

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİMDALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

İNTERNET REKLAMLARINDA HAKSIZ
REKABET VE BUNUN ÖNLENMESİ VE SONA
ERDİRİLMESİ

Burcu BUDAK

2501100363

TEZ DANIŞMANI
PROF. DR. FÜSUN NOMER ERTAN

İSTANBUL - 2021

ÖZ

İİTERNET REKLAMLARINDA HAKSIZ REKABET VE

BUNUN ÖNLENMESİ VE SONA ERDİRİLMESİ

BURCU BUDAK

Teknolojide her geçen gün meydana gelen gelişmeler ile birlikte iletişimin değişik bir boyutu ile karşılaşılmalta, iletişim yöntemleri dönüşmekte bilgi çok daha hızlı ve seri olarak yayılmaya devam etmektedir. Bu da beraberinde reklam ve pazarlama yöntemlerinin yer aldığı platformları ve dolayısıyla reklam ve pazarlama yöntemlerinin çeşitliliğini artırmaktadır. Bu doğal dönüşümü özellikle televizyon, radyo, gazete gibi geleneksel ortamların yerini internet gibi her geçen gün hızlanan bir teknolojiye bırakması ile net bir biçimde görmekteyiz.

İnternetin bir reklam ve pazarlama mecrası olarak yaygınlaşması, reklam verenlerin bu alandaki rekabetini güçlendirerek konumuzun temelini oluşturan internet reklamlarındaki haksız rekabeti gündeme getirmektedir. Çalışmamızda TTK'ya göre haksız rekabet düzenlemesi ve internet reklamlarının şekillerinin yanında haksız rekabete konu olabilecekleri alanlar değerlendirilerek bu hususun önemi vurgulanmıştır. Ayrıca bu alandaki haksız rekabet davalarına dair ülkemiz hukuk yargılamasından ve ABD hukukundan örnekler verilerek haksız rekabetin uygulama alanlarına değinilmiştir. En önemlisi haksız rekabetin konu olduğu hususlarda sorumluların belirlenmesinin önemi ve buna dair hukuki yöntemler ortaya koyulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Haksız Rekabet, İnternet Reklamları, Önleme ve Sona Erdirme Davaları, İnternet Reklamlarında Haksız Rekabet.

ABSTRACT

We face different types of communication methods by the help of technological developments every other day. Because of this reason information spreads all over the world. Consequently this issue increases advertising and marketing ways. We see this natural transformation with having internet tools instead of traditional methods such as television, radio and newspaper.

As the result of the internet and digital advertising is a frequent way of ads and marketing, it creates strong competition on online media. We will try to indicate unfair competition regulation according to commercial code TTK and evaluate the subjects of unfair commercials on online marketing beside internet commercial methods. In addition to this we will represent the precedents about unfair competition implementation on internet and digital commercials of Turkish and US court decisions. Significantly, we have interpreted the importance of responsible party and judicial procedure upon responsibility of unfair competition cases.

Keywords: Unfair Competition, Online Advertising, Unfair Competition on Online Advertising, Preclusion and Termination Cases.

ÖNSÖZ

Son yıllarda internetin hayatımızın merkezinde edindiği yerin büyümesi ile birlikte bu alana dair hukuki düzenleme ihtiyacı artmıştır. Özellikle internet reklamlarının çeşitlenmesi ile birlikte bu alanda önemli bir yeri olan haksız rekabet uyuşmazlıklarının önlenmesi ve sona erdirilmesine dair çok daha fazla mahkeme kararları ile karşılaşılacağına inanıyorum.

Tez çalışmamda danışmanım olmayı kabul ederek, çalışma konumu bana yüksek lisans tez konusu olarak öneren ve değerli görüşleri ile tez konumun şekillenmesine büyük katkı sağlayan, değerli fikirlerini, desteklerini ve yardımlarını benden esirgemeyen, bu süreçte araya bir hayat sınavı almama rağmen bana olan inancını kaybetmeyen, bu sebeple yurt dışında olmama rağmen her soruma özenle cevap veren, yönlendiren kıymetli hocam Prof. Dr. N. Füsün Nomer Ertan'a teşekkürlerimi sunarım.

Tez savunma jürisinde yer alarak değerli fikirlerini benimle paylaşan Dr. Öğretim Üyesi Beril Özcanlı ve Dr. Öğretim Üyesi Halil Conkar'a çok teşekkür ederim.

Tez yazım aşamasında kilometrelerce uzaktan ihtiyacım olan kaynakların temin edilmesi konusunda yardımcı olan, bu dönemde verdiği tüm maddi ve manevi destekler ve yalnız olmadığımı hissettirdiği için değerli arkadaşım Dr. Öğretim Görevlisi Fatih Tahiroğlu ve tüm arkadaşlarıma çok teşekkür ederim.

Bu dönemde bana olan maddi ve manevi desteklerini esirgemeyen ve her daim yanımda olan kardeşim Burak Budak ile ablam Başak Taşdöven'e teşekkür ederim.

Son olarak dört senedir hayatımın mücadelesini verirken hukuk tutkumu bırakmayarak tezimi tamamlayabilmek nasip olduğu için Allah'a sonsuz şükür ile sevgisiyle beni hayata bağlayarak üretmeye teşvik eden canım ruh eşim Kambiz Ayria'ya sonsuz teşekkür ederim.

Burcu Budak

California- USA Haziran 2021

İÇİNDEKİLER

ÖZ	i
ABSTRACT	ii
ÖNSÖZ	iii
İÇİNDEKİLER	iv
KISALTMALAR LİSTESİ	viii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

HAKSIZ REKABET KAVRAMI VE HAKSIZ REKABET HALLERİ

A. Genel Olarak	3
B. Haksız Rekabet Hükümlerinin Amacı	5
1. Kanun'da Yer Alan Amaç ve Değerlendirilmesi	5
2. Haksız Rekabet Kuralları İle Korunan Menfaatler	7
3. Türk Hukukundaki Haksız Rekabet Düzenlemeleri	9
C. Haksız Rekabetin Tanımı ve Unsurları	10
D. Haksız Rekabet Halleri	11
1. Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar ve Satış Yöntemleri ile Diğer Hukuka Aykırı Davranışlar	11
a. Kötüleme	11
b. Gerçek Dışı veya Yanıltıcı Açıklamalarla Kendini ya da Üçüncü Kişiyi Rekabette Öne Geçirmek	14
c. Kendini Üstün Yetenekli Göstermek	18
ç. Karıştırılmaya Yol Açan Önlemler Almak	19
d. Karşılaştırma Yapmak	20
e. Tedarik Fiyatının Altında Satış Yapmak	22
f. Ek Edimlerle Sunumun Gerçek Değeri Hakkında Yanıltmak	23
g. Saldırgan Satış Yöntemleri Kullanmak	23
h. Gizlemek Suretiyle Yanıltmak	24
1. Taksitle Satış ve Tüketici Kredilerine İlişkin Kamuya Yapılan İlanlarda Eksik Açıklamalar Yapmak, Eksik veya Yanlış Bilgi İçeren Sözleşme Formülleri Kullanmak	25

2. Sözleşmeyi İhlale veya Sona Erdirmeye Yöneltmek	25
3. Başkalarının İş Ürünlerinden Yetkisiz Yararlanma	26
4. Üretim ve İş Sırlarını Hukuka Aykırı Olarak İfşa Etmek.....	27
5. İş Şartlarına Uymamak	27
6. Dürüstlük Kuralına Aykırı Genel İşlem Şartları Kullanmak.....	27

İKİNCİ BÖLÜM

İNTERNET REKLAMLARI VE HAKSIZ REKABET

A. Reklam	28
1. Kavram ve Amaç.....	28
2. Hukuki Nitelik ve Mevzuat	30
3. Genel Olarak Reklam Türleri.....	34
B. İnternet Reklamları	37
1. TKHK ve TRHTUY Uyarınca İnternet Reklamlarının Tabi Olduğu İlkeler	40
2. Örtülü reklam yasağı.....	43
3. Çekiliş, Yarışma Ve Promosyon İçerikli Reklamlar.....	45
4. İnternet Reklamlarında Marka İhlali	45
C. İnternet Reklamları Ve Haksız Rekabet.....	47
D. Haksız Rekabete Sebep Olan Başlıca İnternet Reklamcılığı Yöntemleri.....	47
1. Web Sitesi Sahiplerinin Kullandığı Reklamlar	50
a. İnternet Sitelerinin Özellikleri Gereği Hukuki Düzenlemeye İhtiyaç Duyma Nedenleri.....	50
b. Alan Adlarının Hukuki Niteliği	53
c. Elektronik Ticaret Sitelerinin İşlevi ve Bu Mecrada Karşılaşılan Haksız Rekabet Halleri	60
ç. Web Sitesi Alan Adlarının Haksız Rekabete Konu Edildiği Bazı Yargıtay Kararları	62
2. İstenmeyen E-Postalar (Spam)	69
a. Spam'in İşletmelerce Sıklıkla Tercih Edilme Sebebi ve İnternet Ortamında Kullanıcıların Karşılaştığı Durumlar	69
b. Spam'in Türk Hukukundaki Yeri ve İlgili Düzenlemeler	72
c. ABD'de Spam'e İlişkin Hukuki Düzenlemeler ve Can Spam Act	75

ç. Spam'in Haksız Rekabet Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi	80
3. İlişim (Link)	83
4. Çerçeveleme (Framing)	87
5. Anahtar Kelime (Keyword/ Adword) Reklamlar	89
a. Anahtar Sözcük Tanımı ve Genellikle Karşımıza Çıkan Durumlar	89
b. Google Arama Motoru ve Sağladığı Adwords Uygulaması	90
c. Anahtar Sözcüklerin Haksız Rekabet Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi	97
Anahtar Sözcüklerin Parazit Reklam Olarak Değerlendirilmesi	101
ç. Anahtar Sözcüklerin Haksız Rekabete Konu Olduğu Çeşitli Mahkeme Kararları	102
6. Reklam Bantları	107
7. Pop Up Reklamlar	110
8. Yönlendirici Kodlar (Metatag)	114
a. Seo ve Sem Faaliyetleri ve Bunun Haksız Rekabete Etkisi	116
b. Türk Hukukunda Yönlendirici Kod'a İlişkin Yasal Düzenlemeler ...	117
c. Yönlendirici Kod'un Konu Olduğu Mahkeme Kararları	118
9. Satış Ortaklığı (Affiliate/Associate Partnership)	125
10. Etiket Markalar (Tagmarks- Hashtag Trademark)	132

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HAKSIZ REKABETE DAYALI HUKUKİ TALEPLER, ÖZELLİKLE ÖNLEME VE SONA ERDİRME DAVALARI (MEN DAVASI)

A. Dava Türleri	138
1. Tespit Davası	140
2. Önleme ve Sona Erdirme Davaları (Men Davası)	142
3. Eski Hale İade Davası	143
4. Maddi ve Manevi Tazminat Davaları	144
B. Sona Erdirme ve Önleme Davaları (Men davası)	148
1. Genel Olarak	148
2. Taraflar (Özellikle internet reklamlarına ilişkin haksız rekabet hallerinde)	151

a. Davacı Sıfatı	153
b. Davalı Sıfatı.....	154
1) Reklam Veren veya Reklam Ajansı	154
2) Adam Çalıştıran.....	156
3) İnternet Kullanıcıları	157
4) Bilişim Kuruluşları	158
5) Hizmet Sağlayıcıların-Değerlendirilmesi	160
a) Hizmet Sağlayıcıları Kavramı.....	160
b) İçerik Sağlayıcı Konumundaki Sorumluluğu	161
c) Erişim Sağlayıcı Konumundaki Sorumluluğu	161
ç) Yer Sağlayıcı Konumundaki Sorumluluğu	163
d) Davalı Olarak TTK m. 58/4’ Kapsamında Sorumlulukları	166
3. Görevli ve Yetkili Mahkeme.....	168
4. Zamanaşımı	171
C. İhtiyati Tedbirler	172
1. Genel Olarak	172
2. Gümrüklerde El Koyma	176
D. Delil Tespiti	176
SONUÇ.....	178
KAYNAKÇA	181

KISALTMALAR LİSTESİ

A.G.E.	: Adı Geçen Eser
AŞ	: Anonim Şirket
A.G.M.	: Adı Geçen Makale
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ACPA	: Alan adı Korsanlığına Karşı Tüketiciyi Koruma Yasası - Anticybersquatting Consumer Protection Act
AB	: Avrupa Birliği
AD	: Advertisement
AGT	: Adı Geçen Tez
AI	: Artificial Intelligence
BATİDER	: Banka Ve Ticaret Hukuku Dergisi
BİKTDK	: R.G. 09.01.1961, S. 10702, Kabul Tarihi 02.01.1961 Basın İlan Kurumu Teşkiline Dair Kanun
BKZ	: Bakınız
Can Spam Act	: İstenmeyen Pornografik ve Pazarlama Tecavüzlerinin Kontrolü Yasası Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing Act
C	: Cilt
CORP	: Corporation
CA	: California
CPA	: Cost Per Acquisition- Kazanç Başı Ödeme
DNS	: Domain Name System – Alan Adı Sistemi
ETDHK	: 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun
E	: Esas
E-TİCARET	: Elektronik Ticaret
ETHSAHSHY	: Elektronik Ticarete Hizmet Sağlayıcı Ve Aracı Hizmet Sağlayıcılar Hakkında Yönetmelik
FDA	: Food and Drug Administration
HD	: Hukuk Dairesi
HTTP	: Hyper Text Transfer Protocol

HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
ICANN	: Internet Tahsisli Sayılar ve Adlar Kurumu - The Internet Corporation for Assigned Names and Numbers
INC	: Incorporated
İBAM	: İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi
İAAY	: İnternet Alan Adları Yönetmeliği
K	: Karar
LTD	: Limited
MK	: 4721 Sayılı Medeni Kanun
M	: Madde
ODTÜ	: Orta Doğu Teknik Üniversitesi
PPC	: Pay Per Click- Tıklama Başı Ödeme
RG	: Resmî Gazete
RKHK	: 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
RTKYHHK	: R.G. 03.03.2011, S. 27863, Kabul Tarihi 15.02.2011, Kanun No: 6112 Radyo Ve Televizyonların Kuruluş Ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun
SMK	: Sınai Mülkiyet Kanunu
S	: Sayfa
SEO	: Search Engine Optimization- Arama Motoru Optimizasyonu
SEM	: Search Engine Marketing- Arama Motoru Pazarlaması
ŞTİ	: Şirketi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: 6098 Sayılı Borçlar Kanunu
TÜİK	: Türkiye İstatistik Kurumu
TİTEİHY	: Ticari İletişim ve Ticari Elektronik İletiler Hakkında Yönetmelik
T	: Tarih
TRHTUY	: R.G. 10.01.2015, S.29232 Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği
TİC	: Ticaret
TTK	: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu

TKHK : R.G. 28.11.2013, S. 28835, Kabul Tarihi 07.11.2013 6502 sayılı
Tüketici Korunması Hakkında Kanun

USPTO : United States Patent and Trademark Office- Birleşik Devletler Patent
ve Marka Ofisi

URL : Universal Resource Locator

USPTO : United States Patent and Trademark Office- Birleşik Devletler Patent
ve Marka Ofisi

V : Versus

WWW : World Wide Web

YHGK : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

YHUEHY : R.G. 02.11.2011, S. 28103 Yayın Hizmeti Usul Ve Esasları
Hakkında Yönetmelik

GİRİŞ

Reklam ve pazarlama yöntemleri geleneksel yöntemlerin ötesine geçerek internet mecralarında sıkça karşımıza çıkmakta ve bununla birlikte çeşitliliğini artırmaktadır. Bu da hukuki uyumsuzlukları beraberinde getirerek hukuken yasal düzenleme gereği duyulan alanları çoğaltmakta ve çeşitlendirmektedir.

Uygulamada şirketlerin kullandığı internet aracılığı ile yapılan reklamlar, elektronik ticaret siteleri veya sosyal medya mecralarının pratik ve ticareti gerçekleştirmeye yönelik uygulamalarının kar amaçlarına yönelik olduğu görülmektedir. Hukuki düzenlemeler hem bu ihtiyacı karşılamalı hem de menfaati korunması gereken kişi ve alanları korumalıdır. Bu noktada devreye haksız rekabet kuralları girmektedir. Şirketlerin uyması gereken haksız rekabet kuralları özellikle internet reklamlarında karşımıza sıklıkla çıkmaktadır.

Çalışmamızın ilk bölümünde haksız rekabet kavramı, haksız rekabet hükümlerinin amacı, menfaati korunan kişiler ve TTK m.54 ve devamında yer alan haksız rekabet hallerine değinilmiştir.

İkinci bölümde özellikle haksız rekabete yol açabilecek internet reklamcılığı yöntemleri ve hangi haksız rekabet hallerinin gündeme geldiği konusu üzerinde çalışılmıştır. Özellikle internet sitesi sahiplerinin kullandığı reklamlar, alan adı ve e-ticaret sitelerinin haksız rekabete yol açan uygulamaları, istenmeyen e-postalar, spam, spam'e ilişkin Amerika'daki düzenlemeler ve haksız rekabete yol açtığı haller, link- ilişim, framing- çerçeveleme, anahtar kelime adwords reklamlar ve hakim durumdaki Google'ın uygulamaları ve bunun haksız rekabet çerçevesindeki yeri, reklam bantları, popup reklamlar, yönlendirici kodlar ve seo ve sem pazarlama stratejilerinin haksız rekabete yol açma ihtimalleri, satış ortaklığı özellikle sosyal medya sitelerinde sıklaşan pazarlama ve reklam hallerinin haksız rekabet yaratma ihtimalleri, etiket markalar tagmarklar açıklanmaktadır.

Üçüncü bölümde tez çalışmamızın en önemli üzerinde durulması gereken kısmı olan haksız rekabete dayalı hukuki talepler, özellikle önleme ve sona erdirmeye davalarına yer verilmiştir. Kanun'da önleme ve sona erdirmeye davalarına ilişkin terimsel olarak kavram birliğinin olmamasına rağmen anlamına dair birlik olduğu hususu oldukça önemlidir.

Bu davanın haksız rekabet ihlalinin var olduğu durumlarda bunun durdurulması ile gerçekleşmesinin de engellenmesi amacını taşıyan bir dava olduğu kabul edilmektedir. Haksız rekabet eylemi devam etmekte ise, durdurulması için sona erdirme talepli bir dava açılmakta ve davanın kabulü halinde ise haksız rekabet teşkil eden davranış veya eylemin sonlandırılmasına dair bir hüküm tesis edilmektedir. Henüz gerçekleşmemiş ancak gerçekleşme ihtimali bulunan bir haksız rekabet fiili söz konusu olduğunda veya haksız rekabet eylemi sona ermiş olsa da tekrar etme tehlikesi bulunmaktaysa önleme talepli bir dava açılarak, muhtemel haksız rekabet eyleminin henüz gerçekleşmeden engellenmesi amaçlanmaktadır. Bu kısımda özellikle davanın taraflarının sorumluluklarına değinilmektedir. Reklam veren veya reklam ajansı, internet kullanıcıları, bilişim kuruluşları, hizmet sağlayıcının kim olduğu ve içerik- erişim ve yer sağlayıcı olarak hangi rollerde ne şekilde sorumlu olduğu açıklanmaktadır. TTK m.58/4'e göre hangi hallerde kural olarak hizmet sağlayıcısına karşı dava açılmayacağı, bilişim kuruluşlarının sorumluluğunun kademeli bir sistem ile düzenlendiğı anlatılmıştır.

Teknolojik gelişmelerin hızla hayatın her alanında yerini sağlamlaştırması ile birlikte hukuk düzenimizin de bu yayılmanın getirdiğı hukuki uyumsuzlukları ve sorunları çözüme kavuşturması için çalıştığını son dönemlerde çıkarılan Kanun ve Yönetmelikler ile görmekteyiz.

BİRİNCİ BÖLÜM

HAKSIZ REKABET KAVRAMI VE HAKSIZ REKABET HALLERİ

A. Genel Olarak

Ticaret ve sanayideki serbestlik ilkesi beraberinde rekabette de serbestliği¹ getirmiş, ancak zaman içerisinde rakip firmaların birbirlerine ait marka ve ticaret unvanlarını taklit etmeleri gibi müşterilerin gözünde iltibasa yol açan davranışları haksız rekabet kavramının doğmasını gerekli kılmıştır². Modern ekonomik sistemlerde geniş çaplı tüketici kitlesine ürün satabilmek amacıyla işletmeler arasında rekabet oluşması doğaldır³. Zira bireylerin emek ve kabiliyetleri ile yükselmek ve rakiplerini geçme dürtüsünün yanı sıra⁴, rekabet olgusunun, işletmenin verimini artırma, müşteri temin etme veya sayısını artırma⁵ üretilen mal ve hizmetin kalitesini yükselterek buna karşılık fiyatını düşürme gibi fonksiyonlarının olduğu görülmektedir⁶.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 3. maddesinde rekabet, "mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan yarış" olarak tanımlanmıştır. Türk hukuk sistemi ise serbest rekabeti bir hak olarak kabul ederek bu konuyu kanunlarla düzenlemiştir⁷. Aslen rekabetin haksız olarak bozulması mesnedini 4721 sayılı Medeni Kanun m.2'den alarak, rekabet hakkının dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek bir biçimde kötüye kullanılması tasvir edilmiş, mevcut rekabet düzenini bozan veya bozmaya teşebbüs eden rekabet ihlalleri RKHK'da düzenlenirken, haksız rekabete ilişkin hususlar 6102

¹ Serhan DİNÇ, **Türk Ticaret Kanunu'na göre Haksız Rekabet Halleri ve Buna İlişkin Davalar**, Ankara 2017, s.14.

² Hüseyin ÜLGEN, Mehmet HELVACI, Arslan KAYA, N. Füsün NOMER ERTAN, **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul 2019, s. 547, Şirin GÜVEN, **Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Koruduğu Menfaatler**, Ankara 2012, s. 7.

³ Sami KARAHAN, **Ticari İşletme Hukuku**, Konya 2015, s.208.

⁴ DİNÇ, a.g.e., s.14.

⁵ Fethi KILIÇ, **Haksız Rekabet ve Haksız Rekabette Hukuk Davaları (Özel Hukukta Haksız Rekabet Kurumu)**, İstanbul 1999, s. 1; DİNÇ, a.g.e., s.14.

⁶ Sabih ARKAN, **Ticari İşletme Hukuku**, Ankara 2017, s.335.

⁷ KARAHAN, a.g.e., s.208, Murat YAVAŞ, "Haksız Rekabet Kavramı ve Bu Alandaki Koruyucu Dava ve Tedbir Türleri", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi – Doç. Dr. Mehmet Somer'in Anısına Armağan**, s.772, 2006. http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fak%C3%BClterdersi/MehmetSomerAn%C4%B1s%C4%B1na/Yrd_Do_Dr.MuratYava_.pdf

sayılı Türk Ticaret Kanunu ve 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nda yerini almıştır⁸. BK 57. Maddesinde yer alan haksız rekabet düzenlemesi “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.” şeklindedir. Söz konusu hüküm TTK'ya göre genel bir düzenleme olup tacir olmayanlar arasındaki haksız rekabet hususlarını düzenlediği, uygulama alanının çoğunlukla esnaf, avukat, doktor gibi meslek mensupları arasındaki uyuşmazlıklar olup TTK kapsamına girmeyen durumları içerdiği söylenebilir⁹.

Haksız rekabetin engellenmesi amacının altında kişilerin diğer bireylere karşı hakkaniyet sınırlarını aşmak suretiyle bir üstünlük sağlamasının engellenmesi yatmaktadır¹⁰. Dolayısıyla rekabet özgürlüğünün ticaret hayatındaki yararlarının¹¹ yanı sıra bazı durumlarda rekabet hakkı dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek şekilde kötüye kullanılabilmekte olup bu da kanun koyucunun haksız rekabeti kanun yolu ile düzenlemek suretiyle sınırlandırmasını gerekli kılmıştır.

Kıyasıya rekabetin işlediği günümüz ekonomisinde haksız rekabetin önlenmesi adeta bir ihtiyaçtır. Rekabet serbestisinde yer alan aktörlerin hedeflerine ulaşmaları için kullandıkları araç ve yöntemler objektif iyi niyet kurallarına aykırı olmamalı, toplum düzenini yaralamamalı bunun yanında ahlak kurallarına da uygun olmalıdır¹².

⁸ Neval OKAN, **Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet**, Ankara 2011, s.20.

⁹ Çağlar ÖZEL/ Semih Sırrı ÖZDEMİR, “Türk Hukukunda Haksız Rekabete İlişkin Düzenlemeler”, **D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, s. 189-206 s.194. (Çevrimiçi) <http://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2017/11/6-CAGLAR-OZEL-SEMIH-SIRRI-OZDEMIR.pdf> (Erişim Tarihi 05.02.2020)

¹⁰ Zeynep Derya TARMAN, **Haksız Rekabetten ve Aldatıcı Reklamlardan Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk**, İstanbul 2011, s. 6.

¹¹ KILIÇ, **a.g.e.** s.1-2. “Girişimciler aralarında yarışıp ürünlerinin sürümünü artırmak, kalitesini iyileştirmek, fiyatını düşürmek için çaba gösterirlerken, bundan sonuçta tüketiciler de yararlanır; bunlarda yarışma sonucu ucuz fiyata daha iyi kalite ürünü, uygun koşullarla satın alma olanağını elde ederler. Rekabette hem üreticilerin hem pazarlama şirketlerinin hem de tüketicilerin ekonomik çıkarları söz konusudur. Üreticiler rekabetle daha fazla mal sunumu yapmayı ve rakip firmalardan daha çok kazanmayı, pazarlamacılar ise aynı alanda pazarlamacılara oranla daha fazla müşteri çevresi oluşturmayı amaçlarlar. Tüketiciler ise rekabet daha ucuza ve daha kaliteli mala kavuşmak şekline dönüşür.”

¹² KILIÇ, **a.g.e.** s. 2.

Haksız rekabet, aldatıcı hareketler ve dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eden şekillerde ekonomik rekabetin kötüye kullanılması suretleriyle karşımıza çıkmaktadır¹³. Aslen haksız rekabet, tüm piyasa katılımcıları ile kamunun menfaatinin gözeten ve yasal olarak düzenlenen rekabet hakkının, dürüstlük kuralları çerçevesinde kullanılmasını amaçlayan bir hukuki müessesedir¹⁴. İlgili başlıklar altında internet reklamlarının hukuka uygun veya aykırı şekilde kullanıldığı alanlarda haksız rekabet kurallarının hangi hallerde karşımıza çıkacağını değerlendireceğiz.

Bir fiilin haksız rekabet kapsamında değerlendirilebilmesi için; i) birbirine rakip konumundaki tarafların olma zorunluluğu bulunmamakta, ii) haksız rekabet fiilini işleyen failin kendisine bir menfaat elde etmiş olması gerekmemekte, iii) bununla birlikte kusurunun bulunması gerekmediği gibi iv) haksız rekabete uğrayan kişinin zarar görmüş olması zorunluluğu da bulunmamaktadır¹⁵. Son iki husus ileride detaylandıracağımız üzere¹⁶ tazminat davaları bakımından farklılık göstermektedir.

B. Haksız Rekabet Hükümlerinin Amacı

1. Kanun'da Yer Alan Amaç ve Değerlendirilmesi

Hukukumuzda rekabetin anayasal bir ilke olarak kabul edilerek benimsenmesinin önde gelen nedeni, rakip olan işletme veya şahısların katılacakları rekabet ortamının toplumun menfaatine ve ekonominin ihtiyacına uygun düşerek, rekabetin neticesinde iş kalitesinin artarak toplumun yaşam refahının ve kalitesinin yükseltileceğinin öngörülmüş olmasıdır¹⁷. Elbette bunun iyi niyet kuralları çerçevesinde ve hukuk kurallarına uygun olarak yürütülmesi gerekmektedir. Bu da

¹³ Güzide SOYDEMİR, **İnternette Haksız Rekabetin Önlenmesi**, Ankara 2015, s.25., GÜVEN, **a.g.e.**, s.41 “Dürüstlük ilkesine aykırı ve rekabete karşı olarak ya da rekabetten beklenen olumlu sonuçların elde edilmesini, özellikle de rekabetin işlerliğini engellemek için yapılan her davranış, haksız rekabet olarak nitelendirilecektir.” KILIÇ, **a.g.e.** s. 12, “Rakipleri ezmek ve onları iktisadi faaliyet sahasından uzaklaştırmak maksadıyla ve hüsnüniyet kaidelerine aykırı şekilde başvuru kanuna, nizama, adaba ve teamüle göre kabul edilmesi mümkün olmayan hareket ve fiillerin tümü haksız rekabet olarak kabul edilir.”

¹⁴ Nedret Füsün NOMER ERTAN, **Haksız Rekabet Hukuku**, İstanbul 2016, s.4, DİNÇ, **a.g.e.**, s.15, Armağan Ebru BOZKURT YÜKSEL, **Elektronik Ortamda Haksız Rekabet**, TAAD, Yıl:5, Sayı:18 (Temmuz 2014), s.80. (Çevrimiçi) https://www.academia.edu/32453293/Elektronik_Ortamda_Haks%C4%B1z_Rekabet (Erişim Tarihi 09.06.2020) Diğer haksız rekabet tanımlamaları için bkz. YAVAŞ, **a.g.m.**, s. 772.

¹⁵ NOMER ERTAN (ÜLGEN, **Ticari İşletme Hukuku**), s.456, TEOMAN, **a.g.m.**, s.155, YAVAŞ, **a.g.m.**, s. 773-774.

¹⁶ Bkz. sayfa 145 vd.

¹⁷ Ömer TEOMAN, “Reklamlara İlişkin Haksız Rekabet Uyuşmazlıkları”, Makale 6, Tüm Makalelerim Cilt 3: 2002-2010, İstanbul 2010, s.154.

haksız rekabetin engellenmesine yönelik düzenlenmesi öngörülen kuralların altında yer alan gerekçedir¹⁸.

TTK m. 54'te belirtildiği üzere haksız rekabet hükümlerinin amacı bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasını yani rekabet hakkının kötüye kullanılmasını engellemektir¹⁹. Kanun metninde de yer aldığı gibi söz konusu hüküm ile kanun koyucu; Kanun'un amacını ve koruduğu sùjeleri göstermiş, buna ek olarak işlevsel niteliğini vurgulamayı hedeflemiştir²⁰. Dolayısıyla korunan birinci müessesenin rekabet olduğunu söyleyebiliriz²¹. Bunun dürüst, hukuka uygun ve bozulmamış²² bir rekabet olduğu hükümde vurgulanmıştır. Hukuka uygun rekabet, oyunun dürüstlük kurallarına uygun olarak oynanması ve saf bir rekabeti ifade ederken, bozulmamış rekabet ise hilesiz ve güven duyulan rekabeti anlatır²³. Diğer bir deyişle, haksız rekabet hukuku rakipler²⁴, müşteriler²⁵, mesleki yararlar²⁶, milli ekonomi²⁷ ve genel olarak toplum yararına, dürüstlük kuralına aykırı davranışları rekabet ortamından uzaklaştırmayı hedefler²⁸. Böylece rakipler sahip oldukları araçlar ile ürettikleri değerlerin sağlamlık ve kalitesine göre piyasada yerlerini ve karşılıklarını bulabileceklerdir.

TTK m. 54 ve 55'de yer alan hukuki düzenleme, bir önceki yasal düzenlemeye göre sadece özel durumlar açısından değil özel durumlara eklenen yeni

¹⁸ NOMER ERTAN (ÜLGEN, **Ticari İşletme Hukuku**), s.450.

¹⁹ NOMER ERTAN (ÜLGEN, **Ticari İşletme Hukuku**), s.548, Reha POROY/ Hamdi YASAMAN, **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul 2019, s. 320. "Kast edilen, saf, geniş anlamda kurallara uygun dürüst rekabettir. Hukuka uygun rekabet, oyunun dürüstlük kurallarına, centilmenliğe uygun olarak oynandığı, saf bir rekabettir. Bozulmamış rekabet ise güven duyulan, bir anlamda hilesiz rekabettir." GÜVEN, **a.g.e.**, s.37, DİNÇ, **a.g.e.**, s.24-25, TARMAN, **a.g.e.**, s. 17.

²⁰ GÜVEN, **a.g.e.**, s.37.

²¹ NOMER ERTAN, **a.g.e.**, s.79.

²² Semih Sırrı ÖZDEMİR, **Haksız Rekabet Kavramı Açısından Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar**, İstanbul 2013, s. 9, DİNÇ, **a.g.e.**, s.19-25, TARMAN, **a.g.e.**, s.17.

²³ ÖZDEMİR, **a.g.e.**, s.10, DİNÇ, **a.g.e.**, s.25, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu madde gerekçeleri Madde 54.

²⁴ KILIÇ, **a.g.e.** s.15. "Haksız rekabette amaç, rakibin müşterini kendisine çekmek ve karşı tarafı zayıflatarak o sahada güçlü olmak ve piyasaya hâkim olmaktır."

²⁵ KILIÇ, **a.g.e.** s.16. "Müşterilerin korunmasındaki temel amaç; rakiplerin dürüstlük kurallarına aykırı hareketleri sonucunda gerek mal ve hizmetlerin fiyatlarında gerekse kalitelerinde oluşabilecek olumsuzluklardan etkilenmelerini önlemektir."

²⁶ KILIÇ, **a.g.e.** s. 17.

²⁷ KILIÇ, **a.g.e.** s. 18.

²⁸ NOMER ERTAN, **a.g.e.**, s.84, DİNÇ, **a.g.e.**, s.21, "Haksız rekabet kuralları ise aşağıda gösterilen hususları korumayı amaçlamaktadır: 1. Rekabet hakkının dürüstlük kuralları çerçevesinde kullanılmasını sağlamak. 2. Rekabet hakkının kötüye kullanılmasını önlemek. Haksız rekabet hukukundaki amaç, topluma bozulmamış bir rekabet ortamı oluşturmak ve sunmaktır."

haller ve korunan kişi ve menfaatler açısından da daha kapsamlı olarak geliştirilmiřtir²⁹.

TTK 'da haksız rekabetin amacı izah edilirken kullanılmış olan “tüm katılımcıların yararına rekabetin sağlanması” ifadesi oldukça isabetlidir. Zira ticaret hayatı sadece rakiplerden oluşmamakta rekabetin asıl merkezinde müşteri kitlesi yani müşteri kitlesinin bilinçli olarak hizmeti elde edebilmesi hedeflenmektedir. Rakipler müşteri kitlelerini hedef alarak rekabet hamlelerini yaparken müşterilerin aldatılması, saldırgan satış stratejilerine maruz kalmaları kaçınılmazken bunu koruyacak şekilde haksız rekabet hukuk kurallarının düzenlenmesi şarttır. Bu noktada 6502 sayılı Tüketici Korunması Hakkında Kanun'un genel ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına uygun, doğru ve dürüstlük ilkelerine uygun olacak ancak aldatıcı olmayacak şekilde ticari reklamları düzenleyen madde 61 ve ticari uygulamaların ölçütünü ortalama tüketicinin ya da yöneldiği grubun ortalama üyesine hitap edecek biçimde düzenleyen madde 62 oldukça yerinde düzenlemelerdir.

2. Haksız Rekabet Kuralları İle Korunan Menfaatler

TTK ile iki temel taşıyıcı kolona oturtulan haksız rekabet ilk olarak “bütün katılanların menfaatini” korumayı amaçlamakta, ikinci kolonda ise “dürüst davranış kuralları” vurgulanmaktadır³⁰.

“Bütün katılanların menfaati³¹” söylemi, TTK'nın m. 54 gerekçesinde yer aldığı üzere genel kapsamda ülke ekonomisi, tüketici ve kamu menfaatini kısacası üretimden tüketim zincirine kadar herkesi³² işaret etmekte olup, haksız rekabet hükümlerinin sadece rakipler arasında sınırlı olarak uygulanmasının önüne geçilmek istenmiřtir³³. Dolayısıyla haksız rekabet hukuku serbest rekabet düzenini³⁴, rakipler,

²⁹ Hamdi PINAR, Reklam ve Satış Yöntemlerine İlişkin Haksız Rekabet Halleri, Tebliğ, s.131 (evrimii) <http://dspace.marmara.edu.tr/handle/11424/2096> (Erişim Tarihi 02.02.2020)

³⁰ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu madde gerekçeleri Madde 54, GÜVEN, a.g.e., s.38.

³¹ Sabih ARKAN, “Haksız Rekabet - Gelişmeler – Sorunlar”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Cilt: 22, Sayı: 4, Aralık 2004, s.6.

³² NOMER ERTAN (ÜLGİN, **Ticari İşletme Hukuku**), s.548-556, Tamer BOZKURT, **Ticari İşletme Hukuku**, Ankara 2019, s. 357.

³³ ARKAN, a.g.e., s.342., ÖZDEMİR, a.g.e., s.14., TTK madde gerekçeleri Madde 54. NOMER ERTAN, a.g.e., s.90. “Tarihsel açıdan bakıldığında, haksız rekabet hükümleri ile menfaatleri korunanların en başında rakipler gelmektedir. Temel ilkeyi gösteren m.54/II' de dahi yer verilmiş olan rakip kavramına gerekçede hiç değinilmemesi ilginçtir ve menfaatleri korunanları göstermek bakımından bir eksiklikler.”

³⁴ DİNÇ, a.g.e., s.19.

müşteriler ve diğer tüm piyasa katılımcıları ile toplumun menfaatini ve ülke ekonomisini korumaktadır³⁵. Diğer piyasa katılımcılarından kastedilen ise ticari ilişkilerin özneleri, tedarik eden, alıcı, kredi alan, sözleşmenin tarafları, tüketici, tüketici kredisi tarafları olarak düşünülebilir³⁶.

İleride ayrıntılı olarak değineceğimiz üzere, tüketicileri hedef alarak onları hatalı, yanıltıcı ya da eksik bilgilerle yanlış yönlendiren reklamlar, tüketicilerin karar alma serbestilerini sakatlayan saldırgan satış yöntemleri ile tüketicinin özel alanına müdahale eden satış stratejileri haksız rekabet olarak değerlendirilecektir. Böylece haksız rekabet hükümlerinin kapsama alanı da ortaya koyulmaktadır.

Haksız rekabet ile korunması amaçlanan menfaatler, işleyen bir rekabetin devam etmesinin ve ayakta tutulması³⁷ esas alınarak katılımcı olan herkese, topluma ve tüketicilere sağlayacağı çıkarlar olacaktır³⁸. Piyasadaki alıcı ile satıcıların en uygun şekilde iş görmeleri, tüketicilerin ürünler üzerinde serbestçe karşılaştırma yapabilmeleri, şeffaf bir pazar yaratılması, piyasaya katılan herkesin rekabet yokmuşçasına rekabete yapılan haksız müdahalelerden korunması ile ortaya çıkacak menfaatlerden bahsedilmektedir³⁹. Rekabetin kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla ticaret hayatında faaliyet gösterenlerin uymaları gereken kurallar haksız rekabet hukukunun genel olarak konusunu oluşturmaktadır⁴⁰. Burada dürüstlük kuralına aykırı bir rekabet yaratıldığının tespit edilmesi esnasında araştırılması gereken, ticari ahlakın ve iktisadi rekabetin yeterince işlev görebilmesini sağlayan kuralların ihlal edilip edilmediğidir⁴¹. Zira rekabetten beklenen olumlu sonuçların elde edilmesini ve rekabetin işlerliğini engellemek için yapılan her davranış haksız rekabet olarak karşımıza çıkacaktır⁴².

Rakiplerin yanı sıra toplum ve tüketici menfaatlerinin korunmasına hizmet eden haksız rekabet hukuku, ekonomik menfaati zarar gören ya da zarar görme

³⁵ NOMER ERTAN (ÜLGEN, **Ticari İşletme Hukuku**), s. 555, NOMER ERTAN, **a.g.e.**, s.82., GÜVEN, **a.g.e.**, s.38., DİNÇ, **a.g.e.**, s.15.

³⁶ NOMER ERTAN, **a.g.e.**, s.91.

³⁷ DİNÇ, **a.g.e.**, s.18.

³⁸ GÜVEN, **a.g.e.**, s.38.

³⁹ GÜVEN, **a.g.e.**, s. 38-39, DİNÇ, **a.g.e.**, s.18.

⁴⁰ ÖZEL, ÖZDEMİR, **a.g.e.** s.200.

⁴¹ GÜVEN, **a.g.e.**, s. 41.

⁴² GÜVEN, **a.g.e.**, s. 41, DİNÇ, **a.g.e.**, s.18 “Haksız rekabet hukukunda haklı rekabete zarar veren haksız davranış ve eylemler önlenmeye çalışılmaktadır.”

ihtimali olan tacirlere, ekonomik menfaati zarar görmüş olan müşterilere, üyelerinin menfaati zarar görmüş olan meslek ve ticaret örgütlerine de haksız rekabet davası açma imkânı tanımaktadır⁴³. Bu da sosyal devlet ilkesinin işlerliğinin göstergesi olacaktır.

3. Türk Hukukundaki Haksız Rekabet Düzenlemeleri

Haksız rekabet hukuku TBK ve TTK ‘da ayrı ayrı düzenlenmiştir. TBK “Haksız Rekabet” kenar başlıklı 57. maddesine göre “Gerçek olmayan haberlerin yayılması veya bu tür ilanların yapılması ya da dürüstlük kurallarına aykırı diğer davranışlarda bulunulması yüzünden müşterileri azalan veya onları kaybetme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu davranışlara son verilmesini ve kusurun varlığı hâlinde zararının giderilmesini isteyebilir. Ticari işlere ait haksız rekabet hakkında Türk Ticaret Kanunu hükümleri saklıdır.” şeklinde ifade edilmiştir. Söz konusu hükmün uygulanması müşterilerin azalması veya kaybedilmesi durumlarının ortaya çıkmasına bağlandığı gibi adi işler ve ticari işler bakımından da bir ayrıma gidilmiştir. Dolayısıyla ilgili hükmün de açıkça işaret ettiği üzere ticari olmayan haksız rekabet yaratan hallerde TBK’nın ilgili hükmü, ticari olsun veya olmasın her türlü haksız rekabet halinde 6102 sayılı Kanun uygulama alanı bulacaktır.⁴⁴ Bunun yanı sıra TKHK’da tüketicilere karşı yapılan haksız rekabet uygulamalarının yasaklandığı hükümler mevcuttur.

Haksız rekabet hukuku ile ilgili yasal düzenlemeler kapsamlı olarak 6102 sayılı Kanun’da düzenlenmektedir. Aşağıda TTK’da düzenlenen haksız rekabetin unsurlarına değineceğiz. Bir fiilin haksız rekabet oluşturup oluşturmadığı tespit edilirken öncelikle 6102 sayılı Kanun’un 55. Maddesi çerçevesinde inceleme yapılmalı, bu maddeye göre haksız rekabetin tespit edilemediği hallerde 54. Madde çerçevesinde değerlendirme yapılmalıdır.

⁴³ GÜVEN, **a.g.e.**, s.25. “1943 tarihli mehz İsviçre Haksız Rekabet Kanunu’nun ve 6762 sayılı Ticaret Kanunu’muzun ilgili hükümlerinde tüketicilerden açıkça söz edilmemekle birlikte, hukukumuzda “müşteri” kavramının tüm tüketicileri kapsayacak şekilde geniş yorumlanmasında isabet olduğu, ancak, müşteriler gibi onların da sadece ekonomik menfaatlerinin zarar görmesi halinde dava açma hakkına sahip olacakları ileri sürülmüştür. Dolayısıyla, Türk/İsviçre hukukunda Alman hukukundan farklı olarak, tüketicinin bizzat haksız rekabet davalarını açabilmesine imkân verilmiştir. Ancak ifade etmemiz gerekir ki gerek İsviçre gerek Türk hukukunda, müşteri ya da tüketici tarafından açılan haksız rekabet davalarına rastlanılmamıştır. Dolayısıyla, müşteri ya da tüketicilerin, münferit olarak, haksız rekabetle mücadelede aktif bir role sahip oldukları söylenemeyecektir.”

⁴⁴ NOMER ERTAN (ÜLGEN, **Ticari İşletme Hukuku**), s.549-550.

C. Haksız Rekabetin Tanımı ve Unsurları

TTK m.54/2'ye göre "Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır." Böylelikle söz konusu Kanun'da bazı unsurlara özellikle dikkat çekildiği görülmektedir.

Bir davranış veya uygulamanın hukuka aykırı olarak söz konusu Kanun kapsamında değerlendirilmesi için öncelikle ticari etki yaratan bir davranışın bulunması, akabinde ise aldatıcı veya diğer herhangi bir şekilde dürüstlük kuralına aykırı olması gerekmektedir⁴⁵. Elbette burada davranış veya uygulamanın ticari olması ile anlaşılması gereken, ticari hayatı etkileyen veya etkileme ihtimali olan davranış ve uygulamalardır⁴⁶.

Bu takdirde bir davranış veya uygulamanın haksız rekabet olarak nitelendirilmesi, davranış veya uygulamanın Kanun'da genel bir ilke olarak yer alan bu maddede (TTK m.54/2) yer alan şartları taşımasına veya TTK m. 55'te yer alan durumların aynısı veya benzeri olan davranışlar olup olmadığına göre belirlenecektir⁴⁷.

Söz konusu davranış veya uygulamanın rekabet ilişkisi içinde olup olmadığına bakılmaksızın en az iki taraf arasında olması gerekirken, bu durum rakipler arasında olabileceği gibi tedarik edenlerle müşteriler arasında da olabilecektir⁴⁸. Diğer bir deyişle davranış veya uygulamanın haksız rekabet olarak tespitinde rekabet ilişkisinin varlığı mutlak değildir. Görülmektedir ki davranışın haksız rekabet olarak tespitinde; söz konusu davranış sebebiyle fiili gerçekleştiren kişiye yarar sağlanması, kusurluluk⁴⁹ veya haksız rekabete maruz kalan kişilerin zarar görmüş olması şartı aranmamıştır⁵⁰. Kusur şartı ise ileride detaylı açıklayacağımız üzere⁵¹ açılacak davaların türlerinde etkili olacaktır⁵².

⁴⁵ NOMER ERTAN, **a.g.e.**, s.99.

⁴⁶ NOMER ERTAN, **a.g.e.**, s.100.

⁴⁷ NOMER ERTAN (ÜLGEN, **Ticari İşletme Hukuku**), s.559.

⁴⁸ NOMER ERTAN (ÜLGEN, **Ticari İşletme Hukuku**), s.563, NOMER ERTAN, **a.g.e.**, s.99.

⁴⁹ ARKAN, **a.g.e.**, s.343.

⁵⁰ NOMER ERTAN (ÜLGEN, **Ticari İşletme Hukuku**), s.560-564, NOMER ERTAN, **a.g.e.**, s.99, TARMAN, **a.g.e.**, s. 19.

⁵¹ Bkz. sayfa 145 vd.

D. Haksız Rekabet Halleri

Uygulamada karşılaşılan haksız rekabet hallerinin tamamının TTK'da teker teker sayılması mümkün olmadığından TTK'nın 55. maddesinde fazlasıyla karşılaşılan ve örnekseme yoluyla bu hükümlere dahil edilebilecek durumlara yer verilmiştir⁵³. Böylece bu hallerin sınırlı sayıda sayılmadığını görmekteyiz⁵⁴.

1. Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar ve Satış Yöntemleri ile Diğer Hukuka Aykırı Davranışlar

a. Kötüleme

Kötüleme, karalama, bir şeyin değerini küçük gösterme, değerini düşürme, perdeleme gibi durumlarla karşımıza çıkmaktadır⁵⁵. Haksız rekabet halleri belirlenirken özellikle ticari faaliyette bulunanların stratejik olarak hazırladığı reklamlar ve satış yöntemlerinin dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığı veya kötüleme amacını içerip içermediği incelenmelidir.

TTK m. 55 1/a-1'e göre sözlü, yazılı olarak veya internet ortamında herhangi bir şekilde yapılan açıklama ile şahısların ticari işlerini etkileyecek şekilde, malları, iş ürünleri, fiyatları, faaliyetleri veya ticari işleri ile ilgili yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici beyanlarda bulunmak⁵⁶ ve onları zarara uğratmaya çalışmak doğrudan haksız rekabet olarak değerlendirilmektedir⁵⁷. Elbette bunlar sınırlı sayıda değildir. Kötülemenin gerçekleştirilebileceği durumlardan birisi olan yanlış veya yanıltıcı açıklamaların temelinde ise bunların gerçek dışı olması barınmaktadır⁵⁸. Dolayısıyla kötüleme eyleminde yer alan açıklamalar gerçek ise bu husus haksız rekabet olarak nitelendirilemez⁵⁹. Elbette kötüleme olarak nitelendirilecek olan beyanın genellikle medya, basın, sosyal medya aracılığı ile internet ortamında, e-posta aracılığı ile gördüğümüz gibi rekabet ortamını etkilemesi, yani kişinin özel

⁵² Nisim FRANKO, "Haksız Rekabet Sebebiyle Tesbit Men İzale Davaları ve Tarafları", Prof. Şükrü Postacıoğlu'na Armağan, İzmir, 1997, s. 72. Yazar tespit, men ve eski hale iade davalarında kusur şartının ispatına mahal olmadığını açıklamaktadır.

⁵³ NOMER ERTAN, *a.g.e.*, s.97.

⁵⁴ KARAHAN, *a.g.e.*, s. 212, DİNÇ, *a.g.e.*, s.29.

⁵⁵ KARAHAN, *a.g.e.*, s.214, DİNÇ, *a.g.e.*, s.34.

⁵⁶ POROY, YASAMAN, *a.g.e.*, s. 321.

⁵⁷ NOMER ERTAN (ÜLGEN, *Ticari İşletme Hukuku*), s.s. 568, NOMER ERTAN, *a.g.e.*, s.132., KILIÇ, *a.g.e.* s. 38, DİNÇ, *a.g.e.*, s.34, TARMAN, *a.g.e.*, s.22.

⁵⁸ KARAHAN, *a.g.e.*, s. 214, BOZKURT, *a.g.e.*, s.371.

⁵⁹ KARAHAN, *a.g.e.*, s. 214.

hayatını değil, ticari hayatını olumsuz intiba yaratarak etkilemesi, tüm piyasa katılımcılarına hitap etmesi gerekmektedir⁶⁰. Kötülemeyi değerlendirirken kötülemenin gerçekleştiği mecranın şartları ve derecesi oldukça önemli rol oynamaktadır.

Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nin⁶¹ 4. maddesinde yer aldığı üzere reklam; bir mal veya hizmetin satışını ya da kiralanmasını sağlamak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla reklam verenler tarafından herhangi bir mecrada yazılı, görsel, işitsel ve benzeri yollarla gerçekleştirilen pazarlama iletişimi niteliğindeki duyuruları ifade etmektedir. Ayrıca TRHTUY'nin 10. Maddesinde reklamların hiçbir kişi, kurum veya kuruluşu, ticari ya da mesleki faaliyeti, malı ya da hizmeti, reklamı veya markayı aşağılayamayacağı, açıkça alay konusu edemeyeceği ve benzeri bir biçimde kötüleyemeyeceği düzenlenmiştir. Uygulamada reklamlar yolu ile gerçekleşen haksız rekabet hallerinin pek çoğunda kötülemenin bulunduğu görülmektedir.

Ürün, hizmet veya faaliyetler eleştirilirken, bu eleştirinin gereksiz yere incitici nitelikte olması ve asıl amacını aşması, gerçeklik payının olup olmasına bakılmaksızın haksız rekabet teşkil edecektir⁶². Ancak burada gerçeğe uygun bir durumda bakılacak olan nokta eleştirinin yergi ölçüsüdür. Ölçüsünü aşan bir yergi, gerçek bir bilgiye dayansa dahi haksız rekabet olarak nitelendirilebilecektir⁶³.

⁶⁰ NOMER ERTAN (ÜLGEN, **Ticari İşletme Hukuku**), s.s. 562-568, NOMER ERTAN, **a.g.e.**, s.133.

⁶¹ Resmî Gazete 10.01.2015-29232.

⁶² KARAHAN, **a.g.e.**, s. 215., KILIÇ, **a.g.e.** s. 38, TARMAN, **a.g.e.**, s.22.

⁶³ DİNÇ, **a.g.e.**, s.34 “Yine, kötüleme ya da incitme niteliği taşıyan her türlü beyanı gerçek bile olsa, haksız rekabet saymak gerekir.” Gerçek beyanların haddinden fazla incitici olması halinde haksız rekabet olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatinde olduğumuzdan bu şekildeki görüşe katılmamakla birlikte Yargıtay kararlarında lüzumsuz yere incitici beyanların haksız rekabet olarak değerlendirildiğini görmekteyiz: Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 09.10.2014 T., 2013/8564E., 2014/15254K. (Çevrimiçi) “Dava, haksız rekabetin tespiti istemine ilişkin olup, mahkemece davalının fabrika binasının girişine astığı BU İŞ YERİNE SEYYAR SATICILARIN VE B... C... ÇALIŞANLARININ GİRMESİ YASAKTIR ibaresinin haksız rekabet teşkil etmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Haksız rekabet, aldatıcı hareket veya hüsnüniyet kaidelerine aykırı sair suretlerle rekabetin her türlü suiistimalidir. 6762 sayılı TTK'nın 57/1. maddesinde ise hüsnüniyet kaidelerine aykırı hareketler olarak, başkalarını veya onların emtiasını, iş mahsullerini, faaliyetlerini yahut ticari işlerini yanlış, yanıltıcı veya lüzumsuz yere incitici beyanlarla kötülemek hususu hüküm altına alınmıştır. Somut olayda, davalının yukarıda anılan ibareyi iş yerine asması davacı açısından 6762 sayılı TTK'nın 57/1. maddesi anlamında lüzumsuz yere incitici beyan niteliğinde olup, davalının eylemi hüsnüniyet kaidelerine aykırı davranış teşkil etmektedir, kaldı ki mahkemenin gerekçesinde belirttiği taraflar arasındaki davada alım satım ilişkisinden kaynaklanmakta olup, ticari sırların davacı çalışanlarınca ele geçirilmesi hususuna ilişkin de değildir. Bu itibarla, mahkemece davalının

Son dönemlerde iletişimin ve reklamın internet ortamına geçmesiyle birlikte haksız rekabete konu olayların da bu doğrultuda arttığı gözlemlenmektedir. Yargıtay kararlarına konu olduğu üzere, şirket, şirket ürünlerine, markasına, şirkete ve çalışanlarına yönelik olarak internet ortamında gönderilen e-posta mesajlarının, yazılan yazıların haksız rekabet oluşturduğu, bu olaydan dolayı şirketinin, ürünlerinin ve markasının zarar gördüğü, tüketiciler nezdinde itibar kaybına uğradığı hususu karşımıza fazlasıyla çıkmaktadır⁶⁴. Elbette manevi kişiliğe saldırı niyeti taşımayan ve objektif açıklamalar kötüleme olarak nitelendirilmemektedir⁶⁵.

Tüm bunların yanı sıra özellikle internet üzerinden yayınlanan reklamlarda beyanların içerdiği haksız rekabet unsurlarının ispat hususundaki önemi büyüktür. Yargıtay 11. HD. bir kararında⁶⁶ davacı, davalının internet sitesinde yer alan ifadelerle kendisine ait ürünlerin kötülendiği ve hakkında incitici açıklamalarda bulunduğu iddia etmiştir. Davalı ise söz konusu açıklamalarda davacının kastedilmediğini ve açıklamaların bilimsel gerçekliğe dayandığı savunmasını yapmıştır. Mahkeme ise internet sitesinde yer alan davalıya ait açıklamalarda davacının isminin doğrudan veya dolaylı olarak belirtilmediği, davacının davasını ispatlayamadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Davacının temyiz isteği üzerine bozulan karara dair davalı karar düzeltme isteğinde bulunmuşsa da bu isteği reddedilmiştir. Böylece mahkemelerin karar aşamasında ispat hususunu ön planda tuttukları görülmektedir.

Yargıtay başka bir kararında ise, ürünü ve şahsı kötüleyici beyanlar içeren ifadeleri, konu ile ilgili olan kişilerin ulaşabileceği internet ortamında kullandığı, aynı meslekteki kişilerin bulunduğu bir internet sitesinde beyan edilen kötüleme içeren beyanları haksız rekabet olarak nitelendirmiştir⁶⁷. Bahsi geçen e-posta ve internet sitesi beyanlarının haksız rekabet oluşturabilmesi için ilgili beyana konu olan

eyleminin haksız rekabet teşkil ettiği kabul edilerek, neticesine göre karar vermek gerekirken, yanılıklı değerlendirmelerle yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.” (Kazancı İçtihat Bankası www.kazanci.com, Erişim Tarihi 06.02.2019)

⁶⁴ Yargıtay 11. HD. 21.02.2010 T., 2008/9072E., 2010/591K., (Çevrimiçi) (Kazancı İçtihat Bankası www.kazanci.com (Erişim Tarihi 12.01.2019)

⁶⁵ DİNÇ, a.g.e., s.36, Yargıtay 11. HD 13.01.2013 T., 2012/529E., 2013/649K. (Çevrimiçi) (Kazancı İçtihat Bankası www.kazanci.com (Erişim Tarihi 07.02.2019)

⁶⁶ Yargıtay 11. HD. 19.11.2015 tarih 2015/3436E., 2015/12268K. (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi 22.01.2019)

⁶⁷ Yargıtay 11. HD. 04.04.2011T., 2009/11362E., 2011/3864K., (Çevrimiçi) (Kazancı İçtihat Bankası www.kazanci.com (Erişim Tarihi 12.01.2019)

ürünün rekabet ortamının etkilenmesi ve alıcılarını yönlendirme olanağı ve gücü incelenmelidir⁶⁸.

Yargıtay 11. HD diğer bir kararında⁶⁹ ise davalıya ait internet sitesi üzerinden davacının aleyhine gerçek dışı bilgiler ihtiva eden metin, video ve fotoğraf ile karikatür yayınlanmıştır. Davacı şirket söz konusu video ve fotoğrafların gerçek dışı ve kötüleyici olması nedeniyle kendisinin mağduriyetine sebep olduğu gerekçesi ile haksız rekabetin tespiti, menî, neticesinde oluşan durumun ortadan kaldırılması ile yanlış ve yanıltıcı beyanların düzeltilmesi ile tazminat talep etmiştir. Mahkeme davayı kabul etmiştir. Temyiz edilen karar ise Yargıtay tarafından, dava konusu ifadelerin gerçek dışı olması ve habercilik sınırını aşarak davacının itibarını zedelediği gerekçeleri ile onanmıştır.

İBAM tarafından incelenen bir karara⁷⁰ göre ise twitter isimli sosyal medya sitesinden davacıyı kötüleyici ve ticari itibarını zedeleyici beyanlarda bulunan kişinin TTK m. 55 1/a-1'e göre haksız rekabete yol açan davranışlarının tespit edilerek tazminat talepli davanın tarafların tacir olup olmasına bakılmaksızın ticaret mahkemesinde görülmesine karar verilmiştir. İnternet yolu ile iletişimin gerek sosyal medya gerekse de bloglar gibi yöntemlerle artması sebebiyle ileride bu alanda haksız rekabete dair ihlallerin çoğalacağı kanaatindeyiz.

b. Gerçek Dışı veya Yanıltıcı Açıklamalarla Kendini ya da Üçüncü Kişiyi Rekabette Öne Geçirmek

TTK m. 55/I, a-2'ye göre; "Kendisi, ticari işletmesi, işletme işaretleri, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları, stokları, satış kampanyalarının biçimi ve iş ilişkileri hakkında gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarda bulunmak veya aynı

⁶⁸ "Sosyal medyada veya reklamlarda ya da dağıtılan el ilanlarında halka yapılan ve çağrılar ile -hiçbir gerekçe göstermeksizin- belirli markalı ürünlerin veya belirli bir kişi veya işletme tarafından üretilen mal ve hizmetlerin alınmaması çağrısında bulunulması -kötüleme- kapsamında haksız rekabet olarak nitelendirilmelidir." NOMER ERTAN (ÜLGEN, **Ticari İşletme Hukuku**), s.569, NOMER ERTAN, **a.g.e.**, s.133.

⁶⁹ Yargıtay 11. HD. 06.05.2015 tarih 2014/19028E., 2015/6425K. (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi 22.01.2019)

⁷⁰ İBAM 14. HD. 2018/1092E., 2019/225K., 14.2.2019 tarihli kararı, Aynı konulu farklı bir kararda twitter sosyal medya hesabından yapılan gerçeğe aykırı ve incitici beyanlarla davacıyı kötüleyen kişinin yaptığı paylaşımların TTK m. 55 1/a-1'e göre haksız rekabet teşkil etmesi iddiası ile manevi tazminat talepli davanın Asliye Hukuk Mahkemesinde görülmesine karar verilmiştir. İBAM 4. HD. 2017/63E., 2017/66K., 30.1.2017 tarihli kararı (Çevrimiçi) (Kazancı İçtihat Bankası www.kazanci.com (Erişim Tarihi 12.09.2020))

yollarla üçüncü kişiyi rekabette öne geçirmek” haksız rekabet hallerinden sayılmıştır. Söz konusu fıkrada açıklamanın konusu sınırlı sayıda sayılmamış olup, açıklama sahibinin ismi, lakabı, doğum yeri, yaşı, tacir olması durumunda ticaret unvanı, işletme adı, işletmenin kuruluş yılı, üretimde kullanılan hammaddenin cinsi ve kalitesi, stok miktarı, ürün-mal-hizmetin kalitesi, mallarının üretim yeri, kullandığı reklam sloganları, internet alan adları, müşteri çevresi, mali durumu gibi konularda gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalar yapmak haksız rekabet teşkil edecektir⁷¹. Bazı reklamlarda aşırı gerçek dışı ifadeler kullanılarak ürünler tanıtılmaktadır. Otomobil kullanıcılarına hitap eden bir reklamda tüketicileri cezbetmek için kendilerine ait benzini kullananların benzin depolarında kaplanın var olduğuna dair reklam yapan şirketin kullanıldığı abartılı ifadeler yanlış veya yanıltıcı olsa dahi abartma sınırı dahilinde kaldığından ötürü aldatıcı sayılmamaktadır⁷². Genel ortalama insan algısı ile olağan dışılığın fark edilebilir bir abartı seviyesinde olması halinde bu söylemler haksız rekabet teşkil etmemektedir⁷³.

Söz konusu Kanun metninde gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalar ile rekabette öne geçirme yani “avantaj sağlama” vurgulanmıştır⁷⁴. Bazen de övgü halinde veya bazı bilgilere yer verilmemesi şeklinde gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarla karşılaşabiliriz⁷⁵. Ancak öne geçirmenin övme veya üstünlük belirtici şekilde olması gerekmez; gerçek dışı veya yanıltıcı olması yeterlidir⁷⁶. Kişinin kendisi veya üçüncü kişi hakkında bu beyanları vermesi Kanun’a göre fark etmemektedir. Bu durumda, aksaklığı, eskimişliği, aşımışlığı, elverişsizliği, sağlığa zararlı maddeyi (meselâ benzoit maddesinin miktarını yazmayarak veya oranı küçük göstererek) veya etkileşimi saklayarak veya geçiştirerek veya yanlış coğrafi köken vererek (meselâ, şarapta başka üzüm kullanıldığı halde "kalecik karası" denilerek), gramajda doğru olmayan rakamlar yazarak meydana gelebilir⁷⁷.

⁷¹ NOMER ERTAN (ÜLGEN, *Ticari İşletme Hukuku*), s.570, NOMER ERTAN, *a.g.e.*, s.151.

⁷² GÖLE, *a.g.e.*, s.64.

⁷³ NOMER ERTAN, *a.g.e.*, s.152-153.

⁷⁴ KARAHAN, *a.g.e.*, s.216.

⁷⁵ DİNÇ, *a.g.e.*, s.47.

⁷⁶ TTK madde gerekçeleri m. 55, KARAHAN, *a.g.e.*, s.216, POROY, YASAMAN, *a.g.e.*, s. 323.

⁷⁷ TTK madde gerekçeleri m. 55, KARAHAN, *a.g.e.*, s.216 “Örneğin, sağlığa zararlı bir maddenin miktarının yazılmaması veya oranının küçük gösterilmesi, Türk malı olmayan ürünlerin üzerine “Türk Malı” ibaresinin konulması, dondurmalarda başka süt kullanıldığı halde “keçi sütü” denilmesi, İslam inancına uygun üretilmemiş ürünler üzerinde “Helal”; Musevi inancına uygun üretilmemiş ürünler üzerinde “Koşer” işaretinin kullanılması halinde dürüstlük kuralına aykırılık vardır.”

TRHTUY'nin 11. Maddesinde ise bir kişi, kurum veya kuruluşun adı veya amblem, logo ve diğer ayırt edici kurumsal kimlik unsurları, tüketicinin yanıltılmasına yol açacak şekilde kullanılamayacağı ve bir kişi adından ya da bir firma, kurum veya kuruluşu ait ticaret unvanından fikri ve sınai mülkiyet hakkından veya bir reklam kampanyası ile sağlanmış bulunan itibardan haksız olarak yararlanılamayacağı açıkça hüküm altına alınmıştır. Aynı Yönetmeliğin 12. Maddesinde ise başka bir reklamın; metni, sloganı, görsel sunumu, müziği, ses efektleri ve benzeri unsurlarını tüketiciyi yanıltacak ya da karışıklığa yol açacak biçimde taklit edemeyeceği, bir mal veya hizmet, koruma altındaki bir marka veya ticaret unvanına sahip başka bir mal veya hizmetin taklidi veya kopyası olarak sunulamayacağı düzenlenmiştir.

Uygulamada çoğunlukla gerçekdışı veya yanıltıcı açıklamalar vasıtasıyla ortaya çıkan haksız rekabet aldatici reklamlar şeklinde karşımıza çıkmaktadır⁷⁸. Aldatıcılığın var olup olmadığının tespit edilmesinde kullanılan bazı unsurlar bulunmaktadır. Bir açıklama veya reklamın aldatici olup olmadığı incelenirken; i) açıklamanın bilgi içermesi, değer yargısı ile bilgi verilmesinin birbirinden ayrılması gerekmekte, ii) hedef kitle ve bu kitleden oluşan ortalama tüketicinin algısı incelenmeli, iii) bu iki unsurun bir arada değerlendirilmesi gerekmektedir⁷⁹. Tüketicilerin satın alma hususunda nihai kararlarını etkileyebilecek şekilde yanlış, yanıltıcı veya eksik bilgi içermek suretiyle⁸⁰ veya söz konusu bilgi doğru olsa dahi sunulmuş şekli itibarıyla makul tüketiciyi aldatan veya aldatma ihtimali olan reklamlar aldatici reklam olarak nitelendirilmektedir⁸¹. Dolayısıyla denilebilir ki herhangi bir

⁷⁸ NOMER ERTAN, **a.g.e.**, s.154, DİNÇ, **a.g.e.**, s.48, ARKAN, **a.g.e.**, s.345.

⁷⁹ PINAR, **a.g. tebliğ**, s.133.

⁸⁰ İNAL/ BAYSAL, **a.g.e.**, s.26 “Nihayet, reklamdaki ifade doğru olsa bile, tüketiciler için önemli bilgileri ve gerekli açıklamaları içermiyorsa reklam aldatici'dır. Örnek olarak, satılan ikinci el arabanın daha önce bir sürücü kursuna ait olduğunun veya taksi olarak kullanılmış olduğunun veya elbisenin çabuk alev alan bir kumaştan yapılmış olduğunun reklamda açıklanmamış olmasını verebiliriz.”

⁸¹ RG 10.01.2015-29232 sayılı TRHTUY m.29/2 “Aşağıda belirtilen hususlarda tüketicileri aldatan ya da aldatma ihtimali olan eylemler aldatici eylem olarak değerlendirilir: a) Bir mal ya da hizmetin varlığı, mahiyeti, tedariki, faydası, riski, uygulaması, içeriği, aksesuarları, satış sonrası hizmetleri, üretim yöntemi ve tarihi, ifası, amaca uygunluğu, miktarı, teknik özellikleri, menşei, kullanımından beklenen sonuçları, üzerlerinde yapılan test ve kontrollerin sonuçları, çevreye olan etkileri ve diğer önemli özellikleri, b) Ticari uygulamada bulunanın taahhütlerinin kapsamı, pazarlama sürecinin mahiyeti, sponsor desteği, yetkili otoriteler tarafından mal veya hizmetin onaylandığına ilişkin ifade veya semboller, c) Bir mal veya hizmetin fiyatı, fiyatının hesaplanma yöntemi, ödeme koşulları ya da belirli bir fiyat avantajı, ç) Tüketicinin sahip olduğu yasal haklar veya karşılaşılabileceği riskler, d) Bir mal veya hizmete ilişkin servis, yedek parça, değiştirme veya tamir hizmetleri, e) Ticari uygulamada

tüketicinin reklam dolayısıyla aldanmadığı veya aldanma ihtimalinin bulunmadığı hallerde reklam aldatma eğilimi taşısa dahi aldatıcı olarak değerlendirilmeyecektir⁸². Reklamdaki iddiaların her zaman mutlak ve bilimsel olarak ispatı aranmasa dahi güvenilir, tutarlı ve makul bir şekilde ispat edilmesi yeterli görülmekte olduğu gibi açık veya örtülü olarak bilimsellik iddiası yer alan bir reklamda makul bir tüketici bilimsel gerçeklik iddiasını algılamakta haklı görülüyorsa bu takdirde reklamın bilimsel veriler ile ispatı gerekmektedir⁸³. Ürün veya hizmete dair yapılan reklam aracılığıyla oluşturulan beklenti ile asıl ürün veya hizmetin birbiriyle bağdaşmaması dolayısıyla doğruluk ve açıklığa aykırı şekilde davranılması haksız rekabet teşkil etmektedir⁸⁴. Tüm bu hususların ışığında reklamda ürüne ait gerekli noktaların açıklanmaması veya sadece iyi yanlarının gösterilmesi, görüntü ve ifadenin reklamı yapılan ürün veya hizmetle birbirlerini desteklemeyerek tutarlı olmaması, çok anlamlı ifadelerin yanıltıcı olarak kullanılması, belirsiz ve anlaşılmaz ifadelerin kullanılması aldatıcı reklamın unsurları olarak sıralanabilir⁸⁵. Elbette reklamda verilen bilgiler gerçekse dahi reklamın sunuş biçimi itibarıyla tüketici nezdinde yanlış izlenim uyandırması yine aldatıcı sayılabilecektir⁸⁶.

Yargıtay kararında⁸⁷ ürünlerin satışının pazarlaması yapılırken kullanılan indirim ifadesinin, özellikle “%7’ye varan indirim” ifadesinin adeta “%7 indirim” varmış gibi gösterilerek reklam panosunda “_’ye varan indirim” beyanının küçük harflerle yazılmak ve vurgulanmamak suretiyle “*bu reklam kampanyasının aldatıcı*

bulunanın veya temsilcisinin; kimliği, mal varlığı, yetenekleri, statüsü, kurum veya kuruluşlara üyelik bilgileri, sahip olduğu ticari haklar, fikri ve sınai mülkiyet hakları, yetkili otoritelerden ödül ve nişan kazanmış olması gibi nitelikleri, sıfatları, unvanları ve diğer hakları.” Md.29/3 “Bir ticari uygulamanın, ortalama tüketicinin ekonomik davranış biçimini önemli ölçüde bozması veya bozma ihtimali bulunması ve aşağıdaki olasılıkları içermesi halinde aldatıcı olduğu kabul edilir: a) Rakibinin malı, hizmeti, markası veya diğer bir ayırt edici özelliği ile karışıklığa sebep olması. b) Ticari uygulamada bulunanın, bağlı olduğu meslek odaları ve benzeri kuruluşların ve varsa bunların üst kuruluşlarının, ilgili faaliyet alanına veya belirli bir ticari uygulamaya ilişkin düzenlemiş oldukları davranış kurallarında yer alan yükümlülüklerini yerine getirmemesi.” İNAL/ BAYSAL, **a.g.e.**, s.25 “Bunun dışında reklam sebebiyle bir zararın doğmuş olması veya aldatma kastı veya niyeti ve hatta reklam verenin reklamın aldatma ihtimalini bilip bilmemesi “aldatıcı reklam”ın kabulü bakımından önemli değildir.” Reklam Kurulu örnekleri için bkz. İNAL/ BAYSAL, **a.g.e.**, s.29-35.

⁸² ŞAHİNCİ, **a.g.e.**, 47.

⁸³ İNAL/ BAYSAL, **a.g.e.**, s.36.

⁸⁴ TEOMAN, **a.g.m.**, s. 159.

⁸⁵ ŞAHİNCİ, **a.g.e.**, s.48.

⁸⁶ TEOMAN, **a.g.m.**, s. 159.

⁸⁷ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 15.01.2015 T. 2014/1273E., 2015/421K. (Çevrimiçi) (Kazancı İçtihat Bankası www.kazanci.com Erişim Tarihi 07.02.2019)

ve halkın iradesine etki ederek haksız kazanç sağlamaya yönelik olduğu” ve müşterileri aldattığı sonucuna varılarak, mahkeme kararını bozmuştur. Yargıtay kararlarında reklamı yapılan ürünün kullanılan reklam sloganında üründe bir takım katkı maddelerinin bulunduğu söylenildiği ancak teknik olarak bunun ispat edilememesinden dolayı “iyileştirici bir işlemin etkisinin abartılmasının ve tüm ürünlere katkısız ilave edilmediği halde yurt genelinde tüm ürünlere katkısız ilave edilmişçesine reklam yapılmasının bütünü itibarıyla yanıltıcı nitelik taşıdığı, orta düzeydeki tüketiciyi aldatma ihtimali bulunduğu ve haksız rekabet teşkil ettiği⁸⁸” şeklindeki kararı ile gerçek dışı beyanların reklamlarda yer almasını haksız rekabet olarak değerlendirdiği görülmektedir.

c. Kendini Üstün Yetenekli Göstermek

TTK m. 55/I, a-2’nin özelleştirilmiş bir versiyonu olarak karşımıza çıkan madde 55/I, a-3’e göre bir kimsenin sahip olmadığı rütbeyi, diplomayı veya ödülü almış gibi kendini tanıtmaya veya gerçekte sahip olmadığı meslek adı veya işaretlerini kullanması doğrudan haksız rekabet olarak nitelendirilmektedir⁸⁹. Kanunun uygulama alanı, bir kişinin üçüncü kişiler veya hedef kitlesi nezdinde yanlış veya aldatıcı olan her türlü ödülü, yeteneği, tanımlamayı, sıfatı veya ibareyi içine almaktadır⁹⁰. Diğer bir deyişle söz konusu Kanun ilgili maddede sınırlı bir sayım yapmamış olup iş hayatında rütbesi, mesleği, ödülü, yeteneği hakkında aldatıcı söylemlerde bulunan kişileri haksız rekabet düzenlemesi çatısı altında değerlendirmiştir.

"Paris"ten diplomalı terzi", "Christian Dior'un Kalfası", "Ödüllü Çevirmen", Profesör dişi", "Ellerinde doğal güç bulunan akupunkturcu X⁹¹", diploması olmadığı halde doktor, profesör gibi unvanlar, fahri konsolos bu madde kapsamında değerlendirilmektedir⁹². Diğer yandan tabelasında “kokoreç profesörü” yazılı olan

⁸⁸ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 14.03.2002 T. 2001/10574E., 2002/2316K. (Çevrimiçi) (Kazancı İçtihat Bankası www.kazanci.com Erişim Tarihi 07.02.2019)

⁸⁹ NOMER ERTAN, **a.g.e.**, s.163, KARAHAN, **a.g.e.**, s.218, DİNÇ, **a.g.e.**, s.50.

