

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

KARŞILAŞTIRMALI REKLAM

Levent KÖRPEFİLİZ

2501140678

TEZ DANIŞMANI

Doç.Dr. Başak Zeynep BAYSAL ZEKİ

İSTANBUL - 2019

ÖZ

KARŞILAŞTIRMALI REKLAM

LEVENT KÖRPEFİLİZ

Serbest piyasa ekonomisinin egemen olduğu dünyada rekabet her alanda gün geçtikçe artmaktadır. Rekabetin artmasına paralel olarak tanıtım ve reklam faaliyetlerine verilen önem de büyümektedir. Karşılaştırmalı reklamlar işletmelerin sıklıkla tercih ettiği, hukuka uygun yapıldıkları takdirde tüketicilerin de yararlandığı bir reklam çeşididir. Ancak Türkiye’de karşılaştırmalı reklamlar çeşitli kısıtlamalar nedeniyle yeteri kadar uygulama alanı bulamamaktadır. Bunda hem ticari işletmeler hem de kanun koyucu nezdinde karşılaştırmalı reklamlara karşı var olan ön yargının payı büyüktür. Bu bağlamda çalışmamızda öncelikle reklam ve karşılaştırmalı reklam kavramları ile bunların çeşitleri üzerinde durulmuştur. Daha sonra Türk hukukunda karşılaştırmalı reklamlar ile hukuka uygunluk şartları incelenmiştir. Son olarak da Türk hukukunda karşılaştırmalı reklamların denetim yolları ile reklamlara uygulanan yaptırımlar ele alınmıştır.

Anahtar sözcükler: Reklam, Aldatıcı Reklam, Karşılaştırmalı Reklam, Haksız Rekabet, Tüketici,

ABSTRACT

COMPERATIVE ADVERTISEMENT

LEVENT KÖRPEFİLİZ

In today's world where a free market economy is visibly dominant, the existing competition in the markets is becoming stiffer continuously. In correspondence with this extremely competitive environment in the markets, the role of advertising is gaining more importance than ever. Comparative advertising is a method of advertising that companies sometimes prefer, which if adopted in compliance with laws, is for the benefit of the consumer. However in Turkey, comparative advertisements are very limited in scope due to some restrictions. The bias both by companies and law makers against comparative advertising plays a noteworthy role in the formation of those restrictions. Accordingly, in this study firstly advertisement and comparative advertisement concepts are investigated. Then comparative advertisements in the eye of Turkish law and their status of being in compliance with Turkish law is examined. To conclude, methods used in audit of comparative advertisements and sanctions on comparative advertisements according to Turkish law are discussed.

Keywords: Advertisement, Deceptive Advertisement, Comparative Advertisement, Unfair Competition, Consumer

ÖNSÖZ

Bu çalışmada karşılaştırmalı reklamlar ve Türk Hukukunda karşılaştırmalı reklamların günümüze kadar gerçekleşen sınırlı uygulaması, bunun nedenleri ile karşılaştırmalı reklamlara yönelik hukukumuzdaki mevcut düzenlemeler incelenmiştir. Karşılaştırmalı reklamlar dünya çapında kendi sektöründe lider birçok firma tarafından sıklıkla tercih edilen bir reklam çeşididir. Kısaca reklamı yapılan ürün ve hizmetlerin öne çıkan yönlerinin rakip ürün ve hizmetlerle kıyaslanarak tüketicinin satın alma kararını etkilemeyi amaçlayan reklamlardır. Karşılaştırmalı reklam kavramı Türk Hukukuna ilk defa mülga Tüketicilerin Korunması Hakkındaki Kanunda 2003 yılında yapılan değişiklikle girmiş olsa da mevzuattaki ilk karşılaştırmalı reklam tanımına ise yeni Tüketici Kanununun kabulünün ardından 2015 yılında çıkartılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nde yer verilmiştir. Ne var ki yabancı hukuk sistemlerinin belli hukuki düzenlemeler çerçevesinde izin verdiği karşılaştırmalı reklamların yapılması Türk Hukukunda uzun süre yasak olarak kabul edilmiştir. 2015 yılında çıkartılan yeni reklam yönetmeliği ile karşılaştırmalı reklamların yapılmasının katı kurallara rağmen serbest olacağı algısı hem reklam sektöründe hem de hukuk camiasında heyecan yaratmış olsa da bu beklenti boşa çıkmıştır. Türk hukukunda uygulaması kısıtlı da olsa karşılaştırmalı reklamlara ilişkin uyuşmazlıklara dair Yargıtay kararları ile reklamlara yönelik idari yaptırım organı olan Reklam Kurulunun karşılaştırmalı reklamlara ilişkin verdiği kararlardan çalışmamızda yararlanılmıştır.

Çalışmamıza başladıktan sonra gerçekleşen karşılaştırmalı reklamlara ilişkin mevzuattaki köklü değişikliklerin yüksek lisans tezimize uyarlanması ve bu süreçte askerlik vazifemi yerine getirmem gibi etmenler tez yazım sürecini bir miktar uzatmıştır.

Bu konunun seçiminde ve tez çalışmamızda bana yol gösteren, benden yardımlarını ve desteğini esirgemeyen ayrıca bana olan inancını hiç yitirmeyen tez danışmanım ve kıymetli hocam Doç. Dr. Başak Zeynep Baysal Zeki'ye içtenlikle teşekkür ediyorum. Doğduğum günden bu yana benden ilgisini ve sevgisini

esirgemeyen, kişiliğimin gelişiminde en büyük payın kendisinde olduğu ayrıca tez yazımı esnasında bir dönem adeta sponsorluğumu üstlenen anneme ne kadar teşekkür etsem azdır. Reklam konusuna ve reklamcılığa, ilk kez k  k yaşlardayken dikkatimi çeken ve tez yazım sürecinde beni her fırsatta motive eden abime gönülden teşekkür ediyorum. Son olarak yüksek lisans eğitimine başlamama vesile olan ve tez aşamasında benzer süreçlerden geçtiğimiz sevgili dostum Seda Koçoğlu’na da teşekkürlerimi sunarım.

Levent K rpefiliz, İstanbul



İÇİNDEKİLER

ÖZ	ii
ABSTRACT	iii
ÖNSÖZ	iv
İÇİNDEKİLER	vi
EK TABLOSU	xii
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xiii
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	5
KARŞILAŞTIRMALI REKLAM KAVRAMI	5
I. REKLAM KAVRAMI.....	5
A. Genel Olarak.....	5
1. Reklam Tanımı.....	6
a. Doktrinde Yapılmış Tanımlar	6
b. Mevzuatta Yapılmış Tanımlar	7
2. Reklamın Çeşitleri.....	10
a. Genel Olarak.....	10
b. Ticari Reklamlar ve Çeşitleri	11
(1) Konuları Bakımından Ticari Reklamlar	11
i. Mal(ürün) Reklamları.....	11
ii. İşletme Reklamları	12
(2) Hedef Kitle Bakımından Ticari Reklamları	13
i. Tüketicilere Yönelik Reklamlar	13
ii. Aracılara Yönelik Reklamlar	13
c. Ticari Olmayan Reklamlar	14

B.	Reklamın Unsurları	14
1.	Birden Fazla Kişiyeye Yönelik Tanıtım Olgusunu Barındırması	14
2.	Reklam yapma iradesinin Varlığı	16
3.	Reklam Veren Varlığı	16
4.	Tanıtımın Ticari Amaçla Yapılması	17
5.	Reklam Vasıtası(mecra)	18
C.	Reklamın Hukuki Niteliği	19
1.	Sözleşme Hukuku Bakımından Reklam	19
2.	Haksız Fiil - Haksız Rekabet Hukuku Bakımından Reklam	22
3.	Fikri Mülkiyet Hukuku Bakımından Reklam	24
D.	Reklamın Tüketicilere Ulaştırılması	26
1.	Genel Olarak	26
2.	Reklamda Kişiler	26
a.	Reklam Veren	26
b.	Reklam Ajansı (Reklamcı)	27
c.	Mecra Kuruluşu	28
d.	Hedef Kitle (Tüketici)	29
3.	Reklam Sözleşmeleri	29
a.	Genel Olarak	29
b.	Reklam Yapım Sözleşmeleri	31
c.	Reklam Yayın Sözleşmeleri	33
II.	KARŞILAŞTIRMALI REKLAM	35
A.	Karşılaştırmalı Reklam Tanımı	35
B.	Karşılaştırmalı Reklamın Türleri	38

1. Doğrudan Karşılaştırma.....	38
2. Dolaylı Karşılaştırma.....	39
3. Olumlu Karşılaştırma	39
4. Olumsuz Karşılaştırma.....	40
C. Karşılaştırmalı Reklamın Görünüş Biçimleri	40
1. Şahsi Karşılaştırmalı Reklamlar	40
2. Eleştirel Karşılaştırmalı Reklamlar	42
3. Rakibin Tanınmışlığına Dayanan Reklamlar	43
4. Ürün veya Hizmetin Fiyatına Dair Karşılaştırmalar	44
5. Süperlatif Karşılaştırmalı Reklamlar	45
6. Tanıklı Karşılaştırmalı Reklamlar	47
D. Karşılaştırmalı Reklamların Unsurları	48
1. Karşılaştırma.....	48
2. İlişkilendirme	49
İKİNCİ BÖLÜM.....	51
TÜRK HUKUKUNDA KARŞILAŞTIRMALI REKLAMLAR	51
I. TÜRK HUKUK MEVZUATINDAKİ KARŞILAŞTIRMALI REKLAMLARA İLİŞKİN DÜZENLEMELER	51
A. Türk Ticaret Kanunu	51
B. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun	53
C. Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği.....	54
D. Sınai Mülkiyet Kanunu.....	59
II. Karşılaştırmalı Reklamların Hukuka Uygunluk Şartları.....	60
A. Aldatıcı ve Yanıltıcı Olmama.....	60
1. Aldatıcı Reklamın Tanımı.....	61

2. Aldatıcı Reklamın Unsurları	63
a. Reklamın Yanlış veya Yanıltıcı Olması ya da Eksik Bilgi İçermesi ...	63
b. Reklamın Hitap Ettiği Orta Seviyedeki Tüketiciyi Aldatması veya Aldatma İhtimalinin Bulunması.....	66
c. Reklamdaki Aldatıcılığın Önemli Olması	69
B. Haksız Rekabete Yol Açmama	70
1. Rakibi Gereksiz Yere Kötüleme	71
a. Objektiflik	72
b. Ölçülülük.....	73
c. Gereklilik.....	74
2. Rakibin Tanınmışlığından Gereksiz Yere Faydalanma Hali.....	75
C. Karşılaştırılanların Aynı İhtiyaca veya Amaca Yönelik Olması.....	76
D. Tüketiciye Fayda Sağlayacak Hususların Karşılaştırılması	78
E. Reklamdaki Unsurların Objektif Olarak Karşılaştırılması	80
F. Reklamdaki İddiaların İspatlanması	81
G. Rakibe Yönelik Kötüleme ve İtibarsızlaştırma İçermemesi	82
H. Menşei Belirtilen Mal ve Hizmetlerin Aynı Coğrafyadan Mal ve Hizmetlerle Karşılaştırılması.....	83
İ. İltibas(Karıştırılma)a Yol Açmama	84
J. Reklam Kurulu İlkelerine Aykırı Olmama	86
K. Açık Karşılaştırmalarda Kişi ve Kurum Tanıklığına Yer Vermeme	87
L. Gıda Reklamları Bakımından Belirlenen Şartlara Uyma.....	89
M. Fiyat Karşılaştırmalarına Dair Düzenleme	90
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM.....	91
TÜRK HUKUKUNDA KARŞILAŞTIRMALI REKLAMLARA İLİŞKİN DENETİM YOLLARI.	91

I.	REKLAMDA ÖZDENETİM MEKANİZMASI	91
A.	Genel Olarak.....	91
B.	Meslek Birliklerinin Uyguladığı Özdenetim	92
C.	Reklam Özdenetim Kurulu	93
1.	Kurul'un Oluşumu	93
2.	RÖK'e Başvuru ve Kurulun Çalışma Yöntemi	94
3.	Kurul'un Karşılaştırmalı Reklamlara Uyguladığı Esaslar	97
II.	REKLAMIN İDARİ DENETİMİ	100
A.	Reklam Kurulu	100
1.	Kuruluş ve Görevleri.....	101
2.	Çalışma Yöntemi.....	103
3.	Reklam Kurulu Kararları, Cezalar ve Uzlaşma	104
a.	Tedbiren Durdurma.....	105
b.	Durdurma	106
c.	Aynı Yöntemle Düzeltme.....	107
d.	İdari Para Cezası	107
e.	Uzlaşma	110
B.	Radyo Televizyon Üst Kurulu.....	110
III.	YARGI YOLU VE DAVALAR	111
A.	Genel Olarak.....	111
B.	Karşılaştırmalı Reklamda Haksız Rekabet Halinde Yargı Yolu	112
1.	Haksız Rekabet Sebebiyle Açılabilir Davalar	112
a.	Tespit Davası	113
b.	Men(Sona Erdirme) ve Önleme Davaları	115

c.	Eski Hale İade Davası	117
d.	Tazminat Davası	119
	(1) Maddi Tazminat Davası	119
	(2) Manevi Tazminat Davası	121
e.	İhtiyati Tedbir	122
2.	Haksız Rekabet Sebebiyle Açılabilecek Davaların Tarafları	123
a.	Davacı	123
	(1) Haksız Rekabet Yüzünden Ekonomik Çıkarları Zarar Gören veya Zarar Görme Tehlikesiyle Karşılaşan Kimseler	124
	(2) Müşteriler	125
	(3) Meslek Birlikleri ve Kuruluşlar	126
b.	Davalı	127
	(1) Haksız Rekabeti Gerçekleştiren	128
	(2) Adam Çalıştıran	128
	(3) Basın, Yayın, İletişim ve Bilişim Kuruluşları	130
3.	Cezai Hükümler	132
C.	Tüketici Hukuku Yönünden	134
SONUÇ		136
KAYNAKÇA		141
EKLER		150

EK TABLOSU

	REKLAM	METİNDE DEĞİNİLEN SAYFA	GÖRSELİN BULUNDUĞU SAYFA
EK:1	Carrefour, Little, Leader Price markaları karşılaştırmalı reklamı	38	150
EK:2	Lipton İce Tea reklamı	39	150
EK:3	Burger King reklamı	43	151
EK:4	Casino & Nutella reklamı	45	151
EK:5	Alışveriş sepeti reklamı	45	152
EK:6	Smart otomobil reklamı	50	152
EK:7	City Farm yumurta reklamı	66	153
EK:8	Ziyafet Kuzu Çevirme reklamı	81	154

KISALTMALAR LİSTESİ

AB	: Avrupa Birliği
a.e.	: Aynı Eser
a.g.e.	: Adı Geçen Eser
a.g.m.	: Adı Geçen Makale
a.g.t.	: Adı Geçen Tez
a.y.	: Aynı yer
Bkz.	: Bakınız
Bkz.:aş.	:Eserin Kendi İçinde Aşağıya Atıf
Bkz.:yuk.	:Eserin kendi İçinde Yukarıya Atıf
C	: Cilt
Çev.	: Çeviren
E.	: Esas
Ed.	: Editör
EC	: European Council
FSEK	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
GDO	: Genetiği Değiştirilmiş Organizma
ICC/MTO	: Milletlerarası Ticaret Odası
İYUK	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
K.	: Karar
Kg.	: Karşıt Görüş
m.	: Madde
No	: Numara
R.G	: Resmi Gazete
RK	: Reklam Kurulu
RÖK	: Reklam Özdenetim Kurulu
s.	: Sayfa
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
eTTK	: Mülga Ticaret Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu



GİRİŞ

Bilişim ve iletişim dünyasındaki gelişmeler, yükselen yaşam hızı toplumları her geçen gün daha fazla çalışmaya, daha çok üretmeye teşvik etmektedir. Artan üretimle ortaya çıkan arz fazlasını taleple dengeleyebilmek ve üretileni tüketiciye ulaştırabilmek adına pazarlama ile tanıtım sektörlerine büyük kaynaklar aktarılmaktadır. Ticari hayatta reklam bu nedenle çok önem kazanmış olup reklamcılık sektörü gün geçtikçe gelişmekte, her alanda artış gösteren rekabete uyum sağlamaktadır. Tüketiciler hayatın hemen hemen her alanında reklama maruz kalırken işletmeler ve reklamcılar en etkili reklam yöntemleri ile tüketiciyi ikna etmeyi ve rekabette yükselerek marka değerlerini arttırmayı hedeflemektedirler. Reklamların temel amacı tanıtılan ürün ve hizmetlerin sürümünü arttırmak, bu maksatla da tüketicinin satın alma kararında etkileyici rol üstlenmektir. Reklamların ikincil amacı ise tanıtımı yapılan ürün ve hizmet hakkında bilgi vererek tüketiciyi gerçekleştireceği tercih bakımından bilinçlendirmektir. Tüketiciler, piyasadaki ürün ve hizmetler hakkında ne kadar bilgi sahibi iseler seçimlerini o kadar kolay yapmaktadırlar. Bu doğrultuda tüketicinin de reklamdan öncelikli beklentisi ürün ve hizmet hakkında bilgilenererek yapacağı tercihin kolaylaşmasıdır.

Tüketicinin satın alacağı mal ve hizmeti seçerken zihninde yapacağı kıyaslamayı hazır bir şekilde ona sunan ve kendi üstün özelliklerini ortaya koyan karşılaştırmalı reklamlar uzun zamandır çok etkili bir reklam türü olarak kabul edilmekte ve global ölçekte kullanımı yaygınlaşmaktadır.

Ürünlerin, hizmetlerin ve işletmelerin kendilerinin rakip ürün, hizmet ve işletmeler ile kıyaslandığı karşılaştırmalı reklamlarda reklamların doğru, dürüst, vaatlerin gerçek olması karşılaştırmalı olmayan reklamlara kıyasla daha önemli görülmektedir. Bunun nedeni ise karşılaştırma ile yanına yaklaşılacak rakibi eleştirme sınırının aşılması, böylelikle haksız rekabete sebep olmanın daha muhtemel olması ayrıca kendi üstün niteliklerini rakiplerinkilerle kıyaslarken abartıya varma ve hataya düşme ihtimalleridir. Bu sebeple hukuk düzenleri karşılaştırmalı reklamların sınırlarını belirleme gereği duymuş, hem reklam veren işletme ile reklamcıya yaratıcılık alanı tanımış hem de rakiplerin ve tüketicilerin zarar görmemeleri için bazı kıstaslar

öngörmüştür. Biz de çalışmamızda genel itibariyle karşılaştırmalı reklamları ve hukuk düzenimizin bu reklamlara çizdiği sınırları incelemeyi amaçladık.

Yüksek lisans tez çalışmamızın birinci bölümünde öncelikle reklam kavramı, doktrinde yapılmış tanımlar ile mevzuatta yapılmış tanımlar ışığında incelenmeye çalışılmıştır. Hem doktrinde hem mevzuatta yapılan reklam tanımları ile bir temel oluşturulmaya çalışıldıktan sonra reklamın çeşitleri inceleme alanı bulmuştur. Ticari reklam ve ticari olmayan reklam ayrımı gözetilerek reklamlar hem konuları bakımından hem de reklamlarla ulaşmak istenen hedef kitle bakımında ayrıma tabii tutularak incelenmiştir. Ticari olmayan reklamlara da çalışmamızda az da olsa değinilmiş, çalışma kapsamımızda olmamasına rağmen örneklerle somutlaştırılmaya çalışılmıştır.

Reklamın tanımının yanı sıra nelerin hukuken reklam sayılacağı, reklamda hangi unsurların bulunması gerektiği de önem arz etmektedir. Teknolojik gelişmelerle reklamlar hayatımızın her alanına nüfuz etmiş bulunmaktadır. Klasik reklam vasıtaları da halen varlığını sürdürmekle beraber reklamlar çeşitli mecralarda kendilerine yer bulmaktadır. Ürünün ambalajında dahi o ürüne veya başka bir ürüne dair reklam yapılabildiği gözlemlenmiştir. Günümüzde mevcut mecralarda tüketicinin karşılaşabileceği kimi reklamlarda reklam verenin varlığı dahi tam olarak anlaşılamamakta olup kimi reklamlarda tüketici reklama maruz kaldığını dahi fark edememektedir. Reklamla ilan arasındaki farkların üzerinde durularak mevzuatta yer alan eski düzenlemelerle yerleşmiş reklam/ilan kavram karışıklığının önüne geçilmek istenmiştir.

Farklı hukuk alanlarının reklama yaklaşımları da farklı olmaktadır. Bu doğrultuda reklam hazırlama ve reklam yayın sözleşmeleri üzerinde sözleşme hukuku bakımından durulmuş reklamın hangi koşullarda öneri ya da öneriye davet olduğu incelenmiştir. Sonrasında reklamla yaratılan olası bir zararın borçlar hukuku bakımından haksız fiil oluşturacağı, ticaret hukuku bakımından zarar ile birlikte zarar tehlikesinin dahi haksız rekabete sebep olabileceği ortaya konarak çalışmamızda ilk kez kısa da olsa aldatıcı reklamlardan bahsedilmiştir. Ardından reklamın hukuki

niteliği başlığı altında fikri mülkiyet hukuku bakımından reklam kısa da olsa incelenmiştir.

Reklamın oluşturulmasında ve tüketiciye ulaştırılmasında rolü olan reklam veren, reklam ajansı, mecra kuruluşu ve reklamın hedef kitlesi yani ürün veya hizmetin pazarlandığı potansiyel müşteri olan tüketicilerin incelenmesi ve reklamdaki kişiler olarak sınıflandırdığımız bu grupların ve menfaat dengelerinin iyi anlaşılması karşılaştırmalı reklamları irdeleyebilmek adına önem arz etmektedir. Çalışmamızın devam eden kısmında reklam sözleşmeleri de inceleme alanı bulmuş sonrasında ana başlığımız olan karşılaştırmalı reklam başlığına geçilmiştir.

Karşılaştırmalı reklam incelenirken reklam kavramını incelerken izlediğimiz plandan biraz daha farklı bir plan izlenmiştir. Öncelikle karşılaştırmalı reklamının tanımı üzerinde durulmuş ve konumuz bakımından oldukça önemli olan karşılaştırmalı reklamın türleri görsel örnekler ve çevrimiçi video bağlantıları da verilerek incelenmiş, özellikle doğrudan yani açık karşılaştırma ile dolaylı, ima yollu karşılaştırmanın birbirinden ayrılmasının kolaylaştırılması hedeflenmiştir. Ayrıca olumlu ve olumsuz karşılaştırmalarla bu tip reklamların farklı görünüş biçimleri üzerinde durulmuştur. Türk hukuk düzeninin karşılaştırmalı reklamlara karşı adeta yasakçı bir yaklaşıma sahip olmasından dolayı yerli karşılaştırmalı reklam örnekleri çeşitlilik göstermemektedir. Bu bağlamda çalışmamızda dünyadan çeşitli karşılaştırmalı reklam örnekleri ve yöntemlerine örnekseme yoluyla yer verilmiştir.

Çalışmamızın ikinci bölümünü Türk hukukundaki karşılaştırmalı reklama dair düzenlemelere ve karşılaştırmalı reklamların kanun ve yönetmeliklerde sayılan hukuka uygunluk şartlarını incelemeye ayırdık. Bu bölümde özellikle Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliğinin Karşılaştırmalı Reklamları düzenleyen 8.maddesinde sayılan hukuka uygunluk şartlarından biri olan ve yönetmeliğin Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmesinden itibaren 3 kez yürürlüğü ertelenen uygulaması reklam sektörü ve hukuk camiasında merakla beklenmesine karşın son kanun değişikliği ile mülga hale gelen 2.fıkra doğrudan karşılaştırmalı reklamlar bakımından önem taşımaktadır. Bu değişikliğe ilişkin eleştirimize kısmen bu bölümde ancak daha detaylı olarak sonuç bölümünde yer verdik.

Ayrıca ikinci bölümde aldatıcı reklamın tanımı ve unsurları incelenmiş olup reklamın hangi şartlarda aldatıcı reklam olarak nitelendirileceği üzerinde önemle durulmuştur. Çalışmamızın devamında reklamlarla sebep olunan haksız rekabet halleri ve yönetmelikte sayılan diğer birçok hukuka uygunluk şartı mümkün olduğunca detaylı bir şekilde incelenerek kanun koyucunun karşılaştırmalı reklamlar bakımından çizdiği hukuka uygunluk çerçevesini iyice belirginleştirmek hedeflenmiştir.

Türk hukukunda karşılaştırmalı reklamlara uygulanacak denetim şekilleri çeşitlilik taşımaktadır. Çalışmamızın üçüncü ve son bölümünü hukukumuzda reklama yönelik denetim kurumları olan Reklam Özdenetim Kurumunu, idari bir kurul olan Reklam Kurulunu ve Radyo Televizyon Üst Kurulunu incelemeye öte yandan bu kuruluşların karşılaştırmalı reklamlara ilişkin uygulamalarını örneklemeye ve yorumlamaya çalıştık. Özellikle konumuza ilişkin reklam kurulu kararlarına dair özenli bir tarama gerçekleştirerek örnekseme yoluyla anlatımda ulaştığımız kararları kullanmaya gayret gösterdik.

Tezin son kısmında ise özellikle karşılaştırmalı reklamların uygulaması esnasında sebep olunabilecek haksız rekabet halleri bakımından işletilebilecek yargı yolu ve davaları inceleyerek çalışmamızı sonlandırdık.

BİRİNCİ BÖLÜM

KARŞILAŞTIRMALI REKLAM KAVRAMI

I. REKLAM KAVRAMI

A. Genel Olarak

Reklam, günümüz ticari hayatında vazgeçilmez ve önemli bir yere sahiptir. Kapitalist ekonomik düzen içerisinde yer alan şirketler ürettikleri ürünleri veya sundukları hizmetleri satabilmek, tüketiciye ulaştırabilmek ve para kazanabilmek adına çeşitli mecralara reklam verebilmek uğruna büyük kaynaklar ayırmakta ve reklam sektöründe büyük harcamalar yapmaktadırlar. Tüketiciler de geçmişe oranla her geçen gün daha çeşitli ve daha fazla reklama maruz kalmaktadırlar. “*Reklamlar, tüketicinin bilgi sahibi olmasını sağlama, rekabeti canlandırma ve medya kuruluşlarının mali kaynağını oluşturma gibi önemli işlevleri yerine getirir*”¹. Gelişen rekabet ortamında reklama verilen önem her zamankinden daha fazla olmakla birlikte artmaya devam etmektedir.

Doktrinde ve mevzuatta reklama dair bir çok tanım mevcuttur. Hem sektörel talep ve piyasanın beklentileri hem de tüketicinin korunması bakımından reklamın tanımı ve neyin reklam sayılıp neyin sayılamayacağı bugün büyük önem arz etmektedir. Kimi tanımlarda reklam ve ticari reklam kavramları ayrı ayrı ele alınırken, kimi tanımlarda reklam için tek ve kapsayıcı bir tanımlama yoluna gidilmiştir. Bunun yanı sıra kimi yazarlar reklama dair yapılan tanımları doktrindeki tanımlar ve mevzuattaki tanımlar başlıkları altında ikiye ayırarak inceleme yoluna

¹ Emrehan İnal, Başak Baysal, **Reklam Hukuku ve Uygulaması**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2008, s.1.

gitmişlerdir². Biz de bu tanımları benzer şekilde incelemenin ve şimdiye dek ortaya konmuş bazı tanımlara burada yer vermenin faydalı olacağı kanaatindeyiz.

1. Reklam Tanımı

Doktrinde yapılmış tanımlar ve mevzuatta yapılmış tanımlar olmak üzere iki başlık altında incelenecektir.

a. Doktrinde Yapılmış Tanımlar

Değineceğimiz tanımlardan diğerlerine kıyasla en eski tarihli olanına göre reklam; “*mal ve hizmetlerin satışını arttırma amacını taşıyan beyanların bir vasıta ile kamuoyuna ya da ilgili tüketicilere seslenmesi*”³ şeklinde tanımlanmıştır. Burada yazarın yaptığı tanım reklamın “vasıta” unsurunu vurgulamakta olup yazarın kabulüne göre bu unsur reklamın olmazsa olmazlarından^{4, 5}.

Bir başka tanımda reklam; “*mal ve hizmetleri tanıtmak ve satışlarını arttırmak amacıyla, üretici veya satıcı tarafından bir bedel ödenerek herhangi bir vasıta ile yayınlanan her türlü mesajdır*”⁶. şeklinde tanımlanmış ayrıca görüldüğü üzere “vasıta” unsuru ile “satışları arttırma amacı” üzerinde durulmuş olup “bedel” unsuru da tanıma dahil edilmiştir.

² Numan Tekelioğlu, **Tüketicinin Korunması Açısından Hukuka Aykırı Reklamlar**, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2016, s.6.

³ Celal Göle, **Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1983, s.37-38

⁴ Göle, **a.e.**, s. 35

⁵ K.g. için bkz: Emrehan İnal, **Reklam Hukuku ve Aldatıcı Reklamlar**, İstanbul, Beta Yayınları, 2000, s.10

⁶ Ergun Özsunay, **Karşılaştırmalı Reklamlar, Uluslararası Reklam Hukuku Sempozyumu**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009, s.137.

Reklamın işlevine yönelik yapılan kapsayıcı bir diğer tanımda; “*bir malın veya hizmetin sürümünü artırmak amacıyla yapılan herhangi bir tanıtım*”⁷ reklam için ifade edilmiştir.

Önceki tanımda zikredilen “mal” ve “hizmet” olgularının vurgulandığı bir diğer tanımda reklam; “*bir ticari veya mesleki faaliyet dahilinde, mal veya hizmetlerin sürümünü veya mal veya hizmetlere olan talebi artırmayı hedefleyen her türlü beyan*”⁸ olmak üzere tanımlanmıştır. Aynı yazar reklamı tüketicide ihtiyaç fikrini yaratan ve bu ihtiyacın giderilmesi için onu yönlendiren bir araç olarak kabul etmiş ve reklamı bir de “*belli bir mala veya işletmeye karşı talep yaratmak üzere yapılan her türlü beyanlar*”⁹ şeklinde tanımlamıştır. Bu tanımda ayrıca reklamların işletmelere yönelik bir tanıtım faaliyeti olabileceğine de vurgu yapılmıştır.

Son olarak bir yazar ise hukuki anlamda reklam ile geniş anlamda reklamı birbirinden ayırarak tanımlama yoluna gitmiş ve hukuki anlamda reklam için “*tüketicinin sözleşme yapması için onu ikna etmek amacıyla reklam verenler tarafından herhangi bir vasıta(mecra) ile yazılı, görsel, işitsel ve benzeri yollarla gerçekleştirilen duyurulardır*”¹⁰ tanımını yaparken geniş anlamda reklamı; “*bir plan dahilinde, diğer insanları gerek tek tek fertler olarak gerek belirli bir gruba mensup kişiler olarak etkileyerek, belirli bir davranış biçimi için kazanmayı amaçlayan araçtır*”¹¹ şeklinde tanımlama yoluna gitmiştir.

b. Mevzuatta Yapılmış Tanımlar

Geniş ve kabul gören reklam tanımlarından biri Avrupa Birliği hukukunda, 12.12.2006 tarihli 2006/114/EC sayılı Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlar Yönergesinin 2. maddesinde yapılmıştır: “*Reklam, bir ticaret, iş, sanat ya da meslekle ilişkili olarak taşınmaz mallar, haklar ve borçlar da dahil olmak üzere, mal veya*

⁷ İnal / Baysal, **a.g.e.**, s.6

⁸ Savaş Bozbel, **Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklam Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006, s.31

⁹ Bozbel, **a.e.**, s.28

¹⁰ Murat Aydoğdu, **Tüketici Hukuku Dersleri**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s.82

¹¹ Aydoğdu, **a.e.**, s.82

hizmetlerin sağlanması ve sunumunu geliştirmek için başvurulmuş bir tanıtma aracıdır.¹²”

Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Sözleşmesi’nin 2.maddesinin f) fıkrasında reklam; *bir ürün veya hizmetin alım, satım veya kiralanmasını geliştirmek, bir amaç veya düşünceyi yaymak veya reklamcının istediği başka etkileri oluşturmak amacıyla, ücret veya benzer bir karşılık ile iletim zamanında reklamcıya tahsis edilen kamu duyurularını ifade eder¹³”* şeklinde tanımlanmıştır.

Milletlerarası Ticaret Odasının(MTO) tarafından yayınlanmış olan Uluslararası Reklam Uygulama Esasları’nın tanımlar başlığı altında *“reklam terimi, en geniş anlamıyla, kullanılan mecra ya bakılmaksızın ve ambalaj, etiket ve satış noktası malzemeleri üzerinde reklam mesajları da dahil olmak üzere, mal, hizmet ve olanaklar için yapılan her türlü reklamı kapsamaktadır¹⁴”* tanımlanmış olmakla birlikte sonrasında 2011 yılında MTO “Reklam Uygulamaları ve Ticari İletişim üzerine Konsolide Kod” isimli metni yayımlamış ve yeni bir tanıma yer vermiştir. Buna göre; *“reklam ve reklamsal terimleri alışlagelmiş bir ödeme veya bir başka kaim değer karşılığında mecra kuruluşları tarafından yerine getirilen ticari iletişimin her şeklini ifade ederler.”*

Türk hukukundaki mevzuata bakacak olursak; 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun¹⁵(TKHK) 61. Maddesi 1.fıkrasında Ticari Reklamın tanımına yer verilmiştir. Buna göre *“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 mecra da yazılı, görsel, işitsel ve benzeri yollarla gerçekleştirilen pazarlama iletişimi niteliğindeki duyurulardır.”* Bu tanım Gümrük ve Ticaret Bakanlığının çıkardığı “Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği”¹⁶ 4.maddesinde 1.fıkra n) bendinde, ve “Reklam Kurulu

¹² Özsunay **a.g.e.**, s.146, İnal / Baysal **a.g.e.**, s.5-6

¹³ Türkiye bu sözleşmeye taraftır. RG:07.11.1993/21751.

¹⁴ İnal / Baysal **a.g.e.** s.5;

¹⁵ **RG: 28.11.2013/28835**

¹⁶ **RG: 10.01.2015/29232**

¹⁷ Kısaca: Reklam Yönetmeliği

Yönetmeliği”¹⁸ 3.madde 1.fıkra ı) bendinde aynen yer bulmuştur. Bu uygulama “Ticari Reklam” tanımı bakımından kavram kargaşasının önüne geçmek ve mevzuatta uyumluluk adına yapılmış olmalıdır, zira mülga 4077 sayılı TKHK¹⁹’da ve mülga “Reklam Kurulu Yönetmeliği”²⁰nde reklama dair bir tanıma yer verilmezken Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik²¹’te ticari reklam ve ilanlar 4.madde 1.fıkra h) bendinde tek tanım altında toplanmıştır: *“Ticari reklam ve ilan: Mal, hizmet veya marka tanıtmak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek ve ikna etmek, satışını veya kiralanmasını sağlamak ya da arttırmak amacıyla reklam veren tarafından herhangi bir mecrada yayımlanan pazarlama iletişimi niteliğindeki duyuruyu, ifade eder”²².*”

Türk mevzuatındaki başka bir tanıma, 6112 sayılı “Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun”²³un 3.maddesinin 1.fikrasının ş) bendinde yer verilmiştir. Buna göre Radyo ve televizyon reklamı: *“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.” Aynı tanım Radyo ve Televizyon Üst Kurulunca çıkarılan Yayın Hizmeti Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik 4. Madde 1.fıkra u) bendinde de yer almaktadır.

Türkiye radyo ve Televizyon Kurumu tarafından çıkarılan TRT Reklam Yönetmeliğinin²⁴ 3.maddesi 1.fıkra f) bendinde de reklamın bir başka tanımına yer verilmiştir: “Bir ürünün, hizmetin, faaliyetin, kurumsal kimliğin sesli, görüntülü veya yazılı olarak tanıtımını (...) ifade eder.”

İstanbul Ticaret Odası(İTO)’nun yayınladığı “Dürüst Reklamcılık Konusunda Uyulması Zorunlu Mesleki Karar”ın “Tanımlar” başlığı altındaki 3.maddesinde Ticari

¹⁸ RG: 03.07.2014/29049

¹⁹ RG: 08.03.1995/22221

²⁰ RG: 01.08.2003/25186

²¹ RG: 14.06.2003/25138

²² Mülga yönetmelikteki tanıma yönelik eleştiriler için bkz: İnal / Baysal, **a.g.e.** s.8 vd.

²³ RG: 03.03.2011/27863

²⁴ RG: 26.08.2009/27331

reklam ve ilan; *bir ürün, marka , kurum, hizmet, görüş ya da bir fikrin kitlelere iletilmesi amacıyla, çeşitli mesajların bir bedel karşılığında, reklam verenin kimliği bilinerek değişik mecralarda yayınlanmasıdır. Bu tanım kullanılan reklam mecrası ne olursa olsun, ambalaj ve etiket üzerindeki reklamlarla, satış noktalarında kullanılan malzeme de dahil olmak üzere mallar ve hizmetler için yapılan reklam şekillerini de kapsar*²⁵ şeklinde tanımlanmıştır.

Yukarıda görüldüğü gibi reklam/reklam ve ilan/ticari reklam gerek doktrinde, gerek yerli ve yabancı mevzuatta farklı biçimlerde birçok tanıma sahiptir. Bu tanımların sayısını arttırabilmek mümkün olup, aralarından nihai tek bir tanıma seçmenin zorluğu göz önünde bulundurulduğu gibi geçmişte yapılmış bazı tanımlar bugün yetersiz kaldıklarından çalışmamızda o tanımlara yer verilmemiştir.

2. Reklamın Çeşitleri

a. Genel Olarak

Reklamları farklı kıstaslara göre gruplamak ve çeşitlendirmek mümkündür. Bu bakımdan uygulamada en çok başvuru alan reklamların kullanılan mecralara göre sınıflandırılmasıdır; gazete ve yazılı basın reklamları, radyo/televizyon reklamları, sinema reklamları, açık hava reklamları, internet reklamları gibi. Bu çalışma bakımından sınıflandırmada reklamların ticari reklam olup olmadıkları önem taşımaktadır zira gerek ticaret kanununda gerek tüketici kanunundaki düzenlemeler ticari reklamlara ilişkindir.

²⁵ Kararın tamamı için bkz:

http://www.ito.org.tr/Mevzuat_Bilgilendirme/mesleki_kararlar/DURUST_REKLAMCILIK.pdf

b. Ticari Reklamlar ve Çeşitleri

“Ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı olarak bir malın, hizmetin, markaların ya da ticari düşüncenin hedef kitleye tanıtılarak satılmasını veya kiralanmasını amaçlayan reklamlar ticari reklamlardır.”²⁶ Ticari reklamların yapılmasındaki temel amaç ticari kazanç sağlamaktır. Bu yönüyle diğer gruptaki reklamlardan kolaylıkla ayırt edilebilir. Reklamda tanıtılan olgu bir ürün, bir hizmet, bir marka veya işletmenin kendisi ise bu ticari reklamdır. Elbette ki bu tanıtımın reklam yapma iradesi altında sunulması gerekmektedir. Örneğin bir ürünün iyi ve kötü yanlarını derleyen ve tüketiciye bilgi vermeyi amaçlayan bir yazıda ürün objektif bir biçimde reklam iradesi yokluğunda tanıtılmış ise bu yazı ticari reklam olarak sınıflandırılmaz.

Ticari reklamları da kendi içerisinde birtakım ayrımlara tabi tutmak mümkündür. Konuları bakımından ticari reklamlar veya hedef kitle bakımından ticari reklamlar şeklinde ayrımlara gidilebilir. Ticari reklamlar konusu bakımından “mal(ürün) reklamları” ve “işletme reklamları” şeklinde ikiye ayrılır. Hedef kitle bakımından ticari reklamlar ise “tüketiciye yönelik reklamlar” ve “aracılara yönelik reklamlar” şeklinde ikiye ayrılırlar.

(1) Konuları Bakımından Ticari Reklamlar

i. Mal(ürün) Reklamları

Bu tip reklamlar ürün ve hizmetlerin ticari amaçlarla tanıtıldığı reklamlardır. Mal reklamları şeklinde bir ayırım söz konusu olsa da bu başlık sunulan hizmetleri de kapsamaktadır²⁷. Bu tür reklamlarda vurgulanan satılmak istenen ürünün veya sağlanmak istenen hizmetin kendisidir. Elbette ürünü üreten işletme, markasını

²⁶ Tekelioğlu, **a.g.e**, s.18

²⁷ Göle, **a.g.e**, s.40.

telahfuz etmek yoluyla ürünün aidiyetini ortaya koysa da işletmenin bizzat kendisi bu tür reklamlarda geri plandadır. Temizlik malzemelerinin tanıtıldığı reklamlar, konfeksiyon ürünlerine dair reklamlar, genel itibariyle yiyecek ve içecek reklamları, tatil şirketinin paket tur reklamı gibi örnekler bu minvalde reklamlardır.

ii. İşletme Reklamları

“Firmaların veya satıcıların, belirli bir mal veya hizmeti tanıtmaksızın doğrudan kendi işletmelerini tanıttıkları reklamlar işletme reklamlarıdır.”²⁸ İşletme reklamlarında üretilen ürünler ya da sağlanan hizmetler tanıtılmaz bunun yerine işletmenin bizzat kendisi veya piyasada kullandığı marka hakkında tüketiciye markanın lehine olacak bilgiler verilir. İşletme reklamlarında amaç tüketici nezdinde yapılan reklam ile olumlu bir intiba bırakmak ve bu şekilde piyasadaki mal ve hizmetlerinin sürümünü arttırmaktır.²⁹ İşletme reklamları iki şekilde yapılmaktadır. Bu tip reklamlar markanın ve işletmenin tanıtımının yapılması şeklinde olabileceği gibi işletmenin sosyal sorumluluk alanında yürüttüğü çalışmaların kamuya paylaşılması veya toplumun belirli tarih veya olaylara dair hassasiyetlerine yönelik de olabilir. Bir markanın yerli üretim yapması ve bunu yurtiçindeki tesislerini tanıtan bir reklam filmiyle vurgulaması halinde ilk saydığımız türden “işletmeyi tanıtan reklam” söz konusudur. Bir firmanın çevre dostu ve geri dönüştürülebilir üretim yaptığıının bunun yanı sıra doğayı koruma vakıflarından bir veya birkaçının sponsoru olduğunun duyurulduğu ya da 29 Ekimde Cumhuriyet Bayramı, 10 Kasım'da Mustafa Kemal Atatürk, 18 Mart'ta Çanakkale Zaferini konu alan reklamlar gibi reklamın bir yerinde işletme adının da belirtildiği şekilde yapıldıklarında bu reklamlar ikinci türden işletme reklamlarına örnek olacaktır. Başka bir firmanın eğitime destek verdiğinin ayrıca bir spor organizasyonunun düzenlenmesine yardımcı olduğunun bilgisinin verilmesi de “sosyal amaçlı işletme reklamı” yapıldığının göstergesidir. Ancak unutulmamalıdır ki

²⁸ Tekelioğlu a.g.e, s.19

²⁹ Göle a.g.e, s.41

bu reklamlar da ticari reklam türündedir ve asıl amaç üreticiyi etkileyerek günümüz rekabet ortamında işletmenin satışlarını ve gelirini arttırmaktır.

(2) Hedef Kitle Bakımından Ticari Reklamları

i. Tüketicilere Yönelik Reklamlar

Pazarlanan mal veya hizmetin direkt olarak onun alıcısı veya kullanıcısına yönelik yapıldığı reklamlardır. Tüketicie, reklamı yapılan mal ya da hizmeti elde etmeyi düşündüren, reklamı yapılan işletme hakkında olumlu izlenim bırakarak ticari gelir hedefleyen reklamlar bu türden reklamlardır. Burada kullanılan tüketici kavramının içerisine hem “son tüketici” diye adlandırılan kendi ihtiyaçları veya sadece istediği için reklamı yapılan şeyi talep edecek kullanıcı, hem de “sınai tüketici” olarak adlandırılan, reklamı yapılan şeyi kendi üretiminde kullanmak veya hizmet üretmek üzere mal veya hizmet talep edecek kullanıcılar girmektedir.³⁰ Piyasada karşılaşılan reklamların büyük çoğunluğu tüketiciye doğrudan ulaşmayı amaçlayan bu çeşit reklamlardır.

ii. Aracılara Yönelik Reklamlar

Bazı reklamlar direkt olarak tüketiciye yönelik olmak yerine aracı kurum ve kuruluşlara yönelik de olabilir. Acentelerin, perakendecilerin ikna edilmesini ve bu suretle sunulan mal veya hizmetlerin sürümünün arttırılmasını hedefleyen reklamlar

³⁰ Göle a.e, s.37

bu çeşit reklamlardır.³¹ Toptancı bir marketin perakendeci bakkallara dağıtılmak üzere broşür bastırması bu tip reklama örnek oluşturabilir.

c. Ticari Olmayan Reklamlar

Bir malın veya hizmetin sürümünü arttırmak, böylelikle ticari gelir elde etmek amacıyla yapılmayan reklamlar ticari olmayan reklamlardır. Genellikle bu tip reklamlar manevi bir amaçla yapılırlar. Siyasi partilerin seçim dönemlerinde yaptıkları oy oranlarını arttırmaya yönelik reklamlar, topluma yararlı dernek ve vakıfların reklamları, televizyon ve radyolarda artık sıklıkla rastlar olduğumuz “kamu spotu” şeklinde isimlendirilen aslında; *kamu kurum ve kuruluşları ile dernek ve vakıf gibi sivil toplum kuruluşlarınca hazırlanan veya hazırlatılan ve Üst Kurul tarafından yayınlanmasında kamu yararı olduğuna karar verilen bilgilendirici ve eğitici nitelikteki film ve sesler ile alt bantları*³² şeklinde tanımlanan reklamlar ticari olmayan reklam çeşidine örnek teşkil etmektedir.

B. Reklamın Unsurları

Yukarıda değindiğimiz tanımlardan yola çıkarak reklamı oluşturan unsurları şu şekilde belirlemek mümkündür: 1) Birden fazla kişiye yönelik tanıtım olgusunu barındırması, 2) Reklam yapma amacının varlığı, 3) Reklam verenin varlığı, 4) Tanıtımın ticari amaçla yapılması, 5) Reklamın bir vasıta ile yapılması.

1. Birden Fazla Kişiye Yönelik Tanıtım Olgusunu Barındırması

³¹ Buket Çatakoğlu, **Türk Ticaret Kanunu ve Tüketicilerin Korunması Hakkında Kanun Açısından Reklamlar**, yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2003, s.23.

³² Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun 08.08.2012 tarihli 2012/45 sayılı **Kamu Spotları Yönergesi**

Reklam basit anlamda, sürümü arttırılmak istenen mal ve hizmetlerin tanıtımı olduğundan reklamın en öncelikli unsuru tanıtım olmalıdır. Reklam yapmanın gayesi yukarıda belirtildiği gibi satışları arttırmak olduğundan bu tanıtımın tek bir kimseye değil birden çok kişiye yönelik olması gereklidir. Burada, tanıtımın tek tek tüketicilerin şahsına yönelik yapılması dahi bu çıkarımı değiştirmemektedir zira ticari reklamın gayesi sürümü arttırmak olduğundan ister istemez aynı veya benzer tanıtımları birden çok kişiye yöneltmek gerekecektir³³. Bir reklam ne kadar büyük kitlelere ulaşırsa etkinliğinin de o denli yüksek olacağı kuşkusuzdur. Ancak doktrindeki karşıt bir görüş reklamda esas olanın reklamın bir “beyan” içermesi olduğunu ve bu beyanın genele yönelik olmasının reklam için bir zorunluluk olmadığını belirtmektedir. Aynı görüş bu beyanın yüz yüze yapılmasının, umuma açık olarak yapılmasından farklı olmayarak yüz yüze satış görüşmelerinin de reklam kabul edilebileceğini savunmaktadır³⁴. Bu doğrultuda olan benzer bir görüş ise reklam sektörünün bugün geldiği noktayı göz önünde bulundurarak, tüketicilerin cep telefonlarına, e-mail kutularına gelen mesajların “kişiselleştirilmiş reklam³⁵” şeklinde adlandırılan ve yukarıdaki birden fazla kişiye yönelme unsuruna ters düşen reklamlar olduklarını, bu reklamların da ticari reklam kategorisine dahil edilerek denetim mekanizmalarından bağışık tutulmamalarını daha doğru bulmaktadır³⁶.

Kanaatimizce ortaya konan birinci görüş daha yerindedir. Bunun sebebi olarak şimdiye kadar doktrinde çoğunlukla kabul görmesinin yanı sıra yüz yüze satış görüşmelerinde sarf edilen beyanların reklam kabul edilmesinin reklam denetim mekanizmalarının yetki alanını çok büyük oranda genişletecek olması ve denetim mekanizmalarının bu yolla işletilmesi halinde zorlu bir ispat külfeti getireceği, ticari hayattaki satış görüşmelerinin hızına ve sıhhatine de zarar vereceği ileri sürülebilir olup bu görüşmelerde şimdiye dek hiç var olmayan önlemler almayı gerekli kılacaktır. Zaten yüz yüze satış görüşmelerinde yapılan tanıtımdan dolayı satıcının sorumluluğu Tüketici Kanunundan doğan sorumluluk değil “culpa in contrehendo

³³ İnal **a.g.e.**, s.15; Benzer yöndeki görüş için Bkz: Göle, **a.g.e.**, s.36

³⁴ Bozbel, **a.g.e.**, s.31-32;

³⁵ Semih Sırrı Özdemir, **Haksız Rekabet Kavramı Açısından Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013, s.45.

