir. İlk derece mahkemesinin, davalı adına kayıtlı web sitesine erişiminin engellenmesi kararına ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi, kararın hukuki, meşru bir amaca yönelik verilmiş olduğunu ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir karar verildiğini belirterek, başvuru sahibinin iddiasını yerinde bulmamıştır. Ancak yine Anayasa Mahkemesi üyelerinden Ergin Yıldırım bu karara katılmamıştır. Yıldırım'a göre bir şirketi internet üzerinden eleştirmenin, aynı şirketin genel merkezi önünde protesto mitingi ve tezahürat yürüyüşü düzenleyerek çeşitli pankartlarla şirketi eleştirmekten farkı yoktur. Buna göre, bu fiiller nasıl anayasal koruma altındaysa, somut olaydaki gibi kullanım da ifade özgürlüğü bakımından anayasal güvence altına alınmalıdır⁴¹⁰.

Bu davaya ilişkin doktrinde de birçok görüş ortaya atılmıştır. Bu görüşlerden birine göre⁴¹¹; başvuru yapan şirketin itibarından kaynaklanan ifade özgürlüğü hakkı ile mülkiyet hakkı arasında bir çelişki olması durumunda, bu iki hak arasında adil bir denge kurulması gerekir. Bunun için, somut olay incelenirken site içeriğinde yer alan bilgilerin doğruluğu, sunulma şekli ve kimler tarafından sunulduğu, içerikte yer alan bilgilerin kamu yararı ile ilgili bir tartışmaya katkı sağlayıp sağlamadığı, kimlerin eleştirilerine maruz kaldığı ve neden eleştirildiği gibi kriterlerin dikkate alınarak bir değerlendirme yapılması, gerekir. Kanaatimizce bu davada “Mağdurları” ifadesi, davacıyı karalamak ve itibarını zedelemekle birlikte, sitede yer alan hususlar, bir değer yargısından ziyade gerçeklere işaret etmektedir. Bu bilgiler davacı şirketin

⁴⁰⁸ Yargıtay 11. HD., E. 2013/15738, K. 2014/5119, T. 17.03.2014. (Çevrimiçi), www.kazanci.com (Erişim Tarihi: Aralık 2022)

⁴⁰⁹ Anayasa Mahkemesi Naif Şaşma Başvurusu Numara; 2015/3782, Karar Tarihi, 09.01.2019; (R.G. 20/3/2019 – 30720) (Çevrimiçi), www.kazanci.com (Erişim Tarihi: Aralık 2022)

⁴¹⁰ Karşı oyun gerekçesi için bkz; <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2015/3782>

⁴¹¹ Yasaman, s. 430

faaliyetlerine ilişkin yanıltıcı, yanlış ve hayali bilgiler değildir. Bu itibarla, burada amaç davacıyı karalamak değil, şirketin haksız sayılan hareketlerini ifade özgürlüğü kapsamında ortaya koymak, eleştirmek ve kamuya iletmektir. Bu nedenle biz de bu görüşe katılmaktayız.

Tanınmış bir markanın alan adı olarak bir üçüncü kişi tarafından tescil ettirilmesi ile ilgili diğer bir önemli husus da reklam gelirleriyle ilgilidir. Şöyle ki, tıklanma oranı yüksek olan tanınmış internet sitelerinin büyük kazanç kalemlerinden biri de sitelerinde verdikleri reklamlardır. Tahmin edilebileceği üzere, tanınmış markalar yüksek tıklama oranlarına sahip internet sitelerine sahip oldukları için, tanınmış bir markayı alan adı olarak tescil ettiren üçüncü kişiler, kendi reklamlarını yapabilirler, tıklama oranları yükseldiği için daha iyi işletmelere sitelerinde reklam verebilirler ve böylelikle marka üzerinden tanınırlıklarını ve gelirlerini arttırabilirler⁴¹². Ayrıca marka ne kadar büyükse ya da tanınmışsa, alan adının kötü niyetli tescil ettiren üçüncü kişiler tarafından markanın sahibine tescil nedeniyle verilen zarar, o kadar büyük ve ciddi olacaktır⁴¹³. Zira asıl markaya ulaşmak isteyen kullanıcılar, başka bir internet sitesine yönelecekleri için markanın asıl sitesinin tıklama oranları düşecek ya da kullanıcılar bu iki şirketi birbiriyle karıştıracaklardır.

Tescilli markaya tecavüzün alan adıyla gerçekleştiği bir diğer durum da, alan adlarının aslında telefon numaraları gibi sayı kombinasyonlarından oluşması nedenlidir⁴¹⁴. Şöyle ki; yukarıda da açıklandığı gibi internet sitelerinin adresleri aslında sayı kombinasyonlarından oluşmaktadır ve eğer bir işletme; başkasına ait bir markayı işaret edecek şekilde bu sayılardan oluşan kombinasyonu alan adı olarak tescil ettirirse; sayıları sadece telefon numarası gibi alan adı olarak kullandığı ve telefon numaralarındaki benzerliğin haksız rekabet teşkil etmeyeceği söylenemeyecektir⁴¹⁵. Zira bu gibi benzerliklerin markayı işaret eden numaraların kullanımı da tıpkı marka kullanımında olduğu gibi üçüncü kişi tarafından bir markanın alan adı olarak kullanılması kapsamında değerlendirilir ve bu durum hem tescilli markanın

⁴¹² Kırıcı, s. 80.

⁴¹³ Kaplan, s. 61.

⁴¹⁴ Ezgi Öztürk, s. 71.

⁴¹⁵ Oğuz, s. 28.

tecavüzüdür hem de haksız rekabet teşkil eder⁴¹⁶. Öte yandan bu kullanım, alan adlarının belli bir ölçüye kadar birbirine benzer olabileceği gerçeği ile karıştırılmamalıdır. Şöyle ki; kullanıcılar alan adları arasında belirli ölçüde benzerlik olabileceğinin bilincindedirler. Bir marka ya da işletmenin internet sitesini, internet tarayıcısı üzerinden aratıldığında, tarayıcıya girilen bir harfin bile erişilmek istenen siteninkinden farklı olması, aranılan sayfadan çok farklı sayfalara kullanıcıları yönlendirebilir ve bu durum her zaman haksız rekabet olarak değerlendirilmemelidir⁴¹⁷. Her somut olay kendi koşulları çerçevesinde incelenmelidir.

Bu noktada alan adı ile marka arasında karıştırma riskinin bulunması ya da iltibas tehlikesinin söz konusu olması durumlarının tespitinde çok katı olunmamalı ve markalar arasında iltibas yaratan benzerliklerin, alan adları bakımından kolayca iltibas oluşturmayacağı da dikkate alınmalıdır. Zira doktrinde⁴¹⁸ çoğunluk görüş iltibas çıtasının yükseltilmesinin daha hakkaniyetli olacağı yönündedir çünkü alan adları markaların aksine birbirine benzer olabilir ve bunu engelleyen bir düzenleme de söz konusu değildir⁴¹⁹.

Bir diğer düşünülmesi gereken durum da, üçüncü şahısların yabancı markaların telaffuzlarını alan adı olarak tescil ettirmesi halidir. Zira bu gibi durumlarda yabancı markanın telaffuzu şeklinde tescil ettirilmiş alan adlarının, söz konusu ticari marka ile kafa karıştıracak kadar benzer olduğu kabul edilmektedir. Örneğin, WIPO'dan önce görüşmüş bir davaya konu olayda, davalı "gamebukers.com" alan adını tescil ettirmiştir ve davacını "gamebookers" ticari markasının sahibidir. Somut olayı inceleyen mahkeme; davacının tescilli markası ile davalının alan adının kafa karıştırıcı şekilde benzer bulunması sebebiyle haksız rekabetin varlığına hükmetmiştir⁴²⁰. Aynı

⁴¹⁶ Tekin Memiş, "Marka, Endüstriyel Tasarım, Faydalı Model ve Patent Davalarında İnternet Alan Adı Nedeniyle Ortaya Çıkan Marka Uyuşmazlığı" 17-18 Haziran 2005, **Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Kültürü 1. Ulusal Sempozyumu, Sorunlar ve Kurumsal Çözüm Yolları**, İstanbul Barosu Yayınları, Eylül 2005, s. 120.

⁴¹⁷ Sarıöz, s. 640.

⁴¹⁸ Güzide Soydemir, **İnternette Haksız Rekabetin Önlenmesi**, Seçkin Yayıncılık, Şubat 2015, s. 167; Nurullah Bal, "İnternet Alan Adları ve İnternet Alan Adı Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümlemesi", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 17, Y. 2013, S. 1-2, s. 330; Kaplan, s. 62.

⁴¹⁹ Okan, **Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet**, s. 100.

⁴²⁰ WIPO Case No. D2008-1275, PartyGaming Plc., PartyGaming IA Limited v. Haary Thomas.

şekilde Türk mahkemelerinde görülen bir davada da yabancı kelimelerden oluşan markaların da Türkçe okunuşları ile alan adı olarak kullanılmasının haksız rekabet teşkil edebileceği üzerinde durulmuştur. Örneğin; bir uyuşmazlıkta marka sahibinin izni olmadan www.elcezure.com.tr alan adı, üçüncü bir kişi tarafından tescil ettirmiştir. “Al Jazzeera” markasının sahibi de üçüncü kişinin bu kullanımının marka tecavüzü ve haksız rekabet teşkil ettiğini iddia ve dava etmiştir. İddiaları inceleyen Yargıtay, davalının www.elcezure.com.tr alan adını, marka hukuku anlamında kullandığını gözetmiş ve bu kullanımın marka hukuku anlamında bir kullanım olduğunu ve davacının marka hakkının ihlal edildiğini belirtmiştir. Ayrıca Yargıtay, Arapça “Al Jazzeera” kelimesinin Türkçede “elcezure” olarak okunduğunu, bu alan adı ile adreslenen internet sitesi ile marka sahibi arasında bir bağlantı olmadığını ve bu benzer kullanımın aynı sektörde yapılmış olduğunu da gözetmiş ve tüm bunların karıştırılma ihtimalini arttırdığının altını çizmiştir. Böylelikle mahkeme ilgili kullanımın haksız rekabet teşkil ettiğine kanaat getirmiştir⁴²¹.

Türk hukuku kapsamında incelenen bir diğer dava da British SKY Broadcasting Group PLC ve British SKY Broadcasting Ltd. şirketlerinin (“davacı”) 2006’da SKYTURK’e (“davalı”) karşı açmış olduğu ‘Markaya tecavüzün tespiti ve haksız rekabetin önlenmesi’ talepli davadır. Bu dava oldukça ilgi çekicidir. Davacı dört yüz kadar televizyon ve radyo yayınları bulunan ve Türkiye de dahil olmak üzere atmış farklı ülkede faaliyet gösteren bir şirkettir ve markaları Türkiye’de de tescillidir. Bu nedenle ilk derece mahkemesi somut olayı inceleyerek 250 bin TL teminatla, tedbir kararı vermiş ve SKY ibaresinin, tüm televizyon, radyo, internet başta olmak üzere tüm mecralarda kullanımı yasaklamıştır. Davalının temyiz başvurusuna istinaden konu Yargıtay’a intikal etmiştir ve Yargıtay da ilk derece mahkemesinin bu kararını onanmıştır. Böylelikle davalı kanalın adını tüm mecralarda 360 olarak değiştirmek zorunda kalmıştır⁴²².

Bir diğer örnek ise Yargıtay’a intikal eden “Favori” markasının kullanımına ilişkin uyuşmazlıktır⁴²³. İlgili davada davacı “Favori” markasının sahibi iken,

⁴²¹ Yargıtay 11. HD., E. 2013/16657, K. 2014/6719, T. 07.04.2014.

⁴²² <https://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/mahkemedan-8-yil-sonra-sky-karari-26840655>

⁴²³ Yargıtay 11. HD. E. 2013/527, K. 2013/17672, T. 07.10.2013

davalının ticaret unvanının temel unsuru “Favori” kelimesidir. Davacı, ticari markasının ihlal edildiği ve davalının ticaret unvanının sicilden silinmesi gerektiği iddialarıyla dava açmıştır. İlgili davaya konu olayda ilk olarak, davacının ticari markasının ve davalının ticari adının temel unsurunun kafa karıştırıcı derecede benzer olduğu ilk derece mahkemesince tespit edilmiştir. Ardından, davacının ticari markasının tescilinin davalının ticari adından önce olduğunu, her iki tarafın da aynı alanda faaliyet gösterdiğini ve dolayısıyla aynı tüketici grubunu hedeflediğini ve bu nedenle, kullanıcılar nezdinde iki şirketin karıştırılabileceği de ilk derece mahkemesinin tespitleri arasındadır. Böylelikle, davalının sadece ticaret unvanının iptaline ve diğer iddiaların reddine hükmedilmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki; marka ihlali ve ticari unvanın kullanılması şeklinde haksız rekabet iddiaları, unvan iptal edilene kadar marka ihlali veya haksız rekabet teşkil etmeyecektir. Bu nedenle konu Yargıtay’a intikal ettiğinde; Yargıtay, davalının www.favoriboya.com.tr ve www.favoriboya.com alan adlarında, ticari unvanının temel unsurunun kullanmasını SMK madde 7/3-d kapsamında, ticari marka kullanımı olarak değerlendirerek ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Bu itibarla Yargıtay, alan adında bir ticaret unvanının kullanımını, ticaret unvanı kullanımı kapsamında değil, marka kullanımı kapsamında değerlendirmiş ve bu nedenle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur ve marka hukukuna göre bir koruma sağlamıştır. Kanaatimizce somut olayda alan adının kullanımı kapsamında Yargıtay tarafından yalnızca marka hukukuna göre bir değerlendirme yapılmış olsa da, somut olayda haksız rekabetin varlığı da tartışılabilir. Zira ticaret unvanının ve markanın aynı olduğu ve ilgili aynı kelimenin alan adı olarak kullanıldığı bu uyuşmazlıkta, iki işletmenin de faaliyet alanının aynı olduğu düşünüldüğünde, bu durum kullanıcılar nezdinde karıştırmaya ve iltibasa yol açacaktır.

Ticari adların kısaltmalarını da alan adı olarak kullanmak mümkündür. Farklı ticaret adlarının kısaltmalarının aynı olması durumunda, alan adını ilk olarak tescil ettiren taraf, bu kısaltmayı alan adında kullanmaya hak kazanır⁴²⁴. Aslında, bir ticari adın sahibi, bu adın kısaltması için kendiliğinden bir hakka sahip olmaz. Yargıtay’ın çözüme kavuşturduğu bir uyuşmazlığa konu olayda, davacının ticaret unvanı Yatırım Gayrimenkul Değerleme A.Ş. iken davalı da davacıyla aynı alanda faaliyet gösteren

⁴²⁴ Yasaman, s. 63.

Yetkin Gayrimenkul Değerleme ve Danışmanlık A.Ş.'dir. Dolayısıyla bu iki ticari unvanın da kısaltması “YGD”dir. Davacı şirket 2005 yılında kurularak ve “YGD” işareti 15.11.2007 tarihinde ticari marka olarak tescil ettirmiştir. Öte yandan 24.10.2007 tarihinde tescil edilen davalı şirket, www.ygd.com.tr alan adını 01.11.2007 tarihinde, dolayısıyla davacının marka tescilinden önce tescil ettirmiştir. Davacı, söz konusu alan adının davalı tarafından kullanılmasının ticari marka haklarına aykırılık oluşturduğunu ve bu kullanımın haksız rekabet teşkil ettiği iddiası ile dava açmıştır. Ancak Mahkeme, söz konusu alan adını oluşturan “YGD” işaretinin, davacının ticaret unvanından farklı olduğunu tespit ettikten sonra, davacının ticari adını tescil ettirmesi, ilgili adın kısaltması olan “YGD” üzerinde otomatik olarak, kendiliğinden davacıya bir hak kazandırmayacağını belirtmiştir. Ayrıca davacı, marka başvuru tarihine kadar bu işareti marka olarak kullandığını da ispat edememiş ve dava davalı lehine sonuçlanmıştır⁴²⁵. Kanaatimizce şüphesiz ki; her iki işletme de aynı alanda faaliyet gösterdiği için aynı kısaltmayı alan adında kullanmaları, kullanıcılar nezdinde karışıklığa yol açacağı için haksız rekabet teşkil edecektir. Bunun önüne geçmek için de kısaltmayı alan adında kullanmada kimin üstün hakkının olduğunun tespit edilmesi ve bu adı yalnızca onun kullanmasına izin verilmesi gerekir. Bu kapsamda önceden alan adının tescil edilmesi ve bu adın kullanılmaya başlanması, bir markasal kullanımdır. Somut olayda da markasal kullanımda önceliği, alan adını alan taraf gerçekleştirmiştir. Bu çerçevede kanaatimizce tescil sahibi, ancak alan adının tescilinden önce de kendisinin bu kısaltmayı kullandığını ispatlayarak alan adının kendisine devrini sağlayabilecektir.

3.2.2. Bir Başkası ile Bağlantılı Bir Marka, İsim ya da Ayırt Edici İşaret Kullanılmaksızın Haksız Bir Şekilde Rekabette Rakiplerin Önüne Geçilmesi

3.2.2.1. Cins veya Meslek İsimlerinin Alan Adı Olarak Kullanılması

Elektronik ortamın pazar gücünün, ne denli büyük olduğunu fark eden ticari işletmeler, yukarıda da değinildiği gibi kendilerini daha geniş kitlelere tanıtılabilmek,

⁴²⁵ Yargıtay 11. HD., E. 2014/6743, K. 2015/4635, T. 02.04.2015 (Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/Arama> (Erişim Tarihi: Aralık 2022)

rekabetteki güçlerini arttırabilmek adına, alan adlarını kullanıcıların gözüne en kolay şekilde çarpacak ve internet aramalarında kendilerini rakiplerinden ön planda gösterebilecek şekilde seçmeye çalışırlar⁴²⁶. Fakat alan adları için geçerli olan “*ilk gelen ilk alır*” prensibi gereği cins veya meslek ismini alan adı olarak edinen kişi, rakiplerine oranla çok büyük bir avantaj elde edecektir. Bu haksız avantajı da rakiplerinden haklı bir şekilde üstün olmalarından ya da objektif kriterler doğrultusunda ön plana çıkacak işler başarmalarından dolayı değil, arama motorlarının çalışma yapısı gereği teknik üstünlük kazanmalarından dolayı elde edeceklerdir⁴²⁷. Zira kullanıcıların yapacağı internet aramalarında, arama motorlarının kanalize etme fonksiyonları gereği, bu alan adını edinmiş olan kişilerin internet siteleri her zaman ön planda ve ilk karşılaşılan site olarak karşımıza çıkacaktır⁴²⁸. Böyle bir durumda da müşterinin engellenmesi yoluyla sürümün engellenmesi gündeme gelecektir ve bu engelleme haksız rekabet iddialarını ortaya çıkaracaktır⁴²⁹.

Cins veya meslek isimlerinin ya da genel kavramların alan adı olarak kullanılmasına bir örnek vermek gerekirse; bir marketin alan adı olarak “market” kelimesini kullanması durumunda, o kişinin internet sitesi, kullanıcıların farklı marketleri arama motorunda aranması halinde dahi yer alacaktır. Böylelikle bu kişi, rakibi olan başka bir marketin müşterisi olan kullanıcıları dahi “market” alan adını kullanıldığı için direkt olarak kendi sitesine yönlendirebilecektir⁴³⁰. Konuya ilişkin Alman Haksız Rekabet Yasası m. 1 ve 3 ile Avusturya Haksız Rekabet Yasası m. 2 kapsamında cins veya meslek isimlerinin ya da genel kavramların alan adı olarak kaydedilmesinin söz konusu olduğu durumlarda, bu alan adlarının silinmesi gerektiği belirtilmiştir⁴³¹. Hatta Eski Alman doktrini ve Alman Mahkeme kararları incelendiğinde de görülecektir ki; cins isimler ve meslek isimleri alan adı olarak da marka olarak da tescil edilemiyordu⁴³², edildiyse de bu isimlerin iptal edilmesi

⁴²⁶ Beren Şentürk, **Alan Adının Tanıtma Vasıtalarından Doğan Haklara Aykırı Kullanımı**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, s. 83.

⁴²⁷ Memiş, Tekin, “İnternette Cins ve Meslek İsimlerinin Alan Adı Olarak Kullanılması ve Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar”, s. 467.

⁴²⁸ Memiş, “İnternette Cins ve Meslek İsimlerinin Alan Adı Olarak Kullanılması ve Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar” s. 466, Bozkurt Yüksel, s. 101.

⁴²⁹ Güven, **Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Koruduğu Menfaatler**, s. 107.

⁴³⁰ Budak, s. 59.

⁴³¹ Tekin Memiş, "Alan Adları ve Tr. Alan Adı Politikalarına Eleştirel Bir Yaklaşım", E-Akademi Dergisi, Mayıs 2005, Sayı 39; pr. 41(Çevrimiçi) www.e-akademi.org ., (Erişim Tarihi: Nisan 2022.)

⁴³² Tekin Memiş, “İnternette Cins ve Meslek İsimlerinin Alan Adı Olarak Kullanılması ve Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar”, s. 470; 1997 yılında Frankfurt Temyiz mahkemesi, “bahnhof.de (istasyon.de)” alan

gerekiyordu⁴³³. Fakat güncel durumda, yalnızca cins veya meslek isimlerinin ya da genel kavramların alan adı olarak kaydedilmesi, başlı başına bir haksız rekabet hali olarak değerlendirilemeyecektir. Bu gibi alan adlarının alınmasının haksız rekabet olarak değerlendirilmesi için alan adını tescil ettirmiş olan kişinin; internet kullanıcılarını kendi sayfasına yönlendirmiş olması, kullanıcıların piyasadaki diğer ürünlere erişmesini engelliyor olması, söz konusu ismin değişik versiyonlarını da kendi adına tescil ettirerek bir monopol yaratma izlenimi veriyor olması ve böylece kullanıcıların satın alma konusunda objektif değerlendirme yapmasını engelleyerek rakiplerine nazaran haksız bir üstünlük yaratması gerekecektir⁴³⁴. Bu nedenle böyle bir durumun söz konusu olduğu her somut olay kendi içinde ve kendi koşulları kapsamında değerlendirilmelidir.

3.2.2.2. Aldatıcı ve Yanıltıcı Alan Adlarının Kullanılması

Ticari işletmeler; elektronik ortamdaki rekabette, rakiplerinin önüne geçebilmek, satışlarını ve internet sitelerinin tıklanma oranlarını arttırabilmek gibi amaçlarla objektif olmayan, gerçekte bağdaşmayan, kullanıcıları yanıltabilecek alan adlarını seçebilirler. Bu durum TTK m. 55/1/a-2 kapsamında haksız rekabet olarak değerlendirilebilir. Zira TTK m. 55/1/a-2’de “*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 geçirmek*” bir haksız rekabet hali olarak düzenlenmiştir.

Ayrıca bu gibi kullanımlar, dolaylı karşılaştırma kapsamında da değerlendirilebilecektir. Önemle belirtmek gerekir ki; Türk Hukuku kapsamında karşılaştırmalı reklamlar prensip olarak yasaklanmış değildir. Zira Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği’nin 8. maddesi kapsamında rakiplere ait ürün adı, marka, logo, ticaret unvanı, işletme adı veya diğer ayırt edici unsurlara yer

adının Alman Demiryolları tarafından alınmasında Alman Demiryollarının öncelikli kullanım hakkının olacağını belirterek, bir üçüncü kişinin, bir başkasının bu alan adını edinemeyeceği/kullanamayacağı yönünde karar vermiştir.

⁴³³ Sariöz, s. 637.

⁴³⁴ Güven, **Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Koruduğu Menfaatler**, s. 110.

verilmemesi suretiyle karşılaştırmalı reklam yapmaya izin verilmiştir. Fakat bu karşılaştırma, haksız rekabete yol açıyorsa ve tüketiciyi ya da internet kullanıcılarını yanılgıya düşürmekteyse, diğer ülke hukuklarından farklı olarak bu karşılaştırmanın yapılması yasaklanmıştır. Bu kıyaslama, tek bir rakibi işaret edebileceği gibi bazen de aynı alanda faaliyet gösteren tüm rakiplere yönelik de olabilecektir. Özellikle “*en iyi*”, “*en kaliteli*”, “*en ucuz*” gibi tanımlamalar tüm rakiplere yönelik olarak yapılmış dolaylı karşılaştırmalar olarak nitelendirilirler. Herhangi bir genel iddiaya dayanılarak karşılaştırma yapılabilecektir. Ancak unutulmamalıdır ki; söz konusu ifadeler kanıtlanabilir ve ölçülebilir araştırmalara ve kriterlere dayalı olmalıdır⁴³⁵. Halihazırda TTK m 55/1/a-5’de de belirtildiği üzere “*Kendisini, mallarını, iş ürünlerini, faaliyetlerini, fiyatlarını, gerçeğe aykırı, yanıltıcı, rakibini gereksiz yere kötüleyici veya gereksiz yere onun tanınmışlığından yararlanacak şekilde; başkaları, malları, iş ürünleri veya fiyatlarıyla karşılaştırmak ya da üçüncü kişiyi benzer yollardan öne geçirmek*” de haksız rekabet olarak değerlendirilmektedir. Örneğin; bir restoran “*eniyietrestoran.com*” alan adını tescil ettirmişse, mutlaka bu tescilin somut bir veriye dayanması gerekir. Eğer herhangi bir somut veriye dayanılamıyorsa, afaki bir ölçüt ile ilgili ismin alması söz konusuysa, bu durumda bu alan adını tescil ettiren restoran, rakiplerinin önüne haksız bir şekilde geçmiş olacaktır. Aynı şekilde somut bir veriye dayanmaksızın bir stüdyonun “*best-of-music.com*” alan adının tescil ettirilmesi de böyledir⁴³⁶.

Konuya ilişkin somut bir örnek üzerinden gitmek gerekirse; Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin vermiş olduğu bir karar⁴³⁷ yol gösterici olacaktır. Karara konu olayda; davacı, tescilli ve tanınmış “*vestel*” markasının sahibidir. Davalının edinmiş olduğu “*www.maltepevestelservisi.net*” alan adının kullanıcılar nezdinde davalının yetkili bayisi imajını çizdiğini ve bu durumun hem marka hakkına tecavüz hem de haksız rekabet teşkil ettiğini iddia etmiştir. Yapılan inceleme neticesinde davacının ticari unvanının ayırt edici kısmının “*vestel*” kelimesi olması, bu kelimenin ayrıca davacının ürün ve hizmetlerinde de kullanılması, davacının markasının tanınmış bir marka

⁴³⁵ Fatma Özyurt, **Ticari Reklam ve İlanlarda Karşılaştırma ve Kötüleme**, Türkiye Cumhuriyeti Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Tüketicinin ve Rekabetin Korunması Genel Müdürlüğü, Ankara, 2004, s. 9.

⁴³⁶ Spielmann, Markus, **Unlauterer Wettbewerb im Internet (Lizentiatsarbeit)**, Bern 2001, http://www.aarejura.ch/download/wettbewerb_im_internet.pdf (Erişim Tarihi: Mayıs, 2022). s. 57,

⁴³⁷ Yargıtay 11. HD., 16.05.2013 Tarihli, 2011/7206 E. ve 2013/10110 K. (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim Tarihi: Kasım 2022)

olması ve davalının edinmiş olduđu⁴³⁸ alan adının ve internet sitesinin içeriğinin de yetkili bayii imajı çizmesi gözetilerek davacı lehine karar verilmiştir. Ayrıca davalı ile davacı arasında herhangi bir sözleşme ilişki olmaksızın davalının, davacıya ait olan markayı alan adında kullanmasının yanıltıcı olduğuna da kanaat getirilmiş ve hem markaya tecavüzün hem dem de haksız rekabetin koşullarının somut olay için oluştuğunu belirtmiştir⁴³⁹.



⁴³⁸ Yusufoglu, Fülürya, “Fikri Mülkiyet Haklarının İnternet Ortamında Korunması”, **Fikri Mülkiyet Hukuku Çalıştayı Bildiriler Kitabı**, İstanbul, 19-22 Aralık 2019, s. 492.

⁴³⁹ Ali Karagülmez, “İnternet Alan Adları ve Bazı Hukuki Sorunlara İlişkin Yargı Kararları”, s. 54.

4. YÖNLENDİRİCİ KODLAR (META TAGGING) VE ANAHTAR SÖZCÜKLER

4.1. Yönlendirici Kod (Meta Tagging) Kavramı

İşletmeler sadece internet kullanıcılarının, işletmelerine ait olan internet sayfasının tam adresini tarayıcıda aratmasına güvenmeyip, arama motorlarıyla da kolayca bulunmak ve sürekli göz önünde olmak isterler⁴⁴⁰. Zira işletmelerin amacı genellikle tanınırlıklarını arttırmak ve müşteri kitlelerini genişletebilmek, elektronik ortamda internet kullanıcıları tarafından kolay erişilebilir olmak, kendi tanıtım ve reklamlarını daha geniş çevrelere yapmaktır⁴⁴¹. Bu nedenle arama motorlarında, internet kullanıcılarının göremeyeceği fakat arama motorları tarafından görülen, işletmelere ait web sitelerinin içeriğine dair bilginin özel bölümlerinde bulunan ve aramayı kolaylaştırmak amaçlı olan bir takım yönlendirici kodlar (metatag) yer alır⁴⁴². Bu kodlar, kullanıcıların aradıkları internet sitelerini bulmalarında önemli bir faktördür⁴⁴³.

Teknik olarak yönlendirici kodları açıklamak gerekirse; bu kodlar, internet sayfasının içeriğine ilişkin yönlerini tanımlayan, çoklu metin işaretleme dili (HTML)⁴⁴⁴ olarak var olan, internet kullanıcısı tarafından görülmeyen ama tarama motorları tarafından algılanan kodlardır⁴⁴⁵. Yönlendirici kodlar, internet kullanıcısının, internet sayfasında yer alan bilgiyi bulabileceği sayfaların indeksini

⁴⁴⁰ Okan, **Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet**, s. 87.

⁴⁴¹ Bozkurt Yüksel, s. 105.

⁴⁴² Ömer Korkut, “Bir Markanın Web Sitelerinde Yönlendirici Kod (Meta Tag) Olarak Kullanılması Sorunu”, **Batider**, Cilt: 24, Sayı: 2, Aralık 2007, s.504. (Çevrimiçi) <https://jurix.com.tr/article/5881> (Erişim Tarihi: Kasım 2022)

⁴⁴³ Korkut, s.505.

⁴⁴⁴ Hypertext markup language.

⁴⁴⁵ Shelby Clark, What a Tangled Web We Weave, When First We Practice to Deceive: Frames, Hyperlinks, Metatags, and Unfair Competition on the World Wide Web”, **Hastings Law Journal**, July 1999, Volume 50, s. 1336. (Çevrimiçi) https://repository.uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3374&context=hastings_law_journal (Erişim Tarihi: Kasım 2022)

oluşturan arama motorları tarafından kullanılırlar⁴⁴⁶ ve bir internet sitesinin çoklu metin işaretleme dili içinde yer alan kodunu ve kapsamını sınıflandırmak için arama motoruna yerleştirilen kelimelerden oluşurlar⁴⁴⁷. Aslında bu yönüyle yönlendirici kodların, bir web sayfasının HTML kodlarına eklenen kelimeler veya kelime öbekleri olduğu da söylenebilir⁴⁴⁸. Ayrıca internet tarayıcılarının, hazırlanan sayfaya yöneltilebilmesi için teknik olarak arama mekanizmalarının yönlendirici kod adı verilen bir yöntemle manipüle edilmesi gerekir. Bu manipülasyon da internet sitelerinin esas başlığında aslında yer almayan kelimelerin, bir liste halinde arama motorlarına verilmesiyle gerçekleşir⁴⁴⁹.

Böylelikle, bir metin etiketi içinde sunulan bilgiyi ifade eden yönlendirici kodlar, bir kullanıcının bir internet sayfasında bulunan bilgiye ulaşabileceği sayfaların indeksini oluşturan arama motorlarınca kullanılarak, kullanıcılara aradıkları sonuçların sıralanmasına yardımcı olurlar⁴⁵⁰. Bu nedenle internet siteleri ve arama motorların arasında bir çeşit köprü görevi gören yönlendirici kod tanımlamalarının gerçeğe uygun seçilmesi ve sınırları anlamlı olması son derece önemlidir. Fakat uygulamada internet sitesi sahipleri, yönlendirici kodların içeriğini oluşturan kelimeleri özgürce seçerler ve bu kodları kendilerini ön plana çıkarmak için, arama motorlarında kullanıcılar tarafından aratılan kelimeler veya kelime gruplarına göre belirlerler. Bu halde de yönlendirici kodların her zaman gerçeğe uygun seçildiği söylenemez fakat kimi zaman bu kodların işletmeler tarafından popülarite doğrultusunda seçilerek tanınmış markaların trafiğinden yararlanılmaya çalışıldığı söylenebilir⁴⁵¹. Hatta bazı durumlarda, bir işletme rakibine ait markayı, işletme adını vb. de yönlendirici kod olarak seçmektedir⁴⁵² ve böylelikle arama motorlarında internet kullanıcıları tarafından ilgili sözcükler aratıldığında, rakibinin sitesi yerine rakibinin markasını kullanan işletmenin sitesinin arama listelerinde ya da bu listelerin üst sıralarında gözükmeleri durumları gündeme gelir⁴⁵³. Zira kullanıcılar, yönlendirici kodlar teknik kodlar oldukları için bu kodları göremezler, yalnızca kodların sonuca

⁴⁴⁶ Bosnalı / Özçelik, , s. 50; Mehmet Balı, s. 58.