⁹⁰ NOMER ERTAN (ÜLGEN, **Ticari İşletme Hukuku**), s.571, NOMER ERTAN, **a.g.e.**, s.163.

⁹¹ Bkz. TTK m. 55/I, a-3 Gerekçe.

⁹² Örnekler için bkz. NOMER ERTAN, **a.g.e.**, s.165-168.

bir kokoreççinin kullandığı bu betimlemenin gerçek dışı olduğunun aşikâr olması sebebiyle haksız rekabet teşkil etmeyeceğini söyleyebiliriz⁹³.

ç. Karıştırılmaya Yol Açan Önlemler Almak

TTK m. 55/I, a-4'e göre "Başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almak" haksız rekabet hali olarak düzenlenmiştir. Karıştırılmaya yol açan önlemler, uygulamada çoğunlukla karşımıza çıkmakta ve Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi kararlarına⁹⁴ konu olmaktadır.

Yargıtay kararlarında, ürünlerin tescil edilmemiş olan fikri mülkiyet haklarının karışıklık yaratacak şekilde başkaları tarafından kullanılmasının haksız rekabet olarak nitelendirildiği görülmektedir⁹⁵.

Karıştırılma tehlikesi sebebiyle dava yoluna başvurulabilmesi karıştırılmaya yol açan olgunun başkası tarafından haklı olarak kullanılmasına bağlıdır⁹⁶. Haklı olarak kullanım sadece tescil zorunluluğu olarak algılanmamalı, aynı zamanda ilgili kişinin ilk olarak kullandığını da kanıtlaması gerekmektedir. Zira bir markanın tescilsiz kullanımı halinde marka ticaret hayatına kazandırılmış ise daha sonra söz konusu markanın aynısının veya benzerinin tescil edilerek kullanılması halinde sonradan tescil ettiren marka sahibi ilk kullanan kişinin haksız rekabette bulunduğunu iddia edemez⁹⁷.

Sınırlı olarak sayım yapılmamış olan söz konusu Kanun maddesinde gördüğümüz mal, iş ürünü⁹⁸, faaliyet ve işlerin yanında ambalaj, internet alan adı, tanıtım vasıtası, işletme adı gibi örnekler karıştırılmaya yol açan önlemler olarak

⁹³ POROY/ YASAMAN, **a.g.e.**, s. 326.

⁹⁴ "Dava, alan adlarından ötürü haksız rekabetten kaynaklanan internet sitelerine erişimin ve devrin engellenmesi istemine ilişkindir." İBAM 16. Hukuk Dairesi 2019/3001E., 2020/738K., 24.3.2020 tarihli karar (Çevrimiçi) (Kazancı İçtihat Bankası www.kazanci.com Erişim Tarihi 02.11.2020)

⁹⁵ NOMER ERTAN, **a.g.e.**, s.173, Yargıtay 11. HD 30.5.2002T., 2002/2440E., 2002/5406K., "İlk defa yurt dışında kamuya sunulmuş bir tasarımın, belli bir süre sonra Türkiye'de kullanılması durumunda, şayet bu tasarımı Türkiye'de ilk defa kullanan kişi, büyük emek ve para harcayarak, bu tasarımın kullanıldığı ürünü tanıtmış ve bir başkası da sırf bu tanınmışlıktan istifadeye yönelik olarak bu tasarımı kullanmaya kalkışmış ise, bu davranışın, haksız, rekabet olduğunun kabulü gerekir." Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 21.3.2006T., 2005/9962E., 2006/2942K., "mal ve piyasaya arz ettiği sobanın tescilsiz tasarımına, teknik bir zorunluluktan kaynaklanmadığı halde iltibas oluşturacak biçimde, çok küçük farklılıklar dışında benzetilmesi eyleminin haksız olduğunun tespitine..." (Çevrimiçi) (Kazancı İçtihat Bankası www.kazanci.com Erişim Tarihi 12.02.2019)

⁹⁶ NOMER ERTAN (ÜLGEN, **Ticari İşletme Hukuku**), s.572, MEMİŞ, BOZBEL, **a.g.m.**, s.8.

⁹⁷ BOZKURT, **a.g.e.**, s.374.

⁹⁸ İş ürünü açıklaması için bkz. NOMER ERTAN, **a.g.e.**, s.318.

çoğaltılabilir⁹⁹. Söz konusu mal, ürün veya faaliyetlerin karıştırılmasının tespit edilmesine ilişkin objektif bir kıstasın varlığı¹⁰⁰ tespit edilirken tarafların iştiğal konularının aynı veya benzer olmasının¹⁰¹ yanı sıra uygulamada bilirkişilerin¹⁰² aldığı ölçüt; ortalama becerideki olağan müşteri veya alıcıların söz konusu ürün veya faaliyete ilişkin karıştırma¹⁰³ veya aldanma ihtimalidir¹⁰⁴. Ancak somut olayın koşullarına göre hitap edilen kitlenin özel bir kitle olması¹⁰⁵, eğitim seviyesi ve koşulları incelenerek karıştırılmanın varlığı tespit edilmelidir¹⁰⁶.

d. Karşılaştırma Yapmak

TTK m. 55/I, a-5'te yer aldığı üzere “Kendisini, mallarını, iş ürünlerini, faaliyetlerini, fiyatlarını, gerçeğe aykırı, yanıltıcı, rakibini gereksiz yere kötüleyici veya gereksiz yere onun tanınırlığından yararlanacak şekilde; başkaları, malları, iş ürünleri veya fiyatlarıyla karşılaştırmak ya da üçüncü kişiyi benzer yollardan öne geçirmek” haksız rekabet hali olarak düzenlenmiştir. Kural olarak karşılaştırma ya da üçüncü kişinin benzer şekillerde öne geçirilmesi haksız rekabet teşkil etmeyecek olup hakkaniyete uygun bir karşılaştırma tüketiciye hizmet etmektedir¹⁰⁷.

Söz konusu hüküm dört türlü karşılaştırmalı reklamı kapsamaktadır: yanlış, yanıltıcı, kötüleyici ve sömürücü reklamlar¹⁰⁸. Yargıtay “Boyada Birinci” sloganının kullanılmasını ürünün tam olarak hangi anlamda birinci olduğunun anlaşılmaması ile birlikte alanında en iyi olduğu izleniminin yaratılması sebebiyle diğer üreticileri tüketiciler karşısında ikinci konuma iten, yanıltıcı, diğer üreticilere zarar verici ya da

⁹⁹ NOMER ERTAN (ÜLGEN, **Ticari İşletme Hukuku**), s.576, NOMER ERTAN, **a.g.e.**, s.186, DİNÇ, **a.g.e.**, s.56, KARAHAN, **a.g.e.**, s.219.

¹⁰⁰ DİNÇ, **a.g.e.**, s.56.

¹⁰¹ NOMER ERTAN (ÜLGEN, **Ticari İşletme Hukuku**), s.572.

¹⁰² DİNÇ, **a.g.e.**, s.58, KARAHAN, **a.g.e.**, s.220, POROY/ YASAMAN, **a.g.e.**, s. 327.

¹⁰³ KARAHAN, **a.g.e.**, s.219 “Karıştırılma, yanıltma, kandırma ve yanlış algılatırmayı da kapsar.”

¹⁰⁴ NOMER ERTAN (ÜLGEN, **Ticari İşletme Hukuku**), s.573, NOMER ERTAN, **a.g.e.**, s.187, DİNÇ, **a.g.e.**, s.60, KARAHAN, **a.g.e.**, s.219, POROY/ YASAMAN, **a.g.e.**, s. 329, TARMAN, **a.g.e.**, s.27.

¹⁰⁵ DİNÇ, **a.g.e.**, s.60, KARAHAN, **a.g.e.**, s.220, POROY/ YASAMAN, **a.g.e.**, s. 329.

¹⁰⁶ NOMER ERTAN, **a.g.e.**, s.189.

¹⁰⁷ NOMER ERTAN (ÜLGEN, **Ticari İşletme Hukuku**), s.580.

¹⁰⁸ KARAHAN, **a.g.e.**, s.221, 6102 s. TTK m. 55/I, a-5 Gereke’de ise kötüleyici reklamlar sayılmayarak üçlü gruplandırma yapılmıştır. Ancak kanaatimizce kötüleyici karşılaştırmalı reklamlar da ayrı bir grup olarak sayılmalıdır.

zarar tehlikesine düşürücü bir iddia olarak nitelendirerek haksız rekabet olarak kabul etmiştir¹⁰⁹.

TKHK 61. maddesi karşılaştırmalı reklama açıkça izin vermiş olup TRHTUY’de karşılaştırmalı reklam ve ilkeleri gösterilmiştir. Hukukumuzda yeni bir kavram olan karşılaştırmalı reklam¹¹⁰ kural olarak hukuka aykırı değildir¹¹¹. Fakat bu yolla dürüstlük kuralına aykırı olarak, objektif açıdan gerçek dışı veya ölçüyü aşan reklamlar haksız rekabet oluşturmaktadır¹¹². Uygulamada karşılaştırmalı reklamların slogan veya ifadelerinin haksız rekabet teşkil edip etmediğinin tespiti, somut olayın koşullarına göre olağan yetenekteki olağan muhatabı¹¹³ ve hayatın olağan akışını baz alarak mahkemenin değerlendirmesine bırakılacaktır¹¹⁴.

Yargıtay bir kararında¹¹⁵ karşılaştırmalı reklamın kendisinin dürüstlük kuralına aykırı olmadığına, karşılaştırmının gerçeği yansıtmaması gerektiğine, karşılaştırılacak ölçütün reklamın sahibine ait olduğuna, rakiplerin veya sıralamada yer alan diğer kişilerin açıkça belirtilmesinin mümkün olduğuna, reklam sahibinin reklamda kullanılan malzemelere ilişkin prensipte sınırlamaya tabi olmayacağına hükmetmiştir. Dolayısıyla doğru ve gerçek verilere dayanıldığı takdirde karşılaştırmalı reklamın sakıncasının bulunmadığını söyleyebiliriz.

Yargıtay’ın diğer bir kararında¹¹⁶ ise haksız rekabetin varlığına hükmederken gerçeği yansıtan karşılaştırmalı reklamların haksız rekabet yaratmayacağını, reklamda alınan ölçünün reklamı verene ait olduğu gibi bunu reklamda belirtmesi gerektiği, kullanılan ifade ve beyanların yanlış ve yanıltıcı olmaması gerektiği, söz konusu ifadelerin TTK 55/a/b.2’ye göre aldatıcı olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiği, işbu maddeye göre aldatıcı olarak değerlendirilen reklamın haksız rekabet teşkil ettiğine karar vermiştir.

¹⁰⁹ Yargıtay 11. HD 22.12.1992T., 1991/4992E., 1992/11613K., (Çevrimiçi) (Kazancı İçtihat Bankası www.kazanci.com Erişim Tarihi 24.02.2019)

¹¹⁰ Bkz. TTK m. 55/I, a-5 Gerekçe: “Karşılaştırmalı reklâmda, bir işletme kendi ürünü ile başkasının ürününü açıkça belirgin vurgu yaparak karşılaştırır.”

¹¹¹ KARAHAN, a.g.e., s.220.

¹¹² Bkz. TTK m. 55/I, a-5 Gerekçe.

¹¹³ NOMER ERTAN, a.g.e., s.221.

¹¹⁴ Bkz. TTK m. 55/I, a-5 Gerekçe.

¹¹⁵ Yargıtay 11. HD. 1988/7434E., 1989/5174K. 09.10.1989 tarihli kararı için bkz. PINAR, a.g. tebliğ, s.147.

¹¹⁶ Yargıtay 11. HD, 1991/4992E., 1992/11613 K., 22.12.1992 tarihli kararı için bkz. PINAR, a.g. tebliğ, s.147.

e. Tedarik Fiyatının Altında Satış Yapmak

TTK m. 55/I, a-6'da tedarik fiyatının altında satış yapılmasının hangi şartların varlığı halinde haksız rekabet olarak kabul edileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla seçilmiş bazı mal, ürün veya hizmetlerin, birden çok defalarda tedarik edildiği fiyatın altında satışa sunulması, bu durumun ise reklamlarda vurgulanarak müşterilerin, kişinin kendisinin veya rakiplerinin yeteneği hakkında aldatılması şartlarının bir arada olması halinde haksız rekabetin varlığı kabul edilmektedir¹¹⁷.

Burada dikkat edilecek husus Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında da bahsedildiği üzere seçilen bazı malların düşük fiyattan satıldığını göstererek müşterinin mağazaya çekilmesi böylece müşteride genel bir indirim intibainın oluşturulmasıdır¹¹⁸. Diğer bir deyişle "göstermelik (mostra) ile aldatma" veya "mostra ile avlama" yolu ile bazı malların seçilmesi, bu ürün veya malların fiyatının tedarik fiyatının altında göstermelik şekilde satışa sunulularak avlanan tüketicinin seçilmeyen diğer malların alımına yönlendirilerek aldatılmasıdır¹¹⁹. Müşteri satılan malın sergilendiği yere gittiğinde, elbette bu internet sitesi de olabilir veya ürün kendisine gönderildiğinde ürünün kalitesi, sınıfı, özelliklerine göre başka bir ürünle karşılaşabileceği gibi reklamı yapılan ürünün bittiği gerekçesiyle başka bir mala yönlendirilebilir¹²⁰. Zira asıl durumda, sunulan mal mostra düzeyinde kaliteli, yeterli miktarda bulunmuyor veya satıcı söz konusu kalitedeki malı daha yüksek fiyata satmayı hedeflemektedir¹²¹. Hal böyle iken hükümde yer alan diğer şartların varlığı halinde tedarik fiyatının altında satış yapılması halinde haksız rekabetin var olduğu

¹¹⁷ NOMER ERTAN, **a.g.e.**, s.225, POROY/ YASAMAN, **a.g.e.**, s. 335, ARKAN, **a.g.e.**, s.348, KARAHAN, **a.g.e.**, s.224.

¹¹⁸ "Bu itibarla, tedarik fiyatının altında satış yapmak başlı başına haksız rekabet oluşturmaya yetmemektedir. 6102 Sayılı TTK'nın 55/(1)-a-6. maddesi gereğince, haksız rekabetten bahsedebilmek için, tüketicilerin bir işletmeden alışveriş yapmalarını sağlamak amacıyla, işletmede satılan sadece belirli mal veya hizmetin birden çok kere tedarik fiyatının altında satışa sunulması ve işletmedeki tüm mal veya hizmetlerin ucuza satıldığı intibainın tüketicide oluşması gerekmektedir. Burada tedarik fiyatının altında satış yapan kişinin genel olarak rakiplerine oranla daha ucuz mal veya hizmet sattığı intibainın da uyandırılması söz konusudur. Dolayısıyla böyle bir durumda tüketiciler, sadece belirli mal ve hizmetlerde değil tüm ürünlerde genel bir ucuzluk olduğu kanısına ulaşmakta ve sadece ucuza satılan mal ve hizmetlerin değil başka mal ve hizmetleri de satın almaktadır." YHGK 2017/11-117E., 2018/1883K., 11.12.2018 tarihli kararı, Aynı yönde Yargıtay 11. HD. 2016/2803E., 2017/5044K., 4.10.2017 Tarihli kararı (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi 08.09.2020) NOMER ERTAN, **a.g.e.**, s.225.

¹¹⁹ Bkz. TTK m. 55/I, a-6 Gerekçe, POROY/ YASAMAN, **a.g.e.**, s. 336, KARAHAN, **a.g.e.**, s.224, DİNÇ, **a.g.e.**, s.67, TARMAN, **a.g.e.**, s.29.

¹²⁰ NOMER ERTAN (ÜLGİN, **Ticari İşletme Hukuku**), s.583, KARAHAN, **a.g.e.**, s.224.

¹²¹ DİNÇ, **a.g.e.**, s.67.

karine olarak kabul edilmekte olup aksini tüketicileri yanıltmadığını ispat ederek haksız rekabetin bulunmadığını kanıtlayabilir¹²².

f. Ek Edimlerle Sunumun Gerçek Değeri Hakkında Yanıltmak

TTK m. 55/I, a-7’de yer aldığı üzere ek edimler kullanarak müşteriye sunumun¹²³ gerçek değeri üzerinde yanıltmak haksız rekabet teşkil etmektedir. Burada müşterilerin, gerçekte almak istemedikleri herhangi bir ürün veya hizmeti bedelsiz olarak başka bir ek edimin sunulması suretiyle yanıltılarak almaya yönlendirilmesi söz konusudur¹²⁴. Satışa sunulan ürünün yanında verilen hediye ile çok avantajlı bir fiyata satıldığına düşündürülmesi bu kapsama girecektir¹²⁵.

g. Saldırgan Satış Yöntemleri Kullanmak

TTK m. 55/I, a-8’e göre müşterilerin karar verme özgürlüğünü özellikle saldırgan satış yöntemleri kullanarak sınırlayan hallerde haksız rekabetin var olduğu kabul edilir. Burada müşterinin karar verme özgürlüğünün yanıltma, aldatma veya korkutma ile etkilenmiş olması önemli olmayıp, bunlar söz konusu olmasa dahi karar verme özgürlüğü saldırgan satış yöntemleri ile sınırlandırılmış ise haksız rekabetin var olduğu söylenebilecektir¹²⁶. Saldırgan satış, satıcının alıcıyı adeta köşeye sıkıştırarak satın almaya yönlendirmek amacıyla alıcının üzerinde aşırı baskı kurduğu bir eylemdir¹²⁷. Önemli olan bir nokta ise saldırganlık özelliği ile muhatabın adeta köşeye sıkıştırılmasıdır¹²⁸. 6102 sayılı TTK’dan önce yasal düzenlemeye konu olmamış olan saldırgan satış yöntemleri firmalar tarafından sıkça kullanılan bir pazarlama yöntemi olmuştur¹²⁹. Dürüst rekabet ortamını etkileyerek tüketicilerin karar verme özgürlüğünü zedeleyen ve mağduriyetine yol açması açısından gerekli ve beklenen bir düzenlemedir.

¹²² YHGK 2017/11-117E., 2018/1883K., 11.12.2018 tarihli kararı bkz. Dipnot 116.

¹²³ Bkz. TTK m. 55/I, a-67 Gerekçe: “Hükümdeki "sunum" sözcüğü, icap anlamını da içerir.”

¹²⁴ NOMER ERTAN, **a.g.e.**, s.235, DİNÇ, **a.g.e.**, s.68, POROY/ YASAMAN, **a.g.e.**, s. 336.

¹²⁵ TARMAN, **a.g.e.**, s.30.

¹²⁶ NOMER ERTAN (ÜLGEN, **Ticari İşletme Hukuku**), s.586, NOMER ERTAN, **a.g.e.**, s.241.

¹²⁷ OKAN, **a.g.m.**, s.77.

¹²⁸ DİNÇ, **a.g.e.**, s.71, POROY/ YASAMAN, **a.g.e.**, s. 337, “Saldırgan, müşterinin normal sayılamayacak güç psikolojik duruma sokularak satın alma zorunluluğu altında bırakılmasıdır (şaşırtan, beklenmedik).”

¹²⁹ Neval OKAN, “Saldırgan Satış Yöntemlerine Karşı Tüketicilerin Korunması”, **Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 2, Sayı: 4, Temmuz 2016, s.76.

TKHK m.62/1’de aldatıcı veya saldırgan nitelikteki uygulamalar haksız ticari uygulama olarak nitelendirilerek yasaklanmıştır. Bununla birlikte TRHTUY’nin 31. Maddesinde saldırgan ticari uygulamaların belirlenmesinde kullanılan kriterler yer alırken, son kısmında saldırgan satış yöntemleri örnekleri sıralanmıştır¹³⁰.

Bu hükmün saldırgan reklamları kapsamadığı, bu şekildeki reklamların TTK m. 54/2’deki genel hüküm çerçevesinde değerlendirileceği söylenmektedir¹³¹. Bu görüşe göre satışa yardımcı nitelikteki reklamların bu hüküm kapsamında olmaması bunların haksız rekabete konu olmayacağı anlamına gelmemektedir¹³². Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise uygulamada satış yöntemleri ile reklamların birbirinden ayrılmasının kolay olmadığı gerekçesi ile saldırgan reklamların da bu hüküm kapsamında haksız rekabet olarak değerlendirilmesi gerekmektedir¹³³. İleride detaylarına değineceğimiz üzere uygulamada e-ticaret sitelerinin belirli bir süre ve saat sınırı koyarak yaptığı satış uygulamaları ve reklamlar ile istenmeyen e-posta yöntemi gibi teknolojinin sunmuş olduğu doğrudan reklam ve satış yöntemlerinin saldırgan bir yöntem olarak haksız rekabet teşkil etmesi mümkündür.

Bunun yanı sıra TKHK m.62/3’te haksız ticari uygulamanın reklam yoluyla gerçekleştirilmesi halinde 61. Maddeye yönlendirme yapılmıştır.

h. Gizlemek Suretiyle Yanıltmak

TTK m. 55/I, a-9’da yer verilen bu haksız rekabet halinde malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerin özelliklerini, miktarını, kullanım amaçlarını, yararlarını veya tehlikelerini gizlemek ve bu şekilde müşteriye yanıltma hali karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla geniş anlamda satışa konu ürün veya hizmet ile ilgili

¹³⁰ RG 10.01.2015-29232: “1) Ticari uygulamada bulunan ile tüketici arasında amaçlanan hukuki ilişki kurulana kadar tüketicinin işyerinden ayrılamayacağı izlenimini oluşturmak. 2) Sözleşme yükümlülüğünü yerine getirme hali dışında, tüketicinin meskenini terk etme ve geri gelmeme yönündeki ikazlarına aldırmadan tüketicinin evine ziyaretler yapmaya devam etmek. 3) Taraf olduğu bir hukuki ilişkiye dayanarak herhangi bir talepte bulunan tüketiciden, talebi ile ilgisi olmayan belgeler arz etmesini istemek, ücret ödemesini talep etmek ya da sistematik olarak konuyla ilgili görüşmekten kaçınmak ve bu yollarla onu hukuki haklarını kullanmaktan caydırmaya çalışmak. 4) Tüketicie, mal veya hizmeti almaması halinde ticari uygulamada bulunanın iş yerinin ya da geçiminin tehlikeye gireceğini söylemek. 5) Ödül veya benzeri bir menfaat söz konusu olmamasına rağmen, tüketicinin bunları talep edebilmek için para ödemesi ya da bir masrafta bulunması gerektiği hallerde, bu ödül veya menfaati kazandığı, kazanacağı veya belirli bir eylemde bulunması halinde kazanacağı doğrultusunda yanlış izlenim oluşturmak.”

¹³¹ POROY/YASAMAN, **a.g.e.**, s.404, BOZKURT, **a.g.e.**, s.378.

¹³² OKAN, **a.g.m.**, s.80.

¹³³ NOMER ERTAN (ÜLGEN, **Ticari İşletme Hukuku**), s.588.

verilmesi gereken bilginin verilmemesi, söylenmesi gereken özelliğin söylenmesinden kaçınma durumlarında müşterilerin yanıltılması veya yanıltma tehlikesi var ise haksız rekabetin var olduğu söylenecektir¹³⁴. Büyük bir paketten ancak yarısını dolduracak kadar çerez çıkması, tırnak kadar parfümün büyük bir şişeyi alacak kutuya konulması, kolonya şişesinin doluymuş gibi görünmesine rağmen şişenin iç hacminin çok küçük olması gibi durumlarda karşımıza çıkmaktadır¹³⁵.

1. Taksitle Satış ve Tüketici Kredilerine İlişkin Kamuya Yapılan İlanlarda Eksik Açıklamalar Yapmak, Eksik veya Yanlış Bilgi İçeren Sözleşme Formülleri Kullanmak

TTK m. 55/I, a-10-11 ve 12. alt bentlere göre; “Taksitle satım sözleşmelerine veya buna benzer hukuki işlemlere ilişkin kamuya yapılan ilanlarda unvanını açıkça belirtmemek, peşin veya toplam satış fiyatını veya taksitle satımdan kaynaklanan ek maliyeti Türk Lirası ve yıllık oranlar üzerinden belirtmemek, Tüketici kredilerine ilişkin kamuya yapılan ilanlarda unvanını açıkça belirtmemek veya kredilerin net tutarlarına, toplam giderlerine, efektif yıllık faizlerine ilişkin açık beyanlarda bulunmamak, İşletmesine ilişkin faaliyetleri çerçevesinde, taksitle satım veya tüketici kredisi sözleşmeleri sunan veya akdeden ve bu bağlamda sözleşmenin konusu, fiyatı, ödeme şartları, sözleşme süresi, müşterinin cayma veya fesih hakkına veya kalan borcu vadeden önce ödeme hakkına ilişkin eksik veya yanlış bilgiler içeren sözleşme formülleri kullanmak” haksız rekabet teşkil etmektedir.

Söz konusu hükümlerde tüketicinin kredi sözleşmesi, taksitli satış veya benzeri satış şartlarında, kullanılan belirsiz, yanıltıcı, aldatıcı ve kandırıcı ifadelerden korunması amaçlanmaktadır¹³⁶.

2. Sözleşmeyi İhlale veya Sona Erdirmeye Yönelmek

TTK m. 55/I, b’de yer alan düzenleme ile Kanun koyucu söz konusu haksız rekabet hali için örnek olarak dört davranış sıralamıştır.

¹³⁴ NOMER ERTAN, **a.g.e.**, s.253-254, DİNÇ, **a.g.e.**, s.73.

¹³⁵ Bkz. TTK m. 55/I, a-9 Gerekeçe.

¹³⁶ Bkz. TTK m. 55/I, a-10-11-12 Gerekeçe.

İlk olarak, sözleşmeye taraf olmayan bir kişinin, kendisi veya üçüncü kişinin menfaati için¹³⁷, müşteriyi tarafı olduğu sözleşme yükümlülüklerine aykırı davranmaya yöneltmesi ile müşterinin sözleşmeye dair yükümlülüklerine aykırı davranması halinde haksız rekabet meydana gelmektedir¹³⁸. Burada çoğunlukla müşteriyi kendisi veya üçüncü kişi ile sözleşme yapması amacıyla, müşterinin taraf olduğu var olan sözleşmeyi ihlale yöneltmekten bahsedilmektedir.

İkinci olarak, kendisi veya başkasına çıkar sağlamak amacıyla, üçüncü kişilerin işçisi, vekili ve diğer yardımcı şahsına, hak etmemiş oldukları veya yöneltilen kişinin görevlerinin ifasında yükümlülüklerine aykırı davranmaya yöneltebilecek nitelikte menfaat sağlanması veya önerilmesi haksız rekabet hali olarak düzenlenmiştir¹³⁹.

Üçüncü olarak, bir kişinin işçileri, vekilleri veya diğer yardımcı kişileri, işverenlerinin veya müvekkillerinin üretim ve iş sırlarını ifşa etmeye veya ele geçirmeye yöneltmek haksız rekabet olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁴⁰.

Dördüncü olarak ise, kişinin müşteri ile bizzat sözleşme yapma amacıyla kendisinin tarafı olmadığı taksitle satış, peşin satış veya tüketici kredisi sözleşmesinin, alıcı veya kredi alan tüketicisini sözleşmeyi sona erdirmeye yöneltmesi ve bunun sonucunda sözleşmenin sona ermiş olması halinde haksız rekabetin varlığı kabul edilmektedir¹⁴¹.

3. Başkalarının İş Ürünlerinden Yetkisiz Yararlanma

TTK m. 55/I, c'de haksız rekabet hallerinden biri olan başkalarının iş ürünlerinden¹⁴² yetkisiz olarak yararlanma üç örnek ile sıralanmıştır.

İlk olarak kişinin kendisine emanet edilmiş teklif, hesap veya plan gibi iş ürününden yetkisiz olarak yararlanması, ikinci halde ise üçüncü kişilere ait teklif, hesap veya plan gibi bir iş ürününden, bunların kendisine yetkisiz olarak tevdi edilmiş veya sağlanmış olduğunun bilinmesi gerektiği halde yararlanması, üçüncü olarak ise kendisinin uygun bir katkısı olmaksızın başkasına ait pazarlanmaya hazır

¹³⁷ NOMER ERTAN, **a.g.e.**, s.292.

¹³⁸ NOMER ERTAN, **a.g.e.**, s.288, POROY/ YASAMAN, **a.g.e.**, s. 340.

¹³⁹ NOMER ERTAN, **a.g.e.**, s.293.

¹⁴⁰ NOMER ERTAN, **a.g.e.**, s.297.

¹⁴¹ NOMER ERTAN, **a.g.e.**, s.303.

¹⁴² NOMER ERTAN (ÜLGEN, **Ticari İşletme Hukuku**), s. 594.

çalışma ürünlerini teknik çoğaltma yöntemleriyle devralıp ondan yararlanması haksız rekabet teşkil etmektedir. Söz konusu maddede yer alan yararlanma fiilinden kastedilen elbette ticari amaçlarla yararlanmadır¹⁴³.

4. Üretim ve İş Sırlarını Hukuka Aykırı Olarak İfşa Etmek

TTK m. 55/I, d'ye göre üretim ve iş sırlarını hukuka aykırı olarak ifşa etmek haksız rekabettir. Burada önemle belirtmek gerekir ki, sırrı açıklayan kişinin yarar elde etmiş, kusurlu veya ilgili işletmenin çalışanı olması haksız rekabetin var olması için şart değildir¹⁴⁴. Söz konusu ifşa edilen bilgilerin ve sırların hukuka aykırı olarak ifşa edilmesi yeterli olup, ne şekilde elde edildikleri bir fark yaratmamaktadır¹⁴⁵.

Özellikle TTK 'da yer alan ifadesi ile; gizlice ve izinsiz olarak ele geçirdiği veya başkaca hukuka aykırı bir şekilde öğrendiği bilgileri ve üretenin iş sırlarını değerlendiren¹⁴⁶ veya başkalarına bildiren dürüstlüğe aykırı davranmış olur. Teknik bilgi veya iş sırlarını öğrenen bir çalışan işçinin söz konusu bilgileri internette veya sosyal medyada paylaşması haksız rekabet oluşturur¹⁴⁷.

5. İş Şartlarına Uymamak

Bir meslek dalının uygulanması için koyulan yasal düzenlemelere veya ilgili alanda olağan karşılanan iş hayatına ilişkin şartlara uyulmaması haksız rekabet hali olarak düzenlenmiştir¹⁴⁸. Burada korunması amaçlanan; kanun veya sözleşme kurallarında yer alan iş şartlarına¹⁴⁹ uyulmaması suretiyle rakiplerden daha avantajlı duruma geçilmesidir¹⁵⁰.

6. Dürüstlük Kuralına Aykırı Genel İşlem Şartları Kullanmak

TTK m. 55/I, f'de dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanılan genel işlem şartlarının kullanılması haksız rekabet olarak sayılmış olup, özellikle dürüstlüğe aykırı davranışları örnekleyerek; yanıltıcı olarak diğer taraf aleyhine doğrudan veya

¹⁴³ NOMER ERTAN, **a.g.e.**, s.317.

¹⁴⁴ NOMER ERTAN (ÜLGEN, **Ticari İşletme Hukuku**), s.596, NOMER ERTAN, **a.g.e.**, s.330.

¹⁴⁵ NOMER ERTAN, **a.g.e.**, s.331.

¹⁴⁶ NOMER ERTAN, **a.g.e.**, s.335, "Sırrın değerlendirilmesi, sır teşkil eden bilginin gizlice veya izinsiz ele geçiren kimse tarafından bizzat ticari amaçlı kullanılmasıdır."

¹⁴⁷ NOMER ERTAN (ÜLGEN, **Ticari İşletme Hukuku**), s.597.

¹⁴⁸ KARAHAN, **a.g.e.**, s.236.

¹⁴⁹ İş şartı tanımını ve açıklamaları için bkz. NOMER ERTAN (ÜLGEN, **Ticari İşletme Hukuku**), s.597, Yargıtay 11. HD. 2017/3603 E. 2019/358 K. 15.1.2019 tarihli kararı (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr (Erişim tarihi 15.12.2020)

¹⁵⁰ POROY/ YASAMAN, **a.g.e.**, s. 343.

yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan veya sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananların bu eylemlerinin haksız rekabet teşkil edeceği sıralanmıştır.

İKİNCİ BÖLÜM

İNTERNET REKLAMLARI VE HAKSIZ REKABET

A. Reklam

1. Kavram ve Amaç

Ticaret hayatında gün geçtikçe piyasaya yepyeni ürün ve hizmetler sunulmaktadır. Üretimin her alanda artması ürün çeşitliliğini de beraberinde getirmektedir. Elbette ürün çeşidinin fazlaşması aynı pazarda hareket eden üretici firmaları rakip konumuna getirmekte dolayısıyla piyasada rekabetin ilerlemesi ve buna ek olarak firmaların rakiplerinin önüne geçme isteği reklam ihtiyacını doğurmaktadır. Tüketicinin ürün ve hizmet çeşitliliği ihtiyacı rekabeti artıran sebeplerdendir.

Ürün ve hizmet çeşitliliği ve arzın artması beraberinde pazarlama teknikleri ve satış yöntemlerinin de çeşitlenmesini beraberinde getirmiştir. Rekabetçi pazar alanında yer edinmek, ürün ve hizmetlerine olan talebi artırmak isteyen işletmeler şüphesiz pazarlama ve pazarlama iletişimi faaliyetlerine başvurmaktadırlar¹⁵¹. Reklamcılık, ürün ve hizmet tanıtımı ile satışlarının artırılmasını hedefleyen bir faaliyettir¹⁵². Şirketlerin ürün ve hizmetlerini tüketicilere tanıtmak ve hedef kitleye anlatmak için kullandığı en etkili yollardan biri olan reklam, rakipleri ile mücadele etmek zorunda olan girişimcilerin rekabet ortamındaki en önemli silahlarından biridir¹⁵³. Bunun yanı sıra, satın almak için milyonlarca seçeneği olan tüketicilerin de doğru kanallar yolu ile dürüstçe hazırlanmış pazarlama iletişimine ihtiyacı olduğu kaçınılmaz bir gerçektir. Reklamlar rekabeti canlandırdığı gibi medya kuruluşlarına mali kaynak sağlamaktadır. Mühim olan husus tüketicilerin aldatılmasının önüne geçilerek serbest piyasanın, rakiplerin ve rekabetin korunması olduğundan dolayı

¹⁵¹ OKAN, a.g.e., s.37.

¹⁵² GÖLE, a.g.e., s.34.

¹⁵³ TARMAN, a.g.e., s.152.

reklam serbestliğinin esas olmasının yanı sıra reklamların kontrol edilmesi, tüketicilerin ekonomik davranış iradelerinin yanlış veya yanıltıcı bilgilerden korunması oldukça önemlidir¹⁵⁴.

Reklamın amacı reklam konusunun tanıtımı olmakla birlikte, kamuoyunda bilinirlik sağlamak olduğu gibi toplum nezdinde söz konusu mal veya hizmete ilişkin bir fikir oluşmasının amaçlandığı gözlenmektedir¹⁵⁵. Tüketici ve üretici arasındaki köprü vazifesini gören reklam üreticilerin ürünlerini tüketicilere tanıtmalarını ve onları bilgilendirerek doğru tercih yapmalarını sağlamayı amaçlayan tanıtım faaliyeti olarak karşımıza çıkar¹⁵⁶. Dolayısıyla mevzuat düzenlemelerinden yola çıkarak; çeşitli vasıtalar ile ürünlerin, malların, işlerin, fikrin, hizmetlerin tanıtımının ve sürümünün arttırılmasını hedefleyen¹⁵⁷ kitle iletişim araçları kullanılarak belirli bir tüketici kitlesini istenilen doğrultuda davranışa yönelten¹⁵⁸ faaliyetler reklam olarak tanımlanabilir¹⁵⁹. Bunun ötesinde reklamın özelliklerinin sıralanması daha açık anlaşılmasını sağlayacaktır: (i) Reklam bir kitle iletişimidir. (ii) Reklamı yapan kişi, kurum ve kuruluş bellidir. (iii) Reklam, pazarlama iletişimi içerisinde yer alır. (iv) Reklam, belirli bir ücret karşılığında yapılır. (v) Reklam, reklam verenden tüketiciye (hedef kitleye doğru) bir iletiler bütünüdür. (vi) Reklam ile tüketici bilgilendirilmeye

¹⁵⁴ TARMAN, **a.g.e.**, s.153, Emrehan İNAL/ Başak BAYSAL, **Reklam Hukuku ve Uygulaması**, İstanbul 2008, s. 1.

¹⁵⁵ GÖLE, **a.g.e.**, s.43.

¹⁵⁶ Numan TEKELİOĞLU, “Reklamın ve Reklam Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği”, Hakemli Makale, **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 8, Sayı 1, Yıl 2018, Isparta, s.3.

¹⁵⁷ İNAL/ BAYSAL, **a.g.e.**, s.7 “Bir malın veya hizmetin sürümünü artırma gayesi olmaksızın, manevi bir menfaat sağlamak, bir düşünceyi, inancı yaymak ya da bir hayır kuruluşuna fayda sağlamak gibi amaçlarla yapılan reklamlar, “ticari reklam” kavramına girmezler.” Örneğin Twitter isimli sosyal medya paylaşım platformu 2019 yılında yayınladığı reklam politikası ile siyasi reklamları yasaklayacağını bildirmiştir. Böylece Twitter sivilin katılımı, ekonomi, çevre, sosyal eşitlik gibi paylaşımları serbest bırakmasına karşılık bu konulara ilişkin belirli bir siyasi düşünceyi, yargıyı, yasal düzenlemeyi içererek savunan reklamların herhangi bir internet reklamı yolu ile kendisine ait platformda yayınlanmasını engelleyecektir. (Çevrimiçi) <https://business.twitter.com/en/help/ads-policies/introduction-to-twitter-ads/twitter-ads-policies.html> (Erişim Tarihi 03.02.2020)

¹⁵⁸ İNAL/ BAYSAL, **a.g.e.**, s.7 “Reklam yapma iradesinin varlığı unsuru örtülü reklamların saptanmasında önemli rol oynamaktadır.”

¹⁵⁹ TARMAN, **a.g.e.**, s.153, OKAN, **a.g.e.**, s.39, “Reklam, kişisel olmayan bir satış çabası, bir pazarlama iletişimi yöntemidir. Reklamda, reklam yapanın kimliği açıkça belli olmalıdır ve yapılan reklam için, reklamı taşıyan ya da yayımlayan araca para ödenmelidir.”

ve ikna edilme iradesi öndedir. (vii) Reklam mesajlarında mallar, hizmetler, vaatler, ödüller ve sorunlara çözüm vardır¹⁶⁰.

Böylelikle reklamların bir vasıta aracılığı ile çeşitli mecralarda oluşturulduğunu, söz konusu vasıtanın niteliğine göre çeşitlenen şekillerde beyanlar ile hedeflediği kitleye ulaştığını görmekteyiz¹⁶¹.

Reklamın, tanıtım, diğer bir deyişle reklamı yapılan ürüne ilişkin açık, ilginç, inandırıcı ifadelerle sahip olmasının asıl nedeni ticari olup, reklam ile ürün veya hizmetin tercih edilebilirliği artırılmak istenmekte ve tanıtımı yapılan markaya yönelik olumlu tutum yaratma ve satın alma yönünde harekete geçirmeyi amaçlamaktadır¹⁶². Tanıtım, ticaret ve reklam yapma iradesinin bulunması olmak üzere üç ana unsurun bir arada bulunarak reklamı oluşturduğunu söyleyebiliriz¹⁶³. İnternet aracılığı ile yapılabilen reklamların tümünde gerek trafik sağlamak gerek sayfada rakiplerinden öne geçirmek örnekleriyle bu unsuru açıkça görmekteyiz.

2. Hukuki Nitelik ve Mevzuat

Reklam, reklamı yapılan ile tüketici veya müşteriler arasında bir hukuki işlemin yapılmasına sebep olacağından ötürü hukuki niteliğinin incelenmesi ve hukuka uygunluk denetiminin¹⁶⁴ yapılması gerekmektedir. Burada tartışılması gereken reklamın bir sözleşme çağrısı, hukuki açıdan tek taraflı bir irade açıklaması olması dolayısıyla bir öneri veya öneriye davet olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğidir. BK'da yer aldığı üzere açıklanan iradenin sözleşmenin esaslı unsurlarını içermesi ve ciddi olması halinde “öneri” olarak nitelendirilebileceği sebebiyle, reklam bir sözleşmenin kurulması için gerekli tüm esaslı unsurları içeriyor, ödenecek bedeli açıkça ortaya koyuyor, ciddi ve sözleşmenin yapılabilmesi

¹⁶⁰ OKAN, a.g.e., s.40.

¹⁶¹ Celal GÖLE, “Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklâmlara Karşı Tüketicinin Korunması,” Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Ankara 1983, s. 37–38. Soner KENAROĞLU, “Haksız Rekabet Hukuku’nda Karşılaştırmalı Reklâm” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2008, s.3.

¹⁶² Dilek ŞAHİNCİ, *İnternette Aldatıcı Reklam ve Reklamverenlerin Sorumluluğu*, Ankara 2011, s.21, Eser RÜZGAR, *Marka Hakkının İnternet Reklamcılığı Yoluyla İhlali ve Sorumluluk Rejimi*, İstanbul Haziran 2013, s.6.

¹⁶³ RÜZGAR, a.g.e., s. 7.

¹⁶⁴ İNAL/ BAYSAL, a.g.e., s.11 “Mevzuattaki düzenlemelerin çeşitliliğine paralel olarak, reklamların hukuka uygunluk denetiminde de genel mahkemelerde açılan (başta haksız rekabet davaları olmak üzere) özel hukuk davaları, öz denetim ve idari denetim gibi çeşitli yöntemler bulunmaktadır.”

için karşı tarafın kabulü yeterli ise bu takdirde öneri olarak nitelendirilebilir¹⁶⁵. Buna karşılık reklamlarda genellikle kullanılan aşırı abartılı ifadeler yer verilir, reklamı yapan işletme satıcı olmayıp üretici veya genel dağıtıcı ise, diğer bir deyişle reklamı yapan sözleşmenin asıl tarafını oluşturmayacak ise reklamın öneriye davet olarak nitelendirilebileceğini söylemeliyiz¹⁶⁶. Hatta bazı hallerde eğer reklam içeriğinde bir sonucun gerçekleşmesi karşılığında ödül verileceği yer almış ise bu reklamın ilan suretiyle vaat olarak nitelendirilmesi de mümkündür¹⁶⁷. Dolayısıyla bir reklamın hukuki niteliğinin saptanabilmesi için içeriğinin incelenmesi en doğru yöntem olacaktır.

Reklama ilişkin hukuki düzenlemeler tek bir kanunda toplanmamıştır. Öncelikle reklamın tanımına yer verilmese de TTK m. 55'te reklamın haksız rekabet ile olan ilişkisine değinilerek bu husus hüküm altına alınmıştır. Hukukumuzda tekdüze bir şekilde olmasa da birçok yasal düzenlemede reklamın tanımına yer verildiğini görüyoruz. Bunlardan bazıları uygulanma yerine göre; TKHK¹⁶⁸ m. 61/1, Basın İlan Kurumu Teşkiline Dair Kanun¹⁶⁹ m.40/2, Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun¹⁷⁰ m.3/ş, Yayın Hizmeti Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik¹⁷¹ m. 4/u, TRHTUY¹⁷² m. 4/n, Reklam Kurulu Yönetmeliği¹⁷³ m.3/1 reklam ile ilgili birtakım tanımlamalar içeren mevzuat düzenlemeleridir.

¹⁶⁵ OKAN, a.g.e, s.41-42.

¹⁶⁶ OKAN, a.g.e, s.41.

¹⁶⁷ OKAN, a.g.e, s.41.

¹⁶⁸ TKHK, m. 61/1: "Ticari reklam, ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı olarak; bir mal veya hizmetin satışını ya da kiralanmasını sağlamak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla reklam verenler tarafından herhangi bir mecrada yazılı, görsel, işitsel ve benzeri yollarla gerçekleştirilen pazarlama iletişimi niteliğindeki duyurulardır." şeklinde tanımlanmıştır.

¹⁶⁹ BİTKDK, m. 40/2: "Satışı artırmak gibi ticari gayelerle veya bir şeye veya bir fikre rağbet sağlamak gibi maddi veya manevi bir menfaat temini maksadiyle gazete ve dergilerde yazı, resim veya çizgilerle yapılan ilanlar, reklam sayılır." şeklinde tanımlanmıştır.

¹⁷⁰ RTKYHHK, m. 3/ş: "Taşınmazlar, hak ve yükümlülükler dâhil olmak üzere mal veya hizmetlerin teminini teşvik etmek, bir amaç veya düşünceyi yaymak veya başka etkileri oluşturmak amacıyla ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı gerçek ve tüzel kişi tarafından, bir ücret veya benzeri bir karşılıkla yapılan her türlü duyuru veya öz tanıtım yayını ifade eder" şeklinde tanımlanmıştır.

¹⁷¹ YHUEHY m. 4/u: "Radyo ve televizyon reklamı: Taşınmazlar, hak ve yükümlülükler dâhil olmak üzere mal veya hizmetlerin teminini teşvik etmek, bir amaç veya düşünceyi yaymak veya başka etkileri oluşturmak amacıyla ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı gerçek ve tüzel kişi tarafından, bir ücret veya benzeri bir karşılıkla yapılan her türlü duyuru veya öz tanıtım yayını ifade eder." Şeklinde tanımlanmıştır.

¹⁷² TRHTUY, m. 4/n: "Ticari reklam: Ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı olarak, bir mal veya hizmetin satışını ya da kiralanmasını sağlamak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla reklam verenler tarafından herhangi bir mecrada yazılı, görsel, işitsel ve benzeri

TKHK'nın 61. Maddesinde ticari reklamların Reklam Kurulu tarafından belirlenmiş olan ilkelere, genel ahlaka¹⁷⁴, kamu düzenine, kişilik haklarına uygun, doğru ve dürüst olmaları esas kılınmıştır. TRHTUY ve Reklam Kurulu Yönetmeliğinde yer alan tanımlar da bu doğrultuda olup yeknesaklık sağlamıştır. Reklamın çerçevesi yine aynı maddenin 3. Fıkrasında, tüketiciyi aldatıcı veya onun tecrübe ve bilgi noksanlıklarını istismar edici, can ve mal güvenliğini tehlikeye düşürücü, şiddet hareketlerini ve suç işlemeyi özendirici, kamu sağlığını bozucu, hastaları, yaşlıları, çocukları ve engellileri istismar edici ticari reklam yapılamayacağı şeklinde hüküm altına alınmaktadır. Daha da ileri gidilerek söz konusu maddenin 4. Fıkrası ile reklam olduğu açıkça belirtilmeksizin yazı, haber, yayın ve programlarda, mal veya hizmetlere ilişkin isim, marka, logo veya diğer ayırt edici şekil veya ifadelerle ticari unvan veya işletme adlarının reklam yapmak amacıyla yer alması ve tanıtıcı mahiyette sunulması örtülü reklam olarak kabul edilmekte olup her türlü iletişim aracında sesli, yazılı ve görsel olarak örtülü reklam yapılması yasaklanmaktadır.

Reklamlar tüketicileri tanıtılan ürün veya hizmeti satın almaya yönlendirmesi açısından sözleşme öncesi sorumluluğa sebep olabilecek bir irade beyanı olarak değerlendirilebilmekte dolayısıyla icap¹⁷⁵ veya icaba davet¹⁷⁶ olarak nitelendirilebilmektedir¹⁷⁷. Sözleşmenin kurulması için olması gereken icap ve kabul şeklindeki iki unsurdan öncelikli olan ve kurulması istenen sözleşmeye dair tüm önemli esasları içerdiği gibi sözleşme ile bağlanma iradesini de taşıyan irade beyanı

yollarla gerçekleştirilen pazarlama iletişimi niteliğindeki duyuruları ifade eder.” şeklinde tanımlanmıştır.

¹⁷³ Reklam Kurulu Yönetmeliği, m. 3/1: “Ticari reklam: Ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı olarak; bir mal veya hizmetin satışını ya da kiralanmasını sağlamak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla reklam verenler tarafından herhangi bir mecrada yazılı, görsel, işitsel ve benzeri yollarla gerçekleştirilen pazarlama iletişimi niteliğindeki duyuruları ifade eder.” şeklinde tanımlanmıştır.

¹⁷⁴ İNAL/ BAYSAL, **a.g.e.**, s.20 “Ahlaka uygunluğun ölçüsü, içinde bulunulan zamana göre, aydın, vicdanlı, normal zekaya sahip, dürüst aklı başında kişilerin ahlak anlayışı esas alınarak belirlenmelidir.”

¹⁷⁵ Kemal OĞUZMAN, Turgut ÖZ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2020, s.45. “İcap, bir sözleşme kurulması için gerekli bütün unsurları içinde barındıran ve muhatabına yönelmiş bir irade beyanı olarak tanımlanabilir.”

¹⁷⁶ Fikret EREN, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2020, s. 222. “İcaba davet, irade beyanı yöneltlen kişinin bir sözleşme müzakeresine çağırılması olarak tanımlanabilir. Bu beyanın icaptan farkı kabul ile sözleşmenin kurulamamasıdır.”

¹⁷⁷ GÖLE, **a.g.e.**, s.43-44.

icap olarak kabul edilmektedir¹⁷⁸. Sözleşmeye dair bütün esaslı unsurların bulunması unsuru, kabul beyanı ile sözleşmenin kurulması sağlanacağından ötürü önemlidir. İcabın genele yönelik olma özelliği ile reklamın kitlelere hitap etme özelliği birbiriyle bağdaşmaktadır. Bu doğrultuda reklamın icap olarak nitelendirilebilmesi imkân dahilindedir.

Özellikle elektronik ticaret sitelerinde yer alan ürün reklamlarının güvenli bir alışveriş ortamı yaratmak suretiyle bağlandıkları linkler aracılığı ile satışa sunulmaları sözleşmenin kurulması için tüm unsurların bulunduğunu göstermekte olduğundan ötürü icap niteliğinde olduğu söylenebilecektir¹⁷⁹.

Bazı hallerde irade beyanı muhatabın sözleşmeye davet edilmesi amacıyla sunulmakta sözleşmenin esaslı unsurlarını içermese dahi veya içerse bile sözleşme ile bağlanma iradesi içermemekte olup bu takdirde icaba davetten bahsedilecektir¹⁸⁰.

Her reklamın kendi içerisinde somut olayın özelliklerine göre nitelendirilmesi gerektiği diğer bir deyişle reklamın içeriğindeki vaadin niteliği doğrultusunda bir sonuca varmak gerektiği kanaatindeyiz. Zira bazı reklamlar sadece kitlelere ürün veya hizmet tanıtımı yapmak amacıyla yapılmakta ve sözleşmenin kurulmasına dair esaslı unsurları içermeyeceğinden ötürü icaba davet olarak kabul edilebileceği gibi bazı reklamlar ise icap olarak kabul edilebilir.

Her türlü halde muhataplar arasında sözleşme kurulma aşamasından önceki müzakere safhası reklam ile birlikte başlamakta olduğundan dolayı bu aşamada culpa in contrahendo sorumluluğu ile birlikte taraflar birbirlerine karşı dürüst davranmakla yükümlüdürler¹⁸¹. Bu husus TKHK m.61/3¹⁸² hükmü ile aynı doğrultudadır.

Nihayet geniş kitlelere hitap etme özelliğinin de etkisiyle tüketiciyi yanıltıcı, aldatıcı, istismar edici reklamların haksız rekabete konu olduğu uygulamada sıklıkla karşılaşılan durumlardandır.

¹⁷⁸ TEKELİOĞLU, **a.g.m.**, s.6.

¹⁷⁹ RÜZGAR, **a.g.e.**, s.7, TEKELİOĞLU, **a.g.m.**, s.7.

¹⁸⁰ GÖLE, **a.g.e.**, s.45, TEKELİOĞLU, **a.g.m.**, s.7.

¹⁸¹ TEKELİOĞLU, **a.g.m.**, s.12, Cem BAYGIN, “Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması”, **Atatürk Üniversitesi Erzurum Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.IV, Sayı.1-2, 2000, s.346. (Çevrimiçi) http://hukukdergi.erkincan.edu.tr/wp-content/uploads/2015/10/2000_1_18.pdf (Erişim Tarihi 26.07.2020)

¹⁸² TKHK m. 61/3: “Tüketiciyi aldatıcı veya onun tecrübe ve bilgi noksanlıklarını istismar edici, can ve mal güvenliğini tehlikeye düşürücü, şiddet hareketlerini ve suç işlemeyi özendirici, kamu sağlığını bozucu, hastaları, yaşlıları, çocukları ve engellileri istismar edici ticari reklam yapılamaz.”

3. Genel Olarak Reklam Türleri

Reklamlara ayrılan bütçenin fazlalaşması ve teknolojinin paralel gelişimi ile birlikte reklamlara çok çeşitli alanlarda rastlanmaktadır. İnternet reklamlarına geçmeden önce, reklamların hangi şekillerde ve hangi mecralarda karşımıza çıktığı hususunun incelenmesinde fayda görmekteyiz. Böylece reklamların amacı, karakteristik yapısı ve tipik özellikleri daha kolay anlaşılacak ve internet reklamları ile benzer ve farklı yönleri izlenebilecektir.

Çeşitli yazılı, görsel materyaller aracılığı ile yaratılan ve sunulan reklamlar televizyon, gazete, dergi gibi farklı iletişim mecralarında belirli bir insan kitlesine ulaşmak amacıyla karşımıza çıkar. Bunlar klasik, doğrudan hedef kitleye yönelik olan, yazılı reklamlar, görsel, televizyon reklamları, hedef kitleye gönderilen reklamlar, ağ reklamları¹⁸³ olarak adlandırabileceğimiz geleneksel reklam yöntemleridir¹⁸⁴. En çok tercih edilen ve en eski yöntemlerden biri olan yazılı reklamlar gazete veya dergilerde, tanıtımı yapılan ürün veya hizmet ile ilgilenen hedef kitleye yönelik olmak üzere yazı, resim, grafik, tablo gibi görsel yollarla mesajını ulaştırır¹⁸⁵. Reklamın iletmek istediği mesajın doğru hedef kitleye ulaşması önemlidir. Zira hedef kitleye ulaşabilmenin tek yolu doğru reklam aracının seçilmesi yani tüketici ile ürün veya hizmetin doğru buluşma noktasıdır¹⁸⁶. Reklamın amacı şeklini ve içeriğini etkileyeceği gibi, reklamın hedefinin gerçekleştirilebilmesi için hedef kitleye ait cins, yaş, gelir gibi dogmatik; beğeni, zevk, davranış gibi psikolojik bilgilerin, hedef kitlenin ihtiyaçları, inançları gibi daha birçok kişisel verinin elde edilmesi ile reklamın başarılı olma şansı yükselecektir¹⁸⁷. Burada ise ileride detaylarına değineceğimiz¹⁸⁸ internet reklam türlerinin, verileri toplayarak doğru hedef kitleye ulaşmayı sağlaması önem kazanacaktır. Zira günümüzde kişisel verilerin ve “big data” olarak adlandırılan “büyük veri” kaynağının çokça tartışılmasının sebeplerinden birisi de pazarlama alanında etkisinin oldukça büyük

¹⁸³ OKAN, **a.g.e.**, s.45, “Bu açıdan baktığımızda başlıca ağ reklamlarının şu şekilde kategorize edebiliriz: reklam verenin markasını içeren bir web sitesi oluşturmak, reklam bantları (banner); çerçeveler (frame), bir web sitesine bağlantı vermek (link), anahtar sözcük reklamları (keyword advertising), yönlendirici kodlar ve elektronik postalar göndermek (özellikle spam).”

¹⁸⁴ OKAN, **a.g.e.**, s.42-43.

¹⁸⁵ OKAN, **a.g.e.**, s.43.

¹⁸⁶ ŞAHİNCİ, **a.g.e.**, s. 23.

¹⁸⁷ OKAN, **a.g.e.**, s.43.

¹⁸⁸ Bkz. sayfa 37 vd.

oluşudur. Aynı zamanda Türkiye'deki işletmelerin %94,9'u internet erişimine sahip olup¹⁸⁹ %96,7'si bilgisayar kullanmakta ve sadece %66,6'i kendisine ait bir internet sitesine sahiptir¹⁹⁰.

Reklamların hedef kitleye ulaşmasında rol oynayan mecralardan biri olan televizyon reklamlarının internetteki reklamlar ile benzer bir yönü bulunmaktadır. Televizyonda artarda yayınlanan reklamlardan izlenilen kanal değiştirilerek uzaklaşılabildiği gibi, bu durum internet reklamlarında söz konusu reklam henüz yüklenme aşamasında veya yüklenmiş olup birkaç saniye içerisinde tıklanma ile hatta reklamların çokça yer aldığı internet sitelerini ziyaret etmeyerek kaçınılması mümkün olmaktadır¹⁹¹. Bazı reklamlar ise belirli bir hedef kitleye yönelik olarak gönderilen yazılı broşür, katalog olarak karşımıza çıkabileceği gibi bu yol büyük veriler yoluyla edinilen bilgilerden yola çıkılarak hangi sözcüğün veya kelime grubunun ne kadar sıklıkla ve sayfanın neresinde karşılaşıldığına göre hedef kitlesini belirleyen algoritmaları¹⁹² kullanarak elde edilen internet reklamlarıyla daha işlevsel hale gelmiştir. Ancak elbette çevrimiçi reklamcılığın ana unsuru olan hedef tüketici kitlesi yaklaşımından kaynaklanan büyük verilerin toplanması beraberinde gizlilik endişelerini doğurmaktadır¹⁹³. Kişisel verilerin kişilerin rızaları alınmadan veya rızalarına aykırı bir şekilde işlenmesi, paylaşılması dürüstlük kuralına aykırı olup, bunun internet üzerinden yapılması özellikle sosyal medya platformlarında çevrimiçi

¹⁸⁹ TÜİK Girişimlerde Bilişim Teknolojileri Kullanım Araştırması, 2019 “Araştırma sonuçlarına göre 10 ve daha fazla çalışanı olan girişimlerin İnternete erişim oranı 2019 yılında %94,9 oldu. Bu oran 2018 yılında %95,3 idi. İnternete erişim oranı çalışan sayısı büyüklük gruplarına göre incelendiğinde 10-49 çalışanı olan girişimlerde %94,1, 50-249 çalışanı olan girişimlerde %98,7 ve 250 ve üzeri çalışanı olan girişimlerde ise %99,7 oldu. Bilgisayar kullanım oranı ise 10 ve daha fazla çalışanı olan girişimler için 2019 yılında %96,7 iken 2018 yılında %97 idi.” (Çevrimiçi) <http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=30573> (Erişim Tarihi 04.03.2020)

¹⁹⁰ TÜİK Girişimlerde Bilişim Teknolojileri Kullanım Araştırması, 2019 “Girişimlerin web sitesine (sosyal medya hesapları da dahil) sahiplik oranı 2019 yılında %66,6 oldu. Bu oran, bir önceki yıl %66,1 idi. Web sitesi sahiplik oranı %90,4 ile en yüksek 250 ve üzeri çalışanı olan girişimlerde iken, bunu %78,2 ile 50-249 çalışanı olan girişimler ve %63,9 ile 10-49 çalışanı olan girişimler takip etti.” (Çevrimiçi) <http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=30573> (Erişim Tarihi 04.03.2020)

¹⁹¹ OKAN, a.g.e, s.44.

¹⁹² CLARK, a.g.m., 1336.

¹⁹³ Çerezlerin kişisel verileri toplamasının Federal yasaları ihlal etmesine dair karar için bkz. In Re Doubleclick Inc. Privacy Litigation, No. 00 CIV 0641 NRB. United States District Court, S.D. New York. March 28, 2001, (Çevrimiçi) <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/154/497/2429654/> (Erişim Tarihi 27.12.2020) Gönenç GÜRKAYNAK, İlay YILMAZ, Burak YEŞİLALTAY, Legal Boundaries of Online Advertising, **Journal of International Commercial Law and Technology**, Vol.9, Issue 3, July 2014, s.183. (Çevrimiçi) <https://media.neliti.com/media/publications/28645-EN-legal-boundaries-of-online-advertising.pdf> (Erişim Tarihi 27.12.2020)

reklamcılık kapsamında uygulanması dürüstlük kuralına aykırı bir ticari uygulamadır¹⁹⁴. Böylece veri toplama ve işleme faaliyetlerinin hukuka aykırı olarak yapılması ve bunun sonucunda internet sitelerinde e-posta veya diğer şekillerde gösterilen kişiselleştirilmiş reklamlar dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eden reklamlardır¹⁹⁵.

Burada karşılaştırmalı reklamlara¹⁹⁶ değinmekte fayda görmekteyiz. TRHTUY madde 4'te tanımı verilen karşılaştırmalı reklamın aynı Yönetmeliğin 8. Maddesinde hangi şartlarda yapılabileceği tayin edilmiştir. Bir firmanın rakibinin ürün, hizmet veya şahsıyla direkt veya dolaylı yoldan bağlantı kurularak, kendi ürün ve hizmetlerinin rakibinden daha üstün veya onunla aynı ayarda olduğunun vurgulandığı reklamlara karşılaştırmalı reklam denilmektedir¹⁹⁷. Karşılaştırmalı reklamın özelliği aynı niteliklerdeki ürün veya hizmetlerin karşılaştırılarak aynı tüketici grubuna yöneltilmesi olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁹⁸. Bu durum bir yönden piyasada şeffaflığı sağlayacağı yönüyle olumludur¹⁹⁹. Diğer yandan ürün veya hizmetin sadece tek yönlü tanıtılarak objektiflikten uzaklaşılması açısından olumsuz olabilecektir²⁰⁰.

Karşılaştırmalı reklam ancak “aldatıcı ve yanıltıcı olmaması, haksız rekabete yol açmaması, karşılaştırılan mal veya hizmetlerin aynı nitelikte olması ve aynı istek ya da ihtiyaca cevap vermesi, tüketiciye fayda sağlayacak bir hususun karşılaştırılması, karşılaştırılan mal veya hizmetlerin, fiyatı da dahil, bir ya da daha fazla maddi, esaslı, doğrulanabilir ve tipik özelliğinin objektif olarak karşılaştırılması, nesnel, ölçülebilir, sayısal verilere dayanan iddiaların; bilimsel test, rapor veya belgelerle ispatlanması, rakiplerin fikri ve sınai mülkiyet haklarını, ticaret unvanını, işletme adını, diğer ayırt edici işaretlerini, mallarını, hizmetlerini, faaliyetlerini veya diğer özelliklerini kötülememesi veya itibarsızlaştırmaması, menşei belirtilmiş mal veya hizmete ilişkin karşılaştırmada, mal veya hizmetlerin aynı coğrafi yerden olması, reklam

¹⁹⁴ ABBASOĞLU, a.g.e., s.93-94.

¹⁹⁵ ABBASOĞLU, a.g.e., s.93-94.

¹⁹⁶ TRHTUY m.4/1-(ğ) “Karşılaştırmalı reklam: Bir mal veya hizmetin tanıtımı esnasında, rakip mal veya hizmetlere ilişkin unsurların doğrudan veya dolaylı olarak kullanıldığı reklamları ifade etmektedir.”

¹⁹⁷ GÜVEN, a.g.e., s.60.

¹⁹⁸ GÖLE, a.g.e., s.79.

¹⁹⁹ GÖLE, a.g.e., s.85.

²⁰⁰ KENAROĞLU, a.g.t., s.40.

veren ile rakibinin markası, ticaret unvanı, işletme adı veya diğer bir ayırt edici işareti ya da mal veya hizmetleri ile ilgili karışıklığa yol açmaması” koşullarıyla yapılabilir.

Dolayısıyla karşılaştırmalı reklamın aynı çeşit ve özellikteki ürünler arasında objektif yöntem kullanılarak yapılmış olması gerekmekte olup, işletmelerin kendi ürünlerinin rakip firmanın ürünü kadar iyi olduğuna dair bir reklam yapması başkasının elde ettiği başarıdan haksız olarak yararlanma teşkil edeceğinden ötürü haksız rekabet oluşturmaktadır²⁰¹.

TKHK m.61/5’e göre karşılaştırmalı reklama prensip olarak izin verildiği belirtilmiştir. Yukarıda izah ettiğimiz üzere TTK m. 55/1-a-5’e göre ise karşılaştırmalı reklam yasak değildir. Ancak söz konusu maddede karşılaştırmalı reklamın hangi hallerde haksız rekabet teşkil edeceği açıklanmıştır: “gerçeğe aykırı, yanıltıcı, rakibini gereksiz yere kötüleyici veya gereksiz yere onun tanınmışlığından yararlanacak şekilde” yapılan karşılaştırmalı reklamlar hukuka aykırıdır. Böylece sadece rakipler üzerindeki etkisi değil bunun yanı sıra tüketici ve bu yolla pazarın etkilenmesi halinde haksız rekabetin varlığı meydana gelecektir²⁰². Her türlü karşılaştırmalı reklamın haksız rekabet teşkil etmeyeceğini bu vesileyle görmekteyiz. Buna paralel olarak doktrinde de her türlü karşılaştırmalı reklamın değil, ancak aldatıcı, yanıltıcı veya haksız rekabet özelliği taşıyan karşılaştırmalı reklamların engellenmesi gerektiği üzerinde durulmuştur²⁰³.

B. İnternet Reklamları

İnternet temelde bağımsız ve özgür bir platform fikri ile ortaya çıkmıştır. Bu özgürlük aynı zamanda ücretsiz bir sistem ve faydalanma yaratmak üzere kurgulanmıştır. Her geçen gün internet kullanıcıları ve kullanıcıların dolaştıkları platformlar çoğalmaktadır. Ancak üretilen her şeyde olduğu gibi aşırı talep gören bu arzın devamının sağlanması amacıyla birilerinin ödeme yapması şarttır.

İnternet ortamındaki kazanç yollarını abonelik sistemi, elektronik alışverişe dayalı sistem ve internet reklamlarına dayalı sistem olarak sıralayabiliriz. Bu ödeme sistemi günümüzde sıkça gördüğümüz üzere reklamlar üzerinden yürütülmektedir.

²⁰¹ TEOMAN, **a.g.m.**, s. 161.

²⁰² GÜVEN, **a.g.e.**, s.66.

²⁰³ GÖLE, **a.g.e.**, s.85.

Zira internet reklamları, iletişimin neredeyse ışık hızıyla sağlandığı internet mecrasında amacını gerçekleştirme yolunda hiç zorlanmamaktadır. İnternetteki reklamlar “cost per click- tıklama başı maliyet” ve cost per mille- bin gösterim başı maliyet” yöntemleri ile pazarlanmaktadır²⁰⁴.

Ekonominin devamını sağlayan araçlardan biri olan ticaret ve bunun en önemli unsurlarından biri olan pazarlama denildiğinde aklımıza ilk ve öncelikli sırada reklam gelirken, her türlü alanımızı işgal eden internet üzerindeki reklamların önem derecesi, hızı ve etkisi her geçen gün artarak devam etmekte, buna ek olarak dijital reklam ajansları ile kendi piyasalarını oluşturmaktadır.

Çevrimiçi iletişimin internet yoluyla sağlanması elektronik postalar, anlık mesajlaşma veya görüntülü konuşmayı sağlayan uygulamalar, elektronik alışveriş siteleri, bloglar, sosyal medya siteleri ve arkadaşlık platformları gibi internet reklamlarının doğal yaşam alanları sıralanabilir²⁰⁵.

İnternette çeşitli ürünlerin satışının yapılabildiği elektronik ticaret siteleri ve ziyaret eden kullanıcıların faydasına sunulan fotoğraf, video, yazı gibi içeriklerin yer aldığı içerik kurgulu internet siteleri olmak üzere iki kategoride yer alan web siteleri bulunmaktadır²⁰⁶. Her iki kurguda da internet reklamları ile çok çeşitli olarak karşılaşmaktayız. İnternet üzerinden satışın yapıldığı platformlarda internet sitesi üzerinden yapılan bir reklam ve bu reklamın ürünün anında satışına yönelik olması olarak karşımıza iki unsur çıkmaktadır²⁰⁷. Özellikle internet yoluyla satışın amacı kullanıcıya ürün ile ilgili tüm bilgilerin verilmesi, görsel ve işitsel öğelerin sunulması ile kullanıcıyı satın almaya ikna etmektir²⁰⁸.

Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi tarafından fikri mülkiyet alanında hukuki uyuşmazlıkların karşımıza çıktığı beş farklı çevrimiçi platform, ihlal eden tarafından kontrol edilen internet sitesi, üçüncü kişilere ait pazaryeri platformu, sosyal medya²⁰⁹

²⁰⁴ Hayriye Dilara ABBASOĞLU, “Sosyal Medya Reklamcılığında Haksız Rekabet” Ankara 2021, s.22.

²⁰⁵ RÜZGAR, a.g.e., s.11.

²⁰⁶ OKAN, a.g.e., s.69.

²⁰⁷ ŞAHİNCİ, a.g.e., s.60.

²⁰⁸ ŞAHİNCİ, a.g.e., s.60.

²⁰⁹ TÜİK Girişimlerde Bilişim Teknolojileri Kullanım Araştırması, 2019 “Her iki girişimden biri sosyal medya uygulamalarını kullandı. On ve daha fazla çalışanı olan girişimlerin %49,6’sı 2019 yılında sosyal medya uygulamalarını (sosyal ağlar, bloglar ve mikro bloglar, multimedya paylaşım siteleri, wiki bazlı bilgi paylaşım siteleri gibi) kullandı. Bu oran 2017 yılında %45,7 idi. Sosyal ağlar, %94,6 ile sosyal medya uygulamalarını kullanan girişimlerin en çok tercih ettiği sosyal medya

veya internet günlüğü (blog), oyun veya sanal dünya, elektronik posta, sohbet odaları veya haber grupları ile mobil araçlar olarak sıralanmaktadır²¹⁰.

İnternet üzerinden yapılan reklamlardan elde edilen kar raporunu her sene sunan PricewaterhouseCoopers değerlendirme şirketinin ABD 2019 verilerine göre yılın ilk yarısında elde edilen kar 57.9 milyar dolar olup bir önceki seneye göre %18 artış göstermiştir²¹¹.

Başkalarına ait reklamları kendilerine ait internet sitelerinde yayınlayan kişilerin gelir kaynağı söz konusu reklamlar olup bu reklamlardan kaynaklı kazanç ise internet sitesine ve reklamın izlenmesine dair trafik durumuna yani internet sitesini ziyaret eden kullanıcı kitlesine ve bu kitlenin veriyi alması ve göndermesine göre belirlenmektedir²¹². Burada karşımıza internet kullanıcısı ile internette reklam vermek isteyen olmak üzere iki taraf çıkmaktadır. Reklam veren iş sahibinin hedefi daha az maliyet ile daha çok hedeflenen doğru kullanıcı kitlesine ulaşmaktır. Bu nedenden ötürü birden fazla şekilde ve yerleşimde internet reklamları üretilmiş ve geliştirilmeye devam etmektedir.

İnternet reklamlarının teknolojinin ilerlemesi ile doğru orantılı olarak değişkenlik gösterdiği görülmektedir. İnternet reklamlarını arama motoru kaynaklı ve gösterim kaynaklı olarak kategorize edersek; arama motoru kaynaklı olarak gruplandırılanlar arama motorunda, e-ticaret sitelerinde, sanal karşılaştırma sitelerinde bulunarak anahtar sözcükler veya yönlendirici kodlarla tetiklenmek suretiyle görünmekte, gösterim kaynaklılar ise reklam panosu veya pop-up olarak diğer sekmelerde görünmektedirler²¹³. İnternetteki bilgiler arama motoru vasıtasıyla sınıflandırılmakta ve kullanıcı erişimi bu vasıta ile sağlanmaktadır²¹⁴.

uygulaması oldu.” (Çevrimiçi) <http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=30573> (Erişim Tarihi 04.03.2020)

²¹⁰ EUIPO, “Research on Online Business Models Infringing Intellectual Property Rights – Phase 1 Establishing an overview of online business models infringing intellectual property rights”, July 2016, (Çevrimiçi) https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/observatory/resources/Research_on_Online_Business_Models_IBM/Research_on_Online_Business_Models_IBM_ex_sum_en.pdf (Erişim Tarihi 23.01.2021)

²¹¹ (Çevrimiçi) <https://www.iab.com/insights/internet-advertising-revenue-2019-half-year/> (Erişim Tarihi 04.03.2020)

²¹² OKAN, a.g.e, s.72.

²¹³ YASAMAN, a.g.t., s.234.

²¹⁴ RÜZGAR, a.g.e., s.149.

İnternet reklamlarının başlıcalarını saymak gerekirse; internet sitesi sahiplerinin kullandığı reklamlar, istenmeyen elektronik postalar, iletişimi başlatmak amacıyla verilen ilişim yani bağlantı verilerek oluşturulan reklamlar, çerçeveleme, anahtar sözcük reklamları, çoğunlukla bilgilendirme amacıyla verilen reklam bantları, pop-up reklamlar, yönlendirici kodlar, satış ortaklığı içerik sponsorluğu, çevrimiçi sosyal medya platformları veya sosyal ağ oluşturma (networking) siteleri, sanal oyunlar ve mobil uygulamalar olarak sayabiliriz.

1. TKHK ve TRHTUY Uyarınca İnternet Reklamlarının Tabi Olduğu İlkeler

İnternet reklamlarının büyük çoğunluğunun ticari reklam olarak karşımıza çıkması sebebiyle, üzerinde öncelikle durulması gereken mevzuat 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile bu Kanuna dayanılarak çıkarılmış olan TRHTUY'dir. Söz konusu Kanun ile Yönetmelik, reklamın gerçekleştiği mecraı tanımlamıştır. Buna göre mecra; reklam ve tanıtım mesajını ileten ve o mesajı alacak olan kişi, grup ya da topluluğun bulunduğu yer ve ortamı; televizyon, her türlü yazılı basın, internet, telefon, radyo, sinema gibi iletişim kanalları ile açık hava, basılı materyal gibi iletişim araçlarını kapsamaktadır. (TKHK m.61; TRHTUY m.4/1-1)

TKHK m.61/2 uyarınca, ticari reklamların Reklam Kurulunca belirlenen ilkelere, genel ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına uygun, doğru ve dürüst olmaları esastır. TRHTUY'nin 5. Maddesinde²¹⁵ reklamın taşınması gereken ilkeler TKHK'dan daha geniş bir şekilde düzenlenmiştir. Buna göre reklamlar, genel ahlak

²¹⁵ TRHTUY m. 5, "Reklamlar; a) Genel ahlak kurallarına aykırı ifade ya da görüntüler içeremez. b) Kamu sağlığını bozucu nitelikte olamaz. c) Kamu düzenini bozan, şiddet hareketleri ile yasadışı veya kınanacak davranışlara yol açan, göz yuman, bu davranışları özendiren veya destekleyen unsurlar içeremez. ç) Hasta, çocuk, yaşlı ve engellileri istismar edici ifade ya da görüntüler içeremez. d) Dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri özelliklere yönelik kötüleme, istismar, önyargı veya ayrımcılık içeremez. e) İnsan onuru ve kişilik haklarını zedeleyici biçimde yapılamaz. f) Önceden izin alınmadan, hiç kimsenin özel ya da sosyal yaşamına dair ifade veya görüntüler içeremez; reklamlarda o kişiye atıfta bulunulamaz; kişinin özel mülkü, ilgili ürüne ya da organizasyona verilmiş kişisel onay etkisi oluşturacak şekilde görüntülenemez veya belirtilemez. g) Tüketicilerin korkularını ve batıl inançlarını istismar edemez. ğ) Hastaların tedavi öncesi ve sonrasında ait ifade ya da görüntüler içeremez. h) Toplumu endişeye sevk edici veya yanıltıcı biçimde; hastalık, yaralanma ve benzeri bir durumla ilgili ifade ya da görüntüler içeremez. ı) Güvenlik kurallarının gözetilmediği ve güvenlik açısından tehlike oluşturabilecek uygulama ve durumlarla ilgili hiçbir sunum ya da tanımlama içeremez."

kurallarına²¹⁶ aykırı ifade ya da görüntüler içermeyeceği gibi, kamu sağlığını bozucu nitelikte olmamalıdır. Kamu düzenini bozan, şiddet hareketleri ile yasadışı veya kınanacak davranışlara yol açan, göz yuman, bu davranışları özendiren veya destekleyen unsurlar içermemeli, hasta, çocuk, yaşlı ve engellileri istismar edici ifade ya da görüntüler ile dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri özelliklere yönelik kötüleme, istismar, önyargı veya ayrımcılığa yer vermemelidir. İnsan onuru ve kişilik haklarını zedeleyici biçimde yapılamayacağı, önceden izin alınmadan, hiç kimsenin özel ya da sosyal yaşamına dair ifade veya görüntüler içermeyeceği ve reklamlarda o kişiye atıfta bulunulamayacağı, kişinin özel mülkü, ilgili ürüne ya da organizasyona verilmiş kişisel onay etkisi oluşturacak şekilde görüntülenemeyeceği veya belirtilemeyeceği düzenlenerek aksi durumlar kesin bir şekilde yasaklanmıştır. Buna ek olarak tüketicilerin korkularını ve batıl inançlarını istismar edemeyecek, hastaların tedavi öncesi ve sonrasına ait ifade ya da görüntüler içermeyecektir. Toplumcu endişeye sevk edici veya yanıltıcı biçimde; hastalık, yaralanma ve benzeri bir durumla ilgili ifade ya da görüntüler içermeyeceği, güvenlik kurallarının gözetilmediği ve güvenlik açısından tehlike oluşturabilecek uygulama ve durumlarla ilgili hiçbir sunum ya da tanımlama içermemesi gerektiği kesin bir şekilde hüküm altına alınmıştır.