³⁶ Özdemir **a.e.** s.45, Tekelioğlu **a.g.e.**, s.13

sorumluluğu”dur. Öte yandan gelişen teknolojiden bahisle günümüzde kullanılmaya başlanan “kişiselleştirilmiş reklamlar”ı reklam denetim mekanizmalarının yetkisi altına sokmak için reklamın çoğunluğa yönelik tanıtım unsurunun gözardı edilmesi kanaatimizce şart değildir. Zira kişiselleştirilmiş reklamlarla da reklamın doğasında olan, en fazla sayıda potansiyel tüketiciye ulaşmak hedeflendiğinden asıl uygulanan tüketicilerin belli özelliklerine göre farklı reklam grupları oluşturarak hedef kitleyi daraltmak ve pazarlama stratejisine bağlı olarak etkin sonuç almaktır. Reklam yapan bu mesajları tek bir tüketiciye değil farklı farklı bir çok tüketiciye aynı anda gönderebilmektedir. Görüldüğü gibi reklam yapma iradesi özünde tek olup değişen sadece reklamın içerisindeki detaylardır.

2. Reklam yapma İradesinin Varlığı

Şüphesiz ki bir ürün veya hizmetin tanıtımı özünde reklam yapma iradesi taşımıyorsa ortada bir reklamın varlığından söz edebilmek mümkün olmayacaktır. Salt objektif bilgi vermek amacıyla bir ürün veya hizmetin ya da bir işletmenin olumlu ve olumsuz yönden tanıtımı reklam olarak değerlendirilmemektedir. Örnek vermek gerekirse teknolojik ürünleri inceleyen bir dergi veya internet sitesinde piyasaya yeni çıkmış bir cep telefonunun artı ve eksi yönden özellik değerlendirilmesine tabi tutulması o ürün hakkında yapılan bir reklam veya karalama kampanyası değildir. Elbette burada tanıtımın objektif olarak yapılmasındaki “orantılılık” sınırını gözetmek gerekecektir aksi takdirde bu tanıtım “örtülü reklam” veya bir karalama kampanyası niteliğinde olabilecektir³⁷.

3. Reklam Veren Varlığı

Reklamın önemli unsurlarından birisi de, reklamda reklam veren kişinin kim olduğunun açıklanması veya en azından reklamın şeklinden bu kişinin kim olduğunun

³⁷ Emrehan İnal, Türk Hukukunda Aldatıcı ve Örtülü Reklamlar, **Uluslararası Reklam Hukuku Sempozyumu**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2009, s.98-101

anlaşılmasıdır³⁸. Bir mal veya hizmetin ya da işletmenin tüketiciye tanıtılması ile kazanç elde edilebilmesi için doğal olarak bu tanıtıma bir aidiyet eklemek ve tanıtımı yapan kişinin kimliğini tüketiciye bildirmesi gerekmektedir³⁹. Reklam verenin kimliğinin açıklanması, doğrudan bu ürün veya hizmetlerin sağlayıcısı olan şirketin işletme adının anılması ile gerçekleştirilebileceği gibi, ilgili ürün veya hizmetin piyasada bilinirliğe sahip olduğu durumlarda bunlara ilişkin markaların ifade edilmesi ile de sağlanabilir⁴⁰.

Doktrinde bir görüş “viral reklamlar” veya sosyal medya üzerinden yapılan bir takım reklamlar açısından bazı tüketicilerin reklam verenin kimliğine ulaşmasının hatta reklama maruz kaldığının dahi anlaşılmasının kendilerinden beklenemeyeceğinden bahisle reklam verenin kimliğinin açıklanmasının zorunlu bir unsur olmadığını savunmuştur⁴¹. Ancak kanaatimizce reklam vereni belli olmayan ve tam anlamıyla legal bir zemine oturtulamayan bir tanıtımın reklam olarak kabul edilmesi ve reklam denetim mekanizmalarının yetki alanına dahil edilmesi ön görülen yaptırımların uygulanabilirliği bakımından sakınca doğuracaktır. Zaten 6502 sayılı Tüketici Kanununda yapılan tanımda özellikle “...bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla reklam verenler tarafından...” reklam veren kavramı vurgulanmıştır. Reklamın unsurlarını belirlemede esas aldığımız tanımlardan biri olduğu için de reklam verenin kimliğinin reklamdan anlaşılabilmesinin ele aldığımız reklam türü olan ticari reklamın zorunlu bir unsuru olduğu kanaatindeyiz. Kanımızca yukarıda sözü edilen reklamları ticari reklam olarak kabul etmemek, reklamın zorunlu bir unsurundan vazgeçmeye göre daha yerinde olacaktır.

4. Tanıtımın Ticari Amaçla Yapılması

Bir tanıtımın ticari reklam olarak kabul edilebilmesi için bir malın veya hizmetin sürümünü arttırmayı hedeflemesi gereklidir. Bir malın veya hizmetin

³⁸ Göle, **a.g.e**, s.36

³⁹ Tekelioğlu, **a.g.e**, s.16.

⁴⁰ Özdemir, **a.g.e**, s.47.

⁴¹ Özdemir, **a.e**, s.47-48, K.g: Tekelioğlu **a.y**

sürümünü arttırma maksadı olmaksızın, manevi bir menfaat sağlamak, bir düşünceyi, inancı yaymak ya da bir hayır kuruluşuna fayda sağlamak gibi amaçlarla yapılan reklamlar, “ticari reklam” kavramına girmezler⁴². Bu tip reklamlara örnek vermek gerekirse Yeşilay, Türkiye Eğitim Gönüllüleri Vakfı, Mehmetçik Vakfı, Tema Vakfı gibi topluma yararlı dernek ve vakıfların destek toplayabilmek ve farkındalık yaratabilmek için yaptıkları reklamlar ticari kazanç elde etme amacı taşımamaktadır. Buna karşın sıradan bir tüketicinin hayatı boyunca karşılaştığı reklamların büyük bir çoğunluğu kuşkusuz ticari amaçla yapılmaktadır öyle ki reklam denildiğinde o tüketicinin zihninde ticari reklamlar canlanmaktadır. Ayrıca belirtmek gerekir ki; bir malın veya hizmetin sürümünü arttırmaya yönelik reklam, söz konusu mala veya hizmete ilişkin bilgiler vermek şeklinde olabileceği gibi malı veya hizmeti üreten, dağıtan, satan kimseye veya reklam verenin yaymak istediği ticari bir fikre (‘cam şişe sağlıklıdır’, ‘pastörize veya UHT süt için’, ‘birikimlerinizi yastık altında tutmayın bankada değerlendirin’ gibi) ya da rakibinin olumsuzluklarına ilişkin bilgiler vermek şeklinde olabilir⁴³.

5. Reklam Vasıtası(mecra)

Doktrinde bazı yazarlar reklamın mutlaka bir vasıta ile yapılmasını gerekli görmektedirler⁴⁴. Bu vasıtalar arasında televizyon, radyo, yazılı basın, internet, sinema gibi sektörde yaygın olarak kullanılan reklam mecraları yer almaktadır. Bazı yazarlar ise reklamın vasıta ile yani bir mecra kuruluşu tarafından yayınlanmasının elzem olmadığını, vasıtasız/doğrudan reklam yapmanın mümkün olduğunu savunmaktadırlar. Satışa sunulan malın etiketi, ambalajı üzerine veya otelin tabelası üzerine yerleştirilen reklamlar ile posta, e-posta gibi yollarla yapılan tanıtımları doğrudan reklamlar olarak kabul etmektedirler⁴⁵. Bazı yazarlar mecrayı reklamın bir unsuru olarak kabul ederken bazıları ise bunu farklı başlık altında incelemeyi tercih

⁴² İnal / Baysal **a.g.e.**, s.7

⁴³ Emrehan İnal, **Reklam Hukuku ve Aldatıcı Reklamlar**, s.15

⁴⁴ Göle, **a.g.e.**, s. 37 - 38

⁴⁵ İnal, **a.g.e.**, s.10-14

etmişlerdir. 6502 sayılı Tüketicici Kanunu'ndaki reklam tanımında mecra kavramı “...herhangi bir mecra da yazılı, görsel, işitsel ve benzeri yollarla gerçekleştirilen...” şeklinde kullanılmış olup, Ticari reklam yönetmeliğindeki mecra tanımı ise “Reklam ve tanıtım mesajını ileten ve o mesajı alma durumunda olan kişi, grup ya da topluluğun bulunduğu yeri ve ortamı; televizyon, her türlü yazılı basın, internet, telefon, radyo, sinema gibi iletişim kanalları ile açık hava, basılı materyal gibi iletişim araçlarını”(m.4/1) ifade etmektedir. Görüleceği üzeri mevzuatımızdaki mecra kavramı gelecekte ortaya çıkacak yeni reklam araçları da düşünülerek oldukça geniş tutulmuştur. Mülga ticari reklam yönetmeliği de benzer şekilde mecra kavramını klasik anlamda mecra kabul edilmeyen alanları da mecra tanımının içerisine almaktadır. Bu doğrultuda Reklam Kurulunun bir çok kararında vasıtasız/doğrudan kabul edilen reklamlara yer verilmiştir⁴⁶. Bu da uygulamanın reklamın mecra unsurunu zorunlu ve olmazsa olmaz saymadığını, vasıta kavramının da geniş yorumlanarak reklamın tüketiciye ulaşmasında kullanılan her türlü yol olarak kabul gördüğünü göstermektedir. Bir görüşe göre mevzuatımızdaki mecra tanımı, vasıta ile eş anlamlı kullanılmasına imkan verecek kadar geniş düzenlenmiş olup bu iki kavramın eş anlamda kullanılması doktrindeki tartışmayı doğurmuştur⁴⁷.

C. Reklamın Hukuki Niteliği

1. Sözleşme Hukuku Bakımından Reklam

Reklamlara ilişkin hukuki metinlerden tüketici hukuku mevzuatının, radyo-televizyon hukuku mevzuatının ve reklamlara ilişkin hükümler taşıyan diğer kanunların ilgili hükümlerinin, reklamlara ilişkin uyuşmazlıklara uygulanması bakımından reklamın hukuki niteliği fazla bir önem taşımazken özellikle Borçlar Kanunu hükümlerinin reklamlara uygulanmasında reklamın hukuki niteliğinin

⁴⁶ İnal / Baysal a.g.e, s. 8-9

⁴⁷ Tekelioğlu a.g.e s.15

belirlenmesi önem taşımaktadır⁴⁸. Reklamlar genellikle muhatap aldığı kişilerin bir malı, veya bir hizmeti edinmelerini bunun için de satıcı ile alıcı arasında sözleşme kurulmasını amaçladıklarından nitelikleri çoğunlukla “öneri⁴⁹” veya “öneriye davet” şeklindedir⁵⁰.

“Öneri” bir sözleşmeyi meydana getirmek amacı ile bir şahsın teklifini içeren ve karşı tarafa yöneltilen irade beyanıdır⁵¹. Eğer reklam, sözleşmenin kurulabilmesi için gerekli olan tüm unsurları barındırıyorsa öneri niteliğindedir. Bu öneri niteliğindeki reklam sadece bir kabul beyanı ile sözleşmeyi kuracak kadar kapsamlı olmalıdır. Yeni TBK m.8/f.2’de eski BK m.7/f.2’nin aksine “*Fiyatını göstererek mal sergilenmesi veya tarife, fiyat listesi, ya da benzerlerinin gönderilmesi, aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça öneri sayılır.*” hükmüne yer verilmiştir. Kanun maddesinde geçen “benzerleri”ne reklam broşürü veya prospektüs örnek verilebilir⁵². Eğer bir “öneri” içeren irade beyanı karşı tarafın kabul beyanı ile sözleşmenin kurulmasını sağlayacak sözleşmenin esaslı unsurlarını barındırmıyor ise örneğin fiyat mevcut değilse ya da sözleşmenin kurulması için bütün unsurların varlığına rağmen önerinin bağlayıcı olmadığı açıkça anlaşılabiliyorsa ortada bir öneri değil “öneriye davet” bulunmaktadır⁵³. Oğuzman - Öz’e göre “*TBK m. 8/f.2 ancak malın bedeli(fiyatı) gösterilerek sergilenmesini genele yapılmış (aleni) öneri saydığı için, bir malın kendisinin değil de resmini, filmini, modelini fiyat göstererek genele sergilemek, öneri sayılamaz*⁵⁴.” Bu ihtimalde bir öneriye davet söz konusudur çünkü irade beyanı sadece bir müzakereye girişmek amacını taşımaktadır.⁵⁵ Uygulamada reklamların büyük bir çoğunluğu bu ikinci duruma örnek oluşturduğundan bu tip reklamlar icaba davet niteliğindedir⁵⁶. Buna karşın doktrinde doğrudan satış yapan internet sitelerinden örneğin hazır kıyafet satan markaların internet sitelerinden “online alışveriş” yapmak

⁴⁸ İnal, **a.g.e.**, s.16, Benzer yönde bkz: Göle, **a.g.e.**, s.43

⁴⁹ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) ile 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda kullanılan “icap” kavramı “öneri” olarak değiştirilmiştir. Bu sebeple çalışmamızda “öneri” ibaresini kullanacağız.

⁵⁰ Göle, **a.y.**, İnal **a.y.**

⁵¹ M.Kemal Oğuzman, M.Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, c.1 s.50.

⁵² Oğuzman / Öz **a.e.**, s.52

⁵³ İnal, **a.y.**

⁵⁴ Oğuzman / Öz **a.e.**, s.53

⁵⁵ Oğuzman / Öz **a.e.**, s.51

⁵⁶ Göle, **a.g.e.** 45-46; Bozbel **a.g.e.** s.33

suretiyle satın alınan bir pantolonun görsel ve ürün bilgilerini içeren reklamlarını öneri sayan bir görüş de vardır⁵⁷.

Bazı durumlarda ise reklamlar ne öneri ne de öneriye davet niteliğindedir. Yukarıda bahsettiğimiz işletme reklamlarında genel olarak herhangi bir hizmetin veya ürünün tanıtımı ya da sürümünün arttırılmasına yönelik bir beyan bulunmamakta yalnızca işletmenin kendisini, ülke ticaretindeki rolünü anlattığı bir tanıtıma yer verilmiş olabilir⁵⁸. Doktrinde bir görüş bu reklamların tüketiciler ile kurulması planlanan bir sözleşmenin öneri veya öneriye daveti niteliğinde olmamakla beraber, perakendecilere yönelik bir icaba davet şeklinde nitelendirilebileceğini belirtmektedir⁵⁹. Sonuç olarak reklamın hukuki niteliğinin belirlenmesinde her bir reklamın içerdiği beyana ve taşıdığı iradenin özelliğine göre ayrı ayrı değerlendirilmesinde fayda vardır⁶⁰.

İNAL'a göre bir reklamın öneri mi yoksa öneriye davet mi olduğunun belirlenmesi, tüketicinin korunması açısından çok da büyük bir önemi haiz değildir çünkü bağlayıcı olmayan icaba davet dahi "culpa in contrehendo" teorisi çerçevesinde bir takım yükümlülükler taşır ve bunlara aykırılık da "culpa in contrehendo" sorumluluğunu doğuracaktır⁶¹. Sözleşmenin görüşülmesi aşamasında taraflardan biri dürüstlük kuralının getirdiği yükümlülüklerine aykırı davranırsa bu tutumu bazen sözleşmenin iptaline imkan verirken, bazen de sözleşme kurulmamış olsa dahi karşı tarafa bu kusurlu davranışla verilen zararın tazminini gerektirir⁶². Buna Culpa in contrehendo teorisi denir. Reklamın yapılması ile birlikte taraflar arasında sözleşme öncesi görüşme sürecinin başladığı kabul edilmektedir. Böylelikle taraflar artık kurulan hukuki ilişki uyarınca dürüstlük kuralına aykırı davranmamak, yani birbirlerini aldatmamak, karşı tarafı aydınlatma yükümlülüğü dahilinde gerekli bilgileri karşı tarafa vermek ve karşı tarafın kişilik ve malvarlığı değerlerinin zarar görmemesi için özen göstermek durumundadırlar. İNAL'ın verdiği örnekte: Reklam

⁵⁷ Tekelioğlu, **a.g.e.** s.22

⁵⁸ Özdemir, **a.g.e.** s.44

⁵⁹ İnal, **a.g.e.** s.17

⁶⁰ Göle, **a.g.e.** 46; İnal **a.e.** s.18

⁶¹ İnal, **a.e.** s.18

⁶² Oğuzman / Öz, **a.g.e.** s.77

veren “ durun, sakın araba almayın iki ay sonra başlayacak yaz kampanyamızı bekleyin” şeklinde bir reklam yapsa, araba almayı düşünen tüketiciler, iki ay sonra daha elverişli koşullarda araba satın alabileceklerini düşünerek bu kararlarını erteleyip promosyon tarihini beklediklerinde kampanyanın hiç de elverişli koşullar sunmadığını gördükleri hatta daha yüksek fiyatlarla karşılaştıklarında iki ay önce araba alsalardı karşılaşmayacakları bu fiyat farkından doğan zararı “culpa in contrehendo” teorisi çerçevesinde ileri sürebileceklerdir⁶³.

2. Haksız Fiil - Haksız Rekabet Hukuku Bakımından Reklam

Bir reklam başlı başına haksız fiil olarak karşımıza çıkabilir ve TBK m.49 vd. hükümler uyarınca haksız fiil sorumluluğuna başvurma imkanı doğurabilir. Daha önce yüklenilmiş bir borca aykırı davranıştan doğan sorumluluktan farklı olarak, haksız fiil sorumluluğunda genel davranış kurallarına aykırılık söz konusu olur.⁶⁴ Yanlış, yanıltıcı, eksik bilgi, abartılı görüntü ve ifadeler içeren reklamlar genel olarak aldatıcı reklam kavramı⁶⁵ altında incelenmektedir⁶⁶. Aldatıcı bir reklamı ele alırsak tüketicinin veya rakibin zarara uğramasına neden olması durumunda ortada bir haksız fiil vardır ve fail bundan doğan zararı tazmin etme yükümlülüğündedir. Haksız fiile neden olan; reklam veren, adam çalıştırma sorumluluğuna⁶⁷ göre bir çalışanı, reklam ajansı veya üçüncü kişi olabilir(reklamda gerçek dışı beyanda bulunan bir kimse gibi)⁶⁸. Unutulmamalıdır ki aldatıcı reklamdan doğan zararı haksız fiil hükümleri uyarınca tazmine gitmek yerine TTK m.54 vd. hükümlere dayanmak da mümkündür zira TTK m.55/1 a)’da haksız rekabet teşkil eden haller detaylı bir biçimde sayılmış olup aldatıcı reklamlara da hükümde yer verilmiştir.

⁶³ İnal, **a.g.e.**, s.20

⁶⁴ M.Kemal Oğuzman, M.Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, c.2 s.1.

⁶⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz: İnal, **a.g.m.** s.87 vd.

⁶⁶ Göle, **a.g.e.** s.1 vd; İnal, **a.g.m.** s.89; Füsün Nomer Ertan, **Haksız Rekabet Hukuku**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2016, s.155

⁶⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz: Oğuzman / Öz, **a.g.e.**, c.2 s.140 vd.

⁶⁸ İnal, **a.g.e.**, s.21-22

Haksız rekabet eTTK m.56'da aldatıcı hareket ya da iyiniyet kuralına aykırı her hangi bir biçimde iktisadi rekabetin kötüye kullanılması olarak tanımlanmıştır. TTK m.54 bir tanıma yer vermeyerek amaç ve ilke başlığı altında haksız rekabet hükümlerinin amacının dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması olduğu ve ikinci fıkrada *“rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır”* demek suretiyle genel ilkeye yer vermekle birlikte kavramın içeriği genişletilmiştir⁶⁹. TTK m.55/1 a)'da dürüstlük kuralına aykırı reklamların açıkça haksız rekabete sebep olacağı genel kural olarak belirtilmiş ve devamında özellikle haksız rekabet oluşturacak haller örnekseme yoluyla sayılmıştır⁷⁰.

Bir reklam içeriği reklamverenin şahsı, ticari işletmesi, işletme işaretleri, malı, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları, stokları, satış kampanyalarının biçimi, ve iş ilişkileri hakkında gerçek dışı veya yanıltıcı bilgiler içeriyorsa TTK m.55/1,a-2 uyarınca haksız rekabet teşkil eder⁷¹. Kısaca belirtmek gerekirse aldatıcı nitelikteki tüm reklamlar aynı zamanda haksız rekabet teşkil etmektedir⁷².

Karşılaştırmalı reklamlar ise hukuka uygunluk şartlarını taşıdıkları takdirde haksız rekabet teşkil etmezler. Karşılaştırmalı reklamların hangi hallerde haksız rekabet oluşturacakları TTK m.55/1,a-5 hükmünde belirtilmiştir. Bu konu çalışmanın devamında detaylı olarak incelenecektir⁷³.

Reklam yoluyla gerçekleştirilebilecek haksız rekabet halleri aldatıcı reklamdan ve hukuka aykırı karşılaştırmalı reklamdan ibaret değildir. Kötüleme, kendini üstün yetenekli gösterme, karıştırılma(iltibas) halleri de reklam vasıtasıyla haksız rekabete sebep olabilir⁷⁴.

⁶⁹ Arslan Kaya, **Karşılaştırmalı – Notlu Yeni Türk Ticaret Kanunu**, 3.Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2013 s.29 bkz: Yazarın Notu

⁷⁰ Ömer Teoman, Reklamlara ilişkin Haksız Rekabet Uyuşmazlıkları, **Uluslararası Reklam Hukuku Sempozyumu**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2009, s.69

⁷¹ Nomer Ertan, **a.g.e.** s.155

⁷² Detaylı inceleme için bkz.: aş. II.Bölüm, Karşılaştırmalı Reklamların Hukuka Uygunluk Şartları, Haksız Rekabete Yol Açmama s.70 vd.

⁷³ Detaylı inceleme için bkz.: aş. II.Bölüm, Karşılaştırmalı Reklamların Hukuka Uygunluk Şartları

⁷⁴ Nomer Ertan, **a.g.e.** s.157

3. Fikri Mülkiyet Hukuku Bakımından Reklam

Reklam günümüzde borçlar hukukunun, ticaret hukukunun, tüketici hukukunun, idare hukukunun alanına girdiği gibi fikri mülkiyet hukukunun alanına da girmektedir. Günümüzde karşılaştığımız reklamların büyük bir çoğunluğu fikri bir çabanın nihayetinde ortaya çıkmaktadır. Günlük hayatın hemen her anında maruz kaldığımız reklamlar bazen bir ezgi, bazen bir film, bir slogan, bir grafik veya fotoğraf şeklinde ya da bunların birkaçını içerisinde barındıracak şekilde kompleks yapılardan oluşmaktadır⁷⁵. Reklamlar artık büyük çoğunlukla reklam ajanslarındaki toplu bir çalışmanın ürünü olduklarından reklamın “eser” olarak kabulü halinde bu esere emek harcayan yönetmen, müzisyen, grafik sanatçısı, fotoğrafçı gibi eser sahibinin hakkını kullanacak kimselerin kim oldukları sorunsalı ortaya çıkmaktadır.⁷⁶ 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda(FSEK) eser: “*Sahibinin hususiyetini taşıyan ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri*” olarak tanımlanmıştır. Bir eserin FSEK anlamında eser kabul edilebilmesi için dört temel şart vardır: 1) Eserin fikri bir çabanın ürünü olması⁷⁷ 2) Yukarıdaki tanımda belirtilen gruplardan birinde yer alma, 3) Eserin sahibinin hususiyetini taşıması, 4) Tasarrufa elverişli ve üçüncü kişilerce algılanabilir nitelikte olması⁷⁸. Bu unsurları taşıyan reklamlar eser sayılmaktadırlar⁷⁹. Eser sahipliği bakımından ise; birden fazla kimsenin meydana getirdiği eser, kısımlara ayrılabiliriyorsa ortak(müşterek) eser sahipliğinden söz edilir. Bu durumda eser sahiplerinden her biri meydana getirdiği kısmın/bölümün sahibidir. Ortak eser sahipliği daha önceden meydana getirilmiş bağımsız eserlerin bir araya getirilmesiyle de ortaya çıkabilir. Ancak bu birleşme aslında gerçek bir işlem değildir, hak sahiplerinin anlaşarak ortak değerlendirmeye karar vermeleri yeterlidir. Birden çok

⁷⁵ Arslan Kaya, Reklamın Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Korunması Sorunu, **Uluslararası Reklam Hukuku Sempozyumu**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2009, s.182

⁷⁶ Arslan Kaya, **a.g.m**, s.183

⁷⁷ Ünal Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 5. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s.103

⁷⁸ Cahit Suluk – Rauf Karasu – Temel Nal, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık 2017, s.42

⁷⁹ Tekinalp **a.g.e**, s.112

kişinin meydana getirdiği eser ayrılmaz bir bütün oluşturuyorsa iştirak(elbirliği) halinde eser sahipliğinden söz edilir. Ortak eser sahipliğinden farklı olarak bu durumda hak sahipliği, sözleşmenin yapılması ile değil eserin yaratılması ile başlar ve eser sahibi onu meydana getirenler birliği olan adi şirkettir⁸⁰. Bu açıklamalara ek olarak; FSEK m.10/4 hükmünde belirtildiği gibi: *“birden fazla kimsenin iştiraki ile vücuda getirilen eser, ayrılmaz bir bütün teşkil ediyorsa bir sözleşmede veya hizmet şartlarında veya eser meydana getirildiğinde yürürlükte olan herhangi bir yasada aksi öngörülmediği takdirde birlikte eser üzerindeki haklar eser sahiplerini bir araya getiren gerçek veya tüzel kişi tarafından kullanılır.”* Ayrıca FSEK m.18/2’de belirtilen: *“aralarındaki özel sözleşmeden veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça; memur, hizmetli ve işçilerin işlerini görürken meydana getirdikleri eserler üzerindeki haklar bunları çalıştıran veya tayin edenlerce kullanılır”* hükmüne göre işveren, çalışanlarının meydana getirdiği eserden doğan hakları kullanma yetkisine sahiptir. Bu açıklamaların ışığında eser sahipliği kurumunu reklam sektörüne uyguladığımızda reklamların eser sahiplerinin genellikle reklam ajansları olacakları kabul edilebilir.

Mesela televizyonda yayınlanan bir reklam filminde kullanılan önceden bestelenmiş bir müzik eseri sadece onun bestekarına ait olacaktır ve yapmış olduğu sözleşmeye göre reklam filmi her yayınlandığında telif hakkından dolayı ücret talep edebilecektir. Ancak iştirak halinde hazırlanan reklam filminin video kısmının yaratılmasında rol oynayan; senarist, oyuncular, yönetmen, kameraman ve makyöz gibi kimseler ise eser sahibi reklam ajansı veya reklam veren olacağından hak talep edemeyecektir. Bu sebeple uluslararası bir marka uzun yıllar boyu yayınlanan reklam filmlerinde kendi hazırlattığı ve yalnızca kendi reklam filmlerinde kullanılan müziklere yer vermiştir⁸¹.

⁸⁰ Suluk, Karasu, Nal, **a.g.e.** s.81-82.

⁸¹ Bkz: Dr. Oetker Almanya, Puding reklamı 2012

<https://www.youtube.com/watch?v=rKBhEN86mX0> erişim tarihi 16.03.2018

D. Reklamın Tüketiciye Ulaştırılması

1. Genel Olarak

Reklamın hazırlık ve yaratım aşamasına ve sonrasında tüketiciye ulaşana dek bu süreçte genellikle birçok kişi katılmaktadır. Sanat yönetmenleri, metin yazarları ve grafikerlerden oluşan yaratıcı ekip , reklamı, reklam verenin talimatları doğrultusunda yaratır⁸². Daha sonra hazırlanan reklam genellikle mecra kuruluşu aracılığıyla tüketiciye kadar ulaştırılır. Bu bağlamda reklamdaki kişiler; reklam veren, reklam ajansı, mecra kuruluşu ve hedef kitle olarak belirlenebilir.

Reklamdaki kişilerin yanı sıra reklamın tüketiciye ulaştırılmasında inceleme alanı bulacak kurum “reklam sözleşmeleri”dir. Bu başlığın kapsamına hem tarafları reklam veren ve reklam ajansı olan reklam hazırlama sözleşmeleri girmekte hem de reklam ajansı ile reklamı tüketiciye ulaştıracak mecra kuruluşu arasındaki reklamın yayınlanmasına dair sözleşmeler girmektedir. Ayrıca uygulamada bu iki sözleşmenin unsurlarının bir arada bulunduğu karma sözleşmelerle de karşılaşılabilir.

2. Reklamda Kişiler

a. Reklam Veren

Reklamın ortaya çıkabilmesi için öncelikle bir reklam veren bulunmalıdır. 4077 sayılı mülga TKHK 3.madde 1.fıkrasında reklam veren “*Ürettiği ya da pazarladığı malın/hizmetin tanıtımını yaptırmak, satışını arttırmak veya imajını yaratıp güçlendirmek amacıyla hazırlattığı, içinde firmasının ya da mal/hizmet markasının yer aldığı reklamları yayınlatan, dağıtan ya da başka yollarla sergileyen gerçek ya da tüzel kişi*” şeklinde tanımlanmaktaydı. Aynı tanıma mülga Reklam

⁸² İnal / Baysal a.g.e, s. 124

Yönetmeliğinin 4.maddesinin d) bendinde de yer verilmiştir. 6502 sayılı Tüketici Kanunu’da ise reklam verenin tanımı yapılmamış ancak yeni Ticari Reklam Yönetmeliğinde reklam veren 4.maddde 1.fıkra m) bendinde şu şekilde tanımlanmıştır: “Ürettiği ya da pazarladığı malın veya hizmetin tanıtımını yaptırmak, satışını arttırmak veya marka algısını güçlendirmek amacıyla hazırlattığı ve içinde firmasının ya da markasının yer aldığı reklamları yayınlatan, dağıtan ya da başka yollarla sergileyen gerçek veya tüzel kişidir”.

Reklam özünde bir tüketim malının, hizmetin ve ticari düşüncenin tüketicilere tanıtılması olduğundan reklam verenler esas itibariyle tanıtılan ürünün üreticisi veya satıcısı, hizmetin ise sağlayıcısı olan kimselerdir. Bazı durumlarda bu saydığımız kişilerden başka üçüncü kişiler de reklam veren olabilirler.⁸³ Buna örnek olarak; “...bir pamuk satıcısının, pamuklu kumaşların satış oranını arttırmak için, bir reklamda pamuklu ürünlerin insan sağlığına daha uygun olduğundan söz ederek, çeşitli markalarla üretim yapan firmalara ait giyim ürünlerindeki pamuk oranlarını liste halinde yayınlaması ile bir sigorta komisyoncusunun, çeşitli sigorta şirketlerinin sigorta ücretlerini bir tabelada göstermesi⁸⁴” verilebilir. Bir görüşe göre reklam veren üçüncü kişi, reklam yoluyla bir başka kişi ya da firmayı, malı veya hizmeti kötülemeyi amaçlayan bir rakip de olabilir⁸⁵.

b. Reklam Ajansı (Reklamcı)

Reklam sektörünün günümüzde gelmiş olduğu noktada bir reklamın en etkin şekilde, en doğru mesajı, hedeflenen en geniş tüketici kitlesine ulaştırabilmesi bakımından profesyonel bir reklam ajansının gerekliliği kuşkusuzdur. Bundan dolayı büyük şirketler bütçelerinden hatırı sayılır meblağları bu sektörde reklama ve dolayısıyla reklam ajanslarına aktarmaktadırlar.

⁸³ Göle, **a.g.e**, s.47

⁸⁴ Adem Aslan, **Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Karşılaştırmalı Reklamlar**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2012, s.60.

⁸⁵ Göle, **a.g.e**, s.47; İnal **a.g.e**, s.121

4077 sayılı mülga TKHK'un 3.madde 1.fıkra m) bendinde "reklamcı" şeklinde ifade edilen reklam ajansı "Ticari reklam ve ilanları reklam verenin duyduğu ihtiyaç doğrultusunda hazırlayan ve reklam veren adına yayınlanmasına aracılık eden ticari iletişim uzamanı gerçek veya tüzel kişi" olarak tanımlanmıştı. 6502 sayılı Tüketici Kanunu'nda reklam veren gibi reklam ajansı da tanımlanma yoluna gidilmeyerek yeni Ticari Reklam Yönetmeliğinde tanımlanmıştır. Buna göre reklam ajansı: "Reklamı, reklam verenin talebi doğrultusunda hazırlayan veya reklam veren adına yayınlanmasına aracılık eden gerçek veya tüzel kişi"dir. Görüldüğü gibi yönetmelik yalnızca reklam hazırlayan kişiyi ve kuruluşları değil aynı zamanda reklam veren ile reklamın yayını üstlenen mecra kuruluşlarıyla aracılık faaliyetini sağlayan kişileri de reklam ajansı olarak kabul etmiştir.

c. Mecra Kuruluşu

Mecra kuruluşu 4077 sayılı TKHK 3. madde 1.fıkra n) bendinde "*Ticari reklam veya ilânı hedef kitleye ulaştıran iletişim kanallarının ya da her türlü aracın sahibi, işleticisi veya kiralayıcısı olan gerçek veya tüzel kişi*" şeklinde tanımlanmıştı. Aynı tanıma mülga Ticari Reklam yönetmeliğinin 4.maddesini 1.fıkra f) bendinde de yer verilmiştir. 6502 sayılı Tüketici Kanunu'nda ise tıpkı reklam veren ve reklam ajansı gibi mecra kuruluşunun da tanımına yer verilmemiş olup tanımlama yoluna yeni Ticari Reklam Yönetmeliği'de gidilmiştir. Buna göre mecra kuruluşu; "*Reklamın yayınlandığı ve hedef kitleye ulaştırıldığı her türlü mecra'nın sahibi olan veya bunları işleten ya da kiraya veren gerçek veya tüzel kişiyi*" ifade etmektedir.

Doktrinde bir görüş "mecra kuruluşu ibaresinin her ne kadar tanımında tüzel kişilerle birlikte gerçek kişilere de yer verilmişse de "kuruluş" kelimesinin örgütsel bir yapıyı çağrıştırması sebebiyle isabetli bir ifade seçimi olmadığı görüşündedir⁸⁶. Gerçekten de reklamın tüketiciye ulaştırıldığı mecra'nın sahibi, işleteni veya kiraya vereni denildiğinde akla ilk gelen gazete ve dergi sahipleri, televizyon ve radyo kanallarının sahipleri ya da web sitesi sahipleri tüzel kişi olabildikleri gibi özel kişi de

⁸⁶ Aslan, **a.g.t.** s.69-70

olabileceklerinden bunların tamamının kuruluş olarak adlandırılması yerine mevzuatta daha kapsayıcı bir tanıma yer verilmesinin isabetli olacağı gibi kalıplaşmış hukuki tabirlerin korunmasında da yarar olduğu kanaatindeyiz.

d. Hedef Kitle (Tüketici)

Reklam geniş anlamda malların ve hizmetlerin doğrudan veya dolaylı olarak sürümünü arttırmaya yönelik tanıtımlar olarak tanımlandığında bu tanıtımların muhatabı olarak seçilen hedef kitle şüphesiz tüketiciler olmaktadır.

Tüketici; mülga TKHK 3.madde 1.fıkra e bendinde “*Bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişi*” şeklinde tanımlanmıştı. Yeni Tüketici Kanunu’nun 3.madde 1.fıkra k) bendinde ise tüketici, “*Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi*” olarak tarif edilmiştir. Yeni tanımdan mal veya hizmet edinen, kullanan veya yararlanan ifadeleri çıkartılıp onun yerine tanıma hareket eden ifadesi eklenmiştir. ASLAN’a göre bu değişikliğin amacı tüketicinin sadece bir sözleşmenin tarafı olarak değil, sözleşme yapılmadan önce ve sonra da korunma ihtiyacının varlığının ortaya çıkmasıdır⁸⁷. Buradan hareketle reklamların muhatabı olan hedef kitle sadece dar anlamıyla tüketici yani tanıtılan ürün veya hizmeti satın alan, edinen, ondan yararlanan nihai tüketici değil geniş anlamda tüketici yani reklamın ulaştığı potansiyel müşterilerdir denebilir⁸⁸.

3. Reklam Sözleşmeleri

a. Genel Olarak

⁸⁷ İ.Yılmaz Aslan, **6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku**, Bursa, Ekin yayınları, 2014, s.3

⁸⁸ Bu konuda nihai tüketici ve müşteri ayrımı için bkz: İnal, **a.g.e**, 124-125

Reklam sözleşmeleri üst kavram olarak reklamla ilgili tüm sözleşmeleri kapsamaktadır. Reklam verenin reklamın görsel veya yazılı medya ya da başka mecralarda yayınlanması veya görünmesi için mecra kuruluşu ile yaptığı sözleşmeler; reklam verenin, reklam ajansı ile aktettiği reklamın yaratılmasına ve hazırlanmasına ilişkin sözleşmeler ile reklam ajansının reklamın hazırlanmasında görev almak üzere çeşitli oyuncu, sanatçı ve teknik elemanla yaptığı sözleşmeler dahi bu kapsamda değerlendirilmektedir⁸⁹. Mevzuatımızda “reklam sözleşmesi” açık olarak düzenlenmemiştir. Reklam sözleşmelerine dair genel bir tanım vermek gerekirse; “herhangi bir mal ve hizmetin tanıtımını amaçlayan reklam ürününün hazırlanması faaliyeti ile tanıtımı sağlayacak yayın vb. faaliyeti gerçekleştirmeye yönelik sözleşmeler⁹⁰” reklam sözleşmesi olarak adlandırılabilir.

Biz bu sözleşmeleri “reklam yapım sözleşmeleri” ve “reklam yayın sözleşmeleri” şeklinde iki başlık altında inceleyeceğiz. Ancak belirtmek gerekir ki bu iki tip sözleşme uygulamada kimi zaman iç içe geçmektedir zira tanıtımı sağlayacak reklam materyalini hazırlayan taraf olan reklam ajansları bu reklam materyali kullanılarak tanıtım faaliyetlerinin yapılmasını sağlayacak sözleşmelerin gerçekleştirilmesini de taahhüt etmektedir. Yani reklam ajansları reklam verene karşı edimini yerine getirmek için mecra kuruluşu ile başka bir sözleşme kurma borcu altına girmektedir. Bu hallerde bileşik sözleşmenin varlığından söz edilebilecektir. Bileşik sözleşmeler bağımsızlıklarını koruyan ancak geçerlilikleri ve varlıkları birbirlerine bağlı olan sözleşmelerin bir araya gelmesi şeklinde kurulan sözleşme birlikleri şeklinde tanımlanmaktadır. Bu durumda reklam ajansının mecra kuruluşu ile yaptığı reklam yayınına dair sözleşme geçerlilik bakımından reklam verenin reklam ajansı ile yapmış olduğu reklam yapımına dair sözleşmeye bağlı kılınmış ise bileşik sözleşmenin varlığını kabul etmek gereklidir⁹¹.

⁸⁹ Saibe Oktay-Özdemir, Reklam Sözleşmelerinin Hukuki Nitelikleri, **Uluslararası Reklam Hukuku Sempozyumu**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2009, s.106

⁹⁰ Oktay-Özdemir, **a.g.m.**, s.107

⁹¹ Oktay-Özdemir, **a.g.m.**, s.108; İnal, **a.g.e.**, s.122

b. Reklam Yapım Sözleşmeleri

Reklam yapımı sözleşmesi, reklamın hazırlanma aşamasında reklam ajansının bir ücret karşılığında reklam verenin talep ettiği reklam materyalini hazırlamayı taahhüt ettiği sözleşmedir⁹². Bu sözleşmenin kanunda düzenlenen sözleşmelerden biri dahilinde değerlendirilip, değerlendirilemeyeceği yoksa “sui generis” bir sözleşme mi olduğu önem arz etmektedir. Bir sözleşmenin hukuki niteliğini esaslı unsurlarına bakarak belirlemek gereklidir. Reklam yapım sözleşmelerinde ana edimler mal ve hizmetlerin ticari olarak tanıtımına yönelik materyal hazırlama ve ücrettir⁹³. Materyal teriminden anlaşılması gereken yalnızca film, broşür, katalog, afiş, kitap veya web sayfası değil reklam konsepti, çeşitli promosyonlar gibi maddi eser olarak vücut bulmayan fikri eserleri de kapsayan yazılı ve sözlü tanıtıma yönelik faaliyetlerdir⁹⁴. Ana edimlerine bakıldığında reklam yapım sözleşmeleri kanunda düzenlenmiş olan sözleşmelerden eser sözleşmesine veya vekalet sözleşmesine yakın bulunmaktadır⁹⁵.

Doktrinde bir görüş reklam materyalinin hazırlanmasına dair sözleşmelerin eser sözleşmesi olarak kabulünü savunmaktadır⁹⁶. Eser sözleşmesi TBK’nun 470. maddesine göre “yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.” Bir başka görüş ise eser sözleşmesinin yalnızca somut ve maddi anlamda eserler için söz konusu olacağını soyut ve fikri eserler bakımından bu sözleşmelerin eser sözleşmesi sayılamayacağını ve bunlarla vekalet sözleşmesi arasında benzerlik kurulabileceğini savunmaktadır⁹⁷. Buna karşın bugün doktrindeki genel kabul ve Yargıtay Kararları da istikrarlı bir biçimde insan emeği ürünü olup bir bütün görünümü sergileyen ve ekonomik değeri bulunan bağımsız hukuki varlıkları, maddi nitelikte olsun veya olmasın eser kabul

⁹² Tekelioğlu, **a.g.e.**, s.41

⁹³ Oktay-Özdemir, **a.g.m.**, s.110

⁹⁴ Oktay-Özdemir, **a.g.m.**, s.111, İnal / Baysal, **a.g.e.**, s.7

⁹⁵ Oktay-Özdemir, **a.g.m.**, s.111

⁹⁶ Aydın Zevkliler, Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Turhan Kitabevi Yayınları 12.Bası, Ankara,2013, s.456; İnal, **a.g.e.**, s.122; Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen; **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, Beta Basım, Yenilenmiş 8. Baskı, İstanbul, 2010, s.350

⁹⁷ Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, İstisna (Eser) ve Vekâlet Sözleşmeleri Vekâletsiz İş Görme Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri, c.2, Vedat Kitapçılık, 1989 Yılı Dördüncü Tıpkı Basımdan 5. Tıpkı Basım, 2010, s.19.

etmektedir⁹⁸. Reklam da insan emeğinin ürünü olup bir bütün görünümü sergilemekte ve ekonomik bir değeri haizdir⁹⁹. Daha önce de belirttiğimiz gibi FSEK’te sayılan şartları taşıyan reklamların eser olarak kabulü gereklidir.

Soyut ve maddi olmayan fikri eserlerin, eser sözleşmesinin konusunu oluşturacağı kabul edilmişse de reklam yapım sözleşmesinin özünde eser sözleşmesinden farklı unsurlar içerdiğini de gözden kaçırmamak gereklidir¹⁰⁰. Bu noktada en önemli fark reklamın eser niteliği sebebiyle yapılan eser üzerindeki tasarruf hakkının tamamen reklam verende olmaması, reklamı yaratanların eser üzerindeki haklarının devam etmesi olarak kabul edilebilir zira eser sözleşmesine göre yaratılan şeydeki tasarruf hakkı teslimle birlikte tamamen iş sahibine terk edilmektedir¹⁰¹. Bunun yanı sıra; *“reklam yapanın reklam verenin talimatlarına uymasının kendisi için cezai yaptırıma neden olacak olması halinde bu talimatları yerine getirmeme hakkının tanınması zorunluluğu, yapılan kısmı tazmin ederek sözleşmeyi sona erdirmeye hakkının reklam yapım sözleşmelerine uygun düşmemesi, sözleşmenin sona ermesinden sonra da tarafların karşılıklı çıkarlarını koruma borcunun devam etmesi, eser sözleşmesinde işin yöneldiği sonucun kusur olmaksızın elde edilememesinde rizikonun tamamen müteahhide ait olması”* reklam yapım sözleşmelerinin eser sözleşmesi olarak kabulüne engel hususlar olarak sayılabilir¹⁰².

Reklam yapım sözleşmelerine eser sözleşmesi hükümlerinin bazılarının uygulanamaması, reklam yapım sözleşmelerinin eser sözleşmesi olmaktan çıkıp saf vekalet sözleşmesi olarak kabulüne de zemin hazırlamamaktadır. Reklam yapım sözleşmesinde yaratılan eserin manevi hak sahipliği reklam materyalini hazırlayanda iken vekalet sözleşmesinde iş vekil edene aittir. Buna ek olarak, vekalet sözleşmelerinin temel özelliği vekilin her daim istifa hakkının, vekil edenin de azil hakkının olmasıdır. Sözleşmenin her zaman sona erdirilebilme özelliği, bir işin yapılması kendisine ısmarlanmış reklam yapanı zarara sokan bir uygulama

⁹⁸Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Yetkin Yayınları, 4.Baskı, Ankara, 2017, s.592; Zevkliler / Gökyayla, **a.g.e.**, s.455; ⁹⁹ Oktay-Özdemir, **a.g.m.**, s.112.

⁹⁹ Tekelioğlu, **a.g.e.**, s.42

¹⁰⁰ Oktay-Özdemir, **a.g.m.**, s.113

¹⁰¹ Oktay-Özdemir, **a.g.m.**, s.112-113

¹⁰² Oktay-Özdemir, **a.g.m.**, s.113; Ayrıntılı bilgi için bkz: **a.g.m.**, s.114 vd.

olacağından reklam yapım sözleşmelerinin vekalet sözleşmesi sayılmasına aykırı bir durum oluşturacaktır. Son olarak vekalet sözleşmesinde vekilin kişiliği, şahsi ilişki ve güven ilişkisi ön planda iken reklam yapım sözleşmesinde yapılan iş öne çıkmaktadır. Tüm bu sayılan farklılıklar reklam yapım sözleşmelerinin vekalet sözleşmesi sayılamayacağı sonucunu doğurmaktadır¹⁰³.

Kanaatimizce en doğru çözüm reklam yapım sözleşmelerinin kanunda düzenlenmeyen isimsiz sözleşmelerden olduğunun kabul edilerek eser ve vekalet sözleşmesinin hükümlerinin reklam yapım sözleşmelerine ancak niteliğine uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanmasıdır¹⁰⁴.

c. Reklam Yayın Sözleşmeleri

Reklam veren reklam ajansına hazırlattığı veya kendisinin hazırladığı reklamı arzu ettiği hedef kitleye ulaştırmak amacıyla belli yayın mecralarında yayınlanmasını tercih edebilir. Hazırlanan bu reklamların yayınlanmasını konu alan sözleşme “reklam yayın” sözleşmesidir.

Bu sözleşmenin tarafları reklam veren ve mecra kuruluşları olabileceği gibi reklam ajansı ve mecra kuruluşu da olabilir. Uygulamada sıklıkla görülen bu ikinci ihtimalde reklam verenin reklam ajansı ile aktettiği reklam sözleşmesi gereği reklam ajansı hem reklam yapımını, hem de üretilen reklamın çeşitli mecralarda yayınlanmasını taahhüt etmektedir. Çünkü genellikle piyasada reklam materyallerini hazırlayanlar, aynı zamanda tanıtım ve benzer organizasyonları gerçekleştiren ajanslar olarak karşımıza çıkmaktadırlar. Bu ajanslar reklam verene karşı taahhüdünü yerine getirmek üzere mecra kuruluşları ile başka sözleşme veya sözleşmeler kurma yükümlülüğü altına girmektedirler¹⁰⁵. Bu ihtimalde reklam ajanslarının mecra kuruluşları ile yaptıkları sözleşmeleri reklam veren lehine üçüncü kişi yararına

¹⁰³ Oktay-Özdemir, **a.g.m.**, s.117.

¹⁰⁴ Aynı yönde bkz: Oktay-Özdemir, **a.g.m.**, s.118.

¹⁰⁵ Oktay-Özdemir, **a.g.m.**, s.107

sözleşme olarak değerlendirmek yerinde olacaktır¹⁰⁶. Zira reklam veren reklam ajanslarının mecra kuruluşları ile yaptıkları reklam yayın sözleşmelerinin tarafı değildir. Üçüncü kişi yararına sözleşmelerde taraflardan biri, sözleşme tarafı olmayan üçüncü bir kişiye edada bulunmayı taahhüt eder, üçüncü kişinin kural olarak sadece edimi kabul etme yetkisi olup taahhütte bulunandan ifayı talep edemez, ifayı talep etme hakkı taahhüt ettirendedir. Bu haliyle sözleşme, eksik üçüncü kişi yararına sözleşme olarak adlandırılır. Eğer üçüncü kişi yararına sözleşme yapanların arzusu, örf ve adet üçüncü kişi veya haleflerinin borcun ifasını borçludan talep edebileceği yönündeyse o halde tam üçüncü kişi lehine sözleşmeden bahsedilmektedir¹⁰⁷. Kanaatimizce reklam veren, reklam ajansının reklamın yayınlanması taahhüdü karşılığında bir bedel ödemeyi kabul ettiğinden üçüncü kişi yararına sözleşmede açıkça belirtilmemiş olsa dahi örf ve adet gereği mecra kuruluşundan reklamın yayınına içeren edimin ifasını talep edebilmelidir.

