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

TÜRK VE AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA KARŞILAŞTIRMALI REKLAMLAR

DOKTORA TEZİ

Hazırlayan
Adem ASLAN

Danışman
Prof. Dr. Rıza AYHAN

ANKARA - 2012

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

TÜRK VE AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA KARŞILAŞTIRMALI REKLAMLAR

DOKTORA TEZİ

Hazırlayan
Adem ASLAN

Danışman
Prof. Dr. Rıza AYHAN

ANKARA - 2012

ONAY

Adem Aslan tarafından hazırlanan "Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Karşılaştırmalı Reklamlar" başlıklı bu çalışma, 14.11.2012 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından Özel Hukuk Ana Bilim Dalında doktora tezi olarak kabul edilmiştir.

Prof. Dr. Rıza AYHAN (Başkan)
.....

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN
.....

Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM
.....

Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK
.....

Doç. Dr. Mehmet ÖZDAMAR
.....

ÖNSÖZ

2005 yılında başladığım doktora çalışmamın, 2012 yılının sonunda nihayet bulmasının mutluluk ve kıvancını yaşıyorum. Süreç, tahmin ettiğimden biraz daha uzun sürdü. Ancak akademik çalışma, kanaatimce, kişinin asli işini ikinci plana atmadan, ancak arta kalan zamanlarında, biraz özveri biraz da fedakârlık göstererek yapılmalıydı. Ben de, bir yandan adalet dağıtan mesleğin bir temsilcisi olarak asli işimi arka plana atmadan, mümkün olduğunca aileme ve dostlarıma olan sorumluluklarımı unutmadan tezimi yazmaya çalıştım.

Birçok etkeni bir arada değerlendirip Gazi Üniversitesi'nde doktora yapmaya karar kılmıştım. İyi ki de öyle yapmışım. Birçoğuyla zaten bir şekilde yollarımızın kesiştiği, hepsi de birbirinden değerli hukuk fakültesi hocalarımla daha yakından tanışma, çalışma ve kaynaşma şansı elde ettim. Prof. Dr. Vahit Doğan, Prof. Dr. İhsan Erdoğan, Prof. Dr. Oğuz Kürşat Ünal gibi çok kıymetli hocalarımdan ders alma şansı elde ettim.

Danışmanım Prof. Dr. Rıza Ayhan beyefendiyi de ilk defa bu çalışma sırasında tanıdım. Gerçekten sıra dışı bir eğitim ve öğretim tekniği ile mükemmeliyetçi bir yaklaşımı vardı. Danışmanlığımı üstlendiği için çok memnun oldum. Gerek hocamın işlerinin yoğunluğu, gerekse de mesleki faaliyetlerim sebebiyle süreç bir miktar uzadı ise de, rektörlük süreci sona erer ermez hocam, tüm yoğunluğuna rağmen tezimi kısa sürede okuma nezaketi gösterdi. Hocamın da yönlendirmesi doğrultusunda tez belirli bir seviyeye ve jüriye arz edilebilir hale geldi. Kendisine buradan sonsuz şükranlarımı ve saygılarımı sunuyorum.

Daha tez çalışmamın en başında, çalışmanın akademik bir unvan elde etme amacından ziyade, Türk hukuk sistemine ve ülkeye faydalı, mümkünse daha önce Türk hukukunda pek çalışılmamış ve tartışılmamış bir konu olmasını arzu etmiştim. Birçok alternatif arasından, geçmişteki müktesebatıma da uygun olan "Karşılaştırmalı Reklam" bahsinde karar kılmıştım. Gerçekten de bu alanda hemen hemen hiçbir akademik çalışma

yapılmamıştı. Zira bu alandaki çalışmaların tamamı bir-iki makaleden ve çeşitli kaynaklardaki bir iki paragraftan ibaretti. Yasal mevzuat, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 16.maddesine 2003 yılındaki değişiklik sırasında eklenen tek satırlık bir cümleden ibaretti. Oysa konu en çok da haksız rekabet hukukunu ilgilendiriyordu ve gerek haksız rekabet, gerekse de tüketici hukukunda tüm dünyada çok önemli gelişmeler olmuştu. Üyesi olmaya çalıştığımız Avrupa Birliği nezdinde, "Aldatıcı Reklam Yönergesi", "Karşılaştırmalı Reklam Yönergesi" ve "Haksız Ticari Uygulamalar Yönergesi" gibi, birbiri ardına birçok Yönergeler çıkarılmıştı. Türk reklam hukukunda "karşılaştırmalı reklam" aslında sık rastlanılan bir olaydı. Ancak gerek yasal düzenlemedeki boşluk, gerekse kavramın oturmayışı nedeniyle, uygulamada hem Yargıtay, hem de Reklam Kurulu tarafından birbirinden çok farklı ve çelişkili kararlar verilmekteydi. O vakit çalışmakta olduğum Ankara Ticaret Mahkemesi'ne gelen bir dosyadan da yola çıkarak, tez çalışmamı "karşılaştırmalı reklam" konusunda yapmaya karar verdim. Çalışmam sırasında hep özgün olmaya, bütün kaynakları tüketmeye çalıştım ve bir yılımı, fikri mülkiyet hukukunun bana göre dünyadaki kalbi olan Münih Max Planck Enstitüsü'nde geçirdim.

Gerek konu tespitinde beni yüreklendiren, gerekse çalışmamın her aşamasında bana hep destek olan, yol gösteren değerli hukukçu, vefalı dost Yrd. Doç. Dr. Hamdi Pınar'a buradan sonsuz şükranlarımı sunuyorum.

Çalışmalarım sırasında hep yanımda olan, gönül desteği veren değerli dostlarım Prof. Dr. Veysel Başpınar'a, Doç. Dr. Hayri Bozgeyik'e, Doç. Dr. Beşir Fatih Doğan'a, Dr. Cahit Suluk'a, tez jürimde de bulunan Prof. Dr. Kemal Şenocak'a, Prof. Dr. Fadıl Yıldırım'a, Prof. Dr. İhsan Yıldırım'a ayrı ayrı şükranlarımı sunuyorum.

Tezi somutlaştırmama, hataları ayıklamama ve süreci takibime özel emek ve gayret gösteren Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesinin çok değerli hocaları Doç. Dr. Hayrettin Çağlar ve Doç. Dr. Mehmet Özdamar'a, tezin tashihlerinde bana çok yardımları olan Deniz Çelikel'e, bana hep cesaret

veren ve yol gösteren mesai arkadaşlarım olan meslektaşlarıma, kalem personelime, ismini burada anmayı unuttuğum emeği geçen herkese burada ayrı ayrı şükranlarımı sunuyorum.

Doktora çalışmamda bana yurt dışı araştırma bursu sağlayan TÜBİTAK'a ve değerli akademik kurul ve çalışanlarına, 2008-2009 yılları arasında 1 yıl süreyle bana koşulsuz çalışma ortamı sağlayan Münih Max Planck Enstitüsü'ne, Enstitü nezdinde danışmanlığımı üstlenen Prof. Dr. Reto Hilty'e ve diğer enstitü hoca ve çalışanlarına şükranı bir borç bilirim.

Özellikle, bu yoğun çalışmam sırasında bana sonsuz bir destek veren, anlayış gösteren, her zaman yanımda olan, kahrımı çeken çok değerli eşim Şule Aslan'a, zaman zaman ihmal etmek durumunda kaldığım kızlarım Hilal ve İrem Aslan'a da sonsuz şükranlarımı sunuyor, ortaya çıkan eseri çok değerli eşim ve kızlarıma ithaf ediyorum.

Yapılan çalışmanın tüm Türk hukuk dünyasına ve rekabetin vazgeçilmez aktörlerini barındıran reklamcılık sektörüne faydalı sonuçlar doğurmasını diliyorum.

Adem ASLAN

Ankara, 29 Ocak 2013

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ ..... **i**
İÇİNDEKİLER ..... **iv**
KISALTMALAR ..... **xv**
GİRİŞ **1**

BİRİNCİ BÖLÜM
GENEL OLARAK REKLAM KAVRAMI VE KARŞILAŞTIRMALI REKLAM
I. GENEL OLARAK REKLAM KAVRAMI **5**
A. Reklamın Tanımı 5
1. Türk Pozitif Hukukundaki Tanımlamalar 5
a. 4077 Sayılı TKHK 5
b. Basın İlan Kurumu Kanunu 8
c. Radyo ve TV Mevzuatı 9
2. Milletlerarası Metinlerdeki Tanımlamalar 10
a. Amerikan Pazarlama Birliği 10
b. Milletlerarası Ticaret Odası 11
c. 2006/114 Sayılı Avrupa Birliği Yönergesi (Önceki 84/450 ve 97/55 Sayılı) 12
d. 2007/65 Sayılı AB TV Yönergesi 13
3. Öğretideki Tanımlar 13
B. Genel Olarak Reklamın Çeşitleri 16
C. Reklamın Unsurları 17
1. Reklam İradesi 18
2. Belirli Amaca Yönelik Olma 19
3. Tanıtım Yapılması 21
D. Reklamın Hukuki Niteliği 22
E. Reklamların Temel İşlevleri 25
1. Bilgilendirme İşlevi 25
2. Sürümü Arttırma İşlevi 27

3. Rakipleri Destekleme İşlevi....28
4. Toplumsal Fayda İşlevi....28
II. GENEL OLARAK KARŞILAŞTIRMALI REKLAM....29
A. Karşılaştırmalı Reklamın Tanımı....30
1. 2006/114 Sayılı Avrupa Birliği Yönergesindeki Tanımlama....31
2. Türk Hukukundaki Tanımlamalar....32
B. Karşılaştırmalı Reklam Çeşitleri....34
1. Niteliklerine Göre Karşılaştırmalı Reklamlar....34
a. Eleştirel Karşılaştırmalı Reklamlar....34
b. Eşitlik İddia Eden Reklamlar....37
c. Süperlatif Reklamlar....37
(1) Klasik Anlamda Süperlatif Reklamlar....38
(2) Marka Tescili Yoluyla Süperlatif Reklamlar....42
d. Başkasına Dayanan Karşılaştırmalı Reklamlar....45
2. Amaçlarına Göre Karşılaştırmalı Reklamlar....47
a. Rekabet Amacıyla Karşılaştırma....47
b. Savunma Amacıyla Karşılaştırma....47
c. Danışılma Nedeniyle Karşılaştırma....48
d. Sistem ve Mal Çeşitleri Karşılaştırması....49
e. Teknik İlerleme Karşılaştırmaları....50
C. Karşılaştırmalı Reklamlar Hakkındaki Düşünceler....51
1. Karşılaştırmalı Reklam Lehine Olan Görüşler....51
a. Tüketicilerin Yararınadır....51
b. Tacirlerin Yararınadır....53
c. Toplumun Genelinin Yararınadır....54
2. Karşılaştırmalı Reklam Aleyhine Olan Görüşler....55
a. Objektiflikten Uzaktır....55
b. Dürüstlük Kuralına Aykırıdır....56
c. Asalak Etki Yapar....57
d. Tanınmışlığa ve Ticarî İtibara Zarar Verme Tehlikesi İçerir....57
e. Karşılaştırmalı Reklamların Bumerang Etkisi....58

III. KARŞILAŞTIRMALI REKLAMDA KİŞİLER.....58
A. Reklam Veren.....58
B. Rakip.....61
1. Rakip Kavramı.....61
a. Somut Rekabet İlişkisi.....62
b. Ürünlerinin Alternatif Olarak Gösterilmesi.....63
2. Rakip Kavramının Özellik Arzettiği Alanlar.....65
a. Şampanya Klozu.....65
b. Yedek Parça ve Aksesuar Sektöründe "Rakip" Kavramı.....66
C. Reklamcı.....68
D. Mecra Kuruluşu.....69
E. Tüketiciler.....70
1. Hedef Kitle.....71
2. Tüketici Modeli.....72

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA KARŞILAŞTIRMALI REKLAMLAR

I. KARŞILAŞTIRMALI REKLAMLARA İLİŞKİN DÜZENLEMELER.....73
A. Terminoloji.....74
B. 1982 Anayasasının Reklamları İlgilendiren Hükümleri.....75
C. Tüketici Mevzuatında Karşılaştırmalı Reklam.....76
1. 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun.....77
2. Reklam Yönetmeliği.....78
D. Radyo ve TV Mevzuatında Karşılaştırmalı Reklam.....81
1. Radyo ve TV Kuruluşları ve Yayın Hizmetleri Hakkındaki Kanun.....81
2. Medya Ölçümü Sonuçlarıyla Reklama Dair Tebliğ.....82
3. TRT Reklam Yönetmeliği.....86
E. Gıda Mevzuatında Karşılaştırmalı Reklam.....86
F. Haksız Rekabete İlişkin Düzenlemelerde Karşılaştırmalı Reklam.....89
1. Kavram.....89
2. Karşılaştırmalı Reklama İlişkin Haksız Rekabet Kuralları.....90

a. Borçlar Kanununda Yer Alan Düzenlemeler 90
b. Türk Ticaret Kanununda Yer Alan Düzenlemeler 92
II. KARŞILAŞTIRMALI REKLAMLARIN UNSURLARI 95
A. Karşılaştırmalı Reklamın Haksız Rekabet Kuralları Dışındaki Unsurları 97
1. "Karşılaştırma" Zorunluluğu 97
2. Rakiple İlişkilendirme 99
a. Doğrudan İlişkilendirme 100
b. Dolaylı İlişkilendirme 101
3. Karşılaştırılabilir Değerler 104
a. Alternatif Olma 105
b. Rakiplerin Şahsi ve Ticarî Özellikleri 107
B. Karşılaştırmalı Reklamların Haksız Rekabet Kurallarına İlişkin Şartları 111
1. Genel Olarak 111
2. Doğruluk 112
3. Aldatıcılık 114
a. Aldatıcı Eylem Şekilleri 116
(1) Aldatıcı Davranışlar 116
(2) Aldatıcı İhmaller 119
b. Bilimsel Araştırma ve Ölçme Sonuçlarına Dayalı Aldatıcılık 120
c. Ürün Fiyatları Yönünden Aldatıcılık 126
4. İspat Edilebilirlik 132
5. Rakiplerin Gereksiz Yere Kötülenmesi 135
a. Kanuni Düzenlemenin Kapsamı 135
b. Rakibin Kötülenmesi ve Hoşgörü Sınırı 137
c. Reklamda Mizah ve İroni 140
d. Genel Kötüleyici Reklam 144
6. Rakibin Tanınmışlığından Haksız Faydalanma 145
a. Türk Ticaret Kanunu'ndaki Kanuni Düzenlemenin Kapsamı 145
b. 556 Sayılı KHK'nın Konuya İlişkin Hükümleri 147

c. Tanınmışlıktan Haksız Yararlanma – İmaj Transferi.....148
d. Anahtar Sözcük ve Derin Linklerin Kullanımı 151
7. Karıştırılma İhtimali.....154
III. İSPAT YÜKÜ 155
IV. TÜRK HUKUKUNDA KARŞILAŞTIRMALI REKLAMLARIN DENETİMİ 161
A. Genel Olarak 161
B. İdari Denetim 162
1. Genel Olarak 162
2. Meslek Örgütlerince Yapılan Denetimler (Disiplin Denetimi) 163
3. Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun Yaptığı Denetimler 164
4. Reklam Kurulu Tarafından Yapılan Denetimler 166
a. Reklam Kurulu.....166
(1) Kurul'un Teşekkülü 166
(2) Kurul'un Tarafsızlığı / Bağımsızlığı 167
(3) Kurul'un Çalışma Şekil ve Şartları 168
(4) Kurul Kararlarının Açıklanması 168
(5) Kurul'un Temel Görevi 170
b. Reklam Kurulunun Denetim Yetkisinin Sınırı.....173
c. Reklam Kurulu Tarafından Verilen İdari Yaptırım Türleri 173
d. Kurul Kararlarının Denetimi 174
e. Reklam Kurulu Kararlarının Adli Yargı Kararlarıyla Çakışması ..175
(1) Ticaret Mahkemeleri Yönünden 175
(2) Tüketici Mahkemeleri Yönünden.....177
(3) Fikri ve Sına Haklar Hukuk Mahkemeleri Yönünden.....177
f. Karşılaştırmalı Reklamlara İlişkin Reklam Kurulu Kararları 179
(1) Aldatıcı Reklam Karşılaştırmaları.....179
(2) Farklı Ürünlerin Karşılaştırma Konusu Yapılması 182
(3) Rakip Tacirleri Kötüleme.....183
(4) Rakibin Mal, Hizmet veya Marka Adlarına Yer Verilmesi.....186
(5) Kanuna Aykırılık.....188

C. Reklam Özdenetim Kurulu 190
D. Adli Denetim.....194
1. Tüketici Hakları Yönünden 195
2. Fikrî Mülkiyet Hakları Yönünden.....197
3. Haksız Rekabet Kuralları Yönünden.....199
a. Borçlar Kanunu'ndaki Düzenleme Açısından 200
b. Türk Ticaret Kanunu'ndaki Düzenleme Açısından.....202
(1) Görev.....202
(2) Hukuk Davalarında İleri Sürülebilecek Talepler 202
i. İhtiyati Tedbir 202
ii. Esasa İlişkin Davalar 204
(3) Davanın Tarafları 206
i. Davacılar.....206
ii. Davalılar 206
(4) Zamanaşımı.....207
(5) Ceza Sorumluluğu 207
(6) Kararın İlanı 208

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA KARŞILAŞTIRMALI REKLAMLAR

I. AVRUPA BİRLİĞİ VE KARŞILAŞTIRMALI REKLAM 209
A. Genel Olarak Avrupa Birliği 209
B. Avrupa Birliği'nin Temel Amaçları ve Karşılaştırmalı Reklam 210
1. Rekabetin Korunması 210
2. Malların Serbest Dolaşımı 211
3. Tüketicinin Korunması 212
C. Avrupa Birliğinin Karşılaştırmalı Reklamlara İlişkin Müktesebatının Türk Hukukuna Etkisi.....213
II. AVRUPA BİRLİĞİ'NDE KARŞILAŞTIRMALI REKLAMLARA İLİŞKİN DÜZENLEMELER 215
A. Genel Olarak 215

B. Karşılaştırmalı Reklam Yönergesinin Tarihsel Gelişimi 216
1. İlk Dönem Çalışmaları 216
2. 84/450 Sayılı Avrupa Topluluğu Yönergesi 220
3. İkinci Aşama Çalışmaları 222
4. 97/55 Sayılı Karşılaştırmalı Reklam Yönergesi.....224
a. 97/55 sayılı Yönergenin Temel Amaçları.....224
b. Yönergenin İç Hukuka Aktarılması 225
5. 2005/29 sayılı Haksız Ticari Uygulamalar Yönergesi ve Sonrası ...227
6. 2006/114 sayılı AB Yönergesi 229
III. 2006/114 SAYILI YÖNERGENİN AMAÇ VE KORUMA KAPSAMI 230
A. 2006/114 Sayılı Yönergenin Temel Amaçları 230
1. Uyumlaştırma Amacı 230
2. Liberalleştirme Amacı 232
B. Yönergedeki Hükümlerin Norm Değeri.....233
C. Karşılaştırmalı Reklamlara İlişkin Şartların Üye Ülkeleri Bağlayıcılığı 234
1. Öğretideki Yaklaşımlar 234
a. Hem Kabul Edilebilirlik Hem Yasaklar Listesi Olduğu Görüşü....235
b. Sadece Kabul Edilebilirlik Listesi Olduğu Görüşü.....236
2. ABAD'ın Yaklaşımı 237
D. Yönerge ile Korunan Kitle 239
1. Tüketicilerin Korunması 239
2. Tacirlerin Korunması 241
3. Genel Rekabet Düzeninin Korunması 241
E. Yönerge'de Karşılaştırmalı Reklamın Tanımı 242
IV. KARŞILAŞTIRMALI REKLAMLARIN HUKUKA UYGUNLUK ŞARTLARI 244
A. Genel Olarak 244
B. Kabul Edilebilirlik Şartları.....245
1. Rakiple İlişkilendirme.....245
a. Reklamda Rakibin Tanımlanması 246
(1) Doğrudan Tanımlama 246

(2) Dolaylı Tanımlama.....247
b. Karşılaştırılabilirlik.....250
(1) Mallar.....250
(2) Hizmetler.....251
(3) Rakibin Şahsi ve Ticarî Özellikleri.....251
i. Öğretideki Yaklaşımlar.....252
ii. ABAD'ın Yaklaşımı.....254
c. İlişkilendirme.....257
2. "Karşılaştırma" Eyleminin Gerekliliği.....258
a. Yönergenin Lafzi Yorumu.....258
b. Amaca Göre Yorum.....259
c. ABAD'ın Yaklaşımı.....260
d. Herhangi Karşılaştırma İçermeyen Reklamlar.....264
3. Aldatıcı Olmama.....266
a. Genel Olarak.....266
b. Aldatma Konusu Olabilecek Unsurlar.....269
(1) Mal ve Hizmetlerin Özelliklerinde Aldatıcılık.....270
(2) Ürün Fiyatları.....271
(3) Reklam Verene İlişkin Özellikler.....277
c. Aldatıcı Yöntemler.....279
(1) Aldatıcı Davranışlar.....280
i. Gerçeğe Aykırı (Yanlış) Bilgi Vermek.....281
ii. Tüketicileri Yanıltmak.....281
(2) Aldatıcı İhmaller.....282
d. 2005/29 Sayılı HTU Yönergesi'nde Sayılan Aldatıcılık Modelleri.....284
4. Aynı İhtiyacı Karşılama veya Aynı Amaca Yönelik Olma.....286
a. Genel Olarak.....286
b. Alternatif Olma.....287
(1) Aynı Mal veya Hizmetler.....289
(2) Farklı Mal veya Hizmetler.....289

5. Karşılaştırmanın Objektif Olması 293
a. Genel Olarak 293
b. Objektifliğin Sınırı – Doğrulanabilir Olma ve Aldatıcı Olmama ... 295
c. Objektiflik ve Tarafsızlık 297
d. Fiyat Karşılaştırmalarında Objektiflik 298
6. Karşılaştırma Konusu Unsurlar 300
a. Genel Olarak 300
b. Mal ve Hizmetlerin Özellikleri 301
c. Fiyat 304
d. Tacirlerin Şahsi ve Ticarî Özellikleri 307
7. Karşılaştırılabilir Özellikler 309
a. Genel Olarak 309
b. Önemlilik 311
c. Anlamlılık 314
d. Tipiklik 315
e. İspat Edilebilirlik 318
(1) İspatı Mümkün İddialar 318
(2) Şahsi Değerlendirmeler 319
(3) İspat Yükü 320
8. Rakiplerin Gereksiz Yere Kötülenmesi 323
a. Genel Olarak 323
b. Kötülemenin Sınırı 324
c. Reklamda Mizah ve İroni 329
d. “Kötüleme” Çeşitleri 332
(1) Rakibin Fiyatlarının Kötülenmesi 333
(2) Rakibin Mal veya Hizmet Kalitesini Kötüleme 336
(3) Şahsi ve Ticari Özelliklerin Kötülenmesi 338
9. Şampanya Klozuna Uygunluk 340
10. Başkasının Tanınmışlığından Haksız Yararlanma 344
a. Genel Olarak 344
b. Tanıtıcı İşaretler ve Tanınmışlık 344

c. Tanınmışlıktan Haksız Faydalanma 347
11. Taklit veya Kopya Kaydıyla Satış (Parfüm Klozu).....357
a. Genel Olarak 357
b. Uygulama Alanı 360
c. Taklit veya Kopya Olarak Göstermek 361
12. Karıştırılma Tehlikesi 368
a. Genel Olarak 368
b. Karıştırma İhtimali 368
c. Karıştırılmanın Kapsamı 372
V. YÖNERGE'NİN ÜYE ÜLKELER HUKUKLARINA ETKİSİ 377
A. Aldatıcılık.....377
1. Yönerge Hükümlerinin İç Hukuka Aktarılma Zorunluluğu 377
2. Topluluk Hukukuna Göre Aldatıcılık Tanımı 379
3. Aldanma Oranı 381
B. Yönerge 'deki Tüketici Modeli.....383
C. Bütünlük 387
D. İspat Yükü ve Dava Açma Hakkı.....388
VI. YÖNERGE KAPSAMINDA KALMAYAN REKLAMLAR 390
A. Reklam Kısıtlaması veya Yasağı Olan Haller 390
1. Genel Olarak 390
2. Tütün Mamulleri Reklamı.....391
3. İlaçlar ve Tedavi Yöntemleri 391
4. Şampanya Klozu 392
B. Genel Karşılaştırma İçeren Reklamlar.....392
C. Süperlatif Reklamlar.....394
D. Karşılaştırmalı Reklam Yönergesi ve Marka Hakkı 395
1. Marka Yönergesi – Marka Tüzüğü.....395
2. 2006/114 Sayılı Yönergenin Markaya İlişkin Hükümleri.....397
3. Karşılaştırmalı Reklam Yönergesi ile Marka Yönergesi Arasındaki İlişki.....398
4. Karşılaştırmalı Reklamda Rakibe Ait Markanın Kullanımı 400

a. Yapılan Ticari Faaliyeti Göstermek Amacıyla Kullanım 400
b. Satılan Ürünleri Tanımlama Amacıyla Kullanım 401
c. Derin Linkler ve Anahtar Sözcük Kullanımı 403
(1) Derin Linkler.....404
(2) Anahtar Sözcük Kullanımı 405
E.Telif Haklarına İlişkin Kuralların Karşılaştırmalı Reklama Etkisi.....410
F. Karşılaştırmalı Ürün Testleri ve Test Sonuçlarıyla Reklam.....411
1. Mal ve Hizmet Testleri 411
2. Organizasyon 413
3. Kabul Edilebilirlik 414
4. Test Sonuçlarıyla Aldatıcı Karşılaştırmalı Reklam 415

SONUÇ VE ÖNERİLER.....419
KAYNAKÇA 430
ÖZET 446
ABSTRACT 448

KISALTMALAR

AB	Avrupa Birliği
ABAD	Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABD	Amerika Birleşik Devletleri
a.g.e.	Adı geçen eser
a.g.m.	Adı geçen makale
ABl. EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
AD	Adalet Dergisi
AT	Avrupa Topluluğu
Batider	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BK	Borçlar Kanunu
Bkz.	Bakınız
BM	Birleşmiş Milletler
BŞB	Büyükşehir Belediyesi
C.	Cilt
DİB	Diyanet İşleri Başkanlığı
DPT	Devlet Planlama Teşkilatı
EBK	Eski Borçlar Kanunu
ECJ	European Court of Justice
EG	Europäischer Gerichthof
EIPR	European Intellectual Property Review
EuGH	Europäischer Gerichthof
EWHC	High Court of England and Wales
FMK	Fransız Medeni Kanunu
FMR	Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ye Rekabet Hukuku Dergisi
FSEK	Fikir ve Sanat Eserleri Hakkında Kanun
FSHHM	Fikri ve Sınaî Haklar Hukuk Mahkemeleri
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht International
GÜHFD	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	Hukuk Dairesi
HGK	Hukuk Genel Kurulu
HMK	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HTU	Haksız Ticarî Uygulamalar Yönergesi
ICC	International Chamber of Commerce - Milletlerarası Ticaret Odası
ISO	İstanbul Sanayi Odası
İHA	İhlas Haber Ajansı
İSK	İşçi Sendikaları Konfederasyonları
KHK	Kanun Hükmünde Kararname
LG	Landgericht
m.	madde

MSK	Memur Sendikaları Konfederasyonları
MTO	Milletlerarası Ticaret Odası
MuW	Markenschutz und Wettbewerb
N	Numara (paragraf yan numarası)
OJ	Offical Journal
OKK	Ortaklık Konseyi Kararı
OLG	Oberlandesgerichtshof
R.G.	Resmi Gazete
RGZ	entscheidungen des reichsgerichts in zivilsachen
RK	Reklam Kurulu
RÖK	Reklam Özdenetim Kurulu
RTÜK	Radyo ve Televizyon Üst Kurulu
RTV	Radyo ve Televizyon Yayınlarının Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmeliği
RWW	Rechtsfragen in Wettbewerb und Werbung
S.	Sayı
s.	Sayfa
Sos. Bil. Enst.	Sosyal Bilimler Enstitüsü
s.y.	Son yararlanma
T.	Tarih
TBB	Türkiye Barolar Birliği
TBK	Türk Borçlar Kanunu
TDHB	Türk Diş Hekimleri Birliği
TDK	Türk Dil Kurumu
TEB	Türk Eczacılar Birliği
TKHK	4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMMOB	Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği
TRT	Türkiye Radyo Televizyon Kurumu
TSE	Türk Standartları Enstitüsü
TTB	Türk Tabipleri Birliği
TTK	Türk Ticaret Kanunu
TURMOB	Türkiye Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliği
TV	Televizyon
TZOB	Türkiye Ziraat Odaları Birliği
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
UYAP	Ulusal Yargı Ağı Projesi
Ünv.	Üniversitesi
vb.	ve benzerleri
vd.	ve devamı
vs.	ve saire
WBO	World Businnes Organization -Dünya İş Örgütü
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
YKD	Yargıtay Kararları Dergisi
YLT	Yüksek Lisans Tezi
YSK	Yüksek Seçim Kurulu
ZLR	Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht

GİRİŞ

Antik Roma, antik Yunan ve Hindistan'da yapılan arkeolojik bulgulardan, milattan önce 4.000 yıllarına kadar uzandığı tespit edilen reklamcılık faaliyetinin, başlangıçta duvarlara asılan yazı ve resimlerle yapılırken, medeniyetin gelişimine paralel, hatta çoğu zaman da öncülük rolü üstlenerek kendisini bulunduğu yer ve zamana uyarladığı görülmektedir. Ücret ödenerek yapılan ilk reklam yayını ise 1836 yılında Fransa'da çıkarılan La Presse isimli gazetede yayınlanmıştır[1].

Günümüzde reklamların şekil ve yöntemi oldukça artmış, reklam sektörünün ekonomik büyüklüğü ise olağanüstü düzeyde artış göstermiştir. Bu gün için dünya genelinde reklam yatırımları toplamının *500 milyar ABD doları* ölçeğine yaklaştığı görülmektedir[2]. Ancak dünya yıllık ticaret hacminin 67 trilyon ABD doları olduğu dikkate alındığında, reklamcılık sektörünün hala gelişmeye ve genişlemeye çok açık bir ticaret alanı olduğu açıktır.

Bu gün için reklamları faaliyet alanı itibariyle de sosyal, siyasal ve ticarî reklamlar gibi alanlara ayırmak mümkündür. Ancak tez konumuz tamamıyla ticarî reklamların bir türü olan karşılaştırmalı reklamlar ilişkin olmakla diğer alanlardaki reklam türleri inceleme konumuz dışındadır.

Çağımızın modern dünyasında, geleneksel reklam mecraları (radyo, TV, gazete, dergi, bilboard), teknolojik gelişime paralel olarak oldukça çoğalmış, internet yoluyla reklam, telefonla reklam, satır arası reklam, meta tag reklam, anahtar sözcük reklamı gibi birçok yeni ve farklı reklam mecraları ortaya çıkmıştır.

Reklam kavramının temel mantığı, hedef kitleye belirli bir düşünceyi dayatmaya veya onları başka seçenekler arasında reklam konusu düşünceye yöneltmeye çalışmaktır. Bir reklamda ne kadar iyi ve kuvvetli ikna yöntemi kullanılırsa, reklam bir o kadar etkili ve değerli pazarlama aracı olacaktır.

---

1 Wikipedia Özgür Ansiklopedi, http://en.wikipedia.org/wiki/Advertising, s.y., 22.03.2012.

2 Statista GmbH, http://de.statista.com/statistik/daten/studie/1633/umfrage/investitionen-der-deutschen-wirtschaft-in-werbung/, s.y., 25.08.2011.

İster bir ürün tanıtımı, ister bir firmayı tanıtan, isterse sempati toplama amaçlı (sponsorluk reklamı veya çevreci reklam gibi) reklam olsun, ticarî reklamların temel ve *nihai amacı* reklam verenin ticarî faaliyetlerini yoğunlaştırmak, diğer bir tabirle *sürümü arttırmaktır*.

Tacirler yönünden sürüm arttırma odaklı olan reklam, reklamın hedef kitlesi olan tüketiciler yönünden ise çok önemli bir *bilgilenme kaynağı* teşkil etmektedir. Zira piyasada aynı türde çok sayıda mal ve hizmetlerin varlığı dikkate alındığında, tüketicilerin bu ürünleri tek tek fiyat ve kalite testine tabi tutmaları mümkün değildir. İşte bu noktada reklamların sağladığı bilgiler tüketicilerin önemli ve vazgeçilmez bir bilgi kaynağıdır. Aynı mal ve hizmet piyasalarında rekabet halinde olan firmalar da bir yandan reklamlarla daha fazla tüketici seviyesine ulaşabilme imkânına kavuşabilirken, diğer yandan da rakiplerinin piyasaya hangi özellikte ve hangi fiyatla mal ve hizmet pazarladıklarını kontrol etme ve kendi ticarî faaliyetlerine çeki düzen verme, rakip tarafından piyasaya sunulan malın daha kalitelisini veya daha ucuzunu piyasaya sunabilme imkânı elde ederler. Diğer bir anlatımla reklamlar önemli bir rekabet teşvik aracıdır. Sağlam ve işleyen bir rekabetçi yapı ise bir yandan toplumun genelinin menfaatine, diğer yönden de kamu maliyesinin menfaatine uygun sonuçlar doğuracaktır. Yani reklam piyasasının sağlıklı işlemesi bireylerin yanı sıra devleti de yakından ilgilendirmektedir.

Bu bağlamda diğer bir önemli nokta ise her ekonomik piyasada olduğu gibi reklam piyasasında da dürüst rekabet kurallarının dışına çıkıldığı, hedef tüketici kitlesini ikna edebilmek için özellikle yoğun bir şekilde aldatıcı reklam yöntemlerine başvurulduğu, rakip tacirlerin acımasızca hatta hakarete varan düzeyde kötülendiği, zaman zaman korkutucu reklamlara başvurulduğu görülmektedir.

Hedef tüketici kitlelerini ikna etmede kullanılan en etkili reklam yöntemlerinden birisi de "**karşılaştırmalı reklamlar**" dır. Karşılaştırmalı reklamda reklam veren, kendisine ait mal veya hizmetin yanında o ürüne alternatif olan rakip tacirlere ait mal ve hizmetleri de göstermektedir. Asıl

amaç, piyasada bulunan diğer ürünleri değil de niçin reklam olunan ürünün tercih edilmesi gerektiğini tüketicilere göstermektir. Böylece reklamda alternatif olan iki ürünü yan yana gören tüketiciler daha kolaylıkla ikna edilebilmektedir. Ancak karşılaştırmalı reklamın doğasında rakip tacirlere ait ürünlere eleştiri yöneltilmekte oluşu, birçok yazar ve mahkemelerce rakiplerin kötülenmesi, dolayısıyla dürüst ticaret ilkelerine aykırı bir faaliyet olarak yorumlanmıştır.

Kurallarına uygun yapıldığında, en kaliteli ve en ucuz ürünlere ulaşmaları için tüketicilerin bilgilenme ihtiyaçlarını karşılamada eşsiz bir bilgilenme aracı olan karşılaştırmalı reklamlar, ticarî etik kurallar dışına çıkıldığında ise reklamın hedef kitlesindeki kişileri önemli bir aldatma ve rakip tacirlere zarar verme aracına dönüşecek, giderek genel rekabet düzeninin bozulmasına da yol açabilecektir.

İşte bu gibi kaygılardan hareketle ülkemizin de “müzakereci aday ülke” statüsünde olduğu AB bünyesinde, tüketici haklarının korunması eksenli olarak 1960’lı yıllarda başlatılan çalışmalar ilk meyvesini 1984 yılında çıkarılan 84/450 sayılı Aldatıcı Reklam Yönergesi ile vermiştir. Aldatıcı Reklam Yönergesini çıkarmakta zorluk çekmeyen Topluluk, her bir üye ülkedeki büyük uygulama ve yasal düzenleme farkından dolayı, karşılaştırmalı reklamlar konusunda oldukça zorlanmış, ancak nihayetinde 97/55 sayılı Karşılaştırmalı Reklam Yönergesini çıkarmaya muvaffak olmuştur. Söz konusu Yönerge sayesinde, yasal farklılıklar ortadan kaldırılmış ve tüm üye ülkelerde karşılaştırmalı reklamlar hukuka uygun ve desteklenmesi gereken bir ticarî faaliyet olarak kabul edilmiştir.

Böylesine etkili ve önemli bir bilgilenme ve etkili bir pazarlama yöntemi olan karşılaştırmalı reklamlar konusunda ülkemizde de gerek yasal düzenleme, gerekse de uygulama bazında birçok önemli sorunla karşılaşılmaktadır. Her ne kadar 6102 sayılı TTK’nun 55/1 (a) maddesi ile karşılaştırmalı reklamlar konusunda yasal bir zemin elde edilmiş ise de yeni düzenlemenin de çok önemli eksikler içerdiği, 6762 sayılı TTK daki haksız

rekabete ilişkin düzenlemelerde ise bu konuda hiçbir hüküm bulunmadığı, bu dönemde karşılaştırmalı reklamların hukuka uygunluğu konusunda önemli tereddütler yaşandığı, uygulamada da büyük sorunlar yaşandığı ve sistemin oturmadığı gözlenmiştir. İşte bu gibi sorunları tespit ve teşhis ederek, uyumlaştırma süreci yaşadığımız AB müktesebatında bu konuda kaydedilen gelişmeleri de ortaya çıkararak, elde edilen gelişmelerden ülkemiz hukuk sistemine ne gibi katkı sağlanabileceğini tespit etmek amacıyla tezimizi hazırlamış bulunuyoruz.

Üç ana bölüm ve sonuç kısmından oluşan tezimizin birinci bölümünde, reklam ve karşılaştırmalı reklam konusunda kavramsal açıklamalarda bulunulmuş, sistemin genel olarak tanıtılması amaçlanmıştır.

İkinci bölümde, Türk hukukunda karşılaştırmalı reklama ilişkin dağınık haldeki düzenlemeler bir arada aktarılmış, yasal düzenlemelere yer yer eleştiriler yöneltilmiş, karşılaştırmalı reklâmlara karşı ülkemizdeki idari ve yargısal denetim tüm boyutlarıyla anlatılmaya çalışılmıştır.

Üçüncü bölümde, 6102 sayılı TTK'na da mehaz teşkil eden AB Karşılaştırmalı Reklam Yönergesi, gerek tarihsel açıdan, gerekse uygulama kapsamı açısından detaylı şekilde anlatılmaya çalışılmış, Yönerge'nin uygulamasıyla ilgili hemen tüm ABAD kararları tek tek tetkik edilerek Yönerge hükümleri çerçevesinde anlatılmaya çalışılmıştır.

Tezimizin sonuç bölümünde ise, karşılaştırmalı reklamlara ilişkin AB ve diğer uluslararası düzeydeki gelişmeler karşısında, ülkemiz hukuku bakımından ne şekilde istifade edebileceğimiz, var olan uygulama sorunlarını ne şekilde aşabileceğimiz öneri demeti halinde aktarılmaya çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK REKLAM KAVRAMI VE KARŞILAŞTIRMALI REKLAM

I. GENEL OLARAK REKLAM KAVRAMI

A. Reklamın Tanımı

Latince kökenli "clamare" ibaresinden gelen[3] ve Türkçe'de "çağırmak" anlamına gelen *reklamların temel amacı*, piyasaya sunulan mal ve hizmetlerin satışının arttırılmasıdır[4]. Günümüzde ticarî reklamlar, satış ve tüketim artışının sağlanması açısından en etkili ve ucuz yol olarak kabul edilmektedir[5]. Üst bir tanım olacağı için, reklam kavramının tanımı, özellikle idari ve yargısal denetim yönünden, karşılaştırmalı reklamları da doğrudan ve yakından ilgilendirmektedir. Zira yapılan tanımın kapsamına göre reklamlar hukuka uygunluk denetimine tabi olacaktır.

Aşağıda, bir yandan reklam için yapılan tanımlara yer verilmiş, bu tanımlar kapsamında reklamın unsurları belirlenerek, yapılan tanımların reklam hukuku bağlamında yerindeliği değerlendirilmiştir.

1. Türk Pozitif Hukukundaki Tanımlamalar

a. 4077 Sayılı TKHK

Reklamla ilgili birçok kavram 4077 sayılı Kanun'da tanımlandığı halde, bizatihi "reklam" kavramının tanımına yer verilmemiş, ancak Kanun'un 16

---

3 Derya İçöz, **Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması**, Yayınlanmamış YLT, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul - 2008, s.8, yöneliş; Işıl Karpat, Kurumsal Reklam, İstanbul -1999, s.35

4 Henning Piper / Ansgar Ohly, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, (**Piper / Ohly, UWG**)**, 4.Auflage, Beck, München 2006, § 6 N.23.

5 Celal Göle, **Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması** (Aldatıcı Reklamlar), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1983, s.33.

maddesinde ticarî reklam faaliyetlerinin genel esasları düzenleme kapsamına alınmıştır. Bununla birlikte, söz konusu Kanun'a dayanılarak çıkartılan Reklam Yönetmeliği'nin 4/1 (h) bendinde "reklam" kavramı;

"**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 duyuru*"

Şeklinde tanımlanmıştır. Kanaatimizce söz konusu tanımlama, ulusal mevzuatımızda ilk defa "reklam" tabirinin kullanıldığı 195 sayılı Basın İlan Kurumu Kanunu'nun 40/2 maddesinde yer alan "… ilanlar reklam sayılır" ve BK'nın 48 maddesindeki "Yanlış ilanlar …" şeklindeki düzenlemelerden esinlenerek yapılmıştır. Söz konusu tanımlama kanaatimizce, "duyuru", "ilân", "pazarlama iletişimi" gibi birbirine çok yakın ibarelerin bir arada kullanıldığı, uzun, karmaşık ve zor anlaşılır niteliktedir. Yapılan tanımlama, bir üst kavrama ilişkin olmakla karşılaştırmalı reklamları da yakından ilgilendireceği için açıklığa kavuşturulmasında yarar bulunmaktadır.

Tanımda kastedilenin "ilan" mı, yoksa "ticarî ilan" mı olduğu çok açık değildir. Çok genel anlamıyla "ilan" kamuya yapılan "açık duyuru"[6] mahiyetinde olup, ticarî olsun ya da olmasın her konuda kamuya duyuru yapılması mümkündür. İlan kavramı, reklam kavramını da içine alacak ölçüde üst bir kavramdır. "İlan" kavramı bilgilendirme ve haber verme amaçlı her türlü duyuruyu kapsarken, bir alt kavram olan "reklam" ise tanıtım duyurusu anlamına gelir. Her reklam aynı zamanda ilandır, ancak her ilan reklam değildir[7]. İlan veya reklam amacıyla yapılan tanıtım, ticari, sosyal veya siyasal faaliyetlere ilişkin olabilir. Yönetmelik'te kullanılan "ilân" tabiriyle kastedilen "ticarî ilan" kavramıdır. "*Ticarî İlan*" kavramı ise "ticarî konulara ilişkin olarak bilgilendirme amaçlı olarak yapılan açık duyuru" anlamına

---

6 TDK, Büyük Türkçe Sözlük, http://tdkterim.gov.tr/bts/, s.y., 22.08.2011.

7 Özgül Özkan, "Tüketici Hukuku Bakımından Ticarî Reklâmlar ve Tabi Olduğu Hükümler", **YKD**, S.3, 1998, s.414; **Göle**, Aldatıcı Reklamlar, s.42.

gelecektir. Ancak reklam faaliyeti açık veya ima yollu her türlü beyan ve ifadelerle yapılabilir.

Reklam Yönetmeliği uyarınca "mal, hizmet veya marka tanıtmak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek ve ikna etmek, satışını veya kiralanmasını sağlamak ya da arttırmak" amacıyla yapılan bütün ilanlar zaten "ticarî reklam" tanımına girecektir. Bir reklamda, hedef kitleyi bilgilendirme veya ikna etme faaliyetleri, reklam verenin şahsi veya onun pazarladığı ürünlerin üstün yanlarının ortaya serilmesi yoluyla olacaktır. Üstün yanlar her zaman ürünün niteliklerine ilişkin olmayabilir. Üstünlük iddiası reklam konusu ürünlerin fiyat, nakliye, servis hizmeti gibi başka özelliklerine ilişkin de olabilir.

Kanaatimizce tanımlamada "ticarî reklam" ve "ticarî ilan" kavramlarının birbirlerinden ayrı kavramlarmış gibi zikredilmese ve "tacirin veya ticarî işletmenin özellikleri, borçların azaltılması veya hakların arttırılması" amacıyla yapılan tanıtımların kapsam dışında bırakılmasa daha yerinde olurdu[8]. Ancak yapılan tanımlamanın sadece ticari reklamı kapsadığına özellikle vurgu yapılması yerinde olmuştur.

Tanımda geçen, "*herhangi bir mecrada yayınlanan pazarlama iletişimi*" ifadesiyle neyin anlatılmak istenildiği açık değildir. Diğer taraftan "**herhangi bir mecrada yayımlanma**" şartı da kanaatimizce isabetli değildir. Bu bakış açısına göre, "yayın" faaliyeti niteliğinde olmayan, ürünleri bizzat piyasaya sunan kişilerin mektup, faks, e-mail ile veya yüz yüze yaptığı tanıtımları reklam olarak nitelemek oldukça zordur. Bu tür reklamları Reklam Kurulu (RK) Yönetmelikte reklam esaslarına göre denetleyemeyecektir. Bununla birlikte Yönetmeliğin 4/1 (g) maddesinde "mecra" kavramı "*reklam ve tanıtım mesajını ileten ve o mesajı alma durumunda olan kişi, grup ya da topluluğun buluştuğu yeri, ortamı (televizyon, her türlü basın, internet, radyo, sinema gibi*

---

[8] Agah Adak, "Haksız Rekabet Müessesesi ve Reklam Yolu İle Haksız Rekabet", **Adana İktisadi ve Ticarî İlimler Akademesi Dergisi**, S.4, 1975, s.364. Yazar, "ilân" kavramını, abartı içermeyen ve tamamen gerçekleri yansıtan bilgilendirme olarak tanımlamakta, reklamın amacının, "olumlu noktaları alıcı gözünde büyütmek ve bunun yanı sıra olumsuz noktaları göze gözükmez hale getirmek olduğunu" ifade etmiştir.

*iletişim kanalları ile açık hava, basılı işler **gibi** reklam taşıyan malzemeler)*" olarak tanımlanmak suretiyle, "mecra" kavramı, (h) bendindeki düzenlemeyle çelişircesine oldukça geniş olarak ifade edilmiştir. Bu durumda da "reklamın herhangi bir mecrada yayımlanması" şartı gereksiz ve anlamsız bir hale gelmiştir[9]. Yönetmelikte yer alan esasların denetimi ise Gümrük ve Ticaret Bakanlığı bünyesinde kurulan Tüketicinin Korunması Genel Müdürlüğü çatısı altında örgütlenen Reklam Kurulu'na aittir.

b. Basın İlan Kurumu Kanunu

Ulusal hukukumuzda "reklam" kavramı ilk kez, 195 sayılı Basın İlan Kurumu Teşkiline Dair Kanun'un 40/2 maddesinde;

"*Satışı arttırma gibi ticari gayelerle veya bir şeye veya bir fikre rağbet sağlamak gibi maddi veya manevi bir menfaat temini maksadıyla gazete ve dergilerde yazı, resim veya çizgilerle yapılan **ilanlar**, **reklam sayılır***" şeklinde tanımlanmıştır. Söz konusu tanımlamada, ticari gayenin yanında bir fikre rağbet sağlamak için reklam yapılmasını mümkün görmesi olumlu, reklam mecralarının gazete ve dergilerle sınırlanması, gelecekte vücuda gelecek yaygın iletişim ve medya vasıtalarını göz ardı etmesi veya öngörmemesi olumsuz olmuştur. Bununla birlikte 195 sayılı Basın İlan Kurumu Teşkiline Dair Kanun'un 1 ve 40/2 maddesinde, Basın İlan Kurumu'nun görevi resmi kurumlar tarafından yaptırılacak olan reklam ve ilanların gazete ve dergilerde yapılmasına imkân verdiğini, bunun dışındaki mecralara imkân vermediğini ifade etmek gerekir.

---

[9] Emrehan İnal / Başak Baysal, **Reklam Hukuku ve Uygulaması**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008, s.9.

c. Radyo ve TV Mevzuatı

15.02.2011 tarih ve 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkındaki Kanun[10] ile reklamın genel bir tanımı yapılmaktan ziyade, "*radyo ve TV'de yapılan reklam"* ın tanımı yapılmıştır. Buna göre reklam, 3/1 (ş) maddesinde "*Taşınmazlar, hak ve yükümlülükler dahil olmak üzere mal veya hizmetlerin teminini teşvik etmek, bir amaç veya düşünceyi yaymak veya başka etkiler 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"* şeklinde tanımlanmıştır. Oysa mülga 3984 sayılı aynı isimli kanunda reklam "*bir ürün veya hizmetin alım, satım veya kiralanmasını geliştirme, bir amaç veya düşünceyi yaymak veya reklamcının istediği başka etkileri oluşturmak amacıyla, ücret veya benzeri bir karşılık ile iletim zamanında reklamcıya tahsis edilen kamuya yönelik duyurular*" şeklinde ve çok daha geniş kapsamlı bir şekilde tanımlanmıştı. Yeni tanımlamada, eski tanımdaki birçok eksiklikten dönülmüş ve Kanun'un uygulama kapsamının radyo ve televizyon olduğu gerçeğinden hareketle, sadece radyo ve TV deki reklamların tanımı yapılmıştır. Yapılan tanımın 2007 yılında yenilenen 2007/65 sayılı TV Yönergesinin 2 (i) maddesindeki tanımlamaya[11] ve keza 2006/114 sayılı Aldatıcı Reklam ve Karşılaştırmalı Reklam Yönergesinin 2 (a) maddesindeki tanımlamaya[12] tamamen uygun bir tanımlama olduğu anlaşılmıştır. 6112 sayılı yeni Kanunda, reklam konusunun sadece mal ve hizmetlerle sınırlandırılmamış olması, ücret verilmeksizin kendi ürününün tanıtımı (öz

---

10 3984 sayılı Kanun'u ilga eden 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkındaki Kanun için bkz. 03.03.2011 T. ve 27863 sayılı R.G.

11 Directive 2007/65/EC of the European Parliament and of the Council of 11 December 2007 Amending Council Directive 89/552/EEC on the Coordination of Certain Provisions Laid Down by Law, Regulation or Administrative Action in Member States Concerning the Pursuit of Television Broadcasting Activities, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri= CELEX:32007-L0065:en:NOT, s.y., 18.08.2011.

12 Directive 2006/114/EC Of The European Parliament and Of The Council of 12 December 2006 Concerning Misleading and Comparative Advertising (Codified Version) http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32006L0114:EN:HTML s.y., 18.08.2011.

tanıtım) ile bir fikir veya düşünceyi yayma faaliyetinin de reklam olarak nitelenmesi *önemli yenilikler* arasındadır. Keza bu tanımlamaya uygun olarak, ticari ve mesleki faaliyet dışında kalan siyasi reklamların Kanun'un 31.maddesinde ayrıca düzenlenmiş ve YSK'nın denetimi altına alınmış olması diğer bir önemli yenilik olmuştur.

TRT Reklam Yönetmeliği'nin 3/1 (f) maddesinde reklam "Bir ürünün, hizmetin, faaliyetin, kurumsal kimliğin sesli, görüntülü veya yazılı olarak tanıtımı" olarak tanımlanmıştır.

2. Milletlerarası Metinlerdeki Tanımlamalar

Milletlerarası metinlerdeki "reklam" kavramı ve reklama ilişkin ilkeler de Türk hukukunu yakından ilgilendirmektedir. Zira 4077 sayılı TKHK'nun 17/2 maddesinde, Türkiye'de münhasıran reklamların denetiminde görev almak üzere kurulan Reklam Kurulu, reklamlarda uyulması gereken ilkeleri belirlerken, ülke şartlarının yanında, **reklamcılık alanında evrensel kabul görmüş tanım ve kuralları** da dikkate almakla görevlendirilmiştir.

a. Amerikan Pazarlama Birliği

Amerika'da faaliyet gösteren ve temel amacı üyeleri arasında pazarlama faaliyetlerinin düzen içerisinde yürütülmesini sağlamak üzere 1900 yılında kurulan, dünyanın en büyük meslek örgütlerinden biri niteliğindeki Amerikan Pazarlama Birliği (American Marketing Association - AMA) tarafından reklam "gerçek veya tüzel kişiler veya kuruluşlar tarafından medyada *ücret karşılığı yapılan her türlü ikna edici mesaj veya beyanatlar*" olarak tanımlamıştır[13]. Kanaatimizce reklamın ayırıcı özelliği, sadece vasıta kullanılarak ve ancak ücret karşılığı yapılabilecek olması değildir. Aksi

[13] American Marketing Association (Amerikan Pazarlama Birliği) Ticarî Terimler Sözlüğü http://www.marketingpower.com/_layouts/Dictionary.aspx, s.y., 18.08.2011.

takdirde tacirlerin herhangi bir ücret ödemeden doğrudan telefon, faks, e-mail gibi vasıtalarla veya yüz yüze yaptığı görüşmelerle yaptığı tanıtım çalışmaları reklam olarak nitelenemeyecek ve reklam hukukun denetimi dışında kalabilecektir. Bununla birlikte, reklamın sadece ticari gayelerle değil aynı zamanda politik bir fikri yayma faaliyetlerini de içerecek mahiyette geniş ifadelerle tanımlanması bizce de yerinde olmuştur.

b. Milletlerarası Ticaret Odası

Milletlerarası Ticaret Odası (MTO - International Chamber of Commerce - ICC), dünya çapında ekonominin sağlıklı işleyişi ve büyümesi ile yeni iş olanaklarının yaratılması konusunda BM ile birlikte faaliyet gösteren, hükümet dışı kişi ve teşekküllerin biraraya gelerek federal bir yapıda oluşturdukları, bütün dünyada örgütlenmiş, "Dünya İş Örgütü" nün (World Businnes Organization - WBO) de merkezi kuruluşu olan ve 1919 yılında kurulan bir sivil toplum örgütüdür[14]. Milletlerarası ticaret alanında kendisine bir takım misyonlar edinen ICC'nin faaliyet alanlarından biri de "*tacirler arasında özdenetime esas olacak bazı mesleki kuralları belirlemek"* tir. ICC ticarî reklamlar yönünden geçerli olmak üzere bir takım genel ilkeler belirlemiştir. ICC'nin ilkini 1937 yılında çıkarttığı, son olarak 2007 yılında konsolide ettiği "Milletlerarası Ticaret Odası Reklam ve Pazarlama Esasları" (Advertising and Marketing Communication Practice) isimli düzenlemesinin "Tanımlar" başlıklı bölümünde **reklam** "*genellikle bir bedel karşılığında veya başka bir amaçla, medya organları aracılığıyla gerçekleştirilen her türlü pazarlama iletişim şekli*" olarak tanımlanmıştır[15]. Bu tanımda kastedilen, medya organları aracığıyla ürünleri pazarlamak amacıyla gerçekleştirilen reklam olduğu anlaşılmaktadır. ICC tarafından, vasıtalarla veya bizzat reklam veren tarafından doğrudan yapılan her türlü tanıtım faaliyetlerini ifade etmek

---

[14] MTO (ICC) resmi internet sitesi, http://www.iccwbo.org/id93/index.html, s.y., 25.08.2011.

[15] ICC, Advertisement and Communication Practice – Consolidated ICC Code, Definitions, http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/ICC/policy/marketing/Statements/, s.y., 18.08.2011.

üzere daha üst bir tanım olarak kullanılan "*pazarlama iletişimi*" (marketing communication) kavramı ise "*tüketicilerin davranışlarını etkilemek veya ürünlerin sürümünü arttırmak için, doğrudan pazarlamacı veya onun adına başkaları tarafından, reklam ya da diğer tekniklerle yapılan, promosyon, sponsorluk ve doğrudan satış gibi geniş manada her türlü iletişim şekli*" olarak tanımlanmıştır. Esasen reklam tanımında her iki tanımın birlikte kullanımı daha doğru olacaktır. Zira tüketici davranışlarını etkilemek veya ürünlerin sürümünü arttırmak amacıyla yapılan her türlü iletişim şekli aslında reklam tanımının kapsamında kalan aktivitelerdir.

c. 2006/114 Sayılı Avrupa Birliği Yönergesi (Önceki 84/450 ve 97/55 Sayılı)

Avrupa Birliği (AB) hukukunda haksız rekabete ilişkin yeknesak kurallar getirilmesi çalışmalarının ilk somut meyvesi 84/450 sayılı Aldatıcı Reklam Yönergesidir.

Yönerge'nin[16] 2/1 (a) maddesinde reklam;

"*Ticaret, iş, zanaat veya serbest mesleğin icrasıyla ilgili olarak, taşınmaz mülkiyeti ile hak ve borçların desteklenmesi de dahil, malların veya hizmetlerin satışının (arzının) yaygınlaştırılması (arttırılması) amacıyla yapılan her türlü sunum ve tanıtım şekli*"

Olarak tanımlanmıştır. Söz konusu tanımlama, Yönerge bilahare 2006/114 sayılı Yönerge olarak revize edildikten sonra da varlığını aynen sürdürmüştür. Yönerge 'deki reklam kavramı, TTK'da yer alan manada "tacir" sıfatını haiz gerçek ve tüzel kişilerin yanında, bu sıfatı haiz olmayan esnaf, serbest meslek sahibi gibi her türlü mal veya hizmet sunumu yapan kişilerin ekonomik faaliyetlerine ilişkin tanıtımları da kapsamına almaktadır.

---

[16] Council Directive 84/450/EEC of 10 September 1984 relating to the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning misleading advertising, Official Journal L 250, 19/09/1984 P. 0017 – 0020.

Bir reklamda beklenen temel fayda, hedef kitleye mensup kişilerin reklam veren tarafından pazarlanan ürünü satın almalarını sağlamaktır[17].

d. 2007/65 Sayılı AB TV Yönergesi

Televizyon Yayıncılığına İlişkin 2007/65 sayılı AB Yönergesinin 1 (h) maddesinde ise reklam "*bir ücret karşılığında, bir ürünün veya hizmetin daha fazla ticari yaygınlığını sağlamak veya taşınmaz mülkiyeti de dahil olmak üzere hak ve borçların yayın yoluyla herhangi bir şekilde duyurulması*" olarak tanımlanmıştır[18].

3. Öğretideki Tanımlar

Göle reklamı, "*bir vasıta ile tüketim malı ya da hizmeti veya bunları piyasaya sunan kişinin adı belirtilerek tüketicilere seslenilmesi*" olarak tanımlamıştır. Yazar ayrıca, şahsi satış görüşmelerinin reklam mahiyetinde olmadığı, reklamın varlığı için mutlaka kamuoyuna seslenilmesi ve reklamın bir vasıta ile yapılması gerektiğini kabul etmektedir[19].

Örs tarafından reklam, Alman iktisatçı Sombart'a atfen "meçhul müşterilerden mürekkep bir kitlenin yahut halk kitlesinin, söz, ses, yazı, resim gibi vasıtalar kullanılarak telkin edici tesir vücuda getirerek onu muayyen bir

---

17 Eike Ulmann, **Juris Praxiskommentar, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, 1.Auflage, Saarbrücken 2006, § 6 N.52.

18 Directive 2007/65/EC Of The European Parliament and Of The Council of 11 December 2007 amending Council Directive 89/552/EEC on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning **the pursuit of television broadcasting activities** http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX: 32007 L0065:en:NOT, s.y., 18.08.2011. Yönerge sadece TV yayıncılık faaliyetlerinin takip ve denetimiyle ilgili hükümler içermektedir.

19 **Göle**, Aldatıcı Reklamlar, s.37, 38.

rakibin lehinde hüküm vermeğe ve kandırmaya yarayan *iktisadi rekabetin meşru bir vasıtası*" olarak tanımlamıştır[20].

Avşar / Elden tarafından, işletmeler ve tüketiciler yönünden ayrıma tabi tutularak "işletmeler yönünden reklam; üretilen mal ve hizmetlerin tüketiciye duyurulması, pazarda yer alan aynı tür mal ve hizmetlerin çokluğu yüzünden tüketicinin, o işletmenin ürettiği mal veya hizmeti tercih etmesi için ikna edilmesi, ürüne olan ihtiyacın ve talebin canlı tutulmasını sağlamaya yarayan bir araç, tüketiciler yönünden reklam; pazarda kendi ihtiyaçlarına cevap veren binlerce ürün arasından kendi yararına en uygun ve rasyonel bir seçim yapmasına yarayan, ürünleri tanıtan, tanımlayan ve zaman kazandıran bir araç" olarak tanımlanmıştır[21].

İnal / Baysal tarafından reklam "*bir malın veya hizmetin sürümünü arttırmak amacıyla yapılan herhangi bir tanıtım*" olarak tanımlanmıştır[22].

Aslan tarafından reklam, liberal ekonomilerin temel dayanakları olan serbest rekabet sisteminden yola çıkarak "*serbest rekabet sistemlerinde en etkili ve en önemli satışları arttırma aracı, piyasaya sürülen malların rakiplerine göre üstünlüklerinin kamuya anlatılması*" olarak tanımlanmıştır[23].

Bilge, işlevlerinden yola çıkarak, *internet reklamcılığını* "yeni bir av tekniği" olarak nitelemiştir[24].

Bozbel tarafından reklam "*belli bir mala veya işletmeye karşı talep yaratmak üzere yapılan her türlü beyanlar*" olarak tanımlanmıştır[25].

Kanaatimizce, yukarıdaki tanımlamalar umumiyetle doğru olmakla birlikte, bir kısım tanımlarda, sadece mal ve hizmetlerin sürümünü arttırmanın

---

20 Fahri Halil Örs, **Türk Hususi Hukukunda Haksız Rekabet**, T. C. Ziraat Bankası Matbaası, Ankara-1958, s.35, (yöneliş: Varner Sombart – Apogee, C.II, 1932, s.3).

21 Zakir Avşar / Müge Elden, **Reklam ve Reklam Mevzuatı**, RTÜK, Ankara- 2004, s.4.

22 **İnal / Baysal**, s.6.

23 İ. Yılmaz Aslan (İ.Aslan), **Tüketici Hukuku**, Ekin Kitabevi, Bursa, 2004, s.235, 236.

24 Mehmet Emin Bilge, "Tüketicinin Korunması Açısından İnternette Ticari Reklam Yayını", **Prof. Dr. Turgut Kapsüz'e Armağan**, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s.14.

25 Savaş Bozbel, **Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklamlar**, Seçkin, Ankara - 2006. s. 31.

dışında, hakların arttırılması, borçların azaltılması veya reklam verene ait işletme hakkında olumlu imaj edinmek için (bir işletmenin veya faaliyetin tanıtımı vs.) de reklam yapılabileceğinin göz ardı edilmemesi gerekir. Ayrıca bazı tanımlarda, reklam konusu beyanın, sözlü veya sözsüz, vasıtalı veya vasıtasız (doğrudan) olabileceği gözden kaçmış gibi durmaktadır[26]. Zira bir tacirin piyasaya sunduğu mal veya hizmetin reklamının sadece medya organları vasıtasıyla değil, aynı zamanda müşteriyle yüz yüze temas sırasında veya mektup, telefon, faks veya e-mail gibi iletişim araçlarıyla doğrudan yapılması da mümkündür. Öte yandan reklamın temel amacına (piyasaya sunulan mal veya hizmetin sürümünü / cirosunu arttırmak[27]) tanım içerisinde yer verilmesi, tanımların kısa ve kapsayıcı ifadelerle yapılmasının daha doğru olacağını düşünüyoruz[28]. Bu bağlamda, sadece günümüzde var olan ve bilinen ürünlerin değil aynı zamanda henüz hiç piyasaya çıkmamış veya henüz bilinmeyen yeni bir ihtiyacı karşılayan ürünlerin (yeni keşif sonucu ortaya çıkan veya teknik ilerleme sağlayan ürünlerde olduğu gibi) tanıtımını kapsayacak genişlikte olması, gelecekte yaşanabilecek sorunları ortadan kaldırabilecektir. Tanımın kapsamının dar veya geniş tutulması uygulamada önemli sorunlara yol açabilecektir. Zira reklam tanımı geniş tutulduğunda, gerçekte reklam olarak değerlendirilemeyecek düşünce açıklamaları, gereksiz yere reklam denetimine ve müeyyidelere tabi olabileceği gibi, tanım dar tutulduğunda ise rekabeti olumsuz etkileyen bazı davranışlara müsamaha gösterilmesine yol açabilecektir. Bazı tanımlarda reklamı ifade etmek için kullanılan “kandırma aracı”, “yem”, “av” gibi ifadeler ise kanaatimizce hukuki tabirler değildir. Keza yapılan tanımlarda reklamların, satış ve sürümü arttırma işlevinin yanında, tüketiciler için önemli bir bilgi kaynağı olduğuna işaret olunması da yerinde olurdu.

---

26 Hayrunnisa Özdemir, “Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması”, **AÜHFD**, 2004, C.53, S.1, s.66.

27 Wolfgang Hefermehl / Helmuth Köhler / Joachim Bornkamm, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG),** 27.Auflage, Beck, München – 2009, § 6 N.30; **Piper / Ohly, UWG,** § 6 N.23

28 Benzer doğrultuda bkz. Emrehan İnal, **Reklam Hukuku ve Aldatıcı Reklamlar**, Beta, İstanbul, 2000, s.10.

Gerek yasal, gerekse öğreti düzleminde yapılan reklam tanımlamaları, biraz eksik biraz fazlasıyla birbirine yakın ifadeler içermektedir. Kanaatimizce genel anlamda reklamı, "**belirli bir menfaat elde etmek amacıyla, bizzat veya özellikle iletişim araçları olmak üzere her türlü araçla muhatapları zihnen etkileme faaliyeti**" olarak tanımlamak mümkündür. Reklamın unsurları arasında, reklam için bir bedel ödenmesi şartı yoktur. Reklam yoluyla elde edilmek istenen menfaatin, maddi veya manevi bir nitelikte olması da mümkündür.

B. Genel Olarak Reklamın Çeşitleri

En üst noktada reklamı, **ticari amaçlı reklam / sair amaçla reklam** olarak ikiye ayırmak mümkündür. Sair amaçla reklamın kapsamına, kişilerin veya çeşitli kuruluşların, siyasi, sosyal, kültürel veya mesleki anlamda yaptıkları veya yapmayı düşündükleri faaliyetlerin tanıtımıyla ilgili reklamları dahil edebiliriz. İki grup arasındaki en belirgin fark, ticarî reklamlar satış odaklı iken, sair reklamlar herhangi bir ürünün satışını hedeflemez. Bu çalışmanın kapsamını ise tamamen ticari reklamlar oluşturmaktadır.

Kanaatimizce ticari reklamları, ticarî bir menfaat elde etmek amacıyla **bizzat veya özellikle iletişim araçları olmak üzere her türlü araçla hedef kitleyi zihnen etkileme faaliyeti** olarak tanımlamak mümkündür. Ticarî reklamların *iki temel işlevi* bulunmaktadır. Bunlardan **birincisi**, reklama konu mal ve hizmetlerin pazarlanması (satışı) veya pazar payının (sürümün) arttırılmasıdır. **İkincisi** ise, belirli mal ve hizmetlerin varlığı noktasında tüketicilere bilgilendirme yapmasıdır. Reklamlar söz konusu işlevi sayesinde arz ve talep arasında *iletişim vasıtası* görevi üstlenmektedir[29]. Temel amaç doğrultusunda, reklamda bazen objektif bilgiler sunulabileceği gibi, bazen de tüketicilerin duygularına hitap eder. Hatta bazen duyguları da istismar eder.

---

[29] Adolf Baumbach, Wolfgang Hefermehl, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG),** (Baumbach/ Hefermehl) 22. Auflage München, 2001, § 3-8 N.1-3.

Özellikle barış, özgürlük, çevre, merhamet gibi duygular en çok istismar edilen reklam konularıdır. Duygulara hitap eden reklamlar çoğu zaman hedef kitlesine, bu ürünü aldıklarında kendilerini daha mutlu hissedecekleri, önemli toplumsal ve sosyal bir olaya katkı sağladıkları imajını vermeye çalışır[30]. Reklam verenler, reklam yoluyla, öncelikle hedef kitlenin reklama konu ürünleri almaları için onlarda *satın alma arzusunun uyandırma*yı ve akabinde de reklam konusu ürünün ticari pazar payının yükseltilmesini ve pazardaki varlığının kalıcılığını sağlamayı hedefler[31].

Ticari reklamlar muhataplarına hitap şekli bakımından, *bilgilendirici* ve *önerici* reklamlar şeklinde ayrıma tabi tutulabilir. *Bilgilendirici reklam*, reklam verenin kendisi ya da ürettiği ürünlerin, dikkati çeken özellikleri konusunda bilgi vermeyi amaçlayan reklamlardır. Özellikle şirketlerin ticari ve coğrafi büyüklükleri, etki alanları vb. özelliklerinin tanıtımı bu tür reklamlara girer. *Önerici reklam* ise hedef kitleyi doğrudan bilgilendirmeyi değil, mantık kurallarına bağlı kalmaksızın, onların reklam konusu ürünleri satın almalarını sağlamaya yönelik reklamlardır[32]. Bu tür reklamlarda daha çok ürünlerin isimleri ve varlığına ilişkin bilgiler yoluyla dolaylı yoldan onların kalitelerine veya fiyatlarına vurgu yapılır[33]. Tüketiciler belirli ürünlere onların imajlarından doğan değer atfederler. Bu imaj ise *önerici reklamlar* yoluyla oluşturulur.

C. Reklamın Unsurları

Yukarıda ifade olunan tanımlardan hareketle reklamın unsurlarını aşağıdaki şekilde tespit **etmek mümkündür:**

---

30 İsmail Kırca, "Tüketicilerin Hislerine Yönelik Reklamlar, **Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Batider**, Ayrı Bası, Kasım–1998; Gloy/Bruhn, **GRUR** 1998, s.226.

31 **Ulmann**, **UWG** § 6 N.52.

32 Ulrich Loewenheim, "Suggestivwerbung, unlauterer Wettbewerb, Wettbewerbsfreiheit und Verbraucherschutz" **GRUR** 1975, s. 99 vd.

33 Burkhart Menke, "Die moderne Informationsökonomische Theorie der Werbung und ihre Bedeutung für das Wettbewerbsrecht, dargestellt am Beispiel der vergleichende Werbung", **GRUR** 93, s.720.

1. Reklam İradesi

Reklamı yapan gerçek ya da tüzel kişinin, ifade ettiği sözcüklerin "reklam" olarak nitelenebilmesi için, tanıtım anlamına gelecek beyan ve ifadelerini bir reklam kastıyla kullanması gerekir. Tek başına bir ürünün tanıtılması, övülmesi veya tavsiye edilmesi reklamının yapıldığı anlamına gelmez. Bunun için beyanda bulunan kişide reklam yapma iradesinin olması gerekir. Reklam iradesinin, sadece tanıtım konusu ürünü üreten veya pazarlayan kişilerde olması beklenemez. Pekâlâ, üçüncü kişi menfaatine, hatta ondan habersiz olarak da reklam yapılması mümkündür. Diğer bir anlatımla, reklam iradesinin varlığı için bir bedel ödenmesi veya reklamda şahsi bir menfaat elde etme gayesinin bulunması gerekmez[34]. Bir ifadenin reklam olarak nitelenebilmesi için reklam yapan kişide, kendisi veya 3.kişi lehine, *planlı ve kazanç elde etmek maksadıyla* sarf edilmesi gerekir. Reklam iradesi olmaksızın, rastgele, gelişi güzel ve bir kereliğine sarf edilen ifadeleri reklam olarak kabul etmek doğru değildir[35].

Salt tüketicileri bilgilendirme, bilimsel araştırma veya tartışmalarla ilgili olarak sarf edilen ifadeler, test raporları, haberler reklam olarak görülmemelidir. Ancak, üçüncü bir kişinin bilimsel araştırma ve test sonuçlarını reklam amacıyla kullanması mümkündür[36]. Önemli olan, yapılan tanıtımın ticari faaliyetle ilgili olmasıdır. Bu unsurun geniş şekilde yorumlanmasının 2006/114 sayılı Yönergenin liberalleştirme amacına uygun olacağı savunulmuştur[37].

Reklamdaki ifadenin, her zaman için reklam verenin inisiyatifiyle ortaya çıkması gerekmez. Yüz yüze satış görüşmeleri sırasında müşterilerin anlık

---

34 **Özdemir**, s.66.

35 Helmut Köhler / Tobias Lettl, "Das geltende europäische Lauterkeitsrecht, der Vorschlag für eine EG-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken und die **UWG**-Reform", (Köhler/Lettl) **WRP** 03, s. 1022.

36 BGH **GRUR** 02, s.633 vd. – Hormonersatztherapie.

37 **Köhler/Lettl**, **WRP** 03, s. 1022; **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N.29.

sorularına verilen cevaplar sırasında sarfedilen sözlerde de reklam iradesinin varlığı söz konusudur.

Reklam Yönetmeliğinde reklamı "bedel" şartına bağlayan tanımlama daha sonra Yönetmelikten çıkartılmıştır[38]. Söz gelimi bir yardım vakfı tarafından üretilen veya pazarlanan bir ürün reklamının, vakfın gelirinin artması amacıyla, vakfa gönül veren kişilerce yapılması mümkündür. Ancak satın aldığı üründen memnun kalan bir kişinin, reklam iradesi olmaksızın, gazete köşelerine o üründen memnuniyetini bildirmesi, eşe dosta tavsiye etmesi reklam olarak yorumlanamaz. Keza ekonomi haberlerinde büyük şirketlerin başarıları hakkında haber mahiyetinde bilgi verilmesi reklam olarak nitelenemez. Bununla birlikte reklam maksadıyla şirket yöneticileriyle yapılan röportajlar o şirketin reklamı (örtülü reklam) mahiyetinde olabilir.

2. Belirli Amaca Yönelik Olma

Reklamdan söz edebilmek için, yapılan tanıtımın belirli bir amaca yönelik olması gerekir. Aksi takdirde yapılan tanıtımlar şahsi görüş açıklaması olmaktan öteye gitmeyecektir. Her reklam, aslında rekabetçi bir ticari yaklaşımı sergiler[39]. Reklam yapmaktaki temel amaç maddi veya manevi bir menfaat sağlamaktır. Sağlanmak istenen maddi menfaatin başında ise reklam konusu ürünlerin cirosunun artışı gelmektedir. Reklam konusu ürünün mutlaka bir mal veya hizmet olması gerekmez. Bir gayrimenkul mülkiyetine ilişkin ayni haklar, kiralama, kazanç artışı, borçların azaltılması, kredi alınması gibi hususlar da reklama konu edilebilir[40]. Sonuç itibariyle bu alanlarda yapılacak reklamların tamamı, cironun arttırılması hedefine hizmet edecektir[41]. Reklama konu teşkil edecek alanların geniş yorumlanması gerekir. Sağlanmak istenen ciro artışı yönünden, reklamda

---

38 **İ. Aslan**, s. 237.
39 OLG Hamburg, **GRUR**-RR 04, s. 259 – Babes und Zicken.
40 Bkz. 2006/114 sayılı Yönerge'nin 2 (a) maddesi.
41 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N.30; **Piper/Ohly**, **UWG** § 6 N.23.

kullanılan ifadelerin, objektif olarak böyle bir sonuca ulaştırabilir nitelikte olması gerekmez.

Reklam yoluyla ciro artışını sağlamadaki en etkili reklam yöntemlerinden biri de karşılaştırmalı reklamlardır. Karşılaştırmalı reklam yönünden, reklamın mutlaka ticari bir faaliyet çerçevesinde yapılması gerekir[42]. Ancak reklamda herhangi rekabetçi bir ifade olmaksızın, salt rakibin isminden veya mal ve hizmetlerinden bahsedilmesi ya da eleştirilmesi, karşılaştırmalı reklam olarak kabul edilemez[43]. Bununla birlikte salt rakibe yönelik eleştiri, dolaylı yoldan da olsa ters etki sonucu da olsa, reklam verenin cirosunun artmasına hizmet ettiği söylenebilecektir. Sırf ciro artışı sağlayacağı beklentisiyle reklamda rakibin küçültülmesi ya da aşağılanması, dürüstlük kuralına aykırı olup meşru olarak kabul edilemez. Diğer bir anlatımla ciro artışını sağlayacak nitelikteki her reklamın hukuka uygun olduğu söylenemez.

Sadece bir mal veya hizmet satmak değil, satın alma amaçlı reklamlar yoluyla da ciro artışı sağlamak mümkündür. Mesela; süt üreticisi (A)'nın, süt satan mandıracıları –sütü kendisine satma konusunda ikna edebilmek için- *"(B) sütünüze kaç para veriyorsa biz 5 sent daha fazla veriyoruz!*" şeklindeki reklamı, hedef kitleyi sözleşme yapmaya ve ürün satmaya davet niteliğinde, ancak ciro artışı sağlama amacına yöneliktir[44].

Övgü, reklamın unsurlarından değildir. Reklam konusu ürün hakkında mesaj verilmesi yeterlidir. Ancak övgünün, hatta yerine göre abartının dahi reklamın doğasında var olduğunu hatırdan çıkarmamak gerekir.

---

42 **Köhler/Lettl**, **WRP** 03, s. 1022.
43 **Köhler**, **GRUR** 05, s.273.
44 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 30.

3. Tanıtım Yapılması

Tek başına reklam iradesi ve reklam amacı bulunsa bile icraata dökülmeyen ve niyet aşamasında kalan düşüncelerin reklam olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Reklam olgusunun varlığı için dışa dönük ve tanıtım amacına yönelik rekabetçi bir ifadenin varlığına ihtiyaç bulunmaktadır.

Reklamda yer alacak "ifade" terimini geniş yorumlamak gerekir. Söz konusu "ifade", sözlü veya sözsüz, sesli veya sessiz, kamuya veya şahsa yönelik vs. her türlü yöntem ve şekilde olabilecektir[45]. Reklamdaki ifade bizzat tacirin kendisi tarafından serdedilebileceği gibi, bir başka tacirin mal ve hizmetleri lehine 3.kişilerce[46] de gerçekleştirilebilecektir. Bu olgu E-Ticaret Yönergesinin 2 (f) maddesinde "*ticari iletişim*" kavramıyla ifade edilmiştir. Esasen müşterilere yönelik olarak yapılan her türlü "bilgi paylaşımı" faaliyetinin dahi "reklam" olarak yorumlanması mümkündür[47].

Reklama konu tanıtım ifadesi henüz ortaya çıkmamış olsa bile, ön hazırlıklarına başlanmış olması halinde bir reklamın hukuki niteliğinin tartışılabilir hale geldiği kabul edilebilir. Diğer bir anlatımla yayınlandığı anda aldatıcı veya haksız bir reklamın meydana geleceğini ileri süren kişiler, henüz yayınlanmadan ve zarar doğmadan önce o reklamın durdurulmasını talep edebilir. Zira haksız rekabetçi davranışların varlığı halinde, zarara uğrama tehlikesi de hukuki koruma altındadır[48]. Ancak, mal veya hizmet sürümünü arttırma kabiliyeti olmayan ifadelerin reklam olarak nitelenmesi mümkün değildir.

Reklama konu tanıtım ifadesi açık ya da gizli (örtülü) olabilir. Bununla birlikte gizli reklamlar, 6112 sayılı Radyo ve TV Kuruluşları ve Yayın

---

45 ABAD, 25.01.2001 tarih, C–112/99 - **Toshiba / Katun**, N.31.

46 Mesela, bir tacire ait malın diğerininkine göre daha kaliteli olduğuna ilişkin bilimsel araştırmalarda olduğu gibi. Bkz. BGH **GRUR** 2002, 663, 634 – Hormonersatztherapie.

47 **Köhler/Lettl**, **WRP** 03, s. 1022; **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N.30.

48 Bkz. TTK 56, 57/5 m. ile 2006/114 sayılı Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklam Yönergesi 5/3 (b) m., 2005/29 sayılı Haksız Ticari Uygulamalar Yönergesi 11/2 (b) m.

Hizmetleri Hakkındaki Kanun'un 9/3 ve 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 16/2 maddeleri uyarınca açıkça yasaklanmıştır.

BGH (Alman Temyiz Mahkemesi), bir tacirin kendi malları ile rakibine ait emsal malları, herhangi bir değerlendirmede bulunmaksızın sadece aynı listede yan yana gösterilmesini bir reklam ifadesi olarak kabul etmiştir[49].

Bağımsız araştırma ya da bilim kuruluşları tarafından, tüketicileri ve toplumu bilgilendirme amacıyla yapılan bilimsel çalışmaların açıklanması[50], bir piyasa araştırmasının yayınlanması[51] veya basında yer alan haber açıklamaları[52], "*rekabet amacı gütmeyen ve tarafsız*" bilgilendirme amaçlı beyanlar olup, bu tür açıklamalardaki tanıtımların reklam ifadesi olarak nitelendirilmesi mümkün değildir[53]. Bununla birlikte bu tür bağımsız araştırma raporlarının reklam amaçlı olarak kullanılması mümkündür.

D. Reklamın Hukuki Niteliği

Genel olarak reklam, reklam verenler tarafından yapılan bir ticari faaliyet niteliğindedir. Asıl amaç mal veya hizmetin satın alınmasını sağlamaktır. Tüm ticari faaliyetler gibi reklamlar da dürüstlük kuralına uygun olmak ve aldatıcı olmamak zorundadır (6102 sayılı TTK 54 m.). Reklam faaliyetiyle, bir yandan hedef tüketici kitlesi reklama konu ürünün özellikleri konusunda bilgilendirilmekte, diğer yandan ise ürünün belirli vasıf ve özelliklerde olduğu hedef kitleye **vaat** edilmektedir. Reklamda yer alan vaatler sayesinde hedef kitle belirli mal veya hizmeti satın alma konusunda ikna edilmekte ve süreç reklam konusu ürünün satın alınması, yani bir alım

---

49 BGH, I ZR 185/05, 06.12.2007 – Duftvergleich mit Markenparfüm., bu ve bundan sonra atıf yapılacak olan ve her hangi bir dergi atfı olmayan bütün BGH (Alman Temyiz Mahkemesi) kararları, mahkemenin resmi internet sitesi olan http://juris.bundesgerichtshof.de adresinden doğrudan alınmıştır. S.y., 05.05.2012.

50 BGH **GRUR** 02, s. 635 – Hormonersatztheraphie.

51 OLG Hamburg **GRUR**-RR 04, s. 259 –Babes und Zicken; BGH **GRUR** 1999, 69, 70, Preisvergleichsliste II.

52 OLG Hamburg **GRUR**-RR 2002, s. 112 – Verlierer.

53 **Piper/Ohly**, **UWG** § 6 N. 25; **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 32.

satım sözleşmesinin kurulmasıyla sonuçlanmaktadır. Söz konusu sözleşmenin doğumuna sebep olan reklam, bazen açık bir icap (öneri), bazen icaba davet (bağlayıcı olmayan öneri), bazı durumlarda ise "ilan suretiyle vaat" (TBK 9 m.) veya "piyango" (TBK. 606 m.) şeklinde karşımıza çıkabilmektedir[54].

Taraflardan birinin diğerine yönelttiği ve kabul edilmesi halinde sözleşmenin meydana geldiği teklifler Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 2 vd. maddesi uyarınca "icap" (öneri) niteliği taşımaktadır. Satıcı reklam vasıtasıyla satış sözleşmesinin kurulmasıyla ilgili olarak akdin zorunlu unsurlarını karşılayacak şekilde öneride bulunmuş ise, alıcının kabul beyanı ile sözleşme kurulmuş olacaktır. Ancak reklamda bu hususta bir süre (X tarihine kadar) veya miktar sınırı (söz gelimi; "stoklarla sınırlıdır") öngörülmüş ise, yapılan önerme ancak bu kısıtlamalar dahilinde geçerli olacaktır.

Reklamda yer alan sözleşme yapma çağrısı, bir sözleşmenin kurulması için gerekli asli unsurları taşımıyorsa bu beyan "sözleşme önerisi" değil, öneriye davet (icaba davet) mahiyetindedir. 6098 sayılı TBK 8 maddesinde yer alan düzenleme uyarınca, "önerisiyle bağlı olmama hakkını saklı tuttuğunu açıkça belirtmesi veya işin özelliğinden ya da durumun gereğinden bağlanma niyetinin olmadığının anlaşılması" halinde öneride bulunanın sözleşme yapma mecburiyeti bulunmamaktadır.

Kanaatimizce de reklamı belirli bir hukuki kalıba sokmak doğru olmayacaktır. Onun yerine her somut olayda, reklamda yapılan vaadin niteliğine ve olayın özelliklerine göre, reklamın öneri veya öneriye davet niteliğinde olup olmadığını değerlendirmek yerinde olacaktır[55].

---

54 **Özkan**, s.414; **Göle**, Aldatıcı Reklamlar, s.45. Yazar "ilan suretiyle vaat" türünde reklam için "Yeni imal edilen bir diş macununa, en uygun ve orijinal markayı bulana onbin TL ödül verilecektir" örneğini, "piyango" türü reklama ise "Her okuyucuya bir kura numarası verilecek ve noter huzurunda yapılacak çekilişte kazanan kura numarası sahibine Murat marka bir otomobil verilecektir" örneğini vermiştir.

55 **İ. Aslan**, s. 238; **Göle**, Aldatıcı Reklamlar, s.45; Adak, s.362-363; Berkant Şengel, "Reklamlarda Haksız Rekabet", **YKD**, C.26, S.3, Temmuz – 2000, s.462.

Aldatıcı reklamlar 6102 sayılı TTK 54 ve 55/5 maddesi ile 4077 sayılı TKHK'nun 16 maddesi uyarınca açıkça hukuka aykırıdır. O nedenle *reklamda yer alan beyanların hukuki niteliği, aldatıcılığın tespiti açısından önem arz etmektedir*[56]. TBK 2 maddesi anlamında "öneri" niteliğinde olan bir reklama rağmen, gerçeğin böyle olmaması (söz gelimi; X malın 10 TL'den satımına ilişkin vaade rağmen fiyatın daha yüksek olması) halinde aldatıcı bir reklamın varlığından söz edilecektir. Bununla birlikte reklamdaki beyanın "öneriye davet" mahiyetinde görülmesi halinde (söz gelimi; "10 TL'den başlayan fiyatlarla" ibaresinin somut bir ürüne ilişkin olmaması) herhangi bir hukuka aykırılıktan söz edilemeyecektir. Reklam verenin tüketicilere karşı, akit öncesi aydınlatma sorumluluğu (culpa in contrahendo) ile rakip tacirlere karşı haksız rekabete dayalı sorumluluğu, reklamda yer alan beyan ve ifadelere göre tespit edilecektir[57]. Reklamlar bir sözleşmenin *ilk müzakere safhası* olarak kabul edilebilir. Akit öncesi aydınlatma yükümlülüğü reklam verene objektif özen borcu yüklemektedir[58]. Bu yükümlülüğün temeli dürüstlük kuralına dayanır. O nedenle reklam verenin "aldatma kastı" ile hareket etmesi gerekmez.

Reklamın birden çok kişinin yer aldığı genel kitleye yönelik olması onun "öneri" olma niteliğini ortadan kaldırmayacaktır[59]. Bir reklamda, belirli bir somut ürün için belirli bir fiyatın zikredilmiş olması o beyanın "öneri" olarak kabul edilmesi için yeterlidir. Reklam veren, şayet miktar ve zaman yönünden sözleşme yapma iradesini sınırlamak istiyorsa bu hususu reklam metninde açıkça ifade etmelidir. Müşteri reklama olan inançla reklam verene ait işyerine gittiğinde söylenilen fiyatta vaat edilen ürünü bulamaz ise, bu defa aldatıcı reklamdan söz etmek kuvvetle muhtemel olacaktır. Keza kendisine reklamda vaat edilenden başka ve daha pahalı bir ürün gösterilmesi halinde,

---

56 **Göle**, Aldatıcı Reklamlar, s. 43, 44.

57 **Özdemir**, s.69.

58 Ebru Ceylan, "Karşılaştırmalı ve Tuzak Reklamlar", **GÜHFD**, S.2003/2, s.209.

59 Aksi yönde bkz. **Göle**, Aldatıcı Reklamlar, 45(Yazar, EBK'daki düzenlemeyi baz alarak bu sonuca ulaşmıştır).

bu reklam işyerine müşteri çekmek amacıyla hazırlanan "tuzak" reklam olarak nitelenebilir[60].

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun mülga 7/2 maddesinde "*Tarife ve cari fiyat irsali icap teşkil etmez*" hükmünü içeriyordu. Bu hüküm uygulamada sık sık tüketicilerin aldatılmasına yol açıyordu. Ucuz fiyat listesi gönderilerek müşterinin dikkati o mağazaya çekiliyor, ancak işyerine gelen müşteriler gerçek fiyatların daha yüksek olduğunu görüyorlardı. 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 8 maddesinde yapılan, "*Fiyatını göstererek mal sergilenmesi veya tarife, fiyat listesi ya da benzerlerinin gönderilmesi, aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça öneri sayılır*" şeklindeki düzenlemeyle, tarife, fiyat listesi veya benzerlerinin gönderilmesinin "öneri" sayılması yerinde ve önemli bir değişiklik olmuştur. Kanun'da geçen "…**veya benzerlerinin gönderilmesi**" kavramının, her türlü reklamları da kapsayacak şekilde geniş anlaşılması ve yorumlanması gerekir[61].

E. Reklamların Temel İşlevleri

Reklamların temel işlevlerini tespit edebilmek için hukuka uygun reklamların sağladığı faydaları ele almak daha doğru olacaktır.

1. Bilgilendirme İşlevi

Reklamların temel işlevlerinden ilki, yöneldiği hedef kitle bakımından önemli bir bilgi kaynağı olmasıdır[62]. 1950'li yıllar öncesinde çok düşük düzeyde olan tüketici korumasıyla ilgili olarak yapılan çalışmalar sonrasında ABD'de 15.03.1962 tarihinde yürürlüğe giren Tüketici Hakları Kanunu ile

---

60 **Ceylan**, s.210.

61 Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 8.Bası, Beta, İstanbul-2003, s.223.

62 Hamdi Pınar, "Reklam Hukukunun Esasları", **Turgut Akıntürk'e Armağan**, Beta, 2008, s.515; **Göle**, Aldatıcı Reklamlar, s.17.

tüketicilerin bir takım temel haklarının bulunduğu kabul edilmiştir[63]. Tüketicilerin temel hakları bilahare Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyi tarafından da kabul edilmiştir[64]. Tüketicilerin *bilgilenme hakkı* bu temel haklarından birisidir. Tüketicilerin bilgilenme hakkının, onların sağlıklı ve bilinçli tercih yapmalarına engel olan, reklamlar, etiketlemeler, bilgi sunumları dahil bütün aldatıcı ticarî uygulamalara karşı geçerli olduğu anılan kanunda açıkça ifade edilmiştir.

4077 sayılı Tüketicilerin Korunması Hakkında Kanun'un "Amaç" başlıklı 1.maddesinde de "*aydınlatılma hakkı*" tüketicilerin temel haklar arasında sayılmıştır.

AB de tüketici hakları korumasına özel önem vermektedir. O zamanki adıyla Avrupa Toplulukları (AT) Komisyonu ve Danışma Konseyi 1975 yılından başlayarak tüketicilerin korunması politikası üzerinde yoğunlaşmıştır. Bu bağlamda yapılan çalışmaların ilki, tüketicilerin aldatıcı ve haksız reklamlara karşı korunması çalışması olmuştur. Bu çalışmalar sırasında, *ilki* tüketicilerin reklam konusu ürünlerin önemli noktalarına ilişkin olarak *yeterli miktarda bilgilendirilmesi* olmak üzere, tüketicilerin beş temel hakkının bulunduğu sonucuna ulaşılmıştır[65]. Nihai aşamada ise tüketicilerin doğru ve dürüst reklamlarla bilgilenmeleri hakkını esas alan 84/450 sayılı Aldatıcı

---

63 The Official Website of the Office of Consumers Affairs & Businnes Regulation, http://www.mass.gov/?pageID=ocahomepage&L=1&L0=Home&sid=Eoca, s.y., 25.08.2011. Amerikan Tüketici Hakları Kanunu (Consumer Bill of Rights) ile tüketicilerin temel hakları; "*seçme hakkı, güvenlik hakkı, bilgilenme hakkı, şikâyet hakkı, çare ve çözüm bulma hakkı, eğitilme ve bilinçlendirilme hakkı*" olarak sayılmıştır.

64 BM Tüketici Koruması Rehberi (United Nations Guidelines for Consumer Protection -as expanded in 1999), http://www.un.org/esa/sustdev/publications/consumption_en.pdf, s.y., 25.08.2011. Söz konusu rehberde, Amerikan Tüketici Hakları Kanunu'nda yer alan temel haklara ilaveten "sağlıklı çevre ve servis hizmeti alma" haklarının da bulunduğu kabul edilmiştir.

65 AT'nun "Tüketicilerin Korunması ve Bilgilendirilmesi Politikası'na" ilişkin Danışma Konsey'inin sunduğu ilk çalışma 25.04.1975 tarih ve ABl. EG Nr. C 92/01 sayılı kararla sonuçlanmıştır. Tüketicilerin hakları; "1- Sağlık ve can güvenliğinin korunmasını talep hakkı, 2- Bilgilendirilme hakkı, 3- İktisadi menfaatlerinin korunmasını talep hakkı, 4- Zararının hızla tazminini talep hakkı, 5- Örgütlenme ve çeşitli kurullarda temsil edilme hakkı" olarak sayılmıştır. Bkz. Celal Göle, "Türk Hukukunda Reklamların Ön Denetimi Sorunu" (Öndenetim), **AÜSBFD**, 1985, S:CXI, s.255.

Reklam Yönergesi çıkartılmıştır[66]. Yönergenin temel amacı tüketicilerin bilgilenme hakkı önünde büyük engel teşkil eden aldatıcı reklamların önlenmesi olmuştur. Bu yönergeye bilahare 97/55 sayılı Karşılaştırmalı Reklam Yönergesi ile hukuka uygun karşılaştırmalı reklamlara ilişkin hükümler ilave edilmiş, her iki Yönerge daha sonra 2006/114 sayılı Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklam Yönergesi olarak revize edilmiştir. AB'de son olarak çıkarılan ve tamamen tüketici korumasını hedef alan 2005/29 sayılı Haksız Ticarî Uygulamalar Yönergesi ile tüketicilerin haksız ticarî uygulamalara karşı korunması daha da güçlendirilmiş, bilgilendirilme hakkının sınırları da genişletilmiştir. Hali hazırda, tüketicilerin tüm haklarını konu alan "Tüketici Hakları Yönerge Taslağı" 2008 yılı sonlarında hazırlanarak AB Komisyonuna sunulmuş olup yasalaşmayı beklemektedir[67].

Tüketicilerin bilgilenme haklarına hizmet eden en etkili araçlardan birisi de reklamlardır. Reklamlar tüketicilerin bilinçli bir tercih yapmalarına imkân sağlar[68]. Bu sayede gerçekten ihtiyacı olan ürünleri, en uygun fiyattan alma şansı elde edebilirler. Satın almayı düşündükleri ürünlerin kalitesi, satış sonrası hizmetleri, garanti süresi gibi kararlarına etki eden diğer konularda bilgi edinirler. Bu anlamda doğru ve dürüst bilgi içeren, aldatıcı olmayan reklamlar tüketicilerin oldukça yararınadır.

2. Sürümü Arttırma İşlevi

Reklamların diğer bir işlevi de reklam konusu ürünün hedef tüketici kitlesine tanıtımı sonucu o ürüne karşı daha fazla talep yaratılmasıdır[69]. Reklamlar yoluyla sağlanacak talep artışı reklam verenin sürümünü ve

---

66 Council Directive 84/450/EEC of 10 September 1984 relating to the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning misleading advertising, Official Journal L 250 , 19/09/1984 P. 0017 – 0020.

67 Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL ON CONSUMER RIGHTS, SEC(2008) 2544, Brussels, 08.10.2008, COM(2008) 614/3, http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/Directive_final_EN.pdf, s.y., 25.08.2011.

68 Hüseyin Ateş, "Türkiye'de Yanıltıcı Reklamlar", **Verimlilik Dergisi**, S.3, 1981, s. 5.

69 **Ateş**, s.5

cirosunu arttıracaktır. Artan sürüm ve ciro karşısında reklam verenin ürün başına maliyetleri azalacak, kazancın da artmasına sebebiyet verecektir.

3. Rakipleri Destekleme İşlevi

Reklamların işlevlerinden birisi de, dolaylı yoldan bile olsa rakip tacirleri de destekleyici olmasıdır.

Özellikle medya organları aracılığıyla yayınlanan reklamlar sayesinde, hedef tüketici kitlesinin yanında piyasada bulunan rakipler de kendileriyle rekabet halinde olan firmalar ve ürünleri hakkında bilgi sahibi olacak, üretim ve pazarlama şekil ve metotları ile ürün gamları noktasında kendi ticarî anlayış ve pozisyonlarını belirlemelerinde onlara fayda sağlayacaktır.

4. Toplumsal Fayda İşlevi

Reklamların en büyük işlevlerinden birisi de bireylere sağladığı münferit faydaların yanında topluma sağladığı faydalardır[70]. Bugün için hemen bütün dünya tarafından benimsenmiş olan serbest piyasa ekonomisi serbest rekabet sistemine dayanmaktadır. Serbest rekabet sisteminin en etkili araçlarından birisi de reklamlardır[71].

Reklamlar sayesinde piyasada yer alan tacirler arasında rekabet şartları gerçekleşecek, böylelikle ticaret erbabı daha kaliteli ve daha ucuz mal ve hizmet üretmeye çalışacaktır. Böylelikle ticarete canlılık gelecek, serbest rekabet sistemi ekonominin dayanaklılık gücünü arttıracak ve böylelikle dış piyasalarla daha güçlü şekilde rekabet edilebilecektir[72]. Reklamların genel

---

70 **Ateş**, s.6.

71 Erdoğan Moroğlu, "Karşılaştırmalı Reklam", **Batider**, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XI, 13-14 Mayıs 1994, Ankara, s.3.

72 2006/114 Sayılı Karşılaştırmalı ve Aldatıcı Reklamlara İlişkin AB Yönergesi'nin 2, 3, 5, 6 ve 8 No'lu Başlangıç maddeleri. Yönergenin adı geçen maddelerinde, hukuka uygun karşılaştırmalı reklamlar sayesinde tüketicilerin daha iyi bilgilendirileceği, böylelikle mal ve hizmetlerin,

ekonomi yönünden anlamı bu pazar için yapılan yıllık yatırımlarda gizlidir. 2008 yılında Almanya'da yapılan yıllık reklam harcamasının 30 Milyar Avroyu aştığı tespit edilmiştir[73]. 2010 yılında reklam pastası büyüklüğü ABD'de 151 milyar dolar, Japonya'da 46 milyar dolar, İngiltere'de 18 milyar dolar, Fransa'da 12,5 milyar dolar ve İtalya'da da 10,3 milyar dolar olarak ölçümlenmiştir[74]. Türkiye'deki yıllık reklam harcamaları ise 4 milyar TL düzeyindedir[75]. Tüm dünyadaki reklam pastasının 500 milyar dolar civarında olduğu tahmin edilmektedir[76]. Sektördeki cironun büyüklüğü, yaratacağı istihdam ve yatırım olanakları devletler için büyük önem arz etmektedir.

Avrupa Birliği Ortak Pazarı yönünden, *sınır aşan reklamlar* sadece iç pazarı değil aynı zamanda diğer üye ülke pazarlarındaki arz ve talebi de etkileyerek, mal ve hizmetlerin serbest dolaşımına katkıda bulunmaktadır. Reklam faaliyetleri ortak pazardaki entegrasyonun varlığı ve gelişimi için de önemli bir araç olarak karşımıza çıkmaktadır[77].

II. GENEL OLARAK KARŞILAŞTIRMALI REKLAM

Reklamların en temel özellikleri hedef kitleye bilgi verici olmalarıdır. Bir reklamın *hedef kitleye verdiği bilgi ne kadar değerli ise* reklam o ölçüde ikna edici olacak ve reklam verenin, satışları arttırma yönündeki temel amacına

---

tüketicilerin yararına olacak şekilde bütün Topluluk çapında gerçek indirimlerle satılacağı, bu durumun Topluluk dahili pazarının sorunsuz şekilde işlemesine ve böylelikle mal ve hizmetlerin dolaşımına katkı sağlayacağı ifade edilmiştir.

73 Statista GmbH, http://de.statista.com/statistik/daten/studie/1633/umfrage/investitionen-der-deutschen -wirtschaft-in-werbung/, s.y., 18.08.2011.

74 Statista GmbH, http://de.statista.com/statistik/daten/studie/195189/umfrage/die-groess ten-werbemaerkte-weltweit/, s.y., 18.08.2011.

75 Bkz. Gümrük ve Ticaret Bakanı Hayati Yazıcı'nın açıklamaları, II.Reklam Sempozyumu, 30.11.2011, İstanbul, http://www.tuketici.gov.tr/source.cms4/index.snet?wslt= etuketici.gov.tr. , s.y., 02.12.2011.

76 Statista GmbH, http://de.statista.com/statistik/daten/studie/1633/umfrage/investitionen-der-deutschen-wirtschaft-in-werbung/, s.y., 25.08.2011.

77 Schwarze Jürgen, **Werbung im Gemeinschaftsrecht- Rechtsbestand und Grundfragen, in: Schwarze, Werbung und Werbeverbote im Lichte des Europäischen Gemeinschaftsrechts**, Baden Baden 1999, s.12.

hizmet edecektir. Bu anlamda en etkili ve ikna edici ticari reklam yöntemlerinden birisi de **karşılaştırmalı reklamlar**dır.

Karşılaştırmalı reklam, *reklam veren yönünden*; bir tacirin, rekabet halinde olduğu başka ürünlere karşı kendi ürünlerinin faydalı yönlerini göstermeye yarayan etkili bir pazarlama aracı, *muhatap kitle yönünden* ise; önemli bir bilgi kaynağıdır[78]. Karşılaştırmalı reklam sayesinde, hedef tüketici kitlesi birden çok ürünler arasından daha sağlıklı seçim yapacak, hangi ürünün, hangi özellikleri sebebiyle satın almaya değer olduğunu daha kolay tespit edecektir. Karşılaştırmalı reklamlar, rekabet sistemine olan önemli etki ve katkıları nedeniyle, liberal ekonomilerin sorunsuz işleyişi yönünden de önem arz etmektedir. Bu nedenle de dürüst ve işleyen rekabet sisteminin etkili bir aracı olarak görülmelidir.

Karşılaştırmalı reklamda öne çıkan en temel unsur, reklam olunan ürünün doğrudan rakip veya onun tarafından piyasaya arz edilen ürünle ***ilişkilendirilmesidir***. Bu ilişkilendirme bazen açık bir karşılaştırma şeklinde olabildiği gibi, bazen de dolaylı bir karşılaştırmayı şeklinde de olabilmektedir**.** Ancak rakip ya da rakiplerle ilişkilendirme yapılan her karşılaştırmalı reklamın hukuka uygun bir reklam niteliğinde olduğunu söylemek mümkün değildir.

Türk hukukunda karşılaştırmalı reklamlara ilişkin düzenlemeler de aynen reklamlara ilişkin genel düzenlemelerde olduğu değişik kanun ve yönetmelik hükümlerine dağılmış halde yer almaktadır. Mevzuatımızda karşılaştırmalı reklamları açıkça yasaklayan hiçbir bir düzenleme bulunmamaktadır[79].

A. Karşılaştırmalı Reklamın Tanımı

Karşılaştırmalı reklama ilişkin tanımlamanın uygulamada büyük anlamı bulunmaktadır. Zira bir reklamın karşılaştırmalı reklam kurallarına göre mi,

---

78 Aynı yönde bkz. **Piper/Ohly**, **UWG** § 6 N.2.

79 **Göle**, Aldatıcı Reklamlar, s.83; **Ateş**, s.5-7; **İnal/Baysal**, s.55.

yoksa haksız rekabete ilişkin genel kurallara göre mi hukuka uygunluğunun denetleneceği, yapılacak tanımlamaya göre değişecek ve uygulamanın sınırı da bu tanımlamaya göre çizilecektir. Karşılaştırmalı reklam tanımı kapsamında kalmayan reklamların kabul edilebilirliğinin tespiti için ilk etapta, söz konusu reklama marka hukukuna ilişkin kuralların mı, yoksa haksız rekabete veya haksız fiillere ilişkin genel hükümlerin mi uygulanacağı tartışmalıdır[80].

1. 2006/114 Sayılı Avrupa Birliği Yönergesindeki Tanımlama

Karşılaştırmalı reklam, 2006/114 sayılı Yönergenin 2 (c) maddesinde;

"Doğrudan veya dolaylı olarak bir **rakibin** veya rakip tarafından pazarlanan mal veya hizmetlerin, **doğrudan veya dolaylı** olarak, tanımlanmış olduğu her türlü **ifade (sunum)**"

olarak tanımlanmıştır[81]. Bu tanımlamada öne çıkan en belirgin unsur, reklamda bir ya da daha fazla rakibin tanımlanabilir olmasıdır. Öğretide bu tarz reklamlar "ilişkilendiren reklamlar" olarak adlandırılmıştır[82].

1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabet Kanunu doğrudan karşılaştırmalı reklamın tanımını vermekten kaçınmıştır[83]. Bununla birlikte 2008 tarihli Alman Haksız Rekabet Kanun'da (UWG) karşılaştırmalı reklam "*bir rakibin veya onun tarafından pazarlanan mal ve hizmetlerin doğrudan veya dolaylı olarak zikredildiği her türlü yöntemle yapılan reklam*" şeklinde tanımlanmıştır.

---

80 Rolf Sack, "Vergleichende werbung ohne Vergleich?" **WRP** 2008, 201-205; **Bornkamm**, **GRUR** 2005, 97; **Piper**, **GRUR** 1996, 429. BGH'nin bu konuda genel tavrı "marka hukukunun önceliği" (Vorrangthese) yönündedir. Bkz. **GRUR** 2005, 163 – Alumuniumräder; **GRUR** 2007, 339 – Stufenleitern.

81 ABAD, **Toshiba / Katun**, N.31; BGH **GRUR** 1998, 824, 826 – Testpreis- Angebot.

82 **Piper/Ohly**, **UWG** § 6 N.21.

83 Rahel Müller, **Vergleichende Werbung als unlauterer wettbewerb**, Weblaw, Bern, 2007.

2. Türk Hukukundaki Tanımlamalar

Yürürlükteki Türk hukukunda karşılaştırmalı reklam kavramı için münhasıran yapılmış bir tanımlama yoktur. Keza karşılaştırmalı reklamların özellikleri veya şartları da kanunlarda sayılmış değildir. 6102 sayılı TTK'nın 55/1 (a) sayılı maddesinde, karşılaştırmalı reklamda yasak olan yöntemler dile getirilmiş, ancak tanımdan kaçınılmıştır. Reklam Yönetmeliği 11.maddesinde karşılaştırmalı reklamların şartlarını düzenlenmiş ise de bu düzenleme, birçok açıdan eksik unsurlar içermektedir.

Göle, karşılaştırmalı reklamı "Mukayeseli reklamda, üretici ya da satıcı, kendi malı veya hizmeti ile aynı nitelikteki bir başka malı ya da hizmeti karşılaştırmaktadır" sözcükleriyle tanımlamıştır[84].

Arkan tarafından karşılaştırmalı reklam, 84/450 sayılı Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklama Dair AB Yönergesinin 3a maddesindeki düzenlemeye göre "*doğrudan ya da dolaylı biçimde rakibi veya bir rakip tarafından piyasaya sunulan mal/hizmetleri gösteren (teşhis eden) reklam*" şeklinde tanımlanmıştır[85]. Keza İnal[86] ve Ceylan[87] de karşılaştırmalı reklamı 84/450 sayılı AB Yönergesine atfen tanımlamaktadırlar.

Moroğlu, karşılaştırmalı reklamı "*rakibin şahsı yahut ürettiği mal veya hizmet ile açık veya kapalı bağlantı kurulmak suretiyle kendisinin yahut mal veya hizmetlerinin rakibinkinden daha üstün veya onun ayarında olduğunun belirtilmesi*" şeklinde tanımlamış ve bu tür reklamların daha etkin bir reklam yöntemi olduğunu ifade etmiştir[88].

---

84 **Göle**, Aldatıcı Reklamlar, s.79.

85 Sabih Arkan, "Avrupa Topluluğunda Karşılaştırmalı Reklamlar", **Batider**, C. XXI, S.1' den ayrı bası, Haziran 2001, s.25.

86 **İnal**, s.63.

87 **Ceylan**, s.201

88 **Ateş**, s.4.

Aslan, karşılaştırmalı reklamı "*bir kimsenin sadece kendi ürünlerini tanıtması, açık veya kapalı olarak rakip ürünlerle karşılaştırmalı olarak yapılması*" şeklinde tanımlamıştır[89].

Yusufoğlu, karşılaştırmalı reklamı, olumlu ve olumsuz unsurlarına atıfta bulunarak tanımlamaya çalışmıştır. Yazar, karşılaştırmalı reklamın olumlu unsurlarını, "*karşılaştırmaya konu mal veya hizmetlerin aynı veya ikame edilebilir olması, karşılaştırmanın temel ve önemli özelliklere ilişkin olması, objektif, dürüst ve doğrulanabilir olması*", olumsuz unsurlarını ise "*yanıltıcı olmaması, başkasının tanınmışlığından haksız olarak faydalanılmaması*, *gereksiz yere kötüleyici olmaması*" şeklinde sıralamaktadır[90].

Bozbel, karşılaştırmalı reklamı, temel unsurlarından hareketle, "*karşılaştırmalı reklamın varlığı için temel unsur, yapılan reklamda rakibin şahsı, malı, hizmeti veya bunların fiyatı yahut diğer özellikleri ile bir bağlantı kurulmuş olmasıdır. Bu bağlantı … müşteri çevresine, belli rakipleri veya onların mal ve hizmetlerini düşündürecek şekilde …. en iyi, birinci, en büyük, yegane, tek erişilmez gibi üstünlük bildirir tarzda da olabilir*" sözcükleriyle ifade etmiştir[91].

Yukarıdaki tanımlamalar içeresinde, kanaatimizce, "en iyi", "birinci" vb. süperlatif (sivrilten) reklamları, doğrudan karşılaştırmalı reklam tanımı içerisinde yer vermesi isabetli değildir. Zira bünyesinde birçok taciri barındıran mal ve hizmet sektöründe, süperlatif reklam yapılması halinde rakibin veya rakiplerin tanımlandığından söz edilmesi söz konusu değildir. Bununla birlikte sınırlı sayıda şirketin hizmet verdiği GSM, otomotiv, basın, vb. sektörlerde süperlatif ibarelerin kullanılması halinde rakiplerin kimler olduğu hedef tüketici kitlesi tarafından kolaylıkla teşhis edilebilir niteliktedir. O

---

89 **İ. Aslan**, 243. Yazar, bir reklamda birinci, tek, en iyi, en üstün vs. gibi vasıfların kullanılması halinde diğer ürünler ile zımni bir karşılaştırma yapılmış sayılacağını ifade etmektedir.

90 Fülürya Yusufoğlu, "Türk ve İsviçre Hukuklarından Karşılaştırmalı Reklamlar", **İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku'nun Türk Ticaret Hukuku'na Etkileri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul-2009, s.116-119.

91 **Bozbel**, s.35.

nedenle rakibin teşhis edilebilir olmadığı her türlü reklamların karşılaştırmalı reklam şeklinde nitelendirilmesi yerinde olmayacaktır[92].

Kanaatimizce en kısa ifadeyle karşılaştırmalı reklamı, "*reklam veren tarafından, kendi şahsı veya ürünü ile rakibin şahsı veya ürünü ilişkilendirilerek yapılan reklam*" olarak tanımlayabiliriz. Karşılaştırmalı reklam, bir yönüyle rakip tacirleri, diğer yönüyle de tüketicileri ilgilendirmektedir. Dolayısıyla mesele bir yandan tacirlerden tüketicilere yönelik (Business to Consumers –B2C) hukuki işlemleri konu alan tüketici hukuku, diğer yandan da tacirler arasındaki ilişkiyi (Business to Business –B2B) düzenleyen ticaret hukuku (Haksız Rekabet) alanlarına girmektedir.

B. Karşılaştırmalı Reklam Çeşitleri

Gerek 4077 Sayılı TKHK'da gerekse de 6102 sayılı TTK'da karşılaştırmalı reklamın belirli bir prototipte olması gerektiğinden söz edilmemiştir. Karşılaştırmalı reklamları niteliklerine ve amaçlarına göre farklı kategorilere ayırmak mümkündür.

1. Niteliklerine Göre Karşılaştırmalı Reklamlar

a. Eleştirel Karşılaştırmalı Reklamlar

Eleştirel karşılaştırmalı reklamda, reklam verene ait ürünle birlikte bir rakibe ait ürün de gösterilmekte ve ürünler karşılaştırılmaktadır[93]. "*Bizim ürünümüz X, rakibin ürünü Y'den daha ucuzdur / iyidir*" tarzındaki bu tür

---

92 Wolfgang Berlit, **Vergleichende Werbung**, Beck, München, 2002, N.59; Herwig Lux, "Alleinstellungsberühmung als vergleichende Werbung? – Zugleich Besprechung des Urteils des **UWG** Hamburg vom 20.07.2000 – 3 U 191/99", **GRUR** 2002, 682; Turgut Kapsüz, "Karşılaştırmalı Reklam - Tartışmalar", **Batider**, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XI, 13-14 Mayıs 1994, Ankara, s.26.

93 **Gloy/Bruhn**, **GRUR** 1998, s. 227.

reklam karşılaştırmalarında reklam verene ait ürünler daha üstün veya rakibe ait olanlarla eşit, ancak daha ucuz gösterilmekte, rakibe ait ürünler ise daha az değerli, daha pahalı olarak gösterilmekte, diğer bir anlatımla rakibe ait ürünler eleştirilmekte, bu ürünlerle ilişkilendirme *negatif manada* yapılmaktadır[94].

Daha ziyade reklama konu ürün piyasasına yeni giren veya bu piyasada sönük kalan tacirlerin kullandığı bu yöntemde, kendi ürünleri, pazarın lider firmalarına ait ürünlerle ilişkilendirilmektedir. Buna karşılık bilinen büyük firmalar, kendilerinden daha küçük firmaların ürünleriyle ilişkilendirme yapan reklam yapmaktan çekinirler. Zira bu suretle önemsiz bir rakibi tanıtmak ve onları kaale alarak bedavadan reklamlarını yapmak istemezler.

Reklam verenler eleştirel karşılaştırmalı reklamlar ile bir yandan piyasada daha önceden bilinen ürünlerin tanınmışlığından, diğer yandan da tüketici kitlesinin küçük ve zayıf firmalara duyduğu sempatiden yararlanmak isterler. Bir yerde hedef tüketici kitlesinin duygularına hitap ederler[95].

Eleştirel reklam karşılaştırmaları bazen de, özellikle rekabetin çok güçlü olduğu alanlarda, eleştirilen rakibin de karşı reklam yapmasına ve böylelikle kendi ürünlerinin de acımasızca eleştirilmesine sebep olabilir. Böyle bir ortam ise tüketiciler neye ve kime inanacaklarını şaşırmalarına ve bu yüzden reklamın pozitif etkisinin ortadan kalkmasına sebep olabilecektir. Uygulamada bu etkiye "***reklamın bumerang etkisi***" adı verilmiştir[96]. O nedenle, reklamda mutlaka doğru ve faydalı bilgi vermeye çaba göstermeleri eleştirel karşılaştırmalı reklam yapanların yararına olacaktır.

---

94 **Baumbach/Hefermehl**, 22.Auflage, § 1 N.330; Rolf Sack, **Vergleichende Werbung mit Bezugnahme auf Mitbewerber und ihre Leistungen, in: Amann Joachim / Graf Lambsdorf, HansGeorg, Rechtsfragen in Wettbewerb und Werbung Kommentar zum Wettbewerbs und Werberecht**, (RWW), Stuttgart – München – Hannover 2001, 3.2 N.631.

95 **Kırca**, s.226.

96 **Gloy/Bruhn**, **GRUR** 1998, 226-239. Özellikle 80'li yıllarda Pepsi ve Coca Cola arasında büyük reklam savaşlarının yaşandığı dönemde reklamlarda çok yoğun bir rekabet ortamı doğmuştu.

Bu tür reklamlarda, rakiplerin veya onlara ait ürünlerin ölçüsüz şekilde aşağılanması veya küçük görülmesi riski oldukça yüksektir. Rakiplerin gereksiz yere ve aşırı ölçüde aşağılanması veya küçük görülmesi haksız rekabet teşkil edecek ve reklamı hukuka aykırı hale getirecektir[97].

Yargıtay kararına konu olan bir olayda, telekomünikasyon hizmetleri sunmak üzere kurulmuş olan bir şirketin, Türk Telekom A.Ş. tarafından sunulan sabit telefon hizmetlerini eleştirmek maksadıyla çeşitli ulusal gazetelere verdiği bir reklamda, Telekom A.Ş.'nin sunduğu telefon hizmetlerinde önceki yıllarda yaşanan sorunları "*kablolardan oluşan yumak*" şeklinde göstererek, "*ses duvarı yıkıldı… Ses tekeli sona eriyor…*" şeklinde ifadelerde bulunması üzerine açılan haksız rekabet davası sonunda yerel mahkemenin "*davalının reklamda davacı Telekom'un hizmetlerindeki aksamaları hedef aldığını, ancak bu aksaklıkların davacının "ses tekeli" nin kalkmasından çok daha önceki zamanlarda hallolunduğu, davalının da "Telekom" hizmeti vermek için davacının altyapısını kullanmak zorunda olduğu, davalının reklamdaki tavrının rakibi olan Telekom A.Ş.'yi, "**lüzumsuz yere incitici, yanlış ve yanıltıcı**" olduğu ve haksız rekabet teşkil ettiği*" gerekçesiyle davanın kabulüne dair verdiği karar Yargıtay tarafından aynı gerekçeyle onanmıştır[98].

Eleştirel reklamlar, karşılaştırmalı reklamlar içerisinde en fazla karşılaşılan türüdür. Zira rekabet açısından olumlu sonuç alabilmek için tacirlerin, kendi ürünlerinin daha çok satın almaya değer nitelikte olduklarını göstermeleri, müşterileri etkileme ve ikna için de üstünlük iddialarını rakiplere ait ürünlerle ilişkilendirmeleri gerekir. Hedef kitleye mensup kişilerin satın

---

97 **Adak**, s.363. Yazar, eleştiri niteliği taşıyan reklamlarda doğru ve haklı olma niteliği yanında, iyi niyete uygun olma özelliğinin de aranması gerektiğini savunmuştur. Özellikle, işletmenin kötü durumunu sergilemek ve onu büsbütün çökertmek amacıyla yapılan karşılaştırmaların haksız rekabet sayılması gerektiğini ifade etmiştir.

98 Yargıtay 11. HD'nin 12.11.2009 tarih ve 2008/1820 E., 2009/11740 K. sayılı kararı. Yargıtay'ın gerek bu kararı, gerekse atıf yapılan diğer kararları, ya Yargıtay 11.HD'den doğrudan ya da UYAP (Ulusal Yargı Ağı Projesi) üzerinden özel erişimle bizatihi elde edilmiştir. Söz konusu kararların ayrıcı herhangi bir veri tabanında yayınlanıp yayınlanmadığı konusunda araştırma yapılmamıştır.

alma kararlarını en güçlü şekilde etkileyen *fiyat karşılaştırmaları* da bu grupta yer alan karşılaştırmalı reklamların bir alt türünü oluşturmaktadır[99].

b. Eşitlik İddia Eden Reklamlar

Özellikle belirli bir mal veya hizmet piyasasına yeni giren tacirlerin tercih ettiği bu tür reklam yöntemlerinde, reklam veren kendisi tarafından piyasaya sunulan ürünlerin, rakipleri tarafından sunulan ürünlerle aynı düzeyde ve nitelikte ürünler olduğuna vurgu yapılır ve tüketicilere daha düşük fiyata teklif olunur. Söz gelimi bir reklamda "Ürünümüz X bilgisayarları, rakipleri olan ünlü Y ve Z bilgisayarları ile aynı özelliklere sahiptir. Ancak biz aynı ürünü çok daha ucuz fiyata teklif ediyoruz" gibi ifadelerin kullanılması, kalite yönünden eşitlik, fiyat yönünden üstünlük iddia eden reklamlara örnektir. Keza bir otomobilin yedek parçalarına ilişkin reklamlar da genellikle eşitlik iddiası içermektedir. Bu tip reklamlar, daha ziyade rakibin tanınmışlığından yararlanmayı hedefler. Onun uzun yıllarda oluşturduğu, rakiplerinin az olması ya da hiç rakibinin olmamasından dolayı yüksek kârla mal satmasından dolayı onun müşteri kitlesinden istifade etmeyi amaç edinir. Bu tip reklamlar, tüketicinin ve serbest rekabet sisteminin yararına olduğu için hukuka uygun olarak kabul edilmelidir.

c. Süperlatif Reklamlar

Bazı reklam türlerinde, gerek rakiplerin isimleri verilerek, gerekse rakiplerin isimleri gösterilmeksizin, reklam veren kendisi tarafından üretilen ya da pazarlanan mal veya hizmetlerin "en üstün", "en güçlü", "en dayanıklı", "zirvede tek başına", "birinci" türü ifadelerle (Allein- / Spitzenstellungs-werbung), o sektörün en iyisi olduğu iddiasında bulunur. Süperlatif reklamlar

---

[99] BGH **GRUR** 1964, s. 208. – " Fernsehinterview"; BGH **GRUR** 1989, s. 668 vd. – " Generikum-Preisvergleich"

daha ziyade geleneksel reklam yöntemleriyle, ancak bazen de marka tescili yoluyla gerçekleştirilir. Bu tür reklamların rakiplerin açıkça veya dolaylı yoldan gösterilmesiyle mümkündür.

(1) Klasik Anlamda Süperlatif Reklamlar

Geleneksel yöntemlerle süperlatif reklam, reklam amaçlı olarak sarfedilen yazılı, sözlü veya görsel ifadelerle ve geçici bir süreyle yapılmaktadır. Söz gelimi, yüz yüze satış görüşmeleri sırasındaki beyanlar, radyo – TV, gazete, dergi vs. medya organları, mektup, katalog, broşür gibi doğrudan tanıtım vasıtalarıyla yapılan reklamlar sırasında sarfedilen "en" li reklamlar bu gruba girecektir.

Bu tür reklamlarda doğrudan herhangi bir karşılaştırma olgusu bulunmasa da o sektörün en iyisi olduğu iddia edilmekle, rakiplere nazaran öne çıkarılmış olmakla dolaylı yoldan bir karşılaştırma yapıldığının kabul edilmesi gerekir. Kanun'da karşılaştırmalı reklamın varlığı için reklamda açık karşılaştırma yapılması gerektiğinden bahsedilmemiştir. Nitekim Yargıtay da "**Türkiye'nin En Çok Satan Gazetesi**" sloganını içeren reklamla ilgili kararında; "*… Reklam, bir kimsenin ürettiği mal veya hizmetlerin üstün niteliklerinin açıklanmasıdır. Bu tür reklamlarda, başkalarına ait mal veya hizmetler yönünden açık veya* ***örtülü*** *biçimde karşılaştırma yapılması da olanaklıdır. Ancak karşılaştırmalı reklamın doğru ve gerçek verilere dayanması, yanlış ve yanıltıcı yapılmaması da gerekir*" şeklindeki ifadesiyle, karşılaştırmanın **örtülü (dolaylı**) bir biçimde yapılmasının da mümkün olduğuna işaret etmiştir[100].

Bu tür reklamlarda temel öğe, reklamda ileri sürülen en üstünlük iddiasının ispat edilmesidir. İddiaların, "en lezzetli", "en iyi", "en güzel", "süper", "şahane" vb. sübjektif değer yargılarına ilişkin olması halinde,

---

[100] Yargıtay 11.HD'nin 20.02.1998 tarih ve 1997/9233 E., 1998/1026 K. sayılı kararı. Karara konu olayda "Sabah" gazetesi, üzerinde 1 rakamı bulunan nazar boncuğuyla birlikte "Türkiye'nin en çok satan gazetesi" sloganını kullanarak basılıp satılması üzerine, Milliyet Gazetecilik A.Ş. en çok satan gazetenin kendilerine ait "Milliyet" gazetesi olduğu, davalının reklamının aldatıcı nitelikte olduğu ve haksız rekabet teşkil ettiği iddiasıyla dava açmıştı.

reklamdaki iddianın hoşgörü sınırları içerisinde kabul edilmesi gerekir[101]. Bununla birlikte, "en çok satan", "en az enerji harcayan", "en uzun ömürlü" vb. somut iddialara dayalı üstünlük iddialarını[102], bu iddiayı ileri süren reklam verenin ispat etmesi, hatta buna ilişkin delillerinin reklam tarihinde elinde var olması gerekir. Aksi halde reklam aldatıcı nitelikte görülebilir[103].

Bazı reklam iddialarının somut mu, yoksa sübjektif bir iddia mı içerdiği tartışmalı olabilir. Bu iddialardan biri de "Birinci" ibaresidir. Bu iddiayla, ürünün kalite ve müşteri memnuniyeti açısından mı yoksa satış rakamlarında veya en ucuz fiyat yönünden mi, yoksa bir anket çalışması veya bilimsel bir araştırma sonucunda mı birinci olduğu anlaşılamayabilir.

Yargıtay kararına konu olan bir başka olayda, "*DYO Boyada Birinci*" şeklindeki reklam sloganının aldatıcı nitelik taşıdığı iddiasıyla açılan haksız rekabet davası sonunda, yerel mahkeme "birincilik iddiasının yanıltıcı özellik taşıdığı, diğer firmaları alıcılar nezdinde ikinci konumuna düşüreceği" gerekçesiyle haksız rekabetin varlığı sonucuna ulaşmıştır. Yargıtay kararı, "*ne bakımdan olduğu anlaşılamayan genel bir birincilik iddiasının yanıltıcı özellik taşıdığı*" gerekçesiyle ve oy çokluğuyla onamıştır[104]. Kanaatimizce, dolaylı

---

101 Yargıtay 11 HD'nin 30.10.2009 tarih ve 2008/1262 E., 2009/11173 K. sayılı kararı. Yargıtay 11 HD'nin 30.10.2009 tarih ve 2008/1262 E., 2009/11173 K. sayılı kararında, " *"En Güzel Boya" şeklindeki reklam sloganının, dolaylı karşılaştırmalı reklam niteliğinde olduğu, reklamın aldatıcı veya yanıltıcı niteliğinin bulunmadığı, tüketicileri haksız rekabet teşkil edecek ölçüde etkilemeyeceği, ifadelerin ürünü tanıtan* ***sübjektif****, soyut,* ***kanıtlanamayan*** *ve yalnızca reklam amacına yönelik* ***bir reklam niteliğinde olduğu****, haksız rekabet niteliğinde olmadığı*" şeklindeki yerel mahkeme kararını, aynı gerekçelerle onamıştır.

102 **Yusufoğlu**, s.13.

103 Şevket Memedali Bilgişin, **Ticaret Hukuku Prensipleri I.Cilt Ticaret ve Tüccar**, Duygu Matbaası, İstanbul, 1956, s.261. Yazara göre; bir tüccarın sattığı malların umumi açık veya gizli vasıfları hakkında yalan beyanda bulunamaz. Reklam yaparken hakiki vaziyeti şişirmek, haksız rekabet bakımından takdire bağlıdır. Reklamda, "en yüksek kalite", "fevkalade" gibi vasıflar, müşterinin noktai nazarına göre değişir. Bu gibi zevk ve alaka meseleleri nisbidir ve hakikate mugayir telakki edilemez. Ancak yalan olduğunu bildiği bazı "muayyen vakıaları" doğru imiş gibi göstermek salahiyetine sahip değildir; **Örs**, s.40. Yazar, Bilgişin'le aynı görüşleri ifade ettikten sonra, bir tacirin muayyen vakıaları doğru imiş gibi göstermesinin ve yapılması adaba aykırı bulunan bir takım gerçek hadiselerin, rakipten müşterileri soğutmak amacıyla herkese yayılması ve reklam edilmesinin haksız rekabet olacağını ifade etmiştir.

104 Yargıtay 11 HD'nin 22.12.1992 tarih ve 1991/4992 E., 1992/11613 K. sayılı kararı. Karara muhalif kalan üye, "…kısmen mukayeseli reklam niteliğindeki reklamda, işletmenin büyüklüğü hususunda bir ifadeye yer verilmiştir. Övme ve üstünlük bildiren ifadeler zararsız ve alışagelen övünmeler ölçüsünde kaldıkça tüketicileri yanıltmaz. … Alışılagelmiş övünme ve mübalağa

karşılaştırma içeren reklamlardaki ifadenin her somut olayda, o olayın şartları ve reklamın tüm unsurları ve hedef tüketici kitlesi üzerinde bırakacağı genel izlenim ve algıya bakılarak değerlendirme yapılması yerinde olacaktır. Yargıtay'ın "reklamdaki ifadelerin, diğer boya firmalarını "ikinci" konumuna ittiği ve bu durumun haksız rekabet oluşturduğu" gerekçesi kanımızca isabetli değildir. Reklamda kullanılan "muğlâk" ifadelerin rakip firmaları gereksiz yere incitici ibareler olarak algılanması da isabetli değildir. Reklamın bir övme ve övünme malzemesi olduğu, her tacirin kendi malını övme hakkının bulunduğu hususu fikir ve ifade hürriyetinin de bir gereğidir. Serbest rekabet piyasalarında, rakip tacirlerin alınganlık yoluyla rakiplerinin sözlerinden incindiklerinin kabulü haklı rekabetle bağdaşmayacaktır[105]. Diğer yandan, reklamda kullanılan "birinci" iddiasının, hedef tüketici kitlesi nezdinde, belirli bir yarış sonucunda, belirli özellikleri nedeniyle dava konusu ürünün "birinci" geldiği anlamı çıkarılamaz. Böyle bir anlamın çıkarılabilmesi için iddianın somuta indirgenmesi gerekir. Oysa reklamda böyle bir somut iddia bulunmamaktadır. Tereddüt olan durumlarda ise, bütün pazar katılımcılarının (tüketiciler, reklam veren tacirler, rakip tacirler) menfaatlerine uygun olan ve serbest rekabet düzeninin oluşum ve gelişimine katkı sağlayan "karşılaştırmalı reklam" lehine yorum yapmak daha yerinde olacaktır[106]. Somut olayda, davaya konu reklamın, reklam veren tacirin dolaylı karşılaştırma yoluyla kendi ürünleri hakkında övünmesi olarak değerlendirilmesi daha yerinde olurdu[107].

Yargıtay kararına konu bir başka olayda, "İlânda Karacan 1." başlıklı reklamda, "davalının kendilerine ait "Kadın" ve "Sanat Olayı" adlı dergilerinin kendi alanlarında birinci olarak gösterdiği, satılan dergi sayılarının alt kısımda

---

dışında abartılmış bir reklam mahiyetinde bulunup bulunmadığı, üstünlük ifadesinin yanıltıcı nitelikte olup olmadığı, objektif ölçülere göre belirlenmelidir" gerekçesiyle çoğunluk görüşüne katılmamıştır.

105 **Ateş**, s.12.

106 97/55 sayılı Karşılaştırmalı Reklam Yönergesi başlangıç hükümleri.

107 **Ateş**, s.13-14. Yazar, söz konusu yaklaşımın MTO'nun Reklam Uygulama Esasları'nın karşılaştırmalı reklamlara ilişkin 5.maddesine de uygun olduğunu savunmuştur; Aksi yöndeki görüş için bkz. **Yusufoğlu**, s.134 - 135.

ve küçük (8) puntolarla gösterildiği, oysa gerçekte bu alanda en çok satılan dergilerin anılan dergiler olmadığı, davalıya ait reklamın okuyucuları yanılttığı, asıl amacın daha fazla reklam almak olduğu" iddiasıyla haksız rekabet davası açılmış, davalı savunmasında, "İlanda Karacan 1." ifadesinin, en çok dergi satan Karacan'a ait dergiler anlamına gelmediğini, ilân metninde gerçeğe aykırı bir husus bulunmadığını savunmuştur. Yerel mahkeme, "... ilânın (reklamın) gerçeği yansıttığı konusunda taraflar arasında ihtilaf bulunmadığı, ilânda (reklamda) neyin ölçü alınacağının tamamen ürün sahibinin inisiyatifinde olduğu, reklamda kullanılan yazı ve rakamların aynı boyda olması şartının aranamayacağı... " gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Yargıtay, "davalının tam sayfa ilânda birinci sırayı aldığının çekişmesiz olduğu ve davalının verdiği ilânda gerekli notu koyarak okuyucuyu uyarmış bulunduğu" gerekçesiyle ve oyçokluğuyla temyiz isteminin reddine karar vermiştir[108]. Yargıtay'ın kararı bizce de yerindedir. Zira reklamın konusu, "bir yıl içerisinde alınan en fazla reklam" ile ilgilidir. Reklamın başlığı da zaten bunu söylemektedir. Reklamın yer aldığı sayfanın alt bölümünde, dergi satış rakamları gösterilmiş olup, bu rakamların ve dergi isimlerinin küçük yazılmasının sonuca etkisi yoktur. Zira reklamın konusu "bir yıl içerisinde alınan toplam reklam miktarı" olduğuna göre, reklam sahibinin reklamın alt kısmında çeşitli dergilerin sayılarının gösterilmesi zorunluluğu da bulunmamaktadır[109]. Bununla birlikte reklamın konusu dergi satış rakamlarına ilişkin olsa idi o vakit reklam aldatıcı nitelikte kabul edilebilirdir.

RK, Turkcell tarafından yapılan bir reklamda yer alan "*Türkiye'nin En Çok Tercih Edilen, En Hızlı Mobil Modemi Turkcell 3G Vınn*" ifadelerini, "*diğer mobil modemlerden bazılarının da aynı veri indirme ve yükleme hızlarına sahip olduğu*" gerekçesiyle hukuka aykırı bulmuş ve 4077 sayılı Kanun'un 16.maddesi uyarınca reklamın durdurulmasına ve para cezasına karar

---

108 Yargıtay 11. HD'nin 09.10.1989 tarih ve 1988/7434 E., 1989/5174 K. sayılı kararı. Karara muhalif kalan üye, "reklamda sayfanın altında kalan yazıların kolaylıkla okunabilecek büyüklükte olmadığı ve "1." rakamının altında kalmakla etkisiz kaldığı, reklamın haksız rekabet mahiyetinde olduğu" gerekçesiyle karara muhalif kalmıştır.

109 **Ateş**, s.10. Yazarın, hem çoğunluk üyelerinin, hem de azınlık üye görüşünün yerinde olduğu görüşü pek isabetli değildir. Ancak reklamı karşılaştırmalı reklam olarak nitelemesi bizce de yerindedir.

vermiştir[110]. Oysa bir başka firmanın modemiyle birlikte bile olsa, reklama konu modemin "en hızlı" olduğu konusunda kuşku olmadığı için reklamın aldatıcı olarak görülmemesi gerekirdi.

(2) Marka Tescili Yoluyla Süperlatif Reklamlar

556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK'nın 5.maddesi uyarınca, markalar, bir ticarî işletmenin mal veya hizmetlerini diğer ticarî işletmelere ait mal veya hizmetlerden ayırt etmeye yarayan tanıtıcı işaretlerdir. Markaların temel işlevi bir mal veya hizmetin belirli bir firmaya ait olduğunu göstermeye yarayan "ticarî köken bildirme" ve piyasada bulunan çeşitli işletmelere ait olan mal veya hizmetleri birbirlerinden ayırt edilmesini sağlayan "ayırt edicilik" işlevleridir. Bununla birlikte markaların aynı zamanda "reklam" işlevi de bulunmaktadır[111]. Diğer bir anlatımla, bir mal veya hizmet üzerinde görülen marka muhtemel alıcılar nezdinde reklam etkisi de oluşturacaktır. Bir mal veya hizmetin halka tanıtımı, belleklere kazınması genellikle markalar vasıtasıyla olmaktadır. Söz konusu marka, belirli mecralarda tanıtılmasa bile, mal ve hizmetlerin üzerinde görülmesi dahi belirli bir tanıtım işlevi görecektir.

KHK'nın 9.maddesi uyarınca, tescilli bir markanın kullanımından doğan haklar münhasıran marka sahibine aittir. Söz konusu kullanımın kapsamına, markaya konu işaretin *her türlü reklamda* kullanılması hakkı da dahildir.

Marka olabilecek işaretlerin kapsamına slogan markaları (sözgelimi; "Yaşayan Lezzet", "En Sadık Dostunuz") da girmektedir[112]. Söz konusu

---

110 RK'nun 12.04.2011 tarih ve 2010/699 sayılı kararı. Reklam Kurulunun gerek bu, gerekse diğer bütün kararları, http://www.tuketici.gov.tr/source.cms4/index.snet?wapp= ACB62E47-8646-4A03-B850-7D02ED144E47, isimli bu siteden elde edilmiştir, s.y., 12.10.2012.

111 **Örs**, s.53. Yazar, markaların "tefrik, reklam, teminat" gibi fonksiyonlarının bulunduğunu ifade etmiştir.

112 Şule Özdal, **Marka Olarak Tescil Edilebilecek İşaretler**, Beta, İstanbul – 2005, s.97, 102 vd.

sloganların kapsamına, karşılaştırmalı reklam sayılabilecek ölçüde (sözgelimi; "Eşsiz", "1 Numara", "Süper" vb.) ibareler de girebilecektir[113].

Yargıtay kararına konu bir olayda, davacı, rakibi konumundaki bir firma adına TPE tarafından marka olarak tescil edilen "**Efe Rakı The Original Turkish Rakı**" ibaresinin "aldatıcı nitelikte" olduğu ve haksız rekabet teşkil ettiği iddiasıyla açılan markanın hükümsüzlüğü davasına ilişkin olarak yerel mahkemece, "*slogan niteliğindeki markanın **abartılı ancak hoş görülebilir reklam** niteliğinde olduğu*" gerekçesiyle davanın reddine karar vermiş, Yargıtay da aynı gerekçeyle onama kararı vermiştir[114]. Söz konusu kararla, marka sahibinin kendi ürününü "orijinal Türk rakısı" olarak marka tescili yoluyla reklamını yapmış olması, tüketiciler yönünden malın kalitesi, vasfı veya değerine ilişkin ve aldatıcı bir ibare olarak algılanmayacağı kabul edilmek suretiyle üstünlük iddia eden ibare hoşgörü kapsamında değerlendirilmiştir.

Yargıtay, bir başka olayda da "AQUA FANTASY **Türkiye'nin 1 Numaralı Su Parkı**" ibareli, "**süperlatif reklam**" içeren markanın, halkı yanıltıcı nitelik taşıdığı iddiasıyla hükümsüzlüğü istenilen davada, yerel mahkemenin, "*markada yer alan "Türkiye'nin 1 numaralı su parkı" ibaresinin küçük puntolarla yazıldığı, **sunulan hizmetin nitelikli ve kaliteli olduğu yönünde dikkat çekmek amacıyla abartılı fakat hoş görülebilir reklam***" mahiyetinde olduğu gerekçesiyle davanın reddine dair kararını aynı gerekçelerle onamıştır[115].

Yargıtay, benzer sayılabilecek bir başka olayda ise farklı bir sonuca ulaşmıştır. Bu defa, davalı tarafından TPE'ne tescil ettirilen "Efe Rakı, **Türk Rakısının Hası**" ibareli "süperlatif reklam" içeren markanın, markaya konu işaretin tanımlayıcı, aldatıcı ve haksız rekabet niteliğinde olduğu gerekçesiyle hükümsüzlüğü istenilmiş, mahkemece yine "*slogan niteliğindeki markanın abartılı ancak hoş görülebilir nitelikte olduğu*" gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Ancak bu defa Yargıtay "***Markada geçen "Has" kelimesi**, aynı*

---

113 Sami Karahan, "Süper Lüks" "Süper 1" "Ekstra" ve "Lüks 1" İşaretlerinin Gıda Markalarında Kullanılması Mümkün müdür?, **FMR**, C.1, s.38.

114 Yargıtay 11. HD'nin 11.04.2011 tarih ve 2009/11822 E., 2011/4143 K. sayılı kararı.

115 Yargıtay 11. HD'nin 06.06.2011 tarih ve 2009/14485 E., 2011/6865 K. sayılı kararı.

zamanda coğrafi işaret olduğu anlaşılan Türk Rakısı'nın ***kalitesine yönelik ve üstünlük belirten tasviri nitelikli bir kelime olduğu***" gerekçesiyle, markanın 556 sayılı KHK'nın 7/1 (c) maddesine aykırı olması nedeniyle "tescil olunamaz işaret" niteliğinde olduğuna vurgu yaparak, yerel mahkeme kararını bozmuştur[116].

556 sayılı KHK'nın 7/1 (c) maddesinde geçen, "Ticaret alanında cins, çeşit, **vasıf, kalite,** miktar, amaç, **değer,** coğrafi kaynak belirten … işaret ve adlandırmaları münhasıran veya esas unsur olarak içeren" markaların tescil olunamayacağına ilişkin hükmü uyarınca, bir mal veya hizmetin "*vasfına, kalitesine veya kıymetine*" işaret eden *tanımlayıcı nitelikteki* ibarelerin tek başına veya markanın esas unsuru marka olarak tescili mümkün değildir ve marka başvurusunun mutlak ret sebebidir. Ancak tanımlayıcı nitelikte olduğu gerekçesiyle başvurunun KHK'nın 7/1 (c) maddesi uyarınca reddedilebilmesi için bu işaretin markada tek başına yer alması veya markanın esaslı unsuru olması gerekir. Oysa somut olayda markanın esaslı unsurunun daha ziyade "Efe Rakı" ibaresi olduğu göze çarpmaktadır.

KHK'nın 7/1 (f) maddesindeki, "Mal veya hizmeti niteliği, **kalitesi** veya üretim yeri, coğrafi kaynağı **gibi** konularda **halkı yanıltacak**" nitelikteki ibarelerin de marka olarak tescili mümkün değildir. Halkı yanıltacak ifadelerin marka olarak kullanılması aynı zamanda haksız rekabet teşkil edecektir. Ancak, aldatıcı reklam ifadelerinin haksız rekabet teşkil edebilmesi için, reklama hedef olan kitleyi aldatma ihtimalinin bulunması gerekir[117]. Markalarda yer alan soyut üstünlük iddiası içeren ifadelerin reklamın hedefi olan tüketicileri aldatma ihtimali oldukça düşüktür. Bununla birlikte, somut iddialar içeren ibarelerin marka olarak tescillerinin her halükarda KHK'nın 7/1 (c) ve (f) maddeleri uyarınca reddolunması yerinde olacaktır. Bir an için slogan markasına konu

---

116 Yargıtay 11. HD'nin 29.11.2010 tarih ve 2009/6145 E., 2010/12151 K. sayılı kararı. Yerel mahkemece, bozma ilamına karşı "direnme" kararı verilmiş ise de Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Daire'nin bozma gerekçesi doğrultusunda, direnme kararının da oyçokluğu ile bozulmasına karar vermiştir (HGK'nun 06.06.2012 tarih ve 2012/11-98 e. – 2012/343 K.)

117 Arslan Kaya, **Marka Hukuku**, Arıkan, İstanbul – 2007, s.106. Yazar, bu tür reklam ifadelerinin seçimi ve başvurusunun tek başına markanın ret sebebi olamayacağı, yanıltıcı nitelikte marka olup olmadıkları konusunda gerçeklik ve niyet incelemesi ve değerlendirmesini zorunlu kılacağını savunmaktadır.

somut ibare, başvuru ve tescil tarihi itibariyle gerçekten doğru olsa bile "en çok satan gazete", "en ucuz tarife", "en ucuz fiyat", "en uzun ömürlü" vb. somut iddia içeren ifadelerin marka olarak tescilinin mümkün olmaması gerekir. Zira tescilli markalar yoluyla yapılan reklamlar, geleneksel reklam yöntemlerinden farklı olarak tescil devam ettiği ölçüde süreklilik arz edecektir. Oysa somut iddialara konu vasıflar durağan vasıflar olmayıp, zaman içerisinde değişebilecek niteliktedir.

d. Başkasına Dayanan Karşılaştırmalı Reklamlar

Reklam verenin, reklamda kendi mal ve hizmetlerinin bireysel özelliklerini değil de rakibe ait kalitesi ispat olunmuş mal ve hizmetlerin kaliteli ve üstün özelliklerinin esas alındığı reklamlardır[118]. Bu tarz reklamlarda; "*Bizim ürünümüz X de Y (rakibe ait) ürünleri gibi kalitelidir. Ancak aynı ürünü neden daha pahalıya alasınız!*" ya da "*Ucuzluk giyim mağazamız X kaliteli ürünleriyle, Vakko mağazasının bitişiğinde hizmete açılmıştır*" şeklinde yaklaşımlar sergilenmektedir. Bazen de gerçekte rakibe ait mal ve hizmetlerle eşit olmadıkları halde bu tür iddialar içeren, söz gelimi "X ürünüyle aynı biyolojik özellikte olan Y ürününü satıyoruz"[119], "A ürününe alternatif olarak B ürününü satıyoruz"[120], "A ürününün birebir aynısı/kopyası B ürününü satıyoruz" gibi reklamlarla rakibin tanınmışlığından faydalanılmaya çalışıldığı görülmektedir.

Rakibin mal ve hizmetleriyle kurulan ilişkilendirme sayesinde reklam veren rakibin sahip olduğu olumlu imajı kendi mal veya hizmetleri üzerine taşımaya (**imaj transferi**) çalışır. Bu birliktelik sayesinde reklama konu ürün hakkında daha çok konuşulacaktır. Zira reklam veren kendi ürününün faydalı yönlerinin ilk tanıtımını bu tarz reklam sayesinde çok kolay ve zahmetsiz

---

118 Christian Eichmann, **Herabsetzung durch vergleichende Werbung**, Herbert Utz Verlag, München 2008, s.4.

119 BGH **NJW** 1989, s. 2327 vd. – Bioäquivalenz-Werbung.

120 BGH **GRUR** 1989, s. 662 vd. – Die echte Alternative.

şekilde yapmış olacaktır[121]. Bu tip reklamlar, daha ziyade piyasaya yeni giren veya piyasada sönük kalmış tacirler tarafından tercih edilmektedir. Rakibe ait tanınmış ürün, reklam veren tarafından bir anlamda kendi ürünü için jenerik olarak kullanılmaktadır[122].

Başkasının tanınmışlığına dayanan her türlü karşılaştırmalı reklamın hukuka aykırı görülmemesi gerekir. Bu husus 6102 sayılı TTK'nın 55/1 (a) (5) maddesinde, *"…gereksiz yere başkasının tanınmışlığından yararlanacak şekilde*" karşılaştırmalı reklam yapılması haksız rekabet olarak kabul edilmiştir. Keza 4077 sayılı TKHK'nun 16.maddesine dayanılarak çıkarılan Ticarî Reklam Yönetmeliği'nin 15/1 (b) maddesinde de, başkalarının kişi adı, ticaret unvanı veya fikrî mülkiyet hakkı yahut reklam kampanyası nedeniyle sağlanmış bulunan itibardan haksız olarak yararlanılması hukuka aykırı olarak kabul edilmiştir.

Karşılaştırmalı reklamın doğası gereği, bazı durumlarda özellikle piyasaya yeni giren firmaların, reklamda kendi ürettikleri veya pazarladıkları malları, rakibe ait mallarla gerçekten "rekabet" amacıyla karşılaştırıp karşılaştırmadıklarına bakılmalıdır. Söz gelimi, markasız ürün satan bir giyim mağazasının, yaptığı reklamda, "Vakko" mağazasındaki giysilerin fiyatları ile kendi mağazasındaki aynı tür giysilerin fiyatlarını karşılaştırması, daha ziyade rakibin tanınmışlığından istifade amacı taşıyacaktır. Karşılaştırmalı reklam niyetiyle değil de rakibe ait markanın tanınmışlığından istifade maksadıyla reklam yapıldığı kanısına ulaşılması halinde, bu defa rakip firmaya ait markanın ihlali iddiası gündeme gelebilecektir. Ancak yine tanınmış bir marka olan "Ramsey" markalı ürünler ile "Vakko" markalı ürünler arasında fiyatlar veya kalite ve özellikler yönünden üstünlük iddia eden karşılaştırmalı reklam yapılması halinde ise rakibe ait tanınmışlıktan haksız yararlanma olgusunun

---

121 BGH **GRUR** 1957, s. 23 vd. – Bünder Glas; BGH **GRUR** 1988, 545 vd. – Ansprechpartner; BGH **GRUR** 1991, s. 465 – Salomon; BGH **GRUR** 1993, 692 vd. – Guldenburg; BGH **GRUR** 1994, 732 vd.- McLaren; **Menke**, **GRUR** 1993, 718, 723; **Sack**, RWW § 3.2 N.631; **Baumbach / Hefermehl**, 22.Auflage, § 1 N. 548. Bu eylem yazarca "*Man mit der fremden Kalbe pflügt*" (Başkasının öküzüyle kendi tarlasını sürmek) şeklinde tanımlanmıştır.