Aynı Yönetmeliğin 7. Maddesinde²¹⁷ ise reklamların doğruluk ve dürüstlük ilkeleri detaylandırılmıştır. Aynı maddeye göre reklamlar, ekonomik ve sosyal

²¹⁶ ŞAHİNCİ, a.g.e., “Ahlaka uygunluğun ölçüsü, içinde bulunulan zamana göre, aydın, vicdanlı, normal zekaya sahip, dürüst ve akli başında kişilerin ahlak anlayışı esas alınarak belirlenmelidir.” s. 37.

²¹⁷ TRHTUY m. 7: “(1) Reklamlar doğru ve dürüst olmalıdır. (2) Reklamlar, ekonomik ve sosyal sorumluluk bilinci içinde ve haksız rekabete yol açmayacak şekilde hazırlanmalıdır. (3) Reklamlar, ortalama tüketicinin algılama düzeyi ile reklamın tüketici üzerindeki olası etkisi göz önünde bulundurularak hazırlanmalıdır. (4) Reklamlar, tüketicinin güvenini kötüye kullanamaz ya da onun tecrübe ve bilgi eksikliklerini istismar edemez. (5) Reklamlar, aşağıda sayılan haller başta olmak üzere, hiçbir konuda tüketiciyi doğrudan veya dolaylı olarak yanıltabilecek ifade ya da görüntüler içermez: a) Malın; yapısı, bileşimi, tedariki, faydası, riski, aksesuarları, üretim yöntemi ve tarihi, amaca uygunluğu, kullanım şekli, kullanım ömrü ve alanları, teknik özellikleri, verim ve performansı, miktarı, menşei, çevreye etkisi gibi özellikleri, b) Hizmetin nitelikleri, c) Mal veya hizmet sunan kişi ya da kuruluşun ticaret unvanı, işletme adı, statüsü ve yetki alanları, ç) Mal veya hizmetin değeri ve ödenecek gerçek toplam fiyatı, d) Kiralama yoluyla satış, kiralama, taksitle satış ve kredili satış gibi diğer ödeme şartları, e) Teslim, değiştirme, geri alma, garanti, satış sonrası hizmetleri, yedek parça veya bakım ve onarım şartları, f) Fikri ve sınai mülkiyet hakları, g) Resmi tanınma ya da onay, madalyalar, ödüller, diplomalar ve benzeri belgeler, ğ) Sosyal amaçlı yardımlar, h) Tüketicilerin yasal hakları veya karşılaşabileceği riskler. (6) İlgili mevzuatı gereği bir mal veya hizmete ilişkin olarak düzenlenmesi zorunlu ruhsat, izin, onay, kayıt gibi belgeler ile uyulması gereken diğer yasal süreçler, o mal veya hizmetin diğerlerinden farklı ya da daha üstün olduğu algısı oluşturacak biçimde

sorumluluk bilinci içinde ve haksız rekabete yol açmayacak şekilde, ortalama tüketicinin algılama düzeyi ile reklamın tüketici üzerindeki olası etkisi göz önünde bulundurularak hazırlanmalıdır.

Reklamlar, tüketicinin güvenini kötüye kullanamayacağı gibi onun tecrübe ve bilgi eksikliklerini istismar etmemelidir. Söz konusu Yönetmelik aşağıda sıraladığımız bazı örnekler ile konuyu detaylandırmış olup, tüketiciyi doğrudan veya dolaylı olarak yanıltabilecek ifade ya da görüntüleri yasaklamıştır.

Buna göre;

“a) malın; yapısı, bileşimi, tedariki, faydası, riski, aksesuarları, üretim yöntemi ve tarihi, amaca uygunluğu, kullanım şekli, kullanım ömrü ve alanları, teknik özellikleri, verim ve performansı, miktarı, menşei, çevreye etkisi gibi özellikleri,

b) Hizmetin nitelikleri,

c) Mal veya hizmet sunan kişi ya da kuruluşun ticaret unvanı, işletme adı, statüsü ve yetki alanları,

ç) Mal veya hizmetin değeri ve ödenecek gerçek toplam fiyatı,

d) Kiralama yoluyla satış, kiralama, taksitle satış ve kredili satış gibi diğer ödeme şartları,

e) Teslim, değiştirme, geri alma, garanti, satış sonrası hizmetleri, yedek parça veya bakım ve onarım şartları,

f) Fikri ve sınai mülkiyet hakları,

g) Resmi tanınma ya da onay, madalyalar, ödüller, diplomalar ve benzeri belgeler,

ğ) Sosyal amaçlı yardımlar,

h) Tüketicilerin yasal hakları veya karşılaşılabileceği riskler” doğru ve tüketiciyi yanıltıcı her türlü söylemden uzak olmalıdır.

Yönetmeliğin aynı maddesinde ilgili mevzuatı gereği bir mal veya hizmete ilişkin olarak düzenlenmesi zorunlu ruhsat, izin, onay, kayıt gibi belgeler ile uyulması gereken diğer yasal süreçler, o mal veya hizmetin diğerlerinden farklı ya da

reklamlarda kullanılamaz. (7) Reklamlarda tüketicinin sahip olduğu yasal haklar, tüketicilere fazladan sunulan bir hak gibi gösterilemez. (8) Reklamlarda yer alan; a) Araştırma sonuçları veya bilimsel yayınlardan yapılan alıntılar çarpıtılamaz. b) İstatistikler gerçekte olduklarından farklı sonuçlar doğuracak biçimde sunulamaz. c) Bilimsel terimler yanıltıcı biçimde kullanılamaz. ç) İddialar, gerçekte sahip olmadıkları bir bilimsel temele sahipmiş gibi gösteren bilimsel terminoloji ve ifadeler içeremez.”

daha üstün olduğu algısı oluşturacak biçimde reklamlarda kullanılamayacağı düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra reklamlarda tüketicinin sahip olduğu yasal haklar, tüketicilere fazladan sunulan bir hak gibi gösterilemeyecektir.

Reklamlarda yer alan; *“Araştırma sonuçları veya bilimsel yayınlardan yapılan alıntılar çarpıtılamaz, İstatistikler gerçekte olduklarından farklı sonuçlar doğuracak biçimde sunulamaz, Bilimsel terimler yanıltıcı biçimde kullanılamaz, İddialar, gerçekte sahip olmadıkları bir bilimsel temele sahipmiş gibi gösteren bilimsel terminoloji ve ifadeler içeremez.”*

Böylece Yönetmelikte reklamların içeriklerinin oluşturulurken hangi kurallara dikkat edileceği detayları ile hüküm altına alınmıştır.

İnternette karşılaşılan reklamların da Yönetmelik hükümlerine uygun olması gerekmektedir. Aksi takdirde Yönetmelik’te düzenlenen ihlallere karşı başvurulacak kurallar uygulanır. İnternet reklamlarında çoğunlukla haksız rekabet olarak nitelendirilebilecek ihlaller ile TKHK/ TRHTUY’ya aykırılık bir arada ortaya çıkmaktadır.

2. Örtülü reklam yasağı

TKHK m.61/4’te hangi hallerin örtülü reklam olarak kabul edileceği belirtilmiştir. Söz konusu madde ile reklam olduğu açıkça belirtilmeksizin yazı, haber, yayın ve programlarda, mal veya hizmetlere ilişkin isim, marka, logo veya diğer ayırt edici şekil veya ifadelerle ticari unvan veya işletme adlarının reklam yapmak amacıyla yer alması ve tanıtıcı mahiyette sunulmasının örtülü reklam olarak kabul edileceği açıklanmıştır. Kanun aynı maddede yer alan düzenleme ile her türlü iletişim aracında sesli, yazılı ve görsel olarak örtülü reklam yapılmasını yasaklamıştır.

TRHTUY m. 4/k ise örtülü reklamı, reklam olduğu açıkça belirtilmeden yazı, haber, yayın ve programlarda, mal veya hizmetlere ilişkin isim, marka, logo ya da diğer ayırt edici şekil veya ifadelerle ticaret unvanı ya da işletme adlarının reklam yapmak amacıyla yer alması ve tanıtıcı mahiyette sunulması olarak tanımlamıştır. Yönetmeliğin 22. Maddesinin ilk fıkrası ile her türlü iletişim aracında sesli, yazılı ve görsel olarak örtülü reklam yapılması yasaklanmıştır.

Yönetmeliğin 6. maddesinin 2. fıkrasında yer alan düzenleme bilinçaltına yönelik yapılan reklamların yasaklandığını düzenlemektedir. Bu takdirde elektronik

aygıt ya da başka bir araç kullanılarak imaj veren veya izleyenlerin fark edemeyecekleri bir biçime sokarak bilinçaltıyla idrak edilmeye yol açan reklamlar yasaklanmıştır.

Yönetmeliğin 23. Maddesinde örtülü reklamların değerlendirilmesinde kullanılacak kıstaslar sıralanmıştır. Örtülü reklamın tespitinde kullanılacak unsurlar şu şekilde sıralanabilir²¹⁸:

- Ürün, hizmet ya da bunları sunan kişiye ilişkin verilen bilgi veya görüntülerin yayının içeriği, konusu, sunumu gibi bütün özellikleri değerlendirildiğinde açık bir şekilde orantısız ve ölçüsüz olması,
- Tüketici tercihlerini bilinçli olarak yönlendirebilecek şekilde mal veya hizmetlere yönelik özel tanıtıcı atıflar yapılarak reklam yapma iradesinin var olması,
- Haber görünümlü örtülü reklamlarda ifade veya basın özgürlüğünün sınırları aşarak haber verme hakkının unsurlarının bulunmaması.

Sosyal medya gönderilerinde etkileyici kişilerin aslen reklam veya iş birliği kapsamında sundukları bilgileri kendi samimi ve tarafsız görüşleri gibi yansıtmaları veya başka işletme veya markalara referans vermeleri örtülü reklamın bir görünümüdür. Böylece kullanıcı veya tüketiciler farkında olmadan reklama maruz bırakılmaktadır. Reklamlar kolaylıkla reklam oldukları ayırt edilebilecek şekilde düzenlenmelidir. Dolayısıyla özellikle sosyal medyada yayınlanan paylaşımlar, reklam olduğu ayırt edici bir biçimde sunulmadığından ötürü örtülü reklam olarak nitelendirilmektedir. Hyperlinkler vasıtasıyla da yönlendirilen işletmeye ait internet sitesinden komisyon alınmakta, böylece bağlantı veren ve bağlantı verilen işletmeler arasındaki reklam ve ticari ilişki ayırt edilememektedir. Bu da internet ortamında örtülü reklamın bir göstergesi olarak karşımıza çıkmaktadır. E- ticaret sitelerinde ürünlerin altında yer alan bazı yorumlar kullanıcıların kendi tecrübelerine dayalı gibi görünse de bazı hallerde iş birliği doğrultusunda yazılabilmektedir. Elektronik ticaret sitelerinde sepete eklenen ürünlerin belirli süre sonunda sepetten düşeceğine dair süre uygulaması ve bu sürenin birkaç dakika içerisinde sona ereceğine dair verilen kısa süreli art arda yapılan uyarı tüketicide hemen ürünü düşünmeden satın almaya

²¹⁸ İNAL/BAYSAL, a.g.e., s.44.

yönelik bir bilinçaltı yaratacağından dolayı bunun hem saldırgan satış tekniği olarak hem de bilinçaltını etkileyen bir reklam yöntemi olarak haksız rekabet yaratacağı kanaatindeyiz.

3. Çekiliş, Yarışma Ve Promosyon İçerikli Reklamlar

TRHTUY çekiliş, yarışma ve promosyonu düzenleyen 15. Maddeye uygun bir şekilde uygulama yapılması da önemlidir. Çekiliş, yarışma ve promosyon kullanılarak yapılan pazarlama ve reklamların sınırlarını ve uygulama biçimlerini düzenleyen bu maddeye uygun yapılmayan reklamların somut olayın özelliklerine göre yanıltıcı ve aldatıcı olarak değerlendirilmek suretiyle haksız rekabete yol açması ihtimal dahilindedir. Instagram isimli sosyal medya platformunda sponsorlu gönderiler adı altında reklamlar gösterilmektedir²¹⁹. Günümüzde takipçi elde etmek veya ürün veya hizmetlerin reklamını yapmayı hedefleyen Instagram isimli sosyal medya mecrasında hesap sahipleri tarafından yapılan reklamların da bu madde kapsamında değerlendirilmesi ve özellikle sponsorlu reklamların açıkça belirtilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

İnternet reklamcılığı, reklamları düzenleyen genel ilkeler ile birlikte haksız rekabet ve marka hukuku bağlantılıdır. Ancak çalışmamızın konusu haksız rekabet olduğundan ötürü bu alandaki hukuki düzenlemeler detaylandırılacaktır.

4. İnternet Reklamlarında Marka İhlali

Reklamlarda bir markaya yer verildiği hallerde (tescilli markalar bakımından) SMK uyarınca marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet söz konusu olabilmektedir.²²⁰ Türk hukukunda marka ihlalinin olduğu her durumda esasen haksız rekabet de söz konusu olur.

²¹⁹ ABBASOĞLU, a.g.e., s. 29.

²²⁰ SMK m. 4 markanın ayırt edici olma özelliğini ön plana alarak karıştırılmayı önlemeyi amaçlamaktadır. Bunu Türk hukukunda haksız rekabetin bir göstergesi olan iltibasa yol açma şeklinde görürüz. Amerikan hukukunda Lanham Act'e göre ise "likelihood of confusion" yani karıştırılmaya yol açacak etkenler ihlal olarak değerlendirilir. ABD de ise marka hukukuna ilişkin yasal düzenlemeye göre i) aldatıcı reklam, ii) reklam yoluyla kötüleme, iii) Ticari değerleri kendine tahsis etme veya güveni kötüye kullanma, iv) markayı itibarsızlaştırma gibi durumlarda haksız rekabetin gündeme geldiği kabul edilmektedir (CLARK, a.g.e., s.1342.). Amerikan haksız rekabet düzenlemelerine göre ise Lanham Act 43(a) 15 U.S. Code § 1125 – 43(a). maddesinde tescilli olsun veya olmasın marka niteliğindeki tüm işaretlerin koruma altına alındığı görülmektedir. Söz konusu düzenlemeye göre "ticari olarak kullanılan her hangi bir kelime, terim, isim, sembol, işaret veya bunların kombinasyonu veya gerçek unsurlarının temelinden uzakta, yanlış veya yanlış yönlendirilecek şekilde kullanımı veya yanlış temsil edilmesi halinde; bunun karışıklığa yol açacak

Esasen firmalar ürün veya hizmetlerini markalaştırmak suretiyle yerel alandan uluslararası alana taşımakta oldukları gibi, yatırım yaptıkları markalar ile reklam, tanıtım ve iletişim fonksiyonlarını yerine getirmektedirler. Markanın tanınmışlık düzeyinin artmasıyla birlikte ihlaller daha fazla gündeme gelmektedir.. Çünkü bazı kimseler markaların tanınmışlık düzeyinden yararlanmak istemektedir. Bu nedenle haksız rekabet ihlali ve marka ihlalleri yaşayan marka sahipleri ticari olarak büyük kayıplar yaşayabilmektedir. Diğer yandan ticari olarak büyük kayıplar yaşanmasa dahi tanınmış markalardan yararlanan kişilerin bu şekilde haksız ticari fayda elde etmeleri hukuka aykırılık oluşturmaktadır.

İnternet ülke sınırlarını aşmakta, bu nedenle haksız rekabet hükümleri özellikle tescil edilmemiş markalar bakımından önem taşımakta olup, tescilli markalar bakımından ise milletlerarası düzenlemeler bir tarafa bırakıldığında kural

şekilde veya hataya yol açacak şekilde veya bir kişinin diğeri ile aldatıcı şekilde bir ilişki, bağlantı veya ortaklık olduğu izleniminin yaratılması veya bir kimsenin diğeri ile arasında menşei, sponsor ilişkisi bulunduğu veya diğeri ürün, servis ve reklam hizmetlerinin onaylandığı şeklinde yanlış izlenim yaratılması” halleri haksız rekabet halleri olarak sayılmıştır. Buna ek olarak markanın itibarsızlaştırılması, sulandırılması; bulandırma ve lekeme de bu kapsamda olmakla birlikte rakipler arasında karıştırılmaya yol açacak şekilde kullanılması halinde de taraflar bu düzenlemeye başvurabileceklerdir (SAUNDERS, **a.g.m.**, s. 550.). Ayrıca bu yasal düzenlemenin davaları temelde iki ana kategoride şekillendirdiği görülmektedir. Doğrudan yanlış tanıtım ve dolaylı yanlış tanıtım olmak üzere iki türlü karşılaşılan haksız rekabet uyumsuzluklarından birincisinde gerçekten birisine ait bir ürün, hizmet, işaret veya markanın başkasına aitmiş gibi kullanılması doğrudan yanlış tanıtıma girerken, ürün veya hizmetin kalite veya özelliklerinin dolaylı olarak yanıltıcı şekilde tanıtılması, kitleler nezdinde karışıklık yaratma ihtimalini doğurması ve bundan zarar görme ihtimalinin ispatlanması durumlarında karşılaşılmaktadır (BARRETT, Margreth, **Intellectual Property-Trademarks, Copyrights**, The Professor Series, Larchmont, 2000, s. 143, Esra HAMAMCIOĞLU, “Amerikan Haksız Rekabet Hukuku ve Türk Hukuku Açısından Bazı Notlar”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 3, Sayı: 1, Haziran 2004, s.427. (Çevrimiçi) <https://jurix.com.tr/article/19619> . (Erişim Tarihi 04.04.2020)). Marka hakkından haksız yararlanma, markanın lekelenmesi (SAUNDERS, **a.g.m.**, s. 550. “Tanınmış bir marka olan “Candyland” çocuk oyun ismi iken “candyland.com” olarak pornografik bir web sitesinin alan adı olarak kullanılmak suretiyle lekelenmektedir. Hasbro, Inc. v. Internet Entm’t Group, Ltd., 40 **U.S.P.Q.2d** 1479, 1480 (W.D. Wash. **1.996**). Elbette mahkeme tanınmış markanın sulandırılması ihtimali değerlendirilirken tüketiciler nezdinde yarattığı ayırt edici özellik ve itibarı göz önünde bulundurulmalıdır.”) veya itibarsızlaştırılmasına yol açan uygulamalar ile tüketiciler nezdinde ilk izlenimde karışıklığa yol açan davranışlar marka hakkına dair hukukun koruduğu konular olup özellikle tüketici nezdinde ilk izlenimin etkisinin hangi durumları kapsadığı ve bahsi geçen doktrinin mahkemelerdeki uygulamasının sabit olmaması Google Adwords satışlarının yarattığı etkinin hukuka uygunluğunu ve marka ihlali veya haksız rekabete sebep olma ihtimalini tartışmalı bir konumda bırakmaktadır (Greg LASTOWKA, “Google’s Law”, Brooklyn Law Review, Volume 73 Issue 4, Article 2, 2008, s. 1371. (Çevrimiçi) https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol73/iss4/2?utm_source=brooklynworks.brooklaw.edu%2Fbl%2Fvol73%2Fiss4%2F2&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages (Erişim Tarihi 01.04.2020)).

olarak tescilin tabi olduğu hukuki düzenleme sadece ilgili ülke sınırları içerisinde geçerli olmaktadır.

C. İnternet Reklamları Ve Haksız Rekabet

İlk başlıkta detaylı olarak anlattığımız üzere haksız rekabetin en çok karşılaşılan biçimleri olan aldatıcı reklamlar, rakibi kötülemek, karışıklığa neden olmak gibi durumlar internetteki reklamlar için de geçerli olacağı gibi, gerçek dünyada yeri olmayan diğer haksız rekabet uygulamalarını ağ ortamında görebilmekteyiz²²¹. Bu gibi hallerde haksız rekabeti düzenleyen genel hükümlerin uygulanması gerekecektir. Özellikle alan adı, elektronik posta, istenmeyen elektronik posta, ilişim, web sayfası çerçevesi yani çerçeveleme, reklam bantları, yönlendirici kod, arama motorları tarafından kullanılan anahtar sözcükler ile haksız rekabet doğrudan kendisine yer bulabilmektedir²²².

Psikolojik baskılar yaratmak suretiyle, tüketicilerin duygularını istismar eden reklamlar, tüketiciler nezdinde birtakım duygular uyandırarak satın aldıkları ürünün kalitesi ve fiyatını değerlendirmeden satın almaya yönlendirilmeleri uygulaması ile haksız rekabet meydana getirmektedirler. Bunlar kişi üzerinde merhamet, şefkat, yardımseverlik, sosyal sorumluluk, dindarlık gibi duyguları uyandırarak ürün satışına teşvik eden reklamlardır. TKHK m. 61 ve TRHTUY m. 5’de yer alan temel ilkeler bu hususu da kapsamına almaktadır. Reklamlar genel ahlak, kamu sağlığı, kamu düzeni, hasta, çocuk, yaşlıların istismarı, dini inançları zedelememeli ve korku ve batıl inançları istismar edici olmamalıdır. Aynı Yönetmeliğin doğruluk ve dürüstlüğü konu alan 7. Maddesine göre ise reklamların haksız rekabete yol açmayacak şekilde ekonomik ve sosyal sorumluluk bilinci içinde hazırlanması kuralı düzenlenmiştir.

D. Haksız Rekabete Sebep Olan Başlıca İnternet Reklamcılığı Yöntemleri

Haksız rekabet ticari hayatta birçok farklı şekilde ortaya çıkmaktadır. Ancak ortaya çıktığı şekillerden en etkili olanı reklamlardır. Özellikle haksız rekabete konu olabilecek reklam şekilleri başlıca, karşılaştırmalı reklamlar, psikolojik baskı yaratan saldırgan satış yöntemleri, abartılı yöntemler üretilerek müşterilerin ayartılması,

²²¹ OKAN, a.g.e, s.75.

²²² OKAN, a.g.e, s.75.

tüketicilerin hislerine hitap eden reklamlar, promosyonlu satışlar, tuzak fiyat uygulamaları, rakibi engellemek ve yok etmeyi hedef alan uygulamalar, orijinal ürünlerin ücretsiz dağıtılması, sistematik şekilde maliyet fiyatının altında satışlar olarak sıralanmaktadır²²³. Böylece müşterilerin psikolojik baskılarla yanlış yönlendirilerek ele geçirilmek suretiyle satın almaya yönlendirilmesi, rekabetin engellenmesi veya yok edilmesi suretiyle piyasanın bozulması piyasanın işleyişini bozan ve tüm menfaati olan herkesi etkileyen uygulamaların reklamlar aracılığı ile yaratıldığını söyleyebiliriz.

Elbette internette sıklıkla ve çok çeşitli yollarla karşılaşılabileceğimiz karşılaştırmalı reklamların dijital ortamdaki bulunma hızı ve görünürlük ispatı hukuken sorun olabilecek durumlardan bazılarıdır. Özellikle karşılaştırmalı ürün açıklaması ve değerlendirmesi yapan elektronik ticaret sitelerinin rakipler arasındaki ilişkiden ziyade diğer piyasa katılımcıları, tüketiciler ve pazarı etkileyeceği hususu birlikte düşünüldüğünde söz konusu karşılaştırmalı reklamın haksız rekabet oluşturup oluşturmayacağının değerlendirilmesi aşıkardır. Bu konuda Yargıtay tarafından verilmiş bir karar bulunmamakta olup dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacak bir değerlendirmenin TTK m.55/1,a-5 kapsamında değerlendirilmesi gerektiği görüşüne katılmaktayız²²⁴.

ABD hukukunda Federal Ticaret Komisyonu'nun Karşılaştırmalı Reklamlara İlişkin Tebliği²²⁵ karşılaştırmalı reklamlarda sırf kötölemenin haksız rekabet veya hukuka aykırılık olarak nitelendirilmeyeceği, aldatıcı olmayan ve doğru biçimde yapılan kötölemenin karşılaştırmalı reklamda kullanılabileceğini ifade etmektedir. Ayrıca tebliğde küçültme, kötöleme, rakipleri kötöleme, incitici veya uygunsuz kötöleme, haksız saldırı ile itibar zedeleyici şekilde davranmama olarak belirtilen karşılaştırmalı reklam sınırlamaları bulunmaktadır²²⁶.

İnternet üzerinde yayınlanan otomobil markaları BMW, Audi ve Subaru'yu konu alan bağlantılı reklamların²²⁷ karşılaştırmalı reklamın dijital ortamdaki örneği

²²³ GÜVEN, a.g.e., s.58.

²²⁴ GÜVEN, a.g.e., s.70, TEKELİOĞLU, a.g.m., s.16.

²²⁵ 13 Ağustos 1979 tarihli Tebliğ (Çevrimiçi) <https://www.ftc.gov/public-statements/1979/08/statement-policy-regarding-comparative-advertising> (Erişim Tarihi 04.04.2020)

²²⁶ Aynı Tebliğ 1. Madde "(1) Disparagement"

²²⁷ (Çevrimiçi) <http://www.egmcartech.com/2006/08/03/bmw-audi-and-subaru-take-stabs-at-each-other/> (Erişim Tarihi 04.04.2020)

olduğunu söyleyebiliriz. Ancak ürünlerin tek açıdan değerlendirilmeleri ve tüketici nezdinde yanıltıcı sonuçlar doğurma ihtimali bakımından söz konusu bu reklamların hukukumuzda yer alan karşılaştırmalı reklam düzenlemelerine uygun olmadığı görülmektedir.

Öte yandan psikolojik baskı kurularak tüketicilere kişisel olarak ve somut bir biçimde yöneltilen ve tüketicilerin seçim yaparak karar verme özgürlüklerini sınırlayan, engelleyen uygulama ve yöntemler saldırgan satış yöntem ve reklamları olarak adlandırılır²²⁸. TTK m.55/1,a-8’de bu hususa yer verilmiştir. Elbette tüketicinin karar almasını etkileyen her türlü satış yöntemi haksız rekabete konu olmayacak, tüketiciyi satın alma yönünde karar alma mecburiyetinde bırakacak, hatta satın alma serbestisini ortadan kaldıracak uygulamalar haksız rekabet teşkil edecektir.

İnternet reklamları bununla sınırlı olmamakla birlikte işletmelerin kendilerine ait internet sitelerinde yer alan reklamlar, banner, pop-up, spam- istenmeyen e-posta reklamcılığı, anahtar sözcük, sosyal medya reklamlarını içermektedir. İnternet sitelerinin sahibi olan işletmeler kendilerine ait marka, ticaret ünvanı gibi ayırt edici işaretleri alan adlarında kullanmakta ve kendi ürün ve hizmetlerine dair çevrimiçi reklamcılık faaliyeti göstermektedirler. İnternet sitesinde yer alan reklamlar ile kaç kişinin tıklama yaptığı ve hangi özelliklere sahip olduğu görülmektedir. Banner olarak adlandırılan pano reklam afişleri diğer sitelere bağlantı vererek tanıtım yapan reklam şeklidir. Kendiliğinden ekranda beliren bir yöntem olan pop-up reklam ise kullanıcılara kolay ulaşabilen bir reklam yöntemidir. Çok kullanılan bir reklam yöntemi ise istenmeyen e-posta yani spam reklamlardır. Yönlendirici kodlar ve anahtar sözcükler ise kullanıcı kitlesini hissettirmeden kendisine çeken bir reklamcılık şeklidir. Üretilen içeriklerle kullanıcılara ulaşan diğer bir önemli reklamcılık ise sosyal medya reklamcılığıdır. Söz konusu yöntemleri ve haksız rekabetle olan ilişkilerini aşağıda açıklayacağız.

²²⁸ GÜVEN, a.g.e., s.73-75. “Müşterinin, sözleşmenin akdedilmesinde serbest iradesiyle değil; korku, şükran, nezaket veya utanma gibi duyguların etkisinde kalarak hareket etmesine, adeta köşeye sıkışmasına yol açan her yöntem, bu madde kapsamında değerlendirilecektir.”

1. Web Sitesi Sahiplerinin Kullandığı Reklamlar

İşletmeler kendilerine ait olan veya olmayan ürün, hizmet veya sundukları diğer ticari faaliyet araçlarını internet platformunda oluşturdukları web siteleri üzerinden nihai tüketicilere veya diğer internet kullanıcılarına ulaştırırlar. Erişim sağlayıcılar tarafından sağlanan internet erişimi aracılığıyla ve yer sağlayıcıların sunduğu platformlar ile bilgileri üreten, işleyen, depolayan içerik sağlayıcılarının büyük verileri bir araya getirmesi sonucunda elektronik ortamda internet sitesi adı verilen platformlarda bilgi, ürün ve hizmetler yürütülmektedir.

Günümüzde büyük veri adı verilen çok yönlü dataların toplanması ve işlenmesi büyük önem arz etmektedir. Böylelikle internet sitelerini, ticari faaliyette bulunan işletmeler için çoğunlukla ürün ve hizmetlerinin tanıtımının yapıldığı medya ortamı olarak düşünebiliriz²²⁹. Bunun yanı sıra bloglar vasıtasıyla kişiler tarafından bilgilerin sunulduğu internet sitelerini de görmekteyiz. Dolayısıyla internet siteleri aracılığı ile birçok reklamcılık faaliyeti yürütülmektedir. İnternet sitelerinde yapılan bilgi verme amacını aşan yanlış veya yanıltıcı veya rakip işletmeleri kötüleyen yorumlar²³⁰, e-ticaret siteleri tarafından ürünlerin satışa sunulması, pazarlamaya yönelik verilerin toplanması, internet sitesi alan adlarının reklam amacıyla seçilmesi bu alandaki reklamcılık örneklerinden bazılarıdır.

a. İnternet Sitelerinin Özellikleri Gereği Hukuki Düzenlemeye İhtiyaç Duyma Nedenleri

Pazarlama ve tanıtım faaliyetlerini web sitesi üzerinden gerçekleştiren işletmeler, küresel ağ üzerinde varlıklarını alan adı²³¹ (domain name) ile

²²⁹ OKAN, **a.g.e.**, s.81.

²³⁰ “ismi cismi belli olmayan bilgisayar almak, işi şansa bırakmaktır. Ne satış sonrası ücretsiz teknik destek, ne de parçalar arasında uyum, markasız bilgisayarda bunları görme garantiniz olmadığı gibi lisansı olmayan bir yazılım kullandığınız için suçlu duruma düşersiniz. İşinizi şansa bırakmayınız ve yandaki etiketi görmeden, lisansı tam mı, bakanlık onaylı garantisi var mı sormadan bilgisayar almayın. ” şeklindeki ifadelerle haksız rekabet yaptıklarını, bu şekilde bilgisayar satanları kötülediklerini, oysa bu bilgisayarlarda her bir parçanın garantisinin bulunduğunu, davalıların oluşturduğu platformun “ bu etiketi taşıyan yazılımlar yasaldir.” şeklinde beyanda bulunduğunu ancak bu etiketi taşımayan bir çok yazılımın yasal olduğunu ileri sürerek, haksız rekabetin tesbitine, önlenmesine, hükmün ilanına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.” Yargıtay 11. HD 2010/6022 E. 2012/13207 K. 13.9.2012 tarihli kararı (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi 12.12.2020)

²³¹ R.G. 07.11.2010, S. 27752, İnternet Alan Adları Yönetmeliği (İAAY), m. 3/1(d) “İnternet alan adı: İnternet üzerinde bulunan bilgisayar veya İnternet sitelerinin adresini belirlemek için kullanılan İnternet protokol adresini tanımlayan adları, ... ifade eder.”

belirlenmektedirler²³². Kod yazarları web sayfalarını hypertext dili olan html ile yaratırlar. Böylece işletmenin çevrimiçi alanda adı ve adresi tanımlanmış olur. Alan adı sistemi²³³ (Domain Name System) asıl olarak işletmelerin bilgisayarlarını tanımlayan uzun ve ardarda sıralanan internet protokol²³⁴ (IP) sayılarının hatırlanması, anlaşılması ve kullanılmasının zor olması sebebiyle geliştirilmiştir²³⁵. Üst seviye alan adları ise başlıca; “.com” (commercial-reklam), “.edu” (educational-eğitim), “.org” (non-profit and miscellaneous organizations-yardım kuruluşları), “.gov” (government-devlet), “.net” (networking provider-ağ sunucusu), and “.mil” (military-askeri) şeklindedir²³⁶.

1989 yılında “www” ağ altyapısı Cenevre’de oluşturulmuş, 1990 yılında “http” sistemi ile internet alt yapısının geliştirilmesinin ardından 1991 yılında uluslararası alanda ağ (World Wide Web- www) tüm dünyaya sunulmuştur²³⁷.

İnternete bağlı olan bilgisayarlara herkes tarafından anlaşılabilir bir adresin verilmesi ve bilgisayarlar arası veri iletişiminin sağlanması IP adresleri aracılığı ile meydana gelmektedir²³⁸. Bilgisayarların internete bağlanmasıyla birlikte

²³² OKAN, **a.g.e**, s.82.

²³³ İAAY, m. 3/1(e) “İnternet alan adı sistemi: Okunması ve akılda tutulması kolay olan ve genelde aranan adres sahipleri ile ilişkilendirilebilen simgesel isimlerle yapılan adreslemede, karşılığı olan İnternet protokol adresini bulan ve kullanıcıya veren sistemi, ... ifade eder.”

²³⁴ R.G. 07.11.2010, S. 27752, İnternet Alan Adları Yönetmeliği, m. 3/1(f) “İnternet protokol adresi: Belirli bir ağa bağlı cihazların birbirini tanımak, birbirleriyle iletişim kurmak ve veri alışverişinde bulunmak için kullandıkları İnternet Protokolü standartlarına göre verilen adresi, ... ifade eder.”

²³⁵ OKAN, **a.g.e**, s.82.

²³⁶ United States Court of Appeals, Ninth Circuit, Brookfield Communications, Inc., Plaintiff Davacı-Appellant, V. West Coast Entertainment Corporation, Davalı Defendant-Appellee, No. 98-56918. Decided: April 22, 1999 “Üst seviye alan adları başlıca; “.com” (commercial-reklam), “.edu” (educational-eğitim), “.org” (non-profit and miscellaneous organizations-yardım kuruluşları), “.gov” (government-devlet), “.net” (networking provider-ağ sunucusu), and “.mil” (military-askeri) şeklindedir.” (Çevrimiçi) <https://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1068417.html> (Erişim Tarihi 09.03.2020) Terrence P. ROSS, **Intellectual Property Law: Damages and Remedies**, Law Journal Press 105 Madison Avenue New York 2005, s.6.01/ 6-4.

²³⁷ Ali KARAGÜLMEZ, “İnternet Alan Adları ve Bazı Hukukî Sorunlara İlişkin Yargı Kararları”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 9, Sayı: 97, Eylül 2014, s.2. (Çevrimiçi) <https://jurix.com.tr/article/2428> (Erişim Tarihi 08.05.2020)

²³⁸ “Tescilli Markanın Aynısının veya Benzerinin Alan Adı (Domain Name) Olarak Kullanılması Suretiyle Marka Hakkının İhlali”, “Bu protokollere örnek olarak, dosya alma gönderme protokolü (FTP/File Transfer Protocol), elektronik posta iletişim protokolü (SMTP/Simple Mail Transfer Protocol), TELNET protokolü (İnternet üzerindeki başka bir bilgisayarda etkileşimli çalışma için geliştirilen ‘login’ protokolü) verilebilir. Adını sıkça duyduğumuz WWW ortamında birbirine link objelerin iletilmesini sağlayan protokol ise Hyper Text Transfer Protocol (http) olarak adlandırılmaktadır. TCP/IP protokolü aynı zamanda, diğer iletişim ağlarında da kullanılabilir. Özellikle pek çok farklı tipte bilgisayarı veya iş istasyonlarını birbirine bağlayan yerel ağlarda LAN kullanımı yaygındır.” Kemal ŞENOCAK, “Tescilli Markanın Aynısının veya Benzerinin Alan Adı

birbirleriyle iletişimi, birbirlerini tanımalarını sağlayan IP adresleri aracılığı ile sağlanmaktadır. Diğer bir deyişle IP adresinin okunması ve akılda tutulması kolay olan şekli DNS'lerdir²³⁹. Örneğin, “www.google.com” sitesinde “Google” alan adıdır. Dünya üzerinde internet belirli bir ülkeye ait olmadığı gibi alan adlarının hukuki niteliği de ülkelerin hukukuna göre değişik düzenlemelere tabi olmakta ancak ortak olan bir kural ise ilk gelen alır²⁴⁰ prensibidir.

Dünya çapında ilk gelen alır ilkesini benimseyen ICANN (İnternet Tahsisli Sayılar ve Adlar Kurumu - The Internet Corporation for Assigned Names and Numbers) tarafından alan adları koordine edilmektedir. Hukukumuzda ilk olarak 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu m. 3/1-v-y’de internet alan adı ve sisteminin tanımı yapılmıştır²⁴¹.

Elbette alan adı sahipleri özellikle kendilerini tanımlayacak veya yaptıkları işleri betimleyecek isim veya işaretleri alan adı olarak seçmeyi tercih etmektedirler. Kendilerine ait ürün veya hizmetlerin pazarlanması veya reklamını yapmak isteyen alan adı sahipleri ise alan adlarında markalarına yer vermektedirler. Alan adları sadece siber alanda değil ticari hayatta da ayırt edici, işletmeler arasında iletişimi, adresi ve kimlik belirlemesini sağlayıcı unsurlar kazanmıştır²⁴². Örneğin, “trendyol.com” olarak tanınan e-ticaret sitesi aracılığı ile perakende ticaret yapan firmanın asıl ticaret unvanı “DSM Grup Danışmanlık İletişim ve Satış Ticaret A.Ş.’dir.”

Ancak ticari hayatta her şey hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun, etik değerler çerçevesinde yürütülmemektedir. Bazen de şirketler kendilerini tanımlamasa dahi tanınmış bir marka veya işareti kendilerini tanıtıyormuş veya bağlantısı varmış

(Domain Name) Olarak Kullanılması Suretiyle Marka Hakkının İhlali”, **Batider**, Cilt: 25, Sayı: 3, Eylül 2009, s. 91. (Çevrimiçi) <https://jurix.com.tr/article/6635> (Erişim Tarihi 01.05.2020)

²³⁹ DNS’lerin teknik yapılarının detayları için bkz. ŞENOCAK, **a.g.m.**, s.93-94.

²⁴⁰ Nedret Füsün NOMER ERTAN, “**İnternet Alan Adının (Domain Name) Hukuki Niteliği ve Marka ve Ticaret Unvanı Gibi Ayırt Edici Ad ve İşaretler İle Arasında Benzerlik Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukuki Sorunlar**”, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı Cilt I, İmregün O., Moroğlu E., Helvacı M., Kendigelen A., Editör, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul, 2001, s.399.

²⁴¹ 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu Kabul Tarihi 05.11.2008 27050 sayılı Resmî Gazete Yayın Tarihi 10.11.2008 m. 3/1-v- y: “İnternet alan adı: İnternet üzerinde bulunan bilgisayar veya internet sitelerinin adresini belirlemek için kullanılan internet protokol numarasını tanımlayan adları, İnternet alan adı sistemi: Okunması ve akılda tutulması kolay olan ve genelde aranan adres sahipleri ile ilişkilendirilebilen simgesel isimlerle yapılan adreslemede, karşılığı olan internet protokolü numarasını bulan ve kullanıcıya veren sistemi,... ifade eder.”

²⁴² YASAMAN, **a.g.t.**, 107.

gibi aldatıcı veya yanıltıcı olarak kullanılmaktadırlar. Bazı durumlarda kendileri adına tescilli olmayan markaları bir takım ticari faydalar elde etmek amacıyla kullandıkları takdirde doğacak olan hukuki uyuşmazlıklardan detayları ile bahsetmeden önce alan adlarının nasıl oluşturulduğuna değineceğiz.

b. Alan Adlarının Hukuki Niteliği

Alan adları ilk olarak 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu ve bu Kanuna dayalı olarak hazırlanan İnternet Alan Adları Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir. Ticari işletme veya şirketlerin marka veya işletme adının tanıtımının yapılması açısından önemini artıran alan adları tescil sözleşmesi ile oluşturulmakta olup, tescil sözleşmesinin süresi boyunca mevcudiyetinin sürdürerek bu açıdan lisans sözleşmesine benzemektedir²⁴³. Ancak lisans sözleşmesine karşılık alan adının tescil edilmesi kurumunda farklı bir durum vardır. Şöyle ki tescil sözleşmesi kurulmadan önce tescili yapan kişi veya kuruluş alan adına sahip olmadığı gibi alan adı üzerinde bir hakka da sahip olmamaktadır²⁴⁴. Bu yönü ile lisans sözleşmesinden ayrılmaktadır.

İşletmeler internet sitelerine ait alan adlarını seçerken kendi markalarının tanıtımına vesile olan veya ürün ve hizmetlerini pazarlayarak sattıkları internet sitelerinin içeriğine uygun alan adlarını seçmektedirler. Alan adları genellikle işletmelerin satışa sundukları ürün veya hizmetlerin markasını veya kendi ticaret unvanlarını yansıtmaktadır. İşletmeler açtıkları internet siteleri ile hem faaliyetlerini yürütmekte hem de alan adları vasıtasıyla işletmelerini tanıtmaktadırlar²⁴⁵. Bu vesileyle alan adları sahip olduğu reklam ve pazarlama gücünü her geçen gün artırmaktadır. Böylece alan adları ticari değer kazanarak adeta çevrimiçi marka halini almıştır²⁴⁶. Bu açılarından alan adlarının reklam ve tanıtım işlevi vardır²⁴⁷. Bazı hallerde başkalarına ait marka veya ticaret unvanını kullanmak suretiyle başkalarının tanınmışlığından ve ününden yararlanarak kolaylıkla reklam yapmakta ve haksız ticari kazanç elde etmektedirler. Bu noktada haksız rekabet uyuşmazlıklarıyla karşılaşmaktadır.

²⁴³ OKAN, **a.g.e**, s.92.

²⁴⁴ OKAN, **a.g.e**, s.93.

²⁴⁵ NOMER ERTAN, **a.g.m.**, s. 400.

²⁴⁶ BOZKURT YÜKSEL, **a.g.m.**, s. 100.

²⁴⁷ NOMER ERTAN, **a.g.m.**, s. 400-401, SARIÖZ, **a.g.m.**, s.629.

Alan adları ile başkasına ait markaların aynı veya benzer olması uygulamada çokça karşılaşılan bir durumdur. Mahkeme kararlarına oldukça fazla konu olan bu hususa ilişkin kararlara ilerideki bölümlerde²⁴⁸ değineceğiz. Alan adının kanundan kaynaklı olarak sahibi tarafından başkalarının kullanımı men edilebileceği gibi kullanan kişinin meşru bir sebebinin olması halinde kullanımı engellenemez²⁴⁹. Alan adı, öncelikli ve üstün hakka dayalı bir ticaret unvanı, işletme adı veya markadan türetilmişse tescilli bir markaya karşı bu hak ileri sürülebilecektir²⁵⁰. Dolayısıyla alan adının öncelikli ve üstün hakka dayalı bir hak sahibi olduğunu ispat etmesi önemli olup, yine de sırf alan adının markadan önce tescil edilmiş olması öncelikli ve üstün hak göstergesi olmamaktadır²⁵¹. Bununla beraber yasal olarak alan adının tescilinden kaynaklı mutlak bir hak elde edildiğine dair hukuki bir düzenleme bulunmamaktadır. Alan adları ticaret sırasında kullanılma şartı ile birlikte işletme tanıtım işareti olarak kullanılmasından kaynaklı olarak haksız rekabete konu olduğu durumlar meydana gelmektedir²⁵².

Tescil edilmemiş ancak fiilen kullanılan markalar, cins isimler, meslek adları, tanınmış isimler, ticaret unvanlarının alan adı olarak kullanılması haksız rekabet korumasına girmektedir²⁵³. Alan adları kendi şahsına özgü bir karaktere sahiptir. Bu da haksız rekabete konu olmalarına ilişkin uyumsuzlukların her birinin somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi koşulunu şart koşmaktadır. Alan adlarının sadece bir adres fonksiyonunda olmamaları onları nevi şahsına münhasır şekilde ayırt edici işaret konuma yerleştirmekte ve haksız rekabet ilkeleri çerçevesinde koruma sağlamaktadır²⁵⁴. İstisnalar saklı kalmak kaydıyla alan adı sahibinin kullandığı adın diğer bir alan adı ile benzer veya başkasına ait bir marka ile benzer veya aynı olması halinde haksız rekabet ihlali ihtimali doğacaktır. Ticari olarak kullanıma konu olmayan, işletme tanıtım işareti olarak üstün bir hakka dayanmayan alan adlarının haksız rekabete konu olmaması gerektiği söylenebilir.

²⁴⁸ Bkz. sayfa 62 vd.

²⁴⁹ SOYDEMİR, **a.g.e.**, s.164. “Alan adı, sahibinin adından ve/veya soyadından oluşuyorsa bu tipik bir örnek oluşturur.”

²⁵⁰ ŞENOCAK, **a.g.m.**, s.105.

²⁵¹ ŞENOCAK, **a.g.m.**, s.105.

²⁵² ŞENOCAK, **a.g.m.**, s.105.

²⁵³ Barış BİDİK, “İnternet Yoluyla Haksız Rekabet”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 10, Sayı: 110, Ekim 2015, s.51.

²⁵⁴ YASAMAN, **a.g.t.**, s.107.

Diğer yandan alan adı sahiplerinin işletme adları veya ticaret unvanları dışında akılda kalıcı bazı sözcük veya işaretleri hatta reklam sloganlarını alan adı olarak seçtikleri görülmektedir. Böylece işletme sahipleri alan adları vasıtasıyla internet üzerinden reklam faaliyetlerini gerçekleştirmektedirler. Ticari faaliyetlerini bu isimler altında internet üzerinden yürütmekte olan şirketlerin alan adı üzerinde hukukten korunma sağlamaları hususu alan adının tescil ile mutlak bir hak kazanmayacağını savunan görüş açısından önem arz etmektedir²⁵⁵. Buna göre alan adları, ayırt edici olması halinde haksız rekabet hükümlerinin korunmasından yararlanabilecektir. Alan adının işletmeye ayırt edicilik kazandırması, işletme işareti olarak öncelikli ve üstün hak sahibi olması sonradan tescil edilen markaya karşı koruma sağlamalıdır. Bu nedenle her marka hakkı sahibinin markasının alan adı olarak kullanılması halinde burada marka ihlali veya haksız rekabetin mutlak olarak gündeme geleceği söylenemez.

Alan adının genel bir kavram, cins isim veya meslek ismi olması halinde bu şekilde tescil edilen alan adının ilk gelen alır kuralı gereğince başka kişiler tarafından tescil edilememesi sorun teşkil etmektedir. Bu hususun haksız avantaj elde ederek haksız kazanç sağlamaya yol açması sebebiyle haksız rekabete yol açacağı ortada olup marka hukukuna veya haksız rekabet hükümlerine göre çözüme kavuşturulması gerektiği ise tartışmalıdır²⁵⁶. SMK m.5'e göre marka başvurusunun mutlak red sebeplerine giren bu husus aynı zamanda haklı bir sebebe dayanılmaması halinde üzerinden haksız kazanç elde edilen tescil edilmeyen işaret ve markaları da geniş anlamda koruyan haksız rekabet hükümlerinden yararlanılmalıdır. Bir işaretin alan adı olarak kullanıldığı haller de marka hakkının kullanımının görünümü olarak karşımıza çıkmaktadır²⁵⁷. Yargıtay 11. HD.'nin kararına²⁵⁸ göre bir işaretin uzun süreli kullanımının ayırt edicilik kazandırdığı gerekçesi ile alan adı olarak kullanımının tescilinin reddini doğru bulmamıştır.

²⁵⁵ ŞENOCAK, a.g.m., s.106.

²⁵⁶ Ayşe İpek SARIOZ, "İnternet Alan Adlarının (Domain Names) Kullanımından Doğan Haksız Rekabet Halleri ve Uygulanacak Hukuk", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 10, Sayı: 1, Ocak 2011, s.638. (Çevrimiçi) <https://www.jurix.com.tr/article/13609> (Erişim Tarihi 12.04.2020)

²⁵⁷ SOYDEMİR, a.g.e., s.164.

²⁵⁸ Yargıtay 2011/13756E. 2013/14368K. 05.07.2013 tarihli kararı (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi 12.04.2020)

Bir alan adının tescilli bir marka²⁵⁹ ile aynı veya aşırı benzer olması ihtimali de karşımıza çıkabilir. SMK m. 7/3-d’de de bu konu alan adlarını içerecek şekilde hüküm altına alınmıştır. Söz konusu Kanun maddesine göre işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bağlantısı olmayarak işareti kullanan kişinin, işaretin aynı veya benzerini internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde alan adı olarak haksız bir şekilde kullanması marka ihlali teşkil eder. Bu takdirde marka sahibi tarafından haksız kullanım yasaklanabilir. Bu husus mahkeme kararlarına sıkça konu olmaktadır²⁶⁰. Bu takdirde marka korumasına ilişkin hükümlere mi yoksa haksız rekabet düzenlemesi olan iltibas hükmüne mi başvurulacaktır? Sicile tescil edilmemiş olan bir ticaret unvanı, işletme adı veya marka haksız rekabet hükümleri çerçevesinde korunur. Buna karşılık özel sicile tescil edilmiş bir marka veya ticaret siciline tescil edilmiş bir ticaret unvanı taklit edildiğinde haksız rekabet hükümleri (TTK m.54 vd.) ile SMK hükümleri kümülatif olarak uygulanır²⁶¹. Yargıtay 11. HD markaların aynılarının iltibas yaratacak şekilde kullanıldığı, davalıların eylemlerinin haksız rekabet ve markaya tecavüz teşkil ettiği gerekçesiyle ilgili kararda haksız rekabet ve marka korumasına dair hükümleri birlikte -kümülatif olarak- uygulamıştır²⁶².

²⁵⁹ R.G. 10.01.2017, S. 29944, Kabul Tarihi 22.12.2016, Kanun No: 6769 Sınai Mülkiyet Kanunu m.4/1 “Marka, bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işareten oluşabilir.”

²⁶⁰ Yargıtay 11. HD. 2012/2093 E., 2013/2977 K. 20.02.2013 tarihli karar (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi 04.02.2020) Söz konusu kararda marka hakkı sahibinden izin alınmadan başkasına ait markanın internet alan adı olarak kullanılması marka hakkına tecavüz teşkil ettiği sebebiyle internet adresinin sonlandırılmasına karar verilmiştir. Söz konusu karar ile “Hataylife” ibaresini içeren tescilli markanın sahibi olan davacı, kendisinden izin alınmaksızın adı geçen markanın davalılar tarafından aylık olarak çıkardıkları dergide ve internet alan adında kullanılması sebebiyle, davalıların, marka hakkına tecavüzlerinin tespitine, önlenmesine, dergi, afiş ve ilanların toplatılmasına, davalılara ait www.hataylifedergi.com internet adresinin sonlandırılmasına ve hükmün ilanına karar verilmesine karar verilmiştir.

²⁶¹ NOMER ERTAN (ÜLGEN, **Ticari İşletme Hukuku**), s. 574- 575. NOMER ERTAN’a göre haksız rekabet hükümleri ancak özel kanunların uygulama alanı dışında kalan hallerde koruma sağlayabilir ve uygulanabilirler. Tescil edilmiş bir marka veya ticaret unvanı söz konusu olduğunda, haksız rekabete ilişkin hükümler ile özel düzenlemelerin kümülatif olarak uygulanması hak sahibinin hem özel düzenlemelerin hem de haksız rekabet hükümlerinin sağladığı korumadan birlikte veya yan yana ya da bağımsız olarak yararlanması prensip olarak mümkün olmamalıdır. Özel hükümlerin ilgili hakkın korunması için yetersiz kaldığı bir durumda ve dürüstlük kuralı gerektiriyorsa haksız rekabete ilişkin hükümlerin uygulanması istisnaen kabul edilmelidir.

²⁶² Yargıtay 11. HD. 2015/3685 E., 2015/13586 K. 17.12.2015 tarihli karar (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi 09.03.2021)

Elbette tanıtma ve reklam fonksiyonu aşikâr olan rakibe ait markanın alan adı olarak haksız ve kötü niyetle kullanılması halinde haksız rekabet iddiası ile karşılaşılması kaçınılmazdır. Doktrinde bazı görüşler, marka ile alan adı arasında karışıklık tehlikesinin varlığını incelerken katı kurallarla davranmamak gerektiği, karışıklık çitasının yükseldiği, markalar arasında karışıklık yaratan benzerliklerin alan adında aynı şekilde yorumlanmaması gerektiği, internet kullanıcıları da belirli hallerde bazı benzerliklerin bulunacağını ve bunun farklı bir adrese yönlendirdiğini bilmekte oldukları yönündedir²⁶³. Farklı isim ve işaretlerin arasında iltibas bulunması durumunda haklı bir sebebe dayanarak söz konusu işaret veya ismi kullanan kişinin hakkı diğerine üstün gelmektedir²⁶⁴. Diğer yandan birbiri arasında karışıklık doğurabilecek alan adlarından, bunu haklı olarak kullanmakta olan somut olayın özelliklerine göre hakkaniyet çerçevesinde tespit edilerek, karışıklığa mahal vermekte olan alan adı sahibinin bunu gidermesi beklenecektir²⁶⁵. Bu gibi durumlarda haksız rekabetin varlığı somut olayın özelliklerine göre tespit edilir.

Üst düzey alan adlarının yanıltıcı bir şekilde kullanılması da haksız rekabeti gündeme getirebilecektir. Örneğin “www.altinbas.edu” alan adının aslında “altınbaş” altın firmasının şirket adresi ise bunun başkası tarafından bir eğitim kurumu olarak haklı bir sebebe dayanmadan kullanılması veya “www.istanbul.gov.tr” alan adının “gov” uzantısının devlet kurumuna ait olması gerekirken reklam şirketi tarafından kullanılıyor olması haksız rekabet ihtimalini tetiklemektedir.

Alan adları, ayırt edici niteliği ve “ilk gelen ilk alır” kuralından²⁶⁶ kaynaklı olarak işletmeler için oldukça önemli olup dolayısıyla birçok haksız rekabet uyuşmazlığına da konu olabilmektedirler. Başlıca: “(a) Alan adı korsanlığı (domain name grambling veya cybersquatting), (b) Tanınmış bir markaya benzer bir adı alan adı olarak tescil ettirme, (c) Üçüncü kişiye ait bir markanın kasten harf hatalarıyla tescili (typosquatting²⁶⁷), (d) Alan adı casusluğu (domain name spying), (e) Başkasına ait alan adından yararlanma, (f) Taklit²⁶⁸.”

²⁶³ SOYDEMİR, **a.g.e.**, s.167.

²⁶⁴ SARIÖZ, **a.g.m.**, s.640.

²⁶⁵ SARIÖZ, **a.g.m.**, s.640.

²⁶⁶ NOMER, **a.g.m.**, s. 399.

²⁶⁷ Özellikle tanınmış markalara ilişkin karşılaşmaktadır. Bkz. SOYDEMİR, **a.g.e.**, s.182.

²⁶⁸ OKAN, **a.g.e.**, s.95.

Bazı alan adlarının tescilli bir marka ile tescilli olmayan ancak tanınmış bir marka²⁶⁹ veya bir şirkete ait ticaret unvanı ile ülke dışındaki başka bir alan adı ile aynı veya benzerlik arz ettiğini görebiliriz²⁷⁰. Buna rakiplerinin tanınmışlığından, marka ve işaretlerinin bilinirliğinden faydalanmak, kendi adına benzer adlara sahip işletmelerin de müşterilerini kendisine çekmek²⁷¹ gibi sebeplerin yol açtığı görülmektedir. Uygulamada çokça alan adı korsanlığı meydana gelmektedir. Alan adı korsanlığının da birçok farklı yöntemi vardır. En çok görülen alan adı korsanlığı yöntemi ise, fazlasıyla talep edilme oranı olan veya bilinirliği yüksek alan adlarının haklı sebebe dayanmayan kişiler tarafından tescilinin sağlanarak zamanı geldiğinde bunları kullanmak isteyen veya bu alan adlarını kullanma önceliği olması gereken kişilere veya marka hakkı sahiplerine²⁷² yüksek ücretler karşılığında satılması yani alan adı park etme²⁷³ (domain name parking)²⁷⁴ yöntemidir. Türkçeye alan adı korsanlığı olarak çevrilen bu yöntem aslında başkasının arazisine tecavüzün siber alandaki karşılığı şeklinde değerlendirilebilir²⁷⁵. Alan adı tescil edilmiş ancak aktif bir şekilde kullanılmıyorsa, tıklama başına ücretlendirme yapılıyorsa ticari bir kullanımın var olduğu görülmekte veya ticari etki yaratacak şekilde ticari bir kullanım yoksa bu surette alan adı parkının her bir olayın kendi içerisinde değerlendirilmesi gerekmektedir²⁷⁶. Bu hususların varlığı incelenerek sonuca göre alan adı korsanlığının var olduğu kanaatine varılmalıdır.

Ürün veya müşteri engellemesi şeklinde karşılaşılmakta olan sürümün engellenmesi suretiyle haksız rekabetin meydana geldiği bazı durumlarla da

²⁶⁹ Yargıtay'ın daha sonraki tarihli aynı zamanda kazanılmış ödül, başarı, basındaki haberler, internet sitesi, katılan fuarları da kriterleri kapsamında değerlendirdiği karar için bkz.; Yargıtay 2005/5063E., 2006/5171K., 04.05.2006 tarihli kararı. (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi 15.04.2020)

²⁷⁰ OKAN, **a.g.e.**, s.95.

²⁷¹ SOYDEMİR, **a.g.e.**, s.169. “Cybersquatting kapsamında bir işletmenin, müşterileri cezbetmek için rakip konumundaki işletmenin internet sitesi varyasyonundan türeteceği bir isimle internet sitesi açması, pornografik içerikli site işletenlerin daha yaygın izleyici çekmek adına alan adının bir varyasyonunun pornografik internet sitesi trafiği için kullanılması gibi durumlar söz konusu olabilmektedir.”

²⁷² YASAMAN, **a.g.t.**, s.142, NOMER, **a.g.m.**, s.399.

²⁷³ Yargıtay 11 HD. 2013/11855E. 2014/1986K. 05.02.2014 tarihli karar (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml> (Erişim Tarihi 04.02.2020)

²⁷⁴ OKAN, **a.g.e.**, s.95, SOYDEMİR, **a.g.e.**, s.169.

²⁷⁵ YASAMAN, **a.g.t.**, s.142, BOZKURT YÜKSEL, **a.g.m.**, s.100.

²⁷⁶ YASAMAN, **a.g.t.**, s.149.

karşılaşılmaktadır²⁷⁷. Müşteri ile alakalı engellenmenin yaratıldığı bir şekil olarak da karşılaşılan sürümün engellenmesini cins veya meslek isimlerinin alan adı olarak tescil ettirilmesi durumunda görmekteyiz²⁷⁸. Yukarıda bahsettiğimiz ilk gelen ilk alır prensibi gereğince cins veya meslek ismini alan adında kullanarak ilk olarak tescil ettiren kişi arama motorunda kendi iş alanı ile ilgili direkt olarak bir önceliğe sahip olacak ve aynı zamanda kendi alanına dair müşterileri kolaylıkla kendi sayfasına çekebilecektir²⁷⁹. Örnek vermek gerekirse “market” alan adını kullanan kişinin farklı marketlerin arama motorunda aranması halinde dahi kendi alan adı arama sonuçlarında yer alacağından direkt olarak müşterilerin kendi sitesine yönlendirilmesi sağlanabilecektir. Hukukumuzda bu doğrultuda verilmiş bir mahkeme kararına rastlanmamıştır. Sadece cins veya meslek adının alan adı olarak kullanılmış olmasından kaynaklı rakibin sürümünün engellendiği gerekçesiyle haksız rekabetin var olduğunu söyleyemeyiz. Bununla birlikte müşterileri kendi sayfasına yönlendirmiş olan kişinin müşterilerin piyasadaki diğer ürünlere erişmesini engelliyor, söz konusu ismin değişik versiyonlarını da kendi adına tescil ettirerek bir monopol yaratma izlenimi veriyor ve böylece satın alma yapacak kişinin objektif değerlendirmesini engelleyerek haksız bir üstünlük yaratılması halinde haksız rekabetin söz konusu olacağı ancak bu takdirde yine de önemli bir ispat sorununun var olacağı yorumuna katılmaktayız²⁸⁰.

Alan adlarının sitelere kullanıcı trafiği sağlaması ve kullanıcıların dikkatini çekmesi gibi önemli işlevlerinin olmasından ötürü çokça yasal olmayan davranışlara konu oldukları görülmektedir. Buna karşılık Türk hukukunda özellikle alan adına yönelik belirli bir mevzuat düzenlemesi bulunmamaktadır. Ancak Amerikan hukukunda “Alan adı Korsanlığına Karşı Tüketiciyi Koruma Yasası - Anticybersquatting Consumer Protection Act (ACPA)” isimli alan adı istismarının hukuka aykırılığını düzenleyen yasal bir düzenleme bulunmaktadır.

²⁷⁷ GÜVEN, **a.g.e.**, s.105.

²⁷⁸ GÜVEN, **a.g.e.**, s.107.

²⁷⁹ GÜVEN, **a.g.e.**, s.107, BOZKURT YÜKSEL, **a.g.m.**, s.101.

²⁸⁰ GÜVEN, **a.g.e.**, s.110.

c. Elektronik Ticaret Sitelerinin İşlevi ve Bu Mecrada Karşılaşılan Haksız Rekabet Halleri

Günümüzde çığ gibi artan trafikleri ve ürün çeşitliliği ile değişen dünya şartlarında hızlı, kolay, pratik ve güvenilirliklerinin artması sebepleriyle gelişen elektronik ticaret hacmi²⁸¹, bu alanda zorunlu olan hukuki düzenlemeleri de beraberinde getirmiştir. Zira bu alanda haksız rekabetin meydana gelmesini kolaylaştırmıştır²⁸². Elektronik ortamda ticari işlemlerin reklam ve pazarlanması, sipariş ile ödeme ve teslimat olmak üzere üç aşamayı içinde barındıran ve internet pazarını kullanan bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır²⁸³. Her türlü işletme kendisine ait web sitesi, blog vb. edinebilmekte olup, ticari alanda günümüzde en çok karşılaşılan tür elektronik ticaret siteleridir. Örneğin, elektronik ticaret sitelerinin ürünlerin fiyat ve özelliklerinin gösterildiği ürün bilgilendirme içeriklerinin her biri reklam kurulunca reklam olarak nitelendirilmekte ve herhangi bir uyuşmazlık halinde hukuki olarak reklamlara uygulanacak hukuk regülasyonuna tabi olmaktadır²⁸⁴.

Giderek artan elektronik ticaret hacmi sayesinde internet sitesinde yer alan bir satış önerisinin, yukarıda icap niteliğinde olduğunu açıklamıştık, reklam oluşturduğu düşünüldüğünde haksız rekabet hallerinden biri olarak değerlendirildiği takdirde haksız rekabet davalarına konu teşkil edebilecektir. Bir görüşe göre ürün tanıtımı yapılan bir internet sayfasında, siparişlerin önceden alınmasının hedeflenmesini reklam olarak kabul etmeyip, mesafeli satışlarda siparişin önceden alınmasını sağlayarak gönderiminin başkası tarafından üstlenilmesini reklam olarak nitelendirmemiştir²⁸⁵. Ancak maalesef biz bu görüşe katılmamaktayız. Elektronik ticarete üç farklı tedarik ve satış yöntemi vardır. Birincisi geleneksel yöntem olan ürünlerin işletmenin mağaza veya deposuna alınarak stoklanması ile birlikte internet sitesi vesilesiyle satışa sunulmasıdır. İkinci yöntem XML online satış yöntemi olarak adlandırılan, tedarikçiden ürünleri e-ticaret sitesinin kendi deposuna almadan sadece

²⁸¹ Örneğin, Amazon.com Mayıs 2020 tarihinde istatistiklere göre mobil uygulama ve masaüstü kullanıcıları birlikte olmak üzere toplam 2.5 milyar kişi tarafından ziyaret edilmiştir. Söz konusu site Amerika’da en çok ziyaret edilen e-ticaret sitesidir. (Çevrimiçi) <https://www.statista.com/statistics/623566/web-visits-to-amazoncom/> (Erişim Tarihi 14.07.2020)

²⁸² BOZKURT YÜKSEL, **a.g.m.**, s.81.

²⁸³ BOZKURT YÜKSEL, **a.g.m.**, s.81.

²⁸⁴ 09.06.2015 tarihli 237 Sayılı Reklam Kurulu Toplantısı Basın Bülteni (Çevrimiçi) <https://www.ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari> (Erişim tarihi 06.02.2021)

²⁸⁵ OKAN, **a.g.e.**, s.102.

stoklarının liste bilgisini birleştirerek tüketicie arz ettiği yöntemdir. Sipariş alındığında e-ticaret sitesi ürünü tedarikçiden alarak müşteriye paketleyerek gönderir. Üçüncüsü ise dropshipping adı verilen sanal ürün stok listesinin e-ticaret sitesi aracılığı ile müşteriye sunulduğu ve sipariş edilen ürünlerin direkt olarak tedarikçi firma tarafından müşteriye gönderildiği yöntemdir. Bahsi geçen tedarik yöntemlerinin hepsinde müşterilere karşı e-ticaret firması sorumludur. Ürünün gönderimini yapan veya deposunda bulunduran kişi ile müşterinin muhatap olması beklenemez. Zira işletmelerin kendilerine ait olan ürünleri veya depolarında bulunan malik oldukları ürünleri satışa sunup sunmadıklarının burada bir önemi yoktur. Her hâlükârda ürün satışına dair reklamı ilgili satışı gerçekleştiren e-ticaret sitesi yapmaktadır. İnternette satışı yasak olan ilaç, tıbbi cihaz gibi ürünlerin satışını yapan e-ticaret sitelerinin bu eylemlerinin hem reklam yasağına aykırılık hem de haksız rekabet teşkil ettiğini göstermektedir.

Amazon.com veya Gittigidiyor.com gibi internet sitelerinin başka firmalara ait ürünleri, kendi internet sitelerinde tanıtımının yapılmasının ardından bahsi geçen siteler veya tedarikçi tarafından ürünün gönderilmesine bakılmaksızın tüketicie satarak, satış sonrasında kendi depolarına almak veya müşteriye gönderimini direkt tedarikçi tarafından sağlamak suretiyle mesafeli satış yapmaları hallerinde bu elektronik ticaret sitelerinin ürün görsellerinin reklam olarak nitelendirilmesi gerektiği aşıkardır.

Buna karşılık eğer bir internet sitesi ürünlerin satışı konusunda hiçbir faaliyette bulunmuyor, ürün siparişinin verilmesi gibi bir seçenek sunmuyor ve faaliyet olarak sadece aynı veya benzer nitelikteki ürünlerin objektif nitelikleri ve fiyatları konusunda karşılaştırma yapıyorsa bu noktada bu internet sitesinin sunduğu görseller reklam olarak nitelendirilmeyeceği gibi haksız rekabete ilişkin bir nitelendirme objektif bilgi içeren özellikler doğrultusunda gündeme gelmeyecektir. Elbette artan iş birlikleri ve sponsorluk sözleşmeleri bu konuya dahil değildir. Eğer bu internet sitesinin karşılaştırma yaptığı ürünler özelinde aldatma, ürünü haksız yere kötüleme veya aşağılama gibi faaliyetler söz konusu ise bu noktada haksız rekabetin meydana geleceği açıktır.

E-ticaret sitelerinin satış politikalarında ve kullandıkları ürün tanıtımlarında karşılaşılabilecek haksız rekabet halleri arasında ürünlerin stokta bulunmamasına

rağmen varmış gibi gösterilmesi veya fiyatların yanlış veya yanıltıcı, gerçek dışı gösterilmesi halinde TTK m.55-1/a-2, kendisini en çok ziyaret edilen veya alışveriş yapılan site olarak göstermesi halinde TTK m.55-1/a-3'e göre haksız rekabetin varlığı gündeme gelebilecektir.

Bazı e- ticaret siteleri ise kendi sitelerine trafik çekmek amacıyla veya diğer sebeplerle ürünlerini sıklıkla tedarik fiyatının altında satmakta, örneğin her haftanın belirli bir günü ilgili ürünlerinde sistemli bir şekilde indirim uygulayarak tedarik fiyatının altında satışa sunarak seçili bazı malları veya iş ürünlerini birden çok kere tedarik fiyatının altında satışa sunmak suretiyle bu durumu reklamlarında özellikle vurgulayarak haksız rekabete yol açan bir uygulama geliştirdikleri görülmektedir. Bu şekilde müşteriler internet sitesine trafik sağlamakta, aynı zamanda internet sitesine giriş yaparak belki de satın almayacakları ürünleri aslında aradıkları ürünün stoklarının tükenmesi gibi sebeplerle satın almaya yönlendirilmektedir. Kanaatimizce tedarik fiyatının altında satışların yeni bir ürünü tanıtmak, hızlıca bozulan ürünleri elden çıkarmak, modası geçmiş ürünlerin satışını hareketlendirmek amacı²⁸⁶ olmaksızın sistematik olarak yapılması halinde Kanunda yer alan diğer şartların da var olması halinde haksız rekabetin var olduğunu söyleyebiliriz.

ç. Web Sitesi Alan Adlarının Haksız Rekabete Konu Edildiği Bazı Yargıtay Kararları

Bir internet alan adının başkasına ait marka, işletme adı veya ticaret unvanı gibi korunmakta olan bir menfaatini ihlal etmesi durumunda söz konusu hak sahibi haksız rekabet hükümlerine dayanarak dava ikame edebilecektir²⁸⁷.

Yargıtay 11. HD'nin bir kararında²⁸⁸ internet sitesinin içeriğinde yer alan bilgilerin aldatıcı reklam yasağına aykırı olarak değerlendirildiği gerekçesi ile haksız rekabet ve yayından kaldırılmasına hükmedilmiştir. Söz konusu karara konu olan danışmanlık şirketinin avukatlara özgü olarak yapılan işin sonucunda ödenecek bedel ve tazminattan mahsup edilip edilmeyeceğine dair hizmetler başlığı altında yer alan ifadenin yanıltıcı olduğu, ayrıca Avukatlık Kanunu m.35'e aykırılık teşkil eden

²⁸⁶ GÜVEN, a.g.e., s.124.

²⁸⁷ Yargıtay 11. HD. 2007/1677E. 2008/4071K. 28.03.2008 tarihli kararı (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr (Erişim tarihi 15.02.2020)

²⁸⁸ Yargıtay 11. HD'nin 2015/219E. 2015/4572K. Sayılı 01.04.2015 Tarihli Kararı (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi 24.04.2020)

reklam yasağı ile “www.liderhasar.com.tr” isimli internet sitesinde işin tamamlanmasına kadar ücret alınmayacağı ifadelerinin haksız rekabet teşkil ettiği gerekçeleri ile haksız rekabetin tespiti ile söz konusu ifadelerin yayından kaldırılarak düzeltilmesine karar verilmiştir.

Ticaret unvanının alan adı olarak kullanılması halinde ise bunun yanılmaya yol açması veya yanılma olasılığının varlığında alan isminin bir bütün olarak incelenerek neticeye varılması halinde haksız rekabetin varlığı tespit edilebilir²⁸⁹.

Yargıtay 11. HD.’nin kararında²⁹⁰ davacı “www.kartsizalisveris.com” adlı internet sitesinin sahibi olup davalı ile aralarında komisyon sözleşmesi bulunmaktadır. Söz konusu sözleşme uyarınca bahsi geçen internet sitesinden alışveriş yapan kişilerin siparişleri tedarikçiye yönlendirilecek, müşteriler ile bağlantı kurması sağlanarak, satış yapılacaktır. Davalı, davacının komisyonunu ödemesine rağmen davacı sözleşmeye aykırılık etmiş ve söz konusu internet sitesini işlevsizleştirmiştir. Davalı ise kendisi adına “www.kartsizal.com” isimli internet sitesini tescil ettirmiştir. Davacı işbu alan adı ile ürün satışı yapmasının sözleşmeye aykırı olduğu ve kendisine ait alan adı arasında iltibas meydana geldiği sebebiyle haksız rekabetin var olduğunu iddia ederek tazminat talebinde bulunmuştur. Mahkeme ise “kartsızalışveriş” ibaresinin ayırt edici nitelikte bir özelliği bulunmadığı ve başkası tarafından kullanılmasında bir engel bulunmayacağı dolayısıyla haksız rekabet iddiasının sübuta ermediği gerekçesi ile reddetmiş olup karar Yargıtay tarafından onanmıştır.

Yargıtay 11. HD.’nin kararında²⁹¹ davacıya ait ticaret unvanının davalı tarafından alan adı olarak kullanılması nedeniyle haksız rekabet iddia ve dava edilmiştir. Davalının kendisine ait isim yerine davacıya ait tescil edilmiş olan ticaret unvanının ayırt edici unsurunu alan adı olarak kullanması, dava aşamasında ODTÜ tarafından söz konusu alan adının iptal edilmesine rağmen iş ilanlarında kullanılmaya devam edilmesi nedeniyle haksız rekabete yol açtığı tespit edilmiştir.

²⁸⁹ OKAN, a.g.e, s.101.