Doktrinde reklam yayın sözleşmelerinin de eser sözleşmesi olduğu yönünde görüş bulunmaktadır.¹⁰⁸ Ancak bu durumda da eser sözleşmesinin tüm hükümlerinin reklam yayın sözleşmesine uygulanması mümkün değildir. Örnek vermek gerekirse; eser sözleşmesinde iş sahibinin ayıplı eser teslimi sonuçlarına ilişkin TBK madde 474 vd. hükümleri uygulanamaz çünkü reklamın her hangi bir yerde yayınlanması ile sonuç sağlanmış, yani maddi olarak kalıcı bir sonuca dönüşmeden ifa tamamlanmış olur¹⁰⁹. Benzer şekilde sözleşmeye aykırı bir durumun olması, mesela reklam filminin televizyonda öngörülenden kısa gösterilmesi, yayım zamanının sözleşmede öngörülenden farklı olması gibi durumlar ayıplı ifa halleri olmasına rağmen eserin ücretsiz onarılması seçimlik hakkı reklam veren tarafından kullanılamayacaktır. Bunun yerine tazminat hükmüne gidilmesi yerinde olacaktır. Son bir tespit ise reklam yayınının belli bir sürece yayılması yani ifanın belirli bir zaman dilimine yayılması da bu sözleşmeleri özü bakımından eser sözleşmesinden uzaklaştırmaktadır. Buna karşın reklam yapım sözleşmelerine, eser sözleşmelerine ait bazı hükümlerin uygulanması

¹⁰⁶ Oktay-Özdemir, **a.g.m.**, s.120

¹⁰⁷ Haluk N. Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş 11.Bası, İstanbul, Beta Basım, 2012, s.315

¹⁰⁸ Yavuz – Acar – Özen, **a.g.e.**, s.350; İnal, **a.g.e.**, s.123

¹⁰⁹ Oktay-Özdemir, **a.g.m.**, s.120

mümkün olabilir. Örneğin; reklamı yayınlayacak mecra kuruluşu işe zamanında başlamaz veya ertelerse reklam veren veya reklam ajansı ifa zamanı geldiğinde fesih hakkını kullanabilir¹¹⁰.

Bir diğer görüş reklam yayın sözleşmelerinin vekalet sözleşmesi sayılabileceği yönündedir¹¹¹. Sözleşmeden doğan borcun özenli ifa edilmesi yükümlülüğüne aykırı hareket edilmesi ihtimalinde sözleşmenin sona erdirilmesi vekalet sözleşmesinin hükümlerine uygun düşecektir. Ayrıca vekaletle ilişkin hükümler TBK'nun 502.maddesinin 2.fıkrasına göre kanunda düzenlenmemiş olan isimsiz işgörme sözleşmelerine uygun düşükleri ölçüde uygulanmaktadırlar¹¹².

Bu hususta sonuç olarak, reklam yayın sözleşmelerinin sui generis sözleşme niteliğinde oldukları kabul edilmesiyle doğrudan eser veya vekalet sözleşmesinin hükümlerinin uygulanmasından kaçınılarak benzer sözleşmelere ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanmasının bu sözleşmelerin doğasına uygun olacağı kanaatini paylaşmaktayız¹¹³.

II. KARŞILAŞTIRMALI REKLAM

A. Karşılaştırmalı Reklam Tanımı

Reklam, bir kimsenin sadece kendisinin, ürettiği malın veya hizmetin üstün niteliklerini belirtmesi şeklinde yapılabileceği gibi; rakibin şahsı, iş şartları veya ürettiği mal ve hizmet ile açık veya örtülü bağlantı kurma yoluyla kendisinin, veya mal ve hizmetlerinin rakibininkinden daha ucuz, daha üstün veya onun ayarında olduğunun belirtilmesi şeklinde de yapılabilir. Bu ikinci durumdaki gibi yapıldığında

¹¹⁰ Oktay-Özdemir, **a.g.m**, s.120

¹¹¹ Tandoğan, **a.g.e**, s.20 vd

¹¹² Eren, **a.g.e**, s.706.

¹¹³ Aynı yönde bkz: Oktay-Özdemir, **a.g.m**, s.121.

karşılaştırmalı reklam söz konusudur¹¹⁴. Türk mevzuatında mülga 4077 sayılı TKHK döneminde “karşılaştırmalı reklam” a dair bir tanım bulunmazken Aldatıcı Reklamlara ilişkin AB Yönergesi m.2/2(a)’da yer alan “*açıkça veya ima yoluyla rakibi ya da rakibin mallarını veya hizmetlerini belirten reklamlardır*” şeklindeki tanım kabul görüyordu¹¹⁵. Doktrindeki bir görüş bu tanımın karşılaştırmalı reklama dair oldukça geniş bir çerçeve çizmekte olduğunu ve bu tanıma göre ima yoluyla dahi rakip veya rakip mal ve hizmetlerinin reklamda belirtilmesinin karşılaştırmalı reklam sayılacağını savunmaktadır¹¹⁶.

6502 sayılı TKHK’nın yasalaşması sonrasında çıkarılan yeni Ticari Reklam Yönetmeliğinde “karşılaştırmalı reklam” yönetmeliğin 4.maddesi 1.fikrası mülga ğ) bendinde şu şekilde tanımlanmıştır: “*Bir mal veya hizmetin tanıtımı esnasında, rakip mal veya hizmetlere ilişkin unsurların doğrudan veya dolaylı olarak kullanıldığı reklamlar*” Bu tanım hukukumuzda karşılaştırmalı reklam sayılabilecek reklamların yelpazesini daraltmaktadır. Ticari Reklam Yönetmeliğinde yapılan son değişiklik¹¹⁷ ile karşılaştırmalı reklam tanımı son halini şu şekilde almıştır: “*ğ) Karşılaştırmalı reklam: Tanıtımı yapılan mal veya hizmete ilişkin hususlarla aynı amaca ya da aynı ihtiyacı karşılamaya yönelik rakip mal veya hizmetlere ilişkin hususların karşılaştırıldığı reklamları, ... ifade eder.*” İki tanım da reklamdaki mal veya hizmete ilişkin tanıtım faaliyetinin varlığını şart koşmak suretiyle lafzen işletme reklamlarında karşılaştırmalı reklam yapılamayacağı sonucunu çıkartmamıza olanak vermiştir. Zira işletme reklamlarında temel amaç belli düşüncelerin tüketicilere aktarılması yoluyla dolaylı yoldan bir malın veya hizmetin satışının arttırılması olsa da bu reklamlarda bir mal veya hizmet tanıtılmamaktadır¹¹⁸. Doktrinde¹¹⁹ çoğunlukla geçmişte benimsenmiş tanımlarda rakibin şahsıyla bağlantı kurmak yoluyla karşılaştırmalı reklam

¹¹⁴ Erdoğan Moroğlu, Karşılaştırmalı Reklam ve Yargıtay Kararları, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 13-14 Mayıs 1994 s. 4; İnal / Baysal **a.g.e.**, s.54

¹¹⁵ ; İnal / Baysal **a.e.**, s.55

¹¹⁶ Tekelioğlu, **a.g.e.**, s.89, Yelda Ürey, **Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklamlar**, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010 s.26

¹¹⁷ R.G. 30639 sayılı 28.12.2018 tarihli Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

¹¹⁸ Göle, **a.g.e.**, s.40; aynı yönde Bkz: Tekelioğlu, **a.g.e.** s.19

¹¹⁹ Bozbel, **a.g.e.**, s.34; Moroğlu **a.g.e.**, s.5; İnal, **a.g.e.**, s.60 Yazarın aynı eserde şahsa ilişkin karşılaştırmalara cevaz verilemeyeceğine dair görüşe karşıt görüşü için bkz: s. 66-67,

yapılabileceği kabul edilmekteyken ve uygulamada özellikle uluslararası reklam piyasasında bunun örneklerine büyük oranda rastlamak mümkün iken yönergedeki tanım ile tüm bu reklamlar karşılaştırmalı reklam kurumunun dışında bırakılmıştır. İşletmelerin de karşılaştırılabilir özelliklerinin olduğu göz önüne alındığında geçmişte esas alınan AB Yönergesindeki tanıma kıyasla dar bir “karşılaştırmalı reklam” tanımı olarak kabul edilen bu tanımın yukarıda belirtildiği gibi işletme reklamlarını kapsamayacak olması kanaatimizce isabetsizdir. Doktrinde “şahsa ilişkin karşılaştırma” olarak da adlandırılan işletme reklamlarında kullanılabilecek karşılaştırmalar bilinçli bir tercih uyarınca mı tanım dışında bırakılmıştır yoksa kanun koyucunun gözünden kaçan bir nokta mıdır bu bilinmemektedir. Ne mülga Ticari Reklam Yönergesi ne de karşılaştırmalı reklamın tanımının da yapıldığı yeni yönergede ilgili bendin mülga ve güncel versiyonlarında karşılaştırmalı reklamlar yapılması yasak olmadığı halde, şahsa ilişkin karşılaştırmaların hiç mi yapılamayacağı yoksa yapıldığı takdirde karşılaştırmalı reklam sayılmayacağı mı ya da bu tip reklamlarda dolaylı olarak karşılaştırılan işletmenin bir ürün veya hizmetine gönderme yapıldığının varsayımına mı gidileceği şu an itibari ile belirsizliğini korumaktadır. Öte yandan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 55.maddesinin 1.fikrasının a)bendinin 5 numaralı alt bendinde “*. Kendisini, mallarını, iş ürünlerini, faaliyetlerini, fiyatlarını (...) başkaları, malları, iş ürünleri veya fiyatlarıyla karşılaştırmak ya da üçüncü kişiyi benzer yollardan öne geçirmek* ibareleri ile şahsi karşılaştırmalı reklamlara cevaz verildiği kuşkusuzdur. Doktrinde bir görüş bu madde hükmündeki “Kendisini... başkalarıyla ...karşılaştırmak” şeklinde belirtilen karşılaştırma unsurunu “tüketicinin bir ürünü veya bir hizmeti almasını teşvik edecek bazı unsur ve niteliklerin karşılaştırılması olarak yorumlamaktadır¹²⁰. Bunun sebebi yazarın naklen anlatımla; “Kanaatimizce, şahsi karşılaştırmalı reklamlar, gereksiz yere rakibi, mal veya hizmetinden bağımsız olarak salt kötüleme amacı taşıdıklarından hukuka aykırıdır¹²¹” şeklindeki görüşü olmalıdır. Bizim elbette ki bu görüşe katılmamız mümkün değildir zaten yazar da eserinin başka bir bölümünde naklen:” Kanaatimizce, rakiplerin konu edildiği karşılaştırmalı reklamlar tüketicilerin bilgilenmesine hizmet

¹²⁰ Ürey, a.g.t., s.69

¹²¹ Ürey, a.g.t., s.31

etmesi ve rakibin itibarına zarar vermemesi şartıyla hukuka uygundur¹²²” diyerek çelişkiye düşmüştür. Tüketici Kanununun, TTK ile çelişmesinin kanun koyucunun abesle iştigal etmeyeceği ilkesinden yola çıkarak mümkün olmadığı göz önüne alındığında şahsi karşılaştırmalı reklamların yapılabileceği sonucuna varılması gerekirken bunun Tüketici Kanununda yer almaması kanaatimizce eksikliklerdir.

B. Karşılaştırmalı Reklamın Türleri

Karşılaştırmalı reklamları gruplara ayırma hususunda doktrinde farklı yönelimler bulunmakta ve farklı yazarlar farklı kıstaslara göre karşılaştırmalı reklamları gruplamaktadır. Bu bakımdan genel kabul gören bir sınıflandırma henüz mevcut olmamakla birlikte bu güne kadar yapılmış çok çeşitli karşılaştırmalı reklam mevcuttur. Biz karşılaştırmalı reklamları; doğrudan karşılaştırma, dolaylı karşılaştırma, olumlu karşılaştırma ve olumsuz karşılaştırma olarak ayırmayı uygun gördük¹²³.

1. Doğrudan Karşılaştırma

Doğrudan karşılaştırma yapılan reklamlarda tanıtılan ürün veya hizmet başka bir veya birkaç rakip ürün veya hizmet ile açıkça, rakibin markası veya ürününü telahfuz etmek suretiyle kıyaslanarak tüketiciye sunulur. Bu tip reklamlarda yapılan karşılaştırmaya “açık karşılaştırma”¹²⁴ da denilir. Reklamlarda açıkça yapılan “A içecek markasının lezzeti B markasınınkinden daha iyi”, “X telefon operatörünün çekim gücü Y operatöründen daha iyi”, “X marketinde yaptığımız aylık alışverişte harcayacağınız para rakip Y ve Z marketlerinde harcayacağınızdan daha az”¹²⁵ önermeleri doğrudan karşılaştırmaya örnek teşkil eder.

¹²² Ürey, **a.g.t.**, s.39,

¹²³ Aynı yönde Bkz: İnal **a.g.e.**, s.63 – 67.

¹²⁴ İnal / Baysal, **a.g.e.**, s.56 vd.

¹²⁵ EK:1 Carrefour, Lidl ve Leader Price karşılaştırması; aylık 25 mutfak ihtiyacı genel tüketim malzemesi üzerinden yapılmış 30.09.2010 – 07.10.2010 tarihli market kataloglarındaki fiyat karşılaştırması

2. Dolaylı Karşılaştırma

Rakip mal ve hizmetlerin isimleri reklamda belirtilmeden ima yoluyla yapılan göndermelerle oluşturulan karşılaştırmalı reklamlarda dolaylı karşılaştırma söz konusudur. Bu tip reklamlarda genellikle tanıtım firmanın kendi tanıttığı ürün ve diğerleri şeklinde olabileceği gibi “sektörde birinci”, “en iyi”, “en köklü”, “rakip tanımaz” gibi nitelermelerle de yapılabilir¹²⁶. Bu tip karşılaştırmaya örtülü karşılaştırma adı da verilmektedir¹²⁷. Bu tarz reklamları doğrudan karşılaştırma yoluyla yapılan reklamdan ayıran tek husus rakibe ait ürüne, hizmete, markaya, işletme adına yani rakibe ilişkin unsurlara doğrudan ve açıkça yer verilmeyip dolaylı yoldan gönderme yapmak suretiyle reklamın yapılmasıdır. Ayrıca en iyi, en başarılı, alanında öncü gibi nitelermeler kullanılmadan da dolaylı karşılaştırmalı reklam yapmak mümkündür. Örneğin bir soğuk çay markası ürününü koruyucu ve renklendirici içermediğini, doğal ve gazsız olduğunu ileri sürerken kolaya kaçma sloganı ile ima yoluyla aslında kolalı içeceklerle kendi ürününün dolaylı karşılaştırmasını yapmaktadır¹²⁸.

3. Olumlu Karşılaştırma

Olumlu karşılaştırmada reklam veren kendi şahsını veya ürününü rakibinkine denk göstererek rakip markanın veya ürünün tüketici nezdindeki tanınmışlığından ve itibarından yararlanmayı hedeflemektedir¹²⁹. Olumlu karşılaştırma genellikle pazara yeni giren markaların, uzun yıllardan beri piyasada olup tanınmış ve kimi zaman tekelleşmiş rakipleriyle rekabet edebilmek adına sıklıkla tercih ettikleri bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu tip reklamlarda tanıtılan ürün ve hizmetlerin rakip marka veya markalarinki kadar iyi olduğu ve hatta ondan ayrılan olumlu yanlarının

¹²⁶ İnal **a.g.e.**, s.63

¹²⁷ İnal / Baysal, **a.g.e.**, s.57

¹²⁸ EK:2 Lipton İce Tea reklam afişi; Ayrıca bkz: aynı reklam kampanyasında kullanılan video klipte kolaya kaçan ve reklamın sonunda düşerek aşağılanan karakter lider kola markasının renklerini taşımakta ve o markanın reklamların yayımlandıkları esnada reklam yüzü olan starın dans figürlerini taklit etmekte olduğundan rakip firma dolaylı olarak tüketiciler tarafından tahmin edilebilmektedir: <https://www.youtube.com/watch?reload=9&v=xjtMG8yVGg>

¹²⁹ İnal **a.g.e.**, s.67.

olduğu vurgulanmaktadır. Genellikle aynı kalitenin daha ucuza tüketiciye sunulduğu mesajı verilmektedir. Böylelikle de rakip ürün veya hizmet ile tüketicinin nezdinde bir bağlantı kurularak ve onun tanınmışlığından faydalanarak rakip firmanın belki seneler içinde tüketicinin gözünde ulaştığı marka değerine belki de tek bir reklamla ulaşmak mümkün olabilmektedir¹³⁰.

4. Olumsuz Karşılaştırma

Bu tip reklamlar rakiplerin ürünlerinin kötü yönlerinin vurgulandığı, reklamı yapanın tanıttığı ürünlerin rakip ürünlerden daha iyi olduğu mesajının tüketiciye verilmek istediği reklamlardır. Bu reklamlar olumlu karşılaştırma ile karışık bir biçimde de tüketiciye sunulabilir¹³¹. Doktrindeki bir görüşe göre tanıtılan ürünün rakip ürün kadar kaliteli olduğu ancak ondan ucuz olduğu şeklindeki bir iddia olumlu ve olumsuz karşılaştırmayı bir arada bulundurmaktadır çünkü burada kalite bakımından olumlu ancak fiyat bakımından olumsuz bir karşılaştırma mevcuttur¹³².

C. Karşılaştırmalı Reklamın Görünüş Biçimleri

1. Şahsi Karşılaştırmalı Reklamlar

Reklamın genel olarak tanımında bir mal veya hizmetin tanıtılabileceği gibi bir işletmenin de tanıtımını reklam yapmak suretiyle gerçekleştirmenin mümkün olduğunu vurgulamıştık. İşletme reklamları karşılaştırmalı reklam olarak da uygulamada yapılmaktadır ve bunları genellikle şahsi karşılaştırmalı reklam kategorisine sokmamız mümkündür. Karşılaştırmalı reklamlar maddi hususlara yönelik olabileceği gibi örneğin rakip işletmenin tüzel kişiliğine veya marka sahibinin özel kişiliğine yönelik olabilmektedir. Bazı yazarlar şahsi karşılaştırmalı reklamların

¹³⁰ Bozbel **a.g.e**, s.237; İnal / Baysal, **a.g.e**, s.63

¹³¹ Bozbel **a.e**, s.236

¹³² İnal **a.g.e**, s.67.

hukuka aykırı olduğunu ve rakip özel ve tüzel kişiler için gereksiz kötüleme teşkil edeceğini savunmaktadır¹³³.

Bozbel bu tarz reklamlarda reklam sahibinin kötileyici şekilde rakibin şahsi özellik ve ilişkileri veya başından geçen olaylarla bağlantı kurduğunu böyeblikle rakibin güvenilirlik, tecrübesizlik gibi ticari niteliklerini, vatandaşlık, bir dine mensubiyet gibi şahsi niteliklerini reklamın konusu yapmanın hukuka aykırı olacağı görüşündedir¹³⁴. İnal ise şahsa ilişkin karşılaştırmaların ırk, din, cinsiyet ayrımcılığı gibi konulara ilişkin olamayacağını, buna karşın bir milliyete aidiyete dair verilen bilgilerin ancak bu bilgiler küçültücü ve onur kırıcı ise kabul edilemez olduğunu ve örneğin sadece yerli malı tüketiminin vurgulandığı reklamların hukuka aykırı sayılamayacağını savunmuştur. Bu reklamlar objektif olarak doğru iseler ve yanıltıcı ya da karalayıcı değilseler İsviçre Federal Mahkemesinin 1961 yılında verdiği bir kararda yapılmalarının caiz olduklarına hükmedilmiştir.¹³⁵ Gerçekten de reklamında yerli üretim yaptığını söyleyen bir firma dolaylı olarak piyasadaki ithal marka ürün satan işletme ile kendi işletmesini karşılaştırmalı reklam vasıtasıyla kıyaslamış olmaktadır.

Uygulamada gördüğümüz yerli malı sattığından bahseden marka reklamları ile, gururla yerli üretim yapıldığının belirtildiği işletme reklamları sırf verilen bu doğru ve objektif bilgiden dolayı diğer reklamları kötileyici bulunarak haksız rekabete sebebiyet vermekten dolayı cezalandırılmamıştır. Kanaatimizce bu doğru bir uygulama olup şahsa ilişkin karşılaştırmalı reklamları tamamiyle yasaklamak bugünkü rekabet ortamında pazara faydadan çok zarar getirecektir. Yerli malı örneğini ele alırsak, bu bir çok tüketici için ürünlerin tercih edilmesinde önemli bir kıstas olup bir ürünün yerli malı olduğunun veya kooperatif üretimi olduğunun bilgisinin objektif ve ölçülü bir biçimde reklamda dile getirilmesinin tüketicinin faydasına olacağı kuşkusuzdur. Şahsi karşılaştırmalı reklamları hukuka aykırı kabul ettiğimizde bu saydığımız türden reklamlar da hukuka aykırı hale gelecek ve yerli malı üretim yapan

¹³³ Ürey, **a.g.t.** s.31, Bozbel, **a.g.e.** s.42,

¹³⁴ Bozbel, **a.e.** s.42,

¹³⁵ İnal **a.g.e.** s.66-67.

bir işletme bunu tüketiciye yasağı dolanma yoluna giderek anlatmanın yöntemlerini arayabilecektir.

Bozbel de eserinin başka bir bölümünde karşılaştırmalı reklamda belirtilen, işletme sahibinin şahsi nitelikleri ile işletmesine ait bilgilerin arasında bir ayrıma gitmek gerektiğini ve işletme sahibinin ırk, dil ve milliyetini kullanmak yoluyla reklam yapılmasının kabulünün mümkün olmadığını ayrıca bir malın menşesine, üretim yerine ve kalitesine yapılan bağlantıların da hukuka uygun kabul edilmesinin gerekliliğini savunmuştur.¹³⁶ Kanaatimizce de bunun gibi durumlarda Şahsi Karşılaştırmalı Reklamları külliyen hukuka aykırı kabul etmek mümkün değildir. Haksız rekabete sebep olan aldatıcılık, rakibin tanınmışlığından gereksiz faydalanma ve gereksiz kötülemenin varlığı bakımından incelenmeleri ve diğer hukuka uygunluk şartlarının varlığı halinde bu reklamlara cevaz verilmesi gereklidir.

2. Eleştirel Karşılaştırmalı Reklamlar

Reklam veren bir veya birden çok rakibin ürünlerini veya sundukları hizmetleri eleştirerek kendi mal ve hizmetlerinin üstün taraflarına vurgu yapıyorsa o reklam eleştirel karşılaştırmalı reklamdır¹³⁷. Eleştirel karşılaştırmalı reklamlar farklı şekillerde karşımıza çıkabilirler. Bu reklamlar; “A marka çamaşır deterjanı B marka çamaşır deterjanına göre yıkamada daha iyi sonuç verir” şeklinde doğrudan karşılaştırma yoluyla yapılabileceği gibi, “A marka çamaşır deterjanı en yakın rakiplerine göre daha iyi sonuç verir” şeklinde dolaylı olarak da yapılabilir. Her iki şekilde de reklam verenin ürün veya hizmeti rakip veya rakiplerinki ile ilişkilendirilmek ve onlardan üstün olduğu iddia edilen yanlarının belirtilmesi suretiyle tüketiciye tanıtılır bu da eleştirel karşılaştırmalı reklama örnek oluşturur. Bunun yanı sıra eleştirel karşılaştırmalı reklamlar ürün veya hizmetlerin kıyaslanması şeklinde olabileceği gibi yaşanmış bir olaya vurgu yapmak suretiyle de gerçekleştirilebilir. Örneğin Birleşik Krallık’ta tavuk satan ünlü fast food zincirinin ülkedeki tavuk kıtlığı

¹³⁶ , Bozbel, **a.g.e.**, s.99 - 100,

¹³⁷ Bozbel, **a.g.e.**, s.41

sebebiyle 800 restoranını geçici süreyle kapatmasının ardından dünyaca ünlü bir diğer fast food zinciri sosyal medya üzerinden bir afiş yayınlayarak “Bizde tavuk bitmez” sloganıyla Birleşik Krallıktaki restoranlarında bazı tavuklu ürünlerinde indirimli promosyonlar başlatmıştır¹³⁸.

Eleştirel karşılaştırmalı reklamlar bu tip reklamların arasında reklam verenlerce en çok tercih edilen ve tüketicilerin de en çok karşılaştıkları reklamlardandır. Bu tip reklamların tüketicilerin bilgilendirilmesi ve rekabet ortamının sağlanması bakımından oldukça etkin bir rolü vardır. Eleştirel karşılaştırmalı reklamlarda göz önünde bulundurulması gereken husus eleştirinin belli sınırlar ve belli kıstaslara göre yapılması olacaktır¹³⁹. Aksi takdirde bu reklamlar rakiplere yönelik gereksiz kötüleme teşkil edeceğinden aldatıcı reklam statüsünde değerlendirilerek haksız rekabete sebep olduğu varsayılacaktır.

3. Rakibin Tanınmışlığına Dayanan Reklamlar

Bu tür karşılaştırmalı reklamlarda, reklamı yapılan mal veya hizmet rakip ürünlerle ilişkilendirilir ve onlarla denk tutulur. Reklam veren kendi tanıttığı mal ve hizmetlerle rakip mal ve hizmetler arasındaki farka vurgu yapmaktan ziyade, piyasada ünlenmiş ve tanınmış rakibinin bu özelliğinden kendi menfaatine yararlanmak istemektedir. Bu amaçla karşılaştırılan mal veya hizmetlerin iyi yanları vurgulanır ve reklamı yapılan ürünün en az pazardaki tanınmış ürün kadar iyi ve kaliteli olduğu veya bu yönlerden ona denk olduğu vurgulanır¹⁴⁰. “Yeni çıkan A marka çamaşır deterjanı aynı miktarda çamaşırı B markası kadar iyi temizler” önermesi bu tip reklamlarda verilen mesajla örnek olabilir. Bu tarz reklamlarda reklam veren, reklamın muhataplarının rakip ürünün niteliklerini bildiğini, kalitesinin tüketiciler nezdinde bilindiğini, tanınmış ve ünlü olduğu gibi noktalardan hareketle rakip ürünle kendi ürünü arasında bağlantı kurmak böylelikle rakip ürünle kendi ürünü arasında bir

¹³⁸ EK:3; Kaynak: <http://www.haberturk.com/dunyaca-unlu-tavukcu-tavugu-bitti-yuzlerce-restoran-kapandi-1845108-ekonomi> <http://www.pazarlamasyon.com/marka/burger-kingden-kfcnin-tavuk-krizine-gondermeli-reklam-kampanyasi/>

¹³⁹ Karşılaştırmalı reklamların hukuka uygunluk şartları için aş. bkz: s.63 vd.

¹⁴⁰ Bozbel, **a.g.e**, s.43

çağrışım yaratarak tüketicilerin zihninde bir kıyaslamaya gitmelerini sağlamayı hedeflemektedir. Aynı zamanda rakip tanınmış ürünün piyasada tutunmak için o zamana kadar yapmış olduğu tanıtım faaliyetleri ve reklamların giderlerinden tek bir reklam yapmak yoluyla tasarruf etmekte ve gerçekten de bunu maliyete yansıtarak tüketiciye aynı kalitede alternatif ucuz ürün sunabilmektedir. Bu tüketicinin lehine yorumlanacak bir olgu olsa da rakip firma için dürüstlük kuralına aykırılık ve haksız rekabet oluşturacağına dair doktrinde görüşler bulunmaktadır¹⁴¹. Kanaatimizce bu tarz reklamların tamamen yasaklanması yerine belirli kıstaslar ve ilkeler ışığında değerlendirmeye tabi tutularak hem tüketicilerin yararına hem de rekabetin ve piyasanın gelişmesinin sağlanması bakımından da dolaylı olarak rakiplerin yararına bir düzenleme ile kontrol altına alınması doğru olacaktır. Aksi takdirde piyasaya yeni girecek markaların piyasada hakim konumda bulunan markalarla rekabet etmesi oldukça güç hale gelecek ve bundan hem tüketici hem de dolaylı olarak rekabet sebebiyle kendi markasını geliştiremeyen piyasada hakim olan işletme zarar görebilecektir.

4. Ürün veya Hizmetin Fiyatına Dair Karşılaştırmalar

Bu tip karşılaştırmalar bir hizmet veya mal için ödenmesi gereken ücretin esas alınarak değişik mal ve hizmetlerle mukayese edilmesidir. Fiyat karşılaştırmalarında önem arz eden nokta ürünlerin nitelik ve nicelik bakımından mukayese edilebilir olmasıdır. Ayrıca fiyatlar güncel ve doğru olmalıdır, reklamda belirtilen fiyatların doğruluğunun ispat külfeti reklam verendedir¹⁴². Bu karşılaştırmaların objektifliği ilkesinin bir gereğidir. Bir rakip ürünün fiyatının doğru verilmemiş olması ihtimalinde karşılaştırmaların objektifliği ilkesi ihlal edilmiş olur ve reklam aldatıcı hale gelir ayrıca bu yanlışlığın reklam veren tarafından bilinmesi de önem arz etmez¹⁴³. Ülkemizde de uygulanmakta olan serbest piyasa ekonomisi kuralları gereği satıcılar sattıkları ürünün fiyatını belirlemede özgürdürler ve yüksek fiyat belirledikleri gerekçesiyle

¹⁴¹ Bozbel, **a.g.e**, s.101

¹⁴² Bozbel, **a.e**, s.43

¹⁴³ Bozbel, **a.e**, s.194

eleştirilmeleri hukuka aykırı olacaktır zira ürünün fiyatının belirlenmesinde maliyete ait kalemler; ham maddenin menşei ve kalitesi, işçiliğin kalitesi, ürünün geliştirilmesi sürecindeki ar-ge masrafı ve tanıtım masrafları ve kar marjı da kuşkusuz göz önüne alınması gereken hususlardır.

Fiyat karşılaştırmalarının çeşitli görünüşleri vardır. Genellikle marketlerin sattıkları ürünler bazında kullandıkları bir yöntemde tüketiciye “ en iyi fiyat garantisi” verilmek suretiyle eğer o markette satılan bir mal başka bir perakendeci markette daha ucuza satılıyorsa aradaki fiyat farkının karşılıksız tüketiciye ödenmesi gibi bir promosyon uzun süre ülkemizde de teknoloji marketlerince uygulama alanı bulmuştur.

Ayrıca başka bir karşılaştırmada A marketinin fason ürettirdiği ve kendi markası altında sattığı bir ürünün yine kendi marketinde satılan benzer B marka ürünle nitelik ve fiyat olarak karşılaştırılması şeklinde karşımıza çıkabilmektedir¹⁴⁴. Son olarak da yine yerli reklam piyasasında henüz örneğini görmediğimiz bir fiyat karşılaştırmasında; süpermarketler belli tarihler içerisinde bastırılan kendi kataloglarında ve rakip firmaların kataloglarında yer alan aynı marka ve nicelikteki ürünlerin satış fiyatlarının ortalama bir ailenin aylık market alışverişini temsil edecek şekilde zorunlu mutfak harcamasını oluşturan ürünlerden derlenen bir alışveriş sepetinin fiyatının karşılaştırılması yoluyla reklam yapabilmektedirler. Böylece aylık market alışverişinin diğer marketlere kıyaslandığında o markette yapıldığı takdirde tasarruf edileceği algısı tüketicide yaratılmaya çalışılmaktadır¹⁴⁵.

5. Süperlatif Karşılaştırmalı Reklamlar

Süperlatif tabiri Fransızca kökenli bir kelime olup dilimizde üstünlük bildiren ve “en” zarfıyla kurulan tüm sıfatlarla kurulan nitelemelere verilen kapsayıcı bir isimdir. En büyük, en güzel, en çok satan, en hızlı, en akıllı gibi nitelemeler bu başlık altında inceleme alanı bulur. Bu sözcüklerle verilen mesajları ileten ve üstünlük

¹⁴⁴ EK:4 nutella reklamı

¹⁴⁵ EK:5 Carrefour – Auchan – Intermarché- L’ecclerc alışveriş sepeti reklamı çevrimiçi kaynak: <http://www.leparisien.fr/economie/consommation/notre-panier-de-50-produits-les-prix-baissent-en-janvier-12-01-2017-6555381.php> erişim tarihi 01.08.2019

bildiren reklamlar da karşılaştırmalı reklam niteliğindedirler. Türkçede bu tarz reklamları karşılayan bir kelime bulunmadığından doktrinde bu tip reklamlara “zirvede tek başına reklamları” da denmektedir¹⁴⁶. Bunun yanı sıra “lider”, “birinci” ve “bir numaralı” gibi nitelemelerle kurulan önermeleri içeren reklamları da bu başlık altında incelemeyi uygun görmekteyiz.

Bu tip karşılaştırmalı reklamlar genellikle dolaylı(örtülü) karşılaştırmaların yapıldığı reklamlardır zira tüketicinin zihninde en üstün ürün veya hizmetin ya da işletmenin kendisinin olduğu belirden bu reklamlarda rakiplerin isimleri genellikle hiç zikredilmez. Buna örnek olarak “dünyanın en çok satan cep telefonu markası” veya “lider bulaşık makinesi üreticilerinin önerdiği bulaşık deterjanı” ya da “bir numaralı alman çikolatası” gibi sloganlar verilebilir ve reklamda bu sloganlardan sonra rakibin anlaşılmasını sağlayacak marka, isim ve şekillere yer vermeye gerek kalmaz zira en üstün olan belirtildiğinden rakipleri saymaya gerek yoktur. Ancak reklamdan piyasadaki sınırlı sayıda rakibin anlaşılabilirdiği ve net olarak bu rakiplerin bilinebildiği durumlarda reklamın açık karşılaştırma içerdiğine dair bir görüş de mevcuttur¹⁴⁷.

Süperlatif reklamlarda önem arz eden husus bu reklamların hukuka uygun olabilmesi bakımında reklamlarda verilen mesajların gerçeğe uygun olması ve iddiaların bir takım tarafsız ve objektif verilerle desteklenmesidir.¹⁴⁸ Buna karşın tüketicinin kolayca idrak edebileceği türden ciddiye alınmayacak abartıya izin verilir ve bunun ispatlanması da gerekmez. İçi boş ve reklamın hitap ettiği kesim tarafından dikkate alınmayan abartılı sözcükler, ilaveler ve sembollerde belirli bir rakibin ürünlerine fikri bir yönlendirme amaçlandığını kabul etmek doğru olmayacaktır¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Bozbel, **a.g.e**, s.44; Ürey **a.g.t**, s.34.

¹⁴⁷ Bozbel, **a.g.e**, s.44; 88 no’lu dipnottan naklen: *AtlasJet tarafından “henüz ikinciyiz!” sloganıyla yapılan gazete reklamlarında, bu ikinciliğin, IATA (Uluslararası Hava Taşımacılığı Birliği) üyeliğine kabul edilen ikinci Türk havayolu şirketi olmasına istinaden olduğunun belirtilmesi halinde, burada kastedilen, yani birinci durumdakinin Türk Hava Yolları olduğu anlaşılmaktadır.*

¹⁴⁸ Karşılaştırmalı reklamların hukuka uygunluğunda ayrıca incelenecektir. Bkz: s.

¹⁴⁹ Bozbel, **a.g.e**, s.44; s.106

6. Tanıklı Karşılaştırmalı Reklamlar

Reklamlarda, ileri sürülen iddiaları, mal veya hizmetin üstünlüğünü, kalitesini kanıtlamak veya imajı güçlendirmek amacıyla, çeşitli kuruluşların test ve raporlarına, bilim adamlarının, ünlü kişilerin, tüketicilerin veya o mal veya hizmeti kullanan kişilerin görüşlerine başvurmak yoluyla¹⁵⁰ yapılan karşılaştırmalı reklamlar bu gruba girmektedir.

Bilimsel araştırma sonuçlarının reklamlarda kullanılmasının esas itibariyle hukuki bir sorun yaratmaması gerekir meğer ki bu sonuçlar objektif ve doğru olsun ve tüketiciye tam olarak aktarılsın. Reklamda aktarılan sonuçların elde edildiği testlerin yapıldığı laboratuvar ve kuruluşlar reklamı yapılan ürün ve işletmeden bağımsız olmalı ve test sonuçlarının tarafsızlığı tüketiciye garanti edilmelidir. Araştırmanın en başından itibaren bir ürünün lehine sonuç çıkaracak biçimde planlanması ve karşılaştırmının objektif ölçütleri sağlamaması, test yöntemlerinin bilim camiasında kabul görür yöntemler olmaması ve tüketicinin kararını etkileyecek esaslı noktaların teste tabii tutulmamış olması bağımsızlığın ve tarafsızlığın ihlali olarak nitelendirilebilecektir¹⁵¹.

Bilimsel araştırma sonuçları reklamda tüketiciye çarpıtılarak ve yanlış bir biçimde aksettiriliyorsa bu aldatıcı reklama girer ve haksız rekabete sebep olur¹⁵². Karşılaştırmalı reklamlarda tüketicinin iknası bakımından sıklıkla kullanılan bilimsel araştırma metodu “karşılaştırmalı ürün testleri”dir. Bu metod tarafsız kişi ve kurumlarca yapılan birbirine rakip ürünlerin tüketiciler açısından önemli olan esaslı unsurlarının birbiriyle karşılaştırılması sonucunda elde edilen verilerin sonucunun reklam yoluyla tüketiciye sunulmasından ibarettir. Bu tür testlerin tarafsız ve gerçeğe uygun olması yanıltıcı ve gereksiz yere kötileyici olmaması gereklidir zira tüketiciler

¹⁵⁰ İnal, **a.g.e.**, s.75

¹⁵¹ Özdemir, **a.g.e.**, s.84

¹⁵² Göle, **a.g.e.**, s.88.

bu tür testlerle elde edilen verilere büyük güven duyarlar ve bu tip reklamların inandırıcılığı oldukça yüksektir¹⁵³.

Tanıklı karşılaştırmalı reklamlar söz konusu olduğunda sıklıkla karşımıza çıkan, kimi zaman bir ünlünün veya toplumda saygı duyulan kişi veya kurumların kimi zaman da sıradan tüketicilerin birden fazla ürünü denemiş oldukları varsayımı ile reklamı yapılan ürün hakkındaki olumlu görüşlerine yer verildiği reklamlardır. Bu tip görüşlerin reklamlarda yer alabilmesi için öncelikle görüş sahiplerinin izni alınmalıdır. Tanıklığına başvuru yapılan kişiler karşılaştırılan ürünleri mutlaka denemiş olmalı ve görüş ve tecrübeleri reklamlarda doğru ve tam olarak yer almalıdır¹⁵⁴. Örnek olarak kolalı içeceklerin karşılaştırıldığı reklamda görüş bildiren ünlü müzisyen gerçekten her iki içeceği de denemiş olmalı ya da toplumun genelinde vejeteryan olduğu bilinen bir habercinin halkı tavuk yemeye teşvik ettiği kendisinin de en severek tükettiği markanın reklamını yapılan marka olduğunu açıkladığı bir reklam olmamalıdır, aksi takdirde bu aldatıcı reklama örnek oluşturacaktır.

D. Karşılaştırmalı Reklamların Unsurları

Reklamın içeriğinde bir kıyaslama ve aynı zamanda rakiplerden en az bir tanesi ile bir ilişkilendirme mevcutsa o halde karşılaştırmalı reklamdan söz etmek mümkündür. Ayrıca bu iki unsurun bir arada bulunması gereklidir¹⁵⁵.

1. Karşılaştırma

Karşılaştırmalı reklamların olmazsa olmaz unsuru tüketicinin bir malı veya bir hizmeti satın alma kararına etki edecek bir takım unsurların ve niteliklerin bir biçimde karşılaştırılmasıdır. Bu karşılaştırmada önemli olan, reklam sahibinin kendi ürünlerinin özelliklerinin ve üstünlüklerinin rakip ürünlerle mukayese edilmesi veya reklamı yapılan ürünün, rakip ürünlerle kıyaslanan bakımlardan aynı değer

¹⁵³ Bozbel, **a.g.e.**, s.245.

¹⁵⁴ İnal, **a.g.e.**, s.75

¹⁵⁵ Bozbel, **a.g.e.**, s.46

olduğunun vurgulanmasıdır¹⁵⁶. Dolayısıyla reklamda yer alan her karşılaştırmadan yola çıkarak o reklamın karşılaştırmalı reklam olduğunu söylemek mümkün değildir. Gerçek anlamda karşılaştırma teşkil etmeyen durumları karşılaştırmalı reklamlarla karıştırmamak gerekir. Bir hava yolu reklamında, beş yıldızlı bir otel konforuna yapılan gönderme o reklamı karşılaştırmalı reklam haline getirmeye yeterli olmayacaktır¹⁵⁷. Bunun yanı sıra reklamda tüketicilere verilen mesajda reklamı yapılan ürün veya hizmeti baz alarak rakip ürün veya hizmetlerle gerek fiyat gerek nitelik bakımından bizzat tüketicilerin kendileri tarafından karşılaştırma yapılmasının istenmesi de hukuki anlamda karşılaştırma olarak görülmemelidir¹⁵⁸. O halde “kullandığınız deterjanla karşılaştırın ve seçiminizi yapın” gibi ya da “ katalog fiyatlarımızı rakiplerimizinkilerle karşılaştırmanızı öneririz” şeklindeki beyanlar karşılaştırmalı reklam teşkil etmezler. Ek olarak reklam verenin kendisine ait ürünlerini yine kendi ürünleri ile karşılaştırması da karşılaştırma unsurunu taşımamaktadır. Örneğin iki bıçaklı kendi ürününü kıyasla üç kata kadar yakın traş performansı sağlayacağı iddia edilen üç bıçaklı traş bıçağının reklamı da karşılaştırmalı reklam sayılmayacaktır.

2. İlişkilendirme

Karşılaştırmalı reklamlarda karşılaştırmadan bahsedebilmek için rakibin teşhis edilebildiği bir ilişkilendirmenin varlığı şarttır. Teşhis edilebilir ilişkilendirme, doğrudan ve belirlenebilir, belirli bir veya birden fazla rakiple bir bağlantının kurulması halinde var kabul edilir¹⁵⁹. Bunun için reklamda rakibin isminin telahfuz edilmesi de şart değildir zira açık karşılaştırma yapılabildiği gibi örtülü karşılaştırma yapmak da mümkündür. Önemli olan reklamı yapılan ürün veya hizmetin, reklamın hedef kitlesi tarafından anlaşılabilecek bir biçimde rakip ürün ve hizmetle bağlantısının kurulması ve tüketicide karşılaştırma refleksi uyandırmasıdır. Eğer rakiple ilişkilendirme kurulamıyorsa karşılaştırmalı reklamdan bahsedilemez. Fransa’da 2012

¹⁵⁶ Bozbel, **a.e.**, s.102

¹⁵⁷ İnal / Baysal, **a.g.e.**, s.60

¹⁵⁸ Bozbel, **a.g.e.**, s.102

¹⁵⁹ Bozbel, **a.e.**, s.46

yılında bilboardlarda yer alan bir reklam afişinde, bir otomobil firması ürettiği arabanın kilogram başına düşen fiyatı ile bir kilogram frambuazın fiyatını karşılaştırmakta ve “fiyatı dahi karşılaştırılmaz yeni smart fortwo, 750 kiloluk zevk 9.990 Euro’dan başlayan fiyatlarla” mesajını vermektedir¹⁶⁰. Görüleceği üzere ortada bir karşılaştırma bulunsa da bu reklam ne karşılaştırabilirlik bakımından ne de rakiple ilişkilendirme bakımından karşılaştırmalı reklamın şartını sağlamamaktadır.



¹⁶⁰ EK:6 (Fransa Strasbourg kentinde tarafınca çekilmiş fotoğraf karesi)

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA KARŞILAŞTIRMALI REKLAMLAR

I. TÜRK HUKUK MEVZUATINDAKİ KARŞILAŞTIRMALI REKLAMLARA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

A. Türk Ticaret Kanunu

6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda karşılaştırmalı reklamlara ilişkin hükümler kanunun dördüncü kısmında “Haksız Rekabet” başlığı altında 54. ve 63. maddeler arasında düzenlenmiş olan haksız rekabet hükümlerinin arasında yer almaktadır.

Kanunun 54.maddesinde haksız rekabetin:

“Haksız rekabete ilişkin bu Kısım hükümlerinin amacı, bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır.

Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır.”

biçiminde tanımlaması yapılarak genel itibariyle haksız rekabete sebep olacak davranış ve uygulamalar belirtilmiştir. Sonrasında ise 55.maddenin birinci fıkrasının a) bendinde “dürüstlük kuralına aykırı reklamlar” ibaresini de içerecek şekilde sözü geçen davranış ve uygulamalar detaylı olarak sayılmış ve örneklenmiştir:

II - Dürüstlük kuralına aykırı davranışlar, ticari uygulamalar

MADDE 55- (1) Aşağıda sayılan hâller haksız rekabet hâllerinin başlıcalarıdır:

a) Dürüstlük kuralına aykırı reklamlar ve satış yöntemleri ile diğer hukuka aykırı davranışlar ve özellikle;

1. Başkalarını veya onların mallarını, iş ürünlerini, fiyatlarını, faaliyetlerini veya ticari işlerini yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici açıklamalarla kötülemek,
2. 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,
3. Paye, diploma veya ödül almadığı hâlde bunlara sahipmişçesine hareket ederek müstesna yeteneğe malik bulunduğu zannını uyandırmaya çalışmak veya buna elverişli doğru olmayan meslek adları ve sembolleri kullanmak,
4. Başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almak,
5. 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,
6. Seçilmiş bazı malları, iş ürünlerini veya faaliyetleri birden çok kere tedarik fiyatının altında satışa sunmak, bu sunumları reklamlarında özellikle vurgulamak ve bu şekilde müşterilerini, kendisinin veya rakiplerinin yeteneği hakkında yanıltmak; şu kadar ki, satış fiyatının, aynı çeşit malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerinin benzer hacimde alımında uygulanan tedarik fiyatının altında olması hâlinde yanıltmanın varlığı karine olarak kabul olunur; davalı, gerçek tedarik fiyatını ispatladığı takdirde bu fiyat değerlendirmeye esas olur,
7. Müşteriyi ek edimlerle sunumun gerçek değeri hakkında yanıltmak,
8. Müşterinin karar verme özgürlüğünü özellikle saldırgan satış yöntemleri ile sınırlamak,
9. Malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerin özelliklerini, miktarını, kullanım amaçlarını, yararlarını veya tehlikelerini gizlemek ve bu şekilde müşteriyi yanıltmak,
10. Taksitle satım sözleşmelerine veya buna benzer hukuki işlemlere ilişkin kamuya yapılan ilanlarda unvanını açıkça belirtmemek, peşin veya toplam satış fiyatını veya taksitle satımdan kaynaklanan ek maliyeti Türk Lirası ve yıllık oranlar üzerinden belirtmemek,
11. Tüketici kredilerine ilişkin kamuya yapılan ilanlarda unvanını açıkça belirtmemek veya kredilerin net tutarlarına, toplam giderlerine, efektif yıllık faizlerine ilişkin açık beyanlarda bulunmamak,
12. İşletmesine ilişkin faaliyetleri çerçevesinde, taksitle satım veya tüketici kredisi sözleşmeleri sunan veya akdeden ve bu bağlamda sözleşmenin konusu, fiyatı, ödeme şartları, sözleşme süresi, müşterinin cayma veya fesih hakkına veya kalan borcu vadeden önce ödeme hakkına ilişkin eksik veya yanlış bilgiler içeren sözleşme formülleri kullanmak.

Görüldüğü üzere kanun maddesinin 5 numaralı alt bendinde karşılaştırmalı reklamlar yoluyla sebep olunabilecek haksız rekabete ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. 6762 sayılı mülga TTK'nda yer verilmeyen bu düzenleme karşılaştırmalı reklamlara dair özel hükümler içermesi bakımından kanun için bir

yenilik sayılmaktadır. Böylelikle eski kanunla paralellik gösteren ilk dört alt bentte sayılan husular karşılaştırmalı reklamlar için yedek hükümler haline gelmiş ve ancak 5 numaralı alt bentte açıkça düzenlenmeyen hallerde uygulama alanı bulabilecektir¹.

B. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un altıncı kısmında Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar başlığı altındaki hükümler 61, 62 ve 63.maddelerde Ticari Reklam, Haksız Ticari Uygulamalar ve Reklam Kurulu şeklinde üç alt başlık halinde düzenlenmiştir. Kanunun 61.maddesinde aşağıdaki hükümler yer almaktadır:

Ticari reklam

MADDE 61- (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 mecra da 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) Tüketicuyu 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.

¹ Aslan, a.g.t, s.94

Kanun maddesinin 5.fikrasında “*Aynı ihtiyaçları karşılayan ya da aynı amaca yönelik rakip mal veya hizmetlerin karşılaştırmalı reklamı yapılabilir*” denilmek suretiyle kanunen karşılaştırmalı reklamlara cevaz verilmiştir. 1995 yürürlük tarihli 4077 sayılı mülga Tüketici Kanunu’nun 2003 yılında 4822 sayılı kanunla değiştirilmiş 16.madesinde de yer alan ve aynen yeni kanuna aktarılan bu hüküm Türk Hukukunda uzun yıllardır karşılaştırmalı reklamların kanuni dayanağını oluşturmakta idiye de yönetmelikle getirilen yasaklar ve Reklam Kurulu tarafından reklam verenlere kesilen cezalar sebebiyle karşılaştırmalı reklamlar piyasada kendilerine etkin uygulama alanı bulamamışlardır.

C. Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un yürürlüğe girmesinden yaklaşık sekiz ay sonra 10 Ocak 2015 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak bir maddesi haricinde yürürlüğe giren yönetmelik ile Türk Mevzuatında ilk kez karşılaştırmalı reklamın tanımına yer verilmiştir. Buna göre karşılaştırmalı reklam daha önceden de belirttiğimiz gibi “*Bir mal veya hizmetin tanıtımı esnasında, rakip mal veya hizmetlere ilişkin unsurların doğrudan veya dolaylı olarak kullanıldığı reklamları ifade eder.*” Burada önem arz eden husus “doğrudan veya dolaylı” denilmek suretiyle açık karşılaştırmalı reklamlara yönetmelikle cevaz verilmiş olmasıdır zira daha evvelinde mülga yönetmeliğin 11.maddesinde karşılaştırmalı reklamlara ancak;

a) *Karşılaştırılan mal, hizmet veya marka adının belirtilmemesi,*

b) *Karşılaştırılan mal veya hizmetlerin aynı nitelikte ve özellikte olması veya aynı istek ve ihtiyaca cevap vermesi,*

c) *Dürüst rekabet ilkelerine uygun olması ve tüketicinin yanıltılmaması,*

halinde izin verilebileceği hükme bağlanmış olduğundan “açık karşılaştırma yasağı” olarak adlandırılan ve maddenin a) fıkrasında yer alan bu hüküm doktrinde bir çok yazar tarafından eleştirilmiştir². Bizim de katıldığımız; kanunda yer almayan

² İnal / Baysal, **a.g.e**, s.56 vd; Bozbel, **a.g.e**, s. 61.

kısıtlamanın yönetmelikle öngörülmesinin normlar hiyerarşisine aykırılığı, başka gelişmiş hiçbir hukuk sisteminde benzer bir yasağın bulunmaması, doğrudan karşılaştırmanın hem tüketicilerin bilgilendirmesi açısından hem de rekabetin sağlanması bakımından dolaylı karşılaştırmaya kıyasla daha etkili olduğu gibi eleştiriler sonuç vermiş olmalı ki kanun koyucu eski düzenlemeden vazgeçmiş ve yeni yönetmeliğe 11.maddenin a) fıkrasındakine benzer bir yasak koymamıştır. Buna karşın yönetmelik yayınlandığında yürürlüğe girmeyen ve sonrasında bir kez değişen ayrıca üç kez yürürlük tarihi ertelenen 8. maddenin 2. fıkrası karşılaştırmalı reklama ve açık karşılaştırmanın hukuka uygunluk şartlarına ilişkindir. Yönetmeliğin karşılaştırmalı reklamlara ilişkin 8. maddesi bu çalışma hazırlanırken son bir kez daha değişmiş ve bu defa değişim karşılaştırmalı reklamlar bakımından çok büyük olmuştur. Yönetmeliğin birinci fıkrasına “*Rakiplere ait ürün adı, marka, logo, ticaret unvanı, işletme adı veya diğer ayırt edici unsurlara yer verilmemesi,*” şeklinde (a) bendi eklenmiş diğer bentler buna göre teselsül ettirilmiş, mevcut (f) bendinde yer alan “*fikri ve sınai mülkiyet haklarını, ticaret unvanını, işletme adını, diğer ayırt edici işaretlerini,*” ibaresi ve ikinci fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır. Yürürlükten kaldırılan 2. fıkra aşağıdaki gibidir:

(2) Karşılaştırmalı reklamlarda, rakiplere ait isim, marka, logo veya diğer ayırt edici şekil veya ifadeler ile ticaret unvanı veya işletme adlarına, bu maddenin birinci fıkrasında belirtilen hükümlere uygun olması koşuluyla yer verilebilir. (Ek cümle:RG-4/1/2017-29938) Bu şekilde yapılan doğrudan karşılaştırmalı reklamlarda herhangi bir kişi veya kurumun tanıklığına yer verilemez.

Doğrudan karşılaştırmalı reklamları düzenleyen 8.maddesinin mülga 2. fıkrasının yürürlüğe girmesinin yönetmeliğin diğer maddelerinin aksine Resmi Gazete’de yayınlanma tarihi itibarıyla değil yayınlandıktan bir yıl sonra yani 10 Ocak 2016 tarihinde olacağı aynı yönetmeliğin 34.maddesi ile belirtilmişti³. Buna karşın ilk olarak 25 Aralık 2015 günü yayınlanan başka bir yönetmelikle sadece 34.madde değiştirilmiş ve belirlenen yürürlük tarihi 31.12.2016’ya ertelenmiştir⁴. 4 Ocak 2017

³ R.G., 29232.

⁴ R.G., 29573.

tarihinde yayınlanan yönetmelikle bu kez karşılaştırmalı reklamları düzenleyen 8.madde ve birkaç maddede değişikliğe gidilmiş ve 9.maddeye karşılaştırmalı reklamlarla ilgili olan 3.fıkra eklenmiştir ayrıca asıl yönetmelikteki 34.maddede belirtilen yürürlük tarihi 1 Ocak 2018'e çekilmiştir⁵. Daha sonra 31 Aralık 2017 tarihinde yayınlanan yönetmelikle 34.madde bir kez daha ve toplamda üçüncü kez değiştirilmiş, böylelikle Ticari Reklam Yönetmeliğinin 8.maddesinin yürürlük tarihi 1 Ocak 2019'a çekilmiştir⁶. Son olarak 28 Aralık 2018 tarihli değişiklik⁷ ile bu defa yürürlük tarihi ertelenmek yerine kanun koyucu maddenin yürürlükten kaldırılmasını tercih etmiştir. Kanaatimizce bu tercih ile bir anlamda açık/doğrudan karşılaştırmalı reklamlar bakımından başa dönmüş ve bir kez daha normlar hiyerarşisine aykırı olarak kanunda yasaklanmayan bir hakka yönelik yönetmelik ile yasak getirilmiş olmaktadır. Bu değişikliği ve kanun koyucunun açık/doğrudan karşılaştırmalı reklamlar bakımından tercihini isabetli bulmadığımızı ifade etmek isteriz. Yönetmeliğin karşılaştırmalı reklamları düzenleyen 8. maddesinin son hali aşağıdaki gibidir.

“Karşılaştırmalı reklamlar

MADDE 8 – (1) Karşılaştırmalı reklamlar, ancak;

- a) **(Ek:RG-28/12/2018-30639)**(1) Rakiplere ait ürün adı, marka, logo, ticaret unvanı, işletme adı veya diğer ayırt edici unsurlara yer verilmemesi,
- b) Aldatıcı ve yanıltıcı olmaması,
- c) Haksız rekabete yol açmaması,
- ç) **(Değişik:RG-4/1/2017-29938)** Karşılaştırılan mal veya hizmetlerin aynı ihtiyaçları karşılaması ya da aynı amaca yönelik olması,
- d) Tüketiciye fayda sağlayacak bir hususun karşılaştırılması,
- e) Karşılaştırılan mal veya hizmetlerin, fiyatı da dahil, bir ya da daha fazla maddi, esaslı, doğrulanabilir ve tipik özelliğinin objektif olarak karşılaştırılması,
- f) Nesnel, ölçülebilir, sayısal verilere dayanan iddiaların; bilimsel test, rapor veya belgelerle ispatlanması,

⁵ R.G., 29938.

⁶ R.G., 30287.

⁷ R.G., 30639

g) Rakiplerin (**Mülga ibare:RG-28/12/2018-30639**)(...) mallarını, hizmetlerini, faaliyetlerini veya diğer özelliklerini kötülememesi veya itibarsızlaştırmaması,

ğ) Menşei belirtilmiş mal veya hizmete ilişkin karşılaştırmada, mal veya hizmetlerin aynı coğrafi yerden olması,

h) Reklam veren ile rakibinin markası, ticaret unvanı, işletme adı veya diğer bir ayırt edici işareti ya da mal veya hizmetleri ile ilgili karışıklığa yol açmaması,

ı) (**Ek:RG-4/1/2017-29938**) Reklam Kurulunca belirlenen ilkelere aykırı olmaması

koşullarıyla yapılabilir.

(2) (**Mülga:RG-28/12/2018-30639**)

(3) (**Değişik:RG-4/1/2017-29938**) Gıda reklamlarında, ilgili mevzuata göre sağlık beyanı kapsamına giren hususlar karşılaştırmaya konu edilemez. Beslenme beyanı kapsamındaki hususların reklamlarda karşılaştırma unsuru olarak kullanılması ilgili mevzuat hükümlerine göre yapılır. Takviye edici gıdaların karşılaştırmalı reklamı ise hiçbir şekilde yapılamaz.

(4) (**Ek:RG-4/1/2017-29938**) Fiyat düzenlemeleri ile etkin piyasa gücü yükümlülükleri ilgili idari otoriteler tarafından belirlenen sektörlere ilişkin reklamlarda fiyat karşılaştırması yapılamaz

Yönetmelikte yapılan 4 Ocak 2017 değişikliğinden sonra İspat külfetine dair 9.madde aşağıdaki son halini almıştır:

İspat külfeti

MADDE 9 – (Değişik:RG-4/1/2017-29938**)**

(1) Reklam verenler ticari reklamlarında yer alan iddiaların doğruluğunu ispatla yükümlüdür.

(2) Reklamlarda yer alan doğrulanabilir olgularla ilgili tanımlamalar, iddialar ya da örnekli anlatımlar; bilimsel geçerliliği olan bilgi ve belgelerle kanıtlanmak zorundadır. Gerek görülen hallerde üniversitelerin ilgili bölümlerinden veya akredite ya da bağımsız araştırma, test ve değerlendirme kuruluşlarından alınmış bilgi ve belgeler istenir.

(3) Karşılaştırmalı reklamlarda yer alan ve karşılaştırmaya konu edilen iddialar, her hâlükârda üniversitelerin ilgili bölümlerinden veya akredite ya da bağımsız araştırma, test ve değerlendirme kuruluşlarından alınmış bilgi ve belgeler ile kanıtlanmak zorundadır.

(4) İkinci ve üçüncü fıkralar kapsamında sunulan raporların, reklamda yer alan iddiaları reklamın yayınlandığı dönemde kanıtlar nitelikte olması esastır.

(5) Reklam verenler, bu Yönetmelikte belirlenen ilkelerin uygulanmasını denetlemekle yetkili ve görevli olanlara reklamlarda yer alan iddiaları kanıtlar nitelikteki belgeleri sunmakla yükümlüdür.

3. fıkra da belirtildiği üzere karşılaştırmalı reklam yapmak isteyen reklam veren her halükarda iddiasını, sayılan kuruluşlardan aldığı belgelerle kanıtlamak zorundadır. Bu hüküm yönetmelik yayınlandığı tarih itibarıyla yürürlüğe girmiş olup açık karşılaştırma yasağının devamı sebebiyle yapılabilecek tüm dolaylı karşılaştırmalı reklamlarda şu an için uygulama alanı bulmaktadır.

Ticari Reklam Yönetmeliğinin karşılaştırmalı reklamları düzenleyen 8.maddesi kaynağını şüphesiz Avrupa Birliği Hukuku'nun 12.12.2006 tarihli 2006/114/EC sayılı Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlar Yönergesinin 4.maddesinden almaktadır⁸. Bu sebeple çalışmamızın bu bölümünde detaylı olarak incelenmeyecek olsa da yönergenin ilgili maddesine⁹ yer vermeyi uygun gördük:

“Karşılaştırmalı reklama ancak yanıltıcı olmaması ve gerçeğe uygun olmak

koşuluyla izin verilir. Bu tüketicilerin çıkarları hakkında bilgilendirilmek için

meşru bir araç olabilir.

Karşılaştırmalı reklamlar aşağıdaki şartları taşıdığı takdirde caizdir;

(a) Bu Yönergenin 2(b), 3 ve 8(1) maddeleri ya da iç pazarda işletmeden tüketiciye yönelik haksız ticari uygulamalara ilişkin 11 Mayıs 2005 tarih ve 2005/29/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi (“Haksız Ticari Uygulamalar Direktifi”) 6. ve 7. Maddeleri uyarınca yanıltıcı olmaması;

(b) Karşılaştırmanın aynı ihtiyacı karşılayan veya aynı amaca yönelik mal

⁸ Mürvet Ulya Duran, **Karşılaştırmalı Reklamlara Yönelik Yeni Düzenlemenin Avrupa Birliği Reklam Yönergesi İle Karşılaştırılması Üzerine Bir İnceleme**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2017, s.61

⁹ Detaylı inceleme için Bkz: Özsunay, **a.g.m**, s.143 vd

veya hizmetlere ilişkin olması;

(c) Malların ve hizmetlerin, fiyatları da dahil olmak üzere, önemli, gerekli

kanıtlanabilir ve belirleyici özelliklerinin somut olarak karşılaştırılması;

(d) Rakibin markasını, ticaret unvanını, diğer ayırt edici alametlerini, mallarını, hizmetlerini, faaliyetlerini veya durumunu kötüleyici veya itibarını

zedeleyci olmaması;

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

(f) rakibin markası, ticaret unvanı veya diğer ayırt edici alametleri ile rakip

malın menşeinin ticari itibarından haksız olarak yararlanılmaması;

(g) malları veya hizmetleri, hukuken korunan bir marka veya ticaret unvanı

taşıyan mal veya hizmetlerin taklit veya sahteleriymiş gibi göstermemesi;

(h) piyasada, reklam veren ile rakibin kimliklerinin veya reklam verenin markasının, ticaret unvanının, diğer ayırt edici alametlerinin, mallarının

veya hizmetlerinin rakibinkilerle iltibasa yol açmayacak olması”

D. Sınai Mülkiyet Kanunu

10 Ocak 2017 tarihinde yürürlüğe giren 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’nun 7.maddesinde karşılaştırmalı reklamlara dair düzenleme bulunmaktadır. İlgili madde, marka tescilinden doğan hakların kapsamı ve istisnalarına ilişkin olup 3.fıkrası aşağıdaki gibidir:

(3) Aşağıda belirtilen durumlar, işaretin ticaret alanında kullanılması hâlinde, ikinci fıkra hükmü uyarınca yasaklanabilir:

a) İşaretin, mal veya ambalajı üzerine konulması.

b) İşareti taşıyan malların piyasaya sürülmesi, teslim edilebileceğinin teklif edilmesi, bu amaçlarla stoklanması veya işaret altında hizmetlerin sunulması ya da sunulabileceğinin teklif edilmesi.

c) İşareti taşıyan malın ithal ya da ihraç edilmesi.

ç) İşaretin, teşebbüsün iş evrakı ve reklamlarında kullanılması.

- d) 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.
- e) İşaretin ticaret unvanı ya da işletme adı olarak kullanılması.
- f) İşaretin hukuka uygun olmayan şekilde karşılaştırmalı reklamlarda kullanılması.

Görüldüğü üzere f) bendi karşılaştırmalı reklamlarda rakibe ait tescilli marka veya işarete yer verilmesi halinde bunun hukuka aykırı kullanımını yasaklamaya tabi tutmaktadır. Bu hukuka aykırı kullanımın belirlenmesinde, kanunun uygulanmasına dair 24 Nisan 2017 tarihli yönetmelikte açıklayıcı hüküm bulunmamaktadır. Bu sebeple öncelikle Türk Ticaret Kanunu'ndaki dürüstlük kuralı ve haksız rekabet hükümlerinin, sonrasında Ticari Reklam Yönetmeliği'nin 8.maddesinin 1.fıkrasının 8) bendinde “Reklam veren ile rakibinin markası, ticaret unvanı, işletme adı veya diğer bir ayırt edici işareti ya da mal veya hizmetleri ile ilgili karışıklığa yol açmaması” şeklinde belirtilen ve hukuka uygunluk sebebi olarak sayılan iltibas yasağının hukuka aykırı kullanım bakımından göz önünde bulundurulması isabetli olacaktır¹⁰. Uygulama bakımından rakibe ait logonun reklamda değiştirilerek, şeklinin bozularak, üzerine eklemeler yapılarak kullanılması gibi hallerin kanunda sayılan korumanın kapsamına dahil olacağı kanaatini paylaşmaktayız¹¹.

II. Karşılaştırmalı Reklamların Hukuka Uygunluk Şartları

A. Aldatıcı ve Yanıltıcı Olmama

Reklam yönetmeliğinde düzenleniş biçimine göre karşılaştırmalı reklamların hukuka uygunluğu bakımından aranılacak ilk şart reklamın aldatıcı olmamasıdır. Reklamın yanıltıcı olması, reklamda doğru olmayan veya yalan beyanlara yer verilmesi nitelik olarak reklamı aldatıcı reklam haline getirecektir. Dolayısıyla yanıltıcı olma hali reklamın aldatıcı reklam olarak değerlendirilmesine sebep

¹⁰ Duran, a.g.t, s.58

¹¹ Duran, a.y.

olacakken yanıltıcı reklamın aslında aldatıcı reklamın bir unsuru, görünüş biçimi, alt başlığı değilmiş ve ondan farklıymışçasına Ticari Reklam Yönetmeliğinde sayılması kanaatimizce gereksiz olmuştur: “*Karşılaştırmalı reklamlar ancak;... aldatıcı ve yanıltıcı olmaması... koşullarıyla yapılabilir.*” Yönetmeliğe açık ve açıklayıcı olması hedeflenerek konulduğunu düşündüğümüz yanıltıcı olmama ibaresi aslında aldatıcı reklam tabirinin kapsamının herkes tarafından anlaşılamadığının ve genel olarak aldatıcı reklam kavramının ifade ettiklerinin boyutunun hukukumuzda yerleşememiş olduğunun bir kanıtı niteliğindedir. Bu sorun kaynağını aldatıcı reklamın tanımının ve aynı karşılaştırmalı reklamda yapıldığı gibi örneklendirme yoluyla aldatıcı reklam hallerinin belirtilmesinin mevzuatımızda yer almamasından almaktadır.

Aldatıcı reklamların hukuka aykırı oluşu sadece karşılaştırmalı reklamlar için değil tüm reklamlar bakımından uzun yıllardan bu yana kabul edilmiş bir olgudur¹². Karşılaştırmalı reklamların hukuka uygunluk bakımından aldatıcı olmaması kriterinin değerlendirilebilmesi için bu çalışmada aldatıcı reklamlara yer vermenin gerekli olduğunu düşünmekteyiz.

1. Aldatıcı Reklamın Tanımı

Mevzuatımızda aldatıcı reklamların tanımı yapılmamıştır. Aldatıcı reklamların tanımının yapılmamış olmasından ötürü denetim organlarınca aldatıcı reklamların tespitinde uygulanacak kriterlerin yeknesak olmayışının hem tüketicilerin hem de reklam sektörünün menfaatlerine aykırılık teşkil ettiğinin eleştirisi doktrinde uzun zaman önce kendisine yer bulmuştur¹³. Ancak günümüze dek reklam hukukuna değin pek çok gelişme gerçekleşmişse de aldatıcı reklamların açık tanımı henüz mevzuatımızda yerini almamıştır. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 61.maddesinin 3.fıkrasında aldatıcı reklamların yasaklandığı açıkça belirtilmişse de bu reklamların nasıl ayırt edileceğine dair açık bir tanıma kanun koyucu yer vermemiştir. Bu sebeple aldatıcı reklam kavramı üzerindeki kafa

¹² İnal / Baysal, **a.g.e**, s.60

¹³ İnal, **a.g.e**, s.102

karışıklığının varlığını halen sürdürdüğü gözlemlenmektedir. Dolayısı ile biz de mevzuatta aldatıcı reklamın tanımlanmasının ve sınırlarının çizilmesinin reklam sektörü, idari denetim organları ve tüketicilerin menfaat dengesi bakımından olumlu olacağı kanaatini paylaşıyoruz¹⁴.

Yukarıda belirtilen sebeple aldatıcı reklamlara dair AB'nin Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlara İlişkin Yönergesi'nin 2.maddesinde belirtilen tanıma itibar etmek gerekmektedir: *"Aldatıcı reklam, sunulması da dahil olmak üzere herhangi bir şekilde yöneltildiği veya ulaştığı kişileri yanıltan veya yanıltması muhtemel olan ve bu yanıltıcı niteliği dolayısıyla onların ekonomik davranışlarını etkilemesi muhtemel olan veya bu nitelikleri dolayısıyla bir rakibe zarar veren veya zarar vermesi muhtemel olan reklamlar anlamına gelir."*¹⁵

Yönergenin tanımında yer alan "yöneltildiği veya ulaştığı kişiler" tabiriyle kastedilen şüphesiz ki tüketiciler olmaktadır. Aldatıcı reklamın tüketicilere yanıltıcı niteliği dolayısıyla zarar vermiş olması tek başına şart olmayıp zarar verme ihtimalinin bulunması ve tüketicilerin ekonomik davranışlarını etkilemiş veya etkileyebilecek olması dahi hukuka aykırılık bakımından yeterli sayılmıştır. Burada dikkat edilmesi gereken husus tüketicinin yanıltılması ve bu suretle ekonomik davranışının bu yanıltmanın tesiri altında kalmasının bir arada bulunması gereğidir. Yani tüketiciyi yanıltabilecek bir reklam tüketicinin ekonomik davranışlarına etki edecek oranda kuvvetli bir yanılmaya sebep olmayacaksa o reklamın aldatıcı reklam olarak nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır.¹⁶ Tanımda sayılan diğer hal ise tüketicileri yanıltabilecek nitelikteki reklamın rakiplere vereceği zarar veya zarar ihtimalidir. Kuşkusuz bu noktada haksız rekabet kurumuna bir gönderme bulunmaktadır zira haksız rekabete sebep olan, dürüstlük kuralına aykırı reklamlar da bu tanıma göre aldatıcı reklam niteliğindedir¹⁷.

Mevzuattaki eksiklik doktrinde yazarları aldatıcı reklamın tanımını yapmaya yöneltmektedir. Bir tanıma göre aldatıcı reklam; *"ortalama bilgi ve dikkat*

¹⁴ İnal / Baysal, **a.g.e**, s.23

¹⁵ İnal / Baysal, **a.y.**

¹⁶ Tekelioğlu, **a.g.e**, s.71

¹⁷ Özdemir, **a.g.e**, s.65

seviyesindeki tüketicileri aldatan veya aldatma ihtimali bulunan yanlış veya yanıltıcı nitelikteki reklamlar¹⁸” olarak tanımlanırken başka bir yazar; “önemli , yani tüketicilerin ekonomik davranışlarını etkileyebilecek nitelikte yanlış, yanıltıcı veya eksik bilgi içererek hitap ettiği kitlede, orta seviyedeki (makul) tüketiciyi aldatan veya aldatma ihtimali bulunan reklamlar aldatici reklamlardır.¹⁹” şeklinde tanımlama yoluna gitmiştir.

2. Aldatici Reklamın Unsurları

İNAL – BAYSAL’a göre, yapılmış tanımlardan yola çıkılarak reklamın aldatici olduğuna karar verebilmek için üç unsurun bir arada olması gerekmektedir. Bunlar: ilk olarak reklamın yanlış veya yanıltıcı olması veya eksik bilgi içermesi; daha sonra reklamın hitap ettiği orta seviyedeki tüketiciyi aldatması veya aldatma ihtimalinin bulunması ve son olarak da reklamdaki aldaticılığın önemli yani tüketicinin kararını etkileyebilecek nitelikte olmasıdır. Bunun dışında reklamdan ötürü bir zararın doğmuş olması veya aldatma kastının mevcut olması ya da reklam verenin reklamın aldatma ihtimalinin olduğunu bilip bilmemesi dahi aldatici reklam nitelendirmesinin kabulü bakımından önem arzetmemektedir²⁰.

a. Reklamın Yanlış veya Yanıltıcı Olması ya da Eksik Bilgi İçermesi

Bir reklamın aldaticılık bakımından değerlendirilmesinde ilk kıstas reklamın yanlış bilgi içerip içermediği olacaktır. Bir reklam yanlış bilgiler veya yalan ifadeler üzerine kurulu bir mesaj ile tüketiciye sesleniyorsa ve bu objektif olarak kanıtlanabiliyorsa reklam aldaticiıdır. Aldatici reklam oluşturacak ihtimalere sayısız örnek verilebilir²¹. Ürünün ve hizmetin içeriği²², ürünün ticari ve coğrafi menşeyinin

¹⁸ Göle, **a.g.**, s.209

¹⁹ İnal / Baysal, **a.g.e.**, s.25

²⁰ İnal / Baysal, **a.y.**

²¹ İnal, **a.g.e.**, s.105

²² ... Yapılan incelemeler sonucunda; “İlk Hayatım” markalı doğal mineralli suların bebeklere özel ambalaj ve suluk tasarımına sahip olduğu, ancak tanıtımlarda “bebeklere özel hayat su” ve “bebek

doğruluğu, kullanılan malzemenin cinsi ve kalitesi, imal tarihi, yeri ve yöntemi, fiyatı²³, ürünün faydaları²⁴ hakkında yanlış bilgilere yer vermek aldatıcı reklama sebebiyet verecektir. Bununla beraber işletmeler bakımından işletmenin büyüklüğü, eskiliği, sektördeki yeri ve başarıları, marka değeri, faaliyetleri hakkında yanlış iddialara yer vermek de bu reklamların aldatıcı reklam olarak değerlendirilmesine sebep olacaktır. Şahsi reklamlarda reklam verenin veya rakiplerinin ticari kişiliğine dair yanlış beyanlar verilmesi de kötüleyici ve dolayısıyla aldatıcı reklama neden olacaktır.

Reklamda yanlış bilgi vermenin aldatıcı olarak kabulünün istisnası makul tüketici tarafından ciddiye alınmayacak ölçüde yanlış ifadelere veya aşıkart abartmalara yer verilmesidir²⁵. Örneğin bir elektrikli süpürge reklamında bir test yapıldığı izlenimi uyandırılarak süpürgeciin çölde bulunan kumları ve kendisinden kaçmakta olan insanı çekmesi ayrıca “... kesintisiz çekim gücüyle kapsama alanında ne varsa çekiyor. Burada bunu çeken evde neler çeker siz düşünün!” şeklinde bir mesajın tüketicilere verilmesi halinde orta seviyedeki bir tüketici bunun abartılı bir reklam olduğunu anlamakta güçlük çekmeyecektir²⁶. Buna karşın reklamda tanıtılan ürünün yerine getiremeyeceği bir işlevi yerine getirebileceğine dair tüketicide bir beklenti veya izlenim yaratacak şekilde reklam yapılması halinde reklamın abartı

suğu” şeklinde ifadelere yer verilerek, anılan ürün içeriği firmaya ait diğer pet ve damacana ürünleri ile tamamen aynı olmasına rağmen “İlk Hayatım” markalı ürünün içerik olarak da farklı olduğu izleniminin yaratıldığı,... ,6502 sayılı Kanun’un 63 üncü ve 77/12 nci maddeleri uyarınca anılan reklamları durdurma cezası verilmesine karar verilmiştir.(RK, 13.03.2018 tarihli 270 sayılı Toplantı’da alınan 74No’lu Karar)

²³ ...İnceleme konusu, www.hepsiburada.com adresli internet sitesinin 24.02.2017 tarihli görünümünde yer alan “AMD Ryzen 7 1700X 3.4GHz 16MB Cache Soket AM4 İşlemci” isimli ürünün 1.915,19 TL olan satış fiyatının, sepete eklenmesi durumunda 1.627,91 TL’ye düşeceğinin belirtildiği, ancak sepete eklendiğinde fiyatın 1.627,91 TL’ye değil 1.803,50 TL’ye düştüğü, yine benzer şekilde satış fiyatı 1.265,31 TL olan “Asus ROG Crosshair VI Hero Amd X370 2666 MHz DDR4 Soket AM4 ATX Anakart” isimli ürünün sepete eklenmesi halinde fiyatının 1.075,51 TL’ye düşeceğinin belirtildiği, ancak sepete eklendiğinde fiyatın 1.075,51 TL’ye değil 1.188,93 TL’ye düştüğü, dolayısıyla anılan internet sitesinde yer alan söz konusu ürünlere ilişkin indirimli fiyatların tüketicileri yanıltıcı nitelikte olduğu değerlendirilmiş olup; ... Buna göre, reklam veren **D-Market Elektronik Hizmetler ve Tic. A.Ş.** hakkında, 6502 sayılı Kanun’un 63 üncü ve 77/12 inci maddeleri uyarınca **anılan reklamları durdurma cezası** verilmesine karar verilmiştir. (RK: 12.12.2017 tarihli,267 Toplantı sayılı, 43 No’lu 2017/650 Dosya No’lu karar)

²⁴

²⁵ Göle, a.g.e, s.64; İnal, a.g.e, s.106

²⁶ Reklamın tamamı için bkz: <https://www.youtube.com/watch?v=BwFihQCeBbc>, Erişim tarihi: 22.04.2018

sınırlarını aştığı kabul edilmelidir zira artık söz konusu reklam tüketicinin yanıltılmasına sebebiyet vermektedir²⁷.

Bazen bir reklamdaki ifadeler doğru dahi olsa tüketiciler için gerekli ve önemli bilgileri içermiyor veya bu bilgileri vermekten imtina ediyorsa o reklam aldatıcıdır²⁸. Zira eksik bilgi vermek suretiyle tüketiciler yanıltılmış olmaktadır. Elbette ki reklam veren sürümünü arttırmak istediği mal veya hizmetin üstün ve güzel taraflarını vurgulamak ister ve bu yadırganacak bir durum değildir. Ancak reklamda tüketiciler bakımından önemli sayılan hususların gizlenmesi, dürüstlük kuralının reklam verene yüklediği külfetlerden olan tüketicilerin aydınlatılması yükümlülüğüne aykırılık teşkil edecektir²⁹. Mesela yapılmış bilimsel testlerin sonuçlarının kullanıldığı bir karşılaştırmalı reklamda, sadece tanıtılan ürünün lehine olan kısımlara vurgu yapılırken bilimsel çalışmada önem arz eden ancak ürünün aleyhine olan bulguların gizlenmesi bu türden aldatıcılığa örnek olarak gösterilebilir³⁰. Dolayısı ile aldatıcılığın tespitinde reklamın bütününe yarattığı izlenim göz önünde bulundurulmalıdır. Bu izlenim yanıltıcı ise reklamda sunulan beyanlar veya iddialar objektif olarak doğru dahi olsa o reklam aldatıcı kabul edilmelidir³¹.

Reklamda mevcut olup reklam verence bilinen, varolan veya varolması beklenen bir hususun kendi ürününün, rakiplerinin ürünlerinden üstün kılarcasına önemli bir bilgiymişçesine vurgulanarak tüketiciye sunulması da yanıltıcı reklama sebebiyet verebilir³². Reklamda bir yenilik olduğu, ürüne bir ayrıcalık kattığı ileri sürülen niteliklerin diğer benzer ürünlerin hepsinde doğal olarak mevcut olması halinde bu reklam aldatıcı olacaktır.³³ Buna örnek olması bakımından doğal olarak omega 3 maddesi içerdiği bilinen balığın haricen herhangi bir madde takviyesi yapılmadan “sağlığa faydalı omega 3’lü balık konserve” şeklinde reklamının yapılması yanıltıcı olarak değerlendirilebilecektir. Çünkü omega 3 maddesinin doğal olarak bütün balıklarda bulunduğunu bilmeyen ortalama bir tüketici için reklamdaki

²⁷ İnal, **a.g.e.**, s.107-111

²⁸ Göle, **a.g.e.**, s.67; İnal / Baysal **a.g.e.**, s.26

²⁹ Tekelioğlu, **a.g.e.**, s.75; İnal, **a.g.e.**, s.111

³⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz: İnal, **a.g.e.**, s.111-112, 333 no’lu dipnot

³¹ Göle, **a.g.e.**, s.62; İnal, **a.g.e.**, s.107-108

³² İnal, **a.g.e.**, s.108

³³ Bozbel, **a.g.e.**, s.119

bu yanıltıcılık ürünü tercih sebebi haline getirebilecek olup bu surette aynı zamanda aldatıcı reklama örnek oluşturacaktır. Benzer bir örnek organik yumurtalar bakımından verilebilir. Organik ibaresiyle satılan yumurtaların organik tavuklardan elde edilmesi ve bu hayvanların beslenmesinde antibiyotiklerin kullanılmaması zorunluluğu vardır³⁴. Bir yumurta markası sattığı organik yumurtaların ambalajına rahatça görülebilecek şekilde “Üretiminde hormon ve antibiyotik kullanılmamıştır!” ibaresini koyarak tüketici nezdinde satın alma kararını etkileyecek derecede yanıltıcı olacak biçimde, rakip markaların organik yumurtalarında antibiyotik kullandığı intibasının oluşmasına sebebiyet verdiğini farketmiş olacak ki satışa sunduğu yeni ürünlerde bu ibareyi siyah bir bantla gizleme gereği duymuştur³⁵. Bu konuda Reklam Kurulu’nun verdiği kararlar da mevcuttur³⁶.

b. Reklamın Hitap Ettiği Orta Seviyedeki Tüketiciyi Aldatması veya Aldatma İhtimalinin Bulunması

Bir reklam aldatıcılık bakımından değerlendirmeye tabi tutulurken reklamın içeriğinin yanı sıra o reklamın tüketiciler tarafından nasıl algılandığı da önemlidir. Bir reklamın aldatıcı reklam olarak kabulü için reklamdaki yanlış ve yanıltıcı unsurlar ya da reklamda eksik bilgi verilmesi gibi durumlar tek başlarına yeterli değildir. Aynı zamanda reklamın hitap ettiği tüketicileri aldatması ya da en azından aldatma ihtimalinin bulunması gereklidir. Aşırı abartı içeren reklamların içeriği yanlış ve yanıltıcı olsa da bu reklamların aldatıcı kabul edilmemelerinin sebebi de budur³⁷.

³⁴ 18.08.2010 tarihi **R.G**’de yayınlanan Organik Tarımın Esasları ve Uygulanmasına Yönelik Yönetmelik’in 17,18,26 ve 27.maddeleriyle düzenlenmiştir. 17. Maddenin 1. Fıkrasına göre **Antibiyotikler, koksidiyostatikler, tıbbi ürünler ile büyümeyi veya üretimi artırıcı diğer maddeler hayvan beslenmesinde kullanılamaz.**

³⁵ Ek:7 Tarafımdan çekilen yumurta ambalajının fotoğrafı

³⁶ Gıda mevzuatına göre, piyasada bulunan insani tüketim amaçlı bütün gıdaların GDO (Genetiği Değiştirilmiş Organizma) içermemesi yasal bir zorunluk olduğu halde, söz konusu tanıtımlarda; “Genetiği değiştirilmemiş soya lesitini kullanılıyor” ifadesine yer verilerek **sanki başka benzer gıdalarda GDO’lu bileşenler varmış gibi bir izlenim yaratılarak tüketiciler nezdinde kavram kargaşasına yol açıldığı**, (RK:11.07.2017 tarihli, 262 sayılı toplantıda alınan 49 Karar No’lu, 2017/710 Dosya No’lu karar

³⁷ Tekelioğlu, **a.g.e**, s.77

Reklamlara her sosyo-kültürel sınıftan tüketici maruz kalmaktadır. Reklamların aldaticılığı bakımından tüketici faktörü değerlendirmeye katıldığında tüketicinin nitelikleri haliyle önem arz edecektir. Aldatıcı olabilecek bir reklamda sunulan yanlış, yanıltıcı veya abartılı bilgileri ileri seviye olarak tabir edilebilecek bilgili, dikkatli ve tecrübeli bir tüketicinin idrak süzgecinden geçirmesi sonrasında varacağı kanı ile bunun tam tersi niteliklere sahip bir tüketicinin aldatıcı reklama maruz kaldıktan sonra üzerindeki tesir elbette ki farklı olacaktır. İlk sayılan tüketici tipine göre değerlendirme yapıldığında piyasadaki hemen hiçbir reklam aldatıcı olarak kabul edilmeyecekken ikinci tip bilgisiz ve tecrübesiz tüketicinin gözünden yapılan değerlendirmede ise tüm reklamlar aldaticılık belirtileri gösterebilecektir. Bundan dolayı doktrinde³⁸ aldatıcı reklamların tespiti bakımından iki farklı tüketici kıstasına göre değerlendirilme yapılması ileri sürülmüştür. Bunlar “ortalama tüketici” kıstası ve “reklamın hitap ettiği tüketici” kıstaslarıdır.

Ortalama tüketici kıstasına göre reklamın aldatıcı olup olmadığının tespitinde ortalama bilgi ve dikkat seviyesindeki tüketicilerin bakış açısı ve değerlendirme becerisiyle hareket edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir³⁹. Nitekim geçmişte mevzuatımızda mülga Ticaret Kanunu’nda ya da mülga Tüketici Kanunu’nda buna dair bir düzenleme yokken Yargıtay da tutarlı bir biçimde “ortalama(makul) tüketici kıstasına itibar edilmesi gerektiği görüşündeydi⁴⁰. Daha sonra Reklam

³⁸ Göle, **a.g.e**, s.76; İnal / Baysal, **a.g.e**, s.26; Bozbel **a.g.e**, s.121

³⁹ Göle, **a.g.e**, s.74, İnal / Baysal, **a.g.e**, s.26

⁴⁰ “...Davacılar vekili, davalının dört ayrı televizyon reklamı ile yanlış, yanıltıcı ve aldatıcı olarak müvekkilleri ile "omomatik" ürünleri aleyhine haksız rekabette bulunduğunu ileri sürerek, ... Mahkemece, reklam materyallerine, mübrez belgelere, gelen cevaplara ve bilirkişi raporlarına dayanılarak, davalının hazırlattığı ve televizyonlarda yayınlattığı reklamların dayanağı olan raporlarda taraflardan birinin deterjanının diğerininkine kesin üstünlüğünün belirlenmediği, davalının ürününün üstün olduğu yolundaki reklamlarının ortalama tüketiciyi yanıltabileceği ve aldatılabileceği ve haksız rekabet oluşturduğu gerekçesiyle davaların kabulü ile davalının reklamlarında yer alan "Ariel" ile en yakın rakibinin, en zor onbir lekede fark attı, Ariel en yakın rakibi ile 40 derecede mücadele verecekti, Ariel karşılaştırmanın tartışmasız galibi, üstelik en zor lekede rakibine açık ara fark arttı, 40 derecede tesbit edilen diğer deterjana göre Ariel çok fazla etkili oldu, en zor lekede kesin üstünlük sağladı, Arçelik olarak en iyi sonuçları veren Ariel'i tavsiye ediyor, Ariel'in iddiası o kadar inandırıcı ki burada kendimiz görelim dedik, söz konusu 40 leke Ariel ve diğer deterjan'a 40 derecede yıkadı, sonucunda Ariel çok daha fazla üstünlük sağladı, 40 derecede 40 leke yarışmasının galibi" ibarelerinin reklamlardan çıkarılmasına ve TTK'nun 56, 57/3 maddeleri uyarınca davalının haksız rekabetinin önlenmesine, hüküm özetinin en yüksek tirajlı üç ulusal gazetede yayınlanmasına, ihtiyati tedbirin hükmün kesinleşmesinden ongün sonrasına kadar sürdürülmesine karar verilmiştir....” (Yargıtay 11.Hukuk Dairesinin 2006/7262E. 2007/15138K. sayılı 29.11.2007 tarihli kararı) çevrimiçi kaynak: <https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>

Yönetmeliği'nin 7.maddesinin 3.fikrasında “*Reklamlar ortalama tüketicinin algılama düzeyi ile reklamın tüketici üzerindeki etkisi göz önünde bulundurularak hazırlanmalıdır*” hükmü düzenlenmek yoluyla doktrinde kendisine yer bulan “ortalama tüketici” kavramı mevzuatımıza dahil olmuştur. Mülga Reklam Yönetmeliğinin 5.maddesinin e) bendinde reklamların “*ortalama reklam izleyicisinin algılama düzeyi*”ne göre hazırlanacağı hükmü böylelikle yoruma gerek bırakmayacak şekilde geliştirilmiş ve yeni yönetmelikte yeni haliyle yerini almıştır. Buna ek olarak ortalama tüketicinin tanımına Ticari Reklam Yönetmeliği'nin 4.maddesinin 1.fikrasının j)bendinde “*ticari ve mesleki olmayan amaçlarla hareket eden,tüketici işlemi ya da tüketiciye yönelik uygulamaların her aşamasında makul düzeyde bilgiye sahip olan gerçek veya tüzel kişi*” şeklinde yer verilmiştir. Bu tanım doktrindeki tanım ve niteliklerle örtüşmektedir⁴¹.

Ortalama tüketici kıstasının genel olarak reklamların aldaticılık bakımından değerlendirilmesinde esas alınmasının bir sonucu reklam verenin ortalamanın altında bilgili, dikkatli ve tecrübeye sahip olan tüketicilerin anlayış kaabiliyetlerini dikkate almak zorunda olmamasıdır⁴². Buna karşın tecrübesi ve bilgisi eksik tüketicilerin istismar edilmesine neden olacak reklamların yapılması da 6502 sayılı Tüketicinin korunması Hakkında Kanun'un 61.maddesinin 3.fikrasında açıkça yasaklanmıştır.

Ortalama tüketici kıstasının reklamların aldaticılık değerlendirmesinde titizlikle uygulanması gereklidir. Ortalama dikkat ölçülürken mesela hangi mal veya hizmet bakımından değerlendirme yapıldığı da önemlidir. Günlük ihtiyaçları karşılayan değeri düşük ürünler söz konusu olduğunda ortalama tüketiciden reklamdaki malı kontrol etmesi için fazla zaman ayırması beklenemezken pahalı bir ürün söz konusu olduğunda tüketicinin reklamı daha dikkatle takip etmesi ve satın alırken ürünü kontrol etmesi gerektiği gözden kaçırılmamalıdır⁴³. Bir başka ihtimalde, reklamı ortalamanın altında yüzeysel veya ilgisiz takip eden tüketiciler yanlış anlama ihtimallerinde kendileri için aldaticı olacak reklama karşı kanunen korunmazlar.

⁴¹ Göle, **a.g.e**, s.74-75; Bozbel, **a.g.e**, s.121; İnal / Baysal, **a.g.e**, s.27

⁴² Bozbel, **a.g.e**, s.121

⁴³ Bozbel, **a.g.e**, s.122

Ancak bu husus reklam vereni tüketiciyi aydınlatma yükümlülüğünden ve gerekli bilgileri reklamda sunma zorunluluğundan da geri bırakmamalıdır.⁴⁴

Bazı reklamların genel değerlendirme kıstası olan “ortalama tüketici” kıstasının yanında reklamın kime veya kimlere yöneldiği irdelenmelidir. Kimi reklamlar genel tüketiciyi değil, belli bir tüketici kitlesini hedef alır; bazı reklamlar sadece yetişkinleri, bazıları gençleri ve çocukları, bazıları ev hanımlarını bazıları da sadece doktorlar veya avukatlar gibi belirli meslek erbaplarını hedef alabilir. Bu tip reklamlarda aldatıcılık değerlendirmesinde “reklamın hitap ettiği tüketici” kıstası esas alınmalıdır zira özellikle yanıltıcılığın tespiti, reklamın muhatabı olan tüketicinin reklamdan çıkarttığı anlam ile yakından alakalıdır⁴⁵. Özel bir tüketici kitlesine hitap eden reklamlarda, reklamın aldatıcılık değerlendirmesi bakımından bu kitleye mensup yine kitlenin ortalaması dikkat ve bilgiyi haiz bir tüketicinin reklamdan çıkartabileceği anlamın esas alınması yerinde olacaktır.⁴⁶

Son olarak reklamın aldatıcı olarak nitelendirilebilmesi için herhangi bir tüketicinin gerçekten aldanmış veya zarar görmüş olmasına gerek yoktur, aldanma ihtimalinin varlığı reklamın aldatıcı kabul edilebilmesi bakımından yeterlidir⁴⁷.

c. Reklamdaki Aldatıcılığın Önemli Olması

Reklamın aldatıcılık değerlendirmesindeki son unsur reklamın aldatıcılığının önemli olması yani tüketicinin kararını etkileyebilecek ölçüde olması gerekliliğidir. Bir reklamın yanlış veya yanıltıcı olması ya da eksik bilgi içermesi ile tüketiciyi aldatma ihtimali bulunması ve de reklamdaki aldatıcılığın önemli olması şartları bir araya geldiği takdirde ancak aldatıcı reklamın varlığından bahsedilebilir. Bir reklamdaki aldatıcılık önemsiz yani tüketicilerin kararını etkilemeyecek derecedeysen eğer bundan ne tüketicilerin ne de rakiplerin zarar görme ihtimali bulunmaktadır⁴⁸.

⁴⁴ Bozbel, **a.y.**

⁴⁵ İnal, **a.g.e.**, s.116

⁴⁶ Bozbel, **a.g.e.**, s.123

⁴⁷ İnal / Baysal, **a.g.e.**, s.27

⁴⁸ İnal / Baysal, **a.g.e.**, s.28

Reklamdaki aldatıcılığın önemli olmasının aranması şartı aldatıcı ve karşılaştırmalı reklamlar yönergesinde aldatıcı reklam tanımında “ekonomik davranışları etkilemesi muhtemel reklam⁴⁹” şeklindeki düzenleme ile kabul görmüştür⁵⁰.

Sonuç olarak bu ilke uyarınca içerisinde aldatıcılık unsurunu barındıran ancak önemli hususlarda aldatıcı olmayan, herhangi bir menfaati ihlal etmeyen reklamlar bakımından denetim organları ve mahkemelerin meşguliyetinin ayrıca bu tip reklamlar yüzünden gereksiz yere müeyyide uygulanması ihtimalinin önüne geçilmesinin yerinde olacağı görüşüne katılmaktayız⁵¹.

B. Haksız Rekabete Yol Açmama

Ülkemizde Anayasa ile kabul edildiği üzere diğer birçok gelişmiş veya gelişmekte olan ülkede de uygulanan serbest piyasa ekonomisi uygulanmakta ve bu ekonominin özünü serbest rekabet oluşturmaktadır. Serbest rekabetin en önemli araçlarından biri de reklamdır ve haliyle de Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlenen haksız rekabet hükümlerine tabi olması doğal karşılanmalıdır⁵². Haksız rekabet kurallarının amacı dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır. Türk Ticaret Kanunu’nun 54.madde 2.fıkrasında belirtildiği gibi rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına

⁴⁹ Reklam Kurulu da kararlarında tüketicinin ekonomik davranışlarını etkileyen reklamları değerlendirmektedir: “...Söz konusu firma tarafından düzenlenen “Zen Pırlanta Uçuruyor” isimli kampanyaya ilişkin olarak, muhtelif televizyon kanallarında “2500 TL ve üzeri alışveriş yapan herkese Avrupa’ya gidiş-dönüş çift kişilik uçak bileti!” şeklinde ifadeler ile tanıtım yapıldığı, ancak söz konusu kampanya kapsamında uçak bileti kazanan tüketicilerin, uçak biletlerine ait tüm harç ve vergileri kendilerinin ödemesi gerektiği, ancak **tüketicilerin satın alma kararını etkileyecek olan bu bilginin söz konusu reklamlarda hiçbir şekilde belirtilmediği**, bununla birlikte tüketicilerin bu bilgiye ulaşabilecekleri, anılan kampanyaya ilişkin detaylı bilgilerin yer aldığı söz konusu firmaya ait internet sitesine de ilgili reklamlarda herhangi bir yönlendirme yapılmadığı, dolayısıyla kampanyaya ilişkin televizyon reklamlarını izleyen tüketicilerin yukarıda bahsi geçen bilgiye ulaşamadığı, şikayet konusu tanıtımlarda tüketicilerin eksik bilgilendirildiği... **...anılan reklamları durdurma cezası** verilmesine karar verilmiştir.” (RK, 11.10.2016 tarihli, 253 sayılı toplantı, Dosya No:2015/1903, 68 No’lu karar Erişim Tarihi:22 Nisan 2018)

⁵⁰ İnal, **a.g.e.**, s.118; Tekelioğlu, **a.g.e.**, s.79

⁵¹ İnal / Baysal, **a.g.e.**, s.28

⁵² ; Moroğlu **a.g.e.**, s.3

diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ve ticari uygulamalar haksız rekabete neden olacaktır.

Öncelikle aldatıcı davranış ve ticari uygulamaların reklam hukuku bakımından karşılığının, isminden de anlaşıldığı üzere aldatıcı reklamlar olarak kabulü yerinde olacaktır. Bu hükümden hareketle aldatıcı reklamların dürüstlük kuralına aykırı olduklarından dolayı haksız rekabete sebebiyet verdiğinin ve hem tüketici hukuku bakımından hem de rekabet hukuku bakımından hukuka aykırı kabul edildiklerinin çıkarımı yapılabilecektir. Yani aldatıcı reklamlar veya aldatıcı olmamakla birlikte başka bir şekilde dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eden reklamlar haksız rekabete sebebiyet verecektir.

Hangi reklamların ve ticari uygulamaların haksız rekabete sebep olacağı tahdidi olarak TTK'nın 55.maddesinin 1.fıkrasının a) bendinde sayılmıştır. Karşılaştırmalı reklamların hangi ihtimallerde haksız rekabete sebep olacağına ise sözü edilen kanunun 5 numaralı alt bendinde değinilmiştir. Kanun hükmüne göre gerçeğe aykırı, yanıltıcı, rakibini gereksiz yere kötüleyici ve gereksiz yere rakibin tanınmışlığından faydalanan karşılaştırmalı reklamlar haksız rekabet teşkil edecektir.⁵³ Bu sayılan hallerden karşılaştırmalı reklamın gerçeğe aykırı ve yanıltıcı olma halleri zaten aldatıcı reklam olarak değerlendirilmektedir ve hukuka aykırıdır. Ancak gereksiz yere kötüleme ve rakibin tanınmışlığından gereksiz yere faydalanma hususları üzerinde durmak gerekmektedir.