122 **Gloy/Bruhn**, **GRUR** 1998, s. 226-239.

varlığından söz edilemeyecektir. Hangi hallerde rakibin tanınmışlığından haksız yararlanmanın söz konusu olacağının her somut olayda, o olayın özellikleri ve bütünlüğü içerisinde tartışılarak ve özellikle reklamın hedef kitlesinin bakış açısı dikkate alınarak tespiti gerekir.

2. Amaçlarına Göre Karşılaştırmalı Reklamlar

a. Rekabet Amacıyla Karşılaştırma

Karşılaştırmalı reklamın birincil amacı, birden çok rakibin bulunduğu mal ve hizmet piyasalarında rakiplerle daha etkili şekilde mücadele ederek, kendi cirosunun arttırılmasını sağlamaktır. Şüphesiz rekabetçi davranışların doğru olması ve dürüstlük kurallarına uyması gerekir.

b. Savunma Amacıyla Karşılaştırma

Reklam karşılaştırması yapılmasına sebep teşkil eden hallerden biri de bir rakibin, kendisi hakkında aldatıcı veya gerçeğe uygun olmayan reklamına karşı reaksiyonda bulunma hakkıdır. Karşılaştırmalı reklama karşı, karşılaştırmalı reklam yapmak bir ölçüde reklam verene, önceki reklam sebebiyle kendisine yönelik hukuka aykırı ifadelerden doğan zararı giderme imkânı sağlayacaktır[123].

Savunma amaçlı karşılaştırmalı reklam yapmak, özellikle Almanya'da karşılaştırmalı reklamın yasak olduğu dönemde, yasağın istisnaları arasında kabul ediliyordu[124]. Ancak, savunma saikiyle yapılan reklam karşılaştırmalarının hoş görülebilir olabilmesi için, saldırı ile gösterilen

---

123 **Baumbach / Hefermehl**, 22.Auflage, § 1 N. 369; **Sack**, RWW § 3.2 N.690 vd; RG **GRUR** 1933, s. 249 vd.-Paraffinkerzen; RG **GRUR** 1934, s. 322 vd. – Bromural; BGH **GRUR** 1957, s. 23 vd. – Bünderglas; BGH **NJW** 1989, s. 2327 vd. –Bioäquivalenz-Werbung.

124 **Baumbach / Hefermehl**, 22.Auflage, § 1 N. 369. İlk saldırıda bulunanın kendisine karşılık verilmesinden sonra tekrar aynı şekilde karşılık vermeye hakkı bulunmamaktadır.

reaksiyon arasında fazla bir zaman geçmemiş olmaması, saldırıya uğrayan tacirin etkili başka bir savunma vasıtasının bulunmaması ve mutlaka savunma yapılmasının gerekmesi şartları aranıyordu[125].

Türk hukuku bakımından, karşılaştırmalı reklamın hangi saikle yapıldığının bir önemi yok ise de, savunma amaçlı karşılaştırmalı reklamda, "*reklamda gereksiz yere rakip tacirlerin incitilmemesi*" kuralının daha esnek uygulanması doğru bir davranış olacaktır. Söz gelimi, bir karşılaştırmalı reklamda, reklam veren X'in, rakibi Y hakkında "borç batağında / iflas halinde" ibareleriyle reklam yapılması hukuka aykırı bir reklam niteliğinde olmakla birlikte, bu defa reklamda gereksiz yere kötülenen rakip Y'nin de gerçek verilere uygun olarak, karşılaştırmalı reklamda "asıl borç batağında olan kişinin X olduğu" iddiasında bulunmasına hoşgörüyle yaklaşmak ve rakibi gereksiz yere kötüleyici olarak görmemek yerinde olacaktır.

c. Danışılma Nedeniyle Karşılaştırma

Karşılaştırmalı reklam yapılmasının diğer bir sebebi de müşteriler tarafından danışma maksadıyla sorulan sualleri cevaplamaktır. Bu ihtimalde, kendi ürününü pazarlamaya çalışan kişinin aslında organize şekilde somut herhangi bir reklam yapma niyet ve düşüncesi yoktur. Ancak alım satım görüşmeleri sırasında bir müşteriden gelen, "*müşterinin niçin rakip firmalara ait ürünleri değil de kendisi tarafından pazarlanan ürünü satın alması gerektiği"* tarzındaki suali karşısında, ürünler arasında karşılaştırma ve açıklama yapılması söz konusu olmaktadır[126]. Bu tarz bir reklamın da doğruluk ve objektiflik şartlarına uygun olması, rakibi de gereksiz yere kötülememesi gerekir[127].

---

125 RG **GRUR** 1940, s. 307 –Klavierfabrik; RG **GRUR** 1941, s. 125 vd. –Spezialrad; RG **GRUR** 1933, s. 249. – Paraffinkerzen

126 BGH **GRUR** 1957, s. 23 vd. – Bünderglas; BGH **GRUR** 1960, s. 384 vd. –Mampe Halb und Halb.

127 **Baumbach/Hefermehl**, 22.Auflage, § 1 N. 374; **Sack**, RWW § 3.2 N. 697 vd; J.Meyer, **Die kritisierende vergleichende Werbung**, s.85 vd; RG **GRUR** 1940, s. 308. –Dextropur.

d. Sistem ve Mal Çeşitleri Karşılaştırması

Sistem karşılaştırması, belirli bir rakibe atıf yapılmaksızın, belirli bir sistemle üretilen ürünlerin, başarıları ve satış yöntemlerinin teknik, ticari ve iktisadi açıdan faydalı ve eksik yönlerinin birbirleriyle karşılaştırıldığı ve objektif şekilde anlatıldığı bir reklam biçimidir[128]. Bu anlamda doğalgaz ile kalorifer yakıtının karşılaştırılması[129], peşin satış ile taksitli satışın karşılaştırılması[130], kiremit ile tuğlanın karşılaştırılmaları[131] sistem karşılaştırmalarına birer örnektir.

Sistem karşılaştırması her zaman için malların veya hizmetlerin kendi aralarında karşılaştırılması şeklinde gerçekleşmez. Bazen mal ve hizmet türleri arasında da sistem karşılaştırması yapılabilir. Reklam Kurulu kararına konu bir olayda "…*Eximer Lazer'le gözlük ve lenslerinizden %50 indirimle kurtulun*" sloganlı reklamda, "lazerle göz tedavisi" nin, "gözlük ve lenslere" alternatif gösterilmesi, tipik bir sistem karşılaştırması olarak görülebilir[132].

Sistem karşılaştırmaları kapsamında ürün çeşitleri karşılaştırılmaktadır. Belirli bir ürün çeşidine karşı bir başka ürün çeşidi önerilmekte, ancak belirgin bir rakibe atıf yapılmamaktadır[133].

4077 sayılı TKHK'nun 16/3.maddesinde de, reklam karşılaştırmalarının "aynı ihtiyacı karşılayan veya aynı amaca yönelik" ürünler arasında yapılabileceğine ilişkin açık düzenleme karşısında sistem karşılaştırmalarının hukuka aykırı görüldüğünden söz edilemeyecektir. Bununla birlikte bu tür reklamların, haksız rekabetin genel kurallarına (doğruluk, dürüstlük, genel kötüleyici olmama) uygun olması gerekir[134].

---

128 **Baumbach/Hefermehl**, 19.Auflage, § 1 N. 343; **Sack**, RWW § 3.2 N.583 vd.
129 BGH **GRUR** 1996, s. 502 –"Energiekosten-Preisvergleich I".
130 RG **GRUR** 1932, s. 316 – "Barzahlungssystem".
131 BGH **GRUR** 1986, s. 548 – "Dachsteinwerbung".
132 RK'nun 14.10.2011 tarih ve 2010/656 dosyasında verilen kararı.
133 **Baumbach/Hefermehl**, 22.Auflage, § 1 N.349.
134 BGH **GRUR** 1967, s. 596 – "Kuppelmuffenverbindung".

Sistem karşılaştırmalarının geçerli sayılması için, karşılaştırmaya konu ürünlerin bütün faydalı ve faydasız yönlerinin gösterilmesi gerekmez[135]. Farklı ekonomik sistemlerin karşılaştırılması konusunda, her bir rakibin kendi sisteminin faydalı yanlarını ileri sürmesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır[136]. Esasen bu fikir ve ifade özgürlüğünün de doğal bir sonucudur. Ancak bu özgürlüğün kapsamına hiçbir zaman, başkalarının onuruna zarar veren, gerçek dışı iddialar içeren sözler girmeyecektir[137].

e. Teknik İlerleme Karşılaştırmaları

Diğer bir karşılaştırmalı reklam türü de, daha yeni teknoloji ürünü mal ve hizmetler yönünden sağlanan ilerlemenin, daha önceki teknoloji ürünü olan mal ve hizmetlerin özellikleriyle karşılaştırılmasıdır[138]. *Daha az enerji tüketen A veya A+ grubu makinelerin, daha fazla enerji tüketen B grubu makinelerle karşılaştırılması, yarım saatte yemek pişiren kazanların 1 saatte yemek pişiren eski teknoloji kazanlarla karşılaştırılması, kir tutmayan nano teknoloji ürünü kumaşların, geleneksel kumaşlarla karşılaştırılması* hep bu tip reklamlara örnektir.

Teknik ilerleme karşılaştırmalarının amacı, sağlanan teknik ilerlemeyi reklam yoluyla göstermektir[139]. Bu tip reklam karşılaştırmaları, haksız rekabetin diğer şartlarını taşıdığında, tamamen hukuka uygun bir karşılaştırma tipidir[140].

---

135 BGH **GRUR** 1986, s.548– "Dachsteinwerbung"; BGH **GRUR** 1967, s.596– "Kuppelmuffen-verbindung"

136 RG **MuW** 1930, s. 114 –Vorwärts.

137 RGZ 135, s. 45 –Zugabewesen.

138 **Sack**, RWW, 3.2 N.585; BGH **GRUR** 1952, s. 416 – Dauerdose; BGH **GRUR** 1961, s. 85 – Pfiffkus-Dose.

139 Oliver Marc Hartwich, **Wettbewerb, Werbung und Recht: Eine Kritik des Rechts des unlauteren Wettbewerbs aus historischer, rechtsvergleichender und ökonomischer Sicht - zusammengeführt am Beispiel der vergleichenden Werbung,** Herbert Utz Verlag, München 2004, s.433.

140 Josef Kohler, "Persönliche und sachliche Reklame in der Großindustrie" **MuW** 1917, 128. Almanya'da karşılaştırmalı reklama yasak getirilmesinde bizzat etkili olan Kohler de teknik

C. Karşılaştırmalı Reklamlar Hakkındaki Düşünceler

Karşılaştırmalı reklamlar özellikle ticari pazara yeni giren ürünler yönünden avantaj sağlayacaktır[141]. Bununla birlikte reklam veren sadece kendi mal ve hizmetlerinin faydalı yanlarını gösterirken, rakibe ait rekabete konu malları ise sönük olarak gösterir. Bir tacirin kendi cirosunu arttırması, tüketicilerin de satışa arz edilen ürünler arasında kendisi için en makul ürünü seçebilme imkânı sağlaması nedeniyle karşılaştırmalı reklamı faydalı rekabetin bir aracı olarak tanımlanmaktadır[142]. Faydasız rekabet görünümünde ise rakip tarafından satışa arz edilen mal ve hizmetlerin faydalı yanları karşılaştırmalı reklamda gösterilmemekte ve bu nedenle ticari pazardaki işleri zorlaştırılmaktadır[143]. Bu anlamda karşılaştırmalı reklamı faydalı ve faydasız rekabet arasındaki ortak bir nokta olarak da görmek mümkündür[144].

1. Karşılaştırmalı Reklam Lehine Olan Görüşler

a. Tüketicilerin Yararınadır

Çağdaş hukuklarda tüketicilerin temel haklarının tespit ve korunması çalışmaları ilk olarak ABD'de başlamıştır. 1950 öncesinde çok düşük düzeyde olan tüketici korumasıyla ilgili olarak yapılan çalışmalar sonrasında ABD'de 15.03.1962 tarihinde yürürlüğe giren Tüketici Hakları Kanunu ile

---

ilerleme karşılaştırmalarının, karşılaştırmalı reklam yasağına ilişkin ana kuralın istisnaların biri olması gerektiğini savunmuştur

141 Burkhart Menke, "Die vergleichende Werbung in Deutschland nach Richtlinie 97/55EG und der Entscheidung "Testpreis-Angebot", **WRP** 1998, s. 811-818; Wolfgang Gloy / Dirk Bruhn, "Die Zulässigkeit von Preisvergleichen nach der Richtlinie 97/55/EG –Kehrwertende oder Kontinuität", **GRUR** 1998, s. 226-239.

142 BGHZ 1951, s. 236-242 – "Stuttgarter Wochenblatt"; **Baumbach/Hefermehl**, 22.Auflage, 22.Auflage, Einl., N.98.

143 **Baumbach / Hefermehl**, 22.Auflage, Einl., N.96.

144 Astrid Kebbedies, **Vergleichende Werbung Die europäischen Harmonisierungsbeühungen im deutschen und englischen Lauterkeitsrecht**, Göttingen, 2005, s.37.

tüketicilerin bir takım temel haklarının bulunduğu kabul edilmiştir[145]. Tüketicilerin temel hakları bilâhare Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyi tarafından da kabul edilmiştir[146]. AB'de ise tüketici hakları konusundaki ilk çalışma 1972 yılında başlatılmıştır[147]. AB Temel Haklar Şartı'nın 38.maddesinde Birliğin *yüksek düzeyde tüketici korumasını* garanti alacağı taahhüdünde bulunulmuştur[148].

97/55 sayılı Karşılaştırmalı Reklam Yönergesinin 2 ve 6 No'lu başlangıç maddelerinde yoğun bir şekilde tüketici korumasından bahsedilmiş ve *karşılaştırmalı reklamların*, *tüketicilerin bilgilenme ve seçme haklarına hizmet edeceği* önemle vurgulanmıştır.

Tüketicilerin temel hakları, iç mevzuatımızda ise 23.02.1995 tarih ve 4077 sayılı Tüketicilerin Korunması Hakkında Kanun'un "Amaç" başlıklı 1.maddesine de aynen yansımıştır[149]. 1982 AY'nın 172.maddesinde yer alan "*Devlet, tüketicileri koruyucu ve **aydınlatıcı** tedbirler alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder*" hükmü ile tüketicilerin aydınlatılmasının sağlanması Devletin görevleri arasında sayılmıştır.

---

145 The Official Website of the Office of Consumers Affairs & Businnes Regulation, http://www.mass.gov/?pageID=ocahomepage&L=1&L0=Home&sid=Eoca, s.y., 25.08.2011. Amerikan Tüketici Hakları Kanunu (Consumer Bill of Rights) ile tüketicilerin temel hakları; "*seçme hakkı, güvenlik hakkı, bilgilenme hakkı, şikâyet hakkı, çare ve çözüm bulma hakkı, eğitilme ve bilinçlendirilme hakkı*" olarak sayılmıştır.

146 BM Tüketici Koruması Rehberi (United Nations Guidelines for Consumer Protection -as expanded in 1999), http://www.un.org/esa/sustdev/publications/consumption_en.pdf, s.y., 25.08.2011. Söz konusu rehberde, Amerikan Tüketici Hakları Kanunu'nda yer alan temel haklara ilaveten "sağlıklı çevre ve servis hizmeti alma" haklarının da bulunduğu kabul edilmiştir.

147 Gerhard Schricker, "Die Arbeiten zur Angleichung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs in den Ländern der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft", **GRUR Int.** 1973, s. 141 vd. AT Ekonomik ve Sosyal Konsey tarafından başlatılan çalışmalar sonunda ilk toplantı 29-30 Kasım 1972 yılında Brükselde ilk toplantı yapılmıştır. Bu çalışmalar sonunda, ilki *tüketicilerin bilgilendirilmesi* olmak üzere, tüketicilerin 5 temel hakkı bulunduğu kanaatine varılmıştır. Sunulan tavsiyeler üzerine, mal ve hizmetleri edinebilecek olan kişilerin *önemli noktalara ilişkin olarak yeterli miktarda bilgilendirilmeleri* ve böylelikle rekabet halinde olan ürünler arasında objektif ölçülerde bir seçim yapabilmelerinin sağlanması amaçlanmıştır. Bkz. 25.04.1975 tarih ve ABl. EG Nr. 92/09 sayılı, N.34.

148 Charter of Fundamental Rights of The European Union, 2000/C-364/01,OJ, 18.12.2000, www.europarl.europa.**eu**/comparl/libe/elsj/.../default_en.htm, s.y., 01.03.2011.

149 23.02.1995 tarih ve 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, RG, 08.03.1995 tarih ve 22221 sayılı. Kanun'un amacı başlıklı 1.maddesinde, tüketicilerin temel hakları "*sağlık ve güvenliğinin korunması hakkı, ekonomik çıkarlarının korunması hakkı, aydınlatılma hakkı, zararlarının süratle tazmin edilmesi hakkı, örgütlenme ve temsil edilme hakkı"* olarak sayılmıştır.

Tüketicilerin *bilgilenme hakkı* bu temel haklardan birisidir. Tüketicilerin bilgilenme (aydınlanma) hakkının en temel kaynağı ise reklamlardır. Reklamların temel işlevi, reklamın yöneldiği hedef kitleye *bilgi sunmasıdır*[150]. Tüketicilerin bilgilenme hakkı, ihtiyaç duyacakları mal ve hizmetler konusunda sağlıklı ve bilinçli tercih yapmaları ve seçim hakkını kullanmalarını sağlamaktır[151]. Elbette tüketicilerin sağlıklı ve güvenli bir tercih yapabilmeleri için sözleşme kurmalarına etki edecek *önemli noktalar konusunda* yeteri kadar bilgilendirilmeleri gerekmektedir.

Karşılaştırmalı reklamlar, mal ve hizmetlerin gerçek bir indirime tabi tutulmasında çok önemli bir araçtır. Zira fiyat karşılaştırmaları sayesinde, rakip firmalar da kendi fiyatlarında indirime gitme ihtiyaçları duyacak, ölçüsüz kâr marjıyla ürün satımının önüne geçilecektir. İşte bu gibi durumlarda, fiyat karşılaştırmalarını konu alan reklamlar, tüketicilerin ihtiyacı olan mal ve hizmetleri en uygun fiyata almalarını sağlayacaktır.

b. Tacirlerin Yararınadır

Karşılaştırmalı reklamlar yoluyla, reklam veren tacir kendi ürünlerinin faydalı ve üstün yönlerini o ürünün alıcı kitlesine etkin şekilde tanıtma imkânı bulur[152]. Reklam konusu ürünle ilgili olarak, o ürünün üstün yanları konusunda tüketicilere bir nevi garanti verilmiş olur. Garanti ve güvencenin etkisiyle o üründen daha fazla sayıda tüketicinin satın alması ve bu sayede cironun artması sağlanır.

Bir başka açıdan da karşılaştırmalı reklam, reklamda ürünleri eleştirilen rakiplere, kendi ürünlerinin zayıf yönlerini, piyasada bulunan diğer ürünlerin ise güçlü yönlerini görme ve test etme imkânı sağlar. Bu sayede

---

150 **Pınar**, "Reklam Hukukunun Esasları", s.517.

151 **Göle**, Aldatıcı Reklamlar, s.85; Zakir Avşar, "Reklamların Tüketici Politikası Yönünden Değerlendirilmesi", http://hukukcu.com/modules/smartsection/item.php?itemid=59, s.y., 01.12.2011.

152 **Göle**, Aldatıcı Reklamlar, s.85.

karşılaştırmalı reklamda ürünleri eleştirilen tacirler de kendi ürün kalitesinin arttırılması veya fiyatının düşürülmesi hususunda teşvik edilmiş olur. Bir yerde kendisine yönelik rekabete karşı kendi önlemlerini alma fırsatı tanır. Sonuç itibariyle karşılaştırmalı reklam yoluyla, hem reklam veren, hem de aleyhine reklam yapılan tacirin piyasa şartlarında daha etkin ve kalıcı olması, sadece iç pazarlara değil, reklamın sınır aşan etkisi de gözetildiğinde, aynı zamanda dış pazarlara uzanmaları, yani pazarın genişlemesi imkânı da sağlanmış olur.

Karşılaştırmalı reklamda rakiplerin ölçüsüz şekilde eleştirilmesi ve kötülenmesi yasaklanmış olmakla, karşılaştırmalı reklamın rakip tacirlere olumsuz etkisinden de söz edilemez. Nitekim 6102 sayılı TTK'nın 55/1 (a)(5) maddesinde, karşılaştırmalı reklam sırasında rakip tacirlerin veya onlara ait ürünlerin *gereksiz yere* kötülenmesi ve incitilmesi, gerçeğe aykırı, yanlış ve yanıltıcı bilgi verilmesi haksız rekabet doğuran bir davranış olarak kabul edilmiştir. Aynı şekilde Reklam Yönetmeliği'nin 14.maddesinde reklamlarda rakiplerin veya ürünlerinin alay konusu edilmesi ve aşağılanması yoluyla kötülenmesi yasaklanmıştır. Bununla birlikte rakibin veya ürünlerinin zayıf ve eksik yönlerinin objektif bir şekilde gösterildiği reklamlarda, rakip veya ürünleri kötülenmiş olsa bile, gereksiz ve hukuka aykırı bir kötülemeden söz edilemez

c. Toplumun Genelinin Yararınadır

Hukuka uygun karşılaştırmalı reklamlar, serbest rekabeti ve genel ekonomiye destekler, ticari pazarlardaki şeffaflığa hizmet eder ve bu suretle tacirleri, tüketicilerin menfaatlerine olacak şekilde rekabete teşvik eder[153]. Ayrıca karşılaştırmalı reklamlar daha fazla sayıda rakibin aynı mal ve hizmet piyasasına girmesine yardımcı olur[154]. Bu sayede, ilk defa piyasaya giren bir

---

153 **Menke**, **WRP** 1998, s. 811-817.
154 **İnal/Baysal**, s.66.

tacirin de kendi ürünlerini etkin şekilde tanıtması sağlanır. Ürünlerin birbirleriyle etkin şekilde kamuoyu nezdinde karşılaştırılmaları diğer tacirleri de daha kaliteli ve daha ucuz ürün üretmeye ve pazarlamaya zorlar. Reklamların sınır aşan etkisi nedeniyle, gerek ülke içinde gerekse ülkeler arasında mal ve hizmetlerin serbest dolaşımına hizmet eder[155]. Mal ve hizmetlerin serbest dolaşımının artması, işleyen bir rekabetçi yapıya ve ekonominin gelişmesine hizmet eder. İşleyen rekabetçi yapıda ise ülke veya bölge ekonomisi ekonomik krizlere karşı daha güçlü ve dayanıklı olur. Gelişen ekonomiyle birlikte ticaret hacmi artar. Bu sayede toplam üretim ve ticaret artacağından işsizliğin azalmasına olumlu katkı yapar.

2. Karşılaştırmalı Reklam Aleyhine Olan Görüşler

a. Objektiflikten Uzaktır

"*Kimse kendi davasının yargıcı olamaz*" özdeyişiyle ifade edilen bu eleştirel yaklaşıma göre, bir reklamda, reklam veren tacirin karşılaştırma sırasında objektif bilgi sunması neredeyse imkânsızdır[156]. Reklam tüketiciler yönünden önemli bir bilgi kaynağı olması nedeniyle verilen bilgilerin objektiflikten uzak olması aldatıcılık teşkil edecektir. MTO'nun ilk defa 1955 yılında kabul ettiği reklam ilkelerinde, reklamlarda doğrudan karşılaştırma yapılmasından kaçınılması kuralının öngörülmüş olması, sanayileşmiş ülkelerin uzun yıllar karşılaştırmalı reklama karşı olumsuz tutum takınmalarına sebep olmuştur. Karşılaştırmalı reklama karşı temel kaygının sebebi "*reklamı yapan kişinin karşılaştırma sırasında objektif olamayacağı*" anlayışı olmuştur[157].

---

155 2006/114 sayılı Yönerge'nin 5 No'lu Başlangıç maddesi.

156 RG **GRUR** 1931, 1299-1301. – Hellegold. "Niemand dürfe Richter sein in eigener Sache" (Kimse kendi davasının hâkimi olamaz).

157 **Göle**, Aldatıcı Reklamlar, s.80, dn.113.

b. Dürüstlük Kuralına Aykırıdır

Bir düşünceye göre, reklam karşılaştırmasında ileri sürülen iddiaların içeriği ve yapılan değerlendirme doğru olsa bile, kendisine ait mal ve hizmetlerle bir başkasına ait mal veya hizmetleri reklam yoluyla karşılaştırma dürüstlük kuralıyla bağdaşmaz[158]. Zira her karşılaştırmalı reklamda rakibin aşağılanması söz konusudur. Böyle bir davranış faydalı rekabete aykırıdır[159]. Rekabetin rakipler arasında, ancak halkın menfaatine şekilde yapılması halinde (faydalı rekabet) meşru görülmesi gerekir. Rekabet sırasında, rakipler birbirlerine karşı yok edici şekilde değil, yan yana rekabet etmelidir[160]. Aleyhlerine karşılaştırmalı reklam yapılan rakiplerin bu değerlendirmelere karşı, derhal ve yerinde bir tepki göstermeleri mümkün olmayacak, rakipleri tarafından haksız olarak kötülenmiş olacaklardır. Bu anlamda rakiple ilişki kuran ve çoğunlukla onun ürünlerini eleştiren karşılaştırmalı reklamlar faydalı rekabete hizmet etmeyeceğinden kabule şayan görülmemelidir[161].

Türk öğretisinde de bazı yazarlar karşılaştırmalı reklamları suiistimale elverişli bir tanıtım şekli olarak görmektedir[162].

---

158 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG,** 27.Auflage, § 6 N.2.

159 Reha Poroy / Hamdi Yasaman, **Ticarî İşletme Hukuku**, 9.Bası, Beta, İstanbul – 2001, s.246 – 247. Reha Poroy, AET Çeşitli Sorunlar Üzerine Konferanslar (Rekabet Hukuku), İstanbul 1973, s.54, yöneliş; **Göle**, Aldatıcı Reklamlar, s.85. Yazar, rakip tacirlere ait ürünler bir kez kıyaslanmaya başladığında, hem çirkin ve hem de haksız bir durumun kaçınılmaz olarak ortaya çıkacağını, mukayeseli reklamın TTK'nın 57/3 m. uyarınca, haksız rekabet sonucu doğuran bir faaliyet olduğunu savunmuştur.

160 Wilhelm Nordemann / Axel Nordemann / Jean Bernd Nordemann, **Wettbewerbs- und Markenrecht** 9.Auflage, Baden – Baden 2003, s.336.

161 **Fezer/Koos**, **UWG,** § 6 N.3. Bu görüş, 20.yüzyılın başlarından itibaren karşılaştırmalı reklamların Almanya'da yasak olmasının başlıca gerekçesi olarak kabul edilmiştir. Bu anlayışın hâkim olduğu dönemde Alman İmparatorluk Mahkemesi RG çok istisnai durumlarda (kendini savunma nedeniyle karşılaştırma, kendisine danışılma nedeniyle karşılaştırma, sistem karşılaştırmaları ile teknik ilerleme karşılaştırmaları) karşılaştırmalı reklama izin veren kararlara imza atmıştır; **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, 27.Auflage, § 6 N.2; Bu dönemde verilen bazı kararlar için bkz. RG **GRUR** 1927, 486 – Preisvergleich; RG **GRUR** 1931, 1299 – Hellegold; RG **GRUR** 1934, 73 – Konfektionsqatte; RG **GRUR** 1937, 230 – Dirro-Ofen;RG **GRUR** 1939, 982, 986 – Lindes Verkaufshelfer; RG **GRUR** 1940, 50, 53 – Kondensableiter; RG **GRUR** 1942, 364 – Förderanlagen.

162 **Örs**, s.38. Yazar, "mukayeseli reklamlar, aldatıcı reklamların bir nev'idir. Mukayeseli bir reklam ekseriya rakibin ifasının ve ticarî şartlarının kötülenmesi neticesini tevlit eder. Mukayeseli reklam suiistimale müsaittir" şeklindeki görüşleriyle karşılaştırmalı reklama karşı olduğunu ifade etmiştir. Bununla birlikte Yazar, yazısının başka bir bölümünde "Rakibin adını

Bu bakış açısı eleştirel karşılaştırmalı reklamı, karşılaştırmalı reklamın kabul edilebilir olmasına ilişkin tartışmanın odak noktası haline getirmiştir[163]. Bu tartışmada, karşı tarafta yer alan görüş mensupları ise, karşılaştırmalı reklamda, kişinin kendi davasının hâkimi olması durumunun değil, *kendi davasının avukatı olmasının söz konusu olduğu* ve buna da bir engel bulunmadığını savunmuşlardır[164].

c. Asalak Etki Yapar

Karşılaştırmalı reklam, bir tacire, başkasının tanınmışlığından haksız şekilde yararlanarak kendi reklamını yapmasına imkân tanır[165]. Hiçbir tacirinin kendi ticari kapasitesini yükseltmek için başka tacirleri kullanmalarına izin verilmemesi gerekir[166]. Bu görüş daha ziyade başkasına dayanan karşılaştırmalı reklama yönelik bir eleştiri niteliği taşımaktadır.

d. Tanınmışlığa ve Ticarî İtibara Zarar Verme Tehlikesi İçerir

Reklamlarda, tanınmış ve itibarlı bir tacirin ya da onun tarafından pazarlanan ürünlerin isminin zikredilmesi bir yandan reklamı yapan tacire haksız yarar sağlayacağı gibi, öte taraftan tanınmış olan tacirin itibarına veya

---

bildirerek onun malları ve fiyatları ile kendi malları ve fiyatları arasında mukayese yapmak aslında haksız rekabet olmaz... Mukayeseli reklam hakikate uygun olduğu müddetçe, yanıltıcı bir tek taraflılık ve sübjektif kıymet hükümleri ihtiva etmedikçe ve maddi mutalara, yani fiyat, evsaf, dayanaklılık bakımından ehemmiyetli surette faydalı olduğunu gösteren amillere inhisar ettikçe objektif hüsnüniyete mugayir düşmez." şeklindeki ifadesiyle, aslında karşı olduğu şeyin karşılaştırmalı reklamın suiistimali olduğu anlaşılmaktadır.

163 BGH **GRUR** 1987, 49 vd. – "Cola-Test"; Hans Günter Borck, "Die Rücksicht auf den Mitbewerber als rechtliche Schranke informativer Werbung", **WRP** 1986, 365 vd.

164 **Menke**, **Recht und Ökonomie**, s. 16; Norbert Reich, "Vergleichende Werbung und EG-Recht", **WRP** 1988, 75 vd; **Sack**, RWW § 3.2 N.649 vd.

165 Adolf Lobe, "Der Hinweis auf fremde gewerbliche Leistung als Mittel zur Reklame", **MuW** 1916/1917, 129. Yazar bu durumu "başkasının öküzüyle kendi tarlasını sürmek" (Schmarotzereffekt / mit fremdem Kalbe pflügen) olarak ifade etmiştir.

166 **Menke**, **Recht und Ökonomie**, s. 16.

tanınmışlığına da zarar verilmesi tehlikesi ortaya çıkar[167]. Karşılaştırmalı reklamlar rakiplerin kötülenmesine hizmet eden aldatıcı reklamların bir türüdür[168].

e. Karşılaştırmalı Reklamların Bumerang Etkisi

Eleştirel karşılaştırmalı reklamlar çoğu zaman rakiplerin tepkisini çekecek ve onların da karşı reklam kampanyaları düzenlemelerine yol açacaktır. Bu sayede, reklam verenin kendisinin veya ona ait ürünlerin de karşı reklamlar yoluyla ağır şekilde eleştirilmesi ve tüketicilerin gözünden düşürülmesi ihtimali bulunmaktadır. Başlangıçta yapılan bir karşılaştırmalı reklam Bumerang etkisiyle yine aynı tacire dönecektir. Bumerang etkisinin görülmesi halinde hedef tüketici kitlesi, hangi firmaya ve mallarına güveneceğini şaşıracak ve reklamların pozitif etkisi de ortadan kalkacaktır[169].

III. KARŞILAŞTIRMALI REKLAMDA KİŞİLER

Medya organlarında gördüğümüz ve izlediğimiz klasik anlamda bir reklam faaliyetinde, reklam veren tacir, rakip tacirler, tüketiciler, hedef kitle, reklamcı, reklam mecrası gibi birçok kişinin varlığı söz konusudur.

A. Reklam Veren

Reklam faaliyetinin gerçekleşmesinde ilk hareket noktası bir "reklam veren" kişinin varlığıdır. Reklam veren, reklamın gerçekleşmesini isteyen kişidir. "Reklam veren" kavramı 4077 sayılı TKHK'nın 3/1 (l) bendinde;

---

167 **Piper/Ohly**, **UWG** § 6, s.771, N.2.
168 **Örs**, s.38.
169 **Gloy/Bruhn**, **GRUR** 1998, 226-239.

"*Ürettiği ya da pazarladığı malın/hizmetin tanıtımını **yaptırmak**, satışını artırmak 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*"

Şeklindeki tanımlama kanaatimizce yanlış anlamalara mahiyet verecek niteliktedir. Her şeyden önce reklam konusunun sadece mal ve hizmetler ile firma imajının arttırılmasına indirgenmemesi gerekir. Zira çağdaş düzenlemelerde yer aldığı üzere "bir hakkın elde edilmesi" veya "bir borcun azaltılması" ile ilgili tanıtımlar yapanların da reklam veren olarak nitelenmesi yerinde olurdu[170]. Diğer yandan mal veya hizmeti üreten veya pazarlayan kişilerin yanında, pekâlâ üçüncü kişilerin de başkası lehine karşılaştırmalı reklam yapabilmesi mümkündür. Bunun dışında, kanaatimizce, reklamın mutlaka üçüncü kişilere hazırlattırılması ve vasıta kullanılması gerektiği gibi bir anlayışa yol açacak ifadeler de pek isabetli değildir[171]. Zira reklamın, reklam konusu süjeyi pazarlayan gerçek ya da tüzel kişi tarafından bizzat hazırlanarak hedef kitleye iletmesi mümkündür[172]. Söz gelimi, hedef kitlenin gönderilen mektup, faks, e-mail, broşür ve katalog gibi materyallerle haberdar edilmesi mümkün olduğu gibi, yüz yüze satış görüşmelerinde kullanılan ifadelerle de reklam yapılması mümkündür. Nitekim Reklam Kurulu da birçok kararında vasıtasız ve doğrudan yapılan reklamları, reklam tanımının içinde ve denetim yetkisinin kapsamında görmüş[173], öğretideki aksi yöndeki görüşlere itibar etmemiştir[174].

İki rakip arasındaki rekabet yönünden üçüncü kişilerce yapılan karşılaştırma, bazı durumlarda üçüncü kişinin lehine de olabilecektir. Mesela, bir dernek üyesinin, bir çalışanın, bir temsilcinin kendi kuruluşu ile rakip bir

---

170 2006/114 sayılı Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlara İlişkin AB Yönergesi 2 (a) bendi.

171 Aksi görüş için bkz. **Göle**, Aldatıcı Reklamlar, s.35. Yazar, "vasıta" bulunmasını reklamın unsurları arasında saymıştır.

172 **Özdemir**, s.66.

173 RK., 14.10.1997 T. , S.25 – Starlight kararı. Bu kararda RK, şikayet olunan firmanın kendisinin bastırarak dağıttığı reklam broşürlerinin hukuka uygunluğunu denetlemiştir.

174 Bkz. **Göle**, Aldatıcı Reklamlar, s.37; **İ. Aslan**, s.237.

tacir arasında yaptığı karşılaştırma, dolaylı yoldan kendi menfaatini de korumaya yönelik olabilir. Bazı durumlarda da reklama konu ettiği iki şirketle hiçbir bağı olmasa bile, ticaretle uğraşan ve reklamı yapan üçüncü kişi, rekabeti teşvik suretiyle kendi menfaatine bir sonuç elde etmek isteyebilir[175]. Mesela 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 buna bir örnek teşkil edebilecektir. Aynı şekilde bir sigorta komisyoncusunun, çeşitli sigorta şirketlerinin sigorta ücretlerini bir tabelada göstermesi de üçüncü kişinin yaptığı karşılaştırmalı reklamlara örnek gösterilebilir[176]. Bu tür ihtimallerde daha ziyade kendi cirosunun artışı için uğraş verildiğini kabul etmek gerekir. Bazı durumlarda da 3.kişi kendi müşterisini aydınlatmak için mal ve hizmetler arasında karşılaştırma yapabilir. Mesela; "bir restoran sahibinin kendisine görüş soran müşterisine, iş yerinde bulunan şarapları karşılaştırması" veya "bir konfeksiyoncunun, iş yerinde bulunan kıyafetlerden hangisinin daha iyi olduğuna ilişkin olarak müşterisine tavsiyede bulunması mümkündür. Satıcının bu işyerinin sahibi ya da çalışanı olması da durumu değiştirmez. Üçüncü kişiler tarafından bir başka tacir lehine karşılaştırmalı reklam yapıldığında, lehine reklam yapılan tacirin sorumluluğu ancak reklamı yapan üçüncü kişiyle bir bağlantısının bulunması halinde mümkündür[177].

Hukuka uygunluk açısından, karşılaştırmalı reklamın bizzat tacir veya üçüncü kişi tarafından yapılmış olması arasında bir fark olmayıp her ikisi de aynı geçerlilik kurallarına tabidir[178].

---

175 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 31.
176 OLG München **NJW**-RR 1995, 1196.
177 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N.31.
178 **Berlit**, **Vergleichende Werbung,** N. 34.

B. Rakip

1. Rakip Kavramı

Bir reklam faaliyetinin önemli unsurlarından birisi de "rakip" kavramıdır. Rakipleri, karşılaştırma içermeyen reklamlar dolaylı yoldan, karşılaştırma içeren reklamlar ise doğrudan etkiler. O nedenle özellikle *karşılaştırmalı reklamlar yönünden rakip kavramına verilecek anlam önemlidir*.

2006/114 sayılı Yönergenin 2/1 (c) maddesi gereğince, karşılaştırmalı reklamın varlığından söz edebilmek için "***en az bir rakibin*** *veya rakip tarafından arz edilen mal veya hizmetlerin reklamda tanımlanabilir olması*" gerekir. Ancak rakip olarak gösterilmesi gereken kişinin kim olduğu Yönergede gösterilmemiş, özellikleri de dolaylı yoldan pek sınırlı olarak verilmiştir.

Rakip kavramı, reklama ilişkin kuralları bünyesinde barındıran 4077 sayılı TKHK da ve 6102 sayılı TTK da tanımlanmış değildir. Rakip kavramı, TDK Büyük Türkçe Sözlükte "*Herhangi bir alanda üstünlük sağlamaya çalışanlardan her biri; Herhangi bir işte, bir yarışta birbirini geçmeye çalışan, aynı şeyi elde etmeye uğraşan kimse*" olarak tanımlanmıştır[179].

Ticarî piyasada rakip "diğer tacirlerle rekabet halinde olan ve onlara karşı üstünlük sağlamaya çalışan kişi" olarak ifade etmek mümkündür. Sağlanmak istenen üstünlük, ilk planda piyasaya hâkim olmak, geri planda ise daha fazla kâr elde etmektir.

"Rakip" kavramı ilk defa ABAD tarafından Landtsheer kararında tanımlanmıştır. Kararda "rakip" kavramı "*bir tacirin piyasaya sürdüğü reklama konu mal ve hizmetlerin alternatifleri olan kişi ve kuruluşlar*" olarak tanımlanmıştır[180]. Öğretide de "rakip" kavramına ilişkin olarak değişik tanımlamalara rastlamak

---

179 TDK resmi internet sitesi için bkz. http://tdkterim.gov.tr/bts/

180 ABAD, 19.04.2007 tarih, C–381/05 – **De Landtsheer Emmanuel SA / Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne and Veuve Clicquot Ponsardin SA (CIVC)**, N.28; BGH **GRUR** 2002, 828, 829 –BGH **GRUR** 2002, 828, 829 –Lottoschein. Bu kararda da Adalet Divan'ın tanımlamasına yakın bir tanımlama kullanılmıştır.

mümkündür[181]. Buna göre "rakip" kavramının varlığı için bir takım şartların varlığı gerekmektedir.

a. Somut Rekabet İlişkisi

Karşılaştırmalı reklamı yapan ile aleyhine karşılaştırma yapılan tacir arasında *fiili bir rekabet ilişkisinin* bulunması şart olmamakla birlikte, reklam konusu *mal veya hizmet yönünden bir veya daha çok tacirle* ***somut rekabet halinde"*** olunması gerekir. Somut rekabet halinin varlığı için gerekli unsur ise "rekabetçi davranış" halidir[182]. "Rekabetçi davranış" ile kastedilen şey, reklam konusu ürünün pazar payının kendi lehine, rakip aleyhine olacak şekilde arttırılmaya çalışılmasıdır. "Somut rekabet ilişkisi" ifadesiyle kast edilen, sadece fiilen gerçek rekabet halinde olan tacirler değil, aynı zamanda birbirleriyle **rekabet etme potansiyelleri olan** tacirlerdir[183]. Böyle bir ihtimalin varlığı yeterlidir. Söz gelimi, çiçek satıcısı ile kahve satıcısı arasında fiili bir rekabet ilişkisi olmamasına rağmen, her ikisinin ürünün de hediyelik eşya olabilmesi açısından aralarında somut bir rekabet ilişkisi bulunmaktadır[184].

Yargıtay kararına konu bir olayda, bir gazete köşe yazarı tarafından, bir TV dizisinin kötülenmesi üzerine, o dizinin yapımcısı davacı şirket tarafından gazetenin yayın sahibi olan şirket aleyhine açılan dava sonunda, yerel mahkemece, "*gazete yayıncısı şirket ile TV dizi yapımcısı şirketin farklı alanlarda iştigal ettikleri, aralarında iktisadi rekabetin mümkün olmadığı*" gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş ise de Yargıtay, "*TTK 57/1. maddesi, TTK 56. maddesi ile birlikte mütalaa olunduğunda, sadece rakiplerin ekonomik çıkarlarını değil, rekabete dayalı ekonomik düzenin korunmasını da amaçlar. Madde iyi niyet kurallarına aykırı iktisadi rekabetin*

---

181 Daniel Blankenburg, "Neues zur vergleichenden Werbung, zur Verwechslungsgefahr und zur markenmäßigen Benutzung?" **WRP** 2008, 186, 189; **Köhler**, **WRP** 2008, 414; **Sack WRP** 2008, 1141.

182 **Piper/Ohly**, **UWG** § 6 N. 26.

183 BGH **GRUR** 2002, 828, 829 –Lottoschein.

184 BGH **GRUR** 72, 553 – Statt Blumen ONKO-Kaffee.

her türlü suiistimalini haksız rekabet olarak tanımlamıştır. TTK 58. maddesinde böyle bir tehlikeye maruz kalan kimseye dava hakkı tanımıştır" gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmuş ve haksız rekabet davası açabilmek için gerçek ve fiili bir rekabetçi yapının gerekmediğine karar vermiştir[185].

b. Ürünlerinin Alternatif Olarak Gösterilmesi

Karşılaştırmalı reklam yapabilmek için "rakip" kavramının varlığı için aranması gerekli diğer özellik ise, reklam verenin mal veya hizmetinin, rakibe ait mal veya hizmetle **alternatif / değiştirilebilir olması** gerekir. Diğer bir tabirle, ancak reklamda mal ve hizmetleri "*belirli bir ölçüde alternatif gösterilebilen*" tacirler "rakip" olarak tanımlanabilecektir[186]. Bu anlamda reklam verenin cirosunun artmasına, rakibin cirosunun ise azalmasına yol açacak mal ve hizmetlerin karşılaştırmaya konu edilmesi gerekir[187]. Yani reklam verenin cirosu ile rakibin cirosu arasında **ters orantı**nın varlığından söz etmek mümkündür. Birbirlerine alternatif olarak gösterilen ürünler yönünden, reklamda eşitlik, üstünlük veya en üstünlük iddiasında bulunulması, "rakip" kavramı açısından önemsizdir. Karşılaştırmalı reklamda reklam konusu ürünleri alternatif gösterme eyleminin; beyan, davranış, resim, sembol, bilimsel çalışmalar, test raporları veya anketler vasıtasıyla yapılmasının bir önemi bulunmamaktadır. Önemli olan, reklamın hitap ettiği kesimce bir "*karşılaştırmanın algılanması*"dır[188].

Reklam verene ve rakibe ait malların bir yerde kesişiyor olması yeterli olmayacaktır[189]. Mesela, bir araba reklamında, kendi arabasına karşın trafikte

---

185 Yargıtay 11.HD'nin 23.03.2009 tarih ve 2009/310 E., 2009/2460 K. sayılı kararı.

186 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 34; ABAD, **De Landtsheer / CIVC**, N.28.

187 **Piper/Ohly**, **UWG** § 6 N. 26.

188 **Bozbel**, s.171.

189 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 34; BGH **GRUR** 02, 828 – Lottoschein.

akıp giden araçların gösterilmesi, reklam verene ait aracın rakiplere ait diğer araçlara alternatif gösterildiği anlamına gelmeyecektir[190]. Buna karşın, reklam verene ait aracın hızla akıp gittiği bir reklamda, herhangi bir rakibe ait aracın dağda / yolda kalmış gösterilmesi halinde, karşılaştırma belirli **bir ürüne özgülenmiş** ve **tüketicilere bir satın alma alternatifi gösterilmiş olduğu için** karşılaştırmalı reklamdan söz edilebilecektir.

2006/114 sayılı Yönergenin 4/1 (b) maddesi uyarınca, "alternatif olma" özelliğinden söz edebilmek için ürünlerin "**aynı ihtiyacı karşılama**" ya da "**aynı amaca yönelik olma**" özelliklerinden birini taşıması gerekir[191]. İlk planda aynı tür ve kategori (zeytinyağı / ayçiçek yağı / katı yağ) ürünlerin birbirlerine alternatif oldukları konusunda bir şüphe bulunmamaktadır.

Alternatif olma durumu, ihtiyaçların tamamen örtüşmesi veya tacirlerin aynı sektör içerisinde bulunmaları anlamına gelmez. Tamamen farklı ürünler olsa bile düşük düzeyde de olsa ürünlerden birinin diğerinin yerini alabiliyor olması yeterlidir[192]. Mesela, asla aynı sektörde olmamalarına rağmen, bir reklamda yer alan "*Sevdiklerinize çiçek yerine ONKO kahve hediye edin*" ifadesi dikkate alındığında, çiçek üreticileri ile kahve üreticisi tacirlerin birbirlerine rakip olduğu söylenebilecektir[193].

Tacirlerin birbirleriyle somut rekabet halinde olduğunu söyleyebilmek için, ürünlerin aynı tüketici grubuna hitap etmesi gerekir. Söz gelimi, genellikle ucuz ve teknolojisi zayıf olan "Tata" markalı bir otomobil ile pahalı ve teknolojisi son derece gelişmiş "Porsche" marka araçlar, sonuç olarak aynı ihtiyacı karşılamakla birlikte, aynı tüketici grubuna hitap eden, birbirlerine alternatif olabilecek ürünler değildir. Önemli olan husus, piyasaya arz edilen mal veya hizmetlerin birbirlerine alternatif olabilme özelliğine sahip olup olmadığıdır. Böyle bir halin varlığı her somut olayda, reklama konu ürünlerin

---

190 **Köhler**, **GRUR** 2005, 273.
191 ABAD, **De Landtsheer / CIVC**, N.29.
192 Rolf Sack, "Der Mitbewerberbegriff des § 6 UWG", **WRP** 2008, 1141-1147.
193 BGH **GRUR** 72, 553 – Statt Blumen ONKO-Kaffee.

ne şekilde birbirlerine alternatif gösterildiğine bakılarak ve hedef tüketici kitlesinin bakış açısı dikkate alınarak tespit edilmelidir.

Reklam konusu ürünlerin her zaman birbirlerine alternatif ürünler olduğunu söylemek mümkün değildir. Mesela, bir ekonomi dergisinin reklamında "*paranızı arttırmak için size loto kâğıdından daha değerli bir kâğıt öneriyoruz*" örneğinde, ekonomi dergisi ile loto hizmetleri karşılaştırma konusu yapılmıştı. Böylesi bir karşılaştırmada, ürünlerin birbirlerine alternatif olduğunu söylemek mümkün değildir. Dolayısıyla ortada bir karşılaştırmalı reklamın varlığı da söz konusu değildir[194].

Bir avukatın, yaptığı duyuruda "Avukat (X), daha önce birlikte çalıştığı (Y) hukuk bürosundan ayrılarak aynı bölgede yeni bir büro açmıştır" şeklinde bilgi vermesi halinde ise, *tanımlanabilir bir rakipten* ve Yönergeye uygun bir karşılaştırmalı reklamdan söz etmek mümkündür[195]. Zira somut olarak rekabet halinde bulunulan ve kimler olduğu bilinen, meslektaşlarının çalışmakta olduğu hukuk bürosundan bahsedilmiştir.

2. Rakip Kavramının Özellik Arzettiği Alanlar

Rakip kavramı, gerek yasal düzenlemeler, gerekse de içinde bulunulan bazı sektörler açısından özel bir önem arz edebilir.

a. Şampanya Klozu

"Alternatif olma" durumunun tek istisnası, 2006/114 sayılı Yönergenin "coğrafi köken bildiren ürünler" (şampanya klozu) ile ilgili 4/1 (e) maddesidir. Burada yer alan düzenleme uyarınca, coğrafi köken bildiren ürünler ancak kendi aralarında karşılaştırma konusu yapılabilecektir. Diğer bir anlatımla,

---

194 BGH **GRUR** 2002, 828, 829 –Lottoschein; **Piper/Ohly**, **UWG** § 6 N. 26.
195 **Köhler**, **GRUR** 2005, 273.

Yönerge 'deki karşılaştırmalı reklam yapılması yasağı nedeniyle, bir *şampanya üreticisi* ile diğer içki üreticileri (bira, viski, şarap vs.) arasında somut rekabet ilişkisinin varlığına rağmen, hukuki anlamda birbirlerine rakip olabilmeleri mümkün değildir. Yani bir şampanya üreticisinin rakibi ancak diğer bir şampanya üreticisi olabilecek, bir çeşit şarap olan "Şampanya" ancak diğer bir şampanya ile karşılaştırmaya konu edilebilecektir[196].

b. Yedek Parça ve Aksesuar Sektöründe "Rakip" Kavramı

Orijinal ürün üreticilerinin aynı zamanda yedek parça veya aksesuar da üretmeleri halinde, o ürünle ilgili yedek parça ve aksesuar üreten diğer tacirler arasında somut bir rekabet halinin varlığında şüphe yoktur. Bu durumda sadece yedek parça ve aksesuar üreten tacirlerin reklamlarında "… ile eşit vasıfta", "… ile aynı tür", "… numaralı orijinal ürünlere uygundur" şeklinde ifade kullanılması halinde rakibe ait bir ürünle ilişkilendirme yapıldığı ve karşılaştırmalı reklamın varlığında kuşkuya yer yoktur

Bu konuda *tartışmalı olan husus*, yedek parça ve aksesuar üreticisinin reklamlarda, yedek parça ve aksesuar yerine *orijinal ürünün kendisiyle ilişkilendirme yapmasının* ("X yedek parçası Y ürününe uyumludur" vb.) mümkün olup olmadığı noktasındadır. Ancak yedek parça ve aksesuar ticaretinde rakiplik kavramını, diğer ticaret dallarına göre farklı değerlendirmek gerekir[197]. Zira belirli ürün piyasalarında üreticiler, ürünlerini daha ziyade kullan-at (saatler, fotoğraf makineleri, hesap makineleri, lap top vs.) veya yedek parçası bütün halinde değiştirilebilir (beyaz eşya, otomotiv) özellikte üreterek satmakta, o ürünlerin ayrıca yedek parçalarını ya hiç üretmemekte, ya da bileşik parçaları ayırmaksızın bir bütün olarak üretmektedirler. Bununla birlikte, üçüncü kişilerin kullan-at ya da bileşik ürünlerin yedek parçalarını üretmeleri ve satmalarının önünde bir engel

---

196 ABAD, **De Landtsheer / CIVC**; **Sack**, **WRP** 2008, 1141, 1143.

197 Abdullah Erdoğan, **Vergleichende Werbung nach** § **6 UWG**, Aachen-2008, s. 85.

bulunmamaktadır. Söz gelimi bir otomobilin şarj dinamosunun "kömür" tabir edilen iletken parçası deforme olduğunda, orijinal parça üreticileri bu ürünü bir bütün halinde, ancak çok yüksek fiyatlarla satmaktadırlar. Oysa dinamo kömürünün çok daha ucuz bir fiyatla üretilmesi ve değiştirilmesi mümkündür. İşte bu tür durumlarda, orijinal üreticilerce hiç üretilmeyen veya bir bütün olarak üretilen bir yedek parça veya aksesuar reklamlarında, orijinal ürünlerle (ana ürün) ilişkilendirme yapılabilecek midir? Orijinal ürün üreticilerinin yedek parça ve aksesuar üretmemeleri halinde, yedek parça ve aksesuar satanların reklamlarında kural olarak, piyasaya aynı tür ürün arz eden tacirler olmamaları nedeniyle, orijinal ürün satıcısına veya ürünlerine atıfta bulunamamaları gerekir. Zira orijinal ürün ile buna ait yedek parçanın aynı ihtiyacı karşılayan veya birbirlerinin yerini tutabilen ürünler olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu nedenle bu tür olaylarda kural olarak bir karşılaştırmalı reklamdan söz etmek de mümkün değildir. Ancak yedek parça sektörünü bu gibi durumlarda karşılaştırmalı reklam yapma hakkından mahrum etmek serbest rekabet anlayışıyla bağdaşmayacaktır. Öte yandan yedek parça ve aksesuar üreticileri, orijinal mal üreticileriyle *aynı ihtiyacı karşılamaya veya aynı amaca yönelik faaliyette bulunan* ve bu anlamda birbirlerine rakip olan tacirlerdir[198]. Doğal olarak karşılaştırma içeren yedek parça ve aksesuar reklamları, diğer şartların da varlığı halinde kabul edilebilir karşılaştırmalı reklamlar olacaktır. Diğer bir anlatımla, yedek parça ve aksesuar üreticileri veya satıcıları bakımından, ilişkilendirmenin rakibe ait yedek parçalar yerine *ana ürün* ile yapılmasının bir sakıncası bulunmamaktadır[199]. Tabi bunun için ilk ve en önemli koşul, orijinal ürün ile yedek parça arasında bir ilişkilendirmenin varlığıdır. Bir bakıma dolaylı yoldan da olsa, yedek parça ile ana ürün arasında işlevsel benzerlik iddiasında bulunulması gerekir.

---

198 **Berlit**, **Vergleichende Werbung**, N.60; **Köhler**/**Piper**, 3.Bas. § 1 N.463; Winfried Tilmann, "Richtlinie vergleichende Werbung, **GRUR** 1997, 790, 795; BGH **GRUR** 2002, 75,77 – SOOOO … BILLIG!?; BGH **GRUR** 1999, 1100, 1101 – Generika Werbung.

199 **Piper/Ohly**, **UWG** § 6 N. 26.

ABAD'ın Toshiba kararına konu olayda, yedek parça üreticisi Katun firması, Toshiba marka fotokopi cihazlarının tonerlerini ve sarf malzemelerini üretiyordu. Sattığı ürünlerle ilgili olarak Katun firması bir reklam kataloğunda, kendisine ait yedek parçalar ile Toshiba'nın kendi makinelerinde kullandığı ibare ve model numaralarını (Toshiba 1340 gibi) ve sipariş kodlarını yan yana ve liste halinde kullanmıştı. Davalı Katun reklamda, Toshiba'nın hangi numaralı ürünlerinin kendisine ait hangi numaralı ürünlerle eşleştiğini liste halinde göstermişti. Listede, Katun'un ürün fiyatları da yer alıyordu ve fiyatlarla ilgili olarak katalogda "*Kalite ve performanstan ödün vermeksizin maliyetlerinizi azaltabilirsiniz*" ve "*Yüksek performanslı Toshiba fotokopi makineleri için ideal çözüm*" ibareleri yer almaktaydı. ABAD konuya ilişkin kararında *rakibe ait ana ürünler* ile davalı Katun tarafından üretilen ana ürüne ilişkin yedek parça ve sarf malzemelerinin üretim ve sipariş kodlarının reklamda karşılaştırılmasını hukuka uygun olarak kabul etmiştir[200].

C. Reklamcı

Reklam veren, bizzat reklam konusu ifadeyi beyan eden olabileceği gibi, yayın yoluyla duyurulan reklamın hazırlayıcısı da olabilir. Bu tür durumlarda reklam veren ile reklamcı sıfatı birleşmektedir. Ancak, medya organlarında yayınlanan reklamlar, reklam verenlerin arzu ve isteklerine uygun olarak, çoğu zaman reklamcılık mesleğini icra eden ticaret erbabınca hazırlanır**.** "**Reklamcı**" kavramı 4077 sayılı TKHK'nun 3/1 (m) bendinde;

"*Ticari reklam ve ilanları, reklam verenin duyduğu ihtiyaç doğrultusunda hazırlayan ve reklam veren adına yayımlanmasına aracılık eden ticari iletişim uzmanı gerçek ya da tüzel kişi*"

Şeklinde tanımlanmıştır. Ancak gerçekte, reklam olgusunun varlığı için bir reklamcıya ihtiyaç zorunluluğu bulunmadığı gibi, kanunda "reklamcı" kavramının tanımlanmasına da gerek olmadığı ifade olunmalıdır. Zira hukuki

---

200 ABAD, **Toshiba / Katun**, N. 31.

anlamda, söz, ifade ve davranışlarıyla, reklam yapan herkes o somut olay açısından "reklamcı" sıfatını haizdir. Reklamcı olabilmek için, "iletişim uzmanı" gibi bir ön koşul veya herhangi bir alt yapı da gerekli değildir. Keza reklamcı sayılmak için, reklama konu ürünü pazarlayan kişiyle herhangi bir bağ içerisinde olmak da gerekmez. Bir kez reklamın varlığı söz konusu olduğu takdirde, reklamı yapan kişi ile reklamı yapılan ürün sahibi arasında hiçbir bağ olmasa bile o reklam hukuki denetime ve yaptırıma tabi olabilecektir. Nitekim konuya ilişkin milletlerarası düzenlemelerde de "reklamcı" kavramının tanımına yer verilmiş değildir[201].

D. Mecra Kuruluşu

Bir reklamın mecrası (çıkış kaynağı) bizzat şahıslar olabileceği gibi, broşür, billboard, katalog, yazılı ve görsel medya da olabilecektir. "Mecra kuruluşu" kavramı 4077 sayılı Kanun'da 3/1 (n) bendinde;

"*Ticarî reklam veya ilânı hedef kitleye ulaştıran iletişim kanallarının ya da her türlü aracın sahibi, işleticisi veya kiralayıcısı olan gerçek veya tüzel kişi*"

Şeklinde tanımlanmış ise de, kanaatimizce reklam mecrasının, örgütsel bir yapıyı çağrıştırır şekilde "kuruluş" şeklinde tanımlanması isabetli değildir. Zira reklamların "kuruluş" niteliği taşıyan bir mecra tarafından yapılması veya yayınlanması şart değildir. Reklamın, hedef kitleye kurumsal bir mecra vasıtasıyla ulaştırılması çoğu zaman pratik bir zorunluluk olması sonucu değiştirmez. Bir reklamın mecrası olabilmek için herhangi bir iletişim kanalı veya araç kullanma zorunluluğu da bulunmamaktadır. Nitekim kanundaki reklam esaslarına aykırılık halinde öngörülen cezai yaptırımlara ilişkin olarak TKHK'nun 25/8 maddesinde "16 ncı maddeye aykırı hareket edenler hakkında… uygulanır …" şeklindeki ifade tarzıyla, mecranın gerçek ya da tüzel kişi (kuruluş) olması, bizzat ürünün sahibi veya üçüncü kişi olması arasında

[201] Bkz. Milletlerarası Ticaret Odası'nın Reklam Esasları; 2006/114 sayılı AB Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklam Yönergesi; 2005/29 sayılı AB Haksız Ticarî Uygulamalar Yönergesi vb.

herhangi bir ayrıma da gidilmemiştir. Bu nedenle 4077 sayılı Kanunda yer alan mecra kuruluşu tanımı, sadece reklamın bir kuruluş kanalıyla yapıldığı durumlar bakımından anlam ifade etmektedir.

Nitekim Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik'in (Reklam Yönetmeliği) 4/1 (g) maddesinde "mecra" kavramı "*reklam ve tanıtım **mesajını ileten** ve **o mesajı alma durumunda olan** kişi, grup ya da topluluğun buluştuğu **yer**, **ortam** (televizyon, her türlü basın, internet, radyo, sinema gibi iletişim kanalları ile açık hava, basılı işler **gibi** reklam taşıyan malzemeler)*" şeklinde tanımlanmak suretiyle, "mecra" kavramı, gerek 4077 sayılı TKHK'nun 3/1 (n) bendinde, gerekse de Reklam Yönetmeliği'nin 4/1 (h) bendindeki "reklam" tanımına ilişkin düzenlemesine göre daha isabetli ve daha geniş şekilde tanımlanmıştır. Bu durumda da Kanun'un 3/1 (n) bendindeki "reklamın herhangi iletişim kanalı veya aracında yayımlanması" şartı gereksiz ve anlamsız bir hale gelmiştir[202].

E. Tüketiciler

Ticarî reklamlar, reklam konusu ürünleri satın alma konusunda tüketicileri ikna etmek amacıyla icra edilir. Tüketici, 4077 sayılı TKHK'un 3/1 (e) bendi uyarınca "*bir mal veya hizmeti ticarî veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişi*" olarak gösterilmiştir. Kanun, tüketici kavramı ile sadece "nihai tüketicileri" ifade etmekte olup, malları bir başkasına satmak üzere alan kişi, yani "*ara tüketiciyi*" kapsamamaktadır.

Karşılaştırmalı reklamın hedef kitlesi çoğu zaman 4077 sayılı TKHK 3/1 (e) maddesi anlamında genel tüketiciler ise de bazı hallerde hedef tüketici kitlesi ile genel tüketici kitlesi farklılaşmaktadır. Aşağıda detayları açıklanacağı üzere, karşılaştırmalı reklam konusunda görüşleri dikkate alınacak kitle, bir mal veya hizmetin son kullanıcısı olan nihai tüketiciler değil,

---

202 Aynı yönde bkz. **İnal/Baysal**, s.9.

reklamın yönelik olduğu tüketici grubudur. Söz konusu hedef kitle, reklamın niteliğine ve içeriğine göre genel tüketiciler veya ara tüketiciler olabilecektir.

1. Hedef Kitle

Hedef tüketici kitlesi, reklam konusu mesajın yöneldiği toplum kesimi, yani ikna edilmek istenen potansiyel müşteri kitlesidir. Reklamda kullanılan ifadenin aldatıcı nitelik arz edip etmediği, rakip tacirleri küçük düşürücü nitelikte olup olmadığı, karşılaştırmanın önemli ve temsil edici olup olmadığı hedef kitlenin bakış açısına göre tespit edilir[203]. Bu kitle çoğu zaman halkın geneli olmakla birlikte, bazen de belirli alanlarda uzmanlıkları olan ve bilinç seviyesi genel tüketicilere göre daha yüksek olan belirli meslek gruplarına mensup kişiler olabileceği gibi, bazen de yaş, kültür, cinsiyet, dil vs. özellikleri sebebiyle bilinç düzeyi daha düşük kesime mensup kişiler de olabilecektir. Aldatıcı sayılabilecek bir davranışa genel halk kitlesinin yükleyeceği anlam ile konusunda uzman kişilerin veya idrak yeteneği ve özellikleri zayıf kişilerin yükleyecekler anlam çoğu zaman farklı olacaktır. Bir karşılaştırmalı reklamın aranan şartları haiz olup olmadığının değerlendirmesi yapılırken, o reklamın yönelik olduğu potansiyel müşteri kitlesinin görüşleri dikkate alınır. Uzman kitleye mensup kişiler kimi zaman bir esnaf, kimi zaman sanayici veya kimi zaman da doktor, eczacı gibi meslek mensuplarıdır. Sosyal ve mental özellikleri gereği, çocuklar, yaşlılar, özürlüler, hastalar ve yabancılar ise toplumun geneline oranla aldanma riskleri daha yüksek olan kişilerdir.

Belirli bir hedef kitleye mensup kişilerin tamamının aynı bilgi ve tecrübe düzeyinde olmasını beklenemez. Bu konuda dikkate alınacak görüş, Yargıtay kararlarında da isabetle bahsedildiği gibi, hedef kitleye mensup

---

[203] Yargıtay 11. HD'nin 15.10.2009 tarih ve 2008/441 E., 2009/10594 K. sayılı kararı. Karara konu olayda, karşılaştırma konusu yapılan ürünlerin ilaç olması nedeniyle, reklamda görüşü dikkate alınması gerekli kitlenin doktor ve eczacılar olduğu kabul edilmiştir.

kişiler arasında yer alan *ortalama bilgi ve tecrübeye sahip* kişilerin görüşüdür[204].

2. Tüketici Modeli

Bir karşılaştırmalı reklamın hukuka uygun olup olmadığının, kimin görüşü kıstas alınarak tespit edileceği sorusuna verilecek cevabın merkezi bir anlamı olacaktır. Zira bu cevap aynı zamanda aldatıcılık yasağının boyutunu da ortaya koyacaktır.

Bir *uzman kitleye yönelik* reklam için, daima bu kişilerin algısı, *genel tüketicilere yönelik* reklamlarda ise genel tüketicilerin, yani reklamın yöneltildiği kitleye mensup kişilerin algıları dikkate alınır[205]. Reklamın hedefi olan kişilerin **hangi ölçüde dikkatli ve ilgili** olmaları gerektiği, reklamın yönelik olduğu hedef kitlenin özelliklerine bağlıdır.

ABAD'ın kararlarına göre bir reklamdaki aldatıcılığın "*makul derecede iyi bilgilendirilmiş, makul derecede dikkatli ve ihtiyatla değerlendirme yapabilen tüketicinin*"[206] algısına göre tespiti gerekir. Tüketicinin bu değerlendirmeyi yaparken herhangi bir uzmanın raporuna veya araştırma sonuçlarına ihtiyaç duymaması gerekir. Ancak Divan, ulusal mahkemelerin bu konuda ortalama tüketici grubunun niteliği ve genel bakış açılarının tespiti için bir rapor alma veya anket araştırması yapma ihtiyacına da karşı çıkmamıştır[207].

Yargıtay da bu konuda, "ortalama tüketici" ölçütünü benimsemiştir. Ancak ortalama tüketicinin ne olduğu hususuna açıklık getirilmiş değildir. Türk hukukunda da görüşleri dikkate alınacak "ortalama tüketici kitlesi" nin ABAD kararlarındaki gibi algılanmasında yarar bulunmaktadır.

---

204 **Yusufoğlu**, s.128.

205 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, 6 N.

206 ABAD, 16.07.1998 tarih, C– 210/96 – **Gut Springenheide / Steinfurt**; ABAD, **Pippig Augenoptik / Hartlauer**, N.55; ABAD, 19.09.2006 tarih, C–356/04 – **Lidl Belgium / Colruyt NV**, N.78; ABAD, 28.01.1999 tarih, C– 303/97 – **Verbraucherschutzverein / Sektkellerei**, N.36; ABAD, 22.06.1999 tarih, C– 342/97 – **Lloyd Schuhfabrik / Klijsen**, N.26.

207 ABAD, **Gut Springenheide / Steinfurt**, N.35, 37.

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA KARŞILAŞTIRMALI REKLAMLAR

I. KARŞILAŞTIRMALI REKLAMLARA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Ülkemizde reklam hukukunu münhasıran düzenleyen bir kanun bulunmamaktadır. Reklamlara ilişkin genel düzenlemelerde olduğu gibi, *karşılaştırmalı reklamlar da Türk hukukunda farklı yerlerde düzenlenmiştir.* Ancak hiçbir düzenlemede karşılaştırmalı reklamın doğrudan tanımlaması yapılmamıştır. Yapılan düzenlemelerde, karşılaştırmalı reklamın hangi şartların varlığı halinde hukuka uygun olacağından ziyade, hangi şartların varlığı halinde hukuka aykırı olacağı belirtilmiştir. Diğer bir anlatımla karşılaştırmalı reklamda olmaması gereken "yasaklar listesi" tarzında bir düzenleme söz konusudur.

Karşılaştırmalı reklamlar, nitelikleri gereği en çok tüketici hukukunu ilgilendirdiği için en geniş haliyle 4077 sayılı TKHK ve buna dayalı olarak çıkartılan Reklam Yönetmeliğinde düzenleme yeri bulmuştur. Bunun dışında karşılaştırmalı reklam, en geniş haliyle, 01.07.2012 tarihinden itibaren yürürlüğe giren 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 55/1 (a) (5) bendinde düzenlenmiştir.

Bir karşılaştırmalı reklamın hukuka uygunluğundan bahsedebilmek için mevzuatta yer alan gerekli şartları sağlaması gerekir. AB hukukundakinin aksine[208], Türk hukukunda karşılaştırmalı reklamın gerekli ve teşvik edilmesi gerekli bir ticarî faaliyet olduğu hususunda herhangi bir yasal düzenleme bulunmamakta, bilakis AB hukukuna oranla daha kısıtlayıcı, hatta yer yer karşılaştırmalı reklamların ruhuyla da bağdaşmayan düzenlemeler bulunmaktadır. Çalışmanın bu kısmında, kısa bir kavramsal açıklamadan sonra, Türk Hukukunda münhasıran karşılaştırmalı reklam bahsine ilişkin yasal düzenlemeler ele alınacaktır.

---

[208] 2006/114 sayılı Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklam Yönergesi. Yönerge'nin 8 No'lu Başlangıç maddesinde, "şartlarına uygun karşılaştırmalı reklamın, tüketicilerin yararına olarak, onların meşru bir bilgilendirme kaynağı olduğu ve bu sebeple karşılaştırmalı reklamın, her türlü karşılaştırmaları kapsayacak şekilde geniş bir kapsamda yorumlanmasının arzu edildiği" açıkça ifade olunmuştur.

A. Terminoloji

Türk pozitif hukukunda "*karşılaştırmalı reklam*" tabiri yürürlükteki kanunlar arasında sadece 4077 Sayılı TKHK'nun 16/3 maddesinde ifade olunmuştur. Söz konusu kavrama ayrıca, 4077 Sayılı Kanun kapsamında çıkartılan Reklam Yönetmeliği'nin 11.maddesinde rastlamak mümkündür. Tarım Bakanlığı'nca çıkartılan "Gıdaların Üretimi, Tüketimi ve Denetlenmesine Dair Yönetmeliğin 15/1 (p) maddesinde ise "*mukayeseli reklam*" tabiri tercih edilmiştir. 6102 sayılı TTK'nın 55/1 (a) maddesinde karşılaştırmalı reklam haksız rekabet kuralları çerçevesinde düzenlenmiş ise de doğrudan "karşılaştırmalı reklam" kavramından bahsedilmemiştir.

Türk Öğretisinde de umumiyetle "*karşılaştırmalı reklam*" tabirinin kullanılması tercih edilmiştir[209]. Sınırlı sayıdaki yazılarda ise "mukayeseli reklam" tabirinin kullanımı tercih edilmiştir[210].

İçeriği itibarîyle, rakibin kendisi veya rakibe ait ürünlerle ilişkilendirme yapılan reklam tipleri, İsviçre ve Almanya'da (UWG 6) "*vergleichende Werbung*", ABD ve İngiltere'de "*Comparative Advertising*" sözcükleriyle ifade olunmuştur[211]. Her iki ibarenin de Türkçe'deki doğrudan karşılığı "karşılaştır-an/-malı reklamlar" dır. Yabancı öğretide sıklıkla yasal tabirler kullanılmıştır. Ancak nadiren "bezugnehmende Werbung – ilişkilendiren reklam" tabirini kullananlar da olmuştur[212].

Biz de kanuni tabir olan ve öğretinin çok büyük çoğunluğunca benimsenen "karşılaştırmalı reklam" tabirini kullanmayı tercih ediyoruz.

---

209 Rıza Ayhan / Mehmet Özdamar / Hayrettin Çağlar, Ticarî İşletme Hukuku Genel Esaslar, Yenilenmiş 4.Bası, Ankara 2011, s.233; Sabih Arkan, **Ticarî İşletme Hukuku**, 15.Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2012.

210 **Göle**, Aldatıcı Reklamlar, s.90 vd.

211 Ansgar Ohly / Michael Spence, "Vergleichende Werbung: die Auslegung der Richtlinie 97/55/EG in Deutschland und Großbritannien", **GRUR Int.** 99, 681, 697.

212 Sack Rolf, **Vergleichende Werbung mit Bezugnahme auf Mitbewerber und ihre Leistungen, in: Amann Joachim / Graf Lambsdorf, Hans-Georg, Rechtsfragen in Wettbewerb und Werbung Kommentar zum Wettbewerbs- und Werberecht, (**RWW**),** Stuttgart – München – Hannover 2001, 3.2, N.580; Eichmann, s.67 vd; Jochen Meyer, **Die kritisierende vergleichende Werbung**, (J.Meyer) Regensburg, 1991, s.163 vd; Michael Kloepfer, Gerhard Michael, "Vergleichende Werbung und Verfassung", **WRP** 1991, 170., 173.

B. 1982 Anayasasının Reklamları İlgilendiren Hükümleri

İktisadi rekabet düzeninin önemli bir aracı olması, toplumun geneli ile kamu düzenini de ilgilendirmesi sebebiyle, ticarî reklamlara ilişkin düzenlemelerin kaynağını anayasamıza dayandırmak mümkündür. 1982 Anayasasının "Mali ve Ekonomik Hükümler" başlıklı IV. Kısmının, "Ekonomik Hükümler" başlıklı 2.Kısmında yer alan "Piyasaların Denetimi ve Dış Ticaretin Düzenlenmesi" başlıklı 167/2 maddesinde yer alan;

"*Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet* ***piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici*** *tedbirleri alır; piyasalarda fiilî veya anlaşma sonucu doğacak* ***tekelleşme ve kartelleşmeyi önler***"

Şeklindeki düzenlemede de anlaşılacağı üzere devlet, mali piyasaların sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve tekelleşmeyi *önleyici tedbirleri* almakla görevlendirilmiştir. Piyasaların sağlıklı ve düzenli işlemesi ile tekelleşmenin önlenmesi ise ancak dürüst rekabet politikalarıyla sağlanabilecektir. Rekabet, iktisadi hayatta müşteri çekmek maksadıyla tacirler arasında yapılan mücadele anlamına gelmektedir[213]. Müşterileri bir sözleşme yapmaya iten en önemli sebeplerden biri de onların, ihtiyacı olan ürünü en uygun fiyata satın aldıklarına ikna olmalarıdır. Piyasaların sağlıklı işlemesi için gerekli olan anlayış zaman içerisinde değişikliğe uğramıştır. Nitekim 1982 Anayasasının 72 maddesinde, "**Devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirler alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder**" ve 48/2 maddesindeki, "**Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır**" şeklindeki düzenlemeler de böyle bir anlayışı temsil etmektedir. Bu bağlamda mal ve hizmet piyasalarını etkileyen en önemli ticarî uygulamalardan biri olan "reklamlar" yönünden de devlet, tüketicileri aldatıcı nitelikte, genel ahlaka aykırı veya rakipleri kötüleyici nitelikte olan, dürüstlüğe aykırı reklam uygulamalarına karşı gereken tedbirleri almakla yükümlüdür.

---

213 Ernst Eduard Hirş, **Ticaret Hukuku Dersleri**, İsmail Akgün Matbaası, 3.Bası, 1946, s.164.

Ancak aslolan iktisadi rekabettir. İktisadi rekabet özgürlüğü, Anayasa'mızın 26. Maddesinde "**Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir**" sözcükleriyle yer alan "***düşünceyi ifade ve yayma özgürlüğü***" ile birlikte dikkate alındığında, iktisadi rekabetin – karşılaştırmalı reklamlar dahil- reklamlar yoluyla gerçekleştirilmesi anayasal bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır. Ticarî reklamların temel amacı, reklam konusu ürünün tanıtımı ve sürümünün arttırılması olduğuna göre, reklam verenin kendisine ait tanıtım konusu ürünün olumsuz yanlarını göstermesi kendisinden beklenemez. Ancak bu, reklam verenin büsbütün başıboş hareket edebileceği anlamına gelmez. Böyle etkili bir rekabet aracının mutlaka disipline edilmesi gerekmektedir[214]. Söz konusu disiplin ise ilgili kanun ve yönetmelikler vasıtasıyla ve yetkili denetim organları eliyle sağlanacaktır.

C. Tüketici Mevzuatında Karşılaştırmalı Reklam

ABD ve AB de yaşanan tüketici politikalarında gelişimin de etkisiyle doğrudan tüketicilerin haklarını korumak üzere 08.03.1995 tarihli ve 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun çıkartılmış, tüketicilerin hak ve sorunlarını tespit etmek ve bu hususta politikalar geliştirmek üzere Ticaret Bakanlığı bünyesinde Tüketici Hakları Genel Müdürlüğü kurulmuştur. Söz konusu Kanun'a dayalı olarak ayrıca "Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik" (Reklam Yönetmeliği) çıkarılmıştır.

---

214 **Ateş**, s.7; **Pınar**, "Reklam Hukukunun Esasları", s.526.

1. 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun

Karşılaştırmalı reklam konusu Türk hukukunda ilk kez 4077 sayılı Kanunun ile düzenleme konusu yapılmıştır. 4077 Kanun'a, *06.03.2003 tarih ve 4822 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle ilave olunan*, 16/3 ve 16/4 maddesinde yer alan;

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

Reklam veren, ticarî reklam veya ilanda yer alan somut iddiaları ispatla yükümlüdür"

Şeklindeki düzenlemeyle "karşılaştırmalı reklam", hukuka uygun bir reklam yöntemi olarak kabul edilmiştir. Bununla birlikte, hangi tür reklamların bu kapsamın içerisine girdiği, karşılaştırmalı reklamın tanımı veya unsurları yer almamıştır. Kanun metni lafzi şekilde yorumlandığında, sadece mal veya hizmetlerin niteliklerinin karşılaştırmaları reklamın konusu olabileceğini kabul etmek gerekir. Oysa mal ve hizmetlerin nitelikleri yanında, rakiplerin ticarî işletmeleri, fiyatları, markaları, fikrî mülkiyet hakları, hatta birbirine rakip durumdaki tacirlerin ticarî özellikleri (çevreye duyarlılıkları, yıllık üretim ve ciroları, aldığı ödüller vs.) de karşılaştırmalı reklamın konusunu teşkil edebilir. Şüphesiz bu özellikler de hedef tüketici kitlesinin satın alma kararlarını etkileyen önemli unsurlardandır. O nedenle Kanun'daki "mal veya hizmet" tabirini 2006/114 sayılı Yönerge 'deki anlayış doğrultusunda geniş şekilde yorumlayarak, "kişilerin mal varlığına etki eden veya daha iyi hizmet almalarını sağlayan" her türlü ürün (mal ve hizmetler yanında, hakların arttırılması, borçların azaltılması, kiralama vs.) ile dolaylı olarak reklam verenin cirosunu arttıran rakip tacirlerin ticarî özelliklerinin de karşılaştırmalı reklama konu olabileceğini kabul etmek yerinde olacaktır.

2. Reklam Yönetmeliği

Ticarî reklamda uygulanması gereken ilke ve esasları belirlemek ve denetim yapmak üzere 4077 sayılı Kanun'un 16/1, 17/son ve 31. maddeleri uyarınca Reklam Kurulu kurulması kararlaştırılmış, ayrıca Bakanlık tarafından reklam esaslarını belirleyen bir yönetmelik çıkartılmıştır.

"Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmeliği"[215] (Reklam Yönetmeliği) nin 11 maddesinde;

"**Karşılaştırmalı reklamlara**;

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

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

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

halinde yer verilebilir"

Şeklindeki düzenleme uyarınca, ancak yukarıda gösterilen tüm şartların hep birlikte gerçekleşmesi halinde karşılaştırmalı reklamın hukuka uygun olacağı kabul edilmiştir.

Yönetmelikteki bu düzenleme ile karşılaştırmalı reklamın uluslararası metinlerdeki tanımına taban tabana zıt şekilde, reklamda "**karşılaştırılan mal, hizmet veya marka adının *belirtilmemesi***" şartı getirilmiştir. Mehaz 2006/114 sayılı Karşılaştırmalı Reklam Yönergesinin gerek tanıma ilişkin 2/1 (c) maddesi, gerekse karşılaştırmalı reklamın şartlarını düzenleyen 4.maddesinde, rakibin ya da ona ait mal veya hizmetlerin vb. tanımlanabilir olması hukuka uygunluk şartıdır. Şüphesiz tanımlanabilir olmak için en başta rakip işletmenin veya ona ait mal veya hizmetin isminin reklamda zikrolunması gerekir.

Yönetmelik ile getirilen bu kısıtlama, 4077 sayılı Kanun'un kapsamının da dışındadır. Öte yandan, gerek Kanun, gerekse Yönetmelikteki düzenleme

---

[215] R.G., 14.08.2003 tarih ve 25138 sayılı.

sadece mal veya hizmet karşılaştırmasının yapılabileceği gibi bir algının oluşmasına yol açmaktadır. Söz konusu düzenlemede rakiplerin veya onlara ait işletmelerin karşılaştırılması, kiralama, hakların arttırılması veya borçların azaltılması veya fiyatlara ilişkin karşılaştırmasının yer almamış olması, bu konuları içeren karşılaştırmalı reklamların yasak olduğu anlamına gelmemelidir. Oysa "karşılaştırmalı reklamın kural olarak serbest olduğu" ilkesinden hareketle, mal veya hizmet yanında, sair özellikler de karşılaştırmanın konusunu oluşturabilmeli ve ancak TTK'daki haksız rekabete ilişkin genel kurallara aykırılık halinde reklamın hukuka aykırılığından bahis olunmalıdır.

Kanaatimizce, Yönetmeliğin yazım tekniğinin isabetli olduğu da söylenemez. Zira 11.maddenin (a) bendinde, "*karşılaştırılan mal veya hizmetin adının veya marka adının belirtilmemesi*" ile neyin kast edildiğinin anlaşılması güçtür. Zira bir yandan karşılaştırmalı reklamın serbest olduğu kabul edilirken, diğer yandan da karşılaştırmalı reklamda hem mal ve hizmetlere ait markaların kullanılması, hem de mal ve hizmetlerin adlarının kullanılması yasaklanmaktadır. Diğer bir anlatımla, "Ülker" marka çikolata ile "Eti" marka çikolataların, marka ismi verilerek karşılaştırılmasının yasaklandığı, keza "Eti A.Ş.'ye ait çikolatalar Ülker A.Ş.'ye ait çikolatalardan daha iyidir" şeklinde de reklam yapılmasının yasaklandığı ortaya çıkmaktadır. Bu koşullarda Reklam Yönetmeliği'ne göre kabul edilebilir karşılaştırmalı reklam ancak "*Eti A.Ş.'nin X malları Ülker A.Ş.'nin Y mallarından iyidir*" şeklindeki sözcüklerle mümkün olacaktır. Ancak uygulamada firma isimleri aynı zamanda o firmalar adına marka olarak da tescilli olduğundan, somut örnekte firma isimlerinin kullanılması da mümkün olmayacaktır. Bu bakış açısıyla rakibin tanımlanabilir olduğu hiçbir reklamın hukuka uygun olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Nitekim RK dolaylı yoldan dahi rakiplerin isimlerinin reklamda gösterilmesini hukuka aykırılık sebebi saymıştır[216].

---

[216] RK'nun 11.01.2005 tarih ve 2004/167 sayılı dosyasında verilen karar. Karara konu olayda, Vestel A.Ş.'ye ait "Bu yıl da yerimizde saydık" başlıklı gazete reklamında, ISO tarafından

Yönetmeliğin 11/1 (b) maddesindeki "*karşılaştırılan mal veya hizmetlerin aynı nitelikte ve özellikte olması veya aynı istek ve ihtiyaca cevap vermesi*" şartının gerçekleşmesi de imkânsızdır. Zira bir mal veya hizmetin adı karşılaştırmalı reklamda kullanılamayacağına göre, reklamda hangi mal veya hizmetlerin karşılaştırıldığını ve bunların aynı ihtiyaca cevap veren veya aynı amaca yönelik ürünler olup olmadığını test etme imkânı da olamayacaktır. Hiç kimsenin böyle bir karşılaştırmalı reklam yapması veya yapmak istemesi mümkün olmadığına göre, söz konusu düzenleme, karşılaştırmalı reklam konusunda kanunen verilen iznin yönetmelikle tamamen yasaklanmış olduğu sonucunu doğurmaktadır[217]. Esasen Yönetmelik'te, karşılaştırmalı reklamda rakiplere ait malların, hizmetlerin veya marka adının kullanılması yasaklandığı halde Reklam Kurulu'nun, bir karşılaştırmalı reklamda rakiplerin adlarının, hatta adlarının baş harflerinin kullanılmasını dahi yönetmelik ve kanun hükümlerine aykırı saydığı ve bir nevi karşılaştırmalı reklam yapılmasını imkânsız hale getirdiği görülmektedir. Söz gelimi Reklam Kurulu bir kararında, Tesco Kipa A.Ş.'nin bir broşürde "***Rakip M, Market T***" şeklinde rumuzlarla fiyat karşılaştırması yaparken aslında rakipleri "Tansaş" ve "Migros" ***mağazalarını ima ettiği*** ve böylelikle, karşılaştırmalı reklamlarda rakiplere ait markaları kullanmama yasağının ihlal edildiği gerekçesiyle, reklamı 4077 sayılı Kanun'un 16.maddesine aykırı bulmuştur[218].

---

yayınlanan, Türkiye'nin yıllık ihracat miktarı bakımından ilk on firması gösterilmiş, bunlar arasında davacının yanında başka firmaların isimleri de yer almıştı.

217 **İnal/Baysal**, s.56 - 57. Yazar, söz konusu hükümle, açık seçik karşılaştırmanın yasaklandığını, ancak tüketicinin kafasını karıştırabilecek, *kimi kastettiği belli olmayan, şark usulü, üstü örtülü ve ima yollu* karşılaştırmaların caiz kılındığını ifade etmiştir.

218 RK'nun 16.12.2008 tarih ve 2008/601 dosyasında verilen kararı.

D. Radyo ve TV Mevzuatında Karşılaştırmalı Reklam

1. Radyo ve TV Kuruluşları ve Yayın Hizmetleri Hakkındaki Kanun

Radyo ve televizyonlar, karşılaştırmalı reklamların en sık icra edildiği mecralardır. Radyo ve televizyonlar ise kendi özel düzenleme alanına göre yayıncılık faaliyeti yapmaktadır. 6112 sayılı Radyo ve TV Kuruluşları ve Yayın Hizmetleri Hakkındaki Kanun'un 9/6 (a) maddesinde, ticarî iletişimlerin, reklamları da kapsayacak şekilde, 8.maddedeki genel yayın ilkeleri yanında, "adalet, hakkaniyet ve dürüstlük kurallarına" uygun olması şartı getirilmiştir. Kanunda yer alan yayın ilkelerine aykırılık hallerinde, hem adli, hem de idari yaptırımlar öngörülmüştür.

6112 sayılı Kanun'un uygulanmasına dair "Yayın Hizmeti Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik" (RTV Yönetmeliği) ile Kanun'a paralel şekilde, Yönetmeliğinin 8/1 (j) maddesi ile haksız bir çıkara hizmet edecek veya **haksız rekabete yol açacak yayın yapılmaması** kuralı getirilmiştir. Bu yasak şüphesiz karşılaştırmalı reklamlar yönünden de geçerli olacaktır. RTÜK'ün, Yönetmeliğin bu hükmünü istisnai hallerde uygulayarak, "haksız rekabet" gerekçesine dayalı olarak idari para cezası verdiği görülmektedir[219]. Ancak kanunen yetkisinde olmasına rağmen, haksız ve hukuka aykırı *karşılaştırmalı reklamlar nedeniyle* bu güne değin RTÜK'ün herhangi bir uygulama yaptığına rastlanılmamıştır.

Mülga 3984 sayılı Kanun zamanında çıkarılan ve halen geçerliliğini koruyan 17.04.2003 tarihli Radyo ve Televizyon Yayınlarının Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmeliğin 8/1 (f) bendinde, yasak reklam yöntemleri arasında, "*haksız biçimde, **bir başka firma, şirket ya da kurumun** adı veya amblem,*

---

219 RTÜK, 01.12.2011 tarih ve 2011/66, 20.11.2011 tarih ve 2011/60, 03.08.2011 tarih ve 2011/46, 17.02.2011 tarih ve 2011/08 sayılı kararları. Sonuncusunda, sigara bıraktırma ürünleri reklamında, sigaranın buzlanmadan reklamda gösterilmiş olması haksız rekabete yol açan bir davranış olarak değerlendirilmiştir. Yayıncı kuruluşa ayrıca 4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkındaki Kanun'un 3/6 m. uyarınca cezaya gerek görülmemiştir. http://www.rtuk.org.tr/sayfalar/AramaSonuc.aspx, s.y., 02.01.2012.

logo ve diğer ***özgün kurumsal kimlik unsurlarının*** *… tüketiciyi yanıltacak veya karışıklığa yol açacak biçimde kullanılmaması ve taklit edilmemesi*" de gösterilmiştir. Bu cümlenin mefhumu muhalifinden hareketle, başka firmaların ad, amblem, logo ve diğer tanıtıcı işaretlerinin, *haklı bir sebeple* kullanılmasına imkan tanınmış olmakla, TV ve Radyo reklamlarında karşılaştırmalı reklam yapılmasının hukuka uygun bulunduğu söylenebilecektir. Bu düzenleme, karşılaştırmalı reklamlarda rakibe ait markaların kullanılmasını yasaklayan Reklam Yönetmeliği'nin 11/1 (a) maddesine tezat, ancak daha isabetli bir düzenlemedir.

2. Medya Ölçümü Sonuçlarıyla Reklama Dair Tebliğ

Sanayi ve Ticaret Bakanlığınca, medya kuruluşlarının yayınlarının izlenmesi ve ölçümlenmesi sonuçlarının reklamda kullanımıyla ilgili olarak çıkarılan "***Medya Ölçümü Araştırma Sonuçlarının Ticari Reklam ve İlanlarda Kullanılmasına Dair Tebliğ***"[220] hükümlerinin 3/1 maddesi uyarınca araştırma sonuçlarının kaynak gösterilmeden ticarî reklamlarda kullanılması yasaklanmıştır. Reklamda araştırma sonuçlarının yayınlandığı kaynak gösterilse bile araştırma sonuçlarının kapsadığı zaman aralığının, hedef kitlenin kimler olduğunun belirtilmesi, grafikte gösterilen bilgilerin doğru olması, aynı nitelikteki mecra kuruluşları arasında (radyo / radyo, TV / TV, gazete / gazete gibi) karşılaştırma yapılması gibi şartlar getirilmiştir.

Söz konusu Tebliğ'in 2 maddesindeki;

"Televizyon, gazete, dergi, radyo, sinema, açık hava vb. tüm iletişim mecralarının izlenme, okunma, dinlenme ve görülme durumlarına ve *hedef kitlenin tüketim alışkanlıklarına yönelik* olarak yapılan araştırma sonuçlarına dayanılarak gerçekleştirilen ticari reklam ve ilanlar"

---

220 R.G., 02.10.1998 tarih ve 23481 sayılı.

Şeklindeki uygulama kapsamına ilişkin düzenlemeyle, bir yandan medya organlarının halk tarafından hangi ölçüde takip edildiği, diğer yandan da *tüketici alışkanlıklarının* hangi oranda hangi ürünlere yönelik olduğuna ilişkin araştırma sonuçları hakkında yapılacak yayınların hangi ilkeler doğrultusunda yapılması gerektiğini düzenlemektedir.

Konu önemli ölçüde karşılaştırmalı reklamları ilgilendirmektedir. Zira izleyici kitlesinin en çok hangi kanalı izlediğinin veya hangi gazeteyi okuduğunun gösterilmesi karşılaştırmalı reklam niteliğindedir. Bu tür araştırma sonuçları tüketici tercihlerini etkilediği gibi, medya organlarının reklam pastasından daha fazla pay alabilmelerine de etki edecektir.

Tebliğ'in 3 maddesinde ise araştırma sonuçlarının hangi esaslar doğrultusunda (araştırmanın tarih aralığı, saat aralığı, hangi illeri kapsadığı, hedef kitle, yanılma payı) medya organlarında yer alabileceğine ilişkin düzenlemeler içermektedir. Bunlar arasında Tebliğ'in 3/1 (f) bendinde yer alan;

"Reklam ve ilanlarda **aynı nitelikte olan mecra kuruluşlarının karşılaştırılması yapılabilir**. Farklı nitelikteki kuruluşların, örneğin; bir televizyon kanalı ile bir radyo istasyonunun ya da bir reklam pazarlama kuruluşu ile bir televizyon kanalının karşılaştırmaları yapılamaz"

Şeklindeki düzenlemede, rakip mecra şirketine ait tanıtıcı unsurlara reklamda yer verilmesini yasaklanmış olmasında isabet bulunmamaktadır. Zira radyo dinleme oranları ile TV izleme oranlarının, gazete okuma oranları ile internet takip oranlarının karşılaştırmasının yapılamaması, karşılaştırmalı reklamın temel mantığına ters ve yürürlükteki kanunlara da aykırıdır. Zira Reklam Yönetmeliği'nin 11/1 (b) bendinde de ifade olunduğu üzere, karşılaştırmalı reklamlarda ürünlerin karşılaştırılabilir olmasının temeli, karşılaştırılan ürünlerin "aynı ihtiyacı karşılaması" veya "aynı amacı karşılamaya yönelik olması" olup, hem TV hem de radyo gerek bilgilenme gerekse de eğlence aracı olarak aynı ihtiyacı karşılayan alternatif hizmetlerdir. Bu açıdan Tebliğ, yasal dayanağı olan Yönetmelik hükmüne

aykırıdır. Diğer taraftan medya araçlarının takibiyle ilgili olarak böyle bir yasak getirilirken, tüketici alışkanlıkları sonuçlarının yayınlanması yönünden böyle bir sınırlamaya gidilmemiş olması norm tekniği açısından bir çelişki olmuştur.

Aynı şekilde Tebliğ'in sonradan eklenen 3/2 fıkrası (Ek 2. fıkra: 14/6/2005-25845 RG) uyarınca;

"*Karşılaştırılan mecra kuruluşunun adı, unvanı veya diğer özgün kurumsal kimlik unsurları reklam ve ilanlarda gösterilemez*"

Şeklindeki düzenleme ile karşılaştırma yapılan medya kuruluşlarının isim, unvan gibi tanıtıcı unsurlarına yer verilmesinin yasaklanması da karşılaştırmalı reklamın mantığına ve kanundaki düzenlemeler ters olmuştur. Zira karşılaştırmalı reklamların en temel şartlarından birisi de, karşılaştırma konusu yapılan ürünü veya o ürünün sahibini reklamda göstermektir. Bu anlamda karşılaştırmalı reklama yasak getiren hem Tebliğ'in bu hükmü de Reklam Yönetmeliği'nin 11/1 (a) bendi gibi, 4077 sayılı TKHK'nun 16 maddesine aykırıdır.

RK kararına konu olan bir olayda, bir gazetede yer alan reklamda, "*Sözcük oyunlarıyla bir numara olunmaz.* ***Birinci'nin karşılığı malum radyo değil****. Radyo* ***Fenomen****, RİAK araştırmasına göre en çok dinlenen yabancı müzik istasyonu sıralamasında, henüz karasal yayında olmamasına rağmen şimdilik* ***üçüncü durumda****. Radyo Fenomen, RİAK dinleme araştırması raporu sonuçlarına göre, bir yılda* ***dinleyici sayısını en çok arttıran kanal*** *olmuştur. Dalımızın* ***birincisi*** *aşağıda yer alan* ***grafikte görülüyor****. Nesnel olmayan bazı değerlendirmelere dayanarak ve bazı sözcük oyunlarıyla birinci olduğunu ima eden* ***bir başka rakibimiz ise****, gene aynı grafikte görüleceği üzere bizim gerimizde ve bu sıralamada ancak dördüncüdür*" şeklindeki reklamla ilgili kararında "Reklamda yer alan grafikte tüm radyoların isimlerinin görülmesinin, Yönetmeliği'n 11/1 (a) maddesi ve **Medya Ölçümü Araştırma Sonuçlarının Ticarî Reklam ve İlanlarda Kullanılmasına Dair Tebliğ hükümlerine aykırı** olduğu, ayrıca rakip firmaları kötüleyici ifadelerin bulunmasının dürüst rekabet ilkelerine uygun olmadığı" gerekçesiyle

reklamı hukuka aykırı bulmuştur[221]. RK'nun bu kararı kanımızca son derece isabetsizdir. Her şeyden önce RK'nun, konu tamamen tacirler arasında ve TTK'nu ilgilendirmesi nedeniyle, 4077 sayılı Kanun'un 1 ve 2.maddeleri uyarınca kendisini bu konuda görevli ve yetkili addetmemesi gerekirdi. Ayrıca RK'nun, araştırma sonuçlarına atıfla yapılan karşılaştırmalı reklamda rakip firmaların isimlerinin teşhis edilebilir olmasını reklamın reddi için yeterli sayması da 4077 sayılı Kanun'un 16/3.maddesindeki kanuni sınırın aşılmasıdır. Zira ne 4077 sayılı Kanun, ne de haksız rekabete ilişkin BK 57 ve TTK 55/1 (a) vd. maddelerinde, rakibin isminin kullanılmasını yasaklayan herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

Danıştay'ın önüne gelen bir olayda, değişik basın kuruluşlarında yayınlanan "*O insanı seviyor. O Türkiye'yi seviyor. O Türk insanını seviyor. İşte bu yüzden, her akşam 7,5 milyon kişi O'nun haber bültenini ve ona yapılan itirafları izliyor. O'nu dünyadaki diğer Türkiye'lerde de 5 milyon kişi izliyor. O'nu 70 milyon kişi seviyor, 22 milyon kişi düzenli olarak izliyor*" içerikli, TV reklamının 4077 sayılı Kanun'u ihlal ettiği gerekçesiyle RK tarafından idari para cezası verilmişti. İşlemin iptali için davanın açıldığı İdare Mahkemesi, "reklamın adı geçen programın izlenmesini sağlamak amacıyla yapıldığı, herhangi bir araştırmanın dayanak gösterilmemesinin 4077 sayılı Kanun'un 16.maddesinin ihlali anlamına gelmediğini, ifadelerin tüketicileri yanıltan veya zararına yol açan sözler olmadığı" gerekçesiyle işlemin iptaline karar vermiştir. Temyiz aşamasında Danıştay, "**Medya Ölçümü Araştırma Sonuçlarının Ticarî Reklam ve İlanlarda Kullanılmasına Dair Tebliğ** ve Reklam Yönetmeliği'nin 4/1 (a) maddesindeki; reklamların yasalara, genel ahlaka uygun, doğru, dürüst ve gerçekçi olması zorunluluğu ile 6/1 (a) maddesindeki; reklamların tüketicinin güvenini kötüye kullanacak veya onun tecrübe ve bilgi eksikliklerini istismar edecek biçimde olamayacağı" gerekçesiyle RK kararının yerinde olduğunu beyan ederek, idare mahkemesi kararını bozmuştur[222]. Oysa Medya Ölçümü Araştırma Sonuçlarının Ticarî Reklam ve İlanlarda Kullanılmasına Dair Tebliğ hükümleri 4077 sayılı TKHK'na uygun bir düzenleme değildir. 4077 sayılı Kanun'un 16/4 maddesinin bu hususta aradığı şart, "reklam iddialarının ispat edilebilir" olmasıdır. Konu tüketicilerden

---

221 RK'nun 11.11.2009 tarih ve 2009/549 dosyasında verilen kararı, 01.12.2011.

222 Danıştay 10.Dairesi'nin 21.03.2005 tarih ve 2004/11660 E., 2005/1181 K. sayılı kararı.

ziyade rakip TV kanallarını ilgilendirmektedir. Zira reklamdaki asıl amaç, daha çok kişinin reklam olunan TV kanalını izlemesini sağlamak ve dolayısıyla daha fazla reklam payı elde etmeye matuf bir ticarî girişimdir. O nedenle daha çok rakipleri ilgilendirir. Rakipler arasındaki rekabete dayalı ticarî ilişkilerde yetkili organlar hukuk mahkemeleridir. Sonuç itibariyle Danıştay'ın RK kararını "yetki" unsuru yönünden hukuka aykırı kabul etmesi yerinde olurdu.

3. TRT Reklam Yönetmeliği

TRT Reklam Yönetmeliği'nin[223] 4 maddesinde reklam ilkeleri konusunda farklı bir düzenlemeye gidilmek yerine, 4077 sayılı TKHK ve 6112 RTV Kuruluş ve Yayın Esasları Kanunu (eski 3984 sayılı) hükümlerine atıfta bulunulmak suretiyle çok başlılık giderilmeye çalışılmıştır. Bu bağlamda mülga Yönetmeliğin 10.maddesinde yer alan karşılaştırmalı reklam yasağı, yeni Yönetmelik'teki atıf hükümleri sayesinde TRT için de hukuka uygun bir reklam türü haline gelmiştir[224].

E. Gıda Mevzuatında Karşılaştırmalı Reklam

5996 sayılı "Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu" ile mülga edilen, 27.05.2004 tarih ve 5179 sayılı Gıdaların Üretimi Tüketimi ve Denetlenmesine Dair Kanun'un 21.maddesine dayanılarak çıkarılan 09.06.1998 tarihli Gıdaların Üretimi Tüketimi ve Denetlenmesine Dair Yönetmeliği, gıda maddelerinin etiketlenmesi ve sunumuna ilişkin reklamlar oldukça geniş bir şekilde düzenlemiş, ancak bu düzenleme sırasında yer yer

---

223 R.G., 26.08.2009 tarih ve 27331 sayılı.

224 Mülga TRT Reklam Yönetmeliğinin 10.maddesinin eleştirisi hakkında bkz. **Göle**, Aldatıcı Reklamlar, s.259.

genel ilkelerden sapmalar gösterilmiştir. Yönetmeliğin 15/1 (p) bendinde "yanıltıcı reklamlar" ;

"1) Abartma,

2) **Mukayeseli reklam**larda, mukayesesi yapılan malın kime ait olduğunun belirtilmediği haller veya mukayesesi yapılan malın kime ait olduğunun belirtildiği ve en iyi kaydıyla yapılan reklamlar,

3) Hatalı bilimsel araştırma sonuçlarına ve tanık beyanlarına dayandırılan reklamlar,

4) Reklamlarda fiyatların kullanılması durumunda özel indirim iddiaları, hediyeli satışlar, toptan satış fiyatına satışlar, tahliye dolayısıyla satış iddiaları,

5) Gıdanın belli bir ödül kazandığını belirten reklamlar,

6) Reklamlarda yanlış unvan veya mesleki adların kullanılması, "

Şeklinde sayılmıştır. Düzenleme oldukça karmaşık ve dolaylı bir anlatıma sahiptir. Buna göre ilk etapta, reklamlarda abartı, en iyi kaydıyla reklam yapılması, kampanyalı satış, tahliye sebebiyle satış, toptan satış iddiaları, ödül kazandığı iddiaları yasaklanmıştır. Düzenlemenin bakış açısına göre, bu tip reklamlar daha baştan "yanıltıcı" dır. Kanaatimizce böyle bir düzenleme TKHK ve TTK haksız rekabet kurallarına uygun değildir[225].

Reklamda abartının yasaklanması, reklamları haber programlarına dönüştürecektir[226]. Abartı işin doğasında vardır. Önemli olan ortalama tüketici kitlesinin söz konusu reklam sebebiyle herhangi bir aldanmaya maruz kalma ihtimalinin olup olmamasıdır. Söz gelimi bir ayçiçeği yağı reklamında, mizahi bir şekilde, o yağdan tüketmiş kişilerin havada uçuyormuş şekilde gösterilmesinde, ortalama tüketici kitlesi reklam olunan yağın tüketicileri uçurmadığını, keza, bir depo akaryakıtla aya ulaşmış gösterilen araç

---

225 Aksi yönde bkz. **Ateş**, s.8. Yazar, lekeleri üstün yıkama gücü ile çıkaran bir deterjanın, üzerine uçak indirilip tır geçirilen halının, Frankurt'ta şube açan bir bankanın Türkiye'de reklamının yapılmasını, diğer ürünleri ve hizmetleri kötüleyici ve karşılıklı cevaplaşmaya yol açacak nitelikte olduğunu savunmuştur.

226 **Adak**, s.364. Yazar, her reklamın bir dereceye kadar abartma payı olduğunu, tamamen objektif ve gerçek durumu yansıtan bir reklamın, talep yaratma ve yöneltme gücünün pek cılız kalacağını ifade etmiştir.

reklamında da hedef tüketici kitlesi, arabanın uçmadığını ve aldığı yakıtla aya kadar ulaşmayacağını bilebilecektir[227].

Keza, kampanya dönemlerine veya işyeri tahliyesi sebebiyle satışlara konu fiyatların reklamlara konu edilmesi de peşin olarak yanıltıcı kabul edilmiştir. Oysa söz konusu fiyatların kampanya süresince ve belirli bir adetle sınırlı olduğunun duyurulması da doğrudan aldatıcılık unsuru taşımayacaktır.

Yine 5.bentte yer alan alınan ödüllerin reklamlara konu edilmesi de hatalı bir şekilde aldatıcı reklam yöntemi olarak görülmüştür. Oysa bir tacirin almış olduğu ödül ve başarıları, aldatıcı unsur taşımaması şartıyla reklama konu etmesi onun tamamen yasal ve meşru bir hakkıdır.

Karşılaştırmalı reklamlar konusunda, 2.bentte yer alan "*mukayeseli reklamlarda* ***mukayesesi yapılan malın kime ait olduğunun belirtilmemesi***" hususunun aldatıcı reklam olarak öngörülmesi, TKHK'nun 16.maddesi uyarınca çıkarılan Reklam Yönetmeliğine göre daha ileri bir adımdır. Düzenlemenin bilinçli yapılıp yapılmadığı bilinmemekle birlikte, karşılaştırması yapılan malın kime ait olduğunun belirtilmesi gerekir. Bununla birlikte 2/2 (i) yer alan "… mukayesesi yapılan malın kime ait olduğunun belirtildiği ve en iyi kaydıyla yapılan reklamlar" düzenlemeyle bu tip reklamlar aldatıcı olarak kabul edilmiştir. Doğrudan ve peşin olarak böyle bir çıkarsamada bulunmak isabetli değildir. Zira "en iyi" kaydıyla yapılan reklamlar (süperlatif / sivrilten reklamlar), doğrulanabilir olmak ve dürüstlük kuralına uygun olmak koşuluyla hukuka uygun bir reklam yöntemi olarak kabul edilmelidir. Bu tür reklamları yasaklayan bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Nitekim Yönetmeliğe mesnet 5179 sayılı Kanun'un 21.maddesinin temel aldığı esas reklamın doğru olması ve tüketiciyi aldatıcı nitelikte olmamasıdır.

---

[227] **Pınar**, "Reklam Hukukunun Esasları", s.541; Sait Kemal Mimaroğlu, **Ticaret Hukuku I.Cilt İşletme Hukuku**, Sevinç Matbaası, Ankara 1975, s.396; **Bilgişin**, s.239 – 240. Yazar, bir tacirin reklam yaparken hakiki vaziyeti şişirerek, malın evsafı hakkında yaptığı methiyelerin hakikate mugayir olarak telakki edilemeyeceğini ifade etmiştir; **Örs**, s. 36. Yazar, tolerans dahilinde mübalağalı reklamlar yapılabileceğini beyan etmektedir.

F. Haksız Rekabete İlişkin Düzenlemelerde Karşılaştırmalı Reklam

1. Kavram

"Gayri Kanuni Rekabet"[228], "Kanuna Aykırı Rekabet"[229] gibi kavramlarla da ifade edilen haksız rekabet kurallarının kökeni 1791 sayılı Fransız Medeni Kanunu'na kadar dayanmaktadır. FMK'nun 1382. maddesinde, ticarette dürüstlük dışı (concurrence déloyale) eylemler düzenlenmiştir. Buna göre iltibas, taklit ürün, ticarî sırların elde edilmesi, asalak rekabet ve rakiplerin kötülenmesi dürüstlük dışı davranışlar olarak kabul edilmiş ve yasaklanmıştır[230].

Liberal ekonomilerde çalışma özgürlüğünün korunması fikrinden hareketle mal ve hizmet piyasalarında "ticaret serbestîsi" ilkesi benimsenmiştir. Ticaret serbestîsinin hangi sınırlar dâhilinde korunması gerektiği, bir yandan fert fert tacirleri, diğer yandan tüketicileri, öbür yandan da kamu düzenini ilgilendiren bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır[231]. Ticaret serbestîsinin sınırları ise rekabet kurallarıyla tespit olunmuştur. Rekabetin her şeyden önce doğruluk ve dürüstlük ilkelerine uygun olması gerekir. Diğer bir anlatımla ticarî piyasada rakiplerle olan ticarî ilişkilerde dürüstlük kuralına aykırı olan her hareket, haksız rekabettir. Haksız rekabet kurallarıyla asıl korunan unsur ise ticarî rekabet serbestîsidir.

Liberal değerlere bağlı anayasalar açısından, yasa koyucuların piyasadaki serbest rekabet güçlerine müdahalesi özel bir meşruiyeti gerektirir. Bu meşruiyet olmaksızın yapılan müdahale bir süre sonra pazarın bozulmasına yol açacaktır[232]. Bu anlamda fikrî mülkiyet hakları yönünden öngörülen zaman sınırları, ulusal hukuklar tarafından hakların kullanımı ve

---

228 Şahap Arıç, **Haşiyeli Ticaret Kanunu**, Pulhan Matbaası, İstanbul-1946, s.96.

229 **Hirş**, s.163.

230 Reto Hilty, *Frauke Henning – Bodewig*, **(**Hilty / *Bodewig***) Law Against Unfair Competition**, Springer, Verlag Berlin, Heidelberg, Münich, 2007, s.55.

231 **Örs**, s.1, 2; Halil Arslanlı, **Kara Ticaret Hukuku Dersleri**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1969, 221.

232 **Hilty / Bodewig**, s.2.

kaynakların uygun şekilde tahsisi yönünden bir çeşit kabul edilebilir ve meşru bir müdahale şekli olarak karşımıza çıkar. Aslında bir yandan üstün haklar vermek, diğer yandan da pazarın bozulmasının önüne geçmek için yasa koyucu tarafından yapılan müdahaleler bir tezat teşkil etmemekte, daha ziyade birbirlerini tamamlayıcı olmaktadır. Zira son tahlilde, her ikisi de rekabetin dengelenmesine yaramaktadır. Bu bağlamda rekabeti homojen bir varlık gibi görülmemesi gerekir. Zira rekabet birçok farklı unsurun bir araya geldiği çok yönlü bir olgudur[233].

Bu gün için "haksız rekabet" terimi daha ziyade, ticarî ve iktisadi ilişkilerde rakiplere karşı dürüstlük dışı faaliyetlerin ortak adını tanımlamaktadır. Rakiplerin söz konusu olmadığı ticarî faaliyetler haksız rekabet hukukundan ziyade rekabet (monopol / tekel / kartel) hukuku kapsamında, rakip tacirler arasındaki dürüstlük dışı davranışlar ise haksız rekabet kuralları kapsamında değerlendirilmektedir. Bir haksız ticarî faaliyetin haksız rekabet hukuku kapsamında görülmesi için piyasadaki rakip tacirler arasındaki rekabetçi yapıya zarar vermesi gerekir[234].

2. Karşılaştırmalı Reklama İlişkin Haksız Rekabet Kuralları

a. Borçlar Kanununda Yer Alan Düzenlemeler

Haksız rekabete ilişkin kurallar, 22.04.1926 tarih ve 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun ilga edilerek ikame edilen 11.01.2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 57.maddesinde;

"Gerçek olmayan haberlerin yayılması veya bu tür ilanların yapılması ya da dürüstlük kurallarına aykırı diğer davranışlarda bulunulması yüzünden müşterileri azalan veya onları kaybetme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu davranışlara son verilmesini ve kusurun varlığı hâlinde zararının giderilmesini isteyebilir.

---

233 **Hilty / Bodewig**, s.2.

234 Frauke Henning – Bodewig, **Unfair Competition Law European Union and Member States**, Kluwer Law International, 2006, s.1.

Ticari işlere ait haksız rekabet hakkında Türk Ticaret Kanunu hükümleri saklıdır"

Şeklinde yer almıştır.

818 sayılı Borçlar Kanununun 48 inci maddesinin birinci fıkrasında kullanılan "*yanlış ilânlar*" şeklindeki ibare, iletişim teknolojisinde meydana gelen gelişmeler de göz önünde tutularak, yeni kanunda "***gerçek olmayan haberlerin yayılması veya bu tür ilânların yapılması***" şekline dönüştürülerek, hükmün kapsamı genişletilmiştir. Ayrıca sübjektif bir değerlendirme olan, "*müşterilerin kaybedilmesi korkusu*" yeni kanunda "*müşterileri azalan veya onları kaybetme tehlikesiyle karşılaşan kişi*" olarak düzeltilmiş ve böylelikle daha somut ve objektif değerlendirme yapılmasına imkân sağlanmak suretiyle, çağdaş hukuk sistemlerindeki gibi "*tehlike*" haksız rekabetin varlığı için yeterli unsur olarak kabul edilmiştir[235].

Karşılaştırmalı reklam bahsi, ne eski ne de yeni Borçlar Kanunu'nda doğrudan düzenlenmiş değildir. Bununla birlikte, *tacir sıfatını haiz olmayan* ticaret erbabının (esnaf, vakıf işletmesi vs.) diğer bir ticaret erbabına karşı hukuka aykırı şekilde yaptığı karşılaştırmalı reklamlar yönünden 6098 sayılı TBK'nın 57.maddesi tatbik imkânı bulacaktır[236]. Bir ticaret erbabının, tacir sıfatını haiz olup olmadığı ise 6102 sayılı TTK'nın 55/1 (a) sayılı TTK'nın 11.maddesinde gösterilen ölçütlere göre tespit edilecektir. 6762 sayılı TTK'nın 17.maddesi uyarınca esnaf, "ticarî faaliyeti nakdi sermayesinden çok bedeni çalışmasına dayanan ve kazancı ancak geçimini sağlamaya yetecek kadar olan sanat ve ticaret sahipleri" olarak tanımlanmışken, yeni 6102 sayılı TTK'nın 11.maddesi ile *esnaf ile tacir arasındaki sınırın* her yıl Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan kararnamede gösterilmesi esası getirilmiştir.

---

235 Kanun gerekçesinin 56.maddesi, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499), www.tbmm.gov.tr, s.y., 20.11.2011.

236 **Örs**, s.24 vd; **Mimaroğlu**, s.382; Doğanay, s.532; **Arslanlı**, s.222.

b. Türk Ticaret Kanununda Yer Alan Düzenlemeler

1 Temmuz 2012 tarihinden itibaren yürürlüğe giren yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 54.maddesinde "haksız rekabete" kavramı yönünden genel bir tanımlama yapılmış ve sonraki maddede de 6762 sayılı TTK'da olduğu gibi, yine örnekseme yöntemiyle haksız rekabet sayılacak bazı haller gösterilmiştir. Ancak bu defa karşılaştırmalı reklam münhasıran Kanun metninde düzenleme konusu yapılmıştır.

Yeni TTK'nın 54.maddesinde haksız rekabet;

"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 ticarî uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır"

Şeklinde tanımlanmıştır. Kanun'un 54/1.maddesinde, haksız rekabete ilişkin hükümlerin temel amacının **dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması** olduğu, bu düzenin sağlanmasında ise piyasanın oluşumunda yer alan, rakip tacirler, müşteriler ve kamunun genel menfaati gibi bütün katılan tarafların menfaat dengesinin gözetileceği açıkça ifade edilmiştir. 6762 sayılı TTK'nın 55/1 (a) maddesinde, "Dürüstlük kuralına aykırı surette reklamlar ve satış yöntemleri" somut haksız rekabet hali olarak düzenlenmiştir. Ancak bu fıkra altında 12 bent halinde gösterilen;

"**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"

Eylemleri özellikle haksız rekabet olarak sayılmıştır. Bunlardan ilk 4 bent, 6762 sayılı TTK'daki hükümlerle hemen hemen aynı düzenlemeleri içermektedir. Ancak 5.bent, münhasıran karşılaştırmalı reklama ilişkin

hükümler içermektedir. Yeni düzenleme karşısında artık ilk 4 bentteki hükümler karşılaştırmalı reklamlar yönünden *yedek hukuk kuralı* haline dönüşmüştür. Diğer bir anlatımla, karşılaştırmalı reklamlar konusunda ancak 5.bentte açıkça düzenlenmemiş hallerde ilk dört bendin uygulanması söz konusu olacaktır. Söz gelimi, rakiplerin kötülenmesi hem ilk bentte, hem de 5.bentte düzenlenmiş bir husus olup, karşılaştırmalı reklamın söz konusu olduğu hallerde sadece 5.bent hükümlerinin uygulanması söz konusu olacaktır.

Yeni düzenlemede, "reklamda karşılaştırma" kavramından bahsedilmesi, karşılaştırmanın, sadece mal ve hizmetler yönünden değil, aynı zamanda tacirlerin şahsi veya ticarî özellikleri (durumları) ile mal ve hizmetlerin fiyatlarının karşılaştırma konusu yapılabilmesi, önemli yenilikler arasındadır. Keza, karşılaştırma sırasında ancak "*gereksiz yere*" rakibin kötülenmesi veya rakibin tanınmışlığından yararlanılmasının, reklam verenin kendi menfaati yanında, üçüncü kişiler lehine yapılan haksız davranışların da haksız rekabet olarak kabul edilmesi Kanun'un getirdiği diğer yeniliklerdir.

Bununla birlikte, "karşılaştırmalı reklam" kavramının tanımına yer verilmemesi, "hizmet" kavramının ve diğer tanıtıcı işaretlerin karşılaştırılabilir değerler arasında sayılmamış olması, rakibin tanınmışlığı yanında, rakibe ait tanıtıcı işaretlerin tanınmışlığından gereksiz yere yararlanılması hususunun kapsam haricinde bırakılması, karşılaştırmanın ürünün herhangi bir özelliği mi yoksa o ürünün temsil edici ağırlıklı özelliği yönünden mi yapılması gerektiği, coğrafi işaret olabilecek nitelikteki ürünler yönünden, bu niteliği haiz olmayan ürünlerin karşılaştırmaya konu edilip edilemeyeceği (söz gelimi Gaziantep Baklavası ile Konya Baklavasının, Malatya Kayısısı ile Aydın Kayısısının karşılaştırılması gibi), imitasyon ve replika (kopya) niteliğindeki ürünlerin orijinal ürünlerle karşılaştırılmasının mümkün olup olmadığı, bilimsel araştırma sonuçları ve tanıklı reklamların (söz gelimi; "Lezzet testine katılanların çoğu bizim X markalı içeceğimizi, rakibe ait Y markalı içecekten daha lezzetli buldu" gibi) caiz olup olmadığının belirtilmemesi, Kanun'un

eksiklikleri arasında sayılmalıdır. Bunun dışında, karşılaştırmanın ancak *aynı ihtiyacı karşılayan veya aynı amaca hizmet eden* değerler (mal, hizmet, fiyat vs.) arasında yapılabileceğinin ifade olunmaması da eksikler arasında sayılmalıdır. Temel kanun değişiklikleri yapılırken bu konuda en güncel milletlerarası düzenleme olan 27 AB üyesi ülkede geçerli olan 2006/114 sayılı Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlara ilişin AB Yönergesi yerine İsviçre uygulamasının esas alınması kanımızca isabetli olmamıştır. Keza, karşılaştırmalı reklama ilişkin kuralların bir veya birkaç madde halinde, tanımı da yapılarak müstakilen düzenlenmesi yerinde olurdu.

II. KARŞILAŞTIRMALI REKLAMLARIN UNSURLARI

Gerek 4077 Sayılı TKHK 16 ve gerekse 6102 sayılı TTK 55/1 (a) (5) maddesindeki düzenlemeler karşısında karşılaştırmalı reklamın *kural olarak* hukuka uygun bir reklam türü olduğu konusunda hiçbir tereddüt bulunmamaktadır. Normal şartlarda rakibin isminin, markasının veya diğer tanıtıcı işaretlerinin izinsiz olarak reklamda kullanılması, kişilik hakları ihlali, karakter ticareti, marka ihlali, haksız rekabet gibi hukuka aykırılık sonuçları doğuracaktır. Ancak söz konusu kullanımın karşılaştırmalı reklam maksadıyla olması halinde, bu kullanım nisbi derecede incitici olsa bile serbest rekabet sistemi ve bütün pazar katılımcılarının menfaatine olması nedeniyle hoşgörü sınırı içerisinde kabul edilmesi gerekir. Bununla birlikte karşılaştırmalı reklamların hukuka uygun bir ticarî uygulama olup olmadığı hususunda öğretide zaman zaman farklı görüşlerin savunulduğu görülmüştür[237].

[237] **Bilgişin**, s.264. Yazar, bir tüccarın kendi emtiası ile rakip tüccarın emtiasını mukayese ederek kendi emtiasının iyi taraflarını bilhassa tebarüz ettirebileceğini, kendi fiyatlarının herkesten daha ucuz olduğunu söyleyebileceğini, bu vakıaların doğru olması halinde haksız rekabet bulunmayacağını, fakat yaptığı reklamlar ile rakibinin mallarını kıymetten düşürmek ve kötülemek maksadı takip ediliyorsa, haksız rekabet olacağını, ancak haklı mukabele ve meşru müdafaa vaziyeti varsa veya tenkitler doğru hadiselere istinat ediyorsa haksız rekabet olmayacağını ifade etmiştir; **Ateş**, s.13-14; **Mimaroğlu**, s.382. **Aksi görüş için bkz. Hirş**, s.170 – 171. Yazar, "… sırf rakibin müşterilerini elinden almak veya azaltmak maksadıyla, onun şahsi veya ticari vaziyeti hakkında *hakikate uygun olarak ihbar ve beyanatta bulunmak da* haksız rekabet sayılır. Her tacir yaptığı veya sattığı malların haiz olduğu vasıflarını ve temin ettikleri

Öngörülen şartlara uygun bir karşılaştırmalı reklamın, haksız rekabet, fikrî mülkiyet hakları ve kişilik haklarına ilişkin düzenlemelere aykırılığı ileri sürülemeyecektir.

Pazarın bütün katılımcılarının (tüketiciler, reklam veren tacirler, rakip tacirler) lehine olan ve bu açıdan bakıldığında gerek 6102 sayılı TTK, gerekse 4077 sayılı TKHK daki düzenlemeler uyarınca *kural olarak* hukuka uygun ticarî faaliyetlerden olduğu kabul edilen karşılaştırmalı reklamların, bu işlevlerini tam olarak yerine getirebilmeleri için, istismarı ve haksız rekabeti önleyecek bir takım şartlara tabi tutulmuştur.

AB hukukunda karşılaştırmalı reklamla ilgili şartların birer kabul edilebilirlik koşulu mu, yoksa karşılaştırmalı reklamla ilgili yasaklar listesi mi olduğu tartışmalı[238] olmakla birlikte, Türk hukukunda, ancak bazı şartların varlığı halinde karşılaştırmalı reklamlar hukuka aykırı hale gelecektir. Diğer bir anlatımla, Kanunlardaki karşılaştırmalı reklâmlara yönelik engeller Türk hukuku açısından bir yasaklar listesi konumundadır.

Karşılaştırmalı reklamlara ilişkin unsurların bir kısmı haksız rekabetin genel kurallarından kaynaklanmakta (doğruluk, dürüstlük, rakipleri incitici olmama, aldatıcı olmama, iltibasa yol açmama), diğer bir kısmı ise

---

menfaatleri övebilir. Ancak bir tacir kendi yaptığı veya sattığı şeyleri rakibin yaptığı veya sattığı mallar ile mukayese ederek bu hususta karar vermek salahiyetini asıl haiz olan halkı kendi tarafına çekmek için bizzat kendi lehine hüküm vermeğe sevk ederse hüsnüniyet kaidelerine aykırı hareket etmiş olur" şeklindeki görüşleri ile karşılaştırmalı reklama karşı olduğunu ifade etmiş ve kendi dönemindeki Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin (Reich Gericht) karşılaştırmalı reklamlara karşı olan genel görüşlerini yansıtmıştır; **Örs**, s.38; **Göle**, Aldatıcı Reklamlar, s.85. Yazar, rakip tacirlere ait ürünler bir kez kıyaslanmaya başladığında, hem çirkin ve hem de haksız bir durumun kaçınılmaz olarak ortaya çıkacağını, mukayeseli reklamın TTK'nın 57/3 m. uyarınca, haksız rekabet sonucu doğuran bir faaliyet olduğunu savunmuştur.

238 Rolf Sack, "Vergleichende werbung nach der UWG-Novelle",, **WRP** 2001, 327-349; Matthias Eck / Klaus Ikas, "Neue Grenzen vergleichender Werbung – Zur Auslegung und Anwendung der Richtlinie 97/55/EG vom 06.Oktober 1997", **WRP** 1999, 251 vd; **Gloy/Bruhn**, **GRUR** 1998, 226-239; **Menke**, **WRP** 1998, s. 811, 818; Gunda Plaß, "Die EG-Richtlinie vergleichende Werbung", **WRP** 1999, 766-767; Clemens Plassmann, "Vergleichende Werbung im Gemeinsamen Markt- die geplante EG-Richtlinie über vergleichende Werbung und ihre Auswirkungen auf das deutsche Wettbewerbsrecht", **GRUR** 1996, 377-381; **Tilmann**, **GRUR** 1997, 790 vd. AB'nin 97/55 sayılı Karşılaştırmalı Reklam Yönergesi'nde karşılaştırmalı reklamın hangi hallerin varlığı halinde hukuka aykırı olacağına dair şartların birer kabul edilebilirlik şartları mı, yoksa yasaklar listesi mi olduğu öğretide tartışma konusu olmuş, bunlardan Sack, aranan şartların birer kabul edilebilirlik şartları olduğunu, diğer yazarlar ise aranan şartların hem kabul edilebilirlik şartları, hem de yasaklar listesi olduğunu savunmuşlardır.

münhasıran karşılaştırmalı reklamlar için düzenlenmiş özel kurallardan (ilişkilendirme, karşılaştırma vs.) oluşmaktadır**.** Bu nedenle karşılaştırmalı reklamlara ilişkin unsurları çok genel olarak "haksız rekabet kuralları dışındaki unsurlar" ve "haksız rekabet kurallarına ilişkin unsurlar" şeklinde iki ana başlık altında incelemek mümkündür.

A. Karşılaştırmalı Reklamın Haksız Rekabet Kuralları Dışındaki Unsurları

1. "Karşılaştırma" Zorunluluğu

Karşılaştırmalı reklamları diğer reklamlardan ayırt etmeye yarayan temel unsurlardan ilki "karşılaştırma" faaliyetidir[239]. "Karşılaştırma" kavramını "*teknik işlevleri aynı olan iki ayrı ürünün, somut, doğrulanabilir, ilgili ve temsil edici özelliklerinin birbirlerine olan üstün ve eksik yönleri ile farklılıklarının veya birbirlerine eşit olduğunun gösterilmesi*" olarak tanımlamak mümkündür[240]. Bir karşılaştırmalı reklamda, tek başına rakip tacirin veya ona ait ürünlerin isminin zikredilmesinin yeterli olup olmadığı, diğer bir ifadeyle ayrıca "karşılaştırma" ifadelerine yer verilmesinin gerekip gerekmediğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

4077 sayılı TKHK'nun 16/3 maddesinde yer alan, "Aynı ihtiyaçları karşılayan ya da aynı amaca yönelik rakip mal ve hizmetlerin **karşılaştırmalı** reklamları yapılabilir" İfadesi ile 6102 sayılı TTK'nın 55/1 (a) (5) maddesinde yer alan;

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

…

(5) Kendisini, mallarını, iş ürünlerini, faaliyetlerini, fiyatlarını, gerçeğe aykırı, yanıltıcı, rakibini gereksiz yere kötüleyici veya gereksiz yere onun tanınmışlığından yararlanacak

---

239 Bkz. Hamdi Pınar, **Das Recht der Werbung in der Türkei im Vergleich zum deutschen und europäischen Recht** (Werbung), Peter Lang, München, 2003, s.170.

240 ABAD, **Toshiba / Katun**, N.31; OLG Frankurt **GRUR**-RR 2002, 397, 398 -- Tiapridex

şekilde; **başkaları, malları, iş ürünleri veya fiyatlarıyla karşılaştırmak** ya da üçüncü kişiyi benzer yollardan öne geçirmek"

İfadeleri birlikte değerlendirildiğinde Türk hukuku açısından, hukuka uygun bir karşılaştırmalı reklamın varlığından söz edebilmek için reklamda "**karşılaştırma**" ifadesine yer verilmesinin zorunlu olduğu anlaşılmaktadır. Söz konusu şartın pratikteki en önemli sonucu, "karşılaştırma" eyleminin varlığının şart olması halinde, başkalarına ait markaların, ticaret unvanlarının veya diğer tanıtıcı işaretlerin bir reklamda hak sahibinden izinsiz olarak kullanılmasının, marka hakkı ihlali ya da haksız rekabet teşkil etmeyecek olmasıdır. Zira bu tür kullanımlar hukuk tarafından meşru görülen bir kullanım biçimidir.

Bir karşılaştırmalı reklamda, sadece rakip veya rakibe ait mal ve hizmetler ile birlikte reklam verenin kendisinden veya kendisine ait mal ve hizmetlerden bahsedilmesi yeterli değildir. Söz gelimi, bir reklamda "*Vakko firması son moda kadın ve erkek giysileri üretiyor. Bizim firmamız Şikko da aynı tür giysiler üretiyor*" ya da "*Vakko çok şık kıyafetler üretiyor. Bizim firmamız Şikko da şık elbiselerin kuru temizlemesini yapıyor*" veya "*Mağazamız Şikko, Vakko mağazasının tam karşısında sizlerin hizmetine açılmıştır*" tarzında reklamlarda, rakip ile reklam verenin isim ve markası birlikte zikrediliyor ve aralarında bir "ilişkilendirme" yapılıyor ise de, reklam verene ait mal ve hizmetler ile rakibe ait mallar arasında herhangi bir karşılaştırma faaliyeti söz konusu olmamaktadır. Her iki örnekte de ortada varlığından söz edilebilecek herhangi bir somut karşılaştırma eylemi bulunmamaktadır. Zira karşılaştırmalı reklamın varlığı için her şeyden önce, reklam verene ait mal ve hizmetler ile rakibe ait olanlar arasında bir rekabetçi bir "karşılaştırma" faaliyetine gerek bulunmaktadır.

"Karşılaştırma" eyleminin varlığı özellikle, 2006/114 Sayılı (eski 97/55 sayılı) Yönergenin 2/1 (c) maddesinde yapılan karşılaştırmalı reklamın tanımı sebebiyle AB Hukuku boyutunda çok tartışılmıştır. Zira söz konusu maddede karşılaştırmalı reklam "*reklamda, açık veya dolaylı olarak rakibin veya onun*

tarafından pazarlanan mal ve hizmetlerin tanımlanması" şeklinde tarif edilmiş ve kullanılan ifadelerde bir "karşılaştırma" (açık veya dolaylı) ifadesinin gerekliliğinden bahsedilmemiştir. Bununla birlikte öğretide karşılaştırmalı reklamın varlığı için, bizzat adından da anlaşılacağı üzere mutlaka karşılaştırmanın varlığının gerektiği yolunda neredeyse fikir birliği bulunmaktadır[241].

2. Rakiple İlişkilendirme

"Karşılaştırma" eyleminin varlığı için, mutlaka bir rakibin veya ona ait mal ve hizmetlerin adının, markasının veya tanımlamaya yarayan diğer bir tanıtıcı işaretinin kullanılması gerekir[242].

6102 sayılı TTK'nun 55/1 (a) maddesinde yer alan;

"(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"

Hükmünden de anlaşılacağı üzere, karşılaştırmalı reklamda bizzat tacirlerin kendileri veya onlara ait malların, iş ürünlerinin veya fiyatlarının **rakiple ilişkilendirmede** ve karşılaştırmada kullanılması hukuka uygun olarak kabul edilmiştir. Söz konusu serbestliğin sınırı ise "**rakibin gereksiz yere kötülenmesi**" ve "**rakibin tanınmışlığından gereksiz yere yarar sağlanması**" dır.

---

241 Adolf Baumbach / Wolfgang Hefermehl / Helmut Köhler, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG),** (**Baumbach/Hefermehl/Köhler**) 24. Auflage München 2004, § 6 N.17; Karl-Heinz Fezer ve arkadaşları, **Lauterkeitsrecht Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, (**Fezer / Koos**) München 2005, § 6 N.55; Wolfgang Gloy, Michael Loschelder ve arkadaşları, **Handbuch des Wettbewerbsrechts**, 3.Auflage, Münhcen, 2005, § 44 N.30 vd; Rolf Sack, in: Henning Harte – Bavendamm / Frauke Henning – Bodewig ve arkadaşları, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG),** (**Harte/Henning/Sack**) 2.Auflage, Beck, München, 2009, § 6 N.67 vd; **Pınar**, Werbung, s.171.

242 **Pınar**, Werbung, s.172.

Her ne kadar 4077 sayılı TKHK'nun 16 ve 17 maddesi uyarınca çıkarılan Reklam Yönetmeliği'nin 11/1 (a) maddesinde, karşılaştırmalı reklamın varlığı için "*Karşılaştırılan **mal, hizmet veya marka adının belirtilmemesi***" şartı getirilmiş ise de bu yasak 4077 sayılı TKHK'nun 16 ve 6102 sayılı TTK'nun 55/1 (a) maddeleri ile Anayasa'nın "Tüketicilerin Aydınlatılması" na ilişkin 72.maddesi ile düşünce ve ifade özgürlüğüne ilişkin 26.maddesine açıkça aykırı bir düzenlemedir. Ancak uygulamada haksız karşılaştırmalı reklamlar konusunda görevli kuruluş olan Reklam Kurulu anılan kanun hükümlerini değil, bu kanunlara aykırı durumdaki Reklam Yönetmeliği'ni esas alarak uygulama yapmaktadır. Hatta Yönetmelik hükümlerini dahi dar yorumlamakta ve lafzi hükümleri aşarcasına uygulama yapmaktadır.

Karşılaştırmalı reklamı yapan tacir, rakiple yapılan ilişkilendirme yoluyla, kendi ürününü satın almanın rakip ürünü satın almaya oranla daha avantajlı olduğunu ileri sürmek ister. Söz konusu avantaj, ürününün kalitesine, dayanıklılığına, ihtiyaca ve amaca uygunluğuna ya da fiyatına ilişkin olabilir. Reklam verenin bu mesajı reklamda açıkça vermesi gerekir. Ancak reklamda rakibin ismini ya da kimliğini açıkça veya dolaylı yoldan belirtmesi gerekir.

a. Doğrudan İlişkilendirme

Doğrudan karşılaştırma, bir reklamda rakibin kendisi veya ona ait ürünlere doğrudan atıf yapılması halinde (somut ilişkilendirme) söz konusu olur[243]. Reklamda rakibe belirgin şekilde atıf yapılması herhangi bir şekilde (mesela; rakibin isminin zikredilmesi veya resminin gösterilmesi vb.) olabilir[244]. Bu konuda belirleyici olan husus, rakibin ya da ürünlerinin hedef

---

243 **Sack**, RWW § 3.2 N.580.
244 **Lux**, **GRUR** 2002, 682.

kitle tarafından tanımlanabilir olup olmadığıdır[245]. Bu tarz reklamlar daha çok eleştirel, başkasına dayanan ve şahsi karşılaştırmalı reklamlar şeklinde olmaktadır[246].

b. Dolaylı İlişkilendirme

Bir reklamda, rakibin kendisine veya ürünlerine belirgin olmayan ancak belirlenebilir bir şekilde atıf yapılması halinde dolaylı ilişkilendirmeden söz edilir[247].

Dolaylı reklam karşılaştırmalarında öncelikle ilişkilendirmenin *belirlenebilir bir rakibe karşı yapılıp yapılmadığına* bakılır. Bu kural süperlatif reklamlar yönünden de geçerlidir[248]. Şayet "en iyi", "zirvede tek başına", "birinci" kaydıyla yapılan reklamlarda, reklam konusu ürünün ait olduğu piyasa özellikleri ve şartları itibariyle (söz gelimi; söz konusu piyasada az sayıda rakibin bulunması gibi) muhatap ve rakip alınan gerçek ya da tüzel kişiler belirlenebilir nitelikte ise olaya karşılaştırmalı reklam çerçevesinde bakmak doğru olacaktır[249].

Yargıtay bir olayda, dolaylı yoldan somut ve belirlenebilir bir rakibe karşı karşılaştırmalı reklam yapıldığını kabul etmiş, ancak bu defa reklam konusu ifadeleri "rakibi haksız kötüleme" olarak nitelemiştir[250]

---

245 ABAD, **Toshiba / Katun**, N.38.

246 **Baumbach / Hefermehl**, 22.Auflage, § 1 N.330.

247 **Sack**, RWW § 3.2 N.580.

248 **Ayhan / Özdamar / Çağlar**, s.233. Yazarlar, "eniyi" kaydıyla yapılan süperlatif reklamı karşılaştırmalı reklam olarak nitelemişlerdir.

249 BGH **GRUR** 1987, 49 – Cola-Test; OLG München **ZLR** 1999, 517 – Satte Mehrheit (mutlu çoğunluk); OLG Hamburg **GRUR**-RR 2001, 84: "mehr … als jede andere führende Handzahnbürste- "diğer önde gelen diş fırçalarından daha fazla…"; **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N.12.

250 Yargıtay 11. HD'nin 12.11.2009 tarih ve 2008/1820 E., 2009/11740 K. sayılı kararı. Davaya konu olayda, kendisi de sabit telefon hizmetleri sunmak isteyen davalı Borusan Telekom A.Ş.'nin, o güne değin sunulan sabit telefon hizmetlerini eleştirmek maksadıyla çeşitli ulusal gazetelere verdiği bir reklamda önceki yıllarda yaşanan sorunları "*kablolardan oluşan yumak*" şeklinde göstererek, "*ses duvarı yıkıldı… Ses tekeli sona eriyor…*" şeklinde ifadelerde bulunması üzerine açılan haksız rekabet davası sonunda yerel mahkeme, o güne değin sadece davacı Türk Telekom A.Ş. tarafından sabit telefon hizmetleri sunulması nedeniyle, reklamda **dolaylı yoldan**

Şayet reklamın belirlenebilir bir rakip hedef alınarak yapıldığı sonucuna ulaşılamıyorsa, reklamın aldatıcı veya genel olarak rakipleri incitici olma riski oldukça yüksektir. Zira bu durumda piyasada bulunan tüm rakiplere nazaran üstünlük iddia edildiği dikkate alınacak ve reklam genel olarak başka ürünleri kötüleyen (pauschale Herabsetzung) reklamlar olarak görülebilecektir.

Yargıtay bir kararında, genel kötüleyici reklamlara karşı, belirli bir rakibin hedef alınmadığı gerekçesiyle haksız rekabet bulunmadığına karar vermiştir. Karara konu olayda, davalı reklam veren, bir gazetenin bölge eki olarak dağıttığı gazeteye tam sayfa olarak verdiği reklamda "***Sadece bizim tarafımızdan üretilen yumurtalarda kuş gribi tehlikesi yoktur***" iddiasında bulunması üzerine, başka bir yumurta üreticisi, "*davalının diğer yumurta üreticilerini reklam yoluyla kötülediği*" gerekçesiyle haksız rekabet davası açmıştı. Yargılama sonunda yerel mahkeme, reklamın "*başka firmaları hedef alır nitelikte olmadığı, reklamın bilgilendirici mahiyette olduğu*" gerekçesiyle, davanın reddine karar vermiş, Yargıtay da herhangi farklı bir gerekçe kullanmaksızın bu kararı onamıştır[251]. Ancak Yargıtay'ın buradaki yaklaşımı kanaatimizce isabetli değildir. Zira belirlenebilir bir rakibe yöneltilmemiş *genel reklamların piyasada bulunan bütün rakipleri hedef aldığının kabul edilmesi* ve eylemin haksız rekabet olarak görülmesi daha yerinde bir yaklaşım olurdu.

Nitekim Yargıtay bir başka kararında aksi sonuca ulaşmıştır[252]. Karara konu olayda, davalı Milangaz reklam veren bazı gazetelere verdiği reklamda "***Kokulu Otogaz kalitesizdir. Kokulu ve kalitesiz otagazlarla, bir milli servet olan otomobillerinizin ömrünü kısaltmayın. Milangaz'ın kokusuz otogazını kullanın***" ifadelerini içeren reklamda, yerel mahkeme "*….reklamda davacı Aygaz'ın isminin belirtilmediği, reklamın bilgilendirici mahiyette olduğu*" gerekçesiyle haksız rekabet iddiasının reddine karar vermiş, söz konusu karar Yargıtay tarafından "*…Tüm*

---

yapılan eleştirinin davacı Türk Telekom A.Ş.'ye yönelik olduğuna karar vermiş, Yargıtay da bu kararı aynı gerekçeyle onamıştır.

251 Yargıtay 11.HD'nin 27.01.2009 tarih ve 2007/6108 E., 2009/818 K. sayılı kararı.

252 Yargıtay 11. HD'nin 02.05.2006 tarih ve 2006/2636 E., 2006/5025 K. sayılı kararı.

otogazların kokulandırılmasının TSE'nin zorunlu standartları uyarınca, güvenlik ve insan sağlığı sebebiyle, kokulandırılmasının zorunlu olduğu, bu zorunluluğun davalı şirketin sattığı otogazlar için de geçerli olduğu, reklamda davalının kendi sattığı otogazlar içerisinde zorunlu standartlar kapsamında koku bulunduğundan bahsetmediği, reklamda kullanılan ifadelerde davalı otogazlarının hiç kokusunun bulunmadığının kast edildiği, davalının eyleminin TTK 57/3 maddesi uyarınca, gerçeğe aykırı, yanlış ve yanıltıcı malumat vererek kendisini rakiplerine nazaran üstün duruma getirmesi nedeniyle haksız rekabet teşkil ettiği" gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmuş, yerel mahkeme aynı gerekçeyle önceki kararda direndiği halde Yargıtay HGK da, özel dairenin kullandığı gerekçeyle yerel mahkemenin direnme kararını oybirliğiyle bozmuştur[253]. Belirli bir rakibi hedef almaksızın karşılaştırmalı reklam yapan kişinin, yaptığı genel reklamla, piyasada bulunan tüm rakipleri hedef aldığının kabul edilmesine dair Yargıtay özel dairesi ve HGK'nun gerekçesi bizce de isabetlidir.

RK, Kipa A.Ş.'nin bir broşürde "*Rakip M, Market T, Market M*" şeklinde rumuzlarla fiyat karşılaştırması yaparken aslında rakipleri "Tansaş" ve "Migros" mağazalarını ***ima ettiğini*** ve böylelikle, karşılaştırmalı reklamlarda rakiplere ait markaları kullanmama yasağının ihlal edildiği gerekçesiyle reklamı 4077 sayılı Kanun'un 16.maddesine aykırı bulmuştur[254].

RK, Türk Telekom A.Ş.'nin bir reklamda kullandığı "*… Öyle ya siz size, göz göze, diz dize paketleri, sen kontörlü ben faturalı ayrımı yok*" ifadeleriyle, rakip Turkcell A.Ş.'nin uzun yıllardır kullandığı "**BizBize**" isimli tarifelerini ***çağrıştıran bir ifadeye*** reklamda yer vermek suretiyle, Reklam Yönetmeliği'nin 11/1 (a) maddesindeki, karşılaştırmalı reklamda rakiplerin mal ve hizmet isimlerine yer verilmesi yasağına aykırı davrandığı sonucuna varmıştır[255]. Somut olayda rakip firmanın hizmetinin adı da kullanılmış değildir. Ancak RK, hizmet adının **ima edilmesini** dahi yeterli bulmuştur.

---

253 Yargıtay HGK'nun 07.11.2007 tarih ve 2007/11-839 E., 20/825 K. sayılı kararı.

254 RK'nun 16.12.2008 tarih ve 2008/601 dosyasında verilen kararı.

255 RK'nun 14.10.2011 tarih ve 2010/697 dosyasında verilen kararı. RK, benzer bir olayda "Pril Perfect" markalı ürüne ilişkin reklamda, reklam konusu malın rakip tacirlere ait "Calgonit" markalı 3 ayrı ürünle karşılaştırılmasına ilişkin reklamda, Reklam Yönetmeliği'nde yer alan karşılaştırmalı reklamda rakiplere ait malların markalarının gösterilmesi yasağına aykırı hareket

RK bir başka olayda, Vestel A.Ş.'nin Hürriyet Gazetesi'nde yayımlanan bir habere atıfta bulunarak "*Bu yıl da yerimizde saydık*" başlıklı reklamda, *"ISO 500 Türkiye'nin 500 Büyük Sanayi Kuruluşu 2003 Raporu, İhracat Tutarına Göre İlk 10 Firma*" sıralamasında, kendi firma isminin yanında, karşılaştırmalı reklam ilkelerine aykırı şekilde diğer firmaların isimleri ve ihracat tutarlarının da gösterildiği gerekçesiyle reklamın 4077 sayılı Kanun'un 16.maddesine aykırı olduğu sonucuna varmıştır[256]. ISO Araştırma Sonucu "bilimsel araştırma ve inceleme raporu" niteliğinde olup, bu tür araştırma sonuçlarının yayınlanması hiçbir şekilde haksız rekabetçi bir davranış olarak görülmemelidir. Meğerki "bilimsel araştırma ve inceleme" objektif olmasın veya gerçekleri ifade etmesin.

3. Karşılaştırılabilir Değerler

Hangi ürünlerin ve değerlerin karşılaştırmaya konu edilebileceği hususu Kanunlarda ayrıntılarıyla ve açıklıkla düzenlenmiş değildir. 4077 sayılı TKHK'nın 16/3 maddesinde, ancak "*aynı ihtiyacı karşılayan veya aynı amaca yönelik **mal** ve **hizmetler***" yönünden karşılaştırmalı reklam yapılabileceği ifade olunmuştur. Bununla birlikte 6102 sayılı TTK'nun 55/1 (a) (5) bendinde;

"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**,"

Şeklindeki hükmün yorumundan, reklam veren tacirin kendisi ile rakip taciri, ya da kendisine ait malları, iş ürünleri veya fiyatları ile rakip tacirlerin aynı ürünlerini karşılaştırabileceği sonucunu çıkarmak mümkündür. Aslında kanunda vurgulanmak istenen husus, ancak birbirine alternatif olabilecek değerlerin karşılaştırmaya esas olabileceğidir. Birbirine alternatif olmayan

---

edildiği ve bu sebeple reklamın hukuka aykırı olduğu sonucuna varmıştır. Bkz. RK'nun 13.01.2009 tarih ve 2008/668 dosyasında verilen kararı.

256 RK'nun 11.01.2005 tarih ve 2004/167 sayılı dosyasında verilen kararı.

mal veya hizmetlerin karşılaştırıldığı reklamların, karşılaştırmalı reklamlara sağlanan avantajlardan ve istisnalardan yararlanması mümkün olmamalı, reklamın hukuka uygunluğu haksız rekabet kuralları veya karşılaştırmada bir marka kullanılıyorsa 556 sayılı KHK'nın marka ihlaline ilişkin kurallarına göre değerlendirilmelidir.

a. Alternatif Olma

4077 sayılı TKHK'nın 16/4 maddesindeki hükümden, ancak "**aynı ihtiyacı karşılayan veya amaca hizmete yönelik olan**" ürünlerin karşılaştırılması mümkündür. Birbirlerine alternatif olamayan mal ve hizmetlerin karşılaştırılması, reklamı karşılaştırmalı reklam olmaktan çıkaracaktır.