²⁹⁰ Yargıtay 11. HD. 2012/4943 E., 2013/4993 K. 14.03.2013 tarihli karar (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi 24.04.2020)

²⁹¹ Yargıtay 11. HD.’nin 2007/1677E. 2008/4071K. Sayılı 28.03.2008 Tarihli kararı (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi 24.04.2020)

Yargıtay 11. HD.’nin bir başka kararında²⁹² davacı “maskot” markasının ve “www.maskot.com” alan adının sahibidir. Davalının ise ticaret unvanında “maskot atölyesi” ismi bulunmakla birlikte “www.maskotatolyesi.com” alan adının sahibidir. Davacı, davalının bahsi geçen ibareleri kullanmasının iltibasa yol açacağı ve haksız kazanç elde edeceği nedenleriyle haksız rekabete yol açacağını iddia etmiş ve tazminat talebinde bulunmuştur. Mahkemenin bahsi geçen kelimenin zayıf marka olduğu ve başka unsurlar eklenerek ayırt edicilik kazandırılabilceği, marka ile ticaret unvanının benzer olmadığı sebebiyle haksız rekabet iddiasını reddetmesine karşılık Yargıtay bahsi geçen markayı kılavuz sözcük olarak değerlendirerek söz konusu kararı bozmuştur.

Yargıtay, önceki tarihli kararlarında ticaret unvanının alan adı olarak kullanılması durumunu bir çeşit ticaret unvanı kullanımı olarak değerlendirilirken daha sonraları bu kanaatini değiştirerek bunu bir marka kullanımı olarak nitelendirmiştir²⁹³.

Yargıtay 11. HD, 26.11.2012 tarih ve 2011/12347 E., 2012/19133 K. Kararında²⁹⁴ davalı tarafından tescil edilmiş bir alan adının davacı tarafından yurtdışı menşei bir tescil merkezinde üç sene önce tescil edildiği görülmektedir. Davacı daha önce tescil edilmiş olan alan adının öncelik ve üstünlük hakkı bulunduğunu iddia etmiş mahkemenin davayı reddetmesine rağmen Yargıtay işbu kararı dava konusu hususun haksız rekabet hükümlerine göre 6762 sayılı TTK m. 57/5 “bir başkasına ait tanıtmaya işaretinin başkası tarafından haksız olarak kullanımından kaynaklanan engelleme hakkının” bulunup bulunmadığının somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi gerektiği gerekçesi ile bozmuştur.

Yargıtay 11. HD. Kararında²⁹⁵ davacı, kendisine ait “intel” markasının kendi ticaret unvanında da kullanıldığını belirtmek suretiyle aynı ibarenin davalı tarafından ticaret unvanında ve alan adında çekirdek unsur “intel-anka.com” olarak kullanılmasının marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet olduğunu iddia ve dava

²⁹² Yargıtay 11. HD. 2012/10875 E., K.2013/9979, 15.05.2013 tarihli karar (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi 24.04.2020)

²⁹³ YASAMAN, **a.g.t.**, s.178.

²⁹⁴ Bahsi geçen karar için bkz. KARAGÜLMEZ, **a.g.m.**, s. 9.

²⁹⁵ Yargıtay 11. HD.’nin 2014/11791E. 2014/18640K. 01.12.2014 Tarihli Kararı (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi 24.04.2020)

konusu etmiştir. Mahkeme davayı kabul ederek haksız rekabetin tespiti ile men ve refi ile alan adına erişimin engellenmesine karar vermiştir. Davalının on sekiz yıl ticaret unvanında yer alan aynı ibarenin alan adı olarak kullanılmasını engelleyen mahkeme kararı verilirken tarafların alan adını ticari faaliyetlerinde ve ticari etki yaratacak şekilde kullanmaları ve aynı alanda ticari faaliyet göstermeleri, ürün ve hizmetlerinin benzerliğinin değerlendirilerek karar verilmesinin daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.

Yargıtay 11. HD. bir başka kararında²⁹⁶ davacı tarafından, davacının sahibi olduğu “Vestel” markasının davalı tarafından “www.maltepevestelservisi.net” şeklinde alan adı içerisinde ve internet site içeriğinde kullanılmasının davacının yetkili bayisi şeklinde bir imaj yarattığı nedeniyle marka tecavüzü ve haksız rekabet yarattığı iddia ve dava edilmiştir. Mahkeme 6762 sayılı TTK m. 57/5’e göre haksız rekabet olduğuna hükmetmiş Yargıtay kararı isabetli bularak onamıştır.

Yargıtay 11. HD kararında²⁹⁷ aynı veya benzer marka veya ticaret unvanının başka bir kimse tarafından alan adı olarak kullanılmasını markasal kullanım ve karıştırılmaya sebep olması ihtimalinden dolayı marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet olarak değerlendirmiştir.

Yargıtay 11. HD.’nin kararında²⁹⁸ davacı şirket dünyaca tanınmış otomotiv ve giyim sanayi ürünlerinin satışını yapmakta, ürünlerini “Jaguar” ve “Jaguar ve şekil” ibarelerini içeren markalarla tanıtarak pazarlamakta olup, söz konusu markaları tescillidir. Davacı, davalılardan Jaguar Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.’nin üretim ve pazarlamasını yaptığı ürünlerinde, işyerinin tabelasında, ambalajlarında ve diğer tanıtım malzemelerinde Davacıya ait tanınmış markasını alan adı olarak web sitesi de dahil olmak üzere davalının ticaret unvanında haksız yere kullanmakta olduğunu iddia ve dava etmiştir. Özellikle davacının markasının asli unsuru olan “Jaguar” ibaresinin davalı tarafından aynen kullanılmakta olması ile davalıların ürün, etiket ve tanıtım eşyaları üzerinde “JAGCLUB” ibaresini “Jaguar” markasıyla iltibas

²⁹⁶ Yargıtay 11. HD. 2011/7206 E., 2013/10110K., 16.05.2013 Tarihli Kararı (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi 24.04.2020)

²⁹⁷ Yargıtay 11. HD. 2016/7499E. 2018/1183K. 19.02.2018 Tarihli Karar (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi 24.04.2020)

²⁹⁸ Yargıtay 11. HD.’nin 04.12.2019 tarih 2018/4624E. 2019/7856K. (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml> (Erişim tarihi 01.04.2020)

yaratacak şekilde kullanmaları hususları birlikte değerlendirilerek, markanın ününden haksız kazanç elde etmek amacıyla kullandığı iddia edilmiştir. Buna ek olarak davalıların “Jaguar” ibareli taklit malları “JAGCLUB” ibareli ambalaj, poşet ve benzeri malzemelerle, “JAGCLUB” markalı ürünleri de “Jaguar” ibareli ambalaj, poşet ve benzeri malzemelerle tüketiciye sunduklarını, bu şekilde “JAGCLUB” markasını “JAGUAR” markasının serisi gibi izlenim yaratmaya çalıştıklarını iddiasına dahil etmiştir. Tüm bunların yanında davalıların “JAGCLUB” ibaresini de alan adı olarak tescil ettirdiklerini ileri sürerek, davalıların müvekkilinin marka haklarına tecavüz ve haksız rekabet fiillerinin tespiti ile bu fiillerin durdurulmasını ve önlenmesini, “JAGUAR” markasının davalılar tarafından tescil ettirilen “Jaguar.com.tr” alan adında kullanılmasının önlenmesini, alan adlarının iptalini, davalıların fiillerinin ağır kusur teşkil etmesi nedeniyle manevi tazminat ile maddi tazminatın ve itibar tazminatının tahsili ile Jaguar Giyim Sanayi ve Tic.Ltd.Şti.’nin unvanından “Jaguar” ibaresinin çıkarılmasını, davalıların “JAGCLUB” ibaresini kullanmalarının markaya tecavüz ve haksız rekabet oluşturduğunun tespiti ile bu fiillerinin durdurulmasını, önlenmesini ve “JAGCLUB COM. TR” adlı alan adının da iptalini, tecavüz konusu ürün imalinde kullanılan araç gereçlerle, tanıtım vasıtaları, etiket, broşür ve katalogların imhasına karar verilmesini talep ve dava etmiştir. İlk derece mahkemesi Davacıya ait markaların iltibas yaratacak biçimde birebir aynısının ve benzerinin davalıya ait web sitesinde, iş evrakında, reklamlarında kullanılmasının haksız ve hukuka aykırı, davalıların logo, şekil ve renk kombinasyonlarıyla oluşturduğu ticari takdim şekillerinin haksız rekabet teşkil ederek bunun tespiti, durdurulması ve önlenmesine, davacı şirketin ticaret unvanına, marka hakkına tecavüzün ve haksız rekabetin neticesi olan maddi durumun ortadan kaldırılmasına karar verilmiş olup temyiz edilen işbu karar Yargıtay tarafından onanmıştır²⁹⁹. Son derece isabetli olan bu kararda davalı şirketlerin tanınmış bir markayı iltibas yaratacak şekilde alan adı olarak kullanmaları haksız rekabet oluşturduğundan ötürü hukuka aykırıdır. Buna ek olarak farklı bir mecrada iş yapan firmalar olmasına rağmen söz konusu durumun karışıklık yarattığı ve davalının

²⁹⁹ Yargıtay 11. HD.’nin 04.12.2019 tarih 2018/4624E. 2019/7856K. (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml> (Erişim tarihi 01.04.2020)

haksız ticari kazanç elde ettiği gerekçeleri ile engellenmesine karar verilmesi görüşüne katılmaktayız.

Yargıtay 11. HD. Kararında³⁰⁰ “Eczacıbaşı” tanınmış markasının “eczacibasnakliyat.com” alan adı ile davalı tarafından kullanılmasının ilaç firmasına ait markanın davalının nakliyat alanında hizmet verdiği internet sitesinde kullanılmasına rağmen mahkemece davacının tanınmış markasından haksız yararlanma dolayısıyla marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet teşkil ettiğinin tespitine karar verilmiştir. Böylece tanınmış markaların özel bir durumu olduğunu görmekteyiz.

Yargıtay 11. HD.’nin bir başka kararında³⁰¹ ilk derece mahkemesinin “ülker” tanınmış markasının “ulkergazetesi.com” alan adı ile kullanılmasını markanın itibarına zarar verilerek, markanın ayırt edici karakterinin zedelenmesine neden olabileceği gerekçesiyle dava konusu alan adı ile internet gazeteciliği faaliyetinin tescilli marka hakkına tecavüz ve bu suretle haksız rekabet teşkil ettiğinin tespiti ile men ve refine karar vermiş olmasına karşılık, Yargıtay ihlale konu markanın davalı tarafından kullanımının Cumhuriyet tarihinden öncesine dayandığı, öncelik hakkı sahibi olan kişinin tescilsiz kullanımına karşı, daha sonraki tarihte tescil edilmiş marka hakkına dayalı olarak bu kullanımın önlenmesinin istenemeyeceği gerekçesiyle bozma kararı vermiştir. Bu karar da tanınmış bir markanın kullanım önceliği olan bir başkası tarafından farklı alanda kullanılabilmesi açısından oldukça önemlidir.

Alan adı korsanlığı yollarından birisi de daha önce bahsettiğimiz üzere yazılış hatalarını öngörerek (typosquatting) alan adının tescil edilmesidir. Böylece tanınmış olsun veya olmasın markaların, tescilli alan adı sahiplerinin alan adlarının farklı harfler kullanılarak alan adı olarak tescil edilmesi yöntemi bu yola başvuranlara karışıklıktan kaynaklı reklam, trafik elde etme ve dolayısıyla ekonomik ve ticari kazanç sağlamaktadır. Bunun karşısında yazım hatasıyla karışıklığa sebep olunan alan adı sahibinin zarar etmesine neden olabilmektedir. Bu konudaki önemli örneklerden birisi Amerikan hukukunda yerini almıştır. Kaliforniya Mahkemesi (US

³⁰⁰ Yargıtay 11. HD. 2014/120E. 2014/12653K. 02.07.2014 tarihli kararı (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim tarihi 01.04.2020)

³⁰¹ Yargıtay 11. HD. 2015/3174E. 2015/8074K. 10.06.2015 tarihli kararı (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim tarihi 01.04.2020)

District Court of Northern District of California) 19.04.2013 tarihli Facebook Inc. V. Banana Ads Llc davası bu husustaki önemli bir karardır³⁰². Davaya göre mahkeme “<facebobk.com>; <facebooj.com>; <ffacebook.com>; and <facebookwelcome.com>” şeklinde yazım hatası görünümüyle alan adı oluşturan davalıların typosquatting yoluyla “facebook.com” markasının kötü niyetle karışıklığına sebebiyet vermeleri, markanın itibarını zedelemeleri, kendi sitelerinin reklam ve tanıtımını başkasının markasından haksız yararlanmak suretiyle yapmaları, böylece haksız ekonomik çıkar sağlamaları nedeniyle alan adı başına 5000 dolar ile 25.000 dolar arasında değişen toplamda 2.8 Milyon dolar tazminat ödenmesine karar vermiştir³⁰³.

Yargıtay 11. HD. bir kararında³⁰⁴ ilk derece mahkemesinin davacıya ait tescilli marka sınıfı ile davalının sahip olduğu alan adının ve site içeriğinin farklı olmasına rağmen iktibas yolu ile taklit edildiği sebebiyle marka koruması ve haksız rekabet hükümlerine aykırı olduğuna karar verilmesine rağmen Yargıtay söz konusu kararı ürün ve hizmetlerin farklı olması nedeniyle marka korumasından yararlanamayacağı gerekçesi ile bozmuştur. Kanaatimizce bahsi geçen kararda başkasına ait tanıtım vasıtasından yararlanarak bunu alan adı şeklinde bir reklam unsuru olarak kullanılmasından ötürü haksız rekabet hükümlerinin uygulanarak sonuca gidilmesi yerinde olacaktır. Bu doğrultuda Yargıtay 11. HD.’nin bir başka kararında³⁰⁵. davacının tescilli markası ile davalının kullandığı alan adının karışıklık yaratacak şekilde benzer ancak farklı alanlarda kullanımlarının olmasına karşın ilk derece mahkemesi tarafından verilen kararın “davalının web sitesi içeriğinde davacı ile aynı ya da benzer alanlarda ticari faaliyette bulunup bulunmadığı ve bu durumun haksız rekabette yol açıp açmayacağı da tartışılmaksızın, sadece alan adlarındaki "...” sözcüklerinin aynı olması nedeniyle alan adı kullanımının önlenmesine karar verilmesi de doğru görülmediği” gerekçesi ile bozulmasına hükmedilmiştir.

³⁰² US District Court of Northern District of California 19.04.2013 tarihli Facebook Inc. V. Banana Ads Llc Case No.: 11-CV-03619 YGR (Çevrimiçi) <https://www.complexip.com/facebook-wins-millions-from-defaulted-cybersquatting-defendant/> (Erişim Tarihi 18.05.2020)

³⁰³ Aynı karar.

³⁰⁴ Yargıtay 11. HD. 2015/12854E. 2017/1276K. 06.03.2017 tarihli kararı (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi 12.04.2020)

³⁰⁵ Yargıtay 11. HD. 2017/2017E. 2018/8162K. 24.12.2018 tarihli kararı (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi 17.06.2020)

ABD yargı kararlarında ticari kullanımın tespit edilmesinde internetteki interaktif uygulamanın etki ettiğini de görmekteyiz. Zippo Manufacturing Co. V. Zippo Dot Com, Inc.³⁰⁶ davasında tanınmış marka sahibi tütün ürünleri için yanıcı malzeme üreticisi olan davacı farklı eyalette bulunan internetten habercilik hizmeti veren davalının kendisine ait markayı internet alan adı olarak kullanmasından ötürü marka ihlaline yol açtığı iddiası ile dava ikame etmiştir. Davacının bulunduğu eyalette davalıya ait internet servis sağlayıcılarının ve dolayısıyla internet sitelerinin interaktif olarak hizmet vermesinden ötürü bunun ticari bir kullanımının olduğu, bundan ekonomik bir gelir elde ettiğinin açık olmasından dolayı ticari etki yarattığına ve dolayısıyla ihlalin meydana geldiğine hükmedilmiştir.

Türk hukukunda marka, ticaret unvanı ile işletme adı arasından herhangi birisine öncelik tanımadığından ötürü farklı isim veya işaretler arasında karışıklık meydana geldiği takdirde ilk kullanan kişinin hakkı diğerlerinden üstün tutulmuştur³⁰⁷. Dolayısıyla başkasının ününden veya itibarından haksız olarak yararlanma amacı olmadığı takdirde ilk gelen alır kuralının alan adının haksız rekabete konu olduğu olaylarda da görmekteyiz. Bazı meslek gruplarının veya ürünlerin internet sitelerinde reklamlarının yapılması sınırlandırıldığı için belirtilen reklam yasağı ve faaliyet kısıtlamalarına uymadıkları takdirde bu husus 6102 sayılı Kanun'un madde 55/e hükmüne göre haksız rekabet oluşturabilecektir.

2. İstenmeyen E-Postalar (Spam)

a. Spam'in İşletmelerce Sıklıkla Tercih Edilme Sebebi ve İnternet Ortamında Kullanıcıların Karşılaştığı Durumlar

Geleneksel yöntemlerle gönderilen basılı reklam postalarına karşılık sanal ortamda elektronik iletiler yoluyla gönderilen reklamlar, maliyet ve emek açısından işletmelere kar sağlarken, tüketicileri "spam" adı verilen talep edilmemiş e-postalara maruz bırakabilmektedir. Spam herhangi bir şekilde istenmeyen, talep edilmeyen,

³⁰⁶ Zippo Manufacturing Co. V. Zippo Dot Com, Inc. - 952 F.Supp. 1119 (Çevrimiçi) <https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-zippo-manufacturing-co-v-zippo-dot-com-inc> (Erişim Tarihi 17.06.2020)

³⁰⁷ NOMER ERTAN, **a.g.m.**, s. 413.

kişisel olmamakla birlikte ikna amacıyla gönderilmiş³⁰⁸ elektronik haberleşme çeşididir³⁰⁹.

Spamming Türk hukukunda köpükleme olarak adlandırılmış olup, dolandırıcılık amacıyla gönderilen diğer bir toplu e-posta gönderimi ise spoofing olarak adlandırılmıştır³¹⁰. Biz çalışmamızın bu kısmında sıklıkla sorun yaratan bir konu olan spam'den bahsedeceğiz. Zira e-posta yolu ile gönderilen reklamlar aracısız, kolay, hızlı ve tüketiciye ulaşma kabiliyeti yüksek türde reklamlardır. Bu da işletmelerin spam tercihini, kullanıcıların ise spam alma olasılığını artırmaktadır. Buna karşılık internet kullanıcıları posta kutularının aşırı e-posta yüklenmesinden dolayı doluluk ve devamlı temizleme sıkıntısı çekmektedir. Bazen bir tıklama ile halledilebilecek bile görünse birikmiş e-postalar kullanıcılar nezdinde fazla yorucu olabilmektedir. Bunun yanı sıra toplu e-postalar veri trafiğini de yavaşlatmaktadır.

Elbette spam olarak gönderilecek iletilerin alıcısının belirlenmesi ayrı bir önem taşır. Doğru alıcıya ulaştırılan ileti ticari kazanç sağlama amacını yerine getirebilir. Reklam amacıyla e-posta göndermeyi hedefleyen kişiler e-posta adreslerini çeşitli şekillerde toplamaktadır. Bu konuda hukuki düzenlemenin yürürlüğe girmesi ile bu husus uygulamada şirketler ve kullanıcıların dikkatini çekse de halen günümüzde karşımıza e-posta konu veya içeriğinde “hemen zengin olmak ister misiniz?” veya “3 ay bedava üyelik hakkı kazanmak ister misiniz?” veya “ücretsiz virüs koruma programı indirmek ister misiniz?” veya üyelik oluşturma şartlarını öne sürmek suretiyle e-posta adreslerinin kaydedilmesi durumu ile sıkça karşılaşmaktayız. Böylece firmalar kolaylıkla e-posta adreslerini kişilerden toplamakta ve kendi tanıtım amaçları doğrultusunda kullanmakta hatta satmaktadırlar. Böylece spam kullanıcılar üzerinde rahatsızlık hatta bıkkınlık yaratmaktadır³¹¹. Bunun önüne geçmek için yürürlüğe giren yasal düzenlemelerin yararlı olduğu kanaatindeyiz.

³⁰⁸ RÜZGAR, a.g.e., s.237.

³⁰⁹ BOZKURT YÜKSEL, a.g.m., s.95, Vanessa J. REID, “Recent Development In Private Enforcement Of The Can Spam Act”, *Akron Intellectual Property Journal* 2010: Vol. 4: Iss. 2, Article 5, s.3. “Söz konusu terminoloji -Spam- elektronik medya, sohbet programları ve kısa mesajları da içermektedir.” (Çevrimiçi) <https://ideaexchange.uakron.edu/akronintellectualproperty/vol4/iss2/5/> (Erişim Tarihi 14.04.2020)

³¹⁰ RÜZGAR, a.g.e., s.236.

³¹¹ REID, a.g.m., s.4.

Spam olarak karşılaşılan e-postalar reklamı yapılan materyal ile ilgilenmeyecek, satın almayacak hatta istese de bu ürüne ulaşamayacak kişilere de gönderilmektedir. Diğer yandan dolandırıcılık, organize suç, pornografi gibi zararlı içeriklere sahip olabileceği gibi içerdiği çeşitli link veya mesajlar yoluyla gönderildiği bilgisayar sisteminin çökmesi, belgelerin şifrelenmesi gibi zararlara da yol açabilmektedir. Spam'in en tehlikeli yanlarından birisi de bilgisayar virüslerinin, kontrolü ele geçiren bot adı verilen yazılımların yayılmasını sağlayarak bilgisayarları kontrol altına almak suretiyle kullanıcısının izni ya da haberi olmadan girdiği ortamdan bilgi çalmak veya kullanıcının bağlantılarına spam yaymaktır³¹².

İstenmeyen e-postanın en yaygın iki türü; istenmeyen ticari iletiler (unsolicited commercial e-mail) ve bir haberin, bir çağrının, ya da belirli bir konudaki bir düşüncenin yayılması veya duyurulması amacıyla karşılaşılan yığın iletilerdir (unsolicited bulk e-mail)³¹³.

İstenmeyen e-postaların zaman kaybı, rahatsızlık, alan kaplama gibi yorucu taraflarının mevcut olduğu açıktır. Ancak ticari işletmeler yine de spam'den vazgeçememektedirler. Çünkü kişiler e-postaların içeriklerine bakmadan silmiş olsalar dahi başlık veya konu kısmından gönderi veya işletmeye karşı aşinalık kazandırmaktadır. Öte yandan bu yöntem ile gönderilen reklamlar bir tuşa tıklama ile birden fazla kişiye aynı anda erişim sağlaması yönüyle oldukça hızlı erişim kabiliyetine sahiptir.

Reklam gönderimi yapmak isteyen firmalar kendileri kitlelere e-posta gönderebileceği gibi toplu e-posta gönderimi yapan farklı firmalar aracılığı ile bu gönderimin yapılmasını sağlayabilecektir. Spam'in rahatsız edici içeriği, pornografik içeriklere sahip olma ihtimali, zararlı yazılımı yayması, gerçek dışı taahhütler vermesi, zaman ve iş gücü kaybına yol açması, elektrik ve enerjiyi tüketmesi sebeplerinden ötürü engellenmesi ihtiyacı doğmuştur. Spam ile birlikte gönderilen zarar verici bot yazılımların kullanıcıların e-postayı açmaları ile birlikte farkında olmadan robotlar vasıtasıyla başka bir bilgisayara bağlanmaları hatta bunun da ötesinde şifrelenerek engellenme, mesajlarının, bilgilerinin veya şifrelerinin

³¹² Metin İKİZLER/ Sinan BAŞAR, "Spam'in Zararları ve Spam ile Mücadele ABD Örneği ve Türk ve AB Hukukları ile Karşılaştırma", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** Cilt: 8, Sayı: 2, 2006, s.94.

³¹³ İKİZLER/ BAŞAR, **a.g.m.**, s.92, ZHANG, **a.g.m.**, s.303, Reid, **a.g.m.**, s.3.

kopyalanması gibi kişilerin siber suç mağduru olmalarına yol açabilmektedir. Fakat bizim konumuz siber suçlar olmadığından söz konusu durumların yol açtığı hukuki sorunların detayına girmeyeceğiz.

Spam ile mücadelede günümüzde bazı yazılım programlarının spam olabilecek e-postaların özelliklerini ayırtarak ve filtreleyerek posta gelen kutusuna düşmesini engellediğini görmekteyiz. İşyerlerinin veya kullanıcıların anti spam ürünleri ve yazılımları ile spamleri filtreleyen yazılım software programlarına spam'i engellemesi için yatırım yapmakta olduğu son zamanlarda sıkça görülmektedir³¹⁴. Bu da tazminat davasına konu olmaları durumunda anti spam yazılımlarına yapılan yatırım olarak tazminat miktarını etkileyecektir.

b. Spam'in Türk Hukukundaki Yeri ve İlgili Düzenlemeler

Avrupa Birliği'nin 2000/31/EC E-Ticaret Yönergesi ile 2002/58 sayılı 2003 yılında yayınlanan Gizlilik ve Elektronik İletişimler Yönergesi istenmeye e-postaların pazarlama amacıyla gönderimini düzenlemektedir. Söz konusu Yönergeye dayanarak hazırlanan ETDHK³¹⁵ ile bu durum düzenlenerek hem tüketicilerin kişisel verilerinden biri olan e-posta adresleri korunmuş hem de ticari elektronik iletilerin³¹⁶ gönderilmesine sınırlama getirilmiştir.

ETDHK'a göre ticari amaçla gönderilen elektronik posta, ticari ileti olarak adlandırılmaktadır. ETDHK 6. Maddesinde, alıcılara ancak yazılı olarak veya telefon, çağrı merkezleri, faks, otomatik arama makineleri, akıllı ses kaydedici sistemler, elektronik posta, kısa mesaj hizmeti gibi her türlü elektronik iletişim araçlarıyla önceden onayları alınmak kaydıyla ticari elektronik ileti gönderilebileceği hüküm altına alınmıştır. Elbette uygulamada onayın ne şekilde alındığı ispat sorunu açısından önem kazanmaktadır. Onayı almakla yükümlü olan adına ticari elektronik ileti gönderilen kişidir³¹⁷. Dolayısıyla onayın alındığının ispat yükü de bu kişi

³¹⁴ Reid, **a.g.m.**, "2005 yılı Federal Ticaret Komisyonu raporuna göre 2004 yılında yaklaşık 1 milyar dolar anti spam ürünlerine yatırılmış, iki sene içerisinde kullanıcılar 2.6 milyar doları spam'i engelleyen yazılımlara harcamışlardır." s.5.

³¹⁵ R.G. 05.11.2014, S. 29166, Kabul Tarihi 23.10.2014, Kanun No: 6563 Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun.

³¹⁶ R.G. 05.11.2014, S. 29166, Kabul Tarihi 23.10.2014, Kanun No: 6563 m. 2/1(c): "Ticari elektronik ileti: Telefon, çağrı merkezleri, faks, otomatik arama makineleri, akıllı ses kaydedici sistemler, elektronik posta, kısa mesaj hizmeti gibi vasıtalar kullanılarak elektronik ortamda gerçekleştirilen ve ticari amaçlarla gönderilen veri, ses ve görüntü içerikli iletileri, ... ifade eder."

³¹⁷ Madde gerekçesi.

üzerindedir. Ancak internet ortamında onay alınması için dayatılan hukuki kurallar ile işletmelerin pazarlama ve iletişim stratejileri çakışmaktadır. Müşteri kitlesini kaybetmek istemeyen işletmeler tercihlerini ya bu kurallara uymamaktan yana kullanmakta veya kuralları kendi lehlerine yorumlamaktadırlar.

Buna karşılık alıcı ile iletişime geçilmesi amacıyla alıcının iletişim bilgilerini vermesi hâlinde, temin edilen mal veya hizmetlere ilişkin değişiklik, kullanım ve bakıma yönelik ticari elektronik iletiler için ayrıca onay aranmayacaktır. Bu hükmün istisnası, esnaf ve tacirlere önceden onay alınmaksızın ticari elektronik ileti gönderilebileceğidir.

Türk hukukunda 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu’nun 50. Maddesinin 5. Fıkrası 2014 yılında:

“İşletmeciler tarafından, sundukları hizmetlere ilişkin olarak abone ve kullanıcılarla, önceden izinleri alınmaksızın otomatik arama makineleri, fakslar, elektronik posta, kısa mesaj gibi elektronik haberleşme vasıtalarının kullanılması suretiyle pazarlama veya cinsel içerik iletimi gibi maksatlarla haberleşme yapılamaz. İşletmeciler, sundukları hizmetlere ilişkin olarak abone ve kullanıcılarıyla siyasi propaganda içerikli haberleşme yapamazlar.”

şeklinde değiştirilmiştir.

TİTEİHY’in m.8/6’ya göre ise “Ticari elektronik iletide indirim ve hediye gibi promosyonlar ile promosyon amaçlı yarışma veya oyunlar olması halinde bu husus iletide açıkça belirtilir.” denilmek suretiyle konu kısmının düzenlenmesinin hassas olduğu konular promosyonlar, yarışmalar ve oyunlar olmakla sınırlı ve yetersiz kalmıştır. Oysa ki cinsel içerikli e-postalar hem ticari olarak nitelendirilebilmekte olup hem de hassasiyeti yüksek ve hukuki düzenlemeye muhtaç konuların başında gelmektedir.

ETDHK 7. maddesine göre ise ticari elektronik iletinin içeriği, alıcıdan alınan onaya uygun olmalıdır. Diğer bir deyişle pazarlama, reklam, bilgilendirme gibi sebeplerle gönderilecek olan e-postanın konu kısmında mutlaka bu bilgiye yer verilmelidir. İletide, hizmet sağlayıcının yani e-postayı gönderen elektronik ticaret yapan kuruluşun tanınmasını sağlayan bilgiler ile telefon numarası, faks numarası, kısa mesaj numarası ve elektronik posta adresi gibi erişilebilir durumdaki iletişim

bilgilerine yer vermek zorundadır. Ayrıca iletinin konusu, amacı ve başkası adına yapılması hâlinde kimin adına yapıldığına ilişkin bilgilere de yer verilir.

Söz konusu e-postayı reddetme hakkı ETDHK 8. Maddesi ile düzenlenmiştir. Alıcılar diledikleri zaman, hiçbir gerekçe belirtmeksizin ticari elektronik iletileri almayı reddedebilirler. Hizmet sağlayıcı ret bildiriminin, elektronik iletişim araçlarıyla kolay ve ücretsiz olarak iletilmesini sağlamakla ve gönderdiği iletide buna ilişkin gerekli bilgileri sunmakla yükümlüdür. Talebin ulaşmasını müteakip hizmet sağlayıcı üç iş günü içinde alıcıya elektronik ileti göndermeyi durdurmakla yükümlüdür.

Yukarıda bahsi geçen ve Kanun ile düzenlenen onay alma, onayın içeriği ve e-postayı reddetme haklarının herhangi birine uyulmayarak gönderen ticari işletmenin bu eyleminin haksız rekabet yaratması, doğrudan doğruluk ve dürüstlük kurallarına aykırılık oluşturması bakımından yüksek bir olasılıktır.

E-postanın veya istenmeyen iletiler olan “spam”lerin bir ürünün, hizmetin tanıtımı, pazarlanmasını veya bilgilendirmesini sağlamak amacıyla gönderilmesi halinde reklam olarak değerlendirileceği aşıkardır. Bu takdirde TKHK’nın 61. Maddesine değinmemiz gerekmektedir. Ticari reklamları düzenleyen söz konusu hükme göre e-posta veya spamlerin, Reklam Kurulunca belirlenen ilkelere, genel ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına uygun, doğru ve dürüst olmaları esas olup tüketiciyi aldatıcı veya onun tecrübe ve bilgi noksanlıklarını istismar edici, can ve mal güvenliğini tehlikeye düşürücü, şiddet hareketlerini ve suç işlemeyi özendirici, kamu sağlığını bozucu, hastaları, yaşlıları, çocukları ve engellileri istismar edici şekilde olmamaları gerekmektedir. Burada değinilmesi gereken diğer bir madde ise aynı Kanun’un 62. Maddesinde tarif edilen haksız ticari uygulamalardır. Bir ticari uygulamanın; mesleki özenin gereklerine uymaması ve ulaştığı ortalama tüketicinin ya da yöneldiği grubun ortalama üyesinin mal veya hizmete ilişkin ekonomik davranış biçimini önemli ölçüde bozması veya önemli ölçüde bozma ihtimalinin olması durumunda haksız olduğu kabul edilir. Özellikle aldatıcı veya saldırgan nitelikteki uygulamalar haksız ticari uygulama olarak kabul edilir. Böylelikle tüketici tarafından bakıldığında e-postaların aldatıcı veya saldırgan nitelikte olması haksız ticari uygulama olması ihtimaliyle yasaklanmıştır.

TRHTUY 5. Maddesinde reklamlar hakkında uygulanması gereken temel ilkeler belirtilmiştir. Buna ek olarak Yönetmeliğin 6. Maddesinde biçimi ve yayınlandığı mecra ne olursa olsun bir reklamın, reklam olduğunun açıkça anlaşılması gerektiği hükmü ETDHK 7. Maddesi ile paralellik göstermektedir.

İstenmeyen e-postaların saldırgan bir ticari uygulama olarak, aldatıcı, rakibi kötüleme veya karışıklığa neden olacak reklamlar olarak karşımıza çıktığında tüketicilerin bahsettiğimiz gibi TKHK'ya başvurabilecekleri gibi bunun yanında TTK ile BK ile düzenlenen haksız rekabet hükümleri uyarınca dava açmaları da mümkün olabilecektir³¹⁸. Dolayısıyla kitlelere gönderilen aldatıcı e-postaların göndericisinin tacir olmaması veya içeriğinin ticari bir nitelik taşımaması halinde BK'nın 57. maddesine başvurulabilecektir³¹⁹. Ancak uygulamada e-posta yolu ile kitlelere gönderilen reklamların ticari nitelik taşımama ihtimali çok düşüktür. Bu nedenle haksız rekabet içeren istenmeyen e-posta içeriklerinin TTK hükümlerine dayandırılması daha olasıdır.

Spam'in istenmeyen ticari ileti olarak gönderilmesi ile saldırgan satış yöntemi olarak karşılaşıldığı hallerde ve içeriğinin haksız rekabet teşkil ettiği durumlarda haksız rekabet kuralları uygulanacaktır. Spam'in içeriğinin gerçek dışı veya yanıltıcı olarak avantaj sağlaması, karıştırılmaya mahal vermesi durumunda TTK'nın 55. Maddesinde yer alan haksız rekabet hükümlerine başvurulacaktır. Özellikle Spam TTK m. 55-1/a-1,2,3,4,5 ve 8. Fıkralarının kapsamına giren içeriklerde olabileceği gibi somut olayın özelliklerine göre bazı hallerde saldırgan satış yöntemi olarak değerlendirilebilme olasılığı meydana gelebilmekte ve dürüstlük kuralına aykırı davranışlardan da bahsedilebileceği kanaatindeyiz.

c. ABD'de Spam'e İlişkin Hukuki Düzenlemeler ve Can Spam Act

Bu konuda Amerika Birleşik Devletleri'nde 1 Ocak 2004 yılında yürürlüğe giren İstenmeyen Pornografik ve Pazarlama Tecavüzlerinin Kontrolü Yasası Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing Act (Bundan sonra Can Spam Act olarak anılacaktır.) incelenmelidir. Bu yasanın öncelikli amacı

³¹⁸ OKAN, **a.g.e.**, s.112, BOZKURT YÜKSEL, **a.g.m.**, s.97.

³¹⁹ OKAN, **a.g.e.**, s.112.

ticari bir internet sitesi içeriği de dahil olmak üzere ürün veya hizmeti tanıtım veya pazarlama olan e-postaları hedef almaktadır³²⁰.

Amerika’da bu hususu düzenleyen en önemli yasa olan Can Spam Act’e göre ticari e-posta; herhangi bir elektronik posta mesajının öncelikli hedefinin ticari reklam veya ticari ürün veya hizmetlerin tanıtılması olarak tanımlanmıştır³²¹. Böylece Can Spam Act’in istenmeyen ticari e-postalara spam olarak odaklandığını görmekteyiz.

Bahsi geçen yasa içeriğinde kolaylıkla e-posta listesinden çıkış anlamına gelen opt out sisteminin detayları ve e-posta gönderilerinde içerik ve konu kısmında aldatıcı veya yanıltıcı bilgilere yer verilmemesi, pornografik içeriklerin dolaşımının engellenmesi, reklam olduğunun açıkça ifade edilmesi, posta konumunun açıkça belirtilmesi, hizmet sağlayıcı ve yetkililerin sorumlulukları vurgulanmıştır³²².

Can Spam Act Federal Ticaret Komisyonuna öncelikli uygulama hakkı tanırken bunun yanı sıra başsavcıya, adalet bakanlığına da çeşitli ihlallerin önüne geçilmesi amacıyla uygulama ve yasaya işlerlik kazandırma hak ve yetkisi tanımış olup, en önemlisi ihlalden etkilenen internet servis sağlayıcının özel olarak aksiyon almasına imkân sağlamıştır³²³. Bunlardan birisi de “Microsoft ve Eski “Spam Kralı” Scott Richter Anlaşmasında karşımıza çıkmaktadır³²⁴.” Bahsi geçen anlaşma ile birlikte spam gönderen şirket Microsoft’a 7 milyon dolar ödemekle yükümlü olmasının yanı sıra Can Spam Act’e uygun e-postalar göndermekle bağlı olduğunu kabul etmiştir.

Kaliforniya mahkemesi 27 Şubat 2007 tarihli kararında Can Spam Act ile ilgili sosyal medya sitesine ilişkin ilk uygulama kararını vermiştir. Myspace Inc. v. The Global Inc. arasında görülen emsal karara göre, Global firması kendisine ait firmanın reklam ve pazarlamasını yapmak amacıyla Myspace isimli sosyal medya paylaşım sitesinde oldukça fazla hesap açarak yaklaşık 400 bin adet istenmeyen ticari reklam mesajını Myspace kullanıcılarına göndermiştir. Buna karşılık Myspace, Can

³²⁰ Jameel HARB, “White Buffalo Ventures, LLS v. University of Texas at Austin: The Can Spam Act & The Limitations of Legislative Spam Controls” **Berkeley Technology Law Journal**, Vol.21:531, s.534.

³²¹ Can Spam Act 7702 (2) A

³²² İKİZLER/ BAŞAR, **a.g.m.**, s.96, Reid, **a.g.m.**, s.9.

³²³ Reid, **a.g.m.**, s.10.

³²⁴ Myspace Inc. v. The Global Inc. (Çevrimiçi) <https://news.microsoft.com/2005/08/09/microsoft-and-former-spam-king-scott-richter-announce-settlement/> (Erişim tarihi 17.04.2020)

Spam Act, Lanham Act ve California Business and Professions Code'un ihlal edildiği iddiası ile dava açmıştır³²⁵. Öncelikle Global firması yapmış olduğu reklamlarda Can Spam Act'in getirdiği hiçbir kurala uymayarak istenmeyen ticari posta ve mesajlara ilişkin ihlal meydana getirdiği gibi söz konusu fiili aldatıcı ve yanıltıcı unsurlar taşıdığından ötürü haksız rekabet oluşturmaktadır.

Bu alanda verilen kararlardan 230 milyon dolar ve 837 milyon dolar olmak üzere en yüksek ceza meblağı ile sonuçlanan dava ise Facebook v Guerbuez davasıdır³²⁶. Zira Can Spam Act mesaj başına ceza veriyor olması nedeniyle ve ihlal edenlerin mesajları çoklu göndermeleri sebebiyle cezalar balon gibi şişmektedir.

Bu alanda ikame edilmiş davalardan birisi olan Biblio Tech Ltd v Benchmark Print Supply davası da önemli bir davadır. Söz konusu davada davacı e-posta hizmeti veren bir internet şirketidir. Davalı gönderdiği e-postalar içinde e-posta listesinden çıkma imkânı sunmuştur. Fakat gönderilerin fazlalığından ötürü opt out hakkını kullanmak isteyenlerin talebiyle bu imkânın Davacıya zarar vermesine yol açmıştır. Spamming yöntemi ile gönderdiği iletilerin yüksek yoğunluğunun ileti listesinden çıkmak için geri dönüş almasından ötürü davacı sisteminin çökmesine sebep olduğu iddiası ile işbu davayı ikame etmiştir³²⁷. Bahsi geçen dava zararın giderilmesi istemlidir. Mahkeme, fiili zarar ile birlikte mahrum kalınan kar ve dava masraflarının giderilmesine hükmetmiştir.

Bahsi geçen kanuna (Can Spam Act) bilerek ve isteyerek yani kasten aykırılıkta bulunanların 2 milyon dolara kadar para cezası veya zararın üç katı kadar tazminat ödemelerine hükmedilebilmektedir³²⁸.

Yasanın bazı hükümleri şu koşulları ihtiva etmektedir³²⁹: i) e-postaların başlık ve içeriklerinde yanlış ve yanlış yönlendirici bilgilerin yer alması yasaklanmıştır, ii) istenmeyen ticari e-postaların mutlaka reklam olarak belirtilmesi gerekirken cinsel içerikli e-postaların buna dair uyarı ile birlikte gönderilmesi gerekmektedir, iii) gönderici mutlaka e-postasında geri bildirim yapılabilecek e-posta adresi veya diğer iletişim araçlarından birini alıcının e-postayı almak istememesi talebini iletmesi için

³²⁵ REID, **a.g.m.**, s.13.

³²⁶ Reid, **a.g.m.**, s.18.

³²⁷ RÜZGAR, **a.g.e.**, 243.

³²⁸ ZHANG, **a.g.m.**, s.318, U.S.Can Spam Act m. 7706.

³²⁹ U.S. Can Spam Act m. 7704.

bulundurulmalıdır, iv) istenmeyen e-posta göndericilerinin sırf otomatik e-posta gönderimini çok sayıda kullanıcıya gönderebilmeleri için e-posta edinmeyecek veya adres hasadı, sözlük atakları gibi yöntemlerle e-posta edinmeleri yasaklanmıştır, v) yağma olarak istismar edici ticari e-posta gönderenlere cezai yaptırım uygulanacak, vi) göndericiler tarafından e-posta gönderilmeyecek kişilere ait bir liste yaratılmalıdır.

Elbette bu yasal düzenlemeye yönelik doktrinde birçok eleştiri mevcuttur. Can Spam Act'e yönelik en büyük eleştiri spam'i yasallaştırmak suretiyle çoğaltılmasını sağlaması, firmaların tercih edilen reklam yöntemi haline getirilmesidir³³⁰. Amerika'daki bazı eyaletlerde spam ile gönderilen kusurlu e-postaların gönderilmesi kabahat ve ağır suç olarak birlikte değerlendirilerek hem para hem hapis cezası olarak infaz edilmekte, bazı yasal düzenlemelerde ise opt-in ve opt-out uygulaması ile yasal bir konum kazandırılmıştır³³¹. Bu nedenle federal alanda etkili olan Can Spam Act'in uygulaması daha geniş alanda çözüm üretmeyi hedeflemektedir.

Can Spam Act'i eleştirenlerin bir kısmı kuralların sembolik olduğunu, spami legalize ettiğini ve yasanın dişsiz olduğuna dair benzetme yapmakta olup, diğer kısmı ise verilmesi öngörülen cezaların eylemler ile orantısız olduğunu belirtmişler ayrıca spam göndericilerin anayasal hakkı olan ifade özgürlüğüne aykırı uygulamalar olduğu iddia edilmiştir³³². Belirtmek gerekir ki söz konusu yasa ülkesel anlamda istenmeyen e-postalar ve içerdiği diğer düzenlemeler bakımından bir çatı görevi görmekte olup, eyaletlerin düzenlemesi ve uygulaması gereken kuralları bu yasayı baz alarak düzenlemesi beklenmekte, buna ek olarak öncelikli uygulanma üstünlüğü vardır³³³. Ancak internet servis sağlayıcıları yasanın düzenlemelerine konu olmayıp, spam ile mücadele ederken kendi belirledikleri kuralları uygulayabileceklerdir³³⁴.

³³⁰ Lily ZHANG, "The Can Spam Act: An Insufficient Response to the Growing Spam Problem", *Berkeley Technology Law Journal* Vol 20, s.301. (Çevrimiçi) <https://www.jstor.org/stable/24117506?seq=1> (Erişim Tarihi 16.02.2020)

³³¹ ZHANG, a.g.m., s.316.

³³² ZHANG, a.g.m., s. 320.

³³³ HARB, a.g.m., s.535.

³³⁴ HARB, a.g.m., s.536.

ABD’de verilmiş olan kararlardan biri olan Davacı White Buffalo Ventures, Llc, v. Davalı University Of Texas At Austin, 02.08.2005 tarihli kararında³³⁵ spammer yaklaşık 55.000 adet istenmeyen e-postayı “longhornsingles.com” internet sitesini tanıtmak amacıyla Teksas Üniversitesi e-posta sahiplerinin “utexas.edu” uzantılı e-posta adreslerine göndermiştir. Üniversite ise istenmeyen e-posta politikası gereğince söz konusu e-postaları internet sisteminde engellemiştir. Üniversite davacının spamlerini durdurmasını talep etmesine rağmen, söz konusu ihlale devam edilmesi nedeniyle, üniversite ticari ve istenmeyen e-postaları durduran teknik politikası gereğince davacı firma tarafından gönderilen flört sitesi tanıtım e-postalarını engellemiş, davacı ise üniversitenin tanıtım amacıyla gönderdiği e-postaları göndermesini durduramayacağı ve üniversitenin politikasının kanunun üstünde olmaması gerektiğini iddia etmek suretiyle dava ikame etmiştir³³⁶. Mahkeme üniversitenin politikasının kanuna aykırı olmadığı ve anayasanın birinci ilkesine uygun olması sebebiyle üniversite lehine karar vermiştir. Söz konusu dava internet adresi sağlayıcının spami durdurabilmesi sebebiyle, kanunun hedefi olan spammin engellenmesi amacını desteklemesi nedeniyle önemlidir. Bu doğrultuda verilen bir mahkeme kararı ülkemizde henüz verilmediği gibi bu doğrultuda bir hukuki düzenlemeye de rastlanmamaktadır.

2 Mart 2007 tarihli United States of America v. Cyberheat, Inc.³³⁷ davasında ise davalı cinsel içerikli e-postaları kullanıcılara gönderen bir internet servis sağlayıcısıdır. Can Spam Act’e göre cinsel içerikli e-postaların konu kısmında bu uyarıyı vermesi şartı aranırken, görüntü olarak bu içeriğe e-postanın içerisinde yer vermesi yasaktır. Sadece bir bağlantı ile bu içerik sağlanabilir. Söz konusu e-postanın alınmaması için çıkış yöntemi ile gönderenin bilgileri geçerli bir posta adresi ileti içeriğinde yer almalıdır. Cinsel içerikli e-posta iletileri için yasanın özel bir düzenleme içermesi oldukça isabetlidir. Bahsi geçen şekilde ileti gönderilirken içeriğin verilmemesi sadece bir bağlantının verilmesi de spam sorumluluğunun

³³⁵ United States Court of Appeals, Fifth Circuit. White Buffalo Ventures, Llc, Plaintiff-Appellant, V. University Of Texas At Austin, Defendant-Appellee. No. 04-50362. Decided: August 02, 2005 (Çevrimiçi) <https://caselaw.findlaw.com/us-5th-circuit/1405944.html> (Erişim Tarihi 10.06.2020)

³³⁶ HARB, a.g.m., s.539.

³³⁷ United States of America v. Cyberheat, Inc. CV-05-457-TUC-DCB (D. Az., Mar. 2, 2007) (Çevrimiçi) http://www.internetlibrary.com/cases/lib_case461.cfm (Erişim Tarihi 10.06.2020)

başlaması için yeterlidir. Türk hukukunda da buna ilişkin ve benzer bir düzenlemenin yapılmasının uygun olacağı kanaatindeyiz.

Spam olarak adlandırılan istenmeyen e-postaların ticari hayatın olağan akışını bozarak sekteye uğratması sebebiyle haksız rekabet, mülkiyet hakkı ve kişilik hakkı ihlallerine sebep olma ihtimalleri doğrultusunda cezai yaptırım uygulanmasını gerektiren bir haksız fiil olarak nitelendirilmelidir.³³⁸

ç. Spam'in Haksız Rekabet Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi

Burada değinmemiz gereken soruların başında spam olarak karşımıza çıkan e-postanın reklam olarak değerlendirip değerlendirilemeyeceği gelmektedir. Yukarıda izah ettiğimiz üzere uygulamada spam olarak adlandırılan e-posta ticari e-posta olarak değerlendirilmekte,³³⁹ ticari e-posta tanımı ise ETDHK m.2/1-c'ye göre telefon, çağrı merkezleri, faks, otomatik arama makineleri, akıllı ses kaydedici sistemler, elektronik posta, kısa mesaj hizmeti gibi vasıtalar kullanılarak elektronik ortamda gerçekleştirilen ve ticari amaçlarla gönderilen veri, ses ve görüntü içerikli iletiler şeklinde ifade edilmektedir.

Özellikle kişilerin verilerinin internet siteleri tarafından toplanarak alışveriş alışkanlıklarının çerezler vasıtasıyla birleştirildiği ve bu vesileyle yaratılan algoritmalara dayalı spam ve e-postalar saldırgan satış yöntemi olarak nitelendirilmelidir. Bu yöntemle gönderilen e-postalar oldukça gerçekçi ve ihtiyaca yönelik ikna edici bir biçimde kişiye yönelik hazırlanmakta, bazen içeriğinde korku ve tehdit içerikli iletiler içermekte ve tüketiciyi adeta ateş altına almakta, seçim yapma ve karar alma özgürlüğünü zedelemek olduğundan kanaatimizce saldırgan niteliğini haiz olabilmektedir. Ancak bazı görüşlere göre spam ve e-posta saldırgan satış yöntemi olarak TTK m. 55-1,a(8)'e göre haksız rekabet kapsamına alınmamıştır³⁴⁰. Zira gönderileri alan kişiler herhangi bir korku, nezaket, utanma gibi duygulara kapılmadan iletiyi silebilmekte veya cevapsız bırakabilmektedir.³⁴¹ Bahsi geçen saldırılara karşı korunmasız olan tüketicinin özel alanına tecavüz ediliyor olması, söz konusu e-postaların haksız rekabet teşkil etmesinin başlıca nedenidir³⁴².

³³⁸ OKAN, **a.g.e.**, s.104.

³³⁹ ZHANG, **a.g.m.**, s.303.

³⁴⁰ PINAR, **a.g. tebliğ**, s.141.

³⁴¹ OKAN, **a.g.m.**, s.81.

³⁴² GÜVEN, **a.g.e.**, s.79.

Bahsi geçen spamlerin ve e-postaların izinsiz olarak gönderilmiş olması ve diğer ticari elektronik ileti gönderme şartlarını taşıyıp taşımadığının değerlendirilmesi de gerekmektedir. Böylece saldırgan reklamlara, somut olayın özelliklerine göre haksız rekabetin hükümleri, uygulanabileceği gibi, tüketicinin korunmasına ilişkin mevzuat hükümleri ve Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun uygulama alanı bulur.

Doktrinde savunulan bir görüşe göre, ticari elektronik iletilerin önceden izin alınmadan gönderilmesi saldırgan satış yöntemi ve haksız rekabet teşkil edeceği gibi izin alınmadan gönderilen iletiler de bazen gönderinin sıklığına, ısrarına ve tekrarına göre TTK m. 55/1-a-8 anlamında haksız rekabet teşkil edebilecektir³⁴³.

Bu doğrultuda bir elektronik iletiler yoluyla yapılan bir reklamın saldırgan olarak nitelendirilmesinde; i) alıcı tarafından istenmediğinin açık ve net olması, ii) tüketicilerin hukuka uygun bir şekilde iletiyi almak istediğine dair onayının olmaması, iii) onay alınmadan gönderilen iletinin doğrudan satış yöntemi olarak kullanılmış olması kriterleri kullanılmaktadır³⁴⁴.

TRHTUY m.31/2’de ise saldırgan ticari uygulamalar değerlendirilirken uygulanacak kriterler

“ticari uygulamanın zamanı, yeri, mahiyeti ve devamlılığı, ticari uygulamanın tehdit ya da hakaret içeren söz veya davranışlar içerip içermediği, tüketicinin muhakeme yeteneğini bozduğu bilinen doğal afet gibi bir felaket ya da aynı derecede bir başka durumun ticari uygulamada bulunan tarafından, tüketicinin mal veya hizmete ilişkin kararını etkilemek için kötüye kullanılıp kullanılmadığı, tüketicinin, sözleşmeyi feshetme ya da başka bir mala, hizmete veya ticari uygulamada bulunana yönelme gibi haklarını kullanmak istemesi karşısında, ticari uygulamada bulunan tarafından getirilen ağır veya orantısız sözleşme dışı bir engelin bulunup bulunmadığı, hukuka aykırı bir eylemde bulunulacağı tehdidinin olup olmadığı”

şeklinde sıralanmıştır.

Günümüzde en çok kullanılan internet reklamlarından birisi olan e-posta reklamları, önceden izin alınmış olması halinde tüketici ile iletişimi aktif tutması ve tüketiciyi belli bir davranışa yönlendirmesi açısından reklamın unsurlarına hizmet

³⁴³ NOMER ERTAN (ÜLGEN, **Ticari İşletme Hukuku**), s.588, NOMER ERTAN, **a.g.e.**, s.248.

³⁴⁴ OKAN, **a.g.m.**, s.83.

eder³⁴⁵. Çevirim içi reklam ve pazarlama yöntemlerinden birisi olan elektronik postaların içeriğinin yasal düzenlemelere göre haksız rekabet oluşturuyor olması durumu ile istenmeyen e-postaların diğer bir deyişle spamlerin içerik itibariyle haksız rekabet unsuru taşımamaları halinde haksız rekabet hükümlerinin uygulama alanı bulma ihtimalinin doğurduğu sonuçlar değerlendirilmelidir. Diğer bir deyişle bir e-posta izinli gönderilmiş olsa da haksız rekabete konu olabileceği gibi spam olması halinde içeriğinde haksız rekabet unsuru taşımasa da haksız rekabetin varlığını gündeme getirebilecektir. Bir e-postanın izinli olarak gönderilmiş olup olmadığı hususu önemlidir. Kullanıcıdan onay alınmamış e-postalar, talep edilmediği takdirde posta kutusuna düşmesi istenmeyen e-posta yani spam olarak adlandırılması sebebiyle, söz konusu spamın içeriğinin haksız rekabet unsuru taşımaması halinde de yasal olarak haksız rekabet hükümleri uygulanacak mıdır? Yoksa içerik itibariyle haksız rekabet yarattığı söylenemeyen spamler sadece 6563 sayılı ETDHK ve bağlı Yönetmelik kapsamında mı yasal olarak incelenecektir? Eğer bir e-posta onaylı olarak gönderilmiş ise burada yine içeriği oldukça önem yaratacak olup, ticari bir faaliyet çerçevesinde içeriğinde aldatıcı, kötöleme, karışıklık yaratma gibi 6102 sayılı Kanun'da yer alan haksız rekabet hallerinden birini taşıyor mu bunun değerlendirilmesi elzemdir.

Bir e-posta içeriği itibariyle haksız rekabete konu olmasa dahi reklam kurallarına ve yöntemlerine uygun olmaması veya reklam mecralarının kullanılış biçimine göre haksız rekabet teşkil edebilecektir³⁴⁶. TRHTUY m.29/1'e göre de bu husus "yanlış bilgi içeren veya verilen bilgiler esasen doğru olsa bile sunuluşuna dair bütün koşullar değerlendirildiğinde, ortalama tüketiciyi aldatan ya da aldatmaya elverişli olan ve bu suretle tüketicinin normal şartlar altında taraf olmayacağı bir hukuki işleme taraf olmasına yol açan ya da yol açma olasılığı bulunan ticari uygulamalar" şeklinde aldatıcı eylem olarak düzenlenmiştir.

İşletmeler tarafından e-posta yolu ile reklam gönderilmesinin daha çok tercih edilmesinin altında yatan sebep elbette maliyettir. Posta yolu ile basılı reklamların gönderilme sürecinde postalama, basım, yayım, dağıtım ve çalışan kişi maliyetleri katlanmakta olup buna karşılık tüketiciler ilgilenmedikleri reklamları vakit

³⁴⁵ ŞAHİNCİ, a.g.e., s. 58.

³⁴⁶ ABBASOĞLU, a.g.e., s.93-94.

kaybetmeksizin çöpe atmaktadır³⁴⁷. Ancak e-posta bir tıklama saniyesi ile binlerce hatta milyonlarca kişiden algoritmalar aracılığı ile sadece doğru seçilmiş hedef kitleye hızlıca ulaşabilmekte olup buna ilişkin bütçe geleneksel yöntemler için harcanan maliyetin çok azına karşılık gelmektedir. Elbette bu hususun istenmeyen e-postaları çoğaltmış olması sebebiyle ETDHK ve Ticari İletişim ve Ticari Elektronik İletiler Hakkında Yönetmelik³⁴⁸ ile onaylı elektronik ticari ileti sistemi³⁴⁹ (opt-in) ve kolaylıkla çıkış (opt-out) devreye girmiştir. Özellikle bu alanda haksız rekabetin kolaylıkla yaratılmasından ve her şeyin internet ortamına taşınmış olmasından kaynaklı olarak fazlalaşma ihtimaline karşı bahsi geçen yasal düzenlemelerin elzem olduğu ortadadır.

3. İlişim (Link)

Reklam, pazarlama faaliyeti, trafik sağlama veya karşılaştırma ile görünürlüğünü sağlama amaçlarıyla bir internet sitesinin ön yüzünde bir bağlantı verilmesi suretiyle farklı bir internet sitesine yönlendirme faaliyeti olarak ilişim karşımıza çıkabilir³⁵⁰. Özellikle son zamanlarda sosyal medya sitelerinde tüketicileri kolaylıkla alışverişe yönlendirmek veya kaynak haberleri göstermek amacıyla ilişim fazlasıyla karşımıza çıkmaktadır. Genel olarak uygulamada internet siteleri bağlantı verdiği sayfanın operatöründen izin almadan kendiliğinden istediği sayfaya tanımadığımız bir numarayı aramak kadar kolay ve serbest bir şekilde bağlantı verebilmektedir. Bir açıdan bağlantı verilen internet sitesinin durumdan memnun olabileceğini söyleyebiliriz. Kendisine zahmetsiz ve masrafsızca kendiliğinden müşteri trafiği diğer bir deyişle kullanıcı kitlesi sağlanmaktadır. Peki neden kendiliğinden internet sitesine trafik yaratılan, kullanıcı kitlesi yönlendirilen taraf bundan rahatsız olabilir ve hatta bu durum haksız rekabete varan hukuki ihlallere konu olabilir?

³⁴⁷ OKAN, **a.g.e**, s.83.

³⁴⁸ R.G. 15.07.2015, S. 29417, Ticari İletişim ve Ticari Elektronik İletiler Hakkında Yönetmelik (TİTEİHY).

³⁴⁹ TİTEİHY, m.5/1: “Hizmet sağlayıcının, mal ve hizmetlerini tanıtmak, pazarlamak, işletmesini tanıtmak ya da kutlama ve temenni gibi içeriklerle tanınırlığını artırmak amacıyla alıcıların elektronik iletişim adreslerine gönderdiği ticari elektronik iletiler için kendisi tarafından önceden onay alınır. Onay, reddetme hakkı kullanılıncaya kadar geçerlidir.”

³⁵⁰ OKAN, **a.g.e**, s.84.

Bir internet sitesinde birden fazla bulunan internet sayfalarından birinde başka bir internet sitesinin sayfasına bağlantı verilmesi halinde bazı durumlarda internet kullanıcıları nezdinde, bağlantı verilen internet sitesinin göndermeyi yapan internet sitesini desteklediği veya aralarında bağlantı bulunduğu izlenimi yaratılabilmekte, bu husus TTK m. 55/I(a)-4'e göre karıştırılmaya yol açan bir önlem olarak haksız rekabeti gündeme getirebilmektedir³⁵¹. İnternet sitesi ana sayfası çoğu zaman reklamların veya yasal bilgilerin bulunduğu yer olup derin ilişim verme (deep linking) yolu ile internet sayfalarına derin bağlantı verilerek ve istenilen sayfaya yönlendirilerek ana sayfadaki reklamların es geçilmesi dolayısıyla görünürlüklerinin azaltılması halinde hukuki uyuşmazlıklar meydana gelmektedir³⁵². Söz konusu ana sayfanın öne çıkarılması ve burada yer alan reklamlar vesilesiyle elde edilmesi hedeflenen gelirin engellenmesi ticari bir gelir kaybı yaratabilecektir. Peki derin bağlantı halinde haksız rekabetin meydana gelme ihtimali ve iddiası yüksek iken web sitelerinin ana sayfalarına verilen bağlantılar için de durum aynı mı olacaktır? Diğer bir deyişle haksız rekabet iddiası burada da rahatlıkla ileri sürülebilecek midir?

İnternet sitesi sahibi olan işletmeler arasında bağlantı verilmesi amacıyla sözleşmeler kurulabileceği gibi bu bir zorunluluk değildir. İnternet sitesinde diğer bir siteye bağlantı söz konusu siteler arasında bir anlaşma olmadan da oluşturulabileceğinden bu husus uyuşmazlıkları da kolaylıkla beraberinde getirebilecektir. Bu yolla birlikte kullanıcılar nezdinde, bağlantı veren sayfa ile bağlantı verilen site arasında ilişki olduğu, birbirlerini onayladıkları veya maddi olarak birbirlerini destekledikleri izlenimi yaratılmaktadır³⁵³.

İnternet sitesindeki bir imaj veya farklı renkte veya altı çizili olabilen yazının üzerine fare ile tıklanması aracılığı ile farklı elektronik dokümanların açılmasına köprü (hyperlink) denilmektedir³⁵⁴. Genellikle dört farklı bağlantı yolu vardır: 1)

³⁵¹ OKAN, **a.g.e.**, s.119.

³⁵² OKAN, **a.g.e.**, s.119, CLARK, **a.g.m.**, 1335.

³⁵³ YASAMAN, **a.g.t.**, s.101.

³⁵⁴ Shelby CLARK, "What a Tangled Web We Weave, When First We Practice to Deceive: Frames, Hyperlinks, Metatags, and Unfair Competition on the World Wide Web", **Hastings Law Journal**, July 1999, Volume 50, s. 1334. "Fizikçi Tim Berners Lee 1992 yılında ilk olarak hypertext'i keşfederek beyin ile karşılıklı iletişim kurabilen bir yapı kurmuş, bunun ardından hypermedia görüntü, ses ve videoyu buna eklemiştir. Böylece internet üzerinde gelişmeye devam etmiştir." (Çevrimiçi) https://repository.uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3374&context=hastings_law_journal (Erişim Tarihi 11.03.2020), ROSS, **a.g.e.**, "Hyperlink HTML kodlarının içerisinde yazılan URL ile oluşturulmuştur." s.6.02/6-13.

basit bağlantı (simple linking), 2) derin bağlantı (deep linking), 3) aynı hatta bağlantı (inline linking) ve 4) çerçeveleme (framing). Basit bağlantı kullanıcıları sadece ilgili siteye taşırken, diğer bağlantı çeşitleri kullanıcıyı direkt olarak aranan belirli içeriğe taşırlar³⁵⁵. Çerçeveleme ve derin bağlantı URL'nin değiştiğini göstermeksizin ve ana sayfaya uğramaksızın diğer bir siteden alıntılama yapmaktadır. Bu nedenle derin bağlantı tekniğinin kullanılması rakip sitelerin birbiri arasında kullanması, parazit davranış yaratması, ekonomik olarak sitelerin gelirlerini etkilemesinden ötürü haksız rekabete yol açmaktadır³⁵⁶.

Sadece altı çizili kelime veya ikonun tıklanması suretiyle web sitesinden diğer bir siteye geçiş mümkün olduğundan dolayı bağlantı veren web sitesinin imajının kötü olması halinde bağlantı verilen site üzerindeki algının zedelenmesi mümkündür³⁵⁷. Böylece TTK m. 54/2'ye göre imaj zedeleyen web sitesi sahibinin bağlantı vermesi dürüstlük kuralına aykırı haksız ve hukuka aykırı bir davranış olarak nitelendirilmekte ve bu davranıştan ötürü haksız rekabet iddiası yapılabilmektedir.

Buna ek olarak bağlantı veren internet sitesi bağlantı verdiği sitenin içeriğini haksız olarak kullanıyor olabilir. Bunu doğrudan bilgi vermek amacıyla kullanabileceği gibi karşılaştırmalı reklam ihtiva edecek şekilde diğer işletmenin fiyat ve ürün bilgilerine erişim sağlamak suretiyle de bunu gerçekleştirebilir³⁵⁸. Bu takdirde karşılaştırmalı reklam kurallarının yanı sıra TTK m. 55/1-(a)-5'e göre haksız rekabetin varlığından bahsedebiliriz.

Diğer yandan internet sitesi sahiplerinin aralarında herhangi bir anlaşma, destekleme, yönetsel veya ekonomik bir ilişki varmışçasına görünüm yaratılarak diğer web sitesine bağlantı verilmesi durumu kullanıcılar nezdinde aldatıcı olacak ve TTK m. 55/1-(a)-2'ye göre haksız rekabet kapsamında değerlendirilecektir.

Aynı zamanda işletmelerin kendilerine rakip olan firmaya bağlantı vererek kullanıcılara ürünlerin karşılaştırmasını yapma çağrısı karşılaştırmalı reklam türüne girmekte olup³⁵⁹ TTK m. 55/I, (a)-5'e göre somut olayın haksız rekabet şartlarını

³⁵⁵ YASAMAN, **a.g.t.**, s.101.

³⁵⁶ YASAMAN, **a.g.t.**, s.101, BOZKURT YÜKSEL, **a.g.m.**, s.103.

³⁵⁷ OKAN, **a.g.e.**, s.120.

³⁵⁸ OKAN, **a.g.e.**, s.121.

³⁵⁹ MEMİŞ, BOZBEL, **a.g.m.**, s.11.

taşıyıp taşımadığı değerlendirilmelidir. Diğer bir deyişle karşılaştırmalı reklam tek başına haksız rekabet teşkil etmeyeceğinden ötürü kurallarına uygun bir karşılaştırmalı reklam var ise ve dürüstlük kurallarına uygun bir ürün karşılaştırması yapmak amacıyla verilen linkin haksız rekabet teşkil etmeyeceği kanaatindeyiz.

Köprülü bağlantı ile referans verilen diğer internet sitesinin, bağlantıyı veren site ile aynı işletme veya şahsa ait olduğu veya bağlantı verilen sitenin ürün ve hizmetlerinin bağlantı verene ait olduğu izleniminin yaratılması sıkça karşılaşılan bir durum olduğundan ötürü bağlantıyı veren sitenin köprü kurulan site ile farklı bir işletmeye ait siteye giriş yapıldığını açıkça belirtmesi gerekmektedir³⁶⁰. Aksi takdirde aralarında hukuken bağlantı olduğu varsayılabilir ve bu da marka ihlalleri ile somut olayın özelliklerine göre TTK m. 55/I, a-2 veya TTK m. 55/I, a-4'e göre karıştırılmaya yol açan bir önlem olarak haksız rekabeti gündeme getirebilir.

Üzerinde düşünülmesi gereken diğer bir konu ise marka ve logoların link verilmesi halinde kullanılması durumunun marka hakkı gereğince haklı kullanım olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğidir. Bir görüşe göre marka ve logolarının bağlantı verilmesi suretiyle kullanımını marka hakkı ihlali ile birlikte haksız rekabet olarak değerlendirirken, diğer bir görüş bağlantıların adres olma niteliği ve tanıtım işlevinin zayıf olması sebebiyle sadece haksız rekabet iddiasının ileri sürülebileceğini desteklemektedir³⁶¹. Kanaatimizce ilişimlerin adres niteliğinin yanı sıra tanıtım işlevinin de günümüzde süregelen internet reklamlarının hızla çoğalması durumunu da göz önünde bulundurduğumuzda artması sebebiyle hem marka hakkı hem de haksız rekabet açısından ihlal oluşturup oluşturmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Keza, başkasına ait marka veya logonun karışıklık yaratacak şekilde kullanılması TTK m. 55/(a)-5'e göre haksız rekabet oluşturacaktır.

Amerikan hukukunda Ticketmaster Corp. v. Microsoft Corp., Davası bağlantı verilmesinin engellenmesine dair önemli iddialardan birisi olup, söz konusu davada Davacı Ticketmaster (<http://www.ticketmaster.com>), Microsoft'un "<http://seattle.sidewalk.com>" alan adına sahip³⁶² internet sitesinden Ticketmaster'a

³⁶⁰ ŞENOCAK, a.g.m., s.130.

³⁶¹ CLARK, a.g.m., 1339, 15 USC 1125 Lanham Act 43- A

³⁶² Ticketmaster Corp. v. Microsoft Corp., No. 97-3055 (CD CA, complaint filed April 28, 1997). "Ticketmaster firması eğlence sektörüne ait toplantı ve organizasyonlara ilişkin bilgi vererek internet sitesinden kullanıcılarına bilet alma imkânı sunmaktadır. Seattle Sidewalk firması New York, Boston,

bağlantı vermek suretiyle Ticketmaster'ın ana sayfasının böylece reklamlarının atlanmasına sebebiyet vermesinin hukuka aykırı olması ve haksız rekabete yol açması nedeniyle durdurması ve engellemesine ilişkindir³⁶³. Bahsi geçen davada Ticketmaster Microsoft'un Ticketmaster'ın reklam gelirlerinin engellenmesi yoluyla kendisinin reklamlardan gelir elde etme suretiyle elektronik korsanlık yapmakta olduğunu ve bağlantı verme yoluyla karışıklığa yol açtığı ve haksız rekabet yarattığını iddia etmiştir³⁶⁴. Bu dava vesilesiyle doktrinde sadece yazı yoluyla bağlantı verilmesini adil kullanıma uygun ancak marka veya logonun kullanılmasını ihlal olarak nitelendiren görüşler belirmiş, bununla birlikte adil kullanıma uygun olsa dahi haksız rekabetin varlığının uygulanabilir olduğunu savunanlarla birlikte dava sonucu Microsoft ve Ticketmaster'ın gizlilik sözleşmesi ile anlaşmaya varması nedeniyle henüz net bir fikir birliği yaratılamamıştır³⁶⁵. Kanaatimizce Microsoft'un da savunmasında yer verdiği gibi bağlantı verilmesi internetin doğasına uygun, bunun aksinin düşünülmesi interneti tehdit edici bir uygulama olacaktır. Ancak yine de her olayın kendine özgü özelliklerinin olduğunu dürüstlük kuralına aykırı bağlantıların farklı biçimde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmeliyiz. Söz konusu davada Microsoft, internet sitesinden bağlantı verirken bağlantı verdiği sitenin farklı bir site ve aralarında ticari veya hizmet olarak bir ilişki olmadığına ilişkin farkındalık yaratırsa haksız rekabet iddialarının üstesinden gelebileceği kanaatindeyiz.

4. Çerçeveleme (Framing)

Çerçeveleme yöntemi bağımsız ve birden fazla adresleri içeren web sayfasının bir web sitesi içerisinde bölümler halinde ve aynı zamanda bir bağlantı

Denver, Houston, Minneapolis-St. Paul, San Diego, San Francisco, Washington, DC, and Sydney, Australia şehirleri için eğlence merkezi ve restoranların bilgisini veren bir firmadır." (Çevrimiçi) <https://cyber.harvard.edu/metaschool/fisher/linking/linking/link3.html> (Erişim Tarihi 12.03.2020)

³⁶³ CLARK, a.g.m., 1338.

³⁶⁴ CLARK, a.g.m., 1338.

³⁶⁵ CLARK, a.g.m., 1339, ROSS, "Ticketmaster Corp.com v. Tickets.com 2003 tarihli bu dava ile deeplinking kullanılarak haksız rekabet yapıldığı, telif hakkı ihlaline, internet sitesinin hüküm ve şartlarını içeren sözleşmenin bağlayıcılığı ile diğer internet sitesine gönderilen örümcek (spider) ile edinilen bilgilerin kullanılması konuları tartışılmış olup, internet sitesinin hüküm ve şartlar konulu sözleşmesi bağlayıcı bulunmamış, örümcek ağı atma yolu ile kamuya açık bir internet sitesinden edinilen bilgilerin, bilgilerin alındığı siteye zarar vermemesi ve adil kullanıma uygun şekilde kullanılması halinde hukuka aykırılık bulunmadığı kararlaştırılmış ve böylece deeplink yolu ile verilen bağlantıların adil kullanım yasası gereğince, bağlantı verilen sitede bağlantı verilirken farklı bir siteye yönlendirileceği uyarısının açıkça yapılmış olması sebebiyle karışıklık ve haksız rekabet yaratmadığı hukuka uygun olduğu kanaatine varılarak Ticketmaster'ın iddiaları mahkeme tarafından reddedilmiştir." a.g.e., s.6.02/6-14.

(link) verme yolu ile gösterilmesi olarak karşımıza çıkmaktadır³⁶⁶. Şöyle ki çerçeveler asıl sayfa içerisinde çoğunlukla daha küçük görünerek diğer web sayfalarının URL (Universal Resource Locator Code) adreslerini veya diğer web sayfalarını içerebilmekte, böylece kullanıcı söz konusu URL adresine tıkladığında ana sayfa direkt olarak çerçevelediği sayfanın içeriğini açarak, böylece farklı URL adresine ait içerik sanki ana sayfadan hiç ayrılmamış gibi gösterime girmektedir. Burada her bir çerçeve bağımsız işlemektedir. Kullanıcılar tek bir ana sayfa üzerinde değişik web sayfalarına ait içerikleri aynı zamanda görebilmektedir. Dolayısıyla kullanıcıların gözünde kolaylıkla gördükleri içeriğin kaynağının hangi internet sitesinden geldiği konusunda karışıklık yaratabilir³⁶⁷.

Çerçeveleme teknolojisi internet sitesi sahiplerine birçok kolaylık sağladığı gibi marka hakkı ihlali, telif hakkı ihlali, haksız rekabet, sözleşme ihlali, sahtecilik, gizlilik ihlali, reklam hakları gibi birçok uyuşmazlığı da beraberinde getirebilmektedir. URL verilen sayfanın etrafının çerçeveleme yapan ana sayfanın reklamları ile çevrilmesi, çerçeveleme yapılan web sitesinden izin alınmadan içeriği yayınlanması hukuki uyuşmazlıklara zemin hazırlayacaktır. Elbette çerçeveleme yapan web sitesi ile URL adresi kullanılan siteler arasında yakın bir ilişki, bağlantı veya iş birliği olduğu gibi bir algı yaratılarak kullanıcılar aldatılabilir. Zira kullanıcılar bağlantı verilerek çerçevelenen internet sayfası ve içeriği ile çerçeveleme yapan sitenin birbiri ile bağlantılı ve birbirinin içeriğini desteklediği izlenimine kapılabilmektedir³⁶⁸. Böylece 6102 sayılı Kanunun madde 55/(a)-2'ye göre aldatıcı reklama sebep olduğu savunulabilir.

Çerçeveleme halinde internet sitesini hazırlayan orijinal siteden alıntılar yapmak suretiyle paylaşım yapmasına rağmen içerik, reklam ve site sahibinin kim olduğu gibi bilgileri göstermeyebileceğinden ötürü bu husus telif hakkı ve özellikle TTK m. 55/1-c-3'e göre haksız rekabet ihlalleri doğurur³⁶⁹.

³⁶⁶ OKAN, **a.g.e.**, s.84.

³⁶⁷ ROSS, **a.g.e.**, s.6.02/6-14.

³⁶⁸ CLARK, **a.g.m.**, 1337.