1. Rakibi Gereksiz Yere Kötüleme

Karşılaştırmalı reklamlarda reklam verenin şahsının, ürün ve hizmetlerinin iyi ve üstün yönlerinin rakip veya rakiplerinkiyle ilişkilendirmek suretiyle kıyaslandığını ve bu reklam biçiminin tüketicinin aydınlanması bakımından oldukça etkili ve faydalı olduğunu daha önce belirtmiştik. Elbette geniş bir yorumla her karşılaştırmanın kötüleme olarak görülmesi mümkündür çünkü doğal olarak reklam verenin belirttiği hususlar doğrudan veya dolaylı olarak kendi lehine yorumlanacak ve rakip veya

⁵³ Bozbel, a.g.e, s.94

rakiplerinin aleyhine bir düşünce oluşmasına sebep olabilecektir⁵⁴. Çünkü açıkça “o kötü” demese de “ben daha iyiyim” demek, o benden daha kötü şeklinde anlaşılabilir. Bu mantıkla üstünlük belirten her karşılaştırmalı reklam kötüleme içerdiği gerekçesiyle hukuka aykırı kabul edilebilir, bu takdirde karşılaştırmalı reklam yapma imkanı ortadan kalkmış olur⁵⁵. Bunun önüne geçmek, ayrıca karşılaştırmalı reklamın yapılmasıyla elde edilen etkin rekabet ve tüketici menfaatlerini korumak maksadıyla reklamdaki her kötüleme değil sadece “gereksiz kötüleme hukuka aykırıdır. Zaten TTK m.55/1/a/5 hükmüyle her kötüleme değil gereksiz kötüleme bir haksız rekabet hali olarak belirlenmiştir⁵⁶.

Bu açıklamalar doğrultusunda karşılaştırmalı reklamlarda gereksiz kötülemenin ayırımına nasıl varılacağı sorunsalı gündeme gelecektir. Bunun tespitinde doktrinde üç adet kıstastan faydalanılmaktadır, bunlar; objektiflik, ölçülülük ve gerekliliktir⁵⁷.

a. Objektiflik

Reklamlar her halükarda objektif esaslara dayandırılmak zorunda değildirler. Hedef kitleyi cezbetmek ve reklamı yapılan şeyin sürümünü arttırmak amacıyla reklamlara doğru olmayan hayal ürünü olgular, abartılar eklenebileceği gibi bunun yanı sıra tüketici görüşleri gibi sübjektif kıstaslara da yer verilebilir. Buna karşın karşılaştırmalı reklamlarda olduğu gibi bir veya birden fazla rakibin eleştirilmesi hususunda bu eleştirinin mutlak ve doğrulanabilir, yani objektif esaslara dayanması gereklidir⁵⁸. Bu şarta uyulmadığı takdirde rakibin eleştirilmesi gereksiz kötüleme olarak kabul edilecek ve hukuka aykırılık teşkil edecektir.

⁵⁴ Kötülemenin karşılaştırmalı reklamlarda haksız rekabet oluşturmaya dair bkz: Yves Picod, Yvan Auguet, Nicolas Dorandeu, **Concurrence déloyale** Dalloz Octobre 2010 (actualisation : août 2017) paragraphe No:157 vd.

⁵⁵ İnal / Baysal, **a.g.e.**, s.61

⁵⁶ İnal / Baysal, **a.y.**

⁵⁷ Bozbel, **a.g.e.**, s.126-127; İnal / Baysal, **a.e.**, s.61

⁵⁸ İnal / Baysal, **a.g.e.**, s.61

Objektiflik şartı çoğu zaman karşılaştırmanın doğru olması yani aldatıcılık taşınamaması gerekliliği bakımından da kendisini gösterir⁵⁹. Belirtmek gerekir ki karşılaştırmaya tabi hususlar haricinde reklam veren tamamen yansız ve tarafsız olarak bilgi sunmak zorunda değildir⁶⁰. Reklamın bir haber bülteni olmadığını, reklam verenin arzu ettiği ve kendi ürününün üstün ve öne çıkan özelliklerini dikkate alarak yerine göre makul ölçüde abartı kullanarak da reklam yapabileceğini unutmamak gerekir⁶¹. Önemli olan ürünü temsil edici, ürün için esaslı olan ve tüketicilerin ürünü satın alma kararlarını etkileyecek olan bilgilerin doğrulanabilirliğidir. Unutulmamalıdır ki objektiflik kıstasının sadece mal ve hizmet karşılaştırmalarında değil şahsi karşılaştırmalarda da gözetilmesi zorunludur⁶².

b. Ölçülülük

Ölçülülük, eleştirinin objektif ve gerekli olmasına rağmen ancak bu gerekliliğin haklı kıldığı şiddette ve sertlikte olabileceği prensibidir. Kötüleme gerekli ve doğrulanabilir olmakla beraber eğer durumun gerektirmediği, haklı kılmadığı derecede sert ve rakibe zarar verici ise bu ölçülülük ilkesiyle bağdaşmaz, kötüleme ölçüyü aşmıştır ve gereksizdir.⁶³ Karşılaştırmalı reklamların hukuka uygun kabul edilmesinin sebebi muhakkak ki bu yolla rakibe zarar vermeyi serbest bırakmak değil rekabetçi bir piyasanın oluşmasını ve tüketicilerin bilgilenmesini sağlamaktır. Kötülemenin somut durumda bunu sağlayacak şiddette yani ölçülü olması gereklidir⁶⁴. Ölçülülük sınırı aşılar reklamdaki beyanlar alay etme, aşağılama, küçümseme haline gelirse rakiplerin buna tahammül etmesi beklenemeyeceğinden kuşkusuz dürüstlük kuralına aykırı olacak bu reklam haksız rekabet teşkil edecektir.

Ölçülülüğün değerlendirilmesi her somut olay bakımından farklılık gösterebilecektir. Bir görüşe göre daha önce kendisine karşı karşılaştırmalı reklam

⁵⁹ İnal / Baysal, **a.y.**

⁶⁰ Bkz: Caroline Carreau, **Publicité fausse ou de nature à induire en erreur - Publicité comparative**, Dalloz, octobre 2004 (actualisation : janvier 2017) paragraphe 359 vd.

⁶¹ Aslan **a.g.t.**, s.113-114

⁶² Aslan **a.g.t.**, s.295

⁶³ İnal / Baysal, **a.g.e.**, s.62

⁶⁴ İnal / Baysal, **a.e.**, s.62

yapılmış reklam verenin savunma amaçlı olarak aynı doğrultuda cevap niteliğinde bir karşılaştırmalı reklam yaptığı ihtimalde ölçülülük kıstası bakımından müsamaha gösterilebilir. Bu fikre varılmasında daha önce Almanya'daki karşılaştırmalı reklam uygulamaları etkin rol oynamıştır⁶⁵.

c. Gereklilik

Rakibi gereksiz yere kötüleme yasağında şüphesiz en incelikli noktayı kötülemenin gerekliliği oluşturmaktadır. Karşılaştırmalı reklamlarda rakipler, onlara ait ürün ve hizmetler ister istemez doğrudan veya dolaylı olarak kötülendiğinden kötülemenin gereklilik şartını taşıması gerekir. Bir kötülemenin “gereklilik” kıstasını taşıyıp taşımadığı, başka bir ifade ile gereksiz olup olmadığı, üstün nitelikte bir özel veya kamusal çıkara hizmet edip etmediğine göre değerlendirilmelidir. Buna göre karşılaştırmalı reklamlarla yapılan kötülemenin özel veya kamusal bir çıkara hizmet etmesi yani reklamlarla belirtilen hususlarının tüketiciye aktarılmasında tüketicinin elde edeceği üstün bir menfaatin varlığı şarttır. Bu takdirde kötüleme gerekli olup yukarıda sayılan diğer kıstasları da taşıyorsa hukuka uygun kabul edilmelidir⁶⁶.

Eğer karşılaştırmalı reklamdaki kötüleme aldatıcılık unsuru taşıyorsa örneğin yanlış veya yanıltıcı ise elbette buna izin verilemez. Ancak doğru ve kanıtlanabilir olmak şartıyla, rakip firmanın ürünlerinin sağlığa ve çevreye zararlı , kalitesiz veya çok daha pahalı olması ihtimalinde bunun karşılaştırmalı reklamda belirtilmesi tüketicinin üstün menfaatine hizmet ediyorsa kötüleme gerekli kabul edilmeli ve kötülenen rakip buna katlanmalıdır⁶⁷. Karşılaştırmalı reklamın yapıldığı ürün, hizmet veya işletmenin asli ve esaslı özellikleri üzerinden tüketicinin satın alma kararını etkileyecek şekilde yapılması, kötülemenin gereklilik unsuru bakımından önem taşır. Buna karşın tüketicinin menfaatine olmayan hususların reklama konu edilmesi; örneğin rakibin asker kaçağı olduğu, işletmesinde yalnızca belli görüşten insanları veya sadece göçmenleri çalıştırdığı, hayırsız bir evlat olduğu gibi bilgiler üzerinden

⁶⁵ Aslan a.g.t, s.138

⁶⁶ İnal / Baysal, a.g.e, s.62

⁶⁷ İnal / Baysal, a.g.e, s.62

karşılaştırma yapılması halinde rakibin kötülenmesi gereksiz olacaktır ki bu bilgileri öğrenmek tüketiciyi memnun etse dahi ortada herhangi bir tüketici menfaati olmayacağından gereksiz kötüleme ve haksız rekabet teşkil edecektir⁶⁸.

Son olarak bir kötüleme üstün bir tüketici menfaatine hizmet edip tüm haksız rekabet unsurları bakımından hukuka uygunluk taşımakla birlikte haksız rekabetin temel taşı olan dürüstlük kuralı bağlamında amacından sapmış ve hakkın kötüye kullanılması oluşturacak nitelikteyse örneğin rakibi piyasadan silmek veya mahfina sebep olmak gibi amaçlarla kötü niyetle yapılıyorsa caiz değildir⁶⁹.

2. Rakibin Tanınmışlığından Gereksiz Yere Faydalanma Hali

Türk Ticaret Kanunu’da sayılan ve karşılaştırmalı reklamlarda haksız rekabet teşkil edecek hallerden bir diğeri de rakibin piyasada ve tüketiciler nezdinde elde etmiş olduğu ticari itibarından(tanınmışlığından) gereksiz yere fayda temin etmektir. Rakibin tanınmışlığından faydalanmanın gündeme geldiği karşılaştırmalı reklamlarda genellikle rakip ürünle reklamı yapılan ürünün aynı, benzer olduğu veya aynı kalitede olduğunun altı çizilir⁷⁰. Tanınmışlıktan gereksiz faydalanma genellikle kendini tanınmış ve herkesçe bilinen markaların ürünlerinin taklitlerinin reklamlarında belirgin olarak gösterir⁷¹. Ancak Ticari Reklam Yönetmeliği’nin 12.maddesinin 2.fıkrasında taklit ürünün reklamının yapılamayacağı açıkça belirtilmiştir. Ayrıca piyasaya yeni çıkan bir ürünün uzun yıllar boyu piyasada tutunmuş hatta tekelleşmiş bir ürünle rekabet edebilmesi için hiç şüphesiz en etkili yöntem karşılaştırmalı reklam yapmak suretiyle yeni ürünün eskisiyle olan benzer ve eskisinden ayrılan yönlerinin reklamda vurgulanarak tüketiciye bir seçim hakkı tanımadır⁷². İşte bu noktada faydalanmanın gerekliliği hususu önem arz etmektedir. Karşılaştırmının, rakibin tanınmışlığından gereksiz faydalanma teşkil edip etmediğinin tespitinde, rakibin

⁶⁸ İnal, **a.g.e.**, s.72

⁶⁹ İnal, **a.e.**, s.73

⁷⁰ Bozbel, **a.g.e.**, s.128

⁷¹ bkz: Taklit ürünlerin karşılaştırmalı reklamının yapılamayacağına dair, Monique Luby, **Publicité commerciale**, Dalloz, Janvier 2005 (actualisation : mai 2017) paragraphe 58 vd.

⁷² İnal / Baysal, **a.g.e.**, s.63

gereksiz kötülenmesinin tespitinde kullanılan üç kıstas; objektiflik, ölçülülük ve gereklilik kıstasları benzer şekilde uygulama alanı bulur⁷³.

Yeni bir teknik veya buluşun tüketiciye başka türlü anlatılması mümkün değilse mutlaka halihazırdaki rakip markaların ürünlerinin veya sistemlerinin ilişkilendirerek ürünün tanıtımını yapmak gerekiyorsa bu reklamlar hukuka uygundur yani faydalanma gereklidir. Bu anlamda yedek parça, aksesuar ve ek parçaların karşılaştırmalı reklamlarını hukuka aykırı kabul etmemek gerekir⁷⁴. Ancak unutulmamalıdır ki bu reklamlardaki iddiaların objektif doğruluk taşımaları ve ölçülü olması gerekir, örneğin yedek parçanın orijinal parçanın taklidi değil, ondan farklı ama onun kadar kullanışlı ve kaliteli olduğunun ayırt edilebilir şekilde tüketiciye sunulması gerekir.

Rakibin ticari itibarından gereksiz yararlanma kendisini en fazla doğrudan(açık) karşılaştırmalı reklamlarda gösterir. Zira yararlanılmak istenilen itibarın ait olduğu ürün, marka veya firma adının reklamda belirtilmesi gerekir. Rakibin reklamda belirtilerek karşılaştırmının yapılması, tüketicilerin bilgilendirilmesi bakımından hiçbir fonksiyon taşımıyorsa o halde yararlanma gereksizdir ve rakibin ticari itibarından parazit şekilde yararlanma söz konusudur⁷⁵.

C. Karşılaştırılanların Aynı İhtiyaca veya Amaca Yönelik Olması

Ticari Reklam Yönetmeliği ile belirlenmiş hukuka uygunluk şartlarından bir diğeri “karşılaştırılan mal veya hizmetlerin aynı ihtiyacı karşılaması ya da aynı amaca yönelik olması”dır. Bu şart yönetmeliğe sonradan 2017 yılındaki değişiklikle dahil olmuştur, ondan öncesinde yönetmelikte bu hükmün karşılığı olarak “karşılaştırılan mal veya hizmetlerin aynı nitelikte olması veya aynı istek yada ihtiyaca karşılık vermesi” ibaresi yer alıyordu. Bu ibare 2003 tarihli mülga Yönetmelikte de çok benzer bir biçimde yer alıyordu ve eleştirilere konu olmaktaydı. Mülga Tüketici Kanunu’nda “aynı ihtiyaçları karşılayan ya da aynı amaca yönelik rakip mal ve hizmetlerin

⁷³ Bozbel, **a.g.e.**, s.128; İnal / Baysal, **a.g.e.**, s.62

⁷⁴ Bozbel, **a.e.**, s.128

⁷⁵ İnal / Baysal, **a.g.e.**, s.63

karşılaştırmalı reklamları yapılabilir” denilmiş olup aynı nitelikte olmasından bahsedilmemiştir. Bu da açık karşılaştırmalı reklam yasağı gibi kanunda olmayan bir koşulun, yönetmelikle karşılaştırmalı reklamlara getirilmesine örnek oluşturmaktaydı ve karşılaştırmalı reklamları fiilen yapılamaz hale getirmekteydi. Zira karşılaştırılan ürünlerin aynı nitelikte olmasının şart koşulması uygulamada denetim mekanizmalarınca geniş yorumlanmaktaydı⁷⁶. Doktrinde ise aynı nitelikteki ürünlerin karşılaştırılabilir olmasının ancak fiyat karşılaştırmalarında aranması gereken bir şart olduğu belirtilmekteydi ve tüm karşılaştırmalı reklamlara uygulanacak düzenleme isabetsiz bulunmaktaydı⁷⁷. Şüphesiz reklam verenin, rakibe kıyasla daha kaliteli olan ürününün bu özelliğini vurgulayan karşılaştırmalı reklam yapmasında bir engel olmamalıdır. Aynı kalitedeki malların ancak karşılaştırmaya tabi tutulabileceğini şart koşturmak karşılaştırmacının doğasına aykırıdır⁷⁸. Bir yazar mülga yönetmeliğin yürürlük süresi boyunca, ancak aynı nitelikte ve özellikte ürün ve hizmetlerin karşılaştırılabilirliği şartının gerçekleşmesinin imkansız olduğunu bunun nedeninin de açık karşılaştırma yasağı dolayısıyla reklamda rakibe ait hangi mal ve hizmetlerin karşılaştırıldığının bilinmesi mümkün olmadığını bu sebeple niteliklerinin aynı olup olmadığının test edilemeyeceğini belirtmiştir⁷⁹.

Gerçekten de Avrupa Birliği Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlar Yönergesi’nde aynı gereksinimlere hizmet eden ya da aynı amaca hizmet etmesi düşünülen malların ve hizmetlerin karşılaştırılmasına⁸⁰ cevaz verilmektedir⁸¹, hem AB

⁷⁶ “(...) Sabunla her yıkayışınızda cildinizde sabun kalıntısı kalır. Dove farklıdır. Temizleyici ve nemlendirici özel formülü sayesinde ardında kalıntı bırakmaz cildinizi yumuşacık ve pürüzsüz yapar. (...)” ; ayrıca, anılan ürünün sabun kategorisinde olmadığı halde sabun ile karşılaştırıldığı; dolayısıyla, inceleme konusu reklamlarda **karşılaştırılan mal veya hizmetlerin aynı nitelikte ve özellikte olmadığı**; bu nedenlerle, inceleme konusu reklamlarda yer alan iddiaların yanıltıcı olduğu gerekçeleriyle... Bu durumun, 4077 sayılı Kanunun 16’ncı maddesi hükmüne aykırı olduğuna, reklam veren **Unilever San. ve Tic. Türk A.Ş.** hakkında **ulusal düzeyde (68.678 TL) idari para ve anılan reklamları durdurma cezaları** verilmesine karar verilmiştir.... (RK, 14.12.2010 tarihli 183 No’lu toplantı **684 No’lu Karar**)

⁷⁷ İnal / Baysal, **a.g.e.**, s.75

⁷⁸ İnal / Baysal, **a.g.e.**, s.60

⁷⁹ Aslan, **a.g.t.**, s.80

⁸⁰ Vassili CHRISTIANOS, Fabrice PICOD, **Consommateurs**, Dalloz, Janvier 2003 (actualisation : août 2017) Ayrıntılı bilgi için bkz: paragraphe 179 vd

⁸¹ ...Yapılan incelemeler sonucunda, söz konusu tanıtımda bahsi geçen mobil internet ve Wifi ile bağlanılan sabit internetin **aynı ihtiyaca yönelik olması sebebiyle karşılaştırmalı reklam yapılmasında sakınca bulunmadığı** tespit edilmiş olup şikayete konu reklamların Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliğinin ilgili hükümleri ile 6502 sayılı Tüketicinin Korunması

müktesabatına uyum hem de yanlış uygulamaların önüne geçilmesi bakımından 2017 değişikliğinin yerinde olduğu kanaatindeyiz.

Aynı ihtiyacı karşılayan yada aynı amaca yönelik mal ve hizmetlerin karşılaştırılması aynı zamanda karşılaştırılabilirliğin de şartlarından olarak sayılmaktadır ve buna uyulmaması⁸² tüketicinin yanıltılmasına sebep olacağından aldatıcı reklam olarak addedilmesine sebep olacaktır⁸³. Aldatıcı reklamın tanımı henüz mevzuatımızda yer almadığından aldatıcılık unsuru taşıyan hususların özellikli reklam çeşitlerinin hukuka uygunluk kıstaslarında kanun koyucu tarafından tek tek belirtilmesi yoluna gidilmektedir.

D. Tüketicie Fayda Sağlayacak Hususların Karşılaştırılması

Karşılaştırmalı reklamda tüketiciye fayda sağlayacak bir hususun karşılaştırılmasının gerekliliği yönetmelikte belirtilmiştir. Reklamın temel işlevi zaten reklamın yöneldiği hedef kitleye bilgi sunmasıdır⁸⁴. Tüketicilerin bilgilendirme hakkı TKHK'nin 1.maddesinde koruma altına alınmıştır.

Karşılaştırmalı reklamlara cevaz verilmesinin en önemli sebebi zaten karşılaştırmalı reklam yapılması ile tüketicinin kazanacağı fayda/menfaattir. Karşılaştırmalı reklam aldatıcı olmadığı takdirde ve haksız rekabet oluşturmuyorsa

Hakkında Kanun'un 61 inci maddesine *aykırı olmadığına* karar verilmiştir. (RK, 08.08.2017 tarihli 263 sayılı Toplantıda alınan 2 Numaralı karar, incelenen dosya no:2017/891)

⁸² ...Bununla birlikte, Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliğinin "Karşılaştırmalı reklamlar" başlıklı 8 inci maddesinde, karşılaştırmalı reklamların ancak "*karşılaştırılan mal veya hizmetlerin aynı ihtiyaçları karşılaması ya da aynı amaca yönelik olması*" koşuluyla yapılabileceğinin hüküm altına alındığı, bununla birlikte süt ve maden suyunun aynı ihtiyaca veya aynı amaca yönelik ürünler olmaması nedeniyle söz konusu tanıtımın mevzuata aykırı olduğu, Diğer taraftan, anılan tanıtım sayfasında kullanılan anne - bebek görseli, maden suyu ile süt arasında yapılan karşılaştırma ile birlikte değerlendirildiğinde Beypazarı Maden Suyu'nun **anne sütünün ikamesi olduğu** şeklinde bir izlenim oluşturulduğu, firma ürününün hem yeni doğan bebekler hem de ana karnındaki bebeklerin sağlıklı gelişimi için hamile kadınlar ve anneler tarafından tüketilmesi gereken temel bir gıda maddesiymiş gibi gösterildiği, böylelikle anne sütünün yokluğunda yeni doğan bebeklerin ihtiyaç duyduğu mineral ve besin maddelerinin Beypazarı Maden Suyu ile sağlanabileceği şeklinde bir imada bulunduğu, bu durumun ise **tüketicileri aldatıcı ve yanıltıcı** olarak değerlendirildiği...(RK. 13.03.2018 tarihli 270 sayılı toplantısında 2017/4154 dosya no'lu karar.)

⁸³ İnal / Baysal, **a.g.e**, s.60

⁸⁴ Hamdi Pınar, **Reklam Hukukunun Esasları**, Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2008, s.517

zaten tüketiciye fayda sağlıyor demektir. Rakibi gereksiz yere kötülemeyen, aldatıcı olmayan, doğru bir karşılaştırma açıkça, doğrudan rakip belirtilerek yapılırsa tüketiciler için sağlıklı bir bilgi kaynağı oluşturur ve doğru seçim yapmasında tüketiciye fayda sağlar⁸⁵.

Reklam Yönetmeliğinin karşılaştırmalı reklamları düzenleyen 8.maddesinin kaynağını oluşturan Avrupa Birliği'nin 12.12.2006 tarihli 2006/114/EC sayılı Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlar Yönergesinin 4.maddesinden farklı olarak getirilen tüketiciye fayda sağlayacak hususların karşılaştırılması hükmü reklamdaki karşılaştırmanın gereksiz olmaması ve ürün veya hizmetteki tüketicinin satın alma kararını etkileyecek önemdeki hususların karşılaştırılmasına ilişkindir. Karşılaştırmalı reklamlarda ürün veya hizmetlerin tüketiciye fayda getirmeyecek özelliklerinin karşılaştırılması rakibin gereksiz yere kötülenmesi anlamına gelir⁸⁶. Zaten haksız rekabet oluşturmama bakımından rakibin gereksiz yere kötülenmemesi şarttır. Karşılaştırmalı reklamda tüketiciye fayda getirmeyen hususların karşılaştırılması da gereksiz kötüleme teşkil edeceğinden yönetmelikte bu husus 8.maddede haksız rekabete yol açmama şartı sayıldıktan iki bent sonra tekrar vurgulanmaktadır. Ayrıca reklamdaki ifade tüketici bakımından doğru olmakla birlikte tüketiciler için gerekli açıklamaları içermiyor, önemsiz ve faydasızsa o reklam yanıltıcı kabul edilmektedir⁸⁷.

Son olarak bir görüş eski düzenlemeyle kıyaslandığında yeni bir unsur olarak kabul ettiği bu hükmün oldukça subjektif olması nedeniyle denetim organlarının değerlendirmesi ve yorumlamasıyla netlik kazanacağını düşünmektedir⁸⁸. Bize göre tüketiciye fayda sağlayabilecek hususlardan fiyat, nitelik, nicelik gibi özellikler objektif doğruluk ilkesiyle karşılaştırmalı reklama konu olabileceklerinden her reklamın özelinde subjektif olarak tüketiciye sağlanan yararın somut varlığını araştırmaya gerek yoktur ve denetim organlarının da bu doğrultuda hareket edeceklerini düşünmekteyiz.

⁸⁵ İnal / Baysal, **a.g.e**, s.57

⁸⁶ Bkz.: aş. II. Bölüm, Karşılaştırmalı reklamların hukuka uygunluk şartları, haksız rekabete yol açmama, rakibi gereksiz yere kötüleme

⁸⁷ Göle, **a.g.e**, s.69

⁸⁸ Duran, **a.g.t**, s.40

E. Reklamdaki Unsurların Objektif Olarak Karşılaştırılması

Reklam Yönetmeliğinin 8.maddesinde belirtilen bir diğer hukuk uygunluk şartı; “Karşılaştırılan mal veya hizmetlerin, fiyatı da dahil, bir ya da daha fazla maddi, esaslı, doğrulanabilir ve tipik özelliğinin objektif olarak karşılaştırılması”dır. Bu hüküm de Avrupa Birliği’nin Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlar Yönergesi’nden iç hukuka aktarılmıştır.

Karşılaştırmalı reklamlarda, karşılaştırmaya konu edilen ürün ve hizmetlere ilişkin özelliklerin esaslı olmaları, doğrulanabilir olmaları bu özelliklerin karşılaştırmaya konu edilmesinde tüketicinin faydasının bulunması, tipik olmaları ve objektif değerlendirmeye tabi tutulmaları zaten bu reklamların aldatıcı veya haksız rekabet oluşturacak cinsten olmamaları bakımından gerekli olan şartlardır⁸⁹. Ancak yönergede yer alan hükmün benzer şekilde iç hukuka aktarılması mevzuatımızın AB mevzuatına uyumluluğu bakımından olumlu bir gelişmedir.

Bu hükümle vurgulanmak istenen subjektif verilere dayanarak ya da ürün, hizmet veya işletmelerin esaslı olmayan tali ve doğrulanamayacak özelliklerinin üzerinden karşılaştırma yoluna gidilmesinin mümkün olmadığıdır. Karşılaştırmalı reklamlar haksız rekabet kuralları gereği, gereksiz kötüleme içermeyeceğinden ancak fiyat gibi karşılaştırılmasında tüketiciye faydası bulunan maddi ve önemli özellikler üzerinden doğrulanabilir iddialarla objektif olarak kıyaslama yapılabilecektir. Örnek vermek gerekirse tanıklı reklamlarda herhangi bir kimse “A marka tavuğun lezzeti B marka olandan daha iyi” şeklinde bir beyanda veya “A tiyatrolarının bilet fiyatları çok yüksek paranızın hakkını B tiyatrolarında alırsınız” ya da bir restoranın afişinde “Türkiye’nin en iyi kuzu çevirmecisi⁹⁰ beyanını kullanması” gibi subjektif ve doğrulanamayacak iddialarda bulunamaz.

⁸⁹ İnal / Baysal, **a.g.e.**, s.61

⁹⁰ EK:8 Fotoğrafi tarafımda çekilen et restoranının afişi

F. Reklamdaki İddiaların İspatlanması

Ticari Reklam Yönetmeliğinin 8.maddesinde karşılaştırmalı reklamlar için sayılan bir diğer hukuka uygunluk şartı: "nesnel, ölçülebilir, sayısal verilere dayanan iddiaların; bilimsel test, rapor veya belgelerle ispatlanması"dır. Bu hükümden sonra yönetmeliğin ispat külfeti başlıklı 9.maddenin 3.fıkrasında yine karşılaştırmalı reklamlara ilişkin olarak "karşılaştırmalı reklamlarda yer alan ve karşılaştırmaya konu edilen iddialar, her halükarda üniversitelerin ilgili bölümlerinden veya akredite ya da bağımsız araştırma, test ve değerlendirme kuruluşlarından alınmış bilgi ve belgeler ile kanıtlanmak zorundadır." hükmüne yer verilmiştir. Karşılaştırmalı reklamlara özel bu iki hükmün birlikte değerlendirilmesi gerekir; buna göre karşılaştırmalı reklamlarda yer verilen iddiaların tümü reklam yapıldığı esnada sayılan kuruluşlardan alınan bilgi ve belgelerle kanıtlanmış olmalıdır, kanıtlanmamış hiçbir iddia karşılaştırmaya konu edilemez⁹¹. İddiaların tümünün ispatlanması gereği karşılaştırmalı reklamda yer verilebilecek iddiaların maddi ve esaslı özelliklere dair objektif özelliklere yönelik iddialar olma zorunluluğundan gelir. Görüldüğü üzere reklam verenin ve reklamcının karşılaştırmalı reklam yaparken oldukça dikkatli hareket etmesi gereklidir sayılan şartlardan bir tanesine dahi aykırılık bulunması söz konusu reklamı hukuka aykırı kılacaktır.

Yönetmeliğin 9.maddesinin 4. Fıkrası 3.fıkra kapsamında sunulan raporların reklamda yer alan iddiaları reklamın yayınlandığı dönemde kanıtlar nitelikte⁹²

⁹¹...Bununla birlikte, "Maden suyu denilince akla ilk gelen marka" ve "En sevdiğiniz maden suyu" şeklinde **doğrulanabilir nitelikte somut ifade, iddia ve tanıtımların**, Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliğinin "**İspat külfeti**" başlıklı **9 uncu maddesi** hükümleri kapsamında firma tarafından ispatlanamadığı....Diğer taraftan, firma ürününe atfedilen "Milli içecek" iddiasının Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliğinin "İspat külfeti" başlıklı 9 uncu maddesi hükümleri kapsamında **firma tarafından ispatlanamadığı**, aynı zamanda söz konusu iddianın tüketici güvenini ve tüketicilerin tecrübe ve bilgi eksikliklerini istismar edici nitelikte olduğu... (**RK. 13.03.2018** tarihli **270** sayılı toplantısında **2017/4154** dosya no'lu karar.)

⁹² "Garnier Mineral" isimli kozmetik ürüne ilişkin olarak muhtelif televizyon kanallarında yayınlanan "Yeni Garnier Mineral. Temizliğin Nefes Aldıran Ferahlığı" başlıklı reklamlarda "Doğal ıslaklık emici mineral. 5 kat daha emici.* (*Talk pudraya göre 5 kat daha emici)" ifadelerine yer verilmesine rağmen, "Talk pudraya göre 5 kat daha emici" iddiasının ispatına ilişkin olarak sunulan laboratuvar sonuçlarının, tanıtımı yapılan ürünün içeriğinde bulunan perlit mineralinin ıslaklığı emiciliği yönüyle, 3 ayrı talk etken maddesi ile karşılaştırılmasını içerdiği, buna karşılık reklamlarda tanıtımı yapılan ürünün, **talk pudrasından 5 kat daha emici olduğuna yönelik bir çalışmanın sunulan sonuçlar arasında yer almadığı**, bu nedenle inceleme konusu tanıtımlarda yer alan "Talk pudraya göre 5 kat daha emici" iddiasına ilişkin olarak sunulan **raporların söz konusu iddiayı desteklemede yetersiz olduğu** (**RK:13.02.2018** tarihli 269 No'lu toplantıda alınmış 17 No'lu karar 2017/3684 Dosya No'lu karar)

olmasını şart koşmuştur. Yani karşılaştırmalı reklamda kullanılan doğruluğu yönetmelikte sayılan kurumlardan alınmış belge ile ispatlanmış iddia, reklamda özellikle belirtilmedikçe geçmişe dair olmamalı, geçerliliğini korumalı ve güncel olmalıdır.

G. Rakibe Yönelik Kötüleme ve İtibarsızlaştırma İçermemesi

Ticari Reklam Yönetmeliğinin 8.maddesinde sayılan karşılaştırmalı reklamların hukuka uygunluk şartlarından bir diğeri “rakiplerin fikri ve sınai mülkiyet haklarını, ticaret ünvanını, işletme adını, diğer ayırt edici işaretlerini, mallarını, hizmetlerini, faaliyetlerini veya diğer özelliklerini kötülememesi veya itibarsızlaştırmaması” olarak belirlenmiştir. Söz konusu hüküm de kaynağını Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlara dair AB Yönergesinden almaktadır ve görüldüğü gibi Ticari Reklam Yönetmeliği’nde 10.maddede yer alan kötülemeyi düzenleyen maddeye göre daha detaylı bir düzenlemedir⁹³. Aynı zamanda TTK’da yer alan karşılaştırmalı reklamlara ilişkin düzenlemeyle de paralellik göstermektedir.

Sayılan hallerin tamamının, rakibin gereksiz kötülenmesi hali olduğu ve haksız rekabete sebebiyet vereceği aşıkardır. Hükümde sadece “rakibin kötülenmesi” denmekle yetinilmemiş detaylı olarak rakibe ait fikri ve sınai mülkiyet, ticaret ünvanı, işletme adı, marka gibi diğer ayırt edici işaretler, mallar⁹⁴, hizmetler, faaliyetler sayılmış ve bunların aynı zamanda itibarsızlaştırılması da yasaklanmıştır. Ancak her

⁹³ Bu konuda geçmişte doktrindeki eleştiri için bkz: Aslan, **a.g.t.**, s.423

⁹⁴ ... “Kim demiş, Türkiye’nin uzun ömürlü lastiği yok diye! Karşınızda Petlas PT 535 ... “Kim demiş, Türkiye’nin yüksek performans lastiği yok diye! Karşınızda Petlas PT 741 ... “Kim demiş, Türkiye’nin kışa göğüs geren lastiği yok diye! Karşınızda Petlas W651 ... Ayrıca söz konusu reklamlarda, *Uzun ömürlü lastik yok*”, *Yüksek performans lastiği yok*”, *Kışa göğüs geren lastik yok*” ifadelerinin yazılı olduğu görsellere ve devamında bu görsellerin bir lastik tarafından parçalandığı şeklinde bir görüntüye ... yer vermek suretiyle, daha önce Türkiye’de uzun ömürlü, yüksek performanslı ve zorlu kış şartlarına göğüs gerebilecek nitelikte lastik üretilmediğinin ve bu durumun adı geçen şirket tarafından üretilen lastikler vasıtasıyla ortadan kaldırıldığının ima edildiği, bu özelliklerdeki lastikleri üretebilen tek firmanın adı geçen şirket olduğu yönünde bir algı yaratıldığı ve bu özelliklerde lastik üreten başka bir firmanın bulunmadığı yönünde bir izlenim uyandırıldığı, bu iddiaların ispata muhtaç olduğu ancak ispatlanamadığı, dolayısıyla söz konusu reklamlarda bahsi geçen ifadelerin tüketicileri yanıltıcı nitelikte olduğu, diğer taraftan bu özelliklerde lastik üretebilen başka bir firma bulunmadığı ima edilerek **karşılaştırmalı reklamlara ilişkin mevzuat hükümlerinin ihlal edildiği** ve haksız rekabete yol açıldığı, aynı zamanda **rakip firmaların ürün ve hizmetlerinin kötülendiği ve itibarsızlaştırıldığı** (**RK: 13.02.2018 tarihli 269 sayılı toplantısında alınan 49 nolu karar**)

ne kadar hükümde belirtilen kötüleme yasağı bakımından kötülemenin gereksiz olması şartı belirtilmemiş olsa da burada sayılan kötüleme ihtimalleri çalışmamızda “Haksız Rekabete Yol Açmama” başlığı altında değerlendirdiğimiz gibi “gereksiz kötüleme” şeklinde anlaşılmalıdır zira her kötüleme değil, gereksiz kötüleme hukuka aykırıdır.⁹⁵.

H. Menşei Belirtilen Mal ve Hizmetlerin Aynı Coğrafyadan Mal ve Hizmetlerle Karşılaştırılması

Yönetmelikle karşılaştırmalı reklamlara getirilen bir diğer hukuka uygunluk şartı “menşei belirtilmiş mal veya hizmete ilişkin karşılaştırmada, mal veya hizmetlerin aynı coğrafi yerden olması”dır. Bu yeni hüküm de kaynağını Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlara dair AB Yönergesinden almaktadır ancak ondan farklı olarak yönergedeki gibi sadece menşei işaretli ürünleri değil aynı zamanda hizmetleri de kapsamaktadır. Bu düzenleme ile birlikte coğrafi işaret ile koruma altına alınmış ürünler ancak aynı coğrafi işaretli ürünlerle karşılaştırılabilecektir. Örneğin ezine peyniri sıradan beyaz peynirle, kars kaşarı sıradan kaşarla, hellim peyniri de ızgaralık eritme peynir adı altında satılan hellim benzeri peynirlerle karşılaştırmalı reklama konu edilemeyecektir.

Coğrafi işaret alan ürünlere çok sayıda örnek verilebilir; rize anzer balı, adana kebabı, afyon sucuğu, balıkesir hoşmerimi, hereke halısı, ısparta gülü, maraş dondurması gibi⁹⁶. Buna karşın yönetmelikteki hükmün lafzından aynı coğrafi bölgeden menşei belirtilmiş ürünlerin karşılaştırılmasında bu hüküm bakımından sakınca olmadığı anlaşılmaktadır. Örneğin kayseri pastırması da kayseri sucuğu da Türk Patent ve Marka Kurumuna tescilli coğrafi işaretlerdir ve aynı bölgeye ait olduklarında karşılaştırılmalarında sakınca yoktur ama söz gelimi kayseri pastırması ile yine Türk Patent ve Marka Kurumuna tescilli afyon pastırmasının karşılaştırılmasının aynı coğrafi bölgeye ait olmadıkları için mümkün olmayacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Ayrıca amaçsal yorum yapıldığında hükmün maksadı menşei

⁹⁵ İnal / Baysal, **a.g.e.**, s.61-62

⁹⁶ Detaylı listeye türk patent ve marka kurumunun sitesinden ulaşılabilir, bkz: <http://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/geographicalRegisteredList/> (Erişim tarihi:26.04.2018)

belirtilmiş ürünlerin korunması olduğu halde reklam verenin kendi coğrafi etikete sahip tescilli ürününü alelade tescilsiz benzer bir ürünle karşılaştırmasının da önüne bu hükümle set çekilmiş olmaktadır.

Doktrinde aynı coğrafi bölgeden ürünlerin karşılaştırılabilirliğine dair sınırlama getiren uygulama “şampanya klozu” olarak da adlandırılmıştır⁹⁷. Bu hükmün yönergeye eklenmesinin arkasında Fransa devletinin ısrarının olması sebebiyle bu isimle anılmaktadır⁹⁸. Gerçekten de fransız hukukunda farklı coğrafi etiketli ürünlerin karşılaştırmalı reklamlarının yapılması hukuka aykırı olmakla birlikte bu ürünlerin tüketicinin yanıltılmasına ve karıştırılmaya sebebiyet verilecek şekilde raflarda coğrafi işarete sahip ürünlerle yan yana konularak satışa sunulmaları, broşürlerde coğrafi işarete yer verilmemesi gibi haller yasaklanmıştır⁹⁹. Bununla beraber Avrupa Birliği Adalet Divanı 2007 yılında da fransız şampanyası ile belçika birasının karşılaştırmalı reklamını diğer tüm hukuka uygunluk şartları sağlanmış olmasına rağmen bu sebepten hukuka aykırı kabul etmiştir¹⁰⁰.

Doktrindeki bir başka görüş yönetmelikte belirtildiği üzere “bir hizmetin menşeinin” belirlenmesi konusunda hangi kriterlerin esas alınacağı ve ne şekilde değerlendirmeye tabii tutulacağının tartışmalı bir husus olduğunu ve yönetmeliğe hizmet mevhumunu da eklemekteki kanun koyucunun amacının anlaşılamamakta olduğunu bu sebeple bu kelimenin yönetmelik maddesinden çıkarılması gerektiğini belirterek hükme eleştiride bulunmuştur¹⁰¹.

İ. İltibas(Karıştırılma)a Yol Açmama

Karşılaştırmalı reklamların, “reklam veren ile rakibinin markası, ticaret ünvanı, işletme adı veya diğer bir ayırt edici işareti ya da mal veya hizmetleri ile ilgili

⁹⁷ Aslan, **a.g.t.**, s.65. Yazarın bu uygulamanın geçmişte Türk Hukukunda hükme bağlanmamış olmasına dair eleştirisi için bkz: **a.e.**, s.94-95.

⁹⁸ Aslan, **a.g.t.**, s.293,340 vd.

⁹⁹ Norbert Olszak, **Appellations d'origine et indications de provenance (Indications géographiques)**, Dalloz, octobre 2008, actualisation juin 2016, paragraphe No: 257

¹⁰⁰ Olzsak, **a.g.e.**, p.258; Karar için bkz: (CJCE 19 avr. 2007, aff. C-381/05, De Landtsheer Emmanuel SA c/CIVC et Vve Clicquot Ponsardin SA);

¹⁰¹ Duran, **a.g.t.**, s.45

karışıklığa yol açmaması” karşılaştırmalı reklamlar için yönetmelikte sayılan bir diğer hukuka uygunluk şartıdır. Bu husus haksız rekabete sebep olmamak bakımından da önemlidir zira TTK’nın haksız rekabet hallerini düzenleyen hükümlerinde “başkalarının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almak” başlıca haksız rekabet hallerinden sayılmıştır. Buradan hareketle iltibasa yani kanunda kullanılan ifade biçimiyle karıştırılmaya sebebiyet vermek haksız rekabet doğuran hallerdendir. Karşılaştırmalı reklamların Ticari Reklam Yönetmeliğinin 8.maddesinde 1.fıkrasının c) bendinde haksız rekabete sebebiyet vermemesi gerektiği hukuka uygunluk şartı olarak belirtilmişse de kanun koyucu bunun yanı sıra iltibasa yol açmama şartını da yönetmeliğe eklemiştir. . Bu hüküm de kaynağını Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlara dair AB Yönergesi’nden almaktadır ve mehz yönergenin 4.maddesinde haksız rekabete sebep olmama hali sayılmak suretiyle tekrara düşülmemiştir.

Bu hükümle reklamı yapılan ürün, hizmet ve işletmenin rakiplerinkiler ile karıştırılmasının önüne geçilmek istendiği gibi rakibinin markası, ticaret ünvanı, işletme adı veya diğer bir ayırt edici işareti ya da mal veya hizmetlerinin başka rakiplerinkiyle karıştırılmamasını da koruma kapsamına aldığı şeklinde yorumlanmalıdır. Bu hüküm de kaynağını Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlara dair AB Yönergesinden almaktadır. Yönerge’yi hazırlayanların “karıştırma tehlikesi” yerine, bilinçli olarak “karıştırma” kavramını tercih edip etmediği, tartışmalıdır. Lafzi yoruma göre kanun yapıcı bilinçli olarak gerçek bir karıştırmaya yol açan karşılaştırmalı reklamı yasaklamış ve sadece karıştırılma tehlikesinin varlığını karşılaştırmalı reklamı önlemek için yeterli görmemiştir. Buna karşın gai yoruma göre tacirler ve ürünler arasında karışıklığa yol açılmasının yasaklanmasının temel maksadı, tüketicilerin ve rekabetin korunmasıdır ki bunun için de her şeyden önce tüketicilerin aldanmalarının ve aldanma ihtimallerinin önüne geçilmesi gerekir. Karıştırma ihtimaline yol açan eylem de bir tür aldatıcılık ihtimali olan davranış olduğundan karşılaştırmalı reklamda sadece karıştırmaya yol açan değil karıştırma ihtimaline sebep olan kullanımlar da yönergenin yorumlanması sonucunda yasağın kapsamına alınmalıdır¹⁰². Eğer karıştırılma ihtimalinin de hükmün kapsamında olduğu kabul

¹⁰² Aslan, **a.g.t.**, s.369,370

edilirse karıştırmanın tespitinde orta düzeyde ve normal bir müşterinin değerlendirilmesi ölçüt alınmalı fakat karıştırılmaya sebep olan reklam özel bir tüketici kitlesine hitap ediyorsa aynı aldaticılığın tespitinde olduğu gibi bu kitlenin yanılma ihtimali üzerinde durulmalıdır¹⁰³.

J. Reklam Kurulu İlkelerine Aykırı Olmama

Reklam kurulunca belirlenen ilkelere aykırı olmama hukuka uygunluk şartı Reklam Yönetmeliğinin 8.maddesine 2017'deki değişiklikle eklenmiş olup 1. Fıkra da sayılan son hükümdür. TKHK'nın 61.maddesinde de ticari reklamların "Reklam Kurulunca belirlenen ilkelere ... uygun, doğru ve dürüst olmaları esastır" denilmek suretiyle söz konusu hukuka uygunluk şartına kanunda da yer verilmiştir. Kanun koyucu benzer hükmü karşılaştırmalı reklamları düzenleyen Ticari Reklam Yönetmeliğinin 8.maddesine eklemekle aslında 3 Temmuz 2014 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan Reklam Kurulu Yönetmeliği'nin, "Kurulun Görevleri" başlıklı 7.maddesine atıfta bulunmaktadır. İlgili madde aşağıdaki gibidir:

Kurulun görevleri

MADDE 7 – (1) Kurulun görevleri şunlardır:

a) Kanunun 61 inci ve 62 nci maddelerinde belirtilen esaslara uygun olarak ticari reklamlarda uyulması gereken ilkeleri belirlemek ve haksız ticari uygulamalara karşı tüketiciyi korumaya yönelik düzenlemeleri yapmak ve Bakanlık aracılığıyla duyurmak,

b) Ticari reklam ve haksız ticari uygulamaları, (a) bendinde belirlenen ilkeler çerçevesinde incelemek ve gerektiğinde denetim yapmak,

c) İnceleme veya denetim sonuçlarına göre Kanunun 61 inci ve 62 nci maddelerinde belirtilen yükümlülüklerle aykırı hareket edenler hakkında Kanunun 77 nci maddesinin onikinci ve onüçüncü fıkralarında belirtilen idari yaptırımları uygulamak.

(2) İdari para cezaları uygulanırken aşağıdaki kriterler esas alınır:

a) Radyo ve Televizyon Üst Kurulunca ulusal yayın lisansı veya yayın izni verilen kuruluşlar aracılığıyla gerçekleştirilmiş yayınlardaki aykırılıkların ülke genelinde yapıldığı kabul edilir.

b) Radyo ve Televizyon Üst Kurulunca kablo, bölgesel ve yerel yayın lisansı veya izni verilen kuruluşlar ile uydu üzerinden yayın yapan kuruluşlar aracılığıyla gerçekleştirilmiş yayınlardaki aykırılıkların yerel düzeyde yapıldığı kabul edilir.

¹⁰³ Mehmet Bahtiyar, **Ticari İşletme Hukuku, Ders Notları, Soru Örnekleri**, Beta Basım A.Ş., Gözden geçirilmiş 10.baskı, 2011, s.115

c) Dağıtıldığı illerin nüfusunun toplamı, ülke nüfusunun en az yüzde yetmişini oluşturan süreli yayınların ülke genelinde dağıtıldığı kabul edilir.
(3) Kurul, tedbiren durdurma kararı verme yetkisini Başkana devredebilir. Başkan tarafından reklam veya haksız ticari uygulama ile ilgili olarak verilen tedbiren durdurma kararı, yapılacak ilk toplantıda Kurulun onayına sunulur.
(4) Kurul, ticari reklamlarda uyulması gereken ilkeleri belirlerken ve haksız ticari uygulamalara karşı tüketiciyi korumaya yönelik düzenlemeleri yaparken; ülke koşullarının yanı sıra evrensel kabul görmüş tanım ve kurallar ile gelişmeleri de dikkate alır.

Bu maddeye göre Reklam Kurulu, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun, Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar başlıkları altındaki 61. ve 62.maddedeki belirtilen esaslara uygun şekilde ticari reklamlarda uyulacak ilkeleri belirlemeli, bu ilkeleri belirlerken ülke koşullarının yanı sıra evrensel kabul görmüş tanım ve kurallar ile gelişmeleri dikkate almalı ve nihayet belirlediği ilkeler çerçevesinde reklamların denetimini gerçekleştirmelidir. Hemen söyleyelim kurulun görevleri arasında sayılan bu ilkeler henüz belirlenmemiş ve kamuoyuna sunulmamıştır dolayısıyla Reklam Kurulu ilkelerine aykırı olmama hukuka uygunluk şartının bu çalışmanın tamamlandığı an itibariyle uygulanabilirliği yoktur.

K. Açık Karşılaştırmalarda Kişi ve Kurum Tanıklığına Yer Vermeme

Ticari Reklam Yönetmeliği'nin karşılaştırmalı reklamları düzenleyen 8. maddesinin yürürlüğe girmeyen mülga 2. fıkrasında; “karşılaştırmalı reklamlarda, rakiplere ait isim, marka, logo veya diğer ayırt edici şekil veya ifadeler ile ticaret ünvanı veya işletme adlarına, bu maddenin birinci fıkrasında belirtilen hükümlere uygun olması koşuluyla yer verilebilir” denmektedir. 2017 değişikliği ile fıkraya şu ek cümle eklenmiştir: “Bu şekilde yapılan doğrudan karşılaştırmalı reklamlarda herhangi bir kişi veya kurumun tanıklığına yer verilemez.” Bu ek hükümle tanıklı reklamlarda tanıklığına başvuru olan kişi, kurum veya kuruluşun tecrübesine, bilgisine veya araştırma sonuçlarına dayanan ayrıca gerçek ve doğru olan tanıklık ya da onay ifadesine yer verilse bile rakibe açık bir şekilde göndermede bulunularak karşılaştırma

yapılması engellenmiştir¹⁰⁴. Böylelikle zaten karşılaştırmalı reklamlarda ileri sürülen ve karşılaştırmaya konu edilen tüm iddiaların üniversitelerden, akredite ya da bağımsız araştırma, test ve değerlendirme kuruluşlarından alınmış bilgi ve belgelerle kanıtlanmış olma zorunluluğunun yanında bu ek cümle ile kanıtlanmış iddiaların, gerçek kişi veya kurumların tanık gösterilerek sunulması ile esaslı, doğru ve objektif olmak zorunda olan beyanların açık karşılaştırma yoluyla tüketiciye aktarılmasına yasak getirilmiştir. Görüldüğü üzere açık karşılaştırmalı reklamlar; 2015 yılında yayınlanan yönetmeliğin, yürürlüğü 3 kez ertelenmiş olan 8.maddesinin 2.fıkrasıyla serbest bırakılmışsa da söz konusu hüküm yönetmelikten çıkartılmamış olsa dahi bu tip reklamların yapılması fazlasıyla sıkı koşullara bağlanmıştı. Bu hükümle tanıklı karşılaştırmaların yapılmasının tek yolu dolaylı olarak, ima yoluyla yapılan karşılaştırmalı reklamlara indirgenmiştir.