Aynı tür malların veya hizmetlerin birbirlerine alternatif olabilecekler hususunda bir tereddüt yoktur. Ancak aynı tür mallar deyiminden anlaşılması gereken aynı vasıf ve kalitedeki ürünlerin mi, yoksa vasıf ve kalite farkı olan ürünlerin de karşılaştırmaya konu olabileceği hususunun açıklığa kavuşturulması gerekir. Tek başına, markalı ve pahalı ürünler ile fiyatı ucuz olan veya piyasaya ilk defa giren ürünlerin karşılaştırılamayacağına ilişkin yaklaşım kanımızca pek isabetli değildir. Karşılaştırmalı reklamın böyle bir şartı yoktur. Bununla birlikte, "ETRO" marka çok pahalı gömlek ile sıradan ve markasız bir gömleğin hedef müşteri kitlesi aynı değildir. Ancak, piyasaya onunla aynı kalitede bir mal sürmeye niyetli olan tacirin, "ETRO" gömleğin neden üstün olduğunu, kendilerinin de bu seviyede ve bu ölçütler doğrultusunda mal ürettiğini, hatta bazı özellikleri yönünden daha kaliteli üretim yaptıklarını söyleyerek karşılaştırmalı reklam yapmasına da bir engel yoktur.

Keza aynı tür ve aynı ihtiyacı karşılıyor olmakla birlikte farklı kalite ve standartlardaki ürünlerin *fiyat* karşılaştırmalarına tabi tutulması da objektif

gerçekliğe aykırıdır[257]. Ürünler arasında karşılaştırmaya engel olacak ölçüde kalite farkından söz edebilmek için, bu kalite farkının, hedef kitlenin satın alma kararlarını etkileyecek ölçüde önemli olması gerekir[258]. Ancak karşılaştırılabilirlik testine ilişkin kalıcı ilkeler henüz belirlenmemiş, bu husus tamamen mahkemelerin takdirine bırakılmıştır[259]. Dolayısıyla, her bir somut olayda, reklamda kullanılan ifadelere ve sunulan delillere göre, özellikle ürünlerin aynı kalitede olup olmadıklarını değerlendirmek daha doğru olacaktır[260].

Fiyat karşılaştırmasına tabi tutulan mal veya hizmetlerin birbirlerine alternatif olabilmeleri için ayrıca, miktar, süre, ek edim (nakliye, sigorta, eksper ücreti vs.) gibi unsurlar yönünden aynı kategoride olması gerekir.

Yönergenin 4/1 (b) maddesi uyarınca, "alternatif olma" özelliğinden söz edebilmek için ürünlerin "aynı ihtiyacı karşılama" ya da "aynı amaca yönelik olma" özelliklerini taşıması gerektiği ifade edilmiştir[261]. Alternatif olma durumu, ihtiyaçların tamamen örtüşmesi anlamına gelmez. Düşük düzeyde de olsa ürünlerden birinin diğerinin yerini alabiliyor olması yeterlidir[262]. Alternatif olma durumunun belirli bir mal ya da hizmet grubuyla bağımlılığı veya belirli bir tüketim alışkanlığıyla sınırlandırılması da doğru değildir[263]. Bu meyanda, mallarla hizmetlerin karşılaştırılması da mümkün olabilecektir.

RK kararına konu olay "***...Eximer Lazer'le gözlük ve lenslerinizden %50 indirimle kurtulun***" sloganlı reklamda, lazerle göz ameliyatı ile gözlükler "tüketiciye maliyet" açısından karşılaştırılmıştır. Her ikisi de "daha iyi görme"

---

257 **Baumbach / Hefermehl**, 19.Auflage, § 1 N.387; BGH **GRUR** 1968, 443 vd. – " 40 % sparen Sie". Bu kararda her ne kadar fiyat karşılaştırmasında sunulan bilgiler doğru olsa da farklı kalitedeki ürünlerin birbirleriyle karşılaştırılamayacağına karar verilmiştir.

258 BGH **GRUR** 1996, 502 vd. –"Energiekosten- Preisvergleich I; BGH **GRUR** 1997, 304 – "Energiekosten- Preisvergleich II"

259 Birgit Aigner, **Die Auswirkungen der Richtlinie zur vergleichende Werbung auf das deutche Wettbewerbsrecht**, Frankurt 2001, s.44.

260 **İnal/Baysal**, s.60.

261 ABAD, **De Landtsheer / CIVC**, N.29.

262 Sack Rolf, "Der Mitbewerberbegriff des § 6 UWG", **WRP** 2008, 1141-1147.

263 **Sack**, **WRP** 2008, 1141-1147.

ihtiyacını karşılamaktadır[264]. Esasen tüm sistem karşılaştırmalarının aynı ihtiyacı karşılamaya yönelik mal ve hizmetlere yönelik olduğu söylenmelidir.

RK kararına konu bir başka olayda, Türk Telekom A.Ş.'nin "**En ucuz tarife**. **Sabit ev telefonundan cep telefonunu dakikası 6,5 kuruştan arama**" hizmetlerine ilişkin reklamı, "*GSM şirketlerinin "Evden Cebi Arama Devri Başladı" isimli kampanya ile aynı nitelik ve özellikte, yani akşam 7 ile sabah 7 arasında cep telefonlarını arama imkânı sunan bir seçenek sunmadıkları*" gerekçesiyle, yani birbirine alternatif hizmetler olmadıkları gerekçesiyle RK tarafından kanuna aykırı bulunmuştur[265]. Kanımızca karar isabetli değildir. Zira ortalama tüketiciler reklamda yer alan ifadelerden, *sabit telefon hizmetleriyle cep telefonu hizmetlerinin **fiyat** yönünden karşılaştırıldığını* anlayabileceklerdir. Karşılaştırılan hizmet, "akşam 7 ile sabah 7 saatleri arasında cep telefonunu arama" hizmetidir. Reklam veren Türk Telekom AŞ., kendisinin bu hizmeti en ucuza sağladığını iddia etmektedir. Reklamda rakip gösterilen firmalar, cep telefon hizmeti sunan GSM şirketleridir. Şüphesiz rakip firmalar da belirlenen saatler arasında cep telefonlarını arama hizmetleri sunmaktadır. Her iki hizmet de birbirine alternatif olabilecek aynı amaca yönelik hizmetlerdir. Reklamda gerçeğe aykırılık da iddia edilmediğine göre reklam aldatıcı değil, hukuka uygun bir karşılaştırmalı reklam niteliğindedir.

b. Rakiplerin Şahsi ve Ticarî Özellikleri

Rakip tacirlerin piyasaya sunduğu mal ve hizmetlerle ilişkilendirilen reklamlar, bizatihi rakiplerin şahsi veya ticarî özellikleriyle ilişkilendirilen

---

264 RK'nun 14.10.2011 tarih ve 2010/656 dosyasında verilen kararı.

265 RK'nun 14.10.2011 tarih ve 2010/697 dosyasında verilen kararı; Düsseldorf Bölge Mahkemesi, oldukça benzer bir olayda, telekomünikasyon şirketinin, belirli saatler arasında üç dakikalık yurtdışı telefon konuşma ücreti ile herhangi bir zaman diliminde indirim uygulamayan rakibin uyguladığı yurtdışı telefon konuşma ücretini karşılaştırmasını hukuka uygun bulunmuştur. Bkz. OLG Düsseldorf **NJW**-RR 1999, 408.

reklamlardan farklıdır[266]. ***Bir rakibin şahsi (şahsi) özellikleri***; o kişinin ailevi durumu, yaşı, cinsiyeti, milliyeti, ırkı, dini, sabıkası, mesleki tecrübesi, ailevi problemleri, partisi, hastalığı, malî sorunları, vs. kapsar. Bu tür reklamlar daha ziyade hedef tüketici kitlesinin duygularını istismar etmeye yöneliktir[267]. ***Bir tacirin ticari özellikleri*** ise; o tacirin ticarethanesinin kapasitesi, üretim yeri, müşteri ve hizmet anlayışı, işçi sayısı, cirosu, hukuki sorunları, ticari başarısızlıkları, ödeme güçlüğü, test sonuçlarındaki sırası gibi ticarî faaliyetlerine ilişkin özellikleri kapsar.

Bu tür karşılaştırmalı reklâmlarda, rakibe ait olumsuz şahsi veya ticarî özellikler ve davranışlar gösterilmek suretiyle yapılan ilişkilendirme sayesinde hedef kitlenin gözünde rakibin değerinin düşürülmesi, güvenilirliğinin yitirilmesi ve böylelikle müşterilerin rakibe ait ürünler yerine reklam verene ait ürünleri tercih etmeleri hedeflenir[268].

Türk hukukunda, bir karşılaştırmalı reklamda, ticarî veya şahsi özelliklerin konu edilip edilemeyeceğine ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. 4077 sayılı Kanun'un 16.maddesinde yer alan;

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

Şeklindeki hükmün lafzı dikkate alındığında, sadece mal veya hizmetlerin karşılaştırma konusu yapılabileceği kabul edilecektir. Bununla birlikte, karşılaştırmalı reklamın diğer bir düzenleme kaynağı olan 6102 sayılı TTK'nın 55/1 (a) (5) maddesinde yer alan;

"**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,"

Şeklindeki hükmün lafzi ifadelerinden, reklam verenin kendisi ile rakip tacir arasında yapılacak reklam karşılaştırmasının ancak, "*gerçeğe aykırı,*

---

266 **Kohler**, "Persönliche und sachliche Reklame in der Großindustrie" **MuW** 1917, s.127.
267 **Baumbach / Hefermehl**, 22.Auflage, § 1 N.430; **Sack**, RWW § 3.2. N. 921.
268 **Gloy/Bruhn**, **GRUR** 1998, 227.

yanıltıcı, rakibi gereksiz yere kötüleyici veya onun tanınmışlığından gereksiz yere yararlanılması" halinde haksız rekabet olacağı anlaşılmaktadır. Ancak Kanun'da yer alan "**Kendisi ile başkalarını karşılaştırma**" tabirinin, karşılaştırmanın şahsi özellikleri mi, yoksa ticarî özellikleri veya kapasitesini mi ya da her ikisini de konu alıp alamayacağı açık değildir. TKHK ve 6102 TTK birlikte düşünüldüğünde, sonraki kanun olması nedeniyle TTK hükümlerinin esas alınması daha yerinde olacaktır. Ayrıca TTK'daki hüküm, serbest rekabet sistemine daha uygun ve tüketicilerin de lehinedir. Zira bu sayede, bir yandan tüketicilerin ihtiyaç duyabileceği ve onların satın alma kararlarının oluşmasında etkili olan bilgilere erişmesine, diğer yandan da tacirlerin birbirleriyle daha etkili ticaret yapmalarına imkân sağlanmış olacaktır. Kanımızca, reklama konu ürünün hedef kitlesi nezdinde, tüketicilerin satın alma kararlarını olumlu yönde etkileyebilecek şahsi veya ticarî bilgilerin reklamda verilmesi haksız rekabet olarak görülmemelidir. Söz gelimi, bir tacirin karşılaştırmalı reklamda "Türkiye'de ilk 10 giren ihracatçılar listesi" yayınlayıp, bu listede diğer tacirleri de göstermesi, tüketicilerin ihtiyaç duyabileceği bilgilerden olup, onların tercihlerini olumlu yönden etkileyecek ve faydalı rekabete de hizmet edecektir[269]. Keza bir firmanın reklamda "%100 yerli üretim yaptıklarını" ifade ederek, ithal mallar yerine, yerli üretim olan kendi mallarının tercih edilmesini önermesi haksız rekabet olarak görülmemelidir. Bununla birlikte, "kendilerinin yerli üretim yaptığını, rakip A'nın ise yabancı mallar sattıkları" gibi somut bir rakibi hedef alan reklamlar, rakip tacirin ailevi özellikleri, sabıkası, dini, siyaseti gibi şahsi özelliklerinin reklama konu edilmesi rakibi gereksiz yere kötüleyici reklamlar olarak görülmelidir[270]. Rakibi gereksiz yere kötüleyen reklamlar ise 6102 sayılı

---

269 RK'nun 11.01.2005 tarih ve 2004/167 sayılı dosyasında verilen kararı.

270 **Örs**, s.38. Yazar, mukayeseli ve şahsı hedef tutarak yapılan reklamlar ile rakibin, şahsi hayatı, dini, milliyeti veya siyasi temayüllerinden bahseden veya **bahsinde fayda olmayan** ve geçmişinden bahseden reklamların mutlak surette haksız rekabet olduğunu ifade etmiştir; Lütfü Dalamanlı, "Haksız Rekabet", **Adalet Dergisi**, 1961, S.7, s.669. Yazar, rakibin mahkûmiyetinden, dininden, siyasetinden bahsetmek suretiyle kötüleyen reklamların haksız rekabet sayılacağını savunmuştur.

TTK'nın 55/1 (a) (1) maddesinde açıkça haksız rekabet olarak nitelendirilmiştir.

Reklam Yönetmeliği'nin 5/1 (j) maddesinde yer alan;

"*Reklamlar, dil, din, ırk, mezhep, felsefi düşünce ve cinsiyete dayalı* ***ayrımcılık üzerine kurulamaz****, ayrımcılığı destekleyemez, kötüleme içeremez,* ***istismar edemez***"

Şeklindeki düzenleme de reklamda ayrımcılık ve istismar yapılmasını açıkça yasaklamaktadır.

Yargıtay kararına konu bir olayda, dava konusu reklamda, *"**Türkiye'nin** ilk ve tek modem markası. En iyisi olsun, Airties olsun**. Türk Mühendisler** Tarafından **Türkiye** İçin Üretildi"* ibareleri kullanılmış, rakip firma tarafından haksız rekabet iddiasıyla dava açılmıştı. Yargılama sonunda yerel mahkeme sadece "***Türkiye'nin** ilk ve tek modem markası*" ibaresinin kullanılmasını haksız rekabet olarak değerlendirmiştir. Yargıtay ise "**Türk Mühendisler Tarafından Türkiye İçin Üretildi**" ibaresinin kullanılmasının da haksız rekabet teşkil eden bir reklam olduğuna karar vermiştir[271]. İbare içerik olarak doğru olmasına rağmen, Yargıtay, karşılaştırmalı *"reklamda rakiplerin ticarî özellikleri yerine şahsi özellikleriyle ilişkilendirme yapılmasını*" doğrudan haksız rekabet olarak görmüştür. Kanımızca, rakibin ticarî özellikleri yerine şahsi özelliklerinin karşılaştırma konusu yapıldığı reklamları doğrudan haksız rekabetçi bir davranış olarak görmek doğru değildir. Bununla birlikte söz konusu ifade, *yabancı olan muayyen bir rakibe yönelik olsa idi* bu ifadelerin, rakibi kötüleyen haksız rekabetçi bir davranış niteliğinde görülmesi söz konusu olabilirdi[272]. Somut olayda davalının ürettiği malların "Türk mühendisleri için Türkiye'de üretildiği" iddiası maddi bir gerçekliğe dayanmasına ve rakip firmaların şahsi özelliklerinin kötülenmesinin de söz

---

271 Yargıtay 11.HD'nin 01.10.2009 tarih ve 2007/14897 E., 2009/9955 K. sayılı kararı.

272 **Örs**, s.39. Yazar, bir reklamda, bir mamulün **yerli malı** olduğunun beyan edilmesinin, yerli malını tercih eden kimselere bu şekilde edada bulunulması mahiyetinde olacağını ve rekabet kaidelerini ihlal etmeyeceğini, rekabet serbestisinin dar tefsir edilmemesi gerektiğini, ancak *hareketin muayyen rakiplere müteveccih olmaması* gerektiğini beyan etmiştir (yöneliş, Germann, ZBJV 62, s.571; İsviçre Federal Mahkemesi RO 58 II 438)

konusu olmamasına göre, reklamdaki ibarenin hoşgörü sınırı içerisinde kabul edilmesi daha yerinde olurdu.

B. Karşılaştırmalı Reklamların Haksız Rekabet Kurallarına İlişkin Şartları

1. Genel Olarak

Haksız rekabet kurallarının amacı dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır. Dürüst rekabetin ve ticaretin (concurrence déloyale) sağlanması ancak "dürüstlük kuralı" na uymakla sağlanacaktır[273]. "Dürüstlük kuralı" ile sağlanmak ve korunmak istenen asıl unsur ise "dürüst ticaret" tir.

Avrupa ülkeleri ticari faaliyetleri kontrol altına alabilmek için çok uzun zamandır "dürüstlük ve doğruluk" temelinden hareketle çeşitli koruma sistemleri geliştirmişlerdir[274]. Ticari faaliyetlerde bu iki temel ilkeye aykırı davranış şekli, Paris Sözleşmesi'nden bu yana "haksız rekabet" (unfair competition / unlautere Wettbewerb / concurrence déloyale), konuya ilişkin düzenlemeleri içeren hukuk dalı ise "haksız rekabet hukuku" kavramıyla tanımlanmıştır[275].

Karşılaştırmalı reklamlar da diğer tüm ticari faaliyetler gibi haksız rekabet hukukundan kaynaklanan genel sınırlamalara tabidir. O nedenle bütün reklam karşılaştırmalarının **dürüstlük** ilkesine uygun olması gerekir[276]. *Çok geniş bir kavram* olan dürüstlük ilkesini, belirli davranış tipleriyle sınırlandırmak mümkün değildir. Bu kavramın içerisine her şeyden önce, doğruluk, dürüstlük, aldatıcı tavırlar sergilememek, iltibasa meydan vermemek, başkalarından haksız istifade sağlamamak, rakipleri zor duruma

---

273 Bkz. **Ayhan / Özdamar / Çağlar**, s.226 vd.

274 **Henning – Bodewig**, Unfair Competition, s.2. Fransa'da haksız rekabetle ilgili kuralların mazisi 1791 tarihli Medeni Kanun'a (1382 m.) kadar uzanmaktadır.

275 Paris Sözleşmesinin 10.mükerrer m., TRIPs Sözleşmesi'nin 39.maddesi, 40/94 sayılı Marka Tüzüğü'nün 14.maddesi vs. bkz. **Henning – Bodewig**, Unfair Competition, s.xv.

276 **Sack**, RWW § 3.2 N.671 vd.

düşürecek etik dışı davranışlar sergilememek ve incitici beyanlardan kaçınmak gibi ticarî davranışlar girmektedir[277].

Reklamlar veya alım satımla ilgili olarak sergilenen satış yöntemleri konusunda, dürüstlük ilkesine aykırı davranışlardan bazıları 6102 sayılı TTK'nın 55/1 (a) maddesinde 12 bent halinde sayılmıştır. Ancak gerek TTK 54/2.maddesinin varlığı, gerekse 55/1 (a) maddedeki açık ifadeden, sayılan davranışların sınırlı sayı ilkesine (*numerus clausus*) tabi olmadığı açıktır. Söz konusu davranışların bazıları icrai, bazıları ise ihmali davranışlardan kaynaklanmaktadır. Söz gelimi, 9.bentte, *müşterilerin satın alma kararlarını etkileyecek önemde özelliklerin müşterilere sunulmamış olması* da aldatıcı davranışın bir türü olarak gösterilmiştir. Mevcut düzenlemenin 5.bendi münhasıran karşılaştırmalı reklamlara ilişkindir.

2. Doğruluk

Dürüstlük ilkesinin ilk şartı doğruluktur. Karşılaştırmalı reklam sırasında aranan "doğruluk", reklam sırasında verilen bilginin "objektif doğru" olmasıdır.

TTK 55/1 (a) (5) maddesinde yer alan;

"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,"

Hükümleri uyarınca, bir tacirin reklam karşılaştırması sırasında gerçeğe aykırı veya yanıltıcı beyanda bulunması haksız rekabetçi bir davranış olarak kabul edilmiştir. Kanunda yer alan "gerçeğe aykırı beyanda bulunmama" tabirinin diğer bir anlamı ise "doğru" beyanda bulunmaktır.

---

277 **Ayhan / Özdamar / Çağlar**, s.227 vd.

Keza 4077 sayılı TKHK'nın 16/1 maddesinde de "*doğruluk*" reklamın genel şartları arasında kabul edilmiştir. Aynı şekilde Reklam Yönetmeliğinin 11/1 (c) maddesinde de karşılaştırmalı reklamların *dürüst rekabet ilkelerine uygun* olması ve tüketicileri yanıltıcı nitelikte olmaması şartı getirilmiştir.

Alman ve İngiliz öğretisinde gerçeğe aykırı davranmama ve aldatıcı olmama tabirlerinin her ikisini birden karşılamak üzere "objektiflik" (Objektivität / objektiv) ibaresi kullanılmıştır. Ancak **objektiflikle kastedilen "mutlak doğruluk" değildir**.

Reklam karşılaştırmasında kullanılan özelliklerin doğru olduğunun kabul edilebilmesi için, ancak **doğrulanabilir** olması gerekir. Doğal olarak ancak somut iddiaların doğruluğu kanıtlanabilecektir. Sübjektif ve soyut iddiaların doğrulanabilir olma özellikleri bulunmamaktadır.

Gerçeğe aykırı her bilgi, karşılaştırmalı reklamı hukuka aykırı kılmaz. Ancak hedef tüketici kitlesinin o ürünü satın alma kararına etki edebilecek nitelikteki yanlış bilgiler veya verilmesi ihmal edilen bilgiler reklamı dürüstlük kuralına aykırı hale getirecektir[278]. Nitekim 6102 sayılı TTK'nun 55/1 (a) maddesinin 8 ve 9. bentleri de müşterilerin karar verme özgürlüklerini etkileyen veya ürünlerin özellikleri ve kullanım amaçları, yararları veya tehlikeleri gizlenmek suretiyle müşterileri aldatan (aldatabilen) eylemleri haksız rekabet olarak nitelemiştir. Aynı şekilde, MTO'nun Reklam ve Pazarlama Esasları'nın Genel Hükümler Kısmının 5. Maddesinde de, "müşterilerin satın alma kararlarını etkileyecek derecede önemli özellikler" konusunda hedef kitlenin doğru bilgilendirilmesi gerektiği ifade olunmuştur.

Objektif doğruluk ile kastedilen, reklam verenin karşılaştırmalı reklamda "*tamamen yansız ve tarafsız olarak bilgi sunması*" da demek değildir[279]. Reklamın, bir haber bülteni olmadığı, reklam veren tacirin işine gelen ve sadece kendi ürünün üstün ve öne çıkan özelliklerini dikkate alarak,

---

[278] İsmail Doğanay, "Türk Ticaret Kanununun Haksız Rekabete Dair Hükümleri Yargıtay'ca Nasıl Uygulanıyor", **Batider**, 1970, C.V, S.3, s.537.

[279] ABAD, **Lidl Belgium / Colruyt**, N.54.

yerine göre makul ölçüde abartı kullanarak da reklam yapabileceğini akıldan çıkarmamak gerekir.

Reklamda sunulan gerçeğe aykırı bilginin doğruluğu, **ifadenin şekil ve yöntemi** ile reklama konu ürünün **hedef kitlesinin bakış açısına göre** değerlendirilmelidir. Bir reklamda *"…tamamen atık kâğıttan yapılmıştır*" şeklindeki iddia, ürünün tamamen atık kâğıttan yapılmamış olduğu durumlarda objektif olarak gerçeğe aykırı bir durum teşkil edecektir[280].

Reklamda tüketiciye sunulan her bilgi değil, ancak o *ürünün temsil edici özelliğine, yani o ürüne asli değerini veren özelliklerine ilişkin bilgilerin* yanlış veya yanıltıcı olarak gösterilmesi halinde reklam hukuka aykırı olur[281]. Söz konusu özelliklerin başında ürünlerin cinsi, amaca uygunluğu, kalitesi, coğrafi kökeni, fiyatı, ek ödeme içerip içermediği, satış sonrası servis hizmetleri, teslim koşulları gibi, tüketicilerin satın alma kararlarını etkileyecek hususlar girecektir.

Reklam konusu bilginin, ürünün temsil edici bir özelliğine ilişkin olup olmadığı hususunda *temel ölçüt*, *tüketicilerin bilgilenme ihtiyacını karşılayıp karşılamamasıdır*. Bu ihtiyacı karşılamayan ifadeler, reklam ifadeleri olarak kabul edilemez[282]. Söz gelimi, bir reklamda, TV içerisinde mikroçip sayılarının karşılaştırılması tüketicilerin o ürünü satın alma konusunda ihtiyaç duyacağı bir bilgi değildir.

3. Aldatıcılık

Ticari rekabette doğruluk şartına uyma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi her şeyden önce "aldatıcılık" yasağı kuralının ihlali anlamına gelecektir. Bu yasak ise reklamda yer alan ifadelerin objektif ölçütlere göre doğru olup olmadığının değerlendirilmesiyle ortaya çıkacaktır. Ancak

---

280 BGH **GRUR** 1991, 546 – "… aus Altpapier".
281 **Özdemir**, s.72; **İçöz**, s.48.
282 **Baumbach / Hefermehl**, 22.Auflage, § 1 N.393.

aldatıcılık yasağı sadece, sunulan bilgiler itibariyle değil, sunulmayan bilgiler itibariyle de olabilir.

Karşılaştırmalı reklamda "objektif doğruluk" şartına uyulmamasının dışında, reklamın aldatıcı olması da TTK'nın 5/1 (a) (5) maddesinde karşılaştırmalı reklamın hukuka aykırılık hallerinden biri olarak kabul edilmiştir.

Bir reklamın aldatıcı (yanıltıcı) nitelikte olup olmadığı, her bir somut olayda, reklamın yönelik olduğu hedef tüketici kitlesinin, reklamın bütününü değerlendirerek, reklamın üzerlerinde oluşturduğu genel algıya göre tespit edilecektir[283]. Reklamda kullanılan ifadenin aldatıcılık niteliği taşıması için *aldatma tehlikesinin varlığı yeterlidir*[284]. Aldatıcılık tehlikesi, reklamda hedef alınan tüketicilerin bu konudaki eğitim ve uzmanlık durumuna göre değişebilecektir. Uzman bir kişi için aldatıcı olmayan bir ifade, sıradan bir kişi için fevkalade aldatıcı olabilecektir[285].

Hangi reklam karşılaştırmalarının aldatıcılık taşıdığını sayarak ifade etmek mümkün değildir. Zira sınırsız sayı ve şekilde aldatıcılık yöntemi mümkündür. Bununla birlikte aldatıcı reklam karşılaştırmaları, reklam konusu ürünün özellikleri veya fiyatı, rakibe ait ürünün özellikleri veya fiyatı ya da ürünler arasında yapılan karşılaştırmanın sonuçları olmak üzere üç temel üzerine oturtulabilir[286].

---

283 BGH **GRUR** 1955, 38 vd. –"Cupresa"; BGH **GRUR** 1973, 534 vd. – "Mehrwert II" **GRUR** 1983, 651 vd. "Feingoldgehalt; **Baumbach / Hefermehl**, 22.Auflage, § 1 N. 31

284 Yargıtay 11. HD'nin 20.02.1998 tarih ve 1997/9233 E., 1998/1026 K. sayılı kararı. Karara konu olayda, Sabah gazetesi reklamında, "*Türkiye'nin en çok satan gazetesi*" ibaresiyle birlikte, "*nazar boncuklu 1*" rakamının kullanılması nedeniyle rakibi konumundaki Milliyet gazetesi, gerçekte en çok satan gazetenin kendileri olduğunu, reklamda kullanılan ibarenin gerçeği yansıtmadığını ve aldatıcı olduğunu iddia ederek haksız rekabet davası açmıştı. Yerel mahkeme, yapılan reklamın gazete satışlarını etkilemediği, kendini övme niteliğinde olduğu gerekçesiyle davayı reddetmiş ise de Yargıtay bu konuda konuya ilişkin bozma kararında somut bir aldanmanın varlığını gerekli görmemiş, bizatihi "*yanlış ve yanıltıcı (aldatıcı) bilgi sunulmasını*" yeterli görmüştür

285 Helmut Köhler / Henning Piper, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit Zugabenverordnung, Rabbatgesetz und Preisangabenverordnung**, (**Köhler / Piper**) 3.Auflage, Münhcen 2002, § 3 N.10,

286 **Pınar**, Werbung, s.179.

a. Aldatıcı Eylem Şekilleri

Tüm aldatıcı reklam karşılaştırmaları iki temel davranış biçimi şeklinde ortaya çıkar. Bunlardan birincisi, reklamda verilen bilgilerin gerçeğe aykırı olması, diğeri ise verilmesi gereken önemli bilgilerin reklamda verilmemesidir. Diğer bir ifadeyle, aldatıcılık ya *aktif bir davranış*, ya da *pasif bir davranış* sonucu gerçekleşebilecektir.

(1) Aldatıcı Davranışlar

Aldatıcı reklam her şeyden önce, tüketicilere objektif gerçekliğe uygun olmayan, yani yanlış olan bilgilerin sunulmasıyla söz konusu olacaktır[287]. Ancak tüketicilere sunulan bilgi objektif olarak doğru olsa bile, bazen alakasız konularda karşılaştırma yapılması, karşılaştırma sırasında kafa karıştırıcı lüzumsuz bilgilere yer verilmesi de aldatıcı olabilecektir.

Aktif davranışlarla aldatıcılık olayı en çok süperlatif reklamlarda görülür. Reklam veren çoğu zaman gerçeğe aykırı olarak, reklam konusu ürününü çok müstesna ve piyasanın en iyi ürünü olarak lanse etmektedir[288]. Bununla birlikte bütün süperlatif reklamları doğrudan hukuka aykırı saymak da yerinde değildir.

Yargıtay'ın bu konudaki yaklaşımı istikrarsızdır. Yargıtay, herhangi bir ilke belirlemeksizin bazı reklamlarda yer alan, "**En iyisi** olsun Airties olsun"[289], "Türk Rakısının **Hası**"[290] gibi sloganları *aldatıcı reklam* ve haksız rekabet olarak yorumlarken, "**Original** Turkish Rakı"[291], "**Dünyanın en iyi** asansörü"[292], "Türkiye'nin **1 numaralı** su parkı"[293], "BP **süper** kalorifer

---

287 **Baumbach / Hefermehl**, 22.Auflage, § 1 N. 22.
288 **Karahan**, s.38.
289 Yargıtay 11.HD'nin 01.10.2009 tarih ve 2007/14897 E., 2009/9955 K. sayılı kararı.
290 Yargıtay 11.HD'nin 29.11.2010 tarih ve 2002009/6145 E., 2010/1251 K. sayılı kararı.
291 Yargıtay 11. HD'nin 11.04.2011 tarih ve 2009/11822 E., 2011/4143 K. sayılı kararı.
292 Yargıtay 11. HD'nin 08.03.2011 tarih ve 2009/3226 E., 2011/2411 K. sayılı kararı.
293 Yargıtay 11. HD'nin 06.06.2011 tarih ve 2009/14485 E., 2011/6865 K. sayılı kararı.

yakıtı"[294] ve "**En güzel** boya"[295] sloganlarını ise aldatıcı olmayan hoş görülebilir abartı mahiyetinde bulmuştur. Kanaatimizce "**süper**", "**en iyi**", "**en güzel**", "**en kaliteli**", "**bir numara**", "**şahane**" gibi *soyut iddialar taşıyan ifadelerin hoşgörü sınırları içerisinde görülmesi gerekir*[296]. Bu tür soyut ve sübjektif iddiaları duyan hedef tüketici kitlesi, kullanılan ifadenin ürünü övme maksatlı olduğunu anlayacaktır[297].

Bazı durumlarda, reklamda reklam konusu ürünün tanıtımından ziyade, reklamın hedef kitlesinin hislerine hitap eden (çevre, spor, merhamet, acıma, yardımseverlik, barış ve insan haklarına saygı, savaş karşıtlığı, milli ve dini değerlere bağlı vs.) reklamlara rastlanılmaktadır[298]. Tüketicilerin duygularına (hislerine) hitap eden reklamların tamamen haksız rekabet teşkil ettiğini söylemek isabetli değildir. Söz gelimi bir gazete reklamında, depremde hayatını kaybedenler için çeşitli gazeteler tarafından yürütülen bağış kampanyasında en çok bağışın kendi gazeteleri tarafından yapıldığına ilişkin reklam, tüketicilerin hislerine yönelik olsa bile dürüstlük kuralına aykırı değildir. Zira böyle bir reklamda, hislerin istismarından ziyade sosyal sorumluluğa davet ve teşvik bulunmaktadır. Nitekim Reklam Yönetmeliği'nin 5.maddesinde de reklamların sosyal sorumluluk bilincine uygun olması gerektiği ifade edilmiştir. Tüketicilerin istismarına yönelik reklamlarda özellik arz eden husus, reklamın onların hislenmesi (duygulanması) değil, reklamın bizatihi tüketicilerin belirli hislerine yönelik olmasıdır[299]. Bu tür reklamlarda ifade edilen hususlar gerçeği yansıttığı için, aldatıcılıktan çok tüketicilerin hislerinin istismarı söz konusudur. Ancak bu tür reklamların da zaman zaman gerçeğe aykırı olma ihtimalleri bulunmaktadır. Söz gelimi, "En çevreci araba"

---

294 Yargıtay 11 HD'nin 14.03.2002 tarih ve 2001/10574 E., 2002/2316 K. sayılı kararı.

295 Yargıtay 11 HD'nin 30.10.2009 tarih ve 2008/1262 E., 2009/11173 K. sayılı kararı.

296 **Ayhan / Özdamar / Çağlar**, s.232. Yazarlar, abartılı reklamların gerçeğe aykırı olması yanında, yanıltıcı nitelik taşıması halinde aldatıcı reklam olarak görülmesi gerektiğini isabetli şekilde ifade etmişlerdir.

297 Aksi uygulama için bkz. RK'nun 12.04.2011 tarih ve 2010/935 dosyasında verilen kararı. Söz konusu kararda Kurul, 45.000 ürün çeşidi bulunan Carrefoursa'nın "**en bol çeşit**" ve "**en kaliteli**" ibareleri ile yaptığı reklamları tüketicileri aldatıcı nitelikte bularak para cezası ve reklamın durdurulmasına karar vermiştir

298 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, 27.Auflage, § 1 N. 185; **Kırca**, s.236.

299 **Menke**, **WRP** 1998, s. 811-818.

sloganıyla reklamı yapılan bir otomobilin, karbon salınım oranlarının diğer tüm araçlardan daha düşük olmadığı zaman reklam aldatıcı nitelik arz edecektir.

Türk hukukunda tüketicilerin hislerine yönelik bir reklamın, TTK 54 vd. maddeleri uyarınca "dürüstlük kuralına" aykırı olup olmayacağının her somut olayda ve o olayın özelliklerine göre tartışılması ve değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Reklam Yönetmeliği'nin 5/1 (j) maddesinde yer alan,

"*Reklamlar, dil, din, ırk, mezhep, felsefi düşünce ve cinsiyete dayalı* ***ayrımcılık üzerine kurulamaz****, ayrımcılığı destekleyemez, kötüleme içeremez,* ***istismar edemez***"

Şeklindeki düzenleme de reklamlardaki duygu istismarını ve ayrımcılık yapılmasını yasaklamaktadır.

Yargıtay, bir reklamda "Kokulu Otogaz kalitesizdir. Kokulu ve kalitesiz otogazlarla, **bir milli servet olan otomobillerinizin ömrünü kısaltmayın**. Milangaz'ın kokusuz otogazını kullanın" ibaresini, haksız rekabetçi bir davranış olarak yorumlamamıştır. Bizce de Yargıtay'ın bu görüş yerindedir. Zira reklamdaki "bir milli servet olan" ibaresi hisleri istismar eden bir sözcük değildir[300]. Bununla birlikte Yargıtay, "*En iyisi olsun, Airties olsun. Türkiye'nin ilk ve tek modem markası. Türk Mühendisler Tarafından Türkiye İçin Üretildi*" sloganlarını içeren reklamdaki, "**Türk Mühendisler Tarafından Türkiye İçin Üretildi**" ibaresi dürüstlük kuralına aykırı ve haksız rekabetçi bir davranış olarak yorumlamıştır[301]. Kanımızca, söz konusu bilgi tüketicilerin seçme haklarını kullanırken önem verdikleri bir bilgi niteliğindedir. Yurt dışından ithal olunan bazı teknoloji ürünlerinin Türkiye'deki standartlara ve koşullara uyup uymayacağı tereddüdü duyan tüketiciler, Türkiye şartlarına uyan ürünleri tercih edeceklerdir. Kanaatimizce kullanılan ifadelerde herhangi bir aldatıcılık ve rakipleri gereksiz yere kötüleme bulunmamaktadır.

---

300 Yargıtay 11. HD'nin 02.05.2006 tarih ve 2006/2636 E., 2006/5025 K. sayılı kararı. Yargıtay, reklamda geçen diğer ibareleri, yerinde bir gerekçeyle, haksız rekabetçi bir söylem olarak değerlendirmiştir.

301 Yargıtay 11.HD'nin 01.10.2009 tarih ve 2007/14897 E., 2009/9955 K. sayılı kararı.

(2) Aldatıcı İhmaller

Aldatıcılık her zaman için reklamda gerçeğe aykırı bilgi sunumuyla gerçekleşmez. Bazen de reklam verenin açıklamada bulunma yükümlülüğünün bulunduğu bazı durumlarda suskun kalınması da aldatıcılık olarak görülebilir[302]. Reklamda gerçeğe aykırı bilgi vererek aldatıcı davranış sergileyen tacirler, günün birinde yalan ifadenin ortaya çıkabileceğini ve çıktığında da müşteriler nezdinde ticarî itibarının yüksek oranda zedelenebileceğini tahmin etmektedirler. O nedenle uygulamada pasif bir davranışla, yani verilmesi gerekli önemli bir bilgi verilmeyerek yapılan aldatıcı reklamlarla daha sıklıkla karşılaşılmaktadır.

Reklam verenin, reklamda bir ürünle ilgili bütün özellikleri, özellikle aleyhine sonuç doğurabilecek her bilgiyi (söz gelimi; ürünün eksik yönlerini) gündeme getirilmesi beklenemez[303]. Zira reklam bir olayla ilgili bütün gerçeklerin aktarıldığı *haber bülteni* değildir.

TTK'nın 55/1 (a) maddesinin, 7, 9, 10 ve 11.bentlerinde, reklam veya satış sırasında **eksik bilgi verilmesinden kaynaklanan** haksız rekabet hallerinden bazıları gösterilmiştir. Bunlar arasında söz gelimi; "reklam konusu ürünle ilgili ek edimler hakkında bilgi vermemek, reklam konusu ürünlerin özellikleri, miktarları, kullanım amaçları, yararları ve tehlikelerini gizlemek, reklamda ürünün peşin ve toplam satış bedelini belirtmemek, taksitle satış halinde ek maliyetleri TL olarak belirtmemek, ticaret unvanını belirtmemek, tüketici kredileri konusunda eksik bilgilendirmek" aldatıcı ihmaller arasında sayılmıştır. Yapılan bu tür karşılaştırmalarda reklam veren, ürünün satın alma kararına etki edecek derecede önemli bir özelliği konusunda suskun kalmamalıdır.

RK uygulamasında "reklamda, rakiplerin fiyatlarına nazaran çok daha *ucuza teklif olunan malların stoklarla sınırlı olduğunun belirtilmemesi*"[304]

---

302 **Köhler/Piper**, § 3 N.99 vd; BGH **GRUR** 1983, 777 vd.

303 BGH **GRUR** 196, 548 vd. – "Dachsteinwerbung"; **Aigner**, s.46.

304 RK'nun 14.01.2012 tarih ve 2012/190 sayılı dosyasında verilen karar. Sabah gazetesinde yayınlanan elektronik eşya fiyat reklamlarında, indirimli ürünler için **stok miktarının belirtilmemiş olması** Kurul tarafından TKHK'nun 16 ve Reklam Yönetmeliği'nin "Temel

tüketiciyi aldatıcı davranış olarak kabul edilmiştir. Ancak salt böyle bir beyanın eksikliği aldatıcı olarak kabul edilmesi kanımızca doğru değildir. Esasen tüm mağazalarda teşhir olunan malların stokları bir ölçüde sınırlıdır. O nedenle ucuzluk kampanyasına sokulan ürünün, reklamın yapıldığı yer, çevre, vasıta, müşteri ihtiyaç adedi gibi unsurlar gözetilerek değerlendirilmesi gerekir.

b. Bilimsel Araştırma ve Ölçme Sonuçlarına Dayalı Aldatıcılık

Üretici ve satıcı firmalar, bazen piyasaya sundukları ürünlere güven duyurmak veya duyulan güveni pekiştirmek için bilimsel kuruluşlarca yapılan araştırma, inceleme (test) raporlarına ya da reklama konu ürün alanında toplumda güven oluşturmuş kişilerin ya da kamuoyu anket çalışmalarının tanıklıklarına başvurmaktadırlar. Söz gelimi, *"Beyaz Eşya Üreticileri Derneği, deterjanımız X'i test edip onayladı", "X üniversitesi bilimsel laboratuvarlarında yapılan inceleme sonucunda ürünümüz Y kalp dostu çıktı", "Yapılan kamuoyu araştırma sonuçlarına göre izleyicilerin en çok beğendiği TV kanalının bizim kanalımız olan X olduğu ortaya çıktı", "Tüketicilerin çoğunluğu ürünümüz X'i onaylıyor", "Sağlık çalışanları derneği en sağlıklı ürün olarak bizim ürünümüz olan X'i seçti"* gibi reklamlar hep bu tarz reklamlara örnektir. Tanıklı reklamlarda asıl amaç, toplumda prestij ve itibar sahibi kişilerin olumlu imajlarından yararlanarak reklam konusu ürüne güven duyulmasını sağlamaktır[305].

ISO tarafından yapılan bir araştırma raporu sonucunda yer alan *"ISO 500 Türkiye'nin 500 Büyük Sanayi Kuruluşu 2003 Raporu, İhracat Tutarına Göre İlk 10 Firma*" sıralamasında, kendi firma isminin yanında, karşılaştırmalı reklam ilkelerine aykırı şekilde diğer firmaların isimleri ve ihracat tutarlarının da gösterildiği gerekçesiyle reklamın 4077 sayılı Kanun'un 16.maddesine

---

İlkeler" başlıklı 5/a, 5/b, 5/e 7/a, 7/c, ve 12/A maddelerine aykırı bulunarak reklamın durdurulmasına karar vermiştir.

305 **İçöz**, s.86.

aykırı olduğu sonucuna varmıştır[306]. Bilimsel raporlar ya da tanıklıklar çok defa doğrudan veya dolaylı karşılaştırma içermektedir. Bu karşılaştırmalar çoğunlukla genel reklamlar (pauschal) mahiyetindedir. Ancak bu tür reklamlar zaman zaman çarpıtmalar içermekte, bu durumda da reklam aldatıcı niteliğe bürünebilmektedir[307].

6102 sayılı TTK'nın 55/1 (a) (3) maddesi uyarınca, bir tacirin reklamda, kendisini, gerçeğe aykırı şekilde "**paye, diploma veya ödül almış gibi**" veya "**müstesna yeteneğe sahipmiş gibi**" göstermesi veya "**buna elverişli doğru olmayan meslek adları veya sembolleri kullanması**" haksız rekabet sayılmıştır.

4077 sayılı TKHK'nun 16/3 maddesinde konuya ilişkin doğrudan hüküm yoksa bile, Reklam Yönetmeliği'nin 12.maddesi uyarınca bir tacirin "*gerçek olmayan ve tanıklığına başvurulan kişinin tecrübesine dayanmayan tanıklıklara ya da onay ifadelerine yer vermesi ve atıfta bulunması"* yasaklanmıştır. Keza Yönetmeliğin 7/1 (g) maddesi uyarınca, reklamlarda "*araştırma sonuçları veya teknik bilimsel yayınlardan yapılan alıntıların çarpıtılması, istatistiklerin gerçekte olduklarından farklı sonuçlar doğuracak biçimde sunulması, bilimsel terimlerin yanıltıcı biçimde kullanılması ve reklamlarda gerçekte sahip olmadıkları **bir bilimsel temele sahipmiş gibi** iddialarda bulunulması*" dürüstlük kuralına aykırı bulunmuş ve yasaklanmıştır.

Ayrıca, anket çalışmalarının yayınlanmasıyla ilgili olarak, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından çıkartılan *Medya Ölçümü Araştırma Sonuçlarının Ticarî Reklam ve İlanlarda Kullanılmasına Dair Tebliğ*'in[308] 3.maddesi uyarınca, medya organları, sinema vb. **izlenme oranları** ile **hedef tüketici kitlesinin tüketim alışkanlıkları** konusunda yapılan **araştırma sonuçlarına** ilişkin reklamlarda, "*anket çalışmasının yapıldığı zaman aralığı (gün ve saat olarak), hedef tüketici kitlesinin kimler (cinsiyet, yaş, meslek vb.) olduğunun*

---

306 RK'nun 11.01.2005 tarih ve 2004/167 sayılı dosyasında verilen kararı.

307 **Göle**, Aldatıcı Reklamlar, s.88.

308 RG, T. 02.10.1998, S.23481.; Söz konusu Tebliğ'deki kısmi değişikliğe ilişkin Tebliğ için bkz. RG, T. 14.06.2005, S.25845.

açık ve doğru şekilde gösterilmesi, reklamda kullanılan terminolojinin Türkçe olması, ölçme grafiğinin doğru verilmesi, aynı mecra kuruluşlarının karşılaştırılması (radyo / radyo, TV / TV), araştırmanın Türkiye çapında ve her bölgede yapılması, deneklerin sayısı, araştırmanın kaç ili kapsadığı, hata payı" unsurlarının gösterilmesi zorunlu kılınmıştır. Aranan şartlar, aldatıcılığın önüne geçilmesi açısından bizce de makul şartlardır.

MTO'nun Reklam ve Pazarlama Esasları'nın 13.maddesinde de, **gerçek, doğrulanabilir** ve **ilgili konularda** olmadıkça, tanıklı ve onay belirten ifadelerin reklamlarda kullanılamayacağı belirtilmiştir. Ayrıca, geçen zaman nedeniyle *güncelliğini yitirmiş* ve *aldatıcı hale dönüşmüş* tanık beyanları ve onayların da reklamlarda kullanımı yasaklanmıştır.

Araştırma ve inceleme raporlarına dayalı karşılaştırmalı reklam yapılabilmesi için, söz konusu araştırma ve incelemeyi yapan kuruluşun *bağımsız ve tarafsız* olması veya *araştırma veya incelemenin tarafsız bir şekilde yapılmış olması* gerekir. Ancak karşılaştırmalı reklamda, bazen tarafsız olarak yapılan araştırmalar dahi aldatıcı özellik taşıyabilir. Zira test yapan kuruluşun öncelikleri bu konuda rol oynamış olabilir.

Test sonuçlarıyla aldatıcı reklam çoğu zaman, test sonuçlarından bir kısım alıntı yapılarak, yani sadece reklam verenin işine gelen kısmı seçilerek alınan ifadelerin kullanılması yoluyla oluşturulmaktadır. *Testle ilgili genel bilgiler ve test sonuçlarından ne kadar az alıntı yapılmışsa aldatıcılık riski de o kadar yüksektir*. Bir test sonucuna boşluklarla dolu bir atıf yapılması hedef kitlenin çok kolay bir şekilde aldanmasına sebep olabilir. Reklam verenler test sonuçlarına *bütünüyle ve doğru atıf* yapılmamasından kaynaklanacak davranışlardan sorumludur[309].

RK, kararına konu bir olayda, bir sigorta şirketinin *tüketici dergisi tarafından* verilen **kalite ödülü** ile ilgili olarak yaptığı reklamda "**Aldığımız ödülü verdiğimiz ödüne borçluyuz**" ibaresini kullanması Kurul tarafından, "*verilen*

---

309 **Göle**, Aldatıcı Reklamlar, s.89; **Ayhan / Özdamar / Çağlar**, s.233.

kalite ödülünün, tüketicilerin ortak tercihi ve görüşünü yansıttığının söylenemeyeceği" gerekçesiyle aldatıcı bulunmuştur[310]. Oysa tüm tüketicilerin aynı görüşte olması hiçbir zaman beklenemez[311]. Bu noktada bütün tüketicilerin görüşleri değil, reklamın hedef kitlesine mensup ve makul ölçüde bilgili, tedbirli ve dikkatli ortalama tüketicinin bakış açısı dikkate alınarak değerlendirme yapılması yerinde olurdu.

RK kararına konu bir reklamda "**Bor Power Nanofuel Yakıtta %10`un üzerinde tasarruf, motor gücünde %10 artış, yağ ömründe artış, motor ve şanzıman seslerine son, rektifiye ömründe maksimum artış, yağ eksiltmeye son, hararet sorununa son, egzoz gazlarında %15 azalma***"* iddiaları kullanılmış, reklam veren firma savunmasında, "*söz konusu sonucun Sakarya* ve *KTO Karatay Üniversitesi tarafından yapılan bilimsel inceleme ve raporlarıyla da tespit edildiğini*" savunmuştu. Reklam veren, reklamda, *yakıt katkısı kullanan ve kullanmayan araçlardaki güç miktarını karşılaştırmıştır*. RK, sunulan bilimsel raporların, reklamdaki sonucu desteklemediği, testlerin sadece dört araç üzerinde yapıldığı, araçlardaki güç artışının araçların türüne göre %4 – 10 arasında değiştiği gerekçesiyle reklamın 4077 sayılı Kanun'un 16.maddesine aykırı olduğu kararına varmıştır[312]. RK'nun kararı, gerekçesi itibariyle bizce de yerindedir. Zira reklam broşüründe, tüketicilerin hangi test sonuçlarına göre bu sonuca ulaşıldığını kolaylıkla anlamasına yarayacak bilgilerin verilmesi, ayrıca güç artışının araç cinsine göre değiştiğini bildirilmesi ve gerçek güç artışlarını göstermesi gerekirdi. Oysa araştırma sonuçlarındaki bulguların tam ve doğru şekilde reklama yansıtılması gerekirdi[313].

RK kararına konu bir reklamda "*Clinique Even Better Clinical Koyu Leke Serumu*" isimli ürüne ilişkin olarak "**…serumun klinik deneyler**

---

310 RK'nun 14.09.2005 tarih ve 2005/118 sayılı dosyasında verilen karar.

311 **İnal/Baysal**, s. 97. Yazar, kararın mantıki ve hukuki açıklamasının bulunmadığı eleştirisinde bulunmuştur.

312 RK'nun 11.10.2011 tarih ve 2010/908 dosyasında verilen kararı. RK, benzer bir olayda da bir internet sitesinde yer alan "Mazottan %30, LPG'den %20 tasarruf" başlıklı reklamın bilimsel araştırma veya test sunucu raporlarla kanıtlanamadığı gerekçesiyle reklamın 4077 sayılı Kanun'un 16.maddesine aykırı olduğu sonucuna varmıştır. Bkz. RK'nun 13.01.2009 tarih ve 2009/13 dosyasında verilen kararı.

313 **Ayhan/Özdamar/Çağlar**, s.233

sonucunda cilt rengini eşitlemede %53 iyileşme sağlandığı kanıtlanmıştır…" şeklindeki ifadelerin kozmetik ürünlerin sahip olabileceği niteliklerin çok ötesinde çeşitli sağlık sorunlarını tedavi edebileceği izlenimi uyandırdığı gerekçesiyle, reklamların Kozmetik Yönetmeliğine ve Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmeliğine uygun olmadığına karar verilmiştir[314]. Oysa reklamda, bilimsel araştırma ve inceleme sonuçlarına da dayanıldığına göre, deneyin hangi sağlık kuruluşunca yapıldığı, tarafsız bir kuruluş olup olmadığı hususları da reklamda dile getirilmemiştir. Bu nedenle reklam aynı zamanda aldatıcı niteliktedir.

Ancak bilimsel inceleme ve araştırma sonucu elde edilebilecek sonuçların, sanki böyle bir **araştırma ve inceleme varmışçasına** reklama konu edilmesi de reklamı aldatıcı hale getirecektir.

Yargıtay kararına konu bir reklamda kullanılan "**BP'de yakıt mükemmel, çünkü katık mükemmel**" sloganıyla ilgili olarak yapılan yargılama sonunda yerel mahkeme "*davalının yakıtlara katkı maddesi ilave ettiği iddiasının inandırıcı olmadığı, katkı yapılmış olsa bile, katkı eklenmeyen yakıtlara göre kıyaslanmayacak ölçüde bir fark ve üstünlük yaratmayacağı, iyileştirici bir işlemin etkisinin abartılmasının ve tüm ürünlere katık ilave edilmediği halde edilmişçesine reklam yapılmasının yanıltıcı nitelikte olduğu*" gerekçesiyle davanın kabulüne karar vermiştir. Yargıtay, "*… davalı taraf yurt dışından ithal ettiği katkıların köpürmeyi ve korozyonu önleyici, performansı arttırıcı ve iyileştirici olduğunu savunmuştur. Bu savunma karşısında,* ***davalının kattığı katkıların ne oranda iyileştirici etki oluşturduğunun bilimsel şekilde ortaya konularak*** *mukayesesinin yapılması gerekir*" gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmuştur[315]. Esasen burada, somut iddiaya (katkı nedeniyle mükemmel yakıt) dayalı *süperlatif reklam* yapıldığına göre, bu

---

314 RK'nun 14.10.2010 tarih ve 2010/679 dosyasında verilen kararı.

315 Yargıtay 11 HD'nin 14.03.2002 tarih ve 2001/10574 E., 2002/2316 K. sayılı kararı. Kararda ayrıca, davalıya ait yakıtın mükemmel olmadığını ispat yükü davacıya yüklenmiştir. Oysa mükemmel olduğunu ileri süren kişinin iddiasını ispat etmesi gerekirdi.

iddiayı ileri süren *reklam verenin daha baştan iddiasını ispat edecek delilleri elinde bulundurması* gerekirdi. Böyle bir iddianın delili ise ancak daha önceden yapılmış **bilimsel inceleme ve araştırma raporu** olabilecektir. Böyle bir rapor olmadığı halde varmışçasına reklam yapılması aldatıcı bir davranıştır. Somut olayda davalı reklam verenin elinde reklam tarihi itibariyle iddiasını doğrulayacak bilimsel bir çalışma raporu olmadığına göre bu hususun yargılama sırasında yapılacak testlerle doğrulatılmaya çalışılması yerinde değildir. O nedenle Yargıtay'ın kararı kanımızca isabetli değildir.

RK bir reklamda *"**Mazottan %30, LPG'den %20 tasarruf edildiği**"* iddiasını, "*bilimsel araştırma veya test sonucu* adı verilen raporlarla kanıtlanamadığı, iddialara dayanak olarak sunulan belgelerde yer alan yakıt karşılaştırma tablosunda söz konusu ürünün mazotla karşılaştırılmasına dayanan herhangi bir sonuca yer verilmediği" gerekçesiyle aldatıcı reklam olarak değerlendirmiştir[316].

Bilimsel araştırma ve test sonuçlarının yanlış ve eksik aktarıldığı reklamlar her zaman için aldatıcı olacaktır.

Almanya'da bir reklamda, "Lezzet testine katılanların %62 si, aynı kategorideki ürünlere karşı Burger King'in "Whopper" (büyük boy hamburger) ve "King Pommes" (kral patates) ürünlerini daha lezzetli bulmuştur" ifadesi Münih Bölge (İstinaf / Eyalet) Mahkemesi tarafından, reklam konusu iddianın doğrulanabilir bir özelliğe ilişkin olmadığı gerekçesiyle aldatıcı reklam olarak değerlendirilmiştir[317].

Bir başka aldatıcılık unsuru da reklamda güncelliğini yitirmiş bir test sonucunun kullanılmasıdır. Yapılan testin ve sonuçlarının güncelliği önemlidir. Bununla birlikte eski test sonuçlarıyla reklam yapmak tek başına aldatıcılık unsuru taşımaz. Eğer reklam gününe kadar, reklama konu ürünü daha düşük bir pozisyonda gösteren yeni bir test sonucu açıklanmış ise o takdirde reklamın güncelliğini yitirdiği söylenebilir. Her halükarda reklamda

---

316 RK'nun 13.01.2009 tarih ve 2009/13 dosyasında verilen kararı.
317 OLG München **WRP** 1999, 692, 694 – Satte Mehrheit.

test sonuçlarının açıklanma tarihi yer almalıdır[318]. Zira tüketiciler her zaman için güncel test sonuçlarıyla reklam yapıldığını düşünürler.

c. Ürün Fiyatları Yönünden Aldatıcılık

Bir mal veya hizmetin satın alınmasına etki eden unsurların başında o mal veya hizmetin fiyatı gelir. Diğer bir ifadeyle, bir ürünün satın alınmasında müşterileri cezbeden en büyük unsur o ürünün fiyatıdır[319]. Piyasaya mal ve hizmet arz eden bazı tacirlerin en fazla tercih ettikleri aldatıcı reklam konusu ürünlerin fiyatlarına ilişkindir. Tüketicilerin, piyasada bulunan ürünleri en uygun fiyattan satın almalarının sağlanması, rekabete dayalı serbest piyasa ekonomisinin en büyük hedeflerinden biridir.

"Fiyat" kavramının kapsamına, fiyatı oluşturan "indirim, ıskonto, teslim ve ödeme şartları" gibi unsurlar da dahildir[320].

Her tacir kendi pazarlama stratejisi kapsamında, ürünlerini serbest piyasada dilediği fiyattan satma konusunda özgürdür. Ancak söz konusu fiyatlandırmayı yaparken veya fiyatları tüketicilere reklam yoluyla duyururken, her zaman dürüstlük kuralına uygun davranmak zorundadırlar. Uygulamada, özellikle "tuzak reklamlar" (Bait Advertising) denilen yöntemlerle, tüketicilerin fiyatlar yönünden sıklıkla aldatılması söz konusu olmaktadır. Bu yöntemde, satıcıların asıl amacı, reklamı yapılan malın satılması değil, müşterilerin mağazaya çekilmesinin sağlanmasıdır. Bir kez mağazaya girişi sağlanan müşteriye, çoğu zaman, reklama konu malın kalmadığı, tükendiği, ancak cazip başka malların olduğu söylenir ve başka malları satın alması sağlanmaya çalışılır. Bir anlamda, ucuz mal satıldığına ilişkin reklam "yem" olarak kullanılır ve müşteriler bu yolla tuzağa düşürülür[321].

---

318 **Baumbach / Hefermehl**, 22.Auflage, N.423.

319 **Göle**, Aldatıcı Reklamlar, s.91.

320 **Bozbel**, s.192.

321 **Göle**, Aldatıcı Reklamlar, s.98 -99; **Ceylan**, 209; **İnal/Baysal**, s.34; RK'nun 13.11.2007 tarih ve 2007/326 dosyasında verilen kararı. Karara konu olayda, " *"Ürünlerin en iyisi, fiyatın en iyisi,*

Özellikle fiyat karşılaştırmaları yaparken, kendi ürün fiyatının ekstra maliyetleri (nakliye bedeli, vade farkı) veya rakibin sağladığı ekstra avantajları (nakliye, servis, montaj, ilave garanti vs.), ucuza teklif olunan ürünün eski model olduğu, gri mal olduğu, sağlanan fiyat avantajının sınırlı sayıda mal için geçerli olduğu gibi konularda eksik bilgi verilmesi ya da gerçeğe aykırı bilgi verilmesi eylemleriyle sıklıkla karşılaşılmaktadır. Bazen de rakiplere ait ürünlerle yapılan fiyat karşılaştırmaları sırasında, gereğinden daha fazla kırıcı olduğu görülmektedir.

Fiyatlarla ilgili olarak, "özel kampanyalar", "hediyeli satışlar", "piyangolu satışlar", "toptan fiyatına perakende", "gross market" ibareleriyle yapılan aldatıcı reklam şekillerine rastlanılmaktadır. Tek başına bu ibarelerin kullanılması aldatıcı değil ise de, bu başlıklar altında yapılan reklamlarda sıklıkla aldatıcı uygulamalarla karşılaşılmaktadır. Bir tacirin, maliyet fiyatının altında bir bedelle mal satmayı teklif ettiği karşılaştırmalı reklamlar dürüstlük kuralıyla bağdaşmayan aldatıcı davranışlar arasında sayılabilecektir[322]. Bu husus 6102 sayılı TTK'nın 55/1 (a) (6) maddesinde de açık bir haksız rekabet hali olarak düzenlenmiş, "bir malın tedarik fiyatının altında bir bedelle satışa sunulması" halinde, karine olarak aldatıcılığın var olduğu kabul edilmiştir.

Reklamda fiyat karşılaştırmalarının dürüstlük kuralına uygun olması ve rakip tacirleri gereğinden fazla incitici nitelikte olmaması gerekir. Söz gelimi, reklam verenin "*kısa bir süre için özel fiyat kampanyası yaparak, kendi fiyatlarıyla rakiplerine ait fiyatları karşılaştırması*", "*kendi fiyatlarıyla rakibe ait olanları karşılaştırırken, rakibin reklam konusu ürünün yanında hediye olarak bir başka ürün verdiği, ikinci üründe yüksek oranda indirim yaptığını gizlemesi*", "*kendi toptan fiyatlarıyla, rakibin perakende fiyatlarını karşılaştırması*", "*kendi ürünlerinde anlık fiyat indirimi yaparak, bu fiyatlarla*

---

hizmetin en iyisi. En iyi fiyat sadece Darty'de" sloganıyla yapılan ve 200.000 civarındaki broşürle İstanbul'un birçok semtinde tanıtılan reklama rağmen, kampanyadaki ürünlere ait stokların düşük tutulduğu, kampanyanın başlangıç gününde bile stokların tükendiğinin söylendiği, oysa firmanın geniş çapta reklam yaptığı, asıl amacın ileriye dönük müşteri çekme ve satışları arttırma olduğu" gerekçesiyle reklam yapılması Reklam Yönetmeliğine ve 4077 sayılı TKHK'na aykırı bulunmuştur.

322 **Örs**, s.70.

rakibe ait fiyatları karşılaştırması", "*kendisinin güncel, rakibin ise indirim sezonu öncesindeki güncel olmayan fiyatlarını karşılaştırması*", "*göstermeli birkaç ürün yönünden ucuz mal sattığı halde, sanki tüm ürünler yönünden ucuz mal satıyormuş izlenimi verilerek karşılaştırma yapması*", "*sınırlı sayıda mal yönünden ucuzluk kampanyası yaptığı halde, bu durumdan tüketicileri haberdar etmemesi*" gibi sonsuz şekil ve yöntemle aldatıcı nitelik arz eden fiyat karşılaştırmalarından söz edilebilir.

6102 sayılı TTK'nın 55/1 (a) (5) maddesinde, reklamlarda sergilenecek aldatıcı davranışların kapsamına "ürünlerin fiyatı" konusu da dahil edilmiştir. 6102 sayılı TTK'nın 55/1 (a) maddesinde yer alan 6, 7, 10 ve 11.bentlerin tamamı, fiyatlar konusunda yapılan aldatıcı davranışları kapsamaktadır. Söz konusu maddede bu eylemler;

"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,

7. Müşteriyi ek edimlerle sunumun gerçek değeri hakkında 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… kredilerin net tutarlarına, toplam giderlerine, efektif yıllık faizlerine ilişkin açık beyanlarda bulunmamak"

Şeklinde sayılmıştır.

Keza 4077 sayılı TKHK uyarınca çıkartılan Reklam Yönetmeliğinin 12/A maddesi uyarınca, "bir ticari işletmenin açılışı, tasfiyesi, başka bir yere taşınması, mevsimin sona ermesi gibi nedenlerle yapılacak **indirimli satışlara ilişkin reklam ve ilanlarda, indirim miktarı veya oranı ile indirim döneminin başlama ve bitiş tarihlerinin** belirtilmesi" zorunluluğu getirilmiştir. Bunun dışında, "indirim süresi iki haftayla sınırlandırılmış, satışa sunulan mal ve hizmetlerin miktarı, markası, modeli ve indirim öncesi fiyatı ile

indirimli fiyatının belirtilmesi ve söz konusu fiyatların yazılı reklam ve ilanlarda aynı büyüklükte gösterilmesi" mecburiyeti getirilmiştir.

MTO Reklam ve Pazarlama Esasları'nın, *Fiyatlar ve Kredi Şartları* başlıklı C12 maddesinde, reklamda tüketicilere, "peşin satış ise; nakit fiyat mı, yoksa bir takım **ilave maliyetler** (gönderme veya nakliye ücreti, vergi vs.) bulunup bulunmadığının **açıkça ifade edilmesi**, varsa ilave maliyetlerin miktarı, taksitli satış ise; peşinat, kredi şartları, taksit sayısı ve miktarı, toplam maliyet, peşin ödemeye göre ilave maliyet miktarının açıkça gösterilmesi" gerektiği ifade olunmuştur.

Yargıtay kararına konu bir olayda, davacı vekili, "müvekkilinin yaptığı *"KDV YOK"* kampanyasına karşılık, davalı tarafın, reklamı hazırlamadan önce müvekkiline ait işyerinden önceden seçtiği ürünlerden satın alarak yazar kasa fişi aldığını ve kendilerinin sattığı bazı ürünlerde indirim yaparak, *"Bazıları Kandırır, Maxi Kazandırır. Bizde kandırmaca yok. Sözde indirim yok. 50 Milyonluk Limit Yok. Bazılarının KDV YOK'lu fiyatları yok*" ibarelerini ve "iki adet fiş görüntülerini" içeren tam sayfa ilanlarla reklam yaptığını, davalının kasten birkaç üründe indirim yapıp, sanki tüm ürünler yönünden indirim varmışçasına reklam yapmasının kötü niyetin göstergesi olduğunu, davalının fiiline karşı Reklam Özdenetim Kurulu'na başvuruda bulunduğunu, anılan Kurul'un da müvekkilini haklı bulduğunu, davalının tutumunun müvekkilinin ticarî itibarını da zedelediğini" iddia ederek haksız rekabet davası açmış, yerel mahkeme de davanın kabulüne karar vermiştir. Yargıtay, yerel mahkemenin kararını içerik olarak onamış, ancak daha yüksek tazminata hüküm olunması gerektiği gerekçesiyle kararı bozmuştur[323]. Yargıtay söz konusu kararıyla, tamamen benzer bir olayda ABAD'ın Pippig kararında ulaştığından farklı bir sonuca ulaşmıştır[324].

Yargıtay'ın bir başka kararına konu olayda, davalının ""***M ve K'dan Carrefoursa olarak daha kaliteli ve ucuz***" sloganlı bez afiş reklamında, "K"

---

323 Yargıtay 11. HD'nin 12.11.2009 tarih ve 2008/5249 E., 2009/11738 K. sayılı kararı.

324 ABAD, **Pippig Augenoptik / Hartlauer**, N.35.

harfi ile “Kiler” mağazasının kastedildiği, zira “M harfinin **turuncu**”, “K harfini ise **kırmızı**” olarak gösterdiği, eylemin haksız rekabet teşkil ettiği” iddiasında bulunmuştur. Davalı Carrefoursa vekili “M” harfi ile “Manav”, “K” harfi ile de “Kasap” dükkânlarının kastedildiğini beyan etmiştir. Yerel mahkeme “davaya konu eylemin haksız rekabet teşkil ettiğine” karar vermiş, karar Yargıtay'ca da aynı gerekçelerle onanmıştır[325]. Karar bizce de isabetlidir. Davalı taraf herhangi bir somut delile dayanmaksızın, objektif gerçekliğe aykırı bir fiyat karşılaştırması reklamı yapmıştır.

Yine bir başka Yargıtay kararına konu olayda, davacı Unifree Duty Free A.Ş. vekili, müvekkillerinin havaalanı ve gümrük kapılarında “Free Shop” mağazası işlettiklerini, davalı Tekin Acar Kozmetik A.Ş. ‘nin “*Artık Free Shop’lardan ürün taşımayın, çok özel fiyatlar burada*” şeklinde ifadeleriyle yaptığı reklamda “Free Shop” ibaresini müvekkilinden izinsiz olarak kullandığını, bu durumun tüketiciler nezdinde, davalının “Free Shop” mağazası işlettiği izlenimi oluşturduğu ve haksız rekabet teşkil ettiği iddiasıyla açtığı davada, davalı “Free Shop” ibaresinin tescilli markası olduğunu, reklamın haksız rekabet teşkil etmediğini savunmuş, yerel mahkeme ise davalının eyleminin haksız rekabet teşkil ettiği gerekçesiyle davanın kabulüne karar vermiş ise de Yargıtay, “davalı, ibarenin tescilli markası olduğunu savunduğuna göre davaya bakma görevinin Fikrî ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemeleri olduğu gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmuştur[326]. Ancak yerel mahkemenin reklama konu ibareyi haksız rekabet olarak yorumlaması isabetli değildir. Zira her şeyden önce Free Shop’lar, gümrüksüz satış mağazaları olarak, yurt dışından Türkiye’ye giriş yapan kişilerin belirli limitler dahilinde ithalat vergisi ve KDV ödemeksizin bazı malları yurda sokabilmelerine imkân tanıyan mağazalardır. Bu tür mağazalarda en çok alınan ürünlerden biri de kozmetik ürünleridir. Davalı şirketin kendi ürünlerinin fiyatlarıyla, Free Shop mağazalarının fiyatlarını karşılaştırmasına engel bulunmamaktadır. Bununla birlikte, somut fiyat

---

[325] Yargıtay 11. HD’nin 23.11.2011 tarih ve 2010/4966 E., 2011/15736 K. sayılı kararı.
[326] Yargıtay 11. HD’nin 25.04.2011 tarih ve 2009/11674 E., 2011/4935 K. sayılı kararı.

örneklerine yer vermeksizin, sattığı kozmetik ürünlerinin, gümrüksüz satılan mallarla aynı düzeyde veya daha düşük fiyatla satıldığı izlenimi uyandırılması haksız rekabet teşkil edecektir. Her ne kadar Yargıtay tarafından, tescilli marka savunması nedeniyle görevsizlik kararı verilmesi gerektiği ifade edilmiş ise de davalının ibareyi markasal olarak kullanmasından değil, gümrük bölgelerinde kurulu Free Shop mağazalarıyla fiyat karşılaştırması yaptığı ve bu sebeple olayın haksız rekabet çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Fiyat karşılaştırmalarının mutlaka aynı tür mallar arasında yapılması gerekmez. Özellikle sistem karşılaştırmalarının söz konusu olduğu durumlarda, farklı tür malların veya mallar ile hizmetlerin karşılaştırılması da mümkündür. Önemli olan, fiyatları karşılaştırılan ürünlerin aynı amaca yönelik olması veya aynı ihtiyacı karşılamasıdır. Bu bağlamda, kömür ile doğal gaz fiyatlarının, otobüs biletleri ile uçak biletleri fiyatlarının, gözlük bedeli ile göz ameliyatı bedelinin karşılaştırılmaları mümkündür.

RK kararına konu bir reklamda "…*Eximer Lazer'le gözlük ve lenslerinizden %50 indirimle kurtulun*" sloganlı reklamda, haksız rekabet kuralları açısından hukuka uygun bir reklam yapılmıştır. Ancak RK, bu reklamı, genel reklam yasağına aykırılık nedeniyle (sağlık kuruluşlarının talep yaratmaya yönelik reklam yasağı) 1219 sayılı Tababet ve Şuabat San'atları Tarzı İcrasına Dair Kanun, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi ve Özel Hastaneler Yönetmeliğine ve Reklam Yönetmeliğine aykırı bulmuştur[327].

Fiyat karşılaştırmalarında zaman zaman süperlatif iddialar da dile getirilebilmektedir. Ancak fiyatlar konusunda en ucuz olduğunu iddia eden tacirin bu iddiasını doğrulayabilecek delillerinin bulunması gerekmektedir.

RK kararına konu başka bir olayda, bir reklam kataloğunda yer alan "CarrefourSA, temel yüzlerce üründe piyasa fiyatlarını düzenli olarak araştırır ve ucuz fiyatları sunmayı garanti eder. CarrefourSA'larda yaptığınız

---

[327] RK'nun 14.10.2011 tarih ve 2010/656 dosyasında verilen kararı.

alışverişlerde her zaman karlı çıkarsınız, çünkü **en bol çeşidi** ve **en kaliteli ürünleri, en ucuza** satın almanızı sağlıyor. CarrefourSA, haftada yaklaşık 45.000 adet ürün için 19 rakibin, 80 noktadaki mağaza fiyatlarını düzenli olarak araştırıyor ve en ucuz fiyatları sunmayı garanti ediyor" ibareleriyle ilgili olarak, RK reklamda yer alan "**en ucuz**", "**en bol çeşit**" ve "**en kaliteli**" ibareleri ile reklamda indirim öncesi fiyatlarla, indirim sonrası fiyatların belirtilmemiş olmasının, gerçeğe aykırı ve tüketicileri aldatıcı nitelikte olduğu tespitinde bulunmuştur[328]. Reklamda kullanılan "en bol çeşit" ve "en kaliteli ürünler" ibaresi sübjektif ve soyut iddialar kapsamında olup hoş görülebilir niteliktedir. Bununla birlikte rakiplerine nazaran "en ucuz" olduğu iddiası, dolaylı ve somut karşılaştırma niteliğinde olup, böylesi bir somut, yani ispatlanabilir bir iddia ileri süren tacirin bu iddiasını ispat edecek verilerin de tüketicilere reklamda göstermesi gerekir. Aksi halde reklam aldatıcı nitelik arz eder[329].

4. İspat Edilebilirlik

Karşılaştırmalı reklamın hukuka uygun olmasını gerektiren unsurlardan birisi de reklam konusu iddianın ispat edilebilir olmasıdır. Reklamdaki iddianın ispat edilebilir olmaması dolaylı yoldan rakibin haksız olarak kötülenmesi anlamına gelir.

Reklam konusu iddianın ispat edilebilir olması demek, reklamla ilgili bütün gerçeklerin gösterilmesi demek değildir. Her şeyden önce ancak tüketicilerin satın alma kararlarını olumsuz yönde etkileyecek nitelikte bilgilerin ispatı gerekir. Söz gelimi, bir reklamdaki reklam konusu ürünü temsil edici nitelikte olmayan herhangi bir beyanın ispatı gerekmez. Bununla birlikte sadece, ispat edilebilir ve doğrulanabilir ifadelerle karşılaştırmalı reklam yapılması şartı yoktur. Pekâlâ, soyut ve sübjektif ifadelerle de karşılaştırmalı

---

328 RK'nun 12.04.2011 tarih ve 2010/935 dosyasında verilen kararı.
329 ABAD, **Lidl Belgium / Colruyt**, N.26 ve 36.

reklam yapılabilir. Özellikle süperlatif reklamlarda durum böyledir. Söz gelimi, bir tacir "Dünyanın en iyi asansörlerini üretiyoruz" sloganıyla reklam yaptığında, kendisinden iddiasını ispat etmesi beklenmemelidir[330].

Reklam konusu iddianın ispat edilebilir olması, beyanların tamamen gerçeğe birebir uyması anlamına gelmez. Zira reklamlarda bir miktar abartı olabilir. Tüketiciler de reklamların bir miktar abartı içerdiğini bilir. Yargıtay'ın da genel uygulaması bu yöndedir[331].

Reklam verenin, reklam konusu iddiaya ilişkin delillere, reklamın yayın tarihi itibariyle sahip olması gerekir. Sonradan temin edilecek deliller reklamı hukuka uygun hale getirmez. Nitekim Reklam Yönetmeliği'nin 13.maddesinde bu husus;

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

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

Sözleriyle ifade edilmiştir.

RK bir reklamda ***"Mazottan %30, LPG'den %20 tasarruf edildiği"*** iddiasını, "*bilimsel araştırma veya test sonucu* adı verilen raporlarla kanıtlanamadığı, iddialara dayanak olarak sunulan belgelerde yer alan yakıt karşılaştırma tablosunda söz konusu ürünün mazotla karşılaştırılmasına dayanan herhangi bir sonuca yer verilmediği" gerekçesiyle aldatıcı reklam olarak değerlendirmiştir[332].

Yargıtay kararına konu bir reklamda kullanılan, "Bizde kandırmaca yok. Bazılarının KDV YOK'lu fiyatları gibi sözde indirim yok. 50 Milyonluk limit yok" ifadeleri, yerel mahkeme tarafından, "… *Rakip firmayı aşağılayarak*

---

330 Yargıtay 11.HD'nin 21.03.2011 tarih ve 2009/10459 E., 2011/2949 K. sayılı kararı.

331 Yargıtay 11.HD'nin 01.10.2009 tarih ve 2007/14897 E., 2009/9955 K; Yargıtay 11.HD'nin 29.11.2010 tarih ve 2002009/6145 E., 2010/1251 K; Yargıtay 11. HD'nin 11.04.2011 tarih ve 2009/11822 E., 2011/4143 K; Yargıtay 11. HD'nin 08.03.2011 tarih ve 2009/3226 E., 2011/2411 K. sayılı kararları.

332 RK'nun 13.01.2009 tarih ve 2009/13 dosyasında verilen kararı.

kötüleme ve iş hayatındaki dürüst rekabet ilkelerine aykırı olduğu …" gerekçesiyle haksız rekabet olarak değerlendirilmiş, Yargıtay da yerel mahkeme kararını aynı gerekçeyle onamıştır[333]. Esasen, davalı söz konusu ifadeler yanında somut delillerle kendisinin daha ucuza mal sattığını kanıtlar ifadeler kullansa idi, bu ifadelerin haksız rekabet olarak görülmesi gerekmezdi. Ancak, davalının daha pahalı mal sattığını ispat etmeden rakibini, incitici nitelikteki "kandırmaca yok" ifadesiyle gereğinden fazla kötülediği anlaşılmıştır. Bununla birlikte reklamda kullanılan "Bazılarının KDV YOK'lu fiyatları gibi sözde indirim yok. 50 Milyonluk limit yok" ifadeleri, rakibin gereksiz yere kötülenmesi olarak görülmemelidir.

Bir başka olayda, "Kokusuz gaz. Kokulu gaz **kalitesizdir**. Kokulu ve kalitesiz otogazlarla, **bir milli servet olan otomobillerinizin ömrünü kısaltmayın**" ifadelerini içeren reklamla ilgili olarak yerel mahkeme, haksız rekabet iddiasını reddetmiştir. Yargıtay, "*…Tüm otogazların kokulandırılmasının TSE'nin zorunlu standartları uyarınca, güvenlik ve insan sağlığı sebebiyle, kokulandırılmasının zorunlu olduğu, bu zorunluluğun davalı şirketin sattığı otogazlar için de geçerli olduğu, reklamda kullanılan ifadelerde davalı otogazlarının hiç kokusunun bulunmadığının kast edildiği* …" gerekçesiyle, davalının eyleminin, rakiplerin mallarının gereksiz yere kötülenmesi mahiyetinde olduğu sonucuna vararak yerel mahkeme kararını bozmuş, yerel mahkemenin direnme kararı ise HGK tarafından oybirliğiyle ve aynı gerekçeyle bozulmuştur[334]. Karar bizce de yerindedir. Zira davalı firma, rakip tacirlere ait otogazları "kalitesiz, otomobillerin ömrünü kısaltır" olarak nitelediği halde, kendi otogazının kaliteli olduğuna ilişkin hiçbir doğrulanabilir veri bulunmamaktadır.

Benzer bir olayda, Yargıtay, "BP'de yakıt mükemmel, çünkü katık mükemmel" sloganlı reklamı, ancak reklam verenin bunu kanıtlaması halinde,

---

333 Yargıtay 11. HD'nin 12.11.2009 tarih ve 2008/5249 E., 2009/11738 K. sayılı kararı. Karara konu olay, aynı zamanda Reklam Özdenetim Kurulu'na da şikâyet olunmuş ve Kurul ilânın (reklamın) durdurulmasını tavsiye etmiş, Yargıtay da bu gerekçeyle, davacı lehine daha yüksek maddi tazminata hüküm olunması gerektiği gerekçesiyle kararı bozmuştur.

334 Yargıtay HGK'nun 07.11.2007 tarih ve 2007/11-839 E., 20/825 K. sayılı kararı.

rakiplerinin mallarının kötülenmemesi olarak kabul edileceğine karar vermiştir[335].

Bir yayın gurubunun, çeşitli reklam ajanslarına gazete satış rakamlarını içeren bir tiraj tablosu gönderdiği, tabloda gerçeğe aykırı olarak Posta Gazetesi'nin tirajının yüksek gösterildiği, oysa gerçekte Sabah Gazetesi'nin tirajının daha yüksek olduğunun anlaşılması karşısında, açılan dava sonunda yerel mahkeme; yapılan eylemin rakibin gereksiz yere kötülenmesi mahiyetinde olduğuna karar vermiş, karar Yargıtay tarafından da onanmıştır[336].

5. Rakiplerin Gereksiz Yere Kötülenmesi

a. Kanuni Düzenlemenin Kapsamı

6102 sayılı TTK'nın 55/1 (a) (1) maddesinde, dürüstlük kuralına aykırı reklamlar yoluyla veya satış yöntemleriyle, başka tacirlerin veya onlara ait malların, iş ürünlerinin, fiyatlarının veya ticarî işlerinin yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici açıklamalarla kötülenmesi haksız rekabetçi davranışlar arasında sayılmıştır. Söz konusu haksız rekabet halinin gerçekleşmesi için eylemi gerçekleştiren kişinin, şahsını, ticarî faaliyet veya ürünlerini kötülediği tacirle rekabet halinde olması, hatta tacir olması dahi zorunlu değildir. Bununla birlikte kötülemenin, reklam ya da satış yöntemleri yoluyla gerçekleşmesi gerekir[337].

6102 sayılı TTK'nın 55/1 (a) (5) maddesi uyarınca, reklam veren tacirin, **karşılaştırmalı reklam yoluyla**, kendisi ile rakibini veya *rakibin malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya fiyatları*yla karşılaştırırken rakibin *gereksiz*

---

335 Yargıtay 11 HD'nin 14.03.2002 tarih ve 2001/10574 E., 2002/2316 K.

336 Yargıtay 11. HD'nin 01.04.2011 tarih ve 2010/1455 E., 2011/3709 K. sayılı kararı.

337 Osman Tosun, "Haksız Rekabet", **Adalet Dergisi,** 1956, S.5, s.534. Yazar, yanlış ilân ve reklamlar yoluyla, başkalarının mallarının cinsi, kalitesi, imal tarzı, ticarî münasebetleri hakkında menfi propaganda yapılmasının haksız rekabet olduğunu ifade etmiştir.

yere kötülenmesi haksız rekabet hallerinden biri olarak sayılmıştır. Düzenlemede yer alan "rakibin gereksiz yere kötülenmesi" kavramı, bizatihi rakibin kötülenmesi yanında, rakibe ait varlıkların kötülenmesi eylemlerini de kapsar. Kanaatimizce, her ne kadar Kanun'da açıkça söz edilmemiş olsa da, rakibe ait "*marka, ticaret unvanı veya ticarî işletme adı*" gibi *tanıtıcı işaretlerin* kötülenmesi de rakibin kötülenmesi olarak kabul edilmelidir. Zira Kanun'un karşılaştırmalı reklam konusunda mehaz olarak gösterdiği 84/450 sayılı AET ve 97/55 sayılı AB Yönergelerinin birleşmiş ve son hali olan 2006/114 sayılı Karşılaştırmalı ve Aldatıcı Reklamlara Dair AB Yönergesinin 4/1 (d) maddesinde, karşılaştırmalı reklamda "*rakibin durumu, faaliyetleri, malları ve hizmetleri*" yanında, "*rakiplere ait ticaret unvanları ve ticarî markalar ile ayırt edicilik özelliği olan diğer tanıtıcı işaretlerin kötülenmesi*" de yasaklanmıştır. Dolayısıyla, 6102 sayılı TTK'daki karşılaştırmalı reklam bahsinin mehaz AB Yönergesi kapsamında yorumlanması uygun olacaktır. Nitekim 6102 sayılı TTK'nın 55/1 (a) (5) maddesinde geçen "…ya da üçüncü kişiyi **benzer yollardan öne geçirmek**" ifadesinden, rakibe ait tanıtıcı işaretlerin kötülenmesi eyleminin de "benzer yollar" kapsamında mütalaa edilmesi mümkündür.

Reklam Yönetmeliği'nin 14.maddesinde de, reklamlarda, başka firmaların, kurum ve kuruluşların, faaliyetlerinin, mal ve hizmetlerinin aşağılanması ya da alay konusu edilmesi veya benzer bir biçimde kötülenmesi yasaklanmıştır.

Hangi davranışın kötüleme niteliğinde olduğunun tespitinde, kişilik haklarının korunmasına ilişkin TMK'nun 24/2 maddesindeki düzenlemeden yararlanılabilir. Buna göre özel veya kamusal nitelikteki *üstün bir yarara dayanmayan her saldırının* "kötüleme" niteliği taşıdığının kabul edilmesi yerinde olacaktır[338].

---

338 **Ceylan**, s.208.

b. Rakibin Kötülenmesi ve Hoşgörü Sınırı

Esasen, her karşılaştırmalı reklam bir ölçüde rakip tacirleri kötüleyici özellik taşır. Zira rakiplere nazaran gerek en üstünlük, gerekse üstünlük veya eşitlik iddia eden tüm reklamlarda, dolaylı yoldan olsa rakiplerin veya onlara ait ürünlerin daha düşük seviyede, en fazla aynı seviyede olduğunu söylemek suretiyle kötülemektedir. Kötüleme eylemi, incitici olma, alay etme, aşağılama veya hakaret şeklinde gerçekleşebilir[339]. Rakip tacirler, karşılaştırmalı reklamlar sırasında kendisine yöneltilen eleştirilere ve kötülemelere bir ölçüde tahammül göstermek zorundadır[340]. Söz gelimi, yüksek fiyattan ürün pazarlayan bir tacirin, karşılaştırmalı reklam sırasında, pahalı ürün sattığının söylenmesine katlanması gerekir. Ancak, reklamı yapan tacirin karşılaştırma sırasında, pahalı ürün satan rakip tacir hakkında, "*sömürüyor, kazıklıyor, çürük mal satıyor*" gibi hakaretamiz sözler sarf edilmesi de gerekmemektedir. Bununla birlikte değer yargıları ve değerlendirme şekilleri ülkeden ülkeye farklılık gösterebilmektedir[341].

Yargıtay kararına konu bir olayda, davalının gelecekte iştigal etmeyi düşündüğü "sabit telefon hizmetleri" konusunda, bir reklamda, o güne değin "sabit telefon hizmeti" alanında tek firma olan Türk Telekom A.Ş'nin hizmetlerini "**Çevir sesi alamıyorum… Sesiniz çok az geliyor… Ses duvarı aşıldı… Hay Allah ses yine gitti…**" sözleriyle eleştirmesi eyleminde, yerel

339 **Pınar**, Werbung, s.179.

340 **Pınar**, Werbung**,** s.180. Yazar eserinde, Türk uygulamasında, rakip hakkındaki reklam konusu iddianın doğru olmaması, eleştiri sırasında o ticarî piyasadaki geleneksel **hoşgörü sınırının aşılması,** karşılaştırma sırasında tüketicilere gerektiğinden açıklamalarda ve uyarılarda bulunulması veya rakip hakkında görüş açıklanması eylemlerinin, rakibe ait malların, hizmetlerin ve ticarî özelliklerin kötülenmesi niteliğinde olduğunu ve TTK'nın 57/1 m. uyarınca haksız rekabet teşkil ettiğini belirtmiştir.

341 High Court of Justice (Chancery Division), [2000] EWHC Ch 55, 05.12.2000 – British Airways vs Ryanair. Davaya konu olayda, Rynair, rakibi olan British Airways şirketini, kendilerinden 5 kat daha pahalıya uçak bileti satmakla suçlamış ve rakibini "Expensive B…..DS" sözcükleriyle hitap etmişti. Noktalı olan sözcüğün "bastards" (piçler) anlamına geldiğini İngiltere'deki herkes anlamıştı. Konu mahkemeye taşındığında, hâkim Robin Jacob, gerçekte British Air'in Ryan Air'den 3 kat daha pahalı bilet sattığını, reklamda 5 kat satıldığının söylenmesinin abartı mahiyetinde olduğunu, reklamda kullanılan "Expensive BA" ve "Expensive B……DS" ifadelerinin ise, hakaret aşamasına ulaşmamış "kaba davranış" (vulgar abuse) niteliğinde olduğu sonucuna vararak davanın reddine karar vermiştir. Bkz. Guardian gazetesi, 20.10.2000 tarihli nüshası, http://www.guardian.co.uk/uk/2000/dec/06/transport.world2, 16.01.2012.

mahkeme; taraflar arasında somut bir rekabet ilişkisi olmasına gerek olmadığı gerekçesiyle, davalı Borusan A.Ş.'nin eylemini haksız rekabet olarak nitelemiş, Yargıtay da söz konusu kararı aynı gerekçeyle onamıştır[342].

Karşılaştırmalı reklamda rakibe yönelik eleştirinin *gerekli, doğru ve ölçülü* (orantılı) olması gerekir[343]. Karşılaştırmalı reklam sırasında rakibin hangi ölçüde eleştirilebileceğinin her somut olayda, o olayın şartlarına göre mahkemelerce değerlendirilmesi gerekir[344]. Bazı yazarlarca, daha önce yapılmış bir kötüleme hareketine karşılık olarak yapılan kötülemenin meşru müdafaa niteliğinde olduğu savunulmuştur[345]. Savunma amaçlı karşılaştırmalı reklam yapmak, özellikle Almanya'da karşılaştırmalı reklamın yasak olduğu dönemde dahi yasağın istisnaları arasında kabul ediliyordu[346]. Türk hukuku bakımından, karşılaştırmalı reklamın hangi saikle yapıldığının bir önemi yok ise de, savunma amaçlı yapılan karşılaştırmalı reklamda, "*gereksiz yere rakip tacirlerin incitilmemesi*" kuralının daha esnek uygulanması doğru bir davranış olacaktır[347].

Normal şartlarda rakibin haksız yere kötülenmesi ve haksız rekabet sayılabilecek sözler, eleştirel karşılaştırmalı reklam sırasında ifade edildiğinde hukuka uygun kabul edilebilir. Ancak söz konusu reklamı hukuka uygun kabul edebilmek için yapılan eleştirinin gerekli, doğru ve orantılı olması gerekir.

Yargıtay kararına konu olan bir olayda, Akşam Gazetesinde yayınlanan "**D-Smart Kandırıyor**" başlıklı bir yazı ile "*dijital platform yayıncılığı faaliyeti yürüten D-Smart isimli kuruluşun yayın hizmetlerinin kötülendiği ve davalı Akşam Gazetesiyle aynı yayın gurubunda bulunan rakip*

---

342 Yargıtay 11. HD'nin 12.11.2009 tarih ve 2008/1820 E., 2009/11740 K. sayılı kararı. Yerel mahkeme, kararının gerekçesinde, davalının karşılaştırmalı reklamda, 80'li yıllarda kalmış eski döneme ilişkin münferit hizmet aksamalarını sanki halen yaşanıyormuş gibi göstermesinin rakibi "lüzumsuz yere incitici" bir davranış ve haksız rekabet niteliğinde olduğu belirtilmiştir.

343 **Pınar**, Werbung**,** s. 180; **Bozbel**, s.126; **İnal/Baysal**, s.61-62.

344 **Pınar**, Werbung, s.181

345 **Örs**, s.35.

346 **Baumbach / Hefermehl**, 19.Auflage, § 1 N.369. İlk saldırıda bulunanın kendisine karşılık verilmesinden sonra tekrar aynı şekilde karşılık vermeye hakkı bulunmamaktadır.

347 Aksi görüş için bkz. **Adak**, s.364.

firma Digitürk'ün ise övüldüğü", eylemin haksız rekabet olduğu iddiasıyla dava açılmış, davalı Akşam gazetesi savunmasında, "yapılan yayınların tamamen gerçeği yansıttığı, "Kandırıyor" ibareli başlığın ise gazetecilik mesleği bakımından dikkat çekmek amacıyla kullanıldığını savunmuştu. Yargılama sonunda yerel mahkeme; *"… davalı reklamlarının tam olarak gerçeği yansıtmadığı, özellikle "**D-Smart alan bin pişman**" ve "**Maçlar ücretli mi olacak?**" başlıklı bölümlerin, **rakibin lüzumsuz yere incitilmesi** mahiyetinde olduğu ve haksız rekabet teşkil ettiği…*" gerekçesiyle davanın kabulüne karar vermiş, karar Yargıtay tarafından aynı gerekçeyle onanmıştır[348]. Kanaatimizce, reklama konu bilgilerin içeriğinin doğru olması halinde, olayın gerçekleşme tarzı ve bir gazetedeki makale sırasında ifade edilmesi durumu da göz önüne alınarak, davalının eylem ve söylemlerinin haksız rekabet olarak görülmemesi gerekirdi. Zira karşılaştırmalı reklam sırasında, haklı eleştiriye maruz kalan rakibin, gazetelerin aynı zamanda *kamuyu aydınlatma platformu* olması, basın özgürlüğü ve gazete yazılarında dikkat çekici başlık kullanma ihtiyacı da gözetilerek, kendisine yönelik belirli düzeydeki suçlamalara da tahammül göstermesi, yersiz alınganlık göstermemesi gerekirdi. Zira reklamlarda yer alan kötülemeler, eleştiri sınırları içerisinde yer aldığı sürece iktisadi faaliyete ilişkin kişilik haklarına saldırı teşkil etmeyecektir[349].

Yersiz alınganlıkla ilgili diğer bir olaya konu reklamda, rakip firmaya ait şoförlerin buradan ayrılarak kendi şirketlerine geçtiğini hedef tüketici gurubuna duyurmak isteyen davalı şirketin "**Yıllarca Pamukkale Turizm'de çalışan 11 ekip arkadaşı, Kamil Koç Turizm'e geçmiştir**" sözlerini içeren reklamın yerel bir gazetede yayınlanması üzerine, reklamın incitici nitelikte olduğu gerekçesiyle açılan haksız rekabet davası sonunda yerel mahkeme, *"… gazetede yayınlanan ilânın kötüleyici mahiyette olmadığı …*" gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Bu arada davalı firma, aynı gazetede, "*daha önce yayınlanan reklamda Pamukkale Turizm hakkında üzücü ima yer*

---

348 Yargıtay 11. HD'nin 18.10.2009 tarih ve 2009/10943 E., 2011/14108 K. sayılı kararı.

349 **İnal**, s.34; **Ceylan**, s.208.

almıştır" beyanlarını içeren bir **özür yaz**ısı yayınlatmıştır. Yargıtay, "… Söz konusu reklamla, davalı firmada iyi şoför kalmadığı vurgulanmaktadır. Bu şekildeki bir alanla karşı karşıya kalan davacı firmanın iktisadi menfaat bakımından zarar tehlikesiyle karşı karşıya kaldığı duraksamaya yer vermeyecek şekilde açıktır. Kaldı ki davalı firma da, **yayınlattığı özür yazısıyla, ilk ilanın davacı firma için kötüleyici mahiyette olduğunu kabul etmişlerdir**" gerekçesiyle kararı bozmuştur[350]. Her şeyden önce somut olayda Yargıtay'ın, davalı reklam verenin özür ilânı ile yaptığı nezaket gösterisini, rakibi kötülemiş olmanın itirafı olarak değerlendirmesi kanımızca doğru olmamıştır. **Karşılaştırmalı reklamı, diğer reklamlardan ayıran en önemli unsur**, karşılaştırma içermeyen reklamlarda gösterilmesi gerekmeyen tahammülün, karşılaştırmalı reklamda bir ölçüde gösterilmesinin gerekmesidir. Reklam, tamamen rekabet amacıyla yapılan ve aynı zamanda tüketicilerin bilgilendirilme ihtiyacını karşılayan, içeriği doğru olan, herhangi bir hakaret içermeyen sözlerden oluşmaktadır. Öte yandan her karşılaştırmalı reklamın belirli bir düzeyde rakibin kötülenmesi anlamına geldiği dikkatlerden kaçmamalıdır. Ancak söz konusu kötüleme, kanunda aranan "lüzumsuz yere" ibaresinin kapsamında kalan, hukuka uygun ve meşru bir kötülemedir. Karşılaştırmalı reklam sırasında rakibe eleştiri yöneltilirken, rakibin aşırı bir nezaket içerisinde hareket etmesi beklenmemelidir.

c. Reklamda Mizah ve İroni

Bir reklamda mizah veya ironi (soğuk espri) kullanılması durumunda, hiçbir şekilde rakibin aşağılanması söz konusu olmamakta, daha çok şakacı bir yaklaşımla rakip ya da sahip oldukları yabancılaştırılmaktadır. Hedef kitle

---

350 Yargıtay 11. HD'nin 15.02.1999 tarih ve 1998/9296 E., 1999/856 K. sayılı kararı. Karar oyçokluğuyla alınmış olup, karara muhalif üye, reklama konu bilginin gerçek olması karşısında rakibi incitici beyandan söz edilemeyeceği, verilen özür ilanının da sonucu değiştirmeyeceği gerekçesiyle çoğunluk görüşüne muhalif kalmıştır.

de böyle bir reklamda *imalar içeren bir ironi* kullanıldığının farkındadır[351]. Bir reklamda her türlü ifade değil, ancak hedef kitle tarafından önemli olarak nitelenecek, bir başka ifadeyle ortalama müşteri kitlesinin satın alma kararlarını etkileyecek derecede önemli ifadeler aldatıcılık testine tabi tutulmalıdır. Nitekim 2006/114 sayılı Karşılaştırmalı ve Aldatıcı Reklam Yönergesinin 4/1 (c) maddesinde, yapılan karşılaştırmanın **önemli** olması gerektiği ifade edilmiştir. Aynı husus Yönergenin 9 no'lu başlangıç maddesinde de "…müşterilerin seçme hakkını olumsuz şekilde etkileyebilecek olan" hususların karşılaştırmalı reklamlara engel olabileceği ifade edilmiştir. O nedenle, reklamda kullanılan "mizah" ve "ironi" konusunda öncelikle hedef müşterilerde oluşabilecek algıya dikkat edilmelidir. Şüphesiz, reklamın hedefi olan kişilerin yaş, cinsiyet, uzmanlık, çevre vs. özellikleri bu algının oluşumunda son derecede etkili olacaktır.

Reklamda mizah ve ironi kullanılması, Yargıtay tarafından rakibin kötülenmesi olarak değerlendirilmiştir. Karara konu olayda, davalı şirket bir broşürde, şizofren hastalıklarının tedavisinde kullanılan kendi üretimleri olan "Rexapin" isimli ilacı "**can simidi**" şeklinde, davacı firmaya ait ve bioeşdeğerliliğe sahip "Zyprexa" isimli ilacı ise "**yamalı lastik**" şeklinde göstermişti. Davacı firma, broşürde yer alan reklam yoluyla müvekkiline ait malların kötülendiği gerekçesiyle açtığı dava sonunda, yerel mahkeme "… Söz konusu reklamın doktor ve eczacıları ikaz etmesinin ötesinde davacının ilacının lüzumsuz yere incitici beyanlarla kötüleme amacı taşıdığı" gerekçesiyle haksız rekabet bulunduğu sonucuna varmış, Yargıtay da aynı gerekçeyle kararı onamıştır[352]. Oysa söz konusu reklam kataloğunun, **doktor ve ecza depolarına yönelik olduğu**, davalının söz konusu reklamda, kendi

---

351 Matthias Eck / Klaus Ikas, "An welcher Flasche hangen Sie? Anmerkung zu OLG München – Münchner Trinkwasser", **ZLR** 2000, 956; farklı yorum için bkz. **Berlit**, **Vergleichende Werbung**, N.214.

352 Yargıtay 11. HD'nin 15.10.2009 tarih ve 2008/441 E., 2009/10594 K. sayılı kararı. Kararda yer alan diğer bir ilginç unsur ise, davacı taraf davalının Beşeri Tıbbi Ürünler Yönetmeliği'ne aykırı reklam yaptığını ileri sürdüğü halde, *reçeteyle satılan ilaçların* Tıbbi Müstahzar ve İspençiyari Kanunu'ndaki *genel reklam yasağına ilişkin olarak*, ne yerel mahkeme, ne de Yargıtay bu konuda bir değerlendirmede bulunmamıştır.

ilacı ile davalı şirkete ait ilacın bioeşdeğer olduğunu söyleyerek (eşitlik iddiası) karşılaştırmalı reklam yaptığı, ancak bunu ifade ederken mizah unsuru kattığı ve kendi ilacını can simidi, davalının ilacını ise yamalı lastik gibi gösterdiği, söz konusu reklamın hedef kitlesini oluşturan doktor ve eczacıların reklamda yer alan görüntüyü mizah olarak algılayıp algılamayacaklarının tartışılması gerekir. Zira *mizah, şaka veya ironi* içeren reklam karşılaştırmalarının, hedef kitlenin *dikkatini çekme ve gülümsetme amaçlı olduğu* göz önünde bulundurularak, rakipleri gülünç duruma düşürmediği ve onların fiyatlarıyla alay etmediği sürece bu tür reklamlar, rakipleri kötüleyici nitelikte görülmemelidir[353]. Söz gelimi bir başka reklamda kullanılan "**Siz hâlâ annenizin margarinini mi kullanıyorsunuz?**" sloganı da aslında, diğer firmalar tarafından üretilen margarinlerin eski yöntemlere göre üretildiği ve çağın gerisinde kaldığı anlamı taşıyor ise de bu reklamı duyan hedef tüketici kitlesi, reklamı şakacı ve mizahi üslup kullanan bir beyan olarak algılayacak, rakiplerin kötülenmesi olarak algılamayacaktır.

Yargıtay'ın bir başka kararına konu olayda, davacı **Turkcell** vekili, davalının "**Sınırları ezip geçin, Vodafone'un özgür dünyasını seçin**" sloganlı TV reklamında, yasakların simgelendiği işaretlerin çöpe atıldığını, ezilip geçilen alışkanlıklar arasında "Tavuk" görüntüsünün de yer aldığını, söz konusu "Tavuk" görüntüsüyle, müvekkiline ait "Tarife Yumurtlayan Tavuk" görüntüsünün ima edilmek istenildiğini, "tavuk" resminin aynı zamanda marka olarak da müvekkili adına tescilli olduğunu, bu görüntünün müvekkilini incitici nitelikte olduğunu ve haksız rekabet teşkil ettiğini savunmuştur. Davalı ise "tavuk" figürünün birçok reklamda kullanıldığını, kendilerinin kullandığı tavuk figürünün ise davacının tescilli tavuk karakterine benzemediğini beyan etmiştir[354].

---

353 BGH **GRUR** 2002, 828, 829 –Lottoschein;

354 Yargıtay 11.HD'nin 21.03.2011 tarih ve 2009/10459 E., 2011/2949 K. sayılı kararı. Kararla ilgili olarak, yerel mahkeme, davaya bakmaya FSHHM'lerinin görevli olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı vermiş ise de Yargıtay, davacı tarafın tescilli marka hakkına dayalı bir dava açmadığı gerekçesiyle görevsizlik kararını bozmuştur. Yargılama halen yerel mahkemede sürmektedir.

Opet Petrolcülük A.Ş. tarafından, rakip firma Shell Petrolcülük A.Ş.nin reklamlarında, davacı Opet'in kendi promosyonlarında kullandığı argümanlarını kullanarak "**yakıtımı hep …'ten almam gerekiyormuş**" sloganını kullanmasının haksız rekabet teşkil ettiği iddiasıyla ilk derece mahkemesinden talep ettiği reklamın durdurulması yönündeki ihtiyati tedbir talebinin kabulüne karar verilmiştir[355]. Davaya konu olay tipik bir karşılaştırmalı reklam halidir. Her ne kadar "…." olan kısımda "dıt" sesi geçiyor ise de, Opet'in "akaryakıt sistemi arızaları" konusunda piyasaya sürdüğü "Yakıt Güvence Kartı" reklam kampanyasına atfen, Shell'in reklamında "...- *O arabayı alırken verdikleri kart var ya, beni her yerde takip ediyor... . Şimdi bu kart eğer hep oradan yakıt almazsan anlıyor, sonra hop garantin yanıyor... Bakın beyefendi. Ben sıfır kilometre... marka bir araba aldım. Bana bir kart verdiler, garantimin bozulmaması için yakıtımı hep .....'ten almam gerekiyormuş.* Doğru mu?... Doğru değil Ahmet Bey, Shell'de aracınızın markası, yaşı, kilometresi sorulmaz. Siz de yakıtınızı Shell'den alın aracınızı Shell güvencesiyle koruyun " şeklindeki diyaloglardan, kısa süre önce aynı konuda reklam kampanyası yapmış olan Opet'in kast edildiği belli oluyordu. Mahkeme her ne kadar tedbir kararı verirken bu konuda detaylı açıklamada bulunmamış ise de olayı TTK 56 vd. da yer alan haksız rekabet kuralları çerçevesinde değerlendirdiği anlaşılmaktadır. Ancak reklama konu içeriğin hukuka aykırı olduğuna ilişkin hiçbir izahat ve değerlendirme yapılmadan doğrudan ihtiyati tedbir kararı verilmesi kanaatimizce pek yerinde olmamıştır. Kanaatimizce, bir reklamda, biraz da şakacı bir üslupla ""...- *O arabayı alırken verdikleri kart var ya, beni her yerde takip ediyor... "... Şimdi bu kart eğer hep oradan yakıt almazsan anlıyor, sonra hop garantin yanıyor" "... Bakın beyefendi. Ben sıfır kilometre ... marka bir araba aldım. Bana bir kart verdiler, garantimin bozulmaması için yakıtımı hep .....'ten almam gerekiyormuş.*" ifadelerinin gerçeğe aykırı bir bilgi verildiği iddia ve ispat edilmeden söz konusu ifadelerin haksız rekabet olarak görülmesi isabetli değildir.

---

355 Çorlu Asliye (2) Hukuk Mahkemesinin 2011/76 D.İş sayılı kararı. Henüz dava açılmadan önceki safhada verilmiş olan ihtiyati tedbir kararından sonra esas hakkında dava açılıp açılmadığı bilinmemektedir.

AVEA A.Ş.'nin reklamında kullanılan "Heh yine Göteborg ile eşleşmişiz! Ya böyle fatura mı olur ya? Ya ben bunun 3 tanesiyle Veli'yi satın alırım ya!...biz burada parasızlıktan 11 denkleştiremiyoruz gelen faturaya bak 8+Selçuk çıkarıyorum sahaya ya..." ifadeleriyle, rakip operatörlerin fahiş fiyat uyguladıkları, Avea'nın diğer operatörlerden daha ucuz olduğu algısı yaratmaya çalışarak rakiplerin kötülendiği ve haksız rekabete neden olunduğu sonucuna ulaşmıştır[356]. Oysa söz konusu reklam mizah unsuru barındıran ve ortalama tüketici kitlesince rakibin kötülenmesi olarak algılanamayacak bir karşılaştırmalı reklamdır.

RK, Mercedes firması tarafından yapılan ve özel servis hizmeti sunan diğer firmaları rakip aldığı reklamda, mercedes parçalarının özel servis İstasyonlarında, kasaplık ürünlermiş gibi çengele asılı gösteren reklamı, rakip özel servislerin kötülenmesi olarak görmüştü[357]. Oysa her iki reklamda da hoş görülebilir mizah örneği bulunmaktadır.

d. Genel Kötüleyici Reklam

Niteliklerine uygun bir karşılaştırmalı reklamda rakibe yönelik bir kötülemenin var olup olmadığı tespit edilirken sadece reklam veren ile rakip firmanın özellikleri ve ürünleri dikkate alınacaktır. Ancak belirli bir rakiple ilişkilendirilmediği için karşılaştırmalı reklam niteliğinde söz ve beyanlar bakımından, reklam konusu ürün veya özellik ile piyasada bulunan diğer tüm tacirlerin ürün ve özellikleri dikkate alınarak reklamın haksız rekabet niteliğinde olup olmadığına bakılır. Genel kötüleyici reklamların (pauschale herabsetzende Werbung) hukuka aykırı olma ihtimali karşılaştırmalı reklamlara oranla çok daha yüksektir.

Bir tacirin gazeteye verdiği tam sayfa reklamda yer alan "**Sadece bizim tarafımızdan üretilen yumurtalarda kuş gribi tehlikesi yoktur**" ifadesine karşı, bir başka yumurta üreticisi tarafından "rakip firmaların ürettiği

---

356 RK'nun 27.09.2011 tarih ve 2011/982 dosyasında verilen kararı
357 RK'nun 12.04.2011 tarih ve 2010/901 dosyasında verilen kararı.

yumurtalarda risk bulunduğu imasında bulunulduğu, davalı firmanın sanki yumurtaları kendisi üretmiş gibi reklam yaptığı" iddiasıyla açılan haksız rekabet davası sonunda yerel mahkeme, "…davalı firma kendi yumurtalarının risk taşımadığını, güvenilir olduğunu açıkladığı, başka firmaları hedef alır mahiyette olmadığı, reklamın haksız rekabet oluşturmayacağı" gerekçesiyle davanın reddine karar vermiş, Yargıtay da aynı gerekçelerle kararı onamıştır[358]. Karşılaştırmalı reklamda belirli bir rakibe yönelik iddia söz konusu olduğu için sadece o rakip yönünden iddianın doğruluk derecesi ve dürüstlük kuralına uygunluğu tartışılırken, piyasadaki tüm rakipleri hedef alan reklamlarda ileri sürülen iddiaların tüm rakipler yönünden geçerli olduğunun iddia sahibince ispat olunması gerekir. Oysa somut olayda, davalı yapmış olduğu reklamda, kendi yumurtalarının risksiz olduğuna vurgu yaparken, rakipler tarafından satılan yumurtaların "**yaşamsal risk taşıdığı**" imasında bulunduğu, oysa iddiasını kanıtlayacak hiçbir delilinin olmadığı, olmasının da pek mümkün gözükmediği, dolayısıyla reklamın diğer tüm rakip tacirler yönünden açık bir haksız rekabet hali olduğu gözetilmeden, eylemin haksız rekabet niteliğinde olmadığına dair karar kanımızca pek isabetli değildir. Nitekim "**korku istismarı**" yoluyla reklam yapılması, Reklam Yönetmeliği'nin 6/1 (c) maddesi uyarınca da yasaklanmıştır.

6. Rakibin Tanınmışlığından Haksız Faydalanma

a. Türk Ticaret Kanunu'ndaki Kanuni Düzenlemenin Kapsamı

Türk Hukukunda, haksız rekabete ilişkin daha önceki 865 sayılı BK'da ve 6762 sayılı TTK'da, "rakibin tanınmışlığından haksız yararlanma" kavramı düzenlenmemişti. Ancak, 6102 sayılı TTK'nın 55/1 (a) (5) maddesinde yer alan;

---

358 Yargıtay 11. HD'nin 27.01.2009 tarih ve 2007/6108 E., 2009/818 K. sayılı kararı.

"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"

Hükmü uyarınca, tanınmışlıktan haksız istifade amacıyla, rakibin isminin karşılaştırmalı reklamda kullanılması haksız rekabet olarak nitelendirilmiştir. Kanunda, "rakibin tanınmışlığından" yararlanılması haksız rekabet olarak gösterilmiş ise de, burada kast edilenin rakibin şahsı mı, yoksa rakibin sahibi olduğu tescilli marka, tescilsiz marka, ticaret unvanı, ticarî işletme adı gibi tanıtıcı işaretlerler ile bizatihi mal ve hizmetlerin kendisinin de bu kapsama girip girmediği hususu açıkça ifade edilmemiştir. Bu konuda, 6102 sayılı TTK'nın 55/1 (a) maddesiyle ilgili kanun gerekçesinde sözü edilen mehaz, 2006/114 sayılı Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlara İlişkin AB Yönergesinin 4/1 (f) maddesinde, karşılaştırmalı reklamda, "**rakibe ait marka, ticaret unvanı veya markanın ününden veya ürünlerin coğrafi ününden**" haksız yararlanılması yasaklanmıştır. Konu Alman Haksız Rekabet Kanunu'nun 6.bölümünde de (§ 6 N. 4 UWG) aynı ifadelerle düzenlenmiştir[359].

Milletlerarası Ticaret Odası'nın Reklam ve Pazarlama Esasları'nın 15.maddesinde de, reklam sırasında, "**önceden izin alınmaksızın, başka firmaların isim, ticaret unvanı veya başka fikrî mülkiyet haklarının itibarından (olumlu imajından / goodwill'inden) haksız olarak yararlanması"** yasaklanmıştır. Aynı şekilde Reklam Yönetmeliği'nin, "Ticarî İtibardan Haksız Yararlanma" başlıklı 15.maddesinde;

"Reklamlarda;

a) Bir başka firma, kurum ya da kuruluşun adı veya amblem, logo ve diğer özgün kurumsal kimlik unsurları, *tüketicinin aldanmasına yol açacak şekilde* kullanılamaz.

---

[359] Rolf Sack, "Ursprungsbezeichnungen in vergleichender Werbung",**WRP** 2008, 301, 305.

b) Bir kişi adından veya bir başka firma, kurum veya kuruluşa ait **ticari unvan** ya da **fikrî mülkiyete sahip olunan yahut bir reklam kampanyası** ile sağlanmış bulunan itibardan, haksız olarak yararlanılamaz"

Şeklinde düzenlenmeden de anlaşılacağı üzere, aldatıcı olmaması ve rakibin kendisi, tanıtıcı işaretleri veya reklam kampanyası sebebiyle sağladığı tanınmışlıktan haksız yararlanma teşkil etmemesi halinde, bir reklamda rakip tacirlere ait her türlü tanıtıcı işaretin kullanılması hukuka uygun olarak kabul edilmiştir. Söz konusu düzenlemenin MTO'nun Reklam ve Pazarlama Esasları kurallarını model aldığı anlaşılmaktadır. Yönetmeliğin 15.maddesindeki düzenleme, metindeki cümle düşüklüğü (… *fikrî mülkiyete sahip olunan… itibardan*) bir tarafa bırakılacak olursa, karşılaştırmalı reklam yoluyla istismar edilebilecek tanınmışlığın geniş bir alana yayılmasını yerinde ve ileri bir adım olarak görmek gerekir. Gerçekten de tanıtıcı işaretlerin yanında, meşhur bir roman, bir şiir, bir müzik eseri, bir buluş (Doly Koyunu vs.) adı veya tanınmış bir organizasyonun (Nobel, Olimpiyat vs.) adı gibi her türlü tanınmış işaretlerin olumlu imajından haksız yararlanmanın bu kapsamda görülmesi yerinde olacaktır.

b. 556 Sayılı KHK'nın Konuya İlişkin Hükümleri

Tescilli markaları koruma altına alan, 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK'nın 8/4 maddesinde, **markanın reklam gücünden istifade** etmek amacıyla, tanınmış markanın aynısı veya onu **çağrıştıracak** derecede benzerinin, aynı veya ilişkilendirilebilir mal veya hizmetler yönünden tescil ettirilmesi nisbi tescil engelleri arasında sayılmış, bir şekilde tescil ettirilmiş olsa bile bu durum 556 sayılı KHK'nın 42/1 (b) maddesinde hükümsüzlük sebebi olarak sayılmıştır. Buna göre, tescil ettirilmek istenen bir markanın, daha önceden tescilli ve toplumda tanınmışlık düzeyine ulaşmış (tanınmış) markanın tanınmışlığından haksız istifade sağlayacak nitelikte olması halinde, sonradan tescil olunmak istenen marka farklı sınıflarda tescilli mal ve

hizmetleri kapsıyor olsa bile, tanınmış marka sahibinin bu başvuruya itiraz ederek başvurunun tescilini önlemesi mümkündür. Keza bu tür işaretlerin tescilsiz olarak kullanılması da KHK'nın 61/1 (a) ve 9/1 (c) maddesinde marka ihlali sayılan eylemler arasında gösterilmiştir. Uygulamada birçok firma, herhangi bir reklamda, bir rakibin tanınmışlığından haksız istifade etmesi haksız rekabet sayılacağı için bu engeli, rakibin tanınmış işaretinin benzerini marka olarak tescil ettirerek aşmaya çalışmaktadır[360].

c. Tanınmışlıktan Haksız Yararlanma – İmaj Transferi

Rakibe ait tanınmış işaretleri konu alan her karşılaştırmalı reklamın hukuka aykırı olduğu söylenemez. Aksi halde, karşılaştırmalı reklamların hemen hemen tamamı hukuka aykırı olarak görülürdü.

Haklı istifadenin varlığı için, tanınmış işaretin kullanımının gerekli, doğru ve ölçülü olması gerekir[361]. Rakibin tanınmışlığından haksız istifade edildiğinden söz edebilmek için, öncelikle rakibin tanınmışlığının karşılaştırmalı reklamda kullanılmasının ne kadar gerekli olduğuna bakılmalıdır[362]. Gereklilik değerlendirmesi yapılırken, karşılaştırmalı reklamın pazarın tüm katılımcılarının menfaatine olduğu ve bu nedenle mümkün olduğunca, tüketiciler için önemli bir bilgilenme aracı olan karşılaştırmalı reklamın lehine yorum yapılması gerektiği gözden uzak tutulmamalıdır[363].

---

360 Yargıtay 11. HD'nin 17.07.2009 tarih ve 2009/7865 E., 2009/8834 K. sayılı kararı. Yerel mahkemece, başvurunun tescilinin KHK'nın 8/4 m. uyarınca, davacı markasının tanınmışlığından haksız yarar sağlanmasına yol açacağı gerekçesiyle davanın kabulü ile markanın hükümsüzlüğüne karar verilmiş, bu karar, Tashihi Karar aşamasında Yargıtay tarafından, "… "Zara" markasını çeşitli mal ve hizmetler yönünden adına tescil ettirmeye çalışan davalı Neşe Zara Ulus'un "sanat faaliyetleriyle ilgili hizmetler sınıfında" "ZARA" tanınmış markasını kullanması halinde, KHK'nın 7/1 (i), TRIPS 16/2 ve 3 fıkraları ile KHK'nın8/4 maddesi kapsamında, davacının tescilli ve tanınmış "ZARA" markasından **haksız bir yarar sağlanıp sağlanmayacağının** tartışılması gerekirken …" gerekçesiyle bozulmuştur.

361 **Bozbel**, s.128.

362 **Menke**, **WRP** 1998, s. 811., 823, 825

363 Helmut Köhler, "Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur vergleichenden Werbung: Analyse und Kritik" **WRP** 2008, 414, 420; 2006/114 Yönerge'nin 7 no'lu başlangıç maddesi.

Bununla birlikte bütün pazar katılımcılarının menfaatinin dengeli şekilde gözetilmesi gerekir. Ayrıca böyle bir reklamın hukuka aykırılığından bahsedebilmek için rakip tacirlerin bu kullanımdan bir zarar görme ihtimalinin bulunması ve tüketicilerin seçme haklarının da olumsuz etkilenmesi gerekir[364].

İmaj transferinin söz konusu olmadığı durumlarda, başkasının tanınmışlığından haksız istifade edildiğinden de söz edilemez[365]. Uygulamada başkasının ününe yaslanma daha çok karşılaştırmalı reklam yoluyla olmaktadır. Başkasının ününe yaslanan karşılaştırmalı reklam sonucunda, hedef kitle reklam veren ile rakip arasında bir bağlantı olduğunu düşünecektir. Bu sayede reklam veren, rakibin uzun yıllar emek vererek ve yatırım yaparak tanıttığı ve toplumda aşina kıldığı ve güven telkin ettiği, marka, ticaret unvanı vb., tanıtıcı işaretlerinin olumlu bir değerini (goodwill), hiçbir masraf ve emek vermeden, zaman harcamadan kendi ürününe taşımak suretiyle (asalak / paraziter / tufeyli yararlanma) rakibin ününü istismar etmiş, yani haksız olarak ondan yararlanmış sayılacaktır. Öğretide bu olay **imaj transferi** olarak adlandırılmaktadır[366]. Bu olaya en çok yedek parça ve aksesuar sektöründe rastlanılmaktadır[367]. Reklam verenler yan ürün niteliğindeki mallarını satabilmek için çoğu zaman tanınmış markalı ve pahalı ürünlerin işaretlerini kullanırlar[368]. Bir tanınmışlıktan asalak (paraziter) yararlanma demek, reklam verenin, rakibe ait tanınmış nitelikli tanıtıcı işarete yaslanarak, bu işaretin reklam gücünden kendi ticaretinde faydalanmasıdır[369].

---

364 **Sack**, **WRP** 2001, 327, 349

365 **Köhler**, **WRP** 2008, 414, 420.

366 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, 27.Auflage, § 6 N. 71.

367 ABAD, **Toshiba / Katun**, N.31 – 35. Davaya konu olayda, Katun firması, Toshiba fotokopi makineleri için ürettiği yedek parça ve kartuşlarla ilgili olarak yaptığı reklamda, "**Kalite ve performanstan ödün vermeksizin maliyetlerinizi azaltabilirsiniz**" ve "**Yüksek performanslı Toshiba fotokopi makineleri için ideal çözüm**" ibareleriyle birlikte, kendi sipariş kodları ile Toshiba fotokopi makinelerinin modeli ve o modellerin kartuşları için kullandıkları sipariş kodlarını aynı listede kullanmıştı. Divan, söz konusu kullanımın, eşitlik iddiasına dayalı karşılaştırmalı reklam sırasında ve haklı bir kullanım olduğuna karar vermiştir.

368 BGH **GRUR** 2005, 348 – Bestellnummernübernahme.

369 BGH **GRUR** 1991, 465 – Salomon; BGH **GRUR** 193, 692 – Guldenburg; BGH **GRUR** 1994, 732 –McLaaren.

Rakibin tanınmışlığından haksız faydalanma örneklerinden birisi de, kendi mallarıyla rakibe ait meşhur markalı malların aynı liste üzerinde karşılaştırılarak eşitlik iddia edilmesidir. Özellikle parfüm sektöründe, meşhur parfümlerin kokularıyla, kendi firmalarına ait olan ve aynı nitelikte olduğu iddia olunan kokular oluşturulan listede yan yana ve ürün sipariş kodlarıyla birlikte gösterilmektedir. Katun firmasının, Toshiba marka yazıcılar için ürettiği yedek parça ve kartuşlar yönünden ürünleri aynı listede buluşturan reklam yapılabileceğinin ABAD tarafından kabulünden[370] sonra, parfüm listeleriyle ilgili olarak da aynı yorum yapılmıştır. Gerçekten de, hal ve şartlara göre tanınmış markalı ürünlerle tanınmamış markalı ürünlerin bir reklamda karşılaştırılmasının önünde bir engel yoktur. Bununla birlikte, iki ürün arasındaki karşılaştırmanın, objektif doğrulukta yapılması gerekir. Doğru bilgiler verilerek reklam yapıldığından bahsedebilmek için de reklamdaki bilgilerin doğrulanabilir olması gerekir. Aksi takdirde reklam aldatıcılık özelliği taşıyacak ve reklamın rakibin tanınmışlığından haksız yararlanma amacıyla yapıldığı düşünülecektir[371].

Reklam verenin ürünü ile rakibin ürünü ne kadar çok birbirine benzer ise, imaj transferi ihtimali o derecede fazla olur. Diğer bir anlatımla reklam konusu malın hedef kitlesi, karşılaştırılan mal veya hizmetleri veya onların markalarını ne kadar çok birbirine örtüştürüyor ise, yani karıştırılma ihtimali meydana geliyorsa, imaj transferi o oranda artacaktır[372]. Dolayısıyla bir Loto kartı ile ekonomi gazetesinin müşteri kitlesi arasındaki fark nedeniyle imaj transferi ihtimalinin çok yüksek olmayacağı söylenebilir[373]. Bununla birlikte, rakibin ismini zikreden bir reklamda, "İşyerimiz, meşhur X mağazasının

---

370 ABAD, **Toshiba / Katun**, N.31 – 35.

371 Nitekim ABAD, böyle bir olayda, meşhur kokularla aynı listede yapılan karşılaştırmalı reklamın haksız rekabet niteliğinde olduğu sonucuna varmıştır. Bkz. ABAD, 18.06.2009 tarih, C– 487/07 – **L'Oréal SA, Lancôme / Bellure NV, Malaika Invest. and Starion International Ltd.** kararı.

372 BGH **GRUR** 1985, 550 – Dimple; BGH **GRUR** 1991, 465 – Salomon

373 OLG Hamburg GRUR 2000, 243 – Lottoschein.

karşısındadır" şeklindeki slogan, rakibin tanınmışlığından haksız istifade anlamına gelebilecektir[374].

Bir rakibe ait tanıtıcı işaret ne kadar çok tanınmış ve ayırt edici karaktere sahip ise imaj transferi ihtimali o kadar fazla olur. Karşılaştırmalı reklamın şartlarından biri de, aynı amaca yönelik veya aynı ihtiyacı karşılayan ürünler arasında yapılmasıdır. Şayet bir reklamda bu kurala uyulmaksızın karşılaştırma yapılırsa, rakibin tanınmışlığından haksız faydalanma söz konusu olacaktır. Söz gelimi, bir reklamda "*Yolların Mercedes'i neyse, internetin Mercedes'i de bizim servis sağlayıcımız X tir*" ifadesinin kullanılması halinde, farklı tür mal ve hizmetler kullanılmış olmakla karşılaştırmalı reklamdan söz edilemeyecek, karşılaştırılan markanın reklam gücünden haksız istifade söz konusu olacaktır.

d. Anahtar Sözcük ve Derin Linklerin Kullanımı

Rakibin tanınmışlığından bazen de internet hizmetleri sırasında yararlanıldığı görülmektedir. Özellikle piyasaya yeni giren rakiplerin, kendi ürünlerinin daha kolay tanıtımı ve internet üzerinden satışını sağlamak üzere, özellikle internet arama motorları vasıtasıyla, derin link (meta tag) ve anahtar sözcük (keyword) yönlendirmeleriyle tanınmış markalardan yararlanma yoluna gittikleri görülmektedir.

Uygulamada, internet arama motorları, kullanıcıların aradıkları sözcüklerle ilgili internet sayfalarını listeler halinde gösterilmekte ve kullanıcıların aradıkları bilgilere ulaşmaları sağlanmaktadır. Arama programlarının hazırlanan sayfaya yöneltilebilmesi için arama mekanizmalarının meta-taging denilen bir yöntemle anahtar kelimeleri (yönlendirici metin) yakalaması gerekmektedir[375]. Arama motorları, aranan

---

374 Hans Günter Borck, "Vermutungen über vergleichende Werbung über Wertreklame und deren weitere Entwicklung", **WRP** 2001, 1124, 1129.

375 **Bilge**, s.20.

kelimeyle ilgili olarak en fazla sonuç yakaladıkları siteler en üstte olacak şekilde sonuçları listelerler. Arama motorlarında kendi internet sitelerinin ön planda çıkmasını sağlamak isteyen firmalar, kendi sitelerinin, kullanıcılar tarafından algılanamayan kaynak kodlarına, aranan anahtar sözcüğü (yönlendirici metin) yerleştirirler[376]. Yerleştirilen anahtar sözcük bazen, kendi firmalarıyla hiç alakası olmayan, rakibi konumundaki, meşhur firma ve markaların isimleridir. Bu tür yaklaşımlar kötü niyetli yaklaşımlardır. Söz gelimi, "VAKKO" firmasıyla hiçbir bağlantısı olmadığı halde, internet kullanıcıları bu firmanın internet sitesini aradığında, o firma yerine kendi firmasının ön planda çıkmasını isteyen kişiler, sitenin program kodlarına yerleştirdikleri çok sayıdaki "VAKKO" ibaresiyle, arama motorlarını manipüle etmekte ve arama motorları bu siteyi en ilgili siteler listesinin üst kısmına koyarak sonuçları ekrana getirmektedir. Bu tür ihtimalde, internet arama motoru şirketi ile kaynak kod yöntemiyle yönlendirme yapan kişi arasında herhangi bir sözleşmesel ilişki bulunmamaktadır. Yönlendirici kodlar, bazen de "Biz Canon ürünlerini satıyoruz. Siemens de iyi, fakat biz satmıyoruz" şeklindeki ifadeleri de içerebilir. Böyle bir durumda, Siemens firmasını arayan kişilerin karşısına Canon marka ürün satan bir firmanın internet sitesi de çıkabilecektir[377].

Bazı durumlarda ise, kendi internet sitesinin üst sıralarda yer almasını isteyen firmalara bu hizmeti belirli bir bedel karşılığında bizzat arama motoru sağlamaktadır. Bu ihtimalde, arama motorları tüm kelimeleri "anahtar sözcük" (keyword) olarak kiralamaktadır. Söz gelimi, kullanıcılar tarafından arama motorunda "buzdolabı" sözcüğü arandığında, ilk ve ön planda bu sözcüğü "anahtar sözcük" olarak arama motoru şirketinden kiralayan firmanın adı gelmektedir. Reklam için ayrılan bu alan bazen sayfanın ilk üç sırasında, bazen de yan tarafında bulunan kısımdır. Çoğunlukla da bu alanın reklam

---

376 Berkay Kırcı, **Markanın İnternet Yoluyla Haksız Kullanımı**, Turhan Kitabevi, Ankara – 2009, s.101.

377 **Bilge**, s.44. Yazar böyle bir ibarenin reklamlarda kullanılmasının haksız rekabet yaratmayacağını, ancak meta-tag olarak kullanımının haksız rekabet oluşturacağını savunmuştur.

amacıyla ayrıldığına ilişkin belirteç (renk, yazı, gölgelendirme vs.) bulunmaktadır.

Bazen de anahtar sözcük, tanınmış meşhur bir firmanın ticaret unvanı veya tescilli markası olabilmektedir. Söz gelimi, "VAKKO" ibaresi meşhur ve tanınmış marka olduğu halde, hiç tanınmamış bir firmanın bu ibareyi Google'dan "anahtar sözcük" olarak kiralaması mümkündür. Bu durumda "VAKKO" firmasının internet sitesini arayan şahısların karşısına, "VAKKO" başlığı altında, ancak başka bir giyim firmasına yönlendiren internet sitesi çıkabilmektedir. Sonuç olarak "VAKKO" sitesine ulaşmak isteyen kullanıcılar başka bir firmanın internet sitesine yönlendirilmektedir.

Bir kısım yazarlar, bu tür uygulamaların gizli (örtülü) reklam yasağına ve dürüstlük kuralına aykırı olduğunu[378], bazı yazarlar ise, markaların reklam gücünden yola çıkılarak markalara geniş koruma sağlanması gerektiğinin savunulabileceği ve bu suretle meta-tag olarak başkasına ait markanın kullanımının marka hakkının ihlali olarak görülebileceğini savunmaktadırlar[379]. Diğer bazı yazarlar ise, sadece markanın köken bildirme işlevine işaretle, meta-tag olarak başkalarına ait markanın köken bildirme özelliğinin izinsiz olarak kullanımının söz konusu olmadığı ve marka ihlalinin bulunmadığını savunmaktadırlar[380]. Kanaatimizce de her iki durumda da, başkasına ait tanıtıcı işaretten haksız yararlanma ve haksız rekabet hali söz konusudur[381].

---

378 **Bilge**, s.44.

379 Swen Vykydal / Undine von Diemar, "Eine zulässige Form der Werbung im Internet?", **WRP** 2004, s. 1237-1245, yöneliş: Moritz/Herrmann, in Moritz/Dreier, Rechts-Handbuch zum E-Commerce, N.428; Karl-Heinz Fezer **Markenrecht, Kommentar zum Markengesetz, zur Pariser Verbantübereinkunft und zum Madrider Markenabkommen**, 3.Auflage, München 2001, § 3 Rn. 342; **Menke, Recht und Ökonomie**, 982, 985 f; OLG München, MMR 2000, 546 - Hanseatic; LG Hamburg, MMR 2000, 46; LG Hamburg, CR 2002, 136; LG Frankfurt, MMR 2000, 493; LG Mannheim; MMR 1998, 217.

380 Wolfram Viefhues, in Hoeren/Sieber, **Handbuch Multimedia-Recht**, 2003, Kap. 6.1 Rn. 448 ff; OLG Düsseldorf, MMR 2004, 257 – Impuls.

381 BGH, I ZR, 183/03 – Impulse. Alman Yüksek Mahkemesi, 2006 yılındaki kararında, internet motoru arama sonuçlarını etkileyecek şekilde, internet sitesine meta-tag olarak yönlendirici kod konulmasını marka hakkının ihlali olarak yorumlamıştır.

7. Karıştırılma İhtimali

6102 sayılı TTK'nun 55/1 (a) 10 ve 11.bentlerinde, kamuya açık olarak yapılan ilânlarda (reklamlarda), ilânı yapan tacirin unvanının ilân metninde yer almaması açık bir haksız rekabet hali olarak gösterilmiştir. Aynı şekilde 6102 sayılı TTK'nın 55/1 (a) 4.bendinde de, reklam faaliyetiyle sınırlı olmaksızın, "**bir tacirin, başkalarının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleriyle karıştırılmaya yol açan önlemler alması**" yasaklanmıştır. Benzer şekilde, tescilli markalar yönünden, tescilli markanın, aynısı ya da karıştırılmaya yol açabilecek derecede benzerinin, markanın tescilli olduğu mal ve hizmetler yönünden, marka sahibinden izin alınmaksızın kullanılması 556 sayılı KHK'nın 61/1 (a) ve 9.maddeleri uyarınca, marka ihlalleri arasında sayılmıştır.

Bunun dışında MTO'nun Reklam ve Pazarlama Esasları'nın 10.maddesinde, reklamda, reklam yapan tacirin kimliğinin açık olması gerektiği ifade edilmiştir. Keza RTV Yönetmeliği'nin 8/1 (f) ve Reklam Yönetmeliği'nin 16.maddelerinde, rakiplere ait tanıtıcı işaretlerin, *tüketiciyi yanıltacak veya karışıklığa yol açacak şekilde* reklamda kullanılması veya taklit edilmesi yasaklanmıştır.

"Karıştırılma" sözcüğünden kasıt, reklam verene ait reklam konusu mal, hizmet, marka vs. ile rakibe ait aynı nitelikteki değerlerin aynı ticarî işletmeye veya aralarında idari ekonomik bağ bulunan işletmelere ait olduğu zannının uyandırılmasıdır[382]. Diğer bir tabirle, reklamın hedef tüketici kitlesinin reklam konusu ürünlerin ticarî kökenlerinin aynı veya birbiriyle bağlantılı işletmeler olduğu kanaatine yol açılmasıdır[383]. Karıştırılma ihtimalinin varlığı için, mutlaka reklam verenin böyle bir kasıtla hareket etmesi beklenmemelidir. Reklam veren böyle bir kasıt altında olmasa bile, söz konusu reklamla böyle bir sonuca yol açılması yeterlidir. "Karıştırılma"

---

382 Ünal Tekinalp, **Fikrî Mülkiyet Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s.441-444.
383 **Ayhan / Özdamar / Çağlar**, s.234.

olgusunun varlığı için, somut ve gerçekleşmiş bir karıştırılma olayının varlığı gerekmeyip, böyle bir ihtimalin varlığı dahi yeterli bir sebeptir[384].

6102 sayılı TTK'nın 55/1 (a) (4) maddesi, münhasıran karşılaştırmalı reklamlar için düzenlenmemiş ise de, bu hükmün reklam karşılaştırmaları sırasında meydana gelen karıştırılma olayları yönünden de uygulanmasına bir engel gözükmemektedir. Karşılaştırmalı reklamda, rakibe ait tanıtıcı işaretlerin karıştırılmaya yol açabilecek şekilde kullanılması halinde, reklam veren tacirin karşılaştırmalı reklamın sağladığı avantajlardan yararlanması söz konusu olamayacak, eylemi haksız rekabet veya marka ihlali olarak değerlendirilebilecektir.

Bir tacire ait hangi özelliklerin ve varlıkların karıştırılma ihtimaline maruz kalabileceği hususunun da açıklığa kavuşturulması gerekir. 6102 sayılı TTK'nın 55/1 (a) (4) maddesinde, "**başkalarının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri**" konusunda karıştırılma ihtimalinden söz edilmiştir. Oysa mehaz 2006/114 sayılı Karşılaştırmalı ve Aldatıcı Reklam Yönergesinin 4/1 (h) maddesinde karıştırılmanın "tacirlerin kendileri, malları, hizmetleri, ticaret unvanları, markaları veya diğer tanıtıcı işaretleri" arasında olabileceği ifade edilmiştir. Karşılaştırmalı reklamlar yönünden 6102 sayılı TTK'nın 55/1 (a) (5) maddesindeki "… benzer yollardan öne geçirmek" ibaresi uyarınca, bir tacirin sahip olduğu bütün ticarî değerlerin karıştırılmaya maruz kalabileceği şeklinde değerlendirmekte yarar bulunmaktadır.

III. İSPAT YÜKÜ

Bir karşılaştırmalı reklamda, reklam konusu mal veya hizmetin önemli ve temsil edici özelliklerine ilişkin olmasının yanında, ileri sürülen üstünlük iddialarının da ispat edilebilir (doğrulanabilir) olması gerekir. Ancak ispat yükünden söz edebilmek için reklama konu iddianın her şeyden önce ispatı

---

[384] Karıştırılma tehlikesi yönünden geniş açıklamalar için bkz. Adem Aslan, **Türk ve AB Hukukunda Fikrî Mülkiyet Haklarının Tükenmesi**, Beta, İstanbul-2004, s.135.

mümkün bir iddia olması gerekir. Sübjektif ve soyut ibarelerin (iyilik, güzellik, kalite, sağlamlık) kişiden kişiye değişen değer yargılarına ilişkin olması nedeniyle ispatının mümkün olmadığı gözden kaçırılmamalıdır[385].

Reklamda yer alan iddiaların ispatı hususu, 4077 sayılı TKHK'nın 16/4 maddesinde, "**Reklam veren**, ticari reklam veya ilânda yer alan **somut iddiaları ispatla yükümlüdür**" sözleriyle ifade edilmiştir.

Keza, Reklam Yönetmeliği'nin 13.maddesinde bu husus;

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

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

sözleriyle ifade edilmiştir. Karşılaştırmalı reklamların düzenlendiği 6102 sayılı TTK'nın 55/1 (a) maddesinde, ispat yüküyle ilgili genel bir ifadeye yer verilmemiştir. Bununla birlikte 6102 sayılı TTK'nın 55/1 (a) (6) maddesinde yer alan;

"… 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"

şeklindeki düzenleme de, sadece fiyat karşılaştırmalarında, birkaç malda çok ucuz (maliyetinin altında) mal satmayı teklif eden tacirin bu davranışı haksız rekabet olarak değerlendirilmiş olup, müşterilere teklif olunan fiyatın, piyasada genel olarak bu tür mal ya da hizmet alımlarında ödenen bedelin *karine olarak* alınacağı ve buna göre yanıltmanın varlığının tespitine gidileceği ifade edilmiştir. Şayet karinenin aksini iddia ederse bu iddiayı **ispat yükünün** davalıda, yani reklamı yapan kişide olduğu ifade

---

385 Wehlau Andreas, "Äpfel mit Birnen vergleichen- Der rechtliche Rahmen vergleichende Werbung für Lebensmittel", **ZLR**, 1999, 522, 525; OLG München **ZLR** 1999, 517 – Satte Mehrheit; LG Köln, **ZLR** 1999, 522, 525 –Geschmackstest.

edilmiştir. Bu hükmün, karşılaştırmalı reklamda yer alan diğer iddialar yönünden de kıyas yoluyla uygulanması mümkündür.

Ayrıca, ispat hukuku bakımından **ispat yükü,** 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda;

"İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan **kendi lehine hak çıkaran tarafa** aittir.

Kanuni bir karineye dayanan taraf, sadece karinenin temelini oluşturan vakıaya ilişkin ispat yükü altındadır"

şeklinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme, MK'nın 6.maddesindeki;

"Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, **taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür**"

Şeklindeki *ana ispat kuralının* daha açık ifadesidir. Söz konusu ispat kurallarının karşılaştırmalı reklamlar için de uygulanmasına bir engel bulunmamaktadır. Zira bu düzenlemeler 4077 sayılı TKHK 16/4 ve Reklam Yönetmeliği'nin 13, RTV Yönetmeliğinin 8/1 (f) maddelerindeki düzenlemelere de uygundur.

2006/114 sayılı Yönergenin 19 no'lu başlangıç maddesinde "ispat yükünün aidiyeti hususunun **ulusal hukuklara ait** olduğu" ifade edilmiştir. Bununla birlikte, Yönergenin 7.maddesinde, üye ülkelerin mahkemelere, reklama konu iddiaların ispatıyla ilgili olarak, bütün katılımcıların menfaatini gözetmek suretiyle, her somut davanın özelliğine göre, herhangi bir taraftan uygun delil getirmesini isteme yetkisi vermeleri gerektiği ifade edilmiştir.

Söz konusu düzenlemeler bir bütün olarak değerlendirildiğinde, haksız karşılaştırmalı reklama karşı dava açıldığında *ispat yükünün hiçbir şekilde davacıda, yani haksız rekabete maruz kalan kişide, yani davacıda olmadığı, bilâkis* ***reklamda üstünlük iddia eden kişiye ait olduğu*** anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, bazı reklamlarda ispat yükünün davacıda olması da

mümkündür. Söz gelimi, bir karşılaştırmalı reklamda karıştırılmaya yol açıldığı, tanınmışlıktan haksız istifadeye yol açıldığı, reklama konu özelliğin ürünün temsil edici ve önemli bir özelliğine ilişkin olmadığı, kendisine yönelik eleştirilerin doğru olmadığı gibi hususların davacı tarafından, yani haksız rekabete maruz kaldığını ileri süren tacir tarafından ispat edilmesi gerekir. Bir davada ispat yükünün kimde olduğu hususunun, her bir somut davanın özelliklerine ve ileri sürülen iddiaları ispat edecek delillerin kimin yedinde bulunduğu hususları da gözetilerek MK, HMK, TKHK ve TTK'daki ispat kurallarına göre çözümlenmelidir.

Bir karşılaştırmalı reklamda, ileri sürülen iddialara ilişkin bütün ispat vasıtalarının bizzat reklamda gösterilmesi şart olmamalıdır. Özellikle bilimsel araştırma raporlarına dayanan reklamlarda, raporun ayrıntılarıyla anlatılmasına gerek olmayıp, araştırmayı yapan kuruluşun ve araştırmayla ilgili raporun nerede hangi tarihte yayınlandığının, yani raporun ayrıntılarına nasıl ulaşılacağının belirtilmesi yeterlidir. Reklamdaki üstünlük iddialarının yargılama sırasında mahkemece kamu kurum ve kuruluşlarına sorularak tespit edilmesi gereksiz ve anlamsızdır[386].

Yargıtay uygulamalarında çoğu kez, reklamda yer alan üstünlük iddialarının daha baştan reklam verenin elindeki delillerle ispatlanması gereğinden uzaklaşıldığı ve yargılama sırasında alınan bilirkişi raporlarıyla, reklamdaki somut üstünlük iddialarının yerinde olup olmadığının ortaya konulmaya çalışıldığı, kararların istikrarlı olmadığı anlaşılmaktadır.

Yargıtay'a konu bir olayda, "*DYO Boyada Birinci*" şeklindeki reklam sloganının aldatıcı nitelik taşıdığı iddiasıyla açılan davada, davalı taraf kendilerinin herhangi bir mukayesede bulunmadığı, reklamın aldatıcı olmadığını savunmuş, yerel mahkeme, "*ne bakımdan olduğu anlaşılamayan genel bir birincilik iddiasının yanıltıcı özellik taşıdığı, diğer firmaları alıcılar nezdinde ikinci konumuna düşüreceği*" gerekçesiyle haksız rekabetin tespitine karar vermiş, Yargıtay kararı, aynı gerekçeyle ve oy çokluğuyla

386 **Ateş**, s.13, dn.16.

onamıştır[387]. Bir yerde Yargıtay, reklamda birincilik iddiasının ispatını gösteren ibareler bulunması gerektiğine karar vermiştir. Oysa reklama konu ibarenin, sübjektif üstünlük iddiasını yansıttığı ve bu sebeple ispatı gerektiren bir husus olmadığı dikkatlerden kaçmıştır.

Buna karşılık, mutlak surette ispatı gerekli olan ve bir ulusal gazetenin bölge ekinde yer alan tam sayfa ilânda, "**Sadece bizim tarafımızdan** üretilen yumurtalarda **kuş gribi tehlikesi** bulunmamaktadır" iddiasına dayalı reklam aleyhine açılan davada, yerel mahkeme "davalının bu ilanla kendi yumurtalarının risk taşımadığını, güvenilir olduğunu açıkladığı, **başka firmaları hedef alır mahiyette olmadığı**, bilgilerin gerçeğe aykırı veya yanıltıcı olmadıkları" gerekçesiyle davanın reddine dair kararı, Yargıtay tarafından aynı gerekçelerle onanmıştır[388]. Oysa gazetenin bölge ekinde ve tam sayfa ilân sebebiyle, reklamın belirli bir bölgede yumurta ticaretiyle uğraşan tüm tacirleri hedef aldığı, müşterilerde korku ve panik oluşturan ve diğer firmalarca satılan yumurtalarda "kuş gribi tehlikesi" olduğunu ima eden, rakipleri incitici, kötüleyici ve ticarî faaliyetlerini önemli ölçüde tehdit eden ifadeler içerdiği görülmektedir. Bu noktada kendi ürettiği yumurtaların, hangi somut delillere (bilimsel araştırma vs.) göre "kuş gribi riski taşımadığı" hususunu reklamda dile getirmesi gerekirdi. Öte yandan diğer yumurta üreticilerinin hangi delillere göre "kuş gribi riski taşıdığı" hususunu da bilimsel delillerle ispat etmesi ve bunu reklamda ifade etmesi gerekirdi. Esasen reklamın genel kötüleyici (pauschale herabsetzende Werbung) nitelikte olması nedeniyle doğrudan haksız rekabet olarak nitelendirilmesi mümkündür.

---

387 Yargıtay 11 HD'nin 22.12.1992 tarih ve 1991/4992 E., 1992/11613 K. sayılı kararı. Karara muhalif kalan üye, "…kısmen mukayeseli reklam niteliğindeki reklamda, işletmenin büyüklüğü hususunda bir ifadeye yer verilmiştir. Öveme ve üstünlük bildiren ifadeler zararsız ve alışagelen övünmeler ölçüsünde kaldıkça tüketicileri yanıltmaz. … Alışılagelmiş övünme ve mübalağa dışında abartılmış bir reklam mahiyetinde bulunup bulunmadığı, üstünlük ifadesinin yanıltıcı nitelikte olup olmadığı, objektif ölçülere göre belirlenmelidir" gerekçesiyle çoğunluk görüşüne katılmamıştır.

388 Yargıtay 11. HD'nin 27.01.2009 tarih ve 2007/6108 E., 2009/818 K. sayılı kararı.

Benzer **bir olayda, Aygaz'ın reklamında kullanılan "Kokusuz gaz. Kokulu** otogaz kalitesizdir. Kokulu ve kalitesiz otogazlarla, **bir milli servet olan otomobillerinizin ömrünü kısaltmayın**" şeklindeki genel kötüleyici reklamı, bilirkişi raporunun da aksine, yerel mahkeme, "ilânlarda davacı tarafın isminin belirtilmediği, davacı tarafın anımsanmasına sebebiyet verecek ibarenin bulunmadığı" gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Oysa haksız rekabet davası açabilmek için, *haksız rekabetçi davranışın somut bir rakibe yönelik olması gerekmez*. Genel kötüleyici reklama karşı, dolaylı yoldan da olsa menfaati bulunan bütün tacirlerin haksız rekabet davası açmaları mümkündür. Nitekim yerel mahkemenin kararı Yargıtay tarafından bozulmuş, bu karara direnen yerel mahkeme kararı ise HGK tarafından aynı gerekçelerle yine bozulmuştur[389]. Yargıtay, kararının gerekçesinde, aslında tüm otogazların TSE'nin zorunlu standardı gereği, güvenlik gerekçesiyle kokulu olmak zorunda olduğuna işaret etmiştir. Reklam hem diğer tüm rakipleri kötüleyici, hem de aldatıcı bulunmuştur. Zira davalı, kendi otogazının niçin daha kaliteli, diğerlerinin milli ekonomiye zarar verici olduğuna ilişkin ispat vasıtasını sunmamıştır.

Çeşitli reklam ajanslarına, gazetelerin tiraj sayılarını bildiren davalı gazete yayıncısı tüzel kişi, gönderdiği yazının içeriğinin doğruluğunu ispat yükü altında bırakılmıştır[390].