³⁶⁹ Frank C. GOMEZ, "Copyright: Preemption: Misappropriation: Washington Post v. Total News. Inc." **Berkeley Technology Law Journal** Vol. 13, No. 1, Annual Review of Law and Technology (1998), pp. 21-34 (14 pages) s.22., (Çevrimiçi) https://www.jstor.org/stable/24116663?read-now=1&refreqid=excelsior%3A609b75f4f273544a48f09a9b20d4f817&seq=14#page_scan_tab_contents (Erişim Tarihi 10.06.2020), BİDİK, **a.g.m.**, s.53, BOZKURT YÜKSEL, **a.g.m.**, s.104.

Amerikan hukukunda bu konuya dair en önemli örneklerden birisi olan Washington Post Co. v. Total News Inc.³⁷⁰ Davasında davalı Total News Washington Post'un da içinde olduğu bazı haber ajanslarına çerçeveleme ile bağlantı kurarak yayınlamış ve bu sitelerin reklamlarını keserek kendi reklamlarını kullanmak suretiyle haksız kazanç elde etmiştir. Davada marka ihlali, fikri mülkiyet ve haksız rekabet hukuku dahil sekiz farklı hukuki ihlal iddiasında bulunulmuştur³⁷¹. Bahsi geçen uyuşmazlık Total News'ün çerçeveleme yapmayacağına dair, sadece hyperlink verebileceği bunu da vurgulayarak yapması gerektiği, davacının markasını, logosunu, ismini herhangi bir şekilde karışıklık, sponsorluk gibi algılara sebep olacak şekilde kullanmayacağına ilişkin taahhüt vermesi suretiyle anlaşmayla neticelenmiştir.

Söz konusu uyuşmazlık anlaşma ile çözümlenmiş olsa da doktrinde bu uyuşmazlık temel alınarak çerçeveleme güveni kötüye kullanma olarak başkasının ürün, iş veya yeteneğinden haksız yere yararlanma meydana getirdiğinden hukuken haksız rekabetin bir kolu olarak değerlendirilerek her somut uyuşmazlığın bu açıdan incelenmesi gerekmektedir.

5. Anahtar Kelime (Keyword/ Adword) Reklamlar

a. Anahtar Sözcük Tanımı ve Genellikle Karşımıza Çıkan Durumlar

Hedef kitlesine kolay ve hızlı yöntemlerle ulaşmayı amaçlayan işletme sahipleri tarafından, internette yer alan arama motorları ile anlaşmalar sağlayarak bazı anahtar sözcüklere reklamlar bağlamak veya arama sonuç listesinde ilk sıralarda yer verilmesi şeklinde gerçekleştirilen reklam türüdür³⁷². Başlıca türsel terimleri, rakibe ait işaretleri, adları anahtar sözcük olarak kullanmak, bunlara reklam bantlarında yer vermek şeklinde veya pop-up reklamlar ile arama sonuç listelerinde anahtar sözcük reklamları fazlasıyla karşımıza çıkmaktadır³⁷³.

Hukuki uyuşmazlığın en fazla karşımıza çıktığı bu reklam şeklinde işletmeler rakiplerine ait olan marka ve isimler üzerinden reklam bağlantılarını vermekte olup böylece tüketicilerin yanlış yönlendirilmelerine yol açabilmektedirler. Karşılığında

³⁷⁰ Washington Post Co. v. Total News Inc. No. 97 Civ. 1190 (PKL) (S.D.N.Y. complaint filed Feb. 20, 1997). United States District Court Southern District Of New York 97 Civ. 1190 (Pkl) (Çevrimiçi) <http://www.issuesininternetlaw.com/cases/washington.html> (Erişim Tarihi 12.04.2020)

³⁷¹ GOMEZ, a.g.m., s.23.

³⁷² OKAN, a.g.e, s.84-85.

³⁷³ OKAN, a.g.e, s.85.

ise büyükçe bir kitleye ulaşım, ekonomik bir kazanç veya tanınırlık sağlayabilmektedirler. Birden fazla reklam veren şirket aynı anahtar kelimeleri seçebilecektir. Dolayısıyla öncelikle bu tür reklamların aldatıcı veya yanıltıcı özellik taşıyıp taşımadığı hassasiyetle incelenmelidir. Ortalama kullanıcılar esas alınarak belirlenmesi gereken reklam ve arama sonuç listesi birbirinden ayrılmış olmalıdır. Böylece liste sıralamasında reklam içeren öğelerin hangileri olduğu herhangi bir karışıklığa mahal vermeden ortaya çıkmış olur. Zaman içerisinde arama motorları bu karışıklığın önüne geçilmesi amacıyla, arama sonuçlarında “reklam” olarak karşımıza çıkan sonuçların yanına İngilizce “advertisement” sözcüğünün kısaltılmışı olan “Ad” ibaresini koyarak veya “sponsorship (sponsor bağlantı)” şeklinde belirtmek suretiyle farkındalık sağlamaktadır.

b. Google Arama Motoru ve Sağladığı Adwords Uygulaması

Arama motoru her türlü bilginin sınıflandırıldığı sanal bir veri tabanıdır. Bu arama motorlarının en bilinen ve kullanılanı ise Google’dır. İnternet piyasasında en fazla rol oynayan anahtar sözcük reklam şekli Google³⁷⁴ isimli lider konumdaki arama motoru internet sitesi tarafından sağlanmaktadır. Günümüzde Google’lamak deyimi türemiş internette araştırma yapmanın yeni adı olmuştur. Aynı zamanda anahtar sözcüklerin Google üzerindeki ismi “AdWords” olarak adlandırılmaktadır. Google, kullanıcılarına hemen hemen her şeyin cevabını sunmakla birlikte bireyleri yönlendirme konusunda göz ardı edilemez bir rol üstlenmektedir. Bunun arkasında reklamcılığın kişiselleştirilmesini sağlayan bir yapay zekâ algoritması bulunmaktadır. Böylece internet kullanıcıları aradıkları tüm bilgiye bazen sadece bir kelime yazmak suretiyle ulaşmaktadırlar. Erişimin daha kolay ve elverişli olması amacıyla algoritmalar düzenlenmiş olsa da ticari hayatın gereği olan aktif olarak kullanıcılara ulaşılmasının kolaylaştırılması reklam ve pazarlamanın bu kanalla yapılması tercihini beraberinde getirmiştir. Kullanıcıların arama motorunda aradıkları şey ile ilgili olduğunu düşündükleri kelimeleri yazarak ve bu kelimelerin anahtar sözcük veya yönlendirici kod olarak kullanılmak suretiyle sonuç sayfasında eşleşen verilerin sıralanması pazarlama açısından büyük önem kazanmıştır.

³⁷⁴ (Çevrimiçi) www.google.com

Google’ın kullanıma sunulduğu ilk dönemlerinde fazla aranan sözcükler ayrımı olmaksızın sonuçlar organik olarak sıralanmakta iken zamanla bu husus arama motorunun en önemli gelir kaynağı haline gelmiştir. Arama motoru bunu bir yazılım vasıtasıyla yerine getirdiğinden ötürü aktif olarak marka kullanımı bulunmamakta bu nedenle sorumluluğunun olmadığı görüşü genellikle kabul edilmektedir³⁷⁵. Markasal kullanımın olduğunun kabul edilmesi için değindiğimiz üzere ticari kullanımın ticari bir etkisinin olması yani aralarında uygun bir illiyet bağının bulunması gerektiğinden, bununla birlikte arama motorlarının bu hususu yazılımları ve algoritmalar aracılığı ile bir AI (artificial intelligence) yöntemi ile yerine getirdiğinden dolayı bu görüşe katılmaktayız. Elbette marka kullanımına dair bir ihtar, bildirim, dava olması hali veya arama motorunun aktif olarak marka kullanımına müdahalesi halleri bunun dışında değerlendirilmelidir. Dolayısıyla her bir somut olaya özgü olarak verilerin kaydedilme prosedürü, kullanıcıların rızası ve bunun içeriği, verilerin gizliliği, uyar kaldır sisteminin işlerliği, ihlallere dair arama motorunca bir birimin olup olmaması, bildirimlerin işlevi ve arama motorunun kelime seçiminde oynadığı aktif rol teker teker araştırılmalıdır³⁷⁶.

Haksız rekabete dair sorumluluğun belirlenmesinde TTK m. 58/4 uygulama alanı bulacak olup, söz konusu düzenlemeye ilişkin detaylara ileride değineceğimiz³⁷⁷ için burada sadece bahsetmekle yetiniyoruz.

Google ile kelimelerin anlamları, yabancı bir sözcüğün yazılışı, şiir, şarkı sözü veya yazının tam metni, bir şirketin arka planı, şirketlerin veya şahısların geçmişi, yön bulma, nesnelerin görünüşleri, nereden alışveriş yapılacağı, ürün ve hizmet fiyatlarının bilgisinden faydalanmanın yanı sıra kimin ve neyin daha önemli ve popüler olduğunu sunmaktadır. Sıradan sözlük veya ansiklopediler gibi bilgi kaynaklarında “arabalar” sözcüğünün anlamı arandığında hepimizin ilk aklına gelen dört tekerlekli motorlu araç iken, Google arama sonuçlarında popüler olan Disney filmi “Cars” ı kullanıcıların önüne getirmekte, aynı şekilde sözlükler “Nike” sözcüğünü bir Yunan Tanrısı olarak tanımlarken Google arama sonuçlarında spor

³⁷⁵ RÜZGAR, a.g.e., s.189. Bu hususta verilen bir örnek olan alışveriş merkezinde kiralanen yerde satılan ürünleri mülk sahibi arz etmiş gibi sorumlu olmayacaksa burada da benzer şekilde bu reklam yerini sağlayan kişilerin sorumlu olmaması örneği yerindedir.

³⁷⁶ RÜZGAR, a.g.e., s.194.

³⁷⁷ Bkz. s. 166 vd.

ayakkabıları kullanıcı karşısına çıkarmaktadır. Zira Google müşteri kültürünün aynası rolünü üstenererek reklam değeri var olan ve popüleritesi olan ürünleri ön plana almaktadır.

Google'ın reklamlardan istifade edişi beraberinde en önemli gelir kaynağını oluşturmaktadır. Bununla beraber Google arama motoru tekel bir arama motoru olmamasına rağmen bu markette lider konumda olup internet güruhunun gelir kazanç ve kaybını yönlendirerek adeta web siteleri ve sahipleri için bir borsa işlevi görmektedir³⁷⁸. Bunun yanı sıra arama motoru ve buna bağlı internet araçlarının hukuki düzenlemesinde öncü konumdadır. Bazı davalarda arama sonuçlarının Google'ın kendi fikrinden mi kaynaklanarak sunulduğu veyahut algoritmalar sayesinde objektif bir sonucun mu elde edildiği, Google'ın çevrimiçi pazarlama konusunda tekel oluşturduğu, haksız iş ilişkileri yarattığı tartışılmıştır³⁷⁹. Bu nedenle çalışmamızda Google'ın işleyişi, internet siyaseti ve reklam politikasından bahsetmemiz elzemdir.

Google Adwords reklam modelini 2000 yılında ilan ederek kullanmaya başladıktan sonra kısa bir süre içerisinde bu onun pırlanta madeni haline gelmiştir³⁸⁰. Reklamlar arama motorunda kullanıldığı gibi, Youtube, Gmail, Blogger ve partner sitelerde de kullanılmaktadır. İşletmeler adwords reklamların yanı sıra arama motorlarında sıralamanın öneminden kaynaklı Seo ve Sem faaliyetlerini artırmıştır. Google, reklamların önemini bildiği ve bundan gelir elde ettiği halde buna yirmi sekiz farklı kısıtlama getirmiş olup bunların içinde fuhuş, çocuk istismarı, bilgisayar sistemi çökertme araçları, silah ve sahte ürün kısıtlamaları vardır³⁸¹. Google'ın bu şekilde bir kısıtlama regülasyonu takip etmesi kendisine Digital Millenium Copyright Act (Dijital Binyıl Telif Hakkı Yasası) ihlali karşısında güvenli liman oluşturmasını sağlamaktadır³⁸².

³⁷⁸ Google.com, Alphabet.Inc firmasına ait olup Nisan 01, 2020 tarihinde şirket net değeri 798.59 Milyar Dolardır. (Çevrimiçi) <https://www.macrotrends.net/stocks/charts/GOOGL/alphabet/net-worth> (Erişim Tarihi 01.04.2020)

³⁷⁹ LASTOWKA, **a.g.m.**, s. 1353.

³⁸⁰ LASTOWKA, **a.g.m.**, s. 1340. "Adwords reklamları sayesinde 2001 yılında Google'ın şirket karı 7 Milyon dolar, 2002 yılında 100 Milyon dolar, dört sene sonra 2006 yılında ise 10 Milyar dolar olarak açıklanmıştır. Gelirinin yüzde doksandokuzunun Adwords gelirlerinden kaynaklandığı bilinmektedir."

³⁸¹ LASTOWKA, **a.g.m.**, s. 1351.

³⁸² LASTOWKA, **a.g.m.**, s. 1351.

Arama sonuçları 1) sponsor bağlantılar (reklam verenin bedel ödemesi sonucu sıralamada üst sırada yer verilen sonuçlar) ve 2) doğal sonuçlar (organik yani kullanıcıların tıklama yoğunluğuna göre sıralanan sonuçlar) olmak üzere iki türdür. Google anahtar sözcük reklam şeklini, ürün veya hizmeti satmak, tanıtmak veya pazarlamak için farkındalık oluşturmayı veya bu reklam şeklini kullanan kişi veya kuruluşlara ait internet sitesine trafik sağlayacak bir ürün olarak tanımlamıştır³⁸³. Google arama motoru sonuç listesinde görüntülenen site kullanıcılar tarafından tıkladığında, tıklama başı maliyete dayalı ücretlendirme (Pay per click-PPC) veya kazanca dayalı ücretlendirme (Cost per acquisition- CPA) temel olmak üzere farklı şekillerde reklam yayınlama ücret planı sunmaktadır³⁸⁴. Google'a ait reklam çeşitleri arasında reklam bandı (display ads), video reklamları (video ads), arama motoru reklamları (search ads), uygulama reklamları (application ads) yer almaktadır.

Burada değinilmesi gereken bir nokta PPC olarak anılan tıklama başına ödeme seçeneğinin ne şekilde kötüye kullanıldığıdır.

1) Tıklama sahtekarlığı olarak adlandırılan ilk durum, rakip tarafından çok sayıda tıklama yapılmak suretiyle reklam verenin gereksiz yere yüksek ücret ödemesi ve daha da önemlisi teknik olarak başarılı olduğu düşünülen reklam faaliyetinin gerçek anlamda başarısızlığa uğratılması şeklinde gerçekleşmektedir. Tıklama sayısının dürüst olmayan bazı partner siteler tarafından artırılmak suretiyle reklam verenin fazla ücret ödemek zorunda kalması da mümkün görünmektedir. Bu husus reklam veren ile iş yapmayacak kişilerin tıklamayı artırarak reklam verenin zarara uğramasına sebep olması şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Bu da Amerikan hukukunda haksız rekabetin gündeme geldiği davaları beraberinde getirmiştir³⁸⁵. Elbette söz konusu tıklamaların haksız rekabet oluşturma ihtimallerini tespit etmek oldukça zor olmakla birlikte, Google gibi arama motorları tıklayan kişilerin IP bilgilerini, tıklama zamanları ve sıklıklarını tespit edebilmekte olmasına rağmen tıklamanın asıl amacını belirleyebilmesi zordur. Yine de bu şekilde robotik

³⁸³ (Çevrimiçi) Google anahtar sözcük reklam tanımı için bkz. <https://support.google.com/google-ads/answer/6319?hl=en> (Erişim Tarihi 04.02.2020)

³⁸⁴ (Çevrimiçi) Google reklam ücretlendirme planı için bkz. https://en.wikipedia.org/wiki/Google_Ads (Erişim Tarihi 04.02.2020)

³⁸⁵ Lane's Gifts and Collectibles LLC v. Yahoo Inc. No: CV 2005-52-1, Advanced Internet Techs. Inc. v. Google Inc. 2006 WL 889477 ND Cal 05.04.2006; Click Defense Inc. v. Google Inc. No: 5.05 cv 02579 PVT 2005 WL, Sajjad MATIN, "Clicks Ahoy! Navigating Online Advertising In a Sea of Fraudulent Clicks" **Berkeley Technology Law Journal** Vol.22:533, s. 547.

aktivitelerin Google gibi arama motorlarının algoritma gibi teknik yöntemlerle haksız rekabetin varlığını analiz edebilmede kullanılması gerektiği kanaatindeyiz.

2) Arama motorları, reklamların ve linklerin sıralamasını, bunların tıklanma oranına göre, kullandıkları algoritmalarla otomatik olarak yapmaktadır. Bir kimse kendi linkini veya reklamını geçici olarak pasif hale getirdikten sonra, otomatikleştirilmiş arama programı kullanarak, rakiplerinin (çoğu zaman kendisiyle ortak olan) anahtar kelimeleri tekrar tekrar çok yüksek sayıda arama yapmak ancak arama sonucunda çıkan bu linkleri hiç tıklamamak suretiyle rakiplerinin tıklanma oranını ve dolayısıyla sıralamasını çok aşağılara düşürebilmektedir. Bu uygulama sırasında kendi linki veya reklamı pasif durumda olduğu için kendi tıklanma oranında bir düşüş olmamakta, rakip veya rakiplerinki düştüğü için kendi sıralaması yükselmektedir.

3) Genelde rekabet ilişkisi içinde olmayan kişiler tarafından uygulanan bir yöntemde ise, çeşitli programlar sayesinde internette en çok aranan ve tıklanan kelimeler veya linkler tespit edildikten sonra, kendi reklamlarında veya anahtar kelimelerinde bunlara yer verilmek suretiyle, kullanıcının aradığı konuyla hiç alakası olmadığı halde arama sonucunda yer alıp tıklanmak suretiyle yüksek tanınırlık sağlama çabası da yine internet reklamlarında karşılaşılan dürüstlüğü aykırı bir yöntem olarak görülmektedir³⁸⁶. Söz konusu yöntemlerin tümü haksız rekabetin bir görünümünü teşkil edecek olup reklam verenin bu doğrultudaki hukuki düzenlemeler ile korunması gerektiği açıkça ortadadır. Özellikle bu yöntemlerin ilk ikisi dürüstlük kuralına aykırı bir yöntem olarak genel hüküm olan TTK m.54/2 kapsamında değerlendirilmeli, üçüncü sekmede yer alan yöntem ise aldatıcı reklam kapsamında, aldatıcı yöntemler ile kendisini rakiplerinin önüne geçireceği açısından TTK m.55/I, a-2'ye göre haksız rekabet teşkil etmektedir.

Ayrıca doktrinde anahtar sözcük yani adwords reklamın haksız rekabet teşkil ettiğini anahtar sözcük satın alınmasında bedeli belirlenirken sözcüğün imajının esas alınmasını dayanak olarak gösteren görüşler de mevcuttur³⁸⁷. Elbette burada kendisine ait olmayan bir marka veya işaretin kullanımından bahsedildiğini düşünmekteyiz. Fakat somut olayın özellikleri dikkate alınmadan sadece sözcüğün

³⁸⁶ İNAL/ BAYSAL, **a.g.e.**, s.103-104.

³⁸⁷ MEMİŞ, BOZBEL, **a.g.m.**, s.8.

tanınırlık seviyesinden ve imajının güçlü olmasından ötürü yüksek fiyattan satın alınmasının kendiliğinden haksız rekabet teşkil edeceği görüşüne katılmamaktayız.

Anahtar sözcük verilerek sağlanan reklamlar arama motoru reklamları arasında yer almaktadır. Diğerlerine ilgili başlıklar altında değineceğiz. Anahtar sözcük reklamları Google ana sayfasında daha önceleri sponsor bağlantılar olarak sağ sütunda yer alıyor, organik diğer bir deyişle objektif³⁸⁸ veriler ise sol tarafta kullanıcıların takdirine sunuluyordu. Son zamanlarda reklamlar üzerinde devamlı uyuşmazlıkların yaşanması Google’ında kendisini güncellemesine sebebiyet vermektedir. Hal böyle olunca sıralamada reklam ibaresi ile üst sırada yer alan reklamın yanında alışveriş amacıyla sunulan ticari ürünler sponsor ibaresi ile sağ tarafta açıklama kutucuğu ile birlikte kullanıcıya sunulmaktadır. Bu uygulamanın sebebinin hukuki uyuşmazlıkların ABD hukukundaki ilk izlenim karışıklığı (initial interest confusion) doktrini ile marka hakkı kullanımı (trademark use) çerçevesinde değerlendirilmesinden kaynaklandığı kanaatindeyiz.

Anahtar kelimelerin satılmasından ötürü özellikle geniş eşleme seçeneğinin Google tarafından sunulması ve bunun üçüncü kişilerin marka hakkına tecavüz ihtimali doğurduğunu basiretli bir tacir olarak bilebilmesi gerektiği sebepleriyle Google’ın anahtar kelime ihlallerinden sorumlu olması gerektiği³⁸⁹ şeklinde görüşler mevcuttur. Buna karşılık internet ortamının hızı, veri akışının saniyede milyonları geçerek kontrol edilemeyecek derecede yüksek olması durumları göz önüne alındığında reklam verenin tek başına sorumlu olduğu ve kusurun Google’a atfedilmesinin hakkaniyete aykırı olacağı sebebiyle katılmıyoruz.

Amerika’da 2004 yılından önce Google ticari markaların anahtar sözcük olarak sahibinin dışında kullanımına izin vermezken³⁹⁰, 2004 yılından sonra bazı hallerde izin vermeye başlamıştır³⁹¹ bu haller şu şekildedir: i) reklam veren ürünün satışını yapıyorsa, ii) ürünün bir kısmını üretiyor veya satıyorsa, iii) reklam veren ürün ile bağlantılı bazı eşyalar öneriyorsa, iv) ürün hakkında bazı bilgiler veriyorsa.

³⁸⁸ Google France SARL and Google Inc. v Louis Vuitton Malletier SA (C-236/08), European Court of Justice. Arama motorunun sonuç listesinde yer alan sponsor bağlantılarının yanı sıra algoritma kullanılarak sıralanan bağlantı listesine objektif adı verilmiştir. <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-236/08> (Erişim Tarihi 04.02.2020)

³⁸⁹ MEMİŞ, BOZBEL, **a.g.m.**, s.12.

³⁹⁰ LASTAWKA, **a.g.m.**, s.1360.

³⁹¹ YASAMAN, **a.g.t.**, s.242.

Google’ın ticari bir platform olmaması ve ortalama nitelikteki kullanıcıların arama motoruna bir ibareyi yazdıklarında karşlarına ilgili sektörden farklı alternatiflerin de çıkacağını tahmin edebileceklerinden ötürü adwords reklamların kullanıcıyı yanılttığı, aldattığı ve dolayısıyla haksız rekabete yol açtığını söylemek bazı durumlarda oldukça zorlayıcı olacaktır³⁹². Özellikle günümüzde kullanıcıların bir kelime yazmak suretiyle milyonlarca arama sayfasının önlerine serildiği ve hatta kullanıcıların talebinin, amacının birden fazla bağlantılı sayfaya ulaşmak olduğu bunun yanı sıra arama motorunun üst sıralarında yer alan reklamların yer aldığı kısımda bir kutu içerisinde reklam olduklarının açıkça belirtildiği düşünüldüğünde bu düşünceyi haklı bulmaktayız.

Anahtar kelimeler, amaçlanan potansiyel müşterilere ulaşmayı sağlamak, reklam veren işletmeye ulaşılmasını kolaylaştırmak konularında önemli rol oynamaktadır³⁹³. Google üzerinde geniş eşleme, öbek-sıralı eşleme, tam eşleme, negatif anahtar kelime eşlemesi olmak üzere dört şekilde anahtar kelime eşleme seçeneği geliştirilmiştir³⁹⁴. Geniş eşleme Google’da varsayılan bir seçenek olarak kullanılmakta olup aranan kelimenin çoğul hal, eş anlamlısı ve aranan kelime ile bağlantılı olabilecek diğer kelimelerle birlikte reklam olarak görüntülenecektir³⁹⁵. Diğer bir deyişle markanın tanımlayıcı olan kısmından bahsedilmektedir. Dolayısıyla reklam verene bu şekilde bir haksız rekabet bildiriminde bulunulduğunda reklam verenden derhal tecavüzün sonlandırılması beklenmektedir³⁹⁶. Öbek-sıralı eşleme yönteminde tırnak içinde kelime grubu olarak verilen reklam sadece bu kelimeler eşlendiği sıra ile veya bu sıraya uygun olarak diğer kelimelerle birlikte reklam olarak verildiğinde gösterilmesine karşılık; tam eşleme şeklinde verilen reklamda köşeli parantez içinde girilen kelimeler sadece reklam verilen kelimeler arandığı takdirde reklam kullanıcılara sunulacaktır³⁹⁷. Negatif anahtar kelimeler Google arama motorunda arandığı takdirde reklam veren firmanın gösterilmeyeceği kelimelerdir³⁹⁸. Diğer bir deyişle “hukuk kitapları” kelime grubuna reklam verildiği ve “özel”

³⁹² AKIN, a.g.e., s.47.

³⁹³ İrfan AKIN, “Adwords Reklam Sistemi”, **TBB Dergisi**, Sayı: 78, 2009/1, s.35 <http://www.ankarabaru.org.tr/site/ankarabaru/frmmakale/2009-1/2.pdf>

³⁹⁴ AKIN, a.g.e., s.35, SOYSAL, a.g.m., s.701, YASAMAN, a.g.t, s.239, RÜZGAR, a.g.e., s.156.

³⁹⁵ AKIN, a.g.e., s.35, SOYSAL, a.g.m., s.701, YASAMAN, a.g.t, s.239.

³⁹⁶ MEMİŞ, BOZBEL, a.g.m., s.9.

³⁹⁷ AKIN, a.g.e., s.36, SOYSAL, a.g.m., s.701.

³⁹⁸ AKIN, a.g.e., s.36, SOYSAL, a.g.m., s.701.

kelimesine negatif reklam verildiği takdirde “özel hukuk kitapları” olarak arama yapıldığında söz konusu firmaya bağlantı verilmeyecektir.

Nihayetinde Google’ın arama motorunda reklam olarak sattığı anahtar sözcükleri ticari olarak kullansa da bu bir markasal kullanım değildir. Bu nedenle kullanıcıların marka veya işaretleri kullanarak haksız rekabete yol açtığı durumlardan ötürü arama motorlarının kusurlarının bulunmaması halinde sorumluluğunun olmaması yerinde bir uygulamadır. Bunun yanı sıra haksız rekabete dair tespit, eski hale iade veya önleme, sona erdirmeye davalarının neticesinde verilen karara uygun davranmaları ve hatta bu davalar öncesinde haksız fiilin ihtar edilerek bildirilmesi halinde de bunu dikkate alarak hareket etmeleri gerekmektedir.

c. Anahtar Sözcüklerin Haksız Rekabet Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi

Sözcüklerin anahtar kelime olarak arama motorlarında adwords amacıyla kullanılmalarının hukuka uygunluğu incelenirken ticari etki yaratacak biçimde kullanıma konu olup olmadıklarının hukukumuzdaki önemli hususlardandır. Ürün ve hizmetlerin doğası, internet sitesindeki görünüşleri, internet sitesinden ürünlerin satışa sunulup sunulmadığı, reklam verenin belirli bir alanda ürünleri satıp satmadığı ve reklam verenin adwords reklamları kullanmadaki diğer kasıtları³⁹⁹ ticari etki yaratma amacını belirlerken mahkemelerce göz önünde bulundurulacak ihtimallerden olmalıdır.

Diğer bir incelenmesi gereken husus ise adwords reklam verenin ürün ve hizmetleri ile kullanılan marka veya işaretin sahibinin ürün ve hizmetleri arasındaki karıştırılma ihtimalidir⁴⁰⁰. Reklam verenin elektronik ticaret sitesi olarak başkasının ürün ve hizmetine dair adwords reklam verme ihtimalini de göz önünde bulundurmak gerekmektedir. Reklam verenin ürün ve hizmetleri ile aynı veya benzeri kullanılan marka veya işaretin sahibinin ürün ve hizmetleri arasında benzerlik bulunduğu takdirde kullanıcıları yanlış yönlendirme ihtimalinin yüksek olduğu aşıkardır. Bu takdirde ticari etki yaratacak şekilde, ticari amaçla, ürün ve hizmetler arasında

³⁹⁹ YASAMAN, a.g.t., s.260.

⁴⁰⁰ YASAMAN, a.g.t., s.262.

benzerlik bulunması şartlarının adwords kullanımının hukuka uygunluğunun tespit edilmesinde araştırılması gereken unsurlardır.

Konumuz açısından unsurlardan en önemlisi karıştırılma ihtimalinin bulunmasıdır. Karıştırılma ihtimali ortalama topluluk açısından üçüncü kişinin ürün ve hizmetlerinin reklam olarak kullanılan kelimenin sahibi tarafından oluşturulduğu veya toplumun aralarında ekonomik bir bağlantı bulunduğuna inanmasıdır⁴⁰¹. Burada ortalama topluluktan kasıt ortalama tüketicinin ürün ve hizmetin fiyat ve karakterinin değişkenliğine göre değiştiğini söyleyebiliriz⁴⁰².

Ek olarak değerlendirilmesi gereken diğer bir faktör de adwords reklamların kullanımında karışıklığa mahal verilmese de diğer markanın ününden yararlanılması ve haksız kazanç elde etme ihtimalidir⁴⁰³. Böylece rakibin iş ürünlerini, gerçeğe aykırı, yanıltıcı veya gereksiz yere onun tanınmışlığından yararlanacak şekilde; başkaları, malları, iş ürünleri veya fiyatlarıyla karşılaştırmak ya da üçüncü kişiyi benzer yollardan öne geçirmek durumunda TTK m. 55/1-(a)-5'e göre haksız rekabet ihlalleri söz konusu olabilecektir.

Tescil edilmiş olan ticaret unvanı TTK m.50 ve devamı maddelerince korunurken, tescil edilmemiş olan ticaret unvanının anahtar sözcük olarak kullanılması durumu haksız rekabetin koruması altındadır. Bu takdirde bu şekilde önlemler alınarak diğerlerinin ürün, hizmet veya işleriyle ilgili karışıklık yaratılması hali TTK m.55/ I, a-4'e göre haksız rekabet teşkil edecektir⁴⁰⁴. Reklam verenler rakiplerinin ticaret unvanlarını anahtar sözcük olarak Google tarafından önerilen anahtar sözcükler arasında kullanmakta oldukları takdirde bu durum karışıklığa yol açmıyorsa doğal bir durum olarak karşılanmaktadır⁴⁰⁵. Durumun haksız olarak algılanması için reklamın amacının müşterilerin algısını haksız olarak doğal sonuçlardan reklam sonuçlarına çevirdiğinin tespit edilmesi gerekir⁴⁰⁶. Müşterilerin algısını alternatif bir ürüne çevirmek kendi başına haksız rekabet olarak algılanmak için yeterli değildir. Burada haksız bir işlemin de bulunması gerekir. Aynı şekilde

⁴⁰¹ YASAMAN, **a.g.t.**, s.289.

⁴⁰² YASAMAN, **a.g.t.**, s.290. "normally informed and reasonably attentive internet users- normal olarak bilgilendirilmiş ve makul oranda dikkatli; reasonably well informed and reasonably observant internet users- makul oranda bilgilendirilmiş ve kararınca araştırmacı internet kullanıcıları"

⁴⁰³ YASAMAN, **a.g.t.**, s. 293.

⁴⁰⁴ POROY, YASAMAN, **a.g.e.**, s.346.

⁴⁰⁵ YASAMAN, **a.g.t.**, s.300.

⁴⁰⁶ YASAMAN, **a.g.t.**, s.301.

alan adlarının anahtar sözcük olarak kullanımında da yine haksız rekabet koruması uygulanacaktır⁴⁰⁷.

Bu yöntem ile yapılan reklamların çoğunluğu kullanıcıların arama yaparken büyük çoğunlukla markaları kullanmalarından ötürü marka ihlali doğurmaktadır⁴⁰⁸. Arama motorları anahtar sözcük uygulamaları ile üçüncü kişilere markaların aynısının veya benzerinin kullanılma ve böylece çevrimdışı alandan farklı olarak çevrimiçi pazarlama faaliyetlerinin hayata geçirilmesini SMK m.7'ye göre marka ihlaline yol açarak sağlamaktadırlar⁴⁰⁹.

SMK m.7'de bazı durumlarda marka sahibine kendisinden izinsiz olarak marka kullanımının yasaklanması hakkı verilmiştir.

Bunlar; 1) tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin, tescil kapsamına giren mal veya hizmetlerde kullanılması, 2) tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerle aynı veya benzer mal veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk tarafından tescilli marka ile ilişkilendirilme ihtimali de dâhil karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılması, 3) aynı, benzer veya farklı mal veya hizmetlerde olmasına bakılmaksızın, tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve Türkiye'de ulaştığı tanınırlık düzeyi nedeniyle markanın itibarından haksız bir yarar elde edecek veya itibarına zarar verecek veya ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikteki herhangi bir işaretin haklı bir sebep olmaksızın kullanılması halleridir.

Bu takdirde marka hakkının ihlal edildiği kabul edilmelidir.

SMK m. 7/3- (d)'ye göre "İşareti kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bağlantısı olmaması şartıyla işaretin aynı veya benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük ya da benzeri biçimlerde kullanılması" halinde marka hakkı sahibi bunun önlenmesini talep edebilecektir. Dolayısıyla hak sahibinin ticari etki yaratacak biçimde haksız bir şekilde anahtar sözcük veya yönlendirici kod olarak kullanılarak verilen reklamın yasaklanmasını talep etme hakkı doğacaktır. Burada "benzeri biçimlerde kullanılması" ifadesinden anlaşılması gereken ise yönlendirici araçların örnekleme

⁴⁰⁷ YASAMAN, a.g.t., s.302.

⁴⁰⁸ OKAN, a.g.e., s.125.

⁴⁰⁹ YASAMAN, a.g.t., s.20.

yolu ile sayılması olmalıdır⁴¹⁰. Dolayısıyla Türk hukukunda açıkça markanın sahibinin izni olmadan anahtar sözcük olarak kullanımı halinde kullanımının önlenebileceği hüküm altına alınmıştır.

Hem marka veya işareti kullanan kişinin haklı bir kullanımının olmaması hem de bunu ticari etki yaratacak şekilde kullanıyor olması şartları bir arada aranacaktır. Bunun yanı sıra 6102 sayılı Kanunun haksız rekabet hükümlerine göre dava açılma ihtimali de her olayda ayrı ayrı incelenmeli, karışıklık, aldatma, markanın ününden haksız yararlanma durumlarının oluşup oluşmadığı değerlendirilmelidir. Ticari kullanım olacak şekilde dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmek suretiyle işaretin kullanımında sadece bu işareti satın alan değil aynı zamanda arama motorlarının da sorumlu olacağına dair görüşe⁴¹¹ katılmıyoruz. Zira arama motorları evrensel bir görevle oldukça büyük ölçekteki datayı yönetmekle kalmıyor aynı zamanda bunu en faydalı şekilde optimize edebilmeyi de sağlamaktadırlar. Bu nedenle arama motorlarına bir de işaretlerin hukuka uygun kullanımının denetlenme görevinin verilmesi hakkaniyete aykırı bir yaklaşım olacaktır.

Şirketlerin ekonomik sebeplerle ücretsiz promosyon ürün göndermesi halinde marka veya işaret kullanımı ticari bir faaliyet olarak algılanırken, bir ilacın markasının reçetede yazılması ekonomik bir amaç taşımamakta olup ilacın markasının ürün fiyat listesinde, prospektüste, katalogda ekonomik amaçlarla yer alması, ticari kullanım olarak nitelendirilmektedir⁴¹².

Elektronik Öncüler Derneği (Elektronik Frontier Foundation) tarafından verilen bir örneğe göre⁴¹³ 2007 yılında Google arama motoruna dünyaca bilinen fastfood restoranlar zincirine ait “McDonalds” markası yazıldığında Tarım İşçileri Örgütü’nün sayfasının çıktığı, zor koşullarda ve düşük ücretlerle çalıştırılan işçilerin haklarını savunan bu örgütün “McDonalds” markasını anahtar kelime olarak satın alarak bu firmanın işçilerine karşı uygulamalarına dikkat çekmek amacıyla hareket etmesi ve marka olarak kullanmaması sebebiyle ihlal olarak nitelendirilmemiştir. Bahsi geçen kararın ifade özgürlüğünü koruması ve ticari bir marka kullanımı

⁴¹⁰ RÜZGAR, **a.g.e.**, s.161.

⁴¹¹ SOYSAL, **a.g.m.**, s. 717.

⁴¹² YASAMAN, **a.g.t.**, s.17.

⁴¹³ Elektronik Frontier Foundation (Çevrimiçi) <https://www.eff.org/tr/deeplinks/2009/04/second-circuit-expands-trademark-rights-restricts-> (Erişim Tarihi 26.06.2020)

olmamasından ötürü isabetli olduğu kanaatindeyiz. Yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici bir kullanımın varlığının incelenmesi gerekirken, “yurticikargomagdurlari.com” internet alan adının kullanılmasını haksız rekabet olarak kabul eden Yargıtay’ın onama kararına⁴¹⁴ karşı burada isabetli olarak ifade özgürlüğü korunmuştur. Zira ticari etki yaratmayacak ifadelerin özgür bir şekilde internet ortamında ifade özgürlüğü çerçevesinde kullanılmaları şarttır. Dolayısıyla bir ifadenin ticari etki yaratacak şekilde kullanılmaması halinde anahtar sözcük olarak satın alınması mümkün olmalıdır⁴¹⁵.

Anahtar Sözcüklerin Parazit Reklam Olarak Değerlendirilmesi

Bir reklamın haksız rekabet yaratmasının incelendiği durumlarda parazit pazarlamanın irdelenmesi de gerekmektedir. Bir firma sponsoru olmadığı, izin almadığı bir organizasyon, kişi veya kurumun itibarından haksız veya yanıltıcı

⁴¹⁴ Yargıtay 11. HD. 2013/15738E. 2014/5119K. 17.03.2014 T. (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim tarihi 01.04.2020) Davalılar “www.yurticikargomagdurlari.com” alan adını tescil ettirerek kullanmışlardır. Davalıların “yurtiçi kargo” markasını alan adı olarak kullanmış olması nedeniyle davacı, bunun marka hakkına tecavüz teşkil ettiğini, ayrıca kullanıcılar nezdinde ve dolayısıyla kamuoyu önünde karalandığı ve böylelikle markasının ticari itibarının zedelendiği sebebiyle bahsi geçen internet sitesine erişimin engellenmesine, marka hakkına tecavüz fiillerinin durdurulmasına, önlenmesine, maddi, manevi tazminata karar verilmesini talep ve dava etmiştir. İlk derece mahkemesi “yurtiçi” veya “yurtiçi kargo” sözcüklerinin alan adında yer almasına rağmen herhangi bir ürün ya da hizmetin satışının yapılmadığı, diğer bir deyişle ticari bir fonksiyonu bulunmayarak ticari amaç taşımaması ancak, markanın tanınmışlığından haksız yararlanma meydana getirdiği, bahsi geçen alan adının davacıyı küçük düşürmek suretiyle ticari itibarını zedeleyeceğinin açık olduğu, buna rağmen ticari etki doğurmadığından ötürü markasal bir kullanım bulunmaması dolayısıyla marka hakkına tecavüz olmamasına karşılık, dava konusu eylemin TTK’nın 55/1-a-1 maddesi nezdinde haksız rekabet oluşturduğu, mahkemece davalının bu haksız rekabetinin durdurulmasına, devamının önlenmesine, internet sitesine erişimin durdurulmasına, maddi ve manevi tazminata hükmedilmiştir. Temyiz edilen işbu karar Yargıtay tarafından onaylanmıştır. Buna karşılık karşı oy yazısında ise: Dava konusu internet alan adının kullanımının haksız rekabete yol açtığına karar verilmiş olsa da bahsi geçen sitede Davacıya ait şirketin işçi-işveren ilişkilerinden kaynaklanan şikâyet ve eleştiriler yer almaktadır. Bireylerin şikâyetlerini ortak bir alanda ifade ve eleştiri özgürlüğü kapsamında paylaşma hakkı bulunmaktadır. Mahkeme söz konusu alan adının olumsuz bir çağrışım yarattığını belirtmiş olsa da sırf davacıya zarar vermek için kötü niyetli olarak işbu alan adının kullanıldığı söylenemez. Sadece eleştirilerin yer aldığı bir internet sitesinin sırf bu alan adını taşıması tek başına haksız rekabet olarak nitelendirilmemelidir. Bu nedenlerle karara karşı muhalif görüş sunulmuştur. Muhalif görüşe katılmakla birlikte herhangi bir ticari kullanımın söz konusu olmamasından ötürü sadece alan adında protesto içerikli bir marka kullanımının mı yoksa gerçeğe aykırı, yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici şekilde bir kötülemenin mi bulunduğu öncelikli olarak değerlendirilmesi aksi takdirde bahsi geçen alan adı kullanımının tek başına haksız rekabet oluşturmayacağı kanaatindeyiz.

⁴¹⁵ RÜZGAR, a.g.e., s.73, Eugene VOLOKH, Donald M. FALK, “Google- First Amendment Protection For Search Engine Search Results”, Palo Alto Kaliforniya, ABD, 20 Nisan 2012, s. 24. (Çevrimiçi) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2055364 (Erişim Tarihi 26.06.2020)

surette kendisini veya ürününün yararlanmasını sağlıyorsa bu takdirde parazit pazarlamanın varlığından bahsedilmektedir⁴¹⁶.

Anahtar sözcükler bakımından ise;

- i) başkasının sponsor olduğu izinsiz bir markaya ait bir ürün veya hizmet izlenimi vermeleri,
- ii) izinsiz bu durumun haksız ve yanıltıcı olması,
- iii) asıl hak sahibi sponsor veya marka sahibinin bu durumdan markasının itibarsızlaştırılması veya reklam gücünden yararlanılması gibi şekillerde zarar görmesi durumlarının oluşmasından ötürü haksız rekabete konu olacaklarını söyleyebiliriz⁴¹⁷.

Söz konusu parazit reklamın anahtar sözcüklerle uygulanması TTK m. 55/1, a-2 uyarınca gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarla kendini ya da üçüncü kişiyi rekabette öne geçirmek olarak algılanmakta, reklam veren kişinin eylemini haksız rekabet olarak nitelendirmektedir.

ç. Anahtar Sözcüklerin Haksız Rekabete Konu Olduğu Çeşitli Mahkeme Kararları

Yargıtay 11. HD.'nin bir kararında⁴¹⁸ “kartuş” kelimesinin adwords olarak kiralanmasına karşılık geniş eşlemenin uygulanarak “bursa kartuş” olarak tescilli markanın Google arama motoru sonuçlarında listelenmesi marka hakkı sahibi tarafından marka hakkı ihlali ve haksız rekabet olduğu iddia edilmesine rağmen mahkeme ayırt ediciliği düşük kelimelerden oluşan markanın geniş marka korumasından yararlanamayacağı sebebiyle davayı reddetmiş ve Yargıtay tarafından söz konusu karar onanmıştır. Burada Yargıtay’ında ön planda tuttuğu üzere karışıklığa sebebiyet verme ihtimali ve buradan doğabilecek haksız rekabetin önlenmesi ile marka ihlalinin gündeme gelmesi somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmelidir.

⁴¹⁶ MEMİŞ, BOZBEL, a.g.m., s.9.

⁴¹⁷ MEMİŞ, BOZBEL, a.g.m., s.9.

⁴¹⁸ Yargıtay 11. HD. 2015/8530E. 2016/3550K. 04.04.2016 Tarihli Kararı (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi 18.04.2020)

Yargıtay 11. HD.'nin bir başka kararında⁴¹⁹ Davacı tarafından tescilli “çiçeksepeti” markasının aynı alanda faaliyet gösteren diğer bir internet sitesi olan “çiçekdiyarı.com” isimli alan adını kullanan şirket tarafından anahtar kelime olarak kullanıldığı iddia edilerek daha fazla satış yapmak için marka haklarına tecavüz edildiğini ileri sürerek internet sitesi üzerinden tecavüz teşkil eden fiil ve kullanımların tespitini, tecavüz fiillerinin durdurulmasını, giderilmesini, haksız rekabetin tespitini, men'ini ve ortadan kaldırılmasını, davalının tecavüz ve haksız rekabet teşkil eden fiilleri nedeniyle yoksun kalınan kazanç da dahil olmak üzere maddi, manevi ve marka itibar kaybı tazminatları talep edilmiştir. Söz konusu dava ile Davacıya ait markanın arama motorlarında anahtar sözcük olarak rakibe ait firma tarafından kullanımının hukuka aykırılığı tartışılmıştır. Yargıtay tarafından ilk derece mahkemesince verilen davalının davacının marka haklarına tecavüz ve haksız rekabetin tespit ve önlenmesine, davacıya ait "çiçeksepeti" markasının davalı tarafından anahtar sözcük ve içerik itibari ile kullanımının önlenmesine, bu şekildeki kullanımının internet ortamından çıkarılmasına ilişkin karar onanmıştır.

Bu husustaki önemli davalardan birisi Video Professor Inc. V. Amazon.com Inc. Davasıdır⁴²⁰. Amazon.com internet perakendecisidir. İnternet üzerinden ürün satmakta ve üçüncü şahıslara da kendi ürünlerini satma imkânı sunmaktadır. Video Professor şirketine ait ürünlerin satışı esnasında Amazon, Google üzerinden “video professor” ismine anahtar sözcük olarak reklam vermiş böylece arama motorunda bu sözcükler aratıldığı takdirde Amazon.com sponsor reklam olarak belirmiş, aynı zamanda davacı firmanın ürünlerine rakip olacak şekilde “Professor Teaches” isimli ürünleri satmaya devam etmiştir. Zira Amazon, Satıcı Elkitabı anlaşmasında satıcıya ait marka ve lisans haklarını geniş olarak kullanma hakkını süresiz olarak kendi üzerine almaktadır. Böylece davacı, Amazon.com’un bir şekilde aramaları manipüle ederek arama motorunda “video professor” kelimelerinin yazılması halinde kendisinden önce Amazon.com’un belirmesini marka hakkını ihlal ve haksız rekabet oluşturduğunu ileri sürmüştür. Söz konusu davada “video professor” sözcüğünün

⁴¹⁹ Yargıtay 11. HD.'nin 2018/1694E. 2019/6966K. 07.11.2019 tarihli kararı (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml> (Erişim Tarihi 01.04.2020)

⁴²⁰ Video Professor Inc. V. Amazon.com Inc United States District Court for the District of Colorado, (Kolorado Bölge Mahkemesi), 4 Nisan 2010 <https://www.scribd.com/document/30527850/Video-Professor-v-Amazon#download> (Erişim Tarihi 31.03.2020)

anahtar sözcük olarak Amazon tarafından kullanılmasının ve bağlantı verilen sayfada rekabet oluşturacak seçeneklere yer verilmesi nedeniyle dava açılarak, Amazon isimli internet sitesinin stoklarında Video Professor Inc.'in ürünlerine sahip olması, hatta tüketilme ilkesi gereğince söz konusu ürünleri yeniden satmıyor dahi olsa ilgili ürünün reklamını yapma hakkına sahip olduğuna karar verilmiştir⁴²¹. Zira Amazon, satıcısı olan firmalar ile satıcı kılavuzu çerçevesinde sürekli marka lisansı yetkisini almakta olduğundan bu yetki çerçevesinde savunmasını gerçekleştirmiştir.

ABD'de daha çok ikinci dairede verilen kararlar bu konuda önem arz etmektedir. Amerika Birleşik Devletleri hukukunda marka haklarını korumayı düzenleyen Lanham Act tescil edilmiş olsun veya olmasın⁴²² marka ihlali, marka ihlali-değersizleştirilmesi ve aldatıcı reklamları kural altına almıştır. Dolayısıyla ABD hukukunda marka hakkına tecavüzün varlığı incelenirken ticari bir kullanımın olması ve marka hakkı ile bu kullanımın korunan menfaatleri zedelemesinin gerektiği kabul edilmektedir⁴²³. Tek başına ticari bir kullanımın var olması marka ihlaline karar vermek için yetersiz kalmaktadır. Bu takdirde anahtar sözcüklerin kullanımında marka ihlalinin var olup olmadığı incelenirken i) markanın ticarete kullanılıp kullanılmadığına, ii) bu şekilde bir ticari kullanım varsa tüketiciler nezdinde karıştırmaya yol açma olasılığına bakılmaktadır. Anahtar sözcük olarak markanın kullanılmasının ticari bir kullanım olarak nitelendirilme olasılığı tartışmalıdır⁴²⁴. ABD hukukunda çoğunluk mahkeme kararlarına göre markanın sadece anahtar sözcük olarak kullanılması fakat görünmemesi ve kullanıcı kitleleriyle iletişim oluşturmaması halinde bu husus Lanham Act kapsamında değerlendirilmemektedir⁴²⁵.

⁴²¹ Aynı karar <https://www.scribd.com/document/30527850/Video-Professor-v-Amazon#download> (Erişim Tarihi 31.03.2020)

⁴²² Kurt M. SAUNDERS, "Confusion is The Key: A Trademark Analysis of Keyword Banner Advertising" 71 **Fordham Law Review** (2002) s. 547 (Çevrimiçi) <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol71/iss2/4> <http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3858&context=flr> (Erişim Tarihi 14.04.2020)

⁴²³ Network Automation, Inc., V. Advanced Systems Concepts, Inc. No 10–55840, ABD Mahkemesi 9. Daire 8 Mart 2011 tarihli karar (Çevrimiçi) <https://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1558807.html> (Erişim Tarihi 23.01.2021)

⁴²⁴ Adwords Lawsuit in the USA (Çevrimiçi) <http://www.linksandlaw.com/courtdecisions-usa.htm> (Erişim Tarihi 03.03.2020)

⁴²⁵ 2006 tarihli Merck & Co. V. MSD Technology Case Trademarks and Keywords not permissible in the USA, <http://www.linksandlaw.com/courtdecisions-usa.htm>, (Erişim Tarihi 03.03.2020)

United States v. Bell davasında Amerikan Federal Mahkemesi ticari söylem olarak nitelendirmek için bir söylemin üç farklı şartı bir arada taşıması gerektiğine hükmetmiştir⁴²⁶. Öncelikle niteliği reklam olan beyan, ikinci olarak belirli bir ürün veya hizmetin esas alınması, üçüncü olarak ise beyanı sunan kişinin ticari veya ekonomik bir motivasyon ile reklam faaliyetini sunması gerektiğine hükmedilmiştir⁴²⁷. Bu yöntem de yola çıkarak reklamlarda kullanılan söylemlerin ticari kullanım olduğu varsayımında bulunabiliriz.

ABD Federal Mahkemeleri 2. Daire Davacı 1-800 Contacts, Inc, V. Davalı Whenu.Com, Inc. ve Vision Direct, Inc., Haziran 27, 2005 Karar Tarihli⁴²⁸ davasında markanın reklam ve anahtar kelime olarak kullanılması ticari bir kullanım olarak değerlendirilmemiştir. Davacı kendisine ait www.1800contacts.com internet sitesinden kendi ürettiği kontak lensleri pazarlayarak satmaktadır. Davalı Vision davacının doğrudan rakibi iken diğer davalı Whenu.com internet servis sağlayıcı ve “Savenow” isimli yazılımın sahibidir. Bahsi geçen yazılıma diğer bölümlerde bahsetmiş olduğumuzdan ötürü burada detay vermeyeceğiz. Federal Mahkeme Davalının söz konusu programının kullanımı için dava konusu markayı sistemine kaydetmesini marka işlevini etkileyen bir husus olmadığı gerekçesi ile ticari ve ekonomik fayda elde edilse dahi aktif bir ticari kullanım olmadığı sebebiyle dava edilebilir bir marka ihlali olarak değerlendirmemiştir. Bahsi geçen dava Amerikan mahkemelerinde emsal oluşturmuştur.

Davacı Designer Skin, Llc V. Davalı S & L Vitamins, Inc. Karar Tarihi Mayıs 20, 2008 davasında Davacı kendisine ait kozmetik ürünlerini üretip pazarlamasının yanında, içeriğini kendisinin oluşturduğu bir internet sitesinden bunların satışını yapmakta, kendi markasını yarattığı ürünlerini internet satışını

Rescuecom Corporation v. Google, Inc. <https://h2o.law.harvard.edu/cases/4380> “Bu karar temyiz edilmiş, mahkeme anahtar sözcük olarak markanın kullanılmasının ticari bir kullanım olduğuna kanaat getirmiştir. Bunun yanı sıra karıştırılma olasılığının araştırılması için bunu alt mahkemeye göndermiştir.” (Çevrimiçi)

(<https://www.immagic.com/eLibrary/ARCHIVES/GENERAL/WIKIPEDI/W110502R.pdf>)

(Erişim Tarihi 03.03.2020)

⁴²⁶ RÜZGAR, a.g.e., s. 72.

⁴²⁷ RÜZGAR, a.g.e., s. 72.

⁴²⁸ United States Court Of Appeals, Second Circuit. 1-800 Contacts, Inc., Plaintiff-Appellee, V. Whenu.Com, Inc. And Vision Direct, Inc., Defendants-Appellants. Docket Nos. 04-0026-Cv(L), 04-0446-Cv(Con). Decided: June 27, 2005 (Çevrimiçi) <https://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1439019.html> (Erişim Tarihi 19.04.2020)

yasaklayarak bağımsız tek satıcılara ürünlerini satış yapmaları amacıyla vermektedir. Davalı ise rakip bir firma olup ürünlerini sadece internet sitesi üzerinden satmakta, davacıya ait ürünleri satış yapan tek satıcılardan maliyeti üzerinde bedel karşılığında satın alarak kendisine ait internet sitesinde satışa sunmuştur. Davalı ürünlerin pazarlanması ve reklamı için davacının markasını metatag-yönlendirici kod ve anahtar kelime olarak satın almış ve kullanmaktadır. Davalının ürün satışını yaparken kullandığı görseller de davalıya aittir. Davacı söz konusu bu davranışların marka ihlali, haksız rekabet ve telif hakkı ihlali meydana getirdiğini iddia ederek mahkemeden söz konusu kullanımın durdurulmasını talep etmiştir. Mahkeme ise davalının ürün satışında bir belirsizlik olmaması, dolayısıyla ürünlerin satışının gerçekleştirilirken kullanıcıların aldatılmaması ve karışıklığa yol açılmaması nedeniyle marka ihlali iddiasını reddetmiştir. Buna karşılık davacıya ait ürün görsellerinin kullanımından ötürü telif hakkı ihlali ile haksız rekabet oluşturduğuna dair hüküm tesis etmiştir⁴²⁹.

Davacı Merck & Co. v. Davalı Mediplan Health Consulting Inc, 30 Mart 2006 Karar Tarihli ⁴³⁰ davasında Davacı popüler bir ilaç olan Zocor markasına sahip önde gelen bir ilaç firmasıdır. Davalı ise Kanada temelli bir şirket olup, kendisine ait internet siteleri üzerinden satış faaliyeti yapmakta olduğu sırada Davacıya ait Zocor marka ilacı ve onun bir versiyonu olan jenerik ilaç markasını anahtar sözcük olarak satın almış ve internet sitesinde bu ilaçlara bağlantı vererek satış yapmıştır. Davacı kendisine ait ilaç markasının anahtar sözcük olarak kullanılmasının marka ihlali yaratacağından ötürü marka ihlali ve jenerik ürünün FDA (Food and Drug Administration) onaylı olduğu ve kendi ürünü ile bağlantılı olduğu izlenimi yaratılarak satışa sunulmasının haksız rekabet yaratacağı iddiası ile dava ikame etmiştir. Mahkeme 800 Contacts- Whenu davasına atıf yapmak suretiyle söz konusu anahtar sözcük kullanımını markanın ticari kullanımı olarak nitelendirmemiş, aynı zamanda marka korumasının tescilli markalar nezdinde olmak üzere haksız rekabetin

⁴²⁹ Designer Skin, Llc V. S & L Vitamins, Inc., 560 F. Supp. 2d 811 (D. Ariz. 2008) District Court, D. Arizona, 20 Mayıs 2008 (Çevrimiçi) <https://www.courtlistener.com/opinion/1481691/designer-skin-llc-v-s-l-vitamins-inc/> (Erişim Tarihi 04.07.2020)

⁴³⁰ Merck & Co. v. Mediplan Health Consulting Inc, 425 F. Supp. 2d 402 (S.D.N.Y. 2006) District Court, S.D. New York, March 30th, 2006 (Çevrimiçi) <https://www.courtlistener.com/opinion/2481485/merck-co-v-mediplan-health-consulting-inc/> (Erişim Tarihi 05.06.2020)

daraltılmış versiyonu olması ve geleneksel ihlal testinin her iki ihlalin incelenmesine aynı şekilde sirayet etmesi gerektiği gerekçesi ile haksız rekabet iddiasını da reddetmiştir. Mahkeme markanın ticari kullanımının ürünün ayırt edici niteliğini yansıtmaması amacıyla dürüst olarak kullanıldığı sebebiyle davacının iddialarını reddetmiştir.

2009 tarihli Rescue.com Corp. v. Google Inc.⁴³¹ dosyasının temyizden dönmesinden sonra Mahkemelerin kararları yön değiştirmiştir. Davacı Rescue.com internet servis sağlayıcı ve bilgisayar tamiri işi yapan bir firmadır. Google'ın Davacıya ait Rescue.com ifadesini anahtar sözcük ve anahtar sözcük öneri aracı (keyword suggestion tool) olarak anahtar kelime önerileri arasında kullanması sebebiyle davacı marka ihlali, haksız rekabet ve markanın itibarsızlaştırılması-sulandırılması iddiası ile dava ikame etmiştir. Mahkeme Google'ın bu markanın saygınlığından yararlanması ile ekonomik fayda sağlıyor olmasını ticari bir kullanım olarak nitelendirmiş ancak bunun bir markasal kullanım olmadığını ifade etmiştir.

6. Reklam Bantları

Reklam bantları, bir ürünün, hizmetin veya farklı bir web sitesinin tanıtım veya pazarlamasını yapmak veya bir konuya dikkat çekmek, haber vermek amacıyla web sitesinin üst veya yan kısımlarında yer alan tasarımı kolay ve maliyeti düşük olan dijital tabela veya pano olarak adlandırılabilirler⁴³². İnternet sitesi içinde bir reklam panosu gibi yer alan bannerlar, kullanıcının ilgili siteye girmesi ile birlikte kendiliğinden izlenmiş olurlar, banner panosuna tıklandığında ise reklamı yapılan ürün veya hizmete ulaşılır⁴³³. Her kullanıcıya aynı şekilde görünen sabit ve bunun yanında kullanıcıdan kullanıcıya farklılık gösteren dönüşümlü olmak üzere iki şekilde görünebilirler⁴³⁴.

⁴³¹ Rescuecom Corp., Plaintiff-Appellant, V. Google Inc., Defendant-Appellee. Docket No. 06-4881-cv. United States Court of Appeals, Second Circuit. Argued: April 3, 2008. Decided: April 3, 2009. (Çevrimiçi) <https://h2o.law.harvard.edu/cases/4380> (Erişim Tarihi 05.06.2020)

⁴³² OKAN, a.g.e., s.87.

⁴³³ ŞAHİNCİ, a.g.e., s.59.

⁴³⁴ OKAN, a.g.e., s.87.

Çoğunlukla karşımıza anahtar sözcüklerin veya yönlendirici kodların tetiklemesi vasıtasıyla çıkabileceği gibi yaratılmış olan bir web sitesinde de yer alabilirler⁴³⁵.

Yargıtay 11. HD.'nin 13.05.2019 tarihli 2018/2197E. 2019/3702K. Sayılı kararında; İstanbul (Kapatılan) 3.Fikrî ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesince verilen 27/09/2016 tarih ve 2014/190 E- 2016/203 K. sayılı kararın istinaf incelemesinde verilen kısmen kabul kararı incelenmiştir. Böylece davacıya ait Jehan Barbur markasının, Davalıya ait markafoni.com isimli internet sitesinde bahsi geçen ismin kullanılarak ticari kazanç elde edildiğinin tespit edilmesi, bununla birlikte yine bu isim kullanılarak çeşitli ayakkabı ve bot ürünlerinin pazarlanıp satıldığı iddia edilerek Jehan Barbur üzerindeki hak sahipliğinin davacı müvekkili adına ait olduğunun tespitine, müvekkiline ait isim ve markanın yer aldığı ayakkabı çizme ve benzeri ürün ve emtianın satışının önlenmesine, mevcutların toplatılmasına ve imhasına, maddi, manevi tazminata hükmedilmesine , isme ve markaya tecavüzün men'ine karar verilmesi istenmiştir⁴³⁶. Bahsi geçen davanın konusu aslında markafoni.com isimli elektronik ticaret sitesinden Davacıya ait marka kullanılarak bot, ayakkabı gibi ürünlerin perakende satışının pazarlanmasının banner kullanılarak yapılmasıdır. Söz konusu davanın ilk derece yargılaması sırasında Davalının banner yani reklam panosu yaratarak Davacıya ait markanın kullanılması suretiyle ürün ve hizmet pazarlaması ile ticari fayda elde edildiği ve bunun haksız rekabet yarattığı tartışılmamıştır. Zira ülkemizde henüz banner olarak adlandırılan internet reklam panolarından yapılan reklamların hukuka uygunluklarının niteliği ve ispat vasıtaları belirli değildir. Hala dahi banner aracılığıyla yapılan marka ihlali ve haksız rekabetin ispatında ekran görüntüsünün ne şekilde alınacağı, mahkemenin hangi ispat vasıtasını hukuka uygun delil olarak kabul edeceği soru işaretidir. Dijital ortamda alınan ekran görüntüsünün üzerinde yapılabilecek oynama ve değişiklikler veya linklerin anında değişmesi ve tekrar ilgili linke bağlandığında erişilememesi bu durumda karşılaşılan ispat sorunlarından birkaçıdır. Hal böyle olunca Davacılar dava konusunu internet reklamı olarak belirlememekte, işbu davadaki gibi marka ihlalinin

⁴³⁵ OKAN, a.g.e, s.134.

⁴³⁶ Yargıtay 11. HD. 13.05.2019 tarihli 2018/2197E. 2019/3702K. (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml#> (Erişim Tarihi 01.04.2020)

Davalı internet sitesinden ürün satın alma yolu ile ispat etmeye çalışmış ve böylece tazminat talebinde bulunmuştur. Bölge Adliye Mahkemesi tarafından reddedilen maddi tazminat istemi, Yargıtay'ın incelemesinde davacıya ait marka ve davacı şahsın isminin ticari tanıtım vasıtası olarak kullanıldığının anlaşılmış olması gerekçesiyle bozulmuştur⁴³⁷.

İlk derece mahkemesinin kararını temyiz incelemesinde bozan ABD Temyiz Mahkemesi Dokuzuncu Daire; Playboy Enter Inc. V. Nescape Comm'c Corp. Davasında, Nescape firmasının Davacıya ait “playboy” ve “playmate” sözcüklerini Playboy firmasının rakibine banner alanı ve buna bağlantılı olarak anahtar sözcük satması ile kullanıcıların sözcükleri arama motorunda arattığında banner reklamlarının anahtarı olarak bannerların dava konusu sözcükleri aratan müşterilere görünmesini sağlaması uygulamasının ticari kullanım ve marka ihlali oluşturduğu, ilk izlenimde karıştırılma olasılığı doktrinine göre hukuka aykırılık sonucuna varmıştır⁴³⁸. Davalı şirket arama motorundaki sonuç sayfasında yer alan aranan kelime ile ilgili sonuç bağlantılarının görüntüleme hizmetini veren bir firmadır. Netscape'in anahtar sözcük reklam uygulaması Google'dan farklıdır. Netscape sözcük grubunu havuz olarak alıcıya sunmakta ve bir grup kelime internet sitesi sahibine satılmaktadır. Temyiz incelemesinde görüşünü sunan Dokuzuncu Daire burada ilk izlenimde karışıklık yaratma doktrinine dayanmış olup, söz konusu doktrine göre müşteriler marka sahibi olan firma yerine rakip firmadan ürün aldıklarını bilseler dahi bunun markadan haksız olarak ticari fayda sağlayacağını ve haksız rekabet olacağını ifade etmişlerdir. Zira davalının arama motoru vasıtasıyla müşteriyi çektiği, aratılan kelime ve bannerlarda karşılaşılan reklamlar birbirine bağlantılı olan ve marka sahibi firma ile özdeşleşen kelimelerdir.

Hüküm verilmeksizin fakat anlaşma ile sonuçlanan bir uyuşmazlık olan Estee Lauder Inc. v. Fragrance Counter, Inc.⁴³⁹ davasında ise davacı Estee Lauder firmasına ait “Estee Lauder, Origin, Clinique ve Prescriptives” markalarının davalı Fragrance Counter firması tarafından anahtar sözcük reklam panosu ve yönlendirici

⁴³⁷ Aynı karar.

⁴³⁸ Playboy Enterprises, Inc. v. Netscape Communications Corp. 354 F.3d 1020 (9th Cir., Jan. 14, 2004) (Çevrimiçi) http://www.internetlibrary.com/cases/lib_case336.cfm (Erişim Tarihi 09.03.2020)

⁴³⁹ Estee Lauder Inc. v. Fragrance Counter, Inc. United States District Court, S.D. New York. Sep 23, 1999 189 F.R.D. 269 (S.D.N.Y. 1999) (Çevrimiçi) <https://casetext.com/case/estee-lauder-inc-v-fragrance-counter> (Erişim Tarihi 19.06.2020)

kod olarak kullanılması sebebiyle haksız rekabet, marka ihlali ve yanlış reklam ve marka sulandırması iddiaları ile dava açılmıştır. Söz konusu dava davalının bahsi geçen markaları kullanmaktan kaçınmasını taahhüt etmesi hususunda tarafların anlaşmasıyla neticelenmiştir.

Bu alandaki uyuşmazlıklarda mahkemelerin özellikle rakipler arasındaki kullanım ihlallerinde ortalama tüketicinin reklamın sponsor bir bağlantı veya hatta kaynak bağlantı olduğuna dair karıştırma ihtimalini dikkate aldığını görmekteyiz. Elbette tüketicinin kültürlülük ve entelektüellik seviyesi karıştırılma ihtimalini belirlenmesinde anahtar görev üstlenmektedir⁴⁴⁰. Bunun yanı sıra haklı kullanımın incelenmesi de davaların neticelendirilmesinde hayati önem arz etmektedir.

7. Pop Up Reklamlar

İnternet kullanıcılarının sayfalar arasında geçiş yaptıklarında veya internet sitelerini açtıklarında, dikkatlerini çekmek veya e-posta adreslerinin talebi gibi amaçlarla karşlarına yeni pencereler açılması suretiyle oluşturulan reklam şeklidir⁴⁴¹. Bu tür reklamların önemli bir avantajı ise reklamın kullanıcıların açtığı pencerenin arkasında kendiliğinden yüklenmesi ve tamamlandığında kullanıcının görüntüleyebilme imkânı sebebiyle kullanıcıyı rahatsız etmeden ve farklı sitelerde dolaşma imkanını elinden almadan kullanıcıya ulaşmasıdır⁴⁴².

TRHTUY’de reklamların ayırt edilmesi kenar başlıklı 6. Maddesinin 2. Fıkrasına göre “çok kısa sürelerle imaj veren elektronik aygıt ya da başka bir araç kullanılarak veya yapılarını izleyenlerin fark edemeyecekleri ya da bilemeyecekleri bir biçime sokarak bilinçaltıyla algılanmasını sağlayan reklamlar yapılamaz.” Dolayısıyla pop-up reklamların hazırlanması aşamasında bu hükme uygun tasarımları gerekmektedir.

Amerikan hukukunda en önemli pop-up davaları, bazı programlar ile birlikte kendiliğinden istenerek veya istenilmeden ücretsiz olarak yüklenen “Savenow” isimli programın yaratıcısı ve dağıtıcısı olan “Whenu” isimli firma ile ilgilidir. Yüklenen bilgisayar programının hüküm ve şartlar kısmını birçok kişi incelemeyi ve

⁴⁴⁰ SAUDERS, **a.g.m.**, s. 567.

⁴⁴¹ BOZKURT YÜKSEL, **a.g.m.**, s.102, OKAN, **a.g.e.**, s.87 “Pop-up reklamın bir türü olan pop-under reklamlar, aktif pencerenin altına gizlenmiş olan yeni bir pencere olarak açılır. Bu reklamlar otomatik olarak kullanıcının dolaştığı pencerelerin arkasında kalarak yüklenir.”

⁴⁴² ŞAHİNCİ, **a.g.e.**, s.59.

düşünmeden onayladığı için yükledikleri programın yanı sıra Savenow programını eklemiş oluyor ve böylelikle bahsi geçen programı yüklemiş olan kullanıcıların internet tarayıcılarının pencerelerinin üstünde reklamlar açılıyor, elbette söz konusu reklamlar ilgili bölümde bahsettiğimiz bannerların bağlı olduğu gibi bir takım sözcük veya markalar ile ilişkilendirilmektedirler⁴⁴³. Burada bannerlardan farklı olarak reklamlar internet sitelerinin alan adları veya içeriklerinde geçen sözcüklerden tetiklenmektedirler. Savenow'ın yol açtığı reklamların farklı bir internet sayfasında açılması, kullanıcıları pop up reklamların gezindikleri asıl internet sitelerinin sponsor reklamları olduğu düşüncesinden uzaklaştırmaktadır.

ABD Bölge Mahkemesinin Davacı U-Haul International, Inc., V. Davalı Whenu.Com, Inc., Eylül 5, 2003⁴⁴⁴ karar tarihli davası pop up reklamların konu olduğu önemli davalardan birisidir. Davacı U-Haul, Davalı Whenu tarafından üretilen Save-Now isimli yazılımın tetiklemesi nedeniyle kullanıcıların Davacıya ait internet sitesinin görünmesi yerine haksız yere pop-up reklamların ekranda belirmesi nedeniyle marka hakkının ihlal edildiği, dolayısıyla marka tecavüzü ve haksız rekabet meydana geldiğini iddia etmiştir. Davalı tarafından üretilen Save-Now yazılımı genel olarak ziyaret edilen internet siteleri, arama motorlarında genellikle aranan kelime gruplarının direktifleri ve anahtar sözcüklerin algoritmalarını kullanarak, bunları indirildiği kullanıcının internet hareketleri ile karşılaştırmakta ve eşleşme olup olmadığını taramakta, eşleşme bularak çoğunlukla internet kullanıcılarının önüne yeni bir sayfa olarak reklam açmaktadır. Mahkeme kullanıcıların Whenu'nun ürettiği yazılım programını kasten veya istemeden indirdiklerini, dolayısıyla bu yazılımın internette arama yapan kullanıcıların önüne yaptıkları aramalar ile bağlantılı birtakım reklamları ayrı pencerelerde açmasını marka hakkı ihlali veya haksız rekabet olarak nitelendirmemiştir. Mahkeme söz konusu davada Davacının kendisine ait internet sitesi ile birlikte tek görsel sunum gibi pop-up reklamının belirmesi, Whenu yazılım direktifinde Davacıya ait markanın pop-up reklam gösteriminde tetikleme aracı olarak kullanılması, Davacının

⁴⁴³ LASTOWKA, **a.g.m.**, s. 1383.

⁴⁴⁴ 279 F.Supp.2d 723 (2003) U-Haul International, Inc., Plaintiff, V. Whenu.Com, Inc., Et Al., Defendants. No. CIV.A. 02-1469-A. United States District Court, E.D. Virginia, Alexandria Division. September 5, 2003 (Çevrimiçi) <https://h2o.law.harvard.edu/cases/4495> (Erişim Tarihi 30.04.2020)

müşterilerinin kendi internet sitesini kullanırken müdahaleye uğradığını iddia ederek tartışmasına rağmen, Davacıya ait markanın haksız yere ticari kullanımının ön şartı olan tescilli markanın ticari olarak kullanılmasının sağlanmadığı hükmünü tesis etmiştir⁴⁴⁵. Mahkeme bu kararın verilme aşamasında kullanıcıların, istedikleri internet sitesini görebilmeleri için bu kadar çok tıklama üstüne tıklama yaparak ilgi alanlarına giren veya alakasız birçok pop-up reklam penceresini kapatmak zorunda bırakılarak cezalandırıldıklarını düşünüp düşünmediklerini sorgulamaktadır. Neticede kullanıcıların bir takım ücretsiz yazılımları indirdikleri sırada reklamlara izin verdiklerine, bu davada da Whenu yazılımından kaynaklı reklamların kullanıcıların daha önce indirdikleri yazılımlar ve izin verdikleri reklamlara dayandığından ve reklamların U-Haul'un markasını kullanmaması, tanıtmaması, değiştirmemesi, engellememesi veya müdahale etmemesi, reklamların farklı pencerelerde belirmesinden ötürü Mahkeme marka hakkının tecavüzü veya haksız rekabetin bulunmadığına kanaat getirmiştir⁴⁴⁶. Zira Davacı, kendisine ait markanın Davalı tarafından ticari amaçla ve karışıklığa yol açacak şekilde reklamlarda kullanıldığını kanıtlayamamıştır. Türk hukukuna göre değerlendirecek olursak Whenu tarafından yaratılan yazılımın kullanıcılar tarafından indirilmek zorunda bırakılması uygulaması kanaatimizce ticari etki yaratan bir davranıştır. Bu davranışın TTK m.54/2'ye göre haksız rekabet olarak değerlendirilmesi için aldatıcı veya diğer herhangi bir şekilde dürüstlük kuralına aykırı olması gerekmektedir. Kullanıcılar ücretsiz olarak indirdikleri bir uygulamanın yanında pop-up reklamı tetikleyen yazılımı kendiliğinden indirmek zorunda kalmışlardır. Ücretsiz yazılımı indirmeme seçenekleri de bulunmaktadır. Fakat edindikleri bir programın karşılığında reklam izlemek bir bedel olarak karşılığın çıkmıştır. Bu husus dürüstlük kuralına aykırı değildir. Dolayısıyla haksız rekabet oluşturmamaktadır. Eğer somut olayda programın indirilmesi otomatik olarak bilgi verilmeden veya gizli bir şekilde arka

⁴⁴⁵ Neel E. Chatterjee Connie E. Merriett, "U-Haul International, Inc. v. Whenu.com, Inc., Wells Fargo & Co. v. Whenu.com, Inc. and 1-800 Contacts Inc. v. Whenu.com, Inc.: Pop-up Advertising as Use in Commerce under the Lanham Act: A Case Analysis", **Santa Clara High Technology Law Journal**, Volume 20 Issue 4 Article 8, s.1117, (Çevrimiçi) <https://digitalcommons.law.scu.edu/chtj/vol20/iss4/8/> (Erişim Tarihi 30.04.2020)

⁴⁴⁶ Neel E. Chatterjee Connie E. Merriett, **a.g.m.**, s. 1117-1119. "Davalının Cybersquatting yapmaması, Davacıya ait markayı alan adı olarak kullanmaması, kendisine ait internet sitesine Davacıya ait markadan yararlanmak suretiyle trafik sağlamaması dolayısıyla ticari bir kullanım olmadığına kanaat getirmiştir."

planda gerçekleşiyorsa bu yöntemin aldatıcı olduğu savunulabilir. Bu takdirde de TTK m.54/2 gereğince haksız rekabetin var olduğu söylenebilecektir. Diğer yandan davalının yazılımından kaynaklı reklamlar kullanıcıların daha önce indirdikleri yazılımlar ve izin verdikleri reklamlara dayanmakta ve reklamlar davacının markasını kullanmaması, tanıtmaması, değiştirmemesi, engellememesi veya müdahale etmemesi nedeniyle karışıklığa mahal vermemektedir. Bu sebeple TTK m.55/1(a)-4'e göre de haksız rekabet oluşturmadığı kanaatindeyiz. Whenu'nun yarattığı yazılım vasıtasıyla indirildiği bilgisayardaki kullanıcıların internet tarayıcısı aktivitelerini izleyerek bağlamsal, hedef odaklı pop-up reklamlar yapmasının açıkça ortada olmasına rağmen mahkemenin verdiği karar akıllarda soru işareti doğurmaktadır. Ancak somut olayda karışıklığa mahal verilmemesi ve dürüstlük kuralına aykırılığın bulunmaması nedeniyle mahkeme kararının isabetli olduğu kanaatindeyiz.