⁴⁴⁷ Can/Memiş, s. 19.

⁴⁴⁸ Yasaman, s. 98.

⁴⁴⁹ Soydemir, **İnternette Haksız Rekabetin Önlenmesi**, s. 88.

⁴⁵⁰ Okan, **Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet**, s. 88.

⁴⁵¹ Korkut, s. 504.

⁴⁵² Kaplan, s. 68.

⁴⁵³ Bozkurt Yüksel, s. 101.

etkisini yani arattıkları anahtar kelimelerin bağlı olduğu internet sayfalarını görebilirler⁴⁵⁴.

Yönlendirici kodların kendi içinde çeşitler bulunmaktadır. Bunlar anahtar sözcük yönlendirici kodları ve tanımlayıcı yönlendirici kodlardır⁴⁵⁵. Bunların en popüler ve yaygın kullanılanı anahtar sözcüklerdir. Bu sözcükler arama motorlarınca okunurlar ve interneti ilgili referanslar doğrultusunda tarayarak, kullanıcıları sonuca ulaştırırlar. Bu sonuçları da kelimenin, ilgili olabileceği sitelerle uygunluğunu rutubetlendirerek yaparlar⁴⁵⁶. Anahtar sözcükler, yönlendirici kodların en yaygın kullanan ve en fazla uyumsuzluğa sebep olan türü olduğu için çalışmamızda ayrıca ayrıntılı bir şekilde incelenecektir fakat şimdilik kısaca; anahtar sözcüklerin, sözcük, sözcük grubu veya ilgili siteyi tanımlayıcı kısa deyimlerden oluştuğunu söyleyebiliriz.

Yönlendirici kodların bir diğer çeşidi de tanımlayıcı olarak adlandırılan sözcük grubu halinde, internet sitesinin içeriğini özetleyen elementlerdir⁴⁵⁷. Bu iki çeşidin arasındaki temeldeki teknik fark; anahtar sözcük yönlendirici kodları dizilimini sağlayan örümcekler⁴⁵⁸ tarafından kullanılmaktayken, tanımlayıcı yönlendirici kodlar arama motorlarının sonuç listesinde, kullanıcılara gösterdikleri liste hakkında daha fazla bilgi ve seçenek sunulmasını sağlamasıdır⁴⁵⁹. Fakat hukuki açıdan ilgili olabilecek temel fark; işletmelerin, arama motorunun sonuç listesinde gösterilme şekillerinin altında yatmaktadır. Bir diğer ifadeyle, bir kelime yönlendirici kod olarak yazıldığında, o kelime arama motorlarında aratıldığında, arama motorları kelimenin doğal sonuçlar sıralamasında yönlendirici kod kullanan siteyi gösterir ve bağlantısı en yüksek olan internet sitesini arama sonuçları sayfasının üst sıralarında gösterir. Fakat kelime anahtar sözcük olarak yazıldığında, arama motoru bu kelimenin atandığı

⁴⁵⁴ Bıdık, s. 54.

⁴⁵⁵ Yasaman, s. 303.

⁴⁵⁶ Yasaman, s. 303.

⁴⁵⁷ Budak, s. 115.

⁴⁵⁸ “Spiders” kelimesinin çevirisidir. Buradaki Örümcekler yönlendirici kodları okur ve web sitelerine ne kadar girmesine izin verildiğini görür. (bir nevi dizin takip etiketidir). Bir örümcek veya internet tarayıcısı, bir arama motoru dizini için girişler oluşturmak amacıyla internet sitelerini ziyaret eden, internet sayfalarını ve diğer bilgileri okuyan bir programdır. Ayrıntılı bilgi için bkz; <https://www.metatags.org/2009/08/search-engine-spiders/search-engine-spiders/#:~:text=Spiders%20%E2%80%9Cread%E2%80%9D%20your%20meta%20tags,for%20a%20search%20engine%20index.>

⁴⁵⁹ Yasaman, s. 303.

internet sitesi ismine ait sonucu, tanıtım sponsor bağlantı listesinde yani reklam adı altında gösterir⁴⁶⁰. Bu konuya ilişkin ayrıntılara anahtar sözcükler⁴⁶¹ altında yer verilecektir.

Yönlendirici kodları tetikleyen kelimelerin bir internet sitesinde yerleştirildiği yer, bu kelimenin internet sitesinin başlığında yer alıp almaması gibi hususlar da ilgili internet sitesinin arama motorlarındaki sıralamalarını değiştiren taktiklerdir⁴⁶². Zira işletmelerin daha çok kullanıcıya ulaşmasını sağlayan bu kodlar, internet sitesini tanımlayan ve nitelendirilmesini sağlayan HTML dilindeki gizli üst metinlerdir⁴⁶³ ve site hakkında kısa bilgilendirme içerirler.

4.1.1. Anahtar Sözcükler (Adwords/Keywords)

Anahtar sözcükler, yönlendirici kodların en önemli bölümünü oluşturduğu ve uygulamada anahtar sözcüklere ilişkin haksız rekabet davalarına sıklıkla rastlanıldığı için çalışmamız kapsamında yönlendirici kodların altında anahtar sözcükleri ayrıca inceleyeceğiz.

4.1.1.1. Anahtar Sözcük (Adword/Keyword) Kavramı ve Reklamcılığı

Bir işletme sadece kendine ait bir internet sayfasının olması ve kullanıcıların bu sayfayı arama motorları ile bulmasının yanı sıra geniş kitlelerin de dikkatini çekebilmek, daha kolay ve çabuk bulunabilmek de ister. Bunu sağlamanın en kolay yollarından biri olarak da arama motorlarının kullandığı anahtar kelimeleri kullanmaktır⁴⁶⁴.

⁴⁶⁰ Yasaman, s.322.

⁴⁶¹ Ayrıntılı bilgi için bkz.; s. 111-116.

⁴⁶² Eser Rüzgar, **Marka Hakkının İnternet Reklamcılığı Yoluyla İhlali ve Sorumluluk Rejimi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Haziran 2013, s. 157.

⁴⁶³ Terrence P. Ross, **Intellectual Property Law: Damages and Remedies**, Law Journal Press 105 Madison Avenue New York 2005, s. 6.

⁴⁶⁴ Üçışık, s. 586.

Kullanıcılar arama motorlarına, herhangi bir şeyi aramak için bir kelime girdiğinde, aranılan konuya ilişkin genellikle arama sonuçları listesinin başında aranılan konuyla alakalı bir reklam belirir⁴⁶⁵. Örneğin, sağlıkla ilgili bir arama yapılıyorsa, arama sonuçlarının yer aldığı sayfanın hemen üst kısmında protein bar satan bir satıcının reklamı ve o satıcıya ulaşabilmek için reklamının içinde bir bağlantı (link) görülebilir. Bu da anahtar kelime reklamcılığı sayesinde. Konu işletmeler açısından ele alındığında da; aynı şekilde bu kelimeler işletmeler için de tanınırlıkları ve kullanıcılar tarafından kolay ulaşılabilirlikleri açısından büyük önem taşımaktadır. Örneğin bir turizm işletmesi, kendi faaliyetini tanıtmak ve işletmesiyle bağlantılı olan aramalarda gözükebilmek için “*taşımacılık*”, “*gezi*”, “*seyahat*” gibi sözcükleri seçebilir. Zira internet kullanıcıları, arama motorlarında bir arama gerçekleştirmek için, arama motorunun “*ara*” kısmına, aramaları ile bağlantılı olacak şekilde anahtar sözcükler yazarlar. Bu anahtar sözcükler, kullanıcıların aradığı sayfalara ilişkin, marka, cins adı, sözcük öbekleri ya da cümlecikler olabilirler. Bu nedenle aynı örnekten devam etmek gerekirse, seyahate ilişkin bir arama yapacak olan bir kullanıcı, arama motoruna “*gezi*” ya da “*tur*” gibi kelimeleri yazabileceği gibi, “*ETS tur*”, “*uygun bilet*” gibi sözcükleri de arama motorunda aratabilir ve böylelikle ilgili turizm işletmesinin internet sayfasına ulaşabilir⁴⁶⁶.

Anahtar sözcük reklam sistemini açıklamak gerekirse; ilk olarak anahtar sözcük reklam sisteminin bir yönlendirici kod kullanım şekli olduğunu belirtmek gerekecektir. Bu sistem, belirli bir ismin aramalarda öne geçmesi yoluyla, reklam ve tanıtım hizmeti sağlanmasına yönelik bir sistemdir⁴⁶⁷. Bunun için işletmeler bazı anahtar sözcüklere reklamlarının bağlanması ya da arama sonuç listesinde ilk sıralarda kendi internet sitelerine yer verilmesi için arama motorlarıyla anlaşır⁴⁶⁸. Anahtar sözcük reklamcılığı, bir internet kullanıcısının anahtar sözcüğü arama motorlarına yazması sonucunda, arama motorunun bu yazılan sözcükleri internetteki uygun içerik

⁴⁶⁵ Bıdık, s. 54.

⁴⁶⁶ Okan, **Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet**, s. 89.

⁴⁶⁷ Soydemir, İnternette Haksız Rekabetin Önlenmesi, s. 89.

⁴⁶⁸ Frank C. Gomez, “Copyright: Preemption: Misappropriation: Washington Post v. Total News. Inc.” Berkeley Technology Law Journal Vol. 13, No. 1, Annual Review of Law and Technology, 1998, s.22, (Çevrimiçi)

https://www.jstor.org/stable/24116663?readnow=1&refreqid=excelsior%3A609b75f4f273544a48f09a9b20d4f817&seq=14#page_scan_tab_contents (Erişim Tarihi: Kasım 2022)

ile eşleştirmesi için kullanılan teknoloji ile aynı teknolojiye sahiptir. Fakat burada; internette yer alan içerik yerine, kullanıcılar tarafından arama motorunda aratılan sözcüklerin uygun bir reklamla eşleştirilmesi söz konusudur⁴⁶⁹. Bu durumda anahtar sözcük reklamcılığı metodu, kullanıcıların arama motorlarında aradıkları anahtar kelimeler ile reklam verenin belirlediği kelimelerin ve kelime gruplarının, eşleşmesi sonucunda; reklam veren tarafından belirlenen tanıtıcı ibarelerin ve internet sitesine bağlı bağlantının (linkin) bulunduğu reklamın, arama motorları tarafından reklam için ayrılan bölümünde gösterilmesi suretiyle gerçekleşen bir reklam metodudur⁴⁷⁰.

Anahtar sözcük reklamcılığı, arama motorunun kendisi tarafından da kullanıcıların anahtar hareketlerini izleyen bir yazılım programı aracılığıyla da ortaya çıkabilir⁴⁷¹. Ayrıca sadece bununla sınırlı kalmayarak, anahtar sözcük reklamcılığı çok farklı şekillerde de ortaya çıkabilir. Bazen bu reklamlar pop-up, bazen reklam bantları, bazen de arama motorlarınca oluşturulan arama sonuç listelerinde yer almak şeklinde de karşımıza çıkabilir⁴⁷². Ayrıca önemle belirtmek gerekir ki; anahtar sözcük reklamları, işletmelerin hedef kitleye erişimini daha kolay bir hale getirdiği için büyük bir tercih sebebidir. Örneğin bir işletme, anahtar sözcük seçimi ile reklamını bir reklam bandı aracılığı ile gerçekleştirecekse, kullanıcı arama motoruna, ilgili anahtar sözcüğü girdiğinde, reklam bandı arama sonuçlarında ortaya çıkacaktır ve reklam bantları genellikle arama sonuçlarının yer aldığı sayfanın üst kısmında yer aldığı için kolaylıkla kullanıcıların dikkatini çekecektir.

Anahtar sözcük reklamları, kullanıcıların arama motorlarında yapmış oldukları aramaların sonuçlarına göre kullanıcıların karşısına çıkabileceği gibi, arama sonuçlarından tamamen farklı olarak, sponsor bağlantıları şeklinde de görülmektedir. Bu sponsor bağlantıları arama sonuçlarını gösteren arama motorunun, arama sonuçları sayfasının üstünde, sağ ya da sol tarafındaki boşluklarda da gözükebilir⁴⁷³. Örneğin

⁴⁶⁹ Okan, **Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet**, s. 84.

⁴⁷⁰ Bosnalı / Özçelik, s. 59.

⁴⁷¹ Zeynep Yasaman Kökçü, “Adwords Reklamlarda Bir Başkasına Ait Markanın Aynısının veya Benzerinin “Anahtar Sözcük” Olarak Kullanımı Tecavüz Teşkil Eder Mi? Ab Adalet Divanı Kararları Işığında Tecavüz Kriterleri”, **Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan**, B. 1, İstanbul, Ocak 2017, s.1794.

⁴⁷² Okan, **Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet**, s. 85.

⁴⁷³ Tekin Memiş, “Marka, Haksız Rekabet ve Tüketici Hukukunda Süperlatif Reklamlar”, **Fikri Mülkiyet Hukuku Yılıhğı 2014**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 79.

Google, bu reklamları sponsor edilmiş bağlantılar şeklinde hazırlar ve bu şekilde kullanıcılara gösterir. Google bu pazarda lider konumundadır anahtar kelime reklamcılığına ilişkin olan kendi reklam programını “*Google Adwards*” olarak adlandırmaktadır⁴⁷⁴. Diğer internet arama motorları da benzer isimlerle kendi programlarını anahtar kelime reklamcılığı için kullanmaktadır⁴⁷⁵.

Anahtar sözcük reklamları; türsel terimleri anahtar sözcük olarak kullanmak, rakibe ait işaretleri anahtar sözcük olarak kullanmak ve rakibe ait işaret ve adları anahtar sözcük olarak kullanmak gibi farklı şekillerde yapılabilir⁴⁷⁶.

Anahtar sözcük reklamlarının yapılabilmesi için öncelikle işletmeler, ürünlerinin ya da hizmetlerinin hitap ettikleri ya da edebilecekleri potansiyel müşterilerce arama motorlarında aratılırken “*anahtar kelime*” kimliği adı altında para karşılığında tanınırlık elde edebilmek için arama motorlarına teklifte bulunurlar. Örneğin Kadıköy’de faaliyet gösteren bir boya şirketinin, “*Kadıköy Boya*”, “*boya renkleri*”, “*duvar boyaları*” gibi üç adet anahtar sözcük için Google arama motoruna para teklifinde bulunduğu kabul edelim. Google eğer bu teklifi kabul ederse, herhangi bir kullanıcı Google arama motoru üzerinden bu kelime gruplarından birini yazıp araştırma yaptığında, arama sonuçlarında Google, Kadıköy’de faaliyette bulunan bu şirket lehine ilgili anahtar sözcük reklamlarını gösterecektir. Fakat bu boya şirketi, Google’daki arama sonuç listesinde diğer boya şirketlerine nazaran daha yukarda ya da aşağıda olması tamamen Google’a teklif ettiği para miktarına göre değişecektir. Eğer bu boya şirketi, diğer boya şirketlerinden daha fazla para teklifinde bulunmuşsa,

⁴⁷⁴ Google’ın bir arama motoru olarak ilk kez kullanılmaya başlandığı dönemlerinde kullanıcıların arattığı sonuçların çıktılarını kullanıcılara organik bir şekilde sıralamaktaydı. Fakat fazla aranan sözcükler ayrımının da yapılmasıyla arama motorunun çalışma prensibi ve sonuçları sıralama şekli değişmeye başlamıştır. Zira her şey Google arama motorunda aratılabilir ve buna uygun sonuçlar arama listelerinde sıralanır. Bu aranan şey bir şirket adı, adresi, akla takılan bir soru, şarkı, herhangi bir dilde bir kelimenin söylenişi gibi akla gelebilecek her şey aratılabilir. Bu arama sonuçları aranan hususun popülerliği doğrultusunda sıralanır. Örneğin “Thor” kelimesi aratıldığında, ilk akla gelen İskandinav mitolojisine ilişkin içeriklerken, popülerlik sıralamasına göre arama sonuçlarında Disney filmi, imdb puanlama, Chris Hemsworth de çıkacaktır. En son ve güncel noktada da işletmelerin arama motorlarında üst sıralarda yer alma isteklerinin artması, Google’ın adwards reklamlarının popülaritesini arttırdığı ve bu reklamlar Google’ın en önemli gelir kaynağı haline geldiği için, “thor” kelimesiyle reklam veren Disney plus dizi film platformunun en ön sırada olması olağan karşılanacaktır.

⁴⁷⁵ Tekin Memiş / Savaş Bozbel, “Marka ve Haksız Rekabet Hukuku Bakımından Adwards Reklamlar”, **E-Akademi Dergisi**, Kasım 2008, S. 81 s. 2, (Çevrimiçi), www.e-akademi.org (Erişim Tarihi: Mayıs, 2022).

⁴⁷⁶ Okan, **Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet**, s. 86.

Google’ın arama motorunun sonuçlar sayfasında yer alacak reklamı, diğer arama sonuçlarında yer alan şirketlerden daha ön planda olacaktır ve internet kullanıcıları tarafından daha kolay fark edilecektir⁴⁷⁷. Ayrıca yine Google üzerinden gidersek verilen para teklifine göre arama motorlarının yani Google’ın göstereceği reklamın kalitesi de o yönde artacaktır⁴⁷⁸. “Thor” aratılırken Google arama sonuçlarında “*sponsorlu kuruluş*” olarak “*Disney plus*” reklamının çıkması, “*Adidas*” aratılırken “*superstep*” ya da “*fashfed*” platformlarının çıkması bu şekildedir⁴⁷⁹.

Belirtmek gerekir ki; dünya çapında tanınırlığı nedeniyle göz önünde olan Google gibi bir takım arama motorları, anahtar sözcük reklamı yapmak isteyen şirketlerin, işletme konusu, faaliyet alanı ile reklam için teklifte bulunduğu anahtar sözcüklerin birbiriyle uyumlu olması konusunda azami dikkati ve özeni göstermektedirler⁴⁸⁰. Fakat aşağıda da değinileceği üzere⁴⁸¹, her ne kadar bu uyum gözetilse de Google’ın anahtar sözcük reklam sistemi, yetkili olmamasına rağmen reklam verenlerin başkalarına ait marka ve ticari isimleri arama motorlarında anahtar sözcük olarak kullanmalarına izin vermektedir. Böylelikle Google tarafından desteklenen bağlantılar (linkler), arama motorlarının sonuçlarında üst sıralarda yer aldığı için, bu sonuçlar kullanıcıları reklam veren bu sayfalara yönlendirmektedirler. Zaten marka ihlalleri ve haksız rekabete ilişkin uyuşmazlıklar genellikle bu sebeple oluşmaktadır⁴⁸².

Google Adwards reklamları daha önceleri Google’ın arama sonuçları sayfasında “sponsor bağlantılar” uyarısıyla birlikte ekranın sağ kısmında ayrı bir kısımda, arama sonuçları da ekranın sol kısmında yer alıyordu. Fakat bu reklamların gelişmesi ve bu reklamlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların her geçen gün artması nedeniyle Google sıralamalarında ve arama sonuçlarının görünümünde değişikli yapmak zorunda

⁴⁷⁷ Ünal Öztürk, s. 89.

⁴⁷⁸ Memiş / Bozbel, s. 2.

⁴⁷⁹ Amerika’da 2004 yılından önce Google ticari markaların anahtar sözcük olarak sahibinin dışında kullanımına izin vermemekteydi. Fakat 2004 yılından sonra eğer dört şart yerine getiriliyorsa bir başkasının ticari markasının “Adwards Reklam” olarak kullanılabileceği kabul edilmiştir. Bunlar reklam verenin ilgili ürünün satışını yapması durumu, ürünün bir kısmını üretiyor veya satıyor olması durumu, reklam veren ürün ile bağlantılı bazı eşyaları önermesi durumu ve ürün hakkında bazı bilgiler verilmesi durumudur; Lastowka, s. 1360; Yasaman, s.242.

⁴⁸⁰ Ünal Öztürk, s. 89.

⁴⁸¹ Ayrıntılı bilgi için bkz.; s. 116 vd.

⁴⁸² Okan, **Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet**, s. 125.

kalmıştır. Güncel durumda, kullanıcıların arama yaptıktan sonraki arama sonuçları listesinin en tepesinde “reklam” uyarısıyla adwards reklamlar çıkmaktadır. Sayfanın sağ kısmında alışveriş amacıyla sunulan ticari ürünler “sponsor” ibaresi ile gösterilmekte ve açıklama kutucuğu ile birlikte kullanıcıya sunulmaktadır⁴⁸³.

Bu noktaya kadar anahtar sözcükler ile yönlendirici kodlar her ne kadar aynı amaca hizmet ettikleri için kimi zaman birbirlerinin yerine ve birbirlerini karşılayacak şekilde kullanılsa da anahtar kelimeler yönlendirici kod kullanımının bir çeşididir ve iki kavram birbirinden farklılardır. Şöyle ki; bir markanın yönlendirici kod olarak kullanılması durumunda bu marka tarafından yönlendirilmesi gereken arama sonuçlarının doğal sonuçlarda listelenmesi söz konusuyken; markanın anahtar kelime olarak kullanılması durumundaysa bu marka tarafından tetiklenen arama sonuçları da listelenmiş olur. Aslında böylelikle sponsorlu sonuçlar da listelenecektir. Bu nedenle, her iki durumda da ticari marka, arama sonuçlarını tetiklemek için bir araç olarak kullanılırken, aralarındaki fark; doğal ve sponsorlu sayfaların da arama sonuçları arasında sıralanıyor olmasıdır⁴⁸⁴.

4.2. Yönlendirici Kod’un (Meta Tagging) Haksız Rekabet Teşkil Ettiği Haller

Yukarıda da bahsettiğimiz üzere, bir internet sitesinin sahibi, yönlendirici kodları içeren istediği anahtar kelimeyi, sitesi için seçmekte özgürdür. Fakat bazı internet sitesi sahibi işletmeler bu özgürlüklerini kullanırken, sitelerinin etkileşimini arttırabilecek, kendilerini rakiplerinin önüne geçirecek ya da kendilerini rekabette ön plana çıkaracak şekilde hareket ederler⁴⁸⁵.

⁴⁸³ Bu uygulamanın, adwards reklamlara ilişkin hukuki uyumsuzlukların artmasıyla, bu uyumsuzlukların ABD hukuku çerçevesinde çözüme kavuşturulması için ilk izlenim karışıklığı (initial interest confusion) doktrini ile marka hakkı kullanımı (trademark use) kapsamında bir değerlendirme yapılmasından kaynaklandığına ilişkin bir görüş mevcuttur. (Budak, s. 95.)

⁴⁸⁴ Yasaman, s. 100.

⁴⁸⁵ Kaplan, s. 69.

Günümüzde, kişilerin internetteki herhangi bir içeriğe erişmesinin başlıca iki yolu olduğu belirtilmelidir. İlki, tarayıcılarının konum çubuğuna bir internet sitesinin URL'sini yazmaktır. Böylelikle aranılan bilgileri içeren istenen internet sayfasına doğrudan, kolaylıkla ulaşılır. Diğer yol ise, neredeyse tüm internet kullanıcılarının elektronik ortamda bilgiye erişmeye çalıştığı sürecin ayrılmaz bir parçası haline gelen bir arama motorunu kullanmaktır.

Bir arama motorunun sonuçlarının alaka düzeyi, bu arama motorunun kullanışlılığını belirler⁴⁸⁶. İdeal olan internet sitesi sahibi işletmelerin, kendi işletmeleri, mal, hizmet ve markaları ile bağlantılı olacak şekilde yönlendirici kodları içeren anahtar kelimeleri seçmeleridir. Fakat internet sitesi sahibi işletmeler, kimi zaman daha popüler olan, kendi işletmeleri, mal, hizmet ve markalarıyla bağlantısı olmayan, hatta bazen rakipleriyle ilgili olan kelimeleri anahtar kelime olarak seçerler ve zaten tam da bu noktada hukuki uyuşmazlıklar gündeme gelir⁴⁸⁷. Aşağıda bu haller, Türk hukukundaki mevcut yasal düzenlemeler ve yargı kararları kapsamında incelenecektir.

Türk hukukunda yönlendirici kodların doğrudan düzenlendiği SMK m. 7/3 kapsamında; bir işareti kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bağlantısı yoksa işaretin aynısını veya benzerini internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük ya da benzeri biçimlerde kullanması durumunda marka ihlali gerçekleşecektir. Bu doğrultuda, işaretin, izin ve ticari olarak kullanılan markanın sahibi, kanunen bu kullanımı yasaklayabilir. İlgili düzenleme ışığında; bir işletmenin, başkasına ait markayı, tanıtıcı nitelikteki işareti, ya da bunların çok benzerini yönlendirici kod olarak kullanması halinde, bu kullanım

⁴⁸⁶ Yasaman, s. 99.

⁴⁸⁷ Hatta kimi zaman bir web sitesinin arama motoru sonuçlarındaki sıralamasını iyileştirmek için bazı farklı yöntemler, teknikler kullanılır ve bu tekniğin kötüye kullanılması “spamdexing” olarak bilinir. “Spamdexing” için kullanılan yöntemlerden biri de anahtar kelimelerin ve yönlendirici kodların kullanılmasıdır. Bunun gibi bir sitenin arama sonuçlarında daha üst sıralarda yer alması için kullanılan bir teknik de arama motoru yönergelerine aykırı bir uygulama olan “siyah şapka SEO” tekniğidir. Bu bağlamda, bu spam indeksleme teknikleri, IPL anlamında alan adlarında, yönlendirici kodlarda ve anahtar kelimelerde ticari marka kullanımları açısından benzer kullanımlar arasında sayılabilir. Bu tekniklerin hepsi rakipler arasında bir haksızlığa yol açacaktır. Böylelikle marka hakkı ihlalleri söz konusu olurken ve haksız rekabetin unsurlarının varlığı halinde haksız rekabet durumları gündeme getirecektir. (Padraig O'Connor, An introduction to Black Hat SEO, 23 Mart 2022, <https://blog.hubspot.com/marketing/black-hat-seo> (Erişim Tarihi: Temmuz 2022))

hukuka aykırı olacaktır⁴⁸⁸. Bu açıklamalar haksız rekabet açısından ele alınırsa; öncelikli olarak şunu belirtmekte yarar vardır ki; arama motoruna, ulaşmak istediği siteye ilişkin sözcükleri yazıp aratan bir kullanıcı, arama sonuçlarında karşısına en uygun ve doğru sonuçların ulaşmasına bekleyecektir. Öte yandan kullanıcılar yönlendirici kodları göremedikleri için, aradıkları kelimeyle bağlantılı sıralanan sonuçlar içinde üst sıralarda yer alan bağlantıları, en uygun sonuçlar olarak görmeleri doğaldır. Eğer üst sırada, kullanıcının aradığı kelimeyle bağlantısız, makul yakınlıkta olmayan, başkasının markası ya da işaretinin kullanılması sonucu seçenekler arasında çıkan bir sonuç yer alıyorsa, haliyle bu durumda kullanıcılar yanlış yönlendirilmiş olurlar ve yanıltıcı sonuçlara yönelirler⁴⁸⁹. Zira Türk mahkemeleri, bir başkasının markasının ya da ayırt edici işaretinin yönlendirici kod olarak kullanılmasının, marka hukukuna aykırı olduğu ve haksız rekabet teşkil edeceği görüşündedir⁴⁹⁰.

Fakat doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre bu kabul hatalıdır. Zira her durumda, ortalama bir kullanıcının, bu kullanımdan dolayı zihninde bir karışıklık meydana gelme olasılığının somut olayın şartları bazında değerlendirilmesi, uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulmasın kapsamında daha uygun bir yöntem olacaktır⁴⁹¹. Kanaatimizce başkasının ayırt edici işaretinin ya da markasının yönlendirici kod olarak kullanımı halinde hem ticari bir kullanım varlığı hem de bu kullanımın aldatıcı veya dürüstlük kuralına aykırılığı incelenmelidir. Bütün bu incelemeler sonucunda, böyle bir kullanımla, rakip iki ayrı markanın kullanıcı nezdinde karıştırılma ihtimalinin artması nedeniyle bir işletmenin rakibi karşısında haksız bir avantaj elde edecek olduğu tespit edilebilirse, bu durumda TTK m. 55/1/a-4 kapsamında haksız rekabetin varlığının gündeme gelecektir.

⁴⁸⁸ Tamer Soysal, “Marka Hukuku Perspektifinden İnternet Ortamında Anahtar Kelime (Meta-Tagging) ve Adwords Reklamcılık Uygulamaları”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, 6. Bası, S. 12, Aralık, 2018, s. 696, (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/596364> (Erişim Tarihi: Eylül 2022).

”, s.

⁴⁸⁹ İrfan Akın, Adwords Reklam Sistemi, **TBB Dergisi**, S.78, 2009, s.37. (Çevrimiçi) http://www.ankarabarasu.org.tr/siteler/an_karabarasu/frmmakale/2009-1/2.pdf (Erişim Tarihi: Kasım 2022)

⁴⁹⁰ Yargıtay 11. HD., E. 2013/15183, K. 2014/8580, T. 06.05.2014; Yargıtay 11 HD., E. 2013/11325, K. 2014/19, T. 06.01.2014 (www.kazanci.com)

⁴⁹¹ Yasaman, s. 324.

Örneğin marka ya da isim, internet kullanıcıları tarafından arama motorlarında aratıldığında, kullanıcılar o markanın sahibi olan işletme yerine, bu işletmenin rakibin ya da yönlendirici kodu kullanan kişinin sitesine yönlendiriliyorsa haksız rekabetten söz edilecektir⁴⁹². Fakat kendine ait olmayan bir markayı, markanın benzerini, işareti vb. yönlendirici kod olarak kullanan kişinin, bu kullanımda meşru bir menfaati bulunuyorsa⁴⁹³; bu durumda bu kişi sırf başkasının markasını yönlendirici kod kullandığı için bu kişinin kullanımının haksız rekabet teşkil ettiği söylenemeyecektir. Genellikle yönlendirici kodların hukuka aykırı kullanımı, internet kullanıcıları üzerinde iki şirketin bağlantısının bulunduğu yönünde karışıklığına sebep olduğundan ya da aldatıcı reklam olarak değerlendirilebileceğinden haksız rekabete yol açmaktadır⁴⁹⁴.

Bir diğer açıdan, bir işletmenin, kendisinin olmayan bir markanın tanınmışlığından veya şöhretinden haksız yararlanarak, arama motoru sıralamalarında rakiplerinin önüne geçmesinin TTK m. 55/1/a-5 kapsamında, haksız rekabet teşkil edebileceği bir durumu örnekleyerek anlatmakta yarar vardır. Örneğin internette araba yedek parçası pazarlayan (X), kendi web sayfasını hazırlarken yazdığı kaynak koduna⁴⁹⁵, her dokümanın ana başlığına (A) marka arabaları satan, imal eden (Y)'nin markasını yazdığı bir senaryo düşünelim. Böyle bir durumda; (X)'in web sayfasında hiçbir zaman (Y)'nin markasını kullanıcılar görmeyecektir. Fakat internet kullanıcıları ne zaman arama motorlarında (A) markasını aratsalar, markanın arabalarını satan, imal eden (Y) yerine, markayı yönlendirici kod yöntemi kullanan (X)'in internet sayfası ile karşılaşacaklardır.

⁴⁹² Okan, **Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet**, s. 139.

⁴⁹³ Böyle bir kullanımın haksız rekabet teşkil etmeyeceğine ilişkin örnek, Oppedahl&Larson v. Advanced Concepts, United States District Court for the District of Colorado, Civil Action Number 97-CV-1592 davasıdır. Aşağıda s.123'te ilgili davaya ilişkin açıklamalar yer almaktadır. Ayrıca konuya ilişkin bir diğer örnek; Playboy Enterprises, Inc., A Delaware Corporation, Plaintiff, V. Terri Welles, Defendant. No. 98-Cv-0413- (Jfs). United States District Court, S.D. California. May 21, 1998 davasıdır. Aşağıda s. 124-125'te ilgili davaya ilişkin açıklamalar yer almaktadır.

⁴⁹⁴ Yasaman, s. 37.

⁴⁹⁵ Kaynak kodu; insan ve bilgisayar dili arasındaki ara aşmayı ifade eden ve bilim insanları tarafından okunan kodlardır ve programlardaki gizli bilgiler ve teknikler, insanlar tarafından kolayca anlaşılmasını, kopyalanmasını diye programlar nesne kodu adı verilen şekilde piyasaya sürülürler. Ayrıntılı bilgi için bkz.; Can / Memiş, s.17.