Yargıtay, bir reklamda ifade olunan "*Türkiye'nin, Türk Telekom ADSL Modem şartlarına uyan tek modem markası Airties*" şeklindeki iddianın haksız rekabet olduğunun ileri sürülmesi üzerine, aynı şartları haiz başka modemlerin de bulunduğunu **ispat yükünün**, *iddianın gerçeğe aykırı olduğunu ileri süren davacı tarafta olduğunu* kabul etmiştir[391]. Davalı müspet iddiayla reklam yapmış olup, kendi modeminin ADSL uyumlu olduğuna itiraz edilmediğine göre, başka modemlerin de bu şartlara haiz olduğunu kim ileri

---

389 Yargıtay HGK'nun 07.11.2007 tarih ve 2007/11-839 E., 20/825 K. sayılı kararı.
390 Yargıtay 11. HD'nin 01.04.2011 tarih ve 2010/1455 E., 2011/3709 K. sayılı kararı.
391 Yargıtay 11.HD'nin 01.10.2009 tarih ve 2007/14897 E., 2009/9955 K. sayılı kararı.

sürüyor ise (davacı) iddiasını ispatla yükümlüdür. Yargıtay'ın tespiti bizce de yerindedir.

Zarar miktarının hesaplanması yönünden ispat yükü davacı taraftadır. Bununla birlikte zarar miktarı net olarak hesaplanamadığı takdirde BK 42 maddesi uyarınca bu konuda hâkime takdir yetkisi tanınmıştır.

Diğer önemli bir konu da, bir reklamda rakiplere yönelik eleştiri ispat edilmiş olsa dahi, rakiplerdeki eleştiriye konu eksikliğin güncel olması gerekir. Nitekim Yargıtay, 21.05.2004 tarihli gazetelerde yayınlanan bir reklamda, Türk Telekom'un "Ses tekeli kalktı. … Hay Allah ses yine gitti. … Bu fatura yanlış. … Çevir sesi alamıyorum" şeklindeki sözcüklerle eleştirilmesiyle ilgili olarak, yerel mahkeme, "…*reklamda betimlenen kimi olumsuzlukların ses tekelinin kalkmasından çok önce halledilmiş olması ve kimilerinin ise günümüzde sayıca az rastlanan münferit vakıalara temas etmesi de gözetildiğinde, bu ibarelerin… yeni dönemdeki faaliyetleri bakımından lüzumsuz yere incitici nitelikte olduğu …"* gerekçesiyle, *güncel olmayan eleştirel iddiaların ispatının hukuki önem arz etmediğine* dikkat çekmiş, karar Yargıtay tarafından da aynı gerekçeyle onanmıştır[392].

IV. TÜRK HUKUKUNDA KARŞILAŞTIRMALI REKLAMLARIN DENETİMİ

A. Genel Olarak

Reklamı yapan tacirler yönünden en önemli etkileme ve ikna aracı, hedef tüketiciler yönünden ise önemli bir bilgilendirme kaynağı olan karşılaştırmalı reklamlar, tacirlerden tüketicilere yönelik önemli bir rekabet aracıdır. Ancak çok etkili bir rekabet aracı olan karşılaştırmalı reklamların kontrol ve denetim altında tutulması gerekir. Zira yüksek etkileme gücü sayesinde, tüketicilerin aldatılmasına, rakip tacirlerin önemli ölçüde haksız rekabete maruz kalmasına ve giderek genel rekabeti bozucu hal alarak kamu

[392] Yargıtay 11 HD'nin 2008/1820 E., 2009/11740 K. sayılı kararı.

düzeninin olumsuz olarak etkilenmesine yol açabilir. Bu gibi endişeler sebebiyle karşılaştırmalı reklamlar, uzun yıllar birçok ülkede, diğer reklam türlerinden ayrı olarak, yasak reklam yöntemler arasında sayılmıştır.

Türk hukukunda karşılaştırmalı reklamlar, diğer reklam türleriyle birlikte, ***idari denetim, özdenetim*** ve ***adlî denetim*** yöntemleriyle ayrı ayrı denetlenmektedir. Her bir denetim mekanizmasının kendine özgü şartları ve sonuçları bulunmaktadır. Bunun yanında denetim mekanizmalarının birbiriyle çakışmaları ve zıt sonuçlara ulaşmaları da ihtimal dâhilindedir.

B. İdari Denetim

1. Genel Olarak

Reklamların idari yönden denetimi konusunda tek bir kuruluşun varlığından söz etmek mümkün değildir. Ancak 4077 sayılı TKHK kapsamında, tüketicilerin korunması yönünden tüm idari reklam denetimleri, Kanun'un 17.maddesi uyarınca kurulan Reklam Kurulu tarafından yapılmaktadır. Bununla birlikte çeşitli meslek örgütleri de mesleki disiplin anlamında kendi örgüt mensuplarını denetleyebilmekte ve ilgili Yönetmeliklerinde öngörülen idari yaptırımlara karar verebilmektedirler. Her iki grup denetimlerin yargı yeri de İdari Yargının görev kapsamında olduğu için tarafımızca idari denetim olarak değerlendirilmiştir.

Reklamların kamusal denetimini yapan örgütlerin başında Reklam Kurulu gelmektedir. Ancak RTÜK, Sağlık Bakanlığı ve Tarım Bakanlığı gibi kamu otoriteleri de kamu adına reklamları denetlemektedirler.

RTÜK, sadece radyo, TV ve veri yayınları yoluyla gerçekleştirilen reklamları, **Radyo ve TV Yayınları Hakkındaki Yönetmelik**'in 5.maddesi ile belirlenen "genel yayın ilkeleri" yönünden, Tarım Bakanlığı ise gıda maddelerinin etiketlenmesi ve sunumuna ilişkin reklamları **Gıdaların Üretimi**

Tüketimi ve Denetlenmesine Dair Yönetmelik hükümleri uyarınca ve gıda mevzuatı yönünden denetleme yetkisine sahiptir.

2. Meslek Örgütlerince Yapılan Denetimler (Disiplin Denetimi)

Gücünü 1982 Anayasa'nın 135.maddesi ve ilgili kuruluş kanunlarından alan TBB, TTB, Noterler Birliği, Türk Eczacılar Birliği gibi bir takım meslek örgütleri, ilgili kanun ve yönetmeliklerinde öngörülen reklam yasaklarına binaen, mensuplarını denetlemekte, bu yasağa aykırı davrananlara ise disiplin hukuku anlamında gerekli mesleki yaptırımları uygulamaktadırlar. Bu tür kuruluşların uyguladıkları cezalar, disiplin cezalarından öteye gitmemektedir. Bunlar arasında özellikle Baroların, mensupları olan avukatların, reklam yasakları yönünden denetlediklerine sıklıkla şahit olunmaktadır[393]. Yapılan denetimler çoğu zaman şikâyetler üzerine başlatılmaktadır. Avukatların yasal sınırları aşan reklam yasakları, haliyle karşılaştırmalı reklamları da kapsamaktadır.

Bir avukatın meslektaşlarına nazaran daha üstün olduğu, önemli davaların avukatı olduğu, belirli alanlarda uzman olduğu gibi kendisini öne çıkaran her türlü karşılaştırmalı reklamı yapması yasaktır. Karşılaştırmalı reklam yasağını çiğneyen avukata Baro tarafından verilecek ceza, bu konuda aynı zamanda Reklam Kurulunun vereceği cezaya, ya da adli merciler önünde haksız rekabet sebebiyle tazminata karar verilmesine engel olmayacaktır. Ne var ki, karşılaştırmalı reklamı yapan bir avukata, Baro tarafından, reklamın içeriğinin doğru ve dürüst olup olmadığına bakılmaksızın ceza verilirken, Reklam Kurulu ve adli merciler, karşılaştırmalı reklamın hukuki sınırlar içerisinde olup olmadığına bakarak bir değerlendirme yapacaklardır. Ancak aynı eylemden dolayı birden fazla ceza verilmesi, hukukun genel ilkeleri arasında sayılan "*ne bis in idem"* ilkesine aykırılık sorununu gündeme getirecektir.

---

393 http://eski.barobirlik.org.tr/calisma/disiplin_kararlari/index.aspx?yil=2009, s.y., 27.01.2012.

Bir avukatın kartvizitinde "***Yalnızca Yargıtay ve Danıştay'daki davalara girilir*"** sloganlı reklamı üzerine bağlı olduğu Baro tarafından Avukatlık Kanunu'nun 55 ve Baro Meslek Kuralları'nın 7 ve 8.maddeleri uyarınca "reklam yoluyla iş edinilmesi yasağının ihlal edildiği" gerekçesiyle verilen cezaya karşı açılan davayı, İdare Mahkemesi hukuka uygun bulmuştur[394]. Karara konu olayda, avukatın kendisini diğer tüm davalara giren avukatlardan ayırarak farklı bir özelliğine vurgu yaptığı görülmüş ise de bu reklamın, belirli ya da belirlenebilir bir rakibin ismini içermemesi nedeniyle karşılaştırmalı reklam mahiyetinde olduğunu söylemek mümkün değildir.

3. Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun Yaptığı Denetimler

6112 sayılı Radyo ve TV Kuruluşları ve Yayın Hizmetleri Hakkındaki Kanun, radyo ve TV yayınları ile isteğe bağlı yayıncılık yoluyla yapılan yayın hizmetlerinin düzenlenmesi ve denetlenmesi amacıyla çıkartılmıştır. Kanun'un 8 ve 9/6 (a) maddeleri uyarınca, reklamlar da dahil, genel yayın ilkelerinin yanında "**yayınların adalet, hakkaniyet ve dürüstlük kurallarına uygun olması**" şartı getirilmiştir. Kanunda yer alan yayın ilkelerine aykırılık hallerinde, hem adli, hem de idari yaptırımlar öngörülmüştür.

RTÜK, Kanun'un 32.maddesinde yer alan eylemin türü ve niteliği dikkate alarak "idarî para cezası, ihlale konu program yayınının durdurulması, programın katalogdan çıkarılması, uyarma, kamuya yararlı konularda program yayınlama, başka bir program yapamama, yayın lisansının iptali ve kanal ve frekans kullanımına son" şeklinde idari yaptırım kararları verebilecektir. Bu yaptırım kararlarının reklamlar yönünden verilmesini engelleyecek yasal bir engel bulunmamaktadır. Kararlara karşı idari yargı

---

394 Ankara 6.İdare Mahkemesi'nin 09.11.21994 tarih ve 1994/1744 sayılı (yayınlanmamış) kararı. Ne var ki söz konusu karar Danıştay 8.Dairesi'nin 01.02.1997 tarih ve 1995/1883 E., 1997/579 K. sayılı (yayınlanmamış)kararıyla, Baro kararına karşı öncelikle TBB'ne itiraz edilmesi ve itirazın bu merci tarafından reddi halinde bu karara karşı dava açılması gerektiği gerekçesiyle bozulmuştur.

yerinde dava açılması mümkündür. Uygulamada RTÜK, istisnai haller dışında, reklam yayınlarına mümkün olduğu kadar az müdahale etmektedir.

Mülga 3984 sayılı Kanun zamanında çıkarılan ve halen geçerliliğini koruyan 17.04.2003 tarihli Radyo ve Televizyon Yayınlarının Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmeliğin, yayıncılık ilkelerini düzenleyen 5/2 (m) maddesi uyarınca "**Halkı aldatacak, yanıltacak veya haksız rekabete yol açacak reklam yayınları**" yasak ilkeler arasında sayılmıştır. RTÜK'ün, Yönetmeliğin bu hükmünü istisnai hallerde uygulayarak, "**haksız rekabet**" gerekçesine dayalı olarak idari para cezası verdiği görülmektedir[395].

RTÜK bazı durumlarda da, TV programlarının editoryal kısımları ile reklam arasında ayırt edici uyarılar konulmamasını RTV Yönetmeliğinin 11.maddesi uyarınca haksız ve örtülü reklam olarak değerlendirerek ceza tertibine girişmektedir[396].

Danıştay'ın bir kararına konu olayda, bir TV kanalında 18 yaşından büyüklere sunduğu "ücret karşılığı canlı sohbet" hizmeti reklamıyla ilgili olarak RTÜK, "reklamda yayının dakika başına hizmet ücreti belirtilmiş ise de hizmetin kaç dakika sürdüğüne ilişkin önceden bilgilendirme yapılmamasının **aldatıcı reklam** mahiyetinde olduğu" gerekçesiyle, TV kanalına o tarihte geçerli "yayın durdurma" cezası vermesi üzerine karar aleyhine idare mahkemesine dava açılmıştı[397].

RTÜK'ün, haksız rekabet sayılan radyo veya TV reklamları yönünden kendini görevli addederek yukarıda bahsi geçen türde kararlar verdiği

---

395 RTÜK, 01.12.2011 tarih ve 2011/66, 20.11.2011 tarih ve 2011/60, 03.08.2011 tarih ve 2011/46, 17.02.2011 tarih ve 2011/08 sayılı kararları. Sonuncusunda, sigara bıraktırma ürünleri reklamında, sigaranın buzlanmadan reklamda gösterilmiş olması haksız rekabete yol açan bir davranış olarak değerlendirilmiştir. Yayıncı kuruluşa ayrıcı 4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkındaki Kanun'un 3/6 m. uyarınca cezaya gerek görülmemiştir. http://www.rtuk.org.tr/sayfalar/AramaSonuc.aspx, s.y., 02.01.2012.

396 Danıştay 13.Dairesinin 04.10.2005 tarih ve 2005/449 E., 2005/4856 K. sayılı kararı. Danıştay ilgili kararında, RTÜK'ün idari para cezasına ilişkin kararını iptal eden yerel idare mahkemesi kararını bozarak RTÜK'ü haklı bulmuştur. Yüksek mahkeme kararında, RTV Yönerge. 11 m. uyarınca, reklamların, program akışı içerisinde herkes tarafından ayrıt edilebilecek ölçüde görsel ve işitsel unsurlarla reklam yayınının belirginleştirilmesi gerektiğine karar vermiştir.

397 Danıştay 10.Dairesi'nin 15.12.2003 tarih ve 2002/7134 E., 2003/4812 K. sayılı yayınlanmamış kararı.

görülmüş ise de hukuka aykırı karşılaştırmalı reklamlar yönünden verdiği herhangi bir karara tesadüf edilememiştir.

4. Reklam Kurulu Tarafından Yapılan Denetimler

Reklam Kurulu, karşılaştırmalı reklamları 4077 sayılı Kanun'un 16 ve **Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik** (Reklam Yönetmeliği) hükümleri uyarınca, tüketicilere hitap eden tüm reklamları denetlemektedir[398].

a. Reklam Kurulu

(1) Kurul'un Teşekkülü

Reklam Kurulu, 4077 sayılı Kanun'un 17.maddesine istinaden kurulmuştur. Reklam Kurulu, çeşitli meslek ve sivil toplum örgütleriyle bazı kamu kurum ve kuruluşlarının temsilcilerinden oluşan 29 kişilik bir örgüttür. Kurul;

4077 sayılı Kanun'un 17 maddesi uyarınca Reklam Kurulu; "ilgili Bakanlık genel müdür yardımcılarından bir üye, Adalet Bakanlığı'nın idari görevlerinde çalışan bir hâkim, TRT'den uzman bir üye, YÖK tarafından görevlendirilen bir öğretim üyesi, TTB Merkez Konseyinden bir doktor üye, TBB'nin görevlendireceği bir avukat, TOBB'nin değişik sektörlerden görevlendireceği dört üye, Türkiye'deki gazeteci derneklerinden bir üye, Tüketici Konseyi'nin tüketici örgüt temsilcileri arasından bir üye, TZOB'nden bir üye, TESK'den bir üye, TSE'den bir üye, DİB'dan bir üye, TMMOB'dan bir üye, İSK'dan bir üye, MSK'dan bir üye, TURMOB'dan bir üye, Ankara, İstanbul ve İzmir BŞB'nin kendi aralarında seçecekleri bir üye, TEB'den bir üye, TDHB'den bir üye, Tarım ve Köyişleri Bakanlığı ve Sağlık Bakanlığından ikişer üye" olmak üzere toplam 29 üyeden oluşmaktadır.

---

398 RK'nun 08.03.2005 tarih ve 114 sayılı toplantısında alınan 2010/5253 dosyasında verilen kararı. Kararda, RK'nun, reklamın hedef kitlesinin tüketiciler olan reklamlar açısından denetim yaptığı vurgulanarak, tacirler arası reklam yönünden yapılan şikâyet konusunda *yetkisizlik kararı* vermiştir.

Reklam Kurulu Başkanlığı, ilgili Bakanlığı temsil eden Bakan tarafından görevlendirilen Genel Müdürü (Tüketicinin Korunması Genel Müdürü) tarafından yürütülmektedir.

Daha önce ilgili bakanlık Sanayi ve Ticaret Bakanlığı olarak tespit edilmişken, 03.06.2011 tarih ve 211/640 sayılı "*Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında KHK*" uyarınca, 08.06.2011 tarihinden itibaren yeni kurulan "Gümrük ve Ticaret Bakanlığı" na bağlı bir kuruluş haline gelmiştir. Kurulun faaliyetleri ilgili Bakanlığa bağlı Tüketicinin Korunması ve Piyasa Gözetimi Genel Müdürlüğü tarafından yürütülecektir.

(2) Kurul'un Tarafsızlığı / Bağımsızlığı

2006/114 sayılı Karşılaştırmalı ve Aldatıcı Reklamlara İlişkin AB Yönergesinin 5/2.maddesinde, üye ülkeler, hukuka aykırı karşılaştırmalı reklamlara karşı gerekli ve uygun tedbirleri almak üzere **mahkemelere** veya **idari otoritelere** yetki ve görev vermekte serbest bırakılmıştır. Şüphesiz, üye ülkelerin yerine göre her iki organa da görev ve yetki vermesi mümkündür. Ancak idari organlara yetki verilmesi halinde, Yönergenin 5/5 (a) maddesi uyarınca, *"idari organların **tarafsızlığından şüphe duyulmayacak** şekilde oluşturulması*" şartı getirilmiştir. Bir kuruluşun tarafsızlığından kuşku duymamak için her şeyden önce o kuruluşun bağımsız olması gerekir. Bu açıdan bakıldığında, 4077 sayılı Kanun'un 17.maddesi uyarınca, RK'nun çok büyük çoğunluğunun kamu otoritelerince ve tamamen atama yöntemiyle oluşturulması, görev sürelerinin kısa ve güvenceden yoksun olması nedeniyle bağımsız bir yapıya sahip olduğu asla ileri sürülemeyecektir. Reklam Kurulu'nun tüzel kişiliği dahi bulunmamakta olup, bir hukuki kişiliği olmayan bir örgütün bağımsızlığından da söz edilemeyecektir.

(3) Kurul'un Çalışma Şekil ve Şartları

Kurul üyeleri ilgili kurum ve kuruluşla veya meslek örgütlerince üç yıllığına seçilmektedir. Süresi biten üyelerin yeniden seçilmelerine engel yoktur. Katılımcı profili olarak, hemen her grup meslek mensuplarının kurulda yer almasına çalışılmıştır.

Tek heyet olarak çalışan ve asgari 14 kişiyle toplanabilen kurul, toplantıya katılanların çoğunluğuyla karar verebilmektedir. Eşitlik halinde ne şekilde karar verileceği Kanun'da belirtilmemiştir. Kurul'un bu kadar geniş bir kadroyla toplanmak zorunda olması, sağlıklı karar alma mekanizmasını da olumsuz yönde etkileyecektir. Bunun yerine reklamın konusuna göre birkaç heyet halinde toplanması, hem daha hızlı, hem de içerik açısından daha zengin kararlar verilmesini sağlayacaktır. Ancak Kurul'un özel ihtisas komisyonları oluşturması mümkündür.

Kurulun sekretarya hizmetlerini ilgili Bakanlık yerine getirmektedir. Kurul üyelerinin hangi miktarda huzur hakkı alacaklarını belirleme yetkisi, Maliye Bakanlığı'nın uygun görüşünü almak suretiyle, ilgili Bakanlığa aittir. Kurul kararlarının uygulanması da ilgili Bakanlığın yetki ve görevi dahilindedir. Kurulun ayda en az bir defa toplanması gerekmektedir. Başkanın çağrısı üzerine ihtiyaç duyulan başka zamanlarda da toplanması mümkündür.

(4) Kurul Kararlarının Açıklanması

Tüketicilerin bilgilendirilmesi, aydınlatılması ve ekonomik çıkarlarının korunması amacıyla RK kararları, Kurul Başkanlığınca açıklanması gerekir. Nitekim RK'nun şimdiye kadar verdikleri kararları internet adresinden yayınlanmaktadır[399]. Kurul'un ilk defa faaliyete başladığı 1996 yılından bu

[399] Reklam Kurulu resmi web adresi için bkz. http://www.tuketici.gov.tr. Kurul 2012 yılı Nisan ayı itibariyle toplam 197 toplantı gerçekleştirmiştir. RK tarafından verilen kararlar için bkz.,

yana her yıl artan seyirde reklamı soruşturma konusu yaptığı, 1996 yılında 88 olan soruşturma sayısının 2010 yılında 2322, 2011 yılında ise toplamda 3039 sayısına ulaştığı anlaşılmıştır. Kurul bir yılda ortalama 850 civarında reklam soruşturmasını karara bağlamaktadır[400].

Her ne kadar Kurul kararları ilgili genel müdürlük web adresinde yayınlanıyor ise de, yayınlanan kararların çoğu zaman tek paragraftan ibaret olduğu, iddia ve savunmanın kararda yer almadığı gibi karar içeriğinde de tartışılmadığı[401], kararlarda hemen hemen hiç gerekçe bulunmadığı[402], sadece reklama konu olayın çok kısa özetinin anlatıldığı ve bu eylemin ilgili kanunun veya yönetmeliğin hangi maddesine aykırılık teşkil ettiğinin yer aldığı, ancak niçin o madde kapsamında mütalaa olunduğunun anlaşılamadığı görülmektedir. Oysa 2006/114 sayılı Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklam Yönergesinin 5/5 (c) ve 6.maddelerinde, reklam denetimi yapma yetkisi verilen İdari mercilerin, bağımsız olmaları yanında, verdikleri kararların da ***gerekçeli*** olması zorunluluğu getirilmiş, yeterli ve uygun gerekçe ihtiva etmeyen kararlara karşı yargı organlarına başvurulabilir olması gerektiği ifade edilmiştir.

RK'nun anılan internet sitesinde, sadece hukuka aykırı gördüğü reklamlarla ilgili kararları yayınlandığı, bunların dışında gerek yetki, gerekse esas yönünden reddedilen şikâyet ve soruşturma sonuçlarının sitede yer almadığı görülmekte, Kurul'un, gerçekte hukuka aykırı olduğu olan bazı reklamları hukuka uygun kabul edip etmediği anlaşılamamaktadır.

---

http://www.tuketici.gov.tr/source.cms4/index.snet?wapp=ACB62E47-8646-4A03-B850-7D02ED144E47, s.y., 02.05.2012.

400 T. C. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın yayınlanmamış 2012 yılı İstatistik Çalışma Raporu. Kurul 2011 yılında soruşturduğu 846 reklam dosyasından 754'ü hakkında hukuka aykırılık kararı vermiştir.

401 **Pınar**, "Reklam Hukukunun Esasları", s.539.

402 **İnal/Baysal**, s.83.

(5) Kurul'un Temel Görevi

4077 sayılı Kanun'un 17.maddesine göre Kurul'un iki temel görevi bulunmaktadır. Bunlardan ilki "*ticarî reklam ve ilânlarda uyulması gereken ilkeleri belirlemek*" diğeri ise gerek kanunda belirtilen, gerekse belirlenen bu ilkeler çerçevesinde "*ticarî reklam ve ilânları gerek re'sen, gerekse şikâyet üzerine incelemek ve gerektiğinde idari yaptırımlara karar vermek*" olarak sayılmıştır.

RK tarafından belirlenen reklam ilkelerinin, ilgili bakanlık tarafından "Tebliğ" olarak yayınlanması gerekir. Ancak yayınlanan tebliğlerde, tespit olunan reklam ilkelerinin RK kararlarıyla oluşturulduğuna ilişkin bir emare bulunmamaktadır. Bu konuda şimdiye kadar yayınlanmış tebliğler arasında, "*Ticari Reklam ve İlanlarda Altyazı ve Dipnotların Kullanılmasına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Tebliğ*"[403] ile "*Medya Ölçümü Araştırma Sonuçlarının Ticarî Reklam ve İlanlarda Kullanılmasına Dair Tebliğ*"[404] bulunmaktadır. Altyazı ve Dipnotlara ilişkin Tebliğ'in dikkat çeken hükmü ise 5.maddedeki "*Ticari reklam ve ilanlarda, tüketicinin satın alma kararını etkileyecek nitelikteki bilgilerin ortalama tüketicinin algılayabileceği sürede ve biçimde iletilmesi zorunludur*" ifadesidir. Söz konusu hükümle, ilk defa reklamdaki ifadenin değerlendirilmesinde "ortalama tüketici kitlesinin" bakış açısının ve algılama şeklinin dikkate alınacağı düzenlemesine gidilmiştir. Oysa RK'nun şimdiye kadar yaptığı soruşturmalara ilişkin kararlarında, bir reklamın aldatıcı veya haksız olup olmadığının değerlendirilmesinde, hangi kesimin görüşüne göre hareket ettiğini kararında zikrettiği tespit edilememiştir.

Reklam Kurulu'nun görev kapsamına ilişkin Kanun'un 17.maddesini, Kanun'un amaç ve kapsamına ilişkin 1 ve 2.maddeleriyle birlikte düşünmek gerekir. Anılan maddeler uyarınca, 4077 sayılı kanun hükümleri, ancak tüketiciyi koruma amaçlı olarak, mal ve hizmet piyasalarında gerçekleşen,

---

403 RG, T. 13.03.2011, S.27873.

404 RG, T. 02.10.1998, S.23481.; Söz konusu Tebliğ'deki kısmi değişikliğe ilişkin Tebliğ için bkz. RG, T. 14.06.2005, S.25845.

taraflardan en az birinin tüketici olduğu, yani nihai tüketiciye yönelik işlemler yönünden uygulanacaktır. Bunun dışında, sadece rakipleri ilgilendiren, söz gelimi rakipleri kötüleyici nitelikte olan veya rakibin tanınmışlığından yararlanmayı amaçlayan, ancak aldatıcı olmayan reklamlar yönünden RK'nun herhangi bir denetim yetkisinin varlığından söz edilemez[405]. Nitekim RK da bazı kararlarında, görev kapsamının sadece TKHK'nın 3/1 (e) maddesi uyarınca "tüketici" sıfatını haiz kişileri hedef alan reklamlarla sınırlı olduğunu kabul etmiş ve tacirlere yönelik reklamlar yönünden görevsizlik kararı vermiştir[406].

4077 sayılı Kanun'un tüketicilerin menfaatlerini koruyan genel bir kanun niteliğinde olduğu ve ancak özel kanunlarda bir hüküm bulunmadığı ölçüde uygulanmasının söz konusu olacağı gözden kaçırılmamalıdır. Ancak uygulamada Reklam Kurulu'nun, gıda maddelerine ilişkin karşılaştırmalı reklamları da 5179 sayılı Kanun ve hatta ilginç bir şekilde, reklamın Gıdaların Üretimi Tüketimi ve Denetlenmesine Dair Yönetmelik hükümlerine uygun olup olmadığı yönünden de denetlediği görülmektedir[407]. Oysa Kanun'un ceza hükümlerine ilişkin 29.maddesi ile Tarım Bakanlığı yetkililerine ait olan para cezası verme yetkisi mahallin mülkiye amirine verilmiştir. Tarım Bakanlığı'nın bu konuda yetkisini kullanmayarak, Reklam Kurulu'na gönderdiği temsilciler eliyle yetkisini Reklam Kurulu'na devrettiğinden söz edilmesi de yasal zemin açısından mümkün görülmemektedir.

---

405 **İnal/Baysal**, s.66. Yazar, RK'nun ancak, doğrudan tüketiciyi hedef alan reklamları re'sen, rakipleri (tacirleri) hedef alan, özellikle aldatıcılık içermeyen ancak rakipleri kötüleyici olan veya rakibin tanınmışlığından yararlanmayı amaçlayan reklamları ise ancak şikâyet üzerine soruşturması gerektiğini savunmaktadır.

406 RK'nun 08.03.2005 tarih ve 114 sayılı toplantısında alınan karar.

407 Reklam Kurulu'nun 2010/674 dosyasında verilen kararında "… söz konusu reklamların Gıdaların Üretimi, Tüketimi Ve Denetlenmesine Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun'a, Gıdaların Üretimi, Tüketimi ve Denetlenmesine Dair Yönetmeliğe, Türk Gıda Kodeksi **Özel Beslenme Amaçlı Gıdalar Tebliğine,** Türk Gıda Kodeksi **Gıda Maddelerinin Genel Etiketleme ve Beslenme Yönünden Etiketleme Kuralları Tebliğine** ve Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmeliğine uygun olmadığına" karar verilmiştir. RK'nun benzer kararları için bkz. 2010/712, 2010/ 704 sayılı kararları.

Mamafih, 11.06.2011 tarih ve 5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu ile 5179 sayılı Gıdaların Üretimi, Tüketimi ve Denetlenmesine Dair Kanun ilga edilmiş ve isabetli bir şekilde, gıda maddeleriyle ilgili haksız reklamlar yönünden Kanun'un 40/1 (k) maddesi ile bu konuda tek yetkili kurum olarak Reklam Kurulu gösterilmiştir.

Ne var ki, yine Tarım Bakanlığı'nın kontrolünde olan 01.12.2004 tarih ve 5262 sayılı Organik Tarım Kanunu'nda yetki karmaşasının sürdüğü görülmektedir. Zira halen Kanun'un 8.maddesinde, organik tarım mahsulü ürünlerle ilgili olarak yanıltıcı reklam yapılması, 12/1 (ı) maddesiyle ayrı bir cezai yaptırım sebebi olarak öngörülmüş ve bu cezayı vermeye yetkili kuruluş 13.maddede "Bakanlık veya mahalli mülki amir" olarak belirlenmiştir.

Genel reklam ilkelerine uygun olan, ancak reklam yasağının söz konusu olduğu Barolar, Noterler Birliği, Türk Tabipler Birliği gibi belirli meslek mensuplarının reklam yasağını ihlali nedeniyle verilecek idari para cezalarında da Kurul'un herhangi bir yetkisi bulunmamaktadır. Zira Reklam Kurulu'nun denetim yetki ve sınırı, özel kanun ve yönetmelik hükümlerini kapsamamaktadır. Avukatlık Kanunu, Tababet ve Şuabatı San'at Kanunu vs. belirli meslek mensuplarının mesleki disiplininin sağlanması ve ancak kendi aralarındaki haksız rekabetin önlenmesi amaçlarına hizmet etmektedir. Ayrıca avukatlar, hekimler, noterler gibi meslek mensuplarının kendi özel yasalarında, reklam yasağının ihlali halinde hangi tür idari cezalara hangi organlar tarafından karar verileceği açık bir şekilde gösterilmektedir. Ancak Kurul bu gibi durumlarda da kendisini yetkili addetmektedir[408].

---

[408] RK'nun 14.10.2011 tarih ve 2010/691 dosyasında verilen kararı; RK'nun 14.10.2011 tarih ve 2010/712 dosyasında verilen kararı; RK'nun 14.10.2011 tarih ve 2010/704 dosyasında verilen kararı; RK'nun 14.10.2011 tarih ve 2010/656 dosyasında verilen kararı; RK'nun 14.10.2011 tarih ve 2010/686 dosyasında verilen kararı. RK söz konusu kararlarında, kendi özel yasalarında reklam yasakları ve bu yasaklara özel ceza öngörülmelerine rağmen, "kanuna aykırılık" başlığı altında Milli Eğitim Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı, Tarım Bakanlığı vs. kuruluşların görev sahasına müdahale ederek, kanunlara aykırı gördüğü bütün reklamlar yönünden soruşturmalar yapmaktadır.

b. Reklam Kurulunun Denetim Yetkisinin Sınırı

Reklam Kurulu'nun reklam denetim yetkisinin sınırı 4077 sayılı Kanunun 17.maddesinde, "16.madde hükümlerine aykırı olan reklamlar" olarak belirlenmiştir. RK, Kanun'un 16.maddesi uyarınca, ticarî reklam ve ilânlarda aranan olumlu (reklamların kanunlara, reklam kurulunca belirlenen ilkelere, genel ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına ve doğruluk, dürüstlük esaslarına uygun olması) ve olumsuz (aldatıcı, yanıltıcı veya tecrübe ve bilgi eksikliklerini istismar edici, tüketicinin can ve mal güvenliğini tehlikeye düşürücü, şiddet hareketlerini ve suç işlemeyi özendirici, kamu sağlığını bozucu, hastaları, yaşlıları, çocukları ve özürlüleri istismar edici ve örtülü olmama) unsurlar yönünden denetim yapabilecektir.

Her ne kadar 4077 sayılı Kanun'un 16.maddesi, ticarî reklam ve ilanların kanuna uygun olması gerektiğine ilişkin çok genel bir ifade kullanmış ise de kanunun asıl düzenleme amacı Kanun'un 1.maddesinde, "tüketiciyi aldatan, yanıltan veya onun bilgi ve tecrübe noksanlığını istismar eden, can ve mal güvenliğini tehlikeye atan, şiddeti özendiren, kamu sağlığını bozan reklamlar ile örtülü (gizli) reklamları yasaklamak" olarak gösterilmiştir. Ancak tüketicilerin haklarına doğrudan zarar verebilecek nitelikte ise Reklam Kurulu'nun kendisini o reklamla ilgili olarak görevli addetmesi gerekmektedir.

c. Reklam Kurulu Tarafından Verilen İdari Yaptırım Türleri

4077 sayılı Kanun'un 25 ve 26.maddelerinde, kanun hükümlerine aykırılık halinde verilebilecek cezai hükümleri düzenlemiştir. Buna göre Kanun'un 16.maddesine aykırılık halinde Reklam Kurulu tarafından verilebilecek cezalar 4077 sayılı Kanun'un 25/9 ve Reklam Kurulu Yönetmeliği'nin 8/1 (c) maddesinde;

"(1) Reklamın 3 aya kadar tedbiren durdurulması,

(2) Reklamın durdurulması,

(3) Reklamın düzeltilmesi ve

(4) İdari para cezası"

Olarak sayılmıştır. Reklam Kurulu bu yaptırımların tek tek her birine veya birden fazla yaptırıma bir arada karar verebilme yetkisine sahiptir.

d. Kurul Kararlarının Denetimi

23/01/2008 tarih ve 5728 sayılı Kanun'un öncesinde, Kurul'un "reklamların durdurulması" ve "reklamın düzeltilmesi" kararlarına karşı İdare Mahkemesi nezdinde dava açılamıyor, sadece Kurul'un idari para cezalarına karşı dava açılabiliyordu. Bu dönemde Yargıtay, reklamların durdurulması kararlarına karşı Tüketici Mahkemelerinin görevli olduğunu kabul etmiştir[409]. RK'nun 4077 sayılı TKHK'na aykırılık sebebiyle verdiği idari para cezalarına karşı açılan dava sonunda idare mahkemeleri tarafından verilen kararlara karşı istinaf ve temyiz yolu kapalı idi. Ancak, 23/01/2008 tarih ve 5728 sayılı Kanun'un 477 maddesi ile 4077 sayılı Kanun'un 26/2 maddesi hükmü değiştirilerek, hem durdurma ve düzeltme kararları aleyhine dava açılabileceği kabul edilmiş ve hem de idarenin tüm yaptırım kararlarına karşı açılan davalarda verilen idare mahkemesi kararlarına karşı İYUK 46 vd. maddelerinde gösterilen kanun yollarına başvurulabilme imkânı getirilmiştir.

5728 sayılı Kanun öncesinde Reklam Kurulu'nun sadece idari para cezalarına karşı idare mahkemesinde dava açılabiliyor ve idare mahkemesinin kararlarına karşı ise Danıştay Başsavcılığı aracılığıyla ve

---

409 Yargıtay 4.HD'nin 16.12.2004 tarih ve 2004/15834 E., 2004/14413 (yöneliş; M. Akif Tutumlu, **Tüketici Mahkemelerinin Görev ve Yetki Sınırları**, Seçkin, Ankara 2006, s.478). Karara konu olayda, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Tüketicinin ve Rekabetin Korunması Genel Müdürlüğü'nün, "süreli yayınlarla ilgili" bir reklam nedeniyle verdiği "reklam kampanyası ve ilânın durdurulması" kararına karşı Tüketici Mahkemesi tarafından, idari yargı yerinin görevli olduğu gerekçesiyle verilen "görevsizlik" kararı, Yargıtay tarafından "26.maddede yalnızca idari para cezalarına karşı idare mahkemesine başvurulabileceği öngörülmüştür. Kampanya ve ilânın durdurulması için ihtar verilmesi şartı 25/7 maddesinde yazılmıştır. Uyuşmazlığın bu madde kapsamındaki bir ihtilaf olduğu gözetildiğinde Tüketici Mahkemesinin görevli olduğu sonucuna varılmalıdır" gerekçesiyle Tüketici Mahkemesi kararı bozulmuştur.

ancak "yazılı emir" yoluyla kanun yararına temyize gidilebiliyordu[410]. Ancak karar bozulsa bile temyiz, sonuca etkili olmuyordu. Yapılan değişiklikle önemli bir adil yargılanma hakkı ihlalinin ortadan kaldırıldığı söylenebilir. Zira bir firmanın ticarî faaliyetlerine ilişkin en önemli pazarlama araçlarından olan, o firmayı ve hatta tüm rekabet sistemini son derece etkileyen "reklamların durdurulması" ve "reklamların düzeltilmesi" kararlarına karşı yargı yolunun kapalı olması, çok yüksek meblağlardaki para cezasına[411] ilişkin ilk derece mahkemesi kararlarına karşı da temyiz yolunun kapalı olması 1982 Anayasası'nın 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanun'un 14.maddesiyle değişik "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile* ***adil yargılanma*** *hakkına sahiptir"* hükmü ile açık bir çelişki oluşturuyordu. Ancak bu haksız durum 5728 sayılı Kanun'la giderilmiştir.

e. Reklam Kurulu Kararlarının Adli Yargı Kararlarıyla Çakışması

RK'nun karar verme yetki ve sınırını belirleyen 4077 sayılı Kanun'un 16 ve 17.maddelerinin, Kanun'un amaç ve kapsam başlıklı 1 ve 2.maddelerindeki hükümlerle birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Aksi halde RK kararlarının, diğer idari merciler tarafından alınan kararların yanında, adli merciler tarafından verilen kararlarla da çakışması mümkündür.

(1) Ticaret Mahkemeleri Yönünden

Söz gelimi RK, işyerleri için sabit telefon hizmeti sunma faaliyetine girmeyi düşünen Netone A.Ş.'nin bir dergiye verdiği reklamda "*Ses tekeli sona eriyor… Çok yakında her şey çözülecek… Birbirimizle çok daha net*

---

410 Danıştay 10.Dairesi'nin 21.03.2005 tarih, 2004/9839 E., 2005/1182 K. sayılı yayınlanmamış kararı.

411 **Bozbel**, s.134. Yazar, söz konusu hükmün istismara açık olduğunu ifade etmektedir.

konuşacağız… Netone, yaygın altyapısı ve deneyimli kadrosuyla Telekom hizmeti vermek için hazır…" ifadeleriyle, "*yüksek tarife, formaliteler*" gibi ifadelerin "*düğümlenmiş yumak*" şeklindeki kablolara bağlandığı bir görüntü oluşturulduğu, reklam veren şirketin "*düğümlenmiş yumak*" görüntüsüyle bu hizmetleri veren Türk Telekom A.Ş.'yi kötülediği kanaatine varmıştır[412]. Bu olaydan önce, aynı olayın oldukça benzeri Borusan A.Ş. tarafından yapılan reklama da konu olmuş, ancak *Kurul kendisini **yetkisiz** görmüştür*[413]. RK'nun çok kısa zaman aralığıyla, hemen hemen aynı olayla ilgili olarak birinci olayda (Borusan reklamı) kendisini yetkisiz görürken, ikinci (Notone reklamı) olayda kendisini yetkili görmüştür. Kanaatimizce, RK'nun Borusan A.Ş.'nin reklamı yönünden verdiği yetkisizlik kararı yerindedir. Borusan A.Ş.'nin yaptığı reklama karşı RK'na yaptığı müracaattan sonuç alamayan TT Asliye Ticaret Mahkemesi'nde haksız rekabet davası açmış ve mahkeme de RK ile aynı sonuca, ancak farklı ve tatminkâr bir gerekçeyle varmıştır[414].

Karşılaştırmalı reklam bahsi, şimdiye değin 6762 sayılı TTK 56, 57 maddesi uyarınca birçok defa Ticaret Mahkemeleri ve Yargıtay kararlarına konu olmuştur. Yeni TTK'da ise "karşılaştırmalı reklam" 55/1 (a) (5) maddesinde açıkça düzenleme konusu yapılmıştır. RK tarafından rakip tacirlerin incitilmesi olarak görülen birçok reklamın, ticaret mahkemeleri tarafından hoşgörü sınırı içerisinde kabul edilmesi, dolayısıyla iki merciden birbirinden farklı kararların çıkması mümkündür. Nitekim ticaret mahkemeleri

---

412 RK'nun 11.05.2005 tarih ve 2004/176 dosyasında verilen kararı.

413 RK'nun 08.03.2005 tarih ve 114 sayılı toplantısında alınan karar. Söz konusu kararda RK, *reklamın tacirlere yönelik olduğu gerekçesiyle* kendisini ihtilafı çözmeye yetkili görmemiştir.

414 Ankara Asliye (5) Ticaret Mahkemesi nihai yargılama sonunda, "…reklamın karşılaştırmalı reklam niteliğinde olduğu, reklamın kurumsal şirketlere yönelik olduğu savunmasının yerinde olmadığı, görüşleri dikkate alınması gerekli hedef kitlenin "genel halk kitlesi" olduğu, zira reklamın ulusal bir gazetede de yayınlandığı, davalının reklamda davacı Telekom'un hizmetlerindeki aksamaları hedef aldığını, ancak bu aksaklıkların davacının "ses tekeli" nin kalkmasından çok daha önceki zamanlarda hallolunduğu, davalının da "Telekom" hizmeti vermek için davacının altyapısını kullanmak zorunda olduğu, davalının reklamdaki tavrının rakibi olan Telekom A.Ş.'yi "lüzumsuz yere incitici, yanlış ve yanıltcı olduğu ve haksız rekabet teşkil ettiği" gerekçesiyle davanın kabulüne karar vermiş, verilen karar Yargıtay tarafından onamıştır. Bkz. Ankara Asliye (5) Ticaret Mahkemesi'nin 21.09.2006 tarih ve 2004/490 E., 2006/420 K. sayılı kararı.

ve Yargıtay, karşılaştırmalı reklamlarda rakibin isminin zikredilmesini, RK'nun aksine, hiçbir zaman hukuka aykırılık sebebi olarak saymamıştır.

(2) Tüketici Mahkemeleri Yönünden

4077 sayılı Kanun'un 23/1 maddesindeki," Bu Kanunun uygulanmasıyla ilgili olarak çıkacak her türlü ihtilaflara tüketici mahkemelerinde bakılır" hükmü ile 23/5 maddesindeki "Gerekli hallerde tüketici mahkemeleri ihlalin tedbiren durdurulmasına karar verebilir" hükmü uyarınca, konu RK'na intikal etmiş olsun ya da olmasın, tüketici örgütlerinden gelecek talepler karşısında, tüketici mahkemeleri de, tüketici haklarını ihlal mahiyeti taşıyan reklamların tedbiren durdurulmasına karar verebilecektir. Şüphesiz Tüketici Mahkemeleri ile RK'dan farklı kararlar çıkması mümkündür.

(3) Fikri ve Sına Haklar Hukuk Mahkemeleri Yönünden

Bir reklamda rakibe ait tescilli markanın veya telif eserinin karşılaştırmalı reklama konu edilmesi halinde, tescilli marka veya eser sahibinin 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK veya 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun ilgili hükümleri uyarınca, bu kullanımın "marka ihlali" veya eserin çoğaltma ve yayma hakkının ihlali, markanın veya eserin kötülenmesi teşkil ettiği iddiasıyla Fikrî ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemelerinden, marka ihlalinin önlenmesi ve ihlal konusu reklamın durdurulmasını talep etme hakkı bulunmaktadır. Keza, bir reklamda kullanılan ve çoğu zaman RK tarafından hukuka aykırı ve yanıltıcı reklam olarak kabul edilen "en kaliteli", "süper", "has" ibarelerinin marka olarak tescil edilip edilemeyeceği hususunda Fikrî ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemelerine (FSHHM) dava konusu olabilmektedir. Dolayısıyla, RK'nun kanuna aykırı

diye nitelediği bir reklam ibaresinin, marka olarak tescilinin mümkün olduğuna FSHHM tarafından karar verilebilecektir.

RK tarafından hukuka aykırı reklam iddiasıyla soruşturmaya maruz kalan firmaların, bu soruşturma sonuçlansın veya sürsün, reklamın hukuka uygunluğu konusunda adliye mahkemelerine menfi tespit davaları, müştekilerin de haksız rekabetin tespiti davaları açmaları mümkündür.

Yukarıda ifade edildiği gibi, tüm bu durumlarda, farklı mercilerden çok farklı sonuçlar alınması mümkündür. Bununla birlikte, bu konulara ilişkin olarak Uyuşmazlık Mahkemesi'nin herhangi bir kararına tesadüf edilememiştir.

Tamamen bir özel hukuk süjesi olan reklamın hangi unsurları taşıması gerektiği, reklam sözleşmesi, reklam üzerindeki mali ve manevi haklar, hakkın kapsamı, saldırgan ve mütecaviz olup olmadığı, rakipler ve tüketiciler üzerindeki olumsuz etkileri vd. hep özel hukukun uygulama kapsamındaki konulardır[415]. 556 sayılı Markaların Korunması Hakkındaki KHK, 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkındaki KHK ve 554 sayılı Endüstriyel Tasarımlardan Doğan Hakların Korunması Hakkındaki KHK'lerin ilgili hükümleri uyarınca, **bir idari kuruluş olmasına rağmen,** Türk Patent Enstitüsü'nün kararlarına karşı Fikrî ve Sınaî Haklar Hukuk Mahkemelerinde dava açma zorunluluğu bulunmaktadır. Kanaatimizce, aynı mantıkla, RK'nun, mal ve hizmet piyasaları için son derece önemli olan ve piyasa üzerinde etkili rol oynayan "*reklamın durdurulması, geçici olarak durdurulması, para cezası veya düzeltilmesi*" kararlarına karşı da, bir ihtisas mahkemesi olarak yerine göre Ticaret Mahkemeleri, FSHHM veya Tüketici Mahkemelerinin denetim görevi üstlenmesi, yani yargı yeri olarak belirlenmesi daha yerinde olacaktır. Zira reklam, esasen tüm hukuki sonuçlarını ticarî piyasada göstermekte,

---

415 **Pınar**, "Reklam Hukukunun Esasları", s.540. Yazar, Kurul'un kararlarının idari bir karar olmasının dışında idare hukukuyla hiçbir ilişkisinin bulunmadığını, özel hukukun ve daha doğrusu ticaret hukukunun bir alt dalı olan reklam hukukuna ilişkin kararların idari yargıda görülmesinin başlı başına bir sorun olduğu, Kurul'un uygulamalarının karşılaştırmalı reklam konusunda AB'nin en katı uygulamalarına sahip olan Alman hukukuna nazaran daha da katı olduğu eleştirisinde bulunmuştur.

özellikle tüketici haklarını yakından ilgilendirmekte, daha çok özel hukuk kapsamında etki ve sonuç doğurmaktadır. Böylelikle, aynı konuda idari ve adli makamlardan farklı ve çakışan sonuçlar alınmasının önüne geçilecektir. Mal ve hizmet piyasalarının en önemli pazarlama araçlarından biri olan "reklamlara", tamamen kamu hukuku mantığıyla ve kamu otoritelerince yön verilmesi ve çok sıkı denetim altına alınması, demokratik ülke ve liberal ekonomi gerekleriyle bağdaşmamaktadır.

f. Karşılaştırmalı Reklamlara İlişkin Reklam Kurulu Kararları

RK kararlarında, hukuka uygun olmayan karşılaştırmalı reklamlar daha ziyade, yanıltıcı ve aldatıcı oldukları, ispat edilebilir nitelikte olmadıkları, farklı tür ürünlerin (aynı amaca hizmet etmeyen) karşılaştırma konusu yapıldığı, rakip tacirleri incitici nitelikte oldukları ya da sadece kanuna aykırı oldukları gerekçelerine dayandırılmıştır.

(1) Aldatıcı Reklam Karşılaştırmaları

RK kararına konu bir olayda, reklam kataloğunda yer alan "*CarrefourSA, temel yüzlerce üründe piyasa fiyatlarını düzenli olarak araştırır ve ucuz fiyatları sunmayı garanti eder. CarrefourSA'larda yaptığınız alışverişlerde her zaman karlı çıkarsınız, çünkü en bol çeşidi ve en kaliteli ürünleri en ucuza satın almanızı sağlıyor. CarrefourSA, haftada yaklaşık 45.000 adet ürün için 19 rakibin, 80 noktadaki mağaza fiyatlarını düzenli olarak araştırıyor ve en ucuz fiyatları sunmayı garanti ediyor*" ibareleri, RK tarafından, reklamda yer alan ürünlere ilişkin "en ucuz", "en bol çeşit" ve "en kaliteli" ibareleri ile reklamda indirim öncesi fiyatlarla, indirim sonrası fiyatların belirtilmemiş olmasının, gerçeğe aykırı ve tüketicileri aldatıcı nitelikte olduğu ve 4077 sayılı Kanun'un 16.maddesini ihlal ettiği gerekçesiyle para cezası ve

reklamın durdurulmasına karar vermiştir[416]. RK'nun kararı isabetsizdir. Zira doğrudan tüketicilerin aldanmalarına yol açacak somut bir bilgi sunulmamıştır. Reklam daha çok rakip tacirleri ilgilendirmektedir. Reklamda gerçeğe aykırı bir bilgi tespit edilememiştir. 45.000 ürün çeşidinin yer aldığı ve çok değişik müşteri kitlesine hitap eden bir mağazaya ilişkin reklam kataloğu sebebiyle müşterilerin ne şekilde aldanma ihtimali olduğu kararda tartışılmamıştır. Reklamla verilmek istenen mesaj, reklama konu mağazanın birçok üründe en ucuz fiyatla mal satmasıdır. Zaten reklam veren de tüm ürünlerde değil "yüzlerce temel üründe" en ucuz fiyata mal sattığını iddia etmiştir. Ayrıca "En kaliteli", "en bol çeşit" ifadeleriyle yapılan sübjektif ve soyut iddiaların Kurul tarafından aldatma gerekçesi sayılması da doğru olmamıştır.

RK'na konu başka bir olayda, bir mobilya mağazası internet ve TV reklamında "***Son moda koleksiyonlar Alfemo'da Beyaz Evim Paketi 3.990 TL***" ifadelerinin varlığına rağmen, aynı ürün paketi içerisinde farklı fiyatlara sahip başka malların da bulunduğu ve farklı mallarla fiyatların 5.300,00 TL'ye kadar çıktığı, ancak bu durumun reklamda belirtilmediği gerekçesiyle reklam aldatıcı nitelikte bulunmuştur[417]. RK'nun burada hedef tüketici kitlesinin kim olduğu ve reklamı ne şekilde aldatıcı bulduğunu tartışmadığı görülmüştür. Soruşturulan firmanın 3.990,00 TL'ye mobilya paketi sattığı hususu doğru bir bilgidir. Bir mobilya paketi alıcısı, paket halinde ve toplu ürün aldığı için, paketin neleri kapsadığını, farklı ürün alternatifleri olabileceğini ve farklı alternatifler halinde fiyatların artabileceğini, reklamda sunulan fiyatın en düşük fiyat olduğunu bilir. Reklamda aldatıcılık unsuru gözükmemektedir. RK'nun söz konusu reklamı durdurması serbest piyasaya müdahale niteliğindedir.

---

416 RK'nun 12.04.2011 tarih ve 2010/935 dosyasında verilen kararı. Benzer bir olayda Alman Bölge Mahkemesi, tamamen aksi yönde karar vermiştir. Bkz. OLG Beremen, **WRP**, 2004, s.505 – "Die Tiefsten Preise".

417 RK'nun 12.04.2011 tarih ve 2010/920 dosyasında verilen kararı.

RK, Turkcell tarafından yapılan reklamda yer alan "**Türkiye'nin En Çok Tercih Edilen, En Hızlı Mobil Modemi Türkcell 3G Vınn**" ifadelerini, "diğer mobil modemlerden bazıları ile aynı veri indirme ve yükleme hızlarına sahip olduğu" gerekçesiyle gerçeğe aykırı reklam niteliğinde olduğu gerekçesiyle 4077 sayılı Kanun'un 16.maddesi uyarınca reklamın durdurulması ve 67.200,00 TL para cezasına karar vermişti[418]. Bir başka firmayla birlikte de olsa, Türkcell'in en hızlı bağlantı sağlayan mobil modem hizmeti sunduğu hususu gerçeğe uygundur. Reklam veren Türkcell'in "tek başına en hızlı" hizmet sunduğuna ilişkin bir iddiası ise bulunmamaktadır. Rakip firmalardan bazılarının da bu hizmeti sunuyor olması reklama konu gerçeğin ispat edilemediği anlamına gelmez. Karar son derece isabetsizdir.

RK kararına konu bir olayda, yakıt katkı maddesiyle ilgili olarak broşür ve internet yoluyla yapılan bir reklamda **"**"Bor Power Nanofuel **Yakıtta %10'un üzerinde tasarruf, motor gücünde %10 artış, yağ ömründe artış, motor ve şanzıman seslerine son, rektifiye ömründe maksimum artış, yağ eksiltmeye son, hararet sorununa son, egzoz gazlarında %15 azalma"** ifadeleri kullanılmış, soruşturma başlatılmasından sonra reklam veren firma, söz konusu sonucun Sakarya ve KTO Karatay Üniversitesi tarafından yapılan bilimsel inceleme ve raporlarla da tespit edildiğini savunmuştu. Reklam veren, reklamda yakıt katkısı katılmış olan ve olmayan araçlardaki güç miktarını karşılaştırmalı reklam konusu yapmıştır. RK, sunulan bilimsel raporların, reklamdaki sonucu desteklemediği, testlerin sadece dört araç üzerinde yapıldığı, araçlardaki güç artışının araçların türüne göre %4 – 10 arasında değiştiği gerekçesiyle reklamın 4077 sayılı Kanun'un 16.maddesine aykırı olduğu kararına varmıştır[419]. RK'nun kararı, gerekçesi itibariyle bizce de yerindedir. Zira reklam broşüründe, tüketicilerin hangi test sonuçlarına göre bu sonuca ulaşıldığını kolaylıkla anlamasına yarayacak

---

418 RK'nun 12.04.2011 tarih ve 2010/699 dosyasında verilen kararı.

419 RK'nun 11.10.2011 tarih ve 2010/908 dosyasında verilen kararı. RK, benzer bir olayda da bir internet sitesinde yer alan "Mazottan %30, LPG'den %20 tasarruf" başlıklı reklamın bilimsel araştırma veya test sunucu raporlarla kanıtlanamadığı gerekçesiyle reklamın 4077 sayılı Kanun'un 16.maddesine aykırı olduğu sonucuna varmıştır. Bkz. RK'nun 13.01.2009 tarih ve 2009/13 dosyasında verilen kararı.

bilgilerin verilmesi, ayrıca güç artışının araç cinsine göre değiştiğini bildirmesi ve gerçek güç artışlarını göstermesi gerekirdi.

Bir başka olayda RK, AVEA A.Ş.'nin "**Dev transfer – 5 – 3 – 2**" sloganlı reklamda, numarasını Avea'ya taşıyan kişiler için 6 fatura dönemi boyunca vergiler dahil 20,00 TL, sonrasında 29,00 TL olduğuna ilişkin, *tüketicinin satın alma kararını etkileyecek nitelikte bilgilere* alt yazıda yer verilmesi ve ana vaat kısmında yer verilmemesinin tüketicileri yanıltıcı ve aldatıcı nitelikte olduğuna karar vermiştir[420]. RK'nun kararlarında, Reklamlarda Altyazı ve Dipnotlara ilişkin Tebliğ'in 5.maddesine dayanarak "*tüketicinin satın alma kararını etkileyecek nitelikteki bilgiler*" yönünden reklamın değerlendirilmesi yerinde bir davranış olmuştur. Bununla birlikte doğru olan, sadece alt yazılı reklamlarda değil, tüm reklam mesajlarının, ortalama tüketici kitlesinin satın alma kararına etki edecek nitelikte olanları dikkate almasıdır.

(2) Farklı Ürünlerin Karşılaştırma Konusu Yapılması

RK kararına konu olan "**anti bakteriyel özelliği olan sabunlar, bu özelliğe sahip olmayan sabunlarla**" karşılaştırılmasına ilişkin reklam, "*reklama konu ürünlerin birbirlerinin yerine ikame edilebilir, eşdeğer veya aynı amaca veya ihtiyaca hizmet eder nitelikte olmadığı*" gerekçesiyle 4077 sayılı TKHK'nun 16.maddesine aykırı bulunmuş, reklamın durdurulmasına ve para cezasına karar verilmiştir[421]. RK'nun kararı isabetsizdir. Zira Kanun'da geçen "**aynı ihtiyacı karşılama veya aynı amaca yönelik olma**" şartının geniş olarak yorumlanması gerekir. Somut olayda, karşılaştırılan her iki ürün de temizlik maddesi olup, "temizlik ihtiyacını karşılamaya yönelik" olmaları sebebiyle de aynı ihtiyacı karşılayan ürünlerdir.

---

420 RK'nun 27.09.2011 tarih ve 2011/982 dosyasında verilen kararı

421 RK'nun 12.04.2011 tarih ve 2010/673 dosyasında verilen kararı.

RK'nun önüne gelen başka bir olayda, Türk Telekom A.Ş.'nin "**sabit ev telefonundan cep telefonunu dakikası 6,5 kuruştan arama**" hizmetlerine ilişkin reklamla ilgili olarak "*en ucuz tarifeyle hizmet sunulduğunun iddia edildiğini, oysa GSM şirketlerinin "Evden Cebi Arama Devri Başladı" isimli kampanya ile aynı nitelik ve özellikte, yani akşam 7 ile sabah 7 arasında cep telefonlarını arama imkânı sunan bir seçenek sunulmadığı*" gerekçesiyle reklamı yanıltıcı ve dürüstlük kuralına aykırı bulmuş, reklamın durdurulması ve 68.678,00 TL para cezasına karar vermiştir[422]. RK kararı son derece isabetsizdir. Esasen reklama hedef tüm ortalama tüketiciler, söz konusu reklamda, sabit telefon hizmetleriyle cep telefonu hizmetlerinin karşılaştırıldığını anlarlar. *Reklamı yapılan hizmet*, "**akşam 7 ile sabah 7 saatleri arasında cep telefonunu arama**" hizmetidir. Reklam veren Telekom, kendisinin bu hizmeti en ucuza sağladığını iddia etmektedir. Reklamda rakip gösterilen firmalar, cep telefon hizmeti sunan GSM şirketleridir. Şüphesiz rakip firmalar da belirlenen saatler arasında cep telefonlarını arama hizmetleri sunmaktadır. Her iki hizmet de birbirine alternatif olabilecek aynı amaca yönelik hizmetlerdir. Rakip şirketlerin de aynı saatleri içeren kampanya düzenlemeleri gerekmez. Ancak Telekom'un söz konusu reklam sebebiyle, benzer bir kampanya düzenlemeye teşvik edilmiş olurlar. Karşılaştırmalı reklamın da en büyük faydalarından biri tezahür etmiş olur. Reklamda gerçeğe aykırılık da iddia edilmediğine göre reklam aldatıcı değil, hukuka uygun bir karşılaştırmalı reklam niteliğindedir. RK'nun tavrı serbest piyasa ekonomisine aykırı haksız rekabetçi bir davranıştır.

(3) Rakip Tacirleri Kötüleme

"Mercedes'inizi kime teslim ettiğinize dikkat edin. Tüm Mercedes – Benz araçlarınızı işin ustasına, yani sadece Mercedes – Benz Yetkili Servisi'ne teslim edin" ifadelerini ve "araba parçalarının çengellere asılmış

422 RK'nun 14.10.2011 tarih ve 2010/697 dosyasında verilen kararı.

olduğu tamirhane" görüntülerini içeren bir gazete reklamı, RK tarafından "*diğer oto tamirhane ve özel servislerin güvenli olmadığını ima ettiği, bu durumun oto sanatkârlığı meslek mensuplarına yönelik haksız rekabet oluşturduğu, kötüleme içerdiği*" gerekçesiyle 4077 sayılı Kanun'un 16.maddesine aykırı bulmuş ve 67.200,00 TL para cezası ile reklamın durdurulmasına[423] dair RK kararı isabetli değildir. Zira her şeyden önce bir reklamda rakip tacirler arasında haksız rekabet bulunup bulunmadığını belirleme yetki ve görevi RK'na değil hukuk mahkemelerine aittir. Ayrıca reklamda belirli bir rakip tacir hedef alınmamış olup, asıl amaç kendi hizmetlerini övmektir. Reklamın hedef kitlesi, pahalı bir araç olan Mercedes marka araçların sahipleri olup, çok para ödenerek alınan mal ve hizmetlere ilişkin olması nedeniyle bilinçli bir kesime hitap etmektedir. Reklamda gerçeğe aykırı bir beyan ve ifade bulunmamaktadır. Reklamda, "çengellere asılmış araç parçaları" görüntüsü, reklamda "ironi" kullanılması olup, mizahi üslupla kullanılan ifade ve görüntüleri hedef tüketici kitlesi kötüleme olarak algılamayacaktır. Büyük masraf ve emeklerle hazırlanan reklamların, hukuka uygun olmayan sebeplerle durdurulması ve yüksek para cezasına çarptırılması liberal ekonominin özüne ve rekabet serbestisine aykırıdır.

AVEA A.Ş.'nin reklamında kullanılan "Heh yine Göteborg ile eşleşmişiz! Ya böyle fatura mı olur ya? Ya ben bunun 3 tanesiyle Veli'yi satın alırım ya!...biz burada parasızlıktan 11 denkleştiremiyoruz gelen faturaya bak 8+Selçuk çıkarıyorum sahaya ya..." ifadeleriyle, rakip operatörlerin fahiş fiyat uyguladıkları, Avea'nın diğer operatörlerden daha ucuz olduğu algısı yaratmaya çalışarak rakiplerin kötülendiği ve haksız rekabete neden olunduğu sonucuna ulaşmıştır[424]. RK'nun, doğrudan tüketicileri ilgilendirmeyen bu ibarelere müdahale ederek reklamı hukuka aykırı bulması yetki sınırının aşımı niteliğindedir. Rakiplerin kötülenmesi ve haksız rekabetçi bir davranış varsa bundan rahatsız olması gereken rakip tacirlerdir. Rakip tacirlerin hak arama yeri ise, haksız rekabet kurallarına dayalı olarak dava açacakları hukuk mahkemeleridir. Kanımızca,

---

423 RK'nun 12.04.2011 tarih ve 2010/901 dosyasında verilen kararı.
424 RK'nun 27.09.2011 tarih ve 2011/982 dosyasında verilen kararı

mizah unsurunun kullanıldığı reklam konusu bu ibareler hiçbir şekilde haksız rekabet doğuracak nitelikte değildir.

RK, Türk Telekom A.Ş.'nin bir reklamda kullandığı "**... Öyle ya siz size, göz göze, diz dize paketleri, sen kontörlü ben faturalı ayrımı yok**" ifadelerini, rakip Turkcell A.Ş.'nin "BizBize" isimli tarifelerini kastederek, rakip firmanın alay konusu yapıldığı gerekçesiyle 4077 sayılı Kanun'un 16.maddesine aykırı bulmuştur[425]. Kurul'un, bu reklamda da mizahı hoşgörüsüz şekilde yaklaştığı görülmektedir.

RK, Media Markt isimli işletmeye ait reklamlarda "*Ben Aptal Değilim*", ifadesinin kullanılmasını, aynı sektörde faaliyet gösteren diğer tüm firmaların kötülenmesi olarak görmüş ve reklamı bu sebeple Reklam Yönetmeliği'ne aykırı bulmuştur[426]. Kanımızca söz konusu ibarenin hoş görülebilir bir reklam olarak görülmesi gerekirdi[427]. Ayrıca ibarenin doğrudan diğer tacirleri hedef alması nedeniyle ancak hukuk mahkemelerinde açılacak davalara konu olabilecek bir reklam olduğunu söylemek gerekir.

RK, Akbank A.Ş.'ye ait bir TV reklamında "*Hayatta doğru olanı yapmanın yeri ve zamanı yoktur*" ifadesinin yer aldığı reklamda, "Hyundai Coupe" markalı otomobilin, "kabalığın, kural tanımazlığın ve trafik terörünün simgesi olarak" gösterildiği, oysa bu mesajın hiçbir marka göstermeden de iletilebileceği halde, başka tacire ait marka ve modelin kötülendiği sonucuna varmıştır[428]. Tek amacı tüketicilerin korunması olan RK'nun bir banka

---

425 RK'nun 14.10.2011 tarih ve 2010/697 dosyasında verilen kararı.

426 RK'nun 10.08.2010 tarih ve 2010/260 dosyasında verilen kararı. Aynı firmanın daha önce yaptığı "Televizyonda pahalı fiyata atlayacak kadar sazan mıyım?", "Çamaşır Makinesinde Kazığa Razı Olacak Kadar Koyun muyum?", "Fotoğraf Makinesi Alırken Sağılacak İnek miyim?", "Cep Telefonunda Kazık Yiyecek Kadar Kuş Beyinli miyim?", "Bilgisayara Fazla Para Ödeyecek Kadar Kaz Kafalı mıyım?" ibarelerini içeren reklamları sebebiyle RK tarafından daha önce de cezaya çarptırılmıştır. Bkz. RK'nun 11.11.2009 tarih ve 2009/719 dosyasında verilen kararı.

427 Media Markt'ın aynı sözcüğün Almancası olan "ICH BIN DOCH NICHT BLÖD" şeklindeki reklam sloganının Almanya'daki kullanımı sebebiyle açılan haksız rekabet davası sonunda, Karlsruhe İstinaf Mahkemesi söz konusu ifadeyi rakiplere yönelik rekabetçi ve onları aşağılama ihtimali düşük olan hukuka uygun bir eylem olarak nitelemiştir. Bkz. OLG Karlsruhe **WRP** 1997, 865.

428 RK'nun 11.10.2004 tarih ve 2004/34 dosyasında verilen kararı.

reklamında kullanılan araç markası konusunda kendisine görev yüklemesi son derece yersiz olmuştur. Konu tamamen markanın başkalarınca izinsiz ve haksız kullanımı sonucu marka ihlalini ilgilendirmektedir. Söz konusu ihtilafa bakma görevi Fikrî ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemeleridir.

Kurul'un kararlarına konu, rakipleri kötüleme niteliğinde gördüğü en uç kararlardan biri de "Banvit beyaz hindi" ve "Pınar beyaz hindi" reklamlarıdır. Kurul, "siyah hindinin eti sert olur, sonra çok zor pişer, oysa beyaz hindi öyle mi? Beyaz hindi çok kolay pişer ve eti de yumuşacıktır"[429] ve "kara hindi bildiğiniz hindidir, kara kurudur, serttir ve ekşidir. Yılbaşlarının nazlı niyazlı assolistidir. Kolay kolay sahneye çıkmaz"[430] sloganlarını içeren reklamları, dürüst rekabet ilkelerine aykırı ve "bronz-siyah hindi etinin kötülenmesi" olarak görmüştür[431]. Kurul, bu kararda reklamın en temel özelliği olan "övme ve övünme aracı" olması özelliğini dahi inkâr eder nitelikte, düşünce ve ifade özgürlüğüne zıt, reklamda *yaratıcılığı önler bir yaklaşım sergilemiş*, reklamda mizaha oldukça kapalı olduğunu bir kez daha göstermiştir. Öte yandan, reklamda tüketicileri aldatan bir durum da söz konusu olmayıp, iddialar tüketici hukukunu da ilgilendirmemektedir.

(4) Rakibin Mal, Hizmet veya Marka Adlarına Yer Verilmesi

RK, 4077 sayılı Kanun'un 16.maddesinde olmamasına rağmen, Reklam Yönetmeliği'nin 11.maddesiyle getirilen, "**reklamda rakip firmanın mal, hizmet veya marka adlarına yer verilmesi**" hususunu da zaman zaman soruşturma konusu yapmaktadır

RK, Kipa A.Ş.'nin bir broşürde "*Rakip M, Market T, Market M*" şeklinde rumuzlarla fiyat karşılaştırması yaparken aslında rakipleri "Tansaş" ve "Migros" mağazalarını *ima ettiğini* ve böylelikle, karşılaştırmalı reklamlarda

---

429 RK'nun 10.05.2005 tarih ve 2005/54 sayılı dosyasında verilen karar.

430 RK'nun 10.05.2005 tarih ve 2005/54 sayılı dosyasında verilen karar.

431 **İnal / Baysal**, s.65, 95. Yazar, Kurul'un aşırı derecede katı, özgürlükçü olmayan denetim politikası gütmekle, bazen de hukuk dışı değerlendirmeler yapmakla eleştirmiştir.

rakiplere ait markaları kullanmama yasağının ihlal edildiği gerekçesiyle reklamı 4077 sayılı Kanun'un 16.maddesine aykırı bulmuştur[432].

RK, Türk Telekom A.Ş.'nin bir reklamda kullandığı "*… Öyle ya siz size, göz göze, diz dize paketleri, sen kontörlü ben faturalı ayrımı yok*" ifadeleriyle, rakip Turkcell A.Ş.'nin uzun yıllardır kullandığı "BizBize" isimli tarifelerini çağrıştıran bir ifadeye reklamda yer vermek suretiyle, Reklam Yönetmeliği'nin 11/1 (a) maddesindeki, karşılaştırmalı reklamda rakiplerin mal ve hizmet isimlerine yer verilmesi yasağına aykırı davrandığı sonucuna varmıştır[433].

RK bir başka olayda, Vestel A.Ş.'nin Hürriyet Gazetesi'nde yayımlanan bir habere atıfta bulunarak "*Bu yıl da yerimizde saydık*" başlıklı reklamda, *"ISO 500 Türkiye'nin 500 Büyük Sanayi Kuruluşu 2003 Raporu, İhracat Tutarına Göre İlk 10 Firma*" sıralamasında, kendi firma isminin yanında, karşılaştırmalı reklam ilkelerine aykırı şekilde diğer firmaların isimleri ve ihracat tutarlarının da gösterildiği gerekçesiyle reklamın 4077 sayılı Kanun'un 16.maddesine aykırı olduğu sonucuna varmıştır[434].

RK'nun yukarıda bahsi geçen kararları son derece isabetsizdir. Zira 4077 sayılı Kanun, karşılaştırmalı reklamda rakiplerin ya da onlara ait mal ve hizmetlerin isim veya markalarının reklamda yer almasını yasaklamamıştır. Esasen böyle bir yasak konulması da karşılaştırmalı reklamın özüne aykırıdır. Somut olayda rakip firmanın hizmetinin adı da kullanılmış değildir. Ancak RK'na göre, rakibin reklamda tanımlanmış sayılması için, rakibin sunduğu mal veya hizmetin adının kullanılmasının **ima edilmesi dahi yeterlidir**. Bu ve benzeri uygulamalardan RK'nun temel felsefesine göre karşılaştırmalı reklam hukuka aykırı bir reklam tipidir. Oysa liberal ekonomilerin tamamında karşılaştırmalı reklam, hem tüketicilerin, hem de

---

432 RK'nun 16.12.2008 tarih ve 2008/601 dosyasında verilen kararı.

433 RK'nun 14.10.2011 tarih ve 2010/697 dosyasında verilen kararı. RK, benzer bir olayda "Pril Perfect" markalı ürüne ilişkin reklamda, reklam konusu malın rakip tacirlere ait "Calgonit" markalı 3 ayrı ürünle karşılaştırılmasına ilişkin reklamda, Reklam Yönetmeliği'nde yer alan karşılaştırmalı reklamda rakiplere ait malların markalarının gösterilmesi yasağına aykırı hareket edildiği ve bu sebeple reklamın hukuka aykırı olduğu sonucuna varmıştır. Bkz. RK'nun 13.01.2009 tarih ve 2008/668 dosyasında verilen kararı.

434 RK'nun 11.01.2005 tarih ve 2004/167 sayılı dosyasında verilen kararı.

rakip tacirlerin ve kamunun genel menfaatine uygun, desteklenmesi gereken bir ticarî uygulama biçimidir[435].

(5) Kanuna Aykırılık

RK, bazen de belirli mal ve hizmetler ya da meslekler için var olan reklam yasakları nedeniyle karşılaştırmalı reklamın hukuka uygun olmadığına yönelik kararlar vermektedir.

RK, bir sistem karşılaştırmasına ilişkin olarak *"… Laparaskopi Cerrahi ile Ameliyat korkusu tarih oldu!...Ürolojide Laparaskopik ameliyatlar Prof. Dr. Tibet Erdoğdu ve uzman kadrosu tarafından gerçekleştirilmektedir*" ifadelerini içeren reklamı, 1219 sayılı Tababet ve Şuabat San'atları Tarzı İcrasına Dair Kanun, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi ve Özel Hastaneler Yönetmeliğine ve Reklam Yönetmeliğine aykırı olduğu gerekçesiyle reklamın durdurulmasına karar vermiştir[436].

RK, bir başka olayda "…*Eximer Lazer'le gözlük ve lenslerinizden %50 indirimle kurtulun*" sloganlı reklamı, talep yaratmaya yönelik reklam mahiyetinde olduğu, 1219 sayılı Tababet ve Şuabat San'atları Tarzı İcrasına Dair Kanun, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi ve Özel Hastaneler Yönetmeliğine ve Reklam Yönetmeliğine aykırı olduğu gerekçesiyle reklamın durdurulmasına karar vermiştir[437].

RK, Tarım Bakanlığından izin alınmadan üretilen "arı sütü – polen" isimli ürünlere ilişkin bir reklam broşüründe "*Kırmızı Ginseng kullanım alanları: yorgunluk, bitkinlik ve kuvvetten düşmenin giderilmesinde strese karşı organizmanın korunmasında, cinsel aktivitenin arttırılmasında ve diğer birçok alanlarda kullanılmaktadır*" ifadelerini, hastalıkları iyileştirme ve tedavi

---

435 2006/114 sayılı Karşılaştırmalı ve Aldatıcı Reklamlara İlişkin AB Yönergesi'nin 6 ve 8 no'lu başlangıç maddeleri.

436 RK'nun 14.10.2011 tarih ve 2010/686 dosyasında verilen kararı.

437 RK'nun 14.10.2011 tarih ve 2010/656 dosyasında verilen kararı.

etme iddiası sebebiyle tüketicileri yanıltıcı, 5179 sayılı Gıdaların Üretimi, Tüketimi ve Denetlenmesine Dair Kanun, Gıda Yönetmeliği, Türk Gıda Kodeksi ve Reklam Yönetmeliğine aykırı bulmuştur[438].

RK, aslında "5 yıldızlı otel ve turizm işletme belgesi" sahipli bir otelin reklam kataloğunda, "*1.sınıf tatil köyü*" olarak tanıtımının yapılmasını, Kültür Bakanlığı'nın 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nu esas alarak hazırladığı "Turizm Tesislerinin Belgelendirilmesine ve Niteliklerini İlişkin Yönetmelik" in 16.maddesine ve Reklam Yönetmeliği'ne aykırı olduğu sonucuna varmıştır[439]. Söz konusu Yönetmeliğin 19.maddesinde beş yıldızlı otellerin nitelikleri, 21.maddesinde ise tatil köylerinin nitelikleri sayılmış,16.maddesinde ise turizm tesislerinin Bakanlık'tan alınan belgeye uygun şekilde tanıtılması, tüketici hakları açısından tesis bilgilerinin doğru şekilde verilmesi şartı getirilmiştir. 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nun 31.maddesinde, Yönetmelik hükümlerine aykırılık halinde uyarma ve para cezaları verilebileceği, 33/1 (c) maddesinde ise "*Belge sahibinin yazı, **reklam**, afiş, broşür ve benzeri araçlarla Bakanlığın veya **müşterilerin yanıltılması veya yanıltıcı unvanlar kullanılması** veya müşteriye taahhüt edilen hizmetin verilmemesi veya eksik verilmesi veya bu hizmetin en az eşdeğer nitelikleri haiz bir işletmede verilmesinin sağlanmaması hallerinde 5.000,00 TL idari para cezası verilir*" şeklindeki düzenleme ile belge sahiplerinin yanıltıcı reklam yapmaları halinde hangi tür cezaya çarptırılacakları özel şekilde düzenlenmiştir. Keza Kanun'un 31/1 (b) maddesinde, 33.maddedeki para cezalarının "*Kültür Bakanlığı denetleme elemanlarınca*" verileceği açıkça hükme bağlanmıştır. Bu denli özel düzenleme karşısında, RK'nun genel düzenlemelere izafeten ceza vermesi açık bir yetki aşımı olarak görülmelidir.

RK, bir özel öğretim kurumunun "*Son altı yılda Türkiye'nin en başarılı okulu*" başlıklı reklama rağmen, reklamı yapan okulun bu nitelikte bir başarısının bulunmadığının Milli Eğitim Müdürlüğü'nden gelen cevabi

---

438 RK'nun 14.10.2011 tarih ve 2010/712 dosyasında verilen kararı.
439 RK'nun 14.10.2011 tarih ve 2010/704 dosyasında verilen kararı.

yazıdan anlaşılması nedeniyle, Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliği'nin 27.maddesi ve 4077 sayılı Kanun'un 16.maddesine aykırılık kararı vermiştir[440]. Gerçekten de 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun 11/3 maddesinde yer alan "*Kurumlar, ancak amaçlarına uygun tanıtıcı mahiyette reklam ve ilân verebilirler. Bu kurumlar* ***reklam ve ilânlarında gerçeğe aykırı beyanlarda bulunamazlar*** *ve televizyonda reklam ve ilân yapamazlar*" hükmüne rağmen, soruşturulan kuruluşun gerçeğe aykırı reklam yaptığı, ancak ne kanunda ne da kanunun uygulanmasına ilişkin Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliğinde bu eylem için herhangi bir ceza öngörülmemiş olması karşısında, RK'nun 4077 sayılı Kanun'un 16.maddesine göre uygulama yapmasının yerinde olduğu kanaatine varılmıştır.

C. Reklam Özdenetim Kurulu

2006/114 sayılı Karşılaştırmalı ve Aldatıcı Reklam Yönergesinin 18 no'lu başlangıç maddesi ile 6.maddesinde, üye ülkelerin aldatıcı ve karşılaştırmalı reklamlarla ilgili olarak adli ve idari denetimin yanında, kendi çalışma ilkeleri olan özdenetim kurullarınca da denetlenmesine imkân verebilecekleri ifade edilmiştir. Reklam özdenetim kuruluşları, ABD ve AB'nin pek çok ülkesinde etkin şekilde faaliyet göstermekte, hızlı, masrafsız ve etkili kararlar almaktadır[441].

Ülkemizdeki reklamları MTO tarafından çıkartılan Reklam ve Pazarlama Esasları kurallarına göre ve başta doğruluk, dürüstlük ve ahlak kuralları olmak üzere birçok konuda, şikâyet üzerine veya re'sen incelemek üzere 1994 yılında Reklam Verenler Derneği ve Reklamcılar Derneği üyeleri ile çeşitli reklam mecraları tarafından oluşturulan **Reklam Özdenetim Kurulu** (**RÖK**) bulunmaktadır. Kurul, MTO Reklam Esasları'na aykırı bulduğu

---

440 RK'nun 14.10.2011 tarih ve 2010/691 dosyasında verilen kararı.

441 **İnal/Baysal**, s. 100 - 101.

reklamların düzeltilmesi ya da yayınlanmamasını reklam veren tacirden talep etmektedir. RÖK'ün bu hizmeti aynı zamanda reklam verenlere ve medyaya, kamusal denetim organlarının (mahkemeler, RK) yaptırımlarından korunmak için, **tavsiye niteliğindedir**[442]. **Amacı**, reklam ajanslarına, reklam verenlere ve reklam mecralarına, özdenetim anlayışını ve MTO'nun reklam esaslarını benimsetmektir. Bu sayede mahkemeye gitmeden, hızlı ve masrafsız yoldan diyalogla sorunun giderilmesine çalışılmaktadır. Bu özelliğiyle RÖK, bir alternatif çözüm organı olarak görülebilir.

RÖK, halen reklam verenlerden 7, reklam ajanslarından 7, reklam mecralarından 10, tüketici dernekleri, üniversite ve İstanbul Barosu'ndan birer kişi olmak üzere toplam 28 kişiden oluşmaktadır. Kurul kararlarını oyçokluğuyla almakta, yargıya intikal etmiş şikâyet ve ihtilaflarla ilgilenmemektedir.

RÖK, kurulduğu 1994 yılından bu yana toplam 2356 ihtilafı karara bağlamıştır. Bunlardan karşılaştırmalı reklamlar ile ilgili olanlar 336 adettir. Söz konusu rakamın, 109 adedi reklamda aldatıcılık, 192 adedi rakibin kötülenmesi, 22 adedi ticarî itibardan haksız yararlanma ve 11 adedi de tanıklı reklamlarla ilgili olduğu anlaşılmıştır[443]. RÖK, tüm çabalara rağmen istenilen düzeyde etkinliğe ulaşamamıştır. Bu sonucun en büyük sebeplerinden biri de RK'nun, RÖK'ü bir yardımcı kuruluş olarak kabul etmemesi ve kararlarına herhangi bir rol biçmemesinden kaynaklandığı savunulmuştur[444].

Kurul kararlarını vermeden önce, soruşturduğu reklam sahibi tacirin görüş ve düşüncelerini almakta, inceleme sonucu ulaştığı kanaatini de reklam verene bildirmektedir. Eğer reklamı Reklam Esasları'na aykırı görürse reklam yayınının durdurulmasını rica eder. Aksi takdirde ulaştığı kanaat

---

442 http://www.rok.org.tr/misyon.html , s.y., 30.01.2012.

443 http://www.rok.org.tr/incelenendosya.asp, s.y., 30.01.2012.

444 **İnal/Baysal**, s. 101. Yazar, RÖK'nun etkin bir hale gelebilmesi için yapısal değişiklikler ve reformların gerekli olduğunu, sağlanacak etkinlikle idari denetimin iş yükünün de hafifletileceğini savunmuştur.

sonucunu medyayla paylaşacağını reklam verene bildirir. Kurul'un görüşüne karşı itiraz yapıldığında, kurul kendi görüşünü yeniden gözden geçirmekte, yerine göre görüş değişikliğine gidebilmektedir[445]. Kurul kararlarının hiçbir şekilde bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Bununla birlikte, RK veya mahkemelerin, RÖK kararlarını dikkate alması mümkündür.

Yargıtay bir kararında, dava konusu reklamın RÖK tarafından da hukuka aykırı bulunmasına anlam yüklemiştir[446].

RÖK, gönüllü bir özdenetim kuruluşu olarak hukuka aykırı karşılaştırmalı reklamlar ile aldatıcı reklamlarla mücadelede etkili bir mücadele aracı olarak desteklenmesi gereken bir kuruluş ise de, maalesef Reklam Yönetmeliği'ndeki bazı temel hatalara Kurul'un da düştüğü anlaşılmaktadır. RÖK, çalışma usul ve esaslarıyla ilgili beyannamesinde, MTO'nun Reklam Esasları'na uymayı ve bu kuralları benimsetmeyi amaç edindiğini ileri sürmekte ise de, RÖK'ün Reklam Esasları'nın 11.maddesinde yer alan;

"… Karşılaştırmalı reklamlarda… **Karşılaştırılan ürün, hizmet ya da marka adının belirtilmemesi**" …karşılaştırma yapılırken **belli bir rakibin ürününü çağrıştıran ögeler** (ambalaj şekli, kurumsal renk vb.) **kullanılamaz**. Reklamda iki ürünün de görüntüsüne yer verildiği hallerde, **rakip ürünün görüntüsü üzerine mozaikleme** yapılmadan karşılaştırma yapılmamalıdır. Bu mozaiklemenin **rakip ürünün şekli, markası belli olmayacak ve onu algılatmayacak biçimde** yapılması gerekmektedir"

Şeklindeki düzenleme, Reklam Yönetmeliği'nin 11/1 (a) maddesinin tekrarı niteliğindedir. Oysa MTO'nun Reklam ve Pazarlama Esasları kurallarında da böyle bir yasak bulunmamaktadır. MTO'nun Reklam ve

---

445 RÖK'nun 01.01.2010 tarih ve 1804 sayılı dosyasında verilen karar.

446 Yargıtay 11. HD'nin 12.11.2009 tarih ve 2008/5249 E., 2009/11738 K. sayılı kararı. Yargıtay, haksız karşılaştırmalı reklam sebebiyle yerel mahkeme kararını maddi tazminat istemi yönünden bozarken "… Somut olay bakamından, … satış fişleri karşılaştırmaları, **Reklam Özdenetim Kurulu tarafından davalın ilanının yayınının durdurulması gibi olaylar gözetildiğinde** takdir edilen **maddi tazminat** yasada öngörülen adalete uygunluk ölçüsünü karşılayacak **miktarda değildir**" şeklindeki yaklaşımı ile RÖK'nun görüşüne önem atfetmiştir. Ancak RÖK'nun reklamın durdurulmasına karar vermediğini, sadece reklamı yayından kaldırmasını reklam verenden talep ettiğini, RÖK kararlarının çoğu zaman eksik ve yetersiz değerlendirmeler içerdiğini gözden kaçırmıştır.

Pazarlama Esasları'nın "Superiority and comparative claims – en üstünlük ve karşılaştırmalı iddialar" başlıklı E3 maddesinde, çok açık bir şekilde karşılaştırmalı reklamda rakiplerin ürünleriyle karşılaştırma yapılabileceği ifade edilmiştir.

Bunun dışında, RÖK uygulamakta olduğu Reklam Esasları'nın 12.maddesinde, rakiplerin kendisi, işletmesi, faaliyetleri veya ürünlerinin reklamlar yoluyla aşağılanması, alay konusu yapılması ve küçük düşürülmesi yasaklanmıştır. Ancak, bu yasağın varlığı için kötülemenin "gereksiz yere" olması gerektiğinden söz edilmemiştir. Tanıklı reklamlar 13.maddede ve ticarî itibardan haksız yararlanma ise 15.maddede, TTK ve TKHK'daki hükümlere paralel şekilde düzenlenmiştir.

Reklamların doğru olup olmadığı hakkında RÖK, zaman zaman alanında uzman kişilerden bilirkişi raporu alma gereği duymaktadır.

RÖK, kararın konu bir reklamda kullanılan "Bioxcin Şampuan saç dökülmesini %86 oranında azaltırken zayıflamış saç köklerini güçlendirerek çıkmasını sağlar" ve "Dermatest Enstitüsü ve Universita Paiva Labaratuarları tarafından onaylanmıştır" ifadelerinde yer alan iddiaların doğru olup olmadığı hususunda İ.Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi'nde görevli bir hocadan rapor alınmasına karar vermiştir[447].

RK'nun düştüğü birçok yanlışa RÖK'ün de düştüğü görülmektedir. Özellikle reklamda abartıya karşı Kurul'un tahammülünün düşük olduğu görülmektedir.

RÖK, reklamda kullanılan "**Bilgisayarını ışık hızında internete bağlarım**"[448] ifadesine, "**böyle bir bağlantı imkânı olmadığı**", "**Arkadaşlar şimdi VINN'layalım her yerde. Şimdi her yerden internete Turkcell 3G ile VINN ile bağlanıp**"[449] ifadesine ise "**ücra köşelerde bağlantı imkânı bulunmadığı**" gerekçesiyle, aldatıcı beyanlar olarak algılamıştır. Oysa söz konusu ifade, kanımızca *bilinçli bir kullanıcı*

---

447 RÖK'nun 04.12.2011 tarih ve 2313 sayılı dosyasında verilen karar.
448 RÖK'nun 13.05.2011 tarih ve 2198 sayılı dosyasında verilen karar.
449 RÖK'nun 27.01.2010 tarih ve 1833 sayılı dosyasında verilen karar.

kitlesi olan reklamın hedef kitlesi tarafından "hoş görülebilir bir abartı" olarak kabul edecektir. Bilgisayar kullanan herkes, ışık hızında internet bağlantısı olmadığını ve olamayacağını bilir.

RÖK'nun, çok sayıda tanıklı ve araştırma sonuçlarına dayalı reklamlar yönünden de kararlar verdiği görülmektedir.

RÖK, bir reklamda "***Kaliteli bir çamaşır suyundan beklediğiniz her şey ABC'de var***" sloganını, bilimsel test sonuçları ve belgelerle kanıtlanmadığı için aldatıcı bulmuştur[450]. Ancak "kalite" kavramı sübjektif bir ifade olup kişiden kişiye değişen bir ibaredir. "Kalite" ibaresi, reklamda övünme ifadesi olup hoşgörü kapsamında görülmesi gerekir.

Bir başka reklamda, "***Hyundai İ20, sınıfının en iyisi. En iyi tasarım, en iyi konfor***" ibareleri, "karşılaştırmalı sonuçlarla desteklenmediği" gerekçesiyle RÖK tarafından aldatıcı bulunmuştur.

RÖK'nun yukarıdaki ve daha birçok kararlarında, yerine göre RK'dan bile daha katı uygulamalar içerisine girdiği, her ne kadar bağlayıcı olmasa bile verdiği *kararlarla reklam sektörünü olumsuz etkilediği*, *yaratıcılığı öldürür ve rekabeti kısıtlar nitelikte kararlar verdiği*; bununla birlikte birçok kararında, özellikle bilimsel araştırma sonuçlarının eksik, yanlış ve yanıltıcı şekilde reklamlarda kullanılması olaylarında doğru tespitlerde bulunduğu görülmektedir.

D. Adli Denetim

Karşılaştırmalı reklamların en hızlı ve en tatminkâr denetimi adliye mahkemelerinde yapılmaktadır. Hukuka aykırı olduğu ileri sürülen karşılaştırmalı reklamların, delil durumu dikkate alınarak, adliye mahkemelerince ihtiyati tedbir kararı yoluyla derhal durdurulması mümkündür. Buna mukabil, alternatif yollardan Reklam Kurulu veya Reklam

[450] RÖK'nun 02.09.2009 tarih ve 1679 sayılı dosyasında verilen karar.

Özdenetim Kurulu tarafından yapılan soruşturmalarda bu denli hızlı sonuç alınması mümkün değildir. Ancak esasa ilişkin uyuşmazlığın çözülmesi yönünden, prosedürel sebeplerle, RK ve RÖK aracılığıyla yapılan soruşturmalarda daha hızlı sonuç alınması mümkündür.

Hukuka aykırı karşılaştırmalı reklama karşı adli yargıda tüketici mahkemeleri ve ticaret mahkemeleri ile fikrî ve sınai haklar hukuk mahkemeleri nezdinde davalar açılması mümkündür.

1. Tüketici Hakları Yönünden

4077 sayılı TKHK'nun temel amacı 1 maddesindeki;

"Kamu yararına uygun olarak, (…)[451] tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını koruyucu, aydınlatıcı, eğitici, zararlarını tazmin edici, çevresel tehlikelerden korunmasını sağlayıcı önlemleri almak ve tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini özendirmek ve bu konudaki politikaların oluşturulmasında gönüllü örgütlenmeleri teşvik etmeye ilişkin hususları düzenlemektir"

Hükmü uyarınca "tüketici" nin korunmasıdır. Kanun'un 3/1 (e) bendi uyarınca tüketici "*bir mal veya hizmeti ticarî veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişi*" tarzındaki düzenlemesiyle, tüketici kavramından sadece "nihai tüketiciyi" kastettiği, malları bir başkasına satmak üzere alan kişiyi, yani "ara tüketiciyi" bu kapsamda görmediği anlaşılmıştır.

Ticarî reklamlara ilişkin hükümler, 4077 sayılı TKHK'nun 16.maddesinde düzenlenmiştir. Tüketicilerin, hukuka aykırı reklamlara karşı genel olarak korunması Kanun'un 17.maddesi uyarınca kurulan Reklam Kurulu tarından sağlanacaktır. Bununla birlikte, tüketiciler de kendi bireysel

---

451 Burada yer alan "ekonominin gereklerine ve" ibaresi, 06.03.2003 tarihli ve 4822 sayılı Kanunla madde metninden çıkartılmıştır.

alım – satım sözleşmelerinden dolayı, BK 194 vd. maddelerinde düzenlenen "ayıba karşı tekeffül" hükümleri uyarınca korunacaktır. Tüketiciler, haksız karşılaştırmalı reklamlar sebebiyle ancak aldatıldıklarını ileri sürerek, yapmış oldukları sözleşmeden dönme ve verdiklerini geri isteyebilmek haklarına sahiptir[452]. Tüketiciyle sözleşme ilişkisine giren reklam veren satıcı ise tüketiciye karşı "culpa in contrehendo" (sözleşme öncesi müşteriyi aydınlatma) sorumluluğu bulunmaktadır. Söz konusu sorumluluk bir kusur sorumluluğu olup, reklam verenin tüketiciyi aydınlatma sorumluluğunu reklamda yerine getirmemesi halinde, tüketicinin bu uğurda uğradığı tüm zararlarını tazmin yükümlülüğü altındadır. Söz konusu sorumluluk için ortalama tüketici kitlesinin bakış açısı nazara alınır[453].

4077 sayılı Kanun'un 23/1 maddesindeki, "Bu Kanunun uygulanmasıyla ilgili olarak çıkacak her türlü ihtilaflara tüketici mahkemelerinde bakılır" hükmü ile 23/5 maddesindeki "Gerekli hallerde tüketici mahkemeleri ihlalin tedbiren durdurulmasına karar verebilir" hükmü uyarınca, konu RK'na intikal etmiş olsun ya da olmasın, tüketici örgütlerinden gelecek talepler karşısında, tüketici mahkemeleri de, tüketici haklarını ihlal mahiyeti taşıyan reklamların tedbiren durdurulmasına karar verebilecektir[454].

Uygulamada, tüketici mahkemelerine bu amaçla açılmış davalarda verilmiş kararlara tesadüf edilememiştir.

---

452 Aydın Zevkliler/Murat Aydoğdu, **Tüketicinin Korunması**, Seçkin, Ankara 2004., s.380; **Ceylan**, s.211.

453 **Ceylan**, s212.

454 Yargıtay 4.HD'nin 16.12.2004 tarih ve 2004/15834 E., 2004/14413 (yöneliş; M. Akif Tutumlu, Tüketici Mahkemelerinin Görev ve Yetki Sınırları, Seçkin, Ankara 2006, s.478). Karara konu olayda, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Tüketicinin ve Rekabetin Korunması Genel Müdürlüğü'nün, "süreli yayınlarla ilgili" bir reklam nedeniyle verdiği "**reklam kampanyası ve ilânın durdurulması**" kararına karşı Tüketici Mahkemesi tarafından, idari yargı yerinin görevli olduğu gerekçesiyle verilen "görevsizlik" kararı, Yargıtay tarafından "*TKHK'nun 26.maddesinde yalnızca idari para cezalarına karşı idare mahkemesine başvurulabileceği öngörülmüştür. Kampanya ve ilânın durdurulması için ihtar verilmesi şartı 25/7 maddesinde yazılmıştır. Uyuşmazlığın bu madde kapsamındaki bir ihtilaf olduğu gözetildiğinde Tüketici Mahkemesinin görevli olduğu sonucuna varılmalıdır*" gerekçesiyle Tüketici Mahkemesi kararı bozulmuştur.

2. Fikrî Mülkiyet Hakları Yönünden

551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK'nın 146, 554 sayılı Endüstriyel Tasarım Haklarının Korunması Hakkında Kanun'un 58, 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında KHK, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK'nın 71 ve 5846 sayılı FSEK'nun 76.maddesinde 4630 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucu, bu yasalardan kaynaklanan ihtilaflara bakmak üzere FSHHM kurulmasına karar verilmiştir.

Söz konusu yasa hükümleri gereği, herhangi bir tacire ait tescilli bir marka, tasarım, coğrafi işaret veya patentin ya da FSEK anlamında "eser" sayılan eserlerin, sahiplerinden izinsiz olarak karşılaştırmalı reklamda kullanılması ve söz konusu kullanımla fikrî mülkiyet haklarının ihlal edildiğinin ileri sürülmesi durumunda, söz konusu fikrî mülkiyet hakkı sahibinin tacir olup olmadığı hususuna bakılmaksızın, anılan kanunlarda yer alan FSEK 76, 551 sayılı KHK'nın 146, 554 sayılı KHK'nın 58[455], 555 sayılı KHK'nın 30 ve 556 sayılı KHK'nın 71.maddeleri uyarınca bu tür uyuşmazlıklara bakma görevi FSHHM'ne ait olacaktır.

Herhangi bir tescilli markanın, sahibinden habersiz olarak karşılaştırmalı reklamda kullanılması hali tek başına hukuka aykırılık oluşturmaz. Bu husus 556 sayılı KHK'nın "Marka Tescilinden Doğan Hakların Kapsamında İstisna" başlıklı 12.maddesinde;

"**Dürüstçe** ve ticari veya sanayi konularıyla ilgili olarak **kullanılmaları koşuluyla**, *üçüncü kişilerin, ad ve adresini,* mal veya hizmetlerle ilgili cins, kalite, miktar, kullanım amacı, değer, coğrafi kaynak, üretim veya sunuluş zamanı veya diğer **niteliklere ilişkin açıklamaları** kullanmaları *marka sahibi tarafından engellenemez*"

şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre, 3.kişilerin, başkalarına ait markaları, kendi ticarî uygulamalarında dürüstçe olmak koşuluyla tanımlayıcı

---

455 Yargıtay 11.HD'nin 22.06.2009 tarih ve 2008/3710 E., 2009/7606 K. sayılı kararı. Davaya konu olayda, davalının reklamda kendisine ait halı ürünlerini tanıtırken, *rakibi olan davacıya ait halı tasarımlarını, karıştırma ihtimaline yol açacak şekilde* izinsiz olarak kullanmış olması nedeniyle eylemin tasarım hakkının ihlali mahiyetinde olup olmadığının tespiti amacıyla yerel mahkeme tarafından verilen *görevsizlik* kararı, Yargıtay tarafından aynı gerekçeyle onanmıştır.

olarak kullanılmasında bir sakınca bulunmamaktadır. Bununla birlikte, söz konusu kullanımın rakibe ait *markanın tanınmışlığından haksız istifade* amacıyla veya *karıştırılmasına yol açabilecek şekilde kullanılması* hali, bir yandan karşılaştırmalı reklamı hukuka aykırı hale dönüştürecek, diğer yandan da 556 sayılı KHK'nın 61 ve 9.maddeleri uyarınca marka hakkının ihlali olayı gündeme gelecektir.

Rakibe ait fikrî mülkiyet hakları herhangi bir şekilde karşılaştırmalı reklamda kullanıldığında ve söz konusu kullanım hukuka uygun olsun veya olmasın, herhangi bir şekilde fikrî mülkiyet hakkının ihlal edildiğinin iddia edilmesi halinde, iddianın doğru olup olmadığını inceleme görevi FSHHM'ne ait olacaktır. Aynı şekilde, rakibe ait mal veya hizmetlere ait markanın kötülenmesi hali söz konusu olduğunda da ihtilafı değerlendirme yetkisi 556 sayılı KHK'nın 68 ve 71.maddeleri uyarınca FSHHM'ne ait olacaktır. Bununla birlikte, eylem aynı zamanda hem marka hakkının ihlali hem de haksız rekabet teşkil ediyorsa, davacı dilediği hukuki sebeple dava açabilecektir[456].

Görevli mahkemenin belirlenmesi bazen de savunmada ileri sürülen hukuki sebeplere göre tespit edilecektir[457].

---

456 Yargıtay 11.HD'nin 21.03.2011 tarih ve 2009/10459 E., 2011/2949 K. sayılı kararı. Davaya konu olayda, davalının reklamda "tarife yumurtlayan tavuk" görüntüsünü kullandığını, oysa "yumurtlayan tavuk" şeklinin müvekkilinin tescilli markası olduğunu ileri sürmüş, ancak TTK'nun 56 ve 57/1 m. uyarınca haksız rekabet kurallarına dayalı olarak istemde bulunmuştu. Yerel mahkemenin, davaya bakma görevinin FSHHM'ne ait olduğu gerekçesiyle verdiği görevsizlik kararı, Yargıtay tarafından "*davacının 556 sayılı KHK'dan kaynaklanan bir talepte bulunmadığı*" gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozarak, davaya bakma görevinin Asliye Ticaret Mahkemesi'ne ait olduğuna karar vermiştir.

457 Yargıtay 11. HD'nin 25.04.2011 tarih ve 2009/11674 E., 2011/4935 K. sayılı kararı. Karara konu olayda, almış olduğu özel izin ve işletme belgesiyle "free shop" (gümrüksüz satış) mağazaları işleten davacı, davalının reklamda "*Artık yurt dışından Free Shop'lardan ürün taşımayın, çok özel fiyatlar burada*" sloganı kullandığını, ayrıcı işyerinde "Free Shop" ibaresini mağazalarında da tanıtıcı işaret olarak kullandığını, müşterilerde davalının "Free Shop" işlettiği izlenimi oluştuğunu, bu durumun haksız rekabet teşkil ettiği iddiasıyla açılan davada, davalı "Free Shop" ibaresinin kendileri adına tescilli marka olduğu savunmasında bulunmuştu. Yerel mahkeme **davalının karşılaştırmalı reklam yaptığını**, ancak reklamda iddiaların doğrulanabilir nitelikte olmadığı gerekçesiyle haksız rekabet davasının kabulüne karar vermiş ise de Yargıtay, "davalı taraf "Free Shop" ibaresini tescilli markaya istinaden kullandığını savunmuş olması nedeniyle, 556 sayılı KHK'nın 71.maddesi uyarınca **davaya bakma görevinin FSHHM'ne ait olduğu**" gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmuştur.

Bunun dışında, dolaylı yoldan üstünlük iddia eden reklam sloganlarının marka olarak tescili veya tescil taleplerinin reddine dair TPE kararları aleyhine 556 sayılı KHK'nın 53.maddesi uyarınca Enstitü kararlarının iptali istemiyle FSHHM'ne dava açılması mümkündür. Bir şekilde tesciline karar verilen markaların "aldatıcı" nitelik taşıdığı iddiasıyla KHK'nın 42/1 (a), 7/1 (f) maddeleri uyarınca hükümsüzlüklerini talep etme yeri de FSHHM'dir[458].

3. Haksız Rekabet Kuralları Yönünden

Haksız rekabet kuralları, haksız ve hukuka aykırı karşılaştırmalı reklamlara karşı en sık başvurulan mücadele yöntemidir. Haksız rekabet kuralları hem yeni BK 57 maddesinde, nem de 6102 sayılı TTK'nın 55/1 (a) maddesinde düzenleme konusu yapılmıştır. Eski TTK'daki hükümlerin varlığına rağmen, BK'da da haksız rekabet kurallarının varlığı tartışma konusu olmuş, bazı yazarlar sonraki tarihli TTK sebebiyle BK'daki haksız rekabet kurallarının uygulanma kabiliyetinin bulunmadığını ileri sürenler olmuştur[459]. Buna karşılık ağırlık görüş, BK'daki haksız rekabet hükümlerinin, tacir vasfını haiz olmayan doktor, avukat ve mühendis gibi meslek erbabının ve esnaf işletmelerinin rekabetçi davranışları yönünden uygulama kabiliyetinin bulunduğunu savunmuştur[460]. Nitekim BK'nın 48.maddesi, yeni 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 57.maddesinde de kısmi değişiklikle birlikte aynen korunmuştur.

---

458 Yargıtay 11. HD'nin 06.06.2011 tarih ve 2009/14485 E., 2011/6865 K. sayılı kararı. Karara konu olayda, davacı vekili, davalı şirket adına tescil olunan "Türkiye'nin 1 Numaralı Oyun Parkı" ibareli reklam sloganı niteliğindeki markanın, 556 sayılı KHK'nın 7/1 (f) maddesi uyarınca "aldatıcı" nitelik taşıdığı gerekçesiyle markanın hükümsüzlüğünü talep etmişti.

459 **Göle**, Aldatıcı Reklamlar, s.155.

460 **Örs**, s.24 vd; **Mimaroğlu**, s.382; Doğanay, s.532; **Arslanlı**, s.222.

a. Borçlar Kanunu'ndaki Düzenleme Açısından

6100 sayılı HMK'nun 2/1.maddesinde yer alan;

"Dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça **asliye hukuk mahkemesidir.**

Bu Kanunda ve diğer kanunlarda aksine düzenleme bulunmadıkça, asliye hukuk mahkemesi diğer dava ve işler bakımından da görevlidir"

Hükmü uyarınca, malvarlığı haklarına ilişkin olarak açılan bir dava olması nedeniyle, yaptığı işin nitelik ve kapsamı itibariyle TTK 11.maddesi uyarınca "tacir" sıfatını haiz olmayan iktisadi işletmelere (esnaf işletmeleri) veya doktor, mühendis, avukat gibi "tacir" sıfatını haiz olmayan meslek erbaplarına yönelik olarak gerçekleşen haksız karşılaştırmalı reklamlar sebebiyle açılacak davalar yönünden görevli mahkeme "Asliye Hukuk Mahkemeleri" dir.

Ne eski 865 sayılı BK da, ne de yeni 6098 sayılı BK'da karşılaştırmalı reklamlara ilişkin olarak doğrudan bir hüküm bulunmamaktadır. Yeni BK'nın 57.maddesinde yer alan;

"Gerçek olmayan haberlerin yayılması veya bu tür ilanların yapılması ya da **dürüstlük kurallarına aykırı diğer davranışlarda** bulunulması yüzünden **müşterileri azalan** veya onları kaybetme **tehlikesiyle karşılaşan** kişi, bu davranışlara son verilmesini ve kusurun varlığı hâlinde zararının giderilmesini isteyebilir.

Ticari işlere ait haksız rekabet hakkında Türk Ticaret Kanunu hükümleri saklıdır"

şeklindeki düzenlemede "reklam" ifadesi kullanılmamış ise de, üst kavram olan "ilân" ifadesi, "reklam" kavramını da kapsayacaktır. Buna göre BK 57. maddesi uyarınca haksız rekabetin meydana gelebilmesi için;

"(1) İktisadi faaliyet gösteren (tacir olmayan) bir kişiye yönelik olması

(2) "Gerçek olmayan" beyanda bulunulması veya dürüstlük kuralına aykırı başka bir davranışta bulunulması,

(3) Beyanın, haber yayma veya ilân (reklam) şeklinde yapılması,

(4) Beyanın yönelik olduğu kişinin müşterilerinin azalması veya onları kaybetme tehlikesinin olması,

(5) Failin beyanı ile meydana gelen zarar veya tehlike arasında illiyet rabıtası bulunması,"

unnsurlarının hep birlikte gerçekleşmesi gerekir.

Haksız karşılaştırmalı reklama maruz kalan bir esnafın ya da serbest meslek erbabı BK 57.maddesi uyarınca, söz konusu reklamın men ve ref'i ile maddi tazminat talebinde bulunabilir. Haksız rekabetçi davranışın önlenmesi için, failin kusuru aranmazken, tazminat isteminde bulunabilmek için "kusur" şartı getirilmiştir. Ayrıca, şartlarının gerçekleşmesi halinde BK 58.maddesi uyarınca manevi tazminat da talep edilebilecektir. Ancak bunun için ilk koşul kendisine yönelik haksız karşılaştırmalı reklam yapılan mağdurun kişilik haklarının zedelenmiş olması gerekmektedir. Böyle bir karşılaştırmalı reklam ise ancak rakibin haksız ve gereksiz yere kötülendiği hallerde mümkün olacaktır. Mal ve hizmetlerin nitelikleri veya fiyatların karşılaştırılmasını konu alan karşılaştırmalı reklamlar gerçeğe aykırı olsa bile kişilik haklarını zedeleyen hususlardan olmadığı için manevi tazminat söz konusu olmayacaktır.

Keza, dava açılmazdan önce veya dava açıldıktan sonra 6100 sayılı HMK'nın 389 vd. maddeleri uyarınca mağdurun, ihtiyati tedbir yoluyla haksız karşılaştırmalı reklamın durdurulmasını talep etmesi mümkündür.

BK 57.maddesinin düzenleme kapsamında karşılaştırmalı reklamların hukuka aykırılık şartları gösterilmediğinden, kanunda yer alan "*…dürüstlük kuralına aykırı diğer davranışlarda bulunulması …*" tabirini geniş yorumlayarak, 6102 sayılı TTK'nun 55/1 (a) ve 4077 sayılı TKHK'nun 16 maddeleri ile yerine göre diğer kanunlar ile milletlerarası düzenlemelerdeki hükümlerin kıyas yoluyla uygulanması yerinde olacaktır.

b. Türk Ticaret Kanunu'ndaki Düzenleme Açısından

(1) Görev

6102 sayılı TTK'nın 54 ve 55/1 (a) maddeleri kapsamında karşılaştırmalı reklamlar yönünden açılacak haksız rekabet teşkil eden davalara, TTK'nın 5/1 maddesi uyarınca asliye ticaret mahkemelerince bakılması gerekmektedir. Bu hususta daha önce asliye hukuk / asliye ticaret mahkemeleri arasındaki "iş bölümü" ilişkisi, 6102 sayılı TTK'nun 5.maddesinde, 12.06.2012 tarih ve 6335 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle "görev" ilişkisine dönüştürülmüştür. Diğer bir anlatımla, tacirlere yönelik haksız rekabet davalarına, ticaret mahkemeleri yerine asliye hukuk mahkemelerinde bakılabilme ihtimali ortadan kalkmıştır. Bir karşılaştırmalı reklam sebebiyle asliye ticaret mahkemesinde dava açılabilmesi için 6102 sayılı TTK'nın 4/1 ve 11.maddeleri uyarınca, karşılaştırmalı reklamın ticarî işletmeye yönelik olması gerekir. Bir işletmenin "ticarî işletme" niteliğini haiz olabilmesi için esnaf işletmesi için öngörülen miktarın üzerinde bir ticaret hacmine sahip olması gerekir. Bir esnaf işletmesi ile ticarî işletme arasında ticaret hacmi sınırı her yıl Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan kararnameyle belirlenecektir. Bir ihtilafta hem haksız rekabet hem de marka hakkı ihlali iddialarına birlikte dayanıldığında ise görevli mahkemeler ihtisas mahkemesi olarak Fikri ve Sınai Hukuk Mahkemeleridir.

(2) Hukuk Davalarında İleri Sürülebilecek Talepler

i. İhtiyati Tedbir

Hukuka aykırı bir karşılaştırmalı reklama karşı en etkin mücadele yöntemi, hukuk mahkemelerinden TTK 61 ve HMK 389 vd. maddeleri uyarınca, reklamın derhal durdurulması ve hukuka aykırılın önlenmesi yönünden alınacak tedbir kararlarıdır. Ne RK tarafından, ne de RÖK

tarafından daha soruşturmanın başından itibaren karşılaştırmalı reklamdaki hukuka aykırılığın derhal giderilmesinin talep edilmesi mümkün değildir. Oysa bir karşılaştırmalı reklamda rakibe yönelik aşağılayıcı veya tahkir edici ifadelerin yer alması, o tacir hakkında telafisi güç zararlara yol açabilecektir. Keza, rakibin tanınmışlığından haksız istifade imkânı tanıyan karşılaştırmalı reklam, reklam veren tacire büyük kâr sağlarken, rakip tacirin tanınmışlığına da önemli ölçüde zarar verebilecektir[461].

TTK 61.maddesi uyarınca, ancak esas hakkında dava açma hakkını haiz olanlar ihtiyati tedbir talebinde bulunabilecektir. Talep edilebilecek tedbirler Kanunda "mevcut durumun olduğu gibi korunması, haksız rekabet sonucunda oluşan maddi durumun ortadan kaldırılması, haksız rekabetin önlenmesi, yanlış veya yanıltıcı beyanların düzeltilmesi, ithalat ve ihracat sırasında, haksız rekabet mahsulü mallara gümrüklerde el koyma"

Şeklinde sayılmıştır. Sayılan tedbir türleri sınırlı sayıda olmayıp, mahkemece uygun görülen **diğer ihtiyati tedbirlere** de hüküm olunabilecektir.

İhtiyati tedbir talebi, HMK 390/1 maddesi uyarınca, dava açılmazdan önce veya dava açıldıktan sonra talep edilebilecektir.

Davacı Opet Petrolcülük A.Ş. tarafından, rakip firma Shell Petrolcülük A.Ş. nin reklamlarında, davacı Opet'in kendi promosyonlarında kullandığı argümanlarını kullanarak "**yakıtımı hep …'ten almam gerekiyormuş**" sloganını kullanmasının haksız rekabet teşkil ettiği iddiasıyla, esas hakkında dava açılmazdan önce ilk derece mahkemesinden talep ettiği reklamın durdurulması yönündeki ihtiyati tedbir talebinin kabulüne karar verilmiştir[462].

---

461 Mehmet Özdamar / İbrahim Ermenek, "Haksız Rekabet Davaları ve Korunan Menfaat", **FMR** 2007, Y.7, C.VII, S.3, s.58-60; **Ayhan / Özdamar / Çağlar**, s.240.

462 Çorlu Asliye (2) Hukuk Mahkemesinin 2011/76 D.İş sayılı kararı. Henüz dava açılmadan önceki safhada verilmiş olan ihtiyati tedbir kararından sonra esas hakkında dava açılıp açılmadığı bilinmemektedir.

ii. Esasa İlişkin Davalar

Haksız rekabet teşkil eden karşılaştırmalı reklam halinde hangi tür davaların açılabileceği TTK 56.maddesinde sayılmıştır.

aa. Tespit Davası

Tespit davaları, 6100 sayılı HMK'nun 106.maddesinde, "Bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun yahut bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesi amacıyla açılan davalar" olarak nitelendirilmiştir.

Tespit davaları, eda davalarının öncüleri niteliğinde olup, bir tespit davasının açılabilmesi için, kural olarak, "*korunmaya değer güncel bir yarar*" bulunması gerekir[463]. Zararın hesaplanması zaman alacağı için çoğu kez davacı taraf haksız rekabetin tespit edilmesi istemiyle yetinir. Haksız rekabet halinde açılacak "tespit davası" ile davalının eyleminin TTK anlamında dürüstlük kuralına aykırı olduğunun tespit edilmesi istenilir[464].

bb. Men (Önleme) Davası

Haksız rekabetin men'i davası, haksız rekabete yol açan ve halen devam eden fiilin önlenmesi veya tekrar edilmesinin engellenmesi amacıyla açılan dava türlerindendir[465]. Hukuka aykırı davranışın tekrarlanması tehlikesi var oldukça men davası da varlığını sürdürecektir. Tehlike sona erince men davası açma hakkı da düşer[466].

cc. Maddi Durumun Ortadan Kaldırılması (Ref) Davası

Bu dava ile haksız rekabet neticesi meydana gelen hukuka aykırı durumun ortadan kaldırılması hedeflenir. Öğretide bu davayı "tashih davası"[467] ve "eski hale iade davası"[468] olarak niteleyenler de bulunmaktadır.

---

463 Geniş açıklama için bkz., **Ayhan / Özdamar / Çağlar**, s.242.
464 **Göle**, Aldatıcı Reklamlar, s.175; **Örs**, s.85.
465 **Göle**, s.177; **Örs**, s.87.
466 Yargıtay HGK, 19.02.1979 tarih ve 1966/485 E., 130 K., Batider 1970, C.V, S.3, s.605, naklen **Göle**, Aldatıcı Reklamlar, s.178, dn.139.
467 **Örs**, s.179.

Hukuka aykırı durumun ortadan kaldırılması çoğu zaman, karşılaştırmalı reklamdaki beyanların düzeltilmesi, yanlış beyanların toplatılması ve imhası şeklinde olacaktır. Söz konusu dava ile mümkün olduğu kadar haksız rekabet öncesindeki maddi duruma dönülmesine, yani haksız rekabetin olumsuz tesirlerinden kurtulmaya çalışılır. TTK 59.maddesi uyarınca kararın ilanına karar verilmesi de haksız rekabetin sebep olduğu maddi durumun ortadan kaldırılmasına hizmet eder.

dd. Maddi – Manevi Tazminat Davası

Hukuka aykırı karşılaştırmalı reklamı yapan kişilerin kusurlarının varlığı halinde, söz konusu reklam sebebiyle zarar gören tacirin TTK 56/1 (d) maddesi uyarınca maddi tazminat talep etmesi mümkündür. Ayrıca BK'nın 58.maddesindeki şartların varlığı halinde manevi tazminat talep edilmesi de mümkündür. Davacının tazminat talebinde bulunabilmesi için zarar ile davalının eylemi arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir[469].

Haksız karşılaştırmalı reklam sebebiyle uğranılan zararın nelerden ibaret olduğu ve nasıl hesaplanacağı kanunda ifade olunmamıştır. Zarar miktarını ispat yükü davacı taraftadır. Bununla birlikte tarafların dayandıkları delillerle zarar miktarının hesaplanmaması halinde, hâkim yeni BK'nın 50/2 maddesi uyarınca, zarar miktarını hakkaniyet kurallarına uygun bir şekilde kendisi tespit eder. Söz konusu tespiti yaparken, hâkimin, olayların akışını ve zarar görenin aldığı tedbirleri göz önüne alması gerekir. TTK'nın 56/1 (son) maddesi uyarınca, davacı, davalının haksız rekabet sebebiyle elde etmesi mümkün görünen menfaatin karşılığına da karar verilmesini talep edebilecektir. Bu hükümle, dürüstlük kuralına aykırı davranışla haksız bir çıkar elde eden tacirin, yaptığının yanına kâr kalmaması ve elde ettiği tüm menfaatin kendisinden alınması amaçlanmıştır. Söz konusu hüküm, Türk tazminat hukukunda geçerli olan sebepsiz zenginleşme yasağının da istisnasını teşkil etmektedir.

---

468 **Ayhan / Özdamar / Çağlar**, s.243.
469 **Göle**, Aldatıcı Reklamlar, s.183.

(3) Davanın Tarafları

i. Davacılar

Haksız rekabet kurallarıyla sadece rakip tacirlerin değil, tüketicilerin de menfaatleri korunmuştur. Dolayısıyla hukuka aykırı karşılaştırmalı reklam sebebiyle çıkarları zarar gören müşteriler veya böyle bir tehlikeye maruz kalabilme ihtimali olan potansiyel müşteriler de 6102 sayılı TTK'nın 56/2 maddesi uyarınca, haksız rekabetin tespiti, men ve tazminat davaları açmaları mümkündür. Ancak müşterilerin araçların veya malların imhasını isteme yetkileri bulunmamaktadır.

Rakip tacirler ve müşteriler dışında, TTK 56/3 maddesi uyarınca, "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 kuruluşları ile kamusal nitelikteki kurumlar da haksız rekabetin tespiti, men ve tazminat davaları açmaları mümkündür.

ii. Davalılar

Hukuka aykırı karşılaştırmalı reklam sebebiyle haksız rekabetten sorumlu olan kişilerin başında, söz konusu reklamı veren, yani reklamı yayınlatan kişi gelmektedir. Bu kişinin bizatihi tacir olması veya haksız reklamın yönelik olduğu tacirin rakibi olması zorunlu değildir.

Haksız rekabet konusu malları, onu üreten tacirlerden alan kişiler (ara tüketiciler), ancak haksız rekabetin men'i ve malların toplatılarak imhasından sorumludur. Bu kişiler aleyhine haksız rekabetin tespiti ve tazminat davaları açılamaz.

TTK 57/1 maddesi uyarınca, haksız rekabet eylemi, işlerini yapmaları sırasında çalışanlar veya işçiler tarafından gerçekleştirilmiş ise haksız

rekabetin tespit, men ve ref'i davalarından söz konusu işçileri çalıştıran işyeri idarecileri de sorumlu tutulmuştur.

Keza, haksız rekabet konusu karşılaştırmalı reklam basın, yayın, iletişim ve bilişim işletmeleri ile ileride gerçekleşecek teknik gelişmeler sonucunda faaliyete geçecek kuruluşlar aracılığıyla işlenmiş olsa bile ilk etapta reklam verenler bundan sorumlu olacaktır. Ancak reklam verenin onayı alınmadan veya alınan onaya aykırı olarak reklamın yayınlanması halinde, yayıncı kuruluşun reklam verenin kimliğini açıklamaması halinde "Yazı işleri müdürü, genel yayın yönetmeni, program yapımcısı, görüntüyü, sesi, iletiyi, yayın, iletişim ve bilişim aracına koyan veya koyduran kişi ve ilan servisi şefi" aleyhine, bunlar da gösterilemiyorsa "işletme veya kuruluş sahibi" aleyhine açılabilmesi mümkündür. Şahsi kusurun varlığı halinde, yukarıdaki sıraya bakılmaksızın o kişi aleyhine doğrudan haksız rekabet davası açılabilecektir.

(4) Zamanaşımı

TTK 56.maddesi uyarınca açılacak haksız rekabet davaları için öngörülen zamanaşımı süresi, TTK 60.maddesnde, davaya hakkı olan tarafın bu hakkın doğumunu öğrendiği tarihten itibaren bir yıl, her halükarda ise üç yıl olarak kabul edilmiştir. Ancak haksız rekabet sayılan fiilin aynı zamanda suç teşkil etmesi halinde, Türk Ceza Kanunu'nda öngörülen ceza zamanaşımı süresi geçerli olacaktır.

(5) Ceza Sorumluluğu

TTK 62.maddesi uyarınca, 55.maddede yazılı haksız rekabet eylemlerinin *kasten* işlenmesi halinde, mağdurun şikâyeti üzerine fail, fiili daha ağır bir cezayı gerektirmedikçe, *iki yıla kadar hapis* veya *adli para cezası* ile cezalandırılacaktır. Eğer eylem bir tüzel kişi adına onun çalışanları

veya sahipleri tarafından gerçekleştirilmişse, TTK 63.maddesi uyarınca, tüzel kişi adına hareket etme yetkisine sahip yönetim organı mensupları hakkında cezai hüküm uygulanacaktır.

(6) Kararın İlanı

Mahkeme, TTK 59.maddesi uyarınca, davayı kazanan tarafın istemiyle, gideri haksız çıkan taraftan alınmak suretiyle, hüküm özetinin ilanına da karar verebilecektir. İlanın ne şekilde olacağı ve kaç kere yayınlanacağı hususu tamamen mahkemenin takdirindedir. Davacıların yanında, davanın reddine karar verilmesi halinde davalıların da hüküm özetinin ilân edilmesini talep etmeleri mümkündür.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA KARŞILAŞTIRMALI REKLAMLAR

I. AVRUPA BİRLİĞİ VE KARŞILAŞTIRMALI REKLAM

A. Genel Olarak Avrupa Birliği

Günümüzde hemen hemen tüm ülkeler, serbest rekabet ortamında dürüst ticaret kurallarının geçerli olduğu liberal ekonomi sistemini kabul etmişlerdir. Bazen de bir grup ülke kendi aralarında birlik kurarak, tek bir ülke gibi hareket etmiş, aralarındaki gümrük duvarlarını kaldırarak, herhangi bir kısıtlamaya tabi olmaksızın malların serbest dolaşımını kabul etmişlerdir. Bunun da en somut örneği 1957 tarihli Roma Antlaşması'dır. Antlaşma ile diğer hedeflerin yanı sıra, birliğe dahil üye ülkeler arasında malların serbest dolaşımı ilkesi öngörülmüştür[470]. Roma Antlaşması 1992 tarihli Maastricht Toplantısı sonrasında siyasi hedefleri de içerir halde Avrupa Birliği Antlaşması (ABA) adını almıştır. 1 Aralık 2009'dan itibaren yürürlüğe giren son büyük antlaşma olan Lizbon Antlaşması'nda da antlaşmanın adı "Avrupa Birliği Antlaşması" olarak değiştirilmiştir. Son değişiklikle, aynen AB Komisyonu'nda olduğu gibi, AB Konseyi'ne de tam zamanlı görev yapacak bir başkan seçilmesi, yapılacak AB Konseyi kararlarının oylanmasında çifte çoğunluk (katılımcıların çoğunluğu ve toplam nüfus yüzdesinin çoğunluğu) aranması, dış ilişkiler ve güvenlik politikaları yüksek temsilcisinin seçimi ve AB Sosyal Şartına yasal statü kazandırılması gibi konularda anlaşılmıştır[471].

---

470 Roma ve Maastricht Antlaşmalarında malların serbest dolaşımı ve miktar kısıtlamalarının yasaklanmasına dair 30-36.maddeleri, 1997 yılında imzalanan Amsterdam Antlaşması ile 28-30.maddeler olarak değiştirilmiştir.

471 AB'nin kurumsal yapısında yapılan değişikliklerin detayları hakkındaki geniş açıklama için bkz. http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/ 111652.pdf s.y., 02.05.2012.

B. Avrupa Birliği'nin Temel Amaçları ve Karşılaştırmalı Reklam

1. Rekabetin Korunması

AB Topluluğunun en temel amacı serbest rekabet düzenine dayalı, AB sınırları içerisinde ortak bir pazarın tesis edilmesidir. Antlaşmanın 3.maddesi 1 (g) fıkrasında daha ileri bir adım atılarak, Topluluğun görevleri arasında;

"Dahili Pazar içerisinde bozulmamış bir rekabet sistemini temin etmek"

görevi de sayılmıştır.

Aslında bu sözcüklerle Topluluğun sadece rekabet (monopol) hukuku anlamında değil, aynı şekilde pazarda bozulmaya yol açacak haksız rekabet ihlallerine karşı da gerekli adımları atma görevi bulunmaktadır. AB, rekabet politikası yoluyla, piyasa ekonomisinin tüm mekanizmalarıyla sağlıklı işleyebilmesini temin etmek üzere, rekabetin hukuka aykırı şekilde sınırlandırılmasını engelleyici kurallar getirmiştir. Topluluk bu hükümdeki yetki ve görevi gereği 1984 yılındaki Aldatıcı Reklam Yönergesini çıkarmıştır[472].

AB Rekabet Politikasının temel amacı, üye ülkelerde faaliyet gösteren ekonomi aktörlerinin eşit ve sağlıklı koşullarda rekabet edebileceği bir iç pazarın oluşumunu sağlamaktır. ABAD Casis de Dijon kararında, "*üye ülkeler arasında ulusal hukuklardan doğan farklılıklar sebebiyle malların serbest dolaşımının engellenmesinin meşru kabul edilebilmesi için, bu engelin sadece mali denetimin etkinliği, toplum sağlığı, tüketicinin korunması ve* ***ticari muamelelerin dürüst*** *şekilde yapılmasını temin amacı gütme zorunluluğunda olması*" gerektiğine karar verilmiştir[473]. Kararın önemi, **ilk defa ticari muamelelerde dürüstlüğe** değer vermesi ve **tüketici korumasından** bahsetmesidir. ABAD bu kararla, aslında bir yerde malların serbest dolaşımı ile haksız rekabet kuralları arasında bir denge kurmuştur[474].

---

472 **Henning – Bodewig**, Unfair Competition s.78. 84/450 sayılı Yönerge'nin önsöz kısmının 2.paragrafında, bir haksız rekabet hali olan aldatıcı reklamların Topluluk pazarında rekabetin bozulmasına yol açacak özelliğine vurgu yapılmıştır.

473 ABAD, 20.02.1979 tarih, C– 120/78 – **Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung (Casis de Dijon).**

474 **Henning – Bodewig**, Unfair Competition, s.80.

2. Malların Serbest Dolaşımı

Topluluğun en başta gelen amaçlarından bir tanesi; üye ülkeler arasında, kişilerin, malların, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımının güvence altına alınmasıdır. ABA'nın 23. maddesinde, *Topluluğun temeli*nin tüm malların üye ülkeler arasında serbestçe değiş tokuş edildiği *gümrük birliği esasına* dayandığı belirtilerek, üçüncü devletlere karşı ortak gümrük tarifelerinin uygulanacağı vurgulanmıştır. Antlaşmanın 28 vd. maddelerinde ise üye ülkeler arasında mal ve hizmetlerin ithalat ve ihracatında miktar kısıtlamaları ile eş etkili tedbirler alınması yasaklanmıştır.

Mal ve hizmetlerin Topluluk içerisinde serbestçe dolaşımı ana kural olmakla birlikte, bu kurala da bir takım istisnalar getirilmiştir. Bu istisnalar Antlaşmanın 30/1 (eski 36) maddesinde;

"…kamu güvenliği, kamu düzeni ve kamu ahlakı, insan ve hayvan sağlığı ile bitkilerin korunması, millî, tarihi, kültürel ve arkeolojik değerlerin korunması ile *ticarî ve sınaî mülkiyetin* korunması…"

şeklinde tahdidi olarak sayılmıştır. Maddenin ikinci fıkrasında ise;

"Bu (malların serbest dolaşımına) yasaklama ve kısıtlama getiren hakların kullanılması üye ülkeler arası ticarette keyfi bir ayrımcılığa yol açacak ve ticarete örtülü kısıtlama getirecek şekilde kullanılamaz"

kuralı getirilmiştir. Keyfî ayrımcılık ve ticarete örtülü kısıtlama getirilmesi kavramının yorumu ise Topluluğun yargı organı ABAD'a bırakılmıştır. Antlaşmanın 30. maddesinde fikrî mülkiyet haklarının kullanılması yoluyla üye ülkeler arasındaki malların serbest dolaşımına engel olunabileceği gibi bir anlam çıkıyorsa da ABAD, malların serbest dolaşımını önleme hakkının varlığını kabul eden 30.maddeyi *dar*, malların serbest dolaşımını öngören 28. maddeyi ise *geniş* olarak yorumlamıştır[475].

---

[475] DPT, 8.Beşyıllık Kalkınma Planı, s.14., http://plan8.dpt.gov.tr/, s.y., 22.02.2012.

3. Tüketicinin Korunması

Roma Antlaşması'nda tüketicinin korunması ile ilgili doğrudan bir hüküm bulunmamaktadır. Tüketicinin korunması politikası AB'nin gündemine, diğer politikalardan sonra ve ancak 1972 yılındaki Paris Zirvesi sırasında girmiştir. Bu zirvede belirlenen hedefler doğrultusunda, 1975 yılında "*Tüketicinin Korunması ve Bilgilendirilmesi Politikası Hakkında Birinci Program*" yürürlüğe girmiştir. Bu program ile tüketicinin 5 temel hakkının varlığı kabul edilmiş ve bu temel haklar Topluluğun tüketici politikasının da temelini oluşturmuştur. Bu haklar, tüketicinin:

"(1) Sağlık ve güvenliğinin korunması,

(2) Ekonomik çıkarların korunması,

(3) Zararların tazmin edilmesi,

(4) Bilgilendirilmesi ve eğitimi ile

(5) Örgütlenmesi"

Olarak kabul edilmiştir. Zaman içerisinde tüketicilerin temel hakları sayısı daha da arttırılmış ve bunlara, tüketicinin aldatılmama, karşılaştırma yapabilme vb. bazı haklar da eklenmiştir[476].

Konuya ilişkin birincil düzenlemeler Avrupa Birliği'ni kuran antlaşma olan ve 1992 yılında imzalanan Maastricht Antlaşması ile gelmiştir. Roma Antlaşması'nın Maastricht Antlaşması ile eklenen 153. maddesi (eski 129a) "Tüketicinin Korunması" başlığını kapsamakta, 95. maddesi de iç pazarın kurulmasına ilişkin olarak sağlık, güvenlik, çevre ve tüketicinin korunmasına ilişkin önlemlerin alınması bakımından Komisyon'un önerilerine öncelik tanımaktadır. Konuya ilişkin ilk ikincil düzenleme ise 2004 yılında çıkartılan 2006/2204 sayılı AB Tüketici Koruma İşbirliği Tüzüğü'dür[477]. Tüzüğün amacı, üye ülkelerin hak ihlalleri karşısında tüketici haklarını koruma organları arasındaki işbirliğini sağlamaktır. Yönergede ayrıca tüketici haklarını koruma

---

476 EC Health & Consumer Protection Directorate – General, Consumer Protection in EU, s.3, http://ec.europa.eu/consumers/cons_info/10principles/en.pdf, s.y., 22.02.2012.

477 The Regulation of te EP and EC on Cooperation between the national Authorities 2006/2004/EC of 27 October 2004, OJ 2004 L 364/1 of 09.12.2004.

bilincinin geliştirilmesi için gözlemcilik yapılması ve etkin koruma sağlayacak gerekli yasal düzenlemelerin hayata geçirilmesini sağlama misyonu da üstlenilmiştir[478].

C. Avrupa Birliğinin Karşılaştırmalı Reklamlara İlişkin Müktesebatının Türk Hukukuna Etkisi

Türkiye ile Topluluk arasındaki 12.09.1963 tarihli Ankara Antlaşması'nın nihai hedeflerinden biri olan *"Gümrük Birliği"*, taraflar arasında 22.12.1995 tarihinde imzalanan 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı (Gümrük Birliği Kararı) uyarınca 01.01.1996 tarihinden itibaren resmen başlamıştır[479]. Gümrük Birliği doğal olarak Türkiye ile AB arasında malların serbest dolaşımını öngörmektedir. Türkiye, OKK'nın EK-8 No'lu Protokol'ünün 1 ve 10/2.maddeleri uyarınca TRIPs hükümleri ile Paris Sözleşmesi'nin mükerrer 10.maddesi uyarınca benimsenen haksız rekabet kurallarını iç hukukuna aktarma, 3.madde uyarınca da fikrî, sınai ve ticarî mülkiyet haklarının korunması bakımından Toplulukta yürürlüğe girmiş bulunan koruma düzeylerine eşit koruma önlemleri getirme yükümlerini üstlenerek, bir ucundan Topluluğun rekabet politikasına tabi olmuştur.

Türkiye, AB Başkanlar Konseyi'nin 17.12.2004 tarihinde aldığı kararla "aday ülke" statüsüne alınmış ve üyelik müzakereleri 03.10.2005 tarihinde başlamıştır. Böylelikle, Türkiye müzakere süreci içerisinde Topluluğun birincil ve ikincil hukuk kurallarını iç hukukuna aktarma yükümlülüğü altına girmiştir. Açılan 13 ayrı fasıl başlıkları arasında "tüketicinin korunması" da bulunmaktadır. Türkiye'nin, müzakereler sonucunda, "tüketici koruması" hususunda iç hukuk kurallarını AB müktesebatıyla uyumlulaştırması

---

478 **Henning – Bodewig**, Unfair Competition, s.66.

479 http://www.mfa.gov.tr/1-95-sayili-ortaklik-konseyi-karari-gumruk-birligi-karari.tr.mfa, s.y., 22.02.2012. Türkiye 1963 yılında yapmış olduğu Ortaklık Antlaşması'na Ek 1/95 sayılı OKK uyarınca bazı istisnalarla birlikte Topluluk üyesi olmadan Gümrük Birliğine katılan tek ülke sıfatını almıştır.

gerekmektedir. Yapılan müzakereler arasında, Türkiye'nin, Topluluğun 84/450 sayılı Aldatıcı ve Haksız Karşılaştırmalı Reklam Yönergesi ile 2005/29 sayılı Haksız Ticarî Uygulamalar Yönergesi de bulunmaktadır[480]. Ancak, Türkiye – AB arasındaki müzakere sürecindeki yavaşlama / durmaya paralel olarak, söz konusu fasıl başlığı kapatılamamıştır. Bunun yanında, söz konusu faslın kapatılabilmesi için Türkiye'nin 4077 sayılı TKHK 16, 6102 sayılı TTK'nın 55/1 (a) maddesi başta olmak üzere, birçok kanun ve yönetmelikte değişiklikler yapması gerekmektedir.

Türkiye ile Topluluk arasındaki 12.09.1963 tarihli Ankara Antlaşması'nın nihai hedeflerinden biri olan *"Gümrük Birliği"*, taraflar arasında 22.12.1995 tarihinde imzalanan 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı (Gümrük Birliği Kararı) uyarınca 01.01.1996 tarihinden itibaren resmen başlamıştır[481]. Gümrük Birliği doğal olarak Türkiye ile AB arasında malların serbest dolaşımını öngörmektedir. Türkiye, OKK'nın EK-8 No'lu Protokol'ünün 1 ve 10/2.maddeleri uyarınca TRIPs hükümleri ile Paris Sözleşmesi'nin mükerrer 10.maddesi uyarınca benimsenen haksız rekabet kurallarını iç hukukuna aktarma, 3.madde uyarınca da fikrî, sınai ve ticarî mülkiyet haklarının korunması bakımından Toplulukta yürürlüğe girmiş bulunan koruma düzeylerine eşit koruma önlemleri getirme yükümlerini üstlenerek, bir ucundan Topluluğun rekabet politikasına tabi olmuştur.

Türkiye, AB Başkanlar Konseyi'nin 17.12.2004 tarihinde aldığı kararla "aday ülke" statüsüne alınmış ve üyelik müzakereleri 03.10.2005 tarihinde başlamıştır. Böylelikle, Türkiye müzakere süreci içerisinde Topluluğun birincil ve ikincil hukuk kurallarını iç hukukuna aktarma yükümlülüğü altına girmiştir. Açılan 13 ayrı fasıl başlıkları arasında "tüketicinin korunması" da bulunmaktadır. Türkiye'nin, müzakereler sonucunda, "tüketici koruması"

---

480 http://www.abgs.gov.tr/index.php?p=182&l=1, s.y., 22.02.2012. Karşılaştırmalı reklamla ilgili Topluluk müktesebatı, son olarak taraflar arasındaki 06-07.07.2006 tarihli toplantı sırasında tartışılmıştır.

481 http://www.mfa.gov.tr/1-95-sayili-ortaklik-konseyi-karari-gumruk-birligi-karari.tr.mfa, S.y., 22.02.2012. Türkiye 1963 yılında yapmış olduğu Ortaklık Antlaşması'na Ek 1/95 sayılı OKK uyarınca bazı istisnalarla birlikte Topluluk üyesi olmadan Gümrük Birliğine katılan tek ülke sıfatını almıştır.

hususunda iç hukuk kurallarını AB müktesebatıyla uyumlulaştırması gerekmektedir. Yapılan müzakereler arasında, Türkiye'nin, Topluluğun 84/450 sayılı Aldatıcı ve Haksız Karşılaştırmalı Reklam Yönergesi ile 2005/29 sayılı Haksız Ticarî Uygulamalar Yönergesi de bulunmaktadır[482]. Ancak, Türkiye – AB arasındaki müzakere sürecindeki yavaşlama / durmaya paralel olarak, söz konusu fasıl başlığı kapatılamamıştır. Bunun yanında, söz konusu faslın kapatılabilmesi için Türkiye'nin 4077 sayılı TKHK 16, 6102 sayılı TTK'nın 55/1 (a) maddesi başta olmak üzere, birçok kanun ve yönetmelikte değişiklikler yapması gerekmektedir.

II. AVRUPA BİRLİĞİ'NDE KARŞILAŞTIRMALI REKLAMLARA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

A. Genel Olarak

Avrupa Topluluğu dahili ortak pazarının sağlıklı ve düzgün işlemesi için, tüketicilere satın almayı düşündüğü mal ve hizmetler yönünden mümkün olduğu kadar geniş bir seçme imkânının sağlanması ve bu suretle ortak pazardan en geniş şekilde istifade etmeleri sağlanmak istenmiştir. Tüketicilere en geniş seçim haklarının sağlanmasında "*karşılaştırmalı reklam faaliyetleri*" en önemli pazarlama araçlarından biri olarak görülmüştür. Topluluk Konseyi reklamlar yoluyla, tüketicilerin ortak pazar çapında tüm mal ve hizmetlere en düşük fiyatlarla ulaşmalarının sağlanacağına inanmıştır[483]. Karşılaştırmalı reklamın şekil ve içeriklerine ilişkin ulusal mevzuatların uyumlaştırılması sayesinde birçok ürünün birbirleriyle karşılaştırılması imkânının sağlanması, bu ürünleri pazarlayan satıcıların rekabete

---

[482] http://www.abgs.gov.tr/index.php?p=182&l=1, s.y., 22.02.2012. Karşılaştırmalı reklamla ilgili Topluluk müktesebatı, son olarak taraflar arasındaki 06-07.07.2006 tarihli toplantı sırasında tartışılmıştır.

[483] 97/55 sayılı Yönerge'nin 2 No'lu Başlangıç maddesi.

yönelmelerine yol açacaktır. Böylesi bir rekabet ortamı ise tüketicilerin yararına olacaktır.

97/55 sayılı Karşılaştırmalı Reklam Yönergesi çıkarılıncaya kadar üye ülkelerin her biri karşılaştırmalı reklamlara ilişkin olarak farklı bir mevzuat uygulamaktaydı. Ancak karşılaştırmalı reklamın şartlarının belirlenmesi ve her ülkede aynı şekilde uygulanması için bir yönergenin varlığına ihtiyaç duyulmuştur. Reklam faaliyetleri, nitelikleri gereği sınır ötesi etki ve sonuçlar da doğurması ve üye ülkelerde farklı mevzuat ve uygulamaların mevcut olması nedeniyle, AB'nin temel hedeflerinden olan *düzgün işleyen rekabet sisteminin temini* ile *malların ve hizmetlerin serbest dolaşımına* engel olabilecek özellikler içeriyordu[484]. Zira ticareti yanlış surette etkilediği düşünülen sınır aşan reklamların bir üye ülke tarafından önlenmesi, buna karşılık diğer bir ülkede reklama izin verilmesi, malların ve hizmetlerin serbest dolaşımına doğrudan etki eden bir sonuç doğuracaktır. Bu konuda izlenecek olumsuz bir tutum aynı zamanda rekabeti de olumsuz etkileyecektir. O nedenle tüm üye ülkelerde uygulanabilecek ortak bir karşılaştırmalı reklam yönergesine ihtiyaç bulunmaktaydı. AB Komisyonu bu ihtiyaçtan yola çıkarak yaptığı çalışmalar sonucunda, 84/450 sayılı Aldatıcı Reklamlara İlişkin Yönergenin içine ek olarak 97/55 sayılı Karşılaştırmalı Reklam Yönergesini çıkartmıştır. Daha sonra bu yönerge de 2006/114 sayılı Yönerge olarak revizyon görmüştür.

B. Karşılaştırmalı Reklam Yönergesinin Tarihsel Gelişimi

1. İlk Dönem Çalışmaları

1960'lı yılların başında AT üye ülkelerinin tamamında geçerli olacak ortak bir haksız rekabet hukukunun oluşumu için çeşitli çabalar sarf

---

484 2006/114 sayılı Yönerge'nin 2 No'lu Başlangıç maddesi.

edilmiştir[485]. Başlangıçta patent hakları, daha sonra da marka ve patent (faydalı model) hukukuna ilişkin uyum çalışmaları yürütülmüştür[486]. Akabinde de tüketici hakları bilincinde yaşanan gelişmelere paralel olarak, tüketicilerin haksız ve aldatıcı reklamlar ile haksız karşılaştırmalı reklamlara karşı korunması çalışmalarına başlanmıştır. Konu karşılaştırmalı reklamlara geldiğinde, birçok güçlüklerle karşılaşılmıştır. Topluluğa üye ülke hukukları haksız rekabet hukuku yönünden oldukça birbirlerinden farklıydılar. Zira haksız rekabet kuralları konusunda üye ülkelerde daha ilk aşamadan itibaren farklı hukuki gelişimler yaşanmıştı[487].

Karşılaştırmalı reklamlar özellikle, *Belçika ve Lüksemburg'da* yazılı kurallar ile *İtalya ve Almanya* gibi ülkelerde ise yazılı kurallar olmaksızın, kural olarak **yasak** görülmekteydi[488]. Buna karşılık *Fransa, Avusturya, Portekiz ve İspanya'da* yazılı kurallar ile *Danimarka, Finlandiya, Yunanistan, İngiltere, İrlanda, Hollanda ve İsveç'te* ise yazılı bir kural olmaksızın **serbest** olarak kabul ediliyordu[489]. Bu durum AT Komisyonu tarafından, tüketicilerin bilgilenme hakkı, malların ve hizmetlerin serbest dolaşımı ile rekabet politikası önünde bir engel olarak görülmüş ve karşılaştırmalı reklam konusundaki haksız rekabet kurallarının birleştirilmesi çalışmalarına başlanarak, bu konuda çeşitli Yönerge teklifleri hazırlanmıştır[490].

Komisyon bu konuda Eugen Ulmer başkanlığında Max Planck Enstitüsü'nü üye ülkelerdeki mevcut hukukları ve birbirlerinden farklarını

---

485 Ansgar Ohly, in: Gerhard Schricker, Frauke **Henning – Bodewig**, **Neuordnung des Wettbewerbsrechts**, (Schricker/Henning-Bodewig), Baden Baden 1998/1999, s. 69 vd.

486 Gerhard Schricker, "Die Europäische Angleichung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs- ein aussichtloses Unterfragen?", **GRUR Int.** 1990, 771 vd.

487 Friedrich Karl Beier, "Entwicklung und gegenwartiger Stand des Wettbewerbsrecht in der Eropäischen Wirtschaftsgemeinschaft ", **GRUR Int.** 1984, 61 vd.

488 Eugen Ulmer, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft: BD. I, vergleichende Darstellung mit Vorschlägen zur Rechtsangleichung, Beck, Munich 1965, 343 pp; **Freund**, s. 13 vd.

489 Eugen Ulmer, "vergleichende Darstellung mit Vorschlägen zur Rechtsangleichung", Bd. 1965; **Freund**, s. 15 vd.

490 Bkz. KOM (91) 147, SYN 343, s.2., **GRUR Int.** 1991, 634 vd.

tespit etmek için bir rapor hazırlamakla görevlendirmiş ve bu çalışmalar 1965 yılında ortaya çıkmaya başlamıştır[491].

Oluşturulan çalışma heyeti sadece mevcut hukuki durumu araştırmakla kalmamış, görev kapsamlarını kısmen aşarak, aynı zamanda uyumlaştırmanın nasıl sağlanacağına ilişkin taslak metinler de hazırlamışlardır[492]. Çalışma heyetinin bu konudaki dayanak noktası ise o ana dek haksız rekabeti düzenleyen tek uluslararası metin olan Paris Sözleşmesi'nin mükerrer 10. maddesi olmuştur[493]. Haksız rekabete ilişkin bu çok genel kuraldan hareketle, taslak metne ilişkin genel kurallar belirlenmeye çalışılmıştır. O güne değin, reklamların doğru ve dürüst olması ilkesinin temel kaynağı; İngiltere'de ceza kanunu, Batı Almanya, Fransa, Belçika, Lüksemburg, İtalya ve Hollanda'da ise özel hukuk alanı içerisinde haksız rekabet kuralları olmuştur. Bunlar arasında Belçika, B.Almanya ve Lüksemburg'un ayrı bir haksız rekabet kanunları bulunmaktayken, İtalya, Fransa ve Hollanda'da ise medeni kanun kapsamında düzenlenmişti[494].

Çalışma Heyetinin raporunu sunmasından sonra Komisyon, tüm üye ülkelerdeki haksız rekabete ilişkin kuralların birleştirilmesine ilişkin geniş bir çalışma programı başlatmıştır. İlk çalışma konferansı 29–30 Kasım 1972 yılında Brüksel'de yapılmıştır. İlk çalışmada öncelikle Ulmer raporunda yer alan yönerge teklifi üzerinde çalışılmıştır. Ancak daha ilk toplantıda meselenin ne kadar karmaşık olduğu görülmüş, üye ülkelerin ortak bir haksız rekabet hukuku için çok farklı yaklaşımlar içerisinde oldukları anlaşılmıştır. Üye ülkeler arasındaki olağanüstü farklılık, tüm bir haksız rekabet hukuku konusunda ortak bir hukuk oluşturmanın imkânsızlığını ortaya çıkarmış ve bu amaçtan vazgeçilmiştir[495].

---

491 **Ulmer**, "vergleichende Darstellung"; Bd. II./1: Schricker/Wunderlich, Belgien, Luxemburg, 1967; BD.II/2: Baeumer/van Manen, 1967; Bd. V: Schricker, Italien, 1965; BD. VI: von Westerholt, Vereinigtes Köningsreich, 1981; Bd. VII: Alexandridon, Griechenlend, 1994.

492 **Ulmer**, "Recht des unlauteren Wettbewerbs" Bd. I, s.247 vd.

493 **Ulmer**, "Recht des unlauteren Wettbewerbs", BD I, N. 409 vd.

494 **Göle**, Aldatıcı Reklamlar, s.113 – 114.

495 **Schricker**, **GRUR Int.** 1973, 141, 147.