Amerikan hukukundan Michigan eyalet yerel mahkemesi pop-up ile ilgili diğer bir örnek ise Wells Fargo bankasının Whenu'nun SaveNow isimli yazılımının, “wells fargo” ve “hızlandırılmış kredi” şeklindeki markalarını tetikleyici sözcük grubu olarak kullanarak kullanıcıların pencerelerinin üzerine pop up reklamlar çıkarmasından ötürü görülen dava olup, söz konusu kararda mahkeme davacının iddialarını marka ihlali veya haksız rekabet olarak değerlendirmedeği gibi bu hususu karşılaştırmalı reklamın meşrulaştırılmış bir örneği olarak kabul etmiştir⁴⁴⁷.

Davacı Wells Fargo & Co., Quicken Loans Inc, Et. Al., V. Davalı Whenu.Com, Inc., 19 Kasım 2003⁴⁴⁸ karar tarihli davasında Davalı savunmasında Whenu'nun reklamlarının teknik detayları sıralanmış olup, ayrı pencerelerde pop-up reklamları açıldığı gibi kullanıcıya açılan pop-up reklamlarının Whenu tarafından önerildiği detaylı olarak açıklanmakta olduğu, kullanıcılara Whenu ile birlikte bir yazılım grubunun ücretsiz olarak indirilme seçeneği veya indirdikleri yazılımın

⁴⁴⁷ LASTOWKA, **a.g.m.**, s. 1383, Neel E. Chatterjee Connie E. Merriett, **a.g.m.**, “Uhaul Davalının Çerçeveleme yaparak Davacıya ait markanın Lanham Act'e aykırılık teşkil edecek şekilde hukuka aykırı olarak kullanıldığını iddia etmiş olsa da, Mahkeme Microsoft'un kullanıcılara aynı ana ayrı pencerelerde görüntüleme imkanı sunmasından ötürü ihlal olarak değerlendirmedeği gibi bunu karşılaştırmalı reklam olarak hukuka uygun olduğu kanaatine varmıştır.” S.1118.

⁴⁴⁸ SaveNow yazılımı ve reklam detayları için bkz. 293 F. Supp. 2d 734 (2003) Wells Fargo & Co., Et. Al., Plaintiffs, V. Whenu.Com, Inc. 19 Kasım 2003 Tarihli Mahkeme Kararı (Çevrimiçi) <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/293/734/2294652/> (Erişim Tarihi 30.02.2020)

ücretinin ödenmesi alternatifleri sunulduğu ve kullanıcının yazılımın ücretsiz indirilmesini kendi iradesi ile seçtiği, Whenu'nun reklamları ayrı pencerelerde kullanıcıya sunduğu, Davacının markasını kullanmadığı, sadece Davacının URL'lerinin dizin rehberinde kategori tayin etmek amacıyla yer aldığını bu şekilde rehberde yer almanın ticari olarak marka kullanımı olmadığı, reklamların Davacının internet sitesinde yer almadığı gibi değişikliğe sebep olmadığı, Davacının internet sitesini çerçevelemediği, kullanıcılarının güvenliği ve gizliliğini koruduğunu ifade etmiştir. Buna karşılık Mahkeme Davacının kendisine ait markanın itibarsızlaştırıldığı veya kullanımından ötürü karışıklığa sebebiyet verildiğine dair marka ihlali veya haksız rekabet iddialarına dair kanıt bulunamadığı, telafisi mümkün olmayan bir zararının olduğunu ispatlayamadığı ve Whenu'nun Davacının internet sitesi ile bir bağlantısı olmadığı sebebiyle davanın reddine karar vermiştir. Söz konusu davanın en önemli tespitlerinden birisi olan yazılımın algıladığı kitlenin ilgi alanına göre rakip firmanın reklamının pop-up olarak farklı bir pencerede görünmesinin dürüstlük kuralına uygun ve karşılaştırmalı reklamın kurallarına uygun bir yolu olduğundan Türk hukuku bakımından isabetli buluyoruz.

Örneklerini verdiğimiz mahkeme kararlarının birbirinden farklı olması markanın ticari olarak kullanımının incelenmesinin önemini ortaya koymaktadır. Hukuk kurallarının evrimleşerek uygulanması internet araçlarının kullanım hızına karşılık oldukça yavaş olmasından dolayı uzun bir süre mahkemelerin kararlarının birbirinden farklı olacağı kanaatindeyiz.

8. Yönlendirici Kodlar (Metatag)

Yönlendirici kodlar, internet sayfasının içeriğine ilişkin yönlerini tanımlayarak, internet kullanıcısı tarafından görülmeyen ancak çoklu metin işaretleme dili (html) olarak var olan ve tarama motorları tarafından algılanan kodlardır⁴⁴⁹.

Yönlendirici kodlar kullanıcıların aradıkları siteleri bulmalarını sağlayan önemli bir faktördür. Yönlendirici kodlar, arama motorlarını internet sitesinin başlık, anahtar kelime veya tanımlayıcı sözcükleri gibi betimleyici kelimeler ile etkilemekte böylece arama motorlarına tasnif elverişliliği sağladığı gibi kullanıcıların da

⁴⁴⁹ OKAN, **a.g.e**, s.88, CLARK, **a.g.m.**, 1336. (Erişim Tarihi 10.04.2020)

aradıklarına kolayca ulaşmalarını sağlamaktadır⁴⁵⁰. Bu sebeple internet sitelerinin arama motorları ile arasındaki köprüyü oluşturan yönlendirici kod tanımlamalarının gerçeğe uygun ve yeterli olması büyük önem arz etmektedir. Ancak uygulama bunun aksini göstermektedir. Uygulamada arama motorlarında kullanıcılar tarafından aratılan kelimeler veya kelime grupları belirli olduğundan internet siteleri, kendi sitelerinin daha fazla ön plana çıkarılmasını sağlamak, tanınırlıklarını artırmayı hedefleyerek başta tanınmış markalar olmak suretiyle popüler yönlendirici kodlardan seçimini yapmaktadır⁴⁵¹. Böylece tanınmış veya popüler markaların trafiğinden yararlanmış olmaktadır.

Yönlendirici kodların iki türü fazlasıyla kullanılmaktadır. Bunlardan birisi anahtar sözcük olarak adlandırılarak arama motorlarınca okunarak interneti ilgili referans doğrultusunda taramak suretiyle sonuca ulaştırarak ve ilgili sitenin uygunluğunu rütbelendirmektedir⁴⁵². Genelde bir sözcük, sözcük grubu veya ilgili siteyi tanımlayıcı kısa deyimlerden oluşmaktadır. İkincisi ise tanımlayıcı olarak adlandırılan sözcük grubu halinde internet sitesinin içeriğini özetleyen elementlerdir⁴⁵³. İkisi arasındaki farka değinecek olursak, anahtar sözcük yönlendirici kodları dizilim işlemindeki örümcekler tarafından kullanılmakta olup, tanımlayıcı yönlendirici kodlar ise arama motorlarının sonuç listesinde kullanıcılara gösterdikleri liste hakkında daha fazla bilgi ve seçenek sunulmasını sağlamaktadır⁴⁵⁴.

İşletmelerin hedef kitlelerine ulaşmalarını sağlayan bilinirlik ve görünürlüğü artırmanın internet ortamındaki yollarından birisi olan yönlendirici kod html (hyper text markup language) formatında yazılarak internet sitelerine aktarılmış olan bilgilendirici nitelikte cümlelerden oluşan gizli⁴⁵⁵ üstmetinlerdir (hypertext)⁴⁵⁶. Yönlendirici kodlar internet sitesi başlığını kodlama, tanımlama ve anahtar kelimeler

⁴⁵⁰ Ömer KORKUT, “Bir Markanın Web Sitelerinde Yönlendirici Kod (Meta Tag) Olarak Kullanılması Sorunu”, **Batider**, Cilt: 24, Sayı: 2, Aralık 2007, s.503. (Çevrimiçi) <https://jurix.com.tr/article/5881> (Erişim Tarihi 01.05.2020)

⁴⁵¹ KORKUT, **a.g.m.**, s.504.

⁴⁵² YASAMAN, **a.g.t.**, s.303.

⁴⁵³ YASAMAN, **a.g.t.**, s.303.

⁴⁵⁴ YASAMAN, **a.g.t.**, s.303.

⁴⁵⁵ SOYSAL, **a.g.m.** s.696, “Bu kelimeler ilk bakışta görünmezler ancak istenilirse web sayfasının üzerinde farenin sağ tuşuna tıklanmak suretiyle gelen menüden ‘kaynağı görüntüle (view source)’ seçilmek suretiyle o web sitesine ilişkin kodlara ulaşılabilir.”

⁴⁵⁶ AKIN, **a.g.e.**, s.37 “Metatag olarak tespit edilen işaret burada, bu işaretin temsil ettiği ticari faaliyetin konusuyla ilgili ibarelerin bu bilgi platformlarında görünmesi için kanca fonksiyonu görmektedir.”, ROSS, **a.g.e.**, s. 6.01/6-4

olarak kullanılır⁴⁵⁷. HTML internette web sayfası oluşturmak amacıyla kullanılan betik dildir⁴⁵⁸. Bu yöntemi kullanmak isteyen firmaların faaliyet konularını içeren kelimelerini yönlendirici kod olarak belirlemelerinin ardından bunların arama motorlarında her arandıkları vakitte tanıtımları sağlanarak görünürlükleri artacaktır. Kelimelerin nereye yerleştirildiği, internet sitesinin başlığında yer alıp almaması gibi unsurlar da sıralamaları değiştiren taktikler olarak internet sitesi sahipleri tarafından denenmektedir.

a. Seo ve Sem Faaliyetleri ve Bunun Haksız Rekabete Etkisi

Kaynak kodlarda bu şekilde yönlendirici kodların kullanılması uygulamada sadece trafik sağlamak gibi farklı amaçlarla kullanıcıları ilgisiz sitelere de yönlendirebilme ihtimalini doğurmaktadır. İşletmeler arama motoru optimizasyonu (Search Engine Optimization-Seo) faaliyetleri ile web sitelerini arama motorlarına⁴⁵⁹ uygun hale getirebilecekleri gibi, rakiplerine ait marka, işletme adı ve işaretleri kullanabilmekte ve böylece bazı haksız rekabet hallerine sebep olabilmektedirler. Belirmek gerekir ki Google gibi arama motorları üzerinden firmaların kendi internet sitelerine erişim sağlamak amacıyla reklam vermesinin yerine, reklamsız alanda üst sırada yer almanın daha kazançlı olduğu bunun da organik bir biçimde algoritma mühendisliği yaparak işletmelerin buna adaptasyonunu sağlama yöntemi olarak Search Engine Optimization (kısaca SEO) başvurmaktadırlar⁴⁶⁰. SEO arama motorlarının oldukça kullanışlı hale getirmesini sağlamaktadır. İnternet sitelerinin yöneticilerinin tercihlerine göre değişiklik göstermekte, ancak SEO faaliyeti her işletme için uygun olmayıp, asıl önemli olan bunu kullanarak üretilen Search Engine Marketing (SEM) diğer bir deyişle arama motoru reklam kampanyalarının

⁴⁵⁷ SOYSAL, a.g.m., s. 696.

⁴⁵⁸ RÜZGAR, a.g.e., s.157.

⁴⁵⁹ Tamer SOYSAL, “Marka Hukuku Perspektifinden İnternet Ortamında Anahtar Kelime (Meta-tagging) ve Adwords Reklamcılık Uygulamaları, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Yıl 6, Sayı 12, Aralık 2018, s.694, (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/596364> (Erişim Tarihi 09.03.2020) “İlk arama motorları 1993 yılında oluşturulmuştur. Bu dönemde MIT (Massachusetts Institute of Technology) tarafından Wandex oluşturulmuş ardından Lycos, Magellan, Excite, Altavista ve Yahoo gibi arama motorları oluşturulmuştur. 1998 yılında Google ile birlikte Google Devri başlamıştır. Google kendi geliştirdiği ve patent-marka haklarını tescil ettirdiği ‘Page Rank’ (Sayfa Dizini) uygulaması sayesinde, derecelendirmeye dayalı arama işlemini kullanarak kısa sürede sektörün lideri haline gelmiştir.”

⁴⁶⁰ LASTOWKA, a.g.m., s. 1346.

yürütülmesi, dizayn ve yönetmedir. Basit olarak SEM, SEO'dan oluşmakta ve arama motorlarında ödemeli veya ödemesiz klasmanı bulunmaktadır.

Diğer yandan burada Spamdexing kavramını açıklamakta fayda vardır. Prensip sahibi olmayan veya etik kurallarına özen göstermeyen web sitesi sahipleri arama motorlarında güncel olan ve internet sitelerine trafik sağlayan kelime, işaret veya markaları, kendi internet siteleri ile herhangi bir ilgisi olmasa veya web sitelerinin içeriğinde de bu kelimeler ile bir bağlantı olmamasına rağmen yönlendirici kod olarak kullanılmaktadırlar⁴⁶¹. Diğer bir deyişle arama motoru sonuçlarının geliştirilmesinin amacı dışında kullanılarak suiistimal edilmesi tekniğine başvurulmaktadır⁴⁶². Bu yöneme Spamdexing adı verilmektedir. Anahtar kelimeler veya yönlendirici kodlar ile arama motoru sonuçlarının geliştirilmesinin suiistimal edilmesine yönelik diğer tekniklerin tümü “black hat seo” pratiğinin altında toplanmaktadır. Arama motorları internet sitelerinin reklam amacıyla satın aldıkları ilgili kelimeler ile bağlantılı olup olmadıklarını kontrol yükümlülüğü tartışılrsa da henüz bu konuda hukuki bir sorumlulukları henüz bulunmamaktadır.

Yönlendirici kod ile anahtar sözcük arasındaki fark arama motorunun sonuç listesinde gösterilme şekillerinin altında yatmaktadır. Şöyle ki, bir kelime yönlendirici kod olarak yazıldığında arama motoru bunu doğal sonuçlar sıralamasında üstlerde gösterirken, kelime anahtar sözcük olarak yazıldığında arama motoru bu kelimenin atandığı internet sitesi ismine ait sonucu tanıtım sponsor bağlantı listesinde diğer bir deyişle reklam adı altında göstermektedir⁴⁶³. Günümüzdeki çoğunluk internet kullanıcıları sponsor bağlantı ile natürel sonuçlar arasındaki farkı gözlemleyebilecek niteliktedir.

b. Türk Hukukunda Yönlendirici Kod'a İlişkin Yasal Düzenlemeler

SMK m. 7/3-d'ye göre “İşareti kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bağlantısı olmaması şartıyla işaretin aynı veya benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük ya da benzeri biçimlerde kullanılması” marka ihlali anlamına gelir. İşaretin izinsiz ve

⁴⁶¹ LASTOWKA, **a.g.m.**, s. 1372. “New York Times, günlük gazete, ulusal, politika, Youtube, video, paylaşma, kameralı telefon gibi sözcükleri kullanırken bazı sitelerin Prenses Diana veya mp3 gibi dönemin popüler ve trafik sağlayacak kelimelerini yönlendirici kod olarak kullanmaktadır.”

⁴⁶² YASAMAN, **a.g.t.**, s.99.

⁴⁶³ YASAMAN, **a.g.t.**, s.99-322.

ticari olarak kullanılması halinde marka hakkı sahibi tarafından kullanımı kanunen yasaklanabilir. Elbette yönlendirici kod kullanımı hukuka aykırı olmayıp, başkasına ait marka veya tanıtıcı nitelikteki işaretlerin kullanımı gibi durumlarda hukuka aykırılıktan bahsedilebilecektir⁴⁶⁴. Zira yönlendirici kodlar görünmediğinden kullanıcıların aramadığı kelimelerin karşılığında üst sıralarda sunulan bağlantılar, kullanıcının aradığı unsur ile çıkan sonucun bağlantılı olduğu veya bir tür alternatif olduğu zannına kapılarak yanlış yönlendirilmesine sebep olacağı aşıkardır⁴⁶⁵.

Söz konusu kanuni düzenlemede karışıklığa sebep olacak şekildeki kullanımın yasaklanabileceğinden bahsedilmediği için bunun ticari olarak kullanım şartının yanı sıra olması gereken bir kural olduğunu lafzi yorum ile söyleyemeyeceğiz. Ancak bunun hatalı bir yorum olduğunu kullanımın karıştırılma ihtimalini taşıması halinde ilgili maddeye başvurulabileceğini belirten görüşler mevcuttur⁴⁶⁶. Biz de bu görüşe katılmakla birlikte söz konusu kullanımın özellikle karıştırılma ihtimalini artırması halinde haksız avantaj yaratması nedeniyle haksız rekabeti düzenleyen TTK m. 55/I, a-4'e göre haksız rekabet oluşturacağı kanaatindeyiz.

Kendi ürünleriyle ve hatta sitesinin içeriği ile dahi alakalı olmasa da tanınmış markaları yönlendirici kod olarak kaydettiren site sahibi, arama listelerinde üst sıralarda gözükerek internet kullanıcılarını manipule edebilecektir. Böylece TTK m. 55/1-a-5'e göre haksız rekabet ihlali meta-tagler ile kolaylıkla yapılabilir.

Yönlendirici kodun veya anahtar sözcüğün marka hakkı sahibi tarafından engellenebileceği durumları kategorize edersek; birincisi işaretin anahtar sözcük veya yönlendirici kod olarak ticari etki yaratacak biçimde kullanımı, ikincisi ise meşru bir hakkı olmamasına rağmen işaretin anahtar sözcük veya yönlendirici kod olarak kullanılmasıdır⁴⁶⁷.

c. Yönlendirici Kod'un Konu Olduğu Mahkeme Kararları

Yargıtay 11. HD'nin 01.04.2018 tarih 2016/10542 E., 2018/3077 K. Sayılı kararında Davacı, kendisine ait markaların Davalı tarafından arama motorunda

⁴⁶⁴ SOYSAL, a.g.m., s. 695.

⁴⁶⁵ AKIN, a.g.e., s.37.

⁴⁶⁶ YASAMAN, a.g.t., s.324.

⁴⁶⁷ RÜZGAR, a.g.e., s.160.

reklamı verilirken anahtar kelime olarak işaretlediğini, bu takdirde haksız ve hukuka aykırı reklam yaparak arama motorunda üst sıralara çıktığını ileri sürerek haksız ve hukuka aykırı olarak yapılan reklamın kaldırılmasını, tecavüzün önlenmesini, haksız rekabetin tespitini talep ve dava etmiş olup, Davalı söz konusu iddiaları reddetmiş olsa da Mahkeme Davalının, Davacıya ait markaları iltibasa yer verecek biçimde ve arama motorunda yönlendirici kod olarak kullanarak yararlandığını tespit ederek, Davalının söz konusu eylemini iltibasa mahal verecek biçimde internet ortamında markasal kullanımını metatag olarak kullanma eyleminin marka tecavüzü ve haksız rekabete yol açtığını tespit etmek suretiyle kullanımının men edilmesine karar vermiştir⁴⁶⁸. Davalı vekili her ne kadar kararı temyiz etmiş olsa da üst derece mahkemesi bu kararı onaylamıştır. Elbette bu kararda metatag olarak markanın kullanımının haksız rekabet teşkil ettiği yönünde isabetli bir karar olduğu kanaatindeyiz.

Yargıtay 11. HD.'nin 2013/15183 E., 2014/8580 K. 06.05.2014 tarihli kararında⁴⁶⁹ davacı, Google arama motorunda "...protect" ve "...güvenlik" ifadelerinin taraması yapıldığında sponsor bağlantı ve altında yine organik bağlantılar içerisinde davalıya ait internet sitesinin yer aldığını, davacı ile davalının aynı iş kolunda yer aldığı ve kendisine ait ticaret unvanı ve tanıtıcı ibarelerin yönlendirici kod olarak kullanıldığı gerekçesiyle söz konusu durumun haksız rekabet teşkil ettiğini ve sonlandırılması ile birlikte tazminat talebinde bulunmuştur. Haksız rekabete karar veren mahkeme kararı Yargıtay tarafından marka kullanımının gerekçede bahsedilmesine gerek olmadığı vurgulanarak onanmıştır. Söz konusu karar gerekçesinde davalının kendisine ait markaları satın almak yerine davacıya ait markaları satın alarak anahtar kelime olarak kullanmasının haksız rekabet oluşturduğundan bahsedilse de somut olayda markasal kullanımdan ziyade ticaret unvanının yönlendirici kod olarak kullanımı söz konusudur. Kararda bu kelimelerin satın alınanların sponsor bağlantı olarak gösterilmesinin yanında doğal sonuç listesinde karışıklığa yol açmasının değerlendirilmesi gerekirken, bu hususlar tartışılmadan sonuca ulaşmasının eksik bir değerlendirme olduğu kanaatindeyiz.

⁴⁶⁸ Yargıtay 11. HD 2016/10542 E., 2018/3077 K. 01.04.2018 tarihli kararı (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/#> (Erişim Tarihi 31.03.2020)

⁴⁶⁹ Yargıtay 11. HD.'nin 2013/15183 E., 2014/8580 K. 06.05.2014 tarihli kararı (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi 13.03.2020)

Haksız rekabet hallerinden birisi olan karıştırılma bu durumda da aleniyetle söz konusu olabilecektir. ABD’de kararların çoğu temyiz mahkemesinin dokuzuncu dairesi tarafından verildiği için bu dairenin kararları hukuka yön vermektedir. İlk metatag davası olarak ABD’de 18 Kasım 1998’de görülmeye başlayan dava ile Davacı Brookfield kendisine ait tescilli markası olan “moviebuff.” ın, Davalı West Coast tarafından “moviebuff.com” şeklinde alan adı, yönlendirici kod ve gömülü kod (buried code) olarak kullanılmasını Bölüm 32 and 43(a) Lanham Act 15 U.S.C. §§ 1114, 1125(a)’ya göre marka ihlali ve haksız rekabet olduğu ile markasını değersizleştirdiğini iddia ve dava etmiştir⁴⁷⁰. Davacı eğlence sektörüne ait pek çok bilgiye ulaşılabilir bir yazılımı piyasaya sürmüş olan moviebuff markasına sahip bir firma, davalı ise ABD’nin en büyük film kiralama firmalarından birisi olup bahsi geçen markayı Davacı’nın tescil tarihinden önce kullanmaya başlamıştır. Burada Davacı, Davalının kendisine ait tescilli markanın Davalı tarafından alan adı olarak kullanıldığı iddiasını Lanham Act tescilli markaları koruyarak marka ihlali konu alan m. 32 ve tescil edilmemiş markalar ile ticari takdim şekli oluşturan öğeleri (trade dress) koruyarak haksız rekabeti düzenleyen m. 43(a) gereğince ihlal edildiğini ispatlamak için açıkça karıştırılmaya mahal verecek şekilde kullandığını dayanak olarak göstermelidir.

Diğer bir deyişle Davacı Lanham Act’e göre korumadan faydalanabilmesi için birincisi tescilli bir markaya sahip olmalı, ikincisi ise bu markanın davalı tarafından tüketiciler nezdinde ilk izlenimde karıştırılmaya mahal verecek şekilde kullanılıyor olduğunu ispatlamalıdır. Karıştırılmanın tespit edilme aşamasında her davanın kendi içerisindeki duruma özgü incelenmek üzere;

- i) çatışan işaretlerin benzerliği,
- ii) iki işletmenin ürün ve hizmetleri arasındaki benzerlik,
- iii) markanın gücü ve dayanıklılığı,
- iv) kullanılan pazarlama kanalları,
- v) tüketicilerin satın alma aşamasında umursama ve ilgilenme derecesi,
- vi) ihlale teşebbüs eden tarafından markanın seçilmekteki kastı,
- vii) asıl karıştırılma kanıtı,

⁴⁷⁰ Brookfield v. West Coast (Çevrimiçi) <https://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1068417.html> (Erişim Tarihi 04.04.2020)

viii) ürün hatlarındaki genişleme olasılığı olmak suretiyle sekiz⁴⁷¹ Sleekcraft⁴⁷² faktörü kullanılmaktadır.

Davacı Brookfield Communications, Inc., v. Davalı West Coast Entertainment Corporation arasındaki yargılama sonucunda ABD mahkemeleri marka ve haksız rekabet hukuku açısından karıştırılma ihtimali saptamasını yaparken sekiz Sleekcraft faktörü yerine “internet troika test⁴⁷³” isimli üç faktörlü testi uygulayarak, i) marka ile davalının alan adı arasındaki benzerlik durumu, ii) tarafların mal ve hizmetleri arasındaki bağlantı durumu, iii) her iki tarafın da interneti bir pazarlama aracı olarak kullanım durumunu baz alacağını teamül haline getirmiştir⁴⁷⁴. Söz konusu davada asıl çetrefillik dava konusu markaların karışıklık yaratıp yaratmadığının incelenme aşamasında rol oynayan özne yani makul, basiretli ve ihtiyatlı tüketicinin karıştırma olasılığının incelenme sürecidir. Burada taraflardan biri olan eğlence sektörü profesyonelleri yani film müdavimleri mi yoksa sıradan günlük film izleyicileri mi? Dolayısıyla yine haksız rekabetin incelenmesinde davaların kendine özgü özelliklerinin oldukça önemli olduğunu görmekteyiz. Söz konusu alan adının Davalı tarafından kullanılamayacağına hükmeden mahkeme “moviebuff” markasının veya kullanımına izin verilmeyen “moviebuff.com” alan adının yönlendirici kod veya gömülü kod olarak kendisine ait internet sitesinde kullanımına izin vermenin hukuka uygun olup olmadığına tartışmıştır. Mahkeme tüketicilerin bahsi geçen markayı arama motorunda arattığında karşılına çıkan yolun onları istedikleri otobana çıkaracağını düşünerek hareket edeceğini düşünmüş, dolayısıyla bir sonraki çıkıştan otobana girmek yerine bir önceki yol olan Davacıya

⁴⁷¹ Sekiz Sleekcraft faktörü: 1) Markanın gücü, 2) Malların yakınlığı, 3) Markaların benzerliği, 4) Fiili karışıklık ihtimali, 5) Pazarlama kanallarının benzerliği, 6) Malların çeşidi ve alıcıların dikkat derecesi, 7) Davalının markayı kullanmaktaki niyeti ve 8) ciro artış olasılığı olarak sıralanabilir. RÜZGAR, **a.g.e.**, s. 249.

⁴⁷² AMF, Inc. v. Sleekcraft Boats, 599 F.2d 341 (9th Cir. 1979) (Çevrimiçi) <https://cyber.harvard.edu/metaschool/fisher/domain/tmcases/amf.htm> (Erişim Tarihi 04.05.2020)

⁴⁷³ Ryan BAKER, “Bidding On Trademarked Keywords In Search Engines: A Trademark Law Update” **Washington Journal Of Law, Technology & Arts** Volume 8, Issue 5 Spring 2013 s. 545. <https://digitalcommons.law.uw.edu/wjla/vol8/iss5/2> (Erişim Tarihi 10.03.2020)

⁴⁷⁴ United States Court of Appeals, Ninth Circuit, Brookfield Communications, Inc., Plaintiff Davacı-Appellant, V. West Coast Entertainment Corporation, Davalı Defendant-Appellee, No. 98-56918. Decided: April 22, 1999 Söz konusu davada video kiralama mağazasının eğlence sektörü bilgi sağlayıcısına ait markayı alan adı ve yönlendirici kod olarak kullanıp kullanamayacağı marka ve haksız rekabet hukuku açısından incelenmiştir. Davada başlangıç ilgi karıştırılma kuralı uygulanmıştır. (Çevrimiçi) <https://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1068417.html> (Erişim Tarihi 09.03.2020); BAKER, **a.g.m.**, s. 546.

ait markayı kullanması otobandaki bir reklam panosu gibi işlev görmüş, tüketicileri Davalının internet sitesinden çıkarak farklı bir Pazar yerine girmiş, Davacının markası ile Davalı kazanç elde etme ihtimalini elde etmiştir⁴⁷⁵. Burada mahkeme emsal kararlarından yararlanmak suretiyle ilk ilgi karışıklığı teorisini yani ilk izlenimde karıştırılma olasılığı doktrini uygulayarak karıştırılma neticesinde kullanıcılar tarafından satın alınma olmasa dahi ihlalin varlığına hükmetmiştir⁴⁷⁶. İşletmelerin internette daha ön planda ve göze çarpan bir yer edinmek amacıyla başkasına ait marka veya işareti yönlendirici kod veya alan adı gibi durumlarda kullanması halinde ilk izlenim karışıklığı yarattığı açıkça ortadadır. Her durumun kendine özgü özellikleri olmasının yanı sıra bu durumun haksız rekabet veya tescilli markaların kullanımı halinde marka ihlali gündeme getirdiğini görmekteyiz.

Davacı Playboy Enterprises, Inc., V. Davalı Asiafocus International, Inc., Internet Promotions, Inc., Graham Daley, and Alan SMITH, April 10 1998 Karar Tarihli, davasında ise mahkeme Playboy Enterprises şirketine ait olan www.playboy.com alan adı dahil olmak üzere “Playboy” ve “Playmate” tescilli markalarının, davalı tarafından “playmates-asian.com” ve “asian-playmates.com” şeklinde kullanıldığının tespit edilmesi ve söz konusu markaların aynı zamanda arama motorlarına görünebilecek şekilde kaynak kodu, yönlendirici kod olarak kullanılmasının, kullanıcılar nezdinde davalıya ait sitenin davacı tarafından desteklendiği veya bağlantılarının olduğu izlenimini yaratması sebebiyle haksız rekabet ve marka hakkı ihlali yarattığına hükmetmiştir⁴⁷⁷.

Diğer bir davada ise Davacı Playboy Enterprises, Inc., V. Davalı Calvin Designer Label, Calvin Fuller, And Calvin Merit, Davacı marka ihlali, haksız rekabete neden olabilecek ve dürüstlük kuralına aykırı bir kullanım oluşturduğu iddiası ile kendisine ait markanın kullanımının durdurulmasını ve ihtiyati tedbir kararı verilmesini talep etmiştir. Mahkeme “Playboy” markasının davalı Calvin Designer ve diğerleri tarafından “playboyxxx.com” ve “playmatelive.com” olarak

⁴⁷⁵ LASTOWKA, a.g.m., s. 1374.

⁴⁷⁶ Brookfield Communications, Inc., Plaintiff Davacı-Appellant, V. West Coast Entertainment Corporation, Davalı Defendant-Appellee (Çevrimiçi) <https://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1068417.html> (Erişim Tarihi 09.03.2020)

⁴⁷⁷ Playboy Enterprises, Inc., Plaintiff, V. Asiafocus International, Inc., Internet Promotions, Inc., Graham Daley, and Alan SMITH, Defendants No. Civ.A. 97-734-A. United States District Court, E.D. Virginia. April 10, 1998 (Çevrimiçi) <https://cyber.harvard.edu/property00/domain/playboy.html> (Erişim Tarihi 09.03.2020)

alan adı, yönlendirici kod ve gömülü kod olarak kullanılmasını karıştırılma ihtimali sebebiyle marka ihlali, haksız rekabet ve yanlış temsil ile yanıltıcı yönlendirme gerekçesi ile yasaklamıştır⁴⁷⁸.

İlginç bir dava olan Davacı Niton Corporation, V. Davalı Radiation Monitoring Devices, Inc., Karar Tarihi Kasım 18, 1998, davasında ise birbirlerine rakip ve aynı alanda iş üreten şirketler arasında görülen davada, Radiation Monitoring şirketi sadece Niton Corporation'ın markasını kullanmakla kalmamış, davalı, davacının internet sitesini birebir kopyalayarak, davacı Niton'un kullandığı yönlendirici kod ve html'nin tümünü kendi internet sitesine kopyalamış, ne zaman Niton arama motorunda aransa kendisine ait internet sitesinin arama listesinde belirmesini kasten sağlaması sebebiyle mahkeme marka ihlali veya haksız rekabet oluşturup oluşturmadığı hususuna açıklık ve netlik getirmemiş ancak ihtiyati tedbir kararına hükmetmiştir⁴⁷⁹.

Belirtmek gerekir ki ABD mahkemeleri başkasına ait marka veya işaretin adil ve dürüstlük kuralına uygun bir şekilde kullanımını Lanham Act gereğince ve haksız rekabet kurallarına uygun olarak korumaktadır. Davacı Playboy Enterprises, Inc., A Delaware Corporation, V. Davalı Terri Welles, Karar Tarihi Mayıs 21, 1998 davasında davacı Playboy Enterprises şirketine ait tescilli "Playboy, Playmate, Playmate of the Month, and Playmate of the Year" markalarının bulunduğu, buna karşılık davalının ise Terri Welles isimli eski bir playboy mankeni olup kendisi geçmişte Playmate of the Month, and Playmate of the Year olarak seçilmiş olması, kendisine dair bilgiler verilen internet sitesinde Playboy'un resmi sitesi olmadığına dair ibarenin bulunması sebebiyle, şahsına ait <http://www.terriwelles.com> isimli internet sitesinin başlığında ve bağlantıları ile yönlendirici kod olarak bahsi geçen markaları kullanılması adil ve dürüstlük kuralına uygun bir kullanım olarak

⁴⁷⁸ Playboy Enterprises, Inc., Plaintiff, V. Calvin Designer Label, Calvin Fuller, And Calvin Merit, Defendants. No. C-97-3204 Cal. United States District Court, N.D. California. Karar Tarihi Eylül 8, 1997, (Çevrimiçi) <https://cyber.harvard.edu/metaschool/fisher/linking/meta/METAC1.html> (Erişim Tarihi 09.03.2020)

⁴⁷⁹ 27 F. Supp. 2d 102 (1998) Niton Corporation, Plaintiff, V. Radiation Monitoring Devices, Inc., Defendant. No. Civ.A. 98-11629-REK. United States District Court, D. Massachusetts. November 18, 1998 <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/27/102/2346305/> (Erişim Tarihi 09.03.2020)

nitelendirilerek dava Terri Welles lehine sonuçlanmıştır⁴⁸⁰. Söz konusu kararda Davacının kendisine ait markanın tanınmış marka statüsünde olduğunu, ayırt edicilik işlevinin zedelendiği, haksız olarak marka saygınlığından yararlandığı ve markasının sulandırıldığı (dilute-dilution) iddia etmesine karşılık, Davalının bahsi geçen markaları yönlendirici kod ve banner reklam olarak dürüst kullanımının marka hakkı ihlali veya haksız rekabet yaratmadığını görmüş olduğumuzdan dolayı oldukça önemli bir karardır.

2011 yılından sonra Dokuzuncu Daire Davacı Network Automation, Inc. v. Davalı Advanced Systems Concepts, Inc.⁴⁸¹, kararı ile birlikte Troika Testinin pazarlama ve arama motoruna ilişkin reklamlar üzerindeki yetersizliği nedeniyle geliştirerek dört aşamalı test olan “keyword quadruple” isimli getirmiş, troika testinin alan adlarına ilişkin davalarda uygulanmasını daha doğru bulurken, anahtar sözcüklere ilişkin davalarda dört aşamalı teste göre karar vermeye başlamıştır⁴⁸². Kullanıcılar nezdinde karışıklığa yol açıp açmadığının tespitinde i) markanın gücü, bilinirliği, ii) karışıklığa yol açıldığına ilişkin kanıtlar, iii) ürün özellikleri ve satın alan kişinin satın alma alışkanlıkları, iv) reklamların etiketlenmeleri ile sayfadan belirmelerinin incelenmesi gerekmektedir. Kısaca bahsetmek gerekirse markanın bilinirliği bazı durumlarda karışıklığın derecesini azaltabilmekte, ortalama tüketici nezdinde karışıklığın var olduğunu kanıtlamak zor olduğu gibi karışıklığın varlığını ispat ederken fazla sayıda kullanıcının davranışlarının ortaya koyulması gerekmekte, kural olarak ürünün pahalı olması halinde tüketiciler daha fazla araştırma yapmakta yine de internet kullanıcılarının geneli tecrübeli ve basiretli olduğuyla karşılaşılmış olup markanın yönlendirici kod olarak kullanımında reklam verilen arama motorunun bunu arama sayfasının hangi kısmında ve ne şekilde etiketleyerek gösterdiği karışıklığın tespitinde önemli rol oynayan faktörlerdir⁴⁸³.

⁴⁸⁰ 7 F. Supp. 2d 1098 (1998) Playboy Enterprises, Inc., A Delaware Corporation, Plaintiff, V. Terri Welles, Defendant. No. 98-Cv-0413- (Jfs). United States District Court, S.D. California. May 21, 1998 (Çevrimiçi) <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/7/1098/2577471/> (Erişim Tarihi 06.04.2020)

⁴⁸¹ United States Court of Appeals, Ninth Circuit. Network Automation, Inc., A California Corporation, Plaintiff–Counter–Defendant–Appellant, V. Advanced Systems Concepts, Inc., a New Jersey Corporation, Defendant–counter–claimant–Appellee. No. 10–55840. Decided: March 08, 2011 (Çevrimiçi) <https://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1558807.html> (Erişim Tarihi 05.05.2020)

⁴⁸² BAKER, **a.g.m.**, s. 545.

⁴⁸³ BAKER, **a.g.m.**, s. 552-553.

Google, Bing ve Yandex için anahtar sözcüklerin veya metataglerin kullanımında karışıklığın var olduğunu söylemek oldukça zordur. Zira söz konusu arama motorları reklam içeren anahtar sözcük sonuçları başlığının yanında “Ad”- “reklam” olarak işaretlemekte veya reklam içeren sonuçları ayrı bir alanda göstermektedir.

Görülmektedir ki bir marka, isim veya işaretin başkası tarafından haklı bir sebep olmaksızın, haksız yere yarar sağlayacak şekilde yönlendirici kod olarak kullanılması somut olayın şartlarına göre TTK m.54/2 veya TTK m. 55/I, a-2 veya TTK m.55/I, a-4’e göre haksız rekabet yaratabilmektedir. Ayrıca arama motorlarında bir kullanıcının taramasını yaptığı bir marka veya ismin sonuç sıralamasının yönlendirici kodlar nedeniyle karışıklık, yanıltma veya yanlış yönlendirmeye neden olduğu anlaşılan durumlarda yine haksız rekabetin varlığı gündeme gelmekte ve bu konuda davalar açılabilir.

9. Satış Ortaklığı (Affiliate/Associate Partnership)

Bazı işletmeler diğer internet sitelerine veya kişisel sayfalara ilişim yolu ile reklam vererek kendisine ait ürün veya hizmetlerin tüketicilere ulaşarak satılmasını sağlayabilmekte olup bu yolla elde ettiği gelir karşılığında müşterinin yakalanarak geldiği internet sitesine komisyon ödemektedir⁴⁸⁴. Böylece büyük mağazalar, bazı küçük internet sitesi operatörlerine veya kişisel sayfalara bağlantılar vererek satış yapmakta, müşterilerin hangi siteden geldiğini kolayca belirleyebildikleri için söz konusu satış üzerinden komisyon ile iş birliğini devam ettirerek reklam maliyetini ucuzlatmaktadır⁴⁸⁵.

Günümüzde sosyal medya siteleri her ne kadar ismi sosyal iletişimi sağlamak gibi görünse de temelde reklam yapmak amacını taşımakta, (özellikle instagram) binlerce veya milyonlarca takipçi sayısına sahip olan kullanıcılar bazı markalar ile bu amaca hizmet eden iş birlikleri yapmakta ve gelir elde etmektedirler. Özellikle gizli marka temsilcisi olan ünlüler veya sosyal medya mecrasında binlerce, milyonlarca gerçek takipçisi olan kişilerin yaptığı reklamlarla verilen bağlantılara yönlendirilen kişiler ile büyük bir reklam döngüsü hızlı ve ucuz yöntemlerle yaratılmıştır. Zira bu yöntem ile ürünleri müşterilerin bir tıklama mesafesi kadar yakınına taşıyan reklam

⁴⁸⁴ OKAN, a.g.e, s.89.

⁴⁸⁵ ŞAHİNCİ, a.g.e., s.59.

sahipleri tüketicilerin düşünmesine fırsat vermeden tüketime yönlendirilmelerini çaba sarf etmeden sağlamaktadırlar. Geleneksel yöntemlerin aksine müşteri ürünü arayıp bulmak zorunda kalmamakta bu süre zarfında fikrini değiştirme riski de bertaraf edilmiş olmaktadır.

Ticari niteliği gizlenen bir reklam da tüketicinin aldatılmasına yol açabileceğinden ötürü TTK m. 55/1-(a)-2 gereğince aldatıcı reklam yasağına aykırılık teşkil eder⁴⁸⁶. TRHTUY m. 30'da yer verilen aldatıcı ihmaller de bu hususu desteklemektedir.

Sosyal medyanın tanımı hukukumuzda henüz yerini almasa da bunu bireylerin oluşturulan içeriklerin okuyucusu veya hazırlayıcısı olarak aktif rol alabildikleri ve bu roller arasında esnek ve hızlıca geçiş yapabildikleri etkileşim, iletişim, paylaşım gibi eylemlerin yer aldığı çevrimiçi tabanlı bir ortam olarak tanımlayabiliriz⁴⁸⁷.

Tüketicilerin ilgi alanları ile internet sitelerindeki hareketliliklerinin ortak bilgisinden meydana gelen bir veri analizi ile yaratılan algoritmalar aracılığı ile ilgi alanına dayalı bireysel reklamcılık, açık olmayan marka temsilciliği, viral reklam ve tanınmış kişi destekleri ile yapılan reklamlarda içerik sponsorluğu, satış ortaklığı kavramını sıkça görmekteyiz⁴⁸⁸. Elbette kullanıcılar çoğu zaman bunun farkına varamamakta, kişisel bilgilerinden başlayarak tüm alışkanlıklarına ilişkin detayları çerezler⁴⁸⁹, pikseller⁴⁹⁰ veya yerel depolama araçları⁴⁹¹ ile internet sitelerine bağışlamaktadırlar.

⁴⁸⁶ ABBASOĞLU, a.g.e., s.96.

⁴⁸⁷ Semih Sırrı ÖZDEMİR, M. Zahid DOĞANAY, "Bir Mecra Olarak Sosyal Medyanın Reklam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl 7, Sayı 13, Haziran 2019, s.300.

⁴⁸⁸ ÖZDEMİR, DOĞANAY, a.g.m., s.306.

⁴⁸⁹ Çerezler, küçük metin dosyaları ile siteler tarafından kullanıcıların internet sitelerine ilk seferde giriş yaptıkları sırada cihazlarına inceledikleri ürün veya hizmetler, yaptıkları alışverişler gibi bilgileri kaydetmeleri amacıyla yerleştirilmektedir. Elbette kaydedilmiş olan söz konusu veriler yardımıyla aynı cihazla internet sitesine tekrar giriş yapıldığında kullanıcılara kişiselleştirilmiş bir sayfa sunulmaktadır. (Çevrimiçi) <https://help.twitter.com/en/rules-and-policies/twitter-cookies> (Erişim Tarihi 16.09.2020)

⁴⁹⁰ Pikseller ile internet sitelerine küçük parça kodları eklenerek ziyaretçi hareketlilikleri ile kullanıcıların sosyal paylaşım sitelerine reklam veren şirket ve işletmelerin internet sitelerini ziyaret edip etmedikleri ölçülmektedir. (Çevrimiçi) <https://help.twitter.com/en/rules-and-policies/twitter-cookies> (Erişim Tarihi 16.09.2020)

⁴⁹¹ Yerel depolama, sosyal paylaşım sitelerindeki kullanıcı hareketlerinin kullanıcıların cihazlarına kaydedilmesini sağlayan, yerel olarak bilgi depolamasına olanak tanımaktadır. (Çevrimiçi) <https://help.twitter.com/en/rules-and-policies/twitter-cookies> (Erişim Tarihi 16.09.2020)

İnternette yer alan reklamların yaratılması ve kullanıcıya sunulmasında gizli bir iletişim yaratılmasının amaçlandığını görüyoruz. Zira kullanıcılar reklamı yapılan ürünlerden ziyade reklam olduğunu hissetmedikleri ürünleri sıkça gördüklerinde reklam verenler reklam verme konusundaki asıl hedeflerine ulaşmış oluyorlar. Bu da beraberinde aldatıcı reklamları veya örtülü reklamları kolaylıkla meydana getirebilmektedir⁴⁹². Son zamanlarda özellikle sosyal medya sitelerinde ünlülerin üzerindeki kıyafetler, taşıdıkları eşyalar veya kullandıkları araçların çoğunun gizli birer reklam olduğundan kullanıcıların maalesef haberi olmamaktadır. Böylece takip ettikleri insanların kullandıkları eşyaları satın alma güdüsüne kapılabilirler. Dolayısıyla reklam hukukunun temel kuralları ile haksız rekabetin sıkça meydana geleceği bir platformun yaratıldığı kanaatindeyiz.

Gizli reklam ile gizli reklam yapan kişiler sosyal medya ortamında sosyal medya hesaplarından anlaşma sağladıkları firmaların ürün ve hizmetlerine dair olumlu veya olumsuz yorum ve görüşlerini sunmaktadırlar⁴⁹³. Gizli marka temsilcileri olarak görev yapan bu kişilerin instagram gibi bir sosyal medya mecrasından rakibi hakkında gerçek dışı, yanlış, yanıltıcı ve gereksiz yere incitici beyanlarda bulunmasının TTK m.55/1-a, 1'e göre haksız rekabet teşkil ederek bunun tespit edilmesine dair verilen karar İstanbul BAM tarafından da onanmıştır⁴⁹⁴.

İnternette kimin tarafından yaptırıldığı belirli ve açık olan e-posta veya sosyal medya ortamında kullanıcılar tarafından paylaşılma isteği uyandıracak kadar cazip, çekici, samimi ve eğlenceli video gibi amatör görünümlü görsellerden oluşan bunun yanı sıra ücretsiz olan bir reklam biçimi de viral yayılmacı reklamlardır⁴⁹⁵. İşletmeler tarafından çıkarılan bu reklam mesajlarının içeriğini insanların doğal haberleşme güdülerıyla paylaştıkları ilginç veya faydalı bilgiler oluşturur⁴⁹⁶. Örtülü reklam yasağının olduğu hukukumuzda viral reklamın da bunun bir alt çeşidi olmasından ötürü yasal dayanağı bulunmamakta olduğu gibi reklamın yapıldığının ispatında güçlükler yaşanmaktadır⁴⁹⁷. Kişiler reklam bilinci olmaksızın diğer bir deyişle

⁴⁹² ÖZDEMİR, DOĞANAY, **a.g.m.**, s.303.

⁴⁹³ ÖZDEMİR, DOĞANAY, **a.g.m.**, s.311.

⁴⁹⁴ İstanbul BAM 14. Hukuk Dairesi 2018/12E., 2018/627K., 07.06.2018 tarihli kararı (Çevrimiçi) (Kazancı İçtihat Bankası www.kazanci.com (Erişim Tarihi 12.09.2020))

⁴⁹⁵ ÖZDEMİR, DOĞANAY, **a.g.m.**, s.313.

⁴⁹⁶ ABBASOĞLU, **a.g.e.**, s.31.

⁴⁹⁷ ÖZDEMİR, DOĞANAY, **a.g.m.**, s.317.

reklam olduğunu fark etmeksizin bu reklamların içeriğinin doğal bir biçimde oluşturulduğunu düşünmekte, işletme ile iş birliğinde olan kişiler tarafından yapılan yorumların tüketici yorumu olduğunu zannetmekte bu sebeple aldatılmaktadırlar⁴⁹⁸. Bunun yanı sıra elbette bu yolla meydana gelen reklamların içeriğinde herhangi bir haksız rekabet halinin oluşması halinde haksız rekabetin tespit, men, eski hale iade davaları ikame edilebilir.

Sosyal medyada tanınmış olan kişilere bazı kıyafet ve eşyaların kendi deneyimleri gibi tanıtılarak tavsiye edilmesi, sosyal medya hesabından yapılan canlı yayınlarda ürünlerin gösterilerek kullanılması, bazı restoran veya otellerin sosyal medya hesaplarından bu kişilerce gösterilerek kişisel deneyimleri ile pazarlanması durumuyla da sıkça karşılaşılmaktadır. Dolayısıyla aslında hedeflenen kitleye reklam olduğu hissettirilmeden yapılan bu pazarlama yöntemi örtülü reklam⁴⁹⁹ olarak nitelendirilebilir⁵⁰⁰. Örtülü reklamcılık tüketiciyi istemediği alanda dahi reklama maruz bırakmaktadır⁵⁰¹.

İnternetteki belli alanları satın alarak kendisine ait mal veya hizmetin özelliklerini tanıtan içeriklerin yayınlanmasının sağlanması yöntemi olarak içerik sponsorluğu da karşımıza çıkan diğer bir yöntemdir⁵⁰².

TRHTUY m.22'ye göre ise *“Her türlü iletişim aracında sesli, yazılı ve görsel olarak örtülü reklam yapılması yasaktır.”* Aynı zamanda özellikle kişiselleştirilmiş reklamların TTK m. 55/1-e'ye göre iş şartlarına⁵⁰³ uymamaktan kaynaklı haksız rekabet yaratabileceği savunulabilecektir⁵⁰⁴. Bu şekilde yapılan reklamların yayılma hızından ötürü etkisini göstererek amaçladığı hedefe ulaşma hızı bununla birlikte yüksek olmakta bu nedenle haksız rekabete konu olması halinde yayınlanmış olan bu reklamların yayından kaldırılması kararlarına konu olması durumunda kanunun

⁴⁹⁸ ABBASOĞLU, **a.g.e.**, s.97.

⁴⁹⁹ TRHTUY m. 4/1-k: Örtülü reklam: Reklam olduğu açıkça belirtilmeksizin yazı, haber, yayın ve programlarda, mal veya hizmetlere ilişkin isim, marka, logo ya da diğer ayırt edici şekil veya ifadelerle ticaret unvanı ya da işletme adlarının reklam yapmak amacıyla yer almasını ve tanıtıcı mahiyette sunulmasını ifade eder.

⁵⁰⁰ ÖZDEMİR, DOĞANAY, **a.g.m.**, s.320.

⁵⁰¹ ABBASOĞLU, **a.g.e.**, s.53.

⁵⁰² OKAN, **a.g.e.**, s.89.

⁵⁰³ NOMER ERTAN (ÜLGEN, **Ticari İşletme Hukuku**), s.597, NOMER ERTAN, **a.g.e.**, s. 339.

⁵⁰⁴ ÖZDEMİR, DOĞANAY, **a.g.m.**, s.309, Vural SEVEN, “Sosyal Paylaşım Sitelerinin (youtube-facebook-twitter) Haksız Rekabet Karşısındaki Durumu”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, Özel Sayı, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, 2014, s. 3347.

amacının etkinliğini azaltabilecek bu nedenle geleneksel yaptırımların yerindeliği sorgulanabilecektir⁵⁰⁵. Henüz bu konuya dair hukuki uyumsuzluklar veya reklam kurulu kararları veya yaptırımları ile karşılaşmamamıza rağmen oldukça fazla tercih edilmekte olan bu yönteme dair ileride yaptırımlarla karşılaşılacağı kanaatindeyiz. Bu nedenle bahsi geçen şekilde yapılan reklamların reklam, sponsorla bağlantılı olduğuna dair bir uyarının yer alması özellikle kullanıcıların paylaştıkları içeriklerden ötürü içerik sağlayıcı olarak sorumlu olacakları açısından bakıldığında elzemdir.

Sosyal medya sitelerinde takipçi satın alabilme özelliği de bir hesabın binlerce hatta milyonlarca takipçiye sahip olduğu izlenimini diğer kullanıcılara göstermesi ve bununla birlikte kullanıcıların aslında takip etme butonuna tıklamadıkları, varlığından bile haberdar olmadıkları hesapları birden takip etmeye başlamaları bir çeşit aldatıcı reklam ve haksız rekabetin unsurlarını taşımaktadır. Bu konuya dair ABD Federal Ticaret Komisyonu sahte takipçi, retweet, beğeni sağlayan Devumi isimli şirket aleyhine soruşturma başlatmış ve bu soruşturma neticesinde söz konusu uygulamaların tüketicileri yanıltması nedeniyle Devumi'nin para cezası ödemesine karar vermiştir⁵⁰⁶. İleride buna dair hukuki uyumsuzlukları sıkça göreceğimiz kanaatindeyiz.

6 Mart 2020 tarihli Federal Ticaret Komisyonu şikayetinde, ABD Florida menşeli Teami LLC firmasının kendi internet sitesinden yaptığı satışlar yanında ürünlerinin sosyal medyada kitleleri etkileyen kişiler (influencer) ile iş birliği yapmak suretiyle tanıtımının yapılarak kendisine ait detoks çay ve benzeri ürünlerin pazarlanmasının yapılmasını sağlamış, bu tanıtımı yaparken ürünlerin kanser hücrelerini yok etmekte iyi geldiği, kilo vermeyi sağladığı, grip ve soğuk algınlığını geçirdiği ve migreni iyileştirdiğine dair bilgiler verilmesi ile tüketicilerin aldatılmasını ve yanıltılmasını sağladıkları tespit edilmiştir⁵⁰⁷. Söz konusu tanıtımları yapan ünlü kişi ve influencerların ürün tanıtımlarına dair fotoğraf ve videoların sosyal medyaya “sponsor anlaşmalı reklam olarak yayınlanan bir gönderi” olduğuna

⁵⁰⁵ ÖZDEMİR, DOĞANAY, a.g.m., s.328.

⁵⁰⁶ (Çevrimiçi) <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2019/10/devumi-owner-ceo-settle-ftc-charges-they-sold-fake-indicators> (Erişim Tarihi 09.01.2021)

⁵⁰⁷ (Çevrimiçi) <https://www.thefashionlaw.com/u-s-court-enters-15-2-million-judgment-against-weight-loss-tea-co-over-misleading-claims-undisclosed-influencer-ads/> (Erişim Tarihi 09.05.2020)

dair bilgilere ilk etapta yer verilmediği, bunun yerine “daha fazla” bağlantısının yer aldığı açıklamaların uzun ve saklı bölümünde Teami ile partner olduklarına ilişkin bir hashtag görülmektedir⁵⁰⁸. Oysaki bunun Ticaret Komisyonu (Federal Trade Commission) tarafından influencerlara gönderilmiş olan uyarı mektubunda yer aldığı gibi “(marka) ile iş birliği, gönderiye sponsor (marka)” veya “(marka) ile ortaklık” şeklinde açıkça ve anlaşılır biçimde “daha fazla” yazısının üstünde ve gönderiye ilgi gösterenlerin ilk etapta gözlerine çarpacak bir yerde yazılı olması gerekmektedir⁵⁰⁹. Tüm bu uyarılara uymayarak aldatıcı reklamlarına sosyal medya üzerinden devam ederek \$15,209,452 Milyon Dolar kazanç elde eden firmaya ABD Florida Mahkemesi (U.S. District Court for the Middle District of Florida) tarafından önce bu bedelin tamamı ardından ödeyemeyeceği sebebiyle 1 Milyon Dolarlık aldatıcı reklam yasağına uymamaktan ötürü ceza kesilmiştir⁵¹⁰. Ayrıca FTC 1 Milyon Dolarlık ürün bedelinin zarar gören ve aldatılan müşterilere iade edilmesi gerektiğini, firmaların özellikle sağlık beyanı verirken dikkat etmesi ve bunun reklamını yaparken mutlaka sponsorluk anlaşmasını vurgulamaları gerektiğini bildirmiştir⁵¹¹. İnternetteki sponsorluk anlaşmaları aracılığı ile sosyal medya üzerinden yapılan reklamların tamamı ilgili kurumlar tarafından takip edilmeli ve firmaların kitleleri etkileyen uygulamaları internet üzerinden denetlenerek kontrol altına alınmalıdır.

Örneğin Instagram’da hikâye adı verilen ve kullanıcılara 24 saat süresince görülen veri paylaşımı kısmında ekranın yukarıya kaydırılmasıyla verilen bir bağlantı yolu ile diğer bir sitenin ürün veya hizmetinin reklamı yapılabilir. Burada önemli olan kullanıcıların söz konusu bağlantının reklam olduğunu bilebilmeleri diğer bir deyişle yanıltıcı şekilde iş birliği yapılarak bağlantı verilen kişi ile aralarında bağlantı olduğuna ilişkin kullanıcıların aldatılmaması gerekmektedir. Bu şekilde önlemler alınmadığı takdirde bahsi geçen durumun haksız rekabete yol açacağını söyleyebiliriz. Facebook isimli sosyal medya mecrasından yayınlanan bazı yanlış ve yanıltıcı yorum ve fotoğrafların sadece on beş dakikalık süre içinde

⁵⁰⁸ (Çevrimiçi) <https://www.ftc.gov/news-events/blogs/business-blog/2020/03/ftcs-teami-case-spilling-tea-about-influencers-advertisers> (Erişim Tarihi 09.05.2020)

⁵⁰⁹ (Çevrimiçi) <https://ftc.gov/system/files/documents/cases/1823174teamiwarningletters.pdf> (Erişim Tarihi 09.05.2020)

⁵¹⁰ (Çevrimiçi) <https://www.thefashionlaw.com/u-s-court-enters-15-2-million-judgment-against-weight-loss-tea-co-over-misleading-claims-undisclosed-influencer-ads/> (Erişim Tarihi 09.05.2020)

⁵¹¹ (Çevrimiçi) <https://www.thefashionlaw.com/u-s-court-enters-15-2-million-judgment-against-weight-loss-tea-co-over-misleading-claims-undisclosed-influencer-ads/> (Erişim Tarihi 09.05.2020)

yayınlanmış ve sonrasında yayından kaldırılmış olması sebebiyle açılan davanın sonucunda da mahkeme tazminata hükmetmiştir⁵¹². Diğer bir örnek ise Youtube’a üye olan kullanıcıların izledikleri trueview reklamlar⁵¹³ veya videolardan alınan algoritmalarla yola çıkarak Youtube’un aynı zamanda sponsor içerikli reklamlarını kullanıcıların sayfalarında tavsiye edilenler veya bu içeriği beğenebilirsiniz gibi başlıklarla kullanıcılara sunmasıdır. Kullanıcıların bu sunumları sadece bir tavsiye olarak algılamaması, sponsor içerik olduklarının da farkına varmaları sağlanmalıdır.

Amerika’da yapılan bir araştırma, internet ortamında sponsor bağlantının varlığına işaret etmek amacıyla kullanılan; “sponsorlu (sponsored), özellikli (featured), promosyonlu tanıtım (promoted), reklam (advertisement), ... tarafından yerleştirilmiştir (placed by), ortaklığıyla (in partnership), önerilmiş (suggested)” ifadelerinin çok çeşitli olmasının kullanıcılar nezdinde anlam karmaşasına yol açtığı ve bunun aldatıcı reklamlara zemin hazırladığı sonucuna varılmıştır⁵¹⁴. Bu nedenle Amerikan Federal Ticaret Komisyonu (Federal Trade Commission) “Enforcement Policy Statement Addressing “Native” Advertising and Deceptively Formatted Advertisements⁵¹⁵” yasal düzenlemesini ve bunun yetersiz kalması eleştirilerinin ardından “Native Advertising: A Guide for Businesses⁵¹⁶” düzenlemelerini dijital mecrada yayınlanan ve yayımlandıkları ortamın dizayn, stil ve yapısına uyum sağlayan çeşitli reklamları ve sponsorlu mesajları içine alan yazılı, videolar, grafik, görüntüler, animasyonlar, oyun içi modüller, müzik çalış listeleri gibi örtülü dijital ortamdaki reklamları içine alan işyerleri açısından açıklayıcı ve tüketiciyi koruyucu önlemleri sıralayan tebliği yayınlamıştır. Böylece çevrimiçi mecralardaki reklamların

⁵¹² Yargıtay 11. HD. 2016/5129E., 2017/7334K., 18.12.2017 tarihli kararı (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi 28.09.2020)

⁵¹³ Reklam verenlerin reklamı 30 saniye izleyenler için ödeme yapması https://www.youtube.com/intl/tr/ads/pricing/?subid=us-en-ha-yt-bk-c-exa!o3~Cj0KCQiAmL-ABhDFARIsAKywVadd_KP0DDVG_6KfTLFfpicSGd1sy62awr278OXoTY_IFzwvjon-eJkaAhrUEALw_wcB~%7Badgroup%7D~kwd-366062241085~12144898784~437059550111 (Erişim Tarihi 28.12.2020)

⁵¹⁴ F. İtir BİNGÖL, “İnternet Ortamındaki Gizli Ticarî İletişime İlişkin Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 1, Haziran 2019, s.6. <https://www.jurix.com.tr/article/19267> (Erişim Tarihi 08.05.2020)

⁵¹⁵ (Çevrimiçi) <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2015/12/ftc-issues-enforcement-policy-statement-addressing-native> (Erişim Tarihi 09.05.2020)

⁵¹⁶ (Çevrimiçi) <https://www.ftc.gov/tips-advice/business-center/guidance/native-advertising-guide-businesses> (Erişim Tarihi 09.05.2020)

tüketiciyi aldatıcı veya yanıltıcı olup olmadığının belirlenmesindeki kriterleri, somut örnekleri, ortalama tüketicinin özelliklerini daha açık ve anlaşılır biçimde sunmuştur.

10. Etiket Markalar (Tagmarks- Hashtag Trademark)

İnternetin derya deniz geniş bir alana yayılmasından ötürü bazen bilginin kontrolsüz bir şekilde yayılması bazılarını ürkütmektedir. Özellikle aileler çocuklarının pornografik siteler gibi zararlı ve uygunsuz sitlere erişmesini bir şekilde engelleme ihtiyacı duymaktadırlar. Filtreleme ile bunu gerçekleştirebilecekleri gibi kodlara yazılan bazı etiketlemelerle de bunu başarabilirler. Filtreleme sadece web sitesi ile sınırlı olabileceği gibi aynı zamanda diğer e-posta veya anlık mesajlaşma gibi internet programlarına da uygulanabilir⁵¹⁷. Ancak bu hususta ABD hukukunda da tartışıldığı gibi⁵¹⁸ ifade özgürlüğüne aykırı olup olmadığı değerlendirilmelidir.

Günümüzde işletmelerin reklamlarını sosyal medya siteleri aracılığı ile yayınladığını sıkça görmekteyiz. Sosyal medya sitelerinin okyanus gibi bir mecra olduğu ve internet kullanıcılarının dünyanın her yerinden veri girişi yaptığı açıkça ortadadır. Sosyal medya oldukça geniş bir ortama hitap etmektedir. Gerek sosyal bağlantı sağlayan Facebook, bloglar yaratılan Blogger, iş bağlantısı sağlayan LinkedIn, fotoğraf paylaşılmasını sağlayan Instagram, ürün ve servis, hizmet karşılaştırması yapan Yelp, sosyal ortamda işaretleme sağlayan Pinterest, video paylaşımı sağlayan Youtube, ve sosyal oyun siteleri olan World of Warcraft olarak örneklerini çoğaltabileceğimiz bir çok sosyal medya platformu dünyanın her yerinden kullanılmaktadır. İnsanlar bu platformlarda kendi şahsi bilgileri ile profiller oluşturmakta, kendi arkadaşları veya okul bağlantıları ile bu profilleri paylaşmakta, birbirlerine e-posta veya anlık kısa mesaj gönderebilmektedirler⁵¹⁹.

Yargıtay sosyal medya platformlarını ve amacını şu şekilde betimlemiştir. “Facebook ya da sosyal diğer ağlar internet sanal ağı üzerinde elektromanyetik ve dijital sinyaller kullanmak suretiyle kişilerin bir elektronik posta adresiyle kombine bir biçimde çalışan anlık ileti programları ve çeşitli resim, yazı, video görüntüsü paylaşımlarını ve alışverişlerini sağlayan sanal ağ ortamlarıdır. Sosyal ağların

⁵¹⁷ Daniel H. KAHN, “Barriers To The Voluntary Adoption Of Internet Tagging Proposals” **Harvard Journal of Law & Technology**, Volume 21, Number 1 Fall 2007 s.274. (Çevrimiçi) <http://jolt.law.harvard.edu/articles/pdf/v21/21HarvJLTech271.pdf> (Erişim tarihi 25.07.2020)

⁵¹⁸ KAHN, **a.g.m.**, s.285.

⁵¹⁹ YASAMAN, **a.g.t.**, s.362.

tümünde esas amaç bir bilişim sistemi gibi verilerin otomatik işleme tabi tutulup işlenmesi ve yeniden sunulması değil, kullanıcıların birbirleri ile haberleşmelerini ve çeşitli paylaşımlarda bulunarak eğlenmelerini sağlamaktır⁵²⁰.” Sosyal medya sitesinin izlediği ve kullandığı algoritmalar aracılığı ile kişilerin profillerinin uzandığı bağlantılar çoğalmakta ve paylaşım ağları genişlemektedir. Böylece geniş kitlelere ulaşılabilen özel bir sayfa yaratılmaktadır. Bunu gören marka ve şirket temsilcileri de sosyal medya platformlarını kendilerine ait markaların adeta bir birey gibi temsil edilerek bu yolla kitlelere ulaşmasını sağlamayı tercih etmektedir.

Yargıtay 11. HD.’nin bir kararında⁵²¹ davacıya ait “Anka” markasının davalı tarafından esaslı unsurunun “Anka Kiralama” olarak alan adında ve “www.facebook.com/AnkaResidence” Facebook adı olmak suretiyle kullanılmasının marka ihlali ve haksız rekabet teşkil edeceğinden ötürü dava ikama ederek, markanın kullanımının engellenmesi ile tazminat talebinde bulunmuştur. Yargıtay tarafından onanan bu kararda mahkeme söz konusu kullanımın TTK m. 55/1-a, 4 uyarınca haksız rekabet teşkil ettiğinden ötürü ihlal olduğuna ve tazminata hükmetmiştir.

Yargıtay 11. HD’nin diğer bir kararında⁵²² ise davacı Facebook ve App olarak adlandırılan mobil uygulamalar üzerinden oynanan "Okey Plus", "101 Okey Plus", "Spades Plus", "Tavla Plus" oyunlarının sahibidir. Davalının Davacıya ait oyun görselini Android, İos ve Facebook gibi platformlarda kendisinin oyunu için gösterildiği ve dolayısıyla bunun haksız yarar sağladığı gerekçesi ile haksız rekabetin giderilmesine ilişkin dava ikame etmiştir. Mahkemece 101 Okey oyun görselinin davalı tarafından haksız olarak kullanımının durdurulması ve haksız rekabetin giderilmesi ile tazminata hükmedilerek Yargıtay tarafından söz konusu karar onanmıştır.

Bu mecra içerisinde işletme veya marka hakkı sahipleri veya markanın tanınırlığından yararlanmak amacıyla olan kişiler söz konusu marka ve işaretleri etiketlemek suretiyle bunu sağlamaktadır. Bu etiketleme “#” “hash” adı verilen işaretin markanın önünde kullanılması yoluyla yapılmaktadır. Böylece paylaşım

⁵²⁰ Yargıtay 12. Ceza Dairesi 2015/10388 E., 2017/1556 K. 01.03.2017 tarihli karar (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi 12.12.2020)

⁵²¹ Yargıtay 11. HD. 2016/6607E. 2018/484K. 22.01.2018 tarihli karar (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi 12.06.2020)

⁵²² Yargıtay 11. HD. 2016/10778 E., 2018/3273 K. 07/05/2018 tarihli karar (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi 12.06.2020)

yapılan hashtag'in yer aldığı tüm içerikler sosyal medya mecrasında sıralanmaktadır. Etiketleme birçok alanda, özellikle reklam kampanyalarında, yardım amacıyla para toplama kampanyalarında, sosyal medyalarca yapılan gösterilerde her Perşembe paylaşılan eski fotoğraflar gibi “#TBT” karşımıza çıkmaktadır. Böylece ilgili markaya hashtag ile verilen bağlantı yoluyla kolay ulaşılabilirlik, görünürlük, tanıtım ve pazarlama faaliyeti sağlanabilmektedir. Çoğunlukla bir ürün veya hizmetin kampanya duyurusu, kullanıcılar ile tartışma, bilgi paylaşımı yapma, müşteriler ile bağlantı kurma gibi işlevleri vardır. Bu noktada sosyal medya sitesinde yer alan bir görselin veya yazının marka hakkı sahibi olmayan kişiler tarafından kullanılması halinde haksız kullanımının haksız rekabet oluşturma ihtimali değerlendirilmelidir. Zira sosyal medyada yorum yazan, müzik, görsel ve benzeri paylaşımlar yapan gerçek veya tüzel kişiler içerik sağlayıcı konumunda sorumlu olabilir⁵²³. Söz gelimi, marka etiketinin hashtag'ine tıklandığında sosyal medyada yer alan ahlaka uygun olmayan bir görsele ulaşıyorsa somut olayın şartlarına göre TTK m.55/1,(a)-1 veya TTK m. 55/1, a-2'ye göre haksız rekabet teşkil edebilecektir.

Sosyal medya platformu üzerinden tüketicilerin yorumlarının reklamcılık faaliyetinde kullanılması mevzuatta düzenlenen yaptırımların uygulanmasını zorlaştırmakta olup hatta reklam verenler bazı durumlarda reklam yapamayan rakiplerinin önüne geçmekte, bazı yorumlar ile rakiplerini kötülemekte ve haksız rekabet konu olan uygulamalarda bulunmaktadır⁵²⁴.

Yargıtay 11. HD'nin kararında⁵²⁵ Davalı tarafından Facebook isimli sosyal medya platformunda kendi profili üzerinden Davacıya ait ayakkabılar hakkında “Deichmann'dan ayakkabı alanların sonu budur. Herkesi Türkiye'de üretilen ayakkabıları almaya davet ediyoruz” şeklinde açıklamada bulunduğu tespit edilmiştir. Dolayısıyla tüketicileri haksız bir şekilde etkileyerek kendi lehine haksız kazanç sağladığı iddia edilmiştir. Rakibi ve onun iş ürünleri hakkında yanlış ve yanıltıcı haberler paylaştığı gerekçesi ile Mahkeme tarafından Davalının haksız rekabet oluşturan eylemlerinin durdurularak tazminat ödemesine hükmedilmiştir.

⁵²³ BOZKURT YÜKSEL, **a.g.m.**, s.89.

⁵²⁴ ABBASOĞLU, **a.g.e.**, s.82-83.

⁵²⁵ Yargıtay 11. HD. 2016/5129 E., 2017/7334 K. 18/12/2017 tarihli kararı (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml> (Erişim Tarihi 05.05.2020)

Amerika’da bazı işletmeler tanıtım faaliyetlerinde kullandıkları hashtaglerini USPTO’da (United States Patent and Trademark Office- Birleşik Devletler Patent ve Marka Ofisi) tescil ettirmektedirler⁵²⁶. Kullanıcılar tarafından arama, düzenleme gibi amaçlarla sosyal medya sitelerinde kullanılan hashtag’lerin gerçekten bir marka olup olmadığı ve haksız rekabete yol açıp açmayacakları konusu ise tartışılmaktadır. Federal mahkemede tagmark’ların statüsü şaibeli olmakla birlikte bu hususta daha fazla mücadelenin olacağı beklenmektedir⁵²⁷. Zira tagmark’ın marka statüsünde kabul edilerek tescil edilmesi için Lanham Act’e göre bazı unsurları taşıması şarttır. Bu özellikler söz konusu marka hukuku regülasyonunda;

- i) fonksiyonu olan maddi bir unsur yani marka olmalı, (kelime, logo, işaret, biçim, şekil)
- ii) ayırt edici nitelikte olma,
- iii) belirli ürün veya servis ile bağlantılı olan marka korunabilir olmalı,
- iv) ürünün satış veya pazarlamasında kullanılıyor olmalı,
- v) diğer marka veya işaret, ürün veya grupla karıştırılmıyor olmalı, şeklinde ortaya koyulmuştur⁵²⁸.

Ayırt edici nitelikte olma unsurunun özellikleri ise ünlü Abercrombie & Fitch Co. v. Hunting World, Inc. Davasında⁵²⁹ i) hayal ürünü, ihtiyari, fikir verici markalar kendiliğinden ayırt edici nitelikte, ii) betimleyici terim veya kelime grupları kendiliğinden ayırt edici olarak kabul edilmese de kullanım veya markayı koruyucu özellik taşımalarına göre ayırt edici olabilme olasılıkları talep edilebilir, iii) cinse

⁵²⁶ Alexandra J. ROBERTS, “Tagmarks”, **Califronia Law Review** Vol 105. No.3, Haziran 2017, s. 601. “Birleşik Devletler Patent ve Marka Ofisi 2015 yılında 200’ü aşkın marka etiketini (tagmark) tescil etti.”

⁵²⁷ Natalie S. LEDERMAN, #Hashtagingitout, Is It Worth Registering a Hashtag? “Coca Cola’nın #cokecanpic, #smilewithacoke tagmarklarını tescil ettirme talebi ile Twitter, Pinterest, Instagram gibi sosyal medya sitelerinin neden ‘#’ sembolü ile kullanıcılara arama yapma imkânı verdiği sorgulanmaktadır. Hashtagler markaları tanıtmak, kampanya, fikir veya olayları öne çıkarmak ve gündemde popüler olanları göstermek amacıyla kullanılmaktadır.” (Çevrimiçi) Tarih 01.09.2015 <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=2c83a67a-aac6-4bd9-8170-41b661a8c6d9> (Erişim Tarihi 05.03.2020)

⁵²⁸ U.S. Trademark Law, 25.11.2013 Tarihli Lanham Act Title 1- The Principal Register § 1 (15 U.S.C. § 1051), v.d. maddeler.

⁵²⁹ “Söz konusu davada Abercrombie&Fitch firmasına ait “Safari” markasının Hunting World isimli firma tarafından “Minisafari” ve “Safariland” olarak kullanılmasından kaynaklı olarak marka ihlali ve iltibasa yol açmaktan ötürü haksız rekabet oluşturduğu iddia edilmiş ancak, Davalı firma Safari kelimesinin sıradan, jenerik, alışılmış, coğrafik bir kelime olduğunu böylece karıştırılmaya mahal vermeyeceğini savunmuştur.” <https://cyber.harvard.edu/property99/library/libtype.html> (Erişim Tarihi 05.03.2020)

özgü yani jenerik isimler ayırt edici olmayıp aynı zamanda ayırt edici özelliklerinin talebi de mümkün olmamakta, sıralanmış, söz konusu dava markanın ayırt edici niteliğinin sınıflandırmasına ilişkin en önemli örnektir⁵³⁰. Burada işaret edilmesi gereken en önemli nokta tagmarkların kullanımı ve tescil edilmeye uygun olması için ne şekilde ayırt edicilik kriterini karşıladığının incelenmesidir. Örneğin, #Smart giyim, #LetsBowl bowling topları için, #ProudMama eğlence hizmeti, #WeatherWednesday gazetenin hava durumu bölümü için, #Running gençlerin liderlik yeteneklerinin öğretilmesi amacıyla ayırt edici niteliklerinin olduğu gerekçesiyle tescil edilen tagmark'lardandır⁵³¹.