Bu durumda arama motorlarında arattıkları kelimelerle yönlenen internet kullanıcıları (A) markasının sahibinin, (X)'e satış yetkisi, imalat yetkisi vermiş olabileceği izlemine varacaktır ve bu durum rekabette (X)'i ön plana çıkardığı için (X)'in yönlendirici kod yöntemi ile haksız rekabeti söz konusu olacaktır⁴⁹⁶. Bu duruma ilişkin uygulamadan bir örnek vermek gerekirse; Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin kararına değinmek yerinde olacaktır. Davacı; kendisine ait olan “Güvenlik Sistemleri” ve “...Protect” markalarının, arama motorunda reklamını veren davalı tarafından anahtar kelime olarak işaretlediğini ve böylelikle davalının haksız ve hukuka aykırı reklam yaparak arama motorunda üst sıralara çıktığını ileri sürmüştür ve haksız ve hukuka aykırı olarak yapılan reklamın kaldırılmasını, tecavüzün önlenmesini, haksız rekabetin tespiti talep ve dava etmiştir. Mahkeme, somut deliller ışığında, davacıya ait markaları davalının iltibasa yer verecek şekilde arama motorunda yönlendirici kod olarak kullanarak yararlandığını tespit etmiştir ve böyle bir kullanımın davalının markasına tecavüz niteliğinde olduğuna ve haksız rekabete yol açtığına kanaat getirerek bu kullanımının men edilmesine karar vermiştir⁴⁹⁷. Davalı vekili her ne kadar kararı temyiz etmiş olsa da üst derece mahkemesi bu kararı onaylamıştır. Kanaatimizce Yargıtay'ın kararı yerindedir. Zira davalı somut davacının markası ve ticaret unvanını anahtar kelime ve yönlendirici kod olarak kullanarak onun ününden yararlanmaya çalışmak yerine, kendi firmasıyla ilgili olan anahtar kelime seçip, kendisiyle ilgili olan tanıtıcı vasıtaları yönlendirici kod olarak kullanmalıydı.

Uygulamadan örnekler vermek gerekirse; yönlendirici kod kullanılması yoluyla gerçekleşen haksız rekabete ilişkin ilk davalardan olan Playboy Enterprice Inc.'in Calvin Designer Label'a açtığı 8 Eylül 1997 tarihli dava, bu konudaki en önemli davalardandır⁴⁹⁸. Bilindiği üzere Playboy Inc., erkek eğlence sektörünün tanınmış bir ismidir. Calvin Designer Label da internette erişkin içerikli (adults only) olan bir site işletmektedir. İlgili davada Playboy Inc. kendi markası olan, “Playboy”un, "playboyxxx.com" ve "playmatelive.com" şeklinde Calvin Designer Label tarafından alan adı, yönlendirici ve gömülü kod olarak kullandığını belirterek bu kullanımın,

⁴⁹⁶ Soydemir, **İnternette Haksız Rekabetin Önlenmesi**, s. 89.

⁴⁹⁷ Yargıtay 11. HD 2013/15183 E., 2013/15183 K. 06.05.2014 tarihli kararı (Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/11-hukuk-dairesi-e-2013-15183-k-2014-8580-t-6-5-2014> (Erişim Tarihi: Kasım 2022)

⁴⁹⁸ Playboy Enterprice Inc. v. Calvin Designer Label, Civ. No. C-97-3204 (N.D. Cal., September 8. 1997), <http://cyber.law.harvard.edu/property00/metatags/meta3.html> Erişim tarihi: Aralık 2021)

marka hakkına tecavüz olduğunu iddia etmiş ve bu kullanımın durdurularak, ihtiyati tedbir kararı verilmesini mahkemeden talep etmiştir. Zira internet kullanıcıları arama motorlarında Playboy'un markasını arattıklarında arama sonuçlarında Calvin Designer Label'ın sitelerinin çıkması, internet kullanıcılarını aynı sektörde faaliyet gösteren bu iki şirketin birbirleriyle bir ilgisi olduğunu düşündürerek yanıltacaktır. Bu nedenle mahkeme, böyle bir kullanımın, karıştırılma ihtimali sebebiyle marka ihlali, haksız rekabet ve yanlış temsil ile yanıltıcı yönlendirme yaptığı gerekçeleriyle Calvin Designer Label'ın kullanımını yasaklamıştır⁴⁹⁹.

Bir diğer önemli dava da Oppedahl&Larson v. Advanced Concepts davasıdır. İlgili davada davacı Oppedahl&Larson patent hukuku firmasıdır ve davalılar, “*Oppedahl&Larson*” markasını her ne kadar web sayfalarında görünür bir şekilde kullanmış olmasalar da, bu markayı kendi web sayfalarına yönlendirici kod olarak kullanmaları nedeniyle, davacı, haksız rekabetin ve marka ihlalinin gerçekleştiğini öne sürmüştür. Davanın tarafları somut olayda rakip değildir fakat somut olayda hem “*Oppedahl&Larson*” ismi sadece bu hukuk firmasına özeldir ve Carl Oppedahl tanınmış ve anlaşmazlıkların çözümü için başvuru alan bir kimsedir. Davacı, arama motorlarında Oppedahl&Larson patent hukuku firmasını arayan internet kullanıcılarının, Oppedahl&Larson sözcüklerini arama motoruna yazmalarıyla ile davalıların web sayfalarının ön sıralarda çıkmasının, davacı ile davalı arasında bir bağ olduğu izlenimini yaratması ve internet kullanıcılarının kafalarının karışmasına neden olduğunu savunmuştur. Ayrıca her ne amaçla yönlendirici kod olarak bu isimler kullanılıyor olursa olsun, bu markanın davalılarca kullanılması, arama motorlarında kullanıcılar arama yaparken trafiğin artmasına neden olmuş ve kullanıcıların kafasını da karıştırmıştır. Böyle bir durumun varlığı söz konusu olduğu için de davacı Carl Oppedahl, dava dilekçesinde, haksız rekabetin ve marka ihlalinin varlığı ve davalıların başkasına ait bir markayı ticari amaç güderek kullanması üzerinde durmuştur⁵⁰⁰.

⁴⁹⁹ Ann E. Doll, “Review Essay: Hyperlink, Frames and Metatags”, **Journal of Contemporary Issues**, Volume 12, 2001, s. 540.

⁵⁰⁰ Oppedahl&Larson v. Advanced Concepts, United States District Court for the District of Colorado, Civil Action Number 97-CV-1592, <http://www.netlitigation.com/netlitigation/cases/oppedahl.htm> , (Erişim Tarihi: Mayıs, 2022).

Yukarıda da açıkladığımız gibi, başkalarına ait markaların yönlendirici kod olarak kullanılması her zaman haksız rekabet teşkil etmez⁵⁰¹. Bazı durumlarda bir işletmenin kendini başka işletmenin tanınırlığından yararlanmak ve rekabette kendini öne çıkararak müşteri kitlesini arttırmaya çalışma amacı söz konusuysa, bazen durum böyle olmayabilir. Örneğin, Avusturya Temyiz Mahkemesi'nin 2000 yılında vermiş olduğu "*Numtec-Interstahl*" davasına ilişkin kararı⁵⁰² bu durum için güzel bir örnektir. İlgili davada davalı, değişik patentlerin sahibi konumundadır ve bu patentlerden beş tanesini davacıya 1996 yılında satmıştır. Fakat davalı internet sitesinde davacının markası olan "*Numtec-Interstahl*" kelimesini yönlendirici kod olarak kullanmıştır. Zira davalının internet sitesinde, kendine ait olan patentlerin de yer aldığı bir sayfa bulunmaktaydı ve bu sayfanın içerisinde "*Numtec-Interstahl*" markasının sahibi olan C-Aktiongesellschaft şirketine, eskiden kendine ait beş patentin satıldığı ibaresi de yer almaktaydı. İlgili davada her ne kadar rakibin markasını yönlendirici kod olarak kullanma durumu söz konusu olsa da, Avusturya Temyiz Mahkemesi, bu durumun Marka Yasası anlamında bir kullanım olup olmadığı hakkında bir karar vermemiştir. Mahkeme, davalının müşterilerini, buluşları hakkında bilgilendirme amacıyla yazmış olduğu ibarede "*Numtec-Interstahl*" kelimesinin kullanılmasını, davalının yasal meşru menfaati olarak değerlendirmiş ve hukuka aykırı bulmamıştır⁵⁰³.

Meşru menfaatin bulunmasının söz konusu olduğu durumlarda, bir başkasının markasının ya da ayırt edici işaretinin kullanılmasının, dürüstlük kuralına aykırı olmayacağına ve haksız rekabet teşkil etmeyeceğine ilişkin bir diğer örnek de Playboy Enterprises Inc., A Delaware Corporation'ın davacılar, Terri Welles'in davalı olduğu uyuşmazlıktır. Terri Welles, eski bir playboy mankenidir. "*Playboy, Playmate, Playmate of the Month, and Playmate of the Year*" markaları da Playboy Enterprises Inc.'e ait markalardır. Uyuşmazlık Terri Welles'in şahsi internet sitesi olan <http://www.terriwelles.com> sitesinin başlığında, bağlantılarında ve yönlendirici kodlarında bu markalara da yer vermesinden kaynaklanmaktadır. Playboy, davalının kendisine ait markanın tanınmış bir marka olması nedeniyle bu kullanımın ayırt edicilik işlevinin zedelendiğini, haksız olarak markasının saygınlığından yararlandığını ve markasını sulandırıldığını iddia etmiştir. Somut olayı inceleyen

⁵⁰¹ Ayrıntılı bilgi için bkz.; s. 111-112.

⁵⁰² http://www.internet4jurists.at/entscheidungen/ogh4_308_00y.htm

⁵⁰³ Okan, **Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet**, s. 138.

mahkeme; Terri Welles'in eski bir Playboy mankeni olması, geçmişte *Playmate of the Month*, *Playmate of the Year* olarak seçilmesi ve kendisine dair bilgiler verdiği internet sitesinde, bu sitenin Playboy'un resmi internet sitesi olmadığına dair ibarenin bulunması sebepleriyle sitesinin başlığında, bağlantılarında, Playboy Enterprises Inc.'e ait söz konusu markaları yönlendirici kod olarak kullanılmasının adil ve dürüstlük kuralına uygun bir kullanım olduğuna kanaat getirmiştir. Böylelikle Terri Welles'in Playboy'a ait ilgili markaları yönlendirici kod ve reklam bandı olarak kullanmasının marka hakkı ihlali veya haksız rekabet yaratmadığına hükmetmiştir⁵⁰⁴.

Yönlendirici kodlara ilişkin uyuşmazlıkların çözümüne ışık tutması açısından bir diğer önemli dava, ABD'de 18 Kasım 1998'de görülmeye başlayan Brookfield Communications, Inc. ("Brookfield"), ve West Coast Entertainment Corporation ("West Coast") arasında görülen davadır⁵⁰⁵. İlgili davada davacı Brookfield, kendisine ait tescilli markası olan "*moviebuff*."ın, davalı West Coast tarafından "*moviebuff.com*" şeklinde alan adı, yönlendirici kod ve gömülü kod (buried code) kullanımının, marka ihlali teşkil ettiğini ve haksız rekabet yarattığını ve markasını değersizleştirdiğini iddia ve dava etmiştir⁵⁰⁶. Mahkeme somut olayı "*internet troika testi*⁵⁰⁷" kapsamında incelemiştir ve böylelikle bu test, bu gibi davaların çözüme kavuşturulmasında kullanılan bir teamül haline gelmiştir. Troika testi kapsamında somut olay çerçevesinde incelenmesi gereken üç temel husus bulunur. Bunlar; marka ile davalının alan adı arasındaki benzerlik durumu, tarafların mal ve hizmetleri arasındaki bağlantı durumu, her iki tarafın da interneti bir pazarlama aracı olarak kullanım durumudur. Bu dava özelinde, asıl üzerinde durulması, tartışılması gereken; dava konusu markaların kullanıcı nezdinde karışıklık yaratıp yaratmadığıdır.

⁵⁰⁴ 7 F. Supp. 2d 1098 (1998) Playboy Enterprises, Inc., A Delaware Corporation, Plaintiff, V. Terri Welles, Defendant. No. 98-Cv-0413- (Jfs). United States District Court, S.D. California. May 21, 1998 (Çevrimiçi) <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/7/1098/2577471/> (Erişim Tarihi Kasım 2022)

⁵⁰⁵ Söz konusu davanın konusu, video kiralama mağazasının bir eğlence sektörü bilgi sağlayıcısına ait markayı alan adı ve yönlendirici kod olarak kullanmasının marka ve haksız rekabet hukukuna aykırı olup olmayacağı incelenmiştir.

⁵⁰⁶ United States Court of Appeals, Ninth Circuit, Brookfield Communications, Inc., Plaintiff Davacı Appellant, V. West Coast Entertainment Corporation, Davalı Defendant-Appellee, No. 98-56918. Decided: April 22, 1999. (Çevrimiçi) <https://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1068417.html> (Erişim Tarihi: Kasım 2022);

⁵⁰⁷ Ryan Baker, "Bidding On Trademarked Keywords In Search Engines: A Trademark Law Update" **Washington Journal Of Law, Technology & Arts**, Volume 8, Issue 5, Spring 2013, s. 545. (Çevrimiçi) <https://digitalcommons.law.uw.edu/wjla/vol8/iss5/2> (Erişim Tarihi: Kasım 2022)

Bunun için de kıstas olarak alınması gereken makul, basiretli ve ihtiyatlı tüketicidir. Değerlendirme böyle bir tüketicinin karıştırma olasılığının bulunması üzerinden yapılır. Bu nedenle mahkemede davayı incelerken; kullanıcıların eğlence sektörü profesyonelleri ya da film müdavimleri mi yoksa sıradan günlük film izleyicileri mi olduğunu inceleyerek bir değerlendirme yapılmıştır. Zira her uyuşmazlık kapsamında değerlendirilmesi gereken kullanıcı kitlesi ve bu kitleden beklenecek olan ortalama dikkat ve kitlenin kandırılma eşiği birbirinden farklı olacaktır. Bu kapsamda mahkeme, “moviebuff” markasının veya kullanımına izin verilmeyen “moviebuff.com” alan adının, West Cost tarafından yönlendirici kod veya gömülü kod olarak Brookfield’a ait internet sitesinde kullanımına izin vermenin hukuka uygun olmadığına karar vermiştir. Şöyle ki; mahkeme bu davada emsal kararlardan da yararlanarak, *ilk izlenimde karıştırılma olasılığı doktrini*⁵⁰⁸ kapsamında bir değerlendirme yapmıştır. Yani burada mahkeme, kullanıcıların, bu kullanım nedeniyle Brookfield’dan bir satın alma işlemi gerçekleştirip gerçekleştirilmemesinden bağımsız olarak, ilk izlenimleri doğrultusunda bu iki ayrı şirketin bir şekilde bağlantılı olup olmadığı hususunu anlayabilecek durumda olup olmadığının değerlendirmesini yaparak uyuşmazlığı incelememiştir. Brookfield’ın markasını arama motorunda aratan kullanıcıların karşısına West Cost’un internet sitesinin çıkması sonucunda, kullanıcılar aradıkları sonuçtan uzaklaşarak bir nevi kendi reklamını Brookfield’ın markalarını üzerinden yönlendirici kod vasıtasıyla yapan West Cost’un tüketicileri farklı bir pazar yerine yönlendirerek, kazanç elde etme ihtimalini yükseltmekte olduğuna kanaat getiren mahkeme, ihlalin varlığına hükmetmiştir⁵⁰⁹.

Bu mahkeme kararı doğrultusunda, her bir davadaki kullanıcı kitlesinin, somut olayın koşulları çerçevesinde ve kendi içinde değerlendirilmesinin uygun olduğu görüşündeyiz. Zira bir başkasına ait markanın veya işaretin yönlendirici kod olarak kullandığı bazı durumlarda, kullananın bu kullanımda meşru bir menfaatinin varlığı söz konusu olabilir. Yahut somut olayda, kullanıcılar nezdinde karıştırma ihtimalinin gündeme gelemeyeceği kadar birbirinden farklı alanlarda faaliyet gösteren fakat yalnızca isim benzerliklerinin bulunması nedeniyle başkasının markasını ya da

⁵⁰⁸ İlk ilgi karışıklığı teorisi

⁵⁰⁹ Lastowka, s. 1374.

işaretini yönlendirici kod olarak kullanan iki farklı işletmenin bulunması söz konusu olabilir. Bu gibi durumlarda haksız bir kullanımdan ya da ilk izlenimde karıştırma doktrininden bahsedilemeyecektir. Öte yandan her koşulda işletmelerin, internette rakiplerine nazaran ön plana çıkmak amacıyla başkasına ait marka veya işareti yönlendirici kod olarak kullandığı durumlarda; eğer markası ya da işareti kullanılan işletmeyle, bunu kullanan işletme yeterince bağlantılı alanlardaysa, kullanıcılar nezdinde bu kullanımın ilk izlenim karışıklığı yaratma ihtimalinin de yüksek olduğu, bu dava çerçevesinde anlaşılmaktadır.

İlk izlenim karışıklığı çerçevesinde değerlendirilen bir diğer dava da Playboy Enterprises Inc.’in (“Davacı”), Asiafocus International Inc., Internet Promotions Inc., Graham Daley ve Alan Smith’e (“Davalı”) karşı açtığı davadır⁵¹⁰. Somut olayda, Davacı, kendi şirketine ait olan “*www.playboy.com*” alan adının yanı sıra tescilli markaları olan “*Playboy*” ve “*Playmate*” sözcüklerinin, davalı tarafından “*playmates-asian.com*” ve “*asian-playmates.com*” şeklinde kullanıldığının mahkemeden tespitini talep etmiştir. Ayrıca davalının, markalarını aynı zamanda arama motorlarında görüntülenebilecek şekilde yönlendirici kod olarak kullanıldığını da ekleyerek, kullanıcılar nezdinde davalıya ait sitenin, davacı tarafından desteklendiği ya da davalıyla arasında bir bağlantı olduğu izlenimini yarattığını öne sürmüştü ve bu durumun haksız rekabet oluşturduğunu ve marka hakkı ihlali yarattığını iddia etmiştir. Somut olayı inceleyen mahkeme davalının iddialarının haklı olduğuna kanaat getirerek haksız rekabetin ve marka ihlalinin oluştuğuna hükmetmiştir.

Konuya ilişkin haksız rekabetin ortaya konulabileceği bir diğer dava, Niton Corporation (“Niton”) ve Radiation Monitoring Devices Inc. (“Radiation”) arasındaki 18 Kasım 1998 tarihli davadır⁵¹¹. Bu iki şirket aynı alanda iş üretmektedir ve birbirlerinin rakibi konumundadırlar. Uyuşmazlık, Radiation’ın, Niton’un markasını

⁵¹⁰ Playboy Enterprises, Inc., Plaintiff, V. Asiafocus International, Inc., Internet Promotions, Inc., Graham Daley, and Alan Smith, Defendants No. Civ. A. 97-734-A. United States District Court, E.D. Virginia. April 10, 1998 (Çevrimiçi) <https://cyber.harvard.edu/property00/domain/playboy.html> (Erişim Tarihi Kasım 2022)

⁵¹¹ 9 27 F. Supp. 2d 102 (1998) Niton Corporation, Plaintiff, V. Radiation Monitoring Devices, Inc., Defendant. No. Civ. A. 98-11629-REK. United States District Court, D. Massachusetts. November 18, 1998 <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/27/102/2346305/> (Erişim Tarihi: Kasım 2022)

kullanmasının yanı sıra, Niton'un internet sitesini birebir kopyalayarak, Niton'un kullandığı yönlendirici kod ve çoklu metin işaretleme dili olan HTML'sinin tümünü, kendi internet sitesine kopyalaması nedeniyle ortaya çıkmıştır. Böylelikle bir kullanıcı ne zaman Niton'u ya da onun markasını arama motorunda arasa, Radiation'ın internet sitesi arama listesinde belirmektedir. Bu kullanımın marka ihlali veya haksız rekabet oluşturup oluşturmadığı, hususunu mahkemece açık bir şekilde ortaya konulmamıştır fakat yine de ihtiyati tedbir kararı verilmiştir.

4.2.1. Anahtar Sözcük (Adword/Keyword) Reklamcılığının Haksız Rekabet Teşkil Ettiği Haller

Anahtar sözcük reklamları internetin gelişmesiyle ortaya çıkan yeni reklam çeşitleri arasında en popüler olan reklam yöntemidir ve arama motorlarının en fazla gelir elde ettiği reklam türü anahtar sözcük reklamcılığıdır. Bu nedenlerle de ilgili reklam türü, en fazla hukuki anlaşmazlığın ortaya çıktığı reklam türü olarak karşımıza çıkmaktadır⁵¹².

Çalışmamızın bu bölümünde, anahtar sözcük reklamcılığına ilişkin uyuşmazlıkların çeşitli ülke kararları bakımından ele alınış şekillerine ilişkin ayrı ayrı değerlendirmeler yapmadan önce anahtar sözcükler, adwards reklamlar ve arama motorunda işletmelerin öne çıkabilecekleri diğer yöntemlerin kullanılmasıyla gerçekleşebilecek haksız rekabet hallerine ilişkin genel açıklamalar yapılacaktır.

Genel açıklamalarda da belirtildiği üzere işletmeler, kullanıcılar tarafından arama motoru kullanılarak yapılan arama sonuçlarında en üst sıralarda gözükmek, tüketicilerin dikkatini çekmek ve tanınırlıklarını arttırmak isterler. Bu nedenle anahtar sözcük reklamcılığına yönelirler. Bunu yapmak için de genellikle anahtar sözcük reklamcılığının en büyük ismi olan Google'ın adwards uygulamalarını kullanmak amacıyla Google ile anlaşma yaparlar⁵¹³. Google, adwards hizmetinden yararlanmak isteyen işletmeler için iki ayrı ücretlendirme modeli tasarlamıştır. Bunlar; tıklama başı

⁵¹² Kaplan, s. 101; Okan, s. 124.

⁵¹³ Lastowka, s. 1353.

maliyet (Pay per click) ve kazanca dayalı ücretlendirme (Cost per acquisition) modelleridir⁵¹⁴. Bu modellerden tıklama başına maliyet seçeneği kapsamında Google ile anlaşılan bir işletmeye karşı yapılan birtakım haksız eylemlerle o işletmenin zarara uğratılması muhtemeldir.

Bu haksız eylemler, haksız rekabet teşkil edecektir. Bu eylemler yakından incelenecek olursa; ilk olarak üzerinde durulması gereken konu tıklama sahtekarlığıdır. Tıklama sahtekarlığında, bir rakip, çok sayıda tıklama yaparak, reklam verenin tıklama sayısını haksız ve gereksiz yere yükseltir. Tıklama başına maliyet modeli çerçevesinde Google ile anlaşılan ve yüksek miktarlarda tıklama alan işletme, bu sahtekarlık nedeniyle Google’a reklamı için yüksek ücret ödemek zorunda kalır. Bunun yanı sıra tıklama sayısı fazla olan işletme aynı zamanda bu tıklama miktarları doğrultusunda reklamının başarıya ulaştığını düşünecektir fakat bu sadece teknik anlamda bir başarı olarak kalacaktır ve reklam amacına hizmet etmiş sayılmayacaktır. Bu yöntem kimi zaman yaygın kullanıldığı için uyumsuzluklara yol açmaktadır. Zira Amerika’da tıklama sahtekarlığı çerçevesinde açılmış davalar⁵¹⁵ mevcuttur. Ayrıca şüphesiz ki; bu eylemler teorik açıdan da haksız rekabet teşkil edecektir. Tıklama sahtekarlığı nedeniyle açılmış bir haksız rekabet davası henüz Türkiye’de bulunmasa da Türk hukuku bakımından da bu eylemlerin dürüst ve bozulmamış rekabeti bozan aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar olarak değerlendirmesi ve bu durumun TTK m. 54/2 kapsamında haksız rekabet teşkil ettiğinin söylenmesi yerinde olacaktır. Fakat her ne kadar teorik açıdan bu tespitin yapılması bu denli kolay olsa da ispat hukuku açısından bu durumu ya da bağlantıyı tespit etmek oldukça zor olacaktır. Zira işbu spam tıklamaların gerçekleştiği bilgisayarın IP adresi Google’ın tarayıcılarında iz bırakacağı ve bu tıklamaları gerçekleştirenlerin kimliği, adresi, tıklama sayısı ve sıklığı kolayca tespit edilebileceği düşünülse de bu reklama tıklayan kişinin rakip olması durumunda bile tıklamanın asıl amacının tespitini bizce neredeyse imkansızdır.

⁵¹⁴ Google reklam ücretlendirme politikalarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. https://en.wikipedia.org/wiki/Google_Ads (Erişim Tarihi Kasım 2022)

⁵¹⁵ Lane’s Gifts and Collectibles LLC v. Yahoo Inc. No: CV 2005-52-1, Advanced Internet Techs. Inc. v. Google Inc. 2006 WL 889477 ND Cal 05.04.2006; Click Defense Inc. v. Google Inc. No: 5.05 cv 02579 PVT 2005 WL; Sajjad Matin, “Clicks Ahoy! Navigating Online Advertising In a Sea of Fraudulent Clicks” **Berkeley Technology Law Journal**, Vol.22:533, s. 547.

Yabancı bir markanın adwards reklamlarda anahtar sözcük olarak kullanılması, öğreti ve mahkemelerce markaya tecavüz dışında §§ 3, 5 Alman haksız rekabet kanunu anlamında yanıltma, §§ 3, 4 Nr. 9 UWG anlamında haksız olarak şöhretten faydalanma, §§ 3, 4 Nr. 10 UWG anlamında satışların engellenmesi/müşterinin çekilmesi (TK m. 56 vd. hükümlerine) olarak de değerlendirilmektedir⁵¹⁶. Zira markayı arama motorunda aratan kullanıcı, aradığı markanın internet sitesi yerine rakibinin internet sitesine yönlenecektir. Bu durum da bir işletmenin, rakibinin markanın tanınırlığından haksız olarak yararlanmasını gündeme getirecektir.

Alman doktrininde bir görüş⁵¹⁷ bu görüşe katılmamaktadır. Yazarların buna ilişkin sebepleri şunlardır; (1) şöhretten haksız yararlanma için bir imaj transferinin olması gerektiği fakat başkasının markasının anahtar kelime olarak kullanılmasında herhangi bir şekilde bir imaj transferinin söz konusu olmadığı; (2) arama motorlarındaki reklamın başka birisi tarafından yapılmasının da söz konusu olabileceği; (3) haksız rekabetin gerçekleşmesi için müşterilerin ayartılması gerektiği ama bunun söz konusu olmadığı zira bunun için müşterinin satın alma kararının baskıyla değiştirilmesinin gerekmesi fakat kullanıcıların herhangi bir şeyi satın alıp almamakta ya da linke tıklamada ya da tıklamamada özgür olması. Fakat Türk doktrininde Memiş ve Bozbel bu görüşün dayanaklarını doğru bulmamaktadır. Memiş ve Bozbel'e göre⁵¹⁸ reklam yapan ile google arasında bir anlaşma olduğunu ve bu anlaşmanın şartları doğrultusunda anahtar kelime olarak kullanılan kelimelerin ücretlendirilmesinde o kelimenin popülerliğine ve imajına bakıldığı unutulmamalıdır. Örneğin; Coca-Cola'nın anahtar sözcük olarak kullanılabilmesi için tıklama başına 3 USD, ya da Pizza-Hut için 0,31 USD ödenmesi bu markaların popülerliği ve tanınırlıklarından kaynaklanır. Bu nedenle bir "taş fırın" pizzacısı, kullanıcılar tarafından arama motorunda "taş fırın pizzacılarını" anahtar kelimelerinin aratıldığı bir senaryoda, reklam sıralamasında en ön sırada görülmek istiyorsa "pizza hut" anahtar sözcüğünü reklamında kullanması onun için faydalı olacaktır. Fakat bu durumda

⁵¹⁶ Memiş / Bozbel, s. 8'den naklen; Tietge, Yorck-Percy; "Ist die Verwendung fremder Marken im Rahmen des Keyword-Advertising nach jüngster Rechtsprechung zulässig?", K&R, S. 503 – 506, s. 504.

⁵¹⁷ Michael Terhaag, ; OLG Braunschweig: Markenverletzung durch Google-AdWords, Anmerkung,MMR 2006, (Çevrimiçi) <https://www.terhaag.de/tv/fernsehen-details/markenverletzung-durch-google-adwords-am-16022007> (Erişim Tarihi: Kasım 2022)

⁵¹⁸ Memiş / Bozbel, s. 7.

“pizza hut” markasını adwards reklamında kullanan taş fırın, Pizza Hut’ın markasından ve imajından haksız bir şekilde yararlanmış olacaktır. Böyle bir durumda tanınırlığı ve imajı üçüncü kişi tarafından kullanılan şirketi, üçüncü kişinin verdiği bu reklam faaliyetinden hiçbir fayda sağlamayacağı için markasının bu şekilde kullanılmasına onay vermeyecektir⁵¹⁹. Kendisinden bu gibi bir kullanıma katlanması beklenemeyecektir⁵²⁰. Ayrıca bir diğer görüşe göre de bir sözcüğün sırf tanınırlık seviyesinin yüksek ve imajının güçlü olması nedeniyle o sözcüğün yüksek fiyattan satın alınması haksız rekabet teşkil etmez, somut olay kendi koşulları çerçevesinde değerlendirilmelidir⁵²¹.

Kanaatimce, başkasının markasını anahtar sözcüğünü olarak yönlendirici kod ya da anahtar sözcük reklamlarında kullanılmasının haksız rekabet teşkil etmesine ilişkin yapılacak değerlendirmede, incelenmesi gerekenler; somut olayın koşulları, kullanıcılarca karıştırılma ihtimalinin varlığı ve dürüst bir kullanımın mevcut kullanım çerçevesinde olup olmadığıdır. Üçüncü bir kişinin markasının kendinden izin almaksızın anahtar kelime olarak kullanılması şeklinde karşımıza çıkan bu durumun marka tecavüzü ve haksız rekabet teşkil ettiği çeşitli hukuk sistemlerinde hem yasal düzenlemelerle hem de yargı kararlarıyla kabul edilmiştir⁵²². Fakat somut olayın incelenmesi ve karıştırılma ihtimalinin gözetilmesi gerektiğine ilişkin doktrinde bir takım örnekler de mevcuttur. Örneğin Google Inc. (“Google”) ve American Blind & Wallpaper Factory (“American Blind”) arasındaki dava, reklamları tetikleyen anahtar sözcüklerde marka kullanılmasıyla alakalıdır. Bu davada bir kullanıcı, American Blind’in tescilli ticari markaları olan “American Blind”, “American Blinds” veya “Decorate today” sözcüklerini kullanarak, arama motorlarında arama yaptığında, American Blind rakiplerinin reklamlarını American Blind reklamlarının yanında konumlandırılmış bir biçimde görmektedir. Fakat Google, reklamlarla arama sonuçlarının kullanıcı tarafından ilişkilendirilmemesi ya da bu ihtimalin en aza

⁵¹⁹ Peter Ruess; “Just google it?” Neuigkeiten und Gedanken zur Haftung der Suchmaschinenanbieter für Markenverletzungen in Deutschland und den USA”, GRUR 2007, s. 198. (çevrimiçi) <https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2Fgrur%2F2007%2Fcont%2Fgrur.2007.198.1.htm&anchor=Y-300-Z-GRUR-B-2007-S-198&readable=2&VorgaengerDokumentStreffer3=Aufsatz%20von%20Ingve%20Bj%C3%B6rn%20Stjerna&VorgaengerDokumentFullname=bibdata%2Fzeits%2Fgrur%2F2007%2Fcont%2Fgrur.2007.194.1.htm&jumpType=Jump&jumpWords=GRUR%2B2007%252c%2B198> (Erişim Tarihi: Kasım 2022)

⁵²⁰ Memiş / Bozbel, s. 8.

⁵²¹ Budak, s. 94-95.

⁵²² Bıdık, s. 55.

indirgenebilmesi, arama sayfasının özel olarak işaretlenmiş "*Sponsorlu Bağlantılar*" bölümlerinde ilgili şirketlerin reklamlarını yerleştirmesi ve reklam içeriğinde izinsiz ticari marka kullanımını da yasaklaması da söz konusudur. Ancak tüm bunlara rağmen somut olayda American Blind ve diğerlerinden gelen taleplere rağmen Google, reklamları ortaya çıkararak kullanıcılara yönlendirme yapmak için ticari marka kullanımını durdurmayı reddetmiştir. Bunun üzerine American Blind 2004'te Google'a karşı dava açmıştır. Somut olayı inceleyen mahkeme, Google'ın bu reklamları arama sonuçlarından ayırabilmek için reklamları arama sonuçlarının sağ tarafında reklamlara özgülenen alanda "Sponsorlu Bağlantı" olarak konumlandırması nedeniyle karıştırmanın uyuşmazlığa konu olayda söz konusu olmadığına karar vermiştir⁵²³.

Ayrıca belirtmek gerekir ki anahtar sözcük reklamcılığında bir üçüncü kişinin tescilli olmayan markasının, işaretlerinin, ticari unvanının kullanılarak başkasının tanınmışlığından yararlanılması durumlarında ya da gerçek dışı, yanıltıcı açıklamalarda bulunmanın söz konusu olduğu hallerde haksız rekabet gündeme gelecektir⁵²⁴.

Markanın anahtar sözcük olarak kullanılmasına ilişkin bir diğer durum da markanın tamamlayıcısı olan kısımların anahtar sözcük olarak kullanılmasıyla gerçekleşebilir. Şöyle ki; Google arama motoru, kullanıcılar bir sözcük arattığında yalnızca o sözcüğün tam karşılığını çıkarmaz. Google, aranan sözcük ile sonuçları geniş eşleme, öbek-sıralı eşleme, tam eşleme, negatif anahtar sözcük eşlemesi olmak üzere dört farklı eşleme şekliyle birleştirir⁵²⁵. Google, aranan sözcüğü, geniş eşleme şeklinde linklerle eşleştirdiğinde, aranan sözcüğün çoğul halini, eş anlamlısını ve aranan kelimeyle bağlantılı olabilecek diğer kelimelere ilişkin linkleri de arama sonuçlarında gösterir⁵²⁶. Bir işletmenin markasının veya işaretlerinin birden çok sözcükten meydana geldiği bir senaryoda, işletmenin markasını ya da işaretlerini oluşturan kelimelerinden bazıları, işletmenin sunduğu mal ve hizmetler açısından tanımlayıcı olabilir. Bu durumda Google, aranan kelimeyi "Geniş eşleme" yöntemiyle

⁵²³ Macaw, s. 1 vd.