Geçen zaman içerisinde, özellikle ABD hukukunda meydana gelen gelişmelere paralel olarak "*tüketicilerin korunması*" konusu ön plana çıkmış ve AT Komisyonu ve Danışma Konseyi bu yeni hedef üzerinde yoğunlaşmıştır. Bu bağlamda, 1975 yılından başlayarak "tüketicilerin aldatıcı ve haksız reklamlara karşı korunması" konusunda bir çalışma yapılmıştır[496]. Bu çalışmaların sonunda, başta *tüketicilerin bilgilendirilmesi* olmak üzere, *tüketicilerin 5 temel hakkı bulunduğu* tespitinde bulunulmuştur. Sunulan tavsiyeler üzerine, mal ve hizmetleri edinebilecek olan kişilerin önemli noktalara ilişkin olarak yeterli miktarda bilgilendirilmeleri ve böylelikle rekabet halinde olan ürünler arasında objektif ölçülerde bir seçim yapabilmelerinin sağlanması amaçlanmıştır[497].

AT Komisyonu'nu Kurucu Anlaşma'nın 100.maddesindeki yetkisine dayanılarak, 01 Mart 1978 tarihinde aldatıcı ve dürüst olmayan reklamlara karşı üye ülkelerin iç hukuklarının birleştirilmesi kararına varılmıştır[498]. Karşılaştırmalı reklam, taslak Yönerge metninin 4.maddesinde, "*aldatıcı ve dürüstlük kurallarına aykırı olmamak, önemli ve ispat edilebilir olmak"* koşuluyla kabul edilebilir bir pazarlama yöntemi olarak görülmüştü[499]. Taslak metin üzerinde birçok değişiklik tekliflerine rağmen politik nedenlerle –ve özellikle, alınacak kararlarda oybirliği şartı arandığı için– karşılaştırmalı reklam konusunda bir fikir birliğine varılamamıştır[500].

Özellikle İngiltere, Kıta Avrupa'sı Hukuku ile Anglo Sakson Hukuk kültürü arasındaki farklılıklar sebebiyle Yönergenin çıkmasına büyük engeller çıkarmıştır[501]. Bunun yanında Almanya, Danimarka ve İrlanda'nın da karşılaştırmalı reklamlara ilişkin düzenlemeler konusunda karşı duruşları

---

496 Entschließung des Rates vom 14.04.1975 betreffend eines ersten Programm der Europäischen Wirschaftsgemeinschaft für eine Politik zum Schutz und zur Unterrichtung der Verbrauch, 25.04.1975 tarih ve ABl. EG Nr. C 92/01 sayılı komisyon raporu.

497 25.04.1975 tarih ve ABl. EG Nr. 92/09 sayılı, N.34.

498 **Göle**, Aldatıcı Reklamlar, **,** s.113; **Bozbel**, s.161.

499 01.03.1978 tarih ve ABl. EG Nr. C 70/4 sayı.

500 Yönerge taslağına ilişkin değişiklik önergeleri için bkz. 10.07.1979 tarih ve ABl. EG Nr. C 194/03.

501 Beier, **GRUR Int.** 1984, 61, 70; Ohly, in:Schricker/Henning- Bodewig, s.69, 76.

olmuştur[502]. Bu nedenle karşılaştırmalı reklam ve dürüst olmayan reklamlarla ilgili düzenlemeler geri çekilerek, yönergenin kapsamı, sadece aldatıcı reklamların önlenmesi ile sınırlı tutularak ortak bir sonuca varılmıştır[503]. Nihayet 10 Eylül 1984 tarihinde Aldatıcı Reklamların Önlenmesine ilişkin Yönerge çıkarılmıştır[504].

Yönerge çıkarılıncaya kadar ABAD, karşılaştırmalı reklamları konu alan az sayıda karar vermiştir. Bunlardan Yves Rocher[505] ve Miro[506] kararlarında Divan, *aldatıcılık* ihtimali kavramını **ilk kez** ve tüketici koruması cephesinden değerlendirmiştir. Yine bu kararlarda **ilk kez *reklamlarda fiyat karşılaştırmalarını*** ve bu karşılaştırmanın aldatıcılık boyutunu incelemiş ve konuyu haksız rekabet kavramı içerisinde değerlendirmiştir. Divan, kararında, doğru bir şekilde yapılan fiyat karşılaştırmalarının yasaklanmasına ilişkin üye ülke ulusal hukukunun, serbest pazara zarar verici nitelikte olduğuna karar vermiştir. ABAD **bu tarihten itibaren** (1985) haksız rekabete karşı koruma kavramını, rekabet hukuku kavramı içerisinde değerlendirmiş ve kararlarını "ortak pazarın bozulması" temeline dayandırarak vermiştir[507].

2. 84/450 Sayılı Avrupa Topluluğu Yönergesi

AT üye ülkeleri arasında haksız rekabet kurallarının uyumlulaştırılmasına ilişkin çalışmalar, 10.09.1984 tarihinde ve 84/450 sayılı Aldatıcı Reklam Yönergesinin çıkarılmasıyla sonuçlanmıştır[508]. Bu çalışma,

---

502 **Tilmann**, **GRUR** 1997, 790 vd.

503 **Gloy/Bruhn**, **GRUR** 1998, 226 vd.

504 10 Eylül 1984 tarih ve 84/450 sayılı Aldatıcı Reklamların Önlenmesine ilişkin Yönerge, **GRUR Int.** 1984, 688 vd.

505 ABAD, 18.05.1993 tarih, C– 126/91 – **Schutzverband / Yves Rocher**.

506 ABAD, 26.11.1985 tarih, C– 182/84 –**Miro BV.**

507 **Henning – Bodewig**, Unfair Competition, s. 82.

508 Directive 84/450 The Council of European Communities, Relating to The Approximation of The Laws, Regulations and Administrative Provisions of The Member States Concerning Misleading Advertising, http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31984L0450:EN:HTML s.y., 16.08.2011.

karşılaştırmalı reklamlara ilişkin düzenlemeye kadar Topluluğun reklamlara ilişkin ilk ve tek yasal düzenlemesi olarak kalmıştır.

Yönergenin 7 maddesinde, getirilen korumanın minimum koruma olduğu, üye ülkelerin aldatıcı reklamlara karşı daha fazla koruma getirebileceği belirtilmiştir. Keza 4 maddesi ile üye ülkelere aldatıcı reklamlarla uygun ve etkili mücadele yükümlülüğü getirilmiştir. Yönergede, üye ülkelere aldatıcı reklamlara karşı daha fazla koruma imkânı verilmesi, öğretide eleştirilere yol açmış; getirilen bu düzenlemeyle, üye ülkelerin aldatıcılık konusunda farklı uygulamalara meyledebileceği söylenmiştir[509].

Reklam kavramı 2/1 maddesinde "bir ticaret, iş, meslek veya sanatın icrasıyla ilgili olarak, taşınmaz malvarlığı, hak ve borçlar dâhil, malların ve hizmetlerin sürümünün yaygınlaştırılması amacıyla yapılan her türlü sunum / tanıtım" şeklinde tanımlanmıştır.

2/2 maddesinde. de ise aldatıcı reklamlar "hedef kitleye (reklamın yönelik olduğu) mensup kişileri veya ulaştığı kişileri aldatan veya aldatma ihtimali bulunan, aldatıcı karakteri sebebiyle onların ekonomik davranışlarını etkileme ihtimali bulunan veya rakip tacirlere zarar veren veya verme ihtimali bulunan her türlü reklamlar ile bu reklamların sunuluş şekli" olarak tanımlanmıştır.

Yönerge'de karşılaştırmalı reklamlara ilişkin doğrudan bir düzenleme bulunmamakla birlikte, 6 no'lu başlangıç maddesinde karşılaştırmalı reklamlara ilişkin düzenlemelerin ikinci bir aşamada yapılacağı ifade edilmiştir[510].

---

509 Kurt Keilholz, "Die misslungene Harmonisierung der irreführenden Werbung in der EG und ihre Konsequenzen für die deutsche Rechtsprechung", **GRUR Int.** 1987, 390 vd.

510 84/450 sayılı Yönerge'nin 6 No'lu başlangıç hükmü.

3. İkinci Aşama Çalışmaları

84/450 sayılı Yönergenin 6 no'lu başlangıç maddesinde karşılaştırmalı reklama ilişkin düzenlemenin ikinci bir aşamada yapılacağı söylenmiş ise de, çalışmalar kesintiye uğramaksızın devam ettirilmiş, ikinci aşamadaki bu süre yedi yıl sürmüştür. Çalışmaların uzun sürmesinin başlıca sebebi, aldatıcı reklamlara oranla üye ülke hukuklarında karşılaştırmalı reklama ilişkin farklılıkların çok daha fazla olması ve bunun da uzlaşmayı zorlaştırmasıdır[511].

1986 yılında imzalanan AB Sözleşmesi ile kurucu sözleşmenin 100. maddesinde getirilen değişiklikle (100a), artık Yönerge çıkarmak için oybirliği yerine oyçokluğunun yeterli görülmesi nedeniyle farklı iç hukuk kuralları arasında uyumlaştırma yapmak daha kolay hale gelmiştir[512]. Bu yetkiden yola çıkarak 22.05.1991 tarihinde, 84/450 sayılı Yönerge'de değişiklik yapılması ve karşılaştırmalı reklamın Yönergeye intikaline ilişkin bir taslak metin Komisyona sunulmuştur[513]. Sunulan teklifte 84/450 sayılı Yönerge baz alınmıştır. Yapılan bilim komisyonu çalışmalarında karşılaştırmalı reklam üzerindeki yasak, malların ve hizmetlerin serbest dolaşımı ve tüketicinin bilgilendirilmesi önünde de bir engel olarak görülmüş, aynı ticari piyasada yer alan satıcılar arasındaki rekabetin teşvik edilmesi için bu yasağın kaldırılması gerektiğine vurgu yapılmıştır[514]. Yönerge taslak metninin 5 no'lu başlangıç maddesinde, karşılaştırmalı reklamın "*önemli, ilgili, ispat edilebilir ve tipik özelliklerin karşılaştırmaya konu edilmesi ve aldatıcı olmaması*" halinde tüketicilerin yararına ve kabule şayan bir *bilgilendirme vasıtası* olarak kabul

---

511 Gerhard Schricker, **Recht der Werbung in Europa, Loselblattsammlung Stand: April 2002**, Baden-Baden 2002, BD.1, N.164; Frauke Henning – Bodewig, vergleichende Werbung – Libariliserung des deutschen Rechts? Zugleich Besprechung der Urteile des BGH vom 5.Februar, 23.April und 15.Oktober 1998, **GRUR Int.** 1999, 385 vd.

512 29.06.1987 tarih ve ABl EG Nr. L 169/ 29 sayı, 01.07.1987 yürürlük tarihli.

513 22.05.1991 tarih ve ABl EG Nr. 180/15 sayı.

514 Yönerge değişiklik Taslağı'nın 2 ve 3 No'lu başlangıç hükümleri.

edileceği belirtilmiştir. Bu tanımlama öğretide eleştiri konusu olmuş[515] ve özellikle Almanya'nın eleştirilerine ve itirazlarına sahne olmuştur[516].

1992 yılında Edinburg'da yapılan zirve toplantısında bile Komisyona birçok yeni değişiklik teklifi sunulmuştur[517]. Komisyonun Yönerge teklifi üzerinde yaptığı ilave çalışmalar 21.04.1994 tarihinde sonuçlanmış ve yeni bir taslak metin hazırlanmıştır[518]. Yapılan değişiklikler, karşılaştırmalı reklamın kabul edilebilirlik şartlarının düzenlendiği Yönergenin 3a maddesi üzerinde toplanmıştır. Üzerinde çok tartışılan "*tipiklik*" şartı yeni taslakta da muhafaza edilmiştir. Ancak karşılaştırılan özelliklerin *her zaman ispatlanabilir olması şartı,* yeni taslakta kaldırılmıştır. Rakibin ticarî faaliyetleriyle ilgili olmaksızın, şahsının ya da şahsi özelliklerinin ilişkilendirildiği reklamlar kabule şayan görülmemiştir.

Bir diğer değişiklik önergesi de Danışma Konseyi tarafından 19.03.1996 tarihinde verilmiştir. Yine Avrupa Parlamentosunda görüşmeler sırasında Yönerge üzerindeki değişiklik teklifi, çevre, toplum sağlığı ve tüketicinin korunması politikası yönünden incelenmiş, son değişiklikler 25.10.1996 tarihinde yapılmış, Yönergeye son şekli 25.06.1997 tarihinde verilmiş ve son olarak 06.10.1997 tarihinde **Almanya'nın karşı oyuna rağmen** yasalaştırılmıştır[519].

Yönergenin 2a maddesinde karşılaştırmalı reklam "*açık veya dolaylı olarak rakibin veya ona ait mal veya hizmetlerin tanımlandığı her türlü*

---

515 Otto Friedrich Gamm, "Vorschlag der EG – Komission für eine Richtlinie des Rates über vergleichende Werbung und zur Ännaherung der Richtlinie 84/450 über irreführende Werbung", **WRP,** 1992, 143 vd; **Piper**, **WRP** 1992, 685, 688.

516 Deutscher Industrie- und Handelstag: Stellungnahme zum Vorschlag der EG-Kommission vom 5 9. 1991; Markenverband, Rundschreiben 21/1991 vom 18. 3. 1991, Stellungnahme zum Vorschlag der EG-Kommission, MA 1991, 242; Zentralausschuß der Werbewirtschaft, Basisdienst 44 vom 27. 8. 1991; Stellungnahme der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht zum Richtlinienvorschlag Vergleichende Werbung der EG-Kommission, **GRUR** 1992, 370. yöneliş **Gloy/Bruhn**, **GRUR** 1998, s. 233. dn.71. Almanya, bu teklifte özellikle karşılaştırmalı reklamların kabul edilebilirlik şartları ile topluluk çapında geçerli olmasına itiraz etmiştir.

517 Bkz. 06.05.1993 tarih ve ABl, Eg Nr. C 125/09 sayılı Komisyon yasal programı.

518 KOM (94) 151 – COD 343, 19.05.1994 tarih ve ABl. EG Nr. C 136/04 sayılı.

519 23.10.1997 tarih ve ABl. EG Nr. L 290/18 sayı= **GRUR Int.** 1997, 985; **Gloy/Bruhn**, **GRUR** 1998, 233.

reklam" olarak tanımlanmıştır. Karşılaştırmalı reklamın şartları ise Yönergenin 3a maddesinde sayılmıştır.

4. 97/55 Sayılı Karşılaştırmalı Reklam Yönergesi

97/55 sayılı ve 06.10.1997 tarihli Karşılaştırmalı Reklamlara İlişkin AB Yönergesi, 84/450 sayılı Aldatıcı Reklam Yönergesinde değişiklik yapılmak ve bu Yönergeye dahil edilmek suretiyle çıkarılmıştır[520].

AB'de 97/55 sayılı Yönerge öncesinde, özel olarak bu konuyu içeren bir yasal düzenleme bulunmuyordu. Bu Yönerge ile karşılaştırmalı reklamların belirli şartlar dairesinde kabul edilebilir bir ticari uygulama olduğu sonucuna varılmıştır. Yönerge'de, daha önce içtihat hukukuyla varlığı tespit edilen ve karşılaştırmalı reklamların alt grupları olan, *eleştirel, başkasına dayanan ve şahsi karşılaştırmalı reklamlar*ın hepsi aynı bakış açısıyla yorumlanmıştır.

a. 97/55 sayılı Yönergenin Temel Amaçları

AT'nun en temel amaçlarından birisi de malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımı sağlanarak, ortak pazarın tamamlanmasıdır. Bu amacın sorunsuz olarak gerçekleştirilmesi hususunda ortaya çıkan tüm engellerin ortadan kaldırılması için, gerekli tüm tedbirlerin alınması gerekmektedir. Bu anlamda Yönergenin *temel amaçları*, 2 ve 3 no'lu başlangıç maddelerinde, her bir üye ülkede karşılaştırmalı reklama ilişkin var olan *farklı iç hukuk kurallarının uyumlulaştırılması* ve *serbest rekabetçi yapının korunması (liberalleştirme)* dır. Bu iki amacın gerçekleştirilmesi, *malların ve hizmetlerin serbest dolaşımına* hizmet edecektir. Ayrıca serbest rekabetçi yapının korunması için, *tüketicilerin satın alma kararlarını*

---

520 ABl EG Nr L 290 v 23.10.1997 s.18.

oluştururken en geniş manada bilgilendirilmeleri gerekir. 97/55 sayılı Yönerge, rekabete aykırı uygulamaları ortadan kaldıran, mal ve hizmetlerin serbest dolaşımını sağlayan önemli araçlardan biridir. Yönerge 'deki karşılaştırmalı reklama ilişkin düzenlemelerle, rekabeti olumlu yönde etkileyeceği düşüncesiyle tüketicilerin menfaatinin daha fazla korunması amaç edinilmiş ve bu amaca hizmet ettiği ölçüde karşılaştırmalı reklam kabule şayan görülmüştür.

Yönerge ile sadece tüketicilerin değil, aynı zamanda rakiplerin ve serbest rekabet düzeninin korunması da hep birlikte amaçlanmıştır. Böylelikle Yönerge 'deki hükümler yoluyla;

(1) Karşılaştırmalı reklama ilişkin olarak iç hukuk kuralları uyumlaştırılmıştır.

(2) Rekabetin korunması ile malların ve hizmetlerin serbest dolaşımı önündeki önemli bir engel ortadan kaldırılmıştır.

(3) Tüketicinin bilgilendirilmesi ve daha çok korunması amacına hizmet etmiştir.

(4) İşleyen bir rekabet sistemini temin etme aracı olmakla Yönerge, piyasadaki diğer rakipleri de korumuştur.

b. Yönergenin İç Hukuka Aktarılması

AB müktesebatında Yönerge, ikincil nitelikli (ABA 249.m.) bir mevzuattır. İkincil nitelikli mevzuat, niteliği itibariyle üye ülkeleri bağlayıcı olmakla birlikte, kural olarak doğrudan uygulanma özelliğine sahip değildir[521]. Üye ülkeler, mevcut düzenleme ancak yönerge ile getirilen hükümlere aykırı ise bu hükümleri iç hukuka aktarmak yükümlülüğündedirler.

97/55 sayılı AB Yönergesinin 3 (I) maddesinde üye ülkelerin, Topluluk resmi gazetesinde yayınlandıktan itibaren en geç 30 ay içerisinde (23 Nisan 2000 tarihine kadar) bu yönergedeki hükümleri iç hukuklarına aktarmaları gerektiği belirtilmiştir. Ancak bu süre maksimal bir süredir. Alman

---

[521] **Bozbel**, s.161.

uygulamasında BGH bu konuda yasal düzenleme yapılmasını beklemeden, karşılaştırmalı reklamın kabule şayan olmadığına ilişkin önceki içtihadından dönerek Yönerge 'yi doğrudan doğruya uygulamaya başlamıştır[522]. Yüksek Mahkeme bu kararla birlikte, karşılaştırmalı reklamı kural olarak yasak kabul eden, ancak istisnalar getiren önceki görüşünden dönerek, Yönerge 'deki şartları taşımak şartıyla kabule şayan reklam şekli olarak kabul etmiştir[523].

BGH'nin yasal düzenlemeden önce içtihat yoluyla Yönergeye uyması, şeklen yasal düzenleme yapılması gerekip gerekmediğine ilişkin sorunun da cevabı olmuştur[524]. Ancak bu olay bir hukuki güvenlik ve açıklık sorunudur. Yasal düzenleme olmaksızın mahkemelerin her zaman aynı kararı vereceğinin garanti edildiği söylenemez. Nitekim Almanya, verilen 30 aylık süre dolduktan 4 ay sonra, 14.09.2000 tarihinde iç hukukunda gerekli değişikliği yaparak, karşılaştırmalı reklamın kural olarak kabule şayan olduğunu yasal olarak kabul etmiştir[525]. Ancak 2004 yılında haksız rekabet hukukuyla ilgili reform sırasında yeniden yasal düzenlemeye konu edilmiştir[526].

Yönerge 'deki karşılaştırmalı reklamın kabul edilebilirliğine ilişkin şartlar bağlayıcı ve tüketici nitelikte olup tüm şartların aynı anda var olması (kümülatif) şarttır. Yönergenin 7. maddesinde, bu konuda üye ülkelere serbest hareket etme sahası bırakılmamıştır[527]. ABAD da üye ülkelerin, kabul edilebilirlik şartları listesine yenilerini ekleme konusunda serbest

---

522 BGH **EuZW** 1998, 474 vd.=**GRUR** 1998, 824=**WRP** 1998, 718 – Testpreis-Angebot; **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N.4.

523 Aynı şekilde Avusturya Yüksek Mahkemesi de karşılaştırmalı reklamı içtihat yoluyla kabul edilebilir reklam şekli olarak kabul etmiştir. Bkz. ÖOGH **GRUR Int.** 1999, 794, 795 – AMC/ATC.

524 Ansgar Ohly, "Anmerkung zum UWG-Urteil vom 05.02.1998 – Testpreis-Angebiot", **GRUR** 1998, 828 vd; **Menke**, **WRP** 1998, s. 811, 817; Stefan Leible / Olaf Sosnitza, "Richtlinenkonforme Auslegung vor Ablauf der Umsetzzungsfrist und vergleichende Werbung", **NJW** 1998, 2507; **Sack**, **WRP** 1998, 241 vd; **Freund**, s.34 vd.

525 BGBl. 2000 I, 1374 vd.

526 BGBl. 2004, 1414 vd; **Henning – Bodewig**, "Das neue Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb", **GRUR** 2004, 713; Ansgar Ohly, "Das neue UWG-Mehr Freiheit für Wettbewerb", **GRUR** 2004, 889.

527 97/55 sayılı Yönerge'nin 7 (I) (II) ile 84/450 sayılı Yönerge'nin 2, 3, 11 ve 18 **No'lu** başlangıç maddeleri; **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N.3.

olmadıklarına karar vermiştir[528]. Zira aksi halde, karşılaştırmalı reklama ilişkin uyumlaştırma amacına erişilemeyecek ve üye ülkelerde birbirlerinden farklı boyutta kabul edilebilirlik şartları meydana gelecekti. Bu nedenle karşılaştırmalı reklamın, ancak Yönerge 'deki şartların yerine getirilmesiyle kabul edilebilir olacağı, genel kabul gören bir yaklaşım olarak öne çıkmıştır[529].

5. 2005/29 sayılı Haksız Ticari Uygulamalar Yönergesi ve Sonrası

Tüketici hakları konusunda devam eden bilim komisyonu çalışmaları sonucunda, 11.05.2005 tarihli ve 2005/29 sayılı AB Haksız Ticari Uygulamalar Yönergesi (HTU) çıkartılmıştır. Bu Yönerge ile tüketicilerin ticari pazarlardaki saldırgan ve haksız ticari işlem ve uygulamalara karşı daha fazla ve daha etkin şekilde korunması amaçlanmıştır. Daha önce tüketicilerin aldatıcı ve haksız karşılaştırmalı reklamlara karşı korunmasına ilişkin 84/450 (97/55 sayılı Yönerge ile değişik) sayılı Yönergedeki hükümlerden, tüketicilerin korunması amacı çıkartılmış ve tüketicilerin haklarının tek bir Yönerge (2005/29 sayılı) çatısı altında korunması hedeflenmiştir. HTU Yönergesinin 14. maddesi ile 84/450 sayılı Yönergenin pek çok maddesinde değişikliğe gidilmiştir. Bunlar arasında Yönergenin amacının düzenlendiği 1. madde de bulunmaktadır. 84/450 sayılı Yönergenin "*tüketicilerin, rakiplerin ve kamunun genel menfaatinin korunması*" olan amacı, "*aldatıcı reklamlara ve onların olumsuz etkilerine karşı* ***tacirlerin*** *korunması ve karşılaştırmalı*

---

528 ABAD, **Toshiba / Katun**, N.32; **Borck**, **WRP** 2001, 1124, 1128; **Sack**, **WRP** 2001, 327, 329 vd; Sack Rolf, "Die Toshiba-Entscheidung des EuGH zur vergleichenden Werbung", **WRP** 2002, 363, 366 vd; **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N.4.

529 Bu konuda yaygın görüşler için bkz. **Bornkamm**, s.139; **Eck/Ikas**, **WRP** 1999, 251, 255; Matthias Johannes Nordmann, "Neuere Entwicklungen im Recht der vergleichende Werbung", **GRUR Int.** 2002, 297, 299; Gunda Plaß, "Die gesetzliche Neuregelung der vergleichende Werbung", **NJW** 2000, 3161, 3163; Winfried Tilmann, "Anwendungsbereich und Bindungswirkung der Richtlinie Vergleichende Werbung", **GRUR** 1999, 546, 549; Inge Scherer, "Partielle Verschlechterung der der Verbrauchersituation durch die europäische Rechtsvereinheitlichung bei vergleichende Werbung?", **WRP** 2001, 89, 90; **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N.4. Aksi görüş için bkz. ABAD, **Toshiba / Katun**, N.1 (Genel Sözcü'nün görüşü). Genel Sözcü burada kabul edilebilirlik kataloğunun dar bir şekilde yorumlanmasının Yönerge'nin mantığıyla tam örtüşmediğini savunmuştur.

reklamların kabul edilebilirlik şartlarını tespit" olarak değiştirilmiş ve söz konusu değişiklikler 2006/114 sayılı Yönerge olarak revizyon edilmiştir. Gelinen noktada, aldatıcı ve haksız karşılaştırmalı reklamlara karşı tacirler 2006/114 sayılı Yönerge ile tüketiciler ise 2005/29 sayılı Yönerge ile koruma altına alınmıştır.

84/450 sayılı Yönergenin 2. Maddesine 3 ve 4 no'lu bentler eklenmiş ve bu bentlerde tacirin ve düzenleyici kurumun tarifi yapılmıştır. Buna göre **tacir**; "*kendi işi, işletmesi, zanaatı veya mesleğine ilişkin amaçlarla hareket eden bir gerçek ya da tüzel kişi ya da tacir adına ya da hesabına hareket eden kişi*" olarak tanımlanmıştır.

Kod sahibi (code owner); "kendilerinin de uymak zorunda olduğu mesleki davranış kurallarını tespit eden ve uyulup uyulmadığını da denetleyen tacir veya tacirlerden oluşan bir grubun bütünü" olarak tanımlanmıştır.

2005/29 sayılı Yönergenin 14.maddesi ile 84/450 sayılı Yönergenin 3a/1 (a) maddesindeki, aldatıcı ve karşılaştırmalı reklama ilişkin kabul edilebilirlik şartlarının içeriği dahi değiştirilmiştir. Buna göre karşılaştırmalı reklamların, "*2005/29 sayılı HTU Yönerge 'sinin 6 ve 7. maddeleri uyarınca da aldatıcı olmaması*" şartı getirilmiştir. 2005/29 sayılı Yönergenin 6.maddesinde, maddi vakıalar doğru olsa bile, yanlış bilgi vermek suretiyle ortalama tüketicilerin, gerçekte yapmayacakları sözleşmeleri yapmaya sebep olacak şekilde, sözleşmenin bir veya birkaç unsuru yönünden, herhangi bir şekilde aldatılması veya böyle bir ihtimalin mevcut olması, tüketicilerin sözleşme yapmalarına yol açacak ölçüde mal veya hizmetlerin tanıtıcı işaretlerini karıştırmalarına yol açılması, uyulması gerekli meslek kurallarına uyulmaması gibi hususlar düzenlenmiştir. 2005/29 sayılı Yönergenin 7.maddesinde ise, bilgilerin tüketicilerle sağlanan iletişim (reklam / karşılaştırmalı reklam) sırasında, ortalama tüketicilerin satın alma kararlarını etkileyecek ölçüde önemli sayılabilecek bilgilerin verilmemiş olması, aldatıcı bir ticarî davranış olarak sayılmıştır.

Keza 2005/29 sayılı Yönerge ile 84/450 sayılı Yönergenin 3a/(1) (d) bendinde yer alan "ticari pazarlarda karıştırmaya yol açma" şartında yer alan, "ticari pazarlarda" ifadesi çıkartılmış ve ticari pazarlar dışında da karşılaştırmalı reklam yoluyla rakiplerin kendileri, markaları, unvanları veya diğer tanıtıcı işaretleriyle karışıklığa yol açılmaması şartı getirilmiştir[530].

6. 2006/114 sayılı AB Yönergesi

12.12.2007 tarihi itibariyle yürürlüğe giren Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlara ilişkin 12.12.2006 tarih ve 2006/114 sayılı Yönerge[531] ile 84/450 sayılı Yönerge 'deki pek çok hüküm açıklığa kavuşturulmuş veya yeniden yorumlanmıştır. Hatta 2005/29 sayılı HTU Yönergesinin 14.maddesi ile getirilen değişiklerin dışında da yeniden ilaveler söz konusu olmuştur. Özellikle, Yönergenin temel gerekçelerini içeren Başlangıç Bölümü yeniden kaleme alınmıştır. Karşılaştırmalı reklamın tanımı 2 (c) maddesinden, kabul edilebilirlik şartları da 4. maddeden çıkartılarak başka madde ya da bentlerde düzenleme konusu yapılmıştır. Aynı şekilde, Yönergenin 3a (2) maddesinde yer alan, "*daha önceden başlangıç ve bitiş tarihi bildirilen özel satış kampanyaları yoluyla karşılaştırmalı reklamların meşru olduğu*"na ilişkin düzenleme yeni Yönergeye alınmamıştır. Bununla birlikte 84/450 sayılı Yönerge'de, karşılaştırmalı reklamlara ilişkin temel esaslar yönünden değişiklikler yapılmamıştır.

---

530 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N.5a.

531 Abl EG v 27.12.2006 Nr L 376 s.21.

III. 2006/114 SAYILI YÖNERGENİN AMAÇ VE KORUMA KAPSAMI

A. 2006/114 Sayılı Yönergenin Temel Amaçları

Diğer normlarda olduğu gibi bu yönerge de yönetimde olan gücün isteklerini yansıtmaktadır. Yönergenin amacı "Başlangıç Bölümünde" düzenlenmiştir. Yönergeler nitelikleri icabı, AB tüzüklerinin tersine, doğrudan iç hukukta uygulanabilecek kurallar değil, iç hukuka aktarılarak uyumlaştırma yapılması gereken kurallardır. Bütün yönergeler yönünden Topluluk hukukunun tüm üye ülkelerde aynı şekilde anlaşılması ve yorumlanması bir zorunluluktur. Şayet bazı kavramlar üzerinde yorum farkı oluşursa, söz konusu kuralın genel yapısı ve kuralın konuluş amacı göz önüne alınarak yorumlanması gerekir. Ortak yorumu sağlamak için de Yönerge maddelerinin nasıl anlaşılması gerektiği başlangıç hükümleriyle açıklanır. Buna rağmen yorum farkları olursa bunların da ABAD'ın içtihatlarıyla giderilmesi gerekecektir. 2006/114 sayılı Yönergenin temel amaçları "uyumlaştırma" ve "liberalleştirme" dir[532].

1. Uyumlaştırma Amacı

Topluluk kanun koyucusunun en temel amaçlarından birisi de ortak pazarın sorunsuz bir şekilde işleyişini sağlamaktır. Üye ülkelerin karşılaştırmalı reklama ilişkin birbirlerinden farklı içerikteki düzenlemelere sahip olmaları, malların ve hizmetlerin Topluluk içerisinde serbest dolaşımı ile rekabetçi politikanın önünde bir engel olarak ortaya çıkabilmektedir. Özellikle reklamların sınır aşan nitelikte olabilmesi ve reklam konusu ürünlerin Topluluk boyunca serbest dolaşıma tabi olması nedeniyle, üye ülkelerdeki reklam konusundaki farklı düzenlemeler ve reklam yasakları, mal ve hizmetlerin serbest dolaşımına engel olma sonucu doğurabilecektir.

---

532 **Piper/Ohly**, **UWG** § 6, s.772, N.4.

Yönergenin 2 no'lu başlangıç maddesinde, karşılaştırmalı reklama ilişkin olarak üye ülkelerin iç hukukları arasında önemli farklılıklar bulunduğu ve bu farklılıkların ortak pazarın düzgün şekilde işleyişi önünde bir engel olarak bulunduğu ifade edilmiştir. Karşılaştırmalı reklamlara ilişkin uygulama farklılıklarının üye ülkeler arasındaki mal ve hizmetlerin serbest dolaşımına engel oluşturabileceği gibi, genel rekabet düzenini bozucu etkilerinin de olabileceği, Yönergenin başlangıç hükümlerinde ifade edilmiştir. Bu olumsuz etkilerin ortadan kaldırılması için, bu konuda üye ülkelerin iç hukuklarının uyumlaştırılması gerekecektir[533].

Söz konusu uyumlaştırma yapılırken, üye ülkelerin aldatıcı ve karşılaştırmalı reklamlara ilişkin kendi iç hukuklarında yer alan daha hafif koruma kurallarını uygulamaları, Yönergenin 8/1 (1) maddesiyle açıkça yasaklanmıştır[534]. Bununla birlikte üye ülkeler, aldatıcı reklama karşı daha geniş koruma kuralları getirebileceklerdir. Ancak daha geniş koruma anlayışının, hiçbir şekilde malların ve hizmetlerin serbest dolaşımını etkilememesi gerekir.

Yönergenin 8/1 (1) maddesinde, aldatıcı reklamlara karşı üye ülkeler daha geniş koruma standardı belirleyebilirlerken, 8/1 (2) maddesi uyarınca karşılaştırmalı reklamlar yönünden daha geniş veya daha dar koruma standardı öngörmeleri, yani karşılaştırmalı reklamlara ilişkin şartların bir kısmını iç hukuka almama veya ilave şartlar getirme hak ve imkânları bulunmamaktadır[535]. Diğer bir anlatımla üye ülkeler, Yönerge 'deki koşullara uymayan karşılaştırmalı reklamları yasaklamak zorundadırlar. Yönerge 'deki düzenleme şekline göre karşılaştırmalı reklamın *kabul edilebilirlik şartlarını aynı zamanda yasak karşılaştırmalı reklam ölçütü* olarak da kabul etmek mümkündür.

---

533 **Piper/Ohly**, **UWG** § 6, s.772, N.8.

534 ABAD, **Pippig Augenoptik / Hartlauer**, N.44; Ansgar Ohly, "Irreführende vergleichende Werbung / Anmerkung zu EuGH "UWG Augenoptik / Hartlauer Augenoptik", **GRUR** 2003, 641 vd; **Sack**, **GRUR** 2004, 89, 91.

535 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N.7.

Aslında uyumlaştırma amacı geri planda Yönergenin **en temel amacı**dır. Amaç tamamen aynı hukuku dayatmak değil, ulusal hukukları Topluluk hukukuyla uyumlu hale getirmektir[536]. Nihai hedef ise, Topluluğa üye ülkeler arasında tam bir entegrasyonun sağlanmasıdır. Uyumlaştırma amacı olmaksızın üye ülkeler yönünden bağlayıcı bir kuralın varlığından söz edilemez[537].

2. Liberalleştirme Amacı

Yönerge öncesinde üye ülkelerin birçoklarında karşılaştırmalı reklamlar yasak ticari uygulamalar arasında kabul ediliyordu. Oysa serbest rekabeti ilke edinen AB'de bu anlayış önündeki engellerin ortadan kaldırılması gerekmekteydi. Bu anlayıştan hareketle karşılaştırmalı reklamlar önündeki yasal engeller 97/55 sayılı Yönerge ile ortadan kaldırılmış ve serbest bir ticarî uygulama haline getirilmiştir. Yönergenin 3, 5 ve 6 no'lu başlangıç maddelerinde yer alan "*aldatıcı reklamlar ile haksız karşılaştırmalı reklamların işleyen bir rekabet sistemi önündeki önemli bir engel olduğu*", buna karşılık hukuka uygun karşılaştırmalı reklamların *"malların ve hizmetlerin serbest dolaşımı sistemine uygun olduğu"* ve "*karşılaştırmalı reklamların rakipler arasındaki rekabeti dengeleyeceği*" ifadeleri, liberalleştirme amacını ortaya koymaktadır. 97/55 sayılı Yönerge ile ilk kez karşılaştırmalı reklamlarla ilgili olarak üye ülkelerin uygulamaları liberalleştirilmiş ve önündeki engeller kaldırılmıştır. Yönergenin 8 no'lu başlangıç hükmü uyarınca, karşılaştırmalı reklamlara ilişkin şartlar değerlendirilirken, olabildiğince karşılaştırmalı reklamı mümkün kılacak şekilde yorum yapılması gerekliliği de Yönergenin liberalleştirme amacını ortaya koymaktadır[538].

---

536 **Menke**, **WRP** 1998, s. 811 vd.
537 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6. N.3.
538 ABAD, **Toshiba / Katun**, N.37.

Yönerge 'deki *liberalleşme amacı*, uyumlaştırmanın kapsamıyla sınırlıdır. 97/55 sayılı Yönergenin 8/1 (2) maddesi uyarınca, üye ülkelerin, karşılaştırmalı reklamlar konusunda, Yönerge'de öngörülenden daha fazla veya daha farklı koruma sağlayan düzenlemeler getirmesi yasaklanmıştır. Ancak, Yönergenin 8/2, 8/3 ve 8/4.maddeleriyle, üye ülkelere belirli mal ve hizmetler yönünden mazı medya organlarında (gazete, radyo, tv vs.) reklam yapılması yasağı getirebilme imkânı sağlanmış ve bu yasakların karşılaştırmalı reklamları da kapsayabileceği açıkça ifade edilmiştir.

B. Yönergedeki Hükümlerin Norm Değeri

AB müktesebatında Yönerge ikincil nitelikli (ABA 249.m.) bir mevzuattır. İkincil nitelikli mevzuat, niteliği itibariyle üye ülkeleri bağlayıcı olmakla birlikte, kural olarak doğrudan uygulanma özelliğine sahip değildir[539]. ABA'nın 10 (2) maddesi, üye ülkelere topluluk hukukuna sadakat yükümü getirmiştir. Yönerge içerisinde yer alan kavram ve kuralların her zaman açık bir tanımlamaya sahip olduğu söylenemez. Bazı durumlarda, iç hukuka aktarılan bazı temel kavramların, lafzi veya amaca göre yorumu gerekmektedir[540].

İç hukuklardaki karşılaştırmalı reklama ilişkin düzenlemeler, köklerini Yönerge ve onun takip ettiği amaçlarda bulacaktır. Dolayısıyla konuya ilişkin yapılacak yorumların da *yönergedeki amaca uygun* olması gerekir[541]. Yorum yapılırken ayrıca Topluluğun *birincil* (başta malların ve hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin 23 ve 49 maddesi ve 40/94 sayılı Marka Tüzüğü olmak üzere) ve *özel düzenleme niteliğindeki ikincil hukuk kaynaklarının* yanında,

---

539 **Bozbel**, s.161.

540 ABAD, **Toshiba / Katun**, N.33; ABAD, **Pippig Augenoptik / Hartlauer**, N.34 vd; **Bornkamm**, **GRUR** 2005, 97,101; Florian Bottenschein, "Markenrecht versus notwendige Bestimmungshinweise", **GRUR** 2006, 462; **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N.6; Tilman, **GRUR** 1997, 790,792.

541 **Bozbel**, s.164.

ABAD içtihatları da gözetilmelidir[542]. Zira Yönergelerin yorumu ABA'nın 234/1 (a) maddesi uyarınca, ABAD'a aittir[543]. Yapılacak yorumlarda *AB Temel Hakları* yönünden de gerekli incelemeler yapılmalıdır[544].

Karşılaştırmalı reklamları ilgilendiren, özel düzenleme konusu yapılmış *ikincil hukuk kaynakları* 89/104 sayılı Topluluk Marka Yönergesi[545] ile Coğrafi Köken Bildiren Tarımsal Ürünler ve Gıda Maddelerine İlişkin 510/2006 sayılı Tüzüğü[546] saymak mümkündür.

C. Karşılaştırmalı Reklamlara İlişkin Şartların Üye Ülkeleri Bağlayıcılığı

1. Öğretideki Yaklaşımlar

Yönergenin 4.maddesinde karşılaştırmalı reklamların, hangi şartların varlığı halinde kabule şayan olacağı bentler halinde düzenlenmiştir. Bu şartların karşılaştırmalı reklamların kabul edilebilirlik şartları mı, yoksa aynı zamanda yasaklar listesi mi olduğu akla gelebilir[547]. Yönergenin 4. Maddesinin her halükarda kabul edilebilirlik listesi olduğu konusunda bir görüş ayrılığı yoktur[548]. Ancak Yönergenin aynı zamanda "Yasaklar Listesi" olduğu hususu tartışmalıdır. **Bu farkın önemi**, şayet Yönergenin 4.maddesindeki şartlar aynı zamanda yasaklar listesi olarak görülürse, üye

---

542 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N.6; **Piper/Ohly**, **UWG** § 6, s.774, N.10. Yapılacak yorumlarda özellikle AİHS'nin fikir ve ifade özgürlüğünü düzenleyen 10.maddesi dikkate alınmalıdır. Zira fikir ve ifade özgürlüğü, ticari iletişimleri de koruma kapsamına almaktadır.

543 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N.7; **Sack**, **WRP** 2001, 327, 329; **Bornkamm**, **GRUR** 2005, 97, 101; **Bottenschein**, **GRUR** 2006, 462, 465; ABAD karşılaştırmalı reklama ilişkin olarak şu kararları almıştır: ABAD, **Toshiba / Katun**; ABAD, **Pippig Augenoptik / Hartlauer**; ABAD, 23.02.2006 tarih, C– 59/05 – **Siemens AG / VIPA.**

544 Helmut Köhler, "Was ist vergleichende Werbung ?", **GRUR** 2005, 273; Tobias Lettl, "Lauterkeitsrechtliche Haftung von Presseunternehmen für Rankings" **GRUR** 2007, s.940.

545 First Council Directive 89/104/EEC of 11.02.1989 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks, OJ L 40 11.02.1989.

546 Council Regulation (EC) No 510/2006 of 20 March 2006 on the protection of geographical indications and designations of origin for agricultural products and foodstuffs, OJ L 93, 31.03.2006

547 **Plassmann**, **GRUR** 1996, 377, 381.

548 **Sack**, **WRP** 2001, 327, 349.

ülkeler bu şartlarla mutlaka bağlı olup, buradaki şartları ihtiva etmeyen karşılaştırmalı reklam hukuka aykırı kabul edilmelidir. Listenin sadece kabul edilebilirlik listesi olarak görülmesi halinde ise, buradaki bazı şartların olmaması halinde de karşılaştırmalı reklamların geçerli olabileceği düşünülebilecektir.

a. Hem Kabul Edilebilirlik Hem Yasaklar Listesi Olduğu Görüşü

Öğretide hâkim olan ağırlıklı düşünceye göre, 97/55 sayılı Yönergenin 3a (1) maddesinde (yeni 4) yer alan koşullar **sadece kabul edilebilirlik değil aynı zamanda yasaklar listesini** de oluşturmaktadır ve bu nedenle Yönerge hükümleri tamamen bağlayıcıdır[549]. Taraftarları bu görüşlerine, 97/55 sayılı Yönergenin 3 no'lu başlangıç maddesindeki, Yönergenin üye ülkelerde **uyumlaştırma** amacını dayanak göstermektedirler[550]. Zira 97/55 sayılı Yönergenin 3 no'lu başlangıç maddesinde karşılaştırmalı reklamın kabul edilebilirliği ya da kabul edilemezliğine ilişkin olarak her üye ülkede farklı mevzuatın varlığının, malların ve hizmetlerin serbest dolaşımını önleyebileceği ve rekabeti bozabileceği ifade edilmiştir. Bu fikre göre yapılacak uyumlaştırma sayesinde ulusal hukuklardaki farklı düzenlemelerin önüne geçilerek rekabetin bozulması tehlikesinden kaçınılacaktır. Bu ise, karşılaştırmalı reklama ilişkin kabul edilebilirlik ve yasaklar listesinin birlikte kabul edildiği AB çapında tek bir hukuki yaklaşımın varlığı halinde mümkün olacaktır. Aksi takdirde Yönergenin öngördüğü uyumlaştırma ve rekabetin bozulmasının önlenmesi amaçları gerçekleştirilemeyecektir[551]. Her halükarda karşılaştırmalı reklamı mümkün kılacak tarzda yorum yapılması kuralı,

---

549 **Eck/Ikas**, **WRP** 1999, 251 vd; **Gloy/Bruhn**, **GRUR** 1998, 226-239; **Menke**, **WRP** 1998, s. 811, 818; **Plaß**, **WRP** 1999, 766-767; **Plassmann**, **GRUR** 1996, 377-381; **Tilmann**, **GRUR** 1997, 790 vd.

550 **Menke**, **WRP** 1998, s. 811, 818.

551 97/55 sayılı Yönerge'nin 3 No'lu başlangıç maddesi.

Yönergenin 4.maddesindeki yasaklar listesini göz ardı etme hakkı vermeyecektir[552].

b. Sadece Kabul Edilebilirlik Listesi Olduğu Görüşü

İkinci görüşü savunanlara göre, Yönergenin 3a maddesindeki şartların aynı zamanda "yasaklar listesi" olduğunu söyleyebilmek mümkün değildir[553]. Şayet aksi yönde yorum yapılırsa, Yönergenin çıkarılmasına kadar kabule şayan olarak görülen, somut bir rakiple ilişkilendirilemeyen, rakibini kötülemeyen ve onun tanınmışlığından yararlanmayan bazı karşılaştırmalı reklam türlerinin (teknik ilerleme, danışma ve savunma maksadıyla yapılan karşılaştırmalı reklamlar[554]), Yönergenin çıkarılmasından sonra artık kabul edilemez olduğunu söylemek gerekirdi. Oysa bu tür reklamları yasaklamanın hiçbir mantığı bulunmamaktadır. Yönergenin lafzi yorumuna göre bu tür reklamların yasak kabul edilmesi gerekir. Ancak bu şekildeki yorum tarzı, karşılaştırmalı reklamı daha da kolaylaştırmaya çalışan Yönergenin liberalleştirme amacına aykırı olacak ve üye ülkelerin mevcut karşılaştırmalı reklam uygulamalarından da daha sert bir sonuç ortaya çıkaracaktır[555]. Oysa Yönerge 'deki düzenlemeler amaca göre yorumlandığında, böyle bir etki doğuracak şekilde bir rol üstlenildiği söylenemez. Mahkemelerin, önlerine gelen ihtilafta Yönerge'yi amaca göre yorumladıklarında, 3a (yeni 4) maddesindeki listeyi bir "*eleştiriler listesi*" olarak görmek suretiyle, "danışma", "savunma", "sistem" ve "teknik ilerleme" karşılaştırmalarını kabul edilebilir karşılaştırmalı reklam olarak görebilmeleri mümkün olacaktır[556]. Ayrıca tarihi gelişme açısından da Yönerge 'deki şartları "yasaklar listesi" olarak görmek mümkün değildir. Zira Alman hükümeti, henüz Yönerge yürürlüğe girmeden

---

552 **Piper/Ohly**, **UWG** § 6 N. 39.
553 **Menke**, **WRP** 1998, s. 811-818; **Eck/Ikas**, **WRP** 1999, 251 vd.
554 **Scherer**, **WRP** 2001, 89; **Eck/Ikas**, **WRP** 1999, 251 vd..
555 **Sack**, **WRP** 2001, 327, 349
556 **Menke**, **WRP** 1998, s. 811-818; **Eck/Ikas**, **WRP** 1999, 251, 255; **Sack**, **GRUR Int.** 1998, 263, 270.

önceki dönemde Komisyon'dan konuya ilişkin olarak bir açıklama da almıştır[557]. Buna göre yüz yüze satış görüşmeleri sırasında müşterilerin talepleri üzerine, satıcıların ürünlerin bazı özelliklerine ilişkin karşılaştırmaları yapabilecekleri ifade edilmiştir[558]. Bu tutum Yönerge'yi çıkaran iradenin 3a (1) maddesindeki şartları bir yasaklar listesi (Verbotskatalog) olarak görmediği ve bilinçli olarak sadece kabul edilebilirlik listesi olarak gördüğü anlamına gelir[559].

2. ABAD'ın Yaklaşımı

Yönergenin iç hukuka aktarılmasında ulusal kanun koyuculara ve mahkemelere serbest hareket etme sahası bırakılıp bırakılmadığı hususu, ancak ABAD'ın içtihatlarıyla açıklığa kavuşacaktır. Çünkü bu içtihatlar tüm üye ülkeler için bağlayıcı niteliktedir. ABAD konuya ilişkin içtihadında, bu sorunun yanında üye ülkelerin Yönergedekinden farklı bir koruma standardı öngörüp öngöremeyeceği sorusunun da cevabını vermiştir.

ABAD konuya ilişkin Toshiba kararında, 97/55 sayılı Yönergenin 3a (1) maddesindeki şartları yerine getirmeyen karşılaştırmalı reklamın kabul edilebilir nitelikte olmadığına hükmetmiştir[560]. Mahkeme, Yönergenin 11 no'lu başlangıç maddesine atıfta da bulunarak, karşılaştırmalı reklam şartlarının kümülâtif bir şekilde aranması gerektiğini söylemiştir. Davanın genel sözcüsü Leger de mütalaasında, karşılaştırmalı reklamların ancak Yönergenin 3a maddesindeki şartların yerine getirilmiş olması halinde kabul edilebilir olarak görülmesi gerektiğini ifade etmiştir[561].

ABAD konuya ilişkin olarak Pippig kararında da, ulusal mahkemelerin karşılaştırmalı reklam konusunda Yönerge'de öngörülenden daha sıkı

---

557 Aktuelle Berichte, **GRUR Int.** 1996, 32.
558 Aktuelle Berichte, **GRUR Int.** 1996, 32.
559 **Sack**, **GRUR Int.** 1998, 263, 270; **Sack**, **WRP** 2001, 327, 349; **Eck/Ikas**, **WRP** 1999, 251, 255 vd.
560 ABAD, **Toshiba / Katun**, N.33.
561 ABAD, **Toshiba / Katun**, N.40.

hükümler uygulamasını Yönergenin 7.maddesi 2.fıkrasındaki hükme aykırı bulmuştur[562]. ABAD'ın konuya ilişkin kararında;

"Üye ülkelerce hukuka uygun olarak kabul edilebilecek karşılaştırmalı reklam yönünden 84/450 sayılı Yönerge'de gerekli şartların *tüketici biçimde uyumlulaştırılması gerektiği (*exhaustive harmonisation- abschließende Harmonisierung*)* … "

Şeklindeki yaklaşımıyla, Yönerge 'deki şartların aynı anda *hem kabul edilebilirlik, hem de yasaklar listesini ihtiva ettiği* görüşünde olduğunu bir kez daha teyit etmiştir. Bu görüşe destek olarak, Yönergenin karşılaştırmalı reklamlar yönünden, *sadece minimum standartlar değil aynı zamanda bağlayıcı standartlar* içerdiği savunulmuştur[563].

Bununla birlikte Yönergenin çıkarılmasına kadar kabule şayan olarak görülen bazı karşılaştırmalı reklam türlerinin (teknik ilerleme, danışma ve savunma maksadıyla yapılan karşılaştırmalı reklamlar[564]), Yönergenin çıkarılmasından sonra artık kabul edilemez olduğunu söylemek de pek ikna edici olmayacaktır. Yönerge 'deki düzenlemelerin böyle bir etki doğuracak şekilde bir rol üstlendiği söylenemez[565]. Bunun dışında Yönerge'de öngörülen liberalleştirme amacının da uyumlaştırma amacıyla sınırlı tutulması gerektiği, ne Yönerge'de ve onun başlangıç hükümlerinde, ne de Yönergenin yasama çalışmalarına ait metinlerde açıkça ifade edilmiş değildir[566].

Divan daha sonradan verdiği Landtsheer kararında ise, ürünler arasında karşılaştırma içeren, ancak belirli bir rakiple veya onun tarafından pazarlanan mallarla ilişkilendirilmeyen, bu sebeple de karşılaştırmalı reklam tanımı kapsamında kalmayan reklamın kabul edilebilirlik sınırları içerisinde olup olmadığının ulusal yasalara göre belirlenmesi gerektiğini ifade ederek, önceki fikrinde yumuşama göstermiştir[567].

---

562 ABAD, **Pippig Augenoptik / Hartlauer**, N.42.
563 **Tilmann**, **GRUR** 1997, 790, 795.
564 **Scherer**, **WRP** 2001, 89.
565 **Erdoğan**, s. 61.
566 **Erdoğan**, s.62.
567 ABAD, **De Landtsheer / CIVC**, N.52 – 56.

D. Yönerge ile Korunan Kitle

1. Tüketicilerin Korunması

Tüketici korumasına ilişkin kuralların ilki, tüketicilerin bilgilendirilmesidir. Gerek 84/450 sayılı Yönerge, gerekse de 97/55 sayılı Yönerge çalışmaları hep tüketicinin desteklenmesi çalışmalarının bir ürünü olarak ortaya çıkmıştır.

2006/114 sayılı Yönerge, karşılaştırmalı reklamı rekabet ve tüketici politikaları açısından olumlu olarak görmüş ve olumsuz sonuçlara karşı tamamen tüketicileri koruyan bir yaklaşım sergilemiştir. Yönerge karşılaştırmalı reklamı, "*çeşitli ürünlerin faydalı taraflarını objektif olarak gösteren ve böylelikle mal ve hizmetleri pazarlayan tacirler arasındaki rekabeti* ***tüketiciler lehine*** *destekleyen bir araç*" olarak görmektedir[568]. Özellikle Yönergenin 6 no'lu başlangıç maddesindeki, "… karşılaştırılabilir ürünlerin objektif bir şekilde karşılaştırılması… bu suretle mal ve hizmetleri pazarlayan tacirlerin ***tüketiciler yararına*** *birbirleriyle rekabet haline girmeleri* …" ifadelerinden kanun koyucunun niyeti açıkça ortaya konulmuş, 8 no'lu başlangıç maddesindeki, "… niteliklerini taşıyan karşılaştırmalı reklam ***tüketicilerin bilgilendirilmesinin*** *meşru bir vasıtasıdır*" ifadesiyle de bu niyet pekiştirilmiştir.

Karşılaştırmalı reklam, diğer reklamlar gibi, ticari pazarların etkili şekilde işletilmesine imkân sağlamakta ve kabule şayan bir bilgilendirme aracı olarak, pazarda yer alan tüketicilere de büyük yararlar sağlamaktadır[569]. Bir karşılaştırmalı reklamın tüketicinin yararına olmasının zorunlu olduğu

---

568 2006/114 sayılı Yönerge'nin 4 ve 6 **No'lu** başlangıç maddeleri; **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N.8.

569 ABAD**, Siemens / VIPA**, N.22.

gözden kaçırılmamalıdır[570]. Tüketicilerin objektif olarak bilgilendirilmesi, karşılaştırmalı reklamda mutlaka dikkate alınmalıdır[571].

Yönergenin 4/1 (a) maddesinde, karşılaştırmalı reklamın 2005/29 sayılı HTU Yönergesinin 6 ve 7.maddeleri anlamında aldatıcı olmaması gerektiği ifade edilmiştir. Söz konusu 6 ve 7.maddelerde ise, reklamın, ortalama tüketicinin satın alma kararını etkileyecek ölçüde aldatıcı olmaması gerektiği ifade edilmiştir. Bu hükümler de 2006/114 sayılı Yönergenin de **tüketici** odaklı bir düzenleme olduğunu göstermektedir.

Yönergenin 9 no'lu başlangıç maddesi uyarınca, karşılaştırmalı reklamın kabul edilebilirlik şartlarını belirlerken, tüketicilerin kararlarını olumsuz yönde etkileyecek uygulamalara karşı uygun bir koruma sağlanması gerekir[572]. Her zaman için tüketicinin bilgilenme hakkını ön planda tutmak mümkün değildir. Mesela, tüketiciyi bilgilendirici mahiyette olan, ancak bir rakibe önemli bir zarar veren karşılaştırmalı reklamın önlenmesi mümkündür[573].

Her ne kadar 2005/29 sayılı HTU Yönergesi sonrasında, 2006/114 sayılı Yönergenin 1.maddesinde yapılan değişiklikle, **Yönergenin amacı** "*aldatıcı reklamlara ve karşılaştırmalı reklamların olumsuz etkilerine karşı* ***tacirleri korumak ve karşılaştırmalı reklamların şartlarını belirlemek***" olarak belirlenmiş ise de, Yönergenin amaçları arasından tüketicilerin korunması amacının büsbütün çıkartıldığını söylemek mümkün olmayacaktır. Zira karşılaştırmalı reklamların tüketicilerin menfaatine ve meşru bir bilgilendirme aracı olduğuna ilişkin 4, 6 ve 8 no'lu başlangıç hükümleri Yönerge'de muhafaza edilmiştir. Öte yandan 2005/29 sayılı HTU Yönergesinin 6 ve 7.maddelerinde aldatıcı nitelik taşıyan karşılaştırmalı reklamlara karşı tüketicinin ayrıca ve özel olarak korunduğu, 2006/114 sayılı

---

570 ABAD, **Lidl Belgium / Colruyt**, N.33.

571 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N.8.; ABAD, **Lidl Belgium / Colruyt**, N.33.

572 ABAD, **Toshiba / Katun**, N.37.

573 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG,** 27.Auflage, §6. N. 8

Yönergenin 4/1 (a) maddesinde de buraya atıf yapıldığı göz önüne alındığında, Yönerge 'deki tüketicinin korunması amacının ortadan kalkmadığı göze çarpmaktadır.

2. Tacirlerin Korunması

Daha önce 97/55 sayılı Yönergenin 1.maddesinde yer alan "tüketicileri, ticaret, meslek veya sanat icra eden kişileri ve kamunun genel menfaatini aldatıcı ve haksız karşılaştırmalı reklamlara karşı koruma" olan amacına ilişkin hüküm, 2005/29 sayılı Yönerge sonrasındaki revizyon sonucu, 2006/114 sayılı Yönergenin 1.maddesinde "tacirleri korumak" olarak değiştirilmiştir. Tüketicilerin aldatıcı reklamlar ile haksız karşılaştırmalı reklâmlara karşı korunması ise, 2005/29 sayılı Yönerge kapsamına alınmıştır. Ancak, karşılaştırmalı reklamda tüketici menfaatleri ile tacirlerin menfaati yakınsamıştır. Her ne kadar "kamunun genel menfaatini koruma" sözcüğü de "amaç" kapsamından çıkartılmış gibi görünse de, "kamunun genel menfaatinin korunması", aldatıcı reklamlar ile haksız karşılaştırmalı reklamların önlenmesinin doğal sonucudur. Nitekim 2006/114 sayılı Yönergenin 5/3.maddesinde, reklamların hukuka uygunluk denetimini yapan mahkemelerin veya idari organların, değerlendirme yaparken "kamunun genel menfaatini **özellikle dikkate alma**" yükümü getirilmiştir.

3. Genel Rekabet Düzeninin Korunması

Yönerge kanun koyucusu Yönergenin 3 no'lu başlangıç maddesinde, hukuka aykırı karşılaştırmalı reklamın rekabeti ve genel rekabet düzenini olumsuz yönde etkileyeceğini ifade etmiştir[574]. Keza, sınır aşan etkileri sebebiyle reklamlar, hizmetlerin serbest dolaşımını da önleyebilecek ve

[574] 97/55 sayılı Yönerge'nin 2 No'lu başlangıç maddesi.

Topluluğun rekabet politikalarını da olumsuz etkileyecektir. Bu nedenle kabul edilebilir karşılaştırmalı reklamlara ilişkin standart kurallar oluşturulması gerekir.

Karşılaştırmalı reklam faaliyetlerinde rekabetin korunması ve desteklenmesinin iki farklı boyutu bulunmaktadır. Karşılaştırmalı reklamlar; bir taraftan tüketiciler yararına önemli bir bilgi kaynağı özelliğine sahipken, diğer yandan ticari şeffaflığa dayalı rekabeti destekleyen, rekabetin bozulması ve rakip tacirlere zarar verilmesi gibi olumsuz etkilerden uzak durulmasını da sağlayan meşru bir pazarlama ve tanıtım aracı olma özelliği taşımaktadır[575]. Dolayısıyla karşılaştırmalı reklamda kabul edilebilirlik şartlarını göstermek sadece tüketicilerin değil, aynı zamanda rakiplerin korunmasına da hizmet eder.

Yönerge 'deki bu düzenleme sayesinde reklam verenin, hedef tüketicilerin ve rakiplerin menfaatleri birlikte korunmaya çalışılmıştır. Tüketicilerin bilgilenme hakkı her halükarda üstün tutulmamış, bu konuda çatışan **menfaatler arasındaki denge sağlanmaya, haklar ise makuliyet ölçüsü çerçevesinde** korunmaya çalışılmıştır[576].

Yönergenin 6 no'lu başlangıç maddesinde tüketiciler yararına olarak, karşılaştırmalı reklamın, piyasaya mal veya hizmet sunan tacirler arasındaki **rekabeti canlandıracağı** ifade edilmiştir. Bu ifadeden de Yönergenin aynı işi yapan tacirler arasında rekabeti desteklediği anlaşılmaktadır.

E. Yönerge'de Karşılaştırmalı Reklamın Tanımı

Karşılaştırmalı reklama ilişkin tanımlamanın uygulamada büyük anlamı bulunmaktadır. Zira bir reklamın Karşılaştırmalı Reklam Yönergesi hükümlerine göre mi, yoksa haksız rekabete ilişkin genel kurallara göre mi hukuka uygunluğunun denetleneceği, karşılaştırmalı reklamın tanımına göre

---

575 **Fezer/Koos**, **UWG** § 6 N.15; **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N.8.

576 **Piper/Ohly**, **UWG** § 6, s.771, N.2.

değişecek ve uygulama sınırı bu tanımlamaya göre çizilecektir. Karşılaştırmalı reklam tanımı kapsamında kalmayan reklamların kabul edilebilirliğinin tespiti için ilk etapta, söz konusu reklama marka hukukuna ilişkin kuralların mı, yoksa haksız rekabete ve haksız fiillere ilişkin genel hükümlerin mi uygulanacağı tartışmalıdır[577].

Karşılaştırmalı reklam, 2006/114 sayılı Yönergenin 2 (c) maddesinde;

"Bir rakibin veya rakip tarafından pazarlanan mal veya hizmetlerin, **doğrudan veya dolaylı** olarak, tanımlanmış olduğu her türlü **ifade (sunum)**"

olarak tanımlanmıştır[578]. Öğretide bu tarz reklamlar "ilişkilendiren reklamlar" olarak da adlandırılmıştır[579]. İlişkilendiren reklamların klasik türleri olan; eleştirel- başkasına dayanan- ve şahsi reklamların Yönergeye uygun sayılabilmesi için, reklamda rakibin tanımlanmış olması gerekmektedir[580]. Ancak karşılaştırmalı reklamları sadece "*ilişkilendiren reklamlar*" tabiriyle sınırlandırmamak gerekir. Zira Yönergenin 8 no'lu başlangıç maddesi uyarınca "karşılaştırmalı reklam" tabiri, *her türlü karşılaştırmalı reklamı mümkün kılacak şekilde*, geniş yorumlanmalıdır[581]. Şüpheli durumlarda yapılacak yorumlar da karşılaştırmalı reklam lehinde olmalıdır[582]. Bu gereklilik, karşılaştırmalı reklamın kabul edilebilirlik şartlarının Yönergeyle daha liberal hale getirilmesinden (liberalleştirme amacı) kaynaklanmaktadır.

---

577 **Sack**, **WRP** 2008, 201-205; **Bornkamm**, **GRUR** 2005, 97; **Piper**, **GRUR** 1996, 429. BGH'nin bu konuda genel tavrı, "marka hukukunun önceliği" (Vorrangthese) yönündedir. Bkz. **GRUR** 2005, 163 – Alumuniumräder; **GRUR** 2007, 339 – Stufenleitern.

578 ABAD, **Toshiba / Katun**, N.31; BGH **GRUR** 1998, 824, 826 – Testpreis- Angebot.

579 **Piper/Ohly**, **UWG** § 6 N.21.

580 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N.17; **Piper/Ohly**, **UWG** § 6 N.21.

581 ABAD, **Toshiba / Katun**, N.30; ABAD, **Pippig Augenoptik / Hartlauer**, N.35; ABAD, **De Landtsheer / CIVC**, N.16; BGH **GRUR** 2004, 607, 611 – Genealogie der Düfte.

582 ABAD, **Toshiba / Katun**, N.31 – 35; ABAD, **Pippig Augenoptik / Hartlauer**, N.35. Divan, Pippig kararında olabildiğince karşılaştırmalı reklamın varlığı ve geçerliliği yönünde yorumda bulunmuştu.

IV. KARŞILAŞTIRMALI REKLAMLARIN HUKUKA UYGUNLUK ŞARTLARI

A. Genel Olarak

Rekabet politikaları açısından, ticari pazarda şeffaflığı arttırması, tüketicinin bilgilendirilmesine hizmet etmesi ve ticaret önündeki engelleri kaldırması gibi yararları nedeniyle karşılaştırmalı reklamlar, genel olarak kabule şayan bir ticari faaliyet olarak görülmektedir. Diğer yönden, gerek Topluluk kanun koyucusu gerekse de ulusal kanun koyucular, bu tür reklamların, tüketicileri olumsuz yönde etkilemek suretiyle rakiplere zarar vermesi ve ticari pazarın bozulmasına yol açma tehlikesi gibi olumsuz yanlarını da yabana atmamalıdırlar[583].

Hukuka uygun bir karşılaştırmalı reklamın varlığı için Yönergenin 4.maddesindeki;

"(a) Karşılaştırmalı reklamın aldatıcı olmaması,

(b) Karşılaştırmanın aynı amaca yönelik veya aynı ihtiyacı karşılayan mal veya hizmetlere ilişkin olması,

(c) Fiyatlar dahil olmak üzere, mal veya hizmetlerle ilgili olarak yapılacak karşılaştırmanın bir veya daha fazla somut, ilgili, ispatlanabilir ve ürünü temsil eden özelliklere ilişkin objektif karşılaştırma içermesi,

(d) Reklam karşılaştırmasının rakibin durumu, faaliyetleri, malları, hizmetleri, ticaret unvanı, markası veya diğer ayırt edici işaretlerini aşağılayıcı veya kötüleyici olmaması,

(e) Coğrafi köken bildiren ürünlerin ancak aynı kökene sahip ürünlerle karşılaştırmaya tabi tutulması,

(f) Rakibin markası, ticaret unvanı veya diğer ayırt edici işaretlerinin tanınmışlığından veya *rekabet halindeki malların coğrafi kökeninin tanınmışlığından* haksız yarar sağlamaması,

(g) Reklama konu ürünün, bir marka veya ticaret unvanı koruması kapsamındaki mal veya hizmetlerin taklidi veya birebir kopyası olarak tanıtılması,

---

583 **Eck/Ikas**, **WRP** 1999, s.256.

(h) Reklam veren ile rakiplerin bizzat kendileri, ticaret unvanları, markaları veya diğer ayırt edici işaretleri arasında veya rakiplerin piyasaya sundukları mal veya hizmetler arasında, tacirler nezdinde karıştırma ihtimaline yol açılması,"

Şartlarının kümülatif (hep birlikte) olarak gerçekleşmesi gerekir.

Yönergenin 4.maddesinde düzenlenen, reklam karşılaştırmalarının reklama konu ürünün "önemli", "anlamlı", "ispatlanabilir" ve "tipik" özelliklerine ilişkin olması gerektiğine ilişkin ifadelerin açıklığa kavuşturulması ve birbirleriyle aralarındaki sınırların tespiti gerekmektedir. Keza 4 (a) bendindeki "aldatıcılık yasağı" ile (g) bendindeki "rakibin tanınmışlığından haksız yararlanma" kavramları arasındaki sınır da yoruma muhtaçtır. Bir karşılaştırmalı reklamda Yönerge'de sayılanların dışında ulusal hukukun diğer kurallarına göre ilave sınırlamalar getirilmesi, Yönerge hükümleriyle bağdaşmayacaktır. Zira Yönerge 'deki kabul edilebilirlik kriterleri bağlayıcı bir tarzda düzenlenmiştir[584].

B. Kabul Edilebilirlik Şartları

1. Rakiple İlişkilendirme

Yönergenin 2 (c) maddesindeki metnin lâfzî yorumundan, bir karşılaştırmalı reklamın varlığı için reklamda mutlaka bir rakibin veya ona ait ürünlerin doğrudan veya dolaylı olarak tanımlanması gerektiği ifade edilmiştir[585]. Karşılaştırmalı reklamın varlığı için, reklamda bir başka tacirin veya ona ait mal ve hizmetlerin gösterilmesi tek başına yetmez. Aynı zamanda o tacirin, reklama konu ürüne alternatif bir ürünü üretmesi ya da satışa sunması, yani "rakip" sıfatını haiz olması gerekir[586].

---

584 **Piper/Ohly**, **UWG** § 6 N. 39.

585 **Piper/Ohly**, **UWG** § 6 N.31; **Harte/Henning/Sack** § 6 N.48.

586 **Piper/Ohly**, **UWG** § 6 N. 31; **Köhler**, **GRUR** 2005, 273; Rolf **Sack** "Vergleichende werbung ohne Vergleich?", **WRP** 2008, s.170-176.

Bazı durumlarda bazı ürünlerin belirgin özelliklerinden bahsedilmesi[587] veya bazen de belirli bir ürün türünü göstermek suretiyle[588] ilişkilendirme yapılması mümkündür. "Somut rekabet ilişkisi" ifadesiyle kast edilen, sadece fiilen gerçek rekabet halinde olan tacirler değil, aynı zamanda birbirleriyle **rekabet etme potansiyelleri olan** tacirlerdir[589].

a. Reklamda Rakibin Tanımlanması

(1) Doğrudan Tanımlama

Bir rakibin ve/veya ona ait mal ve hizmetlerin bir reklam karşılaştırmasına açıkça konu edilmesi halinde, rakibin doğrudan tanımlanmasından söz edilir. Reklamda rakipten ismen söz edilebileceği gibi, rakibin, işyerinin resminin[590] veya bir tanıtıcı işaretinin[591] veya sipariş numarasının[592] gösterilmesi yoluyla tanımlanması da mümkündür[593].

Reklamda bir ya da daha fazla rakibin ya da birden fazla rakibe ait malların rekabetçi ilişki içerisinde gösterilmesinin bir önemi bulunmamaktadır. Karşılaştırmalı reklamda, bütün rakiplerin doğrudan veya dolaylı olarak tanımlanması mümkündür[594]. Ancak hukuka uygun bir karşılaştırmalı reklamda bütün rakiplerin reklamda gösterildiğinden bahsedebilmek için, rakip olarak gösterilen tacirlerin öngörülebilir olması gerekir. Aksi takdirde, söz gelimi öngörülmeyecek sayıda çok rakibin bulunduğu bir piyasada, tüm

---

587 BGH **GRUR** 2008, 628 vd. –Imitationswerbung.
588 ABAD, **De Landtsheer / CIVC**, N.28.
589 BGH **GRUR** 2002, 828, 829 –Lottoschein.
590 ABAD, **Pippig Augenoptik / Hartlauer**.
591 ABAD, 12.06.2008 tarih, C– 533/06 – **O2 Holdings Limited and O2 (UK) Limited / Hutchison 3G UK Limited**, N.44.
592 ABAD, **Toshiba / Katun**, N.31 – 35; BGH **GRUR** 2003, 444 - Ersetzt.
593 **Piper/Ohly**, **UWG** § 6 N. 32; **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N.36.
594 KG **WRP** 1999, 339.

rakiplere yönelik karşılaştırma yapılması halinde karşılaştırmalı reklam değil, "genel reklam" (pauschale Werbung) söz konusu olacaktır[595].

(2) Dolaylı Tanımlama

Karşılaştırmalı reklamda, rakibin ya da ona ait mal ve hizmetlerin açık bir şekilde gösterilmesi gerekmez. Önemli olan husus, reklamın yönelik olduğu hedef kitlenin, reklamda hangi somut rakip ya da rakiplerin kast edildiğini bilebilecek olmalarıdır[596].

Yönergenin 2/1 (c) maddesindeki tanımdan yola çıkarak, karşılaştırmalı reklamın varlığı için, reklamın yöneltildiği hedef kitleye mensup kişilere, rakibin yerleşim yeri veya rakibin yapmış olduğu reklam sloganı[597] gibi, ayırt ediciliği sağlayan beyan ve ifadelerle *ima edilmesi* de yeterlidir[598]. Ancak rakibin reklamda dolaylı yoldan gösterilebileceği olgusunu da fazla abartmamak gerekir[599]. Aksi hal, karşılaştırmalı reklam tanımının gereksiz yere genişletilmesine sebebiyet verecektir[600]. Bu bağlamda, bir reklamda boş söz sanatlarıyla, ek ya da semboller yoluyla zihinsel bağ kurdurmak suretiyle rakiple ilişkilendirme yapılması doğru olmayacaktır[601]. BGH'ye konu olan bir olayda, ahşap malzemeden evler yapan bir firma, "**Artık Taş Devri Bitti!**" ("Die Steinzeit ist Vorbei!") reklam sloganını kullanmıştı. Mahkeme bu olayda,

---

595 BGH **GRUR** 2001, 752, 753 – Eröffnungswerbung; BGH **GRUR** 2002, 982, 983 – Die "Steinzeit" ist vorbei.

596 **Piper/Ohly**, **UWG** § 6 N. 33.

597 Peter W. Heermann, "Rechtlicher Schutz von Slogans", **WRP** 04, 263, 283. Yazar bu konuda, mobilya üreticisi rakibin yapmış olduğu "oturuyor musun, yaşıyor musun?" reklam sloganı karşısında, kendi mobilyalarıyla ilgili olarak "Hâlâ vidasını mı sıkıyorsun, yoksa oturuyor musun?" reklam sloganını kullanmasını, reklamda rakibin ima yoluyla gösterilmesi olarak değerlendirmiştir.

598 BGH **GRUR** 1999, 1100 –Generikawerbung; BGH **GRUR** 2002, 752 – Eröffnungswerbung; **Ohly/Spence**, **GRUR Int.** 99, 681, 697. Ohly'nin örneğinde ise İngiliz arabası Jaguar'ın reklamında, Jaguar'ın Alman otoyolunda ilerlerken, yön levhasının bir tarafta Düsseldorf (Mercedes'in üretim üssü) diğer tarafta München'i (BMW'nin üretim üssü) göstermesi, ancak sürücünün bu yön levhasına aldırış etmeden yoluna devam etmesini konu alan reklamı örnek olarak vermiştir.

599 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 37.

600 BGH **GRUR** 2008, 628 – Imitationswerbung.

601 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 37.

reklamın mizahi bir üslup içerdiği ve belirli bir rakibe ve "tuğla satıcılarına yönelik" olmadığına karar vermiştir[602].

Reklama konu ürünle ilgili piyasada ne kadar fazla rakip bulunuyorsa, reklamın belirli rakip veya rakiplere yönelik olma oranı da o denli düşük olacaktır. Şayet genel içerikli reklam karşılaştırmasına konu sektörde sınırlı sayıda tacirin varlığı söz konusuysa, bu tacirlerle rekabet olunduğu kabul edilmelidir[603]. Diğer bir anlatımla, karşılaştırmalı reklamın kabul edilebilir olabilmesi için, genel karşılaştırma içeren reklama konu ürün piyasasındaki firmaların tamamının tüketicilerce bilinebilecek sayıda az olması gerekir[604]. Belirli bir bölgede bulunan tüm ya da bazı rakipleri hedef alan reklamlarda, rakibin tanımlanmış olup olmadığının her bir somut olayda mahkemece değerlendirilmesi gerekir[605].

Bir sigorta şirketinin "zirvede tek başına" reklamı (Alleinstellungswerbung) yapması halinde, piyasada çok sayıda bu tür sigorta şirketinin varlığı nedeniyle, reklamda dolaylı yoldan rakibin tanımlandığından söz edilmesi mümkün görülmemiştir[606]. Bu tür reklamların hukuka uygunluğu ise haksız rekabetin genel kurallarına uygunluğuna bağlıdır[607]. Mesela, danışma sırasında rakiplerden genel olarak bahsedilmesi halinde, tüketiciler rakipler hakkında genel olarak söylenenleri daha az ciddiye alacaklardır. Bu durumda da bir hukuka aykırılıktan söz edilemez.

Bir reklamda, rakipler arasında zaman ya da mekân açısından birliktelik halinde, dolaylı yoldan rakibin tanımlandığından söz edilir. Almanya'daki bazı yargı uygulamalarında, reklamda rakipler arasında gerekli ve yeterli bağlantı kurulduğuna ilişkin değişik örnekler bulunmaktadır.

Berlin şehri belediye otobüslerinin arkasında yer alan "Clorodont" markalı diş macunları reklamından kısa bir süre sonra, aynı yöntemle bir

602 BGH **GRUR** 2002, 982, 983 – DIE "STEINZEIT" IST VORBEI!.
603 BGH **GRUR** 19 73, 534 – Mehrwert II; BGH **GRUR** 1987, 49 –Cola -Test.
604 **Eck/Ikas**, **WRP** 1999, 251; **Sack**, **WRP** 2001, 327, 334; **Scherer**, **WRP** 2001, 89, 95.
605 **Piper/Ohly**, **UWG** § 6 N. 33.
606 BGH **GRUR** 1988, 764 – "Krankenkassen-Fragebogen"
607 **Piper/Ohly**, **UWG** § 6 N. 31.

başka diş macunu reklamında "*Evet, ama Odol daha iyi*" sloganında rakip firmanın adı anılmamış ise de, reklamın rakibe ait reklam ile zaman diliminde yapılmış olması nedeniyle tüketicilerin reklamda kimin kast edildiğini anlayacakları kabul edilmiştir[608].

Rakip firmanın "*Büyük Alış Veriş*" ve "*Büyük Ucuzluk*" sloganlarıyla reklam yapmasının hemen arkasından, diğer rakip firmanın **aynı gazetede** "*Gerçek Büyük Alış Veriş – herkes ondan söz ediyor …*" sloganlarıyla yaptığı reklamda da rakibin tanımlanabilir olduğu kabul edilmiştir[609].

Yine bir mobilya reklamıyla ilgili olarak, "*Duesseldorf'un en büyük mobilya mağazası Mönchengladbach'da bulunmaktadır*" sloganında, rakiplerin dolaylı olarak tanımlanabilir olduğu kabul edilmiştir[610]. Zira tüketicilerce rekabet olunan firmaların Duesseldorf şehrindeki büyük mobilya üreticileri olduğu anlaşılacaktır.

Bir reklam sloganı olan "*Çok ödemektense güzel görünmeyi tercih ederim*" (Lieber besser aussehen als viel bezahlen) ifadesinde karşılaştırma eyleminin bulunduğu, ancak belirli bir rakiple ilişkilendirme yapılmadığı için karşılaştırmalı reklamdan söz edilemeyeceği ifade olunmuştur[611].

Rakibin dolaylı yoldan tanımlanması, bazen de rakibe ait bir işaretin gösterilmesi şeklinde de olabilecektir. ABAD'ın önüne gelen O_2 davasına konu olayda, GSM hizmetleri sunan Hutchinson firması yaptığı reklamda rakibi olan Oksijen firmasının ismini zikretmeksizin, bu firmaya ait "*hava kabarcıkları*" şekil markasını kullanarak kendi ürünlerinin üstün yanlarını göstermeye çalışmıştı. Bu davada Divan, davalı Hutchinson'un rakibine ait tanıtıcı işareti göstermesini rakibin tanımlanması olarak yorumlamıştır[612].

---

608 RG, **MuW** 1931, 75 – Odol.
609 OLG Frankurt **GRUR** 1968, 320 – Großeinkauf.
610 OLG Hamm **GRUR** 1977, 38.
611 BGH **GRUR** 1997, 227, 228 –Aussehen mit Brille.
612 ABAD, **O2 / Hutchison**, N.44.

Bir ticari piyasada ne kadar az mal satan tacir varsa[613], reklamı konu alan mal ve hizmet piyasası ne kadar güçlü bir kartelci yapıya sahipse[614], reklama konu ürün çeşidini üreten ne kadar az üretici varsa[615], o ölçüde somut karşılaştırmalı reklamdan söz etmek mümkün olacaktır[616].

b. Karşılaştırılabilirlik

Yönergenin 2 (2a) maddesindeki yasal tanımlama uyarınca, karşılaştırmalı reklamın varlığı için, "*reklamda bir **rakibin** ya da **rakip tarafından pazarlanan mal ve hizmetlerin** tanımlanması*" gerekmektedir. Ancak, rakip tarafından pazarlanan mal ve hizmetlerin reklamda gösterilmiş olması, rakibin de dolayısıyla reklamda gösterildiği manasına gelir[617]. Önemli olan husus, birbirlerine alternatif olabilecek mal veya hizmetlerin reklamda tanımlanmış olup olmadığıdır. Mal ve hizmet kavramlarının Yönergenin ışığı altında geniş olarak yorumlanması gerekir[618].

(1) Mallar

Yönerge'de geçen "mal" kavramından, sadece üretilen ürünler değil, alım ve satıma konu olabilecek bütün taşınır ve taşınmaz eşyaları, gayri maddi mallar (marka, patent, telif vs.) ile talepte bulunma imkânı veren sınai haklar, yararlanma (intifa) hakları, ortaklıktan doğan haklar, müşterek mülkiyet vs. her çeşit haklar anlaşılmalıdır[619]. Know-how, reklam sloganları ve

---

613 **GRUR**-RR 2001, 84, 85 –Handzhanbürste; BGH **WRP** 1999, 1097 –Preistest (reklam genel olmakla birlikte, tüm kuzey Almanya'da toplam 9 adet rakip bulunmaktaydı).

614 BGH **GRUR** 1987, 49 –Cola Test.

615 BGH **GRUR** 2002, 633 –Hormonersatztherapie.

616 **Piper/Ohly**, **UWG** § 6 N. 33.

617 **Fezer/Koos**, **UWG** § 6 N.107.

618 **Piper/Ohly**, **UWG** § 6 N.30; **Freund**, s.51.

619 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6. N.43; **Harte/Henning/Sack**, § 6 N.64; **Piper/Ohly**, **UWG** § 6 N. 30.

düşünceleri, bilgiler, haberler, goodwill vs. de gayri maddi mallar kapsamına girecektir.

(2) Hizmetler

"Hizmet" tabirinin kapsamına, "iş veya hizmet sözleşmeleri gereğince, para karşılığında bir başkası için ve onun yararına olarak yapılan faaliyetler" girecektir[620]. Bazen "hizmetler", mal satışlarının tali sonucu (garantiler, kredi teminatları) olarak da karşımıza çıkabilir. Bu anlamda finans hizmetleri, avukatlık hizmetleri, banka ve sigorta şirketlerinin faaliyetleri vs., "hizmet" kavramı altında değerlendirilmelidir. Devlet tarafından yapılan hizmetlerin, ancak ticari sonuçlar doğurması halinde Yönerge 'deki hizmet kapsamında görülmesi gerekir[621].

(3) Rakibin Şahsi ve Ticarî Özellikleri

Yönergenin 2/1 (c) maddesindeki;

"*Doğrudan veya dolaylı olarak bir **rakibin veya** onun tarafından pazarlanan mal veya hizmetlerin bir reklamda tanımlandığı reklamlar*"

Şeklindeki karşılaştırmalı reklam tanımı karşısında, herhangi bir mal veya hizmetle ilişkilendirilmeksizin, doğrudan veya dolaylı olarak rakibin tanımlanmış olması karşılaştırmalı reklamın varlığı için, yeterlidir[622]. Yani, herhangi bir mal veya hizmetle ilişkilendirilmeksizin, rakiplerin şahsi ve ticari durumlarıyla ilişkilendirilen reklamlar da karşılaştırmalı reklam tanımı içerisinde yer alacaktır.

---

620 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6. N.44; **Nordmann**, **GRUR Int** 2002, 299; **Piper/Ohly**, **UWG** § 6 N. 30.

621 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 44.

622 ABAD, **De Landtsheer / CIVC**, N.55; ABAD, **Toshiba / Katun**, N.31 – 35; **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N.11.

Buna karşılık, karşılaştırmalı reklamların kabul edilebilirliği için uyulması zorunlu olan Yönergenin 4/1 (b) maddesinde, "karşılaştırmanın ancak aynı ihtiyacı karşılayan veya aynı amaca yönelik mal ve hizmetlere yönelik olması" şartı ile 4/1 (c) maddesinde de "karşılaştırmanın, **mal veya hizmetlerin**, fiyatlar dahil, önemli, ilgili, doğrulanabilir ve tipik (ürünü temsil edici) özelliklere ilişkin olması" şartı karşısında, Yönergenin 2/1 (c) maddesi ile 4/1 (b) (c) maddelerindeki hükümler birbirleriyle çelişir bir görüntü vermişlerdir.

Bir *tacirin şahsi özellikleri*; ailevi durumu, yaşı, cinsiyeti, milliyeti, ırkı, dini, sabıkası, mesleki tecrübesi, ailevi problemleri, partisi, hastalığı, finansal sorunları, vs. kapsar.

Bir *tacirin ticari özellikleri ise*; ticarethanesinin kapasitesi, müşteri ve hizmet anlayışı, işçi sayısı, cirosu, hukuki sorunları, ticari başarısızlıkları, ödeme güçlüğü, test sonuçlarındaki sırası vs. kapsar.

Rakibin ürünleriyle değil de şahsı veya ticari durumuyla ilişkilendirilen reklamların haklı veya haksız olup olmadığı konusunda 2006/114 sayılı Yönerge'de **hukuki bir boşluk (Regelungslücke) bulunmaktadır**[623]. Üye ülkelerin bu tür reklamları istisnasız olarak yasak kabul etmek zorunda olup olmadıkları hususu öğretide tartışmalıdır.

i. Öğretideki Yaklaşımlar

Bir bakış açısına göre; Yönergenin "liberalleştirme" amacından yola çıkılarak, rakibin şahsi davranış ve özellikleri ile ticari özellikleri hakkında reklam yapılması hukuka uygundur[624]. Yönerge 'deki "karşılaştırmalı reklam

---

623 **Tilmann**, **GRUR** 1999, 546-547; **Sack, WRP** 2002, 363-367; Eric Kießling / Michael Kling, "Die Werbung mit Emotionen- zugleich Anm. Zu BverfG, Beschluss vom 06.02.2002 und zu **UWG**, Urteil vom 06.12.2001", **WRP** 2002, 615, 624; **Berlit**, **Vergleichende Werbung**, N.48.

624 **Sack, WRP** 2004, 817-819; **Sack, WRP** 2001, 327, 349**; Berlit**, **Vergleichende Werbung**, N.48; Yönerge'nin Gerekçesi, **WRP** 2000, 555, 559; **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N.11. Bunlardan **Sack**, Yönerge'den önce Alman hukukunda, karşılaştırmalı reklamların genel olarak yasak kabul edildiğini ve ancak **yeterli sebep (hinreichende Anlass)**

lehine yorum" kuralı uyarınca, karşılaştırmalı reklam tanımı içerisine giren bu tür reklamların da Yönerge kapsamında görülmesi gerekir. Bir hususun Yönerge'de öngörülmemiş olması o hususun yasaklandığı anlamına gelmez. *Değerlendirmeye tabi tutmaksızın* bu gibi reklamları genel olarak yasak kabul etmek Yönergenin liberalleştirme amacından uzaklaşmak anlamına gelecek ve herhangi bir ölçüsü olmayacaktır. O nedenle bu tip reklamların kabule şayan olup olmadığı hususu üye ülkelerin iç hukuklarına göre tespit edilmelidir[625]. Ayrıca bu tip bir karşılaştırmalı reklamın kabul edilebilir olduğunu söyleyebilmek için Yönerge'de öngörülen diğer koşullara (objektiflik, doğruluk, önemlilik, ilgililik vs.) da uyulması gerekir[626]. Şahsi ve ticari durum hakkında bilgi veren reklamların ürünle doğrudan bir ilişkilendirme içinde olmasa bile hedef kitlenin satın alma kararını etkileyecek faydalı bilgiler içermesi mümkündür[627]. Rakibin şahsi durumu veya ticari özellikleri esas alınarak karşılaştırmalı reklam yapmak tüketicilerin bilgilenme ihtiyacına uygun olabileceği gibi, reklam yapan tacirin menfaatine de uygun olabilir. Genel bir yasak olduğundan söz etmek AB Temel Hakları arasında sayılan *ifade özgürlüğüne* de aykırı düşecektir[628].

Bir başka bakış açısına göre; Yönerge hükümlerinin dar yorumlanması gerekir. Zira Yönergenin 4/1 (b) ve (c) maddesinin lafzi yorumu dikkate alındığında, ancak mal ve hizmetleri karşılaştıran reklamlara izin verildiğinden şahsi veya ticari durumla ilişkilendiren reklamları genel olarak yasak görmek gerekir. Bu tür reklamlar tüketicilerin taleplerini de etkilemeyecektir. Bu görüşün savunucularına göre şahsi veya ticari durum ve özelliklerle ilişkilendirme yapan reklamlar, *objektif olmayan, popülist veya*

---

kavramının varlığı halinde kabule şayan görüldüğünü, ticari durumla ilişkilendirme yapan karşılaştırmalı reklamlar için de yeterli sebep kavramının geçerli olabileceğini belirtmiştir.

625 **Berlit**, **BB** 2000, 1306; **Sack**, **WRP** 2002, 363-367. Her iki yazar da ticari durumla ilişkilendirilen reklamların kabule şayan olup olmadığı hususunda üye ülkelerin serbest bırakıldıklarını savunmaktadır.

626 **Tilmann**, **GRUR** 1999, 546, 547.

627 95/55 sayılı Yönergenin Gerekçesi, **WRP** 2000, 555, 559, (Yöneliş **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N.11); **Sack**, **WRP** 2001, 327, 349.

628 **Köhler**, **GRUR** 2005, 273, 279; **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N.11.

hakaretçi yaklaşım riski içerecektir[629]. Ayrıca Yönergenin 2 ve 3 no'lu başlangıç maddelerinde uyumlaştırma amacı, tanımlanabilir bir karşılaştırmalı reklamı hedef edinmiştir. Yönerge 'deki kabul edilebilirlik şartları tüketici şekilde sayılmıştır. 2006/114 sayılı Yönerge 'deki 4 (b) ve (c) bendi hükümlerindeki açık düzenlemeler karşısında, rakip tacirlerin şahsi veya ticari durum ve özellikleri yönünden karşılaştırma yapılmasına imkân bulunmamaktadır. Bu nedenle rakibin şahsi özellikleri veya ticari durumuyla ilişkilendirilen reklamlar kabule şayan değildir.

ii. ABAD'ın Yaklaşımı

ABAD Toshiba kararında, Yönergenin 2a maddesindeki karşılaştırmalı reklam tanımının, Yönergenin gerekçeleri ve 6 No'lu başlangıç hükmü doğrultusunda geniş yorumlanması gerektiğini ifade etmiş ve rakibe ait mallarla karşılaştırma içermediği halde somut olaydaki yedek parçalarla ilgili reklamı bu tanım içerisinde görmüştür. Hatta kararda, Yönergenin 2a maddesindeki tanımlama uyarınca, karşılaştırmalı reklamın varlığı için bir rakibin kendisine doğrudan ya da dolaylı olarak atıfta bulunulmasının yeterli olduğu belirtilmekle birlikte, tanım içerisinde kalan reklamların *kabule şayan olup olmadığının Yönergenin 3a maddesindeki koşullara göre* değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir[630]. Divan, 97/55 sayılı Yönergenin 2 No'lu başlangıç maddesine atıfta bulunarak, Yönergenin amacının karşılaştırılabilir nitelikteki ürünlerin gösterilmesine yardımcı olacağı ve bu suretle tüketicilerin yararına olarak rakipler arasındaki rekabeti teşvik edeceğine vurgu yapmış, ancak mal veya hizmet karşılaştırması olmaksızın tacirin şahsı ve ticari durumuyla ilişkilendirme yapan reklamların kabule

---

629 **Menke**, **WRP** 1998, s. 811, 826; **Gloy/Bruhn**, **GRUR** 1998, 226, 233. Bunlardan **Gloy/Bruhn**, 97/55 sayılı Yönerge uyarınca, karşılaştırmalı reklamların kabul edilebilir olması için mutlak surette mal veya hizmetlere ilişkin bir karşılaştırmanın varlığını önşart olarak kabul etmektedir.

630 ABAD, **Toshiba / Katun**, N.31 – 35.

şayan olup olmadığı hususunda açık bir tespitte bulunmamıştır[631]. Oysa Yönergenin lafzına göre hareket edildiğinde mal veya hizmet karşılaştırması olmaksızın somut bir rakip ya da onun ticari durumu esas alınarak karşılaştırmalı reklam yapılmasının mümkün olması gerekir[632].

Nitekim ABAD Oksijen kararında, aynı yargısını ifade ettikten sonra, Yönerge 'deki şartları karşılamayan, ancak karşılaştırmalı reklam tanımı içerisinde kalan reklamların 89/104 sayılı Marka Yönergesine göre hukuka uygunluğunun test edilmesi gerektiğine, markanın işlevlerine zarar verici nitelikte olmayan kullanımların Marka Yönergesinin 5/1 (b) maddesi uyarınca önlenemeyeceğine karar vermiştir[633]. Divan'ın, Yönerge 'deki şartları karşılamayan ancak karşılaştırmalı reklam tanımı içerisinde kalan reklamların ipso iure hukuka aykırı olacağına karar vermediği anlaşılmaktadır. Divan bu tavrını daha sonraki Loreal kararında da tekrarlamıştır[634].

ABAD bu konudaki en net tavrını Landtsheer kararında göstermiştir. Divan, bir karşılaştırmalı reklamda rakibin kendisi ya da pazarladığı mallar tanımlanmadan karşılaştırma yapılmasının 97/55 sayılı Yönergenin 3a maddesindeki karşılaştırmalı reklam tanımı kapsamında olamayacağını, ancak bu tür reklamların kabul edilebilir nitelikte olup olmayacağının, Topluluğun diğer düzenlemeleri ve iç hukuk kurallarına göre değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir[635].

Kanımızca, 97/55 sayılı Yönergenin aynı zamanda yasaklar listesi olduğu görüşünü savunanlar, şahsi veya ticari özelliklerle ilişkilendirme yapan karşılaştırmalı reklamlarda hakaretçi veya popülist yaklaşım tehlikesinin bulunduğunu ileri sürmüş iseler de bu kişiler, gerek haksız rekabet kurallarının, gerekse de Yönergenin diğer hükümlerinin bu gibi eylemleri

631 **Sack**, **WRP** 2002, 363, 367.
632 **Sack**, **WRP** 2002, 363, 367.
633 ABAD, **O2 / Hutchison**, N.69. Davaya konu somut olayda, Hutchinson firması bir karşılaştırmalı reklam filminde, rakibi olan Oksijen firmasına ait O2 işaretini, mizahi bir üslupla su kabarcıkları arasında göstermiş ve bu kabarcıkların bir süre sonra solduğu ve söndüğü konu edilmişti.
634 ABAD, **L'Oréal / Bellure**, N.65.
635 ABAD, **De Landtsheer / CIVC**, N.52 – 56.

yasaklamış olduğunu göz ardı etmektedirler. Ayrıca, mal veya hizmetlerle doğrudan karşılaştırma içermese de bu tip reklamların, genel rekabet yararına veya tüketicilerin bilgilenme hakkına uygun olabileceği gözden kaçırılmamalıdır. Şahsi veya ticari durum veya özelliklerle ilişkilendirme içeren karşılaştırmalı reklamları genel olarak yasak görmek, kötüleme ve aşağılama olmayan reklamları da kabul edilemez olarak görmeyi gerektirecek, bu tarz eylemleri yasaklayan haksız rekabete ilişkin diğer kuralları da anlamsız hale getirecektir. Öte yandan böyle bir genel yasağın kabulü AB Temel Haklar Şartı ile AİHS de temel insan hakları arasında sayılan "*fikir ve ifade özgürlüğüne*" de aykırı olacaktır. Bunun dışında ürünle ilişkilendirme yapan reklamlar ile şahsi veya ticari durumla ilişkilendirme yapan reklamları birbirlerinden ayırt etmek de her zaman kolay olmayacaktır[636]. Ayrıca sadece hizmet pazarlayan (mesela; doktor, avukat vs. gibi) meslek gruplarında rakibin şahsi veya hizmet kalitesiyle ilişki kurulmaksızın neredeyse hiçbir karşılaştırmalı reklam yapılması mümkün olamayacaktır. Oysa şahsi özelliklerin ve durumların da tüketicilerin satın alma kararında etkin rol oynadığı hizmet sektörlerinde, şahsi veya ticari durumla ilişkilendiren reklamları genel olarak yasak görmek, tüketicilerin kendilerine faydalı bazı bilgilerden mahrum kalmasına yol açacaktır[637]. Bu sonucun Yönerge kanun koyucusunun niyetiyle bağdaştığını söylemek de mümkün olmayacaktır[638]. Bu nedenle rakibin şahsı ve ticari özellikleri veya durumu veya ticari faaliyetleriyle ilişkilendirme yapan reklamların kural olarak kabul edilebilir olarak görülmesi ve en azından kıyas yoluyla (analogen Anwendung) karşılaştırmalı reklama ilişkin kuralların (doğruluk, objektiflik vs.) uygulanması gerekir[639]. Bu sorun henüz ABAD tarafından açıklığa kavuşturulmuş değildir[640].

---

636 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N.11.

637 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N.11, 51.

638 **Lettl**, **GRUR** 2007, 936; **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N.11.

639 **Piper/Ohly**, **UWG** § 6 N.38; Krş. OLG Hamburg **GRUR**-RR 2001, 112; **Berlit**, **Vergleichende Werbung**, N.48.

640 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N.11.

c. İlişkilendirme

Rakibin ticari durum veya şahsi özellikleri kullanılarak yapılan reklam karşılaştırmasında herhangi bir **rakibin tanımlanmamış olması** durumunda bu reklam Yönerge'de tanımlanan karşılaştırmalı reklamın kapsamına girmeyeceğinden, bu konuda haksız rekabete ilişkin diğer genel kuralların uygulanması doğru olacaktır[641].

Yine rakiple ilişkilendirmenin yapılmadığı, "mal veya hizmet çeşitleri karşılaştırmaları" (tren ile hava yolu taşımacılığı, bira ile rakı vb.), "sistem ve teknik ilerleme karşılaştırmaları" (fosil yakıtlı araçlar ile elektrikle çalışan hibrit motorlu araçlar vb.) gibi karşılaştırma içeren reklamlarda da belirli bir rakibe ya da ürünlerine atıfta bulunulmaksızın genel bir değerlendirme yapılmaktadır[642]. Yine bu tarz reklamların kabul edilebilir olup olmadıkları da ulusal hukuktaki haksız rekabete ilişkin hükümlere göre değerlendirilmelidir[643]. Dolayısıyla tüketiciler ile rakiplerin, genel nitelikli reklamlar karşısında, ulusal hukukların içerik ve kapsamları dikkate alındığında, karşılaştırmalı reklama ilişkin hükümlere oranla daha az ya da çok korunması mümkündür[644]. Bununla birlikte karşılaştırmalı reklama ilişkin Yönerge 'deki değerlendirme ölçütlerine aykırı ölçütler belirlenmemesi, bu tür reklam karşılaştırmaları için rakiple ilişkilendiren diğer karşılaştırmalı reklamlardan daha dar ölçütler kabul edilmemesi gerekir[645].

---

641 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N.11.

642 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 4 N. 10, 140 vd.

643 Alman iç hukuk uygulamasında da genel karşılaştırma içeren reklamlar, karşılaştırmalı reklamın düzenlendiği **UWG** § 6'ya göre değil, haksız rekabete ilişkin genel nitelikteki **UWG** § 3, § 4 (7) (8)'e göre değerlendirme yapılmaktadır. Ancak konu ABAD'ın önüne gittiğinde ne şekilde karar vereceğini şimdiden kestirmek güç olacaktır. Bkz. BGH **GRUR** 2002, 75,77 – SOOOO … BILLIG!?; BGH **GRUR** 2002, 828, 830 – Lottoschein; BGH **GRUR** 2002, 982, 983 – DIE "STEINZEIT" IST VORBEI; **Plaß**, **WRP** 1999, 766, 771; **Köhler/Piper**, § 2 N. 10; **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N.10.

644 ABAD, **De Landtsheer / CIVC**, N.54 – 56;**Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N.10.

645 OLG Saarbrücken **GRUR**-RR 2008, 312, 314; **Plaß**, **WRP** 1999, 766, 771; **Köhler/Piper**, § 2 N.10; **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N.10.

2. "Karşılaştırma" Eyleminin Gerekliliği

"Karşılaştırma" kavramı, "teknik işlevleri aynı olan iki ayrı ürünün, somut, doğrulanabilir, ilgili ve temsil edici özelliklerinin birbirlerine olan üstün ve eksik yönleri ile farklılıklarının veya birbirlerine eşit olduğunun gösterilmesi" olarak ifade edilmiştir[646].

2006/114 sayılı Yönergenin 2 (c) maddesinde;

"Doğrudan veya dolaylı olarak bir rakibin ya da piyasaya sunduğu mal ve hizmetlerinin tanımlandığı her türlü reklamlar"

şeklindeki karşılaştırmalı reklama ilişkin yasal tanımlamada *en belirleyici olan unsur*, reklamda en az bir rakibin ya da rakibe ait mal veya hizmetin hedef kitleye gösterilmiş olması yeterlidir. Söz konusu tanımda, rakiple ilişkilendirmeden söz edilirken "bir karşılaştırma yapılması zorunluluğundan" söz etmemektedir.

Teori ve uygulamada, 2006/114 sayılı Yönerge 'deki "Karşılaştırmalı Reklam" üst başlığına rağmen "karşılaştırma" yapılmasının karşılaştırmalı reklamın bir unsuru olup olmadığı tartışmalıdır[647]. Buna göre rakibin kendisi ya da rakip tarafından üretilen mallar yönünden karşılaştırma yapılmasının zorunlu olup olmadığı, diğer bir anlatımla reklamda sadece rakibe ya da onun tarafından üretilen mal ve hizmetlere değinilmesinin yeterli olup olmadığı hususunda farklı yaklaşımlar bulunmaktadır.

a. Yönergenin Lafzi Yorumu

Yönerge 'deki "karşılaştırmalı reklam" tanımına ilişkin 2/1 (c) maddesindeki hükmün lafzi yorumuna bakılacak olursa, rakibin kendisi veya onun tarafından pazarlanan mal ve hizmetlerle "karşılaştırma" yapılması,

---

646 ABAD, **Toshiba / Katun**, N.39; OLG Frankurt **GRUR**-RR 2002, 397, 398 -- Tiapridex

647 **Sack**, **WRP** 2002, 363, 367.

karşılaştırmalı reklamın bir unsuru olarak karşımıza çıkmamaktadır[648]. Yönerge metnindeki ifade lafzen yorumlandığında, karşılaştırmalı reklam "*ilişki kuran / ilişkilendiren reklam*" anlamına gelir. Yani bir reklamda ürünlerin veya rakiplerin karşılaştırılması faaliyeti olmasa bile sadece reklamda rakibin ya da ürünlerinin isimlerinin anılmasının kabul edilebilirlik ölçütlerine uygun olacaktır[649]. Bu anlayışa göre "*karşılaştırma*" *karşılaştırmalı reklamın bir unsuru değildir*. Zira Yönergenin 16 no'lu başlangıç hükmünü uyarınca karşılaştırmalı reklam tanımının geniş yorumlanması gerekmektedirler[650]. Yönergenin 2 (c) maddesindeki tanımda "karşılaştırma" şartı bulunmadığı gibi, karşılaştırmalı reklamın şartlarını düzenleyen 4 (I) maddesinde de böyle bir şart koşulmuş değildir. Zaten Topluluk kanun koyucusu da karşılaştırmalı reklamı, ilişkilendiren reklam olarak kabul etmektedir[651].

b. Amaca Göre Yorum

Bir başka görüşe göre ise, karşılaştırmalı reklamı bütün *ilişki kuran / ilişkilendiren* reklamları içine alacak şekilde genişletmek Yönerge 'deki *amacın aşılması* anlamına gelir. Oysa Yönerge uyarınca, karşılaştırma içermeyen bir ilişkilendirmeden söz etmek mümkün olamaz[652]. Bu yaklaşım taraftarlarınca, karşılaştırmalı reklam için karşılaştırmanın şart koşulması 2006/114 sayılı Yönergenin 4/1 (b) ve (c) ile 8/ (1) ve (2) maddelerine de

---

648 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N.18; BGH **WRP** 2008, 666 N. – Saugeinlagen; BGH **GRUR** 2004, 607, 611 – Genealogie der Düfte.

649 **Sack**, **WRP** 2002, 363; BGH **GRUR** 2004, 607, 611 – Genealogie der Düfte.

650 **Sack**, **WRP** 2001, 327, 335; **Menke**, in: W. Peter Heerman, Günter Hirsch ve arkadaşları, **Münchener Kommentar Zum Lauterkeitsrecht**, Beck, München 2006, § 6 N.99.

651 ABAD, **De Landtsheer / CIVC**, N.24.

652 **Ohly/Spence**, **GRUR Int.** 1999, 681, 686; **Plaß**, **NJW** 2000, 3161 vd; **Scherer**, **WRP** 2001, 89, 96; **Tilmann**, **GRUR** 1999, 546 vd; **Berlit**, **Vergleichende Werbung**, N.35; **Emmerich**, s.131; **Köhler/Piper**, § 2 N.18; **Fezer/Koos**, **UWG** § 6 N.79 vd. **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6. N. 19; Helmut Köhler, "Rechtsprechungsbericht zum Recht des unlauteren Wettbewerbs", **GRUR-RR**, 2006, 73 vd; **Piper/Ohly**, **UWG** § 6 N.34 vd.

uygundur. Zaten karşılaştırma unsurunun varlığı, bizzat karşılaştırmalı reklam tabirinden de anlaşılmaktadır[653].

Bir karşılaştırmalı reklamın varlığı için sadece rakip veya ona ait ürünler hakkında bilgi verilmesi, *hatta karşılaştırma yapmak yetmez*; ayrıca hedef kitleye mensup kişilere satın alma kararlarını etkileyecek bir *alternatif de gösterilmesi gerekir*[654]. Bu görüşü savunanlara göre reklamda, herhangi rekabetçi bir ifade ve karşılaştırma içermeksizin salt rakibin isminden veya mal ve hizmetlerinden bahsedilmesi, rakibin eleştirilmesi, rakibin adresinin belirtilmesi hallerinde hukuka uygun bir karşılaştırmalı reklam olarak kabul edilemeyecektir[655].

Aslında karşılaştırmanın gerekliliğine ilişkin ifadeye, Yönergenin 4. maddesindeki karşılaştırmalı reklama ilişkin şartlarda da bulabiliriz. Zira burada karşılaştırma içeren reklamların kabul edilebilirlik şartları sıralanmıştır. Keza benzer bir ifadeye Yönergenin 9 no'lu başlangıç maddesinde; "…karşılaştırma içerdiği ölçüde…" ifadesinde rastlamak mümkündür.

c. ABAD'ın Yaklaşımı

ABAD karşılaştırmalı reklamda karşılaştırmanın gerekliliği konusunda, Yönergenin amaçlarına yönelik kuralları temel alarak ve "amaca göre yorum" kurallarını uygulayarak çözmeye çalışmıştır[656].

ABAD Toshiba kararında, Yönergenin 2 (2a) maddesi ile 16 no'lu başlangıç maddesindeki karşılaştırmalı reklam tabirini yorumlamıştır[657]. Divan

---

653 **Ohly/Spence**, **GRUR Int.** 1999, 681, 686.

654 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6. N.18, 20; **Piper/Ohly**, **UWG** § 6 N.36; **Sack**, **WRP** 2008, 170, 174; **Köhler**, **GRUR** 2005, 273, 278; Torsten DILLY, Susanne ULMAR, "Vergleichende Werbung ohne Vergleich? Zugleich eine Anmerkung zu den BGH-Entscheidungen "Genealogie der Düfte", "Aluminiumräder" und Bestellnummernübernahme", **WRP** 2005, 467, 473.

655 **Köhler**, **GRUR** 2005, 273.

656 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N.18.

KATUN			
Katun-Produkte für Toshiba-Kopierer 2510/2550			
OEM Art.-Nr.	Katun Art.-Nr.	Beschreibung	Modelle
T2510	43013746	Toner, schwarz; 450 g Kartusche (Preis pro Kartusche, Verkauf im 4er-Paket)	2510.2550

kararında, şeklindeki karşılaştırma eylemi yönünden, rakibin markasının kullanılmasının karşılaştırmalı reklamın doğasında olduğunu, somut olayda birbirlerine eşit teknik özellikteki ürünlerin karşılaştırmaya konu edildiğini ifade etmiştir[658]. Kararda ayrıca, reklam – marka hakkı ilişkisine de değinilerek ve Yönergenin metnine bağlı kalınarak, yani lafzi yorum yolu tercih edilerek, 89/104 sayılı Marka Yönergesi hükümleriyle tezat teşkil eden bir yorum yapılmaması gerektiği belirtilmiştir[659].

Divan bir başka kararında, herhangi bir karşılaştırma içermeyen ve sadece rakibin ya da ürünlerinin tanımlandığı reklamın aynı zamanda 89/104 sayılı Marka Yönergesinin 6 (I) (c) maddesine aykırı olacağını ifade etmek suretiyle, "karşılaştırma" olgusunun varlığına işaret etmiştir[660].

ABAD'ın Pippig kararında, karşılaştırmalı reklam için gerekli şartları ifade ederken "karşılaştırma" unsurundan söz etmemiş ise de, her karşılaştırmalı reklamın reklam veren tarafından satışa sunulan mal veya hizmetlerin rakibe ait olanlara göre üstün yanlarının gösterilmesi gerektiği (satış alternatifi sunulması) ifade edilmiştir[661]. Bu gerekliliğin yerine getirilmesi için de zorunlu olarak reklamda yer alan ifadelerde karşılaştırılan mal ve hizmetler arasındaki farkların ortaya konulması gerekir[662].

Alman Haksız Rekabet Kanunu'nda (UWG § 6 (2) m.), "karşılaştırma" yapılması karşılaştırmalı reklamın bir kabul edilebilirlik şartı olarak kabul edilmiştir. Bununla birlikte süreç içerisinde BGH, Yönerge öncesinde

---

657 ABAD, **Toshiba / Katun**, N.35.

658 ABAD, **Toshiba / Katun**, N.29, 39; reklama konu görsel için bkz. http://www.ippt.eu/files/2001/IPPT20011025_ECJ_Toshiba_v_Katun.pdf, s.y., 22.02.2012.

659 ABAD, **Toshiba / Katun**, N.35.

660 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N.18; ABAD, 23.02.1999 tarih, C–63/97 **BMW Nederland BV / Ronald Karel Deenik**, N.28 – 30.

661 ABAD, **Pippig Augenoptik / Hartlauer**, N.36, 64.

662 ABAD, **Pippig Augenoptik / Hartlauer**, N.36, 37.

birbirinden farklı kararlar vermiştir[663]. BGH'nin konuya ilişkin içtihatlarında bir yeknesaklık bulunmamaktadır. *Önceki kararlarında* karşılaştırmalı reklamı geniş yorumlarken, reklam verenin reklamda rakibi veya rakibe ait mal veya hizmetleri, faaliyet şekillerini veya davranışlarını göstermesini yeterli bulmuştur[664]. *Sonraki kararlarında* ise sırf tanınmışlıktan istifade etmek için rakibin ya da ona ait mal ve hizmetlerin zikredildiği reklamları, hedef kitleye herhangi bir satış alternatifi sunmadıkları için, kabul edilemez bulmuştur[665]. **BGH** koku listelerine ilişkin bir kararında, ABAD kararlarına rağmen, iki rakip arasında veya onlara ait mal ve hizmetler arasında karşılaştırmanın açıkça yapılmasına gerek görmemiştir[666].

Gerçekten de her ne kadar Yönergenin 2 (c) maddesindeki tanımlamada açıkça karşılaştırma tabirinden söz edilmemiş ise de, "karşılaştırma" eyleminin varlığı, karşılaştırmalı reklamın doğasında bulunmaktadır. Yönerge bu konuda amaca göre yorumlandığında, aslında karşılaştırmanın gerekliliğine ilişkin ifadeye Yönergenin 4 (I) maddesindeki karşılaştırmalı reklamın şartlarına ilişkin şartlarda da rastlamak mümkündür. Zira burada ancak "*…karşılaştırma içerdiği ölçüde…*" karşılaştırmalı reklamın kabul edilebilir olduğu açıkça ifade olunmuştur. Keza benzer bir ifadeye Yönergenin 9 no'lu başlangıç maddesinde "…*karşılaştırma içerdiği ölçüde*…" de rastlamak mümkündür. Bu ifadeler olmasaydı "karşılaştırma" olmaksızın karşılaştırmalı reklam yapmak mümkün olacak ve bu tür reklamlar sadece "**ilişkilendiren reklam**" anlamına gelecekti. Ayrıca sadece rakibi eleştiren;

---

663 Öğretideki görüşe ve yasal düzenlemeye uygun olarak BGH içtihatlarında da *genellikle,* "karşılaştırma" karşılaştırmalı reklamın şartları arasında görülmüştür. Bkz. BGH **GRUR** 2005, 163 – Aluminiumräder; BGH **GRUR** 2002, 75,77 – SOOOO … BILLIG!?. Bununla birlikte BGH bazı kararlarında da herhangi bir açıklamada bulunmaksızın karşılaştırmalı reklamda herhangi bir karşılaştırma yapılmış ya da yapılmamış olmasına herhangi bir anlam ve önem yüklememiştir. Bkz. BGH **GRUR** 2004, 607, 611 – Genealogie der Düfte; BGH **GRUR** 2005, 348 – Bestellnummerübernahme; BGH **WRP** 2008, 666 –Saugeinlagen. Görüldüğü gibi BGH'nin bu konuda içtihatları henüz oturmamıştır.

664 BGH **GRUR** 1999, 1100, 1101 – Generika Werbung; BGH **GRUR** 2002, 75,77 – SOOOO … BILLIG!?; BGH **GRUR** 2002, 828, 829 – Lottoschein; BGH **GRUR** 2002, 982, 983 – DIE "STEINZEIT" IST VORBEI;

665 BGH **GRUR** 2005, 163 – Aluminiumräder.

666 BGH **GRUR** 2004, 607, 611 – Genealogie der Düfte.

"rakibimiz X'in ürünleri Uzakdoğu'da ve çocuk işçi çalıştırarak üretilmiştir"[667], rakibin ismini zikreden; "İşyerimiz, meşhur X mağazasının karşısındadır"[668] veya sadece rakibin görüntüsünü gösteren; "alüminyum jant reklamında çok meşhur bir aracın bu jantlar takılı olarak gösterilmesi"[669] reklamlarını kabule şayan karşılaştırmalı reklamlar olarak görmek gerekecekti.

Bu konunun yedek parça ve aksesuar sektörü yönünden önemli bir anlamı bulunmaktadır. Çünkü yedek parça ve aksesuar reklamları, bu ürünlerin ancak belirgin bir markası olan mallara uygun olması ve herhangi bir **karşılaştırma yapılmaksızın** bu markalı malların isminin zikredilmesiyle mümkün olacaktır[670]. Bu anlamda Yönerge'yi amaca göre yorumlayarak "mutlak surette karşılaştırma yapılması" gerektiği sonucuna ulaşılması, bu tarz bir reklamın, ne kadar zararsız olursa olsun, kabule şayan görülememesi sonucunu doğuracak, sadece karşılaştırma içeren reklamları kabul edilebilir görmek gerekecektir. Bu ise **AİHS'nin 10 maddesindeki** fikir ve ifade hürriyetine aykırı sonuç doğuracaktır[671]. Bu konuda kanımızca en doğru yaklaşım, rakibin isminin (markası, ticaret unvanı vs.) ya da ürünlerinin yedek parça reklamında tanımlayıcı olarak ya da "eşitlik" iddiasıyla kullanıldığının kabul edilmesidir. Dürüst ticari uygulamalardaki tanımlayıcı kullanımların ise meşru kullanım olarak değerlendirilmesi gerekir[672]. Netice itibariyle Topluluk kanun koyucusunun amacı, rakipler hakkında ilişkilendirme içeren her ifadeyi değil sadece bu ifadelerden "karşılaştırma" içerenleri düzenleme altına almıştır. Yönergenin 3a (1) maddesinde sayılan kabul edilebilirlik kataloğu ancak "karşılaştırma" eyleminin ve diğer sayılan şartların varlığı halinde geçerli olduğu ifadesini içerir[673]. Bu nedenle ABAD da Yönergenin sadece lafzen yorumlanmasına karşı durmuş ve rakiple ilişkilendirme yapan ancak

---

667 **Köhler**, **GRUR** 2005, 273.
668 **Borck**, **WRP** 2001, 1124, 1129.
669 BGH **GRUR** 2005, 163 – Aluminiumräder.
670 Christina Buck-Freytag, **Auswirkungen der Richtlinie 97/55/EG über irreführende und vergleichende Werbung auf das nationale Wettbewerbsrecht**, Bonn, 2002, s.23.
671 **Ohly/Spence**, **GRUR Int.** 1999, 681, 697; **Köhler**, **GRUR** 2005, 273, 276.
672 ABAD, **BMW / Deenik**, N.42, 64.
673 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6. N. 18.

karşılaştırma ifadesi içermeyen reklamların da kabul edilebilir olduğuna karar vererek, amaca göre yorum ilkesini benimsemiştir[674].

d. Herhangi Karşılaştırma İçermeyen Reklamlar

Bir tacirin "zirvede tek başına", "birinci" veya "en üstünlük" iddiası içeren süperlatif reklamlarda açık bir karşılaştırma ifadesinin varlığı söz konusu değildir. Bu gibi durumlarda reklam veren daha çok kendi mal ve hizmetleri üzerine yoğunlaşmakta, bu nedenle bir başka rakibin ürünleriyle herhangi bir karşılaştırma söz konusu olmamaktadır[675]. Ancak, süperlatif reklamlarda da hedef kitleye hangi somut rakiplerin kast edilmiş olduğu gösterilmiş ise dolaylı da olsa bir karşılaştırmanın varlığından söz edilebilecektir. Bu durum özellikle reklama konu ürün piyasasında hedef kitle tarafından bilinen az sayıda rakibin varlığı halinde söz konusu olur[676].

Bir tacirin kendi ürünlerinin fiyatlarını veya kalitelerini karşılaştırması halinde de herhangi bir rakiple ilişkilendirme olmadığı için karşılaştırmalı reklamdan söz etmek mümkün değildir[677]. Bir tacirin reklamda kendi ürünlerini karşılaştırmaya konu etmesi daha ziyade yeni ürünle sağlanan teknik ilerlemeleri göstermek şeklinde olur[678]. Buna karşılık reklam verenin kendisi tarafından piyasaya sürülen rakibe ait markalı ürün ile kendi markası altında piyasaya sürdüğü ürün arasında karşılaştırma yapması halinde karşılaştırmalı reklamdan söz etmek mümkündür[679]. Çünkü reklam veren bu

---

674 ABAD, **Toshiba / Katun**, N.35; **Köhler**, **GRUR** 2005, 273, 274; **Nordmann**, **GRUR Int** 2002, 297, 298; **Sack**, **WRP** 2002, 363, 364; Dilly/Ulmar, **WRP** 2005, 467, 469; **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N.20. **Köhler** bu konuda reklam verenin aslında orjinal yedek parça satan rakiple ürünün teknik özellikleri konusunda eşitlik iddiası içeren bir karşılaştırma yaptığını, yapılan bu karşılaştırmanın tam da Yönerge'nin aradığı ölçüde önemli, ilgili ve ispatlanabilir ve tipikliğe uygun olduğunu ifade etmektedir.

675 BGH **GRUR** 1999, 1100, 1101 – Generika Werbung; BGH **GRUR** 2002, 982, 983 – DIE "STEINZEIT" IST VORBEI; **Fezer/Koos**, **UWG** § 6 N.60, 74.

676 OLG Hamburg **GRUR**-RR 2001, 84, 86 –Handzahnbürste.

677 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6. N.26; **Fezer/Koos**, **UWG** § 6 N.62.

678 **Fezer/Koos**, **UWG** § 6 N.62.

679 **Fezer/Koos**, **UWG** § 6 N.62.

ürünle ilgili olarak, yine kendisi tarafından piyasaya sürülen markalı ürünün sahibiyle rekabet halindedir.

Bir reklamda rakip malların özellik ve fiyatlarından ne kadar çok bahsedilmişse, o ölçüde bir karşılaştırmanın varlığından söz edilir. Bu durumun varlığı da ortalama bilgi, dikkat ve anlayışa sahip bir tüketicinin düşüncesine göre değerlendirilecektir. Bir reklamda, "**Karşılaştırın… karşılaştırın… bir kez daha karşılaştırın ve sonra gelin bizden alın**" şeklindeki ifadede ısrarla karşılaştırma önerisinde bulunsa bile herhangi bir karşılaştırma eyleminin varlığı söz konusu değildir[680]. Zira bu reklamda herhangi bir rakiple ilişkilendirme söz konusu değildir. Hatta bu sözlerle reklam, süperlatif reklam olarak da görülebilir[681].

Bir reklamda şakacı bir üslupla kullanılan "Ben aptal değilim!" (Ich bin doch nicht Blöd!) ibaresi de, "karşılaştırma içermeyen", belirli bir rakiple de ilişkilendirilemeyen reklam olarak görülmüştür[682].

Karşılaştırmalı reklam bazen de "kendi ürünlerinin karşılaştırılması arzusu" şeklinde ortaya çıkabilir. Bir reklamda, "Bizim için en iyi reklam rakiplerimizin fiyatlarıdır"[683] veya "Bizim kataloğumuzu bir kez de P.L'ninki ile karşılaştırın"[684] ifadelerinde, tüketicilerin karşılaştırma yapmaları kendilerinden beklenmektedir. Bu reklamlar da bir karşılaştırmayla aynı sonucu doğurur niteliktedir. Zira reklam veren kendi ürünü ile rakiplere ait ürünlerin karşılaştırılmasını amaç edinmektedir.

Rakibin tanımlanmadığı bu tür reklamlarda Yönergenin uygulama alanının dışına çıkılmış olur. Bu durumda da değerlendirmenin genel hükümlere göre yapılması gerekmektedir.

---

680 BGH **GRUR** 1974, 280 – Divi.

681 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6. N.24.

682 OLG Karlsruhe, **WRP** 1997, 865, 867. Karlsruhe İstinaf mahkemesi söz konusu reklamı hukuka uygun bulmuştur.

683 KG **WRP** 1999, 339, 340.

684 BGH **GRUR** 1999, 501, 502 –Vergleichen Sie

3. Aldatıcı Olmama

a. Genel Olarak

2006/114 sayılı Yönergenin 4/1 (a) maddesinde (eski 3a/1 (a) maddesi) aldatıcı nitelik taşıyan karşılaştırmalı reklamlar yasaklanmıştır[685]. Ulusal hukuklarda da "aldatıcı" nitelik taşıyan tüm ticari uygulamalar yasaklanmıştır. Şüphesiz bunlar arasında aldatıcı nitelik taşıyan karşılaştırmalı reklamlar da bulunmaktadır[686].

Karşılaştırmalı reklamda söz konusu olabilecek aldatıcı davranış, reklam verenin özelliklerine ilişkin olabileceği gibi, rakibin özelliklerine ilişkin de olabilir. Önemli olan, aldatıcı bilgi sunumunun karşılaştırmaya konu edilmiş olup olmamasıdır[687].

Yönergenin 7 No'lu başlangıç maddesinde, üye ülkelere bir reklamın hangi hallerde aldatıcı olduğunu ortaya koyan minimum ve objektif ölçütler belirleme yükümü getirilmiştir.

Yönergenin 4/1 (a) maddesindeki karşılaştırmalı reklama ilişkin ilk şart, aldatıcılık yasağına ilişkindir. Karşılaştırmalı reklamlarla ilgili aldatıcılık yasağı, ulusal hukuklardaki "ticari uygulamalardaki genel aldatıcılık yasağı"na ilişkin kurallardan farklı değildir. Ticari bir reklama ilişkin aldatıcılık yasağı, karşılaştırma içeren reklamlar yönünden de geçerli olacaktır. Bir karşılaştırmalı reklamdaki aldatıcılık ölçütü, 2006/114 sayılı Yönergenin hükümlerine göre tespit edilmelidir. Ulusal hukukların bu konuda daha dar olan kurallarının uygulanması söz konusu değildir. Bu bağlamda, ulusal hukukların "aldatıcılık yasağına ilişkin" dar kuralları karşısında bir reklamdaki ürün karşılaştırması aldatıcı olarak kabul edilebilecek iken, Yönerge'de yer

---

685 Bkz. **Sack**, **GRUR** 2004, 89; **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6. N. 14 ve § 5 N. 2.63; Tobias Lettl, **Das neue UWG**, Beck, München, s. 516; **Fezer/Koos**, **UWG,**§1 N. 39 vd.

686 BGH **GRUR** 2002, 633, 634 – Hormonersatzteraphie; BGH **GRUR** 2003, 800, 801 – Schachcomputerkatalog.

687 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N.14.

alan "karşılaştırmalı reklamı mümkün kılacak en geniş yorum kuralı" nedeniyle kabul edilebilir bir ticari uygulama olarak görülebilecektir[688].

2006/114 sayılı Yönergenin 2/1 (b) maddesinde aldatıcı reklam "hedef kitleye yönelik ve aldatıcı niteliği sebebiyle onların ekonomik davranışlarını etkilemesi muhtemel olan, rakiplere zarar veren veya böyle bir ihtimali içeren herhangi bir vasıtayla yapılan reklamlar" olarak tanımlanmıştır.

Yönerge uyarınca, bir karşılaştırmalı reklamın "aldatıcı" olarak nitelenebilmesi için, salt reklama konu ifadenin içeriğine değil, aynı zamanda bu ifadenin hedef tüketici kitlesine mensup ortalama tüketici kitlesinin ekonomik tercihlerini etkileyebilme özelliğine de sahip olması gerekir. Bu bağlamda, mizahi üslupla yapılan ifadelerin, hoş görülebilir reklam abartılarının "aldatma" niteliğinden yoksun olduğunu söylemek gerekir.

Bir reklamın aldatıcılık tehlikesi içerip içermediği, kişinin bu konudaki eğitim ve uzmanlık durumuna göre değişebilecek, uzman bir kişi için aldatıcı olmayan bir ifade sıradan bir kişi için fevkalade aldatıcı olabilecektir[689].

Bu konuda BGH tarafından ölçüt alınan tüketici modeli 2001 yılındaki "Warsteiner- II"[690] kararına kadar kural olarak *dikkatsiz ve saf tüketicileri* koruma şeklinde idi[691]. Reklamların oldukça geniş bir açıklığa sahip olması ve tüketicilerin reklamı sadece yüzeysel bir şekilde değerlendirmeleri halinde bile aldatıcı özellik taşımaması aranmaktaydı. Zira Tüketicilerden doğru, tam ve eleştirel bir bakış açısıyla değerlendirme yapmaları beklenemezdi[692].

Hedef kitleye mensup kişilerin tamamının mı yoksa önemli bir oranının mı aldatılma ihtimaline maruz kalması gerektiği hususu da tartışmalıdır[693]. Bu

---

688 ABAD, **Toshiba / Katun**, N.37

689 **Köhler**/**Piper**, § 3 N.10,

690 BGH **GRUR** 2002, 160 vd. = **WRP** 2001, 1450 vd. – "Warsteiner- III". Bu kararla birlikte BGH kendi tüketici modelini bırakarak ABAD'nin benimsediği tüketici modelini (ortalama bilgili ve anlayışlı tüketici) kabul etmiştir.

691 Adolf Baumbach / Wolfgang Hefermehl, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG),** 21. Auflage München 1999, §1 N. 33.

692 BGH **WRP** 1992, 380 vd. – "Beitragsrechnung"; BGH **GRUR** 1970, 425 vd. – "Melitta Kaffe"; BGH **GRUR** 1969, 415 vd. – "Kaffförösterfrei".

693 **Köhler**/**Piper**, § 6 N.147; BGH **GRUR** 1993, 920 vd. – "Emilion Adam II".

konuda Yönerge öncesi uygulamalarında BGH, belirli bir sabit oran öngörmemiştir. Bununla birlikte hedef kitleye mensup ortalama olarak yaklaşık %10'luk kesimin böyle bir tehlikeye maruz kalmasını yeterli görmüştür[694]. ABAD bu konuda çok keskin sınırlar çizmeyerek, reklamdaki ifade nedeniyle aldanan veya **aldanma tehlikesine maruz kalan ortalama tüketici miktarını, "azımsanmayacak sayıda" diyerek esnek bırakmış ve oran belirleme** işini ulusal mahkemelere bırakmıştır[695].

Bunun dışında, karşılaştırma içeren bir reklam ifadesinin "aldatıcı" olabilmesi için, rakip tacirlere zarar vermesi veya zarar verebilecek nitelikte olması gerekmektedir.

Yönergenin 5/3.maddesinde, üye ülkelerin aldatıcı nitelik taşıyan reklamlara karşı sıkı tedbirler alması, hatta haber alınması halinde *yayın aşamasına geçilmeden önce* tedbir yoluyla yayının önlenmesine imkân verecek yasal düzenleme yapmaları istenilmiştir.

Bir reklam karşılaştırmasında aldatıcılık yasağına uyulup uyulmadığının, Topluluk hukukunda geçerli tüketici modelinin bakış açısına, yani reklamın yönelik olduğu hedef kitleye mensup; makul ölçüde (yeterli düzeyde) bilgili, dikkatli ve ihtiyatla değerlendirme yapabilen tüketicilerin bakış açısına göre değerlendirilmesi gerekir[696]. Ayrıca bir karşılaştırmalı reklamın aldatıcı nitelik taşıyıp taşımadığına ilişkin değerlendirmede, o reklamın ticari pazarın şeffaflığına hizmet edip etmediği hususu da değerlendirme ölçütü olarak kullanılmalıdır.

Karşılaştırmalı reklamda "aldatıcılık", sadece ürünlerin kalitesi, büyüklüğü, miktarı, kullanılabilirlik özellikleri yönünden başkalarının ürünlerine göre üstün olduğunun ifade edilmesiyle değil, aynı zamanda onlarla eşit olduğunun ifade edilmesiyle de meydana gelebilir. Keza reklamda

---

694 BGH **GRUR** 1979, 716 vd. – "Kontinen Möbel (%10)"; BGH **GRUR** 1973, 361vd. – "SanRemo (%5)"; BGH **GRUR** 181, 71 vd. –"Lübecker Marzipan (%13,7)"; BGH **GRUR** 1991, 689 vd. – "Porzellanmanufaktur (%6)"

695 ABAD, **Gut Springenheide / Steinfurt**, N.35; Inge Scherer, "Divergenz und Konruenz der Rechtsprechung des EuGH und des BGH zur Verbraucherwerbung", **WRP** 1999, 991, 993.

696 **Fezer/Koos**, **UWG** § 6 N.288.

sunulan bilgilerin gerçeğe uygun olması yanında, üstünlük iddia edilen özelliğin ürünün önemli, ilgili, onu temsil eden ve somut bir özelliğine ilişkin olması gerekir. Aksi takdirde reklam karşılaştırmasının aldatıcı olduğu gündeme gelebilecektir.

Aldatıcı beyan ve ifadede bulunma, aktif bir davranış şeklinde gerçekleşebileceği gibi bazı durumlarda menfi bir davranış yoluyla da söz konusu olabilecektir. Gerçekten reklam verenin açıklamada bulunma yükümlülüğünün bulunduğu bazı durumlarda suskun kalması aldatıcılık olarak görülebilecektir[697].

Burada gerçek bir aldanmanın varlığı aranmaz. Reklamda kullanılan ifadenin aldatıcılık niteliği taşıması ve *böyle bir tehlikenin varlığı yeterlidir*[698]. Bir reklamda böyle bir tehlikenin varlığı ise reklamın yöneltildiği hedef kitleye mensup kişilerin anlayışına göre değerlendirilir[699].

b. Aldatma Konusu Olabilecek Unsurlar

Karşılaştırmalı reklamın ilk koşulu reklamın aldatıcılık içermemesidir. 2005/29 sayılı HTU Yönergesi ile aldatıcılık konusunda yeni ölçütler getirilmiş ise de, 2006/114 sayılı Yönergenin 4/1 (a) maddesindeki düzenleme uyarınca, HTU Yönergesinin 6 ve 7.maddesi anlamında aldatıcı davranışlar da bu 2006/114 sayılı Yönergenin kapsamına alınmıştır. Bununla birlikte 2006/114 sayılı Yönergenin kural olarak tacirleri, 2005/29 sayılı Yönergenin tüketicileri korumaya yönelik olduğunu söylemek gerekir.

Bir reklamdaki aldatıcılık değişik görünüm şekilleriyle karşımıza çıkabilecektir.

---

697 **Köhler/Piper**, § 3 N.99 vd; BGH **GRUR** 1983, 777 vd.

698 **Köhler/Piper**, § 3 N.7.

699 BGH **GRUR** 1955, 38 vd. –"Cupresa"; BGH **GRUR** 1973, 534 vd. – "Mehrwert II" **GRUR** 1983, 651 vd. "Feingoldgehalt; **Baumbach / Hefermehl**, 22.Auflage, §1 N. 31

(1) Mal ve Hizmetlerin Özelliklerinde Aldatıcılık

Bir karşılaştırmalı reklam, reklama konu ürünün temel özelliklerine ilişkin olabilecektir. Bir mal ya da hizmetin temel özellikleri ise, o ürünün doğası, kullanım şekli, kompozisyonu, üretim tarihi veya metodu, amaca uygunluğu, faydaları, miktarı, ayrıcalıklı özellikleri, ticari veya coğrafi kökeni, kendisinden beklenen sonucu karşılayıp karşılamadığı hususlarına ilişkin olabilecektir. Keza bu özellik bazı durumlarda da mal ve hizmet kalite, verimlilik veya sağlamlık *test sonuçlarına* ilişkin olabilir.

Reklam konusu mal veya hizmetin öne çıkan bir kalite ve özelliğinin olmadığı ve bilinirliğinin de bulunmadığı halde çok tanınmış markalı ürünlerle karşılaştırmaya tabi tutulması, sık rastlanan bir karşılaştırmalı reklam türüdür[700]. Yönergenin başlangıç hükümleri dikkate alındığında bu tarz bir karşılaştırmalı reklamın aldatıcı olmadığını söylemek zordur. Divan da bu tür durumlarda karşılaştırmalı reklamı kabul edilebilir olarak değerlendirmiştir[701]. Bununla birlikte reklamda, tüketicilerin satın alma kararlarını etkileyecek önemde bir konuda aldatıcı bilgi sunumunun yapılmamış, önemli bir hususun da gizlenmemiş olması gerekir[702].

Bilimsel çalışmanın herhangi bir yeri değiştirilmeksizin ve tam bir şekilde reklamda gösterilmesi halinde, aldatıcılıktan söz edilemeyecektir. Bununla birlikte reklam verenin bilimsel çalışmanın sadece işine gelen bir kısmını kullandığı veya bu çalışmaya yanlış yorumların izafe edildiği durumlarda ise, aldatıcı reklamdan söz etmek mümkün olabilecektir[703].

---

700 **Köhler**, **WRP** 2008, 414, 420.

701 ABAD, **Toshiba / Katun**, N.34; ABAD, **Pippig Augenoptik / Hartlauer**, N.50.

702 **Köhler**, **WRP** 2008, 414, 420.

703 OLG Hamburg **GRUR** 2000, 530, 532 – CSE-Hemmer; OLG Frankurt, 2001, 89, 90 – Komfortanschlusss; BGH **WRP** 2002, 828, 830 – Hormonersatztherapie . Bu olayda reklam veren *bilimsel bir çalışmaya atıfta bulunarak* başka ürünlerle kendi ürünlerini karşılaştırmıştı. Her ne kadar reklam uzman bir kitleye yönelik olsa bile reklama konu bilimsel çalışmanın yeterli nitelik ve kapsamda olmaması halinde, bu reklamın aldatıcı nitelik arz edebileceğine karar verilmiştir.

Bir fast-food restoran zincirinin hamburger reklamında kullanılan "*Lezzet testine katılanların %62 si bizim hamburgerimizi daha lezzetli buldu*" içerikli ifade aldatıcı bulunmuştur[704]. Zira her bir hamburgerin, farklı beklentileri karşılayan ve lezzet farkına yol açan farklı içerikleri bulunmaktaydı.

Genel reklam karşılaştırmaları, iddia olunan ürün özelliklerine ilişkin olarak, tüketicilerin satın alma kararına etki edebilecek ölçüde, yeteri kadar ve açıklıkta bilgi sunulmaması, bilhassa ürünün miktar ve büyüklüğüne, farklı dozlarda olduğuna ilişkin önemli bilgilerin tüketicilere açıklanmamış olduğu durumlarda aldatıcı olarak kabul edilmektedir[705].

Karşılaştırmaya konu edilen ürünler birbirlerinin yerine ikame edilebilen ürünler değilse, bu durumda Yönergenin 4/1 (b) maddesindeki "aynı amaca yönelik olma veya aynı ihtiyacı karşılama" şartı eksikliğinin yanı sıra, 4/1 (a) maddesi uyarınca da "aldatıcı" olarak kabul edilebilecektir[706].

(2) Ürün Fiyatları

Bir reklam karşılaştırmasında aldatıcılık, bazen de reklama konu ürünün fiyatı, fiyatın hesaplanma tarzı, mal ve hizmetlerin teslim şeklinin fiyata etkisine ilişkin olabilir. Fiyat, bir mal veya hizmetin bütün özellikleri içerisinde en etkili rekabet enstrümanıdır. Özellikle piyasaya sonradan giren tacirler, kendi pazar payını oluşturmak veya geliştirmek için ve rekabette öne çıkabilmek amacıyla özellikle fiyat reklamları yapar. Mallar veya hizmetler sadece kendi içlerinde değil, kendi aralarında da karşılaştırılabilir; yani bir mal ile bir hizmet arasında da fiyat karşılaştırması söz konusu olabilir[707]. Ancak fiyatlar yoluyla hedef tüketici kitlesinin aldatılması da sık rastlanan vakıalardandır. Şüphesiz aldatıcı nitelikteki tüm reklam karşılaştırmaları

---

704 OLG München **NJW**-RR 1999, 1423, 1424 – Whopper; **Berlit**, **Vergleichende Werbung**, s.300.
705 **Fezer/Koos**, **UWG** § 6 N. 297.
706 **Fezer/Koos**, **UWG** § 6 N. 299.
707 **Piper/Ohly**, **UWG** § 6 N. 453.

Yönerge 'deki yasak karşılaştırmalı reklam yöntemleri arasında kabul edilecektir.

Gerçeğe uygun olmayan fiyat reklamları, aldatıcı reklam yasağının ihlali anlamına gelecektir. Fiyatların gerçeğe uygun olması demek, gerek kendi uyguladığı fiyatın gerekse de rakibin uyguladığı *fiyatın aktüel* olması anlamına gelir[708]. Zira hedef kitle daima, reklamda gösterilen fiyatların aktüel fiyatlar olduğunu düşünür[709]. Reklam veren her halükarda aktüel olmayan fiyatları reklam konusu yapmak istiyorsa, reklamda fiyatların aktüel olmadığını açıkça ifade etmesi gerekir. Böyle bir karşılaştırma aldatıcılık yasağından kurtulabilse de reklama konu özelliğin "önemli", "ilgili" vs. olma özelliklerinden yoksun olması nedeniyle hukuka aykırılığı gündeme gelebilecektir.

Bir fiyat karşılaştırmasına ilişkin olarak reklam verenin telefon kullanım ücretiyle ilgili olarak belirli bir rakiple yaptığı karşılaştırmada, rakibin sunduğu fiyatın reklam anındaki değil de daha önceki fiyatlar olması ve reklamda da bundan bahsedilmemiş olması, aldatıcı olarak görülmüştür[710].

Rakibin fiyatlarını bilmeyen bir satıcının rakiplere oranla daha ucuz mal sattığından bahsetmesi mümkün değildir. Keza reklam verenin kendi ürettiği mallar için tavsiye ettiği fiyatları veya toptan satış fiyatlarını esas alarak karşılaştırma yapması da doğru olmayacaktır[711]. Zira fiyat karşılaştırmasında, malları son kullanıcılara satan perakendecilerin, bu malları gerçekte üreticinin kendilerine tavsiye ettiği fiyattan daha pahalıya satmaları mümkündür. O nedenle karşılaştırmaya esas alınan fiyatın, son kullanıcılara uygulanan gerçek satış fiyatları olması gerekir.

Reklamda bütüncüllük ilkesi, fiyat karşılaştırmaları için de geçerlidir. Eğer fiyatla ilgili olarak reklam veren önemli bir bilgi sunmayı ihmal etmiş ve böylelikle hedef kitleye yanlış intiba verilmiş ise, bu reklam da bütüncüllük

---

708 **Erdoğan**, s. 172.
709 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N.52.
710 OLG Hamburg **GRUR**-RR, 2002, 39 – Telefonumfrage.
711 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 52.

ilkesine aykırılık nedeniyle aldatıcı kabul edilir. Fiyat karşılaştırmalarının yanında bütün fiyatla ilgili önemli noktaların da verilmesi zorunludur. Bir reklamın aldatıcı olup olmadığının tespitinde, her bir olayın kendine özgü şartları içerisinde ve bütüncüllük ilkesi kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

Özdeş ürün fiyat karşılaştırmaları bazen de, piyasaya teklif olunan ürünün miktarı yönünden aldatıcı olabilir. Reklam verenin aldatıcılıktan kaçınması için kendi edimi ile rakibinin ifa ettiği edimin miktar ve şartları arasındaki farkı reklamda açıkça göstermesi gerekir. Rakibe ait ürünlerin 100 gramlık paketlerde, reklam verene ait olanların 90 gramlık paketlerde satışa sunulduğu bir ortamda, ürün gramajları eşitmiş gibi fiyat karşılaştırması içeren reklam yapılması aldatıcılık yasağının ihlali anlamına gelir[712]. Böyle bir fiyat reklamında gramajlar arasındaki farkın da mutlaka tüketicilere bildirilmesi gerekir[713].

Bir ilaç fiyatı karşılaştırması içeren reklamda, reklama konu ilaç ile rakibe ait ilacın *farklı dozlarda* olduğu halde bundan bahsedilmemesi aldatıcı olarak görülmüştür[714]. Ancak ilaçlarla ilgili karşılaştırmalı reklamlar, karşılaştırılan ilaçların aynı ihtiyacı karşılamaya yönelik olması koşuluyla kabul edilebilir bir ticari uygulamadır[715].

Fiyat karşılaştırmaları özdeş olmayan ürünlerde de mümkündür[716]. Ancak hem reklam verenin hem de rakibin ürünlerine ait fiyatların doğru gösterilmesi, ürünlerin birbirleriyle karşılaştırılabilir nitelikte olması[717] ve ürünler arasındaki farkın gösterilmesi şarttır[718]. Burada esas alınması gerekli ölçü, fiyat karşılaştırmasına tabi tutulan ürünlerin birbirlerine alternatif olarak gösterilebilmeleridir.

---

712 **Piper/Ohly**, **UWG** § 6 N. 49.
713 OLG Hamburg 1998, 72.
714 OLG Hamburg **GRUR**-RR 2002, 398 – COX-2.
715 **Fezer/Koos**, **UWG** § 6 N. 296.
716 **Menke**, **WRP** 1998, s. 811-818; **Berlit**, **Vergleichende Werbung,** 122
717 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 52.
718 **Eck/Ikas**, **WRP** 1999, 251, 260; **Menke**, **WRP** 1998, s. 811, 821.

BGH'nin önüne gelen bir olayda ise, internet üzerinden diş hekimliği hizmeti pazarlanmasına aracılık eden bir internet sitesinde, siteyle anlaşmalı olan *değişik coğrafi bölgelerdeki diş hekimlerinin isimleri verilmeden; yapılan tedavi türleri ile bunlara ait promosyonlu fiyatların liste halinde yayınlanmasını* hukuku uygun bulmuştur.[719]. BGH bu kararında, yapılan faaliyetin, serbest meslek mensubunun sunduğu *hizmetlerin ve fiyatlarının karşılaştırılması* mahiyetinde olduğu sonucuna vararak, tüketicinin yararına uygun şekilde, karşılaştırmalı reklama ilişkin kuralları, *amaca göre ve geniş şekilde* yorumlamıştır.

Bir reklam sloganında ithal araçlarla yerli araçlar arasında yapılan fiyat karşılaştırmasında, ithal olunan aracın yerliye göre daha az donanıma sahip olduğu açıklanmaksızın sadece fiyatlarının karşılaştırılması BGH tarafından aldatıcı bulunmuştur[720].

"Fiyat indirim kampanyası" duyurularına ilişkin karşılaştırmalı reklamların da aldatıcılık yasağı ile birlikte incelenmesi gerekir. Alman Haksız Rekabet Kanunu'nda (UWG 6 (3)) "özel fiyat indirim kampanyaları" döneminin başlangıç ve sonunun reklamda bildirilmemesi aldatıcı bir reklam uygulaması olarak kabul edilmiştir[721]. Tüketicilere duyurulan indirim kampanyasının "mevcut mal ve hizmetlerle sınırlı olduğu" hususunun açıkça ifade edilmemesi de aldatıcı reklam olarak kabul edilebilir.

---

719 BGH, I ZR 55/08 sayı ve 01.12.2010 tarihli kararı, http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=e622e34f8f9d3db9614657af488a610d&nr=55534&pos=0&anz=39 s.y., 16.08.2011. Davaya konu olayda "2te-zahnarztmeinung.de" isimli internet sitesi, indirimli fiyatla diş hekimleriyle randevu ayarlamakta, diş hekimleri de hastalardan aldıkları ücretlerin %20'ni site sahibine ödemekteydiler. Bayern bölgesinden 2 diş hekimi, davalı sitede yapılan ticari faaliyetin, "Bayern Diş Doktorları Meslek Kuralları Yönetmeliği" ne aykırı olduğu ve ayrıca haksız rekabet teşkil ettiği gerekçesiyle açıkları davaya ilişkin olarak BGH, yapılan faaliyetin *karşılaştırmalı reklam* niteliğinde olduğu ve tüketicilere istedikleri diş hekimini seçme imkanı sağladığı, hastaların bilgi edinmelerine hizmet edildiği ve işlerini kolaylaştırdığı, hizmetlerini pazarlayan diş hekimlerinin yaptıkları faaliyetlerini, davalı site sahibinin pazarlama yöntemiyle birleştirmek suretiyle halka duyurdukları, bu sistemin hastalara da faydalı olduğu ve Meslek Kurallarına aykırı olmadığına karar vermiştir

720 BGH **GRUR** 92, 171, 172 – Vorgetäuschter Vermittlungsauftrag; OLG Braunschweig **NJW** 2003, 1053

721 **Erdoğan**, s. 155.

Özel indirimler, istisnai karakteri gereğince belirli bir zaman dilimi için geçerlidir. Reklam veren özel indirim yapacağını söyleyerek hedef kitlenin dikkatini çektikten sonra reklama konu ürünlerin yerine, özel indirimin henüz başlamadığı veya bittiği vb., söylenerek ürünleri daha pahalı satmayı hedeflemiş ya da reklam veren, özel indirim konusu malların stokta kalmadığını söyleyerek müşterileri daha pahalı başka ürünlere yönlendirmeyi düşünmüş olması durumlarında aldatıcı reklamdan söz etmek mümkündür. Aynı şekilde *indirim kampanyalarına* ilişkin karşılaştırmalı reklamların da "doğruluk" ilkesine uygun olması, indirime konu ürünle ilgili olarak sunulan ilave önemli hizmetlerin de karşılaştırmada belirtilmesi gerekir.

Bir cep telefonu satıcısının çok ucuz fiyatlardan (1 Euro vb.) satışa sunduğu cep telefonlarıyla ilgili olarak yaptığı karşılaştırmalı reklamda, ek bir bedel ödenmesi gerekip gerekmediği, bu fiyatın belirli bir GSM aboneliği karşılığında olduğu, aylık sabit ücret ödemesi varsa bunun miktarı ve süresi hakkında gerekli bilgiyi sunmaması reklamı aldatıcı hale getirecektir[722].

Divan Pippig kararında, reklam verenin kendi ürünleri için fiyat belirlerken rakibin satışa sunduğu mallardan test alış verişi yapılmasını aldatıcı bulmamıştır[723]. Kararda ayrıca, ürünlerin farklı yollarla ticari piyasaya sokulmuş olduğu konusunda bilgi verilmemiş olması da aldatıcı olarak görülmemiştir (paralel ithalat, doğrudan ithalat)[724].