Bazı belirli işaretler hashtag, keyword, metatag, alan adı olmak suretiyle çevrimiçi olarak kullanılmakta olup bu işaretlerin fonksiyonunun olması ancak marka gibi tescil korumalarının olmaması dolayısıyla Amerikan hukuku doktrininde bunlara "cybermarks" denilmektedir⁵³². Doktrinde daha çok bu husus metatag'ler gibi görünmeyen arka yüz cybermark'lar için öngörülmüş olsada hashtag'lerin de hyperlink'lere benzetilmesinden ötürü tescil edilmemesi halinde dahi fonksiyonları gereğince koruma altına alınmaları gerektiği görüşünü savunanlar vardır⁵³³.

Tüm bunların yanı sıra tagmark'ların tescili için asıl araştırılması gereken bunun yalnızca anahtar kelimeleri organize eden bir anahtar sözcük veya konu başlıklarının araştırılması için safi bir hashtag olması mı, yoksa kullanıcıların bunu spesifik bir kaynak göstergesi olarak mı kullandığıdır⁵³⁴. Dolayısıyla hashtag'lerin tagmark olarak tescili için ayrıcalıklı bir fonksiyonlarının olması şarttır.

Tagmark olarak tescil edilmiş olsun veya olmasın hashtaglerin işletmeler tarafından dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanılması halinde, sosyal medyada

⁵³⁰ Abercrombie & Fitch Co. v. Hunting World, Inc. 537 F.2d 4 (2d Cir. 1976) "Lanham Act'e göre markanın tescil amacıyla incelenmesi dört kategoriye ayrılmıştır. Bunlar 1-Genel, jenerik, cinse özgüler, 2- Betimleyici ifadeler, 3- Fikir verici ifadeler, 4- hayal ürünü olanlar. Ayrıca ayırt edici niteliği Abercrombie Taksonomi, Abercrombie Sınıflandırması olarak adlandırılmaktadır." (Çevrimiçi) <https://cyber.harvard.edu/property99/library/libtype.html> (Erişim Tarihi 05.03.2020)

⁵³¹ ROBERTS, a.g.m., s.629.

⁵³² Dan L. BURK, "Trademarks Along the Infobahn: A First Look at the Emerging Law of Cybermarks", **Richmond Journal of Law & Technology**, 1995, "Yazar, cybermarksı kullanıcılar tarafından arama motoruna yazılan alfabetik semboller olarak adlandırmakta olup burada hashtagler kullanıcıların sosyal medya arama kutusuna veya gönderilerine yazdıkları alfabetik sembollerdir. Yazar, cybermarks olarak adlandırdığı işaretlerin fiziksel olarak işlevsel olmalarından ötürü onları geleneksel markalardan ve işaretlerden ayırmaktadır. Ayrıca bu işaretlerin davranış fonksiyonlarından ötürü marka ihlali iddialarından bağışık olması gerektiğini savunmaktadır." s. 1375.

⁵³³ ROBERTS, a.g.m., s.626.

⁵³⁴ ROBERTS, a.g.m., s.632.

gönderilerin altında rakiplerine ait marka veya işaretlerin etiketlenmesi halinde, rakiplerini haksız yere kötüleyici gönderilerin rakip işletmelerin marka veya işaretleri ile etiketlenmeleri halinde haksız rekabetin gündeme gelebileceği kanaatindeyiz. Zira Amerikan hukukunda yasal korumasının bu derece tartışıldığı bir sanal işaretin TTK m. 55/1-(a)-1'e göre haksız rekabete konu olması kanaatimizce gündeme gelebilir. Kaldı ki tagmarklar aldatıcı veya yanıltıcı olmaya fazlasıyla müsait yapıları gereğince Lanham Act'in § 2 (15 U.S.C. § 1052) Maddesinde düzenlendiği üzere eşzamanlı tescile aykırılık teşkil etmemelidir. Söz konusu 2. maddenin (a) fıkrası kişi, kurum veya inanç ile ulusal semboller hakkında kötüleyici veya yanıltıcı şekilde bağlantı olduğu izlenimini uyandıran marka tescilini yasaklamakta; (c) fıkrası yaşayan bir kişinin isminin tescilini yasaklamakta; (d) tüketicinin diğer markalar ile karıştırma ihtimali bulunan markaların tescilini yasaklamaktadır⁵³⁵. Söz konusu hüküm uyarınca kullanıcılar nezdinde yanıltıcı veya karıştırılma ihtimali bulunan tagmark'ların iptal edilmesi veya reddedilmesi gerekmektedir⁵³⁶.

Burada asıl sorulması gereken soru haksız rekabet hukuku açısından eğer bir tagmark'ın bu sebeplerle tescili reddediliyorsa, tagmark'ın kötüleme, yanıltıcı veya karıştırılmaya mahal verecek biçimde kullanımı halinde haksız rekabet kuralları uygulanabilecek midir? Kanaatimizce büyük bir data sahası olmaya başlayan Facebook, Instagram gibi sosyal medya sitelerinin arama çubuklarında kullanılan hashtag'lerin dolayısıyla tagmark'ların bahsi geçen hallerde karşımıza çıkması durumunda TTK m.55/1,(a)1-4'e göre haksız rekabet hükümlerine başvurulması en hakkaniyetli sonuç olacaktır.

⁵³⁵ U.S. Trademark Law, 25.11.2013 Tarihli Lanham Act § 2 (15 U.S.C. § 1052).

⁵³⁶ ROBERTS, **a.g.m.**, s.645, “#Peace4Trayvon hashtaginin tescil talebi m.2 (a) uyarınca Trayvon Martin ile yanıltıcı olarak bir bağlantının varlığı izlenimi yaratması sebebiyle reddedilmiş, #KnicksTape ise m.2 (d) uyarınca Knicks ile New York Knicks futbol takımı arasında karışıklığa yol açacağı gerekçesiyle reddedilmiştir. Burada incelenirken araştırılması gereken kültürel araçlar vasıtasıyla kolayca yayılan düşüncelerin, toplumsal inançların ne olduğudur.”

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HAKSIZ REKABETE DAYALI HUKUKİ TALEPLER, ÖZELLİKLE ÖNLEME VE SONA ERDİRME DAVALARI (MEN DAVASI)

Haksız rekabete maruz kalan veya hakkı ihlal edilen kimselerin bu hususu mahkeme aracılığı ile dava yolu ile çözüme kavuşturması hukuk düzeni gereğince elzemdır. Dava yolları TTK m.56'da özel olarak düzenlenmiştir. Bu hususta karşılaşılan davaların bazılarının konusu sadece haksız durumu tespit iken bazı hallerde haksız rekabetin durdurulması, sonlandırılması veya tekrar edilmesinin önlenmesi veya maddi durumun eski haline iadesi olabilecektir. Buna ek olarak bir zararın varlığı halinde ve haksız rekabete yol açan kimsenin kusurunun bulunması durumunda maddi ve/veya manevi tazminat davası yolu da açıktır. Bu durumda tazminat davası ile diğer başvurulabilecek davaların kusurun bulunup bulunmaması açısından birbirinden ayrıldıklarını görmekteyiz.

Bu bölümde TTK'da özel olarak düzenlenen tespit, eski hale iade, maddi ve manevi tazminata ilişkin haksız rekabet davalarına genel olarak kısaca değineceğiz. Ancak konumuz bakımından önemli olan önleme ve sona erdirme (men davası) davalarını ayrı başlık altında daha detaylı değerlendireceğiz.

A. Dava Türleri

TTK m. 56-60'da haksız rekabet ile karşılaşılan durumlarda başvurulabilecek talep ve davalar detaylıca düzenlenmiştir. Söz konusu hükümlerde talepler ile birlikte, talepleri kimin ileri sürebileceği, basın, yayın kuruluşu ile çalıştırmanın, çalışmamızda da oldukça önemli bir husus olan iletişim ve bilişim kuruluşlarının haksız rekabet fiilinden kaynaklı sorumluluk alanları düzenlenmiş olup, mahkeme kararının ilanının yanı sıra bu kararın üçüncü kişiler hakkındaki icrası hususları düzenlenerek uygulanabilirlik konusuna açıklık getirilmiştir. Elbette yukarıda değindiğimiz gibi haksız rekabet ile ilgili karşılaşılan durumlara yönelik talep ve davalar hakkında TTK'da hüküm bulunmaması halinde haksız fiile ilişkin Borçlar Kanunu hükümleri (genel hükümler) uygulanacaktır.

Ayrıca TKHK m.73/6 uyarınca tüketici örgütleri, ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile Bakanlığın, genel olarak tüketicileri ilgilendiren ve söz konusu

Kanuna aykırı bir durumun doğma tehlikesi olan hâllerde bunun önlenmesine veya durdurulmasına ilişkin ihtiyati tedbir kararı alınması veya hukuka aykırı durumun tespiti, önlenmesi veya durdurulması amacıyla tüketici mahkemelerinde dava açma hakkı bulunmasına rağmen, haksız ticari uygulamalar ve ticari reklamlar bakımından bu dava hakkının bulunmadığı aynı hükümde açıkça dile getirilmiştir. Elbette belirtmemiz gerekir ki TKHK 73/6’da tüketicilere ve tüketici örgütlerine haksız ticari uygulamalar ve ticari reklamlar bakımından dava hakkı tanınmamış olması, haksız rekabet hukuku bakımından bağlayıcı değildir. TTK m.56’da dava hakkı tanınan tüketiciler ve tüketici örgütleri dahil olmak üzere tüm kişi ve kuruluşlar, haksız rekabet davalarını aynı maddede gösterilen şartlarla açabilirler.

Haksız rekabet söz konusu olduğu takdirde hangi davaların açılabileceği TTK m. 56’da sayılmaktadır.

Buna göre: “i) müşterileri, ii) kredisi iii) mesleki itibarı iv) ticari faaliyetleri v) diğer ekonomik menfaatleri zarar gören vi) veya böyle bir tehlike ile karşılaşabilecek olan kimse;

a) Fiilin haksız olup olmadığının tespitini,

b) Haksız rekabetin men’ini,

c) Haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılmasını, haksız rekabet yanlış veya yanıltıcı beyanlarla yapılmışsa bu beyanların düzeltilmesini ve tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise, haksız rekabetin işlenmesinde etkili olan araçların ve malların imhasını,

d) Kusur varsa zarar ve ziyanın tazminini,

e) Türk Borçlar Kanunu’nun 58 inci maddesinde öngörülen şartların varlığında manevi tazminat verilmesini, isteyebilir. Davacı lehine ve (d) bendi hükmünce tazminat olarak hâkim, haksız rekabet sonucunda davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına da karar verebilir.”

Yasal düzenlemeye göre haksız rekabet davaları, tazminat davaları haricinde kusurun varlığı şartına bağlı değildir. Ayrıca haksız rekabet ile korunan menfaatin sınırının tüm piyasa katılımcıları ile rekabete dayanan bir ekonomik düzeni korumayı amaçlayan⁵³⁷ geniş bir ölçekte olduğu görüldüğünden ötürü taraflar arasında

⁵³⁷ İbrahim ERMENEK, Mehmet ÖZDAMAR, “Haksız Rekabet Davaları ve Korunan Menfaat”, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Ankara Barosu Dergisi 2007/3, s.47.

rekabetin var olması şart değildir. Bu takdirde rakip olmayan kişiler de haksız rekabet davası açabilirler.

Ayrıca TTK m.56/4'te hükmün üçüncü kişiler üzerinde de icra edilebilirliği açıklanmıştır. Bu hükme göre bir kimsenin aleyhine verilmiş olan haksız rekabetin men'i veya eski hale iade davasına dair hüküm, "*haksız rekabete konu malları, doğrudan veya dolaylı bir şekilde ondan ticari amaçla elde etmiş olan kişiler hakkında*" da icra olunmaktadır.

1. Tespit Davası

TTK m. 56'da düzenlenen dava türlerinden ilki olan tespit davası ile bir davranış, uygulama veya fiilin haksız rekabet oluşturup oluşturmadığı hususunun tespit edilmesi sağlanmaktadır⁵³⁸.

Tespit davalarının en önemli özelliği söz konusu davanın açılabilmesi için haksız rekabeti gerçekleştirmiş olan kişinin kusurunun bulunmasının şart olmamasıdır⁵³⁹. Böylece haksız rekabeti gerçekleştirenin kusuru bulunmasa dahi dava konusu fiil, davranış veya uygulamanın haksız rekabet teşkil edip etmeyeceğinin tespiti talep edilerek dava konusu edilebilir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 106'da tespit davasına yer verilmiştir. Söz konusu hükümde bu dava yoluyla, bir hak, hukuki ilişkinin varlığı ya da yokluğunun veya bir belgenin sahte olup olmadığının mahkemeden belirlenmesi talep edilebileceği, ayrıca işbu davayı açan kişinin, bu davayı açmakta hukuken korunmaya değer güncel bir yararının bulunması gerektiği belirtilmiştir. Buna ek olarak kanunlarda belirtilen istisnai durumlar bu hususun dışındadır. Ayrıca maddi vakıalar, tek başlarına tespit davasının dışında bırakılmışlardır. Buradaki önemli nokta davayı açan kişinin hukuken korunmaya değer güncel bir yararının bulunması şartının aranmasıdır.

Buna karşılık TTK m. 56'da yerini alan tespit davası, haksız rekabet hukukuna özgü bir dava olarak, HMK ve burada düzenlenen şartlardan bağımsız olarak açılabilen bir davadır⁵⁴⁰. Haksız rekabetin varlığına yönelik tespit davasının

⁵³⁸ NOMER ERTAN (ÜLGİN, *Ticari İşletme Hukuku*), s. 603.) NOMER ERTAN, *a.g.e.*, s. 398, DİNÇ, *a.g.e.*, 95, YAVAŞ, *a.g.m.*, s.778.

⁵³⁹ NOMER ERTAN (ÜLGİN, *Ticari İşletme Hukuku*), s. 603, NOMER ERTAN, *a.g.e.*, s. 399, DİNÇ, *a.g.e.*, 95.

⁵⁴⁰ NOMER ERTAN, *a.g.e.*, s. 400.

şartları TTK m. 56'da özel olarak düzenlenmiştir. Üzerinde durulması gereken nokta ise haksız rekabetin tespiti davasının dava şartı olarak hukuki yararın bulunmasının aranıp aranmayacağıdır.

Hukuki yararın bulunması kural olarak her davanın dava şartı olarak karşımıza çıksa da kanunda belirtilen bazı istisnalar mevcuttur. Bu istisnalardan biri de haksız rekabetin tespiti davasıdır. TTK m. 56'da özel olarak düzenlenen tespit davasının da bu istisnalardan biri olduğu, haksız rekabet hükümlerinin sadece haksız rekabete maruz bırakılan kişiyi değil, rakipleri, müşterileri ve diğer tüm piyasa katılımcılarının çıkarlarını koruyan böylece ülke ekonomisini korumayı amaçlayan hükümler olduğu göz önünde de bulundurulduğunda açılan tespit davasının dinlenme şartının var olduğu ve hukuki yarar şartının aranmasına gerek duyulmayacağı söylenebilmektedir⁵⁴¹. Haksız rekabetin tespiti davasının sonucunun tüm piyasa katılımcılarını etkileyeceğinden hukuki yarar bulunmasının ayrıca bir dava şartı olarak aranmasına ihtiyaç bulunmamaktadır⁵⁴². Dolayısıyla TTK m.56'da yer alan şartların bulunması halinde hukuki menfaat şartının ayrıca aranmasına ihtiyaç olmaksızın dava açılabilir. Ancak haksız rekabetin ortaya çıkmasından önce bu dava açılmaz⁵⁴³.

Diğer yandan bu dava eda davasının açılabilirliği hallerde tespit davasının ikame edilemeyeceği kuralına da bir istisna oluşturmaktadır.⁵⁴⁴

Davayı açabilecek kişiler Kanun'da düzenlenmiş, haksız rekabet sebebiyle zarar gören veya zarar görme tehlikesiyle karşılaşabilecek olan kimsenin davayı açabileceği kabul edilmiştir. Haliyle haksız rekabetin var olduğu ve devam ettiği sırada davanın açılabilirliğinde tereddüt edilmemekte olup aynı zamanda haksız rekabete yol açabilecek davranış, uygulama veya fiil gerçekleşmeden önce de dava açılabilir⁵⁴⁵. Etkisi devam eden saldırıların hukuka aykırılık teşkil ettiğinin tespitinin talep edilebileceğini düzenleyen MK m.25 hükmünden yola çıkarak elbette haksız rekabet fiili sona ermiş olsa dahi tespit talepli dava ikame edilebilir. Elbette bu hususun tespiti uygulamada ispat zorluğunu da beraberinde getirecektir.

⁵⁴¹ NOMER ERTAN (ÜLGİN, **Ticari İşletme Hukuku**), s.604, NOMER ERTAN, **a.g.e.**, s. 401, aksi görüş için bkz. DİNÇ, **a.g.e.**, 95.

⁵⁴² NOMER ERTAN, **a.g.e.**, s. 402.

⁵⁴³ YAVAŞ, **a.g.m.**, s.778.

⁵⁴⁴ NOMER ERTAN (ÜLGİN, **Ticari İşletme Hukuku**), s.603, BOZKURT, **a.g.e.**, s.383.

⁵⁴⁵ NOMER ERTAN, **a.g.e.**, s. 403.

Tespit davasının sonucunda verilen hüküm kesin hüküm olduğu gibi kesin delil teşkil edecektir⁵⁴⁶. Bu yönü ile delil tespiti davasından ayrılmaktadır⁵⁴⁷. Ancak işbu davada ayrıca eda hükmü verilmediğinden ötürü ilamlı icra (İcra İflas Kanunu m.24 vd.) ile icraya konulması söz konusu değildir. Maddi veya manevi tazminat talebi ile haksız rekabetin önlenmesi gibi talepler istenmesi halinde bunun ayrıca dava yolu ile istenmesi gerekmektedir⁵⁴⁸. Görülmektedir ki tespit davası kendisinden sonra gelecek olan davaların kılavuz davası niteliğinde olup, men, maddi durumun düzeltilmesi ve tazminat davalarının lideri konumundadır⁵⁴⁹.

2. Önleme ve Sona Erdirme Davaları (Men Davası)

TTK m. 56/1-(b)'de haksız rekabetin men'i talebi hüküm altına alınmıştır. Haksız rekabetin men'i davası; hem devam etmekte olan haksız rekabet fiilinin sona erdirilmesi yani durdurulmasını hem de gerçekleşme tehlikesi veya tekrar etme olasılığı bulunan haksız rekabet fiilinin önlenmesi taleplerini içeren bir davadır. Diğer bir ifadeyle, hali hazırda devam etmekte olan haksız rekabet teşkil eden eylem, davranış veya uygulamanın sona erdirilmesi talep edilebileceği gibi, gerçekleşmesi veya tekrar etme olasılığı olan bir haksız rekabet fiilinin -davranış veya uygulamanın- önlenmesi için dava açılabilecektir⁵⁵⁰.

Devam etmekte olan bir haksız rekabet eyleminin durdurulması için sona erdirmeye talepli bir dava açılır ve davanın kabulü halinde haksız rekabet teşkil eden davranış veya eylemin sonlandırılmasına dair bir hüküm tesis edilir. Haksız rekabet henüz gerçekleşmemiş ancak gerçekleşme ihtimali bulunuyor veya haksız rekabet eylemi sona ermiş olsa da tekrar etme tehlikesi bulunuyorsa önleme talepli bir dava açılarak muhtemel haksız rekabet eyleminin henüz gerçekleşmeden engellenmesi amaçlanmaktadır⁵⁵¹. Bu dava neticesinde belirli bir davranıştan kaçınmaya dair

⁵⁴⁶ NOMER ERTAN (ÜLGEN, **Ticari İşletme Hukuku**), s.603, NOMER ERTAN, **a.g.e.**, s. 403, KARAHAN, **a.g.e.**, s.240, YAVAŞ, **a.g.m.**, s.778, DİNÇ, **a.g.e.**, 95. “Haksız rekabetin varlığına ilişkin tespit kararı ileride açılacak olan men, düzeltme (eski hale getirme) ve tazminat davalarında kesin delil oluşturur.”

⁵⁴⁷ ERMENEK, ÖZDAMAR, **a.g.m.**, s.47.

⁵⁴⁸ SOYDEMİR, **a.g.e.**, s.211.

⁵⁴⁹ ERMENEK, ÖZDAMAR, **a.g.m.**, s.48, Nisim FRANKO, **a.g.m.**, s. 57.

⁵⁵⁰ NOMER ERTAN (ÜLGEN, **Ticari İşletme Hukuku**), s. 605, NOMER ERTAN, **a.g.e.**, s.408.

⁵⁵¹ Yargıtay 11. HD. 2017/2955E., 2019/348K., 15.01.2019 tarihli kararı (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi 09.03.2021).

hüküm tesis edilir⁵⁵². Her iki talepli davada da failin kusurunun varlığı şartı aranmamaktadır. Aşağıda bu davayı daha detaylı olarak inceleyeceğimiz için burada kısaca değinmekle yetiniyoruz⁵⁵³.

3. Eski Hale İade Davası

TTK m.56/1,c'de belirtilen davalardan diğeri ise eski hale iade davasıdır. Buna göre diğ davalarda olduğu gibi haksız rekabete sebebiyet veren kişinin kusurunun ve zararın⁵⁵⁴ bulunma şartı aranmadığı gibi haksız rekabete yol açan yanlış ya da yanıltıcı beyanın düzeltilmesi⁵⁵⁵, ihlale yol açan marka veya işaretin çıkartılması veya silinmesi⁵⁵⁶, ağır bir yaptırım olarak tecavüze yol açan araçların imha edilmesi, haksız rekabet yaratan internet alan adının sistemden çıkarılması⁵⁵⁷, internet blogunda yer alan yazıdaki kötüleme içerikli olması halinde bunun blogdan kaldırılması⁵⁵⁸, reklamın yayınlanmasının durdurulması, gösterimden kaldırılması⁵⁵⁹ gibi haksız rekabete yol açan somut olayın ortadan kaldırılması talep edilebilecektir⁵⁶⁰.

Ağır bir yaptırım olan ve tecavüzün önlenmesi amacıyla kaçınılmaz olan tecavüze yol açan araçların veya ürünlerin imhası talepli dava ise müşteriler tarafından açılmayacaktır. (TTK m.56/2)

İnternet yolu ile yapılan herhangi bir reklamın haksız rekabet teşkil ettiğinin tespit edilmesi halinde mahkeme tarafından söz konusu reklamın yayından kaldırılması kararı verilmelidir. Bu hususta uygulamada mahkeme kararlarının uygulanmasının adaletin tecelli etmesini geciktirmesine sebep olacağı göz önünde

⁵⁵² NOMER ERTAN, **a.g.e.**, s.412.

⁵⁵³ Bkz. s. 149.

⁵⁵⁴ SOYDEMİR, **a.g.e.**, s.213. “Haksız rekabete meydan veren durumun ortadan kaldırılmasını talep edecek olan davacının, sadece zararın ortaya çıkma ihtimalinin varlığını ortaya koyması yeterli kabul edilecektir.” DİNÇ, **a.g.e.**, 97, ERMENEK, ÖZDAMAR, **a.g.m.**, s.50.

⁵⁵⁵ NOMER ERTAN (ÜLGEN, **Ticari İşletme Hukuku**), s. 606, ERMENEK, ÖZDAMAR, **a.g.m.**, s.50.

⁵⁵⁶ KARAHAAN, **a.g.e.**, s.241, DİNÇ, **a.g.e.**, 97, FRANKO, **a.g.m.**, s. 69. “Tatbikatta, izale davası umumiyetle markaların iltibası halinde mevzubahis olur. Bunun, en klasik misali aynı markaları taşıyan malların piyasadan toplatılması veya markaların mallardan sökülmesi veya iltibasa sebep olan ticaret unvanının kağıtların başlıklarından silinmesidir.” Bahsi geçen örnekleri benzetme yolu ile internet sitesinden ticaret unvanının kaldırılması olarak genişletebiliriz.

⁵⁵⁷ NOMER ERTAN (ÜLGEN, **Ticari İşletme Hukuku**), s.606, Yargıtay 11. HD. 2009/678E., 2009/6779K., 14.06.2010 tarihli kararı için bkz.NOMER, **a.g.e.**, s.413.

⁵⁵⁸ NOMER ERTAN (ÜLGEN, **Ticari İşletme Hukuku**), s.606.

⁵⁵⁹ YAVAŞ, **a.g.m.**, s.779.

⁵⁶⁰ NOMER ERTAN, **a.g.e.**, s.412, SOYDEMİR, **a.g.e.**, s.213.

bulundurulduğunda, öncelikle şartlarının varlığı halinde ihtiyati tedbir olarak reklam yayınının durdurulmasına karar verilmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Bu hususa dair Yargıtay tarafından verilmiş olan bir kararda⁵⁶¹ davacıya ait olan marka ve ticaret unvanının davalı tarafından iltibas yaratacak biçimde internet alan adı ile birlikte sosyal medya mecralarında kullanımından ötürü haksız rekabet iddiası ile açılan davada haksız rekabetin tespiti ile tecavüzün men'i, haksız rekabetin neticesi olan maddi durumun ortadan kaldırılması talep edilmiştir.

Bunun yanı sıra bahsi geçen dava ile *“davalının elektronik, bilgisayar, bilişim, güvenlik, iletişim, haberleşme, telekomünikasyon hizmetlerinde ... ibaresini kullanmasının önlenmesini, bu ibare öne çıkarılarak kullanılan tanıtım vasıtası broşür, tabela, ambalaj malzemesi, poşet, çanta ve benzeri tanıtım ve ticari evrakın toplatılmasını, ... ibaresinin silinmesini, imhasını, ... ibaresi öne çıkarılarak gerçekleştirilen web sitesindeki ve Facebook, Twitter, LinkedIn sitelerinden müvekkilinin markasının çıkarılmasını, verilecek kararın gazetede ilanını talep ve dava etmiştir.”*

Davacının iddia ve talepleri kabul edilmiş, karar Yargıtay tarafından onanmıştır. Böylece internet ortamında meydana gelen haksız rekabet fiillerinin yer aldığı mecraların tamamından haksız rekabete sebep olan unsurların teker teker kaldırılarak eski hale iade edildiğini görmekteyiz.

4. Maddi ve Manevi Tazminat Davaları

Haksız fiil sorumluluğuna benzer bir şekilde haksız rekabetten doğan tazminat davalarında TTK'daki hükümler uygulanacak olup burada hüküm bulunmayan durumlarda ise TBK m. 49 ve devamındaki hükümlere başvurulabilecektir⁵⁶².

Burada önemle vurgulamak gerekir ki diğer saydığımız davalardan farklı olarak tazminat davasının açılmasında haksız rekabete yol açan kişinin kasıt veya ihmal derecesinde kusurunun varlığı şarttır. Elbette bu kusur tazminat talep eden kişi yani davacı tarafından ispat edilmelidir⁵⁶³. (TBK m. 50/1) Ayrıca haksız rekabet

⁵⁶¹ Yargıtay 11. HD. 2015/12196E., 2016/6137K., 2.6.2016 tarihli kararı (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi 28.09.2020).

⁵⁶² NOMER ERTAN, **a.g.e.**, s.416.

⁵⁶³ NOMER ERTAN (ÜLGEN, **Ticari İşletme Hukuku**), s., Zararın davacı üzerindeki ispat yüküne dair maddi ve manevi tazminat talepli dava için bkz. Yargıtay 11. HD. 2012/9141 E., 2014/727 K. 14.01.2014 tarihli kararı (Çevrimiçi)

davalarında zarar miktarının ispatı her zaman kolay olmadığından, zararın kesin olarak ispat edilemediği hallerde, yargılama yapan hâkim tarafından uğranılan zarar hayatın olağan akışı ve zarar görenin aldığı birtakım önlemler baz alınarak hakkaniyet çerçevesinde belirlenir⁵⁶⁴. TBK m. 50/2’de bu husus açıkça düzenlenmiştir. Buna ek olarak TBK m. 51 ile hâkimin tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirleyeceği hüküm altına alınmıştır.

Bu doğrultuda söz konusu davanın açılabilmesi için aranacak şartlar; i) haksız rekabet eylemi yani hukuka aykırılık teşkil eden fiil, ii) haksız rekabete sebep olan kimsenin kusurunun varlığı, iii) maddi/manevi zararın⁵⁶⁵ bulunması iv) fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağının var olmasıdır.

Burada maddi zarar ile ifade edilmek istenen haksız rekabet teşkil eden eylemin gerçekleşmemiş olması halinde malvarlığının içinde bulunacağı durum ile şimdiki durum arasındaki farktır⁵⁶⁶. Fiili zarar ve yoksun kalınan kâr/kazanç ayrımı, zarar konusundaki en temel ayrımların başında gelmektedir. Haksız rekabete ilişkin maddi tazminat talepli davalarda da hem fiili zararın hem de yoksun kalınan kârın talep edilmesi mümkün olmaktadır⁵⁶⁷. Maddi bir zararın karşılanması ihtiva eden maddi tazminat davası malvarlığındaki aktifin azalarak pasifin çoğalması yani fiili zarar⁵⁶⁸ olabileceği gibi elde edilecek kardan yoksun kalma şeklinde de karşımıza çıkabilmektedir⁵⁶⁹. TBK m.50 ve devamındaki maddelerde düzenlenmiş olan maddi

<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml> (Erişim Tarihi 15.08.2020)

⁵⁶⁴ SOYDEMİR, a.g.e., s.214., DİNÇ, a.g.e., 103., Yargıtay 11. HD. 2012/8810 E., 2014/743 K. tarihli kararı (Çevrimiçi)

<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml> (Erişim Tarihi 05.08.2020)

⁵⁶⁵ NOMER ERTAN, a.g.e., s.420.

⁵⁶⁶ NOMER ERTAN, a.g.e., s.420, Haluk N. NOMER, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 2020, s. 173.

⁵⁶⁷ NOMER ERTAN, a.g.e., s.420, Haluk N. NOMER, a.g.e., s. 175.

⁵⁶⁸ Haluk N. NOMER, a.g.e., s. 174.

⁵⁶⁹ DİNÇ, a.g.e., 99., Yargıtay 11. HD. 2013/14546E., 2014/3775K. 28.02.2014 tarihli kararı (Çevrimiçi)

<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml> (Erişim Tarihi 05.08.2020) “Davacı kural olarak zararını ispat etmek durumundadır. Ancak, bu tür davalarda zarar miktarının ispatının güçlüğü karşısında, davacının, davalının elde ettiği gelirin karşılığını da tazminat olarak talep etmesi de mümkündür.” Karar için bkz. Yargıtay 11. HD. 2012/9798E., 2014/1297K. 21.01.2014 tarihli kararı (Çevrimiçi)

<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml> (Erişim Tarihi 05.08.2020)

tazminatın belirlenmesine dair kurallar haksız rekabete dair tazminat talebinin belirlenmesinde rol oynarken buna ek olarak TTK'da m.56/1-(e) uyarınca hâkimin haksız rekabet neticesinde buna sebep olan davalı tarafın elde etme ihtimali olan menfaatin karşılığının tazminine de karar verebileceğini görmekteyiz.

Bu hükmün yorumlanmasında Yargıtay⁵⁷⁰ ve doktrinde⁵⁷¹ bazı görüş farklılıkları vardır. Yargıtay'ın bu hususa dair haksız rekabetin tesbiti, önlenmesi ve maddi tazminat istemine ilişkin önemli bir kararında⁵⁷² öncelikle haksız rekabete konu hizmetler sebebiyle davalının elde ettiği net karın hesaplanması ve haksız rekabet tarihi itibarıyla taraflar dışında aynı hizmetleri veren başka firmaların olup olmadığının araştırılması, davalının eylemi sebebiyle davacının uğradığı zararın tespit edilmesi, bu doğrultuda yapılan inceleme sonucu davacının uğradığı zararın tespiti mümkün olmazsa bu durumda da TBK uyarınca uygun bir tazminatın belirlenerek hüküm altına alınması gerektiğine hükmedilmiştir. Zira söz konusu davada ilk derece mahkemesi tarafından davalının haksız rekabete konu hizmetler sebebiyle tahsil ettiği ücretin tamamının davacının haksız rekabet sebebiyle uğradığı zarar olduğu belirtilerek bu miktar üzerinden dava kabul edilmiştir. Ancak davalının haksız rekabete konu hizmetler sebebiyle tahsil ettiği ücretlerin tamamının davacının zararı olması mümkün olmamakta, buna ek olarak haksız rekabet tarihi itibarıyla taraflar dışında aynı hizmetleri veren başka firma ya da firmaların bulunması halinde davalının eyleminin davacının pazar payını tamamen kapattığı kabul edilemeyeceğinden bahsi geçen hususların değerlendirilerek karar verilmesi gerektiği gerekçesi ile Yargıtay tarafından bozma kararı verilmiştir.

Hüküm lafzında adeta fiilen elde edilenin ötesinde elde edilmesi mümkün görülen menfaatin tazminine hükmedilebileceği, fiilen karın ispatlanması davalının

⁵⁷⁰ Yargıtay 11. HD. 2011/12970 E., 2012/19689 K., 04.12.2012 tarihli kararı (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi 28.09.2020), Yargıtay 11. HD. 2009/3226 E., 2011/2411 K., 08.03.2011 tarihli kararı (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi 28.09.2020) Yargıtay bu kararında karlılığın belirlenmesi için yıllar içerisindeki ihracat bedelinin ne kadarlık kısmının aleyhine haksız rekabet yapılan tacirin müşterisine ait olduğunu ve bahsi geçen ihracatı davacı tacirin yapması halinde ne kadar kar elde edebileceğinin belirlenerek karar verilmesine hükmetmiştir.

⁵⁷¹ KARAHAAN, **a.g.e.**, s.242, “Bu yetki, davacının haksız rekabet sonucu satamadığı mal miktarı üzerinden karşı tarafın bu tutarda malı satmasından dolayı elde edebileceği menfaate hükmedilebileceği anlaşılmalıdır. Yoksa, davalının o dönemde sattığı tüm maldan elde edebileceği menfaate hükmedilmesi söz konusu değildir.”

⁵⁷² Yargıtay 11. HD. 2016/5604 E. 2017/451 K. 24.1.2017 tarihli kararı (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi 06.03.2021)

defterlerini usulüne uygun tutmayacağından ötürü çok zor olduğu dolayısıyla davacının kendi zararını ve davalının söz konusu haksız rekabetten ötürü kar sağlayabileceğini ispatlaması gerektiği⁵⁷³ anlamı uyansa da bu maddede TBK m.530'daki fiilen gerçek anlamda davalının elde ettiği karın talebinin mümkün olduğu⁵⁷⁴ görüşüne katılmaktayız.

TTK m. 56-1/e'ye göre haksız rekabet davasında TBK m. 58'deki koşulların varlığı halinde⁵⁷⁵ manevi tazminata hükmedilebileceği düzenlenmiştir.

TBK m. 58'e göre ise;

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

Gerçekten de bazı haller, TTK m. 55/1,a-1'de yer alan kötüleme⁵⁷⁶ ve TTK m. 55/1,d'de ifade edilmiş olan ticari sırların ifşası gibi durumlar haksız rekabete yol açtığı gibi kişilik hakkının ihlali olarak da değerlendirilmektedir⁵⁷⁷. Tüzel kişiler de bu doğrultuda manevi tazminat talep edebilirler⁵⁷⁸.

⁵⁷³ Nisim FRANKO, “Haksız Rekabette Elde Edilmesi Muhtemel Menfaate Hüküm”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Cilt: 13, Sayı: 3, Aralık 1986, s. 194. (Çevrimiçi) <https://jurix.com.tr/article/6255> (Erişim Tarihi 15.09.2020), SOYDEMİR, **a.g.e.**, s.215.

⁵⁷⁴ NOMER ERTAN (ÜLGEN, **Ticari İşletme Hukuku**), s.609, NOMER ERTAN, **a.g.e.**, s.425.

⁵⁷⁵ “Manevi tazminatın kapsamını takdir hakkı, kural olarak hâkime aittir. Hâkim, manevi tazminatın tutarını belirlerken, hak ve adalete uygun davranmalı, hukuk biliminden yararlanmalı, toplumun sosyal, ekonomik ve moral yapısını ve özellikle de somut olayın koşullarını gözetmelidir. Takdir edilecek tutar, bir yandan manevi acıları gidermeli, kamuoyu ve sosyal vicdanda kabul görmeli, diğer yandan ise, zarar gören açısından zenginleşme aracı olmamalıdır. Bu itibarla, tarafların konumu, davalı tarafından yazılan yazıların içeriği ve davacının bakım ihalesini aldığı iki ayrı kuruluştan talep ettiği bakım bedeli gözönüne alındığında...” Yargıtay 11. HD. 2013/132 E., 2014/8015 K. 29.04.2014 tarihli kararı (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml> (Erişim Tarihi 05.08.2020)

⁵⁷⁶ Kötülemekten ötürü hükmedilen manevi tazminata ilişkin bkz. Yargıtay 11. HD. 2012/8581 E., 2014/726 K., 14.01.2014 tarihli kararı (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml> (Erişim Tarihi 12.09.2020)

⁵⁷⁷ NOMER ERTAN, **a.g.e.**, s.430.

⁵⁷⁸ “Menfaat ihlalinin bir elem veya acıya sebebiyet vermiş olması gerekli olmayıp, tüzel kişiler için iyi şöhretin korunması amaçlanmaktadır.” Yargıtay 11. HD. 2010/869 E., 2010/6830 K., 14.06.2010 tarihli karar için bkz. DİNÇ, **a.g.e.**, s.107.

B. Sona Erdirme ve Önleme Davaları (Men davası)

1. Genel Olarak

TTK m.56'da dava türleri sayılırken “men davası” kavramı kullanılmıştır. Ancak bu davanın içeriği iki türlü talepten oluşmakta olup, bunlar sona erdirmeye ve önleme talepleridir. TTKm. 56'da haksız rekabetin men'inin talep edilebileceği, m.58'de sona erdirilme, m.61'de ise haksız rekabetin önlenmesi kavramlarının kullanıldığı görülmektedir⁵⁷⁹. Bu dava türüne ilişkin TTK'da kavram birliğinin bulunmadığı açıkça görülmektedir. Bu dava kapsamında devam eden bir haksız rekabet sona erdirilmesi yani durdurulmasını, aynı zamanda gerçekleşme riski veya tekrarlama ihtimali bulunan haksız rekabet fiilinin önlenmesi amacıyla dava açılabilir⁵⁸⁰.

Tezimizin ana konularından birini oluşturan TTK m.58/4'e göre:

“Haksız rekabet fiilinin iletimini başlatmamış, iletimin alıcısını veya fiili oluşturan içeriği seçmemiş veya fiili gerçekleştirecek şekilde değiştirmemişse, bu maddenin birinci fıkrasındaki davalar hizmet sağlayıcısı aleyhine açılmaz; tedbir kararı verilemez. Mahkeme haksız rekabet eyleminin olumsuz sonuçlarının kapsamlı veya vereceği zararın büyük olacağı durumlarda ilgili hizmet sağlayıcısını da dinleyerek, haksız rekabet fiilinin sona erdirilmesini veya önlenmesine ilişkin tedbir kararını hizmet sağlayıcı aleyhine de verebilir veya içeriğin geçici olarak kaldırılması dâhil somut olaya uyan uygulanabilir başka tedbirler alabilir.”

Bu hükümde haksız rekabetin sona erdirilmesi veya önlenmesine dair tedbirlerden bahsedilmektedir. Bu da kavram karmaşasını gündeme getirmiştir. Bu davaya ilişkin davalı tarafını incelerken bu hükme daha geniş yer vereceğiz.

Söz konusu bu davanın adlandırılma şeklinde farklılık olsa da içeriği bakımından fikir birliğine varılmıştır. Haksız rekabet ihlalinin var olduğu durumlarda bunun durdurulması ile gerçekleşmesinin de engellenmesi amacını taşıyan bir dava olduğu kabul edilmektedir⁵⁸¹. Haksız rekabet eylemi devam etmekte ise, durdurulması için sona erdirmeye talepli bir dava açılmakta ve davanın kabulü halinde

⁵⁷⁹ NOMER ERTAN, **a.g.e.**, s.406.

⁵⁸⁰ NOMER ERTAN (ÜLGİN, **Ticari İşletme Hukuku**), s. 605.

⁵⁸¹ NOMER ERTAN (ÜLGİN, **Ticari İşletme Hukuku**), s. 606, NOMER ERTAN, **a.g.e.**, s.407, SOYDEMİR, **a.g.e.**, s.212, DİNÇ, **a.g.e.**, 96, FRANKO, **a.g.m.**, s. 58.

ise haksız rekabet teşkil eden davranış veya eylemin sonlandırılmasına dair bir hüküm tesis edilmektedir. Henüz gerçekleşmemiş ancak gerçekleşme ihtimali bulunan bir haksız rekabet fiili söz konusu olduğunda veya haksız rekabet eylemi sona ermiş olsa da tekrar etme tehlikesi bulunmaktaysa önleme talepli bir dava açılarak, muhtemel haksız rekabet eyleminin henüz gerçekleşmeden engellenmesi amaçlanmaktadır.

Doktrinde sona erdirme ile önleme davalarının men davası altında birleştirilmesi kavramsal olarak yerinde bulunmamaktadır⁵⁸².

Bu dava bir eda davası niteliğindedir⁵⁸³.

Haksız rekabetin var olduğu ve devam etmekte olduğu durumlarda bunun sona erdirilmesi amacıyla ikame edilen sona erme davası, bu anlamda henüz ortaya çıkmamış veya sona ermiş olan haksız rekabet durumlarında açılacak olan önleme davalarından ayrılır⁵⁸⁴. Vurgulamakta fayda var ki, haksız rekabetin son bulduğu ancak tekrarlama ihtimalinin olduğu durumlarda sona erdirme davası yerine önleme davası açılması gerekirken, doktrin ve uygulamada haksız rekabet sona ermiş ancak tekrar etmesinin engellenmesi hallerinde de sona erdirme /men davasının açılmasından bahsedilmektedir⁵⁸⁵. Biz de haksız rekabetin sona ermiş olduğu ancak tekrarlama ihtimalinin bulunduğu durumlarda önleme davasının açılması gerektiğine dair görüşe katılmaktayız.

Bu davanın neticesinde tesis edilen hüküm ile davanın kabul edilmesi halinde haksız rekabete yol açan eylemin sona erdirilmesine yönelik bir karar verilir⁵⁸⁶. Örneğin, internet sitesi alan adının haksız rekabete yol açtığı tespit edilirse bu adın kullanılmasının durdurulmasına karar verilecektir.

⁵⁸² NOMER ERTAN, **a.g.e.**, s.407.

⁵⁸³ DİNÇ, **a.g.e.**, 96.

⁵⁸⁴ NOMER ERTAN, **a.g.e.**, s.408, KARAHAN, **a.g.e.**, s.241.

⁵⁸⁵ FRANKO, **a.g.m.**, s. 64, NOMER ERTAN, **a.g.e.**, s.409, Sona erme ve önleme davalarının aynı çatıda gösterildiği görüş için bkz. ERMENEK, ÖZDAMAR, **a.g.m.**, s.48. “Haksız rekabet tehlikesinin varlığı veya haksız rekabetin devam ettiği ya da tekrarlanma tehlikesinin varlığı halinde açılacak dava haksız rekabetin men davasıdır.”

⁵⁸⁶ NOMER ERTAN, **a.g.e.**, s.409.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu haksız ve hukuka aykırı eylem veya davranışın tekrarlanma tehlikesinin var olduğu sürece önleme davasının haklılığının süreceği ve zamanaşımının işlemeyeceği kanaatindedir⁵⁸⁷.

Haksız rekabetin gerçekleşmiş ve sona ermiş olduğu ancak tekrarlama ihtimalinin bulunduğu hallerde tekrarlama riskinin mevcudiyeti kural olarak kabul edilir⁵⁸⁸. Diğer yandan haksız rekabet meydana gelmeden önce gerçekleşme ihtimali olan veya gerçekleşerek sona ermiş bir haksız rekabet olayının tekrar etme ihtimali olan hallerdeki haksız rekabet eyleminin veya uygulamasının engellenmesi amacıyla önleme davası açılarak, söz konusu haksız rekabet oluşturan eylem, davranış veya uygulamanın önlenmesi talep edilir⁵⁸⁹. Bu davada ispat edilmesi gereken husus oldukça zor olmakla birlikte haksız rekabet eyleminin gerçekleşmek üzere olduğunun ispat edilmesi zorunludur⁵⁹⁰. Bu davanın kabul edilmesi halinde mahkeme belirli bir davranıştan kaçınma, eylemde bulunmamaya hükmedeceğinden ötürü örnek olarak bir marka sahibinin kendi markasının alan adı olarak tescil edildiği durumda fiilen kullanılmaya başlanmadan önce engellenmesini talep edebilir.

Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararda davalı şirkete ait internet sitesinde yayınlanan yazı içeriğinin davacı ile davalının arasındaki sözleşmenin yerine getirilmemesinden kaynaklı olarak, davalının uğradığı zarar sebebiyle yayınlandığı ifade edilmiştir. Söz konusu yazıda kullanılan ifadelerin kötüleme olmasa dahi düşünce açıklama hürriyeti kapsamını aştığı sebebiyle haksız rekabet teşkil ettiği kanaatine varılmıştır⁵⁹¹. Söz konusu davada yazı içeriği davalı tarafından kaldırılmıştır. Buna rağmen mahkeme sadece tazminat davası yönünden hüküm kurmak yerine hem haksız rekabetin tespiti ve men'i hem de tazminata hükmetmiştir.

⁵⁸⁷ Yargıtay HGK 485/ 130 19.11.1969 tarihli kararı "Haksız rekabetin önlenmesi davaları kural olarak zamanaşımına uğramaz. Önleme davasının dinlenilme şartı hukuka aykırı davranışın tekrarlanma tehlikesinin bulunmasıdır. Hukuka aykırı davranışların tekrarlanma tehlikesi var oldukça önleme davası da varlığını sürdürür. Tehlike sona erince önleme davası da düşer." Karar için bkz. SOYDEMİR, **a.g.e.**, s.212. DİNÇ, **a.g.e.**, 95.

⁵⁸⁸ NOMER ERTAN, **a.g.e.**, s.411.

⁵⁸⁹ NOMER ERTAN, **a.g.e.**, s.410.

⁵⁹⁰ NOMER ERTAN, **a.g.e.**, s.411. "Örneğin satışı amaçlanan ürünlerin imalatı, henüz satışa sunulmamış ve fakat imal edilen mallara yönelik reklam, uyarı ve niyet açıklamaları yapılması, marka tescil talebinde bulunulması, haksız rekabet teşkil eden ürünün/ ambalajın/ etiketin imali için sipariş verilmesi, bir banka tarafından bundan sonraki işlemlerde uygulanacağını belirttiği ve fakat dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşulunun müşterisine mektup veya eposta yoluyla gönderilmesi hallerinde haksız rekabetin gerçekleşmek üzere olduğu varsayılabilir."

⁵⁹¹ Yargıtay 11. HD. 2009/14701E. 2011/7792K. 28.06.2011 tarihli karar (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi 12.09.2020)

Yargıtay ise bu hususu yazının yayından kaldırılmış olması gerekçesi ile haksız rekabetin men'i talebinin konusuz kaldığı şeklinde değerlendirerek bozma kararı vermiştir. Oysa ki teknik imkanlar ile her an rahatlıkla yazı yayına geri alınabilecektir. Bu yönüyle değerlendirildiğinde ilk derece mahkemesinin verdiği men kararına katılmaktayız.

İnternet platformundaki reklamların kaldırılması, sosyal medyadaki haksız rekabet teşkil eden reklamların durdurulması bu dava kapsamında istenebilecektir⁵⁹².

Tespit davasına benzer bir özellik olarak sona erdirme ve önleme davasının açılmasında haksız rekabeti gerçekleştiren kişinin kusurunun var olması şartı aranmamaktadır⁵⁹³. Ancak mahkemenin vereceği nihai kararın icrai niteliğe sahip olması bakımından tespit davasından farklılık arz ettiği gibi ticari amaçla haksız rekabete konu olmuş olan ürünleri elde eden kişiler hakkında da uygulanmaktadır⁵⁹⁴.

2. Taraflar (Özellikle internet reklamlarına ilişkin haksız rekabet hallerinde)

İnternet reklamlarında haksız rekabetin tespit edilmesinin yanı sıra bu hususta yargılama yeri görev ve yetkisi, uygulanacak hukuk ve sorumluların tayin edilmesi de oldukça önemlidir. Zira burada düşünülmesi gereken birden fazla ihtimal soru işaretlerini beraberinde getirmektedir. Öncelikle rol oynayanları sıralayarak başlarsak; ağ⁵⁹⁵, alıcı⁵⁹⁶, elektronik ortam⁵⁹⁷, erişim sağlayıcı⁵⁹⁸, yer sağlayıcı⁵⁹⁹, içerik sağlayıcı⁶⁰⁰, hizmet sağlayıcı⁶⁰¹, aracı hizmet sağlayıcı⁶⁰², internet ortamı⁶⁰³, internet ortamında yapılan yayın⁶⁰⁴ gibi aktörlerin karşımıza çıktığını görürüz.

⁵⁹² ABBASOĞLU, **a.g.e.**, s.145.

⁵⁹³ NOMER ERTAN, **a.g.e.**, s.409-411, SOYDEMİR, **a.g.e.**, s.212, DİNÇ, **a.g.e.**, 95.

⁵⁹⁴ SOYDEMİR, **a.g.e.**, s.212. ERMENEK, ÖZDAMAR, **a.g.m.**, s.49, KARAHAN, **a.g.e.**, s.241.

⁵⁹⁵ R.G. 26.08.2015, S. 29457, Elektronik Ticarete Hizmet Sağlayıcı ve Aracı Hizmet Sağlayıcılar Hakkında Yönetmelik m.4/1(a) "Ağ: Elektronik ticarete dair işlemlerin yapılmasına imkân sağlayan internet gibi bilgisayar tabanlı ortamları, ... ifade eder."

⁵⁹⁶ ETHSAHSHY m.4/1(b) "Alıcı: Elektronik ticarete konu mal veya hizmeti satın alan ya da satın alma amacıyla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi, ...ifade eder."

⁵⁹⁷ ETHSAHSHY m.4/1(d) "Elektronik ortam: Verilerin sayısallaştırılarak depolanması, işlenmesi, saklanması ve iletilmesinin sağlandığı ortamı, ...ifade eder."

⁵⁹⁸ 5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun m.2/1(e) "Erişim sağlayıcı: Kullanıcılarına internet ortamına erişim olanağı sağlayan her türlü gerçek veya tüzel kişileri, ...ifade eder."

⁵⁹⁹ 5651 Sayılı Kanun m. 2/1(m) "Yer sağlayıcı: Hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek veya tüzel kişileri, ... ifade eder."

⁶⁰⁰ 5651 Sayılı Kanun m. 2/1(f) "İçerik sağlayıcı: İnternet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişileri, ...ifade eder."

İnternet servis sağlayıcılar yerel şebekelerden kiralama yolu ile elde ettikleri hatlar aracılığı ile diğer internet servis sağlayıcılara bilgisayar donanımlarını sağlamaktadır⁶⁰⁵. Böylece iletişimin gerçekleşmesinde aktif olarak altyapı çalışmasını yaparak internet servis sağlayıcılar ile kullanıcılara ücret karşılığı sunan kişi ise erişim sağlayıcılardır⁶⁰⁶. Bu takdirde Türk Telekom, ABD’de yer alan ATT şirketleri erişim sağlayıcıdır. Kullanıcıları internetteki veri ile buluşturarak, işlevine göre verileri saklayan, depolayan veya ileten kişiler ise yer sağlayıcılardır⁶⁰⁷. Bu takdirde elektronik ticaret siteleri yer sağlayıcı konumunda olduğu gibi, bu sitelerde ayrıca ödeme sistemleri ile sorumlu olan ve ödeme araçlarının bilgilerini depolayan tüzel kişiler de yer sağlayıcıdır. Hatta bazı durumlarda büyük verileri depolayan bulut bilişim hizmetleri de bu kategoride yer almaktadır. İçerik sağlayıcılar ise adı üzerinde internet sitesine verilerin girişini yani yüklenmesini sağlamaktadırlar. Bu takdirde bir kişi hem yer sağlayıcı hem de içerik sağlayıcı olabilmektedir. Örneğin, Youtube’a video yükleyen kişiler içerik sağlayıcı ve Youtube yer sağlayıcı olarak konumlanmakta olup aynı zamanda Youtube tarafından yüklenen videolar bakımından kendisi içerik sağlayıcıdır.

Bir internet sitesine reklam verildiğinde sorumluluğu tespit etme noktasında öncelikle başvurulacak kişi kimdir? Sorumlu tespit edildiği takdirde bu kişi diğer rol oynayan aktörlere rücu edebilecek midir? İnternet reklamlarının verildiği veya bağlantılı olduğu noktaları denetlemesi gereken hangi aktördür? Peki reklam içeriklerinin hukuka uygunluğunu kim tespit edecektir? Hukuka aykırılık teşkil eden bir reklam yayınlandığında bir saniye içerisinde ulaştığı insan kitlesinin fazlalığı düşünüldüğünde bu zarardan sorumlunun kim olacağının tespit edilmesi elzem olduğu gibi zararın maddi olarak tespit edilebilirliği ne kadar mümkün ve gerçekçidir? Hukuka aykırılık teşkil eden bir reklam veya haksız rekabete konu olan

⁶⁰¹ R.G. 05.11.2014, S. 29166, Kabul Tarihi 23.10.2014, Kanun No: 6563 m. 2/1(ç) “Hizmet sağlayıcı: Elektronik ticaret faaliyetinde bulunan gerçek ya da tüzel kişileri, ...ifade eder.”

⁶⁰² 6563 Sayılı Kanun m. 2/1(d) “Aracı hizmet sağlayıcı: Başkalarına ait iktisadi ve ticari faaliyetlerin yapılmasına elektronik ticaret ortamını sağlayan gerçek ve tüzel kişileri, ...ifade eder.”

⁶⁰³ 5651 Sayılı Kanun m. 2/1(g) “İnternet ortamı: Haberleşme ile kişisel veya kurumsal bilgisayar sistemleri dışında kalan ve kamuya açık olan internet üzerinde oluşturulan ortamı, ...ifade eder.”

⁶⁰⁴ 5651 Sayılı Kanun m. 2/1(ğ) “İnternet ortamında yapılan yayın: İnternet ortamında yer alan ve içeriğine belirsiz sayıda kişilerin ulaşabileceği verileri, ...ifade eder.”

⁶⁰⁵ RÜZGAR, a.g.e., s. 121.

⁶⁰⁶ RÜZGAR, a.g.e., s. 122.

⁶⁰⁷ RÜZGAR, a.g.e., s. 123.

reklamın yargı yeri ve uygulanacak hukuk tespit edilse de gerçek sorumlunun tayin edilerek ortaya koyulan yaptırımın icra edilebilirliği süreci karmaşık hale getirmektedir. Dolayısıyla çalışmamızın bu bölümünde internet reklamlarında haksız rekabetin meydana geldiği hallerde karşımıza çıkan sorumlu tarafı incelemeye çalışacağız.

a. Davacı Sıfatı

TTK m.56'da haksız rekabet davasını açabilecek kişiler ile bu kişilerin hangi davaları açabilecekleri ve hangi taleplerde bulunabilecekleri açıkça düzenlenmiştir. Yukarıda açıkladığımız üzere haksız rekabetin koruduğu menfaat alanı oldukça geniştir. Bu da menfaati korunan kişilerin alanını genişlettiği gibi davaya taraf olacakların sınırını da genişletmiştir.

TTK m. 56/1'e göre müşterileri⁶⁰⁸, kredisi, meslekî itibarı, ticari faaliyetleri ve bunun yanı sıra diğer ekonomik çıkarları haksız rekabet nedeni ile zarar gören veya bu tehlike altında olan kimse tespit, men, maddi durumun ortadan kaldırılması ile tazminat davası ikame edebilir. Zarar tehlikesinin varlığında da dava açabilme imkanının verilmesi dava açma imkanını oldukça kolaylaştırmıştır⁶⁰⁹. Öncelikle haksız rekabet nedeniyle zarar gören veya zarar tehlikesine maruz kalan rakiplerin dava açabilmesi mümkündür⁶¹⁰.

Zarar görme tek başına bir şart olmayıp, zarar görme olasılığının bulunması yeterlidir. Böylelikle bir işletme adına başlatılan kötüleme kampanyasından zarar görme ihtimali olan ve işletmeye ait ürünleri satan kişinin dava açma hakkı mevcuttur⁶¹¹.

Diğer yandan TTK m.56'nın 2. Fıkrasına göre ise müşteriler arasında ekonomik çıkarı zarar gören veya bu gibi bir tehlikeyle karşılaşabilme ihtimali olanlar aynı davaları açabilecekken, bu kişiler 1. Fıkranın (c) bendinde düzenlenen ağır yaptırımlardan araçların ve malların imhasını isteyemezler. Müşteri kavramı,

⁶⁰⁸ Yargıtay 11. HD. 2014/13859 E., 2014/18938 K. 03.12.2014 tarihli karar (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml> (Erişim Tarihi 12.09.2020)

⁶⁰⁹ DİNÇ, **a.g.e.**, s.113.

⁶¹⁰ ABBASOĞLU, **a.g.e.**, s.157.

⁶¹¹ NOMER ERTAN, **a.g.e.**, s.432. "Keza internet ortamında bir marka hakkında haksız olarak yapılan karalama ve kötüleme kampanyası sebebiyle markaya ait ayakkabı satışlarının durması üzerine, ilgili markanın ürünlerini satan bir ayakkabı mağazası işletmecisinin tazminat dahil olmak üzere TTK m.56'da sayılan davaları açması mümkündür."

ticari olmayan sebeplerle ilgili ürün veya hizmeti elde eden tüketicileri de kapsamaktadır⁶¹². İnternet reklamlarının asıl muhatabı olan tüketicilerin haksız rekabete maruz kalmaları halinde bu madde kapsamında dava açabilmeleri yerinde bir düzenlemedir.

Buna ek olarak 3. Fıkra ile geniş çaplı bir üçüncü kişiler grubu olan “ticaret ve sanayi odaları, esnaf odaları, borsalar ve tüzüklerine göre üyelerinin ekonomik menfaatlerini korumaya yetkili bulunan diğer meslekî ve ekonomik birlikler ile tüzüklerine göre tüketicilerin ekonomik menfaatlerini koruyan sivil toplum kuruluşlarıyla kamusal nitelikteki kurumlar” ise maddi ve manevi tazminat davaları haricinde haksız rekabetin tespiti, menî ve maddi durumun ortadan kaldırılmasını kapsayan davaları açmaya ehil oldukları bildirilmiştir.

b. Davalı Sıfatı

Haksız rekabeti gerçekleştiren kişiye karşı bu dava açılmaktadır. Dolayısıyla davanın muhatabının belirlenmesi için ihlal edilen menfaatin tespit edilerek sonucuna göre menfaati ihlal eden kişinin davalı olarak belirlenmesi gerekmektedir⁶¹³. Ancak özellikle internet reklamları yolu ile haksız rekabet yaratılan hallerde sorumlunun tespiti kolay olmamaktadır.

1) Reklam Veren veya Reklam Ajansı

Bir ürün veya hizmetin üreticisi, satıcısı veya işletmenin sahibi olan kişiler esas olarak bu ürün ve hizmetleri reklamlar vasıtasıyla tüketicilere tanıtacak olan kimselerdir⁶¹⁴. Elbette rakiplerine ait ürünlerin satılmamasında menfaati olan üçüncü kişiler de kötüleme yoluyla reklam yapabileceklerinden ötürü reklam veren olarak karşımıza çıkabilirler⁶¹⁵.

TRHTUY m.4/1-m’de reklam verenin tanımını yapmıştır. Ancak bu hüküm örtülü ve viral reklamlar bakımından markasını ve işletmesini doğrudan kullanmayan, dolaylı şekilde sezdirecek görsellere veya seslere yer veren reklamları

⁶¹² ABBASOĞLU, a.g.e., s.159.

⁶¹³ POROY, YASAMAN, a.g.e., s.350.

⁶¹⁴ ABBASOĞLU, a.g.e., s.162.

⁶¹⁵ GÖLE, a.g.e., s.47.

hazırlayan ve hazırlatanlar açısından bu kişileri de kapsayacak biçimde geniş yorumlanmalıdır⁶¹⁶.

İnternet yolu ile yapılan reklamların haksız rekabet oluşturmaları durumunda reklamı veren kişilere bu davranışlarından ötürü TTK m.56'da sayılmış olan davalar açılabilir.

Bu konuya dair Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararda⁶¹⁷ davalının içinde bulunduğu şirketler grubu tarafından internet üzerinden web sitesinde ticari faaliyeti, ticari işleri hakkında yanlış ve yanıltıcı bilgiler içeren reklam ve ilan verildiği iddia edilmiştir.

“Grup şirketlerinin bir üyesi bulunan dava dışı Gümrük Müşavirliği Anonim Şirketi'nin söz konusu ilanda bahsi geçen gümrükleme işlem ve hizmetleri faaliyet konusunda yetkili olduğu, Şirketler Grubunun internet sitesinde ve ilanda grup şirketlerinin her birinin tanıtımının yapıldığı, yapılan ilan ve duyuruların tek başına davalının işgal konusuna ait bir ilan mahiyetinde olmadığı, tüm grup şirketlerinin faaliyet alanlarını kapsayan bir ilan olduğu ve ilanın müstakil olarak davalı şirket tarafından verildiğine dair dosyada somut kanıt bulunmadığı anlaşılmakla mahkemece davanın reddine karar vermek gerekirken...”

Böylece eylemin haksız rekabete yol açacak nitelikte bulunduğu gerekçesiyle haksız rekabetin tespiti, men'i ve sonuçlarının ortadan kaldırılması talep edilerek ikame edilen davada dava konusu reklamı şirketler grubunun vermiş olduğu gerekçesi ile bozma kararı verilmiştir.

TKHK m.61/6'ya göre reklam veren kişiler, ticari reklamlarında yer alan iddiaların doğru olduğunu ispatla yükümlüdür.

Haksız rekabet teşkil eden reklamlar her daim reklam veren tarafından değil bazı durumlarda da reklam ajansları tarafından oluşturulmaktadır. TRHTUY m.4/1-l'de reklam ajansının tanımına yer verilmiştir. Reklam ajansları, reklam verenler ile yaptıkları anlaşmalar sonucunda onlardan aldıkları bilgi ve talimatlar doğrultusunda reklamları hazırlamaktadırlar. Buna rağmen hazırladıkları reklamların haksız rekabet

⁶¹⁶ ABBASOĞLU, a.g.e., s.162, ÖZDEMİR, DOĞANAY, a.g.m., s.317.

⁶¹⁷ Yargıtay 11. HD. 2018/2120E., 2019/4209K., 10.6.2019 Tarihli kararı (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi 12.09.2020)

teşkil etmesi durumunda davalı olarak sorumlu olabileceklerdir⁶¹⁸. TTK m. 55/1-a-2’de aldatici beyanlarla üçüncü şahısların rakiplerine göre daha üstün konuma getirilmesi de haksız rekabetin bir şekli olarak sayılmıştır. Elbette reklam ajansının bu hüküm kapsamında sorumlu olabilmesi ancak reklam verenin rakiplerine nazaran aldatici beyanlarla öne geçirilmesi halinde mümkün olacaktır. Bu şartların bulunmaması halinde ise reklam ajansının eyleminin TTK m.54/2’ye göre haksız rekabet teşkil edip etmediği araştırılmalıdır⁶¹⁹. Dolayısıyla reklam ajansı aleyhine TTK m.56’da belirtilen davaların açılması mümkündür.

Bu takdirde anahtar sözcük veya yönlendirici kod olarak reklam veren kişiler, banner, çerçeveleme, e-mail yolu ile yapılan reklamlarda reklam veren kişiler haksız rekabet oluşturan reklamlardan öncelikle sorumlu olmaktadır. Özellikle spam olarak gönderilen e-mailler reklam ajansları tarafından özel yöntemler ile yüzlerce kişiye gönderilebilmektedir. Anahtar sözcük veya yönlendirici kodlar da çoğunlukla reklam ajansları tarafından kullanılmaktadır. Bu noktada reklam ajanslarının sorumluluğunu tayin etmek önemlidir.

2) Adam Çalıştıran

Haksız rekabet eylemi reklam verenin çalışanı tarafından işlenmişse reklam veren çalıştıran sıfatı ile sorumlu olmaktadır.

TTK m.57/1’e göre tespit, men ve maddi durumu sona erdirme davaları çalışanların veya işçilerin işlerini gördükleri sırada onlar tarafından işlenmişse bu kişilere karşı da ikame edilebilir. Burada sorumlu olacak kişilerin işlerini yaptıkları sırada bu işle bağlantılı eylemlerinden bahsedilmektedir. Elbette bu davalar hem çalışan işçiye hem de çalıştırana karşı açılabilecektir⁶²⁰.

Davaların adam çalıştıran taraf aleyhine açılabilmesi için çalıştırının veya çalışan kişinin kusurlu veya meydana gelen bir zararın ortaya çıkmış olması şartı yoktur⁶²¹.

TTK m.57/2’ye göre bu kişiler aleyhine açılacak tazminat davaları bakımından ise TBK hükümleri uygulanacaktır.

⁶¹⁸ ABBASOĞLU, a.g.e., s.165.

⁶¹⁹ GÖLE, a.g.e., s.170.

⁶²⁰ NOMER ERTAN, a.g.e., s.438, SOYDEMİR, a.g.e., s.228, DİNÇ, a.g.e., s.122.

⁶²¹ NOMER ERTAN, a.g.e., s.438, NOMER ERTAN (ÜLGEN, Ticari İşletme Hukuku), s.613.

3) İnternet Kullanıcıları

TTK m.58 basın, yayın, iletişim ve bilişim kuruluşlarının sorumluluğunu düzenlerken aşamalı bir sorumluluk sırası belirlemiş, sırasıyla sorumlu kişinin bulunmasını hedeflemiştir. Eğer bu kişilerden birisinin kusuru var ise sıralamaya uyulmaksızın kusuru olan kişinin sorumluluğu gündeme gelecektir.

İçerik sahipleri ve ilan veren kişiler bu anlamda ilk etapta sorumlu olacaklardır. 5651 sayılı Kanun m.2/1-f’de içerik sağlayıcının tanımına yer verilmiştir. İçerik üreticileri paylaşımlarından ötürü sorumludur. Dolayısıyla sosyal medya platformlarında paylaşımda bulunan kişiler, diğer bir deyişle sosyal medya kullanıcıları yaptıkları paylaşımların haksız rekabete konu olması halinde içerik sağlayıcı sıfatıyla haksız rekabete ilişkin açılacak davalarda davalı konumunda olabileceklerdir⁶²².

Buna ek olarak internet sitesi sahibi veya sosyal medya kullanıcılarının kendi üretmedikleri ancak üretilen içerikleri yükleme veya diğer farklı yollar ile internet platformlarına sunmaları da mümkündür. Bu takdirde iletileri bilişim aracına koyan⁶²³, koyduran veya ilan servisi şefi sıfatına sahip olan kişiler de içerik sağlayıcı sıfatı ile sorumlu olacaktır. Elbette bu kişilerin sorumluluğu ikinci derece bir sorumluluk olup, iletinin veya ilan verenin sorumluluğuna gidilebildiği durumlarda bu kişilerin sorumluluğu gündeme gelmeyecektir⁶²⁴. Bu hususun istisnasını ise kusurlarının varlığı oluşturur. Diğer bir deyişle kusurlarının varlığı halinde aşamalı sisteme gidilmeden bu kişiler sorumlu olacaktır.

5651 sayılı Kanun m.4’te içerik sağlayıcının internet ortamında kullanıma sunduğu her türlü içerikten sorumlu olduğu belirtilmiştir. Ayrıca aynı maddenin 2. Fıkrasında ise içerik sağlayıcının bağlantı sağladığı başkasına ait içerikten sorumlu olmadığı, ancak sunuş biçiminden, bağlantı sağladığı içeriği benimsediği ve kullanıcının söz konusu içeriğe ulaşmasını amaçladığı açıkça belli ise genel hükümlere göre sorumlu olacağı belirtilmiştir. Bu takdirde özellikle sosyal medya platformlarında kullanıcıların diğer kişilere ait yorum, ileti veya paylaşımları beğenmeleri, tekrar

⁶²² ABBASOĞLU, a.g.e., s.168.

⁶²³ BOZKURT YÜKSEL, a.g.m., s.91. “Kanun koyucunun iletiyi bilişim aracına koymak terimi ile ifade etmek istediği veriyi erişime sunmaktır.”

⁶²⁴ ABBASOĞLU, a.g.e., s.169.

ileterek paylaşımları durumunda kural olarak sorumlu olmayacaklarını ancak açıkça paylaştıkları iletinin içeriğini benimsedikleri ve yayma amacıyla oldukları kanaati uyanmakta ise sorumlu olacaklardır.

Ayrıca çeşitli internet sitesi blogları veya sosyal medya platformlarında yorum yazan içerik sağlayıcılar ise bu sıfatla sorumlu olacaklardır⁶²⁵. İnternet sitesi bloglarında kendilerine ait içeriği paylaşan kişilerin kullanıma sundukları içeriklerden sorumlu olacakları aşıkardır. Ancak kendilerine ait blogda başkasına ait reklam veya buna benzer içeriğe dair hukuki sorumlulukları 5651 sayılı Kanun m.4/2'ye göre genel hükümlere göre belirlenecektir. Blog sahibi sunuş biçiminden, bağlantı sağladığı içeriği benimsediği ve kullanıcının söz konusu içeriğe ulaşmasını amaçladığı açıkça belli ise buna göre sorumlu olabilecektir.

4) Bilişim Kuruluşları

İnternet platformlarındaki paylaşımların içerik sağlayıcılarının tespit edilmesi bazı hallerde zor olmaktadır. Bu noktada bilişim kuruluşlarının sorumluluğu değerlendirilmelidir. TTK m. 58 ile basın, yayın ve iletişim kuruluşlarının ve bilişim kuruluşlarının da davada davalı taraf olarak yer aldığını aynı zamanda madde metninde teknik gelişmelerin ilerleyeceğini de hesaba katarak ileride faaliyete geçecek diğer kuruluşları da kapsamına aldığını görmekteyiz⁶²⁶. Bahsi geçen ortamlarda işlenen haksız rekabete karşılık açılacak tespit, men ve maddi durumun eski haline iadesi davaları ancak söz konusu ortamlarda yayınlanmış olan iletilerin, görüntü, program veya sesin sahipleri ile buraya ilan veren kişilere karşı açılabilir⁶²⁷.

TTK m. 58/1'de;

- a) *Yazılı basında yayımlanan şey, program, içerik, görüntü, ses veya ileti, bunların sahiplerinin veya ilan verenin haberi olmaksızın ya da onayına aykırı olarak yayımlanmışsa,*
- b) *Yazılı basında yayımlanan şeyin, programın, görüntünün, ses veya iletinin sahibinin veya ilan verenin kim olduğunun bildirilmesinden kaçınılırsa,*
- c) *Başka sebepler dolayısıyla yazılı basında yayımlanan şeyin, programın, görüntünün, sesin, iletinin sahibinin veya ilan verenin meydana*

⁶²⁵ ABBASOĞLU, a.g.e., s.171.

⁶²⁶ BOZKURT YÜKSEL, a.g.m., s. 87.

⁶²⁷ NOMER ERTAN, a.g.e., s.440.

çıkarılması veya bunlara karşı bir Türk mahkemesinde dava açılması mümkün olmazsa,

TTK m. 56/1-a-b-c’de yer alan davalar, yazı işleri müdürü, genel yayın yönetmeni, program yapımcısı, görüntüyü, sesi, iletiyi, yayın, iletişim ve bilişim aracına koyan veya koyduran kişi ve ilan servisi şefi; bunlar gösterilemiyorsa, işletme veya kuruluş sahibi aleyhine açılabilir.

Kural olarak ilk etapta bilişim kuruluşlarının sorumluluğuna başvurulamayacaktır. Ancak bazı durumlarda içerik değiştirilmiş, haksız rekabete konu olan yazı, ilan veya sesin sahibinin onayı alınmamış veyahut iletilerin sahibi bilinmiyor, aleyhine dava açılması mümkün değil veya ilan sahibi bildirilmekten kaçınıyor⁶²⁸ olabileceğinden ötürü TTK m. 58/1 bu hallerde yazı işleri müdürü, genel yayın yönetmeni, program yapımcısı, görüntüyü, sesi, iletiyi, yayın, iletişim ve bilişim aracına koyan veya koyduran kişi ve ilan servisi şefi; bunlar gösterilemiyorsa, işletme veya kuruluş sahibi aleyhine davanın yöneltilebileceğini düzenlemiştir. Dolayısıyla işletme ve kuruluş sahibi, madde metninde gösterilen diğer kişilere ulaşamaması veya diğer şekillerde haklarında dava açılmaması halinde sorumlu olacaktır. Yargıtay’ın 15.04.2019 tarihli kararında⁶²⁹ haber yayınlayan internet sitesinin içerik sağlayıcı olarak sorumlu olduğuna, haberlerin içerik itibari ile haksız rekabet teşkil ettiği, davalılardan davaya konu haberlerin yapıldığı internet sitesinin kurucusu, genel yayın yönetmeni ve içerik sağlayıcısı olan tarafın sorumluluğunun bulunduğu hükmedilmiştir.

Yukarıda değindiğimiz üzere TTK m.58/2’ye göre ise bu kişilerden birinin kusurunun bulunması durumunda ise sıraya bakılmaksızın kusurlu kişi aleyhine dava açılabilir.

⁶²⁸ Yargıtay 11. HD. 2011/14366E., 2012/21009K., 17.12.2012 tarihli kararı, “İnternet sitesinde müvekkili hakkında haksız, gerçek dışı, göndericisi belli olmayan, karalayıcı yorumlar yayınlarak müvekkilini zarara uğratmak istediği ve haksız rekabet yaptığı iddia edilmiş olup haksız rekabetin men’ine karar verilmesi talep edilen davada yazı sahibinin kim olduğu sorulmasına rağmen davalı tarafça bildirilmemiştir. Bu nedenle bozma kararı verilmiştir.” Yargıtay 11. HD. 2014/9072E. 2014/15983K. 20.10.2014 tarihli kararı (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi 12.09.2020)

⁶²⁹ Yargıtay 11. HD. 2018/1407E. 2019/2995K. 15.04.2019 tarihli kararı (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi 09.03.2021)

Bilişim işletme ve kuruluş sahiplerinin sorumluluğu haksız rekabet fiilinin bilişim ağına girişinin gerçekleştirildiği işletme ve kuruluş sahibi olmalarından kaynaklanmakta, ayrı bir eylemin varlığı aranmamaktadır⁶³⁰.

Bilişim kuruluşlarının içerik sağlayıcı rolü oynamaları halinde ise yukarıda bahsettiğimiz şekilde sorumlulukları birinci veya ikinci derecede gündeme gelmektedir.

5) Hizmet Sağlayıcıların-Değerlendirilmesi

a) Hizmet Sağlayıcıları Kavramı

İnternet servis sağlayıcıları kavramının hizmet sağlayıcı adı altında birleştirilmiş olması kavram karmaşası yaratmaktadır. TTK m.58/4 hükmünde yer alan hizmet sağlayıcı ifadesinin yer sağlayıcı olduğu ve bu hükmün erişim sağlayıcıları da kapsadığı⁶³¹ görüşüne katılmaktayız. Madde metninde hizmet sağlayıcı ifadesi kullanılmış olsa dahi bunu internet servis sağlayıcısı olarak geniş anlamda anlamakta fayda olduğu kanaatindeyiz. Böylece hizmet sağlayıcısı oynadığı rol ve edindiği görevlere göre yer sağlayıcısı veya erişim sağlayıcısı olarak sorumlu olacaktır.

