

**İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ PROGRAMLAR ENSTİTÜSÜ
HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI**

TÜRK HUKUKUNDA KARŞILAŞTIRMALI REKLAMLAR

Baran GÜNEY

115613015

Doç. Dr. Yalçın TOSUN

İSTANBUL

2021

Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklamlar
Comparative Advertising in Turkish Law

Baran Güney
115613015

Tez Danışmanı: **Doç. Dr. Yalçın TOSUN** (İmza)
İstanbul Bilgi Üniversitesi

Jüri Üyeleri: **Doç. Dr. Kerem Cem SANLI** (İmza)
İstanbul Bilgi Üniversitesi

Doç. Dr. Zafer KAHRAMAN (İmza)
Bahçeşehir Üniversitesi

Tezin Onaylandığı Tarih: 06.02.2021

Toplam Sayfa Sayısı: 120

Anahtar Kelimeler (Türkçe)

- 1) Reklam hukuku
- 2) Karşılaştırmalı reklamlar
- 3) Tüketici hukuku
- 4) Marka hukuku
- 5) Haksız rekabet hukuku

Anahtar Kelimeler (İngilizce)

- 1) Advertising law
- 2) Comparative advertising
- 3) Consumer law
- 4) Trademark law
- 5) Unfair competition law

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR CETVELİ	vi
ABSTRACT	viii
ÖZET.....	ix
GİRİŞ.....	1
BİRİNCİ BÖLÜM.....	4
TÜKETİCİ HUKUKU AÇISINDAN KARŞILAŞTIRMALI REKLAMLAR	4
1.1. GENEL OLARAK.....	4
1.1.1. Karşılaştırmalı Reklam Tanımı Ve Kapsamı.....	9
1.1.2. Karşılaştırmalı Reklamların Fonksiyonları	11
1.1.3. Karşılaştırmalı Reklam Unsurları	15
1.1.4. Karşılaştırmalı Reklam Türleri	16
1.1.4.1. Doğrudan Ve Dolaylı Karşılaştırmalı Reklam	16
1.1.4.2. Olumlu Ve Olumsuz Karşılaştırmalı Reklam	17
1.2. KARŞILAŞTIRMALI REKLAMLARIN TÜKETİCİ HUKUKU BAKIMINDAN HUKUKA UYGUNLUĞU	18
1.2.1. Karşılaştırmalı Reklamların Ab Hukuku Açısından Hukuka Uygunluğu.....	18
1.2.2. Karşılaştırmalı Reklamların Türk Hukuku Açısından Hukuka Uygunluğu.....	22
1.2.2.1. Aldatıcı Ve Yanıltıcı Olmama.....	24
1.2.2.2. Karşılaştırılan Mal Veya Hizmetlerin Aynı İhtiyaçları Karşılama Ya Da Aynı Amaca Yönelik Olması	30

1.2.2.3. Tüketiciye Fayda Sağlayacak Bir Hususun Karşılaştırılması	35
1.2.2.4. Karşılaştırılan Mal Veya Hizmetlerin Objektif Olarak Karşılaştırılması	35
1.2.2.5. İddiaların İspatlanabilir Olması	38
1.2.2.6. Kötüleme Yasağı	42
1.2.2.7. Menşei Belirtilmiş Mal Veya Hizmete İlişkin Karşılaştırmada, Mal Veya Hizmetlerin Aynı Coğrafi Yerden Olması	49
1.2.2.8. İltibasa Yol Açmama	51
1.2.2.9. Reklam Kurulu İlkelerine Aykırı Olmama	54
1.2.3. Karşılaştırmalı Reklamlarda Kullanılan Süperlatif İbareler	55
1.2.4. Karşılaştırmalı Reklamın Özel Düzenlemeleri	59
İKİNCİ BÖLÜM	62
MARKA HUKUKU VE HAKSIZ REKABET HUKUKU AÇISINDAN KARŞILAŞTIRMALI REKLAMLARIN HUKUKA UYGUNLUĞU	62
2.1. GENEL OLARAK	62
2.1.1. Haksız Rekabete Yol Açmama	62
2.1.2. Aldatıcı Olmama	64
2.1.3. Gereksiz Kötüleme Teşkil Etmeme	67
2.1.4. Ticari Tanınmışlık Ve İtibardan Haksız Yarar Sağlamama	68
2.2. TÜRK HUKUKU AÇISINDAN KARŞILAŞTIRMALI REKLAMLARDA MARKA KULLANIMI VE DOĞRUDAN KARŞILAŞTIRMALI REKLAMLAR	69
2.2.1. Türk Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Reklamlarda Marka Kullanımı Ve Doğrudan Karşılaştırma Yasağı	69
2.2.2. Karşılaştırmalı Reklamlarda Marka Kullanımı Ve Açık Karşılaştırma Yasağına Türk Hukuku Uygulamasından Örnekler	72

2.3. AB HUKUKUNDA KARŞILAŞTIRMALI REKLAMLARDA MARKA KULLANIMI VE DOĞRUDAN KARŞILAŞTIRMALI REKLAMLAR	79
2.3.1. AB Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Reklamlarda Marka Kullanımı Ve Doğrudan Karşılaştırma.....	79
2.3.2. Karşılaştırmalı Reklamlarda Marka Kullanımı Ve Açık Karşılaştırmaya AB Hukuku Uygulamasından Örnekler	81
2.4. ADWORD UYGULAMALARIN KARŞILAŞTIRMALI REKLAM ÖZELİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ	87
2.4.1. Genel Olarak Adword Reklamların Tanımı Ve Fonksiyonu	87
2.4.1.1. AB Hukuku Bakımından Karşılaştırmalı Reklam Olarak Değerlendirmesi.....	88
2.4.1.2. Türk Hukuku Bakımından Karşılaştırmalı Reklam Olarak Değerlendirmesi.....	90
2.5. TÜRK HUKUKUNDAKİ DOĞRUDAN KARŞILAŞTIRMA YASAĞININ ELEŞTİRİSİ	92
2.5.1. Türk Hukukundaki Doğrudan Karşılaştırma Yasağının Tüketici Hukuku Açısından Eleştirisi	92
2.5.2. Türk Hukukundaki Doğrudan Karşılaştırma Yasağının Marka Ve Haksız Rekabet Hukuku Açısından Eleştirisi	96
SONUÇ.....	102
KAYNAKÇA	105
KARARLAR DİZİNİ	114

KISALTMALAR CETVELİ

AB	: Avrupa Birliği
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
A.B.D.	: Amerika Birleşik Devletleri
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi
BİM	: Bölge İdare Mahkemesi
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
BK	: 6098 Sayılı Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
CJEU	: Court of Justice of the European Union
D.	: Dosya
FMR	: Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi
FSHD	: Fikri ve Sınai Haklar Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
ICC	: International Chamber of Commerce
İDD	: İdare Dava Dairesi
JIPLP	: Journal of Intellectual Property Law & Practice
L	: Loi
md.	: Madde
MÜHF-HAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
Mülga TKHK	: 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
No	: Numara

OECD	: Organisation for Economic Co-operation and Development
O.J.	: Official Journal
para.	: paragraf
RG	: Resmi Gazete
RTÜK	: Radyo ve Televizyon Üst Kurulu
s.	: Sayfa
SMK	: 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu
T.	: Toplantı
TBK	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TKHK	: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
Tic. Rek. Yön.	: Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği
TMK	: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu
YBHD	: Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi
vd.	: ve devamı

ABSTRACT

Marketing strategies and advertisement practices are varied in our competitive economic system. Amongst those, comparative advertisements are the most legal-wise debated type of advertisement. Advertising law and particularly comparative advertisements have very complex nature in terms of consumer law as well as trademark and unfair competition law. The objective of the present thesis is to examine the legal conditions of comparative advertisements in terms of both consumer law as well as trademark and unfair competition law in respect to Turkish law, also in comparison with related EU legislation, and finally, to criticize the prohibition of direct comparative advertisements under Turkish law. In that regard, the first section of the thesis will examine the comparative advertising notion, its definition, elements and types within the scope of legislations in force. It will analyze the legal norms for the comparative advertisements in terms of consumer law and their application by tackling the decisions rendered by the Turkish Courts and the Board of Advertisement. Then, the second section of the thesis will examine the legislation for comparative advertising in terms of trademark law and unfair competition law, in the light of the decisions rendered by both Turkish authorities and the CJEU, and thus, will criticize the prohibition of direct comparative advertisements in Turkish law.

ÖZET

Günümüz rekabetçi ekonomisinde pazarlama stratejileri ve reklamcılık uygulamaları çok çeşitlenmiştir. Bu uygulamalardan karşılaştırmalı reklamlar ise hukukten en çok tartışıl原因miş reklam türüdür. Reklam hukuku ve özellikle karşılaştırmalı reklamlar hem tüketici hukukunu hem de marka ve haksız rekabet hukukunu ilgilendiren son derece girift bir yapı sergilemektedir. İşbu çalışmanın amacı ise karşılaştırmalı reklamların hem tüketici hukuku hem de marka hukuku ve haksız rekabet hukuku açısından hukuka uygunluk şartlarını, öncelikle Türk hukuku bakımından; ancak mehz Avrupa Birliği (“AB”) hukuku ile de karşılaştırmalı olarak incelemek ve son olarak da Türk hukukundaki doğrudan karşılaştırma yasağının eleştirisini yapmaktır. Bu kapsamda, çalışmanın ilk bölümünde karşılaştırmalı reklamlar tüketici hukuku bakımından ele alınmış, karşılaştırmalı reklamların tanımı, kapsamı, unsurları, türleri hukuka uygunluğu tüketici hukuku uyarınca incelenmiştir. Aynı zamanda Türk mahkemeleri hem de Reklam Kurulu’nun uygulaması ele alınmıştır. Çalışmanın ikinci bölümünde ise karşılaştırmalı reklamların marka hukuku ve haksız rekabet hukuku açısından hukuka uygunluk normları incelenecek, bu hukuk dalları ile ilişkisi hem Türk otoritelerin kararları hem de Avrupa Birliği Adalet Divanı (“ABAD”) kararları ışığında değerlendirilecek ve Türk hukukundaki doğrudan karşılaştırmalı reklam yasağı eleştirilecektir.

GİRİŞ

Son yıllarda reklam sektöründe çok ciddi bir genişleme gözlemlenmektedir. Bunun sonucu olarak da reklam hukuku eskiye oranla çok daha fazla üzerinde görüşülen ve tartışılan bir hukuk dalı haline gelmiştir. Bu gelişmeyle birlikte genel olarak reklam hukuku kapsamında en öne çıkan konulardan bir tanesi olan karşılaştırmalı reklamlar ve bu tür reklamların hukuka uygunluğu daha fazla önem kazanmıştır. Özellikle karşılaştırmalı reklamların; reklam hukuku, tüketici hukuku, haksız rekabet hukuku ve marka hukukunun kesiştiği bir noktada bulunması, sayılan her bir hukuk dalında ayrı ayrı düzenleniyor olması karşılaştırmalı reklamların hukuka uygunluğu sorusunun da daha fazla sorulmasına neden olmaktadır.

Reklam; en geniş anlamıyla bir ticari işletmenin ürün ve hizmetlerinin tanıtılması faaliyeti olarak ifade edilebilir. Bu nedenle çok geniş bir uygulama alanı bulunmakta ve birçok farklı şekilde tüketicilerin karşısına çıkabilmektedir. Bir ticari işletmenin ürün ve hizmetlerini tanıtım amacı dikkate alındığında çoğu zaman o işletmenin marka veya ayırt edici işaretlerinin reklamda kullanımını kaçınılmazdır. Reklam hukukunun temel amaçlarından birinin tüketicinin korunması ilkesi olması nedeniyle ülkemizde tüketici hukuku altında değerlendiriliyor olsa da; geniş anlamıyla reklamlar ve özel olarak karşılaştırmalı reklamlar marka hukuku ve haksız rekabet hukuku ile de yakından bağlantılıdır. Özellikle karşılaştırmalı reklamlarda bir ticari işletmenin mal veya hizmetlerinin piyasadaki diğer mal ve hizmetler ile karşılaştırmasının yapıyor olması bu karşılaştırmaların yapılırken birtakım kurallara uyulması zorunluluğunu da beraberinde getirmektedir.

İşbu çalışma kapsamında genel olarak son yıllarda örneklerine daha fazla rastlanan ve üzerinde daha çok durulan karşılaştırmalı reklamların hukuki niteliği, türleri, ne şekilde tüketicinin karşısına çıkabileceği ve mevzuatımızdaki yeri incelenmiştir.

Çalışmanın birinci bölümünde reklam kavramının özel bir görünümü olan

karşılaştırmalı reklamlar öncelikle yürürlükteki tüketici mevzuatı bakımından ele alınacak, karşılaştırmalı reklamların hukuka uygunluk şartları irdelenecektir. Karşılaştırmalı reklamların hukuka uygunluğu şartları Türk hukukunda ve mehz AB hukuku ile uluslararası hukuk hükümleri uyarınca değerlendirilecek; mahkemeler ve Reklam Kurulu'nun konuyla ilgili yol gösterici olduğunu düşündüğümüz kararlarından örnekler verilecektir. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun¹ ("TKHK") ile Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği² ("Tic. Rek. Yön.") kapsamında karşılaştırmalı reklamların hukuka uygunluk sebepleri incelenecek, 12.12.2006 tarihli 2006/114 sayılı Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlara İlişkin Yönerge³ ile uyumluluğu ele alınacaktır.

İşbu çalışmanın ikinci bölümünde ise karşılaştırmalı reklamlar bu defa son derece bağlantılı bir diğer hukuk dalı olan marka hukuku ve haksız rekabet hukuku kapsamında ele anılacaktır. Özellikle karşılaştırmalı reklamlarda açıkça rakibin veya ürününün ismine, markasına yer verilmek suretiyle gerçekleştirilen doğrudan karşılaştırmalı reklamların hukuka uygunluğu ele alınacak, bu kapsamda Türk hukukunda doğrudan karşılaştırmalı reklamlara izin verilip verilmediği değerlendirilecek; karşılaştırmalı reklamlar 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu⁴ ("SMK") ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu⁵ ("TTK") uyarınca değerlendirilecektir. Yine AB hukuku ile olan benzerlikleri ve aykırı yöndeki uygulamaları ele alınacak. Hem Yargıtay ve Reklam Kurulu'nun hem de AB yargı mercilerinin karşılaştırmalı reklamları ele alış şekli incelenecek ve son olarak Türk hukukunda doğrudan karşılaştırma yasağı ile ilgili görüşlerimize yer verilecektir.

Bu kapsamda çalışmanın ikinci bölümünde de detaylı olarak değerlendirileceği üzere Türk hukukunda doğrudan karşılaştırmalı reklamlara izin

¹ RG, 28.11.2013, 28835.

² RG, 10.01.2015, 29232.

³ Council Directive of 10 September 1984 Relating to the Approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning misleading advertisement, bkz. O.J. No. L.250/17, 19.09.1984 (84/450/EEC).

⁴ RG, 10.01.2017, 29944.

⁵ RG, 14.02.2011, 27846.

verilmemektedir. Bu tür reklamlar TKHK ve Tic. Rek. Yön. tarafından açıkça hukuka aykırı reklamlar olarak düzenlenmiş olmakla birlikte tüketicinin doğru aydınlatılması bakımından son derece önem arz eden doğrudan karşılaştırmalı reklamların yasaklanmasının yerinde bir düzenleme olmadığı düşünülmektedir. Yine doğrudan karşılaştırmalı reklamların bağlantılı olduğu marka hukuku ve haksız rekabet hukukuna ilişkin hukuki düzenlemeler bakımından da konu değerlendirildiğinde kanaatimiz hukuki açıdan yeterli alt yapının bulunduğu yönündedir. Bu nedenle doğrudan karşılaştırmalı reklamlara Türk hukukunda izin verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜKETİCİ HUKUKU AÇISINDAN KARŞILAŞTIRMALI REKLAMLAR

1.1. GENEL OLARAK

Reklam, doktrinde çok geniş bir tabirle “*bir malın veya hizmetin sürümünü artırmak amacıyla yapılan herhangi bir tanıtım*” olarak tanımlanmıştır⁶. Ancak reklamın tanımı, hukukumuzda çok çeşitli mevzuat hükümlerinde ayrı ayrı ele alınmış ve detaylandırılmaya çalışılmıştır.

TKHK 61. maddesinde “ticari reklam”, “*ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı olarak; bir mal veya hizmetin satışını ya da kiralınmasını sağlamak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla reklam verenler tarafından herhangi bir mecrada yazılı, görsel, işitsel ve benzeri yollarla gerçekleştirilen pazarlama iletişimi niteliğindeki duyuru*” olarak tanımlanmaktadır. Bu tanım, TKHK’ya dayanılarak çıkarılan Tic. Rek. Yön. 4. maddesinin n bendinde ve Reklam Kurulu Yönetmeliği’nin⁷ 3. maddesinin 1 bendinde de aynı şekilde yer almaktadır.

6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun⁸ madde 3, z bendinde ise bu yönde “ticari iletişim” başlığı ile daha geniş bir tanım bulunmaktadır. Anılan madde ticari iletişimi “*radio ve televizyon reklamları, program desteklemesi, tele-alışveriş ve ürün yerleştirmeyi de kapsamak üzere, ekonomik bir faaliyette bulunan gerçek veya tüzel kişinin, ürün, hizmet veya imajını, doğrudan veya dolaylı olarak tanıtmak amacıyla tasarlanmış sesli veya sessiz görüntülerin bir ücret veya benzeri bir karşılıkla ya da öz tanıtım amacıyla bir programla birlikte ya da bir program içine yerleştirilerek verilmesi*” olarak tanımlamaktadır.

Yayın hizmetlerine dair uyulması gereken standartları belirleme amacıyla

⁶ İnal, E. (2000). Reklam Hukuku ve Aldatıcı Reklamlar. İstanbul: Beta, s. 14.

⁷ RG, 03.07.2014, 29049.

⁸ RG, 03.03.2011, 27863.

hazırlanan Yayın Hizmeti Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'inin⁹ 4. maddesinin ilk fıkrası u bendinde reklamın bir türü olan “radyo ve televizyon reklamı”nın *“taşınmazlar, hak ve yükümlülükler dâhil olmak üzere mal veya hizmetlerin teminini teşvik etmek, bir amaç veya düşünceyi yaymak veya başka etkileri oluşturmak amacıyla ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı gerçek ve tüzel kişi tarafından, bir ücret veya benzeri bir karşılıkla yapılan her türlü duyuru veya öz tanıtım yayını”* ifade ettiği belirtilmiştir.

Reklam kavramı hukukumuzda o kadar çeşitli mevzuat hükümlerinde düzenlenmiştir ki, İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı dahi bu kavrama, Reklam, İlan ve Tanıtım Yönetmeliği'nde “ticari reklam ve ilan” tanımı altında *“mal, hizmet veya markayı tanıtmak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek ve ikna etmek, satışını veya kiralanmasını sağlamak ya da arttırmak amacıyla reklam veren tarafından herhangi bir mecrada yayınlanan veya yayımlanana kadar pazarlama iletişimi niteliğindeki duyurular”* olacak şekilde yer vermiştir¹⁰.

Uluslararası hukuk mevzuatında da reklam, çok farklı düzenlemeler ile tanımlanmıştır. Milletler Ticaret Odası “reklam” kavramını Uluslararası Reklam Uygulama Esasları'nda *“genellikle bir ödeme veya diğer uygun bedeller karşılığında medya tarafından taşınan her türlü pazarlama iletişimi”* olarak açıklamıştır¹¹. Bu tanım, Avrupa Reklam Standartları Birliği tarafından da aynen kabul edilmiştir¹².

AB hukukunda ise, Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlara İlişkin Yönerge'nin 2. maddesinde “reklam”, *“bir ticari işle veya meslek ve sanatla ilgili olarak gayrimenkuller, haklar, borçlar da dahil olmak üzere malların ve*

⁹ RG, 02.11.2011, 28103.

¹⁰ T.C. İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı, Reklam, İlan ve Tanıtım Yönetmeliği, md. 3(1) hükmü z bendi, < <https://www.ibb.istanbul/Uploads/2016/12/REKLAM,-iLAN-VE-TANITIM-YoNETMELiGi.pdf> > (Erişim tarihi: 09.12.2020).

¹¹ International Chamber of Commerce, ICC Advertising and Marketing Communications Code, 2018, <<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2018/09/icc-advertising-and-marketing-communications-code-int.pdf>> (Erişim tarihi: 09.12. 2020).

¹² European Advertising Standards Alliance, Digital Marketing Communications Best Practice Recommendation, 2015, < [https://www.easa-alliance.org/sites/default/files/EASA Best Practice Recommendation on Digital Marketing Communications.pdf](https://www.easa-alliance.org/sites/default/files/EASA%20Best%20Practice%20Recommendation%20on%20Digital%20Marketing%20Communications.pdf) > (Erişim tarihi: 09.12. 2020).

hizmetlerin sürümünü artırmak amacıyla yapılan herhangi bir şekilde tanımlama” şeklinde tanımlanmaktadır.

Uygulamada da Yargıtay “ticari reklam” kavramını tanımlamaya ihtiyaç duymuştur. Yargıtay’ın bu tanımına göre, “*bir tacirin, ticari bir menfaat elde etmek amacıyla, bizzat veya her türlü iletişim vasıtasıyla (radyo, TV, basın, internet, afiş, broşür vs.) hedef tüketici kitlesine yönelik tanıtım, beyan ve açıklamaları ticari reklam mahiyetindedir*¹³.” Gerçekten de üreticiler ve satıcılar ellerinde bulunan mal ve hizmetlere dair talebi ancak reklam yolu ile hedef kitlelere tanıtabilirler. Hele ki, ilerleyen teknoloji karşısında, reklam mecraları da çok çeşitlenmiş ve üreticiler, geleneksel basılı yayın veya televizyon reklamlarının yanında, internet ortamındaki çok farklı tipte reklamlar aracılığıyla da oldukça geniş kitlelere çok hızlı bir şekilde ulaşabilmeye başlamıştır¹⁴. Dolayısıyla, piyasadaki mal veya hizmetlerin “*rakiplerine göre üstünlüklerinin kamuya anlatılması*” niteliğindeki reklamlar, günümüz liberal ekonomilerinin esas dayanakları olan “*serbest rekabet sistemlerinde en etkili ve en önemli satışları arttırma*”¹⁵ araçlarıdır ve artık, gündelik hayatımızda çok farklı mecralarda karşımıza çıkmaktadırlar.

Şöyle ki, teknoloji ve internetin gelişimi ile beraber geleneksel iletişim araçlarının yerini artık tüketicinin etkin bir konumda olduğu ve kendini aktif olarak ifade edebildiği sosyal medya platformları almaktadır. Bu gelişmelerle beraber reklamcılık anlayışı da değişerek, “*karşılıklı etkileşime dayalı ve kişiye özgülenen*” bir uygulamaya evrilmiştir¹⁶. Reklam mecralarındaki gelişmeler değişik reklam metotlarının ortaya çıkmasına neden olmuştur. Reklam konusu ürün ve hizmetlerin çeşitliliği artık reklamın genelgeçer bir tanımının yapılmasını güçleştirmektedir¹⁷.

Yine de tüm bu sözü geçen tanımlarda ortak nokta, reklamın; bir mal ya

¹³ Yargıtay 11. HD, 3.12.2019 tarihli ve E. 2018/2964, K. 2019/7755 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bankası).

¹⁴ İnternet reklamcılığı hakkında daha detaylı bilgi için bkz. Çalıküşu, F. (2009). İnternet Reklam Çeşitlerinin Tüketici Tutumları Açısından Karşılaştırılması. Marmara Üniversitesi Hakemli Öneri Dergisi Öneri. 8/32, s. 203-215.

¹⁵ Aslan, Y. (2004). 6502 Sayılı Kanun’a Göre Tüketici Hukuku. Bursa: Ekin, s. 235-236.

¹⁶ Özdemir, S.S. & Doğanay, M. Z. (2019). Bir Mecra Olarak Sosyal Medyanın Reklam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi. Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi. 7/13, s. 297.

¹⁷ Özdemir, S.S. (2013). Haksız Rekabet Kavramı Açısından Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar. İstanbul: Onikilevha, s. 39.

da hizmetin tanıtımı ve pazarlanması amacıyla kamuya duyurulması ve tüketiciye yönelen bir mesaj içermesidir¹⁸. Reklam hangi mecrada yayınlanırsa yayınlansın, belli bir mal ya da hizmetin, satışının artırılması gayesiyle kamuya duyurulmasına yöneliktir. Başka bir deyişle, reklamın temel amacı talep yaratmaktır, bu bakımdan reklam “*talep oluşturma sanatı*” olarak da tanımlanabilmektedir¹⁹. Reklam, özetle, bir mecra üzerinden bir malı ya da hizmetin ya da bunları piyasaya süren kişinin ismi belirtilerek tüketiciye hitap edilmesi olarak tanımlanabilir. Doktrinde, haklı olarak, reklamdaki söz edebilmek için kamuoyuna hitap edilmesi gerekliliği kabul edilmektedir²⁰.

Reklamın, tüketiciler ve işletmeler yönünden iki boyutu vardır. İşletmeler açısından reklam; mal ya da hizmetin tanıtılması, tüketicinin alım tercihlerinde değişiklik yapmak üzere ikna edilmesi, reklam konusu mal ya da hizmete olan talebin devamını sağlamaya yarayan bir vasıta. Reklamın, aynı zamanda tüketiciler açısından; piyasada aynı amaca yönelik binlerce ürün veya hizmet arasından, kendisi için optimum ve mantıklı tercihi yapmasına yarayan, bu suretle de ürün ya da hizmetleri hem tanıtır hem de tanımlayarak zaman kazandıran bir işlevi vardır²¹.

Reklam, tüketici ile markayı buluşturan, tüketicinin markanın bilincine varmasını sağlayan önemli bir unsurdur. Mevcut liberal ekonomik düzende, reklamlar üretici ile tüketici arasında köprü görevi görmekte ve tüketiciye, üreticinin sunduğu mal ve hizmetleri tanıtmaktadır²². Bahsedildiği gibi, reklamı kısaca, üretici ile tüketici arasındaki bilgi aktarımı, reklam verenden hedef kitleye doğru yönelen bir iletişim olarak nitelenebilir. Reklam, piyasaya sürülen ürün ve hizmetler hakkında tüketiciye doğru bilgilerin, ikna edici ve sağlıklı

¹⁸ Tekelioğlu, N. (2016). Tüketicinin Korunması Açısından Hukuka Aykırı Reklamlar. İstanbul: Onikilevha, s. 12.

¹⁹ Kocabaş, F. & Elden, M. (2009). Reklamcılık: Kavramlar, kararlar, kurumlar. İstanbul: İletişim, s. 16.

²⁰ Göle, C. (1983). Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 33.

²¹ Avşar, Z. & Elden, M. (2004). Reklam ve Reklam Mevzuatı. Ankara: RTÜK, s. 4.

²² Sayın, B. H. (2017). Haksız Rekabet Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Reklamların Unsurları ve Türleri, Proceedings Book of 2nd International Scientific Researches Congress on Humanities and Social Sciences (IBAD-2017), s. 251. < <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/389616> > (Erişim tarihi: 09.12.2020).

bir biçimde iletilmesi, ilgili ürün veya hizmetin tüketicilerce bilinerek benimsenmesi ve tercih edilmesi için ilk aşamadır²³.

Reklam, piyasadaki ürün ve hizmetler hakkında tüketiciye bilgi vermek suretiyle tüketicinin, kendisine sunulan binlerce ürün ya da hizmet arasından tercih yapmasını kolaylaştırır ve böylece zaman kazanmasına yardımcı olur²⁴. Hangi mecrada olursa olsun tüm reklamların işlevine dair en temel teori, “*pazar bilgisi teorisi*”dir. Pazar iletişimini ekonomik açıdan ele alan bu teori uyarınca, reklamın en temel işlevi, özellikle de fiyatları olmak üzere ürünlerin özellikleri hakkında tüketicileri bilgilendirerek pazar içinde bilgi aktarımını sağlamaktır. Pazar içindeki bu aktarımın artırılması ve iyileştirilmesi ile pazarın dağıtım verimi güçlenecek ve toplumun refahı da yükselecektir²⁵.

Ticari açıdan ise, bilgi aktarımı fonksiyonuna ek olarak, reklamın tüketici nezdinde oluşturacağı pozitif bir duygu, reklam verene ait marka veya ürünün hatırlanması, hatta belki de ilgili pazarda, tüketicinin aklına ilk gelen marka olarak yer edinebilmesine yardım edecektir²⁶. İşte bu sebeplerle, ticari hayatta hem üreticiler hem de tüketiciler için reklamın çok önemli bir yeri vardır. Gerek tüketicinin gerekse üretici ve satıcının, yani hem günlük hem de ticari hayatın bu denli içinde olan, son derece geniş bir kitleye hitap gücünü haiz ve büyük önem taşıyan reklama dair birtakım hukuksal düzenlemeler yapılması gerekli olmuştur.

Bizce de reklam en geniş anlamıyla; bir ürün ve hizmete ilişkin her türlü tanıtım, beyan ve açıklamalar olarak tanımlanabilir. Yukarıda reklamın çeşitli mevzuat hükümlerindeki tanımlarına yer verilmiştir. Ancak her mevzuat hükmü reklam tanımını ilgili kanun veya yönetmeliğin kapsamı ve amacı ile bağlantılı olacak şekilde tanımlamaktadırlar. Ancak reklamın her türlü mecrada gerçekleşebileceği, hatta ürün üzerindeki açıklamaların dahi reklam sayılabildiği

²³ Özkan, A. (2014). Reklam Yönetimi. İstanbul: İstanbul Ticaret Odası Yayınları, s. 38
< <https://www.abdullahozkan.com/wp-content/uploads/2019/02/Reklam-Yönetimi.pdf> > (Erişim tarihi: 09.12.2020).

²⁴ Özkan, A. (2014). Reklam Yönetimi. İstanbul: İstanbul Ticaret Odası Yayınları, s. 38

²⁵ Dornis, T. W. & Wein, T. (2016). Trademarks, Comparative Advertising, and Product Imitations: An Untold Story of Law and Economics. Penn State Law Review. 121/2, s. 441.

²⁶ Goldsmith, R. E. & Lafferty, B. A. (2002). Consumer Response to Web Sites and Their Influence on Advertising Effectiveness. Internet Research: Electronic Networking Applications and Policy. 12/4, s. 318-328.

dikkate alındığında, reklam tanımına bir malın veya hizmetin sürümünü artırma veya tüketiciyi ikna etmek gibi kriterleri dahil etmenin gerekli olmadığı tarafımızca düşünülmektedir.

1.1.1. Karşılaştırmalı Reklam Tanımı ve Kapsamı

Reklamlar, sadece reklam verenin kendi markasını ya da ürün veya hizmetlerini tanıtip övdüğü pazarlama yöntemlerinden ibaret değildir²⁷. Reklamın bir türü olan karşılaştırmalı reklamlar da, doğru uygulandıklarında, güçlü ve etkileyici pazarlama yöntemleri olmaları itibarıyla reklamcılık uygulamasında tercih edilmektedirler. Gerçekten de, reklam verenin kendi ürünleri ile markasını piyasadaki diğer ürünler ve rakip işletmelerin markaları ile karşılaştırarak tanıttığı reklamlar, tüketiciler tarafından daha fazla ilgi çekmekte ve daha etkili olmaktadır.

Karşılaştırmalı reklamlar ile reklam veren, kendi ürününün üstünlüklerini tüketicinin “*kafasına adeta kazımaktadır*”²⁸. Bu reklam türünün; dürüstçe, tarafsızca ve ispat edilebilir verilere dayanarak yapıldığı koşullarda, piyasada mevcut aynı amaca yönelik pek çok ürün veya hizmet arasında mukayese yaparak tüketicilerin daha çok bilgilenmelerini ve aydınlanmalarını sağlayacağı kabul edilmektedir²⁹. Dolayısıyla, uygun şekilde kullanıldıklarında, karşılaştırmalı reklamlar pazardaki şeffaflığı artırarak tüketiciler için önemli bir bilgi kaynağı görevi görürler³⁰. Bu suretle karşılaştırmalı reklam türü hem üreticiler için daha etkin bir pazarlama yöntemi hem de tüketiciler için aydınlatıcı tanıtım malzemeleridir.

Reklamcılığın geldiği noktada, karşılaştırmalı reklamların da çok çeşitli

²⁷ Bozbel, S. (2006). Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklam Hukuku. Ankara: Seçkin, s. 37.

²⁸ Bozbel, (2006), s. 37.

²⁹ Bozbel, (2006), s. 37.

³⁰ Corvi, E. & Bonera, M. (2008). The Effectiveness of Comparative Advertising: A Literature Review, 2nd International Scientific Conference Marketing Theory Challenges in Transitional Societies, s. 4.

<https://www.researchgate.net/publication/232743560_The_effectiveness_of_advertising_a_literature_review > (Erişim tarihi: 09.12.2020).

mecralarda yer aldığı görülmektedir. Karşılaştırmalı reklamlar da gerek geleneksel basın yayın araçlarında gerekse günümüz teknolojisinin gerektirdiği çok farklı mecralarda karşımıza çıkmaktadırlar. Bu tip reklamlar, örneğin, sosyal medya mecralarında sıklıkla yayınlanmaktadır³¹. Bununla beraber, rakip bir markanın, Google Adwords reklamlarında reklam veren tarafından anahtar sözcük olarak kullanılması da karşılaştırmalı reklam sayılabilmektedir³². Ancak adwords reklamlarının karşılaştırmalı reklam niteliğinde kabul edilip edilemeyeceği aşağıdaki 2.4 sayılı başlıkta ayrıca değerlendirilecektir.

Türk hukuk mevzuatında karşılaştırmalı reklamlar ilk olarak Tic. Rek. Yön. tarafından tanımlanmıştır. Buna göre karşılaştırmalı reklamlar Tic. Rek. Yön. 4. maddesinin 2. bendinde *“bir mal veya hizmetin tanıtımı esnasında, rakip mal veya hizmetlere ilişkin unsurların doğrudan veya dolaylı olarak kullanıldığı reklamlar”* olarak tanımlanmaktadır.

AB hukukunda ise karşılaştırmalı reklamlar 2006/114 Sayılı Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlara İlişkin Yönerge³³ ile düzenlenmekte olup anılan Yönerge’nin 2. maddesinin 2. fıkrasının a bendinde karşılaştırmalı reklam *“açıkça veya ima yoluyla rakibi ya da rakibin mallarını veya hizmetlerini belirten reklamlar”* olarak tanımlanmıştır. ABAD, rakibin markasının metatag’lerde³⁴ kullanılmasının reklam hukuku açısından değerlendirdiği bir kararında, karşılaştırmalı reklamın bu tanımını geniş yorumlayarak bir rakibe ya da ona ait

³¹ Sosyal medya mecraları üzerinden yapılan karşılaştırmalı reklam incelemeleri için bkz. Eken, İ. (2014). Sosyal medyadaki karşılaştırmalı reklamlar üzerine bir inceleme: Türkiye ve Polonya örneği. Dijital İletişim Etkisi Uluslararası Akademik Konferansı Bildiri Kitabı. İstanbul: İskenderiye Kitap, s. 434 - 448.

³² Bozbel, S. (2010). Adwords Reklamlar Karşılaştırmalı Reklam Teşkil Eder Mi? Avrupa Adalet Divanı’nın Verdiği Kararlar Işığında Bir Değerlendirme. İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi. 9/18, s. 112.

³³ Bu yönerge ilk olarak 6 Ekim 1997 tarihli Yönerge ile karşılaştırmalı reklamları kapsayacak şekilde değiştirilmiş, 11 Haziran 2005 tarihinde kapsamlı olarak değiştirilmiştir. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Howells, G. & Micklitz, H. & Wilhelmsson, T. (2006). European Fair Trading Law, The Unfair Commercial Practices Directive. Aldershot: Ashgate.

³⁴ Metatag’ler bir internet sayfası hakkında bilgi veren etiketler olup, bunlar arama motorları tarafından, internet sitelerini doğru kategorize etmek için kullanılmaktadırlar. Bu kategorizasyon, arama motorlarında yapılan aramalar sonucunda internet sitelerinin belireceği sıralama ve konumlandırılmayı belirlemektedir. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Soysal, T. (2018). Marka Hukuku Perspektifinden İnternet Ortamında Anahtar Kelime (Meta-tagging) ve Adwords Reklamcılık Uygulamaları. Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi. 6/12, s. 693-723.

ürün veya hizmetlere – dolaylı bir şekilde de olsa – atıf yapan herhangi bir beyanın karşılaştırmalı reklam olduğunu belirtmektedir³⁵. Buna göre, reklam verenin sunduğu ürünler ile rakibinkiler arasında gerçek anlamda bir mukayesenin gerçekleşmesine bile gerek görülmemiştir. Rakibin markasının bir metatag olarak kullanılması anılan Yönerge anlamında karşılaştırmalı reklam sayılmıştır³⁶.

TKHK’da ise karşılaştırmalı reklamlara ilişkin doğrudan bir tanım bulunmamakla birlikte Kanun’un 61. maddesinin 5. fıkrasında *“aynı ihtiyaçları karşılayan ya da aynı amaca yönelik rakip mal veya hizmetlerin karşılaştırmalı reklamı yapılabilir.”* denmektedir. Bu suretle karşılaştırmalı reklamlara hukukumuzda cevaz verildiği belirtilmiş, bu reklamların detaylı düzenlenmesi ise ilgili yönetmelik olan Tic. Rek. Yön.’e bırakılmıştır³⁷.

Görüleceği üzere mevzuatımızda karşılaştırmalı reklamlar oldukça yakın bir zamanda, ilk defa Tic. Rek. Yön. ile tanımlanmıştır. Hukukumuzda daha önce karşılaştırmalı reklamları açıkça yasaklayan özel bir düzenleme bulunmamaktaydı, bu nedenle bu düzenlemeden önce karşılaştırmalı reklamlara izin verildiği kabul edilmekteydi³⁸.

1.1.2. Karşılaştırmalı Reklamların Fonksiyonları

Reklamlar, çok sayıda işletmenin aktif bir şekilde beraber yer aldığı liberal ekonomilerde düzgün ve canlı bir rekabetin sağlanması için önemli ve gereklidirler. Rekabet Kurulu’nun da vurguladığı gibi, *“ekonomik teoriye göre reklam, tüketicileri farklı ürünler hakkında bilgilendirerek ve satın alma kararlarını daha bilgili bir şekilde vermelerini sağlayarak tüketiciler yönünden ve rakipler üzerinde rekabetçi bir baskı oluşturarak satıcılar yönünden rekabeti arttırmaktadır ve*

³⁵ CJEU, 25.10.2001, Toshiba Europe GmbH v Katun Germany GmbH, C-112/99, para. 31.

³⁶ Knaak, R. (2014). Metatags and keywords as comparative advertising. JIPLP. 9/9, s. 772.

³⁷ Göle, (1983), s. 83, İnal, (2000), s. 63, İnal, E. & Baysal, B. (2008). Reklam Hukuku ve Uygulaması. İstanbul: Onikilevha, s. 5.

³⁸ *“Reklam, bir kimsenin ürettiği mal veya hizmetlerin üstün niteliklerinin açıklanmasıdır. Bu reklamlarda, başkalarına ait mal veya hizmetler yönünden açık veya örtülü biçimde karşılaştırılma yapılması da olanaklıdır. Ancak, karşılaştırmalı reklamın doğru ve gerçek verilere dayanması, yanlış ve yanıltıcı yapılmaması da gerekir.”* Yargıtay 11. HD, 20.02.1998 tarihli ve E. 1997/9233, K. 1998/1026 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bankası).

*rekabetin bir parçasıdır*³⁹.” Mahkemeler de pratik bir bakış açısıyla “uygulamada ürün hizmetlerin karşılaştırılması[nın] en çok reklam yoluyla (karşılaştırmalı reklam) karşımıza çıkmakta” olduğunu belirtmektedirler⁴⁰.