Yapılan bir araştırmada, karşılaştırmalı reklamlardaki üstünlük iddiası kanıtlanabilir olduğu ölçüde karşılaştırmalı olmayan reklamlara kıyasla tüketiciler tarafından daha inandırıcı bulunmaktadır¹⁰⁵. Aldatıcı olmayan doğru bir karşılaştırma açıkça ve doğrudan rakibi belirterek yapılırsa tüketiciler için daha sağlıklı bir bilgi kaynağı oluşturarak onların doğru seçim yapmasına yardımcı olur¹⁰⁶. Karşılaştırmalı reklamlarda sıklıkla kullanılan bilimsel araştırma metodu olan “karşılaştırmalı ürün testleri”nin sonucunda elde edilen verilerin doğruluğuna tüketiciler büyük güven duyarlar ve bu tip reklamların inandırıcılığı çok yüksektir¹⁰⁷. Bu verilerin karşılaştırmalı reklamda tüm hukuka uygunluk şartlarına riayet etmek suretiyle açık açık kamuoyuyla paylaşılmasında tüketicilerin üstün menfaatinin olduğu kanaatindeyiz.

Ancak 28.12.2018 tarihinde yönetmelikte yapılan değişiklik¹⁰⁸ ile açık/doğrudan karşılaştırmalı reklamların hukuka uygunluk koşullarını düzenleyen 2.

¹⁰⁴ Duran, **a.g.t.**, s.51

¹⁰⁵ Gamze Yılmaz, **Karşılaştırmalı Reklamların Tutum Üzerinde Etkisi ve İkna Ediciliğinin Değerlendirilmesi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir, 2010, s.77

¹⁰⁶ İnal / Baysal **a.g.e.** sf.57

¹⁰⁷ Bozbel, **a.g.e.**, s.245.

¹⁰⁸ R.G., **30639**

fikranın yürürlükten kaldırılması ile bu şart da ortadan kalkmıştır. Zira artık yönetmelik ile açık karşılaştırmalı reklamlar yasaklamış durumdadır.

L. Gıda Reklamları Bakımından Belirlenen Şartlara Uyma

Karşılaştırmalı reklamlara ilişkin hukuka uygunluk şartlarının sayıldığı yönetmeliğin 8.maddesinin 3.fıkrası 2017 yılı değişikliğiyle son halini almıştır: *Gıda reklamlarında , ilgili mevzuata göre sağlık beyanı kapsamına giren hususlar karşılaştırmaya konu edilemez. Beslenme beyanı kapsamındaki hususların reklamlarda karşılaştırma unsuru olarak kullanılması ilgili mevzuat hükümlerine göre yapılır. Takviye edici gıdaların karşılaştırmalı reklamı ise hiçbir şekilde yapılamaz.*

Bu hükümle takviye edici gıdaların karşılaştırmaları tamamen yasaklanmış olup gıda reklamlarında 26.01.2017 tarihinde yürürlüğe giren Türk Gıda Kodeksi Beslenme ve Sağlık Beyanları Yönetmeliği'ne göre ve 07.06.2013 tarihinde yürürlüğe giren Sağlık Beyanı ile satışa Sunulan Ürünlerin Sağlık Beyanları Hakkında Yönetmelik uyarınca sağlık beyanı kapsamına giren hususlar kullanılarak karşılaştırmalı reklam yapılamaz. Yani sağlık beyanları bakımından gıda kategorisindeki ürünlerin karşılaştırmalı reklamlarının yapılması bu hükümle yasaklanmıştır¹⁰⁹. Gıdaların karşılaştırmalı reklamlarında beslenme beyanı kapsamındaki hususların karşılaştırmaya konu edilip edilemeyeceği bakımından ise ilgili mevzuata yani Türk Gıda Kodeksi Beslenme ve Sağlık Beyanları Yönetmeliği'ne atıf yapmakla yetinilmiştir. Söz konusu hüküm kaynağını AB direktifinden almamıştır. Özellikle gıda takviyesi kategorisine getirilen karşılaştırma yasağı ve gıda

¹⁰⁹ Sağlık beyanı içermesi bakımından yaptırıma tabi tutulmamış olsa da "...İnceleme konusu reklam filmlerinde HD İskender markalı iskender kebabları ile pizza, hamburger ve noodle arasında yapılan karşılaştırmada pizza, noodle ve hamburger yemekte olan kişilere "HD İskender varken pizza/noodle/hamburger yenir mi ya?" denilerek bu gıda ürünlerinin İskender kebabı varken tüketilmemesi gerektiği gibi bir mesajla karalandıkları, ayrıca "Evlilik Teklifi" temalı televizyon reklamında hamburger yemekte olan kişi gusto sahibi olmamakla, "İş Görüşmesi" temalı reklam filminde noodle yemekte olan kişi vizyonsuz olmakla ve "Taraftar" temalı reklam filminde pizza yemekte olan kişi ise ruhsuz olmakla itham edilerek bu ürünleri tüketen kişilere yönelik alay edici, küçük düşürücü ve dışlayıcı bir tavır takınıldığı, bununla birlikte kötüleme içeren söz konusu ifadelerle birlikte oyuncuların beden dili ve ses tonu da göz önünde bulundurulduğunda, İskender kebabı ile karşılaştırılan ürünlerin sağlıksız, kötü ve tercih edilmemesi gereken ürünler oldukları mesajı verildiği..." (RK: 08.03.2016 tarihli, 246 sayılı toplantıda alınmış 2015/1809 Dosya No'lu, 38 No'lu karar)

kategorisinde sağlık beyanına yönelik kısıtlamalar bu kategoriler bakımından kanun koyucunun hassasiyetini ortaya koymaktadır¹¹⁰. AB ülkeleri de Türkiye’de olduğu gibi iç hukuklarına karşılaştırmalı reklamlara dair ek hükümler koymaktadırlar. Örneğın Fransa’da yine gıdaların karşılaştırmalı reklamlarına dair ek düzenlemeler bulunmaktadır. Bunlardan bir tanesini ele alırsak fırıncılık kanununa göre Fransada fırında pişen “baguette artisanale” olarak adlandırılan ekmekle seri üretim mahsulü olup süpermarketlerde satılan ekmekler karşılaştırılamamaktadır. Bu düzenlemenin gerekçesi ise fransızların gurur duydukları ve sahip çıktıkları ekmek ve pastane kültürlerinin, geleneksel fırın ekmekleriyle önceden fabrikada hazırlanıp dondurulmuş, sonrasında elektrikli süpermarket fırınlarında çözdürölüp, ısıtılarak satışa sunulan ekmekler arasında yapılacak olası karşılaştırmalar sebebiyle zarar göreceğ ve tüketicinin aldatılmasına sebep olacak¹¹¹ olmasıdır.

M. Fiyat Karşılaştırmalarına Dair Düzenleme

Karşılaştırmalı reklamlara dair Ticari Reklam Yönetmeliğinde sayılan son hukuka uygunluk şartı şudur: fiyat düzenlemeleri ile etkin piyasa gücü yükümlölükleri ilgili idari otoriteler tarafından belirlenen sektörlere ilişkin reklamlarda fiyat karşılaştırması yapılamaz. Bu kısıtlama da Avrupa Birliğı Aldatıcı ve Karşılaştırmalı reklamlara dair direktifte yer almayan bir hükümdür ve 2017 değışikliğı ile son halini almıştır. Buna göre serbest piyasa ekonomisinin tam anlamıyla uygulama alanı bulmadığı ve devletin etkin ekonomik rol üstlendiğı sektörlerde fiyata dair karşılaştırmalı reklam yapılamaz. Söz gelimi akaryakıt sektörü ya da sigortacılık sektöründe ürün ve hizmetlerin fiyat kıyaslaması yoluyla karşılaştırmalı reklamlara konu edilmesinin önü kapanmıştır.

¹¹⁰ Duran, **a.g.t.**, s.53

¹¹¹ Bkz: Coralie AMBROISE-CASTÉROT, **Consommation**, Dalloz, Juillet 2016 paragraphe 144-150 (çevrimiçi) <https://www.lesnouvellesdelaboulangerie.fr/a-propos-de-lappellation-boulangerie/> , Erişim tarihi: 01.08.2019; <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006292137&cidTexte=LEGITEXT000006069565&dateTexte=19980526> Erişim tarihi: 01.08.2019

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA KARŞILAŞTIRMALI REKLAMLARA İLİŞKİN DENETİM YOLLARI

I. REKLAMDA ÖZDENETİM MEKANİZMASI

A. Genel Olarak

İdari denetimden farklı olarak özdenetim, denetim faaliyetinin ilgili meslek grubunun kendi mensupları tarafından yerine getirilmesi esasına dayanır¹. Reklamların hukuka uygunluğunun denetiminde, özdenetimin etkin ve önemli bir rol oynadığı belirtilmektedir. Bunun en önemli sebebi olarak, diğer sektörel özdenetim faaliyetlerinden farklı biçimde reklam sektöründe reklam veren ve reklam ajansının yanı sıra medyanın da özdenetimde yer alması gösterilmektedir². Böylelikle tek başlı olmayan reklam özdenetimi, genel olarak özdenetim mekanizmasına yöneltilen en önemli eleştiri olan özdenetimin yaptırım gücünün olmaması ve karar merciinin yine sektör oyuncularının kendisi olması sebebiyle etkisiz kalacağı eleştirisini de reklam özdenetimi bakımından bertaraf etmektedir zira reklam verenler aleyhlerinde verilen bir karara uymasa dahi medya kuruluşlarının karara uymasındaki menfaatleri kararların etkinliğini arttıracaktır³.

Özdenetimin reklam sektörüne bir olumlu etkisi de hukuka aykırılığın özdenetim yoluyla ortadan kaldırılmasının mahkemeler ve idari denetim mekanizmasına göre çok daha hızlı ve ucuz olması, reklam sektöründe tercih edildiği oranda da diğer denetim organlarının iş yükünü azaltacak olmasıdır⁴.

¹ Özdemir, **a.g.e.** s.117

² İnal / Baysal **a.g.e.** s.100

³ İnal / Baysal **a.y.**

⁴ İnal / Baysal **a.e.** s.101

B. Meslek Birliklerinin Uyguladığı Özdenetim

Reklam sektörünün aktörlerinin bağlı oldukları mesleki birlik kuruluşları olan ticaret odaları geçmişte dürüst reklamcılığın uygulanması bakımından uyulması zorunlu kararlar almışlardır. Bu meslek kuruluşlarına İstanbul Ticaret Odası ve Ankara Ticaret Odası örnek gösterilebilir.

İstanbul Ticaret Odası'nın ilk olarak 1 Ekim 1981 yılında almış olduğu “Dürüst Reklamcılık Konusunda Riayeti Mecburi Karar” ile üyelerinin hukuka aykırı reklam yapmasının önüne geçmeyi planlamıştır. 16 ekim 2014 yılında bu karar güncellenmiş ve “Dürüst Reklamcılık Konusunda Uyulması zorunlu Mesleki Karar” adını almıştır⁵. İTO'nun reklam veren, reklam ajansı, reklam mecra kuruluşu ve reklam ile ilgili tüm üyelerinin uymalarının zorunlu olduğu(Karar m.29 bu karar ticari reklamların Tüketici Kanunu ve Reklam Yönetmeliği'nde düzenlenen esaslara ve 5174 sayılı TOBB Kanunu'na dayalı olarak meslek onuruna, meslek düzen ve geleneklerine, genel ahlaka ve dürüst rekabet ilkelerine uygun doğru ve dürüst olmaları gerekliliğini düzenlemiştir(Karar m.4).

Karar ayrıca reklamların hukuka aykırı olduğunun oda üyeleri veya tüketiciler tarafından odaya şikayeti halinde reklamları inceleme ve gerektiğinde reklam sorumluları hakkında odanın disiplin yönetmeliği uyarınca ceza verilmesini yönetim kuruluna tavsiye etmekle görevli komite olan “Reklam Değerlendirme İhtisas Komitesi'nin kuruluş ve çalışma esasları”nı da düzenlemektedir(Karar m.7). Her ne kadar komitenin yetkileri istisari mahiyette(Karar m.7/3) sayılsa da Komitenin görevlerinin arasında; reklamcılığa güveni ve sektörün gelişmesini sağlamak üzere görevde bulunmak ve reklamların uyması gerekli temel ilke ve genel esaslara uymayan reklamları Reklam Kurulu'na bildirmek de vardır. Tüketicilerin hangi yollarla başvuruda bulunabilecekleri kararda düzenlenmemiş olsa da Komitenin hukuka uygunluk denetiminin neticesinde ayrıca disiplin cezalarına hükmolunabileceğinden hareketle bu denetim mekanizmasının Reklam Kurulu'na başvuruda tüketiciler bakımından bir alternatif halini aldığı görülmektedir. Böylelikle İTO'ya bağlı Komite

⁵ İncelemek için bkz: (çevrimiçi)

http://www.ito.org.tr/Mevzuat_Bilgilendirme/mesleki_kararlar/DURUST_REKLAMCILIK.pdf

yalnızca özdenetim faaliyeti değil dolaylı yoldan idari, disiplin cezaları bakımından da mesleki denetim kuruluşu vasfını kazanmış olmaktadır. Komite'nin hukuka aykırı bulduğu reklam sahiplerinden İTO üyesi olmayanları da Reklam Kurulu'na bildirdiği belirtilmektedir⁶.

C. Reklam Özdenetim Kurulu

Türkiye'de reklam özdenetim mekanizması dahilinde faaliyet yürüten diğer bir kurum 1994 yılında kurulan, Reklamverenler Derneği ve Reklamcılar Derneği üyeleri ile reklam mecralarının oluşturdukları Reklam Özdenetim Kurulu (RÖK)'dür. Tüzel kişiliği bulunmayan RÖK, tavsiye niteliğindeki kararları ile Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) tarafından kabul edilen Reklam Uygulama Esasları'na aykırı bulduğu reklamların düzeltilmesini veya yayınlanmamasını reklam vereninden talep etmekte ve reklamların yasal, ahlaki, doğru ve dürüst olmasını hedeflemektedir⁷.

1. Kurul'un Oluşumu

RÖK, Reklamverenler Derneği ve Reklamcılar Derneği'nin Dernekler Kanunu'nun 25.maddesine göre bir araya gelerek oluşturdukları Reklam Özdenetim Platformu "RÖK"ü kurmuştur⁸.

RÖK de Reklam Kurulu gibi farklı sektörlerden uzmanların katılımıyla Reklam Özdenetim Platformunun 23.11.2017 tarihli kararından hareketle toplam 34 kişiden oluşmaktadır. Ancak RÖK'ün üyelerinin dağılımındaki çeşitlilik Reklam Kuruluna kıyasla daha azdır: reklam verenlerden 8, reklam ajanslarından 8, televizyon, basın, açık hava, radyo ve internet mecralarından toplam 10, tüketici kuruluşlarından veya Tüketicinin Korunması ve Piyasa Gözetim Genel Müdürlüğü'nden 1, Üniversiteden 3, İstanbul Barosu'ndan 2, Türkiye Araştırmacılar Derneği'nden 1, Halkla İlişkiler Sektör

⁶ (Çevrimiçi) 03.05.2016 tarihli haber, https://www.itohaber.com/haber/sektorel/203002/reklam_sik_yetiniz_mi_var.html, (erişim tarihi:30.04.2018); ayrıca komiteye şikayet için irtibat adresi: reklamsikayet@ito.org.tr

⁷ (Çevrimiçi) <http://www.rok.org.tr/tr/Page/Index/2/Misyon-ve-Vizyon>, (erişim tarihi:30.04.2018)

⁸ RÖK Çalışma İlke ve Esasları (İç Tüzük), Kabul Tarihi: 15.12.2015

Dernekleri'nden 1 temsilci. Üyelerin görev süresi 2 yıldır. Süresi biten yeniden seçilebilir. Başkan ve Başkan Vekili, Reklam Özdenetim Platformu kararı ile atanır (RÖK İçtüzük m.2/1).

RÖK'nun temsiliyeti Kurul ve sekreteryaya koordinatörü tarafından sağlanır(m.2/2). Ayrıca RÖK adına yapılan başvuruları değerlendirme ve karara bağlama yetkisi tanınmış olan bir iç organı olan Yürütme Kurulu mevcuttur. Bu kurulun üyeleri, RÖK üyeleri arasından seçilen iki reklamveren, iki reklam ajansı, biri yazılı diğeri görsel mecradan iki mecra temsilcisi olmak üzere 6 kişidir(m.4).

Kanaatimizce RÖK'ün ağırlıklı olarak sektör temsilcisi olan kişilerden oluşması özdenetim kavramı bakımından yerinde olmakla birlikte Kurul'un tamamının çok fazla kişiden oluşması, RÖK'de bulunan hukukçu sayısının Üniversitelerden gelen üyelerin hukukçu olma zorunluluğu bulunmaması bakımından az olması ve RÖK'ün yetkilerini kullanan ve reklamların hukuka uygunluk denetimini yapan Yürütme Kurulu'nun bünyesinde en azından bir hukukçu dahi barındırmaması etkin denetim ve gerekçelendirilmiş hukuki karar verilebilmesi bakımından yerinde değildir. Bunun yerine iki dereceli bir Yürütme Kurulu sistemi benimsenerek bir tanesinin tamamının hukukçulardan oluşması RÖK'ün kamu otoritesi tarafından da tanınmasını ve prestijini arttıracak hukuki kararlar vererek bünyesinde az sayıda hukukçu olan Reklam Kurulu karşısında müsbet bir örnek olarak yerini alabileceği düşüncesindeyiz⁹.

2. RÖK'e Başvuru ve Kurulun Çalışma Yöntemi

Kurul'a başvuru şekli ve kurulun çalışma yöntemi RÖK Çalışma İlke ve Esasları(İçtüzük)nda düzenlenmiştir. RÖK'e başvurabilecek kişiler içtüzüğün 8.maddesinde sayılmıştır. Buna göre RÖK'e:

- Tüketiciler,

⁹ Aynı Yönde bkz: İnal / Baysal **a.g.e.** s.101-102, (266 No'lu dipnot)

- Tüketici, çevre ve benzeri kuruluşları ile meslek kuruluşları,
- Rakip reklamveren veya reklam ajansları,

Ve bunların benzeri kuruluşlar başvurabilirler. RÖK'e başvuruların yazılı olması gereklidir ayrıca başvuru dosyasının bir örneğinin de elektronik ortamda iletilmesi gereklidir. Başvurunun kabulü için, RÖK'ün yayınladığı "Özenetim Esasları"ndaki hangi maddenin ihlal edildiğine dair iddia açıkça belirtilir ve yayınlanan reklamın bir örneği (aslı, fotoğraf cd'si vb) başvuruya eklenir(m.8/2). RÖK'e başvuruda bulunmak; tüketiciler, çevre vb. kuruluşları ve ilgili meslek kuruluşları ile özenetimin finansmanı için yıllık ödemede bulunan reklamverenler için ücretsizdir. Bu sayılanların haricindekiler bakımından reklam verenler için 4000 TL + KDV olan başvuru ücreti, reklam veren olmayan reklam ajansı, mecra kuruluşu gibi başvuruocular içinse 2000TL + KDV'dir.

RÖK, başvuru üzerine şikayette bulunulan reklamın reklam vereninin görüşünü ister, süreç boyunca şikayet edenin kimliği gizli tutulur bunun istisnası taklit, ticari itibardan haksız yararlanma gibi başvuru sahibinin kimliğinin açıklanmasını gerekli kılan durumlardır. Hukuka aykırılık iddiası bu yönde ise görüş istenirken başvuru sahibinin kimliği açıklanabilir(İçtüzük m.9). Hukuka aykırılık iddiasında bulunulan reklamın aynı anda Reklam Kurulu veya meslek kuruluşlarının oluşturdukları kurullarda inceleniyor olması veya bu ihtimalin bulunması RÖK'ün karar almasına engel değildir ayrıca RÖK gerekli hallerde bu kurumlarla işbirliğine gidebilir(İçtüzük m.7/1). Buna karşın yargı mercilerine intikal etmiş şikayet ve ihtilaflar RÖK tarafından ele alınmaz, ele alınmış ise de RÖK durumu öğrenmekle incelemeyi durdurur(İçtüzük m.7/2). RÖK bilirkişilerin görüşünden faydalanabilir(İçtüzük m.6/4). RÖK koordinatörü sonuç verebileceğini düşündüğü hallerde, şikayet konularını ilgili taraflarla müzakere ederek Esaslar'ın doğrultusunda kendi aralarında bir çözümde uzlaşmalarını teşvik edebilir(İçtüzük m.6/7). Ayrıca söz gelimi bir reklam ajansının veya reklam verenin yapmayı düşündüğü reklam hakkında yayın öncesi RÖK'e başvurarak görüşünü alması ya da reklamı yayınlamakta kararsız kalan mecra kuruluşunun bu doğrultuda başvuru yapması da mümkündür(İçtüzük m.3/2).

RÖK, her ayın birinci ve üçüncü haftası en az 10 üyesinin (her gruptan en az bir üye bulunması şartı ile) katılımı ile toplanır(İçtüzük m.3/6). Yürütme Kurulu ise RÖK'e göre daha sık toplanır zira başvuruların ivedi olarak değerlendirilmesi amaçlanmaktadır(İçtüzük m.4). Görüşler, toplantıya katılanların salt çoğunluğuyla verilir. Oylarda eşitlik halinde, toplantıya başkanlık eden kişinin bulunduğu tarafın görüşü Kurul değerlendirmesini oluşturur(İçtüzük m.10 /1). Uyuşmazlığın (reklamveren ya da reklam ajansı olarak) taraflarından birinin mensubu olan RÖK üyesi, kurullardaki müzakere ve oylama aşamalarında toplantıya katılamaz(İçtüzük m.10 /2). Yürütme Kurulu veya RÖK bir dosyayı inceleyip görüş oluşturdudan sonra, görüşünü taraflara bildirir. Reklam yanıltıcı bulunmuşsa, düzeltilmesi veya yayınının durdurulması önce reklamveren ve reklam ajansından talep edilir. Reklamın düzeltilmesi veya yayından kaldırılması için 2 iş günü beklenir. Reklam düzeltilmez veya durdurulmazsa, ilgili mecra kuruluşlarına yazıyla bilgi verilerek yayından kaldırılması tavsiye edilir(İçtüzük m.10 /3). İlgili kararın kısa süre içinde mecra kuruluşlarıyla paylaşılması reklam veren veya reklam ajansı kararı uygulamaktan imtina etse dahi hukuka aykırılığın önlenmesi bakımından etkili sonuç doğurabilecektir.

Kesinleşen Kurul görüşleri dosyanın tarafları ile paylaşılır. Kesinleşen Kurul görüşleri bunun dışında herhangi bir kişi, kuruluş ve/veya organ ile paylaşılamaz(İçtüzük m.11 /1). Kurul görüşlerinin, kamuoyuna yapılan duyuru ve taahhüdün doğal sonucu gereği yasal açıdan olmasa da teamül olarak bağlayıcılığı vardır. Bu bağlayıcılığın geçerliliği, tarafların mesleki ve ticari ahlak değerlerine verecekleri önemle sağlanır(İçtüzük m.11 /2). Bu yönüyle RÖK, kararlara uyulmama ihtimalinde yaptırım öngörmediği halde Kurul kararlarına muhataplarca riayet edildiği görülmektedir zira reklamların durdurulması veya reklamdaki ifadenin değiştirilmesi, idari denetime veya hukuk davalarına maruz kalmaya kıyasen genellikle razı olunan sonuçlardır.

Yukarıda sayılanlar bağlamında ve işleyişi göz önüne alındığında RÖK'ün idari veya adli denetime bir alternatif oluşturmak yerine bu mercileri tamamlayan bir

sistemin parçası olduğu kabul edilmelidir¹⁰. Zaten verdiği kararların tavsiye niteliğinde olması, bağımsız olması ve başlı başına bir özdenetim faaliyeti sürdürmesi RÖK'ün idari denetime alternatif olarak kabul edilemeyeceğinin kanıtıdır.

3. Kurul'un Karşılaştırmalı Reklamlara Uyguladığı Esaslar

RÖK kuruluşundan itibaren Milletlerarası Ticaret Odası(ICC)'nın dünyaca kabul görmüş Reklam Uygulama Esasları'nın Türkiye'deki uygulamalara göre oluşturduğu ve yayınladığı hali olan Özdenetim Esasları'nı esas alarak incelemelerini yapmakta ve görüş bildirmektedir. RÖK ICC Uygulama Esasları'nın geçerli yasal çevreye bağlı kalınarak uygulanacağını ve Reklama ilişkin mevzuat hükümlerinin ICC Uygulama Esasları'nın bir parçası gibi dikkate alınacağını da Özdenetim Esasları'nda deklare etmiştir¹¹.

RÖK 1994 yılında kurulduğundan beri 31.05.2019 tarihine kadar gelen başvurulardan¹² karşılaştırmalı reklamlara dair 178 başvurudan, 106'sını esaslara aykırı bulmuştur¹³. Bu aykırılık incelemesinde baz alınan esasların, karşılaştırmalı reklamları düzenleyen 11.maddesidir. Maddeye göre, karşılaştırma içeren pazarlama iletişiminde, karşılaştırma yanıltıcı olmamalı ve dürüst rekabet ilkelerine uyulmalıdır. Karşılaştırma noktaları doğrulanabilir gerçeklere dayanmalı ve hakkaniyete uygun olarak seçilmelidir. Bu hüküm görüldüğü gibi hem uluslararası kurallara hem de Türk mevzuatına uyumludur. Ancak bir sonraki hüküm karşılaştırmalı reklamlarda,

- *Karşılaştırılan ürün, hizmet ya da marka adının belirtilmemesi,*

¹⁰ İnal / Baysal, **a.g.e**, s.102

¹¹ Özdenetim Esaslarının tamamı için bkz: (çevrimiçi)

<http://www.rok.org.tr/tr/Page/Index/22/Ozdenetim-Esaslari> , (Erişim tarihi 30.04.2018)

¹² Reklam Özdenetim Kurulu'nda İncelenen Dosya Sayısı (Başvuranın kimliğine göre): Rakip firma başvurusu 2046; Tüketici başvurusu 1431; Resmi - Meslek kuruluşları başvurusu 76; Tüketici kuruluşu başvurusu 4; Kurul'un kendiliğinden ele aldığı 178 olmak üzere TOPLAM 3735'dir.

Kurul kararlarına göre dağılım yapıldığında: Esaslar'a aykırı bulunan 1453, Esaslar'a bir bölümü aykırı bulunan 460; Esaslar'a aykırı bulunmayan 1704; Tarafların anlaşması sonucu karara gerek kalmadan geri alınan başvuru 100; İncelenmekte olan 0; İdareye-Reklam Kurulu'na İntikal Eden 18 olmaktadır.

¹³ (Çevrimiçi) <http://www.rok.org.tr/tr/Page/Index/15/Basvuru-Istatistikleri>

- *Karşılaştırılan ürün ya da hizmetlerin aynı nitelikte ve özellikte olması veya aynı istek ya da ihtiyaca cevap vermesi gerekir*

denilmek suretiyle eski yönetmelikteki düzenleme ile paralellik göstermektedir. İCC Uygulama esaslarının yerel hukuk mevzuatı ile bir harmoni içerisinde bir araya getirilmesi ile oluşturulmuş olan Özdenetim Esaslarındaki bu hüküm açık karşılaştırma yasağını kaldıran Reklam Yönetmeliği hükmü henüz yürürlüğe girmedigiinden özdenetim incelemesinde uygulamasını sürdürmektedir ancak karşılaştırmalı reklamların aynı nitelikte olma zorunluluğu yeni yönetmelikle kaldırıldığından ikinci cümlemin revize edilmesi ihtiyacı doğmuştur.

Bunun yanı sıra Özdenetim Esaslarında Kanun, Yönetmelik ve Doktrindeki eserlerde görmeye alışkın olmadığımız sektör temsilcilerine yönelik bilgiler de yer almaktadır(m.11). Aşağıdaki esas bunlardan bir tanesidir:

“Karşılaştırma yapılırken belli bir rakibin ürününü çağrıştıran öğeler (ambalaj şekli, kurumsal renk vb.) kullanılamaz. Reklamda iki ürünün de görüntüsüne yer verildiği hallerde, rakip ürünün görüntüsü üzerine mozaikleme yapılmadan karşılaştırma yapılmamalıdır. Bu mozaikleminin rakip ürünün şekli, markası belli olmayacak ve onu algılatmayacak biçimde yapılması gerekmektedir.”

Görüldüğü gibi bu esas da doğrudan karşılaştırmının yapılamaması sebebiyle dolaylı karşılaştırma yapmak zarureti neticesinde tüketici nezdinde oluşabilecek aldatıcılığı engellemeye ve açık karşılaştırma yapıldığı hallerde isabetsiz biçimde gerçekleşeceği düşünülen haksız rekabetin önüne geçmek için Türk Mevzuatı’na uyumlu hale getirilmiştir.

11.maddenin devamında reklam verenlerle reklam ajanslarına karşılaştırmalı reklamlarda aldatıcılığa ve haksız rekabete sebebiyet verilmemesi için yol gösterici nitelikteki hükümlere yer verilmektedir. Buna göre reklamlarda “sıradan”, “diğer-öteki” gibi kelimelerin kullanılmasında dikkat edilmesi gereken hususlar ayrıntılı biçimde açıklanmıştır:

Karşılaştırmada rakip ürünler, ‘sıradan’ gibi genel bir ifade ile tanımlanabilir. Bir ürünün “sıradan” olarak tanımlanabilmesi için aşağıdaki kriterlerin tamamını karşılayabilmesi gerekmektedir:

- *Piyasadaki rakiplerine göre düşük fiyatlı olan;*
- *Kullanıldığı alanda sadece temel işlevi yerine getirebilen, formülü ya da teknolojisi bakımından ek özelliği ya da farklılığı veya gelişmiş son teknolojik özelliklere sahip olmayan (standart);*
- *Markasına reklam yatırımı yapılmamış olan;*
- *Anlamli büyüklükte bir pazar payına sahip olan.*

Karşılaştırmada rakip ürün ya da hizmetler ‘diğer’, ‘öteki’ sözcükleriyle ifade edildiğinde piyasada mevcut ürün/hizmetlerin tamamı ile karşılaştırmaya dayalı kanıtlar ibraz edilmelidir. Piyasada mevcut rakipler deyiminden; sürekli ve periyodik pazar payı araştırmaları yapan araştırma şirketlerinin yayınladıkları tablolarda yer alan veya bu tablolarda yer almasa da sürekli reklam yapan ürün/hizmetler anlaşılır.

Karşılaştırmalı reklamlarda karşılaştırılabilirlik bahsi hakkında ve reklamda sunulan iddiaların ispatlanmasına yönelik önerilere de yer verilmiştir:

Karşılaştırma içeren reklamlarda benzer durumlar karşılaştırılmalıdır.

Rakip ürün/hizmetler ‘diğer kaliteli ...lar’, ‘... ham maddesinden üretilmiş ...lar’ ya da ‘... içeren ...lar’ gibi önlerine sıfat eklenen karşılaştırmalarda ise eklenen sıfat hangi kategoriyi kapsıyorsa o ürün/hizmetlerle karşılaştırmayı gösteren kanıtlar yeterli kabul edilir

11. maddenin yanı sıra kanıtlama ve destekleme başlıklı 8.maddede de karşılaştırmalı reklamlardaki üstünlük iddiasına dair hüküm yer almaktadır:

Ölçülebilir, nesnel üstünlük iddiaları sayısal verilere dayanan veya doğruluğu test, rapor veya belgelerle kanıtlanabilen üstünlük iddiaları (“ilk”, “tek”, “birinci”, “pazar payının %...na sahip” vb.) belge ile kanıtlanmalıdır

• “Daha iyisi yok” gibi eşitler arası üstünlük iddiaları, reklamdaki mesaja göre piyasadaki rakiplerinin tümü ile eşit olduğu kanıtlanmak koşulu ile kullanılabilir.

Reklam mesajındaki iddia ölçülemeyecek nitelikte üstünlük taşıyorsa, kanıt gösterilmeden de kullanılabilir.

Yukarıda sayılan son hüküm karşılaştırmalı reklamlarda üstünlük bildiren tüm iddiaların nesnel ve kanıtlanabilir olmasının şart koşulduğu Reklam Yönetmeliği’nin m8/1’in d) ve e) bentlerindeki hükümlerle bu haliyle çelişki oluşturmaktadır.

Sonuç itibariyle Ticari Reklam Yönetmeliği’nin yürürlüğü üç kez ertelenen, açık karşılaştırmalı reklamları düzenleyen m.8/2 hükmünün yürürlüğü ile birlikte özellikle Türk piyasasında yer alan yurtdışı kökenli markaların karşılaştırmalı reklam yapma hevesi ve yöneliminin, tüketicilerin açık karşılaştırmaya vereceği olumlu tepkilerle birlikte karşılaştırmalı reklamların uygulamasını arttıracak ön görüşünü taşımakta idik. Bu sebeple RÖK’ün uygulamayı beklemeden doğrudan veya dolaylı karşılaştırmaların nasıl hukuka uygun yapılabileceğine dair yeni TKHK ve Reklam Yönetmeliği temel alınarak yukarıda belirtilenlere benzer şekilde reklam sektörünün oyuncularına ve belki de idari denetim kuruluşlarına yol gösterici olacak hükümleri Özdenetim Esaslarına ekleyecek şekilde çalışmada bulunmasının gerekli ve isabetli olduğu kanaatinde idik. Buna karşın 28.12.2018 tarihli Reklam Yönetmeliğinde yapılan değişiklik¹⁴ sebebi ile açık/doğrudan karşılaştırmalı reklamlar normlar hiyerarşisine aykırı olarak kanunla değil yönetmelikle yasaklanmışlardır.

II. REKLAMIN İDARİ DENETİMİ

A.Reklam Kurulu

¹⁴ R.G., 30639

1. Kuruluş ve Görevleri

Reklam Kurulu Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 63. maddesiyle kurulan ve görevi; ticari reklamlarda uyulması gerekli ilkeleri belirlemek, haksız ticari uygulamalara karşı tüketiciyi korumaya yönelik düzenlemeleri yapmak, reklamların hukuka uygunluk denetimini yapmak, bu denetim uyarınca durdurma veya aynı yöntemle düzeltme veya idari para cezası veya gerekli görülen hâllerde de üç aya kadar tedbiren durdurma cezası vermek olan, kendi tüzel kişiliği olmayan, Ticaret Bakanlığı'na bağlı idari bir kuruldur.

Reklam Kurulu, başkan da dahil on dokuz üyeden oluşmaktadır. Çeşitli kamu kuruluşları, meslek örgütleri ve sivil toplum örgütlerinden oluşan kurulda üyelerin dağılımı Reklam Kurulu Yönetmeliği'nin 4.maddesinde şu şekilde belirlenmiştir: Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın ilgili genel müdür yardımcıları arasından görevlendireceği bir üye; Adalet Bakanlığının, bu Bakanlık'ta idari görevlerde çalışan hâkim veya savcılar arasından görevlendireceği bir üye; Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı'nın görevlendireceği bir üye; Sağlık Bakanlığı'nın görevlendireceği bir üye; Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın görevlendireceği bir üye; Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun görevlendireceği bir üye; Türk Standartları Enstitüsü'nden bir üye; Ankara, İstanbul ve İzmir büyükşehir belediyelerinin kendi aralarından seçeceği bir üye; Yükseköğretim Kurulunun, reklamcılık, iletişim veya ticaret hukuku alanında uzman öğretim üyeleri arasından görevlendireceği bir üye; Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği'nin, Türkiye Medya ve İletişim Meclisi üyeleri arasından görevlendireceği bir üye; Türkiye Esnaf ve Sanatkarları Konfederasyonu'nun görevlendireceği bir üye; Tüketici Konseyinin Konseye katılan tüketici örgütü temsilcileri arasından seçeceği bir üye; Reklamverenler derneklerinin veya varsa üst kuruluşlarının seçeceği bir üye; Reklamcılar derneklerinin veya varsa üst kuruluşlarının seçeceği bir üye; Türk Eczacıları Birliğinin görevlendireceği eczacı bir üye; Türk Diş Hekimleri Birliğinin görevlendireceği diş hekimi bir üye; Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyinin görevlendireceği doktor bir üye; ve son olarak Türkiye Barolar Birliğinin görevlendireceği avukat bir üye.

Reklam Kurulu üyelerinin görev süreleri üç yıldır. Süresi bitenler yeniden görevlendirilebilir veya seçilebilir. Üyelik herhangi bir sebeple boşaldığı takdirde, boşalan üyeliklere 4 üncü madde esasları dâhilinde bir ay içinde görevlendirme yapılır. Süresi dolan üyenin görevi, yeni üye görevine başlayıncaya kadar devam eder.(Yönetmelik m.6) Seçilen başkan ve üyelerin; Türk vatandaşı olması, en az iki yıllık yükseköğretim mezunu ya da denkliği Yükseköğretim Kurulu tarafından kabul edilen yurt dışındaki öğretim kurumlarından mezun olması, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m.48/A-5'te belirtilen şartları taşıyor olması ve kamu haklarından mahrum bulunmaması gerekmektedir.(Yönetmelik m.5)

Reklam Kurulu'nun yapısı geçmişten bugüne doktrinde eleştiri konusu olmuştur¹⁵. Yukarıda saydığımız farklı meslek ve sivil toplum örgütleri ile kamu kurum ve kuruluşlarının temsilcilerinden oluşan kurul, hukuka uygunluk denetimi yapmaya elverişli bir yapıdan ziyade farklı uzmanlık alanlarından katılımcıları olan bir meclise benzetilmiştir¹⁶. Bunun öncelikli sebebi yukarıda belirtildiği üzere ondokuz kişilik kurulda Adalet Bakanlığı ve Barolar Birliği tarafından görevlendirilen iki üyenin sadece hukukçu olma zorunluluğunun bulunmasıdır. Günümüz reklam hukuku uygulamasında karşılaşılan sorunlar ve özellik arz eden aldatıcı, karşılaştırmalı veya örtülü reklam gibi konular tüm dünyadaki hukukçular için problemli ve karmaşık alanlar olarak görülürken hukukçu olmayan üyelerin hukuk kuralları ve hukukun temel prensiplerini göz önünde bulundurmadan sadece şahsi kanaatleri ve hayat tecrübeleri ile dünya görüşleri doğrultusunda oylarını kullanmaları hukuk güvenliği bakımından kabul edilir bulunmamıştır¹⁷. Reklam Kurulu'nun oluşumu hem üye sayısı hem de Kurul'a üye gönderen kurum ve kuruluşların seçimi bakımından isabetsiz bulunmuş, bu denli farklı uzmanlık alanının aynı anda temsil edildiği bir oluşumda ortak karara varılmasının çeşitli zorluklara gebe olabileceği belirtilmiştir¹⁸. TKHK 63/9'a göre Reklam Kurulu gerektiği takdirde kendisine üye veren kurum ve kuruluşlar da dahil olmak üzere üniversitelerin, özel hukuk tüzel kişileri ile gerçek kişilerin görüşlerine

¹⁵ Eleştiriler için bkz: İnal / Baysal **a.g.e.** s.81 vd; Pınar, **a.g.m.**, s.539; Ürey, **a.g.t.**, s.75 vd; Özdemir, **a.g.e.**, s.108; Tekelioğlu, **a.g.e.**, s.151

¹⁶ İnal / Baysal **a.g.e.** s.81

¹⁷ İnal / Baysal **a.g.e.** s.82

¹⁸ Pınar, **a.g.e.**, s.539

başvurabilecekken bizatihi bu kurum ve kuruluşların temsilcilerinden teşekkül etmesi gereksiz bulunmuştur¹⁹.

Doktrinde ayrıca Kurul'un üye sayısı dünyadaki etkili idari denetim organlarına kıyasla fazla bulunmaktadır²⁰. Bu eleştirinin yapıldığı tarihte yirmi dokuz olan üye sayısı; başlangıçta on sekiz kişiye sonrasında bu sayı yirmidokuza çıkarılmış, mülga Tüketici Kanunu'nu değiştirmeye yönelik gündeme gelen kanun tasarısı taslağında sayının onbire düşürülmesi söz konusu olmuş²¹ ancak son olarak yeni Tüketici Kanunu'da sayı ondokuz olarak belirlenmiştir. Kanaatimizce kanun koyucu üye sayısını bir miktar azaltmışsa da bu, Kurul'un içinde bulundurduğu hukukçu sayısı göz önüne alındığında yeterli değildir, hukuk güveniği bakımından kimi zaman yüksek para cezaları gibi idari yaptırımlara karar verme yetkisini haiz Reklam Kurulu'nun daha az kişiden oluşması ve bünyesinde daha çok hukukçuya yer vermesi isabetli olacaktır.

2. Çalışma Yöntemi

Tüketici Kanunu'nun 63.maddesine göre Reklam Kurulu, ayda en az bir defa veya ihtiyaç duyulduğu her zaman Başkanın çağrısı üzerine, Başkan dâhil en az on bir üyenin hazır bulunması ile toplanır ve toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar verir. Oyların eşit olması hâlinde Başkanın oy kullandığı taraf çoğunluğu sağlar. Kurulun karar vermesine yardımcı olmak üzere sektörel alanlarda Bakanlıkça ihtisas komisyonları kurulur. Komisyonlar başkan dahil en az üç en fazla beş kişiden oluşur.

Reklam Kurulu'na başvurular yazılı olarak veya elektronik ortamda yapılabilir. Başvuru sahibi gerçek kişi ise; adı soyadı ile T.C. kimlik numarası ve adresini, tüzel kişi; ise unvanı ve adresini içermeyen başvurular Reklam Kurulunca kabul edilmez(Yönetmelik m.8/1). Ayrıca ticari reklama ilişkin başvurularda şikayet edilen reklamın yayınlandığı mecra, tarih ve şikayetin konusu gibi belirleyici hususlara yer verilmesi gerekir.(Yönetmelik m.8/2). Başvuru sahibi, şikayet ettiği reklam yazılı ya

¹⁹ İnal / Baysal **a.g.e.** s.81

²⁰ İnal / Baysal **a.y.**

²¹ İnal / Baysal **a.e.** s.83, 203 No'lu dipnot

da basılı ise asıllarını dilekçesine eklemelidir, eğer eklenecek nitelikte değilse reklamın fotoğrafı başvuru sahibince tedarik edilmelidir(Yönetmelik m.8/3). Ayrıca Reklam Kurulu Başkanı gerekli görülen hallerde ticari reklam ve haksız ticari uygulamalar ile ilgili resen inceleme veya denetim başlatmak yetkisine de sahiptir(Yönetmelik m.15/1). Reklam Kurulu'na 2016 yılında yapılan başvuru sayısı 5.121 olup karara bağlanan dosya sayısı 3136'dır²².

Reklam Kurulu tarafından, gerekli görülen hallerde ilgili kişi, kurum ve kuruluşlardan yazılı olarak bilgi veya görüş istenir. İlgili kişi, kurum ve kuruluşların, istenen belgelerin aslını veya onaylı kopyalarını vermesi zorunludur(Yönetmelik m.12/1). İstenen bilgi ve belgelerin Gümrük ve Ticaret Bakanlığına iletilmesi için en fazla on beş günlük süre verilir(Yönetmelik m.12/2).

Yönetmeliğin 12.maddesinde belirtilen bu uygulama şikayet edilen ilgili kişinin bilgi ve görüşüne başvurulmasının ihtiyari kabul edilerek Reklam Kurulu'nun gerekli görmediği hallerde reklam verene, reklam ajansına veya mecra kuruluşuna kendini savunma hakkını tanımaması olarak değerlendirilmiş ve doktrinde eleştirilmiştir²³.

3. Reklam Kurulu Kararları, Cezalar ve Uzlaşma

Reklam Kurulu re'sen veya başvuru yoluyla incelediği reklamın kanunda ve yönetmelikte sayılan hukuka uygunluk şartlarını taşımadığına karar verirse Tüketici Kanunu'nun 77.maddesinin 12.fıkrasında sayılan cezalara hükmedebilir. İhlalin niteliğine göre cezaların birlikte veya ayrı ayrı uygulanmasına karar verilebilir. Reklam Kurulu kararları düzenli olarak Bakanlık'a bağlı Tüketicinin Korunması Piyasa Ve Gözetim Müdürlüğü'nün sitesinde yayınlanmaktadır²⁴. Kanuna göre hükmedilebilecek cezalar şunlardır:

²² Detaylı bilgi için bkz: (çevrimiçi) <https://www.gtb.gov.tr/yayinlar/i%CC%87dare-faaliyet-raporu/gumruk-ve-ticaret-bakanligi-2016-yili-idare-faaliyet-raporu>

²³ Dilek Şahinci, **İnternette Aldatıcı Reklam ve Reklamverenlerin Sorumluluğu**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2011; Tekelioğlu **a.g.e**, s.154

²⁴ (çevrimiçi) <https://tuketici.gtb.gov.tr/>

- Tedbiren Durdurma
- Durdurma
- Aynı Yöntemle Düzeltme
- İdari Para Cezası

Belirtmek gerekir ki hükmedilen cezalara karşı idare mahkemelerinde dava açma süresi İYUK 7.maddedeki aksine altmış gün değil cezanın tebliğinden başlayarak otuz gündür. İdare mahkemesinde Reklam Kurulu kararına karşı dava açılması kararın yerine getirilmesini durdurmaz(TKHK.78/2).

Son olarak, 28.11.2017 değişikliği ile Tüketici Kanunu'na eklenen 77/A maddesi verilen cezalar sonrasında muhatap ile Bakanlık arasında gerçekleşebilecek olan “Uzlaşma”yı düzenlemektedir.

a. Tedbiren Durdurma

Reklam Kurulu hukuka aykırılık bakımından incelediği reklamlara uygulayabileceği yaptırımlardan biri bu reklamların üç aya kadar tedbiren durdurulmasıdır. Kanun'da veya Yönetmelik'te tedbiren durdurma cezasının hangi şartlarda verilebileceği açık değildir. Tedbiren durdurma cezasının Reklam Kurulu'nun hukuka aykırılık konusunda kesin sonuca varmadığı ancak karar verilene dek reklamın durdurulmasında yarar gördüğü hallerde geçici bir önlem olarak uygulayacağı varsayılmaktadır²⁵. Yani Reklam Kurulu hukuka aykırılık ihtimali olan reklamları tedbiren üç aya kadar karar vereceği süreyle durduracak, gerekli incelemeyi tamamlandığında ya diğer idari yaptırımlardan bir veya birkaçını uygulayacak ya da hukuka aykırılığın olmadığına kanaat getirerek reklamın ilgili mecralarda tekrar yayınlanmasına izin verecektir.

²⁵ Tekelioğlu, a.g.e, s.155

Reklam Kurulu son yıllarda tedbiren durdurma cezasının uygulamasına yer vermeyi bırakmıştır zira 2016 yılı Ocak ayı toplantısından itibaren yapılan taramada internet sitesinde²⁶ 2018 Mart ayı gerekçeli karar bültenine dek tedbiren durdurma cezasına rastlanmamıştır.

Reklam Kurulu Yönetmeliği'nin 15.maddesine göre tedbiren durdurma kararı verme yetkisi Kurul tarafından Başkan'a devredilebilir. Mülga Yönetmelikte olmayan bu hak tüketicinin zarar görmemesi bakımından acilen durdurulmasında fayda görülen reklamların şikayet üzerine veya Başkan'ın re'sen vereceği karar ile tedbiren durdurulmasını sağlamaya yöneliktir. Böylelikle Başkan hukuka uygunluk şartlarını taşımadığını düşündüğü reklamları tek başına sür'atle durdurabilme yetkisine sahiptir. Keyfi uygulamaların önüne geçilmesi bakımından ise Başkan'ın tedbiren durdurulmasına karar verdiği reklam hakkında kararı izleyen ilk toplantıda Kurul'a bilgi verilir(Yönetmelik m.7/3).

b. Durdurma

Hukuka aykırı reklamlarla mücadelede en önemli husus söz konusu reklamların mümkün olan en kısa sürede durdurulmasıdır. Reklamların etkisi ulaştıkları tüketici kitlesinin genişliği ve yayında kalma süresi ile doğru orantılı olarak artmaktadır²⁷. Tüketicilerin bunu sağlayabilmesinin en hızlı yolu Reklam Kurulu'na başvuruda bulunmasından ve Reklam Kurulu'nun alacağı karardan geçer. Eğer Reklam Kurulu'nun durdurma kararına rağmen ilgililer reklamı durdurmazlarsa bu durumda Bakanlık "Yargı Denetimi"ne yani tüketici mahkemesine başvurmak suretiyle reklamın durdurulmasını talep edebilir²⁸. Bu ihtimal, Reklam Kurulu kararlarına riayet etmemenin uygulamada ağır para cezalarına maruz kalma sonucuna yol açacağı gerçeği karşısında epey küçüktür²⁹.