TTK'da hizmet sağlayıcısının ne anlama geldiği açıklanmadığından ötürü 6563 sayılı Kanun m.2/1-ç'de yer alan hizmet sağlayıcı tanımını burada uygularsak oldukça dar bir uygulama alanı ortaya çıkmaktadır. Burada hizmet sağlayıcı, internet yer sağlayıcı ve erişim sağlayıcılarının da kapsandığı geniş bir kavram olarak anlaşılmalıdır⁶³². 5651 sayılı Kanun'un m.2/1-e ve m bentlerinde ise erişim sağlayıcı ve yer sağlayıcı tanımlarına yer verilmiştir.

İnternet servis sağlayıcısı şeklinde de kullanılan hizmet sağlayıcı terimi bilgisayar verilerinin işlenmesi veya depolanmasını ve bilgisayar sistemi aracılığı ile iletişimi yani hosting (barındırma), sunucu kiralama (leased server), e-posta veya alan adı temini, caching (ön belleğe alma) ve bir ağa bağlantı sağlama (erişim sağlama), web sayfası hazırlama şeklindeki hizmetleri kapsamaktadır⁶³³.

⁶³⁰ ABBASOĞLU, a.g.e., s.172.

⁶³¹ RÜZGAR, a.g.e., s. 138.

⁶³² SOYDEMİR, a.g.e., s.239.

⁶³³ ABBASOĞLU, a.g.e., s.173.

Hizmet sağlayıcıların sorumluluğunu değerlendirirken 5651 sayılı Kanun'un yer sağlayıcı, içerik sağlayıcı, erişim ve toplu kullanım sağlayıcıların sorumluluklarını düzenleyen 4,5 ve 6. maddeleri önemli düzenlemelerdir. 5651 sayılı Kanun m.4'e göre kullanıma sunmuş olduğu her türlü içerikten sorumlu⁶³⁴ olan içerik sağlayıcı aslında başkasına ait olan bağlantı sağlamış olduğu içerikten kural olarak sorumlu olmasa da sunuş şekli, sunuş amacı ile söz konusu içeriği benimsediği izlenimi oluşuyor ise bu takdirde söz konusu içerikten de sorumlu olmaktadır. Aynı Kanun'un m. 5'e göre ise sağladığı içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı olup olmadığını araştırmakla yükümlü olmayan yer sağlayıcı, sağlamış olduğu hukuka aykırı bir içeriğin varlığının m. 8 veya 9'a göre kendisine bildirilmiş olması durumunda yayından çıkarmakla yükümlü olmaktadır. 5651 sayılı Kanun m. 6 hükmüne göre yer sağlayıcı ile benzer şekilde aracısı olarak erişim sağladığı bilgilerin içeriklerinin hukuka aykırılık denetimini yapmakla yükümlü olmayan erişim sağlayıcı da 5651 sayılı Kanun'a uygun biçimde haberdar edildiği hukuka aykırı içeriği engellemekle yükümlü kılınmıştır. Hizmet sağlayıcının oynadığı role göre sorumluluğu söz konusu Kanunda yer alan düzenlemeler kapsamında belirlenecektir.

b) İçerik Sağlayıcı Konumundaki Sorumluluğu

Hizmet sağlayıcının kendisine ait içeriği internet sitesine yüklemesi halinde bu takdirde hizmet sağlayıcı içerik sağlayıcı olarak sorumlu olacak ve birinci etapta sorumlu olacaktır⁶³⁵. 5651 sayılı Kanun m.4'te içerik sağlayıcının internet ortamında kullanıma sunduğu her türlü içerikten sorumlu olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla hizmet sağlayıcı sadece içerik sağlayıcı rolünde ise bu madde kapsamında ilk etapta sorumlu olacaktır. Ancak aynı maddenin 2. Fıkrasında yer aldığı üzere içerik sağlayıcı bağlantı sağladığı başkasına ait içerikten sorumlu olmayacaktır. Fakat sunuş biçiminden, bağlantı sağladığı içeriği benimsediği ve kullanıcının söz konusu içeriğe ulaşmasını amaçladığı açıkça belli ise genel hükümlere göre sorumlu olacağı belirtilmelidir.

c) Erişim Sağlayıcı Konumundaki Sorumluluğu

⁶³⁴ BOZKURT YÜKSEL, a.g.m, s.88.

⁶³⁵ ABBASOĞLU, a.g.e., s.178.

Yalnızca erişim hizmeti veren hizmet sağlayıcı, sağladıkları içeriğin hukuka aykırılık teşkil ettiğini biliyorsa veya bilmesi gerekiyorsa sorumlu olacaktır⁶³⁶. Bu noktada hizmet sağlayıcı erişim sağlayıcı rolündedir. Bu nedenle 5651 sayılı Kanun m.6’da düzenlenen erişim sağlayıcılara dair sorumluluğa tabi olacaktır. İlgili hükme göre erişim sağlayıcı;

“a) Herhangi bir kullanıcısının yayınladığı hukuka aykırı içerikten, bu Kanun hükümlerine uygun olarak haberdar edilmesi halinde erişimi engellemekle,

b) Sağladığı hizmetlere ilişkin, yönetmelikte belirtilen trafik bilgilerini altı aydan az ve iki yıldan fazla olmamak üzere yönetmelikte belirlenecek süre kadar saklamakla ve bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü ve gizliliğini sağlamakla,

c) Faaliyetine son vereceği tarihten en az üç ay önce durumu Kuruma, içerik sağlayıcılarına ve müşterilerine bildirmek ve trafik bilgilerine ilişkin kayıtları yönetmelikte belirtilen esas ve usûllere uygun olarak Kuruma teslim etmekle,

ç) Erişimi engelleme kararı verilen yayınlarla ilgili olarak alternatif erişim yollarını engelleyici tedbirleri almakla,

d) Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun talep ettiği bilgileri talep edilen şekilde Kuruma teslim etmekle ve Kurum tarafından bildirilen tedbirleri almakla,”

yükümlüdür.

Haksız fiili oluşturan içerikle ilgisi olmayan, içeriğin anlamını, kime yöneldiğini bilmeyen hizmet sağlayıcıları haksız rekabet fiilinden sorumlu olmayacaktır⁶³⁷. Ancak Kanunda düzenlenen hallerde hizmet sağlayıcının sorumluluğu meydana gelecektir. Bu durumda hizmet sağlayıcıların, (erişim sağlayıcı ve yer sağlayıcıların) kusurlarının varlığı halinde sorumluluklarının doğacağı esas olarak temel alınmaktadır. Yargıtay haber verilmesi halinde yer sağlayıcının sorumlu olacağını düzenlemesine ek olarak haksız rekabetin varlığına da sorumluluğun şartı olarak yer vermektedir⁶³⁸.

⁶³⁶ ABBASOĞLU, a.g.e., s.174.

⁶³⁷ RÜZGAR, a.g.e., s. 139.

⁶³⁸ “... davalı şirketin “www.sikayetvar.com” adlı internet sitesinin yer sağlayıcı olduğu, yer sağlayıcılarının internet sitesinde yayınlanan içeriği kontrol etme veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz

Buna ek olarak erişim sağlayıcı, kendisi aracılığıyla erişilen bilgilerin içeriklerinin hukuka aykırı olup olmadıklarını ve sorumluluğu gerektirip gerektirmediğini kontrol etmekle yükümlü değildir.

ç) Yer Sağlayıcı Konumundaki Sorumluluğu

Hizmet sağlayıcılar internet sitesini barındıran (hosting) konumunda, internet alan adları ile web sitesine erişimin sağlanması işlevini gören yer sağlayıcı konumunda da olabilirler⁶³⁹. Bu takdirde 5651 sayılı Kanun m.5'e göre yer sağlayıcılar, yer sağladığı içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir. Ancak yer sağladığı hukuka aykırı içeriği 5651 sayılı Kanunun 8 inci ve 9 uncu maddelerine göre haberdar edilmesi hâlinde yayından çıkarmakla yükümlüdür. Yer sağlayıcı, yer sağladığı hizmetlere ilişkin trafik bilgilerini bir yıldan az ve iki yıldan fazla olmamak üzere yönetmelikte belirlenecek süre kadar saklamakla ve bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü ve gizliliğini sağlamakla yükümlüdür.

Yargıtay 11. HD.'nin 22.06.2009 tarihli 2008/3936E., 2009/7618K. Sayılı kararında www.gittigidiyor.com isimli internet sitesinin yer sağlayıcı konumunda iken kendi sitesi kullanılarak satışa sunulan ürünlerin meydana getirdiği marka ihlalden yer sağlayıcı olarak içerik sağlayıcı ile birlikte sorumlu olduğuna dair verilen karara karşılık ilk derece mahkemesi servis sağlayıcının sorumlu olmadığına dair görüşünde direndiğini görmekteyiz⁶⁴⁰. Dolayısıyla hizmet sağlayıcının sorumluluğu istisnai durumlarda gündeme gelmekte, hizmet sağlayıcının görevi irdelenerek yer sağlayıcı veya erişim sağlayıcı olarak görevi konumlandırılarak sorumluluğu tayin edilmeli, ihlale konu olan durumun kendisine iletilmesi halinde aldığı aksiyon yani içerikten kaldırma, erişimin engellenmesine dair verdiği karar doğrultusunda sorumlu olmalıdır. Yargıtay işbu kararında menfaat elde etmesi ve

konusu olup olmadığını araştırma yükümlülüklerinin bulunmadığı, ancak davalının 5651 Sayılı Kanun'un 5. maddesi uyarınca yer sağladığı hukuka aykırı içeriği hakkında haberdar edilmesi hâlinde yayından çıkarmakla yükümlü olduğu ve davacı tarafından davalıya ihtarname gönderildiği, fakat dava konusu internet sitesindeki içeriklerde tüketicilerin almış oldukları hizmetler ile ilgili karşılaştıkları olumsuzlukları ve sorunları belirttikleri, bu durumun ifade özgürlüğü kapsamında olduğu ve TTK uyarınca kötüleme yoluyla haksız rekabet teşkil etmeyeceği ve ayrıca dava konusu içeriklerin gerçeği yansıtmadığının da davacı tarafça kanıtlanamadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir." Yargıtay 11. HD. 2016/14151E., 2018/5088K. 10.9.2018 tarihli kararı (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi 28.09.2020).

⁶³⁹ ABBASOĞLU, a.g.e., s.177.

⁶⁴⁰ İlgili karar için bkz. RÜZGAR, a.g.e., s.199.

basiretli bir tacir gibi davranması gerektiği gerekçelerine dayanmış olsa dahi elde edilen menfaatin markasal kullanımdan ileri gelmemesi ve internet sitelerinin özellikle e-ticaret sitelerinin doğası gereği bu derece bir basiretin aranmasının hakkaniyete aykırı olacağı hususlarının tartışılması daha yerinde olacaktır.

Yer sağlayıcının web sitesine dair YHGK tarafından 15.01.2014 tarihinde verilmiş olan karar⁶⁴¹ konuya dair önemli kararlardandır. Dava konusu web sitesinin yer sağlayıcı olarak yayınlamış olduğu haksız fiil teşkil eden taklit ürün satışına dair içeriğin durdurulması, fiilin önlenmesi ve tecavüzün neticelerinin ortadan kaldırılması istemlidir. Söz konusu karara göre internetin yapısı, işlevi ve teknik özellikleri gereğince yer sağlayıcının üçüncü kişiler tarafından işlenen tecavüz fiillerini bilebileceği mümkün olmamakla birlikte 5651 sayılı Kanun gereğince de “uyar/kaldır” sisteminin benimsendiği, daha önceden ihlale ilişkin davalının haberinin olup olmadığı diğer bir deyişle kendisine dava konusu tecavüzün ihtarname ile bildirilmiş olup olmadığının araştırılması önemlidir. Yer sağlayıcı kusurunun varlığı halinde müteselsilen sorumlu olacaktır. Dava dilekçesi ile ihlalden haberdar edilen davalı yer sağlayıcının dava konusu tecavüz teşkil eden içeriği yayından kaldırmaması veya erişimini engellememesi nedeniyle kusurlu davranmasından ötürü sorumlu olacağı kanaatine varılmıştır.

Bu doğrultuda verilmiş diğer bir karar ise Yargıtay 11. HD.’nin 27.02.2013 tarihli 2012/3350 E., 2013/3597 K. Sayılı kararıdır⁶⁴². İlk derece mahkemesinde görülen davanın konusu davacıya ait tanınmış tescilli bir marka olan dava konusu ibarenin davalılar içerik sağlayıcı ve yer sağlayıcı tarafından alan adı olarak kullanılıyor olmasından kaynaklı olarak meydana gelen haksız rekabetin önlenmesi ve tazminat taleplidir. Davacı aynı zamanda söz konusu alan adının kullanımının durdurulması amacıyla davalı şirkete ihtarname gönderildiğini belirtmiştir. İlk derece mahkemesi söz konusu alan adının kullanımından ötürü yer sağlayıcı şirketin sorumlu olamayacağı ve bu nedenle husumet yokluğundan ötürü davalı şirket açısından davanın reddine karar vermiştir. Diğer davalı içerik sağlayıcısının

⁶⁴¹ Yargıtay HGK 2013/1138E. 2014/16K. 15.01.2014 tarihli kararı (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml> (Erişim Tarihi 19.09.2020)

⁶⁴² Yargıtay 11. HD.’nin 27.02.2013 tarihli 2012/3350 E., 2013/3597 K. (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml> (Erişim Tarihi 09.09.2020)

sorumluluğuna hükmetmiştir. Yargıtay ise yukarıda değinmiş olduğumuz ihtarname aracılığı ile uyar kaldır sistemi ve basiretli bir tacir olarak alan adının incelenmesi gerektiği gerekçelerine dayanarak davalı şirkete husumet düştüğü sebebiyle davanın yeniden incelenmesine dair karar vermek suretiyle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.

İçerik sağlayıcı sıfatı bulunmayan yer ve hizmet sağlayıcının ihtarname yolu ile haksız fiili öğrendiği tarihten itibaren makul süre içerisinde ihlale yol açan yayının kaldırılması ve unvanın kullanımının durdurulmasından bahseden yakın tarihli bir Yargıtay kararı⁶⁴³ da özellikle internet ortamındaki ihlallerde bir yayının veya reklamın bir saniye içerisinde milyonlarca kullanıcıyı içeren geniş bir kitleye ulaşması göz önünde bulundurulduğunda oldukça önemlidir. İhlale konu olan internetteki reklam ve yayınların kaldırılması konusunda makul süreden ne anlaşılması gerektiğine dair genel bir uygulama bulunmamaktadır. Fakat buna dair kararların en kısa zamanda hatta derhal uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Söz konusu dava ile davacıya ait markanın davalı tarafından internet sitesi içeriğindeki ilan ve reklamlarla iltibasa neden olmak suretiyle ihlal edildiği sebebiyle haksız

⁶⁴³ “Dairemizin emsal 2016/1613 E. - 2017/6599 K., 2011/15509 E. - 2012/540 K. ve 2012/3350 E. - 2013/3597 K. sayılı ilamları ile Yargıtay HGK’nın 15.01.2014 tarih 1138/16 Sayılı kararında da açıklandığı üzere, 5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun’un 5. maddesi ve 6563 Sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun’un 9.maddesiyle yer sağlayıcı ve aracı hizmet sağlayıcıların, tazminat sorumluluğu açısından, yayınlanan içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak marka hakkı sahibi, devam etmekte olan tecavüz ve haksız rekabet eylemleri yönünden, bu eylemlerin tespiti, tecavüzün durdurulması, önlenmesi ve sonuçlarının ortadan kaldırılması davalarını herkese karşı yöneltebilecektir. Mutlak hak niteliğindeki bu tür haklar herkese karşı yöneltebilecek olup, illiyet bağının varlığı halinde, hakkın yöneltildiği kişinin kusurunun varlığı ya da yokluğunun önemi bulunmamaktadır. Bu bağlamda, internet yer ve hizmet sağlayıcılarına karşı da anılan hakların ileri sürülmesine bir engel bulunmamaktadır. Öte yandan, gerek haksız fiillere ilişkin 6098 Sayılı TBK’nın 50 ve gerekse ülkemizin de taraf olduğu Ticaretle Bağlantılı F. Mülkiyet Hakları Sözleşmesi’nin 45.maddesi uyarınca, fikri mülkiyet haklarına tecavüz nedeniyle tazminat sorumluluğuna hükmetmek için fiillerine iştirak veya yardım etmek ya da bu fiilleri teşvik etmek veya yapılmasını kolaylaştırmak eylemini gerçekleştiren yer ve hizmet sağlayıcıların kusurunun ispat edilmesi gerekmektedir. Dairemizin yukarıda zikredilen yerleşik içtihatlarında ve 6563 Sayılı Elektronik Ticaret Kanunu’nda da vurgulandığı üzere, içerik sağlayıcı sıfatı bulunmayan internet yer ve hizmet sağlayıcı kuruluşların tazminat sorumluluğundan bahsedebilmek için, imkan sağladıkları içeriğin hukuka aykırı ve marka hakkına tecavüz niteliğinde olduğunun bilmeleri gerekir. Bunun için de önceden hak sahipleri tarafından uyarılmaları ve hukuka aykırı içeriği makul süre içerisinde kaldırmalarını yer ve hizmet sağlayıcı kuruluşlardan talep etmeleri gerekir. Ayrıca hak sahiplerinin, içeriğinin kaldırılmasını talep ederken, kendilerinin önceden elde edilmiş üstün hak sahibi olduklarını yaklaşık ispata yeterli delillerini de anılan kuruluşlara sunmuş olmaları gerekir.” Yargıtay 11. HD.’nin 2019/618E., 2019/8167K. 16.12.2019 tarihli kararı (Çevrimiçi) www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi 09.09.2020)

rekabetin tespitine, ref'ine ve men'i ile tazminata hükmedilmesi talep edilmiştir. İstinaf mahkemesinin kararını inceleyen Yargıtay ise yer sağlayıcı ve hizmet sağlayıcının ihlali bilmesine rağmen buna son vermemesinden ötürü kararı bozarak kaldırılmasına karar vermiştir.

d) Davalı Olarak TTK m. 58/4' Kapsamında Sorumlulukları

TTK m.58/4'e göre doğrudan haksız fiili gerçekleştirmiş olmasa dahi, söz konusu eylemin internet ortamında bir şekilde yayınlanmasına hizmet eden hizmet sağlayıcıları aleyhine haksız rekabetten kaynaklanan sona erdirme ve önleme, eski hale iade ve tespit davaları açılabilir. Söz konusu davalar hizmet sağlayıcının haksız rekabet fiilinin iletimini başlatmış, iletimin alıcısını veya fiili oluşturan içeriği seçmiş veya fiili gerçekleştirecek şekilde değiştirmiş olması halinde hizmet sağlayıcısı aleyhine açılabilir.

Bu hallerde açılacak tazminat davası için TTK m.58/3 hükmü TBK'yı işaret etmiştir. Bu halde TBK m.49 ve devamının uygulanması gerekmektedir.

Yargıtay 11. HD. bir kararında içerik sağlayıcı aleyhine açılan haksız rekabetin tespit ve meni davasında, ilk derece mahkemesinin 5651 sayılı Kanun gereğince hüküm verilmesi kararına karşılık, bu kararı bozarak yanlış ve yanıltıcı haberi internet sitesinden kaldırmayan içerik sağlayıcının TTK m.58'e göre sorumlu olduğu gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur⁶⁴⁴.

TTK m.58/4'e göre hangi hallerde kural olarak hizmet sağlayıcısına karşı dava açılmayacağı şu şekilde sıralanmıştır; internet servis sağlayıcı haksız rekabet fiilinin i) İletimini başlatmamışsa, ii) İletimin alıcısını veya fiili oluşturan içeriği seçmemişse, iii) Fiili haksız rekabeti gerçekleştirecek şekilde değiştirmemişse bu kimseye karşı haksız rekabete dayalı yukarıda sayılan tespit, sona erdirme ve önleme ve eski hale iade davaları açılmayacak, bununla birlikte hakkında tedbir kararı da verilemeyecektir. Diğer bir deyişle hizmet sağlayıcısı aleyhine dava açılması bazı koşullara bağlanmıştır. Hizmet sağlayıcı haksız rekabet teşkil eden fiilin i) iletimini başlatmışsa, ii) iletimin alıcısını veya fiili oluşturan içeriği seçmişse, iii) fiili haksız rekabeti gerçekleştirecek şekilde değiştirmişse bu kimseye karşı

⁶⁴⁴ Yargıtay 11. HD. 2014/7306 E., 2014/9849 K. 28.05.2014 tarihli karar (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml> (Erişim Tarihi 12.09.2020)

haksız rekabete dayalı olarak tespit, sona erdirmeye ve önleme ve eski hale iade davaları açılacaktır.

TTK m.58/4'te yer alan ikinci cümle ile haksız rekabet fiilinin “olumsuz sonuçlarının kapsamlı veya vereceği zararın büyük olacağı durumlar” istisna olarak gösterilmiş olup, kapsamlı veya zararın büyüklüğünün öngörüldüğü haller dava açılmayacak durumların istisnası olarak madde metninde yer almıştır. Bu takdirde ilgili düzenleme ile ilgili hizmet sağlayıcı dinlenerek verilebilecek tedbir kararları; haksız rekabet fiilinin

i) sona erdirilmesi,

ii) önlenmesi,

iii) içeriğin geçici olarak kaldırılması,

iv) somut olaya uygun ve uygulanabilir başka tedbirler olarak karşımıza çıkmaktadır.

Böylece uygulamada sıkça karşılaşılan problemlere ışık tutulmuş, muhatap belirtilerek ölçsüz ihtiyatı tedbir kararlarının önüne geçilmesinin yolu açılmıştır⁶⁴⁵. İlgili madde gerekçesinde de açıklandığı üzere hizmet sağlayıcının haksız fiili meydana getiren içerikle ilgisinin bulunmaması, içeriğin anlamı ve yöneltildiği kişinin ayırdında bulunmaması bakımından sorumlu tutulmamaları olağandır⁶⁴⁶. Bununla birlikte hizmet sağlayıcısının aleyhine verilen internet sitesine erişimin engellenmesi kararı işlediği haksız rekabet eylemi karşısında daha büyük bir zarara sebebiyet veriyorsa, bu tedbirden daha farklı bir yöntemle hukuka aykırılık giderilebiliyorsa, sitenin tamamı yerine ilgili içeriğe erişimin engellenmesi mümkünse buna göre verilecek karar değerlendirilmeli ve erişimin engellenmesi kararı son planda yer almalıdır⁶⁴⁷. Diğer bir deyişle internet sitesine tamamen erişim engelleme kararı verilmesi son çare olarak başvurulacak bir yöntem olmalıdır.

İnternet sitelerinde karşımıza çıkan haksız rekabet yaratan reklamlar içerisinde yer alan web sitesi alan adı, banner, çerçeveleme, spam, anahtar sözcük, yönlendirici kod, sosyal medya içerik ve etiketleri gibi yöntemlerden ötürü hizmet sağlayıcının sorumluluğu belirlenirken bu reklamlara dair oynadığı rol ve reklamların

⁶⁴⁵ SOYDEMİR, a.g.e., s.238.

⁶⁴⁶ BOZKURT, a.g.e., s.388.

⁶⁴⁷ ABBASOĞLU, a.g.e., s.180.

yayınlanmasındaki yeri incelenelerek buna göre sorumlu tayin edilmelidir. 5651 S. Kanun'a göre yer sağlayıcı tanımına uygun olarak kendi içeriklerini paylaşmadıklarını varsayarsak Facebook, Youtube, Twitter gibi platformların ve internet sitelerinin işletenleri sayılabilir. Erişim sağlayıcı ise işleten konumunda olup elektronik haberleşme şebekesi sağlayan ve alt yapıyı işleten Türk Telekom gibi şirketlerdir. Sosyal medya siteleri kural olarak yer sağlayıcı konumunda olduklarından ötürü paylaşılan içerikleri denetleme yükümlülüğüne sahip olmayıp ancak haksız rekabet teşkil eden fiillerin kendisine bildirilmesi halinde içeriği kaldırma yükümlülüğü vardır.

3. Görevli ve Yetkili Mahkeme

TTK m. 4/1'de hangi davaların ticari dava ve ticari nitelikte çekişmesiz yargı olacağı düzenlenmiştir. Bu hükme göre TTK'da öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları da bu kapsamdadır. Dolayısıyla haksız rekabetten doğan hukuk davaları ticari davadır. Burada tarafların tacir olmasına veya uyuşmazlığın ticari işletme ile ilgili olup olmamasına bakılmayacaktır.

Kural olarak TTK m.56'ya göre haksız rekabete ilişkin davalarda görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesi olmakla birlikte özel hükümlere dayanılan hallerde somut duruma göre Fikri ve Sınai Haklar Mahkemesi, iş mahkemesi veya tüketici mahkemeleri görevli olmaktadır. Ticaret mahkemesinin bulunmadığı yerde asliye hukuk mahkemesi görevlidir⁶⁴⁸.

Yukarıda değindiğimiz üzere⁶⁴⁹ uygulamada kümülatif olarak fikri haklar ile ilgili özel düzenlemeler ile haksız rekabet hükümlerinin birlikte uygulandıkları hallerde hem özel düzenlemelere hem de haksız rekabet düzenlemelerine dayanılarak dava açılması mümkündür. SMK m.156 ve FSEK m. 76'da dava konusunun miktarına bakılmaksızın Fikri ve Sınai Haklar Mahkemesinin (FSHM) görevli olacağı düzenlenmiştir. Bu noktada somut olayın özelliklerine göre FSHM veya ticaret mahkemelerinin görevli olacağı tespit edilmelidir. Yargıtay içtihatlarında da belirtildiği üzere taraflardan biri özel olarak korunan, SMK'da düzenlenen fikri

⁶⁴⁸ DİNÇ, a.g.e., s.128.

⁶⁴⁹ Bkz. s. 56.

haklardan birine dayalı olarak talepte bulunuyorsa FSHM'nin görevli olduğu kabul edilecektir⁶⁵⁰.

Haksız rekabeti gerçekleştiren kişinin iş akdi çerçevesinde çalışan bir kimse olması halinde ise iş mahkemesi görevli olmaktadır⁶⁵¹.

TKHK m. 73/1'de tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek olan uyuşmazlıklara dair davalarda tüketici mahkemelerinin görevli olacağı düzenlenmiştir. TKHK m. 83/2'de ise *“Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu Kanunun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemez”* hükmü yer almaktadır. Dolayısıyla haksız rekabete dayalı olarak tüketiciler tarafından açılan davalarda tüketici mahkemelerinin mi yoksa ticaret mahkemelerinin mi görevli olacağı hususu tereddüt yaratabilecektir. Kural olarak tüketiciler tarafından açılan haksız rekabet davalarında ticaret mahkemesi görevli olacaktır. Ancak tüketici işlemlerinin mevcut olduğu hallerde görevli mahkeme tüketici mahkemesi olmalıdır⁶⁵². Konumuz açısından önemli olan ticari reklam ve haksız ticari uygulamalar tüketici işlemi değil tüketiciye yönelik uygulama olarak değerlendirilmektedir. Tüketiciye yönelik uygulamalar kavramı ise TRHTUY m. 4/p'de tanımlanmıştır. Bu noktada TKHK m.73 tüketici mahkemesini işaret etse de TKHK m.83/2 tüketici işlemini esas aldığından ötürü tüketici işleminin söz konusu olmadığı hallerde tüketiciler tarafından haksız rekabete dayalı olarak açılan davalarda görevli mahkeme ticaret mahkemesidir⁶⁵³.

⁶⁵⁰ NOMER ERTAN (ÜLGEN, **Ticari İşletme Hukuku**), s. 616. Yargıtay 11. HD. 2012/4348 E., 2013/3866 K. 04.03.2013 tarihli kararı, “davanın fikri mülkiyet hukukunda korunması gereken tescilli bir hakka ilişkin olmayıp, Ticaret Kanununun haksız rekabet hükümlerine göre çözülmesi gerektiği anlaşıldığından uyuşmazlığın, ... Asliye Ticaret Mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir.” Yargıtay 20. HD. 2015/12551 E., 2016/891 K. 26.01.2016 tarihli kararı, (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html> (Erişim Tarihi 09.03.2021)

⁶⁵¹ Dava, haksız rekabetin tespiti ve tazminat istemine dair olup davalının, ... yanında hizmet akdiyle çalıştığı sırada ...'ya ait imalat sırlarını diğer davalıya verdiğini ileri sürüp bu suretle davalı işçinin davacı şirkette çalıştığı sırada özen yükümlülüğüne aykırı hareket ettiği sebebiyle uyuşmazlığa iş mahkemesinde bakılması gerekmektedir. 5521 Sayılı Kanunu'nun m. 1 gereği işçi ile işveren arasında, hizmet ilişkisinden doğan uyuşmazlıkların çözüm yeri iş mahkemeleridir. Yargıtay 11. HD. 2010/8854 E. 2012/557 K. 23.01.2012 tarihli kararı (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html> (Erişim Tarihi 09.03.2021)

⁶⁵² NOMER ERTAN, **a.g.e.**, s. 454, NOMER ERTAN (ÜLGEN, **Ticari İşletme Hukuku**), s. 616.

⁶⁵³ NOMER ERTAN, **a.g.e.**, s. 456.

5651 sayılı Kanun çerçevesinde düzenlenen erişimin engellenmesi kararının verilmesi ve bu kararların yerine getirilmesine dair durumlarda m.8, m.8/A, m.9, m.9/A'da düzenlendiği üzere sulh ceza hakimliği görevlidir.

HMK m.6-16'ya göre ise kural olarak bu davalar davalının ikametgahında açılabilir gibi haksız rekabetin gerçekleştiği yer mahkemesinde, zararın doğduğu veya doğma ihtimalinin bulunduğu yer ile zarar görenin yerleşim yeri mahkemesinde ikame edilebilir.

Yargıtay bir kararında⁶⁵⁴ internet aracılığı ile işlenen haksız fiile dair açılan davada internetin ulaştığı her yerde davanın açılabilirliğine hükmetmiştir. Söz konusu karara göre davacı internette yer alan haksız rekabet teşkil eden içeriği kendi ikametgahında gördüğü için bu yer mahkemesinde davayı açabilecektir.

İnternet ortamında gerçekleştirilen haksız rekabet fiilleri bakımından men (önleme/sona erdirmeye) taleplerinin ileri sürüleceği mahkemenin hangisi olduğu tereddüt yaratabilecektir. Bu konuya dair Yargıtay'ın bir kararında⁶⁵⁵ Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından görülen davada internet ortamındaki davacı şirket aleyhindeki ifadelerin eleştiri ve şikâyet sınırlarını aşan, davacı şirketi karalayıcı, itibarını düşürücü, üçüncü kişileri yanıltıcı nitelikte olduğu bu nedenle tazminat talebi kabul edilmiş, internet ortamındaki yazı ve resimlerin kaldırılmasına dair talebin görev yönünden reddine karar vermiştir. Yargıtay diğer bir kararında⁶⁵⁶ ise dava konusu uyuşmazlığın ticari itibar, güvenilirlik ve kişilik haklarını zedelemeye yönelik internet yolu ile yapılan duyurunun önlenmesi istemine ilişkin olduğunu belirtmiştir. İlk derece mahkemesince davanın 5651 sayılı Kanun uyarınca Sulh Ceza Mahkemelerinin görevi kapsamında girdiği gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiştir. Ancak Yargıtay dava konusu iddianın TTK'nın m. 54 vd. maddeleri kapsamında değerlendirilip Asliye Ticaret Mahkemesi tarafından davanın esasına girilerek karar verilmesi gerekirken görevsizlik kararı verilmesini doğru bulmayarak bozmaya karar vermiştir.

⁶⁵⁴ Yargıtay 11. HD. 2006/11815 E. 2007/14483 K. 19.11.2007 tarihli kararı (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html> (Erişim Tarihi 09.02.2021)

⁶⁵⁵ Yargıtay 11. HD. 2014/19106 E., 2015/642 K. 19.01.2015 tarihli karar (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml> (Erişim Tarihi 09.02.2021)

⁶⁵⁶ Yargıtay 11. HD. 2019/3387 E. 2019/5693 K., 23.9.2019 tarihli kararı (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html> (Erişim Tarihi 09.02.2021)

Özellikle internetteki reklamların hukuka uygunluğuna ilişkin yargılama yetkisinin neresi olacağına dair uluslararası mecrada oybirliği bulunmamakta olup, internet ortamında yapılan yayının yapıldığı yani yayının idare edildiği ülke hukukunun uygulanacağı genel olarak davalarda karara bağlanmıştır⁶⁵⁷. Bu alanda ulusal sınırların işlevsizliği sebebiyle ve bir devlete ait kuralların yetersiz kalacağı göz önünde bulundurulduğunda milletlerarası kurallara ihtiyaç duyulduğu belirtilmektedir⁶⁵⁸. Gerçekten de bu alanda yerel kuralların yetersiz oluşu sebebiyle milletlerarası kuralların kabul edilmesi gerektiği görüşüne biz de katılmaktayız.

TTK m.59'da düzenlendiği üzere hükmün kesinleşmesi sonrasında davayı kazanan tarafın istemi ile mahkeme hükmün ilanına karar verebilir. Bu takdirde gider haksız çıkmış olan taraftan alınacaktır. Bu dava neticesi taraflarının yanında, tüketicileri, piyasanın diğer katılımcılarını etkilediğinden ötürü bu imkân yasal olarak tanınmıştır⁶⁵⁹.

4. Zamanaşımı

Tespit, önleme ve sona erdirme (men) ⁶⁶⁰, eski hale iade talepleri doğası gereğince ancak haksız rekabetin devam etmekte olduğu, ihlalin sürdüğü durumlarda veya ihlal ihtimalinin mevcudiyeti halinde ikame edilebileceğinden ötürü zamanaşımına tabi olmayıp, tazminat davaları TTK m. 60'da belirtildiği üzere hak sahibinin öğrendiği günden itibaren bir yıl ve her halükârda üç yıl geçmekle zamanaşımına uğramaktadır.

Önleme talepli bir dava, haksız rekabet fiilinin gerçekleşmesinden önce ve gerçekleşme tehlikesine karşılık açılabilir. Bu durumda haksız rekabetin gerçekleşme ihtimali veya tekrar etme tehlikesi devam etmektedir. Bu sebeple bu süre boyunca önleme davasının açılması mümkündür. Haksız rekabetin gerçekleşme ihtimalinin

⁶⁵⁷ OKAN, **a.g.e.**, s.90.

⁶⁵⁸ David R. JOHNSON, David G. POST, "Law and Borders-The Rise of Law in Cyberspace", **Stanford Law Review**, Vol.48, No.5, Mayıs 1996, s.1401- 1402.

⁶⁵⁹ NOMER ERTAN, **a.g.e.**, s.457.

⁶⁶⁰ Haksız rekabet eyleminin devam ettiği olayda bu sürede tecavüzün önlenmesine dair talebin zamanaşımına tabi olmadığına dair bkz. Yargıtay 11. HD. 2013/16047 E, 2014/4213 K. 05.03.2014 tarihli karar (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml> (Erişim Tarihi 09.09.2020)

veya tekrar tehlikesinin ortadan kalktığı durumlarda zaten önleme talebinde bulunulması mümkün değildir⁶⁶¹.

Burada önemli bir husus olarak sessiz kalmanın zımni kabul olarak değerlendirildiğini ve göz yummanın korunmayacağını⁶⁶² bu takdirde zamanaşımının işleyebileceğine değinmemiz gerekmektedir. Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlarda⁶⁶³ davacıya ait ticaret unvanının davalıya tahsis edilmiş alan adı olarak kullanılmasından kaynaklı olarak haksız rekabetin tespiti ve söz konusu alan adının sicilden terkinine ilişkin davada, davacının söz konusu ihlale sekiz sene sessiz kalmış olmasından ötürü dürüstlük kuralının araştırılması gerektiğinden haksız rekabetin kabulüne dair verilen karar bozulmuştur.

C. İhtiyati Tedbirler

1. Genel Olarak

Haksız rekabet davası sürerken dava esnasında meydana gelen bazı gelişmeler ve geçen uzun süre davacının durumunu zorlaştırabilecek, ispat güçleşecek, davanın lehine dahi sonuçlanması durumunda bile bunun bir önemi kalmayacaktır. Bu durumda ihtiyati tedbir yöntemi karşımıza çıkar.

HMK m.389 vd. maddelerinde ihtiyati tedbir talebi, ihtiyati tedbirin şartları, ihtiyati tedbir kararı ve bu kararın uygulanması ile karara karşı itiraz gibi ihtiyati tedbire dair karşılaşılabilecek durumlar düzenlenmiştir. Kanuni düzenlemeye göre var olan durumda ortaya çıkabilecek bir değişiklik sebebiyle hakkın elde edilmesi zorlaşacak veya imkânsız hale gelecek veya gecikmeden ötürü ciddi bir sakınca veya zararın meydana gelebileceğinden endişe duyulması durumunda ihtiyati tedbir kararı verilebilir. Yargılama neticesinde bazı durumlarda özellikle davaların uzun sürmesi sebebiyle davanın lehine sonuçlandığı kişinin zarara uğrama ihtimali öngörülebilecek olup söz konusu hak sahibi verilecek mahkeme kararının güvence altına alınmasını telafisi güç bir zararın önüne geçmek amacıyla ihtiyati tedbir yoluyla isteyebilir⁶⁶⁴.

⁶⁶¹ NOMER ERTAN (ÜLGİN, **Ticari İşletme Hukuku**), s. 618, NOMER ERTAN, **a.g.e.**, s.460-462.

⁶⁶² NOMER ERTAN (ÜLGİN, **Ticari İşletme Hukuku**), s.619.

⁶⁶³ Yargıtay 11. HD. 2012/17833 E., 2014/6687 K. 04.04.2014 tarihli kararı (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml> (Erişim Tarihi 09.09.2020), Aynı yönde diğer kararlar için bkz. Yargıtay 11. HD. 2005/13595 E., 2007/273 K., 15.1.2007 tarihli kararı, Yargıtay 11. HD. 2005/11233 E., 2007/1488 K., 8.2.2007 tarihli kararı (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html> (Erişim Tarihi 30.09.2020)

⁶⁶⁴ NOMER ERTAN, **a.g.e.**, s.468, POROY, YASAMAN, **a.g.e.**, s. 354.

İhtiyati tedbir kararı mağdurun tatminini değil, hakkın gerçekleşmesini garanti altına alarak geçici bir koruma sağlamış olduğu gibi, zamanın geçmesinin sebep olacağı zararın da önüne geçilmesini amaçlamaktadır⁶⁶⁵. Özellikle internetin piyasa ve insanlar üzerindeki etkisinin hızı düşünüldüğünde internet üzerinden gerçekleşen haksız rekabet ihlallerine dair davalarda verilecek ihtiyati tedbir kararlarının önemi bir kat daha artmaktadır.

TTK m. 61’de ise haksız rekabet davalarına ilişkin ihtiyati tedbir kararı ve şartları⁶⁶⁶ düzenlenmiş olup, burada düzenlenmeyen hususlara ilişkin HMK’nın ilgili hükümlerine başvurulacaktır. Bu hükme göre dava açmaya ehil kişi diğer bir deyişle tespit, men, eski hale iade ve tazminat davalarını açabilecek olan kişiler ihtiyati tedbir talep edebilir.

İhtiyati tedbir talep edilen mahkeme;

i) mevcut durumun var olduğu gibi korunmasına,

ii) TTK m. 56/1-(b)-(c) bentlerinde öngörölmüş olan haksız rekabet sonucu oluşan maddi durumun ortadan kaldırılmasına,

iii) haksız rekabetin önlenmesine,

iv) yanlış veya yanıltıcı beyanların düzeltilmesine ve

v) diğer tedbirlere karar verebilir.

Burada üzerinde durulması gereken önemli husus ise, söz konusu düzenlemenin usul hukukunda ihtiyati tedbir kararının davanın esasını çözümleyecek biçimde verilemeyeceği prensibinin istisnasını teşkil etmesidir⁶⁶⁷.

TTK m.56/1 “-b) Haksız rekabetin men’ini, -c) Haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılmasını, haksız rekabet yanlış veya yanıltıcı beyanlarla yapılmışsa bu beyanların düzeltilmesini ve tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise, haksız rekabetin işlenmesinde etkili olan araçların ve malların imhasını,” dava konusu edileceği düzenlenmiş ise de ihtiyati tedbir kararının doğası gereği ölçölü, geçici ve gerekli olması özelliklerini taşıması gerektiğinden “araçların

⁶⁶⁵ POROY, YASAMAN, **a.g.e.**, s. 354, Müjgan TUNÇ YÜCEL, “Haksız Rekabet Hukukunda Teminat Amaçlı İhtiyati Tedbirler”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF-HAD)**, Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan, İstanbul 2004, s. 418.

⁶⁶⁶ Karşı tarafı kötüleyici reklamın kaldırılmasına dair verilen ihtiyati tedbir kararının yerinde olmasına dair karar için bkz. Yargıtay 11. HD. 2012/17314 E., 2013/756 K. 16.01.2013 tarihli kararı (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml> (Erişim Tarihi 09.09.2020)

⁶⁶⁷ NOMER ERTAN, **a.g.e.**, s.471.

ve malların imhası” na dair ihtiyati tedbir kararı verilmesi mümkün değildir⁶⁶⁸. Hâkim ihtiyati tedbir talebi ile bağlı olup talep edilen tedbirin dışına çıkarak daha kapsamlı bir karar veremez⁶⁶⁹.

Özellikle internet ortamındaki haksız rekabet nedeniyle oluşan ihlallerin gecikmesinde önemli bir zarar veya tehlike olması nedeniyle internet ortamındaki uyuşmazlıklar ihtiyati tedbirlerin uygulama alanını oluşturur⁶⁷⁰. Geçici bir koruma sağlayan tedbir kararı ile haksız rekabet mağdurunu tatmin etmek amaçlanmamış, yine de her iki tarafın çıkarları doğrultusunda koruma işlevine sahip olan bu uygulamanın hukukumuzda önemi büyüktür⁶⁷¹. Haksız rekabet sebebiyle ihtiyati tedbir ile internet sitesinin haksız rekabet içeren içeriğinin kaldırılması, aldatıcı veya yanıltıcı reklam içeren bannerin durdurulması, içeriği haksız rekabete konu olan e-postanın gönderilmesinin durdurulmasına karar verilebilir.

Yargıtay 11. HD.’nin vermiş olduğu bir kararda⁶⁷² TTK m. 61. İle mahkeme haksız rekabete dair dava açma hakkına sahip olan kişinin talebiyle “haksız rekabetin önlenmesine ve yanlış veya yanıltıcı beyanların düzenlenmesine ve diğer tedbirlere HMK’nın ihtiyati tedbir hakkındaki hükümlerine göre ihtiyati tedbire” karar verilebileceği gerekçesi ile ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu red kararını bozmuştur. İlk derece mahkemesi davacının “kişilik haklarına saldıran www.aveadansikayetciyim.com adresli bir internet sitesinin varlığının tespit edildiğini, sözkonusu sitenin whois kayıtları incelendiğinde sitenin karşı yan tarafından host edildiğinin öğrenildiğini, internet sitesinde vekil edenin itibarına ve markalarına zarar veren ifadeler kullanıldığını ileri sürerek ileride açılacak haksız rekabetin ve kişilik haklarına saldırılarının önlenmesi talepli davada verilmesi olası kararın etkinliğini ortadan kaldıracak faaliyetlerin durdurulması anlamında HMK’nın

⁶⁶⁸ NOMER ERTAN, **a.g.e.**, s.471. Yargıtay’ın kötüleme içerikli reklamın haksız rekabet oluşturma iddiasına dair talep edilen ihtiyati tedbir kararında reklam yayınının durdurulmasına dair tedbir kararını kabul etmiş ancak reklam yayınının toplatılarak imha edilmesi, kayıtların silinmesine dair talebi reddetmesine ilişkin bkz. Yargıtay 11. HD. 2012/18440 E., 2013/149 K. 08.01.2013 tarihli kararı (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml> (Erişim Tarihi 09.09.2020)

⁶⁶⁹ ERMENEK, ÖZDAMAR, **a.g.m.**, s.59.

⁶⁷⁰ SOYDEMİR, **a.g.e.**, s.220.

⁶⁷¹ DİNÇ, **a.g.e.**, s.128.

⁶⁷² Yargıtay 11. HD. 2013/1854 E., 2013/3274 K. 25.02.2013 tarihli karar (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml> (Erişim Tarihi 12.09.2020)

389 ve ...'nın 61. maddesi uyarınca HMK'nın 390/... maddesi uygulanarak ve teminatsız olarak <http://www.aveadansikayetciyim.com> internet sitesinin içeriğinin yayınının durdurulması/ engellenmesi anlamında söz konusu siteye erişimin tedbiren engellenmesi amacıyla ihtiyati tedbir kararı verilmesini” talep etmesine karşılık mahkeme “iddiaların yargılamayı gerektirdiği ve ihtiyati tedbir talep edenin zarara uğraması durumunda tazminat hakkının mevcut olduğu” gerekçesiyle dava isteminin reddetmiştir. Yargıtay’ın kanunda yer alan ihtiyati tedbir düzenlemesini gözden kaçırmayarak ilgili maddeye binaen ihtiyati tedbir kararı verilmesi gerekirken talebin reddini uygun görmediğine ilişkin verdiği karara katılıyoruz.

Yargıtay’ın vermiş olduğu bir diğer kararda⁶⁷³ ise Davacı kendisine ait tanınmış markanın davalı tarafından karıştırılmaya yol açacak şekilde kullanıldığı surette marka hakkına tecavüzde bulunduğunu iddia etmekte, tazminat hakkı saklı kalmak kaydıyla tecavüz ve haksız rekabetin tespitini, men'ini ve sonuçlarının ortadan kaldırılması ile davalının dava konusu markayı internet üzerinde kullanımının önlenmesi, kullanımının toplatılması ve imhasını talep ve dava etmiştir. Davalının dava konusu markayı internet sitesinde, ürünlerinde ambalaj ve kutularında, etiketlerinde kullanmasının markaya tecavüz ve haksız rekabet oluşturduğunun tespit ve men'ine karar verilmiştir. Buna ek olarak “www.owundys.com.tr” internet sitesinden belirtilen ibarelerin çıkartılmasına, aksi takdirde sitenin erişiminin ve hosting hizmetinin engellenmesine, hükmün ilanına dair verilen karar Yargıtay tarafından onanmıştır.

Yukarıda bahsi geçen Playboy Enterprises Inc. v. Calvin Designer Label 8 Eylül 1997 tarihli davada geçici olarak tedbir kararının verilmemesi halinde telafisi imkânsız olacak zararların meydana geleceği ve haksız rekabete neden olacağı gerekçesi ile dava konusu ihlale konu olan markaların, alan adlarında da dahil kullanımının son verilmesine dair ihtiyati tedbir kararı verilmiştir.

⁶⁷³ Yargıtay 11. HD. 2012/1612 E., 2013/1638 K. 25.01.2013 tarihli karar (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml> (Erişim Tarihi 12.09.2020)

İhtiyati tedbire ilişkin mahkeme karar tarihinden itibaren on gün içerisinde esasa ilişkin dava açılması şart olup, bu sürede dava açılmaması halinde ihtiyati tedbir kararı kendiliğinden kalkar⁶⁷⁴.

Kanaatimizce ihtiyati tedbir kararlarını talep eden taraf ile uygulayacak mahkemenin internet mecrasında bunu talep eden ve uygulayan olarak özenli davranarak geniş çaplı inceleme yapmaları, gerekli hallerde ihlale konu olan internet sitesine erişimin engellenmesi yerine sadece haksız rekabet oluşturan içeriğe erişimin engellenmesine karar vermesi⁶⁷⁵ ve zaman açısından da hızlı davranmaları gerekmektedir.

2. Gümrüklerde El Koyma

TTK m. 61'in 2. 3. Ve 4. Maddelerinde belirtilen bir konudur. Buna göre; “Ayrıca, hak sahibinin yetkilerine tecavüz oluşturmaları hâlinde cezayı gerektiren haksız rekabet konusu mallara, ithalat veya ihracat sırasında hak sahibinin talebi üzerine, gümrük idareleri tarafından ihtiyati tedbir niteliğinde el konulabilir. El koyma ile ilgili uygulama bu konudaki mevzuata tabidir. Gümrük idarelerindeki tedbir veya el koyma kararının tebliğinden itibaren on gün içinde, esas hakkında ilgili mahkemede dava açılmaz veya mahkemeden tedbir niteliğinde karar alınmazsa idarenin el koyma kararı ortadan kalkar.” Şeklinde dir. Ancak konumuz gümrüklerde el koymaya dair bir sonucu kapsamayacağından ötürü bu konudan kısaca bahsetmekle yetiniyoruz.

D. Delil Tespiti

Bir ihtiyati tedbir türü olan delillerin tespiti HMK. m. 400'de düzenlenmektedir. İnternet ortamında meydana gelen haksız rekabet ihlallerinin teknik olarak ortadan kaldırılması burada meydana gelen ihlallerin tespit edilmesini güçleştirdiğinden dolayı oldukça önem arz etmektedir.

İlgili düzenlemeye göre dava açılmış ancak henüz inceleme sırası gelmemiş veya ileride açılacak olan bir davada ileri sürülecek bir olayın tespiti amacıyla hukuki menfaati olan kişi tarafından; keşif yapılması, bilirkişi incelemesi yaptırılması ya da tanık ifadelerinin alınması gibi işlemlerin yapılması talep

⁶⁷⁴ ABBASOĞLU, a.g.e., s. 155.

⁶⁷⁵ ABBASOĞLU, a.g.e., s. 156.

edilebilir. Belirtmek gerekir ki delilin hemen tespit edilmemesi durumunda kaybolacağı veya ileri sürülmesinin önemli ölçüde zorlaşacağı ihtimali varsa hukuki yarar var sayılır. Delillerin tespiti, zamanaşımını kesmeyeceğinden ötürü tespit davasından farklı olup⁶⁷⁶, delil tespiti ilişkili olduğu davaya bağlı iken tespit davası başlı başına bir dava teşkil etmektedir⁶⁷⁷.

⁶⁷⁶ YAVAŞ, **a.g.m.**, s.788.

⁶⁷⁷ SOYDEMİR, **a.g.e.**, s.221, “Delillerin tespit edilmesi hususunda, bilişim araçlarından elde edilecek verilerden öncelikli olanların toplanmasına gayret edilmeli, en alt seviyede de olsa tüm kullanıcıların tespit edilmesinden imtina edilmemesi, delillerin orijinallığı ve üzerindeki zaman damgası bozulmamalı, delillerin tespiti sırasında mümkünse eylemler video kaydına alınmalı, olay görüntüleyici kütükler gözden geçirilmeli, dosya ve kayıt sistemi kontrol edilmeli, bağlı olunan ağ bilgisi kontrol edilmeli, antivirüs program kütükleri kontrol edilmelidir.”

SONUÇ

Serbest piyasa ekonomisinin ve rekabetçi düzenin desteklendiği ülkemizde çalışma, özel teşebbüs kurma ve sözleşme serbestisi ile piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesine dair kurallar ile bu hususun desteklendiğini görmekteyiz. Ancak sınırsız bir özgürlük beraberinde haksızlıkları da getirebilir. Rekabetin top yekûn serbest bırakılması halinde dürüstlük kuralına aykırı eylemlerle karşılaşılabilirdiğinden ötürü haksız rekabet hukukuna dair kurallar ile bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması, rekabet hakkının kötüye kullanılmasının engellenmesinin amaçlandığını görmekteyiz. Haksız rekabetin internet reklamlarındaki yerini incelerken hukuk, ekonomi, pazarlama ve teknolojinin iç içe geçerek bir bütün halinde değerlendirilmesi gerektiğinin önemi ile karşılaşmaktayız.

TTK m. 54 ve devamındaki haksız rekabet hükümleri, ticari nitelikte olan veya olmayan tüm haksız rekabet hallerini kapsayarak, rakiplerin yanında müşterilerin ve bununla birlikte tüm piyasa katılımcılarının ve kamunun menfaatini koruyacak şekilde düzenlenmiştir. Bu noktada TTK m.54 haksız rekabete dair genel hükmü ifade etmektedir. TTK m.55'te haksız rekabet oluşturan özel hükümler tesis edilmiştir. Haksız rekabet oluşturduğu düşünülen bir eylemin öncelikle bu hükümde tesis edilen düzenlemelerden birine uygun olup olmadığı incelenmeli, bu hallerden birine girmeyen bir durum söz konusu ise TTK m.54/2 değerlendirilmelidir.

Özellikle internet üzerinden hızlıca yayılan reklamların çeşitlerinin artması ile birlikte rakiplerin hedef kitlelerine ulaşmak amacıyla yaptıkları reklamların hangi hallerde haksız rekabet teşkil ettiği ve bu doğrultuda kimin sorumlu olacağı hususu önemlidir. Biz de çalışmamızda bu alandaki hukuki düzenlemeler ve Yargıtay kararları ile ABD hukukundaki uygulamaları değerlendirdik.

Tüketicilerin kişisel beğeni, tercih ve satın alma tercihleri gibi büyük bir verinin elektronik ortamda toplanması müşterilerin aradıkları nesnelere kolayca ulaşabilmelerini sağlarken en çok reklam veren firmaların yararına olmuştur. Reklam veren firmalar daha az performans ile ellerindeki kullanıcı deneyiminden oluşmuş damıtılmış bilgiyi algoritmalar sayesinde kullanmak suretiyle hedef odaklı taktikler geliştirmekte bu da asıl önemli olan kendi firma ve ürünlerine karşı talebin,

kendilerine ait marka değerin artırılması ile satış ve kar elde etme amaçlarını yerine getirmelerini sağlamaktadır. Elbette tüm bu sürecin aşamalarında firmalar agresif tutumları ile şartları zorlayarak diğer firmalar ile aralarındaki rekabeti artırmakta dolayısıyla haksız rekabete ortam oluşturan eylemlerde bulunmaktadır.

İnternet ile birlikte kullanıcıların birer tüketici rolünde aktif olarak satın alma sürecinde yer aldığı görülmektedir. Özellikle günümüzde internet üzerindeki mecralarda gerek internet alan adı, elektronik posta yöntemi, arama motorlarının anahtar sözcük uygulamaları, çerçeveleme yöntemi, internet sitelerindeki reklam panoları, sosyal medya platformları ile çeşitliliği artan reklam yöntemleri ile Kanunda sınırlı sayıda sayılı olmayan haksız rekabet yöntemlerini zorlamaktadırlar. Bu alanda yaratılan reklamlar günümüzde daha sıklıkla aldatıcı reklam, kötüleme, karşılaştırma yasağına aykırılık veya saldırgan satış yöntemleri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu hususta ikame edilen haksız rekabet davalarının özellikle internet ortamının hızlı ve anlık ileti paylaşımlarının yarattığı geniş etkiden kaynaklı olarak hızlı ilerleyerek sonuçlanması hayati bir öneme sahiptir. Haksız rekabet davaları olan tespit, sona erdirme ve önleme, eski hale getirme ve tazminat davalarının sorumlusunun belirlenmesinde TTK m.58'in önemi büyüktür. İnternet reklamının çeşidine göre ve reklamı oluşturan kişi, reklam veren ile reklamın yayınlandığı mecranın oynadığı rolün değerlendirilmesi, bu doğrultuda bilişim kuruluşunun, yer sağlayıcı veya erişim sağlayıcı olarak rol alan hizmet sağlayıcının sorumluluğunun tayin edilmesi gerekmektedir. Bu noktada TTK m.58 ile bilişim kuruluşlarının sorumluluğu kademeli bir sistem ile düzenlemiştir. Haksız rekabetin işlenmesi halinde ise kanun koyucu kimlerin sorumlu tutulacağını ve şartlarını düzenlemiştir. İlk etapta doğrudan sorumlu olanlar (iletinin sahibi ve ilan veren kişi), ikinci olarak onlara ulaşamıyorsa sorumlu olabilecek kişiler (iletileni koyan-koyduran ve ilan servisi şefi), bunlar da gösterilemiyorsa işletmesi sebebiyle sorumlu tutulacaklar (bilişim işletmesi-kuruluşu sahibi) aleyhine dava açılacaktır. Elbette kusuru olan kişi sıralamaya tabi olmaksızın birinci sırada sorumlu olacaktır.

TTK m.58/4'e göre ise doğrudan haksız fiili gerçekleştirmiş olmasa dahi, söz konusu eylemin internet ortamında bir şekilde yayınlanmasına hizmet eden hizmet sağlayıcıları aleyhine haksız rekabetten kaynaklanan sona erdirme ve önleme, eski

hale iade ve tespit davaları açılabilir. Söz konusu davalar hizmet sağlayıcının haksız rekabet fiilinin iletimini başlatmış, iletimin alıcısını veya fiili oluşturan içeriği seçmiş veya fiili gerçekleştirecek şekilde değiştirmiş olması halinde hizmet sağlayıcısı aleyhine açılabilir.

Elbette internetin sınırlardan bağımsız olması nedeniyle uluslararası arenada kuralların uygulanmasına ihtiyaç duyulmakta, her ne kadar mahkemeler bazı kararları hızlıca tayin etse de kuralların icra edilebilirliği de tartışılmaktadır.

Teknolojik gelişmelerin hızla hayatın her alanında yerini sağlamlaştırması ile birlikte hukuk düzenimizin de bu yayılmanın getirdiği hukuki uyumsuzlukları ve sorunları çözüme kavuşturması için çalıştığını son dönemlerde çıkarılan Kanun ve Yönetmelikler ile görmekteyiz.

KAYNAKÇA

- ABBASOĞLU, Hayriye Dilara :**Sosyal Medya Reklamcılığında Haksız Rekabet**” Ankara 2021.
- ARKAN, Sabih :**Ticari İşletme Hukuku**, Ankara 2019.
- ARKAN, Sabih :Haksız Rekabet- Gelişmeler – Sorunlar, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Cilt: 22, Sayı: 4, Aralık 2004.
- ARKAN, Sabih :5833 Sayılı Kanun ile 556 Sayılı KHK’da Yapılan Değişiklikler” **Batider**, Cilt: 25, Sayı: 1, Mart 2009.
- AKIN, İrfan :Adwords Reklam Sistemi, **TBB Dergisi**, Sayı: 78, 2009/1, s.35 <http://www.ankarabarosus.org.tr/site/ankarabarosus/frmmakale/2009-1/2.pdf>
- BAYGIN, Cem :Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.IV, S.1-2, 2000. http://hukukdergi.erzincan.edu.tr/wp-content/uploads/2015/10/2000_1_18.pdf
- BAKER, Ryan :Bidding On Trademarked Keywords In Search Engines: A Trademark Law Update” **Washington Journal Of Law, Technology & Arts** Volume 8, Issue 5 Spring 2013 s. 545. <https://digitalcommons.law.uw.edu/wjlta/vol8/iss5/2>
- BARRETT, Margreth :**Intellectual Property- Trademarks, Copyrights**, The Professor Series, Larchmont, 2000.
- BIDIK, Barış :İnternet Yoluyla Haksız Rekabet”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 10, Sayı: 110, Ekim 2015.
- BOZKURT, Tamer :**Ticari İşletme Hukuku**, Ankara 2019.

BURK, Dan L.

:Trademarks Along the Infobahn: A First Look at the Emerging Law of Cybermarks”, **Richmond Journal of Law & Technology**, 1995.

BOZKURT YÜKSEL,
Armağan Ebru

:**Elektronik Ortamda Haksız Rekabet**, TR Adalet Akademisi Dergisi Yıl:5 Sayı:18 (Temmuz 2014).
https://www.academia.edu/32453293/Elektronik_Ortamda_Haks%C4%B1z_Rekabet

BİNGÖL, F. İtir

:İnternet Ortamındaki Gizli Ticarî İletişime İlişkin Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, **Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 9, Sayı: 1, Haziran 2019, s.6.
<https://www.jurix.com.tr/article/19267>

CONNIE Neel E./
MERRIETT, Chatterjee E.

:U-Haul International, Inc. v. Whenu.com, Inc., Wells Fargo & Co. v. Whenu.com, Inc. and 1-800 Contacts Inc. v. Whenu.com, Inc.: Pop-up Advertising as Use in Commerce under the Lanham Act: A Case Analysis”, **Santa Clara High Technology Law Journal**, Voluma 20 Issue 4 Article 8, (Çevrimiçi)
<https://digitalcommons.law.scu.edu/chtlj/vol20/iss4/8/>

CLARK, Shelby

:What a Tangled Web We Weave, When First We Practice to Deceive: Frames, Hyperlinks, Metatags, and Unfair Competition on the World Wide Web”, **Hastings Law Journal**, July 1999, Volume 50.
https://repository.uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3374&context=hastings_law_journal

DİNÇ, Serhan

:**Türk Ticaret Kanunu’na göre Haksız Rekabet Halleri ve Buna İlişkin Davalar**, Ankara 2017.

EREN, Fikret

:**Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2020.

ERMENEK, İbrahim/
ÖZDAMAR, Mehmet

:Haksız Rekabet Davaları ve Korunan Menfaat, **Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi**, Ankara Barosu Dergisi 2007/3.

FRANKO, Nisim

:**Haksız Rekabet Sebebiyle Tesbit Men İzale Davaları ve Tarafları**, Prof. Şükrü Postacıoğlu'na Armağan, İzmir, 1997.

FRANKO, Nisim

:Haksız Rekabette Elde Edilmesi Muhtemel Menfaate Hüküm, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Cilt: 13, Sayı: 3, Aralık 1986.

GÖLE, Celal

:**Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklâmlara Karşı Tüketicinin Korunması**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Ankara 1983.

GÜVEN, Şirin

:**Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Koruduğu Menfaatler**, Ankara 2012.

GÜRKAYNAK, Gönenç/
YILMAZ, İlay/
YEŞİLTAY, Burak

:Legal Boundaries of Online Advertising, **Journal of International Commercial Law and Technology**, Vol.9, Issue 3, July 2014, s.183. (Çevrimiçi)
<https://media.neliti.com/media/publications/28645-EN-legal-boundaries-of-online-advertising.pdf>

GOMEZ, Frank C.

:Copyright: Preemption: Misappropriation: Washington Post v. Total News. Inc. **Berkeley Technology Law Journal** Vol. 13, No. 1, Annual Review of Law and Technology (1998), pp. 21-34 (14 pages) s.22., (Çevrimiçi)
<https://www.jstor.org/stable/24116663?read-now=1&refreqid=excelsior%3A609b75f>

[4f273544a48f09a9b20d4f817&seq=14#page_scan_tab_contents](https://doi.org/10.4236/ajol.2018.4f273544a48f09a9b20d4f817&seq=14#page_scan_tab_contents)

HAMAMCIOĞLU, Esra

:Amerikan Haksız Rekabet Hukuku ve Türk Hukuku Açısından Bazı Notlar, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 1, Haziran 2004.

HARB, Jameel

:White Buffalo Ventures, LLS v. University of Texas at Austin: The Can Spam Act & The Limitations of Legislative Spam Controls **Berkeley Technology Law Journal**, Vol.21:531.

İKİZLER, Metin/
BAŞAR, Sinan

:Spam'in Zararları ve Spam ile Mücadele ABD Örneği ve Türk ve AB Hukukları ile Karşılaştırma", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** Cilt: 8, Sayı: 2, 2006.

İNAL, Emrehan/
BAYSAL, Başak

:**Reklam Hukuku ve Uygulaması**, İstanbul 2008.

JOHNSON David R./
POST, David G.,

:Law and Borders-The Rise of Law in Cyberspace, **Stanford Law Review**, Vol.48, No.5, May 1996.

KARAHAN, Sami

:**Ticari İşletme Hukuku**, Konya 2015.

KILIÇ, Fethi

:**Haksız Rekabet ve Haksız Rekabette Hukuk Davaları**, İstanbul 1999.

KENAROĞLU, Soner

:Haksız Rekabet Hukuku'nda Karşılaştırmalı Reklâm, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2008.

KARAGÜLMEZ, Ali

:İnternet Alan Adları ve Bazı Hukukî Sorunlara İlişkin Yargı Kararları", **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 9, Sayı: 97, Eylül 2014, s.2. (Çevrimiçi) <https://jurix.com.tr/article/2428>

KORKUT, Ömer

:Bir Markanın Web Sitelerinde Yönlendirici Kod (Meta Tag) Olarak Kullanılması Sorunu”, **Batider**, Cilt: 24, Sayı: 2, Aralık 2007.

KAHN, Daniel H.

:Barriers To The Voluntary Adoption Of Internet Tagging Proposals” **Harvard Journal of Law & Technology**, Volume 21, Number 1 Fall 2007 s.274. (Çevrimiçi)
<http://jolt.law.harvard.edu/articles/pdf/v21/21HarvJLTech271.pdf>

LEDERMAN, Natalie S.

:#Hashtingitout, Is It Worth Registering a Hashtag?
<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=2c83a67a-aac6-4bd9-8170-41b661a8c6d9>

LASTOWKA, Greg,

:Google’s Law, Brooklyn Law Review, Volume 73 Issue 4, Article 2, 2008, s. 1371. (Çevrimiçi)
https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol73/iss4/2?utm_source=brooklynworks.brooklaw.edu%2Fblr%2Fvol73%2Fiss4%2F2&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages

MEMİŞ, Tekin/
BOZBEL, Savaş,

:Marka ve Haksız Rekabet Hukuku Bakımından Adwords Reklamlar, **e-Akademi Hukuk, Ekonomi, Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi**, Kasım 2008, s.8 (Çevrimiçi) <http://e-akademi.org>

MATIN, Sajjad,

:Clicks Ahoy! Navigating Online Advertising In a Sea of Fraudulent Clicks, **Berkeley Technology Law Journal** Vol.22:533.

NOMER ERTAN, Nedret Füsün

:**Haksız Rekabet Hukuku**, İstanbul 2016.

NOMER ERTAN, Nedret Füsün

:**İnternet Alan Adının (Domain Name) Hukuki Niteliği ve Marka ve Ticaret Unvanı Gibi Ayırt Edici Ad ve**

- İşaretler İle Arasında Benzerlik Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukuki Sorunlar”**, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı Cilt I, İmregün O., Moroğlu E., Helvacı M., Kendigelen A., Editör, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2001.
- NOMER, Haluk N. :**Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 2020.
- OKAN, Neval :**Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet**, Ankara 2011.
- OKAN, Neval :Saldırgan Satış Yöntemlerine Karşı Tüketicilerin Korunması, **Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 2, Sayı: 4, Temmuz 2016.
- ÖZEL, Çağlar / ÖZDEMİR, Semih Sırrı :Türk Hukukunda Haksız Rekabete İlişkin Düzenlemeler, **D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017.
- ÖZDEMİR, Semih Sırrı :**Haksız Rekabet Kavramı Açısından Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar**, İstanbul 2013.
- OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, Turgut :**Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2020.
- ÖZDEMİR, Semih Sırrı/ DOĞANAY, M. Zahid, :Bir Mecra Olarak Sosyal Medyanın Reklam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Yıl 7, Sayı 13, Haziran 2019.
- PINAR, Hamdi :Reklam ve Satış Yöntemlerine İlişkin Haksız Rekabet Halleri, Tebliğ, s.131 (Çevrimiçi)
<http://dspace.marmara.edu.tr/handle/11424/2096>

POROY, Reha/
YASAMAN, Hamdi

:**Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul 2019.

PricewaterhouseCoopers

:<https://www.iab.com/insights/internet-advertising-revenue-2019-half-year/>

RÜZGAR, Eser,

:**Marka Hakkının İnternet Reklamcılığı Yoluyla İhlali ve Sorumluluk Rejimi**, İstanbul Haziran 2013.

REID, Vanessa J.,

:Recent Development In Private Enforcement Of The Can Spam Act”, **Akron Intellectual Property Journal** 2010: Vol. 4: Iss. 2, Article 5, s.3. (Çevrimiçi)
<https://ideaexchange.uakron.edu/akronintellectualproperty/vol4/iss2/5/>

ROBERTS, Alexandra J.

:Tagmarks, **Califronia Law Review** Vol 105. No.3, Haziran 2017.

ROSS, Terrence P.

:**Intellectual Property Law: Damages and Remedies**, Law Journal Press 105 Madison Avenue New York 2005.

SAUNDERS, Kurt M.

:Confusion is The Key: A Trademark Analysis of Keyword Banner Advertising 71 **Fordham Law Review** (2002) s. 547 (Çevrimiçi)
<https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol71/iss2/4>

SOYDEMİR, Güzide

:**İnternette Haksız Rekabetin Önlenmesi**, Ankara 2015.

SARIÖZ, Ayşe İpek

:İnternet Alan Adlarının (Domain Names) Kullanımından Doğan Haksız Rekabet Halleri ve Uygulanacak Hukuk”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 10, Sayı: 1, Ocak 2011, s.638. (Çevrimiçi)
<https://www.jurix.com.tr/article/13609>

SOYSAL, Tamer

:Marka Hukuku Perspektifinden İnternet Ortamında Anahtar Kelime (Meta-tagging) ve Adwords Reklamcılık Uygulamaları, **Uyuşmazlık Mahkemesi**

- SEVEN, Vural
- Dergisi**, Yıl 6, Sayı 12, Aralık 2018, s.694, (Çevrimiçi)
<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/596364>
- ŞENOCAK, Kemal
- :Sosyal Paylaşım Sitelerinin (youtube-facebook-twitter) Haksız Rekabet Karşısındaki Durumu, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, Özel Sayı, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, 2014.
- ŞAHİNCİ, Dilek
- :Tescilli Markanın Aynısının veya Benzerinin Alan Adı (Domain Name) Olarak Kullanılması Suretiyle Marka Hakkının İhlali” **Batider**, Cilt: 25, Sayı: 3, Eylül 2009, s. 91. (Çevrimiçi)
<https://jurix.com.tr/article/6635>
- TUNÇ YÜCEL, Müjgan
- :İnternette Aldatıcı Reklam ve Reklamverenlerin Sorumluluğu, Ankara 2011.
- TEKELİOĞLU, Numan
- :Haksız Rekabet Hukukunda Teminat Amaçlı İhtiyati Tedbirler, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF-HAD)**, Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan, İstanbul 2004.
- TARMAN, Zeynep Derya
- :Reklamın ve Reklam Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği, Hakemli Makale, **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 8, Sayı 1, Yıl 2018.
- TEOMAN, Ömer
- :Haksız Rekabetten ve Aldatıcı Reklamlardan Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk- İstanbul Beta Yayınevi 2011.
- ÜLGEN, Hüseyin/
- :Reklamlara İlişkin Haksız Rekabet Uyuşmazlıkları”, Makale 6, Tüm Makalelerim Cilt 3: 2002-2010, İstanbul 2010.

HELVACI, Mehmet/
KAYA, Arslan/
NOMER ERTAN, N. Füsün

:**Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul 2019.

VOLOKH, Eugene/
FALK,Donald M.

:Google- First Amendment Protection
For Search Engine Search Results, Palo
Alto Kaliforniya, ABD, 20 Nisan 2012,
s. 24. (Çevrimiçi)
[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?
abstract_id=2055364](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2055364)

YAVAŞ, Murat

:Haksız Rekabet Kavramı ve Bu
Alandaki Koruyucu Dava ve Tedbir
Türleri, **Marmara Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Hukuk Araştırmaları
Dergisi – Doç. Dr. Mehmet Somer’in
Anısına Armağan**, ss.771-796, 2006.
[http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fak%C3
%BCltedergisi/MehmetSomerAn%C4%
B1s%C4%B1na/Yrd.Do_Dr.MuratYava
.pdf](http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fak%C3%BCltedergisi/MehmetSomerAn%C4%B1s%C4%B1na/Yrd.Do_Dr.MuratYava.pdf)

YASAMAN, Zeynep Fatma

:Infringement of Trademark Rights on
the Internet in the European Union and
Turkish Law, İstanbul 2019,
Yayımlanmamış Doktora Tezi s.145.
(Çevrimiçi)
[https://katalog.marmara.edu.tr/veriler/y
ordambt/cokluortam/B45BA84C-491B-
E64E-ADBC-
DC4907BA66BC/5e217471147e3.pdf](https://katalog.marmara.edu.tr/veriler/yordambt/cokluortam/B45BA84C-491B-E64E-ADBC-DC4907BA66BC/5e217471147e3.pdf)

ZHANG, Lily

:**The Can Spam Act: An Insufficient
Response to the Growing Spam
Problem”, Berkeley Technology Law
Journal** Vol 20, s.301. (Çevrimiçi)
[https://www.jstor.org/stable/24117506?s
eq=1](https://www.jstor.org/stable/24117506?seq=1)

Çevrimiçi Kaynaklar:

[http://www.linksandlaw.com/courtdecisi
ons-usa.htm](http://www.linksandlaw.com/courtdecisions-usa.htm)

([https://www.immagic.com/eLibrary/AR
CHIVES/GENERAL/WIKIPEDI/W110
502R.pdf](https://www.immagic.com/eLibrary/ARCHIVES/GENERAL/WIKIPEDI/W110502R.pdf))

<https://www.courtlistener.com/opinion/1481691/designer-skin-llc-v-s-l-vitamins-inc/>

<https://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1439019.html>

<https://h2o.law.harvard.edu/cases/4380>

http://www.internetlibrary.com/cases/lib_case336.cfm

<https://casetext.com/case/estee-lauder-inc-v-fragrance-counter>

<https://digitalcommons.law.scu.edu/chtlj/vol20/iss4/8/>

<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/293/734/2294652/>

<https://news.microsoft.com/2005/08/09/microsoft-and-former-spam-king-scott-richter-announce-settlement/>

<https://caselaw.findlaw.com/us-5th-circuit/1405944.html>

http://www.internetlibrary.com/cases/lib_case461.cfm

<https://cyber.harvard.edu/metaschool/fisher/linking/linking/link3.html>

<https://support.google.com/google-ads/answer/6319?hl=en>

https://en.wikipedia.org/wiki/Google_Ads

<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-236/08>

<https://www.eff.org/tr/deeplinks/2009/04/second-circuit-expands-trademark-rights-restricts->

<https://www.scribd.com/document/30527850/Video-Professor-v-Amazon#download>

<https://www.thefashionlaw.com/u-s-court-enters-15-2-million-judgment-against-weight-loss-tea-co-over-misleading-claims-undisclosed-influencer-ads/>

<https://www.ftc.gov/news-events/blogs/business-blog/2020/03/ftcs-teami-case-spilling-tea-about-influencers-advertisers>

<https://www.ftc.gov/public-statements/1979/08/statement-policy-regarding-comparative-advertising>

<http://www.egmcartech.com/2006/08/03/bmw-audi-and-subaru-take-stabs-at-each-other/>

<https://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1068417.html>

<https://cyber.harvard.edu/property99/library/libtype.html> (Erişim Tarihi 05.03.2020)

<http://www.issuesininternetlaw.com/cases/washington.html>

<https://www.macrotrends.net/stocks/charts/GOOGL/alphabet/net-worth>

<https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-zippo-manufacturing-co-v-zippo-dot-com-inc>

www.kazanci.com.tr

<https://www.statista.com/statistics/623566/web-visits-to-amazoncom/>

<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>

<https://www.complexip.com/facebook-wins-millions-from-defaulted-cybersquatting-defendant/>

<https://help.twitter.com/en/rules-and-policies/twitter-cookies>

TÜİK Girişimlerde Bilişim Teknolojileri
Kullanım Araştırması
<http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=30573>

Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi Web
Sitesi https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/observatory/resources/Research_on_Online_Business_Models_IBM/Research_on_Online_Business_Models_IBM_exam_en.pdf

<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/154/497/2429654/>