Bir reklam karşılaştırmasında oto kiralama şirketince kullanılan "*Bizim için en iyi reklam rakiplerimizin fiyatıdır*" sloganı aldatıcı olarak nitelendirilmiştir. Zira mahkemeye göre, bu reklamla hedef tüketici kitlesine, rakiplerin bilinmeyen fiyatları baz alınarak yanlış bir intiba verilmesi mümkün olacaktır[725].

---

722 BGH **WRP** 1999, 505 – Nur ein Pfenning; **GRUR** 1999, 264 – Handy für 0, 00 DM; **Berlit**, **Vergleichende Werbung**, N. 254.

723 ABAD, **Pippig Augenoptik / Hartlauer**, N.34.

724 ABAD, **Pippig Augenoptik / Hartlauer**, N.57 – 66.

725 KG **WRP** 1999, 339, 340 – Sixt.

Telekomünikasyon hizmetlerine ilişkin bir reklamda kullanılan "Telekom'un ISDN-Bağlantısı ile 3lü konferans yapabilir, arayanlara dönebilir ve hatta emlakçılık yapabilirsiniz. Buna rağmen tasarruf edebilirsiniz" ifadesi aldatıcı bulunmuştur[726]. Zira reklam olunan hizmet paketinden yararlanma şartları tüketicilere yeteri açıklıkta duyurulmamıştır.

Fiyat karşılaştırmasının aynı tür mal veya hizmetler arasında yapılması gerekmez. Önemli olan, her iki ürünün de aynı amacı gerçekleştirmeye yönelik olması veya aynı amaca hizmet etmesidir. Bu anlamda, doğal gaz ile kalorifer yakıtı arasında yapılan ve grafik unsurlar içeren fiyat karşılaştırması hukuka uygun ise de, karşılaştırmanın sadece enerji fiyatları konusunda olması, tam maliyetleri göstermemesi nedeniyle aldatıcı olarak görülmüştür[727]. Oysa toplam maliyete etki eden farklı etmenler de bulunmaktaydı.

Buna karşılık üstünlük iddiası içeren bir reklamda "En düşük fiyat garantisi – Geniş seçenek özgürlüğüne rağmen bölgemizin en düşük fiyatını garanti ediyoruz. Buna rağmen aynı ürünle ilgili olarak bizim teklifimizden daha düşük fiyatı gördüğünüzde, aradaki farkı size ödemeyi garanti ediyoruz" ifadesinin kullanılması, en üstünlük iddiasına rağmen, mahkemece aldatıcı olarak kabul edilmemiştir[728].

ABAD'a konu olan, E.LECREC isimli perakende satış mağazasına ilişkin bir reklamda, kendi mağazalarında yapılan alış veriş ile sert indirim yapan LİDL isimli bir mağaza zincirinde yapılan alış verişi karşılaştırılmış ve seçilen 34 değişik ürün yönünden ödenen toplam meblağın kendilerinde 46,30 €, rakip mağazada ise 51,40 € olduğu ifade edilmiş ve ayrıca "Herkes E. Lecrec olamaz. E. Lecrec hala en ucuz" sloganı kullanılmıştı. ABAD'ın konuya ilişkin kararında, birbirlerine alternatif olabilme özelliğine sahip belirli sayıda ürüne ait fiyat karşılaştırmasının yapılabileceği, ancak seçilen bu ürünlere ait fiyatların o mağazaların genel olarak daha ucuz olduğu

---

726 OLG Frankurt **GRUR** 2001, 358.
727 BGH **WRP** 1997, 179, 181 = BGH **GRUR** 1997, 304, 306 – Energiekosten-Preisvergleich II.
728 OLG Bremen **WRP** 2004, 505, 506 – "Die tiefsten Preise".

konusunda tüketicilerde bir imaj uyandırılmasının o reklamı aldatıcı hale getirebileceği ifade olunmuştur. Divan'a göre, bir reklamın aldatıcı sayılabilmesi için, reklamda yer alan bilgilerin veya verilmesi ihmal edilen bilgilerin, önemli sayıda tüketicinin aldanmasına yol açma ihtimalinin olması gerektiği tespitinde bulunmuştur[729].

(3) Reklam Verene İlişkin Özellikler

Reklamın temel konusu bazı durumlarda mal ve hizmetlere değil, bizzat reklam veren tacirin özelliklerine ilişkin de olabilir. Bu özelliklerin konu edildiği reklam karşılaştırmalarının da aldatıcı nitelik arz etmemesi gerekir.

Bir tacire ait mal ve hizmetlerin değil de bizzat tacirin genel özelliklerinin konu edildiği reklamlar daha ziyade hedef kitlenin duygularına hitap eden reklamlar yoluyla olmaktadır. Söz gelimi; reklam verenin kendisine ait fabrikayı "*En çevreci kuruluş*", "*Olimpiyat oyunlarının tek resmi sponsoru*" "*Depremzedeler için en çok bağış toplayan kuruluş*" vs. olarak tanımlaması, aldığı ödüllerden veya kazandığı şampiyonluklardan bahsetmesi vs. konularda tüketicilerin aldatılması söz konusu olabilir.

2005/29 sayılı HTU Yönergesinin 6/1 maddesinde aldatıcı davranışların;

"(c) Satış yöntemi ve esasları konusunda, başka tacirlerin *sponsorlukları* ve *onayları* hakkında,

---

729 ABAD, 18.11.2010 tarih, C– 159/09 – **Lidl SNC / Vierzon Distribution SA.**, N.39,56; ABAD, **Lidl Belgium / Colruyt**, N.39. Divan bu kararda da bir mağaza reklamında seçilmiş ürünler yönünden fiyat reklamlarının yapılabileceğine karar vermiş ve ayrıca, sadece bir kısım malların fiyatları esas alınarak yapılan fiyat karşılaştırmalarının, tüketicilerin zihinlerinde, o mağazanın tüm ürünler yönünden daha ucuz bir işyeri olduğu intibaını uyandıracağı ve bu şekildeki bir karşılaştırmanın aldatıcı olduğu ifade edilmiştir. Kararın devamında, fiyat karşılaştırmaları konusunda, her bir somut olayda bütün ilgili hususların ve hedef tüketici kitlesinin bakış açısının da nazara alınması gerektiği ifade edilmiştir.

(f) Bir tacirin şahsı ya da firmasının; kimliği, yatırımları, özellikleri, statüsü, sınai ticari veya fikrî mülkiyet hakları, ödülleri, öne çıkan farkları, hakları, davranışları, doğası vb. davranış biçimi, yapısı ve hakları konusunda,"

şeklinde tezahür edebileceği belirtilmiştir ve yasak yöntemler arasında sayılmıştır.

Firma isimlerinde kullanılan "Doktor" unvanları, firma sahibi tacirin gerçek bir akademik kariyeri olmadıkça, *aldatıcı* olarak kabul edilecektir[730]. Ancak istisnai durumlarda, objektif olarak doğru olmamakla birlikte tüketicilerin ona gerçek anlam yüklemeyeceği durumlarda bir aldatıcılıktan söz edilemez[731].

Bir avukatın antetli kâğıdında "*Bütün sulh ve asliye hukuk mahkemelerindeki (Amts- und Landgerichten) davalara bakar*" şeklindeki beyanı aldatıcı bulunmamıştır[732]. Esasen bu avukatın bütün asliye ve sulh mahkemelerindeki davalara baktığı iddiası objektif olarak gerçeğe uygun olmamakla birlikte mahkeme, burada kast edilenin avukatın bu tür mahkemelerde davaları temsil etme (savunma) hakkının kast edildiğinin hedef kitle tarafından anlaşıldığı ve bu nedenle *aldatma ihtimalinin bulunmadığı* sonucuna ulaşmıştır.

Bir reklamda herhangi bir *somut veri olmaksızın,* "en üstün" , "zirvede tek başına", "daha üstün" gibi genel üstünlük iddiasında bulunulması aldatıcı olarak görülebilecektir. Bir *anlık veya geçici üstünlükler* reklam verene böyle bir iddiada bulunma hakkı vermeyecektir. Zira hedef kitle üstünlük iddialarını kalıcı bir üstünlük olarak algılayabilecektir[733].

Bir enstitünün devlet kurumlarıyla hiçbir resmi bağlantısı olmamasına rağmen bir reklamda "*Almanya'nın… ile ilgili ilk **resmi** enstitüsüyüz*" ifadesi,

730 BGH **GRUR** 1992, 121 vd. – "Dr. Stein…GmbH"
731 ABAD, **BMW / Deenik**, N. 43.
732 OLG Duesseldorf **NJW** 2003, 595.
733 **Fezer/Koos,**, **UWG** § 6 N. 295.

hedef kitlenin bu enstitü ile devlet kurumları arasında bağlantı kurmasına yol açabilecek nitelikte görülmesi nedeniyle aldatıcı bulunmuştur[734].

Bir TV Program Dergisinde yer alan ve *ticari işyerlerinin gelişimini gösteren reklam karşılaştırmasına* ilişkin olarak, her ne kadar derginin hedef kitlesi halkın geneli olsa bile, reklamın uzman bir grubu etkilemeye yönelik olması sebebiyle aldatıcılık kavramının da halk nezdinde değil, reklamın yöneldiği uzman grubun görüşüne göre tespiti gerektiği ifade edilmiştir[735].

c. Aldatıcı Yöntemler

2006/114 sayılı Yönergenin 4/1 (a) maddesi, karşılaştırmalı reklamların kabul edilebilirlik şartları arasında ilk olarak "aldatıcılık yasağı" nı sayarken, bu konuda aynı zamanda 2005/29 sayılı HTU Yönergesinin 6 ve 7.maddelerine de atıfta bulunmuştur.

2005/29 sayılı Yönergenin genel amacı, tüketicileri saldırgan ve aldatıcı ticari uygulamalara karşı korumaktır. Yönerge'de saldırgan ticari uygulamalar ile aldatıcı ticari uygulamalar iki ayrı bölüm halinde düzenleme konusu yapılmıştır. Aldatıcı ticari uygulamalar ise, Yönergenin 6 ve 7. Maddelerinde, "aldatıcı eylemler" ve "aldatıcı ihmaller" olarak iki başlık halinde düzenleme konusu yapılmıştır. Yönerge'de sadece karşılaştırmalı reklamlara ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak Yönerge 'deki "aldatıcı ticari uygulama" sayılacak bir eylem veya ihmal, karşılaştırmalı reklam içerisinde gerçekleşirse, bu karşılaştırmalı reklam da haksız ve hukuka aykırı bir ticari faaliyet olarak görülecektir.

2005/29 sayılı Yönergenin 6.maddesinde "aldatıcı reklam faaliyetleri" düzenlenirken, içeriği doğru olsa bile hedef kitle üzerinde yanlış intiba bırakabilecek nitelikte "**eksik bilgiler**" bulunan reklamların da aldatıcı olabileceği ifade edilmiştir. Bu konuda Yönerge ile getirilen yenilik, reklamda

---

734 OLG Köln **NJW**E-WettbR 1998, 56, 57.
735 OLG Hamburg **GRUR**-RR 2001, 33-35 – Verkaufszahlen.

sunulmadıkları takdirde hedef kitleye mensup tüketicilerin yanlış bir intibaya kapılmalarına yol açacak ölçüde gerekli ve önemli bilgilerin reklamda verilmemesinin, "aldatıcı reklam" kapsamında kabul edilmesidir[736]. Bu gibi durumlarda hedef tüketici grubunun ortalama bilinç düzeyi önemli rol oynayacaktır. Söz gelimi, bir bilim adamı grubuna yönelik reklamlarda -normal tüketiciler için aldatıcı sayılabilecek ölçüde-, eksik ya da yanlış bilgi verilmesi, bilim adamlarından oluşan ortalama tüketiciler için yanıltıcı olmayabilirken, aynı bilgi eksikliği genel tüketiciler için aldatıcı olabilecektir[737].

Aldatıcılığın mutlaka reklam verenin bilinçli bir çabası sonucu gerçekleşmesi gerekmez. Diğer bir deyişle, reklam verenin kasten aldatıcı bir ifadede bulunması veya aldatıcı sayılacak ölçüde önemli bilgileri vermemesi gerekmez. Aldatıcılık, hata sonucu da gerçekleşebilir. Bir reklamın aldatıcı sayılıp sayılmayacağı değerlendirilirken, reklam verenin aldatma eyleminde kusurlu olup olmadığına bakılmaz.

Her ne kadar 2006/114 sayılı Yönerge doğrudan tacirleri korumaya yönelik ise de, 4 (a) maddesinde 2005/29 sayılı Yönergenin 6 ve 7.maddelerine atıf yapılmakla, karşılaştırma içeren aldatıcı reklamlarda aldanma ihtimalinin tespitinde dikkate alınacak grubun, reklamın hedef kitlesindeki nihai tüketiciler olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Öte yandan tüketicileri aldatan karşılaştırmalı reklamlarda rakip tacirlerin de dolaylı zarara uğradıklarını ifade etmek gerekir.

(1) Aldatıcı Davranışlar

Bu faaliyetler Yönergenin 6 (1) ve (2) bentlerinde, alt paragraflar halinde sayılmıştır. Buna göre;

---

736 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N.14.
737 BGH **GRUR** 2002, 633, 634 – Hormonersatztherapie.

i. Gerçeğe Aykırı (Yanlış) Bilgi Vermek

Yönergenin 6 (1) bendinde, tüketicilere yanlış bilgi veren veya doğru bilgi içermekle birlikte, tüketicilerin herhangi bir yolla gerçeğe aykırı sonuca ulaşmalarını sağlayan, genel intiba itibarıyla tüketicileri aldatıcı olan veya böyle bir ihtimal bulunan, böylelikle tüketicilerin normalde yapmayacakları bir sözleşme yapmalarına yol açan ticari faaliyetler yasaklanmıştır.

Tüketicilere verilen yanlış bilgiler;

"(a) Bir ürünün varlığı veya doğası hakkında,

(b) Ürünün temel özellikleri konusunda satıştan önce (uygunluğu, yararı, tehlikesi, riski, içeriği, idaresi, aksesuarı, üretim tarihi, üretim yeri, kendisinden beklenen fayda, ürünle ilgili test ve kontroller) veya satış sonrası (müşteri yardımı, teslim tarihi, kullanım durumu) konularda,

(c) Satış yöntemi ve esasları konusunda, başka tacirlerin sponsorlukları ve onayları hakkında,

(d) Fiyat veya fiyatın hesaplama yöntemi hakkında veya fiyat avantajları konusunda,

(e) Tamir, bakım ve yedek parça ihtiyacı konusunda,

(f) Bir tacirin şahsı ya da firmasının; kimliği, yatırımları, özellikleri, statüsü, sınai ticari veya fikrî mülkiyet hakları, ödülleri, öne çıkan farkları, hakları, davranışları, doğası vb. davranış biçimi, yapısı ve hakları konusunda,

(g) Tüketicilerin sahip oldukları haklar ve karşılaşacağı riskler konusunda,"

gerçeğe aykırı bilgiler verilmesi, aldatıcı ticari faaliyetler olarak tespit olunmuştur.

Buna karşılık Divan, fiyat karşılaştırmasından önce reklam verenin rakip firmadan *test alış verişi* yaparak, akabinde onu kendi ürünlerinin fiyat karşılaştırmasında kullanmasını da aldatıcı bir davranış olarak görmemiştir[738].

ii. Tüketicileri Yanıltmak

Keza Yönergenin 6 (2) bendinde, yanlış bilgiler içermese dahi;

---

738 ABAD, **Pippig Augenoptik / Hartlauer**, N.36.

"(a) **Karşılaştırmalı reklamlar da dahil**, bir ürünün satışı sırasında, başkalarının ürünleriyle, markaları ve ticaret unvanları ile her türlü ayırt edici işaretleri konusunda **karıştırma ihtimaline** yol açmak,

(b) Bir tacirin, kendisinin uymakla yükümlü olduğu meslek kurallarına aykırı davranışta bulunması"

Hallerinde de aldatıcı ticari faaliyetler söz konusu olacaktır.

(2) Aldatıcı İhmaller

Bazı durumlarda, reklam verenin sessiz kalması veya sunması gereken bir bilgiyi sunmaması hali de aldatıcı bir davranış biçimi olarak karşımıza çıkabilecektir. Sessiz kalınan davranışın aldatıcı sayılabilmesi için, bu davranışın satın alma kararını etkileyecek bir hususa ilişkin olması gerekir[739]. Bu tür durumlarda, hedef tüketici kitlesinin bilgi düzeyi ve hedef kitlenin uzman bir tüketici grubu olup olmadığının özellikle dikkate alınması gerekir.

Yönergenin 7.maddesinde, tacirden müşterilere yönelik icrai bir hareket ve davranış söz konusu olmadığı halde, dürüst ticaret kuralları gereği tacirlerin tüketicileri aydınlatma yükümlülüğü (culpa in contrehendo) kapsamında öngörülen sorumluluklarını yerine getirmediği haller somutlaştırılarak gösterilmiş ve bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi de aldatıcı bir davranış sayılmıştır. Bir karşılaştırmalı reklamda da, tüketicilerin ekonomik tercihlerini belirlemelerine etki edecek derecede önemli bilgilerin hedef tüketici kitlesine gösterilmesinin ihmal edilmesi, o karşılaştırmalı reklamın hem 2005/29 sayılı Yönerge, hem de 2006/114 sayılı Yönerge hükümlerine aykırı olması sonucunu doğuracaktır.

Aldatıcı ihmaller Yönergenin 7.maddesinde;

---

739 **Fezer/Koos,, UWG** § 6 N. 291.

"(a) Ortalama tüketicinin, yapmayı düşündüğü bir ticari sözleşme sırasında ihtiyaç duyacağı, o bilgiler olsaydı gerçekte yapmayacağı sözleşmeye ilişkin önemli ve somut bilgilerin eksik olması,

(b) Bir tacirin, tüketicinin sözleşme sırasında ihtiyaç duyacağı (1) bentteki bilgileri, karışık ve anlaşılmaz bir şekilde veya uygun olmayan bir zamanda vermesi,

(c) Tacirin, medya aracılığıyla yaptığı, belirli bir zamanla sınırlı kampanya ilan ve duyurularında, bu sınırlamalarla ilgili yeterli ölçüde bilgi sunulmamışsa,

(d) İcaba davet sırasında müşterilere verilmesi gereken ve aşağıda sayılan;

(1) Ürünün temel özellikleri,

(2) Tacirin ticaret unvanı ve adresi,

(3) Ürün fiyatının vergiler dahil olmadan söylenilmesi veya fiyatın hemen hesaplanabilir olmaması, gerektiğinde nakliye ve teslimatın ilave ücrete tabi olduğunun belirtilmemesi,

(4) Ödeme, teslimat, performans ve müşteri şikâyet politikası hakkında bilgi sunulmaması, Sözleşmeden cayma ve ürünü iade etme hakkının var olup olmadığı"

Gibi önemli konularda **bilgi verilmemesi** de aldatıcı ticari faaliyetler arasında sayılmıştır.

ABAD bir reklamda reklam verenin, kendisine ait karşılaştırma konusu ürünün ülkeye farklı bir yoldan (paralel ithalat yoluyla) sokulduğunu açıklamamış olmasını aldatıcı bir eylem olarak görmemiştir[740]. Zira Yönergede karşılaştırmaya konu edilen ürünlerin aynı ticari yolla elde edilmiş olması şartı aranmamaktır. Buna karşılık Divan bir başka kararında, daha ucuza sattığını söylediği otomobillerin, daha az aksesuar içerdiğinin tüketicilere açıklanmamış olmasını, önemli sayıdaki tüketicilerin satın alma kararlarını etkileyecek şekilde olması koşuluyla, aldatıcı ihmal olarak yorumlamıştır[741].

---

740 ABAD, **Pippig Augenoptik / Hartlauer**, N.61 – 64.

741 ABAD, 16.01.1992 tarih, C– 373/90 – **Nissan**, N.16.

d. 2005/29 Sayılı HTU Yönergesi'nde Sayılan Aldatıcılık Modelleri

Yönerge ile daha önce yasal düzenlemelerde tanımlanmamış, ancak uygulamada ortaya çıkmış olan bazı aldatıcı davranış modelleri, 2005/29 sayılı Yönergenin ekinde gösterilmiştir. Yönerge'de gösterilen davranış şekilleri, mutlaka aldatıcı ticarî davranış sayılması gereken hallerdir. Ancak sayılanların dışında da başka aldatıcı davranışların olabileceği dikkatlerden kaçmamalıdır. Mutlak aldatıcı sayılan ticarî davranış şekilleri Yönerge'de şu şekilde sayılmıştır.

"(i) Kendisini, gerçeğe aykırı olarak, meslek kurallarının oluşturan tacirlerden biri gibi göstermek.

(ii) Gerekli izin alınmaksızın bir güven markası, kalite markası ya da benzerini kullanmak.

(iii) Gerçeğe aykırı olarak, uyguladığı ticarî davranışı, bir kamu ya da diğer bir kuruluşa onaylattığı bir meslek kuralı gibi göstermek.

(iv) Bir tacirin kendisinin ya da ürününün, bir kamu ya da özel kuruluşça test edilip onaylanmış veya izin verilmiş gibi göstermek veya gerçekte olduğundan farklı sözcüklerle bu test ve onayı ifade etmek.

(v) Reklamda gösterilen ürünü veya mümasilini, makul bir sebep olmaksızın, teklif ettiği fiyatın belirli bir süre için geçerli olduğu, bu fiyattan şu an satamayacağı veya istenilen miktarda karşılayamayacağını söyleyerek istenilen ürünü, belirli bir fiyattan (yüksek) satmayı teklif etmek (yem, tuzak reklam).

(vi) Ürünleri belirli bir fiyattan satmayı teklif ettiği halde, başka bir ürünü satmak için, reklama konu ürünü tüketicilere göstermemek veya o ürünle ilgili siparişleri reddetmek veya sipariş aldığı halde makul süre içinde ürünü teslim etmemek yahut ürünün ayıplı bir örneğini göstermek (yem)

(vii) Tüketicilerin ani karar vermelerini sağlamak ve onların bilinçli bir tercih yapabilmelerine fırsat veya zaman bırakmamak için, gerçeğe aykırı olarak, teklif ettikleri ürünün veya fiyatının sadece çok kısıtlı bir süre için mevcut olacağını veya belirli şartlarla geçerli olacağını söylemek.

(viii) Sözleşme öncesi aydınlatma yükümlülüğüne uymaksızın, tacirin ikamet ettiği ülkenin resmi dilinden başka bir dilde servis hizmeti sunmak,

(ix) Satış izni olmayan ürünlerin satışının yasal olduğu izlenimi oluşturarak satış yapmak,

(x) Kanunun tüketiciye tanıdığı hakları, tacirin teklifinin ayırt edici bir niteliği (lütfu) olarak göstermek.

(xi) Tacirin, tüketiciler tarafından açıkça reklam olduğu anlaşılmaksızın, para karşılığında bir medya organında, kendi ürününü yayının (editoryal) içerisinde onun bir parçası gibi tanıtmak (örtülü reklam). 89/552/EEC sayılı Konsey Direktifi[742] saklıdır.

(xii) Ürünü almadığı takdirde kendisinin ya da ailesinin güvenliğinin maruz kalacağı riskin niteliği ve boyutuna ilişkin olarak önemli ölçüde yanlış bir iddiada bulunmak.

(xiii) Kasten tüketicileri aldatacak şekilde, belirli bir üretici tarafından yapılan ürüne benzer bir ürünün aynı üretici tarafından üretildiğine yönelik gerçek dışı reklam yapmak.

(xiv) Tüketicilere, bir ürünü tüketmek veya satın almak yerine, başka tüketicileri sisteme dahil etmesi nedeniyle kendisine belirli bir bedel ödenmesi öngörülen bir piramit sistemi (saadet zinciri) kurmak, işletmek veya reklamını yapmak.

(xv) Gerçeğe aykırı olarak, bir tacirin ticareti terk edeceği veya işyerini tahliye edeceği iddiasında bulunmak.

(xvi) Ürünlerin şans oyunlarında kazanmayı kolaylaştırdığını iddia etmek.

(xvii) Gerçeğe aykırı olarak, bir ürünün hastalıkları, şekil ve fonksiyon bozukluklarını iyileştirebileceğini iddia etmek.

(xviii) Tüketicilere, ürünü normal piyasa şartlarından daha elverişsiz koşullarda almaya ikna amacıyla, piyasa şartları veya ürünün bulunma olasılığı hakkında önemli ölçüde yanlış bilgi vermek.

(ixx) Bir ticari uygulamada, belirtilen ödül ya da makul ölçüde eşitini vermeksizin, yarışma ya da ödül vaadiyle reklam yapmak.

(xx) Tüketicinin sunulan teklife cevap vermek, ürünü bizzat teslim almak ya da gönderilmesi için yapması gereken kaçınılmaz masrafların haricinde ödeme yapması gereken hallerde, ticarî uygulama sırasında o ürün için, “hediye”, “bedava”, “ücretsiz” veya bunun gibi tanımlamalarda bulunmak.

(xxi) Tüketicilere, siparişte bulunmadığı halde, pazarlanan ürünü sipariş etmiş olduğu izlenimi vermek amacıyla, gönderilen ürüne, o ürün için düzenlenmiş fatura ya da ödeme yapılmasını amaçlayan benzer bir belge eklemek.

(xxii) Gerçeğe aykırı şekilde, aslında ticaretini yaptığı ürünü pazarlamak amacıyla, kendisinin ticarî ve mesleki amaçlarla hareket etmediğini iddia etmek veya böyle bir intiba oluşturmak veya kendisini bir tüketici gibi tanıtmak.

---

742 Televizyon yayıncılığı faaliyetlerinin sürdürülmesine ilişkin Üye Devlet kanun, yönetmelik veya idari işlemlerde öngörülen bazı hükümlerin koordinasyonu hakkında 89/552/EEC sayı ve 3 Ekim 1989 tarihli Konsey Direktifi (L 298 sayı ve 17.10.1989 tarihli Resmi Gazete, s.23). Direktif 97/36/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi (L 202 sayılı ve 30.07.1997 tarihli Resmi Gazete, s.60) ile değiştirilmiştir.

(xxiii) Bir ürünün satış sonrası servisinin, ürünün satıldığı ülkeden başka bir Üye Devlette mevcut olduğuna dair yanlış bir izlenim yaratmak"

şeklinde sayılmıştır. Yukarıda sayılan aldatıcı model kataloğunda yer alan eylemlerin aldatıcı olduğu konusunda bir şüphe bulunmamaktadır. Ancak, bunların dışında da aldatıcı sayılabilecek birçok reklam yöntemi söz konusu olabilecektir. Gösterilen tüm aldatıcı yöntemlerin bir reklam karşılaştırmasına konu edilmesi mümkündür.

4. Aynı İhtiyacı Karşılama veya Aynı Amaca Yönelik Olma

a. Genel Olarak

Yönergenin 4/1 (b) maddesi uyarınca, bir reklamdaki karşılaştırmanın aynı ihtiyacı karşılayan veya aynı amaca yönelik bir mal veya hizmete yönelik olması öngörülmüştür.

Yönergeye uygun karşılaştırmalı reklamdan söz edebilmek için, karşılaştırma konusu mal veya hizmetin hangi açıdan aynı ihtiyacı karşıladığının gösterilmesi, yani birbirleriyle *ilişkilendirilmesi* gerekir. Reklam konusu mal ve hizmetlerin aynı ihtiyacı karşılama veya aynı amaca yönelik olma durumunun *geniş yorumlanması*, Yönergenin 8 no'lu başlangıç maddesinde yer alan "karşılaştırmalı reklam lehine yorum" ilkesiyle de uyumlu olacaktır. Mutlaka malların mallarla, hizmetlerin de hizmetlerle karşılaştırılması şart değildir.

Karşılaştırmanın söz konusu olabilmesi için, karşılaştırma konusu ürünler arasında "özellik" veya "fiyat" yönünden kısmen de olsa *fark* olması gerekir. Birbirinin aynısı olan mal ve hizmetlerin karşılaştırılması mümkün değildir. Ancak, karşılaştırmaya tabi olacak mal veya hizmetlerin mutlaka bir miktar ortak yanının da bulunması gerekir. Yönergenin 4/1 (b) maddesi gereğince, reklam konusu ürün ile karşılaştırma yapılan ürünün ortak yanı, hedef tüketici kitlesinin aynı ihtiyacını karşılaması veya aynı amaca yönelik

olmasıdır. Bu ortak yan, ürünün karşılaştırılabilir mal veya hizmet olup olmadığını da tespite yarar. Şayet böyle bir ortak yön yok ise, o ürünün karşılaştırılabilir bir ürün olduğundan söz etmek mümkün değildir[743].

Her ne kadar Yönergenin 4/1 (b) maddesinin lafzi ifadesinde, "mal veya hizmetler" yönünden karşılaştırma yapılabileceği gibi bir anlam çıkıyor ise de, "*tacirin ticarî kişiliği ve durumu hakkında bilgi veren reklamlar*"ın da, ürünle doğrudan bir ilişkilendirme içinde olmasa bile, hedef kitlenin satın alma kararını etkileyecek faydalı bilgiler içermesi ve reklam veren o tacir ile rakibi tarafından mal veya hizmetlerin genel özellikleri konusunda bir fikir vermesi nedeniyle, "aynı ihtiyacı karşılama" özelliğine hizmet ettiği kabul edilmelidir[744].

b. Alternatif Olma

Sadece aynı mal veya hizmetlerin "aynı ihtiyacı karşılayacağı" veya "aynı amaca yönelik olacağını" söylemek doğru değildir. Bu konuda belirleyici olan husus, *ürünlerin işlevlerinin aynı olup olmamasıdır*. Şayet hedef tüketici kitlesinin, ürünlerden birini diğerinin yerine koyabilme imkân ve ihtimali söz konusuysa, her iki ürünün de işlevinin bir miktar da olsa aynı olduğu sonucuna ulaşmak gerekir[745].

Aynı ihtiyacı karşılama veya aynı amaca yönelik olma özelliği taşımayan mal veya hizmetler, *tüketicilerin bilgilenme ihtiyacına hizmet etmedikleri gibi, ticari pazardaki şeffaflığın artmasına da katkı sağlamayacaktır*[746]. Bu yaklaşım, "**elmalarla armutlar karşılaştırılamaz**"

---

743 BGH **GRUR** 1999, 501, 502 – Vergleichen Sie; **Plassman**, **GRUR** 1996, s.379; **Menke**, **WRP** 1998, s. 811, 822; **Gloy/Bruhn**, **GRUR** 1998, 226, 235; **Köhler**/**Piper**, § 2 N.33, 44, 49, dipnot: 160.

744 **Piper/Ohly**, **UWG** § 6 N. 44; **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N.11; **Sack**, **WRP** 2001, 327, 349.

745 BGH **GRUR** 1999, 501, 502 – Vergleichen Sie; Matthias Eck, Klaus Ikas, ""Vergleichen Sie" Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 15.Oktober 1998 - I ZR 69/96" **WRP** 1999, 772, 773; **Gloy/Bruhn**, **GRUR** 1998, 226,, 235; **Plassman**, **GRUR** 1996, s.377, 379.

746 **Wehlau**, **ZLR** 1999, 393 vd; 97/55 sayılı Yönerge'nin 2 **No'lu başlangıç maddesi**.

deyişiyle de ifade edilmiştir[747]. Ancak böyle bir ifadenin her halükarda doğru olduğu ileri sürülemez. Zira bazı durumlarda elmalarla armutların aynı amaca yönelik olması mümkündür[748].

Öğretide, "aynı ihtiyacı karşılayan" veya "aynı amaca yönelik olan" tabirlerine farklı anlamlar ve işlevler yüklenmektedir. Yönerge 'deki *düzenleme sistematiği açısından* da "aynı ihtiyacı karşılayan" veya "aynı amaca yönelik olan" tabirleri aynı anlamda kullanılmamıştır[749]. Bir kısım yazarlara göre "*İhtiyaç*" kelimesi bir ürünün **birincil işlevini,** b*ir amaca yönelik olma* ise ürünün **ikincil işlevini** ifade eder. Mesela; zamanı göstermesi saatin birincil işlevine, bir takı çeşidi olması ise ikinci işlevine işaret eder[750]. Bir ürünün aynı ihtiyacı karşılar nitelikte olup olmadığı, hedef kitleye mensup kişilerin yani **tüketicilerin görüşlerine göre**, ürünlerin belirli bir amaca yönelik olup olmadığı ise, **reklam verenin görüşüne göre** değerlendirilecektir[751]. Daha en başından, iki farklı ürünün karşılaştırılabilir olmadığını kabul etmek doğru olmayacaktır. Bu konuda özellikle reklam verenin mesajına bakılmalıdır[752]. Reklam veren bir ürünün işlevlerini gelişi güzel bir şekilde amaç olarak belirleyemez ve böyle bir beklentiye giremez. Yapılan karşılaştırma konusunun, tüketicileri harekete geçiren belirli bir amaca yönelik olmasına bakılır. Bunun için reklam verenin, ürüne yönelik sergileyeceği işlevin, tüketicilerin ihtiyaçlarını ve menfaatlerini karşılar nitelikte olması hesaba katılmalıdır.

Bazı yazarlara göre ise, "ihtiyaç" kavramının gerçek anlamı belirlenirken, "amaç" kavramıyla birlikte ele alınması gerekir. Bu iki kavram

---

747 **Gloy/Bruhn**, **GRUR** 1998, 226, 235.

748 **Hasselblatt**, bu örneğe karşın elmalarla armutların hayvan yemi (Viehfutter) olarak aynı ihtiyacı karşılayan ürünler olduğunu ifade etmektedir. Bkz; *Hasselblatt*, in: Wolfgang GLOY / Michael LOSCHELDER ve arkadaşları, **Handbuch des Wettbewerbsrechts**, 3.Auflage, Münhcen, 2005, § 44, N.49.

749 **Aigner**, s.92.

750 **Erdoğan**, s.92.

751 **Eck/Ikas**, **WRP** 1999, 251, 261; Jost Kotthoff, "Neue Maßstabe für vergleichende Werbung", **BB**, 1998, 2217 2218; **Menke**, **WRP** 1998, s. 811, 822

752 **Piper/Ohly**, **UWG** § 6 N.43; BGH **GRUR** 1999, 501, 502 – Vergleichen Sie; **Menke**, **WRP** 1998, s. 811-818; **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 48.

birbirlerini bütünleyici ve etkileyen kavramlar olarak öne çıkar[753]. Ancak her iki kavramın da geniş şekilde yorumlanması gerekir. Karşılaştırmaya konu ürünlerin tamamen aynı işlevlere sahip olması beklenmemelidir.

(1) Aynı Mal veya Hizmetler

Aynı ticarî işletme tarafından üretilen mal veya verilen hizmetler aynı ihtiyacı karşılayan ya da aynı amaca hizmet eden ürünlerdir. Bu ürünlerin birbirlerine özellik itibariyle alternatif ve karşılaştırılabilir nitelikte olmaları söz konusu olamaz. Ancak aynı zaman diliminde, aynı ticarî işletme tarafından üretilen malların farklı satıcılar tarafından farklı satış yöntemleri ve fiyatlarıyla pazarlanabilmesi mümkündür[754]. İşte aynı ürünlerde dahi, *farklı satış yöntemleri* ve *fiyatların* karşılaştırmaya konu edilmesi mümkündür. Keza aynı ticarî işletme tarafından üretilmiş olsa bile farklı zamanlarda üretilen aynı tür mallar (eski model / yeni model) da aynı ihtiyacı karşılamaya yönelik mallar olarak görülecektir. Yapılan bu tür karşılaştırmalar da ticari pazardaki şeffaflığın artmasına ve tüketicilerin bilgilendirilmesine hizmet edecektir.

(2) Farklı Mal veya Hizmetler

Farklı ticarî işletmeler tarafından üretilen aynı tür özellikleri haiz mallar veya yerine getirilen hizmetler birbirlerinden farklı işletmelerce üretilmekle birlikte aynı ihtiyacı karşılayabilir veya aynı amaca hizmet edebilirler[755]. Bu tür mal veya hizmetlerin, aralarındaki özellik farklılığı veya fiyatları yönünden karşılaştırılmaları mümkündür. Yapılacak karşılaştırma, ticari pazardaki şeffaflığın artmasına ve tüketicilerin bilgilendirilmelerine hizmet edebilir[756].

---

753 **Tilmann**, **GRUR** 1997, 790, 791; **Erdoğan**, 92.
754 **GRUR** 2001, 358 –Preisvergleich.
755 BGH **GRUR** 1999, 501, 502 – BGH **GRUR** 1999, 501, 502 – Vergleichen Sie; BGH **GRUR** 2002, 828, 829 –Lottoschein; **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 48.
756 **Gloy/Bruhn**, **GRUR** 1998, 226, 235.

Aynı tür mal veya hizmetlerin kendi aralarında karşılaştırılması mümkün olduğu gibi, hangi işletme tarafından üretildiğinin önemi olmaksızın, malların başka tür mallarla (mesela; hediye olarak çiçek yerine kahve[757], enerji kaynağı olarak petrol yerine elektrik[758], çeşme suyu yerine kaynak suyu[759]), hizmetlerin başka tür hizmetlerle (mesela; hava yolu taşımacılığı yerine tren taşımacılığı[760]) veya malların hizmetlerle (mesela; ilaç yerine tedavi yöntemi[761]) yahut malların mal+hizmet kombinasyonuyla (mesela; tek başına mobilya yerine aynı fiyata mobilyanın nakliyesiyle birlikte teklifi) şeklinde karşılaştırma konusu edilmesi mümkündür. Bunun için asgari koşul, *işlevin aynı olması* ve hedef kitlenin görüşüne göre *birbirinin yerini diğerinin alabilecek nitelikte* görülmesi, yani alternatif olabilmesidir.

Mal veya hizmetlerin, kısmen de olsa işlevlerinin belli olması halinde, kesişen noktalarına ilişkin olarak reklam karşılaştırması yapmak mümkündür. Ancak şu hususa da bir açıklık getirmek gerekir; kısmen işlevleri belirli olan ürünler yönünden yapılacak karşılaştırmanın boyut ve çerçevesi konusunda hataya düşmemek için dikkatli olunmalıdır[762]. Kalite ve miktar yönünden daha düşük düzeyde olan ürünlerin, kalitesi ve miktarı daha fazla olan ürünlerle karşılaştırılması, o mal veya hizmetlerin karşılaştırılabilir olma özelliklerini ortadan kaldırmaz. Ancak, bu tür reklamların çoğu zaman aldatıcılık yasağı kapsamında görülmesine yol açabilir[763]. Böyle bir aldatıcılık yasağından kurtulabilmek için o ürünün alıcısı olan kitleye bu hususun açıkça anlatılması gerekir[764].

---

757 BGH **GRUR** 1972, 553 – Statt Blumen ONKO-Kaffee.

758 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6. N.47, 48.

759 OLG Hamburg **NJW**E- WettbR. 1999, 276.

760 OLG Frankurt **GRUR**-RR 2001, 221. Bu reklamda Alman Demiryolu Şirketi, havayolu şirketi yöneticisini uyuklarken gösterdiği reklama ilişkin sloganında "Almanya'nın yöneticileri çok fazla mesai yapıyor" ifadesini kullanmıştı.

761 OLG München **NJW**E- WettbR. 2000, 177.

762 OLG Hamburg **GRUR**-RR 2002, 169, 170 vd.

763 **Piper/Ohly**, **UWG** § 6 N. 44.

764 ABAD, **Pippig Augenoptik / Hartlauer**, N.52. Kararda, karşılaştırma konusu yapılan ve özellikle tanınmış bir firmaya ait ürünün hangi tarafından üretildiğini tüketicilere bildirmemenin reklamda "aldatıcılık yasağının" ihlali anlamına geleceği ifade edilmiştir; **Ohly, GRUR** 03, 641, 645.

Üzerinde tartışılması gerekli bir diğer nokta da **"no name"** olarak da tabir edilen tanınmamış ucuz ürünlerin piyasada yer alan markalı lüks ürünlerle karşılaştırmaya konu edilip edilmeyeceğine ilişkindir. Mesela, ucuz bir kol saati pahalı Rolex saatiyle karşılaştırılabilir mi?[765]. Bu tür reklamların, Yönergenin 4/1 (f) maddesindeki "rakibin tanınmışlığından haksız yararlanma" yasağıyla birlikte incelenmesi gerekir. Zira markasız ürünlerin markalı ürünlerle karşılaştırılması mümkün olsa bile, her zaman için "tanınmışlıktan haksız yararlanma" tehlikesine açık olacaktır.

Bir bakış açısına göre, böyle bir karşılaştırmaya izin verilmemelidir. Her ne kadar her iki ürün de temel işlevler yönünden birbirleriyle kesişiyor ise de, yüksek fiyat farkı nedeniyle bu iki ürünün birbirinin yerini tutması mümkün değildir. Karşılaştırmaya konu yapılan ürünlerin öncelikle birbirinin yerini tutabilme özelliğinde olup olmadıklarına bakmak gerekir. Bunun için de sadece ürünlerin özellikleri değil, aynı zamanda ekonomik yönden kullanım amaçları ile fiyat konumları da dikkate alınarak karşılaştırma yapmaya müsait olmalıdır[766].

Diğer bakış açısına göre, her iki ürünün işlevlerinin de aynı olduğu, aynı ihtiyacı karşıladığı ve aynı amaca yönelik olduğu gözetilerek bu iki ürünün birbiriyle karşılaştırılabileceği, ancak reklamda aralarındaki prestij farkına işaret olunması gerektiği ifade olunmuştur[767]. Ucuz ürünlerin de aynen lüks ürünler gibi farklı bir alıcı kitlesinin bulunması "aynı ihtiyacı karşılama" özelliğini değiştiremez[768]. Markalı olan ürünler ile markasız olanlar arasında karşılaştırmanın kabul edilemez görülmesi, piyasaya yeni giren rakiplerin piyasaya girişlerini zorlaştıracaktır. Bu durum ise, ne rekabeti destekleyecek

---

765 BGH **NJW** 1986, 7, 382 – Tchibo/Rolex. BGH davaya ilişkin kararında, ucuz saat satan Tchibo'nun, Rolex'e ait saat görüntüsünü taklit etmek suretiyle onun tanınmışlığından haksız olarak yarar sağlayacağını, tüketicileri ürünün kaynağı konusunda aldatabileceğini ve bu durumun haksız rekabet teşkil edeceğini ifade etmiştir.

766 **Menke**, **WRP** 1998, s. 811, 822.

767 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 55.

768 **Buck-Freytag**, s.59, 60.

ne de ticari pazarda şeffaflık ile tüketicinin bilgilendirilmesi amacına hizmet edecektir[769].

Stuttgart İstinaf Mahkemesi, eczacılık (Drogerie) alanında markasız ürünlerin markalı ürünlerle karşılaştırılmasını kabul edilebilir bulmuştur[770]. Reklamda, markasız bir ilacın aynı etkiye sahip markalı olanlara oranla çok daha ucuza satışa sunulduğu ifade edilmişti. Bu tarz karşılaştırmalarda özellikle reklamda kullanılan ifade ile karşılaştırmanın boyut ve çerçevesi konusunda hata yapılmamasına özen gösterilmesi gerekir[771].

Reklam verenin, karşılaştırmaya konu ettiği farklı mal veya hizmetleri hangi sebeple ilişkilendirdiğini açıkça reklamda göstermesi gerekir. Özel bir ilişkilendirme olmaksızın iki farklı mal veya hizmetin ilişkilendirilmesi, karşılaştırmalı reklam için kabul edilebilir bir durum değildir[772]. Sadece bir veya bir kısım özellik yönünden ürünlerin birbirlerine alternatif olması yeterlidir. Ancak bu durumda da reklam verenin karşılaştırmanın şekil ve kapsamını iyi ayarlaması, reklamın aldatıcı olmaması için gereken önlemleri alması gerekir[773]. Burada önemli olan, tüketicilerin karşılaştırma konusu ürünün, kendilerinin *hangi somut ihtiyacını daha iyi karşılayacağı* konusunda ikna edilmeye çalışılmasıdır[774].

ABAD konuya ilişkin bir kararında, karşılaştırmaya konu ürünlerin "yeterli ölçüde değiştirilebilir olma" ölçütünü kabul etmiştir[775].

BGH, bir magazin dergisi ile loto oyunun karşılaştırılmasını konu alan reklamı, aynı amaca hizmet eden mal ve hizmet karşılaştırması bulunmadığı için hukuka aykırı bulmuştur[776].

---

769 **Erdoğan**, s.96.
770 OLG Stuttgart **NJW**E – WettbewerbR 1999, 98 vd.
771 OLG Hamburg **GRUR**-RR 2002, 169, 171.
772 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 48.
773 OLG Hamburg **GRUR**-RR 2002, 169, 171; **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 48.
774 **Erdoğan**, 93.
775 ABAD, **Lidl / Vierzon**, N.59 – 62; ABAD, **Lidl Belgium / Colruyt**, N.26; BGH **GRUR** 1999, 501, 502 – Vergleichen Sie.

BGH'nin kararına konu bir olayda, bir kahve reklamındaki "(Sevdiklerinize) Çiçek yerine Onko kahvesi- (Statt Blumen ONKO-Kaffee)" sloganı kullanılmış, Yüksek Mahkeme, aynı amaca yönelik iki farklı ürünün karşılaştırılabilir olduğuna karar vermiştir[777]. Farklı türden olan mal veya hizmetlerin karşılaştırmaya konu edilmesi halinde, bu ürünlerin birbirinin *yerini tutma iddiasının ciddi olarak gündeme getirilmesi* gerekir[778]. Zira normal şartlar altında tamamen farklı olan ürünlerin birbirlerinin yerini tutabilme özelliğinin ciddiyeti bulunmamaktadır.

Aynı ihtiyacı karşılasa veya aynı amaca yönelik olsa bile Yönergenin 4/1 maddesi (e) bendinde yer alan, *üretildiği coğrafi bölgenin adıyla bilinen* ürünlerin ancak kendi aralarında karşılaştırmaya tabi tutulmaları zorunluluğu bulunmaktadır. Bu düzenleme diğer AB ülkelerinin tepkisini çekmiştir. Söz konusu istisna, Fransa'nın ısrarı sonucu Yönergeye konulmuş olmakla, öğretide Şampanya Klozu (Champagner Klausel) olarak isimlendirilmiştir[779]. ABAD'ın önüne gelen bir olayda, biralar ile şampanyaların karşılaştırılması hukuka aykırı kabul edilmiştir[780].

5. Karşılaştırmanın Objektif Olması

a. Genel Olarak

2006/114 sayılı Yönergenin 4/1 (c) bendi uyarınca karşılaştırmalı reklamda gerek ürünlerin özelliklerinin, gerekse de fiyatlarının objektif olarak

---

776 BGH **GRUR** 2002, 828, 829 –Lottoschein. Haftalık ekonomi dergisi Wirtschaftsmagazin için yapılan reklamda, "Paranızı çoğaltmak için size daha değerli bir kağıt öneriyoruz" sloganı kullanılmıştı. Aslında dergi hisse senedi alanında okuyuculara önerilerde bulunuyordu ve okuyucularına doğru hisse senedine yatırım yapmaları halinde işi şansa bırakmayacaklarını ima etmek istiyordu. Mahkeme ekonomi dergisi ile loto kuponunun, birbirine alternatif olamayan ve bu sebeple de karşılaştırılması mümkün olmayan ürünler olarak görmüştür.

777 BGH **GRUR** 1972, 553 – Statt Blumen ONKO-Kaffee.

778 BGH **GRUR** 2002, 828, 829 –Lottoschein.

779 **Piper/Ohly**, **UWG** § 6 N.45; **Sack**, **WRP** 2008, 301-305; **Eck/Ikas**, **WRP** 1999, 251 vd; **Tilmann**, **GRUR** 1997, 790 vd. Tilmann, bu durumu "talihsiz durum" (unglückfall), **Eck/Ikas** ise "yasak-günah olay" (Sündenfall) olarak nitelemiştir.

780 ABAD, **De Landtsheer / CIVC,** N. 43.

(dürüstlük kuralına uygun olarak) sunulması şartı getirilmiştir. Keza 2006/114 sayılı Yönergenin 6 No'lu Başlangıç Hükmünde de karşılaştırmalı reklamın "karşılaştırılabilir ürünlerin üstün yanlarını objektif şekilde gösterme" amacına hizmet edeceği vurgulanmıştır.

Objektif olmak (Objektivität / objective) çoğu zaman doğru olmayı gerektirir ise de, bu kavramı "mutlak doğruluk" veya "mutlak tarafsızlık" (neutralität) olarak anlamamak gerekir[781]. Elbette her reklam bir miktar abartı içerebilir. Doğruluğun ispatının mümkün olmadığı sübjektif değer yargılarının söz konusu olduğu durumlarda ("daha kaliteli", "daha lezzetli", "daha makul" vs.) da, reklam verenin objektif bilgi sunumu yapıp yapmadığının, "doğruluk" ölçütlerine göre değerlendirmesi yapılamayacaktır[782]. Reklam verenin her konuda objektif olması beklenemez ve kendi ürünün sadece olumlu yönlerini reklam konusu edebilir[783]. Karşılaştırma ifadesi içermeyen ya da tüketicilerin bilgilendirilmesine hizmet etmeyen konularda da objektif olması gerekmez[784]. Ayrıca reklam karşılaştırmasında ürünle ilgili bütün özelliklerin (faydalı ya da faydasız yönleri) gündeme getirilmesi beklenemez[785].

Ticari rekabette doğruluk şartına uyma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, çoğu zaman "aldatıcılık" yasağının ihlali anlamına gelecektir. Bu yasak ise reklamda yer alan ifadelerin objektif olarak verilip verilmediğinin değerlendirilmesiyle ortaya çıkacaktır. Ancak bazen de verilmesi gereken önemli bir bilginin reklamda verilmemiş olması objektif davranma yükümünün ihlali olarak karşımıza çıkabilecektir.

Yönerge'de her ne kadar objektif davranma yükümü reklam konusu mal ve hizmetlerle sınırlı tutulmuş gibi görünse de, öğretide bu yükümün mal ve hizmetler dışında, bizzat rakip tacirlerin ticarî özelliklerini konu olan

---

781 **Eck/Ikas**, **WRP** 1999, 251 vd; **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 53.

782 **Erdoğan**, s.103.

783 RG **GRUR** 1931, 1299 vd. –Hellegold. Kararda "kimse kendi davasının yargıcı olamaz" felsefesinden hareket edilmiştir. Almanya'da 97/55 sayılı Yönerge öncesi dönemde, reklam verenlerin karşılaştırma yaparken objektif olamayacakları gerekçesiyle karşılaştırmalı reklamlar yasaklanmıştı.

784 **Erdoğan**, s.103.

785 BGH **GRUR** 196, 548 vd. – "Dachsteinwerbung"; **Aigner**, s.46.

reklamlar yönünden de geçerlidir[786]. Objektif davranma yükümü, reklam konusu ürünün *önemli, ilgili, ispatlanabilir ve tipik* özellikleriyle sınırlıdır.

b. Objektifliğin Sınırı – Doğrulanabilir Olma ve Aldatıcı Olmama

Reklamda, karşılaştırmanın konusu ister mal veya hizmetin önemli, ilgili, doğrulanabilir ve tipik özellikleri, isterse de fiyatlar olsun, hedef kitleye bu konuda sunulan bilgilerin mutlaka objektif olması gerekmektedir. "Objektiflik" konusunda aranan sınır, reklama konu bilgilerin doğrulanabilir (ispatlanabilir) olması ve aldatıcı olmamasıdır[787].

Reklamda "objektiflik" kuralı, ölçüsüz bir şekilde yapılabilecek olan rekabete aykırı reklam karşılaştırmalarından doğacak zararlara karşı rakipleri koruyacaktır[788]. Reklamda bir miktar abartı olması doğaldır. Hedef müşteri kitlesi de reklamda böyle bir abartı olacağını bilir. Önemli olan husus, sunulan bilgilerin aldatıcı olmamasıdır[789].

İspatlanabilir nitelikte olmayan "daha büyük", "daha lezzetli", "daha seçkin" vb. gibi, kişilerin değer yargılarına açık sübjektif değerlendirmeler, "*objektif olarak doğrulanabilir nitelikte olmadığı*" için, karşılaştırmalı reklamda kabul edilebilir ifadeler değildir[790]. Zira gerçeklikle alakası olmayan, *salt değer yargılarının* özellik karşılaştırması kapsamında görülmesi mümkün olmayıp, Yönerge kapsamında da herhangi bir bilgilendirme değeri bulunmayacaktır[791].

Her reklam ifadesi, reklam verene ait ürünün karşılaştırma yapılan özellik konusunda rakiplerinkine oranla tercih edilmesi gereken bir ürün

---

786 **Köhler**, **GRUR** 2005, 273. Yazar, bir tacirle ilişkilendirilen ve objektif karşılaştırma içeren reklama örnek olarak, "bir araştırma kuruluşunca tacirler arasında yapılan araştırma sonuçlarının reklam konusu edilmesini" göstermiştir.

787 **Gloy/Bruhn**, **GRUR** 1998, 226, 237; **Berlit**, **Vergleichende Werbung**, N.81 vd; **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N.53; ABAD, **Lidl Belgium / Colruyt**, N.26 ve 36; BGH **GRUR** 1999, 69, 71 –Preisvergleichliste II.

788 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N.54; **Plaß**, **WRP** 1999, 766, 768.

789 **Ohly**, **GRUR** 2007, 3, 7.

790 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N.53b.

791 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N.54.

olduğu iddiasıyla ortaya çıkar. Bu nedenle her karşılaştırmalı reklam bir miktar da olsa "şahsi değerlendirme" ve "abartı" içermektedir. Değerlendirmenin sınırı ise rakibin gereksiz yere kötülenmesi veya aşağılanması kavramıdır.

Reklamın, tüketicilerin satın alma kararlarını etkileyebilecek *önemli bilgileri destekleme işlevi* bulunmaktadır. Bir reklamın tüketicilerin bilgilenme ihtiyacını karşılayıp karşılamadığı çok önemlidir. Bu ihtiyacı karşılamayan reklam ifadeleri "objektiflik" şartını yerine getirdiği söylenemez[792].

Objektif karşılaştırma ancak birbiriyle karşılaştırılması mümkün olan mal ve hizmetler bakımından mümkün olabilir[793]. Bu anlamda, ancak aynı amaca hizmet eden mal ve hizmetlerin birbirleriyle karşılaştırılması mümkün olabilir. Elma ile armudun lezzet yönünden karşılaştırılması mümkün değildir. Farklı kalitede ve standartlardaki ürünlerin fiyat karşılaştırmalarına tabi tutulamayacağı hem uygulama[794] hem de literatür[795] tarafından kabul edilmektedir. Bununla birlikte farklı kaliteye sahip ürünler arasında hiçbir zaman karşılaştırma yapılamayacağı söylenemez[796]. Ürünler arasında karşılaştırmaya engel olacak ölçüde kalite farkından söz edebilmek için, bu kalite farkının hedef kitlenin satın alma kararlarını etkileyecek ölçüde önemli olması gerekir[797]. Ürünlerin objektif olarak karşılaştırılabilir nitelikte olması gerektiğine ilişkin görüşünü BGH, sonraki kararlarında da devam ettirmiştir[798]. Ancak karşılaştırılabilirlik testine ilişkin kalıcı ilkeler henüz belirlenmemiş, bu husus tamamen mahkemelerin takdirine bırakılmıştır[799].

---

792 **Baumbach / Hefermehl**, 22.Auflage, §1 N.393.

793 OLG Duesseldorf **WRP** 1985, 346 – "Gebäudeeinmessung"

794 BGH **GRUR** 1968, 443 vd. – " 40 % sparen Sie". Bu kararda her ne kadar fiyat karşılaştırmasında sunulan bilgiler doğru olsa da farklı kalitedeki ürünlerin birbirleriyle karşılaştırılamayacağına karar verilmiştir.

795 **Baumbach / Hefermehl**, 19.Auflage, §1 N.387.

796 BGH **GRUR** 1968, 443 vd. – " 40 % sparen Sie".

797 **Aigner**, s.44.

798 BGH **GRUR** 1996, 502 vd. –"Energiekosten- Preisvergleich I; BGH **GRUR** 1997, 304 – "Energiekosten- Preisvergleich II"

799 **Aigner**, s.44.

ABAD bir reklamda, 18.000 ürün çeşidi yönünden rakiplerin fiyatlarını takip ettikleri ve kendilerinin en ucuz olduğu söylemiyle ilgili olarak, ucuza sattıkları ürünlerin açıkça ve tüketicinin anlayacağı şekilde reklamda gösterilmemesi halinde, reklamdaki karşılaştırmanın "doğrulanabilir olmadığı" gerekçesiyle, Yönerge 'deki "karşılaştırmanın objektif olması" kuralına aykırılık teşkil edeceğini ifade etmiştir. Bununla birlikte reklam verenin, reklama konu sayısal verilere ilişkin detayların kendilerine ait internet sitesinde bulunduğunu ifade etmesini, Yönergenin "reklama konu iddianın doğrulanabilir olması" ilkesine uygun bulmuştur. Divana göre, reklamın hedef aldığı tüketicilere, reklamda ileri sürülen iddiaların nerede ve nasıl *kolay bir şekilde* ulaşabilecekleri ve tahkik edebileceklerinin gösterilmesi yeterlidir[800].

c. Objektiflik ve Tarafsızlık

Uygulamada daha önce objektiflik şartının, reklamda tarafsız olmayı gerektirdiği düşünülüyordu. Diğer bir anlatımla, reklamın mutlaka doğru ve tarafsız bilgi sunması gerektiği ifade ediliyordu[801]. Ancak bugün için bu anlayış, özellikle ABAD'ın kararları sonrasında terk edilmiştir[802]. ABAD'a göre, bir süpermarketin reklamında, rakiplerine göre daha pahalı sattığı ürünleri de karşılaştırma listesinde göstermesi, yani *tarafsız olması* reklam verenden beklenemez[803]. Bununla birlikte anılan karara göre, reklam verenin seçtiği bazı ürünler yönünden değil de tüm ürünler yönünden rakip tacirlerden daha ucuza mal sattığına ilişkin imaj çizmesi ise, reklamı aldatıcı hale getirecektir. Reklam veren her zaman kendi ürünün üstün yanlarını gösterebilir. Başka bir anlatımla, reklam verenin sübjektif hareket etme özgürlüğü bulunmaktadır.

---

800 ABAD, **Lidl Belgium / Colruyt**, N.74.

801 **Plassman**, **GRUR** 1996, 377, 379; **Menke**, **WRP** 1998, s. 811-81; **Piper/Ohly**, **UWG** § 6 N. 50; BGH **GRUR** 1999, 69, 71 –Preisvergleichliste II.

802 ABAD, **Pippig Augenoptik / Hartlauer**, N.81, 82; Ansgar Ohly, "Vergleichende Werbung für Zubehör und Warensortimente / Anmerkung zu den EuGH-Urteilen "UWG/VIPA" und "LIDL Belgium/Colruyt", **GRUR** 2007, 3, 7.

803 ABAD, **Lidl Belgium / Colruyt**, N.54.

Reklam veren, tek yanlı ve tercihine bağlı olarak, kendi ürününün hangi özelliği rakip ürünlerinden üstün veya eşit ise onu göstermekte özgürdür[804]. Ancak reklam verenin sadece o konuda diğerlerinden üstün olduğunu ifade etmesi gerekir. Aksi takdirde reklamda kullanılan ifadeler doğru olsa bile, bu defa da karşılaştırmalı reklam aldatıcı bir reklama dönüşebilir[805]. Zira bazı noktalarda suskun kalmak bile genel tabloyu bozucu bir görünüm arz edebilir.

d. Fiyat Karşılaştırmalarında Objektiflik

Diğer özellik karşılaştırmalarında olduğu gibi, fiyat karşılaştırmaları yönünden de Yönergenin 6 no'lu başlangıç maddesi uyarınca, reklam verenin fiyat karşılaştırması yoluyla kendi ürününün üstün özelliğini göstermesi mümkündür.

Fiyat karşılaştırmalarında karşılaştırmanın objektif olduğunu söyleyebilmek için, sunulan bilgilerin sadece doğru olması yetmez; aynı zamanda reklamda tüketicilere, bir güçlük yaşamaksızın karşılaştırılan ürünlerin ve fiyatlarının tanımlanabilir ve kolaylıkla kontrol edilebilir şekilde gösterilmesi gerekir[806].

Bir reklamda, birçok ürün arasından bazılarının seçilerek rakibe ait ürünlerin fiyatlarıyla karşılaştırma yapılması, hatta bu karşılaştırmada test alışverişi yapılarak bu alışverişe ait fişin reklamda kullanılması, fiyata etki eden unsurlardan bazılarının reklamda belirtilmemesi (ürünlerin paralel ithalat yoluyla satın alınması gibi) objektiflik kuralına aykırı görülmemiştir[807]. Bununla birlikte, yapılan karşılaştırma sırasında, ortalama tüketici kitlesinde sanki tüm ürünler yönünden rakibin daha pahalı, kendilerinin ise daha ucuz ürün

---

804 BGH **GRUR** 2002, 663, 634 – Hormonersatztherapie

805 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 54.

806 ABAD, **Lidl / Vierzon**, N.59 – 62; BGH **WRP** 1997, 549, 551 – Dauertiefpreise; **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6. N.55.

807 ABAD, **Pippig Augenoptik / Hartlauer**.

satıyormuşçasına hatalı bir intiba oluşturmak, objektiflik ilkesiyle bağdaşmayacaktır[808]. Mesela reklam veren, fiyat karşılaştırma listesinde tamamen kendisinin daha ucuz, rakibin ise daha pahalı ürünlerini gösterirse böyle bir intibanın doğması kaçınılmazdır[809].

Fiyat karşılaştırmalarında özellikle aldatıcılıktan sakınmak gerekir[810]. Zira farklı boyutları olan ürünlerle ilgili fiyat karşılaştırması yapılan reklamlarda, aldatıcılık potansiyeli de yükselmektedir. Reklam veren bir defa fiyatlar konusunda yanlış bilgi vermiş ise, sunulan bilginin yanlış olduğunu bilip bilmemesinin, hataen fiyat konusunda yanlış bilgi vermesinin önemi bulunmamaktadır. Bu durum olsa olsa talep edilebilecek tazminat miktarına etki eder[811].

Farklı özelliklere sahip ürün fiyatlarının karşılaştırılmasında, tüketicilere sanki iki üründen de aynı verimin alınabileceği gibi bir intiba oluşturulmaya çalışılması da "objektif davranma" aykırıdır. Gerçekten de ürünler arasında, servis hizmetleri, nakliye, eşantiyon, ürünü değiştirme, iade hakkı veya garanti süresi gibi konularda önemli farklılıklar olabilir. Özellikle telekomünikasyon hizmetleri (aylık sabit ücret, bedava kontör vs.) ile sigorta hizmetlerinde, aynı hizmeti sundukları konusunda bir tereddüt bulunmamakla birlikte, hizmetin farklı boyutlarda olduklarına çok sık rastlanılmaktadır[812].

Tanınmış markalı bir ürün ile ucuz ve tanınmamış markalı bir ürünün fiyat karşılaştırmasına tabi tutulması, aralarındaki prestij farkına vurgu yapmak koşuluyla objektif bir davranış sayılabilecektir[813].

Objektif bir karşılaştırmadan söz edebilmek için rakibe ait ürün fiyatlarının, *reklam anında geçerli olan fiyatlar* olması gerekir[814]. Aktüel ürün

---

808 ABAD, **Lidl / Vierzon**, N.56; **Bozbel**, s.194.

809 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 55

810 97/55 sayılı Yönerge'nin 8 **No'lu başlangıç maddesi**;**Eck/Ikas**, **WRP** 1999, 251, 263; Tilmann, **GRUR Int.** 1993, 133, 136.

811 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 55.

812 OLG Hamburg **NJW**E-WettbR 2000, 109 (Aldatıcı fiyat karşılaştırması).

813 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 55.

814 Ohly, "Irreführende vergleichende Werbung", **GRUR** 2003, 641, 646; **Piper/Ohly**, **UWG** § 6 N. 51.

fiyatlarını ispat etmenin en kolay ve kestirme yolu ise test alışverişi yapılmasıdır.

Bir telekomünikasyon şirketinin, belirli saatler arasında üç dakikalık yurtdışı telefon konuşma ücreti ile herhangi bir zaman diliminde indirim uygulamayan rakibin uyguladığı yurtdışı telefon konuşma ücretini karşılaştırması hukuka uygun bulunmuştur[815].

Aynı şirketler topluluğu içerisindeki şirketlerden birinin diğer şirket ürünlerine karşı fiyat karşılaştırması yapması aldatıcılık özelliği taşımayacaktır. Ancak bu şirketlerden biri sırf diğer şirket ürünlerini çok cazip göstermek için yüksek fiyat uygulaması yapmış ise o takdirde fiyat karşılaştırması aldatıcı nitelik taşıyacaktır[816].

6. Karşılaştırma Konusu Unsurlar

a. Genel Olarak

Hangi sıfatların özellik kapsamına girdiğini tespitten önce özellik kavramının üst tanımını ortaya koymak daha doğru olacaktır. Yönergenin 4/1 (c) maddesinde "…fiyatlar da dahil mal ve hizmetlerin özellikleri …" ifadesiyle, fiyat kavramının da bir ürünün özellikleri arasında sayıldığını söylemek gerekir. Ulusal hukuklarca "özellik" kavramının Yönerge'de anlatılmak istendiği kapsamda yorumlanması ve değerlendirilmesi gerekmektedir[817]. Zira Topluluk Hukuku kurallarının yorumunda da yine Topluluk boyutunda bir kelimeye yüklenen anlamın verilmesi gerekir.

---

815 OLG Düsseldorf **NJW**-RR 1999, 408.

816 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 55.

817 **Freund**, s.110; **Sack**, **WRP** 2001, 327, 342; Klaas Ziervogel, **Rufausbeutung im Rahmen vergleichende Werbung / Veränderungen im Zuge der gesetzlichen Regelung vergleichende Werbung**, Frankurt, Berlin 2002, s.127.

Bir mal veya hizmetin her özelliğinin değil, ancak bazı özelliklerinin karşılaştırmaya konu edilmesi mümkündür[818]. Somut bir özelliğe dayalı bir karşılaştırma içermeyen genel içerikli, "Bizim için en iyi reklam rakiplerimizin fiyatlarıdır"[819] şeklindeki reklamlar Yönerge hükümleriyle bağdaşmayacaktır[820].

b. Mal ve Hizmetlerin Özellikleri

Yönerge metninde özellik kavramının bağlayıcı bir şekilde tanımlandığını söylemek mümkün değildir. "Özellik" kavramı dar ya da geniş şekilde yorumlanabilir.

Dar yorumu tercih edenler, "özellik" kavramını, "*ürünlerle birlikte var olan ve herhangi bir şekilde bu ürün kapsamında görülen her durum*" olarak tanımlamaktadırlar[821]. Bunun dışında kalan haller (mesela; tüketicilerin şahsi değerlendirmeleri vs.), ürünün bizzat kendisine etki etse bile *özellik* kapsamında değerlendirilmemelidir. İnsan duygularına hitap eden (çevrecilik, acıma, merhamet, milliyetçilik, insani değerler, dini değerler vs.) veya sübjektif değerlendirmeler içeren tanıtımlar bir ürün hakkında fikir oluşturulmasına yol açmakla birlikte, bizatihi ürünle birlikte var olan veya ürün kapsamında bulunan özelliklere ilişkin olmadığı için, Yönerge kapsamında değerlendirilemez.

Test sonuçları esas alınarak karşılaştırmalı reklam yapılması kural olarak mümkündür. Ancak test sonuçlarının doğrulanabilir ve objektif olması gerekir. Bir reklamda, **lezzet testine** tabi tutulan şahıslarla ilgili olarak "*teste tabi tutulan kişilerin %62'si Whopper'i Big Mac'tan daha lezzetli buldu*" ifadesine yer verilmişti. Münih İstinaf (OLG) Mahkemesi, reklamda kendisine görüşü sorulan tüketicilerin kendi lezzet önceliklerine göre tercihini

---

818 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 50.
819 KG **WRP** 1999, 339, 340.
820 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N.50.
821 **Eck/Ikas**, **WRP** 1999, 251, 262; **Plaß**, **WRP** 1999, 766, 768.

belirtecekleri, karşılaştırmaya konu ürünle ilgili herhangi bir tespitte bulunmadıkları, bu nedenle lezzet testi yoluyla karşılaştırmalı reklam yapılamayacağı görüşüne varmıştır[822]. Buna karşılık aynı olayla ilgili olarak Köln (LG) mahkemesi lezzet yoluyla karşılaştırmalı reklam yapılamayacağını, ancak *lezzet testi sonuçlarıyla böyle bir reklam yapmanın kural olarak serbest olduğu* görüşünü kabul etmiştir[823]. Diğer bir anlatımla "lezzet" reklam karşılaştırması yapılabilecek bir özellik olarak görülmemiştir.

Geniş yorumu tercih edenler ise, "özellik" kavramının *geniş olarak yorumlanması*, mal ve hizmetlerin her türlü görünümleri, tanıtıcı işaretleri gibi öne çıkan belirgin yönlerine ilişkin hallerin, Yönerge'de kastedilen manada "özellik" kavramı kapsamında kalıp kalmadıklarının, her üye ülke tarafından tüketicilerin görüşleri dikkate alınarak ve *bağımsız bir şekilde belirlenebilmesi gerektiğini* savunmuşlardır[824]. Bu görüşlerine gerekçe olarak da ABAD'ın; Yönergenin 8 No'lu Başlangıç hükmünü (her türlü karşılaştırmalı reklamı mümkün kılacak yorumun tercih edilmesi gerektiği) göstermişlerdir[825]. Bu bakış açısına göre, tüketicilerin şahsi algılama ve değerlendirmelerini de "özellik" kavramının kapsamında saymak gerekir. Bu görüşü savunanlar, "özellik" kavramını, "*bir ürünü, diğer ürünlerden farklı kılmaya yarayacak her türlü ayırt edici unsurlar*" olarak tanımlamaktadır[826]. Yönerge, tüketicilerin bilgilendirilmesi konusuna özel bir önem vermektedir. Bu nedenle, *tüketicinin bilgilendirilmesine hizmet edecek ve satın alma kararlarına etki edecek her türlü unsuru* "özellik" kavramı içerisinde değerlendirilmektedir[827]. Özellik kavramının tespitinde belirleyici olan husus, ürünün tanıtımında kullanılan unsurun, reklamın yöneltildiği somut kitlenin satın alma kararlarını etkileyecek nitelikte olup olmadığıdır. Özellik kavramının, hedef kitlenin piyasaya sunulan

---

822 OLG München **WRP** 1999, 692, 694 – Satte Mehrheit.

823 LG Köln, **ZLR** 1999, 522, 525 – "Geschmackstest".

824 **Wehlau**, **ZLR** 1999, 393, 404;**Henning- Bodewig**, **GRUR Int.** 1999, 385, 392;**Sack**, **WRP** 2001, 327, 342; **Piper/Ohly**, **UWG** § 6 N. 48; **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 51; **Buck-Freytag**, s.66.

825 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 51; **Wehlau**, **ZLR** 1999, 393, 404.

826 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 51.

827 **Piper/Ohly**, **UWG** § 6 N. 48; **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 51; **Wehlau**, **ZLR** 1999, 393, 404.

mal veya hizmetler hakkında tam bir bilgi edinmelerine imkân sağlayacak ölçüde geniş şekilde yorumlanması gerekir. Tereddütlü bütün durumlarda, yapılan karşılaştırmaya konu edilen özelliğin tüketicinin kararı açısından önem arz edip etmediğine bakmak gerekir. Ancak karşılaştırmaya konu özellik ile karşılaştırılan mal veya hizmet arasında mutlaka doğrudan bir ilişkilendirme yapılması gerekir[828].

Bir ürünün tercih edilmesine etki eden unsurlar arasında, o malın dayanıklılığı, amaca uygunluğu, ikinci el değeri, satış rakamları, yedek parça temini ve yedek parça fiyatları, hangi zamandan beri piyasada var olduğu, *üretim yeri* ve üretim tarihi, *coğrafi kaynağı, yerli ya da yabancı üretim olup olmadığı*, el yapımı veya sanayi ürünü olması, kalite testinden geçmesi (TSE, TÜV vb.), *çevreye ve kişi haklarına olan duyarlılığı*, sağlığa etkisi ve belirli amaçlara uygunluğu, içeriği, teslimat ve ödeme şartları, garanti süresi, servis ve bayi ağı, servisin açık olduğu saatler, satışa konu mal veya hizmetin kapsamı, hizmet sektörü yönünden (lokanta, otel, kargo hizmetleri) işçilerin sayısı, güvenilirlikleri, verimlilikleri, bir işyerinin ürün çeşitleri[829], müşteri memnuniyeti[830] vb. hususlar, o mal veya hizmetin özellikleri arasındadır[831].

Görüldüğü gibi, geniş yorumu tercih edenler, somut olarak o ürünün doğasına ve kapsamına ilişkin hallerin yanında, tüketicilerin duygularına hitap eden soyut ve sübjektif halleri de "özellik" kavramı içerisinde mütalaa etmektedirler. Sadece bizzat o ürüne ait özelliklerden yola çıkılarak reklam karşılaştırması yapılabilseydi, bir otel sahibi ancak o oteldeki fiziki alanla ilgili olarak karşılaştırmalı reklam yapabilecek, o oteldeki oda sayısı ya da konaklayanların sayısı, nitelikleri vb. özellik kavramı içerisinde görülemeyecekti. Oysa o oteldeki oda veya konaklayanların sayısı ve otel sakinlerinin niteliği, otel müşterisi olacak **tüketicilerin satın alma kararlarını etkileyen önemli unsurlar** arasındadır. Bazı otel müşterileri sakinliği

---

828 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 51.
829 ABAD, **Lidl Belgium / Colruyt**, N.28.
830 OLG Saarbrücken **GRUR**-RR 2008, 312, 313.
831 **Piper/Ohly**, **UWG** § 6 N. 48; **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N.51, 52.

seveceğinden kalabalık otellerde kalmak istemeyecek, diğer bazı müşteriler ise birçok yeni kişiyle tanışma fırsatı vereceği için kalabalık otelleri tercih edebilecektir. Keza, bir dergi veya gazete karşılaştırmalı reklama konu edildiğinde, sadece o gazetenin içeriği değil, o gazetenin okuyucu kitlesi, tirajı vb. hususların da o gazetenin özellikleri arasında sayılması gerekir[832]. Bu gibi sebeplerden dolayı özellik kavramının dar yorumlanmasından kaçınılmalıdır.

Geniş yorumu tercih edenler, ispatlanması mümkün olmayan hususların özellik kapsamında kaldığını, ancak bir özelliğin, reklamda objektif ve ispatlanabilir bir şekilde gösterilmesi gerektiğini, bu bağlamda bir ürüne ait kokunun[833], lezzetin[834] veya imajın[835] o ürünün özellikleri arasında olmasına rağmen, objektif ve ispatlanabilir şekilde gösterilmesi mümkün olmayan özellikler arasında olması nedeniyle karşılaştırmalı reklama konu edilemeyeceğini savunmuşlardır[836].

c. Fiyat

"Fiyat" kavramı, bir mal veya hizmetin para karşılığı olarak değeridir[837]. Yönerge 4/1 (c) maddesinde "fiyat", ürünlerin özellikleri arasında gösterilmiştir.

Alman kanun koyucusu Alman Medeni Kanunu'ndan kaynaklanan bir geleneğin yansıması olarak "fiyat" kavramını "özellik" kavramından ayrı bir başlık altında düzenleme konusu yapmıştır[838]. Fiyat karşılaştırmalarının da aynen "özellik" karşılaştırmalarında olduğu gibi, önemli, ilgili, ispatlanabilir ve

---

832 **Harte-Henning-Sack** § 6 N.100; OLG Hamburg **GRUR**-RR 04, 259, 260 – Babes und Zicken.
833 BGH **GRUR** 2004, 607, 611 – Genealogie der Düfte.
834 OLG München **WRP** 1999, 692, 694 – Satte Mehrheit
835 **Fezer/Koos** § 6 N. 135.
836 **Piper/Ohly**, **UWG** § 6 N. 48.
837 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 52.
838 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6. N.52, 78; **Menke**, **WRP** 1998, s. 811, 819; **Gloy/Bruhn**, **GRUR** 1998, 226, 228; Winfried Bullinger / Volker Emmerich, "Irreführungsgefahr durch selektive Produktauswahl bei Preisvergleichen", **WRP**, 2002, 608 vd.

tipiklik şartlarına uyarak yapılması gerekir[839]. Duruma göre fiyat karşılaştırmaları, fiyat kampanyaları ve ödeme şekillerine ilişkin olabilir.

Fiyat karşılaştırmasının varlığı için, öncelikle aynı ürün için rakip tarafından belirlenmiş bir fiyatın varlığı ve reklam verenin de kendisine ait aynı tür ürün için belirlediği fiyatı rakibin belirlediği fiyatla ilişkilendirmesi gerekir.

Bir mal veya hizmetin fiyatı, bütün alanlar içerisinde rekabetin *en yüksek cazibe unsuru* ve *en merkezi enstrümanıdır*. Zira fiyat, tüketicilerin satın alma kararlarının oluşumunda en anlamlı olgulardan biridir. Bunun dışında, kalite, dayanıklılık, ihtiyaca uygunluk, estetik gibi satın alma kararlarına etki eden diğer unsurlar da bulunmaktadır. En kaliteli ürünleri en düşük fiyattan almak isteyen tüketiciler, büyük fırsat olarak gördükleri fiyat karşılaştırmalarından oldukça hoşnutturlar[840]. Zira tüketiciler bu suretle reklama konu ürünlere, rakiplerinkine oranla hangi ölçüde makul bir fiyata sahip olduklarından doğrudan haberdar olurlar. Reklam veren de, kendi ürünün daha çok satın alınması için, reklamda en çok fiyat karşılaştırması yapmak ister. Zira tüketicileri ikna edecek *en etkili silah* ürünlerin fiyatıdır.

Fiyat karşılaştırmaları, genelde eşit kalitedeki ürünlerden kendi ürünlerinin daha uygun fiyatlı olduğu ya da daha kaliteli ve daha ucuz olduğu imajı çizmek isteyen reklamlardır[841]. Ancak her zaman böyle olduğu ya da olması gerektiği de söylenemez.

Herkesin bütçesi farklı olduğundan, eşitlik iddiası içermeyen veya aynı kalitede olmayan ürünlerin karşılaştırılması da tüketicilere faydalı bir bilgi kaynağı olabilecektir[842]. Ancak no-name ürünlerle tanınmış markalı ürünlerin, reklamın adresindeki tüketicilere her ikisinin farklı ürünler olduğu açıkça ifade

---

839 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N.52; **Piper/Ohly**, **UWG** § 6 N.49; **Plaß**, **NJW** 2000, 3161, 3164.

840 **Menke**, **WRP** 1998, s. 811, 819; Winfried Tilmann, "Grenzüberschreitende vergleichende Werbung", **GRUR Int.** 1993, 133, 136.

841 **Erdoğan**, s.102.

842 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 52.

olunmak koşuluyla, fiyat yönünden karşılaştırılmalarına engel yoktur[843]. Aksi halde aynı tüketici kesimine hitap eden ve aynı ihtiyacı karşılayan ürünler olmadığı için, reklamın aldatıcı olma ihtimali söz konusu olabilecektir. Bununla birlikte, yan sanayi ürünü yedek parça ürünlerinin, piyasa şartları itibariyle, tanınmış markalı orijinal ürünlerle aynı ihtiyacı karşılayan mallar kategorisinde olması nedeniyle fiyat karşılaştırmasına tabi tutulmaları mümkündür[844]. Bu konuda sınır, reklamın objektiflik ve aldatıcı olmama şartına uyumlu olmasıdır[845].

Fiyat karşılaştırmalarının tüm ya da önemli sayıda ticari rakibe yönelik olması gerekmez. Kural olarak fiyat karşılaştırmasının somut bir rakibe yönelik olması da mümkündür[846].

BGH'nin önüne gelen çok yeni bir olayda, bir internet sitesi internet üzerinden diş hekimliği hizmeti pazarlanmasına aracılık ederken, *internet sitesi aracılığıyla hizmet sunan diş hekimlerinin tedavi fiyatları ile piyasadaki diş tedavilerinin genel fiyatlarını liste halinde karşılaştırılmıştı*. İnternet sitesi aracılığıyla teklif olunan tedavi fiyatları, genel piyasa fiyatlarına göre oldukça düşük miktardaydı. Anlaşmalı hekimlere diş tedavisi yaptırmak isteyen kişiler, internet sitesine isim ve telefon numaralarını kayıt ettiriyor, site yöneticileri de hekimlerle randevu yeri ve saatini ayarlıyordu. Anlaşmalı olan diş hekimleri de hastalardan aldıkları ücretlerin %20'ni site sahibine ödüyordu. Yapılan iş sonunda hastaların bir anket formu doldurarak, gittiği diş hekiminden ve aldığı hizmetten ne derece memnun olduğunu değerlendirmesi gerekmekteydi. Eylemin yasaklanması istemiyle iki diş hekimince açılan dava sonunda BGH, *yapılan faaliyetin karşılaştırmalı reklam niteliğinde olduğu* ve tüketicilerin istedikleri diş hekimini seçme haklarının bulunduğu, *sitede yer alan yöntem sayesinde gideceği diş hekiminden daha önceki hastaların ne*

---

843 **Erdoğan**, 174.

844 **Berlit**, **Vergleichende Werbung,** N.124; BGH **GRUR** 2001, 350 – OP-Lampen.

845 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 52.

846 ABAD, **Pippig Augenoptik / Hartlauer**, N.36 (Bu olayda reklam verenin fiyat karşılaştırması sırasında bir rakibe ait logoyu göstermiş olması nedeniyle somut bir rakibe yönelik olarak karşılaştırmalı reklam yapıldığı kabul edilmişti); OLG Frankurt **GRUR** 2001, 358; OLG Hamburg **GRUR**-RR 2002, 39; OLG Köln **NJW**-RR 2002, 334.

derecede memnun kaldıklarını görme ve fiyatları karşılaştırma şansı elde ettiği, hastaların *bilgi edinmelerine hizmet ettiği* ve işlerini kolaylaştırdığı, hizmetlerini pazarlayan diş hekimlerinin yaptıkları faaliyetlerini, davalı site sahibinin pazarlama yöntemiyle birleştirmek suretiyle halka duyurdukları, *bu sistemin hastalara faydalı olduğu* ve Meslek Kurallarına da aykırı olmadığına karar vermiştir[847].

Telekomünikasyon ve sigortacılık alanında çok farklı fiyat kampanyaları sunulmaktadır. Ancak hepsinde de edim farklılıkları bulunmaktadır. Edim farklılıkları nedeniyle bu sektörlerde hizmetler, fiyat karşılaştırmalarına tabi tutulamaz[848].

Fiyat karşılaştırmaları bütün bir ürün çeşidiyle de ilişkilendirilebilir. Bu durumda reklamdaki ifadenin doğruluğu **hedef kitle tarafından teyit edilebilir** olmalıdır[849].

d. Tacirlerin Şahsi ve Ticarî Özellikleri

Öğretide, bizzat tacirlerle ilişkilendirilen reklamların Yönerge tarafından yasaklanmış olup olmadığı oldukça tartışmalıdır[850]. Bu konuda *dar yorumu savunan* bir kısım yazarlar, Yönergenin bu hususu düzenleme konusu yaptığını, mal veya hizmet karşılaştırması niteliğinde olmayan reklam karşılaştırmalarını yasakladığını savunmaktadırlar[851]. Dar yorumu tercih eden yazarlara göre, Yönerge'yi lafzi olarak yorumlamak gerekir. Zira 4/1 (b) maddesine göre, ancak mal veya hizmetler karşılaştırma konusu yapılabilecektir. Bu grup içerisindeki bazı yazarlar, tacirlerin şahsı veya ticarî

---

847 BGH, I ZR 55/08 sayı ve 01.12.2010 tarihli kararı, http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=e622e34f8f9d3db9614657af488a610d&nr=55534&pos=0&anz=39, s.y., 16.08.2011.

848 **Erdoğan**, 174.

849 ABAD, **Lidl Belgium / Colruyt**, N.26 ve 36.

850 Bu konuda geniş açıklama için bkz. **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 11.

851 **Gloy/Bruhn**, **GRUR** 1998, 226, 233; **Menke**, **WRP** 1998, s. 811, 825; Lettl, **Das Neu UWG**, s. 471.

faaliyetleriyle ilgili karşılaştırmalı reklamların, "dolaylı karşılaştırma" içermesi nedeniyle Yönergenin 2/1 (c) maddesindeki tanımın içerisinde kalsa bile, 4/1 (c) maddesi uyarınca karşılaştırmalı reklam yasağına tabi olacağını, zira karşılaştırmanın mutlaka tüketicilerin "aynı ihtiyacı karşılama" veya "aynı amaca hizmet etme" kriterine de uygun olmadığını, ayrıca bu tür reklamlara izin vermenin, Yönerge 'deki "aldatıcılık", "rakibin haksız yere kötülenmesi" ve "rakibin tanınmışlığından haksız yararlanma" yasaklarını ihlal etmeye hizmet edeceğini savunmuşlardır[852].

Bu konuda *geniş yorumu savunan* diğer bir kısım yazarlar ise, Yönergenin bu konuyu düzenlemediğini ve kabul edilebilir olup olmadığının ulusal yasalara bırakıldığını ve yasaklanmadığını savunmaktadırlar[853]. Bu görüşü savunan yazarlara göre, tacirlerin ticarî özellikleri veya ticari faaliyetlerinin karşılaştırma konusu edildiği reklamlar da rekabeti destekleyici ve tüketicileri bilgilendirici nitelikte olabilir. Mesela bir reklamda "işyerlerinin açılış saatlerinin karşılaştırılması" veya "tacirlerin ticari ağ ve bağlantılarının karşılaştırılması" hususları, bir *mal veya hizmete ilişkin olmamakla birlikte* rekabeti destekleyici ve tüketicileri bilgilendirici nitelik taşıyacaktır. Aynı şekilde bir araştırma kuruluşunca yapılan ve tacirlerin genel ticari durumlarını konu alan araştırma sonuçlarına dayanan reklam karşılaştırmasında, bir mal veya hizmetin karşılaştırmaya konu edilmesi söz konusu değildir[854]. Ancak tüketicilerin satın alma kararlarını etkileyebilecek ve onların bilgilenmesine hizmet edecek bir özelliktir. Keza, işyeri çalışanlarına sağlanan sosyal hakları veya çevre dostu projeleri konu alan veya hisse senetleri ya da ciro artışını konu alan reklam karşılaştırmalarının, tüketicilere hitap eden mal veya hizmetlere ilişkin olmadığını ifade etmek gerekir[855]. Bu tür durumlarda

---

852 **Sack**, **WRP** 2008, 1141-1147. Yazar istisnai hallerde (kendisine danışılma veya savunma sadediyle), rakibin şahsı veya ticarî faaliyetleriyle ilişkilendirilen karşılaştırmalı reklamın meşru sayılabileceğini ifade etmiştir.

853 **Berlit**, **BB** 2000, 1305, 1306; **Sack**, **WRP** 2002, 363; Rolf Sack, "Personen- und unternehmensbezogene Werbehinweise auf Mitbewerber als vergleichende werbung nach § 6 UWG", **WRP** 2004, 817; **Köhler**, **GRUR** 2005, 273, 279.

854 **Köhler**, **GRUR** 2005, 273, 279.

855 **Köhler**, **GRUR** 2005, 273, 279.

mal ve hizmet karşılaştırmaları kavramının mahkemelerce oldukça *geniş yorumlanması* yerinde olacaktır[856].

Geniş yorumu savunanlara göre, Yönetmelik kanun koyucusunun bu problemin farkında olup olmadığı dahi kuşkuludur. Zira Yönetmeliğin başlangıç hükümlerine bakıldığında konuya ilişkin hiçbir değinme bulunmamaktadır. O nedenle bu konuda "örtülü kanun boşluğu" (verdeckte Regelungslücke) bulunduğundan söz etmek daha doğru olacaktır[857]. Böyle bir durumda ise AB'nin temel normlarına bakmak doğru olacaktır. Ticaretle ilişkilendirilen karşılaştırmalı reklamın yasak olduğunun söylenmesi, "reklam özgürlüğü" tanımına, dolayısıyla da "*fikir ve ifade özgürlüğüne*" aykırı bir yaklaşım olacaktır. Zira bu tür bir yasak ne tacirlerin menfaatine, ne de tüketicilerin objektif bilgilenme ihtiyaçlarına uygundur. Tam tersine bu tür reklamlar, özellikle tüketicilere yararlı bilgiler içermektedir. Bu sebeple, tacirlerin ticari faaliyetlerine veya ticari özelliklerine ilişkin reklam karşılaştırmalarının kural olarak kabul edilebilir olması uygun olacaktır. Ancak bunun için de karşılaştırmanın tacirlerin objektif, önemli, ilgili, ispatlanabilir ve tipik özelliklerine ilişkin olması, aldatıcı olmaması, rakibi aşağılayıcı veya kötüleyici olmaması, rakibin tanınmışlığından yararlanma amacı gütmemesi gerekir[858].

7. Karşılaştırılabilir Özellikler

a. Genel Olarak

Yönergenin 4/1 (c) bendinde, yapılacak karşılaştırmaların, fiyatları da dahil olmak üzere ürünlerin "özellikleri" ne ilişkin olabileceği ifade edilmiştir. Bir tek özelliğin reklamda karşılaştırmaya konu edilmesi yeterlidir[859].

---

856 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 51.
857 **Köhler**, **GRUR** 2005, 273, 279.
858 **Köhler**, **GRUR** 2005, 273, 279.
859 BGH **GRUR** 2002, 663, 634 – Hormonersatztherapie.

Tüketiciyi objektif olarak bilgilendirir nitelikteki karşılaştırmalı reklamın, reklama konu mal veya hizmetin "**önemli, ilgili, tipik** ve **ispatlanabilir"** özelliklerine ilişkin bir bilgi ihtiva etmesi gerekir. Bu ölçütlerin tespiti, karşılaştırmada hangi özelliklerin kullanabileceği sorusuna da cevap teşkil edecektir. Karşılaştırmalı reklamda, anılan dört özelliğin tamamının birlikte aranması, yani var olması gerekir[860]. Yönergenin 8/1 (2) maddesindeki "*karşılaştırmalı reklamlara ilişkin Yönerge 'deki kuralların bağlayıcılığı*" gereği, üye ülkelerin bu ölçütlerden bazılarını hariç tutmaları veya ilave ölçüt getirmeleri mümkün olamayacaktır. Bir karşılaştırmalı reklamda bu özelliklerin aranmasının temel esprisi, tüketicilerin aldatıcı reklamlara karşı korunması ve faydalı yönde bilgilendirilmelerinin garanti altına alınmak istenilmesidir[861]. Özellikler için getirilen bu standartlar sayesinde, reklam verenler karşısında tüketiciler ve rakip firmaların menfaatleri ile genel rekabet düzeninin olumsuz yönde etkilenmelerinin önüne geçilmek istenilmiştir.

Yönerge'de reklam konusu mal veya hizmetin hangi tür özelliklerinin karşılaştırma konusu yapılabileceğine ilişkin olarak getirilen ölçütler için açık olmayan tanımlamalar kullanılması, birçok yorum sorularını da beraberinde getirecektir. Bu terimlerin bağımsız anlamlarının bulunup bulunmadığı hususu tartışmalıdır[862]. Çünkü "önemli", "ilgili" ve "tipik" kelimeleri anlam bakımından görünüşte birbirlerine yakın olup, bazen de birbirleriyle kesişebilecektir. Bununla birlikte, Yönerge'de ayrı ayrı ifade olunduğuna göre bu tabirlerin her birinin bağımsız birer anlamlarının olduğunu ve varlıklarının ayrı ayrı ispat edilmesi gerektiğini kabul etmek gerekir[863].

Aranılan özelliklere ilişkin dört ölçüt, sadece üstünlük iddiaları değil, aynı zamanda teknik veya işlevsel eşitlik iddiaları yönünden de geçerli olacaktır.

---

860 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 56; **Erdoğan**, 105; ABAD, **Lidl Belgium / Colruyt**, N.44.

861 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 56.

862 **Plassman**, **GRUR** 1996, s.377, 379; **Menke**, **WRP** 1998, s. 811, 824; **Gloy/Bruhn**, **GRUR** 1998, 226, 236; **Henning- Bodewig**, **GRUR Int.** 1999, 385, 386.

863 **Eck/Ikas**, **WRP** 1999, 251, 263; **Plaß**, **WRP** 1999, 766, 768; **Sack**, **WRP** 2001, 327, 342.

Bir karşılaştırmanın bu dört özelliği taşıyıp taşımadığı, her somut olayda, reklamın hitap ettiği kitlenin görüşü dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Ancak karşılaştırma, yüz yüze alışveriş görüşmeleri sırasında kendisine yöneltilen sorular karşısında gerçekleşmiş ise (danışılma saikiyle karşılaştırmalı reklam), karşılaştırmalı reklamlarda aranan bu dört ölçütün aranmaması ve reklamın hukuka uygunluğunun da sadece soruyu yönelten kişilerin bakış açısına göre değerlendirilmesi gerekir.

b. Önemlilik

Yönergenin 4/1 (c) ile 8 no'lu başlangıç maddeleri uyarınca, reklam karşılaştırmasının mutlaka mal veya hizmetlerin en az bir veya daha çok **önemli** özelliğine ilişkin olması gerekir. Daha ziyade ürün bazlı olan bu ölçütün çıkış noktası, önemli olmayan özelliklerin tüketicilerin bilgilendirilmesine hizmet etmeyeceği gibi, tam tersine aldanmalarına yol açabileceği endişesidir. Çünkü önemsiz özelliklerin yapılacak reklam karşılaştırmalarında kullanılması mal ve hizmetlerin genel durumları hakkında yanlış intibalar uyandıracaktır[864].

Bu ölçüt, aldatıcılık yasağının da önemli bir göstergesidir. Zira Yönergenin 3/1 (a) maddesinde, karşılaştırmalı ürün kontrol ve testlerinin ürünlerin önemli özelliklerine ilişkin olmamasının aldatıcı nitelik taşıyacağı ifade olunmuştur. Bir özelliğin önemli olup olmadığı, tüketicilerin ihtiyaçları veya yönelik oldukları amaçlarına bakılarak değerlendirilir[865].

Bir mal veya hizmet özelliğinin "önemlilik" arz edip etmediği, hedef tüketici kitlesinin tatmin edici bir ihtiyacını karşılaması ya da böyle bir amaca yönelik olmasına göre kararlaştırılır[866].

---

864 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 57.

865 Tilmann, **GRUR** 1997, 790, 796; **Berlit**, **Vergleichende Werbung** N.91.

866 BGH **GRUR** 2004, 607, 611 – Genealogie der Düfte; OLG München **GRUR**-RR 2003, 373; **Tilmann**, **GRUR** 1997, 790, 796; **Plaß**, **WRP** 1999, 766, 768; **Nordmann**, **GRUR Int.** 2002, 297, 300.

Bir ürünün alt ve tali özelikleri karşılaştırmaya tabi tutulamaz. Mesela, bir otomobil lastiğinde kullanılan karbon oranı, otomobil rengi, koltuğunda kullanılan kumaşın rengi vs., tüketicilerin o ürünü seçerken aradıkları özelliklerden değildir. "Önemlilik" kavramı değerlendirilirken ürünün karşıladığı somut ihtiyaca ve yönelik olduğu amaca bakılmalı ve bu özelliğin varlığı her bir somut olayda ayrı bir şekilde değerlendirilmelidir.

2006/114 sayılı Yönergenin başlangıç hükümlerindeki "tüketicilerin bilgilendirilmesi" ve "ticari pazardaki şeffaflığın arttırılması" hedefi göz önüne alınarak, reklamda aranılan özellikleri çok abartmamak gerektiği söylenebilir[867]. Buna uygun olarak "önemlilik" kavramının da diğer kavramlar gibi *geniş yorumlanması*, herhangi bir tüketicinin önemli görmesi halinde, o özelliğin önemli olduğunun kabulü yerinde olacaktır[868].

Aranılacak "önemlilik" özelliğinin reklam verene ait üründe mi, yoksa rakibe ait üründe mi yahut her ikisinde de mi olması gerektiği hususu tartışmalıdır. 97/55 sayılı Yönergenin 1991 ve 1994 tarihli taslaklarında "rakibe ait ürünlerin önemli özelliklerinin" karşılaştırma konusu yapılabileceği kararlaştırılmışken, Yönerge yürürlüğe girerken bu husus açık bırakılarak "mal ve hizmetlerin önemli özelliği" denilerek yoruma açık bir durum meydana getirilmiştir[869]. Bu bağlamda, yenilikçi bir özelliği barındıran bir ürün yönünden, bir tacir kendi ürünün yenilikçi özelliği o ürüne ait önemli bir özellik iken, rakibe ait yenilikçi olmayan ürün yönünden böyle bir özellik hiç bulunmamaktadır. Böyle bir yenilikten bahsetmek tüketicilerin menfaatine olmanın yanında ticarî pazarda şeffaflığa da hizmet edeceğinden, reklam verene ait üründe var olan yenilikçi özelliğin, geniş yorumla, rakibe ait üründe var olmasa bile karşılaştırma konusu yapılabileceğini kabul etmek yerinde olacaktır[870].

---

867 **Freund**, s.113; **Eck/Ikas**, **WRP** 1999, 251, 263.

868 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 57; **Freund**, s.113; BGH **GRUR** 2005, 172, 175 – Stresstest.

869 **Freund**, s.114.

870 **Eck/Ikas**, **WRP** 1999, 251, 261.

Önemlilik, sadece bir ürünün içeriği veya özüne ilişkin özellikler değildir. Aynı zamanda bir ihtiyacı karşılayan çok önemsiz etkiye sahip özellikler de bu kapsamda görülebilir. Bir ev aletinin satımı yönünden ilk etapta bu ürünün işlevsel özellikleri önemli olarak kabul edilir. Bir çamaşır makinesine ilişkin olarak çamaşırı yıkaması yanında, tükettiği enerji, deterjan ve su miktarı da önemli özellikler arasında sayılacaktır[871]. Bunların dışında çevreye karşı duyarlılığı[872], sağlığı olumlu yönde etkileyici niteliği[873], bir teknik aletin yetenekleri[874], bir diş fırçasının diş taşlarını diğer diş fırçalarına göre daha fazla sökme niteliği[875] de o ürünler yönünden önemli özellikler arasında görülmelidir. Keza bir ürünün estetik özellikleri de önemli kabul edilecektir. Özellikle lüks ve prestijli ürünlerde veya dış görümün önemli olduğu ürünlerde "estetik görünüm" (mesela; moda tasarımlarında) önemli özellikler arasında kabul edilir[876]. Derhal kullanılabilecek nitelikteki günlük bir ev aletinde kullanılan renk tonları önemli özellikler kapsamında görülemez[877]. Ancak bu hususu genelleştirmemek gerekir. Mesela; bir buzdolabında farklı renkler kullanılmasının önemli özellikler kapsamında görülmesi mümkündür. Dış görünüm veya bir ürüne yapılan bazı eklemeler, günlük yaşam ürünlerinde dahi, önemli özellikler kapsamında görülebilir[878].

Ürün temeline dayanan önemlilik özelliğine rağmen, ne tüketicilerin ne de reklam verenin görüşleri gözden uzak tutulmamalıdır. Ürünle kurulan ilişki, o ürünün amaca uygunluğu veya ihtiyacı karşılaması konusunda tüketicilerin görüşlerini dolaylı yoldan etkilemiş olabilir[879].

Reklamda, reklam konusu ürüne ait "önemli" özelliğin objektif bir şekilde tüketicilere sunulması ve sunulan bu özelliğin "doğru bilgi" içermesi

---

871 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6. N.57.
872 **Eck/Ikas**, **WRP** 1999, 251, 267.
873 **Eck/Ikas**, **WRP** 1999, 251, 267.
874 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6. N.57.
875 OLG Hamburg **GRUR**-RR 2001, 84, 85 –Handzahnbürste.
876 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 57.
877 **Eck/Ikas**, **WRP** 1999, 251, 264.
878 **Fezer/Koos**, **UWG** § 6 N.162.
879 **Erdoğan**, s.108.

gerekir. Aksi takdirde, reklam önemli bir özelliğe atıf yapmakla birlikte "aldatıcılık" yasağı engeline takılabilecektir[880].

Bireysel satış görüşmelerinde (mesela; talep üzerine veya danışmaya karşı verilen cevap sırasında) karşılaştırmaya tabi tutulan özelliğin önemli olup olmadığı, somut müşterinin görüşüne göre değerlendirilmelidir[881].

c. Anlamlılık

Karşılaştırılan özelliğin aynı zamanda anlamlı olması gerekir. Bu tabir her defasında "önemlilik" (Relevant / Relevanz) özelliğinin içeriği ile karıştırılabilmektedir. Öğretide, bazı yazarlar bu sözcüğün bağımsız bir anlamının olmadığını savunmaktadırlar[882]. Buna karşın, söz konusu ifadenin Yönerge metinden çıkarılmasından sonra[883], Avrupa Parlamentosu tarafından 97/55 sayılı Yönergenin nihai metnine tekrar yerleştirilmesini gerekçe göstererek "anlamlılık" kavramının bağımsız bir anlamı olduğu görüşü savunulmaktadır[884]. Gerçekten bu iki kavramın çok büyük ölçekte örtüşen ibareler olduğunu söylemek abartı olmayacaktır[885].

"Anlamlılık" özelliğinin tespitine yarayan araç, bu özelliğin "tüketicilerin satın alma kararlarına etki edebilmesidir[886]. Tüketici kararlarına etki eden özellikler, ancak tüketicilerin bildikleri ürün özellikleri yönünden geçerlidir. Bununla birlikte "yenilikçi" bir özellik konusunda tüketicilerin önceden bilgilenmiş olmaları söz konusu olmayabilir. Bu nedenle "yenilikçi" özelliklerin de satın alma kararlarını etkileyebileceği hesaba katılmalıdır[887]. Anlamlılık

---

880 **Freund**, s.115; **Eck/Ikas**, **WRP** 1999, 251, 261.
881 **Scherer**, **WRP** 2001, 89.
882 **Plassman**, **GRUR** 1996, s.377, 379; **Gloy/Bruhn**, **GRUR** 1998, 226, 236; **Menke**, **WRP** 1998, s. 811, 824.
883 ABL. EG Nr. C. 32 vom 01.02.1997.
884 **Eck/Ikas**, **WRP** 1999, 251, 264, **Plaß**, **WRP** 1999, 766, 769.
885 **Piper/Ohly**, **UWG** § 6 N. 54; Aksi görüş için bkz. **Bozbel**, s. 195.
886 **Freund**, s.115; **Eck/Ikas**, **WRP** 1999, 251, 264; **Plaß**, **WRP** 1999, 766, 769; **Tilmann**, **GRUR** 1997, 790, 796.
887 **Freund**, s.115.

kavramı, ürün değil tüketici temeline dayalı bir özelliği ifade eder[888]. "Önemlilik" ölçütü sırasında aranan ihtiyacı karşılama ve belirli bir amaca yönelik olma, "anlamlılık" ölçütü sırasında aranmaz[889]. Bununla birlikte "anlamlılık" ve "önemlilik" özelliklerinin birbiriyle kesiştiği geniş bir alan bulunmaktadır. Özellikle, bir mal veya hizmete ait bütün önemli özelliklerin aynı zamanda o ürün için anlamlı olduğunu ifade etmek gerekir. Ancak tüketicilerin satın alma kararlarına etki eden bütün "anlamlı" özelliklerin aynı zamanda objektif olarak da "önemli" olduğu söylenemez. "Önemlilik" özelliği objektif bir unsur olduğu halde, "anlamlılık" sübjektif bir unsurdur.

Hangi özelliklerin "anlamlı" sayılacağı, hedef kitleye mensup kişilerin düşüncelerine göre değerlendirilecektir. Şayet reklam verenin düşüncesi yönünden "anlamlılık" aransa idi, sadece az sayıda müşteri bir özelliği anlamlı bulabilirdi[890]. Hedef kitle için karşılaştırma konusu bir özellik anlamlı olsa bile, o özellik önemsiz ise karşılaştırmalı reklamın hukuka uygunluğundan söz edilemez[891].

d. Tipiklik

Son olarak, bir reklamda yer alan karşılaştırmanın o mal ya da hizmetin "*tipik özelliklerine*" (o ürünü temsil edici) ilişkin olması gerekir. "Tipiklik" (Temsil Edici – Representative / Typisch) özelliği, karşılaştırma konusu ürünün, hedef kitlenin gözünde belirli bir ihtiyacı gideren veya belirli bir amaca dönük yönünü ortaya koyan, o ürünü temsil eden veya asıl temsil ettiği değeri ortaya çıkaran unsurudur[892]. Söz gelimi, *bir çamaşır makinesinde kullanılan kablonun cinsi*, o ürünü temsil edici değildir. Dolayısıyla bir çamaşır

---

888 **Ohly/Spence**, **GRUR Int.** 99, 681, 697.
889 **Erdoğan**, s.109.
890 **Eck/Ikas**, **WRP** 1999, 251, 264; **Freund**, s.115.
891 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 58.
892 BGH **GRUR** 2004, 607 – Genealogie Düfte; BGH **GRUR** 2005, 172 – Stresstest; **Berlit**, **BB** 2000, 1305, 1307; **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 63; **Tilmann**, **GRUR** 1997, 790 vd.

makinesinde kullanılan kablo yönünden, başka çamaşır makineleriyle karşılaştırma yapılması mümkün değildir[893]. Bu şart olmasaydı tüketicinin satın alma kararının makul şartlara göre oluşmama veya aldatılma riski söz konusu olurdu.

Yönerge'de tipikliğin *somut ürüne göre* mi yoksa *ürün grubuna göre* mi tespit edileceğine ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. Bu şart öğretide, yazarlar arasında farklı şekilde değerlendirilmiştir. Özellikle karşılaştırmaya konu temsil edici özelliğin sadece reklama konu somut ürüne mi yoksa o ürünün ait olduğu türe mi ait olması gerektiği hususu tartışmalıdır[894]**.** Mesela, bir cep telefonundaki fotoğraf çekebilme, mp3, 3G, 4G vs., özellikler yönünden, bu özellikleri barındırmayan telefonlarla ya da fotoğraf makineleri veya video cihazlarıyla karşılaştırmaya konu edilip edilemeyeceği buna örnek gösterilebilecektir.

Birinci grup görüşe göre, bir malın ait olduğu tüm ürün grubunun temsil ettiği özelliklerin yanında somut olarak o üründe bulunan *kalite işareti sayılabilecek*[895] farklı özelliğin de o ürün için "tipik" kabul edilmesi gerektiği ve karşılaştırmanın unsuru olarak kullanılabileceği savunulmuştur[896].

*İkinci grup görüş*ü savunanlar tarafından ise, bir ürünle ilgili daha önceden bilinen tipik özelliklerin karşılaştırma konusu yapılabileceği, yenilik söz konusu olduğunda bu yeniliğin reklam karşılaştırmasında kullanılamayacağını, buna karşılık bu ürünün yenilik bildirici reklamla hedef kitleye duyurulması gerektiği savunulmuştur[897].

Gerçekten de ürün grubunca temsil edilen özelliğin yanında, somut üründe bulunan ek ve yeni özelliğin karşılaştırmalı reklamda kullanılamayacağını söylemek, karşılaştırmalı reklamın önemli ölçüde kısıtlanması anlamına gelecektir. O nedenle, diğer şartlar gibi, "tipiklik"

---

893 **Erdoğan**, s. 113.
894 **Freund**, s. 116.
895 **Freund**, s.116.
896 **Tilmann**, **GRUR** 1997, 790, 796; **Berlit**, **BB** 2000, 1307; **Hasselblatt**, in:Gloy/Loschelder, § 46, N. 28.
897 **Tilmann**, **GRUR** 1997, 790, 796; **Eck/Ikas**, **WRP** 1999, 251, 265; **Wehlau**, **ZLR** 1999, 411.

kavramını da – karşılaştırmalı reklamı mümkün kılacak şekilde– geniş olarak yorumlamak gerekir[898]. Bu şekildeki bakış açısı, Yönerge ile öngörülen "tüketicilerin bilgilendirilmesi" ve "rekabetin desteklenmesi" amaçlarına da daha uygundur. Bu sayede yenilikçi ürünlerdeki somut özelliklerin karşılaştırmalı reklamda kullanılması mümkün olacaktır. Bu imkân sayesinde tüketicilerin şimdiye kadar bilmedikleri yenilikçi gelişmelerden haberdar edilmesi söz konusu olacaktır. Tüketicilerin karşılaştırmalı reklam yoluyla "önemli" ve "ilgili" yeni özelliklerden mahrum edilmesinin meşru bir nedeni bulunmamaktadır. "Tipiklik" kavramının, teknolojik yeniliklere imkân verecek şekilde geniş yorumlanması gerekir. Hatta sağlanan teknolojik ilerleme sadece bugünkü bir ihtiyacı değil, gelecekteki bir ihtiyacı karşılaştırmaya yönelik de olabilir. Bu nedenle "tipiklik" kavramını tüketicilerin somut ihtiyaçlarına göre tespit etmek gerekir[899]. Burada belirleyici olan, hedef kitleye mensup kişilerin görüşleridir.

Bir ürünle ilgili olarak gözden kaçan tek tük hatalı ürünler, o ürünün genelini temsil edici olmadığı için tipiklik kavramı içerisinde görülmemeli, karşılaştırmalı reklama da konu edilememelidir[900]. Zira böyle bir reklamın, satın alma kararlarının oluşturulmasında tüketicilere herhangi bir yararlı bilgi sunucu özelliği yoktur. Bu bağlamda, bir tacirin kendi ürünleri ile rakibe ait üretim hatası mahsulü malları reklam karşılaştırmasına konu etme hakkı bulunmamaktadır. Keza, hatalı ürünün "ürün testine" tabi tutulduğu test sonuçlarının karşılaştırmalı reklama konu edilmesi de doğru olmayacaktır.

---

898 ABAD, **Toshiba / Katun**, N.37; ABAD, **Pippig Augenoptik / Hartlauer**, N.42; BGH **WRP** 2004, 739=BGH **GRUR** 2004, 607 – Genealogie Düfte

899 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 63; **Berlit**, **Vergleichende Werbung**, N. 108; **Eck/Ikas**, **WRP** 1999, 251, 265; **Gloy/Bruhn**, **GRUR** 1998, 226; **Plassman**, **GRUR** 1996, 377, 379.

900 OLG Düsseldorf, **WRP** 1978, 383.

e. İspat Edilebilirlik

Yönergenin 4/1 (c) maddesi uyarınca, karşılaştırmalarda aranan özelliklerden biri de, karşılaştırma konusu iddianın ispat edilebilir olmasıdır. "İspat edilebilirlik" kavramını, reklamdaki iddianın varlığına ilişkin olarak *belirgin bir delilin varlığı* manasında anlamak gerekir. Bu kuralın amacı, gerçeğe uygun olmayan veya genel tabloyu bozan ve objektif olmayan reklam ifadelerine karşı, gerek hedef kitleye mensup kişileri, gerekse piyasada bulunan diğer rakipleri korumaktadır. Bu anlamda "ispat edilebilirlik" ölçütü, "doğruluk" ve "objektiflik" ölçütlerinin dar kalıpları arasında kalan bir özelliktir. Bu özelliğin varlığı, reklam verene, rakip ürünlere oranla kendi ürünlerinin üstün yanlarını ileri sürerken veya eşitlik iddiasında bulunurken, bu iddiasını ispat etme zorunluluğu yüklemektedir[901].

Özelliklerin ispatı zorunluluğu, fiyat karşılaştırmaları için de geçerlidir. Fiyat karşılaştırmaları, ürün fiyatlarına ilişkin olabileceği gibi elde edilecek tasarruf miktarına ilişkin de olabilecektir[902].

(1) İspatı Mümkün İddialar

Bir karşılaştırmalı reklamın konusu, ancak ispat edilebilir ve doğruluğu denetlenebilir iddialara ilişkin olmalıdır. "İspat edilebilirlik" olgusu, kural olarak, sadece maddi gerçeklik halinde mümkündür. İspat edilebilirlik ölçütü, maddi gerçeklik iddiaları ile şahsi değerlendirmeler arasındaki ayrım noktasıdır[903]. Maddi gerçeklik iddialarına örnek olarak, bir reklamda "X ürününü rakip firmanın Y ürününden % 25 daha ucuza satıyoruz" veya "Rakip R'nin aksine, bizim ürünlerimiz AB Sağlık Komisyonunun standartlarına

---

901 BGH **GRUR** 1999, 69, 71, Preisvergleichsliste II; BGH **GRUR** 1999, 501, 502 – Vergleichen Sie; BGH **GRUR** 2005, 172, 174 – Stresstest.

902 ABAD, **Lidl Belgium / Colruyt**, N.62.

903 **Plassman**, **GRUR** 1996, s.377, 379; **Tilmann**, **GRUR** 1997, 790, 796; **Gloy/Bruhn**, **GRUR** 1998, 226, 236; **Menke**, **WRP** 1998, s. 811, 824; **Eck/Ikas**, **WRP** 1999, 251, 266; **Henning-Bodewig**, **GRUR Int.** 1999, 385, 387.

uygundur" vs. ifadelerinin kullanılmasını gösterebiliriz. Keza ağırlık, enerji tüketimi, büyüklük, miktar, güç, güvenlik veya temsil edici bir grubun görüşleri[904], çevre ve sağlık konusundaki duyarlılıklar[905] da aynı şekilde ispat edilebilir maddi gerçeklikler içermektedir.

(2) Şahsi Değerlendirmeler

Soyut ve şahsi değerlendirmeler, reklam verenin sübjektif değerlendirmeleriyle sınırlı olup, objektif olarak kontrol ve ispat edilebilir nitelikte değildir[906]. Genel değerlendirmeler de kontrolü mümkün olmadığından, haksız yani kabulü mümkün olmayan reklam ifadeleridir. Rakip ürünle yapılan "Bizim ürünümüz rakip R'ye ait ürün gibi kalitelidir" şeklindeki gibi **eşitlemeler** kabul edilebilir reklam türü değildir. Keza "Bizim ürünümüz rakip R'ye ait ürünlerden daha sağlam, daha estetik, daha güzel, daha iyidir", "Bizim ürünlerimiz rakip firmalara göre tüketici dostu paketlemelere sahiptir"[907], "Lezzet testine katılanlar, bizim (Burger King) ürünümüz Whopper'ı, McChicken'dan (McDonalds) daha lezzetli bulmuşlardır"[908] gibi objektif bir ilişkilendirme yapmaksızın üstünlük içeren iddialar da ispat edilebilirlik niteliği taşımaz[909]. Bununla birlikte günlük yaşamsal gıdaların lezzeti veya parfümlerin kokularıyla ilgili olarak yapılan karşılaştırmaların kabule şayan olmadıkları konusunda bir *genelleme yapmaktan kaçınmak gerekir*. Zira "daha lezzetli" ifadesindeki gibi sübjektif algılamaların ispatı mümkün değil ise de "ekşi", "tatlı", "acı" gibi değerlendirmeler kişilere göre değişmeyen ispat edilebilir niteliklerdir[910]. Şahsi

---

904 **Kotthoff**, **BB** 1998, 2217, 2219.

905 **Eck/Ikas**, **WRP** 1999, 251, 267; **Gloy/Bruhn**, **GRUR** 1998, 226, 236.

906 **Menke**, **WRP** 1998, s. 811, 824; **Eck/Ikas**, **WRP** 1999, 251, 267; **Köhler/Piper**, **WRP** 1992, 685, 688, § 2 N.42.

907 ÖOGH ÖBl. 1979, 118 yönlendirme **Baumbach / Hefermehl**, 22.Auflage, §1 N.396.

908 OLG München **WRP** 1999, 692, 694 – Satte Mehrheit.

909 **Plassman**, **GRUR** 1996, 377, 379; **Menke**, **WRP** 1998, s. 811, 824; **Kotthoff**, **BB** 1998, 2217, 2219; **Eck/Ikas**, **WRP** 1999, 251, 252; **Gloy/Bruhn**, **GRUR** 1998, 226, 236.

910 **Wehlau**, **ZLR**, 1999, 522, 525; OLG München **ZLR** 1999, 517 – Satte Mehrheit; LG Köln, **ZLR** 1999, 522, 525 –Geschmackstest.

değerlendirmelere hitap eden reklam iddialarında bir ölçüde de olsa ispatın mümkün olması gerekir[911]. Mesela ürün karşılaştırmalarında, karşılarına "+" veya "-" gibi işaretlerin konulması, objektiflik ilkesine uygun hareket edildiği takdirde şahsi değerlendirmeler, karşılaştırmaya konu yapılabilecektir[912].

Alışveriş görüşmeleri sırasında müşterinin talebi üzerine yapılan sübjektif değerlendirmelerin ispat edilemeyen özelliklere ilişkin olduğu ileri sürülemez[913].

(3) İspat Yükü

Yönergenin 7/1 (a) maddesinde, aldatıcı veya haksız karşılaştırmalı reklamı soruşturan üye ülke yetkili mahkeme ve idari organlarına, reklamda ileri sürülen iddiaların gerçekliğini ispat etmek için reklam verenden bu konuda delillerini göstermesini isteyebilme yetkisi verme yükümlülüğü getirilmiştir. Yetkili organlar, reklam verene böyle bir yükü yükleyebilmek için bütün katılımcıların menfaatlerini bütüncül bir yaklaşımla göz önünde bulundurmalıdır. Reklam veren, kendisinden iddiasını ispat eder bir delil istenildiğinde, gecikmeksizin derhal bu delili yetkili organa sunmalıdır.

Reklamın tüketicilere objektif bir şekilde bilgi sunması gerekir. Ancak reklama konu bütün objektif ve doğru bilgilerin tamamının reklamda yer alması, reklamın mahiyetiyle bağdaşmaz. Ancak iddiasını ispat edecek delillerin daha en baştan elinde mevcut olması, reklam hakkında soruşturma başlatıldığında ise bu delili Yönergenin 7/1 (a) maddesi uyarınca gecikmeksizin yetkili organa sunabilecek durumda olması gerekir.

Bununla birlikte bir kısım yazarlar, hedef kitleye mensup kişilerce, bizzat reklam metni okunduğunda, reklamdaki iddianın o metinde ispat

---

911 BGH **GRUR** 2005, 172, 174 – Stresstest.
912 KG **GRUR** 2000, 242.
913 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 60.

edilebilirliğinin gösterilmesi gerektiğini savunmaktadırlar[914]. Oysa Yönerge'de böyle bir koşul bulunmamaktadır. Ancak tüketicinin korunması ve bilgilendirilmesi amacı göz önüne alındığında, reklam öncesinde, reklam verenin iddialarını kanıtlayacak delillerin elinde mevcut olması ve reklamda bu iddiaya ilişkin maddi gerçekliğe ne şekilde ulaşabileceklerinin tüketicilere gösterilmesi gerekir.

ABAD, fiyat karşılaştırmalarına ilişkin bir reklamla ilgili olarak, reklamda tanımlanan malların fiyatlarını kontrol edebilmelerine ve ürünleri tanımalarına imkân sağlayan bilgilerin tüketicilere gösterilmesi gerektiğini, reklam metninde uzun bir kasa fişinin gösterilmiş olmasının ürünleri uygun bir şekilde tanımaları için yeterli olmadığı sonucuna ulaşmıştır[915].

ABAD bir başka kararında, bir reklam iddiasının doğrulanabilir olduğundan söz edebilmek için öncelikle reklama konu iddianın daha önceki bir zaman dilimine değil, reklamın yapıldığı tarihteki zaman dilimindeki şartlara göre değerlendirilmesi gerektiğini, reklamda ileri sürülen iddiaları ispat etmesi gereken tarafın reklam veren olduğunu, ancak reklam verenin reklama konu iddianın detaylarının derhal, nerede ve ne şekilde kolayca ulaşabileceklerinin gösterilmesinin de yeterli olduğu sonucuna varmıştır[916]. Öğretide de reklam verenin, reklam konusu iddiayla ilgili olarak tüketicilerin doğru bilgiye nereden ve nasıl, zahmetsiz ve masrafsız olarak, yani makul şekilde ulaşabileceklerini reklamda açıkça ifade etmeleri gerektiği ifade olunmuştur[917]. Reklam veren bu gibi durumlarda, daha bu iddiayı yaparken, iddiasını bilimsel olarak kanıtlayacak delillere sahip olmalı ve iddianın

---

914 **Plaß**, **WRP** 1999, 766 vd; **Henning-Bodewig**, **GRUR Int.** 99, 384; **Kotthoff**, BB 1998, 2217, 2219.

915 ABAD, **Lidl / Vierzon**, N.60 – 64.

916 ABAD, **Lidl Belgium / Colruyt**, N.62 – 74. Karara konu olayda, reklam veren, alış verişler arasındaki farkları gösteren karşılaştırma listeleri ve hesap tarzına, Colruyt firmasına ait internet sitesinden ulaşabileceğini ifade etmişti.

917 **Nordmann**, **GRUR Int.** 2002, 297, 300; **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 62; BGH **GRUR** 1999, 69, 70, Preisvergleichsliste II; BGH **GRUR** 1999, 501, 502 – Vergleichen Sie; ABAD, **Lidl Belgium / Colruyt**, N.26 ve 36.

doğruluğuna itiraz edildiğinde bu ispat vasıtasını gecikmeksizin sunabilmelidir[918].

Günlük yaşamsal ürünler yönünden "ispat edilebilirlik" ölçütünün hedef kitle tarafından kontrol ve tespiti mümkün olmakla birlikte, özellikle teknik alanlara ilişkin, daha az enerji tükettiği, çevreye uyumlu olduğu gibi iddiaların tespiti zor bir konudur[919]. Bu hususların doğruluğunun tüketiciler tarafından anlaşılması beklenilmemelidir. Tüketiciler bu iddianın doğruluğunu tespit edemiyor veya anlayamıyor diye bu reklamı geçersiz saymak da Yönerge 'deki amaçla bağdaşmayacaktır[920]. Bazı gözükmeyen ve detaylı inceleme yapılmaksızın ispatlanamayan özellikler, şeffaflığı sağlayıcı şekilde tüketicilere gösterilebilir. Mesela; ortalama tüketici bir yük taşıtının gerçekte iddia edildiği gibi 200 beygir gücüne mi, yoksa daha az bir güce mi sahip olduğunu tespit edemez[921]. Keza bir ürünün kimyasal yapısının tespiti ancak bir uzman yardımıyla mümkündür[922]. Reklam sloganındaki ifadeler çoğu zaman reklam ekinde yer alan, çeşitli uzman görüşleri veya araştırma kuruluşları raporları veya umuma açık kaynaklara (gazete, dergi, test sonuçları) yapılan atıflarla doğrulanmaya çalışılır[923]. Bu tür iddiaların gerçeğe aykırı olduğunun yargılama sırasında ileri sürülmesi halinde, iddianın doğruluğunun mahkemeler tarafından da bilirkişi marifetiyle tespiti mümkündür.

---

918 OLG Hamburg **GRUR**-RR 2001, 84 – Zahnbürste.
919 **Freund**, s. 119.
920 **Eck/Ikas**, **WRP** 1999, 251, 266; **Menke**, **WRP** 1998, s. 811, 820; **Sack**, **WRP** 2001, 327, 342; OLG Hamburg **GRUR**-RR 2001, 84 – Zahnbürste.
921 **Eck/Ikas**, **WRP** 1999, 251, 266
922 BGH **GRUR** 2004, 607 – Genealogie der Düfte.
923 BGH **GRUR** 1999, 501 vd. –Vergleichen Sie.

8. Rakiplerin Gereksiz Yere Kötülenmesi

a. Genel Olarak

Yönergenin 4/1 (d) maddesin göre, karşılaştırmalı reklamda rakip tacirlere ait tanıtıcı işaretlerin, malların, hizmetlerin, ticari faaliyetlerin veya şahsi özelliklerinin karalanmamış (discredit / Herabsetzung) veya aşağılanmamış (denigrate / Verunglimpfung) olması gerekir. Her iki ibarenin de Türkçede "kötüleme" kavramıyla tanımlanması mümkündür. **Kötüleme** kavramının içerisine, *karalama, aşağılama, itibarsızlaştırma, şüphe uyandırma, gözden düşürme, iftira atma, çekiştirme* vs. eylemleri girecektir. Yönerge 'deki düzenleme bu konuda çok geniş bir uygulama alanına sahiptir. Çok geniş bir yorum yapılırsa, rakibi veya ona ait mal ve hizmetleri eleştiren her türlü reklamı hukuka aykırı kabul etmek gerekir[924].

Karşılaştırmalı reklamda rakibe yönelik kötülemenin içeriğinin doğru olup olmaması veya ispat edilebilir olup olmaması sonuca etkili ve önemli değildir[925].

Yönergenin 4/1 (d) maddesindeki düzenleme daha ziyade rakiplerin korunmasına hizmet eder[926]. Bununla birlikte dürüst rekabet kurallarına hizmet edeceği için toplumun genel menfaatine de uygundur.

Yönergenin 4 (d) bendindeki, "rakibe ait tanınmış nitelikli tanıtıcı işaretlerin kötülenmesi" eylemi ile (e) bendindeki "rakibe ait tanıtıcı işaretlerin tanınmışlığından haksız yararlanılması" eyleminin zaman zaman birlikte mütalaa edilmesi söz konusu olabilir. Zira rakibin tanınmış nitelikli tanıtıcı işaretin kötülenmesi suretiyle bu işaretin tanınmışlığından haksız yararlanma da söz konusu olabilecektir.

Karşılaştırmalı reklamı yapan tacirin gerçekte rakibi kötülemek gibi bir düşünce içerisinde olup olmamasının, yani "kötüleme kastının" bir önemi

---

924 **Freund**, s.135.
925 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 73.
926 **Plaß**, **NJW** 2000, 3161, 3167; **Eck/Ikas**, **WRP** 1999, 251, 269.

yoktur. Bu konuda görüşü dikkate alınacak kitle, reklamın yönelik olduğu hedef kitleye mensup ortalama tüketicidir[927].

Rakibe yönelik kötüleme eylemi *daha ziyade* karalama veya aşağılama şeklinde olur.

Aşağılama, rakibin veya sahip olduğu şeylerin, *gereksiz yere* tüketiciler nezdinde değerinin düşürülmesi şeklinde tezahür eder[928]. Rakibin değerinin düşürülmesi, rakiple alay edilmesi, küçük düşürülmesi veya hakaret edilmesi yoluyla da olabilir.

Karalama faaliyeti ise aşağılamanın biraz daha *ağırlaştırılmış* halidir. Zira *gerçeğe aykırı* bilgilerle, rakibin hem aşağılanması hem de itibarsızlaştırılması söz konusu olur[929]. Karalama ve aşağılama eylemleri arasındaki sınırın belirlenmesi her zaman kolay bir olgu değildir[930]. Bununla birlikte karalama ve aşağılama tabirleri arasında ayrım yapmanın pratik bir faydası da bulunmamaktadır. Zira ikisinden herhangi birinin bulunması karşılaştırmalı reklamı kabul edilemez nitelikte bulmak için yeterlidir.

b. Kötülemenin Sınırı

her şeyden önce, bir reklamda rakibin ismine atıfta bulunulması, rakibin kötülenmesi anlamına gelmeyecektir. Zira rakibe atıf yapılması zaten karşılaştırmalı reklamın bir geçerlilik koşuludur. Karşılaştırmalı reklamda rakibin kötülenmiş olması için rakibin olumsuz bir özelliğinden söz edilmesi gerekir. Hoşgörü sınırlarında kalması gereken; rakibin ismini karşılaştırmalı reklamda kullanma hakkı ile onun kötülenmesi arasındaki **sınırın belirlenmesinde,** karşılaştırmalı reklamın meşruiyetine ilişkin temel gerekçeler dikkate alınmalıdır.

---

927 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 73.
928 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 74.
929 **Eck/Ikas**, in: Gordion Hasselblatt ve arkadaşları, **Münchener Anwalts- Handbuch Gewerblicher Rechtschutz**, 2.Auflage, München 2005, 18 N.117.
930 **Berlit**, **Vergleichende Werbung**, N.212.

ABAD tarafından, bir karşılaştırmalı reklamda rakibin isminin, tanıtıcı işaretinin veya ticarethanesinin gösterilmesi[931] ve rakibin fiyat listesinin yayınlanması rakibin kötülenmesi olarak değerlendirilmemiştir[932]. Aynı şekilde Frankurt Bölgesi Mahkemesi de, "*Siz hala T-Müşterisi misiniz? Öyleyse size çok büyük bir fırsat sunuyoruz*" ifadesini rakibi kötüleyici bulmamıştır[933].

Karşılaştırmalı reklamda rakibin kötülenmesi eyleminin her halükarda hukuka aykırı görülmesi isabetli değildir. Zira alıngan bir bakış açısıyla, reklamda rakibe yönelik her eleştiri rakibin kötülenmesi olarak değerlendirilebilecektir. Oysa rakibin olumsuz özelliğinden her söz ediliş, onun kötülenmesi anlamına gelmez. Aksi halde, her eleştirinin rakip üzerinde olumsuz etkisi olacağından, eleştirel nitelikli karşılaştırmalı reklamları kabul edilemez olarak görmek gerekirdi. Böyle bir sonuç ise karşılaştırmalı reklamı kural olarak kabul edilebilir bir ticarî faaliyet olarak gören Yönerge 'deki temel amaçlarla bağdaşmayacaktır. O halde temel ölçüt, karşılaştırmalı reklamda "**haksız ve gereksiz yere rakibi ya da sahip olduğu varlıkları kötüleme**" olarak kabul edilmelidir[934]. Yönerge 'deki "rakibin kötülenmesi" tabirini karşılaştırmalı reklam lehine dar yorumlamak ve hoşgörü sınırını olabildiğince geniş tutmak gerekir[935]. Hangi hallerde gereksiz yere kötülemenin söz konusu olduğunun her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir.

Alman uygulamasında, reklam karşılaştırmalarında rakiplerin genel bir ifadeyle değerlendirilmeleri kabul edilebilir görülmemektedir. Rakiplerin eleştirisinin meşru görülmeleri için mutlaka objektif bir şekilde ispatlanabilir olması gerekmektedir. Bu nedenle reklam ifadelerinde, "bizim değerli

---

931 ABAD, **Pippig Augenoptik / Hartlauer**, N.83, 84. Somut olayda, rakibin aynı ürünü çok daha pahalıya sattığından söz edilerek isim ve markasının yanında, işyerinin dıştan görünümüne dair fotoğraflar da reklamda halka gösterilmişti.

932 ABAD, **Lidl Belgium / Colruyt**, N.26 ve 36; ABAD, **Lidl / Vierzon**, N.59 – 62; **GRUR** 2002, 72 vd.-Preisgegenüberstellung im Schaufenster.

933 OLG Frankurt **GRUR**-RR 2003, 198, 200.

934 BGH **GRUR** 1999, 501, 502 – Vergleichen Sie.

935 **Sack**, **WRP** 2001, 327-349.

kahvemiz, en iyilerin en iyisinden daha lezzetlidir"[936] veya "Sixt'i pahalıya tercih ederim"[937] gibi söylemler rekabet hukukuna aykırı olarak görülmektedir.

Eleştirel karşılaştırmalı reklamın kabul edilebilirliği için, yapılan eleştirinin aşağılayıcı ve küçültücü boyutlara ulaşmamış olması gerekir.

BGH'nin önüne gelen bir davaya konu olayda, rakip bir firma tarafından PC fiyatlarında özel indirim yapıldığı iddiasıyla bir gazeteye verilen reklamı, ucuza satıldığı söylenen PC'yi işaretle "*Bu PC bizde normal fiyattan satılıyor*" şeklindeki kendi reklamıyla birlikte yan yana asmıştı. Yüksek mahkeme kararında, davalının bu yaklaşımının agresif bir fiyat reklamı olduğunu, ancak tüketicilere olumsuz bir etkisinin bulunmadığını ve rakibin kötülenmesi anlamına gelmediğini belirtmiştir[938].

Deutsch Telekom'un bir reklamında rakibi konumunda olan "**Mobilcom**" şirketini hedef alır şekilde "*Tam olarak (isminiz) ne demiştiniz! Mogelcom?(Sahtekâr-)*" şeklindeki sloganda, rakibe yönelik açık bir aşağılama söz konusudur. Zira bu sloganın hiçbir şekilde objektif bir değerlendirmeye katkısı bulunmamakta, tam tersine sübjektif bir değer yargısı içermektedir. *Rakibe hakaret eylemini haksız ve kabul edilemez görmek için herhangi bir şartın varlığına gerek bulunmamaktadır*. Zira böylesi bir durumda ne hedef kitlenin menfaatinin korunması ihtiyacı, ne de reklam verenin desteklenmeye değer menfaati söz konusudur[939].

---

936 BGH **GRUR** 1973, 658 vd. – "Probierpreis; BGH **GRUR** 1985, 982 vd. – " Großer Werbeaufband".

937 OLG Hamburg 1992, 531 – "Lieber zu Sixt als zu teuer; **Baumbach / Hefermehl**, 22.Auflage, §1 N.22

938 BGH **GRUR** 2002, 72 vd.-Preisgegenüberstellung im Schaufenster

939 **Erdoğan**, s.140.

Buna karşılık İngiliz uygulaması bu konuda daha liberal kararlar vermektedir. Davaya konu olayda, İrlanda havayolu şirketi Ryanair, "Expensive BA" ve "Expensive ba….ds" başlıkları altında Guardian gibi yüksek tirajlı gazetelerde yayınlanan reklam kampanyaları yürütmüş, reklamda ayrıca rakip havayolu şirketi "*British Airways'in kendilerinden 5 kat daha pahalı fiyata yolcu taşıdığını*" iddia etmişti. Reklamda kullanılan "ba….ds" ifadesiyle kastedilen ibarenin "bastards" (piçler) anlamına geldiği anlaşılmaktaydı. Ryanair bilahare yargılama sırasında "ba….ds" ibaresini reklamlardan çıkarmıştı. İngiliz Yüksek Mahkemesi, karar tarihi itibariyle 97/55 sayılı Karşılaştırmalı Reklam Yönergesindeki, "rakibi kötüleme" yasağına rağmen, bir kısım ifadelerin sonraki reklamlarda çıkarılmış olmasını da nazara alarak reklamı hukuka uygun bulmuş ve BA şirketini yargılama giderlerini ödemekle yükümlü tutmuştur. Mahkeme kararının gerekçesinde, rakibin zaman zaman 3 kat daha pahalıya bilet sattığının kanıtlandığı, "5 kat daha pahalı bilet sattığı" iddiasının abartılı benzetme yoluyla gerçeğin ifadesi olduğu ve bu nedenle aldatıcı olmadığı ifade edilmiştir[940].

Bir eleştirel karşılaştırmalı reklamın rakibi haksız kötüleme olarak görülebilmesi için, bir yandan reklam verenin reklamda karşılaştırma yapmadaki menfaati, diğer yandan da rakibin kendisinin hor görülmemedeki menfaatinin birlikte gözetilmesi, yani *orantılılık ilkesine göre hareket edilmesi* gerekir. Karşılaştırmalı reklam çerçevesinde eleştirel bir yaklaşım içinde rakibinkilere oranla kendi mal ve hizmetlerinin olumlu yanlarının gösterilmesi, tek başına kötüleme olarak nitelenemez. Bir eleştirel reklamda küçültücü veya aşağılayıcı bir ifadenin varlığını tespit için karşılaştırmalı reklamın makul olup olmadığına bakmak gerekir. Eğer eleştirideki amaç, kendisinin piyasaya

940 High Court of Justice (Chancery Division), [2000] EWHC Ch 55, 05.12.2000 – British Airways vs. Ryanair. Bkz. 20.10.2000 tarihli Guardian gazetesi, http://www.guardian.co.uk/uk/2000/ dec/ 06/transport.world2, s.y., 16.04.2011. Olaya ilişkin görsel öge için bkz. www.marketingweek.co.uk, s.y., 10.10.2012.

sunduğu mal ve hizmetlerin rakibinkilere göre daha üstün olduğunu ifade etmek ise, makul bir karşılaştırmadan bahsedebiliriz[941]. Eleştirel karşılaştırmalı reklamda rakip, kendisinin olumsuz yanlarının gösterilmesini hoş görmelidir. Elbette her karşılaştırmalı reklamın rakip üzerinde bir takım olumsuz etkileri olacaktır.

Karşılaştırmalı reklamda rakibe yönelik eleştirilerin "kötüleyici" nitelikte olduğunu söyleyebilmek için, yapılan karşılaştırmanın rakip üzerinde olumsuz bir etki bırakması yanında, reklam karşılaştırmasının *gerekli ve önemli olanın üzerinde*, orantılılık ilkesi aşılarak rakibin kötülenmesi veya yapılan değerlendirmenin objektif olmaması gerekir[942]. Rakip hakkında, doğru olmayan veya doğruluğu ispatlanamayan iddialar içeren karşılaştırmalı reklam her halükarda kabul edilemez niteliktedir.

Karşılaştırmalı reklamda, rakibe yönelik eleştirilerin rakibi haksız yere kötüleme olarak nitelenebilmesi için bu konuda;

(1) Rakiplere yönelik kötüleyici ifadelerin, tüketicilerin bilgilendirilmesi ve böylelikle ticari pazardaki şeffaflığın iyileştirilmesi amacına hizmet edip etmediğine,

(2) Rakibin ya da ürünlerinin gereksiz ifadelerle eleştirilip eleştirilmediğine, yani gerekli olandan daha fazla söz sarf edilip edilmediğine,

bakılması gerekir[943].

Şüphesiz, karşılaştırmalı reklamda sunulan bilginin tüketicinin kararına etki edecek nitelikte olması gerekir. Tüketicinin kararına etki eder nitelikte yararlı bilgi içermeyen, rakibi kötüleyen reklam karşılaştırmalarının, gerçeğe uygun bilgi taşısa bile hukuka uygun olduğu söylenemez. Keza rakibin ürettiği, üretim hatası bir ürünü elde ederek o ürünü kötülemek, o somut ürün yönünden objektif doğruluk içerse bile, ürün geneli yönünden objektif

---

941 BGH **WRP** 1997, 182 vd. –Aussehen mit Brille; ZJW 1998, 2008 vd. – Testpreis Angebot.

942 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 76; **Gloy/Bruhn**, 1998, 226, 237; **Sack**, **GRUR Int.** 1998, 263, 272; **Tilmann**, **GRUR** 1997, 790; BGH **WRP** 1999, 414, 416 – vergleichen Sie; **GRUR** 2002, 72 vd.-Preisgegenüberstellung im Schaufenster.

943 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 76.

olmayan bir bilgi sunumu ve rakibin haksız yere kötülenmesi olarak görülmelidir[944]. Gerçeğe uygun olmayan bilgilerle rakibe yöneltilen eleştiriler her zaman için rakibin gereksiz yere kötülenmesi olarak kabul edilir.

Yönergenin 4/1 (d) maddesindeki "rakibin gereksiz yere kötülenmesi" kavramının dar, kabul edilebilirlik şartlarının geniş yorumlanması gerekir. Zira reklam sadece bir bilgilendirme aracı değil, aynı zamanda rekabeti destekleme aracıdır ve ancak bu sayede reklamın rekabetin desteklenmesinde önemli ve etkili bir araç olduğu anlaşılacaktır.

c. Reklamda Mizah ve İroni

Bir reklamın etkili olması sadece ifade edilen sözlere değil aynı zamanda ifadenin başarısına da bağlıdır. Bu anlamda reklam, önemli ölçüde mizah ve şakadan beslenir[945]. Hedef kitleye mensup kişilerin dikkatlerini çekebilmek için reklamda mizah ya da ironi yöntemi kullanılır. "**Mizah**" ibaresi "*gülmece*", "**ironi**" ibaresi ise "*söylenen sözün tersini kastederek kişiyle veya olayla alay etme*" olarak tanımlanmıştır[946]. Esasen mizah daha geniş bir kavram olup, ironi ise bir mizah çeşididir. Reklamda mizah veya ironinin olabildiğince hoş görülmesi gerekir. Zira mizahi veya ironik üslup, hedef tüketici kitlesinin zihninde daha kalıcı yer bırakır. Tüketiciler bakımından canlı ve etkili bir reklam yöntemi olarak görülür. Faydalı rekabet için de önemli bir vasıtadır. Bununla birlikte reklam karşılaştırmasında faydalı rekabet ortamı için hangi ölçüde ironi kullanılabileceğinin tespiti gerekir.

Bir reklamda ironi kullanılması durumunda, hiçbir şekilde rakibin aşağılanması söz konusu olmamakta, daha çok şakacı bir yaklaşımla rakip

---

944 **Piper/Ohly**, **UWG** § 6 N. 67.
945 **Freund**, s. 139; **Eck/Ikas**, **WRP** 1999, 251, 269.
946 TDK Büyük Türkçe Sözlük, http://tdkterim.gov.tr/bts/, s.y., 15.04.2011.

ya da sahip oldukları yabancılaştırılmaktadır[947]. Hedef kitle de böyle bir reklamda *imalar içeren bir ironi* kullanıldığının farkındadır[948].

Temel olarak, bir reklam karşılaştırmasında ironi kullanılması kabul edilebilir olmalıdır. Zira reklam büyük ölçüde ironi ve mizahtan beslenir[949]. Bir reklamın oluşturulma şeklini kısıtlamak tüketicinin bilgilendirilme ihtiyacına hizmet etmeyecektir. Ayrıca bu, karşılaştırmalı reklamı temelde kabul edilebilir gören Yönergenin amacına da uygun olmayacaktır. Zira eğlence içermeyen, büsbütün doğruları anlatan bir reklam hedef kitleye çok sıkıcı gelecek, *tıpkı bir haber programına dönecektir*. Tüketiciler bugüne değin artan bir şekilde şakacı ve belirli yönlendirmeler içeren reklamlara alışıktır. Öyle ki reklamdaki ifadeleri kelimesi kelimesine doğru kabul etmemekte, tam tersine buradaki ifadeleri rekabetin canlı örneği olarak görmektedir[950]. Bu nedenle mizah, şaka veya ironi içeren reklam karşılaştırmaları, hedef kitlenin dikkatini çekme ve gülümsetme amaçlı olduğu ama rakipleri gülünç duruma düşürmediği ve onların fiyatlarıyla alay etmediği sürece, rakipleri kötüleyici olarak kabul edilmemelidir[951]. Diğer bir tabirle, ortalama tüketici kitlesinin reklamda kullanılan mizahi üslubu ciddiye alıp almadığı önem taşımaktadır[952]. Ancak gerek AİHS 10 ve 11 maddesindeki fikir ve ifade hürriyeti, gerekse de karşılaştırmalı reklam lehine olan yorumun tercih edilmesine dair Yönergenin 8 no'lu başlangıç maddesi karşısında, reklamda mizah ve ironi kullanılmasını kısıtlayıcı yorumlardan mümkün olduğunca uzak durulmalıdır[953]. Bununla birlikte bu *özgürlüğün, rakiplere sövme ruhsatı olarak yorumlanması da doğru değildir*[954].

---

947 **Erdoğan**, s. 140.

948 **Eck/Ikas**, **ZLR** 2000, 956; farklı yorum için bkz. **Berlit**, **Vergleichende Werbung**, N.214.

949 **Eck/Ikas**, **WRP** 1999, 251, 269.

950 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 76.BGH **GRUR** 2002, 982 vd. – "Die Steinzeit ist vorbei"; BGH **GRUR** 2002, 72 vd.-Preisgegenüberstellung im Schaufenster.

951 BGH **GRUR** 2002, 828, 829 –Lottoschein;

952 Stefan Koos, "Vergleichende Werbung und die Fesseln der Harmonisierung Erweiterungen des Zulässigkeitsbereichs vergleichender Werbung im Lichte der Richtlinie 97/55/EG", **WRP** 9/2005, 1096, 1102.

953 **Köhler**, **GRUR** 2005, 273, 276.

954 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 76.

Söz gelimi bir reklamda, "Lufthansanın pantolonlarını indirin" ifadesinin kullanılması rakip havayolu şirketlerine açıkça hakaret olarak görülmelidir[955]. Zira bu reklamdaki ifadede ne zararsız bir sözcük oyunu ne de mizahi bir yaklaşımdan söz edilebilir. Elbette bu reklamda bir yere kadar mizah, ya da ironiden bahsetmek mümkündür. Ancak reklamda mizah yapma hakkı, rakibe hakaret hakkı olarak yorumlanamaz[956].

Yine ahşap malzemeden ev üreten bir firmanın reklam sloganında kullandığı "*Taş devri sona erdi*!" sözcüğünü kullanması üzerine tuğlayla ev yapan rakip firmaların kötülendiği gerekçesiyle açılan dava sonunda BGH, reklamda kullanılan ifadenin rakipleri haksız yere kötüleme unsuru içermediğine karar vermiştir[957].

Rakibin reklam karşılaştırmasında gülünç duruma düşürülmesi, utandırılması veya ürünleriyle alay edilmesi ve ihtiyacı karşılayamaz şeklinde gösterilmesi hallerinde gereksiz ve haksız bir kötülemenin varlığından söz edebiliriz[958]. Zira tüketicinin bilgilenme ihtiyacı, karşılaştırmalı reklamda rakip hakkında her türlü olumsuz etki uyandırılmasını meşru göstermeyecektir. Zira rakiplerin korunması da Yönergenin ana hedeflerinden birisidir.

Reklamda rakip firmaların "*Kaybedenler*" başlığı altında gösterilmesi, mizahi üslubun ötesinde ve rakipleri kötüleyici bulunmuştur[959].

Bir mizah veya ironinin reklam karşılaştırmasında haksız bir şekilde kullanılıp kullanılmadığı, her bir somut olaydaki şartlara göre ve hedef tüketici kitlesinin bakış açıları dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Rakibi kötülemenin hangi saikle gerçekleştiğinin bir önemi yoktur. Kötülemenin illa

---

955 **Erdoğan**, s. 145; **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 76. Hava yolu şirketlerinin internet üzerinden yaptıkları birçok reklamda bu ifade (Sie ziehen Lufthansa die Hosen aus) kullanılmaktadır. Bkz. http://reisen.ciao.de/ Ryanair__Test_2268154 , s.y., 10.10.2012. Söz konusu reklamda bu ifade tüketici görüşü olarak internet sitesinde barındırılmaktadır.

956 Örnek için bkz. **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 76.

957 BGH **GRUR** 2002, 982 vd. – "Die Steinzeit ist vorbei"

958 **Sack**, **WRP** 2001, 327, 346 vd; **Eck/Ikas**, **WRP** 1999, 251, 270; **Eck/Ikas**, **WRP** 1999, 772 vd.

959 OLG Hamburg **GRUR**-RR 2002, 112 – Verlierer.

sözcüklerle olması gerekmez. Çeşitli semboller veya resim ve görüntüler kullanarak da rakibin kötülenmesi söz konusu olabilir[960].

BGH'nin yakın tarihte verdiği bir karara konu TAZ (Tageszeitung) gazetesinin TV reklamında; bir müşterinin gazete satın almak amacıyla geldiği büfede Bild gazetesinin isim ve logosunun göründüğü, müşterinin büfeciye "Bana bir gazete ver" dediği, onun da Bild gazetesi uzatması üzerine müşterinin "Ben gazete istiyorum" diyerek geri çevirmesi olayıyla ilgili olarak Bild gazetesi, yapılan reklamın *haksız karşılaştırmalı reklam* olduğu iddiasıyla dava açmış yerel mahkeme ve bölge mahkemesi davacıyı haklı bulmuştu. Ancak BGH kararında, "reklamda rakibin veya ürünün ironik ve şakacı bir üslupla gösterildiği, rakiple alay edilmediği ve gülünç duruma düşürülmediği, hedef kitlenin reklamda yer alan ibareleri ciddiye de almayacağı, bu nedenle rakibin kötülenmesinden söz edilemeyeceği" gerekçesiyle yapılan karşılaştırmalı *reklamı hukuka uygun bulmuş* ve alt mahkeme kararlarını bozmuştur[961]. Son karar, Alman uygulamasının, Yönerge 'deki "karşılaştırmalı reklam lehine görüş" yaklaşımına uygun olarak, daha da yumuşadığını göstermektedir.

d. "Kötüleme" Çeşitleri

Bir karşılaştırmalı reklamda rakibin kötülenmesi, ya rakibin uyguladığı *fiyatların*, ya satışa sunduğu *mal ve hizmetlerin kalites*inin ya da *şahsi veya ticari özelliklerinin* kötülenmesi şeklinde tezahür edebilir[962].

---

960 OLG Köln **NJW**E-WetbbR 1999, 277.

961 BGH, I ZR 134/07 sayı, 01.10.2009 tarih, - Gib mal Zeitung, http://juris.bundesgerichtshof.de s.y., 16.08.2011.

962 **Sack**, RWW § 3.2 N.678; **Berlit**, **Vergleichende Werbung**, N.200; **Freund**, s.135 vd; **Eck/Ikas**, **WRP** 1999, 772 vd.