⁵²⁴ Bosnalı / Özçelik, s. 58.

⁵²⁵ Rüzgar, s. 156; Yasaman, 239.

⁵²⁶ Memiş / Bozbel, s. 9.

nedeniyle reklam, reklam yapanın anahtar sözcük olarak belirlemediği marka hukukuna göre koruma altındaki bir kavramı da kullanıcının arama sonuçlarında gösterebilir⁵²⁷. Her ne kadar burada anahtar sözcük olarak belirlenen kavram, markanın tanımlayıcısı niteliğindeki kısmı olsa da “Geniş eşleme” nedeniyle⁵²⁸, reklam, tanımlayıcı kavramı içeren bir markanın arama kavramı olarak verilmesi nedeniyle kullanıcıların karşısına çıkar. Bu senaryoda Alman Mahkemeleri, reklam verenin “geniş eşleme” nedeniyle reklamını yasaklaması gerektiğini kabul etmemiştir⁵²⁹. Hatta Berlin Mahkemesi, reklam veren bir işletmenin, adwards reklam verirken, reklamı için seçtiği genel olan anahtar sözcükler nedeniyle, bir başka işletmenin marka ya da işaretlerine tecavüzün meydana gelme ihtimalini gözetmesi ve bunun kontrolünden sorumlu olması beklenemeyecektir. Fakat markası ya da işareti kullanılan işletme, bu durumu reklam veren işletmeye bildirmesi durumunda, reklam verenin bu kullanımını derhal kesmesi beklenecektir⁵³⁰.

Bizim de katıldığımız görüşe göre, haksız rekabet hükümleri çerçevesinde reklam verenden, genel ve tanımlayıcı anahtar sözcükler kullandığı durumlarda söz konusu reklamın görüntülenmesiyle bir markanın tamamlayıcısının çıkma ihtimalini öngörmesi beklenemez⁵³¹. Zira her genel nitelikli anahtar kelimeleri ve kavramları özgürce seçebilmeli ve kullanabilmelidir çünkü Google arama motorunun adwards reklamlar için sattığı anahtar sözcükler ticari olarak kullanılsa bile markasal bir kullanım oluşturmayacaklardır. Öte yandan her koşulda böyle bir kullanım nedeniyle hakları zedelenen hak sahibi, markasını korumak ve haksız rekabetin önlenmesini sağlamak için bu kullanımın haksız bir kullanım olduğunu bildirerek, reklam verenin bunu durdurmasını talep ettiği durumlarda; reklam veren bu ihtar uymalıdır⁵³².

Bir diğer arama motoru hileleriyle gerçekleştirilebilecek haksız rekabet hali, bir işletmenin kendi linkini ya da reklamını geçici olarak pasif hale getirmesi ve kendi

⁵²⁷ İnal/Baysal, s. 169.

⁵²⁸ “Geniş eşleme” durumunun Türk hukukunda ne şekilde ele alındığına ilişkin s. 147’de yer alan Yargıtay 11. HD. E. 2015/8530, K. 2016/3550, T. 04.04.2016 kararı incelenebilir.

⁵²⁹ Yasaman, s. 239.

⁵³⁰ LG Berlin, 15. Zivilkammer, 21.11.2006, 15 O 560/06. Kararın metni için bkz. <http://www.suchmaschinen-und-recht.de/urteile/Landgericht-Berlin-20061121.html>. (Erişim Tarihi: Kasım 2022)

⁵³¹ Memiş / Bozbel, s. 9.

⁵³² Budak 97.

sektörünün anahtar kelimelerini defalarca kez arama motorunda aratması şeklinde ortaya çıkacaktır. Şöyle ki; bilindiği üzere arama motorları, reklamların ve linklerin sıralamasını popülerliklerine yani tıklanma oranlarına göre yapmaktadır. Bir işletme; kendi linkini ya da reklamını geçici olarak pasif hale getirip, kendisiyle aynı sektörde olan kişilerin de kullanma ihtimalinin çok yüksek olduğu anahtar kelimeleri defalarca kez arama motorunda aratıp bu arama sonuçlarında çıkan linklere hiç tıklamayıp rakiplerinin tıklanma oranını düşürebilir. Bu sırada kendi linki ya da reklamı pasif olduğu için de bu durum kendi tıklama oranını düşürmeyecektir. Böylelikle tıklama oranı düşen rakiplerinin sıralaması arama motorlarında çok gerilerde kalırken, kendi tıklama oranına bu sürede zarar gelmemiş işletme ön plana çıkacak, arama motorunda haksız bir şekilde üst sıralarda görünecektir⁵³³. Böyle bir kullanımla rakiplerinin önüne geçen işletmenin, aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlarla, bütün katılanların menfaatine dürüst ve bozulmamış rekabeti bozduğu ve bu durumun TTK m. 54/2 kapsamında haksız rekabet teşkil ettiği açıktır.

Arama motorları kullanılarak haksız rekabetin bir diğer gerçekleşebileceği durum da rakip olmayan kişilerin birbirlerinin tanınırlığından yararlanması durumudur. Bu yöntemde, bir işletme bir takım farklı yazılımlar kullanarak, internette en çok aranan ve tıklanan anahtar sözcükleri ya da linkleri tespit ettikten sonra bu linkleri ya da anahtar sözcükleri, işletmelerinin faaliyet alanlarıyla ya da işletme konularıyla ilgili olmasa dahi kullanarak gerçekleştirirler. Böylelikle kullanıcılar arama motorunda arama yaptıklarında, arama sonucuyla hiçbir bağlantısı olmamasına rağmen ilgili işletme sırf bu linkleri ve sözcükleri kullandığı için kullanıcıların arama sonuçlarında yer alarak tanınırlığını arttıracaktır. Bu kullanım dürüst bir kullanım ve böyle bir rekabet adil bir rekabet olarak değerlendirilemeyecektir⁵³⁴. Ayrıca bu kullanımın haksız rekabet teşkil ettiğini genel hüküm olan TTK m. 54/2 kapsamında değerlendirmeden, aldatıcı bir reklam olarak değerlendirerek TTK m. 55/1/a-2 çerçevesinde ilgili işletmenin aldatıcı yöntemlerle kendisini rakiplerinin önüne geçirdiği de söylenebilir. Zira böyle bir kullanımının haksız rekabet teşkil edeceği açıktır.

⁵³³ Budak, s. 94.

⁵³⁴ Inal/Baysal, s. 103.

Anahtar sözcük reklamlarının metninde veya içeriğinde, rakip işletmenin ürününe, hizmetine atıf yapılıyorsa ve yapılan atıf, rakibin ürünü ya da hizmeti ile doğrudan karşılaştırma içeriyorsa ve bu karşılaştırma gerçeğe aykırı, yanıltıcı veya gereksiz yere rakibi kötüleyiciyse haksız rekabet söz konusu olacaktır⁵³⁵. Hatta ilgili reklam, spesifik olarak rakibin ürününü içermesi bile bazı durumlarda yine karşılaştırmalı reklam söz konusu olabilecektir. Zira atıfla reklam yapan, her ne kadar doğrudan ürün ya da hizmet karşılaştırması yapmasa da kullanıcıyı rakibin ve kendinin web sayfasındaki ürünleri kıyaslamaya teşvik ettiği bir senaryoda durum böyledir⁵³⁶.

4.2.1.1. Anahtar Sözcük (Adwords/Keywords) Reklamcılığında Haksız Rekabetin Çeşitli Ülkelerdeki Yansımaları

Çalışmamızda karşılaştırmalı hukuk yöntemini uygulamamakla birlikte, hukukumuzda henüz yeni gelişme gösteren anahtar sözcük reklamcılığı ile ilgili olarak çeşitli sistemlerin yargı kararları kapsamında anahtar sözcük reklamcılığına ilişkin haksız rekabet davalarının değerlendirilmesinin yararlı olacağı görüşündeyiz.

4.2.1.1.1. ABD'deki Durum

ABD anahtar sözcük reklamcılığını tetikleyen anahtar sözcükler için rakip markaların kullanılmasına ilişkin davaları *Lanham Act*⁵³⁷ kapsamında değerlendirmektedir⁵³⁸. *Lanham Act* kapsamında öncelikle korunan bir markanın

⁵³⁵ Güven, **Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Koruduğu Menfaatler**, s. 60, Yasaman, s. 293.

⁵³⁶ Kaplan, s. 103.

⁵³⁷ Lanham Act 43(a) 15 U.S. Code § 1125 – 43(a). maddesinde tescilli olsun veya olmasın marka niteliğindeki tüm işaretlerin koruma altındadır. Madde kapsamında; “ticari olarak kullanılan her hangi bir kelime, terim, isim, sembol, işaret veya bunların kombinasyonu veya gerçek unsurlarının temelinden uzakta, yanlış veya yanlış yönlendirilecek şekilde kullanımı veya yanlış temsil edilmesi halinde; bunun karışıklığa yol açacak şekilde veya hataya yol açacak şekilde veya bir kişinin diğeri ile aldatıcı şekilde bir ilişki, bağlantı veya ortaklık olduğu izleniminin yaratılması veya bir kimsenin diğeri ile arasında menşei, sponsor ilişkisi bulunduğu veya diğerrinin ürün, servis ve reklam hizmetlerinin onaylandığı şeklinde yanlış izlenim yaratılması” durumunda haksız rekabet gündeme gelecektir. Ayrıca markanın itibarsızlaştırılması, sulandırılması; bulandırma ve lekeme de bu kapsamda olmakla birlikte rakipler arasında karıştırılmaya yol açacak şekilde kullanılması halinde de taraflar bu düzenlemeye başvurabileceklerdir. Ayrıntılı bilgi için bkz.; Kurt M. Saunders, “Confusion is The Key: A Trademark Analysis of Keyword Banner Advertising” , **Fordham Law Review**, 2002, s. 547 (Çevrimiçi) <http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3858&context=flr> (Erişim Tarihi: Kasım 2022)

⁵³⁸ Okan, **Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet**, s. 126.

bulunması ve marka sahibinin kullanıma ilişkin rızasının olmamasına bakıldıktan sonra iki husus mercek altına alınır. Bunlar da markanın -ticari kullanımının varlığı ve eğer böyle bir kullanım varsa tüketicilerin karıştırma ihtimalinin olup olmadığıdır⁵³⁹. Ticari kullanımın, somut bir olayda varlığının kabulü için de üç şartın bir arada gerçekleşmesi gerekecektir. Bunlar; niteliği reklam olan beyanın olması, belirli bir ürün veya hizmetin esas alınması ve beyanı sunan kişinin ticari veya ekonomik bir motivasyon ile reklam faaliyetini gerçekleştirmesinin gerekmesidir⁵⁴⁰.

ABD mahkemeleri bir başkasının markasının anahtar sözcük olarak alınıp satılmasının markanın ticari kullanımı olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine ilişkin görüş birliğinde değillerdir⁵⁴¹. Özellikle 2009 yılına kadar anahtar sözcük reklamcılığında markadan oluşan anahtar sözcüklerin kullanılması kapsamında ilki; ABD’de marka ihlallerine ilişkin en çok dava New York’ta açıldığı için İkinci Daire’nin kararları kapsamında şekillenen görüştür. İkinci Daire tarafından incelenen birçok davada; eğer marka sadece anahtar sözcük olarak kullanılıyor fakat görünmüyor ve kitleyle bir iletişim oluşturmuyorsa, bu durumda *Lanham Act* kapsamında bir kullanımın söz konusu olduğu söylenemez⁵⁴² kabulü ile hareket edilmiştir⁵⁴³.

Örneğin Merck & Co. ve MSD Technology arasındaki davada⁵⁴⁴, davacı Merck & Co. “Zocar” markasının sahibi olan bir ilaç şirketidir. MSD Technology ise çevrimiçi eczaneler işleten, internette birçok sitesi üzerinden satış yapan Kanadalı bir şirkettir. Somut olayda MSD Technology, “Zocar” markasını ve onun bir versiyonu

⁵³⁹ Network Automation, Inc., V. Advanced Systems Concepts, Inc. No 10–55840, ABD Mahkemesi 9. Daire 8 Mart 2011 tarihli karar (Çevrimiçi) <https://caselaw.findlaw.com/us-9thcircuit/1558807.html> (Erişim Tarihi: Kasım 2022)

⁵⁴⁰ Rüzgar, s. 72.

⁵⁴¹ Adwords Lawsuit in the USA (Çevrimiçi) <http://www.linksandlaw.com/courtdecisions-usa.htm> (Erişim Tarihi: Kasım 2022)

⁵⁴² 2006 tarihli Merck & Co. V. MSD Technology Case Trademarks and Keywords not permissible in the USA, <http://www.linksandlaw.com/courtdecisions-usa.htm> , (Erişim Tarihi: Kasım 2022)

⁵⁴³ Bu görüşün dayanağı 2005 yılında verilen ve çalışmamızda s. 70 değerlendirilen 1-800 Contacts Inc. v. WhenU.com kararıdır(1-800 Contacts, Inc., v. WhenU.com, 414 F.3d 400, 2d Circuit, 2005). Bu karar çerçevesinde bir markanın reklamcı ya da arama motoru tarafından anahtar kelime olarak kullanılmasının markanın ticari kullanımı kapsamında değerlendirilmeyeceği belirtilmiştir. (Ayrıntılı bilgi için bkz.; Soysal, “Marka Hukuku Perspektifinden İnternet Ortamında Anahtar Kelime (Meta-Tagging) ve Adwords Reklamcılık Uygulamaları”, s. 702)

⁵⁴⁴ Merck & Co. v. Mediplan Health Consulting Inc, 425 F. Supp. 2d 402 (S.D.N.Y. 2006) District Court, S.D. New York, March 30th, 2006 (Çevrimiçi) <https://www.courtlistener.com/opinion/2481485/merck-co-v-medioplan-health-consulting-inc/> (Erişim Tarihi Kasım 2022)

olan jenerik ilaç markasını anahtar sözcük olarak satın almıştır ve internet sitesinde bu ilaçlara bağlantı vererek satış yapmıştır. Ayrıca bu bağlantıların hiç birinde herhangi bir şekilde kaynak veya sponsorluk işareti de kullanmamıştır. Bu nedenle açılan davada; Merck&Co. markasının, anahtar sözcük olarak kullanılmasının marka ihlali, markasının sulandırılması/itibarsızlaştırılması; jenerik ürünün FDA⁵⁴⁵ onaylı olduğu ve kendi ürünü ile bağlantılı olduğu izlenimi yaratılarak satışa sunulmasının da aldatıcı reklam olması nedeniyle haksız rekabet teşkil edeceğini iddia etmiştir. Fakat mahkeme; bu anahtar sözcük kullanımının, markanın ticari kullanımı olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmiştir. Ayrıca uyuşmazlığın çözümünde geleneksel ihlal testinin⁵⁴⁶ davacının her iki ihlal iddiasını incelenmede kullanılması gerektiğini de belirterek bir inceleme yapmıştır ve somut olayda haksız rekabetin gerçekleşmediğini belirtmiştir. Öte yandan davalının, ürünün ayırt edici niteliğini yansıtarak satış ve yönlendirme yapmasını göz önünde bulundurarak, markanın ticari kullanımının dürüst bir kullanım olmadığını da tespit etmiş ve davacının iddialarını reddetmiştir⁵⁴⁷.

Markaların anahtar kelime reklamcılığı kapsamında kullanılmasının ticari bir kullanım olup olmayacağına ilişkin ABD hukukundaki ikinci görüşse, böyle bir kullanımın marka ihlali oluşturacağı yönündedir. Bununla ilgili olarak Rescue.com Corporation ("*Rescue*") ve Google Inc. ("*Google*") arasındaki uyuşmazlık kapsamında İkinci Dairenin verdiği 2009 tarihli karar çerçevesinde şekillenmiştir. Uyuşmazlığa konu dava⁵⁴⁸ Lanham Act kapsamında bir marka kullanımının somut olayda bulunup bulunmadığının yorumlanabilmesi bakımından önemli bir davadır. Rescue bir internet servis sağlayıcısıdır ve bilgisayar tamir işi de yapmaktadır. Uyuşmazlığa konu olayda; Google, "*Rescue.com*" ifadesini anahtar sözcük ve anahtar

⁵⁴⁵ Food and Drug Administration

⁵⁴⁶ Geleneksel ihlal testi, emsal dava niteliğindeki ABD Federal Mahkemeleri 2. Daire Davacı 1-800 Contacts, Inc. V. Davalı Whenu.Com, Inc. ve Vision Direct, Inc., Haziran 27, 2005 Karar Tarihli davası ile ortaya çıkmıştır. Bu dava bir satış platformunun satışını yaptığı markanın ürününü anahtar sözcük ve yönlendirici kod olarak kullanmasının haksız rekabet ve marka ihlali oluşturup oluşturmayacağına ilişkin tespitleri nedeniyle önemlidir. İlgili davada dava konusu markayı sistemine kaydetmesini marka işlevini etkileyen bir husus olmadığı gerekçesi ile ticari ve ekonomik fayda elde edilse dahi aktif bir ticari kullanımın söz konusu olmaması sebebiyle dava edilebilir bir marka ihlalinin somut olayda gerçekleşmeyeceği yönünde değerlendirme yapılmıştır. (İlgili davaya ayrıntılı olarak çalışmamızda s. 71’de yer verilmiştir.)

⁵⁴⁷ "Trademarks as keywords not permissible in the USA?", <http://www.linksandlaw.com/mews-update45-trademarks-usa.htm> (Erişim tarihi: Nisan 2022)

⁵⁴⁸ Rescuecom Corp., Plaintiff-Appellant, V. Google Inc., Defendant-Appellee. Docket No. 06-4881-cv. United States Court of Appeals, Second Circuit. Argued: April 3, 2008. Decided: April 3, 2009. (Çevrimiçi) <https://h2o.law.harvard.edu/cases/4380> (Erişim Tarihi Kasım 2022)

sözcük önerisi olarak kullanmıştır. Buna karşılık Rescue da marka ihlali, markanın itibarsızlaştırılması ve haksız rekabet iddialarıyla Google’a dava açmıştır. Bu davada mahkeme reklamları tetikleyen anahtar sözcük olarak kullanılan markanın Lanham Act’e göre bir kullanım olmadığına karar vermiştir fakat dava temyizden geri dönmüştür. Bu davada, somut olayda bir başkasının markasının, anahtar sözcük olarak satışının Google tarafından önerilmesinin markasal bir kullanım olarak değerlendirilemeyeceği fakat Google’ın Rescue’nun saygınlığından yararlanması ve bu kullanımdan ekonomik çıkar elde etmesinin ticari bir kullanım olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu nedenle, temyiz mahkemesi tarafından bu kullanımın ticari olduğuna kanaat getirilmiş ve bu aşamadan sonra karıştırma olasılığının bulunup bulunmadığının tespiti için dosya alt mahkemeye geri gönderilmiştir⁵⁴⁹.

Bazı mahkemelerse gibi haksız rekabet ve marka ihlalinin varlığını tespit edebilmek için “*ilk ilgi karışıklığı*” (*initial interest confusion*) olarak adlandırılan bir doktrine⁵⁵⁰ başvurmuşlardır. Bu doktrin, ABD menşeli olarak marka hukukunda kullanılan karıştırma şekillerinden birisini oluşturur ve klasik karıştırma olasılığından farklı olarak satış aşamasındaki karıştırmayı değil, satış öncesi karıştırmayı (*pre-sale confusion*) esas alır⁵⁵¹. Bu doğrultuda, konumuz kapsamında bir başkasının markasının anahtar kelime olarak kullanılması, her ne kadar internet kullanıcılarını satın alma anında yanıltmıyor olsa da, başlangıçta alıcıları rakibin sayfasına yönlendirmesi satış öncesi karıştırma kapsamında uyuşmazlıkların değerlendirilmesi gerektiğini gösterir niteliktedir. Zira böyle bir durumda bu doktrin neticesinde markanın rakip tarafından anahtar kelime olarak kullanılması, marka ihlali ve haksız rekabet oluşturacaktır. Bu yönde ABD’de 2004 yılında Dokuzuncu Daire mahkemeleri, reklam bantlarını tetiklemek için marka kullanılmasının “*ilgi karışıklığı*” oluşturduğuna karar vermiştir⁵⁵². Fakat 2004 öncesinde de ilgi karışıklığına ilişkin uyuşmazlıklar gündeme gelmiştir. Konuya ilişkin ilk örnek ABD’de görülen Brookfield ile West Coast

⁵⁴⁹ Eric Goldman, “Second Circuit Says Google’s Keyword Ad Sales Be Use in Commerce - Rescuecom v. Google”, http://blog.ericgoldman.org/archives/2009/04/second_circuit.htm (Erişim Tarihi: Mayıs, 2022).

⁵⁵⁰ İlk izlenimde karıştırılma olasılığı doktrini olarak da adlandırılabilir.

⁵⁵¹ Tamer Soysal, **İnternet Alan Adları Hukuku (Domain Name Law)**, Adalet Yayınları, Ankara, 2014, s. 572-573.

⁵⁵² Playboy Enterprises v. Netscape Communications, 55 F. Supp. 2d 1070 (C.D. Cal. 1999) Ayrıntılı bilgi için bkz.; <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/55/1070/2376431/> (Erişim Tarihi: Mayıs, 2022)

arasındaki davadır⁵⁵³. Brookfield, 1987 yılında kurulmuş olan, eğlence sektörüne yazılım ve hizmet tedariki ile uğraşan bir iletişim şirketidir. Brookfield, Aralık 1993'te 'MovieBuff' markasını ve 'brookfieldcomm.com', 'moviebuffonline.com' alan adlarını kullanmaya başlamıştır. Brookfield, 1994 yılında da "MovieBuff" markasını, bilgisayar yazılımı sınıfında tescil ettirmiştir. Davalı West Coast firması ise 500 mağazası ile sektörde tanınan büyük bir video kiralama şirketidir. Davaya konu uyuşmazlıkta West Coast, Brookfield'in tescilli markası olan 'Moviebuff' anahtar sözcüğünü, internet aramalarında yönlendirici kod olarak kullanmıştır. Birleşik Devletler Temyiz Mahkemesi, ilk kez ilgi karıştırması doktrinini bu dava özelinde kullanarak, davalı West Coast'un davacının 'Moviebuff' anahtar sözcüğünü kendi internet sitesine yönlendirme yapacak şekilde yönlendirici kod olarak kullanmasıyla, davacının markasının itibarından haksız şekilde faydalandığını belirtmiştir. Ayrıca bu kullanımın, kullanıcılar nezdinde karışıklık oluşturduğunu ve bu durumun Lanham Act 1125 (a)'ya aykırı olduğunu belirterek, davalı aleyhine karar vermiştir. Mahkeme bunun için karıştırılma sonucunda gerçek bir satın alma eylemi gerçekleşmemiş olsa bile ihlalin oluşabileceğini öngörerek ilk kez "satış öncesi karıştırma ihtimalini" dikkate almıştır⁵⁵⁴.

Bir diğer önemli dava da çevrimiçi bir satış platformunun, satışını yaptığı ürünü anahtar sözcük olarak kullanmasıyla ilgilidir. İlgili davada davacı Video Professor Inc. ("*Video Professor*"), davalı internet üzerinden ürün satan ve üçüncü kişilere de kendi ürünlerini satma imkânı sunan bir internet perakendecisi olan Amazon.com Inc. ("*Amazon*")'dur. Uyuşmazlığa konu olayda Amazon, Video Professor şirketine ait ürünleri de sattığı için, kendi platformunun anahtar sözcük reklamı için "*video professor*" sözcüğünü anahtar sözcük olarak kullanmıştır. Bu sayede; bir kullanıcı arama motorunda davacıyı arattığında, Amazon'un reklamı sponsor reklam olarak arama motoru sonuç sayfasında belirlemektedir. Ayrıca Amazon Video Professor'un rakibi olan "*Professor Teaches*" isimli ürünleri de platformunda satmaktadır. Ayrıca dava konusunda bilinmesi gereken bir diğer husus da Amazon'un

⁵⁵³ Brookfield Communications Inc., v. West Coast Entertainment Corporation, 174, F. 3d 1036 (9 thCir., April 22, 1999) Ayrıntılı bilgi için bkz.; <https://casetext.com/case/brookfield-communications-v-west-coast-ent> (Erişim Tarihi: Eylül, 2022)

⁵⁵⁴ Zachary J. Zweihorn, Searching for Confusion, "The Initial Interest Confusion Doctrine and its Misapplication to Search Engine Sponsored Links" **Cornell Law Review**, B. 91, C. 6, 2006, s. 1352 vd.

Satıcı El Kitabı anlaşmasında, satıcıya ait marka ve lisans haklarını geniş olarak kullanma hakkını süresiz olarak kendi üzerine almakta olduğudur. Böylece Video Professor, Amazon'un arama motorunda “*video professor*” kelimelerinin aratılmasıyla arama motorunun doğal sonuçlarında kendi internet sitesinden önce Amazon'un sitesinin belirmesinin, marka hakkını ihlali ve haksız rekabet oluşturduğu iddiasıyla dava açmıştır. Amazon da satıcısı olan firmalarla satıcı kılavuzu çerçevesinde sürekli marka lisansı yetkisini aldığını belirterek bu yetki çerçevesinde anahtar sözcük kullanımını gerçekleştirdiği üzerinden bir savunma yapmıştır. İddia ve savunmaları inceleyen Mahkemede, Amazon'un stoklarında Video Professor ürünlerinin olması, bu ürünlerin Amazon'un sitesinde satılması nedenleriyle Amazon'un ilgili ürünün reklamını yapma hakkına sahip olduğu ve bu anahtar sözcük kullanımının marka ihlali ya da haksız rekabet olarak değerlendirilemeyeceğine karar verilmiştir⁵⁵⁵.

4.2.1.1.2. AB'deki Durum

Avrupa Adalet Divanının, ulusal mahkemeler tarafından yapılan başvurular kapsamında incelediği anahtar kelime reklamcılığına ilişkin uyuşmazlıklar çerçevesinde, reklam sahibinin başka bir markayı anahtar sözcük olarak anahtar sözcük reklamcılığı kapsamında seçmesi durumunu Avrupa Adalet Divanı markasal bir kullanım olarak değerlendirmektedir. Fakat Avrupa Adalet Divanı, böyle bir durumda markaya tecavüz halinin oluşabilmesi ve haksız rekabetin somut olay kapsamında gerçekleşebilmesi için markanın köken gösterme işlevinin zarar görmesinin gerektiğini de belirtmiştir. Kısacası bu gibi durumlarda “*karıştırılabilirlik*” şartının somut olayda kullanıcılar nezdinde gerçekleşip gerçekleşmediğinin değerlendirilmesi gerekmektedir⁵⁵⁶. Avrupa Adalet Divanının anahtar sözcük reklamcılığına ilişkin tutumunu belirleyen üç adet dava bulunur. Bunlardan ilki ünlü Fransız şirketi olan Louis Vuitton'un kendine ait olan markası

⁵⁵⁵ Video Professor Inc. V. Amazon.com Inc United States District Court for the District of Colorado, (Kolorado Bölge Mahkemesi), 4 Nisan 2010, <https://www.scribd.com/document/30527850/VideoProfessor-v-Amazon#download> (Erişim Tarihi Kasım 2022)

⁵⁵⁶ Savaş Bozbel, **Adwords Reklamlar Karşılaştırmalı Reklam Teşkil Eder mi? Avrupa Adalet Divanının Verdiği Kararlar Işığında Bir Değerlendirme**, İstanbul Ticaret Üniversitesi, Sosyal Bilimler Dergisi, S. 18, 2010, s. 109.

“Louis Vuitton” kelimesini ve “imitation”, “copy” kelimeleriyle birlikte Google tarafından taklit çantalar satan firmalara anahtar sözcük olarak satışına ilişkindir. Zira Louis Vuitton’un markasının arama motorunda aratılmasıyla bu işletmelerin sponsorlu reklamları kullanıcıların karşısına çıkmaktadır. Louis Vuitton’un iddiası bu kullanım yüzünden marka hakkının ihlal edildiğidir⁵⁵⁷. Paris Mahkemesi, bu davayı inceleyerek 4 Şubat 2005 tarihinde marka ihlalinin somut olay kapsamında bulunduğuna karar vermiştir⁵⁵⁸. Daha sonra bu dava, Fransız Yüksek Mahkemesi’ne gelmiştir ve Yüksek Mahkeme, davayı benzer iki davayla⁵⁵⁹ birlikte Avrupa Adalet Divanına göndererek marka hakkı ihlaline ilişkin üç adet soru sormuştur. Konumuz kapsamında bu hususların marka hakkı kapsamında incelenmesine girmeyeceğiz⁵⁶⁰. Fakat belirtmekte yarar var ki; Louis Vuitton davası üzerinden inceleme yapan Avrupa Adalet Divanı, Google tarafından, anahtar sözcük reklamlarını tetikleyecek bir anahtar sözcük olarak Louis Vuitton’un markasının satılması nedeniyle Google’ın bir sorumluluğunun bulunup bulunmadığı konusunda bir tespit yapmamıştır. Ayrıca Google tarafından uygulanan *adwords* sisteminin tek başına AB marka hukukunu ihlal etmediğine fakat sisteme bağlı olarak tetiklenen bazı reklamların içeriklerinin her somut olayın özelliklerine bağlı olarak marka ihlaline ya da haksız rekabete yol açabileceğine karar vermiştir⁵⁶¹. Zira bu davayla üçüncü kişiye ait bir markanın anahtar sözcük olarak kullanılması her ne kadar markanın reklam fonksiyonunu etkilemese de, markanın kaynak fonksiyonuna olumsuz bir etkisi olabileceğini tespit edilmiştir. Ayrıca somut uyuşmazlıkların çözümünde bakılması gerekenin ortalama bir internet kullanıcısının sahip olduğu özen ve bilgi seviyesi ile üçüncü kişiyle marka arasında ekonomik

⁵⁵⁷ Case C-236/08 Google France, Google Inc. v Louis Vuitton Malletier; Case C-237/08 Google France v CNRRH Pierre-Alexis Thonet Bruno Raboin Tiger, a franchisee of Unicus.

⁵⁵⁸ Aoife Nic Lochlainn, “European Union: Google Adword and Online Advertising, Trademark Infringement? ECJ Decisions”, 31 Mart 2010, <https://www.mondaq.com/ireland/trademark/96866/google-adwords-and-online-advertising-trade-mark-infringement-ecj-decision> (Erişim Tarihi: Mayıs, 2022)

⁵⁵⁹ Bu davalardan ilki Google ile Vitaticum SA ve Luteciel Sarl arasındaki davadır. Yine bu davada da Google davacıların markasını anahtar kelime sözcük reklamcılığında anahtar kelime olarak bir başkasına kullandırmıştır ve bu davada da ilk derece mahkemesi marka ihlalinin somut olayda gerçekleştiğine karar vermiştir. (*Google France SARL v. Viaticum SA and Luteciel SARL (C-237/08)* İkinci davada da “Eurochallenges” markasının sahibi olan M. Thonet, Google’ın, markasını anahtar sözcük olarak rakiplerine sattığını ve kendi markası arama motoruna yazıldığında sponsorlu bağlantı olarak rakiplerinin sitesine yönlendirme yapıldığını iddia etmiştir. Nanterre Mahkemesi, 14 Aralık 2004 tarihinde bu kapsamda marka hakkına tecavüzün somut olay kapsamında oluştuğunu hükmetmiştir (*Google France SARL v. Centrenational de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL and Others (C-238/08)*). (Ayrıntılı bilgi için bkz.; Bozbel, Adwords Reklamlar Karşılaştırmalı Reklam Teşkil Eder mi? Avrupa Adalet Divanının Verdiği Kararlar Işığında Bir Değerlendirme, s. 710))

⁵⁶⁰ Marka Hukuku kapsamındaki tespitler için bkz.; Bozbel, Adwords Reklamlar Karşılaştırmalı Reklam Teşkil Eder mi? Avrupa Adalet Divanının Verdiği Kararlar Işığında Bir Değerlendirme, s. 710-713.

⁵⁶¹ Stefan Bechtold, “Google Adwords and European Trade Mark”, Communication of the ACM, Volume 54, No. 1, January 2011, s. 31.

bağlantı olmadığının anlaşılıp anlaşılammaması olduğunu belirtmesi yönünden önemli bir karardır.