²⁶ (Çevrimiçi) bkz: <https://tuketici.gtb.gov.tr/reklam-kurulu/reklam-kurulu-kararlari>

²⁷ Özdemir, **a.g.e.**, s.110

²⁸ İnal, **a.g.e.**, s.150

²⁹ İnal, **a.e.**, s.151

c. Aynı Yöntemle Düzeltme

Hukuka aykırı reklam Reklam Kurulu kararıyla durdurulmuş olsa dahi tüketici nezdinde yarattığı olumsuz etkiler devam ediyor olabilir³⁰. Hukuka aykırı reklam durdurulana kadar geçen sürede tüketiciler aldaticılığa maruz kalmış, rakipler haksız rekabetten zarar görmüş olabilir. Bu durumda reklamın durdurulmuş olması yarattığı negatif etkiyi düzeltmeye yetmeyecektir zira hukuka aykırı reklam amacına ulaşmıştır. Bu olumsuz etkilerin ortadan kaldırılabilmesi bakımından en doğru yaptırım düzeltici reklam yapmak suretiyle daha önceki reklamda yer alan iddiaların gerçeği yansıtmadığını ve hukuka aykırı olduğunu, gerçek durumun ne olduğunu anlatan yeni bir reklam hazırlanması suretiyle geçmişteki reklamın devam ettiği süre ile orantılı ve aynı araçlarla tüketicilere duyurulmasıdır³¹.

Düzeltilici reklam, reklamın hukuka aykırılık sebebi oluşturan iddia ve ifadelerinin çıkartılması suretiyle reklama devam edilmesi olarak anlaşılmamalıdır. Bu yolla tüketici nezdindeki aldanma ve rakiplerin zarar gören ticari itibarı düzeltilemez³². Ancak belirtmek gerekir ki Reklamın Aynı Yöntemle Düzeltilmesi yaptırımını Reklam Kurulu uygulama yoluna gitmemektedir.

d. İdari Para Cezası

Reklam Kurulu'nun hukuka aykırılık taşıyan reklamlara uygulayabileceği son yaptırım türü idari para cezasıdır. Tüketici Kanunu'nun 77.maddesinin 12.fikrasına göre idari para cezaları hukuka aykırı reklamlara tek başına uygulanabileceği gibi aykırılığın mahiyetine göre diğer cezalarla birlikte de uygulanabilir³³. Cezalar

³⁰ Aylin Dişbudak, **Türk Hukukunda Aldatıcı Reklamlar**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2007

³¹ İnal, **a.g.e.**, s.151

³² İnal, **a.y.**

³³ Reklamların durdurulmasına ve para cezasının hükmedilmesine dair bkz: Tespitler: ATV ve TRT 1 isimli televizyon kanallarında muhtelif tarihlerde yayınlanan "Ülker Teremyağ" adlı ürüne yönelik yapılan reklamlarda; "Unutulmaz pilavın sırrı nedir? Unutulmaz bir pilav yapmak için ne yapmak lazım? Öncelikle bütün bildiklerimizi unutmak lazım, kullandığımızı unutcaz (yayık tereyağını temsil eden ürün kenara itilerek), alıştığımızı unutcaz (margarin ya da paket tereyağını temsil eden ürün kenara itilerek), arada karıştırdığımızı unutcaz (sıvı yağları temsil eden ürün kenara itilerek),

reklamların yayınlandıkları mecralar kıstas olarak çeşitlendirilmiştir. Ticaret Bakanlığı'nın 11.02.2019 tarihli 29 No'lu sirkülerine göre 2019 yılında Tüketici Kanunu'nunda sayılmış olup uygulanacak cezalar aşağıdaki gibidir:

- a) Yerel düzeyde yayın yapan televizyon kanalı aracılığı ile gerçekleşmiş ise 17.094 Türk Lirası,
 - b) Ülke genelinde yayın yapan televizyon kanalı aracılığı ile gerçekleşmiş ise 341.921 Türk Lirası,
 - c) Süreli yayınlar aracılığıyla gerçekleşmiş ise (a) ve (b) bentlerinde belirtilen cezaların yarısı,
 - ç) Yerel düzeyde yayın yapan radyo kanalı aracılığı ile gerçekleşmiş ise 8.546 Türk Lirası,
 - d) Ülke genelinde yayın yapan radyo kanalı aracılığı ile gerçekleşmiş ise 85.480 Türk Lirası,
 - e) İnternet aracılığı ile gerçekleşmiş ise 85.480 Türk Lirası,
 - f) Kısa mesaj aracılığı ile gerçekleşmiş ise 42.738 Türk Lirası,
 - g) Diğer mecralar aracılığı ile gerçekleşmiş ise 8.546 Türk Lirası,
- idari para cezası verilir. Reklam Kurulu, idari işleme konu ihlalin bir yıl içinde tekrar edilmesi hâlinde yukarıda belirtilen idari para cezalarını on katına kadar uygulayabilir.

hepsinin yerine yeni Teremyağ döktürücez ve pilavımız gerçekten unutulmaz olacak.” şeklinde ifadelerle yer verildiği tespit edilmiştir.

Değerlendirme/Karar: Yapılan incelemeler sonucunda söz konusu tanıtımlarda yer alan ifadeler ve görüntüler ile diğer tereyağı ve margarin ürünlerinin Ülker Teremyağ kalitesinde olmadığı yönünde karşılaştırma yapıldığı, böylelikle dayanaktan yoksun olarak doğal tereyağı ürününün lezzetli ve unutulmaz bir yemek yapmak için yetersiz kaldığı minvalinde bir izlenim oluşturulduğu, bununla beraber "şef" olduğu reklamın başında vurgulanan oyuncu tarafından diğer tereyağı, margarin ve sıvıyağ ürünlerinin elinin tersiyle kenara itilerek kötüleme ve itibarsızlaştırma suretiyle Ülker Teremyağ'ın benzer ürünlerden üstün olduğuna dair bir mesaj verildiği ve bu hususun haksız rekabete neden olduğu, bu itibarla kötüleme içeren ifadeler kullanılarak tüketicileri yanıltıcı nitelik teşkil eden bu tanıtımların;- 5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu'nun 24/3 üncü maddesi,- Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nin 5/b, 7/1, 7/2, 7/4, 8/1, 9/1, 10/1, 28/1, 28/2, 29/1, 29/2 inci maddeleri,- 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 61 inci maddesi hükümlerine aykırı olduğuna ,buna göre, reklam veren Besler Gıda ve Kimya San. Tic. A.Ş. isimli firma hakkında, 6502 sayılı Kanun'un 63 üncü ve 77/12 nci maddeleri uyarınca 276.345-TL (İkiyüzyetmişaltıbinüçyüzkırkbeş Türk Lirası) idari para ve anılan reklamları durdurma cezaları verilmesine karar verilmiştir. (RK.09.04.2019 tarihli 283 toplantı sayılı 2019/2540 dosya no'lu karar)

Reklam Kurulu'nun İşleme konu ihlalin bir yıl içerisinde tekrar edilmesi halinde uygulayabileceği belirtilen sayılan cezaların on katına kadar ceza bahsinde dikkat edilmesi gereken husus, aynı reklam sahibine ait başka bir reklamda tekrar edilen aynı ihlal değil hukuka aykırılık kararı verilen reklamın yeniden yapılması olarak algılanması gerekliliğidir³⁴.

Belirtmek gerekir ki Reklam Kurulu'nun karar verdiği para cezalarının ödeme süresi tebliğ tarihinden başlayarak bir aydır.

Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın 2016 yılı idare faaliyet raporunda belirtilene göre Reklam Kurulu toplam 6.214.945 TL idari para cezası uygulamıştır. 2016 yılında gıda sektörüne uygulanan idari para cezası miktarı 1.812.505 TL ve kozmetik/temizlik ürünleri sektörüne uygulanan idari para cezası miktarı 1.436.921 TL civarında gerçekleşmiştir³⁵.

Doktrinde kanun koyucunun Reklam Kurulu'nun tespit edeceği hukuka aykırılık neticesinde reklam sahiplerine yöneltilecek idari para cezalarının sabit para cezası olarak belirlenmesi tercihi eleştirilmiştir. Bu sistemin yerine para cezalarının hukuka aykırılığın ağırlığı ile orantılı bir sisteme göre verilmesi gerektiği üzerinde durulmuştur.³⁶ Bizim de paylaştığımız bu görüşe göre reklamlardaki hukuka aykılık oranları birbirlerinden çok farklı olsa da yaptırım olarak aynı para cezasının uygulanacak olması, söz gelimi bir reklamdaki hukuka aykırılık tüketicinin sağlığı ve güvenliği için tehdit oluşturabilecekken bir diğerinde sadece ekonomik çıkarlarına yönelik olabilir. Bu iki durumun da aynı para cezası ile cezalandırılması hakkaniyet ve cezadan beklenen fayda bakımından yerinde değildir zira kötü niyetli reklam sahibi para cezası riskini göze alıp hukuka aykırı reklam yaparak tüketici menfaatlerine aykırılık oluşturabilir³⁷. Bu sebeple yeni kanunun hazırlanmasında bu eleştiride yer

³⁴ Tekelioğlu, **a.g.e.**, s.158

³⁵ 2017 yılı İdare faaliyet rapor henüz açıklanmadığından çalışmamızda 2016 yılı raporuna yer verilmiştir; raporun tamamı için bkz: (çevrimiçi) <https://www.gtb.gov.tr/yayinlar/i%CC%87dare-faaliyet-raporu/gumruk-ve-ticaret-bakanligi-2016-yili-idare-faaliyet-raporu>, (Erişim Tarihi: 29.04.2018)

³⁶ İnal / Baysal **a.g.e.** sf.67 vd.

³⁷ İnal / Baysal **a.g.e.** sf.67-68

verilen argümanların göz önüne alınmaması ve hukuka aykırılığın ağırlığına dayalı bir sistem kurulmamasının isabetli olmadığı kanısındayız.

e. Uzlaşma

Uzlaşma 28.11.2017 tarihinde Tüketici Kanununa eklenen 78/A maddesi ile tüketici mevzuatına girmiş olup kanunda ön görülen idari para cezalarının; ceza muhatabı tarafından, tespit edilen aykırılıkların kanun hükümlerine yeterince nüfuz edememekten veya kanun hükümlerini yanlış yorumlamaktan kaynaklandığının veya yargı kararları ile idarenin ihtilaf konusu olayda görüş farklılığının olduğunun ileri sürülmesi durumunda, Bakanlığın bu maddede yer alan hükümler çerçevesinde idari para cezasının muhatabı ile uzlaşabileceği şeklinde düzenlenmiştir(TKHK m78/A-1). Ancak hemen belirtelim ki Reklam Kurulu tarafından verilen idari para cezaları bu hükmün kapsamının dışında bırakılmıştır(TKHK m78/A-2). Uzlaşma halinde verilmiş para cezaları en fazla yarı oranda indirilecek olup uzlaşma talebi idari para cezasına karşı dava açma süresini durduracaktır. Tüketici derneklerinin tepkisini çeken³⁸ bu uygulamada Reklam Kurulu kararları hariç tutulduğundan yeni getirilen “uzlaşma kurumu”na bu çalışmada bu kadarıyla değinilmekle yetinilecektir.

B. Radyo Televizyon Üst Kurulu

Radyo ve Televizyon Üst Kurulu(RTÜK) 6112 sayılı Kanunla kurulan, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmetleri sektörünü düzenleme ve denetleme işlevi taşıyan idari ve mali özerkliğe sahip tarafsız kamu tüzel kişiliğini haiz bir kuruluştur.

RTÜK hakkında çalışma konumuz bakımından değinmekle yetineceğimiz husus, RTÜK’ün Kanun’un 9.ve13. maddeleri arasında yer verilen reklamlarla ilgili temel ilkelere karşı ihlallerin sadece medya kuruluşlarına yönelik olarak yaptırımlarda bulunan bir idari denetim organı olduğudur³⁹. Kanunda belirtilen Temel ilkeler(6112

³⁸ İlgili gazete haberleri için bkz: (çevrimiçi) <http://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/tuketicilerden-yeni-maddeye-itiraz-40624355>; <http://www.milliyet.com.tr/torbadan-uzlasma-cikarsa-tuketici-ekonomi-2553861/> (Erişim Tarihi: 29.04.2018)

³⁹ Detaylı bilgi için bkz: Özdemir, **a.g.e.**, s.114-116;

m.8) ve genel esaslarda(6112 m.9) reklamların haksız çıkarlara hizmet eden ve haksız rekabet oluşturan unsurlar içermemesi ve yanıltıcılık taşıması gibi gerekliliklere yer verilmiştir. Burada önemli olan husus RTÜK denetiminin sadece ilgili yayıncı kuruluşa yönelik olması olup reklam veren veya reklam ajansının bu denetimden ancak dolaylı olarak etkilenebilmesidir.

Belirtilmesi gereken bir diğer husus geçmişte kurul kararlarının gizliliği nedeniyle doktrinde eleştirilerin varlığıdır⁴⁰. 6112 sayılı Kanunun 40.maddesinin 7.fıkrası gereği gizliliği bulunmayan düzenleyici ve denetleyici nitelikteki kararları uygun vasıtalarla kamuoyuna duyurulmaya başlanmıştır ve kanaatimizce olumlu bir gelişmedir.

III. YARGI YOLU VE DAVALAR

A. Genel Olarak

Karşılaştırmalı reklamlara uygulanacak bir diğer denetim ise adli denetimdir. Hukuka aykırı olduğu iddia edilen karşılaştırmalı reklamların ticaret mahkemeleri, fikri ve sınai haklar mahkemeleri ile tüketici mahkemeleri nezdinde açılacak davalara konu olmaları ve ihtiyati tedbir kararı ile durdurulmaları mümkündür.

Reklam Kurulu ve Reklam Özdenetim Kurulu tarafından yapılan incelemelerde esasa ilişkin karar alınması hukuk mahkemelerine kıyasla daha hızlı olsa da reklamın durdurulması ve tedbiren dahi olsa hukuka aykırılığın önüne geçilmesi bakımından adli yargı yolunu tercih etmek daha hızlı sonuç verebilmektedir⁴¹. Haksız rekabet oluşturan ve hukuka aykırılık teşkil eden karşılaştırmalı reklamların kısa zamanda durdurulması oldukça önemlidir zira geçirilen zaman aldatici reklamın hedef kitleye ulaşmasında ve mesajının tüketiciye

⁴⁰ İnal / Baysal **a.g.e.** sf.100

⁴¹ Aslan **a.g.t.** s.194-195

nüfuz etmesindeki başarısını arttıracak böylelikle ilgililerin haksız rekabetten doğan zararının giderek artmasına sebep olacaktır.

B. Karşılaştırmalı Reklamda Haksız Rekabet Halinde Yargı Yolu

1. Haksız Rekabet Sebebiyle Açılabilir Davalar

Karşılaştırmalı reklamların belirli şartlarda aldatıcı reklam sınıfına girebileceğini ve aldatıcı reklamların da haksız rekabet oluşturacağını çalışmamızda daha önce belirtmiştik. Haksız rekabet sebebiyle ileri sürülebilecek talep ve davalar TTK m.56-60 arasında detaylı ve özel olarak düzenlenmiştir bunun sebebi ise haksız rekabet hukukunun sadece tarafları koruyan düzenlemeler içermemesi TTK'daki hükümlerin koruma kapsamının rakipler yanında müşterileri yani tüketicileri ve ekonomiye de kapsamasıdır⁴². Haksız rekabet sebebi ile açılabilir davaların hangileri olduğu TTK m.56/1'de sayılmıştır:

(1) Haksız rekabet sebebiyle müşterileri, kredisi, meslekî itibarı, ticari faaliyetleri veya diğer ekonomik menfaatleri zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek olan kimse;

- a) Fiilin haksız olup olmadığının tespitini,*
- b) Haksız rekabetin men'ini,*
- c) Haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılmasını, haksız rekabet yanlış veya yanıltıcı beyanlarla yapılmışsa bu beyanların düzeltilmesini ve tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise, haksız rekabetin işlenmesinde etkili olan araçların ve malların imhasını,*
- d) Kusur varsa zarar ve ziyanın tazminini,*
- e) Türk Borçlar Kanununun 58 inci maddesinde öngörülen şartların varlığında manevi tazminat verilmesini,*

⁴² Nomer Ertan, **a.g.e.** s.394

isteyebilir. Davacı lehine ve (d) bendi hükmünce tazminat olarak hâkim, haksız rekabet sonucunda davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına da karar verebilir.

Hükme göre haksız rekabet dolayısı ile açılacak davalar; tespit davası, men (sona erdirmeye) davası ve önleme davaları, eski hale iade davası, tazminat davası başlıkları altında karşılaştırmalı reklamlar bakımından incelenecektir.

a. Tespit Davası

Haksız rekabet oluşturan karşılaştırmalı reklamlar bakımından açılacak davaların TTK m.56'daki düzenlemeye göre ilki tespit davasıdır. Buna göre bir fiil veya davranış ya da uygulamanın haksız rekabet teşkil edip etmeyeceğinin tespitinin dava edilmesi mümkündür.

Haksız rekabet sebebiyle açılacak davalardan biri olan tespit davası bakımından kusur dava şartı olarak sayılmamıştır. Haksız rekabete sebep olan kişinin örneğin reklam verenin kusuru bulunmasa dahi tespit davası açılabilir.

Haksız rekabetin tespiti davası haksız rekabet hukukuna özgü olup TTK m.56'da özel olarak düzenlenmiş bir davadır, bu bakımdan eda davasının açılacağı hallerde tespit davasının açılmayacağına ilişkin genel prensip ve genel tespit davalarını düzenleyen HMK m.106 istisnaen bu dava bakımından uygulama alanı bulmaz⁴³. Buna ek olarak haksız rekabet ile ilgili bir tespit davası açılabilmesi için HMK'da dava şartı olarak belirlenen hukuki yararın bulunup, bulunmadığı hususunun ayrıca araştırılmasına gerek yoktur. TTK m.56'da aranan şartların varlığı yeterlidir⁴⁴.

⁴³ Nomer Ertan, **a.g.e.** s.400; HMK m.106- (1) Tespit davası yoluyla, mahkemeden, bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun yahut bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesi talep edilir. (2) Tespit davası açanın, kanunlarda belirtilen istisnai durumlar dışında, bu davayı açmakta hukukten korunmaya değer güncel bir yararı bulunmalıdır. (3) Maddi vakıalar, tek başlarına tespit davasının konusunu oluşturamaz.

⁴⁴ Nomer Ertan, **a.g.e.** s.402

Hükme göre tespit davasında bir fiil, davranış veya uygulamanın haksız rekabet oluşturduğunun tespiti talep edilebileceği gibi haksız rekabet oluşturmadığının tespiti de talep edilebilir⁴⁵. Ayrıca tespit davası haksız rekabet teşkil eden uygulamanın gerçekleşmesinden önce, haksız rekabet devam ederken ve sona ermesinden sonra açılabilir⁴⁶. Kanundaki bu iki hükmü birlikte değerlendirdiğimizde karşılaştırmalı reklamın yayınlanmasından önce reklam veren veya başka bir ilgili tarafından ileride sorun yaşamamak adına reklamın haksız rekabet oluşturmayaacağıının tespiti talebiyle dava konusu edilmesi mümkündür. Haksız rekabet sona erdikten sonra da tespit davası açılabilir zira TMK m.25 etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespiti talebini düzenlemiştir⁴⁷. Buna göre haksız rekabet teşkil eden karşılaştırmalı reklamın yayın süresi dolmuş veya yayından kaldırılmış olsa dahi reklamı yapılan ürün ya da hizmet hala piyasada bulunduğundan ve tüketici nezdinde aldatıcı reklamın bıraktığı etki devam ediyor olabileceğinden halen tespit davasının açılabilirliğinin kabulünün gerektiği kanaatindeyiz.

Karşılaştırmalı reklamların sebep olduğu haksız rekabet halinde açılacak tespit davaları neticesinde sadece tespit hükmü verilir eda hükmü verilmez. Mahkemenin verdiği tespit hükmü kesin hüküm ve kesin delil teşkil etmektedir.⁴⁸. Haksız rekabet nedeniyle açılan tespit davaları eda davası niteliğinde olmadıkları böylelikle icra kabiliyetlerinin de yokluğu sebebiyle uygulamada daha az rastlanılan davalar olmaktadır⁴⁹.

⁴⁵ Nomer Ertan, **a.g.e.** s.398

⁴⁶ Nomer Ertan, **a.g.e.** s.402

⁴⁷ Nomer Ertan, **a.g.e.** s.403; TMK **md 25**- Davacı, hâkimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir. Davacı bunlarla birlikte, düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde de bulunabilir. Davacının, maddî ve manevî tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı saklıdır. Manevî tazminat istemi, karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez; mirasbırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmez. Davacı, kişilik haklarının korunması için kendi yerleşim yeri veya davalının yerleşim yeri mahkemesinde dava açabilir.

⁴⁸ Nomer Ertan, **a.g.e.** s.403

⁴⁹ Göle, **a.g.e.** s. 177

Ayrıca belirtmek gerekirse aldatıcı reklamın sebep olduğu zararın tespiti bu davanın konusu değildir. Bu dava ile sadece reklamın haksız rekabet teşkil edip etmediğine karar verilebilir⁵⁰.

b. Men(Sona Erdirme) ve Önleme Davaları

TTK m.56’da sayılan haksız rekabet oluşturan hallerde açılacak davalardan ikincisi olan men davasında davacı haksız rekabetin menini yani sona erdirilmesini talep edebilmektedir. Doktrin ve uygulamada bu dava sadece devam eden bir ihlalin sona erdirilmesi amacını taşımamakta olup hem sona erdirmeye hem de durdurma taleplerini içeren yani ek olarak ihlalin tekrar edilmesinin önlenmesi amacını da taşıyan bir dava olarak kabul edilmektedir⁵¹. Ancak terminolojik bakımdan bir ihlalin sona erdirilmesi ve bir ihlalin tekrar edilmesinin engellenmesinin birbirinden ayrı talepler olduğu bu sebeple bu iki ayrı talebe yönelik davaların sadece men davası adı altında birleştirilmesinin isabetsiz olduğunu TMK m.25’teki düzenlemenin esas alınması gerektiğini savunan bir görüş de vardır⁵².

Men davası haksız rekabetin devam ettiği durumlarda haksız rekabetin sona erdirilmesini sağlamak amacı ile açılır. Haksız rekabet henüz gerçekleşmemiş veya sona ermiş ise men davası açılmaz. Haksız rekabet sona ermişse fakat tekrar etme tehlikesinin varlığı halinde men davası değil önleme davasının açılması gerekir⁵³. Ancak belirttiğimiz gibi doktrin ve uygulamada haksız rekabet henüz gerçekleşmemiş veya sona erdikten sonra da men davası açılmaktadır. Durumu aldatıcı nitelik kazanmış karşılaştırmalı reklamlara uyarlırsak reklam yayının durdurulması ve tekrar yayınlanmaması, varsa basılı broşür ve ilanların toplatılması veya ürünün ambalajı üzerindeki bir reklam bakımından ürünün piyasadan çekilmesi ve ambalajı

⁵⁰ Nihal Çınar Karabağ, **Türk Ticaret Kanunu’na Göre Haksız Rekabet ve Yaptırımları**, 2.Baskı, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2019, s.155

⁵¹ Hayri Domaniç **Ticaret Hukukunun Genel Esasları**, 4.Baskı, İstanbul; Temel Yayın – Dağıtım, 1988, s. 249; Suluk, Karasu, Nal, **a.g.e.**, s.448

⁵² Ayrıntılı inceleme için bkz: Nomer Ertan, **a.g.e.** s.403-408;

⁵³ Nomer Ertan, **a.g.e.** s.408,409

değiştirilmedikçe tekrar piyasaya sürülmemesi gibi iki talebi birden içeren davalar uygulamada men davası adı altında açılabilir⁵⁴.

Men davası mahkemece kabul edildiği takdirde haksız rekabete sebep olan davranışın sonlandırılması yönünde hüküm kurulur. Bu davayı açtıktan sonra tespit davası açılmasına gerek ve olanak yoktur zira dava kendi içinde haksız rekabetin var olup olmadığının tespiti talebini de içermektedir⁵⁵.

Tespit davasında olduğu gibi men davasının ikamesinde de ayrı bir dava olarak kabul edildiği takdirde önleme davasının ikamesinde de haksız rekabeti gerçekleştiren kişinin kusuru aranmaz.

Önleme davası haksız rekabetin henüz gerçekleşmediği veya sona erdiği ancak tekrar etme ihtimalinin bulunduğu durumlarda açılacak bir davadır. Mehzadan farklı olarak TTK m.56'da haksız rekabet davaları arasında önleme davası özel olarak sayılmamıştır. Men davasının sona erdirmeye talebi yanında önleme talebini de içeren bir dava olduğu kabul edilegelmiştir. Bu nedenle uygulamada haksız rekabet gerçekleşmeden önce veya haksız rekabetin sona ermesinin ardından tekrarlama tehlikesinin varlığında önleme talepli davalar da men davası olarak açılmaktadırlar⁵⁶.

⁵⁴ Yargıtay 11.Hukuk Dairesinin 2013/5020E. 2014/10820K. sayılı kararı ...Davacı vekili, müvekkili şirketin internet hizmetlerine bağlı olarak 23/05/2008 tarihinde başvurusu yapılan ve 15/09/2008 tarihinde satışa sunulan 2008/30511 tescil nolu "TTNET VİTAMİN" ibareli markasının bulunduğunu, davalının, müvekkili şirketin ürününe benzer bir ürün çıkardığını, müvekkili şirket uygulamalarını taklit ederek haksız kazanç sağlamayı amaçladığını, müvekkili şirket markasının logosu ile davalının piyasaya sürdüğü ürünün logosunda büyük benzerlik bulunduğunu, ürünün iltibasa yol açacak şekilde yansıtılmasının haksız rekabet ve marka hakkına tecavüz teşkil ettiğini, davalı tarafça "öğrencilere PROTEİN de lazım" ifadesine yer verilerek müvekkilince sunulan hizmete ilave bir hizmet veriliyormuş izlenimi yaratıldığını, davalının piyasaya sürdüğü ürünün logosunda müvekkili markasının renk, grafik, tasarım ve konseptin aynen kullanıldığını, bu durumun tüketiciler nazarında iltibasa neden olacağını ileri sürerek, markaya tecavüzün ve haksız rekabetin tespiti, refi ve men'ine, davalının basılı evrak, broşür vs.'nin toplatılmasına, imha edilmesine, satışının durdurulmasına, reklam yayınlarının durdurulmasına, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydı ile 556 sayılı KHK'nin 66/c maddesi uyarınca 10.000,00 TL maddi tazminatın ve 50.000,00 TL manevi tazminatın faiziyle birlikte davalıdan tahsiline, hükmün ilanına karar verilmesini talep etmiş, ıslahla maddi tazminat istemini 38.346,91 TL'ye çıkarmıştır... <https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay> erişim tarihi:22.07.2019

⁵⁵ Ömer Teoman, Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Abuzer Kendigelen, Arslan Kaya, N. Fusun Nomer Ertan, **Ticari İşletme Hukuku**, Birinci Basıdan Üçüncü (Tıpkı) Bası İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006. s.468

⁵⁶ Nomer Ertan, **a.g.e.** s.410

Önleme davası haksız rekabet gerçekleşmeden açıldığı takdirde davacının muhtemel bir haksız rekabete sebebiyet verecek fiil, davranış veya uygulamanın gerçekleşmek üzere olduğunu ispatlamalıdır. Haksız rekabetin ilk defa gerçekleşeceği durumlarda muhtemel haksız rekabet tehlikesini davacının ispatlaması kolay olmayabilir. Buna karşın haksız rekabetin gerçekleştiği ve sona erdiği durumlarda tekrar tehlikesinin kural olarak mevcut olduğu varsayılır⁵⁷.

Önleme davası bir eda davası olup davanın kabulü durumunda davalının somut bir davranışta bulunması henüz davranışta bulunmadan yasaklanır. Böylelikle davalının haksız rekabet oluşturacağına kanaat getirilen fiili henüz gerçekleşmeden önüne geçmiş olunur.⁵⁸ Bu bakımdan değerlendirildiğinde önleme davası sonunda verilecek hüküm davalıyı yapmama borcu altına sokmaktadır.

c. Eski Hale İade Davası

Haksız rekabet halinde TTK md 56'ya göre açılacak davalardan bir diğeri eski hale iade davasıdır. Bu dava doktrinde izale davası, düzeltme davası, ref ve tahsis davası, eski hale iade davası, maddi durumun ortadan kaldırılması davası gibi farklı şekillerde isimlendirilmektedir⁵⁹. Kanunda sayılan bu dava ile haksız rekabet oluşturan fiil neticesinde meydana gelen durumun ortadan kaldırılması, haksız rekabet yanlış veya yanıltıcı beyanlarla yapılmışsa bu beyanların düzeltilmesi ve tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise haksız rekabetin işlenmesinde etkili olan araçların ve malların imhası talep edilebilmektedir. Eski hale iade davası ile amaçlanan haksız rekabet gerçekleşmeden önceki durumun yeniden tesisi yani haksız rekabetin sonuçlarının ve tüm olumsuz etkilerinin ortadan kaldırılmasıdır⁶⁰.

TTK md 56'da sayılan tespit ve men davası gibi bu davada da haksız rekabeti gerçekleştiren kişinin kusuru aranmaz. Ayrıca haksız rekabet fiiline maruz kalan

⁵⁷ Nomer Ertan, **a.e.** s.411

⁵⁸ Nomer Ertan, **a.e.** s.412

⁵⁹ Çınar Karabağ, **a.g.e.**, s. 159; Özdemir, **a.g.e.**, s.102

⁶⁰ ; Göle, **a.g.e.** s.179; Nomer Ertan, **a.g.e.**, s.412;

kimsenin de zarar görmüş olmasına gerek yoktur zira için mağdurun zarar görme tehlikesine maruz kalmış olması davanın açılabilmesi için yeterlidir⁶¹.

Eski hale iade davasına konu olan haksız rekabete yol açan fiilin bir karşılaştırmalı reklam sonucu gerçekleştiğini varsayarsak davada ileri sürülebilecek talepler reklamın türüne ve özelliğine göre değişiklik gösterebilecektir. Karşılaştırmalı reklam vasıtası olan broşürlerin, prospektüslerin toplatılması, afişlerin indirilmesi, yazılı veya sosyal medya vasıtasıyla yapılmış ise aynı mecrada dava sonunda verilen hükmün ücreti davalı tarafından karşılanmak üzere yayınlanması talep edilebilir böylece aldatıcı reklamın ulaştığı hedef kitleye ulaşarak tüketici nezdindeki yanlış algının ortadan kaldırılarak düzeltilmesi amaçlanabilir.

Haksız rekabetin işlenmesinde etkili olan araçların ve malların imhası yaptırımına ancak tecavüzün önlenmesi bakımından bu yaptırımın elzem olduğu durumlarda hükmedilmelidir⁶². Aldatıcı reklamın ya da haksız rekabete neden olan ibarenin ürünün ambalajına işlendiği varsayımında bu ürünün toplatılması ve imhasına son çare olarak karar verilmelidir. Bunun yerine siyah bir etiket veya bant ile yanıltıcı beyan içeren bölüm kapatılabiliyorsa ya da ürün ambalaj değiştirilerek tekrardan piyasaya sürülmeye elverişli ise imhadan evvel bunun gibi uygulamalara gitmek kanaatimizce menfaatler dengesine ve kanun hükmüne daha uygun olacaktır.

Eski hale iade davası, haksız rekabet halinde açılabileceği TTK 56'da belirtilen tespit ve men davalarıyla birlikte açılabilir. Haksız rekabet oluşturan uygulamanın tespiti, tecavüze sebep fiilin durdurulması ve tekrarlanmaması bakımından gereklidir, ancak bundan sonra bu fiilin olumsuz etkilerinin ortadan kaldırılması da gereklidir. Bu nedenle uygulamada açılan davalarda tespit, men, ref ve hatta tazminat talepleri bir arada bulunabilmektedir⁶³.

⁶¹ Çınar Karabağ, **a.g.e.** s. 160

⁶² Nomer Ertan, **a.g.e.** s.415

⁶³ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 2014/2299E.-2014/10322K. sayılı 02.06.2014 tarihli kararında ...Davacılar vekili, müvekkillerinin olarak adlandırılan gümrük hattı dışı eşya satış mağazası işletmeciliği yaptıklarını, parfüm ve kozmetik ürünlerini satıp pazarlayan davalının 2006 yılından beri'lardan Ürün Taşımayın! Çok Özel Fiyatlar, Özgür Alışveriş Burada!", "....'in Gözde kozmetik mağazalarından, ürün fiyatlarını havaalanları ve sınır kapılarındakila aynı düzeye çekti." şeklinde basın ilanları verdiğini, mağazalarının içinde de aynı ibareleri bulundurduğunu, ancak bu ilanların gerçeği yansıtmadığını, zira davalınından daha pahalıya satış yaptığını, mağazasında

d. Tazminat Davası

(1) Maddi Tazminat Davası

Haksız rekabete uğrayan kişi maddi tazminat davası ile davalıdan zararlarını talep edebilir. Ancak TTK md 56 sayılan haksız rekabet halinde açılacak diğer davaların aksine bu davada davacının davalının kusurunu ispat etmesi gereklidir. Bunun yanı sıra tazminat davasının açılabilmesi için haksız rekabet fiilinin işleyen kusurlu hareketi neticesinde bir zararın meydana gelmesi ve bu zarar ile kusurlu hareket arasında uygun illiyet bağının bulunması gereklidir⁶⁴.

Maddi tazminat davası haksız rekabetin tespiti, men'i ve eski hale iade davaları ile birlikte açılacağı gibi bu davalardan ayrı olarak da açılabilir⁶⁵.

Haksız rekabetin temelinde haksız fiil bulunmaktadır bundan dolayı haksız fiilden doğan sorumlulukta öncelikle TTK'nın haksız fiile ilişkin hükümleri kanunda hüküm bulunmayan hallerde TBK m.49-76 arasındaki hükümler uygulama alanı bulur⁶⁶. Haksız fiillere ilişkin temel prensip haksız rekabet hukukunda da geçerlidir: maddi tazminat talebinde bulunabilmek için zarar veren kimsenin kusurlu olması ve bu kusurun tazminat talep eden kişi tarafından ispatlanması gerekmektedir. Bu kusur kast veya ihmal derecesinde olabilir⁶⁷. Benzer bir şekilde haksız rekabetten zarar gördüğünü iddia eden davacı bu zararın boyutunu ve haksız rekabet oluşturan fiil ile arasındaki illiyet bağını ispatlamalıdır. Davacı ancak ispat edebildiği zararı kadar tazminat isteyebilir. Bu davalarda zarar kavramının içine hem fiili zarar hem de yoksun

bulunan free shop ibaresinin de tüketiciyi yanılttığını, davalının bir free shop mağazası sanılacağını, ilanların gerçeği yansıtmayan karşılaştırmalı reklam vasfında olduğunu, tüm bu eylemlerin müvekkilleri aleyhine haksız rekabet teşkil ettiğini ileri sürerek haksız rekabetin tespiti ile men'ini, ilanların kaldırılmasını, kararın ilanını talep ve dava etmiştir. ... Dava, abartılı ve yanıltıcı reklamlar yoluyla yapıldığı ileri sürülen haksız rekabetin tespiti ve men'i, ref'i ve kararın ilanı istemlerine ilişmektedir... çevrimiçi kaynak: <https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay> erişim tarihi:24.07.2019

⁶⁴ Karasu (Suluk/Nal) **a.g.e.** s.449

⁶⁵ Çınar Karabağ, **a.g.e.** s. 162

⁶⁶ Nomer Ertan, **a.e.** s.416

⁶⁷ Nomer Ertan, **a.e.** s.418

kalınan kar girmektedir⁶⁸. Davacının uğradığı zararı ispat etmesi ve hesaplaması kimi zaman oldukça zor bazen de imkansızdır. Bu hallere TTK m.55/1,a-5'te sayılan karşılaştırmanın olduğu haller sayılabilir. Bu takdirde TBK 50/2 uyarınca hakimnin olayların olağan akışı ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak zararın miktarını hayat tecrübeleri ile hakkaniyete uygun olarak belirlemesi gerekir⁶⁹.

Haksız rekabet sonucu uğranılan zarar ve miktarının ispatının zorluğu ve sadece mağdurun uğradığı zararın tazmin edilmesinin bu zarar miktarını aşan haksız rekabet kazancından failin faydalanmasına yol açabileceği gibi sebeplerle TTK m.56/1-e'de hakimnin haksız rekabet sonucunda davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin tazminat olarak davacıya devrine de karar verebilmektedir. Bu durumda davacının uğradığı zararı ispat etmesi yeterli olurken zararın miktarını ispat etmesine gerek yoktur⁷⁰. Böylelikle davacının tazminatsız kalmasının önüne geçilmek istenmiştir. Ancak hükmün ifadesinden dava sonunda haksız rekabeti gerçekleştiren kişinin fiilen elde ettiği değil, elde etmesi mümkün görülen menfaate hükmedilebileceği hususu doktrinde tartışmalıdır⁷¹. Ayrıca belirtmek gerekir ki doktrindeki bir görüşe göre davacının hem fiili olarak kanıtladığı zararını hem de davalının elde ettiği menfaatin devrini birlikte talep etmesi mümkün değildir, bu hüküm kanunda davacıya tanınmış seçimlik bir hak niteliğindedir⁷². Buna karşın doktrindeki diğer görüş davacının fiili zararı ile birlikte menfaat devri talebinde bulunabileceği ancak yoksun kalınan karla menfaat devrini aynı anda talep edemeyeceğini bu iki talebin yarışacağını savunmaktadır⁷³.

⁶⁸ Nomer Ertan, **a.e.** s.419-420

⁶⁹ Nomer Ertan, **a.e.** s.422; Çınar Karabağ, **a.g.e.** s. 163

⁷⁰ Çınar Karabağ, **a.g.e.** s. 164

⁷¹ Ayrıntılı bilgi için bkz: Nomer Ertan, **a.g.e.** s.425 vd.

⁷² Teoman vd, **a.g.e.**, s.470; Çınar Karabağ, **a.g.e.** s. 164; Domaniç, **a.g.e.**, s. 250-251

⁷³ Nomer Ertan, **a.g.e.** s.428; Suluk, Karasu, Nal, **a.g.e.** s. 450, Ayrıntılı açıklama için bkz: Murat Oruç, **Haksız Rekabette Maddi Tazminat Davası**, İstanbul On İki Levha Yayıncılık, 2009, s.104-107;

(2) Manevi Tazminat Davası

Haksız fiil sebebi ile manevi tazminat talep edilmesi de mümkündür. TTK m.56'da manevi tazminat ve şartları konusunda TBK m.58'e gönderme⁷⁴ yapılmıştır:

Haksız rekabet sebebiyle müşterileri, kredisi, meslekî itibarı, ticari faaliyetleri veya diğer ekonomik menfaatleri zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek olan kimse, Türk Borçlar Kanununun 58 inci maddesinde öngörülen şartların varlığında manevi tazminat verilmesini isteyebilir.

Kanun hükmüne göre haksız rekabet fiili nedeniyle kişilik hakları zarar gören kimse uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat talebinde bulunabilir. Haksız rekabet fiili sonucunda bir kimsenin müşteri kaybına veya mesleki itibarının ve ekonomik menfaatlerinin zarar görmesine yol açan kötüleme, yanıltıcılık, iltibas gibi etkileri bulunan bir aldatıcı reklam dolayısıyla derin bir elem ve acı duyması pek ala mümkündür⁷⁵. Kanun koyucu bu nedenle haksız rekabet hallerinde kanunda özel olarak düzenlenmiş olan davalar arasında manevi tazminatı da saymıştır.

Haksız rekabete maruz kalanın manevi tazminat isteyebilmesi için haksız rekabet oluşturan fiilin kişilik haklarına tecavüz etmesi, bu tecavüz nedeniyle manevi bir zarar doğmuş olması, bu manevi zarar ile haksız rekabet oluşturan fiil arasında illiyet bağının bulunması ve son olarak haksız rekabet oluşturduğu kabul edilen fiili gerçekleştiren kişinin kusurlu olması gereklidir. Haksız rekabete sebep olan fiilin failinin kusurlu olup olmaması haksız rekabetin varlığı bakımından önemli değildir. Ancak failin kusurlu olması şart değilse de kusurun varlığı ve büyüklüğü haksız rekabet sebebiyle açılacak tazminat davalarında hükmolunacak tazminatın miktarının belirlenmesinde dikkate alınmaktadır⁷⁶.

⁷⁴ Madde 58: Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir. Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir.

⁷⁵ Özdemir, **a.g.e.**, s.105; Tekelioğlu, **a.g.e.**, s.132

⁷⁶ Göle, **a.g.e.** s. 167

Gerçek kişiler gibi tüzel kişiler de manevi tazminat talep edebilir⁷⁷. Tüzel kişilere yönelik saldırılar da kişisel değerlerde objektif bir azalmaya, normal bir insanın gözünde onun haksızlığa uğradığı fikrine ve bunla ilişkili olarak tüzel kişinin toplum içinde sahip olduğu yerin sarsılmasına sebep olabilecektir⁷⁸. Tüzel kişilerin manevi tazminat taleplerinin gerçek kişilere özgü olanlar dışında kalan kişilik değerlerinin ihlali hali ile sınırlı olduğu kabul edilmektedir⁷⁹. Bu kabule göre eylemin muhatabının tüzel kişi olduğu durumlarda menfaat ihlalinin bir elem veya acıya neden olması aranmaz, şirketin tanınırlığının veya tüketiciler nezdindeki olumlu imajının zarara uğraması manevi tazminat talebi için yeterli görülecektir⁸⁰. Örneğin beyaz eşya üreticisi bir ticaret şirketini hedef alan ve şirketin çevre kirliliği yarattığına yönelik tüketicide yanlış intiba uyandıran aldatıcı reklam şirketin ekonomik kişilik değerlerinden olan marka imajında ayrıca onur ve saygınlığında objektif anlamda bir eksilmeye sebep olabilecektir.

Aynı davada haksız rekabetin tespiti yanında önlenmesi ya da duruma göre devam eden eylemlerin durdurulması ve zarar mevcutsa zararın tazmini talep edilerek tüm bu talepler tek dava altında hükme bağlanabilir⁸¹.

e. İhtiyati Tedbir

Haksız rekabet sebebiyle açılacak davalar TTK'da özel olarak düzenlendiği gibi uygulanabilecek ihtiyati tedbirler de TTK m.61'de özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre dava açma hakkı bulunan kimselerin talebi üzerine mahkeme mevcut durumun olduğu gibi korunmasına, haksız rekabet sonucu oluşan maddi durumun ortadan kaldırılmasına, haksız rekabetin önlenmesine ve yanlış veya yanıltıcı

⁷⁷ Göle, **a.g.e.** s. 185; Nomer Ertan, **a.g.e.** s.422; A.Dilşad Keskin **Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Tazminat**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, s.263; Doruk Gönen, **Tüzel Kişilerde Kişilik Hakkı ve Korunması**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s.200

⁷⁸ Gönen, **a.g.e.** s.197

⁷⁹ Keskin **a.g.e.** s.263; Benzer yönde ayrıntılı bilgi için bkz: Gönen, **a.g.e.** s.182 vd.

⁸⁰ Özdemir, **a.g.e.** s. 105; Tekelioğlu, **a.g.e.**, s.132

⁸¹ Hayri Domaniç, Erol Ulusoy, **Ticaret Hukukunun Genel Esasları**, 5. Baskı, İstanbul, Arıkan Yayınları, 2007 s.278, Çınar Karabağ, **a.g.e.**, s.156

beyanların düzeltilmesine ve diğer tedbirlere Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ihtiyati tedbir hakkındaki hükümlerine göre karar verebilir.

Haksız rekabet hukukunda, haksız rekabete uğrayan kimsenin hak kayıplarının etkin bir biçimde korunabilmesi ve dava sonuçlanmadan muhtemel hak kayıplarını önlemeye yönelik geçici dahi olsa gerekli tedbirlerin alınması oldukça önemlidir. TTK m.61'de özel olarak düzenlenmeyen ihtiyati tedbire ilişkin konular için HMK m.389 ve m.399 arasındaki düzenlemeler uygulama alanı bulur⁸².

Haksız rekabete sebep olan aldatıcı reklam niteliğindeki karşılaştırmalı reklamlar bakımından da ihtiyati tedbir kurumunun süratle işletilebilmesi reklamın hedef kitlesi olan tüketicinin aldatılması, ticari itibarın zedelenmesi ve benzer şekillerde meydana gelecek zararın artmasının önüne geçecektir.

2. Haksız Rekabet Sebebiyle Açılabilecek Davaların Tarafları

a. Davacı

Haksız rekabet sebebiyle yukarıda saydığımız davaları açabilecek kişiler TTK m.56'da özel olarak düzenlenmiştir. Haksız rekabet davalarını açabilecek kişiler incelendiğinde hükümle koruma kapsamına sadece rakiplerin girmediği bunun yanı sıra müşterilerin ve tüketici ve sivil toplum örgütleri gibi kuruluşların da girdiğini görmekteyiz. TTK m.56'ya göre;

Haksız rekabet sebebiyle müşterileri, kredisi, meslekî itibarı, ticari faaliyetleri veya diğer ekonomik menfaatleri zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek olan kimse,

Ekonomik çıkarları zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek müşteriler,

⁸² Ayrıntılı bilgi için bkz: Nomer Ertan, **a.g.e.** s.468 vd.

Ticaret ve sanayi odaları, esnaf odaları, borsalar ve tüzüklerine göre üyelerinin ekonomik menfaatlerini korumaya yetkili bulunan diğer meslekî ve ekonomik birlikler ile tüzüklerine göre tüketicilerin ekonomik menfaatlerini koruyan sivil toplum kuruluşlarıyla kamusal nitelikteki kurumlar,
haksız rekabet davalarını açabilirler.

(1) Haksız Rekabet Yüzünden Ekonomik Çıkarları Zarar Gören veya Zarar Görme Tehlikesiyle Karşılaşan Kimseler

Haksız rekabet sebebiyle müşterileri, kredisi, mesleki itibarı, ticari faaliyetleri ve diğer ekonomik menfaatleri zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek olan kimse yukarıda incelediğimiz davaların tamamını açabilir. Bu davayı açma hakkını haiz olan kimsenin gerçek kişi veya tüzel kişi olması fark etmez⁸³. Elbette ki tüzel kişiler dava taleplerini organları aracılığıyla ileri sürerler⁸⁴.

Karşılaştırmalı reklamın aldatıcı reklam niteliği kazanması ile sebep olunan haksız rekabet halini ele alırsak kanunda bu şekilde sayılan ve haksız rekabet davalarının tamamını açabilecek kimse şüphesiz aldatıcı reklam ile zarar gören veya zarar görme tehlikesiyle karşılaşan kimse rakip firma olacaktır. Ancak bundan sadece aldatıcı nitelikteki karşılaştırmalı reklamla hedef gösterilen haksız rekabet fiili kendisine karşı işlenen firmayı anlamamak lazımdır. Kanun koyucu fiilen piyasada faaliyet gösteren ve doğrudan doğruya haksız rekabet fiilinden etkilenen ekonomik faaliyetleri zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek herkesin TTK md 56'da sayılan dava hakkını kullanmasına imkan vermiştir⁸⁵. Buna örnek vermek gerekirse her ne kadar son yönetmelik değişikliği ile açık karşılaştırmalı reklam yapmanın önü bir kez daha tıkanmış olsa da açık karşılaştırma yolu ile yapılan kötüleyici ve abartılı bir dış macunu reklamında dava açma hakkı sadece kötülenen ürünün sahibi firmaya değil sektörde faaliyet gösteren ve zarar görme tehlikesi

⁸³ Nomer Ertan, **a.g.e.**, s.422; Gönen, **a.g.e.**, s.176, 214-218

⁸⁴ Keskin **a.g.e.**, s.263;

⁸⁵ Güzide Soydemir, **İnternette Haksız Rekabetin Önlenmesi** Seçkin Yayınları 1. Baskı Ankara 2015 s. 226; Nomer Ertan, **a.g.e.** s.432

altındaki diğ er diş macunu üreten, pazarlayan ve sair firmalara da tanınmıştır. Ancak maddi ve manevi tazminat davaları bakımından zarar görme tehlikesinin yeterli olmadığını zarar görmüş olmanın gerekli olduğunu aksi takdirde bu davaların a ılamayacağını hatırlatmakta fayda vardır.

(2) Müşteriler

Haksız rekabet halinde TTK m.56/2 müşterilere de dava açma hakkı tanımıştır. Buna göre ekonomik çıkarları zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek müşteriler de TTK 56/1’de sayılan davaları açabilirler ancak araçların ve malların imhasını isteyemezler.

Hükümde bir kısıtlamaya yer verilmediğine göre müşteri kavramının içine bireysel tüketicileri de perakende alıcıları sokmak mümkündür. Bu takdirde ekonomik çıkarları zarar gören veya bu tehlikeyle karşılaşabilecek tüm müşteriler haksız rekabet davalarını a abilirler⁸⁶.

Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda eski TTK’ya göre önemli bir değişikliğe gidilmiş ve tespit, men ve eski hale iade talepleri bakımından müşterilerin dava hakkı için zarar görmeleri koşulu ortadan kaldırılmıştır. eTTK’nın aksine müşterilerin fiilen zarar görmüş olma şartı kaldırılmış ve zarar görme tehlikesi yeterli sayılmıştır. Böylelikle ekonomik çıkarları zarar gören veya böyle bir tehlike altında kalan müşteriler haksız rekabet davalarını açabilirler.