Doktrindeki baskın görüşe göre reklam türleri içinde de karşılaştırmalı reklamlar başka hiçbir reklam türünün olmadığı kadar bilgilendirici nitelikte olabilmektedirler⁴¹. Bu görüş, yerinde bir değerlendirme ile, bu tip reklamlardaki karşılaştırmaların önemli ve ispat edilebilir unsurlara dair oldukları ve yanıltıcı veya aldatıcı olmadıkları sürece, tüketicilerin kendilerine sunulan mallar ve hizmetler arasındaki farklılıkları öğrenmesi, bu konuda aydınlanarak bilinçli satın alma seçimleri yapabilmeleri için önemli rol oynadıklarını savunmaktadır⁴². Zira, tüketicinin çok fazla işletmenin faaliyet gösterdiği bir sektörde kendisi için en uygun ürünü belirlemek için tek başına bilgi toplaması çok masraflı ya da imkansız olabilecektir ve bu gibi durumlarda bir işletme, eğer ki yanıltıcı olmayan ve dürüst bir şekilde yapmaya teşvik edilirse, rakip başka bir işletmenin eş değerdeki ürününün üstün ve eksik yanlarını yargılama konusunda aslında ortalama düzeydeki bir tüketiciden daha iyi bir konumda olabilecektir⁴³.

Karşılaştırmalı reklamların tüketiciler açısından bu bilgilendirme fonksiyonunun, prensip olarak TKHK’nın ilk maddesinde⁴⁴ düzenlenen tüketicinin aydınlatılması amacına da hizmet ettiği ve karşılaştırmalı reklamların, hukuka uygun yapıldıkları takdirde, tüketici hukukuyla da paralel oldukları söylenebilmelidir. Karşılaştırmalı reklamlar tüketici açısından aydınlatıcı olmalarının yanında, reklam veren açısından da daha etkili ikna edici araçlar

³⁹ Rekabet Kurulu, 02.08.2007 tarihli ve K. 07-63/764-272 sayılı kararı (Lexpera İçtihat Bankası).

⁴⁰ İstanbul 16. ATM, 1.10.2019 tarihli ve E. 2018/149, K. 2019/825 sayılı kararı (Lexpera İçtihat Bankası).

⁴¹ İnal, (2000), s. 61.

⁴² İnal, (2000), s. 61, Ceylan, E. (2003). Türk ve İsviçre Hukuklarında Karşılaştırmalı ve Tuzak Reklamlar. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 2, s. 200, Moroğlu, E. (2006). Karşılaştırmalı Reklam ve Yargıtay Kararları, Makaleler I. İstanbul: Beta, s. 194.

⁴³ Bodewig, T. (1994). The Regulation of Comparative Advertising in The European Union. Tulane European & Civil Law Forum. 9, s. 187.

⁴⁴ TKHK md. 1: “Bu Kanunun amacı; kamu yararına uygun olarak tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını koruyucu, zararlarını tazmin edici, çevresel tehlikelerden korunmasını sağlayıcı, tüketiciyi aydınlatıcı ve bilinçlendirici önlemleri almak, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini özendirmek ve bu konulardaki politikaların oluşturulmasında gönüllü örgütlenmeleri teşvik etmeye ilişkin hususları düzenlemektir.”

olduklarından⁴⁵, hukuka uygun şartlarda yapıldıkları sürece hem tüketici hem de reklam veren için işlevseldirler. Şüphesiz ki, karşılaştırmalı reklamlar diğer tipteki reklamlara göre daha çok dikkat çektiklerinden dolayı daha etkili ve ikna edicidirler.

Karşılaştırmalı reklamların tüketicileri bilgilendirme ve ikna etme fonksiyonlarına ek olarak, “*piyasaya giriş engellerinin kaldırılmasına ve pazar payının artırılmasına katkıda bulunarak rekabeti teşvik*” etme işlevleri de bulunmaktadır⁴⁶. Şöyle ki, pazara yeni girmek isteyen ve henüz pazardaki etkisi zayıf bir işletme, hukuka uygun yapıldığı takdirde, karşılaştırmalı reklamlar ile ürün veya hizmetlerini pazardaki diğer ürün ve hizmetlerle karşılaştırarak kendi mal ve hizmetlerinin daha etkili bir şekilde tanıtımını yapabilecek ve tüketiciler nezdinde daha ikna edici olabilecektir. Bu nedenle, karşılaştırmalı reklamların daha sonradan reklam verenler tarafından bir “*reklam savaşı*”na dönüştürülmediği sürece, küçük ve orta ölçekli işletmelerin kendi isimlerini ve ürün veya hizmetlerini kalabalık bir pazarda tüketici kesiminde bilinir kılmak adına belki de tek yol oldukları bile söylenebilir⁴⁷.

Halihazırda pazarda faaliyet gösteren işletmeler ise kendi ürün veya hizmetleriyle karşılaştırma yapılması sonucu rakiplerin ürün veya hizmetlerine talebin artması riskine karşı kendi ürünlerini mütemediyen geliştirmek durumunda kalacaklardır. Aynı zamanda, karşılaştırmalı reklamlar pazarda rekabet halindeki işletmelerin birbirlerinin ürünleri ve hizmetleri hakkında bilgi sahibi olmalarını ve kendi satış stratejilerini buna göre belirleyerek tüketicilere daha fazla ve çeşitli bir ürün ve hizmet gamı ile beraber farklı alım seçenekleri, promosyon gibi imkanlar sunmalarını tetiklemektedir⁴⁸. Bu sayede hem tüketiciye sunulan mal ve hizmetler çeşitlenecek hem de pazardaki rekabet artacaktır.

Karşılaştırmalı reklamların genel olarak, hem reklam veren konumundaki

⁴⁵ İnal, (2000), s. 61.

⁴⁶ Yılmaz, A. (2017). Türk Ticaret Kanunu’na Göre Karşılaştırmalı Reklâmlarda İtibardan (Tanınmışlıktan) Gereksiz Yere Yararlanma Yasağı. BATİDER. 35/2, s. 49.

⁴⁷ Bodewig, (1994), s. 189.

⁴⁸ Balık, İ. (2019). Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği Bağlamında Öngörülen Doğrudan Karşılaştırmalı Reklâm Yasağı. BATİDER. 35/3, s. 157.

üretici ve/veya satıcı işletmeler hem de tüketiciler açısından avantajları bulunmaktadır. Şöyle ki, mal ve hizmetlerin üreticisi ve/veya satıcısı, rakiplerin aynı nitelikteki mal ve hizmetleriyle kendi mal ve hizmetlerini karşılaştırarak tüketiciye kendi mal ve hizmetlerinin özelliklerini daha iyi anlatabilme imkanı edinebilmektedir. Bu bağlamda karşılaştırmalı reklam, aynı ya da benzer ürünler veya hizmetler bakımından tüketiciyi aydınlattığı için sadece bir ürün ya da hizmet bakımından tüketiciyi bilgilendirebilecek sıradan reklam tiplerinden daha etkili bir reklam türüdür. Karşılaştırmalı reklamlarla tüketicinin mal ve hizmetler hakkındaki bilgi kalitesi yükseltilmekte ve böylece tüketiciye, birbirinin yerine geçebilen mal ve hizmetler arasından kendisine daha uygun bir seçim yapabilme olanağı verilmektedir.

Yine Rekabet Kurulu'nun yukarıda alıntılanan kararının devamında da oldukça yerinde bir şekilde dile getirdiği üzere, *“...reklam kısıtlamaları bilgi edinmenin maliyetini artırarak, tüketicilerin kendileri için en uygun olan fiyat ve kalite bileşimini arama maliyetlerini yükseltecek ve sonuç olarak rekabeti ve toplam refahı azaltacaktır. Ayrıca reklamın ve özellikle karşılaştırmalı reklamın pazara yeni girecek firmalar ve yeni bir ürünü pazara sunan yerleşik firmalar için çok önemli bir rekabet aracı olduğu görüşü geniş bir şekilde kabul görmektedir.*”⁴⁹

Reklam kısıtlamalarının, pazardaki rekabeti azalttığına dair görüş Avrupa Komisyonu tarafından da desteklenmektedir. Avrupa Komisyonu, Profesyonel Hizmetlere Dair Raporu'nda ekonomik teori uyarınca reklamların tüketicileri alım tercihlerini yaparken farklı ürün ve hizmetlere dair bilgilendirdiğini, reklam kısıtlamalarının tüketicinin kendi ihtiyaçlarına en uygun nitelik ve fiyattaki ürün veya hizmeti arama sürecini zorlaştıracaklarını belirterek, özellikle de karşılaştırmalı reklamların hem pazara yeni girmeye çalışan işletmelerin rekabete katılabilmeleri için hem de pazarda faal işletmelerin de yeni ürünler ortaya koyarak rekabeti sürdürmeleri için son derece önemli olduğunu vurgulamıştır⁵⁰.

⁴⁹ Rekabet Kurulu, 02.08.2007 tarihli ve K. 07-63/764-272 sayılı kararı (Lexpera İçtihat Bankası)

⁵⁰ Bkz. *“According to economic theory, advertising may facilitate competition by informing consumers about different products and allowing them to make better informed purchasing decisions. Advertising restrictions may thus reduce competition by increasing the costs of gaining information about different products, making it more difficult for consumers to search for the quality*

Dolayısıyla, reklamların – hele ki karşılaştırmalı reklamların – kendisine sunulmuş ürün veya hizmetler hakkında bilgilenme sürecini kolaylaştırması ve rekabetin korunduğu bir ortamda seçeneklerinin çokluğunun sağlanması adına hem tüketicilerin menfaatine hem de rekabet halinin korunması ve devamı adına pazara girmek isteyen işletmeler ve halihazırda pazarda mevcut işletmelerin menfaatine oldukları yadsınamaz. Bu nedenle, karşılaştırmalı reklamlara dair hukuki kısıtlamalar, karşılaştırmalı reklamların sağladıkları bu yararlar da göz önüne alınarak değerlendirilmeli ve karşılaştırmalı reklamlara uygulanacak ölçüsüz kısıtlamaların rekabeti olumsuz etkileyeceği unutulmamalıdır.

1.1.3. Karşılaştırmalı Reklam Unsurları

Doktrinde, bir reklamın karşılaştırmalı reklam olarak kabul edilebilmesi için iki unsurun varlığının gerektiği kabul edilmektedir. Bu unsurlardan ilki karşılaştırma, diğeri ise rakip ürün ya da markalarla bağ kurulmasıdır⁵¹. Karşılaştırmmanın var olması için rakibin şahsı, ürünleri, faaliyetleri ile ilgili bir değerlendirme yapılmalıdır. Karşılaştırma, genelde reklam verenin ürünleri ya da markasının, rakip ürünler ve markalarının göre daha üstün olduğunun ya da en azından, reklam konusu ürünün rakip ürünle eş değerde olduğunun ima edilmesiyle gerçekleşir⁵². Yine, karşılaştırma unsurunun varlığından bahsedebilmek için, reklam verenin kendi ürününü diğer ürünler ile beraber değerlendirirken, kendi ürününün karşılaştırma yapılan diğer ürün ya da ürünlere bir alternatif olduğu mesajını iletmesi aranmaktadır⁵³.

Yukarıda bahsedildiği üzere karşılaştırmalı reklamların ikinci temel unsuru ise diğer rakiplerle bir bağlantı kurulmasıdır. Bu bağlantı, gerek diğer rakiplerin ismi açıkça zikredilerek doğrudan bir şekilde, gerekse açık bir isim veya

and price that best meets their needs. It is also widely recognised that advertising, and in particular comparative advertising, can be a crucial competitive tool for new firms entering the market and for existing firms to launch new products”, Report on Competition in Professional Services, Commission of the European Communities, COM (2004), p. 43.

⁵¹ Şener, O. H. (2016). Ticari İşletme Hukuku. Ankara: Seçkin, s. 627.

⁵² Nomer Ertan, N. F. (2016). Haksız Rekabet Hukuku. İstanbul: Onikilevha, s. 215.

⁵³ Bozbel, (2010), s. 103.

marka vermeden; ancak ima yolu ile tüketicilerin bakış açısından belirlenebilecek durumdaki rakipler kastedilerek ve dolaylı bir şekilde kurulabilir. Reklamda, belirli bir rakip hedef alınmamış olsa bile, mesela ‘daha iyi’, ‘en iyi’, ‘en köklü’, ‘en ucuz’, ‘birinci’, ‘tek’, ‘daha üstün’ şeklindeki nitelendirmelerle de bu bağlantı kurulabilmektedir. Bu bağlantının kurulması için esas olan, somut olayın özellikleri göz önüne alındığında, reklamın hitap ettiği hedef tüketici kesiminin önemli bir kısmının rakibi ya da rakipleri yeterli derecede teşhis edebilmesidir⁵⁴. Rakibin kendisi ya da ürünleri ile kurulacak bu bağlantı, *“bir eleştiri ya da eş değerde olmayı ifade eden bir karşılaştırma içinde verildiği”* zaman bir karşılaştırmalı reklamdan söz edilir⁵⁵.

Gerçekten de karşılaştırmalı reklamlar başkasının şahsı, malı veya hizmetleriyle bağlantı kurmak şeklinde yapılan reklamlar olarak ifade edilebilir. Karşılaştırmalı reklamda, genel itibarıyla üretici ya da satıcı, kendi mal veya hizmetini aynı nitelikteki rakip mal veya hizmetlerle karşılaştırmaktadır. Karşılaştırma; işletmenin kendisi, ürünleri, faaliyetleri ile fiyatları hakkında olabileceği gibi işletmelerin şube sayıları, alınan reklam sayıları, ciroları gibi sair değerler hakkında da olabilir⁵⁶.

1.1.4. Karşılaştırmalı Reklamların Türleri

Doktrinde karşılaştırmalı reklamların, aşağıda da değinileceği üzere, doğrudan, dolaylı, olumlu ve olumsuz karşılaştırmalı reklamlar olarak ayrıldığı kabul edilmektedir.

1.1.4.1. Doğrudan ve Dolaylı Karşılaştırmalı Reklam

Tic. Rek. Yön.’ün 2018 senesinde yapılan değişiklikten önceki versiyonunda 4. maddesinin 3 bendindeki tanım ile, karşılaştırmalı reklamlar

⁵⁴ Bozbel, (2006), s. 100.

⁵⁵ Arkan, S. (2001). Avrupa Topluluğu’nda Karşılaştırmalı Reklamlar. BATİDER. 21/1, s. 27.

⁵⁶ Nomer Ertan, (2016), s. 216.

doğrudan ve dolaylı olmak üzere ikiye ayrılmış; ancak 2018 yılında yapılan değişiklik⁵⁷ ile mevzuattaki bu ayrım Yönetmelik'ten kaldırılmıştır.

Ancak doktrinde hâlâ yer bulan bu ayrıma göre, doğrudan karşılaştırmalı reklamlardaki karşılaştırmalarda karşılaştırılan rakip ürünün ismi ya da markası sarıh bir şekilde belirtilir⁵⁸. Bu tür reklamlarda hem reklam verenin markası hem de karşılaştırma yapılan rakip markanın veya işletmenin ismi açık bir şekilde karşılaştırmada yer almaktadır. Tic. Rek. Yön.'de yapılan bahsi geçen değişiklik ile Türk hukukunda bu tip reklamlar yasaklanmıştır.

Doğrudan reklamların aksine, dolaylı karşılaştırmalı reklam tipinde rakiplerin işletme adları, onlara ait ürün veya markalar açıkça zikredilmez. Bu reklamlarda, reklam konusu ürün ya da hizmet piyasadaki diğer mal ya da hizmetlerle örtülü bir şekilde karşılaştırılmaktadır⁵⁹. Dolaylı reklamdaki karşılaştırma, rakibin markası ya da ürününün ismi verilmeden; ancak ima edilerek yapılabileceği gibi, süperlatif bir ifade kullanılarak da yapılabilir⁶⁰. Mesela reklam konusu ürün için “diğerlerinden daha etkili”, “rakiplerine göre on kata kadar daha hızlı”, “leke çıkarmada rakip tanımaz”, “en köklü”, “sektöründe lider” ifadelerini kullanmak da reklamı dolaylı karşılaştırmalı bir reklam kılacaktır.

1.1.4.2.Olumlu ve Olumsuz Karşılaştırmalı Reklam

Doktrinde, doğrudan ve dolaylı reklam ayrımına ek olarak, karşılaştırmalı reklamlar; olumlu ve olumsuz olarak da kategorize edilmektedir. Bu ayrıma göre “olumlu karşılaştırmalı reklam”larda reklam veren, kendi ürünü veya hizmetinin tanınmış rakibininki kadar iyi ve tercih edilebilir olduğunu vurgular⁶¹. Bu tip bir karşılaştırmalı reklamda reklam veren, reklamda kendisini ve ürünleri veya hizmetlerini karşılaştırdığı rakip işletmenin kendisi ve bunun ürünleri ya da

⁵⁷ RG, 28.12.2018, 30639.

⁵⁸ Özyurt, F. (2004). Ticari Reklam ve İlanlarda Karşılaştırma ve Kötüleme. Ankara: T.C. Sanayi ve Ticaret Bakanlığı, s. 9.

⁵⁹ Bozbel, (2006), s. 238.

⁶⁰ Aydın, İ. (2017). Pazarlama Perspektifinden Karşılaştırmalı Reklamlar. Anemon Muş Alparslan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi. 5/3, s. 902-903.

⁶¹ İnal, (2000), s. 67.

hizmetlerinin bilinirliği ve itibarından yarar sağlamaya çalışmaktadır. “Olumsuz karşılaştırmalı reklam” türünde ise reklam veren, kendi ürün veya hizmetlerinin rakibininkinden daha iyi ve üstün olduğunu vurgulayarak, rakibin şahsını, onun arz ettiği ürün veya hizmetlerini müşterilerin nezdinde küçültücü ifadelerle yer vermektedir⁶².

Teorik açıdan hangi kategori altında olursa olsun reklamın hukuka uygun olup olmadığının değerlendirmesi, aşağıda daha detaylı açıklanacak olan, tüm hukuka uygunluk şartlarını ihtiva etmesine bağlıdır. Bu şartlar reklamların tümünde kümülatif bir şekilde aranmakta olup, reklam çeşidine göre farklılık göstermemektedirler.

1.2. KARŞILAŞTIRMALI REKLAMLARIN TÜKETİCİ HUKUKU BAKIMINDAN HUKUKA UYGUNLUĞU

Yukarıda da belirtildiği üzere reklamların hem ulaştığı kitle hem reklam verenler hem de rekabetin kendisi üzerinde yadsınamaz etkileri olmaktadır. Reklamların içinde ise karşılaştırmalı reklamlar, reklam hukukunun en tartışmalı alanını teşkil etmektedir⁶³ ve bu sebeple de hem uluslararası hukukta hem Türk hukukunda çeşitli mevzuat hükümleri ile düzenlenmeleri gerekmiştir.

Bu bölümde karşılaştırmalı reklamların önce AB hukuku açısından hukuka uygunluklarının düzenlendiği mevzuat hükümleri ele alınacak, akabinde ise bunların Türk hukukundaki düzenlemeleri ve şartları detaylıca ve uygulamadan emsal kararlarla incelenecektir.

1.2.1. Karşılaştırmalı Reklamların AB Hukuku Açısından Hukuka Uygunluğu

Karşılaştırmalı reklamlar 1990’lı yıllarda A.B.D.’de çoktan oldukça

⁶² *Lensing-Kramer, A. & Ruess, P. (2004). Recent Developments in Comparative Advertising and Their Implications for Trademark Law in Germany. The Trademark Reporter. 94/6. s. 1315-1334.*

⁶³ *İnal, (2000), s. 60.*

alışıl gelmiş bir reklam stratejisi haline gelmişken, AB ise bu dönemde halen geleneksel dürüst rekabet uygulamalarına bağlıydı ve pek çok üye devletin reklam konusundaki yasaları A.B.D.'kinden çok daha sertti⁶⁴. 20. yüzyılda Kıta Avrupası'nda çoğu hukuk sisteminde rakiplere atıf yapan karşılaştırmalı reklamların rakiplerin ticari itibarından veya pazardaki konumundan karşılıksız yararlanma ("*free ride*") veya bunların haksız olarak irtikap edilmesine ("*misappropriate*") yönelik bir çaba olduğu ve doğrudan haksız rekabet teşkil ettiği kabul edilmekteydi⁶⁵.

AB düzeyinde karşılaştırmalı reklamlara dair bir uyumlaştırma önerisi ise ilk olarak 1975'te aldatıcı reklamlara dair yönergenin ilk tasarısında, aldatıcı ve yanıltıcı karşılaştırmalı reklamların yasaklanması şeklinde getirildi. Bu taslak 1978'de sadece esaslı ve doğrulanabilir unsurların karşılaştırılmasına izin veren başka bir norm taslağı ile değiştirildi; ancak o sırada çok sayıda üye ülkenin iç hukukunda karşılaştırmalı reklamların sarıh bir şekilde yasaklanmış olmasından hareketle kabul edilmedi⁶⁶.

Sonrasında karşılaştırmalı reklamlara dair mevzuatın uyumlaştırılmasına dair yeniden bir Yönerge önerisinin gündeme gelmesi ise 1991 yılını buldu ve bu tarihte bu amaçla yeni bir öneri yayınlandı⁶⁷. Bu öneride reklamların tüm mal ve hizmetlerin AB içindeki satışı için sahici satış yolları yaratan önemli bir araç olduğu, reklamın şekli ve içeriğinin belirlendiği mevzuatın yeknesaklaştırılması gerektiği; ancak karşılaştırmalı reklamlar için böyle bir yeknesaklık bulunmadığı açıkça belirtilmekte ve karşılaştırmalı reklamlara dair daha liberal bir yaklaşım önerilmekteydi. Bu kapsamda, üye devletlerin karşılaştırmalı reklamlara, hele ki doğrudan karşılaştırmalı reklamlara dair yaklaşımları çok çeşitlilik göstermekteydi. Örneğin, doğrudan karşılaştırmalı reklamlar Lüksemburg, İtalya ve Belçika'da kesinlikle yasak iken, bu reklamlar Almanya ve Fransa'da rakiplere önceden

⁶⁴ Bodewig, (1994), s. 181.

⁶⁵ Dornis ve Wein, (2016), s. 430.

⁶⁶ Spink, P. & Petty, R. (1998). Comparative Advertising in the European Union. The International and Comparative Law Quarterly. 47/4, s. 857.

⁶⁷ Bkz. Proposal for a Council Directive Concerning Comparative Advertising and Amending Directive 84/450 EEC Concerning Misleading Advertising, O.J. No. C.180/14, 11.07.1991.

bildirim yapılmadığı hallerde haksız rekabet sayılmaktaydı ve çok istisnai hallerde ise Hollanda ve İspanya’da karşılaştırmalı reklamlara izin verilmekteydi⁶⁸.

Bu çeşitlilik karşısında getirilen ve yukarıdaki paragrafta bahsi geçen taslak öneri pek çok itiraza maruz kalmış olduğundan⁶⁹ karşılaştırmalı reklamlar ancak, 1997’de 84/450 Sayılı Aldatıcı Reklamlara Dair Yönerge’de yapılan değişiklik ile bu yönergenin kapsamına alınarak düzenlenmiştir⁷⁰. Anılan 84/450 Sayılı Aldatıcı Reklamlara Dair Yönerge ise son olarak 2006 Aralık’ında mülga edilmiş ve yerine 2006/114 Sayılı Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlara İlişkin Yönerge (“AB Yönergesi”) kabul edilmiştir⁷¹.

Yürürlükteki bu AB Yönergesi’ne göre dürüst yapılan ve esaslı, alakalı, doğrulanabilir nitelikleri içeren karşılaştırmalı reklam tüketicileri bilgilendirmek için meşru bir yoldur ve her çeşit karşılaştırmalı reklamın AB Yönergesi kapsamında tutulması gerekmektedir⁷². Karşılaştırmalı reklamın, mal ve hizmet üreticileri arasındaki rekabeti tüketici lehine olacak şekilde canlandıracağı Yönerge ile de açıkça kabul edilmiştir⁷³.

AB Yönergesi, 4. maddesinde karşılaştırmalı reklamların hukuka uygunluk şartlarını ayrıntılı bir şekilde düzenlemektedir. Buna göre karşılaştırmalı reklamlar ancak; yanıltıcı olmadıkları, aynı ihtiyacı gideren veya aynı amaca yönelik mal ve hizmetleri karşılaştırdıkları, fiyat da dahil olmak üzere bu mal ve hizmetlerin bir ya da birden fazla esaslı, ilgili, doğrulanabilir niteliklerini objektif bir şekilde karşılaştırdıkları, rakiplerin markaları, ticari unvanları, sair ayırt edici işaretleri, mal ve hizmetleri, faaliyet veya durumlarını kötülemedikleri veya değersizleştirmedikleri, menşei belli olan ürünleri karşılaştırdıklarında bu ürünlerin aynı coğrafi kökenden olmaları, rakiplerin markaları, ticari unvanları ve sair ayırt edici işaretlerinin veya karşılaştırılan ürünlerin coğrafi yer işaretlerinin tanınmışlığından haksız yarar sağlamadıkları, reklam konusu mal veya hizmetleri

⁶⁸ *Spink ve Petty*, (1998), s. 855.

⁶⁹ *Bodewig*, (1994), s. 213.

⁷⁰ *Arkan*, (2001), s. 22, dipnot. 4.

⁷¹ Directive 2006/114/EC of The European Parliament and of The Council of 12 December 2006 Concerning Misleading and Comparative Advertising, md. 10.

⁷² Directive 2006/114/EC, para. 8.

⁷³ Directive 2006/114/EC, para. 6.

korunan bir markayı taşıyan mal veya hizmetlerin taklitleri şeklinde göstermedikleri ve reklam veren ve rakipler arasında veya reklam verenin markaları, ticari unvanı, sair ayırt edici işaretleri, mal ve hizmetleri ile rakibinkiler arasında bir iltibas yaratmadıkları sürece hukuka uygun kabul edilmişlerdir.

Yukarıda sayılan şartların varlığı kümülatif olarak aranmaktadır ve karşılaştırmalı reklamların hukuka uygun olarak kabul edilmeleri için bu şartların bütününe ihtiva etmeleri gerekmektedir⁷⁴. Bu şartların tamamını haiz olan karşılaştırmalı reklamların ise hem hukuka uygun olacakları hem de rakiplerin markaları veya ticari unvanlarından doğan haklarına tecavüz teşkil etmeyecekleri açıktır⁷⁵.

Mülga 84/450 Sayılı Yönerge ilk maddesinde amacını *“tüketicileri, ticari veya iş faaliyetlerinde bulunanları ya da bir zanaat veya meslek ile meşgul olanları ve genel olarak kamunun menfaatlerini yanıltıcı reklamlara ve bunların haksız sonuçlarına karşı korumak”* olarak belirlemişti. Ancak, güncel durumda yürürlükte olan AB Yönergesi ise ilk maddesinde amacının *“tacirleri yanıltıcı reklamlara ve bunların haksız sonuçlarına karşı korumak ve karşılaştırmalı reklamların hangi şartlarda yapılabileceğini belirlemek”* olduğunu öngörmektedir. Yürürlükteki AB Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlara İlişkin Yönerge’nin amacı, 2005 senesinde AB Haksız Ticari Uygulamalar Yönergesi’nin⁷⁶ (“Haksız Ticari Uygulamalar Yönergesi”) kabul edilmesi üzerine, tüketicilerin yanıltıcı reklamlara karşı korunmasından tacirlerin yanıltıcı reklamlara karşı korunmasına doğru kaymıştır.

Haksız Ticari Uygulamalar Yönergesi ticari işletmelerin tüketicilerle olan ilişkilerini düzenlemektedir, dolayısıyla yanıltıcı reklamlara dair hükümleri, mülga 84/450 Sayılı Yönerge’deki tacirler ve tüketiciler arasındaki ilişkileri düzenleyen hükümlerinin yerine geçmiştir. Ancak çalışmanın konusunu oluşturan karşılaştırmalı reklamlara dair ise böyle bir ayrıma gidilmediğini hatırlatmakta

⁷⁴ Directive 2006/114/EC, para. 11.

⁷⁵ *Spink ve Petty*, (1998), s. 858.

⁷⁶ Directive 2005/29/EC concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council (‘Unfair Commercial Practices Directive’), bkz. O.J. No. L 149/22, 11.6.2005.

fayda vardır. Dolayısıyla karşılaştırmalı reklamlar söz konusu olduğunda, ilişkinin tacirler arası veya tacirlerle tüketici arasında olup olmadığına bakılmaksızın hem Haksız Ticari Uygulamalar Yönergesi hem de Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlara İlişkin Yönerge geçerli olacaktır⁷⁷.

Bununla beraber, Uluslararası Ticaret Odası da Uluslararası Reklam Uygulama Esasları'nı düzenlemiş olup bu uygulama esasları, reklamcılık alanında önemli bir uluslararası hukuk düzenleyici kaynağıdır. Uluslararası Reklam Uygulama Esasları'nın 11. maddesinde reklamlarda kullanılan karşılaştırmalar düzenlenmektedir. Bu hüküm gereği, *“karşılaştırma içeren pazarlama iletişimlerinde, karşılaştırma yanıltıcı olmamalı ve dürüst rekabet ilkelerine uyulmalıdır. Karşılaştırma noktaları doğrulanabilir gerçeklere dayanmalı ve hakkaniyete uygun olarak seçilmelidir.”*⁷⁸

1.2.2. Karşılaştırmalı Reklamların Türk Hukuku Açısından Hukuka Uygunluğu

İdeal şartlar altında karşılaştırmalı reklamlar, tüketicilerin daha hızlı ve kolay bir şekilde bilgi almalarına ve piyasada mevcut yüzlerce ürün ve hizmet arasından kendileri için en uygununu seçmelerine, bu vesileyle daha bilinçli alım tercihleri yapabilmelerine⁷⁹ yardımcı olduklarından ötürü kural olarak hukuka aykırı değildirler. Ancak, karşılaştırmalı reklamların hukuka uygun kabul edilebilmeleri için mevzuatta düzenlenen şekillerde yapılmaları gerekir. Yargıtay da karşılaştırmalı olarak meşrubat markalarının yer verildiği bir katalog için *“... katalogda her hangi bir karalama ve kötüleme ibaresine rastlanmadığı, aksine davalının kendi ayırt ediciliğini vurguladığı, davanın çözümünde esas alınması*

⁷⁷ Sharp, C. W. (2012). The Intersection of Comparative Advertising and Trademark Laws in the United States and the European Union. *Nordic Journal of Commercial Law*. 2012/1, s. 4.

⁷⁸ *“Marketing communications containing comparisons should be so designed that the comparison is not likely to mislead, and should comply with the principles of fair competition. Points of comparison should be based on facts which can be substantiated and should not be unfairly selected.”*, International Chamber of Commerce, ICC Advertising and Marketing Communications Code, 2018, md. 11.

⁷⁹ Şener, (2016), s. 627.

gereken ilkelerin TTK'nın 54 ve 55. maddeleri olduğu, haksız rekabet hükümlerine göre engellenebilecek eylemler söz konusu olmadığı sürece karşılaştırmalı reklamın hukuka aykırı sayılamayacağı''nı vurgulayarak, haksız rekabet teşkil etmediği sürece hukukumuzda karşılaştırmalı reklamlara cevaz verildiği görüşünde olduğunu açıkça belirtmiştir⁸⁰.

Karşılaştırmalı reklamların hukuka uygun olmaları için TTK 55. maddesinde düzenlenen haksız rekabete sebebiyet vermemeleri ve TKHK'nın 61. maddesinde öngörülen şartlara uymaları gerekir. Bunlara ek olarak, karşılaştırmalı reklamlar Tic. Rek. Yön. madde 8 fıkra 1'de düzenlenmiştir. Anılan hüküm uyarınca karşılaştırmalı reklamlar aldatıcı ve yanıltıcı olmamaları, haksız rekabete yol açmamaları, karşılaştırılan mal veya hizmetlerin aynı ihtiyaçları karşılaması ya da aynı amaca yönelik olmaları, tüketiciye fayda sağlayacak bir hususun karşılaştırılmaları, karşılaştırılan mal veya hizmetlerin, fiyatı da dahil, bir ya da daha fazla maddi, esaslı, doğrulanabilir ve tipik özelliğinin objektif olarak karşılaştırılmaları, nesnel, ölçülebilir, sayısal verilere dayanan iddiaların bilimsel test, rapor veya belgelerle ispatlanmaları, rakiplerin fikri ve sınai mülkiyet haklarını, ticaret unvanını, işletme adını, diğer ayırt edici işaretlerini, mallarını, hizmetlerini, faaliyetlerini veya diğer özelliklerini kötülememeleri veya itibarsızlaştırmamaları, menşei belirtilmiş mal veya hizmete ilişkin karşılaştırmada, mal veya hizmetlerin aynı coğrafi yerden olmaları, reklam veren ile rakibinin markası, ticaret unvanı, işletme adı veya diğer bir ayırt edici işareti ya da mal veya hizmetleri ile ilgili karışıklığa yol açmamaları, Reklam Kurulu'nca belirlenen ilkelere aykırı olmamaları koşullarıyla yapılabilir. Görüldüğü üzere, Tic. Rek. Yön. ile karşılaştırmalı reklamlara dair getirilen hukuka uygunluk şartları genel olarak AB Yönergesi'nde öngörülen şartlarla aynıdır.

Buna göre, karşılaştırmalı reklamların hukuka uygunluğu için gerekli şartlar aşağıda sırasıyla ve detaylı bir şekilde, yeri geldiğinde mehz AB hukuku ve

⁸⁰ Yargıtay 11. HD, 20.1.2016 tarihli ve E. 2015/6501, K. 2016/555 sayılı kararı. Aynı doğrultuda bkz. Yargıtay 11. HD, 14.3.2002 tarihli ve E. 2001/10574, K. 2002/2316 sayılı kararı ile Yargıtay 11. HD, 20.2.1998 tarihli ve E. 1997/9233, K. 1998/1026 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bankası).

uluslararası hukuk hükümleri eşliğinde ve uygulamadan emsal kararlar da verilerek incelenecektir.

1.2.2.1. Aldatıcı ve Yanıltıcı Olmama

Karşılaştırmalı reklamların da diğer tüm reklamlarda olduğu gibi yanıltıcı ve aldatıcı olmamaları gerekir⁸¹. Mevzuatımızda, aldatıcı ve yanıltıcı reklamın tanımı ilgili TKHK veya Tic. Rek. Yön. hükümlerinde açıkça yapılmamıştır. AB hukukunda ise Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlara İlişkin Yönerge'nin 2. maddesinde aldatıcı reklam, *“sunulması da dahil herhangi bir şekilde yöneltildiği veya ulaştığı kişileri yanıltan veya yanıltması mümkün olan ve bu yanıltıcı niteliği dolayısıyla onların ekonomik davranışlarını etkilemesi muhtemel olan veya bu nitelikleri dolayısıyla bir rakibe zarar veren veya zarar vermesi muhtemel olan reklamlar”* ifadesi ile tanımlanmaktadır⁸².

Türk hukuku doktrinde ise aldatıcı reklam, tüketicilerin ekonomik davranışlarını etkileyebilecek ölçüde yanlış, yanıltıcı veya eksik bilgi içererek hitap ettiği kitle açısından orta seviyede kabul edilebilecek bir tüketiciyi aldatan veya aldatma ihtimali bulunan reklam olarak tanımlanmaktadır⁸³. Pratikte ise reklamların ya aktif bir biçimde gerçeğe aykırı bilgiler vererek ya da pasif bir biçimde reklam konusu ürün ya da hizmet ile ilgili esaslı ve önemli bilgilere yer vermeyerek aldatıcı ve yanıltıcı olmaları mümkündür. Karşılaştırmalı reklamda yanıltma ve aldatıcılık; karşılaştırmada kullanılan istatistiksel verilerin yanlış olması, fiyatların farklı temellere dayanması, önemli ve esaslı unsurların atlanarak karşılaştırmanın alakasız ve önemsiz unsurlar arasında yapılmasıyla vuku bulabilmektedir.

Uygulamada da reklamlarda yer verilen ifadelerin kendileri doğru olsa bile reklamın bütünü değerlendirildiğinde eksik bilgi verilerek tüketicilerin yanıltıldığına kanaat getirildiği reklamlar aldatıcı bulunmaktadır. Reklam Kurulu,

⁸¹ İnal & Baysal, (2008), s. 55.

⁸² İnal, (2000), s. 102 vd.

⁸³ İnal & Baysal, (2008), s. 55 vd.

Orkid markalı ped reklamlarında yer alan “*Türk Jinekoloji Derneği’nin onayladığı tek marka*” ifadesinin, her ne kadar bu ifade gerçeği yansıtsa dahi, yanıltıcı olduğuna karar vermiştir. Zira reklam veren, reklamda, onay almak amacıyla kendisi hariç Türk Jinekoloji Derneği’ne başvuran başka hiçbir bir firma bulunmadığı bilgisini vermemektedir⁸⁴.

Reklam Kurulu başka bir değerlendirmesinde, reklam verenin kendi hizmeti ile Almanya’daki başka bir operatörün veri indirme hızını görseller göstererek karşılaştırmasını, “*ortalama 3G veri indirme (download) hızı ile Almanya’daki operatörlerin ortalama 3G veri indirme (download) hızı arasında yapılıyor olmasına rağmen reklam içeriğinde veri yükleme (upload) görselleri kullanılarak bahsi geçen reklamlarda yer alan iddianın bu iddiaya dayanak oluşturmayan veriler ile desteklenmeye çalışıldığı*” gerekçesiyle yanıltıcı bulmuştur⁸⁵. Dolayısıyla, reklamlarda yanlış verilere dayanılarak yapılan karşılaştırmalar çok açık bir şekilde aldaticılık ve yanıltıcılık içermekte ve hukuka aykırı olmaktadır.

Unutulmamalıdır ki aldaticılık, her reklam için somut olayın şartları göz önüne alınarak ve reklamdaki tüm unsurlar bir bütün halinde ele alınarak, hedef tüketici kitlesi de düşünülüp değerlendirilmelidir. Yargıtay içtihatlarına göre, reklamda geçen ifadelerin “aldaticı” nitelikte kabul edilmesi için reklamın hitap ettiği tüketici kesiminde illa bir aldatılma meydana gelmesi gerekmez, aldatma ihtimalinin varlığı dahi yeterlidir. Bu minvalde, Yargıtay önüne gelen bir dosyada, Sabah gazetesinin “*Türkiye’nin en çok satan gazetesi*” ibareli reklamını değerlendirerek, reklamın aldaticı olması için illa bir aldanmanın gerçekleşmiş olmasını gerekli görmemiş; ancak reklamda “*yanlış ve yanıltıcı (aldaticı) bilgi sunulmasını*” yeterli görmüştür⁸⁶.

Aldaticılık tehlikesinin, reklam konusu ürün ya da hizmetin reklam ile hitap

⁸⁴ Reklam Kurulu, 09.12.1997 tarihli ve D. 1997/58, T. No. 27 sayılı kararı (Lexpera İçtihat Bankası).

⁸⁵ Reklam Kurulu, 22.4.2015 tarihli ve D. 2015/270, T. No. 235 sayılı kararı (Lexpera İçtihat Bankası).

⁸⁶ Yargıtay 11. HD, 20.02.1998 tarihli ve 1997/9233 E., 1998/1026 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bankası).

ettiği tüketici kesiminin uzmanlık seviyesi, bilinçlilik ve eğitim durumuna göre hesaplanması gerekir. Ortalama tüketici Tic. Rek. Yön. md. 4/1(j)'de *ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden, tüketici işlemi ya da tüketiciye yönelik uygulamaların her aşamasında makul düzeyde bilgiye sahip olan gerçek veya tüzel kişi* olarak tanımlanmaktadır.

Doktrindeki baskın görüşe göre, “*ortalama ya da makul tüketici*” esas alınmalıdır⁸⁷. Hayatın olağan akışı içinde, esas alınacak bu “*ortalama ya da makul tüketici*” her karşılaştığı her reklamın üzerinde derinlemesine ve detaylı olarak durmaz ve hatta bu dikkat seviyesindeki ortalama bir tüketiciden derinlemesine bir reklam analizi yapması da beklenemez⁸⁸.