Konuya ilişkin olarak Fransız Mahkemesi bir kararında⁵⁶² bir işletmenin ticaret unvanının anahtar kelime olarak kullanılmasının, yalnızca reklamın içeriğinin tüketicinin zihninde karışıklığa yol açacağı ve aradığı sayfanın sahibine ulaştığını düşünmesini sağladığı ölçüde haksız rekabet eylemi oluşturabileceğini hükmetmiştir. Ayrıca mahkemeye göre; anahtar kelime reklamcılığında bu reklamların “reklam” olarak belirtilmesi, normalde dikkatli ve bilgili internet kullanıcılarının reklamları doğal sonuçlardan ayırt etmelerine olanak tanır, böylece ticari adın yalnızca anahtar kelime olarak kullanılması bir haksız rekabet eylemini göstermek için yeterli olmaz. Zira Google arama motorunun kullanıcıları, bu kalıba çok aşinadır ve reklamların doğal sonuçlarla birlikte görüldüğünü bilirler. Bu nedenle bir olayda haksız rekabetin varlığından söz edebilmek için reklam metninin tüketiciyi haksız bir şekilde doğal sonuçlardan reklama yönlendirmeyi amaçladığının gösterilmesi gerekir. Markanın anahtar kelime olarak kullanılmasıyla tetiklenen reklamın amacı, internet kullanıcılarına marka sahibinin ürün veya hizmetlerine alternatifler sunmak olup, bazı tüketicilerin marka sahibinin ürünlerini almaktan vazgeçirmesi, haksız rekabeti göstermek için yeterli olmayacaktır. Bu nedenle, ilgili fiile haksız olma durumu eşlik etmiyorsa, başkalarının müşterilerini anahtar sözcükler ve anahtar sözcük reklamcılığı ile istenilen doğrultuda yönlendirmek yasaldır, bu gibi kullanımlar haksız rekabet teşkil etmeyecektir⁵⁶³.

4.2.1.1.3. Türkiye’deki Durum

Arama motorlarına anahtar kelime reklamı verilirken kullanılan anahtar sözcüklerin hukuka uygunluğunun incelenmesinde birkaç husus mercek altına alınmalıdır. Bunlar; anahtar sözcüğün ticari etki yaratacak şekilde kullanılıp kullanılmadığı, rakiple ya da bir üçüncü kişiyle karıştırılma ihtimalinin olup olmadığı ve karıştırılma ihtimali olmasa bile bir başkasının markasından ya da ürününden

⁵⁶² TGI Paris, 3eme ch, 1ere sect., 26.06.2012, JM Weston v. eBay France et autres (www.legalis.net) (Erişim Tarihi Kasım 2022).

⁵⁶³ Yasaman, s. 300.

yararlanılması ya da bunlar üzerinden haksız kazanç elde edilip edilmediğidir. Aşağıda bu hususlar tek tek incelenecektir.

Türk hukuku kapsamında ilk dikkat edilmesi gereken husus, sözcüğün ticari etki yaratacak biçimde kullanımının olup olmadığıdır. Ticari amacın tespitinde de incelenmesi gerekenler; ürün ve hizmetlerin doğası, arama sonuçlarında görünüm şekli (reklam ya da sponsorlu yazması gibi), ürünlerin internette satışlarının olma durumu, reklam verenin belirli bir alandaki ürünleri satma durumu ve reklam verenin anahtar sözcük reklamlarını kullanmadaki diğer kasıtlarıdır⁵⁶⁴.

Rakiple ya da bir başkasıyla karıştırılma ihtimalinin varlığı, anahtar sözcük reklamlarının haksız rekabet teşkil etmesindeki en önemli kıstaslardandır. Bu ihtimalde incelenmesi gereken; reklam verenle, reklamda kullanılan marka ya da işaretin sahibinin ürün ya da hizmetinin kullanıcı topluluğu tarafından karıştırılma ihtimalinin varlığıdır⁵⁶⁵. Karıştırılma ihtimalinin varlığı için ortalama bir topluluk⁵⁶⁶ mercek altına alınmalıdır. Eğer ortalama topluluğun üçüncü kişinin ürün ve hizmetlerinin, reklam olarak kullanılan kelimenin sahibi tarafından oluşturulduğuna inanması somut olayın şartları göz önünde bulundurulduğunda muhtemelse ya da ortalama kullanıcının bu iki işletme (reklam veren ve reklamda anahtar sözcüğü kullanılan işletme) arasında ekonomik bir bağlantı olabileceğine inanması kullanıcıdan beklenebiliyorsa⁵⁶⁷ haksız rekabet gündeme gelir. Karıştırma ihtimali genellikle, reklam verenin ürün ve hizmetleriyle aynı veya benzer ürün ve hizmetleri veren bir işletmenin markasının ya da işaretinin kullanılması durumunda ortaya çıkacaktır. Zira böyle bir durumda, ürün ve hizmetler arasında benzerlik bulunduğu için kullanıcılar anahtar sözcük reklamını gördüğünde reklam verenin ürünlerine yanlış bir şekilde yönlendirilmiş olacaklardır. Bazen de bu karıştırma ihtimali, reklam verenin elektronik ticaret sitesi olması durumunda da ortaya çıkabilir. Zira bir

⁵⁶⁴ Yasaman, s. 260.

⁵⁶⁵ Yasaman, s. 262.

⁵⁶⁶ Ortalama topluluk, somut olayın şartlarına göre değişkenlik gösterecektir. Zira her ürünün ya da hizmetin ortalama tüketicisi farklıdır ve ürün ve hizmetin fiyatına, karakterine, sektörüne göre farklı tüketici toplulukları gündeme gelecektir. Fakat her durumda ortalama, normal bir şekilde bilgilendirilmiş, makul bir dikkat seviyesinde ve orta derecede araştırmacı olan kullanıcı üzerinden düşünülür; Yasaman, s. 290.

⁵⁶⁷ Yasaman, s.289.

elektronik ticaret sitesinin, başkasının ürün ve hizmetine dair anahtar sözcük reklamı vermesi durumunda; kullanıcıların siteleri karıştırarak reklam veren elektronik ticaret sitesine yönelmesi söz konusu olabilir. Bu nedenle, reklam veren ve bir üçüncü kişinin, ürün ve hizmetleri arasında benzerlik olması halinde, ticari etki yaratacak şekilde, ticari amaç güderek bir anahtar sözcük reklamcılığı yapılmışsa mutlaka bu anahtar sözcük kullanımının hukuka uygunluğu araştırılmalıdır⁵⁶⁸.

Anahtar kelime reklamcılığı kullanılarak haksız rekabetin vuku bulması kapsamında üzerinde durulması gereken bir diğer durum; bir işletmenin izni ya da bilgisi olmaksızın o işletmenin itibarından haksız veya yanıltıcı bir şekilde yararlanılması durumudur. Böyle bir durumda kendisinin ya da mal veya hizmetinin itibarından yararlanıldığını bilmeyen işletme üzerinden yarar sağlayan reklam verenin reklamı parazit pazarlama olarak değerlendirilecektir⁵⁶⁹. Bir anahtar kelime reklamının parazit pazarlama kapsamında değerlendirilebilmesi ve TTK m. 55/1/a-2 kapsamında haksız rekabet teşkil etmesi üç temel koşulun yerine gelmesiyle gerçekleşir. Bunlar; kullanılan anahtar sözcükle oluşan reklamın; herhangi bir sponsorluk söz konusu değilken, başkasının sponsor olduğu bir işletmeye ait bir marka, ürün ya da hizmet izlenimi verilmesi, bu durumun haksız veya yanıltıcı olması ve asıl hak sahibi sponsorun veya marka sahibinin ilgili haksız kullanım nedeniyle markasının itibarsızlaşması ya da o markanın reklam gücünden yararlanılması nedeniyle ilgili sponsorun ya da marka sahibi işletmenin zarar görmesidir⁵⁷⁰.

Anahtar kelime reklamcılığı kapsamında gerçekleşebilecek haksız rekabet durumlarının tespiti için önemli olan bir diğer nokta da kullanıcıların karıştırma ihtimali olmasa bile, bir işletmenin bir başka bir işletmenin tescil edilmemiş markasından ya da ürününden yararlanması ve bu sayede haksız kazanç elde etme ihtimalinin olması halidir⁵⁷¹. Böyle bir durumun söz konusu olması halinde, anahtar sözcük reklamı veren kişi, rakibinin iş ürünlerinden gerçeğe aykırı, yanıltıcı bir şekilde yararlanacaktır ya da kullanıcılar anahtar sözcük reklamı veren kişi bu reklamıyla rakibinin malları, iş ürünleri ya da fiyatlarıyla kendisinininkini karşılaştırarak rakibinin

⁵⁶⁸ Budak, s. 97.

⁵⁶⁹ Memiş / Bozbel, s. 9.

⁵⁷⁰ Memiş / Bozbel, s. 9.

⁵⁷¹ Yasaman, s. 293.

önüne rekabette haksız bir şekilde geçecektir. Bu hallerin varlığı durumunda TTK m. 55/1/a-5 kapsamında haksız rekabetin oluşması gündeme gelebilecektir. Öte yandan aynı şekilde anahtar sözcük reklamlarında anahtar sözcük olarak bir üçüncü bir kişinin tescil edilmemiş ticari unvanının⁵⁷² ya da alan adının kullanılması durumunda da karıştırma ihtimali öncelikli olarak araştırılarak değerlendirme yapılmalıdır. Bunun için de reklamın; başlı başına kullanıcıların haksız bir şekilde anahtar sözcük reklamlarıyla reklam verenin internet sitesine çekilmesi amacıyla verildiğinin tespit edilmesi gerekir⁵⁷³.

Bir diğer incelenmesi gereken durum, dünyanın her yerinde sıklıkla rastlanan bir kullanım şekli olarak başkasının markasının, anahtar sözcük reklamlarını tetikleyecek şekilde üçüncü kişiler tarafından kullanılması durumudur⁵⁷⁴. Bu kullanımların marka ihlaline sebep olmaları⁵⁷⁵ nedeniyle öncelikli olarak marka hukuku kapsamında bir değerlendirme yapılması uygulamada genellikle en sık kullanılan yöntemdir⁵⁷⁶. Fakat üçüncü kişilerin markalarının anahtar sözcük olarak anahtar sözcük reklamlarını tetikleyecek şekilde kullanılması aynı zamanda haksız rekabet de teşkil edebilecektir. Zira arama motorlarında bir markayı aratan bir internet kullanıcısının, arama motoruna markayı yazması sonucunda bir üçüncü kişinin sayfasına yönlendiriliyor olması, o markanın potansiyel müşteri kaybına yol açabilecektir. Bu durumda markası ya da

⁵⁷² Tescil edilmiş olan ticaret unvanı TTK m. 50 vd. hükümlerince korunmaktadır. Bu nedenle tescil edilmemiş olan ticaret unvanının anahtar sözcük olarak bir başkası tarafından anahtar sözcük reklamcılığında kullanılması durumu haksız rekabet hükümleri kapsamında incelenmelidir.

⁵⁷³ Yasaman, s. 300.

⁵⁷⁴ Tamer Soysal, "Marka Hukuku Perspektifinden İnternet Ortamında Anahtar Kelime (Meta-Tagging) ve Adwords Reklamcılık Uygulamaları", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 6. Bası, S. 12, Aralık, 2018, s. 695.

⁵⁷⁵ Okan, *Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet*, s. 85.

⁵⁷⁶ SMK m.7/2 kapsamında; "Marka tescilinden doğan haklar münhasıran marka sahibine aittir. Marka sahibinin, izinsiz olarak yapılması halinde, aşağıda belirtilen fiillerin önlenmesini talep etme hakkı vardır;

a) Tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin, tescil kapsamına giren mal veya hizmetlerde kullanılması.

b) Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerle aynı veya benzer mal veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk tarafından tescilli marka ile ilişkilendirilme ihtimali de dahil karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılması.

c) Aynı, benzer veya farklı mal veya hizmetlerde olmasına bakılmaksızın, tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve Türkiye’de ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle markanın itibarından haksız bir yarar elde edecek veya itibarına zarar verecek veya ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikteki herhangi bir işaretin haklı bir sebep olmaksızın kullanılması."

Ayrıca SMK m. 7/3 kapsamında; "İşareti kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bağlantısı olmaması şartıyla işaretin aynı veya benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük ya da benzeri biçimlerde kullanılması" halinde marka hakkı sahibi bunun önlenmesini talep edebilecektir."

işareti, anahtar sözcük olarak bir üçüncü kişi tarafından kullanılan bir işletme, SMK kapsamında haklarını koruyabileceği gibi, bu kişiye karşı, kendi tanınmışlığından, ününden haksız avantaj sağlanması nedeniyle haksız rekabetin şartları oluşmuşsa haksız rekabet kapsamında da dava açabilir⁵⁷⁷. Ayrıca doktrinde bir görüşe göre⁵⁷⁸; bir markanın ününden ya da tanınmışlığından yararlanma söz konusu olmasa dahi bazı durumlarda, üçüncü bir kişinin markasının anahtar kelime olarak kullanılması karışıklığa yol açarak kullanıcıları yanıltabilir. Böyle bir durumda da haksız rekabetin varlığı somut olay kapsamında incelenmelidir. Zira uygulamada bu durumun örnekleriyle karşılaşmak da mümkündür. Bir başkasının markasının anahtar kelime olarak kullanılmasının bariz bir şekilde haksız rekabet teşkil ettiğine ilişkin bir örnek vermek gerekirse; Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin⁵⁷⁹ verdiği bir karar dikkat çekicidir. Uyuşmazlığa konu olayda Davacı “ciceksepeti.com” internet sitesinin sahibi olan işletme, davalı “cicekdiyarı.com” internet sitesinin sahibi olan işletmedir. Bu iki işletme de aynı alanda faaliyet göstermektedir. İlgili uyuşmazlıkta davacı işletme “ciceksepeti” markasının, davalı işletme tarafından anahtar kelime olarak kullanıldığı, davalı işletmenin daha fazla satış yapabilmek için marka haklarına tecavüz ettiğini ileri sürmüş ve bu kullanımların tespitini, marka hakkına tecavüzün durdurulmasını, haksız rekabetin tespit edilmesini, men'ini ve ortadan kaldırılmasını, davalının tecavüz ve haksız rekabet teşkil eden fiilleri nedeniyle yoksun kaldığı kazancı da dahil olmak üzere maddi, manevi ve marka itibar kaybı tazminatlarını mahkemeden talep etmiştir. Yargıtay, uyuşmazlığa ilişkin ilk derece mahkemesince verilen davalının davacının marka haklarına tecavüz ettiğine ve haksız rekabetin somut olayda gerçekleştiğine, bu kullanımın önlenmesine, davacıya ait "ciceksepeti" markasının davalı tarafından anahtar sözcük olarak kullanılmasının durdurulmasına ilişkin verdiği kararı onamıştır.

Anahtar sözcük reklamcılığına ilişkin yine Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin incelediği uyuşmazlığa konu olayda, "GK Ödeme Hizmetleri A.Ş." ismindeki bir şirket davalıdır ve davacı olan Garanti Bankası A.Ş.'nin (“Garanti”) piyasada edindiği itibardan faydalanmak istemiştir. Şöyle ki davalı, Garanti Bankası'nın markası olan “GARANTİ” kelimesine yakın olacak şekilde “GARANTİ KOLAY” işaretini

⁵⁷⁷ Memiş / Bozbel, s. 12.

⁵⁷⁸ Okan, **Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet**, s. 134.

⁵⁷⁹ Yargıtay 11. HD.'nin E. 2018/1694, K. 2019/6966, T. 07.11.2019 kararı (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml> (Erişim Tarihi: Kasım 2022)

kullanmaktadır ve finansal hizmetler ile bankacılık alanında faaliyet gösterdiğini de belirterek “GARANTİ KOLAY” anahtar kelimesini, hem kendi internet sayfasında hem de çeşitli internet sitelerinde yayınlamıştır. Hatta “garantikolay” sözcük grubunu Google da dahil birçok arama motorundan “anahtar kelime” olarak satın almıştır. Dahası bununla da kalmayarak, alan adını da www.garantikolay.com.tr şeklinde belirlemiştir. Somut olayı inceleyen mahkeme, Garanti’nin lehine olacak şekilde markaya tecavüzün ve haksız rekabetin men ve ref’ine, tecavüzün maddi sonuçlarının ortadan kaldırılmasına, davalının alan adında “garanti” kelimesini kullanımının ve site içeriğinde ticari amaçla her türlü reklamlarda “garanti” kelimesini kullanımının engellenmesine karar vermiştir. Ayrıca, www.garantikolay.com.tr isimli web sitesine erişimin durdurulmasına, Google ve benzeri arama motorlarında “garantikolay” sözcük grubunun anahtar kelime olarak kullanılmasının önlenmesine ve Garanti’ye manevi tazminat ödenmesine de hükmetmiştir⁵⁸⁰. Kanaatimizce Yargıtay’ın vermiş olduğu bu karar yerindedir. Marka hukuku kapsamındaki değerlendirmeleri ve bu çerçevede Garanti’nin talep edebilecekleri bir kenara konularak konu haksız rekabet kapsamında ele alındığında; yukarıda da açıkladığımız üzere; ticari bir kullanım olup olmadığı, karıştırılma ihtimalinin varlığı ve bir üçüncü kişinin tanınmışlığından haksız bir şekilde yararlanılma durumunun tespiti çerçevesinde somut olay incelenmelidir. Burada ödeme hizmetleri veren davalının “garantikolay” isimli anahtar sözcük kullanımının ticari kullanım kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Ayrıca bu kullanımın kullanıcılar nezdinde karşılaştırmaya yol açması ihtimali açısından konu ele alındığında da ilk olarak ortalama kullanıcı açısından bu ihtimalin varlığının değerlendirilmesi gerekecektir. Bu noktada; ortalama bilinç düzeyinde olan, makul özen derecesinde araştıran bir kullanıcının, biri banka, diğeri ödeme hizmeti veren bir şirketi olarak finans sektöründe faaliyet gösteren iki farklı şirketin birbirleriyle bağlantılı olduğunu düşünmesi kanaatimizce kullanıcılardan beklenebilecektir. Ayrıca tüm bu tespitlerimize ek olarak; burada davalının Garanti’nin markasından ve repütasyonundan yararlanılarak davalının müşteri çevresini genişletmesi ihtimalinin de söz konusu olduğunu düşünüyoruz.

⁵⁸⁰ İlgili karar için bkz. Y. 11. H.D. E. 2019/1752, K. 2019/8281, T. 18.12.2019, (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr> (Erişim Tarihi: Mayıs, 2022); Ayrıca 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu m.7/3-d kapsamında bazı hâllerde markanın ticaret alanında kullanılması söz konusu olduğunda, münhasır hak sahibi olan kişinin izin vermesi durumu hariç olmak üzere, ilgili markanın kullanımının yasaklanabileceği düzenlenmiştir. Bu bende göre “işareti kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bağlantısı olmaması şartıyla işaretin aynı veya benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde anahtar kelime (keyword), alan adı (domain name), yönlendirici etiket (meta etiketi) ya da benzeri biçimlerde kullanılması”na izin verilmeyecektir.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin, bir diğer bir kararına⁵⁸¹ konu uyumsuzluk ise; davalının “kartuş” kelimesini anahtar kelime reklamcılığı kapsamında anahtar kelime olarak kullanılması fakat Google’ın arama motorunda geniş eşlemenin uygulanması nedeniyle davacının “bursa kartuş” olarak tescilli markasının arama motoru sonuçlarında listelenmesinden kaynaklanmaktadır. İlgili davada davacı, marka hakkının ihlali edildiğini ve haksız rekabetin oluştuğunu iddia etmiştir. Davayı inceleyen ilk derece mahkemesi ayırt ediciliği düşük kelimelerden oluşan markanın geniş marka korumasından yararlanamayacağını belirterek davayı reddetmiştir. Yargıtay hakimleri de ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu kararı onamıştır. Kanaatimizce bu karar da yerinde bir karar olmuştur. Zira karışıklığa sebebiyet verme ihtimali somut olayın özellikleri kapsamında söz konusu değildir.

Bir diğer uyumsuzluğa konu davada “Asray” markası davacının tescilli markası olup, davalı tarafından anahtar sözcük reklamcılığı kapsamında, anahtar sözcük olarak kullanılmaktadır ve bunu davacı bir mahkeme aracılığı ile tespit ettirmiştir. Daha sonra davacı markaya tecavüzün ve haksız rekabetin tespiti ve önlenmesi için dava açmıştır. Davanın açıldığı dönemde yürürlükte olan 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname⁵⁸² kapsamında, her ne kadar açıkça markaya tecavüzün tespiti yapılmış olsa da dava devam ederken yürürlüğe giren 5833 Sayılı Kanun’un 9. maddesi doğrultusunda bu gibi anahtar sözcük reklamcılıklarının açıkça markaya tecavüz olduğu tespit edilmiştir. Mahkeme her iki şirketin de asansör rayı üretiyor olması, davacının tescilli bir şeklinin ve Asray markasının sahibi olması ve davalının “Asray” sözcüğünü anahtar kelime olarak kullandığının sabit olmasının yanında birkaç hususu daha birlikte değerlendirmiştir. Örneğin mahkeme somut olayda, bir internet kullanıcısı “Asray” sözcüğünü arama motorunda arattığında, bu kelimeyle ilgili olarak en başta davacının şirket adı ve internet adresinin çıkmakta, yanında da sponsor bağlantı altında davalının markasının unsurlarından olan “çelikray” kelimesi görülmek olduğunu da değerlendirmiştir. Bu durumda her ne kadar “ray” ibaresi markanın kullandığı alan olarak tasviri olarak nitelendirilebilecekse de bu ibare, davacının markasında “As” ibaresi ile davalının markasında “çelik” ibaresinin birleşik yazıldığında her iki markanın da sonunun gelen “ray” ifadesiyle kelimelerin bitmesinin markalar arasında karıştırılma ihtimalini de doğurabileceğine kanaat

⁵⁸¹ Yargıtay 11. HD. E. 2015/8530, K. 2016/3550, T. 04.04.2016 Kararı incelenebilir. (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi Kasım 2022)

⁵⁸² RG. 27.06.1995 – S. 22326.

getirmiştir. Ayrıca davalının markasının unsurlarından “DÇ” ibaresine, sponsor bağlantı bölümünde yer vermemiş olması da bu karıştırma ihtimalini arttıracaktır. Bu durumda anahtar kelime reklamcılığı konusunda bilgi sahibi olmayan internet kullanıcılarının bu iki markayı karıştırma ihtimali de yüksek olarak değerlendirilecektir. Hatta mahkeme internet kullanıcısının “Asray” sözcüğünü arama motorunda arattığında, en başta davacının şirket adı ve internet adresi çıksa da yanındaki sponsor bağlantı altında davalının markasının çıkmasının davacı ile davalı şirket arasında en azından sponsorluk ilişkisinin olduğunu düşündürebileceğini de değerlendirmiştir. Değerlendirmeleri sonucunda marka tecavüzünün ve haksız rekabetin durdurulmasına ve Google arama motorunda “Asray” kelimesinin davalı tarafından kullanımının ve sponsorlu bağlantı bölümünde davalının internet sitesine bağlantı verilmesinin önlenmesine karar verilmiştir⁵⁸³.

Bu bakış açısıyla anahtar sözcük reklamcılığı ele alındığında, eğer bir kullanıcı arama motorlarında arama yaptığından çıkan sonuçlar arasında hangi linkin hangi şirkete ait olduğunu anlayabiliyorsa; bu durumda TTK m. 55/1/a-2’ye dayanılarak; ilgili reklamla gerçek dışı ve yanıltıcı açıklamalarda bulunulduğu ya da TTK m. 55/1/a-5 kapsamında; reklamın, başkasının tescilli olmayan markası, işaretleri ve ticaret unvanı kullanılarak, o kişinin tanınmışlığından yararlanıldığı söylenemez⁵⁸⁴. Fakat ilk olarak verdiğimiz “çiçeksepeti ve “çiçekdiyarı” uyumsuzluğuna örnek kararda da görüldüğü gibi Türkiye’de anahtar kelime reklamcılığında bir başkasının tescilli markasının izinsiz kullanılması genellikle marka tecavüzü ve haksız rekabet olarak değerlendirilmektedir⁵⁸⁵.

⁵⁸³ Bıdık, s. 55.

⁵⁸⁴ Erdil, s. 309.

⁵⁸⁵ Bıdık, s. 56.

5. BAĞLANTI (LİNK) VERME VE ÇERÇEVELEME YOLUYLA HAKSIZ REKABET

Bir işletmenin, mal ve hizmetlerini tanıtmak, faaliyetlerini yürütmek amacıyla oluşturduğu internet sitesinde farklı, sayfalara, başkaca sitelere bağlantılar vermesi günümüzde sıkça karşılaşılan bir durumdur. Bu bağlantıların verilmesinde reklam, tanıtım, diğer işletmelerin mal ve hizmetleriyle kendininkileri kıyaslamak, başkasının internet sitesindeki içeriğin bağlantının yer aldığı internet sitesinde gösterimini sağlamak gibi birçok amaç olabilir⁵⁸⁶. Bir internet sayfasından diğer bir sayfaya bir bağlantı verilmesi kullanıcıların işini kolaylaştıran, bağlantı verilen sayfanın tıklama sayısını ve tanınırlığını arttıran bir yöntemdir. Özellikle günümüzde kolay alışveriş yapılabilmesi, haber kaynaklarına kolay erişilebilmesi gibi nedenlerle internet sayfaları arasında bağlantı verilmesiyle sıklıkla karşılaşılmaktadır ve bağlantı verilebilmesi için önceden bağlantı verilen internet sitesinin ya da sayfasının sahibinin izninin alınmasına da gerek yoktur.

Bağlantı verilmesiyle bir başka internet sayfasına erişildiğinde, erişilen sayfanın sahibinin bu durumdan memnun olması beklenir ve genellikle de durum böyledir. Fakat bazı durumlarda internet siteleri arasında bağlantı verilmesi hukuki uyumsuzluklara sebebiyet verebilir. Bir işletmenin hiç ilgisinin bulunmadığı bir internet sayfasından kendi sitesine ya da sayfasına bağlantı vermesi ya da sitesinin ana sayfasının atlanarak doğrudan sayfalarından birine kolaylıkla ulaşılabilmesi durumlarında uyumsuzluklar gündeme gelebilir⁵⁸⁷. Zira bir internet sitesine bağlanılırken o sitesinin ana sayfasının atlanması, ana sayfanın amacını ortadan kaldıracak gibi⁵⁸⁸, bağlanılan sayfanın, ziyaretçilerine sunmak istediği ya da tanıtmak istediği ürünlere ve hizmetlere ilişkin yeterli tanıtım yapamamasına da neden olacaktır. Aşağıda bağlantı verme yöntemleri ele alınarak bir bağlantı verme yöntemi

⁵⁸⁶ Okan, **Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet**, s. 84.

⁵⁸⁷ Okan, **Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet**, s. 118.

⁵⁸⁸ Bozkurt Yüksel, s. 103.

olan çerçeveleme yöntemi ayrıca incelenecek olup, bu yöntemlerle gerçekleştirilecek haksız rekabet halleri üzerinde de ayrıca durulacaktır.

5.1. Bağlantı (Link) Verme Kavramı

Bağlantılar, HTML diliyle yazılmış kısa kodlardır. Bu kodlar internet sayfalarını birbirlerine bağlarlar⁵⁸⁹. Kısaca bir internet sayfasından diğerine geçişi mümkün kılan tekniğe “bağlantı” adı verilir⁵⁹⁰. Bir başka ifadeyle bağlantı; bir internet sayfasındayken, başka bir internet sayfasını açmak için kullanıcının tarayıcısını tanımlayan web sayfasının programında yer alan komuttur⁵⁹¹. Ayrıca bağlantılar, hem farklı internet sitelerini hem de aynı site içinde farklı sayfalarını birbirine bağlamak için kullanılabilirler. Özetle, bir internet sitesi, birçok sayfadan oluştuğu için; bir sitede bulunan bir bağlantı; farklı bir sitenin spesifik bir sayfasına ya da doğrudan farklı sitenin ana sayfasına kullanıcıları yönlendirilebileceği gibi, aynı internet sitesi içinde kalarak o sitenin farklı sayfalarına da kullanıcıları yönlendirebilir⁵⁹².

Uygulamada; bir sözcüğün ya da sözcük grubunun sanal bir bağlantı olup olmadığının anlaşılabilmesi için öncelikle yapılması gereken bilgisayarı kullanırken farenin (mouse) okunu ilgili sözcüğün ya da sözcük grubunun üzerine getirmektir. Eğer ok simgesi, ilgili sözcük ya da sözcük grubunun üzerine geldiğinde, işaret parmağını temsil eden simgeye dönüşüyorsa; bu durumda ilgili sözcüğün ya da sözcük grubunda bir bağlantı olduğunu anlayabiliriz⁵⁹³. Böyle bir durumda, o sözcüğe ya da sözcük grubuna tıkladığında, bir başka sayfaya erişilecektir. Günümüzde, sözcük ve sözcük gruplarının bağlantı olup olmadığının kolayca anlaşılabilmesi için bunlar renklendirilmekte (renklendirme için özellikle mavi renk, tercih edilmektedir) veya altları çizili bir şekilde web sitesi ziyaretçilerine sunulmaktadır. Ayrıca söz konusu farklı renkte veya altı çizili olabilen yazının üzerine fareyle tıklanması yardımıyla

⁵⁸⁹ Kaplan, s. 73.

⁵⁹⁰ Bıdık, s. 52.

⁵⁹¹ Bosnalı / Özçelik, s. 57.

⁵⁹² Okan, **Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet**, s. 118.

⁵⁹³ Ünal Öztürk, s. 98.

farklı bir internet sitesi, sayfası gibi farklı elektronik dokümanların açılmasına köprü (*hyperlink*) adı verilir⁵⁹⁴.

5.1.1. Bağlantı (Link) Çeşitleri

Yukarıda da bahsedildiği üzere bağlantılar sözcük ya da sözcük gruplarından oluşabilirler. Hatta bazı durumlarda bağlantılar sabit ya da animasyonlu görseller şeklinde de hazırlanabilirler.

Farklı çeşitlerde bağlantı verilebilir. Bunlardan bazıları haksız rekabetin gerçekleşmesi için elverişliyken bazılarının kullanılmasıyla haksız rekabetin gündeme gelmesi söz konusu olmayacaktır fakat bağlantılar kullanılarak haksız rekabetin ne şekilde gündeme gelebileceğinden bahsetmeden önce çalışmamızın bu kısmında bağlantı çeşitlerinin üzerinde durulacaktır.

Bağlantılar yüzeysel bağlantı (*surface link*) ya da derin bağlantı (*deep link*) olarak incelenebilir. Yüzeysel bağlantı kullanıldığında, bağlantının bulunduğu siteden, bağlantı verilen sitenin ana sayfasına ulaşılır. Yani yüzeysel bağlantı bir üçüncü kişinin internet sitesinin ana sayfasıyla bağlantı kurmak amacıyla kullanılır ve bağlantı tıklandığında, internet tarayıcısının adres çubuğunda bağlantı kurulan internet sitesinin adı görülür. Derin bağlantı kullanıldığında da, bağlantının bulunduğu siteden üçüncü kişiye ait bir internet sitesi içinde yer alan bir alt sayfaya bağlantı kurulmuş olur. Yani bu bağlantıların kullanıldığı durumlarda bağlantı verilen internet sitesinin ana sayfası atlanır ve o sitenin doğrudan alt sayfalara kullanıcıları yönlendirilmiş olurlar.

Bağlantıları; harici bağlantı (*ekstern link*) ve dahili bağlantı (*intern link*) olarak da incelemek mümkündür. Harici bağlantılarda internet kullanıcısının, bağlantı verilen bağlantı sayfasında bulunan bağlantıların tıklaması sonucu bir başka internet sayfasının ana sayfasına veya alt sayfasına yönlendirilmesi söz konusuyken; dahili

⁵⁹⁴ Ross, s. 6; Clark, s. 1334.

bağlantılarda bağlantıya tıklayan internet kullanıcıları, bağlantının yer aldığı sitenin başka bir sayfasına yönlendirilirler. Kısacası aynı sitede kalırlar fakat bu site içinde başka sayfalara ulaşırlar.

Bağlantı çeşitlerinden bahsederken aynı hatta bağlantılara (*inline link*) da değinmek gerekecektir. Bu bağlantılar üçüncü kişinin internet sitesinde yer alan ses, görüntü gibi içerikleri başka bir internet sitesinden alındığı kullanıcılarca anlaşılmayacak şekilde iki site arasında bağlantı kurulması şeklinde verilirler. Bu bağlantının kullanılmasıyla, kullanıcılar ziyaret ettikleri internet sayfasından ayrılarak link verilen sayfaya geçiş yapmazlar, aksine bağlantının paylaşılmış olduğu sayfada kalmaya devam ederken, bağlantı verilen sayfanın içeriğini görebilirler ve bu görebildikleri içeriğin farklı bir internet sitesi olduğunu da anlayamazlar⁵⁹⁵. Örneğin, XYZ internet sitesini görüntüleyen bir kişinin, XYZ sayfasından ayrılmadan ABCD'nin internet sayfasından "günün fotoğrafı"nı görüntüleyebilmesi bu şekildedir⁵⁹⁶.

Bir diğer üzerinde durulması gereken bağlantı çeşidi çerçevelerdir. Çerçeveleme yönteminin diğer bağlantı çeşitlerinden daha farklı olması nedeniyle çalışmamızda çerçeveleme kavramı ve çerçeveleme ile gerçekleştirilecek haksız rekabet çeşitleri ayrı bir alt başlıkta incelenecektir.