(1) Rakibin Fiyatlarının Kötülenmesi

Karşılaştırılabilir ürünlerle ilgili olarak tek başına fiyat karşılaştırmaları rakibin küçültülmesi ya da aşağılanması olarak görülemez[963]. Almanya'nın başlangıçta Yönergeye karşı çıkış gerekçeleri arasında "fiyat karşılaştırmalarına izin veriliyor olması" da bulunmaktaydı[964]. Kendi fiyatlarını, daha yüksek olan rakibe ait fiyatlarla karşılaştırırken yapılan cezbedici vurgular her reklam karşılaştırmasında olabilecek makul davranışlar olup Yönergenin bakış açısına da uygun niteliktedir. Bir ürüne ilişkin cazip fiyatlar hakkında bilgi sunmak, hem tüketicilerin bilgilenme hakkına, hem de rekabetin desteklenmesine hizmet edecektir. Göreceli olarak uyguladığı fiyat yüksek olan tacirin, kendi fiyatlarının gizli kalmasını ve pazardaki başka katılımcılar tarafından da ifşa edilmemesini bekleme hakkı yoktur. O nedenle bir tacirin piyasadaki aynı ürünler yönünden kendisinin ucuzluk başlattığını duyurması, diğer tacirlerin haksız olarak kötülenmesi olarak değerlendirilmemelidir[965]. Bir tacirin rakiplere oranla, kendisinin uyguladığı daha cazip fiyatı müşterilerine duyurması, o tacirin ticari özgürlüğü kapsamında mütalaa edilmelidir[966]. Ortalama fiyatlar (average prices) baz alınarak yapılan, "*Bizim fiyatlarımız rakibin fiyatlarına oranla % … oranda daha ucuzdur"* gibi fiyat karşılaştırmalarının yasaklanması, *Yönerge 'deki kanun koyucunun amacıyla bağdaşmayacaktır*[967]*.* Ancak Divan, bu gibi fiyat karşılaştırmalarının objektif ve denetlenebilir olması koşuluyla hukuka uygun olduğunu, yani hangi ürünlerin fiyatları baz alınarak bu ucuzluk oranına ulaşıldığının reklamda ifade olunması gerektiğini ifade etmiştir[968].

---

963 BGH **GRUR** 1999, 501 vd. – Vergleichen Sie

964 Eva Marina Bastian, "Comparative Advertising in Germany - Present Situation and Implementation of EC Directive", **EIPR** 2000, s.156.

965 BGH **GRUR** 2002, 72 vd.-Preisgegenüberstellung im Schaufenster.

966 ABAD, **Pippig Augenoptik / Hartlauer**, N.81.

967 ABAD, **Lidl Belgium / Colruyt**, N.51 – 53.

968 ABAD, **Pippig Augenoptik / Hartlauer**, N.81.

Üzerinde tartışılması gerekli bir diğer nokta da **"no-name"** olarak da tabir edilen tanınmamış ucuz ürünlerin piyasada yer alan markalı lüks ürünlerle fiyat karşılaştırmasına konu edilip edilmeyeceğine ilişkindir.

Bir bakış açısına göre, böyle bir karşılaştırmaya izin verilmemelidir. Her ne kadar her iki ürün de temel işlevler yönünden birbirleriyle kesişiyor ise de, yüksek fiyat farkı nedeniyle bu iki ürünün birbirinin yerini tutması mümkün değildir. Karşılaştırmaya konu yapılan ürünlerin öncelikle birbirinin yerini tutabilme özelliğinde olup olmadıklarına bakmak gerekir. Bunun için de sadece ürünlerin özellikleri değil, aynı zamanda ekonomik yönden kullanım amaçları ile fiyat konumları da dikkate alınarak karşılaştırma yapmaya müsait olmalıdır[969].

Diğer bakış açısına göre, her iki ürünün işlevlerinin de aynı olduğu, aynı ihtiyacı karşıladığı ve aynı amaca yönelik olduğu gözetilerek bu iki ürünün birbiriyle fiyat karşılaştırmasına konu edilebileceği ifade olunmuştur[970]. Ucuz ürünlerin de aynen lüks ürünler gibi farklı bir alıcı kitlesi bulunması "aynı ihtiyacı karşılama" özelliğini değiştiremez[971].

Stuttgart İstinaf Mahkemesi, eczacılık (Drogerie) alanında markasız ürünlerin markalı ürünlerle karşılaştırılmasını kabul edilebilir bulmuştur[972]. Reklamda, markasız bir ilacın aynı etkiye sahip markalı olanlara oranla çok daha ucuza satışa sunulduğu ifade edilmişti. Bu tarz karşılaştırmalarda özellikle reklamda kullanılan ifade ile karşılaştırmanın boyut ve çerçevesi konusunda hata yapılmamasına özen gösterilmesi gerekir[973]. Markalı olan ürünler ile markasız olanlar arasında karşılaştırmanın kabul edilemez görülmesi, piyasaya yeni giren rakiplerin piyasaya girişlerini zorlaştıracaktır. Bu durum ise ne rekabeti destekleyecek ne de ticari pazarda şeffaflık ile tüketicinin bilgilendirilmesi amacına hizmet edecektir[974].

---

969 **Menke**, **WRP** 1998, s. 811, 822.
970 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 78.
971 **Buck-Freytag**, s.59, 60.
972 OLG Stuttgart **NJW**E – WettbewerbR 1999, 98 vd.
973 OLG Hamburg **GRUR**-RR 2002, 169, 171.
974 **Erdoğan**, s.96.

Markasız bir (no-name) malın fiyatının markalı malınki ile karşılaştırılması rakibin itibarının azaltılması ya da kötülenmesi olarak algılanmamalıdır[975]. Aksi yorum ve düşünce, Yönerge 'deki tüketicilerin bilgilendirilmesi ve ticari pazardaki şeffaflığın arttırılması yönündeki merkezi düşünceye aykırı olacaktır[976]. Esasen hedef kitleye mensup kişiler, özdeş veya birbirinin yerini alabilecek başka ürünlerin piyasada farklı fiyatlarla satıldığının bilincindedir. Ancak tüketiciler fiyat karşılaştırmalarını rakiplerin küçültülmesi veya aşağılanması olarak algılamaz ve yüksek fiyatları da her zaman sebepsiz bir pahalılık olarak görmezler. Tam tersine rekabet sisteminin işlemesi olarak görürler. Yüksek fiyat birçok durumda kalitenin ve prestijin emaresi olarak algılanır. Yüksek fiyatlı ürünle yapılan karşılaştırmalar, çoğu zaman aslında o ürünün tanıtılması, hatta övülmesi anlamına da gelebilir. Zira tüketiciler çoğu zaman bir ürünün pahalı olması altında yatan sebebi, o ürünün daha kaliteli olmasına yorabilirler. Diğer yandan bu şekildeki fiyat karşılaştırmaları, yüksek fiyatla mal satan rakiplere de ürünleri kaliteli olduğu için fiyatlarının daha yüksek olduğu savunmasını yapma, ya da gerçekten mevcut kalitesini yükseltme imkânı tanıyabilir. Bu tür etkiler ise, Yönergenin hedeflediği işleyen rekabet sistemini destekler.

Reklam verenin mal veya hizmetlerine ait fiyatın rakibinkilere oranla daha cazip olduğunu söylemesi kabule şayandır. Ancak reklamda somut bir rakibin somut fiyatları yerine, *genel bir fiyat karşılaştırması* yapılması (pauschal), rakibin fiyatları hakkında "kabul edilemez fiyat", "aşırı pahalı" (schweinteuer) gibi ölçüsüz değerlendirmelerde bulunulması rakibin haksız kötülenmesi (küçültülme) olarak kabul edilebilir[977]. Bununla birlikte bir reklamda, rakibin indirimli fiyatının, kendi sattığı normal fiyatın da üzerinde

---

975 BGH **GRUR** 1999, 501 vd. –Vergleichen Sie; **Sack**, **GRUR Int.** 1998, 263, 272; **Piper/Ohly**, **UWG** § 6 N.66.

976 **Erdoğan**, s. 174.

977 **Erdoğan**, s. 147.

olduğunun ifade edilmesi, BGH tarafından genel fiyat kötülemesi olarak görülmemiştir[978].

Bir otomobil üreticisinin reklamında kullandığı "*S için en iyi reklam rakiplerimizin fiyatlarıdır*"[979] şeklindeki slogan, yerel ticaret mahkemesi (Kammergericht) tarafından rakiplerin haksız şekilde küçültülmesi olarak görülmüştür. Zira rakiplerin fiyatları genel bir ifadeyle "çok pahalı" şekilde gösterilmiştir.

Buna karşın, İngiliz Yüksek Mahkemesi British Airway – Ryan Air davasında, Ryan Air'in "Pahalı BA (British Airways)", "Pahalı ba….ds", "Bizden 5 kat daha pahalı uçuruyorlar" şeklindeki reklamı hukuka uygun bulmuştur[980]. Özellikle "Expensive ba….ds" ibaresindeki "ba….ds" sözcüğünün "bastards" (piçler) sözcüğünü çağrıştırdığı açık olduğu halde, hakaretamiz şekilde fiyat karşılaştırmalarına izin vermesi oldukça dikkat çekicidir. İngiliz mahkemelerinin bu konuda oldukça liberal, Alman mahkemelerinin ise daha sıkı bir yaklaşım içerisinde olduğunu ifade etmek gerekir.

(2) Rakibin Mal veya Hizmet Kalitesini Kötüleme

Rekabet olunan mal veya hizmetlerin kalitesinin kötülenmesi, ya doğruluğu ispatlanamayan eleştirel bir sloganla ya da imalı bir sözle rakip ürünlerin değerinin düşürülmesi şeklinde söz konusu olabilir[981]. Özellikle rekabet olunan bir ürünle ilgili "*düşük kaliteli*" veya "*modası geçmiş*" gibi iddialarda bulunmak böyle bir intibanın oluşması için yeterlidir. Her eleştirel kalite karşılaştırmasında aslında bir miktar rakibin küçültülmesi söz

---

978 BGH **GRUR** 2002, 72 vd.-Preisgegenüberstellung im Schaufenster; **Piper/Ohly**, **UWG,** § 6 N. 68.

979 KG **WRP** 1999, 339 vd; **Köhler**/**Piper**, § 2 N.56

980 High Court of Justice (Chancery Division), [2000] EWHC Ch 55, 05.12.2000 – British Airways vs Ryanair. Bkz. 20.10.2000 tar. Guardian gazetesi, http://www.guardian.co.uk/uk/2000/dec/06/transport.world2, s.y., 16.04.2011.

981 **Borck**, **WRP** 1986, 365 vd; **Menke**, **WRP** 1998, s. 811 vd; **Sack**, RWW § 3.2 N. 678.

konusudur. Önemli olan rakibin karşılaştırmalı reklamda haksız olarak eleştirilmemesidir[982]. BGH, Testpreis-Angebot kararına konu olayda, tenis raketleri satıcısı davalı reklam verenin bir reklamda kullandığı "*Biz sizin ucuz grafit-fiberglas raketler alacağınızı düşünmüyoruz*" ifadesini, **rakiplere yönelik genel kötüleme** olarak değerlendirmiştir[983]. Zira rekabet olunan grafit raketler, reklamda kullanılan "ucuz" ifadesiyle *daha düşük değerli ürünler* olarak gösterilmiştir. Bu tip reklamlar, rakipleri çok daha pahalı ve daha değersiz göstermektedir.

Bir rakibe yönelik gerçeğe aykırı veya ölçüsüz ağır hakaretler söz konusu ise, bu karşılaştırmalar her halükarda "küçültücü" olarak kabul edilir. Münih İstinaf Mahkemesi'ne konu bir olayda; bir eczanenin "*Ayın pisliği (Scheißes des Monats – Präparate.) Hiç tavsiye edemeyiz*" yazılı vitrin reklamında yer alan ibareyle beraber "terkiple hazırlanan (preparat) ilaçlara ait paket görüntüleri" Mahkeme tarafından "**aşağılayıcı**" olarak değerlendirilmiştir[984]. Reklam veren bu olayda rakip ürünler yönünden utanç verici bir ölçüde eleştiride bulunmuştur. Reklam yapmak için bu tarz bir davranışta bulunmak gerekmediği gibi, müşterileri bilgilendirici de değildir. Yine çeşitli mahkeme kararlarında, rakibin piyasaya sürdüğü mallar hakkında "Mist (dışkı)"[985], "Göz boyama aracı"[986] gibi sıfatların kullanılması hukuka aykırı olarak kabul edilmiştir. Rakibe ait malların haksız bir şekilde "taklit" veya "sahte" olarak tanımlanması da rakibe ait malların haksız yere kötülenmesi olarak görülmelidir[987].

Bununla birlikte, bir karşılaştırmalı reklamda sadece kendi ürününün üstün yönlerini gösteren, kendi ürünlerinin daha iyi kalitede olduğu iddiasını içeren ifadeler rakip ürünlerin kötülenmesi olarak değerlendirilmemelidir[988].

---

982 **Piper/Ohly**, **UWG,** § 6 N. 68.
983 BGH **GRUR** 1998, 824 vd. – Testpreis-Angebot; **Sack**, **WRP** 2001, 346; **Piper/Ohly**, **UWG,** § 6 N. 68.
984 OLG München **NJW**- RR 1997, 105 vd. –Der Scheiß des Monats.
985 OLG Köln **WRP** 1985, 233.
986 BGH **GRUR** 1964, 392 – Weizenkeimöl.
987 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 79.
988 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 79.

Bir reklamda "*Siz hala T'nin müşterisi misiniz? Öyleyse biz size büyük avantaj sağlayan bir teklifte bulunalım*" ibaresinin kullanılması, rakiplerin genel olarak kötülenmesi olarak kabul edilmemiştir[989].

(3) Şahsi ve Ticari Özelliklerin Kötülenmesi

Bir rakibin şahsına ilişkin özellikler onun, yaşı, cinsiyeti, dini, etnik kökeni, sağlığı, eğitimi, mesleki tecrübesi, sabıkası gibi durumlara ilişkin olabilir[990]. "Ticari özelliklerle" anlatılmak istenen ise, rakiplerin yapmış olduğu ticaretle ilgili, mesela; ticari faaliyet yılı, müşteri kitlesi, hizmeti sunuş şekli, ticarethanesinin ciro ve devir sayısı, araştırmalarının büyüklüğü, başarı ödülleri ve nakit durumu gibi bilgilerdir[991]. Bu özellikleri konu alan ve kötüleyici özellikler içeren karşılaştırmalı reklamlar kabule şayan değildir.

Bir reklamda rakibin şahsi özellikleriyle karşılaştırmalı reklam yapmak Yönerge hükümlerine aykırıdır[992].

Bu kural ilk etapta rakipleri korumaktadır. Ancak Yönerge 'deki asıl amacın tüketicilerin bilgilendirilmesi ve rekabetin desteklenmesi olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Rakibin ilk bakışta objektif nitelikte olmayan ticari özellikleri karşılaştırmaya konu edilir ve sunulan bilgiler hedef kitleye mensup kişilere yararlı bilgi mahiyetinde olursa bu defa "rakipleri küçültücü veya aşağılayıcı" tabirini dar yorumlamak daha uygun olur[993]. Böyle bir durumun varlığı ise her somut olayda ayrı ayrı araştırılmalıdır[994].

Bir karşılaştırmalı reklamda rakibin isminin veya logosunun veya diğer tanıtıcı işaretlerinin gösterilmiş olması, rakibin kötülenmesi anlamına gelmez. Zira Yönergenin 15 no'lu başlangıç maddesi uyarınca, bir karşılaştırmalı

---

989 OLG Frankurt **GRUR**-RR 2003, 198, 200.
990 OLG Köln, **GRUR** 1934, 202.
991 **Sack**, **WRP** 2001, 327, 333; **Tilmann**, **GRUR** 1999, 546.
992 **Eck/Ikas**, **WRP** 1999, 251 vd.
993 **Emmerich**, s.94.
994 BGH **WRP** 2001, 1441, 1444 – Preisgegenüberstellung im Schaufenster; **Tilmann**, **GRUR** 1997, 790, 797.

reklamda rakibin isminin veya diğer tanıtıcı işaretlerinin kullanılması marka ihlali anlamına gelmeyecektir. ABAD, bir fiyat karşılaştırmasına konu TV reklamında, pahalı ürün satmakla suçlanan rakibe ait işyerinin dışardan tam bir şekilde gösterilmesi ve logosunun ekrana getirilmesini rakibin haksız olarak kötülenmesi olarak görmemiştir[995]. Aslında eleştirel bir reklamda rakibe ait işyerinin gösterilmesi o rakibe büyük zararlar verecektir[996]. Buna rağmen fiyat karşılaştırması objektif ve denetlenebilir bulunduğu için rakibin işyerinin gösterilmiş olması da Divan tarafından hoşgörü sınırları içerisinde kabul edilmiştir.

Bir doktorun bilimsel ödülleri, bir avukatın şimdiye kadarki dava başarıları, bir çocuk bakıcısının sabıkası karşılaştırmaya konu edilebilmelidir. Bunun yanında hedef kitlenin satın alma kararını etkileyebilecek olan, "Daha önce bir kez iflas eden B'den mal satın almayın!" gibi rakibin değerini ve güvenilirliğini azaltan sözler hukuka uygun görülemez[997]. Bir reklamda rakibin "kaybeden" (verlierer) olarak nitelendirilmesi[998], bir müteahhidin rakibi olan şahıs hakkında "üç defa boşanmış" nitelemesinde bulunması da hukuka aykırıdır[999].

Buna karşılık, "rakiplerin arge yapmadığı" eleştirileri hukuka uygun bulunmuştur[1000]. İngiliz Yüksek Mahkemesi, British Airways / Ryan Air davasında, Ryan Air tarafından yapılan "Bizden 5 kat daha pahalı bilet satıyorlar", "Expensive BA" ve "Expensive ba….ds" şeklindeki reklamı, şaşırtıcı şekilde, rakibin haksız olarak kötülenmesi olarak görmemiştir[1001].

---

995 ABAD, **Pippig Augenoptik / Hartlauer**, N.50.

996 **Ohly**, **GRUR** 2003, 641, 645.

997 **Berlit**, **Vergleichende Werbung**, N. 222.

998 OLG Hamburg **GRUR**-RR 2002, 112.

999 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 80.

1000 BGH **GRUR** 1999, 1100 – Generika-Werbung.

1001 High Court of Justice 05.12.2000 – British Airways vs Ryanair. Bkz. 20.10.2000 tar. Guardian gazetesi, http://www.guardian.co.uk/uk/2000/dec/06/transport.world2, s.y., 16.04.2011.

9. Şampanya Klozuna Uygunluk

2006/114 sayılı Yönergenin 4/1 (e) maddesi uyarınca, coğrafi işaret bildiren ürünlerin adları kullanılarak yapılacak reklam karşılaştırmalarının her halükarda **sadece aynı coğrafi kökene sahip ürünler arasında** olması koşulu getirilmiştir. Bu hüküm, Yönerge görüşmeleri sırasında Fransa'nın ağır baskıları ve dayatması sonucu Yönergeye konulmuştur. Almanya Yönergenin bu hükmünün dar yorumlanması için Yönergeye ilişkin anlaşmaya şerh koymuştur[1002]. Fransa'nın temel amacı ise sadece Fransa'nın Bordo yöresinde üretilen, nitelik itibariyle içerisine gaz katılmış şarap olan şampanya içeceklerinin başkaları tarafından üretilmesi ve pazarlanmasının önüne geçmektir. Bu sebeple öğretide bu hüküm "şampanya klozu" olarak adlandırılmıştır[1003]. Düzenleme, öğretide ve üye ülkeler nezdinde çok tepki toplamıştır[1004].

Yönerge 'deki coğrafi kökene sahip olmayan ürünlerin, coğrafi köken bildiren ürünlerle karşılaştırılması yasağının, aynı zamanda coğrafi köken bildiren ürün sahipleri tarafından, bu nitelikte olmayan ürünlerle karşılaştırma yapmalarını da yasaklayıp yasaklamadığı bakış açısına göre değişebilir[1005]. Ancak ABAD, Yönerge 'deki "karşılaştırmalı reklam lehine yorum" ilkesi gereği, Yönerge 'deki yasak hükmü dar yorumlayarak, bu soruya olumlu cevap vermiştir[1006]. Yani bira üreticileri reklam karşılaştırmasında şampanya ile karşılaştırma yapamayacakları halde, şampanya üreticilerinin ürünlerini bira ya da diğer alkollü içeceklerle karşılaştırmaları mümkündür.

1002 **Bastian**, s.156.

1003 **Piper/Ohly**, **UWG,** § 6 N.11; **Sack**, **WRP** 2002, 363, 367; **Gloy/Bruhn**, **GRUR** 1998, 226-239; **Plassmann**, **GRUR** 1996, 377-381; **Plaß**, **WRP** 1999, 766, 767.

1004 **Sack**, **WRP** 2008, 301, 305; **Eck/Ikas**, **WRP** 1999, 251 vd; **Tilmann**, **GRUR** 1997, 790 vd. Tilmann, bu durumu "talihsiz durum" (unglückfall), **Eck/Ikas** ise "yasak-günah olay" (Sündenfall) olarak nitelemiştir. Bu düzenleme diğer AB ülkelerinin tepkisini çekmiştir. Özellikle Almanya, liberalleşme amacı bulunan Yönerge'nin bu hükmünün ticari pazarın şeffaflığı ilkesine aykırı olduğunu ve sadece marjinal bir kesimin menfaati düşünülerek hazırlanmış ayrıcalıklı bir hüküm olduğunu savunmuştur. Almanya bu düzenlemeyi, 2081/92 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Tüzüğün 13.maddesiyle aynı düzenlemeyi içermesi nedeniyle kendi iç hukukuna almamıştır.

1005 **Sack**, **WRP** 2008, 301, 305.

1006 ABAD, **De Landtsheer / CIVC**, N.70.

Yönerge 'deki bu düzenleme uyarınca, bira ile şampanya ürünleri aynı ihtiyacı karşıladıkları ve birbirlerine rakip oldukları halde, bira ve şarap üreticilerinin yapmış oldukları reklamlarda, "şampanya ürünlerinin aynı metoduyla üretim yapılmıştır", "şampanya bira", "şampanyalı bira" gibi ibarelerle reklam yapmalarının önüne geçilmek istenilmiştir.

Yönergenin 12 no'lu başlangıç maddesi uyarınca, bu koşul daha ziyade coğrafi köken bildiren tarımsal ürünler, özelikle de 510/2006 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunmasına ilişkin AB Tüzüğü[1007] kapsamındaki *menşe ve mahreç işareti taşıyan ürünler yönünden* öngörülmüştür. Coğrafi köken bildiren menşe ve mahreç işaretlerinin ne anlama geldiği, 510/2006 sayılı Tüzüğün 2/2 (a) ve (b) maddesinde açıklanmıştır. Buna göre menşe adı (designation of origin); "*Temel özelliği ve kalitesinin, o yöreye ait tabiat ve insan unsuru ile geleneksel çevre şartlarından kaynaklandığı belirli ve özel bir bölgenin çok istisnai olarak bir ülkenin adıyla anılan bir tarım ürünü veya yiyecek maddesi*" olarak tanımlanmıştır. Buna göre, menşe adı taşıyan ürünler sadece o yörede ve o yörenin insanları tarafından (Anzer Balı, Antep Fıstığı, Malatya Kayısısı) üretilebilecektir. Mahreç işaretleri (geographical indications) ise, "*belirli bir bölge, yer veya ülkenin coğrafi kökeninden kaynaklanan bir kalite veya ünün özelliklerini taşıyan ve o bölgedeki hazırlanış ve işleniş özelliklerine göre elde edilen ürünlere ait tanıtıcı işaret*" olarak tanımlanmıştır. Bu tür coğrafi işaretleri taşıyan ürünlerin (Maraş Dondurması, Gaziantep Baklavası) mutlaka o yörede üretilmesi gerekmez. Ancak tescile bağlanan coğrafi işareti, tescil belgesinde yazılı usul, içerik ve tarifnamesine göre üreten kişiler bu coğrafi işareti kullanabilecektir. Diğer bir anlatımla, herkes kendi anlayışına ve yöntemine göre Maraş Dondurması yapamayacaktır.

Öğretide, Yönerge 'deki aynı coğrafi kökene sahip olmayan ürünlerin coğrafi işaret özelliği taşıyan ürünlerle karşılaştırılmasına ilişkin yasağın fiyat

---

[1007] Council Regulation EC No 510/2006 of 20 March 2006 on the protection of geographical indications and designation of origin for agricultural products and foodstuffs, OJ L 93, 31.03.2005, p.12.

karşılaştırmalarını kapsamadığı, ayrıca ürünlerin elde ediliş kaynakları ve muhafaza şekilleri (alüminyum tank veya ahşap fıçı) yönünden de karşılaştırma yapılabileceği savunulmuştur[1008]. Keza, Yönergenin 4.maddesindeki şartları sadece "kabul edilebilirlik listesi" olarak gören, "yasaklar listesi" olarak görmeyen bakış açısına göre üye ülkeler, Yönergenin bu hükmünü iç hukuklarına aktarmak, dolayısıyla aynı coğrafi kökene işaret etmeyen ürünler arasında da karşılaştırma yapılmasını yasaklamak zorunda değildir[1009].

BGH'nin kararına konu bir olayda davacı, Almanya'nın Solnhofen bölgesinde elde ettiği yöreye özgü doğal taşları estetik hale getirerek "**Solnhofener Platten**" ismiyle ancak tescilli herhangi bir markası olmaksızın pazarlamakta idi. İtalya'da kurulu olan, zemin taşları, seramik ve fayans üretip satan rakip davalı şirket ise, üretip pazarladığı ancak "Solnhofen" bölgesiyle hiçbir alakası bulunmayan bazı ürünlerde "**Pietra di Solnhofen**" ve "**Pietra di Soln**" isimlerini kullanmakta ve Alman pazarına da girmek amacıyla bu isimlere internet reklamlarında tanıtıcı işaret olarak yer vermekteydi. Gerçek Solnhofen taşlarını üreten davacı, bu bölgeden elde edilmeyen ürünler üzerinde bu bölgenin ismini kullanan davalının **bir coğrafi bölgenin ve burada üretilen ürünlerin tanınmışlığından haksız olarak yararlandığını, bu durumun haksız rekabet oluşturduğunu** ileri sürerek söz konusu İtalyan şirketinin reklam ve pazarlama yönteminin önlenmesi istemiyle dava açmıştı. Duesseldorf eyalet mahkemesi davacıyı haklı bulmuş, konu temyiz yoluyla önüne gelen Alman Yüksek Mahkemesi (Bundesgerichthoff) de davacının talebinin yerinde ve haklı olduğuna karar vermiş, davalının coğrafi tanınmışlığı mevcut kullanımının aynı zamanda *tüketicileri aldatma ihtimali de barındırdığını* ifade ederek bölge mahkemesi kararını onamıştır[1010].

[1008] **Eck/Ikas**, **WRP** 1999, 251, 270; **Sack**, **WRP** 2008, 301, 305. Yazar, Yönerge'nin 4.maddesindeki şartları sadece "kabul edilebilirlik şartları" olarak kabul

[1009] **Sack**, **WRP** 2001, 327, 349; **Sack**, **WRP** 2008, 201, 205.

[1010] BGH I ZR 229/03 – "Solnhofener Platten", **IIC** 2007 Heft *5*, 5 October 2006 -

ABAD'ın De Landtsheer kararına konu olayda, Belçika'da faaliyet gösteren Landtsheer firması "Malheur" markası ile çeşitli biraları üretip satmaktadır. 2001 yılında "Malheur Brut Reserve" isimli bir içecek üretmiştir. Ancak üretim metodu, içine gaz katılmış şaraplarla aynıdır. Pazara sunulan bira şişelerinin üzerine, yoğun şampanya üretim yerlerinden biri olan Reim'ı hatırlatan "Reim-France", "brut" (sonbahar), "reserve" (depoda beklemiş) ve "champagnebier" (şampanya bira) ibareli etiket yapıştırmış, etikete "**geleneksel şampanya metoduyla üretilmiştir**" ibaresini yerleştirmiş, ayrıca kendi ürettiği ürünün *çok istisnai ve özel bir ürün olduğunu* ifade etmiştir. Şampanya üreticileri birliği "CIVC", aldatıcı ve haksız karşılaştırma içerdiğini ileri sürdüğü reklamın önlenmesi istemiyle De Landtsheer firması aleyhine dava açmış, Belçika Yüksek Mahkemesi de, Yönerge 'deki "coğrafi köken bildiren ürünlerle, coğrafi köken bildirmeyen ürünlerin karşılaştırmaya konu edilmesi" yasağının kapsamı hakkında ABAD'ın görüşünü sormuştu. Divan konuya ilişkin kararında; Yönergenin 3a (1) (f) maddesindeki düzenlemede coğrafi köken bildiren ürünlerin ancak aynı nitelikleri haiz ürünlerle karşılaştırmaya konu edilebilmesini şart koştuğunu, 2006/1114 sayılı Yönergenin 12 no'lu başlangıç maddesinde de bahsi geçen 2082/92 sayılı (şimdi 510/2006 sayılı) Coğrafi İşaretlerin ve Köken Bildiren Tarımsal Ürünlerin Korunmasına ilişkin AB Tüzüğü'nün 13. Maddesi uyarınca, **tarımsal ürünler ile gıda maddelerine ilişkin olarak** tescili sağlanmış, doğrudan veya dolaylı ticari kullanımı olan coğrafi işaret ve köken bildiren adların *istismar, taklit veya anımsatma* yoluyla kullanımının tamamen yasaklandığına karar vermiş ve ayrıca, karşılaştırmalı reklamlara ilişkin hükümlerin, rakibin tanınmışlığından haksız yararlanmaya ilişkin hükümlerle birlikte ele alınması gerektiği, karşılaştırmalı reklamın ancak rakibin markasının, ticaret unvanın ve diğer tanıtıcı işaretlerin tanınmışlığından haksız olarak yararlanmaması halinde meşru olduğunu ifade etmiştir[1011].

[1011] ABAD, **De Landtsheer / CIVC**, N.47.

ABAD'ın yaklaşım tarzı dikkate alındığında bir reklamda, coğrafi köken bildiren ismin tanınmışlığından faydalanılmadığı takdirde karşılaştırmaya konu edilmesi mümkündür. Mesela tanınmış "Johnnie Walker" viskilerinin şampanyalarla karşılaştırılması mümkün olacaktır. O nedenle köken bildiren ürünlerle karşılaştırma yapılmasının genel olarak yasak olduğu düşünülmemelidir[1012].

10. Başkasının Tanınmışlığından Haksız Yararlanma

a. Genel Olarak

Yönergenin 4/1 (f) bendinde, karşılaştırmalı reklamda "rakibe ait tanıtıcı işaretlerin tanınmışlığından haksız yararlanma" hali yasak yöntemler arasında sayılmıştır. Yönergenin bu bendinde, bizzat rakibin şahsının veya ticari faaliyetlerinin tanınmışlığından değil, rakibe ait marka, ticaret unvanı vb. tanıtıcı işaretlerin tanınmışlığından haksız yararlanılması yasaklanmıştır. Dolayısıyla burada korunan unsur, daha ziyade hedef kitle nezdinde olumlu bir imaja sahip tanınmış işaretlerdir[1013]. Belirli bir tanınmışlık düzeyine ulaşmayan tanıtıcı işaretlerden yararlanma olgusu buradaki düzenlemenin kapsamına girmeyecektir. Rakibe ait tanıtıcı işaretin reklamda sadece zikredilmesi hukuka aykırı değildir[1014].

b. Tanıtıcı İşaretler ve Tanınmışlık

Yönergenin 4 (f) bendinde, tanıtıcı işaretlerden haksız yararlanılması olgusu yasaklanmıştır. Rakibe ait mal ve hizmetlerin kaliteleri veya bizzat şahıslarının tanınmışlıklarından haksız yararlanma, Yönergenin düzenleme

---

1012 Boris Riemer, "Auslegung des Begriffs der "vergleichenden Werbung", **EuZW** 2007, 379.
1013 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 69; **Piper/Ohly**, **UWG,** § 6 N. 60.
1014 ABAD, **Pippig Augenoptik / Hartlauer**, N.37.

kapsamının dışındadır. Rakipler burada doğrudan değil dolaylı olarak korunmaktadır.

"Tanıtıcı / ayırt edici işaretler" (distinguishing marks / Kennzeichens) ibaresi Yönergenin 4 (d), (f) ve (h) bentlerinde düzenlenmiştir. "Tanıtıcı işaret" kavramı Divan tarafından "bir mal veya hizmetin belirli bir tacire ait olduğunu gösteren her türlü işaretler" olarak tanımlanmıştır[1015].

Yönergede bahsedilen tanıtıcı işaretler, her şeyden önce bir tacirin mal ve hizmetlerini başka tacirlerin mal ve hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan "marka" ile bir tacirin ticari faaliyetlerini başka tacirlerin ticari faaliyetlerinden ayırt etmeye yarayan "ticaret unvanı"dır. Bunun dışında tanıtıcı işaret, bir reklam filminde kullanılan bir slogan veya replik, bir ürünün dış görünümü veya tasarımı, hatta bir renk[1016] veya bir üretim ve sipariş kodu[1017] dahi olabilir[1018]. Bir işaretin "tanıtıcı işaret" olarak algılanmasındaki en temel ölçüt, ayırt ediciliği sağlamasıdır. Yönerge kapsamındaki tanıtıcı işaret kavramının varlığı için o işaretin tescilli olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır. Bir işaretin tanıtıcı işaret olup olmadığı, hedef alınan tüketici kitlesinin bakış açısına göre tespit edilmelidir.

ABAD yeni tarihli bir kararında, bir çiçekçilik şirketinin "ticarî dağıtım ağı ve dağıtım hizmetleri" yönünden tanınmış "Interflora" ibareli markasıyla aynı ibareyi içeren "*anahtar sözcüklerin*" (keyword) de koruma kapsamında olduğuna işaret etmiştir[1019].

Yönerge'de kast edilen her tanıtıcı işaretten değil, ancak tanınmışlık düzeyine gelmiş işaretlerden haksız yararlanılması yasaklanmıştır. Burada tanınmışlıktan kast edilen, daha ziyade rakibe ait olumlu tanınmışlıktır[1020]. Kötü yöndeki tanınmışlıktan hiçbir rakip yararlanmak istemeyecek, tam tersine uzaklaşmaya çalışacaktır. Rekabet olunan mal veya hizmetlerin kötü

1015 ABAD, **Toshiba / Katun**, N. 44.
1016 BGH **WRP** 1997, 748 – Grau/Magneta.
1017 ABAD, **Toshiba / Katun**, N. 49.
1018 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 67.
1019 ABAD, 12.11.2011 tarih, C– 323/09 – **Interflora / Marks & Spencer Flowers Online Ltd.**
1020 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 70.

şöhretlerinin reklamda karşılaştırma konusu edilmesine bir engel yoktur. Ancak böyle bir reklam yapılması halinde, rakibin şöhretinden haksız yararlanma hali değil, kendi ürününün üstün yanlarının gösterilmesi söz konusu olacaktır.

Her ne kadar Yönerge'de sadece tanıtıcı işaretlerin ününden haksız yararlanılmasını yasaklanmış ise de, ürünlerin ünü aynı zamanda tanıtıcı işaretlerin tanınmışlıklarını da sağlar. Ürünlerden bağımsız olarak bir tanıtıcı işaretin ününden bahsetmek mümkün değildir. Yani ürünlerin şöhreti ile tanıtıcı işaretlerin şöhreti arasında birbirlerinden ayrılmaz şekilde bir bağ bulunmaktadır.

Tanınmışlıktan haksız faydalanmadan bahsedebilmek için rakibe ait olumlu tanınmışlığın belirli bir düzeye ulaşmış olması gerekir. Aksi halde, olmayan bir ünden faydalanma arzu ve davranışı da söz konusu olmayacaktır[1021].

Bir rakibe ait tanıtıcı işaretin imaj ve saygınlığı, o rakibin ürettiği ürünlerin kalitesi, verimliliği, garanti süresi, servis ağı veya fiyat avantajı gibi **objektif üstünlükten** kaynaklanabileceği gibi, tacirin yaptığı *ticaretin büyüklüğü, yaşı, gelenekleri, başarısı, verimliliği, çevreye ve topluma olan duyarlılığı* vs. gibi duygusal yönlerden öne çıkan **sübjektif üstünlükten** veya kuvvetli ve yoğun tanıtımlardan kaynaklanabilir[1022].

Rakibe ait tanınmış işaretin, tescile bağlanmış bir hak olmasına gerek yoktur. Bu anlamda 2006/114 sayılı Yönerge 'deki tanınmışlıktan istifade şart ve kuralları, 2008/95 sayılı Marka Yönergesindeki "markanın tanınmışlığından haksız istifade" kurallarından ayrılmaktadır[1023].

1021 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 70.

1022 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 70.

1023 **Sack**, **WRP** 2001, 327, 345; **Piper/Ohly**, **UWG,** § 6 N. 6; **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N.67, 70.

c. Tanınmışlıktan Haksız Faydalanma

Bir tanınmışlığın istismarı demek, reklam verenin bir yabancı tanıtıcı işaretin ününe dayanarak kendi ticaretinde bu ünden faydalanmasıdır[1024]. Uygulamada başkasının ününe yaslanma daha çok karşılaştırmalı reklam yoluyla olmakta, hedef kitle reklam verenin ürünü ile tanınmış ürün arasında bir bağlantı olduğunu düşünmektedir. Bu sayede reklam veren, rakibe ait ürünlerin olumlu bir değerini (goodwill) kendi ürününe taşımak suretiyle rakibin ününü istismar etmiş, yani ondan haksız olarak yararlanmış sayılacaktır. Öğretide bu olay **imaj transferi** olarak adlandırılmaktadır[1025].

Reklam verenin ürünü ile rakibin ürünü ne kadar çok birbirine benzer ise, markaları ne kadar çok birbirine örtüştürüyor ise, keza bir rakibe ait tanıtıcı işaret ne kadar çok tanınmış ve ayırt edici karaktere sahip ise imaj transferi ihtimali o derecede fazla olacaktır[1026]. Dolayısıyla bir Loto kartı ile ekonomi gazetesinin müşteri kitlesi arasındaki fark nedeniyle imaj transferi ihtimalinin çok yüksek olmayacağını söylemek gerekir[1027].

Başkasının ününden haksız faydalanma iddiası, reklamın yöneldiği hedef kitlenin görüşlerine göre değerlendirilecektir[1028]. Bilinçli veya uzman kitleye hitap eden karşılaştırmalı reklamda, genel halk kitlesine oranla, daha **az imaj transferi** görülecektir[1029].

Ancak başkasının tanıtıcı işaretinin haksız olarak kullanılması halinde hukuka aykırı bir karşılaştırmalı reklamdan söz edilebilir[1030]. Reklam verenin bir katalogda rakibe ait tanınmış ve orijinal malların sipariş ve ürün kodlarını, kendi sipariş kodlarıyla birlikte bir liste halinde yayınlaması ve bunları

1024 BGH **GRUR** 1991, 465 – Salomon; BGH **GRUR** 193, 692 – Guldenburg; BGH **GRUR** 1994, 732 –McLaaren.

1025 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 71.

1026 BGH **GRUR** 1985, 550 – Dimple; BGH **GRUR** 1991, 465 – Salomon

1027 OLG Hamburg GNUN 2000, 243 – Lottoschein.

1028 BGH **GRUR** 2004, 607, 611 – Genealogie der Düfte.

1029 ABAD, **Toshiba / Katun**, N.52; BGH **GRUR** 2004, 607 – Genealogie Düfte.

1030 **Henning-Bodewig**, **GRUR Int.** 1999, s.385, 388; **Sack**, **GRUR Int.** 1998, 263, 272; **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 71.

karşılaştırması eylemi ABAD tarafından, "eşitlik iddiası" içeren bir karşılaştırmalı reklam olarak görülmüş, rakibe ait tanınmış işaretlerin kullanılmasının haksız olmadığına karar verilmiştir[1031]. ABAD söz konusu kararıyla, gerekli olan hallerde rakibe ait tanınmış marka ve diğer işaretlerin reklam karşılaştırmasında kullanılabileceği ifade etmek suretiyle, Yönerge 'deki "karşılaştırmalı reklam lehine görüş" ilkesine uygun hareket etmiştir.

Başkasının ününden yararlanma, hedef kitleye mensup kişilere, kendi ticari kapasitesi ya da tanıtıcı işaretlerine olumlu bir katkı sağlaması ve bu suretle hedef kitlenin oluşturulan pozitif etki sonucu satın alma kararına yön vermesi halinde haksız olacaktır[1032].

Başkasının ününden haksız yararlanmış sayılmak için, karşılaştırmaya konu mal ve hizmetlerin *üretim kökeni konusunda karışıklığa yol açılması (karıştırma ihtimali) gerekmez*[1033]. Bu konuda yeterli unsur, rakibe ait işaretlerin tanınmışlığından haksız yararlanılmasıdır. Bunun için de hedef kitle nezdinde her iki tarafa ait tanıtıcı işaret arasında bir çağrışım (assoziation / association) meydana gelmesi yeterlidir[1034]. Burada korunmak istenen hakkın özü, rakibe ait tanıtıcı işaretin itibarının ve yüksek ayırt edicilik gücünün zaafa uğratılması, giderek yok edilmesinin önüne geçmektir. Bir reklam karşılaştırmasında rakibe ait tanınmış işaretle karıştırma ihtimaline yol açılıp açılmadığı veya işaretler arasında çağrışım meydana gelip gelmediği hususu her bir somut olayda, hedef tüketici kitlesinin bakış açısı dikkate alınarak kararlaştırılmalıdır.

Başkasının ününden yararlanma ancak karşılaştırmalı reklam yoluyla olmalıdır. Bunun dışında tek başına başkasının ürününü taklit etmek, ününden haksız olarak yararlanma olarak düşünülemez. Ancak bu eylem nedeniyle başka hukuka aykırılıkların olması muhtemeldir.

1031 ABAD, **Toshiba / Katun**, N.31 – 35.

1032 BGH **GRUR** 1981, 142 –Krautmeister; BGH **GRUR** 1983, 247 – Rolly-Royce; BGH **GRUR** 1994, 732 – McLaaren.

1033 Karşı görüş için bkz. **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, N. 71.

1034 ABAD, **Toshiba / Katun**, N.57.

Bir haksız yararlanmadan söz edebilmek için, başkasına ait ayırt edici işaretlerin gereksiz bir şekilde kullanılması gerekir. ABAD bir kararında, başkasının ününden yararlanma konusunda çizdiği sınır, başkasına ait ayırt edici işaretlerin, söz konusu pazarda etkili bir rekabet için kullanılmış olup olmadığıdır[1035]. Yönergenin 14 No'lu Başlangıç maddesine göre, **karşılaştırmalı reklamı etkili (esaslı) kılmak** için başkasına ait tanıtıcı işaretlerin kullanılması mümkündür. Ancak yapılan karşılaştırmanın her halükarda tüketicinin bilgilendirilmesine hizmet etmesi gerekir. Burada belirleyici olan ise, Yönergenin 15 no'lu başlangıç maddesinde izah olunduğu üzere, karşılaştırmalı reklamın Yönerge 'deki kurallara uygun olması, rakibe ait tanıtıcı işaretin sadece *ürünler arasındaki ayırt ediciliği sağlamak ve aralarındaki farka objektif olarak işaret etmek* maksadıyla kullanılması gerektiğidir. Bir yerde başkasına ait tanıtıcı işaretlerin, reklam veren yanında, rakibin ve tüketicilerin menfaatleriyle de dengeli (orantılı) şekilde kullanılmasını temin etmektir. Böyle bir dengenin gözetilmiş olması durumunda haksız yararlanmadan söz edilemeyecektir. "Etkili (esaslı) bir kullanım" sözcüğünü, Yönergenin amacı doğrultusunda, işleyen bir rekabet sisteminin temini ve ticari pazarda şeffaflığın arttırılması için, karşılaştırmalı reklamı mümkün kılacak şekilde **geniş yorumlamak** gerekir. ABAD'ın konuya yaklaşımı da bu doğrultudadır[1036].

Bir karşılaştırmalı reklamda başkasına ait tanıtıcı işaretlerin ne zaman karşılaştırma konusu ürünleri tanımlayıcı olarak kullanıldığı, ne zaman haksız yararlanmanın söz konusu olduğu konusunda bir genelleştirme yapmak kolay değildir. Aşağıdaki somut olaylar benzer durumlarda hangi reklam tedbirlerinin alınabileceğini göstermektedir.

Haksız bir yararlanmadan söz edebilmek için, *başkasına ait tanıtıcı işaretlerin* yapılan reklam karşılaştırmasında **gerekli olmadığı halde**, yani kendi ürününün üstün yanlarını ve özelliklerini tanıtmak için gerekmediği bir

---

[1035] ABAD, **Toshiba / Katun**, N.54.
[1036] ABAD, **Toshiba / Katun**, N.54; ABAD, **Siemens / VIPA**, N.15.

durumda kullanılmış olması gerekir[1037]. BGH, alüminyum jant reklamında, reklam verenin ürününü "Porsche" marka bir otomobile takılmış olarak göstermesini, rakibin tanınmışlığından haksız yararlanma olarak değerlendirmiş ve reklamı kabul edilemez olarak bulmuştur[1038]. Dolayısıyla yapılan reklam karşılaştırmasında tüketiciye yönelik yeterli bir bilgilendirme yoksa başkasına ait tanınmışlığın önemli bir amaç için kullanıldığından söz edemeyiz.

Reklam verenin, bir reklamda tüketicilerin dikkatini çekmek için başkalarına ait tanıtıcı işaretlerin dikkat çekici anlık görüntüsünü (eye-catcher / Bilckfang) kullanmasının haksız yararlanma sayılıp sayılmayacağının da tartışılması gerekir. KG Berlin mahkemesine konu bir olayda davalı, internetteki e-buy alışveriş sitesinde, "Biz Peinmaster değiliz!" (Kein Peinmaster) başlığı altında rakibe ait "Peinmaster" markasını kendi ürününü tanıtmak için üst başlık olarak kullanmıştı. İnternet arama motorlarında "Peinmaster" ibaresini arayan kişilerin karşısına (kullandığı Metatag reklam yöntemi sebebiyle) davalının "E-Buy" sitesindeki reklamı çıkıyordu. Marka sahibi tacir bu kullanımın haksız olduğunu ileri sürerek önlenmesi için ihtiyati tedbir isteminde bulunmuş, mahkeme de bu istemi yerinde bulmuştur[1039]. Kararda, rakibe ait tanıtıcı bir işaretin kullanımının tüketicilerin bilgilendirilmesi amacına hizmet etmediği, tam tersine özellikle internet aramalarında hedef kitlenin dikkatini çekmek ve kendine bu yolla müşteri sağlamak amacıyla kullanıldığı vurgusu yapılmıştır.

ABAD da bir kararında, fiyat karşılaştırmasına ilişkin bir TV reklamında rakibe ait işyerinin cepheden görünümünün ve logosunun gösterilmesini, karşılaştırmalı reklamı etkin kılmak için kullanılması nedeniyle, hukuka uygun bulmuştur[1040].

[1037] **Eck/Ikas**, **WRP** 1999, 251, 271; **Menke**, **WRP** 1998, s. 811, 825; **Plaß**, **WRP** 1999, 776, 770
[1038] BGH **GRUR** 2005, 163 – Aluminiumräder.
[1039] KG Berlin MMR 2005, 315 – Penimaster.
[1040] ABAD, **Pippig Augenoptik / Hartlauer**, N.42.

Tanınmış markalara ilişkin ibarelerin, internet arama motorlarını işleten şirketler tarafından “anahtar sözcük” olarak pazarlanmasıyla ilgili olarak Divan’ın yakın ancak farklı tarihlerde farklı kararları bulunmaktadır. ABAD’ın GoogleAd kararına konu olayda, arama motoru şirketi Google, tanınmış markalara konu ibareleri arayan internet kullanıcılarının karşısına, listenin üst kısmında, o markanın sahibine ait şirketleri değil, anahtar sözcüğü reklam aracı olarak kiralayan firmalara ait internet sitelerinin, “adword / sponsorship” olarak ayrılan bölümde dikkat çekici şekilde ön plana çıkmalarını sağlıyor ve bunun karşılığında reklam veren şirketlerden bu siteleri tıklanma sayısıyla orantılı olarak reklam bedeli alıyordu. Google, anahtar sözcükleri birden fazla kişiye pazarlayabiliyor, en fazla parayı ödeyen reklam verenin internet sitesini de en üstte gösteriyordu. Davaya konu somut olayda da, Fransız Vuitton şirketi, kendilerine ait ünlü “Louis Vuitton” ibaresinin “anahtar sözcük” olarak Google tarafından kendi ürünlerinin imitasyon ve kopyasını satan başka bir şirkete pazarlandığını, arama motorunda o şirkete ait internet sitesinin en üstte ve “sponsor” olarak belirtilen kısımda yer aldığını, kendisine ait markayı internette arayan potansiyel müşterilerin kendi ürünlerinin imitasyonunu satan başka bir şirkete yönlendirildiğini fark etmesi üzerine, markasının ihlal edildiği iddiasıyla Google aleyhine dava açmış, konu görüş sorma amacıyla Fransız mahkemesi tarafından ABAD’a taşınmıştı. Divan konuya ilişkin kararında, bir rakip tacir tarafından, başkasına ait bir markanın internette “anahtar sözcük” olarak kullanılmasının “karşılaştırmalı reklam” niteliğinde olduğunu, söz konusu kullanımla reklam konusu mal veya hizmetin internet kullanıcıları nezdinde reklam olunan ürün ile tanınmış markalı ürünün ticarî kökeni konusunda her iki ürünün de birbirleri arasında ticarî bağlantı bulunan şirketler tarafından üretildiği zannına yol açılması söz konusu olduğunda, 89/104 sayılı Marka Yönergesi ve 40/94 sayılı Marka Tüzüğü hükümlerinin uygulanmasının söz konusu olacağını ve üçüncü kişi tarafından yapılan kullanımla markanın işlevlerinin (köken bildirme, kalite, iletişim, yatırım, reklam işlevleri) zarar görmesi halinde marka ihlalinin gündeme geleceğini, tanınmış markanın aynısının “anahtar sözcük” olarak kullanılmak suretiyle

söz konusu markanın tescil kapsamında kalan malların imitasyonlarının internet aracılığıyla satışa sunulmasının markanın **ününden haksız yararlanma** anlamına geleceğini, bununla birlikte "anahtar sözcük" pazarlayıcısı Google'ın içerik sağlayıcı olmadığı için bu eylemiyle marka ihlalinden sorumlu tutulamayacağını, ancak durumdan haberdar edildiği halde duruma derhal müdahale etmediği takdirde sorumlu tutulabileceğini ifade etmiştir[1041].

ABAD'ın Interflora kararına konu olayda, ABD merkezli Interflora şirketi, şahsen, telefonla ve www.interflora.com isimli internet sitesi üzerinden, hem İngiltere'de hem de OHIM nezdinde tescilli ve tanınmış "Interflora" markasıyla *çiçek pazarlama faaliyetleriyle ünlenmiş* ve dünyanın birçok ülkesinde örgütlenmiş ünlü bir pazarlama şirketiydi. İngiltere'de faaliyet gösteren ve önde gelen perakendecilerden biri olan davalı Marks & Spencer firması ise "Interflora" ibaresini Google firmasından "anahtar sözcük" olarak kiralamıştı. İnternette "Interflora" ibaresini arayan kişilerin karşısına, "sponsor linkler" bölümünde ve sayfanın en üst kısmında;

"*M & S Flowers Online*

www.marksandspencer.com/flowers

Gorgeous fresh flowers & plants

Order by 5 pm for next day delivery"

Şeklinde bir görüntü çıkıyordu. Interflora şirketi, davalı Marks & Spencer'in bu tavrının kendisinin tanınmış marka hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüş, İngiltere Yüksek Mahkemesi görüş sormak amacıyla konuyu ABAD'a taşımıştı. Divan konuya ilişkin kararında, bir tacirin rakibine ait tanınmış bir markayla çağrışım yapacak bir sözcüğü "anahtar sözcük" almak suretiyle markanın tanınmışlığından haksız olarak yararlanmaya çalışmasının marka ihlali anlamına geleceğine karar vermiştir[1042]. Divan ilginç bir şekilde,

---

[1041] ABAD, 23.03.2010 tarih, birlikte görülen davalar C– 236/08 ila C– 238/08– **Google France Inc. / Louis Vuitton** ve diğerleri, N.71 – 75.

[1042] ABAD, **Interflora / Marks & Spencer**, N.93.

davalının eyleminin karşılaştırmalı reklam (hukuka uygun ya da aykırı) niteliğinde olup olmadığı hususunu cevaplamamıştır. Ancak Genel Sözcü mütalaasında, davalının "Interflora" ibaresini anahtar sözcük olarak seçmekle, dolaylı yoldan kendisinin de çiçekçilik yaptığını belirterek, kendisini Interflora şirketine alternatif olarak göstermek suretiyle karşılaştırmalı reklam yaptığını ifade etmiştir.

ABAD'ın Loreal davasına konu olayda, İngiltere'de güzel koku üreticisi olan Malaika ve Starion şirketleri, "Creation Lamis" ve "Dorall" vb. marka parfümlerini pazarlarken, kendi parfümlerinin, ünlü Loreal şirketinin tanınmış nitelikli "Tresor" ve "Miracle" vb. marka parfümleriyle aynı nitelikli kokular ve onların imitasyonu olduğunu göstermek amacıyla reklam mahiyetinde *karşılaştırma listeleri* yayınlamışlardı. Davalıların pazarladığı "Dorall" markalı parfümlerin paketlemesi ve şişesi de "Tresor" markalı parfümlere oldukça benziyordu. Her iki şirkete ait olayda da markaların birbirlerine benzemedikleri ve karıştırılma ihtimallerinin bulunmadığı konusunda bir uyuşmazlık bulunmamaktaydı. Ancak Loreal firması marka haklarının ihlal edildiği iddiasıyla mahkemeye başvurmuş, Yüksek mahkeme de görüş sormak amacıyla konuyu ABAD'a taşımıştı. Divan konuya ilişkin kararında, "… her şeyden önce karşılaştırma listeleri yayınlamanın karşılaştırmalı reklam niteliğinde olduğunu, rakibe ait markanın tanınmışlığından haksız yarar sağlandığından bahsedebilmek için, iki marka arasında belirli bir düzeyde benzerlik bulunması ve hedef tüketici kitlesinin bu iki marka arasında, onları karıştırmaksızın bağlantı kurması gerektiğini, benzerliğin karıştırma ihtimaline yol açacak düzeyde olmasına gerek bulunmadığını, kurulacak söz konusu bağlantının markanın ayırt edici niteliğine zarar vermesi (dilution / blurring, sulandırma / bulandırma), markanın tanınmışlığına zarar vermesi veya ünlü olan markanın tanınmışlığından haksız yarar sağlaması (parasitism / image transfer) şartlarından en az birisinin gerçekleşmesi gerektiğini, davalı firmaların kendi pazarlama faaliyetlerini kolaylaştırmak ve ticarî avantaj elde etmek için bilinçli bir şekilde, kendi ürünleriyle tanınmış markalı ürünler arasında, gerek karşılaştırma listeleri, gerekse de benzer paketleme ve şişeleme eylemleri yoluyla bir bağ kurmaya çalıştıklarını, *bir tacirin bu şekilde, herhangi bir katkı payı ödemeksizin ve çaba harcamaksızın, rakip şirkete ait markanın tanınmışlığından, çekim gücünden ve ticarî itibarından, kuyruğuna yapışarak ondan haksız olarak yararlanması olgusunun, markanın ayırt edicilik karakterine ve ününe zarar vereceği gibi,*

davalıya da bundan haksız yarar sağlayacağını, ***bu durumun 89/104 sayılı Marka Yönergesinin 5/2 maddesindeki hükme aykırı olduğunu,*** *bir karşılaştırmalı reklamda rakibin tanınmışlığından haksız yararlanılması durumunda, 89/104 sayılı Yönergenin 5/2 maddesinin uygulanmasını gerektireceğini,* başkalarına ait markaların kendi reklamlarında ancak tanımlayıcı amaçlarla kullanılabileceğini, ancak somut olayda davalı şirketlerin karşılaştırma listelerinde davacılara ait markaları salt tanımlayıcı olarak kullandıklarından söz edilemeyeceğini, zira bu eylemin markanın esas işlemi olan "köken bildirme" işlevine aykırılık teşkil etmiyor ise de "iletişim, kalite, yatırım ve reklam" işlevlerine zarar verecek nitelikte olduğunu, bu sebeple de eylemin 84/450 Karşılaştırmalı Reklam Yönergesinin istisnaları arasında sayılamayacağını, Yönergenin 5/1 (a) maddesi uyarınca marka ihlali teşkil edeceğini …" ifade etmiştir[1043].

Bir satıcının kendi işyerinde satmakta olduğu değişik üreticilere ait malların fiyatlarını bir liste üzerinde karşılaştırması olayında, başkasına ait tanınmış işaretlerden haksız yararlanılmasının söz konusu olmadığına karar verilmiştir[1044].

Bir reklamda "Cartier tarzında…" (im Cartier-Stil) ibaresinin kullanılması, rakibin tasarım yönünden tanınmışlığının haksız olarak kullanılması olarak yorumlanmıştır[1045].

Rakibe ait ürünlerle ilgili olarak genel (pauschal) bir eşitlik iddiası, mesela; "Coca Cola kadar iyi", her halükarda kabul edilemez. Zira böyle bir eşitlik iddiası her halükarda "objektiflik" ölçütüne aykırıdır. Bununla birlikte, eşitlik iddiası objektif ve ispatlanabilir bir özelliğe ilişkin ise, rakibin tanınmışlığından haksız yararlanma söz konusu olmaz. Bir olayda "Bizim ürünlerimiz de AMC'nin ürünleri gibi yağsız ve susuzdur" sloganı, ispatlanabilir ve objektif bir özelliğe ve teknik eşitlik iddiasına ilişkin olduğu için Avusturya Yüksek Mahkemesi'nce hukuka uygun bulunmuştur[1046].

Bir rakibe ait tanınmış bir ürüne ilişkin orijinal üretim ve sipariş numaralarının kendi sipariş numaralarıyla karşılaştırılması, ABAD tarafından

---

1043 ABAD, **L'Oréal / Bellure**, N.52, 36, 41, 47, 50.
1044 BGH **WRP** 2007, 1181 – Eigenpreisvergleich.
1045 OLG Frankurt **GRUR** 2004, 1043 – Cartier.
1046 ÖOGH **GRUR** 1999, 794, 795 – AMC/ATC.

tanınmışlıktan haksız yararlanma olarak görülmemiştir[1047]. Zira burada teknik özellikler bakımından eşitlik iddiasına dayalı bir gereklilik söz konusudur[1048]. Bu gibi durumlarda rakibin ayırt edici işaretlerine atıf yapılmaksızın etkin şekilde karşılaştırmalı reklam yapılması mümkün olamayacaktır. Ayrıca kullanılan karşılaştırma yöntemi de hedef tüketici kitlesinin bilgilenme ihtiyacına uygun ve onların yararınadır. Zira bu şekilde tüketiciler belirli bir ürüne bağlı olmayacak ve aynı üreticinin ürettiği oldukça pahalı yedek parçaları almak zorunda kalmayacaktır.

Esasen tanınmamış ürünlerin tanınmış markalı ürünlerle karşılaştırılması, bir ölçüde reklam verene ait ürüne **imaj transferi** sağlayacaktır[1049]. Reklama konu ürünler arasında ne kadar az ortak özellik var ise, no-name ürünlerin rakibe ait ürünlerin tanınmışlığından haksız yararlanma ihtimali de o ölçüde fazla olur[1050]. Ancak markalı ürünlerle kurulan her ilişki rakibin tanınmışlığından haksız yararlanma olarak algılanmamalıdır. Temelde no-name bir ürünün markalı bir ürünle karşılaştırılması mümkündür[1051]. Markalı ürün prestijli ve fiyatı çok yüksek bir ürün ise, **no-name** ürün sahibi reklam verenin kendi ürünü ile rakibe ait markalı ve yüksek prestijli ürünü birbiriyle karşılaştırmasına bir engel yoktur. Neticede her ikisi de aynı işe yarayan, ancak kaliteleri farklı olan ürünlerin karşılaştırılmalarına bir engel bulunmamaktadır[1052]. Karşılaştırma eyleminden amaç da iki ürünün birbirlerine karşı olumlu ve olumsuz yönlerinin gösterilmesidir. Elbette no-name ürünlerin en büyük artısı fiyatıdır. Böylesi bir karşılaştırmada tüketiciler de fiyatı çok yüksek olan ürünün aslında lüks mallar kategorisinde olduğunu bilir. Ve bu bilinç, ucuz no-name malları satan reklam verenin haksız imaj transferi yapmasını engeller. Öte yandan serbest pazar ekonomisi kuralları içerisinde lüks ürünlerin ayrı bir yeri ve karşılaştırılamazlığı şeklinde bir

---

1047 ABAD, **Toshiba / Katun**; BGH **GRUR** 2001, 350, 351 – OG Lampen.
1048 **Ohly**, **GRUR** 2007, 3, 8.
1049 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 71; ABAD, **Interflora / Marks & Spencer**, N. 74; ABAD, **L'Oréal / Bellure**, N.41.
1050 **Piper/Ohly**, **UWG,** § 6 N. 63.
1051 BGH **GRUR** 2004, 354 vd. Genealogie der Düfte.
1052 **Piper/Ohly**, **UWG,** § 6 N. 63.

özellikleri yoktur. No-name ürünün, belirli bir rakiple ilişkilendirmeksizin, diğer ürünlerle karşılaştırılması reklamın aldatıcı nitelikte olmasına yol açar[1053].

Genel olarak başkasının ününden yararlanma kavramı *dar yorumlanmalıdır*. Zira Yönerge 'deki amaç uyarınca karşılaştırmalı reklamın lehine olan yorumun tercih edilmesi kuralı öne çıkarılmalıdır. Aksi halde başkasına dayanan hemen her karşılaştırmalı reklam, sadece rakibin adı karşılaştırmalı reklamda gözüktü diye haksız imaj transferi olarak yorumlanabilecektir. Başkalarına ait tanıtıcı işaretlerin kullanılmasının gerekliliği **oldukça geniş yorumlandığında** ise rakibe ait tanıtıcı işaretin gerekmediği halde karşılaştırmalı reklamda kullanılması tüketicinin bilgilendirilmesine hizmet etmeyeceği gibi, başkalarının yıllarca emek vererek oluşturduğu gücün ve kalitenin simgesi haline gelmiş ürünlere ait tanınmış işaretlerden masrafsız ve kolayca yararlanmalarına sebebiyet verecek ve onların ayırt edicilik güçlerine zarar verecektir. Bu durum aynı zamanda işareti tanıtmak için harcanan emeğin ve yatırımın korunması ilkesine[1054] de ters düşecektir. Yapılan davranış, masum bir karşılaştırma içermediği için rekabetçi bir davranışın varlığı söz konusu olmayacaktır.

Rakibe ait tanıtıcı işaretlerin tanınmışlığından hangi ölçüde yararlanmanın haksız olduğu konusunda temel yaklaşımın, reklam olunan ürün ile tanınmışlığından yararlanılan ürünün birbirlerine alternatif olma özellikleri, rakibe ait tanınmış işaretin ayırt edicilik gücüne zarar verip vermediği gibi hususlara dikkat edilmesinde yarar bulunmaktadır. Söz gelimi, prestijli bir havayolları şirketinin (THY) tanıtım filminde, bir babanın ailesini lüks bir araçla (BMW) havaalanına götürme görüntüsünde, rakibe verilmiş bir zarardan veya onun tanınmışlığından haksız yararlanmadan söz edilmemelidir. Zira somut olayda, havayolu şirketinin sunduğu hizmet ile lüks arabanın sağladığı yarar arasında bir alternatif gösterilmesi söz konusu olmadığı gibi, onun tanınmışlığından haksız bir imaj transferi de söz konusu

---

1053 ABAD, **Pippig Augenoptik / Hartlauer**, N.52, 53.

1054 **Hilty / Bodewig**, s.17, 19, 24. Yazar, haksız rekabet kurallarının bir amacının da kamusal sebeplerle "yatırımların korunması" olduğunu dile getirmiştir.

olmayacak, hatta tam tersine onun daha da tanınmasına üçüncü kişi tarafından katkı yapılması söz konusu olacaktır[1055]. Yine de bu tür olaylarda genelleme yapmak yerine her bir somut olayın gerçekliğine bakmak daha uygun olacaktır.

11. Taklit veya Kopya Kaydıyla Satış (Parfüm Klozu)

a. Genel Olarak

2006/114 sayılı Yönergenin 4/1 (g) maddesinde yer alan;

"*Reklam konusu mal ve hizmetlerin, koruma altındaki bir marka veya ticaret unvanı ile ilişkilendirilen mal veya hizmetlerin imitasyon veya kopyası (imitation / replica) olarak gösterilmesi*"

Eylemi de yasak karşılaştırmalı reklam yöntemleri arasında sayılmıştır.

Sözlük anlamı itibariyle "replika": bir malın orijinal üreticisi veya onun kontrolünde lisansörü tarafından üretilmesi, "imitasyon" ise: aynı malın orijinal üretici veya onun denetiminde olmayan kişilerce üretilmesidir[1056]. Bununla birlikte Yönerge'de "replika" ile kastedilen, bir ürünün *dış görünüm itibariyle ayırt edilemeyecek derecede benzeri* (kopyası), "imitasyon" sözcüğü ile de *işlevsel olarak aynı özellikte ancak daha düşük kalitede* olan mallar (saat, yedek parça) kast edilmektedir. Bununla birlikte uygulamada çoğu zaman her iki kelime de birbiriyle aynı anlamda kullanılmaktadır[1057].

Öğretide bu hüküm, parfüm endüstrisinin en gelişmiş merkezlerinden bir olan Fransa'nın çabalarıyla, özellikle parfüm üreticilerini "koku karşılaştırma listelerine karşı" korumak için Yönergeye sokulduğundan

---

1055 **Erdoğan**, s.136.

1056 Serbest Sözlük, http://www.thefreedictionary.com/imitation; http://www.thefreedictionary. com-/replica, s.y., 27.04.2011.

1057 **Freund**, s. 159.

"**Parfüm klozu**" olarak da tanımlanmaktadır[1058]. Bu kural uyarınca, orijinal ürün üreticileri, tanıtıcı işaretlerinin bu ürünü taklit eden kişilerce kullanılmasına karşı korunmaktadır[1059]. Bir nevi başkasının tanınmışlığından haksız istifadenin önüne geçilmektedir[1060].

Bir bakış açısına göre, Yönergenin 4/1 (g) maddesi ile daha ziyade, *patent koruma süresi dolan orijinal malların (parfüm ve ilaç gibi) üreticilerine ek bir koruma* sağlanmak istenilmiştir. Buradaki korumanın amacı, rakibin ününden yararlanmanın da söz konusu olmadığı durumlarda orijinal ürün üreticilerine ek koruma sağlamaktır[1061]. Mesela, bir ilaç şirketinin, koruma süresi dolan Aspirin, Gripin vs. ürünlerle ilgili olarak "bizim ürünümüz X, orijinal üreticinin ürettiği Aspirinlerle aynı nitelikte" şeklinde reklam yapması böyle bir yasak kapsamına girer. Öbür türlü, patent süresi de dolduğu için bazı ilaç üreticilerine herhangi bir koruma sağlanmamış olacaktı[1062].

Buna karşın bir başka bakış açısına göre, patentle koruma süresi (20 yıllık) dolan ürünlerin imitasyonunu üretmek hukuken geçerlidir. Hak sahibi koruma süresince o ürünü üreterek maddi ve manevi haklarından yeterince faydalanmış olup, koruma süresinin sona ermesiyle birlikte ürünü tek başına üretme ve satma tekeli ortadan kalkmıştır. Yenilikten doğan hakların korunması için öngörülen kısıtlı sürenin amacı, bu alanda sürekli bir tekelin oluşmasını önlemektir. Orijinal ilaçların koruma süresi dolduktan sonra bir başka tacir tarafından üretilen jenerik (imitasyon) ilaçların reklamında, "*orijinal ilaçlarla aynı tedavi edici etkiye sahip olduğunun söylenmesi*" veya "*fiyat karşılaştırması yapılması*"nın, imitasyon iddiasına dayanan reklamdan ziyade, eşitlik iddiasına dayalı reklam olarak yorumlanması daha doğru olacaktır[1063]. Bir ürünün imitasyon olması, o ürün yönünden eşitlik iddiasına

---

1058 **Piper/Ohly**, **UWG,** § 6 N. 69; **Tilmann**, **GRUR** 1997, 790, 795; **Ohly/Spence**, **GRUR Int.** 1999, 681, 695; OLG Frankurt **GRUR**-RR 04, 359, 361 – Markenparfum.

1059 **Sack**, **WRP** 2001, 327, 347; **Eck/Ikas**, **WRP** 1999, 251, 273; **Berlit**, **BB** 2000, 1305, 1308; **Scherer**, **WRP** 2001, 89, 95

1060 **Gloy/Bruhn**, **GRUR** 1998, 226-239.

1061 **Scherer**, **WRP** 2001, 89,95; **Plaß**, **WRP** 1999, 766, 771; **Eck/Ikas**, **WRP** 1999, 251, 273.

1062 **Sack**, **WRP** 2001, 327, 347.

1063 **Berlit**, Vergleichende Werbung, N. 243

dayalı reklam yapılamayacağı anlamına gelmeyecektir. Bu tür reklam karşılaştırmalarının yasak olduğunu söylemek taklit ürün üretme özgürlüğünü azaltacaktır. Yönerge 'deki bu hükmün, tüketicilerin yararına olarak, olabildiğince "eşitlik iddiası içeren reklamlar" olarak görülmesi ve dar yorumlanmasında fayda bulunmaktadır[1064].Bu şekilde bir yaklaşım, tüketicinin bilgilenme ihtiyacına ve sağlık masraflarının düşürülmesine önemli katkı sağlayacaktır[1065].

Yönerge 'deki bu hüküm ile kast edilen, bir ticari işletme tarafından piyasaya sunulan ürünlerin, bir başka ticari işletme tarafından, daha önce piyasaya sunulan tanınmış ürünle ilişkilendirilerek piyasaya sunulması hadisesidir. Bir malın piyasada tüketicilerce tutulduğunu ve benimsendiğini gören diğer tacirler, bu ürünün piyasada oluşturduğu olumlu imajdan (goodwill) yararlanmak isterler. İmitasyon veya replika ürünü piyasaya sunan kişi, *başkalarına ait ürünlerden model olarak* yararlanır ve onları yeniden kendisi üreterek veya başkalarına ürettirerek piyasaya sunar.

Bu tarz reklamın, rakibin ürünüyle eşitlik iddia eden "Ürünümüz X, rakibe ait Y ile aynı değerde / eşit özellikte / benzer işlevlere sahip" gibi reklam tarzlarıyla karıştırılmaması gerekir[1066]. Aksi takdirde eşitlik iddiası içeren hiçbir karşılaştırmalı reklamın kabul edilebilir olarak görülmesi mümkün olmayacak, bu durum ise Yönerge 'deki "tüketicinin bilgilendirilmesi" temel amacıyla ters düşecektir[1067].

"Taklit" veya "kopya" gösterme şeklindeki reklam ile rakiple eşitlik iddia edilen reklam arasında açık bir sınır belirlemek en çok yedek parça ve aksesuar reklamlarında zorluk taşıyacaktır. Zira bu tür ürünleri tanıtırken mutlaka orijinal ürünlere atıf yapmak ve "orijinal ürün X'e uyar", "orijinal ürün

---

1064 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 82; **Piper/Ohly**, **UWG,** § 6 N. 70; **Ohly/Spence**, **GRUR Int.** 99, 681, 695; **Erdoğan**, s.156; OLG Frankurt **GRUR**-RR 04, 359, 361 – Markenparfum; BGH **GRUR** 2008, 628, N.25. – Imitationswerbung.

1065 **Ohly/Spence**, **GRUR Int.** 1999, s.695; **Scherer**, **WRP** 2001, 94 vd; BGH **GRUR** 1989, 688 – Generikum-Preisvergleich; BVerfG **WRP** 2001, 1160- Therapeutische Aquivalenz.

1066 **Sack**, **WRP** 2001, s.347; **Scherer**, **WRP** 2001, 95.

1067 **Ohly/Spence**, **GRUR Int.** 99, 681, 695; **Scherer**, **WRP** 2001, 89, 94.

X'in yedek parçasıdır" şeklinde ifadeler kullanmak bir yerde zaruridir. Bu tür reklamlar açık bir şekilde eşitlik iddiası yapılan karşılaştırmalı reklamlar olarak görülmelidir.

Yönergenin 4/1 (g) maddesinde yasaklanan bu tarz reklamda, karşılaştırmaya konu ürün bizzat reklam veren tarafından rakibe ait markalı bir ürünün taklidi veya kopyası olarak tanımlanmaktadır. Diğer bir anlatımla *kendi kimliği ortaya konularak değil, başkalarının kimliği altında piyasaya sunulmaktadır*.

b. Uygulama Alanı

Yönerge'de sadece, marka ya da ticaret unvanı ile ilişkilendirilerek rakibe ait ürünün taklit ve kopyası olduğu iddiasıyla reklam yapılması yasaklanmıştır. Gerek Yönergenin 4. maddesinin düzenleniş tarzı gerekse ABAD'ın içtihatları dikkate alındığında, karşılaştırmalı reklam konusunda ulusal hukukların daha sıkı kabul edilebilirlik koşulu getirmeleri mümkün değildir[1068].

Yönerge'de bahsedilen "koruma altında marka" tabirinin açıklığa kavuşturulması gerekir. Yönergenin 13 ve 15 No'lu Başlangıç maddelerinde 2008/95 Marka Yönergesine atıfta bulunulmuştur. O nedenle "koruma altında marka" tabirinden Marka Yönergesi hükümleri anlamında koruma altına alınmış marka anlaşılmalıdır. Marka yönergesi ise sadece tescilli markalarla ilgili koruma sağlamakta ise de, üye ülkelerin tescilsiz markalara da koruma sağlamalarına izin vermektedir[1069].

Yönerge 'deki bu kuralın, birden çok anlama gelecek bir yönü bulunmaktadır. Buradaki kuralla *kopyacıların mı yoksa orijinal ürün üreticilerinin mi korunduğunun* açıklığa kavuşturulması gerekir. Yönergenin

---

[1068] **Plaß**, **NJW** 2000, 3161, 3168; **Plaß**, **WRP** 1999, 766, 771; ABAD, **Pippig Augenoptik / Hartlauer**, N.44.

[1069] **Freund**, s. 157; **Sack**, **WRP** 2001, 327, 347; **Fezer/Koos**, **UWG,** § 6 N. 260.

düzenleniş tarzı açısından, orijinal malların üreticisi olan firma tarafından, karşılaştırmalı reklamda rakibe ait malların imitasyon ve kopya olarak nitelendirilmesi "rakiplerin kötülenmesi" anlamına gelecektir. Söz gelimi, orijinal Aspirin üreten bir firmanın reklamında, "Bizim ürünümüzün taklidi niteliğindeki X markalı ürünlerden sakınınız!" şeklindeki sözler rakibin kötülenmesi anlamı taşıyacaktır[1070].

c. Taklit veya Kopya Olarak Göstermek

Kendi ürününü rakibinkilere benzer, eşit, alternatifi veya aynı fonksiyona sahip göstermek, rakibe ait ürünün taklit veya kopyası olarak sunmak değildir[1071]. Aksi halde markalı ürün üreten rakiple ilişkilendirilen bütün reklamları genel olarak geçersiz saymak gerekecek, bu sonuç ise Yönerge 'deki koruma amacına aykırı düşecektir[1072]. Zira Yönerge, karşılaştırmalı reklam yoluyla piyasaya mal veya hizmet arz edenlerin fiyat ve kalite yönünden birbirleriyle rekabet etmelerini destekler.

Yönergenin 4/1 (g) bendinin söz konusu olması için, reklamın aldatıcı olması veya rakibe ait markanın kullanımının karıştırma ihtimali doğurması gerekmez[1073]. Bir reklamda rakibe ait orijinal ürünün özelliklerinden ne kadar çok söz edilirse o ölçüde taklit veya kopya gösterme ihtimali artacaktır.

Öğretide, bu bendin söz konusu olabilmesi için, reklam olunan ürünün, fiziksel, kimyasal veya teknik olarak **açıkça** "imitasyon" veya "kopya" olarak gösterilmesi gerektiği savunulmuştur[1074]. Oysa uygulamada bir tacirin kendi ürününü, markalı başka bir ürünün taklit veya kopyası olarak nitelemesi

---

1070 **Erdoğan**, s.151.

1071 BGH **GRUR** 1996, 781 vd. – Verbrauchsmaterialen; **Fezer/Koos**, **UWG,** § 6 N.269; **Berlit**, **Vergleichende Werbung**, N.230.

1072 **Sack**, **WRP** 2001, 347; **Scherer**, **WRP** 2001, 95.

1073 ABAD, **L'Oréal / Bellure**, N.74.

1074 **Ohly/Spence**, **GRUR Int.** 1999, 681, 695; **Scherer**, **WRP** 2001, 89, 94; **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 82; **Freund**, s.160; BGH, I ZR 157/09, 05.05.2011 tarih, www.juris.bundesgercihtshof.de, s.y., 11.08.2011.

nadiren görülebilecek hadiselerdendir. O nedenle reklam karşılaştırmasında imitasyon veya kopya iddiası dolaylı yoldan da olabilir[1075]. ABAD Loreal kararında, rakibe ait mal ve hizmetlerin taklit veya kopyası olduğu intibaının açıkça verilmesi yanında, reklamın yönelik olduğu hedef kitleye *dolaylı olarak da böyle bir intibaın verilebileceğini* ifade etmiştir[1076].

Bir reklama konu ürünün hangi hallerde orijinal ürünün imitasyon ya da kopyası olduğu iddiasıyla ve hangi hallerde eşitlik iddiasıyla sunulduğu, her bir olaydaki özel duruma göre, hedef kitlenin edindiği genel intiba dikkate alınarak belirlenir[1077]. Reklam veren reklamda kendi ürününün orijinal ürünün imitasyon veya kopyası olduğunu sözlü olarak ifade etmemekle birlikte, hedef kitleye mensup tüketicilerin böyle bir intibaya kapılmaları da mümkündür[1078].

Bir ürünün tüm özellikleri yönünden değil de **belirgin bir özelliği yönünden** kopyası ya da imitasyonu olduğunu söylemek de bu yasağın kapsamına girecektir. Söz gelimi, rakibe ait ünlü parfümlerin birçok özelliği (renk, kalıcılık, kokunun çeşidi, sağlığa uygunluğu, fiyatı) yönünden değil de, sadece "kokunun çeşidi" yönünden imitasyon iddiası da Yönerge 'deki yasak kapsamına girecektir[1079].

Aynı tacir tarafından üretilen ürünlerden birini diğerinin taklit veya kopyası olarak gösterilmesi Yönerge 'deki yasak kapsamına girmeyecektir. Aynı şekilde bir markalı ürün emsal gösterilerek, reklam konusu ürünün "Bizim ürünümüz X, Y markalı ürünlerin üreticisi tarafından üretilmiştir" tarzında reklama konu edilmesi Yönergeye aykırı olarak görülmemelidir[1080].

Koku listeleriyle ilgili olarak BGH'nin verdiği bir dizi kararın **ilkine konu olayda,** davalı firmaların hazırladıkları *karşılaştırma listelerinde*, ünlü parfümlere ait BOSS, Estee Lauder, Channel vb. markaları üstte, bunlarla aynı koku özelliğine sahip (imitasyon) olduğunu iddia ettikleri ve kendilerince

---

1075 **Ohly/Spence GRUR Int.** 99, 681, 695.
1076 ABAD, **L'Oréal / Bellure**, N.75.
1077 BGH, I ZR 157/09, 05.05.2011 tarih, www.juris.bundesgercihtshof.de, s.y.,11.08.2011.
1078 ABAD, **L'Oréal / Bellure**, N.75.
1079 ABAD, **L'Oréal / Bellure**, N.76**;** OLG München **GRUR** 1987, 299, 300.
1080 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 82.

pazarlanan Pierre Marten markalı kokuları ise altta ve ürün kodlarıyla beraber göstermiş olmalarının haksız rekabet olduğu iddiasıyla açılan davada, eylemin hukuka uygun ve eşitlik iddiasına dayalı karşılaştırmalı reklam olduğu gerekçesiyle yerel mahkeme tarafından reddolunmuştu. İstinaf mahkemesi (Münih OLG) ise, davalıların eylemlerinin "*haksız karşılaştırmalı reklam mahiyetinde olduğu, zira bir koku ürününü pazarlamak için başkasına ait markayı kullanma ihtiyacının bulunmadığı, ayrıca yapılan karşılaştırmanın sübjektif olduğu, davalıların davacı tarafa ait markaların tanınmışlığından haksız olarak yararlandıkları bu durumun haksız rekabet niteliğinde olduğu*" gerekçesiyle yerel mahkeme kararını bozmuştu. Kararın temyizi üzerine BGH ise "Koku'nun tüketicilerin satın alma kararlarını etkileyebilen önemli bir karşılaştırılabilir özellik olduğu, bu tür reklamla tüketicilere seçme imkânı sağlandığı, tanınmışlıktan haksız yarar sağlamanın söz konusu olmadığı, olayda sadece karşılaştırmanın mevcut olduğu, *ayniyet iddiasının bulunmadığı*, ayrıca davacının dilekçesinde haksız rekabet yasasına dayandığı, *marka yasasına dayanmadığı*, bu nedenle markadan haksız yararlanma konusunun tartışılamayacağı, ancak müşterilerle yüz yüze satış görüşmeleri sırasında bu liste kullanılarak ürünler arasında *ayniyet iddiası halinde* haksız rekabetin söz konusu olabileceği" vs. gerekçesiyle bölge mahkemesinin tamamen aksi kanaatle kararı bozmuştur[1081].

BGH'nin aynı konuda önüne gelen **ikinci olayda**, davacının davalının koku karşılaştırmalarını liste halinde kullanmasının haksız rekabet ve *marka ihlali olduğu* iddiasıyla açtığı davayla ilgili olarak BGH tarafından, "*reklamın yönelik olduğu hedef tüketici kitlesinin, davacının iddia ettiği şekilde davalı ürünlerini imitasyon veya kopya olarak algılamış sayılabilmesi için, koruma altındaki mal veya hizmet markasının karşılaştırma listesinde (reklamda) açık bir şekilde gösterilmesi ve her iki ürünün açık bir şekilde ilişkilendirilmesi (deutliche Bezugnahme) gerektiği, böyle bir açıklıktan söz edilebilmesi için,*

[1081] BGH **GRUR** 2004, 607, 611 – Genealogie der Düfte

reklamda doğrudan reklam konusu ürünün rakibe ait ürünlerin imitasyonu veya kopyası olarak gösterilmesi gerektiği" ifade olunmuştur[1082].

BGH'nin önüne Frankfurt eyalet mahkemesi kanalıyla gelen bir başka olayda davacı taraf, davalı şirketin müvekkiline ait markalı parfümlerin şişe ve paketlemelerine benzer şekilde parfüm ürünlerini üreterek satışa koyduğunu, bu durumun haksız karşılaştırmalı reklam olduğunu ileri sürmüştü. Eyalet mahkemesi "reklamda, davacıya ait markaların zikredilmediği, ancak imitasyon iddiasının açık olduğu durumlarda haksız karşılaştırmalı reklamdan söz edilebileceği, bu durumda görüşü dikkate alınacak kitlenin sadece perakendeciler değil, reklamın yönelik olduğu bütün tüketiciler olduğu, son tüketici kitlesinin çoğunluğunun bu tarz reklamda açık imitasyon iddiası görmeyeceği, davacının aksi yönde de herhangi bir kamuoyu araştırması sunmadığı, söz konusu satış yönteminin orijinal ürünlerin tanınmışlığından haksız yararlanma anlamına gelmeyeceği, karıştırma tehlikesi gündeme gelmeyeceği ve rakibe ait markanın üründe kullanılmadığı için rakibe ait markanın tanınmışlığından haksız yararlanmasının da söz konusu olmayacağı " gerekçesiyle davanın reddine karar vermişti. **Yüksek mahkeme** ise "markalı parfümlere benzetilerek üretilen markasız parfümü satan perakendecilerin, daha geniş bilgiye sahip oldukları, parfümü içeren şişelerin ve dış paketlemelerin şekil ve rengi itibariyle genel görünümü yönünden, ürünler arasında bağlantı kurmalarının ve aralarındaki birçok benzerlikleri görmelerinin daha kolay olduğu, taklit ya da imitasyon olarak göstermenin aslında eşitlik iddiası anlamına geldiği, gerek UWG gerekse de Karşılaştırmalı Reklam Yönergesi'nde açık imitasyon ve taklit iddialarının yasaklandığı, son tüketicilerin somut reklama ilişkin olarak açık bir imitasyon iddiası görmeyecekleri, ancak bölge mahkemesinin reklamın "perakendecilere" de yönelik olduğunu kabul ettiği halde bu kesimin reklamda açık bir imitasyon iddiası görüp görmeyeceğini tartışmadığı, "tek başına

---

[1082] BGH, I ZR 184/05, 06.12.2007 – Duftvergliechliste II, www.juris.bundesgercihtshof.de, s.y.,11.08.2011.

perakendecilerin görüşlerinin yeterli olmadığı" yönündeki görüşünün de doğru olmadığı" gerekçesiyle bölge mahkemesinin kararını geri çevirmiştir[1083].

BGH, parfüm listeleriyle ilgili olarak Berlin eyalet mahkemesi aracılığıyla önüne gelen **son olayda** ise davalı, internet üzerinden ve düşük fiyatla pazarladığı "Creation Lamis" markalı parfümler, belirli markalı parfümlerin etiketleri ve dış görünümlerini andıran, hemen yanında da kendi parfümleri ile markalı parfümleri karşılaştıran listeler kullanmıştı. Davalı bilahare karşılaştırma listelerini kullanmayı bırakmıştı. Markalı parfümlerin genel distribütörü olan davacı, davalının pazarlama, reklam ve malları satış şeklinin, "satılan ürünlerin orijinal ürünlerin kopyası olduğu" anlamına geleceğini, bu durumun haksız rekabet teşkil ettiğini ileri sürerek "davalının satışının önlenmesi" talebiyle dava açmıştı. Yerel mahkeme, "satıcının karşılaştırma listelerini kullanmayı bıraktığı, o halde haksız bir karşılaştırmalı reklamdan ve ticaretten söz edilemeyeceği" gerekçesiyle davalının internet üzerinden yaptığı satışın önlenmesi talebinin reddine karar vermiş, eyalet mahkemesi de bu karar aleyhine istinaf istemini reddetmişti. BGH konuya ilişkin olarak "*koruma altında olmayan (hukuki koruma) bir malın taklit veya kopyasını yapmanın haksız rekabet teşkil etmeyeceği, ayrıca orijinal bir malın piyasaya sunuluş şekli ve etiketleme şeklinin (benzer koku) de tek başına haksız karşılaştırmalı reklam olarak nitelenemeyeceği, zira UWG'nin (haksız rekabet yasası) 6/2 maddesinin "açıkça imitasyon iddiası içeren" karşılaştırmalı reklamları yasakladığı, böyle bir yasağın söz konusu olabilmesi için reklamda, reklam konusu ürünün belirli ve spesifik bir orijinal ürünün kopyası olduğunun iddia edilmesi gerektiği*" ifade edilmiştir. Kararda ayrıca, "… *yerel mahkemenin reklamda "açık bir imitasyon iddiası" nın olmadığını "nihai tüketicinin" bakış açısına göre, doğru şekilde değerlendirdiğini, ancak davacının dilekçesinde reklamın sadece son kullanıcıları değil aynı zamanda perakendecileri de hedeflediğini,*

[1083] BGH, I ZR 94/07, 01.10.2009, - Duftverglliecliste III www.juris.bundesgercihtshof.de, s.y., 11.08.2011. BGH bu kararında, kısa süre önce ABAD tarafından karara bağlanan L'Oreal kararına da atıfta bulunmuştur.

perakendecilerin bilinçli tüketici niteliğinde olduğunu, perakendecilerin bu reklamı gördüklerinde, parfümlerin dış görünümü itibariyle açık imitasyon iddiasını kolaylıkla göreceklerini iddia ettiğini, böyle bir durumun var olup olmadığının da tespit edilmesi gerektiğini, bir reklamın birden çok gruba yönelik olması halinde, bu gruplardan birinin (somut olayda perakendecilerin) dahi açık imitasyon iddiasını görmesinin yeterli olduğunu" belirterek bu hususların kararda tartışılması gerektiğini ifade etmiştir[1084].

ABAD'ın önüne gelen bir davaya konu olayda, davacı Loreal Group ürettiği güzel kokuları "Tresor", "Anais-Anais" ve "Miracle" markalarıyla pazarlamaktadır. İngiltere'de yerleşik davalılar Malaika ve Starion isimli firmalar, davalı Bellure isimli firma tarafından üretilen "Lamis Kreasyonu", "Dorall Kreasyonu" ve "Stitch Kreasyonu" adı altında imitasyon kokuları pazarlamaktadır. Ancak davalı firmalar, kendi perakendecilerine sağladıkları karşılaştırma listeleriyle ve meşhur parfümlerin şişelerine benzer şişelerde (get up) ve paketlerle pazarlama yapmaktadırlar. Bu listede kendi parfüm çeşitlerinin, rakibe ait hangi ünlü koku çeşidinin imitasyonu olduğu gösterilmiş, bazı örneklerde ise davacı tarafın şekil markaları (şişe, paketleme) davalılarca paketleme yöntemi olarak kullanılmıştır. Loreal Group, davalıların eylemlerinin marka ihlali olduğunu ileri sürmektedir. İngiliz yerel mahkemesi şekil markaları yönünden marka ihlali bulunduğuna, sözcük markaları yönünden ihlal bulunmadığına karar vermiş, reddolunan kısım yönünden davacı, kabul olunan kısım yönünden ise davalılar kararı bölge mahkemesine götürmüştür. İngiliz bölge mahkemesi ise davalıların sözcük markalarının karşılaştırma listelerinde kullanılmalarının, 2008/95 sayılı Yönergenin 6 maddesindeki meşru kullanım olarak görülüp görülemeyeceği hususunda ABAD'dan görüş istemiştir. Divan kararında, bir şirketin kendi pazarladığı ürünleri rakibe ait ürünlerle karşılaştıran listelerin, rakibe ait ürünlere ait markaların tanınmışlığından istifade niteliğinde olup olmadığının, ulusal mahkemelerce, her bir somut olayın tüm özelliklerinin dikkate alınarak

[1084] BGH, I ZR 157/09, 05.05.2011 tarih, - Duftvergliechliste IV, www.juris.bundesgercihts hof.de, s.y., 11.08.2011.

değerlendirilmesi gerektiğini, tanınmışlıktan haksız faydalanmış sayılmak için markalar arasında karıştırma ihtimalinin varlığının gerekmediğini belirtmiştir[1085]. Divan ayrıca, Toshiba kararındaki içtihadına paralel olarak, bu tarz **karşılaştırma listeleri yayınlanmanın karşılaştırmalı reklam olarak değerlendirilebileceğini** ve Yönergenin 3a maddesindeki şartları taşıyan karşılaştırmalı reklamda rakibin isminin ya da markasının kullanılmasının, markanın işlevlerinden herhangi birine zarar vermediği durumlarda[1086], marka sahibi tarafından önlenemeyeceğini, ancak **somut olayda**, davalı şirketlerin, davacıya ait markaları karşılaştırma listelerinde salt tanımlayıcı olarak kullandıklarından söz edilemeyeceğini, zira bu tarz kullanımın, markanın işlevlerine, özellikle de iletişim, yatırım veya reklam işlevlerine zarar verebileceğini, böyle bir ihtimalin varlığının her somut olayda ulusal mahkemelerce kararlaştırılması gerektiğine hükmetmiştir[1087]. Bir karşılaştırmalı reklamın hukuka uygun olabilmesi için *menfaatler dengesini sağlaması*, bu bağlamda reklamın rekabetçi yapıya aykırı, haksız veya tüketicinin menfaatlerini olumsuz etkileyecek nitelikte olmaması gerekir. Somut olayda davalıların *koku karşılaştırma listelerinin amacı* kendi sattıkları kokulara dikkat çekmek değil, rakibe ait bilinen markalı parfümlerin en önemli karakteristik özelliği olan kokulara dikkat çekerek pazarlama yapmaktır. Divan, bu tarz bir liste yayınlamanın haksız rekabetçi bir davranış olduğunu ve Yönergenin (f) bendinde yer alan "haksız yarar sağlama" yasağının ihlali anlamına da gelebileceğini ifade etmek suretiyle, (f) ve (g) bentleri (eski (g) ve (h) bentleri) arasındaki sıkı ilişkiye dikkat çekmiştir[1088].

1085 ABAD, **L'Oréal / Bellure**, N.48.

1086 ABAD, 12.11.2002 tarih, C– 206/01 – **Arsenal Football Club plc / Matthew Reed**, N.54; ABAD, 25.01.2007 tarih, C– 206/01 – **Adam Opel AG / Autec AG**, N.22.

1087 ABAD, **L'Oréal / Bellure**, N.60 – 64.

1088 ABAD, **L'Oréal / Bellure**, N.**77 –** 79**.**

12. Karıştırılma Tehlikesi

a. Genel Olarak

2006/114 sayılı Yönergenin 4/1 (h) maddesinde, bir karşılaştırmalı reklamda rakibe ait bir mal veya hizmet veya tanıtıcı işaret ile reklam verene ait olanlar arasında karıştırmaya yol açılması, yasak yöntemler arasında sayılmıştır. Bu nedenle karşılaştırmalı reklamda, kimin kimle ve neyin neyle karşılaştırıldığının açıkça ifade edilmesi gerekir[1089].

Tacirden tüketicilere yönelik reklamları (B2C) konu alan 2005/29 sayılı HTU Yönergesinin 6/2 (a) maddesinde de rakibe ait ürünler veya tanıtıcı işaretlerle karıştırmaya yol açar nitelikteki karşılaştırmalı reklamlar, aldatıcı ve yasak nitelikteki reklamlar arasında sayılmıştır.

Bir eleştirel karşılaştırmalı reklamda, karıştırmaya yol açma ihtimali neredeyse hiç bulunmamaktadır. Bununla birlikte başkasına yaslanma yöntemiyle yapılan reklamlarda ise karıştırma tehlikesi sıklıkla karşılaşılan bir olgudur[1090].

b. Karıştırma İhtimali

Gerek 2006/114 sayılı Yönerge'de gerekse de 2005/29 sayılı Yönerge'de, "karıştırma" olgusundan (creating confusion) bahsedilmiş, ancak "karıştırma ihtimali" (likelihood of confusion / Verwechslungsgefahr) olgusundan söz edilmemiştir. Buna mukabil 2008/95 sayılı Marka Yönergesinin 5/1 (b) maddesinde, başkalarına ait markaların aynısı ya da benzerinin aynı tür veya benzer mallar üzerinde "karıştırılma tehlikesi" bulunacak şekilde izinsiz olarak kullanılması marka ihlali arasında sayılmıştır.

1089 **Berlit**, **Vergleichende Werbung**, N. 134.
1090 **Piper/Ohly**, **UWG,** § 6 N. 57.

Yönerge kanun koyucusunun, "karıştırma tehlikesi" yerine, bilinçli olarak "karıştırma" kavramını tercih edip etmediği, Yönerge 'deki ifadenin ne şekilde anlaşılması gerektiği hususu tartışmalıdır.

Lafzi yorumu tercih edenlere göre; Yönerge kanun koyucusu, bilinçli olarak "karıştırma" kavramını tercih etmiştir. Zira Yönergenin 1991 tarihli teklifinde[1091] "karışıklığa yol açmayan" tabiri öngörülmüş iken bu teklif geri çekilmiş ve yerine "karışıklık tehlikesi içermeyen" tabiri getirilmiştir[1092]. Ancak 84/450 sayılı Yönerge'de değişiklik yapan 97/55 sayılı Yönerge'de tekrar önceki metne dönülerek "karıştırma" kavramı getirilerek teklif yasalaştırılmıştır. Yani AB tercihini, gerçek bir karıştırmaya yol açan karşılaştırmalı reklamı yasaklamakta kullanmış, sadece karıştırma tehlikesinin varlığını karşılaştırmalı reklamı önlemek için yeterli görmediği söylenmiştir. O nedenle, karşılaştırmalı reklamda ancak "**somut bir karıştırılma**" olgusunun varlığı reklamı hukuka aykırı getirebilecektir[1093].

Buna karşılık *amaca göre yorumu tercih edenlere göre;* Yönergenin 13 no'lu başlangıç maddesi, 89/104 sayılı Marka Yönergesine atıfta bulunduğunu, markanın sağladığı üstün hakların karşılaştırmalı reklamların varlığı halinde de geçerli olacağının ifade olunduğunu, bu konudaki karşılaştırmalı reklamı daha etkin kılmak için rakibe ait markaların ancak rakibe ait mal veya hizmetleri tanımlamak amacıyla kullanılmasının mümkün olduğunu, bu istisnanın dışında kalan durumlarda, markanın karşılaştırmalı reklamda **karıştırılma ihtimaline** maruz kalmasının marka ihlali için yeterli olacağını savunmaktadırlar[1094]. Bu kişilere göre 2006/114 sayılı Yönerge'yi amacına göre yorumlamak gerekir. Tacirler ve ürünler arasında karışıklığa

---

1091 84/450 sayalı AB Yönergesi'nde karşılaştırmalı reklama ilişkin değişiklik teklifi, **GRUR Int.** 1991, 634.

1092 84/450 sayalı AB Yönerge'sinde değiştirilmiş teklif metni, ABI.EG:Nr.C. 136/4 v. 19.05.1994, s.8

1093 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N.65; **Berlit**, **Vergleichende Werbung**, N. 130; **Piper/Ohly**, **UWG,** § 6 N. 57; **Köhler/Piper**, § 2 N.45; **Berlit**, **BB** 2000, 1307; ABAD, **O2 / Hutchison**, N.49.

1094 **Sack**, "Markenschutz und UWG", **WRP** 2004, 1405; **Harte/Henning/Sack**, §6 N.24; **Tilmann**, **GRUR** 1997, 790, 796; **Plassman**, **GRUR** 1996, 377, 380; **Gloy/Bruhn**, **GRUR** 1998, 226, 237; **Henning-Bodewig**, **GRUR Int.** 99, 384, 387.

yol açılmasının yasaklanmasının temel maksadı, tüketicilerin ve genel rekabetin korunmasıdır. Tüketicilerin korunması ise onların gerçeğe uygun şekilde bilgilendirilmelerinin sağlanması ve kendi ekonomik tercihlerini özgürce belirlemelerini sağlamaktır. Bunun içinse her şeyden önce aldanmalarını ve aldanma ihtimallerini önlemek gerekir. Nitekim Yönergenin 2 (b) maddesinde, "aldatıcı reklam" kavramının tanımına, bizzat aldatma eylemleri yanında, *aldatma ihtimali bulunan* eylemler de dâhil edilmiştir. "Karıştırma ihtimaline yol açma" eylemi de bir tür aldatıcılık ihtimali olan davranıştır. O nedenle bir karşılaştırmalı reklamda sadece, karıştırmaya yol açan değil, karıştırma ihtimaline yol açan sunumlar da reklamın kabul edilebilir olmasını olumsuz yönde etkileyecektir[1095].

ABAD da bir kararında, Yönergenin 4/1 (h) maddesindeki "karıştırma" kavramını, "karıştırma ihtimali" olarak yorumlamıştır. Kararda, 89/104 sayılı Marka Yönergesinin 5/1 (b) maddesinin, marka sahibine, markasının bir karşılaştırmalı reklamda kullanılmasına engel olma hakkı vermeyeceğini, ancak *markanın "karıştırma **ihtimaline**" yol açacak şekilde kullanılması halinde*, reklam 84/450 sayılı Yönergenin 3a maddesindeki diğer bütün ölçütleri karşılıyor olsa bile, marka ihlalinin gerçekleşeceğine ve marka sahibinin bu kullanımı engelleyebileceğine karar vermiştir[1096].

Yönerge'de kalite ya da kapasite yönünden değil "ticari kökeni" konusunda aldatıcı olmama (karışıklığa yol açmama) yükümü getirilmiştir[1097]. Bu şekilde "ticari kökeni" konusunda aldatıcı olma sözü ile kast edilen; karşılaştırmalı reklam yoluyla, hedef kitleye mensup kişilerde, reklama konu mal veya hizmetler ile karşılaştırma konusu edilen mal veya hizmetlerin aynı ticarî işletmeye veya aralarında bağlantı bulunan birden fazla ticari işletmelere ait olduğu intibasının uyandırılmasıdır[1098].

1095 **Piper/Ohly**, **UWG,** § 6 N. 59.

1096 ABAD, **O2 / Hutchison**, N.69.

1097 **Henning-Bodewig**, **GRUR Int.** 99, 384, 388.

1098 Marka hakkı konusunda karıştırma tehlikesi için bkz. ABAD, 22.06.2000 tarih, C– 425/98 – **Marca Mode CV / Adidas AG and Adidas Benelux BV**, N.34; ABAD, 29.09.1998 tarih, C–

Karıştırma tehlikesi ile kastedilen ise, somut bir karıştırma mevcut olmasa bile belirli şartlar altında karıştırmaya yol açabilecek durumların varlığıdır. Bu konuda da belirleyici olan hedef kitleye mensup kişilerin görüşleridir[1099]. Hedef kitle reklamın niteliğine bağlı olarak genel tüketiciler olabileceği gibi belirli bir meslek grubuna ait kişiler de olabilir. Belirli meslek gruplarına mensup kişilerin, belirli alanlarda *uzman* ve halkın genelini teşkil eden tüketici gruplarına göre daha *bilinçli oldukları*, dolayısıyla aldanma ihtimallerinin de daha düşük olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Reklamın hedefindeki tüketici kitlesinin hangi nitelikte olduğu, davaya bakan mahkemelerce her bir somut olayda ayrı ayrı ve re'sen değerlendirilmelidir.

Bu kuralın anlamının pratik sınırlarının belirlenmesi gerekir. Sadece rakibe dayanan (yaslanan) karşılaştırmalı reklamda, reklam veren rakibe ait ürün ile kendisininki arasında eşitlik iddiasında bulunursa, aldatıcılık iddiası gündeme gelebilir. Bu tür reklamlarda reklam veren karşılaştırmayı yaparken kendi ürününü rakibinkine o denli yaklaştırır ki bu sayede hedef kitle bu iki ürünün ticari kökeni konusunda aldanmış veya böyle bir tehlikeye maruz kalmış olur[1100].

Bir rakibi eleştiren karşılaştırmalı reklamda rakibe ait belirgin renk tonunun veya başka bir tanıtıcı işaretinin, işyeri fotoğrafının veya adresinin dikkat çekici şekilde anlık gösterimi (eye-catcher / Blickfang) karıştırma tehlikesine yol açmaz[1101].

Karıştırma etkisi sadece güven oluşturma ve farkına vardırmayı sağlayıncaya kadar sürer. Reklam konusu ürünlerin farklı işletmelere ait olduğunun tam olarak farkına varıldığında ise güveni kazanılan kişilere kendilerinin daha önceden bilinen ürünü satan tacirden farklı ve ayrı bir ürünü

39/97 – **Canon / Metro-Goldwyn-Mayer**, N.20; ABAD, 11.11.1997 tarih, C– 251/95 – **SABEL BV / Puma AG, Rudolf Dassler Sport**, N.16; **Piper/Ohly**, **UWG,** § 6 N. 58.

1099 BGH **GRUR** 2003, 444, 445 – Ersetzt.

1100 **Plassman**, **GRUR** 1996, 377, 380; **Gloy/Bruhn**, **GRUR** 1998, 226, 237; **Henning-Bodewig**, **GRUR Int.** 99, 384, 387.

1101 ABAD, **Pippig Augenoptik / Hartlauer**, N.84; OLG Frankurt, **GRUR** 2000, 621 – Magentafarbener Pfeil.

piyasaya sürdükleri ortaya çıkar. Bu defa karıştırma tehlikesi tüketicilerin satın alma kararlarını önemli ölçüde etkilemiş olur. Reklam veren bir yerde rakibe ait olan ve daha önceden bilinen ayırt edici işareti bir **yem** (bait) gibi kullanmış olur.

c. Karıştırılmanın Kapsamı

Karıştırma meselesinde gündeme gelecek ilk ihtimal, reklam verenin firma ile rakip firmanın işletmesel köken yönünden karıştırılmasıdır. Bir reklam karşılaştırmasında, reklam veren ile rakibin özdeş oldukları veya en azından aralarında idari-ekonomik bir bağlantı olduğu intibaının uyandırılması halinde, tacirler arasında bir karışıklık meydana gelmiş olur[1102]. Karıştırma ihtimali daha çok rakibe ait ayırt edici işaretlerin kullanılması sonucu ortaya çıkar. Eğer rakibe ait markanın kullanım şekli, halkı bilgilendirme amaçlı ve karıştırma ihtimaline yol açmayacak şekilde ise marka hakkının ihlalinden söz edilemeyecektir. ABAD BMW davasına konu olayda, rakibe ait tanıtıcı işaretin, kendi sattığı ürünlerin tanıtılması amacıyla kullanılmasının marka ihlali teşkil etmeyeceğine karar vermiştir[1103].

Karıştırma, genellikle rakibe ait markaların kullanılmasından kaynaklansa bile, bazen de rakibe ait *reklam sloganları*, *yazı karakterleri*, *renk, şekil ve tasarımları ile ürün ambalajlarından* da kaynaklanabilir. Bir karşılaştırmalı reklamda rakibe ait marka ya da diğer tanıtıcı ad ve işaretlerin hangi ölçüde kullanılabileceğinin her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir.

1102 **Köhler**/**Piper**, § 2 N.46; ABAD, **O2 / Hutchison**, N.63; ABAD, **Canon / Metro-Goldwyn-Mayer**, N.29; ABAD, **SABEL / Puma**, N.16.

1103 ABAD, **BMW / Deenik**, N.42, 64. Karara konu olayda, 2.el BMW marka araç satım, bakım ve tamir işleriyle iştigal eden ve özel servis istasyonu işleten davalı Bay Deenik yaptığı reklamlarda "BMW uzmanı" ibaresini kullanmış, BMW ise bu eylemin marka ihlali olduğunu ileri sürmüştü. Divan, konuya ilişkin kararında, Deenik'in gerçekte BMW uzmanı olduğunu, reklamda kullandığı ifadenin gerçeği yansıttığını ve halkı bilgilendirme amaçlı olduğunu, hedef tüketici kitlesi nezdinde, BMW'nin bayisi veya şubesi gibi algılanması ihtimalinin bulunmaması nedeniyle marka ihlalinin bulunmadığını ifade etmiştir.

Karıştırılmaya yol açan biri de “anahtar sözcük” yoluyla yapılan reklamlar yoluyla meydana gelmektedir. Uygulamada sıklıkla rastlanıldığı üzere, bazı tanınmış ürünlere ait markalar, internet arama motorları tarafından “anahtar sözcük” (keyword) olarak birçok kişiye satılmaktadır. Anahtar sözcük almak üzere en yüksek bedeli ödeyen şirketin ismi, arama motorunda yapılan arama sonuç kısmında en üstte olmak üzere sıralanmaktadır.

Yukarıda da görüleceği üzere, dünya çapında tanınmış 130 yıllık “Seiko” firmasına ait ticaret unvanı ve markaya konu “Seiko” ibaresinin arama motoru şirketi Google tarafından onlarca firmaya “anahtar sözcük” olarak kiralandığı görülmektedir. Google da, tüketiciler tarafından “Seiko” ibaresi arandığında, “Seiko” ibaresini anahtar sözcük yoluyla kiraladığı şirketlerin ismini en üstte ve ön planda gösterilmekte, böylelikle doğal sonuçlara müdahale ederek, gerçekte “Seiko” firması bayisi olmayan şirketlere yönlendirme yapılmaktadır. Tüketiciler en üstte gördükleri “Seiko” ibaresi taşıyan internet sitesine tıkladıklarında, karşılarına seiko firması değil, başka firmaların çıktığını, hatta onların da saat sattıklarını görmektedir. Yönlendirme yapılan şirketler, zaman zaman “Seiko” marka saat de satıyor olabilirler. Tüketici, bu saati satan firmanın “Seiko” şirketiyle irtibatlı bir şirket olduğunu zannedebilecektir.

ABAD’a konu olan “anahtar sözcük” reklamına ilişkin bir olayda, arama motoru Google, Avusturya’da kurulu “BergSpechte” isimli bir seyahat

şirketinin

unsurlu tanıtım logosuna konu ibarelerden biri olan "**Edi Koblmüller**" ve "**Bergspechte**" isimlerini anahtar sözcük olarak, davacı şirketin rakibi konumundaki başka seyahat şirketine (Günter Guni, Trekking at Reisen GmbH) kiralamıştı. Davacı şirketi internette arayan kişilerin karşısına, arama motoru sonuç sayfasında ilk olarak davalı rakip şirketin ismi çıkıyordu. Davacı şirket, eylemin haksız rekabet ve marka ihlali olduğu gerekçesiyle ihtiyati tedbir istemiyle mahkemeye başvurmuştu. Yerel mahkeme ve bölge mahkemelerinin davacı lehine karar vermeleri üzerine konu Avusturya Yüksek Mahkemesi (Österreichische Oberstegerichtshof) aracılığıyla görüş sormak amacıyla ABAD'a taşınmıştı. ABAD konuya ilişkin kararında, bir markaya benzer nitelikteki "anahtar sözcük" kullanımı sonucu iki işaret arasında, her iki işaretin de aynı veya aralarında bağlantı bulunan şirketlere ait olduğu konusunda *ortalama internet kullanıcısı* kitlenin karıştırma ihtimaline maruz kalıp kalmadığının ulusal mahkemelerce kararlaştırılması gerektiğini" ifade etmek suretiyle, *markanın bir bölümü ile "anahtar sözcük" arasında* karıştırılma ihtimalinin söz konusu olabileceğine karar vermiştir[1104].

ABAD'ın yakın tarihte verdiği bir karara konu olayda; O2 (İngiltere) GSM servis sağlayıcısıdır. O2 reklamlarında hizmetlerini tanımlamak için özellikle mavi bir arka plan önünde su içerisinde çıkan baloncuk figürlerini kullanmaktadır. "Baloncuk figürleri" aynı zamanda, telekomünikasyon aparatları ve hizmetleri alanında, davacının tescilli markasıdır. Davalı H3G ise aynı alanda faaliyet gösteren rakip firma olup ürünlerini "3" işareti altında tanıtmakta ve pazarlamaktadır. Davalı H3G'nin 2004 yılında yürüttüğü bir reklam kampanyasında, kendi tarifeleri ile O2'nin tarifelerini karşılaştırır.

[1104] ABAD, 25.03.2010 tarih, C– 278/08 – **Die BergSpechte Outdoor Reisen und Alpinschule Edi Koblmüller GmbH / Günther Guni and trekking.at Reisen GmbH**, N.37 – 41.

Reklamda ayrıca, O2 ismi yanında hareket halinde siyah-beyaz baloncuk figürlerini gösterdikten sonra ekrana gelen “3” işaretiyle beraber H3G’nin hizmetlerinin daha ucuz olduğu mesajı iletilmekte ve baloncuk figürleri giderek soluklaşarak kaybolmaktadır. Davacı O2, kendisine ait “baloncuk” figürlü şekil markasının izinsiz kullanıldığını ileri sürerek marka ihlali davası açmış, konu İngiliz Yüksek Mahkemesi aracılığıyla görüş sormak amacıyla ABAD’ın önüne gelmiştir. Davalı H3G’nin reklamda dile getirdiği fiyat karşılaştırmalarının içeriğinin doğru olduğu ve bir bütün açısından bakıldığında reklamın aldatıcı olmadığı noktasında taraflar arasında bir görüş ayrılığı bulunmamaktadır. Her iki tarafa ait markalar arasında bağlantı kurma ihtimali de bulunmamaktadır. Ulusal mahkemenin amacı böylesi bir olayda, davacıya ait markanın sırf mal veya hizmetlerin kökenini birbirlerinden ayırt etmek amacıyla kullanılıp kullanılmadığını tespit etmektir.

Divan konuya ilişkin kararında, karşılaştırmalı reklamlarda başkalarına ait markaların, karşılaştırmaya konu mal veya hizmetleri birbirlerinden ayırt etmek için kullanıldığını, bu sebeple Yönergenin 13-15 No’lu başlangıç hükümleri uyarınca, karşılaştırmalı reklamların yayılmasını sağlamak amacıyla markadan doğan üstün hakların belirli bir ölçüde sınırlandırılması gerektiğini, Divan’ın önceki içtihatları uyarınca karşılaştırmalı reklamların geniş çerçevede yorumlanarak her çeşidini mümkün kılınmasının gerektiğini, bir marka ihlalinden söz edebilmek için, “Marka kullanımının ticari amaçlı ve ticaret sırasında olması, - marka sahibinin kullanıma rıza göstermemiş olması, - markanın tescil kapsamındaki aynı veya benzer mal veya hizmetlerle ilgili kullanılması ve halk nezdinde karışıklığa sebep olacak ölçüde, tüketicilere markanın temel işlevini etkileyebilme ihtimalinin bulunması,” şartlarının **hep birlikte (kümülatif) gerçekleşmesi** gerektiğini beyan etmiştir. Divan somut olayda;

- Davalı H3G “baloncuk” şekillerini ticaret sırasında ve ticari bir aktiviteyle ilgili olarak kullanmıştır.
- Bu kullanıma davacı O2’nin rızası da bulunmamaktadır.
- Keza davacıya ait “baloncuk” markasının benzeri, markanın tescil olunduğu hizmet alanıyla ilgili olarak kullanılmıştır.

- Bununla birlikte davalı H3G şirketinin karşılaştırmalı reklamda "baloncuk" kullanma şekli, taraf **markalarının karıştırılması ihtimaline yol açacak nitelikte değildir**[1105].

Sonuçlarına ulaşmış ve 2008/95 sayılı Marka Yönergesinin 5/1 (b) maddesinin uygulanması için gerekli şartların gerçekleşmemiş olması nedeniyle, O2'nin reklamda, kendisine ait "baloncuk" figürünün davalı H3G tarafından izinsiz olarak kullanılmasını önleyemeyeceğine karar vermiştir[1106].

ABAD Toshiba/Katun kararında sipariş kodlarının bir katalogda;

KATUN

Katun-Produkte für Toshiba-Kopierer 2510/2550

OEM Art.-Nr.	Katun Art.-Nr.	Beschreibung	Modelle
T2510	43013746	Toner, schwarz; 450 g Kartusche (Preis pro Kartusche, Verkauf im 4er-Paket)	2510.2550

Şeklinde yan yana verilmesini karşılaştırma olarak görmüş, ancak bir karıştırma görmemiştir[1107]. Bu noktada sorun, rakibe ait bir tanıtıcı işaretin onu tanımlamak üzere reklamda kullanılmış olup olmamasıdır. Bununla birlikte, rakibe ait işaretler onu tanımlayıcı olarak kullanılmış olsa dahi rakibe ait olan işaretlerle reklam verene ait işaretler arasında bir karışıklığa yol açmamalıdır. Rakibe ait işaretlerin kullanılması sadece rakibin karşılaştırmalı reklamda tanımlanmasına hizmet ettiği ölçüde kabule şayan bir davranıştır.

1105 ABAD, **O2 / Hutchison**, N.67.
1106 ABAD, **O2 / Hutchison**, N.69.
1107 ABAD, **Toshiba / Katun**; BGH **GRUR** 2001,350 –OP Lampen; **Berlit**, **Vergleichende Werbung**, N. 143; **Sack**, **WRP** 2002, 363.

V. YÖNERGE'NİN ÜYE ÜLKELER HUKUKLARINA ETKİSİ

A. Aldatıcılık

1. Yönerge Hükümlerinin İç Hukuka Aktarılma Zorunluluğu

2006/114 sayılı Yönergenin 4/1 (a) maddesinde aldatıcılık yasağının sınırları gösterilirken 2005/29 sayılı HTU Yönergesinin 6 ve 7.maddeleri yanında, 2006/114 sayılı Yönergenin 8.maddesinin 1.bendine de atıf yapılmıştır. Söz konusu 1.bent iki ayrı paragraftan oluşmaktadır. 8/1 (1) maddede, üye ülkelere aldatıcı reklamlara karşı daha fazla koruma sağlamalarının yolu açılmıştır. Yönerge'de böyle bir ihtimal halinde Topluluğun buna engel olmayacağı belirtilmiştir. Yani üye ülkeler aldatıcı reklamlara karşı daha korumacı bir ulusal yasa çıkarabilecekleri gibi mevcut olanı da sürdürebileceklerdir.

Bununla birlikte 8/1 (2) fıkrasının birinci paragrafındaki hüküm kısmen **sınırlandırılmış** ve ilk paragraftaki serbestliğin "**karşılaştırma söz konusu olduğu durumlarda**" uygulanamayacağı söylenerek, üye ülkelerin ancak *karşılaştırma içermeyen* reklamlardaki aldatıcılığın önlenmesi yönünden daha koruyucu hükümler getirebilme yetkisi verilmiştir[1108]. Yönergenin 6 ve 20 no'lu başlangıç maddelerinde de tüm üye ülkelerin aldatıcılık konusunda uyumlulaştırılmış ortak bir hukuk uygulamaları ve Yönerge 'deki hükümleri iç hukuka aktarmaları gerektiği ifade olunmuştur.

Karşılaştırmalı reklamla ilgili olarak her ülke kendi anlayışına göre "aldatıcılık" ölçütü kabul edemeyeceğine göre, burada belirleyici olan Topluluk hukukundaki aldatıcılık anlayışıdır. O halde Topluluk hukukunun karşılaştırmalı reklamlar yönünden öngördüğü aldatıcılık ölçütünün

---

[1108] **Fezer/Koos,, UWG,** § 6 N. 288.

belirlenmesi gerekmektedir. Aksi halde aynı reklam karşılaştırmasında farklı aldatıcılık ölçüsünün belirlenmesi riski ortaya çıkabilecektir[1109].

Daha önce aldatıcı nitelik taşıyan karşılaştırmalı reklamlarda aldatıcılık ölçütünün ulusal ölçülere göre mi yoksa Topluluk müktesebatı ölçülerine göre mi olacağı tartışmalıydı. Zira üye ülkeler aldatıcı reklamlara karşı ulusal hukuktaki daha korumacı ve katı hükümleri uygulayabiliyorlardı. Bu husus özellikle, karşılaştırmalı reklamda hangi kesimin (nihai/-ara tüketici, ortalama/-zayıf tüketici vs.) aldanmasının yeterli olacağı, aldanma tehlikesinin yeterli olup olmayacağı noktalarında toplanıyordu[1110]. Ancak 97/55 sayılı Yönergenin 7 (2) maddesinde, karşılaştırmalı reklam konusunda üye ülkelere bu imkân verilmemiş, karşılaştırmalı reklam söz konusu olduğunda daha korumacı olan ulusal hukukun uygulanamayacağı açıkça ifade edilmiştir. Karşılaştırmalı reklamlarda aldatıcılığın sadece Yönerge 'deki hükümler ölçüsünde tespit edilmesi gerektiği hususu ABAD'ın kararıyla da tescillenmiştir[1111]. Alman uygulamasında daha önce zayıf tüketicinin korunması esas alınırken, 97/55 sayılı Yönerge hükümlerinin iç hukuka aktarılmasından sonra Yüksek Mahkeme de bu konuda ulusal kıstası, Yönerge 'deki kıstasla değiştirmek durumunda kalmıştır[1112].

2006/114 sayılı Yönerge, 2005/29 sayılı Yönergenin çıkarılmasından sonra sadece "tacirleri" ve "genel rekabet düzenini" koruma amacıyla sınırlandırılmıştır. 2005/29 sayılı Yönerge ise sadece "tüketicilerin korunması"nı amaç edinmiştir. Doğrudan tüketicilere yönelik karşılaştırma içeren aldatıcı reklamlar yönünden bu Yönergenin 6 ve 7.maddelerinin uygulanması söz konusudur. 6 ve 7.maddelerde gerek icrai, gerekse de ihmali davranışlar aldatıcı reklam kapsamında görülebilecektir. Bu bağlamda söz konusu aldatıcı davranışların nihai tüketicilere yönelik bir karşılaştırmalı

1109 **Ohly/Spence**, **GRUR Int.** 1999, s.681 vd.
1110 **Ohly**, **GRUR** 2003, 641; **Sack**, **GRUR** 2004, 89,91.
1111 ABAD, **Pippig Augenoptik / Hartlauer**, N.44; ABAD, **Gut Springenheide / Steinfurt**.
1112 **GRUR** 2001, 1016, 1063 – Mitwohnzentrale.de; **GRUR** 2002, 160, 162 – Warsteiner III; BGH **GRUR** 2005, 172, 175; **NJW** 2004, 439, 440 – Mindestverzinsung; **Ohly**, **GRUR** 2003, 641, 643.

reklamda sergilenmesi halinde Yönerge 'deki bu hükümlere de uyulması gerekmektedir. İşte 2005/29 sayılı Yönergenin 3/5.maddesi uyarınca, üye ülkelerin kendi ulusal hukuklarında bulunan ve Yönerge hükümlerine göre daha dar koruma sağlayan hükümleri terk ederek Yönergenin kabul olunduğu 12.06.2007 tarihinden itibaren 6 yıl içerisinde, yani 12.06.2013 tarihine kadar Yönerge 'deki minimum standartları iç hukuklarına aktarmak yükümündedirler. 2005/29 sayılı Yönerge 'deki bu hükümle, tüketicilerin haklarını doğrudan etkileyen karşılaştırmalı reklamlar yönünden, reklam karşılaştırma içerse bile üye ülkelere, tüketicileri daha fazla koruma getiren hükümleri ulusal hukuklarına yerleştirme hak ve yetkisi tanınmıştır. Aynı yaklaşım 2005/29 sayılı Yönergenin 3 ve 15 (son cümle) no'lu başlangıç maddelerinde de ifade olunmuştur.

2. Topluluk Hukukuna Göre Aldatıcılık Tanımı

Hâkim düşünceye göre karşılaştırmalı reklamda aldatıcılık konusunda, AB hukuku aldatıcılık tanımının esas alınması gerekir[1113]. Aldatıcılık konusunda, üye ülkeler arasında ne alt ne de üst sınır yönünden ortak bir kesişme noktası yoktur. Her ülkenin aldatıcı reklama karşı kendi korumacı hukukunu uygulamasının sorunlara yol açabileceği düşünülmüş ve o nedenle bu tehlikeye karşı aldatıcılığın tek bir tanımının olması gerektiği savunulmuştur[1114]. Hâkim düşüncenin bu tarz yaklaşımı Yönergenin temel amacına da uygun olmuştur[1115].

1113 **Gloy/Bruhn**, **GRUR** 1998, 226, 234; **Sack**, **GRUR Int.** 1998, 263, 271; **Menke**, **WRP** 1998, s. 811, 820; **Eck/Ikas**, **WRP** 1999, 251, 257; Sönke Ahrens, "Der Irreführungsbegriff im deutschen Wettbewerbsrecht, Zu den Auswirkungen des Urteils des Bundesgerichtshofs, auf die deutsche Rechtsprechung zur Irreführung", **WRP** 1999, 389, 390; **Henning-Bodewig**, **GRUR Int.** 1999, 385, 386; **Plaß**, **WRP** 1999, 766, 768.

1114 **Menke**, **WRP** 1998, s. 811, 820.

1115 **Ohly/Spence**, **GRUR Int.** 1999, s.681 vd.

Aldatıcı karşılaştırmalı reklamların Yönergenin 2 (2) maddesindeki tanım ile 3 maddesindeki aldatıcılığa ilişkin unsurlar dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekir.

Yönergenin 2 (2) maddesinde aldatıcılık kavramı;

"Aldatıcı reklam, yönelik olduğu hedef kitlenin veya reklamın ulaştığı kitlenin, sunum şekilleri dahil, her türlü yolla ve onların ekonomik davranışlarını etkileyen veya bir rakibe zarar veren her türlü aldatıcı veya aldatma ihtimali olan reklamlar"

Olarak tanımlanmıştır. Yönergenin 3 (a), (b) ve (c) maddesinde;

"(a) Mal ve hizmetlerin, uygunluğu, yapısı, piyasaya gelişi, içeriği, üretim ya da hizmetin ifasının zaman ve usulü, amaca uygunluğu, yararları, miktarı, kendine has hususiyetleri, coğrafi veya ticari kökeni veya kendisinin kullanımından beklenen sonuçları, mal ve hizmet testlerine ilişkin önemli sonuçlar,

(b) Mal ve hizmetlerin fiyatları ile fiyatın hesaplanış şekilleri, malların ve hizmetlere dahil olan şartlar (teslim, servis),

(c) Reklam verenin kimliği, varlıkları, yetenekleri ve ticari, sınai veya fikrî mülkiyet hakları sahipliği, ödülleri ve onurlandırılmaları"

Hakkında aldatıcı bilgi sunulması özellikle yasaklanmıştır. Ancak **burada sayılan unsurlar tahdidi değildir.** Yani burada sayılan özelliklerin dışında da aldatıcılık söz konusu olabilecektir. Bu bağlamda hedef tüketicilerin satın alma kararlarını etkileyecek şekildeki rekabet amacıyla yapılmış bütün ticari davranışları bu kapsamda görmek mümkündür. Reklamın aldatıcı nitelikte olup olmadığı, reklamın yönelik olduğu hedef kitleye mensup kişilerin genel intibaına göre tespit edilecektir[1116].

ABAD Pippig kararında, bu konuda kendisine yöneltilen soruya cevaben; "karşılaştırma söz konusu olduğu müddetçe" üye ülkelerin iç hukuklarındaki daha korumacı ve dar hükümleri uygulamasının söz konusu olamayacağına karar vermiştir. Buna gerekçe olarak da Yönergenin 7/2 (yeni

[1116] BGH **GRUR** 2002, 550 vd. – Elternbriefe; BGH **GRUR** 2002, 715 vd. – Scanner Werbung; BGH **GRUR** 2003, 361 vd. – Sparvorwahl.

8/2) maddesi ile karşılaştırmalı reklam konusundaki ulusal hükümlerin uyumlulaştırılmasına dair 2 no'lu (şimdi 6 no'lu) başlangıç maddesi hükümleri gösterilmiştir[1117]. Kararda ayrıca Yönergenin 18 no'lu başlangıç maddesinin de ulusal hukukların, karşılaştırmalı reklam yönünden, aldatıcı reklamlara ilişkin daha korumacı hükümlerinin uygulanmasını önlediğine vurgu yapılmıştır.

Aldatıcılık yasağının varlığı için mutlaka gerçek bir aldatma olayı gerekmez. Bir reklamı aldatıcılık nedeniyle yasaklamak için aldatma ihtimalinin varlığı yeterlidir[1118]. Aldatma tehlikesinin tüketicinin şahsi kararı üzerine etkili olması ve bunun da ispatı gerekir[1119].

ABAD "Nissan" kararına konu olayda Yönergenin 2 (2) maddesiyle ilgili temel yaklaşımı ortaya koymuştur. Buna göre bir reklamın Yönerge anlamında aldatıcı olduğundan bahsedebilmek için, *önemli sayıdaki tüketicinin,* gerçek şartları bilmemesi nedeniyle, *satın alma kararının etkilenmiş* olması gerekir[1120].

3. Aldanma Oranı

2006/114 sayılı Yönerge sayılı Aldatıcı Reklamların Önlenmesine İlişkin Yönergenin uygulanması kapsamında, hangi miktarda tüketicinin aldanmış olması gerektiği ABAD'ın "Nissan" ve "Gut Springenheide" kararlarında yorumlanmıştır. Divan ilk defa Nissan kararında, aldatıcılığın varlığı için "önemli sayıda" tüketicinin aldanmış olması gerektiğini belirtmiştir[1121]. "Gut Springenheide" kararında ise aldatıcılık tehlikesinin tespiti için "azımsanmayacak sayıda" kişinin aldanmış olması ihtimalinin gerektiği, özel bazı durumlarda bir uzman bilirkişi raporu alınması veya tüketici

---

1117 ABAD, **Pippig Augenoptik / Hartlauer**, N.42, 43.
1118 ABAD, **Gut Springenheide / Steinfurt**, N.31.
1119 **Gloy/Bruhn**, **GRUR** 1998, 226 vd; **Freund**, s. 88; **Ahrens**, **WRP** 1999, 389 vd.
1120 ABAD, **Nissan**, N.16.
1121 ABAD, **Nissan**, N.16.

araştırması yapılması gerekip gerekmediği konusunda karar vermeye yetkili olanın ulusal mahkemeler olduğu belirtilmiştir[1122].

Aldatılma oranıyla ilgili tam bir sayı verilmemesinin sebebi, aldatıcılık için mutlaka belirli sayıda tüketicinin aldanmasının gerekmemesidir. Hatta bu konuda *soyut bir tehlikenin varlığı* dahi yeterlidir. Aldatıcılık olayı, aldanan kişilerin sayısı ya da oranı verilerek ispatlanamaz. Aldatılan kişilere ilişkin sayı, sadece söz konusu reklam sloganındaki ifadenin aldatıcı olduğunu desteklemeye hizmet eder[1123].

Aldatıcılık sınırının, her bir somut olayda ve kendi şartlarına göre ulusal mahkemelerce belirlenmesi gerekecektir. Aldatıcılığın faturası tüketiciler için ne kadar ağır ise, o kadar az sayıda kişinin böyle bir tehlikeye maruz kalması karşılaştırmalı reklamı kabul edilemez bulmak için yeterli olacaktır. Söz gelimi, ilaçlar konusunda çok az sayıda kişinin aldanma ihtimali dahi yeterli bir orandır. Ancak hangi miktarda aldanma oranının yeterli sayılması gerektiğinin her bir olaya göre mahkemelerce ayrı ayrı ve esnek şekilde değerlendirilmesi yerinde olacaktır[1124]. BGH önüne gelen birçok olayda, aldanma oranını esnek bir şekilde değerlendirmiş, bir olayda hedef kitleye mensup kişilerin %10'luk kesiminin böyle bir tehlikeye maruz kalmasını yeterli görmüştür[1125].

İçtihat farklılıklarını birleştirme amacıyla da olsa ABAD tarafından aldatıcılık oranı ve bunun tespit yöntemi konularında keskin bir sınır belirlenmemiştir. ABAD içtihatlarıyla gelişen "**ortalama tüketici"** kavramı ticari pazardaki tüketici koruması ile üretici veya reklam verenin iletişim hakkı arasındaki **çakışan menfaatlerin dengelenmesine önemli bir katkı** yapmıştır. Divan reklamdaki ifade nedeniyle aldanan veya aldanma tehlikesine maruz kalan ortalama tüketici miktarını, **"azımsanmayacak**

1122 ABAD, **Gut Springenheide / Steinfurt**, N.35, 36.
1123 **Ahrens**, **WRP** 1999, 389, 393.
1124 **Ohly/Spence**, **GRUR Int.** 1999, s.681, 690.
1125 BGH **GRUR** 1979, 716 vd. – "Kontinen Möbel (%10)"; BGH **GRUR** 1973, 361vd. – "SanRemo (%5)"; BGH **GRUR** 181, 71 vd. –"Lübecker Marzipan (%13,7)"; BGH **GRUR** 1991, 689 vd. – "Porzellanmanufaktur (%6)"

sayıda" diyerek esnek bırakmış ve oran belirleme işini ulusal mahkemelere bırakmıştır[1126].

B. Yönerge 'deki Tüketici Modeli

Bir karşılaştırmalı reklamın hukuka uygun olup olmadığının, kimin görüşü kıstas alınarak tespit edileceği sorusuna verilecek cevabın merkezi bir anlamı olacaktır. Zira bu cevap aynı zamanda aldatıcılık yasağının boyutunu da ortaya koyacaktır.

Bu konuda BGH'nin tavrı, 2001 yılındaki "Warsteiner- II"[1127] kararına kadar, kural olarak *"dikkatsiz ve saf tüketicileri* korumak" şeklinde idi[1128]. Söz konusu uygulama sırasında, tüketicilerin reklamı *sadece yüzeysel bir değerlendirme* sonucu aldatıcı bulmaları yeterli görülmekteydi[1129]. Tüketicilerden doğru ve tam bir eleştirel bakış açısıyla değerlendirme yapmaları beklenmezdi[1130]. Ancak ABAD içtihatları doğrultusunda bu anlayış tamamen terk edilmiş ve ABAD içtihatlarındaki tüketici modeli benimsenmiştir[1131].

Reklamın hedefi olan kişilerin **hangi ölçüde dikkatli ve ilgili** olmaları gerektiği, reklamın yönelik olduğu hedef kitlenin özelliklerine bağlıdır. Bir *uzman kitleye yönelik* reklam için, daima bu kişilerin algısı, *genel tüketicilere yönelik* reklamlarda ise genel tüketicilerin, yani reklamın yöneltildiği kitleye mensup kişilerin algıları dikkate alınır[1132].

1126 ABAD, **Gut Springenheide / Steinfurt**, N.35; **Scherer**, **WRP** 1999, 991, 993.

1127 BGH **GRUR** 2002, 160 vd. = **WRP** 2001, 1450 vd. – "Warsteiner- III". Bu kararla birlikte BGH kendi tüketici modelini bırakarak ABAD'nin benimsediği tüketici modelini (ortalama bilgili ve anlayışlı tüketici) kabul etmiştir.

1128 **Baumbach / Hefermehl**, 21. Auflage, § 1 N. 33.

1129 **Erdoğan**, s. 25.

1130 BGH **WRP** 1992, 380 vd. – "Beitragsrechnung"; BGH **GRUR** 1970, 425 vd. – "Melitta Kaffe"; BGH **GRUR** 1969, 415 vd. – "Kaffferösterfrei".

1131 **Bozbel**, s.224.

1132 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, 6 N.

Tamamen normal tüketicilere yönelik reklamlarda, ABAD'ın kararlarına göre aldatıcılığın "*makul derecede iyi bilgilendirilmiş, makul derecede dikkatli ve ihtiyatla değerlendirme yapabilen tüketicinin*"[1133] algısına göre tespiti gerekir. Tüketicinin bu değerlendirmeyi yaparken herhangi bir uzmanın raporuna veya araştırma sonuçlarına ihtiyaç duymaması gerekir. Ancak Divan, ulusal mahkemelerin bu konuda bir rapor alma veya anket araştırması yapma gereği ihtiyacına da karşı çıkmamıştır[1134].

Bu niteliklere haiz tüketicilerin fikir ve düşünceleri ile beklentileri, reklam sloganlarının değerlendirilmesinde belirleyici rol oynayacaktır.

Ortalama tüketici modeli demek, ticari pazarın mükemmel bir katılımcısı (homo economicus) demek değildir. Model tüketiciyle, reklamda yer alan bilgileri eleştirel olarak algılayan, ne manaya gelebilecekleri üzerinde düşünen ve seçen, buna bağlı olarak ticari kararları ile satın alma kararlarını uyanık ve mantıklı olarak verebilen kişiler kastedilmektedir[1135].

Diğer yandan da aldatıcılığa maruz kalabilecek hedef kitleye bilgi edinme yükü yüklenmektedir. Bir reklamın sadece **sıradan ve yüzeysel** bir şekilde değerlendirilmesi **herhangi bir koruma görmemektedir**. Esas alınacak ölçü, ortalama düzeyde bilgili ve anlayışlı, reklamdaki durumları uygun bir dikkatle değerlendirebilen tüketicilerin görüşleridir.

Ne 97/55 sayılı Karşılaştırmalı Reklam Yönergesi'nde, ne de 2005/29 sayılı Yönergeyle birlikte 2006/114 sayılı olarak revizyon gören Yönerge'de ortalama tüketici kavramına yer verilmemiştir. Bununla birlikte, 2005/29 sayılı HTU Yönerge 'sinin 18 no'lu başlangıç maddesinde, ABAD'ın içtihatlarına uygun şekilde "ortalama tüketici" kavram ve kıstası getirilmiştir. Buna göre ortalama tüketici kavramı, orantılılık ilkesine uygun olarak, "*makul derecede iyi bilgilendirilmiş, makul derecede dikkatli ve ihtiyatla değerlendirme*

1133 ABAD, **Gut Springenheide / Steinfurt**; ABAD, **Pippig Augenoptik / Hartlauer**, N.55; ABAD, **Lidl Belgium / Colruyt**, N.78; ABAD, **Verbraucherschutzverein / Kessler**, N.36; ABAD, **Lloyd / Handel**, N.26.

1134 ABAD, **Gut Springenheide / Steinfurt**, N.35, 37.

1135 **Ahrens**, **WRP** 1999, 389, 396.

yapabilen tüketiciler" olarak kabul edilmiş, reklamın yönelik olduğu hedef kitlenin çocuklar olması halinde bu kişilerin görüşlerinin dikkate alınması gerektiği, ortalama tüketici gurubunun görüşleri tespit edilirken hedef kitleye mensup tüketici grubunun *sosyal, kültürel ve dil özellikleri ile* tüketici grubunun *istismar edilebilecek özelliklerinin* (yaş, cinsiyet, hastalık vs.) de dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir. Bunun dışında, yapılan tüketici testlerinin bilimsel istatistiki testler olarak algılanmaması gerektiği, hangi sayıdaki tüketicinin görüşünün yeterli olduğunun ulusal mahkemelerce kararlaştırılması gerektiği de ifade edilmiştir.

Ortalama tüketici testleri sabit testler değildir. Dolayısıyla bir olaydaki değerlendirme bir başka olaya uymayabilir. Onun için tüketici gruplarının algısının her bir somut olay yönünden ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir.

BGH yeni tarihli bir kararında, bir karşılaştırmalı reklamın son kullanıcılar yanında, perakendecilere de yönelik olması durumunda, bilinçli ve daha fazla bilgi düzeyine sahip olan perakendecilerin görüşünün de dikkate alınması gerektiğine karar vermiştir[1136].

Bir reklamdaki ifadeleri değerlendirecek ortalama tüketicinin göstereceği dikkat ve ilginin ölçüsü, reklama konu mal veya hizmetlerin kendisi için ifade edeceği anlamdan bağımsız olarak değerlendirilmelidir.

ABAD'a taşınan bir olayda, bir çilek reçeli kavanozu üzerinde yazan "Doğal Saflıkta" (Naturrein) ibaresiyle ilgili olarak, doğada yetişmekte olan ürünlerin bu gün için mevcut hava kirliliği şartlarında doğal saflıkta olmasının imkânının olmadığı, yapılan testlere göre kurşun, kadmiyum ve koruyucu jeller (Pectin) içerdiği, reklam konusu ibarenin, tüketicileri aldatıcı olduğu iddia edilmişti. Divan konuya ilişkin kararında, *makul derecede iyi bilgilendirilmiş, makul derecede dikkatli ve ihtiyatla değerlendirme yapabilen tüketi*cilerin, bir çilek reçeli kavanozu üzerinde yazan "Doğal Saflıkta" (gerçekte öyle olmadığı halde) ibaresini aldatıcı olarak algılamayacaklarını,

---

[1136] BGH, I ZR 157/09, 05.05.2011 tarih, www.juris.bundesgercihtshof.de, s.y.,11.08.2011.

zira kavanoz reçeli üzerinde ürünün içeriğinin yazılı olduğunu ve burada ürünün Pectin jeli içerdiğinin yazılı olduğunu, üründe tespit olunan kurşun, kadmiyum ve pectin (böcek öldürücü) maddelerinin ürünün doğal içeriğinde bulunmadığını, ancak bu maddelerin içinde yaşadığımız doğal çevrenin zorunlu bir sonucu olduğunu, tüketiciler bir an için bu ibareyi aldatıcı olarak algılasalar bile riskin minimal düzeyde olması nedeniyle bu gerekçeyle ürünün satışının engellenemeyeceğini, kullanılan böcek öldürücülerin ise bitkilerdeki zararlı organizmaları yok etmek için herkes tarafından kullanılabilen maddeler olduğunu, çilek reçelleri için "doğal saflıkta" denilmesinin "pectin" içermediği anlamına gelmeyeceğini, üründe elde edilen kalıntıların yasal sınırlar içerisinde olduğunu ve insan sağlığını tehdit etmediğini belirterek, bu sebeple kullanılan ibarenin tüketicileri aldatıcı nitelikte olmadığına karar vermiştir[1137]. Kararda da görüleceği üzere Divan, ortalama tüketicilerin, almış oldukları ürünlerin üzerindeki bilgileri okuyacak kadar uyanık, doğada yetişen hiçbir şeyin "doğal saflıkta" olmadığını bilecek derecede bilgi ve kültür düzeyine sahip kişiler olması gerektiğini kabul etmiştir.

Günlük ihtiyacı karşılamaya yönelik daha düşük değerli mal ve hizmetlere ilişkin tanıtım katalogları ile gazete reklamları, anlayışlı ortalama tüketici tarafından yüzeysel olarak değerlendirilebilir. Buna karşın yüksek değerli mal ve hizmetlere ilişkin reklamlar ile sağlıkla ilgili ürünlere ilişkin reklamların daha büyük bir dikkatle izlenmesi beklenir[1138]. Zira bu alanlarda tüketicilerin yüzeysel ve ilgisiz bir şekilde yanlış anlamalarına herhangi bir destek verilmeyecektir[1139]. Bir şark halısına ilgi duyan ortalama bilgili, anlayışlı bir tüketicinin bu alandaki bir reklamı yüzeysel değil, normal bir dikkatle değerlendirmesi gerekir. Zira bu reklam bir günlük yaşam maddesine ilişkin değildir. Reklam kataloğunun ilk sayfasında el dokuması şark halısı resmi

---

1137 ABAD, 04.04.2000 tarih, C– 465/98 – **Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln eV / Adolf Darbo AG.**, N.28, 33.

1138 BGH **GRUR** 2000, 619 vd. – Orrientteppichmuster; BGH **GRUR** 2002, 715 vd. –Scanner - Werbung

1139 BGH **GRUR** 1997, 304 vd. – Energiekosten- Preisvergleich II; BGH **GRUR** 2000, 619 vd. – Orrientteppichmuster

gösterilip, sonraki sayfalarında makine halısı resimlerinin gösterilmesi ve resimlerin altında küçük baskılı yazılarla makine halısı olduğunun işaret edilmesi halinde herhangi bir aldatıcılık unsurunun bulunmadığı kanaatine varılmıştır. Zira ortalama bilgili ve anlayışlı tüketiciden, ürünün makine halısı olduğuna ilişkin her bir resim altındaki yazıyı okuması beklenir[1140].

ABAD, 2011 yılında bir tasarımın tesciliyle ilgili olarak verdiği PepsiCo kararında, frizby oyuncakların yeni ve ayırt edici olup olmadığı değerlendirilmesinde 5–10 yaş arası çocukların görüşlerinin dikkate alınması gerektiğine hükmetmiştir[1141].

C. Bütünlük

Bir reklam karşılaştırmasının, reklam verenin kendi ya da rakiplerinin ticari davranışları veya ürünleriyle ilgili aldatıcı bilgiler içermesi halinde o reklam aldatıcı olarak nitelenir[1142]. Reklamda yer alan "bilgi" kavramının ise geniş yorumlanması gerekir. **Reklamda yer alan bilgiler**, ortaya çıkış şekillerinden (sözlü, yazılı, işitsel, resim vs.) bağımsız olarak, muhtemel müşteri kitlesinin *satın alma kararını etkileyebilecek* bütün **önemli** ifadeleri kapsayacaktır.

2006/114 sayılı Yönergenin 11 no'lu başlangıç maddesinde, karşılaştırmalı reklama ilişkin bütün şartların, 3/1 maddesinde ise "aldatıcılık" unsurunun belirlenmesinde "*o reklama özgü bütün özelliklerin*" hep birlikte dikkate alınması gerektiği söylenmiştir. Keza Yönergenin 5/3.maddesinde, mahkemelerin, aldatıcı reklamlar ile hukuka aykırı karşılaştırmalı reklamlar konusunda karar verirken bütün ilgili tarafların, özellikle de kamunun menfaatini nazara alması gerektiğini söyleyerek "bütünlük ilkesine" vurgu yapılmıştır.

1140 BGH **GRUR** 2000, 619, 621 – Orrientteppichmuster
1141 ABAD, C-281/10 P, N.53-55 – PepsiCo v. OHIM
1142 **Berlit**, **Vergleichende Werbung**, N.295.

Aynı şekilde 2005/29 sayılı HTU Yönergesinin 6/2 ve 7/1.maddelerinde, bir ticarî uygulamanın, ortalama tüketicilerin başka sözleşme yapmalarına sebep olan aldatıcı davranışların, olayın kendi maddi gerçekliği kapsamındaki bütün özellikleri ve hallerinin dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiği ifade olunmuştur. Keza Yönergenin 8/1.maddesinde de saldırgan pazarlama yöntemlerine konu baskı, zorlama, fiziki güç kullanma, nüfuzunu kötüye kullanma olgularının da bütüncül yaklaşımla değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Bütüncül yaklaşımda en çok dikkate alınması gereken hususlardan birisi de, söz konusu davranışların, ortalama tüketici kitlesinin satın alma kararlarını etkileyecek nitelikte olup olmadığının tespitidir.

ABAD Loreal kararında da, karşılaştırmalı reklamda başkalarına ait markaların tanınmışlığından haksız yararlanma halinin söz konusu olup olmadığının, somut olaya ilişkin tüm unsurların dikkate alınarak bütüncül bir değerlendirme yapılması gerektiğine karar vermiştir[1143].

D. İspat Yükü ve Dava Açma Hakkı

Genel ispat kurallarına göre hukuka aykırı olduğu ileri sürülen maddi vakıaları açıklama ve ispat yükü bunu dile getiren kişiye aittir. Yani bir davada karşılaştırmalı reklamın şartlarına uygun olmadığını gösterme ve ispat etme yükü, kural olarak, iddiayı yapan davacıya aittir[1144]. Bu konuya ilişkin ispat yükü 2006/114 sayılı Yönergenin 5 ve 7 maddesi ile 2005/29 sayılı Yönergenin 12 maddesinde düzenlenmiştir.

Davacının değil de reklama konu iddiayı dile getiren davalının bilgi sunabileceği belirli koşullar altında davacının ispat yükünün davacıya ait olması doğru olmayacaktır. Zira menfi bir vakaya ilişkin bir hususun

---

1143 ABAD, **L'Oréal / Bellure**, N.44.

1144 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 84; **Plassman**, **GRUR** 1996, 377, 381; BGH **GRUR** 2007, 605 – Umsatzzuwachs; OLG Hamburg **GRUR**-RR 2002, 362

doğruluğunun davacı tarafından ispatı, oldukça zor olacaktır[1145]. Oysa böyle bir delilin, iddiayı dile getiren davalı reklam verenin elinde zaten var olması gerekir.

2006/114 sayılı Yönergenin 5.maddesindeki düzenlemeler ulusal otoritelere, hukuka aykırı karşılaştırmalı reklamlarla mücadelede uygun ve etkin tedbirler alma ve 7/1 (a) maddesi uyarınca da, üye ülkelerin mahkemelere ve idari otoritelere, "*reklam verenden, iddialarını ispatlayan delillerini bir an önce sunmasını isteme yetkisi*" verilmesi yükümünü yüklemiştir. Mahkemelerin bu yetkisini, yargılamadaki tüm katılımcıların ve reklam verenin meşru menfaatlerini gözeterek ve orantılılık ilkesi kapsamında kullanması gerekir. Ancak ispat yükünün hafifletilmesi hiçbir şekilde ispat yükünün yer değiştirmesi anlamına da gelmez[1146].

Verilen süreye rağmen davalı reklam verenin iddialarını ispat eder delilleri mahkemeye sunmaması veya sunulan delillerin mahkemece yeterli görülmemesi halinde, "iddiaların asılsız ve gerçek dışı olduğu" kabul edilebilir. Yönergenin 5maddesi 3.bendinin 2 fıkrası uyarınca, davacının söz konusu olay sebebiyle gerçek bir maddi zarara uğradığına ilişkin hiçbir delil sunulamasa bile, mahkemeler yine de "reklamın durdurulması" yönünde ihtiyati tedbir kararı verebileceklerdir. Haksız bir karşılaştırmalı reklamın durdurulmasını, reklamın yönelik olduğu ve haksız karşılaştırmalı reklamdan zarar görecek rakip tacirler veya hedef tüketici kitlesine mensup kişiler talep edebilir[1147]. Haksız karşılaştırmalı reklam iddiası sık sık marka ihlali şeklinde ortaya çıktığından, böyle bir durumda davayı açma yetkisi marka üzerinde hak sahibi olan kişilere ait olacaktır.