Aynı şekilde, her reklam farklı bir tüketici kesimine hitap etmeyi hedeflediğinden, her bir reklam kendi hitap ettiği kesim açısından ve bu kesimdeki makul bir tüketicinin dikkat, bilgi ve özen seviyesi ele alınarak değerlendirilmelidir. Örneğin, bir oyuncak reklamı için aldaticılık değerlendirmesi yapılırken bu reklamın çocuklara hitap ettiği dikkate alınmalıdır⁸⁹. Şüphesiz ki bir oyuncak reklamı ile, örneğin, doktorlara hitap eden mesleki bir ürün reklamında kullanılan ifadelerin aldaticılığı farklı dikkat seviyeleri açısından değerlendirilmelidir. Dolayısıyla, mesela, bir oyuncak reklamında yapılan karşılaştırmanın aldaticı nitelikte sayılması çok daha olasıdır.

Yargıtay da inşaat malzemeleri için “*Yalıtımın Türkiye'deki adı*” sloganının aldaticı nitelikte olup olmadığını değerlendirirken “*Tüketiciler reklam ve sloganlarda ürünlerin amacına uygunluğu, niteliği ve kalitesi konusunda kimi zaman abartılı ifadeler kullanılabileceğini bilmekte ve bu sloganlara bu kapsamda bir değer ve inandırıcılık atfedildiği, dolayısıyla çekişmeli markayı ve sloganı gören ortalama tüketicilerin tamamına yakını, yalıtım sektöründe sadece başvuru sahibi davalının olduğu, başkaca bir marka yada firmanın faaliyetinin ve ürünlerinin olmadığını düşünmesi ve yanılması makul ve kabul edilebilir bir sonuç olmadığı,*

⁸⁷ İnal & Baysal, (2008), s. 26.

⁸⁸ Göle, (1983), s. 74-75.

⁸⁹ Güven, K. (2015). Reklam Hukuku Perspektifinden Avrupa Birliği, Alman ve Türk Hukuklarında Tüketici Ölçütü: Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın “Gut Springenheide” Kararı Üzerinden Bir İnceleme. TBB Dergisi. 120, s. 505.

esasen bu tür bir yanıltıcılık değerlendirilirken de 17. sınıftaki inşaat malzemeleri alıcılarının makul seviyede özenli, yeterince mal ve sektör hakkında bilgisi bulunan ortalama tüketicilerin algısı ve anlayışı dikkate alınacağı” hususuna kanaat getirerek, reklam konusu ürünlerin hitap ettiği ortalama tüketicinin dikkat ve özen seviyesini esas almıştır⁹⁰. Yargıtay, bu kararı ile reklamlarda abartılı ifadeler kullanılabileceğini ve abartılı ifadelerin kullanılmasının reklamları doğrudan aldatıcı kılmayacağını da belirtmiştir.

Hayatın olağan akışı içinde reklamlarda abartılı ifadelere yer verilebileceği ve safi bu hususun reklamları aldatıcı kılmayacağı Yargıtay tarafından yıllar içinde geliştirilen bir içtihatır. Zira, 1999 tarihli bir kararında Yargıtay, dava konusu *"Ege'nin tek gazetesi Yeni Asır"* sloganlı reklamları, reklam konusu gazetenin Ege'nin tek gazetesi olmadığı gerekçesiyle *"tüketiciyi aldatıcı, yanıltıcı, onun bilgi ve deneyim eksikliğini sömürücü"* nitelikte bulmuştur⁹¹.

Ancak, yukarıda da belirtildiği üzere, Yargıtay'ın bu sert tutumu hem teknolojinin hem de reklamcılık anlayışının gelişmesiyle değişmiş ve yerini, abartılı ifadelerin reklam uygulamasında sıklıkla kullanıldığı, bu nedenle de her reklamın tüketicisi itibarıyla somut özellikleri dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiğine dair nispeten daha yumuşak bir yaklaşıma bırakmıştır. Yargıtay'ın daha sonraki, 2016 tarihli bir kararına konu olayda, tarafların internet sitelerinde kullanılan *"1,5 Milyon yeni kullanıcımız oldu"*, *"Türkiye'de dil okullarına giden öğrencilerin %50'si com'u kullanıyor"*, *"Türkiye'nin en büyük online eğitim sitesi"*, *"15 saatte 800 kelime öğrenebileceğini bilimsel olarak garantileyen bir başkası var mı"*, *"kelime öğrenme üzerine açılmış ilk ve tek site"* ibarelerini aldatıcı bulmuş; ancak dava konusu diğer ifadeleri sadece abartılı bularak *"son kullanıcı tüketici üzerinde olumsuz"* etki yaratmadıkları gerekçesiyle aldatıcı nitelikte bulmamıştır⁹².

⁹⁰ Yargıtay 11. HD, 19.4.2017 tarihli ve E. 2015/14421, K. 2017/2252 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bankası).

⁹¹ Yargıtay 11. HD, 12.10.1999 tarihli ve E. 1999/3173, K. 1999/7795 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bankası).

⁹² Yargıtay 11. HD, 10.3.2016 tarihli ve E. 2015/5997, K. 2016/2716 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bankası).

Reklamlarda kullanılan abartılı karşılaştırmaların ne koşullarda hukuka uygun sayılacağı muğlaktır ve her reklam kendi şartları altında değerlendirilir. Bu ifadelerin ne zaman aldatıcı veya yanıltıcı olacağı Mahkemeler tarafından karşılaştırmalı reklamın, “*objektif ve ölçülebilir olmadığı*” takdirde “*dürüstlük kurallarına*” aykırı olacağı ve “*hoş görülebilir abartının üstünde üstünlük iddiası içeren reklamlardaki iddianın doğruluğunun reklam anında ve reklam veren tarafından ispat edilmiş olması*” halinde hukuka uygun olduğu kabul edilmektedir⁹³. Dolayısıyla, reklamlardaki her abartılı ifade reklamı aldatıcı nitelikte kılmamakta; ancak hitap ettiği tüketici kesimi üzerinde olumsuz etkilere yol açan veya açabilecek durumdaki ifadeler aldatıcı ve/veya yanıltıcı olarak nitelendirilmektedirler.

Bununla beraber belirtilmelidir ki, özellikle gerçekleri yansıttıkları takdirde reklamlarda abartılı ifadeler kullanılarak örtülü karşılaştırmalar yapılması yanıltıcı veya aldatıcı olarak kabul edilmemektedir. İstanbul 1. Asliye Ticaret Mahkemesi de 2018 tarihli bir kararında bu hususu vurgulayarak “*...Reklamın yapıldığı zaman diliminde Turkcell şirketinin en fazla abone sayısına sahip olduğu bu hali ile abone sayısında lider ifadesinin aldatıcı reklam niteliğinde bulunmadığı, Davalı Turkcell firmasının 2016 yılında 4 G bandında çalışmaya başladığı, bu tarihte incelenen belgeler ile rakip GSM firmaları olan ... ve davacı ... un henüz sadece onay aldıkları bu hali ile " 4.5G' de lider ifadesinin gerçeği ifadesi olduğu*” gerekçesiyle reklam verenin karşılaştırmalı reklamlarını hukuka uygun bulmuştur⁹⁴.

Şüphesiz ki pratikte, karşılaştırmalı reklamlarda aldatıcılık veya yanıltıcılık niteliği en sık “en”, “tek”, “ilk” gibi süperlatif ibareleri içeren reklamlarda söz konusu olabilmektedir. Bu tarz yanıltıcı reklamlarda reklam veren, reklam konusu ürününü çoğu zaman gerçeğe aykırı bir şekilde piyasadaki en iyi ürün olarak tanıtmaktadır⁹⁵. Bu tip iddiaları içeren süperlatif reklam çeşitlerine aşağıda daha

⁹³ İstanbul 5. ATM, 18.10.2019 tarihli ve E. 2015/1174 K., 2019/1021 sayılı kararı (Lexpera İçtihat Bankası).

⁹⁴ İstanbul 1. ATM, 18.4.2018 tarihli ve E. 2016/900, K. 2018/408 sayılı kararı (Lexpera İçtihat Bankası).

⁹⁵ Karahan, S. (2001). “Süper Lüks” “Süper 1” “Ekstra” ve “Lüks 1” İşaretlerinin Gıda Markalarında Kullanılması Mümkün müdür?. FMR. 1/3, s. 38.

ayrıntılı bir biçimde yer verilecektir. Ancak burada önemle vurgulanmalıdır ki, bu tip ifadeler her ne kadar karşılaştırma içerse de genel itibariyle soyut oldukları ve gerçek bir abartma içerdiklerinden ve reklamlarda da sıklıkla bu ifadelere yer verildiğinden, burada artık aldatıcılık veya yanıltıcılık tehlikesinden bahsetmek mümkün olmamalıdır. Mesela Yargıtay bir kararında, son derece yerinde olarak, bir reklamda kullanılan “*Dünyanın en iyi asansörü*” ibaresinin abartılı olduğunun açık olması karşısında bu reklamı aldatıcı bulmamıştır⁹⁶.

Bu tip “zirvede yalnız” tipindeki reklamlar, kural olarak, gerçeği kesinlikle yansıtmıyorsa aldatıcı veya yanıltıcı kabul edilebilmektedirler. Ancak “zirvede yalnız” tipinde dolaylı karşılaştırmalar içeren reklamların değerlendirilmesi her zaman kolay olmamaktadır. Örneğin, İsviçre Federal Mahkemesi önüne gelen bir dosyada “*İsviçre’nin en büyük sürücü okulu*” ifadesini değerlendirirken, reklam veren sürücü okulunun cironun mu, öğrenci sayısının ya da diğer başkaca unsurların mı esas alınarak İsviçre’nin en büyük okulu olarak nitelendirilmesi gerektiğini sorgulamıştır⁹⁷.

Bütün bu açıklamalar ışığında, karşılaştırmalı reklamların hukuka uygunluğu açısından değerlendirilmesinde ise karşılaştırma yapılan ürünlerin özellikleri, fiyatları gibi unsurlar için kullanılan ifadelerin, reklamın hedef kitlesine mensup ortalama düzeydeki bir tüketici için aldatıcılık riski olup olmadığına bakılmalıdır. Abartılı ifadelerin, reklamcılıkta yaygın olarak kullanıldığı da hesaba katılmalı ve özellikle süperlatif iddialar içeren reklamların, her gün sayısız reklama maruz kalan günümüz tüketicisi için gerçekten aldatıcı veya yanıltıcı olup olmadığının dikkatlice tespit edilmesi gerekir. Şüphesiz ki, çoğu durumda günümüz kapitalist ve liberal ekonomi sistemiyle beraber gelişen rekabetçi reklamcılık uygulamalarına alışkın tüketici, her abartılı veya süperlatif ifade içeren reklam karşısında aldatıcılık tehlikesi ile yüz yüze olmayacaktır⁹⁸.

⁹⁶ Yargıtay 11. HD, 08.03.2011 tarihli ve E. 2009/3226, K. 2011/2411 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bankası).

⁹⁷ Yarah, L., Türk Ticaret Kanunu Madde Gereklere, s. 20
<<http://www.ticaretkanunu.net/wp-content/uploads/2010/04/Turk-Ticaret-Kanunu-Madde-Gereklere.pdf>> (Erişim tarihi: 09.12.2020).

⁹⁸ Ayhan, R. & Özdamar, M. & Çağlar, H. (2011). Ticarî İşletme Hukuku Genel Esaslar. (4. baskı). Ankara: Yetkin, s. 232.

1.2.2.2. Karşılaştırılan Mal veya Hizmetlerin Aynı İhtiyaçları Karşılamaı ya da Aynı Amaca Yönelik Olması

Bu hüküm uyarınca reklamda karşılaştırma konusu mal ve hizmetlerin gerçek anlamda karşılaştırılabilir olması gerekmektedir. Karşılaştırmaya konu olabilecek değerler Tic. Rek. Yön.'de açık şekilde belirtilmemiş olmakla birlikte TTK 55. maddesinin ilk fıkrasının a bendindeki 5 numaralı alt bent uyarınca karşılaştırma konusunun kişiler, mallar, iş ürünleri, faaliyetler ve fiyatlar olabileceği söylenebilir⁹⁹. Bu düzenleme AB Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlara İlişkin Yönerge ile de uyumludur¹⁰⁰. Uluslararası Ticaret Odası da Uluslararası Reklam Uygulama Esasları'nda reklamda karşılaştırılan ürünlerin aynı ihtiyaçları karşılaması ve aynı amaca yönelik olmalarını gerektirmektedir¹⁰¹.

Karşılaştırmalı reklamların hukuka uygunluğuna dair bu şart, TKHK'nın 61. maddesinin 5. fıkrası hükmünde de yer almıştır¹⁰². Bahsi geçen hükümde de rakip mal veya hizmetlerin karşılaştırmalı reklamının yapılabilmesi, bunların aynı amaç ve/veya hizmete yönelik olması koşuluna bağlanmıştır. Bu hükmün gerekçesinde, *"...aynı nitelikte veya aynı ihtiyaçları karşılayan mal ve hizmetleri objektif olarak karşılaştıran reklamlar yapılabilir. Ancak bunların dürüst rekabet ilkelerine uygun olmaları ve izleyicileri yanıltmamaları gerekir."* denmektedir¹⁰³. Dolayısıyla, karşılaştırmalı reklamların tüketici hukuku yönünden de hukuka uygun olmaları için reklam konusu ürün ya da hizmetlerin birebir aynı olması gerekmez; ancak söz konusu ürün veya hizmetlerin aynı amaç ve hizmete yönelik olması, yani ikame edilebilir olmaları gerekli ve yeterlidir¹⁰⁴. Doktrinde ise birbirleriyle alakasız mal ve hizmetlerin karşılaştırılmasının, reklamların tüketicilere doğru alım tercihleri

⁹⁹ Bozbel, (2006), s. 93.

¹⁰⁰ Bozbel, (2006), s. 113.

¹⁰¹ International Chamber of Commerce, ICC Advertising and Marketing Communications Code, 2018, Article D3.

¹⁰² Akipek, Ş. (2001). Türkiye'de Tüketicinin Korunmasının Yasal Boyutu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun. Standart Ekonomik ve Teknik Dergisi. 31, s. 24-31.

¹⁰³ Başöz, L. & Çakmakçı, R. (2014). Gerekçeleri, Komisyon Kararları ve TBMM Tutanakları ile Birlikte Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun. İstanbul: Legal, s. 126.

¹⁰⁴ Erdem, D. (2016). Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın C-159/09 Sayılı Lidl Kararının Yargıtay Kararları Işığında İncelenmesi. Leges Hukuk Dergisi. 82-83-84, s. 78.

yapmaya yönelik bilgi verme fonksiyonunu yerine getirmediği ve “*reklam yapma hakkının kötüye kullanılması*” olduğu ileri sürülmektedir¹⁰⁵.

Karşılaştırılabilir olma durumu *İnal* ve *Baysal* tarafından “*denklik*” terimi ile ifade edilmektedir. Buna göre karşılaştırılan ürün ve hizmetler arasında “*miktar, nicelik, nitelik, fiyat, kalite*” bakımından denklik bulunmayan durumlarda karşılaştırma yapılamayacaktır¹⁰⁶. Karşılaştırma, aynı nicelik ve nitelikteki, aynı amaca yönelik ürün veya hizmetler ile aynı faaliyet sektöründeki kişiler arasında yapılmalıdır. Karşılaştırmaya konu ürünler hem miktar hem kalite anlamında birbirine denk olmalıdır¹⁰⁷. Bu durum, aslında işin doğası gereğidir. Anılan yazarlara göre, karşılaştırılabilir unsurların olmamasına rağmen yine de karşılaştırma yapılması, çoğunlukla reklamın aldatıcı olmasına neden olacaktır.

Ancak *Bozbel* tarafından, oldukça yerinde bir şekilde, karşılaştırılabilirlik kriterinin çok dar yorumlanmaması gerektiği, karşılaştırma konusu unsurlar arasında ayniyet derecesine varan işlevsellik aramanın karşılaştırmalı reklamın uygulama alanını çok daraltacağı ifade edilmektedir. Eğer ilgili reklamın hitap ettiği kesimde, olağan bir değerlendirme neticesinde, karşılaştırılan mal ve hizmetlerin ikame edilebilir nitelikte olduğu algısı doğuyorsa karşılaştırılabilirlik kriterinin gerçekleştiği kabul edilebilecektir¹⁰⁸.

Türk reklam hukuku uygulamasında ise bu kriter, çoğu zaman dar bir yorumla ele alınmaktadır. Şöyle ki, Reklam Kurulu’nun kararlarında da bu şartın sıkı bir şekilde yorumlanıp sıkça uygulandığını görülmektedir. Örneğin, bir maden suyu işletmecisinin internet sitesinde yer verdiği tanıtım sayfasında, “*Süt ile doğal maden suyu karşılaştırıldığında her iki besinin de vücuda yararlı olan mineralleri benzer derecede içerdiği bilimsel olarak ortaya konmuştur.*” şeklindeki ifadeleri Reklam Kurulu tarafından “*süt ve maden suyunun aynı ihtiyaca veya aynı amaca yönelik ürünler olmaması nedeniyle*” ve anılan reklam değerlendirildiğinde reklam konusu maden suyunun sütün ikamesi şeklinde gösterilerek aldatıcı ve yanıltıcı

¹⁰⁵ *Arkan*, (2001), s. 31.

¹⁰⁶ *İnal & Baysal*, (2008), s. 60.

¹⁰⁷ *İnal*, (2000), s. 69.

¹⁰⁸ *Bozbel*, (2006), s. 113.

olması itibarıyla hukuka aykırı bulunmuştur¹⁰⁹. Görüldüğü üzere, süt ve maden suyunun ‘içecek’ üst kategorisi altında beraber yer alsalar dahi, bu ürünler karşılaştırmalı reklama konu olmaları için yeterli derecede aynı amaca yönelik görülmemiştir. Oysaki, bu iki tip ürünün de ‘içecek’ kategorisinde yer aldığı ve birebir aynı amaca yönelme de benzer amaçlar için kullanılarak çok benzer ihtiyaçları karşıladığından, aksi bir yorum getirilmesi mümkün olmalıdır.

Hatta başka bir kararında Reklam Kurulu, ağda ile tütün dökücü ürünleri bile karşılaştırmaları açısından aynı nitelikte kabul etmemiş ve bu nedenle bunların mukayese edildiği bir reklamı hukuka aykırı kabul etmiştir¹¹⁰. Reklam Kurulu anılan kararında detaylı bir hukuki gerekçeye ver vermemekle birlikte tütün dökücü ürünler ile ağda ürünlerinin aynı nitelikte olmadığı ve aynı istek ya da ihtiyaca cevap vermediğini değerlendirmiştir. Dolayısıyla Reklam Kurulu bu kararında son derece dar bir yorumlamada bulunmuştur.

Yine bu tip bir dar yorumlama ile değerlendirdiği başka bir kararında Reklam Kurulu, reklam verenin çikolatalı-sütlü puding ürünü ile diğer çikolatalar arasındaki karşılaştırmayı da bu ürünlerin farklı gıda kodeksi tebliğlerinde düzenlenmiş olmalarından hareketle aynı nitelikte olmadıklarına karar vererek, reklam hukuku mevzuatına aykırı bulmuştur¹¹¹.

Görüldüğü üzere, söz konusu mukayeseli ürünler aynı amaçlara yönelik olsalar bile, karşılaştırmalı reklamlar açısından aynı nitelikte kabul edilmemişlerdir ve dolayısıyla, pratikte bu şart oldukça dar bir şekilde yorumlanmaktadır.

Kanaatimizce bu denli dar bir yorumlama karşılaştırmalı reklamlar bakımından ciddi bir engel teşkil etmektedir. Özellikle anılan kararlarda aynı istek ya da ihtiyaca cevap verme kriterinin dar yorumlanıyor olması aralarında ufak farklılıklar olan ürün grupları arasında karşılaştırma imkanını ortadan kaldırmaktadır. Nitekim rekabetçi ve serbest piyasa koşullarında bazen her iki

¹⁰⁹ Reklam Kurulu, 13.3.2018 tarihli ve D. 2017/4154, T. No. 270 sayılı kararı (Lexpera İçtihat Bankası).

¹¹⁰ Reklam Kurulu, 10.11.2015 tarihli ve D. 2015/1002, T. No. 242 sayılı kararı (Lexpera İçtihat Bankası).

¹¹¹ Reklam Kurulu, 13.10.2015 tarihli ve D. 2015/1132, T. No. 241 sayılı kararı (Lexpera İçtihat Bankası).

benzer ürün aynı tüketici istek ya da ihtiyacını karşılamakta olsa da aralarındaki ufak farklılıklar nedeniyle kullanım şekli değişebilmektedir. Bu tür durumlarda karşılaştırmalı reklamı yapılan bu tür ürünlerin hizmet ettiği ihtiyacın değerlendirilmesinde yapılabilecek dar bir yorumlama söz konusu reklamların hukuka aykırı olması sonucunu doğurabilir. Konuyu Reklam Kurulu'nun yukarıdaki kararları bakımından ele aldığımızda puding ürünü ile diğer çikolata ürünlerinin farklı kodekslerde düzenleniyor olması nedeniyle karşılaştırmalı reklamının hukuka uygunluğundan bahsedilemeyecek olsa bile tüy dökücü ürünler ile ağda ürünlerinin aynı tüketici talebini karşıladığını savunabiliriz.

Reklamda karşılaştırılan ürün veya hizmetlerin birebir aynı ihtiyaca yönelik birebir aynı tip ürün veya hizmetler olmasını aramak reklam kısıtlamalarının biraz da olsa ölçüsüz bir şekilde geniş yorumlanmasına sebep olacaktır. 2017 tarihli bir kararında Reklam Kurulu reklam verenin, *“mobil internete bağlanırken sabit internet bağlantısına geçen tüketicilere, ‘Şu anki F1 bağlantı hızının kullandığın Wi-fi’den daha hızlı olduğunu biliyor muydun? ... hızını doya doya yaşamak için tarifene ek 1GB internet sadece 9TL ...”* şeklinde gönderdiği mesajlarını, *“bahsi geçen mobil internet ve Wifi ile bağlanılan sabit internetin aynı ihtiyaca yönelik olması sebebiyle karşılaştırmalı reklam yapılmasında sakınca bulunmadığı”* gerekçesiyle hukuka uygun bulmuştur¹¹². Reklam Kurulu'nun bu kararı içtihatlarında genel olarak benimsediği dar yorumu ile tutarsız olmasına rağmen, son derece yerindedir, yukarıdaki görüşümüzü de destekler niteliktedir.

Bu surette, ürünlerin yöneldiği amaç veya fonksiyonların teker teker ele alınmadığı ve ürünün pazara arz şeklinin bile değerlendirildiği de Reklam Kurulu'nun başka bir kararında açıkça belirtilmiştir. 2016 tarihli anılan kararında Reklam Kurulu, *“BOTOKS'SUZ BİR YAŞAM İÇİN [reklam verenin ürünü]”* , *“BOTOKS YAPTIRMAYA ARTIK GEREK YOK!”* vb. ifadelerle yer verilerek, tıbbi bir işlem olan “botoks” ile mukayese edilmek suretiyle “...” isimli ürünün karşılaştırmalı reklamının yapıldığı, ancak botoks uygulamasına yönelik olarak kullanılan ürünlerin tıbbi müstahzar olarak tüketiciye sunulmasına rağmen “...”

¹¹² Reklam Kurulu, 8.8.2017 tarihli ve D. 2017/891, T. No. 263 sayılı kararı (Lexpera İçtihat Bankası).

isimli ürünün kozmetik ürün olarak pazarlanmakta olduğu göz önünde bulundurulduğunda, söz konusu reklamlarda aynı nitelikte olmayan ürünlerin karşılaştırılması yapılarak ... karşılaştırmalı reklam konusundaki mevzuata aykırı hareket edildiği”ne karar vermiştir¹¹³.

Yargıtay kararlarında da benzer bir tutuma rastlamak mümkündür. Yargıtay incelediği bir dosyada, reklam verene ait “Eşsiz Tarife” reklamındaki, rakibin 49 TL’ye sunulan “Red Classic” tarifesine gönderme yapan “.. Bu arada bunu 49 lirayla yapan da var ama böyle daha hafif daha güzel oluyor..” ifadelerinin “tarife/paket içeriklerinin birebir aynı olmadığı ve tarife niteliklerinin birbirinden farklı olduğu, dolayısıyla rakip operatörlere yönelik tüketicilere doğru bir bilgilendirme yapılmadığı gibi tüketiciler nezdinde aynı tarife izlenimi yaratılarak rakip operatörde daha pahalı olduğu yönünde doğru olmayan bir algı oluşturulduğu” gerekçesiyle haksız rekabet oluşturacağına hükmetmiştir¹¹⁴. Görüldüğü üzere, karşılaştırılan her iki hizmetin de telekomünikasyon hizmetlerine dair tarifeler olması bunların karşılaştırılmaları için yeterli değildir ve denk paket içeriklerine sahip tarifeler olmaları aranmıştır.

Söz konusu karara katılmakla birlikte yukarıda açıklandığı üzere karşılaştırılan mal veya hizmetlerin aynı ihtiyaçları karşılaması ya da aynı amaca yönelik olması kriterinin dar yorumlanmasının karşılaştırmalı reklamlarda çok dar bir özgürlük alanı bıraktığını düşündüğümüzü belirtmek isteriz. Bu konuda sektör bazlı bir değerlendirme yapılması da kanaatimizce uygun olacaktır. Örneğin telekomünikasyon alanında piyasa aktörleri arasında çok ciddi bir rekabet söz konusu olup hemen her gün yeni bir iletişim tarifi tüketicilere sunulmaktadır. Genelde bu tarifeler çok detaylı kurallar içermekte olup hemen hemen hiçbir rakip tarife şartları bakımından birbirinin aynısı değildir. Özellikle tüketicinin daha fazla korunmasının önemli olduğu bu gibi sektörlerde aynı amaç ve tüketici ihtiyacına hizmet etme kriterinin dar yorumlanmasının tüketici lehine olacağı düşünülebilir.

¹¹³ Reklam Kurulu, 9.2.2016 tarihli ve D. 2014/1711, T. No. 245 sayılı kararı (Lexpera İçtihat Bankası).

¹¹⁴ Yargıtay 11. HD, 17.6.2019 tarihli ve E. 2018/2991, K. 2019/4527 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bankası).

1.2.2.3. Tüketiciye Fayda Sağlayacak Bir Hususun Karşılaştırılması

Bu düzenleme AB Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlara İlişkin Yönerge’de yer almamakla beraber, hukukumuzda Tic. Rek. Yön.’ün karşılaştırmalı reklamları düzenleyen maddesinde bir hukuka uygunluk şartı olarak getirilmiştir. Bu normun yorumlanmasında amaçsal bir yorum izlenirse, Tic. Rek. Yön.’ün TKHK’ya dayanılarak hazırlanmış olmasından hareketle¹¹⁵, bu şartın TKHK’nın amacına da hizmet edecek bir şekilde “tüketiciyi aydınlatıcı ve bilinçlendirici önlemleri almak”¹¹⁶ amacına yöneldiği söylenebilir.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, reklamlarda esaslı olmayan, önemsiz ve ilgisiz bilgiler verilmesi reklamları aldatıcı ve yanıltıcı yapmakta olduğu ortadadır. Tic. Rek. Yön.’ün ise, karşılaştırmalı reklamlarda “tüketiciye fayda sağlayacak bir hususun karşılaştırılması”nı gerekli görerek karşılaştırılan hususların reklam konusu ürünler ile alakalı, esaslı ve önemli olmalarının da ötesinde faydalı olmaları kriterini aramaktadır. Bu hususta, Zürich Mahkemesi’nin 1994 tarihli bir kararında “doğru fakat olay açısından elverişsiz verilerin karşılaştırılması halinde” karşılaştırmının yanıltıcı olacağı tespit edilmiştir¹¹⁷.

Ancak Türk hukukunda ise bu hükmün, reklamlarda karşılaştırılmasına izin verilen hususların tüketiciye hangi yönden fayda sağlaması gerektiği konusunda bir boşluk bulunmaktadır. Bu konu, hukuk uygulamamızda gelişecek içtihatlarla açığa kavuşabilecektir.

1.2.2.4. Karşılaştırılan Mal veya Hizmetlerin Objektif Olarak Karşılaştırılması

Tic. Rek. Yön. 8. maddesi ilk fıkrasının e bendi, “karşılaştırılan mal veya

¹¹⁵ Bkz. Tic. Rek. Yön. md. 3: “Bu Yönetmelik, 7/11/2013 tarihli ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 61 inci, 62 nci, 63 üncü ve 84 üncü maddelerine dayanılarak hazırlanmıştır.”

¹¹⁶ TKHK, md. 1.

¹¹⁷ Poroy, R. & Yasaman, H. (2012). Ticari İşletme Hukuku. (14. Baskı). İstanbul: Vedat, s. 334.

hizmetlerin, fiyatı da dahil, bir ya da daha fazla maddi, esaslı, doğrulanabilir ve tipik özelliğinin objektif olarak karşılaştırılması”nı bir hukuka uygunluk şartı olarak öngörmüştür. Bu düzenleme AB Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlara İlişkin Yönerge’de de yer almaktadır. Buna göre fiyat unsuru da dahil olmak üzere reklamdaki karşılaştırmaya konu hususların esaslı ve tipik özelliklerinin objektif bir şekilde karşılaştırılmaları gerekmektedir.

Bu şartın, mehz AB Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlara İlişkin Yönerge’nin gerekçesine bakarak amaçsal bir yorumla açıklanması mümkündür. Anılan Yönerge’nin gerekçesinde açıkça *“İzin verilen karşılaştırmalı reklamlara dair şartlar; karşılaştırmalı reklamlarla ilgili hangi uygulamaların rekabeti bozucu, rakipler için zarar verici ve tüketici seçiminde olumsuz etkiler uyandırıcı olabileceğini tespit etmek için konulmalıdır. İzin verilen reklamlar için konulan bu şartlar ürün ve hizmetlerin özelliklerinin objektif bir şekilde karşılaştırılmasını içermelidir.”* denmektedir¹¹⁸. Dolayısıyla mehz hükümde amaç, pazardaki rekabetin bozulmaması sağlamak için tüketicilerin alım seçimlerinde istenmeyen bir etkiye neden olmamaktır.

Buradan hareketle bu şartın, reklama konu karşılaştırmadaki ürün veya hizmetlerin, tüketici seçiminde rol oynayan esaslı ve tipik özelliklerinin (fiyat da buna dahildir) karşılaştırmaya konu edilmelerini ve bu mukayesenin objektif bir şekilde yapılmasını amaçladığı ileri sürülebilir. Anılan şart, daha geniş bir kapsamda tüketicilerin daha bilinçli seçimler yapmalarına yöneliktir¹¹⁹. Burada, hem karşılaştırmaya konu edilen hususların seçimine hem de karşılaştırmanın yapılış biçimine dair bir şart getirilmektedir.

Hükümde karşılaştırılmasına cevaz verilen *“esaslı”* özellikten kastedilen, söz konusu ürün ya da hizmetin amacı itibarıyla ve doğası gereği karşıladığı ihtiyaç açısından önem arz eden unsurdur. Bununla beraber, *“önemli”* husus, tüketicinin o

¹¹⁸ “Conditions of permitted comparative advertising, as far as the comparison is concerned, should be established in order to determine which practices relating to comparative advertising may distort competition, be detrimental to competitors and have an adverse effect on consumer choice. Such conditions of permitted advertising should include criteria of objective comparison of the features of goods and services.”, Directive 2006/114/EC, para. 9.

¹¹⁹ Arkan, (2001), s. 28, dipnot. 28.

mal ya da hizmeti tercih ederken etkili olan özelliktir. “*Tipik*” unsur ise karşılaştırmaya konu mal ya da hizmetlerin hepsinde ortak olan bir özelliğe işaret etmektedir. Reklamda karşılaştırılan unsurun esaslı, tipik ve önemli bir husus olması gerekmektedir. Buradan hareketle *Arkan*, bir bilgisayar için su geçirmeme özelliğinin esaslı ve tipik olmadığını ve bu bilgisayarın tanıtıldığı reklamda her ne kadar su geçirmeme özelliğinden bahsedilebilse bile, bu özelliği ile rakip firmalara ait bilgisayarlarla karşılaştırmaya konu edilmesinin hukuka uygun olmayacağını aktarmaktadır¹²⁰.

Öte yandan objektiflik, karşılaştırmanın ve reklamda verilen bilgilerin hem doğrulanabilir olmasını¹²¹ hem de karşılaştırılan özelliklerin somut, nesnel ve objektif olmalarını gerektirmektedir. Öğretide, farklı kalite ve miktarlardaki ürünlere ait fiyatların karşılaştırılmasının objektif olmayacağı örneklenmiştir¹²².

2015 tarihli bir kararında Reklam Kurulu, “*reklamda karşılaştırması yapılan gıda ürünlerinin somut ve objektif herhangi bir özelliği karşılaştırılmayarak, genel olarak reklamı yapılan ürünün çikolataya göre anneleri nezdinde çocukları için daha iyi ve sağlıklı bir atıştırma olacağı mesajı verilmesinin*” Tic. Rek. Yön. ile öngörülen “*karşılaştırılan mal veya hizmetlerin, fiyatı da dahil, bir ya da daha fazla maddi, esaslı, doğrulanabilir ve tipik özelliğinin objektif olarak karşılaştırılması*” şartına aykırı olduğuna kanaat getirmiştir¹²³.

Benzer şekilde Yargıtay da bir GSM operatörünün “*Genç Tarife*” reklamıyla karşılaştırmalı reklam yaparak, davacının hizmeti ile karşılaştırma yaptığı, karşılaştırmada davacıya ait karşılaştırılan unsurların tarife süresinin yanıltıcı nitelikte” olduğundan hareketle, karşılaştırılan unsurların objektif bir şekilde karşılaştırılmadığı gerekçesine yaklaşarak, haksız rekabet yarattığına hükmetmiştir¹²⁴. Bu kararlar ışığında, Türk reklam hukuku uygulamasında karşılaştırılan ürünlerin tipik, nesnel ve somut özelliklerinin karşılaştırılmasının

¹²⁰ *Arkan*, (2001), s. 33-34.

¹²¹ *Yılmaz*, (2017), s. 60.

¹²² *Arkan*, (2001), s. 29, dipnot. 31.

¹²³ Reklam Kurulu, 13.10.2015 tarihli ve D. 2015/1132, T. No. 241 sayılı kararı (Lexpera İçtihat Bankası).

¹²⁴ Yargıtay 11. HD, 5.7.2013 tarihli ve E. 2012/16545, K. 2013/14644 sayılı kararı (Lexpera İçtihat Bankası).

arandığı ortaya çıkmaktadır.

1.2.2.5. İddiaların İspatlanabilir Olması

Tic. Rek. Yön. 8. maddesi ilk fıkrasının f bendi, karşılaştırmalı reklamlarda yer alan “*nesnel, ölçülebilir, sayısal verilere dayanan iddiaların; bilimsel test, rapor veya belgelerle ispatlanması*”nı bir hukuka uygunluk şartı olarak aramaktadır. Yönetmelik’teki bu hükmün TKHK 61. maddesi 6. fıkrasındaki “*Reklam verenler ticari reklamlarında yer alan iddiaların doğruluğunu ispatla yükümlüdür.*” hükmüne paralel olduğu görülmektedir. Tic. Rek. Yön. 9. maddesinin 3. fıkrasında ise sarıh bir şekilde, “*Karşılaştırmalı reklamlarda yer alan ve karşılaştırmaya konu edilen iddialar, her hâlükârda üniversitelerin ilgili bölümlerinden veya akredite ya da bağımsız araştırma, test ve değerlendirme kuruluşlarından alınmış bilgi ve belgeler ile kanıtlanmak zorundadır.*” hükmü ile karşılaştırmalı reklamlara dair özel bir ispat şekli de öngörmektedir. Dolayısıyla, ilgili Yönetmelik ile karşılaştırmalı reklamlar açısından reklam verenlere ağırlaştırılmış bir ispat yükümlülüğü getirilmiştir.

Mehaz AB Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlara İlişkin Yönerge’sinin gerekçesinden hareketle, karşılaştırmalı reklamda yer alan iddiaların, bunların tüketicilere reklam konusu ürün ya da hizmetlerin birbirlerine kıyasla daha üstün özellikleri hakkında bilgi verme amacına hizmet etmesi için ispatlanmış olması aranmakta olduğu anlamı çıkmaktadır¹²⁵. Yönerge ile tat ve doku gibi subjektif kriterlere dayanan karşılaştırmalar ve tamamen kişisel zevk ve tercihler doğrultusunda kanaate dayanan abartılar yasaklanmıştır. Dolayısıyla Yönerge’nin, objektif bir şekilde yürütülmüş de olsalar subjektif faktörlerin karşılaştırılmasına dayanan tüketici tercihi testlerinin (tadına bakarak Pepsi – Cola tercihi reklamları gibi) kullanılmasını da yasakladığı görülmektedir¹²⁶.

¹²⁵ “Comparative advertising, when it compares material, relevant, verifiable and representative features and is not misleading, may be a legitimate means of informing consumers of their advantage.”, Directive 2006/114/EC, para. 8.

¹²⁶ Spink ve Petty, (1998), s. 866.

Bu hüküm, “*reklamda objektif olarak doğrulanabilecek ifadeler kullanılacaksa reklam verenin bu ifadelere dayanak oluşturabilecek verilere sahip olması*” gerektiğine işaret etmektedir¹²⁷. Reklamda yer verilen ve doğruluğu kanıtlanabilir veri ve bulgular, reklam veren tarafından ispatlanmış olmalıdır, eğer ki nesnel olarak kanıtlanabilecek bir üstünlük iddiası kullanılıyorsa bu iddianın dayanaklarının da gösterilmesi gerekir. Aksi halde, reklam Tic. Rek. Yön.’de öngörülen bahis konusu şarta aykırı olmakla kalmayacak, aynı zamanda aldatıcı da kabul edilecektir. Karşılaştırmada yer verilen nesnel ve somut iddiaların ispatlanmış olup olmadığı Türk reklam hukuku uygulamasında yetkili mercilerce çok dikkate alınmaktadır.

Örneğin, bir reklam verenin ‘Octesense’ isimli soğutma odası aletlerinin, rakiplerine göre % 71 oranında enerji tasarrufu sağladığının belirtildiği reklamların rakiplerle bağlantı kurulması sebebiyle karşılaştırmalı reklam olarak nitelendirileceğini söyleyen Yargıtay, prensip olarak, işletmelerin hukuka ve gerçeğe uygun şekilde kendi iş ürünlerini öne geçirecek şekilde karşılaştırmalı reklam yapmalarına hukuki bir engel bulunmadığını açıkça belirtmiş; ancak söz konusu reklamın, “*Ancak bir karşılaştırmalı reklamın hukuka uygun olduğundan bahsedebilmek için [...] reklamın; aldatıcı ve yanıltıcı olmaması, yapılan karşılaştırmaların objektif (nesnel) ve ölçülebilir olması gerekmektedir. Keza bir araştırma ve test sonuçlarının tanıklığına dayalı karşılaştırmalı reklamlarda da, araştırma ve test sonuçlarının bağımsız bir araştırma ve inceleme şirketi tarafından hazırlanması, yine yapılan karşılaştırmaların mutlaka nesnel ve ölçülebilir olması şartı vardır. Diğer bir anlatımla, ancak bu şartların sağlandığı bir rapor var ise hukuka uygun bir karşılaştırmalı reklam yapılması mümkün olabilir. Aksi takdirde reklam aldatıcı ve yanıltıcı olacak, reklam sahibinin ürünü haksız olarak rakiplerinden üstün gösterilmiş ve onların önüne geçirilmiş olacaktır.*” gerekçeleriyle karşılaştırmalı reklamlarda yer alan nesnel üstünlük belirten iddiaların bağımsız test ve raporlar ile sabit olması gerektiğini ortaya koyarak, hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir¹²⁸.

¹²⁷ Yıldız, O. A. (2016). Haksız Rekabet Hukukunda Karşılaştırmalı Reklamlar. FSHD. 12/47, s. 939.

¹²⁸ Yargıtay 11. HD, 5.7.2019 tarihli ve E. 2019/2363, K. 2019/5035 sayılı kararı (Kazancı İçtihat

İçtihadından görüldüğü üzere Yargıtay, işletmelerin pazara arz ettikleri ürünlerin üstün yanlarını ön plana çıkarmalarını kural olarak hukuka aykırı bulmamakta; ancak reklamlarda ürünle ilgili somut ve nesnel bir üstünlük iddiası öne sürüldüğünde bu iddiaların ispat edilmiş olmasını dürüstlük kuralının bir gereği olarak kabul etmektedir. Dolayısıyla, bilimsel bir şekilde tespit edilmemiş somut iddiaların öne sürülmesi, reklamı dürüstlük kuralına aykırı hale getirecektir¹²⁹.