5.1.1.1. Çerçeveleme Kavramı

Çerçeveleme, web sayfalarında genellikle kullanıcıların ilgisini çekmek ve tanıtım yapmak amaçlarıyla kullanılan bir reklam metodudur ve bir ya da daha çok farklı adresleri içeren unsurların bir internet sayfasında görünmesini sağlar⁵⁹⁷. Bu nedenle de internet reklamları arasında çerçevelemenin önemi büyüktür. Yani

⁵⁹⁵ Sevilay Eroğlu, “İnternette Aktif Linkler yoluyla Fikri Haklara Müdahale”, **Prof. Dr. Ünal Tekinalp’e Armağan**, İstanbul, s. 213.

⁵⁹⁶ [FindLaw's team](https://www.findlaw.com/smallbusiness/business-operations/website-linking-framing-and-inlining.html) of legal writers and editors, **Website Linking, Framing, and Inlining** <https://www.findlaw.com/smallbusiness/business-operations/website-linking-framing-and-inlining.html> (Erişim Tarihi: Kasım 2022)

⁵⁹⁷ Bosnalı / Özçelik, s. 57.

çerçeveleme birden fazla ayrı ayrı adreslenen unsurlardan oluşan bileşik bir internet sayfası hazırlanabilmesini sağlar⁵⁹⁸. Bir nevi çerçeveleme ile bir internet sitesi, bir başkasına ait internet sayfasını kendi sayfası içine monte etme imkanı elde eder⁵⁹⁹. Kısaca; bağımsız ve birden fazla adresi içeren internet sayfasının bir internet sitesi içerisinde bölümler halinde ve aynı zamanda bağlantı verilmesi yoluyla gösterilmesine imkan tanıyan yöntem çerçeveleme yöntemidir⁶⁰⁰.

Çerçeveleme teknolojisi ilk kez 1996’da Netscape Navigator2’nin bir özelliği olarak ve sitenin üstünde altında ve kenarlarında çerçeveler oluşturarak o çerçevelerin içine başkasının sitesinin içeriğini yerleştirmek suretiyle tanıtılmıştır⁶⁰¹.

Çerçeveleme teknolojisi aslında bağlantı verme teknolojisine çok benzer ve bazen “metaseti” olarak da ifade edilir⁶⁰². Çerçeveleme ile bir internet sitesi, bir internet sayfasına bağlantı verir ve bağlantı verdiği sayfanın içeriğini, kendi sitesine getirilebilir. Bağlantı aracılığıyla çerçeveler, kullanıcının asıl sayfası ile yani çerçeveleme yapmış olan internet sitesi ile bağlantısını kaybetmeden kullanıcının tek bir bilgisayar ekranındaki çerçevelenmiş alan içerisinde değişik internet site yerleşimlerini eş zamanlı olarak görebilmelerini olanaklı kılar⁶⁰³. Zaten bu teknolojiyi, asıl önemli hale getiren şey de bir internet sayfasında birden çok internet sitesine ait sayfanın, farklı bölümler şeklinde görülebilmesini sağlamasıdır⁶⁰⁴. Her çerçeve birbirinden bağımsız çalışır ve bu nedenle kullanıcı birçok sayfayı çerçeveleme teknolojisi sayesinde tek bir sayfada kalarak keşfedebildiğinden, gördüğü içeriğin kaynağının hangi internet sitesinden geldiğini kolaylıkla karıştırabilir⁶⁰⁵.

Çerçeveleme bir internet sitesinin farklı bir internet sitesinin içeriğini kendi sayfasına bağlaması yönüyle derin bağlantı vermeye benzese de, bağlantı verilen sitenin içeriğinin, o siteye hiç uğramadan bağlantı veren internet sitesinde görülmesini

⁵⁹⁸ Bozkurt Yüksel, s. 104.

⁵⁹⁹ Soydemir, İnternette Haksız Rekabetin Önlenmesi, s. 104.

⁶⁰⁰ Okan, s. 84.

⁶⁰¹ Okan, **Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet**, s. 122.

⁶⁰² Bıdık, s. 53.

⁶⁰³ Okan, “İnternette Haksız Rekabet”, s. 126.

⁶⁰⁴ Ünal Öztürk, s. 100.

⁶⁰⁵ Ross, s. 6.

sağlaması yönünden derin bağlantı vermeden farklılaşır⁶⁰⁶. Böylelikle; diğer bağlantı verme şekillerinde, bağlantı veren internet sayfasındaki bağlantı tıkladığında, bağlantı verilen internet sayfası, kendine ait olan internet adresinde görüntülenir ve bu sırada içeriğine erişilen sayfa atlanarak, bağlantı verilen sayfaya geçilir. Fakat çerçeveleme teknolojisini kullanan internet sitesinde verilen bağlantı tıkladığında, bağlantı verilen internet sitesindeki ilgili sayfa, çerçevelemeyi kullanan internet sitesinin sayfasına getirilip burada görüntülenmektedir⁶⁰⁷. Zaten haksız rekabet teşkil eden durumlar da bu noktada ortaya çıkmaktadır.

5.1.2. Bağlantı (Link) Verme Vasıtasıyla Haksız Rekabet Fiili

Bağlantı verilme şeklinden dolayı da bağlantı verilen hedef internet sitesinin içeriğinden kaynaklanan sebeplerle de haksız rekabet gerçekleşebilir. Bu nedenle bağlantı verme yoluyla haksız rekabet incelenirken bu iki ihtimale göre de değerlendirme yapılması uygun olacaktır.

Bağlantı verilme şeklinden dolayı gerçekleşen haksız rekabet halleri için, yukarıda bahsedilen bağlantı çeşitleri üzerinden gitmek gerekirse; bilindiği üzere bir internet sitesi tanınırlığını arttırmak diğer siteler içinde reklamını vermek ister. Reklam alacak internet sitesi de ek gelir elde edebilmek için diğer sitelerle belirli ücretler mukabilinde anlaşmalar yapar ve genellikle internet siteleri aldıkları reklamları ana sayfalarında gösterirler. Bu ücretleri belirleyen esas faktör de aslında bir noktada reklam verilecek internet sitesinin ana sayfasının tıklanma oranıdır. Bu çerçevede derin bağlantılar kullanılarak, bağlantı verilen internet sitesinin ana sayfasının atlanarak direkt olarak bağlantı verilen bu site altında bulunan sayfalara, dosyalara ya da spesifik bölümlere bağlanıldığı durumlarda, bağlanılan sayfanın ana sayfasında bulunan kimi zaman reklamlar, kimi zaman sayfanın duyuruları ya da sayfaya diğer kazanç sağlayıcı unsurları pasif kalacaktır ve bağlantıya tıklayarak bağlanılan sayfaya ulaşan kullanıcılar, ana sayfaya uğramadıkları için bu hususları göremeyeceklerdir.

⁶⁰⁶ Okan, **Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet**, s. 84.

⁶⁰⁷ Ünal Öztürk, s. 101.

Böyle bir durumda, erişilen sitenin sahibinin zarara uğraması muhtemeldir⁶⁰⁸. Ayrıca derin bağlantıların kullanılmasıyla bağlantı veren sayfa ile bağlantı verilen sayfanın birbiriyle ekonomik ya da yönetsel bir bağlantısının olduğu da kullanıcılar tarafından düşünülebilir⁶⁰⁹. Bu nedenle bu gibi durumlarda, TTK m.55/1/a-4 kapsamında, *başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılma* hükmü gereği haksız rekabet söz konusu olabilir. Hatta derin bağlantıların rakip siteler arasında kullanması durumlarında, bu kullanımların parazit davranış yaratması, ekonomik olarak sitelerin gelirlerini etkilemesi gibi nedenlerde haksız rekabet söz konusu olacaktır⁶¹⁰. Öte yandan yüzeysel bağlantılar yalnızca bağlantı verilen sayfanın ana sayfası ile köprü kurduğu için derin bağlantılar, yüzeysel bağlantılara kıyasla daha zararlı sonuçlara sebep olacaktır⁶¹¹.

Derin bağlantıların haksız rekabet teşkil ettiğine ilişkin uygulamadan örnek vermek gerekirse; bağlantılarla ilgili ilk davalardan olan Shetland Times, Ltd.’nin Jonathan Wills ve diğerleri davasına değinmekte yarar vardır⁶¹². İlgili davadaki uyuşmazlık, günlük haberlerinin bir kısmını internet ortamında da yayınlayan Shetland Times gazetesiyle Shetland News isimli internette yayın yapan bir haber gazetesi arasındadır. Uyuşmazlığa konu olayda; Shetland Times gazetesi, kendi internet sayfasında “Shetland Times” dan bir habere bağlantı vermiştir fakat iki site arasında kurulan köprü derin bağlantı yöntemiyle kurulmuştur ve bu nedenle de kullanıcılar işbu bağlantıyı tıkladıklarında haberin yer aldığı sayfaya doğrudan erişebilmektedirler. Bu nedenle kullanıcılar Shetland News internet haber sitesinin ana sayfasını pas geçerek doğrudan sitenin içindeki başka bir sayfaya erişmektedirler. Uyuşmazlık telif hakkı tasarımları ve patente ilişkin, Birleşik Krallık’ın Telif Hakkı Tasarımları ve Patentleri Kanunu’na “*the United Kingdom's Copyright Designs and Patents Act*”⁶¹³ aykırılık iddiası kapsamında İngiliz mahkemelerince incelenmiştir ve ihlalin bu

⁶⁰⁸ Erol Karaoğlu, “Bir Web Sitesine Diğer Bir Web Sitesinden Bağlanma (=Linking) ve Doğurduğu Hukuksal Sorunlar”, Türk Hukuk Sitesi Kütüphanesi, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_82.htm (Erişim Tarihi: Mayıs, 2022).

⁶⁰⁹ Yasaman, s. 101.

⁶¹⁰ Bozkurt Yüksel, s. 103.

⁶¹¹ Clark, s. 1335.

⁶¹² Shetland Times, Ltd. v. Jonathan Wills and Another, 1997 F.S.R. (Ct. Sess. O.H.), 24 October 1996, <https://www.netlitigation.com/netlitigation/cases/shetland.htm> (Erişim Tarihi: Mayıs, 2022).

⁶¹³ UK Copyright Designs and Patent ActCDPA, Ayrıntılı bilgi için bkz.; <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48> (Erişim Tarihi: Mayıs, 2022).

kanuna aykırılık teşkil etmediği, zira bir internet sitesinin eser sıfatını haiz olmadığı belirlenmiştir. Fakat mahkemenin iki internet sitesi arasında derin bağlantı yoluyla köprü kurulması açısından tespitleri önemlidir. Mahkeme konuya ilişkin olarak, verilen bağlantıların her biri için bir logo ile birlikte “A Shetland Times Story” ibaresinin eklenmesi gerektiği ve ayrıca Shetland Times ana sayfası için ayrı bir link konulmasının uygun olacağını belirtmiştir ve hükmü bu yönde kurmuştur⁶¹⁴.

Aynı şekilde çevrimiçi bilet acentesi işletmekte olan Ticketmaster’ın 1997 yılında Microsoft aleyhine açmış olduğu davada da Microsoft, “Seattle Sidewalk” adındaki şehir rehberi niteliğindeki sitesinde Seattle’daki eğlenceler ve organizasyonlara ilişkin bilet alınabilecek yerleri gösterir nitelikte çeşitli internet sitelerine bağlantı verirken, Ticketmaster’ın da sitesine köprü kurmuştur⁶¹⁵. Fakat kurduğu köprü, Ticketmaster’ın sitesinin ana sayfasına değil, Ticketmaster’ın sitesinin içinde bilet alınabilecek bir başka sayfaya kullanıcıları yönlendirmektedir. Böylelikle, kullanıcılar, Ticketmaster’ın ana sayfasını ziyaret etmeden, ana sayfada Ticketmaster’ın almış olduğu ücretli reklamları ve kendi duyurularını görmeden, direk rezervasyon kısmına eriştikleri için, Ticketmaster Microsoft’u kendi reklamını yaparak gelir elde etmekle suçlamıştır. Ayrıca ana sayfasında vermiş olduğu reklamların kendine sağlayacağı olanaklardan yoksun kaldığını, Microsoft’un kullanıcılar nezdinde karışıklığa yol açarak haksız rekabeti düzenleyen kuralları ihlal ettiğini öne sürmüştür. Dava uzlaşmayla sonuçlanmış ve Microsoft Ticketmaster’ın sitesine link kurmaya son verdiği için⁶¹⁶ konuya ilişkin doktrinde ve mahkemede bir görüş birliği oluşmadan uyuşmazlık ortadan kalkmıştır. Fakat bu dava sayesinde doktrinde bu gibi durumlarda haksız rekabetin ne şekilde oluşabileceğine ilişkin bir takım görüşler ortaya atılmıştır. Zira bir görüşe göre sadece yazı yoluyla bağlantı verilmesi adil bir kullanım olarak değerlendirilebilecekken marka ya da logonun kullanılması durumunda eğer kullanıcılarda karışıklık yaratılması söz konusuysa haksız rekabet somut olayda gerçekleşmiş olacaktır. Fakat somut olayda bağlantı verilen sitede bağlantı verilirken farklı bir siteye yönlendirileceği uyarısının açıkça

⁶¹⁴ Can / Memiş,, s. 16.

⁶¹⁵ *Ticketmaster v Microsoft* Davası, United States District Court for the Central District of California, Civil Action Number 97-3055DPP, <http://www.netlitigation.com/netlitigation/linking.htm> (Erişim Tarihi: Mayıs, 2022)

⁶¹⁶ Okan, **Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet**, s. 119.

yapılmış olması sebebiyle karışıklık ve haksız rekabet gündeme gelmeyecektir⁶¹⁷. Kanaatimizce; burada haksız rekabetin oluşup oluşmadığı konusunda kesin bir çıkarım yapılamaz. Şöyle ki; Ticketmaster'ın sayfasıyla bağlantı kuran Microsoft'un her ne kadar bağlantı kurması ticari bir kullanım olarak değerlendirilebilecek olsa da bu bağlantının kurulması kullanıcılarda bir karışıklığa yol açmayacaktır. Zira derin bağlantıya tıklayan kullanıcılar, internet adreslerinin değişmesinden, kurulan köprü'nün bir başka internet sitesiyle olduğunu kolaylıkla anlayabileceklerdir. Bu yönüyle haksız rekabetin oluşmadığı düşünülebilir. Fakat hem kurulan bağlantıyla Ticketmaster'ın ana sayfasının atlanarak reklam gelirlerinin düşmesi, hem de verilen bağlantı nedeniyle kullanıcılarda köprü kurulan iki site arasında bir ortaklık ya da ekonomik iş birliği bulunduğu izleniminin kolaylıkla oluşabileceği düşünüldüğünde Microsoft'un Ticketmasker'ın internet sitesine bağlantı vermesi TTK m. 55/1/a-5 kapsamında haksız rekabet olarak değerlendirilebilecektir.

Örnekler kapsamında da görüleceği üzere, derin bağlantı verilmesi yoluyla iki internet sitesi arasında köprü kurulması durumlarında uyumsuzluklar artabilir, haksız rekabet gerçekleşebilir hatta telif hakkı ihlalleri de gündeme gelebilir. Konumuz kapsamında kalmak adına ayrıntıya girmemekle birlikte, telif hakkı ihlali söz konusu olduğunda FSEKm. 83 ve 84'ten ve bu hükümlerin tamamlayıcısı niteliğinde TTK haksız rekabet hükümlerinden yararlanılabileceğini de eklemek isteriz. Fakat bağlantı verilmesi yoluyla bir uyumsuzluğun çıkmaması adına, eğer bir internet sitesine bağlantı verilerek iki site arasında köprü kurulacaksa, bağlantı verilecek sitenin ana sayfasına bağlantı verilmesi yoluyla iki site arasında köprü kurulmasının haksız rekabetin gerçekleşmesinin önüne geçilebilmek adına en doğru yöntem olacağını düşünmekteyiz⁶¹⁸. Öte yandan her koşulda günümüzde bir internet sitesinden diğerine bağlantı verilmesi yaygın ve olağan kabul edildiği için bağlantı verilmesi aracılığı ile iki internet sitesi arasında köprü kurulması için bağlantı kurulacak sitenin sahibinin onayı aranmamaktadır. Fakat bağlantı veren internet sitesi sahibi işletme, bağlantı kurulmak istenen sitenin ana sayfasını baypas ederek bağlantı kurulmak istenen sitenin spesifik bir sayfasına kullanıcıları yönlendirmek istiyorsa, bu konuya ilişkin kendi internet sitesinde bağlantı vermeden önce bağlantı kurmak istediği sitenin sahibiyile

⁶¹⁷ Clark, s. 1339.

⁶¹⁸ Bıdık, s. 52.

bağlantı anlaşması yapmasının uyuşmazlıkların önüne geçmede önemli olacağı kanaatindeyiz⁶¹⁹.

Yukarıdaki bağlantı çeşitlerine ilişkin değerlendirmelerimiz ışığında devam edildiğinde, açıklandığı üzere aynı hatta bağlantılarla (hot/inline link), kullanıcı bağlantının paylaşıldığı sayfada kalsa dahi bağlantısı paylaşılan sayfada yer alan içerikleri görebilir ve bunun için bağlantısı paylaşılan siteye girmeden, bağlantı verilen sitede kalarak, bağlanılan sitenin içeriğinden yararlanılabilir. Bu noktada kullanıcılar bağlantı verilen sayfanın kökeni bakımından da yanılabilirken, hem bağlantı verilen sayfanın hak sahibinin markası zarar görebilir hem de TTK m.55/1/a-4 kapsamında haksız rekabet söz konusu olabilir⁶²⁰.

Aynı hatta bağlantılar (inline links) tanımlandığı üzere, kullanıcıları ziyaret ettikleri sayfadan ayırmadan bir üçüncü kişinin sitesinin içeriğinin görünmesini sağlar ve bu içeriğin kaynağının bir başka internet sitesi olduğu kullanıcılar anlayamaz. Böyle bir durumda hem bağlantı veren sayfanın sahibi kullanıcıları yanıltmış hem de bağlantı verdiği sayfa ile kendi sayfasının karıştırılmasına yol açmış olacağı için, hem TTK m. 55/1/ a-2 kapsamında hem de TTK m. 55/1/a-4 kapsamında haksız rekabetin varlığından bahsedilebilir⁶²¹. Zira TTK m. 55/1/ a-2 uyarınca; *kişinin kendisi, ticari işletmesi, işletme işaretleri, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları, stokları, satış kampanyalarının biçimi ve iş ilişkileri hakkında gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarda bulunma veya aynı yollarla üçüncü kişiyi rekabette öne geçirme* haksız rekabetin bir hali olarak düzenlenmiştir. Ayrıca, TTK m.55/1/a-4 gereği de *başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan eylemler* haksız rekabet teşkil edecektir. Aynı şekilde *inline* linkler kullanılarak birçok web sitesini tek bir web sitesinde gösteren bir siteyi ziyaret eden kullanıcılar, bu web sitelerinin arasında bir anlaşma ya da ortaklık ilişkisi olduğu izlenimine de kapılabilir⁶²². Böyle bir durumda da TTK m.54/2 kapsamında düzenlenen haksız rekabet hallerinden,

⁶¹⁹ Okan, **Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet**, s. 120.

⁶²⁰ Soydemir, **İnternette Haksız Rekabetin Önlenmesi**, s. 126.

⁶²¹ Üçışık, s. 586.

⁶²² Erol Karaoğlu, “Bir Web Sitesine Diğer Bir Web Sitesinden Bağlanma (=Linking) ve Doğurduğu Hukuksal Sorunlar”, Türk Hukuk Sitesi, 2003, (Çevrimiçi) http://www.turkhukuksitesi.com/makale_82.htm (Erişim Tarihi: Mayıs, 2022)

*rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileme söz konusu olacaktır*⁶²³.

Yukarıdaki açıklamalara ek olarak bir internet sitesinin bağlantı verildiği internet sitesi nedeniyle kötü bir imaj bırakması sonucunda da haksız rekabet söz konusu olabilir. Örneğin hoş karşılanmayan bir internet sitesinin bir başka internet sitesine bağlantı vermesi durumunda, bağlantı verilen internet sitesinin imajı zedelenebilir⁶²⁴. Zira hoş karşılanmayan ya da hukuka aykırı içeriğe sahip bir sitenin kendi internet sitesine bağlantı verdiğini öğrenen işletme memnun olmayacaktır çünkü bu gibi çağrışımlar işletmesinin reputasyonunu etkileyecektir. Böyle bir durumda bağlantı verme rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar kapsamında değerlendirileceği için bu şekilde bir bağlantı verme TTK m. 54/2 kapsamında haksız rekabet teşkil edecektir⁶²⁵.

Bir internet sitesinin bir başkasının internet sitesinde yer alan ürünlerin çeşitliği üzerinden ya da fiyatları üzerinden kendi mal ve hizmetlerinin reklamını yapması durumunda da haksız rekabetin varlığından söz edilebilir. Örneğin; bir internet sitesinin “*benzerlerinden daha ucuz*” ifadesini sitesinde kullanıp “benzerlerinden” ifadesi ile rakibinin sitesine link vermesi durumunda, kendi ürünleri ile rakibinin ürünlerini karıştırmış olacaktır⁶²⁶. Bilindiği üzere TTK m. 55/1/a-5 kapsamında karşılaştırmalı reklam yapmanın koşullarına aykırı şekilde hareket etmek haksız rekabet oluşturacağı için ilgili örnekteki gibi link verilmesi haksız rekabet teşkil edecektir⁶²⁷. Fakat her karşılaştırmalı reklam haksız rekabet teşkil etmeyeceği için somut olayın koşulları incelenerek değerlendirme yapılmalıdır.

Ayrıca bir işletmenin internet sitesinde, kendinden daha çok tanınan bir markanın ya da işletmenin ürünlerine gönderme yaparak o markanın ya da işletmenin

⁶²³ Kaplan, s. 76.

⁶²⁴ Okan, **Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet**, s. 120.

⁶²⁵ Okan, “İnternette Haksız Rekabet”, s. 128.

⁶²⁶ Asuman Yılmaz, s. 57 vd.

⁶²⁷ Okan, **Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet**, s. 121.

internet sitesine bağlantı vermesi ya da bağlantı verirken o markanın logosunu, işaretini kullanması durumunda da marka ihlali ya da TTK m. 55/1/a-5 kapsamında, karıştırılmaya yol açma çerçevesinde haksız rekabet gündeme gelebilir⁶²⁸. Bağlantıyla referans verilen bir internet sitesi ile bağlantıyı veren sitenin aynı işletmeye ya da şahsa ait olduğu izleniminin yaratılmasıyla uygulamada sıkça karşılaşılmaktadır. Böyle durumlarda haksız rekabetin önlenmesi için bağlantıyı veren sitenin köprü kurulan siteyle farklı işletmeler olduğunun açık bir şekilde belirtiliyor olması gerekir⁶²⁹. Aksi takdirde aralarında köprü kurulan bu iki site arasında hukuken bir bağlantı olduğu kullanıcılarca varsayılabilir. Böylelikle marka ihlalleri ve somut olayın özelliklerine göre TTK m. 55/1/a-2 ya da TTK m. 55/1/a-4 kapsamında karıştırılmaya yol açma çerçevesinde haksız rekabet gündeme gelebilir.

Dünyadan bu konuya ilişkin bir örnek vermek gerekirse; Belçika mahkemelerinin önüne gelen bir uyuşmazlık olan *N.V. Moto's Deschouwer v. N.V. Honda Belgium, Honda Giken Kogyo Kabushiki Kaisha and GmbH Honda Motor Europe (North)* davasından bahsetmek yerinde olacaktır. Davaya konu uyuşmazlıkta; bir motosiklet satıcısı olan Moto's Deschouwer, internet sitesinde bir "*promosyonlar*" sayfasına bağlantı vermiştir. Bağlantı verdiği promosyonlardan biri de Honda'nın bir motosikleti olan Honda CBR 900'dür. Moto's Deschouwer, bağlantı olarak bu motosikletin orijinal resmini kullanılmış ve motosikletin resmine tıklanmasıyla bağlantı verilen sayfaya erişimi mümkün kılacak şekilde iki sayfa arasında köprü kurmuştur. Bağlantıya tıklandığında, Honda'nın ticari markaları, hem '*Honda*' işareti hem de tescilli logosu ile birlikte Honda CBR 900 hakkında özel bilgileri görüntüleyen yeni bir sayfa açılmaktadır. Somut olayı değerlendiren mahkeme, internet kullanıcılarının, bu sayfayı gördüğünde ve bu bağlantıya tıklamaları halinde, bilgilerin Moto's Deschouwer'ın internet sitesinin bir parçası izlenimine kapılabileceği ve aslında bu bilgilerin Honda'nın resmi internet sitesinden elde edildiği düşünebileceği şekilde bağlantı verilmesi nedeniyle ticari kullanımı ve karıştırma ihtimalinin varlığını tespit etmiştir. Ayrıca motosiklet satıcısı olan Moto's Deschouwer, resmi bir Honda satıcısı olmadığı için; mahkeme, Honda işaretlerinin bariz kullanımını, iki site arasında ticari bir bağlantı olduğu izlenimi yarattığını ve dolayısıyla Honda'nın itibarından

⁶²⁸ Okan, **Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet**, s. 122.

⁶²⁹ Şenocak, s. 130.

karşılıksız bir yararlanmanın söz konusu olduğunu belirterek ilgili davada hem marka ihlalinin bulunduğu hem de haksız rekabetin gerçekleştiğine karar vermiştir⁶³⁰.

Bir diğer üzerinde durulması gereken husus, bir başkasının markasının, işaretinin, logosunun bağlantı olarak verilmesi durumudur. Böyle bir kullanım söz konusu olduğunda, kullanımın marka hakkı gereğince haklı bir kullanım olup olmayacağı incelenmelidir. Konuya ilişkin bir görüş, marka ve logolarının bağlantı verilmesi şeklinde kullanımını, marka hakkının ihlali ve haksız rekabet olarak değerlendirmektedir. Zira kullanılan marka, işaret ya da logonun karışıklığa yol açması söz konusuysa, ilgili bağlantı SMK m. 9/2 kapsamında ticari etki yaratacak şekilde kullanılmış olacaktır ve böylelikle marka ihlali gündeme gelecektir⁶³¹. Diğer bir görüşse bağlantıların aslında iki site ya da sayfa arasında köprü işlevi görmesi nedeniyle, bağlantıların adres niteliğinin olmaması ve tanıtım işlevinin zayıf olması nedeniyle, bu gibi kullanımların haksız rekabet teşkil etmeyeceğini belirtmektedir⁶³². Kanaatimizce burada incelenmesi gereken iki husus bulunur; bunlar kullanılan markanın ticari bir etki yaratacak şekilde kullanıp kullanılmadığı, diğeri de bu kullanımın, kullanıcılar nezdinde karışıklık yaratıp yaratmayacağıdır. Zira başkasına ait bir marka, işaret ya da logonun bağlantı olarak verildiği site ile bağlantının yönlendirdiği hak sahibinin sitesi arasında bir bağlantı olduğu ya da ekonomik bir iş birliğinin bulunduğu izlenimi yaratılıyorsa, bu durumda TTK m. 55/1/a-5 kapsamında haksız rekabetin gündeme gelecektir.

5.1.2.1. Çerçeveleme Vasıtasıyla Haksız Rekabet Fiili

Yukarıdaki açıklamalarda da bahsedildiği üzere çerçeveleme teknolojisinin kullanıldığı internet sitelerinde, kullanıcıların tarayıcılarındaki internet adresleri değişmeden bir başka internet sayfasının içeriğini görebilirler. Zaten çerçeveleme bir bağlantı verme yöntemi olduğu için bağlantı vermeye ilişkin sorunlar çerçeveleme için de söz konusu olmaktadır. Bunun dışında diğer bağlantı verme yöntemlerinden farklı

⁶³⁰ Fieldfisher, “An Overview Of International Jurisprudence On Embedded Linking And Framing”, https://res.cloudinary.com/fieldfisher/image/upload/v1574341220/PDF-Files/PDFs%20from%20old%20website/Embedded-linking_kywvlo.pdf, (Erişim Tarihi: Mayıs, 2022).

⁶³¹ Okan, **Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet**, s. 119.

⁶³² Clark, s. 1339.

olarak çerçevelemenin kullanılması durumunda kullanıcılar, çerçevedeki içeriğin başka bir siteden geldiğinin farkına varmayabilirler⁶³³. Zira çerçeveleme teknolojisini kullanan internet siteleri, çerçeveledikleri internet sitesinde yer alan sayfayı kendi sitelerinde yayınlarken, çerçevelenen sitenin logosunu ya da direk olarak ilgili sayfanın çerçevelenen sayfadan, kendi sitelerine aktarıldığını belirtmemesi durumunda kullanıcılar, ilgili kısmın çerçeveleme teknolojisini kullanan site tarafından bizzat hazırlanmış olduğu yanılgısına düşebilir. Böylelikle de ilgili içeriği çerçeveleme teknolojisini kullanan site ile özdeşleştirebilir⁶³⁴. Bu durum ise asıl haberi yayınlayan haber sitesinin emeğini heba etmektedir. Çerçevelenen sitenin web sitesine girilmeden o siteden yararlanıldığı için çerçevelenen sitenin reklam gelirleri düşebilir ve zaten hukuki uyumsuzluklar da bu gibi nedenlerle ortaya çıkar.

Özetle, çerçeveleme söz konusu olduğunda; URL'nin değiştiği kullanıcılara gösterilmediği ve çerçevelenen sayfanın yer aldığı ilişim verilen sitenin ana sayfasına kullanıcılar yönlendirilmeden istenilen içerik elde edildiği için çerçevelemenin parazit davranış yarattığı, ekonomik olarak sitelerin gelirlerini etkilediği ve bu nedenle çoğu zaman haksız rekabete yol açtığı söylenebilir⁶³⁵. Hatta sahtecilik iddialarını gündeme getirip, marka haklarını, sözleşmeleri, gizliliği ihlal gibi birçok farklı uyumsuzluğa da sebep olabilir.

Çerçevelemenin haksız rekabet teşkil etmesine ilişkin bir diğer durum da kullanıcılarda çerçeveleme yapan internet sitesiyle, çerçevelenen site arasında yakın bir ilişkinin, bağlantının, iş birliğinin, ekonomik çıkarın olduğu, bu iki sitenin birbirini desteklediği izleniminin oluşması nedeniyle gündeme gelir. Zira böyle bir durum karıştırmaya yol açacak⁶³⁶ ve aldatıcı reklam kapsamında değerlendirilecektir. Böylelikle TTK m. 55/1/a-2 çerçevesinde haksız rekabet gündeme gelecektir. Bu duruma örnek olarak çerçevelemenin ilk kez gündeme alındığı dava olan Washington Post Co.'nun Total News Inc.'e açtığı dava⁶³⁷ verilebilir. İlgili davada, Total News;

⁶³³ Bıdık, s. 53.

⁶³⁴ Eroğlu, s. 213.

⁶³⁵ Yasaman, s. 101; Bozkurt Yüksel, s.103

⁶³⁶ Bıdık, s. 53; Bozkurt Yüksel, s. 104.

⁶³⁷ The Washington Post, et als. v. TotalNews, Inc., et als., Southern District of New York, Civil Action Number 97-1190.; Karar için bkz., <http://www.netlitigation.com/netlitigation/cases/post.htm> (Erişim Tarihi: Mayıs 2022.)

Washington Post, Wall Street Journal, CNN gibi haber kuruluşlarının haberlerini kendi internet sayfasında görüntüleyebilmek için çerçeveleme teknolojisini kullanmakta ve bu sitelere derin bağlantı (deep link) vermektedir. Bu sayede de Total News orijinal herhangi bir içerik üretmeyerek, çerçevelediği haber sitelerinin haberleri sayesinde kendi reklamını yapmaktadır. Bu davada haberleri çerçevelenen haber kuruluşları; Total News'un internet sitesinin, kendi sitelerine bağlantı vermesini ve haberlerini çerçeveleyerek kullanılmasını dava etmiştir. Haber siteleri; Total News'un bu kullanımının, internet kullanıcılarının, haber sitelerini okuma tarzını değiştirdiğini, kendi internet sitelerinin reklam gelirlerini düşürdüğünü iddia etmişlerdir. Ayrıca sitelerindeki haberlerin ticari değerini Total News'un kendi çıkarı için kötüye kullandığını da belirterek; kullanımının kötüye kullanma, marka tecavüzü, telif hakkı tecavüz ve haksız rekabet teşkil ettiğini de belirtmişlerdir. Haber kanallarının haksız rekabete ilişkin iddialarının temeli Total News'un web sitesinde yer alan içeriğin ve reklamların kaynağı konusunda tüketicilerin; aldatılma, yanıltılma, karıştırma olasılığının bulunması üzerinedir. Zira Total News'un sitesini ziyaret eden kullanıcılar yanılgıya kapılarak, Total News'un haber siteleriyle yakın bir ilişkisi olduğu veya haber siteleri tarafından sponsorluğunun yapıldığı ya da kabul edildiği veya bu sitelerden yayın için izin almış olduğu izlenimine kapılabileceğini iddia etmişlerdir. Dava anlaşmazlık konuları karara bağlanmadan tarafların sulh olmasıyla sonuçlanmıştır⁶³⁸. Sulh anlaşmasına göre Total News, haber kuruluşlarına ait web sayfasının içeriğini çerçevelemeye son vermeyi ve yalnızca haber kuruluşlarının iznini almak koşuluyla sitelerine bağlantı vermeyi kabul etmiştir⁶³⁹. Her ne kadar bu uyuşmazlık tarafların karşılıklı anlaşmasıyla çözülse de; davacıların iddialarında haklı oldukları kanaatindeyiz ve bu gibi kullanımlar olacaksa çerçevelenen internet sitelerinin sahiplerinin konuya ilişkin izinlerinin alınmasının haksız rekabet iddialarının gündeme gelmemesi için en güvenilir yöntem olacağını düşünüyoruz. Aksi taktirde çerçeveleme teknolojisini kullanan sitenin çerçevelenen sitenin güveni kötüye kullanacak, başkasının ürününden, işinden ya da yeteneğinden haksız yere yararlanacaktır.