Bu değişiklik doktrinde müşterilerin dava hakkını kötüye kullanabilecekleri, rakip işletmelerin müşterileri kışkırtarak uygulamada mahkemelerin kötü niyetli taleplerle karşılaşacağı doğrultusunda eleřtirilmiřtir⁸⁷. Buna karşın NOMER ERTAN bu görüşe katılmamaktadır. *“Uygulamada zaten müşteriler tarafından açılan haksız rekabet davalarına hemen hemen hiç rastlanılmamaktadır. Keza çoğu işletme sahibinin ekonomik nedenlerle doğrudan haksız rekabete maruz kalmadı a dava a madığı bir gerçektir. Dolayısıyla müşterilerin özellikle tüketicileri korumaya*

⁸⁶ Teoman vd., **a.g.e.**, s.473-474;  ınar Karabağ, **a.g.e.** s. 145

⁸⁷  ınar Karabağ **a.g.e.**, s.144-145 (Bahtiyar, s.149; Aynı yönde Kendigelen, s.67) No:435

yönelik haksız rekabet halleri bakımından dava açmaya teşvik edilmeleri gerektiği ve bu nedenle hükmün isabetli olduğu düşüncesindeyiz⁸⁸.” Yazar ayrıca TKHK m.73/2’de tüketicilerin tüketici mahkemeleri nezdinde açacakları davalar bakımından öngörülmüş olan harç muafiyetinin, tüketicilerin açtığı haksız rekabet davalarında da öngörülmesinin isabetli bir tercih olacağını zira uygulamada tüketicilerin haksız rekabete dayalı dava açmama sebeplerinin başında yüksek dava harçları ve masrafların geldiğini belirtmiştir. Gerçekten de uygulamada genellikle tüketiciler haksız rekabete ilişkin dava açmak yerine tüketici mahkemelerinde dava açmakta, zararın büyüklüğüne göre kimi zaman sadece firmaya ait ürün veya hizmetleri kullanmaya son vererek tepkilerini göstermektedir⁸⁹.

Söz gelimi piyasada en çok satan rakip taşınabilir batarya (powerbank) markası kadar kaliteli ve güvenli olduğunu iddia eden markanın karşılaştırmalı reklamında eğer aldatıcılık söz konusu ve tanıtımı yapılan ürün referans gösterdiği ürün kadar kaliteli değilse ayrıca kullanım esnasında powerbank alev alıp patlarsa kalitesiz ürünü satın alan diğer müşteriler de zarar görme tehlikesi ile karşı karşıya kaldıklarından bahisle TTK md 56’da sayılan tespit, men ve eski hale iade davalarını açabilirler. Zarar gören müşterinin elbette bu üç davanın yanı sıra tazminat davası açma imkanı da vardır ancak haksız rekabetin işlenmesinde etkili olan araçların ve malların imhasını talep etme hakkı müşterilere tanınmamıştır.

(3) Meslek Birlikleri ve Kuruluşlar

Haksız rekabet hükümlerinin koruma alanı tüm piyasa katılımcılarını ayrıca toplumun menfaatlerini içine alacak kadar geniştir. Dava açma hakkının; ticaret ve sanayi odalarına, esnaf odalarına, borsalara, tüzüklerine göre üyelerinin ekonomik faaliyetlerini korumaya yetkili bulunan mesleki ve ekonomik birliklere (bunlara örnek olarak barolar, Türkiye Bankalar Birliği verilebilir), tüzüklerine göre tüketicilerinin ekonomik çıkarlarını koruyan sivil toplum kuruluşlarına (örneğin tüketici dernekleri),

⁸⁸ Nomer Ertan, **a.g.e.** s.434 (Naklen)

⁸⁹ Teoman vd., **a.g.e.**, s.474

kamusal nitelikteki kurumlara (örneğin üniversiteler) verilmiş olması bunu kanıtlamaktadır⁹⁰.

Kanunda bu kurumlara dava açma hakkının verilmiş olmasının nedeni ilgili kurum ve kuruluşların kendi menfaatlerinin değil bu kurum ve kuruluşlara üye olanların ve tüketicilerin menfaatlerinin korunmasını sağlamaktır⁹¹. eTTK bu kuruluşların dava açabilmelerini kendilerinin veya şubelerinin dava açma hakkına sahip olmaları şartına bağlamışken TTK'da böyle bir koşul öngörülmemiş ve bazı yazarlar bunu kurum ve kuruluşların dava açma hakkının genişlemesi şeklinde yorumlanmıştır⁹².

Yine eTTK'dan farklı olarak haksız rekabet davalarını açma hakkı tüketicilerin ekonomik menfaatlerini korumaya yetkili bulunan mesleki ve ekonomik birliklere de tanınmıştır. Bu düzenleme ile tüketici örgütlerinin yaygınlıkları ve hukuki destek imkanlarının ve uygulamada açılan haksız rekabet davalarının artacağı öngörülebilir⁹³.

Sayılan kurumların dava hakkı tespit, men ve eski hale iade davaları ile sınırlıdır. Bu kurumlar doğrudan zarara uğramadıkları, üyelerinin ve tüketicilerin menfaatleri zarar görüyor olduğu için tazminat davası açma hakları yoktur⁹⁴.

Son olarak ticaret ve sanayi odaları, esnaf dernekleri, borsalar herhangi bir yetkiye gerek olmaksızın haksız rekabet davalarını açabilirken mesleki ve ekonomik birliklerin dava açabilmeleri tüzüklerinde bu yetkinin açık olarak kendilerine verilmiş olmasına sivil toplum kuruluşlarının ise tüketicilerin ekonomik menfaatlerini korumaya yönelmiş olmalarına bağlıdır⁹⁵.

b. Davalı

⁹⁰ Nomer Ertan, **a.g.e.** s.435-436

⁹¹ Nomer Ertan, **a.g.e.** s.436

⁹² Çınar Karabağ, **a.g.e.**, s.146 (Arkan, gelişmeler-sorunlar, s.12-13; Çelikbaş, s.162) No.442; Tekelioğlu **a.g.e.**, s.125

⁹³ Özdemir, **a.g.e.** s.95

⁹⁴ Nomer Ertan, **a.g.e.** s.437

⁹⁵ Çınar Karabağ **a.g.e.**, s.147 (Erdil s.319-320) N.446; Özdemir, **a.g.e.** s.95

(1) Haksız Rekabeti Gerçekleştiren

Haksız rekabet davaları kural olarak haksız rekabet oluşturan fiili gerçekleştiren kişiye karşı açılırlar. Haksız rekabet davalarının tümü fail konumundaki kişi veya kişilere karşı açılabilir. Davacı bakımından olduğu gibi davalının da mutlaka bir rakip olması zorunlu değildir⁹⁶.

Yine tüzel kişilerin davacı olabilmeleri bu haklarını organları vasıtasıyla kullanabilmeleri mümkün olduğu gibi tüzel kişiler organlarının neden oldukları haksız rekabet sebebiyle davalı olabilmeleri de mümkündür. Örneğin bir anonim ortaklıkta yönetim kurulu üyelerinin ya da Murahhasın yaptığı işlemler şirketi bağlayacağından haksız rekabet davasının muhatabı tüzel kişi olacaktır⁹⁷.

Haksız rekabete sebep olan aldatıcı karşılaştırmalı reklam uygulamalarını esas aldığımızda haksız rekabeti gerçekleştiren olarak karşımıza çıkan süje reklam veren olacaktır. Bu basit bir esnafın işletmesinin vitrininde yaptığı aldatıcı reklamla da çok uluslu bir şirketin dünya çapında gerçekleştirdiği bir reklam kampanyası ile de haksız rekabete yol açabilir. Bu takdirde TTK m.56'da sayılan tüm davalar (kusur kanıtlandığı takdirde tazminat davası) reklam verene karşı açılabilir.

(2) Adam Çalıştıran

Haksız rekabet fiili çalışanlar tarafından işlendiği takdirde adam çalıştıranı karşı haksız rekabet davalarının açılıp açılmayacağı hususu tespit, men ve eski hale iade davaları bakımından TTK m.57/1'de özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre,

“(1) Haksız rekabet fiili, hizmetlerini veya işlerini gördükleri sırada çalışanlar veya işçiler tarafından işlenmiş olursa, 56 ncı maddenin birinci

⁹⁶ Teoman vd., **a.g.e.**, s.474-475; Suluk, Karasu, Nal, **a.g.e.**, s.451; Çınar Karabağ **a.g.e.**, s.147

⁹⁷ Teoman vd., **a.g.e.**, s.475

fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı davalar, çalıştıranlara karşı da açılabilir.”

Hüküm uyarınca haksız rekabete, hizmetlerini veya işlerini gördükleri esnada çalışanlar veya işçiler tarafından sebep olunmuşsa tespit, men ve eski hale iade davaları adam çalıştıranlara karşı da açılabilir. Yani bu davalar eğer haksız rekabet fiili çalışan işini görürken, işle bağlantılı olarak gerçekleştirilmiş ise hem çalışanlara hem de çalıştırana karşı açılabilir. Mutlaka çalıştırana karşı açılmaları şart değildir.

Tespit, men ve eski hale iade davalarında kusur aranmadığı için bu davaların çalışana veya çalıştırana yöneltilmelerinde davalı tarafın kusurlu olmasına gerek yoktur. Çalışanın veya çalıştırının kusuru aranmadığından dolayı da çalıştırının TBK m.66'da⁹⁸ düzenlenen kurtuluş beyyinesinden faydalanması mümkün değildir⁹⁹. Buna karşın çalıştırın tazminat davaları bakımından TBK m. 66'daki kurtuluş beyyinesinden faydalanabilir zira bu çalışanın üçüncü kişilere verdiği zarardan dolayı çalıştırının sorumluluktan kurtulması açısından kabul edilmiştir. Aynı zamanda TTK m.57/2'de tazminat davaları bakımından TBK'ya atıfta bulunmuştur:

“(2) 56 ncı maddenin birinci fıkrasının (d) ve (e) bentlerinde yazılı davalar hakkında Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır.”

Böylelikle kusursuz olduğunu kanıtlayan çalıştırın maddi ve manevi tazminat davalarında çalışanın haksız rekabete sebep olan fiili nedeniyle sorumlu tutulmaktan kurtulabilecektir.

TTK m.57'deki düzenlemeyi karşılaştırmalı reklamlarla sebep olunabilecek haksız rekabet halleri bakımından değerlendirdiğimizde adam çalıştırının reklam veren firma, çalışanın da ya firmanın yine kendi bünyesindeki reklam üretme görevini üstlenen reklam departmanındaki işçiler ya da firmadan bağımsız konumdaki reklam

⁹⁸ TBK Madde 66: Adam çalıştırın, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür.

Adam çalıştırın, çalışanın seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz.

Bir işletmede adam çalıştırın, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür.

Adam çalıştırın, ödediği tazminat için, zarar veren çalışana, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir.

⁹⁹ Nomer Ertan, **a.g.e.** s.438

ajansı olabileceğini görmekteyiz. Reklam departmanının ya da reklam ajansının sebep olduğu haksız rekabet fiilinden doğan tespit, men ve eski hale iade davalarının muhatabı fail ile beraber veya direkt olarak kusursuz sorumluluğu gereği ticari işletmenin kendisi olabilmektedir. Reklam veren ile aralarındaki sözleşme ilişkisi çerçevesinde belirli bir hizmet sunan reklam ajansının, reklam veren tarafından kendisine iletilen talimatları yerine getirmemesi veya bunların dışına çıkması bunun sonucunda haksız rekabet fiili oluşturacak aldatıcı veya haksız yere kötüleyici reklamın ortaya çıkması halinde reklam ajansının doğrudan sorumlu olarak kabulü gereklidir¹⁰⁰. Reklam ajansının reklam veren ile üzerinde anlaşılan reklam videosunun yerine yayıncı kuruluşlara açıkça başka bir şirketi kötüleyen bir reklamın videosunu göndermesi hali bu duruma örnek olarak verilebilir¹⁰¹.

(3) Basın, Yayın, İletişim ve Bilişim Kuruluşları

Haksız rekabet basın, yayın, iletişim veya bilişim işletmeleri aracılığıyla gerçekleşmiş olabilir. Çalışmamızın konusunu oluşturan karşılaştırmalı reklamlar göz önüne alındığında reklamın hedef kitleye ulaşmasında genellikle basın, yayın, iletişim ve bilişim kuruluşları reklam vasıtası(mecra) olarak kullanılmaktadır. Kanun koyucu TTK 58’de haksız rekabetin aynı zamanda reklam vasıtaları olan basın, yayın, iletişim veya bilişim kuruluşları tarafından işlenmesi halini ayrıntılı olarak düzenlemiştir. TTK m.58/1 e göre:

Haksız rekabet, her türlü basın, yayın, iletişim ve bilişim işletmeleriyle, ileride gerçekleşecek teknik gelişmeler sonucunda faaliyete geçecek kuruluşlar aracılığıyla işlenmişse, 56 ncı maddenin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı davalar, ancak, basında yayımlanan şeyin, programın; ekranda, bilişim aracında veya benzeri ortamlarda görüntülenenin; ses olarak yayımlananın veya herhangi bir şekilde iletilenin sahipleri ile ilan veren kişiler aleyhine açılabilir; ancak;

a) Yazılı basında yayımlanan şey, program, içerik, görüntü, ses veya ileti, bunların sahiplerinin veya ilan verenin haberi olmaksızın ya da onayına aykırı olarak yayımlanmışsa,

¹⁰⁰ Göle, **a.g.e.**, s.197

¹⁰¹ Özdemir, **a.g.e.**, s.99

b) Yazılı basında yayımlanan şeyin, programın, görüntünün, ses veya iletinin sahibinin veya ilan verenin kim olduğunun bildirilmesinden kaçınılırsa,

c) Başka sebepler dolayısıyla yazılı basında yayımlanan şeyin, programın, görüntünün, sesin, iletinin sahibinin veya ilan verenin meydana çıkarılması veya bunlara karşı bir Türk mahkemesinde dava açılması mümkün olmazsa,

yukarıda anılan davalar, yazı işleri müdürü, genel yayın yönetmeni, program yapımcısı, görüntüyü, sesi, iletiyi, yayın, iletişim ve bilişim aracına koyan veya koyduran kişi ve ilan servisi şefi; bunlar gösterilemiyorsa, işletme veya kuruluş sahibi aleyhine açılabilir.

Hükme göre haksız rekabet basın, yayın, iletişim ve bilişim işletmeleri aracılığı ile gerçekleşmişse haksız rekabet davalarından tespit, men ve eski hale iade davasının, kural olarak yazının, sesin, programın veya iletilerin sahibine uya da ilan veren kişiye karşı açılacağını açıkça kabul etmiştir. Ancak yazı, ses, ilan ya da reklam sahibinin izni olmaksızın veya içeriği değiştirilerek bunların yayınlanması veya yazı, ses, ilan ya da reklam sahibinin kimliğine ulaşamadığı takdirde sayılan haksız rekabet davaları yazı işleri müdürü, genel yayın yönetmeni, program yapımcısı, görüntüyü, sesi, iletiyi, yayın, iletişim ve bilişim aracına koyan veya koyduran kişi ve ilan servis şefi aleyhine açılabilir. Bunlar da gösterilemiyorsa işletme veya kuruluş sahibi aleyhine açılabilir¹⁰². Bu durumda TTK m.58/1 çerçevesinde birinci derece sorumlular haberi yazan, yazıyı yayan, fotoğrafı çeken, ilan veren ve reklam veren iken ikinci derece sorumlular yazı işleri müdürleri, genel yayın yönetmenleri, reklam servisi şefleri olacaktır. Üçüncü derece sorumlular da basın kuruluşu sahipleri olacaktır¹⁰³.

TTK m.58'in ikinci ve üçüncü fıkralarında kusur sorumluluğu ve tazminat davaları bakımından TBK'ya atıf düzenlenmiştir:

“(2) Birinci fıkroda öngörülen hâller dışında, aynı fıkroda sayılan kişilerden birinin kusuru hâlinde sıraya bakılmaksızın dava açılabilir.

(3) 56 ncı maddenin birinci fıkrasının (d) ve (e) bentlerinde yazılı davalarda Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır.”

TTK m.58'deki düzenleme reklam verenin çoğu kez kendisini gizlemeyi tercih ettiği, dava açıldığı takdirde reklamı sahiplenmediği viral reklamlarla meydana

¹⁰² Nomer Ertan, **a.g.e.** s.440-441

¹⁰³ Çınar Karabağ **a.g.e.**, s.151

gelecek haksız rekabet uygulamalarında haksız rekabetin tespiti men'i ve eski hale iade davalarında muhatap bulamayan davacılar bakımından önemli bir düzenlemedir. Kanun hükmüne göre zarar gören veya zarar görme tehlikesiyle karşılaşan rakipler ve tüketicilerin davalarını viral reklamın yer aldığı mecra sahibine dahi yönlendirebilecek olmaları kanaatimizce bu tip reklamların yayın öncesi denetimini arttırıcı, viral karşılaştırmalı reklamlar ile neden olunabilecek haksız rekabet açısından ise caydırıcı ve önleyici niteliktedir.

3. Cezai Hükümler

Kanun koyucu haksız rekabet dolayısıyla sadece hukuki değil cezai sorumluluk da öngörmüştür. Haksız rekabet kural olarak suç değildir¹⁰⁴. Buna karşın TTK m.62'de¹⁰⁵ haksız rekabet sebebi fiil sebebiyle uygulanacak cezai yaptırımlar, TTK m.63'de ise tüzel kişilerin cezai sorumluluğu düzenlenmiştir.

TTK m.62'ye göre kanunun 55.maddesinde sayılan haksız rekabet fiillerinden birini kasten işleyenler, kendi ürünlerinin rakiplerinin ürünlerine yerine tercih edilmesi için kasten yanlış veya yanıltıcı beyanda bulunanlar ve kanunda sayılan kimseleri üretim veya ticaret sırlarını ele geçirmek için aldatanlar için cezai yaptırım öngörülmektedir. Aynı maddeye göre adam çalıştıran veya müvekkilin işçilerinin, çalışanlarının veya vekillerinin cezayı gerektirir bir eylemde bulunduklarını öğrenmesi, ancak bu fiilleri önlememesi veya gerçeğe aykırı beyanları düzeltmemesi bakımından da cezai yaptırım öngörülmüştür. Sayılan kimseler, ilgili haksız rekabet eylemi daha ağır bir cezayı gerekli kılan başka bir suç oluşturmadığı takdirde, hukuk

¹⁰⁴ Göle, **a.g.e.**, s.197

¹⁰⁵ (1) a) 55 inci maddede yazılı haksız rekabet fiillerinden birini kasten işleyenler,
b) Kendi icap ve tekliflerinin rakiplerinininkine tercih edilmesi için kişisel durumu, ürünleri, iş ürünleri, ticari faaliyeti ve işleri hakkında kasten yanlış veya yanıltıcı bilgi verenler,
c) Çalışanları, vekilleri veya diğer yardımcı kimseleri, çalıştırmanın veya müvekkillerinin üretim veya ticaret sırlarını ele geçirmelerini sağlamak için aldatanlar,
d) Çalıştıranlar veya müvekkillerden, işçilerinin veya çalışanlarının ya da vekillerinin, işlerini gördükleri sırada cezayı gerektiren bir haksız rekabet fiilini işlediklerini öğrenip de bu fiili önlemeyenler veya gerçeğe aykırı beyanları düzeltmeyenler,
fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, 56 ncı madde gereğince hukuk davasını açma hakkını haiz bulunanlardan birinin şikâyeti üzerine, her bir bent kapsamına giren fiiller dolayısıyla iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılırlar.

davası açma hakkına sahip bulunanlardan birinin şikayeti üzerine, her bir bent kapsamına giren fiiller nedeni ile iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılacaktır. Kanunun lafzından anlaşıldığı üzere hakim adli para cezası ile hapis cezası yaptırımlarından birine hükmedebilir ikisine birden hükmedemez. Ancak eTTK yürürlükteyken hakimin hem para cezasına hem de hapis cezasına hükmetmesi mümkündür¹⁰⁶.

TTK m.63'de Haksız rekabet fiilinin tüzel kişilerin işlerini görmesi esnasında işlenirse TTK 62. madde hükmünün tüzel kişi adına hareket eden veya etmesi gerekmiş olan organın üyeleri veya ortakları hakkında uygulanacağı ayrıca haksız rekabet fiilinin tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirine de kara verilebileceği belirtilmiştir.

Bu iki madde belirtilenler aldatıcı nitelikteki karşılaştırmalı reklamlar bakımından incelendiğinde özellikle TTK m.55/1 (a),5 sayılan karşılaştırmaya ilişkin hüküm ve diğer haksız rekabet hallerinde belirtilen eylemleri işleyen kimselere karşı hukuki yaptırımların yanı sıra şikayet halinde ciddi cezai yaptırımların da uygulanabileceği anlaşılmaktadır¹⁰⁷.

¹⁰⁶ 58 inci madde gereğince hukuk davasını açma hakkını haiz bulunanlardan birinin şikayeti üzerine ceza mahkemesince bir aydan bir yıla kadar hapis veya beş yüz liradan on bin liraya kadar ağır para cezasıyla veya her ikisiyle birlikte cezalandırılırlar. (6762 sayılı TTK m.64) Tekelioğlu, **a.g.e.**, s.134

¹⁰⁷ ...Hüküm konusunun iddianamede anlatılan eylemden ibaret olması karşısında sanığın katılana ait yoğurt markasının kullanılmış ambalajlarına marka hakkı sahibinin izni ve rızası dışında yoğurt doldurarak satışa sunma şeklinde gerçekleşen eylemin TTK'nın 57/5.maddesinde belirlenen haksız rekabet suçunu oluşturduğu ve aynı yasanın 64/1-5. maddesi gereğince cezalandırılmasına karar verilmesi gerekirken yerinde görülmeyen gerekçeyle yazılı şekilde hüküm kurulması, Kanuna aykırı ve katılan vekilinin temyiz nedenleri ile tebliğnamedeki düşünce yerinde görüldüğünden, - HÜKMÜN BOZULMASINA,... **(Yargıtay 19.C.D. 2015/6889E. 2015/3981K. 08.09.2015 tarihli karar)** ; ...Sanığın, katılanın uzun yıllardır çaba sarf ederek belirli bir tanınmışlık düzeyine ulaştırdığı ürünle karışıklığa yol açacak aynı isimli ürününü, internet sitesinde katılana ait görüntünün de yer aldığı röportaj kullanmak suretiyle pazarlaması eyleminin TTK'nın 55/4-5. maddelerindeki dürüstlük kuralına aykırı bir davranışı gerçekleştirerek atılı haksız rekabet suçunu işlediği anlaşıldığı halde, atılı suçtan mahkumiyeti yerine, yerinde görülmeyen gerekçe ile yazılı şekilde beraatlerine karar verilmesi, Kanuna aykırı ve katılan vekilinin temyiz nedenleri bu itibarla yerinde görüldüğünden tebliğnameye aykırı olarak, HÜKMÜN 5320 sayılı Kanun'un 8/1. maddesi gereğince uygulanması gereken 1412 sayılı CMUK'nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA... **(Yargıtay 19.C.D. 2015/12869E. 2017/2469K. 22.03.2017 tarihli karar)** ; ...Sanığın, kullandığı zarfın üzerine katılana ait "... " ibaresine yer vermesi şeklinde gerçekleşen eylemin TTK'nın 57/5. maddesinde belirlenen haksız rekabet suçunu oluşturduğu ve aynı Kanun'un 64/1-5. maddesi gereğince cezalandırılmasına karar verilmesi gerekirken yerinde görülmeyen gerekçeyle yazılı şekilde hüküm kurulması, Kanuna aykırı ve katılan vekilinin temyiz nedenleri bu itibarla yerinde görüldüğünden tebliğnameye aykırı olarak, HÜKMÜN 5320 sayılı Kanun'un 8/1. maddesi gereğince uygulanması gereken 1412 sayılı CMUK'nın 321. maddesi uyarınca

C. Tüketici Hukuku Yönünden

Reklamların hedef kitlesini reklamı yapılan ürün veya hizmetin potansiyel müşterisi yani tüketiciler oluşturmaktadır. Reklam yapan firmalar da kendi mal ve hizmetlerinin tüketiciler tarafından tercih edilmesi bakımından belirli özellikleri barındırdığını dile getirmekte ürün ve hizmetlerin çeşitli vasıfları haiz olduğuna dair vaatte bulunmaktadır. Reklamdaki vaade aykırı olan ya da objektif olarak sahip olması gereken özelliklere sahip olmayan ürün ve hizmetler ayıplı olarak kabul edilmektedir.

Ayıplı mallar bakımından TKHK m.8/2’de ayıplı hizmetler bakımından ise TKHK m.13/2’de reklamlarda vaad edilen özellikleri taşımama halinin ayıp olarak kabul edileceği düzenlenmiştir. Ayıplı mallar açısından tüketiciye sözleşmeden dönme, satış bedelinde indirim isteme, satılanın ücretsiz onarımını talep etme veya satılanın ayıpsız bir misli ile değiştirilmesini isteme seçimlik hakları tanınmıştır. Ayıplı hizmetler açısından da hizmetin yeniden görülmesi, hizmet sonucu ortaya çıkan eserin ücretsiz onarımı, ayıp oranında bedelden indirim ve sözleşmeden dönme seçimlik hakları tanınmıştır. Satıcı veya hizmeti sağlayıcı tüketicinin tercihini yerine getirmekle yükümlüdür¹⁰⁸. Seçimlik hakkın yerine getirilmemesi halinde tüketici talebini tüketici mahkemesinde ileri sürebilecektir.

Ayrıca TKHK m.73/VI’da tüketicilerin ortak çıkarlarını korumak amacıyla tüketici örgütlerine, ilgili kamu kurum ve kuruluşlarına ve Gümrük ve Ticaret Bakanlığı’na genel olarak tüketicileri ilgilendiren ve Tüketici Kanunu’na aykırı bir durumun doğma tehlikesinin varlığı halinde bunun önlenmesine veya durdurulmasına ilişkin ihtiyati tedbir kararı alınması veya hukuka aykırılığın tespiti, önlenmesi veya durdurulması amacıyla tüketici mahkemelerinde dava açma hakkı tanınmıştır. Bunun istisnası ise haksız ticari uygulamalar ve ticari reklamlardır; bunlar için dava açmak veya tedbir kararı almak için yargı mercilerine başvuru hakkı bu bahsedilen kurum ve

BOZULMASINA... (Yargıtay 19.C.D. 2015/13746E. 2017/2775K. 29.03.2017 tarihli karar) Çevrimiçi kaynak: Corpus içtihat bankası (<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargıtay>) erişim tarihi:27.07.2019

¹⁰⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz: Aydın Zevkliler, Çağlar Özel, **Tüketicinin Korunması Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s.148-203

kuruluşlara tanınmamıştır¹⁰⁹. Bu konularda tüketici mahkemeleri nezdinde dava açma hakkının verilmeme nedeni madde gerekçesinde bulunmamaktadır. Buna karşın hukuka aykırı ticari reklamlar aynı zamanda haksız rekabet teşkil edebileceği ve TTK'da haksız rekabete ilişkin talep ve davaların detaylı olarak ve tüketicilerin menfaatlerini koruyacak şekilde düzenlendiği dikkate alındığında TKHK m.73/VI'daki bu tercihin isabetli olduğu ortaya çıkar¹¹⁰.



¹⁰⁹ Nomer Ertan, **a.g.e.** s.395

¹¹⁰ Nomer Ertan, **a.y.**

SONUÇ

Karşılaştırmalı reklam konulu yüksek lisans tez çalışmamızda reklam ve karşılaştırmalı reklam kavramları incelenmiş, özellikle tez konu başlığımız olan karşılaştırmalı reklamlar bakımından uygulama alanı bulan Türk hukuk mevzuatı ve karşılaştırmalı reklamların hukuka uygunluk şartları üzerinde durulmuş, son olarak karşılaştırmalı reklamlara yönelik denetim mekanizmaları ve yargı yoluna değinilmiştir. Çalışmamız kapsamında vardığımız başlıca sonuçlar aşağıdaki gibi sıralanabilir.

- Günümüz serbest piyasa ekonomisinde reklamlar oldukça önemli bir yere sahiptir. Piyasalarda artan rekabete bağlı olarak şirketlerin reklam ve tanıtıma ayırdıkları bütçeler de artmakta bu da reklam sektörünün büyümesine ve gelişmesine zemin hazırlamaktadır. Reklamların yayımlandıkları mecraların sayısının artmasıyla beraber potansiyel müşteri olan tüketiciler de her geçen gün daha fazla reklamlarla karşılaşmaktadırlar.
- İşletmelerin reklamdan beklentisi satışa arz ettikleri ürün ve hizmetlerin sürümünün artmasıdır. Bu doğrultuda kullanılan reklam çeşitlerinden biri de karşılaştırmalı reklamlardır. Karşılaştırmalı reklamlarda reklam verenlerinin ürün, hizmet veya kişilikleri rakip ürün, hizmet ve işletmelerle açık veya örtülü bir bağlantı kurularak sahip oldukları benzerlik ve üstünlükler ortaya konmak suretiyle kıyaslanır. Mevzuatımızda 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.
- Ticari Reklam Yönetmeliğinde yer alan tanıma göre karşılaştırmalı reklamlarda şahısların yani marka sahibi işletmenin kendisinin, ya da gerçek kişi şahısların karşılaştırılmasına imkan yoktur. Biz bunun hatalı

bir uygulama olduğu sonucuna vardık. Şahıs karşılaştırmalarında aldatıcılık veya haksız rekabet yoksa ayrıca objektif ve ölçülü bir biçimde karşılaştırılan hususların tüketiciler tarafından bilinmesi tüketicilerin ve reklam verenin menfaatine ise şahsi karşılaştırmalı reklam da yapılabilmelidir. Şahsa ilişkin karşılaştırmalı reklamları tamamiyle yasaklamak bugünkü rekabet ortamında pazara faydadan çok zarar getirecektir. Bu takdirde şahsi karşılaştırmalı reklam yapan firmalar tüketiciye bu tip reklamlarla ulaşabilmek adına yasağı dolanma yoluna gidebilecek ve asıl bu arayışın neticesi haksız rekabete veya aldatıcı reklama varabilecektir. Bu doğrultuda karşılaştırmalı reklam tanımının doktrindeki eleştiriler de dikkate alınarak değiştirilmesi ve şahsi karşılaştırmalara izin verilmesi yerinde olacaktır.

- Mevzuatımızda yasaklanan tek karşılaştırmalı reklam çeşidi şahsi karşılaştırmalar değildir. Karşılaştırmalı reklam konusunda geçmişten bugüne en çok eleştiri alan ve yabancı hukuk düzenlerindeki uygulamalardan ayrılan konu açık karşılaştırma yasağıdır. Mülga Tüketici Kanunu hükmüne göre karşılaştırmalı reklamların yapılabileceği belirtilmekteyken kanun yürürlükteyken çıkarılan mülga Ticari Reklam Yönetmeliği doğrudan rakip mal, hizmet veya marka adının belirtilmemesini şart koşuyordu. Bu durum doktrinde AB uyumlaştırma çalışmaları kapsamında Tüketici Kanununa ve Ticari Reklam Yönetmeliğine kaynak olarak alınan Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlara ilişkin AB Yönergesinde mevcut olmaması sebebiyle çokça eleştirilmiştir. Bu yasağın kaldırılmasının, hem piyasadaki rekabetin gelişmesine hem de tüketicilerin açık karşılaştırmalı reklamlar vasıtasıyla doğru bilgilenmelerine fayda sağlayacağı muhakkaktır. Yeni TKHK yürürlüğe girdikten sonra çıkarılan Ticari Reklam Yönetmeliği'nde açık karşılaştırmalı reklamlara çalışmamızda üzerinde durduğumuz hukuka uygunluk şartlarının tamamına riayet edilmesi halinde izin verileceği hükmü bulunuyordu. Ne var ki yönetmelik yürürlüğe girdikten sonra doğrudan karşılaştırmaya açıkça cevaz veren maddedeki fıkranın yürürlüğü 3 kez

ertelenmiş ve son olarak da 28.12.2018 tarihli yönetmelik değişikliği ile yürürlüğe hiç girmeden mülga hale gelmiştir. Maddeye yine bu değişiklik ile karşılaştırmalı reklamların ancak rakiplere ait ürün adı, marka, logo, ticaret unvanı, işletme adı veya diğer ayırt edici unsurlara yer verilmemesi şartıyla yapılabilecekleri hükmü eklenmiştir. Bu suretle kanun ile cevaz verilen bir uygulamaya normlar hiyerarşisine aykırı olarak yönetmelik ile geçmiş kanun ve yönetmelik düzenlemesini tekrar edercesine yasak getirilmiş olmaktadır. Tez çalışmamızın devam ettiği sırada gerçekleşen bu değişiklik işletmelerin, reklam sektörünün, tüketicilerin ve biz hukukçuların Türkiye’deki uygulamasını merakla beklediği doğrudan/açık karşılaştırmalı reklamlarda mevzuattaki uyumlaştırma ve gelişme süreci göz önüne alınırsa bir bakıma başa dönüş yaşatmıştır. Kanun koyucunun bu davranışı “Karşılaştırmalı Reklam” başlıklı çalışma konusunu tercih etmemizdeki belki de en büyük neden olan Türk Hukukunda açık karşılaştırmalı reklam uygulamasının öncelikle 3 yıl boyunca ertelenmesine ve son olarak da hiç başlamadan sona ermesine ve tarafımızda hayal kırıklığına sebep olmuştur.

- Karşılaştırmalı reklamın hukuka aykırı olma ihtimali genellikle iki hal üzerinde durularak incelenmiştir bunlar; diğer tüm reklamların olabileceği gibi aldatıcı olma ve böylelikle tüketiciyi yanıltma hali ya da haksız rekabete neden olma halidir. Ticari Reklam Yönetmeliğinde karşılaştırmalı reklamların hukuka uygunluk sebepleri arasında aldatıcı ve yanıltıcı olmamak sayılmıştır. Yanıltıcı olma halinin aldatıcı reklamın bir unsuru, görünüş biçimi, alt başlığı değilmişçesine yönetmelikte birlikte sayılmış olmasının aldatıcı reklam tanımına mevzuatımızda yer verilmemesinden kaynaklandığı bu sebeple aldatıcı reklam kavramı üzerindeki kafa karışıklığının varlığını halen sürdürdüğü gözlemlenmektedir. Dolayısı ile biz de mevzuatta aldatıcı reklamın tanımlanmasının ve sınırlarının çizilmesinin reklam sektörü, idari denetim organları ve tüketicilerin menfaat dengesi bakımından olumlu olacağı kanaatini paylaşıyoruz. Mevzuatımızda reklama ilişkin

birçok düzenleme ve gelişme yaşanmasına rağmen aldatıcı reklam tanımının halen mevzuatımızda yer almamasını bir eksiklik olarak görmekte ve bunun giderilmesi gerektiği sonucuna varmaktayız.

- Karşılaştırmalı reklamlara yönelik mevzuatta sayılan hukuka uygunluk şartları detaylı olarak tek tek çalışmamızda incelenmiş olmakla birlikte karşılaştırmalı reklamları düzenleyen Ticari Reklam Yönetmeliğinin kendisine kaynak olan Aldatıcı ve Karşılaştırmalı AB Yönergesine kıyasla karşılaştırmalı reklamların yapılmasın çok daha sıkı şartlara bağladığı gözlenmiştir. Ticari Reklam Yönetmeliğinin 8.maddesinde karşılaştırmalı reklamlar için sayılan hukuka uygunluk şartlarından biri: "nesnel, ölçülebilir, sayısal verilere dayanan iddiaların; bilimsel test, rapor veya belgelerle ispatlanması"dır. Bu hükümden sonra yönetmeliğin ispat külfeti başlıklı 9.maddenin 3.fıkrasında yine karşılaştırmalı reklamlara ilişkin olarak "karşılaştırmalı reklamlarda yer alan ve karşılaştırmaya konu edilen iddialar, her halükarda üniversitelerin ilgili bölümlerinden veya akredite ya da bağımsız araştırma, test ve değerlendirme kuruluşlarından alınmış bilgi ve belgeler ile kanıtlanmak zorundadır." hükmüne yer verilmiştir. Karşılaştırmalı reklamlara özel bu iki hükmün birlikte değerlendirilmesi gerekir; buna göre karşılaştırmalı reklamlarda yer verilen iddiaların tümü reklam yapıldığı esnada sayılan kuruluşlardan alınan bilgi ve belgelerle kanıtlanmış olmalıdır, kanıtlanmamış hiçbir iddia karşılaştırmaya konu edilemez. Doğruluğu kanıtlanmış iddialar kullanmanın mecbur hale getirildiği ve reklamda yer alan tüm beyanların nesnel ve ölçülebilir olmasının şart olduğu karşılaştırmalı reklamların doğrudan yapılmasının yasaklanmış olup sadece dolaylı olarak yapılmak zorunda bırakılmış olmasının hukukumuz bakımından bir eksiklik olduğu sonucuna varmaktayız.
- Karşılaştırmalı reklamların çalışmamızda saydığımız tüm hukuka uygunluk şartlarına rağmen tekrar yasaklanmış olması kanun koyucunun reklam denetim mekanizmalarına duyduğu güveni de sorgulamamıza neden olmaktadır. Bu hususta öncelikle reklam verenler

hakkında ağır maddi yaptırımlara karar verme gücü bulunan Reklam Kurulunun üye dağılımına değinmek gerekirse halen yalnızca iki hukukçu üyeye yer veriliyor olması ve 19 kişiden oluşan kurulda hukukçu üyelerin azınlıkta olmasının sağlıklı ve adil kararların alınmasını güçleştirdiği sonucuna varmaktayız. Daha etkin bir karar organı haline getirilmesi bakımından üye sayısının azaltılması ve hukukçu üyelerin sayısının artırılması gerektiği görüşündeyiz. Buna ek olarak incelediğimiz yakın tarihli Reklam Kurulu kararlarının eski uygulama örneklerine kıyasla gerekçelendirme bakımından ilerleme kaydettiği ancak halen açıklayıcı olma ve anlaşılabilirlik bakımından eksikliklerinin olduğu sonucuna varmaktayız.

- Yukarıdaki tüm incelemeler ve açıklamalar bağlamında Türk hukukundaki karşılaştırmalı reklam uygulamasının çağdaş, rekabeti teşvik eden, tüketici yararını gözeten, etkin denetime tabii bir hale gelmesinin birinci koşulunun mevzuattaki gerekli değişikliklerin yapılması, bunun için ise doktrindeki eleştirel görüş sahiplerine de söz hakkı tanıyan mevzuatı geliştirmeye yönelik çalıştay ve benzeri toplantılar yapılarak bu doğrultuda kararlar alınması gerektiği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

Ambroise-Cast  rot,

Coralie :

Consommation, Dalloz, Juillet 2016

Aslan, Adem:

Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda

Karşılaştırmalı Reklamlar, Yayınlanmamış

Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler

Enstitüsü, Ankara, 2012

Aslan,  . Yılmaz:

6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketicisi Hukuku,

Bursa, Ekin Yayınları, 2014

Aydoğdu, Murat:

Tüketicisi Hukuku Dersleri, Ankara, Adalet

Yayınevi, 2015,

Bahtiyar, Mehmet:

Ticari İşletme Hukuku, Ders Notları, Soru

 rnekleri, Gözden geçirilmiş 10.baskı, Beta

Basım, 2011

Bozbel, Savaş:

Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda

Karşılaştırmalı Reklam Hukuku, Ankara,

Seçkin Yayıncılık, 2006

Carreau, Caroline:

Publicit  fausse ou de nature   induire en

erreur - Publicit  comparative, Dalloz,

Octobre 2004 (actualisation : Janvier 2017)

Christianos, Vassili /

Picod, Fabrice :

Consommateurs, Dalloz, Janvier 2003

(actualisation : août 2017)

- Çatakoğlu, Buket: **Türk Ticaret Kanunu ve Tüketicilerin Korunması Hakkında Kanun Açısından Reklamlar**, Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2003.
- Domaniç, Hayri: **Ticaret Hukukunun Genel Esasları**, 4.Baskı, İstanbul; Temel Yayın – Dağıtım, 1988
- Domaniç, Hayri/
- Ulusoy, Erol: **Ticaret Hukukunun Genel Esasları**, 5. Baskı, İstanbul, Arıkan Yayınları, 2007
- Duran, Mürvet Ulya: **Karşılaştırmalı Reklamlara Yönelik Yeni Düzenlemenin Avrupa Birliği Reklam Yönergesi İle Karşılaştırılması Üzerine Bir İnceleme**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2017.
- Eren, Fikret: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 4.Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017
- Göle, Celal: **Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1983,
- Gönen, Doruk: **Tüzel Kişilerde Kişilik Hakkı ve Korunması**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011.

İnal, Emrehan/

Baysal, Başak:

Reklam Hukuku ve Uygulaması, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2008.

İnal, Emrehan:

Reklam Hukuku ve Aldatıcı Reklamlar, İstanbul, Beta Yayınları, 2000.

İnal, Emrehan:

Türk Hukukunda Aldatıcı ve Örtülü Reklamlar, **Uluslararası Reklam Hukuku Sempozyumu**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2009, s.87-104

Karabağ, Nihal Çınar:

Türk Ticaret Kanunu'na Göre Haksız Rekabet ve Yaptırımları, 2.Baskı, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2019.

Kaya, Arslan:

Reklamın Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Korunması Sorunu, **Uluslararası Reklam Hukuku Sempozyumu**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2009, s.179-191

Kaya, Arslan:

Karşılaştırmalı – Notlu Yeni Türk Ticaret Kanunu, 3.Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2013.

Keskin, A. Dilşad:

Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Tazminat, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016.

Luby, Monique:

Publicité commerciale, Dalloz, Janvier 2005 (actualisation : mai 2017)

- Moroğlu, Erdoğan: **Karşılaştırmalı Reklam ve Yargıtay Kararları, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 13-14 Mayıs 1994 s. 3 vd
- Nomer Ertan, N. Füsün: **Haksız Rekabet Hukuku**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2016
- Nomer, Haluk Nami: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş 11.Bası, İstanbul, Beta Basım, 2012
- Oğuzman, M.Kemal/
Öz, M. Turgut : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, c.1, 14. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016
- Oğuzman, M. Kemal/
Öz, M. Turgut : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, c.2 14. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016
- Oktay-Özdemir, Saibe : **Reklam Sözleşmelerinin Hukuki Nitelikleri, Uluslararası Reklam Hukuku Sempozyumu**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2009, s.105 - 123
- Olszak, Norbert : **Appellations d'origine et indications de provenance (Indications géographiques)**, Dalloz, Octobre 2008, (actualisation Juin 2016)
- Özen, Burak : **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, Yenilenmiş 8. Baskı, İstanbul, Beta Basım, 2010

Özsunay, Ergun : Karşılaştırmalı Reklamlar, **Uluslararası Reklam Hukuku Sempozyumu**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2009

Özdemir, Semih Sırrı : **Haksız Rekabet Kavramı Açısından Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013

Picod, Yves/

Auguet, Yvan/

Dorandeu, Nicolas : **Concurrence déloyale**, Dalloz, Octobre 2010 (actualisation : août 2017)

Pınar, Hamdi : **Reklam Hukukunun Esasları, Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2008.

Suluk, Cahit/

Karasu, Rauf/

Nal, Temel : **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık 2017

Soydemir, Güzide : **İnternette Haksız Rekabetin Önlenmesi**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2015.

Şahinci, Dilek : **İnternette Aldatıcı Reklam ve Reklam verenlerin Sorumluluğu**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2011.

Tekelioğlu, Numan : **Tüketicinin Korunması Açısından Hukuka Aykırı Reklamlar**, İstanbul On İki Levha Yayınları, 2016.

- Teoman, Ömer : Reklamlara ilişkin Haksız Rekabet Uyuşmazlıkları, **Uluslararası Reklam Hukuku Sempozyumu**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2009, s. 57 - 69
- Tekinalp, Ünal : **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 5. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012,
- Teoman, Ömer/
Ülgen, Hüseyin/
Helvacı, Mehmet/
Kendigelen, Abuzer/
Kaya, Arslan/
Nomer Ertan, N. Füsün : **Ticari İşletme Hukuku**, Birinci Basıdan Üçüncü (Tıpkı) Bası İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006
- Oruç, Murat : **Haksız Rekabette Maddi Tazminat Davası**, İstanbul On İki Levha Yayıncılık, 2009.
- Ürey, Yelda : **Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklamlar**, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010

Yavuz, Cevdet/

Acar, Faruk/

Tandoğan, Haluk : **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, İstisna (Eser) ve Vekâlet Sözleşmeleri Vekâletsiz İş Görme Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri, c.2, 1989 Yılı Dördüncü Tıpkı Basımdan 5. Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık, 2010

Yılmaz, Gamze : **Karşılaştırmalı Reklamların Tutum Üzerinde Etkisi ve İkna Ediciliğinin Değerlendirilmesi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir, 2010.

Zevkliler, Aydın/

Gökyayla, Emre : **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 12.Bası, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları,2013

Zevkliler, Aydın/

Özel, Çağlar : **Tüketicinin Korunması Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.

Çevrimiçi Kaynaklar

http://www.ito.org.tr/Mevzuat_Bilgilendirme/mesleki_kararlar/DURUST_REKLAM_CILIK.pdf

<https://www.youtube.com/watch?v=rKBhEN86mX0>

https://www.youtube.com/watch?reload=9&v=_xjtMG8yVGg

<http://www.haberturk.com/dunyaca-unlu-tavukcu-tavugu-bitti-yuzlerce-restoran-kapandi-1845108-ekonomi>

<http://www.pazarlamasyon.com/marka/burger-kingden-kfcnin-tavuk-krizine-gondermeli-reklam-kampanyasi/>

<http://www.leparisien.fr/economie/consommation/notre-panier-de-50-produits-les-prix-baissent-en-janvier-12-01-2017-6555381.php>

<https://www.youtube.com/watch?v=BwFihQCeBbc>

<https://www.corpus.com.tr/#!/Yargitay>

<http://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/geographicalRegisteredList/>

<https://www.lesnouvellesdelaboulangerie.fr/a-propos-de-lappellation-boulangerie/>

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006292137&cidTexte=LEGITEXT000006069565&dateTexte=19980526>

http://www.ito.org.tr/Mevzuat_Bilgilendirme/mesleki_kararlar/DURUST_REKLAM_CILIK.pdf

https://www.itohaber.com/haber/sektorel/203002/reklam_sik_yetiniz_mi_var.html

<http://www.rok.org.tr/tr/Page/Index/2/Misyon-ve-Vizyon>

<http://www.rok.org.tr/tr/Page/Index/22/Ozdenetim-Esasları>

<http://www.rok.org.tr/tr/Page/Index/15/Basvuru-Istatistikleri>

<https://www.gtb.gov.tr/yayinlar/i%CC%87dare-faaliyet-raporu/gumruk-ve-ticaret-bakanligi-2016-yili-idare-faaliyet-raporu>

<https://tuketici.gtb.gov.tr/>

<https://tuketici.gtb.gov.tr/reklam-kurulu/reklam-kurulu-kararlari>

<https://www.gtb.gov.tr/yayinlar/i%CC%87dare-faaliyet-raporu/gumruk-ve-ticaret-bakanligi-2016-yili-idare-faaliyet-raporu>,

<http://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/tuketicilerden-yeni-maddeye-itiraz-40624355>

<http://www.milliyet.com.tr/torbadan-uzlasma-cikarsa-tuketici-ekonomi-2553861/>

EKLER

EK:1



**Carrefour moins cher
que Lidl et Leader Price
sur vos 25 produits du quotidien.**

* RELEVES DE PRIX EFFECTUES DU 30/09/2010 au 07/10/2010

Relevés de prix effectués par un tiers indépendant dans 33 magasins Lidl, 30 magasins Leader Price, 36 magasins Carrefour et 34 magasins Carrefour Market (hors rupture et produits non détenus). Les totaux des tickets indiqués sur ce site correspondant à la somme des prix moyens de chaque article relevé dans l'ensemble des magasins de chaque enseigne détenant le produit le jour du relevé.

Modalités de comparaisons

Liste des prix relevés
et magasins

Comparer la composition
de chaque produit

EK:2



EK:3

Burger King®, we don't do food in buckets, but we do chicken pretty well.



WE DON'T CHICKEN OUT
REDUCED PRICES AT ALL UK STORES²

9 NUGGETS
99p¹

CHICKEN ROYALE
£1.99¹

Price with coupon. Max one coupon/item per customer. ²With coupon available on BK APP. UK. Age 16+. Subject to availability. Terms apply.

EK:4



nutella
FERRERO
LAIT ÉCRÉMÉ
PÂTE À TARTINER AUX NOISETTES

**Je suis noisette
la première
pâte à tartiner
sans huile de palme**
Casino 400 g

AVEC HUILE DE PALME
13% DE NOISETTES
7% DE CACAO

SUCRE - HUILE VÉGÉTALE - NOISETTES 13% - CACAO MAIGRE 7,4% - LAIT ÉCRÉMÉ EN POUDRE 6,6% - LACTOSÉRUM EN POUDRE - ÉMULSIFIANTS : LÉCITHINES (SOJA) - VANILLINE.

SANS HUILE DE PALME
13% DE NOISETTES
7% DE CACAO

SUCRE - HUILE DE TOURNESOL - NOISETTES 13% - CACAO MAIGRE 7,4% - POUDRE DE LAIT ÉCRÉMÉ - BEURRE DE CACAO - HUILE DE COCO - LACTOSÉRUM EN POUDRE - ÉMULSIFIANTS : LÉCITHINES DE TOURNESOL - ARÔME.

EK:5

**EK:6**

EK:7



EK:8