Benzer şekilde, İstanbul 5. Asliye Ticaret Mahkemesi de 2019 tarihli bir kararında karşılaştırmalı reklamların hukuka uygunluğu için *“Bir araştırma ve test sonuçlarının tanıklığına dayalı karşılaştırmalı reklamlarda da, araştırma ve test sonuçlarının bağımsız bir araştırma ve inceleme şirketi tarafından hazırlanması, yine yapılan karşılaştırmaların mutlaka nesnel ve ölçülebilir olması”* şartını ortaya koymuştur¹³⁰. Mahkeme, reklamda yer verilen tolerans sınırları üzerinde kalan üstünlük iddialarının, reklamın yayınlandığı anda ve reklam veren tarafından kanıtlanmış olmasını aramaktadır ve yargılama sırasında yapılacak testlerin bu ispat külfetini yerine getirmekte yetersiz olacağını öne sürer. Buradan da anlaşıldığı üzere, reklam verenin reklamdaki karşılaştırmaya konu iddiaların ispatı bakımından hem ispat şekli (ispata yetkili mercilerin belirli olması) hem de ispat zamanı açısından özel yükümlülükleri mevcuttur.

Reklam Kurulu da karşılaştırmalı reklamlara dair bu özel ağırlaştırılmış ispat külfetini oldukça sıkı yorumlamaktadır. Bu minvalde, incelediği bir dosyada reklam verenin *“Televizyon reklamlarında yer verilen; “Ev ekonomistlerinin tercihi” iddiasının ev ekonomisi alanında uzmanlaşmış kişiler arasında yapılmış bir araştırma ile desteklenmediği”*nden hareketle bu ispat yükünün yerine getirilmemiş olduğunu ileri sürmüştür¹³¹. Bir meslek ya da uzmanlık grubuna atfedilen iddiaların da sert bir ispat yüküyle karşılaştığı görülmektedir.

Yine Reklam Kurulu, bir işletmeye ait şampuan reklamlarında yer alan

Bankası).

¹²⁹ Yargıtay 11. HD, 3.12.2019 tarihli ve E. 2018/2964, K. 2019/7755 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bankası).

¹³⁰ İstanbul 5. ATM, 18.10.2019 tarihli ve E. 2015/1174, K. 2019/1021 sayılı kararı (Lexpera İçtihat Bankası).

¹³¹ Reklam Kurulu, 11.8.2020 tarihli ve D. 2018/6215, T. No. 300 sayılı kararı (Lexpera İçtihat Bankası).

“Bilinen tüm kepek şampuanlarına karşı test edildi, kanıtlandı. Kepeği yok etmede daha iyisi yok.” ifadesinin karşılaştırmalı reklam sayılacağını; ancak bu ifadenin doğruluğunun *“Üniversitelerin ilgili bölümlerinde veya akredite kuruluşlarda yapılmış testlerle ispatlanamadığı”* gerekçesiyle, ilgili reklamın Tic. Rek. Yön.’e aykırı olacağına karar vermiştir¹³². Burada, reklam verenin kendi şampuanını piyasadaki diğer tüm şampuanlara kıyasla test etmesi son derece zor bir koşul olmasına rağmen, Reklam Kurulu bu ispatı yine de bekleyerek ispat külfetini oldukça sert yorumladığını ortaya koymuştur. 2019 tarihli bir başka kararında ise Kurul, söz konusu *“[Reklam Veren Ürünü] Probiyotik, Türkiye’nin en yeni spor formda likit probiyotığıdır.”* ifadelerinin ispatına ilişkin bilgi veya belge sunulmadığı” değerlendirmesinde bulunmuştur¹³³.

Buna karşın, Reklam Kurulu başka bir kararında reklam verenin bebek bezi ürünlerine ait *“en çok satandan daha kuru”* iddiasının, *“gerek IPSOS araştırması sonucunda piyasada en çok satan olarak tespit edilen marka ile, gerekse de piyasada daha yaygın satışı bulunan rakip ürün ile yapılan karşılaştırmalı bağımsız laboratuvar testleri ile kanıtlanmış olduğu”*na dayanarak hukuka uygun olduğunu tespit etmiştir.

Görüldüğü üzere, Reklam Kurulu da Mahkemeler de karşılaştırmalı reklamlarda yer verilen somut ve nesnel iddiaların doğruluklarının bağımsız ve bilimsel bir şekilde kanıtlanmış olmasına son derece önem atfetmekte ve hatta reklamlarda yer alan iddiaları bu perspektiften oldukça sıkı bir değerlendirmeye tabi tutmaktadırlar. Bunların ışığında, reklam veren konumundaki işletmelerin reklamlarda karşılaştırma yaparken kullanacakları ifadeleri seçerken oldukça dikkatli olmaları ve bilimsel ve bağımsız testlerle ispatlayamadıkları her türlü nesnel iddiadan kaçınmaları büyük önem arz etmektedir¹³⁴.

¹³² Reklam Kurulu, 17.4.2018 tarihli ve D. 2017/1001, T. No. 271 sayılı kararı (Lexpera İçtihat Bankası).

¹³³ Reklam Kurulu, 12.11.2019 tarihli ve D. 2019/9576, T. No. 290 sayılı kararı (Lexpera İçtihat Bankası).

¹³⁴ Reklam Kurulu, 14.8.2018 tarihli ve D. 2018/976, T. No. 275 sayılı kararı (Lexpera İçtihat Bankası).

1.2.2.6. Kötüleme Yasağı

Reklamlar, reklam verenin kendilerini veya ürünlerini överek tanıttıkları iletişim araçları oldukları için doğaları gereği, tanıtılan ürünlerin piyasadaki diğer ürünlere nazaran tercih edilmeleri gerektiği mesajını içermektedirler. Bu itibarla reklamlar, rakip ürünlerin örtülü bir şekilde de olsa kötülendiği pazarlama teknikleridir. Bu durum, karşılaştırmalı reklamlarda daha da belirgindir. Dolayısıyla, reklamların safi rakipleri kötülüyor olmaları bunları doğrudan ve prensip olarak hukuka aykırı kılmayacaktır¹³⁵.

Bu minvalde, karşılaştırmalı reklamda gerçek olgulardan hareket ederek yapılan tedbirli ve gerçeğe uygun eleştiriler, prensipte gereksiz yere kötüleme teşkil etmeyecektir. Her tacir, rekabet ortamına girdiğinde bu tür eleştirilere katlanmayı göze alır. Mesela, rakip ürünlerin eksik taraflarını kanıtlayan bilimsel araştırma sonuçlarının reklamlarda ölçülü ve tarafsız bir biçimde kullanılması kötüleme yasağına takılmamalıdır¹³⁶.

Karşılaştırmalı reklamlarda her türlü kötülemenin doğrudan hukuka aykırı sayılmayacağı Yargıtay tarafından da önüne gelen bir olayda, *“televizyonlarda yayınlanan reklam filminde ...’nın avantajlı bir tarifesinden söz edilerek karşılaştırma yapıldığı, bu karşılaştırma yapılırken reklamda rol alan “teknik direktörün “5-3-2 olmuyor, o zaman...’ya geçeceğiz” sözleriyle “...” ifade ettiği, bu şekilde davalının kendi hizmetini tanıtıp överken rakibini somutlaştırmış bir şekilde kötüleyerek pahalı hizmet veren firma olarak gösterdiği, bu reklam filmiyle haksız rekabet yaratıldığı”na kanaat getirmesi ile teyit edilmiştir*¹³⁷. Yargıtay, karşılaştırmalı reklamlardaki ifadelerin rakibi somut bir biçimde kötülemesi halinde hukuka aykırı kabul edileceğini ortaya koymuştur.

Karşılaştırmalı reklamlarda kötüleme yasağı AB hukukunda Yanıltıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlara İlişkin 2006/114 sayılı Yönerge’nin 4. maddesindeki

¹³⁵ İnal & Baysal, (2008), s. 60-65.

¹³⁶ Bozbel, (2006), s. 125.

¹³⁷ Yargıtay 11. HD, 6.11.2014 tarihli ve E. 2014/9050, K. 2014/16980 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bankası).

tahkir yasağı ile beraber düzenlemektedir. İşbu hüküm, “*reklam aracılığıyla rakibin markasının, ticaret unvanının veya diğer ayırt edici işaretlerinin ya da mallarının, hizmetlerinin, faaliyetlerinin veya ilişkilerinin kötülenmemesi veya tahkir edilmemesi*” gerektiğini öngörmektedir. Paralel bir düzenleme mevzuatımızda TTK 55. maddesinde bulunmaktadır. Anılan hüküm gereği “*kendisini, mallarını, iş ürünlerini, faaliyetlerini, fiyatlarını rakibini gereksiz yere kötüleyici şekilde*” rakiplerinkilerle karşılaştırmak bir haksız rekabet hali olarak sayılmıştır. Kanunun lafzından anlaşılabacağı üzere, karşılaştırmalı reklamların rakipleri gereksiz yere kötülemesi halinde bu reklamlar haksız rekabet teşkil ederek hukuka aykırı olacaklardır. Buradaki kötülemeden kasıt, reklamın hitap ettiği tüketici kesimi nezdinde olumsuz bir izlenim yaratılması, rakibin kendisi veya ürünlerinin değerinin düşürülmesidir¹³⁸.

Tic. Rek. Yön.’ün karşılaştırmalı reklamları düzenleyen 8. maddesi de bunların “*rakiplerin mallarını, hizmetlerini, faaliyetlerini veya diğer özelliklerini kötülememesi veya itibarsızlaştırmaması*” gerektiğini şart koymaktadır. Yine aynı Yönetmelik’in 10. maddesi de açıkça “*Reklamlar; hiçbir kişi, kurum veya kuruluşu, ticari ya da mesleki faaliyeti, malı ya da hizmeti, reklamı veya markayı aşağılayamaz, açıkça alay konusu edemez ve benzeri bir biçimde kötüleyemez.*” diyerek tüm reklamlar için bir genel kötüleme yasağı getirmiştir. Bu hüküm gereği, doğru ve gerçeğe uygun bile olsalar rakipleri küçük düşürücü veya onlarla alay edici, kaba ya da aşağılayıcı ifadeler kötüleme yasağına takılacaktır. Mevzuattaki açık hükümler uyarınca karşılaştırmalı reklamların, rakiplerin kendisi ya da ürünlerini gereksiz yere kötülememeleri veya itibarsızlaştırmamaları gerekmektedir.

Kötülemenin ne zaman gereksiz olduğu ise mevzuat hükümlerinde açıkça düzenlenmemiştir. Doktrinde, karşılaştırmanın ölçüsüz bir şekilde yapılması halinde gereksiz yere kötüleyici olacağı ifade edilmektedir¹³⁹. Reklamlarda reklam

¹³⁸ Ülgen, H. & Helvacı, M. & Kendigelen, A. & Kaya, A. & Nomer Ertan, F.N. (2015). Ticari İşletme Hukuku. (5. Baskı) İstanbul: Onikilevha, s. 539.

¹³⁹ Pınar, H. (2012). Reklam ve Satış Yöntemlerine İlişkin Haksız Rekabet Halleri. MÜHF-HAD. 18/2, s. 149.

verenin ve tüketicilerin karşılıklı menfaatleri dengelenmektedir. Karşılaştırmalı reklamlarda bu menfaatler dengesine rakiplerin iktisadi faaliyetlerde bulunma hakkını da kapsadığı kabul edilen kişilik haklarının menfaati de dahil olmaktadır. Dolayısıyla reklamdaki ifadeler değerlendirilirken hem reklam verenin hem rakiplerinin hem de tüketici kesiminin çıkarları hep beraber ele alınmalıdır. Buna göre, karşılaştırmalı reklamda yapılan eleştirinin hukuka aykırılığı, rakibin kişilik haklarının zedelenmesinde tüketicilerin üstün yararı olup olmadığı esasına bakılarak değerlendirilmelidir¹⁴⁰. Karşılaştırmalı reklamlarda kullanılan ifadelerin gereksiz yere kötüleyici olup olmadığı, bunların tüketiciyi bilgilendirme ve aydınlatma fonksiyonları ile rakiplerin kişilik hakları ve ölçülülük ilkesine ne derece uyulduğu gözetilmelidir. Sonuçta, karşılaştırmalı reklamların özellikle de tüketicileri objektif olarak bilgilendirerek rekabeti teşvik edici işlevlerinin mi yoksa rakiplerin karşılaştırmadan dolayı uğradıkları zarar veya maruz kaldıkları kötülemenin mi ağır bastığı değerlendirilmelidir¹⁴¹.

Bununla beraber, kötülemenin oluşup oluşmadığının tespitinde reklam verenin saik veya iradesi ile kastı önem taşımaz. Burada önemli olan, reklamda yer verilen karşılaştırmalar ile hitap edilen tüketici kitlesinde oluşan algıdır. Bu algıda, rakip ürünlerin değerinde bir azalma olup olmadığına bakılır. Dolayısıyla, eğer reklam sonucu bir şekilde tüketicide böyle bir algıya sebep verildiyse, reklam verenin rakipleri kötüleme niyetinin olmaması belirleyici olmayacaktır¹⁴². Reklam Kurulu da bir işletmenin kendi ürünleri için “SLS Free” ibareli reklamlarını “tüketiciler nezdinde ürünlerin SLES, ALS ve ALES gibi kimyasal maddeler içermemesi nedeniyle diğer ürünlerden üstün olduğu algısı yaratılarak rakip ürünlerin kötülendiği” gerekçesiyle mevzuata aykırı bulmuştur¹⁴³. Görüldüğü gibi burada reklam verenin rakip ürünleri kötülemek yerine kendi ürününün niteliklerini ön plana çıkarma niyeti esas alınmamış, tüketicide oluşacak algı ölçüt olarak

¹⁴⁰ İnal, (2000), s. 72. Aktuğlu, I. K. (2006). Tüketicinin Bilgilendirilmesi Sürecinde Reklam Etiği. Küresel İletişim Dergisi. 2, s. 14.

¹⁴¹ Yılmaz, (2017), s. 817-819.

¹⁴² Yılmaz, (2017), s. 816.

¹⁴³ Reklam Kurulu, 14.7.2020 tarihli ve D. 2019/176, T. No. 299 sayılı kararı (Lexpera İçtihat Bankası).

alınmıştır.

Doktrin, kötülemenin hukuka aykırılık teşkil edip etmediğini belirlerken üç faktörü esas alır: Ölçülülük, objektiflik ve gereklilik. Bunlardan ölçülülük ilkesi, karşılaştırmada yapılan eleştirinin orantılı olmasını ifade eder. Objektiflik, reklam konusu karşılaştırmaya konu mukayeselerin ve verilerin gerçeğe uygun veya ispatlanabilir olmasını gerektirmektedir. Gereklilik ise reklamda yapılan karşılaştırmaların, reklam konusu ürünlerin tanıtımı ve tüketicilere bilgi verilmesi için gerekli olmasını kastetmektedir. Ürünlerle ilgili alakasız unsurların karşılaştırılması da gereklilik ilkesine aykırı kabul edilecektir. Tüketici araştırmaları, ortalama bireylerin bir ürünün özelliklerini bir diğerinkiyle karşılaştırırken ürünlerle ilgili yedi özellikten daha fazla özelliği hesaba katmaya çalıştıklarında mantıklı karar alamadıklarını göstermektedir¹⁴⁴. Bu düzenleme ile tüketicilerin reklamcılıkta “*halo efekti*” olarak adlandırılan nosyona karşı korunmaları amaçlanmaktadır. Bu nosyona göre, karşılaştırmalı reklamda tanıtılan bir ürünün birkaç ufak ve konu dışı niteliklerinin üstünlüğünün iddia edilmesiyle, genel bir üstünlük mesajının ima edilerek tüketiciye iletilmesi mümkün olacaktır¹⁴⁵.

İnal’a göre, kişilerin ticari faaliyetlerde bulunmaları da kişilik haklarına dahildir ve kötüleme, rakiplerin ticari faaliyetlerde bulunma haklarını ihlal ederek kişilik haklarına tecavüz oluşturur. Ancak bu tecavüz, üstün bir kamu yararı ya da özel yarar bulunması halinde hukuka uygun olacaktır¹⁴⁶. Sonuç itibarıyla, karşılaştırmalı reklamlarda kötüleme yasağı bu üç ilkeye uygun tanıtımlar yapılmasına bağlıdır¹⁴⁷.

Bu kapsamda, yargı kararlarında rakibin kendisini veya ürünlerini gereksiz yere itibarsızlaştırıcı karşılaştırmaların hukuka aykırı olduğu sıklıkla dile getirilmekte ve rakiplerin ticari itibarları da korunmaktadır. 2019 tarihli bir kararında İstanbul 16. Asliye Ticaret Mahkemesi, dava konusu reklamı “*davacının oyun sitesine bağlanma özelinde davacının iş ürününün yolda kalmış bir arabaya*

¹⁴⁴ Bodewig, (1994), s. 150, dipnot. 7.

¹⁴⁵ Spink ve Petty, (1998), s. 866.

¹⁴⁶ İnal, (2000), s. 71.

¹⁴⁷ Yılmaz, (2017), s. 819-821.

benzetilmesiyle rakibi gereksiz yere incitici şekilde kötülemek şartının da somut olayda gerçekleştiği” gerekçesiyle hukuka aykırı bulmuştur¹⁴⁸. Yine bu minvaldeki başka bir kararda Yargıtay, davalının kendi ilacını “*can simidi*”, davacı rakip firmanın ilacını ise “*yamalı iç lastik*” olarak tasvir ettiği reklamların rakibi gereksiz yere incitici olduğuna karar vermiştir¹⁴⁹.

Uygulamada reklamlarda kötülemenin olup olmadığına, karşılaştırmalarda rakiplerin ürün veya hizmetleri ile ilgili kullanılan ifadelerin dürüstlük kuralları ışığında değerlendirilerek karar verildiği görülmektedir. Bu şekilde bir değerlendirme ile Yargıtay, “*BİZDE KANDIRMACA YOK, SÖZDE İNDİRİM YOK, 50 MİLYONLUK LİMİT YOK*” ifadelerinin “*iş hayatında genel kabul gören dürüst rekabet ilkelerine de aykırılık içerdiğini*” ve “*rakip firmayı aşağılayarak kötülediğini*” kararlaştırmıştır¹⁵⁰. Bir başka olayda da Yüksek Mahkeme yine “*“sen bu kafayla çok yolda kalırsın” ifadesinin kötüleme kapsamında olduğu ve reklamlarda “biip” sesi ile geçilen bölümde davacı şirketin isminin anlaşıldığı”ndan hareketle söz konusu karşılaştırmalı reklamın hukuka aykırı olduğuna hükmetmiştir*¹⁵¹. Reklam Kurulu da benzer bir yaklaşımla, bir işletmeye ait “*“onların acılı interneti, katakullisi, tuzlu tarifesi, taahhüt zorunluluğu varsa senin de 69,90TL’ye gerçek sınırsız, kotasız, taahhütsüz, acısız internet [Reklam Veren]’in var” ifadeleri ile de rakip firmaları itibarsızlaştırmak suretiyle kötülendiği*”ne kanaat getirmiştir¹⁵². Gerçekten de bu reklamlar rakipleri veya ürünlerini itibarsızlaştırıcı niteliğindedirler.

İçtihadında Yargıtay, reklamlarda yer alan beyanların, tüketiciyi bilgilendirmekten öte “*teamülün kabul ettiği toleransı aşan*” nitelikte olmaları halinde kötüleme içereceklerine ve dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceklerine

¹⁴⁸ İstanbul 16. ATM, 1.10.2019 tarihli ve E. 2018/149, K. 2019/825 sayılı kararı (Lexpera İçtihat Bankası).

¹⁴⁹ Yargıtay 11. HD, 15.10.2009 tarihli ve E. 2008/441, K. 2009/10594 sayılı kararı. Karar metni için bkz. (Yılmaz, 2017, s. 820, dipnot. 29).

¹⁵⁰ Yargıtay 11. HD, 12.11.2009 tarihli ve E. 2008/5249, K. 2009/11738 sayılı kararı (Lexpera İçtihat Bankası).

¹⁵¹ Yargıtay 11. HD, 13.11.2014 tarihli ve E. 2013/16673, K. 2014/17538 sayılı kararı (Lexpera İçtihat Bankası).

¹⁵² Reklam Kurulu, 12.7.2019 tarihli ve D. 2019/8788, T. No. 286 sayılı kararı (Lexpera İçtihat Bankası).

dair bir görüş belirtmektedir¹⁵³. Örneğin, rakip mallar hakkında “*korsan*” veya “*taklit*” ifadelerini kullanmak¹⁵⁴, rakibin kendini yetkili satıcı olarak “*tanıtıp, resmi daireleri, bankaları sahtekarlık yaparak yanıltmaya çalıştığı, yetkili bayi gibi görünmenin sahtekarlık olduğu*”na dair söylemlerde bulunmak¹⁵⁵, “*Piyasada; ticari örf ve adet kurallarına aykırı olarak ismimizi kullanan, şubemiz veya ortağımız olduğunu iddia eden, kısa vadede ticari itibar ve kazanç sağlamaya çalışan yapay firmalar bulunmaktadır*” beyanlarını içerir ilanlar dağıtmak¹⁵⁶ tüketicileri bilgilendirmenin de ötesine geçmekte ve teamülün kabul ettiği toleransı aşmaktadır.

Reklam Kurulu da karşılaştırmalı reklamların kötüleme içerip içermediğini değerlendirirken yukarıda anılan ilkeleri baz alır. Bu bağlamda incelediği “*Neden [Reklam Veren] daha lezzetli? Çünkü, haftalık değil, günlük hamur. Konserve değil, taze domates, Sıradan peynir değil, mozzarella*” ifadelerini içeren reklam panolarının dolaylı bir şekilde karşılaştırma içerdiğini ve bu beyanlarla “*rakip firmaların pizza üretiminde haftalık hamur, taze domates yerine konserve domates ve sıradan peynirler kullandığı şeklinde bir imada bulunularak rakip firma ürünlerinin kötülendiği*”ni karara bağlamıştır¹⁵⁷. Reklam Kurulu’nun bu değerlendirmesinde objektiflik ilkesini esas aldığı söylenebilir.

Reklam Kurulu, karşılaştırmalı reklamlardaki ifadelerin kötüleme niteliğinde olup olmadığını değerlendirirken sıkı bir tutum takınmaktadır. Bunun sonucu olarak da, bir işletmenin ıslak mendillerine yönelik “*Chemical Free*” ve “*free from chemicals and preservatives (...) Because we don’t use chemicals to ‘bind’ the liquid to the wipes like other brands*” ifadelerinin reklam konusu ürünlerin benzer diğer ürünlerden üstün olduğu algısını yaratarak rakipleri

¹⁵³ Yargıtay 11. HD, 14.11.2014 tarihli ve E. 2013/15253, K. 2014/17694 sayılı kararı (Lexpera İçtihat Bankası).

¹⁵⁴ Yargıtay HGK, 20.4.1994 tarihli ve E. 1993/11-965, K. 1994/252 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bankası).

¹⁵⁵ Yargıtay 11. HD, 21.9.2000 tarihli ve E. 2000/5974, K. 2000/6915 sayılı kararı (Lexpera İçtihat Bankası).

¹⁵⁶ Yargıtay 11. HD, 16.5.2005 tarihli ve E. 2004/8690, K. 2005/5073 sayılı kararı (Lexpera İçtihat Bankası).

¹⁵⁷ Reklam Kurulu, 14.3.2017 tarihli ve D. 2016/3640, T. No. 258 sayılı kararı (Lexpera İçtihat Bankası).

kötülediğine¹⁵⁸, başka bir işletmeye ait başka bir reklamdaki “*Sıradan yağ çözücüler gibi, zararlı kimyasal kokusu ile nefesinizi tıkamaz*” ifadelerinin de rakip ürünleri kötülediğine karar vermiştir¹⁵⁹. Benzer şekilde, bir işletmeye ait “... *bugün beyaz saçlardan kurtulmak için kuaförlere gittiğiniz, saçlarınıza sürdürdüğünüz o boyalarla saç ömrünüzü bitiriyorsunuz. Saçınıza kimyasal sokarak saç dökülmesi sağlıyorsunuz. ... ama [Reklam Veren]'in bu doğal şampuanıyla birlikte artık kuaförlere hem boya parası vermeyeceksiniz hem de saçlarınızın dökülmesini, saçlarınızın kepeklenmesini önlemiş olacaksınız.*” ifadelerini içeren bir şampuan reklamı da rakip ürünleri gereksiz yere kötüleyici nitelikte bulunmuştur¹⁶⁰.

Görüldüğü üzere, reklamlarda doğrudan rakiplerin ismi verilmesine de “diğerleri” ile bir karşılaştırma yapılarak reklam konusu ürünün üstün olduğu, rakiplerin ürünlerinin ise sağlıksız olduğu yönünde algı uyandırıldığı zaman reklamlar kötüleme yasağına takılmaktadır. Reklam Kurulu bir kararında, reklam verenin kendi ürünü için “*İyilik dolu dondurma, sütli buz değil dondurma*” ve “*[Reklam Verenin ürünü] yediğinizi görüyorum. Demek ki bir emülgatör, bir renklendirici, bir glikoz şurubu yok hayatınızda!*” sloganlarını beraber kullanarak rakiplerin sağlığa zararlı ürünler ürettikleri yönünde algı oluşturduğuna kanaat getirmiş, Reklam Kurulu’nun bu kararı sonradan İdare Mahkemesi’nce de yerinde bulunmuştur¹⁶¹.

Reklam Kurulu ve yargı mercilerinin değerlendirme yaparken kötüleme yasağını sıkı bir şekilde ele aldıkları açıktır. Keza söz konusu reklam için, iddiaların ispat edilmiş veya ispat edilebilir olup olmadığının değerlendirildikten sonra bir kötüleme olup olmadığı hususuna bakılması, daha yerinde olacaktır. Şayet pazardaki diğer ürünler reklamda bahsi geçen katkı maddelerini içermekte ve reklamı yapılan ürün de gerçekten bu maddelerden arı ise, tüketicinin bunu

¹⁵⁸ Reklam Kurulu, 14.10.2018 tarihli ve D. 2017/3594, T. No. 276 sayılı kararı (Lexpera İçtihat Bankası).

¹⁵⁹ Reklam Kurulu, 14.3.2017 tarihli ve D. 2016/542, T. No. 258 sayılı kararı (Lexpera İçtihat Bankası).

¹⁶⁰ Reklam Kurulu, 9.4.2019 tarihli ve D. 2017/3638, T. No. 283 sayılı kararı (Lexpera İçtihat Bankası).

¹⁶¹ Ankara BİM 9. İDD, 1.6.2020 tarihli ve E. 2019/871, K. 2020/506 sayılı kararı (Lexpera İçtihat Bankası).

bilmekte üstün yararı olduğu savunulabilmelidir. Yukarıdaki örneklerden yola çıkarak, Türk reklam hukuku uygulamasında da yetkili mercilerin bir reklamın kötüleme yasağına takılıp takılmayacağını değerlendirirken reklamın hitap ettiği kesim, yapılan karşılaştırmanın gerekçesi ile bağlamı, reklamın bir bütün olarak içeriği ve ürünlerin sunuluş şeklini göz önünde bulundurduğu ve ölçülülük, objektiflik ve gereklilik ilkelerine dayandığı ortaya çıkmaktadır.

1.2.2.7. Menşei Belirtilmiş Mal veya Hizmete İlişkin Karşılaştırmada, Mal veya Hizmetlerin Aynı Coğrafi Yerden Olması

Karşılaştırmalı reklamlar açısından Tic. Rek. Yön. ile öngörülen bir diğer şart ise 8. maddesinin g bendinde öngörülen “*menşei belirtilmiş mal veya hizmete ilişkin karşılaştırmada, mal veya hizmetlerin aynı coğrafi yerden olması*” şartıdır. Aynı şart, AB Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlara İlişkin Yönerge’nin 4. maddesinin e bendinde de ortaya konulmuştur. AB Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlara İlişkin Yönerge’nin gerekçesinde¹⁶² ise bu şartın; 510/2006 sayılı AB Coğrafi İşaretler ve Tarım Ürünleri ile Gıda Maddeleri için Yer İşaretlerine İlişkin Yönerge¹⁶³ hükümlerine, özellikle de bu Yönerge’deki tescilli coğrafi işaret ve isimlerin korunmasına dair 13. maddesine binaen getirildiği açıkça ifade edilmektedir. Bahsi geçen 13. madde, tarım ürünleri ile gıda maddeleri üzerinde tescilli ve ticari kullanımı olan coğrafi işaret ve menşe isimlerinin istismar veya taklit edilerek ya da çağrıştırma suretiyle kullanımlarını yasaklamakta ve böylece ilgili coğrafi işaret ve menşe isimlerinin tescilli hak sahiplerinin menfaatini korumaktadır.

Mehaz Kanunların amaçsal ve sistematik yorumlanmalarıyla, bu şartın hem özellikle ve pratikte gıda maddeleri düşünülerek getirildiği hem de coğrafi

¹⁶² “These conditions should include, in particular, consideration of the provisions resulting from 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, and in particular Article 13 thereof, and of the other Community provisions adopted in the agricultural sphere.”, Directive 2006/114/EC, para. 12.

¹⁶³ O.J. No. L.93/12, 31.03.2006.

işaretlerin korunmasına yönelik olduğu ortaya çıkmaktadır. ABAD Hukuk Sözcüsü Mengozzi de, ABAD’a konu bir karara dair hazırladığı mütalaasında bu şartın gıda ürünlerinin karşılaştırmalarında uygulanmadığında manasız kalacağını belirtmiştir¹⁶⁴.

Anılan hüküm gereği, menşe ve coğrafi köken belirtilerek yapılacak karşılaştırmalar sadece aynı coğrafi köken ve yerden olan aynı coğrafi işareti taşıyan rakip ürünlerle yapılabilecektir. Bu hükmün mehz AB Yönergesi’ne Fransa’nın baskılarıyla alındığı bilinmektedir¹⁶⁵ ve hüküm, aşağıda bahsi geçecek olan ABAD kararı uyarınca uygulamada “Şampanya Klozu” olarak da adlandırılmaktadır. Bu hüküm gereği, örneğin Fransa’nın Bordeaux bölgesine ait şaraplar ile Rhone bölgesine ait şaraplar karşılaştırılamayacaktır. Aynı şekilde yine İtalyan bir köpüklü şarap, İspanyol bir eş değeri ile veya “AB’de üretilmiştir” etiketli bir ürün, daha bölgesel bir ikame ürünü ile mukayeseye konu edilemeyecektir¹⁶⁶.

2007 tarihli *De Landtsheer* kararında da ABAD, şampanya üreticileri ile bira üreticileri arasında mevcut bir rekabet ilişkisi bulunmasına rağmen, şampanya ürünlerinin ancak rakip şampanya ürünleri ile karşılaştırılabileceğini öngörmüştür¹⁶⁷. Bu karara dair verdiği mütalaada Hukuk Sözcüsü, anılan düzenlemenin, coğrafi işarete sahip ürünler ile coğrafi işarete sahip olmayanlar veya farklı coğrafi işaretlere sahip ürünler arasındaki karşılaştırmaların homojen bir karşılaştırma olamayacağını belirtmek amacıyla getirildiğini ve coğrafi işarete sahip bir ürünün tanıtıldığı karşılaştırmalı reklamın ancak bu karşılaştırmaya konu rakip ürünün de aynı coğrafi işarete sahip ise hukuka uygun kabul edilebileceğini belirtmiştir¹⁶⁸.

Bu şartın yöresel şaraplarıyla bilinen Fransa’nın ısrarlarıyla getirilmiş

¹⁶⁴ Hukuk Sözcüsü Mengozzi’nin 07.09.2010 tarihli Görüşü, CJEU, Lidl SNC v. Vierzon Distribution SA, C-159/09, para. 47.

¹⁶⁵ Arkan, (2001), s. 32.

¹⁶⁶ *Spink ve Petty*, (1998), s. 864.

¹⁶⁷ CJEU, 19.04.2007, *De Landtsheer Emmanuel SA v Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne*, C-381/05, para. 43-49.

¹⁶⁸ Hukuk Sözcüsü Mengozzi’nin 30.11.2006 tarihli Görüşü, CJEU, *De Landtsheer Emmanuel SA v Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne*, C-381/05, para. 121-125.

olması, sadece belli bir grup yöresel üreticileri korumaya yönelik olduğundan hareketle eleştirilmiş de olsa, anılan düzenlemenin coğrafi işaretlerin bilinirliklerinin istismar edilmesini önlemesi açısından önemli bir düzenleme olduğu es geçilmemelidir. Coğrafi işaretler ve menşe isimleri, tüketici açısından da ürün ile ilgili bir kalite ve garanti fonksiyonuna sahip olduğundan, farklı coğrafi işaretlere sahip ürünlerin birbirleri ile karşılaştırılmaları tüketici açısından da kafa karışıklığına sebebiyet verebilecektir.

1.2.2.8. İltibasa Yol Açmama

Tic. Rek. Yön. 8. maddesinin h bendinde karşılaştırmalı reklamlarda *“reklam veren ile rakibinin markası, ticaret unvanı, işletme adı veya diğer bir ayırt edici işareti ya da mal veya hizmetleri ile ilgili karışıklığa yol açmaması”* şartı öngörülmüştür. Bu hüküm, tüketicileri korur niteliktedir. Bununla beraber Yönetmeliğin devamındaki 11. maddesi ile *“itibardan haksız yararlanma”* yasağı düzenlenmiştir ve anılan hüküm gereği *“reklamlarda; bir kişi, kurum veya kuruluşun adı veya amblem, logo ve diğer ayırt edici kurumsal kimlik unsurları, tüketicinin yanıltılmasına yol açacak şekilde kullanılamaz.”*

Aynı zamanda, rekabetin korunmasına yönelik olarak düzenlenen TTK madde 55’te *“başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almak”* da bir haksız rekabet hali olarak sayılmıştır. Dolayısıyla, karşılaştırmalı reklamlarda tanıtılan ürün veya hizmetin ya da reklam verene ait markanın, rakiplerin ürün ve hizmetleri veya markaları ile iltibasa sebebiyet vermesi hem Tic. Rek. Yön.’e aykırı olacak hem de bir haksız rekabet hali teşkil edecektir.

İltibas, *“bir kişinin, başkasının emtiası, iş mahsulleri, faaliyeti veya ticari işletmesiyle ilgili benzerlik yaratarak karışıklığa ve yanılmaya sebep olmak”* şeklinde tanımlanmaktadır¹⁶⁹. Hukukumuzda, haksız rekabet hükümleri anlamında iltibas yaratılıp yaratılmadığının saptanmasında reklamın hitap ettiği tüketici

¹⁶⁹ Poroy ve Yasaman, (2012), s. 328.

kesiminin somut bir biçimde yanılmış olması gerekmemekle beraber yanılma riski içinde bulunup bulunmadığı ölçüsü kabul edilmektedir¹⁷⁰. İltibas halleri pratikte en sık ticari unvan ve markaların taklit edilmesi suretiyle gerçekleşmektedir; ancak reklamlar açısından iltibasın mevcudiyeti açısından marka hukukunda olduğu gibi karıştırılma tehlikesini yeterli görmek gerekir. Bu perspektifle, söz konusu mal veya hizmetin potansiyel alıcıları arasında, *“iki ayrı işletmeye ait mal veya hizmetin aynı işletmeden kaynaklandığı ya da bu mal veya hizmetlerin farklı işletmelere ait olduğu fark edilse bile, işletmeler arasında bir bağlantının bulunduğu yönünde bir algının ortaya çıkması ihtimali halinde karıştırma ihtimalinin”* var olduğu kabul edilir¹⁷¹.

Dolayısıyla, reklam verenin hukuki minvalde rakibiyle herhangi bir bağlılık ilişkisi olduğu, örneğin aralarında bir yavru şirket – ana şirket ilişkisinin bulunduğu intibasının uyandırılması da iltibasa sebebiyet verebilir. Bu durumun karşılaştırmalı reklamlar özelinde en çok, ‘olumlu karşılaştırmalı reklam’ olarak tanımlanan reklam türlerinde, bir başka deyişle reklam verenin kendi ürün veya hizmetlerinin rakiplerinkilerle eş değerde olduğunu ve en az bunlar kadar iyi ve tercih edilebilir olduğunu vurguladığı reklamlarda ortaya çıkma ihtimali vardır. Zira bu tip reklamlarda, reklam veren kendisi ile karşılaştırmaya konu rakip işletme veya işletmeler arasında bağlantı bulunduğu izlenimini uyandırabilecek ifadeler kullanarak reklam konusu mal ve hizmetlerin kaynağı konusunda tüketicileri yanıltabilecektir¹⁷².

Haksız ticaret hukukunda iltibas bulunup bulunmadığını belirlenirken, söz konusu ürün ya da hizmetin hitap ettiği tüketici kesimindeki *“orta seviyede”* bir alıcı esas alınır¹⁷³. Yargıtay içtihatlarında da haksız rekabet hukuku bağlamında kriter olarak alınan tüketici, ilgili ürünün hitap ettiği tüketici grubundaki ortalama seviyedeki bilgi, kavrayış ve dikkat seviyesini haiz bir tüketicidir¹⁷⁴. Buradan

¹⁷⁰ İnal, (2000), s. 117.

¹⁷¹ Çolak, U. (2018). Türk Marka Hukuku. (4. Baskı). İstanbul: Onikilevha, s. 199.

¹⁷² Arkan, (2001), s. 37, dipnot. 78.

¹⁷³ Poroy ve Yasaman, (2012), s. 329.

¹⁷⁴ Bu yönde bkz. Yargıtay 11. HD, 14.2.1979 tarihli ve E. 979/1047, K. 979/1227 sayılı kararı. Karar metni için bkz. (Poroy ve Yasaman, 2012, s. 329). Yargıtay 11. HD, 2.11.1999 tarihli ve E. 1999/4005, K. 1999/8651 sayılı kararı (Kazancı İtihat Bankası). Yargıtay 11. HD, 27.4.2006 tarihli

hareketle, karşılaştırmalı bir reklamın haksız rekabet teşkil edecek bir iltibas yaratıp yaratmadığı da, reklamda tanıtılan ürün ya da hizmetin hitap ettiği tüketici kesimine mensup ortalama dikkat seviyesindeki bir alıcı nezdinde, bu reklam vasıtasıyla rakiplerin kendileri veya ürünleri ile bir karıştırılma tehlikesi yaratılıp yaratılmadığının tespiti gerekir.

Uygulamada yargı mercilerince, karşılaştırmalı reklamların sunuluş biçimi gereği, tüketicide rakibin kendisi veya ürünleri ile bir karıştırılma tehlikesi ya da çağrıştırma yaratılmasının iltibasa sebebiyet vereceği kabul edilmektedir. Karşılaştırmalı reklamlarda iltibasa sebebiyet verecek haksız rekabet hallerine somut olarak; karşılaştırmalı reklamda rakibin ürünlerinin biçimi, markası, kendi tanıtım malzemelerinde kullandığı sloganlar ve renk kompozisyonlarının “gereğinden fazla” vurgulanması örnek verilebilir¹⁷⁵. Bu minvalde 2014 tarihli bir kararında Yargıtay, “*Vitamin*” isimli yazılımlara ve aynı zamanda “*Vitamin*” esas unsurlu marka tesciline de sahip davacı işletmenin başvurusu üzerine davalının “*öğrencilere protein de lazım*” sloganlı reklamlarını incelemiş ve “*görsel sunum, ana tema ve genel düzen*” itibarıyla “*davalının "öğrencilere protein de lazım" şeklindeki reklam konsepti ve "protein" ibaresinin yazım şeklinin*” davacının reklamı ile iltibas yaratarak haksız rekabet teşkil edeceğine karar vermiştir¹⁷⁶.