⁶³⁸Dennis M. Powers, "Cyberlaw: The Major Areas, Development, and Information Security Aspects", **Global Perspectives in Information Security**, 1. Basım, John Wiley&Sons, New Jersey, 2008, s. 40.

⁶³⁹ Ali Osman Özdilek, "Web Sitelerinde Çerçeveleme (Framing) Teknolojisi ve Getirdiği Yasal Problemlere Kısa Bir Bakış", s. 3, <http://teknolojihukuku.blogspot.com/2007/01/web-sitelerinde-reveleme-framing.html>, (Erişim Tarihi: Mayıs, 2022).

Çerçeveleme teknolojisinin kullanılması nedeniyle gündeme gelebilecek en yaygın haksız rekabet hali, TTK m. 55/1/a-4’de düzenlenen karıştırılmaya müsait olma durumu olabilir. Zira yukarıda da bahsedildiği üzere kullanıcılar bir internet sitesine girdiklerinde, o site çerçeveleme teknolojisini kullanıyorsa, çerçeve içinde bulunan içeriğin bu site tarafından bizzat hazırlanmış olduğu yanılgısına düşebilir ve ilgili içeriği çerçeveleme teknolojisini kullanan site ile özdeşleştirebilir ve karıştırma nedeniyle haksız rekabet gündeme gelebilir⁶⁴⁰.

Tüm bu açıklamalar doğrultusunda; doktrinde çerçeveleme teknolojisinin içerik değişikliğine neden olması sebebiyle bu teknolojinin kullanılmasının bir takım hukuki sorunları da beraberinde getirmesi söz konusu olabileceği için, gerekiyorsa tüm siteyi içine alacak şekilde basit link kurmanın tercih edilmesinin daha doğru olacağını savunanlar bulunmaktadır⁶⁴¹. Bizim de katıldığımız görüş doğrultusunda, çerçeveleme teknolojisi kullanılacaksa; web sitesinin reklamları içinde bağlantılı bir sayfanın çerçevelenmemesi gerekir⁶⁴². Çerçeveleme teknolojisi kullanacak web sitesinin sahibinin çerçevelemek istediği web sitesinin veya web sitelerinin sahiplerinin rızasını alması, onlarla bir sözleşme yaparak sözleşme içinde tarafların hak ve yükümlülüklerin belirlenmesi bir yöntem olarak düşünülebilir⁶⁴³. Ayrıca çerçevelenen içeriğin başka bir web sitesinden gelmesi durumunda, tarayıcının adres bölümünde çerçevelenen ana sitenin URL'sinin kullanımına dikkat edilmesi de uygun bir yöntem olabilir⁶⁴⁴.

⁶⁴⁰ Kaplan, s. 82.

⁶⁴¹ Bıdık, s. 54.

⁶⁴² FindLaw Law Library, “Internet Legal Issues: Framing”, <https://corporate.findlaw.com/lawlibrary/internet-legal-issues-framing.html> (Erişim Tarihi: Mayıs, 2022).

⁶⁴³ Okan, **Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet**, s. 124.

⁶⁴⁴ Kaplan, s. 83.

SONUÇ

Haksız rekabetin elektronik ortamda görünüş biçimlerini incelediğimiz bu çalışmada, öncelikle haksız rekabetin elektronik ortama özgü cephesi ele alınmıştır. Bu kapsamda; elektronik ortama özgü bir yaptırım olarak haksız rekabetin üzerinde durulmuştur. Böylelikle teknolojinin ve elektronik ortamın öneminin büyümesiyle eş zamanlı değişen ekonomik faaliyetlerin ve rakip davranışlarının hukuk perspektifinde günümüze kadar ve günümüzde ne şekilde bir çerçeve içine alındığı açıklanmıştır.

Elektronik ortamda haksız rekabet hallerinin görünüm biçimleri incelenirken elektronik ortamda verilen reklamlar ve işletmelerin kendilerini tanıtım biçimleri doğrultusunda bir ayrıma gidilerek, uygulamada en sık karşılaşılan görünüm biçimleri haksız rekabet hukuku ve güncel hukuki düzenlemeler çerçevesinde incelenmiştir. Fakat bu hallerin sınırlı sayıda olmayacağı ve teknolojik gelişmeler doğrultusunda yepyeni görünüm biçimlerinin de zamanla oluşabileceğinin altını çizmek gerekecektir.

İlk elektronik ortamda verilen reklam hali olarak istenmeyen ticari elektronik iletiler ve spamler incelenmiş ve ikisinin arasındaki farkların; ticari olma, toplu olarak gönderilme, göndericinin kimliğini gizlemesi, iletinin niteliği ve iletiye bakış olduğu tespit edilmiştir. İstenmeyen elektronik iletilerle ne şekilde haksız rekabet fiilinin gerçekleşebileceği; saldırgan satış yöntemleri, iş şartlarına uymama, karşılaştırma, kötüleme ve karıştırma kapsamında değerlendirilmiştir. Alıcıların onayı olmaksızın alıcılara ticari elektronik ileti gönderilmesinin başlı başına bir saldırgan satış yöntemi olarak değerlendirilebilmesi konusundaki tartışmanın üzerinde durulmuştur. Bizim de katıldığımız baskın görüş doğrultusunda; alıcılara ticari elektronik ileti gönderilmesi “*saldırgan*” bir uygulama olarak kabul edilmesi gerektiği gerekçeleriyle birlikte ortaya konulmuştur. Zira hem İsviçre hem de Türk haksız rekabet hukuku düzenlemeleri kapsamında yalnızca “özellikli/nitelikli” davranışlar bu kapsamda değerlendirileceği çalışmamızda detaylıca açıklanmıştır. Daha sonra iş şartlarına

uymama başlığı altında Yargıtay kararları ve doktrin incelenerek; iş şartlarına uymama hali haksız rekabet hali kapsamında ticari elektronik iletilerin gönderilmesi incelenmiştir. Bu kapsamda kişiselleştirilmiş ticari elektronik iletilere de değinmiş ve ayrıca reklam yasaklarının bulunduğu meslek grubunda faaliyet gösteren ya da ürünlerle ilgili ticarî faaliyette bulunan kişilerin de bu yasakları ihlal etmesi durumunda da haksız rekabetin ortaya çıkabileceği tespiti yapılmıştır.

Çalışmamızın, elektronik ortamda reklam verme başlığı kapsamında, ikinci olarak reklam bantları incelenmiştir. Hem teknik yönden hem de haksız rekabet kapsamında gerçekleşebilecek durumların incelendiği çalışmamızda; reklam veren ve reklamın yerleştirildiği iki sayfayı birbirine bağlayan bağlantıların; doğru sayfalarla köprü kurması, yalnızca reklam veren sayfanın ürününün, malının, hizmetinin, markasının tanıtımını yapmaya yönelik olması ve reklam içeriğinin hukuka aykırı olmayacak şekilde düzenlenmesi gerektiği sonucu çıkarılmıştır. Ayrıca, reklam verilen sayfaya erişen kullanıcıların, reklam bandına tıkladığı zaman, reklam verenin bir rakibinin ürünü, ticari itibarı, markası vb. kötülen bir web sayfasına yönlendirilmesi durumunda kullanıcıların satın alma eğiliminin etkileneceği için kötüleme yoluyla haksız rekabetin gündeme gelebileceği belirtilmiştir. Doktrinde bir reklam bandını kapatabilmek için konulan kapama tuşunun reklamı kapatmaması durumunun dahi haksız rekabetin gündeme gelebileceği tartışması üzerinde durularak burada asıl incelenmesi gereken hususun, bu durumun müşterinin satın alma davranışlarını etkileyip etkilemediği olduğu kanaatinde olduğumuz, gerekçeleriyle ortaya konulmuştur.

Pop-up reklamlar ise bir internet sitesine girdiğinde aniden yeni bir tarayıcı penceresinde görünen reklamlar olarak tanımlanarak ve pop-under reklamlarla da kıyaslanarak hem teknik detaylar çerçevesinde hem de haksız rekabet oluşturmaları açısından incelenmiştir. Pop-up reklamların, genellikle arama motorlarında aranan kelimeler ile ilgili pop-up reklam arasında bağ oluşturan programı tasarlayanların fiilleri nedeniyle haksız rekabet oluşturacağı tespitinde bulunularak Uygulamada karşılaşılan somut olaylar çerçevesinde konu incelenmiştir. Bu çerçevede de WhenU.com aleyhine açılan davalar ışığında bir inceleme yapılmıştır. Pop-up reklamları tetikleyen anahtar kelime seçimlerine ilişkin kıstaslar ve mahkemelerin sergilediği yaklaşımların benzer olduğu belirtilerek, bu reklamların haksız rekabet

teşkil etmesi için mutlaka reklam içeriğindeki bilginin yanlış ve yanıltıcı olmasına gerek olmayıp, reklamın kullanıcılara sunulmuş şeklinin de önemli olduğu çıkarımında bulunulmuştur.

Çalışmamızın ikinci kısmında, alan adları incelenmiş ve alan adları; Alan Adları Yönetmeliği kapsamında, web sitesini tanımlayan ya da sitenin internetteki yerini gösteren ve internet ortamında birini diğerinden farklı kılmaya yarayan internet sitesinin adı ve adresi olan teknolojik bir sembol olduğu belirtilerek alan adlarına ilişkin önemli teknik hususlar üzerinde durulmuştur. Ardından alan adlarına ilişkin gerçekleşebilecek haksız rekabet halleri; bir başkası ile bağlantılı bir markanın, ismin ya da ayırt edici işaretin alan adı olarak kullanılması, bir başkası ile bağlantılı bir marka, isim ya da ayırt edici işaret kullanılmaksızın haksız bir şekilde rekabette rakiplerin önüne geçilmesi yönlerinden incelenmiştir.

Bugüne kadar alan adlarına ilişkin uyuşmazlıklar, en fazla alan adı korsanlığından kaynaklan uyuşmazlıklar olduğu ve bunun bir nevi başkasının arazisine tecavüzün siber alandaki karşılığı olduğu belirtilmiştir. Uygulamada en çok üçüncü kişiler tarafından o zamana kadar alınmamış fakat alınma ya da talep edilme ihtimali yüksek olan alan adlarının, ileride bu adları kullanmak isteyen kişilere yüksek meblağlar karşılığında satılabilmesi amacıyla bu alan adlarının alındığı belirtilmiştir. Tescil edilmemiş bir ismin, ayırt edici işaretin ya da başkasına ait bir unvanın alan adı olarak kullanıldığı durumlarda, bu kullanım, haklı kullanım olarak değerlendirilebilmesi için incelenmesi gerekenin; iltibas konusu unsur olacak adın, unvanın ya da işaretin, belirli bir müşteri kitlesi tarafından ayırt edici niteliklerinin olması nedeniyle ön plana çıkması olduğu kanaatine varılmıştır. Bununla birlikte, bu karıştırma ihtimalinin gerçekleşebilme olasılığı için temel alınacak kıstasın, ortalama zeka seviyesine sahip bir kullanıcı olduğu üzerinde durulmuştur.

Alan adlarının aslında telefon numaraları gibi sayı kombinasyonlarından oluşması nedeniyle alan adı seçimlerinde, bu sayıların birbirine benzer olmasının haksız rekabet teşkil edip etmeyeceğine ilişkin tartışma incelenerek, alan adı ile marka arasında karıştırma riskinin bulunması ya da iltibas tehlikesinin söz konusu olması durumlarının tespitinde çok katı olunmaması ve markalar arasında iltibas yaratan benzerliklerin, alan adları bakımından kolayca iltibas oluşturmayacağının da dikkate

alınması gerektiği sonucuna varılmıştır. Zira doktrinde çoğunluk görüş iltibas çıtasının yükseltilmesinin daha hakkaniyetli olacağına kanaat getirdiği çünkü alan adları markaların aksine birbirine benzer olabileceği ve bunu engelleyen bir düzenlemenin de olmadığı belirtilmiştir.

Alan adlarına ile ilgili bir diğer haksız rekabete ilişkin tespitimiz de, cins veya meslek isimlerinin ya da genel kavramların alan adı olarak kullanılması konusundadır. Bu kapsamda doktrinde fikir birliği olduğu üzere bu gibi durumlar haksız rekabet oluşturabilecektir. Fakat yalnızca cins veya meslek isimlerinin ya da genel kavramların alan adı olarak kaydedilmesi, başlı başına bir haksız rekabet hali değildir. Bu gibi alan adlarının alınmasının haksız rekabet olarak değerlendirilmesi için temel alınması gereken kıstas; bu tescilin rakipleri engelleme ve/ya rekabette haksız bir şekilde rakiplerden sırf bu adın kullanılmasıyla daha ön plana çıkılacak olmasıdır.

Alan adı olarak bir kişinin kendi ismini seçtiği durumda bu ismin aynı zamanda başkasının markası olması söz konusuysa, hak sahiplerinden hangisine alan adının kullanılması bakımından imkan tanınması gerekeceği üzerinde de durulmuştur ve bu kapsamda karıştırma ihtimali, markanın tanınırlığı alan adı olarak ismini kullanan kişinin tanınmışlığı gibi kriterlerin bir arada değerlendirilmesi gerektiği üzerinde de durulmuştur. Ayrıca alan adlarına ilişkin son tespitimiz, rakiplerle karşılaştırma içeren alan adlarının kullanımına ilişkindir. Bu noktada eğer böyle bir alan adı kullanımı aldatıcı ya da yanıltıcı değilse haksız rekabetin somut olay kapsamında gerçekleşmeyeceği tespit edilmiştir.

Yönlendirici kodlar, bir web sayfasının HTML kodlarına eklenen kelimeler veya kelime öbekleridir. Metin içinde sunulan bilgiyi ifade ederler ve bu kodların içeriğini oluşturan kelimeler anahtar kelimelerdir ve bu kelimeler web sitesi sahibi tarafından özgürce seçilirler. Ayrıca kullanıcılar, yönlendirici kodlar teknik kodlar oldukları için bu kodları göremezler, yalnızca kodların sonuca etkisini yani arattıkları anahtar kelimelerin bağlı olduğu internet sayfalarını görebilirler. Bazı işletmeler rakiplerinin haksız bir şekilde önüne geçecek şekilde bu kodları tetikleyen kelimeleri seçebilirler. Bu durum genellikle başkasının markasını anahtar kelime olarak seçmek şeklinde gerçekleştiği için hem marka ihlalleri hem de haksız rekabet gündeme gelmektedir. Fakat her zaman başkalarına ait markaların yönlendirici kod olarak kullanılması haksız

rekabet olarak değerlendirilemez. Somut olayda bu kullanımda yasal meşru bir menfaatin olup olmadığına da bakılması gerekir.

Anahtar sözcükler, bir işletmenin web sitesinin bulunabilmesi için kritiktir. Doğru seçimlerle, çok geniş kitlelere hitap edilebilir. Anahtar sözcük reklamcılığı arama motorlarının en fazla gelir elde ettiği kalemlerdendir. Çalışmamızda öncelikle arama motorlarının kullanılmasıyla gerçekleştirilecek haksız rekabet halleri üzerinde durularak daha sonrasında anahtar sözcük reklamcılığının haksız rekabet teşkil ettiği haller ülkelerin farklı bakış açıları kapsamında da ele alınmıştır. Bu kapsamda ABD, AB ve Türkiye’deki durum özelinde somut uyuşmazlıklar çerçevesinde incelemeler yapılmıştır. ABD’de başkasının markasının anahtar sözcük olarak kullanımına ilişkin iki farklı görüşün olduğunun altı çizilmiştir. Bu görüşlerden biri; bu gibi kullanımların ticari kullanım kapsamında bir kullanım olmayacağına ve bu nedenle *Lanham Act* kapsamında bir kullanımdan bahsedilemeyeceğine, diğeri de alan adında başkasının markasının kullanılmasının ticari kullanım kapsamında sayılması gerektiğine ilişkindir. *Lanham Act* kapsamında bir inceleme yapılacaksa öncelikle korunan bir markanın bulunması ve marka sahibinin kullanıma ilişkin rızasının olmamasına bakıldıktan sonra bu markanın ticarete kullanılıp kullanılmadığı ve eğer böyle bir kullanım varsa tüketicilerin karıştırma ihtimalinin olup olmadığı incelenmektedir. AB’de bir olayda haksız rekabetin varlığından söz edebilmek için reklam metninin tüketiciyi haksız bir şekilde doğal sonuçlardan reklama yönlendirmeyi amaçladığının gösterilmesi gerekir. Markanın anahtar kelime olarak kullanılmasıyla tetiklenen reklamın amacı, internet kullanıcılarına marka sahibinin ürün veya hizmetlerine alternatifler sunmak olup, bazı tüketicilerin marka sahibinin ürünlerinden saptırabilmesi haksız rekabeti göstermek için yeterli değildir. Bu nedenle, ilgili fiile haksız olma durumu eşlik etmiyorsa, başkalarının müşterilerini anahtar sözcükler ve anahtar sözcük reklamcılığı ile istenilen doğrultuda yönlendirmek yasaldir, bu gibi kullanımlar haksız rekabet teşkil etmezler.

Türkiye’de bir başkasının markasının anahtar sözcük olarak kullanılması durumunda öncelikle marka hukukuna göre bir değerlendirme yapılır. Ayrıca Türkiye’de, eğer bir kullanıcı arama motorlarında arama yaptığında çıkan sonuçlar arasında hangi linkin hangi şirkete ait olduğunu anlayabiliyorsa; bu durumda TTK m. 55/1/a-2’ye dayanılarak; ilgili reklamla gerçek dışı ve yanıltıcı açıklamalarda

bulunulduğu ya da TTK m. 55/1/a-5 kapsamında; reklamın, başkasının tescilli olmayan markası, işaretleri ve ticaret unvanı kullanılarak, o kişinin tanınmışlığından yararlanıldığı söylenemez. Fakat anahtar kelime reklamcılığında bir başkasının tescilli markasının izinsiz kullanılması Türkiye’de genellikle marka tecavüzü ve haksız rekabet olarak değerlendirilmektedir.

Linklere ilişkin çalışmamızdaki tespitimiz; link verilmesi kapsamında bir uyumsuzluğun çıkmaması adına, eğer bir web sitesine link verilecekse, bu sitenin ana sayfasına link verilmesi haksız rekabetin gerçekleşmesinin önüne geçilebilmesi için en doğru yöntem olacaktır. Ayrıca web sayfalarının sahiplerinin aralarında link anlaşmaları yapmaları da linklerle birbirine bağlanan sitelerin birbirlerine karşı haksız rekabet teşkil edebilecek fiillerini engelleyecektir.

Çerçeveleme teknolojisinin kullanıldığı web sitelerinde, kullanıcıların tarayıcılarındaki web adresleri değişmeden bir başka web sayfasının içeriğini görebilirler. Zaten çalışmamızda da bahsettiğimiz gibi, çerçeveleme link vermeye benzediği için link vermeye ilişkin sorunlar çerçeveleme için de söz konusu olmaktadır. Bu konuyu aydınlatan ve ilk kez haksız rekabet kapsamında çerçevelemeyi gündeme getiren ve çalışmamızda ayrıntılı incelenen en önemli dava Washington Post Co.’nun Total News Inc.’e açtığı davadır. Doktrinde çerçeveleme teknolojisinin içerik değişikliğine neden olması sebebiyle bu teknolojinin kullanılmasının bir takım hukuki sorunları da beraberinde getirmesi söz konusu olabileceği için, gerekiyorsa tüm siteyi içine alacak şekilde basit link kurmanın tercih edilmesinin daha doğru olacağını savunanlar bulunur. Kanaatimizce çerçeveleme teknolojisi kullanılacaksa; web sitesinin reklamları içinde bağlantılı bir sayfanın çerçevelenmemesi haksız rekabetin gündeme gelmemesi için yerinde olacaktır.

Tüm bu anlatılanlar doğrultusunda; konumuz kapsamında incelenen tekniklerin ve teknolojilerin kullanılması sonucu ortaya çıkan uyumsuzlukların çözümü için özellikle elektronik ileti gönderilmesi yoluyla gerçekleştirilecek haksız rekabet hallerine ilişkin incelediğimiz tartışmalar çerçevesinde de görüldüğü gibi Türk mahkemelerinin ve doktrinin genellikle uyumsuzluk konusu fiili TTK m. 55 kapsamında değerlendirerek bu madde hükümlerinde yer alan haksız rekabet hallerine sığdırmaya çalışmaktadır. Oysa kanaatimizce, bunun yerine TTK m. 55’te yer alan

haksız rekabet hallerinden biri kapsamına net bir şekilde alınamayan fiilleri, genel hüküm olan TTK m. 54 kapsamında incelemek, somut uyuşmazlıktaki haksız rekabetin tespitini daha da kolaylaştıracaktır.

Konu hakkındaki bir diğer tespitimiz de elektronik ortamın sınırlarının belli olmamasına ilişkindir. Çalışmamızda da değinildiği üzere, elektronik ortamın sınırları belli değildir. Oysaki haksız rekabet uyuşmazlıklarının ise uyuşmazlık konusu nerede vuku bulmuşsa o ülkede ve o ülkenin hukukuna göre çözümlenmesi gerekir. Özellikle anahtar kelime reklamcılığı kapsamında incelediğimiz durumlarda da görüleceği üzere elektronik ortamda gerçekleşen haksız rekabet durumlarına ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde her ülkenin tutumu özünde benzer olsa da bu alanı düzenleyen tek bir yasal düzenlemenin bulunması, elektronik ortamda gerçekleşecek haksız rekabet durumlarına karşı işletmeleri daha etkin bir şekilde koruyacaktır. Zira sadece arama motoru algoritması kullanılarak gerçekleştirilebilen haksız rekabet durumlarında da incelediğimiz gibi rakipler çok farklı şekillerde farklı yöntemlerle kendilerini arama motorunun çalışma prensiplerini kötüye kullanarak haksız bir şekilde rakiplerine karşı daha avantajlı hale kolaylıkla getirebilmektedir. Bu gibi bir haksız rekabet teşkil edecek bir davranışın farklı ülkelerde kurulmuş ve farklı ülkelerde faaliyet gösteren fakat aynı tüketici çevresine hitap eden iki işletme arasında gerçekleşmesi durumunda uyuşmazlığın ne şekilde çözülebileceğine ilişkin bir düzenlemenin bulunmaması elektronik ortamı çok uluslu ve rekabetçi şirketler için güvensiz hale getirebilecektir. Bu nedenle bu alanı kaplayacak bir uluslararası düzenlemenin yapılması da kanaatimizce uygun olacaktır. Böylelikle hem uyuşmazlıklar daha kolay tespit edilebilir hem de daha etkin bir şekilde alınan kararlar icra edilebilir.

KAYNAKÇA

Abbasoğlu, Hayriye Dilara, **Sosyal Medya Reklamcılığında Haksız Rekabet**, Seçkin Yayıncılık, B. 1, Ankara, 2021.

Akıncı, Müslüm, “Ekonomik Kamu Düzeni ve Rekabet Kurumu”, **Rekabet Dergisi**, S. 5, Ocak-Şubat-Mart 2001.

Alongi, Elizabeth A., “Has the U.S. Canned Spam?”, **Arizona Law Review**, 263, Y. 2004, s. 263-290.

Arıcı, M. Fatih, “Haksız Rekabet”, **Yürürlüğünün 5.Yılında Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu 20 Ekim 2017**, Editör: Abuzer Kendigelen, Ocak 2018, s. 11-25.

Arkan, Sabih, “Avrupa Topluluğunda Karşılaştırmalı Reklamlar”, **BATİDER**, C. 21, S. 1, Haziran 2001.

Arkan, Sabih, **Marka Hukuku Cilt 2**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 1997.

Arkan, Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, 27. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2021.

Aslan, Adem, **Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Karşılaştırmalı Reklamlar**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Ankara 2012.

Aslan, Yılmaz, **Tüketici Hukuku Dersleri**, 7. Baskı, Eylül 2019.

Avakian, Sege G. “Global Unfair Competition in the Online Commerce Era”, **UCLA Law Review**, C. 46, 1999.

Aybay, Mehmet Erdem, “Alan Adları ve Ortaya Çıkan Uyuşmazlıklar”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, No. 2, İstanbul, 2002, s. 101.

Ayhan, Rıza / Özdamar, Mehmet / Çağlar, Hayrettin, **Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar**, 8. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2015.

Bahtiyar, Mehmet, **Ticari İşletme Hukuku**, 1. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022.

Bal, Nurullah, “İnternet Alan Adları ve İnternet Alan Adı Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümlemesi”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 17, Y.2013, S.1-2.

Ballı, Mehmet, “Türk Ticaret Kanunu’na Göre Haksız Rekabet Kavramı ve Unsurları”, **Gümrük ve Ticaret Dergisi**, S. 5, 2015.

Bayram, Aziz Erman, “İstenmeyen Ticari Elektronik İletilerin Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Düzenlenişi”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 11, S. 114, Şubat 2016, s. 26-44.

Bechtold, Stefan, “Google Adwords and European Trade Mark”, **Communications of the ACM**, Volume 54, No. 1, January 2011.

Bıdık, Barış, “İnternet Yoluyla Haksız Rekabet”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 10, S. 110, Ekim 2015.

Bilge, Mehmet Emin, “Tüketicinin Korunması Açısından İnternette Ticari Reklam Yayını”, **Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan**, Ankara, 2003.

Bilge, Mehmet Emin, **Ticari Ad ve İşaretler Arasında Karıştırılma Tehlikesi**, Ankara 2014.

Blanke, Jordan, “Canned Spam: New State And Federal Legislation Attempts To Put a Lid On It”, **Computer Law Review And Technology Journal**, Volume 7, 2004.

Bosnalı, Özge / Özçelik, Büşra, “İnternet Ortamında Haksız Rekabet”, **GSI Articleletter**, 2015.

Bozbel, Savaş, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Haksız Rekabet**, epubli, 5. Baskı, 2018.

Bozbel, Savaş, **Adwords Reklamlar Karşılaştırmalı Reklam Teşkil Eder mi? Avrupa Adalet Divanının Verdiği Kararlar Işığında Bir Değerlendirme**, İstanbul Ticaret Üniversitesi, Sosyal Bilimler Dergisi, S. 18, 2010.

Bozer, Ali / Göle, Celal, **Ticari İşletme Hukuku**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Eylül 2021.

Bozkurt, Yüksel/ Armağan, Ebru, “Elektronik Ortamda Haksız Rekabet”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S. 18, 2014, s. 79-112.

Budak, Burcu, **İnternet Reklamlarında Haksız Rekabet ve Bunun Önlenmesi ve Sona Erdirilmesi**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2021.

Çavuşoğlu, Sercan, **Borçlar Hukuku ve Milletlerarası Özel Hukuk Açısından Sınır Ötesi Elektronik Ticarete Açık Artırma Yolu İle Satışlar**, B.1, 2020.

Çelik, Büşra, **Mesafeli Satış Sözleşmesinde Risk ve Masrafların Paylaşımı**, B. 1, 2021
Dal, Seniha, “Türk Hukukunda İnternet Alan Adları (Domain Names) ve Bu Alandaki Son Gelişmeler”, **Marmara Üniversitesi İ.İ.B.F. Dergisi**, C. 28, S. 1, İstanbul, 2010, s. 479-497.

Dinç, Serhan, **Türk Ticaret Kanunu'na göre Haksız Rekabet Halleri ve Buna İlişkin Davalar**, Ankara 2017.

Doll, Ann E., "Review Essay: Hyperlink, Frames and Metatags", **Journal of Contemporary Issues**, Volume 12, 2001.

Einstein, Brandon R., "Reading Between The Lines: The Rise Of Native Advertising And The FTC's Inability To Regulate It", **Brooklyn Journal of Corporate, Financial, Commercial Law**, Vol. 10, Issue 1, 2015.

Erdem, Ercüment, **Rekabet Hukuku ile İlgili Makaleler**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007.

Erdil, Engin, **Haksız Rekabet Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2020.

Eren, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, 10. Baskı, Ankara 2021.

Eroğlu, Sevilay, "İnternette Aktif Linkler yoluyla Fikri Haklara Müdahale", **Prof. Dr. Ünal Tekinalp'e Armağan**, İstanbul.

Erol, Arzu, **Türk Hukukunda Örtülü Reklam**, İstanbul, Nisan 2018.

Evans, David, "The Online Advertising Industry: Economics, Evolution, and Privacy", **Journal of Economic Perspectives**, 2009.

Fogo, Credence E., "The Postman Always Rings 4,000 Times: New Approaches to Crub Spam", **The John Marshall Journal of Computer & Information Law** - 915, Y. 2000.

Gezder, Ümit, **Mukayeseli Hukuk Açısından İnternet'te Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması**, Beta Yayınları, İstanbul, 2004.

Göle, Celal, **Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması**, Ankara, 1983.

Gültekiner, Esra, "Bilişim Hukuku ve Alan Adları", **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 87, S. 2, İstanbul, 2013.

Güneş, İlhami, **Marka Hukukunda Önceye Dayalı Haklar**, Dokuz Eylül Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2012.

Güneş, İlhami, **Uygulamada Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları Haksız Rekabet Davaları**, 5. Baskı, Ankara, Mart 2018.

Gürel, Murat, "İstenmeyen Ticari Elektronik İletiler ve Haksız Rekabet", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 90. Kuruluş Yıldönümü Armağanı**, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 560, Ankara, 2017, s. 149-182.

Güven, Şirin, "Saldırgan Satış Yöntemleri ve Reklamlar", **Erzurumluoğlu Armağanı**, Ankara Barosu Yayınları, 2012, s. 397-408.

Güven, Şirin, **Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Koruduğu Menfaatler**, Adalet Yayınevi, B. 1, Ankara, 2012.

Hedley, Steve, “A Brief History of Spam”, **Information & Communication Technology Law**, Volume 15, No. 3, 2006, s. 223-238.

Işıklı, Hasibe, **İnternet Alan Adları Sistemi**, DPT Yayınları, Ankara 2001.

İkizler, 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, İzmir 2006, s. 91-144.

İmregün, Oğuz, **Kara Ticareti Hukuku Dersleri**, B. 13, Filiz Kitapevi İstanbul 2005.

İnal, Emrehan, **E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005.

İnal, Emrehan / Baysal, Başak **Reklam Hukuku ve Uygulaması**, Oniki Levha Yayıncılık, B. 1, İstanbul, 2008.

İnan, Nurkut / Piker, Mehmet B., **Rekabet Hukuku El Kitabı**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, İstanbul, 2007.

İtişgen, Rezzan, “Türk Ticaret Kanunu’nda Düzenlenen Kötüleme Suçu”, **Terazi Hukuk Dergisi**, , C.11, S. 121, Eylül 2016.

Kaplan, Ahmet Galip, **Elektronik Ortamda İşlenen Haksız Rekabet Halleri**, On İki Levha Yayıncılık, 2020.

Karagülmez, Ali, “İnternet Alan Adları ve Bazı Hukuki Sorunlara İlişkin Yargı Kararları”, **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, S. 97, Eylül 2014, s. 48-55.

Karahan, Sami, **Ticari İşletme Hukuku**, 22. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2015.

Karayağcın, Yaşar, **Ticaret Hukuku Dersler: Giriş-Ticari İşletme**, B. 3, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara, 1968.

Kendigelen, Abuzer, **Hukukî Mütalâalar**, C.14: 2014-2016, B.1, İstanbul, Şubat 2018.

Kendigelen, Abuzer, **Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, B. 2, İstanbul Kasım 2012,

Keser Berber, Leyla, **Çevrimiçi Davranışsal Reklamcılık Uygulamaları Özelinde Kişisel Verilerin Korunması**, On iki Levha Yayıncılık, 2014.

Keser, Yıldırım “Tüketicinin Kişisel Verisinin İşlenmesinde Açık Rıza”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 28, S. 3, Konya 2020, s-1181-1121.

Kılıç, Fethi, **Haksız Rekabet ve Haksız Rekabette Hukuk Davaları (Özel Hukukta Haksız Rekabet Kurumu)**, İstanbul 1999.

Kırcı, N. Berkay, **Markanın İnternet Yoluyla Haksız Kullanımı**, Turhan Kitapevi, Ankara, 2009.

Kökçü, Zeynep Yasaman, “Adwords Reklamlarda Bir Başkasına Ait Markanın Aynısının veya Benzerinin “Anahtar Sözcük” Olarak Kullanımı Tecavüz Teşkil Eder Mi? Ab Adalet Divanı Kararları Işığında Tecavüz Kriterleri”, **Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan**, B. 1, İstanbul, Ocak 2017.

Kuntoğlu, Ömer Faruk, “Elektronik Ticarete Kişisel Verilerin Korunması”, **Bilişim Hukuku Dergisi**, C.3, S. 1, 2021, s. 181.

Macaw, Misha Gregory, “Google Inc v. American Blind Wallpaper Factory, Inc.: A Justification For The Use of Trademarks as Keywords to Trigger Paid Advertising Placements in Internet Search Engine Results”, **Rutgers Computer & Technology Law Journal**, Volume 32.