1145 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 84.
1146 **Fezer/Koos,**, **UWG,** § 6 N. 290.
1147 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 85; **Piper/Ohly**, **UWG,** § 6 N.73.

VI. YÖNERGE KAPSAMINDA KALMAYAN REKLAMLAR

A. Reklam Kısıtlaması veya Yasağı Olan Haller

1. Genel Olarak

Karşılaştırmalı reklamların hangi şartların varlığı halinde geçerli olacağı 2006/114 sayılı Yönergenin 4.maddesinde düzenleme konusu yapılmıştır. Bununla birlikte Yönergenin diğer maddeleri ile başlangıç hükümlerinin de göz ardı edilmemesi gerekir. her şeyden önce kabul edilebilirlik şartlarına ilişkin 4.maddenin, Yönergenin başlangıç maddeleri ile 8/2 maddesindeki uygulama kapsamıyla birlikte yorumlanması gerekmektedir. Keza 8/2 maddesindeki düzenleme uyarınca, reklam yasaklarının veya sınırlamalarının söz konusu olduğu alanların, karşılaştırmalı reklam yasağını da kapsayacağı göz ardı edilmemelidir.

Karşılaştırmalı reklama ilişkin kurallar, reklamın tamamen (tütün ve alkollü içecek reklamı tüm medyada[1148]) ya da kısmen (ilaçlar yönünden sağlık uzmanlık alanı dışındaki medyada[1149]) yasak olduğu ürünler yönünden geçerli olmayabilir[1150]. Diğer bir anlatımla, bu ürünler yönünden karşılaştırmalı reklam, diğer tüm şartları taşısa bile hukuka aykırı görülebilir. Reklam kısıtlaması AB normları tarafından getirilebileceği gibi üye ülkeler de kamu düzeni veya toplum sağlığını dikkate alarak bazı ürünler yönünden karşılaştırmalı reklam kısıtlamalarına gidebileceklerdir. Söz konusu reklam yasağı, bazı medya organlarıyla sınırlı tutulduğunda ise yasağa rağmen karşılaştırmalı reklamların yayınlanması halinde, bu reklamın Yönerge hükümleri uygun olduğu gerekçesiyle hukuka uygun olduğuna karar verilemeyecektir. 2006/114 sayılı Yönergenin 8 (3) ve (4) maddeleri üye ülkelere açıkça bu konuda yetki tanımıştır. Üye ülkelerin bu yetkiyi

---

1148 89/622 sayılı ve 13.11.1989 sayılı AB Konsey Yönergesi

1149 **Berlit**, **Vergleichende Werbung**, N.315.

1150 95/55 sayılı Yönergenin 20, 21 ve 22 No'lu başlangıç maddeleri;2006/114 sayılı Yönergenin 8/2 ve 3 bentleri.

kullanırken Topluluk Sözleşmesi'ndeki kurallara aykırı hareket etmemeleri gerekir. Bunların en başında da üye ülkelerin bu yasakları ticarete örtülü kısıtlama getirme amacıyla kullanmaması, toplum sağlığını ve düzenini koruması gerekmektedir.

2. Tütün Mamulleri Reklamı

Televizyonlarda tütün ve tütün ürünlerinin reklamına ilişkin ilk yasak, 2007/65 sayılı Yönerge[1151] ile değişik 89/522 sayılı Yönerge ile getirilmiştir. Daha sonra ise tütün ürünlerinin reklamıyla ilgili 2003/33 sayılı Yönerge çıkarılmıştır[1152]. Bu Yönerge ile de tütün ürünlerinin basılı medyada ya da sponsorluk yoluyla reklamının yapılması yasaklanmıştır.

3. İlaçlar ve Tedavi Yöntemleri

92/28 sayılı AB Yönergesinin 5.maddesi uyarınca, ilaçların veya başka tedavi yöntemlerinin insan sağlığı üzerindeki etkileri konusunda, uzmanlık alanı dışındaki kişilere yönelik olarak karşılaştırmalı reklam yapılması yasaklanmıştır[1153]. Bununla birlikte 92/28 sayılı Yönerge açısından, insan sağlığı üzerine etkisi dışında kalan alanlarda (mesela fiyatları konusunda) karşılaştırmalı reklama konu edilmesi mümkündür[1154]. 92/28 sayılı Yönergenin 5b maddesi uyarınca ilaçlar hakkında etki derecelerinin aynı olduğu veya rakibe ait ilaçtan daha iyi olduğuna ilişkin karşılaştırmalı reklam yapılması (uzmanlık alanında yayın yapan medyada) yasaklanmıştır[1155].

1151 Directive 2007/65/EC, OJ L 332, 18.12.2007.

1152 Directive 2003/33/EC on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States relating to the advertising and sponsorship of tobacco products, OJ L 152, 20.6.2003, p.16

1153 Bkz. 92/28 sayılı ve 31.03.1992 tarihli İlaç Reklamlarına İlişkin AB Yönergesi.

1154 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N.9.

1155 **Berlit**, **Vergleichende Werbung**, N. 315 vd.

4. Şampanya Klozu

Yönergenin 4/1 (e) maddesinde, coğrafi işaret veya köken bildiren tarımsal ürünler ve gıda maddelerinin adları kullanılarak yapılacak reklam karşılaştırmalarında, her halükarda karşılaştırmanın **sadece aynı coğrafi kökene sahip ürünler arasında olması** koşulu getirilmiştir. Aksi takdirde yapılan karşılaştırmalı reklam, diğer kıstasların yerine getirilip getirilmediğine bakılmaksızın, hukuka aykırı olarak kabul edilecektir[1156]. Fransa'nın şampanya ürünlerini korumak için yaptığı baskı sonucu Yönergeye eklenmiş olması nedeniyle bu hüküm "Şampanya Klozu" olarak adlandırılmıştır[1157]. Düzenleme, öğretide ve üye ülkeler nezdinde çok tepki toplamıştır[1158].

B. Genel Karşılaştırma İçeren Reklamlar

2006/114 sayılı Yönergenin 2 (c) maddesindeki tanımda karşılaştırmalı reklam;

"Doğrudan veya dolaylı olarak bir rakibin veya onun tarafından pazarlanan mal veya hizmetlerin tanımlandığı reklamlar"

Olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla herhangi bir rakibin doğrudan veya dolaylı olarak isminin geçmediği bir reklamı Yönerge kapsamında bir karşılaştırmalı reklam olarak kabul etmek mümkün değildir[1159]. Bu durumda **belirli bir rakiple ilişkilendirme yapmayan**, ancak başka mal ve hizmetlere nazaran üstünlük veya ucuzluk iddia eden reklamların Yönerge kapsamında karşılaştırmalı reklam olarak kabul edilmesi mümkün olmayacaktır. Zira üye ülke hukuklarında karşılaştırmalı reklamın genel olarak yasak olduğu dönemde dahi, genel olarak kötülememek ve aşağılamamak koşuluyla,

---

1156 **Piper/Ohly**, **UWG,** § 6 N.11; **Sack**, **WRP** 2002, 363, 367; **Gloy/Bruhn**, **GRUR** 1998, 226, 239; **Plassmann**, **GRUR** 1996, 377, 381; **Plaß**, **WRP** 1999, 766, 767.

1157 Şampanya, Fransa'nın Bordo yöresinde üretilen ve içerisine gaz katılan bu yöreye özgü bir şarap türüdür. Bkz. http://en.wikipedia.org/wiki/Champagne_(wine), s.y., 12.02.2012.

1158 **Sack**, **WRP** 2008, 301-305; **Eck/Ikas**, **WRP** 1999, 251 vd; **Tilmann**, **GRUR** 1997, 790 vd.

1159 **Piper/Ohly**, **UWG** § 6, N.79.

rakiplerin ismine atıf yapmayan bazı reklam türleri (sistem ve teknik ilerleme karşılaştırmaları, savunma amacıyla karşılaştırma, danışılma üzerine yapılan karşılaştırma vs.), hukuka aykırı olarak kabul edilmiyordu[1160]. Özellikle diğer rakiplerle genel bir ilişkilendirme yaparak kendi malının övülmesi hukuka uygun görülüyordu[1161]. Yönerge ile sağlanan liberalleşmeye karşın bu reklamların hukuka aykırı olduğunun ileri sürülmesi Yönergenin amacıyla bağdaşmayacaktır[1162].

ABAD Landtsheer kararında, rakibin ya da belirli bir rakibe ait mal veya hizmetlerin tanımlanmadığı, ancak karşılaştırmanın söz konusu olduğu reklamların 95/55 sayılı Yönergenin 3a maddesi kapsamında görülemeyeceğine, bununla birlikte böyle bir reklamın doğrudan doğruya (ipso iure) haksız ve hukuka aykırı bir reklam olarak nitelenemeyeceği, bu tip reklamların ulusal hukuktaki genel kurallara göre kabule şayan olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir[1163].

Yönergenin kapsamı dışındaki bir karşılaştırmalı reklamın yasal ve meşru bir ticari faaliyet olup olmadığı ise o ülkede geçerli olan diğer kurallara ve özellikle *haksız rekabet kurallarına* göre belirlenecektir[1164]. Bu anlamda belirli bir rakipten söz edilmeksizin rakiplerin genel olarak kötülenmesi (pauschale herabsetzung) haksız rekabet kurallarına aykırı olacaktır[1165]. Haksız rekabete ilişkin yasalarda, ilişkilendirme içermeyen genel reklamların

---

1160 BGH, **GRUR** 1973, 270 – "Der sanfte Bitter". Bu davaya konu olayda kullanılan "Eşsiz bir etkiye sahip olan bizim acı sosumuz (Underberg) tektir. Mideye iyi gelir. Dolayısıyla Underberg bir miktar daha pahalı olabilir" sloganı,; BGH, **GRUR** 1973, 658– "Probierpreis". Bu davaya konu reklamda kullanılan "Bizim kahvemiz eniyilerin iyisinden daha lezzetli ve fiyatı da en ucuzdur" sloganı,; BGH, **GRUR** 1992, 531 vd. – "Lieber zu Sixt als zu teuer". Bu reklamda kullanılan "Sixt'i pahalıya tercih ederim" sloganı haksız bulunmuştur. Buna karşılık; BGH, **GRUR** 2001, 752 vd. – "Eröffnungswerbung" reklamındaki "Willi, 17.04'e kadar hiç bilgisayar alınmadığını görseydi, Willi 17.04'ten itibaren bilgisayar alındığını görseydi"; BGH, **GRUR** 1997, 227 vd – " Lieber beser aussehen als viel bezahlen" reklamında "güzel görünümü çok ödemeye tercih ederim"; BGH **GRUR** 2002, 75,77 – SOOOO … BILLIG!? "o kadar ucuz ki …" gibi sloganlar, zararsız, işaret edici ve hoşgörülebilir reklam sloganları olarak kabul edilmiştir.

1161 **Piper/Ohly**, **UWG** § 6, s.806, N.80.

1162 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6, s.915, N.10.

1163 ABAD, **De Landtsheer / CIVC**, N.53 – 56; Rolf **Sack**, "Vergleichende werbung und die Erheblichkeitsschwelle in § 3 des Regierungsentwurfs einer UWG-Novelle", **WRP** 2004, 30, 31.

1164 Riemer, **EuZW**, 2007, 379.

1165 BGH **GRUR** 2002, 75,77 – SOOOO … BILLIG!?

kabul edilebilirliği konusunda, karşılaştırmalı reklamlara oranla daha ağır şartların aranması yerinde olmayacaktır[1166]. Ancak tüketicilere ya da tacirlere sağlanan koruma düzeyi Yönerge kapsamındaki karşılaştırmalı reklamlar ile de aynı düzeyde olmayabilir[1167]. Genel ifadelerle yapılan reklamların haksız olduğu, rakiplerden her biri veya tüketiciler tarafından ileri sürülebilecektir.

C. Süperlatif Reklamlar

Reklam veren, belirli bir ticari pazarda faaliyet gösteren tacirler arasında kendisinin veya ürettiği ürünün "en iyi" veya "birinci" olduğunu iddia edebilir[1168]. Herhangi somut bir rakiple ilişkilendirme kurmaksızın, belirli bir alanda kendisini veya pazarladığı ürünleri sivriltmek; "en iyi", "en düşük fiyat", "ender", "tek tür", "zirvede tek başına / en üstte" vb. gibi üstünlük iddiası içeren (Allein- /Spitzenstellungswerbung) sözlerle ifade edilebilir[1169]. Üstünlük iddiası mal veya hizmetin niteliğine ilişkin olabileceği gibi, mal veya hizmetin fiyatına ilişkin de olabilir. Reklam veren bu tür reklamlarda sadece kendi mal veya hizmetlerinin şeklini ve kalitesini ifade ettiği ve herhangi bir rakiple ya da ona ait mal ve hizmetlerle ilişkilendirme yapmadığı için bu tarz reklamlar, Yönerge'de ifade olunan karşılaştırmalı reklamlardan farklıdır[1170]. Yönergeye uygun bir karşılaştırmalı reklamdan söz edebilmek için diğer tüm rakiplerle ilişkilendirme yapılması yetmez, bunun için en azından somut bir rakip/lerle ya da ona ait mal ve hizmetlerle bir ilişkilendirme yapılması gerekir[1171].

Bu tarz reklam yöntemlerinin kabul edilebilir olup olmadığının (somut bir rakiple ilişkilendirme yapılmadığı için), haksız rekabete ilişkin genel

---

1166 **Plaß**, **WRP** 1999, 766, 771; OLG Saarbrücken **GRUR**-RR 2008, 312, 314.
1167 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N.10.
1168 **Gloy/Loschelder-Haselblatt**, **WettbewerbsR**., 3.Auflage, § 44 N.42.
1169 BGH **GRUR** 1985, 140, 141 – Größtes Teppichhaus der Welt (Dünyanın en büyük halı mağazası); OLG Köln **NJW**- WettbR 1998, 272 vd. – Der größte Kosakenchor Europas (Avrupa'nın en büyük kazakçısı); OLG Bremen **WRP** 2000, 214- tiefsten Preis (en düşük fiyat).
1170 **Berlit**, **Vergleichende Werbung**, N.59; **Lux**, **GRUR** 2002, 682; **Freund**, s.58.
1171 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N.12.

hükümlere göre (doğruluk, dürüstlük, aldatıcı olmama vb. ilkeleri uyarınca) değerlendirilmesi gerekir[1172].

İçeriğinin haksız rekabetin genel ilkelerine uygun olması koşuluyla süperlatif iddiaları içeren karşılaştırmalı reklamları kabul edilebilir görmek gerekir. Ancak bunun için reklama konu üstünlük iddiasının, önemli bir özelliğe ilişkin ve sürekli olması gerekir[1173]. Karşılaştırma sırasında rakiplerle ilgili; "Odol en güçlü ağız (koku alma) suyudur. Diğer ağız suları kaşıkla alındığı ve buna rağmen etki göstermediği halde, Odol ağız suyundan alınan bir kaç damla bile (ağız kokusunu almak için) yeterlidir"[1174] şeklindeki önemsiz kötülemeler hoşgörü sınırları içerisinde kabul edilmelidir.

Üstünlük iddiası içeren bir reklamda rakibin ismi zikredilmemiş olsa bile o piyasada az sayıda rakibin bulunması halinde belirlenebilir bir rakip/ler ile ilişkilendirme yapıldığı kabul edilebilir[1175]. Belirgin bir rakiple doğrudan olmasa bile dolaylı ilişki kuran reklamların, sırf rakibin ismi zikredilmiş sayılacağı için, genel hükümler yerine Yönerge hükümlerine göre değerlendirilmesi gerekir.

D. Karşılaştırmalı Reklam Yönergesi ve Marka Hakkı

1. Marka Yönergesi – Marka Tüzüğü

Topluluk yasa koyucusu, üye ülkelerin marka kuralları arasında önemli farklılıklar bulunmasının mal ve hizmetlerin serbest dolaşımı önünde engel

---

1172 **Harte/Henning/Sack**, § 6 N.49; **Lux**, **GRUR** 2002, 682; ÖOGH **GRUR Int.** 2004, 255, 257 – Länger frische Vollmilch (daha uzun süre taze kalan süt); OLG Hamburg **GRUR**-RR 2006, 170, 172; **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N.12.

1173 **Köhler/Piper**, § 2 **UWG** N. 12; **Baumbach / Hefermehl**, 19.Auflage, § 2 N.17; **Berlit**, **Vergleichende Werbung**, N. 284, 286; BGH **GRUR** 1991, 850, 851 – Spielzeug-Autorennbahn; BGH **GRUR** 1991, 680, 681- Porzellan-Manufaktur.

1174 RG MuW 1931, 570.

1175 BGH **GRUR** 1987, 49 – Cola-Test; OLG München **ZLR** 1999, 517 – Satte Mehrheit (mutlu çoğunluk); OLG Hamburg **GRUR**-RR 2001, 84: "mehr … als jede andere führende Handzahnbürste- "diğer önde gelen diş fırçalarından daha fazla…"; **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N.12.

oluşturduğu, bu durumun serbest rekabet sistemine de zarar verebileceği, gerekçesiyle (1 No'lu başlangıç maddesi) 21 Aralık 1988 tarihli ve 89/104 (yeni 2008/95) sayılı Marka Yönergesini çıkarmıştır[1176].

Ticari marka kavramının tanımı 2.maddede;

"Bir ticari işletmenin mal veya hizmetlerini diğerlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla, çizimle, bilhassa sözcükler, kişi adları, tasarımlar, harfler, sayılar, malların şekilleri ve ambalajlarıyla ifade edilen her türlü işaret"

Olarak tanımlanmıştır. Yönergenin 1.maddesinde uygulama alanı, "tescilli veya tescil başvurusu yapılmış markalar" ile sınırlandırılmıştır.

Markanın sahibine sağladığı haklar Yönergenin 5.maddesinde sayılmıştır. Buradaki düzenleme ile marka sahiplerine;

"(1) Ticari markalar sahiplerine aşağıda sayılan üstün hakları sağlayacaktır. Marka sahibi, rızası alınmaksızın başkalarınca;

Markanın tescil olunduğu mal ve hizmetlerde **aynı** işaretin kullanılmasını,

Markanın tescil olunduğu aynı ya da benzer mal ve hizmetlerde, markaya konu işaretin halk nezdinde **karıştırmaya yol açacak ölçüde benzerinin** kullanılmasını önleme yetkesine sahiptir:

(2) Üye ülkeler ayrıca, marka sahiplerine, başkalarınca izinsiz olarak, üye ülkelerin birinde **tanınmışlık özelliğine sahip markalarına** konu işaretlerin aynısı ya da benzerinin, **tescil kapsamı dışındaki mallar** ve **hizmetler** yönünden, haklı bir sebep olmaksızın, markanın tanınmışlığından haksız bir yarar elde edilmesi veya markanın ayırt edicilik karakterine veya markanın itibarına zarar verecek şekilde kullanımını önleme yetkisi verebilir.

(3) Bu bağlamda, 1 ve 2.parağrafların varlığı halinde aşağıdaki haller yasaklanabilir.

(a) Markaya konu işaretlerin malların veya ambalajların üzerine yerleştirilmesi,

(b) Markaya konu işareti taşıyan malların satışa sunulması ve bu amaçla depo edilmesi, hizmet sağlanması veya hizmet sağlamanın teklif olunması,

Markaya konu işareti taşıyan malların ithal veya ihraç edilmesi,

Markaya konu işaretin iş evrakı veya **reklamlarda kullanılması**"

[1176] First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks, OJ L 40, 11.2.1989.

Hakları sağlanmıştır. Marka sahiplerine sağlanan üstün hakların istisnası ise 6.maddede;

"Marka sahipleri, sınai ve ticarî konulara ilişkin dürüst uygulamalar sırasında, kendisine ait

(a) ad ve adresin,

(b) mal ve hizmetlerin, cins, kalite, miktar, kullanma amacı, değer, coğrafi kökeni, üretim zamanı veya hizmetin sunum zamanı veya diğer **karakteristik özelliklerini gösteren işaretlerin**,

(c) bir mal ya da hizmetin kullanım amacına işaret etmek için, özellikle **yedek parça** ve **aksesuarlar** olarak markanın,

Kullanılmasını önleme yetkisine sahip değildir."

şeklinde gösterilmiştir. Marka Yönergesindeki hükümlerin benzeri, Topluluk ülkelerinde doğrudan iç hukuk kuralı olarak uygulanmak üzere 1993 yılında çıkarılan 40/94 (yeni 207/2009) Topluluk Marka Tüzüğü'nde de tekrarlanmıştır[1177].

2. 2006/114 Sayılı Yönergenin Markaya İlişkin Hükümleri

Karşılaştırmalı reklamda başkalarına ait marka kullanımının sınırları 2006/114 sayılı Yönergenin 13, 14 ve 15 no'lu başlangıç maddeleri ile 4/1 (d), (f), (g) ve (h) maddelerinde düzenlenmiştir.

Yönergenin 13 – 15 no'lu başlangıç maddelerinde, 89/104 sayılı Marka Yönergesinin sağladığı haklar kısaca anlatılmış, ancak etkili karşılaştırmalı reklam yapabilmek ve kaçınılmaz olarak bir rakibe ait mal veya hizmetleri tanımlamak için ona ait markaya veya ticaret unvanına atıf yapılması zorunluluğunun bulunduğu, bir rakibe ait tanıtıcı işaretlerin Yönerge 'deki koşullara uygun bir karşılaştırmalı reklamda kullanılmasının onların bu işaretler üzerindeki haklarının ihlali anlamına gelmeyeceği, ancak başkalarına ait işaretlerin ancak sadece reklam olunan ürün ile rekabet

[1177] Council Regulation (EC) No 207/2009 of 26 February 2009 on the Community trade mark

olunan ürünü birbirlerinden ayırt edilmesini sağlamak ve aralarındaki farkı ortaya çıkarmak amacıyla kullanılması gerektiği ifade edilmiştir.

Yönergenin esasa ilişkin 4/1 (d), (f), (g) ve (h) maddelerinde ise, karşılaştırmalı reklam sırasında rakibe ait markanın kötülenmesi, tanınmışlığından haksız yararlanılması, onun imitasyonu veya kopyası gibi gösterilmesi ile karıştırmaya yol açılması yasaklanmıştır.

3. Karşılaştırmalı Reklam Yönergesi ile Marka Yönergesi Arasındaki İlişki

Bir karşılaştırmalı reklamda hangi hallerde rakibe ait markaların (tanıtıcı işaretlerin) kullanımının Yönerge kapsamında kalan meşru bir kullanım şekli olduğu, hem Marka Yönergesi, hem de Karşılaştırmalı Reklam Yönergesi'nde açık değildir[1178]. Ancak Topluluk kanun koyucusunun 2006/114 sayılı Yönerge (6, 8 ve 9 no'lu başlangıç maddeleri) ile marka tescilinden doğan hakları tüketicilerin ve rakip tacirlerin yararına olarak kısıtladığı da bir gerçektir[1179]. Yüzeysel açıdan bakıldığında her iki Yönerge arasında sanki bir çelişki varmış gibi gözükmektedir. Zira bir yandan başkasına ait markanın reklam dahil her türlü ticari uygulamalarda izinsiz kullanılması marka ihlali teşkil ederken, diğer yandan 2006/114 sayılı Yönergenin 2.maddesindeki karşılaştırmalı reklamların ön şartı gereği, reklamda belirli bir rakibe ait mal veya hizmetlerin zikredilmiş olması gerekir. Ancak bu kullanımın hangi ölçüde olması gerektiği konusunda AB ülkeleri arasında bir birlikten söz etmek mümkün değildir[1180].

2006/114 sayılı Yönergenin 14 ve 15 No'lu başlangıç maddeleri uyarınca karşılaştırmalı reklamlarda, başkasına ait markanın kullanılması marka hakkının ihlali olarak görülmeyecektir. Bu hükümden yola çıkılarak

---

1178 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6, N.16b.
1179 ABAD, **O2 / Hutchison**, N.33; Blankenburg, **WRP** 2008, 186.
1180 **Piper/Ohly**, **UWG** § 6, s.778, N.19.

2006/114 sayılı Yönergenin 4.maddesi, 2008/95 sayılı Marka Yönergesinin 5.maddesine göre özel yasa (**lex specialis** / **leges speciales**) niteliğindedir[1181]. Yani 2006/114 sayılı Yönerge 'deki şartları taşıyan karşılaştırmalı reklamlar, bir kez de 2008/95 sayılı Yönergeye uygunluğu test edilemeyecek ve hiçbir şekilde önlenemeyecektir. Zira bu yönerge Marka Yönergesinin diğer haksız rekabet ve haksız fiil kurallarına göre öncelikli düzenleme (Vorrangthese)[1182] olduğu kuralının bir istisnasını teşkil etmektedir[1183]. Tam tersine, 2006/114 sayılı Yönergenin, 2008/95 sayılı Marka Yönergesine göre öncelik hakkının bulunduğundan söz edilebilecektir[1184]. Bununla birlikte 2006/114 sayılı Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklam Yönerge 'sinin yanında 2008/95 sayılı Marka Yönergesinin de birlikte yorumlanması ve bağdaştırılması yerinde olacaktır[1185]. Esasen aralarında önemli bir çelişme de bulunmamaktadır. Zira bir rakibe ait markanın izinsiz olarak karşılaştırmalı reklamda kullanılması mümkün olmakla birlikte mevcut kullanımın markaların karıştırılmasına yol açması veya markanın tanınmışlığından haksız yararlanılmasına yol açması halinde, her iki Yönerge de bu eylemi yasaklamaktadır. Reklam bir başka sebeple 2006/114 sayılı Yönergeye aykırılık teşkil ediyorsa bu durumda da Marka Yönergesine aykırılık teşkil edip etmediği incelenebilecektir[1186].

ABAD 1999 yılındaki "BMW" kararından[1187] bu yana, marka ihlaline yol açacak şekilde markasal kullanım iddialarını *dar yorumlamaktadır*.

Her iki Yönerge arasındaki sınır belirlenirken şüpheli hallerde, 2006/114 sayılı Yönergenin 15 no'lu başlangıç hükmündeki "başkasına ait bir markanın ,.. bu Yönerge 'deki şartları ihtiva eden bir karşılaştırmalı reklamda, … **ürünler arasındaki farkları objektif şekilde ayırt etmek ve farklarını**

1181 **Sack**, **WRP** 2008, 301, 505; **Berlit**, **Vergleichende Werbung**, N. 155; **Piper/Ohly**, **UWG** § 6 N.19.
1182 **Bornkamm**, **GRUR** 2005, 101; BGH, **GRUR** 1998, 412-414 – Analgin.
1183 **Sack**, **WRP** 2008, 301-305.
1184 ABAD, **O2 / Hutchison**, N.44.
1185 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 16d.
1186 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 16d.
1187 ABAD, **BMW / Deenik**, N.42, 64.

göstermek amacıyla kullanılması, ihlal teşkil etmez" hükmü ile 6 no'lu başlangıç maddesindeki "Karşılaştırmalı reklamın her türlüsünü mümkün kılacak ölçüde karşılaştırmalı reklam kurallarının geniş şekilde yorumlanması" hükümlerinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Diğer taraftan 2008/95 sayılı Yönergenin 6.maddesinde, "başkalarının bu markayı ticari ve sınai konularda dürüstlük kuralına uygun kullanımlar" markadan doğan hakların istisnası olarak gösterilmiştir[1188]. Bir markanın başkası tarafından dürüst ve iyi niyetli olarak kullanıldığından söz edilebilmesi için, bu markanın kendi mal veya hizmetlerini değil rakibe ait mal veya hizmetlerin işletmesel kökenini göstermek, markayı tanımlayıcı olarak kullanmak veya mal ve hizmetlerin kullanım amacını (özellikle yedek parça ve aksesuarlar yönünden) göstermek için kullanılması gerekir[1189]. Şüphesiz bu kullanımın kapsamına, başkasına ait markanın hukuka uygun karşılaştırmalı reklamlarda kullanılması da girecektir.

ABAD da 2006/114 sayılı Yönergenin 4/1 maddesine uygun olarak, bir başkasına ait markanın karşılaştırmalı reklamda **zorunlu** ya da **gerekli** bir unsur olarak kullanılması halinde marka hakkı sahibinin, 2008/95 sayılı Marka Yönergesinin 5/1 ve 5/2 maddelerine dayanarak karşılaştırmalı reklamın yasaklanmasını isteyemeyeceğine hükmetmiştir[1190].

4. Karşılaştırmalı Reklamda Rakibe Ait Markanın Kullanımı

a. Yapılan Ticari Faaliyeti Göstermek Amacıyla Kullanım

ABAD'ın BMW kararına konu olayda; Mr. Deenik Hollanda'da özellikle ikinci el BMW araçların satıldığı ve tamir edildiği bir işyeri işletmektedir. Mr. Deenik işyerinin reklamlarında BMW markasını veya benzer işaretleri kullanmıştı. BMW marka hakkının ihlal edildiği iddiasıyla mahkemeye

---

1188 ABAD, 14.05.2002 tarih, C– 2/00 – **Michael Hölterhoff / Ulrich Freiesleben**, N.16.
1189 **Sack**, **WRP**, 2008, 301, 305.
1190 ABAD, **O2 / Hutchison**, N.45 – 51.

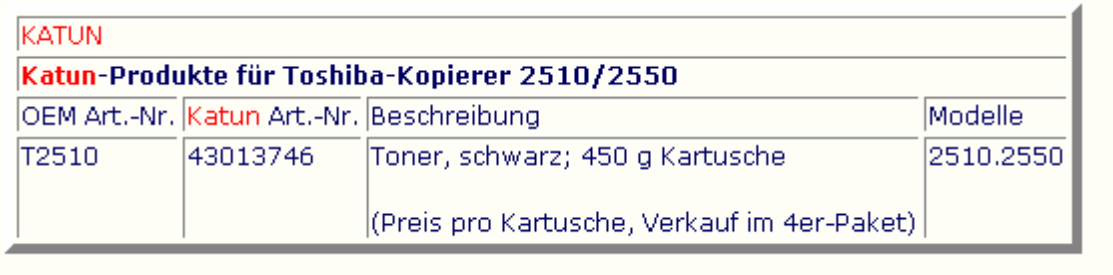
başvurmuş, yerel mahkeme de davacıyı birçok yönden haklı bulmakla birlikte, davalının "*BMW tamir ve bakımı*" ve "*BMW uzmanı*" ibarelerini kullanmasını hukuka uygun bulmuş, konu Hollanda Yüksek Mahkemesi aracılığıyla görüş sormak için ABAD'a taşındığında, Divan, " Bir markanın, sahibinden izinsiz olarak, markayı taşıyan malların tamir ve bakımının yapıldığı veya o malların uzmanı olduğu hususunda *halkı bilgilendirmek amacıyla kullanılması* halinde, söz konusu kullanımla her iki ticari işletme arasında bağlantı bulunduğu intibaı uyandırılmadığı sürece 89/104 sayılı Yönerge 'deki marka ihlalinin söz konusu olamayacağına …" karar vermiştir. Zira Divan'a göre bu tür durumlarda markanın tanınmışlığından yararlanma dürüst ve hukuka uygun (haklı sebep) bir sonuçtur[1191]. Divan bu kararıyla bir yerde marka sahibinin üstün hakları ile malların ve hizmetlerin Topluluk pazarında serbest dolaşımı arasında denge ve bu suretle kurucu Sözleşmenin temel amacı olan *bozulmamış bir rekabet sisteminin* teminini hedeflemiştir.

b. Satılan Ürünleri Tanımlama Amacıyla Kullanım

2008/95 sayılı Yönergenin 6 (1) (c) maddesinde, yedek parça ve aksesuarlarda başkalarına ait markanın kullanımı özellikle serbest kullanım şekli olarak gösterilmiştir.

ABAD'ın Toshiba kararına konu olayda; fotokopi makinesi ile bu makinelere ait yedek parça ve diğer tüketim malzemeleri satıcısı olan davacı Toshiba Avrupa, fotokopi makineleri için yedek parça ve tüketim malzemeleri satıcısı davalı Katun firmasının hazırladığı bir reklam kataloğunda;

[1191] ABAD, **BMW / Deenik**, N.42, 64.



KATUN

Katun-Produkte für Toshiba-Kopierer 2510/2550

OEM Art.-Nr.	Katun Art.-Nr.	Beschreibung	Modelle
T2510	43013746	Toner, schwarz; 450 g Kartusche (Preis pro Kartusche, Verkauf im 4er-Paket)	2510.2550

yukarıda görüldüğü gibi, davacı Toshiba'nın kendisine ait marka ve orijinal ürün kodlarının izinsiz olarak kullanıldığını iddia etmişti. Listede ayrıca Katun'un ürün fiyatları da yer alıyordu ve fiyatlarla ilgili olarak katalogda "Kalite ve performanstan ödün vermeksizin maliyetlerinizi azaltabilirsiniz" ve "Yüksek performanslı Toshiba fotokopi makineleri için ideal çözüm" ibareleri yer almaktaydı. Divan konuya ilişkin kararında; *"… Yönergenin 6 No'lu başlangıç hükmü uyarınca karşılaştırmalı reklam kavramının, her türlü karşılaştırmalı reklamları kapsayacak şekilde geniş yorumlanması gerektiği, … karşılaştırmalı reklamlar, karşılaştırılabilir ürünlerin özelliklerini objektif olarak göstermesi ve böylelikle rekabeti teşvik edici olması nedeniyle tüketicilerin menfaatine olduğu, somut olayda rakibe ait marka ve ürün kodlarının davalıya ait ürünlerle uyumlu olanlarının liste halinde gösterilmiş olmasının tüketicileri bilgilendirici özellik taşıdığı, … başkasına ait tanıtıcı işaretin kullanılmasının marka ihlali teşkil etmeyeceğine ilişkin 15 No'lu başlangıç hükmüyle birlikte değerlendirildiğinde, davalının kendi ürünlerine ait üretim kodları ile davacıya ait ürünlerin üretim kodlarını yan yana göstermesinin "**eşitlik iddiası**" içeren bir karşılaştırma niteliğinde olduğu, Katun'un, kendi ürünlerinin kökeni hakkında yanlış intiba vermekten kaçınmış ve kendi ürünleri ile Toshiba'nın ürünleri arasında kesin bir ayrım yaparak Yönergeye uygun şekilde marka kullanımının söz konusu olduğunu*" ifade etmiştir[1192].

ABAD'ın Gilette davasına konu olayda; davacı Gilette firması, Finlandiya'da tescilli "Gilette" ve "Sensor" markalarının sahibidir. Davalı LA-Labarotories firması ise Finlandiya'da kendisine ait "Parason Flexor" markasıyla tıraş bıçakları ve bunlara ait başlık uçları satan bir firmadır.

[1192] ABAD, **Toshiba / Katun**, N.58 – 60.

Sattıkları ürünler Gilette firmasının ürünleriyle benzer ürünler olup sattığı ürünler üzerine, "*tüm Parason Flexor ve Gilette Sensor* ***marka bıçaklara uyumludur***" ibaresi içeren etiketler yapıştırmıştı. Gilette firması, davalının eyleminin marka ihlali teşkil ettiği gerekçesiyle Helsinki mahkemesine müracaat etmiştir. Konu Finlandiya Yüksek Mahkemesi kanalıyla görüş sorma amacıyla ABAD'a iletilmişti. Divan konuya ilişkin kararında, " *…, kendi sattığı* ***ürünlerin kullanım amacını işaret etmek ve halkı bilgilendirmek amacıyla*** *başkalarına ait markaların kullanılmasının marka sahibinin iznine bağlı olmadığını*" belirtmiştir[1193]. Ancak başkasına ait markanın kullanılmasında bir "gereklilik" olup olmadığının ulusal mahkemelerce sorgulanması gerekmektedir. Böyle bir gereklilik olsa bile halk nezdinde her iki ürünü satan işletmeler arasında bir bağlantı olduğunu düşündürtecek şekilde bir uygulama dürüst ticarete uygun düşmeyecektir[1194].

c. Derin Linkler ve Anahtar Sözcük Kullanımı

İnternet arama motoru işleten şirketler, arama sonuçlarını istedikleri algoritmada düzenlemeye muktedirlerdir. Ancak olağan düzenleme, arama motorunda aranan ibareye en yakın sonucu barındıran web sitesinin en üst sırada çıkarılmasıdır. Bir markaya konu işaret birden çok kişi adına, değişik mal ve hizmetler yönünden tescilli olabilir. Aynı şekilde benzer ibare ve işaretlerin de marka olarak başkalarının adına tescilli olması mümkündür. İnternet arama motorunda, markaya konu ibare veya bunun benzeri yalın şekilde yazıldığında, aynı ibareyi kullanan şirketlerden hangisinin web sitesinin en üst sırada çıkarılacağı belli değildir. Ya da jenerik sözcük arandığında, söz gelimi "koltuk takımı" sözcüğü arandığında hangi mobilya satıcısının en üstte çıkarılacağı belli değildir. Ancak arama motorları çeşitli yöntemlerle manipüle edilebilmektedir.

1193 ABAD, 17.03.2005 tarih, C– 228/03 – **The Gillette Company / LA-Laboratories**, N.39.
1194 ABAD, **Gillette / LA**, N.42, 49.

(1) Derin Linkler

Her internet sitesinin tanzimi sırasında programlama dili gereği (HTML – Hyper Text Markup Language), o sitede var olan içeriklerle ilgili olarak çok sayıda "tanımlayıcı" ibareler (meta data information) kullanılır[1195]. Söz gelimi, site bir mobilya üreticisine aitse, "masa", "sandalye", "koltuk", "dolap" vs. sözcükler sitenin oluşturulmasına esas veri tabanında "**tanımlayıcı**" veya "**anahtar sözcük**" olarak kodlanmıştır. Buradaki anahtar sözcük, arama motorlarının belirlediği anahtar sözcükten farklıdır. Daha ziyade sitede bulunan sözcükleri türlerine göre ayırmak için kullanılır. İnternet kullanıcıları geri planda bulunan veri tabanındaki bu kodlamaları görmezler. Bunun için özel araştırma yapmak gerekir. Kullanıcıların aradığı sözcük üzerine arama motorları bütün webde bulunan sitelerin "meta tag" bölümlerini tarar ve aranan sözcük en çok hangi sitede "meta tag" (derin link) olarak kullanılmışsa o site en üstte gösterilir[1196]. İnternet kullanıcıları bu sonuçları doğal sonuçlar zanneder. Bu tür faaliyette arama motorunun sisteme herhangi bir müdahalesi bulunmamaktadır[1197].

"Derin Link" yöntemiyle arama sonuçlarına müdahale edilmesi eylemleriyle ilgili olarak çok sayıda dava açılmıştır. Ancak "Meta tag" yönlendirmeyle ilgili olarak ABAD'a sevk edilmiş herhangi bir dava bulunmamaktadır. Bununla birlikte Almanya'da yerel mahkemelerde bu konuda çok sayıda birbirinden farklı kararlar çıkmıştır[1198]. BGH "Impuls"

1195 Maureen Daly, "An Analysis Of The American And European Approaches To Trade Mark Infringement And Unfair Competition By Search Engines", **EIPR** 2006, 28/8, s.413 – 417. Yazar konuya ilişkin olarak, AB uygulamasının yanı sıra ABD uygulamasında da konuya ilişkin yasal bir belirsizlik bulunduğunu belirtmiştir. Yazara göre, anahtar sözcük reklamıyla, başkalarına ait markanın çekim gücünün ve goodwill'inin kullanılmakta olduğunu, reklam verenlerin masum görünmediklerini, sağlanan ticarî avantajın dayatmacı ve haksız olduğunu savunmaktadır.

1196 Charles McCarthy, "Metatags and the Sale of Keywords in Search Engines Advertising: Confusing Consumer Confusion With Choice", Intell. Prop. L. Bull. 137, 141-42 (2005)

1197 Meta Tag yöntemiyle ihlal edilen fikrî hak ihlalleriyle ilgili geniş açıklama için bkz. Veysel Başpınar / Doğan Kocabey, İnternette Fikrî Hakların Korunması, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s.159 – 167.

1198 BGH'nin "Impuls" kararından önce, Münih İstinaf Mahkemesi (OLG Münhcen, 06.04.2000 T. ve 6 U 4123/99 sayı; OLG I München 24.06.2004 T. ve 17 HK O 10289/04 sayı.) ile Hamburg

kararında, bir şirketin tescilli markasının, aynı tür mal ve hizmetleri pazarlayan bir başka şirket tarafından kendi web sitesinde "meta tag" olarak tutulmasının marka hakki ihlali olduğuna karar vermiştir[1199]. BGH'nin kararının, özellikle rakibin tanınmışlığından haksız yararlanma ile markanın reklam işlevi yönünden eksik değerlendirmeler içerdiği görülmüştür. BGH benzer yaklaşımını daha sonraki kararlarında da tekrarlamıştır[1200].

ABD'de de benzer ihtilaflarda çoğunlukla arama motoru şirketleri ile reklam verenler lehine kararlar verildiği görülmektedir[1201].

Öğretide de, anahtar sözcük reklamlarının, her bir somut olayda Marka Yönergesinin 5/1 (a) ve (b) maddeleri uyarınca değerlendirme yapılması gerektiğini, ancak ayrıca anahtar sözcüğün tanınmış bir markayı çağrıştırıp çağrıştırmayacağının ve böylelikle markanın ayırt edicilik karakteri ile itibarının zarar görüp görmeyeceği ve markadan haksız yarar sağlanmasının söz konusu olup olmayacağının tartışılması gerektiği ifade olunmuştur[1202].

(2) Anahtar Sözcük Kullanımı

Arama motoru şirketleri, reklam geliri elde etmek amacıyla, jenerik sözcüklerin yanı sıra, çeşitli firmalara ait tescilli markaları ya da diğer tanıtıcı işaretleri "anahtar sözcük" olarak depolamakta ve belirli bir bedel karşılığında, bir ya da birden fazla firmaya pazarlamakta, anahtar sözcüğün pazarlandığı şirketlerin bu sözcükle herhangi bir bağlantısının olmasını da aramamaktadırlar. "Anahtar Sözcük Pazarlaması" faaliyeti sonucu ortaya **4**

İstinaf Mahkemesi (Hamburg OLG, 06.06.2004 T. ve 3 U 34/02 (*Aidol*) sayılı) mahkemeleri eylemin marka hakkının ihlali olacağına karar verirken, Düsseldorf İstinaf Mahkemesi (OLG Düsseldorf 15.07.2003 tarih ve I-20 U 21/03 (*Impuls I*); OLG Düsseldorf 14.06.2006 T. ve I-20 U 195/05 (*Snow 24*) sayılı) marka hakkı ihlalinin söz konusu olmayacağına karar vermişlerdi.

1199 BGH I ZR 183/03, MMR 2006, 812-14 (*Impuls III*).

1200 Bkz. BGH I ZR 77/04, **GRUR** 2007, 784 Rn. 18 = **WRP** 2007, 1095 - AIDOL; BGH I ZR 109/06, **GRUR** 2009, 1167 Rn. 14 = **WRP** 2009, 1520 - Partnerprogramm; BGH I ZR 51/08, **GRUR** 2010, 835 Rn. 25 = **WRP** 2010, 1165 - POWER BALL.

1201 Darren Meale, "The online adevertising free-riding free-for-all", **JIPL** 2008/3, s.779, 787.

1202 Roland Knaak, "An Analysis Of The American And European Approaches To Trade Mark Infringement And Unfair Competition By Search Engines" **GRUR Int.** 2009/7, 551 – 557.

boyutlu bir ilişki çıkabilmektedir. İlişkinin bir tarafında anahtar sözcüğü kiraya veren **(1) arama motoru şirketi**, diğer tarafında bu sözcüğü **(**2**) kiralayan şirket** bulunurken, ayrıca kendisine ait tescilli markasına konu ibare kendisinden izinsiz olarak pazarlanan **(3) marka sahibi**, bir de arama motorunda başka şirketin web sitesini aradığı halde başka bir siteye yönlendirilmek istenen **(4) internet kullanıcıları** bulunmaktadır. İnternet kullanıcıları için arama motorunun faaliyeti "*görünmez bir el*", internet kullanıcısı da anahtar sözcüğü pazarlayanlar için bir "*av*" niteliğindedir. Çoğu zaman internet kullanıcısı, aradığı siteye ulaştığını zannederken aslında yönlendirildiği bir başka siteye girmektedir. İnternet yoluyla mal ve hizmetlerin pazarlanmasının olağanüstü düzeyde arttığı dikkate alındığında, yapılan eylemin çok önemli ticarî ve ekonomik sonuçları ortaya çıkmaktadır[1203].

İnternet arama motoru ile "anahtar sözcük" kiralayan şirketin eylemlerinin marka ihlali ya da dürüstlük kuralına aykırı haksız rekabetçi bir davranış olup olmadığı güncel tartışma konuları arasına girmiştir. *Marka sahipleri*, eylemin marka ihlali ve haksız rekabet olduğunu ileri sürerken, *arama motoru şirketi* eyleminin sadece "anahtar sözcük depolamak" ve isteyen kişilere bu sözcükleri dağıtmak olduğunu, sitelerin içeriğinden kendilerinin haberdar olmadığını, bu sözcüğü alan kişilerin hangi niyetle ve ne amaçla kiraladıklarını kendilerinin bilemeyeceğini, içeriklerine de karışamayacaklarını savunmaktadırlar. *Anahtar sözcüğü kiralayanlar* ise, kendilerinin hukuka uygun karşılaştırmalı reklam yaptıklarını, başkalarına ait markaları kendi mal ve hizmetleri yönünden kullanmadıklarını, siteye giren kişilerin reklam olunan mal ve hizmetlerin hangi şirkete ait olduğunu anladıklarını, kendilerinin esasen tüketicilere de herhangi bir mesaj göndermediklerini, internet kullanıcılarının kendi istekleri uyarınca söz konusu sitelere girildiğini, girdiklerinde de davacının değil davalının markasını

[1203] Philippe Gilliéron, "*Online Advertising Business Models and Distinctive Signs - Should One Rethink the Concept ofConfusion?*", **IIC** 2008/6, 688 – 706. Yazar 2007 yılında Fransa'daki yıllık e-ticaret hacminin bir önceki yıla göre %35'lik bir artış göstererek 16 Milyar ABD dolarının üzerine çıktığını, ABD'de ise 2007 yılında bir önceki yıla göre %19'luk bir artışla yıllık 136 Milyar ABD dolarına yükseldiğini, bu ticaretin önemli bir kısmının ise internet üzerinden gerçekleştirildiğini belirtmiştir.

gördüklerini ve markaların ticarî kökenini bildiklerini ve onları karıştırmadıklarını, markayı mal ve hizmetlerde kullanmadıkları için tanınmışlıktan da yararlanmadıklarını savunmaktadırlar[1204].

Söz konusu ihtilafla ilgili olarak, dünyanın birçok sanayileşmiş ülkesinde birbirinden farklı kararlara rastlanılmaktadır. İsrail Bölge Mahkemesi **Matim Li** kararında, söz konusu ihtilafla ilgili olarak, markaların karıştırılmasının söz konusu olmadığı, tanınmışlıktan haksız istifade edilmediği gerekçesiyle, anahtar sözcüğü kiralayan şirket aleyhine açılan marka ihlali ve haksız rekabet davasının reddine karar vermiştir[1205]. İsrail Yüksek Mahkemesi ise bir başka olaydaki McDonalds kararında, konuyu markanın tanınmışlığından haksız istifade olarak nitelemiştir[1206].

Anahtar sözcük kiralama eylemlerindeki ***arama motoru işleten şirketlerin sorumluluğuyla*** ilgili olarak "Google France" kararında ABAD; , markayı işlevlerine ayırarak test etmiş ve 89/104 sayılı Marka Yönergesi uyarınca marka ihlalinde bulunabilmek için markanın işlevlerinin (köken bildirme, iletişim, kalite, reklam, yatırım) zarar görmüş olması gerektiğinden bahsetmiş ve somut olayda, internet kullanıcıları arama sonucunda, *doğal sonuçların üzerinde veya yanında gözüken sponsor linkleri* gören kullanıcıların, bu linkleri marka sahiplerine ait olmadığını anlayacaklarını ve ancak aradıkları ürünlerle tamamen alakasız olmadığını düşünmeleri halinde söz konusu bu reklam linklerini marka sahibinin mal ve hizmetlerine alternatif mal ve hizmetler olarak değerlendireceklerine, esasen reklamcıların asıl hedefinin de markaya konu sözcükleri "keyword /anahtar sözcük" olarak kullanmak suretiyle, marka sahibinin mal ve hizmetlerine alternatif sunmak olduğunu beyan etmiştir. Divan kararın devamında, bir sözcüğün reklam veren tarafından anahtar sözcük olarak kullanılması ve bu suretle marka sahibinin tescil kapsamındaki ürünlerine karşı, aynı tür ürünlerin internet

---

1204 Zohar Efroni, "Keywording in Search Engines as Trademark Infringement - Issues Arising from *Matim Li v. Crazy Line*", **IIC**, 2007/2, 207, 208.

1205 Matim Li v. Crazy Line, Tel Aviv-Jaffa District Court, Action No. 000506/06, July 31, 2006. Yöneliş, Efroni, **IIC** 2007, s.204.

1206 CA 8483/02, , N.14. – Aloniel v. McDonalds, ***IIC** 2007 Heft 5*, 5 October 2006 -.

kullanıcılarına alternatif olarak sunmalarının **karşılaştırmalı reklam** niteliğinde olduğunu kabul etmiştir[1207]. Divan, *anahtar sözcük reklamcısının bu tarz kullanımını, markanın tescil olunduğu mal ve hizmetler yönünden markanın kullanımı* olduğu ve arama motorlarında *ortaya çıkan sonuçların internet kullanıcılarını yanıltabileceği* sonucuna ulaşmıştır. Böyle bir sonucun markanın köken bildirme işlevinin karıştırılma tehlikesine maruz kalıp kalmadığının her bir olayda ulusal mahkemelerce tespit edilmesi gerektiğine karar vermiştir[1208]. Divan, servis sağlayan arama motoru sahibi *Google firmasının somut olaydaki eyleminin markaya konu ibareyi anahtar sözcük olarak depolamaktan ibaret* olduğu, bu eylemin 2008/95 sayılı Yönergenin 5.maddesi anlamda markanın kullanılması olarak nitelenemeyeceği ve bu nedenle *Google'ın sorumluluğunun bulunmadığına* karar vermiştir[1209]. Divan ayrıca "Google'ın depoladığı ve muhafaza ettiği anahtar ibarelerden dolayı *sorumlu tutulup tutulmayacağının* 2000/31 sayılı Elektronik Ticaret Yönergesinin[1210] 14 ve 15.maddesi hükümlerine göre değerlendirilmesi gerektiğini, Yönergenin 14.maddesi uyarınca *topluma bilgi sunumu yapan kuruluşların* (information society) depoladıkları verilerden dolayı sorumlu tutulamayacaklarını, ancak böyle bir muafiyetten bahsedebilmek için Yönergenin 42 No'lu başlangıç maddesi uyarınca sunulan bilginin sadece teknik, otomatik ve pasif karakterde olması gerektiğini, yani servis sağlayıcının iletilen ya da depo edilen *verilerin iletilmesinde kontrolünün ve bilgisinin bulunmaması* gerektiğini" dile getirmiştir. Divan'a göre, sunulan bilgiler üzerine bilgi sunumu yapan kuruluşların kontrolünün bulunup

---

1207 ABAD, **Google / Louis Vuitton,** N.54, 69 – 71, 88.

1208 ABAD, **Google / Louis Vuitton**, N.85. Mahkeme konuya ilişkin olarak 2000/31 sayılı Elektronik Ticaret Yönergesinin 29 No'lu başlangıç ve 6 No'lu Esas maddesindeki internette yer alan reklamlarda **şeffaflık ilkesine** de atıfta bulunarak, dürüst ticari uygulamalar ve tüketici korumasının gereği olarak elektronik ortamda sunulan bilgilerin açıkça tanımlanabilir olması şartını dile getirmiştir.

1209 ABAD, **Google / Louis Vuitton,** N.105.

1210 Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce') http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do ?uri=CELEX:32000L0031:EN:NOT; E- Ticaret Yönergesi sebebiyle sorumluluk için bkz. Başpınar / Kocabey, s.237.

bulunmadığının ulusal mahkemelerce takdir edileceğini, bununla birlikte "*servis sağlayıcının sunmakta olduğu bilginin hukuka aykırı olduğunu öğrenmesi ya da bilmesi halinde*" hukuka aykırılıklar içeren reklam aktivitesini kaldırması veya bu siteye girişi önlemesi gerektiğini, aksi takdirde sunulan hukuka aykırı bilgiden kendisinin de sorumlu tutulabileceğine vurgu yapmıştır[1211].

ABAD Interflora kararında, bir tacirin rakibine ait tanınmış bir markayla çağrışım yapacak bir sözcüğü "anahtar sözcük" olarak almak suretiyle markanın tanınmışlığından haksız olarak yararlanmaya çalışmasının 89/104 sayılı Yönergenin 5/2 maddesi uyarınca marka ihlali anlamına geleceğine karar vermiştir[1212].

ABAD'ın Bananabay kararına konu olayda, *BBY Dağıtım* isimli davacı şirket "bananabay" ibaresini birçok mal ve hizmet yönünden marka olarak da tescil ettirmiş olup, daha ziyade internet üzerinden erotik ürünler pazarlamaktadır. Davacı aynı zamanda www.bananabay.comaddesinde isimli internet sitesinin de sahibidir. Davalı Eis GmbH dağıtım şirketi ise www.eis.comaddesinde/erotikshop isimli internet sitesini işletmekte, o da davacı gibi internet üzerinden erotik ürünler pazarlamaktadır. Ancak davalı, rakibi olan davacı şirketin "bananabay" isimli markasına konu ibareyi Google'dan "anahtar sözcük" olarak kiralamıştır. İnternet kullanıcıları bu ibareyi aradıklarında karşılarına, ekranın sağ tarafında "reklam" başlığı altında davalının internet sitesi çıkmaktadır. BBY şirketi marka hakkının ihlal edildiği iddiasıyla açtığı dava sonunda Braunschweig yerel mahkemesi ve bölge mahkemesi davacıyı haklı bulur, ancak konu BGH tarafından görüş sormak amacıyla ABAD'a taşınır. Divan konuya ilişkin kararında, "*89/104 sayılı Marka Yönergesinin 5/1 (a) maddesi uyarınca, marka sahibinin, markanın tescil kapsamındaki mal ve hizmetler yönünden, ortalama internet kullanıcı kitlesi tarafından, marka sahibi ile anahtar sözcüğü reklam olarak*

1211 ABAD, **Google / Louis Vuitton**, N.108 – 120.
1212 ABAD, **Interflora / Marks & Spencer**.

kullanan şirketin farklı şirketler olduğunu anlayamıyor veya zor anlıyorsa veya her ikisi arasında bağlantı olduğunu düşünüyorsa, markaya konu işaretin başkaları tarafından "anahtar sözcük" olarak kullanmasını önleyebileceğine" karar vermiştir[1213].

Karardan sonra dosyayı tekrar inceleyen BGH kararında, olayda marka ihlali bulunmadığına, karıştırma ihtimali bulunmadığı için olayda aldatıcı bir ticarî uygulama olmadığı, müşterilerin satın alma kararlarını ölçüsüz şekilde etkilemediği için başkalarının müşterilerini haksız olarak ele geçirme eyleminin mevcut olmadığını, rakip tacirin veya ona ait mal ve hizmetlerin ününden haksız yararlanma ve imaj transferi olayı ile markanın işlevlerine zarar verilmesi olayının söz konusu olmaması nedeniyle marka ihlalinin de söz konusu olmadığına karar vermiştir[1214]. BGH'nin "anahtar sözcük" reklamı yönünden tamamen reklam verenin lehine yorum yaptığı görülmektedir.

E.Telif Haklarına İlişkin Kuralların Karşılaştırmalı Reklama Etkisi

Telif hakkı koruması altında olan bir ürünün izinsiz olarak karşılaştırmalı reklamda görüntüsünün veya isminin kullanılması telif hakları yasasına aykırılık teşkil edebilir. Marka haklarına ilişkin kuralların aksine, izin alınmaksızın koruma altındaki fikir ve sanat eserinin meşru amaçlarla reklamda gösterimine ilişkin özel kurallar bulunmamaktadır[1215]. Bu bağlamda karşılaştırmalı reklam kurallara uygun, rekabet altındaki ürünlerin birbirlerinden ayırt edilmesini sağlayıcı ve aralarındaki farklılıkların objektif bir şekilde gösterir nitelikte olsa bile, reklamda, üzerinde telif koruması bulunan bir fikir ve sanat eserinin izinsiz olarak kullanılmış olması, karşılaştırmalı reklam kurallarına göre değil ise de telif hakları yasası uyarınca reklamı

1213 ABAD, 26.03.2010 tarih, C– 91/09 – **Eis.de GmbH / BBY (Bananabay)**.

1214 BGH I ZR 125/07, Urteil vom 13.01.2011, Bananabay II.

1215 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N.16h; **GRUR** 2001, 51 – Parfumflakon.

hukuka aykırı hale getirebilir. Aynı şekilde meşhur bir kitabın veya filmin veya resmin tanınmışlığından haksız yararlanılması da Yönergenin 4/1 (f) maddesi uyarınca reklamı hukuka aykırı hale getirecektir. Söz gelimi, telif eseri niteliğindeki bir kitabın, gerçeğe aykırı şekilde "çok okunan kitaplar listesinde" gösterilmesi, gerçekte çok okunan kitapların tanınmışlığından haksız yararlanma anlamına gelebilecek ve haksız rekabet teşkil edecektir. Bir reklam karşılaştırmanın konusu, üzerinde telif hakkı bulunan bir eser ise Yönergenin bütün kısıtlayıcı hükümleri eser reklamı yönünden de geçerli olacaktır.

F. Karşılaştırmalı Ürün Testleri ve Test Sonuçlarıyla Reklam

1. Mal ve Hizmet Testleri

Sanayi ve ticaret alanında, çeşitli *ürünlerin ihtiyacı karşılama durumunu* ***objektif*** bir şekilde tespit etmek için, çeşitli üreticiler veya sunucular tarafından üretilen mal ve hizmetler için sık sık "Mal ve Hizmet Testleri" (Waren-/ Dienstleitungstests) adı verilen araştırma ve tespit çalışmaları yürütülmektedir[1216]. Diğer bir tabirle *karşılaştırmalı ürün testleri*, çeşitli üretici veya satıcıların piyasaya sunduğu belirli mal ve hizmetlerin (mesela; sigorta ve bankacılık vb.), nitelikleri, fiyatları, kalitesi ve ne kadar değerli oldukları üzerinde yapılan araştırmalar sonucu ulaşılan objektif sonuçlardır. Bağımsız ürün testleri, reklam verenlerce, medya veya tüketici dernekleri tarafından yapılan "fiyat karşılaştırmaları" kavramından farklıdır. Fiyat karşılaştırmalarında aynı tür mal veya hizmetin hangi ticari işletmede kaç paraya satıldığı liste halinde gösterilirken, ürün testlerinde teste tabi tutulan malın nitelikleri, sağlamlığı, kalitesi, dayanaklılığı gibi objektif özellikleri karşılaştırmaya tabi tutulmaktadır. Objektif fiyat karşılaştırmaları

[1216] **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 86; **Piper/Ohly**, **UWG** § 6 N. 74.

çoğunlukla aynı markalı mal veya hizmetler arasında yapılırken, ürün testleri farklı markalı mal veya hizmetler arasında yapılmaktadır.

Karşılaştırmalı ürün testlerindeki temel amaç tüketicilerin aydınlatılmasıdır. Tüketicilerin, ürünleri ve özellikle yüksek değerli olanları (otomobil vs.) kendilerinin test etmesi oldukça zor olacaktır. Zira çoğu zaman uzmanlık bilgileri ve araştırma materyalleri (laboratuvar vs.) bulunmamaktadır. Karşılaştırmalı ürün testleri, birçok konuda tüketicileri aydınlatırken, aynı zamanda gerçekten ihtiyacı olan ürünleri satın alma konusunda onlara yardımcı olur[1217].

Bazı test sonuçları, aynı zamanda "ticari pazarda açıklığın sağlanmasına" ve "faydalı rekabetin artmasına" da hizmet eder. Tüketicilerce de takip edilen test sonuçlarının açıklanması sayesinde, bazı tacirler *düşük kalite ve yüksek fiyatla* mal ve hizmet satmalarının gerekçelerini tüketicilere izah etmek zorunda kalacaklardır[1218]. Karşılaştırmalı ürün testleri sayesinde, piyasalar daha sıkı kontrol altına alınacak, üreticilerin rekabet etme güçleri de arttırılacaktır. Anılan testler, mal ve hizmet piyasalarındaki yeni gelişme ve ilerlemelerle ilgili olarak, *tüketicileri bilgilendirmenin yanı sıra, üreticilere* ve *satıcılara da ipuçları* sunacak, böylelikle onların da kendi ürünlerini geliştirmelerine imkân sağlayacaktır.

Ürün testleri, bağımsız ve tarafsız üçüncü kişiler tarafından yapıldıklarında, mal ve hizmet tanıtımlarını, karşılaştırmalı reklamda yapılandan daha etkili ve çok daha ucuz, hatta bedava yapan **bir reklam aracı** işlevi de görmektedir.

2006/114 sayılı Yönergenin 10 no'lu başlangıç maddesinde, karşılaştırmalı ürün testleri sonuçlarının bir karşılaştırmalı reklamda aynen yayınlanması veya atıfta bulunulması olaylarıyla ilgili olarak, ulusal hukukun sözleşmesel veya sözleşme dışı hükümleri gibi telif haklarına ilişkin milletlerarası sözleşmelerin de uygulanacağı ifade olunmakla, ürün testlerinin

---

1217 BGH **GRUR** 1967, 113 – Warentest I; BGH **GRUR** 1989, 539 – Warentest V.
1218 **Erdoğan**, s.176.

"eser" niteliğinde (ilim ve araştırma eseri) olduğu kabul edilmiş ve *telif değerine* atıfta bulunulmuştur.

2. Organizasyon

Ürün testlerinin, bağımsız meslek örgütleri, devlete bağlı bir kuruluş, Tüketici Birlikleri vb. sivil toplum örgütleri veya medya tarafından yapılması mümkündür. Tarafsızlık her şeyden önce, ürünleri test eden kuruluşun bağımsız ve reklam amacıyla hareket etmeyen bir örgüt yapısını gerektirir. Ürün testleri kural olarak rekabet amaç ve düşüncesiyle yapılmaz. Zira testin organizatörü, test olunan ürün piyasasında var olan bir aktör değildir. Bununla birlikte testler ve sonuçları rekabeti önemli ölçüde etkiler, ancak karılaştırmalar somut tacirler arasındaki rekabeti etkilemek amacıyla yapılmaz.

Ürün karşılaştırmasını yapan organizasyon ne kadar bağımsız ve tarafsız ise yapılan karşılaştırma hedef kitle nezdinde o ölçüde etkili ve güvenilir olarak görülecektir[1219].

Almanya'da devlete bağlı olarak 1964 yılında kurulan, bağımsız ve tarafsız, "Stiftung Warentest" (Ürün Testleri Vakfı) isimli kuruluş, test kuruluşlarının en meşhurudur[1220].

Stiftung Warentest piyasada bulunan ürünleri sadece kalite ve özellik yönünden değil, aynı zamanda *fiyat yönünden* de test etmektedir. Test sonuçları mal veya hizmetlerin kalite ve özelliklerine ilişkin ise "**test**" isimli dergisinde, fiyatlarına ilişkin ise "**Finanztest**" isimli dergisinde düzenli olarak yayınlanmaktadır. Dergide sadece olumsuz değil, olumlu sonuçlar da açıklanmaktadır.

1219 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 87; BGH **GRUR** 1987, 468, 471, - Warentest.

1220 Stiftung Warentest isimli kuruluşun resmi internet sitesi için bkz. http://www.test.de/

3. Kabul Edilebilirlik

Ürün testleri ve onların açıklanmasında çakışan menfaatlerin varlığı söz konusudur. Zira bir yandan tüketici ve ürünleri daha kaliteli ve ucuz olan tacirlerin menfaatleri, diğer yandan da eleştirilen tacirin menfaati karşı karşıya gelmektedir. Şüphesiz çatışmanın, orantılılık ilkesine uygun olarak, piyasa aktörleri arasındaki menfaat dengesi düşünülerek çözülmelidir.

Her şeyden önce bağımsız test kuruluşları tarafından yapılan objektif ürün karşılaştırmalarına ilişkin "test sonucu" açıklamalarının hukuka aykırılığından söz edilemeyecektir. Zira söz konusu açıklama, belirli bir taciri kötülemeye veya yüceltmeye yönelik bir davranış değil, tam tersine toplumu ve tüketicileri bilgilendirmeye yönelik, ticarî şeffaflığa ve dürüst rekabet sistemine hizmet eden toplumsal sorumluluk misyonuyla yapılan çalışmaların sonucudur. Test sonuçlarını açıklama aynı zamanda düşünce ve ifade hürriyetinin de bir gereğidir[1221].

Test sonuçları esas alınarak yapılan bir karşılaştırmalı reklamın hukuka uygun sayılabilmesi için; *tarafsız, objektif ve açıklamanın uygun yöntemler kullanılarak yapılmış olması* gerekir[1222].

"*Tarafsızlık*" koşulu, her şeyden önce test kuruluşunun *reklam ve rekabet amacıyla hareket etmeyen* bir *örgüt yapısını* gerektirir[1223]. Tarafsızlık koşulu ayrıca, testin karşılaştırmalı reklamı yapan tacir veya onunla ilişkili kişiler tarafından yapılmamış olmasını gerektirir. Ancak reklam veren

---

1221 ECHR (European Court of Human Rights), Judgement of 25 August 1998, Case of Hertel v. Switzerland, Application no. 25181/94. Karara konu olayda, İsviçreli bilim adamı Mr. Hertel yazdığı bilimsel bir makalede, "Mikro Dalga Fırınların Kanser Yapıcı Etkisi" üzerine bilimsel bir dergide yayınlanan makale nedeniyle, Elektrikli Ev Aletleri Birliği tarafından hakkında dava açılmış ve yargılama sonucu Bern Ticaret Mahkemesi tarafından eyleminin haksız rekabet olduğu gerekçesiyle bir daha bu şekilde düşüncesini açıklamasının önlenmesine karar verilmiş, karar İsviçre Yüksek Mahkemesi tarafından da onanmıştı. Karar aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine gidildiğinde ise, AİHM, İsviçre uygulamasının AİHS'nin 10.maddesindeki (bilimsel düşünceyi) ifade hürriyetine aykırı olduğu sonucuna varmış ve İsviçre'yi 40.000 İsviçre Frangı tazminata mahkum etmiştir.

1222 **Piper/Ohly**, **UWG** § 6 N. 77; **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 88, 92, 93.

1223 **Freund**, s. 62.

tarafından yapılan ürün testlerinin doğrudan hukuka aykırı olduğu ileri sürülemez[1224]. Böyle bir durumda karşılaştırmalı reklamın genel ilkelere göre hukuka uygun olup olmadığının her bir somut olayda tartışılması gerekir[1225].

"*Objektiflik*" koşuluyla kast edilen, test sonuçlarının objektif doğruluk içermesidir. Test çalışmasının mutlak doğru sonuca ulaşılmak üzere yapılmış olması gerekir. Testi idare eden kuruluş ancak böyle bir çalışmanın sonucunda geniş bir değerlendirme yetkisine sahip olacaktır[1226].

"*Sonuçların uygun şekilde açıklanması*" koşulu ile kast edilen ise yapılan test karşılaştırmalarının objektif olması ve diğer tacirlere zarar vermeyecek şekilde yapılmış olmasıdır[1227]. Test sonuçları ispat edilemeyen ve gerçeğe aykırı olan iddialar içeremez. Test sonuçlarına ilişkin bulguların açıklamada gösterilmesi ve yapılan açıklamanın testten olumsuz sonuç alan tacirleri "aşağılayıcı" nitelikte olmaması gerekir[1228]. Bununla birlikte reklamda ironi ve kendi durumunu yüceltme tavırlarının hoşgörü sınırları içerisinde kabul edilmelidir[1229]. Özellikle yiyecek – içecek sektöründe lokantaların sunduğu lezzetler test edilirken, lezzet kavramı sübjektif olmakla birlikte, diğer lokantaları aşağılama ve kötüleme amacı güdülmediği müddetçe, testte bazı lokantaların sundukları lezzetlerin daha iyi olduğunu söylemek de hoşgörü sınırında kabul edilmelidir[1230].

4. Test Sonuçlarıyla Aldatıcı Karşılaştırmalı Reklam

Bir üretici veya satıcı, açıklanan ürün veya fiyat testlerini kullanarak karşılaştırmalı reklam yaparsa, bu davranış rekabetçi bir olay olarak

---

1224 OLG München **WRP** 1999, 692, 694 – Satte Mehrheit. Karara konu olayda, Burger King, kendi yaptığı "lezzet araştırması" test sonuçlarına göre, "Lezzet testine katılanların %62'si Burger King'e ait hamburgerleri daha lezzetli buldu" şeklindeki reklam ifadesini "aldatıcı" bulmuştur.

1225 **Piper/Ohly**, **UWG** § 6 N. 77; BGH **GRUR** 1999, 69, 70, Preisvergleichsliste II.

1226 BGH **GRUR** 1976, 268, 270 – Warentest II.

1227 OLG Karlsruhe **NJW** – RR 03, 177, 178.

1228 **Piper/Ohly**, **UWG** § 6 N. 77.

1229 OLG Hamburg **NJW** – RR 03, 177, 178 – Babes und Zicken.

1230 BGH **GRUR** 1986, 812, 814 – Gastrokritiker.

karşımıza çıkar[1231]. Bu tarz bir davranışın karşılaştırmalı reklamın şartlarına göre incelenmesi gerekir.

Test sonuçlarının karşılaştırmalı reklamda kullanılması kural olarak rekabete uygun ve kabul edilebilir bir ticarî uygulamadır[1232]. Böyle bir karşılaştırmalı reklam her şeyden önce reklam verenin teste yer alan ürün karşılaştırmasıyla ilişkilendirmede bulunarak kendi ürünüyle ilgili test sonuçlarına ilişkin değer ifadelerini doğru şekilde kullanması gerekir. Test haberleri ve sonuçlarının karşılaştırmalı reklamda kullanımı çeşitli yollarla yapılabilir. Reklam veren, karşılaştırma testlerine kendi reklamında atıf yapabilir, yorumlayabilir veya tamamen aynısını yansıtabilir. Bu meyanda; bir taciri utandıran veya rezil eden, açık bir şekilde gerçeğe aykırı içeriği olan, güvenilir olmayan ölçütlere göre yapılan, doğruluğu ispatlanamayan, bağımsız olmayan test sonuçlarını esas alan karşılaştırmalı reklam yapılması haksız rekabetçi bir yaklaşım olacaktır[1233].

Test sonuçlarıyla aldatıcı reklam çoğu zaman, test sonuçlarından bir kısım alıntı yapılarak, yani sadece reklam verenin işine gelen kısımları seçerek reklamda kullanılması yoluyla olmaktadır. *Testle ilgili genel bilgiler ve test sonuçlarından ne kadar az alıntı yapılmışsa aldatıcılık riski de o kadar yüksektir*.

Yine test sonuçlarında kendi ürünü hakkında "iyi" olarak yapılan değerlendirmeyi kullanırken kendisinden daha iyi not alanların sayısı ve notlarıyla ilgili bilgi vermekte sessiz kalınması tavrı aldatıcı görülebilecektir[1234]. Ancak daha iyi bulunan ürün konusunda detaylı bir bilgi verilmesi gerekmez[1235]. Aynı şekilde "Araştırmaya tabi tutulan aletlerin içinde en büyük çevre dostu" şeklinde seçici bir alıntı kullanılarak karşılaştırmalı

1231 BGH **WRP** 1991, 573 – Fundstellenangabe.

1232 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 101.

1233 **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 93; OLG Hamburg **GRUR**-RR 2002, 112 –Verlierer

1234 BGH **WRP** 1991, 573 – Fundstellenangabe; BGH **GRUR** 1982, 436 – Test gut. Almanya'da Stiftung Warentest tarafından yapılan testler sonucunda, test olunan ürünlere, "çok iyi, iyi, tatmin edici, yeterli ve geçersiz şeklinde notlar verilmektedir.

1235 BGH **GRUR** 1982, 437 – Test gut; **Köhler**/**Piper**, § 2 N.79.

reklam yapılması da test sonuçları tam olarak yansıtılmadığı için aldatıcı olarak görülebilir[1236]. Zira bu tür durumlarda reklama konu ürünün test sonuçları içerisindeki statüsü hakkında gerçekçi bir bilgi verilmemektedir. Keza reklam verenin bir başka ürünü testten iyi not almasına rağmen, sanki o ürün için de iyi not alınmış gösterilmesi aldatıcı reklam olacaktır. Yine bir karşılaştırmalı testte alınan iyi not yönünden reklam yapılacaksa, *testin kim tarafından, hangi tarihte, nerede ve hangi özellikler yönünden yapıldığı, test sonuçlarına ne şekilde ulaşılabileceğinin reklamda açıkça ifade edilmesi* gerekir.

Aynı konuda başka testler varsa ve sonuçları da birbirinden farklı ise reklam verenin kendi işine gelen test sonucunu kullanabilmesi için, sonuçlarına dayandığı testin tarafsız, objektif ve uzman kişilerce yürütülmüş olması gerekir[1237]. Yapılan test ürünün tek bir özelliğine ilişkin olması halinde, o özelliğin ürünü temsil eden önemli bir özellik olması halinde, bu özellik itibariyle karşılaştırmalı reklam yapılması mümkündür. Ancak yapılan reklamda, hangi özellik sebebiyle testten iyi sonuç alındığının açıkça gösterilmesi gerekir[1238]. Ürün testinde o ürün gurubunun temsil edici özellikler seçilmemişse ve reklamda bu konuda bir bilgi yoksa "Test Şampiyonu" (Testsieger) vb. şeklinde yapılacak reklamlar da aldatıcı olacaktır[1239].

Bunun dışında *test sonuçlarının yanlış aktarıldığı reklamlar* her zaman için aldatıcı olacaktır. Bu bağlamda dikkat çekici reklamlarda (eye-catcher / blickfangmäßige), gerçekte böyle bir test hiç olmadığı halde güya varmış gibi test yapılmış izlenimi andıran görüntüler sunulması da aldatıcı kabul edilmelidir[1240].

Bir başka aldatıcılık unsuru da reklamda *güncelliğini yitirmiş* bir test sonucunun kullanılmasıdır. Eğer reklam gününe kadar, reklama konu ürünü

1236 Karl-Heinz Fezer, "Testwerbung", **GRUR** 1976, 472, 483; **Hefermehl/Köhler/Bornkamm**, **UWG**, 27.Auflage, § 6 N. 101.

1237 **Baumbach / Hefermehl**, 22.Auflage, § 1 N.421.

1238 OLG Celle **GRUR**-RR 2005, 286, - Sehr gut für Kaffeearoma.

1239 **Baumbach / Hefermehl**, 22.Auflage, § 1 N.422.

1240 **Fezer /Koos**, **UWG** § 6 N.346.

daha düşük bir pozisyonda gösteren yeni bir test sonucu açıklanmış ise o takdirde reklamın güncelliğini yitirdiği söylenebilir. Her halükarda reklamda test sonuçlarının açıklanma tarihi yer almalıdır[1241]. Zira tüketiciler her zaman için en son test sonuçlarıyla reklam yapıldığını düşünürler. Bir reklamda kullanılan "*Stiftung Warentest onu çok iyi buldu*" ifadesi, test sonuçlarının eski olması ve reklam gününe kadar etkisi halen sürüyor gibi gösterilmesi nedeniyle hukuka aykırı bulunmuştur[1242]. Keza test olunan ürünün kalitesinin daha sonradan düşmesine rağmen halen bu test sonucuna dayanarak reklam yapılması da aldatıcı olarak görülmüştür[1243]. Buna karşılık kalitesi arttırılan ürünler yönünden test sonuçlarına atıf yapan reklamlar kabul edilebilir niteliktedir[1244].

1241 **Baumbach / Hefermehl**, 22.Auflage, § 1 N.423.

1242 OLG Frankurt EWIR § 3 **UWG** /192, 87 – Teske.

1243 LG Frankurt/a.M. **WRP** 1984, 237; OLG Düsseldorf **WRP** 1984, 554; BGH **GRUR** 1985, 932 – Veralteter Test.

1244 Konuya ilişkin 23.09.2005 tarihli basın açıklaması için bkz. http//:www.stiftung-warentest/unternehmen/presse/pressemitteilungen/1297966.html, s.y, 10.06.2011.

SONUÇ VE ÖNERİLER

Türk reklam piyasasında, sektördeki gelişmelere paralel olarak oldukça yaygınlaşmaya başlayan karşılaştırmalı reklam faaliyetleri, piyasa koşullarını önemli ölçüde etkilemesine rağmen, hukukumuzda derli toplu ve ihtiyaca cevap verecek nitelikte düzenleme bulunmamaktadır. "Karşılaştırmalı reklam" tabirine ilk defa yer veren 4077 sayılı TKHK'nun 16.maddesi birçok eksik düzenleme içermektedir. Bu Kanuna dayalı olarak çıkartılan Reklam Yönetmeliği ise birçok eksik ve yanlışı bir arada barındırmaktadır. Bir yandan tüketicinin en önemli bilgilendirme araçlarından birisi, diğer yandan da üretici ve satıcılar için önemli bir pazarlama aracı olarak ticarî piyasalarda çok önemli ve etkili bir yeri olan karşılaştırmalı reklamlara ilişkin 4077 sayılı TKHK'daki düzenleme, müesseseye faydadan ziyade, zarar verecek nitelikte yersiz bir düzenlemedir. Kanun'daki düzenleme, daha başlangıçta tanım eksikliği yüzünden neredeyse karşılaştırmalı reklamı imkânsız kılan bir anlayışa sahiptir. Esasen, ticarî piyasalara etkisi sebebiyle bir reklamın niteliği ve hukuka uygunluğu meselesinin, tüketici mevzuatından ziyade genelde borçlar hukuku, özelde ise ticaret hukuku kapsamında düzenlenmesi maslahata daha uygun olurdu. Zira tüketicilerin sözleşme öncesi aydınlatılması yükümlülüğü de, dürüst ticaret ve rekabet ilkeleri de borçlar hukukunun ana konuları arasında bulunmaktadır.

İlk düzenlemeye ilişkin 4077 sayılı TKHK'nun 16.maddesindeki "**… rakip mal ve hizmetlerin reklamları yapılabilir**" hükmü ile sanki önceden yasak olan karşılaştırmalı reklam yasal hale getirilmiş gibi bir izlenim verilmiş ise de, yasalarda yasaklanmayan her türlü ticarî faaliyetler zaten hukuka aykırı sayılmayacağından ve 6762 sayılı TTK'nun (eski TTK) 56 vd. maddelerine göre yorumlandığı dönemlerde dahi hukuka aykırı olarak kabul edilmemiştir. Ne 4077 sayılı TKHK'da, ne de bu kanuna dayalı olarak çıkartılan Reklam Yönetmeliği'nde karşılaştırmalı reklamın herhangi bir tanımı verilmemiş, ancak Yönetmeliğin 11/1 (a)maddesinde, karşılaştırmalı reklamın unsurları sayılırken, uluslararası düzenlemelerdeki tanımlamalara

taban tabana zıt ve karşılaştırmalı reklamın özünü aykırı bir şekilde, "**Karşılaştırılan mal, hizmet veya marka adının belirtilmemesi**" hukuka uygunluk şartları arasında sayılmış, bu yasak RK tarafından da sıkı ve katı bir şekilde uygulanmıştır. Yani, rakibi teşhis etmeye yarayan her türlü ad ve işaretler, hatta imalar bile karşılaştırmalı reklamın yasaklılık sebebi olarak kabul edilmiştir. Yönetmeliğin bu hükmünün, 4077 sayılı TKHK'nın 16 ve hatta Anayasa'nın dürüst ve serbest ticarete ilişkin 167, tüketicilerin korunmasına ilişkin 72, milli ekonominin gereklerine uygun tedbirler alınmasına ilişkin 48 ve düşünce ve ifade hürriyetine ilişkin 26.maddelerine de aykırı olmasına rağmen, düzenlemenin iptali için ne yazık ki Danıştay nezdinde bir iptal talebi gündeme getirilmemiştir. Dolayısıyla bu düzenleme, Reklam Kurulu'nun bir nevi "reklamları yasaklama kurulu" olarak faaliyet göstermesine yol açmıştır. Ne yazık ki idare mahkemeleri ve Danıştay da bu doğrultuda karşılaştırmalı reklamı fiilen yasaklayan kararlara onay vermek durumunda kalmaktadırlar. Oysa aynı olay marka ihlali veya haksız rekabet iddialarına dayalı olarak ticaret mahkemeleri ya da fikrî ve sınai haklar mahkemelerinin önüne geldiğinde hukuka uygun ticarî faaliyetler arasında kabul edilmektedir. Bir yerde, devletin bir yargı organı (adli yargı) karşılaştırmalı reklamı hukuka uygun, diğer bir organı (idari yargı) ise hukuka aykırı olarak kabul etmek zorunda kalmaktadır.

Reklam piyasalarını idari yönden denetleyen ve 4077 sayılı TKHK'nın 17.maddesine dayalı olarak kurulan Reklam Kurulu, genelde bütün reklamlar, özelde ise karşılaştırmalı reklamların denetimi yönünden birçok yapısal ve işlevsel sorunlar içermektedir. Her şeyden önce Kurul, 29 kişilik çok kalabalık bir gruptan oluşmaktadır. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Tüketici Haklarının Korunması Genel Müdürlüğü çatısı altında faaliyet gösteren kurul, hiçbir önşart ve bilgi donanımı ya da tecrübe aranmaksızın çeşitli kurum ve kuruluşların atama yoluyla seçtikleri temsilcilerinden oluşmaktadır. Kurul, Devlet'e bağlı diğer denetleme kurulları (EPDK, BDDK, Rekabet Kurulu vs.) gibi, müstakil bir sekretaryaya ve bağımsız hareket edebilecek bir üye yapısına sahip değildir. Oysa 2006/114 sayılı AB Yönergesinin

5/2.maddesinde, aldatıcı ve haksız karşılaştırmalı reklamlar konusunda denetimin ya mahkemelerce yapılması veya bağımsız hareket edebilecek yapıda olan idari kuruluşlarca yapılması şartı aranmıştır. Piyasalar üzerinde etkin bir rekabet aracı olan reklamların hukuka uygunluğu konusunda karar verecek Kurul'un, mutlaka bağımsız bir yapıya kavuşturulması, üye sayısı makul sayıya indirilerek ve belirli süreyle çalışma güvencesi verilerek yeniden teşekkül ettirilmesi gerekmektedir. Bunun dışında Kurulun çalışma şekil ve şartlarında da önemli sorunlar bulunmaktadır. Kurul kararları, iddia ve savunmaları tam olarak içermemekte, kararlar www.tuketici.gov.tr web adresinde gerekçeden yoksun bir şekilde yayınlanmaktadır.

Kanaatimizce Reklam Kurulu kararlarına karşı idari yargı yoluna gidilmesi son derece yanlıştır. Ticarî piyasalar ve bireysel tacirler üzerinde doğrudan etki ve sonuç doğuran bu tür kararlara karşı yargı mekanizması, yerine göre ticaret hukuku, yerine göre de marka hukukunu uygulayan adliye mahkemeleri olmalıdır. Böylelikle, aynı olayla ilgili olarak adli ve idari yargıda birbirine zıt kararlar çıkmasının da önüne geçilebilecektir. Konu idare hukukundan çok ticaret hukukunu ilgilendirmektedir. Türk Patent Enstitüsü de idari bir kuruluştur. Ancak sınai hakların tesciline ve tescil edilmemesine karşı, daha önce idare mahkemelerine ait olan denetim yetki ve görevi, 1995 yılında çıkartılan marka, tasarım ve patentlerle ilgili 556, 554, 551 sayılı KHK'lar ile mutlak şekilde fikri ve sınai haklar hukuk mahkemelerine verilmiştir. Aynı denetim mekanizmasının, yani adli denetimin, Reklam Kurulu kararlarına karşı da getirilmesi yerinde olacaktır. Kanımızca Devlet mekanizmasına düşen görev, tüketicilerin korunması görüntüsü altında piyasalara bu şekilde doğrudan müdahale etmek değil, doğru ve dürüst ticaret ilkelerine uygun olarak piyasaları denetlemektir. Şüphesiz, tacirlerin doğru ve dürüst davranma yükümlülüklerinin düzenlendiği ve düzenlenmesi gereken yer ise ticaret kanunlarıdır. Nitekim bu ilkeler TTK'nın haksız rekabete ilişkin kurallarıyla düzenlenmiştir.

Reklamların idari yoldan denetimiyle ilgili olarak, birçok kurumun (Tarım Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı, Barolar vs.) kendi görev alanı içerisinde reklamları denetlemek üzere, özellikli disiplin hukuku yönünden, mevzuatlarına bu yönde hüküm koydurdukları görülmektedir. Oysa her kurumun kendi görev ve faaliyet alanıyla ilgili olarak ayrı ayrı düzenleme yapması, mevzuat uyumunu zorlaştıracak, denetimde de çok başlılığı arttıracaktır. Bunun yerine Reklam Kurulu çatısı altında tek bir idari denetim mekanizması yerinde olacaktır.

Reklamların özdenetimi, sektördeki reklam verenlerin kendi üyelerini, Milletlerarası Ticaret Odası (MTO) Reklam Esaslarına göre ve isteğe bağlı olarak denetlemeleri temeline dayanmaktadır. MTO ve AB 2006/114 sayılı Karşılaştırmalı Reklam Yönergesi de reklam öz denetimlerini teşvik etmektedir. Dernek çatısı altında örgütlenen Reklam Özdenetim Kurulu (RÖK), isteğe bağlı olarak yaptığı denetim ve verdiği tespit kararlarının herhangi bir hukuki bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Bununla birlikte Kurul'un kararlarını kamuya açıklaması toplumsal baskılara yol açabileceğinden, verilen kararlar etkili bir denetim mekanizması olarak görülebilir. Ne var ki, RÖK tarafından verilen kararların önemli bir kısmının, gerek uluslararası, gerekse de 6102 sayılı TTK'nun 55/1 (a) maddesindeki karşılaştırmalı reklam kurallarına aykırı olduğu göze çarpmaktadır. Ancak verilen kararlardan bazıları Yargıtay'ı dahi etkilemektedir[1245].

Karşılaştırmalı reklamların en etkin ve uluslararası düzenlemelere en uygun denetimi adli merciler tarafından yapılan yapılmaktadır. Daha önce Yargıtay uygulamalarıyla hukuka uygun kabul edilen karşılaştırmalı reklamlar, 6102 sayılı TTK'nun 55/1 (a) maddesindeki yeni düzenlemeyle normatif bir yapıya kavuşturulmuş, yoruma muhtaç birçok kapalı alan açıklığa kavuşturulmuştur. Sözgelimi, bir reklamda rakibin teşhis edilebilir olması karşılaştırmalı reklam yasağı olarak görülmemiştir. Esasen rakibin teşhis edilebilir olmadığı reklamı, karşılaştırmalı reklam olarak görmek de doğru bir

[1245] Yargıtay 11. HD'nin 12.11.2009 tarih ve 2008/5249 E., 2009/11738 K. sayılı kararı.

yaklaşım olmayacaktır. Ne var ki, 6102 sayılı TTK'nun 55/1 (a) daki düzenleme yapılırken AB mevzuatı yerine daha ziyade İsviçre hukukundaki düzenlemeler esas alınmıştır. Karşılaştırmalı reklama ilişkin AB mevzuatı ile İsviçre mevzuatı genelde uyuşmakta, ancak örtüşmemektedir. Müzakere eden ülke olması nedeniyle TTK'daki bu hükmün ilerleyen zamanlarda AB müktesebatına göre revize edilmesi gerekecektir. Getirilen yeni düzenlemede, AB müktesebatına göre aşağıda konuların açıklığa kavuşturulası yerinde olurdu.

i. Karşılaştırmalı Reklamın Tanımının Yapılması

Marka ihlali ve haksız rekabet hali sayılmanın istisnasını teşkil eden karşılaştırmalı reklamın tanımı yapılsa idi, uygulamada farklı tanımlar yapılması önlenir ve gereksiz yere bu haktan yararlanılması veya hakkın gereksiz yere kısıtlanması engellenirdi.

ii. Karşılaştırma Yapılabilecek Unsurlara "Hizmetler" in Eklenmesi

TTK'nın 55/1 (a) (5) maddesinde, karşılaştırma yapılabilecek unsurlar arasında "tacirlerin kendileri, malları, iş ürünleri, faaliyetleri ve fiyatları) sayılmış, ancak ticari piyasalarda yekûn teşkil eden alım – satım konusu "hizmetler" karşılaştırma yapılabilecek unsurlar arasında sayılmamıştır. Kanunda yer alan "faaliyetler" tabirinden belki "hizmetler" de girebilir ise de, çok geniş bir anlamı olan "faaliyet" ibaresinin kapsamına "idari faaliyetler", "mal alım satımı" gibi bütün uğraşı alanları da girebilecektir. O halde, oluşabilecek tereddütlerin önüne geçebilmek için, "hizmetler" in de karşılaştırılabilecek unsurlar arasında sayılması daha doğru olurdu. Öte yandan mevcut düzenlemede reklam veren tacirlere ait karşılaştırma konusu unsurlar her iki taraf için aynen sayılmış iken (Bir tacirin kendisi, malları, iş ürünleri, faaliyetleri ve fiyatları ile rakip tacirlerin malları, iş ürünleri ve fiyatları…) rakiplerin "faaliyetleri" sayılan unsurlar arasında yer almamıştır. Kanun'un gerekçesinde bir açıklık bulunmadığından, bu ibarenin unutkanlık sonucu Kanun'a eklenmediği kanaatindeyiz.

iii. Tüketicilerin Satın Alma Kararlarına Etki Edebilme

TTK'nın 55/1 (a) (5) maddesinde, karşılaştırmanın "*gerçeğe aykırı, yanıltıcı, rakibi gereksiz yere kötüleyici veya onun tanınmışlığından yararlanacak şekilde*" yapılması haksız olarak kabul edilmiştir. Bu metnin lafzi şekilde yorumlanması halinde, gerçeğe aykırı beyan içeren her karşılaştırmalı reklamı hukuka aykırı kabul etmek gerekir. Oysa reklamlar bir haber programı olmayıp, zaman zaman abartılar içerir, bazen de mizah unsuru kullanılır. Söz gelimi bir reklamda "Bizim akaryakıtımız aya uçurur" veya bir ayçiçek yağı reklamında yağın hafifliğini anlatmak için insanların "havada uçan görüntüsü" şeklindeki slogan açıkça gerçeğe aykırıdır. Ancak ortalama tüketici kitlesi, bu tür ifade ve görüntülerin gerçek olmadığını bilir ve bu ifadeleri mizah olarak algılar. Hiçbir şekilde de satın alma kararlarını etkilemez. O nedenle Kanun'da "*tüketicilerin satın alma kararlarını etkileyecek ölçüde* gerçeğe aykırı …" tabirinin kullanılması daha yerinde olurdu.

iv. İspatlanabilir Olma

TTK'nın 55/1 (a) (5) maddesinde, karşılaştırmalı reklamda yer alan reklam konusu iddianın ispatlanabilir olmasına yer verilmemiştir. Oysa 4077 sayılı TKHK'nun 16/4 maddesinde bile "Reklam veren, ticarî reklam veya ilanda yer alan somut iddiaları ispatla yükümlüdür" şeklindeki düzenleme ile "ispat edilebilir olmayan" iddiaların, gerçeğe uygun olup olmadığına bakılmaksızın reklamı hukuka aykırı kılacağına vurgu yapılmıştır. Kanımızca, somut iddialar yönünden reklam verenin daha reklamı yayınlamadan önce, ispat vasıtalarını elinde bulundurması gerektiğinden, Kanun'daki düzenlemede "…*tüketicilerin satın alma kararlarını etkileyecek ölçüde, ispatlanabilir olmayan*, gerçeğe aykırı, yanıltıcı, …" ibaresinin kullanılması yerinde olurdu. Bu şekilde, aldatıcılığın önlenmesi yönünden, reklam konusu iddianın daha başlangıçta ispat vasıtasının hazır bulundurulması sağlanmış olur ve yargılama sırasında gerçeklik iddiasının tespiti için gereksiz çaba gösterilmemiş olurdu.

v. Karıştırma İhtimali

Kanundaki düzenlemede, karşılaştırmalı reklam sırasında rakibe ait tanıtıcı işaretlerle karıştırmaya yol açma haksız rekabet hali olarak sayılmamıştır. Bu durumda, gerçeğe uygun bilgilerle, rakibi de kötülemeyen karşılaştırmalı reklamlarda "karıştırmaya yol açılması" sanki hukuka aykırı bir eylem değilmiş gibi bir izlenim doğmasına yol açabilir. Her ne kadar TTK 55/1 (a) (4) bendinde, "karıştırma ihtimali" haksız rekabet hali olarak sayılmış ise de, karşılaştırmalı reklamı düzenleyen (5).bendin varlığı halinde, diğer bentlerin uygulanması doğru değildir. Zira (5). bent diğer bentlerdeki haksız rekabet hallerinin istisnasını teşkil etmektedir. Bu bentteki düzenlemeye uygun bir karşılaştırmalı reklamın varlığı halinde, marka ihlali ya da haksız rekabetten söz etmek doğru olmayacaktır. O nedenle, münhasıran karşılaştırmalı reklamın düzenlendiği (5).bendin kapsamına "*… rakip veya rakibe ait tanıtıcı işaretlerle karıştırılma ihtimaline yol açacak şekilde …*) tabirinin eklenmesi yerinde olacaktır.

vi. Rakiplerin Özellikleri

Kanun'un 55/1 (a) (5).bendinde, karşılaştırma yapılabilecek unsurlar arasında "tacirlerin rakip tacirlerle karşılaştırılması" isabetle sayılmıştır. Ancak "bir tacirin kendisi ile rakip taciri karşılaştırması" eyleminde, rakibin "ticari özellikleri" mi, yoksa "şahsi özelliklerinin" mi kast edildiği belli değildir. Bir tacirin kendi ticari başarıları (yıllık cirosu, aldığı ödüller, yapmış olduğu sosyal çalışmalar ve destekler vs.) arasında karşılaştırma yapmanın hukuka uygun olduğu noktasında bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak bir tacirin "kendi kişisel özellikleri ile rakibin kişisel özellikleri arasında" söz gelimi rakibin dini inancı, milliyeti, sabıkası, geçmiş yaşantıları, hastalıkları, daha önce iflas etmiş olması vs. şahsi özelliklerin karşılaştırma yapılmasına müsait unsurlar olarak görülmemesi gerekir. Bununla birlikte mevcut düzenlemede, gerçek ve yanıltıcı olmaması, rakibi de gereksiz yere kötülememesi halinde rakibin kişisel özelliklerinin de karşılaştırma konusu yapılabileceği gibi bir anlam çıkartılabilecektir. O nedenle, karşılaştırmanın sadece rakibin ticari

özellikleri yönünden mümkün olacağının kanuni düzenlemede netliğe kavuşturulması yerinde olurdu.

vii. Alternatif Olma

Kanun'daki düzenlemede, karşılaştırmanın reklam verene ait mallar ile rakibe ait mallar, reklam verene ait iş ürünleri ile rakibe ait iş ürünleri vb. arasında karşılaştırma yapılabileceği söylenilmektedir. Ancak rakibe ait her türlü mal ile kendisine ait her türlü mal arasında, söz gelimi rakibe ait elmalar ile reklam veren ait armutların karşılaştırılabileceği, öte yandan, ancak malların mallar ile iş ürünlerinin iş ürünleri ile karşılaştırma yapılabileceği gibi bir anlam çıkmaktadır. Oysa rakibe ait bir mal ile reklam verene ait her hangi bir mal karşılaştırılamaz. Karşılaştırmanın mutlaka aynı ihtiyacı karşılayan mallar arasında yapılması gerekir. Bu anlamda, sadece aynı tür mallar değil, söz gelimi hediye olarak takdim edilmesi yönünden "çikolata ile kolonya" bir birine alternatif mallar oldukları için karşılaştırma konusu yapılabilecektir. Keza gözlük ile lensle tedavi hizmeti de birbirlerine alternatif mal ve hizmetlerdir. O nedenle kanunu düzenlemede, birbirlerine alternatif olabilecek mal ve hizmetlerin karşılaştırma konusu yapılmasına imkan verilmesi, bu nitelikte olmayan reklam karşılaştırmalarının haksız rekabet sayılmasını mümkün kılacak şekilde bir düzenleme yerinde olurdu.

viii. Replika ve Kopya

2006/114 sayılı AB Yönergesinde reklam konusu ürünün rakip bir tacire ait ürünün "replikası veya kopyası" kaydıyla karşılaştırma yapılması açıkça yasaklanmıştır. Söz gelimi patentle koruma süresi dolmuş "Aspirin" ürünü yönünden piyasaya çıkan yeni bir ürünün tanıtılmasında "Ürünümüz X, bilinen Aspirin ilaçlarıyla aynı bioeşdeğerliğe sahiptir" şeklinde tanıtım yapabilecek midir? Söz konusu reklamda, gerçeğe uygun, yanıltıcı olmayan, rakibin tanınmışlığından haksız yarar sağlamayan, eşitlik iddia eden, tüketicileri bilgilendiren bir reklam söz konusudur. AB uygulamasında, lobi gruplarının etkisiyle bu tür reklamlar yasak karşılaştırma yöntemleri arasında sayılmıştır. Böyle bir yasağın şu anda bizim hukukumuza alınmamış olması

bizce yerinde olmuştur. Ancak müzakere sürecinde, bizim de “replika veya kopyası” kaydıyla karşılaştırmalı reklam yasağı koymamız gerektiği dikkatlere sunulmalıdır.

ix. Coğrafi İşaretlerin Karşılaştırma Konusu Yapılması

Mevcut düzenlemede, coğrafi işaret konusu bir ürünün, bu niteliği haiz olmayan ürünlerle karşılaştırma konusu yapılmasına bir yasak getirilmemiştir. Mevcut düzenleme karşısında bir tacir, “Gaziantep Baklavası” ile “Ankara Baklavası” malları arasında karşılaştırma yapabilmesi mümkündür. “Gaziantep Baklavası” marka olmadığı ve hiç kimsenin tekelinde olmadığı halde meşhur bir tanıtıcı işarettir. Kendi ürününde coğrafi işaretin kullanılması söz konusu olmadığı için 555 sayılı Coğ. İşaretlerin Korunması Hakkındaki KHK’daki yasak kapsamında da görülemez. Reklamın gerçeğe uygun ve aldatıcı olmaması halinde TTK 55/1 (a) (5) bendinde her hangi karşılaştırma yapabilme engeli de görülmemektedir. Ancak AB 2006/114 sayılı Yönergede bu husus açık bir karşılaştırma yasağı olarak öngörülmüştür. Gerçekten de bu tarz bir karşılaştırma, coğrafi işaretin tanınmışlığından haksız yararlanma sağlayacaktır. O nedenle mehaz Yönergede olduğu gibi, TTK 55/1 (a) (5).bendin kapsamına “rakibin tanınmışlığından haksız yararlanma” yasağının yanında, “coğrafi işaretin tanınmışlığından haksız yararlanma” ibaresinin de eklenmesi yerinde olurdu. Bu sayede, coğrafi işaret taşıyan bir ürün ancak aynı nitelikte coğrafi işaret konusu başka bir ürünle karşılaştırılabilmesi mümkün olacaktır.

x. Rakibin Tanınmışlığından Haksız Yararlanma

Mevcut düzenlemede, karşılaştırma sırasında “gereksiz yere rakibin tanınmışlığından yararlanma” hukuka aykırılık sebebi olarak görülmüştür. Bu düzenleme karşısında, “rakibin kendisinin tanınmışlığından haksız yararlanma hukuka aykırı, ancak rakip tacirlere ait tanıtıcı işaretlerin tanınmışlığından yararlanma hukuka uygun” anlamı çıkmaktadır. Oysa rakip tacirlerin kendileri yanında, onlara ait tanıtıcı işaretlerin tanınmışlığından

haksız yararlanmanın da yasak karşılaştırmalı reklamlar arasında sayılması yerinde olurdu.

xi. Rakibin Gereksiz Yere Kötülenmesi

Mevcut düzenlemede, rakibin şahsının gereksiz yere kötülenmesi yasaklar arasında sayılmış iken, rakibe ait tanıtıcı işaretlerin, ürünlerin veya faaliyetlerin kötülenmesi yasaklar arasında sayılmamıştır. Oysa bir karşılaştırmalı reklamda rakibe ait malların, hizmetlerin, iş ürünlerinin ve diğer özelliklerinin de gereksiz yere kötülenmesi yasaklar arasında sayılması yerinde olurdu.

xii. İlişkilendirme

Mevcut düzenlemede, gerçeğe uygun, aldatıcı olmayan ve rakibi kötülemeyen karşılaştırmalar hukuka uygun olarak kabul edilmiştir. Ancak reklamda kendisine ait ürünler ile rakibe ait ürünler arasında "ilişkilendirme" yapılması gereğinden bahsedilmemiştir. Söz gelimi, bir reklamda "her iki taraf markası da kullanılarak kutucuk içerisinde karşılaştırma tablosu sunulması ve ürünler arasında hiçbir ilişkilendirme yapılmaması" mevcut düzenlemeye göre hukuka uygun bir karşılaştırma olarak kabul edilecektir. Oysa karşılaştırmalı reklamın doğasında "rekabet" bulunmaktadır. Diğer bir anlatımla, başkasına ait marka ya da başka bir tanıtıcı işaretin kullanıldığın karşılaştırmalı reklamda, tek başına ürünlerin karşılaştırılması yetmez, aynı zamanda niçin kendi ürününün tercih edilmesi gerektiğine dair bir ifadenin, yani ilişkilendirmenin yer alması gerekir. O nedenle, "rakiple ilişkilendirme içermeyen" reklam karşılaştırmalarının da yasak yöntemler arasında sayılması yerinde olurdu.

Bunların dışında, 4077 sayılı KHK'nın 16.maddesindeki ve buna dayalı olarak çıkartılan Reklam Yönetmeliğinin 11.maddesindek karşılaştırmalı reklamlara ilişkin düzenlemeler de ya revize edilmeli ya da büsbütün çıkarılmalıdır. Reklam Kurulunun yapısı, çalışma şekil ve şartları yeniden

düzenlenmeli, bağımsız bir kurul olarak çalışmasına imkan sağlanmalı, kararlarına karşı denetim yeri adliye mahkemeleri olmalıdır.

Reklam özdenetimi yasal bir alt yapıya kavuşturulmalı, uyguladığı kurallar yönünden TTK'daki düzenlemelerle paralellik sağlanmalıdır.

Genelde reklam sektörüyle, özelde karşılaştırmalı reklamla ilgili olarak makroekonomik planlar yapılması, önündeki hukuki engellerin kaldırılarak, çağdaş normlardaki denetleme şekil ve usullerinin getirilmesi halinde, sektörün genel ticarete canlılık getireceği, bu sayede rekabet gücünün ve ekonominin genel dayanıklılığının arttırılacağı, üretim ve pazarlama sektöründeki ciro artışları yanında, istihdama da önemli katkı sağlayacağını düşünüyoruz.

KAYNAKÇA

AHRENS, Sönke : "Der Irreführungsbegriff im deutschen Wettbewerbsrecht, Zu den Auswirkungen des Urteils des Bundesgerichtshofs, auf die deutsche Rechtsprechung zur Irreführung", **WRP** 1999, 389 vd.

ADAK, Agah : "Haksız Rekabet Müessesesi ve Reklâm Yolu İle Haksız Rekabet", Adana İktisadi ve Ticarî İlimler Akademisi Dergisi, S.4, 1975, s.351 vd.

AIGNER, Birgit : **Die Auswirkungen der Richtlinie zur vergleichende Werbung auf das deutche Wettbewerbsrecht**, Frankurt 2001.

ANAGNOSTARAS, Georgio : "Bubble wars! Trade mark use and protected designation of origin in comparative advertising", **EIPR** 2009, 315 vd.

ANAGNOSTARAS, Georgio : "The application of the harmonised standards on comparative advertising: some recent developments", **Eurpoean Law Review (ELR)** 2009, 246 vd.

ARIÇ, Şahap : **Haşiyeli Ticaret Kanunu**, Pulhan Matbaası, İstanbul,1946.

ARKAN, Sabih : **Ticarî İşletme Hukuku**, 15.Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2012.

ARKAN, Sabih : "Avrupa Topluluğunda Karşılaştırmalı Reklâmlar", **Batider**, S.1' den ayrı bası, Haziran 2001, 21 vd.

ARKAN, Sabih : "Haksız Rekabet – Gelişmeler – Sorunlar", **Batider**, S.4, 2004, 5 vd.

ARSLANLI, Halil : **Kara Ticaret Hukuku Dersleri**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1969.

ASLAN, Adem : **Türk ve AB Hukukunda Fikri Mülkiyet Haklarının Tükenmesi**, Beta, İstanbul-2004.

ASLAN, İ. Yılmaz : **Tüketici Hukuku**, Ekin Kitabevi, Bursa-2004

ATEŞ, Hüseyin : "Türkiye'de Yanıltıcı Reklâmlar", **Verimlilik Dergisi**, S.3, 1981, 5-10.

ATEŞ, Mustafa : **Fikrî Hukukta Eser**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

ATEŞ, Mustafa : **Fikrî Hukukta Eser Sahipliği**, Adalet, Ankara, 2012.

AUGENHOFER, Susanne : "Comparative advertising in europe: the preliminary ruling in pippig vs.hartlauer and open questions after the 1997 directive", **Tulane European and Civil Law Forum** 2005, 110 vd.

AVŞAR, Zakir : "Reklâmların Tüketici Politikası Yönünden Değerlendirilmesi", http://hukukcu.com/modules/smartsection/item.php?itemid=59.

AVŞAR, Zakir / ELDEN, Müge : **Reklâm ve Reklâm Mevzuatı**, RTÜK, Ankara, 2004.

AYHAN, Rıza / ÖZDAMAR, Mehmet / ÇAĞLAR, Hayrettin : **Ticarî İşletme Hukuku Genel Esaslar**, Yenilenmiş 4.Bası, Ankara 2011.

BACHMANN, Frank : "Comparative Advertising in Germany With Regard To European Community Law", **EIPR** 1997, 578 vd.

BAKARDJIEVA – ENGELBREKT, Antonina : **Fair Trading Law in Flux? National Legacies, Intitutional Chocice and the Process of Europeanisation**, Universtat Stockholm 2003.

BASTIAN, Eva Marina : "Comparative Advertising in Germany Present Situation and Implementation of EC Directive", **EIPR** 2000, 151 vd.

BAŞPINAR, Veysel : **İnternette Fikrî Hakların Korunması**, Yetkin, Ankara, 2007.

BAUMBACH, Adolf / HEFERMEHL, Wolfgang : **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG),** 19.Auflage München 1996.

BAUMBACH, Adolf / HEFERMEHL, Wolfgang : **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG),** 21. Auflage München 1999.

BAUMBACH, Adolf / HEFERMEHL, Wolfgang : **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG),** 22. Auflage München 2001.

BAUMBACH, Adolf / HEFERMEHL, Wolfgang / KÖHLER, Helmuth : **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG),** 24. Auflage München 2004.

BEATER, Axel : "Mitbewerber und sonstige unternehmerische Marktteilnehmer", **WRP** 2009, 768 vd.

BEIER, Friedrich Karl : "Entwicklung und gegenwartiger Stand des Wettbewerbsrecht in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft", **GRUR Int**. 1984, 61.

BERLIT, Wolfgang : **Vergleichende Werbung**, Beck, München, 2002.

BERLIT, Wolfgang : **Wettbewerbsrecht**, 7.Auflage, Beck, München 2009.

BERLIT,Wolfgang : "Gesetzentwurf der Bundesregierung zur vergleichenden Werbung und zur Änderung wettbewerbsrechtlicher Vorschriften", **BB**, 2000, 1305 vd.

BERNITZ, Ulf / ve Arkadaşları : **The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29**, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2007.

BİLGE, Mehmet Emin : "Tüketicinin Korunması Açısından İnternette Reklâmlar Reklâm Yayını", **Prof. Dr. Turgut Kapsüz'e Armağan**, Turhan, Ankara – 2003, 9 vd.

BİLGİŞİN, Şevket Memedali : **Ticaret Hukuku Prensipleri, I.Cilt Ticaret ve Tüccar**, Duygu Matbaası, İstanbul, 1950.

BLANKENBURG, Daniel : "Neues zur vergleichenden Werbung, zur Verwechslungsgefahr und zur markenmäßigen Benutzung?" **WRP** 2008, 186 - 189.

BORCK, Hans Günter : "Die Rücksicht auf den Mitbewerber als rechtliche Schranke informativer Werbung" , **WRP** 1986, 365 vd.

BORCK, Hans Günter : "Vermutungen über vergleichende Werbung über Wertreklame und deren weitere Entwicklung", **WRP** 2001, 1124 -1131.

BOTTENSCHEİN, Florian : "Markenrecht versus notwendige Bestimmungshinweise", **GRUR** 2006, 462 - 466.

BOZBEL, Savaş : **Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklâmlar**, Seçkin, Ankara, 2006.

BRAY, Oliver : "Nuclear Warfare Between Electrolux And Dyson: Worth Pushing The Button", **EIPR** 1999, 321 vd.

BUCKFREYTAG, Christina : **Auswirkungen der Richtlinie 97/55/EG über irreführende und vergleichende Werbung auf das nationale Wettbewerbsrecht**, Bonn, 2002.

BULLINGER, Winfried / EMMERICH, Volker : "Irreführungsgefahr durch selektive Produktauswahl bei Preisvergleichen", **WRP**, 2002, 608 - 612.

CARTY, Hazel : "Registered Trade Marks And Permissible Comparative Advertising", **EIPR** 2002, 294 vd.

CEYLAN, Ebru : "Türk ve İsviçre Hukukunda Karşılaştırmalı ve Tuzak Reklâmlar", **GÜHFD**, 2003/2, 206 vd.

CLARK, Birgit : "'Cool Water' and 'Icy Cold': comparative advertising for perfume imitations through the use of allusive product names" **JIPL**, 2008, 688 vd.

CLARK, Birgit : "Google AdWords', keywords, metatags: a view from one German Higher Regional Court" **JIPL**, 2008, 496 vd.

ÇOLAK, Uğur : **Marka Hukuku**, XII Levha, İstanbul, 2012.

DALAMANLI, Lütfü : "Haksız Rekabet", **AD**, S.7-8, 1961, 664 - 675.

DALY, Maureen : "An Analysıs Of The Amerıcan And European Approaches To Trade Mark Infrıngement And Unfaır Competıtıon By Search Engınes" **EIPR** 2006, 413 vd.

DEVESA, Carlos Lema : “Die”Duftvergliechlisten” im Lichte des Gemeinschaftsrecht”, **GRUR Int.** 2009, 118 vd.

DILLY, Torsten / ULMAR, Susanne : “Vergleichende Werbung ohne Vergleich? Zugleich eine Anmerkung zu den BGH Entscheidungen”Genealogie der Düfte"“Aluminiumräder" und Bestellnummernübernahme” **WRP** 2005, 467 vd.

DOĞANAY, İsmail : "Türk Ticaret Kanununun Haksız Rekabete Dair Hükümleri Yargıtayca Nasıl Uygulanıyor”, **Batider**, C.V, S.3, 1970, 531 vd.

ECK, Matthias/IKAS, Klaus : “An welcher Flasche hangen Sie? Anmerkung zu OLG München – Münchner Trinkwasser”, **ZLR** 2000, 956 vd.

ECK, Matthias/IKAS, Klaus : “"Vergleichen Sie" Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 15.Oktober 1998 I ZR 69/96”, **WRP** 1999, 772 vd.

ECK, Matthias/IKAS, Klaus : “Neue Grenzen vergleichender Werbung – Zur Auslegung und Anwendung der Richtlinie 97/55/EG vom 06.Oktober 1997”, **WRP** 1999, 251 vd.

EFRONI, Zohar : “Keywording in Search Engines as Trademark Infringement Issues Arising from Matim Li v. Crazy Line” **IIC** 2007, 204 vd.

EICHMANN, Helmut : **Die vergleichende Werbung in Theorie und Praxis,** München 1967

EIHHOLZ, Christian : **Herabsetzung durch vergleichende Werbung**, Herbert Utz Verlag, München 2008.

EMMERICH, Volker : **Unlauterer Wettbewerb**, 7.Auflage, München 2004.

ERDOĞAN, Abdullah : **Vergleichende Werbung nach § 6 UWG**, Aachen 2008.

EREN, Fikret : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 8.Bası, Beta, İstanbul, 2003.

ERİŞ, Gönen : **Ticarî İşletme ve Şirketler**, Ankara, 2007.

FAßBENDER, Kurt : “Zum Erfordernis einer richtlinienkonformen Auslegung des Begriffs der vergleichenden Werbung”, **EuZW** 2005.

FEZER, KarlHeinz : “Testwerbung”, **GRUR** 1976, 472 vd.

FEZER, KarlHeinz : **Markenrecht, Kommentar zum Markengesetz, zur Pariser Verbantübereinkunft und zum Madrider Markenabkommen**, 3.Auflage, München 2001.

FEZER, KarlHeinz ve arkadaşları : **Lauterkeitsrecht Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, (Fezer / Koos) München 2005.

FIEBIK, Martin : “Wohin mit dem”Lookalike"?”, **WRP** 2007, 1316 vd.

FITZGERALD, Darren : “Comparative Advertising In The United Kingdom”, **EIPR** 1997, 709

vd.

FOWLER, Stacey : "Comparative advertising: the high court considers the applicatin of sections 10(6) and 11(1)(b) of the trade marks act 1994 in British Airways v. Ryanair Limited", **EIPR** 2001, 300 vd.

FREUND, Christine : **Vergleichende Werbung nach der Richtlinien 97/55/EG und der UWG Novelle**, Frankurt 2001.

GAMERITH, Helmut : "Der Richtlinienvorschlag über unlautere Geschäftspraktiken Möglichkeiten einer harmonischen Umsetzung Studie für den Arbeitskreis"UWG" des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit", **WRP** 2005, 391 vd.

GAMERITH, Helmut : "vergleichende Werbung Auswirkungen der Richtline 97/55/EG auf der österrichische Wettbewerbsrecht", **ÖBl.** 1998, 115 vd.

GAMERITH, Helmut : Die Einflüsse des Gemeinschaftsrecht auf das UWG am Beispiel des Irreführungsverbotes, **WBl**. 1995, 473 vd.

GAMM, Otto – Friedrich Frei herr von : "Vorschlag der EG – Komission für eine Richtlinie des Rates über vergleichende Werbung und zur Ännaherung der Richtlinie 84/450 über irreführende Werbung", **WRP,** 1992, 143 vd.

GILLIÉRON, Philippe : "Online Advertising Business Models and Distinctive Signs Should One Rethink the Concept of Confusion?", **IIC** 2008, 688 vd.

GLOY, Wolfgang / BRUHN Dirk : "Die Zulässigkeit von Preisvergleichen nach der Richtlinie 97/55/EG –Kehrwertende oder Kontinuität", **GRUR** 1998, 226 vd.

GLOY, Wolfgang / LOSCHELDER, Michael ve arkadaşları : **Handbuch des Wettbewerbsrechts**, 3.Auflage, Münhcen, 2005.

GLÖCKNER, Jochen / HENNINGBODEWI ,G. Frauke : "EGRichtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: Was wird aus dem"neuen" UWG?", **WRP** 2005, 1311 vd.

GÖLE, Celal : **Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklâmlara Karşı Tüketicinin Korunması**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sevinç Matbaası, Ankara, 1983

GÖLE, Celal : "Türk Hukukunda Reklâmların Ön Denetimi Sorunu", **AÜSBFD**, S.1-4, 1985, 255 vd.

GRABER, Christoph Beat : **"Freedom of Expression and Unfair Competition: The Hertel Case and Beyond", The Hertel case and the Distinction between Commercial and NonCommercial Speech, in: Thomas Cottier/Joost Pauwelyn/Elisabeth Bürgi (eds.), Human Rights and International Trade**, Oxford, 2005, 273 vd.

GRIFFITHS, Jonathan : "State of the Art / Comparative advertising and celebrity photographs—fair dealing under the CDPA 1988"**JIPL** 2006, 515 vd.

HARROLD, Lucy : "The genie in the bottle: brand"free riding": what's permissible and what's not", **JIPL** 2008, 511 vd.

HARTE – BAVENDAMM, Henning / HENNING – BODEWIG, Frauke ve arkadaşları : **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG),** 2.Auflage, Beck, München, 2009.

HARTWICH, Oliver Marc : **Wettbewerb, Werbung und Recht: Eine Kritik des Rechts des unlauteren Wettbewerbs aus historischer, rechtsvergleichender und ökonomischer Sicht - zusammengeführt am Beispiel der vergleichenden Werbung,** Herbert Utz Verlag, München 2004

HASSELBLAT, Fabian Urs Dieter : **Die vergleichende Werbung in der Europäischen Gemeinschaft für die Zeit nach Maastricht und Amsterdam**, Carl Heymans, Köln, Berlin, Bonn, München 2002.

HASSELBLAT, Gordion ve arkadaşları : **Münchener Anwalts Handbuch Gewerblicher Rechtschutz**, 2.Auflage, München 2005.

HEERMAN, W. PETER / HIRSCH, Günter ve arkadaşları : **Münchener Kommentar Zum Lauterkeitsrecht**, Beck, München 2006.

HEFERMEHL, Wolfgang / KÖHLER, Helmuth / BORNKAMM, Joachim : **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG),** 27.Auflage, Beck, München, 2009.

HEIM, Sebastian : "Protection of competitors, consumers and the general public—The new German Act against Unfair Competition", **JIPL** 2006, 524 vd.

HEISTER, Andrea : **Harmonisierung des Dechts der vergleichende Werbung durch die Richtlinie 97/55/EG?**, Peter Lang, Frankurt am Main, Köln 2003.

HELM, Horst : "Der Abschied vom"verständigen" Verbraucher" **WRP** 2005, 931 vd.

HENNING – BODEWIG Frauke : "Abschaffung von Rabattgesetz und Zugabeverordnung?", **WRP** 2000, 886 vd.

HENNING – BODEWIG Frauke : "Das neue Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb", **GRUR** 2004, 713 vd.

HENNING – BODEWIG Frauke : vergleichende Werbung – Libariliserung des deutschen Rechts? Zugleich Besprechung der Urteile des BGH vom 5.Februar, 23.April und 15.Oktober 1998, **GRUR Int.** 1999, 385 vd.

HENNING – BODEWIG Frauke / BODEWIG Theo : "Rabatte und Zugaben in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union" **WRP** 2000, 1341 vd.

HENNING – BODEWIG, Frauke / HARTE BAVENDAMM, Henning : **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)**, 2.Auflage, Beck München, 2009.

HENNING – BODEWIG Frauke / HILTY Reto : **Law Against Unfair Competition**, Springer, Münich – 2007.

HENNING – BODEWIG, Frauke : "A New Act Against Unfair Competition in Germany", **IIC** 2005, 421 vd.

HENNING – BODEWIG, Frauke : **Unfair Competition Law European Union and Member States,** Kluwer Law International, 2006.

HİRŞ, Ernst : **Ticaret Hukuku Dersleri**, İsmail Akgün Matbaası, 3.Bası, İstanbul 1946.

İÇÖZ, Derya : **Aldatıcı Reklâmlara Karşı Tüketicinin Korunması**, Yayınlanmamış YLT, Marmara Ünv. Sos. Bil. Ens., İstanbul, 2008.

İNAL, Emrehan : **Reklâm Hukuku ve Aldatıcı Reklâmlar**, Beta, İstanbul – 2000

İNAL, Emrehan / BAYSAL Başak : **Reklâm Hukuku ve Uygulaması**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul – 2008

JEFKINS, Frank : **Advertising Today**, 3rd Edition, International Textbook Company, 1984.

KAPSÜZ, Turgut : "Karşılaştırmalı Reklâm – Tartışmalar", **Batider**, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XI, 13-14 Mayıs 1994, 22 vd.

KARAHAN, Sami : "Süper Lüks" "Süper 1" "Ekstra" ve "Lüks 1" İşaretlerinin Gıda Markalarında Kullanılması Mümkün müdür?", **FMR**, C.1, 38 vd.

KAYA, Arslan : "Reklâmın Fikrî Mülkiyet Hukuku İçerisindeki Yeri", **Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55.Yaş Günü Armağanı**, Beta, İstanbul, 2002.

KAYA, Arslan : **Marka Hukuku**, Arıkan, İstanbul – 2007.

KEBBEDIES, Astrid : **Vergleichende Werbung Die europäischen Harmonisierungsbeühungen im deutschen und englischen Lauterkeitsrecht**, Göttingen, 2005.

KEILHOLZ, Kurt : "Die misslungene Harmonisierung der irreführenden Werbung in der EG und ihre Konsequenzen für die deutsche Rechtsprechung", **GRUR Int.** 1987, 390 vd.

KEßLER, Jürgen : "Lauterkeitsschutz und Wettbewerbsordnung – zur Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken in Deutschland und Österreich [2]", **WRP** 2007**,** 714 vd.

KIEßLING, Eric / KLING, Michael : "Die Werbung mit Emotionen zugleich Anm. Zu BverfG, Beschluss vom 06.02.2002 und zu UWG, Urteil vom 06.12.2001", **WRP** 2002, 615 vd.

KIRCA, İsmail : "Tüketicilerin Hislerine Yönelik Reklâmlar", **Batider** (Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan'dan Ayrı Bası) Kasım 1998.

KIRCI, Berkay : **Markanın İnternet Yoluyla Haksız Kullanımı**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.

KLOEPFER, Michael / MICHAEL, Gerhard : "Vergleichende Werbung und Verfassung", **WRP** 1991, 170 vd.

KNAAK, Roland : "Keywording in Search Engines as Trademark Infringement – Issues Arising from *Matim Li v. Crazy Line*" **GRUR Int.** 2009, 551 vd.

KOHLER, Josef : "Persönliche und sachliche Reklame in der Großindustrie" **MuW** 1917.

KOTTHOFF, Jost : "Neue Maßstabe für vergleichende Werbung", **BB**, 1998, 2217 vd.

KÖHLER, Helmut : "Der Schutz vor Produktnachahmung im Markenrecht, Geschmacksmusterrecht und neuen Lauterkeitsrecht", **GRUR** 2009, 445 vd.

KÖHLER, Helmut : "Der Mittbewerber" **WRP** 2009, 499 vd.

KÖHLER, Helmut : "Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur vergleichenden Werbung: Analyse und Kritik" **WRP** 2008, 414 vd.

KÖHLER, Helmut : "Die UWGNovelle 2008", **WRP** 2009, 109 vd.

KÖHLER, Helmut : "Rechtsprechungsbericht zum Recht des unlauteren Wettbewerbs", **GRUR-RR**, 2006, 73 –78.

KÖHLER, Helmut : "Was ist vergleichende Werbung ?", **GRUR** 2005, 273 vd.

KÖHLER, Helmut : "Wettbewerbshandlung" und"Geschäftspraktiken" Zur richtlinienkonformen Auslegung des Begriffs der Wettbewerbshandlung und zu seiner Definition im künftigen UWG", **WRP** 2007, 1393 vd.

KÖHLER, Helmut : "Zur richtlinienkonformen Auslegung und Neuregelung der"Bagatellklausel" in § 3 UWG", **WRP** 2008, 10 vd.

KÖHLER, Helmut : "**Zur Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken**", **GRUR** 2005.

KÖHLER, Helmut / LETTL, Tobias : "Das geltende europäische Lauterkeitsrecht, der Vorschlag für eine EGRichtlinie über unlautere Geschäftspraktiken und die UWGReform", **GRUR** 2003, 1019 vd.

KÖHLER, Helmut / Piper, Henning : **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit Zugabenverordnung, Rabbatgesetz und Preisangabenverordnung**, 3.Auflage, Münhcen 2002.

KUR, Anetta : "Metatags – pauschale Verurteilung oder differenzierende Betrachtung? Zugleich eine Stellungnahme zur"kennzeichenmäßigen Benutzung" im Lichte der EuGHRechtsprechung", **Computer und Recht (CR)** 2000, 448 vd.

LEE, Jesika / NORRIS, Andrew : "The ECJ eases the way for comparative advertisers" **JIPL** 2007, 134 vd.

LEIBLE, Stefan / SOSNITZA, Olaf : "Richtlinenkonforme Auslegung vor Ablauf der Umsetzzungsfrist und vergleichende Werbung", **NJW**, 1998, 2507 vd.

LETTL, Tobias : "Die Zulässigkeit von Werbung mit der Einlagensicherung nach UWG und KWG", **Zeitschrift für Wirtschafts und Bankrecht (ZWB)** 2007, 1345 vd.

LETTL, Tobias : "Lauterkeitsrechtliche Haftung von Presseunternehmen für Rankings" **GRUR** 2007, 936 vd.

LETTL, Tobias : **Das neue UWG**, Beck, München 2004.

LOBE, Adolf : Der Hinweis auf fremde gewerbliche Leistung als Mittel zur Reklame" **MuW** 1916/1917, 129 vd.

LOEWENHEIM, Ulrich : "Suggestivwerbung, unlauterer Wettbewerb, Wettbewerbsfreiheit und Verbraucherschutz" **GRUR** 1975, 99 vd.

LUDWIG, Babett : **Irreführend und vergleichende Werbung in der Europäischen Gemeinschaft**, Baden-Baden 1995.

LUX, Herwig : "Alleinstellungsberühmung als vergleichende Werbung? – Zugleich Besprechung des Urteils des UWG Hamburg vom 20.07.2000 – 3 U 191/99", **GRUR** 2002, 682 vd.

MC CORMICK, Julia : The Future Of Comparative Advertising, European Intellectual Property Review **EIPR**, 1998, 20(2), 4143 vd.

MEALE, Darren : "The online advertising freeriding freeforall", **JIPL** 2008, 779 vd.

MEMİŞ, Tekin : Türk Ticaret Kanunu Tasarısındaki Haksız Rekabet Hükümlerinin Değerlendirilmesi", **ASOMEDYA**, Ekim 2007.

MEMİŞ, Tekin : "Haksız Rekabet Açısından İnternet Ortamında Avukatlık Mesleğinin İcrası", yayınlanmamış Konferans Metni (İstanbul Barosu 21.06.2001 tarihli),

http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=348

MENKE, Burkhart : "Die moderne Informationsökonomische Theorie der Werbun und ihre Beteutung für das Wettbewerbsrecht, dargestellt am Beuspiel der vergleichende Werbung", **GRUR** 1993, 718 vd.

MENKE, Burkhart : "Die vergleichende Werbung in Deutschland nach Richtlinie 97/55EG und der Entscheidung"TestpreisAngebot", **WRP** 1998, 811 vd.

MENKE, Burkhart : **Recht und Ökonomie der kritisierenden vergleichenden Werbung**, Peter Lang, Frankurt, 1999.

MENKE, Burkhart : Zur fallgruppe"Gefühlsbetonte Werbung", **GRUR** 1995, 534 vd.

MEYER, Alfred Hagen : "Das Verbraucherleitbild des Europäischen Gerichtshofs Abkehr vom flüchtigen Verbraucher", **WRP** 1993, 215 vd.

MEYER, Jochen : **Die kritisierende vergleichende Werbung**, Regensburg, 1991.

MITTELSTÄDT, Axel : "Comparative Adevrtising in German Law", **EIPR** 1991, 75 vd.

MİMAROĞLU, Sait Kemal : **Ticaret Hukuku, I.Cilt İşletme Hukuku**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975.

MOROĞLU, Erdoğan : "Karşılaştırmalı Reklâm", **Batider**, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XI, 13-14 Mayıs 1994, 3 vd.

MÜLLER, Rahel : **Vergleichende Werbung als unlauterer wettbewerb**, Weblaw, Bern, 2007.

NORDEMANN, Wilhelm / NORDEMANN, Axel / NORDEMANN, Jean Bernd : **Wettbewerbs und Markenrecht** 9.Auflage, Baden – Baden 2003.

NORDMANN, Matthias Johannes : "Neuere Entwicklungen im Recht der vergleichende Werbung", **GRUR Int.** 2002, 297 vd.

OHLY, Ansgar : "Bausteine eines europäischen Lauterkeitsrechts", **WRP** 2008, 177 vd.

OHLY, Ansgar : "Das Herkunftslandprinzip im Bereich vollständig angeglichenen Lauterkeitsrechts Überlegungen zur Binnenmarktklausel der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken und zum UWGUrteil"Arzneimittelwerbung im Internet"", **WRP** 2006, 1401 vd.

OHLY, Ansgar : "Vergleichende Werbung für Zubehör und Warensortimente / Anmerkung zu den EuGHUrteilen"UWG/VIPA" und"LIDL Belgium/Colruyt", **WRP** 2007, 3 - 11.

OHLY, Ansgar : "Anmerkung zum UWGUrteil vom 05.02.1998 – TestpreisAngebiot",

GRUR 1998, 828 vd.

OHLY, Ansgar : "Das neue UWG-Mehr Freiheit für Wettbewerb", **GRUR** 2004, 889 vd.

OHLY, Ansgar : "Irreführende vergleichende Werbung / Anmerkung zu EuGH"UWG Augenoptik / Hartlauer Augenoptik", **GRUR** 2003, 641 - 646.

OHLY, Ansgar / SPENCE, Michael : "Vergleichende Werbung: die Auslegung der Richtlinie 97/55/EG in Deutschland und Großbritannien", **GRUR Int.** 99, 681 - 697.

OHLY, Ansgar / SPENCE, Michael : **The Law of Comparative Advertising: Directive 97/55EC in the United Kingdom and Germany**, Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon, 2000.

ÖRS, Fahri Halil : **Türk Hususi Hukukunda Haksız Rekabet**, T.C. Ziraat Bankası Matbaası, Ankara 1958

ÖZDAL, Şule : **Marka Olarak Tescil Edilebilecek İşaretler**, Beta, İstanbul – 2005

ÖZDAMAR, Mehmet / ERMENEK, İbrahim : "Haksız Rekabet Davaları ve Korunan Menfaat", **FMR** 2007, Y.7, C.VII, S.3

ÖZDEMİR, Hayrunnisa : "Aldatıcı Reklâmlara Karşı Tüketicinin Korunması", **AÜHFD**, 2004, 66 vd.

ÖZKAN, Özgül : "Tüketici Hukuku Bakımından Ticarî Reklâmlar ve Tabi Olduğu Hükümler", **YKD**, S.3, 1998, 663 vd.

ÖZSUNAY, Ergun : "Karşılaştırmalı Reklâmlar – AB Yönergesi Işığında Türk Hukukuna İlişkin Gözlemler", **Uluslararası Reklâm Hukuku Sempozyumu**, XII Levha Yayınları, İstanbul 2009.

ÖZYURT, Fatma : **Ticarî Reklâm ve İlanlarda Karşılaştırma ve Kötüleme**, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Yayını, Ankara 2004.

PÉREZ, Eva M. Domínguez : "Review of Comparative Advertising – German Case Law in Light of EC Directive", **IIC** 2001, 20 vd.

PFLÜGER, Almut : "Legal Research in Practice – Empirical Legal Research and Research into Legal Facts", **IIC** 2008, 198 vd.

PINAR, Hamdi : **Das Recht der Werbung in der Türkei im BGH GRUR 1999, 501, 502 – Vergleichen Sie zum deutschen und europäischen Recht**, Peter Lang, Frankurt am Mainz, Köln, 2003.

PINAR, Hamdi : "Reklâm Hukukunun Esaslar", **Turgut Akıntürk'e Armağan**, Beta, İstanbul, 2008, 515 vd.

PIPER, Henning / OHLY, Ansgar : **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)**, 4.Auflage, Beck, München 2006.

PLAß, Gunda : "Die EG Richtlinie vergleichende Werbung", **WRP** 1999, 766 vd.

PLAß, Gunda : "Die gesetzliche Neuregelung der vergleichende Werbung", **NJW** 2000, 3161 vd.

Plassmann, Clemens : "Vergleichende Werbung im Gemeinsamen Markt die geplante EGRichtlinie über vergleichende Werbung und ihre Auswirkungen auf das deutsche Wettbewerbsrecht" **GRUR** 1996, 377 vd.

POROY, Reha / YASAMAN, Hamdi : **Ticarî İşletme Hukuku**, 9.Bası, Beta, İstanbul, 2001

REESKAMP, Paul : "Is Comparative Advertısıng A Trade Mark Issue", **EIPR** 2008, 130 vd.

REICH, Norbert : "Vergleichende Werbung und EGRecht", **WRP** 1988, 75 vd.

REIMER, Eduard : **Wettbewerbs und Warenzeichenrecht 2.Band Wettbewerbsrecht**, 4.Auflage, KölnBerlinBonnMünchen 1972.

RIEMER, Boris : "Auslegung des Begriffs der „vergleichenden Werbung", **EuZW** 2007, 379 vd.

SACK, Rolf : "Irreführende und vergleichende Werbung" **GRUR Int.** 1998, 263 vd,

SACK, Rolf : "Der Mitbewerberbegriff des § 6 UWG", **WRP** 2008, 1141 vd.

SACK, Rolf : "Die relevante Irreführung im Wettbewerbsrecht",**WRP** 2004, 521 vd.

SACK, Rolf : "Markenschutz und UWG",**WRP** 2004, 1405 vd.

SACK, Rolf : "Vergleichende werbung und die Erheblichkeitsschwelle in § 3 des Regierungsentwurfs einer UWGNovelle", **WRP** 2004, 30 vd.

SACK, Rolf : "Das internationale Wettbewerbsrecht nach der E-CommerceRichtlinie (ECRL) und dem EGG/ TDGEntwurf", **WRP** 2001, 1408 vd.

SACK, Rolf : "Die Berücksichtigung der Richtlinie 97/55/EG über irreführende und vergleichende werbung bei der Anwendung der §§ 1 und 3 UWG", **WRP** 1998, 241 vd.

SACK, Rolf : "Die neue deutsche Formel des europäischen Verbraucherleitbilds",**WRP** 2005, 462 vd.

SACK, Rolf : "Die ToshibaEntscheidung des EuGH zur vergleichenden Werbung", **WRP** 2002, 363 vd.

SACK, Rolf : "Herkunftslandprinzip und internationale elektronische Werbung nach der Novellierung des Teledienstegesetzes (TDG)", **WRP** 2002, 271 vd.

SACK, Rolf : "Irreführende vergleichende Werbung", **GRUR** 2004, 89 vd.

SACK, Rolf : "Lauterer und leistungsgerechter Wettbewerb durch Wettbewerbsregeln von Verbänden, § 24 ff. GWB", **WRP** 2001, 595 vd.

SACK, Rolf : "Personen und unternehmensbezogene Werbehinweise auf Mitbewerber als vergleichende werbung nach § 6 UWG",**WRP** 2004, 817 vd.

SACK, Rolf : "Ursprungsbezeichnungen in vergleichender Werbung",**WRP** 2008, 301 vd.

SACK, Rolf : "Vergleichende werbung nach der UWGNovelle", **WRP** 2001, 327 vd.

SACK, Rolf : "Vergleichende werbung ohne Vergleich?",**WRP** 2008, 170 vd.

SACK, Rolf : **Vergleichende Werbung mit Bezugnahme auf Mitbewerber und ihre Leistungen, in: Amann Joachim / Graf Lambsdorf, HansGeorg, Rechtsfragen in Wettbewerb und Werbung Kommentar zum Wettbewerbs und Werberecht**, (RWW), Stuttgart – München – Hannover 2001.

SCHAO, Alan / BAO, Yeqing / GRAY, Elizabeth : "Comparative Advertising Effectiveness: A CrossCultural Study", Journal of Current Issues and Research in Advertising (**JCIRA**), 2004, 67 vd.

SCHERER, Inge : "Divergenz und Konruenz der Rechtsprechung des EuGH und des BGH zur Verbraucherwerbung", **WRP** 1999, 991.

SCHERER, Inge : "Partielle Verschlechterung der der Verbrauchersituation durch die europäische Rechtsvereinheitlichung bei vergleichende Werbung?", **WRP** 2001, 89 vd.

SCHILLITO, Mark / MEALE, Darren : "Trade marks – lookalike, smellalike perfumes – unfair advantage and unfair Competition", **EIPR** 2007, 29 vd.

SCHRICKER, Gerhard : "Die Arbeiten zur Angleichung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs in den Ländern der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft", **GRUR Int.** 1973, 141 vd.

SCHRICKER, Gerhard : "Die Europäische Angleichung des Dechts des unlauteren Wettbewerbs ein aussichtloses Unterfragen?", **GRUR Int.** 1990, 771 vd.

SCHRICKER, Gerhard : "Comparative Testing of Products and Services Under German Law", **IIC** 1977, 54 vd.

SCHRICKER, Gerhard : "TwentyFive Years of Protection Against Unfair Competition", **IIC** 1995, 782 vd.

SCHRICKER, Gerhard : **Recht der Werbung in Europa, Loselblattsammlung Stand: April 2002**, Baden-Baden 2002.

SCHRICKER, Gerhard / HENNING – BODEWIG, Frauke : "New Initiatives For The Harmonisation Of Unfair Competition Law In Europe", **EIPR** 2002, 271 vd.

SCHRICKER, Gerhard / HENNING – BODEWIG, Frauke : **Neuordnung des Wettbewerbsrechts**, Baden –Baden 1998/1999.

SCHWARZE, Jürgen : **Werbung im Gemeinschaftsrecht Rechtsbestand und Grundfragen, in: Schwarze, Werbung und Werbeverbote im Lichte des Europäischen Gemeinschaftsrechts**, Baden Baden 1999.

SMITH, Joel / Rachel, MONTAGNON : "The new consumer and business protection regulations: another string to the brand owner's bow?", **JIPL** 2009, 33 vd.

SOSNITZA, Olaf : "Der Gesetzentwurf zur Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken", **WRP** 2008, 1014 vd.

SOSNITZA, Olaf : "German Law of Unfair Competition: Toward Liberal Standards", **IIC** 2005, 525 vd.

SÖNMEZ, Abdulkadir : **"**"TTK'nun Haksız Rekabete İlişkin Hükümleri Tüketiciyi Koruyacak Nitelikte midir?", **ABD**, S.5, 1979, 58-65.

SPENCE, Michael : "Two Australıan Comparative Advertising Cases: The Vıew From Europe" **EIPR** 2001, 539 vd.

STEINBECK, Anja : "Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: Irreführende Geschäftspraktiken Umsetzung in das deutsche Recht", **WRP** 2006, 632 vd.

STEPENSON, Paul : "Comparative Advertising and Intellectual Property Rights" **EIPR** 2006, 182 vd.

ŞAHİN, Oğuz : **Örtülü Reklâmların Yaygınlaşma Nedenleri ve Hukuk Sistemindeki Yeri**, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Yayını, Ankara 2004.

ŞENGEL, Berkant : "Reklâmlarda Haksız Rekabet", **YKD**, C.26, S.3, 2000, 459 vd.

TEKİNALP, Ünal : **Fikrî Mülkiyet Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

TILMANN, Winfried : "Grenzüberschreitende vergleichende Werbung" **GRUR Int.** 1993, 133 vd.

TILMANN, Winfried : "Anwendungsbereich und Bindungswirkung der Richtlinie Vergleichende Werbung" **GRUR** 1999, 546 vd.

TILMANN, Winfried : "Richtlinie vergleichende Werbung" **GRUR** 1997, 790 vd.

TOLUN, Osman : "Gayri Kanuni Rekabet Hukukunda Amme Menfaati", **AD**, S.5, 1956, s.522-536.

TRIMMER, Bonita : "Comparative Advertising Trumps Trade Marks Rıghts: o2 Holdıngs Ltd V Hutchınson 3G UK Ltd" **EIPR** 2008, 302 vd.

TUTUMLU, Mehmet Akif : **Tüketici Mahkemelerinin Görev ve Yetki Sınırları**, Seçkin, Ankara 2006

ULMANN, Eike : **Juris Praxiskommentar, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, 1.Auflage, Saarbrücken 2006.

VIEFHUES, Wolfram : (in Hoeren/Sieber), **Handbuch MultimediaRecht**, Mai 2003.

VYKYDAL Swen VON DIEMAR Undine : "Eine zulässige Form der Werbung im Internet?", **WRP** 2004, 1237 vd.

WEHLAU, Andreas : "Äpfel mit Birnen vergleichen Der rechtliche Rahmen vergleichende Werbung für Lebensmittel", **ZLR** 1999, 393 vd.

YAP, Po Jen : "Honestly, Neither Celine Nor Gillette is Defensible", **EIPR** 2008, 286 vd.

YAP, Po Jen : "Essential Function Of A Trade Mark: From Bmw To O2" **EIPR** 2009, 81 vd.

YAVUZ, Levent : "Tüketicinin Aldatıcı Reklâmlara Karşı Korunması", **ABD**, S.2, 1995, 41-45.

YUSUFOĞLU, Fülürya : "Türk ve İsviçre Hukuklarından Karşılaştırmalı Reklâmlar", **İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku'nun Türk Ticaret Hukuku'na Etkileri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul - 2009.

ZEVKLİLER, Aydın / AYDOĞDU, Murat : **Tüketicinin Korunması**, Seçkin, Ankara 2004.

ZIERVOGEL, Klaas : **Rufausbeutung im Rahmen vergleichende Werbung / Veränderungen im Zuge der gesetzlichen Regelung vergleichende Werbung**, Frankurt, Berlin 2002.

ZİYLAN, Çetin : "Türkiye'de reklâm düzenlemeleri, denetimi, kurumlar ve işleyişi", **Uluslararası Reklâm Hukuku Sempozyumu**, XII Levha Yayınları, İstanbul 2009.

: Advertisement and Marketing Communication Practice – Consolidated ICC Code, 9th Edition 2001, http://www.iccwbo.org/policy/marketing/id8532/index.html

: Guidelines for Consumer Protection, **United Naions**, 1999, y.a.y.

: http://de.statista.com/statistik/daten/studie/1633/umfrage/investitionen-der-deutschen-wirtschaft-in-werbung

: http://www.marketingpower.com/_layouts/Dictionary.aspx,

: http://www.iccwbo.org/id93/index.html

: http://www.tuketici.gov.tr/source.cms4/index.snet?wap

: www.juris.bundesgercihtshof.de

: www.stiftungwarentest/unternehmen/presse/pressemitteilungen

ÖZET

ASLAN, Adem. Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Karşılaştırmalı Reklam, Doktora Tezi, Ankara, 2012.

Satış rakamlarını arttırmak için en etkili ticari faaliyetlerden biri de karşılaştırmalı reklamlardır. Yeni ve gelişmekte olan bu tanıtım metodu ilk olarak yaklaşık yüz yıl önce başlamıştır. Bu çeşit reklamlarda, reklam veren sadece kendi ürününü değil, aynı zamanda rakibin ürününü de reklamda gösterir. Bununla birlikte kendi ürününü ön plana çıkartır. Karşılaştırmalı reklam uzun yıllar mahkemeler ve doktrin tarafından haksız rekabetin bir türü olarak değerlendirilmişti. Ancak, özellikle ABD ve AB'de tüketici haklarının korunması bilincindeki artış, karşılaştırmalı reklam hakkındaki bakış ve düşünceleri değiştirmiştir. Yasal düzenlemelerdeki farklılıklardan dolayı, birçok ülkenin mahkemeleri karşılaştırmalı reklamlar konusunda çok farklı kararlar vermiş bulunmaktadır. Bu gün için reklamlar sınırları aşmakta ve başka ülkelerin halklarını da etkilemektedir. Bu sebeple, birbirleriyle sıkı ekonomik ilişkisi bulunan ülkeler aldatıcı ve haksız karşılaştırmalı reklamlar konusunda ortak düzenlemeye (84/450 sayılı AB Yönergesi gibi) ihtiyaç duymuşlardır. Türkiye'de 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Kanunu'nun 16.maddesine 2003 yılında ekleme yapılıncaya kadar karşılaştırmalı reklam konusunda hiçbir düzenleme yoktu. Ancak bu kanun, tüketici haklarının korunması kapsamıyla sınırlı bir etkiye sahiptir. Uzun müzakereler ve hazırlıklar sonucunda 6102 sayılı yeni TTK, TBMM 2011 yılında çıkartılmış ve 2012 yılında da yürürlüğe girmiştir. Topluluk müktesebatına da önemli ölçüde uygun olan yeni TTK'nun 55/1 (a) (5) maddesi, ilk kez, ticari faaliyetler kapsamında karşılaştırmalı reklam konusunu düzenlemiştir. Yargıtay'ın özellikle 6102 sayılı TTK'nun yürürlüğünden önce karşılaştırmalı reklam konusunda vermiş olduğu kararların bazıları haksız rekabetin temel ilkelerine uygun, bazen de çelişkili olduğu tespit edilmiştir. Sunmuş olduğumuz bu tez ile, Türk hukuk sistemine küçük de olsa bir katkı sunmak istedim.

Tezin ilk bölümü, karşılaştırmalı reklam da dahil reklamın tanımı ve terminolojisi, karşılaştırmalı reklamın faydaları ve sakıncaları kısmından oluşmaktadır. İkinci bölüm, karşılaştırmalı reklam konusunda Türk yasal düzenlemeleri ile Türkiye'deki denetim mekanizma ve yöntemlerini içermektedir. Üçüncü ve son bölüm, AB yasal düzenlemeleri ile ABAD'ın uygulamalarından oluşmaktadır. Sonuç bölümünde ise her iki tarafın (Türk ve AB) yasal düzenlemeleri ve sistemleri karşılaştırılmış, değerlendirilmiş, Türk sisteminin eleştirisi yapılmış ve Türk hukuk düzenlemelerinde yeni adımlar atılması gereken öneriler demeti sunulmuştur.

AnahtarKelimeler:

1. Reklam
2. Karşılaştırmalı Reklam
3. Markanın Reklamda Kullanılması
4. Rakibi Kötüleme
5. Aldatıcı Reklam
6. Rakibin Tanınmışlığından Yararlanma

ABSTRACT

ASLAN, Adem. Comparative Advertising in Turkish and European Union Law, PhD Thesis, Ankara, 2012.

One of the most effective commercial activities to support sales amounts is comparative advertising. That new and progressing presentation method has started nearly a hundred years ago for the first time. In such kind of advertising, advertiser shows not only his products, but also competitor's products in presentation. Nevertheless he features his products. Comparative advertising had been regarded as a kind of unfair competition for long years by doctrine and courts. But the growing conscious especially on consumer protection in USA and EU Countries has changed minds and thoughts about comparative advertising. To date, because of different legislation, the courts of several countries have presented many different decisions on comparative advertising. Today advertisings exceed the national borders and affect the people of other countries. So the countries which had strict economic relations with each other's needed common rules against misleading and unfair comparative advertisements (like Directive of EC 1984/450). In Turkey, till the article 16 of the act on Consumer Protection no. 4077 had never been any legislation about comparative advertisings which was added in 2003. But it has limited scope of application which is only in the frame of consumer protection. After long negotiations and preparations of new TTK (Turkish Commercial Code no 6102) has been enacted by TBMM (Turkish Parliament) in 2011 and got into effect in 2012. For the first time the subject of comparative advertising related to commercial activities has been hold by the article 55/1 (a) (5) of TTK which is substantiality convenient to acquis communautaire. Especially before of the acceptance of no 6102 TTK, Yargıtay (Turkish Cassation Court) had given different decisions which were sometime good and sometime contradicted to basic rules of unfair competition related to comparative advertisings. Submitting my thesis, I

wanted to make a contribution to Turkish Jurisprudence even it is so small.

The first part of Thesis has been comprised of the section of general definitions and terminology of advertisements including comparative advertisements and uses and harms of comparative advertisements. The second part has included the Turkish legislation on comparative advertisings and the control mechanisms and methods thereof. The third and last part has been constituted only with the EC legislation and practises of the European Court of Justice (ECJ). In conclusion section, both (Turkish and EC) legislations and systems has been compared, evaluated, criticized the Turkish law and submitted a bundle of suggestions requiring new steps on Turkish legislation.

Key Words:

1. Advertising
2. Comparative Advertising
3. Keyword Advertising
4. Deceptive (misleading) Advertising
5. Unfair Advantage of Reputation of a Competitor or Distinguishing Trade Mark,
6. Likelihood of Confusion