Görüldüğü üzere, karşılaştırmalı reklamlarda iltibas tehlikesi uygulamada sıklıkla markaya iltibas tehlikesi ile beraber ortaya çıkmakta ve genelde iltibastan doğan haksız rekabet halleri ile markaya iltibas suretiyle tecavüz iddiaları beraber ileri sürülmektedir. Türk hukuk uygulamasında Yargı mercilerinin karşılaştırmalı reklamlarda iltibası değerlendirirken reklamın tüm unsurlarıyla beraber bir bütün olarak verdiği intibayı dikkate aldığı görülmekte ve tüketicilerin, reklam konusu ürün veya hizmetlerin farklı işletmelerden geldiğini anlasalar dahi, zihinlerinde oluşturulacak herhangi bir çağrıştırma ya da bağlantı ihtimali de reklamı hukuka aykırı kılacaktır.

ve E. 2005/4762, K. 2006/4786 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bankası).

¹⁷⁵ Arkan, (2001), s. 37.

¹⁷⁶ Yargıtay 11. HD, 6.6.2014 tarihli ve E. 2013/5020, K. 2014/10820 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bankası).

1.2.2.9. Reklam Kurulu İlkelerine Aykırı Olmama

Tic. Rek. Yön. 8. maddesi 1 bendinde karşılaştırmalı reklamların “*Reklam Kurulunca belirlenen ilkelere aykırı olmaması*” şartıyla yapılabileceğini düzenlemektedir. Bu hükmün, TKHK 61. maddesinin 2. bendinde öngörülen “*Ticari reklamların Reklam Kurulunca belirlenen ilkelere [...] uygun [...] olmaları esastır.*” hükmünün açık yansıması olduğu görülmektedir.

Reklam Kurulu, TKHK 63. maddesi uyarınca “*ticari reklamlarda uyulması gereken ilkeleri belirleme ve haksız ticari uygulamalara karşı tüketiciyi korumaya yönelik düzenlemeleri yapma, bu hususlar çerçevesinde inceleme ve gerektiğinde denetim yapma, inceleme ve denetim sonucuna göre durdurma veya aynı yöntemle düzeltme veya idari para cezası veya gerekli görülen hâllerde de üç aya kadar tedbiren durdurma cezası verme hususlarında görevli*” mercidir ve Ticaret Bakanlığı’na bağlıdır. Reklam Kurulu, TKHK’deki ilkelere uygun olacak şekilde reklamcılıkta uyulması gereken kuralları koyarak tüketicileri haksız ticari uygulamalardan korumak adına gerekli kontrolleri yapar ve tüm yayın mecralarında yer alan reklamları denetlemeye yetkilidir¹⁷⁷.

TKHK’ya dayanılarak Reklam Kurulu Yönetmeliği yürürlüğe girmiştir. Bu Yönetmelik 7. maddesinde, yukarıda anılan TKHK hükümlerine uygun olacak şekilde Reklam Kurulu’nun görevlerini belirtmiştir. Bu hüküm uyarınca Reklam Kurulu; TKHK’da “*belirlenen esaslara uygun olarak reklamlarda uyulacak ilkeleri belirlemek ve tüketiciyi haksız ticari uygulamalara karşı korumak için gerekli düzenlemeleri yapmak, reklamları belirlenen ilkeler kapsamında incelemek ve denetlemek, anılan ilkelere aykırı reklam yapanlar hakkında idari yaptırımlar uygulamak*”la görevlidir. Reklam Kurulu Yönetmeliği’nin 7. maddesi uyarınca Kurul, belirlediği ilkeleri Ticaret Bakanlığı aracılığıyla duyurur. Dolayısıyla, Kurul’un belirlediği ilkeler Bakanlığı’nın yayınladığı Tebliğler vasıtasıyla yayınlanmaktadır. 2019 yılı içinde 1365 reklam dosyası, Reklam Kurulu gündemine alınarak hukuka aykırı bulunmuştur¹⁷⁸.

¹⁷⁷ Çataloğlu, B. B. (2020). Reklama Hukuki Açıdan Bir Bakış. YBHD. 5-2020/2, s. 621.

¹⁷⁸ Ticaret Bakanlığı Tüketicinin Korunması ve Piyasa Gözetimi Genel Müdürlüğü İstatistikleri,

Aynı maddenin son fıkrası gereği “Kurul, ticari reklamlarda uyulması gereken ilkeleri belirlerken ve haksız ticari uygulamalara karşı tüketiciyi korumaya yönelik düzenlemeleri yaparken; ülke koşullarının yanı sıra evrensel kabul görmüş tanım ve kurallar ile gelişmeleri de dikkate alır.” Buna göre Reklam Kurulu’nun Uluslararası Ticaret Odası Uluslararası Reklam Uygulama Esasları’nda belirtilen ilkeleri de dikkate alması gerekmektedir.

Reklam Kurulu’nun görevleriyle ilgili anılan düzenlemelerde ortak olarak TKHK’nın ticari reklam ve haksız uygulamalara dair hükümlerine atıf yapılmaktadır. Buradan yola çıkarak, Reklam Kurulu’nun düzenledikleri ilkelerin reklamların “genel ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına uygun, doğru ve dürüst olmalarına” yönelik olduğu söylenebilir¹⁷⁹. Uluslararası Ticaret Odası Uluslararası Reklam Uygulama Esasları’nda da reklamların yasal, ahlaki, dürüst ve doğru olmaları gerektiği düzenlenmiştir¹⁸⁰.

1.2.3. Karşılaştırmalı Reklamlarda Kullanılan Süperlatif İbareler

Günümüz reklamcılığında sıklıkla “en iyi”, “en güçlü”, “en çok tercih edilen”, “eşsiz”, “rakip tanımaz”, “birinci”, “tek” gibi ifadelerin kullanıldığı görülmektedir. Bu tür reklamlarda kullanılan süperlatif ifadelerle reklam veren veya ona ait ürün ya da hizmetler dolaylı bir şekilde piyasadaki rakipleri ve bunların ürün ve hizmetleriyle karşılaştırılmakta; ancak bu karşılaştırmada doğrudan bir rakip gösterilmemektedir. Lakin, karşılaştırmalı reklamda “dolaylı da olsa bağlantının varlığını kabul etmek için reklamın hitap ettiği çevrenin basit bir akıl yürütme ile karşılaştırma yapılan rakipleri ya da onların mal veya hizmetlerini belirleyebiliyor olması” gerektiğinden hareketle “bu tür reklamlarda tüketicilerin reklam veren ile rakipleri arasında bağlantı kurabilmesi için piyasada az sayıda rakibin bulunması gerektiğini” savunan bir görüş de vardır¹⁸¹.

< <https://tuketici.ticaret.gov.tr/yayinlar/istatistikler> > (Erişim tarihi: 09.12.2020).

¹⁷⁹ TKHK, md. 62.

¹⁸⁰ International Chamber of Commerce, ICC Advertising and Marketing Communications Code, 2018.

¹⁸¹ Yıldız, (2016), s. 933. Yine bu görüşte bkz. Arkan, (2001), s. 26.

Ne var ki, liberal ekonominin hakim olduğu günümüz serbest piyasa koşullarında artık neredeyse her sektörde çok sayıda işletme faaliyet göstermekte ve çoğu sektörde çok farklı kaynaktan ürün ve hizmet sunulmaktadır. Buradan hareketle, reklamlarda kullanılan süperlatif ibarelerin illaki hangi rakipleri hedef aldığı konusunda net bir bağlantı kurmak ya da bu konuda net tahminlerde bulunmak gerçekçi gözükmemekte ve sektörde faal diğer tüm rakiplere karşı üstünlük iddialarının da dolaylı karşılaştırma içeren iddialar olduğunu kabul etmek gerekir. Dolayısıyla, bu tip reklamların dolaylı karşılaştırmalı reklam niteliğinde olduğu söylenebilir.

Doktrinde bu tip reklamların hukuka uygunluğu tartışmalıdır. Bir görüşe göre reklamların doğru, dürüst ve gerçeklere dayalı olması gerektiğinden reklamda yer alan bu tip süperlatif iddiaların ancak kanıtlanmış olması halinde bu tarz reklamlar hukuka uygun kabul edilecektir. Kimi zaman ise reklamlarda bu tür ifadelerin kullanılması makul bir abartma olarak kabul edilip, buna izin verilmektedir. Ancak bu konudaki genel kabul gören görüş, bir mal veya hizmet için “en iyi” veya “en üstün” gibi sıfatların kullanılabilmesi için, o mal ya da hizmetin kalitesinin normal kabul edilen standartların üstünde olması yönündedir¹⁸².

Günümüz reklamcılığında bu tip reklamların kullanım yoğunluğu ve tüketicilerin de bu tip reklamlara maruz kaldığı sıklık karşısında bunlara alışık olduğu da göz önüne alınarak oldukça pratik sayılabilecek bu görüşe göre, bu tür reklamlardaki iddiaların ancak tüketiciler tarafından alışılacelmiş abartı sınırlarının üstünde ve gerçekçi algılanması durumunda ispatlanmaları gerekmektedir. Dolayısıyla, kural olarak, bu gibi ifadelerin reklam verenin kendisini ve mal veya hizmetlerini makul abartılar içinde övmesi olarak kabul edilmesi ve sadece reklamın hitap ettiği tüketici kesiminin hayatın olağan akışı içinde dürüstlük kuralına uygun olarak reklamdaki bu tip iddiaları gerçekçi yorumladığı durumlarda bunların doğruluğunun ispatlanmış ve belgelenmiş olması gerekmektedir. Aksinin kabulü reklam verenlere gereğinden fazla bir ispat yükü yükleyecektir.

¹⁸² *İnal*, (2000), s. 66-67.

Bunun yanı sıra, yukarıda da detaylıca incelendiği üzere, rakipleri tüketici gözünde aşağılayan karşılaştırmalı reklamlar hukuka aykırı olduğu gibi, rakibin ticari saygınlığından, rakip ürün ya da hizmetin tanınmışlığından yararlanmayı amaçlayan reklamlar da hukuka aykırıdır. Hukuka aykırılık, bu tarz reklamları yasaklayan hukuk normlarına aykırılıktan kaynaklanabileceği gibi, dürüst ticarete ve dürüstlük kurallarına aykırı olan eylemin bir “haksız rekabet hali” oluşturmasından da ileri gelebilir.

Yargıtay içtihatları değerlendirildiğinde de Yüksek Mahkeme’nin bu tip iddialara karşı tutumunun zaman içinde evrildiği görülmektedir. Nitekim, 1992 tarihli bir kararında Yargıtay, reklamda kullanılan “*Boyada birinci*” sloganının “*ne bakımdan olduğu anlaşılmayan genel bir birincilik iddiası*” olduğuna kanaat getirerek tüketiciler açısından yanıltıcı olacağına karar vermiştir¹⁸³. Ancak Yargıtay’ın bu kararı doktrinde sertçe eleştirilmiştir¹⁸⁴. Yine, yukarıda yer verilmiş olan 1999 tarihli bir kararında Yargıtay, “*Ege’nin tek gazetesi Yeni Asır*” sloganı ile yayınlanan reklamların gerçeği yansıtmadığından hareketle tüketiciyi aldatıcı olduğuna hükmetmiştir¹⁸⁵. Bunlara ek olarak, başka bir dosyasında Yargıtay dava konusu reklamlarında davalının “*‘bir numaralı deterjan, kırk yıldır bir numaralı yardımcınız, Türkiye’nin deterjanı’ ifadelerini kullanmasının tüketici kitlesinde bir yanlış anlamaya ve değerlendirmeye neden olacağı, [...] kendi emtiası hakkında davacının ürününden daha üstün gösterecek biçimde hüsniyet kurallarına aykırı biçimde reklam yaparak yayınlamak suretiyle haksız rekabette bulunduğu*” kanaatindeki ilk derece Mahkeme kararını onamıştır¹⁸⁶.

Yargıtay’ın zamanla bu tip birincilik veya en üstünlük içeren iddialara karşı tutumunu yumuşattığı söylenebilir; zira 2009 tarihli başka bir kararında ise yine boya ürünlerinin tanıtıldığı “*en güzel boya*” ibareli dolaylı karşılaştırmalı reklamlarının “*sübjektif, soyut, kanıtlanamayan ve yalnızca reklam amacına*

¹⁸³ Yargıtay 11.HD, 22.12.1992 tarihli ve E. 1991/4992, K. 1992/11613 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bankası).

¹⁸⁴ İnal, (2000), s. 63, dipnot. 184.

¹⁸⁵ Yargıtay 11. HD, 12.10.1999 tarihli ve E. 1999/3173, K. 1999/7795 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bankası).

¹⁸⁶ Yargıtay 11. HD, 6.2.2007 tarihli ve E. 2005/11256, K. 2007/2983 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bankası).

yönelik” ifadeler içerdiğini ve bu suretle haksız rekabete yol açmayacağını kabul etmiştir¹⁸⁷. Ancak yine de her reklam kendi somut şartları içerisinde değerlendirilmekte ve genel itibarıyla sıralama konusunda bir birincilik iddiası içeren reklamların olağan abartı sınırlarını aştığına karar verilmektedir. Bu görüşün yansıması olarak, 2016 tarihli bir kararında Yargıtay dava konusu reklamlarda *“Dünyanın en iyi 10 su parkından biri”, “En uzun aile kaydıracağı” ve “En uzun kaydırak nerede artık biliyorsun! Halep orada ise arşın Adaland'da”* ibarelerine yer verilmesinin haksız rekabet olduğuna karar vermiştir¹⁸⁸. Gerçekten de söz konusu ifadelerle somut bir en üstünlük iddiasında bulunulmakta ve bu iddialar, dürüstlük kuralı gereğince tüketicilerce gerçekçi algılanabilme riski oluşturmaktadırlar, dolayısıyla bunların ispat edilmeleri gerekmektedir.

Ancak bu gibi iddiaların ispatında neyin kriter olarak esas alınacağı da reklam verenler için bir sorun teşkil edebilir. Zira “en iyi”, “en güzel” gibi iddialar son derece sübjektiftir ve bilimsel olarak ispat edilmeleri için belirli kriterler bulunmamaktadır. Bu konuda, Reklam Kurulu 2015 tarihli bir kararında söz konusu reklamda kullanılan *““En iyi jel” ifadesi ile “ürünün piyasada yer alan tüm sıvı deterjanlara oranla her alanda üstün performans gösterdiği mesajı verilmesine rağmen reklam veren firma tarafından söz konusu üstünlük iddiasının sadece leke çıkarma performansının karşılaştırıldığı laboratuvar testlerine dayandırıldığı, ancak tüketiciler açısından bir deterjanın ‘en iyi’ deterjan olabilmesi için beyazlatma, renk koruma, çamaşırları yıpratmama gibi başka kriterlerin önemli olabileceği”*ni belirterek reklama konu deterjanın sayılan diğer kriterler açısından üstünlüğünün kanıtlanmadığını ileri sürmüş ve bu reklamı hukuka aykırı bulmuştur. Dolayısıyla, bu tip iddiaların ispatında esas alınan kriter, tüketicilerin bakış açısından değerlendirilmektedir. Lakin, bu değerlendirme ve beklenti reklam verenler nezdinde, tıpkı söz konusu kararda olduğu gibi, son derece ağır bir ispat yükü oluşturmaktadır.

¹⁸⁷ Yargıtay 11. HD, 30.10.2009 tarihli ve E. 2008/1262, K. 2009/11173 sayılı kararı. (Yıldız, 2016, s. 934, dipnot. 17) atfıyla.

¹⁸⁸ Yargıtay 11. HD, 23.5.2016 tarihli ve E. 2015/10626, K. 2016/5583 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bankası).

Reklam verenlerin bu tip süperlatif iddialar içeren ifadeleri reklamlarında kullanırken son derece dikkatli ve özenli olmaları gerektiği, Danıştay kararlarından da ortaya çıkmaktadır. Danıştay, dava konusu reklamda geçen “*en berrak çay Doğuş Çay*” ifadesinin, “*berraklığın çay demleme koşulları, kullanılan su gibi dış faktörlere de bağlı olarak değişebileceği, kullanılan malzeme ve tüketici kullanımına bağlı olarak değişebilen bir özelliğin değişmeyen ve piyasa koşullarında diğer ürünlerden daha berrak olacağı iddiasının bağımsız kuruluşlarca ispatlanması gerektiği*” gerekçesine dayanarak tüketicileri yanıltacağına karar vermiş ve reklam verene ağır sayılabilecek bir ispat yükü yüklemiştir¹⁸⁹.

1.2.4. Karşılaştırmalı Reklamın Özel Düzenlemeleri

Bu bölümde karşılaştırmalı reklamlarla ilgili özel düzenlemelerin bulunduğu alanlar incelenecektir. Bu kapsamda, öncelikle takviye edici gıdaların reklamlarında karşılaştırmalı reklam yapma yasağına değinilecek, ardından tanıklı reklamlarda ve fiyat karşılaştırmalarındaki özel düzenlemeler aktarılacaktır.

Tic. Rek. Yön. karşılaştırmalı reklamları düzenlediği 8. maddesinin 3. fıkrasında açıkça “*Gıda reklamlarında, ilgili mevzuata göre sağlık beyanı kapsamına giren hususlar karşılaştırmaya konu edilemez. Beslenme beyanı kapsamındaki hususların reklamlarda karşılaştırma unsuru olarak kullanılması ilgili mevzuat hükümlerine göre yapılır. Takviye edici gıdaların karşılaştırmalı reklamı ise hiçbir şekilde yapılamaz.*” öngörmüştür. Buna göre, gıda maddeleri ile takviye edici gıdaların reklamlarında sağlık beyanlarına yer verilebilmesi için Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu¹⁹⁰ ile bu kanuna dayanılarak hazırlanmış olan Sağlık Beyanı ile Satışa Sunulan Ürünlerin Sağlık Beyanları Hakkında Yönetmelik¹⁹¹ hükümlerinde belirtilen şartların sağlanması ve

¹⁸⁹ Danıştay 15. Daire, 11.9.2018 tarihli ve E. 2018/730, K. 2018/6209 sayılı kararı (Lexpera İçtihat Bankası).

¹⁹⁰ RG, 13.06.2010, 27610.

¹⁹¹ RG, 07.06.2013, 28670.

Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu tarafından izin alınması gerekmektedir. Bu şartlar, gıda ürünlerinin karşılaştırmalı reklamları için de geçerlidir; ancak çalışmamız kapsamında söz konusu mevzuat hükümleri incelenmeyecektir.

Buna ek olarak, takviye edici gıda niteliğindeki ürünlerin ise karşılaştırmalı reklamı kesinlikle yasaktır. Bu yasak Reklam Kurulu kararlarında sıklıkla değerlendirilmiştir. Bu minvalde 2017 tarihli bir kararında Reklam Kurulu, reklam verenin internette yayınladığı “[Reklam Veren Ürünü] Hastalarınızın yüzünü güldürür” sloganlı videolarında rakip “probiyotik gıda takviyesi markalarını içmeyi reddeden bebek ve çocukların görüntülerine yer verilerek” karşılaştırmalı reklam yapıldığını; ancak “gıda takviyesi” kapsamında değerlendirilen ürünlerin karşılaştırmalı reklamının yapılmasının mevzuat gereği yasak olduğu”nu açıkça vurgulamıştır¹⁹².

Reklam Kurulu, yine aynı yasağı gözeterek çeşitli kararlarında; vitaminlerin¹⁹³ ve balık ve Omega 3 yağlarının¹⁹⁴, probiyotik ürünlerin¹⁹⁵ karşılaştırmalı reklamlarının yapılmasının yasak olduğuna hükmetmiştir¹⁹⁶. Önemle belirtmek gerekir ki, AB Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlara İlişkin Yönerge’de gıda ürünleri ve gıda takviyesi niteliğindeki ürünlerin karşılaştırmalı reklamlarda yer almasına dair bu şekilde özel düzenlemeler ya da yasaklar düzenlenmemiştir.

Bununla beraber, Tic. Rek. Yön. 16. maddesinde “tanıklı reklamlar” düzenlenmiştir. Bu hükme göre “reklamlarda, tanıklığına başvurulmuş kişi, kurum veya kuruluşun tecrübesine, bilgisine veya araştırma sonuçlarına dayanmayan ve gerçek olmayan hiçbir tanıklık ya da onay ifadesine yer verilemez veya atıfta bulunulamaz.” Bu yasak, karşılaştırmalı reklamlar da dahil olmak üzere

¹⁹² Reklam Kurulu, 14.3.2017 tarihli ve D. 2017/224, T. No. 258 sayılı kararı (Lexpera İçtihat Bankası).

¹⁹³ Reklam Kurulu, 13.2.2018 tarihli ve D. 2017/3808, T. No. 269 sayılı kararı (Lexpera İçtihat Bankası).

¹⁹⁴ Reklam Kurulu, 12.11.2019 tarihli ve D. 2019/9576, T. No. 290 sayılı kararı (Lexpera İçtihat Bankası).

¹⁹⁵ Reklam Kurulu, 11.7.2017 tarihli ve D. 2017/1559, T. No. 262 sayılı kararı (Lexpera İçtihat Bankası).

¹⁹⁶ Reklam Kurulu, 9.1.2018 tarihli ve D. 2017/3226, T. No. 268 sayılı kararı (Lexpera İçtihat Bankası).

reklamların hepsi için geçerlidir. Günümüzde sosyal medya platformlarının kullanımlarının yoğunlaşması ve bu mecralarda yine sosyal medya ünlülerinin hesaplarında yaptığı tanıtımlar da bu kapsama girmektedir. Dolayısıyla, örneğin, bir sosyal medya platformunda, kişinin aslında hayatında ürünü kullanmaması veya tecrübe etmemesine rağmen ürünün rakip diğer ürünlerden üstün olduğuna dair beyanlarda bulunması yasaktır¹⁹⁷. Ancak ilgili hüküm, zaten aldatıcı ve yanıltıcılık yasağının özel bir görünümü niteliğinde olup, tanık beyanları içeren karşılaştırmalı reklamların gerçeği yansıtmaması halinde bunlar hem aldatıcı olacak hem de karşılaştırmaya konu iddiaların niteliklerine göre Tic. Rek. Yön.'ün 8. maddesi ilk fıkrasının f bendi kapsamında öngörülen ispat edilmiş olmaları şartına da aykırı olacaklardır. Bu durumda anılan reklamların TKHK'nın 61. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle Reklam Kurulu tarafından anılan reklamların durdurulmasına ve ayrıca TKHK'nın 77. maddesinde öngörülen idari para cezalarına hükmedilebilecektir.

Reklamlarda sıklıkla yer verilen karşılaştırmalardan bir diğeri ise, tüketicilerin alım seçimlerinde sunulan ürün veya hizmetin fiyatının esaslı rol oynaması itibarıyla, fiyat karşılaştırmalarıdır. Reklamlarda yer alan fiyat beyanları ise Tic. Rek. Yön. 13. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Reklamlardaki fiyat beyanlarının şartları genel olarak haksız rekabet hukuku ile öngörülen şartlar olup bunlara ayrıca değinilmeyecektir; ancak reklamlarda anılan Yönetmelik 8. maddesinin 4. fıkrasında *“fiyat düzenlemeleri ile etkin piyasa gücü yükümlülükleri ilgili idari otoriteler tarafından belirlenen sektörlere ilişkin reklamlarda”* fiyat karşılaştırmaları yasaklanmıştır. Ancak bu hükmün de AB Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlara İlişkin Yönerge'de bir mehzaz hükmü bulunmamaktadır.

¹⁹⁷ Özdemir ve Doğanay, (2019), s. 323.

İKİNCİ BÖLÜM

MARKA HUKUKU VE HAKSIZ REKABET HUKUKU AÇISINDAN KARŞILAŞTIRMALI REKLAMLARIN HUKUKA UYGUNLUĞU

2.1. GENEL OLARAK

Karşılaştırmalı reklamın temel amaçlarından biri rakip firmanın ürünleri ile kendi ürünlerini öne çıkan yönleri bakımından karşılaştırmak ve rakip firmanın ürün veya hizmetlerinin önüne geçirmektir. Bu noktada haksız rekabet kavramı büyük önem kazanmaktadır. Yine haksız rekabetin özel bir görünümü olarak ortaya çıkabilen marka hakkını ihlal kavramı ve marka hukuku da bu noktada önem kazanmaktadır. Tüketiciyi yanıltıcı, aldatıcı, istismar edici nitelikteki hukuka aykırı reklamlar genellikle aynı zamanda piyasadaki diğer rakipler aleyhine de haksız rekabet teşkil etmektedir¹⁹⁸.

Bu yönüyle hukuka aykırı karşılaştırmalı reklamlara karşı korunması gereken taraflardan biri tüketiciler olmakla beraber piyasada ticari faaliyette bulunan rakiplerin de hukuka aykırı karşılaştırmalı reklamlara karşı korunması gerekmektedir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde karşılaştırmalı reklamlar haksız rekabet hukuku ve marka hukuku bakımından ele alınacak, karşılaştırmalı reklamların bu hukuk dalları ile olan ilişkisi incelenecektir.

2.1.1. Haksız Rekabete Yol Açmama

Haksız rekabete ilişkin hükümler TTK'da düzenlenmektedir. TTK'daki haksız rekabet kuralları genel niteliktedir ve tüketiciler, rakipler, piyasa katılımcıları dahil olmak üzere genel olarak kamunun menfaatlerini korumaktadır¹⁹⁹.

¹⁹⁸ Tekelioğlu, (2016), s. 30.

¹⁹⁹ Tekelioğlu, (2016), s. 30.

TTK madde 54 fıkra 2 haksız rekabeti “*rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar*” olarak tanımlamaktadır.

Burada bahsedilen dürüstlük kuralının TTK kapsamında bir tanımı bulunmamakla birlikte doktrinde 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun²⁰⁰ 2. maddesindeki dürüstlük kuralı ile ilişkilendirilmektedir²⁰¹. Buna göre doktrinde dürüstlük kuralı tarafların uymakla yükümlü olduğu, her hukuki ilişkide geçerliği olan ve hâkim tarafından da re’sen göz önünde bulundurulması gereken kurallar olarak tanımlanmaktadır²⁰².

Dürüstlük kuralına aykırılık ise genel olarak iş etiğine ve doğruluğa ters uygulamalar olarak tanımlanmaktadır²⁰³. Bu kapsamda haksız rekabet; ticari rekabetin, dürüstlük kurallarına aykırı olan davranış ve başkaca suretlerle her türlü kötüye kullanılması olarak da tanımlanabilir.

Bunun yanı sıra haksız rekabet aynı zamanda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu²⁰⁴ (“TBK”) anlamında da haksız fiildir. Nitekim TBK’nın haksız rekabet başlıklı 57. maddesinin ilk fıkrasında “*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.*” denilmek suretiyle haksız rekabet halinin bir haksız fiil olduğu açıkça düzenlenmektedir. Ancak aynı maddenin ikinci fıkrasındaki “*Ticari işlere ait haksız rekabet hakkında Türk Ticaret Kanunu hükümleri saklıdır.*” şeklindeki hüküm ile ticari işlere yönelik haksız rekabet hallerine TTK’nın uygulanacağı ifade edilmektedir.

TTK madde 55’te haksız rekabet hallerinin başlıcaları sıralanmaktadır²⁰⁵.

²⁰⁰ RG, 08.12.2001, 24607.

²⁰¹ Akipek, J. & Akıntürk, T. Türk Medeni Hukuku, Birinci Cilt, (6. baskı), İstanbul: Beta, 2007, s.5.

²⁰² Özsunay E. Medeni Hukuka Giriş, (4. Baskı), İstanbul: Güray, 1981, s. 350.

²⁰³ Bozer, A. & Göle, C. (2018). Ticari İşletme Hukuku, (5. baskı), Ankara: Seçkin, s. 212.

²⁰⁴ RG, 04.02.2011, 27836.

²⁰⁵ Nomer Ertan, (2016), s. 97.

Bu sayılanlar dürüstlük kurallarına aykırı davranışların veya ticari uygulamaların, dolayısıyla da haksız rekabet hallerinin, yüksek yargı kararlarına göre en çok rastlanılan görünüş şekilleridir. TTK madde 55'te sayılan haksız rekabet halleri sınırlı sayıda değil, örnekseyicidir²⁰⁶. TTK'nın 55. maddesinin 1. fıkrasının a bendi dürüstlük kuralına aykırı reklamları haksız rekabet hâllerinin başlıcaları olarak sıralamaktadır.

Hukuka aykırı karşılaştırmalı reklam haksız rekabet olarak ilk defa TTK'da düzenlenmiştir. TTK madde 55'in ilk fıkrasının a bendindeki 5 numaralı alt bende göre “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” dürüstlük kuralına aykırı kabul edilerek haksız rekabet hali olarak gösterilmiştir.

Bu düzenleme uyarınca karşılaştırmalı reklamda gerçek dışı ifadelere yer verilmesi, reklamın yanıltıcı olması, gereksiz yere kötüleyici olması veya karşılaştırma konusu mal, hizmet veya onu sunanın tanınmışlığından haksız yarar sağlaması durumunda söz konusu reklamın haksız rekabete neden olduğu kabul edilebilecektir²⁰⁷. Bu maddenin gerekçesinde karşılaştırmalı reklamın prensip olarak hukuka aykırı olmadığı ve kanunen dürüstlük kurallarına aykırı sayılmayacağı; ancak “*nesnel yönden gerçek dışı ve ölçüyü aşan abartılı karşılaştırmalı*”²⁰⁸ reklamların hukuka aykırı olduğu açıklanmıştır.

2.1.2. Aldatıcı Olmama

Aldatıcı ve yanıltıcı olmama tüm reklam türleri için geçerli olan reklam hukukunun temel prensiplerinden biridir. Söz konusu durum aynı şekilde karşılaştırmalı reklamlar için de geçerlidir. Karşılaştırmalı reklamlar da yanıltıcı veya aldatıcı olması durumunda hukuka aykırı kabul edilebilecektir.

²⁰⁶ Bkz. TTK gerekçesi.

²⁰⁷ Bozbel, (2006), s. 94 vd.

²⁰⁸ TTK md. 55/5 gerekçesi.

TTK madde 55'in gerekçesinden hareketle; reklam yapılan karşılaştırmada ileri sürülen iddia, açıklama veya beyanların doğru olmaması, yani bunların gerçeğe aykırı olmaları veya rakibin tanınmışlığını ya da ürünlerini sömürmeleri, rakiplerin kendileri ve ürünlerinin yanlış bir şekilde tanıtılması, bunların üstün taraflarının belirtilmemesi halinde, söz konusu karşılaştırmalı reklamın haksız rekabete yol açacak şekilde dürüstlük kurallarına aykırı olduğu söylenebilir. Dolayısıyla anılan TTK hükmünün gerekçesi, üç karşılaştırmalı reklamı haksız rekabet hallerinden saymaktadır: “Yanlış, yanıltıcı ve rakibi sömürücü karşılaştırmalı reklam²⁰⁹.”

Buna göre, haksız rekabete yol açacak derecede “yanlış karşılaştırmalı reklam, dayandığı olgular yanlış olan, gerçeğe uymayan, gerçeği saptıran, gerçek ortaya konduğunda (ispatlandığında) doğru olmadığı ortaya çıkan” reklamları ifade etmektedir²¹⁰. Bu tip karşılaştırmalı reklamlar, yukarıdaki konu başlığında aldatıcı ve yanıltıcılık kategorisi altında daha detaylı olarak incelenmiştir. Burada tekrar hatırlatmakta fayda vardır ki, mübalağa içeren karşılaştırmalar safi abartılı ifadeler içerdiklerinden ötürü doğrudan hukuka aykırı kabul edilmezler. Yukarıda da belirtildiği üzere, her reklam kendi koşulları içinde ayrı bir değerlendirmeye tabidir.

Yargıtay 2019 tarihli bir kararında davalıya ait “Türkiye'nin 81 İlinde İki Kat Hızlı İnternet-Mobil Plus Teknolojisi Avea'da” ibareli reklamının “karşılaştırmalı reklam olup davacının da aynı alanda faaliyette bulunması nedeniyle haksız rekabet oluşturduğu, reklamın tüketiciler tarafından ülkemizin hangi ilinde olursa olsun iki kat internet bağlantısına kavuşacağı şeklinde algılanacağı, yanıltıcı olduğu, eksik bilgi içerdiği, “Mobil Plus Teknolojisi Avea'da” ifadesinin anılan teknolojinin sadece davalıya ait olduğu ve yeni oluşturulan teknoloji olduğu algısı yarattığı, ... davalının ‘Türkiye'nin 81 İlinde İki Kat Hızlı İnternet-Mobil Plus Teknolojisi Avea'da’ ifadeli görsel reklamının haksız rekabet teşkil ettiğinin tespitine” karar veren ilk derece Mahkemesi kararını onamış ve reklamdaki karşılaştırmının tüketiciyi yanıltacak surette eksik bilgi

²⁰⁹ Yaralı, L., Türk Ticaret Kanunu Madde Gerekçeleri, s. 19.

²¹⁰ Yaralı, L., Türk Ticaret Kanunu Madde Gerekçeleri, s. 19.

içermesinden hareketle haksız rekabet teşkil ettiğini vurgulamıştır²¹¹.

Doğal olarak, eksik bilgi verilerek tüketicinin yanıltılması halinde de karşılaştırmalı reklamlar haksız rekabet hali teşkil edecektir. Bu bağlamda Yargıtay, mevzuat gereği tüm otogaz ürünlerinin kokulu şekilde piyasaya arz edilmesi gerekirken, *“Kokusuz Gaz; Kokulu Otogaz Kalitesizdir, Kokulu ve Kalitesiz Otogazlarla Bir Milli Servet Olan Otomobillerinizin Ömrünü Kısaltmayın”* sloganlı reklamları ile kendi otogaz ürünlerinin rakiplerinin ürünlerinin önüne geçirilmesini haksız rekabet kabul etmiştir; zira *“reklam metninde ‘TSE kurallarına uygun şekilde kokusu bulunduğu’ yada ‘bu kurallarda belirtilen koku dışında koku bulunmadığı’ şeklinde bir ibare bulunmamakta olup, kullanılan reklam metninde ‘davalı tarafın ürününün hiç kokusu bulunmadığı’ kastedildiği anlaşılmaktadır.”*²¹²

Çok benzer başka bir değerlendirme de Reklam Kurulu tarafından bir deterjan reklamı için yapılmış ve *“... söz konusu tanıtımlarda yer verilen ‘Çünkü 1 ölçek X1, 2 ölçek sıradan deterjandan daha iyi leke çıkarır’* iddiasına ilişkin rapor sonuçlarına göre, *“ ‘X1’ markalı deterjanın diğer deterjanlara göre nispeten daha iyi performans gösterdiği kanıtlanmış olsa dahi diğer deterjanların da test edilen leke türlerine göre değişmekle beraber leke çıkarmada reklamı yapılan ürüne yakın performans gösterdiğinin anlaşıldığı, bu durumda söz konusu televizyon reklamlarında yer alan görüntüler ile piyasadaki sıradan deterjan olarak ifade edilen ürünlerin leke çıkarmada hiçbir etkisi olmadığı yönünde izlenim uyandırılmasının haksız rekabet yaratıcı ve aynı zamanda tüketicileri yanıltıcı olduğu”* gerekçesiyle söz konusu reklamdaki iddialar, test sonuçları ile desteklenmiş olsa bile, bu iddiaların yanlış bir izlenime sebep olacak şekilde sunulması hukuka aykırı bulunmuştur²¹³.

²¹¹ Yargıtay 11. HD, 17.6.2019 tarihli ve E. 2018/3120, K. 2019/4467 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bankası).

²¹² Yargıtay HGK, 7.11.2007 tarihli ve E. 2007/11-839, K. 2007/825 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bankası).

²¹³ Reklam Kurulu, 11.8.2020 tarihli ve D. 2018/6215, T. No. 300 sayılı kararı (Lexpera İçtihat Bankası).

2.1.3. Gereksiz Kötüleme Teşkil Etmeme

Reklamlar için geçerli olan kötüleme yasağı, yukarıda detaylı olarak incelenmiştir. Tekrar hatırlatmakta fayda vardır ki, her karşılaştırmalı reklam doğası gereği az çok bir kötüleme içermektedir, dolayısıyla buradaki kötülemenin mevzuata aykırı olup olmadığı bunun gereklilik, ölçülülük ve objektiflik esaslarında değerlendirilmesine göre değişecektir.

Burada ayrıca, reklam hukukuna dair getirilen mevzuattaki düzenleme ve şartların pratikte tüketici ve marka hukuku açısından ayrı ayrı ele alınmadığı ve bunların tümünden değerlendirildiği de eklenmelidir. Dolayısıyla buradaki kötüleme yasağı, ilk bölümde incelenmiş olan kötüleme yasağının içeriği ile kesişmektedir.

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi de bir kararında “ *“Türkiye’nin 81 ilinde iki kat hızlı internet” reklamının altında "mobil plus teknolojisi ...'da" ifadesini kullanmıştır. Davalının kullandığı reklam ifadesinin, tüketiciler tarafından Türkiye'nin hangi ilinde olursa olsun iki kat internet bağlantısına kavuşacağı şeklinde algılanacağı ve tüketicinin yanıltılmasına yol açacağı açıktır. Reklamın altında mesaj olarak dipnot şeklinde verilen " mobil plus teknolojisi ...'da " ifadesinin bu teknolojinin sadece ...'ya ait olduğu algısını yaratarak tüketicileri yanıltacaktır”* gerekçesiyle, reklam verenin kendi ürünlerini rekabette öne geçirmek suretiyle haksız rekabette bulunduğu karar vermiştir²¹⁴. Kararın bu kısmı sonradan Yargıtay tarafından da onanmıştır²¹⁵.

İstanbul 16. Asliye Ticaret Mahkemesi de karşılaştırmalı reklamların hukuka uygunluk şartlarını kısaca “*yapılan karşılaştırmaların içeriğinin objektif olarak gerçeği yansıtması, doğru olması ya da doğrulanabilir verilere dayanması gerekir. Karşılaştırma yapılan verilen doğru değilse gerçeğe aykırılık söz konusudur ve haksız rekabet gerçekleşmiş olur. Yine karşılaştırmaların içeriğinin doğruluğu veya yanıltıcı olmasından bağımsız olarak karşılaştırmaların yapılış tarzı*

²¹⁴ İstanbul BAM 14. HD, 26.4.2018 tarihli ve E. 2017/928, K. 2018/438 sayılı kararı (Lexpera İçtihat Bankası).

²¹⁵ Yargıtay 11. HD, 17.6.2019 tarihli ve E. 2018/3120, K. 2019/4467 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bankası).

ve şekli rakipleri veya rakip ürünü kötüleyici nitelikteyse bu takdirde haksız rekabet gerçekleşmiş olur.” şeklinde ifade etmiştir²¹⁶. Dolayısıyla, karşılaştırmanın haksız rekabet teşkil edip etmediğinin değerlendirmesinde reklamdaki iddiaların sunum biçimi de son derece önemlidir.

2.1.4. Ticari Tanınmışlık ve İtibardan Haksız Yarar Sağlamama

Öte yandan, haksız rekabete yol açarak hukuka aykırı kabul edilen karşılaştırmalı reklam tiplerinden bir diğeri ve marka hukuku açısından da konu teşkil eden *“rakibi sömürücü karşılaştırmalı reklam”* türüdür. Bu tip reklamlarda rakibin kendisinden, ürünlerinden, emeğinden, faaliyetlerinden, bilinirliği ve tanınmışlığından, dolayısıyla güveninden ve itibarından gereksiz yere yararlanan, bunları gereksiz yere konu edinen karşılaştırmalar yapılmaktadır²¹⁷. Bu tip karşılaştırmalı reklamlarda, reklamı yapılan ürünün tanınmış ve bilinir ürün kadar iyi olduğu ima edilerek, bu ürün ile ikame edilebilir olduğu dolaylı bir şekilde vurgulanmaktadır ve dolayısıyla, karşılaştırma yapılan ürünün elde ettiği bilinirlikten yarar sağlanmaya çalışılmaktadır. Bu husus, aşağıda daha detaylı olarak ve rakip markanın karşılaştırmalı reklamlarda açıkça kullanılması yasağına değinilerek detaylandırılacaktır.