Magee, John, “The Law Regulating Unsolicited Commercial E-Mail: An International Perspective”, **Santa Clara High Technology Law Journal**, 333, 2003, s. 333-382.

Matin, Sajjad, “Clicks Ahoy! Navigating Online Advertising In a Sea of Fraudulent Clicks”, **Berkeley Technology Law Journal**, Vol.22:533.

Memiş, Tekin, “Hukuki Açıdan Kitlelere E-Posta Gönderilmesi”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 5, S. 1-4, 2001.

Memiş, Tekin, “İnternette Cins ve Meslek İsimlerinin Alan Adı Olarak Kullanılması ve Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar” **AÜEHFD**, C. IV, S.1-2, 2000, s. 431-444.

Memiş, Tekin, “Marka, Endüstriyel Tasarım, Faydalı Model ve Patent Davalarında İnternet Alan Adı Nedeniyle Ortaya Çıkan Marka Uyuşmazlığı” 17-18 Haziran 2005, Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Kültürü 1. Ulusal Sempozyumu, Sorunlar ve Kurumsal Çözüm Yolları, **İstanbul Barosu Yayınları**, Eylül 2005.

Memiş, Tekin, “Marka, Haksız Rekabet ve Tüketici Hukukunda Süperlatif Reklamlar”, **Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2014**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

Miller, Steven E., **Civilizing Cyberspace: Policy, Power and the Information Superhighway**, ACM Press, 1996, New York.

Moroğlu, Erdoğan, “Karşılaştırmalı Reklam ve Yargıtay Kararları”, **Makaleler**, Kasım 2010.

Mutchler, Ariella, “CAN-SPAM Versus the European Union E-Privacy Directive: Does Either Provide a Solution to the Problem of Spam?”, **Suffolk U. L. Rev.** Volume 43, 2010, s.957-981.

Nomer Ertan, Füsün, **Haksız Rekabet Hukuku**, İstanbul 2016.

Nomer Ertan, N. Füsün, Haksız Rekabet, **Yürürlüğünün 7. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu III 18 Ekim 2019**, İstanbul, Ocak 2020, s. 21-32.

Nomer, Füsün, “İnternet Alan Adının (Domain Name) Hukuki Niteliği ve Marka ve Ticaret Unvanı Gibi Ayırt Edici Ad ve İşaretler ile Arasında Benzerlik Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukuki Sorunlar”, **Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı**, C.1, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2001, s. 395-418.

Oğuz, Habip, “Elektronik Ortamda Kişisel Verilerin Korunması, Bazı Ülke Uygulamaları ve Ülkemizdeki Durum”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Y. 2013, C. 3, S. 3.

Oğuzman, M. Kemal / Öz, Turgut **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.1, Vedat Kitapçılık, 16.Baskı, İstanbul 2018

Okan, Neval, “İnternette Haksız Rekabet”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2011, C. 2, S. 1.

Okan, Neval, **Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet**, Seçkin Yayınları, Ankara 2011.

Okan, Neval “Saldırgan Satış Yöntemlerine Karşı Tüketicilerin Korunması”, **Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.2, S.4, Temmuz 2016.

Organisation for Economic Co-operation and Development(OECD), **Glossary of Industrial Organisations Economics and Competition Law**, Paris, 1990.

Oriola, Taiwo A., “Regulating Unsolicited Commercial Electronic Mail in the United States and the European Union: Challenges and Prospects”, **Tulane Journal of Technology and Intellectual Property**, 2005, s. 113-166.

Öngören, Gürsel, **İnternet Hukuku**, Öngören Hukuk Yayınları, İstanbul 2006.

Özel, Çağlar, **Marka Lisansı Sözleşmesi**, 2. Bası, Ankara, 2015.

Özsunay, Ergün, “Karşılaştırmalı Reklamlar”, **Uluslararası Reklam Hukuku Sempozyumu** (8-9 Mayıs 2008), İstanbul, Ağustos 2009.

Özsunay, Ergün, “Reklam Sektöründe Tüketici Hukuku ve Uygulamaları, Aldatıcı ve Örtülü Reklamlar”, **6. Tüketici Hukuku Kongresi, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Uygulamalar 2016-2017**, Editörler: Hakan Tokbaş/ Fehim Üçışık/ Hamide Zafer/ İsmail Çakır, Mayıs 2017, s. 416

Öztek, Selçuk, Haksız Rekabete İlişkin Yeni İsviçre Düzenlemesinin Öngördüğü Bazı Haksız Rekabet Halleri, **Prof. Dr. Jale G. Akipek'e Armağan**, Konya, 1991, s. 417 vd.

Öztürk, Ezgi, “İnternet Yoluyla Markanın Haksız Kullanımı”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Mayıs 2010, S. 45.

Öztürk, Ünal, “Sanal Ortamda Haksız Rekabet Halleri”, **Konya Barosu Dergisi**, C. 5, S. 1, Haziran 2021, s. 71-109.

Özyurt, Fatma, **Ticari Reklam ve İlanlarda Karşılaştırma ve Kötüleme**, Türkiye Cumhuriyeti Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Tüketicinin ve Rekabetin Korunması Genel Müdürlüğü, Ankara, 2004.

Pekdinçer, Remzi Tamer, **Haksız Rekabet ve Marka Hukukuna İlişkin Bilirkişi Raporları ve Mütalaalar**, Şubat 2015.

Pınar, Hamdi, “Reklam Hukukunun Esasları”, **Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan**, İstanbul, 2008,

Pınar, Hamdi, "Reklam ve Satış Yöntemlerine İlişkin Haksız Rekabet Hâlleri", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 18, S. 2, Aralık 2012, s. 129-156.

Poroy, Reha / Yasaman, Hamdi, **Ticari İşletme Hukuku**, 10. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.

Powers, Dennis M., “Cyberlaw: The Major Areas, Development, and Information Security Aspects”, **Global Perspectives in Information Security**, 1. Basım, John Wiley&Sons, New Jersey, 2008.

Poyraz, Zeynelabidin, **İş Şartlarına Uymamak Suretiyle Haksız Rekabet Hali**, Ağustos 2011.

Ross, Terrence P., **Intellectual Property Law: Damages and Remedies**, Law Journal Press 105 Madison Avenue New York 2005.

Rüzgar, Eser, **Marka Hakkının İnternet Reklamcılığı Yoluyla İhlali ve Sorumluluk Rejimi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Haziran 2013.

Sağlam, İpek, **Elektronik Sözleşmeler**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2007.

Sarıöz, Ayşe İpek, “İnternet Alan Adlarının (Domain Names) Kullanımından Doğan Haksız Rekabet Halleri ve Uygulanacak Hukuk”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 10, S. 1 Ocak 2011, s. 619-652.

Savaş, Firdevs, “Reklam Vasıtasıyla Ortaya Çıkan Saldırgan Ticari Uygulamalar”, **Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi**, C. 18, S. 2, 2017.

Savaş, Firdevs, **Haksız Rekabet Hukukunda Saldırgan Satış Yöntemleri**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2018.

Schaub, M.Y., “Unsolicited Email, Does Europe Allow Spam? : The State Of The Art Of The European Legislation With Regard To Unsolicited Commercial Communications”, **Computer Law & Security Report**, Volume 18, No.2, 2002, s. 99-105.

Searing, Matthew Edward, “What’s in a Domain Name?”: A Critical Analysis of the National and International Impact on Domain Name Cybersquatting, **Washburn Law Journal**, Volume 40, 2000, s. 113-114.

Shim, Jae K. / Qureshi, Anique A. / Siegel, Joel G. / Siegel, Roberta M., **The International Handbook of Electronic Commerce**, Published on July 26, 2000 by Routledge, Chicago.

Sırabaşı, Volkan, **İnternet ve Radyo-Televizyon Aracılığıyla Kişilik Haklarına Tecavüz**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.

Sorkin, David E., “Technical and Legal Approaches to Unsolicited Electronic Mail”, **University of San Francisco Law Review**, Volume 35, No. 2, Winter 2001, s. 325-384.

Soydemir, Güzide, “İkinci Ekran Uygulamaları Ve Örtülü Reklam”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 9, S. 100, Aralık 2014.

Soydemir, Güzide, **İnternette Haksız Rekabetin Önlenmesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.

Soysal, Tamer, **İnternet Alan Adları Hukuku (Domain Name Law)**, Adalet Yayınları, Ankara, 2014.

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

Suh, James, “Intellectual Property Law and Competitive Internet Advertising Technologies: Why ‘Legitimate’ Pop-Up Advertising Practices Should Be Protected”, **St. John’s Law Review**, Volume 79, N. 1, 2005.

Şentürk, Beren, **Alan Adının Tanıtma Vasıtalarından Doğan Haklara Aykırı Kullanımı**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi.

Tarman, Zeynep Derya, **Haksız Rekabetten ve Aldatıcı Reklamlardan Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk**, İstanbul, 2011.

Tekinalp, Ünal, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 5. Bası, İstanbul, 2012.

Teoman, Ömer, “İş Yaşamı Koşullarına Uymamaya Dayalı Haksız Rekabet Davası (TTK m. 57, Bent 10) Sadece Rakipler Tarafından mı Açılabilir?”, Otuz Yıl Ticaret Hukuku -Tüm Makalelerim-C. 2, 1982- 2001, Şubat 2001, İstanbul.

Teoman, Ömer, “Reklamlara İlişkin Haksız Rekabet Uyuşmazlıkları”, Makale 6, Tüm Makalelerim, C. 3, 2002-2010, İstanbul 2010.

Teoman, Ömer, **Yaşayan Ticaret Hukuku (Hukukî Mütalâalar)**, C. 2: 1992-1999, 2. Yeniden ve Aynen Dizilmiş Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011.

Tevetoğlu, Mete, “Online Ticari ve Kişisel İtibarın İhlali ve Korunması”, **Fikrî ve Sınai Haklar Dergisi, Legal Yayınları**, C. 8, S. 32, 2012.

Topaloğlu, Mustafa, **Bilişim Hukuku**, Karahan Kitapevi, 1. Baskı, 2005.
Türk, Hikmet Sami, “Sosyal Piyasa Ekonomisinde Rekabetin Düzenlenmesi”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 13, S. 3, Ankara, 1985.

Üçışık, Güzin, “İnternet Üzerinden Yapılan Karşılaştırmalı Reklamlar ve Tüketicinin Korunması”, **2. Tüketici Hukuku Sempozyumu Ses Çözümleri ve Makaleleri**, Ankara 2013, s. 581-606.

Ülgen, Hüseyin / Helvacı, Mehmet / Kaya, Arslan / Nomer Ertan, Füsun, **Ticari İşletme Hukuku**, B. 7, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021

Ülgen, Hüseyin / Teoman, Ömer / Helvacı, Mehmet / Kendigelen, Abuzer / Kaya, Arslan / Nomer Ertan Füsun, **Ticarî İşletme Hukuku**, Vedat Kitapçılık, B. 1. İstanbul, 2010.

Ünal, Şeref, “Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Haksız Rekabet”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Y. 1988, S. 1, s. 71-83.

Ventsislaw, Pantov, “The Prevention of Cybersquatting in Europe: Diverging Approaches and Prospects for Harmonization”, **Münih Fikri Mülkiyet Hukuku Merkezi Yüksek Lisans Tezi**, Münih, 2012,

Wilson, Geoffrey D., “Internet Pop-up Ads: Your Days are Numbered”, **Loyola of Los Angeles Entertainment Law Review**, C. 24, S. 3-4, 2004.

Yavaş, Murat, “Haksız Rekabet Kavramı ve Bu Alandaki Koruyucu Dava ve Tedbir Türleri”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Armağan Özel Sayısı**, İstanbul, 2016, C. 12, S. 1-3, s.771-795.

Yıldız, Sevil, **Medya ve Hukuk**, Nobel Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2013.

Yılmaz, Asuman, “Türk Ticaret Kanunu'na Göre Karşılaştırmalı Reklâmlarda İtibardan (Tanınmışlıktan) Gereksiz Yere Yararlanma Yasağı”, **Batider**, 2017, C. 33, S. 2, s. 57 vd.

Yılmaz, Lerzan, **Marka Olabilecek İşaretler ve Mutlak Tescil Engelleri**, 2. Bası, İstanbul 2008.

Yusufoğlu, Fülürya, “Eleştiri Hakkı Işığında Rakip Olmayanların Beyanlarının Haksız Rekabet Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan**, İstanbul, Ocak 2017.

Yusufoğlu, Fülürya, “Fikri Mülkiyet Haklarının İnternet Ortamında Korunması”, **Fikri Mülkiyet Hukuku Çalıştayı Bildiriler Kitabı**, İstanbul, 19-22 Aralık 2019, s. 463-529.

Yusufoğlu, Fülürya, “Türk ve İsviçre Hukuklarında Karşılaştırmalı Reklamlar”, **İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80.Yılında İsviçre Borçlar Hukuku'nun Türk Ticaret Hukuku'na Etkileri**, İstanbul, 2009, s. 115-137.

Zweihorn, Zachary J., Searching for Confusion, “The Initial Interest Confusion Doctrine and Its Misapplication to Search Engine Sponsored Links” **Cornell Law Review**, B. 91, C. 6, 2006, s. 1342-1382.



Elektronik Kaynaklar:

Adwords Lawsuit in the USA <http://www.linksandlaw.com/courtdecisions-usa.htm>
Erişim Tarihi: Kasım 2022

Akın, İrfan, Adwords Reklam Sistemi, **TBB Dergisi**, S. 78, 2009.
http://www.ankarabaru.org.tr/siteler/an_karabaru/frmmakale/2009-1/2.pdf
Erişim Tarihi: Kasım 2022

Akyol, Zöhre / Tokatlı, Mehmet, “How Banned Brands Come To Light: A Content Analysis On Stealth Marketing Cases From Turkey”, 17 June 2019 9Th Business & Management Conference in Prague,
https://www.researchgate.net/publication/335335523_HOW_BANNED_BRANDS_COME_TO_LIGHT_A_CONTENT_ANALYSIS_ON_STEALTH_MARKETING_CASES_FROM_TURKEY,
Erişim Tarihi: Kasım, 2022.

Alkan, Mustafa / Canbay, Cafer, “Çok Dilli Alan Adları ve Çözüm Önerileri”;
www.tk.gov.tr/Etkinlikler/Ulusal
Erişim Tarihi: Eylül 2022.

Aoife Nic Lochlainn, “European Union: Google Adword and Online Advertising, Trademark Infringement? ECJ Decisions”, 31 Mart 2010,
<https://www.mondaq.com/ireland/trademark/96866/google-adwords-and-online-advertising-trade-mark-infringement-ecj-decision>
Erişim Tarihi: Mayıs, 2022

Baker, Ryan, “Bidding On Trademarked Keywords In Search Engines: A Trademark Law Update” Washington Journal Of Law, Technology & Arts Volume 8, Issue 5 Spring 2013 <https://digitalcommons.law.uw.edu/wjlta/vol8/iss5/2>
Erişim Tarihi: Kasım 2022.

Bozbel, Savaş, “İnternet Alan Adı (Domain Name) Müracaat ve Tescil Uygulamaları - Dünyadaki Uygulamalar Eşliğinde Türkiye Uygulamasının Değerlendirilmesi”, **Mevzuat Dergisi**, Y. 8, S. 92, Ağustos 2005
www.mevzuatdergisi.com/2005/08a/01.htm
Erişim Tarihi: Mayıs, 2022.

Can, Mustafa / Memiş, Tekin, “Elektronik Ortamda Haksız Rekabet Halleri”, **Mevzuat Dergisi**, Y. 7, S. 81, Eylül 2004,
<https://www.mevzuatdergisi.com/2004/09a/04.htm>
Erişim Tarihi: Mayıs, 2022.

Carroll, Michael W., “Garbage In: Emerging Media and Regulation of Unsolicited Commercial Solicitations”, **Berkely Technology Law Journal**, Vol. 11, Issue 2, 1996, https://digitalcommons.wcl.american.edu/facsch_lawrev/1531/
Erişim Tarihi: Aralık 2022

Chatterjee, Neel E. / Merriett, Connie E., “U-Haul International, Inc. v. Whenu.com, Inc., Wells Fargo & Co. v. Whenu.com, Inc. and 1-800 Contacts Inc. v. Whenu.com, Inc.: Pop-up Advertising as Use in Commerce under the Lanham Act: A Case Analysis”, **Santa Clara High Technology Law Journal**, Volume 20, Issue 4, Article 8, <https://digitalcommons.law.scu.edu/chtlj/vol20/iss4/8/>
Erişim Tarihi Kasım 2022

Clark, Shelby What a Tangled Web We Weave, When First We Practice to Deceive: Frames, Hyperlinks, Metatags, and Unfair Competition on the World Wide Web”, **Hastings Law Journal**, July 1999, Volume 50, https://repository.uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3374&context=hastings_law_journal,
Erişim Tarihi: Kasım 2022

Council of Europe Commissioner for Human Rights, “The Rule of Law on the Internet and in the Wider Digital World”, <https://rm.coe.int/16806da51c>,
Erişim Tarihi: Mayıs, 2022.

“Elektronik Ortamda Tespit”, (Çevrimiçi) Profelis, <https://www.profelis.com.tr/tr/hakimizda/basari-oykuleri/e-tespit/>
Erişim Tarihi: Aralık 2022.

Elif Çopur, Ahmet Serkan Öksüz, Mehmetcan Sayıntürk, Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun’da Önemli Değişiklikler Yapıldı, <https://www.mondaq.com/turkey/marketing/1215826/elektronik-ticaretin-dzenlenmesi-hakk305nda-kanun39da-nemli-de287i351iklikler-yap305ld305->
Erişim Tarihi: Aralık 2022.

ETDHK gerekçe; <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss240.pdf>
Erişim Tarihi: Aralık 2022.

Fieldfisher, “An Overview Of International Jurisprudence On Embedded Linking And Framing”, https://res.cloudinary.com/fieldfisher/image/upload/v1574341220/PDF-Files/PDFs%20from%20old%20website/Embedded-linking_kywwlo.pdf,
Erişim Tarihi: Mayıs, 2022.

FindLaw Law Library, “Internet Legal Issues: Framing”, <https://corporate.findlaw.com/law-library/internet-legal-issues-framing.html>
Erişim Tarihi: Mayıs, 2022.

FindLaw's team of legal writers and editors, **Website Linking, Framing, and Inlining** <https://www.findlaw.com/smallbusiness/business-operations/website-linking-framing-and-inlining.html>
Erişim Tarihi: Kasım 2022

Flanagan, Elizabeth M., Minnesota Law Review, “No Free Parking: Obtaining Relief from Trademark - Infringing Domain Name Parking”, 2007, <https://scholarship.law.umn.edu/mlr/580>,
Erişim Tarihi: Mayıs 2022.

Goldman, Eric, “Second Circuit Says Google’s Keyword Ad Sales Be Use in Commerce - Rescuecom v. Google”,

http://blog.ericgoldman.org/archives/2009/04/second_circuit.htm

Erişim Tarihi: Mayıs, 2022.

Gomez, Frank C., “Copyright: Preemption: Misappropriation: Washington Post v. Total News. Inc.” Berkeley Technology Law Journal Vol. 13, No. 1, Annual Review of Law and Technology, 1998

https://www.jstor.org/stable/24116663?readnow=1&refreqid=excelsior%3A609b75f4f273544a48f09a9b20d4f817&seq=14#page_scan_tab_contents

Erişim Tarihi: Kasım 2022

İslamoğlu, Fatma, “Elektronik Ortamın Yabancılaşma Unsuru İçeren Haksız Rekabette Uygulanacak Hukuka Etkisi” **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Hukuk Sayısı**, S. 21, 2022 <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/2375434>

Erişim Tarihi: Aralık 2022.

Karaoğlu, Erol, Türk Hukuk Sitesi Kütüphanesi, “Bir Web Sitesine Diğer Bir Web Sitesinden Bağlanma (=Linking) ve Doğurduğu Hukuksal Sorunlar”,

http://www.turkhukuksitesi.com/makale_82.htm,

Erişim Tarihi: Mayıs 2022.

Kemal Şenocak, Tescilli Markanın Aynısının veya Benzerinin Alan Adı (Domain Name) Olarak Kullanılması Suretiyle Marka Hakkının İhlali” **Batider**, Cilt: 25, Sayı: 3, Eylül 2009, <https://jurix.com.tr/article/6635>,

Erişim Tarihi: Kasım 2022.

Korkut, Ömer “Bir Markanın Web Sitelerinde Yönlendirici Kod (Meta Tag) Olarak Kullanılması Sorunu”, **Batider**, Cilt: 24, Sayı: 2, Aralık 2007,

<https://jurix.com.tr/article/5881> ,

Erişim Tarihi: Kasım 2022.

Kulular İbrahim, Merve Ayşegül, “Markanın Alan Adı Olarak Kullanılması:

Türkiye, ABD ve Avustralya Örnekleri”, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/775044>,

Erişim Tarihi: Kasım 2022.

Kurt, M. Saunders, “Confusion is The Key: A Trademark Analysis of Keyword Banner Advertising” , **Fordham Law Review**, 2002,

<http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3858&context=flr>,

Erişim Tarihi: Kasım 2022

Lastowka, Greg, Google’s Law, Brooklyn Law Review, Volume 73 Issue 4, Article 2, 2008,

https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol73/iss4/2?utm_source=brooklynworks.brooklaw.edu%2Fblr%2Fvol73%2Fiss4%2F2&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages,

Erişim Tarihi: Kasım 2022.

Leventhal, Michael, WiredLaw, “Who Can Stake a Claim in Cyberspace”,
<http://www.wiredlaw.com/wiredlaw/articles/domain.html>,
 Erişim Tarihi: Mayıs 2022.

Links & Law, “Trademarks as keywords not permissible in the USA?”,
<http://www.linksandlaw.com/mews-update45-trademarks-usa.htm>,
 Erişim Tarihi: Mayıs 2022.
 Lochlainn, Aoife Nic, “European Union: Google Adword and Online Advertising,
 Trademark Infringement? ECJ Decisions”, 31.03.2010,
<https://www.mondaq.com/ireland/trademark/96866/google-adwords-and-online-advertising-trade-mark-infringement-ecj-decision>,
 Erişim Tarihi: Mayıs 2022.

Memiş, Tekin, “Alan İsmi Etrafında Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar”, 2001,
<http://www.geocities.ws/hukukakademisi/Alan.htm>,
 Erişim Tarihi: Mayıs 2022.

Memiş, Tekin, “Alan Adları ve Tr. Alan Adı Politikalarına Eleştirel Bir Yaklaşım”,
E-Akademi Dergisi, S. 39, Mayıs 2005, www.e-akademi.org
 Erişim Tarihi: Nisan 2022

Memiş, Tekin / Bozbel, Savaş, “Marka ve Haksız Rekabet Hukuku Bakımından
 Adwards Reklamlar”, **E-Akademi Dergisi**, S. 81, Kasım 2008, www.e-akademi.org.
 Erişim Tarihi: Mayıs, 2022

Merck & Co. v. Mediplan Health Consulting Inc, 425 F. Supp. 2d 402 (S.D.N.Y. 2006)
 District Court, S.D. New York, March 30th, 2006
<https://www.courtlistener.com/opinion/2481485/merck-co-v-medioplan-health-consulting-inc/>
 Erişim Tarihi Kasım 2022

MOZ Software Company, “What are Domains?”, <https://moz.com/learn/seo/domain>,
 Erişim Tarihi: Mayıs 2022.

Netlitigation, “*Oppedahl & Larson v. Advanced Concepts*, United States District
 Court for the District of Colorado, Civil Action Number 97-CV-1592”,
<http://www.netlitigation.com/netlitigation/cases/oppedahl.htm>,
 Erişim Tarihi: Mayıs 2022.

Netlitigation, “*Shetland Times, Ltd. v. Jonathan Wills and Another*”, 1997 F.S.R. (Ct.
 Sess. O.H.), 24 October 1996”,
<https://www.netlitigation.com/netlitigation/cases/shetland.htm>,
 Erişim Tarihi: Mayıs 2022.

Netlitigation, *Ticketmaster v Microsoft* Davası, United States District Court for the
 Central District of California, Civil Action Number 97-3055DPP,
<http://www.netlitigation.com/netlitigation/linking.htm>,
 Erişim Tarihi: Mayıs 2022.

O'Connor, Padraig, “An introduction to Black Hat SEO”, 23.03.2022, <https://blog.hubspot.com/marketing/black-hat-seo>,
Erişim Tarihi: Temmuz 2022.

ODTÜ alan adlarının tahsisi kuralları <https://www.nic.tr/forms/politikalar.pdf>
Erişim Tarihi: Mayıs, 2022

Oppedahl&Larson v. Advanced Concepts, United States District Court for the District of Colorado, Civil Action Number 97-CV-1592, <http://www.netlitigation.com/netlitigation/cases/oppedahl.htm> ,
Erişim Tarihi: Mayıs, 2022.

Özdilek, Ali Osman, “Web Sitelerinde Çerçeveleme (Framing) Teknolojisi ve Getirdiği Yasal Problemlere Kısa Bir Bakış”, 2002, <http://teknolojihukuku.blogspot.com/2007/01/web-sitelerinde-ereveleme-framing.html>,
Erişim Tarihi: Mayıs 2022.

Özel, Çağlar / Özdemir, Semih Sırrı, “Türk Hukukunda Haksız Rekabete İlişkin Düzenlemeler”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 19, Şeref Ertaş’a Armağan Özel Sayısı, 2017, <http://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2017/11/6-CAGLAR-OZELSEMIH-SIRRI-OZDEMIR.pdf>
Erişim Tarihi: Kasım 2022

Phillips, Gregory D., *Necessary Protections for Famous Trademark Holders on the Internet*, **Hastings Communication & Entertainment Law Journal**, Volume 21:635, 1999, s. 638. https://repository.uchastings.edu/hastings_comm_ent_law_journal/vol21/iss3/5,
Erişim Tarihi: Mayıs 2022.

Ruess, Peter; “Just google it?“ Neuigkeiten und Gedanken zur Haftung der Suchmaschinenanbieter für Markenverletzungen in Deutschland und den USA”, GRUR 2007 <https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2Fgrur%2F2007%2Fcont%2Fgrur.2007.198.1.htm&anchor=Y-300-Z-GRUR-B-2007-S-198&readable=2&VorgaengerDokumentStreffer3=Aufsatz%20von%20Ingve%20Bj%C3%B6rn%20Stjerna&VorgaengerDokumentFullname=bibdata%2Fzeits%2Fgrur%2F2007%2Fcont%2Fgrur.2007.194.1.htm&jumpType=Jump&jumpWords=GRUR%2B2007%252c%2B198>
Erişim Tarihi: Kasım 2022.

Shetland Times, Ltd. v. Jonathan Wills and Another, 1997 F.S.R. (Ct. Sess. O.H.), 24 October 1996, <https://www.netlitigation.com/netlitigation/cases/shetland.htm>
Erişim Tarihi: Mayıs, 2022.

Soysal, Tamer, “İnternet Alan Adları Sistemi ve Tahkim Kuruluşlarının UDRP Kurallarına Göre Verdikleri Kararlara Eleştirel Bir Yaklaşım – 1” (UDRP), **Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Y. 2006/2, S. 21, s. 490 vd. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/219359>
Erişim Tarihi: Mayıs 2022.

Soysal, Tamer, “Marka Hukuku Perspektifinden İnternet Ortamında Anahtar Kelime (Meta-Tagging) ve Adwords Reklamcılık Uygulamaları”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, 6. Bası, S. 12, Aralık, 2018. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/596364>

Erişim Tarihi: Eylül 2022.

Spielmann, **Markus, Unlauterer Wettbewerb im Internet**, Bern Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Lisans Tezi, Bern, 2001,

http://www.aarejura.ch/download/wettbewerb_im_internet.pdf

Erişim Tarihi: Mayıs 2022.

Şanlı, Kerem Can, **Hukuk ve Ekonomi Öğretisi ve Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Doktora Tezi, İstanbul 2006, https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=2Bcn-eP3kT7crGkTlP1HKA&no=4cs5e94dOWyRKGp30M3_Nw

Erişim Tarihi: Aralık 2022.

Taylor, David / Simon, Charles, “Domain Name Marketplace Organizer's Appeal Dismissed”, <https://www.lexology.com/commentary/intellectual-property/france/lovells-llp/domain-name-marketplace-organizers-appeal-dismissed>

Erişim Tarihi: Mayıs 2022.

Terhaag, Michael; OLG Braunschweig: Markenverletzung durch Google-AdWords, Anmerkung, MMR 2006, <https://www.terhaag.de/tv/fernsehen-details/markenverletzung-durch-google-adwords-am-16022007>

Erişim Tarihi: Kasım 2022.

The Washington Post, et als. v. TotalNews, Inc., et als., Southern District of New York, Civil Action Number 97-1190, <http://euro.ecom.cmu.edu/program/law/08-732/DomainNames/WashingtonPostVTtotalNews.pdf>

Erişim Tarihi: Mayıs 2022.

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), TBMM Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 96, s. 90

<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss96.pdf>

Erişim tarihi: Mayıs 2022

“Trademarks as keywords not permissible in the USA?”,

<http://www.linksandlaw.com/mews-update45-trademarks-usa.htm>

Erişim tarihi: Nisan 2022

UK Copyright Designs and Patent ActCDPA, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48>

Erişim Tarihi: Mayıs 2022.

Vedder Price - Legal Technology Bytes, “New ‘Legal’ Borders On The Internet: eBay, Inc. v. Bidder's Edge, Inc.”, Temmuz 2000, https://www.vedderprice.com/-/media/files/vedder-thinking/publications/2000/07/new-legal-borders-on-the-internet-iebay-inc-v-bidd/files/1421e3a5e1df4961a8d8ba33dcc4ecd0_document/fileattachment/1421e3a5e1df4961a8d8ba33dcc4ecd0_document.pdf

[bidd/files/1421e3a5e1df4961a8d8ba33dcc4ecd0_document/fileattachment/1421e3a5e1df4961a8d8ba33dcc4ecd0_document.pdf](https://www.vedderprice.com/-/media/files/vedder-thinking/publications/2000/07/new-legal-borders-on-the-internet-iebay-inc-v-bidd/files/1421e3a5e1df4961a8d8ba33dcc4ecd0_document/fileattachment/1421e3a5e1df4961a8d8ba33dcc4ecd0_document.pdf)

Erişim Tarihi: Mayıs 2022.

Vermeer, Marike, “Unfair Competition Online and European Electronic Commerce Directive”, Annual Survey of International & Comparative Law, 2001, C 7, S. 1, https://digitalcommons.law.ggu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1061&context=annl_survey

Erişim Tarihi: Mayıs 2022.

Video Professor Inc. V. Amazon.com Inc United States District Court for the District of Colorado, (Kolorado Bölge Mahkemesi), 4 Nisan 2010,

<https://www.scribd.com/document/30527850/VideoProfessor-v-Amazon#download>

Erişim Tarihi Kasım 2022

Yargıtay 11.H.D. T. 15.11.2013, E. 2013/12337, K. 2013/20651,

<https://karararama.yargitay.gov.tr>

Erişim Tarihi: Mayıs 2022

Yasaman, Zeynep **Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Marka Hakkının İnternet Üzerinde İhlali**, Marmara Üniversitesi / Avrupa Birliği Enstitüsü / Avrupa Birliği Hukuku Ana Bilim Dalı / Avrupa Birliği Hukuku Bilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul, 2019 <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=c4LzIz5HPBUrKDM-NJlImfQ&no=UPXeyL47mqIxcxIDoNGww>

Erişim Tarihi: Haziran 2022.

Yıldırım, Yıldırım, “Tüketicinin Satın Alma Karar Sürecinde Bilgi Kaynakları ve Güvenirlikleri: Referans Grubu Olarak Yakın Çevrenin Etkisinin İncelenmesi”, **Akademik Yaklaşımlar Dergisi**, C. 7, S. 1, 2016

<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/269309>

Erişim Tarihi: Aralık 2022

<https://www.kazanci.com>

<http://www.egmcartech.com/2006/08/03/bmw-audi-and-subaru-take-stabs-at-each-other/>

<https://www.blog.google/products/adsense/clarification-around-pop-unders/>

<https://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/mahkemeden-8-yil-sonra-sky-karari-26840655>

<https://www.metatags.org/2009/08/search-engine-spiders/search-enginespiders/#:~:text=Spiders%20%E2%80%9Cread%E2%80%9D%20your%20meta%20tags,for%20a%20search%20engine%20index.>

<https://www.lexology.com/commentary/intellectual-property/france/lovells-llp/domain-name-marketplace-organizers-appeal-dismissed>

http://www.internet4jurists.at/entscheidungen/ogh4_308_00y.htm

<http://www.suchmaschinen-und-recht.de/urteile/Landgericht-Berlin-20061121.html>.

<http://www.linksandlaw.com/courtdecisions-usa.htm>



ÖZGEÇMİŞ



TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Hazırlayanın Adı Soyadı :
Tez Başlığı : HAKSIZ REKABETİN ELEKTRONİK ORTAMDA
GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ
Savunma Tarihi : 05 / 01 / 2023
Danışman :Prof. Dr. Sıtkı Anlam Altay

JÜRİ ÜYELERİ:

Unvan, Ad-Soyadı

İmza

Prof. Dr. Sıtkı Anlam Altay

Dr. Öğr. Üyesi H. Ali Dural

Dr. Öğr. Üyesi F. Beril Özcanlı

Prof. Dr. Ulun AKTURAN

Enstitü Müdürü