Haksız rekabet hallerinin karşılaştırmalı reklamlardaki görünüm biçimlerinden sıklıkla karşılaşılan bir başka çeşidi de fiyat karşılaştırması yapılan reklamlardır. Fiyat karşılaştırmalarında karşılaştırmanın objektif olması ve yanıltıcı olmaması aranır. Fiyatı karşılaştırılan ürünlerin nitelik olarak aynı seviyede veya aynı kalitede olması da gerekmemekle beraber, haksız rekabet teşkil etmemesi için reklamlardaki verilerin gerçek olması gerekmektedir²¹⁸. Bunlara ek olarak, Tic. Rek. Yön.’de yapılan 28 Aralık 2018 tarihli değişiklik ile, fiyat karşılaştırması yapılırken rakiplerin isimleri ve/veya markalarına yer verilemeyecektir. Bununla

²¹⁶ İstanbul 16. ATM, 1.10.2019 tarihli ve E. 2018/149, K. 2019/825 sayılı kararı (Lexpera İçtihat Bankası).

²¹⁷ Şener, (2016), s. 628.

²¹⁸ Bozbel, (2006), s. 113.

paralel olacak şekilde, Reklam Kurulu 2019 tarihinde bir reklam verenin sosyal medya sitelerinde yayınlandığı “*Vatandaşla dalga geçmek herhalde böyle bir şey. [Rakip] TOPTAN satışta X3 4.5 kilogram toptan fiyatı 23,99 TL, BİZİM BAKKAL larda aynı ürün 4.5 kg 19,90 perakende fiyatı*” ibareli reklamları hakkında, “*rakip firmaya ait unvan ve marka bilgisi ile logo görseline yer verilerek*” karşılaştırma yapılmasının anılan Yönetmelik’e aykırı olduğu gerekçesiyle durdurma kararı vermiştir²¹⁹.

2.2. TÜRK HUKUKU AÇISINDAN KARŞILAŞTIRMALI REKLAMLARDA MARKA KULLANIMI VE DOĞRUDAN KARŞILAŞTIRMALI REKLAMLAR

2.2.1. Türk Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Reklamlarda Marka Kullanımı ve Doğrudan Karşılaştırma Yasağı

Hukukumuzda ilk defa, 2015 yılında çıkarılan Tic. Rek. Yön. ile beraber reklamlarda açık karşılaştırma yapılması, yani “*rakiplere ait isim, marka, logo veya diğer ayırt edici şekil veya ifadeler ile ticaret unvanı veya işletme adları*”nın açıkça kullanılmaları öngörülerek doğrudan karşılaştırmalı reklamlara izin verilmiştir²²⁰. Nitekim Tic. Rek. Yön.’nin 8. maddesinin 2. fıkrası açıkça “*Karşılaştırmalı reklamlarda, rakiplere ait isim, marka, logo veya diğer ayırt edici şekil veya ifadeler ile ticaret unvanı veya işletme adlarına, bu maddenin birinci fıkrasında belirtilen hükümlere uygun olması koşuluyla yer verilebilir*” düzenlemesini içermekteydi. Fakat söz konusu düzenlemenin yürürlük tarihi; önce Yönetmeliğin yürürlük tarihinden bir sene sonrasına ertelenmiş²²¹, bunu takiben ise 1 Ocak 2019 tarihine kadar aşamalı olarak ertelenmiş, en sonunda da 28 Aralık 2018 tarihinde

²¹⁹ Reklam Kurulu, 18.6.2019 tarihli ve D. 2017/4400, T. No. 285 sayılı kararı (Lexpera İçtihat Bankası).

²²⁰ RG, 10.01.2015, 29232.

²²¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kenaroğlu, Y. & Kenaroğlu, S. (2016). 10 Ocak 2015 Tarihinde Kabul Edilen Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği Işığında Reklamlarda Yeni Dönem. Legal Fikir ve Sinai Haklar Dergisi. 12/46, s. 523-534.

bu düzenleme yürürlükten kaldırılmıştır. Buna ilaveten, Yönetmelik'te yapılan aynı tarihli değişiklik ile reklamlarda “rakiplere ait ürün adı, marka, logo, ticaret unvanı, işletme adı veya diğer ayırt edici unsurlara” yer verilmesi yasaklanarak doğrudan karşılaştırmalı reklamların hukuka aykırı olduğu kabul edilmiştir. Nitekim 28 Aralık 2018 tarih ve 30639 sayılı RG’de yayımlanan Ticari Reklam Ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik’in 2. maddesi uyarınca Tic. Rek. Yön.’nin 8. maddesine eklenen “*Rakiplere ait ürün adı, marka, logo, ticaret unvanı, işletme adı veya diğer ayırt edici unsurlara yer verilmemesi*” şeklindeki a bendi ile açık karşılaştırmalı reklamlar açıkça hukuka aykırı olarak düzenlenmiştir. Sonuç itibarıyla Türk hukuku, açık karşılaştırmalı reklamları yasaklamıştır.

Bu durum uygulamada da karışıklığa yol açmış ve anılan düzenleme ile getirilmesi beklenen doğrudan karşılaştırmalı reklamlar 2015 itibarıyla reklam veren işletmeler tarafından kullanılmaya başlanmıştır. Ancak Reklam Kurulu 2015’te vermiş olduğu pek çok kararında doğrudan karşılaştırmalı reklamlara izin veren bu düzenlemenin yürürlük tarihinin ertelenmiş olduğunu dikkate almıştır²²². Dolayısıyla hukuken, açık karşılaştırmalı reklamların uygulanmasına izin verilmemiş olup, fiilen de bu tip reklamlar uygulama alanı bulamamıştır.

Bununla beraber, SMK marka hakkına tecavüz teşkil eden fiilleri 29. maddesinde sıralamıştır. SMK’nın 29. maddesine göre; marka sahibinin izni olmaksızın markayı SMK’nın 7. maddesinde belirtilen şekillerde kullanmak, markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek, markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak veya benzeri fiillerde bulunmak, marka sahibi tarafından lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek marka hakkına tecavüz

²²² Bkz. Reklam Kurulu, 13.11.2018 tarihli ve D. 2018/3160, T. No. 278 sayılı kararı (Lexpera İçtihat Bankası).

Reklam Kurulu, 13.12.2016 tarihli ve D. 2016/1500, T. No. 255 sayılı kararı (Lexpera İçtihat Bankası).

Reklam Kurulu, 12.5.2015 tarihli ve D. 2015/364, T. No. 236 sayılı kararı (Lexpera İçtihat Bankası).

Reklam Kurulu, 11.7.2017 tarihli ve D. 2017/1324, T. No. 262 sayılı kararı (Lexpera İçtihat Bankası).

olarak sayılmaktadır.

SMK'nın 7/3(f) maddesinde ise “İşaretin hukuka uygun olmayan şekilde karşılaştırmalı reklamlarda kullanılması”nın marka hakkı sahibi tarafından yasaklanabileceğini öngörmektedir. Madde gerekçesinde ise bu bendin 2015/2436 Sayılı AB Yönergesi²²³ ve uluslararası uygulamalara uyum sağlamak amacıyla yeni eklendiği açıklanmaktadır²²⁴. Kanunun lafzi yorumuyla, mefhum-i muhalifinden, hukuka uygun bir şekilde kullanılması halinde rakiplere ait markaların karşılaştırmalı reklamlarda yer alabileceği anlamı çıksa da, Tic. Rek. Yön.'ün 8. maddesindeki açık yasak karşısında böyle bir kullanıma imkan verilmemektedir.

Görüleceği üzere bir başkasının markasının karşılaştırmalı reklamlarda kullanılması açıkça SMK uyarınca marka hakkına tecavüz teşkil etmektedir. Böylece yukarıda da anıldığı üzere bir başkasının markasına karşılaştırmalı reklamlarda yer verilerek doğrudan karşılaştırmalı reklam yapılması açıkça marka hakkına tecavüz sayılacaktır.

TTK'da haksız rekabet hükümlerinde ise doğrudan karşılaştırmalı reklamlar özel olarak yasaklanmamış; ancak 55. maddesinde, tüm reklamlar için “kendisini, mallarını, iş ürünlerini, faaliyetlerini, fiyatlarını, [...] veya gereksiz yere onun tanınmışlığından yararlanacak şekilde; başkaları, malları, iş ürünleri veya fiyatlarıyla karşılaştırmak [...] hukuka aykırı ve yasaktır.” öngörülerek karşılaştırmalı reklamlarda rakiplerin kendileri veya markalarının tanınmışlığından yararlanmak yasaklanmıştır. Benzer bir düzenleme, Tic. Rek. Yön.'ün 11. maddesinin b bendinde “[Reklamlarda] bir kişi adından ya da bir firma, kurum veya kuruluşa ait ticaret unvanından fikri ve sınai mülkiyet hakkından veya bir reklam kampanyası ile sağlanmış bulunan itibardan haksız olarak yararlanılamaz.” şeklinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla, eğer ki yukarıda sözü geçen doğrudan karşılaştırmalı reklam yasağı olmasaydı, yine de bu tip reklamların rakiplerin ticari itibarından haksız surette yararlanmadan yapılması gerekecek ve

²²³ Directive (EU) 2015/2436 of 16 December 2015 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks, bkz. O.J. No. L 336/1, 23.12.2015.

²²⁴ Oğuz, S. & Kara, U. (2018). Sınai Mülkiyet Kanunu Gerekçeli İçtihatlı Karşılaştırmalı. Ankara: Bilge, s. 69.

belki de olumlu doğrudan karşılaştırmalı reklam tipine ise izin verilebilecekti.

2.2.2. Karşılaştırmalı Reklamlarda Marka Kullanımı ve Açık Karşılaştırma Yasağına Türk Hukuku Uygulamasından Örnekler

Türk hukukunda karşılaştırmalı reklamlar sarıh bir şekilde ilk defa 2015 başında yürürlüğe giren Tic. Rek. Yön. ile düzenlenmiş olup bu tarih öncesinde ise rakip markalara ya da bunlara benzer işaretlere yer verilen reklamlar yargı mercileri tarafından TTK'nın haksız rekabet hükümleri ile marka hukuku mevzuatı hükümleri çerçevesinde değerlendirilmekteydi. Ancak unutulmamalıdır ki, karşılaştırmalı reklamların değerlendirilmesinde bu mevzuat hükümleri Tic. Rek. Yön.'ün yürürlüğe girmesinden sonra da yine dayanak olmaya devam etmiştir.

TKHK ile yürürlükten kaldırılan 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun²²⁵ ("mülga TKHK") döneminde ve anılan dönem Yargıtay uygulamasında doğrudan karşılaştırmalı reklamların hukuka uygunluğunun değerlendirilmesinde söz konusu reklamlar haksız rekabet kuralları uyarınca değerlendirilmekte ve söz konusu reklam haksız rekabet teşkil etmedikçe marka hakkına tecavüz oluşturmayacağı kabul edilmekteydi²²⁶.

Yargıtay 1998 tarihli bir kararında²²⁷ *"Reklam, bir kimsenin ürettiği mal veya hizmetlerin üstün niteliklerinin açıklanmasıdır. Bu reklamlarda, başkalarına ait mal veya hizmetler yönünden açık veya örtülü biçimde karşılaştırılma yapılması da olanaklıdır. Ancak, karşılaştırmalı reklamın doğru ve gerçek verilere dayanması, yanlış ve yanıltıcı yapılmaması da gerekir."* demektedir.

Tic. Rek. Yön.'nde doğrudan karşılaştırmalı reklamlara izin veren madde 8/2 hükmünün kaldırılarak doğrudan karşılaştırmalı reklamların açıkça yasaklandığı Tic. Rek. Yön.'de yapılan 28 Aralık 2018 tarihli değişikliğe kadarki dönemde de Yargıtay kararlarında benzer yaklaşımın devam ettiği görülmektedir.

²²⁵ RG, 08.03.1995, 22221

²²⁶ Arkan, S. (1997). Marka Hukuku. İstanbul: Vedat, s. 215.

²²⁷ Yargıtay 11. H.D, 20.02.1998 tarihli ve E. 1997/9233, K. 1998/1026 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bankası).

2014 tarihli bir Yargıtay kararına konu olan olayda davalı, sunduğu eğitim yazılım hizmetlerini “öğrencilere protein de lazım” sloganı eşliğinde tanıtmakta olup bu reklamlarda “protein” ibaresini, davacının tescilli “ttnet vitamin” markasında kullandığı renklere ve kompozisyona benzer bir şekilde sunmaktadır. Yargıtay burada bir karşılaştırmalı reklamın varlığı kabul edilse bile, davalının reklamlarında kullanmayı seçtiği renkler, yazım şekli ve fon ile davacının tescilli markasına benzerlik yarattığı ve böylece davacının tescilli markası ile bir ilişkilendirilme ihtimali doğduğundan hareketle böylesi bir reklamın hukuka uygun olamayacağını kabul etmiştir. Dava konusu reklamda açıkça rakip marka adı yer almasa bile reklam, sunuluş biçimi itibarıyla rakip firmanın markalarını andırmaktadır. Bu karardan hareketle Yargıtay’ın, reklam verenin, reklamda yer verdiği ibareleri sunuş biçiminden hareketle rakip firmaların markalarına bir çağrıştırma yaratmak suretiyle bunların tanınırlıklarından haksız yarar sağlamak veya bunların ayırt edici karakterlerini zedelemek niyeti olup olmadığına dikkat ettiği açığa çıkmaktadır²²⁸.

Yargıtay’ın reklamın genel olarak sunuluş biçiminden hareketle reklam verenin reklamda yer verdiği ibareler ile sadece tüketicileri bilgilendirme amacında mı olduğu yoksa rakip markalarının bilinirliğinden fayda sağlamaya çalışıp çalışmadığını değerlendirdiği yine 2014 tarihli başka bir karardan anlaşılmaktadır. Bu kararda Yargıtay, *“reklamlarda açıkça karşılaştırmaların ... Dergisi'nden alındığının belirtilerek kaynak gösterildiği, [...], reklama esas alınan dergide yayınlanan ilanın tüketiciyi aldatıcı, yanıltıcı nitelikte olmadığı, ilanlardaki sıralamanın ... Dergisi'nin 2009/11 numaralı sayısından alındığı ibaresinin çerçeve içerisinde gösterilmesinin ilanın yapılan araştırmaya dayandırıldığını açıkladığı, eğer reklamda gereksiz yere kötülemeye veya halkı yanıltmaya yol açacak şekilde bir kullanma veya ticari itibardan yararlanılması yoksa ve sadece tüketici bilgilendirme amaçlanıyorsa sırf rakibin markasının belirtilmesi sebebiyle reklamın haksız rekabet olduğu sonucuna varılamayacağı”*nı içtihat etmiştir. Dolayısıyla, Yargıtay karşılaştırmalı reklamlarda bilgilendirme amacı taşıyan

²²⁸ Yargıtay 11. HD, 6.6.2014 tarihli ve E. 2013/5020, K. 2014/10820 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bankası).

atıfların kural olarak hukuka aykırı kabul edilmeyeceği görüşündedir²²⁹.

2016 tarihli bir kararına konu olayda da Yargıtay, Google ve başka bir internet *“arama motorlarında davacının markalarının davalı tarafından anahtar kelime olarak kullanımının ve arama motorlarında davalının internet sitelerine yönlendirme ve sponsor bağlantı”* verilmesinin davacı firmaya *“ait imaj, itibar ya da şöhretten haksız olarak yararlanmak istemesi”* şeklinde bir haksız rekabet hali teşkil edeceğine kanaat getirmiştir²³⁰. Yargıtay’ın bu kararına göre dava konusu reklam *“karşılaştırmalı reklamın dürüst rekabet ilkeleri çerçevesinde yapılması gerektiği ilkesine de aykırı olduğu, rakip şirketin markasının, ticaret unvanının ya da sloganlarının anahtar kelime olarak kullanıldığı hallerde dürüst bir kullanımdan söz edilemeyeceği gerekçesiyle”* hukuka aykırıdır. Yukarıda bahsi geçen kararlarında da olduğu gibi, bu kararında da Yargıtay, karşılaştırmalı reklamda rakip firmaların markalarına yer verilmesinin hukukiliğini dürüstlük ilkeleri çerçevesinde değerlendirmiştir.

Yargıtay, karşılaştırmalı reklam niteliğinde değerlendirdiği reklamlarda rakiplerin markalarına atıf yapılmasının meşru olup olmadığına karar verirken reklam verenin bu atıfları yapmadaki menfaati ve amacını hesaba katmaktadır. Yüksek Mahkeme, 2016 tarihli başka bir kararına konu olayda reklam verenin tanıtım katalogunda rakip firmaların ürünlerine yer verilmesinin *“her iki tarafın da tescilli markalarının varolduğu ve markaların birbirine iltibashlı olmadığı, davalının piyasa yeni çıkan "...” adlı meşrubatın tanıtımı amacıyla basılan katalogda piyasada bulunan belli başlı gazoz markalarına yer verildiği, ...'un genç neslin yeni içeceği olduğunun ifade edildiği ve meşrubatın değişik olan şişesine de yer verilerek farkının vurgulandığı, katalogda her hangi bir karalama ve kötüleme ibaresine rastlanmadığı, aksine davalının kendi ayırt ediciliğini vurguladığı”* gerekçelerinden hareketle hukuka uygun olduğuna hükmetmiştir²³¹.

²²⁹ Yargıtay 11. HD, 17.2.2014 tarihli ve E. 2013/13174 K. 2014/2769 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bankası).

²³⁰ Yargıtay 11. HD, 12.12.2016 tarihli ve E. 2015/12152, K. 2016/9489 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bankası).

²³¹ Yargıtay 11. HD, 20.1.2016 tarihli ve E. 2015/6501, K. 2016/555 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bankası).

Ancak kanaatimizce; 28 Aralık 2018 tarihinde değiştirilerek yürürlüğe giren Tic. Rek. Yön.’nin 8. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin karşılaştırmalı reklamlarda rakiplere ait ürün adı, marka, logo, ticaret unvanı, işletme adı veya diğer ayırt edici unsurlara yer verilemeyeceği yönündeki açık düzenlemesi karşısında bu tarihten sonra herhangi bir şekilde rakibin markasına yer verilerek doğrudan karşılaştırmalı reklam yapılması mümkün görülmemektedir. Söz konusu açık düzenleme nedeniyle Yargıtay’ın önceki tarihlerdeki kararlarında olduğu gibi söz konusu reklamın haksız rekabet teşkil edip etmediğinin değerlendirilmesine gerek bulunmamaktadır. Nitekim rakip markasının ve ayırt edici işaretlerinin reklamda kullanılması açıkça hukuka aykırılık sebebi olarak sayılmaktadır. Nitekim bu açık düzenleme nedeniyle hukuka aykırılık sebebi sayılan bu durumun artık doğrudan marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet teşkil ettiği de iddia edilebilir.

Reklam Kurulu ise pek çok dosyasında rakip firmaların markalarına açıkça yer verilen karşılaştırmalı reklamların 2015’te Tic. Rek. Yön.’ün yürürlüğe girmesi ile mümkün olacağını; fakat bu imkanı tanıyan Yönetmelik hükmünün yürürlüğe girmediğini vurgulayarak doğrudan karşılaştırma içeren reklamların hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir. Bu minvaldeki bir kararında, reklam verenin internet sitesinde gayrimenkul danışmanlık sektöründe açık ara lider olduğunu vurgularken rakip firmaların isimlerine açıkça yer vermesini, *“rakiplere ait isim, marka, logo veya diğer ayırt edici şekil veya ifadeler ile ticaret unvanı veya işletme adlarına, karşılaştırmalı reklamlar maddesinin birinci fıkrasında belirtilen hükümlere uygun olması koşuluyla yer verilebilir. [...] Ancak Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği’nin “Yürürlük” başlıklı 34 üncü maddesinde; “(1) Bu Yönetmeliğin 8 inci maddesinin ikinci fıkrası 31/12/2016 tarihinde, diğer hükümleri ise yayımı tarihinde yürürlüğe girer.” hükmü yer almakta olduğundan (bahse konu iddialar doğru bile olsa) henüz açık karşılaştırmalı reklamların yapılması yasal olarak mümkün olmadığından mevzuat hükümlerine aykırı davranıldığı anlaşılmıştır.”* gerekçesiyle hukuka aykırı bulmuştur²³².

²³² Reklam Kurulu, 13.12.2016 tarihli ve D. 2016/1500, T. No. 255 sayılı kararı (Lexpera İçtihat Bankası).

Kurul, 2015 tarihli başka bir dosyasında da reklam verenin reklamlarında, kendi internet sitesinin “*Türkiye’deki müzik siteleri arasında en çok ziyaret edilen internet sitesi olduğunun*” ispatı açısından “*rakip firmalara ait internet sitesi isimlerinin*” listelenmesini, yine benzer bir şekilde “*karşılaştırmalı reklamlarda rakip firmalara ait isim, marka ve logo gibi ayırt edici unsurların kullanılmasına cevaz veren hüküm, ilgili reklamların yayınlandığı tarih itibariyle yürürlüğe girmemiş olmasına karşın, söz konusu tanıtımlarda rakip firma isimlerine yer verilmiş olmasının haksız rekabete yol açtığı ve karşılaştırmalı reklam hükümlerine aykırı olduğu*” gerekçesiyle reddetmiştir²³³.

Reklam Kurulu çeşitli dosyalarında aynı gerekçe ile reklam verenlerin kendi ürünlerini “*bilinen diğer bez*” olarak tanıtılan; fakat logosu net bir şekilde görülen rakip firma ürünü ile yan yana tanıtımlarını²³⁴, kendi epilatorlerini “*[Rakip Marka] ile karşılaştırdınca daha geniş başlık*” ibareli reklamlar ile satışa arz etmelerini²³⁵, “*rakip firmaya ait unvan ve marka bilgisi ile logo görseline yer verilerek fiyat karşılaştırması*” yapmalarını²³⁶, tanıtım stantlarında “*[Reklam Verenin Markası] attığımızda çiçek ölmedi, ama [Rakip Marka] attığımız zaman çiçek öldü*” ifadelerini kullanarak testlere konu etmelerini karşılaştırmalı reklamlarda marka kullanma yasağı kapsamında yasaklamıştır²³⁷.

Reklam Kurulu’nun karşılaştırmalı reklamlarda rakip markaların kullanılması yasağını çok sıkı bir şekilde uyguladığının gözlemlendiği bir başka kararına konu olayda reklam veren, tanıtım broşürlerinde “*Çocuk bezi dermatiti tedavisinde: Sudocerm; Alantan, Linomeg ve Bepanthen’e göre, daha yüksek etki daha hızlı cevap sağlar.*” ifadelerine yer vermiştir. Reklam Kurulu söz konusu reklamlarda rakip markaların isimlerinin sarıh bir şekilde açıklanarak bunlarla

²³³ Reklam Kurulu, 12.5.2015 tarihli ve D. 2015/364, T. No. 236 sayılı kararı (Lexpera İçtihat Bankası).

²³⁴ Reklam Kurulu, 13.11.2018 tarihli ve D. 2018/3160, T. No. 278 sayılı kararı (Lexpera İçtihat Bankası).

²³⁵ Reklam Kurulu, 11.7.2017 tarihli ve D. 2017/1324, T. No. 262 sayılı kararı (Lexpera İçtihat Bankası).

²³⁶ Reklam Kurulu, 18.6.2019 tarihli ve D. 2017/4400, T. No. 285 sayılı kararı (Lexpera İçtihat Bankası).

²³⁷ Reklam Kurulu, 10.9.2019 tarihli ve D. 2019/2037, T. No. 288 sayılı kararı (Lexpera İçtihat Bankası).

doğrudan bir karşılaştırma yapıldığından hareketle, bu reklamlar için durdurma cezası verilmesine hükmetmiştir²³⁸.

Türk reklamcılık hukuku uygulamasında marka sahiplerinin hakları o denli korunmaktadır ki, reklamda rakip markalar açık ve net bir şekilde zikredilmiyor; ancak yine de belli bir rakibe gönderme yapıldığı anlaşılıyorsa bile bu reklamlarda rakibin kimliği belirlenebildiği kabul edilerek bu tip bir reklamda yapılan kötülemenin gereklilik ölçüsünü aşıp aşmadığı değerlendirilmektedir.

Bu kapsamda Reklam Kurulu, cep telefonu üreticisi bir reklam verene ait *“reklamlarda ‘VMaxx DS3’ markalı cep telefonunun tanıtımı yapılmasına rağmen, satışa sunulan telefonun modelinin ve ekran görüntüsünün ‘Samsung Galaxy S3’ markalı cep telefonuna benzetilmeye çalışıldığı”* ve değerlendirmeye tabi reklamda yer verilen *“...yine arıyorlar diyorlar ki ya nasıl çift kamera var ben aldım 1500 liraya iki kamerası olan telefonu, arkadaşlar bu VMaxx DS3 bilenler biliyor girin internete araştırın hani dünyada insanlar alabilmek için geceden kuyruğa giriyor...”* ifadeleri *“incelendiğinde, rakip firma ismine açıkça yer verilmediği görülse de, reklam metninde ima edilerek, model ve ekran görüntüsünü benzetmeye çalışılarak tanıtımı yapılan cep telefonunun ‘Samsung Galaxy S3’ isimli cep telefonu ile karşılaştırma yapıldığı”*nı tespit ederek bu reklamı karşılaştırmalı reklam mevzuatına aykırı bulmuştur²³⁹.

Aynı mantık ile Reklam Kurulu, Avea’ya ait *“Dev transfer-5-3-2’ye yer yok”* sloganlı reklamlarda yer verilen *“Zaten dünya sisteminde 5-3-2’ye yer yok! Bu sistemi değiştirelim, 5-3-2 olmuyor.”* ifadeleri vasıtasıyla *“Turkcell’in sabit numarası olan 532’ye işaret edildiği ve bu suretle rakip firmanın kötülendiği”*ne karar vermiştir²⁴⁰. Yine Avea’nın anılan reklamını izleyen ve *“Test Sürüşü Kampanyası”* başlıklı başka bir reklamı için ise Reklam Kurulu, *“söz konusu kampanyaya ilişkin reklamların ilk versiyonunda; rakip operatör Turkcell’in “4*

²³⁸ Reklam Kurulu, 11.6.2013 tarihli ve D. 2012/767, T. No. 213 sayılı kararı (Lexpera İçtihat Bankası).

²³⁹ Reklam Kurulu, 12.2014 tarihli ve D. 2014/410, T. No. 231 sayılı kararı (Lexpera İçtihat Bankası).

²⁴⁰ Reklam Kurulu, 29.07.2011 tarihli ve D. 2011/982, T. No. 190 sayılı kararı (Lexpera İçtihat Bankası).

“4 çeker” konulu reklam kampanyası hedef alınarak 4 çeker sarı jeep görseline yer verildiği, 4 çeker jeep için “çok yakar abi bu!” ifadesi ile de rakip operatörün pahalı olduğu algısı yaratılmaya çalışıldığı, dolayısıyla rakip operatörün aynı konulu reklamlarının alay konusu edilerek kötülendiği, bununla birlikte söz konusu reklamların ikinci versiyonunda “Alıcının ayarları ile oynamayınız. Fasülye’yi daha fazla üzmemek için reklam filmimiz yerine Necefli maşrapa görüntüsünü yayınlıyoruz. Siz yine de mesajı aldınız” ifadelerine yer verilerek alay ve kötülemeye devam edildiği” kararına vararak bu reklamın hukuka aykırı olduğuna kanaat getirmiştir²⁴¹. Değerlendirilen reklamda açıkça rakip firma olan Turkcell’in markasına yer verilmese dahi reklamdaki sarı renkli “4 çeker” jeep görseli ile Turkcell’in “4 çeker” kampanyası hedef alınarak bu kampanya ile bir karşılaştırma yapıldığı ortaya çıkmaktadır.

Görüldüğü üzere Türk reklam hukuku uygulamasında rakiplerin isimleri ve markalarının açıkça zikredildiği karşılaştırmalara yer verme yasağından da öte, reklamda kullanılan belli başlı öğelerle hangi rakiplere gönderme veya hangileri ile bir karşılaştırma yapıldığının belirlenebildiği hallerde de rakip marka sahiplerinin haklarını korumaya yönelik bir eğilim bulunmaktadır. Bu itibarla reklam verenler, kendi reklamlarında rakiplerin markaları veya ticari unvanlarına doğrudan yer veren karşılaştırmalarda bulunamayacakları gibi belli rakiplerin tespit edilebilmesine izin veren unsurları da kullanamayacaklardır.

Doğrudan karşılaştırmalı reklam yasağına ilişkin Tic. Rek. Yön.’nin 8. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi düzenlemesi karşısında reklamlarda, başkalarına ait mal veya hizmetler yönünden açık biçimde karşılaştırılma yapılması mümkün değildir. Bu kapsamda Tic. Rek. Yön.’nin yürürlüğe girdiği tarihten sonrasına ilişkin yukarıda değinilen kararlar kanaatimizce son derece yerindedir. Ancak özellikle rakipten açıkça bahsedilmeyen ancak dolaylı yoldan karşılaştırma içeren reklamlarda rakibin kötülenmediği veya rakibe karşı haksız rekabet durumu teşkil etmeyen reklamlarda tolerans seviyesinin daha yüksek olması gerektiği tarafımızca değerlendirilmektedir. Özellikle doğrudan karşılaştırmalı reklamların

²⁴¹ Reklam Kurulu, 20.03.2012 tarihli ve D. 2012/157, T. No. 198 sayılı kararı (Lexpera İçtihat Bankası).

yasaklandığı tarihten önceki dönemde incelenen doğrudan karşılaştırmalı reklamlarda dahi karşılaştırmalı reklamın doğru ve gerçek verilere dayanması, yanlış ve yanıltıcı yapılmaması, haksız rekabete yol açmaması şartıyla söz konusu reklamların hukuka uygun olduğunu Yargıtay'ın tespit ettiği dikkate alındığında, benzer yaklaşımın rakiplerin isimleri ve markalarının açıkça zikredilmediği ancak belli başlı öğelerle hangi rakiplerle bir karşılaştırma yapıldığının belirlenebildiği reklamlarda da uygulanabileceği tarafımızca düşünülmektedir.

2.3. AB HUKUKUNDA KARŞILAŞTIRMALI REKLAMLARDA MARKA KULLANIMI VE DOĞRUDAN KARŞILAŞTIRMALI REKLAMLAR

2.3.1. AB Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Reklamlarda Marka Kullanımı ve Doğrudan Karşılaştırma

AB mevzuatında hem karşılaştırmalı reklam yapılmasına hem de rakibin markasının reklamda kullanılması şeklinde doğrudan karşılaştırmalı reklama izin verilmektedir. Ancak bunun birtakım sınırları olup özellikle rakibin markasının kullanıldığı karşılaştırmalı reklamlarda halk nezdinde karıştırılma ihtimaline neden olduğu durumlarda ABAD söz konusu karşılaştırmalı reklamların engelleyebileceği görüşündedir²⁴².

AB hukuku mevzuatında marka tescilleri ve başvurularından doğan haklar 2015/2436 Sayılı AB Markalar Yönergesi'nde düzenlenmektedir²⁴³. Bu Yönerge'nin 10. maddesi markanın sağladığı hakları öngörmektedir. Anılan hüküm gereği tescilli bir markanın sahibi, söz konusu markanın aynısının ya da benzerinin 2006/114 Sayılı Yönerge'ye uygun olmayan karşılaştırmalı reklamlarda kullanılmasını engelleyebilecektir. Bu açık hüküm gereği 2006/114 Sayılı AB

²⁴² CJEU, 12.06.2008, O2 Holdings Limited and O2 (UK) Limited v Hutchison 3G UK Limited, C-533/06.

²⁴³ Directive (EU) 2015/2436 of 16 December 2015 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks, bkz. O.J. No. L 336/1, 23.12.2015.

Yönergesi'ne uygun şekilde yapılan karşılaştırmalı reklamlarda markaların kullanımını yasak değildir.

2006/114 Sayılı AB Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlara İlişkin Yönerge'nin gerekçesinde de “AB marka hukuku mevzuatının tescilli bir markanın, hak sahibine, markanın aynısı veya benzeri herhangi bir işaretin üçüncü kişilerce ticari işlerde kullanılmasını yasaklama hakkı da dahil olmak üzere münhasıran haklar tanıdığını; ancak karşılaştırmalı reklamların etkili olabilmesi için rakibin ürün ya da hizmetlerinin markasına ya da ticari unvanına atıf yapılarak ayırt edilmesinin gerekli olabileceğini ve rakibin markasının, ticari unvanının ya da herhangi sair bir ayırt edici işaretinin bu şekildeki kullanımının bu Yönerge kapsamındaki şartlara uygun olduğu sürece bu münhasır hakları ihlal etmeyeceğini, zira buradaki amacın sadece reklam konusu ürünleri birbirinden ayırt etmek ve bunların aralarındaki farkları objektif bir şekilde vurgulamak olacağını” belirtmektedir²⁴⁴.

Dolayısıyla AB hukuku mevzuatı gereği, 2006/114 Sayılı Yönerge'ye uygun şekilde yapılan karşılaştırmalı reklamlarda rakiplerin markaları, ticari unvanları ve sair ayırt edici işaretlerinin kullanılması mümkündür. Zaten, marka sahiplerinin markalarına yaptıkları yatırım ve -eğer söz konusu ise- markalarının tanınmışlığı 2006/114 Sayılı Yönerge'nin 4. maddesinin f bendinde de korunmakta olup bu madde, rakiplerin markalarının tanınmışlığından haksız yarar sağlayacak karşılaştırmalı reklamların yapılamayacağını öngörmektedir.

Bu açıdan, mesela, pazara yeni arz edilmiş ve bilinmeyen bir ürünün niteliklerinin tüketicilere tanıtılması için halihazırda tanınmış diğer bir rakip ürünle karşılaştırılarak reklamının yapılması mümkündür. Benzer şekillerde ve aşağıda da değinileceği üzere, reklam veren konumundaki bir işletmenin tüketicilere kolaylık sağlamak niyetiyle, rakip ürünlere ait ürün numaraları veya sipariş kodlarını reklamlarında kullanması kural olarak haksız rekabet teşkil etmeyecektir²⁴⁵.

²⁴⁴ Directive 2006/114/EC, para. 13-15.

²⁴⁵ Yılmaz, (2017), s. 58.

2.3.2. Karşılaştırmalı Reklamlarda Marka Kullanımı ve Açık Karşılaştırmaya AB Hukuku Uygulamasından Örnekler

Karşılaştırmalı reklamlarda rakibin markasının kullanımının sınırları ABAD tarafından da pek çok kereler değerlendirilmiş olup, bu durum Yüksek Mahkeme'nin önüne en çok, rakip markanın yer verildiği karşılaştırmalı listeler ve ürün katalogları biçimlerinde gelmiştir.

2001 tarihli *Toshiba v. Katun*²⁴⁶ kararına konu olayda davalı taraf, Toshiba fotokopi makinelerinde kullanılan yedek parça ve tamamlayıcı parçaların satımıyla iştigal etmekteydi. Kendi kataloglarında ise, hangi parçanın hangi ürün ile kullanılabileceğini belirtmek adına Toshiba ürün numaralarını birebir kullanmaktaydı. Toshiba'nın bu kullanım üzerine dava açması ile beraber Alman Yerel Mahkemesi ABAD'a başvurarak böyle bir kullanımın hukuken karşılaştırmalı reklam niteliğinde olup olmayacağını ve karşılaştırmalı reklamların hangi koşullarda rakibin ayırt edici işaretlerinin tanınmışlığından haksız bir yarar sağladığı sayılacağını sormuştur.

ABAD, bu kararında açıkça karşılaştırmalı reklamların çeşitli ikame edilebilir malların esasını objektif bir şekilde göstermeye yardımcı olduğunu ve böylelikle mal ve hizmet üretenler arasındaki rekabeti tüketicinin yararına olacak şekilde arttırdığını söylemiş, *"karşılaştırmalı reklamın gerektirdiği koşullar, karşılaştırmalı reklama en elverişli şekilde yorumlanmalıdır"* diyerek karşılaştırmalı reklam koşullarının geniş yorumlanması gerektiğini vurgulamış ve dava konusu kataloglarda, hangi parçaların birbirleriyle uyumlu olduğunu göstermek amacıyla davalının ürün numaraları ile Toshiba ürün numaralarının yan yana konumlandırılmasını esaslı, alakalı, doğrulanabilir hususların mukayese edilmiş olmasından dolayı karşılaştırmalı reklam olarak kabul etmiştir²⁴⁷.

Bununla beraber Mahkeme, rakiplerin markalarının kullanımının, tüketicileri söz konusu malların niteliği veya hizmetlerin yöneldiği amaçlar hakkında bilgilendirmek için gerekli olduğu takdirde hukuka uygun olduğunu da

²⁴⁶ CJEU, 25.10.2001, Toshiba Europe GmbH v Katun Germany GmbH, C-112/99.

²⁴⁷ CJEU, Toshiba v Katun, C-112/99, para. 37-40.

ortaya koymuş olup dava konusu olay açısından davalının kullanımının davacının markaları veya ayırt edici işaretlerinin bilinirliğinden haksız yarar sağlamaya yönelik olmadığına kanaat getirmiştir. Dolayısıyla Yüksek Mahkeme, karşılaştırmalı reklamın geniş yorumlanması gerektiği fikrindedir. Aynı zamanda, eğer ilgili sektörde etkin rekabet, rakiplerin ayırt edici işaretlerine referans yaparak faaliyet göstermeyi gerektiriyorsa, reklam veren, rakiplerinin işaretlerinin tanınmışlığından haksız yarar sağlıyor sayılmayacaktır.

Benzer başka bir olay, Divan'ın önüne *Siemens v. VIPA*²⁴⁸ kararına konu olmuştur. Anılan davada VIPA, Siemens ürünlerine uyumlu tamamlayıcı parçalar üretip satmaktadır. Siemens, VIPA'nın kataloglarında yer alan tanıtımların kendisinininkiyle görsel olarak çok benzer şekilde ve yuvarlaklar içinde olmasına dayanarak bir dava açmıştır. Davalı tarafın kataloglarında aynı zamanda Siemens'e ait ürünlerin sipariş kodu da kullanılmaktadır.

ABAD bu kararında yukarıda bahsi geçen *Toshiba* kararı ile benzer bir yaklaşım göstererek o tarihte yürürlükteki 84/450 Sayılı Aldatıcı Reklamlara Dair Yönerge'nin gerekçesinde karşılaştırmalı reklamların amacının mal ve hizmet üretenler arasındaki rekabeti tüketicinin yararına olacak şekilde artırmak olduğunun kabul edildiğini, bu tip reklamların tüketiciye sağladığı yararın hesaba katılması gereken önemli bir faktör olduğuna karar vermiştir²⁴⁹. Davalı, Siemens'in ürünleri için tamamlayıcı parçalar olan, kendi satışa sunduğu malları tanıtırken eğer davacının sipariş kodlarından farklı tanımlamalar kullanmış olsaydı, ilgili tüketiciler Siemens tarafından satılan ürünlere denk gelen sipariş kodları için karşılaştırmalı listelere bakmak durumunda kalacaklardı. Bu durum da hem tüketiciler hem davalı için elverişsiz ve dezavantajlı olacaktı ve tamamlayıcı parçalar özelinde bu pazar için rekabeti kısıtlayıcı etkiler yaratabilecekti.

Mahkeme burada yine, davalının ancak Siemens'e ait sipariş kodlarını kullanarak etkin bir şekilde rekabet edebileceğine hükmetmiş ve bir reklam verenin, eğer ki etkin rekabet rakiplerin markalarına atıf yapmayı gerektiriyorsa, rakiplerin

²⁴⁸ CJEU, 23.02.2006, *Siemens AG v. VIPA Gesellschaft für Visualisierung und Prozeßautomatisierung mbH*, C-59/05.

²⁴⁹ CJEU, *Siemens v. VIPA*, para. 23-24.

ayırt edici markalarının tanınmışlığından haksız yarar sağlıyor olarak kabul edilemeyeceğine karar vermiştir.

ABAD, reklamların tüm mal ve hizmetlerin AB içinde dolaşımı için gerçek dağıtım kanalları yaratmak noktasında çok önemli rol oynadıklarından hareketle karşılaştırmalı reklamların amacının tüketicileri, AB pazarının olabilecek en iyi kullanımında bulunmalarını sağlamak olduğunu *Pippig* kararında ortaya koymuştur²⁵⁰. Bu karara konu olayda düşük bütçeli gözlük satışıyla iştigal eden davalı, kendi gözlükleri ile davacıya ait gözlükler arasında fiyat karşılaştırmaları yapmakta ve kendi ürünlerinin hangi *Pippig* gözlüğüne benzer olduğuna örnekler vermekte; ancak kendi gözlüklerinde farklı marka lens kullanıldığını açıkça belirtmemektedir. *Pippig*, bu reklamların yanıltıcı olduğu iddiasıyla dava açmıştır.

Bu kararında ABAD yine karşılaştırmalı reklam tanımını geniş yorumlayarak, karşılaştırmalı reklamın söz konusu olması için rakibe ya da onun sunduğu ürün veya hizmetlere ima yoluyla bile olsa bir atıf yapılmasının yeterli olduğunu ortaya koyarak, dava konusu tanıtımları karşılaştırmalı reklam hükümleri kapsamında değerlendirmektedir. Bunun için de reklamda verilen mesaj karşılaştırılan mal ya da hizmetlerin esaslı özelliklerini tanıtarak bunlar arasındaki farkları mutlaka vurgulamalıdır.

Bahsi geçen kararlarından da görüldüğü üzere ABAD, karşılaştırmalı reklamlar şartlarını geniş yorumlamaktadır, buradan hareketle sadece geleneksel anlamda iki veya daha fazla ikame edilebilir ürünün birbirleriyle rekabet ettiği ve mukayese edildikleri reklamlar değil; ancak hangi parçanın hangi orijinal ürüne denk geldiğini göstermek amacıyla sipariş kodlarının verildiği tanıtım katalogları da hukuken karşılaştırmalı reklam niteliğinde kabul edilmelidir. ABAD'ın bu geniş yorumu, reklamcılık sektörünün son derece gelişmesiyle beraber reklamların hem tiplerinin hem mecralarının oldukça çeşitlendiği günümüz açısından da elverişli ve modern bir yorumdur.

Bununla beraber ve daha da önemli olarak ABAD, karşılaştırmalı reklamların etkin rekabeti teşvik etmek ve artırmak yönündeki amacını göz önüne

²⁵⁰ CJEU, 08.04.2003, *Pippig Augenoptik GmbH & Co. KG v Hartlauer Handelsgesellschaft mbH and Verlassenschaft nach dem verstorbenen Franz Josef Hartlauer*, C-44/01, para. 64.

almakta ve karşılaştırmalı reklamlarda rakiplerin isimleri, işaretleri ve markalarına açıkça yer verilmesini bu bakış açısıyla değerlendirmektedir. Burada, rakiplerin reklamda kullanılan işaret ve markaları üzerindeki menfaatleri ile ilgili sektörde etkin rekabetin tüketicilerin de dezavantajına olacak şekilde kısıtlanıp kısıtlanmayacağı olguları karşılaştırılmalıdır.

ABAD, 2008 tarihli *O2 v. Hutchinson* kararında da bu yönde ilerlemiştir²⁵¹. Anılan davaya konu olayda, cep telefonu hizmetleri sağlayan davalı işletme kendi sunduğu hizmetler ile davacınıninkileri karşılaştırdığı bir televizyon reklamı yayınlamış ve bu reklamlarda davacı O2'nin hizmetlerine baloncuk görselleri kullanarak yer vermiştir. Burada davacı, bu baloncuk imgesinin kendi markalarından bir kaçına tecavüz teşkil ettiğini iddia etmiştir. Yerel Mahkeme ise ABAD'a başvurarak markalar mevzuatı ile karşılaştırmalı reklamlara dair AB mevzuat arasındaki ilişkinin netleştirilmesini talep etmiştir.

Bunun üzerine ABAD, tescilli bir markanın sahibinin kendi marka veya ayırt edici işaretlerinin üçüncü kişiler tarafından, 2006/114 Sayılı AB Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlara İlişkin Yönerge'deki koşulların tamamını sağlaması şartıyla karşılaştırmalı reklamlarda kullanılmasını önleyemeyeceğini belirtmiştir²⁵². Marka sahiplerinin markaları veya ayırt edici işaretlerinin reklam verenler tarafından karşılaştırmalı reklamlarda kullanılması ancak bu kullanımların tüketici nezdinde bir iltibas riski yaratması halinde önlenebilmelidir²⁵³. Zira bu tip bir iltibas yaratması halinde reklam, zaten 2006/114 Sayılı AB Yönergesi'ne de aykırı olacaktır. Bu tespiti üzerine ABAD, söz konusu olayda davalı kullanımının davacının tescilli markalarına benzer olduğuna; fakat bu kullanımın bir karıştırılma tehlikesi yaratmadığına ve bu nedenle de dava konusu karşılaştırmalı reklamların hukuka aykırı olmadığına karar vermiştir.

Bu karar ABAD'ın reklamlarda yer verilen markaların sahiplerinin markasal haklarını düzenleyen mevzuat ile karşılaştırmalı reklamları düzenleyen

²⁵¹ CJEU, 12.06.2008, *O2 Holdings Limited and O2 (UK) Limited v Hutchinson 3G UK Limited*, C-533/06.

²⁵² CJEU, *O2 v Hutchinson*, para. 45-49.

²⁵³ CJEU, *O2 v Hutchinson*, para 50-51.

mevzuatın birbirleriyle olan ilişkisine ışık tutması açısından son derece önemlidir. Bu içtihadı ile ABAD, marka sahiplerinin, kural olarak, marka mevzuatının kendilerine tanıdığı hakları kullanarak markalarının ilgili karşılaştırmalı reklam mevzuatına uygun reklamlarda yer almasına karşı çıkamayacaktır.

Bu içtihatlarında karşılaştırmalı reklamın geniş yorumlanması gerektiğini savunan ABAD, 2009 tarihli *L'Oréal v. Bellure* kararında ise etkin bir karşılaştırmalı reklamın sınırlarını çizmiştir²⁵⁴. Bu minvalde adı geçen karara konu olayda düşük bütçeli ve gri market ürünü olarak nitelendirilebilecek parfümler üretip satışa sunmakta olan davalı şirket, kendi ürünlerini koku itibarıyla benzer olduğunu iddia ederek eşleştirdiği L'Oréal parfümleriyle karşılaştırmalı bir liste halinde tanıtılmaktadır. Burada ABAD, gri market ürünü niteliğinde ve ünlü parfümleri taklit etmek suretiyle yeni kokular üretip satışa sunan davalının; kendi ürünlerini davalıya ait orijinal ve piyasada bilindik parfümlerle karşılaştırmalı bir liste içinde tanıtmasını ve kendi ürünlerinin hangi orijinal parfüme benzediğini gösterir nitelikteki mukayeseli listeler hazırlamasını haksız rekabet olarak yorumlamıştır. ABAD, karşılaştırmının ancak objektif bir şekilde ürünler arasındaki farkları vurguladığında ve bu vurguların haksız rekabet hali teşkil etmediğinde hukuka uygun olduğunu ifade etmiştir. ABAD'a göre, rakibin markalarını mukayeseli bir liste içinde kullanarak kendi ürünlerinin reklamını yapmak haksız rekabet oluşturmaktadır²⁵⁵. Dolayısıyla, somut olayda tüketiciler söz konusu ürünleri somut olarak karıştırmış olmasa – ve hatta böyle bir iltibas tehlikesi bulunmasa – bile rakibin markalarının tanınmışlığından karşılaştırma suretiyle yararlanmak, haksız rekabet hali teşkil edebilmektedir.

Yüksek Mahkeme bu kararında, 2006/114 Sayılı Yönerge'de öngörülen şartlara uymayan bir reklam söz konusu olduğunda, karşılaştırmaya konu diğer markaların sahiplerinin reklamda kendi markalarının kullanılmasını önleyebileceğini yinelemiştir²⁵⁶. Karşılaştırmalı reklam vasıtasıyla kendi ürünlerinin, tanınmış markalı rakip ürünlerin taklidi niteliğinde olduğunu açıkça

²⁵⁴ CJEU, 18.06.2009, *L'Oréal SA and Others v. Bellure NV*, C-487/07.

²⁵⁵ CJEU, *L'Oréal v. Bellure*, para. 66 – 80.

²⁵⁶ CJEU, *L'Oréal v. Bellure*, para. 65.

belirten veya ima eden reklam veren hem 2006/114 Sayılı Yönerge'ye aykırı davranmaktadır hem de rakiplerin markalarının tanınmışlığından yararlanmaya çalışmaktadır²⁵⁷.

ABAD'a göre, *“üçüncü bir şahıs; markanın çekim gücü, tanınmışlığı ve prestijinden faydalanmak için bu markaya benzer bir işareti kullanarak onun bilinirliğinden yararlanmaya ve herhangi bir ekonomik masrafa katlanmadan ve kendi başına bu minvalde çaba göstermesine gerek kalmadan, söz konusu markanın imajını yaratmak ve korumak için marka sahibince katlanılan pazarlama çabasını sömürmeye çalıştığında tanınmış bir markanın tanınmışlığından ya da ayırt edici karakterinden haksız yarar sağlaması”* söz konusu olacaktır²⁵⁸.

Divan bununla beraber, karşılaştırmalı reklamların reklam konusu ürünleri karşılaştırılan rakip ürünlerin bir taklidi şeklinde sunması yasağının sadece taklit ürünleri değil, tüm taklit ve kopyaları kapsamı gerektiğini sarıh bir şekilde belirtmiştir²⁵⁹. Bu yasak, bir bütün itibarıyla sunulmuş şekilleri ele alındığında, ilgili tüketici kesimine taklit mesajını ima yoluyla iletebilecek kapasitedeki reklamlar için de geçerlidir²⁶⁰.

Dava konusu olayda ise, tarafların hitap ettiği tüketici kitlesi farklıdır ve bu nedenle de davalının satışa arz ettiği parfümler ile davacının tanınmış marka parfümleri arasında somut bir tüketici karışıklığı yaşanmamıştır, hatta böylesi bir iltibas tehlikesi de mevcut değildir. Ancak burada, davalının sunduğu karşılaştırmalı listedeki eş değerlik mesajı ile, markanın itibarı ve parfüm markalarının genellikle ilişkilendirildiği lüks imajı zarar görebilecektir²⁶¹.

Dolayısıyla ABAD bu kararı ile karşılaştırmalı reklamın kapsamını sınırlandırmış ve marka sahiplerinin marka imajlarını yaratırken ve korurken gösterdikleri çabanın korunması gerektiğine kanaat getirmiştir. Burada artık karşılaştırmalı reklamın amaçladığı etkin rekabetin sağlanması menfaatinin de

²⁵⁷ CJEU, L'Oréal v. Bellure, para. 80.

²⁵⁸ CJEU, L'Oréal v. Bellure, para. 49.

²⁵⁹ CJEU, L'Oréal v. Bellure, para. 73.

²⁶⁰ CJEU, L'Oréal v. Bellure, para. 75.

²⁶¹ Folliard-Monguiral, A. & Rogers, D. (2009). Significant 2009 case law on the Community Trade Mark from the Court of Justice of the European Union and the General Court. JIPLP. 5/5, s. 323.

önüne geçilmiştir, zira davalı parfüm işletmecisi parfümlerini davacının ürün ambalajlarına benzer ambalajlar içinde satışa sunmaktadır. Bu tip bir davranışın korunması artık dürüstlük kuralı gereğince de mümkün olmayacaktır ve ABAD, taklit ürün olduğu mesajını imalı da olsa veren reklamların hukuka aykırı olacağına kanaat getirmiştir.

ABAD'ın Carrefour kararına göre ise; karşılaştırmalı reklamlar karşılaştırmaya konu ürünlerin tüketici bakımından avantajlarını göstererek rekabeti tüketicinin avantajına olacak şekilde teşvik etmeye katkıda bulunmalıdır²⁶².

ABAD'ın anılan kararları ışığında, karşılaştırmalı reklamlarda, pazarda etkin bir şekilde faaliyet göstermenin başka bir rakibin markası ve ürünlerine atıf yapmaya bağlı olduğu, orijinal ürün ile uyumun önemli olduğu yedek ve bütünleyici parça veya biyoeşdeğerliğin önem teşkil ettiği jenerik ilaç gibi sektörlerde rakibin markasının tanınmışlığından haksız bir şekilde yararlanma teşkil etmeyeceği ortaya çıkmaktadır. Ancak bu prensibin kozmetik sektörüne uygulanması ise mümkün olmamalıdır²⁶³.

2.4. ADWORD UYGULAMALARIN KARŞILAŞTIRMALI REKLAM ÖZELİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

2.4.1. Genel Olarak Adword Reklamların Tanımı ve Fonksiyonu

Günümüz reklamcılık ve pazarlama faaliyetleri ile mecraları, teknolojik gelişmeler ve internetin yaygınlaşması ile beraber çok çeşitlenmiştir. Bunun sonucu olarak tüketici artık internette çok farklı ve çeşitli pazarlama teknikleri ile sıklıkla karşı karşıya kalmaktadır. Adword reklamcılığı da, hiç şüphesiz, bu gelişmeler sonucu artık gündelik hayatın bir parçası haline gelmiş, geleneksel pazarlama tekniklerine göre nispeten daha yeni bir pazarlama tekniğidir. Adword reklam

²⁶² CJEU, 08.02.2017, Carrefour Hypermarchés SAS / ITM Alimentaire International SASU, C-562/15.

²⁶³ *Folliard-Monguiral ve Rogers*, (2009) s. 325.

hizmeti, reklam verenlere Google arama motorunda bir arama yapıldığında çıkan sonuç sayfasında belirecek yazı ve link'ler için yer satın alma imkanı vermektedirler²⁶⁴.

Bu uygulama sayesinde, reklam verenin belirlediği anahtar sözcüklerin Google arama motorunda aranması üzerine, reklam verenin reklamları arama sonuçlarından bağımsız bir şekilde, “sponsored links” (“sponsorlu bağlantılar”) ibaresi altında belirir. Genellikle “sponsorlu bağlantılar” alanında reklam veren, kendi internet sitesine yönlendiren bir köprü ile beraber kendi ticari mesajını da iletmektedir. Böylelikle, reklam verenler için yeni bir reklam mecrası ortaya çıkmıştır²⁶⁵.

2.4.1.1. AB Hukuku Bakımından Karşılaştırmalı Reklam Olarak Değerlendirmesi

Bazen Google reklam veren işletmelere başkalarına ait tescilli markaları da anahtar sözcük olarak satmaktadır. İşte bu durumda, rakiplerin markalarının anahtar sözcük olarak reklam verenlere satılmalarının marka sahiplerinin haklarını ihlal edip etmediği hukukçularca tartışılmalıdır. Burada adword reklamcılığı ile sponsorlu bağlantılar altında verilen reklamların karşılaştırmalı reklam niteliğinde olup olmadığının değerlendirilmesi yapılmıştır.

Bu hususta ABAD, *Google France v. Google* kararında Google tarafından sunulan Adwords reklamcılık hizmetini “*herhangi bir ekonomik işletmenin, bir ya da daha fazla anahtar sözcük seçerek, bu anahtar sözcüklerin bir internet kullanıcısının arama motorunda arattırdığı sözcük ya da sözcüklerle denkleşmesi halinde, kendi sitesine yönlendirecek reklamın konumunu elde etmesine izin veren bir hizmet*” olarak tanımlamaktadır. Yüksek Mahkeme’nin işbu hükmü gereği “*bu reklam bağlantısı ekranın sağ tarafında çıkan ve doğal arama sonuçlarının sağında kalacak şekilde veya bu sonuçların üstünde kalacak şekilde ekranın üst kısmındaki ‘sponsorlu bağlantılar’ başlığı altında gözüktür.*” ABAD, bu reklam bağlantısına

²⁶⁴ Jacobson, H. (2007). Adwords for Dummies. Hoboken: Wiley, s. 12.

²⁶⁵ Soysal, (2018), s. 700.

reklam verene ait kısa bir ticari mesajın eşlik ettiğini ve bağlantı ile beraber bu mesajın bir bütün halinde bir reklam faaliyeti olduğunu belirtmektedir²⁶⁶.

Gerçekten de Adwords hizmeti ile ekonomik faaliyet gösteren işletmeler kendilerine ait internet sitelerine yönlendiren bağlantıların, yine kendilerine ait kısa bir mesaj ile beraber, çeşitli arama sonuçlarında internet kullanıcısının karşısına çıkmasını sağlamaktadırlar. Dolayısıyla, reklam verenin kendi sitesine yönlendiren bu kısa ticari mesaj, sunduğu mal veya hizmetlerin tanıtımı amacıyla internette belli bazı aramaları yapan tüm kullanıcılara ve bu suretle de kamuya internet üzerinden duyurmakta ve tüketicileri bu bağlantılara yönlendirmeye çalışmaktadır. Buradan hareketle Adwords hizmeti ile reklam verenlere sağlanan bu imkan sonucu tüketicilerin karşısına çıkan sponsorlu bağlantılar ve mesajların reklam niteliğinde olduğu ortaya çıkmaktadır.

Ancak bir reklamın karşılaştırmalı reklam teşkil etmesi için, yukarıda da bahsedildiği üzere, doktrinde, iki unsura sahip olması gerektiği kabul edilmektedir. Buna göre, karşılaştırmalı reklamdan söz edebilmek için reklamda tanıtılan ürün ya da hizmet ile ilgili tüketici açısından önem teşkil edebilecek fiyat ya da performans, kalite gibi unsurların rakiplerinkiler ile mukayese edilmesi gerekmektedir. Hukuki bağlamda, ürün ya da hizmetler arasında doğrudan bir karşılaştırma yapmadan, sadece tüketicileri bu tip bir karşılaştırmayı kendilerinin yapmalarına davet etmek ise bir karşılaştırmmanın mevcut olduğunu göstermemelidir²⁶⁷.

AB hukuku uygulamasına baktığımızda ise ABAD Interflora v Marks & Spencer kararında, davalının Adwords reklamları için davacıya ait “*Interflora*” ibaresini anahtar sözcük olarak seçmesini değerlendirmiştir. Anılan karar için düzenlediği mütalaasında Hukuk Sözcüsü Jääskinen, rakip işletmelerin markalarının anahtar sözcük olarak seçilerek Adwords reklamcılığında kullanılmasının, rakibin markası üzerinden paraziter bir davranış olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiğini, aksi halde ise bu kullanımın hukuka uygun bir

²⁶⁶ CJEU, 23.03.2010, Google France SARL and Google Inc. v Louis Vuitton Malletier SA (C-236/08), Google France SARL v Viaticum SA and Luteciel SARL (C-237/08) and Google France SARL v Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL and Others (C-238/08), Joined cases C-236/08 to C-238/08, para. 23-24.

²⁶⁷ Bozbel, (2010), s. 110.

“karşılaştırmalı reklam” olarak nitelendirileceğini belirtmiş ve dolaylı da olsa, Adwords reklamların hukukken “karşılaştırmalı reklam” olarak kabul edilebileceğini ileri sürmüştür²⁶⁸.

2.4.1.2. Türk Hukuku Bakımından Karşılaştırmalı Reklam Olarak Değerlendirmesi

Bozbel de, benzer şekilde, sponsorlu bağlantılar altında çıkacak reklamların içeriklerinde başka işletmelere ait (marka sahibi ya da sair üçüncü bir işletme de olabilir) ürün veya hizmetlerine yapılan “*bir atıf*” varsa, bu Adwords reklamın artık hukukken bir karşılaştırmalı reklam olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir²⁶⁹. Dolayısıyla, bu görüşe göre reklam verenin rakibi konumundaki diğer işletmelere ait marka veya ürün isimlerinin, reklam verenin reklamında yer alması halinde bu sponsorlu bağlantı artık bir karşılaştırmalı reklam olarak addedilecektir.

Uygulamada Yargıtay’ın da Adwords ile verilen reklamları karşılaştırmalı reklam olarak nitelendirdiği 2016 tarihli bir kararından anlaşılmaktadır. Bu karara konu olayda davalı, davacıya ait “*Tatil Sepeti*” markasını anahtar sözcük olarak belirlemiştir ve dolayısıyla bir internet kullanıcısı Google arama motorunda bu ibareyi arattığında davalı işletmeye ait “*www.tatilbudur.com*” adresli internet sitesine, sponsorlu bağlantılar altında ve “*Türkiye’nin Tatil Sitesi*” mesajı ile ve davacının internet sitesinin de üstünde yer alacak şekilde ilk sırada yer verilmektedir. Yargıtay bu kullanım karşısında, ortalama dikkat seviyesindeki bir internet kullanıcısının bu işletmeler veya internet siteleri arasında bir bağlantı kuracağından hareketle artık burada bir haksız rekabet hali olduğuna kanaat getirmiştir. Yargıtay, bu kararında davalının Adwords hizmeti ile yayınladığı dava konusu reklamın “*karşılaştırmalı reklamın dürüst rekabet ilkeleri çerçevesinde yapılması gerektiği ilkesine de aykırı olduğu*”na hükmetmiş ve dolayısıyla,

²⁶⁸ Hukuk Sözcüsü Jääskinen’in 24.03.2011 tarihli Görüşü, CJEU, Interflora Inc, Interflora British Unit v Marks & Spencer plc, Flowers Direct Online Limited, C-323/09, para. 103.

²⁶⁹ *Bozbel*, (2010), s. 111.

Adwords ile verilen reklamların hukuken “karşılaştırmalı reklam” olarak nitelendirileceğini kabul etmiştir²⁷⁰.

Oysaki hukuken bir reklamın karşılaştırmalı reklam olarak kabul edilmesi için rakiplerin kendileri veya ürünleri ile belirli özelliklerin karşılaştırılması ve bunlarla bağ kurulması gerekmektedir. Doktrinde, karşılaştırmalı reklamların varlığı bu iki unsurun kümülatif olarak var olmasına bağlanmıştır. Adwords reklamcılıkta ise, bir arama sonucunda ekranın sağ köşesinde çıkacak reklamlar doğrudan reklam verene ait reklamlardır. Bunlarda anahtar sözcükler aracılığıyla rakiplerin markaları veya ürünleri ile bir bağ kurulması gerçekten de mümkün olmakla beraber burada doğrudan bir ürün ya da hizmet karşılaştırması mevcut değildir.

Sponsorlu bağlantı, sadece reklam verenin kendi sitesine yaptığı bir yönlendirmedir ve dolayısıyla – her ne kadar rakiplerin kendileri, markaları veya ürün ya da hizmetleri ile bir bağ kurulması mümkün ise de – reklam verenin kendi sunduğu ürün ya da hizmetlerin nitelikleri ile rakiplerinkiler arasında bir karşılaştırma yapılmamaktadır. Bu tip bir reklamda, reklam veren kendi sunduğu ürün veya hizmetlerin rakiplerinkilere oranla daha üstün ya da iyi yanlarını mukayese ederek göstermemekte; ancak hangi aramalar yapıldığında kendi reklamının sonuçlarda çıkacağını, seçtiği anahtar kelimeler vasıtasıyla belirlemektedir. Reklam verenin, rakip bir işletme ya da onun sunduğu ürün ve hizmetlere atıf yapan ve onları çağrıştıran anahtar kelimeler seçmesi ve reklamlarının buna göre bir sıralamada görünmesini belirleme imkanı olsa da, yine de burada reklam verenin kendisi tarafından bizzat bir karşılaştırma mevcut değildir.

Bu tip bir adword reklam için reklam verenin, rakip bir işletmenin ismi, markası veya ürün ya da hizmetlerinin isimlerini anahtar sözcük olarak belirlemesi halinde bu sözcüğü arayan tüketici - çoğu zaman marka sahibinin kendisinin resmi internet sitesi de doğal yollardan arama sonucunda çıkacağından - hem rakibin internet sitesi hem de reklam verenin reklamı ile karşı karşıya kalacaktır. Bu

²⁷⁰ Yargıtay 11. HD, 12.12.2016 tarihli ve E. 2015/12152, K. 2016/9489 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bankası).

sonuçlar çoğu durumda bir sayfada ve yan yana dizilecektir. Bu halde tüketici, dilerse karşılaştırmayı kendi yapabilecek bir durumdadır ve adword reklam hukuken, en fazla, bir karşılaştırmaya davet olarak nitelendirilebilecek; ancak bu niteleme de onun karşılaştırmalı reklam olarak kabul edilmesi için yeterli olmayacaktır.

Bu açıklamalar ışığında, adword reklamlarda bağ unsurunun varlığı kabul edilebilse bile, karşılaştırma unsurunun varlığını kabul etmek mümkün olmamalıdır. Dolayısıyla bu tip bir adwords reklamın - doktrinde her ne kadar aksi savunuluyor olsa da - hukuken karşılaştırmalı reklam olarak nitelendirilmemesi gerekmektedir.

2.5. TÜRK HUKUKUNDAKİ DOĞRUDAN KARŞILAŞTIRMA YASAĞININ ELEŞTİRİSİ

2.5.1. Türk Hukukundaki Doğrudan Karşılaştırma Yasağının Tüketici Hukuku Açısından Eleştirisi

Yukarıda detaylıca açıklandığı üzere, Türk hukukunda karşılaştırmalı reklamlarda rakiplerin markalarına yer vermek yasaktır. Oysaki, dolaylı ve doğrudan karşılaştırmalı reklamların tüketiciler nezdinde uyandırdıkları etkinlik ve etkililiklerinin değerlendirildiği bir çalışmada, Türkiye’de yayınlanan dolaylı karşılaştırmalı reklamlar ile yabancı ülkelerde yayınlanan doğrudan karşılaştırmalı reklamlar tüketicilere gösterilerek tepkileri değerlendirilmiştir. Bu çalışmaya göre, tüketicilerin en rahat algıladıkları karşılaştırmalı reklam çeşidi doğrudan karşılaştırmalı reklamlar olup en etkin bulunan reklam türü de yine doğrudan karşılaştırmalı reklamlardır. Yine aynı çalışma, doğrudan karşılaştırmalı reklamlarda rekabetin daha çok hissedildiğini ortaya koymaktadır²⁷¹.

²⁷¹ Bkz. “Çalışma bulgularından yola çıkarak yaşları 20-22 arasında değişen 7’si kadın 7’si erkek toplam 14 katılımcının en rahat algıladıkları karşılaştırmalı reklam türünün, doğrudan karşılaştırmalı reklam olduğu ve en çok da doğrudan karşılaştırmalı reklamları etkin buldukları görülmektedir. Rekabetin en çok hissedildiği karşılaştırmalı reklam türü ise yine doğrudan karşılaştırmalı reklamlar olduğu [...] anlaşılmaktadır.”, Gürdin, B. (2020). Doğrudan ve Dolaylı

Yukarıda bahsi geçen ve amacı dolaylı ve doğrudan karşılaştırmalı reklamların tüketiciler nezdinde oluşturdıkları verim ve etkiyi incelemek olan çalışma, tüketicilerin doğrudan karşılaştırmalı reklamlara karşı bakış açısının pozitif olduğunu, dolayısıyla bu tip reklamların tüketiciler açısından olumlu karşılandığını ve dahası, tüketicilerin rakip markalara açıkça yer verilen karşılaştırmalı reklamların hem kendilerine hem de işletmelere yarar sağladığı fikrinde olduklarını göstermektedir. Bununla beraber çalışmanın, tüketicilerin Türk reklam hukukunda doğrudan karşılaştırmalı reklamlara cevaz verecek bir değişikliğe gidilmesini de talep etmekte olduğunu açığa gösterdiği de vurgulanmalıdır²⁷².

Bizzat tüketiciler tarafından Türk reklam hukukunda doğrudan karşılaştırmalı reklamların önünü açacak bir değişikliğe gidilmesinin talep ediliyor olmasının tespit edilmiş olması önemlidir. Tüketicilerin bu taleplerinde son derece haklı olduğu açıktır. Şöyle ki, karşılaştırmalı reklamların, yukarıdaki 1.3. başlığı altında açıklanan, tüketiciyi aydınlatarak bilgilendirme, ikna edici fonksiyonları ile rekabeti pekiştirici ve teşvik edici fonksiyonları doğrudan karşılaştırmalı reklamlarda daha etkili bir biçimde ortaya çıkmaktadır. Doğrudan karşılaştırmalı reklamların dolaylı karşılaştırmalı reklamlara nazaran hem tüketiciler hem de pazarda etkinlik gösteren işletmeler için daha işlevsel olduğu bir gerçektir.

Bir başka deyişle, doğrudan karşılaştırmalı reklamlarda tüketici hem reklama konu olan hem de karşılaştırılan diğer ürün veya hizmetle ilgili bilgi edinmektedir. Bununla beraber, rakibin ticari unvanı veya markalarının hukuka uygun bir şekilde ve tüketici yeterince aydınlatılarak, karşılaştırmalı reklamlarda açık bir şekilde kullanılması, tüketicinin bunlar arasında bir karıştırmaya uğrama riskini de azaltacaktır²⁷³. Zira, ortalama tüketici markaları hayatın olağan akışı

Karşılaştırmalı Reklamların Etkinliği. Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi. 36, s. 149.

²⁷² Bkz. "Tüm bu bulgulardan yola çıkarak; katılımcılar tarafından doğrudan karşılaştırmalı reklamlara olumlu bakıldığı ve doğrudan karşılaştırmalı reklamların hem kendileri açısından hem de firmalar açısından yarar sağlayacağı düşünülmektedir. Ayrıca neredeyse tüm katılımcılar Türkiye'de doğrudan karşılaştırmalı reklamların önünü açacak olan yasa değişikliğine gidilmesini arzu etmektedirler.", Gürdin, (2020), s. 150.

²⁷³ Güven, Ş. (2012). Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Koruduğu Menfaatler. Ankara: Adalet, s. 72-73.

içinde bir bütün olarak algılamakta ve bunları detaylı olarak analiz etmemektedir²⁷⁴. Ancak karşılaştırmalı reklamda ürün ve markaların yan yana karşılaştırıldığını gören tüketici, markaları birbirlerinden farklılaştıran ve önemli ayırt edici özellikleri hakkında bilinçlenecek ve bunları birbirinden daha kolay ayırt edebilecektir.

Doğrudan karşılaştırmalı reklamlarda kimlerin ve kimlere ait mal ya da hizmetlerin mukayese edildiği ortadadır²⁷⁵. Bu vesileyle, doğrudan karşılaştırmalı reklamların tüketicilerin alım tercihlerini yaparken bilinçlenmelerinde dolaylı karşılaştırmalı reklamlara oranla daha etkili oldukları yadsınamaz bir gerçektir. Dürüstlük kurallarına uygun bir şekilde yapılan doğrudan karşılaştırmalı reklamların, karşılaştırmalı reklama konu rakibin ve reklam verenin kim olduklarının tüketiciler tarafından rahatça anlaşılabilmesinin sağlanması açısından tüketicilerin aydınlatılması noktasında diğer tip reklamlara kıyasen daha pratik ve faydalı olduğu kabul edilmelidir²⁷⁶.

Türk hukukunda reklama dair getirilen kısıtlama ve düzenlemelerin amacının tüketici hukuku bazında genel olarak tüketicileri aldatıcı ve yanıltıcı reklamlara ve haksız ticari uygulamalara karşı korunmaları, tüketicilerin aydınlatılmaları ve bilgilendirilmeleri amacına uygun önlemlerin alınmasına yönelik olduğu söylenebilmektedir. Dolayısıyla, Tic. Rek. Yön.'de öngörülen karşılaştırmalı reklamlara dair açık karşılaştırma yasağının dışındaki düzenlemeler ile TKHK'nın ilgili düzenlemeleri tüketici hukukunun yönlendiği amaca yeterince hizmet etmektedir.

Başka bir ifadeyle, bir reklamın, Tic. Rek. Yön.'ün 8. maddesinin ilk fıkrasının a bendi kapsamında öngörülen doğrudan karşılaştırma yasağı dışındaki bu Yönetmelik'te öngörülen sair tüm şartlara ve TKHK'nın ticari reklamlara dair hükümlerinde öngörülen şartlara uygun olması halinde zaten halihazırda tüketici

²⁷⁴ Türk Patent Enstitüsü, Marka İnceleme Kılavuzu, 2015, s. 9

< <https://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/resources/temp/F9E4CFAF-A7AE-4FEA-8BCC-DA8B5C7DAB00.pdf> > (Erişim tarihi: 09.12. 2020).

²⁷⁵ Demirbaş, A. (2020). Tüketici Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Reklam – Doğrudan mı Dolaylı mı?. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 24/1, s. 50.

²⁷⁶ İnal, (2000), s. 74.

hukukunun korumaya çalıştığı tüketici menfaatlerine zarar vermeyeceği ve tüketicileri yeterince bilgilendirici olacağı kuşkusuzdur. Pratikte bir reklamın, Tic. Rek. Yön. ve TKHK’da öngörülen tüm şartlara uygun bir biçimde yapıldıktan sonra rakip marka ve ürünlere de yer veren bir mukayese içermesi ancak tüketicileri bilgilendirmeye yönelik olacaktır. Zira bu tip bir reklam mevzuatta öngörülen sair şartlara uygun olması adına zaten tüketicileri aldatıcı veya yanıltıcı olmamalı, haksız rekabete yol açmamalı, karşılaştırmaya konu edeceği aynı ihtiyaç ve amaca yönelik ürün veya hizmetlerin tüketicilerin alım tercihlerinde esaslı nitelikte olan hususları objektif bir şekilde karşılaştırarak tüketiciye fayda sağlamayacak hususları karşılaştırmamalı, tüketici nezdinde rakip firmalarla herhangi bir iltibas tehlikesine yol açacak bir karışıklığa sebebiyet vermemeli, içerdiği kanıtlanabilir nitelikteki bilimsel iddiaların ispatlanmış olmasına dikkat etmeli, Reklam Kurulu’nun dürüstlük kurallarına uymak adına belirlediği ilkelere de uygun olmalıdır. Bununla beraber, bu reklamın TKHK’da öngörülen hükümler uyarınca da doğru ve dürüst olması ve tüketiciyi aldatıcı ya da onun deneyim veya bilgi eksikliklerini suiistimal edici olmaması gerekmektedir.

Dolayısıyla rakiplerin marka ve ayırt edici işaretlerine yer verme yasağı dışındaki diğer tüm düzenlemelere uygun yapılacak böyle bir reklam karşısında, tüketicilerin menfaatlerinin zarar göreceğinden bahsetmek artık mümkün olmamalıdır. Bilakis, bu tip bir karşılaştırmalı reklamda rakip markaların kullanılmasının tüketicileri pazardaki mevcut seçenekler ve çeşitli işletmeler açısından diğer reklam türlerine oranla daha fazla bilgilendirdiğinin de kesinlikle hesaba katılması gerekmektedir. Buradan hareketle, karşılaştırmalı reklamda rakip firmaların markalarına yer verme yasağının yerinde olmadığı net bir şekilde ortaya çıkmaktadır.

Aynı zamanda, yukarıda detaylıca açıklanmış olduğu üzere, karşılaştırmalı reklamların dürüstlük ve iyiniyet kuralları çerçevesinde ve hukuka uygun bir şekilde yapılmış olmaları şartıyla, pazardaki etkin rekabeti teşvik ettirerek artırmaları tüketicilerin de lehinedir. Bu pencereden bakıldığında, Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü’nün 2019 yılında yayınlamış olduğu Rekabetin Değerlendirilmesi Araçları Rehberi’nde de açıkça belirttiği üzere, karşılaştırmalı

reklamlara dair yerindeliği aşan sınırlamalar tüketicileri, alternatif üreticiler arasında ürün kalitesi, özellikleri ve fiyatları hakkında faydalı bilgilerden mahrum edecektir²⁷⁷ ve dolayısıyla reklamcılık konusundaki kısıtlamaların, bunların bilgi yayılımında önemli yollar olduğu da gözetildiğinde minimum düzeye indirgenmesi gerekir²⁷⁸.

Etkin ve dürüst rekabetin hakim olduğu liberal bir ekonomik sistemde en doğru tercih, hem tüketicilerin hem de rakip işletmelerin birbirlerine karşı menfaatlerinin gözetildiği ve rekabetin de önemli derecede bozulmasının önüne geçecek kısıtlamaların mevcut olduğu; ancak yine de doğrudan karşılaştırmalı reklamların prensip olarak yasaklanmadığı bir hukuk düzeninin kabulü olacaktır²⁷⁹. Kaldı ki, hukukumuzda hem tüketici hukuku açısından TKHK ve Tic. Rek. Yön. hükümleri hem de TTK'nın haksız rekabete dair hükümleri, sarıh bir doğrudan karşılaştırmalı reklam yasağı olmadan da böylesi bir sonuca imkan sağlamaktadır. Mevcut hukuk düzenimizdeki bu yeterlilik karşısında doğrudan karşılaştırmalı reklamların açıkça yasaklanmasını öngören normun gerekli ve yerinde bir düzenleme olmadığı ortaya çıkmaktadır.

2.5.2. Türk Hukukundaki Doğrudan Karşılaştırma Yasağının Marka ve Haksız Rekabet Hukuku Açısından Eleştirisi

Marka bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlayan her türlü işaretir²⁸⁰. Görüleceği üzere markanın tanımından doğan en önemli iki unsurdan biri ayırt edicilik kavramıdır²⁸¹. Nitekim doktrinde de markanın tanımı konusunda genel

²⁷⁷ Bkz. “Looking at the bigger picture, unwarranted restrictions on comparative advertising are likely to deprive consumers of useful information about the differences in product quality, attributes and prices across alternative suppliers.”, OECD (2019) Competition Assessment Toolkit: Volume 2. Guidance, < <http://www.oecd.org/daf/competition/45544507.pdf> >, s. 50 (Erişim tarihi: 09.12.2020).

²⁷⁸ Bkz. “Overall, regulations on advertising and marketing should be minimised as they are important avenues for the dissemination of information.”, OECD (2019) Competition Assessment Toolkit: Volume 2. Guidance, s. 54.

²⁷⁹ Balık, (2019), s. 165.

²⁸⁰ Tekinalp, Ü. (2012). Fikri Mülkiyet Hukuku. İstanbul: Vedat, s. 360.

²⁸¹ Yasaman, H. (2004). Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi. (5. Baskı). İstanbul: Vedat, s. 16.

olarak bir işletmenin mal ve hizmetlerini diğer işletmenin mal ve hizmetlerinden ayırt etme özelliği üzerinde durulmaktadır. Bu kavram ise doğrudan reklamların da temel işlevlerinden biridir²⁸².

SMK, “marka tescilinden doğan hakların kapsamı ve istisnaları”nı düzenlediği 7. maddesinde açıkça marka tescilinden doğan hakların münhasıran marka sahibine ait olacağını ve marka sahibinden izinsiz olarak yapılması halinde marka sahibinin kendi markasının birebir aynısı veya benzeri bir işaretin, marka kapsamına giren mal veya hizmetlerle aynı veya benzer mal ve hizmetler üzerinde, tüketiciler nezdinde herhangi bir ilişkilendirilme ihtimali de dahil bir iltibas tehlikesi yaratacak biçimde üçüncü kişiler tarafından kullanılmasını yasaklama hakkı olduğunu öngörmüştür. Marka sahibi, aynı zamanda markasının veya markasına benzer bir işaretin hukuka aykırı bir şekilde karşılaştırmalı reklamlarda kullanılmasını da önleyebilecektir.

Marka hukukunda korunması amaçlanan menfaatler, genel itibarıyla marka sahiplerinin söz konusu ayırt edici işareti yaratmak, onu hitap ettiği tüketici kitlesinde bilinir kılmak ve tanıtmak, markanın pozitif bir imaj ile ilişkilendirilmesini sağlayacak çalışmalar yapmak, markanın ayırt ediciliği ve marka ile oluşturulan prestijin korunması adına sarf ettiği emek, çaba, katlandığı masraflar ve yaptığı yatırımlardır. Nitekim markanın temel işlevi; bir işletmenin mal ve hizmetlerine ilişkin kaynak gösterme²⁸³, bunların diğer işletmelerinkinden ayırt edilmesini sağlama²⁸⁴, tüketiciye yönelik garanti fonksiyonu sağlama²⁸⁵ ve reklam fonksiyonu²⁸⁶ olarak gösterilebilir. Markanın reklam fonksiyonu doğrudan ticari işletmenin ürün ve hizmetlerinin tanıtımı ile ilgili olup ticari işletme markasını kullanarak ürün ve hizmetlerinin reklamını yapmakta ve tüketici algısını etkilemektedir²⁸⁷. Bu suretle, marka sahibinin çoğu durumda uzun süreler boyunca

²⁸² Kılıçoğlu, A. M. (2013). Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar. Ankara: Turhan, s. 13.

²⁸³ Karasu, R. & Suluk, C. (2017). Fikri Mülkiyet Hukuku. İstanbul: Seçkin, s. 162.

²⁸⁴ Güneş, İ. (2018). Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku. Ankara: Adalet, s. 40.

²⁸⁵ Kaya, A. (2006). Marka Hukuku. İstanbul: Arıkan, s. 63.

²⁸⁶ İmirlioğlu, D. (2018). Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Ayırt Ediciliğin Zedelenmesi. Ankara: Adalet, s. 10.

²⁸⁷ Karasu, (2018), s. 163.

aba ve emek sarf ederek oluşturduğu markanın bilinirliği, imajı ve söz konusu olacaksa tanınmışlığının nc kişiler tarafından kullanılarak kendi ekonomik çıkarları menfaatlerine olacak şekilde sömürülmesine izin verilmemelidir.

TTK’da haksız rekabet hallerini rnekseyerek yasaklayan 55. maddesinin ilk fıkrasının 4. bendine göre de “*başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almak*” bir haksız rekabet hali teşkil etmektedir. Kural olarak haksız rekabet hükümleri pazardaki dengenin ve etkin rekabetin korunmasına yönelik hükümler olmakla beraber, başkasının ürünleri ve faaliyetleriyle karıştırılmaya yönelik eylemler, doğal olarak başkasının markası ile karıştırılmaya yol açabilecek reklam ve tanıtım faaliyetlerini de kapsayacaktır. Anılan hüküm özelinde marka sahiplerinin markalarının reklam verenler tarafından markalar arasında bir ilişkilendirilme veya çağrıştırma yaratacak surette kullanılmasının ngne geçilmektedir.

Gereksiz surette rakiplerin ticari itibarı veya markalarının tanınmışlığından yararlanmak haksız rekabet hukukunun temel ilkelerinden olan emek ilkesine de aykırıdır. “*Emek ilkesi gereği ticari hayatta herkes emeği nispetinde netice elde etmelidir*”²⁸⁸. Bu ilke uyarınca “*ekonomik ve ticari hayatta herkes, ahlak ve objektif iyiniyet kurallarına uygun bir şekilde hareket ederek, ancak kendi emek ve gayreti ölçüsünde bir kazançla yetinmelidir. [...] Bir başkasının yıllarca çalışmak suretiyle ancak elde edebildiği emek ve şöhretine elatmak suretiyle -deyim yerindeyse- onun sırtından para kazanmak isteyen kimsenin hareketi, kendi emeğine dayanmadığı için, ahlak kurallarına ve kanun hükümlerine göre, haksız rekabettir*” ve dolayısıyla başkasının emekleri sonucu elde ettiği ticari itibar ve tanınmışlık ya da marka imajından parazit bir şekilde, hiçbir emek sarf etmeden yararlanmak haksız rekabet hukukuna da son derece aykırıdır²⁸⁹.

Görüldüğü üzere, tescilli bir markanın sahibi dışındaki kişiler tarafından kendi markaları ile beraber kullanılmasının, markalar arasında bir imaj transferi şeklinde yapılması halinde bu kullanım hem marka hukuku anlamında korunması

²⁸⁸ Yıldı, (2016), s. 944.

²⁸⁹ Yargıtay HGK, 7.7.2010 tarihli ve E. 2010/11-396, K. 2010/371 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bankası).

amaçlanan menfaatlere hem de haksız rekabet hukuku ilkelerine aykırı olacaktır. Markalar arasında bir imaj transferi, genellikle pazara yeni bir ürün arz eden ve daha az bilinir durumdaki bir işletmenin ürününü, daha tanınmış konumdaki bir marka ile ilişkilendirip bunlar arasında “pozitif bir bağlantı” kurmak suretiyle tanıtması halinde ortaya çıkacaktır. Zira burada, ticari itibarı daha yüksek olan rakip bir markanın toplum nezdindeki imajından yararlanılmaktadır ve bu vesileyle reklam verenin markası arasında herhangi bir şekilde bir çağrışım ya da bağ kurulması amaçlanmaktadır²⁹⁰. Markalar arasında bir imaj transferinin söz konusu olacağı doğrudan karşılaştırmalı reklamlar hukuka aykırıdır.

Örneğin, reklamda rakip firmaya ait markanın, reklam verenin kendi markasına kıyasen önemli ölçüde büyük tasvir edilerek açıkça ön plana çıkarılması ya da rakibin markasının çokça tekrar edilmesi, kural olarak markalar arasında bir imaj transferine sebebiyet verecek ve rakibin ticari itibarı ile markasının imajından gereksiz yere yararlanmak olarak kabul edilecektir. Rakibin belirtilerek karşılaştırılma yapılması, tüketicilerin bilgilendirilmesi noktasında hiçbir işlev ifa etmiyorsa rakibin ticari itibarından paraziter bir yararlanma söz konusu olabilir. Bu durum, rakibin marka hukuku ile haksız rekabet hükümlerinin kendisine tanıdığı hakların ihlaline neden olacaktır.

Ancak, karşılaştırmalı reklamda rakibin markası kullanılarak rakibin kendisi veya sunduğu mal ve hizmetlerle yaratılacak ilişkilendirme “*gerekli, objektif ve orantılı*” ise bu reklamın artık hukuka uygun olarak kabulü gerekecektir²⁹¹. Böylesi bir halde zaten gereklilik ve ölçülülük kriterlerine de uyulduğundan hukuka aykırı bir marka imaj transferinin gerçekleştiğinden bahsedilemeyecektir. Karşılaştırmalı reklamların esaslı, önemli ve ispat edilebilir hususları karşılaştırmaları ve tüketicileri aldatıcı olmamaları şartlarıyla, sadece rakip markalara yer verdiklerinden hareketle haksız rekabet teşkil ettiklerinin kabul edilmesinin yerinde olmadığı doktrinde de oldukça yaygın bir şekilde savunulmuştur²⁹². Gerçekten de, doğrudan karşılaştırmalı reklamlar kural olarak marka hukuku ile haksız rekabet

²⁹⁰ Yılmaz, (2017), s. 53.

²⁹¹ Yılmaz, (2017), s. 63.

²⁹² İnal, (2000), s. 64.

hukukuna aykırı sayılmamalıdır. Karşılaştırmalı reklamlarda rakip markalara yer verilmesi, sadece, reklam verenin geçerli bir sebebe dayanmaksızın rakibinin ticari itibarı veya markalarının tanınmışlığından dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde ve gereklilik, ölçülülük ve orantılılık ölçütleri gözetilmeden yararlanıldığı takdirde “paraziter” bir davranış olarak kabul edilmelidir²⁹³.

Buradan hareketle, *Arkan*’ın da son derece yerinde olarak tespit ettiği üzere, reklamdaki karşılaştırmada rakibin markası veya işareti hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun bir biçimde kullanılır ve bu kullanım rakibin markasını taşıyan ürün ve hizmetlerin ayırt edilmesi ve böylece reklam verenin kendi ürün ve hizmetlerinin bunlardan ayrılan ve üstün olduğu iddia edilen yönlerinin ortaya konulması ve reklam konusu ürün ya da hizmet hakkında bilgi sunulması amacıyla gerçekleştirilirse burada artık bir marka tecavüzü söz konusu olmayacaktır²⁹⁴.

Dolayısıyla karşılaştırmalı bir reklamın, rakiplerin markalarına açıkça yer verilmesine yönelik özel yasağın dışında Tic. Rek. Yön., TTK ve SMK’da öngörülen diğer tüm şartlar ile haksız rekabet hukukunun genel ilkeleri ile dürüstlük kurallarına uygun bir şekilde yapılması halinde marka tecavüzü teşkil etmeyeceği ortadadır. Karşılaştırmalı reklamda rakibin markasına yer verilmesi, kural olarak, marka sahiplerinin marka hukuku ve haksız rekabet hükümleri ile korunmaya çalışılan emekleri, yatırım ve menfaatlerine doğrudan bir ihlal yaratması söz konusu değildir. Yukarıda anılan tüm normlara uygun yapılan bir karşılaştırmalı reklamın, sadece markanın üçüncü kişilerce kullanılması olmasından hareketle marka hukukuna aykırı olduğu iddia edilemez. Bunlardan hareketle, Tic. Rek. Yön.’ün 8. maddesi ilk fıkrasının a bendi ile getirilen doğrudan karşılaştırmalı reklam yasağının gerekli bir düzenleme olmadığı ortaya çıkmaktadır.

Türk mevzuatında, doğrudan karşılaştırma yasağı dışında kalan reklam düzenlemeleri, böylesi bir yasağa gerek kalmadan da hukuka aykırı reklamların önüne geçebilmek için son derece yeterlidir. Bir karşılaştırmalı reklamın hukuka aykırı olması halinde, TTK’daki haksız rekabet ile ilgili hükümlere, SMK’daki

²⁹³ İnal, (2000), s. 74.

²⁹⁴ Bkz. *Arkan*, (2001), s. 37. ve *Arkan*, S. (2000). Marka Hakkına Tecavüz - İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu?. BATİDER. 20/5, s. 12.

marka hakkının korunmasına dair hükümler ile TKHK'daki ticari reklamları düzenleyen hükümlere başvurulunabilecektir²⁹⁵. Bu yeterlilik karşısında, ayrıca bir doğrudan karşılaştırmalı reklam yasağının gerçekten de gerekli olduğu oldukça şüphelidir.

ABAD'ın içtihatları da karşılaştırmalı reklamlarda rakip markalara yer verilmesinin kural olarak yasak olmadığını ortaya koymaktayken, böylesi bir ek sınırlama getirmek AB hukuku ile de çelişki oluşturmakta ve günümüz liberal ekonomik düzeninin gerektirdiği daha serbest bir rekabet ve reklamcılık anlayışına da ket vurmaktadır.

²⁹⁵ Balık, (2019), s. 175.

SONUÇ

TKHK'ya dayanarak hazırlanan Tic. Rek. Yön. uyarınca düzenlenen karşılaştırmalı reklamlar ve rakibinin marka, ayırt edici işaretinden açıkça bahsedilmesine imkan tanıyan doğrudan karşılaştırmalı reklamların hukuka uygunluğu şartları TKHK, SMK, TTK uyarınca ve mehz AB hukuku kapsamında incelenmeye çalışılmıştır. Buna göre bazı sonuçlara varılmıştır.

Genel olarak reklamların evrensel olarak hemen hemen tüm hukuk sistemlerinde de kabul edildiği üzere yanıltıcı, aldatıcı, yanlış, tüketicilerin bilgi eksikliğini istismar eder nitelikte olmamaları, piyasada haksız rekabete yol açmamaları, reklamı yapılan ürün veya hizmet dışında diğer ürünleri veya hizmetleri kötüler nitelikte olmaları gerekmektedir. Bu durum karşılaştırmalı reklamlar açısından da geçerlidir.

Ancak karşılaştırmalı reklamların özel bir görünümü olan doğrudan veya dolaylı karşılaştırmalı reklamlara izin verilip verilmeyeceği hususu o ülkenin hukuk politikası ile ilgili bir durumdur. İşbu çalışma kapsamında detaylı olarak açıklandığı üzere Türk hukukunda dolaylı karşılaştırmalı reklamlar, yani rakibin ürün veya hizmetinin adı, markası, ayırt edici işaretlerine yer verilmeyen reklamlar bakımından Tic. Rek. Yön.'nde öngörülen kurallara uymak şartıyla genel olarak hukuka uygun olarak kabul edilmektedir. Bunun yanı sıra rakibin, ürününün veya hizmetinin adına veya markasına yer vermek veya açıkça rakip ürünü / hizmeti işaret etmek yoluyla yapılan doğrudan karşılaştırmalı reklamlara Türk hukukunda izin verilmemektedir.

Her ne kadar TKHK'ya dayanarak hazırlanan ve 2015 tarihinde yürürlüğe giren Tic. Rek. Yön.'nin ilk halinde 8. maddesinin 2. fıkrası uyarınca doğrudan karşılaştırmalı reklamlar düzenlenmiş ve Tic. Rek. Yön.'nin 8. maddesinin 1. fıkrasındaki kurallara uygun olması şartıyla doğrudan karşılaştırmalı reklamlara izin verilmiş olsa da söz konusu maddenin yürürlüğü anılan yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren birkaç kere ertelenmiş, daha sonra ise anılan düzenleme tamamen yürürlükten kaldırılmıştır. Dolayısıyla; doğrudan karşılaştırmalı reklamların Türk hukuku kapsamında hiçbir zaman yürürlükte bir hukuk kuralı

uyarınca uygulanabilirliği olmamıştır. Tic. Rek. Yön.'inin yürürlükte olan mevcut 8. maddesi kapsamında doğrudan karşılaştırmalı reklamların herhangi bir istisnası olmaksızın Türk hukukunda yasak olduğu hususunda bugün için hiçbir tartışma bulunmamaktadır.

Türk hukukunda doğrudan karşılaştırmalı reklamlar ile ilgili kısıtlama ve yasağın amacının tüketici hukuku bakımından tüketiciyi yanıltıcı ve aldatıcı reklamlara karşı korumak; marka ve haksız rekabet hukuku bakımından ise rakibin markasıyla karıştırılma ihtimalini önlemek, rakibin markasından haksız yararlanma veya onun markasının kötülenmesi gibi durumların önüne geçmek, başkasının ürünlerinden haksız yararlanma ve haksız rekabet durumlarının oluşmasını önlemek olduğu görülmektedir. Ancak kanaatimizce doğrudan karşılaştırmalı reklamlara ilişkin bu yasaklamanın aslında tüketici hukukunun asıl amacı olan tüketicinin aydınlatılması ve doğru bilgilendirilmesi ilkesi ile uyuşmadığı tarafımızca düşünülmektedir. Nitekim hem TKHK hem de Tic. Rek. Yön. kapsamında reklamlara ve diğer karşılaştırmalı reklamlara ilişkin düzenlemelerin tüketici hukukunun yönlendiği amaca yeterince hizmet ettiği düşünülmektedir. Aynı durum SMK ve TTK bakımından da geçerlidir. Rakibin markasının korunması ve haksız rekabet durumunun önlenmesi için yeterli önleyici kurallar her iki mevzuatta da bulunmaktadır. Hatta çalışmamız kapsamında yukarıda detaylı olarak açıklandığı üzere SMK'da özellikle doğrudan karşılaştırmalı reklamlar düşünülmüş birtakım kurallar da bulunmaktadır. Bu kapsamda mevcut hukuk düzenimizdeki bu yeterlilik karşısında doğrudan karşılaştırmalı reklamların yasaklanmasının yerinde bir düzenleme olmadığı düşünülmektedir. Nitekim konuyu AB hukuku ile karşılaştırdığımızda doğrudan karşılaştırmalı reklamların hukuka uygunluğuna ilişkin düzenlemeler haricinde karşılaştırmalı reklamların marka hukuku ve haksız rekabet bakımından benzer şekilde değerlendirildiği ve benzer düzenlemelerin bulunduğu görülmektedir. Dolayısıyla bu açıdan da doğrudan karşılaştırmalı reklamlara Türk hukukunda izin verilmesi gerektiği düşünülmektedir. Rakibi ve markasını kötüleme, yanıltıcılık, aldatıcılık, dürüstlük kuralına aykırılık şeklinde ortaya çıkan haksız rekabet durumu söz konusu olmadığı ihtimalde doğrudan karşılaştırmalı reklamlar bakımından da bir

sakınca bulunmadığı görülmektedir.

Bunun yanısıra yine çalışmamız kapsamında değinildiği üzere dolaylı ve doğrudan karşılaştırmalı reklamların tüketiciler nezdinde uyandırdıkları etkinlik ve etkililik değerlendirildiğinde tüketicilerin en rahat algıladıkları karşılaştırmalı reklam çeşidi doğrudan karşılaştırmalı reklamlar olduğu ve doğrudan karşılaştırmalı reklamlarda rekabetin daha çok hissedildiği görülmektedir. Bu nedenle de doğrudan karşılaştırmalı reklamların en başta tüketicinin doğru aydınlatılması amacına da hizmet ettiği düşünülmektedir. Bu nedenle kanaatimizce doğrudan karşılaştırmalı reklamlara Türk hukukunda izin verilmesi gerekmektedir.

Ancak AB uygulamasına baktığımız zaman özellikle ABAD tarafından açık karşılaştırmalı reklamlara ilişkin düzenlemelerin ve somut olayın şartlarının uyuşmazlıklarda son derece detaylı olarak ve sıkı bir şekilde değerlendirildiği görülmektedir. Dolayısıyla Türk hukuku uygulamasında da özellikle doğrudan karşılaştırmalı reklamların marka hukuku ve haksız rekabet hukuku gibi diğer hukuk dallarını da yakından ilgilendirdiği dikkate alındığında açık karşılaştırma yasağı kaldırılrsa bile denetim bakımından titiz davranılması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR

Akipek, J. & Akıntürk, T. (2007) *Türk Medeni Hukuku*, Birinci Cilt. İstanbul: Beta

Arkan, S. (1997). *Marka Hukuku*. Ankara: Vedat

Aslan, Y. (2004). *6502 Sayılı Kanun'a Göre Tüketici Hukuku*. Bursa: Ekin.

Avşar, Z. & Elden, M. (2004). *Reklam ve Reklam Mevzuatı*. Ankara: RTÜK.

Ayhan, R. & Özdamar, M. & Çağlar, H. (2011). *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*. (4. baskı). Ankara: Yetkin.

Bozbel, S. (2006). *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklam Hukuku*. Ankara: Seçkin.

Bozer, A. & Göle, C. (2018). *Ticari İşletme Hukuku*, (5. baskı). Ankara: Seçkin

Çolak, U. (2018). *Türk Marka Hukuku*. (4. Baskı). İstanbul: Onikilevha.

Göle, C. (1983). *Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.

Güneş, İ. (2018). *Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku*. Ankara: Adalet.

Güven, Ş. (2012). *Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Koruduğu Menfaatler*. Ankara: Adalet.

Howells, G. & Micklitz, H. & Wilhelmsson, T. (2006). *European Fair Trading Law, The Unfair Commercial Practices Directive*. Aldershot: Ashgate.

İmirlioğlu, D. (2018). *Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Ayırt Ediciliğin Zedelenmesi*. Ankara: Adalet.

İnal, E. (2000). *Reklam Hukuku ve Aldatıcı Reklamlar*. İstanbul: Beta.

İnal, E. & Baysal, B. (2008). *Reklam Hukuku ve Uygulaması*. İstanbul: Onikilevha.

Jacobson, H. (2007). *Adwords for Dummies*. Hoboken: Wiley.

Karasu, R. & Suluk, C. (2017). *Fikri Mülkiyet Hukuku*. İstanbul: Seçkin.

Kaya, A. (2006). *Marka Hukuku*. İstanbul: Arıkan.

Kılıçoğlu, A. M. (2013). *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar*. Ankara: Turhan.

Kocabaş, F. & Elden, M. (2009). *Reklamcılık: Kavramlar, kararlar, kurumlar*. İstanbul: İletişim.

Moroğlu, E. (2006). *Karşılaştırmalı Reklam ve Yargıtay Kararları, Makaleler I*. İstanbul: Beta.

Nomer Ertan, N. F. (2016). *Haksız Rekabet Hukuku*. İstanbul: Onikilevha.

Oğuz, S. & Kara, U. (2018). *Sınai Mülkiyet Kanunu Gerekçeli İçtihatlı Karşılaştırmalı*. Ankara: Bilge.

Özsunay, Ergun. (1981). *Medeni Hukuka Giriş*, İstanbul: Güray

Özdemir, S.S. (2013). *Haksız Rekabet Kavramı Açısından Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar*. İstanbul: Onikilevha.

Özyurt, F. (2004). *Ticari Reklam ve İlanlarda Karşılaştırma ve Kötüleme*. Ankara: T.C. Sanayi ve Ticaret Bakanlığı.

Poroy, R. & Yasaman, H. (2012). *Ticari İşletme Hukuku*. (14. Baskı). İstanbul: Vedat.

Şener, O. H. (2016). *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Seçkin.

Tekelioğlu, N. (2016). *Tüketicinin Korunması Açısından Hukuka Aykırı Reklamlar*. İstanbul: Onikilevha.

Tekinalp, Ü. (2012). *Fikri Mülkiyet Hukuku*. İstanbul: Vedat

Ülgen, H. & Helvacı, M. & Kendigelen, A. & Kaya, A. & Nomer Ertan, F.N. (2015). *Ticari İşletme Hukuku*. (5. Baskı) İstanbul: Onikilevha.

Yasaman, H. (2004). *Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi* (Cilt 1). (5. Baskı). İstanbul: Vedat

MAKALELER

Akipek, Ş. (2001). Türkiye’de Tüketicinin Korunmasının Yasal Boyutu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun. *Standart Ekonomik ve Teknik Dergisi*. 31, s. 24-31.

Aktuğlu, I. K. (2006). Tüketicinin Bilgilendirilmesi Sürecinde Reklam Etiği.

Küresel İletişim Dergisi. 2, s. 1-20.

Arkan, S. (2000). Marka Hakkına Tecavüz - İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu?. *BATİDER*. 20/ 5, s. 5-16.

Arkan, S. (2001). Avrupa Topluluğu'nda Karşılaştırmalı Reklamlar. *BATİDER*. 21/1, s. 21-43.

Aydın, İ. (2017). Pazarlama Perspektifinden Karşılaştırmalı Reklamlar. *Anemon Muş Alparslan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*. 5/3, s. 899-921.

Balık, İ. (2019). Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği Bağlamında Öngörülen Doğrudan Karşılaştırmalı Reklâm Yasağı. *BATİDER*. 35/3, s. 151-183.

Başöz, L. & Çakmakçı, R. (2014). *Gerekçeleri, Komisyon Kararları ve TBMM Tutanakları ile Birlikte Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun*. İstanbul: Legal.

Bodewig, T. (1994). The Regulation of Comparative Advertising in The European Union. *Tulane European & Civil Law Forum*. 9, s. 179-214.

Bozbel, S. (2010). Adwords Reklamlar Karşılaştırmalı Reklam Teşkil Eder Mi? Avrupa Adalet Divanı'nın Verdiği Kararlar Işığında Bir Değerlendirme. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*. 9/18, s. 97-113.

Ceylan, E. (2003). Türk ve İsviçre Hukuklarında Karşılaştırmalı ve Tuzak Reklamlar. *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 2, s. 193-215.

Çalıkluşu, F. (2009). İnternet Reklam Çeşitlerinin Tüketici Tutumları Açısından Karşılaştırılması. *Marmara Üniversitesi Hakemli Öneri Dergisi Öneri*. 8/32, s. 203-

215.

Çataloğlu, B. B. (2020). Reklama Hukuki Açısından Bir Bakış. *YBHD*. 5-2020/2, s. 599-632.

Demirbaş, A. (2020). Tüketici Hukuku Açısından Karşılaştırmalı Reklam – Doğrudan mı Dolaylı mı?. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 24/1, s. 31-53.

Dornis, T. W. & Wein, T. (2016). Trademarks, Comparative Advertising, and Product Imitations: An Untold Story of Law and Economics. *Penn State Law Review*. 121:2, s. 421-470.

Eken, İ. (2014). Sosyal medyadaki karşılaştırmalı reklamlar üzerine bir inceleme: Türkiye ve Polonya örneği. *Dijital İletişim Etkisi Uluslararası Akademik Konferansı Bildiri Kitabı*. İstanbul: İskenderiye Kitap, s. 436-449.

Erdem, D. (2016). Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın C-159/09 Sayılı Lidl Kararının Yargıtay Kararları Işığında İncelenmesi. *Leges Hukuk Dergisi*. 82-83-84, s. 72-81.

Folliard-Monguiral, A. & Rogers, D. (2009). Significant 2009 case law on the Community Trade Mark from the Court of Justice of the European Union and the General Court. *JIPLP*. 5/5, s. 306-326.

Goldsmith, R. E. & Lafferty, B. A. (2002). Consumer Response to Web Sites and Their Influence on Advertising Effectiveness. *Internet Research: Electronic Networking Applications and Policy*. 12/4, s. 318-328.

Gürdin, B. (2020). Doğrudan ve Dolaylı Karşılaştırmalı Reklamların Etkinliği. *Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*. 36, s. 131-163.

Güven, K. (2015). Reklam Hukuku Perspektifinden Avrupa Birliği, Alman ve Türk Hukuklarında Tüketici Ölçütü: Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın "Gut Springenheide" Kararı Üzerinden Bir İnceleme. *TBB Dergisi*. 120, s. 493-508.

Karahan, S. (2001). "Süper Lüks" "Süper 1" "Ekstra" ve "Lüks 1" İşaretlerinin Gıda Markalarında Kullanılması Mümkün müdür?. *FMR*. 1/3, s. 29-42.

Kenaroğlu, Y. & Kenaroğlu, S. (2016). 10 Ocak 2015 Tarihinde Kabul Edilen Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği Işığında Reklamalarda Yeni Dönem. *Legal Fikrî ve Sinai Haklar Dergisi*. 12/46, s. 523-534.

Knaak, R. (2014). Metatags and keywords as comparative advertising. *JIPLP*. 9/9, s. 770-777.

Lensing-Kramer, A. & Ruess, P. (2004). Recent Developments in Comparative Advertising and Their Implications for Trademark Law in Germany. *The Trademark Reporter*. 94/6, s. 1315-1334.

Özdemir, S.S. & Doğanay, M. Z. (2019). Bir Mecra Olarak Sosyal Medyanın Reklam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*. 7/13, s. 295-337.

Pınar, H. (2012). Reklam ve Satış Yöntemlerine İlişkin Haksız Rekabet Halleri. *MÜHF-HAD*. 18/2, s. 129-156.

Sharp, C. W. (2012). The Intersection of Comparative Advertising and Trademark Laws in the United States and the European Union. *Nordic Journal of Commercial Law*. 2012/1, s. iv-33.

Soysal, T. (2018). Marka Hukuku Perspektifinden İnternet Ortamında Anahtar Kelime (Meta-tagging) ve Adwords Reklamcılık Uygulamaları. *Uyuşmazlık*

Mahkemesi Dergisi. 6/12, s. 693-722.

Spink, P. & Petty, R. (1998). Comparative Advertising in the European Union. *The International and Comparative Law Quarterly*. 47/4, s. 855-876.

Yıldız, O. A. (2016). Haksız Rekabet Hukukunda Karşılaştırmalı Reklamlar. *FSHD*. 12/47, s. 929-947.

Yılmaz, A. (2017). Türk Ticaret Kanunu'na Göre Karşılaştırmalı Reklâmlarda İtibardan (Tanınmışlıktan) Gereksiz Yere Yararlanma Yasağı. *BATİDER*. 35/2, s. 45-66.

DİĞER KAYNAKLAR

Report on Competition in Professional Services, Commission of the European Communities, COM(2004).

Proposal for a Council Directive Concerning Comparative Advertising and Amending Directive 84/450 EEC Concerning Misleading Advertising, O.J. No. C.180/14, 11.07.1991.

İNTERNET KAYNAKLARI

Corvi, E. & Bonera, M. (2008). The Effectiveness of Comparative Advertising: A Literature Review, 2nd International Scientific Conference Marketing Theory Challenges in Transitional Societies,

<

https://www.researchgate.net/publication/232743560_The_effectiveness_of_advertising_a_literature_review > (Erişim tarihi: 09.12.2020).

European Advertising Standards Alliance, Digital Marketing Communications Best

Practice Recommendation, 2015,

< [https://www.easa-alliance.org/sites/default/files/EASA Best Practice Recommendation on Digital Marketing Communications.pdf](https://www.easa-alliance.org/sites/default/files/EASA_Best_Practice_Recommendation_on_Digital_Marketing_Communications.pdf) > (Erişim tarihi: 09.12. 2020).

International Chamber of Commerce, ICC Advertising and Marketing Communications Code, 2018,

< <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2018/09/icc-advertising-and-marketing-communications-code-int.pdf> > (Erişim tarihi: 09.12. 2020).

OECD (2019) Competition Assessment Toolkit: Volume 2. Guidance,

< <http://www.oecd.org/daf/competition/45544507.pdf> > (Erişim tarihi: 09.12.2020).

Özkan, A. (2014). Reklam Yönetimi. İstanbul: İstanbul Ticaret Odası Yayınları

< <https://www.abdullahozkan.com/wp-content/uploads/2019/02/Reklam-Yönetimi.pdf> > (Erişim tarihi: 09.12.2020).

Sayın, B. H. (2017). Haksız Rekabet Hukuku Açısından Karşılaştırılmal Reklamların Unsurları ve Türleri, *Proceedings Book of 2nd International Scientific Researches Congress on Humanities and Social Sciences (IBAD-2017)*

< <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/389616> > (Erişim tarihi: 09.12.2020).

T.C. İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı, Reklam, İlan ve Tanıtım Yönetmeliğı, < <https://www.ibb.istanbul/Uploads/2016/12/REKLAM,-iLAN-VE-TANITIM-YoNETMELiGi.pdf> > (Erişim tarihi: 09.12. 2020).

Ticaret Bakanlığı Tüketicinin Korunması ve Piyasa Gözetimi Genel Müdürlüğü İstatistikleri,

< <https://tuketici.ticaret.gov.tr/yayinlar/istatistikler> > (Erişim tarihi: 09.12.2020).

Türk Patent Enstitüsü, Marka İnceleme Kılavuzu, 2015,

< <https://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/resources/temp/F9E4CFAF-A7AE-4FEA-8BCC-DA8B5C7DAB00.pdf> > (Erişim tarihi: 09.12. 2020).

Yaralı, L., Türk Ticaret Kanunu Madde Gerekçeleri

< <http://www.ticaretkanunu.net/wp-content/uploads/2010/04/Turk-Ticaret-Kanunu-Madde-Gerekceleri.pdf> > (Erişim tarihi: 09.12.2020).



KARARLAR DİZİNİ

ABAD KARARLARI

CJEU, 25.10.2001, Toshiba Europe GmbH v Katun Germany GmbH, C-112/99.

CJEU, 08.04.2003, Pippig Augenoptik GmbH & Co. KG v Hartlauer Handelsgesellschaft mbH and Verlassenschaft nach dem verstorbenen Franz Josef Hartlauer, C-44/01.

CJEU, 23.02.2006, Siemens AG v VIPA Gesellschaft für Visualisierung und Prozeßautomatisierung mbH, C-59/05.

Hukuk Sözcüsü Mengozzi'nin 30.11.2006 tarihli Görüşü, CJEU, De Landtsheer Emmanuel SA v Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne, C-381/05.

CJEU, 19.04.2007, De Landtsheer Emmanuel SA v Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne, C-381/05.

CJEU, 12.06.2008, O2 Holdings Limited and O2 (UK) Limited v Hutchison 3G UK Limited, C-533/06.

CJEU, 18.06.2009, L'Oréal SA and Others v. Bellure NV, C-487/07.

CJEU, 23.03.2010, Google France SARL and Google Inc. v Louis Vuitton Malletier SA (C-236/08), Google France SARL v Viaticum SA and Luteciel SARL (C-237/08) and Google France SARL v Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL and Others (C-238/08), Joined cases C-236/08 to C-238/08.

Hukuk Sözcüsü Mengozzi'nin 07.09.2010 tarihli Görüşü, CJEU, Lidl SNC v. Vierzon Distribution SA, C-159/09.

Hukuk Sözcüsü Jääskinen'in 24.03.2011 tarihli Görüşü, CJEU, Interflora Inc, Interflora British Unit v Marks & Spencer plc, Flowers Direct Online Limited, C-323/09.

YARGITAY KARARLARI

Yargıtay 11. HD, 14.2.1979 tarihli ve E. 979/1047, K. 979/1227 sayılı kararı.

Yargıtay 11.HD, 22.12.1992 tarihli ve E. 1991/4992, K. 1992/11613 sayılı kararı.

Yargıtay HGK, 20.4.1994 tarihli ve E. 1993/11-965, K. 1994/252 sayılı kararı.

Yargıtay 11. HD. 20.02.1998 tarihli ve E. 1997/9233, K. 1998/1026 sayılı kararı.

Yargıtay 11. HD, 12.10.1999 tarihli ve E. 1999/3173, K. 1999/7795 sayılı kararı.

Yargıtay 11. HD, 02.11.1999 tarihli ve E. 1999/4005, K. 1999/8651 sayılı kararı.

Yargıtay 11. HD, 21.9.2000 tarihli ve E. 2000/5974, K. 2000/6915 sayılı kararı.

Yargıtay 11. HD, 14.3.2002 tarihli ve E. 2001/10574, K. 2002/2316 sayılı kararı.

Yargıtay 11. HD, 16.5.2005 tarihli ve E. 2004/8690, K. 2005/5073 sayılı kararı.

Yargıtay 11. HD, 27.4.2006 tarihli ve E. 2005/4762, K. 2006/4786 sayılı kararı.

Yargıtay 11. HD, 6.2.2007 tarihli ve E. 2005/11256, K. 2007/2983 sayılı kararı.

Yargıtay HGK, 7.11.2007 tarihli ve E. 2007/11-839, K. 2007/825 sayılı kararı.

Yargıtay 11. HD, 15.10.2009 tarihli ve E. 2008/441, K. 2009/10594 sayılı kararı.

Yargıtay 11. HD, 30.10.2009 tarihli ve E. 2008/1262, K. 2009/11173 sayılı kararı.

Yargıtay 11. HD, 12.11.2009 tarihli ve E. 2008/5249, K. 2009/11738 sayılı kararı.

Yargıtay HGK, 7.7.2010 tarihli ve E. 2010/11-396, K. 2010/371 sayılı kararı.

Yargıtay 11. HD, 08.03.2011 tarihli ve E. 2009/3226, K. 2011/2411 sayılı kararı.

Yargıtay 11. HD, 5.7.2013 tarihli ve E. 2012/16545, K. 2013/14644 sayılı kararı.

Yargıtay 11. HD, 17.2.2014 tarihli ve E. 2013/13174 K. 2014/2769 sayılı kararı.

Yargıtay 11. HD, 6.6.2014 tarihli ve E. 2013/5020, K. 2014/10820 sayılı kararı.

Yargıtay 11. HD, 6.11.2014 tarihli ve E. 2014/9050, K. 2014/16980 sayılı kararı.

Yargıtay 11. HD, 13.11.2014 tarihli ve E. 2013/16673, K. 2014/17538 sayılı kararı.

Yargıtay 11. HD, 14.11.2014 tarihli ve E. 2013/15253, K. 2014/17694 sayılı kararı.

Yargıtay 11. HD, 20.1.2016 tarihli ve E. 2015/6501, K. 2016/555 sayılı kararı.

Yargıtay 11. HD, 10.3.2016 tarihli ve E. 2015/5997, K. 2016/2716 sayılı kararı.

Yargıtay 11. HD, 23.5.2016 tarihli ve E. 2015/10626, K. 2016/5583 sayılı kararı.

Yargıtay 11. HD, 12.12.2016 tarihli ve E. 2015/12152, K. 2016/9489 sayılı kararı.

Yargıtay 11. HD, 19.4.2017 tarihli ve E. 2015/14421, K. 2017/2252 sayılı kararı.

Yargıtay 11. HD, 17.6.2019 tarihli ve E. 2018/2991, K. 2019/4527 sayılı kararı.

Yargıtay 11. HD, 17.6.2019 tarihli ve E. 2018/3120, K. 2019/4467 sayılı kararı.

Yargıtay 11. HD, 5.7.2019 tarihli ve E. 2019/2363, K. 2019/5035 sayılı kararı.

Yargıtay 11. HD, 3.12.2019 tarihli ve E. 2018/2964, K. 2019/7755 sayılı kararı.

DANIŞTAY KARARLARI

Danıştay 15. Daire, 11.9.2018 tarihli ve E. 2018/730, K. 2018/6209 sayılı kararı.

İSTİNAF MAHKEMELERİ KARARLARI

İstanbul BAM 14. HD, 26.4.2018 tarihli ve E. 2017/928, K. 2018/438 sayılı kararı.

Ankara BİM 9. İDD, 1.6.2020 tarihli ve E. 2019/871, K. 2020/506 sayılı kararı.

İLK DERECE MAHKEMELERİ KARARLARI

İstanbul 1. ATM, 18.4.2018 tarihli ve E. 2016/900, K. 2018/408 sayılı kararı.

İstanbul 16. ATM, 1.10.2019 tarihli ve E. 2018/149, K. 2019/825 sayılı kararı.

İstanbul 5. ATM, 18.10.2019 tarihli ve E. 2015/1174 K., 2019/1021 sayılı kararı.

İDARİ MERCİ KARARLARI

Reklam Kurulu, 09.12.1997 tarihli ve D. 1997/58, T. No. 27 sayılı kararı.

Rekabet Kurulu, 02.08.2007 tarihli ve K. 07-63/764-272 sayılı kararı.

Reklam Kurulu, 29.07.2011 tarihli ve D. 2011/982, T. No. 190 sayılı kararı.

Reklam Kurulu, 20.03.2012 tarihli ve D. 2012/157, T. No. 198 sayılı kararı.

Reklam Kurulu, 11.6.2013 tarihli ve D. 2012/767, T. No. 213 sayılı kararı.

Reklam Kurulu, 12.2014 tarihli ve D. 2014/410, T. No. 231 sayılı kararı.

Reklam Kurulu, 22.4.2015 tarihli ve D. 2015/270, T. No. 235 sayılı kararı.

Reklam Kurulu, 12.5.2015 tarihli ve D. 2015/364, T. No. 236 sayılı kararı.

Reklam Kurulu, 13.10.2015 tarihli ve D. 2015/1132, T. No. 241 sayılı kararı.

Reklam Kurulu, 10.11.2015 tarihli ve D. 2015/1002, T. No. 242 sayılı kararı.

Reklam Kurulu, 9.2.2016 tarihli ve D. 2014/1711, T. No. 245 sayılı kararı.

Reklam Kurulu, 13.12.2016 tarihli ve D. 2016/1500, T. No. 255 sayılı kararı.

Reklam Kurulu, 14.3.2017 tarihli ve D. 2017/224, T. No. 258 sayılı kararı.

Reklam Kurulu, 14.3.2017 tarihli ve D. 2016/3640, T. No. 258 sayılı kararı.

Reklam Kurulu, 11.7.2017 tarihli ve D. 2017/1324, T. No. 262 sayılı kararı.

Reklam Kurulu, 11.7.2017 tarihli ve D. 2017/1559, T. No. 262 sayılı kararı.

Reklam Kurulu, 8.8.2017 tarihli ve D. 2017/891, T. No. 263 sayılı kararı.

Reklam Kurulu, 9.1.2018 tarihli ve D. 2017/3226, T. No. 268 sayılı kararı.

Reklam Kurulu, 13.2.2018 tarihli ve D. 2017/3808, T. No. 269 sayılı kararı.

Reklam Kurulu, 13.3.2018 tarihli ve D. 2017/4154, T. No. 270 sayılı kararı.

Reklam Kurulu, 17.4.2018 tarihli ve D. 2017/1001, T. No. 271 sayılı kararı.

Reklam Kurulu, 14.8.2018 tarihli ve D. 2018/976, T. No. 275 sayılı kararı.

Reklam Kurulu, 14.10.2018 tarihli ve D. 2017/3594, T. No. 276 sayılı kararı.

Reklam Kurulu, 13.11.2018 tarihli ve D. 2018/3160, T. No. 278 sayılı kararı.

Reklam Kurulu, 9.4.2019 tarihli ve D. 2017/3638, T. No. 283 sayılı kararı.

Reklam Kurulu, 18.6.2019 tarihli ve D. 2017/4400, T. No. 285 sayılı kararı.

Reklam Kurulu, 12.7.2019 tarihli ve D. 2019/8788, T. No. 286 sayılı kararı.

Reklam Kurulu, 10.9.2019 tarihli ve D. 2019/2037, T. No. 288 sayılı kararı.

Reklam Kurulu, 12.11.2019 tarihli ve D. 2019/9576, T. No. 290 sayılı kararı.

Reklam Kurulu, 14.7.2020 tarihli ve D. 2019/176, T. No. 299 sayılı kararı.

Reklam Kurulu, 11.8.2020 tarihli ve D. 2018/6215, T. No. 300 sayılı kararı.

